**דיני חוזים במשפט העברי**

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

1. **חוזה -** התחייבות צופה פני עתיד שהיא תופעה משפטית אוטונומית העומדת בפני עצמה. שני המאפיינים יהיו חייבים להופיע במידה ותהיה תשובה חיובית. האם המשפט העברי מכיר בתופעה החוזית?
	1. **העמדה הרווחת** - גולק - שלושה סוגים של חיובים: חיוב עשיה, חיוב נתינה (יש פעולה) וחיוב פעולה (מכירת כוח עבודה - קרוב יותר לממשות. המשפט העברי מכיר רק בהתחייבויות שקשורות לחפצים ובגלל שחוזים הם התחייבות לא-ממשית, אי אפשר לאכוף חוזה זה. צריך שיהיו חפצים, צריך שהם יעברו בעלות, ובמקום שבו אין נתינה של שווי ממשי – אין חוזה. לסיכום, אין חוזה במשפט העברי וזאת מהסיבה שהוא דורש ממשות אך מאחר שחוזה קשור לזכויות שאינן ממשיות בדר"כ, הוא איננו מכיר בחוזה.
	2. **דעת המיעוט** - אלבק - מתוך הדיון על דיני קניין, הוא מתחיל את הדיון על דיני חוזים. 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. הקושי בלמידה מתוך התנאי: **זה לא חוזה, כי אין לו מעמד אוטונומי. הוא מחובר לפעולה אחרת ולא עומד בעצמו.**
2. בשורה התחתונה, אלבק לא מדבר על התופעה חוזית כפי שאנחנו מגדירים אותה. לכן, המשפט העברי לא מכיר בקיומה של התופעה החוזית.

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

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

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

**שלב א': רובד המשנה**

1. משנה כתובות יב, א

מקרה האישה עם הבת מהנישואים הקודמים שרוצה להבטיח שהבעל החדש יכלכל גם את הבת שלה לחמש שנים. לפי **הרובד התנאי, המשפט העברי מכיר בתופעה החוזית כמו שהיא לעצמה. בוודאי כשמדובר בהתחייבות הכספית.**  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 התלמודים**

2. ירושלמי, כתובות יב, א; דף לד, ד

רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש מגיחיכם את ההתחייבות הכספית העתידית. אומרים לפי תפיסתם שלהתחייבות הכספית אין תוקף, ועדיין הם מכירים בתוקף ההתחייבות של האיש אישה ומזונות. לפי הירושלמי 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 - סיפוח** 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. הפירוש לפיו החוזה הוא סיפוח לכתובה הוא ניתוח אנליטי מרשים, אבל כושל מהבחינה הפרקטית כי הכתובה מקבלת תוקף רק בתום הנישואין. ומה עד אז?
2. **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.

נסכם: בירושלמי מתחילים לשים סימני שאלה על תופעת ההתחייבות הכספית העתידית. על אף שהמשנה מכירה בה, הם לא אוהבים את הרעיון, בגלל שרק 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.

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

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 לוקחת את ההלכה של דיני הראיות, לוקח אותנו לערבוב של דיני חוזים ודיני ראיות. 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. התנאים לתחולה: (1) בפני עדים (2) פתיחה בהודאה של "אתם עדי".

לכן לפי הבבלי: להתחייבות כספית שלעצמה אין תוקף, אלא אם מעבירים אותה במסננת של דיני 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?**

**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.

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 זו חלופה הולמת **לאתם עדי**. פרשני התלמוד רואים שהמשנה 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**

גישה 1: זהה לתלמוד.

4. רש"י, שם, קא, ב ד"ה הכי גרסינן

רש"י מזדהה עם התפוס התלמודי כפרשן צמוד טקסט (מפרש את הסוגייה מבלי להתייחס למציאות), מזדהה עם הרעיון התלמודי הבבלי ומשלים את התמונה גם ממקורות אחרים: כדי שההודעה תהיה רצינית בכתב ובשטר, צריך שהיא תהיה כתובה בכתב ידו של המתחייב. התוספות של רש"י מחזקות את המהלך התלמודי. הגישה שלו היא כמו בתלמוד: **גישה ראייתית, והוא אינו מכיר בתופעה כחוזה**. לפי רשי ריש לקיש מסתפק גם בלי חתימה ורבי יוחנן דורש גם חתימה.

גישה 2: אפשר בשטר,

5. תוספות, שם, קב, א ד"ה אליבא

מוטו התנועה הפרשנית: התלמוד 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 הסוגייה הכי קורב לדיני חוזים מבלי להכליל אותה בדיני חוזים. הוא חולק על סבו רש"י ולא מקבל את הקונספט של הודאה, כי הודאה מתייחסת לעובדות שהיו בעבר וכאן זו התחייבות עתידית.

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. חוב אישי בין החייב לנושה, אז ממילא רק מה שיש לחייב הנושה יכול לגבות ולא יכול לגבות מה שנמצא בידי צדדים שלישיים בע"פ. בהלוואה **בכתב,** שם ניתן לגבות את החוב גם מנכסים של החייב שנמצאים בידי צדדים שלישיים לזה קוראים **שעבוד**. הנכסים האלה הם משועבדים לצורך פירעון החוב. המשמעות של השעבוד הזה: אם הסכם ההלוואה בעל פה הוא אובליגטורי ואישי, אז הסכם ההלוואה בכתב הוא מעין קנייני, במובן שההתחייבות או החוב הוא לא אישי כמו בע"פ, אלא 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 הסוגייה התלמודית ההתחייבות היא בכתב, בשטר - לכן זה כמו חוב בשטר, והזכות היא מעין קניינית של הנושה כלפי החייב. אך **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 ההתחייבות 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. אבל - לא מצאנו שאפשר להקנות מיטלטלין בשטר. רבינו תם מציע שתי הצעות איך אפשר להסביר **איך מיטלטלין כן נקנים בשטר**, אפילו שהתלמוד לא מצביע על כך:

1. **קל וחומר:** הטרחה וההשקעה בפרוצדורת כתיבת השטר הנדרשת היא לא רק במישור המעשי הפרקטי, אלא מעידה גם על התרחשות נפשית, כך שיש לו גמירת דעת והוא מוכן להתחייב. יש דברים שנקנים גם באמירה אז **אם באמירה אפשר להקנות במקרים מסוימים, אז בוודאי שגם בשטר אפשר לקנות**.
2. **מהות ולא פורמאליות:** המטרה של דרכי הקניין של להראות גמירת דעת - במסירה והגבהה - אין צורך בפורמליות אם השטר משיג את אותה המטרה. השקעה על כתיבת שטר זו דרך קניין לא פחות טובה ממשיכה מסירה והגבהה. והנה הוא מביא שתי דוגמאות שאפשר להקנות באמירה: כמו מתנה והתחייבות למתנה בע"פ (שקל וחמר אם זה עובד בע"פ ובוודאי אם זה בשטר). 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.

גישה 3: התעלמות מדברי התלמוד

6. רי"ף שם

לפי הרי"ף, הויכוח של רבי יוחנן וריש לקיש מתאים לעובדות של התחייבות כספית עתידית. לכן צריך להניח שהוויכוח מתנהל לגבי התחייבות עתידית. התוקף הוא חוזי כי המשנה אמרה את זה והתלמוד מתכתב עם המשנה והתלמוד מקבל את דברי המשנה. **הרי"ף מתעלם לחלוטין מדברי התלמוד**. בכך הוא נועז הרבה יותר אף מהדרך של רבינו תם. איך הרי"ף סוטה מהמסורת התלמודית? בגלל העובדות. הוא חי בסביבה שכולה חוזית, לכן הוא מוצא את הדרך לעשות זאת.

רמב"ן שם

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 ה"מודה אני", 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 מסמלת 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. 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: יצור כלאיים של הרמב"ם בגלל שתי המחויבויות.

7. רמב"ם, מכירה יא, טו

**הרמב"ם אומר שלהתחייבות הכספית יש תוקף כתופעה חוזית אבל עדיין נעזר בפרקטיקות ראייתיות תלמודיות.** כי 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 מחויב 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 ערטילאי, זה תוספת של עוד משקולת על הרגליים הכבדות בלאו הכי,**  מגביר את הערטילאיות. בשל כך, התלמוד דן בהתחייבויות האלה בנפרד.

תנאים +אמוראים

#### בבלי, בבא בתרא ג, א

**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. **לפי המשנה 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**

**הפתרון של ר' יוחנן אוהב החוזים שלא מתקבל:** יש כאן "קנו מידן": בשביל שההתחייבות לא תהיה ערטילאית ולתת לה עוגן, מסיבים את התופעה החוזית הערטילאית לתופעה מעין קניינית. העברת החפץ מסמלת את החיובים והזכויות שעוברים בין הצדדים ואז כאילו היה פה קניין. אחד מהאקטים המשכללים של התופעה החוזית. 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 פיזית, כמו כספית - אבל פה המושא הוא לפעולה - שזה כשלעצמו ערטילאי** לכן ההסבה המעין קניינית לא עוזרת לכל מושא התחייבות, אלא עוזרת רק כשהבעיה היא פרוצדוראלית - בהליך עצמו. כאן הבעיה היא במושא עצמו, 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 המשנה כן נותנת תוקף. התלמוד מציע שתי אפשרויות:

1. אפשרות ראשונה נשארת **במגרש החוזי -** **מעבר מהתחייבות לביצוע פעולה (שלא תקפה) להתחייבות כספית שהייתה תקפה עם ההסבה.** 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.
2. **פתרון שני** - פירוק שיתוף באמצעות קניין: בקניין כמו בקניין - צד דרום שלי צד צפון שלך. עושים חזקה - דרך לרכוש זכויות במקרקעין, וזה מה שיפרק את השיתוף. **הקניין כשלעצמו יכול לפרק את השיתוף**, מבלי להיכנס 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.

הספרות הרבנית

#### רמב"ם, מכירה ה, יד

הלכת הרמב"ם מושפעת מהמשפט המוסלמי שלא אוהבים חוזים. הרמב"ם מוסיף את המושגים מסוים וידוע, שמקורם בדיני הקניין של המשפט המוסלמי - הדרישה לפיה כדי שהמכר יחול צריך שהממכר 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 - המקרקעין - למרות שזה פירות, הן מחוברות למשהו ממשי. כמדברים על פעולה 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

**רבי מאיר הלוי אבולעפיה**: המקור מראה את הסדקים הראשונים וההסתייגויות הראשונות מהלכת הרמב"ם. 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 ההתחייבויות: הודעה יכולה להיות תקפה רק במשהו שאדם יכול לחייב את עצמו בו, שיש בו תוקף. מבחינת הרמ"ה, שחי בסביבה נוצרית בה לחוזים כן יש תוקף, קשה לו לקבל שאין תוקף להתחייבות לביצוע פעולה. הוא מביא את הקונסטרוקציה המשפטית האוטומטית 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 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 התחייבות 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 הגאונים המוקדמים תומכים בה.

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

#### טור, חושן משפט, קנז

לפיו הטור 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 לחלוטין 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.** לרמב"ם יותר קל כי הוא חי בעולם המוסלמי.

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

לכאורה השולחן ערוך לא דן בסוגיה הזו. אבל, הרב עובדיה יוסף בפסק דין שלו, מנסה להראות שהוא כן דן בסוגייה הזו. בפס"ד מדובר באישה שהיה לה הסכם גירושין עם בעלה לשעבר לפיו אם יהיה שינוי במשכורת שלו, ההשתתפות שלו בהוצאות יגדל.המשכורת עלתה, ובית הדין העלה אבל האישה רצתה יותר. ביקורת בפס"ד שיש לה עיניים גדולות, בודקת בתוך כך 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.**. **לגבי אני אתן ראינו שיש נוסחה נוקשה וגמישה** - הדעה הראשונה אומרת ש"אתן" - זה הנוסחה הנוקשה, כי הוא לא עשה לפי הכללים במודיק, הוא לה התחייב. והוא מבין גם את הנוסחה הגמישה.

בשורה התחתונה **הדעה של השולחן ערוך זו הנוסחה הנוקשה** - זו הבמה המרכזית שלו. 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 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.

**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** - 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. מאמר 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 המוסרי** - על פניו המשפט העברי, כולל המשפט התלמודי כן מעודד לקיים התחייבויות ורואה בעין לא יפה מי שלא מקיים התחייבויות. לדוג': קיום הסכם מכר. 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** וחכמים קוראים לאדם לקיים את התחייבותו.

כבר בשלב הזה קיים פער בין המישורים: משפטית זה לא תקף ולא אכיף, אבל מוסרית - קוראים לאכוף אותה. כלומר החכמים הם סוג של קנטיאנים - מפרידים 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 ולצרף אותו לעניין. נדר זו גם תופעה דתית. ההלכה אומרת על נדר ושבועה שהם תקפים ואכיפים. לכן **במישור הדתי הבטחה תקפה ואכיפה.**

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 -** 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 אלא זקוק לעולם הגשמי.** הבסיס לכך - בתלמוד. לתזה הזו בסיס בדברי התלמוד בעצמו. ובכל זאת ליפשיץ מבקר 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.
2. **התזה השנייה** - נמצאת גם אצל פרשני התלמוד עם תשתית בתלמוד עצמו: **התזה המנטלית**. לפיה, הבעיה בהתחייבויות היא לא בערטילאיות, אלא **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 שה**תמורה היא המשכללת את העסקה, כי היא זו שיוצרת גמירת דעת**. התלמוד אומר שיש בעיה בהתחייבות, הוא פותר אותה באמצעות יסוד התמורה - כי זו גמירת הדעת האמיתית. 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? גמירת דעת בקניין זה אקט פיזי, אז אקט פיזי פותר בעיה של גמירת דעת.
3. **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. 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 לא 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 התחייבות, 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.
4. **התזה הרביעית - ה-תזה.** לפי ליפשיץ זה ההסבר האמתי 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 בחרו לקרוא לתופעה תופעה משפטית - זה משמר תפיסה שזה משפטי ואכיף. או חזקה - ככה מחזיקים בקרקע. לפי ליפשיץ הלינגוויסט, מילת המפתח היא **דברים**. שפה יוצרת מציאות. לפיו, משפטית אומנם לא ניתן לכפות על אדם - כמו שאי אפשר להכריח את אלוהים. לכן **במישור המשפטי אי אפשרי לאכוף אותה - דברים, בגלל שזה כוח הדיבור**. **מוסרית, ברור שצריך להגיד לאדם, אבל לא יכולים להכריח**. משדרים לאדם דרישה מוסרית וציפייה. **במישור הדתי**, זה האדם שהנכיח את אלוהים בנדר ובשבועה - בגלל שמדובר בהנכחה של אלוהים, ההתחייבות פה היא בגלל שכבר הבאת את אלוהים לתוך התמונה - כאן הוא הריבון ואתה מחויב לו, ולא לעצמך, לכן במקרה זה מחייבים אותו.

**הביקורת על ליפשיץ:** (1) 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). (2) אי התייחסות לתנאים: 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.

**הסבר אחר לבעיית ההתחייבות של המשפט העברי,** נוסף להסבר של ליפשיץ:ללא הוכחות מהטקסטים: ההשפעה של השלטון: בבבל ובסביבתה התנגדו מאוד לחוזים, בעוד שבישראל לא היה כך. דוג' נוספת לכך ניתן לראות בהבדל שבין יהודים בארצות מוסלמיות - שלא אוהבת את התופעה החוזית מול יהודים שחיים בארצות נוצריות - שם שולט המשפט הרומי שאוהב את התופעה החוזית, ומשכך קשובים יותר לתופעה החוזית.

**חלק ה' לסילבוס: אסמכתא**

תופעה מאוד מרכזית ואולי הכי מרכזית בבעיית ההתחייבות. אסמכתא זה סוג של התחייבות, שכרגע, כשרוצים להגדיר אסמכתא נגדיר אותה **כהתחייבות עתידית מותנית.** (המושג אסמכתא הוא מושג רב משמעי והוא מופיע בהקשר של המשפט העברי בכל מיני משמעויות. )

4. שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג

כותב בסוף דבריו במקור זה שהנושא סבוך ומלא קושיות.

ניקח 4 דוגמאות מרכזיות ביותר מספרות התנאים שקוראים לכולן אסמכתא- האמוראים הצמידו לארבעת הדוגמאות את השם אסמכתא.

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

**4 דוגמאות לאסמכתא:**

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

**הדוגמא השנייה** לאסמכתא: משכנתא. 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? רבי יוסה אומר שהבטיח וצריך לקיים, לכן המשכנתא תחולט. רבי יהודה כמו מקודם אומר כיצד הנושה יממש זכות קניינית על המשכנתא, כשהיא לא שלו עדיין. צריך לקחת לבית משפט שם ידובר על החזר החוב ועל המשכנתא. כך, לפי רבי יהודה ההתחייבות אינה 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 הרצינות. 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 לקנס 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: ר**בי יוסה חושב שתקפה בעוד שרבי יהודה אינה תקפה.**

2. בבלי, בבא בתרא קסח, א

**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 מסוים, 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 - הנושה 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.

בכל המקרים נוסחת ההתחייבות היא דומה: גם במשנה וגם בתוספתא. בכל המסגרת העובדתית המקורות התנאיים (תוספתא ומשנה) אומרים שיש כאן מחלוקת בין רבי יהודה לבין רבי יוסה: **רבי יוסה 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.** תופעה לשונית: 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 ביטויים עם מכנה משותף ברור.

* המשותף לחוזה: מונחים שמתארים חיתוך: קיצות בסורית זה הסכם; הסכם קיצותא - קצצה, כריתה - חיתוך. 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 הוא 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

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, ובעקביותם גם העורך, זו **ההלכה של היום: שאסמכתא לא קונה.**

עיקר מאמצנו: **מה זו אסמכתא, למה קוראים לה אסמכתא, ולמה זו ההלכה? למה היא לא 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:** אין גמירת דעת באסמכתא כי זו סנקציה חריגה ולכן ההתחייבות נגועה בחוסר גמ"ד

**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

תוספות בבא מציעא עד, א

**פירוש ראשון לאסמכתא -** ההבטחה במקרים אלה אינה באמת שלמה. בגלל שהוא לא היה שלם עם זה, אי אפשר להפעיל את הסנקציות נגדו (דומה למה שהמשפט העברי אומר על הימורים - אחת העמדות אומרת שהבעיה 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. הבעיה 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:** קושי באכיפת אסמכתא

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

4. שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג

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 בסדר. רשב"א לא תורם לבחינה הלשונית לפירוש האסמכתא. בקטע מקביל, בספר החינוך:

5. ספר החינוך מצוה שמג

ספר החינוך מצטט עמדה בשם הרב שלו - וזו העמדה של הרשב"א. ספר החינוך אומר שאסמכתא זו מעין ענישה עצמית אסורה אך מחריג סיטואציות אחרות של התניות שאינן בגדר האסמכתא - והן מותרות.

גישה 3:

6. רמב"ם הלכות מכירה פרק יא

תוקפה של העסקה תלוי בקיומו של התנאי. אם זו התחייבות עתידית לעסקה (לא עושים עכשיו את העסקה הקניינית) ומתנה אותה, במקרה כזה לפי הרמב"ם, **אפילו אם התנאי יתקיים בעתיד, לא היה מעשה קנייה, כי זו אסמכתא:** וכל אסמכתא אינה קונה כי אין בה 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 העסקה 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. הקנייה נשענת ונסמכת על משהו מסוים - היא מתארת את ההתניה האסמכתא אינה קונה בפועל, כי אין כאן גמירת 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 ובהכריעו לעשות את העסקה-זו המשמעות של גמירת דעת. לפי הרמב"ם, מקרה העיצומים מהמקרים הראשונים - לא עומד בכלל בהגדרה 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 ההתניה, ואז האדם עדיין נמצא בהתלבטות בגלל שהוא התנה.

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.

הלכה ט"ו: התחייבות כספית שאינה מותנית, התחייבות כספית 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 לה 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. נכונות לקחת אחריות מעכשיו ממצבת אותך במצב נפשי של החלטה וגמירת דעת.
2. **נסיבות של אסמכתא** - יש גמירת דעת בנסיבות האלה (הלכה יג) - ההתחייבות מלווה בקנו מידו - משכלל התחייבויות, וההתחייבות שוכללה. הפואנטה - השכלול באמצעות קנו מידו נעשה בבית דין חשוב - לא כל בית משפט. והדיינים בו הם בעלי דין שאין איש חולק עליהם. **כשמדובר בבית משפט שהוא חשוב עם הרכב שלא מערערים עליו ובגלל שהוא חשוב - יש גמ"ד.**

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

7. שו"ת הרי"ף סימן רעו

לפי הריף אסמכתא היא התחייבות עתידית מותנית לתת. כמעט מילה במילה מהגרסה המשנית של המב"ם, שכנראה הרמב"ם מושפע ממנו. הרי לקח את זה כמעט בטוח מהגאונים:

|  |  |
| --- | --- |
| 8. תשובות הגאונים - הרכבי סימן תפט  |  |

תשובת הגאונים היא המלאה יותר וכנראה 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 הערטילאיו**ת - בכך הם מחזירים אותנו אחורה. הריף מדבר על מקרה דומה והריף שואב את תשובת הגאונים וממנה הוא שואב את תשובתו.

**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, לעמוד בהתחייבותו - מכוח קדושת החוזה. הצד השני של ההבטחה הוא ה**הסתמכות**: הצד השני שהבטיחו לו הסתמך על כך, ומשמעות ההסתמכות היא במוכנות הנפשית ובהיערכות העובדתית.

**הסוגייה**: הסכם מכר: התחייבות למכור. 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. המכר והקניין היא פיסה שהיא פיזית וממשית ביסודה. לכן הפרוצדורות הקנייניות דורשות - העברה ממשית ופיזית מידי המוכר לידי הקונה.

**במיטלטלין -** 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** - התפיסה הפיזית עוברת עיבוד או תפיסה מחדש - 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 להיפרע ממי שלא עומד מדיבורו - כך, מבחינה משפטית אי אפשר ללכת לבית המשפט בטענה המיטלטלין הם שלי כי שילמתי. אבל, המשנה אומרת שאולי אין תוקף משפטי, אבל אולי יש תוקף במישורים אחרים - מישור דתי. 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.

2. תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) פרק ג, יד

**הדרגה השלישית לא מופיעה במשנה,** אבל קיימת בתקופת התנאים ומופיעה בתוספתא 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 שמשמשת בצורה המובהקת את המכר. (משנה)
* **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. (משנה)
* **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 סנקציה חלשה - של נזיפה בלבד -רוח חכמים אינה נוחה ממנו. (תוספתא)

**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.

**הוויכוח על מעמדו של הסכם המכר דרך המקורות של התנאים.**

**הסיפור:** רב כהנא היה מוכר כותנה. עשה עסקה ששילמו לו כבר על הכותנה, ללא משיכה או הגבהה. כלומר: אנחנו בקומה ב' - ניתן כסף אבל ללא מעשה קניין. עבר זמן, הכסף בידיו של רב כהנא, אך הסחורה לא סופקה. בינתיים הכותנה מאוד התייקרה. הוא הרגיש שיצא פראייר מהעסקה. הוא התייעץ עם רב ושאל אותו אם הוא יכול לדרוש כסף נוסף. רב עונה לו - תמורת מה שכבר קיבלת כסף אתה חייב לחייב את הסחורה. אפשר להסתכל על העסקה הזו לאחר ההתייקרות בצורה מורכבת: נגיד מכרת 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 (לא אכיף אבל אמירה חברתית מי שפרע). , אבל - באשר לשליש הנותר - החמישים, לפי המחיר החדש - הא לא קיבל כסף, אלא היה רק סיכום בע"פ. הוא נמצא בקומה ג'- לפי התוספתא - אין רוח חכמים נוחה ממנו, אבל רב אומר שזה דברים - ואין בהם משום **מחוסרי אמנה**. ההסבר המקובל - כלם חושבים שההסבר למחוסרי אמנה (לא בהכרח נכון) - אומר שמחוסר אמנה זה מבטיח שהפר את הבטחתו, הוא אדם חסר אמון. אי אפשר לתת בו אמון כי הוא הפר את התחייבותו. לפי רב 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 ובעצם בתקדים אומר לתלמידו שלא יפסיד שום דבר לגבי השליש האחרון.

**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 של 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.

**רבי יוחנן** - הגינות עסקית זה לעמוד במילה שלך, **לפי רב** - אל תהיה אחד בפה ואחד בלב. אם הנסיבות השתנו, לא הציג מצג שווא אלא המציאות השתנתה.

 הבעיה בפסקה זו: הפער במקור התנאי לבין הפרשנות שניתנת לו על ידי אביי לפי הפרשנות של רב. הניסיון לצמצם את הפרשנות של ההלכה הזו למצג 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.

? משנה במסכת בבא מציעה, פר' ו' - מעשה ברבי יוחנן בן מתיא. **התלמוד לומד מהסיפור הזה שהסכמים ניתן להפר - זה מה שהאבא אומר לבן**. **מכאן לומד התלמוד הוכחה - לרב יש סימוכין במקור התנאי הזה שהסכמים אין צורך לקיים**, **הטיעון של התלמוד הוא משונה - בסיפור התנאי הם עדיין לא התחילו בעבודה, וגם, לא מדובר כאן בהפרת הסכם אלא בפרשנות ההסכם** - 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 יכול (**משפטית ואתית**) לחזור מהבטחה כאשר מדובר בהבטחה למתנה. 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 כגודל האמונה - עד שאני לא רואה את זה הם לא סגורים על זה. אם כך, אין סתירה לבין רבי יוחנן במתנה לבין רבי יוחנן במכר - כי מכר דומה למתנה קטנה.

**באשר למתנות לוויים וכהנים**: התלמוד רואה את זה כמתנה קטנה. אז איך התלמוד מסביר את זה? ישראל בכל מקרה מחויב 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. המתנה שיש כאן, נדבת הלב הזו - היא מתנה שניתנת כמתנה מועטת - משום שאני חייב ממילא לתת את זה. המקסימום של הוויתור זו התמורה הסמלית. המתנה כאן היא מועטת - שנמדדת לא לפי הסה"כ שניתן אלא לפי מרווח הוולונטריות - 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 שתחזור 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 שרואים 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 שבתוספתא ל"אין רוח חכמים נוחה ממנו" עברו האמוראים למושג "מחוסר אמנה"? למה 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 (אביי ורבא). למה הדילוג?
3. **התלמוד טען שיש לו הוכחה תנאית לדברי רב** - התקדים של רבי יוחנן בן מטיא - זה לא הפרה אלא פרשנות של סעיף עמום בהסכם. למה התלמוד רואה את התקדם הזה כחלק מהסיפור?.
4. למה התלמוד חושב שעמדת רבי יוחנן במתנה צריכה להתאים לעמדתו של מכר? 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. **הקושי: נוגע לזה שהתלמוד כביכול טוען לסתירה בדברי רבי יוחנן, ולא היא** - מכר הוא לא כמו מתנה שהיא וולונטרית וחד צדדית.

**הפתרון**

**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), ספרי דברים (של, מהד' פינקלשטיין, עמ' 380), בראשית רבה, מהד' תיאודור-אלבק, פרשה לב, ז, עמ' 293:

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**..

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 שלחוזה כשלעצמו אין תוקף, ובשל כך, בהסכם מכר שגם לפי התנאים ראינו שהוא יורד פאזה, אצל האמוראים הוא נמוך מלכתחילה. **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: אם על ידי ההבטחה גורם למסמך לנזקים, 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.** פתרון לבעיה הראשונה.

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. 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: בהבטחה למתנה. אם באמת מדברים על הבטחה, אז מה זה משנה אם הבטחת לתת מתנה גדולה או מתנה קטנה.. 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 - הוא מינורי. כך או כך הוא נפגע, לכן אין מקום להבדיל בין מתנה למכר מבחינת המסתמך.

בעצם כשמתסכלים מחש על הסוגייה 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.. לא רקביחס 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

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:

1. הרב פיינשטיין מעביר את מרכז הכובד מהמגרש המשפטי למגרש האתי והדתי **שם הוא עושה סדר מחדש ואומר שברמה האתית והדתית ראוי לקיים מה שהבטחת**
2. במגרש זה יש מגוון מקורות שאומרים שצריך לקיים
3. אפילו רב יסכים אומר שאין איסור, ויש מעלה ומידת חסידות, שבנוי על סיפור של רב ספרא - משם לומדים שגם בינך לבינך צריך לנהוג באמינות.

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

1. "סמיכות דעת" - בירור לקסיקאלי

|  |
| --- |
| בעלים <= גנב => קונה |

 **בעברית -** סמך לתת אמון. רשימה של שפות שמיות שונות מה המשמעות של הסמיכות בשפות אלה. (במקור) 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

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 לרכוש 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 בכלל לרכוש?

התלמוד 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. אם התלמוד כותב על זה 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 גנוב, והוא מייצג את הבעלים - אנא החזר לי את החפץ. תחכום ונבזיות. האם סיפור עוקץ כזה יכול לעבוד? זה מה ששואל התלמוד בפסקה א'. רב ושמואל דנים בסוגיה: **רב טוען, לפי תפיסה משפטית, הזכויות ברכוש הגנוב עוברות לידי הקונה.** התפיסה של רב הייתה שבגלל להבטחה בהסכם מכר אין מעמד, היה צריך לסתום את 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 : 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 - דבר שלא בא לעולם. הבעיה השנייה, התלמוד טען שאחרי שהגנב רכש את הנכס מהבעלים המקורי, אלה 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. כאןיש חריגה - זו הסוגייה היחידה שכתוב בה במפורש שאומרת שכאשר יש הסתמכות אז אפשר לקנות דבר שלא בא לעולם. שאר הסוגיות לא מתירות מכירה של דבר שלא בא לעולם. **הפתרון: חריגה.**

**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 אם יש הסתמכות כאן, אז אפשר להכשיר עסקאות בדבר שלא בא לעולם - ככלל ולא כחריג. המניע ברור - פרקטי לחייו (חי בעיר מסחר מרכזית).

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

מתנגד לרב אלכסנדר, בציניות מופגנת **ומתנגד מאוד לסחור בדבר שלא בא לעולם - באמצעות סמיכות דעת**. טוען שלא מדובר בדבר שלא בא לעולם, ושלהגיד שסמיכות דעת תועיל לקנות דבר שלא בא לעולם אלה שטויות מוחלטות. באף מקום בתלמוד, חוץ מכאן, אין סייג כזה. לפיו לא מדובר בדבר שלא בא לעולם (המרצה - טעות 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, ואכן לקחת סוגיה אחת ספציפית להפוך לעיקר - היא בעייתית.

הריטב"א 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. 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.

6. בבא מציעא עג, ב

**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? 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

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 שמחויבת לסוג של פיצויים עונשיים - שכל ערבות מבוססת על אסמכתא) מוסכם גם על כל הפוסקים שערבותה היא אסמכתא. אז איך ערבות עובדת?

מצאנו כאן בדברי רשב"א, מורו של ריטבא, שהסיבה לחיובו של ערב היא לא הדין (דיני החוזים כי האסמכתא תוקעת אותנו ולפי הדין היינו אומרים שלא חייב) אלא אותו מנגנון של הבטחה - הסתמכות - הפסד. **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**, **כל זמן שלא נגרם נזק בגין אי התשלום מצידו של החייב, אז במצבים כאלה הערב לא יצטרך לשלם**. כמעט אותם מונחים. למעשה, ריטב"א שאב את המנגנון הזה מרבו, כפי שהוא אומר בעצמו, ומתוך מה שהוא אמר על מוסד הערבות.

הריטב"א משליך את הרעיון הזה של הבטחה הסתמכות הפסד על מקרים נוספים:

8. שו"ת ריטב"א, קצט

הדוגמא מהסכם שומרים. בו קושי גדול - למה שומר חינם חייב לשלם, אם 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 בעיה כי זה גרמא. המנגנון הגואל: **בעל הפיקדון הסתמך עליהם, והשומר התחייב לשמור. בגלל ההבטחה, הסתמכות** ואם יש נזק/ הפסד חייבים לשלם. זה המנגנון שסוגר את החורים שהשאירו לנו דיני החוזים, במקרה הזה גם דיני הנזיקין.

9. בבא מציעא עז, ב

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

 **בדוגמא זו הריטב"א מחדד את השיוך הקטגורי של הסתמכות לדין המעין נזיקי**. בעסקה הקונה 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, משנה את החיוב. יש חיובים שגובים בהם קרקע מרמות שונות. לדוג': 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. דוג' 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.**

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

**הנושא:** הדרישות המנטליות של המשפט העברי כשעורכים הסכם. קצה אחד: עושק, קצה שני: כל צד מאושר מהעסקה. החלק הזה יעסוק בהגדרה איפה יהיה מפגש רצונות ואיפה אין גמ"ד ורצון. **על המושג גמירת דעת:** מהתלמוד, בו מופיע הביטוי גמר ומקנה, גמר בעדתה. המשמעות היא דעה בשלה. בשפה החז"לית המושג דעת מתייחס גם לרצון - התודעה והרצון הם במצב של בשלות.

1. בבלי, בבא בתרא מז, ב – מח, ב

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 שדה, והקונה או מי מטעמו תלה את המוכר.** שני הסברים מובילים: **רשב"ם** (כפשוטו: תלו אותו והסבו לו נזק או כאב גופני של ממש. ורבינו גרשום: איומו עליו שיתלו אותו ולא תלו בפועל. לפי רבינו גרשום - יש תוקף לעסקה למרות האיום.

מכל מקום - בשתי הגישות, הקשה והמרוככת, זו 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 - רצון חופשי נקי מאילוצים.** התלמוד מגדיר את גמירת הדעת. האם בכלל יש הסכם מכר שהוא הסכם רצוני? התלמוד אומר שכל עסקת מכר היא עסקה כפויה. **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 (עולם עתיק). 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 תוקף

**בשלב השני** -**תואם אינטרסים** הברייתא, מדרש ההלכה כלומר דרשה של תנאים על פסוק במקרא על אוהל מועד. 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 **רצון מתוך אינטרס. הדוגמאות (גיטין, קורבן).** קושי גדול יותר במציאת אינטרס במכירה תחת כפייה.

**השלב השלישי - רצון מהתרצות,** אחרי תהליך הוא מגיע להחלטה שהוא מוותר על ההתעקשות**.** זה לא רצון חופשי ונקי מאילוצים, וזה לא מענה לאינטרסים אמיתיים שלי, אבל בסוף הוא מסכים. כלומר, 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?

**מהגבוה לנמוך:**

**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 בסיקריקון המכר בטל? התלמוד מפגיש בין שתי ההלכות האלה, ועל הרקע הזה התלמוד ינסה להגדיר מחדש: בשלב הזה של הסוגייה, התלמוד אומר שכאשר מדובר בכפייה משולבת עם רצון, אנחנו צריכים **אותות רצון, ולא אמירה בלבד -** כתיבת שטר (פרוצדורה שלוקחת זמן) לפי רב או גבייה של תמורה, כסף (לקיחה אקטיבית של כסף מעשה ממשי) - לפי שמואל.

**חלק ב' בשלב ג'** :**סיגנלים חלשים יותר**. רבה 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. 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 אבל לא ויתרתי - סיגנלים חלשים יותר מאשר בשלב א', ובכל זאת מכירים בהם.

**חלק ג' בשלב ג':** חלק ג' עוד יותר קיצוני ואומר **שסיגנלים כמעט אפסיים**, גם מספקים. בדורות האחרונים של האמוראים הגיעה הלכה חשדה שאומרת שכפייה היא תקפה, לא רק כשמדובר במכר של קרקע, אלא גם בקידושין של אישה - אישה שהכריחו אותה להתקדש. לפי ההלכה הזו הסיגנלים הם אפסיים. ברגע שהיא אומרת את המילה בסדר, מבחינתנו זה מספיק בקידושין, ובאותה מידה זה מספיק במכר. בשלב עריכת התלמוד - שמבחינת שיקולי מדיניות שזו התנהגות בלתי אפשרית, וגם אם הקידושין חלים מפקיעים אותם.

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

השו"ע דורש את הרף הגבוה של נטילת המעות (כמו שמואל), הרמ"א נותן גם את האופציה להסתפק בנתינת השטר (כמו רב).

מודעא זו תופעה משפטית שהיא הצהרה שמוסר אדם שהיה קורבן לעסקה כפויה. נכתבת בשטר. הנכפה לביצוע העסקה כותב שהוא עסקה ביום מסוים אבל שלא ברצון, אלא בכפייה. הברירה 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 ל**פני** 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.

אותות הרצון רלוונטיים לעסקת מכר, **מה קורה בהליך חוזי שלא ברורה גמירת הדעת ויכול להיות שיש לחץ וכפייה?** פסק הלכה של הר' שלמה זלמן ליפשיץ- **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. במכר 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? תשובתו לשאלה:** יש הבדל בין מכר כפוי לבין חוזה כפוי- חוזה כפוי לא תקף.

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

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 אנוסי**ם. 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).

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

לא זר במשפט המודרני. המשפט האנגלו סאקסי מעניק חשיבות ליסוד התמורה לעומת הקונטיננטאלי. **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 111המקור הראשון עוסק בעיקרו בשאלה בדיני משפחה: באירוסין/קידושין שנעשים באמצעות שטר. מושגים: אירוסין = אקט הלכתי מחייב משפטית והלכתית בני זוג שבוחרים להינשא זה לזה 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 - כמה אישה שווה בגמלים למשל; הדרך השלישית - שטר: חכמים אומרים שאישה מתקדשת בשטר מפני שהיא מתגרשת בשטר. גט בארמית = שטר. ה**סוגייה**: 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. (בולם זעזועים ולא מנגנונן אוטומטי לפרידה)**הלכה 2:** בתלמוד אפשר עדיין לגרש אישה בעל כורחה בלי רצונה, אלא בהחלטה חד צדית של האיש (עד חרם דרבינו גרשום). **בחזרה לשאלה:** האם שטר האירוסין כפוף אל דיני הגירושין או ששטר 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 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.בשורה 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 אירוסיןועדיין, 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. **סרגל הזמן של היסטוריית הרעיונות ההלכתיים:** רב (מאה 3) חוזה בע"פ => קניין רבא (מאה 4) חוזה + דרישת תמורה => קנייןרב אשי (אמצע מאה 5) חוזה + דרישת כתב => קנייןסתם 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 הסוגייה מתחילה איפה שהסוגייה הקודמת סיימה. כאשר הבת היא נערה, יש הנאה לאביה, אבל לכלה בוגרת אין הנאה: 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. (חכמים צמצמו לחצי שנה כי לא אהבו את השליטה הקניינית של ההורים בילדיהם - התרת נדרים, קנסות לאב אם נאנסה). על הרקע הזה, חוזרים לרבא: מסתייג מדברי רב (השטר תקף בגלל ההסכמים של ההורים) 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: חוזה בע"פ לא מספיק וצריך קניין. 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. ולא מקבל את הרעיונות של רבא משתי סיבות: המסורת התלמודית על דבריו של רבא שחל גם על בגירה, וגם לפי ההיגיון שהאבא של הנער ממילא אף פעם לא מקבל כלום (הבן לעולם יוצא מחזקת אביו והכסף תמיד יכנס לחשבון של הבן ולא של האב).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**. 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.** 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 (ההסכם בין ההורים) רבא (מאה 4) חוזה + דרישת תמורה => קניין (ההסכם בין ההורים חל רק על הנערה - כי שם הכסף מגיע לאבא.) התלמוד בתגובה - יש מסורת של רב גם על בוגרת + האבא של החתן אף פעם לא מקבל). הפתרון: תמורה שהיא גם טובת הנאה ולא רק כסף - הסיפוק מחתונת הילדים. רב אשי (אמצע מאה 5) חוזה + דרישת כתב => קנייןסתם תלמוד (סוף מאה 5) דרישת כתב + מעשה קידושין => קניין **השלב השלישי:** רב אשי אומר שכדי שתוכל להפוך חוזה לבעל אפקט קנייני צריך דרישת כתב, כי רק אם הוא בכתב, יש לו אופי מעין קנייני ויכול להשפיע גם על צדדים שלישיים. בע"פ - רלוונטי רק להורים. אם בע"פ, הוא אינו הסכם מעין קנייני. אם יצאו לדרך בע"פ, לא יוכלו לכתוב אח"כ, אלא אם ייחתם חיוב מחדש. **השלב הרביעי:** 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 (רב שהתחיל באי שם היה משפט רומי) של התחייבויות משפטיות מהסוג הזה, בהשפעתו ההלכה הזו חודרת אל תוך המשפט התלמודי. 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 165התלמוד מעלה את בעיית ההתחייבות ופותר אותה באמצעות יסוד התמורה - טובת הנאה. 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 הדוגמא השנייה, דוגמא חשובה של ערבות. תופעה חשובה בתוך המרחב של ההתחייבות: התחייבות עתידית מותנת (אסמכתא). 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. 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**, \*\* 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.**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: 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 בין הראשונים אנחנו רואים שגישה אחת אומרת שטובת הנאה זה סוג של טובין שעל בסיסה את מתחייב (הר"ן), וגישה נוספת שאומרת שזה סוג של סחר חליפין (חננאל. הר"ן - מבקר את הגישה של חננאל בגלל הזילות של אישה שמתקדשת תמורת מוצר).אשר גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 4מתומכי 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

הרשב"א מדגיש את הרעיון של טובת הנאה כזרז לגמירת דעת - בהאי ההנאה פותר את בעיית גמירת הדעת. טובת ההנאה היא עכשווית ומיידית, לכן זה סוג של קטליזטור - זרז להחלטיות שלי לקיים את העסקה בקידושין - מנגנון מנטלי ולא פיזי; ערבות: שעבוד, גישה ריאלית.

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

במחקר המודרני, סולוביצ'יק 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 -כי בחמישה עשר מקורות בתלמוד התלמוד משתמש בטובת הנאה כפתרון לבעיית ההתחייבות.

**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. מבחינת ניתוח הסוגיות שלנו - זה יוצר קושי לא מבוטל. המרצה סובר שמטבע הלשון המסוימת של בהאי הנאה היא מאוחרת - אולי, אבל 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)**

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. 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" - 4 פסקאות מתארות שלבים שונים במהלך חיי הנישואין שבכל אחד מהם **כשהבעל מתחייב לאישה, יש לו טובת הנאה שיוצאת לו מזה** מהשלב הזה שהוא נמצא בו בחיים המשותפים, **ובכך פותרים את בעיית ההתחייבות**.

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

טובת הנאה כתובה -אישה יכולה למכור את הזכות לקבל את הכתובה שלה. אם היא תתאלמן או תתגרש - במקום שהיא תקבל את הכתובה, הקונה 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)

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

נזקים שבהמות גורמות לבני אדם, לנכסים, פירות, ירקות וכן הלאה. הכלל שאם בע"ח אוכל פירות של אחר, 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**. בבסיס הוא היה רק רובד של תמורה, ועם הזמן נוסף גם הרכיב המנטלי.

בההיא הנאה = תמורה שתי תופעות שנוגעות לתופעת שומר השכר:

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

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, זה שהמזמין ממנו את המטבח סמך עליו, עזב את כל העולם ובא דווקא לנגר מסוים, מביא סיפוק לנגר. התלמוד מציע עוד טובת הנאה: עיכבון באמצעותו הוא גובה את התמורה שמגיעה לו (א עדיין לא שילם הכל - זה כשלעצמו בעל ערך.

12. בבא קמא נו, ב, עפ"י כ"י המבורג 165- [שומר אבדה הוא כשומר שכר]

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

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.

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

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 קיים(ר' יהודה), 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. (חרם דרבינו גרשום לא חל בארצות מזרח). **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 (סיפוק להורים מקשר חיתון הדדי ותמורתו מוכנים להתחייב התחייבויות כספיות). משאיל את הרעיון מהתלמוד ומרחיב ותו **יש לבעל טובת הנאה מכך שהאישה מתחתנת איתו ובכך הוא משעבד נפשו.** (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

תפיסתו של הרמב"ם היא קניינית של בעלות משותפת ולכן הפרוצדורות הן קנייניות שמושפעות מסוג הנכסים ששותפים בו. 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.** 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 (מיטלטלין, טובין וכו').**

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

אם האומנים קבעו שהם יתחלקו ברווחים אין לכך תוקף, כי קניין צריך להיות פיזי וריאלי ו צריך להיות קיים בשעת הקניין. 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**. רמב"ם: שיתוף הוא קנייני- ולכן מכוננים שותפות רק בדרכי הקניין (בחומרי גלם למשל) ויש קושי עם שותפות באומנות.

בניגוד לרמב"ם ובמקביל אליו בציר הזמן, מתפתחת גישה אחרת של ארצות אשכנז- **גישה שסוברת ששותפות היא חוזית** לכן 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

ארבעה ילדים, אחות שהתחתנה טוב כלכלית ועוד שלושה אחים עניים, בעלה של האחות נדיב ומד פעם היא נותנת לאחים מתנות או כסף. האחים מבינים שיש פה פוטנציאל לסכסוכים ומתחים, והם עושים הסכם ביניהם, שכל פעם שהאחות נותנת למישהו מתנה, הם שמים את הכסף בקופה ומתחלקים. העסק מתפוצץ במתנה הראשונה. האחים הולכים לבית הדין 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 **ונותן 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.**

17. מרדכי, ב"ק, קעו

אחת ההלכות מדברת על הסכמי שיתוף בגילדה. כן עולה שהתנאי בהסכם השיתוף קיים - שלא דורשים מעשה קניין ושאפשר לעשות אותם באמצעות דברים בעלמא. עובד על בסיס המנגנון של **בהאי הנאה - יש בין הצדדים ציות הדדי ומשמעת הדדי והיא זו שנותנת ביטחון וסיפוק אינטרס לשותף האחר**. בניגוד 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 (משקף שוב את ההתאמה לסביבה אוהבת ולא אוהבת חוזים).

**חטיבה ג' לקורס**

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

1. משנה קידושין ג, ד

כבר במשנה **רבי מאיר מעלה את דרישת התנאי הכפול (ניסוח חיובי וניסוח שלילי), שנובעת מתנאי בני גד ובני ראובן**. מול עמדות של רבי מאיר, רבי חנינא בן גמליאל 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 לא היה מובן מאליו.

במדבר פרק לב

בסיבוב הראשון היה הצעה וקיבול בין בני מנשה ובין בני ראובן. בסיבוב השני, חוזרים לתמצית העסקה, אחרי המשא ומתן. הפרשייה הכי מפורטת שאפשר למצוא במקרא על מו"מ. בצורת החוזה - הולכים לפרשת בני גד ובני ראובן. בשני הסיבובים מסתפקים בסנקציה הדתית - החשבון הוא לפני ה'.

2. בבלי, נדרים יא, א

3. תוספתא גיטין ה, ו

גירושין זו קרקע פורייה לאמצעי לחץ וסחטנות משני הצדדים - כאן התנאי הוא שעל מנת שתניקי את הילד - ותמשיכי לשרת את אבא שלו. **רבי מאיר בתמיכתו של רבן גמליאל, ודורש התנאי הכפול כדרישה צורנית (ניסוח לשני הצדדים), חכמים לא דורשים את התנאי הכפול ולא נותנים משקל לניסוח.**

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

שתיים מהדרישות המובאות הן מהותיות, ואחת מהן היא צורנית. ההתמקדות בדרישה הצורנית: **כדי שצורת התנאי תהיה ראויה ותקפה, צריך להתחיל בתנא**י: 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. **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

6. בבלי, גיטין עה, א - ב

באופן די משונה, הסוגייה 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.

7. רמב"ם הלכות אישות פרק ו

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:

הרמב"ם כולל גם תנאים מהותיים ולא רק צורניים.

איש מתנה שאם האישה תיתן לו את 200 הזוז (גובה הכתובה), היא תהיה מקודשת, ואם לא - לא תהיה מקודשת. לפי הרמב"ם, התמונה האידיאלית איך צריכים להיראות תנאים - לפי הנוסחה האידיאלית שהוא מציב בדוגמא ג' (אם ואז הפעולה). בהלכות הבאות הוא מראה את הסיבוכים אם סוטים מן הכלל הזה:

סיבוך הפעולה: התנאי בטל אם 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.**

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

הראב"ד אומר שהרמב"ם צודק לגבי הראיות - **אין הוכחות ללמה להגביל את הדרישות הצורניות רק לדיני 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 הוולונטריות בשביל להימנע 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 -** תנאי בני גד ובני ראובן חלים 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 מאחורי הדרישות הצורניות יש הגיון**? או שמדובר בפורמליות נוקשה של גזור והדבק? אקט מסורתי מהעברה של פרשה מקראית? לשאלה הזו יש **5 גישות**. נתחיל מהגישות הפחות רציונליות והלאה עד לגישה הרציונלית של הראב"ד (אם תבין טוב אתה תבין שהדרישות הצורניות מחזקות את התנאי).

**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

קטע שהתגלה בגניזה הקהירית: מבחינת הגישה הזו זה **קיים, אבל לא רצוי**, לכן שמים את זה בצד

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 מובנת, אבל אפשר להסביר אותה.

11. שו"ת הרא"ש כלל מו סימן ב

הרא"ש לומד מהסיפור שמותר להתנות: אפשר להתנות פעולות משפטיות כאשר הן פעולות תלויות רצון - וולונטריות. התנאים הם בעצם ביטוי לרצון שלי - הרצון משתקף בתנאים שלי. הבעיה - מתאים לעולם חילוני. אבל, בעולם דתי, החוק קובע שבהינתן מעשה מסוים, יש תוצאה מסוימת. כך בקידושין למשל - טבעת, אמירה - מקודשת - סיבה ותוצאה. הסבר לתשובת הראש:

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

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.

**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.
2. **גישה רביעית - רציונלי כי כולם אומרים**
3. **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.]

אדם שגר בבל ומתכנן עליה לארץ. כפי שהיה מקובל אז, הוא מכר את כל נכסיו מאחר ותכנן להגר למקום רחוק. 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 ללא אמירה מפורשת.

**לפי רבא** -אכל אותה כי לא היה זהיר, זה היה רק דברים שבלב, לכן המכירה חלוטה.

**לפי התוספות:** ניגשים למקרה הזה כמקרה תקדימי ומאתגרים אותו לפי התנאים של בני גד ובני ראובן. **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:** עסקאות או נסיבות בהן ברור 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. 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 לא זקוקים לגילוי דעת או לאמירות מפורשות - 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. אם כן, יש אומדנות ברורות וחזקות חלוטות בהן לא צריך שאדם יבהיר מהן עמדותיו.
2. **הדרגה השנייה: דרגת הבהירות**: **מעונן חלקית עד בהיר** - גילוי מילטא- גילוי דעת וגילוי רצון או דעת צריכים להיות ברור. 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 יהיה להסתפק באותן אותות ולא יהיה צורך באמירה מפורשת. מתבהר לנוכח השדרים ששודרו מצידו. זה הסיפור שלנו של העולה לארץ - אדם שמהגר משאיר סימנים בשטח - דיבורים, הכנות שעושה - היערכויות משמעותיות 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. לכן בעלי התוספות אומרים **שבמצב זה כן צריך אותות רצון, אבל לא צריך תנאי בני גד ובני ראובן בניסוח דברים בצורה מאוד מדויקת, אלא השדרים עושים את שלהם**.
3. **הדרגה השלישית -** **ערפל כבד.** אין הנחות חלוטות, ואין מעטפת נסיבתית שמספקת יותר מרמזים באשר לרצון ולמחשבה. **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 רחבות.

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

13. אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 9114. ברכיהו ליפשיץ, עמ' 636?

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

**הגישה החמישית: הגישה הרציונאלית**

15. ראב"ד - תשובות ופסקים סימן כו

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 המתנה. 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 יש התלבטויות והסתייגויות למתנה, שזה קיים באם העתידי. השורה התחתונה: ככל שמחילים יותר את תנאי בני גד ובני ראובן אני מגביל את האדם ומחזק את הפעולה המשפטית.

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 ועל בסיסו פסק). בעל מנת 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.

אוריה: כשהראב"ד היה צעיר הוא התנגד לגישה זו והיום הוא מבין שהוא טועה והרי"ף והרמב"ם צודקים. (דינאמי)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.

+ 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.

**נושא יא לסילבוס: פרשנות חוזה**

מקובל להבחין בפרשנות החוזה בשלוש גישות:

1. **הגישה האובייקטיבית** - שמה במרכז את הטקסט. מפרשת את החוזה לפי מה שכתוב בו. (אנגלו האמריקאי).
2. **הגישה הסובייקטיבית** - כוונתם של הצדדים הספציפיים לחוזה
3. **הגישה התכליתית** - פרשנות לפי הערכים הכלליים של מערכת המשפט. 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

לשון הדיוט הלל אומר שחוזה זה חוק כתוב ושלוחה שנמצאת ליד החוק, וכמו שאת החוק מפרשים לפי מסגרת פרשנית מסוימת, את אותה מסגרת צריך להעתיק לחוזה ולמסכים משפטיים. - תחת הכותרת הזאת, הסיפור: הלל פותר ממזרות של ילדים של נשים חטופות באלכסנדריה באמצעות פרשנות כתובה של הנישואים הראשונים: "כשתכנסי לביתי" - כשתכנס לביתו תהיי לי לאישה כדת משה וישראל. כלומר, אישה תיחשב לאשת איש, כשתכנס לביתו. 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. גמישות מחשבתית ופרשנית כדי לפתור בעיות.

2. משנה, יבמות טו, ג

המקרה השני: אישה מבחוץ שמספרת שכבר לא נשואה: האם אפשר לסמוך עליה ולהשיאה לאחר ולתת לה את הכתובה? **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- שואלים 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 להינשא לאחר, אז תהיה מותרת ליטול את כתובתה - יש קשר בין שני הדברים. אז בית שמאי שכנעו את בית הלל, ומסכימים שעל פי הדרשה של בית שמאי הם צודקים ומשוכנעים.

**שני המקורות מלמדים 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

המקור (בית כור, פרדס) אומר שלמרות שיש פער בעסקת מקרקעין 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

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

**הצמד והפרות:** **ויכוח בין הגישה המילולית האובייקטיבית לגישה הסובייקטיבית:** אם בנוסח ההסכם המכירה דיברו על צמד- מה הכוונה? הערכה 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. **מבחינת המשנה, צמד זה האביזרים.** 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.

המשנה משקפת ויכוח. **גישה אחת (משנה) -** ברור שצמד זה אבזורים, כי כך ברור לכולם - והולכים לפי הפרשנות המקובלת לכולם. **גישה אחרת (ר' יהודה)** - 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.

**כ**שרוב מכריע של האנשים מדייקים בלשונם, שצמד זה שם לאבזור ובקר זה שם לשוורים ומיעוט שקורא לבקר צמד. התלמוד נשאר נאמן לגישה האובייקטיבית כאשר הלשון היא ברורה לחלוטין - אם כולם קוראים לזה כך, חייבים להיצמד ללשון - גם ר' יהודה מצטרף לעמדה זו, כאשר זה ברור. הוויכוח מתחיל בהם הלשון היא עמומה - בשלב הזה של הדיון התלמוד נצמד לגישה האובייקטיבית ומעדיף אותה על פני כל גישה אחרת. לפי רבי יהודה נשתמש בגישה הסובייקטיבית רק כשיש עמימות לשונית.

**בשלב א' של התלמוד:** אנחנו רואים שהתלמוד עדיין מעדיף את הגישה האובייקטיבית. עקרונית רבי יהודה מקבל את הגישה הסובייקטיבית רק כגישה משלימה. בפירמידת הפרשנות - הפירמידה נותנת קודם כל משקל לטקסט עצמו ולמונחים עצמם, ורק אחר כך, לפי רבי יהודה, עוברים לכוונת הצדדים.

**בשלב ב' של התלמוד**, התלמוד נכנס לשאלה צדדית בדיון, ודן בשאלה הכי מתבקשת: השאלה הקניינית, **איך יעלה על הדעת, לפי דעת חכמים, שמישהו משלם תמורה גבוהה, שכוללת גם צמד וגם בקר - את החבילה המלאה, ובפועל בגלל חשבונות לשוניים יקבל בסוף רק את האבזור**? אבסורד גמור. זה מפריע גם ברמה המוסרית, לכן התלמוד מברר 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 הסבירות, אם אדם שילם על אבזור פי 5 ממה שהאבזור שווה, אז 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. במצבים 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 השני - 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

מכירת שור נגחן כשלא היה ברור מה השימוש בו: לעבודה או לשחיטה. **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 קו 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  **גישה 1 לפתרון הסוגייה**

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 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 כזו הוא מציע גילוי 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 (הסבא הרוחני של הרמב"ם), בבא בתרא שם **גישה 2 לפתרון הסוגייה**

אפשרות שנייה היא האפשרות של ר"י מיגאש: 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**. אם השאלה היא על עצם קיומה של העסקה, אז כששואלים זאת, אני לא יכול להיכנס לטקסט - כי הטקסט הוא שלב 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.** במקרה של שור נגחן: כאן השאלה הייתה אם יש בכלל מפגש רצונות: שור לחרישה או שור לשחיטה?. במחלוקת לגבי צמד ובקר - ברור שיש עסקה, אבל השאלה היא מה פרטי העסקה, לכן כאן נכנסים לטקסט לפי הגישה האובייקטיבית.

9. רשב"ם, בבא בתרא שם **גישה 3 לפתרון הסוגייה**

גישה שנראית קצת רחוקה: השאלה היא לא פרשנות חוזה אלא **שאלה של ראיות**: השאלה היא אילו כלים יביאו לדיון הראייתי: מבסס זאת על 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 לצמד ובקר, מתעורר ספק ועולה ערפל. מפעילים כלל ראייתי ולא בפרשנות חוזה - המוציא מחברו עליו הראייה. השאלה היא מה נחשב לראייה מספקת? 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.**

**מקור מובהק לגישה תכליתית:**

10. משנה, בבא בתרא ד, ב

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

מחלוקת 1: **רבי עקיבא -** אם המוכר כזה בלופר, הקונה יכול לדרוש זכות מעבר, שהרי מכר לו את הבית. ח**כמים -** 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: מכר בהתחלה את הבית לאדם אחד, ואז מחר את הבית לאדם שני

11. בבלי, בבא בתרא, סד, א-ב

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?** כשיש לנו רצונות נוגדים של הקונה והמוכר - השאלה היא איזה רצון אנחנו מעדיפים? מהי הכוונה היותר דומיננטית? 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.. 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?**

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 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.

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

Bayley v. Great Western Rly, 26 Ch. D. 434, 453 (1884

. **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.

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

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.

. 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:**

שו"ת הרא"ש כלל סח סימן יג

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 **שהוא חייב לפרש את התשובה הזו שלא יהיה נגד דין תורה**. הדין מתיר לפעמים התדיינות בפני 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**..

**נושא יב' לסילבוס - החוזה הפסול**

**שאלה ראשונה:** 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 חוקיות או בסתירת תקנת הציבור, מה תהיה תגובתה של המערכת המשפטית?

**שאלה שנייה** היא הניסיון לראות את החוזה כחקיקה פרטית - כי חוזה זה נורמות מוסכמות מחייבות בין הצדדים לחוזה - סוג 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 - 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?**

1. תמורה דף ד עמוד ב

מחלוקת עקרונית בין אביי לרבא, בשאלה 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 -

**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 ומשדר כאן את התפיסה הריאליסטית - הריאליזם ההלכתי - העונש 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.

**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

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

שומר חינם - צריך להישבע 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).

התלמוד רואה את הסתירה ושואל מה הולך - ומשיב שצריך לקרוא את המשנה כאילו כתבו 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 רבי 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 להישבע 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.

5. משנת בבא מציעא ז, יא, עפ"י כ"י קויפמן כל המתנה על הכתוב שבתורה

המשנה שאומרת שכל המתנה על דבר שכתוב בתורה תנאו בטל. אבל הסיפא קובעת שכאשר תניה 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 התניה 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 תניה 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 להדגיש שזו תניה שהיא לא בת קיום. התלמוד הירושלמי חושב שסביב הדיון הזה סובב הוויכוח בין רבי מאיר לרבי יהודה:

6. ירושלמי, קידושין א, ב; דף נט ע"ג

גם התלמוד הירושלמי מכיר בוויכוח בין רבי מאיר לבין חכמים (רבי יהודה) בחוזה פסול, אבל במבט ראשון, הוויכוח 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 תקף 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

כמה צריך להחזיר החייב לנושה כשהחייב נותן תוספת מעצמו 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?

**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

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

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

10. רי"ף מסכת ביצה דף כ עמוד ב

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

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.

[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: 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:

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 מצפת:

13. שו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן טז

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

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

עסקה נגועה בריבית מדברי חכמים.

16. ט"ז שם

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 בסוגיית 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

**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

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.

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

**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**

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

**3. שו"ת הריטב"א סימן קצט**

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**

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.

**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.**