חוזים במשפט העברי/ ד"ר יצחק ברנד

# שיעור מס' 1: 15/10/2013

אין חובת נוכחות. מבחן עם חומר פתוח.

ישנם סימני שאלה בעיני חוקרי המשפט העברי על עצם קיומו של התחום הזה- "דיני חוזים במשפט העברי". האם קיים בכלל דבר כזה? ***האם המשפט העברי מכיר בקיומו של חוזה?***

ההתחבטות בשאלה זו משפיעה על המשך המסלול של דיני החוזים, ולכן נאריך בדיון בבעיית ההתחייבות והחוזה במשפט העברי ובמענה על השאלה שלעיל.

**מקור 1-אשר גולאק (ממייסדי תחום המחקר הזה) "יסודי המשפט העברי":**

מדובר בספר שהוא סוג של שו"ע שמנסה לכסות את כל תחומי המשפט שבהלכה. מולק מחלק את המשפט העברי לענפיו, ע"פ החלוקה המקובלת מהשיטה הרומית. הוא קיבל על כך ביקורות רבות, משום שעצם שאילת התבנית מהמשפט הרומי- מכילה בתוכה הנחות ראשוניות שלאו דווקא נכונות למשפט העברי. הוא מציג את **העמדה שהמשפט העברי איננו מכיר בקיומו של חוזה!** מולק הוא מייצג עמדה זו. והיא העמדה המקובלת כמעט על כולם (יותר מאשר רוב רגיל) בהלכה. המשפט העברי יכול להכיר בתופעה כזו אך הוא לא רואה בה כחוזה. (מכיר אותה אך לא בה).

רוב החוזים זה התחייבות לעשיית מעשה- ולכן אין לכך תוקף במשפט העברי. כי המה"ע מכיר רק בזכויות הקשורות לחפצים ממשיים, ולא למשהו מופשט מידי של עשייה שאין בה ממש. החוזה הוא אמנם תופעה מוכרת, אך אין דבר כזה במשפט העברי, ויוצא שהוא מצמצם את מסגרת החיובים שבמה"ע. אצלנו החיוב מוטבע בנשוא ממשי. המשפט העברי הוא ריאלי= דורש ממשות.

יוצא שהעמדה הרווחת תטען שאין כל עניין בקורס שלנו.

**מקור 2- פרופ' אלבק "מבוא למשפט העברי בימי התרבות":**

עמדתו מנוגדת למולק, אך זניחה (רק הוא מאמין בה). לכאורה אכן המושג חוזה לא נמצא במקורות ובדברי חכמים, ולכן אנשים חושבים שחוזה לא קיים במשפט העברי. אך העובדה שהמונח לא מופיע אצלנו, לפי אלבק, לאו דווקא מוכיחה שאינו קיים:

דוג': קיימת שאלה מה קורה אם אדם מתנה על חיוב שבתורה: נניח מתחתן, ומקדש אישה אך בלי להתחייב אליה לכסות ועונה- האם יש לכך תוקף? ר' מאיר: ההסכם פסול ולכן בטל. ר' יהודה: יש "לפרק את החוזה למרכיביו", ובדבר שבממון תנאו קיים. החובות הממוניות יהיו תקפות והאחרות לא. מזונות וכסות אלו חובות ממוניות- ולכן אדם כן יכול להתנות עליהן והם יהיו תקפות, ולגבי עונה- זה לא עניין ממוני, ולכן לא יהיה תקף. מתוך דוגמא זו אלבק מנסה להוכיח שיש חוזה במה"ע- מתוך הוויכוח האם החוזה תקף או לא (גם אם במקרה הספציפי הזה נפסק שהחוזה בטל), ניתן ללמוד שברור שיש דבר כזה חוזה. גם אם לא בשמו המדויק- אך ברור שהתופעה החוזית קיימת.

לסיכום:

1. העמדה הרווחת אומרת שאין חוזה במה"ע, משום שהמה"ע תובע ריאליות וממשיות.

2. עמדתו הזניחה של אלבק אומרת שיש חוזה במה"ע וניתן ללמוד זאת מהלכות שונות.

ניסיון לסתור את אלבק:

בדוגמא שהוא נתן, הפעולה המשפטית היא קידושין, וזוהי פעולה שתלויה ברצון, ומכיוון שכך- אדם יכול להכתיב את רצונותיו כדי שתחול. וחלק מהכתבת רצונותיו- זה התנאים. התנאים כאן (החוזה) זה לא פעולה אוטונומית לכשעצמה, 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. בעצם **הדוגמא שהוא מביא היא כושלת ולא נכונה**.

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.

סיכום: מולק ואלבק חולקים בשאלה האם המה"ע מכיר בתופעה החוזית. **בעצם המחלוקת מתחילה בוויכוח קודם- מהו חוזה.**

**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.

לגבי אותו סיפור- שואל הירושלמי למה הוא מתחייב לה? הוא מביא את ר' יוחנן וריש לקיש- 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. 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- ההסכם לגבי המזונות הוא נספח לכתובה, תוספת לכתובה. ולכן לתוספת יש כוח מכוח הכתובה. אבל אם כך, אז נשאלת השאלה מהו התוקף לשלם בזמן שהם נשואים? כי הרי כתובה מתממשת רק בסיום הנישואים? לכך נותן הריש לקיש פתרון- זה לא תוספת כתובה, אלא זה תניות נלוות למעשה הקידושין! 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? 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 בירושלמי, לא מקבלים את הקביעה שלהתחייבות כספית כזו יש תוקף, משום שזהו חוזה שאינו ריאלי. ורק שטר חוב הוא ריאלי ולכן יהיה לו תוקף.

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 לחבירו 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.

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". 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". אז מה עניין המחלוקת?

אלא, שמדובר כאן בהודאה שלא קדמה להם ההצרה של "אתם עדיי". אך, ההודאה של "אני חייב לך.." לא רק נאמרה בע"פ, אלא גם נכתבה בשטר. ואז, על כך אמר ר' יוחנן שהשטר הוא מספיק חזק במקום ההצהרה ולכן ההודאה תקפה, ואילו ריש לקיש אמר שהשטר לא מספיק חזק במקום ההצהרה, ולכן אין תוקף להודאה.

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, ואילו ר' יוחנן- מוכן להתגמש.

לסיכום- המחלוקת היא בדיני הודאה, ולא קשורה להתחייבות כספית ולדיני החוזים. הויכוח הוא האם נכשיר הודאה 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. 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. 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.

החוזה הוא תופעה מוכרת ורווחת באירופה ובספרד של ימה"ב.

אז כיצד יגיבו חכמי התלמוד שחיים שם לניגוד שבין התלמוד לבין הסביבה?

1. רש"י, שם, קא, ב ד"ה הכי גרסינן

הכי גרסינן 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…

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. **רש"י בעצם נשאר נאמן לתלמוד** למרות הניגוד בינו לבין הסביבה בה הוא חי.

1. 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.

פוסק כמו ר' יוחנן. 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. 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.

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.

אמנם אכן מדובר בהתחייבות כלפי העתיד, אך היא פועלת בצורה של הודאה- למה?

כי לו היה מדובר סתם בהתחייבות כספית, הוא לא היה מחויב כלל. כי זה ערטילאי, מילים בעלמא, ואין לכך תוקף. ואפילו אם אמר "אתם עדיי" על התחייבות עתידית לא יהיה לכך תוקף.- בכך הוא חולק על הרי"ף! לפי הרמב"ן- כל עוד אין חוב קודם אין סיכוי שיהיה תוקף להתחייבות, אלא באחת מדרכי ההקניות.

רמב"ן בעצם לוקח את הרי"ף מהקשרו המקומי ומסה לתת לו את ההקשר התלמודי הרחב- לפיו להתחייבות חוזית מילולית, אפילו אם היא כתובה, אין תוקף.

אז איך ייתכן המחלוקת בין ר' יוחנן לריש לקיש על התחייבות כספית?

ניתן להבין את ההודאה- לא כאמת עובדתית, אלא כהרמת ידיים, כסופיות הדיון. ואם כך, לפי האפשרות הראשונה- בעקבות ההודאה שמעידה על חוב בעבר מטילים חיוב על האדם. אך לפי האפשרות השניה- ההודאה לא מעידה על אמת, אלא על אדם שנמאס לו מהדיון, ומרים ידיים ומחייב את עצמו- אומר בסדר, למרות שאין לי חוב בעבר, אני מוכן לשלם! יש כאן חיוב עצמי.

וזוהי האנלוגיה של הרמב"ן: התחייבות חוזית יכולה להיות תקפה על דרך ההודאה. כמו שהודאה יכולה לחייב אדם את עצמו, כך גם התחייבות חוזית יכולה לחייב אדם.

הרי"ף והרמב"ן עושים צעד קדימה לעומת התלמוד, ואומרים שיש תוקף להתחייבות עתידית, אך מקור תוקפה הוא לא חוזי, כי לחוזים באמת אין תוקף, אלא מקורה הוא בדיני הראיות וההודאה!!

אז יש כאן התקדמות לעומת התלמוד, בכך שהסכמנו לתת תוקף להתחייבות חוזית, אך אנחנו עדיין נמצאים במקום שלא מוכן לקבל תוקף של התחייבות חוזית לכשעצמה, אלא רק כאשר היא אכן במתכונת דומה לדיני הראיות.

## שיעור מס' 2: 22/10/13

חזרה: התחלנו לדבר על התופעה החוזית במה"ע. ראינו שישנו ויכוח בעניין, ושהרוב מאמין שאינה קיימת, אך ישנו מיעוט שחושב אחרת. הבאנו משנה שמדברת על הסכם בין איש לאישה לבת שהוא תקף ומחייב. הירושלמי פירשו חיוב זה- כסיפוח להסכם מוכר אחר (הכתובה ובהמשך תנאי קידושין)- ובכל מקרה לא מכירים בהסכם כשלעצמו. ז"א, הירושלמי מזדהה עם המגמה שאומרת שהמשפט התלמודי איננו מכיר בתופעה החוזית כשלעצמה. הבבלי, מתוך התחייבות למשנה, מדבר על מסלול של הודאה ומתוך כך התוקף. לאחר מכן התחלנו לראות פרשנים בעניין: רש"י- לקח את הדברים כפשוטם, ופירש שאכן לא מדובר בהתחייבות חוזית עתידית, אלא בהודאה= הודאה על אירוע ריאלי שקרה בעבר. והדיון לפי רש"י כלל לא עוסק בהתחייבות חוזית עתידית. הרי"ף מתעקש לפרש את התלמוד לפי הקשרו ומשמעו, ואומר שהדיון במשנה הוא אכן על התחייבות חוזית עתידית, אז מה קשורה ההודאה? גם ההודאה מחייבת כמו התחייבות. כשנותנים להודאה תוקף, התוקף הוא לא בגלל שההודאה משקפת את האמת הראייתית, אלא בגלל שהודאה זה סוג של התחייבות. (את זה אנחנו מבינים בעזרת פירושו של הרמב"ם על הרי"ף). הודאה תקפה כהתחייבות, ולכן בהתאם ניתן לומר גם ההיפך- שהתחייבות תקפה כהודאה. אז עשינו צעד מסוים שמקרב אותנו לנושא שלנו, אך עוד לא מספיק. וכאן אנו מגיעים לרבינו תם:

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…

רבינו תם הולך צעד נוסף קדימה. צריך להבין שאת בעלי התוספות לא כ"כ מעניין ההקשר המקומי, אלא ההקשר הרחב הוא החשוב מבחינתם. רבינו תם מייצר תפיסה חדשה לגמרי של התחייבות חוזית:

רבינו תם פותח בכך שהוא חולק על רש"י: הסוגיה איננה מדברת על הודאה, ולא על שום התחייבות מן העבר. אז הוא מתיישר כאן בעצם עם הרי"ף- בכך שמדובר בהתחייבות עתידית. אך בניגוד לו, חושב שהתוקף שלה מגיע ממקום אחר (ולא מהודאה): ההתחייבות פועלת **כשיעבוד**.

מהו שיעבוד?

הסבר: כשאדם חייב חוב, מהם מקורות הפירעון והגבייה?

אם זה חוב בע"פ- זו תופעה אובליגטורית, ומתוך כך היא אישית (אובליגטור= התקשרות), ולכן מקורות הפירעון הם רק ממה שנמצא תחת ידי החייב עצמו. (בין אם מיטלטלין בין אם מקרקעין).

לעומת זאת, כאשר מדובר על חוב בשטר- התופעה לא מגיעה מהמקום החפצי הקנייני, ומקורות הגבייה הם לא רק ממה שתחת ידי החייב, אלא גם ממה שהועבר מהחייב לצדדים שלישיים לאחר מועד החזרת החוב. והנושה יוכל לפנות לאותם צדדים שלישיים. לקשר הזה שבין הנושה לאותם צדדים שלישיים הוא השיעבוד= הנכסים של החייב משועבדים לנושה. אם כך, שיעבוד הוא החרגה של התופעה מאובליגטורית אישית למעין קניינית- לא קניינית לגמרי, כי אין לו בעלות, אלא מעין קניינית- הקשר לנכסים גם לאחר שהועברו לצדדים שלישיים. יש כאן מעבר מהקשר לבעל החוב לקשר לנכס עצמו.

אם כך, לפי רבינו תם, כשאדם אומר "חייב אני לך מנה", מדובר בהתחייבות עתידית, והיא כתובה בשטר- אזי להתחייבות זו יש מעמד דומה להתחייבות בשטר, ובהקשר זה ניתן לראות התחייבות זו כמעין קניינית.

ז"א, רבנו תם מאפיין את הזכות של הזוכה בהתחייבות זו כשיעבוד. ובכך הוא אומר בעצם שהזכות היא מעין קניינית.

וכעת שואל רבינו תם: איך בעצם אפשר להשיג קניין באמצעות השטר? "הרי אין מטלטלין נקנין בשטר"?

כשאדם מתחייב התחייבות כספית, הוא מקנה לו את הסכום עליו מדובר. זה סוג של קניין. הזכות הזו שהוקנתה, היא בעצם מיטלטלין. בעולם של בעלי התוספות, לומר על זכות שהיא חלק ממיטלטלין זה חידוש גדול מאוד. נברר האם זה אכן עומד בתנאי המטלטלין: מטלטלין הם נכסים ניידים, וקונים אותם בדרכים פיזיות- כלומר, במשיכה או בהגבהה של הנכס. אלה הדרכים העיקריות לקניין במטלטלין. חשוב לשים לב לכך- מדין תורה, מטלטלין לא נקנים בכסף, אלא רק בדרכים פיזיות כאמור. מכל מקום, מיטלטלין לא נקנים בשטר. (לעומת קרקע). רבינו תם, לקח את ההתחייבות החוזית למגרש הקנייני- ויש לבחון האם דיני הקניין אכן חלים כאן. על פניו, נראה שלא- כי הזכות היא במטלטלין, והרי אין מטלטלין נקנין בשטר?!

הפתרון של רבינו תם לכך: רבינו תם עושה מהפיכה בפרוצדורות של דיני הקניין. אם המתחייב טרח לכתוב שטר, גמר בדעתו ושיעבד נפשו. שהרי אפילו באמירה בע"פ יש דברים שנקנים. מה שבעצם יוצר קניין- זו גמירות דעת. איך יודעים האם יש גמירות דעת למכור ולקנות? באמצעות דרכי הקניין. אז אם כך, אם דרכי הקניין הן לא המהות אלא רק הוכחה ראייתית לגמירות דעת- אז לא חייבים להקפיד עליהן, ואם נמצא פרוצדורות נוספות שמעידות בצורה ברורה על גמירות דעת- נוכל לומר שיש כאן קניין. לפיכך, מכיון ששטר מעיד במובהק על גמירות דעת- ניתן להקנות מטלטלין באמצעותו ולראות בו כדרך קניינית. רבינו תם אומר, שאדם שהתאמץ לכתוב שטר, עצם העובדה שהתאמץ כ"כ לשם כך והשקיע במה שכתב זו הוכחה לגמירות הדעת שלו ליצר קניין.

מהיכן לרבינו תם הכוח להביא כזה רעיון ולומר שאין חובה להקפיד על הפרוצדורה?

לכן הוא מוסיף 2 הוכחות לכך שניתן לייצר התחייבות בעלת תוקף קנייני למרות שלא היה אקט קנייני:

1. קניין באמצעות דיבור בע"פ: יש מצבים שאפילו באמצעות דברים בעלמא (בע"פ) ניתן לקנות. כמו למשל- וורט. למרות שההתחייבות ניתנה בע"פ, היא דבר שניתן לקנות באמצעותה אם ישנה גמ"ד.

2. קניין באמצעות מתנה (חשוב לציין שאמר זאת ר' יוחנן): ר' יוחנן אומר כך- אדם שנותן מתנה מועטת לחברו (לעומת מתנה גדולה- שם אנו מפקפקים ברצון האמיתי לתת זאת סתם במתנה), אזי המקבל- קונה את המתנה, זוכה בה- למרות שלא עשה שום פעולה פיזית לשם כך. עצם עובדת הבטחת המתנה, די בה כדי שיהיה כאן מעשה קניין. למה? כי יש כאן הנחה שהיתה גמ"ד. כי ההנחה היא שרוב האנשים שמבטיחים לתת מתנה צנועה אכן התכוונו לכך והיתה להם גמ"ד, כי הרי אין משהו שמחייב אותם לעשות כך.

אם כך, כאן זו אפילו התחייבות חזקה יותר מהקודמות- מי שכתב שטר להתחייבותו, ברור שהתחייב התחייבות עם גמ"ד, והשטר הוא הוכחה חזקה יותר לגמ"ד לעומת הבטחה בע"פ או מתנה.

רבינו תם, לוקח סוגיה מהתלמוד הבבלי, שהפרשנים קושרים אותה להודאה, ופוסל את הקשר הזה להודאה, וקובע שההתחייבות החוזית המדוברת תקפה כקניין! לא כהודאה! רבינו תם מרגיש מחוייב למבט הכללי הרחב- התחייבויות בתלמוד שקשורות בקנין. ולכן פונה למקומות אחרים בתלמוד כדי להסביר את מה שכתוב כאן. ומתעלם מהעובדה שמדובר בסוגיה על עדים והודאה..

אם כך, רבינו תם נותן את התוקף להתחייבות דרך הקניין- ולכן יש כאן צעד נוסף לעומת הפרשנים הקודמים, אך עדיין הוא לא מדבר דרך דיני החוזים ממש אלא דרך דיני הקניין.

מי שעושה את הצעד הכי משמעותי- זה הרמב"ם:

רמב"ם, מכירה יא, טו

המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא 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 הולך בדרכם של בעלי התוספות, הוא מרשה לעצמו להתעלם מסוגיות שלמות בתלמוד ולבחור "צד".

"בלא תנאי כלל" – בהמשך נלמד את סוגיית האסמכתא, וכשנלמד את הסוג הזה של ההתחייבות נבין מדוע הרמב"ם אמר ללא תנאי כלל, כרגע נתעלם מכך. המשמעות היא שלהתחייבות עתידית ללא תנאי בעבר, יש תוקף – וההנמקה היא שזוהי מתנה – "שדבר זה מתנה היא".

הפתיחה והסיום הם אמירה כללית בה הרמב"ם קובע כי להתחייבות חוזית עתידית יש תוקף משום שהיא כמו **מתנה** (סיפא) – כמו **ערבות** (רישא).

באופן עקרוני, הוא אומר לנו בעצם שיש לו שני מודלים של התחייבויות כספיות, שאין בהן שום אקט קנייני, שאין בהן תמורה אבל בכל זאת יש להן תוקף:

1.       מתנה

2.       ערבות

כעת הרמב"ם עובר להסבר, "כיצד"? איך מתחייבים? 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"

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

הרמב"ם הולך בעקבות הרי"ף ומרחיב עליו ובעצם אומר שיש התחייבות מתוקף דיני החוזים. אך, הוא נכנס אל הסוגיה התלמודית ורוצה להכריע בין האפשרויות (הוא קודפיקטור במקום קזואיסטי – התלמוד). הוא קובע כי תוקפה הנורמטיבי של ההתחייבות הכספית הוא מדיני החוזים – לא מדיני הראיות (הרי"ף אמר שזה כמו הודאה), ולכן היה חשוב לרמב"ם להביא הוכחות מדיני החוזים כמו הסכם מתנה וכמו ערבות. הרמב"ם אומר שיש חוזה, ופשוט אין פרקטיקה שתאפשר לנו לעשות כן – התלמוד לא מעוניין בחוזה ולכן מגדיר אותו כהודאה ולכן אי אפשר להתנהג כפשוטו כאילו יש חוזה.

לפי המשנה, לחוזים יש תוקף ככאלה. התלמודים מתקשים לקבל זאת, והולכים בדרכים שונות בכדי לסטות מקו זה של המשנה. את הקו של המשנה ממשיכים: הרי"ף, רבינו תם והרמב"ם. שלושתם חושבים שלהתחייבות חוזית עתידית כספית יש תוקף, אלא שהשאלה היא מהו מקור התוקף. הרי"ף- הודאה, רבינו תם- הקניין, הרמב"ם- החוזה. את קו התלמוד (הבבלי) ממשיך רש"י. אם כך, המהפך שניסה לעשות התלמוד- לבטל את החוזים מחיינו- לא צלח, ובעצם הפוסקים ניסו לחזור למשנה. ניתן לומר, שהסיבה לכך היא החיבור למציאות- שבפועל ישנם חוזים. אנו נראה שהתלמוד כל הזמן יעשה לנו צרות ויילחם בחוזה, והפוסקים כל הזמן ינסו להחזיר אותנו להכרה בקיומו של חוזה, אך מצד שני- ניתן לראות את השפעת התלמוד ברמה הפרקטית-ההתנהלות בסוף תהיה בצורות אחרות של הודאה וכו'.

אנו נראה בהמשך:

התחייבות לפעולה (ולא התחייבות כספית), וגם כאן נראה שהתנאים מאפשרים הסכם, התלמוד מתנגד, ולכן נאלצים לייצר אלטרנטיבות, והפוסקים חולקים ביניהם.

אנו נבין שלא מדובר בסוגיה אחת, אלא בנושא שלם, ואז נצטרך להבין מה קורה כאן בעצם.

2. בעיית ההתחייבות –

התחייבות לפעולה ("קניין דברים")

בבלי, בבא בתרא ג,א

[משנה, בבא 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. רב אשי אמר: כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק.

[רש"י, שם: קנין דברים הוא - ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או מכר או מתנה או שעבוד קרקעות שהקנין חל עליו או מטלטלין; ברוחות - זה בורר לו חלק מזרחי וזה בורר לו חלק מערבי וקנו מידם ומעתה נקנה חלק מזרחי לזה ואין לזה חלק בו וכן השני לחבירו; והחזיק - בחלקו רפק ביה פורתא וקרקע נקנה בחזקה אחרי אשר רצו בשעת חלוקה].

המשנה במסכת בבא בתרא עוסקת בדיני שותפות ויחסי שכנים במקרקעין. כשיש הסכם בין שני שכנים לחלוקת החצר- להסכם זה יש תוקף לפי המשנה.

התלמוד- להסכמים כלל אין תוקף. אז מה המשמעות לכך שהם הסכימו ביניהם?

התלמוד מביא לכך 2 הצעות:

**1. שקנו מידם**= לפי ההלכה לחוזה יש בעיה: בעיית החפציות. המה"ע הוא ריאלי במובן שדורש פעולות ממשיות, ולכן כשהפעולה נעשית בדבר חפצי יש לה תוקף, אך בחוזה שהוא ערטילאי המה"ע לא מכיר. אז איך ניתן בכ"ז ממשיות לחוזה? ע"י "קנו מידם". הסבר: זו מין **סימולציה משפטית**. את הזכויות שעברו מצד לצד בחוזה, אנו מגלמים בחפץ, וברגע שהחפץ עובר מהמתחייב לזוכה באופן ממשי- פתרנו את בעיית הערטילאיות. לזה קוראים "קנו מידו או קנו מידם"- כי האקט החוזי הופך להיות קנייני. זו פרקטיקה פיקטיבית. וכך עשו גם אותם שכנים שהמשנה מדברת עליהם ולכן ההסכם ביניהם תקף.

# שיעור מס' 3: 29/10/2013

דיברנו על בעיית ההתחייבות, והסוג הראשון שבחנו היה התחייבות כספית. ראינו שהאמוראים מסרבים להכיר בתופעה החוזית ברמה העקרונית. הסוג השני שהתחלנו לבדוק- זה התחייבות לפעולה: קניין דברים. וראינו שהיא עשויה להיות בעייתית יותר, כי לא מדובר בכסף אלא בפעולה, ואם אנו רואים כאחת הבעיות בהתחייבות את בעיית החפציות, אז ברור שיש לזה משקל.

המשנה דיברה על הסכם פירוק שיתוף במקרקעין (2 שכנים שרצו לעשות מחיצה בחצר), והמשנה קובעת שאם רצו- הם בונים את הכותל באמצע וההסכם מחייב. התלמוד בניגוד לתנאים שמוכנים לומר שלהסכם כזה יש תוקף, מערער על כך: אז מה אם הם הסכימו, שיחזרו בהם. אך אז התלמוד מקשה- הם לא יכולים לחזור בהם, כי אחד מהכלים לשכלול התחייבות (חוזה) שהוא "קנו מידם"= ניסיון להפוך את האקט החוזי לקנייני. הזכויות הערטילאיות מגולמות בחפץ מסוים העובר בדרך קניין מיד ליד וכך מקנים את הזכויות מיד ליד. ואז מסביר התלמוד- אם קנו מידם, לא יהיה ניתן לחזור בהם כי להתחייבות כזו יש תוקף.

אך התלמוד מעלה קושי נוסף: קנו מידם זה הליך שנועד להפוך את ההליך הערטילאי לממשי. אבל את מושא העסקה לא ניתן "לגייר" ולהמיר כמו קנו מידם- ז"א, אם המושא הוא חפצי אז ניתן לגלם זאת, אך אם המושא הוא ערטילאי- איך ניתן להעבירו? אם המושא הוא פעולה ולא חפץ, לא משנה שמגלמים זאת בחפץ- הגילום בחפץ יעיל רק כשמדובר בהתחייבות שבליבה חפץ. אך זה לא מסייע לנו לפתור את הבעיה בכך שמדובר בחוזה העוסק בדבר שאינו ממשי- כמו פעולה.

התלמוד מציע לבעיה זו של בעיית ההתחייבות 2 הצעות:

**1. פתרון הנוגע בבעיה עצמה: נהפוך את מושא ההתחייבות מערטילאי לחפצי.** איך? נתאר את הסכם הפירוק באופן של דבר ממשי ולא כפעולה. איך? כל אחד מתחייב להעביר את חלקו בחצר לאחר. התחייבות לתת חלק בחצר היא לא פעולה, אלא כל אחד מתחייב להעביר את זכויותיו בחלקה= חפץ ממשי, וכך מתגברים על בעיית הערטילאיות כי מדובר כעת בהעברת חפץ ממש.

2. פתרון שמערער את הנחת היסוד: ההליך הוא כלל לא חוזי אלא קנייני, ולא מדובר כלל בהתחייבות עתידית. הסבר: קרקע נקנית באחת מ-3 דרכים: כסף, שטר או חזקה. ההליך הקנייני הוא לרוב הליך פיזי ויש הגבהה. אך כשמדובר במכירת קרקע, מייצרים מעין החזקה- ע"י פעולות מסוימות שמבטאות החזקה בקרקע כמו: לעדור בקרקע, גידור וכו'. רב אשי טוען שהליך פירוק השיתוף איננו חוזי (של התחייבות לפירוק שיתוף), אלא הליך קנייני: קבענו שכל שטח שייך לשני, וכל אחד מ-2 השכנים הולך לצד השני ומבטא חזקה בה- ביצוע פעולה קניינית שבה כל אחד קיבל לידו חלק בחצר. אין כאן כלל התחייבות עתידית.

לסיכום: התלמוד טוען שלא ניתן לקבל חוזה כשלעצמו, לפחות צריך קנו מידם, וגם זה עובד רק כשמושא ההתחייבות הוא חפצי כי אחרת לא ניתן להכיר בחוזה כזה. החידוש שיש כאן בתלמוד לעומת הדיון הקודם- הוא הפסקה של קניין דברים בעלמא: ההליך של קנו מידם איננו יעיל כאשר מושא ההתחייבות הוא ערטילאי.

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.

דברים ערטילאיים "קנו מידן" לא מועיל בהם. דוגמאות לכך: כתיבה בשטר על שיתוף בסחורה בעתיד, או חלוקת השדה, או שיתוף באומנות וכו', כל אחד מהדברים הללו מושא ההתחייבות בו הוא על פעולה- ולכן זה קניין דברים- ואינו מועיל כלום. למה? כי אין כאן הקניה של דבר מסוים וידוע. ולפי הרמב"ם קניין יכול לחול רק כאשר המושא הוא מסויים וידוע. ומכיון שפירוק שיתוף זה פעולה, ופעולה זה דבר לא מסוים ולא ידוע, לכן זה לא עיקר (לא גוף של משהו) ולא פירות עיקר (דברים הצמודים לגוף), והסכמים כאלו, גם אם "קנו מידן" לא תקפים.

הרמב"ם בעצם לא חידש כלום, ורק סידר את דברי התלמוד בצורה קניינית וברורה יותר.

הפוסקים בעקבות הרמב"ם, חלקו ביניהם: האם הבעיה של קניין דברים ניתנת לסדיקה. אולי בכ"ז יש פעולות חוזיות שכן ניתן להסדיר. בעיה זו נובעת מכך שהחברה נוהגת בדרך של חוזים. ולכן הפוסקים מחפשים איך לייצר חריגים לכלל הזה- וכן לנסות להכיר בפעולות מסוימות כתקפות.

יד רמ"ה, בבא בתרא, שם, אות כו

מהא שמעינן דלא מהני קנין אלא היכא דקנו מיניה אגופא דממונא, אבל היכא דקנו מיניה למעבד הקנאה, כיון דלא מקנו ליה לגופיה דממונא בההוא קנין לא משתעבד לאקנויי ליה, דהוה ליה קנין דברים בעלמא ולא הוה קנין...

דלא מהניא הודאה במילתא דלא הוה מחייב ביה, אלא היכא דהוה יכיל לאקנויי או לחייביה נפשיה בגווה, 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.

[חשיבותו ההיסטורית של פוסק זה שהוא משתמש הרבה בחומרים של הגאונים שהם חומרים וותיקים.]

"מכאן אנו לומדים (מדברי התלמוד) שלא מועיל קניין (קנו מידן) אלא רק בחפץ. אבל, במקרה ש"קנו מידו" לא על חפץ אלא על פעולה, כיון שלא מקנים גוף של ממון (אין נכס פיזי שעובר מיד ליד), אין כאן התחייבות להקניה ואלו הם דברים בעלמא ואין כאן קניין.

עד כאן אין חידוש- הוא אומר בצורה ברורה את ההבדל בין התחייבות בחפץ לבין התחייבות לפעולה.

כעת הוא חוזר לאותו חלק של "חייב אני לך מנה", שהרי"ף קשר להודאה-

הודאה לא מועילה למה שלא היה יכול להתחייב עליו, אלא הודאה מועילה רק בדבר שהוא יכול לחייב עצמו בו. כלומר, רק כשמושא ההתחייבות הוא חפצי ניתן לדבר לגביו בהודאה. לדוג': "חייב אני לך מנה"- בשטר, מכיון שהכסף הוא חפצי, ניתן לחייב עצמי בו. אך לגבי חלוקה וכדומה, כיון שאין פה צד שמשעבד עצמו לחלוק ולא חייב בזה אלא רק רוצה בזה (הסכם מרצון ולא הסכם מן הדין), אזי ההתחייבות הזו אין בה כלום גם אם תיעשה בצורה של הודאה- כי אין בה ממש.

לסיכום חלק זה- התחייבות בהודאה יעילה רק לדברים שניתן להקנות בהם, כלומר כמו שקניין לא יכול להיעשות בדבר ערטילאי גם הודאה יכולה להיעשות רק בדבר שיש בו ממש ולא בפעולה.

כעת, הוא חוזר לעניין של "קנו מידו":

כאן הוא מדבר על התחייבות כספית- מה דינה של התחייבות כספית לעניין "קנו מידו"? ואומר ש"קנו מידו" זהו אקט שיכול להועיל ולשכלל התחייבות כספית ("חייב אני לך מנה") אך לא יכול להועיל להתחייבות שאינה כספית= לפעולה. בעצם הוא לוקח דוגמא מהעבר ומיישם עליה את מה שאמר קודם- גם כאן אין חידוש!

אז אם אנו רוצים שהתחייבות שמושאה כסף תהיה עם תוקף- נעשה זאת באחד מ-2 מסלולים: או דרך הודאה ("חייב אני לך מנה") או דרך "קנו מידו" (חוזה משוכלל). וזה לא קניין דברים כי ההתחייבות היא התחייבות כספית שמושאה כסף.

אך אם מדובר בהתחייבות לפעולה, כיון שמדובר בהתחייבות עתידית כל פעולה עתידית היא בגדר פעולה- היא תיקרא "קניין דברים" ולא יהיה לה תוקף. בעצם, יש כאן קביעה מאוד דרמטית: כל התחייבות לביצוע פעולה זו התחייבות ערטילאית ולכן לא ניתן יהיה לשחררה באמצעות "קנו מידו". (לרבות פעולות של לתת/ לבנות/ לזון- שאלו הן פעולות שלכאורה קשורות בחפצים ובכ"ז הן נחשבות לפעולה עתידית בעלמא). הוא לוקח בעצם את דברי הרמב"ם והולך איתם "עד הסוף".

אך כעת הוא מוסיף ומדבר על עמדה נוספת שקיימת (אך הוא מסתייג ממנה):

עמדה זו אומרת כך: יש 2 סוגים של התחייבויות לביצוע פעולה.

סוג 1: התחייבויות כדוגמת מי שקנו מידו לחלוק/ להשתתף/ לילך.

סוג 2: פעולות שהן: לתת, לבנות, לזון-בהן "קנו מידו" כן יועיל כי זה לא קניין דברים.

בעצם יש להבחין בין פעולות של "לתת" לבין פעולות כמו "לחלוק, להשתתף או לילך". יש כאן ניסיון לסדוק את הכלל התלמודי של קניין דברים. מאיפה הוא לקח דווקא את 3 הפעולות הללו? מ-3 הדוגמאות של הרמב"ם שמדברות בדיוק על 3 הפעולות הללו.

היד רמ"ה בעצם אומר כך: אם נתייחס לתלמוד כמו שהוא ולעקרון הרחב שבו- אזי כל התחייבות עתידית לפעולה היא חסרת תוקף לא משנה על מה היא.

אך ישנה עמדה נוספת, שהוא דוחה אותה, שנגזר מפרשנות של הרמב"ם: מכיון שהרמב"ם מביא דוג' מסוימות, אנו נתפסים אליהן- ואומרים שאם הפעולה היא אחת מ-3 סוגים שעליהן מדבר הרמב"ם, אותן באמת לא ניתן לשחרר ע"י "קנו מידן", אך פעולות אחרות כמו לתת יהיה ניתן לשחרר ע"י "קנו מידו".

לסיכום: יש 2 מנגנונים- הודאה וקנו מידו, והיד רמה בודק האם הם מועילים בסוגי ההתחייבויות השונות.

2 סוגי התחייבויות:

1. התחייבות שמושאה חפץ (כספית):

א. עכשווית: 2 המנגנונים יועילו.

ב. עתידית: קנו מידו יהיה תקף, הודאה- בסימן שאלה, כי היד רמה לא הביע דעה לגבי זה.

2. התחייבות שמושאה פעולה:

א. ערטילאית (לילך, להשתתף, לחלוק): 2 המנגנונים לא יועילו.

ב. כרוכה בחפץ (לתת, לבנות, לזון) הודאה- לא יועיל. קנו מידו: יד רמ"ה- לא יועיל, אך יש חולק עליו שאומר שכן. וזה החידוש שחשוב לנו בדבריו!!

טור, חושן משפט, קנז:

הטו"ר מביא את המחלוקת שבין היד רמ"ה לבין התנאים, אך לא מכריע בה, וגם השו"ע לא מכריע בה.

מה שמביא אותנו לפסק של הרב עובדיה יוסף, שממנו ניתן להבין שהשו"ע כן הכריע במחלוקת רק במקום אחר בשו"ע:

שו"ת יביע אומר, חלק ה, חו"מ, סימן ה:

מדובר בערעור על פס"ד שניתן ע"י ביה"ד האזורי. דובר בהסכם גירושין שהבעל התחייב לסכום של 150 לירות בחודש, ונאמר שסכום זה הוא סופי, אך אם הכנסות האיש יגדלו משמעותית או צרכי הבת יגדלו משמעותית יוכלו לחזור לבה"ד הרבני והוא יוכל לשנות את הסכום. ואכן חזרו לבה"ד, והוא פסק להגדיל את הסכום ל-180 לירות. האישה רצתה יותר ולכן ערערה לבה"ד הגדול.

הר' עובדיה מנסה להשאיר על קנו את הפסק של בה"ד, ולומר שאין תוקף לדברי האישה, והכלי האחרון שבו הוא משתמש לשם כך הוא כזה: בכלל לא ברור שלהסכם הגירושין הזה יש תוקף!!!

מה שחשוב בתשובתו של הר' עובדיה זה ההפניה שלו לשו"ע:

שטר התחייבות שכתוב בו "אתן" (התחייבות עתידית) , בשו"ע מובאות 2 דעות לגבי זה-

דעה 1: אין לנוסחת התחייבות "אתן" תוקף.

דעה 2: אם הייתה נוסחת התחייבות "אתן" + "קנו מידו"- יהיה לכך תוקף.

ההבנה הפשוטה היא, שיש כאן מחלוקת האם ניתן לשכלל התחייבות "אתן" באמצעות "קנו מידו".

באחד מהכללים המילוניים שעל השו"ע, מתייחס הרב עובדיה למקרה שבו מובאת דעה סתמית, ואחריה מובאת דעה של "ויש אומרים". לדעת הרב עובדיה, פוסקים לפי הדעה הראשונית.

ולכן, גם כאן, יש לפסוק את ההלכה לפי הדעה הראשונה הסתמית.

לפי הרב עובדיה יש כאן הכרעה של השו"ע במחלוקת: לא ניתן לתת תוקף להתחייבות עתידית גם אם יש לפעולה זו יסודות חפציים ע"י קנו מידם.

התנאים בעקרון- מכירים בשני סוגי ההתחייבויות, ואילו האמוראים לא, אם כי יש דרכים שונות לעקוף זאת.

מהי הסיבה של האמוראים לחלוק כך על התנאים? הרי חייבת להיות סיבה טובה לכך, בייחוד כשהתוצאה בעלת השלכות חברתיות קשות.

*ברכיהו ליפשיץ:*

מניח 2 הנחות יסוד:

1. האמוראים לא אוכפים הבטחות (התחייבויות חוזיות עתידיות).

2. בהקשר הדתי-

א. אמנם משפטית לא אוכפים קיומן של הבטחות, אך מוסרית ודתית אנו כן אוכפים הבטחות. (מי שלא מקיים הבטחותיו אנו נגנה אותו ונתייג מפר הבטחות בתיוג שלילי).

ב. יש להבחין בין התחומים הדתיים של ההלכה לבין ההקשרים הלא דתיים של ההלכה. בלא דתיים- אנחנו באמת לא אוכפים קיום הבטחות, אך בדתיים- אנו כן אוכפים: כגון- נדרים והבטחות.

ברכיהו במאמרו מנסה להסביר למה בתחום החילוני אין אכיפה ובתחום הדתי יש אכיפה.

הוא נותן 4 תיזות ה-2 הראשונות שגויות בעיניו, השלישית- היא הצעתו אך הוא לא מסתפק בה, והרביעית היא הפתרון בעיניו.

התזה הראשונה- החפצית: (גולק ורוב החוקרים עומדים מאחוריה):

המה"ע הוא ריאלי ודורש ממשות, ולכן הוא לא אוהב חוזים שהם עוסקים בהליכים ערטילאיים.

ליפשיץ טוען שהתזה של גולק שגויה- כי הוא מתבסס בה על שני דברים:

1. על סוגיית קניין דברים.

2. על דברי הפוסקים שהתייחסו לסוגיית קניין דברים (כמו הרמ"ה).

אם אלו אכן 2 בסיסי התזה של גולק- הם אינם נכונים לדעת ברכיהו ליפשיץ. למה?

1. קניין דברים אומר שמבחינים בין חוזה שמושאו חפצי לבין חוזה שמושאו ערטילאי, וההבחנה הזו עצמה לדעת גולק אומרת שאנו לא מאמינים בחוזה ערטילאי. אך ליפשיץ לא מסכים עם זה- כי יש כאן רק התייחסות בעיניו למנגנון של קנו מידו ולכך שהוא יכול לעבוד רק על מושא חפצי ולא ערטילאי-וזה ברור מאליו לדעת ליפשיץ, וזאת משום שקנו מידו יכול לפעול רק על דברים קניינים חפציים, אך אין כאן אמירה גורפת לגבי פסילת חוזה ערטילאי.

2. אלו דברי ראשונים, וזה לא מוכח מהתלמוד, ואילו ברכיהו רוצה להסביר את התלמוד מתוכו עצמו ולא מדברי פוסקים לגביו.

לדעת ברכיהו, מה שמוכח מהתלמוד עצמו זו ההבחנה בין התחייבות עכשווית לבין התחייבות עתידית, ולא ההבחנה בין התחייבות חפצית לערטילאית. ציר ההבחנה הוא בין עכשווי לעתידי.

לדעת המרצה: ברכיהו לא באמת הצליח להוכיח את הטענה הזו במאמר.

התזה השניה- מנטאלית: גמירות הדעת. (אלבק):

הטענה היא שמה שמפריע לתלמוד זה המבחן לגמה"ד, וגמה"ד קיימת רק כאשר ישנם חפצים ולא כשמדובר בדברים ערטילאיים.

לדעת ברכיהו- טענה זו אינה נכונה. משום שאם נצליח להגיע לנסיבות בהן יש גמ"ד ברורה שאין חולק עליה, היינו צריכים לאשר התחייבות כזו! ולא מצאנו זאת בשום מקום.

לדעת המרצה: סתירת טענה זו אינה מוצלחת- כי ניתן לראות בתלמוד מספר מקומות שבהם גמה"ד היא מובהקת ואז מאשרים את החוזה.

התזה השלישית- האלטרנטיבית (הצעתו של ברכיהו):

ההבחנה בין התחייבות חוזית עתידית להתחייבות מעכשיו. יסוד ההבחנה הוא בהלכות ריבית.

ברכיהו טוען שלהלכות ריבית השפעה מכרעת בתחום דיני החיובים.

טענתו היא כזו: הלכות ריבית בנויות בד"כ על ההבחנה בין עסקאות מעכשיו לעתידיות. וריבית זה לא רק כאשר אדם לווה סכום מסוים ומחזיר בעתיד סכום גבוה יותר, אלא גם כאשר אדם מבצע עסקת מכר ולא משלם על הסחורה כפי שהיא שווה כעת אלא כפי שהיא תהיה שווה בעתיד. ("פוסק על השער"). ולכן כעת הוא קובע מחיר, ומשלם אותו עכשיו. יהיה פער בין המחיר ששולם כעת לבין השווי העתידי. ומכיון שתמיד יהיה פער בין המחיר ששולם לבין המחיר העתידי, זהו ההבדל שבין התחייבויות מעכשיו לעתידיות.

התחייבויות מעכשיו- אנו מוכנים לתת להן תוקף כי אין בהן בעיה של ריבית, ואילו התחייבויות עתידיות- יש בהן בעיית ריבית ולכן הן פסולות וחסרות תוקף.

לדעת המרצה: ההיקש הזה הוא לא קשור ופשטני מידי.

אך ברכיהו לא מרוצה גם מהתזה הזו ולכן מציע תזה נוספת-

התזה הרביעית- התיאולוגית:

התזה בוחנת את היחס בין הדיבור לבין המעשה.

מקובל לחלק את עולם הפעולות ל-3 רמות: מחשבה, דיבור ומעשה.

ברכיהו מתייחס בעיקר להבדל בין הדיבור למעשה.

הוא טוען כך- אצל האל אין הבחנה בין הדיבור למעשה, ויותר מזה- הדיבור הוא עצמו המעשה. זאת משום שהאל מעולם לא מכזב בהבטחותיו- כל מה שהוא אומר הוא עושה. "ברוך אומר ועושה".

ניתן לראות זאת אף במונחים חוזיים בדת-

למשל, בתפילת עמידה: "ומקיים אמונתו לישני עפר"= יש מתים, והאל מבטיח להם שהוא יחייה אותם בעתיד. "אמונה"= הבטחה. ואצל האל, מכיון שהוא אל אמת, לכל הבטחותיו אנו קוראים "אמונה". ומכאן המונח "שטר אמנה"= שטר הבטחה.

אצל בנ"א, שעלולים לכזב, יש פער בין הדיבור למעשה, לעומת האל.

אך הראוי מבחינה תאולוגית, הוא שהאדם יידמה לאל- ושהבטחותיו יקויימו. שעולם דיבורו יהיה גם עולם המעשה. ולאדם יש גם הכלים לעשות זאת- לחבר בין הדיבור למעשה.

כעת נשאלת השאלה, האם יכולת זו של האדם לקיים הבטחות, היא כזו שאנו מעוניינים לאכוף אותה, או להשאירה לבחירתו החופשי של האדם? מכיון שמדובר ביכולת אלוהית, לדעת ברכיהו- יש להשאיר זאת לבחירתו החופשית של האדם, כי זהו הניסיון שלו.

ולכן, המנגנון של ההבטחה קשור ליכולת אתית של האדם והוא חייב להיות חופשי.

בעולם דתי, שמראש יש עמידה של אדם אל מול האל, הידמות זו אינה נתונה לבחירה- ולכן בעולם הדתי אנו אוכפים הבטחות, לעומת העולם החילוני.

על רקע זה, יש להסביר מדוע קמו מנגנונים כמו "קנו מידו" והודאה וכו'?

ניתן לומר, שאולי אנו לא עושים זאת על דרך של הבטחה אלא על דרך קניין. ליפשיץ טוען שכל המנגנונים הללו לא מופיעים כלל בתלמוד. לדעת המרצה, לא ברור למה התזה של ליפשיץ יותר אותנטית-היא גם לא מופיעה בתלמוד.

3. אסמכתא

4. שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג:

הרשב"א טוען שיש מלחמת עולם בין כל הפוסקים מימה"ב וכל אחד מגדיר אחרת אסמכתא- וכל ההגדרות בעיניו מופרכות. ויש לו הצעה חדשה משלו.

אנחנו נעבוד בצורה קזואיסטית- נביא מקרים, ועליהם ננסה לבדוק עקרונות:

# שיעור מס' 4: 5/11/2013

1. תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) א, טז-יז:

מקור זה מכיל 3 מקרים שכונו אסמכתא לפי התלמוד הבבלי, ולכן נדון בהם כאסמכתא:

* מקרה א: עיצומים:

2 אנשים שמתעמתים ביניהם בבהמ"ש, וכל אחד מנסה להכריע את השני. (עצומים= כל אחד מנסה להראות את עוצמתו). ואחד מהם מתחייב שאם לא יופיע לדיון בעוד שבועיים, ייתן סכום מסוים לאדם השני. עוברים שבועיים, הוא לא מופיע, וכעת נשאלת השאלה האם הסכום הזה באמת צריך להיות מועבר כעת לאדם השני?

דעה 1 (ר' יוסי): יש כאן תניה והתחייבות, ולכן אם לא בא אותו צד התקיים התנאי ועליו לשלם= **יש תוקף להתחייבות במובן של זכות קניינית.**

דעה 2 (ר' יהודה): כדי שתהיה לזוכה זכות קניינית בכסף הזה יש לבצע איזושהי פעולה קניינית (פיזית), ולכן כל עוד הדבר לא בא לתוך ידו, הוא לא זכאי לכסף. אם הוא רוצה- הוא יכול לתבוע את אותו אדם על הכסף ולחייבו להעבירו אליו, אבל כל עוד לא נעשתה הפעולה- **אין כאן תוקף במובן של זכות קניינית אוטומטית, אלא רק זכות חוזית**.

הבבלי מכנה את סוג ההתחייבות הזה בשם אסמכתא.

* מקרה ב: **משכנתא:**

הלווה מתחייב שאם עד תאריך מסוים לא יפרע את החוב, המשכנתא המופקדת בידי המלווה תהא שייכת לו כעת. נניח שהגיע התאריך ולא החזיר את החוב-

דעה 1 (ר' יוסי): יש תוקף להתחייבות, וכתוצאה מזה לנושה יש זכות קניינית במשכנתא.

דעה 2 (ר' יהודה): המשכנתא לא תחולק בידי הנושה. הוא צריך לעשות פעולה קניינית כלשהי כדי שהמשכנתא תחולק לו. כעת יש בידיו זכות חוזית בלבד.

הערה: יש מושג בלשון- שדה סמנטית= בהקשרים עניינים מסוימים יש מקבץ של מילים, שביניהן יש מכנה משותף של תוכן, של אמירה תרבותית מסוימת. למשל- כריתת חוזה. השימוש במילה כריתה, "פסק לה מזונות", "קצב לה מזונות", "לקצוץ", "לחתוך". השפה החוזית היא שפה "קצבית"- יש בה הרבה לשונות במובן של חיתוך. ונשאלת השאלה מה עומד מאחורי זה, ולשם כך נפנה להתחלה- כריתת ברית בין ה' לאברהם, שם אברהם נצטווה לקחת בע"ח, לבתר אותם, לשים את הבתרים ב-2 צדדים, ושיהיה מעבר ביניהם ובעקבות המעבר תיכרת הברית. (שעבר ביניהם לפיד אש ועשן). זו הייתה דרכם של כורתי ברית. ניתן לראות זאת גם בירמיהו, שהייתה ברית כזו.

מה עומד מאחורי דרך כריתת ברית זו?

הסבר 1: הברית נכרתת בצורה כזו כדי לייצר איום על מפר הברית, שיידע שאם יפר אותה- יאונה לו רע. (למשל- פילגש בגבעה, שמבותרת ל-12 חלקים.)

הסבר 2: (יותר נעים, אך לא בהכרח נכון): שלא יהיו הצדדים כיריבים זל"ז, אלא להפוך את הצדדים לבעלי אינטרס משותף. איך? ע"י לקיחת יצור אורגני, והפרדתו לשניים, והפרדה זו אומרת שבמקור הם דבר אחד. וכך כאילו הצדדים מכריזים על אחדות אינטרסים שנוצרת ביניהם בעקבות ההסכם.

לכן המילה ינתחנו השייכת גם היא לאותו שדה סמנטי, היא לתבוע מישהו ע"פ חוזה.

* מקרה ג: **ערבון:**

ערבון בתלמוד= מקדמה.

עסקת מכר של בית או שדה, והקונה נותן מקדמה למוכר, ואומר לו שאם לא משלים את הסכום עד לתאריך מסוים הוא מפסיד את המקדמה. ומנגד, אם המוכר לא ישלים את המכירה עד לתאריך מסוים- הוא יחזיר לו את הערבון ובנוסף ישלם לו סכום שווה לסכום הערבון. בעצם, הסנקציות כאן במקרה של הפרת ההסכם שוות לשני הצדדים.

הגיע הזמן, והמוכר לא השלים את המכירה-

דעה 1 (ר' יוסי): התקיים התנאי, הכסף של הקונה.

דעה 2 (ר' יהודה): את הסכום של המקדמה המוכר חייב להחזיר, אך את הכסף שהבטיח- זה בעל תוקף חוזי ולא קנייני.

2. בבלי, בבא בתרא:

* מקרה ד: **שטר שמופקד בידי צד שלישי:**

הקדמה- כאשר אדם פורע את חובו, על הנושה שמחזיק בשטר החוב, להחזיר את שטר החוב לידי החייב לאחר שקיבל חזרה את כספו, ומקובל שהחייב קורע את השטר.

במקרה כאן, החייב לא פרע את כל חובו, אלא רק מקצתו, ואז נשאלת השאלה מה נעשה עם השטר? אם נשאיר אותו בידי הנושה, זה בעיה כי כתוב שם עדיין את כל הסכום, ומצד שני ברור שהנושה לא ירצה לתת את השטר כי עוד לא קיבל את כל חובו. ולכן הפתרון, הוא "להשליש את השטר"= להפקידו בידי צד שלישי. עד כאן הקדמה.

החייב אומר לשליש (הצד השלישי) אם עד תאריך מסוים לא אפרע את חובי, תחזיר את השטר לידי הנושה ואני מפסיד את מה ששילמתי כבר עד עכשיו. וכעת הגיע זמן הפירעון ועוד לא הושלם החוב-

דעה 1 (ר' יוסי): השליש ימסור את השטר לידי הנושה= הנושה יכול כעת להציג את השטר עם מלוא הסכום והחייב את מפסיד את מה ששילם.

דעה 2 (ר' יהודה): לא ימסור את השטר.

[על כך שואלת המשנה, על מה בעצם חולקים ר' יוסי ור' יהודה?

מכיוון שהוויכוח הוא בנושא אסמכתא, נשאלת השאלה האם אסמכתא זו קונה או לא קונה? ומכאן אנו רואים שגם למקרה זה קוראת המשנה אסמכתא]

אמר רב: הלכה כר' יוסי!

אך תלמידו של ר' יוחנן אומר: גם אם הייתי חושב אחרת, לימדו אותי שהלכה כר' יוסי ושאסמכתא קונה.

לפיכך, גם בבבל וגם בא"י ההלכה הייתה שאסמכתא קונה.

ופתאום אחרי כל זה כתוב: "ואין הלכה כר' יוסי".

הסבר-

התלמוד הבבלי נוצר במשך 300 שנה, ובאותה תקופה לא כתבו את התלמוד, אלא למדו אותו בע"פ. כפי הנראה, רק בשנת 750 (250 שנה לאחר שנחתם התלמוד) התחילו לערוך ולכתוב את התלמוד. היו ראשי פרקים שעברו במסורת והיו בידי ראשי הישיבות, ובכל מקום הם היו קצת שונים, וכתוצאה מכך הטקסט לא היה אחיד.

בנוסף היה שלב מאוחר יותר, שבו העורך המאוחר, אחרי שהביא את כל הדעות, מוסיף מהי ההלכה, או מה הוא חושב שההלכה.

וכך גם במקרה שלנו- **זו תוספת מאוחרת של העורך המאוחר- שזוהי ההלכה לדעתו.**

**וזוהי ההלכה בסופו של דבר: אסמכתא לא קונה!!** ז"א, יש כאן הלכה שהשתנתה, ההלכה הקדומה אמרה שכן והמאוחרת שלא. ההלכה במשנה נותנת להתחייבויות תוקף, ולכן אפילו ר' יהודה נותן להתחייבויות תוקף חוזי, ההלכה המוקדמת הייתה שאסמכתא קונה, וככל שמתקדמים לתקופות המאוחרות יותר לא נותנים תוקף להתחייבויות ואז קובעים שאסמכתא אינה קונה.

מהו המכנה המשותף של כל 4 המקרים?

ניתן לראות שכל המקרים הללו עשויים מעור אחד ובעלי מאפיינים זהים:

1. נוסחת ההתחייבות: אדם מתחייב לפעולה משפטית מסוימת, וקובע זמן לביצועה, ולפי הנוסחה, אם לא יבצעה עד לאותו זמן הוא מתחייב לפיצוי עונשי/ קנס.
2. המחלוקת: מחלוקת בין ר' יהודה לר' יוסי. ובכולם המחלוקת היא האם נוסחת התחייבות זו יוצרת זכות קניינית או לא. ראינו לפי הדוגמא האחרונה בבירור שמדובר על אסמכתא, והסבר למהי אסמכתא, וכן את המחלוקת לגביה, ומה הייתה ההלכה בעבר ומה הייתה ההלכה בשלב המאוחר יותר.

כעת נבחן מהו הויכוח, מהי הבעייתיות בנוסחת התחייבות כזו, ומדוע קוראים לזה אסמכתא.

**פגם של היעדר גמירות דעת:**

3. רשב"ם, בבא בתרא: רשב"ם טוען שמכיוון שבנוסחה זו יש התחייבות לפעולה שבצידה סנקציה, **המתחייב למעשה לא גמר בדעתו לשאת בסנקציה, כי בשעת התנאי הוא סמך בליבו שיוכל לקיים את הדבר.** ולמעשה, כשהוא אמר את הסנקציה, הוא התכוון רק להראות את מידת הביטחון שלו בכך שככה יהיה. אם כן, ההבטחה הזו נגועה בהיעדר גמ"ד, עד כדי כך שרשב"ם מנסח זאת כאונס. משום שהמתחייב בכלל לא העלה בדעתו שיקרה האירוע שיחייבו בסנקציה, וכלל לא תכנן באמת לקיים אותה. הוא היה סמוך ובטוח שיקיים את מה שהיה צריך לעשות.

**אסמכתא= סמך בליבו שיוכל להחזיר. (החייב)**

תוספות בבא מציעא: רבינו תם אומר לגבי המקרים של העירבון או השילוש- הם אכן נקראים אסמכתא. למה? כי יש בהם הגזמה. גם הרשב"א אומר שנוסחת ההתחייבות נגועה בהיעדר גמ"ד. אך הפסיכולוגיה שונה- **לא שהוא לא חשב שיגיע לסנקציה, אלא מכיון שהוא רוצה לגרום לחבירו לסמוך על דבריו ושיאמין לו, ולכן הוא לוקח ביטויים מוגזמים כדי לגרום לו לסמוך עליו**. ז"א, שהסנקציות הן מוגזמות- הרי לא ייתכן שאדם שהתחיל לפרוע את חובו, יסכים שבמידה ויאחר בתשלום ייעלם החוב שכבר שילם ויצטרך לשלם הכל מחדש..

**אסמכתא= הגזמה. נאמרה כדי לגרום לשני לסמוך עליו.**

ניתן לראות שבעלי התוספות שבויים בקונספציה של גמ"ד ושהיא זו שמסבירה את ענייני החוזים והקניין.

**פגם דיוני של סדרי דין:**

4. שו"ת הרשב"א: הרשב"א מדבר על כלל כזה: כל נוסחת התחייבות (נוסחה שהיא תחת תנאי) שניתנת בדרך של קנס היא אסמכתא.

המכנה המשותף של כל מקרי האסמכתא, הוא שמדובר בהתחייבות על דרך הקנס.

וזוהי הבעייתיות באסמכתא- קנס מוגדר כעונש בי"ד, רק בי"ד יכול לקנוס קנסות, **וישנה תפיסה הלכתית שאומרת שאדם אינו יכול להעניש את עצמו**. לכן יש כאן **בעיה מבחינה דיונית של סדרי דין, כי רק בי"ד יכול להטיל קנסות ולתת פיצויים עונשים**.

**אסמכתא= קנס.**

ברכיהו ליפשיץ:

**אסמכתא= הבטחה. (ס.מ.כ=ב.ט.ח)**

בהמשך ישיר לדברי הרשב"א-

5. ספר החינוך מצוה שמג: בעניין דיני האסמכתא, אי אפשר לומר שכל נוסחת התחייבות המותנית בעונש הינה אסמכתא.

**יש להבחין בין התחייבויות מותנות לבין אסמכתא.**

זאת מ-2 טעמים: 1. היום-יום שלנו מתנהל בדרך של התניות ועסקאות, ואם לא נאפשר זאת נהיה בבעיה. 2. מבחינה טקסטואלית ופרשנית- לא נוכל להסביר את מסכתות גיטין וקידושין אם נאמר שלכל תנאי אין תוקף.

**לכן יש להבחין בין אסמכתא לשאר ההתחייבויות?**

**אסמכתא= התחייבות על דרך הקנס.**

תניות הדדיות= שאדם אומר לחברו, אם אתה תעשה גם אני אעשה, אם לא תעשה- גם אני לא אעשה. אין כאן הענשה, אלא היענות או אי הענות בתגובה למעשה שנעשה מצדך.

**התוספת של ספר החינוך על הרשב"א היא התוספת של קו הדיון וההבדל בין ההתחייבויות.**

**פגם של אי גמירות דעת להקנות:**

6. רמב"ם הלכות מכירה: הרמב"ם **מגביל את אסמכתא לסוג מסוים של עסקאות מכר.**

הרמב"ם בונה את דבריו בשלבים: תחילה הוא מדבר על פעולות משפטיות מותנות, ולאחר מכן הוא יגזור מתוכן את הדיון באסמכתא.

אדם שמתנה תנאים שאפשר לקיימם (ולא משהו מופרך כמו נגיד, אם לא תעשה זאת אני אעלה לשמיים), ובאופן עקרוני התנאי ודיני התנאים הם רלוונטיים גם לדיני הקניין וגם לעסקאות מכר. כלומר, עסקה יכולה באופן עקרוני להיות מותנית- כלומר, אם תקיים את התנאי יהיה תוקף לעסקה ואם לא תקיים את התנאי לא יהיה לה תוקף.

הסייג לכלל- נכון שעסקה מותנית תלויה בתנאיה, אך זה לא אומר שכל תנאי הוא בר תוקף.

**ז"א, באופן עקרוני ניתן להתנות עסקה אך לא בכל תנאי. יש תנאים תקפים ויש שלא.**

עסקת מכר יכולה להתבצע בשני אופנים:

1. עסקת מכר עם מעשה קניין: עסקה עם אקט פיזי כדי להראות בעלות. אם התניתי עסקה כזו, יש לה תוקף במובן שאם התקיים התנאי- תקוים העסקה, ואם לא התקיים התנאי- לא תקוים העסקה.
2. עסקת מכר שנוטה יותר לכיוון החוזי: אדם מתחייב למכור בעתיד, ומתנה את ההתחייבות הזו בתנאי מסוים. אבל, יש כאן התחייבות בלבד ללא אקט קנייני. בעצם מדובר כאן בחוזה מכר, בהתחייבות עתידית ולא בעסקה.

במקרה כזה, מדובר באסמכתא, ואסמכתא לא קונה, מפני שלא גמר בליבו להקנות אותה.

הרמב"ם טוען שאסמכתא זה סוג מסוים של התחייבות המותנית בעסקת מכר. **הפגם באסמכתא נובע מהעדרו של האקט הקנייני שהוא המוכיח את גמירות דעתו של המוכר.**

**בעצם יש 2 גורמים לפי הרמב"ם שמעידים על אי עמידותה של האסמכתא- 2 גורמים שמראים שלא גמר בליבו להקנות**:

1. היעדר האקט הקנייני. (איך נדע שגמר בליבו אם לא עשה אקט קנייני?)

2. העסקה עצמה תלויה במשהו שיקרה. האדם הוא לא החלטי, לא סגור על עצמו, ולכן אין לו גמ"ד.

**אסמכתא= התלייה/ התניה. סמך= נסמך על. המכר נסמך על משהו/ תלוי על משהו/ מותנה במשהו.**

**לפי בעלי התוספות- הפגם בגמ"ד הוא במישור החוזי (לא התכוון כלל לשאת בסנקציה).**

**לפי הרמב"ם- הפגם בגמ"ד הוא במישור הקנייני בעסקאות מכר (לא התכוון להקנות- עובדה שלא היה שום אקט קנייני ושנקבעו תנאים לקיום המכר).**

(דוגמא) הלכה ג: מכר מותנה עם אקט קנייני= המכר תלוי בתנאי. דובר על אדם שלא רצה לנסוע לבד לירושלים, ולכן בתמורה לכך ששכנו יבוא איתו לירושלים, הוא ייתן לו את הבית. עד כאן בסדר.

אך אם אמר לו שבעתיד הוא ימכור לו את הבית= חוזה מכר ללא אקט קנייני, אלא יש כאן רק חוזה. והלך עימו לירושלים, מה יהיה כעת? גם אם השכן ייתן לו את המפתח לאחר כמה ימים- אין כאן אקט קנייני, כי זוהי אסמכתא.

הסבר: מדובר על חוזה, על התחייבות עתידית למכור, כשבעת ההתחייבות לא היה אקט קנייני. לא היה מסירה של המפתח או מסירה של משהו אחר בעת ההתחייבות עצמה. מסירת המפתח, שנעשתה כמה ימים או אפילו בחזור מירושלים, לא הודבקה להתחייבות, ולכן אין לה תוקף כאקט קנייני. אפשר לומר בעת מסירת המפתח: כיון שבאת איתי לירושלים אני מקנה לך את הבית כעת- זה יהיה תקף, אך לא יהיה ניתן להחיל את המכירה רטרואקטיבית לכך שהבית היה נחשב לשייך לי בזמן העליה לירושלים.

בעצם, באסמכתא, גם אקט קנייני מאוחר לא יועיל להחיל רטרואקטיבית את המכר.

ננסה להחיל את הרמב"ם על 4 המקרים שראינו קודם:

1. עיצומים- ההגדרה של הרמב"ם לא תקפה כי כלל לא מדובר על עסקת מכר.

2. משכנתא- זה לא רלוונטי, כי מדובר בהסכם הלוואה. ולכן זה לא עומד בתנאי הסף של הרמב"ם שמדובר בהסכם מכר.

3. ערבון- אמנם גם כאן ברקע מדובר על הסכם מכר, אך האסמכתא היא לא על המכר בכללו אלא על המקדמה.

4. השלשת השטר- אין כאן שום הסכם מכר.

על פניו, הגדרתו של הרמב"ם בעייתית ולא עומדת במקרים שלעיל. ולכן, כל מה שנאמר מעתה והלאה, זה יהיה ניסיון דחוק להלביש את דברי הרמב"ם בכ"ז על המשנה והתוספתא.

בהמשך דבריו הרמב"ם מדבר על סייגים וחריגים להלכת אסמכתא: נראה מקרים, שמבחינת התנאים העובדתיים שלהם הם עונים לשם אסמכתא, ואף על פי כן מסיבות שונות יהיה להן תוקף:

* סייג ראשון: "מעכשיו".

מקרה שבו יש חוזה מכר- התחייבות עתידית למכור ללא מעשה קניין (בלי שיש אקט קנייני). אך בעת ההסכם, המוכר אמר לקונה, אתה תקנה את זה מעכשיו. במקרה של הלכה ג- מילת ה"מעכשיו" הכשירה את העסקה, והמכר תקף רטרואקטיבית ובעצם היא מכורה כבר מרגע החוזה, והרמב"ם אומר שזוהי עסקה כשרה ואין מדובר כאן כלל באסמכתא. המילה "מעכשיו" מרפאית את פגם האסמכתא. למה? כי אילו לא גמר בליבו להקנות, לא היה אומר "מעכשיו". מילה זו מעידה על גמ"ד בליבו של המוכר למכור.

הרמב"ם אומר שלחוזה מכר מותנה יהיה תוקף אם ריפאנו את פגם האסמכתא באמצעות "מעכשיו", ואם עשינו "קנו מידו" (אקט דמוי קניין לצורך שכלול חוזה, אך הוא לא נחשב לאקט קנייני). פגם האסמכתא הוא תוצאה של היעדר גמ"ד- גם לא עושה אקט קנייני, גם מתנה תנאים, אך מי שנחרץ ומראה שהוא רוצה שהמכר יחול כבר מעכשיו זה מעיד על גמ"ד ורצונו במכר.

* סייג שני: פורום.

באיזה פורום נערך חוזה המכר? הרמב"ם טוען שיש פורומים, שאם חוזה המכר נערך בפניהם, אז גם אם יש כאן אסמכתא- יהיה לה תוקף. למשל: חוזה בפני בי"ד חשוב (הערכאה העליונה בסביבות המגורים של אותו אדם). הרמב"ם מניח שכאשר אדם עושה פעולה משפטית בפני פורום כ"כ מכובד, הוא לא מעלה בדעתו לזרוק סתם מילים בע"פ, וכן גם אם יש כאן התחייבות בע"פ, הפורום הוא אינדיקציה לגמירות הדעת ומרפא את פגם האסמכתא. (כמובן שגם כאן נדרש "קנו מידו").

בשני המקרים הללו מדובר באסמכתא שיש לה תוקף. כעת נביא דוגמא להלכה שכבר קראנו אך לא הבנו כמו שצריך, לא מדובר בחריג לאסמכתא אלא במקרה שכלל לא עונה על תנאי האסמכתא.

הלכה יג: מקרה שהוא כלל לא אסמכתא.

אדם אומר לחברו "חייב אני לך מנה"= התחייבות חוזית ללא שום תנאי. "הרי זה חייב", כי זו מתנה.

למה התחייבות זו היא כלל לא אסמכתא? כי אין כאן שום תנאי.

אמרנו שלכאורה לפי הרמב"ם, אסמכתא מוגבלת לחוזי מכר, ולכן הרמב"ם לא מסתדר עם כל הדוגמאות שלעיל. אך המרצה מביא הלכה זו כהוכחה לכך שהרמב"ם לא "סגור על עצמו" שאסמכתא היא רק בעסקאות מכר. למה הרמב"ם בהלכה שלעיל צריך להסביר בכלל למה היא תקפה ולמה היא לא אסמכתא? הרי לפי ההסבר שלו, כלל לא היינו צריכים לחשוב שיש כאן אסמכתא.

כנראה, שמבחינת הרמב"ם, הסכמי מכר הכוונה להעברת זכויות קניין בחפץ או בכסף. ז"א, שגם העברת זכויות ממוניות היא בגדר עסקת מכר. ולכן יש בהלכה זו שלעיל מקום לחשוב שאולי מדובר באסמכתא. לו ההתחייבות הכספית הייתה מותנית, היה מקום לחשוב שזה אסמכתא.

הלכה ו:

הרמב"ם נותן כאן הרחבה להגדרה של אסמכתא. הרמב"ם מונה בין המקרים, גם מקרים של התחייבויות כספיות ("אתן לך מנה"). בעצם הרמב"ם מתכוון להגיד שאת אותה גמ"ד שהוא דורש במכר הוא דורש לא רק במכר, אלא גם בהעברת זכויות כספיות אחרות. עצם העובדה שאדם מתנה את ההתחייבות, עצם המצב הנפשי של ההתנאה, הוא מעיד על ספק ועל היעדר גמ"ד.

בכך שהרמב"ם פתח את האסמכתא גם לזכויות כספיות ולא רק לעסקת מכר, הוא איפשר להסבר שלו כן להשתלב עם כל 4 המקרים מהתלמוד שלעיל שקודם לא הצלחנו לשלב בין הרמב"ם לבינן. כי בכל המקרים, מדובר בסוג של התחייבות כספית.

ההרחבה הזו, זהו החידוש של הרמב"ם לעומת רב האי גאון, ואולי זה מה ש"מציל" את הרמב"ם מבעיית חוסר ההתאמה. התשובה של הרמב"ם היא בעייתית.

# שיעור מס' 5: 12/11/2013

חזרה: ראינו שהמתווה העובדתי של האסמכתא הוא נוסחאות תנאי, שבד"כ יש בהן התחייבות עם זמן- שאם הפעולה לא תתבצע עד לאותו זמן, הרי שהמתחייב בנוסחה מתחייב לסנקציה עצמית. (דומה לפיצוי עונשי).

ראינו שישנה מחלוקת לגבי תקפות ההתחייבות, והתלמוד הבבלי מכנה מחלוקת זו "קניה או לא קניה"= קונה או לא קונה. ההלכה הקדומה כנראה אמרה שאסמכתא קונה, והמאוחרת- אסמכתא אינה קונה.

על רקע זה אנו שואלים מהו הפגם שיש באסמכתא?

1. בעלי התוספות דיברו על פגם בגמ"ד- שקשור או לזה שנוסחאות כאלה הן הרשמה של צד אחד לשני, או שהמתחייב ברור לו שיעמוד בתנאי ולא יצטרך לשאת בסנקציה. ובכל מקרה- המתחייב לא מתכוון לשאת בסנקציה.

יש קושי בעמדה זו, שהרי הסכמים רבים מבוססים על התחייבויות שבצדן סנקציות, ולעולם המתחייב מעדיף שלא לשאת בסנקציות, ולעולם הסנקציות הן ניסיון להרשים את הצד השני.

1. דעה נוספת היא של הרשב"א- הפגם הוא דיוני, כי בעצם מדובר בקנס, וקנס הוא עונש, ואדם איננו קונס/ מעניש את עצמו (זהו כלל בהלכה הדיונית).
2. העמדה השלישית היא של הרמב"ם, זו עמדה קניינית: הרמב"ם חושב שאסמכתא פועלת במגרש הקנייני בעיקר- הוא לומד זאת מכך שהניסוחים הם קניינים, והרמב"ם חושב שמכיוון שמדובר בפעולות קנייניות, הקניין לא יוכל לצאת לפועל כי הוא נעדר גמ"ד- המתבטאת במעשה הקניין ובכך שאדם מעיד על החלטיות, וזהו הפגם באסמכתא לפי הרמב"ם: היעדר גמ"ד קניינית, לעומת בעלי התוספות שמדברים על היעדר גמ"ד חוזית. (גמ"ד בחוזים= זה הדבר עצמו, זה מה שמכוון את החוזה, כי חוזה הוא מפגש רצונות. קניין= גמ"ד זה לא הדבר עצמו, אלא מדובר בתחום ריאלי שבו דברים עוברים בפועל מיד ליד, והגמ"ד היא דבר נלווה, לא היא מה שמכונן את הקניין, אלא הריאליות, רק שהגמ"ד היא הפן המנטאלי שמשלים את הקניין).

הרמב"ם לא נשאר רק במגרש הצר של מכר, ומשתרע על המגרש הרחב של קניין= גם זכויות קנייניות שלא בדרך מכר הוא קורא להן אסמכתא, וכך התחום שעליו חלה הלכת אסמכתא לפי הרמב"ם הוא מהתחייבויות כספיות ועד למכר (שזהו תחום נרחב למדי).

1. העמדה הרביעית, הייתה סמויה מן העין רוב השנים, עד שבא ברכיהו ליפשיץ והבליט את דעה זו של הגאונים-

מקור 7 שו"ת הרי"ף:

האם התחייבות עתידית לתת מתנה היא תקפה או לא?

הרי"ף עושה הבחנה בין התחייבות עתידית למתנה (התחייבות כספית שאינה מותנית)- להתחייבות כזו יש תוקף על דרך ההודאה/ קנו מידו. זה כשההתחייבות אינה מותנית.

אך כשההתחייבות העתידית הזו מותנית- זה אסמכתא, ואסמכתא לא קונה. כלומר ההגדרה לאסמכתא לפי הרי": כל התחייבות כספית עתידית, כאשר היא מותנית. ועליה נאמר "כל דאי לה קניה"- כל נוסחה שהיא כזו אינה קונה.

זאת הגדרה רחבה יותר. החידוש הגדול כאן- הוא פתיחת ההגדרה מחדש. בתוספות וברשב"א דיברנו על אלמנט של סנקציה עצמית, אך הגאונים לא מדברים על כך, עצם העובדה שמדובר בהתחייבות מותנית הופך את זה לאסמכתא, ואסמכתא אינה קונה. הגדרתו של הרי"ף מופיעה בתלמוד.

החידוש הוא: פריצת ההגדרה= הגדלת הרוחב שלה. בהגדרה זו- אסמכתא היא כל נוסחת התחייבות מותנית בהקשרים קנייניים.

מקור 8: תשובות הגאונים: דנה בהסכם בין איש לאישה עובר לנישואין, ובמסגרתו הגבר מתחייב לתת לה כל מיני דברים. (סוג של נדוניה). בהסכם נקבע שאם דבר היה בידו בזמן ההסכם, אז הוא יהיה שלה, ואם דבר לא היה בידו בזמן זה- לא יהיה לזה וקף, כי זה נקרא "דבר שלא בא לעולם".

נוסחת ההתחייבות היא כזו שמנוסחת "התחייבתי לך" או "נתתי לך"- זה תקף. אך אם זה מנוסח בצורה של התחייבות עתידית- "אתן לך" או "אכתוב לך", לא יהיה לזה תוקף, כי זה רק הבטחה- ואז זה יהיה "קניין דברים בעלמא".

כאן ישנה הגדרה שונה למושג אסמכתא: כל התחייבות עתידית לפעולה, גם אם מדובר על התחייבות כספית- אין לה תוקף. אסמכתא= הבטחה= התחייבות עתידית לפעולה= קניין דברים= אין תוקף. כאן יש פריצה מוחלטת של כל ההגדרות של האסמכתא. כאן, כל התחייבות עתידית לפעולה, גם אם היא קשורה להתחייבות כספית, היא אסמכתא ואין לה תוקף! יש כאן זיהוי של המושג אסמכתא עם קניין דברים בעלמא שהוא ערטילאי וחסר תוקף.

אם נזכר בקניין דברים, ראינו בעבר שאין לזה תוקף. אך כאן זוהי העמדה האחרת שהייתה שם בגאונים, שחשבה שקניין דברים זו הגדרה רחבה והיא חלה על כל התחייבות עתידית לפעולה כולל התחייבות כספית.

עמדה זו של הגאונים לוקחת אותנו לכך שאו כל נוסחת התחייבות מותנית היא בגדר אסמכתא, או אפילו מעבר לכך- כל התחייבות עתידית לפעולה היא בגדר אסמכתא. ולכן אין לה תוקף.

עד כאן עסקנו בשאלת ההתחייבות- האם המשפט העברי מכיר בקיומו של חוזה? עד כה ענינו תשובות כמו לא/ אולי/ בסייגים מסוימים. זו הייתה הנטייה עד כה.

היחידה הבאה שאותה נבחן, קשורה ליסודותיו של החוזה: מהם היסודות שההלכה עוסקת בהם בקשר לחוזה? ברור שהיסודות קשורים לבעיית התחייבות שדיברנו עליה. היסודות יהיו כאלה שיצטרכו לגשר על הפערים והחסכים כתוצאה מבעיית ההתחייבות.

כעת נבחן איפה עומדת ההתחייבות לעומת ההסתמכות:

נראה כאן את הדיאלוג שקיים בין יסוד אחד של דיני החוזים- קדושת החוזה, ביסוד זה נתמקד במתחייב. מרכז הכובד של האלמנט הזה, הוא במגרש המוסרי (אתי) והדתי.

מנגד, ישנו האינטרס החברתי כלכלי- תמיד ישנו צד נוסף, לפחות צד אחד ישיר, ועוד צדדים שצופים במעשה וגם עליהם יש השלכות, ואנו נצטרך לקחת זאת בחשבון. הזירה הזו, מבוססת על כיוון אחר לגמרי- אינטרס ההתסמכות. ההסתמכות עצמה יוצרת עלויות והתנהלויות שעלולות להשפיע על אותם גורמים. התפתחה גישה שאומרת שאם האינטרס מהסוג הראשון (הדתי) הוא אינטרס חוזי טהור, הרי שאינטרס ההסתמכות הוא אינטרס נזיקי או מעין נזיקי. הוא דומה לנזיקין במובן שגם בנזיקין יש ציפייה להתנהגות מסוימת ויש שבירה של אותה ציפייה וכתוצאה מהשבירה יש נזקים שצריך לפצות עליהם. החוזה מתנהג כמו ראש נזק. יש זליגה של החוזים אל הנזיקין.

הוא מדבר על כך שהציפייה בחוזה הופרה, וכתוצאה מכך יש התחייבות של פיצוי.

כך גם בנזיקין, יש ציפייה מסוימת המבוססת על ציפייה להתנהגות תקינה, וכאשר יש הפרה של חובת ההתנהגות התקנית הזו, יש פגיעה בציפיות שלי- אז במקרה כזה אם נגרם נזק מגיע לי פיצויים.

במובן הזה יש דמיון בין חוזה לנזיקין.

רק שבחוזים שרשרת החיוב מתחילה מההסכם, ובנזיקין השרשרת מתחילה בחיוב שמן הדין.

כשההסכמים/ החוזה חלשים, מכיון שהשרשרת החוזית היא חלשה לעיתים, נוכל לפתור את הבעיה ע"י שימוש בשרשרת המעין נזיקית שהיא שרשרת הרבה יותר ממושמעת, שאינה מתחילה בהסכם אלא מן הדין.

על רקע כל אלה- זה שמבחינה אחת הכל מתחיל במגרש החוזי ובאשלה האם להתחייבות ולהבטחה יש מספיק כוח כשלעצמה. (המגרש הדתי מוסרי) וכאן לעיתים התוצאה היא של משהו רופס וחלש, אין לנו דבר מספיק חזק כדי לאכוף אותו. וכך אנו מגיעים למגרש המעין נזיקי, והוא אמור לתת לנו את הפתרון ולמלא את החללים והחסכים שיצר המגרש החוזי.

הדבר הזה קיים גם בהלכה. גם בתלמוד יש מודעות לכך שההתחייבות היא חלשה, ולכן יש לסגור את הפערים באמצעות הסתמכות.

כל ההתרחשות הזו מתרחשת בתלמוד תחת הנושא של חוזה מכר.

צריך לדעת שכשמדברים על מכר ישנם 3 דרגות: דרגות אלה מדרגות גם את הפן הריאלי העובדתי, ובמקביל גם את התוצאה המשפטית:

1. המכר המשפטי- מכר שנעשה באמצעות מעשה הקניין הראוי לו לפי דין. כאן ברור שהמכר תקף ואכיף. למשל: במיטלטלין, מעשה הקניין הנדרש הוא מעשה פיזי. ואם מיטלטלין נמכרו באמצעות מעשה כזה, המכר יהיה תקף ואכיף.

2. מכר שנעשה ללא מעשה קניין, אך ניתנה תמורה בעדו: (מתן תמורה איננו מעשה קניין במטלטלין לפי ההלכה! לפי ההלכה קרקע נקנית בכסף, אך מיטלטלין לא נקנים בכסף). יש מכר, אין קניין אך שולמה תמורה. המכר לא יהיה תקף. אך יש סנקציה לכך: "מי שפרע בעין". ( קבעו שהמכר לא תקף כדי למנוע מצבים בעייתיים: כדי שלא יווצר מצב שאדם שילם את התמורה אך הממכר טרם נמסר לו, ואז קרה לו פתאום דבר לא טוב והוא נהרס- כעת יש שאלה מי האחראי לכך שהם נהרסו, המוכר שהם עדיין בידו או הקונה ששילם אך זה עוד לא בידו). "מי שפרע"= מי שהפר את חוזה המכר, האל ייפרע ממנו.

נשאלת השאלה מה פירוש הסנקציה הזו?

א. קללה: אל תנסה להתעסק עם האל. סוג של סנקציה דתית.

ב. נידוי: סנקציה חברתית. המפר הזה צפוי לגינוי ונידוי.

נשאלת השאלה מה פישרה של הסנקציה? אם אנו מאיימים לפי "דור המבול"= שאז זה חמור מאוד כי האנושות נעלמה, או לפי "דור הפלגה"= שאז זה קצת פחות חמור כי האנושות רק התפזרה ברחבי תבל.

כמו"כ למה נדבקו דווקא לדור המבול והפלגה בנושא של חוזה מכר?

1. יש אומרים שדור המבול נענשו על גזל= עבירה חברתית, ודור הפלגה נענשו על עבירה כלפי האל= עבירה דתית, ומי שמפר חוזה מכר עובר על שני תחומים אלו: דתי וחברתי.

הסבר שני: אלו פורענויות על חטאים שחטאו בהם לפני שניתנה התורה. ורוצים לומר לנו שיש עונשים קשים גם על חטאים בעולם הטבע. בדורות אלו לא היה קוד אליו היו מחויבים, ובכ"ז הם נענשו, כיון שגם מי שמפר את משפט הטבע ראוי שייענש. בעצם אומרים למפר, משפטית אתה צודק- ההבטחה לא תקפה ולא אכיפה ולא היית צריך לקיימה, אך תדע שיש רמה של משפט טבע, ואותו הפרת, וגם רמה זו ניתנת להענשה.

דרגה שלישית: מקור 2. תוספתא: אין קניין ואין תמורה= חוזה בלבד.

טלית יכולה לייצר עסקה חליפית לדינרי זהב. מו"מ בלשון התלמוד- "נותן ונושא" פירושו: קונה ומוכר. כלומר, המוכר נותן לקונה את הממכר, והקונה לוקח את הממכר ונושא אותו למקומו. במקרה כזה, "אין לו עליו הונאה"= המכר איננו תקף. כשהנושא והנותן הם בדברים- אין להם תוקף. דני הונאה לא חלים כאן. אך חכמים הוסיפו: "כל המבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו"= אומרים לאותו אדם שהתנהגותו אינה ראויה. זה לא סנקציה חמורה כמו "מי שפרע" אך יש כאן ביטוי של מורת רוח כנגד מי שפרע את החוזה. מכיון שהמכר איננו ריאלי, אלא זו רק התחייבות- אין כאן חוזה.

ראינו 3 דרגות, והמסקנה היא שככל שהמכר יותר ריאלי ככה הוא יותר תקף.

על בסיס זה אנו נכנסים אל הסוגיה התלמודית:

מקור 3. בבלי, בבא מציעא:

מסופר על רב כהנא ורב. רב כהנא התפרנס ממסחר בכותנה וקיבל תמורה, אבל הכותנה נשארה אצלו ולא עברה לרשות הקונים. בנתיים, הכותנה התייקרה. מכיוון שכך, הוא ניסה לברר האם הוא יכול לבטל את העסקה. הוא בא לפני רבו רב- רב פסק לו להלכה: נניח שהוא מכר להם כותנה ב1000 ₪ והכותנה עלתה ל1300 ₪.

רב אמר לו- אלף כבר קיבלת- לגבי החלק ששווה כעת 1000 ₪- תן להם את החלק מהכותנה ששווה 1000 ₪ (בשווי היקר, בשעת המסירה) . משום שהמכר לא חל באמצעות התמורה. מדובר פה על דרגת המכר השנייה.

לגבי החלק של ה300- זוהי הדרגה שלישית, חוזה המכר ללא תמורה וללא קניין- קוראים לזה "דברים"- משום שלגבי דרגה זו אין תמורה ואין קניין אלא רק חוזה. ורב אומר- " אין בהם משום מחוסרי אמנה"- אדם שאי אפשר לתת בו אמון. המובטח לא יוכל להגיד שלא ניתן להאמין באדם זה, משום שזה לא חל בדרגה השלישית של המכר. זוהי עמדתו העקרונית של רב. "דאיתמר"- מפנה אותנו לעמדה עקרונית שדנו בה.

בתלמוד נחלקו לגבי הדרגה השלישית- חוזה המכר ללא תמורה וללא קניין- "דברים":

* רב אומר- לא צריך לקיים ולא ניתן להגיד כלפי המבטיח שהוא חסר אמנה. ניתן לחזור מהסכם כזה, והוא לא תקף.
* רבי יוחנן אומר-לחוזה כזה אולי אין תוקף, אבל ניתן לטעון טענה מוסרית שהמובטח יטען כנגד המבטיח- שהוא מחוסר אמנה.

הבעיה הראשונה: מונחים: השאלה הראשונה שעולה- מה היחס בין מחוסר אמונה לבין "רוח חכמים לא נוחה הימנו"- התלמוד בפסקה ג' מצטט את המונח הזה ומכיר אותו. אז למה המציאו מונח חדש של "מחוסר אמנה"?

הבעיה השנייה: פרשנות צרה לעומת פרשנות רחבה:

התלמוד מקשה קושיה שמסתמכת על מדרש הלכה (פרויקט של התנאים כלפי המקרא- התנאים פירשו את המקרא וזה נקרא מדרשי הלכה) ר' יוסי ור' יהודה פירשו פסוק מספר ויקרא, שקשור להגינות מסחרית. חלק מזה הוא שהסוחר צריך לשמור על מידות ומשקולות תיקניים ומדויקים. (איפה- מידה שמודדים מוצק, הין- מידת נוזלים) נפח האיפה הוא פי 12 מנפח הין.

*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.*

הם מפרשים את הדרישה לסוחר שעליו לשמור על מידות צודקות-תקניות: אם איפה היא פי 12 מהין, אז בכל איפה הכלי מכויל למידות ובתוך כל איפה יש הינים. אם אנו מצווים שהאיפה תהיה תקנית, גם היחידות של ההין חייבות להיות תקניות. אם מקפידים על תקניות במידות גדולות, ק"ו שצריך להקפיד במידות הקטנות. אכן מדובר כאן על הגינות מסחרית, אבל הגינות שקשורה בקיום הבטחות- המילה הין לא מציינת כאן מידה, אלא היא המילה "הן" מציינת כן- אם הבטחת כן/לא, תעמוד בדיבורך.

ר' יוסי+ר' יהודה: זוהי הנחייה רחבה לעמוד בדיבור- כאשר יש הסכם מכר, ההן שלך והלאו שלך צריכים להיות צודקים וצריך לעמוד בדיבורך- משמע, חוזה מכר הוא חוזה שיש לקיימו. ולכן הם מקשים על רב: למה רב אומר שבחוזה מכר מדרגה 3 ניתן לחזור ממנו? הרי יש לו תוקף לפי התורה!

אביי: אומר התלמוד, יש לפרש את ההן והלאו בצורה בשונה. אמר אביי: ההנחייה הזו, שיש לקיים את הדיבור היא לא הנחייה כללית שיש לקיים בכל מצב את דיבורך. הנחייה זו מוגבלת- זוהי הנחייה שאסור להטעות- שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב. כשאתה מוציא משהו מפיך, אסור לך להטעות את הצד השני. אולם, אם למשל בשעת המכר התכוונת למכור באמת את הכותנה באלף, אבל בינתיים הכותנה התייקרה- לפי הפירוש המוגבל הוא יכול לחזור בו מדיבורו, כי באמת היה בליבו למכור את זה באלף אבל המציאות השתנה. אילו היינו אומרים שהפירוש הנכון הוא הפירוש הרחב של הן צדק, הוא היה חייב לעמוד בדיבורו. אביי אומר שהפירוש הנכון הוא הפירוש הצר. לדעת המרצה, הפירוש הפשוט של המקור התנאי הוא הפירוש הרחב- אדם חייב לעמוד בדיבורו ולכן זה בעייתי שבוחרים בפירוש הצר. פסקה ב'- זהו ניסיון לפתור אדם מלעמוד בהבטחותיו בעסקת מכר אם יש לו סיבה טובה לכך.

*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, ואומר רבא אנו אין לנו עליו אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו.*

הבעיה השלישית: יש קושיה כנגד רב- כתוב שמי שמפר חוזה מכר בדרגה השלישית, רוח חכמים אינה נוחה הימנו- אז איך רב אומר שלא ניתן להגיד עליו שהוא מחוסר אמנה? הקושיה נפתרת בפסקה ד'.

*ד] תנאי היא, דתנן: מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו: צא ושכור לי 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.*

הפתרון- לעומת ר' יוחנן שמסתמך על התוספתא שאומרת "שרוח חכמים אינו נוחה הימנו", יש בספרות התנאים גם דעה אחרת לגבי הפרת חוזה מכר, שעליה רב הסתמך- המשנה: מעשה בר' יוחנן שאמר לבנו לצאת לשכור לו פועלים. הבן חתם איתם בהסכם העבודה מופיע ס' שהמעביד מתחייב לספק ארוחת צהרים לעובדים. אמר לו האבא- אם כללת ס' הסעדה בהסכם אתה לא תצא מזה- מה בדיוק כתבת שם? הבן אמר לו- באופן כללי בלבד. אם ככה, אפילו אם תעשה להם סעודת מלכים אתה לא יוצא ידי חובת ההסכם- הרי הם יהודים- הם מיוחסים, ולכן מגיע להם המקסימום. כל זמן שהס' עמום- אתה חייב במקסימום. איך תתקן את זה? לפני שיתחילו במלאכה, תגיד להם בדיוק מה כוללת ארוחת הצהריים- פת וקטנית בלבד. ניתן לפרש את הס' מחדש לפני שיתחילו את העבודה. התלמוד מסיק מהמשנה הזו- שחוזה מכר ניתן להפרה, ולכן רב מסתמך על המשנה הזו לעומת ר' יוחנן שמסתמך על התוספתא שאומרת "שרוח חכמים אינו נוחה הימנו"- מהמפר חוזה מכר. האם זו צודק שרב מסתמך על משנה זו? קשה לראות כאן הפרה של חוזה מכר. על פניו אין שום קשר בין דברי רב למשנה זו.

מכך שהאב נותן לבן לחזור מההסכם, זוהי ההוכחה של רב לכך שניתן לחזור והוא לא מחסר אמנה. התלמוד אומר שהמקרה שונה- הפועלים עצמם ידעו שכשהבן סוגר איתם הסכם זה לא סגור, שהבן הוא עושה דברו של האבא- ולכן מה שהאבא אומר זה הקובע. זה היה סוג של מו"מ לקראת חוזה, לא נסגר דבר. אז מה זה משנה אם התחילו לעבוד או לא? אומר התלמוד- התחלת העבודה משנה- כי אם הם התחילו לעבוד אז מבחינתם העניין סגור, וההסכם חתום. כי הם יחשבו שהבן הודיע לאב מה הוא עשה והאבא הסכים להסכם כזה ולכן נתנו להם להתחיל לעבוד.

בשורה התחתונה- בשלב המו"מ אין הפרת חוזה ולכן אין מכאן הוכחה לרב. חשבנו שיש לו מקור עליו הוא מסתמך אך מקור זה לא טוב- הוא לא מדבר על הפרת חוזה.

הבעיה בקטע זה: אין מכך שום הוכחה, כמו"כ מהלך זה הוא מהלך סרק- התלמוד הבטיח לתמוך ברב ובסוף מתקפל.

*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(לכהן) על מקום אחר…*

פסקה זו מתעסקת בדעתו של ר' יוחנן (שדעת חכמים לא נוחה ממי שהפר חוזה מכר): אומר התלמוד הבבלי, הם ר' יוחנן באמת חושב ככה? הרי הוא אומר הפוך- מי שאומר לחברו שהוא ייתן לו מתנה (חוזה מתנה)- יכול לחזור בו. אז איך ר' יוחנן אומר שחוזה מתנה ניתן להפר וחוזה מכר לא ניתן להפר? מה ז"א יכול? לא מדובר על יכול משפטית, אלא יכול מוסרית, מותר לו. מבחינת ר' יוחנן גם מבחינה מוסרית אתה יכול לחזור מחוזה מתנה. לכאורה יש פה סתירה.

למה החוזים הללו לא אותו דבר? חוזה מתנה- הוא חד סטרי ולכן ניתן להפר אותו, לעומת חוזה מכר בו יש שני צדדים. אז מה התלמוד רוצה, למה הוא חושב שיש פה סתירה?

התשובה של התלמוד- ר' פפא אומר שר' יוחנן אמר שאדם יכול לחזור בו מחוזה מתנה, הוא לא דיבר על כל חוזה מתנה אלא על חוזה מתנה מאד מסוים- מתנה רצינית- בה ניתן לחזור בו, כי המקבל לא ממש מאמין אין לו סמיכות- אינו מסתמך על כך, אבל במתנה קטנה אדם לא יכול לחזור בו כי המקבל מסתמך על כך- יש צד שני בחוזה.

חוזה מכר הוא כמו מתנה מועטת ולא ניתן לחזור ממנו- משום שיש בו צד שני, במתנה יש צד שני רק במתנה קטנה ששם הצד השני מסתמך. ולכן אין סתירה בדברי ר' יוחנן. וכך גם מסתבר- זה מה שחושב ר' יוחנן, ומביאים את דברי ר' יוחנן בשם ר' אבהו: ישראל שהבטיח לבן לוי (להם אין נחלה) כור מעשר מהשדה שלו. מה המעמד של כור המעשר הזה? האם ללוי יש בו זכויות? לדברי ר' יוחנן, בן לוי רשאי לראות את הכור מעשר כאילו הוא שלו. הוא יכול להשתמש בכור מעשר זה ולתת לכהן ממנו תרומת מעשר. יש לו בכור המעשר זכות קניינית. כאן לכאורה יש חוזה מתנה בין ישראל ללוי, ולפי מה שמתואר זוהי מתנה בלתי הדירה- לא ניתן לחזור מחוזה מתנה שכזה. ר' יוחנן אומר כאן שחוזה מתנה הוא בלתי הדיר! איך זה מסתדר עם מה שהוא אמר לפני שניתן לחזור מחוזה מתנה? ההסבר פשוט- זוהי מתנה מועטת ולכן לא ניתן לחזור ממנה, לעומת מה שהוא דיבר קודם- על מתנה מרובה שניתן לחזור ממנו.

האם כור מעשה זה מתנה מועטת? כשישראל נותן מתנה ללוי ולכהן, הוא חייב לתת את המתנות הללו למישהו מהכהנים/הלווים. ההגדרה של המועט/מרובה- היא מנק' המבט של הנותן. מבחינת הנותן, זוהי מתנה מועטת כי הוא חייב לתת את זה בכל מקרה. אין לו עלויות על כור המעשר הזה. ולכן התלמוד צודק- שכור מעשה זה מתנה מועטת ומתנה זו היא בלתי הדירה.

לסיכום, התלמוד טען לכאורה לסתירה בין מה שר' יוחנן אומר על חוזה מכר שאינו הדיר לחוזה מתנה שהוא הדיר. הפתרון- ר' יוחנן מבחין בין שני סוגי חוזי מתנה- מתנה מרובה הדירה כי אין בה סמיכות דעת, מתנה מועטת היא בלתי הדירה כי יש בה סמיכות דעת. וחוזה מכר הוא כמו מתנה מועטת, בלתי הדיר כי יש בו סמיכות דעת.

כעת נעבור לפתרון הבעיות שהצבענו עליהם בטקסט:

כשאנו מסתכלים על הסוגיה הזו, המונח שחוזר על עצמו הכי הרבה פעמים הוא "סמיכות". כמו"כ, הסוגיה משדרת את השאלה האם צד לחוזה מכר חייב לקיים את הבטחתו. מוקדי הסוגיה:

* יש שאלה בנוגע למתחייב- האם אדם שמתחייב צריך לקיים את הבטחתו?- זהו התחום החוזי, המשפטי.
* השאלה השנייה- סמיכות הדעת מתמקדת בצד השני- זהו התחום החברתי,כלכלי של אינטרס ההסתמכות.

מה חושבים התנאים בנוגע לשאלות אלה?

המקורות טוענים דבר ברור: אדם שמבטיח, עליו לקיים את ההבטחות שלו. באופן לא מפתיע, גם ר' יוחנן חשב ככה. לעומת זאת בבבל חשבו אחרת- הבטחות לא חייב לקיים- רב, מייסד התלמוד בבבל חשב שחוזה מכר ניתן להפר. אך גם רב לא חשב על זה עד הסוף.

# שיעור מס' 6: 19/11/2013

-להשלים-

בראשית רבה: "ויבוא נח ובניו מפני מי המבול"- נשמע כאילו נח נכנס לתיבה רק מפני מי המבול, ועל כך ר' יוחנן מותח ביקורת: שהיה מחוסר אמונה, כי אילולא הגיעו מים עד קרסוליו הוא לא היה נכנס לתיבה. עד שהוא לא רואה בבירור שמתחיל המבול הוא לא מאמין ולא נכנס לתיבה. מחוסר אמנה= לא מאמין בה'.

אז הביטוי מחוסר אמנה זה לא אדם שאי אפשר לתת בו אמון, אלא אדם שהוא עצמו לא מאמין במשהו.

כלומר, אם ניקח את הביטוי הזה למחלוקת של רב עם ר' יוחנן: המחלוקת היא האם כשאדם עושה חוזה מכר עם מישהו, האם המסתמך יכול לטעון טענת הסתמכות. אם כן- נקרא לזה "מחוסר אמנה". במקרה של חוזה מכר, המסתמך יכול לטעון כלפי הצד השני "פגעת בי בכך שאני לא יכול לתת בך אמון".

בעצם הסוגיה מעבירה א מרכז הכובד שבתוספתא, והתלמוד משנה את המינוח הרלוונטי- ומעביר את מרכז הכובד של הסוגיה מהמתחייב אל המסתמך. זה מבהיר לנו למה המינוח שונה. המינוח שונה במכוון, מפני שיש כאן העברת כובד ברורה מהמתחייב אל המסתמך.

נעבור לשלב הבא:

התלמוד מעמיד את רב מול המקורות של התנאים: המקורות התנאים תומכים בקדושת החוזה= אדם צריך לקיים התחייבותו גם כשמדובר בחוזה מכר, לפחות מבחינה מוסרית.

אבל, רב חולק על כך, ולכן אין ברירה אלא להסביר את המקור התנאי מחדש מנקודת המבט של האמוראים: לא ממבט של קדושת החוזה, אלא ממבט של הסתמכות. ובהסתמכות השאלה היא האם כשאדם מתחייב או מבטיח האם הוא יוצר מצג שווא או לא. לא בשאלה "מה אמרתי או לא אמרתי" אלא באיך הצגתי את הדברים. זה בדיוק "לא לדבר אחד בפה ואחד בלב". שלא יווצר מצב שאדם אמר משהו בפה והציג משהו למסתמך, כשבליבו הוא חושב אחרת בכלל.

פסקה ד:

כאן עלתה השאלה שלכאורה אין כאן חזרה מחוזה, אלא יש כאן פרשנות מחדש של סעיף בהסכם. כשמדברים על קדושת חוזה ברור שיש הבדל בין לחזור בך מהתחייבות לבין הבטחה שניתנה והיא עמומה וכעת אני מפרש אותה מחדש. אך כשמדברים מנקודת המבט של המסתמך- מה הוא רשאי להבין או מה הוא הבין בפועל, מבחינה זו אין הבדל בין כשהסעיף הוא עמום ומאפשר להבין דברים בצורה כזו או אחרת, לבין כשאומרים דברים שהם לא ברורים לחלוטין ומאפשרים להבין דבר בצורה אחרת.

למה ההסתמכות של הפועלים הייתה סבירה? כל עוד הם לא התחילו במלאכה- אין הסתמכות כי הם מבינים שזה תלוי באבא ולא ברור שיש אישור מצדו להסכם, אך מאחר שהתחילו במלאכה- יש הסתמכות כי מניחים שיש אישור של האב.

פסקה ה:

כאן עומד למבחן היחס שבין מכר למתנה. שלכאורה הם שני עולמות נפרדים ואין מקום להקשות מהאחד לשני, אך זה כל עוד אנו מנקודת המבט של המתחייב. אך אם נסתכל מנקודת המבט של המסתמך, אין שום הבדל בין מכר למתנה ואין סיבה להבדיל- כי בשניהם עשוי להיות מסתמך! וזה בדיוק דברי התלמוד- גם במתנה עשוי להיות מסמך, אלא שזה תלוי בגודל המתנה. וגודל המתנה הוא שיכריע את הסבירות- אם המתנה היא גדולה ההסתמכות היא לא סבירה כי לא סביר שאדם ייתן לך כזה דבר גדול במתנה, אך כשמדובר במתנה מועטת- יש הסתמכות והיא סבירה, ואז ברור שאין הבדל בין מתנה למכר.

הנפקות הבולטת שבין הסתמכות להתחייבות: במתנה. משום שבמתנה יש קו ברור בין הסתמכות להתחייבות, ואז השאלה היא באיזה סוג מתנה מדובר. עצם ההתחייבות במתנה היא לא מחייבת, אלא מה שמחייב זו ההסתמכות- ואז צריך לבדוק האם הייתה כאן הסתמכות (האם היא סבירה).

המהלך הוא כזה:

הסוגיה שלפנינו נעה בין קדושת החוזה (ההתחייבות החוזית) לבין האינטרס המקביל שהוא יותר נזיקי מאשר חוזי. התנאים העדיפו ללא ספק את קדושת החוזה ותמכו בחוזה מכר ובכך שחובה לקיימו לפחות מבחינה מוסרית, והאמוראים, בוודאי אלה שבבבל (רב) מעבירים את הכובד ממגרש ההתחייבות למגרש ההסתמכות. וכך גם נקבע האם דבר הוא מחייב או לא- לפי האם הייתה שם הסתמכות או לא.

יש כאן המרה של המושגים והעברה של מרכז הכובד מהזירה החוזית לזירה המעיין נזיקית של ההתחייבות. התנאים תמכו בחוזים והאמוראים התנגדו לכך באיזשהו מקום, אך מצד שני הם היו צריכים לפרש את המקורות המוקדמים- ולכך השתמשו בדרך מעין נזיקית: צריך לקיים את החוזה, אך לא משיקולי התחייבות אלא משיקולים מעין נזיקיים.

המהלך הזה, של התחייבות למרות שאין מענה על התנאים הבסיסיים לחוזה, דומה למהלך של חוזה ג'נטלמני- של קיום חוזה דרך ההסתמכות ולא דרך דיני החוזים עצמם.

המעבר הזה מחוזים לנזיקין, הוא לא רק בלית ברירה ומחוסר כלים בדיני החוזים, אלא יש כאן משהו אינהרנטי להבחנה שבין החוזים לנזיקין:

כבר במאה ה-20 החלו עם הבחנה בין חיובים שמן ההסכם לחיובים מן הדין.

אנגלרד מתאר את זה לא כשני מסלולים זרים, אלא כשני מסלולים מקבילים: יש חיוב המוטל על האדם, יש הפרה של החיוב, וכתוצאה מזה יש סנקציה שהיא בעצם פיצוי. יש פיצויים שהם חוזיים ויש פיצויים נזיקיים. בחוזים הכל לפי מה שנכתב בחוזה, ובנזיקין אף אחד לא שואל למה התכוונת- יש נורמות מסוימות ואתה צריך לעמוד בהן, ואם לא תעמוד בהן- תיענש.

כך ניתן להבין בצורה טובה יותר, למה במקרה של חולשה באחד המסלולים (החוזי) אנו נעדיף לעבור למסלול הנזיקי?

כי יש כאן תופעה שאנו רוצים למגר ולא להשאיר את האדם שנפגע חסר כל. ומצד שני, מן הדין אנו לא יכולים לעשות כלום ולא יכולים לחייב את המפר. ולכן במעבר מקדושת החוזה לאינטרס ההסתמכות, יש כאן לא רק חוסר ברירה אלא הבחנה מהותית בין הפסים המקבילים.

מקור 5: שו"ת אגרות משה:

כאן יש דיון לגבי מחוסרי אמנה. הדיון הוא האם יש בחוזי מכר מחוסרי אמנה או לא. העילה לדיןו היא הסכמים קיבוציים, ונשאלת השאלה האם יש להם תוקף. הרב פיינטשיין בוחן זאת דרך תוקפם של חוזי מכר. הרב פיינשטיין אומר במפורש שיש לקיים הסכמי מכר. לא רק לפי ר' יוחנן, אלא גם לפי דעתו של רב, טוען הרב פיינשטיין יש לקיים את ההסכמים הקיבוציים. איך? כי אפילו רב חושב שראוי מבחינה מוסרית לקיים הסכמים כאלה, רב לא יחלוק שיש בכך מעלת חסידות, ואדם שגומר דבר בליבו, אפילו אם לא אמר זאת בקול צריך להיות מחוייב להסכמה הפנימית הזו. זה "דובר אמת בלבבו". אם כך, אז קל וחומר, שיש לקיים את מה שנאמר בדברים!!! הרב פיינשטיין מגביה מאוד את הרמה המוסרית, ומחייב לקיים הסכמי עבודה והסמכים קיבוציים, ולא רק אותם אלא אפילו הסכמות שאדם קיבל בליבו.

פסק זה קשה מכמה כיוונים:

* הם לא עומדים במבחן המקורות: הרי רב איפשר לאותו אדם שהתחייב לכותנה, להעלות את המחיר לגבי אותה כותנה שלא קיבל עליה כסף למרות שברור שהוא התחייב לגביה, כי "דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה". אז אם באמת רב היה חושב שיש כאן מעלה חסידית לעמוד בכך הוא לא היה אומר זאת לתלמידו? מדוע הוא הורה לו אחרת אם כך?
* הרב פיינשטיין לוקח את הרב ספרא, ומעביר זאת לזירה המשפטית. הוא בעצם אומר לפועלים קשיי יום לפעול כמו הרב ספרא. איך ייתכן שהוא מחייב אנשים פשוטים כמו פועלים לעמוד בנורמות כ"כ גבוהות?

סמיכות דעת-בירור לקסיקאלי:

ננסה להרחיב את תפקיד סמיכות הדעת (ההסתמכות) בתור סותמת חורים במגרש החוזים:

"סמיכות דעת"- מבחינה לשונית:

סמיכות=סמוך. "סמיכות דעת"= התקרבות של דעות, מפגש רצונות, חוזה/ הסכמה.

מבחינה מדעית, סמיכות דעת= אמון, בטחון, לבטוח, לסמוך על מישהו, קרוב יותר לרעיון ההסתמכות.

מי שעומד על דברים אלו זה החזון איש: ניתן לומר שהחזון איש יצר גוון חדש של ההלכה. כשהוא פסק הלכה, לא כ"כ עניין אותו דעות הפוסקים שלפניו, ומבחינתו הוא חזר לתמלוד וניסה לדלות מתוכו את ההתייחסות הדתית לנושא מחדש.

גם הפוסקים שבאו אחריו הלכו בקו דומה.

גמירת הדעת היא החלטיות, ומתארת את גמירת הדעת מצדו של הנותן, המבטיח, מצד שני- סמיכות הדעת מתארת את האמון מצדו של המסתמך.

"שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו"- החזון איש ידע להבחין בין שני התאורים הללו, בין גמירות הדעת של הנותן לבין סמיכות הדעת של המקבל.

פוסקים אחרים היו פחות דייקנים מהחזון איש, ופירשו את סמיכות הדעת בצורה רחבה יותר- של התקרבות ומפגש רצונות.

לגבי סמיכות הדעת כסותמת חורים:

סוגיית מפתח בהקשר זה, היא הסוגיה שבמסכת בבא מציעא:

הסוגיה עוסקת בדיני קניין, אך כשנוצר חור הסוגיה סותמת אותו ע"י המגרש החוזי.

הסוגיה מתחילה בבעיה: אדם שגנב משהו, ולאחר מכן מכר זאת לאחר. אחרי כן, הוא חוזר לבעלים הראשוניים (מהם גנב) ואומר לו כך: בזמנו גנבתי את זה ממך, וכעת אני רוצה להסדיר זאת מבחינה משפטית וחוקית ולשלם לך על כך.

למה שגנב יעשה דבר כזה?

מה שמטריד את הגמרא- זה כך: אם הבעלים הסכים כעת לעסקה עם הגנב שישלם לו תמורת הגניבה, אזי כעת הגנב הוא הבעלים הראשוניים, אז האם הוא יכול לבוא לקונה השני ולומר לו, כשקנית ממני זה היה רכוש גנוב, אך אני כעת הבעלים אז תחזיר לי את הסחורה או שתשלם לי יותר כסף עבור הזכויות העתידיות וכדי שתהיה בעלים אמיתיים?

בעצם, השאלה כאן היא האם ניתן לסחור בזכויות עתידיות?

רב: כן, ניתן למכר זכויות עתידיות, העסקה כאן היא אינטרס של הגזלן, ולכן העסקה תקפה ומוגנת, ומכילה גם את הזכויות העתידיות.

התלמוד מסביר שני הסברים לעסקה שביקש הגנב לעשות (2 הסברים למה רב אומר שהעסקה היא אינטרס של הגנב):

1. רב זוטרא- הדימוי החברתי- נוח לגנב שלא יקראו לו גזלן.

2. רב אשי- מוסרי מצפוני- נוח לגנב שיעמוד בנאמנותו. הגנב חושש ממצב שבו הבעלים הראשוניים יופיע יום אחד וירצה לקחת זאת מהקונה, ולכן כעת הוא עושה את העסקה הזו.

כעת התלמוד מתמודד עם הסיפור דרך 2 שאלות:

1. שאלת הפרוצדורה הקניינית: איך העסקה שבין הגנב לקונה בכלל יצאה לפועל? הרי כשהקונה קנה מהגנב, זו מכירה ריקה?! הרי לקונה לא היה איך לקנות זאת. אזי המכירה הייתה מכירת סרק, מכירה ריקה.

רבא: בעסקה שבין הגנב לקונה יש מערכת מאוד עדינה. כשהגנב (שמפחד להיתפס) רואה שהצד השני סומך עליו, זה יוצר אצלו תחושת נוחות מסוימת, ותחושה זו יוצרת יחס דו-סיטרי מצידו של הגנב והיענות של הגנב לאותו יחס, וכתוצאה מזה יש כאן גמירות דעת אצל הנב. כלומר: האמון, הסמיכות דעת שהקונה נותן לגנב, יוצר גמירות דעת אצל הגנב= מפגש רצונות בעסקה. נכון שכלי הקניין היה פגום, אך רבה אומר בוא נתעלם מכך, ונסתכל על העניין מבחינה חוזית- מבחינה חוזית יש כאן גמירות דעת וחוזה תקף.

זה מחזיר אותנו לרבינו תם בסוגיה של "חייב אני לך מנה": אדם שאומר זאת, מוכר את זכויותיו באמצעות שטר, ואז שאלנו איך שטר קונה במיטלטלין? ורבינו תם ענה, אל תסתכל על הכלים הקניינים, מבחינה חוזית הייתה גמירות דעת ולכן הוא מכשיר את העסקה.

בעצם, רבה ורבינו תם אומרים שכל הכלים הקנייניים הם מעטפת לתפיסה החוזית, ולכן אם יש לנו וודאות לגבי קיומו של חוזה, אז גם אם לא היה אקט קנייני תקף העסקה תוכשר דרך החוזה.

העסקה לא תלויה במעטפת הקניינית.

המהלך הוא כזה: קילפנו את המעטפת הקניינית כי מה שחשוב זה הליבה החוזית, וכעת הכשרנו את הליבה החוזית, והיא מכילה לא רק את הזכויות מאז אלא גם את הזכויות העתידיות.

1. שאלה התוקפת את עצם העקרון שרבה התבסס עליו: האם ניתן למכור זכויות עתידיות?

זוהי שאלה קניינית, שעומדת תחת הביקורת של "הלכת דבר שלא בא לעולם"= הלכה זו, היא הלכה אמוראית, אדם אינו יכול להקנות מחברו דבר שאינו בעולם, אף שעתיד להיות בהמשך. כמו למשל: מכירה של פירות עתידיים לא תהא תקפה. ההלכה היא שאדם אינו יכול להקנות דבר שאינו בא לעולם, משום שדיני הקניין הם דבר מאוד ריאלי ופיזי.

על הרקע הזה, התלמוד מקשה (הרב ששת) איך רבה הכשיר עסקה בדבר עתידי?

לשם כך הוא מדבר על עסקה שבה אדם מוכר ירושה עתידית= זכות עתידית בנכס= והתוספתא אומרת שלמכירה כזו אין תוקף.

אם כך שואל התלמוד, על מה רבא מדבר כשהוא אומר שהגנב שמכר לשני מכר לו כל זכות עתידית שתבוא לידו?

על כך עונה רבא: אין כאן בכלל קושיה. למה? כי הסיפור של הירושה, לא דומה לסיפור של הגנב. למה? בירושה העתידית, אין סמיכות דעת (כי ייתכן שזה לא ייצא לפועל- אם האדם שדובר על ירושתו כלל לא נפטר בסוף) ולכן אין לה תוקף, ואילו בסיפור שלנו עם הגנב יש סמיכות דעת (שהרי הקונה לא יודע שמדובר בגנב, והגנב עצמו טורח והולך לבעלים הראשוניים כדי לבקש את זכויותיו הראשוניות). סמיכות הדעת היא זו שמבחינה בין העסקאות הללו. אם יש הסתמכות, יש תוקף לעסקה בזכויות עתידיות!!

לסיכום,

סמיכות הדעת מופיעה כאן כפתרון ל-2 השאלות:

1. ביחס לפרוצדורה הקניינית- איך בכלל עבדה העסקה הזו, הרי מדובר בעסקה ריקה?

2. איך העסקה בזכויות עתידיות תקפה?

התשובה ל-2 השאלות, היא התשובה של ההסתמכות:

בשאלה 1 ענינו, שהמעטפת הקניינית היא מעטפת בלבד, אלא מה שחשוב זה הליבה החוזית- והיא קיימת בשניהם, כי יש סמיכות דעת מצד אחד וגמירות דעת מצד שני.

גם השאלה השניה נפתרת כך, כי השאלה האם לעסקה בזכויות עתידיות יש תוקף או לא תלויה בהסתמכות.

בסוגיה הקודמת ראינו כיצד חור במגרש החוזי נסתם ע"י המגרש המעין קנייני.

בסוגיה זו, שוב סמיכות הדעת סותמת חורים, אך הפעם היא סותמת חור במגרש הקנייני דרך המגרש החוזי. היא סותמת שני חורים: עסקה ריקה, ומכירת זכויות עתידיות, ושניהם נסתמים ע"י סמיכות הדעת.

מה שכתוב בסוגיה הזו הוא מהפכני: לכאורה זה חותר נגד ההלכה הקונבנציונאלית והמקובלת. (נגד הפרוצדורה הקניינית כולה, שבעצם ניתן להסתדר בלעדיה).

וזה עורר ויכוח גדול בין הרב לנדאו, לבין הרב אלכסנדר מרגליות:

הרב מרגליות: דן ביחס בין מעשה קידושין של קטן (הקטן הוא המקדש) לבין מקרה שהמתקדשת היא קטנה. הרב מרגליות אומר שיש לחלק בין קידושים אלו. שכן לכאורה, קטן לא יכול לקדש כלל כי בעת הקידושין הוא לא כשיר לקדש. אך בעצם, גם הקטנה היא לא כשירה להתקדש. הטענה של הרב, היא שלקידושי קטן באמת לא ניתן תוקף, אך לקידושי קטנה ייתכן וניתן תוקף:

כרגע הם שניהם לא כשירים, ולכן זה סוג של עסקה בדבר שהוא לא בא לעולם, ניסיון לייצר משהו עתידי. (הקידושין נתפסים כאקט קנייני). אך לגבי קטנה, יש שוני מסוים- הואיל והיא מקודשת מדרבנן, סמכה דעתה= קטן, הוא האקטיבי ולכן אם הוא לא כשיר משפטית לבצע את הפעולה לפעולה אין שום תוקף, לעומת הקטנה שאביה יכול נניח לקדש אותה מבלי לשאול אותה וזה יהיה תקף. (כי הקטנה עד גיל מסוים היא בבעלות האב). אצל הקטן, הקידושין יהיו ריקים לחלוטין. לעומת הקטנה, שמכיוון שלא היא המבצעת את הקידושין, חכמים נתנו איזשהו תוקף לקידושין האלו. והרב מדבר על סמיכות דעת בעניין של הקטנה:

בעצם, בקידושין של הקטנה יש סמיכות דעת של המקדש אותה, ולכן סמיכות זו יכולה להקנות דבר שלא בא לעולם. מה שחשוב לנו באמירה זו, שהרב מרגליות הבין את הסוגיה הזו כפשוטה, שסמיכות הדעת סוגרת חורים במגרש הקנייני, ובין השאר סוגרת את החור של מכירה עתידית.

הרב לנדאו: מתקומם נגד דבר זה. בין השאר הוא אומר שאיפה נשמע דבר כזה שסמיכות דעת תפתור בעיה של זכויות עתידיות? אם אתה מסתמך על מה שכתוב בבבא מציעא, אז כנראה שלא הבנת זאת כלל: כי שם לא מדובר בדבר שלא בא לעולם כלל, ובדבר שלא בא לעולם כלל אין שום פתרון שיכשיר עסקה כזו.

אך למרות דבריו הנוקשים על הסוגיה, הרב לנדאו לא מסביר את הסוגיה שבבבא מציעא אלא פשוט שולל אותה.

הרב מרגליות אומר שהוא נותן למקור מהמסכת בבא מציעא את הכבוד המגיע לו, ואילו הרב לנדאו אומר שמבחינתו זהו מקור מחוק, והוא מפרש את הדברים לפי המקובל ומתעלם מהסוגיה.

# שיעור מס' 7: 26/11/2013

-להשלים-

התלמוד מנסה לחפש את הבסיס להלכה רדיקאלית של רב הונא שגם לעסקה כפויה ולהסכם כפוי יש תוקף.

1. אלמנט הכפייה: הניסיון הראשון הוא לטעון שלמעשה בכל עסקה יש אלמנט של כפייה, וכיון שאנו בבסיס חושבים שלעסקאות יש תוקף אזי יש בהן אלמנט של כפיה, ולא משנה אם האלמנט הוא גדול או קטן.

אך התלמוד לא מוכן לקנות את הרעיון הזה, כי יש הבדל בין כפיה פנימית לחיצונית- בין כפיה קטנה לכפיה גדולה. ולכן התלמוד מנסה להציע אסמכתא אחרת:

2. מדרש תנאי מדיני הקרבנות: בספר ויקרא נאמר "בן אדם כי יקריב קרבן לה'..יקריב אותו לרצונו"- מדובר בקרבן נדבה, והוא צריך להגיע מנדיבות ליבו של האדם. ונשאלת השאלה מהו אלמנט הרצון בדיני הקרבנות?

"יקריב אותו, לרצונו"= הפשט הוא שהקרבן כולו מגיע מרצונו של האדם. אך חכמים מנסים להגדיל את גבולות המקרא, ולכן מחלקים את הביטוי הזה לשניים: א. יקריב אותו. ב. לרצונו.

אדם שמביא קרבן אמנם לא היה חייב להביאו, אך מרגע שהחליט שיביא קרבן, הוא כבר נדר נדר- ולכן הוא מחוייב לקיימו מרגע שנדר אותו וכופין אותו בעל כורחו לכך. ועל כפיה זו נאמר "כופין אותו לרצונו".

אז איך אפשר לקיים מצד אחד "כופין אותו" ומצד אחר "לרצונו"? אלא, כופין אותו עד שיאמר "רוצה אני". יש כאן אמירה שהמושג רצון הוא מושג רצון- לא רק רצון טהור, אלא רצון יכול להיות מוגדר ככזה שעל בסיס כפייה מוקדמת.

התלמוד אומר שגם בתליוהו הכפייה הייתה שכנוע ובסיס, הסבירו לאותו אדם עד שאמר שהוא רוצה.

בכך התלמוד מכניס הסתייגות לתוך דברי רב הונא: שלאחר הכפייה היה איזשהו אקט של רצון.

התלמוד כאן חוזר בו מהגישה שניתן להכיר בכפייה מלאה, אלא מסייג זאת לכפייה שלאחריה היה אלמנט כל שהוא של רצון שנבע לאחר השכנוע והכפייה שנעשתה.

התלמוד אומר שלא ניתן להשליך את המקרה הזה של קורבנות על דיני נזיקין או קניין, למה?

כי כשאדם מביא קרבן, מבחינה דתית הוא מאוד רוצה שהקרבן יבוא כי הקרבן תורם לו מבחינה דתית ומבחינת ההתקרבות לה'. אז אולי בקרבן, בניגוד למכר, יש אינטרס שבסוף מתמלא. לעומת מכר, שייתכן בסוף שבאמת לא יקוים שום אינטרס שלי. לעומת קרבן שתמיד בסופו של דבר מתקיים איזשהו אינטרס של האדם= אינטרס של כפרה.

זוהי ההבחנה שעושה התלמוד בין קרבן למכר, במכר לא ברור שיש סיפוק כלשהו של האינטרס של האדם לעומת הקרבן.

אך יש גם סיפא להלכה זו: בדיני גירושין- בנושא של גט מעושה. אם בה"ד ציווה לתת גט, ההלכה היא שכופים את הבעל עד שיאמר רוצה אני. יש כאן רצון שבא על בסיס כפיה. ומה ניתן לומר כאן? הרי כאן אין לאדם אינטרס שמתקיים? אין כאן רעיון של כפרה או אינטרס אחר?

אך התלמוד אומר שגם כאן יש אינטרס שמתמלא, איזה אינטרס? "שמצווה לשמוע דברי חכמים". כלומר, לאדם יש אינטרס דתי לציית לפסק דין של בי"ד רבני, משום שבחברה דתית בסופו של דבר אדם מעוניין לשמוע לדברי החכמים ולקיימם. יש כאן קושי בדבר, כי אם כך הוא- אז למה הוא לא עשה זאת ישר כשבה"ד נתן לו את הציווי הזה? על כך מסביר הרמב"ם, שלכל אדם דתי יש רצון בסיסי שהוא להיות אדם טוב מבחינה דתית. והדתיות של האדם היא נדבך מאוד בסיסי באישיותו, ולכן כשהוא התנער בתחילה מפסה"ד של בה"ד זה אל היה הרצון האמיתי והבסיסי שלו, אך עכשיו לאחר שקיבל מכות הוא הגיע לרצונו האמיתי.

כלומר, הכפייה היא רק תהליך של קילוף הקליפות והגעה לרצון הבסיסי והאמיתי של האדם.

בסופו של דבר התלמוד אומר שמדובר כאן באונס שבסופו התגבשה גמירות דעת.

"אגב אונסה גמר ומקנה"- נכון שהוא היה תחת לחץ, אך בסופו של דבר הכפייה הובילה אותו לרצון והוא באמת הסכים.

התלמוד נוגס בהלכה של רב הונא באופן משמעותי, ולא מוכן לקבלה כמות שהיא. התלמוד דורש גמירת דעת, אך מוכן לקבל את זה שגמ"ד יכולה להגיע גם לאחר איזשהו תהליך אלים של שכנוע.

כעת התלמוד מנסה לבדוק מה המשמעות של הליך מורכב שנגמר ברצון לאחר כפייה, וכיצד ניתן לתת לו תוקף:

התלמוד עושה זאת באמצעות כל מיני התדיינויות-

* מותיב רב המנונא: אדם קנה קרקע משודד קרקעות ולאחר מכן הלך וביצע רכישה נוספת מבעל הבית. במקרה כזה התלמוד אומר שמקחו בטל. למה? גם כאן ניתן לומר שכל התהליך התחיל בכפייה- בא שודד ולקח את הקרקע מבעל הבית, וברור שבעל הבית לא היה מעוניין שהקרקע תילקח מידיו. לכאורה, היינו אומרים שההסכם כאן צריך להיות תקף כמו ב"אגב אונסיה גמר ומקנה"- שהרי את העסקה השניה הוא גמר ברצון?! אז מדוע אומר התלמוד שהעסקה אינה תקפה? אלא שהעסקה אינה תקפה רק כאשר נעשתה באמצעות חזקה, אך אם נעשתה בשטר- תקפה. למה? כי בשטר, בעל הבית עושה פעולה משמעותית של כתיבת השטר, ולעומת זאת בחזקה בעל הבית אינו עושה כלום אלא רק שולח את הקונה ללכת ולקנות.

כלומר, הגמרא אומרת שבהליך מורכב כזה שתחילתו בכפייה וסופו רצונו, אנו נאפשר אותו רק בתנאי. מהו התנאי? שתיעשה פעולה שתוכיח לנו שאכן רצונו של המוכר (בעל הבית) הבשיל, ואז נוכל לדבר על גמירת דעת. וזו תוכל להיות רק כאשר מדובר בשטר ולא בחזקה שבה בעל הבית לא עושה כלום.

למהלך הזה יש המשך-

התלמוד טוען שזו דעתו של רב.

אך האמורא שמואל טען שהעסקה הזו לא קונה גם כשהיא בשטר. אז מה יהיה העדות לגמירת דעתו של בעל הבית, אם שטר לא מספיק טוב? אלא, שגם שמואל מסכים שקנייה בכסף תהיה תקפה. ז"א, לדעת שמואל בחזקה אין ביטוי לגמ"ד של המוכר, וכן בשטר משום שהוא מכתיב לאד אחר מה לכתוב ולא הוא כותב את השטר ממש, אך בכסף ברור שבעל הבית לקח את הכסף ליד= עשה פעולה= קיבל כסף ובכך הביע את הסכמתו ורצונו.

הויכוח כאן הוא על מידת האקטיביות שנדרשת מהמוכר כדי להראות על רצון- האם פעולה של ממש או מספיק פעולה פאסיבית.

אך בכל מקרה, אין כאן הסכמה של ממש לדעתו של רב הונא-

משו שהתלמוד דורש כאן שגם לאחר הכפייה יהיה רצון, ושהרצון יהיה אמיתי, וכזה שנעשתה פעולה שמבטאת אותו בבירור.

אם כך, ההלכה פתאום של תליוהו נשמעת אחרת לחלוטין.

התלמוד נגס בצורה משמעותית בשלבים בהלכתו של רב הונא. התהליך החל בהצמדה של "אגב אונסו גמר ומקנה".

* הגמרא ממשיכה בהליך הפיכת הלכתו של רב הונא לספציפית:

אמר רבא: רבא מאמץ את הלכתו של רב הונא שהסכם כפוי יכול להיות תקף, אך מסייג זאת לכך שהוא חייב לקבל אותות של גמירות דעת, לפחות אחד מהבאים:

החלש ביניהם- בחירת השדה מבין רבים. (למוכר היו שדות רבים. והקונה ביקש לקנות אחד מהם, ולא הגדיר איזה. ולשם כך עשה פעולות של כפייה, ולבסוף רצונו של המוכר התבטא בזה שהוא בחר איזו קרקע למכור (מבין כל הקרקעות). אם כן, הבחירה של המוכר בשדה מסוים היא אות רצון, ואות רצון זה מבטא גמ"ד מצדו של המוכר.

וכן, הכל תלוי בשאלה האם הוא יכל להשתמט מקבלת הכסף או לא/ האם יכל להשתמט מהעסקה שבה בחר איזו קרקע לתת.

דברי רב הונא לפי פשוטם אינם מסויגים והם מוחלטים. לרב הונא יש תפיסה ריאליסטית, ומבחינתו ההלכה צריכה להיתפס למציאות. ההלכה לא מאמינה באוטונומיה של הרצון, והעולם העסקי הוא עולם שאין בו רצון חופשי, ולכן יש לעזוב את מושג גמירת הדעת.

וזה מה שהתלמוד אומר כשהוא מצמיד לו את הרציונאל שלו- שבכל מכר שמתבצע יש אונס מסויים.

אך אנו רואים שהסוגיה התלמודית לא סובלת את הרעיון של רב הונא בשום שלב, והתלמוד טוען שיש הכרח בגמ"ד ולא ניתן לוותר עליה, וכן היא צריכה להתבטא באמצעות אקט מסויים ולא מספיקה אמירת "רוצה אני". ומכיון שהתלמוד לא מסוגל למחוק את דעתו של רב הונא, התוצאה היא ההצמדה ל"כופים אותו עד שיאמר רוצה אני"= מצד אחד כפייה ומצד שני ביטוי של רצון.

התלמוד הוא לא ריאליסט כמו רב הונא, אלא הוא אידיאליסט, והאידאה שלו היא שבסוף נדרש רצון. והתלמוד מציע נקודת אמצע- אותות רצון שהם יחסית אותות חלשים. (מהחלש לחזק יותר: בחירת הקרקע/ הכתבת שטר/ קניה בכסף).

לסיום, גם מבחינת התלמוד: יש דרישה לדעת, אך אין דרישה אמיתית לגמירת דעת.

והלכתא: בכל המקרים שפירטנו, אז המכר חל. מצד אחד יש כאן ניסיון לומר כאילו שאנו מקבלים את ההלכה שנאמרה באופן נרחב, אך בעצם זה בתנאים שהוזכרו לעיל. ואפילו בשדה זו, ניתן לתת תוקף למכירה. וההוכחה לכך: כשאדם מכריח אישה להתקדש לו, הוא כופה את עצמו עליה והיא מסכימה לבסוף. מה נחשבת ההסכמה? כל קידוש של אישה באחת מ-3 הדרכים ייחשב שקידש אותה.

וכמו שאנו נותנים תוקף לקידושין כפויים שהם מסוימים, כך אנו נותנים תוקף למכר של שדה שהיא מסוימת. גם כאן ניתן לומר שיש אות רצון מסוים מצד האישה- בין אם זה קידושין בכסף בין אם קידושי בשטר (ובביאה רק אם זה לא היה אונס).

התלמוד מביא לאחר מכן דעה שחולקת על זה: מר בר רב אשי: במכר הוא מוכן לקבל שיהיה תקף גם היו רק אותות רצון חלשים אלו, אך בקידושין הוא לא מוכן לקבל זאת. משיקולי מדיניות- הוא לא מוכן שיהיו קידושין כפויים. כי לא ייתכן לאפשר לאדם להתנהג בצורה כזו ואח"כ ההלכה תהיה לצדו.

כלומר, מן הדין- הקידושין שהיו בהם אותות חלשים יהיו תקפים. אך משיקולי מדיניות- בה"ד יפקיע קידושין אלו.

מקור 2: רשב"ם:

ההלכה של תלויהו היא דווקא במכר ולא במתנה. כי ברור שבמתנה אין אות רצון של הנותן. אין אינטרס לנותן. לכן כשמתנה נלקחת בכפייה, אין אותות רצון של הנותן וממילא אין תוקף לכך.

מקור 4: שולחן ערוך:

מי שאנסו אותו עד שמכר ולקח דמי המקח= אות הרצון כאן הוא שלקח את הכסף, המכר תקף.

ואפילו אם לקח את הכסף שלא בפני עדים זה מעיד על גמ"ד ומספיק.

הרמ"א מציג את המחלוקת בין הרמ"א לשו"ע: לדעת השו"ע נטילת המעות ע"י המוכר היא לא האקט שמכונן את המכירה, אלא זה רק אקט של גילוי דעת. אך הרמ"א, שנתמך בראב"ד, חולק על כך וטוען שנטילת המעות זה האקט שמכונן את המכירה ולכן העדים חייבים להעיד עליו.

הרמ"א מביא מחלוקת נוספת: יש אומרים שצריך מעות ולא מספיק שטר, ויש אומרים ששטר מספיק כדי לבטא גמ"ד.

**שיעור מס' 8 – 3.12.13**

בשיעור הקודם בחנו את גבולות גמירת הדעת ועשינו זאת דרך מצב קיצון של עושק, של כפייה, מה שמכונה במשפט התלמודי "אונס". ראינו כי הסוגיה התלמודית מותחת עד מאוד את גבולות גמירת הדעת והיא בעצם מאפשרת במצבים גבוליים שבין כפייה לבין הסכמה, מכר או אפילו הסכם. כפי שראינו מדובר בתולדה של מתח בין הלכה תלמודית די ותיקה של "רב הונא" שבעצם אומר שלהסכמים יש תוקף (תליוהו וזבין) ונותנים דוגמה של הסכמה תחת כפייה. אם כן, התלמוד דורש הסכמה ורצון במכר ובהסכמים אך הוא מחפש נקודת איזון. נק' האיזון המצאת בדיני הקורבנות שם כופים אדם עד שיאמר "רוצה אני" ועל הרקע הזה נולדו שורה של מצבי ביניים שהמכנה המשותף שלהם הוא אותות ואפילו החלשים ביותר של ביטויי הסכמה, גם ביטויי הסכמה חלשים. כשאנחנו מחפשים את נק' הגבול בין כופים אותו לבין שיאמר "רוצה אני", גם האותות החלשים ייחשבו להסכמה. למשל:

* כשמדובר בעסקה שהיא לא ממוקדת, למשל כשאדם מוכר "שדה סתם" ובסופו של דבר ההסכם נערך לגבי שדה מסוימת אז הבחירה של המוכר בשדה מסוימת היא כמובן אות רצון להסכמה מסוימת לפחות או לשיתוף פעולה עם הקונה גם אם ברקע יש תפאורה של כפייה.
* אות חלש יותר הוא אות של עסקאות שיש בהן תמורה – בעסקאות אלו הנכונות של המקבל או של המוכר לקבל את התמורה, לספור את הכסף (ריצוי המעות) היא פעולה אקטיבית שבה הוא משתף פעולה.
* כתיבת שטר היא אות עוד יותר חלש – המוכר לא כותב את השטר אלא סופר, אך נדרשת מידה של אקטיביות במובן שאתה מביא אתהסופר, משלם לו, אחראי לכך שהעדים יעידו וכן הלאה.

לסיכום, כל אקט מצידו של הצד הנכפה, הנעשק והנאנס הוא מבחינתנו נחשב לביטוי לרצון או להסכמה והוא עונה על הדרישה של כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. זה בעצם מוביל למצב שגמירת דעת כבר לא מראה שום דעת גמורה, היא לא תודעה ולא מביעה מודעות, כלומר זה לא קשור כבר לפן הקוגניטיבי. גמירת דעת היא כבר לא רצון גמור. ביודעין, התלמוד בחר לוותר על גמירת הדעת לדעתו של ברנד. אין דרישה לגמירת דעת, מבחינה תיאורטית בוודאי שיש אך כשאנחנו מסמנים את גבולות גמירת הדעת – הדעת נדרשת אך הדרישה היא לא גמורה.

אל מול זה, נחזור לסעיף בשולחן ערוך:

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

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.

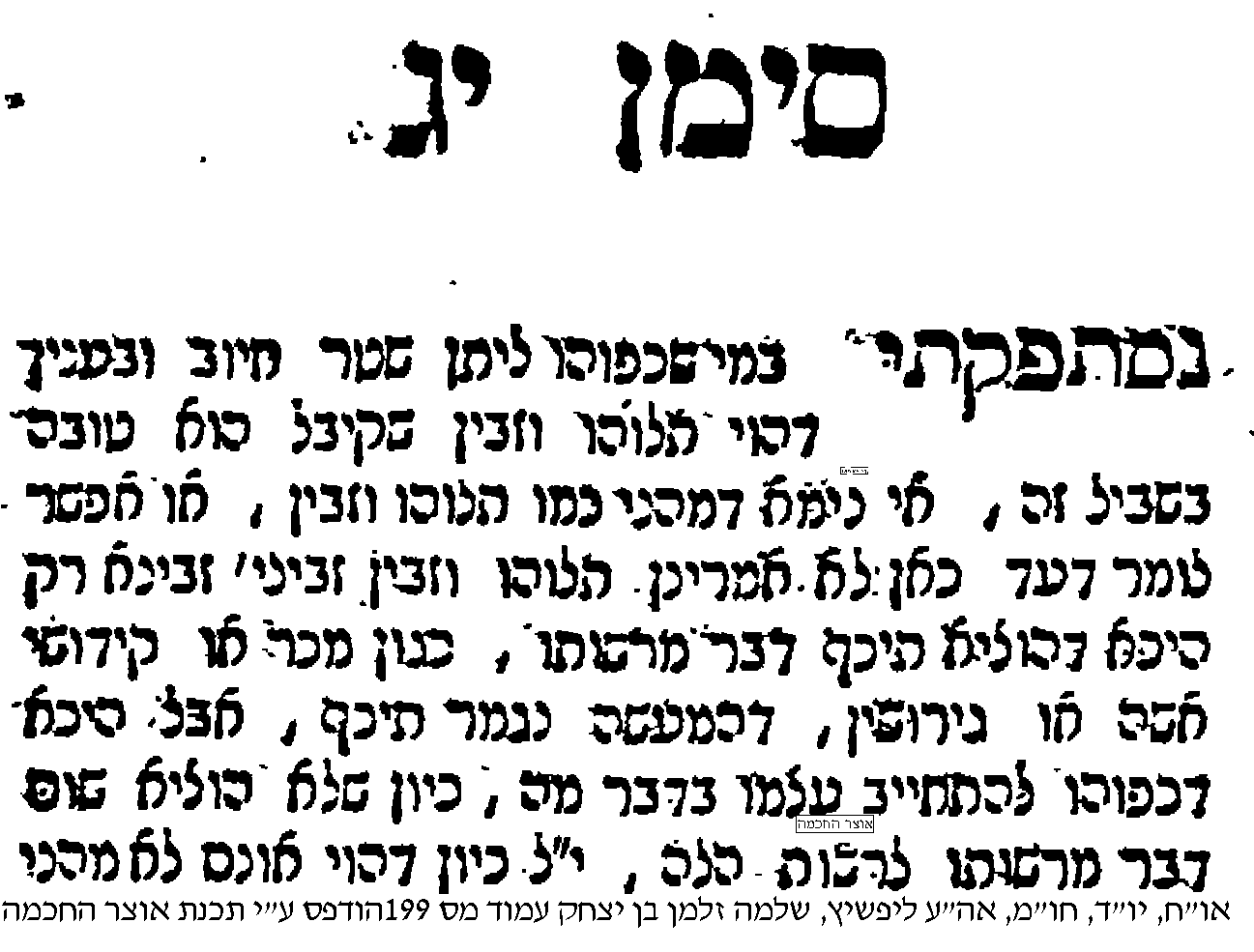
ישנו ויכוח כאן אודות שאלת השטר – האם אפשר להסתפק במסירת שטר בתור אקט של הסכמה וגמירת דעת או לא. בסיפא יש הלכה מאוד חשובה וחשוב לראות תופעה זו. היא מאזנת באיזשהו מקום את התופעה שדיברנו עליה עכשיו. תופעה זו נקראת "מודעא":

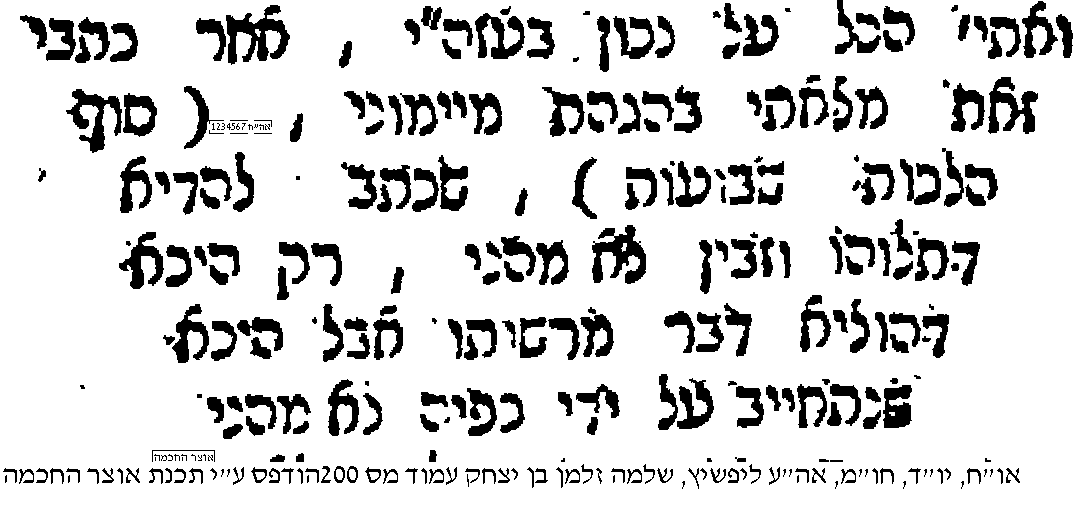
***מודעא*** הינה תופעה משפטית מיוחדת למצבי אונס וכפייה ובמצבים אלה הנאנס, הנעשק, הנכפה יכול לכתוב שטר שבאמצעותו הוא מודיע לעולם שנכון שנעשתה עסקה, אך היא נעשתה תחת כפייה. כמובן, שעל מודעא כזו צריכים להיות חתומים עדים שהיו נוכחים בזמן הכפייה ובזמן מסירת המודעא. ***עמנואל לוינס*** מדבר על כך שבתלמוד מדברים על הברית בין עם ישראל לה' ואומר שזו הייתה כפייה מצד העם לקבל את התורה, והשאלה היא עם ישראל היה מוכן לקבל את הכפייה הזו, ולוינס אומר כי עם ישראל הסכים לקבל את התורה ולא הייתה מודעא מאחר שבמגילת אסתר כתוב שהיהודים לקחו על עצמם את התורה. השולחן ערוך כותב בעניין המודעא:

"אם מסר מודעא קודם שימכור, ואמר לשני עדים: דעו זה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל" – כלומר, אם המודעא נכתבה בזמן המכר ונכתבה כך, המכר בטל. גם אם המכר נשאר כמה שנים אצל הקונה, עדיין אפשר להוציא אותו מידו. חשוב לציין כי העדים חייבים להעיד שהם ידעו שהיה אונס על המוכר – "אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה".

התלמוד דיבר על עסקאות מכר ואנחנו עוסקים בדיני חוזים ועולה השאלה האם ניתן לגזור ולהדביק מדיני עסקאות המכר לדיני החוזים. לכאורה אין כל הבדל והמשתנה היחיד הוא המשתנה הנסיבתי – אם אני דורש אותות של רצון ושל הסכמה, במכר יש מעשה קניין ודברים שקופים יותר מאשר הסכמים. השאלה אם זה יהיה נכון בהקשר הנסיבתי גם באשר להסכמים. למרבה ההפתעה, הדיונים הראשונים בעניין הזה הם מהמאה ה-19:

1. **שו"ת חמדת שלמה, חושן משפט, יג**





הוא עוסק בחוזה מכר שנעשה בכפייה, חוזה שדורש תמורה. בדרך כלל במכר, אחד המשתנים הנסיבתיים הוא שקורה משהו – איזשהו מעשה קניין. בגלל שיש אות מיידי וברור שעשוי לבטא הסכמה, אנחנו אומרים שישנה גמירות דעת אפילו כשישנה כפייה. לעומת זאת, בחוזה מדובר בהתחייבות עתידית, כלומר – לא קורה שום דבר אקטיבי עד שהוא יוצא לפועל ולכן משתנה המיידיות עלול להשפיע. בחוזה, אין מיידיות ואין מעשה קניין שמבטא הסכמה אז ליפשיץ אומר כי ייתכן שהסוגיה התלמודית לא רלוונטית למקרה של חוזה. בסופו של דבר הוא כותב כי לגבי חוזים צריך שוב לפתוח את הדיון מחדש ויכול להיות ששם נדרשת גמירת דעת ממש, כי במצבים אחרים לא יהיה תוקף לחוזה.

**יסוד התמורה – "בההיא הנאה" (טובת הנאה)**

נראה כי אין די בגמירת דעת ויש צורך גם ביסוד התמורה. אנחנו נבחן את יסוד זה בכמה שלבים – ראשית, נדון בסוגיה תלמודית שבעצם מקפלת בתוכה שלבים היסטוריים שונים שקשורים לשאלה של דרישת התמורה במסגרת של הסכם. לאחר שנבחן אותה וננסה לתאר את השלבים ההיסטוריים בתוכה, נצא מהסוגיה עצמה ונפתח את הדיון בצורה רחבה יותר. כפי שנראה, דרישת התמורה מכונה בתלמוד הבבלי "בההיא הנאה".

**דברים הנקנים באמירה**

הכוונה היא להסכמי טרום נישואין שהם לא בין בני הזוג אלא בין ההורים שלהם, כלומר ההורים מעוניינים להנכיס נכסים לילדים והסכמי טרום נישואין אלו נקראים "דברים הנקנים באמירה" – ההליך שנעשה כאן הוא הליך של אמירה, מה שאומר שהוא לא קנייני כי קניין לא יכול להיות באמירה בלבד, ההליך הוא חוזי והתוצאה היא קניינית – אמירה שתוצאה קנייה, ובסופו של דבר מדובר בדברים, כלומר גזרה מאוד צרה של נסיבות שהן בדיוק בנסיבות האלו של הסכמים בין הורים לפני נישואי ילדיהם.

אנחנו נתאר כאן הליך היסטורי שכולו מקופל בתוך התלמוד, הליך בן חמישה שלבים. אנחנו נתאר הליך זה דרך נק' הקיצון שלו – השלב המוקדם ביותר והשלב המאוחר ביותר ואז נסגור את הפערים ביניהם:

1. **קידושין ט, ב, עפ"י כ"י וטיקן 111**

**רקע**: הדיון הוא במסכת קידושין. קידושי אישה יכולים להיעשות באחת משלוש דרכים – כסף, שטר וביאה. קידושין יכול להיות שיבוצעו באמצעות שטר, ובמקרא לא כתוב בשום מקום שקידושין נעשים באמצעות שטר או כסף. למרבה ההפתעה, הדבר נלמד דרך דיני הגירושין – שנעשים בשטר. התזה אומרת כך – אם הפקעת נישואין נעשית באמצעות שטר, אז אם כך, גם לכונן נישואין ניתן באמצעות שטר. בעגה התלמודית זה נקרא כך – יוצרים היקש בין ההוויה לבין היציאה, כלומר – הגירושין. כמו שהגירושין נעשים באמצעות שטר, כך גם הנישואין יכולים להיעשות באמצעות שטר. השאלה של התלמוד הוא מהו היחס המשפטי בין שטר הגירושין לבין שטר הנישואין? האם אנחנו מעתיקים את כל הפרטים והכללים של שטר הגירושין או שרק נשאיל את הרעיון? הסוגיה הזו נידונה בשני חלקים – מדעתה ולא מדעתה:

גט אישה, נכתב לשמה של האישה ושלא מדעתה. הסופר שכותב את הגט לא יכול להכין במגירה שלו גיטים מוכנים לפי שמות מקובלים בקהילה שלו. מדוע? מדובר במנגנון השהייה שההלכה מעוניינת ליצור כשאדם מקדש אישה, על מנת שלא יהיו גירושין מהירים. עד לחרם דרבנו גרשום אפשר לגרש אישה גם לא מדעתה.

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)

השאלה כאן היא מה דינו של שטר קידושין – האם הוא מעתיק אחד לאחד את הגט או שלא? בהלכות קידושין אין את ההחמרות שבדיני הגירושין – שם אפשר לכתוב את השטר שלא לשמה אך צריך את דעתה.

מה דינו של שטר קידושין שנכתב לשמה ולא מדעתה? כלומר, שטר קידושין שנכתב כאילו הוא גט. יש מחלוקת בשאלה האם שטר קידושין זה תקף או לא, כלומר מחלוקת בהתייחסות להעתקה של כללי הגירושין אל שטר הקידושין.

במקור התנאי כתוב שלא כותבים שטרי אירוסין ונישואין ללא דעתם של שני הצדדים. כלומר, אם אין דעת בשטר שלנו, הרי שאין תוקף לשטר. התלמוד אומר שמדובר לא בשטר אירוסין ממש, לא בשטרות שיוצרים את האירוסין עצמם אלא בשטרי פסיקתא. הסיפא של המדרש עוסק בדברים הנקנין באמירה ומתאר משא ומתן בין ההורים שבסופו "עמדו וקדשו קנו", כלומר ההסכמים בעל פה בין ההורים גרמו לתוצאה קניינית, אך ההתחייבות של הצדדים מקבלת תוקף רק כאשר הקידושין יוצאים לפועל. התלמוד אומר שלתופעה זו קוראים "שטרי פסיקתא" (פסיקתא היא חוזה בסכום קצוב). התלמוד מזהה בין ההתחייבות של ההורים לטובת ילדיהם עם שטרי פסיקתא, והזהות הזו ממשיכה הלאה – כשכתוב במקור התנאי "שטרי אירוסין" כתוב שטרי פסיקתא. כלומר, הנוסחה המשולשת אומרת כך:

**שטרי אירוסין=שטרי פסיקתא=דברים הנקנין באמירה (הסכמים בין ההורים בטרום הנישואין)**

מכוח הנוסחה הזו אנחנו אומרים שהכוונה היא לא לשטרות שמכוננים את האירוסין אלא לשטרות שמהווים את ההסכם בין ההורים. אך, נשאלת השאלה איך דברים הנקנים באמירה הופכים להיות שטר? ומה הקשר כאן לשטר אירוסין? אם כן, הנוסחה הזו בעייתית והיא לא עובדת.

נראה את השלבים ההיסטוריים:

***רב*** (סביב שנת 230 לספירה) עומד מאחורי התופעה שבעצם אומרת שבאמצעות הסכם בע"פ אפשר לחולל תוצאה קניינית ועל כן יש תוקף קנייני להסכם.

***העורך התלמודי*** (שנת 500 לספירה) עומד מאחורי הנוסחה התלמודית ונראה כי ההלכה של רב עברה שני שינויים חשובים – (א) ההסכם חייב להיות בכתב, (ב) ההסכם חייב להיות קשור לאירוסין ולהיות חלק ממנו.

נמשיך ונראה מה עבר בין הדעה הקיצונית של רב לבין הדעה הקיצונית שמביע העורך התלמודי:

1. **כתובות קב, ב, עפ"י כ"י פירקוביץ**

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)

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

כאן יש שני שלבי ביניים:

***רבא*** (אחד מחשובי האמוראים בבבל, אמצע המאה הרביעית) דן בהלכה הראשונית של רב ומסייג את ההלכה של דברים הנקנים באמירה "לבתו נערה" וטוען כי "בבתו בוגרת" זה לא יחול. מה ההבדל בין בתו נערה לבין בתו בוגרת? אנחנו רגילים לחלק היום בצורה דיכוטומית בין קטנים לבין בגירים. בהלכה החלוקה היא לשלוש – קטינה (קטנה), בגירה (בוגרת) ושלב ביניים שנקרא נערה. נערה זה שלב שבו מבחינת הכשרות המשפטית היא כבר מסוגלת לקבל החלטות כבוגרת אך מצד שני היא כפופה לאביה, כך שהיא כמו קטנה. במקרא יש לא מעט הלכות שהנושא שלהן הוא נערה וחכמים קבעו שהשלב ביניים הזה של נערה הוא שלב שבסה"כ מתפרש על פני חצי שנה: עד גיל 12 – קטנה, מגיל 12 ו-6 חודשים – בגירה, ובמהלך השישה חודשים הללו היא נערה. אם יש הרבה הלכות במקרא שקשורות לנערה, ומדובר בסה"כ בששה חודשים משהו כאן לא הגיוני. אכן מדובר בעניין בעייתי. ***משה הלברטל*** טוען כי ההלכות האלה במקרא בדר"כ קובעות את העדנות ואת הבעלות של האב על הבת והמקרא אכן חשב כך – ההורים, הם הבעלים על ילדיהם ובהקשר הזה האב הוא הבעלים של בתו והוא יכול למכור אותה. בגלל שלא אהבו את הרעיון שהאב הוא הבעלים של הילדה כשהיא כבר בעלת כשרות משפטית, חכמי המקרא החליטו לצמצם את הבעלות עד לגיל 12 ו-6 חודשים, כלומר צמצמו את טווח הנערות. ההבדל בין השניים, בין נערה לבוגרת היא שמגיעה לו "הנאה" – תמורה. בת נערה היא ברשות אביה, כלומר האב יכול להחליט שהוא משיא אתה לאישה, והיא לא יכולה להתנגד. לא רק שהאב הוא המקדש שלה, הוא גם מקבל את התמורה בגינם. כך בבת נערה אך לא כך בבת בוגרת – שהיא בגירה, עומדת בזכות עצמה והיא מחליטה למי להתקדש וממילא ברור שכל תמורה שתצמח ממעשה הקידושין שלה היא. רבא אומר כי ההלכה הזו שאומרת כי הסכם בע"פ יכול ליצור תוצאה קניינית, ההלכה הזו מסתברת כאשר המתקדשת היא נערה ואז האב מקבל הנאה, תמורה כתוצאה מהקידושין ואז אם האב מקבל תמורה, הוא מוכן בעבורה לקבל את אותה ההתחייבות. כלומר, יש כאן בעצם עסקת חליפין – אני מקבל תמורה עבור הקידושין ועבורה אני מתחייב התחייבות כספית ולכן מכיוון שמדובר במעין עסקת חליפין, התוצאה היא מעין קניינית. אבל, בביתו בוגרת מדובר בהתחייבות חד צדית – האב מתחייב עבור ביתו אך לא מקבל תמורה, לא נוכל לומר שההסכם בע"פ משתכלל לתוצאה קניינית, כלומר אין לו תוקף. אלו הם דבריו של רבא והוא מכניס למשחק גורם חדש שהוא דרישת התמורה ואומר כי אם אנחנו מעוניינים שלהסכמים יהיה תוקף קנייני אנחנו צריכים לפעול כאילו הם קנייניים, כלומר – דרישת תמורה שהכרחית לשכלל את ההסכם ולתת לו תוקף קנייני. ***התלמוד*** מבקר את הדברים של רבא, מאחר שבדברים של רב לא הייתה דרישת תמורה:

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

**ביקורת ראשונה**: ע"פ המסורת, ע"פ ההלכה של רב, ההסכם תקף גם בבתו בוגרת.

**ביקורת שנייה**: ע"פ ההיגיון, אם תגיד כך רק לגבי בת, מה לגבי הורי החתן? האב של החתן לא אמור לקבל קידושין, אם החתן הוא קטין – אין קידושין ואין להם תוקף ואם החתן הוא בגיר – הוא מחליט בעצמו אם להתקדש או לא, כלומר בגברים אין "נער". כלומר, בכל מקרה הוא גם זה שצריך לשלם את תמורת הקידושין כך שאב החתן לא מקבל תמורה אף פעם ולכן במקרה של גבר, אי אפשר להגיד שההתחייבות עומדת כנגד תמורה כי הוא לא מקבל אותה (מה הנאה קא ממטי לידיה – איזו הנאה הוא מקבל לידיו?) אם אתה מציב את התמורה כתנאי לתוקפו הקנייני של ההסכם איך תסביר את הבן שהוא גם צד להסכם? כלומר, כלפי החתן אף פעם דרישת התמורה לא מתקיימת ולכן התלמוד מבקר את דברי רבא.

כעת התלמוד מציע "מקצה שיפורים" בדבריו של רבא:

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

באותה הנאה שההורים מתחתנים זה בזה, הם גם גומרים בדעתם ומקנים זה לזה. מה זאת אומרת ההורים מתחתנים? הרי הילדים שלהם הם המתחתנים. ההלכה רואה את המשפחות כאילו התחברו, עם הנישואין אז המשפחות למעשה נישאות זה לזה, "להתחתן בם". התלמוד אם כן אומר כי כדי שלהסכם יהיה תוקף נדרשת תמורה, אך בניגוד למה שחשבנו קודם התמורה אינה חייבת להיות כספית ממשית, אלא גם סיפוק אינטרס, טובת הנאה כללית, לא מדובר בכסף, אלא אם איזשהו מקום מספק אינטרס שלי זה כבר משביע את רצוני וגורם לי גמירת דעת – התלמוד למעשה מצד אחד נשאר עם דרישת התמורה של רבא, לא מבטלים את דבריו, אבל הם מגדירים את דרישת התמורה בצורה הרבה יותר רחבה ומופשטת, הנאה היא לא תמורה כספית אלא סיפוק אינטרס, טובת הנאה כללית.

נראה כי הבעיות שהעלנו קודם נפתרות – לעניין המסורת – גם בביתו בוגרת האב מקבל תמורה. ולגבי הביקורת השנייה, נראה כי גם למשפחת החתן, לאבי החתן יש כאן תמורה בדמות גמירות דעת ולכן הביקורות מתבטלות יחד עם פרשנות זו של התלמוד.

לסיכום, אנחנו מקבלים את ההלכה של רב ללא סייג – הסכם בע"פ משתכלל ויש לו תוקף קנייני בכל המקרים (גם לגבי בתו בוגרת וגם לגבי החתן), אך מצד שני אנחנו גם נשארים עם העיקרון של רבא שהוא עיקרון דרישת התמורה. איך אנחנו משיגים את הקבלה של שתי ההלכות האלו? ע"י הגדרה מופשטת ומורחבת של דרישת התמורה.

נגיע כעת לשלב הרביעי (את השלב השני נזכיר רק בע"פ – להלן בתרשים):

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...

השאלה של רבינ' היא האם ניתן להפוך את ההסכם בע"פ לכתב?

***רב אשי*** עונה לרבינ' כי הדברים לא ניתנים להיכתב, כלומר הוא שואל האם מותר או אסור לכתוב. מהי השאלה בעצם? האם ההסכמים שנעשים בין ההורים, האם לאחר שהם נעשו בע"פ מותר ללכת ולכתוב אותם? האם אותם דברים שנקנים באמירה ניתנו להיכתב או לא ניתנו להיכתב? ניזכר בהבדל בו עסקנו בין הלוואה בע"פ לבין הלוואה בשטר – ההבדל הוא זה שכאשר הנלווה הוא בע"פ, אנחנו מגדירים את היחסים בין הנושה והחייב כאובליגטוריים, כלומר הנושה יכול לפרוע את החוב אך ורק מנכסים שנמצאים תחת ידו של החייב, מנכסים אישיים. לעומת זאת, בחוב בכתב, בשטר, היחסים הם מעבר ליחסים אובליגטוריים ואפשר לומר שהם יחסים מעין קניינים, כלומר, הנושה יכול לפרוע את החוב גם מנכסי החייב שנמצאים בידי צדדים שלישיים. כלומר, אם החייב אחרי שהוא לקח את ההלוואה הלך ונתן במתנה חלק מנכסיו, מכר אותם, הנושה יוכל לפרוע את החוב מהנכסים האלו גם כשהם נמצאים בידי מישהו שקנה אותם, אפשר לפרוע את החוב גם מצדדים שלישיים מאחר שהיחסים הם בין הנושה לבין קניינו של החייב ולכן יש זכות עקיבה כלפי הנכס גם כשהוא נמצא בידי צד ג'. מה הסיבה לכך שבשטר חוב אנחנו "משדרגים" את היחסים? ההסבר המקובל הוא הפומביות, כלומר, ההסכם הוא נחלת העולם וכולם יכולים לדעת ממנו ולכן הנושה יכול לרדת לנכסי החייב שנמצאים אצל אדם אחר.

אם כן, מה ההבדל בין מקרה בו ההסכמים בין ההורים הם בע"פ לבין הסכם בכתב? אם הם בע"פ, אז הם אובליגטוריים וההורה יכול לגבות את הנכסים של הצד השני רק מהנכסים תחת ידו ואם ההסכם נעשה בכתב ההורים יכולים לגבות את החוב גם מהנכסים שלא נמצאים בידי ההורים.

נמצא שבעצם ההסכם האמיתי הוא הסכם חלש, אובליגטורי, בע"פ וההסכם שנוצר כעת שמעלים אותו על הכתב הוא הסכם שמתחפש להסכם חזק. כלומר, זה סוג של חוזה למראית עין. ההסכם בין ההורים שנעשה בע"פ (כך היה נהוג) הוא הסכם חלש וכשהביאו את החוזה לידי כתב, בעצם הכניסו לבעיה את כל הצדדים השלישיים שהחזיקו בנכסי ההורים, כי עד כה הם חשבו שההסכם בע"פ הוא אובליגטורי ולכן לא יהיה אפשר לגבות מהם את הנכסים אך משהשתכלל ההסכם להסכם בכתב המצב המשפטי השתנה ואפשר לגבות מהם את הנכסים. ***רב אשי*** אומר כי בשל כך לא ניתן להיכתב.

**סיכום השלבים**

**שלב ראשון**

***אשר גולאק*** עסק גם הוא בסוגיית דברים הנקנים באמירה והוא מראה כי במשפט הרומי הטקס החוזי היה מעין הבטחה, מעין חוזה שנעשה במתכונת של דיאלוג שבו יש נוסחת שאלה וכמענה לה נוסחת תשובה. כמובן שצורת ההסכמים האלו הייתה נהוגה איפה שהיה קיים המשפט הרומי, למשל בארץ ישראל. הסיפור שלנו באמת מתחיל עם האמורא רב. רב רוכש את השכלתו התורנית בארץ ישראל והוא חי בתקופת המעבר שבין התנאים לאמוראים. רב הכיר את ההסכם הרומאי בצורה של שאלה ותשובה בפעמים שהתוקף שלו היה תוקף קנייני. רב אומר כי הסכמים כאלו יוצרים תוקף קנייני – כשרב מנסח את דבריו הוא מנסח נוסחה ברורה מאוד של הסכם "כמה אתה נותן לבנך? כך וכך", כלומר נוסחה דיאלוגית של שאלה ותשובה אשר דומה לנוסחת הטיפולציה הרומית. כלומר, רב הכיר צורה כזו של הסכם שיש לו תוקף קנייני והשתמש בנוסחה הזו לקבוע כי כך ישתכללו דברים הנקנים באמירה.

**שלב שני**

התלמידים של רב חיים בסביבה הבבלית, המשפט הססמי הוא המשפט הנוהג ולא המשפט הרומי, שם אין מה לדבר על הסכמים בע"פ, קניין שם נוצר באקטים פיזיים ובין התלמידים של רב מתחיל ויכוח.

**שלב שלישי**

רבא נטוע עמוק בהוויה הבבלית שם ברור לכולם שכדי שיהיה הליך קנייני יש צורך בדרישת תמורה. התלמוד מיישב בין רב לרבא ומגיע לכך שדרישת התמורה היא מורחבת – כך הוא יכול לשחק את המשחק הקנייני וגם להגיע לתוצאה הרחבה לפיה גם כשאין תמורה כאילו יש תמורה.

**שלב רביעי**

רב אשי לא מסכים לכל "המשחקים" בדרישת התמורה ואומר כי אם רוצים שיהיה תוקף קנייני להסכמים, יש כללים ידועים והסכמים יכולים להגיע לתוקף קנייני כשהם בכתב.

**שלב חמישי**

העורך התלמודי בעצם אומר את מה שרב אשי אומר – אם אנחנו רוצים להגיע לקניין אנחנו צריכים שטרי פסיקתא, וכדי שנבטיח שלהסכמים האלו יהיה תוקף כדאי שהם יהיו קשורים לאירוסין. מדוע? הכי נוח לקחת את ההסכמים ולספח אותם לאיזשהו מוסד מוצק אחר, זה נותן תוקף לאירוסין.

**לסיכום,** התלמוד עומד על דרישת התמורה 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.

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.

נביא כמה דוגמאות להסכמים שהיה להם תוקף גם ללא דרישת תמורה:

1. **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.

הסוגיה עוסקת בדיני שומרים. האחריות של השואל לחפץ היא אחריות מוחלטת ושומר חינם שאסור לו להשתמש בחפץ, והוא לא מקבל תמורה על מעשיו והוא חייב רק במקרה של רשלנות פושעת. עכשיו יש כאן מקור תנאי שאומר שלפעמים שומרים יכולים לעשות הסכמים שמבחינת האחריות של השומר האחריות תחרוג מן הדין – או לקולא או לחומרא, למשל כאן מדברים על אחריות לחומרא – אחריות כשואל, כלומר אחריות מוחלטת ולא רק אחריות במקרה של רשלנות פושעת, מדובר בהסכם לרעתו של השומר, ולהסכם כזה יש תוקף. התלמוד שואל "במאי, בדברים?" אפשר לעשות הסכם כזה בדברים? ***שמואל*** אומר שאפשר לעשות את זה "בשקנו מידו", כאילו יש פה משהו ממשי שעובר מיד ליד ורבי יוחנן אמר כי "אפילו תימא לא קנו מידו" – כלומר, כדי לשכלל את ההסכם לא צריך אפילו שקנו מידו, בההיא הנאה אפשר לפתור את זה – כל שומר חינם יש לו הנאה מזה שהוא שומר, ההנאה היא זה שסומכים עליו וזה אומר שיש לו שם של בן אדם מהימן ואם יש לו שם של מהימן אז היום הוא שומר למישהו בחינם, ומחר תבוא לו תועלת מזה, כלומר יש כאן תמורה שמשכללת את ההסכם למעין-קנייני ואין צורך בקנו מידו. הוא לא קיבל שום תמורה ממשית אך יש לו איזושהי תמורה, ולתמורה יש כוח לקחת חוזה ולתת לו תוקף.

1. **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. התלמוד אומר כאן "אמר אמימר: ערב משתעבד" – הערב תלוי במחלוקת שבין ***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 כאן (למדנו את המדרש תחת אסמכתא) הוא שלהסכם ערבות יש תוקף רק לפי ר' יוסי.

***רב אשי*** עונה לאמימר ואומר כי ראשית הפרקטיקה המשפטית היא שאסמכתא לא קונה ואם אתה אומר שהסכם ערבות נגוע באסמכתא ואין לו תוקף לפי מי שאומר שאסמכתא לא קניה, אז יש לנו בעיה. מה הפתרון לפי רב אשי? גם ערב מקבל תמורה, בההיא הנאה עבור הערבות, הוא גם כן מקבל תמורה בצורת מהימנות, אדם אחר נותן בו אמון (הנושה נותן לו את הכסף מאחר שהוא מאמין לו ובו), ועל כן מהימנות של ערבים היא בעלת ערך. אם כן, רב אשי טוען כי הסכמי ערבות משתכללים בסוף באמצעות בההיא הנאה, התמורה נותנת תוקף קנייני וגם פותרת בעיה של אסמכתא.

**לסיכום,** משתי הדוגמאות הללו אנו למדים כי בההיא הנאה היא בעלת תפקיד בפתרון בעיות בדיני חוזים, בדר"כ כדי לתת תוקף לחוזים והפתרון נעשה באמצעות דרישת תמורה או משהו שווה אליה.

# שיעור מס' 9: 10/12/2013

ראינו שכפי הנראה דרישת התמורה לא הייתה קיימת בתחילה, ונכנסה לתמונה בשלב מאוחר יותר, ובין השלב המוקדם למאוחר שלה היא קיבלה פנים חדשות ורחבות יותר. וניתן לומר שהיא מתפרשת לא באופן דווקני אלא דווקא באופן מופשט ורחב. דברנו בהקשר זה על המרחב הרומי (הישראלי) מסוגל לעכל את הדברים לעומת המרחב הבבלי שבו מעמד החוזה היה מפוקפק, ולכן כדי שיהיה תוקף קנייני לחוזה נדרשה הסבה מהזירה האובליגטורי לזירה הקניינית הריאלית והממשית. לכן, דרישת התמורה- תפקידה בסיפור זה הוא גם להעביר את ההתחייבות מהמישור האובליגטורי למישור החפצי, וגם כדי לתת לזה תוקף קנייני- תפקיד התמורה הוא לשוות דימוי מעין קנייני להתחייבות. אז הדרישה פועלת בשני מסלולים.

התלמוד בתריסר מקומות משתמש בטכניקה של בההיא הנאה, ובאמצעותה התלמוד מכשיר חוזים.

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.

ממחזיקי דעה זו: מקור 5- רבינו חננאל: מרוקו, מאה 10. חשיבותו הגדולה היא בכך שהוא מייצג את תורת הגאונים. ולגבי המוסד של בההיא הנאה, הוא אומר כי: בההיא הנאה זה סוג של חלופת חפצים, אותה טובת הנאה היא כמו טובין שעוברים מצד אחד לשני. כמו אצל הורים שמשיאים את ילדיהם- שמקבלים הנאה הדדית. ההנאה היא כמו חפץ טובין או מעין טובין שנמסר מכל צד לצד השני (הורי החתן מתחייבים לכלה והורי הכלה מתחייבים לחתן).

גישה זו נתקלת גם בביקורת: מקור 5- הר"ן:

להגיד רק שזה חליפין זה לא מספיק, מפני שחליפין זה לא בהכרח תמורה ממש, זה לא רק כסף. למשל: צדדים יכולים להקנות זה לזה גם נכסים הפחותים משווה פרוטה, ולא עוברים את הסף המינימלי לעסקה המוגדרת כעסקה כספית. ואם בההיא הנאה לא מתפקד בתור כסף, אז לא יהיה ניתן לקדש אישה באמצעות זה. אנו מסתכלים פעמים רבות על עסקת חליפין כעסקה דו-צדדית שבה כל צד משלם תמורה. ובעסקת חליפין, עצם ההחלפה היא העושה את העסקה. ולכן, גם אם העסקה תהיה בפחות משווה פרוטה יהיה לה תוקף. לעומת זאת, בעסקה שמשלמים בה תמורה, כסף, התמורה חייבת להיות לפחות שוות פרוטה. ולכן כשר' חננאל הציג את עסקת בההיא הנאה כעסקת חליפין, אל תטעה להבין זאת בגישה שעצם ההחלפה היא העושה את העסקה. הר"ן מנסה לומר שמי שמנסה להשוות בין עסקת בההיא הנאה לעסקת חליפין צריך להיזהר, כי בההיא הנאה אנו יודעים שמתפקדת כתמורה ממש, שוות כסף, ואנו רואים זאת בקידושי אישה- שכתוב שבההיא הנאה יכולים לקדש אישה. ואם זה היה רק חליפין ולא שווה פרוטה לא היה בזה כדי לקדשה. הר"ן מסביר, שאם אותה בההיא הנאה שקידשה את האישה הייתה רק עסקת חליפין, במובן הרחב שכולל את האפשרות של תמורה לא ממשית- פחות מפרוטה- אז לא היה ניתן לקדש בזה אישה.

הר"ן משתמש בקידושי אישה כהסבר לכך שלא ניתן להבין את בההיא הנאה כעסקת חליפין לחלוטין, גם אם יש בה דמיון לכך, ז"א: בההיא הנאה לא יכול להיות חליפין בסכום של פחות משווה פרוטה (גם אם זה חליפין). אלא מדובר כאן בעסקת דמים= בעסקה שיש בה תמורה ממש. לאו דווקא שהיא צריכה להיות בכסף ממש, אלא שניתן יהיה לתרגם אותה למונחים כספיים שווי פרוטה.

פירוש המקור: אל תטעה לחשוב שר' חננאל מתכוון לכך שההיא הנאה היא מדין חליפין ולא מדין דמים, שאם כן איך מקדשים בזה אישה?!

חוקרים רבים מסכימים עם עמדה זו של הר"ן, ואחד הבולטים לכך זהו **אשר גולאק-** מקור 5:

הוא מתאר בדיוק את מה שאומר הר"ן. בההיא הנאה מצליח לשכלל חיובים ולתת תוקף לחוזה באופן שהחוזה משמש ממש כקניין. יש כאן נתינה של תגמול נגד החיוב. בההיא הנאה מתפקדת כתמורה כספית, ולכן היא צריכה להיות לפחות שוות פרוטה. מעבר מהמישור הערטילאי של ההתחייבות למישור החפצי על ידי בההיא הנאה. בההיא הנאה מתפקדת כאילו נתנה תמורה ממש.

למול העמדה הזו שבההיא הנאה היא כמו חפץ, תמורה כספית שמעבירה אותנו מהערטילאיות לריאליות, ישנה עמדה אחרת שאומרת שבההיא הנאה זהו רק טריגר ולא דבר שעומד לכשעצמו, זה דבר שבא לשכנע אותנו שיש גמ"ד בין הצדדים. זו לא תכלית כשלעצמה אלא אמצעי להוכחת גמירות דעת. ומה שנותן את התוקף הקנייני לעסקה החוזית זה גמירת הדעת.

מי שעומד מאחורי דעה זו באופן בולט זהו **הרשב"א**- מקור 6:

בההיא הנאה פועלת לא במובן שכאילו נתנה כאן תמורה ממש כמו כסף, אלא זהו רק טריגר לייצר ולהוכיח גמירת דעת. ומסביר: בקידושי אישה אין כאן באמת מעבר של הכסף, הזוג לאו דווקא יקבל את הכסף, אלא יש כאן הנאה שנובעת מזה והנאה זו היא העדות לגמירות הדעת. הנאה יש כאן, כסף אין כאן.

הרשב"א חוזר על דעה זו בכמה מקומות. (המשך המקורות).

אחד מן החוקרים שהולכים עם גישה זו הוא **חיים סולוביצ'יק**-מקור 6:

גם הוא לא מקבל את העמדה שבההיא הנאה זו תמורה כספית, והוא מסתמך בעיקר על כך שברוב המקרים כשכתוב בההיא הנאה, מפרטים גם בסוף שבאמצעות באותה הנאה התוצאה היא "ומשעביד נפשו"= גמר בדעתו. ולכן העובדה שהנוסחא כוללת תמיד בסופה את התוצאה הזו, מעידה על כך שזהו תפקידה של בההיא הנאה- ליצור ולהוכיח גמירות דעת. הוא טוען שלא מצא בשום מקום שאפשר לשכלל חוזה באמצעות קניין כסף.

זהו ויכוח לגבי דרישת התמורה ותפקידה, האם הופכת את העסקה לקניינית אורק מהווה אינדיקציה לגמירות דעת.

כעת, המרצה טוען שהגישה השניה היא מוטעית: מפני שכשעוקבים אחרי האופן שבו נולדה בההיא הנאה, ניתן לראות באמצעות המופעים הראשונים שלה הגישה הראשונה נראית כנכונה יותר.

יש תזה שאומרת שבההיא הנאה זהו מוסד מאוחר בכלל, והוא לא מופיע במישרין על שמו של אמורא מסויים אלא רק כנספח לדברי האמוראים ומראה שנוספה מאוחר יותר על ידי העורך (לאחר תקופת הגאונים והאמוראים). כעת המרצה ינסה לסתור תזה זו:

המרצה יראה לנו מקבילה בירושלמי לבההיא הנאה, למרות שהיא לא נקראת שם במפורש בשם זה אך ברור שזה בההיא הנאה. ואם זה בירושלמי ברור שזה מאוד עתיק:

מקור 7-ירושלמי:

"רוצה ייתן כמה"= זה נקרא בההיא הנאה. כי בההיא הנאה מודדים מבחינה כספית כמה שווה לך ההנאה הזו, כמה אתה מוכן לשלם עבורה. ועצם התיאור הזה של "אדם רוצה הוא ייתן כמה"= תיאור מדויק של בההיא הנאה (כמה אדם רוצה לשלם), מוכיח שבההיא הנאה זהו עניין כספי של כמה אתה מוכן לשלם עבורו. המרצה מניח ש"אדם רוצה הוא ייתן כמה" זהו האמביוולנט בירושלמי לבההיא הנאה שבבבלי, וכעת יוכיח זאת.

דוגמא ראשונה למקבילה בין הבבלי לירושלמי: לגבי ההסכמים הטרומיים שבין הורים לטובת ילדיהם הנישאים. הירושלמי כשדן בזה אומר כך: "כמה הוא מתחייב לו"- באמצעות מה יש לכך תוקף? עונה הירושלמי: "רוצה הוא ליתן כמה ולהיקרות חתנו של פלוני"= רוצה לתת כסף עבור ההנאה הזו של החיתון ויצירת הקשר ביניהם.

אם כך, אומר הירושלמי, בוא נבדוק אם זה עובד בכל הפרטים של ההסכמים שבין ההורים לטובת ילדיהם: אם ההסכם נעשה עובר לאירוסין- זה הגיוני, אך אם ההסכם נעשה עובר לנישואין (לפני החופה)- אז כבר יש כאן הסכם חיתון, הזוג כבר התארס ויש קשר בינו, אז כאן יהיה קשה לומר שקשרי החיתון מסבים את ההנאה ומוכן להתחייב בכסף בשבילם, כי האירוסין כבר יצרו את הקשר.קשה לומר שהגמול הכספי שבקשרי החיתון הוא שמכלל כאן את החוזה. על כך אומר הירושלמי: גם כאן ניתן להצביע על בההיא הנאה אחרת: הנאה שמוסבת על החתן ולא על ההורים- יש הנאה לחתן של יחסי האישות וכו' ולכן הוא מוכן להתחייב.

הסוגיה הזו בירושלמי מקבילה לסוגיה בבבלי של דברים הנקנים באמירה, רואים זאת בסופה ובתחילתה, והם דנים באותן סוגיות-מה נותן לזה את התוקף, והירושלמי אומר שמה שנותן את התוקף זה "רוצה הוא ייתן כמה", וזוהי המקבילה ל"בההיא הנאה" שבבבלי.

המרצה מבקש להוכיח מכך שבההיא הנאה זהו גמול כספי ממשי.

דוגמא נוספת להקבלה בין הבבלי לירושלמי בעניין בההיא הנאה:

מקור 8-

יש מושג שנקרא "טובת הנאה כתובה": לפעמים אישה נמצאת במצוקה כספית בהיותה נשואה, ומנסה לגייס כספים בדרכים שונות. אחת הדרכים לכך הייתה ע"י מכירת הכתובה. ואיך אישה יכולה למכור כתובה? הרי היא עוד לא קיבלה אותה? (כי זה מתקבל רק בגירושין)? מה שהיא עושה זה כך: היא עושה עסקה עם מישהו ואומרת כך- אני מוכנה למכור לך את הזכות שלי בכתובה וזה יתגשם לך אם אני אתאלמן או אתגרש. כמובן שבגלל שלא בוודאות תקבל זאת, אני מוכרת לך עם חישוב סיכון- תשלם רק 70% מהשווי. זה נקרא "למכור טובת הנאה בכתובה"= אני לא מוכרת לך את הכתובה עצמה אלא את הזכות בה (באמצעות שטר).

כשהתוספתא מנסה לנסח מהי "טובת הנאה כתובה" היא אומרת כך: טובת ההנאה הכתובה היא החישוב של כמה אדם מוכן לשלם עבור הכתובה על בסיס הסיכון שהיא תמות לפני בעלה ואז בעלה יירש אותה והוא יפסיד את הכתובה.

גם כאן אנו רואים את הביטוי של "כמה אדם רוצה ליתן"=> לדעת המרצה זה מקביל לבההיא הנאה.

מקור 10- דוגמא שלישית להקבלה:

בדיני הנזיקין: יש נזקים מסוימים שאם בהמתו של אדם גרמה אותם ברשות הרבים, האדם פטור על אותם נזקים. אחד מאותם אבות נזקים הוא נזק שבאו בגין הנאה של הבהמה: למשל- אכילה. כי ההנחה היא שרשות הרבים שייכת לרבים, ונתנה להם הרשות לנהוג בה כדרכם. ולכן, אם אדם החליט לשים ארגז אוכל שלו ברשות הרבים הוא זה שנטל את הסיכון, ויש לו אשם תורם של 100%, ולכן בעל הבהמה הוא פטור מתשלום.

חכמים אומרים כך: את מה שהיא הזיקה, לא צריך לשלם. אך גם לא צריך להיות חזיר: כי אתה כן הרווחת מזה משהו, מכיון שלא תצטרך לתת לה לאכול כשתחזרו הביתה. אז יש כאן איזושהי הנאה, וכדי שלא יהיה כאן סוג של עשיית עושר ולא במשפט: נקבע כי "מה שנהנית שלם".

כיצד מחשבים זאת? אומדים כמה אדם רצה להאכיל את בהמתו בבית, ואת הכמות הזאת שהיא אכלה יחזיר לבעלי ארגז האוכל. המינוח של ההנאה שוב נמדד בביטוי של "כמה אדם רוצה להוצי מעות ולהאכיל בהן את בהמתו". יש כאן סוג של מקבילה לבבלי: מונחים שונים של טובת הנאה שמקבילים לבההיא הנאה שבבבלי.

דוגמא נוספת למקבילה:

מקור 11: בהקשר של ההבחנה בין שומר שכר לשומר חינם.

במשנה כתוב: "כל האומנים שומרי שכר הן". אומן= אדם שמייצר כלי נניח= לאחר ששילמת לו, כל עוד הכלי אצלו הוא שומר שכר. ההנאה שיש לאומן היא העובדה שבחרו בו לבצע את העבודה ולכן הוא הופך לשומר שכר. אותו אומן, מקבל מהמזמין שכר עבור ייצור הכלי ולא עבור השמירה, אך בגלל ההנאה של האומן הוא הופך לשומר שכר למרות שלא קיבל כסף עבור השמירה עצמה.

דוגמא נוספת למקבילה:

מקור 12: שומר אבידה הוא כשומר שכר-

ישנה הלכה שאומרת שמי שמתעסק במצווה אחת פטור ממצווה אחרת. ולכן, כאשר אדם מצא אבידה ועסוק בהשבתה, הוא עסוק במצווה, ולכן פטור ממצוות מתן צדקה לעני- ואותה הנאה בכך שהוא פטור ממצוות אחרות הופכת אותו לשומר שכר. 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.

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. מכך אנו מבינים שגמ"ד היא בכלל לא פקטור בסיפור הזה.

מקור 13: דוגמא נוספת-

התלמוד הירושלמי דן בשאלת המשכון:

כשאדם הלווה כסף, ומחזיק במשכון כבטוחה- הוא מחוייב כנושה לשמור על המשכון הזה והוא אחראי כשומר שכר. התלמוד שואל מהי ההנאה של מחזיק הבטוחה? עונה ר' יוחנן- עצם העובדה שאתה מחזיק ביד משכון שיש לו חיי מדף ארוכים (ולא משהו שמתכלה מהר כמו למשל פירות) זה שווה לו כסף ולכן הוא שומר שכר. **בכל המקרים הללו, כדי להפוך שומר שלא מקבל תמורה ישירה עבור השמירה, משתמש התלמוד הירושלמי במושג "רוצה אדם ייתן כמה", ודבר זה מקביל לשימוש של הבבלי במילים "בההיא הנאה".**

בסיכומו של דבר אנו רואים שבתלמוד הירושלמי יש אמביוולנט מקביל לבההיא הנאה: "רוצה אדם ייתן כמה". לעיתים האמביוולנט הוא ישיר, ולעיתים האמביוולנט הוא למושגים אחרים של הנאה (כמו הנזיקין או טובת הנאה כתובה). אנו ראים שבההיא הנאה זהו מושג ארץ-ישראלי קדום, שאפילו ר' יוחנן עומד מאחוריו (מראשוני האמוראים בא"י), והמקבילה לבההיא הנאה זה "רוצה אדם ייתן כמה" מראה לנו על כך שהמשמעות של בההיא הנאה היא כמו הגישה הראשונה שדברנו עליה- של עסקת דמים- תמורה כספית, גמול כספי עבור ההנאה שהיא שוות כסף.

אנו רואים כי יש צורך בדרישת תמורה, והמשמעות של דרישת התמורה היא קניינית. בההיא הנאה מתפקדת כנתינת חפץ. והיא מעבירה אותנו למסלול הקנייני ונותנת את התוקף הקנייני.

לפיכך, אך טבעי הוא שנוכל להשתמש בההיא הנאה כמרפא קבוע לפגמים חוזיים- למצבים של חוזה לא משוכלל. כלומר, כמו שהבבלי פוצר את הבעיות החוזיות באמצעות בההיא הנאה, על פניו נראה שניתן לעשות זאת על כל חוזה בעייתי בעולם.

דוגמא לשימוש בההיא הנאה לפתירת פגם חוזי:

מקור 14: רב שרירא גאון-

התשובה עוסקת בהסכם קדם נישואין בין איש לאישה, שיש בו תנאי מצד האישה לאיש- שאסור לו לשאת אישה נוספת מבלעדיה- ואם יעשה זאת זה יהווה עילת גירושין שתזכה אותה בכתובה. (באותו זמן חדר"ג כבר היה קיים אצל האשכנזים). נשאלת השאלה האם להסכם כזה יש תוקף בכלל, שהרי מותר לו לקחת כמה נשים שירצה כל עוד הוא יכול לפרנס את כולן.

תשובת הרב גאון: ההצדקה הראשונה- לבעל יש אינטרס שהאישה תינשא לו, ותמורת הנאה זו הוא מוכן לשאת אותה עבור התנאי שלה ולכן להסכם יש תוקף מכוח בההיא הנאה. ההצדקה השניה- על אף שההסכם נוגד את הדין: כי הרי מותר לו לשאת כמה נשים, מכיון שההסכם הוא בענייני ממון, אז למרות שהוא נוגד את הדין- התנאי תקף.

מקור 15-רמב"ם:

הסכמי שיתוף= או ששניים מחליטים להשתתף בנכס, או שניים מחליטים להשתתף באומנות ולהקים עסק משותף. הרמב"ם וחכמי ספרד פעלו בספרד המוסלמית, ואצל המוסלמים יש קושי גדול בהסכמי שותפות, כי הכל צריך להיות פיזי, ובשותפות יש בעיה כי לא תמיד היא פיזית. ושיטת הרמב"ם בהקשר זה היא כזו:

שיתוף על בסיס חוזי אין לו תוקף. אך שיתוף על בסיס קנייני יהיה לו תוקף. איך עושים שיתוף על בסיס קנייני? אם עושים שיתוף בכסף- כל אחד צריך להביא את כספו מהבית, נשים את כל הכסף באותה קופסא, ואז כל אחד מהצדדים מגביה את הקופסא, ומכך לכל אחד מהם יש זכות מלאה בכל הקופסא, ומכוח אותה זכות רכשו שניהם שותפות בקופסא= בכל הכסף. באותה דרך שיוצרים מכר, כך ניתן ליצור שיתוף. ניתן ליצור שותפות רק אם יש מאחוריה קניין משותף אמיתי. בשיתוף אין צד חוזי.

זוהי דעת הרמב"ם, וזוהי ההלכה של חכמי ספרד.

לעומת זאת, חכמי אשכנז חלקו על הרמב"ם בעניין זה, וזאת כנראה מפני שבסביבתם נהג המשפט הרומי.

מקור 16-

מדובר בסוג של שיתוף ברווחים עתידיים. הייתה מחלוקת במאה ה-12 האם לתת תוקף להסכמים אלו. היו מי שדגלו בדעת הרמב"ם שרווחים עתידיים הם דבר שלא בא לעולם ולכן אין לכך תוקף קנייני.

על רקע זה מסופר הסיפור הבא:

3 אחים (עניים) שהתנו בקניין על נכסי אחותם שנתן לה בעלה (שהוא עשיר): שכל מי שיקבל נכס מאחותם יחלק אותו ביניהם שווה בשווה כדי לשמור על שלום בית ביניהם. השאלה באה לפני בה"ד- האם להסכם זה יש תוקף? שהרי הוא על רווחים עתידיים.

תשובת רבנו משולם: אע"פ שאין אדם מקנה דבר שעוד לא בא לעולם, הסכם שיתוף בין אחים יכול לקבל תוקף מפני שעצם העובדה שהם סומכים אחד על השני ויש ביניהם אחווה היא ההנאה שלהם. זו התמורה לאחווה. לכן יש כאן בההיא הנאה- מצד אחד הם מתחייבים על כך שיתנו לאחיהם מן המתנות שיקבלו, מצד שני יש להם הנאה בכך שיש ביניהם אחווה. (אם היינו רוצים לומר שההנאה היא במה שהם יקבלו בעתיד מאחיהם זה בעיה כי אז זה דבר עתידי ולא יהיה לזה תוקף- אך מכיוון שכבר עכשיו יש להם הנאה באחווה שביניהם- והנאה זו היא שוות ערך- יש כאן בההיא הנאה= יש כאן טובת הנאה מיידית ולכן החוזה הוא תקף).

דוגמא נוספת- מקור 17:

לגבי הסכם ציבורי. בני העיר יכולים להתקין תקנות שונות ביניהם. ועל כך אומר הר' מרדכי- ניתן לעשות הסכמים אלו ויהיה להם תוקף גם בלי מעשה קניין (בלי קנו מידו), באמצעות בההיא הנאה= הסדר הציבורי שהם מקבלים באמצעות זאת.

דרישת התמורה ייתכן שלא הייתה קיימת מעיקרה והחלה מהמשפט הרומי. בבבלי, וכפי שראינו גם בירושלמי, פיתחו את האלמנט של דרישת התמורה ע"י בההאי הנאה. וכפי שזה נראה, גם הפוסקים בעקבות התלמוד- כשראו שדרישת התמורה מעבירה את מרכז הכובד מהחוזה לקניין ולתת לזה תוקף קנייני- כל הסכם בעייתי ניסו לפותרו ע"י איתור הבההאי הנאה המתאים לאותו עניין.

ביחידה זו בדקנו את יסודות החוזה והתייחסנו לגמירת הדעת ולדרישת התמורה.

צורת החוזה - משפטי התנאים

היחידה תעסוק בפורמליזם של הנוסחאות החוזיות. נתחיל בסדר כללי הנוסחאות החיצוניות שבמשנה ואז נעבור לתלמוד.

1. 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.

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.

ר' מאיר טוען שהעיקרון שאמור לעצב את כל הנוסחאות של התנאים הוא "כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן". שנת ה-40 ליציאת מצרים, עמ"י נמצא סמוך לירדן ועומד להיכנס לארץ. בני גד וראובן אומרים למשה שהם מעוניינים בשטח גדול למקנה וטוב להם להישאר דווקא פה. משה אומר להם כך: אם בני גד ובני ראובן ישתתפו במאמץ המלחמתי ויעזרו לכבוש את א"י יוכלו לאחר מכן לחזור חזרה לגלעד ויקבלו אותו. יש כאן הסכם משולש: בין משה- לראובן וגד- לשאר עמ"י. אך אם לא יעזרו במלחמה, יאבדו את זכותם לגלעד- ז"א הם כן יזכו לקבל נחלה בארץ, אך כמו שאר השבטים- ולאו דווקא את הגלעד. ההסכם מנוסח כ"תנאי כפול": אם א🡨ב, ואם לא א🡨ג. תנאי כפול= ניסוח על דרך ההן וניסוח על דרך הלאו.

ודרישה צורנית זו, היא הדרישה עליה מדבר ר' מאיר.

על כך עונה לו ר' חנינא: מה בכלל יש לך ללמוד מזה? הרי באותו מקרה, היה צריך לומר מה יקרה אם יעשו ומה יקרה אם לא יעשו, כי לא היה ברור מה יהיה ההמשך: היו 2 אפשרויות- או שאם לא יעזרו לא יהיה להם נחלה כלל, או אם לא יעזרו- לא יהיה להם נחלה בגלעד ספציפית (מה שאכן נקבע בהסכם). במקרה כזה, היה הכרח לכתוב את הלאו ואת ההן, אך אם הלאו ברור מתוך ההן: כמו נניח הסכם עבודה- אם תעבוד מלא תקבל משכורת ברור שאם לא תעבוד- לא תקבל משכורת. לכן, אומר ר' חנינא: רק בהסכמים שהלאו לא ברור מתוך ההן יש להתייחס לשניהם, ואילו בהסכמים שהלאו ברור מתוך ההן לא צריך לנסח את ההסכם בצורה כפולה ולא צריך להתייחס ללאו. וזוהי המחלוקת, כי ר' מאיר מתעקש על כך שבכל מקרה יש להתייחס גם ללאו וגם להן.

נבחן מה אמרו האמוראים על דרישת התנאי הכפול:

2. בבלי, נדרים יא, א

[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!...

כאשר אדם אומר לחברו- הנכסים שלך הם בעיני קודשים- כלומר, אני לא רוצה להנות מהנכסים שלך כמו שלא נהנים מקודשים. או שהוא אומר- לא אוכל לך- לא רוצה לאכול מהאוכל שלך. במשנה כתוב שהנדר תקף והוא לא יוכל ליהנות מהנכסים של חברו.

3. ירושלמי (ונציה) נדרים א, ד; דף לז, א

לחולין שאוכל לך אסור, חולין שאוכל לך מותר. רבי יסא בשם רבי יוחנן: דברי רבי מאיר. ממשמע לאו את שומע הין. לא קרבן מזה דל נא אכיל מן דילך. הא מה דנא אכיל מן דידך חולין הוא, לית הוא קרבן...

הנכסים שלך "לא חולין", בעיני הם כמו קורבן ואסור ליהנות מהם. התלמוד אומר על נוסחת הנדר הזו שהיא לא מתאימה לר' מאיר (המשנה פוסקת כמו ר' מאיר)- שטוען שגם אם נוסחת הלאו ברורה מתוך ההן חייב לכתוב אותה, במשנה כתובה נוסחה חסרה- רק "לא חולין"- רק הלאו ולא ההן. לפי תפיסה זו- אם אדם אמר "לא חולין"- כדי שזה יהיה נדר חייב לפרש את מה שנובע מצורת השלילה- "לא חולים אלא קורבן"- ורק בצורה זו הנוסחה תהיה תקפה.

# שיעור מס' 10: 24/12/2013

התחלנו לדבר על צורת החוזה, ובהקשר זה אמרנו שנדון על מגבלות שונות שיש בנוסחאת החוזה. בתחילה, המגבלות הללו נראות מוזרות וחסרות כל היגיון. על אף מבנה הדברים אנו נציג קודם את המגבלות הללו, ממקורות התנאים והאמוראים, ולאחר מכן ננסה לעמוד על פשרן- אם בכלל ישנו פשר.

התחלנו במסכת קידושין, ושם ראינו מחלוקת: ר' מאיר- כל תנאי שאינו כתנאי בני גד וראובן אינו תנאי, וראינו שהכוונה היא שכל תניה חוזית צריכה לשקף בעיניו גם את ההן וגם את הלאו. ואם יחסר אחד מהם, בעיני ר' מאיר הנוסחה החוזית פגומה. ר' חנינא חולק עליו, ולפי דבריו באותו מקרה של בני גד וראובן היה צורך לפרש גם את הלאו, משום שדובר במקרה בו הלאו לא ברור מתוך ההן. אך אם יהיה מקרה שבו הלאו ברור מתוך ההן, אין צורך לפרש גם את הלאו. ר' מאיר דורש תנאי כפול בעצם. והמחלוקת ביניהם היא האם ניתן ללמוד על דרישה לתנאי כפול דווקא מסיפור בני גד ובני ראובן.

בתלמוד יש ויכוח (בין הבבלי לירושלמי) על הבנת הדרישה של ר' מאיר-

דעה 1-בבלי: עמדתו של ר' מאיר מבוססת על תפיסה פרשנית מהותית- לא מדובר בעניין פורמלי גרידא אלא בעניין פרשני מהותי.

דעה 2-ירושלמי: גישת ר' מאיר היא פורמלית גרידא.

נקודת המוצא של שני התלמודים כשהם דנים בגישת ר' מאיר מעבירה אותנו מדיני החוזים והקידושין, לדיון בהלכות נדרים. הלכות נדרים זה כשאדם מוציא מפיו נוסחא שיש בה איסור או היתר. האדם קובע לעצמו בעצם נורמות חדשות לאיסור או להיתר. ובהרבה מקרים, כשאדם נודר לעצמו, הנוסחה היא עמומה ולאחר מכן מתחילות שאלות פרשניות לא פשוטות לגבי מה הייתה הכוונה בנדר.

מקור 2- בבלי: דוגמא לנוסחת נדר אחת:

[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!...

כשאדם בא לחברו ואומר לו שהוא מתייחס לאוכל שיש לו (לחבר) בבית כאילו הוא קודש ולא חולין, וקודש אסור לאכילה מחוץ לבהמ"ק. בעצם האדם אמר לחברו שהאוכל שלו אסור בעבורו. זוהי נוסחת נדר תקפה שאכן תאסור אותו.

התלמוד אומר שכשאנו מסיקים מכלל לאו הן ומכלל הן לאו, זהו כלל פרשנות, שבאמצעותו מפרשים למה האדם התכוון. והתלמוד אומר שר' מאיר בכללי הפרשנות שלו הוא מאוד דווקני ונוקשה, ולא מוכן שנסיק מסקנות מדבריהם של אדם- וכשאדם רוצה לומר משהו עליו לומר זאת בצורה הברורה והמדוייקת ביותר. לכן אומר התלמוד שנוסחאת הפרשנות בדוגמא כאן, של הבנת הן מלאו לא מתאימה לר' מאיר. כי ר' מאיר לא מוכן להסיק הן מלאו ולהיפך. לכן, דוגמת הנדר שבמקור שמביא הבבלי, אינה מחייבת- כי היא לא ברורה ומדויקת, ולכן כל עוד לא אמרת דבר מדוייק וברור הוא אינו מחייב.

לכן הבבלי אומר שדרישת ר' מאיר לתנאי כפול היא מהותית- של הפעלת פירוש מינימאלי על נוסחאות משפטיות. נוסחאות משפטיות יחייבו רק על מה שברור מהן, ולא על מה שמוסק מהן.

לעומת זאת-

מקור 3- ירושלמי: דוגמא לנוסחת נדר שניה:

לחולין (=לא חולין) שאוכל לך אסור, חולין שאוכל לך מותר. רבי יסא בשם רבי יוחנן: דברי רבי מאיר. ממשמע לאו את שומע הין. לא קרבן מזה דל נא אכיל מן דילך. הא מה דנא אכיל מן דידך חולין הוא, לית הוא קרבן...

אדם שאומר לחברו שהאוכל שלו לא יהיה חולין עבורו, אלא כמו קורבן עבורו. וכמו שקורבן אסור למי שאינו כהן לאכול ממנו כך יהיה אסור לו לאכול מהאוכל של חברו. על כך אומר התלמוד, שהמקור הזה של נוסחה שבה מכלל לאו שומעים הן, דווקא כן הולם את עמדתו של ר' מאיר. הירושלמי, בניגוד לבבלי, אומר שר' מאיר כן מוכן מבחינת פרשנות לשמוע הן מלאו ולאו מהן. אז איך נבין את עמדתו של ר' מאיר לפיכך לעניין צורת החוזה? אם נאמר שדרישתו לתנאי כפול היא דרישה פורמליסטית ולא מהותית. אז למה הוא דורש תנאי כפול? לא בגלל כללי פרשנות, אלא מסיבות פורמליסטיות, טקסיות.

**לסיכום, ניתן להתייחס לגישת ר' מאיר בשני אופנים: בבלי- כללי פרשנות ומשמעות, ירושלמי- דרישות צורניות בלבד. שניהם מסכימים שר' מאיר דורש דרישה של תנאי כפול בנוסחת נדר והתחייבות, ושניהם מסכימים שהוא לומד זאת מסיפור בני גד ובני ראובן. בהמשך נראה כיצד ההבדל ביניהם משפיע.**

נעבור למגבלות צורניות נוספות, שבשלב ראשון כלל לא נראה שהן תואמות לכלל בני גד ובני ראובן, אך נראה בהמשך שהתלמוד כן מקשר את כולם לתנאי בני גד ובני ראובן:

4. משנה, בבא מציעא ז, יא

[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.

בהתחלה מדובר על מקרה שאדם מתנה על מה שכתוב בתורה. את זה נשאיר בצד בינתיים, כי מדובר כאן בדבר מהותי ולא צורני. נתייחס לחלק השני במשנה:

כשאדם מנסח נוסחת חוזה יש בה תנאי ויש בה מעשה. למשל: "המכירה של הדירה תצא לפועל, אם בשנה הבאה אצא לשבתון". התנאי- אם אצא לשבתון. המעשה- מכר הדירה. לפי המשנה, הנוסחה הראויה היא שהתנאי יאמר קודם למעשה. אך אם ניסחתי הפוך- והמעשה ייאמר לפני התנאי, הנוסחה תהיה בטלה!

רמב"ם הלכות אישות פרק ו

הרמב"ם חושב שתנאי ומעשה, הם לא רכיבים שונים בנוסחת החוזה ובצורתו, אלא תנאי- זה החוזה ממש, והמעשה- זה הפעולה המשפטית עצמה. כלומר, אם החוזה קודם לפעולה המשפטית יהיה לו תוקף, אך אם החוזה יהיה מאוחר לפעולה המשפטית- לחוזה לא יהיה תוקף. פעולה משפטית, כדי שתהא תלויה בחוזה (=בתניות מסוימות) עליהן להופיע לאחר התניות.

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.

אם הקידושין נעשו חלוטים, ללא תנאי, לא ניתן לאחר שכבר נעשו לבוא ולהתנות תנאי.

על כך משיג הראב"ד:

/השגת הראב"ד/ 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.

לא זו הדרך להסביר את מה שבמשנה. הראב"ד טוען שהדרישה לתנאי שקודם למעשה, היא דרישה צורנית שנוגעת בנוסחת החוזה. ברור שמדובר על חוזה שקדם לפעולה המשפטית, השאלה היא מה צריכה להיות צורת החוזה. והצורה צריכה להיות כזו שבה רכיב התנאי קודם לרכיב המעשה כמו שהיה בבני גד ובני ראובן. דרישה זו מופיעה במשנה ויש 2 פירושים של הרמב"ם ושל הראב"ד. זו הייתה הדירשה הצורנית השנייה- של תנאי לפני פעולה משפטית.

המגבלה הצורנית השלישית:

5. בבלי, בבא מציעא צד, א

[וכל תנאי שיש מעשה בתחלתו...] מאן שמעת ליה דאית ליה הא סברא - רבי מאיר. דתניא: אבא חלפתא איש כפר חנניא אמר משום רבי מאיר: תנאי קודם למעשה - הרי זה תנאי, מעשה קודם לתנאי - אינו תנאי...

וכל שאפשר לו לקיימו בסופו וכו'. אמר רב טבלא אמר רב: זו דברי רבי יהודה בן תימא, אבל חכמים אומרים: אף על פי שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו - תנאו קיים. דתניא: הרי זה גיטך על מנת שתעלי לרקיע, על מנת שתרדי לתהום, על מנת שתבלעי קנה של מאה אמה, על מנת שתעברי את הים הגדול ברגליך; נתקיים התנאי - הרי זה גט, לא נתקיים התנאי - אינו גט. רבי יהודה בן תימא אומר: כזה גט. כלל אמר רבי יהודה בן תימא: כל שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו - אינו אלא כמפליגה, וכשר. אמר רב נחמן אמר רב: הלכה כרבי יהודה בן תימא. אמר רב נחמן בר יצחק: מתניתין נמי דיקא, דקתני: כל שאפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו - תנאו קיים, הא אי אפשר לו לקיימו - תנאו בטל, שמע מינה.

הדרישה הצורנית כאן: תנאי צריך להיות בר קיום.

ראינו עד כה 3 מגבלות על נוסחת הגט: 1. מגבלת תנאי כפול (התלויה מפורשות בתנאי בני גד ובני ראובן), 2. מגבלת רכיב תנאי לפני רכיב פעולה משפטית(לפי רוב הפרשנים, וגם ר' מאיר עומד מאחורי דעה זו, וגם מגבלה זו קשורה ככל הנראה לתנאי בני גד ובני ראובן), 3. יישימות- התניה היא בת קיום.

התלמוד, בסוגיה אחרת, מראה שכל המגבלות הללו הן כאלו הנובעות מתנאי בני גד ובני ראובן. הסוגיה הזו למעשה לוקחת את כל המגבלות הצורניות ומשייכת אותן לנובעות מתנאי בני גד ובני ראובן:

6. בבלי, גיטין עה, א - ב

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

אדם שאומר לאשתו, שמוכן לתת לה גט, אך מבחינה כספית הוא לא מוכן לתת לה כלום. אם הוא אומר לה "הרי זה גטך והנייר שלי"- לא מגורשת, אך אם אומר "הרי זה גטך והנייר שלך, אך בתנאי שאח"כ תחזירי 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.

שואל התלמוד, מהו ההבדל בין 2 האפשרויות? רב חסדא: ברישא, המתנה של הדף היא חלקית, ובסיפא, שהוא אומר ע"מ שתחזירי את הנייר, הוא בעצם לא מתכוון לשלול ממנה את הגט הפיזי, אלא רק רוצה לא להינזק מכך כספית. המתנה כאן היא לא חלקית אלא מלאה- רק שהוא מבקש שתחזיר לו לאחר מכן. אז אין בעיה הגט תקף והיא תשלם לו לאחר מכן.

מכאן והלאה התלמוד מדביק באופן מלאכותי לגמרי לסיפא כל מיני דרישות צורניות, וטוען שבעצם הסיפא היא התקפה לא בגלל עניין מהותי אלא בגלל מענה על דרישות צורניות. וזה בעצם מה שמראה לנו שאת כל המגבלות כולן התלמוד כורך וקושר אותן לתנאי בני גד ובני ראובן.

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.

פגם ראשון ברישא: ר' מאיר: מכיון שהתנאי היה רק לצד אחד, ולא לצד שני🡨לא היה תנאי כפול🡨לא תקף. (למרות שלא ברור למה בסיפא יש תנאי כפול אבל נתעלם מזה..). יש כאן קשר לתנאי בני גד ובני ראובן שאמרנו שניתן ללמוד ממנו שהוא תנאי כפול.

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.

החידוש כאן הוא שהתלמוד קושר את הדירה לתנאי לפני מעשה, לתנאי בני ראובן ובני מנשה.

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.

כאן יש מגבלה צורנית רביעית: התנאי והמעשה צריכים להיות בשני דברים שונים. רכיב התנאי בהסכם חייב להיות מחוץ לפעולה המשפטית. דוג': אמכור לך את השדה אם תבוא לירושלים. העובדה שאני בא לירושלים לא קשורה בשום אופן למכירת השדה. הם לא נוגעים באותו דבר, לא קשורים. וגם את זה לומדים מבני גד ובני ראובן- העובדה שהם באים להילחם (התנאי) לא קשורה לעובדה שיקבלו את הגלעד (המעשה). אך אם התנאי והמעשה הם בדבר אחד, התניה תהיה בטלה.

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.

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.

כאן אנו רואים מגבלה חמישית: ההן צריך להיות קודם ללאו. זוהי למעשה מגבלה שמשלימה את המגבלה הראשונה של התנאי הכפול. המגבלה החמישית מסדרת את הראשונה- כלומר, כשמתנים גם את ההן וגם את הלאו, צריך שקודם יופיע ההן ורק לאחר מכן יופיע הלאו. וכך גם היה בתנאי של בני גד ובני ראובן (אם תעזרו במלחמה, תקבלו את הנחלה). אם הנוסחה הייתה הפוכה, והלאו היה קודם להן, החוזה היה בטל.

לסיכום, יש מגבלות צורניות על החוזה (4 שהן 5) וכולן נלמדות מתנאי בני גד ובני ראובן ע"פ התלמוד. המרצה מניח שהתלמוד הסיק זאת מכלל המשנה- מכיון שר' מאיר כרך את המגבלה של התנאי הכפול לתנאי בני גד ובני ראובן, אזי כנראה כל המגבלות צריכות להילמד משם. ואם מגבלה אחת מתנאי בני גד ובני ראובן הינה מחייבת, אז כנראה כך כל המגבלות הנלמדות משם. התלמוד מנהל את הסוגיה לפי פסיקתו של ר' מאיר.

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

רב אשי: כל האומר על מנת= כאילו אומר מעכשיו. הכוונה היא שהמעשה יחול מעכשיו, וגם אם המעשה תלוי בתנאי כלשהו, אזי בהתקיים התנאי תחולת המעשה תהיה רטרואקטיבית מעכשיו. כלומר, כל מקרה שבו נוסחת התנאי היא "על מנת", התחולה היא רטרואקטיבית🡨בהתקיים התנאי, התחולה תהיה כבר מרגע אמירת הנוסחה.

**המשמעות היא, שכאשר בחרתי בנוסחת "על מנת", אני משוחרר מכל המגבלות הצורניות הקודמות שהזכרנו!! כלומר, נוסחת "על מנת", היא מן מרפא שמשחרר אותי מכל 5 המגבלות שלעיל.**

הרמב"ם מסכם לנו את הכל:

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.

הלכה ב ואלו הן הארבעה דברים של כל תנאי, **שיהיה תנאי כפול, ושיהיה הין שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו (הרמב"ם לא מזכיר כאן את התנאי שיהיה התנאי בדבר אחר מן המעשה)**, ואם חסר התנאי אחד מהן הרי התנאי בטל וכאלו אין שם תנאי כלל אלא תהיה זו מקודשת או מגורשת ויתקיים המקח או המתנה מיד וכאלו לא התנה כלל הואיל וחסר התנאי אחד מן הארבעה.

כעת הרמב"ם מדגים את כל הדרישות הצורניות הללו.

הלכה ג כיצד האומר לאשה אם תתני לי מאתים זוז הרי את מקודשת לי בדינר זה ואם לא תתני לי לא תהי מקודשת ואחר שהתנה תנאי זה נתן לה הדינר, הרי התנאי קיים (כי יש כאן תנאי כפול, יש כאן הן קודם ללאו, יש כאן תנאי קודם למעשה ויש כאן תנאי הניתן לקיום- לכן יש כאן תנאי קיים כי יש מענה על כל הדרישות הצורניות) והרי זו מקודשת על תנאי, ואם נתנה לו מאתים זוז תהיה מקודשת ואם לא נתנה לו אינה מקודשת.

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 וכן אם אמר לה אם לא תתני לי מאתים זוז לא תהי מקודשת לי ואם תתני לי מאתים זוז הרי את מקודשת לי בדינר זה ואחר כך נתן הדינר בידה הרי **התנאי בטל מפני שהקדים לאו להין** והרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן (לו כלום).

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.

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 אומר, כאן למדתי אותך את הדרישות הצורניות הנוגעות לכל התורה כולה, ולא רק לדברים הנוגעים לקידושין וגירושין.

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.

הרמב"ם מביא כאן מחלוקת גדולה שהיתה בין הראשונים לאחרונים לגבי ההיקף של המגבלות הצורניות. הגאונים הראשונים סברו שהמגבלות הללו חלות על כל תחומי ההלכה (בין אם גיטין וגירושין ובין בדיני ממונות), וזוהי גם גישתו של הרמב"ם. ההיגיון מאחורי גישה זו (שמרחיבה את הדרישות על כל תחומי ההלכה), הוא ברור- משום שלומדים זאת מתנאי בני גד ובני ראובן, שהיה בנושא של ממון (נחלה).

אך הגאונים האחרונים, סברו שהמגלות הצורניות הן רק על גיטין וקידושין, ולא על דיני ממונות. ודווקא כאן לא ברור מהו ההיגיון מאחורי זה, כי איך ניתן ללמוד מתנאי שנוגע לדיני ממונות רק לגבי קידושין וגיטין ולומר שהוא לא תקף לגבי דיני ממונות?

מי שינסה להסביר את ההיגיון, הוא הראב"ד:

רמב"ם הלכות זכיה ומתנה פרק ג הלכה ח

וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך ב לכפול התנאי, כך הורו מקצת הגאונים ולזה דעתי נוטה, ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד, **ואין לדבר זה ראיה**.(כאן הרמב"ם אומר שזה לא רק הגאונים האחרונים סברו כך, אלא גם רבותיו, אך הוא חולק עליהם).

/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 מתחיל בטענה פשוטה: דיני ממונות מבוססים על חיובים להסכם, באופן וולונטרי. אז איך עולה בדעתך שבתחום שבעצם הווייתו הוא תחום שתלוי ברצון ובהסכמה (דיני ממונות) אתה תכפה על אדם דברים שאינו רוצה בהם רק בגלל דרישות פורמליות?! (כי הרי אנו נאמר שהחוזה תקף, אך התנאים לא- ואז יכול לצאת שאדם שמכר קרקע בתנאים מסוימים ייאלץ לתת אותה לזה שהתחייב לו, והתנאים שהתנה לכך לא יתקיימו!!). אבל בקידושין וגירושין, זה תחום שאדם יודע שהוא רוצה שההלכה תכיר בזה, והוא ישר מבין שזה תחום שבו צריך לעבוד לפי "כללי המשחק" ולא איך שרוצים, לעומת הסכמים פרטיים. לכן התנאים במקרה הזה הם לא מבטאים את עצם רצונו של האדם בקידושין ובגירושין, אלא הם נותנים לו בסופו של דבר את הסטטוס אותו הוא מבקש לעצמו. בעצם המעשה הוא מוחלט מבחינתך, אך יש ניואנסים של רצון והסכמה בהלכה, ולכן היא מבקשת שתבטא אותם לפי כללים מסוימים.

כעת, הוא מנסה להשיב לרמב"ם לגבי העניין שזה נלקח מבני גד ובני ראובן- ואומר שזה היה מקרה מיוחד שבו הקרקע לא הייתה בידי ישראל, ובעצם היה מדובר בעסקה על נייר- כי המקרקעין לא הוחזקו עדיין בידי אף אחד מהצדדים להסכם. אז על מה כן מדובר כאן? על זכות לאומית/ דתית, ולכן אנחנו לא נמצאים פה לגמרי במגרש הקנייני הממוני אלא במגרש יותר לאומני דתי.

הנקודה החזקה של הרמב"ם היא פורמלית- הרי זה נלמד מבני גד ובני ראובן שזהו דיני ממונות, ולא ייתכן להסיק מכך רק לדיני קידושין וגירושין.

הנקודה החזקה של הראב"ד היא מהותית לוגית- עניינים שבממון הם וולונטרים ומבטאים רצון והסכמה, ולכפות על אדם בתחום דיני הממונות תוצאות משפטיות שאינו מעוניין בהן על בסיס דרישות צורניות הוא אבסורד.

כעת ננסה לענות על השאלה הבאה:

מהו ההיגיון והקשר בין תנאים חוזיים (רצון והסכמה של צדדים) לבין כל הדרישות הצורניות שדברנו עליהן. מה העניין בכל הדרישות הללו? מהי החשיבות שלהן? הרי בסופו של דבר אם התנאי בא לבטא רצון והסכמה, מה זה משנה איך בדיוק ביטאתי אותו ובאיזה שלב?!

לכך יש 4 תזות עיקריות:

**תזה 1: הפורמליסטית הדווקנית:**

9. 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 אומר כך: הדרישות הצורניות הן אכן מטרידות וקשה להסבירן. זה סוג של "גזירת הכתוב".

אנו דורשים שיהיה התנאי כמו תנאי בני ראובן, מפני שיש כאן חידוש: הרעיון הזה שתנאי של אדם יכול לסייג פעולה משפטית המוכרת לפי הדת, הוא חידוש ודבר לא מובן. עצם הרעיון שתנאי יכול לסייג או לבלום פעולה משפטית הוא רעיון בעייתי מבחינת התפיסה הדתית, מפני שאדם לא יכול לעשות תנאים לפעולות שהאל קובע את תוקפן. מצד שני, עובדה שיש את תנאי בני ראובן. לכן, אנו צריכים לצמצם כמה שניתן את היקף ותחולת תנאי זה= להכשיר כמה שפחות תנאים על פעולות משפטיות, ולכן רק במקום שבו התנאים הם בדיוק בדיוק כמו תנאי בני גד ובני ראובן אז נוכל לקבל את תוקף התנאי על הפעולה המשפטית. הרא"ש לא מסביר בעצם את מהות התנאים, אלא את התופעה עצמה. ואומר שלא נסטה כלל מהדרישות הצורניות, אלא נלך בדיוק לפיהן.

**תזה 2: הגישה הגמישה (הפוכה לתזה של הרא"ש):**

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.

בעלי התוספות אומרים שככל שנוכל לסטות מתנאי גד ובני ראובן כך נעשה! אנו נקבל את המגבלות הצורניות בצמצום האפשרי! ננסה כמה שיותר לסטות מהמגבלות הצורניות. התנאי בא לבטא את רצונו של האדם, ולכן כמה שניתן יהיה לצמצם את הדרישות הצורניות אנו אכן נצמצם אותן.

אם ברור לנו מה באמת הצדדים להסכמה רצו, אז גם אם זה סוטה מהדרישות הצורניות- אנו נא]שר זאת ונתגמש. התוספות אומרים שאנו נפעיל גמישות ביחס לדרישות הצורניות כל עוד זה לא סותר את רצון הצדדים.

התוספות נותנים דוגמא: אדם שישב בבבל, ופרסם בעיר שהוא מעוניין למכור את דירתו על תחולתה כי הוא עוזב לארץ ישראל. ובזמן שמכר לא אמר מפורשות שהוא מתנה זאת בעלייתו לא"י. מה שקרה, שהוא מכר את שדהו ודירתו, אך בסוף לא עלה לארץ. על כך אמר רבא: אלו דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים. ולכן המכר חל.

על כך אומרים על כך בעלי התוספות: משמע, לו היה אומר זאת מפורשות, המכר היה בטל. ז"א, אם הוא היה אומר מפורשות שהמכר יחול רק אם יצליח לעלות לא"י אז במידה ולא עלה המכר לא יהא תקף. ואפילו אם לא אמר זאת כתנאי כפול ולפי שאר התנאים, מספיק שאמר זאת בשביל שזה יהיה תקף.

כלומר, אם הנסיבות ושאר הדברים משדרים לנו שזוהי כוונת האדם, לא מעניין אותנו האם קוימו הדרישות הצורניות או לא. מספיק שכוונת האדם גלויה ואנו עדים על כך, ואז לא צריכים תנאי כפול או שאר הדרישות הצורניות. ולא רק זה, יש אפילו פעולות משפטיות מסוימות (במצבים קיצוניים) שאנו לא נדרוש נסיבות חדות ומפורשות שמהן ניתן ללמוד על כוונתו של האדם- כגון: אדם שעומד למות, וכותב את כל נכסיו לאחרים כי הוא חושב שאין לו ילדים. ואז פתאום מודיעים לו על קיום הבן, אז ברור שבמצב כזה המתנה לאחרים בטלה, כי ברור שלו היה יודע על בנו היה כותב לו את נכסיו. כנ"ל אם העביר הכול לאשתו כי לא ידע שיש לו ילדים..

לסיכום, התוספות אומרים שהעיקרון העליון הוא הרצון וההסכמה של האדם, וזה גובר על דרישות פורמליות. ולכן מקום בו ברורה כוונת האדם ורצונו, אנו נפעל ע"פ רצונו, אפילו אם הדרישות הפורמליות של תנאי בני גד ובני ראובן לא קוימו אנו נפעל לפי רצונו של האדם. בעלי התוספות נוקטים בגישה וולונטרית וגמישה- במובן שמחילים כמה שפחות את הדרישות הצורניות.

תיארנו עד כה 2 גישות קצה.

# שיעור מס' 11: 31/12/2013

ישנו ויכוח מה המשמעות של "כל האומר על מנת כאילו אומר מעכשיו":

1. כשתנאי מנוסח "על מנת", הוא פטור מכל שאר הדרישות. "על מנת" זה מן תרופה כנגד כל הדרישות הצורניות.
2. להיפך, כל מי שאומר על מנת, בעצם כל התניות שהוא התנה הן תניות בטלות. ודאי שעל מנת זו לא תרופה, ואדרבה, זה גורם המסכל את התניות.

ראינו שהראב"ד נקט בעמדה שטענה שהדרישות הצורניות הקפדניות לא נאמרו בדיני ממונות, וההסבר הוא שמכיוון שדיני הממונות הם ביסודם דיספוזיטיביים ווולנוטריים המבוססים על רצון, אז אם האדם התנה- אנו מכבדים את רצונו. ודווקא אם נקשה עליו בדרישות צורניות- אנו לא נכבד את רצונו.

מבחינה לוגית דברי הראב"ד אכן נשמעים טוב, אך הבעיה היא שעל פניו לפחות תנאי גד ובני ראובן לא נאמרו על גיטין וגירושין וגם לא על איסור והיתר, אלא על זכייה בנחלה, שאלו הם עניינים שבדיני ממונות או קרובים לכך. לכן לפחות לפי המקורות זה נראה תואם יותר לדעת הרמב"ם.

אך לראב"ד יש תשובה לכך- שבתנאי גד ובני ראובן לא מדובר בעסקה רגילה, אלא בנחלה שהם יורשים מאת ה', ולכן אלו הם לא דיני ממונות רגילים.

הדרישות הקפדניות וההסתייגויות לגביהן דורשים הסבר:

ראינו 2 התייחסויות קיצוניות הפוכות לעניין הזה:

1. הרא"ש- כאשר אדם עושה פעולה משפטית לפי דין תורה, הפעולה אמורה לחול באופן אוטומטי. וממילא כל התופעה המשפטית של תנאי היא תופעה בעייתית. מפני שאיך ייתכן שכשנתת גט לאישה, בעצם היא עוד לא מגורשת כי התנית זאת בתנאים- מישהו שואל אותך בכלל? האל קבע שכשאתה נותן לה גט היא מגורשת. לכן כל תופעת התנאי היא חידוש, "ואין לך בו אלא חידושו". זאת אומרת, מכיוון שכל תופעת התנאי היא לא מובנת, יש להתייחס אליה בצורה מאוד דווקנית ומצומצמת, ולכן רק תנאים שייעשו באופן המדויק שהמקרא קבע- רק אז הם יהיו קבילים, ובכל שאר המצבים הם לא. הרא"ש בעצם שם "סימן שאלה" על כל תופעת התנאי.
2. בעלי התוספות- הדרישות הקפדניות הן דווקא לא כ"כ קפדניות כמו שזה נשמע. כלומר, אם חוזה נעשה מתוך גמ"ד וברור שהייתה כזו, לא מעניין אותנו מכל שאר הדרישות והתנאים. הם נותנים דוג' לאדם שמוכר את ביתו כי תכנן לעלות לארץ, וברור שאם לא עלה בסוף המכר מבוטל, גם אם לא התקיימו כל התנאים. כלומר, הדרישות של בני גד ובני ראובן הם כך כי כך היה מקובל בזמנם. ומה שעומד מאחורי הדרישות הללו הוא שבנ"א בד"כ כשהם נוהגים בגמ"ד, כך הם נוהגים לבטא את גמירות דעתם. הדרישות הם לא תוצאה של מחשבה סדורה, אלא רק ביטוי לגמירת דעתו של האדם באותו זמן, ולא דרישות שצריך דווקא להקפיד בדיוק עליהן אלא על מה שהן מבטאות= גמירות הדעת.

**תזה 3: הראב"ד- גישת ביניים:**

הראב"ד ינסה להסביר כל אחד מהתנאים של בני גד וראובן ואת הסיבות לו, ולא לומר משהו כללי כמו הקודמים שזה מבטא גמ"S או משו כזה..

ראב"ד - תשובות ופסקים סימן כו

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;

הראב"ד מתחיל בהתייחסות לדעות של "על מנת", ומחזיק בדעה הראשונה של הרי"ף ורבינו חננאל: הדרישה בתנאי כפול ושאר הדרישות הצורניות, היא כשאין "על מנת", אך אם נאמרה נוסחאת "על מנת", זה פוטר מהצורך בדרישות הצורניות.

לפי רבינו תם: הסייג של על מנת, מחליש את התנאים ולא מחזק אותם. אם אמרתי נוסחאת "על מנת", החוזה (או הגט נניח) יחול, בלי קשר לתנאים שנקבעו. מרגע שאמרתי "על מנת ש.." החוזה כבר חל מאותו רגע גם אם לא התקיימו התנאים.

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.

כשתניה מנוסחת ב"אם", הפעולה המשפטית היא מעוכבת ובינתיים איננה חלה. ועל רקע זה מנסה להסביר הראב"ד איך בעצם עובד מנגנון ההשהייה הזה. אנו נראה שהראב"ד מתייחס למנגנון השהייה זה כאל מערכת בלמים, שיכולה לעצור את הפעולה המשפטית, ומערכת זו היא התנאים. יש כאם 2 גורמים שמתנגשים: מצד אחד פעולה משפטית שמעוניינת להתקדם ולפעול, ומצד שני תנאי שמנסים להשהות אותה ולהשאירה במקום.

והראב"ד מסביר שמכיון שהתפקיד של התנאים הוא של "בלמים", אז ככל שהפעולה המשפטית היא חזקה יותר, התנאים צריכים להיות חזקים יותר. ולפיכך, תנאי בני גד ובני ראובן זה מן בדיקת מערכת הבלמים. ההסבר של הראב"ד הוא שכל הדרישות של תנאי בני גד ובני ראובן הן לא דרישות שרירותיות ופורמליסטיות בעלמא, אלא הן ביטוי לחוזקו ולחוסנו של התנאי: התנאי חייב להיות חזק כי הוא אמור לבלום פעולה משפטית, מעשה, שמעוניינת להתקדם הלאה. אם מדברים על בדיקת בלמים, אז איך בדיוק קשור התנאי של "הן קודם ללאו"? הראב"ד מסביר גם את זה- כשאדם מתה דבר בדבר שלילי, הבלם לא ניכר בצורה משמעותית. הבלם ניכר בצורה משמעותית כאשר הוא הדבר הוא חיובי ולא שלילי, ולכן בא ההן לפני הלאו.

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.

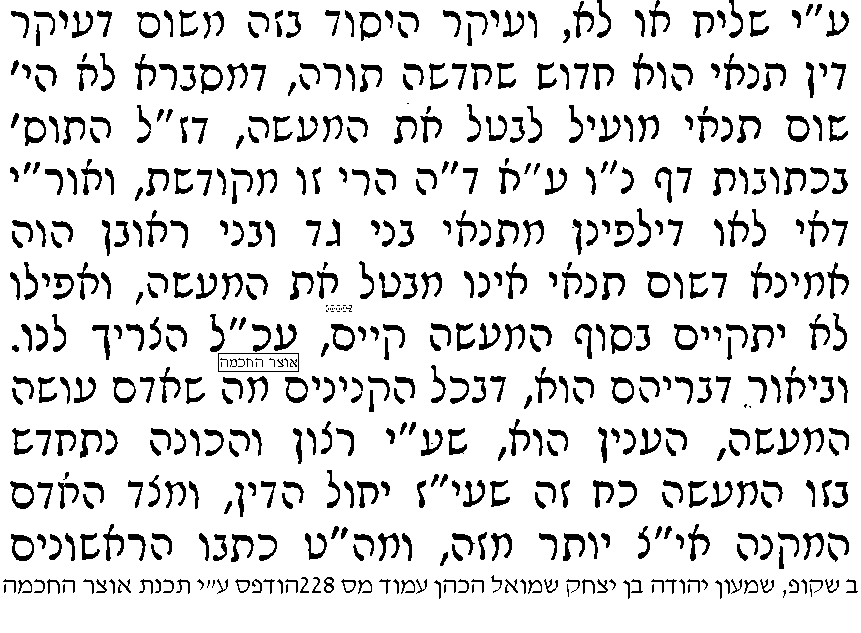
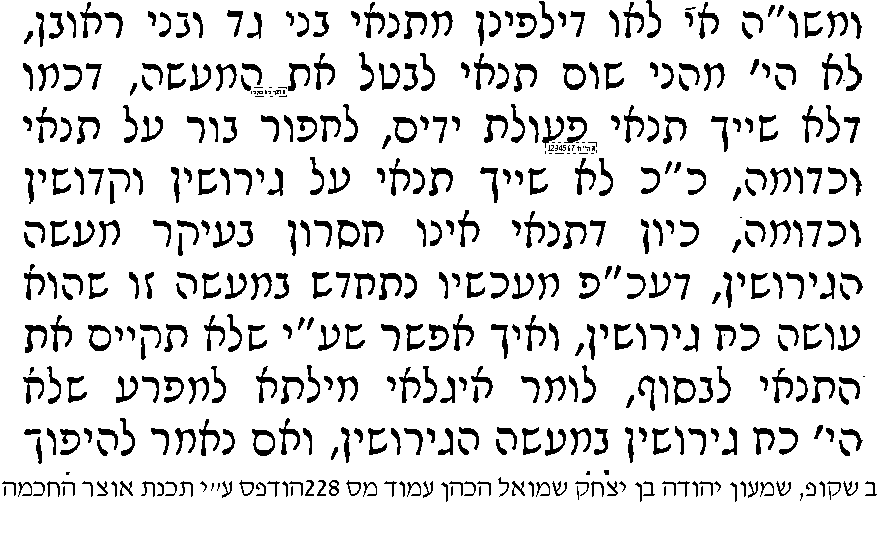
הראב"ד מפרש "אפשר לעשותו" בצורה שונה ממה שאמרנו קודם: "אפשר לעשותו"= אפשר לעשותו ע"י שליח. הוא אומר שהכוונה היא לא לדבר שניתן לביצוע באופן פיזי, אלא האם זה ניתן לביצוע באופן משפטי ע"י שליח (גורם אחר). אך מעשה שלא ניתן לבצעו באמצעות שליח (כגון חליצה), זה אינדיקציה לפעולה משפטית חזקה. המדד לפעולה שניתן לעשותה ע"י שליח, הוא חוסנה המשפטי. כאשר פעולה משפטית היא חזקה מדי, הבלמים אינם יכולים לה.

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.

על מנת זו לא מילת ספק. אלא, על מנת= אני רוצה שזה יחול, אך יש לי גם עניין שיחולו דרישות מסוימות. ולכן, כשתניה מנוסחת לא ב"אם" אלא ב"על מנת", ההתנהלות המשפטית שונה לחלוטין. ב"אם"- המעשה יחול רק מקרות התנאים. ואילו ב"על מנת"- המעשה יחול מאותו רגע שאמר את הנוסחה, גם אם עוד לא חלו התנאים. ואם אדם נותן גט לאישה בנוסחת "על מנת", גם אם הגט נשרף אח"כ עוד לפני שהתקיים התנאי, היא תיחשב למגורשת. "כל האומר על מנת כאומר מעכשיו". לכן, אם בצורת נוסחה כזו המעשה הוא כבר מעשה קיים, מערכת הבלמים לא תוכל להחזיק כאן, כי התנאי הוא רק ביטוי לעוד דבר שהמתחייב רוצה שיקרה, אך הפעולה תחול בכל מקרה עוד לפני התקיימותו, ולכן לא משנה אם חלו כל הדרישות הצורניות בתנאים או לא.

הראב"ד אומר שהוא מקבל את עמדתם של מי שהסבירו את דרישות בני גד ובני ראובן ככאלו שחלות רק על נוסחאות "אם" ולא על נוסחאות "על מנת". כי ההסבר להבחנה ביניהם הוא משמעותי לחלוטין. בנוסחת "אם" הפעולה המשפטית אינה בת-תוקף עד לתחולת התנאי. התנאים הם הבולמים של הפעולה, ומכין שהם אלה שבולמים אותה, הם נדרשים להיות בדיוק כמו בדרישות שבתנאי בני גד ובני ראובן. ואילו בנוסחת "על מנת", הפעולה החלה לחול כבר ברגע הביצוע, אמנם היא תסתיים רק לאחר שיחולו התנאים, אך יש לה כבר תוקף מרגע שעושים אותה. ולכן כאן תפקיד הבלמים הוא הפוך מב"אם", הוא לא נועד לעצור את הפעולה המשפטית, אלא רק לסיים אותה. ולכן אין כאן חשיבות להקפדה על כל הדרישות הצורניות שבתנאי בני גד ובני ראובן.

**תזה 4:** **הר' שמעון שקופ- גישת ביניים נוספת:**



הר' שקופ, טוען שחייבים לחפש משמעות לדרישות, ולא ניתן להסתפק בהגדרות בלבד ולומר "כך התורה אמרה כך נעשה". ולכן הוא מנסה להגדיר ולא רק להסביר את התנאים. הר' שקופ תומך בעמדה הנטורליסטית (סוג של משפט טבע), שאומרת שחוקי התורה וההלכה זו לא מערכת נורמות שמקוימות באופן חיצוני מלאכותי ע"י האדם. אלא הנורמות הללו הן חוקים טבועים למציאות, כפי שחוקי הטבע טבועים למציאות. זאת אומר, אישה מקודשת או גרושה זה לא רק עניין של איך נתייחס אליה, אלא מתחולל משהו מהותי באישה כשהיא מקודשת ומשהו כשהיא גרושה.

ועל רקע זה מסביר הר' שקופ את תנאי בני גד ובני ראובן-כתוצאה של הריאליסטיקה של חוקי ההלכה:

הוא מתחיל בכך שלו היו שואלים אותו, לפי ההיגיון הפשוט היה אומר שתנאי לא יכול לבטל את המעשה. וכשאדם מחליט שהוא רוצה לבצע פעולת קניין, יש לו רצון כללי לגבי הפעולה- שיהיה בסוף קניין, והוא מבצע את הפרוצדורות הנדרשות כדי שהרצון הזה יתקיים. אלא מה, יש לו כל מיני תנאים. אומר הר' שקופ שברגע שאדם רוצה שפעולה מסוימת תחול, היא אמורה לחול כבר מאותו רגע, ללא קשר לתנאים. אם אדם חופר בור, האם הוא יכול לומר אח"כ שהבור יהיה חפור בתנאי שיתקיימו כל מיני דברים? הרי זה הבל גמור. המעשה כבר נעשה. וכך גם לגבי פעולה משפטית. וכמו שפעולות פיזיקאליות הן מתפקדות כשלעצמן וללא תנאי, כך גם בקידושין וגירושין- התנאי לא קשור לעצם המעשה. הפעולה עצמה של הגירושין כבר נעשו כל דרישותיה (היה גט כשר שניתן לאישה וכו'), אם כך, התנאים כבר לא ישפיעו לאחר שהפעולה כבר נעשתה. להגיד "אני רוצה אבל.." זה לא נחשב, ברגע שאתה רוצה שדבר יקרה הוא קורה. ולכן כל תנאי בני גד ובני ראובן סותרים את הגישה הנטורליסטית הריאליסטית הזו.

ובסיום דבריו הוא אומר שלו התורה לא הייתה מגלה לנו את התגלית הזו של בני גד ובני ראובן, לא היינו יכולים לתת לתנאי לבטל פעולה.

בסיכומו של דבר, הר' שקופ דומה לגישת הרא"ש, רק שהוא יותר קיצוני. הרא"ש אומר באופן סתמי שמעשה אמור לחול מרגע שרוצים בו, ואילו הר' שקופ נותן את הדוג' עם הבור ומדבר בצורה נטורליסטית יותר. שניהם מסכימים שתנאי בני גד ובני ראובן הוא חידוש למה שהיינו חושבים ולמה שאנו מכירים.

פרשנות חוזה

שוב מדובר בנושא שהגיע מהעולם הכללי אל עולם ההלכה.

מקובל להבחין בין 3 תאוריות בנושא של פרשנות חוזה:

1. **הגישה הקלאסית:** 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). מה שעומד מאחורי גישה זו הוא **נימוק תועלתי**- לכל חוזה יש הרבה צדדים שלישיים גם, ולכן לא ייתכן שמה שייקבע זה כוונת הצדדים, אלא מה שחשוב הוא מה כתוב ומה הצדדים השלישיים יכולים להבין מתוך החוזה. אך המרצה טוען שהסיבה התועלתית היא שולית. ולא היא זו שהיתה במקור הגישה האובייקטיבית הקלאסית. התופעה החוזית לפי הגישה הקלאסית נתפסה כמין "חוק שלצד החוק". כלומר, יש את החוק הרגיל שמחייב את הכלל ויש חוק שהצדדים עשו לעצמם באמצעות חוזה, ולכן חשוב לפרש את אותו החוק הפנימי שאנשים חייבו את עצמם. הנימוק נחשב למרכזי- הוא התועלתי. אך המרצה טוען שיש לראותו כמשני, ואילו **הנימוק העיקרי- הוא האינדיווידואלי**: שיש לראות את החוזה כחוק.
2. **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.
3. **הגישה התכליתית:** גם בתוכה יש 2 גישות- התכליתית האובייקטיבית והתכליתית הסובייקטיבית.

התכליתית הסובייקטיבית- מתייחסת לצדדים. מבחינת האינטרסים הכללים 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.

איפה עומדת התפיסה הפרשנית של התלמוד בתוך כל המערכת הזו?

על פניו, סביר שהמקורות ילכו עם גישת הפרשנות האובייקטיבית.

1. תוספתא, כתובות (ליברמן) ד, ט

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. היה מנהג מגונה בסביבה המקומית של לארס אישה 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. יש כאן פרשנות חוזה כאילו הוא חוק המחייב את כל הצדדים באשר הם.

יש כאן פרשנות שלא מתעניינת במה חשב החכם הראשון ומה הייתה כוונתו, 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= מעין דרש לשון הדיוט].

מקור זה מדבר על אישה שבאה מחו"ל, ואומרת שהייתה עם בעלה 20 שנה והוא נפטר. אך אין רישום מסודר ולא היו עדים לכך. בית שמאי אומר: לא רק שאנו מתירים לה ע"פ דבריה להינשא לאחר, אלא גם יש לעדותה תוקף גם כלפי יורשי בעלה, שהיא יכולה לדרוש מהם את כתובתה. בית הלל אומרים: תינשא, ולא תיטול כתובתה. זאת אומרת, כל מה שקשור לענייניה- יכולה להתיר את הנישואין ולהינשא. אך לא ניתן על סמך עדותה להוציא מהיורשים כתובתה ("המוציא מחבירו עליו הראיה"= לא הביאה ראיה). על כך אומרים בית שמאי: אם התרתם את האיסור החמור (אשת איש) ע"פ עדותה, איך ייתכן שאתם לא מתירים את האיסור הקל יותר (ממונות) ולא מתירים לה ליטול כתובתה? עונים בית הלל: אתם בית שמאי לא עקביים בטענתכם. אתם מזייפים. זה לא נכון שבית שמאי מקבלים את עדותה כעדות גמורה לדיני ממונות. כי המבחן לקבלה אמיתית של דבריה הוא: האם אחי בעלה יכולים לרשת אותו. וכאן בית שמאי אומרים שלא ניתן שאחיו יירשו אותו על סמך מה שהיא מעידה. ובדיני ממונות יש לפעול ע"פ עדים. אם כך, גם אתם לא עקביים- כי גם אתם מתירים כאן דבר קשה אך לא מתירים דבר קל כמו ירושת אחים. עונים על כך בית שמאי: בכתובה שלה כתוב "מתי תהיי זכאית לקבל כתובתך? אם תינשאי לאחר". מכאן משתמע, שיש כריכה בין ההיתר להינשא לבין הזכות ליטול את הכתובה. ואז שינו גם בית הלל את פסיקתם.

יש כאן הוצאה של נורמה מהחוזה!

כעת נבחן האם גישת התלמוד לפרשנות חוזה היא אובייקטיבית ומסתכלת על חוזה כעל הלכה לחלוטין, או שיש מקום לכוונת הצדדים? העניין העולה לדיון במקור הבא:

3. 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.

המשנה עוסקת בהסכמי שכר שונים בין הצדדים.

כשאדם היה קונה בקר הוא קנה זאת הרבה פעמים עם האביזרים. מה הכוונה? למשל- כשאדם חורש עם אביזר שנקרא "צמד", והשאלה היא האם כשאדם קונה בקר מאחר הוא מתכוון למכור לו את הבקר עם ה"צמד" או בלי?

אומרת המשנה: אם אמר במפורש שרוצה לקנות גם את הצמד יקנה גם אותו. אם לא- אז רק את הבקר. עד כאן זוהי דעה מאוד טקסטואלית- מה שאמרת במפורש זה מה שיקרה.

ר' יהודה: יש לפרש את הדברים גם ע"פ הנסיבות והכוונה ולא רק לפי מה שאדם אומר מפורשות. אם אדם שילם סכום נוסף מעבר למקובל על הבקר, ברור שהוא התכוון גם לקנות צמד. לכן לא ניתן להיות דווקני. המחיר הוא נתון דרמטי ממנו ניתן ללמוד על כוונת הצדדים. אחרת יכול להיווצר מצב אבסורדי שאדם יאמר בטעות צמד במקום בקר וישלם מחיר של בקר, שזהו מחיר מופקע בשביל צמד בלבד. לפי חכמים, מבחינת פרשנות ההסכם ברור שמפרשים את ההסכם לפי מה שנאמר בו.

יש מחלוקת בשאלת פרשנות חוזה, האם ניתן לפרש חוזה לא רק ע"פ מילותיו אלא גם לפי הנסיבות וכוונת הצדדים.

התלמוד: איך אני צריך לדמיין את הסיטואציה הבאה? אם זה שוק שבו כל אחד אומר מפורשות מה הוא רוצה. כאן ברור שכשאדם אמר מכור לי "צמדך במאתיים זוז", ברור שהוא התכוון לקנות הצמד ב-200 זוז. אך מה אם לפעמים קוראים לבקר גם צמד, ואז כשאדם זה אמר צמדך הוא התכוון גם לבקר וגם לאביזר? אם כך, ברור שהוא זכאי לשניהם. אז איפה הוויכוח? הויכוח יהיה במקרים גבוליים, שהשפה היא לא חד משמעית. כשמדובר נניח במקום שבו יש מיעוט של אנשים שנוהגים לקרוא לבשר צמד? ר' יהודה: "הדמים מודיעים"= נסתכל לפי המחיר ששילם, וחכמים (דעת הרוב)- "אין הדמים מודיעים".

לסיכום, לפי ר' יהודה מפרשים חוזה לא רק לפי מה שנאמר אלא גם ע"פ הנסיבות, כלומר יש חתירה להבין את כוונתם הצדדים ולכן הוא אומר "הדמים מודיעים". גם ר' יהודה מסכים שאם המילים הן חד-משמעיות לא מכניסים את נסיבות העניין, ונסיבות העניין ייכנסו רק במקום שאין אמירה חד-משמעית.

חכמים חולקים עליו, וקובעים שהפרשנות האובייקטיבית תקבע הכל. וגם אם יש מיעוט שמשתמש בלשון שגויה, ניצמד למה שכתוב. ברמה החוזית- לא נאכוף על המוכר לספק לקונה בקר ואביזר כשהקונה אמר "צמד". אך מצד שני, חכמים קובעים שההסכם הזה הוא הסכם בטל, מפני שהוא עובר על הלכות הונאה- של הפקעת מחיר. אדם שלקח על אביזר 200 זוז זה הפקעת מחיר, ויהיה כאן ביטול מקח. לפי ר' יהודה-נאכוף על המוכר לספק צמד ובקר, ולפי חכמים- נפקיע את העסקה.

על פניה, פרשנות החוזה של חכמים היא פרשנות אובייקטיבית, ואילו של ר' יהודה- יש כאן התחלה של פרשנות סובייקטיבית.

# שיעור מס' 12: 7/1/2014

בפתח הדיון הצגנו את התבנית שבה נדון, 3 הדברים העיקריים בפרשנות חוזה:

1. **פרשנות אובייקטיבית**- הזרם הקלאסי. מאפיין הזרם הזה הוא פרשנות חוזה באופן מילונית, מה שכתוב בחוזה ולא בהכרח לפי כוונת הצדדים. הדגש כאן הוא על הצדדים השלישיים, העולם- איך הוא מבין את החוזה ולא הצדדים עצמם. הזרם מניח הנחת יסוד של קדושת חוזה במובן זה שהחוזה הוא טקסט שיש לכבדו ככזה.
2. **פרשנות סובייקטיבית-** הזרם הזה הוא היפוכו של הזרם הראשון. הדגש כאן הוא על כוונת הצדדים. הכתוב עצמו לא הכי חשוב. מה שמניע את הזרם הוא שהחוזה הוא מפגש רצונות של צדדים ולכן הדגש הוא על כוונת הצדדים.
3. **פרשנות תכליתית-** זרם פוסט מודרני. הזרם הזה מתנער מהזרם האובייקטיבי- הוא פונה לכוונת הצדדים. המוקד והבנת הטקסט הוא לא הטקסט עצמו או אפילו מה התכוונו הצדדים, אלא מה אני- קורא הטקסט יכול להבין ממנו עכשיו. בישראל, יש מניעים אחרים לפרשנות התכליתית- תפיסתו של ברק לייצר קוהרנטיות של ערכים במשפט. הפרשנות התכליתית פועלת בשתי מישורים:
4. סובייקטיבית- תכלית החוזה לפי הצדדים, מה שראוי לצדדים.
5. אובייקטיבית- התכלית הראויה של החוזה מבחינתנו כחברה. זה הכיוון של ברק- הוא מנסה להפנים לתוך החוזה את העקרונות הכלליים של המשפט. הגישה הזו בעייתית כי היא לא נמצאת בפרשנות אובייקטיבית מבחינת ההסתכלות על הצדדים השלישיים וגם לא מסתכלת על כוונת הצדדים.

מבחינה היסטורית, המקורות עצמם אמורים לתמוך בפרשנות הקלאסית, הראשונה🡨 הפרשנות האובייקטיבית. באמת ראינו שנוצר אצל חכמים במשנה כיוון של **"מדרש לשון הדיוט"-** מתייחסים לטקסטים שאינם קדושים, הדיוטיים, חילוניים כמו שמפרשים טקסטים מקודשים- משתמשים בטקטיקה המדרשית.

ראינו ביחס לכתובה את מה שעשה הלל הזקן, מה שעשו בית שמאי- מדרש כתובה. פירוש הכתובה כמו שמפרשים את התורה- בעזרת כללי פרשנות קבועים מנסים לפרש את הטקסט באופן אובייקטיבי. כשמעתיקים את כללי הפרשנות הללו למגרש החילוני, זה פרשנות אובייקטיבי.

(שני מקורות שהיינו צריכים ללמוד בהתחלה- ביחס לפרשנות האובייקטיבית, והוא מקדים אותם)

***3. 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!***

המשנה מקדישה כמה פרקים ל"מילון מונחים" – סוג של "פקודת הפרשנות"- מילים והמשמעות שלהן. זהו תוצר של גישה פרשנית אובייקטיבית.לדוג'- מה כלול בתוך "מכר", האם "עלייה" היא חלק מבית? בד"כ הבתים היו בנויים קומה אחת והיו חלק מהבתים שהייתה להם קומה שנייה.

בית כור עפר- שטח שיש בו כמות נפח של כור עפר. אדם שאומר שהוא מוכר יחידת עפר כזאת, למרות שהמוכר הבטיח "בית כור עפר" הקונה מקבל שטח קטן בהרבה מבית כור עפר. אם ליחידת השטח הקטנה הזו בד"כ קוראים "בית כור עפר" כי פעם היה שם כור עפר, זו ההגדרה של המקום מבחינה מילולית והמכר חל, הוא לא הטעה את הקונה. מסתכלים על השפה המדוברת בין אנשים.

אדם אומר לחברו "פרדס אני מוכר לך"- הפרדס הקלאסי הוא פרדס של רימונים (לפי שיר השירים), ולמרות שהפרדס שהוא מכר לו אינו פרדס של רימונים, ככה אנשים קוראים למקום הזה "פרדס", וזה מה שהוא מכר לו ולכן המכר מתקיים. אנשים קראו לפרדס באותה תקופה לכל בוסתן עצים, ומסתכלים על הפרשנות הזאת ולא לפי הפרשנות התנכ"ית.

מפעילים פה פרשנות מילולית, מה נכלל במילים של ההסכם- המילון המפרש הוא השפה המקומית המדוברת. ולכן זוהי פרשנות אובייקטיבית .

"כרם אני מוכר לך"- אדם מוכר לחברו כרם. המונח המקובל של כרם בעבר היה במובנים רחבים יותר- לא רק גפנים, ולכן גם אם לא היו בכרם גפנים המכר תופס.

יש פה מנטרה חוזרת, ההצדקה למכר מבוססת על "שם" ואיך שזה נקרא- ההגדרה המילונית לפי השפה המקומית המדוברת היא הקובעת וכך יש לפרש הסכמים.

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.***

הרמב"ם כותב שכאשר מפרשים הסכמים יש לפרשם לפי השפה המקומית המדוברת והרווחת.

זהו זרם דומיננטי מאד במקורות הקלאסיים, וכך התייחסו ברמה הפרשנית לחוזים, וברמה האידיאולוגית- החוזה נתפס כקדוש והבסיס של הקיום החוזי מתחיל מקדושת הדיבור (ברכיהו ליפשיץ).

\*\*\*

חוזרים למקור של "הבקר והצמד": נבדוק את היחס בין פרשנות אובייקטיבית לפרשנות סובייקטיבית- האם המשפט התלמודי מוכן להכיר בפרשנות סובייקטיבית ועד כמה?

אדם קנה בקר, ובד"כ בקר חורשים בצמד- האביזר. המילה "צמד" לפעמים לא מכוונת לאביזר אלא לבקר עצמו ועל רקע זה מתעורר ויכוח בין המוכר לקונה.

המשנה מביאה כאן מחלוקת:

* דעת הרוב- מי שמוכר בקר לא מוכר את הצמד ומי שמוכר את הצמד לא מוכר את הבקר- מה שנאמר זה מה שמחייב, פרשנות אובייקטיבית.
* ר' יהודה- מנסה לחרוג מהפרשנות האובייקטיבית ואומר "הדמים מודיעים"- נבדוק לפי הסכום שהאדם שילם. אם הוא שילם 200 זוז, הוא בוודאי לא התכוון לקנות רק את אביזר הצמד אלא גם שני שוורים בריאים.
* חכמים אומרים- "אין הדמים ראייה"- בעיה שלו שהוא שילם מחיר גבוה על אביזר הצמד, אבל יהיה פה ביטול המקח- זוהי הפקעת מחירים והמכר בטל מאליו.

התלמוד בוחן את המחלוקת ומנסה לבחון את הרקע המילולי של ההסכם:

איך צריך לדמיין את המציאות שבה נחלקו חכמים?

* אם מדובר במקום שתמיד קוראים לאביזר צמד ולבקר קוראים בקר- במקרה שהפרשנות האובייקטיבית ברורה, אין מחלוקת- וגם ר' יהודה יסכים לכך.
* אם מדובר במקום שהפרשנות לא חד משמעית, כולם יכולים לקרוא לבקר צמד, וכולם קוראים גם באופן החד משמעי- גם חכמים יסכימו שיש סבירות שהאדם מכר גם את הצמד וגם את הבקר.
* אם מדובר במקום שרוב האנשים קוראים לצמד צמד ולבקר בקר, ורק מיעוט קוראים לבקר+צמד- צמד- כאן זו המחלוקת.

התלמוד מנסה לצמצם את הזליגה לתחום הסובייקטיבי, לדעתו יש הליך פרשני:

1. מתחילים בהליך האובייקטיבי- אם זה ברור, כולם מסכימים שנפרש לפי המילים הכתובות והמקובלות.
2. אם יש סדקים, השפה לא ברורה- מגיעים להליך הסובייקטיבי, ולפי ר' יהודה "הדמים מודיעים". השאלה פה עד כמה אני יכול לזלוג לנדבך הסובייקטיבי במקרה זה.

התלמוד חותר פה תחת פשוטה של המשנה- המשנה מוכנה לשחרר לכיוון הסובייקטיבי, והתלמוד מנסה לצמצם את זה. מקור "הצמד והבקר" עומד בעימות עם המקור הבא:

***6. 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 (לחרישה), אי גברא דזבין לנכסתא(שחיטה)! לא צריכא, בגברא דזבין להא ולהא. וניחזי אי דמי רדיא - לרדיא, אי דמי נכסתא - לנכסתא! לא צריכא, דאוקיר בישרא וקאי בדמי רדיא.***

המקור דן במכירת שור, אדם מכר שור לחברו והתברר שהשור נגחן. פורץ סכסוך בין המוכר לקונה- האם שור כזה עומד בתנאי המכירה? רב אומר שזה מקח טעות, ושמואל אומר שהמוכר יכול לומר שהוא מכר לו את השור לשחיטה ולכן זה לא משנה שהוא נגחן, זה לא פגם בממכר. לעומת זאת, אם השור לחרישה זה בעייתי אם הוא נגחן וזה פגם בממכר אם המוכר לא אמר. זאת השאלה- כשהקונה בא לקנות שור, מהי הפרשנות הנכונה של הסכם כזה? האם יש לפרש את ההסכם כאילו קניתי שור לחרישה או כאילו קניתי שור לשחיטה?

**רב אומר**- כשקונים שור זה בד"כ לחרישה ולכן זה פגם מהותי וזה מקח טעות.

**שמואל אומר-** יכול להיות, יש סיכוי שהוא קנה שור לשחיטה ולכן זה לא מקח טעות.

התלמוד מנסה להבין את הזירה- מה הנסיבות הריאליות שאנו מדברים עליהם?

מדד הרגלי הצריכה-נראה אם הקונה הוא אדם שקונה לחרישה, או אדם שקונה לשחיטה. נבדוק לפי הרגלי הרכישה שלו ואז נדע למה הוא התכוון. התלמוד אומר שלא ניתן לפרש לפי הרגלי הצריכה של הקונה- הנתון הזה עמום, כי האדם הזה קונה גם לחרישה וגם לשחיטה.

מדד התמורה- התלמוד אומר שיש מדד אחר- הסכום ששולם. יש הפרש גדול בין שור שקונים לבשר לבין שור שקונים לחרישה- השור לחרישה יותר יקר. התלמוד אומר שהייתה עליית מחירים וזה לא ישקף את המכר שנעשה.

המקור הזה על פניו אומר שיש להפעיל גישה פרשנית סובייקטיבית- בוא נבדוק למה הצדדים התכוונו- להרגלי הצריכה, לפי התמורה, בעצם התלמוד אומר- אם לא היו פה את הנסיבות המבלבלות (אדם שקונה גם וגם, עליית מחירים) זה מה שהיינו עושים- מבררים את כוונת הקונה.

המקורות הללו סותרים אחד את השני, איך מיישבים את הסתירה?

יש כמה כיוונים של פרשנות:

1. המחלוקת- הסוגיה התלמודית של צמד ובקר נוטה לכיוון חכמים, זהו כיוון אובייקטיבי, והמקור הזה נוטה לכיוון דעת ר' יהודה ולכן הוא בכיוון סובייקטיבי- יש פה מחלוקת. מי שעומד מאחרי הסבר זה הוא רבנו חננאל- הדיון במקור האחרון הוא לפי ר' יהודה, המקורות הללו באמת חולקים בין הזרם האובייקטיבי (חכמים), והזרם הסובייקטיבי (ר' יהודה).

* ההסבר שלו לא משכנע כי דעת ר' יהודה היא דעת יחיד, ולא סביר שהסוגיה תעסוק בדעת יחיד, כמו"כ ראינו שבסוגיית הצמד בקר התלמוד ניסה לדחוק את הגישה הסובייקטיבית ופה נותנים לה במה.

1. ההבחנה-

***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.***

יש להבחין בין הסיטואציות של השור הנגחן לצמד בקר- יש סיטואציה פרשנית ראשונה, שם המוקד הוא המילים שהצדדים אמרו- זה מה שהתרחש בצמד בקר, שאלו מה כוללת המילה צמד. יש סיטואציה פרשנית שנייה, שם המוקד הוא לא מילים, זה לא הדיון הפרשני- אני באתי לקנות שור וברור מה באתי לקנות- שור, השאלה פה היא כוונת הצדדים- בשביל מה באתי לקנות שור? פה, גם אם נרצה אין מדד מילוני אובייקטיבי. במקרה זה אין ויכוח בכלל, כי אין פה עניין של פרשנות טקסט, אז ברור שנפעיל כל מיני מדדים סובייקטיבים. הצעה זו אומרת שזה לא מחלוקת בין עמדות אלא שתי מוקדים של סיטואציות פרשניות שונות.

מי שקדם לריטב"א בעניין זה של פיצול בין סיטואציות פרשניות שונות- ר"י מגאש-

***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.***

היחס בין המקור של שור נגחן לצמד בקר- שדנים שם במחלוקת בין חכמים לר' יהודה, דנים בעניין של האם ניתן להכניס לתוך מילות המכר מילים אחרות. אבל כאשר הויכוח אינו מה נכלל במסגרת המכר אלא השאלה היא מה עומד בשורשו ומהי תכלית הקנייה, אין מחלוקת כי אין מדד אובייקטיבי- גם חכמים יסכימו שם שהדמים יכולים להוות ראייה.

חשיבות ההסבר הזה הוא שההסבר הזה בסופו של דבר גם הוא אומר שכשיש אפשרות להפעיל מדד אובייקטיבי צריך להפעיל אותו, ורק כשאין לך את האפשרות הזאת אתה פונה לסובייקטיבי.

1. יישוב הסתירה בין המקורות:

***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.***

***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.***

השאלה תלויה בזירה הראייתית ובמתלה הראיה- הסוגיה הראתה לנו שבעצם משתמשים במדד גובה התמורה רק כמדד ברירת מחדל, אם הפרשנות האובייקטיבית ברורה לא נגיע למדד התמורה. בסיטואציית הצמד- בקר כמו שהתלמוד תיאר אותה, כאשר יש קבוצה קטנה שקוראת לבקר- צמד,הקונה טוען שהוא מהמיעוט הזה, ונטל הראייה היא עליו להוכיח את זה – המוציא מחברו עליו הראייה. אבל במקרה של שור נגחן, שיכול להיות שהוא קנה אותו לחרישה או לשחיטה- חכמים מסכימים שגובה התמורה משמש מדד- מדוע? מדובר על רוכש שהרגלי הצריכה שלו כפולים- קונה גם לחרישה וגם לשחיטה- במקרה זה הזירה שונה- זה לא כמו צמד בקר, שם הקונה טוען שהוא שייך לקבוצת מיעוט שקוראת לבקר צמד, פה הקבוצה לא מיעוט- הרגלי הצריכה שלו מעידים ש50% שהוא קנה את זה לחרישה, הזירה הראייתית שונה- ניתן להכניס פה את מדד גובה התמורה בתור ראייה. (זה כמו ההסבר השני של הסוגיה).

במקרה זה אין סיבה שלא נשתמש במדד התמורה- כי הזירה הראייתית שונה ומזה נגזרת הראייה הנדרשת. נטל הראייה הוא מה שמשפיע פה- מדובר בבעיה ראייתית ולא פרשנית.

התמונה שמתקבלת- פרשני התלמוד הולכים חלקם בכיוון האובייקטיבי, וחלקם בכיוון הסובייקטיבי.

הזרם השלישי- הפרשנות התכליתית:

***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.***

כשאדם מוכר בית- מה זה כולל? בהנחה שבחצר הבית יש כל מיני מתקנים שונים (מנגל, נדנדה), האם הם בכלל הבית שהוא מכר? המשנה דנה כאן בשאלה האם בכלל בית נכללים גם בורות מים שנמצאים בחצר. המשנה אומרת שמי שמכר בית לא מכר את הבור ולא את הדות (סוג בור שונה)- את בורות האגירה הללו הוא לא מכר אפילו שהאדם כתב בשטר "עומקא ורומא"- העומק והגובה של הבית. למרות שהוא כתב שהוא מוכר את העומק, הוא לא מכר את הבורות.

**ר' עקיבא אומר**- מכרת את החצר והבית, את הבורות לא מכרת- איך הוא ייגש אל הבורות? ולכן ר' עקיבא אומר שהוא צריך לקנות דרך גישה אל הבור או לכתוב בהסכם מלכתחילה שמותר לו לגשת אל הבור.

**חכמים אומרים-** ברור שאם הוא לא מכר את הבור יש לו גישה חופשית לבור, והוא לא צריך לקנות את דרך הגישה או להסכים על זה מראש. ברור שאם הוא לא מכר יש לו גם את דרך הגישה.

**ר' עקיבא מודה ואומר**- אם ההסכם הוא לא הסכם עמום, אלא האדם אמר בפירוש בהסכם שהוא מוכר את הבית אבל לא את הבור, הואיל ואמר זאת במפורש וזה לא בא מפירוש ברירת מחדל🡨 אז הוא השאיר לעצמו גם את דרך הגישה.

***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.***

התלמוד מנסה לפרש את הסיטואציה- השאלה כאן היא באיזה אופן ראוי לנהוג כאשר מוכרים? האם מוכר צריך להיות "לארג'" או דייקן?

**ר' עקיבא** חושב שהאדם מוכר ב"עין יפה"- אם מכרת את הבית, ואתה רוצה דרך גישה לבור אתה צריך לקנות את הדרך, כי מכרת לו הכל חוץ מהבור.

**חכמים** אומרים שהמוכר מוכר רק בדיוק מה שהוא מתכוון למכור, "בעין רעה"- לא מכר את הבור, והשאיר לעצמו דרך גישה.

***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 שואל מי אמר שזה הויכוח בין חכמים (שאדם מוכר בעין יפה או בעין רעה)?

**ר' עקיבא אומר**- נסתכל על הקונה, לא על המוכר, הקונה רק קנה בית הוא לא רוצה שאחרים יבואו וידרכו לו בחצר סתם ככה. אם בא לך להסדיר ולקנות את הדרך גישה- בבקשה.

**חכמים אומרים-** מתעקשים ומדברים על המוכר- אדם לא מתכוון לקבל כסף תמורת הבית, אבל "לפרוח באוויר" כדי להגיע לבורות, ברור שאני צריך דרך לבור.

התלמוד אומר שלא בטוח שהשאלה היא עין יפה/עין רעה, אלא השאלות פה הן אינטרסים כלכליים של קונה ומוכר.

מסקנת התלמוד- חוזר לנק' המוצא, ואומר שהוויכוח הוא באיזה אופן בנ"א מוכרים- עין יפה/עין רעה.

יש כאן שאלה על פרשנות חוזה- מה האדם מכר כאשר הוא מכר את הבית ולא מכר את הבור? לא מנסים לפרש בצורה אובייקטיבית, יש שלב שהתלמוד מנסה לחשוב על פרשנות סובייקטיבית- כוונת הצדדים- הקונה לא אוהב שמסתובבים לו בחצר והמוכר לא מתכוון לפרוח באוויר.

עם זאת, התלמוד אומר בסוף שהשאלה היא האם האדם מוכר בעין יפה/בעין רעה, ושאלה זו היא שאלה של נורמות התנהגות ראויות (לא פרשנות אובייקטיבית ולא סובייקטיבית). לכן, ר' עקיבא שהוא בעל עין נדיבה וטובה אומר שהאתיקה שלו היא שמוכר צריך למכור בעין יפה. וחכמים אומרים שאלה אמות מידה גבוהות, רוב העם מוכר בעין רעה. בגדול, אפשר להגיד שזוהי **פרשנות תכליתית אובייקטיבית.** זוהי הדוגמא לפרשנות תכליתית אובייקטיבית, וזהי דוג' נדירה.

**חוזה פסול**

עסקנו בחלק הראשון בבעיית התחייבות, לאחר מכן הצגנו סוגי בעיות ששמים סימן שאלה לתופעה החוזית- התחייבות כספית, קניין דברים- התחייבות לביצוע פעולה, אסמכתא, לאחר מכן עסקנו ביסודות החוזה- גמ"ד, לאחר מכן דיברנו על דרישת התמורה- "בהיא הנאה". צורת החוזה- התנאים, פרשנות החוזה.

עכשיו נעסוק ב"חוזה פסול"- חוזה פסול מוגדר בס' 31 לחוק החוזים- חוזה שנוגד את הדין או את תקנת הציבור (נורמות מוסריות וחברתיות מקובלות). סוגיה זו נידונה בהרבה הקשרים, אנו נתחיל ביסודות שלה:

1. מה גורלה של פעולה משפטית שכרוכה באי חוקיות? דיון כללי, לא רק לגבי חוזים. מעשה הבא בעבירה- דן בשאלות המשפטיות שהן פגומות נגועות באי חוקיות.

מחלוקת בתלמוד במסכת תמורה- "תמורה" זאת תופעה משפטית בתוך עולם הקורבנות- אדם שמביא קורבן ומתחרט- "ממיר טוב ברע" או שהוא מתחרט כי זו מטלה כבדה שאינה ביכולתו, והוא רוצה להמיר את הבהמה היקרה בקורבן אחד- אולי בכבש כחוש. "ממיר רע בטוב" או שהוא מגיע ואז הוא מתחרט ואומר שהוא רוצה להמיר את הקורבן הכחוש במשהו טוב יותר. תופעה זו נקראת במקרא "תמורה"- התורה קובעת בספר ויקרא שאסור להמיר לא רע בטוב ולא טוב ברע. הרמב"ם מסביר שאנו מעדיפים לאסור כל סוג של "תמורה" (המרה), כי בד"כ ממירים טוב לרע. אם אדם כן המיר- ניסיון ההמרה ייכשל, ושתי הבהמות יקורבו- גם הטובה וגם הרעה. תמורה זה חלון להציץ דרכו שאדם פועל פעולה משפטית שאינה חוקית- האם תצלח דרכו של אדם ש"ממיר" ועושה משהו בלתי חוקי.

מחלוקת בנושא זה- כללי:

***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.***

**אביי:** כל מה שהתורה אסרה- אם עשית בניגוד לדין, יהיה תוקף לתוצאות הפעולה המשפטית שלך למרות שהיא באה בעבירה. ההוכחה של אביי: אם תעלה על דעתך שאין לתוצאה המשפטית תוקף, מדוע האדם נענש? אביי מבין שהעונש הוא על כך שפעלתי בעולם פעולה שלילית והתוצאה תקפה. עצם העובדה שאני נענש- מוכיחה שהתוצאה תקפה. אני נענש על כך שהפעולה מתקיימת ויצרה משהו שלילי וע"כ אני נענש. זוהי תפיסה של "משפט טבע"- המשפט לא עוסק רק בהנחיות לבנ"א, אלא מתייחס לתופעות טבעיות שחלקן מקיימות ומקיימות רע בעולם- הפעולות האסורות, וחלקן מקיימות טוב בעולם- הפעולות הראויות. על רקע זה הוא טוען שהפעולה המשפטית שנגועה באי חוקיות היא תקפה, כי אני נענש על זה.

**רבא חולק עליו:** אם פעלת פעולה שנגועה באי חוקיות הפעולה בטלה ולא תקפה. העונש הוא על כך שעברת על דברי התורה. הוא משקף גישה רציונליסטית כלפי החוק.

הפרמטרים של השאלה מהו חוזה פסול- נגזר ממהי תפיסת המשפט שלי. במובן הזה, אביי אומר שלחוזה פסול יהיה תוקף ולפי רבא חוזה פסול- אין תוקף.

המקורות הבאים- עוסקים דווקא בחוזה פסול, והם סותרים את עמדת המוצא- אם בעמדת המוצא רבא אומר שחוזה פסול הוא חוזה בטל (בד"כ פוסקים לפי רבא) נראה עכשיו שחוזה פסול הוא חוזה תקף וגם רבא יגיד את זה, ואנו נראה איך מיישבים את עמדת הפתיחה עם המקורות הספציפיים.

***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.***

***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.***

הלוואה בריבית- מדובר בהסכם הלוואה שהחייב לא מחזיר את הריבית בכסף אלא בטובין. במקרה הראשון טובין ראשונים הם חיטה, במקרה השני הם בגד.

המקרה הראשון- הם הסכימו ביניהם על ריבית של 4 קילו חיטה. כשהחייב החזיר את הריבית, הוא החזיר יותר ריבית- הוא נתן 5 קילו חיטה במקום 4 קילו חיטה. השאלה היא כאשר ביה"ד יתערב, ויוציא מידי הנושה את הריבית שהוא קיבל- מה הוא יוציא מידי הנושה? את כל הריבית ( 5 קילו) או שיוציא ממנו את רק מה שהסכימו עליו בהסכם (4 קילו)?

**אביי אומר-** מוציאים ממנו את מה שהסכימו עליו בלבד- 4 קילו חיטה, אנו פוסלים רק את החלק הנגוע בהסכם ונשאיר לו את הקילו החמישי, זה עניין של מתנה ביניהם.

**רבא אומר-** מוציאים מהנושה את כל מה שהוא קיבל, כי הכל ניתן תחת ריבית. זאת הסיבה שהוא קיבל את זה מלכתחילה. כל המהלך הזה פגום ולכן ביה"ד ישלול ממנו את כל ה5 קילו.

# שיעור מס' 13: 14/01/2014

המשך-חוזה פסול:

מהויכוח במקור 1 מה שחשוב לנו זו דעתו של רבא (ישנו כלל פסיקא שכשאביי ורבא נחלקים הלכה כרבא). רבא אומר שאין תוקף לפעולות בלתי חוקיות שאדם עושה, ועל פניו היינו מצפים להמשך שרבא יטען שגם חוזה פסול הוא חוזה שאינו תקף. ולמעשה כל המתח הוא בין דעתו של רבא כאן שלפעולות בלתי חוקיות אין תוקף, לבין התבטאויות שונות של רבא שאומרות שלחוזים פסולים במקרים מסוימים יש תוקף.

הדוגמא הראשונה של חוזה פסול- מקור 2:

מדובר בהסכם הלוואה בריבית.

הקדמה לנושא: בתורה יש איסור הלוואה בריבית, וחכמים קבעו שכאשר מדובר בריבית ברורה ("קצוצה")- בהמ"ש לא יאפשר הסכם כזה, ויוציא את הריבית מהנושה. על רקע זה יש 2 מחלוקות בין אבייל רבא. ב-2 המחלוקות הריבית משולמת באמצעות טובין (ולא באמצעות כסף): בתחילה באמצעות חיטין, ובהמשך באמצעות בגדים.

**מחלוקת 1:** יש כאן הסכם הלוואה בריבית, וכשהחייב מחזיר את הריבית- שהיא ריבית של חיטים- ובאותו זמן היה אפשר לקנות 4 קילו חיטים בזוז, כך שאותו אדם אמור להחזיר 4 קילו של חיטים. ומשום מה החייב מחזיר יותר ריבית ממה שהוא התבקש (נניח 5 קילו).

על כך יש מחלוקת:

**אביי**- כשבה"ד מוציא את הריבית מהנושה, הוא ייקח ממנו 4, ואת הקילו ה-5 ישאיר בידיו. למה? כי העבירה כאן- היא ה-4 שברור שזו הריבית, אך ה-5 אנו מניחים שהוא לאניתן במסגרת ההסכם, ולא כריבית, אלא זה סוג של מתנה/ הנחה.

**רבא**- רבא לא מסכים עם הפירוק של הריבית לרכיבים. ומכיון שכל החיטין ניתנו כריבית, הכל נגוע בעבירת הריבית, ולכן יש להוציא את כל 5 הקילו מידי הנושה.

**מחלוקת 2:** כאשר הריבית משולמת באמצעות סכום מסוים של כסף + "גלימה" (בגד).

**אביי**- מפרקים את הריבית לרכיבים, את מה שלפי ההסכם- נוציא מידי הנושה, ומה שלא- נשאיר בידיו.

**רבא**- כדי שלא תיגרם זילות לעניין הריבית + שלא ייצא שם רע בעיר למלווה שהוא הולך עם מעיל הנגוע בריבית🡨משיקולים אלה רבא לא מוכן לפרק את הריבית למרכיבים.

הגאונים דנו במקרים אלו, וטענו שממקור זה ניתן להוכיח שלחוזה פסול יש תוקף. איך?

מקור 3- רמב"ן בשם רב האי גאון:

הסיבה שרבא אומר להוציא את הגלימה מידי הנושה היא כדי שלא יוציאו עליו שם רע שהוא נהנה מפירותיה של ריבית. וראינו שבמקרה הראשון רבא אומר שמוציאים את כל 5 הקילו מידי הנושה. השיקול המכריע ביניהם- הוא שבמקרה עם הגלימה עלולה להיות זילות של הריבית. אך אם הריבית היא בדבר שאינו מסוים ואינו ברור לעין- נניח- 4 זוז + חיטין: החיטין הם דבר שאינו מסוים והאדם לא מסתובב עם זה ברחוב אלא אוכל בביתו, ולכן לא נוציא זאת מידי הנושה כי אין כאן חשש להוצאת שם רע. (במקרה של 5 החיטין, ניתן לטעון שהוא לא מוכן להשאיר את הקילו ה-5, כי כולם פסולים ונגועים בריבית. אך כאשר יש הבחנה, ויש 2 סוגי דברים: נניח 4 קילו חיטין ועוד משהו אחר שאינו מסויים- אז נוכל להשאיר זאת בידי הנושה כי זה נחשב למן מתנה). רמב"ן אומר ש"גלימה" זה אב טיפוס לריבית שהיא מסוימת. אם היא מסוימת- ניקח אותה מהחייב, אם לא- נשאיר אותה בידי החייב.

לפי מקור זה, ישנם 2 סוגים של טובין: מסוימים- כמו הגלימה, שאותם משיקולי מדיניות נוציא מידי הנושה כדי שלא תיווצר זילות בעניין הריבית. לא מסוימים- כמו פירות, ביה"ד ישאירם בידי הנושה. (כמובן בתנאי שהפירות הם לא חלק מהסכם הריבית- אלא נניח התחייבו לריבית של ירקות והפירות הם תוספת).

**הרמב"ן לומד ממקור זה: הסכם הלוואה בריבית הוא הסכם תקף**. ואנו לומדים זאת מכך שאם מדובר בהסכם ריבית בדבר שאינו מסוים, אנו נשאירו בידי הנושה.

אם כך, יש לנו סתירה בדברי רבא: מצד אחד- אמר שתוצאת פעולות לא חוקיות היא שהן לא תקפות, מצד שני- בהסכם עם החיטין והגלימה- בסופו של דבר ניתן להבין מדבריו שלהסכם זה יש תוקף, למרות שהוא לא חוקי.

מקור 4- משנה למלך:

מסביר את הסתירה שבדברי רבא:

יש הבדל בין האמירה הכללית של רבא- שנאמרה לעניין תמורה ולנסיבות של תמורה, לבין המקרה של מקח שנעשה באיסור. מהו ההבדל? תמורה- היא האיסור עצמו. ריבית- המקח אינו אסור מצד עצמו.בעצם הוא מבחין כך:יש פעולות שבעצם הווייתן נגועות בעבירה, ולא יוכלו להתקיים לולא תתבצע העבירה- המעשה בטבורו כרוך בעבירה. כך זה במקרה של תמורה: התורה אמרה שאסור להמיר בהמה בבהמת הקדש, ולכן כל פעולה של המרה היא עבירה. כך שהמרה בהכרח קשורה בעבירה. במקרים מסוג זה, קובע רבא- אם לא תלך לפי התורה, ההסכם כולו יהיה לא תקף. אך בריבית- מדובר בפעולה שרק בשוליה יש עבירה, ולא במהות העסקה עצמה- ולכן ניתן לתת לה תוקף.

מכאן לחוזים פסולים🡨

חוזים פסולים שבעצם הווייתם נעשים בתנאי עבירה ואין שום דרך לעשותם בתנאים מותרים- הם יהיו פסולים ובטלים.

אך חוזים פסולים שניתן גם לעשותם באופן מותר, ורק בנסיבות המסוימות עשינו אותם באופן אסור- נבצע את ההפרדה: המעשה- יישאר בתוקף, והשוליים- שהם הבעייתיים- בהם נטפל ואותם נבטל/ נוציא.

מקח שנעשה באיסור:

הדוגמא הקלאסית- מכירה שבוצעה בשבת. כאשר בשבת אסור לבצע שום פעולה עסקית, לרבות נתינת מתנות.

מקובל לומר שזוהי הלכה שנולדה אל הראשונים, ושורשיה מופיעים כבר בתוספתא-

מקור 5: תוספתא-

-להשלים-

מקור 6: רי"ף-

מי שעבר עבירה וביצע עסקה בשבת, יינתן תוקף גם לעסקת חולין. התוספתא- דברו על פעולות מצווה שנעשו בשבת. והרי"ף מרחיב זאת גם לפעולות חולין.

מקור 7:

ההלכה בדיני גניבה היא שכאשר אדם גונב, עליו לשלם תשלומי כפל: את הסכום של מה שגנב +חמישית.

אך לו כבר אין לו מה להחזיר- הגנב מתחייב בקנס מוגבר שנקרא "תשלומי ארבעה וחמישה" (על שור- חייב ארבעה, על שה- חמישה, לא חשוב הסיבה..).

ישנו כלל בדיני עונשין: "אין אדם מת ומשלם"= העמד לו בגדול ממנו. כלל זה קובע שאם אדם עבר עבירה מורכבת שבגינה הוא אמור לשאת בעונש מורכב (הכולל כמה עונשים), אם אחד מהעונשים הוא מוות ועונש אחר הוא תשלומים- ההלכה היא שנעניש את האדם בעונש החמור (מוות) ורק בו ולא בקל יותר (תשלומים). זה רק כאשר מדובר בהרכבה בעונש בין מוות לתשלומים.

נראה איך 2 ההלכות משתלבות זו בזו:

אם אדם גנב שה, והחליט לטבוח אותו בשבת. אז מצד אחד- אסור לשחוט בשבת, ומי שעושה זאת- העונש הוא מוות. אז יש לו עונש מורכב: הטביחה בשבת- מוות. הגניבה- תשלומי ארבעה. אך מכיון שישנו כלל שאין אדם מת ומשלם, לכן אותו אדם יישא בעונש מוות בלי התשלומים.

אם אדם גנב ומכר בשבת קרו שני דברים- אז כאן יש עבירה המורכבת מפלילי ונזיקין (הגניבה): ובסנקציות אין מוות, אלא סנקציה של תשלום על הגניבה והמכירה.

מקור 7- המקור דן בסוגיה האם נורמה לא אכיפה היא תקפה, וממנה אנו לומדים שמכירה בשבת היא מכירה בעלת תוקף. אפילו אם לא נוכל לאכוף אותה-יהיה לה תוקף.

רבא במקור זה הצטרף לעמדה שאומרת שמכירה בשבת יש לה תוקף. מה שמחייב אותנו מחדש להגדיר את גבולות אי החוקיות.

שניים שעוסקים בסתירה שבדברי רבא:

ר' יוסף מיטרני- מקור 8: הוא אומר שרבא גורס שאם אדם לקח הקדש והמיר אותו, המעשה בטל, ההמרה איננה חלה וההקדש המקורי נשאר בתוקף והוא מפסיד את הבהמה המומרת. לאחר מכן הוא דן במקרה של אדם שעבר על איסור ופנה לערכאות גויים: וכאן נשאלת שאלת תוקף ההחלטה של הערכאה- אחרי שאדם כבר פנה לערכאת גויים, המעשה כבר נעשה, וניתן פס"ד, כעת העבירה כבר נעשתה ולא משנה בסופו של דבר מה יחליט ביה"ד לגבי היחס לאותה החלטה, ולכן לאחר שכבר המעשה נעשה- רבא ייתן תוקף למעשה ויכיר בתוצאות המעשה- ובפסה"ד שניתן. כלומר, רבא נותן תוקף לדברים שכבר אין מה לעשות לגביהם, אך כל עוד הוא עדיין יכול לתת סנקציה- הוא ייתן ויפסול את תוקף המעשה. בעצם, **אנו גוזרים בטלות כאשר יש עוד מה לתקן, ולא לשמה.**

ולכן, **כל חוזה פסול שהתוצאה עוד ניתנת לתיקון- נקבע שיש לתקנו, אך אם כבר התוצאה אינה ניתנת לתיקון- אנו ניתן לחוזה תוקף**. אך הדברים הללו אמורים רק לגבי דברים של מקח וממכר- בהם התוצאות כבר קיימות (הבעלות בנכס כבר הועברה לידי הקונה).

מקור 9:

מכירה וקנייה בשבת- אנו ניתן להן תוקף. למה? כי לא ניתן להציל את האדם כבר מהמעשה ולא ניתן לתקן את המעוות, אז מה הטעם אם נאמר שהתוצאות אינן תקפות? לכן הן יהיו תקפות. אנו לא נשתמש בכלי של בטלות כשהוא לא מתקן שום דבר.

-להשלים-

לסיכום, סביב הניסיון ליישב את הסתירה הלכאורית בדברי רבא, ראינו 3 כללים באמצעותם ניתן לנסח את הגבולות של אי החוקיות:

1. כלל ההפרדה-פרקטיקה משפטית: האם ניתן להפריד בין החלקים הפסולים של המעשה לבין החלקים הכשרים שלו? ההנחה העקרונית האידאולוגית שמאחורי כלל זה היא שבימ"ש לא מחנך ולא מתכוון להעניש אדם על אי החוקיות שעשה, אלא זה עניין של מדיניות ופרקטיקה משפטית- ולכן אם ניתן להפריד בין הכשר לפסול נפריד וניתן תוקף לכשר, ואם לא ניתן והכל "רקוב מיסודו"- לא נכשיר כלום. המבחן לאי החוקיות הוא מבחן דומה למבחן של הת"ז בהמשך, רק שהתאוריה וההפרדה שונות לחלוטין.
2. כלל התוצאות והתקיפות של הבטלות: האם ניתן להשיג באמצעות בטלות תיקון של אי החוקיות? התפיסה היא תפיסה קונסטרוקטיבית, ולא תוקפנית או מענישה. אין עניין להעניש את העבריין, אך יש לנו עניין לתקן את מעשיו. לפי גישה זו אנו בודקים האם ניתן עוד לתקן או לא. אם כן- נאמר שהתוצאות בטלות וכך נוכל לתקן (כמו למשל בתמורה), אם לא נוכל להשיג תיקון באמצעות הבטלות- אז ממילא אין עניין להפעיל את הבטלות ותוצאות המעשה יהיו תקפות.
3. הכלל שמבחין בין אי חוקיות מהותית לבין אי חוקיות אינצידנטלית (הט"ז): תיאוריה זו בניגוד לקודמות היא כן מחנכת ומענישה. כלומר, הבטלות היא כלי/ סנקציה מחנך בידי המחוקק. ככל שאדם הוא יותר עבריין, והעבירה שלו שורשית ומהותית יותר, כך אנו לא נסכים להכיר בתוצאותיה. אך אם הפגם הוא פגם נסיבתי, אז כיון שאין כאן התנגשות חזיתית עם המעשה- אי החוקיות איננה שורשית, ביה"S יסכים לכבד את הפעולה המשפטית ולתת לה תוקף.

כעת נשאלת השאלה עד כמה ניתן תוקף לחוזה פסול- האם בימ"ש יכבד חוזה פסול, ויאכוף את קיומו על הצדדים?

למשל: נעשה הסכם לעדות שקר, ובמסגרת ההסכם האדם התחייב לשלם לעדים סכום מסויים לאחר שיעידו. וכעת הוא לא מוכן לשלם למרות שהעידו. האם ביה"ד יכפה אותו לתת להם את הסכום לו התחייב?

יש דיון רחב בנושא זה, וישנו מעשה המופיע בתלמוד בהקשר זה:

מקור 12- מדובר בהלכות עדות החודש: בעבר היו קובעים את החודש ע"פ המולד וסביב זה התפתחו פרקטיקות משפטיות. לגבי הפס' "וספרתם לכם ממחרת השבת" התפתחה מחלוקת: דעת הרוב (הפרושים)- טענו שהשבת זה פסח. הכתות חלקו עליהם- וחשבו שהשבת איננה ט"ו בניסן (כלומר פסח) אלא הכוונה היא לשבת שאחרי פסח. על רקע זה היו ניסיונות של הכתות לנסות ולהשפיע על לוח הרוב- שיהיה כמו התפיסה שלהם. כיצד ישפיעו על הלוח? בין השאר, באמצעות עדי שקר (שיעידו שראו את המולד בהתאם ללוח של הכתות). לפנינו אחד מהמקרים הללו.

הבייתוסיים ניסו באופן קיצוני להשפיע על הלוח, ולכן- לאחר שקלקלו המינים, החליטו שלא מקבלים עדות מכל אדם אלא רק ממי שיש לו תעודה לכך. התלמוד מביא מקור תנאי:

למבחן:

שעתיים/שעתיים ורבע.

* לימוד של טקסטים והבנתם- נצטרך לפרש ולהסביר את משמעותם.
* תיאוריות- לשלוט בתאוריות עצמן. לדעת איך הן מופעלות על המקורות שלמדנו.
* צריך לשלוט בפרטים.
* בערך 3 שאלות. עם סעיפי משנה. שאלות משנה מטרתן למקד- ולכן לא לשפוך חומר. אם נענה בצורה טובה על הסיף הראשון, יהיה לנו קל יותר לענות על ההמשך.

כמה מילים על הבחינה:

* הבחינה בחומר פתוח. כשעתיים וחצי.
* הבחינה תייצג את הפעילות בכיתה: פירוש טקסטים שלמדנו בכיתה, תיאוריות ועיגון בטקסטים, מידע.
* בד"כ יש 3 שאלות גדולות עם שאלות משנה.
* הטלפון של המרצה בבית 02-9932443
* Itzhak.brand@biu.ac.il