**דיני חוזים במשפט העברי**

**שיעור 1, 20.10.2020**

**דרישות הקורס**

1. אין חובת נוכחות, דרבון הנוכחות יהיה על דרך מיטיב על השתתפות (בונוס של 5 נקודות). מי שחושב שמגיע לו בונוס - לשלוח תמונה.

**חטיבה א' לקורס - שלושת בעיות ההתחייבות ודיון על בעיית ההתחייבות**

**חלק א' לסילבוס - מבוא - האם המשפט העברי מכיר בקיומו של חוזה**

האם המשפט העברי מכיר בתופעה החוזית? האם יש דבר כזה חוזה במשפט העברי? האם המשפט העברי מכיר בקיומו של חוזה?

1. **חוזה -** התחייבות צופה פני עתיד שהיא תופעה משפטית אוטונומית העומדת בפני עצמה. היא יכולה וצריכה לעמוד לעצמה. שני המאפיינים האלה (התחייבות עתידית + התחייבות אוטונומית בפני עצמה) יעמדו במרכז השאלה האם המשפט העברי מכיר בחוזה. שני המאפיינים יהיו חייבים להופיע במידה ותהיה תשובה חיובית.
2. השאלה כשלעצמה שנויה במחלוקת. העמדה הדומיננטית והמקובלת אומרת שהמשפט העברי לא מכיר בתופעה החוזית כמו שהיא לעצמה. דעת המיעוט גורסת שהמשפט העברי מכיר בתופעה החוזית.
   1. **העמדה הרווחת** - מיוצגת במאמרו של גולק (בתיקייה). לפי גולק - שלושה סוגים של חיובים: חיוב עשיה, חיוב נתינה וחיוב פעולה. כשהפעולה היא קבלה מסוג נתינה - יש פעולה מסוימת. התחייבות לפעולה - נשוא החיוב הוא כוח הפעולה של האדם בתור שווי = כשאדם מוכר את כוח העבודה שלו (הסכם עבודה / למתן שירות) כוח העבודה הוא סוג של מוצר. לא אובייקט שניתן לחישה, אלא בהחלט מדובר בנכס שיש לו שווי - שווה כסף. כשמדובר בעבודה - מדובר במוצר שהוא כוח העבודה של האדם - מה שמקרה יותר לעולם הממשות. שלושה סוגי התחחיבות על ספקטרם הממשות - מהמופשט (התחייבות - חיוב עשייה, התחייבות לביצוע פעולה, כאשר רוב החוזים שייכים לסוג זה, התחייבות לביצוע של פעולות, לאחר מכן בספקטרום יש משהו שמתקרב יותר לממשי חיוב הנתינה (רוב סעיפי החוזה יהיו שייכים לסוג הראשון, וחלק מהם יהיו שייכים לחיוב נתינה) ויש חיוב פעולה - שזה הסכם העבודה או הסכם מתן שירות, מה שבוודאי מקובל במשפט העברי).

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

* 1. **דעת המיעוט** - מיוצגת במאמרו של אלבק (בתיקייה) - מתוך הדיון על דיני קניין, הוא מתחיל את הדיון על דיני חוזים. למושג שנקרא בלשון ימינו חוזה - התנאי שצמוד לפעולה הופך להיות חוזה. המושג שנקרא בימינו חוזה הוא הסכמה הדדית להתחייבות בין שני אנשים או יותר. לפי אלבק, כל הסכם שיש בו התחייבות הוא חוזה. אם קידושים הם על תנאי, והתנאי הוא סוג של התחייבות, ממילא זה הופך את התנאי להתחייבות. לכאורה לפי אלבק המושג חוזה לא קיים זה כנראה מלמד ששיטת המשפט לא מכירה בחוזה. אלבק לא מכיר בזה כי אלבק מכיר בכך שכל התחייבות היא למעשה חוזה.

תנאי בחוזה - לפי רבי יהודה - דבר שבממון ההסכם תופס, לגבי יחסי אישום, ההסכם לא תופס. משכך, לפי רבי יהודה דובר בהסכם שיש לו תוקף. לפי רבי מאיר, להסכם אין תוקף מפני שהוא נוגד את הדין. משמע - אם ההסכם לא היה נוגד את הדין אז גם רבי מאיר היה אומר שיש תוקף. לכן לפי אלבק אין שאלה אם יש הסכם, השאלה היא על התוקף שלהם. זו ה-הוכחה היחידה של אלבק שיש הכרה בחוזים לפי משפט עברי. כלל החוזה הפסול, משכך ברור שיש דבר כזה חוזה במשפט העברי. על המסקנה: לפי אלבק, גם ויתור על התחייבויות, זה סוג של חוזה. הקושי: כשהרוב מדברים על חוזה במשפט העברי מדברים על התחייבות עתידי לביצוע פעולה, והדגש השני שההתחייבות נמצאת בתוך מארז אוטונומי ולא מתלווה לפעולה משפטית אחרת - הרי אף אחד לא חולק שקידושין זו פעולה תקפה לפי המשפט העברי, ושיש להם תוקף. אף אחד גם לא חולק על זה שקידושין תלויין ברצון. אף אחד לא חולק שקידושין תלויים ברצון הצדדים והסכמתם, וממילא אם התנאי ההכרחי הוא הסכמת הצדדים, אז ברור שהצדדים יכולים להתנות את הסכמתם - ואף אחד לא חולק שיש דבר כזה קידושין על תנאי. לפי ד"ר ברנד - **זה לא חוזה, כי אין לו מעמד אוטונומי. הוא מחובר לפעולה אחרת ולא עומד בעצמו.**

1. בשורה התחתונה, אלבק לפי המרצה לא מדבר על התופעה חוזית כפי שאנחנו מגדירים אותה. לכן, אין מחלוקת האם המשפט העברי האם המשפט העברי מכיר בקיומו של התופעה החוזית. אין עמדה שחולקת על דעתו היסודית של גולק. לכן, המשפט העברי איננו מכיר בקיומה של התופעה החוזית.
2. מכאן נעסוק בשלוש סוגיות בבעיית התחייבות. המשפט העברישם סימני שאלה גדולים על תופעת ההתחייבות. המשפט העברי מכיר בקיומה של התופעה, הוא שם סימני שאלה ומנסה לתת להם תשובות. הדיון הראשון יקיף שלוש סוגיות: בעיית התתחייבות הכספית (דף מקורות 1) קנין דברים - התחייבות לביצוע פעולה (דף מקורות 2) ואסמכתא - סוג של התחייבות מותנית (דף מקורות 3). .

**שיעור 2, 22.10.2020**

**חטיבה ב' לקורס: בעיית ההתחייבות (3 בעיות ודיון על בעיית ההתחייבות)**

**חלק ב' לסילבוס - בעיית ההתחייבות, ההתחייבות הכספית**

השורה התחתונה מפעם קודמת - המשפט העברי איננו מכיר בתופעה החוזית. מכאן נדון בשלוש בעיות התחייבות: בעייתה התחייבות הכספית, בעיית התחייבות לביצוע פעולה, ובעיית האסמכתא. נראה בדיונים אלה שכשמתייחסים למשפט העברי כאל שכבה שאינה אחידה אלא בנויה מרבדים שונים ורב שכבתי, רואים שהמצב בכל השכבות איננו זהה. השכבות המוקדמות מכירות בתופעה החוזית בעוד שהשכבות המאוחרות לא מכירות בה - אלה הקובעות, ששמות סימני שאלה כבדים על התופעה החוזית.

**בעיית ההתחייבות הכספית - "חייב אני לך מנה"**

**שלב א': רובד התנאים**

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.

המקרה הוא פשוט: לאישה יש בת מנישואים קודמים. היא מתחתנת עכשיו בשנית ורוצה לדאוג לבתה. זה לא מובן מאליו שהבת עוברת לגור איתה בנישואים השניים, והיא רוצה שהאיש החדש יכלכל את ביתה, והיא רוצה להבטיח את זה לפחות ל-5 שנים. כבר בשלב הזה עולה השאלה הכיצד, וכי המשפט העברי לא מכיר בהתחייבות עתידית. התשובה: **לפי הרובד התנאי, המשפט העברי מכיר בתופעה החוזית כמו שהיא לעצמה. בוודאי כאן כשמדובר בהתחייבות הכספית.**  כך, המשפט העברי כרב שכבתי מזכיר במידה מרובה חפירה ארכיאולוגית: מעמיקים אל תוך האדמה פנימה ומוצאים שכבות שונות.

בחזרה למשנה: המשנה בא לברר מהו אופי ההתחייבות. אכן יש תוקף להתחייבות. השאלה היא מה טיבה ואופייה. שתי אפשרויות:

1. **ההתחייבות היא התחייבות כספית** - אם אדם מתחייב למזונות של בת ל-5 שנים, זה שווה ערך, סכום מסוים של כסף, לכן ההתחייבות היא כספית, התחייבות לסכום מסוים של מזונות שיספיק ל-5 שנים.
2. **התחייבות אישית -** תוצר של חובה אישית. מכיוון שהבת עכשיו היא חלק מבני הבית, אותו איש צריך לדאוג למזונות שלה כי היא חלק מבני ביתו - לכן התחייבות אישית.

המשנה מסבירה נפקויות גרורות בין שתי האפשרויות אם ההתחייבות היא כספית או אישית:

1. **סיטואציה ראשונה -** בתוך ה-5 שנים מאז נישואיה לשני, יכול להיות שהיא תינשא לאחר. גם עם האחר, מספר 3 היא עושה את אותו הסכם של מזונות ל-5 שנים. משכך יש כאן התחייבות כפולה. גישת המשנה: הסיפורים לא מעניינים. התחייבת אז התחייבת. כך שלפי המשנה התשובה ברורה: ההתחייבות היא התחייבות כספית, ובשל כך המעמד האישי לא משנה. הצד השני ש ל המטבע שהמשנה לא מזכירה: אם היא ממשיכה לגור בבית אחרי חמש שנים - ההתחייבות פוקעת.
2. **סיטואציה שנייה** - אם אותה בת נישאת, עכשיו הבעל צריך לכלכל ולהזין אותה. לפי התרחיש הזה - כאן גם הבעל נותן את מזונותיה, וגם מספר 2+3 שנמצאים תחת התחייבויות כספיות צריכים לכלכל אותה לזמן הנקוב. גם כאן המשנה מדגישה שההתחייבות היא כספית ולא אישית.

בשורה התחתונה לפי המשנה, להתחייבויות האלה יש תוקף ואופייה הוא כפסי ולא אישי בסיפא המשנה כותבת שהפיקחים היו מתנים פשוט את החוזה - ואומר שפשוט אפשרי להתנות את ההסכם - כל זמן שאת עמי.

**שלב ב': רובד האמוראים**

התלמוד הירושלמי

[שנקרא כך מסתבר לכבודה של ירושלים, אבל נכתב בצפון ולא בירושלים. נחתם באמצע - סוף המאה ה-4, ונעלם מהעולם ההלכתי עד ה-מאה ה-16. הרמב"ם כנראה הכיר את חלקו, אבל גדולי ישראל האחרים הכירו רק חלקים ממנו - אבל בגדול הוא נעלם, ומשכך קופח.

ועדיין נכון יותר ללמוד תלמוד ירושלמי אחרי לומדים משנה - כי הוא יותר נאמן למשנה, מכיר אותה יותר טוב וסמוך לה בזמנים. לכן נכון ללמוד מיד אחרי המשנה את התלמוד הירושלמי. ]

2. 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.

בגדול לפי הירושלמי, החכמים הגדולים: רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש אומרים לפי תפיסתם שלהתחייבות הכספית אין תוקף, ועדיין הם מכירים בתוקף ההתחייבות של האיש אישה ומזונות. שניהם חכמים מטבריה, שפועלים במחצית הראשונה של המאה ה-3 לספירה. מראשוני חכמי ארץ ישראל, מהחשובים שבהם ומייסדי התלמוד הירושלמי.

לפי הירושלמי, התחייבות הכספית היא התחייבות באמצעות שטר חוב, היא התחייבות כאילו הוא חייב לו, אבל במציאות אין חובה. כלומר זו התחייבות כספית עתידית שלא על בסיס חיוב או חוב ריאלי מן העבר. משכך, להתחייבות כספית עתידית אין תוקף. אז למה המשנה חושבת שלהתחייבות שבמשנה יש תוקף?

הכתיבה של הכותבים מסורבלת. אפשר לנסח את המשפט שלהם בצורה פשוטה יותר: המתחייב לחברו, לא חייב לתת לא, ולא בחזקת שהוא חייב לו וכו'. אז למה ללכת על דרך הסרבול? שניהם עושים למעשה ניסיון להגחיך או לבקר באופן ציני את תופעת ההתחייבות הכספית העתידית: אם אדם כותב שטר חוב, מבינים שלהתחייבות הזו יש תוקף, כי זו התחייבות שבנויה על מצע ריאלי. קרה כאן משהו ברמה העובדתית. אבל אם אני לא באמת חייב, אבל זה לא על בסיס של חוב ריאלי, למה שאשלם? זו מציאות מגוחכת שאני כותבת שטר חוב שכאילו אני חייב אבל בעצם אני לא חייב. יש כאן גם את ההנמקה למה אין להתחייבות עתידית תוקף: כי רק לחיוב ריאלי, על בסיס של חוב קודם יש תוקף. כל התחייבות שאינה כזו - אין לה תוקף.

ועדיין הרובד המאוחר מחויב לרובד המוקדם. הם חייבים להסביר למה הם מפרשים אחרת את המשנה: מוצעים כאן שני הסברים:

1. **הסבר מוצע ונדחה -** רבי שמעון בן לקיש שחולק את המשנה אמר שעשו את ההתחייבות המוזכרת במשנה כתוספת כתובה. כלומר: קונסטרוקציה משפטית: תבנית שהיא לא האמת, אל היא מייצרת חשיבה על התופעה המשפטית כנגד איננו כאילו היא כזאת: "עשו אותה כ-..". זו לא התחייבות כספית רגילה, אלא התחייבות כספית שהיא חלק מיחסי ממון - הכתובה. האישה דואגת להכניס לכתובה סעיף שדואג גם לבת שלה. גם אם היא לא נכתבה בתוך הכתובה, רואים אותה כאילו היא תוספת לכתובה. בזה ביצרנו את ההתחייבות. ועיין - אז למה לכתובה יש תוקף - הרי גם היא התחייבות כספית עתידית. הערטילאיות היא שבעייתית בבעיית ההתחייבות. התשובה לכך היא שיש תופעות משפטיות מוצקות שאי אפשר להתחיל איתן. הכתובה היא תופעה משפטית עתיקת יומין - יש עדויות לכך כבר מהמאה השנייה והשלישית לספירה. בסיס הכתובה של היום כבר קיימת במשנה.

אבל, אם ההסכם הוא חלק מהכתובה - הכתובה מקבלת תוקף בעת פקיעת הנישואין: בגירושין או באלמנות. עד אז מה יהיה? שואל התלמוד הירושלמי - וייתן בסוף? בעת פקיעת הנישואין? משכך יש בעייה עם הפירוש הזה שנדחה. ההתחייבות אחרת הופכת להיות בלתי יעילה. לכן הסיפוח לכתובה זו קונטרוקציה מרשימה אנליטית, אבל כושלת מבחינה פרקטית. לכ התלמוד הירושלמי מציע קונצטרוקציה משפטית אחרת:

1. **הסבר שנבחר - קונסטרוקציה הפוכה: עשו אותה כקידושי אישה**. להתחייבות הכספית כשלעצמה לפי הירושלמי אין תוקף, אבל אפשר לספח אותה למשהו אחר לקידושי האישה. כשהאישה מתחתנת עם מספר 2, לקידושין יש קידושין - והיא תהיה מוכנה להינשא איתו, בתנאי שייתן מזונות לבת שלה למשך 5 שנים. אם זה תנאי לקידושין זו לא התחייבות כספית עתידית, אלא התניה שמתנה את הסכמתי ביחס לקידושין - זה לא חוזה ולא התחייבות שעומדת לעצמה. כאן ההתחייבות כביכול נספחת לקידושין, היא חלק מהקידושין. גם אם זה לא נוסח כאן בעת הקידושין - רואים את ההתחייבות כחלק מתנאי הקידושין.

פרקטית - דורשים ממנו לשלם את כל הסכום מראש - הרי זה לא עתידי. לפי הירושלמי, הם מצליחים לעדן את זה: מלכתחילה היא מחלקת את זה לתשלומים לפי שנה. הוא מתחייב משעת הקידושין, אבל התניה אומרת שהתשלום משולם באופן הדרגתי ולשיעורים: סכום שנתי לחלוקה חודשית. התלמוד הירושלמי מקבלה את הדעה הזו.

נסכם: האמוראים בתלמוד הירושלמי מתחילים לשים סימני שאלה על תופעת ההתחייבות הכספית העתידית. על אף שהמשנה מכירה בהתחייבות העתידית, הם לא אוהבים את הרעיון הזה, ומבינים מדבריהם גם למה - רק לחוב או חיוב ריאלי על בסיס חוב מן העבר יש תוקף, ולא על התחייבות עתידית. מכיוון שהם אמוראים שמחויבים לשכבה המוקדמת של התנאים הם צריכים לפרש את דברי המשנה. לכן ברמת העיקרון זו דעתם - אין תוקף להתחייבות כספית עתידית, והמקרה של המשנה הוא מקרה מיוחד: והולכים לפי הקונסטרוקציה השנייה, שהתניות מצטרפות לקידושי השנייה: הם לא עומדים בפני עצמם אלא מתנים את הקידושין. לכן באופן חריג יש להתחייבות תוקף, מפני שהיא גם לא עומדת בפני עצמה.

התלמוד הבבלי

שפה ברורה אבל חשיבה מורכבת.

3. 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.

תנן: הנושא את האשה, ופסקה עמו לזון את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים; מאי לאו כי האי גוונא? לא, בשטרי פסיקתא, וכדרב גידל, דאמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנין באמירה.

התלמוד חושש מהודעה ללא גמירת דעת שהי רק מן השפה אל החוץ. לכן הוא דורש טקס: שיהיה בפני עדים, ורק אז אם ההודעה נמסרה אחרי הקדמת אתם עדי ובפני עדים - יש לה תוקף. ההלכה לוקח את ההלכה של דיני הראיות, לוקח אותנו לערבוב של דיני חוזים ודיני ראיות.

אדם שמודה בבית משפט במשפט אזרחי - אומר א י מודה - אני מחייב -זו התחייבות. אפשר להתייחס להודאה כאל התחייבות כספית - וזה מה שעושה כאן התלמוד הבבלי. לפיו, ההתחייבות הכספית היא לא תופעה חוזית, אלא תופעה ראייתית. כמו שבהודעה בדיני הראיות מצאנו שההודאה מחייבת שאפשר לראות אותה כאל התחייבות כספית עתידית שיש לה תוקף, אז כל התחייבות כספית עתידית, נכניס למסננת של ההודאה בדיני הראיות, ועל הרקע הזה יהיה לה תוקף.

אבל - יש כללים לתוקף של הודאות - רק אם אומרים את עדי בנוכחות עדים. אם אתה רוצה שכל התחייבות כספית תהיה תקפה כהודאה - חייבים את שני התנאים האלו: ני עדים לפי הכללים ולפתוח בהודאה של ,אתם עדי". התלמוד הבבלי רומז כך: התחייבות כספית עתידית כשלעצמה כתופעה חוזית אין תוקף. אם רוצים תוקף - צריך להעביר דרך דיני הראיות אם מכניסים לדיני הראיות, צריך לעבור תנאי סף של אתם עדי. אבל, אם יש דרישה שאתם עדי: אין בכלל עניין לתוקף ההתחייבות - מבחן הראיות של העדות הוא שקריטי. לכן הם לא מסכימים ברטוריקה של התלמוד הירושלמי.

לכן לפי הבבלי: להתחייבות כספית שלעצמה אין תוקף, אלא אם מעבירים אותה במסננת ש דיני הראיות. כדי להישאר במסגרת שהתחייבות כספית עתידית מתחייבת כהודאה המתכתבת עם "אתם עדי" מדיני הראיות, הם מסבירים את הוויכוח מהירושלמי - בכך שהאם להתחייבות כספית עתידית **כתובה** היא מספקת? האם הודאה יכולה להיות רצינית גם בלי אתם עדי אלא עם שטר?

**שיעור 3, 27.10.2020**

**הבדלים בין הבבלי לירושלמי:**

1. בירושלמי אין מחלוקות בעוד שבבלי יש
2. בירושלמי התיאור הוא תיאור מגחי בעוד שבבלי התיאור הוא תמים.
3. בירושלמי הפתרון הוא דרך הסיפוח ובבבלי הפתרון הוא על דרך ההסבה.

הנקודה המכרעת שיוצרת את ההבדלים בין התלמודים: התלמוד הירושלמי נוקט עמדה בוטה יותר כלפי ההתחייבות הכספית, הוא לא מוכן להכיר בה בשום אופן. שני החכמים בתלמוד הירושלמי מתנגדים לאפשרות הזו, ומשתמש בנוסחה מגחיכה כלפי התופעה של ההתחייבות הכספית ומתנגד לה. לכן, הדרך היחידה שהתלמוד הירושלמי מוכן להכיר בתופעה היא במקרים המיוחדים, בהם נמצאים פתרונות מיוחדים.

התלמוד הבבלי לעומתו מכיר שההתחייבות הכספית היא בעייתית, ולכן אי אפשר לתת לה תוקף חוזי. אבלה הוא כן מעוניין לתת לה תוקף קבוע ולא למצוא כל פעם פתרון טלאי. לכן, הוא מסב את התופעה - מעכשיו לא קוראים לזה חוזה אלא הודעה. גם הלשון: חייב ולא מחויב, אני מודיע לך.

לכן בשורה התחתונה ההבדלים בין התלמודים קשורים למידת ההתנגדות והביקורתיות שיש להם על התופעה של ההתחייבות הכספית. ועדיין, בפועל, שניהם לא מקבלים את הלכת תנאים שלהתחייבות כספית עתידית כשלעצמה יש תוקף חוזי. הוא יכול להיות בדרך של סיפוח (ירושלמי) או הסבה (בבלי) אבל לא כשלעצמו.

**בחזרה לדיון האם ההודעה יכולה להיות רצינית גם עם שטר ולא על דרך ההודעה:** התלמוד שואל האם השטר חזק, כלומר האם השטר זו חלופה הולמת לאתם עדי. פוסקי הלכה גדולים הם אנשים שלא רק עם הראש בספר אלא גם קוראים היטב את המציאות וגם יודעים להגיב עליה. פרשני התלמוד רואים שהשמנה נותנת תוקף, התלמודים אומרים שלא - והמציאות בימי הביניים מושפעת מהנצרות ומהאסלאם. המשפט הרומי שמסביב השפיע ואוהב מאוד חוזים. פרשן הלכה שרואה את המציאות מסביב, הוא צריך לתת מענה.

שלוש וחצי גישות בספרות המאוחרת לאיך הם מפרשים את התופעה החוזית, לאור המציאות המתקדמת והמושפעת בזמנם:

**שלב ג': רובד הספרות הרבנית**

פרשנים שצמודים לטקסט. הם מפרשים את הטקסט התלמודי ולא מכירים גם בעצמם בתופעה התלמודית פרשן צמוד טקסט - הוא רש"י. כשהוא מפרש את הסוגייה הזו, מבלי לתת את הדעת למציאות הנוהגת מסביב.

גישה 1:

4. 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…

רש"י למעשה ממשיך את הדיון ומוסיף: רש"י מזדהה עם התפוס התלמודי כפרשן צמוד טקסט. הוא מזדהה עם הרעיון התלמודי הבבלי של ההודעה והשטר. אם כך, הוא משלים את התמונה גם ממקורות אחרים: כדי שההודעה תהיה רצינית בכתב ובשטר, צריך שהיא תהיה כתובה בכתב ידו של המתחייב. תוספות של רש"י מחזקות את המהלך התלמודי. מהבחנה הזו הוא מאוד נוקשה מעצם היותו פרשן צמוד טקסט. בשורה התחתונה הגישה שלו היא כמו בתלמוד: גישה ראייתית, והוא אינו מכיר בתופעה כחוזה. לפי רשי ריש לקיש מסתפק גם בלי חתימה ורבי יוחנ דורש גם חתימה.

גישה 2:

5. 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…

בעלי התוספות זו תנועה פרשנית לתלמוד: לא מדובר באנשים בודדים, אלא בעשרות רבות ואף מאות בודדות, של חכמים שחיים על פני כ-200 שנה, בחלק ניכר של אירופה בעיקר בגרמניה, צרפת ואנגליה. תנועה פרשנית שמתחילים הנדים של רש"י, שמעוניינים בהתחלה רק לכתוב תוספות - מה שסבם לא פירש. מהר מאוד התנועה יוצאת מהמקום של תוספות, ונהפכת לתנועה פרשנית עצמאית, שהמוטו שלה היה: שהתמוד הוא אוסף של פרוטוקולים של דיונים שהתקיימו בישיבות האמוראים בבבל ושמדובר בקרוב לעשר ישיבות של אמוראים שבעצם מרחב הזמן של הישיבות האלה הוא 250 שנה. כלומר התלמוד אינו מציג דעה אחת, שיר אחד ששרים בהמון קולות. לכן בעלי התוספות רוצים ליישר את הקרקע - קליר קאט. דרך אחת שכולם ייסעו בה.

במקרה שלנו, רבינו תם רואה את ההתחייבות כעניין קנייני - ככה הוא משאיר את הסוגיה הכי קורב לדיני חוזים מבלי להכליל אותה בדיני חוזים. הוא חולק על סבו רש"י ולא מקבל את הקונספט של הודאה, כי הודאה מתייחסת על עובדות שהיו בעבר - כאן זו התחייבות עתידית. לכן הוא שולל את ההודעות.

אם כך, רבינו תם מפרש את הסוגייה כך: השטר הוא שטר גמור וחתום שעובד על בסיס של שטר חוב שעובד על בסיס שעבוד. שעבוד = בהסכמי הלוואה יש הבדל יסודי בין הלוואה בעל פה לבין הלוואה בשטר - בכתב. בע"פ: הנכסים שעומדים לפירעון החוב הם רק הנכסים ששייכים לחייב בעת הפירעון ושנמצאים תחת ידיו. בחוב בע"פ, החוב הוא חוב אישי בין החייב לנושה, אז ממילא רק מה שיש לחייב הנושה יכול לגבות. הנושה לא יכול לגבות מה שנמצא בידי צדדים שלישיים בע"פ. לא כך בהלוואה בכתב, שם ניתן לגבות את החוב גם מנכסים של החייב שנמצאים בידי צדדים שלישיים (שהועברו בכל מיני דרכים לצדדים שלישיים לאחר מועד ההלוואה). לזה קוראים שיעבוד. הנכסים האלה הם משועבדים לצורך פירעון החוב. המשמעות של השיעבוד הזה: אם הסכם ההלוואה בעל פה הוא אובליגטורי ואישי, אז הכם ההלוואה בכתב הוא מעין קנייני, במובן שההתחייבות או החוב הוא לא אישי כמו בע"פ, אלא אינרם/אינרס - ולא אינפרסונה - כלומר הנושה משליך את הזכות שלו לא כלפי החייב כאדם אלא כלפי נכסיו של החייב. מכיוון שזה כלפי נכסיו של החייב, יש לו זכות עקיבה עליהם. ויש לו שעבוד בנכסים האלה.

לכן, לפי הסוגיה התלמודית ההתחייבות היא בכתב, בשטר - לכן זה כמו חוב בשטר, והזכות היא מעין קניינית של הנושה כלפי החייב. ך למרות שזו התחייבות עתידית, הוא יוצר שעבוד של החייב כלפי הנושה שמשתעבד לו בכתב. המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש, השאלה היא האם ניתן לראות בשטר כזה שלא מתייחס לחוב שהיה אלא לחוב והתחייבות עתידית, האם ניתן לראות בשטר זה מעין שטר חוב שהוא חיוב קנייני או מעין קנייני. רבינו תם קבע וממשיך, ובכך העביר את תופעת ההתחייות הכספית ממגרש התלמוד אל המגרש המעין קנייני פרי המצאתו.

לפי הכללים של דיני הקניין כסף הו מטלטלין ויש דרך להקנות אותם: מטלטלין מעבירים באמצעות פעולה: פעולה פיזית, הגבהה, מסירה וכו' - פעולות פיזיות שמייצגות העברה פיזית ריאלית של החפץ מידי המוכר לקונה. זה מה שקונה לרוב בקניין. במקרקעין יש דרכים אחרות שעוד נגיע אליהן. אבל - לא מצאנו שאפשר להקנות מיטלטלין בשטר. אז איך זה עובד כאן? אם אין מטלטלין נקנים בשטר? רבינו תם מציע שתי הצעות איך אפשר להסביר איך מיטטלין כן נקנים בשטר, אפילו שהתלמוד לא מצביע על כך:

1. אין לתמוהה כי מפני שיש לומר שכתיבת שטר היא פרוצדורה מורכבת שדורשת טרחה ושפות כספיות - הוא טורח לכתוב שטר. כך, הטרחה וההשקעה הנדרשת היא לא רק במישור המעשי הפרקטי, היא מעידה גם על התרחשות נפשית, כך שיש לו גמירת דעת והוא מוכן להתחייב. יש דברים שנקנים גם באמירה (ייחד לזה דיון בהמשך) אז אם באירה אפשר להקנות במקרים מסוימים, אז בוודאי שגם בשטר אפשר לקנות.
2. הוא מסביר שהמטרה של דרכי הקניין של להראות גמירת דעת - במסירה והגבהה - אין צורך בפורמליות אם השטר משיג את אותה המטרה. כשאדם כותב התחייבות כספית בשטר, גם זה מעיד על גמירת דעת, לכן אין צורך בפורמליות הספציפית של הגבהה או מסירה וכו'. גם השקעה על כתיבת שטר זו דרך קניין לא פחות טובה ממשיכה מסירה והגבהה. והנה הוא מביא שתי דוגמאות שאפשר להקנות באמיה: כמו מתנה והתחייבות למתנה בע"פ (שקל וחמר אם זה עובד בע"פ ובוודאי אם זה בשטר). הוא לא נותן לפורמליות לבלבל אותו. הוא הולך אחרי המהות. לכן לפיו אפשר להקנות מיטלטלין בשטר כאשר השטר מעיד ומשקף גמירת דעת, לכן השטר הוא אמצעי קניין מספק. נועז מאוד מצידו - לא הולך לפי הפורמאליות אלא לפי המהות. הפסיכולוגיה של הצדדים לעניין גמירת הדעת.

גישה 3:

הרי"ף

6. רי"ף שם

והלכתא כר' יוחנן. ומד מקשינן 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.

לפי הרי"ף, הויכוח של רבי יוחנן וריש לקיש מתאים לעובדות של התחייבות כספית עתידית. לכן צריך להניח שהויכוח מתנהל לגבי התחייבות עתידית. לרוב הולכים לפי דעתו של רבי יוחנן. התוקף הוא חוזי כי המשנה אמרה את זה והתלמוד מתכתב עם המשנה והתלמוד מקבל את דברי המשנה. הרי"ף מתעלם מדברי התלמוד - מתעלם מזה לחלוטין. בכך הוא נועז הרבה יותר אף מהדרך של רבינו תם. הוא פשוט מתעלם מהעובדות שלא נוחות לו.

איך הרי"ף סוטה מהמסורת התלמודית? בגלל העובדות. הוא חי בסביבה שכולה חוזית, לכן הוא מוצא את הדרך לעשות את המהלך הזה.

**שיעור 4, 29.10.2020**

**הרמב"ן**

רמב"ן שם

...והב"ע דא"ל חייב אני לך מנה בשטר, כלומר שאינו מודה שהי' חייב לו, אלא שהוא מחייב עצמו בכך מעתה, וכותב לה שטר חיוב על המנה, דר' יוחנן סבר אלימא מלתא דשטרא וכמאן דא"ל אתם עדי דמי, כלומר הרי הוא מתחייב בשטר, כאלו הודה שהי' חייב לו מתחלה מחמת הלואה או פקדון ואמר לעדים אתם עדי.

והוצרכתי לפרש כן, מפני שאי אפשר לפרש כמאן דא"ל אתם עדי שאני מחייב לו עצמי, שאלו אמר כן, אין ספק אצלי שהוא פטור לדברי הכל, דבמאי משתעבד? בדברים?!... אבל המחייב עצמו בדבר שאינו חייב, אף על פי שאמר אתם עדי ודאי פטור, דהא בערב נמי בעינן או קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן ליה, וגבי מתנה שומר חנם להיות כשומר שכר (ב"מ צ"ד א') אקשינן במאי בדברים ואיצטריך לפרוקי בההיא הנאה דקא מהימן ליה וכו' ובעי משיכה... אלמא אין אדם משעבד עצמו בדבר שאינו חייב בדברים, אף על פי שאמר לעדים אתם עדי, אלא באחת מדרכי ההקנאות.

הרמב"ן הולך עם גישתו של רש"י - החידוש בדבריו הוא זה שהוא חולק על הרי"ף. לפיו אין תוקף להתחייבות שנוצרת באמצעות דברים. אבל התחייבות עתידית שלא על בסיס חוב קודם, אם אין לה את הקונסטרוקציה של המודה, אין לה תוקף לפי הרמב"ן. מביא שתי דוגמאות מהתלמוד בה הוא לא מוכן להכיר בהתחייבות כספית עתידית:

1. **ערבות -** התחייבות כספית עתידית. הערב אומר לנושה שאם החבר לא ישלם, הערב ישלם במקומו. התלמוד רואה במוסד הערבות מוסד קדום מאוד, עוד מסר בראשית, ובוודאי שיש תוקף לערבות. הרמב"ן אומר אבל שהתלמוד לא מוכן להכיר את הערבות כשלעצמה, אלא משכלל אותה כדי להכיר בה. כיצד? באחת משלוש דרכים (חלופיות ולא מצטברות): (א) קניין - לא משיכה או הגבהה בהקשר חוזי אלא שם קוד למושג תלמודי אחר שנראה בהמשך שנקרא "קנו מידו" - סימולציה, אקט שמסמך או מסמלץ קניין. הדוגמא השכיחה היא חתימה על כתובה. מגביהים אותה, להפוך את המעשה נוכח ולא לערטילאי. רוצים להחזיק את ההתחייבות קשורה למציאות באמצעות פעולה שבה החפץ הסמלי מסמל את הזכויות והחיובים שעוברים בין הצדדים. כך, דרך אחת לשכלל את הערבות היא בדרך קניין, וככה ההתחייבות לא ערטילאית, וזו דרך אחת, מכשיר אחד איך לתת לה תוקף. (ב) מתן מעות - ערבות לאחר מתן מעות. גם מתן המעות כשלעצמו הוא מעשה פיזי שיש בכוחו לשכלל את ההתחייבות. הנושה נותן את הכסף, ועצם נתינת הכסף מצד הנושה וקבלתו מידי החייב - מעבר המעות נותן עוגן ריאלי ומציאותי למעבר בין החיובים והזכויות בין הנשה והחייב כשהערב נמצא ברקע. בהנחה שמדובר בערבות לפני מתן מעות - מעבר המעות יכול להיות עוגן ריאלי לערבות הערטילאית. (ג) באי/ טובת הנאה -ניסיון לייצר את יסוד התמורה בתוך התופעה החוזית. ההנחה היא שלצדדים יש אינטרס לכך שהחוזה ייערך ויתקיים. טובת ההנאה עוברת מצד לצד, ואנחנו כאילו מייצרים בכך עסקת חליפין. גם זה נותן עוגן ריאלי לחיובים ולזכויות שנותנים הצדדים.

כך לא מכירים בערבות כשלעצמה אלא אם משכללים אותה באחד משלושת אלה. לכן הרמב"ן אומר שהתלמוד צודק שהוא מתעקש על ההודעה, הוא מתעקש לומר כך ולא כמו הרי"ף, כי דבריו של הרי"ף לא עומדים במבחן המקובל בתלמוד.

1. הרמב"ן מביא דוגמא נוספת: **הסכם שומרים** - יש 4 סוגים של שומרים: חינם, שכר, שוכר ושואל. מבין 4 השומרים, הבעייתי מכולם ביחס לבעיית הערטילאיות הוא שומר החינם, כי כל שאר השומרים נשארים בדיל של תן וקח. שומר חינם הוא מתנדב, אז ההתחייבות שלו לשמור היא בלי עוגנים ריאליים. התלמוד לא מכיר בהסכם הזה כמו שהוא, אלא מכיר בו רק אם יש עוגן ריאלי: באי הנאה. במקרה של שומר חינם - המוניטין שלך כשומר חינם טוב הוא שווה כסף. כך, שומר החנם מקבל מהימנות שהייתה שווה הרבה כסף פעם.

אם כך, בראייה כלל תלמודית, הרמב"ן צודק. יש יותר מעשרים דוגמאות למעלה מהשתיים שהוא שיתף בהן. זה הכלל שבתלמוד, ולא כמו שהריף מתאר.

גישת החצי:

הרמב"ם

7. 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 קובע שכל התחייבות כספית עתידית נתפסת כמעין מתנה. לפי הרמב"ם שאפשר לעשות התחייבות עתידית באחת משלוש הדרכים שכתובות בתלמוד: אתם עדי או אחת מהחלופות של אתם עדי: כתיבה בשטר שמתפקד כמו אתם עדי, אפשרות שלישית שהיא די זניחה (אמירה של התחייבות באמצעות שטר). כל אלה התחייבויות כספיות עתידיות. אלה הפרקטיקות המשפטיות באמצעות ניתן לבצע התחייבות כספית עתידית. יש לזו תוקף כי הוא חייב את עצמו כמו שהשתעבד הערב. לפיכך יש לזה תוקף לפי הרמב"ם למעשה הרמב"ם אומר שלהתחייבות הכספית יש תוקף כתופעה חוזית. אבל אם יש להן תוקף בלי הודעה אתם עדי או שטר - יש להם תוקף כי להתחייבות כספית עתידית יש תוקף חוזי. הרמב,ם קובע שהתוקף הוא חוזי כמו התחייבות לערבו או הבטחה למתנה. אם כך, למה באמצע הדברים שלו הרמב"ם נאחז בפרקטיקות התלמודיות? למה צריך את זה? הרי אם יש לה תוקף חוזי היא לא צריכה את המגרש הראייתי. ההסבר: הרמב"ם הוא איש של מחויבויות - מאוד ממושמע ומחוייב: משמעת אחת כלפי ההלכה התלמודית: מאוד ממושמע ומשתדל לדייק מאוד ונאמן עד כמה שניתן להלכה התלמודית. מצד שני, הוא גם מחויב וממושמע למורהו, הרי"ף. הוא אומנם לא למד אצלו, אבל חכם מימון, אבא שלו, למד אצל אחד מגדולי תלמידיו של הרי"ף. אביו שהיה תלמיד חכם חשוב, הוא גדל מגיל 0 שהרי"ף היה רב גדול, מורו ורבו ופוסק 95% מפסיקותיו כמו הרי"ף. מה יעשה כשיש התנגשות בין התלמוד לבין מורהו ורבו? קונספטואלית הוא חושב שהריף חושב. בפרקטיקות הוא מחוייב לתלמוד. לכן הוא יוצר יצור כלאיים: בנשמתו הוא חוזי ובגופו הוא ראייתי. בכך הוא מצליח איכשהו לשמור על הנאמנות הכפולה שלו. לכן הגישה מתוארת כחצי גישה ולא כגישה.

לסיכום: התנאים מכירים, האמוראים לא מכירים, הספרות הרבנית בחלקה חוזרת לספרות התנאית. למה האמוראים לא מכירים? נראה זאת בדיון בהתחייבות לביצוע פעולה.

**חלק ג' לסילבוס: התחייבות לביצוע פעולה ("קניין דברים")**

התלמוד עצמו יצר את ההפרדה בין התחייבות כספית עתידית לבין התחייבות לביצוע פעולה. נראה שהסיבה להפרדה קשורה בעיקר לבעיית הערטילאיות: כלומר בהתחייבות כספית ההתחייבות היא ריאלית. שהתחייבות לביצוע פעולה לעומת זאת, המושא של ההתחייבות היא פעולה, ולא כסף, כשהפעולה היא ערטילאית. כשהמושא הוא ערטיאלי, זה תוספת של עוד משקולת על הרגליים הכבדות בלאו הכי. כשמושא ההתחייבות הוא ערטילאי - פעולה ולא כסף, זה מגביר את הערטילאיות. בשל כך, התלמוד דן בהתחייבויות האלה בנפרד.

תנאים +אמוראים

#### 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].

המקרה: הסכם פירוק שיתוף. לשני שכנים יש חצר משותפת, כשיום אחד נמאס להם מהשיתוף, והם מחליטים לפרק את השיתוף שבחצר. משכך, המשנה קובעת קביעה נורמטיבית לפיה שכשרוצים ויש הסכם לעשות מיצה בחצר בשביל לפרק את השיתוף, בונים את הכותב באמצע. ההסכם מחייב וניתן לכפות אותו על הצדדים. בכך המשנה קובעת עמדה נורמטיבית. משכך, הסכם פירוק שיתוף - תקף.

האמוראים לא אוהבים את הרעיון הזה, וכבר מבקר את המשנה הזו. "אז מה אם הם רצו?" ואומרים שאין תוקף להסכם הזה כי הם יכולים לחזור בהם. שוב התלמוד לא מסכים לתוקף. התלמוד מציע פתרון מתגלגל: הפתרון הראשוני הוא של רבי יוחנן אוהב החוזים, לפיו יש כאן סימולציה "קנו מידן": בשביל שההתחייבות לא תהיה ערטילאית ולתת לה עוגן, מסיבים את התופעה החוזית הערטילאית לתופעה מעין קניינית. החפץ מסמל את החיובים והזכויות שעוברים בין הצדדים ואז כאילו היה פה קניין. אחד מהאקטים המשכללים של התופעה החוזית. רבי יוחנ אומר שהסכם פירוק השיתוף לא היה באוויר, אלא ה העבירו איזה חפץ ביניהם ששכלל את העניין. התלמוד לא משתכנע ואמר ש"קניין דברים בעלמא הוא". (הפוסקים קוראים להתחייבות לפעולה קניין דברים") התלמוד אומר שרעיון הקנו מידם עובד כך שמאחר והתופעה החוזית היא ערטילאית, הקנו מידם מסב אותה למעין קניין ואז היא נהיית מעין ממשית. התלמוד מאשר את זה אם מושא ההתחייבות היא פיזת, כמו כספית - אבל פה המושא הוא לפעולה - שזה כשלעצמו ערטילאי. קניין על דברים - בעלמא הוא, ערטלאי הוא. בעקבות הקטע הזה התקבל בספרות שכל התחייבות שהמושא שלה הוא ערטילאי, קוראים לזה כניין דברים או קניי בדברים בעלמא- קניין על דברים. לכן ההסבה המעין קניינית לא עוזרת לכל מושא התחייבות, אלא עוזרת רק כשהבעיה היא פרוצדוראלית - בהליך עצמו. כאן הבעייה היא במושא בעצמ, ולכן התרופה לא מתאימה.

לכן התלמוד לא מקבל את הפתרון של רבי יוחנן כאן, בניגוד למקרים אחרים. כאן המושא הוא ערטילאי. אז איך פותרים את הבעיה? כי השמנה כן נותנת תוקף. התלמוד מציע שתי אפשרויות:

1. אפשרות ראשונה נשארת **במגרש החוזי -** קנו מידם ברוחות = 4 רוחות השמיים, כיוונים, חלקות ותת חלקות. פירוק השיתוף לא נעשה על יד ההתחייבות, ומושא ההתחייבות לא על ידי בוא נעשה קיר - שזה ערטילאי, אלא מושא ההתחייבות הוא בחלקת הקרקע עצמה - כל השיתוף בגרגירי האדמה הצפוניים הוא של צד א, וכל גרגירי השיתוף שיש בדרום שייך לצד ב'. ההתחייבות היא לא לפעולה של לפרק שיתוף ופירוק קיר, אלא היא בעצם סוג של התחייבת כספית. העברת קרקעות. מושא ההתחייבות עובר להיות הרוחות - חפצי ריאלי ולא ערטילאי, ואז ההסבה הופעת להיות יעילה. מעבר מהתחייבות לביצוע פעולה (שלא תקפה) להתחייבות כספית שהייתה תקפה עם ההסבה.
2. **פתרון שני** - אם המגרש החוזי עושה בעיות, עוברים לקניין. פירוק שיתוף באמצעות קניין: בקניין כמו בקניי - צד דרם שלי צד צפון שלך. עושים חזקה - דרך לרכוש זכויות במקרקעין, וזה מה שיפרק אתהשיתוף. הקניין כשלעצמו יכול לפרק את השיתוף, מבלי להכנס לחוזים - בדרך של חזקה, אחת הדרכים לרכוש זכויות במקרקעין.

לסיכום - התנאים בעד, האמוראים נגד, ובגלל שמחוייבים למשנה מוצאים פתרון מתגלגל: נשארים במגרש החוזי תוך שינוי מושא ההתחייבות, ויוצאים מהמגרש החוזי בדרך הקניין ותפיסת חזקה.

**שיעור 5, 03.11.2020**

הספרות הרבנית

#### 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.

הלכת הרמב"ם מושפעת עמוקות מהמשפט המוסלמי (גם מהגאונים שחיים בבל - מהמוקדים בהם נוצר המשפט המוסלמי) שלא אוהבים חוזים. הרמב"ם כותב על התחייבות לביצוע בפעולה בהלכות מכירה, בגלל התלמוד - שהולך במנגנון קנייני שקשור להלכות מכירה - אקט מעין קנייני. הרמב"ם מוסיף את המושגים מסוים וידוע, שמקורם בדיני הקניין של המשפט המוסלמי - הדרישה לפיה כדי שהמכר יחול צריך שהממכר יהיה יהיה מסוים וידוע - מג'הול ומעלום. מסוים = בעל קווי מתאר פיזיים ברורים. הוא גוף עם נוכחות במרחב הפיזי. אובייקט ממשי. ידוע - יודעים על מה מדברים. לא חייב להיות פיזי, אלא צריך להיות ידוע מנטלית. לפי הרמב"ם אדם יכול למכור שימושים של בית, כמו שכירות, שנתפסת לפי הרמב"ם כקניין. זכויות השימוש הם הפירות של העיקר - הפירות של המקרקעין - למרות שזה פירות, הן מחוברות למשהו ממשי. כדמשברים על פועלה היא לא עיקר ולא פירות של עיקר - לכן לפי הרמב,ם פעולה מכל כיוון לא נוכחת בעולם הריאלי והממשי לכן אי אפשר לתת לה תוקף, ולא על ידי קניין. בכך הרמב"ם לא מחדש, אלא לוקח את ההלכה התלמודית, וחיבר אותה עם עוד יתדות לקרקע -חידד והעמיק אותה יותר.

בשורה התחתונה, גם לפי הרמב"ם כמו התלמוד - להתחייבות פעולה אין תוקף ואי אפשר להכשיר אותה בדרך זו. בהלכות אחרות (שכנים ושותפים) הוא נונתן את הפיתרון של התלמוד. אבל פה הוא נותן את העיקרון הזה.

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.

רבי מאיר הלוי אבולעפיה: המקור מראה את הסדקים הראשונים וההסתייגויות הראשונות מהלכת הרמב"ם. נמצא ביחסים מורכבים וטעונים עם הרמב"ם - בהקשר ההלכתי ובהקשר האמוני והאידיאולוגי. מעריץ אותו מצד אחד ומצד שני יש לו בטן מלאה עליו. רק מעט מהחיבורים שלו נשארו. בפסקה זו יש שני חלקים: החלק הראשון עוסק ביחס בין התחייבות לביצוע פעולה לבין התחייבות כספית. הוא מבין היחידים שבודק את השיח בין שני העולמות האלה. בחלק השני שלו, הוא מסתייג מהרמב"ם ומההלכה התלמודית מנסה לבדוק האם יש דרכים שונות בהם כן נוכל להכיר בהתחייבות לביצוע פעולה.

החלק הראשון: בדיקת היחס בין שתי סוגי ההתחיייבויות: הודעה יכול ה להיות תקפה רק במשהו שאדם יכול לחייב את עצמו בו, שיש בו תוקף. אם אדם

מבחינת הרמ"ה, שחי בסביבה נוצרית בה לחוזים כן יש תוקף, קשה לו לקבל שאין תוקף להתחייבות לביצוע פעולה. הוא מביא את הקונסטרוקציה המשפטית האוטמטית שהופכת התחייבות לביצוע פעולה להתחייבות כספית - שיש לה תוקף: לפיו התחייבות לשלם זו גם פעולה. התחייבות לתת היא בעצם התחייבות כספית - הרי המשמעות של התחייבות כספית היא לתת כסף, המושא של ההתחייבות הוא כסף והפעולה היא רק דרך להביא את זה לידי ביטוי. מושא ההתחייבות היא כסף ולא פעולה - לכן מצב כזה לא נקרה קניין דברים, אלא התחייבות כספית - הנושא הוא הממון עצמו - הכסף, ולא פעולת הנתינה. בשורה התחתונה, יש כאן ניסיון ראשון להגיד שלא כל הפעולות הן פעולות - גם בהתחייבות לביצוע פעולה, הפעולה יכלה להיות צל/לבוש או משהו 0 כמו כסף. לכן כשניתן לפרק את הפעולה, ולראות שלב הפעולה הוא מושא ממוני, לכן ניתן להכשיר אותה כהתחייבות כספית. = סייג ראשון של הרמ"ה.

ועדיין, היד רמ"ה אומר שהוא נותן דלת מילוט, אבל צריך לעבוד לפי הכללים בדרך המילוט הזו. אם אתה מעביר את זה להתחייבות כספית, צריכים לחול על זה הכללים של התחייבות כספית. מצד אחד היד רמ"ה מנסה לברוח מההלכה התלמודית, אבל הוא בורח בזהירות. כל פעם שהפעולה משמעותה היא לתת סכום מסוים של כסף, זו התחיבות כספית - ויש לה תוקף.

ביד רמ"ה אנחנו מבחינים לראשונה במאה ה-13 בניסיונות להיחלץ מהמגבלות התלמודיות של הימנעות מביצוע לפועלה. בשתי נוסחאות: נוקשה וגמישה.

נוסחה נוקשה - לנסות להסב כמה שיותר התחייבות לביצוע פעולה כאילו זו התחייבות כספית, בכפוף לתנאי המנגנון של התחייבות כספי - דרך ההודעה וכו'. טוען שרוב האונים המוקדמים תומכים בה.

הנוסחה הגמישה - אנחנו יוצרים את הקונסטרוקציות. כל התחייבות לביצוע פעולה שאפשר להתכל עליה כעל התחייבות כפסית - אז היא התחייבות כספית והכל בסדר. שם אותה על השולחן, אבל רואה בה כדעת מיעוט. בעקבות ששם אותה על השולן, מהווה בסיס למקור הבא:

#### טור, חושן משפט, קנז

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

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

הטור - מגדולי הפוסקים באשכנז בגרמניה של סוף המאה ה-13, אשר בן יחיאל - בנו של הרא"ש. לפיו, הרמב"ם הוא המפתח לנוסחה הגמישה. הוא מפרש את הדוגמאות של הרמב"ם כרשימה סגורה. מה שלא ברשימה של הרמב"ם - כל השאר הוא בסדר. צעד נועז מצד הפוסק. המטרה היא ברורה: הימלטות מהדין התלמודי. בהמשך הוא סותר לחלטין את דין הגמרא ואפילו נכנס עם הראש בקיר, תרתי משמע: בגלל שההתחייבות היא לבניית קיר, קיר הוא דבר ממשי, ולכן זה כשר - ממש הפוך ממה שהתלמוד אמר. האינטרס הוא ברור: פוסקים שחיים בעולם הנוצרי של המשפט הרומי, יהודים עושים שם יום - יום חוזים עם התחייבות לביצוע פעולה, והם חייבים להכשיר את זה. **יוצרים גשרים בין ההלכה למציאות.** רוב הפוסקים הגדולים הם גדולים בגלל שהם קוראים את המציאות ויודעים לייצר התאמות בין ההלכה למציאות. לא יכול להיות שהלכה נוגדת את המציאות - זה כישלון שלנו בפרשנות ההלכה. לרמב"ם יותר קל כי הוא חי בעולם המוסלמי.

#### שו"ת יביע אומר, חלק ה, חו"מ, סימן ה

בין הצדדים נערך הסכם גירושין… בסעיף ד' מההסכם נאמר: הבעל ישלם לאשה עבור מזונות הילדה… כלכלתה בגדיה וחינוכה וכל צרכיה, את הסך של מאה וחמשים ל"י לחודש, עד אשר ימלאו לילדה שמונה עשרה שנה…

אין לנו כל יסוד להתערב בשיקול דעתו והכרעתו של ביה"ד האיזורי שקבע בהחלטתו הנ"ל את הסך של מאה ושמונים ל"י כמספיק לצרכי הבת. ואין לנו לדון אלא בתוקף התחייבות האב בהסכם הגירושין, על בסיס משכורתו, אם יש לה תוקף ע"פ הדין.

מלבד הנ"ל, יש לדון עוד בנ"ד שלשון ההתחייבות אינה מספיקה ע"פ הדין לחייב את המשיב בתוספת מזונות, שכל המשמעות של הסיפא בסעיף ארבע מההסכם לחייבו מכללא בתוספת מזונות, במקרה של העלאה במשכורתו, בנויה על יסוד הנאמר בראש הסעיף הנ"ל: הבעל ישלם וכו', ואין בלשון זה התחייבות גמורה… ועיין בנימוקי יוסף (ב"ב ג) בשם הגאונים, שאף האומר לחבירו אתן לך מאתים זוז וקנו מידו בקנין לא מהני, דקנין דברים הוא. וכ"כ הטור ח"מ (סי' קנז ס"כ) בשם הרמ"ה, שאם קנו מידו לתת כו"כ אין הקנין נופל אלא על הנתינה, והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא, והו"ל קנין דברים, ומצי הדר ביה, ולא מהני אא"כ בקנו מידו ששעבד עצמו או שהתחייב ליתן סך כו"כ. ע"כ… ובש"ע (ר"ס רמה) כ', אם כ' בשטר: אתן לו לא זכה המקבל. וי"א שאם קנו מידו מהני לשון אתן. ומשמע שלפי הסברא הא' שנאמרה בסתם (וכדעת הרי"ף והרא"ש וסיעתו) ל"מ אתן אפי' קנו מידו, והכי קי"ל...

לכאורה השולחן ערוך לא דן בסוגיה הזו. אבל, הרב עובדיה יוסף בפסק דין שלו, מנסה להראות שהוא כן דן בסוגייה הזו. בפסק הדין הזה מדובר באישה שהיה לה הסכם גירושין עם בעלה לשעבר. אחד הסעיפים מדבר על מזונות הבית המשותפת שלהם (מזונות, לימודים והוצאות נוספות). בהסכם כתוב שאם יול שינוי במשכורת האיש, ההשתתפות שלו בהוצאות יגדל. כאן, הסכום הראשוני היה 150 לירות, הרבה כסף בשנות ה-60. הבעל קודם בעבודה, עלתה המשכורת שלו, והאישה הלכה לבית הדין הרבני האזורי וביקשה שיעלו עוד את השתתפותו בהוצאות העלו ל-180, אבל האישה רצתה יותר, ובלכה לבית הדין הרבני הגדול, ביניהם יושב הרב עובדיה יוסף שכותב את פסק הדין.

קצת מבקרים אותה בפסק הדין בעדינות שיש לה עיניים גדולות - גם 180 זה טוב. הם בודקים את עצם ההתחייבות שלו: ומראה לה שהוא יכול להראות שאולי להתחייבות שלו אין בכלל תוקף. הוא עושה את זה דרך הסיפור הזה: בגלל שההתחייבות הזו זו התחייבות לתת, צריך לבדוק את הנוסחה הגמישה ואת הנוסחה הנוקשה. השולחן ערוך מדבר על התחייבות לתת. לגבי אני אתן ראינו שיש נוסחה נוקשה וגמישה - הדעה הראשונה אומרת ש"אתן" - זה הנוסחה הנוקשה, כי הוא לא עשה לפי הכללים במדיוק, הוא לה התחייב. והוא מבין גם את הנוסחה הגמישה.

בשורה התחתונה הדעה של השולחן ערוך זו הנוסחה הנוקשה - זו הבמה המרכזית שלו. מכאן אפשר להסיק לכאורה שהנוסחה הקשוחה והנוקשה ידה על העליונה. לכן ההמלצה לאישה היא שלא כדאי לה להתחיל לערער יותר מדי, כי יכול להיות שלהתחייבות של בעלה בכלל אין תוקף. כאן רואים פסק של הרב עובדיה יוסף שמראה שהשולחן ערוך תומך בנסחה הנוקשה. את הפסק של הרב עובדיה יוסף צריך לקרוא בהקשרו - במסגרת תביעה שבה הוא רומז לה שלא תערער על שאלות מהותיות - כדי שלא תפסיד הכל. אין זה אומר שהוא בהכרח תמך בנוסחה הנוקשה.

הנוקשים: הרמב"ם והנוסחה הראשונה ביד רמ"ה, והשולחן ערוך (הרב עובדיה - תלוי הקשר ולא בהכרח תומך בנוסחה הנוקשה). יש גם נוסחות גמישות - ודאי אחרי הרא"ש.

**שיעור 6, 05.11.2020**

**חלק ד' לסילבוס: מה יש למשפט העברי נגד חוזים?**

התלמודים מצביעים לפעמים בצורה מפורשת ולפעמים בצורה פחות מפורשת ואף סמויה על בעיית ההתחייבות.

בנושא התחייבות לביצוע פעולה - על הסכם פירוק שיתוף המשנה אמרה "אז מה אם הם הסכימו", שיחזרו בהם. ראינו גם את האמירה של התלמוד הירושלמי - אז מה אם הוא התחייב לה? התבטאויות מפורשות ואף בוטות כנגד תוקפן של התחייבויות. לפעמים זה נעשה בצורה סמויה יותר: כאשר התלמוד הבבלי לא אומר בשום מקום במפורש שאין תוקף להתחייבות, הוא נותן אמירה סמויה לחוסר שביעות רצון של התלמוד הבבלי לגבי תופעת ההתחייבות. מצד שני, אי אפשר לשכוח ולא לקחת בחשבון שכבר ממה שראינו בינתיים התנאים כן מכירים בתוקפה של התחייבות. לכן כשמדברים אל בעיית ההתחייבות, אי אפשר לתת הסבר שלא ייקח בחשבון את השינוי הזה. כל אלה, חייבים להילקח בחשבון.

במאמר של ליפשיץ אין התייחסות לכל הביטויים האלה בתלמוד, מה שמטיל סימן שאלה על התזה של ברכיהו ליפשיץ. במאמרו הוא מניח תשתית בסיסית לדיון בבעיית ההתחייבות. הוא מבחין למעשה בין שלושה מישורים ונקודות מבט:

1. המישור המשפטי
2. המישור המוסרי
3. המישור הדתי

בעיית ההתחייבות לפיו היא במישור המשפטי, כלומר אין אכיפת חוזה. המשפט התלמודי לא מכיר בתוקפן של התחייבויות והוא ממילא אינו אוכף אותן. במישור השני, המוסרי - על פניו המשפט העברי, כולל המשפט התלמודי כן מעודד לקיים התחייבויות ורואה בעין לא יפה מי שלא מקיים התחייבויות. לדוגמא: קיום הסכם מכר (הנושא והנותן בדברים - משא ומתן = מקח וממכר). הוא לא עושה מעשה קניין, אלא בדברים = הסכם מכר בע"פ. על הסכם מכר כזה אין תוקף משפטי, גם לפי התנאים, הוא לא מחייב ולא ניתן לאכוף אותו, אבל חכמים אמרו שאין רוח חכמים נוחה עם מי שלא מקיים הסכם כזה.

תופעה נוספת, אדם שעושה מכר מיטלטלין בכסף - ההלכה היא שכסף לא קונה מיטלטלין. אולם, המפר התחייבות של מיטלטלין על בסיס כסף (שלא מחייב משפטית) אומרים עליו מי שפרע - דברים קשים. זאת אומרת שברמה המוסרית, לא רואים את ההתנהגות בעין יפה, ורואים זאת בחריפות ואף מטילים עליו קללה, אפילו שזה לא מחייב משפטית. מוסרית, לפי התלמוד - זו לא התנהגות בסדר. ברמה המוסרית דברי המוסר של חכמים קוראים לאדם לקיים את התחייבותו.

כבר בשלב הזה קיים פער בין המישור המשפט למישור המשפטי: משפטית זה לא תקף ולא אכיף, אבל מוסרית - קוראים לאכוף אותה. כלומר החכמים הם סוג של קנטיאנים - מפרידים בין משפט למוסר. לא אוכפים את המוסר, אלא הוא חייב להיות וולנטרי. המשפט הוא הפוך - הוא לא וולנטרי וניתן לאכיפה. לכן יש הבדל בין משפט למוסר. אבל חכמים יודעים להפוך דברים לנורמה תקפה כשחשוב להם מאוד להפוך משהו. אז למה כאן יש פיצול בין המישור המשפטי למישור המוסרי?

**המישור השלישי** הוא המישור הדתי: לפעמים לאדם יש התחייבויות במרחב הדתי. אדם שנודר נדר או נשבע שבועה -נתפסות כתופעות דתיות. משמעות השבועה הוא ניסיון להנכיח את אלוהים במעמד ההבטחה שאני מבטיח. כלומר הנשבע מצרף אותו לעניין. זו הדרך להנכיח את אלוהים. נדר זו גם תופעה דתית. ההלכה אומרת על נדר ושבועה שהם תקפים ואכיפים.

בתמצות: במישור המשפטי אין אכיפה, במישור המוסרי, יש סוג של דרישה מוסרים, ובמישור הדתי הבטחה תקפה ואכיפה.

אחרי שמציע את התשתית הזו, הוא פורש מספר תזות: שתיים מקובלות מאוד, אפילו כבר בתלמוד, ותזה נוספת משל עצמו, מציג אותה ודוחה אותה בהמשך ושאי אפשר להסתפק בתזה השלישית. לבסוף הוא פורש תזה רביעית משלו.

1. **התזה של גולק -** התזה הראשונה - מרכזית ורווחת. שם הוא דיבר על ההבדל בין רוח ההלכה לבין רוח החוק הרומי. לפי גולק, ההבדל הוא בחפציות הממשיות ופיזיות. המשפט העברי לפי גולק, לא אוהב ערטילאיות. הוא אוהב את קרקע המציאות המוחשית. לכן הוא מעדיף העברת חפץ מיד ליד, תחליפים לחזקה בקרקע - מושגים פיזיים. להלכה יש בעיה עם חוזים, כי חוזים זה חיובים וזכויות - הליכים יותר ערטילאי - זה לא בעולם הגשמי. לכן המשפט העברי לא אוהב חוזים. הבסיס לכך - בתלמוד. לתזה הזו בסיס בדברי התלמוד בעצמו. ובכל זאלישפיץ מבכר את התזה:
   1. **לבסוף התלמוד כן מכיר בהתחייבות הכספית בדרך מסוימת.** אז למה מכירים בהתחייבות הכספית, הרי גם פה ההליך הוא ערטילאי. אם קיים מסלול כזה במשפט התלמודי - מסלול ערטילאי, אז כמו שמכירים במסלול ערטילאי הזה, ניתן להכיר בו גם במסלולים עיקריים. זו טענה שעשו פרשני התלמוד בהתחייבות לביצוע פעולה.
   2. גם אם הרמב"ם והיד רמה אומר - זה מאוחר יותר ולא התלמוד. הערה בעייתית, כי יש לזה אחיזה או רמיזה בדברי התלמוד בעצמו, וזה לא מתחיל בפרשנים.
   3. תשתית - אם יש בעיה בהתחייבות מפני שהיא ערטילאית, אז למה במישור המוסרי לוחצים ואוכפים במישור הדתי? לכן גולק לא מספק אותו.

יש משהו בביקורת בהבדל בין המישורים. הטענות הראשונות שלובות האחת בשנייה.

1. **התזה השנייה** - תזה שיש לה כמה מובילים נמצאת גם אצל פרשני התלמוד עם תשתית בתלמוד עצמו: התזה המנטלית. לפיה, הבעיה בהתחייבויות היא לא בערטילאיות, אלא הערטילאיות היא בעלת משקל בהקשר המנטלי של גמירת הדעת - כשאנשים עושים עסקאות עם אלמנטים מופשטים, הם לא עד הסוף סגורים על מה שהם עושים. אדם צריך לחוש את מה שהוא עושה, זה מבטא גמירת דעת. דיבורים לא מספקים ולא עולים כדי גמירת דעת. התלמוד מתבטא על כך בכמה מקומות. התלמוד אומר שהתמורה היא המשכללת את העסקה, כי היא זו שיוצרת גמירת דעת. התלמוד אומר שיש בעייה בהתחייבות, הוא פותר אותה באמצעות יסוד התמורה - כי זו גמירת הדעת האמיתיית. נמצא בתלמוד עם חידוד הפרשנים והחוקרים. גם על התזה הזו ליפשיץ מבקר:
   1. **לא נמצא בתלמוד אלא רק מאוחר יותר, הוא רוצה משהו מהתלמוד עצמו**
   2. לא מבין איך זה עובד. אם הבעיה זה של גמירת דעת, איך התמורה פותרת את גמירת הדעת? העובדה היא שבקניין דורשים אקט פיזי - גמירת דעת בקניין זה אקט פיזי, אז אקט פיזי פותר בעיה של גמירת דעת.
2. **התזה השלישית** זו התזה של ליפשיץ שהוא שולל בעצמו. לפיו, התזה היא ריבית. חכמים ראו בריבית משהו כמו עבודה זרה. לפיו ריבית גורמת לבעיית ההתחייבות בגלל הנשך - אתה לוקח משהו ואתה צריך להחזיר הרבה יותר. חל בעיקר בענייני הלוואה. חכמים פיתחו את רעיון הריבית והוסיפו את אלמנט העתידיות: כאשר עתידיות העסקה גורמת לפער בין שווי העסקה עכשיו לבין שווי העסקה בעתיד. הפערים האלה נראית כריבית - זו אינה ריבית מן התורה אלא ריבית של חכמים. לפי הלכת חכמים, אסור לאדם לעשות עסקה בה הוא מוכר את היבולים העתידיים שיצמחו בשדותיו. למה אסור? עכשיו אף אחד ל יודע מה יהיה מהיבולים, ואף אחד לא יודע מה שווי השוק שלהם שייקבע לפי המשקעים של אותה השנה. זה יוצר פערים בין שווי העסקה עכשיו לבין השווי בעתיד - מישהו מהצדדים ישלם יותר בעסקה מסוג זה. גם חוזה זו התחייבות עתידית. זה לא כתוב לגבי התחחיבות, אבל אולי הריבית שולחת זרועותיה. ועדיין, ליבו אומר לו שזו לא התזה. תזת הריבית לא כתובה בתלמוד. ובלי קשר, אם התזות מהמאה ה-13 הן מאוחרות, אז התזה מהמאה ה-20 היא עוד יותר מאוחרת.
3. **התזה הרביעית - ה-תזה.** לפי ליפשיץ זה ההסבר האמתית לבעיית ההתחייבות. במחצית הראשונה של המאה ה-20, היה ענף לשוני בחקר המשפט, הענף הלינגוויסטי - שמנסים לחקור ולהבין תופעות משפטיות באמצעות השפה והלשון. הנחת היסוד אומרת שהשפה היא אחד המכשירים הנקיים ביותר והבסיסים ביותר שמעבירים משמעות. אם בחורו לקרוא לתופעה תופעה משפטית - זה משמר תפיסה שזה משפטי ואכיף. או חזקה - ככה מחזיקים בקרקע. השפה כך היא כלי חשוב להבין מה התפיסות, הרי המחוקק גם משקף בכך תפיסת עולם. לפי ליפשיץ הלינגוויסט, מילת המפתח היא דברים. אלוהים מדבר ובורא דברים. האדם נברא בצלמו, וגם אצל האדם, השפה, כמו אצל אלוהים, היא שפה יוצרת. כשאדם אומר משהו, השפה שלי יוצרת מציאות: ודאי בתחום המאגיה - בהקשר הזה המקרא מאמין במאגיה: בלק ובלעם למשל. במקרא זה נחשב לפלא שאלוהים לא נתן לבלעם שיקלל. בכך דיבור יוצר מציאות. לפיו, משפטית אומנם לא ניתן לכפות על אדם - כמו שאי אפשר להכריח את אלוהים, אי אפשר להכריח את האדם. לכן במישור המשפטי אי אפשרי לאכוף אותה - דברים, בגלל שזה כוח הדיבור. מוסרית, ברור שצריך להגיד לאדם, אבל לא יכולים להכריח. הכוח המדבר - משדרים לאדם דרישה מוסרית וציפייה. במישור הדתי, זה האדם שהנכיח את אלוהים בנדר ובשבועה - בגלל שמדובר בהנכחה של אלוהים, ההתחייבות פה יא בגלל שכבר הבאת את אלוהים לתוך התמונה - כאן הוא הריבון ואתה מחויב לו, ולא לעצמך, לכן במקרה זה מחייבים אותו. רעיון מבריק - אבל את אותם ביקורות שהוא השמיע על התזות האחרות, צריך להשמיע גם עליו. התיאוריה הזו של הדברים ודאי אין לה רמז בדברי התלמוד (בעוד שלראשונות יש יותר מרמזים) אבל עדיין זה רעיון יפה ומעניין.

**שיעור 7, 10.11.2020**

**הביקורת על ליפשיץ:** חוסר המובחנות בין האמוראים לתנאים לעניין הדיבור וההתחייבות. הרי גם התנאים ידעו זאת.תופעת הדיבור ידועה כבר החל מהמקרא, מוכר עוד מלפני האמוראים. אונקלוס שתרגם "רוח מממללא" חי בתקופת התנאים. ביקורת של המרצה ביחס לתיאוריה של ברכיהו ליפשיץ- התנאים הכירו את הרעיון של דיבורים אז מדוע כבר אז לא הייתה בעיית ההתחייבות. למה ברכיהו ליפשיץ לא מתייחס לתקופת התנאים?

לכן לפי המרצה נכנס פקטור היסטורי- תרבותי. החוזה הוא כלי משפטי, היהודים על פי רוב לא חיו בסביבה משל עצמם, אלא חיו בסביבה שבה סדר היום והתרבות הוכתבו על ידי שלטון זר.

המושג דברים בתלמוד לא אומר את מה שברכיהו ליפשיץ אומר. אם ברכיהו ליפשיץ אומר שהתיאוריה החפצית והתיאוריה המנטלית לא נמצאת בתלמוד (ולפי המרצה הן כן נמצאת) אז בוודאי שגם תיאוריה זו לא קיימת בתלמוד. התנאים כן מכירים בהתחייבות אבל התלמוד לא? איך זה ייתכן? ביקורת על המאמר של ברכיהו ליפשיץ שלא מתייחס לתקופת התנאים.

**הסבר אחר לבעיית ההתחייבות של המשפט העברי, נוסף להסבר של ליפשיץ:** גם להסבר זה אין הוכחות מהטקסטים: השלטון ששרר בבבל ובסביבתה התנגד מאוד לחוזים, בעוד שבישראל לא היה כך. דוגמא נוספת לכך ניתן לראות בהבדל שבין יהודים שחיו בארצות מוסלמיות - שלא אוהבת את התופעה החוזית, לכן רואים שם חכמי ימי ביניים מסתייגים לתופעה החוזית מול יהודים שחיים בארצות נוצריות - שם שולט המשפט הרומי שאוהב את התופעה החוזית, ומשכך קשובים יותר לתופעה החוזית. הקו של ההשפעה של השלטון חוזר לעצמו.

**חלק ה' לסילבוס: אסמכתא**

תופעה מאוד מרכזית ואולי הכי מרכזית בבעיית ההתחייבות. אסמכתא זה סוג של התחייבות, שכרגע - כרגע, כשרוצים להגדיר אסמכתא נגדיר אותה כהתחייבות עתידית מותנית.

* הערה לשונית: המושג אסמכתא הוא מושג רב משמעי והוא מופיע בהקשר של המשפט העברי בכל מיני משמעויות. יש אסמכתא במובן של להביא סימוכין לדעה מסוימת שמדברים עליה - לא קשור לענייננו. לענייננו זו תופעה ספציפית בשדה של תופעת ההתחייבות שכרגע נגדיר כהתחייבות עתידית מותנית.

4. שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג

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

הרשב"א כתב אלפי תשובות לשאלות. הוא כותב בסוף דבריו במקור זה שהנושא סבוך ומלא קושיות.

כאן, נכיר את השטח. ניקח 4 דוגמאות מרכזיות ביותר שקוראים לכולן אסמכתא - יש הרבה מאוד מקרים שקראו להם אסמכתא. משפט קזואיסטי. 4 דוגמאות מספרות התנאים. האמוראים הצמידו לארבעת הדוגמאות את השם אסמכתא.

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

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

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

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

**4 דוגמאות לאסמכתא:**

**הדוגמא הראשונה** שהתלמוד נותן לה את השם אסמכתא: עיצומים.

**הדוגמא השנייה** לאסמכתא: היא משכנתא. כשהמשכון עצמו הוא המקרקעין. במקרה שלנו מדובר במקרה של הלוואה, כשהמשכון הוא מקרקעין. החייב אומר לנושה שאם לא ייפרע את החוב עד תאריך מסוים, אז הוא יפסיד את המשכון, ולא יוכל לדרוש ממנו שום דבר. כלומר המשכנתא תחולט. מגיע מועד פירעון ההלוואה והחייב לא פורע את החוב. האם המשכנתא תחולץ בידי הנושה? רבה יוסי אומר שהבטיח וצריך לקיים, לכן המשכנתא תחולט. רבי יהודה כמו מקודם אומר כיצד הנושה יממש זכות קניינית על המשכנתה, כשהיא לא שלו עדיין. צריך לקחת לבית משפט שם ידובר על החזר החוב ועל המשכנתא. כך, לפי רבי יהודה ההתחייבות אינננה תקיפה ואכיפה אוטומטית.

**הדוגמא השלישית**: עירבון, שמשמעותה מקדמה שהופכת לקנס. אדם מתייחס לעסות עסקה, הוא שם על השולחן מקדמה במובן זה שזה דמי רצינות: אם אני לא אשלים את העסקה, אני אפסיד את דמי הרצינו. בשפה ההלכתית קוראים לזה עירבון שהוא קנס. אם לא ישלים את העסקה, אז הוא יפסיד את המקדמה. אממה, יש פה מאזן אימה: באותה מידה המוכר מתחייב לאותה התחייבות: אם המוכר יתקע את העסקה יוטל עליו קנס בשיעור הדומה לנס של הקונה.

3 מקרים עם מכנה משותף: בשלושתם מדובר על התחייבות עתידית מותנית לביצוע פעולה משפטית, כשהתנאי אומר שאם לא אבצע את הפעולה המשפטית במסגרת הזמן הנתונה, אני אצטרך לשאת בסנקציה מסוימת. בכל שלושת המקרים יש מחלוקת בין רבי יהודה לרבי יוסה: רבי יוסה חושב שתקפה בעוד שרבי יהודה אינה תקפה.

2. בבלי, בבא בתרא קסח, א

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

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

**הדוגמא הרביעית:** דומה לשלושת הדוגמאות הקודמות, אך נמצאת במקום אחר: במשנה, וגם לה התלמוד קורא אסמכתא. אדם שלקח הלוואה וכבר פרע חלק מהחוב. אם החוב הוא בשטר אז הנוהג הוא שכאשר אני פורע את החוב מהשטר, החייב מקבל לידיו את השטר וקורע אותו, כדי שלא יפעילו אותו נגדו שוב. זה היה הנוהל. אולם, מה עושים עם השטר במקרה שפורעים רק חלק מהחוב? משלישים אותו - כלומר: מפקידים אותו בידי צד שלישי. החייב אומר לצד השלישי שאם לא ייפרע את השטר עד מועד מסויים, הוא ישיב את השטר לנושה - ובכך הוא הפסיד את החלק שכבר שילם. (נניח ששילם 10 מתוך 30, לא פרע בזמן - יצטרך שוב להחזיר 30). רבי יוסה אומר שההתחייבות תקפה, בעוד שלפי רבי יהודה לא תקף - הנשה לא יוכל לגבות את העשר הנוספים. גם כאן התחייבות עתידית מותנית מלווה בסנקציה, ואותה מחלוקת בין רבי יהודה לרבי יוסה.

ארבעת המקרים נותנים קרקע יציבה לכאורה כדי לנסות להגדיר ולאפיין את תופעת האסמכתא.

**שיעור 8, 12.11.2020**

בכל המקרים נוסחת ההתחייבות היא דומה: גם בשמנה וגם בתוספתא. בכל המסגרת העובדתית המקורות התנאיים (תוספתא ומשנה) אומרים שיש כאן מחלוקת בין רבי יהודה לבין רבי יוס: רבי יוסף חושב שההתחייבות תקפה אוטומטית, בעוד שרבי יהודה חושב שלא. רבי יהודה חולק על כך ואומר שההתחייבות תקיפה אך לא אכיפה, ובשביל לאכוף אותה צריך ללכת לבית משפט. בשפה של התוספתא קוראים לזה "ינתחנו".

**הפועל ינתחנו:** המרחב המשפטי הלשוני שבתוכו נמצאת המילה ינתחנו, ניתוח. ישנה תופעה לשונית מוכרת שקוראים לה שדה סמנטי. תופעה שמתארת ריבוי של מונחים לשוניים שמתארים עניין דומה אבל מתארים אותו מזוויות שונות ובאופן שונה. הסה"כ של התיאורים האלה והמונחים האלה הוא השדה הסמנטי של העניין והתופעה שהמושגים האלה מתארים. חיפוש שדה הסמנטי של החוזה בשפה החז"לית, אנחנו מוצאים ביטיים עם מכנה משותף ברור.

* קיצות בסורית זה הסכם. (סורית - דיאלקט ארמי) בסורית אומרים הסכם קיצותא - קצצה, כריתה - חיתוך, - המשותף הוא ברור - כל המונחים הם מונחים שמתארים חיתוך. זה השדה הסמנטי - מכאן מצטרף לנו גם ניתוח מלשון ינתחנו:
  + הסבר אחד אומר שיש כן תמונות מחיי המאפיה: שם מקובל שמי שלא שומר על הכללים הורגים אותו, חותכים את הגופה שלו ומפזרים אותה כדי שלא תמצא. ההסבר הפחות סימפטי אומר שאם לא תעמדו בברית - זה עלול להיגמר לא טוב. ייתכן אבל שזה ההסבר היותר אוטנטי. החוקרים שלוקחים את ההסבר הזה הולכים מתבססים על מעשה פילגש בגבעה.
  + ההסבר השני וא קשירת קשר בין הצדדים, שהם יוצרים אותו בטקס המשונה של לקיחת יצור חי - צירוף של מרכיבים רבים, לוקחים מרכיבים אלה ומפרקים אותם: לוקחים חלק מצד אחד ולוקחים חלק לצד שני - לוקחים בריה אורגנית אחת, וכאשר הם עוברים בין הבתרים, הם מכריזים בזה שהם ביחד עם מכנה משותף, אורגן אחד - רקמה אנושית אחת חיה. הסבר קצת יותר סימפטי.

הגישה הפונולוגית למשפט - להתייחס ברגישות למושגים ולמילים ומשם להבין את המשפטים דרך המילים.

התלמוד הבבלי בלבד, קורא למושגים האלה בשם אסמכתא: דוגמא שם אפשר לראות את החיבור למקורות התנאים למקורות האמוראים:

2. בבלי, בבא בתרא קסח, א

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

התלמוד: רב באר ישראל, פועל בבבל במאה השלישית לספירה. רביו יוחנן ורבי אמי, כולם פוסקים בהתחלה כרבי יוסי שאסמכתא קונה. עורך התלמוד חושב אחרת ומביע עמדה, שהיא העמדה המקובלת בתלמוד הבבלי, שאסמכתא לא קונה. כך: ההלכה הקדומה (ההלכה אצל האמוראים, עד לסוף המאה ה-3, תחילת המאה ה-4, ההלכה שלהם הייתה כרבי יוסי). לאחר מכן ההלכה השתנתה, חכמי בבל המאוחרים יותר, ובעקבותם גם העורך, זו ההכה של היום: שאסמכתא לא קונה.

עיקר מאמצנו: מה זו אסמכתא, למה קוראים לה אסמכתא, ולמה זו ההלכה? למה היא לוא קונה? עד היום זו ההלכה הנהגת, כמעט אין מי שיחלוק על זה. כאן, ראינו כיצד המקורות מוסיפים את המושג אסמכתא. לשם כך נציג **4** גישות: חלקן גישות מן הגאונים (מבחינת ציר הזמן זו הדעה המוקדמת, אבל נציג את זה בסוף) ועוד 3 עמדות אחרות.

עמדה 1:

בעלי התוספות: הגישה החוזית שמתמקדת ביסוד גמירת הדעת. הטענה: בנסיבות של אסמכתא אין גמירת דעת מצד המתחייב, ולכן היא לא תקפה.

3. רשב"ם, בבא בתרא, שם

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

תוספות בבא מציעא עד, א

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

ההבטחה במקרים אלה אינה באמת שלמה. בגלל שהוא לא היה שלם עם זה, אי אפשר להפעיל את הסנקציות נגדות (דוה למה שהמשפט העברי אומר על הימורים - אחת העמדות אומרת שהביה בהימורים היא הבעיה של גמירת הדעת ) יוצא שבמקרים כאלה, גמירת הדעת אינה אמיתית לפי התוספות. קוראים לזה אסמכתא - כי סומך האדם בליבו על תנאי שיקיים את הדבר, כלומר שלא יצטרך לשאת בסנקציה. המצב הזה הוא שפוטר אותו, זו הסיבה שבגלל האסמכתא איננה תקפה. ועדיין זו אמירה בעייתית - זה עולם חוזי, ברור שרוב האנשים לא מתכוונים להגיע למצב שתופעל עליהם סנקציה. בכך הרשב"ם כורת את האדם שהוא יושב עליו - אי אפשר לקיים עולם חוזי עם גמירת דעת, בביטול גמירת הדעת.

פירוש שני לאסמכתא - היעדר גמירת דעת מצדו של המתחייב, שהייתה רק סוג של משחק שהתפקיד שלו היה לייצר אמון לקראת התקשרות בין הצדדים. הבעיה היא של היעדר גמירת דעת. דבריו של הרבינו תם - קצת מזמינים שקר תוך כדי יצירת האמון. מוסרית, יש כאן פירוש קשה. היא קיימת אבל היא מעוררת חוסר נוחות.

בעלי התוספות בסופו של דבר (רשב"ם ורבינו תם) היא עמדה חוזית: אסמכתא זו תופעה חוזית, התחייבות לביצוע פעולה בעתיד שמלווה בסנקציה. הבעייה בהתחייבות: סנקציה מוגזמת כבדה וחריגה, ולכן ההתחייבות נגועה בהיעדר גמירת דעת, ולכן איננה תקפה. בעלי התוספות אם כך הגדירו את התופעה, הסבירו מדוע לגישתם האסמכתא אינה תקפה.

גישה 2:

הרשב"א: טענתו במגרש הדיוני של סדרי הדין, לפיהם יש קושי לאכוף התחייבויות מסוג אסמכתא.

4. שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג

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

כדי להבין את גישתו של הרשב"א נצטרך מקורות משלימים. קושי גדול בהגדרת המושג אסמכתא - כל אחד מביא ראיה אחרת. לפי הרשב"א האסמכתא היא סוג של קנס כספי. לפי ההלכה התלמודית, אדם לא יכול להטיל על עצמו עונשים. הוא יכל לקחת על עצמו התחייבויות, אבל לא להטיל עונשים, ודאי כשמדובר בעונש מוות, אבל גם בעונשים כלכליים. עונשים מסורים רק בידי בית הדין. אדם לא צריך לקבוע לעצמו משפטית אם הוא בסדר או לא בדר.

רשב"א לא תורם לבחינה הלשונית לפירוש האסמכתא, אבל מסביר

בקטע מקביל, בספר החינוך:

. ספר החינוך מצוה שמג

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

ספר החינוך מצטט עמדה בשם הרב שלו - וזו העמדה של הרשב"א. ספר החינוך

גישה 3:

הרמב"ם

6. רמב"ם הלכות מכירה פרק יא

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

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

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

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

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

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

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

תופקפה של העסקה תלוי בקיומו של התנאי. אבל, אם הוא לא עשה את הפרוצדורה הקניינית המתבקשת. כלומר אם זו התחייבות עתידית לעסקה(לא עושים עכשיו את העסקה הניינית) ומתנה אותה, במקרה כזה לפפי הרמב"ם, אפילו אם התנאי יתקיים בעתיד, לא היה מעשה קנייה, כי זו אסמכתא: וכל אסמכתא אינה קונה כי אין בעה גמירת דעת. הרמב"ם נותן גם את ההסבר הלשוני וגם את ההסבר המשפטי - כי לא גמר בליבו.

הרמב"ם מביא דוגמא בהלכה ג': כאשר העסקה הקניינית המותנית היא עסקה עכשווית, והם מבצעים עכשיו את העסקהף הפרוצדורה קניינית נעשית עכשיו - במקרה כזה העסקה תקפה ותלויה בקיומו של התנאי. באסמכתא - הפעולה לא מבוצעת עכשיו, אלא רק מדברים ואומרים. החזקה לא מבוצעת עכשיו אלא תבוצע בעתיד - זו אסמכתא לפי הרמב"ם.

סיכום ביניים:

אסמכתא זה סוג של מצב נפשי, תיאור של עסקה קניינית מותנית. סמך קנייתו לעשות כך וכך - הקנייה נשענת ונסמכת על משהו מסוים - היא מתארת את ההתניה, שהעסקה היא מותנית. האסמכתא אינה קונה בפועל, כי אין כאן גמיארת דעת, שזו הבעיה שלה (בעלי התוספות אומרים את זה במגרש החוזי ואילו הרמב"ם אומר את זה במגרש הקנייני - במגרש זה לפי הרמב"ם גמירת דעת באה לידי ביטוי במעשה קניין בלבד. הפרוצדורה הקניינית היא זו שמבהירה לנו שהצדדים ששותפים שניהם למעשה קניין הם החליטו ובכריעו לעשות את העסקה- זו המשמעות של גמירת דעת. לפי הרמב"ם, מקרה העיצומים מהמקרים הראשונים - לא עומד בכלל בהגדרה של הרמב"ם לאסמכתא.

הרמב"ם מכניס מאפיין חדש: מעבר לעסקה קניינית. הרמב"ם עובר לדבר על התחייבות כספית: אתן לך מנה. ביסודו של דבר אבל הוא חושב שזו תופעה קניינית, בגלל שהתלמוד מוסיף את המילה קנייה. אבל, בגלל שהוא יודע שהתלמוד מכיל את המושג אסמכתא גם בהקשרים אחרים שאינם קנייניים, הוא מוסיף את ההתחייבויות הכספיות לסוג של קניין, ולכן מחיל את עניין האסמכתא גם על התחייבויות כספיות - ובכך הרמב"ם מחיל את דבריו על ארבעת הדוגמאות שראינו.

הטוויסט בעלילה: הבעיה כאן היא לא במעשה הקניין. לכן הוא מנסח מחדש את בעיית האסמכתא: סוף **הלכה ו':** כאן הרמב"ם מעביר את מרכז הכובד למצבו הנפשי של המתנה: המצב הנשפי של המתנה היא הסומכת ואינה מוצקה, אלא נשענת על משהו.

לגבי התחייבות כספית עתידית מותני, הרמב"ם לא משתמש ברעיון של מעשה קניין - כי זה לא רלוונטי ולא צריך. הבעיה כאן אם כן היא עצם ההתנייה, ואז האדם עדיין נמצא בהתלבטות בגלל שהוא התנה.

בינתיים הרמב"ם משרטט אסמכתא שנעה בשני צירים מקבילים: בעיית אסמכתא קניינית שהקושי שם הוא היעדר מעשה קניין עכשווי (= היעדר גמירת דעת שבא לידי ביטוי במעשה הקניין) לבין הציר של אסמכתא בהתחייבות כספית עתידית - שם המצב הנפשי של תנאי הוא המצב של היעדר גמירת דעת. המציאות המותנית היא היוצרת את היעדר גמירת הדעת.

איך משלבים בין השניים? בשלישי.

**שיעור 9, 17.11.2020**

הרמב"ם מודע לכך שאי אפשר לפי ההגדרה המזוקקת של אסמכתא להחיל את כל ההתחייבויות הקנייניות ולכן הרמב"ם יוצר גרסה משנית, פחות מזוקקת מבחינתו, אך גרסה משנית ולגיטימית של האסמכתא: מבחינתו של הרמב"ם אלה התחייבויות שהן סוג של עסקה ניינית. כאשר ההתחייבות העסקית העתידית מותנית, אין לה תוקף בגלל בעיית אסמכתא.

בגרסה המזוקקת - האסמכתא מתייחסת לגרסה הקניינית - היעדר גמירת דעת

בגרסה השנייה המשני שעוסקת בהתחייבות כספית עתידית שנמצאת במגרש החוזי (אולי מעין קנייני) - הגרסה הפחות מזוקקת, משכך אין כאן מעשה קניין. כאן אין גמירת דעת לא מהיעדר מעשה קניין, אלא בשל כך שההתחייבות העתידית היא מותנית, ולכן התנאי היא זו שיוצרת את היעדר גמירת הדעת.

הרמב"ם מנסח את ההנמקות שלו לכך שהאמכתא אינה קונה - פעמיים - בגרסה המזוקקת הקניינית, ובגרסה החוזית המשנית.

הלכה ט"ו (שלמדנו בנושא מספר 1) : התחייבות כספית שאינה מותנית, התחייבות כפית מוחלטת - שלא נשען על בסיס חוב ריאלי מהעבר - הרי זה חייב, יש לה תוקף. הרמב"ם פוסק כך כפי שהריף פסק כך. הנימוק - בגלל שזו מתנה ואינה אסמכתא. הרמב"ם יוצר את החיבור בין החייבות כספית עתידית - גרסה 2 של אסמכתא לבין גרסה 1. התחייבות שהיא מעין מתנה. יש ל תוקף כי זו לא אסמכתא. בגרסה 2 שבמרחב החוזי הבעייתיות היא בזה שההתחייבות הכספית העתידית היא מותנית - ואם היא לא מותנית, אין בעיה של גמירת דעת - זו אינה אסמכתא ולכן יש לה תוקף.

**שני מקרים חריגים של הרמב"ם:**

מקורם בתלמוד, והרמב"ם מלביש עליהם את הפירוש של היעדר גמירת הדעת:

1. ההתחייבות היא עתידית אבל היא תחול רטרואקטיבית מרגע ההתחייבות על תנאי - במקרה של רטרואקטיביות אין אסמכתא לפי הרמב"ם - כי ההנחה היא שלמרות שאדם בפועל לא עושה את העסקה עכשיו אבל לוקח אחריות מעכשיו היא מספקת, ויש בה מענה לדרישת גמירת הדעת. מילת הקסם: מעכשיו, יכולה לרפא את פגם האסמכתא. הגיוני גם שנכונות לקחת אחריות מעכשיו ממצבת אותך במצב נפשי של החלטה וגמירת דעת. העובדה שאתה אומר שזה יחול מעכשיו, יש לזה סוג של קבלת אחריות.
2. נסיבות של אסמכתא - אבל יש גמירת דעת בנסיבות האלה 0הלכה יג) - ההתחייבות מלווה בקנו מידו - משכלל התחייבויות, וההתחייבות שוכללה. הפואנטה - השכלול באמצעות קנו מידו נעשה בבית דין חשוב - לא כל בית משפט, כמו בית דינם של רב אשי ורב ... - בית דין של עוררין, והדיינים בו הם בעלי דין שאין איש חולק עליהם. כשמדובר בבית משפט שהוא חשוב עם הרכב שלא מערערים עליו. הרכב מסוים בבית דין. בגלל בית הדין החשוב - יש גמירת דעת.

(בבבל היו הרבה מקרים של הצפות שחסמו דרכים על פני חודשים מסוימים בשנה ואנשים לא יכלו להגיע לביה"ד, אם אדם אנוס כי הוא נתקע בדרך הוא לא יכל להגיע כי הדרך חסומה, על אף שיש גמירות דעת כי ההתחייבות הייתה בבי"ד חשוב, האדם לא עמד בהתחייבות שלו כי זה היה מתוך אונס ולכן לא יטילו עליו את קיום ההתחייבות).

המשותף לחריגים - אפשר בבירור לקבוע שיש גמירת דעת, לכן זו לא אסמכתא.

בשנת 500, אחרוני האמוראים - החומר שנאסף ב-250 השנים האלה לא היה כתוב. רובו נעשה בע"פ וחלקו בראשי פרקים. ראשי הפרקים היו מעין אוצר סודי שהיו בידי ראשי הישיבות בלבד, שהיו מעבירים בירושה לראש הישיבה הבא אחריהם. אחריהם, הגיעו הסבוראים (תקופה חשובה ועלומה שלא השאירו יבול ספרותי) והדור המרכזי אחרי האמוראים זה הגאונים: שכותבים את התלמוד, עם קורפוס מסודר וערוך, הם מתחילים לפרש אותו, ובהמשך לכך מתחילים בתשובות לשאלות - תחילת מערך השו"ת. ספרות הגאונים היא ספרות ענפה מאוד, ואחת מהחידות ההיסטוריות היא שמתקופת הגאונים (700-750 לספירה) עד למאה ה-11 (350 שנה בערך) הספרות הזו - מאמה ה-11 ועד לשלבים מתקדמים של המאה ה-19 לא הייתה ידועה לנו גדולי ישראל שבכל הדורות האלה: הרמבם, הרשב"א - מכירים את ספרות הגאונים רק מכלים משניים - דרך ציטוטים או שמועות. רק כשיהיה ניתן להכנס לעיראק ולערוך שם חפירות יתגלו תגליות.

הסיפור של קהיר - שתי נזירות סקוטיות גילו בבית עלמין ניירות עתיקים מסתובבים בין הרגליים. הן לקחו כמה מן הקלפים האלה, ועברו בדרך הביתה במכון שכטר בירושלים (חוקר מדעי היהדות לא אורתודוקסי שלימד בקיימברידג' - והן הכירו אותו) - הן הוציאו מהתיק את הקלפים האלה, הוא הסתכל, וזיהה בשניות במה מדובר: זיהה שמדובר בפר בן סירא: ספר שהתחבר בימי בית שני, ולא היו עדויות לספר הזה. יש ציטוטים ממנו בתלמוד, אבל לא היו עותקים ממנו. הוא אמר לאחיות האלה לא לספר כלום, הוא גייס משלחת גדולה שנסעה לקהיר, לבית העלמין ולבית הכנסת שם - והבין שאלה כתבי קודש שקברו לגניזה. כשהתחיל הדפוס אנשים גנזו את הקלפים שנשתמרו מימי בית שני. מאז **הגניזה הקהירית** חזרנו לתקשר עם ספרות הגאונית. רוב החומר הזה נמצא בקיימברידג' (שבתכלס גנב את זה ממצרים) ולקח את זה לספרייה בקיממברידג'. היום הכל ברשת ואפשר לעיין בזה אחרי הרשמה חינמית לאתר ידידי פרידברג) אם כך ספרות הגאונים היא מרכזית וחשובה בתולדות ההלכה - היא חוליית הקישור הכי משמעותית בין התלמוד לתקופה הרבנית שלאחר מכן. בגלל שהיא נעלמה וחזרה רק מאוד שתנים לאחר מכן, שיטת הגאונים באסמכתא, אף אחד לא הסתכל עליה, עד שברכיהו ליפשיץ כתב ספר שנקרא אסמכתא, שעוסק בסוגייה, ושם הוא חושף לראשונה את שיטת הגאונים בעניין אסמכתא.

שיטת הגאונים בעצם מחזירה אותנו אחורה - לתופעת ההתחייבות לפועלה. הם חושבים באופן כללי שההתחייבות הבעייתית באסמכתא היא ההתחייבות לפעולה - קניין דברים. כלומר, זה בעצם אותה התחייבות של אתן, שדיברנו עליה במסגרת התחייבות לביצוע פעולה.

7. שו"ת הרי"ף סימן רעו

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

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

שואלים את הריף על האסמכתא, לפיו היא התחייבות עתידית מותנית לתת. זו ההגדרה של אסמתא לפי הריף - כמעט מילה במילה מהגרסה המשנית של המב"ם, שכנראה הרמב"ם מופשע ממנו. הרי לקח את זה כמעט בטוח מהגאונים:

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

תשובת הגאונים היא המלאה יותר וכנאה ממנה שאב הריף את ההגדה לאסמכתא: בשו"ת - סכסוך לא נעים בין אמה ובנה על ירושת הבעל/אבא. הסכסוך נסב על ההסכם עצמו שהיה על הירושה. הגאונים נשאלו איך מסדירים את התוקף הזה. הגאונים אומרים שהאסמכתא = היא הבטחה. סמכ זה כמו סמוך ובטוח. לכן מדובר בהבטחה, והפואנטה היא התחייבות עתידית לביצוע פעולה. גם אם לפעולה קוראים לתת, זו פעולה, לכן קניין דברים בעלמא, ולכן אין לזה תוקף. לפי הגישה הזו היא בעיה חוזית - אבל הבעיה אינה היעדר גמירת הדעת, אלא בעיית הערטילאיות - בכך הם מחזירים אותנו אחורה. עד שבא ברכיהו ליפשיץ אף אחד לא שם לב לזה.

הריף מדבר על מקרה דומה והריף שואב את תשובת הגאונים וממנה הוא שואב את תשובתו.

עד כאן סוגיית האסמכתא.

סיימנו את חטיבה א' בקורס שסקרה את שלושת הבעיות של ההתחייבות ודיון על בעיית ההתחייבות.

**שיעור 10, 19.11.2020**

**חטיבה ב' לקורס: יסודות החוזה ( 3 יסודות)**

החטיבה השנייה של הקורס: יסודות החוזה: שלושה יסודות: הבטחה לעומת הסתמכות; יסוד התמורה; יסוד גמירת הדעת. כל אלה הם יסודות מרכזיים בשכלולו של החוזה.

**חלק ו' לסילבוס: יסוד ההבטחה לעומת הסתמכות**

אדם נותן הבטחה במסגרת החוזית, והוא צריך לכבד את ההבטחה שנתן, נדרש ערכית ונורמטיבית לעמוד בהתחייבותו - מכוח קדושת החוזה. הצד השני של ההבטחה הוא ההסתמכות: הצד השני שהבטיחו לו הסתמך על כך, ומשמעות ההסתמכות היא במוכנות הנפשית ובהיערכות העובדתית. רעיון שמיוחס לפולר ופרדייה בספר שנכתב לפני 100 שנה. על אף שהסוגיה התלמודית מדברת עליו כבר מלפני 1600 שנה.

הסוגייה: הסכם מכר: התחייבות למכור, שם עשה את המלך הרגיל לפי תקופות. בדיון הזה שני היסודות מתגוששים אחד עם השני והם תופרים את הדיון בסוגיית הסכם המכר.

הקדמות: איפה נמצא הסכם המכר במסגרת דיני הקניין של המשפט התלמודי.

**יסודות,** ולאחריה הסוגיה התלמודית שבודקת את מעמד הסכם המכר:

המשפט התלמודי, כפי שניסח גולק, אוהב פיזיות ממשיות ולא אוהב ערטילאיות. תפיסת המכר והקניין היא פיסה שהיא פיזית וממשית ביסודה. לכן הפרוצדורות הקנייניות דורשות פיזיות - העברה ממשית ופיזית מידי המוכר לידי הקונה. לא בכדי שני השמות העיקריים שניתנו הם מקח וממכר או נושא ונותן - מישהו לוקח (לקוח בעברית המודרנית).

**במיטלטלין -** רובם ניתנים למעבר פיזי, ניתן ליישם לגביהם לקיחה. מעשית יש בהם פעולה פיזית, תהליכים של לקיחה כלשונם. במיטלטלין דרכי המכר הם מסירה, משיכה (הקונה מושך את החפץ) או הגבהה - הקונה מגביה את החפץ.

במקרקעין - זה לא אפשרי "הארץ לעולם עומדת" (קהלת). לכן, במקרקעין התפיסה הפיזית עוברת עיבוד או תפיסה מחדש - כך יש דרכים אחות שבאמצעותן קונים. שלושת הדרכים העיקריות: כסף, שטר או חזקה, אחת מהדרכים האלה. לגבי חזקה - דיברנו על זה כשדיברנו על הוגיה של התחייבות לביצוע פעולה. שם אחת האפשרויות הייתה שכאשר שותפים רוצים לחלק את החצר שלהם ביניהם - כל אחד מחזיק בשלו, כלומר חזקה זה אומר שעושים פעולה שמייצגת החזקה בקרקע. המקסימום הפיזי שאפשר לראות בו קשר בין אדם לקרקע. במובן זה - מסירת מפתח לדירה, החזקת מפתח היא החזקת הדירה, גם השטר נתפס על ידי התלמוד כהאפסר של הקרקע - אבזור שהיו משתמשים בו כדי לאחוז בעל חיים, כלומר השטר הוא הרסן שבאמצעותו אפשר לתפוס את הקרקע - ולא את בעל החיים. מייצג באופן סימבולי את הקרקע - כי כתובים בו גבולות הקרקע וכו'.

**כסף-** זה מורכב יותר - הוא לא מבטא באמת החזקה בקרקע. זה קניין שקיים במקרקעין, **אבל הפרוצדורה של כסף** **לא קיימת במיטלטלין. במשפט התלמודי קרקע שיש קושי להחזיק בה - ניתן לקנות בכסף, אולם מיטלטלין לא ניתן לקנות בכסף.**

במשנה מופיעות שתי הדרכים הראשונות, ובתוספתא, התוספת למשנה, מופיעה הדרך השלישית:

1. משנה, בבא מציעא ד, א-ב

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

**במיטלטלין,** מתחיל מהדרך החזקה ולאט לאט מתרחק מהדרכים הבעייתיות:

1. **הדרך הטובה - הדרך הפיזית הריאלית** - למרות שלא נתן מעות, כי הכסף הוא לא פרוצדורה קניינית - המכר הוא חלוט והצדדים אינם יכולים לחזור בהם - המכר הוא תקף ואכיף. זו הדרגה הבסיסית החזקה הראשונה.
2. **כסף ללא אקט פיזי** - במקרה כזה לפי המשנה יכול לחזור בו - המכר לא תקף ולא אכיף. אבל, וזה אבל חשוב: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, עתיד להפרע ממי שלא עומד מדיבורו - כך, מבחינה משפטית אי אפשר ללכת לבית המשפט בטענה המיטלטלין הם שלי כי שילמתי. משפפטית, אין כאן מכר. אבל, המשנה אומרת שאולי אין תוקף משפטי, אבל אולי יש תוקף במישורים אחרים. אומרים לאותו אדם שהפר את דיבורו, ואומרים למפר,מי שפרע מאנשי דור המבול ודור הפלגה, עתיד להפרע ממי שלא עומד לדיבורו - אלוהים לא אוהב את העניין הזה, והוא יודע להפרע מאנשים בעייתיים, כפי שהוכיח פעמיים לפחות בהיסטוריה - אלוהים הוא שישלם והוא יחטוף מן השמים. במישור הנורמטיבי יש הסבורים שמשמעות הקללה הוא מטאפיזי - מאגי, עניין דתי - אומרים לו שבגלל שזה מישהו שאי אפשר לסמוך עליו - אלוהים ישלם לו - מקביל לקללות אחרות של פולסא דנורא. קללה באמצעות טקסט דתי. בעולם דתי זה מאוד מאיים - מפחדים מקללות. (גם בסדרי הדין בישראל לפני 40 שנה היו משביעים על תנך, ברית חדשה או קוראן) - המחוקק הפך את זה לעניין שברשות. לפי סדרי הדין של היום, שופט רשאי לבקש אך לא לדרוש מעד לעשות כך אם יש לזה חשיבות בעיניו במישור הראייתי. האפשרות השניה - חרם ונידוי. בחסידויות משתמשים לא אחת באקט של חרם ונידוי. רוצים להגיד לאדם שבית המשפט אכן לא יכול עליו, אבל בעולם דתי יש גם אלוהים - והוא מתחשבן עם אנשים כמוך. כדי להוכיח זאת - מביאים דוגמא מדור המבול ודור הפלגה.
3. 2. תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) פרק ג, יד
4. רבי שמעון אומ': אף כשאמרו טלית קונה דינרי זהב... אבל מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו; והנושא והנותן בדברים אין לו עליו אונאה, אבל אמרו חכמים כל המבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו.
5. **הדרגה השלישית לא מופיעה במשנה,** אבל קיימת בתקופת התנאים ומופיעה בתוספתא (חיבור שמתחבר במעבר בין המשנה לבין התלמוד - בין התנאים לאמוראים) - ראשוני האמוראים הם עורכי התוספתא, אבל החומרים שבה הם חומרים מתקופת התנאים - אדם כזה שנסע ונתן בדברים - את המכירה הציע בדיבור - דברים. בדרגה השלישית - המכר לא אכיף ולא תקף.

**אם כך יש מדרג לפרוצדורות המכר שבנוי משלוש קומות:**

* הקומה הבסיסית - המכר התקף והאכיף: פעולה פיזית שנעשית בגוף המיטלטלין - העברה פיזית שממשת בצורה המובהקת את המכר.
* קומת הביניים - תשלום בכסף ללא אקט פיזי - לא אכיף, אבל מגונה חברתית ודתית, דור הפלגה והמבול וכו'. הטעם: בתשלום תמורה עלולים להיות מצבים בהם שילמתי, אבל הסחורה בינתיים נשארת בידי המוכר.
* הקומה התחתונה - אין אקט ריאלי אלא הסכמה, מבחינה נורמטיבית זה הכי חלש. משפטית - לא תקף ולא אכיף, וגם במישור החברתית נראה שאין סנקציה חברתית ברמה הדתית יש כאן סנקצציה חלשה - של נזיפה בלבד.

**מכאן, הסוגייה התלמודית:**

מחלוקת לחמש פסקאות (לא במקור כמובן). סדר הדיון:

1. **למוד הסוגייה כולה** - תוך כדי קשיים שיעלו מתוך הדיון בסוגיה - בשלב זה נעלה אותם אך לא נענה עליהם. הניתוח ביסודות הסוגייה הוא שייתן מענה.

3. בבלי, בבא מציעא מט, א (עפ"י כ"י המבורג 165)

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

מקרה תקדימי שקרה שמניח את התשתית לדיון התלמודי להסכם מכר. החל מהפסקה הבאה והלאה, יש מחלוקת על מעמדו של הסכם המכר, הדיום מכאן הוא בדיקה של הויכוח על מעמדו של הסכם המכר דרך המקורות של התנאים.

סיפור שמתרחש באמצע השלישית לספירה: רב (רבי אבא אריכא) ותלמידו. רב ירד לבבל לסוג של שליח סוכנות - לעשות עבודה חינוכית דתית - ונתקע שם. ראה סביבו מציאות דתית מוסרית לא פשוטה בקרב היהודים והחליט שהוא צריך לתקן את המצב: הגיע לבבל, מצא אותה בקעה (הכל פרוץ) וגדר בה גדר - התחיל לבנות שם את העסק - ממקימי הפרויקט הענק של התלמוד הבבלי - הרב המייסד של התלמוד הבבלי. הסיפור מספר עליו שתלמידו - רב כהנא (יש לפחות 5 בתלמוד) - זהו ללא ספק רב כהנא הראשון.

**הסיפור:** רב כהנא היה מוכר כותנה, והיה מקבל עליה כסף. במסגרת העסקה שילמו לו כסף. אבל - לא הייתה כאן לא משיכה, לא מסירה ולא הגבהה. כרגע נראה שאנחנו נמצאים בקומה ב' - רוכשים מטלטלין בתשלום ללא מעשה קניין. עבר זמן, הכסף בידיו של רב כהנא, אך הסחורה לא סופקה. בינתיים, באופן מפתיע היה שינווי מחירים והכותנה מאוד התייקרה. הוא הרגיש שיצא פראייר מהעסקה. אז הוא הלך להתייעץ עם רבו. הוא בא לפניו ושאל אותו אם הוא יכול לדרוש כסף נוסף. רב עונה לו - תמורת מה שכבר קיבלת כסף אתה חייב לחייב את הסחורה - הב לה הו. החלק השלישי, הוא נושא ונותן בדברים, - רב אומר לתלמידו כך: אפשר להסתכל על העסקה הזו לאחר ההתייקרות בצורה מורכבת: נגידמכרת כותנה במאה, והכותנה התייקרה עכשיו ואתה כמות שווה עכשיו 150. תמורת שני שליש מהסחורה, קיבלת 100, אז גם ביחס למחיר החדש - על זה קיבלת כסף - וזו קומה ב, לא נכנסים פה למשחקים, אפילו שלא אכיף משפטית, אבל יש כאן אמירה חברתית מורכבת. אבל - באשר לשליש הנותר - החמישים, לפי המחיר החדש - הא לא קיבל כסף, אבל, כמובן - היה סיכום בעל פה - לגבי השליש של הסחורה, הוא נמצא בקמה ג'- בשליש הזה, לפי התוספתא - אין רוח חכמים נוחה ממנו, אבל רב אומר שזה דברים - ואין בהם משום מחוסרי אמנה. ההסבר המקובל - כלם חושבים שההסבר למחוסרי אמנה 0לא בהכרח נכון) - אומר שמחוסר אמנה זה ביטוי שמאר את המבטיח, והשאלה היא האם מבטיח שהפר את הבטחתו, הוא אדם חסר אמון. כלומר, אי אפשר לתת בו אמון כי הוא הפר את התחייבותו. כלומר - זה בסדר, לכן לגבי שליש העסקה לגביו יש רק התחייבות בדברים - הבטחת בדברים - אז לגבי השליש הנותר אפשר לחזור מההבטחה, ואין כאן שום סנקציה - אין בדברים משום מחוסרי אמנה.

התלמוד מביא מחלוקת האם ראוי לקיים הסכם מכר - לפי רבי יוחנן, ראוי לקיים הסכם מכר, אחרת הוא ייחשב לאדם לא אמין - מחוסר אמנה.

רב חולק וחושב שהסכם מכר הוא יק - אם אין בו אפילו תשלום - ו עסקה ריקה, ומשכך אין בזה אפילו מחוסר אמנה. במילים אחרות, רב בעצם בתקדים אומר לתלמידו שלא יפסיד שום דבר לגבי השליש האחרון.

**שיעור 11, 24.11.2020**

**הבעיה בפסקה א':** המושג מחסר אמנה. על פניו, אם רוצים לדון בבעייתיות בהפרה של הסכם מכר יש כבר את המושג מהתוספתא - שרוח חכמים לא נוחה ממנו. אז למה הם צריכים להמציא מושג חדש, מחוסר אמנה - שלא זהה למושג אין רוח חכמים נוחה ממנו מצד אחד אבל התוספת לא דרמטית מצד שני. אם כך, הנקודה הראשונה שצריך לשים אליה לב היא לתוספת הזו של האמוראים, למה הם הוסיפו את המושג החדש? הפתרון יהיה פתרון כולל בהמשך.

ב] מיתיבי, רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר (ויקרא י"ט) "הין צדק"? והלא הין (= כ - 4 ליטר) בכלל איפה (= כ - 24 ליטר) היה? אלא לומר לך: שיהא הן שלך צדק, ולאו שלך צדק! אמר אביי: ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב.

לאחר מכן התלמוד מאתגר את המחלוקת ל האמוראים באמצעות מקורות תנאיים. הם בודקים מה המקורות התנאיים אומרים ביחס למחלוקת של רב ורבי יוחנן. בדיון הזה דובר על הגינות עסקית סביב ההלכה המקראית שהגינות במידות ומשקלות - הדרשה של התנאים אמרה שצדק זה כיבוד של המילה. עמוד במילה שלך - מה שמתאים לדבריו של רבי יוחנן, ומקשה על דבריו של רב. הפתרון שהתלמוד נותן לרב - זה שרב יסביר שהדרישה של הן ולא צדק היא לא דרישה של לקיים בהכרח את ההבטחה, אלא לא ליצור מצג שווא, שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב - הנפקות בין שני אלה היא במקרה כמו שלנו - של התייקרות. הדגש הוא לא על עמידה במילה בפועל, אלא לא להיות אחד בפה ואחד בלב, לכן אם יש נסיבות משתנות באופן משמעותי הוא לא היה אחד בפה ואחד בלב ולא הציג מצג שווא, אלא המציאות השתנתה. לכן לפי רב אפשר להפר את ההבטחה. הבעיה בפסקה זו: הפער במקור התנאי לבין הפרשנות שניתנת לו על ידי אביי לפי הפרשנות של רב. הניסיון לצמצם את הפרשנות של ההלכה הזו למג שווא זה צמצום משמעותי שלא עולה בקנה אחד עם המילים המפרשות של הדרשה.

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

העמדת המחלוקת של רב ורבי יוחנן במבחן של התוספתא. התלמוד מעמת אם מדרש ההלכה שמקורו בפסוקים ורק אז עוברים להלכה של התוספתא: רוח חכמים נוחה ממנו. כאן התלמוד מביא את הלכת התוספתא בנוסח קצת אחר. איך רב סותר את המקורות התנאיים? הדברים של רבא הם לא חלק מהקושי של רב אלא השלמה - שידע שזו סנקציית מקסימום, אין משהו מעבר לרוח חכמים אינה נוחה ממנו לפי רבא. הפתרון ניתן בפסק 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 אמרת דברים יש בהן משום מחוסרי אמנה, היכי אמר ליה זיל הדר בהו? 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.

פירוש המילה תנאי היא - שיש מחלוקת בין התנאים. זו הלכה שאומרים תנאים מסוימים, אבל היא לא מוסכמת ושניה במחלוקת התנאים רב מסתמך על העמדה התנאית האחרת שמביא אותה רב. זה הפתרון - איפה העמדה התנאים האחרת? משנה במסכת בבא מציעה, פר' ו' - מעשה ברבי יוחנן בן מתיא. התלמוד לומד מהסיפור הזה שהסכמים ניתן להפר - זה מה שהאבא אומר לבן. מכן לומד התלמוד הוכחה - לרב יש סימוכין במקור התנאי הזה שהסכמים אין צורך לקיים, ושאפשר לקיים אותם. הטיעון של התלמוד הוא משונה - בסיפור התנאי הם עדיין לא התחילו בעבודה, וגם, לא מדובר כאן בהפרת הסכם אלא בפרשנות ההסכם - פרשנות סעיף עמום, הוא לא אמר מה זה מזונות - המילה מזונות יכולה לזכות לפרשנות רחבה - החל מלחם ופיתה ועד לסעודת מלכים. אין כאן הפרת הסכם של ממש.

עד כאן בעצם התלמוד שם במוקד את רב, שחושב שאפשר להפר הסכמי מכר, ולא בטוח שהמקורות התנאיים יסכימו איתו. פסקה ה' כבר שמה את הדגש על רבי יוחנן:

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 (250 – 430 ליטר) מעשר יש לך בידי - בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר…

התלמוד מביא הלכה אחרת של רבי יוחנן לפיה אפשר לחזור מהבטחה כאשר מדובר בהטחה למתנה. התלמוד מברר את המילה יכול - משפטית ברור שהוא יכול כי הסכם מתנה לא תקף. אבל יכול - זה לא רק יכול משפטית אלא יכול מבחינה אתית - נקי מבחינה אתית. כאן, רבי יוחנן אומר שאפשר להפר הסכם מתנה. אז למה הסכם מתנה אפשר להפר והסכם מכר לא? לכאורה סתירה בין שתי אמירות של הסכם. התלמוד מיישב את הסתירה כך: רבי יוחנן מבחין בין סוגים שונים של מתנה. יש הסכמי מתנה שרבי יוחנן אומר שאפשר להפר ויש הסכמי מתנה לפי רבי יוחנן שאי אפשר להפר. אפשר להפר: כאשר המתנה גדולה, אי אפשר להפר מתנה כשהיא מועטת - כשמבטיחים לאדם מתנה קטנה ולא מופרזת, אדם כבר בונה על זה, כשמבטיחים לאדם מתנה גדולה - כגודל ההפתעה כגדודל האמונה - עד שאני לא רואה את זההם לא סגורים על זה. רוצים לראות את זה קורה. זה הפתרון של התלמוד: מה שרבי יוחנן אמר על חזרה מהסכם מתנה, הוא חרה במתנה מרובה בלבד אבל לא במתנה מועטת. אם כך, אי סתירה לבין רבי יוחנן במתנה לבין רבי יוחנן במכר - כי מכר דומה למתנה קטנה.

באשר למתנות לוויים וכהנים: ישראל שמבטיח ללוי להביא מעשר - 250-400 ליטר - זו לא מתנה קטנה בעיננו למרות שהתלמוד רואה את זה כמתנה קטנה. אז איך התלמוד מסביר את זה? ישראל בכל מקרה מחוייב לתת ללוי את המתנה הזו - זו מתנה במובן זה שאסור לקחת תמורת זה כסף, אבל מצד שני זו לא מתנה וולנטרית - הוא חייב לתת אותה. גם, הוא ם יול לבחור לאיזה לי להביא את המתנה, גם נקודה. לא חייב לתת את זה ללוי מסוים או לכהן מסוים ישנם דעות לפין ניתן לגבות תמורה **סמלית** עבור זה שנותנים את זה ללוי מסוים או כהן מסוים - שמעודניינם להבטיח שהמעשרות והתרומות יינתנו דווקא להם - הם יכולים לשלם סכום סמלי שישאיר את זה כמתנה וזה יבטיח שזה יגיע דווקא אליהם. יוצא מזה שהמתנה שיש כאן, נדבת הלב הזו - היא מתנה שניתנת כמתנה מועטת - משום שאני חייב ממילא לתת את זה. המקסימום של הויתור זו התמורה הסמלית. המתנה כאן היא מועטת - שנמדדת לא לפי הסה"כ שניתן אלא לפי מרווח הוולנטריות - מה יצא מהכיס מבלי שהיה חייב בו.

בחזרה לדברי רבי יוחנן - בהבטחה למתנה שישראל נותן ללוי זו הבטחה לא הדירה שהיא מתנה מועטת - הבטחה סגורה ולכן לא ניתן לחזור בך. רבי יוחנן אומר שאם אדם אומר שאפשר לחזור בו זה במתנה מרובה

בפסקה ה' התלמוד מטפל בעמדתו של רבי יוחנן ומגיע למסקנה שהעמדה של רבי יוחנן היא עמדה מורכבת. מכר: לא ראוי שתחור בך, דברים הם מחוסרי אמנה. לגבי מתנה: מבחין בין מתנה מרובה לבין מתנה מועטת. במועטת - יש סמיכות דעת ולכן צריך לקיים את דיברוך, ורואים את ההבטחה כהטחה סמוכה כפי שוראים במקרה של ישראל ובן לוי - מתנה חלוטה - ביטוי לא רק אתי אלא גם ביטוי משפטי. האתיקה הופכת למשפט.

**הסוגייה על פי הבעיות:**

1. **בעיית המושגים -** למה עברו מהמושג שבתפסתא לאין רוח חכמים נוחה ממנו עברו האמוראים עברו למושג מחוסר אמנה? משתמשים במערכת מושגים אחרת?
2. **פרשנות המגבילה והמצמצמת של אין צדק ועליו צדק** - ההלכה שהיא רחבה ביסודה לפיה אדם מחוייב להבטחתו הופכת להלכה מצומצמת של מצג שווא. למה הדילוג?
3. **התלמוד טען שיש לו הוכחה תנאית לדברי רב** - התקדים של רבי יוחנן בן מטיא - זה לא חזרה מהסכם אלא פרשנות של סעיף עמום בהסכם. למה אז ככה? למה התלמוד רואה את התקדם הזה כחלק מהסיפור? לא מדובר בפה בהפרת הסכם אלא בפרשנות שלה סכם.
4. למה התלמוד חושב שעמדת רבי יוחנן במתנה צריכה להתאים לעמדתו של מכר? אם רבי יוחנן אומר שהסכם מכר לא ניתן אז הבטחה לתת מתנה היא כן הדירה וניתנת להפרה. במקום להתעסק בדבריו של רב התלמוד עובר להתעסק בדבריו של רבי יוחנן, שם הוא בוחן את דבריו של רבי יוחנן שמבחין בין עסקת מכר לבין עסקת מתנה. למה במתנה יכול לחזור (מתנה מועטת מתנה מרובה). **הקושי: נוגע לזה שהתלמוד כביכול טוען לסתירה בדברי רבי יוחנן, ולא היא** - מכר הוא לא כמו מתנה שהיא וולונטרית וחד צדדית.

**שיעור 12, 26.11.2020**

**כדי לתת תשובה לכל הבעיות האלה, צריך לשים לב ליסודות שהסוגייה התלמודית בנויה עליהם:**

**ניתוח ספרותי, שמחפש את המילה המנחה:**

שתי מילים מנחות כאלה:

1. מילה מנחה ראשונה: **ההבטחה**: אינטרס ההבטחה. הבטחות צריך לקיים. כך כתוב בפסקה ב'.
2. מילה מנחה שנייה: - המילה המנחה **סמיכות דעת:**  בגלוי - 4 פעמיים, ושלא בגלוי בין פעם לפעמיים. מופיעות בעיקר בפסקאות האחרונות ד' ו-ה', שבנויה ממש על ההבחנה הזו.

על רקע המילים האלה צריך להתבונן מחדש בסוגייה התלמודית.

בשלב הראשון: מושג ההסתמכות מופיע בסוגיה התלמודית באופן אחר, ולא באמצעות המונח הארמי, אלא באמצעות המונח: מחוסר אמנה, שמתייחס להסתמכות ולא להבטחה. כולם מסכימים כמעט (חוץ מהמרצה) שמחוסר אמונה זה מחוסר אמון - אדם שמפר את הבטחתו לא ניתן לתת בו אמון, לכן על פניו מדובר בתואר שמתייחס למבטיח.

יחד עם זאת, לא נכון להשתמש כך במושג כך, כיוון שהמונח מוקדם יותר ומופיע בספרות האגדה הקדומה לסוגייתנו:

4. מחוסר אמנה

מכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דויסע, פרשה ב, מהד' הורביץ-רבין, עמ' 161): היה ר' אלעזר המודעי אומר: כל מי שיש לו מה יאכל היום, ואומר מה אוכל למחר – הרי זה מחוסר אמנה, שנאמר: 'למען אנסנו הילך בתורתי אם לא'.

ספרי דברים (של, מהד' פינקלשטיין, עמ' 380): 'כי אשא אל שמים ידי' – כשברא הקדוש ברוך הוא את העולם לא בראו אלא במאמר, ולא בראו אלא בשבועה. ומי גרם לו לישבע? מחוסרי אמנה הם גרמו לו לישבע.

בראשית רבה, מהד' תיאודור-אלבק, פרשה לב, ז, עמ' 293: 'ויבא נח ובניו וגו' [מפני מי המבול]' - אמר ר' יוחנן: מחוסר אמנה היה. אילולי הגיעו מים עד קרסוליו לא נכנס לתיבה.

בכל המקומות, פירוש מחוסר אמנה זהו פירוש של מי שמחוסר **אמונה**, לרוב מי שלא מאמין באלוהים. כך, לא מדובר במישהו שמבטיח נסוג מהבטחתו ולא ניתן לתת בו אמון, אלא אדם שלא מאמין ב-, הוא לא מסתמך ולא יכול להסתמך על ההבטחה. זה המשמעות האמיתית הקדומה של מחוסר אמנה. של מישהו שלא רוצה להסתמך על ההבטחה, כי אין לו אמונה באדם השני.

הדוגמא של נוח - 120 שנה ניתנו לנוח לבנות את התיבה. כשמגיע המבול, אלוהים מבטיח שיביא מבול על הארץ, ונוח מחוסר אמנה. נוח לא מאמין שכך יהיה ד שהמים מגיעים לו לקרסוליים.

כך, אלמנט חוסר ההסתמכות מופיע כבר בפסקה א' לדיון. מכאן אפשר להתחיל לתת פתרונות לקשיים:הציר שנותן פתרון לכל הקשיים: התפיסה הפשוטה הראשונית של מקורות התנאים אומרת **שלחוזים יש תקף וצריך לקיים.** אמנם, כשמדובר בהסכם מכר, התפיסה היא ריאלית ופיזית, לכן הוא חלש יותר ממעשים אחרים כי זה חוזה ללא מעשה קניין. התנאים אומרים שהסכם המכר לא תקף, אבל יש ציפייה שאתה , המבטיח, תקיים אותו. לפי המקורות התנאים, יש ציפייה ואף דרישה כלפי המוכר שיעמוד בהבטחתו - זאת לפי המקורות התנאיים. אמירה כלפי המבטיח.

האמירה בתוספתא, גם מקור תנאי, רוח חכמים שלא נוחה מהמבטיח - רוח חכמים לא תהיה נוחה על המבטיח אם הוא חזר מהבטחתו.

אבל, בתלמוד הבבלי חושבים שלחזוה כשלעצמו אין תוקף, ובשל כך, בהסכם מכר שגם לפי התנאים ראינו שהוא יורד פאזה, גם אצל האמוראים הוא נמוך מלכתחילה. התפיסה של רב בבל, זה שהבטחות לא צריך לקיים (לפי רב) אבל, התנאים אמרו שכן, אז האמוראים בבבל רוצים לעמוד בעמדתם ברמה העקרונית אבל פרקטית הם מחויבים להלכת התנאים: לכן הם מכניסים מושג חדש: ברמה החוזית לחוזים אין תוקף, כולל הסכם מכר, לכן אין יכולת אכיפה משפטית על המבטיח, אבל לצידם של דיני החוזים יש את דיני הנזיקין, כלומר, יכול להיות שמבחינה חוזית לחוזים אין תוקף. אבל, אם על ידי ההבטחה גורם למסמך לקשיים ולנזקים, אפשר לחייב את המבטיח מהצד הנזיקי או מהצד המעין נזיקי. לכן, כדי ליישב את עצמם עם המקורות התנאיים, שותלים מושג חדש: **מושג ההסתמכות. לכן ראוי לקיים את הסכם המכר לא בגלל ההבטחה והאינטרס החוזי, אלא בגלל האינטרס הנזיקי והיבט ההסתמכות.** משכך צריך לייצר מושג חדש שמוכר מספרות האגדה - מחוסר האמנה, שמתייחס לא למבטיח, אלא למסתמך. התלמוד שותל אותו מתוך הדיון, כי הוא מסב את המבט מקוטב ההבטחה לקוטב ההסתמכות. לכן האמוראים יוצרים מערכת מושגים חדשה ששמה דגש על המסתמך, שהוא מחוסר האמנה.

[סוגריים על המעבר מהבטחה להסתמכות או מחוזים לנזיקין: שלו במאמרה מראה שבמסגרות חברתיות חוזים או הסכמים זה דבר מגונה, ולא ראוי לעשות חוזים והסכמים. למשל, יש סקטורים עסקיים שאומרים "תחתום לי" והוא ייפגע ממך. עד לפני 20 שנה כך היה מקובל בין יהלומנים - המקסימום היה תקיעת כף, אבל לא היו עושים חוזים, או במשפחה - שם עיקר המאמר מדבר על יחסים בתוך המשפחה. הורים וילדים לא חותמים על חוזים. אלה הסכמים המכונים הסכמים ג'נטלמניים, בהם כל ד סומך על הצד השני. מבחינה חוזית להסכמים אלה אין תוקף משפטי. הבטחה של הורה לילד לא מגיעה לכלל חוזה. היסודות החוזיים לא מתקיימים כאן. מצד שני - לא ראוי שהסכמים כאלה יופרו. במסגרת המשפחה - מעבר ללא ראוי. לכן שלו טוענת שנכון, יש כאן לקונה חוזית, וקשה לתת תוקף להסכמים מהסוג הזה דרך המגרש החוזי. אבל, היא הולכת לפולר פרדייה, ולאינטרס ההסתמכות ולא רק לאינטרס ההבטחה, ואז יהיה אפשר לתת תוקף לחוזים האלה לא רק בגלל ההבטחה, אלא גם מההסתמכות של הצד החוזי - לכן מהצד המעין נזיקי, ראוי שהסכמים אלה יקוימו. מרכיב תיאורטי שאולי חסר במאמר של שלו: הרעיון שבו סותמים את החור של דיני החוזים ומעבירים אותו לדיני נזיקין. שלו מדברת על זה שבהסכמים הג'נטלמנים האלה מצד ההסכם, והחובה שבאה מכוח הסכם וולנטרי, אתה לא יכול להטיל חיוב ואין כאן באמת הסכם בשורה התחתונה כל השורשים האלה נמצאים בסוגיה התלמודית שלפנינו].

האמוראים בבל נמצאים במצב דומה למה ששלו מתארת.

1. **הפתרון לקושי הראשון** - בעיית המחוסר אמנה: האמוראים חייבים להביא מושג קיים ממקורות אחרים שמתייחס למסתמך, בשביל לעשות את המעבר מחיוב מכוח דיני החוזים לחיוב מכוח דיני נזיקין. הם לא המציאו את המושג אלא הביאו אותו לכאן. אין לו כאן משמעות אחרת מאשר המשמעות הקיימת. שלעצמו המושג קיים, אבל השימוש בו בהקשר של הסכם מכר הוא שימוש חדש.
2. **הפתרון לקושי השני**: בסוף פסקה ב' אביי מפרש בצורה מצומצמת: בעצם הבסיס לכל הוא לא מה שהבטחת, אלא שהמצג שלך כלפי המצג השני יהיה מצג שווא. זה מעביר את מרכז הכובד מהמבטיח אל המסתמך, ובבל אין ברירה אלא באופן הזה. זה אמנם יוצר פער במרווח גדול, אבל זה פער הכרחי ברגע שיצרת את המעבר מההבטחה אל ההסתמכות.
3. **הפתרון לקושי השלישי:** של רבי יוחנן ובנו - שלא מדובר בהסכם. הפתרון: אין הבדל בין לשבור הסתמכות באמצעות פרשנות או לשבור הסתמכות באמצעות הפרה. כך או כך זו פגיעה בהסתמכות. אם התלמוד אומר שהוא לא מתעניין בהבטחה אלא בהסתמכות - בצד הוא משליך את המקרה לדיון הזה.
4. **הפתרון לקושי הרביעי:** יש נפקות בין מחוסר אמנה לרוח חכמים נוחה. למשל: בהטחה למתנה. אם באמת מדברים על הבטחה, אז מה זה משנה אם הבטחת לתת מתנה גדולה או מתנה קטנה. מבחינת ההבטחה, אולי כן צריך להיות הבדל בין מכר לבין מתנה - שזה מה שהפריע לנו. כשאתה מבטיח למתנה זה חד צדדי וולונטרי, במכר זה כבר לא וולונטרי - עד כאן זה הדיון על הבטחה. אבל אם הדיון הוא על הסתמכות, יש הבדל בין מתנה מרובה למתנה מועטת - כי כאשר ההסתמכות היא הדבר, יש הבדל בתוך המתנה - אם זו מתנה גדולה ההסתמכות שלו לא גדולה, הוא מהסס כי מדובר במשהו מופרז. במתנה קטנה ומועטת ההסתמכות שלו גדולה יותר, הוא מצפה יותר. בין מתנה למכר מצידו של המסתמך: ההבדל בין מקרה שבו אדם קיבל הבטחה שיתנו לו מתנה, בהנחה שהיא מתנה מועטת, לבין מקרה של מכר - ההבדל הוא מינורי. כך או כך הוא נפגע, לכן אין מקום להבדיל בין מתנה למכר מבחינת המסתמך.

בעצם כשמתסכלים מחש על הסוגיה בתלמוד הבבלי, הוא עושה תנועת מטוטלת בין קוטב ההבטחה לקוטב ההסתמכות.

**מכאן, שני דיונים, של הרב פיינשטיין ואיך רעיון ההסתמכות הופך להיות חומר איטום קבוע במגרש החוזי. אחד הפתרונות המרכזיים לבעיית ההסתמכות הוא אינטרס ההסתמכות. לא רק ביחס להסכמי מכר אלא ביחס לחוזים בכלל במשפט התלמודי, מה שיפתור חלק ניכר מבעיות ההסתמכות שמעורר המשפט התלמודי.**

**באותה מידה שהתלמוד הבבלי נמצא בפער בין התנאים שאומרים שצריך לקיים לבין התפיסה של התלמוד לפיו לא צריך לקיים, אותה בעיה מתרחשת בין ההלכה התלמודית לבין המקובל בעולם המודרני.**

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

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

תהלים פרק טו (א) מִזְמוֹר לְדָוִד ה' מִי יָגוּר בְּאָהֳלֶךָ מִי יִשְׁכֹּן בְּהַר קָדְשֶׁךָ: (ב) הוֹלֵךְ תָּמִים וּפֹעֵל צֶדֶק וְדֹבֵר אֱמֶת בִּלְבָבוֹ: (ג) לֹא רָגַל עַל לְשֹׁנוֹ לֹא עָשָׂה לְרֵעֵהוּ רָעָה וְחֶרְפָּה לֹא נָשָׂא עַל קְרֹבוֹ: (ד) נִבְזֶה בְּעֵינָיו נִמְאָס וְאֶת יִרְאֵי ה' יְכַבֵּד נִשְׁבַּע לְהָרַע וְלֹא יָמִר: (ה) כַּסְפּוֹ לֹא נָתַן בְּנֶשֶׁךְ וְשֹׁחַד עַל נָקִי לֹא לָקָח עֹשֵׂה אֵלֶּה לֹא יִמּוֹט לְעוֹלָם:

רש"י מסכת מכות דף כד עמוד א רב ספרא - בשאלתות דרב אחא (שאילתא לו) והכי הוה עובדא דרב ספרא. היה לו חפץ אחד למכור, ובא אדם אחד לפניו בשעה שהיה קורא ק"ש, ואמר לו: תן לי החפץ בכך וכך דמים, ולא ענהו מפני שהיה קורא ק"ש. כסבור זה שלא היה רוצה ליתנו בדמים הללו והוסיף אמר תנהו לי בכך יותר לאחר שסיים ק"ש אמר לו טול החפץ בדמים שאמרת בראשונה שבאותן דמים היה דעתי ליתנם לך.

בבלי, בבא בתרא, דף פח עמוד א ת"ר: הלוקח ירק מן השוק... גמר בלבו לקנותו - קנה ונתחייב במעשר... אטו משום דגמר בלבו לקנות, קנה ונתחייב במעשר? אמר רב הושעיא: הכא בירא שמים עסקינן, כגון רב ספרא, דקיים בנפשיה ודובר אמת בלבבו.

רשב"ם, שם רב ספרא - הוה קרי קריאת שמע ואמר ליה ההוא גברא הב לי עסקך בכך וכך מעות וסבר דמשום מיעוט דמים הוה שתיק והעלה לו דמים מרובים ולאחר תפלתו לא רצה לקבל אלא במיעוט מעות הראשונות משום דגמר בלבו להקנותו בכך.

שו"ת הרב משה פיינשטיין: נשאל שאלה לגבי הסכמים קיבוציים. מבחינה אתית משפטית הוא צריך להגיד יש תוקף להסכמים אלה, אבל מבחינת הלכה ספק אם יש להם תוקף. לפי התשובה שלו: אי אפשר בדיוק לעשות קניין על החוזים האלה ויש פה בעיית התחייבות, אבל הוא מבדיל בין התוקף המשפטי - שם יש לו בעיה, לעומת האתיקה, שהלכה עוסקת בזה גם מבחינה האתית. הרב פיינשטיין מעביר את מרכז הכובד של הדיו מהמגרש המשפטי למגרש האתי והדתי, שם הוא עושה סדר מחדש ואומר שברמה האתית והדתית ראוי לקיים מה שהבטחת. לפיו, אפילו רב יסכים שצריך לעשות את זה.

1. הרב פיינשטין מעביר את מרכז הכובד מהמגרש המשפטי למגרש האתי והדתי
2. במגרש זה יש מגוון מקורות שאומרים שצריך לקיים
3. אפילו רב אומר שאין איסור, ויש מעלה ומידת חסידות, שבנוי על סיפור של רב ספרא - משם לומדים שגם בינך לבינך צריך לנהוג באמינות.

כך, ברור שהבטחות שצריך לקיים. אין מחלוקת שבמישור האתי והדתי ראוי וחייב לקיים הסכמים. לא משאיר שום פתח מילוט. כך הוא סוגר את הלאקונה בין התלמוד לזמנים המודרנים באמצעות הניסיו להעביר את מרכז הכובד מהמגרש המשפטי למגרש האתי והדתי.

**שיעור 13, 01.12.2020**

**חלק ז' לסילבוס: הסתמכות וסמיכת דעת**

1. "סמיכות דעת" – בירור לקסיקאלי

**באשורית** – כללית, הוראת הפועל 'סמ"ך' באשורית היא קירוב ועירוב (מילון אשורי, עמ' 109: 'קשה להצביע על הבדל ברור בין הוראת 'summuhu' לבין הוראת 'bullulu' [בל"ל] או בין הוראת ['summuhu'] 'samahu' לבין הוראת 'qerebu' [קר"ב]').

ההוראות המיוחדות הקרובות לעניננו, הן: 3. summuhu = להתאחד בברית... 5. להגיע להסכם.

<בבלי, סנהדרין כט, א: [שונא ואוהב - פסולים לעדות] סברא הוא: אויב מאי טעמא - משום דמרחקא דעתיה - אוהב נמי מקרבא דעתיה.>

ראה: The Assyrian Dictionary, 'samahu' , Chicago-Gluckstadt,1984, p. 107-109

**באכדית** הוראת הפועל 'סמ"ך' היא התקשרות עם אחר – ראהB. Meisner and W. Von Soden, Akkadisches Handworterbuch, 'samhu', Weisbaden 1972, p. 1018: mitein – ander verbunden''.

**במנדעית** - אמון, בטחון. ראה: E.S. Drower; R. Macuch, A Mandaic Dictionary, 'Samka', .Oxford 1963, p. 313 וכך גם **בארמית** **בבלית** M. Sokoloff, A Dictionary of Jewish Babylonian Aramaic of the Talmudic and Geonic Periods, Ramat -Gan 2002, p. 820 ('to be assured or sure of')

**בעברית -** סמך לתת אמון. רשימה של שפות שמיות שונות מה המשמעות של הסמיכות בשפות אלה. אלה שתי ההוראות שאפשר למצוא במרחב של השפות השמיות. שתי המשמעויות לענייננו הם רלוונטיות, כי זו הסמכות של סמכא דעתי, של ההסתמכות. יש כאן אמון - המובטח נותן את אמונו במבטיח ובהבטחה, ומכך נוצר קירוב עמדות, מפגש רצונות - ביטוי של סמיכות דעת במובן של קירוב דעת. התלמוד מסבירף אויב פסול לעדות כי הוא מרחיק דעת ואדם אהוב פסול לעדות כי הוא קרוב דעתי. לכן מדובר על מפגש רצונות - זו משמעות הדברים. שתי המשמעויות הלשוניות של סמך - לתת אמון וקירוב דעת - אפשר לומר שהאמון יוצר מפגש רצונות. עד כאן ברמה הלשונית. מעבר לסוגיה המסוימת של נושא ונותן בדברים של הסכם מכר, שההסתמכות מחליפה את ההבטחה, לא מדובר בתופעה מקומית בלבד אלא בתופעה כללי. נדגום כמה דוגמאות מרכזיות בהן ניתן להראות שההסתמכות היא סוג של סותם חורים של בעיות שקשורות לענייני ההתחייבות.

3. בבא מציעא טו, ב – טז, ב, עפ"י כ"י המבורג 165

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

|  |
| --- |
| בעלים <= גנב => קונה |

ב. מתקיף לה רמי בר חמא: מכדי האי לוקח במאי קא קני לה להא ארעא? האי שטרא חספא בעל'[מא] הוא!

אמ' רבא: תהא במאמינו, בההיא הנאה דלא קאמ'[ר] ליה [ולא] מידי וקא סמיך, [גמר ומקני ליה].

ג. מתיב רב ששת: מה שאירש בהאי שטרא, מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך... [לא אמר כלום]

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

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

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

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

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

בעלים של חפץ, גנב החפץ, והקונה - אדם סוחר ברכוש גנוב - הוא גנב את החפץ ועכשיו קונה אותו. הגנב הזה חוזר לבעלים, שלא יודע שהוא הגנב, ואומר לבעלים שהוא מעוניין רכוש מהם את החפץ הגנוב. הבעלים מעדכנים על דבר הגניבה, ואילו הגנב מצליח לשכנע שהוא בכל זאת מעוניין לרכוש את הרכוש הגנוב -התנהגות משונה. כפי הנראה יש כאן שיקולים כלכליים - רכישה במחיר נמוך יותר, אבל למה כלל לרכוש?

התלומד אומר שזה משיקולי תדמית של הגנב - זו לא פעם ראשונה או אחרונה שהוא יתפרנס מגניבה. אחרי כמה פעמים יתחילו להגיד שהוא גנב, לכן הוא מייצר תהליך של סתימת פיות - בכך הוא שומר על הדימוי הנקי שלו, הוא רוכש כביכול את הרכוש הגנוב - את הזכויות בנכס. כך אם יהיה משפט - הוא כבר הבעלים של הזכות בנכס. קודם כל גונב ואחר כך סותם פיות. אם התלמוד כותב על זה כל כך הרבה, כנראה שזה שכיח.

מספר שאלות:

1. מה קורה ביחסים בין הגנב לקונה? הגנב הופך להיות הבעלים שמהם גנבו. קנה מהם את הזכויות. הגנב ברוב חוצפתו יכול לבוא לקונה ולהגיד לו שהוא קנה רכוש גנב, והוא מייצג את הבעלים - אנא החזר לי את החפץ. אין סוף לתחכום החולני ולנבזיות של הגנב. האם סיפור עוקץ כזה יכול לעבוד? זה מה ששואל התלמוד בפסקה א'. רב ושמואל (דור ראשון של האמוראים בבל) דנים בסוגיה: מה קורה אם הגנב אכן חזר אחרי שמכר את הרכוש הגנוב? רב טוען, לפי תפיסה משפטית, שלא יעלה על הדעת כמה סיבובים יכול לעשות הגנב, בסיבוב הזה הזכויות ברכוש הגנוב עוברות לידי הקונה לפי רב. התפיסה של רב הייתה שבגלל להבטחה בהסכם מכר אין מעמד, היה צריך לסתום א ת החורים באמצעות הסתמכות. ההסתמכות סותמת חורים פעמיים: סותמת פגמים בדיני הקניין - מסיבים את דיני הקניין לדיני החוזים (ואת החוזה מקיימים דרך הסתמכות - דווקא בגלל הרצון של הגנב לייצר הסתמכות, יש מגבירי אמון ומגבירי הסתמכות - וההסתמכות היא זו שיוצרת את העסקה בין הגנב לבין הקונה).
2. השאלה השנייה שנשאלת בפסקה א' היא למה שגנב יעשה דבר כזה? אפשרות אחת - כדי שלא יקראו לו גנב. אפשרות שניה - שיעמוד בנאמנותו - שלגנב חשוב להיות אדם אמין בעיני הקונה. חושב על העסקאות הבאות שיעשה ברכוש גנוב. שיקולי המדיניות שדומים לתקנת השוק -
3. בפסקאות ב' ו-ג' התלמוד מתעניין בשתי בעיות משפטיות (שהפתרון לשתי הבעיות יהיה בהסתמכות:
4. בפסקה ב' מה שמטריד את התלמוד זה שלב א' - איך בכלל גנב יכול למכור רכוש גנוב לקונה, איך העסקה הזו תקפה? איך אדם יכול למכור משהו שלא שלו? מצדו של המוכר מדברים על גמירת דעת ומבחינתו של הקונה מדברים על סמיכות דעת - הבחנה שכבר הבחין החזון איש:

חזון איש, חושן משפט, סימן כב, בני ברק תשנ"א, דף נא, 1 כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא **שיגמור בליבו** להקנות הדבר לחבירו, וחבירו **יסמוך דעתו** עליו.

כך, התוכן האמיתי של העסקה הוא מפגש הרצונות, מערכת היחסים המנטלית - גמירת דעת מצד אחד וסמיכות דעת מצד אחר - יש את אלה ולכן העסקה מתקיימת.

1. שאלה אחרת - הלכה שאומרת שאדם לא יכול לקנות או למכור דבר שלא בא לעולם. הבעיה השנייה, התלמוד טען שאחרי שהגנב רכש את הנכס מהבעלים המקורי, אלא מועברות אוטומטית לידי הקונה, כי הוא ממילא מכר לו גם את הזכויות העתידיות. התלמוד אבל אומר שאי אפשר למכור זכויות עתידיות כי זה דבר שלא בא לעולם. כאן, יש חריגה - זו הסוגיה היחידה שכתוב בה במפורש שאומרת שכאשר יש הסתמכות אז אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם. שאר הסוגיות לא מתירות מכירה של דבר שלא בא לעולם.

**המעבר בין הסוגייה בתלמוד לספרות הרבנית:**

4. הרב אלכסנדר סענדר מרגליות, תשובות הרא"ם, אבן העזר, סי' לג, כו, ורשא תרי"ט, דף מו, ד: ובב"מ דף טז מבואר היכא דסמכא דעתא קני, אף בדבר שלב"ל.

לפי הרב אלכסנדר, אי אפשר להתעלם מן הכתוב בסוגיה בבא מציעא - בעולם המודרני, במאה ה-18, העיר ברודי בה הוא למד זו עיר מסחר מרמרכזיות בתקופה, וסוחרים בה לא מעט גם בזכויות עתידיות. הדעת נותנת לפיו, שאם יש הסתמכות כאן, אז אפשר להכשיר עסקאות בדבר שלא בא לעולם. המניע ברור - פרקטי לחייו.

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

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

כותב בתגובה בציניות מופגנת - אומר שהאיש חושב את עצמו, שמחדש חידושים שמעולם לא נאמרו. מתנגד מאוד לסחור בדבר שלא בא לעולם - באמצעות סמיכות דעת. בסוגיה הנ"ל שקראנו, אמר שדעתו של מרגליות לא מתקרבת לסוגיה, "לא סמכה דעתו" ושהוא לא מבין אותה ושהוא בכלל לא בכיוון. שם, הוא טוען שלא מדובר בדבר שלא בא לעולם, אבל להגיד שסמיכות דעת תועיל לקנות דבר שלא בא לעולם - אלה שטויות מוחלטות. הוא יוצא כאן מגדרו כשלרוב הוא כותב באופן סולידי ומאופק. באף מקום בתלמוד, חוץ מכאן, אין סייג כזה. לפיו לא מדובר בדבר שלא בא לעולם (לדעת המרצה - טעות מרה, כי הסוגייה כן מדברת על דבר שלא בא לעולם שאפשר לפתור אתה באמצעות הסתמכות) השאלה היא האם אפשר לבודד את הסוגייה הזו משאר הסוגיות שאוסרות על דבר שלא בא לעולם, אכן לקחת סוגיה אחת ספציפית להפוך לעיקר - היא בעייתית.

**שיעור 14, 03.12.2020**

**השלמה מאוריה**: הריטב"א הוא פוסק חשוב מאוד והוא מגלגל את הרעיון של הסתמכות בתור פתרון לבעיית ההסתמכות. הדיון הראשון עליו הרטב"א מסתמך הוא ההסכם בין בעל ההון לבין היזם לגבי העסקאות ביריד היין. היזם פשע והתרשל ולא עשה את העבודה- התלמוד קובע שהיזם חייב לפצות את בעל ההון. כיום זה נראה לנו משהו טבעי, אבל על פניו לפי דיני התלמוד לא ברור למה שהיזם יצטרך לשם, הרי מדובר בדיני נזיקין ואדם שמונע רווחים נקרא "מבטל כיסו של חבירו" וגרימת הנזק נחשבת לעקיפה- "גרמא" שלפי ההלכה יש פטור על נזק כזה ולא צריך לשלם פיצויים.

על בסיס שאלה זו הריטב"א יוצא לדרך שבה הוא מניח על השולחן את הרעיון של ההסתמכות כפתרון לבעיה. פתרון הריטב"א מבוסס על דברים שכתב רבו של הריטב"א- הרשב"א (חי בספרד הנוצרית של המאה ה-14).

6. בבא מציעא עג, ב

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

ריטב"א שם, ד"ה האי מאן

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

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

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

היזם לא עשה את העבודה ששלח אותו בעל ההון לעשות, רשלנות פושעת של היזם שלא עשה את העבודה. התלמוד קובע שהיזם חייב לפצות את בעל ההון. הריטב"א שואל מדוע? על פניו, לפי דיני התלמוד לא ברור למה היזם צריך לשלם פיצויים, שהרי מדובר בדיני נזיקין, שם קיים הכלל שאדם שמונע רווחים - הסיפור שלנו, נרא מבטל כיסו של חברו, וגרימת הנזק שלו היא גרימה עקיפה - גרמא, ובגרמא הוא פטור. הואיל והיזם גרם להפסד של בעל ההון דרך מניעת רווחים, לפי התלמוד הוא לא חייב.

מכא הריטב"א יוצא לדרך ארוכה של רעיון ההסתמכות שתפתור את הבעיה. הפתרון של הריטב"א מגיע מדברים שאמר רבו - הרשב"א (איש הספרד הנוצרית של החלק הראשון של מאה ה-14). **מכיוון שיש כאן הבטחה של היזם והסתמכות של בעל ההון (הבטיחו וסמך עליו) הרי הוא חייב לשלם לו מה הפסיד בהבטחתו.** במקרה בו מתקיים מנגנון הבטחה - הסתמכות - נזק, צריך לשלם. ההוכחה לזה היא תופעת הערבות.

במקרה של פועלים - ברוב המקרים זה נזקים עקיפים, זה גרמא. כאשר בעל הבית מפר איתם הסכם, למה הוא חייב לשלם להם? ברוב המקרים זה גרמא, כיוון שסמכו זה על זה. יש את המנגנון של הבטחה - הסתמכות, הפסד, ולכן כל צד מתקיים לגביו המנגנון הזה, ולכן כל צד חייב במקרה שהוא מפר, לשלם פיצויים לצד השני. לפי הריטב"א "וזה דין גדול" בכך הוא מתכוון להגיד שמדובר בעיקרון רחב, ולא עיקרון מצומצם - אלא רחב ומשמעותי, שצריך לעבוד איתו. כפי שאנחנו רואים כאן בדברים הריטב"א, המנגנון הזה הוא מנגנון שמקורו בתופעת הערבות, אבל אנחנו גוררים את העיקרון הזה כבר לשני מקומות נוספים - בין יזם ובעל הון ובין פועלים ומעביד.

7. שו"ת רשב"א, חלק ג, שסא

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

הרשב"א מנסה לתאר את המנגנון של ערבות - כי יש לנו קושי להבין איך ערב חייב (התחייבות כספית מצד אחד מצד שני אסמכתא - התחייבות מותנית שמחוייבת לסוג של פיצויים עונשיים - שכל ערבות מבוססת על אסמכתא) מוסכם גם על כל הפוסקים שערבותה יא אסמכתא. אז איך ערבות עובדת? הרשב"א מציע שאנחנו לא בודקים האם בזמן שהערב התחייב באותה שעה היה לו את הסכום המסוים. בין אם יש לו ובין אם אין לו - הוא יצטרך לשלם.

אם החיוב של הערב היה תלוי בדין, היינו אומרים שהוא לא חייב, כי מדובר באסמכתא. כי רעיון הערבות לא מבוסס על דיני חוזים - כי אז אין תוקף לערבות, אלא שתוקפה של הערבות הוא מכיוון שהערב מהימן בעיני הנושה, הוא מוכן להלוות כי הוא מאמין בערב, אז משום כך הערב משעבד את עצמו ומתחייב לכך שאם החייב לא ישלם, הערב ישלם - בכך יש כאן ויתור על הדין מצידו של הערב, מצד שיני חוזים הערב פטור - הוא מוותר את הפטור שלו על ידי מסלול מקביל למסלול של דיני החוזים. הערב אומר שהוא מוותר על הדרך הנוחה של דיני חוזים, אלא הוא הולך על הדרך האחרת של המנגנון של ההבטחה - ההפסד - המנגנון שעל בבסיסו שהערב חייב. כל זמן שלא נגרם נזק בגין אי התשלום מצידו של החייב, אז במצבים כאלה הערב לא יצטרך לשלם.

מצאנו כאן בדברי רשב"א, מורו של ריטבא, שהסיבה לחיובו של ערב היא לא הדין (דיני החוזים כי האסמכתא תוקעת אותנו) אלא אותו מנגנון של הבטחה - הסתמכות - הפסד. כמעט אותם מונחים. למעשה, ריטב"א שאב את המנגנון הזה מרבו, כפי שהוא אומר בעצמו, ומתוך מה שהוא אמר על מוסד הערבות.

אחרי שהלכנו אחרוה, נלך עכשיו קדימה נראה איך הריטב"א משליך את הרעיון הזה של הבטחה הסתמכות הפסד על מקרים נוספים:

8. שו"ת ריטב"א, קצט

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

הדוגמא הנוספת שהריטב"א מביא היא מהסכם שומרים. בהסכם שומרים, ודאי כשמדובר על שומר חינם, יש קושי גדול - למה שומר חינם חייב לשלם, הרי הוא בסך הכל עושה טובה ולא מקבל תמורה ולכאורה לא יוצא לו מזה שום דבר. להגיד שהוא חייב לשלם כי יש חוזה - זה בעייתי, כי לפחות לפי התלמוד להסכמים האלה אין תוקף. גם דרך נזיקין חיוב זה בעייה - כי זה גרמא. המנגנון הגואל: בעל הפיקדון הסתמך עליהם, והשומר התחייב לשמור. בכל יחסים בין בעלים לבין שומר יש הבטחה, הסתמכות (הבעלים סומכים על ההבטחה של השומר) ואז יש נזק, הפסד - ומשכך חייבים לשלם. כך המנגנון פותר את הבעיה. זה המנגנון שסוגר את החורים שהשאירו לנו דיני החוזים, במקרה הזה גם דיני הנזיקין.

9. בבא מציעא עז, ב

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

ריטב"א, קידושין כו, א ד"ה ובמקום (והשלישי)

שאם המוכר חוזר בו – רצה לוקח נוטל קרקע כנגד מעותיו ומקיים המקח כנגדן ונוטל כשער המקח... רצה – מבטל כל המקח ואומר לו: תן לי מעותי, ואם אין מעות למוכר מגבה לו קרקע כנגד מעותיו מעידית שבנכסיו, שעשאוהו כמזיק מפני שזה הוזק בנכסיו בהבטחתו...

בדוגמא זו הריטב"א מחדד את השיוך הקטגורי של הסתמכות לדין המעין נזיקי. הייתה עסקה על אף, והקונה שילם מתוכם 200 של מקדמה. הבעיה: אחד הצדדים מנסה להתנער מהעסקה. אם ההפרה היא מצידו של המוכר - יד לוקח על העליונה. הכוח העודף שאנחנו מקנים לקונה הוא גביית המקדמה - החזר המקדמה בכסף, או החזר המקדמה מקרקע.

כאשר מדובר בקרקע, מדברים על שלוש רמות: רמה א': מיטב רמה ב': בינונית, רמה ג': זיבורית - קרקע גרועה, שקשה להוציא ממנה יבולים טובים. ההלכה אומרת שהסוג של הקרקע כשגובים ממנה את החיוב, סוג הקרקע משתנה לפי סוג החיוב. לא כל החיובים שווים. יש חיובים שגובים בהם קרקע מרמות שונות. לדוגמא: כשמדובר ביחסים בין חייב לנושה מעיקרו של הדין, הדעה המקובלת אומרת שכשמדובר על הסכם הלוואה, אז החוב משתלם מזיבורית, רמה ג'. יש דעות של חכמים שמעלה את זה גם לבינונית, כי אז עלול להיות מצב שאנשים לא ירצו להלוות. הדוגמא השנייה: פיצויים של נזק - לפי ההלכה התלמודית, ששואבת זאת מנן המקרא, משלמים אותה מאידית - מרמה א', מיטב. לכן כשהוא משלם את החיוב שלו, הוא צריך לשלם אותו מהטוב ביותר. חכמים קחו את הרעיון הזה מפסוקים במקרא.

**הרווח הגדול מכך הוא פתרון לבעיית ההתחייבות שטורדת את מנוחתנו מתחילת הקורס: אנחנו נראה פתרונות נספים במהלך הקורס, אבל הפתרון המשמעותי הראשון שאנחנו רואים הוא הפתרון של בעייתה הסתמכות. בכל מקרה בו יש הפסדים מהפרת חוזה, יש לנו את המנגנון הזה שנותן תוקף להסכם ומחייב פיצויים. מנגנון שהתלמוד בעצמו משתמש בו.**

כשפתחנו את החטיבה השנייה של הקורס, יסודות החוזה, קודם כל ביררנו את יסודות ההבטחה והסתמכות. מכאן נעבור לסוגיה הבאה, תחת חטיבת סוגיות החוזה, אל סוגיית גמירת הדעת. מפגש רצונות וגמירת דעת. אין ספק שזה בוודאי אחד מהיסודות המרכזיים שמכונן את החוזה, כי חוזה זו הסכמה - דרישה מנטלית. מה הדרישות המנטליות של המשפט העברי כשעורכים הסכם. קצה אחד הוא עושק קצה שני הוא שבו כל צד מאושר מהעסקה. נצטרך להגדיר איפה אפשר לדבר על מפגש רצונות לבין המקום בו אין גמירת דעת ואין רצון.

**חלק ח' לסילבוס: גמירת דעת - הסכם כפוי (עושק)**

כמה מילים על המושג גמירת דעת. את המושג לקחו מהתלמוד, בו מופיע הביטוי גמר ומקנה, גמר בעדתה. מקובל לקרוא לזה גמירות דעת, אבל רצו להפוך את הביטוי למודרני יותר, אז הפכו את זה לגמירת דעת. הפירוש, מתאים יותר לפירוש של בשלות ולא למובן של גמור במובן הטוטאלי. לכן המשמעות היא דעה בשלה. המושג דעת בשפה המודרנית מתייחס למישור הקוגנטיבי בלבד. בשפה החז:לית המושג דעת מתתייחס גם לרצון - מניחה שיש גם תודעה ומניח שיש גם רצון. התודעה והרצון הם במצב של בשלות.

1. בבלי, בבא בתרא מז, ב – מח, ב

אמר רב הונא: תליוהו וזבין - זביניה זביני; מ"ט? כל דמזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני. ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני!

ויקרא א, ג אִם עֹלָה קָרְבָּנוֹ מִן הַבָּקָר זָכָר תָּמִים יַקְרִיבֶנּוּ אֶל פֶּתַח אֹהֶל מוֹעֵד יַקְרִיב אֹתוֹ לִרְצֹנוֹ לִפְנֵי ה'

אלא כדתניא: יקריב אותו - מלמד שכופין אותו, יכול בעל כרחו? תלמוד לומר: לרצונו, הא כיצד? כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ודלמא שאני התם, דניחא ליה דתיהוי ליה כפרה! ואלא מסיפא: וכן אתה אומר בגיטי נשים, כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ודלמא שאני התם, דמצוה לשמוע דברי חכמים!

אלא סברא הוא, אגב אונסיה גמר ומקנה...

מותיב רב המנונא: לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית - מקחו בטל; ואמאי? התם נמי נימא: אגב אונסיה גמר ומקני! הא אתמר עלה, אמר רב: לא שנו אלא דאמר ליה לך חזק וקני, אבל בשטר - קנה. ולשמואל דאמר: אף בשטר נמי לא קנה, מאי איכא למימר? מודה שמואל היכא דיהב זוזי...

אמר רבא, הלכתא: תליוהו וזבין - זביניה זביני. ולא אמרן אלא בשדה סתם, אבל בשדה זו - לא. ובשדה זו נמי - לא אמרן אלא דלא ארצי זוזי, אבל ארצי זוזי - לא. ולא אמרן אלא דלא הוה לאישתמוטי, אבל הוה ליה לאישתמוטי - לא.

והלכתא: בכולהו דהוו זביניה זביני, ואפי' בשדה זו, דהא אשה כשדה זו דמיא, ואמר אמימר: תליוה וקדיש - קדושיו קדושין. מר בר רב אשי אמר: באשה ודאי קדושין לא הוו, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה.

מהסוגיות המפורסמות בתלמוד. סוגייה מתוחכמת שכל כוונתה הוא להגדיר את מה שאנחנו מחפשים - מהם נקודות התחימה של גמירת דעת. מהו המרחב הסביר שבו ניתן לדבר על הסכם. נקודת המוצא של הדיון היא **קשה: הסכם מכר, והקונה או מי מטעמו תלה את המוכר.** שני הסברים מובילים: רשב"ם ורבינו גרשום:

2. רשב"ם, שם

תליוהו וזבין - מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר וקיבל הדמים, ואומר רוצה אני... ודוקא מכר אבל מתנה לא הויא מתנה, דכיון דלא מקבל מידי לא גמר ומקני, כדמוכח לקמן, דאמרינן מודה שמואל היכא דיהב זוזי.

לפי רשב"ם זה כשפוטו - תלו אותו והסבו לו נזק או כאב גופני של ממש.

רבינו גרשום, שם

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

אומר שמדובר באיום ולא תלו אותו באמת, אלא שאיימו עליו שיתלו אותו. המוכר נכנע ללחץ ומכר את השדה. למרות הכריחו אותו למכור לפי בינו גרשום - עדיין יש תוקף לעסקה הזו, למרות שאיימו עליו.

מכל מקום - בגרסה הקשה יותר של רשב"ם או בגרסה המרוככת יותר של רבינו גרשום - מדובר פה בעסקה שהיא עסקה שנעשתה ללא רצון. כידוע, מכר דורש רצון וגמירת דעת. ולמרות זאת, אומר רב הונא שהעסקה תקפה. על פניה, הלכה משונה מאוד. בשביל לצאת מהאזור המשונה, צריך להמשיך הלאה - כי זה לא סוף פסוק. התלמוד מבין שיש פה בעיה כי זה סותר את תפיסות ההסכמים שלו, לכן התלמוד קודם כל יתוחם - מהו המרחב בו יש גמירת דעת, ולאחר מכן יסביר שהתלייה הזו היא לא מה שאנחנו חושבים.

**בשלב הראשון -** התלמוד מגדיר את גמירת הדעת. הוא הולך מהרחב אל הממוקד יותר. ברצון בחוזה, האם בכלל יש הסכם מכר שהוא הסכם רצוני? התלמוד אומר שכל עסקת מכר היא עסקה כפויה. התלמוד שם עליה את התווית של אונס: **בכל מקרה שאדם מוכר, אם לא היה אנוס הוא לא היה מוכר.** נקודת המוצא של התלמוד היא שלא אנשים רוצים למכור אלא שהם מוכרחים למכור. בעולם העתיק אנשים לא נפרדים מנכסים. בכל מקרה לא רוצים להיפרד מנכסים. ההגדרה האידילית של רצון זה רצון חופשי נקי מאילוצים. התלמוד אומר שאם זו ההגדרה לגמירת דעת, אז זה בלתי אפשרי כי אז לשום עסקה אין לה תוקף, שכן לי התלמוד באותם זמנים אין עסקת מכר נקייה מאילוצים. שלב א' - רצון לגמרי

**בשלב השני** - הברייתא, מדרש ההלכה כלומר דרשה של תנאים על פסוק במקרא על אוהל מועד. מהמילים שנראות מיותרות, החכמים חוגגים ועושים מתיחת פנים למקרא: בפעם הראשונה שכתוב הקרבה, הוא עושה את הפעולה הפיזית - מביא את הקורבן לאוהל מועד; הפעם השנייה: אתה לא רק מקריב את הקורבן, אלא אתה מחויב להביא אותו אחרי שהתנדבת להביא אותו - מרגע שהתחייבת - אתה צריך להקריב אותו; האזכור השלישי מעלה פרדוקס כי מצב אחד כתוב שצריך להקריב אותו, אבל כתוב לרצונו. חכמים: יש פה שילוב של חובה ונדבה: אם הוא עושה בעיות כופים אותו, אבל מבפנים זה נדבה. עד שאומרים רוצה אני.

אולי ההגדרה של רצון חופשי זה כשאמרת רוצה זה תורם אינטרסים.

**שיעור 15, 08.12.2020**

גם בדוגמא של גיטין - זו דוגמא לצורך ולאינטרס של האדם - להיות בסדר. צורך פנימי של רבים מאיתנו להיות בסדר, מצווה לשמוע לדברי חכמים, ורוב בני האדם זה אינטרס שלהם ליישר קו עם המערכת. גם בגירושין ובכפיית הגירושין יש אינטרס של האדם, והתלמוד אומר בשלב השני שכך יש להגדיר רצון - רצון על פי אינטרס, או מענה לצורך או מענה לאינטרס. כשהוא קיים אז אומרים שיש לאדם רצון. כאשר בוחנים את הדברים האלה אצל מוכר - אדם שמוכר תחת לחץ (תליהו וזבין) - יש קושי יותר גדול, כי בקורבן או בגיטין יכולים לראות את האינטרס. במכירה תחת כפייה כזו קשה יותר לזהות אינטרס גדול יותר שאדם נענה לו. שלב ב': רצון מאינטרס. על הרקע הזה התלמוד מחפש הגדרה שלישית:

**השלב השלישי -** בתוך התהליך הזה של הכפייה, אגב שאנחנו כופים ואונסים את האדם, הוא עובר תהליך נפשי מסוים, ותוך כדי התהליך הוא מסוגל להגיע להחלטה, שהוא מוותר על ההתעקשות. נכון, זה לא רצון חופשי ונקי מאילוצים, וזה לא מענה לאינטרסים אמיתיים שלי, אבל בסוף הוא מסכים. כלומר, שלב ג' - רצון כהתרצות, הסכמה גם אם בשפה רפה. בשלב זה אנחנו מסתפקים ברף מאוד נמוך של רצון או הסכמה, אבל הרף הנמוך הזה מספק אותנו. אם הוא אומר אני רוצה, אז גמרנו, אני רוצה. **מחוזות נמוכים של הגדרה של רצון והסכמה. איך יודעים שהוא באמת רוצה למרות שהוא בתהליך של כפייה?**

**חלק א' בשלב ג': התלמוד מפגיש בין ההלכה של מיקחו בטל (בסיקריקון - העסקה בטלה) ותליהו וזבין - זה תקף.** למה בשלב של תליהו וזבין מקחו תקף ובסיקריקון המכר בטל? התלמוד מפגיש בין שתי ההלכות האלה, ועל הרקע הזה התלמוד ינסה להגדיר מחדש: מתי בכפייה, רצון כפוי - יודעים שבאמת היה כאן רצון. התלמוד אומר שנאמר על הלכת הסיקריקון, שלהגיד בלבד זה לא מספיק, אבל בשטר - אפילו שיש סיקריקון ברקע - זה קנה. למה? כי שטר זה פרוצדורה שלמה, מהלך שלם שלוקח זמן, ולכן מניחים שאם אדם שותף פעיל למהלך מתמשך כזה, יש פה אותות רצון. ממשיך התלמוד ואומר שזה לפי דעת רב. רב אומר שעיסוק בשטר זה אות רצון מספק, אבל שמואל, חברו של רב - מבחינתו שטר זה לא אות רצון מספק. לפי שמואל אות הרצון המספק יהיה היכן שנותן זוזים - כשכבר יש כסף בעסקה, והמוכר לוקח אותו. לקיחת הכסף הוא מעשה ממשי פיזי, ולכן הוא מעיד על אות רצון. בשלב הזה של הסוגיה, התלמוד אומר שכאשר מדובר בכפייה משולבת עם רצון, אנחנו צריכים **אותות רצון -** כתיבת שטר לפי רב או גבייה של תמורה, כסף - לפי שמואל.

**חלק ב' בשלב ג'** : רבה - 100 שנה קדימה, מנסה גם הוא לנסות אותות רצון בעסקה של רצון כפוי: לפיו ההלכה היא שאין לערער על ההלכה של תליהו וזבין, וגם הלכות הסיקריקון לא משנות לנו. התנאים שעושים אותם תקפים: הבחירה בקרקע מסוימת. בשלב הזה התלמוד מחפש אותו רצון , שלוש במספר: בחירה של שדה, שיתוף פעולה במכר באמצעות ריצוי המעות, או ויתור על האופציה להשתמט - סוג של הסכמה אי של רצייה. בעצם, אפשר לומר שבשלב הזה הסוגייה שרטטה כל מיני אותות רצון, ההבדל הוא שבשלב א' נדרשנו לסיגנלים חזקים יחסית - פעולות ממשיות כמו כתיבת שטר וכסף. בשלב ב' הסיגנלים נחלשים - בחירה בשדה מסוים, ספירה ביחד את הכסף, יכולתי להשתמט אובל לא ויתררתי - סיגנלים חלשים יותר מאשר בשלב א', ובכל זאת מכירים בהם.

**חלק ג' בשלב ג':** ההלכה: אם ראינו ששלב ב' מביא סיגנלים חלשים שמספקים, חלק ג' עוד יותר קיצוני ואומר שסיגנלים כמעט אפסיים, גם מספקים. ההלכה אומרת שכל הסיגנלים שנמנו עד עכשיו, מדובר בסיגנלים מספקים. בדורות האחרונים של האמוראים הגיעה הלכה חשדה שאומרת שכפייה היא תקפה, לא רק כשמודבר במכר של קרקע, אלא גם בקידושין של אישה - אישה שהכריחו אותה להתקדש. כאן, אומר התלמוד שאם אתה מנסה להקביל קידושי אישה כפויים דומה לשדה זו- ללא בחירה. לפי ההלכה הזו הסיגנליים הם אפסיים. ברגע שהיא אומרת את המילה בסדר, מבחינתנו זה מספיק בקידושין, אז באותה מידה זה מספיק במכר. התלמוד מוסיף ואומר בשלב עריכת התלמוד - הוא אומר שמבחינת שיקולי מדיניות שזו התנהגות בלתי אפשרית, לא יכול להיות שהאדם הזה יהנה מפירות העץ המורעל - הוא עשה שלא כהוגן, אז עושים איתו שלא כהוגן, וגם אם הקידושין חלים - מפקיעים אותם. החלק האחרון הזה - פוגע בכל הסוגייה.

אפשר לראות שאם בחלק הראשון של הסוגייה יש כיווץ של מרחב הרצון - התחלנו ברצון החופשי הנקי וקיבלנו בסוף רצון שבא אגב כפייה. החלק השני של הסוגייה מגדילים את המרחב - בעסקה כפוייה נדע שיש גמירת דעת לפי אותות ברורים שיבטעו את גמירת הדעת והרצון. שלב 1 שבו הסיגנלים יותר חזקים - פעולות אקטיביות של שטר וקבלת המעות, או סיגנלים יותר חלשים - שדה סתם והשניים הנוספים.

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

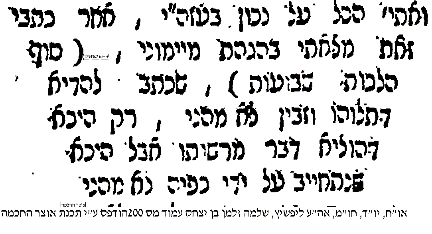
מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכרו, ממכרו ממכר בין במטלטלים בין בקרקע, שמפני אונסו גמר והקנה אף על פי שלא לקח הדמים בפני העדים. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דבעינן שראו העדים נתינת המעות. אבל הודאתו לחוד לא מהני (טור וראב"ד פ"י דמכירה). וי"א דבעינן דווקא שנתן לו המעות, אבל אם נתן לו 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.

3. רשב"ם, שם

דכל דמזבין איניש - רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו שאדם מוכר, אי לאו דאניס ודחיק במעות לא הוה מזבין, ואפ"ה הוה זביניה זביני בעל כרחו, אפילו לא גמר ומקני, שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכין לו ומכרן לדברים שאין צריכין לו, אלא כולהו קונה לוקח, וה"נ אף על גב דאניס מוכר קונה לוקח, הואיל וקיבל דמים, אף על גב דלא גמר ומקני.

שאני אונס דנפשיה - שצריך למעות ומתוך כך מוכר חפציו מדעתו דהתם איכא למימר גמר ומקני. מאונסא דאחריני - שמכריחין אותו למכור דהתם לא גמר ומקני.

5. שו"ת חמדת שלמה, חושן משפט, יג



עד עכשיו דיברנו על גמירת דעת בתוך עסקת מכר. כפי שראינו, הרכיבים הקריטיים הם אותו הרצון - אותות שרלוונטיים לעסקת מכר, אבל מה קורה בהליך חוזי שנעשה בתנאים דומים, שלא ברורה בהם גמירת הדעת, לחץ, כפייה וכדומה. האם אפשר לבר על העתקה של אותות רצון מהמגרש הקנייני למגרש החוזי? היון בשאלה הזו אינו עתיק, והדיונים הראשונים בסוגיה הזו נעשים בסוף המאה ה-18, תחילת המאה ה-19, שיש יותר ערנות לפוסקים על התופעה החוזית.

**20 דקות אחרונות לשיעור:** לפי השו"ת - הדיון התלמודי מדבר על מקרים בהם המעשה נגמר תכף. כאשר מדובר בהתחייבות חוזית עתידית. ההבדל בין עסקה חוזית שהיא עתידית, לבין עסקת מכר, שהיא עכשווית. לפיו,

6. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד (דפוס פראג), סימן תתקלח

להאריך אין פנאי, ובקצרה אשיב הנראה בעיני, כאשר הראוני מן השמים, שא"כ הוא [כמו שהכתב] מדבר שאין באותו חרם ממש ואינם צריכי' לקיימ', כיון שאנוסי' היו, שהיו מיסרין אותם בכמה מיני יסורין ומגזמים להורגם ולתלותם, דאפי' תלוה ויהיב לא הוי מתנתו מתנה (ב"ב מ"ד ע"א), וכ"ש בנדון זה, דאכתי לא יהיב מידי, אלא נדרו לתן, ולא בא עדיין הממון ליד האנסי'.

מביא פסק של רבו שדן ביחס בין מכר כפוי לחוזה כפוי. 0כותב תשובות הלכתיות מהכלא הגרמני של ימי הביניים בלי ספרים) - מקרה שאנשים בתוך הקהילה היהודית עשו הסכם בין הנציגים של הקהילה לבין יהודי אחר, גורם פרטי בקהילה שהיה איש מקושר לשלטונות והפעיל לחץ על הקהילה לעשות איתו הסכם. הקהילה רצתה להתנער מההסכם שנכפה עליהם לחתום עליו. הם פונים למהר"ל מרוטנבורג שאומר שלמרות יש סנקציות שהוטלו על הפרת ההסכם, הסנקציות לא יחולו עליהם כי הם היו אנוסים - סוג של תליוהו ועשה חוזה. אז למה בתליהו ועשו הסכם הוא לא חל? כי אין כאן מכר של מכירה, הסוגיה מבחינה למשל בין מכר כפוי למתנה כפויה - המוכר משתף פעולה עם אקטים של הקונה ואז יש סיגנלים של רצון, אבל במתנה אין סיגנלים של רצון, והתלמוד אומר שבמתנה זה לא חל. כל שכן, בהתחייבות עתידית כפויה, גם אין סיגנלים ואותות של רצון בהתחייבות העתידית, ועדיין לא הביאו ממון ולא הביעו אותות של רצון. הנקודה הזו שיש הבדל בין מכר כפוי לחוזה כפוי - לעניין העתידיות. במכר הכפוי, זה קורה כאן ועכשיו, ובהתחייבות עתידית חוזית, העתידיות גורעת בגמירת הדעת. לא ברור מה האותות דנדרשים בחוה כפוי: האם יותר חזקים, או שפשוט נפסול את החוזה. בשורה התחתונה זה לא ברור.

**השלמת סוף מאוריה:**

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. אם אנסו אותו וממש תלו אותו המכירה תקפה- לקיחת הכסף היא אות רצון מספק גם אם אין עדים.   
הגה (הרמ"א): 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). צריך שנטילת הכסף למוכר תהיה על פי עדים. ביטוי למחלוקת בין רב לשמואל- צריך נתינת מעות או שנתינת שטר מספקת. השו"ע דורש את הרף הגבוה של נטילת המעות, הרמ"א נותן גם את האופציה להסתפק בנתינת השטר.

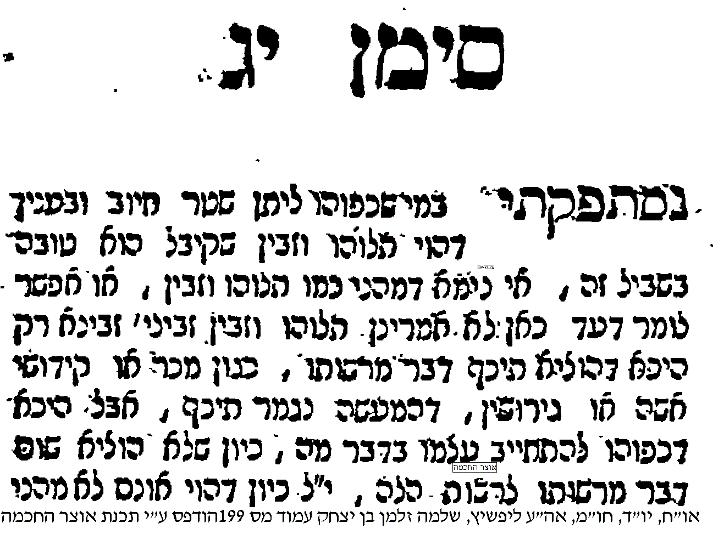
לפיכך אם מסר מודעא קודם שימכור, ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל, ואפילו החזיק כמה שנים מוציאים אותה מידו ומחזיר הדמים. וצריכים העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו. וכל מודעא שאין כתוב בה: אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה, אינה מודעא.

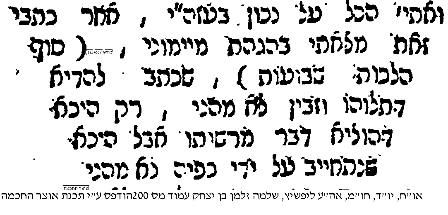
מודעא זו תופעה משפטית שהיא הצהרה- מודעה שמוסר אדם שהיה קורבן לעסקה כפויה. במודעא זו, אשר נכתבת בשטר, הנכפה לביצוע העסקה כותב שהוא עסקה ביום מסוים אבל הוא עשה אותה שלא ברצון, הסכמה תחת כפייה. לכן הוא מוסר מודעא זו. הברירה הזו קיימת לכל אדם שהיה קורבן לעסקה כפויה. אם הוא מנפיק את המודעא הזו לפי התנאים הנדרשים אפשר לבטל את העסקה הכפויה.  
אם המוכר נותן את המודעא לפני המכירה ואומר ל2 עדים שהוא מוכר את הנכס בשל אונס, המכר בטל, אפילו אם יראו את המודעא כמה שנים אחרי- כל עוד היא נכתבה לפני אין תוקף למכירה ומבטלים אותה. העדים שכותבים את המודעא צריכים לדעת שהוא מוכר מפני האונס ושבוודאות יש במקרה כפייה מכלי ראשון ויש נוסח שצריך לכתוב במודעא.

הסייגים הם כדי שלא כל אדם שירצה להשתחרר מעסקה יעשה זאת. יש דרישות קפדניות שמאפשרות למי שעוד בהן להשתחרר מהעסקה.

\*\* למה זה כ"כ חשוב לעניינו תופעת המודעא? מדובר בתופעה שורשית ויסודית שמגיעה מהתלמוד. הואיל ואפשר להשתחרר מכל עסקה כפויה באמצעות מודעא, זה אומר שתמיד בכל עסקה כפויה נמצאים באפשרות להשתמט- ע"י כתיבת מודעא. כתיבת מודעא זה לא דבר קל נפשית וגם לא עובדתית, אם מישהו כופה עליך עסקה זה לא פשוט ללכת ולמסור הודעה לעדים (אפשר גם בע"פ כל עוד זה לפני המכר). הופך כל עסקה כפויה לעסקה שניתן להשתחרר ממנה, לכן אם לא בחרת באופציה של מודעא יש בהחלט אותות רצון מסוימים ויש בחירה.   
🡨 דבר זה מרכך את ההלכה הקשה של "תלוהו וזבין". זוהי הלכה מאוד ידועה במשפט התלמודי. אנשים תמהים איך אפשר לסבול רעיון שמכר כפוי הוא תקף? הסוגייה התלמודית לא נוחה מן העניין הזה ומחפשת הגדרות או אותות שבאמצעותן נדע שתחת הלחץ יש רצון שבא לידי ביטוי במעשים או בסימנים אחרים, ותמיד ברקע יש את האופציה להשתחרר באמצעות מודעא, ואם המוכר לא בוחר להשתחרר זה סוג של בחירה. לכן "תלוהו וזבין" זה לא כפייה שלמה. אם מכר נעשה כשיש אקדח על הרקה המכר לא יחול.   
\*\* הניסיון לדייק את התופעה המנטלית של גמירת דעת, מה זה רצון ומה זה הסכמה. סוגייה שמבררת ומדייקת מה זה בדיוק גמירת דעת. ס' 18 לחוק החוזים המודרני- בירור מה זה גמירות דעת. גם בסוגייה העתיקה יש בירור מהי גמירות דעת.

אותות הרצון רלוונטיים לעסקת מכר, **מה קורה בהליך חוזי שלא ברורה גמירת הדעת ויכול להיות שיש לחץ וכפייה?** האם אפשר להעתיק אותות רצון מהמגרש הקנייני למגרש החוזי? אין דיון עתיק בשאלה זו, הדיונים הראשונים נעשים בסוף המאה ה-18, כשיש ערנות בספרות הפוסקים לתופעה החוזית שהולכת ורווחת. פסק הלכה של הר' שלמה זלמן ליפשיץ- רב ראשי של ורשה.

**שואל שאלה:** חוזה כפוי שדומה לנסיבות של תלוהו וזבין- שיש טובת הנאה תמורת החוזה. השאלה היא האם נאמר שזה מועיל כמו תלוהו וזבין? אפשר להעתיק את ההלכה של מכר כפוי גם על חוזה כפוי או שבגלל שיש אונס זה לא יועיל? יש הבדל בין עסקה חוזית עתידית לבין עסקת מכר עכשווית. אותות הרצון שצריך לקחת בחשבון רלוונטיים לגמירת דעת. במכר הואיל והוא מתבצע מייד זה משדר גמירת דעת משמעותית כי יש ידיעה שהמכר מתבצע מיד. בחוזה עצם זה שמדובר בפעולה עתידית זה מקהה את גמירת הדעת ואולי אותות הרצון של מכר לא יספיקו לחוזה? **אז האם אפשר להסיק הלכה ממכר כפוי לחוזה כפוי?**(מזכיר את גישת הרמב"ם באסמכתא- התחייבות עתידית לבצע מכר, אחת מהבעיות של התחייבות מותנית קשורה בעתידיות, העובדה שמישהו רק מתחייב בהליך חוזי ולא מוכר באופן ממשי פוגם בגמירת הדעת. אם תוקף העסקה של האסמכתא מתחיל מעכשיו העכשוויות מחזירה לתמונה את גמירות הדעת. רעיון שהרמב"ם שאב מהתלמוד).

**תשובתו לשאלה:** יש הבדל בין מכר כפוי לבין חוזה כפוי- חוזה כפוי לא תקף. הוא לומד זאת מהגהות מיימוניות- הגהות אשכנזיות שנכתבו על פסקי הרמב"ם המייצגת פסק ספרדי.

ההגהות המיימוניות מביא פסק של רבו- המהר"ם מרוטנבורג (שהיה בכלא 13 שנה וכתב שם):

שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד (דפוס פראג), סימן תתקלח- להאריך אין פנאי, ובקצרה אשיב הנראה בעיני, כאשר הראוני מן השמים, שא"כ הוא [כמו שהכתב] מדבר שאין באותו חרם ממש ואינם צריכי' לקיימ', כיון שאנוסי' היו, שהיו מיסרין אותם בכמה מיני יסורין ומגזמים להורגם ולתלותם, דאפי' תלוה ויהיב לא הוי מתנתו מתנה (ב"ב מ"ד ע"א), וכ"ש בנדון זה, דאכתי לא יהיב מידי, אלא נדרו לתן, ולא בא עדיין הממון ליד האנסי'.

שאלו אותו על מקרה שנעשה בתוך הקהילה היהודית הסכם בין נציגי הקהילה לבין יהודי אחר שהוא גורם פרטי, איש מקושר לשלטונות שהפעיל לחץ נוראי על נציגי הקהילה לעשות איתו את ההסכם. לאחר מכן נציגי הקהילה ניסו להתנער מההסכם שהם היו כפויים לחתום עליו. המהר"ם אומר שאם הם לא יקיימו את ההסכם לא צריך להטיל עליהם את הסנקציות מכיוון שהם היו אנוסים. מה ההבדל בין מכר תלוהו וזבין לבין הסכם כפייה? אפילו אם כופים אדם לתת מתנה כפויה, בשונה ממכר כפוי שיש בו אותות שהמוכר משתף פעולה עם הקונה ומסמל רצון, במתנה אין אותות כי היא חד צדדית ומתנה כפויה לא חלה. קל וחומר שהתחייבות עתידית כפויה שעדיין המוכר לא נתן כלום החוזה לא יחול ואין לעסקה כזו תוקף.   
🡨 הדרישות לגמירת דעת בחוזה הן גבוהות יותר מאשר במכר ולכן חוזה כפוי לא חל (הדין לא ברור האם נדרשים אותות יותר חזקים ממכר או שבכל חוזה כפוי אין תוקף לעסקה).

**שיעור 16, 10.12.2020**

**חלק ט' לסילבוס: יסוד התמורה -"בההיא הנאה" (טובת הנאה)**

**הקדמה**

יסוד התמורה קיים גם בעולם המודרני - מעורר ויכוח בין התפיסה האנגלו אמריקאית שמחשביה את יסוד התמוה ורואה בו אחד מרכיבים הבסיסיים של התופעה החוזית (כל סיפוק אינטרס, וטובת הנאה שעולה לאדם מן החוזה נופל בגדר תמורה) לעומת הגישה הקונטיננטאלית שמדברת על מפגש רצונות - שם הגורם המרכזי בתופעה החוזית הוא מפגש הרצונות בין הצדדים ואין צורך ביסוד התמורה. כך, בעולם השמרני משפטית האנגלו אמריקאי, התופעה החוזית היא תופעה שנוטה לכיוון ריאליסטי, במובן הזה שהחוזה עוסק במושא - ומהבחינה הזו, חוזים הם תחום מעין קנייני, שמתכתב עם התחום הקנייני במובן הזה שיש בלב התופעה המשפטית החוזית מושא /נכס מסוים שעובר מצד לצד, גם אם מופשט.

לעומת זאת, במשפט הקונטיננטאלי, בלב התופעה החוזית לא עומד האובייקט, אלא הסובייקט - הצדדים וההסכמה שביניהם. המשפט הישראלי כידוע, לקח כיוון למשפט הקונטיננטאלי מאז חוק החוזים החדש: משנת 1973. המשפט האנגלי הפך ממשפט אנגלי למשפט הקונטיננטאלי ע"י המשפטנים המלומדים בישראל בעשוריה הראשונים.

יחד עם זאת, המשפט העברי שייך למשפט השמרני יותר כמו האנגלו אמריקאי, בו קיים יסוד התמורה. לא בכדי כותרת הדיון כוללת גם את טובת ההנאה, כי זו הדרך העיקרית שבאמצעותה התלמוד הבבלי בוחר לנסח את יסוד התמורה. ככלל, כשאומרי בההי הנאה, מתכוונים יסוד התמורה.

תחילת הדיון: 2 מקורות תלמודיים רבי תוכן בנוגע ליסוד התמורה: המקור הוא מעין מבואה לקראת המקור השני העיקרי.

|  |  |
| --- | --- |
| 1. קידושין ט, ב, עפ"י כ"י וטיקן 111  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)  המקור הראשון עוסק בעיקרו בשאלה בדיני משפחה: עוסק באירוסין/קידושין שנעשים באמצעות שטר. מושגים: אירוסין = אקט הלכתי מחייב משפטית והלכתית בני זוג שבוחרים להינשא זה לזה (שלא כמו האירוסין של היום שמהווים יותר יריית פתיחה והופעת חימום לקראת הנישואים עצמם) שדורש גט מדין תורה על מנת לפרק אותו. אירוסין שהם קידושין. לשונית: אירוסין היא המילה המקראית וקידושין - המילה המאוחרת יותר למקרא. שלושה דרכים להתארס: הדרך המקראית, היחידה שכתובה במפורש במקרא היא באמצעות קיום יחסי אישות; בקנייה: במוהר - בין היתר, כמה אישה שווה בגמלים; הדרך השלישית - שטר: חכמים אומרים שאישה מתקדשת בשטר מפני שהיא מתגרשת בשטר. גט בארמית הרי זה שטר.  הסוגייה: שתי הלכות מרכזיות ביחס לגט. הלכה 1: גט צריך להיכתב לשמה של האישה המתגרשת - לא ניתן להכין גיטין מוכנים במגירה מראש ולשלוף אותם בעת הצורך. הסיבה היא שגט נועד להיות סוג של בולם זעזועים או בלם של ממש או לפחות מנגנון השעיה של היחסים הטעונים בין בני זוג. הרעיון של הגט יושב על זה שאנחנו מעוניינים שכשבני זוג רבים הם לא יתרגמו את זה אוטומטית לפרידה - אלא להשהייה (ללכת לסופר, ולבקש לכתוב) הבשלה שיוצרת נעילה על התהליך (מה שעושים היום בצורה מוגזמת היום בבתי הדין לשלום בית) תופעה שקיימת גם במשפט המוסלמי - שצריך לעשות את האמירה של לכי שתיאמר שלוש פעמים בהפרשים של חודש בין הפעמים, כלומר זה לא תלכי והיא הולכת. צריך לחזור על זה בהפרשי זמן ארוכים - כמנגנון השהייה.  הלכה 2: הגירושין עד לפני 1000 שנה היו נעשים גם בעל כורחה של האישה, ולא היה צריך את רצונה, אלא האיש היה יכול להחליט על כך באופן חד צדדי. את, עד חרם דרבינו גרשום, שכלל מעל 20 עניינים, אחד מהם היה על העניין הזה. בתלמוד לעומת זאת, אפשר עדיין לגרש איה בעל כורחה.  בחזרה לשאלה: האם שטר האירוסין כפוף אל דיני הגירושין או שאולי שטר האירוסין סופג את ההלכות שלו מסביבתו הטבעית - מהקידושין האירוסין, שם אין עניין של מנגנוני השהייה.  לפי רבה ורבינה השטר הוא תקף, כי שטר האירוסין הוא שווה גט, אולם שני אמוראים אחרים מבבל, אומרים שהיא לא מקודשת כי שטר האירוסין צריך להתאים לסביבה של הקידושין - שהשטר צריך להיכתב מרצונה ומדעתה של האישה. התלמוד כדרכו כשהוא מביא מחלוקת בין האמוראים, הוא מביא מן המקורות הקדומים שיעזרו להבין את המחלוקת.  יש מקור תנאי שנאמר בו ששטר אירוסין צריך להיכתב מדעת שניהם, כלומר גם מדעתה של האישה. לכן שטר שלא נכתב מדעתה של האישה, לא מביא לקידושין תקפים. התשובה על כך, היא שאלה הם המסמכים הנלווים לאירוסין, כמו שטרות שיש בהם הסכמים כספיים על סכומים מסוימים. "שטרי פסיקתה". כלומר במשא ומתן בין הורי החתן לבין הורי הכלה לפני הקידושין ומסכימים יחד על סכומים.  רב אומר שבאמצעות השיח של ההורים, נעשית זכות קנויה. הכוונה אינה לכתבי אירוסין ממש - לשטר עצמו, אלא למסמכים נספחים נלווים של יחסי ממון בין בני הזוג - ההסכמים בין ההורים למשל. התלמוד עושה את המהלך הזה בלית ברירה, כדי להסביר גם את המקור שאומר שהיא אכן מקודשת - שברור שלהסכמים הממוניים צריך רצון ואת דעת שניהם.  בורה התחתונה, התלמוד מנסה להבין את אופיו של שטר האירוסין - יצירת קידושין או דומה יותר לגט, לצורך הדיון מכניס את המקור שאומר שלשטר אירוסין צריך את דעת שניהם.  החשוב במקור הוא הסיפא: התלמוד אומר שיש דברים שנקנים באמירה: שטרי פסיקתא, והתלמוד אמר שכשכתוב במקור התנאי ששטרי אירוסין נקנים מדעת שניהם, הם שטרי פסיקתא:  דברים הנקנים באמירה=שטרי פסיקתא= שטרי אירוסין  ועדיין, הנוסחה המשולשת הזו מאוד מאולצת. חשוב לדעת שאת הנוסחה המשולשת הזו, מבחינת השכבות היסטוריה: הנוסחה המשולשת היא נוסחה מאוחרת, כי היא מתחת על גבי דיון בין כל האמוראים בשורה הראשונה. לפחות חלק מהם הם מאחרוני האמוראים, לכן הנוסחה המשולשת הזאת היא נוסחה מאוחרת של עורך התלמוד בסוף תקופת האמוראים - סוף המאה החמישית ואולי גם לאחר מכן.  סרגל הזמן של היסטוריית הרעיונות ההלכתיים:  רב (מאה 3) חוזה בע"פ => קניין  רבא (מאה 4) חוזה + דרישת תמורה => קניין  רב אשי (אמצע מאה 5) חוזה + דרישת כתב => קניין  סתם תלמוד (סוף מאה 5) דרישת כתב + מעשה קידושין => קניין  נלמד את הסוגייה ובכל שלב נתחבר חזרה לתרשים כדי לראות מה קורה בו. בסופו של דבר, אחרי שנראה את כל השכבות, נבין את התרשים.   |  | | --- | |  | |
| 2. 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, והאלהים! אמ'[ר] רב אפילו בבתו בוגרת, דאי לא תימא הכי, אבי הבן מה הנאה קא ממטי לידיה? אלא בההיא הנאה דקא מיחתני גבי הדדי, גמרי ומקני להדדי.  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...  הסוגייה מתחילה איפה שהסוגייה הקודמת סיימה. כאן נכנסים לגוף את העניין ומרחיבים את הדיבור על העניין הזה. רבא, שחי 100 שנים אחרי רב, מחשובי האמוראים בבבל, ונתן לתלמוד הבבלי יחד עם אביי את התלמוד כפי שהוא מעוצב כיום. כאשר הבת היא נערה, יש הנאה לאביה, אבל לכלה בוגרת אין הנאה: בענייני כשרות משפטית כיום יש הבדל קל בין קטין לבגיר - מעל או מתחת גיל 18. בעולם המשפטי יש מעמד ביניים שנקרא נערה, שקיים רק אצל בנות. המושג נערה בהקשר זה הוא מושג משפטי, שמקים הפרדה בין הקטנה, בוגרת ונערה. נערה - זה חצי שלב, עד גיל 12 היא קטינה, מגיל 12 וחצי היא בגירה, ובאמצע יש חצי שנה שהיא נערה. כל זה בשביל חצי שנה.  ההסברה הטוב ביותר שניתן לזה ניתן על ידי ד"ר ישראלי שמראה שהמקרא מתייחס גם לנשים וגם לילדים בתור נכסים של (את האישה קונים, הילדים הם סוג של נכסים של ההרים) וחכמים לא אוהבים את הגישה המקראית הזו ומנסים לשנות אותה: איזה היא לא נכס אלא בת זוג וילדים אינם נכסים. בהקשר הורים ילדים, אומר הד"ר כך: לפי הגישה המקראית הילדים הם נכסים של ההורים, כלומר ההורים שולטים בצורה מלאה בילדים שלהם קיים לא פעם במקרא גם לגבי נערה, ולא רק לגבי ילדים קטנים. משל אם נערה נודר נדרים ועדיין בבית אביה, האבא יכול להפר את נדריה, והוא שקובע ושולט בבתו הנערה בהקשר לנדרים שלה. דוגמא אחרת: במקרה של עבירות מי שבוצעו בנערה, המקרא מטיל גם קנסות - אם אדם אנס נערה הוא צריך לשלם קנס גבוה. כשהבת היא נערה האבא שלה מקבל את הכסף. המושג נערה הוא מושג לא ברור - ברור שהיא כבר לא ילדה קטנה, אבל מה זה בכל זאת כן? עד מתי נערה היא נערה?  חכמים לא אהבו את העניין הזה של אב ששולט בבת שלו, והם העדיפו לקרוא כל פעם שכתוב נערה שזה כמה שיותר קרוב לקטנה. בוגרת זו בוגרת, והיא אוטונומית משפטית. לכן כשכתוב נערה, זה חצי שנה - צמצמו את מרחב הזמן של נערה שהוא קצת יותר מקטנה. מהלך חז"לי מכוון שנועד לצמצם את השליטה וקנייניות של הורים בילדיהם.  על הרקע הזה, חוזרים לרבא: מסתייג מדברי רב שמתקבלים בדרך מאוד מגבלת. אם מדובר בנערה - אין בעיה, אם מדובר בבוגרת - לא מוכן לקבל. לפיו, בסגירה בין ההורים, וההטבות הכספיות שמתקבלות, האב מקבל בגלל שהוא שולט בבתו הקטינה. אם האבא נכנס אז להסכם שנותן סכום של כסף, אז יש פה עסקת חליפין שעובדת - זה לא רק חוזים אלא חליפין של טובות הנאה שיש בין הצדדים. ההנאה מגיעה לאבא. אולם כשמדובר בכלה בוגרת, היא יצאה מרשות אביה, בגיל 12 וחצי, לכן כל הטבות ההנאה יעברו יש לחשבון הבנק שלה, וזה כלל לא מגיע לחשבון הבנק של אבא שלה. לכן רבא לא מבין איך המנגנון של רב יעבדו ביחד לבוגרת.  בחזרה לתרשים: רבא חי במאה הרביעית, מאה שנה אחרי רב, שאומר שחוזה בע"פ לא מספיק. לפיו, צריך להכניס לתוך המנגנון של חוזה יוצר זכות קניין את דרישת הקניין. כלומר - אם מדובר בנערה - יש תמורה - הסכומים שנכנסים כטובת הנאה מגיעה לאבא, להתחייבות יש תוקף כי כנגד ההתחייבות יש תמורה שנכנסת לאבא, בגלל שמדובר בנערה. לכן צריך חוזה + דרישת תמורה. לעמת זאת, כשמדובר בבגירה, אין יסוד תמורה, ולכן זה לא חל. רבא מצמצם את דברי רב רק למקרים בהם מדובר בנערה - לטווח של חצי שנה. התלמוד לעומת זאת, לא אוהב את ההסתייגות של רבא. התלמוד מוכן להישבע על כך, ומוסר הצהרה. בידי התלמוד יש מסורת שרב אמר במפורש שההלכה שלו חלה גם על בת בוגרת. בנוסף למסורת של התלמוד, יש כאן מסורת הגיונית, אחרת, אם לא יקבלו את ההלכה של רב: האבא של הבן נותן את הכסף, אבל לא ברור מה הוא מקבל. בכל שלב כשבן מתחתן גם כשהוא קטן, הוא יוצא מרשות אביו - הוא מספיק בוגר להיות אדם מפרנס שמביא ילדים לעולם. מרגע שמתחתן יש לו כשרות משפטית, והאבא של הבן לא מקבל כלום. אם כך, מצדו של אבי הבן אין שום תמורה שהוא מקבל אותה - לכן התלמוד לא מקבל את הרעיונות של רבא משתי סיבות אלה: המסורת התלמודית על דבריו של רבא שחל גם על בגירה, וגם לפי ההיגיון שהאבא של הנער ממילא אף פעם לא מקבל כלום.  התלמוד מנסה להתמודד עם דבריו של רבא: ואומר שרבא צודק בעיקרון עצמו של דרישת התמורה. רבא חשב שהתמורה היא תמורה כספית ממשית - ואז זה אכן חל רק על הנערה, אבל התלמוד מרחיב למעשה את המושג של תמורה, ומדבר על תמורה ריאליים שאינם בהכרח ריאליים כספיים ממשיים אלא גם טובת הנאה של סיפוק אינטרסים, טובות הנאה, זכויות וכדומה. התלמוד מקבל את העיקרון של דרישת התמורה אבל מרחיב אותו ומגדיר תמורה ככל סיפוק של אינטרס. כך, גם טובת הנאה, בהאי הנאה, היא אינטרס שיכול להיכנס תחת יסוד התמורה. טובת ההנאה במקרה הזה היא שההורים מחתנים את הילדים שלהם - להורים יש סיפוק מזה. להורים יש סיפוק לחתן את הילדים שלהם. כתוצאה מזה שיש פה חילופים של טובות הנאה, אז הם גומרים בדעתם ומוכנים להקנות זה לזה. הדברים נקנים באמירה כך: חוזה + דרישת תמורה - מורחבת, תמורה אינה רק תמורה ריאלית או כספית, אלא גם סיפוק של טובות הנאה.  רב (מאה 3) חוזה בע"פ => קניין  רבא (מאה 4) חוזה + דרישת תמורה => קניין  רב אשי (אמצע מאה 5) חוזה + דרישת כתב => קניין  סתם תלמוד (סוף מאה 5) דרישת כתב + מעשה קידושין => קניין  השלב השלישי: שתי השורות האחרונות, רב אשי: מהמחצית השנייה של המאה החמישית, עוד 100 שנה קדימה. הביטוי ניתנו להיכתב מופיע בהקשרים נוספים בתלמוד (טקסטים שמותר או אסור לכתוב אותם); התשובה היא שאסור לכתוב את ההסכמים בין ההורים. התשובה היא שיש הבדל יסודי בין הסכמים או חיובים שבע"פ לבין חיובים בכתב. בחיוב בכתב החיוב עובר להיות מעין חפצי במובן שאומרים לחייב בשטר, שאם אין לו מאיפה לשלם והיו לו נכסים בעת ההלוואה ומיהר למכור את נכסיו אחרי ההלוואה, אז במקרה בו לא יהיה לחייב מאיפה לפרוע, הולכים לצדדים שלישיים. (בתלמוד - חל על מקרקעין, הגאונים הרחיבו גם למיטלטלין). בחזרה אלינו: אחרי שההורים עשו הסכם בע"פ הם רוצים לכתוב אותו - השאלה היא אם מותר לכתוב, כי אם ההסכם נעשה בע"פ אז כוח החיוב שלו מוגבל רק כלפי ההורים המתחייבים, אבל אם הוא ייכתב, החיוב בכתב יהפוך להיות מעין קנייני, ויכנסו לסיפור הצדדים שלישיים - סוג של חוזה למראית עין. הם יכתבו כאילו לא היה בע"פ - ואז זה יהיה חוזה עם מצג שווא. לכן אומר רב אשי שהדברים האלה לא ניתנים להיכתב. ההתחייבות היא אישית, אם יצאת לדרך בע"פ, לא תוכל לכתוב אותו אח"כ, אלא אם ייחתם חיוב מחדש. רב אשי אומר שכדי שתוכל להפוך חוזה לבעל אפקט קנייני צריך דרישת כתב, כי רק אם הוא בכתב, יש לו אופי מעין קנייני. אם בע"פ, הוא אינו הסכם מעין קנייני.  **שיעור 17, 15.12.2020**  **השלב הרביעי:** סתם התלמוד - נטייה היא שהדברים שכתובים בתלמוד באופן סתמי אלה עיבודים של עורך התלמוד, לכן במקרה שלנו בגלל ההתפתחות הכרונולוגית חייבים לומר שסתם התלמוד שלנו הוא שכבה אחרונה ומאוחרת מכולם. בשלב סתם התלמוד - צריך להיות קשר למעשה הקידושין, הקשר צריך להיות של רצף זמנים - מיד או ממש בסמוך להסכם ולהתחייבות ההורים נעשה מעשה הקידושין. כלומר צריך שזה יהיה חלק מפעולת הקידושין. ההתחייבויות הכספיות בין ההורים נספחות לפעולת הקידושין.  אז מה עומד מאחורי הסיפור הזה: כנראה שהוא די פשוט. במאמר של פרופסור אשר גולק, מתואר שמדובר בחוזים שנעשים באמצעות נוסחאות קבועות (אם לא אמרת את הנוסחה החוזה ייפסל) כלומר יש מטבעות לשון שצריך לדקדק אותם. חלק מזה, זה שאלה ותשובה: מישהו שואל שאלה בסגנון מסוים ומישהו מגיב לו גם כן בסגנון מסוים. גולק אומר לשים לב שרב לא מספר סיפור מהצד, אלא המקרה הזה מתואר דרך נסחה משפטית, דרך דיאלוג. גולק בוחן את חריגות תיאור המקרה וסובר כי יש כאן נוסחה משפטית של התחייבות. אם כן, בהשפעת המשפט הרומי של התחייבויות משפטיות מהסוג הזה, בהשפעתו ההלכה הזו חודרת אל תוך המשפט התלמודי. רב הרי פועל בהתחלה בארץ ישראל ומספיק ללמוד בבית המדרש של רבי יהודה הנשיא ומכיר הלכות שרווחות בארץ ישראל שנשלטת על ידי המשטר הרומי והמשפט הרומי הנוהג בארץ. רב מביא את ההלכה הזו לבבל שם המשפט הרומי אינו מוכר, אלא המשפט הפרסי הזואסטרי.  כעת נתנתק מסוגיית הסכמים בין הורים לטובת ילדיהם, ונשים את הזרקורים על יסוד התמורה כשלעצמו ואיך הוא משתלב בתופעה החוזית ואיך הוא פותר את בעיית ההתחייבות ולנסות ולהראות את הביטויים הספרותיים המשפטים שיש ליסוד התמורה (את העיקר בהם ראינו: טובת הנאה). התלמוד מצמיד לבעיית ההתחייבות פתרון.  3. 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.  בעיה מרכזית משלבים קודמים בקורס: התלמוד מעלה את בעיית ההתחייבות ופותר אותה באמצעות יסוד התמורה - טובת הנאה. מעמיק את התזה שיש דרישה כזו שנועדה לפתור את בעיית ההתחייבות. הדוגמא הראשונה: הסכם שומרים - מקור תנאי: דרגת האחריות של שומר חינם היא הנמוכה ביותר, מפני שהוא לא מקבל תמורה עבור השמירה וכי אסור לו להשתמש בנכס. מתנדב ובחור טוב. מה קורה אם הצדדים מתנים ביניהם אחרת? נותנים לשומר החינם את דרגת האחריות המקפידה ביותר - כמעט אחריות מוחלטת - אם הם התנו על זה - יש לזה תוקף. שואלים כיצד? התלמוד מציע לעניין הזה שני פתרונות: (1) הבעיה היא ערטילאיות - פותרים אותה עם האקט של העברת חפץ מיד ליד (נושא 2) - קנו מידו - כלי ראשי לפתרון בעיית ההתחייבות, מהליך ערטילאי להליך ממשי. (2) לפי רבי יוחנן - לא חייבים את האקט - אפשר לתת תוקף בהסכם שומרים באמצעות יסוד התמורה - כלומר, שומר החינם צומחת לו טובת הנאה ויש לו אינטרס בכך שהוא שומר: האמון שנותנים בו וכל מה שמתלווה לכך. תמורה לטובת הנאה שהבעלים נותן בו אמון, בתמורה לכך הוא מוכן לגמור בדעתו ולהתחייב כשומר גם בדרגת אחריות של שומר - שימוש בכלי של דרישת התמורה, טובת הנאה כמענה לבעיית ההתחייבות.  בשורה התחתונה - כשם שהבעיה היא בשת גישות - ריאלית ומנטלית, גם הפתרונות מופיעים כריאליים ומנטליים. (המרצה מעדיף את הגישה הריאלית). |
| 4. 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.  הדוגמא השנייה, דוגמא חשובה של ערבות. תופעה חשובה בתוך המרחב של ההתחייבות: התחייבות עתידית מותנת (אסמכתא)  **השלמה מאוריה:** תופעה חשובה במרחב של ההתחייבות, כי זו התחייבות מסוג מסוים עם מאפיינים מיוחדים. תופעת הערבות על פניה היא תופעה בעייתית- התחייבות עתידית מותנית בעלת סנקציה (אסמכתא). מוסד הלכתי קדום שיש לו תוקף (למרות שעל פניו זה אסכמתא). התלמוד דן בשאלה זו. אמימר הוא מהדור האחרון של אמוראים בבבל. זה שערב משועבד והחיוב חל עליו תלוי במחלוקת בין ר' יהודה ור' יוסי האם אסמכתא (= התחייבות עתידית מותנית על בסיס סנקציה) קונה או לא. על פניה ערבות היא תופעה משפטית שנויה במחלוקת שלא כולם מסכימים לה. ואף ר' אשי אומר לאמימר כי מדובר בפרקטיקה רווחת שאסמכתא לא קונה ומצד שני יש פרקטיקה שערב משתעבד ויש לערבות תוקף- התלמוד משלב מסוים והלאה, בערך במאה ה-4 קובע שאין מחלוקת ומכריע שאסמכתא לא קונה. איך יכול להיות שערבות מחייבת ואסמכתא לא קונה? יש בכך סתירה פנימית. לכן ר' אשי נותן פתרון באמצעותו הוא מסביר למה לערבות יש תוקף למרות שלחוזים אין תוקף, וגם איך להתגבר על האסמכתא: בההיא הנאה. כלומר, כמו שבשומר חינם דיברנו על האמון שהוא שווה ערך, כך גם בערבות כשנושה מוכן להלוות למישהו שיש לו ספקות לגבי תשלום חזרה של החוב זה בזכות האמון שהוא נותן בערב. הנושה מכריז שהערב הזה הוא אדם שאפשר לסמוך עליו וצומחת לערב מכך טובת הנאה, כי בחברה הסגורה של פעם אדם שאפשר לתת בו אמון הוא אדם שיש לו שווי מבחינה כלכלית, ולכן תמורת טובת הנאה זו שהוא נחשב מהימן ע"י הנושה- בין הערב לבין הנושה נוצר הסכם מחייב והערב גומר בדעתו ומחייב את עצמו לנושה וכך נוצר סוג של חיבור והסכם מחייב בין הערב לבין הנושה. לא זו בלבד שיש תוקף להסכם, כך גם אפשר להתגבר על בעיית האסמכתא.  \*\* אחד הפגמים המרכזיים שיש באסמכתא זה פגם העתידיות, כאשר התחייבות כספית היא עתידית יש בה בעיה. הרמב"ם מסביר "בההיא הנאה" זה דרך להפוך את האסמכתא לעכשווית, ההליך מתרחש עכשיו- הנושה נותן אמון ומוכן להלוות לחייב ובמקביל הערב נותן התחייבות שהוא ישלם. יש פה סחר חליפין- הערב מקבל טובת הנאה של אמון ומחזיר תמורתה התחייבות וכך נוצר תהליך עכשיו וכך האסמכתא תקפה. בההיא הנאה נותן יסוד עכשווי להתחייבות של הערבות וכך מתגברים על בעיית האסמכתא.  🡨 **בשני המקרים יש בעייה של התחייבות (ואף בערבות זה נגוע באסמכתא), הפתרון שהתלמוד מציע בשני המקרים הוא פתרון של "בההיא הנאה"- יסוד התמורה. זה מענה לבעיית התחייבות.**  **איך עובד המנגנון של "בההיא הנאה"?**  בהנחה שמנגנון זה הוא פתרון לבעיית התחייבות צריך לבחון מהי בעיית ההתחייבות. על רקע דברי הראשונים והחוקרים העלנו 2 אופציות עיקריות לגבי בעיית ההתחייבות: - אופציה ריאלית- המשפט התלמודי אוהב רק עסקאות ממשיות, במיוחד בבבל על רקע המשפט הפרסי. רק פעולות משפטיות פיזיות וריאליות ולכן יש בעיה בחוזה שמעביר זכויות בצורה ערטילאית. - אופציה מנטלית- הדרישה העיקרית בדיני ממונות היא דרישה של גמירת דעת, כאשר עסקה היא לא פיזית וריאלית יש בה משהו תלוש ומעורפל ולכן מבחינה מנטלית אין גמירות דעת בעסקה, אין החלטיות במעשה שנעשה. יש ביטוי לכך בדברי הראשונים, וגם בדברי החוקרים המאוחרים- גולק מציג את הגישה הראשונה ואלבק מציג את האופציה השנייה המנטלית. זו מחלוקת שקיימת כבר מימי הביניים.  יש אפשרות שבההיא הנאה הוא פתרון ריאלי לבעיה ריאלית ויש אפשרות שבההיא הנאה הוא פתרון מנטלי לבעיה מנטלית.  משתי הדוגמאות אפשר לראות שישנה בעיית התחייבות בשני המקרים, בבעייה השנייה של הערבות היא אף קשה יותר בגלל האסמכתא, והפתרון שמציע התלמוד הוא פתרון של יסוד התמורה, בהאי הנאה - כמענה לבעיית ההתחייבות.  בעבר שרטטנו שתי אפשרויות עיקריות בקשר לבעיית ההתחייבות: הריאלית (התלמוד לא אוהב ערטילאיות) והמנטלית (רוצים גמירת דעת ממשית ולא מעורפלת). הקישור בין בעיית התחייבות לבין טובת הנאה:  5. רבנו חננאל, אוצר הגאונים, קידושין ז, א, עמ' 9  וההיא הנאה מיחשבא לה ככלי דיהביה הקונה למקנה, וקנה בו בתורת חליפין...  הר"ן (ג, א מדפי הרי"ף, ד"ה גרסי')  ולא תטעה דבריו לומר, שהוא סובר דההיא הנאה מדין חליפין, ולא מדין דמים, שאם כן אשה שאינה נקנית בחליפין, היאך נקנית באותה הנאה...  לפי רבנו חננאל, טובת ההנאה היא כמו אובייקט פיזי שעובר בין הקונה ובין המקנה. כלומר בהיא הנאה היא כמו עסקת חליפין. הגישה הזו אומרת שיש טובת הנאה, כמו סיפוק רב של הורים שמצליחים לסדר את ילדיהם בחיים. (התלמוד הירושלמי מבקר ואומר שזה רלוונטי רק לנישואין ראשונים). כך למשל, כאשר אישה נותנת מתנה לאדם חשוב, והוא מקבל ממנה את המתנה היא מתקדשת לו - כיצד? כי כשאני נותן מתנה לאדם חשוב אז יוצא לי לזה משהו - יש לאישה טובת הנאה ולכן היא מתקדשת מזה. הר"ן מבקר את חננאל שאומר זה על ביס חליפין - כי אישה מתקדשת בכסף, אבל היא בשום אופן לא מתקדשת בחליפין (כי יש זילות מסוימת אם היינו אומרים שאישה מתקדשת במוצר תמורת מוצר) לכן חכמים קובעים שאישה לא יכולה להתקדש בחליפין. לכן הר"ן מתקן את הדברים האלה, ומוכן לקבל את הרעיון שאומר שטובת הנאה זה סוג של מתן - שהאישה מקבלת כסף, טובין לי, אבל לא מוכן לתאר את זה כחליפין - כי אי אפשר להסביר טובת הנאה בתוך עולם של קידושין. כלומר זה אמנם מתן וכסף בקידושין, אבל זה לא טובת הנאה. תיקון מסוים של הר"ן לרבנו חננאל שאומר שהוא מקבל את הרעיון הריאלי שזו טובת הנאה שהיא מעין טובין ממשיים, אבל הוא מסתייג מהרעיון שמדובר בסחר חליין.  אם כן, בין הראשונים אנחנו רואים שגישה אחת אומרת שטובת הנאה זה סוג של טובין שעל בסיסה את מתחייב, וגישה נספת שאומרת שזה סוג של סחר חליפין.  אשר גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 4 ...טובת הנאה המגיעה לזה שמתחייב, שגם היא משמשת **מעין נתינת** **חפץ** (ההדגשה במקור) ממשי; אשר גולאק, יסודי המשפט העברי ב, ת"א תשכ"ז, עמ' 37: ...היסוד העיקרי בהעמדת החיובים... מתן שווי של תגמול... וטובת הנאה זו יש לה ערך השווי, והיא כנתינה של תגמול כנגד החיוב.  מתומכי האסכולה הריאלית: מסביר את טובת ההנאה בגישה הריאלית. בשני חיבורים אלה כותב גולאק שטובת הנאה זה כמו לתת חפץ - מה שמזכיר את רבינו חננאל. יסוד עיקרי בהעמדת החיובים. פעם אחת הוא אומר שטובת הנאה היא כמו חפץ (קרוב לדברי רבינו חננאל) ופעם אחרת הוא אומר שזה כמו הר"ן - זו לא נתינה של חפץ אלא נתינה של שווי ערך תגמול, סוג של תמורה כספית. |

6. רשב"א בחידושיו, קידושין ז, א, ד"ה איתמר ...דאטו באשה ובקרקע הנאה זו כסף ממש היא? הנאה יש כאן, **כסף אין כאן**! אלא כדי לקיים כונת המקנה ודעתו, אנו רואים הנאתו כאלו יש לה ממש, **שיתקיים דעתו עליו**...

רשב"א, שם ו, ב, ד"ה תן מנה דערב נמי בההיא הנאה דקא מהימן ליה **משתעבד**, **ולא מחמת גוף הממון ממש**...

שו"ת הרשב"א, חלק ב, קנח כל עצמו של ערב אינו משועבד למלוה, אלא משום שעל אמונתו הלוהו, ומשום שהימניה **גמר ומשעבד נפשיה**...

הרשב"א חוזר על הרעיון שטובת הנאה זה זרז מנטלי הבעיה בהתחייבות זה היעדר גמירת דעת (עתידי וכו) אז מייצרים גמירת דעת בטובת הנאה - טובת ההנאה היא עכשווית ומיידית, לכן זה סוג של קטליזטור - זרז להחלטיות שלי לקיים את העסקה. הרשב"א מסיק מבעיית הקידושין את המסקנה שזה פועל כמנגנון מנטלי ולא כמנגנון פיזי: הרי ההנאה שבאישה ובקרקע אינה הנאה של כסף, אלא כדי לקיים את כוונת המקנה ודעתו - זה מעין חפץ או כסף - העניין הוא בכך שכך תתקיים דעתו עליו - זירוז לגמירת דעת. קשה מאוד להגיד את זה בקידושי אישה שכן דורשים כסף, אבל זה כן מתכתב עם דעתו של רבינו תם מתחילת הקורס.

הרשב"א כותב ביחס לערבות - שזה לא קשור לגוף ממון אלא לשעבוד. למעשה שתי הגישות ביחס לבהאי הנאה (מנטלית וריאלית) שתיהן יונקות מן הניסוח של התלמוד לבהאי הנאה (מקורות 3-4) - שם התלמוד אעצמו בנוסחה משלב את בהאי הנאה וגמירת דעת מנטלית. לא בכל המקומות מופיעה הנוסחה הזו. הדעת נותנת שיש מקרים בהם התלמוד מחדד את עניין גמירת הדעת ויש מקורות שבהם התלמוד לא כותב את הסיפא של גמר ומשעבד נפשי. הדעת נותנת שצריך לפרש במקרים אלה מדובר יותר בגישה הריאלית יותר מאשר הגישה המנטלית.

בשורה התחתונה, הרשב"א מדגיש את הרעיון של טובת הנאה כזרז לגמירת דעת - בהאי ההנאה פותר את בעיית גמירת הדעת.

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

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

במחקר המודרני, חיים סולוביצ'יק (הבן של) מספר 1 בהיסטוריה של ההלכה, מתייחס באחד מחיבוריו בהערה שהוא מתקשה לקבל את הרעיון של חננאל והר"ן - שהתחייבות על ידי קבלת שווה פרוטה זה חידוש. טיעון משונה ומעגלי בעיני המרצה - הטיעון של מה פתאום להגיד שבהאי הנאה נתפס כפתרון ריאלי -שמאיפה מצאנו את זה -כי בחמישה עשר מקורות בתלמוד התלמוד משתמש בטובת הנאה כפתרון לבעיית ההתחייבות.

**שיעור 18, 17.12.20**

**הוכחה שהסוגייה קיימת ומופיעה כבר בתלמוד הירושלמי:**

בההיא הנאה [טובת הנאה] = רוצה ליתן כמה

בשנות השבעים פרידמן טוען במאמר שיסוד התמורה (בהאי הנאה) זה רעיון מאוחר שאי אפשר למצוא אותו אלא בסתם התלמוד ושהאמוראים המוקדמים לא מכירים את הרעיון הזה. לכאורה טענה מינורית והיסטורית, אבל מבחינת ניתוח הסוגיות שלנו - זה יוצר קושי לא מבוטל. המרצה סובר שעם כל ההערכה לפרידמן זוכה פרס ישראל, שהוא שוגה, שגיאה שנובעת מעניין טכני. יכול להסכים איתו שמטבע הלשון המסוימת של בהאי הנאה היא מאוחרת - אולי, אבל יש לבהאי הנאה, בבלי, טרמין מקביל בתלמוד הירושלמי - שקדום בהרבה מהתלמוד הבבלי. אם המושג המקביל מופיע כבר בתלמוד הירושלמי - הרי שהוא בהחל מוסד קדום בהרבה מעורך התלמוד.

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

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

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

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

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

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

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

הדיון בירושלמי מזכיר אות אותה סוגיית הקידושין. לטובת ההנאה בתלמוד הירושלמי קוראים "רוצה ליתן כמה". כאשר התלמוד הירושלמי מדבר על הסכמים בין הורים לילדים, הוא עושה זאת באותה דרך. מקבילה של התלמוד הירושלמי לתלמוד הבבלי. במסגרת המקבילה, התלמוד הירושלמי בודק איך זה עובד: תחילת המקור, התלמוד הירושלמי שואל במה הוא מתחייב לה (לשונו של התלמוד הירושלמי לעורר את בעיית ההתחייבות) ומביא את הפתרון לבעיית ההתחייבות: "רוצה הוא ליתן כמה" - ארבעת הפסקאות האלה מתארות שלבים שונים במהלך חיי הנישואין שבכל אחד מהם כשהבעל מתחייב לאישה, יש לו טובת הנאה שיוצאת לו מזה. יש לו טובת הנאה מהשלב הזה שהוא נמצא בו בחיים המשותפים, ובכך פותרים את בעיית ההתחייבות. הלשון הארצישראלית לבהאי הנאה של התלמוד הבבלי. מתארים בכל אחד מהשלבים מהי טובת הההנאה. למשל באירוסין טובת ההנאה היא שהוא נקרא חתנו של פלוני - אז הוא מוכן לשלם בשביל זה.

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

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

טובת הנאה כתובה - נשים שהיו סוחרות בכתובה שלהן - מעט הזכויות שהיו שייכות להן ולא לבעל והיו יכולות לשלוט בו. אישה יכולה למכור את הזכות לקבל את הכתובה שלה. אם היא תתאלמן או תתגרש - במקום שהיא תקבל את הכתובה, היא תתאלמן, והקונה יקבל את הכתובה. כל הקונה יודע שזו עסקה עם סיכון - אם הם ישארו יחד, אם היא תמות קודם. עם שכלול הסיכונים הוא קונה את הכתובה בהרבה פחות משוויה האמיתי.

התוספתא כתובה בצורה יותר ברורה - אומר בפירוש טובת הנאה.

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

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

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

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

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

בדיני נזיקין - נזקים שבהמות גורמות לבני אדם, לנכסים, פירות, ירקות וכן הלאה. נפוץ בעולמם של חכמים. הכלל שחכמים מייחסים אותו למקרא אומר שאם בע"ח אוכל פירות של אחר, - אם זה נעשה ברשות הרבים, הבעלים של בעל החיים פטורים מן הנזק מפני שיש אשם תורם של האדם ששם שם פירות. בעלי חיים מסתובבים ברחובות. ועדיין - לבעלים יש טובת הנאה מהסיפור - הוא לא צריך לתת לבהמה לאכול עכשיו. על נזקים לא צריך לשלם, אלא רק אם נהנה, ישלם על טובת ההנאה. איך מבצעים אומדן של טובת ההנאה - לפי מה שבעל החיים אוכל ברגיל.

הדיון בתוספתא הוא איך משלמים את מה שנהנתי ולא מה שהזקתי - לפי ליברמן - לא צריך לחשב לפי מה שהיא אכלה, אלא לפי כמה שרוצים לגרום לבהמה הנאה ולפנק אותה. כמה הוא מוכן לשלם על ההנאה של הבהמה - את מה שהבהמה נהנתה. האומדן להנאה של בהמה זה כמה שאדם מוכן לשלם תמורת זה שהבהמה תהנה.

כל זה בשביל להגיד: כבר בתלמוד הירושלמי ובשלב מוקדם יש רעיון של יסוד תמורה, הוא פשוט לא נקרא בהאי הנאה, אלא בלשון המקבילה של כמה אדם רוצה ליתן.

האם יסוד התמורה הוא ביסוד הריאלי או ביסוד המנטלי? אם אומרים שבתלמוד הירושלמי יסוד התמורה הוא משוקלל באמצעות כמה אדם רוצה ליתן, ברור שזו תמיכה משמעותית ביסוד הריאלי. אי אפשר לפרש את זה אחרת. כמה זה שווה לי. ברור שיסוד התמורה הוא יסוד ריאלי. עם הזמן, נוסף לרעיון הבהאי הנאה מעבר לסידו התמורה, גם המרכיב המנטלי. בבסיס הוא היה רק רובד של תמורה, ולאט לאט נוסף גם הרכיב המנטלי.

שתי תופעות שנוגעות לתופעת שומר השכר:

בההיא הנאה = תמורה

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

[משנה: כל האומנין שומרי שכר הן]

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

במקרים רבים יש ניסיון לבדוק מתי אדם מקבל תמורה עבור העבודה שלו. גם אם שומר מקבל טובת הנאה משמעותית עבר השמירה - הוא שומר שכר. המשנה קובעת שכל האומנים הם שומרי שכר. כמו נגר שיצר סלון ושומר לו עליו עד שהבעלים יבוא לאסוף אותו. הנגר במקרה בו היה נזק לרהיטים של יצר - הוא שומר שכר לפי המשנה, על אף שלא מקבלים כסף על השמירה, אולם הם מקבלים טובת הנאה , תמורה אחרת. התלמוד מפרש: טובת ההנאה של הנגר, זה שהמזמין ממנו את המטבח סמך עליו, עזב את כל העולם ובא דווקא לנגר מסוים, מביא סיפוק לנגר. התלמוד מציע עוד טובת הנאה: כשהסלון נמצא במחסנים אם הוא לא שילם את כל התמורה, הוא מחזיק אותו בגרון - יוצא לו מזה משהו. עיכבון באמצעותו הוא גובה את התמורה שמגיעה לו - זה כשלעצמו בעל ערך.

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

[שומר אבדה הוא כשומר שכר]

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

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

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

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

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

משכך, יש כמה דוגמאות בתלמוד שבהאי הנאה משוקלל לתמורה פיזית וממשית. לכן המרצה חותר לכך שהעמדה הנכונה היא שבהאי הנאה וטובת הנאה זה למעשה יסוד של תמורה במובן הפיזי ממשי ריאלי - וקדום.

מכאן נבחן את התופעה בספרות הגאונים וספרות הראשונים של המאות ה-12 וה-13:

מן התלמודים אל ספרות הראשונים: בההיא הנאה – שכלול התחייבות

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

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

תשובת גאונים שנכתבה בסוף תקופת הגאונים שלא ברור מי כתב אותה - אזור המאה ה-10. האם יש תוקף לתנאי של אישה לבעלה שלא יישא עוד אישה אחרת - האם הוא חייב לתת לה את כתובתה לפי התנאי שהציבה אם לוקח אישה אחרת (שמותר באזור ובתקופה)? בגלל שזה תנאי שבממון - התנאי שלה קיים, ובגלל שהתחתן עמה בתנאי זה, זו טובת הנאה (איך?) אם הוא היה מתנה עליה שאין לה שאר וכסות - גם במקרה כזה זו טובת הנאה והתנאי קיים.

**השלמה מאוריה:**

מקובל לומר שאיסור ביגמיה החל מחרום דרבינו גרשום בארצות מערב ושהדבר היה מותר בארצות המזרח. תשובה זו מתייחסת למצב בארצות המזרח ומראה שהמצב הוא שונה והיו נשים שלא הסכימו למצב זה- אישה שמתנה עם בעלה תנאי שאם הוא יישא אישה נוספת עליה הוא חייב לתת לה גט וכתובה. הם תנאי כזה הוא תקף? כי חרם דרבינו גרשום לא חל בארצות מזרח כך שמותר לגבר לשאת אישה נוספת.

הרב עונה שתנאי זה תקף, כי אנחנו נוקטים את ההלכה שאומרת שתנאי בממון הוא קיים (שיטת ר' יהודה במחלוקת בין התנאים- יש תוקף להתנייה של אדם בענייני ממון).

לבעיית ההתחייבות שיש כאן יש פתרון של יסוד תמורה שיש לבעל טובת הנאה מכך שהאישה הסכימה להתחתן איתו רק בתנאי זה, בכך שיש לו טובת הנאה הוא גמר ומשעבד נפשו.

התכתבות עם בההיא הנאה של התלמוד (הסכמים של הורים לטובת ילדיהם- יש להורים סיפוק מכך שנוצר קשר חיתון הדדי ותמורה זה הם מוכנים להתחייב התחייבויות כספיות לטובת הילדים הנשואים). הר משאיל את הרעיון מהתלמוד לשאלה- יש לבעל טובת הנאה מכך שהאישה מתחתנת איתו ובכך הוא משעבד נפשו. יש בכך הרחבה של בההיא הנאה מהתלמוד. (לפי המרצה בגרעין הבסיסי בסוגיה בתלמוד זה יסוד ריאלי ועליו הוסיפו את היסוד המנטלי של משעבד נפשו).

**האפשרות לפתור את בעיית ההתחייבות בשותפות:**יש מחלוקת גדולה בין הרמב"ם לבין חלק מחכמי אשכנז לגבי מהי שותפות ואיך מכוננים שותפות. הרמב"ם שחי בארצות האיסלם תפס את השיתוף כבעלות משותפת לנכס. לא הגדירו מה החלק של כל אחד ומחלקים את הבעלות ביניהם. שותפות= ריבוי בעלים על נכס אחד.

15. רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד

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

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

לפי הרמב"ם, אנשים נהיים שותפים ברגע שיש כמה וכמה בעלים. אם לא הגדירו מה החלק של כל אחד, מחלקים את הבעלות ביניהם. לי הרמב"ם - שותפות זה ריבוי בעלים על נכס אחד. לכן הרמב"ם כותב את הדברים הבאים: אם ניסו לעשות שותפות לא דרך הגבהה אלא דרך שטר התחייבות שמגובה בעדים, לפי הרמב"ם זה לא יעזור, כי שותפות היא קניינית ולא חוזית, ואי אפשר לעשות שותפות באמצעיים חוזיים. הרמב"ם כותב שאי אפשר לכונן שותפות ביחס לאומנות ותוצרת משותפת שתגיע במהשך, בגלל שזה דבר שלא בא לעולם. מה הדרך? שותפות בחומרי הגלם - רכישה במשותף על חומרי הגלם.

**השלמה מאוריה:** תפיסתו של הרמב"ם היא קניינית של בעלות משותפת ולכן הפרוצדורות הן קנייניות שמושפעות מסוג הנכסים ששותפים בו. לכל נכס יש דרכי קניין אחרות. אם מדובר בשיתוף בכסף זה מיטלטלין ואחת הדרכים לקנייה היא הגבהה- כל שותף מרים את הארנק וכך כששלושתם מרימים הם בעלים משותפים על הארנק. הבעלות היא משותפת ולכן מכוננים אותה באמצעות דרכי הקניין הרלוונטיות.   
אם עשו את השותפות במעות דרך שטר התחייבות מגובה בעדים ולא בהגבהה אין לכך תוקף כי שותפות היא קניינית ולא חוזית. זה סוג של חליפין ולא קונים מעות בחליפין.   
אם השותפות היא על טובין- חבית יין וכד דבש- טובין כאלו נקנית גם בחליפין ואפשר לקנות בשטר חליפין- פרוצדורה קניינית שמתאימה למושא הבעלות במקרה זה.  
🡨 **הואיל ושותפות היא בעלות משותפת רוכשים זכות בשיתוף באמצעות דרכי הקניין המתאימות למושא השיתוף.**

השאלה העולה- האם ניתן על רקע זה לייצר שותפות באומנות של בעלי מלאכה שמתחייבים לייצר ביחד?

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

אם האומנים קבעו שהם יתחלקו ברווחים אין לכך תוקף, כי קניין צריך להיות פיזי וריאלי וא"א למכור נכס עתידי. הוא צריך להיות קיים בשעת הקניין. בשותפות כזו מדובר בתוצרת משותפת שאיננה בעולם כשמכוננים את השותפות, ונדרשת פרוצדורה קניינית ביחס לנכסים והם טרם באו לעולם. הדרך לפתור בעיה זו היא בכך שהם שותפים בחומרי הגלם- רוכשים בעלות במשותף על חומרי הגלם, הואיל ומחומרי הגלם מפיקים את התוצרת אפשר להשליך את הבעלות המשותפת מחומרי הגלם אל התוצרת.  
🡨 זה מחייב את השותפים להיות זהירים, כך שהשיתוף יתחיל כבר בשלב חומרי הגלם. שיתוף הוא קנייני- ולכן מכוננים שותפות רק בדרכי הקניין ויש קושי עם שותפות באומנות.

בניגוד לרמב"ם ובמקביל אליו בציר הזמן, מתפתחת גישה אחרת של ארצות אשכנז- גישה שסוברת ששותפות היא חוזית. אם השותפות היא חוזית הפרוצדורות באמצעותן מכוננים שותפות הן חוזיות, ולכן ניתן לכונן הסכם שיתוף ביחס לאומנות כי אין מגבלה חוזית על דבר שלא בא לעולם, בניגוד לקניין שדורש דרישות פיזיות וריאליות.

16. ספר העיטור אות שני - שיתוף

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

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

ארבעה ילדים, אחות שהתחתנה טוב כלכלית ועוד שלושה אחים שהפרוטה לא מצויה בכיסם, בעלה של האחות נדיב ומד פעם היא נותנת לאחים מתנות או כסף ממה שיש להם כזוג. האחים מבינים שיש פה פוטנציאל לסכסוכים ומתחים, והם עוים הסכם ביניהם, שכל פעם שהאחות נותנת למישהו מתנה, הם שמים את הכסף בקופה ומתחלקים. העסק מתפוצץ במתנה הראשונה. האחים הולכים לבית הדין בעיירה ליד פרובאנס, והאח שקיבל את המתנה אומר שאכן היה הסכם ביניהם, אבל אין לו תוקף, מפני שבעצם זה הסכם שותפות, והסכם שותפות הוא על נכסים עתידיים - מתנות שיגיעו בהמשך, ולפי שיטת הרמב"ם שיתמוך בו - להסכם השיתוף אין תוקף, הרעיון הקנייני. הדיין לא אוהב את ההתנהגות הזו. מוחלט לתת תוקף להסכם השותפות באמצעות טובת ההנאה - גם רווח עתידי בלתי צפוי הוא טובת הנאה, ומכוחו נותנים תוקף לנכסים עתידיים. עצם העובדה שהאחים מגיעים ליחס האחווה, ויוצרים יחסי שיתוף ביניהם, זה כמו הנאה מחיתון הדדי - ותמורת טובת ההנאה שכל אח מקבל מההסכם המשותף, הוא מוכן להתחייבות הזו. לכן יש תוקף חוזי להסכם הזה, למרות שמדובר בנכסים עתידיים.

**שיעור 19, 22.12.2020**

17. מרדכי, ב"ק, קעו

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

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

אחת ההלכות מדברת על הסכמי שיתוף בגילדה (כבר בתקופת התנאים היו מקובלות גילדות). כן עולה שהתנאי בהסכם השיתוף קיים - שלא דורשים מעשה קניין ושאפשר לעשות אותם באמצעות דברים בעלמא. הכיד? עובד על בסיס המנגנון של בהאי הנאה - יש בין הצדדים ציות הדדי ומשמעת הדדי והיא זו שנותנת ביטחון וסיפוק אינטרס לשותף האחר. כך השותפים מצליחים לחבר את עצמם האחד לשני. רבינו משולם מלוקא - הביא תשובה דומה 200 שנה לפני. בניגוד למקור 15 לעמדת הרמב"ם שכאשר עושים שיתוף באמצעות משותף - צריך להביא הכיס - מעות משותפת - ולחולל את השיתוף דרך קניינית. באשכנז בחרו בדרך אחרת- הדרך החוזית, ופותרים את בעיית ההתחייבות באמצעות טובת ההנאה. דוגמא ויכוח בין הפסיקה של הרמב"ם - ברור שהיא מתכתבת עם הגאונים והמשפט המוסלמי, לעומת הסביבה האירופית הנוצרית בה שולט המשפט הרומי שאוהד את התופעה החוזית, לכן חכמי אשכנז נוטים להכיר עד כמה שאפשר בתופעה החוזית ולפתור את בעיית ההתחייבות בכל מיני דרכים - פה על ידי יסוד התמורה.

**חטיבה ג' לקורס**

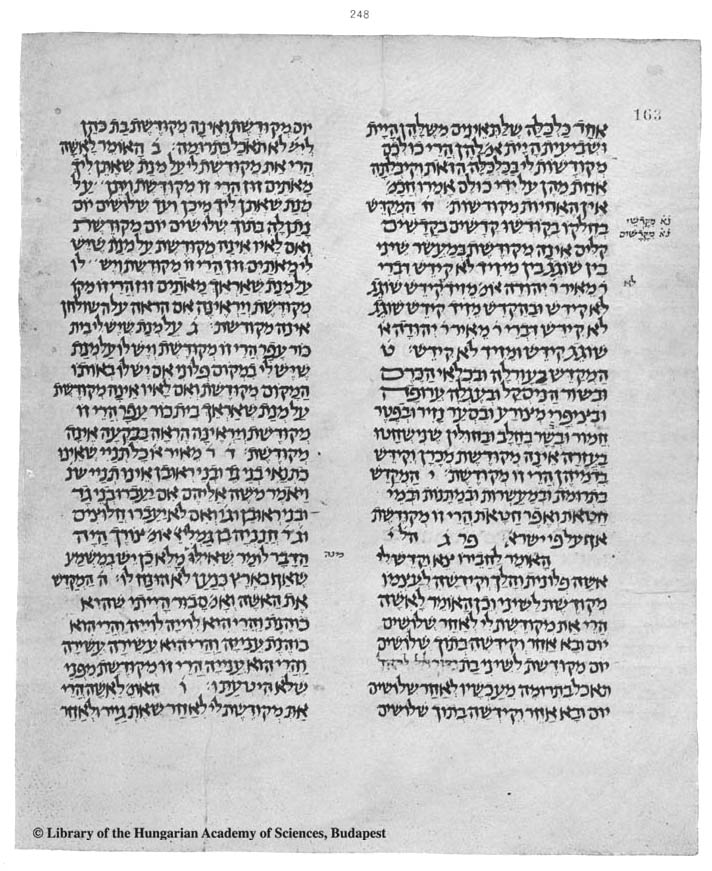
**נושא י' לסילבוס: צורת החוזה - משפטי התנאים**

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.

כבר במשנה רבי מאיר מעלה את דרישת התנאי הכפול, שנובעת מתנאי בני גד ובני ראובן. מול עמדות של רבי מאיר, רבי חנינא בן גמליאל אומר שצריך היה הדבר לאומרו: כלומר, טוען שאי אפשר ללמוד מבני גד ובני ראובן אוטומטית שתמיד צריך לנסח ניסוח חיובי וניסוח שלילי - כי שם הייתה סיבה מיוחדת להוסיף גם את הפן השלילי, ומשכך רבי חנינא לא דורש אוטומטית את התנאי הכפול כאן היה פה צורך כי אחרת היה אפשר לחשוב שלא הייתה להם נחלה כלל, לכן היה צורך בניסוח של הצד השלילי - כי האם לא לא היה מובן מאליו.

במדבר פרק לב (א) וּמִקְנֶה רַב הָיָה לִבְנֵי רְאוּבֵן וְלִבְנֵי גָד עָצוּם מְאֹד וַיִּרְאוּ אֶת אֶרֶץ יַעְזֵר וְאֶת אֶרֶץ גִּלְעָד וְהִנֵּה הַמָּקוֹם מְקוֹם מִקְנֶה: (ב) וַיָּבֹאוּ בְנֵי גָד וּבְנֵי רְאוּבֵן וַיֹּאמְרוּ אֶל מֹשֶׁה וְאֶל אֶלְעָזָר הַכֹּהֵן וְאֶל נְשִׂיאֵי הָעֵדָה לֵאמֹר... (ד) הָאָרֶץ אֲשֶׁר הִכָּה יְקֹוָק לִפְנֵי עֲדַת יִשְׂרָאֵל אֶרֶץ מִקְנֶה הִוא וְלַעֲבָדֶיךָ מִקְנֶה: ס (ה) וַיֹּאמְרוּ אִם מָצָאנוּ חֵן בְּעֵינֶיךָ יֻתַּן אֶת הָאָרֶץ הַזֹּאת לַעֲבָדֶיךָ לַאֲחֻזָּה אַל תַּעֲבִרֵנוּ אֶת הַיַּרְדֵּן:

(ו) וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה לִבְנֵי גָד וְלִבְנֵי רְאוּבֵן הַאַחֵיכֶם יָבֹאוּ לַמִּלְחָמָה וְאַתֶּם תֵּשְׁבוּ פֹה... (יד) וְהִנֵּה קַמְתֶּם תַּחַת אֲבֹתֵיכֶם תַּרְבּוּת אֲנָשִׁים חַטָּאִים לִסְפּוֹת עוֹד עַל חֲרוֹן אַף יְקֹוָק אֶל יִשְׂרָאֵל:(טו) כִּי תְשׁוּבֻן מֵאַחֲרָיו וְיָסַף עוֹד לְהַנִּיחוֹ בַּמִּדְבָּר וְשִׁחַתֶּם לְכָל הָעָם הַזֶּה: ס

(טז) וַיִּגְּשׁוּ אֵלָיו וַיֹּאמְרוּ גִּדְרֹת צֹאן נִבְנֶה לְמִקְנֵנוּ פֹּה וְעָרִים לְטַפֵּנוּ:(יז) וַאֲנַחְנוּ נֵחָלֵץ חֻשִׁים לִפְנֵי בְּנֵי יִשְׂרָאֵל עַד אֲשֶׁר אִם הֲבִיאֹנֻם אֶל מְקוֹמָם וְיָשַׁב טַפֵּנוּ בְּעָרֵי הַמִּבְצָר מִפְּנֵי יֹשְׁבֵי הָאָרֶץ:(יח) לֹא נָשׁוּב אֶל בָּתֵּינוּ עַד הִתְנַחֵל בְּנֵי יִשְׂרָאֵל אִישׁ נַחֲלָתוֹ:(יט) כִּי לֹא נִנְחַל אִתָּם מֵעֵבֶר לַיַּרְדֵּן וָהָלְאָה כִּי בָאָה נַחֲלָתֵנוּ אֵלֵינוּ מֵעֵבֶר הַיַּרְדֵּן מִזְרָחָה: פ

(כ) וַיֹּאמֶר אֲלֵיהֶם מֹשֶׁה אִם תַּעֲשׂוּן אֶת הַדָּבָר הַזֶּה אִם תֵּחָלְצוּ לִפְנֵי יְקֹוָק לַמִּלְחָמָה:(כא) וְעָבַר לָכֶם כָּל חָלוּץ אֶת הַיַּרְדֵּן לִפְנֵי יְקֹוָק עַד הוֹרִישׁוֹ אֶת אֹיְבָיו מִפָּנָיו:(כב) וְנִכְבְּשָׁה הָאָרֶץ לִפְנֵי יְקֹוָק וְאַחַר תָּשֻׁבוּ וִהְיִיתֶם נְקִיִּם מֵיְקֹוָק וּמִיִּשְׂרָאֵל וְהָיְתָה הָאָרֶץ הַזֹּאת לָכֶם לַאֲחֻזָּה לִפְנֵי יְקֹוָק:(כג) וְאִם לֹא תַעֲשׂוּן כֵּן הִנֵּה חֲטָאתֶם לַיקֹוָק וּדְעוּ חַטַּאתְכֶם אֲשֶׁר תִּמְצָא אֶתְכֶם:(כד) בְּנוּ לָכֶם עָרִים לְטַפְּכֶם וּגְדֵרֹת לְצֹנַאֲכֶם וְהַיֹּצֵא מִפִּיכֶם תַּעֲשׂוּ:

(כה) וַיֹּאמֶר בְּנֵי גָד וּבְנֵי רְאוּבֵן אֶל מֹשֶׁה לֵאמֹר עֲבָדֶיךָ יַעֲשׂוּ כַּאֲשֶׁר אֲדֹנִי מְצַוֶּה:(כו) טַפֵּנוּ נָשֵׁינוּ מִקְנֵנוּ וְכָל בְּהֶמְתֵּנוּ יִהְיוּ שָׁם בְּעָרֵי הַגִּלְעָד:(כז) וַעֲבָדֶיךָ יַעַבְרוּ כָּל חֲלוּץ צָבָא לִפְנֵי יְקֹוָק לַמִּלְחָמָה כַּאֲשֶׁר אֲדֹנִי דֹּבֵר:

(כח) וַיְצַו לָהֶם מֹשֶׁה אֵת אֶלְעָזָר הַכֹּהֵן וְאֵת יְהוֹשֻׁעַ בִּן נוּן וְאֶת רָאשֵׁי אֲבוֹת הַמַּטּוֹת לִבְנֵי יִשְׂרָאֵל:(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:

(לא) וַיַּעֲנוּ בְנֵי גָד וּבְנֵי רְאוּבֵן לֵאמֹר אֵת אֲשֶׁר דִּבֶּר יְקֹוָק אֶל עֲבָדֶיךָ כֵּן נַעֲשֶׂה:(לב) נַחְנוּ נַעֲבֹר חֲלוּצִים לִפְנֵי יְקֹוָק אֶרֶץ כְּנָעַן וְאִתָּנוּ אֲחֻזַּת נַחֲלָתֵנוּ מֵעֵבֶר לַיַּרְדֵּן:

(לג) וַיִּתֵּן לָהֶם מֹשֶׁה לִבְנֵי גָד וְלִבְנֵי רְאוּבֵן וְלַחֲצִי שֵׁבֶט מְנַשֶּׁה בֶן יוֹסֵף אֶת מַמְלֶכֶת סִיחֹן מֶלֶךְ הָאֱמֹרִי וְאֶת מַמְלֶכֶת עוֹג מֶלֶךְ הַבָּשָׁן הָאָרֶץ לְעָרֶיהָ בִּגְבֻלֹת עָרֵי הָאָרֶץ סָבִיב...

בסיבוב הראשון היה הצעה וקיבול בין בני מנשה ובין בני ראובן. בסיבוב השני, חוזרים לתמצית העסקה, אחרי המשא ומתן. הפרשייה הזו היא הכי מפורטת שאפשר למצוא במקרא על משא ומתן, ועל זכויות חוזיות - זו הפרשייה הכי אינטנסיבית ועמוסה בהקשר הזה. כאשר מטפלים בצורת החוזה - הולכים אחרוה לפרשת בני גד ובני ראובן. במבט הפשטני של צורת החוזה שיש כאן, אזי שבשני הסיבובים מסתפקים בסנקציה הדתית - החשבון הוא לפני ה'.

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!...

3. תוספתא גיטין ה, ו

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

גירושין זו קרקע פוריה לאמצעי לחץ וסחטנות משני הצדדים (כיום ואז בעיקר מצידם של גברים) - כאן התנאי הוא שעל מנת שתניקי את הילד - דבר בסיסי, הילד יישאר אצלך ותצטרכי להניק אותו, ותמשיכי לשרת את אבא שלו - התנאי לפי רבי מאיר הוא לשני הצדדים: הוא יגרש אותה אם תניקי את בני ותשמשי את אבא שלי, ואם לא אז אני לא אתן לך גט - ורק אז התנאי תקף. לפי רבי מאיר - אם הוא לא ניסח את זה לשני הצדדים, תנאי כפול - היא מגורשת מיד בלי תנאים. החכמים קובעים שהניסוח לא חשוב, לא צריך תנאי כפול. קיצורו של דבר: רבי מאיר בתמיכתו של רבן גמליאל, יש כאלה שדורשים את דרישת התנאי הכפול כדרישה צורנית, חכמים לא דורשים את התנאי הכפול.

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

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

בינתיים: דרישה צורנית אחת הכי משמעותית היא דרישת התנאי הכפול - מופיעה במקורות התנאיים. במקורות הבסיסיים והמוקדמים, הדרישה הצורנית הנלמדת היא הדרישה של תנאי כפול - להן וללאו - ללא דרישות צורניות אחרות עד כאן. מכאן, במקורות תלמודי נוסף, נוספות לנו דרישות צורניות שמרחיבות את הדרישות של בני גד ובני ראובן:

5. 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.

שתיים מהדרישות המובאות הן מהותיות, ואחת מהן היא צורנית. ההתמקדות בדרישה הצורנית: אם בתנאי יש מעשה בתחילתו - התנאי לא קיים. כדי שצורת התנאי תהיה ראויה ותקפה, צריך להתחיל בתנאי: אם תניקי את בני אז תהיי מגורשת ולא - תהיי מגורשת אם תניקי את בני. משמעות הבטלות של תנאי - הפעולה המשפטית תקפה ועומדת והתנאי כאילו לא הותנה - כלומה הפעולה המשפטית תקפה, את התנאי אנחנו מבטלים.

כלומר, כאן נוספה לנו רישה צורנית נוספת. הרמב"ם במיעוט - טוען שזו דרישה מהותית ולא צורנית, שהם לא רכיבים בפעולה החוזית אלא שזו הפעולה המשפטית עצמה. ההסבר המקובל הוא שזו דרישה צורנית.

\*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.

6. בבלי, גיטין עה, א - ב

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

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

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

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

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.

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

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 - לא מקדים איניש פורענותא לנפשיה, אם מתי יהא גט אם לא מתי לא יהא גט - בעינן הן קודם ללאו.

אם הוא אומר שזה יהיה שלה, ואחרי שזה יהיה שלך וקיבלת את זה ליד - אז הוא דורש שתחזיר לו. לשעה מסויימת, הגט היה שלה. לפי זה למעשה יוצא שלפנינו כאן אין שום קשר לצורת החוזה. באופן די משונה, הסוגיה התלמודית מתעקשת על כך, שהפגם שיש ברישא לא קשור, לכן התלמוד מנסה להסביר בדרכים אחרות למה היא לא מגורשת ברישה. התלמוד תולה את זה בדרישות צורניות: שהדרישה הצורנית פגומה לא בגלל הדרישה המהותית, אלא בגלל הדרישה המהותית.

**שיעור 20, 24.12.2020**

7. 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.

כבר כאן הרמב"ם אומר שהוא הולך לדבר על הצורה והמסגרת הפורמאלית, אבל היקף התחולה הוא לא רק בדיני משפחה, אבל גם במקח וממכר או בשאר דיני ממון. מכאן הוא מתחיל לפרט:

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, 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.

הרמב"ם כולל גם תנאים מהותיים ולא רק צורניים.

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 והרי זו מקודשת על תנאי, ואם נתנה לו מאתים זוז תהיה מקודשת ואם לא נתנה לו אינה מקודשת.

האיש אומר לאישה שהוא לא מעוניין להוציא הוצאות מיותרות בגירושין, ולכן הוא מוכן לשלם 200 זום - גובה הכתובה. הוא מתנה שאם היא תיתן לו את 200 הזוז, היא תהיה מקודשת, ואם לא - לא תהיה מקודשת. לפי הרמב"ם, התמונה האידיאלית איך צריכים להיראות תנאים - לפי הנוסחה האידיאלית שהוא מציב בדוגמא ג'. בהלכות הבאות הוא מראה את הסיבוכים אם סוטים מן הכלל הזה:

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.

/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.

סיבוך הפעולה: התנאי בטל כי הקדים את הפעולה ורק אחר כך התנה - לכן היא מקודשת מיד, ולא חייבת לו כלום, כי התנאי לא תקף משום שהגיע אחרי הרכיב של הפעולה המשפטית. מכאן, שוב, הפעולה המשפטית צריכה לקדים עם הקדמה של תנאי. **התנאי קודם למעשה זו דרישה מהותית שאומר שההתנאה צריכה לבוא לפני הפעולה המשפטית. יש שלא מקבלים את ההצעה של הרמב"ם.**

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.

תנאים שאינם ברי ביצוע בתקופתם - אם נתן את הדינר בידה, התנאי בטל - כי ידוע שאי אפשר לקיים תנאי זה, היא משחיקה בדברים דרך צחוק והיטול - תנאי ללא בסיס.

אלה הם משפטי התנאים לפי הרמב"ם, והוא מוסיף דברים אלה:

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

הרמב"ם מדגיש את רוחב היריעה של הלכות אלה, שחוצות את דיני המשפחה ומגיעות גם אל מערכות דינים אחרים.

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

הראב"ד אומר שהרמב"ם צודק לגבי הראיות - אין הוכחות ללמה להגביל את הדרישות הצורניות רק ללדיני המשפחה, אבל הבעיה בדרישות הצורניות זה שהם הופכים לדינים וולנטריים לדינים כפויים - החריג מבחינתו הוא דיני משפחה, משפני ששם גם מדובר בפעולות וולנטריות, אבל שם הוא מעוניין להבנות את הלוולונטריות בשביל להמנע מרעשי רקע. עדיין נשארת השאלה של הרמב"ם - כי הסיפור של בני גד ובני ראובן הוא לא בדיני משפחה. משכך, כותב הראב"ד בסוף דבריו שבנחלת בני גד ובני ראובן - היא לא הייתה מוחזקת בידי ישראל, והיא לא דומה לקרקע שמישהו מחזיק מכוח ירושה או אחר.

בשורה התחתונה:

**גישת הרמב"ם -** טוען שרוב הגאונים וגדולי הגאונים תומכים בה, שאומרת שתנאי בני גד ובני ראובן חילים על כל התחומים. הראייה: עניני בני גד ובני ראובן לא היו בדיני משפחה. טענה רחבה וכללית שמבקשת להחיל את התנאים הצורניים על כלל הדינים שמסתמכת על אסמכתא טקסטואלית של בני גד וראובן.

**גישת הראב"ד -** הרמב"ם מסכים שזזו עמדת מקצת הגאונים האחרונים - העמדה אומרת להסתכל במקורות, שם הדיונים בדרישות הצורניות הם בענייני גיטין וקידושין - העובדה הזו מגובה בהגיון. ההיגיון של הראב"ד הוא שאם אתה תהיה קפדן בדרישות הצורניות, אתה לוקח תחום פתוח של דיני ממונות שאמור להיות חופשי וולונטרי והופך אותו להיות כפוי - לא ראוי ולא רצוי, להוציא דיני משפחה, לפי ההסבר שלעיל.

על הבסיס הזה, אנחנו עוברים לשלב הבא: האם יש רציונליזציה בסיפור הזה? האם מאחורי הדרישות הצורניות יש הגיון? או שמדובר בפורמליות נוקשה של גזור והדבק? האם יש פה רק אקט מסורתי מהעברה של פרשה מקראית הלא, או שיש פה גם היגיון? לשאלה הזו יש 5 גישות. נתחיל מהגישות הפחות רציונליות והלאה עד לגישה הרציונלית של הראב"ד (כבר בדברים שקראנו עכשיו של הראב"ד: כי כולם (כל המגבלות הצורניות) כולם חיזוק הפנאי הן - כלומר, אם תבין טוב אתה תבין שהדרישות הצורניות מחזקות את התנאי.

8. רמב"ם הלכות זכיה ומתנה פרק ג הלכה ח

וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך 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.

/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.

**הגישה הראשונה - אין רציונליות. לכן צריך לדחוק את זה לפינה: תופעה בעייתית, דוחקים הצידה.** ההלכות של גזרת הכתוב - הלכות לא מובנות:

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

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

קטע שהתגלה בגניזה הקהירית: מבחינת הגישה הזו זה קיים, אבל לא רצוי, לכן שמים את זה בצד. גם אשר גולאק אומר את הדברים האלה במסגרת הגישה הראשונה:

10. גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 80

לפי גולאק הקושי בדרישות הצורניות של בני גד וראובן גרם לדחיקתן לשוליים ההלכתיים.

**הגישה השנייה: לא רציונאלי ולא במקרה. את אי הרציונאליות אפשר להסביר באופן רציונלי.** הגישה לוקחת תופעה שעל פניה היא לא מבנת, אבל אפשר להסביר אותה.

11. שו"ת הרא"ש כלל מו סימן ב

[](http://upload.wikimedia.org/wikipedia/he/f/f5/RebiShimon.jpg)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 שבעצם, מאיפה היינו מעלים על דעתו רעיון שאפשר להתנות פעולה משפטית? גם את זה לומדים מבני גד ומבני ראובן, גם שם עשו תנאים על פעולה משפטית. אם לא היה את הסיפור הזה, לא היה כוח בתנאי לבטל את המעשה ואי אפשר היה להתנות פעולה משפטית ולהגיד שאם לא יתקיים התנאי אז הפעולה תתבטל. אם כן הרא"ש טוען טענה כזו: אפשר להתנות פעולות משפטיות כאשר הן פעולות תליות רצון - וולונטריות. התנאים הם בעצם ביטוי לרצון שלי - לכן זה הכי ברור שיש - הרצון משתקף בתנאים שלי, ולכן התנאים יכולים להתאים את הרצון שלי. מה הבעיה - שזה מתאים לעולם חילוני. אבל, בעולם דתי, החוק קובעה שבהינתן מעשה מסוים, יש תוצאה מסויימת. כך בקידושין למשל - טבעת, אמירה - מקודשת - סיבה ותוצאה. אם נגיד לה שזה לא באמת ככה, ונרוש 200 זוז למשל - מי שואל אותו בכלל? אנחנו הרי מקשיבים לחוק, אין מה להכניס לתוך התנאי של מחוקק את הרצונות שלך. נדלג רגע: הסבר לתשובת הראש:

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

קצ ומשו"ה [=ומשום כך] אי לאו דילפינן [=אם לא היינו לומדים] מתנאי בני גד ובני ראובן, לא היה מהני [=מועיל] שום תנאי לבטל את המעשה, דכמו דלא שייך תנאי פעולת ידים, לחפור בור על תנאי וכדומה, כמו כן לא שייך תנאי על גירושין וקדושין וכדומה, כיון דתנאי אינו חסרון בעיקר מעשה הגירושין, דעכ"פ [=שעל כל פנים] מעכשיו נתחדש במעשה זו שהוא עושה כח גירושין, ואיך אפשר שע"י שלא תקיים את התנאי לבסוף, לומר איגלאי מילתא [=התגלה הדבר] למפרע שלא היה כח גירושין במעשה הגירושין. ואם נאמר להיפוך שעכשיו עדיין לא נתחדש במעשה כח גירושין, איך נאמר שאם תקיים את התנאי איגלאי [=התגלה] למפרע שהיה במעשה הגירושין כח גירושין. ובע"כ [=ובעל כרחנו] עלינו לומר דמחמת התנאי אין המתנה רוצה שיגרע עכשיו כח המעשה כלום, דא"כ [=שאם כן] לא יועילו מעשיו כלום אף אם יקוים התנאי, אלא שרוצה בכך שאף שעשה מעשה המועיל, להועיל בהחלט ובלי שום גרעון וחסרון כלל, מ"מ [=מכל מקום] רוצה שאם לא יקוים התנאי שיתבטל תכלית הענין, וענין זה אין בכח האדם לעשות אי לאו דגלתא [=אם לא שגילתה] תורה ענין זה בתנאי דבני גד ובני ראובן.

החוק ההלכתי הוא מעין חוק טבע - כמו שהם לא ניתנים להתנאה, גם חוקי ההלכה לא ניתנים להתנאה.

בחזרה לרא"ש - פרשת בני גד ובני ראובן מחדשת כאן שכן אפשר להתנות.

**שיעור 21, 29.12.2020**

**סיכום ביניים לחמשת הגישות:**

1. **גישה ראשונה:** "לא רציונלי ופורמלי נקי" (בגישה של הרב סעדיה גאון שחידד את הדברים. גישה אומרת סיפור מגבלות התנאים הוא סיפור לא הגיוני, ולכן צריך עד כמה שאפשר לדחוק אותו לפינה. במקרה הטוב דוחקים את זה רק לענייני גיטין וקידושין.
2. **גישה שנייה: "לא רציונלי ולא במקרה" - מאחורי חוסר הרציונליות יש הבניה רציונלית. גישה שמקורה בתשובה הרא"ש, שטוען טענה נטורליסטית (לפי ההסבר של הרב שמעון שקופ) שאומרת משפט בדיני בחוזים באופן מיוחד הם לא רק הסדרים מכוננים בין אנשים, אלא הם מחוללים מציאות. זו המשמעות של נטורליזם - שהמשפט פועל בטבע, במציאות. כלומר בנישואין האנשים משתנים - משהו במציאות שלהם משתנה, המשפט מחולל מציאות. מידה של מטאפיזיות בגישה הזו, נפוצה יותר אצל אנשי משפט טבע. (תומס אקווינס) גישה אפילו על גבול המאגיה (עושה פעולה והפעולה מחוללת שינויים במציאות). משכך, תנאי היא תופעה לא סבירה שאין לה התיכנות (מתנה שאני מפיל אבן שלא תיפול לקרקע). משכך אומר הרא"ש שאף הרעיון של התנאי הוא לא רציונאלי, אז אנחנו צריכים לכבול אותו בכבלים, לשמור שהג'יני לא יצא מהבקבוק- לבקוק קוראים תנאי בני גד ובני ראובן והגיש כובלת את הגישה רק למקרה הספציפי הזה. רק במסגרת הזו אפשר להגביל התניות משפטיות.**

**עד כאן היינו. מכאן נעבור לגישה השלישית**

1. **גישה שלישית:** ניתן לדבר על רציונליות מסוימת של הדרישות המגבילות של תנאי בני גד ובני ראובן, אבל בגבולות - בגבולות מסוימים ניתן לתת פשר מסוים לגישות האלה.

**בהמשך:**

1. **גישה רביעית - רציונלי כי כולם אומרים**
2. **גישה חמישית: רציונלי**

**מכאן, המקורות של הגישה השלישית:**

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

תוספות שם

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

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

תוספות גיטין דף עה א וג' עניינים יש דיש מקומות דבעינן תנאי גמור ולר"מ תנאי כפול ויש מקומות דלא בעינן אלא גלוי דעת ויש מקומות דאפי' גלוי דעת לא בעינן ובפ' האיש מקדש (קדושין דף מט: ד"ה דברים) מפורש.

המקרה מספר על אדם שגר בבל ומתכנן עליה לארץ. כפי שהיה מקובל אז, הוא מכר את כל נכסיו מאחר ותכנן להגר למקום רחוק. אותו אד מכר את כל נכסיו על דעת זה שהוא עולה לארץ. לו לא יוכל, הרי לא יישאר בלי כלום בבל. אזי ברור שמבחינתו המכירה תלויה בכך שהוא יעלה לארץ. יחד עם זאת, הוא לא היה זהיר ולא אמר את זה במפורש. אולי זה היה גלוי מהנסיבות אך הוא לא אמר זאת במפורש. לפי רבא -אכל אותה כי לא היה זהיר, זה היה רק דברים שבלב, לכן המכירה חלוטה. במקרה הזה לא מדובר על תנאים א על מגבלות של תנאים, אבל בעלי התוספות ניגשים למקרה הזה כמקרה תקדימי ומאתגרים אותו לפי התנאים של בני גד ובני ראובן.

לפי התוספות: המוכר לא אמר במפורש - שזה התנאי. אבל אם הוא אמר במפורש בשעת המכר שהוא מוכר כי הוא רוצה לעלות לארץ, ולא שמר אותם בלב. לפי בעלי התוספות הטענה שמספיק להגיד משהו זה לא מספיק. לפיהם משלים אותנו ששחרור של רמז בפה פותרים את העניין. על רקע זה מתנגדים בעלי התוספות ומחדשים חידוש: לפיהם יש שלושה מצבים ביחס לבהירות דעתו או רצונו ל אדם כאשר הוא עושה עסקה, ולכל דרגת בהירות יש תנאים משלה ביחס למה שצריך או לא צריך להגיד בעסקה.

1. דרגת הבהירות הגבוהה ביותר: יש עסקאות או נסיבות בהן ברור לגמרי מה דעתו של האדם ומהם רצונותיו - הוא לא צריך לדבר כדי שנדע. בהירות גבוהה ביותר. הר"י מביא שתי דוגמאות: הנותן כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן. הרי ברור שאם אותו אדם היה יודע שפלוני זה הבן שלו, היה מותיר לו את כל או לפחות חלק מהרכוש שלו. זו בהירות בדרגה העליונה, ברור לנו שאם הוא היה יודע שיש לו בן, הוא לא היה כותב את הצוואה באופן שכתב אותה. כאן אנחנו לא זקוקים לגילוי דעת או לאמירות מפורשות - זהו מעין חזקה חלוטה שאם יש לאדם ילדים הוא משאיר להם לפחות משהו. דוגמא שנייה: הכותב כל נכסיו לאשתו - בעולם העתיק אין דבר כזה שכותב את כל נכסיו לאשתו - לכן גם כאן יש לנו חזקה חלוטה שברור שלא התכוון שהיא תהיה בעלת כל הנכסים לאחר פטירתו, אלא שהוא התכוון שהיא תנהל את העניינים, אפוטרופוס שמנהל את הנכסים, אבל שלא תהיה בעלת הנכסים. במונחים בתרבותיים חברתיים של פעם - כך היה ברור. אם כן, יש אומדנות ברורות וחזקות חלוטות בהן לא תריך שאדם יבהיר מהן עמדותיו. במקרה כזה לא צריך להוציא מילה מהפה.
2. **הדרגה השנייה: דרגת הבהירות**: מעונן חלקית עד בהיר - במצב דברים זה בעלי התוספת אומרים שצריך גילוי מילטא- גילוי דעת וגילוי רצון או דעת צריכים להיות ברור. במצבים האלה - אלה מצבים בהם אין חזקות חלוטות, לא לגמרי ברור מה הכוונה, אבל אם יתגלה - לא צריך להגיד במפורש, אבל אם יהיו אותות רצון ברורים, גילויים כאלה, אינדיקציות שמהן יהיה ניתן לדעת מה רצה, ניתן ייה להסתפק באותן אותות ולא יהיה צורך באמירה מפורשת. מתבהר לנוכר השדרים ששודרו מצידו. המצב הזה זה הסיפור שלנו של העולה לארץ - כולנו מבינים שאדם שמהגר משאיר סימנים בשטח - דיבורים עם השכנים לפני, הכנות שעושה בסביבה הקרובה והרחוקה - היערכויות משמעותיות מאוד לפני שאדם עושה צעד כה דרמטי. גם אם בעסקה עצמה לא אמר במפורש, יש מספיק ביטויים שבכך מדובר, ושהקונה אמור להבין את המסר - הקונה לא יוכל להגיד שלא ידע על מה מדובר - הרי היו שדרים ומסרים. לכן בעלי התוספות אומרים שבמצב זה כן תריך אותות רצון, אבל לא צריך תנאי בני גד ובני ראובן בניסוח דברים בצורה מאוד מדוייקת, אלא השדרים עושים את שלהם.
3. **הדרגה השלישית -** ערפל כבד. שום דבר לא ברור, אין הנחות חלוטות, ואין מעטפת נסיבתית שמספקת יותר מרמזים באשר לרצון ולמחשבה. מצב של ערפל גמור. אין מושג מה הוא רוצה, מה התוכניות ומה הרצון שלו. במצבים האלה, ורק במצבים האלה, נאמרו בני גד ובני ראובן - דרישות בני גד ובני ראובן של תנאי כפול וכו', שמורים למצבים לא ברורים שבהם נרה שיהיה ברור מה הוא רוצה ומה הוא חושב - בהם נדרש לדבר ברורות ומפורשות - לפי התנאים של בני גד ובני ראובן. זו הדרך לדרוש מאדם לדבר בצורה ברורה ומפורשת בעלי התוספות, לא כולם, אבל על פי רוב, שייכים לזרם בפוסקים שאומרים שתנאי בני גד ובני ראובן אינם רק בגיטין וגירושין אלא רחובות באופן כללי.

**הגישה הרביעית: רציונלית כי כולם אומרים.**

13. אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 91



אלבק אומר שתניות בני גד ובני ראובן משקפות את מה שהיה מקובל באותה התקופה, ואם כולם אומרים סימן שזה נכון.

14. ברכיהו ליפשיץ, עמ' 636



**הגישה החמישית: הגישה הרציונאלית**

15. 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;

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

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

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

תנאים אפשר להתנות בכל מיני צורות - מילת התנאי העיקרית זה אם. בזמנם, אחד ממונחי התנאי המרכזיים היה על מנת "הרי את מגורשת על מנת שתתני לי" - מילת התנאה של העולם העתיק. אממה, יש הבדל אם מתנים באם או אם מתנים בעל מנת. כשמתנים בעל מנת - זה תיאור תכלית - אני עושה משהו על מנת ש - גם בלי קשר לתנאי, אני עושה אותו בשביל שיקרה משהו מסוים. יש ציפייה של התמתנה. כל האומר על מנת כאומר מעכשיו - כלומר מבחינתו שהתנאי יתחיל עכשיו. ואם אומר כך, אין צורך בתנאי בני גד ובני ראובן, כי אם הכל מתחיל לצאת לדרך כבר מעכשיו, אין צורך בהפעלת התנאים של בני גד ובני ראובן

הראב"ד רגע מתעכב על זה ואומר שהרי הדרישות של בני גד וראובן הן דרישות שתוקעות את הרכבת, לכן אלה דרישות שסביר יותר שיופעלו במצבים בהם ... השורה התחתונה: ככל שמחילים יותר את תנאי בני גד ובני ראובן אני מגביל את האדם ומחזק את הפעולה המשפטית. אם כך מה ההיגיון בלהגיד שלא צריך את תנאי גד ובני ראובן אם זה מתחיל מעכשיו - הפוך לפי הראב"ד, הוא היה רוצה לתקוע יותר את התנאים במצב כזה וליצור יותר את הפעולה המשפטית במצב כזה.

נשאלת השאלה עד שיתקיימו התנאים, מה המעמד של הפעולה המשפטית בזמן התנאי ובתקופת התנאי? שאלה חשובה ושכיחה. דיונים דלים על אף שזו שאלה מרכזית. הראב"ד טוען שהשאלה הזו תלויה בנוסחת התנאי. תלוי האם אמרת אם או אמרת על מנת.

אם אמרת אם - כוונתן היא שהפעולה המשפטית לא תצא לדרך, והתחולה שלה בזמן התנאי תהיה תוקף. כאשר יתקיים התנאי יהיה תוקף לפעולה המשפטית

אבל אם אמרת על מנת - הכוונה היא שהפעולה המשפטית תצא לדרך כבר מעכשיו, אלא שעדיין יש לך ציפיות מסוימות שכל מיני דברים יקרו, ומבקש לחכות עד שיקרה מה שיקרה, אבל מבחינתי הפעולה מתגלגלת ומתחילה כבר מעכשיו. הואיל ומדובר בנוסחה לשונית, כאשדם אומר אם - המשמעות של המילה היא מסייגת ומתלבטת ולכן כל זמן שאתה מצא תחת האם הזה, אז אין תחולה ואין גמירת דעת כדי לייצר תחולה (הרמב"ם אמר את זה כבר בכל מיני הזדמנויות). בעל מת לעומת זאת אתה לא נמצא תחת הספקנות - אתה רוצה את הפעולה המשפטית, אבל רוצה עוד משהו שיקרה בסוף. אם לא יהיה תנאי, רטרואקטיבי לא יהיה לה תוקף. כדי לבחון את שני המנגנונים האלה הראב"ד מבקש להסתכל על מה שקורה בשני המנגנונים:

דברי ראב"ד: **למה בעל מנת אין תנאי גד וראובן ובאם יש?**

תנאי בני גד ובני ראובן הם מערכת בלמים חזקה ונוקשה שמבקשת לתקוע את הפעולה המשפטית. כדי שמערכת הבלמים תהיה חזקה, התנאי צריך להיות נוקשה - שממחיש את ההתלבטות וההסתייגות שיש למתנה - שזה קיים רק באם, ופחות קיים בעל מנת. משכך, תנאי בני גד ובני ראובן הם רציונליים לגמרי, כי אני זקוק להם במקרים בהם התחולה היא באפס - בשביל לתקוע את הפעולה המשפטית בצורה של התנאה מפורשת וחזקה של תנאי בני גד ובני ראובן.

כלומר, תנאי בני גד ובני ראובן הם מנגנון חיזוק:

1. צריך שהאדם יגיד בצורה מפורשת ביותר - אם כן אז כן ואם לא אז לא - להסביר שהתנאי הולך לתקוע את זה
2. למה מתחילים באם כן אז כן - כי אם מתחילים באם לא, יש אמירה של לא תהיה פעולה משפטית - זו לא מציאות אלא היעדר מציאות. צריך להסביר שיש פעולה משפטית, אבל שהתנאי תוקע אותה. בכך מעצימים את כוחו של התנאי כי הוא עומד מול פעולה של יש
3. התנאי צריך להיות קודם למעשה - כי כרגע בתקופת התנאי - הפעולה המשפטית היא אפס כי התנאי קודם למעשה
4. התנאי צריך להיות בדבר אחר מהפעולה המשפטית, כי הוא לעומתי לה, תוקע את הפעולה המשפטית ואף מתנגד לה, לכן נכון שלא יהיה חלק ממנה אלא מחוץ לה ותוקע אותנו.
5. הראב"ד מוסיף רכיב שלא דיברנו עליו - עוד דרישה שמצרפים אותה לתנאי בני גד ובני ראובן - דרישה שנדרשת שמוסברת על רקע תפיסת מנגנון הבלימה שהוא דיבר עליו קודם.

**השלמה מאוריה:**

ראב"ד - אמר אברהם: הרב ר' יצחק אלפסי ז"ל (ועל בסיס זה פסק הרמב"ם) 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, אנחנו מעוניינים שהפעולה המשפטית תתקיים והתנאים יתבטלו. 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; כשהראב"ד היה צעיר הוא התנגד לגישה זו והיום הוא מבין שהוא טועה והרי"ף והרמב"ם צודקים. (הוא דינאמי ובהרבה סוגיות משנה את דעותיו במשך השנים- לפי המרצה זה בגלל שהוא לא למד אצל רבנים ולא היה מחויב למסורת של הרב שלו). הוא מסביר למה הם צודקים. הוא מסביר איך מנגנון התנאי עובד באם ועל מנת ואיך על בסיס זה צריך להבין את תנאי בני גד ובני ראובן. הראב"ד נוגע בשאלה משמעותית בדיני חוזים, אשר גם במשפט המודרני מידת העיסוק בשאלה זו היא זניחה: כאשר פעולה משפטית מותנית בתניות- מה המעמד של הפעולה המשפטית עד שיתקיימו התנאים- תחולה חלקית/ מלאה בהשהיה/ תחולה ריקה?

הראב"ד טוען ששאלה זו מה קורה לפעולה המשפטית עד שיתקיים התנאי תלויה בנוסחת התנאי- האם האדם אמר אם או על מנת. אם האדם אמר אם- כוונתו שהפעולה המשפטית לא תצא לדרך, תחולתה עד קיום התנאי היא ריקה ויהיה תוקף רק כאשר יתקיים התנאי. אבל כל האומר על מנת נחשב מעכשיו- שהפעולה המשפטית תצא לדרך כבר מעכשיו. הואיל ומדובר על לשון: אם- משמעות מסייגת, מתלבטת, כל זמן שנמצאים תחת האם אין גמירות דעת כדי לייצר תחולה. במצב כזה של ספק והתלבטות אין גמירות דעת.

על מנת- אין ספקנות, יש רצון בפעולה המשפטית אבל היא לא יכולה להתרחש ככה וצריך שבסוף גם יקרה תנאי. תחולה מלאה מושהת.

הראב"ד מתעניין בשאלה למה בעל מנת אין תנאי בני גד ובני ראובן ובאם יש, הוא לוקח כדוג' את העניין של גירושין- והטעם שהתנאי שהוא באם, שאין הגט עושה מעשה עד שיתקיים התנאי, עד לקיום התנאי התחולה היא אפס ואם נקרע או נשרף או אבד אינו כלום, אין גירושין צריך התנאי הזה (חזק) [חזוק] לבטלו ולסתור נתינת הגט, הראב"ד מנסה להסביר איך עובד המנגנון של התנאי ולמה צריך בשביל זה את תנאי בני גד ובני ראובן. התנאי בעצם תוקע את הפעולה המשפטית ולכן יש הפעלת בלמים. אם תפקיד התנאי לאיין את הפעולה המשפטית ולבלום אותה ולכן צריך את תנאי בני גד ובני ראובן- מערכת בלמים חזקה ונוקשה שתוקעת את הפעולה המשפטית, ואינו חזק עד שיכפלנו ויהיה הן קודם ללאו ויהיה התנאי מדבר אחר, כדי שלא יהיה התנאי חזרת המעשה, מפני שהוא כחוכא וטללא (=הופך את כל העסק למגוחך). ועוד שיהיה התנאי קודם למעשה, כי כל אלה נראין חזוק התנאי. תנאי מוקשה מבהיר בצורה חזקה את ההתלבטות או ההסתייגות שיש לאדם שמתנה. התנאי היא מערכת חיצונית למעשה והיא לא חלק מהפעולה המשפטית. לטענתו תנאי בני גד ובני ראובן הם רציונליים כי צריך אותם במסגרת של אדם- בתקופת התנאי התחולה היא אפס ולכן התנאי צריך להיות קודם למעשה. צריך שהתנאי יהיה מערכת בלימה חזקה שתוקעת את הפעולה המשפטית, בצורה של התנאה מפורשת וחזקה. התנאי תוקע את הפעולה המשפטית ומתנגד לה ולכן זה נכון שהוא לא יהיה חלק ממנה אל מחוץ לה. 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. אם כל הרעיון שהתנאים באים לתקוע את הפעולה המשפטית על פניו היינו חושבים שהלאו קודם להן? בכל זאת זה הגיוני, כשמדברים על מנגנון בלמים יותר הגיוני להגיד- יש פעולה משפטית ויש מנגנון שתוקע אותה מאשר לומר שאין פעולה משפטית אם.. זה העדר ולא נוכח ולכן יותר נכון כדי לתאר את מערכת הבלמים בצורה חזקה להפעיל אותה נגד יש ולהתחיל בהן ולא בלאו.   
🡨 תנאי בני גד ובני ראובן נדרשים לצורך הזה דווקא ב"אם".

הראב"ד טוען שיש עוד דרישה שמצטרפת לתנאי בני גד ובני ראובן- עוד אמר שאין תנאי נופל אלא על דבר שאיפשר לעשותו ע"י שליח 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. רק פעולות משפטיות שהן פעולות שאפשר לבצע גם ע"י שליח ייתכן בהן תנאי, לעומת זאת פעולות שהאדם חייב לעשות בעצמו, למשל ייבום וחליצה אי אפשר להתנות עליהן, משום שאם אפשר לבצע פעולה ע"י שליח זה אומר שהעיקר היא התוצאה ולא הפעולה, זה מלמד שמדובר בפעולה משפטית חלשה ולא חזקה שהתנאי יכול לבטלו. אבל מעשים שא"א לבצע ע"י שליח והאדם עשה אותו בעצמו והפעולה המשפטית היא חזקה והתנאי כבר לא יכול לבטל. זה מראה שלא מדבר רק על עניין תוצאתי, אלא חשיבות לפעולה עצמה. כשיש חשיבות לפעולה עצמה זה מחזק את הפעולה. הרכב כ"כ כבד שמנגנון הבלמים של התנאי לא מספיק כדי לעצור אותו.

אבל למעכשו ולעל מנת הדומה לו לא מנוסח תחת ספקנות של אם, שהמעשה כבר נתקיים אפילו עד שלא נתקיים התנאי תחולה מלאה של הפעולה המשפטית אך מושהת, הגירושין כבר נעשו בנק' ההתחלה 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, התנאי לא אמור להפריע אלא לשחרר את הפעולה, 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- רי"ף והגדולים, והוא טעם יפה וראוי לסמוך עליו.

לפי המרצה מדובר ברעיון מבריק ביחס לתקופת התנאי, נוסחאותיו ומנגנוניו ודרכי ההפעלה שלו, שאין כדוגמתו במשפט המודרני.

**שיעור 22, 31.12.2020**

**נושא יא לסילבוס: פרשנות חוזה**

מקובל להבחין בפרשנות החוזה בשלוש גישות:

1. **הגישה האובייקטיבית** - גישה ששמה במרכז את הטקסט. יש לפרש את החוזה לפי מה שכתוב בו. המשפט האנגלו האמריקאי נוטה לגישה זו.
2. **הגישה הסובייקטיבית** - כוונתם של הצדדים הספציפיים לחוזה
3. **הגישה התכליתית** - פרשנות לפי הערכים הכלליים של מערכת המשפט. פרשנות לפי עיקרון תום הלב ועקרונות חיצוניים לחוזה ולצדדים. הגישה אומרת שחוזה הוא מסמך משפטי, ומאחר שיוצר נורמות משפטיות, הוא סוג של חוק, ומשכך צריך לראות אותו כחלק מהמערכת, מה שנותן לבית המשפט יותר סמכת להאציל את עצמו כנציג המערכת על החוזה.

**הפרשנות במשפט התלמודי** - ניתן היה להניח שהגישה האובייקטיבית היא הגישה העיקרית. אולם, ייתכן שנמצא גם את הגישה התכליתית. יש שסבורים שיש ביטויים במשפט התלמודי ולאחריו גם לגישה התכליתית. עם זאת, שתי הגישות העיקריות שנראה הן הגישה האובייקטיבית והגישה הסובייקטיבית.

מקורות מן המאה הראשונה לספירה, שמותאמת למפת התובנות של הגישה האובייקטיבית כגישה הישנה:

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".

[הלל הזקן פועל עוד בתקופת הבית השני, ומקובל להגיד נפטר בשנת 30-40 לספירה ושימש בתפקידו כנשיא הסנהדרין בתקופת הזוגות (נשיא ואב בית הדין) ראש מועצת הרבנים ונשיא מערכת בתי הדין הרבניים - ראש המערכת הממלכתית הציבורית הפוליטית - ראש הרבנות הראשית, והשני ראש הרשו השופטת - אב בית הדין.]

לשון הדיוט - אמירה חזקה, אמירה שמלמדת על התזה והתיאוריה, הלל הזקן אומר שחוזה זה חוק כתוב ושלוחה שנמצאת ליד החוק, ולכן כמו שאת החוק מפרשים לפי מסגרת פרשנית מסוימת, את אותה מסגרת צריך להעתיק לחוזה ולמסכים משפטיים. - תחת הכותרת הזאת, יש את הסיפור: יהודים שגרו באלכסנדריה. באותה תקופה מצרים נשלטת במאה הראשונה לספירה על ידי העולם היווני - הרומי (תלמי) והיה שם נוהג שהועבר אל היהודים מהסביבה היוונית רומית, נוהג שמיד לאחר שאישה מתקדשת, ניתן והיה מקובל (לא הכרחי) היו חוטפים את האישה ובטרם התחילה לחיות עם בעלה שקידש אותה, היה חוטף אותה מישהו אחר והייתה הופכת להיות אשתו של השני ולא של הראשון. בסיס בשיטות הנלוזות בעולם הרומי - גזירה שאמרה שכל אישה שנישאת בלילה הראשון היא נלקחת לשליט הרומי המקומי - שוכב איתה בלילה הראשון, כך היה מקובל בעולם הרומי העתיק. כך התחילו לעשות גם יהודים - עכשיו כשבא מישהו שחוטף אותה - הילדים האלה ממזרים (נוסף להשלכות על מצב האישה). הלל הזקן היה מנהיג גדול וחשב פעמים רבות מתוך הלב ומחוץ לקופסא וניסה למצוא פתרון לבעיה. הלל הזקן ביקש שיביאו את הכתובה לנישואין קידושין הראשונים שהיו - הביאו לו את הכתובה עם הנוסח המקובל. הלל הכיר מה שהיה בכתובה ועשה מזה קצת טקס, הנוסח הישן היה כתוב ש"כשתכנסי לביתי" - התרגום - כשתכנס לביתו תהיי לי לאישה כדת משה וישראל. כלומר, מתי תיחשב אותה אישה לאשת איש, כשתכנס לביתו. כולנו מבינים שזו לא הפשט של הכתובה, אבל הלל מפרש את המשפט בצורה כזו שתציל את הילדים ממצב של ממזרות. כמו שמפעילים דרשות על לשון הקודש, הלל מעביר את הטכניקה הפרשנית גם ביחס לכתובה, ומכוח זה להתיר ממזרים. הלל מפעיל גמישות מחשבתית ופרשנית כדי לפתור בעיות. (סטייל הרב עובדיה)

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].

המקרה השני: אישה מבחוץ שמספרת שכבר לא נשואה: האם אפשר לסמוך עליה ולהשיאה לאחר, זכאות לכתובתה מהיורשים - ניתן לה את כתובתה; ירושה - אם יש יורשים האם אפשר לסמוך על זה ולחלק את הנכסים בין יורשים? סובך מאוד. המשנה מספרת שיש פה בית שמאי ובית הלל: נראה מתוך הסיפור. כפי הנראה מדובר בבית שמאי ובית הלל כשהם בחיים: בית שמאי מאמין לאישה עד הסוף - אם היא אלמנה אפשר להתיר לה להינשא לאחרים ומגיעה לה הכתובה. בית הלל אומרים שתינשא אבל שלא תיטול כתובתה. בית שמאי שהתירו את המקרה החמור יותר - שמסתכן בממזרים ואשת איש- איך התירו את הקשה בדיני המשפחה ואסרו את העניין הממוני הקל יותר ואוסרים על נטילת כתובתה? בית הלל משיבים ששני הצדדים מסכימים שבכל הקשור לירושה, ההלכה היא שלא סומכים על מה שהיא אומרת בהקשרי ירושה - כי לא מורישים על פי דבריה. בית שמאי דורשים לשון הדיוט: לוקחים את ספר הכתובה ממנו אפשר ללמוד בדרך פרשנית שאם תינשא לאחר, אז תיטול ותהיה זכאית ליטול את כתובתה. מצמידים את שני הרכיבים האלה - אם תהיה מותרת להנשא לאחר, אז תהיה מותרת ליטול את כתובתה - יש קשר בין שני הדברים. אז בית שמאי שיכנעו את בית הלל, ומסכימים שעל פי הדרשה של בית שמאי הם צודקים ומשוכנעים. כאן הונחו היסודות למדרש הכתובה: יתכן שהלל הזקן למד מכאן את החידוש של דורשים את ספר הכתובה מלשון הדיוט, והלל פירש והרחיב את זה מאוחר יותר לתחומים נוספים (התרת כתובה, התרת מזרים - בתוך דיני משפחה, אך לא מוכר מחוץ לדיני המשפחה, אולם לא מן הנמנע שזה כך).

**שני המקורות האלה מלמדים אותנו שהפרשנות של מסמך משפטי, כתובה, היא פרשנות שמתייחסת לטקסט, עושה מניפולציות פרשניות על המילים של הטקסט, מבלי שבטוח שהצדדים התכוונו לזה. היא מפעילה טכניקות פרשניות על מסמך משפטי כמו שעושים למקרא, כנראה כחלק מתפיסה שרואים את ההסכם כחלק מחוק כתוב.**

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!

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| [לתך](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A8%D7%A9%D7%99%D7%9E%D7%AA_%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%95%D7%AA,_%D7%A9%D7%99%D7%A2%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%9D_%D7%95%D7%9E%D7%A9%D7%A7%D7%9C%D7%95%D7%AA_%D7%91%D7%94%D7%9C%D7%9B%D7%94#.D7.9C.D7.AA.D7.9A) | חצי כור | 124.42 ליטר | 214.99 ליטר | 108 ליטר |
| [כור, חומר](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A8%D7%A9%D7%99%D7%9E%D7%AA_%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%95%D7%AA,_%D7%A9%D7%99%D7%A2%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%9D_%D7%95%D7%9E%D7%A9%D7%A7%D7%9C%D7%95%D7%AA_%D7%91%D7%94%D7%9C%D7%9B%D7%94#.D7.9B.D7.95.D7.A8.2C_.D7.97.D7.95.D7.9E.D7.A8) |  | 248.83~ ליטר (0.25 מ"ק( | 429.98 ליטר (0.43 מ"ק( | 216 ליטר (0.216 מ"ק( |

במציאות אין שם בית כור, הצדדים התכוונו לבית כור, וזה מה שהקונה חשב שנותנים לו, למרות שהיחידה הזו מניבה רק לתך, אבל קוראים לה בית כור. הוא לא מכר לו אלא את השן - כשאתה מוכר את לא מוכר את הדבר בעצמו אלא את השם שלו ואיך שקוראים לו. המציאות מיוצגת על ידי מילים בטקסט - והטקסט הוא הקדוש, אף אם כוונת הצדדים מתכוונים אתרחת. דוגמא אחרת: אומר שמוכר לו פרדס. וכופין עליו לשם על עסקה שלא התכוון עליה - אותו סיפור. המקור הזה בעצם אומר שלמרות שיש פער בעסקת מרקעין בין מה שהוסכם עליו במילים לבין המציאות - ההסכם המילולי גובר על המציאות ועל כוונת הצדים. מקור שמייצג בצורה חזקה ואף בוטה את הגישה האובייקטיבית.

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 רך יותר. לא כתוב במפורש, אבל אומר שאן אין מנהג - הוא מעדיף לפרש אז לפי כללים פרשניים אחרים שמציע. אבל במקום שיש מנהג - צריך ללכת אחרי המנהג ואחרי רוב אנשי המקום.

5. בבלי, בבא בתרא עז, ב - עח, א

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

רשב"ם, שם: צמד - הוא העול וכלי העגלה קטנה והעגלה עצמה המחברין את השוורים יחד.

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.

סוף תקופת התנאים, בו אפשר להתחיל לראות כבר ויכוח -האם הגישה היא מילולית אובייקטיבית או שהגישה היא גישה סובייקטיבית. אחד מהמקורות החשובים במשפט התלמודי ביחס לפרשנות חוזה. במקרים רבים כשהיו מוכרים שוורים, היו מוכרים בקר בצמדים, כי עבודת האדמה שנעשית באמצעות שוורים כמו חרישה, לא היו חורשים באמצעות שור אחד אלא באמצעות צמד של בקר. לא במקום שור אחד אתה קונה שניים, אלא אתה קונה אביזרים שמצמידים את הצמד: כו העול (הקרש הזה ששמיים על צוואר השוורים - שבור עולנו מעל צווארנו), רתמות, חבלים לקשירה וכו'.

על רקע הזה מתעוררת השאלה שהמשנה דנה בה: מה קורה אם בנוסח ההסכם והמכירה דיברו על צמד:"אני מוכר לך צמד" - מה הכוונה? צמד הכוונה היא לעקה כולה (שני בקר והאביזרים) או שאולי הכוונה היא לאבסורים - מה שמצמיד אותם - הבדל כלכלי עצום. המשנה אומרת כך: שאם מכר את הצמד - מכר את הבקר, ואם מכר את הבקר, אז לא מכר את הצמד. היפא קלה יותר כי בבקר ברור שזה השוורים ולא האביזרים, אבל אם אמר שזה צמד זה כן יותר לא ברור. מבחנת המשנה, צמד זה האביזרים, ואם מכרת צמד - לא מכר את הבקר.

משמע, שאפילו אם שילם סכום שכולל גם צמד וגם בקר - אם בעסקה דובר על מכירת צמד, התמורה מתאימה לצמד ובקר, אבל אומר התנא הראשון שצמד מבחינה מילולית זה רק האבזרים, ולמרות ששילם גם על הבקר, ישלם רק על האבורים. רבי יהודה מתנגד ואומר שצריך לפרש עסקה לפי הנסיבות האופפות אותה: כאן צריך לפרש לפי התמורה שניתנה. על פניה, נראה מהמשנה הזו שהמשנה משקפת ויכוח. גישה אחת - ברור שצמד זה אבזורים, כי כך ברור לכולם - והולכים לפי הפרשנות המקובלת לכולם. גיה אחרת - מדובר בעצם בעמימות לשונית - המילה צמד משמשת לא רק לאבזורים אלא לפעמים משתמשים בה גם למכלול - לבקר וגם לאבזורים. אם כך, יכול להיות באמת שאם המילה צמד כוללת הכל, שיכול להיות שגם חכמים יסכימו שמכר את הכל.

התנא הראשון מדבר על הסיטאוציה באה: שרוב מכריע של האנשים מדייקים בלשונם, שצמד זה שם לאבזור ובקר זה שם לשוורים - יש כאלה שקוראים לבקר צמד, מיעוט של אנשים. ואז מתחילה המחלוקת. רבי יהודה סבר שהדמים הם ראיה והתנא הראשון, חכמים, לא חושבים כך. התלמוד נשאר נאמן לגישה האובייקטיבית כאשר הלשון היא ברורה לחלוטין - אם כולם קוראים לזה כך, חייבים להצמד ללשון. הויכוח מתחיל בהם הלשון היא עמומה - האם מתייחסים וחורגים מהפרשנות האובייקטיבית ולהסתייע בעזרים חיצוניים ונאמנים ללשון גם כשיש עמימות לשונית. בלשב הזה של הדיון התלמוד נצמד לגישה האובייקטיבית ומעדיף אותה על פני כל גישה אחרת. האם ניתן להכניס לתמונה גם גישה סובייקטיבית? בכל מקרה גם לפי רבי יהודה נשתמש בגישה הסובייקטיבית רק כשיש עמימות לשונית.

**שיעור 23, 05.01.2021**

את הסדקים לגישה האובייקטיבית או ניסיון להעמיד גישה סובייקטיבית - ראינו את הניצנים לכך בעניין הצמד והבקר. במקרה של רבי יהודה - הגישה הסובייקטיבית משלימה את הגישה האובייקטיבית - שתופעל כבורר בין הגישה הרווחת לבין הגישה הפחות רווחת. כל זה עדיין השלב הראשון שכבר דיברנו עליו - בשלב זה אנחנו רואים שהתלמוד עדיין מעדיף את הגישה האובייקטיבית.

לפי פשטות המשנה, יש ויכוח על הגישה הסובייקטיביתת: עקרונית רבי יהודה מקבל אותה רק כגישה משלימה. בפירמידת הפרשנות - הפירמידה נותנת קודם כל משקל לטקסט עצמו ולמונחים עצמם, ורק אחר כך, לפי רבי יהודה, עוברים לכוונת הצדדים.

בשלב השני של התלמוד, התלמוד נכנס לשאלה צדדית בדיון, ודן בשאלה הכי מתבקשת כאן: השאלה הקניינית, איך יעלה על הדעת, לפי דעת חכמים, שמישהו משלם תמורה גבוהה, שכוללת גם צמד וגם בקר - את החבילה המלאה, ובפעול בגלל חשבונות לשוניים יקבל בוף רק את האבזור? אבסורד גמור. זה מפריע גם ברמה המוסרית, וזה מה שהתלמוד מנסה לברר בשלב השני - איך ייתכן פער כזה בין צדק לבין פורמליזם של פרשנות אובייקטיבית.

ארבעת השורות האחרונות של המקור: אם קובעים כדעת הרוב שגובה התרומה הוא לא פקטור, אז היה צריך לבטל את העסקה, שהרי כאשר משלמים תמורה גבוהה יותר בעשרים אחוז יותר משווי השוק המקובל - קוראים לזה הונאה, והעסקה בטלה (הונאה לא כמרמרה, אלא מושג ספציפי להלכות מכר שמדבר על ביטול העסקה כתוצאה מחוסר כדאיות). בטלה אוטומטית ולא רק ניתנת לביטול. אומר התלמוד שזהו המקרה שלנו - שברור שיש פער של יותר מעשרים אחוז.

התלמוד בוחן את הנחת היסוד - שקובע שחכמים חושבים שאין ביטול מקח. התלמוד מביא דוגמאות עליהן אומר רבי יהודה שהונאה זה עיקרון אבל הוא לא בלעדי ויש ממכרים שקשה לאמוד אותם (כמו יהלומים). חכמים עונים לו - שאלה לא דוגמאות, אלא רשימה סגורה - רק בשלושת המקרים האלה, אין הלכת הונאה (ספר תורה, בהמה ומרגלית). אם כך, מדוע לא מפעילים אותה במקרה של צמד ובקר? התלמוד מסביר את דעת הרוב לפיה העסקה לא בטלה:

1. פירוש ראשון - "אין הדמים ראיה" - פרשנות דחוקה. חכמים אומרים שברור שהמקח בטל, הרי אין דבר כזה. הכוונה היא שאי אפשר להתחיל לנהל ראיות על כמה שילם, שלא נכנסים לפינות האלה - הדמים הם לא ראיה, כי ברור שהמקח בטל. פירוש דחוק, אבל פירוש שמבטא עמדה משפטית מוסרית - שגם לדעת חכמים ברור שצריך לקחת בחשבון את גובה התמורה - אם לא משיקולים של פרשנות חוזה אז משיקולים של מוסר בסיסי.
2. אפשרות שנייה - פרשנות משונה גם היא שמציעה כך: דעת הרוב אמנם מקבלת את הלכת הונאה, אולם הלכת הונאה כוללת סייג של מתחם הסבירות: אם יש הפרש סביר של 30/40 אחוז - הרי שזה מתחם סבירות שיכולות להיות בו טעיות, בו תופעל הלכת הונאה - שאומר שניתן היה לטעות פה, ובגלל שהטעות היא ברורה, אז העסקה תתבטל. אבל, יש פעמים בהם יצאנו ממתחם הבירות, אם אדם שילם על אבזור פי 5 ממה שהאבזור שווה, אז במקרה כה זה לא בכדי שהדעת טעה - במצב כזה אומר התלמוד שבמקרה שאין הדעת טועה, לא מבטלים את העסקה, כי הפרש הוא כל כך דרמתי, ה לא סביר ושיש פה טעות בכדאיות העסקה. בצמבים האלה הוא שילם כל כך הרבה, אז כנראה שאין לו כוונות עסקיות. רעיון קשה ומשונה של התלמוד שדווקא כשיוצאים ממתחם הבירות העסקה תקפה - גם אין הרבה שימוש ברעיון הזה בתלמוד.

הקשיים: בפירוש הראשון - קושי של הטקסט, בפירוש הני - קושי מוסרי. כך או כך, הפירושים האלה מלמדים אותנו שלתלמוד קשה עם כל המצב הזה. הוא זז באי נוחות.

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, אי גברא דזבין לנכסתא! לא צריכא, בגברא דזבין להא ולהא. וניחזי אי דמי רדיא - לרדיא, אי דמי נכסתא - לנכסתא! לא צריכא, דאוקיר בישרא וקאי בדמי רדיא.

רב: מקח טעות; שמואל - הרי הם לא אמרו בדיוק ולא דיברו על התכלית ולמה מיועד השור, ואם השור מיועד לשחיטה, זה ממילא לבשר ולא לצרכים חקלאיים, ושור שחוט לא נוגח - אז תשחט אותו כמה שיותר מהר. הואיל ולא דיברו על מה מיועד השור, אז אין פה מקח טעות. כאן אנחנו נכנסים לשאלה של פרשנות חוזה - לא ברור מה מטרת המכירה- שור לחרישה או שור לשחיטה? התלמוד עושה פעולה דומה שהוא עשה בעניין הצמד והבקר, והולך שוב לפירמידה, לנוהג ולכוונת הצדדים:

התלמוד בודק מה בדרך כלל הוא רוצה לעשות עם השור: חרישה וחקלאות או שחיטה ואכילה - בודקים לפי הנוהק המקובל.

התלמוד מציג קוי פורמאלי - כאילו זה מתח בין דעת הרוב שאומרת אין הדמים ראיה, לבין הדיון התלמודי שמבקש לבדוק את הדמים. השאלה היא אותה שאלה. בעניין הזה נציג שלוש גישות פרשניות מרכזיות:

7. 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.

הצעת הריטב"א: פרשנות חוזה זה לא דיון חד - חד ערכי, אלא שדה פתוח שיש בו הרבה מאוד אפשרויות. השאלה היא כששואלים מהי הגישה הפרשנית שלך, השאלה שצריכה להקדים אותה היא מה הבעיה הפרשנית שלך. לכן, השלב הראשון הוא להגדיר את הבעיה הפרשנית: בעיה טקסטואלית (מה זה צמד, מה המשמעות של מה שהם אמרו) - בעיה לשונית טקסטואלית. - בעיה טקסטואלית פותרים באמצעות פתרון טקסטואלי - גישה אובייקטיבית. אבל, יש בעיות פרשניות שלא קשורות לטקסט, אלא לכוונת הצדדים - הקונה רצה שור והמוכר נתן לו שור. השאלה היא האם זה היה לטובת שחיטה או חרישה - זו לא שאלה לשונית, אלא שאלה של כוונת הצדדים. לבעיית כו הוא מציע דילוי דברים - גילוי מילתא - הצעה ראשונה פתרון היא שהגישה הפרשנית לחוזה נתפרת באופן מיוחד על פי הבעיה הפרשנית - לכל בעיה, תשובה שמתאימה לה.

8. 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.

אפשרות שנייה היא האפשרות של ר"י מיגאש (הסבא הרוחני של הרמב"ם - אביו של הרמב"ם למד אצלו בישיבה): הביטויים הם דומים, אבל כאן מרכז הכובד הוא אחר לגמרי - לא מהי הבעיה הפרשנית, אלא השאלה היא מהי מסגרת הדיון בפרשנות החוזה - האם בכלל יש כאן עסקה או שיש כאן עסקה, אבל אני רוצה להבין את פרטיה - המסגרת הדיונית זו השאלה. אם השאלה היא על עצם קיומה של העסקה, אז כששואלים זאת, אני לא יכול להכנס לטקסט - כי הטקסט הוא לב ב'. אבל כששואלים את השאלה הראשונית אם בכלל יש כאן עסקה, יכול להיות שאין כאן מפגש רצונות, לא עולה על הדעת להפעיל גישה אובייקטיבית ביחס לטקסט, אלא צריך לתאר את המרחב שלפני הטקסט. בגישה האובייקטיבית נשתמש רק כשבאים לברר את פרטי העסקה. בפמקרה של שור נגחן: כאן השאלה הייתה אם יש בכלל מפגש רצונות: שור לחרישה או שור לשחיטה? האם התקיים כאן מפגש רצונות? הוא מדבר על משהו אחד וההוא מדבר על משהו אחר. לכן קודם כל צריך לברר מה הרצונות. במחלוקת לגבי צמד ובקר - ברור יש עסקה, אבל השאלה היא מה פרטי העסקה, לכן במקרה הזה נכנסים לטקסט לפי הגישה האובייקטיבית מה נאמר בין הצדדים.

9. 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.

הגישה השלישית לפתרון הסוגייה: גישה שנראית קצת רחוקה: אומר שהשאלה היא לא פרשנות חוזה אלא שאלה של ראיות: השאלה היא אילו כלים יביאו לדיון הראייתי: מבסס זאת על המושר מיתיי ראיה, ועל האופן שבו התלמוד מעלה את הסוגיות שלו: דיון שיכול להתפרש כדיון ראייתי. לכן הרשב"ם טען שהשאלות האלה קשורות למרחב הראייתי.

במקרה של צמד ובקר: מדובר בפירוש לא חד משמעי לצמדובקר, מתעורר ספק ועולה ערפל. מפעילים כלל ראייתי ולא בפרשנות חוזה - המוציא מחברו עליו הראייה. השאלה היא מה נחשב לראייה מפקת? גובה התמורה זו ראייה מספקת כדי להוציא מחברו? - כאן הקונה נמצא במיעוט ונטל הראייה עליו כבד, לכן אין הדמים ראיה - הם לא ראייה מספקת כאשר אתה נמצא בקבוצת מיעוט. לעומת זאת, לגבי שור נגחן, כשהוא קונה שוורים - הוא קונה גם לשחיטה וגם לחרישה, כאן הדמים כן יכולים לשמש ראייה, כי מבחינת המרחב הראייתי - אנחנו יודעים שהקונה קונה גם וגם - וגם הדמים מעמידים קייס - אפשר לראות שאני קונה גם לחרישה וגם לשחיטה, אז אני כאן במצב מסופק.

**ככלל, התלמוד מעדיף את הגישה האובייקטיבית. הגישה הסובייקטיבית: לפי הריטב"א - כשהבעיה היא לא בעיה של הטקסט אלא בעיה פרשנית סובייקטיבית של כוונת הצדדים; או לחלופים (ריב יגאש) כאשר הדיון הוא לא דיו בחוזה גופו, אלא דיון אפריורי - בשאלה האם יש כאן עסקה ומפגש רצונות. כפי שהדברים נראים, התלמוד והפרשנים מגבילים את הגישה הסובייקטיבית, ושמים אותה בגישה עם מקום- אבל מקום משני.**

**שיעור 24, 07.01.2021**

**מקור מובהק לגישה תכליתית:**

10. משנה, בבא בתרא ד, ב

[המוכר את הבית לא מכר...] לא את הבור ולא את הדות אף על פי שכתב לו עומקא ורומא. וצריך [המוכר] 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: [הקונה] אינו צריך ליקח לו דרך, וחכמים אומרים: צריך ליקח לו דרך.

עסקת מקרקעין: אדם שמכר את הבית מבלי למכור את בור המים או התנור(טאבון) הממוקמים מחוצה לו אף על פי שכתב לעומק ולגובה. נוסחאות שמוכרות בחוזי מקרקעין עתיקים. המשנה אומרת שאפילו אם כתוב אפילו עומק ורום - בית זה בית, אבל לא מכרת את מה שנמצא מסביב לבית - אזי שהבור והדוד ממשיכים להשאר של המוכר.

מחלוקת 1: רבי עקיבא - אם המוכר כזה בלופר, הקונה יכול לדרוש זכות מעבר, שהרי מכר לו את הבית. חכמים - יש גבול לכל תעלול - אם אתה אומר שהבור והתנור נשאירם אצל המוכר, לא צריך לשלם עלזה, שברור שהוא צריך זכות גישה. לפי רבי עקיבא, אם אמר במפורש שזה לא כולל את התנור והבור - אז לא צריך לגבות דמי מעבר.

מחלוקת 2: מה קורה אם מכרן לאחר: מוכר ציקן - מכר בהתחלה את הבית לאדם אחד, ואז מחר את הבית לאדם שני

11. בבלי, בבא בתרא, סד, א-ב

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

ממאי? דלמא רבי עקיבא סבר [ברישא]: 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.

לפי הרישא - אם מכר בעין יפה, אז המוכר קנה גם את דרכי הגישה לבור ולדוד - לכן צריך לקחת לו דרך. חכמים אומרים שאם מכר את המינימום, בעין רעה, והשאיר את דרכי הגישה לעצמו - לא צריך לקחת לו דרך.

בסיפא - דרכי הגישה לבור ולדוד - הגישה של עין יפה ועין רעה כאן: עין רעה לפי חכמים - מכר רק את הבור והדוד ולא את דרכי הגישה. רבי עקיבא חושב שמוכרים בעין יפה.

**לפי ההסבר הזה של התלמוד יצאנו מהגישה התכליתית והגענו אל הגישה הסובייקטיבית - מה כוונת הצדדים?** בלי להכנס לרזולוציה של מה רוצה כל אחד מהצדדים, כשיש לנו רצונות נוגדים של הונה והמוכר - השאלה היא איזה רצון אנחנו מעדיפים? מהי הכוונה היותר דומיננטית? אם אומרים שהולכים אחרי דעת המוכר, אז יכול להיות שלא. כשהתלמוד מציע את ההצעה הזו - אם הולכים אחרי הקונה או המוכר, מצד אחד הוא נשאר בגישה הסובייקטיבית - סוג של הכללה למה שנאמר קודם ביחס לרישא, אבל אפשר לומר שכשאתה מכליל - שם על המוקד את הקונה או שם על המוקד את המוכר, אז הכוונות שלהם סותרות - כל כוונה תיתן תוצאה הפוכה. אז מה גורם להעדיף כוונת צד א על כוונת צד ב? אי אפשר להישאר לגישה הסובייקטיבית, אני כבר צריך לבחור - וא עוברים לגישה התכליתית. לכן השאלה היא על מי דיני המכר באים בעיקר להגן: על קונים (מה שמקובל על מחשבתנו היום) או שדיני המכר הם כלכליים ולא סוציאליים, והם מעוניינים ליצר תמריצים למכירה, לכן הם באים להגן יותר על קונים?

בבלי, בבא בתרא: התלמוד מציע טוען שהמחלוקות של רבי עקיבא וחכמים היא - "עין יפה ועין רעה" ובוחנים האם המוכר מכר בעין יפה ונדיבה או למדויקת (עין רעה). לפי רבי עקיבא המכירה הייתה "בעין יפה" והמכירה נעשתה בצורה נדיבה, ואילו חכמים רוים את המכירה לא "בעין יפה" ושהיא נעשתה באופן דווקני ולא נדיב.

נראה את היישום הנ"ל ב-2 המחלוקות:

ר' עקיבא חושב שהמכירה בעין יפה (מוכר צריך להיות לארג'), ולכן מכר לבעלים החדשים גם את דרכי הגישה. חכמים חושבים שהמכירה נעשתה בעין רעה (עסקים לכוד וחברים לכוד), מכר בדיוק את הבית, ולא את דרכי הגישה.

**ביחס לצד שלישי-** כשהבעלים הראשונים מוכרים לצד ג'- לפי ר' עקיבא בעין יפה- מכר לג' גם את דרכי הגישה. לפי חכמים "צריך ליקח לו דרך"- המכירה מדויקת, לא מכר את דרכי הגישה, ולכן צריך להגיע להסדר.

השאלה שעולה כאן היא פרשנית של מדיניות- איך אנו רוצים לנהל ערכית את התחום של ממכר.

Bayley v. Great Western Rly, 26 Ch. D. 434, 453 (1884) On a severance of two properties, anything like a right of way, or any other easement which is used, and which is reasonably necessary for the reasonable and comfortable use of the part granted, is intended to be granted too. The principle is that the grantor is assumed to have intended that his grant shall be effectual.

אם מכרת בור ודוד ללא דרכי גישה, אז זה הופך את המכירה ללא אפקטיבית. לכן צריך לאפשר לקונה שימוש סביר ונוח. המדד הוא המדד האפקטיבי - אלה ניסוחים אחרים לעמדה של רבי עקיבא למוכר בעין יפה מוכר.

בבלי, בבא בתרא דף סה עמוד א-ב

מתני'. המוכר את הבית - מכר את הדלת אבל לא את המפתח, מכר את המכתשת קבועה אבל לא את המיטלטלת, מכר את האיצטרוביל אבל לא את הקלת ולא את התנור ולא את הכירים. בזמן שאמר לו: הוא וכל מה שבתוכו - הרי כולן מכורין.

גמ'. לימא, מתניתין דלא כר' מאיר, דאי ר"מ, הא אמר: מכר את הכרם - מכר תשמישי כרם! אפי' תימא ר"מ, התם קביע, הכא לא קביע. והא מפתח דומיא דדלת קתני, מה דלת דקביעא, אף מפתח דקביע! אלא מחוורתא, מתני' דלא כר"מ.

פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, ה, עמ' עט-פד

א' מכר קומת קרקע בבנין דירות לב'. בזכרון הדברים הראשון שנחתם ע"י שני הצדדים נאמר שמלבד קומת הבנין קונה ב' גם 40 מ' בחצר הבנין בצד מזרח צפון של הבנין, וכמו כן נותן א' רשות לב' - במידה וזה לא מפריע לאינטרסים שלו בשטח - להחנות את רכבו בשטח הבנין השייך לו. ב' השתמש בחצר בצד דרום לחניית מכוניתו במשך שש שנים, ולשם כך יצר פירצה בגדר והתקין שם שער חשמלי לחצר כדי שלא יכנסו בו זרים, אך לאחר תקופה זו הודיע לו א' שיותר אינו מרשה לו להכניס מכונית בחצר שלו, והוא סתם את הפירצה בגדר.

ב' הגיש נגד א' תביעה בביהמ"ש - לדבריו, עפ"י הוראת רבו (שהוא דודו של א') - וביהמ"ש הורה לו לפרוץ את הסתימה בגדר כפי שהיה ולהרשות לב' להכניס מכונית בחצר, עד להחלטה אחרת. ב' תבע את א' בביה"ד של העדה החרדית, אך א' בקש לדון בבי"ד זה.

ובנידון דידן שהקונה רכש מפעל עם חצר לידו, יש להסתפק ספק כפול: האם חייב המוכר לתת לקונה דרך לחצר ולמפעל גם לכניסת מכונית, כדי שלא יצטרך להוליך את הסחורה בידיו מרחק גדול המקשה על תיפקוד המפעל שקנה, או שדי לו אם יתן לו שביל המספיק להילוך בני אדם, שבכך אינו פורח באויר. וספק נוסף יש בדבר, כיון שגבולות החצר שמכר לו לא סומנו בשעת המכירה, ועכשיו טוען המוכר שחלק ממנה משמש גם שביל גישה מהרחוב, וממילא אינו חייב עוד לתת לו דרך בחצירו, וכמו שכתב הרמ"א בשו"ע שם בשם הריב"ש סי' רמח בד"א שאין ללוקח דרך אחר חוץ מזה, אבל יש לו דרך אחר אין לו דרך בביתו של מוכר (ודברי הריב"ש הובאו גם בב"י סי' קעב ס"ט), אבל מכיון שכל השביל שיש ללוקח עפ"י התסריט של המוכר אינו אלא ברוחב מטר אחד בלבד, ואין בו כניסה למכונית לפריקת סחורה, אם נאמר שבעין יפה הוא מוכר כלול בזה גם דרך למכונית, כיון שזהו דרך תשמישו של המפעל, חייב לתת לו תוספת זו מחצרו של המוכר.

ויתכן לתלות ספק זה במה שנסתפק בדברי אליעזר ב"ב סי' טו אות ב האם משום שבעין יפה הוא מוכר מוסיף על המכירה כיון שהוא תשמיש לדבר הנמכר, או שבעין יפה הוא מוכר אינו מוסיף על המכירה אלא שנכלל במכירה, ואפי' אם אין זה תשמיש לדבר הנמכר יתכן שהוא כלול במכירה, והביא ראיות לכאן ולכאן. ואף לעניננו, אם נאמר שבעין יפה הוא מוכר מוסיף על המכירה לצורך תשמיש לדבר הנמכר, י"ל שבאופן זה שנותן לו שביל גישה להליכת בני אדם אינו חייב לתת עוד דרך למכונית, אבל אם נאמר שבעין יפה הוא מוכר נכלל במכירה אפי' אינו תשמיש לדבר הנמכר, ה"ה בנידון דידן נכלל במכירה דרך למכונית אף על פי שנותן לו שביל הליכה לבני אדם.

ולמעשה נראה עפ"י מש"כ בחו"ב ב"ב סי' י שגם לדעת חכמים שמוכר בעין רעה מוכר ואינו חייב [עמוד פג] לתת לו דרך, זה דוקא באופן קבוע, אבל לצורך תשמישו לפרקים בודאי שמחוייב לתת לו, דלא גרע ממשיב אבידה. ואף בנידון דידן, גם אם נאמר שאינו חייב לתת לו שביל כניסה ברוחב המספיק לכניסת מכונית, מ"מ לפרקים שהוא צריך להיכנס ולצאת עם מכונית לפריקת וטעינת סחורה, בודאי שחייב לתת לו, דלא גרע ממשיב אבידה. ומכיון שהגישה הנוחה לרכב היא מצד דרום, על א' להרשות לב' להכנס לחצר לפרקים, כאמור, דרך צד דרום, ובצד צפון דרך שיירי החצר של א'.

בתי דין לענייני ממונות - בתי דין פרטיים שפועלים מכוח הסכם בוררות - והפסק בסוף הוא פסק בורר, אבל זה פסק בורר שנעשה על פי דין תורה. תופעה רחבה, שבית המשפט העליון כבר התייחס לה, עם לא מעט התייחסויות באקדמיה: משפטנים שמתנגדים לתופעת בתי דין לענייני דיני הממונות.

הסיפור: אדם שקנה קומת קרקע לצרכים עסקיים (בית דפוס), פתח שם בית דפוס והיה צריך גם חניה ומחסנים - אז הסיכם היה שוץ מקניית הדירות עצמן הוא קונה גם 40 מטר בחצר הבניין ובנוסף יש לו גם רשות להחנות את הרכב בשטח הבניין ששייך למוכר. הסיפור היה שהקונה במשך זמן מסוים אכן השתמש בשטח שנשאר של המוכר - למרכי חניה, החנה שם את הרכב 6 שנים, ועם האוכל בא גם התיאבון, אז הוא פרץ פרצה בגדר, עשה גם שער חשמלי, ועשה את זה לחניה ממוסדת שלו - בשטח של המוכר. הקונה עלה לעצבים של המוכר, שניצל את טוב ליבו. במקרה הזה אנחנו משווים את דרך הגישה לחנייה, - האם חייבת להיות גישה עם הרכב עד הכי קרוב לבית הדפוס?

בהסתכלות של עין יפה - שתהיה לארג' - משהו משמעותי יותר, יכול להיות שעין יפה מחייב גם חניה וגישה לרכב. על הרקע הזה, בית הדין מברר לעצמו את השאלה מה המשמעות של מוכר בעין יפה מוכר? כל מה שהוא בעסקה יתפרש באופן הרחב ביותר לטובתו של הקונה - אתה לא נותן עוד תוספת של משהו קטן, אלא פרשנות המכירה מתפרשת באופן הנוח יותר לקונה.

השלמה מאוריה:

**יישומים של רעיון זה במשפט המודרני:** \*\* פס"ד מאנגליה במאה ה- 19, שבו נקבע שהמוכר מאפשר לקונה את השימושים העיקריים במקרקעין, משום שיש להניח שהמוכר רוצה שהמכירה תהיה אפקטיבית. לאפשר לקונה שימוש סביר ונוח והמדד הוא מדד האפקטיביות. ניסוח מודרני למוכר בעין יפה מוכר.

\*\* פס"ד של בי"ד לדיני ממונות מלפני 25 שנה. בי"ד רבני שהוא פרטי, פועל מכוח חוק הבוררות. הפסק הוא פסק בורר שלא נעשה מתוך גישור אלא מטעם ביה"ד ולפי דין תורה. תופעה רחבה.   
מקרה שאדם קנה קומת קרקע שבה יש דירה ופתח שם בית דפוס והוא היה צריך חנייה ומשרדים. הסיכום היה שהוא קונה חוץ מהקומה עצמה שבה יש דירה גם 40 מ' בחצר הבניין ובנוסף יש לו רשות להחנות את הרכב בשטח הבניין ששייך למוכר.

הקונה במשך 6 שנים אכן השתמש בשטח שנשאר של המוכר לצורכי חנייה, הוא גם פרץ פרצה בגדר ועשה שער חשמלי בלי לשאול והפך את זה לחנייה ממוסדת שלו בשטח של המוכר. הקונה עלה על העצבים של המוכר והוא כבר לא היה מוכן לניצול הזה. דובר על הסכם חנייה כל עוד זה לא מפריע לאינטרסים של המוכר בשטח. כך הם הגיעו לביה"ד לדיני ממונות שהוא ממלכתי. ביה"ד דן בסוגיה זו והלך לדיון שלנו- הנושא של דרכי גישה. אדם מכר קומת קרקע לבית דפוס והשאלה היא לגבי דרכי הגישה. כדי להפוך את העסק לאפקטיבי- להוביל ולהוציא ממנו דברים- עד כמה חנייה זה חלק מהמכירה? האם חייבת להיות גישה עם הרכב עד הכי קרוב לבית הדפוס?  
ביה"ד בשלב הראשון מנסה להיות בגישה הסובייקטיבית ורואים את הניסוחים שהתלמוד מביא בשלב השני כשהוא דן בגישה הסובייקטיבית, האם מספיק שביל להליכת אדם ובו יובילו את המטענים פנימה והחוצה? אם העניין הוא דרך גישה בעניין המינימאלי שלא "יפרח באוויר" לא צריך חנייה בשביל זה. ביה"ד עוד לא דן בשאלה על האם מוכר מוכר בעין יפה או רעה, וקודם כל ביה"ד מנסה לאמוד את כוונת הצדדים לפי דרכי פרשנות מקובלות.  
בשלב השני ביה"ד נכנס לשאלה האם מוכר בעין יפה מוכר- גישה תכליתית. זה לא מונח של אומדן כוונת הצדדים. בעין יפה זה מכירה לארג'ית ואפקטיבית, זה לא משהו מינימאלי "לא לפרוח באוויר", יכול להיות שעין יפה מחייבת גם גישה לרכב. על רקע זה **ביה"ד מברר לעצמו את השאלה מה המשמעות של מוכר בעין יפה מוכר?**

האם הביטוי עין יפה- כוונתו היא שהלארג'יות שמצופה מהמוכר היא שהוא נותן עוד משהו על הדרך? או שכל מה שבעסקה יתפרש באופן הרחב ביותר לטובת הקונה- זה לא תוספת קטנה אלא המכירה מתפרשת באופן הנוח יותר לקונה? זו השאלה שביה"ד מתחבט בה לפי דברי האחרונים.   
התרגום לעניינו- האם מספיקה דרך גישה של שביל להילוך בני אדם או שצריך לאפשר גם הכנסת חנייה של רכב?

בהתחלה ביה"ד נקט בגישה מינימליסטית שמספיק שביל הליכה, אבל אם מדובר בעין יפה זה כולל גם חנייה.

בשלב השלישי ביה"ד מכניס לדיון גורם נוסף על בסיס אחד מאחרוני זמנינו, מושג מדיני נזיקין "דלא גרא ממשיב אבידה"- ההלכה כשהיא מחייבת אדם להשיב אבדה היא גם מניעה של הפסד שעתיד להגרם למישהו אחר (למשל אם אדם רואה שטפון שהולך להציף את השדה של החבר שלך ויש לך דרך למנוע את זה ומדין משיב אבידה אתה צריך לנקוט את הצעד המניעתי ולמנוע את הנזק שיגרם לחלקה של החבר). אנחנו מצפים מאדם לקחת בחשבון את צרכיו של הזולת, ואם יגרמו לו כל מיני נזקים והפסדים מצופה שהחבר מראש ימנע את הנזקים שעתידיים להגרם לו.   
ביה"ד טוען שיכול להיות שכאן זה לא שאלה של עין יפה ועין רעה. אפילו לדעת חכמים שאומרים שמוכר מוכר בעין רעה, יכול להיות שהפקטור שצריך להכריע זה העניין של משיב אבידה. זה יגרום אי נוחת גדולה לבעל בית הדפוס שאין לו חנייה, לקוחות יעדיפו לקנות אצל מישהו אחר שיש לו דרך גישה נוחה. לכן ביה"ד לוקח נקודה זו בחשבון- אנחנו מצפים מהמוכר בהקשר הזה ללכת לקראת הקונה כדי שלא יגרמו לו נזקים. אומנם זה לא מחייב את המוכר לאפשר לו זכות גישה קבועה לרכב, אבל כן תשמיש לפרקים.

🡨 ביה"ד מתחיל מניסיון ללכת בגישה החוזית השגרתית הסובייקטיבית, הוא עובר לגישה התכליתית ומדיין בה מה המשמעות של מוכר בעין יפה מוכר ובסופו של דבר לא מכריע לפי שיקולי פרשנות כי ביה"ד ממשיך להתלבט מה זה עין יפה. לכן ביה"ד עובר מהמגרש החוזי למגרש הנזיקי. לדעת המרצה ביה"ד היה צריך לקבוע עמדה כבר בשלב של עין יפה. המרצה מסביר שיכול להיות שביה"ד נטה לכך שמוכר בעין יפה מוכר הוא מינימלי אבל לא רצה להכריע כך ולכן סטה למגרש הנזיקי.

**\*\* יישומים נוספים של הגישה התכליתית:** סעיף בחוזה שדורש פרשנות והשיקולים הפרשניים לא נוגעים לגישה אובייקטיבית, למילים הכתובות וגם לא לגישה סובייקטיבית אלא שיקולים של המערכת.  
תשובה של הרא"ש, מספרד במאה ה-14, שנק' המוצא היא תניות שיפוט שהיו מקובלות בהסכמי הלוואה. הצדדים היו מתחייבים להידיין ביניהם בין בדיני ישראל ובין בדיני אומות העולם- הדיון יכול להתקיים לא רק אצל היהודים בביה"ד הרבניים, אלא גם בביהמ"ש של המדינה (ערכאות של גויים). לפי ההלכה יש בעיה ליהודים להידיין בערכאות של גויים. אלו בימ"ש שדנים לפי דין שאיננו דין תורה, גם אם הדיינים הם יהודים. מסמך כזה מגיע לרא

שו"ת הרא"ש כלל סח סימן יג

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

לפי ההלכה יש בעיה ליהודים להתדיין בערכאות של גויים - בתי משפט שדנים לפי דין שאינו דין התורה. גם אם הדיינים הם יהודים ודנים לפי דין שאינו דין התורה ועושים כך דרך קבע, זה נקרא על פי ההלכה ערכאות של גויים. לפי רוב הפוסקים גם בתי המשפט בישראל הם ערכאות של גויים (נייר עמדה - ערכאות של גויים במדינת היהודים).

במאה ה-14 היו תניות שיפוט שאמרו שהנושה והחייב מוכנים להדתיין בין בדיני ישראל ובין בדיני אומות העולם. ההסכמים האלה מגיעים לרא"ש - אומר אם אני מאשר הסכם כה, אני מאשרר התדיינות בערכאות של גויים. במקרה כזה זו מציאות לא פשוטה לפוסק. ההסכם הוא בעייתי ולא חוי. תשובת הרא"ש אומרת כך, שהוא חייב לפרש את התשובה הזו שלא יהיה נגד דין תורה. הדין מתיר לפעמים התדיינות בפנינ ערכאות של גויים: אם מישהו אלים ומשתמש בכוח שלו בסירוב להתדיין איתך פי דין תורה, הוא גורר אותך לבתי המשפט של המדינה כדי להתחמק ממך - מותר לך גם ללכת לערכאות של גויים - במקרים כאלה ההלכה מתירה, יחד עם עוד חריגים. אם כן אומר הרא"ש שמכיוון שהוא רוצה לפרש את השטרות האלה לפי דין - כך שלא תהיה הכרה למשהו שהוא לא חוקי, אז הוא מפרש את ההסכם שלא לפי מילותיו או כוונת צדדים, אלא לפי גישה תכליתית - שיקולי מערכת שיתאימו לדין. לפי ההלכה - בנסיבות האלה למשל כשצד אחר הוא אלים, לכן אף על פי שזה מה שכתוב - אסור לעבור על דברי תורה. הרא"שמביא דוגמא נוספת עם אותו עיקרון.

**שיעור 25, 12.01.2021**

**מבנה הבחינה:**

1. **הערוץ הראשון -** הערוץ שמעביר את הרעיונות הגדולים, תיאוריות, מהלכים, תובנות, עקרונות ועקרונות היסוד- צריך להכיר את כל אלה ולשלוט בהם. למשל: הפער בין התנאים והאמוראים להיתכנות התופעה החוזית, הכלים שהתלמוד משתמש בהם כדי לפתור את בעיית החוזה - השאלות הגדולות. מבטים רחבים.
2. **הערוץ השני -** העקרונות שמוצגים דרך המקורות - מקורות שלמדנו דנו ולמדנו בפועל במפגשים. צריך לשלוט במקורות האלה - רק במקורות שלמדנו. לו המקור יופיע בארמית, יהיה תרגום מילולי של מה שכתוב במקור, אם הוא יהיה בארמית.
3. **הערוץ השלישי -** שליטה בפרטים הקטנים - לדעת גם את הדוגמאות של העקרונות הכלליים. איך התובנות של הערוץ הראשון באות לידי ביטוי גם בערוץ השלישי.

הבחינה צריכה להביא לידי ביטוי את כל שלושת הערוצים האלה. יש שאלות פרשנות טקסט, ושאלות של שליטה בפרטים.

**3 שאלות עם סעיפי משנה.**

**נושא יב' לסילבוס - החוזה הפסול**

הלגיטימציה שמערכת המשפט מוכנה לתת לתופעות המנוגדות אליה - האם צריך לתגמל את יריבי ואף את אויבי? אם מישהו פועל בניגוד לתקנת הציבור או בניגוד לחוק, והחוזה שלו כרוך באי חויות או בסתירת תקנת הציבור, מה תהיה תגובתה של המערכת המשפטית? בסופו של דבר אם היא מכירה בחוזה, היא נותנת לו סיוע. זו השאלה הבסיסית.

שאלה גדולה שנייה היא הניסיון לראות את החוזה כחקיקה פרטית - כי חוזה זה נורמות מוסכמות מחייבות בין הצדדים לחוזה - לכן זה סוד של חקיקה אישית ופרטית. השאלה היא מה צריך להיות היחס בין החקיקה הפרטית לבין החקיקה הציבורית? מה קורה כשהחוקים הפרטיים האלה עומדים בסתירה לחוק הגדול?

השאלה השלישית חוזרת להיות שאלה של יעילות: שאלה ספציפית. המשפט הפרטי (החוזים הקניין) הם הלב של המשפט הפרטי. מה נעדיף כאשר הצדדים פועלים בניגוד למדיניות ולכללים שהמחוקק מעוניין בהם - עד כמה נעדיף את חופש החוזים למול השיקולים המערכתיים שהמערכת מעוניינת לתת למשפט הפטרטי.

שלוש שאלות נפרדות עם קשר מסוים ביניהן. נלמד שלושה סטים של מקורות כשכל סט של מקורות שם במרכז כל אחת מהשאלות האלה:

**סט ראשון: כיצד מתבונן המחוקק על פעולות לא חוקיו ועד כמה הוא מוכן לתת את עצמו לעזור במימוש או בתקיפות של פעולות לא חוקיות אלה?**

את שאלת היחס המחוקק לפעולות לא חוקיות, כשחוזה פסול זו דוגמא, מקרה פרטי לשאלה הגדולה - אנחנו רואים במסכת תמורה (מסכת תמורה: בסוף ויקרא יש הלכות כלליות על דיני קורבנות -

1. תמורה דף ד עמוד ב

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

כל דבר שאמר התורה, לא תעשה - אם עשה - זה מועיל. רבא אומר שזה לא מועיל כלום. מחלוקת עקרונית בין שני האמוראים האלה, שניהם נחלקים בשאלה אם אדם עושה פעולה לא חוקית, והוא בכל זאת פעל נגדד החוק, האם פעולה שהיא לא חוקית היא מועילה - כלומר תקיפה. אביי אומר תקפה, רבא אומר לא תקפה. **ההנמקות:**

אביי: אם נגיד שלפעולה לא חוקית אין לה תוקף, אז למה להעניש אותו?

רבא: פעולה לא חוקית בטלה כי הוא עבר עם האמירה של התורה.

שתי תפיסות עולם בכל מה שקשור לתורת הענישה - כשאדם עובר עבירה והוא נענש, שניהם נחלקים בשאלת הרציונל של הענישה על זה שהוא עובר עבירה. התפיסה הפשוטה היא של רבא - כי הוא עבר עבירה, (גמול, הרתעה - הדברים הידועים), אבל עצם העובדה שעבר עבירה - בגלל זה הוא נענש, בלי קשר לשאלה אם יש תוקף או אין תוקף למעשה. אביי לא מסכים לזה ואומר שיש בו מן החידוש, שנכון למשפט קלאסי ובוודאי למשפט דתי - אביי משדר כאן את התפיסה הריאליסטית (פרופסור לוברבוים) - הריאליזם ההלכתי - גישה שאומרת שהעונש הוא לא על ההתנהגות הלא ראויה, אלא על המטענים שיש על הפעולה המשפטית. כלומר אם הפעולה בטלה, הבטלות מבטלת גם את הריאלי - כאילו הוא לא קיים. לכן אביי אומר שפעולה לא חוקית היא פעולה מועילה ותקפה, אחרת אי אפשר להעניש עליה. כדי להעניש, צריך להניח שפעולה לא חוקית היא פעולה תקפה. באשר לחוזה הפסול: חוזה פסול זו פעולה לא חוקית, אדם מתנה נגד החוק - ולפי רביי, יש תוקף לחוזה הזה.

- כלל פסיקתי - במחלוקות בין אבייל רבא, תמיד פוסקים כרבא, ולא כאביי, ולפי רבא - שחוזה פסול על פניו בטל. בהמשך נראה את הבעייתיות של הדבר הזה.

עד כאן הסט הראשון שנוגע בשאלה הגדולה של איך החוק מתייחס לפעולות לא חוקיות

**הסט השני של המקורות: היחס בין חקיקה כללית לבין חקיקה פרטית, בין חקיקה פורמאלית ומוסדית של המערכת לבין חקיקה פרטית ואישית: שאלת "מתנה על מה שכתוב בתורה" , שאלה שנויה במחלוקת.**

2. תוספתא מסכת קידושין (ליברמן) פרק ג הלכה ז-ח

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

הבעל מכניס תניה לקידושין בה הוא מתנה שאם הוא מת הוא לא זקוק לייבום. ההלכה אומרת שזה שטויות, כי הוא ביטל את מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. זו חובה מן הדין. לכאורה יש לנו כאן קביעה מאוד ברורה שאומרת שאי אפשר להתנות נגד החוק.

דוגמא נוספת - הבעל מתנה את הקידושין שהוא לא יספק לה שאר כסות ועונה. התוספתא משיבה שאי אפשר לדבר על תניות באופן גורף, אלא זה תלוי בתחום. אם זה בממון - תנאו קיים, אם הן נעשות בתחום שאינו ממון, תנאו בטל. לענייננו, התוספתא מכניסה סייג. רוב רובן של התנאות הממוניות הן דיספוזיטיביות - לכן התנאה של תנאות ממוניות זה לא נגד החוק, כי החוק ממליץ המלצות בכפוף להמלצת הצדדים. תניות גוף הן קונטיות, אז בהן אי אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה.

בשלב זה, על פי ההלכה בתוספתא: חוזה פסול שנוגד את החוק - הוא תלוי באיזה תחום. בתחום ממוני, תקף, ובעניין הנוגע לגוף החוזה יהיה בטל. תופעה דומה אנחנו פוגשים גם במשנה, שם זה נעשה בצורה דומה: המשנה מדברת על תניות של שומרים, מתנה שומר חינם הפטור משבועה

3. משנה, בבא מציעא ז, י-יא, עפ"י כ"י קויפמן

מתנה שומר חינם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, ונשא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם. כל המתנה על הכתוב שבתורה תניו בטל...

שומר חינם - צריך להשבע שהוא לא פשע. שומר חינם שמתנה תנאי שהוא פטר משבועה - אפשר להתנות תנאי כזה, והוא יהיה תקף. אז יהיה מדובר בתניות פטור מקילות, והמשנה אומרת שזה בסדר, למרות שה נוגדות את דין השומרים הן תקפות. מה הבעיה? שבהמשך המשנה כתוב שכל התמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל.

4. בבלי, בבא מציעא צד, א (על פי כתב יד המבורג 165).

מתנה שומר חנם וכו'. מני? ר' יהודה היא, דאמ' בדבר שבממון תנאו קיים... אימא אידך: כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, אתאן לר' מאיר. הא לא קשיא. בדבר שאינו של ממון, ור' יהודה היא... אפלו תימא ר' מאיר, ושאני הכא דמעיקרא לא שעביד נפשיה.

התלמוד רואה את הסתירה ושואל מה הולך - ומשיב שצריך לקרוא את המשנה כאילו תבו אותה שני כותבים שונים. כלומר מחלוקת - בין התנאים לבין מה שראינו בתוספתא. העמדה שאומרת בצורה גורפת (כל המתנה מה שכתוב בתורה תנאו בטל 0- זו העמדה של רבי מאיר, חכמים) שלא ניתן להתנות בשום תחום. הדעה האחרת היא הדעה של רבי יהודה שמבחינה בין מה שבממון לבין מה שלא בממון. לכן כשקוראים את המשנה צריך לקרוא אותה כאילו נאמרה על ידי שני דוברים שונים. הדיבור על שומרים זה לפי רבי יהודה כי זה דבר שבממון ותנאו קיים, ומה שכתוב בהמשך - זו הדעה של רבי מאיר וחכמים, שמאמינים בכלל הגורף, שא אפשר בכלל להתנות על מה שכתוב בתורה.

התלמוד הבבלי מכניס אותנו לראשונה למחלוקת התנאים בשאלה הזו.

האפשרות השנייה: גם הרישא וגם הסיפא היא לדעת רבי מאיר. הסיפא - זה ארבי מאיר, עקרונית חוק פרטי לא יכול לגבור על חוק כללי. זו דעתו של רבי מאיר - בכל תחום. ברישא, תניות שומרים שלכאורה רבי מאיר אומר שהן תקפות - כי תניות שומרים הן שונות מעיקרו של דבר כי אין כאן שיעבוד של שומר החינם. הטענה כאן היא שרבי מאיר יודע להבחין בין חוק קוגנטי לבין חוק דיספוזיטיבי. אם החוק קוגנטי - החוק כופה ומחייב, ולא יכול להיות בשום מקרה שהחוק הפרטי של הצדדים יסתור את החוק הכללי. אבל, יש חוקים דיספוזיטיביים שהמחוקק רק ממליץ, אבל נותן לצדדים לקבוע מה שהם ירצו. מה שהם רוצים מקובל עליו. אז ממילא, בשומרים מדובר בחוק דיספוזיטיבי. לכן כששומר חינם אומר שהוא לא רוצה להשבע בבית משפט, אז הוא לא נכנס בכלל מהתחלה מעיקרו של דבר למסגרת החיוב שהמקרא והתורה מטילה עליו - כי התורה לא מטילה ליו חיוב, כי בעניינו החוק לא קוגנטי אלא דיספוזיטיבי.

נסכם: התלמוד הבבלי קובע שיש ויכוח בשאלת ההתנגשות של החוק הפרטי מול החוק הכללי. עמדת רבי מאיר- העמדה הקפדנית, כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל - נותנת כבוד בעירבון מוגבל לחוזה כמסדיר חוק. הקול השני הגמיש יותר - רבי יהודה מסכים לחוזים נוגדים דין בדבר שבממון, שם התנאי קיים. התלמוד אומר שגם אם הרישא נאמרה על ידי רבי מאיר זה הגיוני כי הדין הראשון הוא דיספוזיטיבי. בתלמוד הבבלי הציר הראשי עובר דרך ההבחנה בין דבר שבממון ללא, ואפשרות לסייג בדברי רבי מאיר.

**שיעור 26, 14.01.2021**

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

המשנה שאומרת שכל המתנה על דבר שכתוב בתורה תנאו בטל. אבל הסיפא קובעת שכאשר תנייה אינה בת ביצוע, התניה הזו בטלה. כל תנאי שאי אפשר לקיים, התנאי בטל. ההסבר המקובל למאפיין הזה של בת ביצוע או אינו בת ביצוע הוא מאפיין פיזי וריאלי - האם התנייה בת ביצוע מבחינה ריאלית: אדם אומר לאישה שייתן לה גט בתנאי שתעלי לרקיע - לא אפשרי בימי המשנה. או אני אתן לך גט בתנאי שתאכלי חזיר - בר ביצוע ריאלית, אבל לא בר ביצוע נורמטיבית. לכן השאלה היא האם מישור נורמטיבי יכול להגדיר אם זה בר ביצוע או לא. התלמוד הירושלמי סבור שכן - שתנאי צריך להיות בר קיום במובן הנורמטיבי, לכן כאשר תנייה היא תניה שקיומה כרוך בעבירה - חוזה פסול - אז במקרה כזה החוזה בטל כי זה תנאי שאי אפשר לקיימו. התלמוד הירושלמי חושב שצריך לחבר בין הרישא לסיפא - וצריך לקרוא אותם כקשורים זה בזה. חוזה פסול מתנה על מה שכתוב בתורה הוא חוזה בטל כאשר הוא לא בר קיום, אבל אם הוא בר קיום אז הוא תקף. הייתכן? כשהמקרא מדבר על ייעוד, אין מדובר בהכרח - שבהכרח יש מעמד משפחתי, אלא מדובר באפשרות שהמקרא מכיר בה, ואף דוחף אליה, אבל זה לא הכרח. לכן המקרה של ייעוד הוא מקרה שמצד אחד אם אני מתנה בעסקה ללא ייעוד - זה לא לפי רוחו של הדין, אבל אי אפשר להדגיד שזו תנייה שהיא לא בת קיום. התלמוד הירושלמי חושב שסביב הדיון הזה סובב הויכוח בין רבי מאיר לרבי יהודה:

6. ירושלמי, קידושין א, ב; דף נט ע"ג

מלמד שהוא מוכרה לו ומתנה עמו על מנת שלא יהו עליה ייעודין, דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים: לא עשה כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנייו בטל. ולית לרבי מאיר כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנייו בטל? אית ליה תניי איפשר לו לקיימו בסופו, וזה איפשר לו לקיימו בסופו. ולית ליה לרבנין תניי איפשר לקיימו בסופו? אית לון תניי ממון, וזה תניי גוף הוא...

גם התלמוד הירושלמי מכיר בויכוח בין רבי מאיר לבין חכמים (רבי יהודה) בחוזה פסול, אבל במבט ראשון, הויכוח מוצג אחרת, וגם ממבט שני הציר המשמעותי מבחינת הירושלמי שונה מבחינת הבבלי. המקרה בירושלמי בקידושין מתייחס לתופעה משפטית ששמה ייעוד - לפי המקרא תופעת העבדות היא תופעה אפשרית, ייתכן שאף ראויה, ובמסגרת הזו יש הבחנה בין עבדים יהודים לבין עבדים שאינם יהודים. והבדל נוסף בין דין של עבד לבין דין של אמה. כאשר קטינה נמכרת להיות אמה, זה סידור כפול: נימיה ומקור הכנסה להורים. המקרא קובע שכאשר אדם מוכר את בתו כקטינה צריך להסתכל רחוק יותר - ולקחת את האפשרות שהאדון או בנו ירצו לקחת את הנערה כאישה. המקרא מעדיף להסדיר את זה מאשר שהעק יהיה פרוץ - לזה קוראים ייעוד - מייעדים את הנערה להיות אישה לבנו של האדון או לאדון עצמו. מה קורה במקרה כזה בו האבא אומר לאדון שהוא מור לו את הבת שלו ככוח עבודה בלבד, ללא ייעוד.

הציר בין רבי מאיר לרבי יהודה לפי הירושלמי: המדד לפי רבי מאיר אם חוזה פסול הוא תף או לא- הוא שאלת הבר קיום בהקשר הנורמטיבי, לכן הסכם שולל ייעוד הוא בר קיום ותקף, כי הוא לא נוגד את הדין. הירושלמי מנסה להבין את דעת חכמים שנוגדת לדעה זו, שהציר אצל חכמים הוא אחר - לא אם הוא בר קיום או לא בר קיום, אלא שהציר המבדיל בחוזים פפסולים הוא האם זה דבר שבממון או אם זה תנאי גוף: תנאי ממון (כאשר מה שעומד על השולחן ומושא החוזה הוא זכויות ממון הניתנות לויתר, ומשכך הן דיספוזטיביות בהגדרה ולכן ניתן להתנות תניות נגד הדין) אבל בייעוד זו לא זכות ממון אלא תנאי גוף במובן זה שהעניינים קשורים בגופו של אדם, ולא ממוניות, לכן זה תנאי גוף שאומר שאי אפשר להתנות נגד הדין, כי זה נוגע בגופו של אדם. לכן הירושלמי אומר שהשאלה אם חוזה פסול הוא תקף תלויה בשני גורמים:

1. לפי רבי מאיר - אם ההתנגדות לדין הופכת את החוזה לחוזה שהוא לא בר קיום - אם הוא בר קיום - תקף
2. לפי חכמים (רבי יהודה) המבחן זהה לקודם - האם זה דבר שבממון או באופציה אחרת (כאן, תנאי גוף).

בשאלת הסך הכל בסט שבוחן את השאלה השנייה, יש הבדל בין שני התלמודים (בבבלי - שאלת המפתח היא שאלת הקוגנטי או הדיספוזטיבי - אם חוזה פסול הוא תקף השאלה היא אם לפנינו נורמה רכה או נוקשה, ככל שהנורמה רכה וגמישה, בממון - אז שם חוזה פסול הוא חוזה תקף, ואם היא נוקשה, חוזה פסול הוא חוזה בטל) בתלמוד הירושלמי הציר סובב סביב היתכנות הביצוע של החוזה - עד כמה התניה נוגדת את החוק כך שאפשר או אי אפשר לקיימו. זו שאלת המפתח לפי התלמוד הירושלמי. הנפקות במקרה הזה זה של ייעוד - שהבבלי לפי רבי מאיר יחשוב שאין אפשרות כזו של התניה נגד ייעוד, אבל לפי הירושלמי שזה תלוי בהיתכנות ביצוע, תניה ננגד ביצוע זו תנייה שיכולה לעבור. הנטייה היא פסיקה לפי רבי יהודה - ככל שהנורמות הן גישות, אז גם כשהחוזה נוגד את הנורמות האלה הוא חוזה תקף. כשהן נוקשות, התנייות הנוגדות את הדין גורמות לזה שהחוזה הפסול יהיה בטל.

**סט 3 של המקורות שדן בשאלה השלישית: וריאציה מסוימת של השאלה הראשונה, על התחום של המשפט הפרטי ובמיוחד על דיני חוזים ודיני קניין. השאלה המתעוררת: ההתנגשות בין שתי מטרות מרכזיות שיש בחוזים וקניין: (1) מטרה אחת - הכוונת התנהגות (2) חופש החוזים וחופש הקניין - חירויות יסוד גם במשפט העתיק. לכן השאלה היא שאלת היחס בין החופש לבין הרצון לכוון.**

7. 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.

כמה צריך להחזיר החייב לנושה כשהחייב נותן תוספת מעצמומ של 20%. אביי: שבית המשפט מפקיע הוא מפקיע את המוסכם, בעוד שאת התוספת לא קשורה להסכם הריבית, אלא לרצונו הטוב של החייב, ומה שקשור לרצונו הטוב הוא לא מעניינו של בית המשפט. השאלה היא האם כל שנעשה תחת כותרת הריבית הוא ריבית, או שרק מה שהוסכם בין הצדדים. רבא לא מסכים. איך מגדירים בדיוק את גבולות הריבית?

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.

במקרה השני ההנמקה של רבא היא שונה. כשמישהו הולך עם בגד חדש ויודעים שזה מריבית (בתקופה לא היו הרבה בגדים חדשים) , אז כולם מצביעים ואומרים שהוא קיבל זאת מהריבית - מערכת שמתנגדת לריבית זה בעייתי מאוד מבחינתה. כלי תעמולתי לא טוב לעבריינים ונגד המערכת. מהסיבה הזו ל שיקולי מדיניות, הוא רוצה שתופקע גם הגלימה מהריבית. רבא נזקק לכל הסיפור של מה יגידו. יש הבדל בין המקרה הראשון למקרה הזה: במקרה הראשון כשהוא התחשב לתת יותר ממה שהתחייב, האפשרות להפריד הוא אפשרות בעייתית - כי זה סוג של קנייה במחיר טוב, במקום לקנות 4, קנה חמש. האפשרות הזו בעייתית כשמדובר באותו הדבר בעצמו, אבל כשמדובר בגלימה וכסף, זה בולט לעין שזה שני דברים נפרדים - הגלימה נפרדת מהחוב שנתת, והיא סיפור חדש או אחר. לכאורה רבא היה מסכים שזה דבר נפרד, אבל רבא גם כאן למרות שהגלימה היא נפרדת,, הוא לא מוכן לקבל את זה משיקולי מדיניות.

פעולה של קניין תחת הסכם פסול של ריבית - האם הפעולה תקפה או בטלה?

8. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם

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

רמב"ן מוכיח שהעסקה למרות אי חוקיותה היא עסקה תקפה, ומוכיח זאת מסיפור הגלימה. כדי לבסס את זה יותר, הוא מבסס זאת על דברי הגאונים: כאשר מכר מתבצעים בתנאי איסור, תחת הסכם פסול, אנחנו מקיימים את העסקה. חוזה פסול הוא חוזה תקף לפי הרמב"ן. הלכה דומה מאוד מוצאים את דברי הרי"ף במקור 10, שמתבסס על מה שמופיע במקור 9.

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

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

הלכה לפיה גם עסקאות קדושות לא ראוי לעשות ביום טוב, קל וחומר בשבת.

10. רי"ף מסכת ביצה דף כ עמוד ב

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

הרי"ף לומד מהלכה זו שמי שעבר עבירה ועשה עסקה בשבת, אפילו אם במזיד, גם לגביהן המכר חל למרות שהוא נעשה בעבירה.

אם כך ניתן לסכם ולומר שבשני המקורות האלה בשאלה השלישית של עסקת עבירה, העסקה הזו תקפה - כך רבא"י גאון (עסקת הריבית) וכך גם אומר הרי"ף באשר לעסקה שנעשתה בשבת. עסקאות שנעשו בתנאי עבירה הן עסקאות תקפות. כבר בשלב הזה בתכלול של שלושת השאלות - המדקנה היא לא אחידה.

בשאלה הראשונה - פוסקים כמו רבא, שפעולה לא חוקית היא פעולה לא תקפה.

בשאלה השנייה - פוסקיםכדעת רבי יהודה - ברוב העסקאות במשפט הפרטי,, שהן דבר שבממון, או נורמות דיספוזטיביות למעשה, ההלכה היא של רבי יהודה (אפילו רבי מאיר לגבי דיספוזטיבי) שהן למעשה תקפותת

השאלה השלישית - המסקנה היא שהעסקאות תקפות.

אם כך, איך מיישבים את המקור הראשון, של רבא, עם הסטים האחרים של המקורות שאומרים שחוזים פסולים הם תקפים. שאלה שמטרידה את הפוסקים. שלושה כיוונים שמנסים לפתור את השאלה הזו: מקורות 12-16 שמנסים לעשות את הסדר.

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

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

ונראה דל"ד כלל לההיא דתמורה דהתם שאני שקיום הדבר הוא האיסור ואי אפשר להתקיים הדבר אלא בעבור האיסור כגון תמורה ודכוותיה דמייתי התם אבל הכא גבי רבית כיון שזה מחזיר לו הרבית ליכא איסורא בקיום המקח שהמקח אינו אסור מצד עצמו.

השאלה כאן היא עד כמה העבירה הקשורה לעסקה היא הכרחית לחוזה - האם החוזה מכריח לבצע עבירה. הטענה כאן היא רק כאשר העבירה היא הכרחית - אז החוזה הפסול הוא חוזה בטל. ההכרח שיש בביצוע העבירה. אבל כשהעבירה היא לא הכרחית, למרות שהוא כרוך בעבירה, אבל הביצוע שלו לא תלוי בעבירה - אז החוזה יהי תקף. מזכיר קצת את הירושלמי לפיו המדד המרכזי לאי חוקיות של חוזה הוא אפשרות הביצוע שלו. כאשר העבירה היא לא הכרחית לגבי הפעולה המשפטית, היא אינה מתנגשת חזיתית עם החוק, ולכן מאפשרים אותה. בכל אופן, המבחן הראשון שהמשנה למלך מציע לנו לפתרון שאלת הסתיה בין המקורות היא הכרחיות העבירה - רק כאשר החוזה הפסול מכריח אותי לעבור עבירה - החוזה לא תקף.

**שיעור 27, 18.01.2021**

[בית יוסף חושן משפט סימן רח: וכתבו תלמידי הרשב"א וכ"כ רבינו האי בתשובה דהיכא דאית ביה איסורא דאוסיף בדמים משום אגר נטר לי לא בטלן זביני אלא קיימין בין על לוקח בין על מוכר...

פסק הגאונים שרבי יוסף קארו מביא, שמכר שכרוך בריבית הוא מכר תקף. מצד שני, מביא רבי יוסף קרוא פסק שנכתב 200 שנה לפני באשכנז:

כתוב בהגהות מרדכי דסוף שבועות (סי' תשפד): מי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור או ימחול או שאר דברים ועבר שבועה ומכר או נתן אין במעשיו כלום עכ"ל. וממה שנתבאר בסמוך נדחו הדברים הללו]

אדם שעשה פעולה משפטית אזרחית, הוא נשבע שהוא לא יעשה, שהוא לא יעשה - והפר את השבועה ומכר/נתן/מחל - אין במעשיו כלום. הבית יוסף מביא את דבריו ואומר שמכר שנעשה אגב הפרת שבועה - הוא מכר בטל. אומר רבי יוסף קארו לא מבין איך אפשר להגיד דבר כזה, כי אף הגאונים אומרים שתוך כדי עבירת ריבית המכר תקף, בעוד שפסק אשכנז אומר שמכר אגב הפרת שבועה הוא מכר בטל. לכן רבי יוסף קארו מעדיף את פסק הגאונים. אם מפעילים על זה את המבחן של המשנה למלך, המבחן לבטלות או תקפות של חוזה לא חוקי הוא ההכרחיות של העבירה - אם יש הכרח בביצוע העבירה, אז יש הבדל משמעותי: במכר שכרוך בריבית אפשר לבצע את המכר גם בלי עבירת הריבית, העסקה תוכל להתבצע בצורה נקייה, לעומת זאת אדם שנשבע שלא ימכור, ומכר תוך הפרת שבועה - כל מכירה שיעשה יהיה על דרך העבירה, לכן פה העבירה היא הכרחית. משכך רבי יוסף קארו לא היה צריך לדחות את הפסק - כי הוא מתכתב עם המבחן של המשנה למלך:

ולפי חילוק זה יש לתמוה על מה שכתב מרן בח"מ סי' ר"ח על מה שכתב המרדכי דמי שנשבע או קיבל בחרם שלא ליתן דבר או לא ימכור ועבר שבועה ומכר ונתן אין במעשיו כלום וממה שנתבאר בסמוך נדחו דברים הללו ע"כ. ולפי מה שכתבנו לא דמי כלל, דנדון המרדכי הוי דומיא דההיא דתמורה דאי אפשר בקיום הדבר אם לא בעבור האיסור ולא דמי למקח שנעשה באיסור. ולמרן דלא ניחא ליה בחילוק זה תיקשי לדידיה מה שהקשינו, וצ"ע...

לכן, כאשר אין כורח בביצוע העבירה(מכר עם סעיף ריבית, מכר שנעשה בשבת - כאשר אין הכרח שהפעולה המשפטית עצמה תיעשה בעבירה, היא לא טובלת ברובה בעבירה, ולכן חוזה פסול כזה יהיה תקף. זו הצעתו של המשנה למלך.

הצעה אחרת באה מפיהם של שני חכמים היושבים באותו מקום, אולם הם אינם מצטטים אחד את השני. שנים אנשי צפת של המאה ה-17: מהריט"ץ והמהרי"ט.

13. שו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן טז

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

מבקש ליישב את הקושי בין המקורות הנוגדים. כולם מסכימים שמכר בשבת והלוואה בחג הן פעולות תקפות. מדוע? לפיו, התועלת בבטלות היא החשובה. כשיש פעולה לא חוקית ואני דן בשאלה אם לקיים או לבטל, המבחן צריך להיות מבחן התועלת האם תצמח לי תועלת בביטול הפעולה, אם לא תצמח תועלת אז מדוע שאעשה זאת. בהיבט הזה הוא מסתכל על עבירות שנעשות בשבת: אם אדם בנה קיר בשבת, אנחנו לא אוהבים את זה, אבל לא יצא לנו כלום ולא נרוויח אם נגיד לו להרוס את הקיר אחרי שבת. אולי תהיה הרתעה או גמול על מעשה לא טוב, אבל לא ניתן לתקן את המעשה הפסול שנעשה. לכן במקרה כזה לא נגיד לו להרוס את הקיר באותה מידה אדם שמוכר בשבת - לא יצא כלום אם נגיד שהעקה בטל, כי העבירה של מכירה בשבת כבר נעשתה. לעומת זאת, בתמורה - אדם הקדיש בהמה על מנת להקריב אותה. אם החליף בהמה בבהמה - שתי הבהמות יהיו בקדושה, והשגתי משהו בהעברת הקדושה מבהמה לבהמה - הוא ניסה לסלק את הקדושה ממנה, אבל הוא אל אפשר את הקדושה - בכך נמנע הקלקול. לכן המבחן לשאלת בטלות או תקפות של מעשה לא חוקי היא שאלת התועלת: האם יש תועלת בבטלות. אם יש תועלת - תיקון באמצעות הבטלות את מעשה העבירה, רק אז יהיה ניתן להגיד מעשה העבירה הוא מעשה בטל. אם אין בכך תועלת אז ממילא המעשה נותר תקף.

14. שו"ת מהרי"ט חלק א סימן סט

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

דברים דומים אומר גם המקור הנ"ל. פעולה משפטית שנעשתה בפני גויים לא ניתנת לביטול, ולכן תקפה. לא נרוויח כלום אם לא נכיר בהחלטה, כי העבירה כבר נעשתה.

כאמור, לפי הדרך השנייה ליישוב בין המקורות הסותרים - הציר עומד על שאלת התועלת - רק כשיש תועלת בבטלות, תהיה בטלות.

**האפשרות השלישית: הציר הוא סביב הפסק של השולחן ערוך**

15. שולחן ערוך חושן משפט סימן רח סעיף א

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

עסקה נגועה בריבית מדברי חכמים.

16. ט"ז שם

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

הט"ז מבחין, כמו בית המשפט, בין אי חוקיות נסיבתית לבין אי חוקיות מהותית. אי חוקיות מהותית משמעותה שהפעולה מצד עצמה נגועה באי חוקיות: למשל בעסקת התמורה - פעולה משפטית של תמורה, התמורה כרוכה במהותה באי חוקיות - גם אם נקלף את הזמן, המקום הצדדים - אי החוקיות אינה תלויה בנסיבות אלא במהותה היא עבירה. אבל יש אי חוקיות שהיא תוצאת של נסיבות - כמו אדם שמוכר בשבת. הפעולה כשלעצמה של המכירה היא לא עבירה, אבל הנסיבה של שבת הופכת אותה לעבירה - כשמקלפים את המעטפת של שבת אין בעיה. אז כשהיא החוקיות היא נסיבתית, אז נגיד שאי החוקיות אינה יורדת לשורשה של הפעולה המשפטית, והיא לא מבטלת אותה לכן מכר בשבת תקף, אבל לעומת זאת תמורה (כמו שרבא אמר) - זה מפני שאי החוקיות שם יורדת לשורשה של הפעולה המשפטית והתמורה. על הרקע הזה הט"ז חושב מחדש על מכר שכרוך בהפרת שבועה (כאשר המשנה למלך אמר שבמקרה כזה יש הכרח בעבירה - ולכן היא לא תקפה - על זה חלק השולחן ערוך) הוא חולק על המשנה למלך ומסכים עם השולחן ערוך: ביחס לשבועה, אם המבחן הוא מהותי לעומת נסיבתי, כשהוא בוחן את דינה של מכירה שנעשתה אגב שבועה, הוא בוחן את הפעולה המשפטית: הפעולה המשפטית היא מכירה. מכירה כשלעצמה יכולה להיעשות בתנאים חוקיים - במקרה הזה היא הופכת ללא חוקית בגלל השבועה הנסיבתית, ולכן לפי הט"ז, הוא תומך בדברי רבי יוסף קארו - במכירה אגב שבועה, המכירה תהיה תקפה. (בניגוד לעמדת המשנה למלך שהולך לפי מבחן ההכרחיות).

שת גישות מודרניות: הגישה הדאנטולוגית (האם אתה פועל תחת המעשה הראוי) הגישה השנייה הגישה התועלתנית: האם השלמות של האדם היא כאשר הוא באושרו - ומעשה יהיה תקני כאשר הוא מביא לכלל אושר, מקסום משאבים לכמה שיותר אושר לבני אדם - זה המבחן למדוד תקניות של פעולה ומעשה. כשמשליכים את הדיון הזה לענייננו - האם הנורמה הראויה היא לבטל פעולות לא חוקיות או לתת תוקף לפעולות לא חוקיות:

**הגישה הדאונטולוגית** תשאל קודם כל במה נלחמים, מהי אי החוקיות. מהי הסטייה מהחובה והמעשה הלא ראוי. לפי מידת הסטייה, צריך להיות הגמול. הסנקציה מכוונת כסוג של גמול על הפעולה או הרתעה. ברמה העקרונית, שתי הגישות מפעילות את התגובה לאי החוקיות.

לעומת זאת, הגישה השנייה היא **גישה תועלתית** - האם לתת תוקף או לבטל את העסקה, היא עשה את החשבון של התועלת, האם תהיה תועלת מביטול העסקה. (בניית קיר בשבת - לא תצמח תועלת) ולא יהיה תיקון של הפעולה הלא חוקית.

פרק נוסף בסוגייית החוזה הפסול המוכר לנו מהניסוח המיוחד של המחוקק בחוק החוזים: האם בית משפט לפעמים יכול לקבוע שחוזה פסול יש לתת לו תוקף במובן זה שמאפשרים לצדים לעבירה להינות מפירותיו: מעלה את השאלה מה היחס בין הבטלות לתקפות של החוזה הפסול:

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973

30. חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

31. הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו.

**תקפות פסיבית** - לא צריך לעשות פעולה ויכול להשאיר את הדברים בידיו.

**תקפות אקטיבית** - בית המשפט יכול להורות לצד השני לבצע את חיוביו שכנגד, למרות שהחוזה הוא פסול.

המחוקק מאפשר לבית המשפט לתת תקפות משיקולי צדק לחוזה פסול, מעלה את השאלה (בין אילון לדעת הרוב) האם על הרקע הזה אנחנו אומרים שחוזה פסול הוא חוזה חי עד שבית המשפט ורק בית המשפט יוכל לקבוע את מותו, או שחוזה פסול הוא חוזה מת, ובית המשפט יש את הכלים הנבואיים להחיות את המת. פרקטית לפי אלון, זה דמיוני שבית המשפט יכול להחיות את המתים, לכן לפי אלון - חוזה פסול צריך לחכות בנשימה עצורה אם בית המשפט יכול לתת לו תוקף - אי אפשר להרוג אותו לפני שפנית לבית המשפט.

פוסקי ההלכה התייחסו ממש לסעיף 31: האם בית משפט יכול לתת תקפות פסיבית או אקטיבית לחוזה פסול, כלומר לקבוע שקיבלת תמורה לחוזה עבירה, ותוכל להשאיר את התמורה, ולא תהיה חובת השבה (תקפות פסיבית) ולחילופין או הוא יכול להורות לצד לחייב את חיובו שכנגד (תקפות אקטיבית). השאלה נתונה במחלוקת בין שני פוסקים במאה ה-18: שני פוסקים אלה (מפראג ומגרמניה) חלוקים על בסיס של תקדים תלמודי. התקדים התלמודי ופירושיו:

17. בבלי, ראש השנה כב, ב

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

רש"י שם מאתים זוז נתונים לך במתנה - ותהא רשאי לעכבן, ואף על פי שלא השלמת תנאי שלך לשוכרך, דיש רשות לבית דין לקנוס ממון ולעשותו הפקר, כדאמרינן ביבמות (פט, ב): מנין שהפקר בית דין הפקר - שנאמר וכל אשר לא יבא לשלשת הימים וגו' יחרם כל רכושו וגו' (עזרא י).

הלכות קידוש החודש. עוסק בשאלה מתי קובעים את חג השבועות - ויכוח בין הקבוצות השונות בימי הבית ואחריו. חלק מהמאבק בין הכיתות היה בניסיון להשפיע בכוח על הקבוצה השנייה. הקבוצה הפרושית - הרבנית הייתה הקבוצה החזקה, לפחות בהקשר של קביעת ההלכה והדברים הקשורים אליה. במלחמה הזו ביקשו תעודת יושר- שיהיה אפשר לסמוך עליהם. הגיע מישהו שלא האמינו לו - בסוף הוא נכנע ואמר ששילמו לו שישלם. שאלו מי שילם - הוא שמע שרוצים להטעות את החכמים, והוא עבר עבירה בשביל להודיע להם. השאלה היא על ה-200 זוז: לבית הדין יש סמכות לסטות מן הדין משיקולי מדיניות, במסגרת סמכות זו הוא רשאי להפקיע ממון ששייך למישהו כדין, אם יש שיקולי מדיניות שבית הדין חושב שצריך לעשות. כך גם כאן, לפי הדין ה-200 זוז צריכים לשוב חזרה לצדוקים/לאיסיים, אלב לבית הדין יש שיקולי מדיניות, ולצורך הזה לבית הדין יש סמכות להפקיע את הזכויות ואת המאתיים זוז, ולהשאיר את זה בידי עד השקר.

על הדיון הזה יש ויכוח בין פוסקים: האם לפנינו תקדים עקרוני? ס' 31 סיפא: במקרים של חוזה עבירה יכול לסטות מן הדין ולתת תוקף אקטיבי או פסיבי לחוזה כזה? אם התקדים ההוא הוא תקדים עקרוני, או שמדובר במקרה בעל מאפיינים מיוחדים, ובמאפיינים מיוחדים אלה, יש 31 סיפא, אבל בלאו הכי זה לא קיים וחוזה עבירה כזה לא יכול לקבל תוקף ואפילו לא תוקף פסיבי.

**שיעור 28, 21.01.21**

18. שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קמה (ר' יעקב ריישר, פראג וגליציה, מאות 18-17)

הלכות עדות. שאלה אחד תובע לחברו שנתן לו שכר עשרה זהוב' להעיד לו עדו' שקר ולא העיד לו אותו עדות, בכן יחזיר לו היו"ד זהובים והלה כופר בכל, אי יכול להשביע על זה או לא:

תשובה. הנה לכאורה היה נראה אפי' הלה מודה שקבל העשרה זהו' אינו מחויב להחזיר: וכהא דאיתא בש"ס דר"ה פ"ב דף כ"ב ע"ב ת"ר פעם אחת בקשו בייתסין להטעות את חכמים שכרו שני בני אדם בארבע מאות זוז אחד משלנו ואחד משלהם וכו' ואם אין אתם מאמינים לי הרי מאתים זוז צרורין לו בסדיני אמרו לו מי הזקיק לכך אמר להם שבקשו בייתוסים להטעות את החכמים אמרתי אלך אני ואודיע להם שמא יבואו בני אדם שאינן מהוגנין ויטעו את חכמים אמרו לו מאתים זוז נותנין לך במתנה והשוכרך ימתח על העמוד עכ"ל:

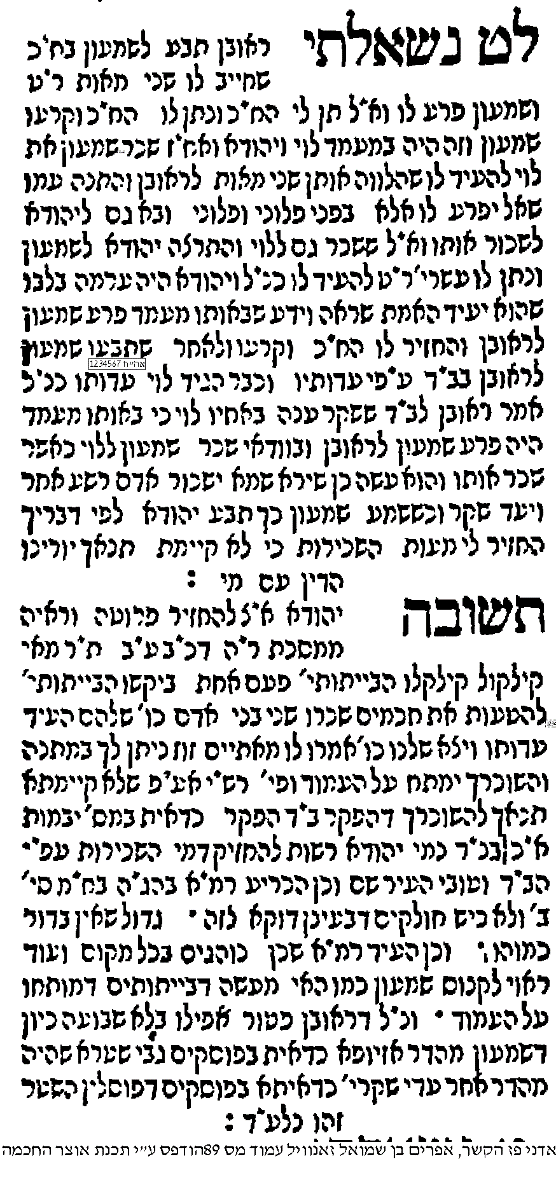
אך משם אין ראיה. חדא, דאיכא למימר דשאני התם שהממון היה של הבייתוסין שהם כאפיקורסים... גם ממונם הפקר... מ"מ הא מבואר בי"ד סי' קנ"ט בש"כ שם ס"ק וי"ו בשם גדולי ראשונים ואחרונים דהבייתוסים מותר ליקח מהם ריבת וממונם אבד שאינם מחוייבם /מחוייבים/ להחזיר אבידתו...

...ועוד דאף את"ל דאסור לאבד ממונם, מ"מ הא פרש"י שם בד"ה מאתים זוז נתונים לך במתנה ותה' רשאי לעכבן ואעפ"כ שלא השלמת תנאי שלך לשוכרך ויש רשות לב"ד לקנוס ממון ולעשות הפקר עכ"ל: וא"כ התם דוקא משום מגדר מלתא שלא יטעו הצדוקים כלל ישראל בתקון המועדת קנסו כן: משא"כ בנדון דידן דליכא מגדר מילתא, דאם הוא הוחזק לשכור עדי שקר כל ישראל מי הוחזקו:

ועיין בתשובת שער אפרים בסי' ע"ב דלא שייך מגדר מילתא אלא היכא דיש לחוש לקלקול רבים שהדור פרוץ. ואף שבספרי פסקי האחרונים ומשפטי יעקב העלתי עיקר בסי' בי"ת דאף כשהיחיד רגיל בדבר עבירה או שעשה דבר עבירה בפרסום במידי דשכיח גם כן מקרי מגדר מילתא ורשות לב"ד לקנסו וכמבואר ג"כ בתשובת מהר"מ מלובלין סי' קל"ח, מ"מ בנדון דידן שלא עשה העבירה מתחלה כבל /כלל/ בפרסום, וגם אינו מוחזק לכך, מי יימר דאיכא מגדר מילתא לקנסו בכך כמו התם גבי בייתוסים: ותדע שהתם עיקר טעמא משום מגדר מילתא של הבייתוסים, דאל"כ איך אמרו והשוכרך ימתח על העמוד, והלא קי"ל בכל התורה דאינו לוקה ומשלם אלא ודאי דהתם קנסא בעלמא משום מגדר מילתא... נ"ל ה"ק יעקב.

**שאלה דומה על השאלה התלמודית על שכירת עדי שקר:** השוכר תובע להחזיר לו עשרה זהובים, אבל מי שניתן לו כסף להעיד עדות שקר כופר בכל. השאלה כאן האם הוא יכול להשביע אותו על זה, יש מקרים לפי סדרי דין בהם אדם כופר בכל, אז ניתן להשביע אותו. השאלה היא האם בנסיבות האלה ברקע זה שזה חוזה פסול, האם ניתן להשביע אותו. השו"ת מביא את המקרה התלמודי ומתחיל בזה שאין חובת השבה, ולכן ממילא אין על מה להשביע. הוא קובע שאין חובת השבה ולכן אין על מה להשביע את הנתבע. הפסקה הראשונה היא ציטוט של המקרה התלמודים ומשם הוא עובר לאבחונים, הוא טוען שהתקדים התלמודי הוא נסיבות מיוחדות, אבל אין ללמוד ממנו באופן כללי. ככלל, חוזה פסול בטל, ובגלל שהוא בטל יש לגביו חובת השבה, אבל בנסיבות התלמודיות אין עליו חובת השבה, והוא מביא אבחונים בין המקרה התלמודים לבין מקרה רגיל.

**האבחון הראשון קשור בתובע** - בתקדים התלמודי התובע הוא לא עבריין פרטי, אלא בעבריין ציבורי - גוף של עבריינים ציבוריים, שאלה הבייתוסים שהיו במאבקים אידואלוגיים דתיים חברתיים עם הפרושים. בגלל שהם כופרים מוטלות עליהם סנקציות - ביניהן זה שבית המשפט לא מסייע להם להגן על זכויותיהם הכלכליות. הרכיב הראשון הוא משמעותי שניתן על בסיסו לאבחן בין התקדים התלמודי למקרה שלנו. "שונה המקרה שם, שהממון היה של הבייתוסים, שהם אפיקורסים".

**האבחון השני - הנושא העומד לדיון -** הסוגייה של עדות החודש היא רגישה מאוד ומשמעותית בעולמם של חכמים, ומכיוון שמדובר בנושא מאוד רגיש, מעפילים שם שיקולי מדיניות מיוחדים - הממסד הרבני מעוניין ככל שהוא יכול להגן על תפיסת המועדים ותפיסת החודש שלו. כל מי שמנסה לחבל בכך, זה מעין טרור דתי - חברתי - זו סוגייה שהיא סוגייה רגישה ולכן הטיפול בה הוא טיפול מיוחד בסוגייה מיוחדת שבה צריך להילחם באופן משמעותי בכל המנסה לבוא כנגדך.

יחד עם זאת, במקרה רגיל לא בהכרח צריך לפתור מחובת השבה. כאן זה מקרה פרטי, ועבריין פרטי, אין לנו את האבחנות של זהות התובע ועניין מיוחד של עדי התביעה, ולכן במקרה הזה יש לחייב בחובת השבה. זו דעתו של שו"ת יעקב, והוא חייב את האדם שנשכר להעיד עדות שקר להשיב את העשרה זהובים.

19. שו"ת אדני פז, לט (ר' אפרים הקשר, אלטונה והמבורג; נפטר ב - 1759) - תמונה .

מקרה אחר: שמעון הנוכל עושה תרגיל. העדים לפירעון של שמעון וראובן היו לוי ויהודה. אחרי זה שמעון שכר את לוי. הרב אקשייר חשב שהתקדים הלמודי לא נבע מהתקדים התלמודי, אלא שמדובר בנורמה קבועה שמזוהה עם סעיף 31 וביתה משפט יכול לפתור מחובת ההשבה. השאלה הזו שנויה במחלוקת.

על בסיס שתי תשובות אלה הדיון הולך ונמשך ואין תשובה למהי הלכה.

**נושא יג' לסילבוס: חוזים מיוחדים – בין חיוב לקניין**

חוזים מיוחדים - פועל בתחום ספציפי שצובע את החוזה בצבעים מסוימים, וזה מה שהופך את החוזה מחוזה כללי לחוזה מיוחד (חוזי קבלנות, חוזה לשירות וכדומה). מטבע הדברים, חוזה מיוחד הוא הכרחי בשיטת משפט שמכירה בתופעה החוזית.

בהסכם שמירה יש דינים מיוחדים, שללא ספק משפיעים על החוזה ועם קיומו של חוזה השומרים.

דיני שומרים בקליפת אגוז: חוק השומרים מתכתב באופן עמוד עם המשפט העברי בכל הנוגע לחלוקה לסוגי שומרים: שומר חינם, שומר שכר, שוכר ושואל. לשניים האחרונים לא קוראים שומר. יש שני סוגים של יחסים בין בעלים של נכס לבין שומר: סוג אחד של יחסים שבמרכזם עומדת השמירה: אני מעוניין שמישהו ישמור לי על הנכס, אבל לשומר אין עניין מיוחד שישתמש בנכס, ואף אין רצון להתשמש בנכס משני הצדדים השמירה יכולה להיות עם תמורה - שכר, וללא תמורה - חינם. לכן לא כדי לשני הראשונים קוראים שומר כי בלב היחסים עומד עניין השמירה. מערכת יחסים אחרת מה שעומד במרכז ביחסים הוא דווקא ההחזקה בנכס והשימוש בו, הם יכולים להיות תמורת שכר - שוכר וללא תמורה - שואל.

שומרים

שומר יהיה חייב על השמירה כאשר לא מילא את חובתו כראוי - התרשל/פשע ולא מילא את חובתו כראוי - התרשלות/פשיעה ונזק - אז השומר יצטרך לשלם. העמדה הראשונה אומרת שזו שאלה נזיקית. עמדה בעייתית כי יש הלכה שאומרת שגרמא בנזרקין פטור. כאשר הנזק לא נגרם במישרין אלא בעקיפין.

דרגת האחריות של שומר חינם - פטור מהכל בתנאי שיישבע שלא פשע

שואל - חייב בכל

באמצע - דרגת אחריות משותפת ל רשלנות - גניבה ואביה.

שתי תיאוריות שמתפתחות:

1. היחסים בין שומר לבין בעלים הם יחסים חוזיים (לגבי כל סוגי השומרים) - יש חובות ויש זכויות הדדיים והכל מעוגן במסגרת חוזית. - לגישה הזו יש תמיכה משמעותית כבר בספרות התנאים.
2. גישה אחרת - יחסים קנייניים, שהשומר בעצם הוא מחליף של הבעלים למשך תקופת השמירה, למשך תקופה זו הבעלים לא נמצא שם, הוא לא ליד החפץ מכל מיני סיבות. הוא מבקש ממי שנמצא במקום הבעלים לחליף אותם - לנכס יכולה להיות פונקציה מוגבלת, ולכן אני רק שומרת עליו.

1 **. שו"ת הרשב"א חלק ה סימן קסו**

שכל הנפקדים שנעשים שומרים מבלתי הזכיר אליהם שם שמירה, יגיע עליהם ריוח או תועלת בקיום ממונם אצלו, עבור החפץ המופקד בביתם, שמור מכל מיני מזיקין... וזה השורש כבר כתבוהו המפרשים, במקומות רבים... עד שבעבור זה, לא מצאו טעם בבירור על מה שחייבה התורה שומר חנם (חייב) בפשיעה, הואיל ואין צד הנאה מגיע לו מן השמירה. וההכרח הביאם לומר בטעמו של דבר, כיון שקבל עליו בפיו שמירת החפץ, והנפקד נשען על שמירתו [ואם] נאבד בפשיעתו, הרי הוא קרוב למזיק...

**2. תוספתא מסכת בבא קמא (ליברמן) פרק ט**

שלשה עשר הן אבות נזיקין: השור והבור המבעה וההבער; שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר; נזק וצער ריפוי שבת ובשת.

**3. שו"ת הריטב"א סימן קצט**

ודהא (קשיא) [דקשיא] לך דפושע מזיק הוא וחייב שלא מדין שומר, הא ליתה, דפשיעה (גרמה) [גרמא] בנזקין היא שהוא פטור מדיני אדם... אלא שהתורה חייבה שומרין בפשיעה מפני שסמך עליהן בעל הפקדון והבטיחו שומר לשומרו, וזה ברור.

הריטב"א נקט בעמדה חוזית, פוטר את בעיית ההסתמכות וקובע שבבסיס היחסים יש יחסים חוזיים.

**מקורות לגישה החוזית:**

**4. משנה, בבא מציעא ו, ו**

שמור לי ואשמור לך - שומר שכר. שמור לי, ואמר לו: הנח לפני - שומר חנם.

אם הבעלים אומר לשומר -שמור לי ובהזדמנות אחרת הוא ישמור לו - יש פה יחסים עם תמורה אבל אם הוא אומר לו שמור לי והשומר מפרגן, במקרה הזה אין תמורה והוא שומר חינם. המשנה מתארת נוסחאות של התקשרות, ואומרת שנסחת ההתקשרות יוצרת את הסטטוס ואת החיוב.

**5. משנה, בבא מציעא ז, י**

מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם.

דרגת האחריות של שומר חינם - פטור מהכל בתנאי שיישבע שלא פשע - המשנה מאשרת שיכול להתנות. המשנה מדברת על תניות והסכמות בין בעלים לשומר ונותן להם תוקף. יחסים שנוצרים על בסיס חוזים.

**חסר ומבולגן :**

1. **בבלי, בבא מציעא צד, א**

תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים? - אמר שמואל: בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר: אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא - גמיר ומשעבד נפשיה.

התלמוד שוב לא אוהב את התופעה החוזית והנה חזרנו להתחלה. 106 עמודים בשביל לחזור לאותה בעיית התחייבות. איך מטפלים בבעיית ההתחייבות - קנו מידו וטובת הנאה. התנאים מכירים בחוזים, והם חשבו שזה על בסיס חוזה. האמוראים לא אוהבים את זה ולכן ממירים את היחסים מיחסים חוזיים לנייניים.

בין הפרשנים של התתלמוד שאוהבים הרמוניה, מבקשים למצוא הסבר לפערים:

1. חכמי אשכנז בצרפת - באירופה הנוצרית - מקור 11
2. הנימוקי יוסף - חלק מהמקורות מתאימים לשומר חינם שכר וחלק מהמקורו מתאימים ליחסים הקניינים של שומר ושוכר

**11. רא"ש, ב"מ פרק ח, טו**

כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין, דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה. אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי, דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה, כדאיתא לעיל בפרק האומנין דהנח לפני הוי שומר חנם, והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה; וכן שואל נמי... וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה – ברשות הבעלים קימא כ"ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר, אבל לענין חיוב אונסין מיד שסילק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה.

לפי הרא"ש, ההדירות נקבעת על בסיס קנייני. לעניין חזרה מרשות הבעלים הנכס עומד כל זמן שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר. ההדירות היא מתי הבעלים יכול להגיד שלא מתאים לו - זה קשור לסטטוס של יבון, מי הריבון לגבי הנכס והחץ. לכן שאלת הריבונות היא שאלה של בעלות ומה שקובע אותה זו השאלה הקניינית. מה שקובע את היחסים בין קונה לבין שומר זה קניין.

דוגמא איך המרחב המיוחד של דיני השומרים משפיע על השאלה האם אפשר לייחס את היחסים על בסיס חוזי. דוגמא טובה לחוזים מיוחדים, איך המרחב של דיני הושמרים צובע את החוזה ומשפיע על השאלההם יש פה חוזה שיכול לכונן את היחסים, ושאלה שנייה שאלו שפועלים בארצות הנוצריות שם נוהג המשפט הרומי אוהבים את התופעה החוזית ולכן בעלי התוספות מעדיפים הרחבה של התופעה החוזית ומתן מקום עמוד ורחב לעומת הרמבם.

**על המבחן: מספר לשאלות: 029932443**