**פתרון מבחן מועד א תשע"ז**

שאלה מספר 1

**א.** (1) בתחילת דבריו הרמב"ן אומר שהוא נאמן לתלמוד. לדעתו החיוב אינו חוזי, אלא הוא מדין הודאה (כהתחייבות), כך שהוא בוחר במסלול של דיני הראיות. רמב"ן נצמד לגישתו של הבבלי, ושולל את הגישה החוזית מן הטעם שיפורט בסע' 2.

(2) העיקרון עליו מתבסס רמב"ן הוא שלילת התופעה החוזית, משום שאדם אינו יכול להשתעבד בדברים בלבד.

ההוכחות לכך הן: \* ערבות – זה הסכם עתידי לפיו מותנה שאם החייב לא ישלם הערב ישלם במקומו, כאשר הערב לא מקבל שום דבר בתמורה לכך. התחייבותו של ערב תקפה רק אם שוכללה באמצעות קנו מידו או בההיא הנאה (שהנושה נותן אמון בערב). ללא אמצעי השכלול הנ"ל, להתחייבות כשלעצמה – אין תוקף.

\* הסכם שומרים – התחייבות של שומר המגבירה את אחריותו (מעבר לנדרש עפ"י דין), אינה תקפה כשלעצמה, משום שהיא "דברים" בלבד. להתחייבות השומר יינתן תוקף רק באמצעות בההיא הנאה (שהבעלים נותן אמון בשומר) או באמצעות מעשה קניין (משיכה) שעושה השומר בחפץ נשוא השמירה. חשוב לציין שגם אצל שומר חינם ישנה בההיא הנאה (טובת הנאה), הבאה לידי ביטוי בכך שמאמינים לו ויודעים שאפשר לסמוך עליו והוא בעל מהימנות גבוהה, כך שהנאת האמון שיש לשומר היא בעלת ערך כלכלי.

(3) הרמב"ן מתמקד בבעיית "דברים". כלומר, שאין בכוח דיבור בלבד, כדי ליצור התחייבות מחייבת. נדרש בנוסף גם אקט קנייני או מעין קנייני (קנו מידו, בההיא הנאה). נראה שלדבריו הבעיה היא **הערטילאיות והמופשטות** של ההתחייבות החוזית. קושי זה שבהתחייבות החוזית, שונה מהקושי שעליו מצביע ליפשיץ. עפ"י ליפשיץ, הדיבור הוא **יצירתי** (ולא רק אמצעי תקשורת), והוא כוח אלוהי שנמסר לאדם. כוח כזה צריך להיות **ריבוני וחופשי** (בדומה לא-ל), ולכן לא ניתן לאכוף אותו. הרחבה שלי: דיבור בתפיסה דתית הוא לא רק אמצעי לתקשורת אלא הוא גם אמצעי לעובדות – "הדיבור נוכח והדיבור יוצר" 🡨 ע"י המחשבה והדיבור מגיעים למעשה. על רקע זה אומר ברכיהו כי האל נותן לאדם את כוח הדיבור על מנת שהוא יוכל לדבר וליצור. דברים זה משהו בין העולם הריאלי לעולם המחשבה. הדיבור בתוך העולם הדתי הוא לא רק אמצעי קומוניקציה בין בני אדם, אלא דיבור הוא הגדרה אונטולוגית – הוא בין המחשבה למעשה. דיבור בעולם הדתי לפעמים יש לו אחיזה במציאות, כמו תיאור הבריאה שהדיבור האלוהי יוצר את הבריאה כמו למשל "יהי אור" – האור מתחיל להיווצר. הדיבור בעולם הדתי לא נשאר ברובד הערטילאי בלבד אלא יש לו אחיזה במציאות. הטענה שזה נכון גם לבני אדם. הדיבור בעולם הדתי הוא כוח, והכוח הזה מוענק גם לאדם. גם האדם יכול ליצור באמצעות הדיבור וזה הכוח של "דברים". מכיוון שהדיבור הוא בעצם כוח שהוא לא רק כוח ליצר תקשורת אלא גם כוח ליצור זה בעצם הכוח שהוא הכוח שמאפיין את האדם. אין יצורים אחרים שקיבלו את הכוח הזה, והוא תופעה של העוצמות האנושיות שיש באדם, בדעת שלו והבחירה החופשית שלו. לכן, הכוח הזה אמור להיעשות אך ורק בבחירה חופשית ובהקשר הזה האדם דומה לאל

**ב.** **הרמב"ם** סבור שהחיוב בעיקרו הוא חוזי, והתחייבות חוזית מחייבת כשם שהתחייבות לערבות או למתנה מחייבת. עם זאת, הואיל והבבלי מציע שההתחייבות יסודה בהודאה, לדעת רמב"ם, הפרקטיקה של התחייבות חוזית, צריכה להתבסס על פרקטיקה של הודאה (אתם עדיי או שטר).

המשותף בין רמב"ם ורמב"ן הוא באימוץ הגישה שבבבלי: חיוב מכוח הודאה. הניגוד הוא בכך שלדעת רמב"ן ההודאה היא הבסיס התיאורטי והעקרוני לחיוב, והיא מהותו של החיוב. לעומת זאת, לדעת רמב"ם הבסיס התיאורטי לחיוב הוא חוזי, וההודאה היא רק המעטפת החיצונית-הפרקטית לחיוב.

**ג.** 5  **המחלוקת בין רמב"ן ורמב"ם** היא אכן על שאלת היתכנותה של התופעה החוזית. רמב"ן סבור שהיא לא תיתכן, משום שלא ניתן להשתעבד בדברים, ר' לעיל א, 2-1. לעומתו, רמב"ם סבור שהיא תיתכן, ר' לעיל תשובה ב.

גם אלבק וגולאק נחלקו במחלוקת דומה. **גולאק** סבור שהמשפט העברי אינו מכיר, עקרונית, בתופעה החוזית, מחמת הערטילאיות שלה. לעומתו, **אלבק** סבור שהתופעה החוזית מוכרת, משום שהמשפט העברי מכיר באפשרות להתנות פעולה משפטית, וההתנאה היא חוזה.

עם זאת, בין המחלוקות יש הבדל משמעותי. רמב"ן וגולאק אכן נוקטים עמדה דומה. מאידך, עמדתם של רמב"ם ואלבק שונה לחלוטין: רמב"ם מדבר על התחייבות כספית עתידית. זהו אכן חוזה, ולכן הרמב"ם תומך בהיתכנותו של חוזה, כאשר מדובר בהתחייבות כספית. לעומתו, אלבק טועה, משום שהתופעה שאותה הוא מתאר כחוזה אינה "חוזה". התנאה של פעולה משפטית שאינה עתידית – אינה "חוזה". במילים אחרות, אלבק תומך בהיתכנות של התנאה, אך לא בהיתכנות של חוזה. הוא דן על תוקף ההסכמה, על תוקף התנאי, בפעולה עכשווית, אך זה לא קשור לשאלת היתכנותו של חוזה במשפט העברי |(ולכן אלבק מהווה דעת יחיד בנושא לדעת המרצה)

שאלה מספר 2

א. לכל הלכה (1) הנושא ונותן בדברים וחזר בו – אין רוח חכמים נוחה הימנו: הלכה זו שבתוספתא, מתפרשת, לפי פשוטה, כחובת (אתית-דתית) **המתחייב** לקיים התחייבות בחוזה מכר. הבבלי לא מכיר באינטרס ההבטחה כבסיס להתחייבות, ולכן הוא מבסס את ההתחייבות על הסתמכות. מן הטעם הזה, ההלכה מתפרשת מחדש, והמוקד עובר **מן המתחייב** (כך בתוספתא) אל **המסתמך** (בדברי האמוראים). לכן, **רב ורבי יוחנן** דנים בשאלה האם יש בדברים משום מחוסרי אמנה, כלומר: האם המבטיח ייחשב, **מצד המסתמך**, מי שלא ניתן לתת בו אמון (מחוסר אמנה), בגין הפרת הבטחתו.

(2) שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק: ההלכה מתפרשת לפי פשוטה כחובה על מתחייב שלא לסטות מהבטחתו (בין אם הן ובין אם לאו) ולקיימה. הבבלי לא מכיר בתקפות ההתחייבות כשלעצמה, ולכן הוא מפרש הלכה זו באופן אחר: שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב. גם כאן, המוקד עובר מן ההבטחה אל ההסתמכות. אם המבטיח בפיו, מתכנן בליבו אחרת, הוא פוגע במסתמך.

(3) המתחייב לחברו למתנה – אינו יכול לחזור בו: לפי פשוטה, הלכה זו מתפרשת כחובה על המבטיח לתת מתנה לעמוד בדיבורו, בכל סוג של מתנה. שוב, הבבלי מעביר את מרכז הכובד מן ההבטחה אל ההסתמכות, ולכן הוא קובע שהחובה לקיים את ההתחייבות היא רק במתנה מועטת, שמזמינה הסתמכות. לעומת זאת, מתנה מרובה נחשבת מוגזמת, ולכן אינה יוצרת הסתמכות, ואין חובה לקיים את ההבטחה (המבוססת על הסתמכות).

ב. \* אמר רב חמא: האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרוותאדזולשפט [= אדם שנתן מכספו לחברו על מנת שיקנה עבורו יין, ופשע ולא קנה לו – חייב לפצותו על מניעת הרווח בעסקה כזו, לפי הרווח המקובל בשווקי היין]. לדעת ריטב"א, חובת הפיצויים היא משום, "שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו". חובת הפיצויים היא בגין ההסתמכות, ועל חשבון נזקי ההסתמכות.

\* ריטב"א שם: שכירות פועלים – "שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו".

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

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

\* <ניתן לקבל גם דוג' זו, כדוג' חלופית> שומר חינם שפשע ואירע נזק לפקדון, חייב לפצות את הבעלים, "מפני שסמך עליו בעל הפקדון, והבטיחו שומר לשומרו".

שאלה מספר 3

א. (1) \* שיקולי מדיניות (גולאק): דרישת התנאי הכפול (ושאר דרישות תנאי בני גד ובני ראובן) מקשות על אפשרות ההתנאה, וגורמות לכך שפעולות רצוניות יחולו, בניגוד לרצונו של המתנה (שלא עמד בדרישות הפורמאליות הנ"ל). לכן, נעשה ניסיון לצמצם ככל האפשר את תחולת דרישות אלה.

\* מבחן מהותי של הרצון (ראב"ד): בממונות יש לאפשר רצון חופשי וחופש התנאה, ולכן לא ראוי להטיל דרישות נוקשות מידי על ההתנאה. לעומת זאת, בגיטין ובקידושין אדם פועל תחת סערת רגשות, לטוב ולמוטב, ולכן כדי שהפעולות ייעשו מתוך שיקול דעת ומתוך רצון אמיתי, עדיף להטיל דרישות נוקשות על ההתנאה, משום שיש בהן כדי לרסן את האדם, ולגרום לו לפעול ביתר שיקול דעת.

(2) ביחס לספרות התנאים ואמוראים – דרישת התנאי הכפול ושאר דרישות תנאי בני גד ובני ראובן מופיעות בענייני גיטין או קידושין.

באשר למקרא: אמנם, מעשה בני גד ובני ראובן הוא סביב ענייני נחלות ומקרקעין, ונראה שמדובר בדיני ממונות. אולם, ראב"ד מסביר שגם כאן אין המדובר בעסקת מקרקעין פרטית אלא בירושת הארץ בצו הא-ל, ולכן יש לראות תחום זה כאיסורא (ובדומה לגיטין ולקידושין) ולא כממונא.

ב. (1) לדעת הרא"ש עצם תופעת התנאי היא אנומאלית. פעולה משפטית, בוודאי במשפט דתי, אמורה לחול באופן אבסולוטי, ללא תלות ברצונו של האדם. לכן, תנאי לא אמור להגביל את הפעולה המשפטית. תופעת התנאי היא אפוא "חידוש" ומעין גזרת הכתוב, ולכן יש להגביל אותה באופן דווקני ונוקשה לדרישות המחוקק ביחס לתנאי (תנאי בני גד ובני ראובן)

(2) די בשני הסברים לכל הסבר 5 נק' ההסברים שלהלן מניחים שתופעת התנאי היא רציונאלית ונורמאלית, ולכן גם את דרישות בני גד ובני ראובן יש לפרש באופן דומה:

\* ראב"ד: תנאי ("אם", להבדיל מ"על מנת") גורם לכך שפעולה משפטית לא תחול בעת שהיא נעשית. הפעולה נדחית, והיא תחול רק לאחר שיתקיים התנאי, ומשם ולהבא. לכן, התנאי אמור להוות בלם ומשקל נגד לפעולה המשפטית. כוח ההתנגדות של התנאי (לפעולה המשפטית) נובע מדרישות תנאי בני גד ובני ראובן: התנאי הכפול, ההן שקודם ללאו, התנאי שקודם למעשה ועוד – דרישות אלה יוצרות תנאי "חזק" המסוגל לבלום את הפעולה המשפטית.

\* בעלי התוספות: דרישות בני גד ובני ראובן חלות רק במצבים שבהם לא ברורה כוונת הצדדים, לא במפורש ולא במשתמע. אם כוונת הצדדים ברורה, הולכים אחריה, ולא מתחשבים בדרישות הנוקשות. כשכוונת הצדדים עמומה, הדרישות מסייעות להבהיר אותה.

\* ר' שמעון שקופ (דבריו לא מנוגדים לדברי הרא"ש, אבל הם הופכים אותם לרציונאליים): חוקי התורה הם כחוקי טבע (נטורליזם). חוקי הטבע הם דטרמיניסטיים ומוחלטים, ואינם כפופים לרצון האדם. כך גם חוקי התורה. לכן, אין בכוח תנאי של האדם להגביל פעולה משפטית, שלפי חוק התורה אמורה לחול לכנעשתה כדין. האפשרות להגביל את החוק, היא רק באמצעות החוק עצמו. לכן, אם החוק קובע שתנאי חל רק במסגרת תנאי בני גד ובני ראובן – רק כך תנאי יכול לחול.

**פתרון מבחן מועד ב' תשע"ז**

שאלה מספר 1

**א.** היגד זה אינו מדויק. ראשית: פיסקה זו אינה עוסקת בתופעה החוזית בכללה, אלא בהתחייבות כספית. שנית: ביחס להתחייבות כספית הרמב"ם אכן קובע, שעקרונית היא תקפה חוזית, בדומה להסכם ערבות ולהתחייבות לתת מתנה. עם זאת, הרמב"ם דורש, שמעשית ההתחייבות תיעשה בדרך של הודאה (אתם עדיי או תחליף באמצעות הודאה בשטר או הודאה על דבר קיומו של שטר). משמעות הדרישה המעשית, היא שלא ניתן לבסס את ההתחייבות הכספית על התופעה החוזית כמות שהיא.

**ב**. ההכרה העקרונית בחוזה מבוססת על עמדת הרי"ף, שרבים מפסקיו של הרמב"ם מבוססים על דבריו. הדרישה המעשית מקורה בתלמוד הבבלי, שנותן תוקף להתחייבות הכספית כהודאה, באמצעות אתם עדיי או תחליפיו.

**ג.**אלבק גורס שלפי ההלכה התלמודית לכל חוזה יש תוקף כמות שהוא, משום שההלכה מכירה באפשרות ההתנאה (המתנה על מה שכתוב בתורה - בדבר שבממון תנאו קיים) והתנאה משמעה חוזה.  דברי הרמב"ם אינם תומכים בעמדתו של אלבק משני טעמים: 2 נק' האחד – הרמב"ם מתייחס רק להתחייבות כספית, ולא לתופעה החוזית בכללה. 4 נק' והשני – הרמב"ם מדבר על התחייבות עתידית. לעומתו, אלבק אינו מדבר על חוזה כהתחייבות עתידית, אלא על התנאה של פעולה משפטית שנעשית עתה

**ד.** עמדת הרמב"ם בשתי הסוגיות תואמת את פסיקתו בפיסקה הנ"ל.

קניין דברים – הרמב"ם קובע שקניין יכול לחול רק על מושא פיזי וממשי, ולכן אינו חל על התחייבות לביצוע פעולה (שותפות באומנות, שותפות עיסקית או חלוקת מקרקעין). פסק הרמב"ם לעניין התחייבות כספית אינו סותר את הפסיקה הנ"ל, משום שמושא ההתחייבות הכספית הוא פיזי וממשי.

אסמכתא – הרמב"ם סבור שאסמכתא משמעה התחייבות עתידית מותנית למכר. להתחייבות כזו אין תוקף, על אף שהיא כספית, משום שהיא מותנית. התליית ההתחייבות מעידה על העדר גמירת דעת מצד המתחייב. גם פסיקה זו תואמת את פסק הרמב"ם הנ"ל העוסק בהתחייבות כספית שאינה מותנית, כדבריו בתחילת הפסק: המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל.

שאלה מספר 2

**א.**מכר כפוי תקף משום שבכל מקרה אדם אינו נפרד מנכסיו מתוך בחירה חופשית, אלא מתוך אילוץ. כלומר: המצב הטבעי של מכר אינו מצב של בחירה חופשית.

התשובה האחרונה נותרה למסקנה. שתי התשובות הראשונות: א. לעולם אדם מוכר מתוך אונס, ובכל זאת נתנו תוקף למכירתו. ב. בדיני קרבנות נקבע גדר ביניים בין כפייה לרצון: כופין אותו עד שיאמר  רוצה אני.

**ב.** שדה סתם / זו – כאשר ההסכם אינו על שדה מסויימת, עצם הבחירה בשדה היא עדות לגמירת דעת. הרצה מעותיו – הרצאת המעות דורשת רצון והכרעה, ומשקפת גמירת דעת.היה לו להשתמט – אם הנסיבות איפשרו להתחמק מן המכר, ובכל זאת לא התחמק – זו הוכחה לרצון.

**ג.** דרישת גמירת הדעת היא יחסית ונמוכה, ורף הרצון אינו גבוה במיוחד. די בביטוי מסוים ומוגבל של רצון, כדי להכיר במכר.

**ד.** לפי תשובת חמדת שלמה, לא יינתן תוקף לחוזה כפוי. במכר – ישנם אותות לרצון (הרצאת המעות וכיו"ב), ולכן ניתן לומר שנעשה ברצון. בחוזה קשה למצוא אותות כאלו, ועל כן יש להניח שהיו כאן כפיה ואונס.

שאלה מספר 3

**א**. רב [אמוראים מוקדמים] סבר שבהסכם בין הורים לטובת ילדיהם הנישאים (שטרי פסיקתא) נוצרת זכות קניינית (דברים הנקנים באמירה) לטובת הילדים בגין ההבטחה, אף שאין תמורה. לכן, הזכות הקניינית נוצרת גם בביתו בוגרת וגם בבנו, אף שהאב אינו מקבל כל תמורה שהיא.

רבא [אמוראים מאוחרים]  דורש תמורה (כדי לאפשר תוצאה קניינית), ולכן מגביל את הלכת רב הנ"ל לביתו נערה, ולא לביתו בוגרת.

**ב**. בין הפרשנים והחוקרים נחלקו הדעות, כיצד יש לפרש את "ההיא הנאה".

לפי דעה אחת "בההיא הנאה" היא תמורה, ונדרשת תמורה כדי לאפשר חוזה.

רבנו חננאל, אוצר הגאונים, קידושין ז, א, עמ' 9 וההיא הנאה מיחשבא לה ככלי דיהביה הקונה למקנה, וקנה בו בתורת חליפין... ; אשר גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 4 ...טובת הנאה המגיעה לזה שמתחייב, שגם היא משמשת **מעין נתינת**  **חפץ**(ההדגשה במקור) ממשי; אשר גולאק, יסודי המשפט העברי ב, ת"א תשכ"ז, עמ' 37: ...היסוד העיקרי בהעמדת החיובים... מתן שווי של תגמול... וטובת הנאה זו יש לה ערך השווי, והיא כנתינה של תגמול כנגד החיוב.

<אין הכרח להזכיר את השמות אלא רק את הרעיון הכללי. כך גם בהמשך התשובה>

לפי דעה אחרת, בההיא הנאה אינה תמורה אלא זרז לגמירת דעת, וע"י כך היא משכללת את החוזה.

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

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

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

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

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

**ג**. לדעת פוסקי צרפת ואשכנז הסכם שיתוף מבוסס על דרישת תמורה – "בההיא הנאה" שהשותפים סומכים זה על זה ומצייתים זה לזה, הם מתחייבים זה לזה בהסכם השיתוף.

פוסקי ספרד – ובראשם הרמב"ם – חולקים. לדעתם, הסכם שיתוף מבוסס על קניין של ממש. כל שותף זוכה באמצעות מעשה קניין של ממש, בחלק מנכס השותפות. השיתוף מבוסס אפוא על זכות קניינית ולא חוזית, ועל כן לא נדרשת תמורה.

**פתרון תשע"ה – מועד א'**

שאלה מס' 1

**"וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי, כך הורו מקצת הגאונים ולזה דעתי נוטה. ורבותי הודו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא אלא בנימין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראיה (רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ג, הלכה ח)**

**וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי (רמב"ם, שם)**

**1. הלכה זו עומדת מול קושי: "דארבה כיון וכמעכשו דמי, הגט קיים והתנאי בטל" (רבנו תם). הסבירו את הקושי, ומהו הפתרון לקושי זה?**

בנוסחת "על מנת" הפעולה המשפטית (המעשה) חלה מעיקרה, בכפוף לקיום התנאי לבסוף (ראה להלן, סעיף 2).

הווה אומר: בנוסחה זו המעשה חזק מן התנאי. לפי זה, דווקא ב"על מנת" היה מקום להחיל את משפטי התנאים המחלישים את התנאי, וממילא מעצימים את המעשה. קיים קושי, אפוא, בהלכה הקובעת שמשפטי התנאים חלים דווקא ב"אם", ואינם חלים ב"על מנת".

הפתרון לקושי זה, לפי ראב"ד, הוא שתפקיד משפטי התנאים הוא לחזק את התנאי כשהוא עומד כנגד המעשה. בנוסחת "אם" המעשה אינו חל מעיקרא, אלא הוא נדחה, ומשפטי התנאים הם שעומדים כנגדו ודוחים אותו. לעומת זאת, בנוסחת "על מנת", הואיל והמעשה חל מעיקרו, אין צורך במשפטי התנאים, משום שאין התנאי עומד כנגד המעשה.

**2. מדוע אין צורך בתנאי כפול, כשנוסחת התנאי היא "על מנת"? מהו ההבדל העקרוני בין נוסחת "על מנת" לבין נוסחת "אם"?**

נוסחת "אם" קושרת קשר של תלות בין הפעולה המשפטית לבין התנאי. לעומתה, בנוסחת "על מנת" הקשר בין הפעולה המשפטית לבין התנאי הוא קשר של תכלית. הווה אומר: ב"על מנת" המעשה אינו תלוי בתנאי, ולכן הוא חל מיד – "מעכשיו". כלומר: לאחר התקיים התנאי יחול המעשה רטרואקטיבית. לעומת זאת, בנוסחת "אם" המעשה חל רק מעת התקיים התנאי.

הנפקות בין שתי הנוסחאות במקרה של גט על תנאי: במקרה שבו בין מסירת הגט לבין קיום התנאי, הגט נשרף או אבד – בנוסחת "אם" הגט טרם חל, ולכן יהיה צורך למסור גט שנית. בנוסחת "על מנת" הגט חל מעיקרו, ועל כן, לא יהיה צורך במסירה נוספת של הגט.

לפי הדברים האלה, ולפי האמור בסעיף הקודם אם דרישת התנאי הכפול (ומשפטי התנאים בכלל) נועדה לבלום את הפעולה המשפטית ולדחות את תחולתה, הרי שיש מקום לדרישה כזו רק בנוסחת "אם". אין מקום לדרישה זו (ולמשפטי התנאים בכלל) בנוסחת "על מנת", משום שאינה מעכבת ודוחה את הפעולה המשפטית.

**"ורבותי הודו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו בנימין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראיה" (רמב"ם, שם).**

**3. הסבירו את המחלוקת שבין הרמב"ם לבין רבותיו, התייחסו לנק' הבאות:**

**א. מהם הטעמים להגבלת "משפטי התנאים" (תנאי כפול: הן קודם ללאו) לגיטין ולקידושין בלבד?**

**התייחסו לשיקולים טקסטואליים, לשיקולי מדיניות ולטעמים עקרוניים (= הבחנות עקרוניות בין גיטין וקידושין לבין תחומי משםט אחרים).**

**ב. כיצד מסבירים הצדדים למחלוקת זו את דרישת התנאי הכפול במעשה בני גד ובני ראובן (והרי מעשה זה, אינו קשור לגיטין ולקידושין)?**

**3. א**.הגבלת משפטי התנאים לגיטין ולקידושין בלבד עשויה לנבוע מן השיקולים הבאים:

טקסטואלית – הדיון במשפטי התנאים, הן בספרות התנאים (משנה ותוספתא) והן בספרות האמוראים, סובב סביב הלכות מגיטין ומקידושין בלבד (לרבות חליצה ויבום).

מדיניות – משפטי התנאים יוצרים קושי פרקטי משמעותי, משום שהם גורמים לביטול תניות, אף שהאדם רוצה בהן, כך שפעולות משפטיות יהיו תקפות, בניגוד לרצונו של אדם. אחת הדרכים להתמודד עם הקושי הפרקטי היא לצמצם את מרחב התחולה של משפטי התנאים, למסגרת מוגבלת כמו גיטין וקידושין.

שיקולים עקרוניים – ראב"ד: "וטעם גדול יש לדבר ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני נותנו או מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו? אבל גיטין וקדושין אומדן דעתא הוא, מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אינו אלא כמפליג בדברים וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב, אא"כ חזקו בכפילו ובכל העניינים שנתפרשו בו, כי כולם חזוק התנאי הם".

מצד אחד, תחום הממונות תלוי ברצונו של אדם, ולכן לא סביר לכפות על אדם עסקה בניגוד לרצונו, מחמת דרישות פורמאליות של משפטי התנאים. מצד אחר, גיטין וקידושין הוא תחום שמעורבות בו רגשות וכתוצאה מכך אדם אינו בורר את מילותיו ומפליג בדברים. משפטי התנאים מחייבים הפעלת שיקול-דעת, ובדרך זו ההתחייבות ותנאיה נעשים באופן שהוא יותר מבוקר ורציונאלי.

**ב.** הרמב"ם אכן קובע, שמשפטי התנאים חלים גם בדיני ממונות, משום שזו המסגרת המשפטית של מעשה בני גד ובני ראובן ("שכפילת התנאי עם שאר הארבעה דברים מתנאי בני גד ובני ראובן למדו אותן חכמים... ותנאי זה לא היה לא בגיטין ולא בקידושין").

ראב"ד חולק וסבור שמשפטי התנאים מוגבלים לגיטין ולקידושין בלבד: "ונחלת בני גד ובני ראובן - לא היתה מוחזקת ביד ישראל ואינו דומה לקרקע המוחזק לו לאדם מירושתו או ממקחו".

כאמור, קיים קושי להחיל את משפטי התנאים בדיני ממונות, משום שלא סביר שנוציא מאדם ממון, בניגוד לרצונו, מחמת דרישות פורמאליות, הנוגעות לצורת התנאי.

מבחינה זו, מעשה בני גד ובני ראובן – אין בו הוצאת ממון מחזקת אחר. עבר הירדן המזרחי, שניתן לבני גד ולבני ראובן, אינו מצוי בחזקת ישראל. זו נחלת ה', והיא נמסרת לבני גד ולבני ראובן מידי שמים. מבחינה זו, מעשה בני גד ובני ראובן, דומה יותר לתחום איסור והיתר (בין אדם למקום) מאשר לממון.

**4. יש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא (= גילוי דבר(, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד (שאנו עדים שעל דעת כך עשה), וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי (=שאפילו גילוי דבר אינו נדרש), כגון ההיא הכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה... לפי שאנו אומרין שלכך היה בדעתו... (תוספות)**

**א. לפי פסקה זו, מהי תפיסתם של בעלי התוספות את משפטי התנאים (הדרישות הפורמאליות של התנאי, וביניהן דרישת התנאי הכפול)?**

**ב. כיצד מסביר אלבק את תפיסתם של בעלי התוספות, ומהו הקושי בהסברו של אלבק?**

**4. א.** לדעת בעלי התוספות, כאשר כוונת הצדדים ברורה לגמרי (אומדנא) או כשהיא מסתברת על בסיס אינדיקציות שונות ("גילוי מילתא"), הולכים אחר הכוונה, ואין להתייחס למשפטי התנאים. רק כאשר כוונת הצדדים אינה ברורה, יחולו משפטי התנאים. בדרך זו, לא תיווצר סתירה בין כוונת הצדדים לבין משפטי התנאים.

**ב.** לדעת **אלבק**, משפטי התנאים הם שיקוף מלא של הנוהג המקובל של בני-אדם להתנות. לכן, לא ייתכן שמשפטי התנאים יעמדו בסתירה לרצונם של בני-אדם. עם זאת, מנגד, **ברכיהו ליפשיץ** משיג על אלבק. לדבריו, הרוח הנושבת מתנאי בני גד ובני ראובן, היא קפדנית, פורמאלית ונוקשה, ואינה מכוונת לרצונם ולמנהגם של בני-אדם.

שאלה מס' 2

**אמר אביי: כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד (= כל דבר שאמרה תודה לא תעשה) אם עביד – מהני (= אם עשה – תקף ומועיל) : ראי סלקא דעתך לא מהני, אמא לקי (= שאם עולה על דעתך שאינו מועיל, מדוע לוקה?) רבא אמר: לא מהני מידי (= אינו מועיל כלל), והאי דלקי – משום דעבר אמימרא דרחמנא הוא (= וזה שלוקה – משום שער על דברי התורה). (תמורה ד, ב)**

1. **הסבירו את מחלוקת אביי ורבא (בפסקה הנ"ל), התייחסו גם לתפיסות העונשיות שברקע המחלוקת.**
2. **האם דעתו של רבא עולה בקנה אחד עם ההלכה הרווחת, לפיה חוזה פסול הוא חוזה תקף (להלן – "ההלכה הרווחת")**

**- הדגימו את ההלכה הרווחת, לפחות 2 דוגמאות.**

**- הציעו דרכים שונות, שבאמצעותן ניתן לתאם בין דעת רבא לבין ההלכה הרווחת. עימדו על ההבדל העקרוני שבין שתי הדרכים הללו.**

**ג. האם חוזה פסול ניתן לאכיפה? האם תשובתכם לשאלה זו תואמת בהכרח את ההלכה הרווחת?**

פתרון שאלה 2

**א.** לדעת אביי מעשה הבא בעבירה – תקף, ולדעת רבא הוא בטל. ברקע המחלוקת תפיסות עונשיות שונות:

אביי סבור שמטרת הענישה היא תיקון של העבירה. לכן, רק אם מעשה העבירה תקף, נוצר קלקול הדורש תיקון, ונדרשת ענישה. מכאן למד אביי, שאם לוקה על העבירה, מסתבר שמעשה העבירה – תקף.

לעומת זאת, לדעת רבא, אדם לוקה משום שעבר עבירה, ללא קשר לתוצאותיה. רבא סבור, שמטרת הענישה היא הרתעה, ומטרה זו קיימת גם אם מעשה העבירה אינו תקף.

תוספת שלי: מסכת תמורה פותחת בשאלה של תקפותו של מעשה בלתי חוקי ויש מחלוקת בין על כך בין **אביי לרבא**. **אביי** אומר שאם עשית מעשה בלתי חוקי זה עדיין תקף כיוון שאם נאמר שזה לא תקף לא נוכל להעניש עליו. עצם העובדה שאנחנו מענישים על כך זה מוכיח שהוא תקף. אביי אומר שהחוק מכיר בתוקפה של פעולה בלתי חוקית וההוכחה לכך היא שיש ענישה על פעולה כזו. **רבא** אומר הפוך – אותה פעולה היא בלתי חוקית ואין לה שום תוקף. אדם נענש כי הוא הפר את צו התורה, אבל לפעולה עצמה אין תוקף. יש כאן מחלוקת עקרונית לגבי השאלה למה אדם נענש על פעולה בלתי חוקית? ישנה גישה אחת שהיא גישה פורמליסטית שסוברת שתפקיד העונש הוא להרתיע ולכן אם אדם עשה פעולה בלתי חוקית צריך להעניש אותו כדי למנוע פעולה כזו אצלו ואצל אחרים - זו התפיסה של רבא ולפיה הפרת החוק היא הגורם לעונש. התפיסה האחרת שקרובה יותר למשפט הטבע ולתפיסת הריאליזם שאומר שפעולות העבירה של אדם לא רק מפרות את החוק אלא הן מחוללות רוע בכך שאני מפר נורמה. התפיסה היא שהנורמות נועדו להשיג טוב או למנוע רע. למשל שהתורה אוסרת לאכול חזיר יש כאן הנחה שהחזיר יש בו משהו שלילי ואם אני אוכל אותו אני אספוג לעצמי את התכונות השליליות האלו. על פי התפיסה הזו לא רק הפרתי את צו האל אלא התרחש משהו שלילי בנוסף לכך. העונש הוא בגלל העובדה שאדם עשה משהו רע, כלומר העונש הוא על רוע. אביי חושב שעצם העובדה שאנחנו מענישים היא במקרה בפעולות האלו תקפות (כי אם הן לא תקפות אין רוע ואין על מה להעניש). בשורה התחתונה זו מחלוקת מאוד עקרונית לגבי תקפותן של פעולות בלתי חוקיות. (עמ' 48-49 אצל מאיה, אצלי עמ' 75).

**ב**.I. דעתו של רבא, שמעשה הבא בעבירה אינו תקף, אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הרווחת הגורסת שחוזה פסול – תקף. להלן דוגמאות להלכה הרווחת:

**דוגמה 1:** חייב בהלוואת ריבית פורע את חובו (והריבית) באמצעות עסקה עם הנושה. הנושה מוכר לו ממכר במחיר יקר מכפי שוויו, וכך משתלמת הריבית. בנוסף, החייב נותן לנושה גם גלימה. לדעת **רבא**, מוציאים את הגלימה מידי הנושה, משום שהבריות מרננות אחריו על כך שהוא לבוש בבגד של ריבית. כלומר, לדעתו לא יתכן שנושה יתהדר בגלימה זו המנקרת עיניים ויתפאר באי החוקיות שעשה. [מנגד, לדעת **אביי** הגלימה היא לא חלק מן הריבית, אלא היא כמו מתנה ולכן הוא יכול לשמור אותה].

מכאן, הסיק **רב האי גאון** שהעסקה עצמה תקפה, על אף היבט הריבית שבה, דהיינו: חוזה המכר הפסול – תקף. הרחבה שלי: הרמב"ן מביא את דברי הרב האי גאון שאומר שבמקרים בהן אני קונה משהו אך משלם באיחור, אפשר לקחת תוספת על זמן ההמתנה עד תשלום המכירה וזה נקרא "שכר המתנת מאות" – עבור ההמתנה של המוכר אני משלם תוספת. במקרה כזה אומר הרב האי גאון שלמרות שזה אסור לא מבטלים את המכר. מדוע? כי זה לא ריבית קצוצה כיוון שלא מדובר בהלוואה (ריבית קוצה היא ריבית שקצצו וקבעו את דמיה מראש, והיא נלמדת מהפסוק "את כספך לא תיתן לו בנשך"), אלא בעסקת מכר. בעיקרון זה אסור כי אסור לי לקחת יותר כסף ממה שזה שווה. הרמב"ן אומר שזה אמנם פסול אך אנחנו נותנים לכך תוקף ולכן יש עסקאות שיש בהן ריבית שאנחנו מכירים בהן וזו דוגמא לחוזה מכר פסול שאנחנו מקיימים אותו ולא מוציאים מידי הנושה את התוספת (עמ' 49).

**דוגמה 2:**  אסור למכור בשבת, ומכל מקום, מכר שנעשה בשבת – תקף. כך עולה מן הרי"ף. כך ניתן להסיק גם מן התלמוד, ממנו משמע שאפילו מֶכֶר בשבת הכרוך בחילול שבת, שעונשו מוות, עשוי להיות תקף. תוספת שלי: **הרי"ף** לוקח את הסוגיה הזו ומסיק מכך מסקנה כללית לגבי חוזים פסולים – פעולות עסקיות הן אסורות בשבת אבל אם ביצעת אותן בשבת הן תקפות. זה מצטרף לרב האי גאון ולרמב"ן על מכר בתנאי עבירה

II. **לפי דרך אחת, מעשה שאי חוקיותו היא מהותית ושורשית – בטל, ומעשה שאי חוקיותו היא תלויית נסיבות בלבד – תקף.** לכן, המרת בהמה שהוקדשה – אינה תקפה, משום שההמרה אסורה מכל וכל, ואי החוקיות היא מהותית. לעומת זאת, מכר בשבת אין בו פגם כשלעצמו, אלא בשל כך שנעשה בשבת. אי החוקיות כאן היא נסיבתית, ולא מהותית, ועל כן המכר חל.

**לפי דרך אחרת, מעשה לא חוקי בטל, כאשר ניתן להשיג תיקון של אי החוקיות באמצעות הביטול.** כאשר הקלקול הוא עובדה קבועה שלא ניתן לתקנה – המעשה הבלתי-חוקי יהיה תקף. כשמכר נעשה בתנאים של חילול שבת, הקלקול [חילול השבת] – לא ניתן לתיקון, ועל כן המכר תקף (כך למשל, כשאדם בונה קיר בשבת גם אם נגיד לו להרוס את הקיר או שישלם קנס בעבור זה, העבירה עצמה עדיין התבצעה ואי אפשר למחוק אותה, וכך גם מכירה בשבת) לעומת זאת, בהמרת בהמת הקדש, אם ייקבע שההמרה לא חלה, בכך מתוקן המעוות. אם כן, המבחן כאן הוא לבדוק האם הבטלות של העסקה מועילה או לא 🡨 אם היא מועילה נבטל ואם היא לא וזה לא יעזור שנבטל את הפעולה אז ניתן לה תוקף. (עמ' 51 במחברת של מאיה).

ההבדל העקרוני בין הדרכים הוא בתפיסתם את מטרת המשפט: הדרך הראשונה מניחה שהמשפט הוא דאונטולוגי, ועל כן, העניין המרכזי הוא מידת הפגיעה בערכי המשפט. ככל שמידת הפגיעה גדולה וקשה – יש מקום לביטולה של הפעולה המשפטית.לעומת זאת, לפי הדרך השנייה המשפט הוא תועלתי, ועל כן, פעולה משפטית תתבטל רק אם תהיה תועלת בכך, זו תפיסה הבוחנת את התוצאה. (עמ' 51 אצל מאיה ו82 אצלי).

**ג.** התלמוד בראש השנה מספר על חוזה שנכרת בין הצדוקים לבין אדם מישראל, שתכליתו שאותו ישראל יעיד עדות שקר (על החודש). חוזה זה נגוע בעבירה, ועל כן הוא פסול. הלה החליט שלא להעיד, ובכל זאת, חכמים הותירו בידיו את התמורה שקיבל כדי להעיד את אותה עדות (שקר). למעשה, בדרך זו, נתקיים החוזה, אף שהיה מקום לבטלו (חוזה לעדות שקר פגום באי חוקיות מהותית, וביטול החוזה אינו מתקן את עדות השקר אם הועדה – ראה הנ"ל בסעיף התשובה הקודם).

**בין האחרונים יש מחלוקת, לגבי המסקנה שניתן להסיק ממעשה זה לעניין אכיפה של חוזה פסול**. לדעת **שו"ת אדני פז (הרב הקשר)**, קיום החוזה (הפטור מהשבת התמורה) הוא עקרוני, ומלמד על כך שחוזה פסול ניתן לקיום ולאכיפה. לדעת **שו"ת שבות יעקב (הרב ריישר)**, קיום החוזה (הפטור מהשבת התמורה) נובע משיקולי מדיניות, המיוחדים לנסיבות המקרה: צעד זה נועד לפגוע בצדוקים בגין השתייכותם הכיתתית, ולחילופין, בגין התנגדותם ללוח השנה של הפרושים. מכל מקום, לולא שיקולי המדיניות, היה מקום שלא לאכוף את החוזה ולחייב את השבת התמורה. (ניתן להרחיב על הגישות מעמ' 52).

ביחס להלכה הרווחת – תשובת **אדני פז – הרב הקשר** תואמת את ההלכה הרווחת: החוזה הפסול תקף, ולכן יש לאוכפו, דהיינו, להותיר את התמורה בידי העד. לעומת זאת, תשובת **שבות יעקב – הרב ריישר** גורסת שלולא שיקולי המדיניות היה מקום להתייחס אל החוזה כבטל, ובשל כך, לחייב את השבת התמורה. תוספת שלי: בהתאם לכך, לפי הרב הקשר ניתן להחיל את ס' 31 לחוק החוזים בהלכה, בעוד לפי הרב ריישר ניתן להחילו רק במקרים מיוחדים.

שאלה מס' 3

1. **מהו מעמדו של חוזה מכר ("דברים") לפי ההלכה התלמודית? (האם חוזה כזה תקף, ומהו בסיס התקפות)?**

**- בתשובתכם התייחסו להבדל בין הלכת התנאים לבין הלכת האמוראים בשאלה זו.**

**- הראו כיצד הבדל זה (שבין תנאים לבין אמוראים) משתקף ביחסם של האמוראים למקורות התנאיים.**

**ב. ההלכה מבחינה בין מכר כפוי לבין חוזה מכר כפוי.**

**- מהי ההבחנה**

**- מה ניתן ללמוד מהבחנה זו על הבעייתיות במעמדו של חוזה מכר (לאו דווקא כפוי)?**

**א.** תוספת שלי: בטרם אדון בעמדת התנאים ואמוראים אסביר מהו חוזה מכר – " דברים". חוזה מכר/"דברים" זו עסקה קניינית שנעשתה אך ורק בדיבורים, קרי לא נעשה מעשה קניין ו/או תמורה.לפי **הלכת התנאים** לחוזה ככלל יש תוקף. חוזה מכר הוא בעייתי משום שבמכר נדרש מעשה קניין, וחוזה אינו עונה על דרישה זו. עם זאת, לפי התנאים, יש חובה אתית או דתית לקיים את חוזה המכר - "שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק; הנושא ונותן בדברים אם אינו מקיים את דיבורו – אין רוח חכמים נוחה הימנו". במילים אחרות, אומרים לאדם שעשה מעשה רע, אך אין סנקציה כנגד זה, אלא זו רק הצהרה.

לפי **הלכת האמוראים** מעמדו של חוזה המכר שנוי במחלוקת: לדעת ר' יוחנן יש לקיים את החוזה, ודברים יש בהם משום מחוסרי אמנה. לפי הפירוש המקובל, זו דרישה המופנית למבטיח שעליו לעמוד בדיבורו. לפי הפירוש שהוצע בקורס, המבטיח מחויב להבטחתו בגין ההסתמכות של המובטח. רב חולק על כך. לדעתו, דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה, ולכן לא חלה חובה לקיים את החוזה, גם לא בגין הסתמכותו של המובטח. אם כן, לפי רב **בדרגת דברים** אין בהם "מחוסרי אמנה", כלומר אין אפילו איזושהי הצהרה דתית ומכאן שאדם יכול לחזור בו מהדברים והוא לא יחשב כאדם לא אמין (עמ' 17 אצל מאיה).

סיכום: לפי התנאים חלה חובה דתית או אתית לקיים חוזה מכר, בגין ההבטחה (קדושת החוזה). לפי האמוראים, יש מחלוקת אם חלה חובה לקיים את החוזה. מכל מקום, גם אם חלה חובה כזו, מקורה בהסתמכותו של המובטח, ולא בהבטחתו של המבטיח.

.II  ההבדל הנ"ל שבין תנאים לבין אמוראים מתבטא בפרשנותם לכמה מקורות:

\* שיהא הן שלך צדק – מתפרש ע"י תנאים כחובה לקיים הבטחה למכר. האמוראים חולקים ומפרשים שלא יהא אחד בפה ואחד בלב, אולם אין חובה עצמאית לקיים הבטחה למכר.

\* לפי הלכת התנאים, הנושא ונותן בדברים, אם אינו מקיים את דיבורו אין רוח חכמים נוחה הימנו (אינטרס ההבטחה). לפי הלכת האמוראים מוסבת ההלכה לגדרי מחוסר אמנה, שמשמעם מחויבות בגין הסתמכותו (האמנתו) של המובטח.

(לוודא עם המרצה את השאלה קודם – להרחיב מעמ' 17 אצל מאיה ועמ' 27 אצלי).

ב. I. ההבחנה בין מֶכֶר כפוי לבין חוזה מֶכֶר כפוי: מכר כפוי תקף, משום שבמהלך המכר ישנם אותות רצון והסכמה מצידו של המוכר להעביר את הממכר לרשות הקונה. ייתכנו כמה אותות כאלו: נטילת המעות, ההחלטה למכור שדה מסוימת אחת מבין כמה שדות סתמיים, ועוד. לעומת זאת, חוזה מכר כפוי אינו תקף, משום שלא מתקיימים בו אותות רצון מצד המוכר להוצאת הממכר מרשותו, שכן בחוזה העברת הממכר תבוצע רק בעתיד.

.II מהבחנה זו ניתן ללמוד שבמכר, ובקניין בכלל, הדרישה הבסיסית היא לאקט קנייני פיזי-ריאלי-עכשווי. דרישה זו מתמלאת במכר עצמו, אך אינה מתמלאת בחוזה המכר, המתייחס להתחייבות עתידית, ולאקט קנייני שיבוצע בעתיד.

**פתרון תשע"ה - מועד ב'**

שאלה מס' 1

**א**. לדעת הרמב"ם מקור תוקפה של ההתחייבות הכספית הוא חוזי: "שדבר זה מתנה היא... שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב...". כשם שהתחייבות לתת מתנה תקפה, וכשם שהתחייבות לערבות תקפה, אף שבשתיהן אין תמורה, כך גם – כמותן – התחייבות כספית

**ב. (I)** לפי התלמוד הבבלי מקור תוקפה של ההתחייבות הכספית הוא ראייתי. כשם שהודאה מחייבת אדם, כך גם התחייבות כספית. מן הטעם הזה, הבבלי דורש שההתחייבות תעמוד בגדרי הודאה ("אתם עדיי").

**(II)** הרמב"ם מבחין בין המישור התיאורטי-עקרוני לבין המישור הפרקטי-מעשי: תיאורטית, מקור ההתחייבות הוא חוזי, כנ"ל בסעיף א. מעשית, ההתחייבות צריכה לעמוד בפרקטיקה המקובלת של הודאה (באחת משלש הדרכים הבאות): כיצד? האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה (אתם עדיי), או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם

**ג.** לדעת רבנו תם מקור תוקפה של ההתחייבות הכספית הוא קנייני או מעין קנייני. המתחייב מקנה את הזכות לה הוא מתחייב, באמצעות "שעבוד". על אף שהתחייבות קניינית לא נדרש מעשה קניין, כשם שהתחייבות לתת מתנה תקפה גם ללא מעשה קניין.

על אף שגם הרמב"ם וגם רבנו תם, רואים בהתחייבות למתנה מקור לדבריהם, יש ביניהם הבדל משמעותי: הרמב"ם סבור שהתחייבות זו היא חוזית. לעומתו, רבנו תם סבור שהיא קניינית או מעין-קניינית.

**ד.**ההתחייבות הכספית המתוארת "אינה אסמכתא", משום שהיא "בלא תנאי כלל". רמב"ם מגדיר אסמכתא כהתחייבות לאקט קנייני שהיא מותנית. הרמב"ם סבור שאסמכתא לוקה בהעדר גמירת-דעת, משום שאין בצידה מעשה קניין ומשום שהיא מותנית. לכן, כאשר ההתחייבות אינה מותנית, היא משקפת החלטיות, יש בה גמירת-דעת, ועל כן היא תקפה.

שאלה מס' 2

**א**. תנאים היו סבורים שלהתחייבות יש תוקף כשלעצמה. לעומתם, אליבא דאמוראים להתחייבות אין תוקף כשלעצמה. כלומר: חוזה או התחייבות אין חובה לקיימם מצד עצמם. עם זאת, ניתן לאכוף את קיומם לא בגין ההתחייבות (ומצידו של המתחייב), אלא בגין ההסתמכות של הצד שכנגד. ההסתמכות גורמת (או עלולה לגרום) למובטח - אם לא תתקיים ההתחייבות - נזק, ועל כן הוא זכאי לדרוש את אכיפתה.

**ב**. עפ"י שלוש המקורות הנ"ל, שהם תנאיים, להתחייבות יש תוקף:

1. לפי התוספתא הנושא ונותן בדברים (=הסכם מכר בדיבור בלבד, ללא מעשה קניין) ומבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו.

2. החובה "הין צדק" (מידות ומשקלות) משמעה שאדם חייב לצדק את דיבורו, היינו, לקיימו.

3. מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו: צא ושכור לנו פועלים. הלך ופסק להם מזונות. וכשבא אצל אביו אמר לו: בני, אפילו אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהם, שהן בני אברהם יצחק ויעקב => התחייבות הבן למזונות תקפה.

הבבלי מפרש את שלוש המקורות כך שתהיה חובה לקיים את ההתחייבות, אבל לא מצד ההבטחה אלא מצד ההסתמכות:

1. הנושא ונותן בדברים חייב לקיים את דיבורו משום מחוסרי אמנה. כלומר: המובטח נותן במבטיח-במתחייב אמון, ובאופן אחר: מסתמך עליו. אם לא יקיים הבטחתו - יהיה המובטח מחוסר אמנה, דהיינו: הוא נפגע בגין הסתמכותו.

2. חובת "הן צדק" איננה החובה לקיים את ההתחייבות כי אם החובה להימנע מ"אחד בפה ואחד בלב", כלומר: ההימנעות ממצג שווא למסתמך.

3. הפועלים לא סמכו על הבטחת הבן, אלא משהתחילו במלאכתם. תוקפה של התחייבות הבן היא מחמת הסתמכות הפועלים.

**ג.** 1. אין חובה לקיים התחייבות. יש להימנע מליצור הסתמכות שווא (אחד בפה ואחד בלב). כלומר: אם פיו וליבו שווים בעת ההתחייבות, אף שהתכוין לקיימה לא ניתן לאכוף את ההתחייבות עליו.

2. בהבטחה למתנה יש להבחין בין מתנה מרובה לבין מתנה מועטת. מתנה מועטת – המובטח מניח שההבטחה תקויים ומסתמך עליה, ועל כן יש לקיים הבטחה זו. מתנה מרובה – המובטח לוקח בחשבון שיש כאן הגזמה, ועל כן אינו מסתמך. אין חובה לקיים הבטחה זו, אף שניתנה התחייבות, משום שאין כאן הסתמכות.

**ד.** הרב פיינשטיין פוסק בתשובה שעקרונית יש לקיים התחייבות בגין ההסתמכות. עם זאת, לדבריו יש "מעלה ומצוה" (חובה דתית ומוסרית) לקיים הבטחה, ואפילו אם לא ניתנה לאחר, אלא רק עלתה בהרהור.

**ה**. <אם יובאו דוגמאות נוספות כתוב לי ואבדוק אם הן נכונות עקרונית> \* גזלן המוכר קרקע לאחר – על אף שהשטר "ריק" (הקרקע גנובה) – המכירה תקפה, משום שהקונה מסתמך על כך שהגזלן יעשה הכל כדי לשמור על תדמית של סוחר אמין. ההסתמכות מעניקה למכירה את תוקפה.

\* אדם הנוטל מחברו סכום כסף על מנת להשקיעו ביין, ולא עשה כן, מחויב לפצותו, משום שחברו הסתמך על הבטחתו העסקית של המבטיח.

**ו.**<אם יובאו דוגמאות נוספות כתוב לי ואבדוק אם הן נכונות עקרונית> \* פועלים שחזרו בהם מהסכם עבודה – חייבים לפצות את המעביד, בגין נזקי הסתמכות.

\* חיובו של ערב לשלם את הערבות – נובע מהסתמכות.

\* שומר חייב לפצות את הבעלים אם אירע נזק לפקדון, משום שהבעלים הסתמכו על הבטחתו לשמור.

שאלה מס' 3

היגד: "בעיית החוזה במשפט העברי עשויה לבוא על פתרונה באמצעות 'בההיא הנאה'. בדרך זו פתר גם התלמוד את בעיית החוזה".

**א**. כיצד פותר "בההיא הנאה" את בעיית החוזה במשפט העברי? התייחסו בתשובתכם לשתי אפשרויות שונות.

(א) אפשרות זו מניחה שהבעיה החוזית היא ערטילאות החוזה.

"בההיא הנאה" היא מעין תמורה, וכך הופכת העיסקה החוזית הערטילאית לעיסקה מעין קניינית וממשית.

(ב) אפשרות זו מניחה שהבעיה החוזית היא העדר גמירת הדעת.

"בההיא הנאה" משמשת זרז לגמירת דעת. כך נפתרת בעיית העדר גמירת הדעת שבחוזה.

**ב**. 1. מתן תוקף להסכם רכישת קרקע בין גנב לרוכש: על אף העדר השטר (השטר שנותן הגנב – חסר תוקף) הנאת האמון שנותן הרוכש בגנב יוצרת גמירת דעת ומאפשרת את תחולת העסקה.

2. הסכם בין הורי החתן והורי הכלה לסכום מסויים לטובת בני הזוג – ההסכם תקף משום שהנאת החיתון ההדדית יוצרת גמירות דעת בשני הצדדים.

3. התחייבות הערב תקפה, מכח הנאת האמון שנותן הנושה בערב (על בסיסה הוא מוכן להלוות).

4. הסכם שיתוף תקף מכח הנאת האמון וההסתמכות של כל שותף על רעהו (בההוא הנאה דקא סמכי להדדי) – ספר העיטור.

**בחינה ופתרון תשע"ד מועד א':**

שאלה מספר 1 🡨שלום אלבק גורס שהמשפט התלמודי מכיר בקיומה של התופעה החוזית.

1. א. אלבק מבסס את עמדתו על טיעון ועל רְאָיָה. מהם?התייחסו בדבריכם גם לאופן בו תופס אלבק את התופעה החוזית.

ב. חוו דעתכם על הטיעון ועל הראיה.

2. התלמודים – הבבלי והירושלמי – מערערים, בלשון מפורשת, על קיומה של התופעה החוזית.

א. הדגימו זאת בשתי דוגמאות. צטטו את מילות הערעור המדויקות בהם משתמשים התלמודים.

ב. כיצד עשוי אלבק (הנ"ל בסע' 1) להתמודד עם דוגמאות אלו?

3. אלבק טוען (בהמשך דבריו), שהמשפט התלמודי אינו מבחין בין זכויות קנייניות לבין זכויות חוזיות.

א. הראו את הקשר בין טענה זו לבין עמדת אלבק אותה הצגתם לעיל (1. א.).

ב. טענתו של אלבק עומדת בסתירה, לכאורה, לדברי התלמוד: "דברים הללו לא ניתנו להיכתב" (דברים הנקנים באמירה). הצביעו על הסתירה.

**פתרון:**

1. א. אלבק טוען שחוזה הוא ביטוי לגמירת דעתם של הצדדים, ולכן כל פעולה משפטית המותנית בתנאי היא, למעשה, פעולה חוזית. הראיה לכך היא היכולת להתנות על מה שכתוב בתורה (בדבר שבממון), שמשמעה, אליבא דאלבק, חופש חוזים.

ב. תפיסת החוזה של אלבק מוטעית. חוזה אינו רצון או כוונת הצדדים לפעולה משפטית כלשהי. חוזה הוא תופעה משפטית עצמאית – אגד של זכויות וחובות – והוא איננו נספח לפעולה משפטית וולונטרית. כך יש לדחות את הטיעון, ואף את הראיה, המתייחסת לתנאי המתנה את הקידושין.

2. א.\* לפי דין המשנה, אדם המתחייב לאשתו טרם נישואין, לזון את ביתה חמש שנים – התחייבותו תקפה. הירושלמי מקשה על דין המשנה: "במה הוא מתחייב לה", כלומר: להתחייבות אין תוקף.

\* לפי דין המשנה ניתן לפרק שיתוף בחצר באמצעות הסכם פירוק שיתוף. הבבלי מקשה על כך: "כי רצו מאי הוי? נהדרו בהו!".

ב. אלבק עשוי לטעון שבמקרים אלו לא ברורה גמירת הדעת של הצדדים, אך אין כאן שלילה עקרונית של התופעה החוזית.

3.א. אלבק גורס כך משום שגמירת הדעת היא המפתח הן ליצירת הזכות הקניינית והן ליצירת הזכות החוזית. כמו כן, טיבה של הזכות הוא אחיזה בנכס או בממון, המוכרת כלפי חברו. המכנה המשותף של הזכויות – הקניינית והחוזית – משתלב אפוא בתזה של אלבק ביחס לחוזה (לפיה עיקרו של החוזה הוא גמירת דעת).

ב. "דברים הללו לא ניתנו ליכתב" – משמע, שההתחייבות בע"פ של הורים לטובת ילדיהם הנישאים היא זכות חוזית-אישית, שתוקפה רק בין הצדדים, ואינה תקפה כנגד צדדים שלישיים. זאת בניגוד להתחייבות כתובה, שהיא מעין-קניינית ותקפה גם כנגד צדדים שלישיים. לכן, אם נעשתה התחייבות בע"פ לא ניתן לכותבה, משום שיש בכך מצג מטעה כלפי העולם: כביכול, צורת הכתב מלמדת שההתחייבות תקפה גם כלפי צדדים שלישיים, אולם בפועל ההתחייבות נעשתה בע"פ. הווה אומר: יש להבחין בין זכות חוזית לבין סכום קניינית, בניגוד לעמדתו של אלבק.

שאלה מספר 2

אמר רב פפא: ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכאדעתייהו (=שסמכה דעתם). הכי נמי מסתברא (=כך גם מסתבר), דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר (בבא מציעא מט, א)

1. הסבירו את דברי רב פפא (ומודה רבי יוחנן...) ואת ההוכחה להם (הכי נמי מסתברא...).

2. דברי רב פפא מבססים את ההבחנה בין קיום חוזה מכוח הבטחה לבין קיום חוזה מכוח הסתמכות (להלן – ההבחנה).

א. הסבירו את ההבחנה, והראו כיצד דברי רב פפא מבססים אותה.

ב. ההבחנה מבטאת את הפער בין עמדת התנאים לבין עמדת האמוראים ביחס לחוזה.

(I) מהו הגורם לפער זה? (II) הדגימו פער זה באמצעות שתי דוגמאות (מתוך הסוגיה הדנה במכר שנעשה באמצעות חוזה ["דברים"]).

3. ההסתמכות משמשת בתלמוד – כתרופה לפגמים חוזיים. הדגימו זאת בשתי דוגמאות.

4. ריטב"א (ספרד, המאה ה - 14) מבסס – בהקשרים שונים – את קיומו של חוזה על הסתמכות. הדגימו זאת בשלש דוגמאות.

**פתרון**

1. לדעת רב פפא, למרות שר' יוחנן סבור שאדם אינו יכול לחזור בו מהסכם מכר, בכל זאת, הוא יכול לחזור בו מהסכם מתנה. עם זאת, מודה ר' יוחנן, שאין אדם יכול לחזור בו מהתחייבות למתנה מועטת, משום שמקבל המתנה מסתמך על קבלתה, והסתמכותו מחייבת את המבטיח-הנותן.ההוכחה לכך היא, שישראל המבטיח ללוי לתת לו מעשר, הלוי רשאי לראות את ההבטחה כעשויה, ועל כן הוא רשאי להפריש לכהן תרומת מעשר, מאותו מעשר מובטח. מתנה זו היא מתנה מועטת, משום שמתנות הכהונה שייכות לכוהנים, ולישראל יש במתנות רק זכות מועטת של טובת הנאה. מכל מקום, מוכח מכאן, שמתנה מועטת יוצרת הסתמכות, וזכות אצל הצד שכנגד, ומכאן זכותו של לוי במתנות. להוסיף

2. א. מתנה מרובה היא חוזה מכוח הבטחה, והמבטיח-הנותן יכול לחזור בו. מתנה מועטת היא חוזה מכוח הסתמכות, וכאן המבטיח-הנותן אינו יכול לחזור בו.

ב. (I) התנאים מכירים בחוזה מכוח הבטחה. האמוראים אינם מכירים בחוזה, אולם הם מכירים בתוצאות ההסתמכות של החוזה, שהן מעין נזיקיות.

האמוראים אינם מכירים בחוזה, משום שלדעתם פעולה משפטית תקפה, רק כאשר היא פיזית וממשית, כמו בקניין. ההתחייבות החוזית היא ערטילאית, ועל כן אינה תקפה.

(II) \* לפי ההלכה התנאית אדם מחויב להתחייבותו בהסכם מכר: הין צדק – שיהא הן שלך ולאו שלך צדק. ההלכה האמוראית, מפרשת זאת, כך שלא יהא אחד בפה ואחד בלב, כלומר: אין מחויבות לעצם ההבטחה, אולם לא ניתן לסטות מן המצג שהוצג לקונה. זו למעשה ההסתמכות.

\* לפי ההלכה התנאית קיימת מחויבות לחוזה מכר (ללא מעשה קניין), והחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו. הדגש הוא על המבטיח. האמוראים מציעים מושג הלכתי אחר: החוזר בו הוא "מחוסר אמנה", כלומר, לא ניתן לתת בו אמון, ולא ניתן להסתמך עליו. הדגש עובר מן המבטיח אל המסתמך.

3. \* גזלן המוכר קרקע לאחר – על אף שהשטר "ריק" (הקרקע גנובה) – המכירה תקפה, משום שהקונה מסתמך על כך שהגזלן יעשה הכל כדי לשמור על תדמית של סוחר אמין. ההסתמכות מעניקה למכירה את תוקפה.

\* אדם הנוטל מחברו סכום כסף על מנת להשקיעו ביין, ולא עשה כן, מחוייב לפצותו, משום שחברו הסתמך על הבטחתו העסקית של המבטיח. לוודא

4. \* פועלים שחזרו בהם מהסכם עבודה – חייבים לפצות את המעביד, בגין נזקי הסתמכות.

\* חיובו של ערב לשלם את הערבות – נובע מהסתמכות.

\* שומר חייב לפצות את הבעלים אם אירע נזק לפיקדון, משום שהבעלים הסתמכו על הבטחתו לשמור.

שאלה מספר 3

וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי, כך הורו מקצת הגאונים ולזה דעתי נוטה, ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראיה (רמב"ם זכיה ומתנה ג, ח).

1. א. מהי המחלוקת בין הרמב"ם לבין רבותיו?

ב. על מה מתבססות טענות הצדדים שבמחלוקת? התייחסו הן לרציונאלים והן למקורות. לצורךתשובתכם היעזרו בהשגתו של ראב"ד על הרמב"ם.

2. א. מהו הסברו של ר' שמעון שקופ לדרישות הצורניות שבחוזה (תנאי בני גד ובני ראובן)?

ב. האם הסבר זה מתיישב עם שתי הדעות שבמחלוקת (שבסעיף 1.א.)? נמקו.

3. "וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי" –

גם הלכה זו שנויה במחלוקת (הדעה החולקת אינה מובאת כאן אלא במקור אחר). מהי המחלוקת ומהם הרציונאליים שבבסיסה?

**פתרון:**

1.א. **מחלוקת רמב"ם ורבותיו מתייחסת להיקף תחולת דרישות תנאי בני גד ובני ראובן (תנאי כפול והן קודם ללאו): הרמב"ם סבור שהן חלות גם בדיני ממונות, כמו באיסור והיתר, ורבותיו סבורים שהן חלות רק בגיטין ובקידושין.**

ב. הרציונאל של רבותיו של הרמב"ם הוא שדיני ממונות הם ביסודם וולונטאריים, ולא ייתכן שבשל דרישות פורמאליות נפסול תניות של צדדים, וכך נכפה עליהם עסקאות, בניגוד לרצונם. המקור שהם מסתמכים עליו הוא המשנה, שם מופיעים דיני תְנאים, בעיקר בהקשרם של גיטין וקידושין.

רמב"ם מצידו טוען שתנאי בני גד ובני ראובן נאמרו במקורם על נחלתם בא"י, כלומר, בדיני ממונות. להרחיב

(תשובתם של רבותיו לטענה זו היא שהנחלה ניתנה מאת ה', והתנאים מתייחסים לזכייה זו, שאינה ממונית כבין אדם לחבירו, אלא מעין-איסורית כבין אדם למקום).

מבחינת הרציונאל: רמב"ם סבור שפעולות משפטיות במתחם הדתי, גם הוולונטריות שבהן, אינן תלויות ברצון הצדדים בלבד, אלא גם ברצון המחוקק.

2. א. **ר' שמעון שקופ** נוקט גישה נאטוראליסטית, לפיה נורמות משפטיות הן מעין חוקי טבע. לכן, פעולה משפטית הנעשית כדין, תחולתה אוטומאטית כמו בחוקי טבע. ממילא, תניות מצד הצדדים אינן יכולות למנוע תקפותן של פעולות משפטיות, כשם שאינן יכולות לבלום חוקי טבע (אדם אינו יכול לזרוק אבן, ולהתנות את עצם נפילתה או את זמן נפילתה).

התניות יכולות לבלום את הפעולות רק כאשר הן תואמות את רצון המחוקק, שהוא הקובע את תחולתן ה"טבעית" (של הפעולות). מכאן כוחן וחשיבותן של הדרישות הצורניות שבחוזה.

ב. הסברו של **ר' שמעון שקופ** מתאים יותר לדעת רבותיו של הרמב"ם. התפיסה הנטוראליסטית-הכופה מתאימה יותר לתחום משפטי קוגנטי כמו גיטין וקידושין. קשה להתאים תפיסה כזו לדיני הממונות שהם וולונטאריים.

הרמב"ם עשוי לטעון כנגד זאת, שגם דיני הממונות הדתיים אינם וולונטאריים, אלא תלויים ברצון המחוקק.

3. לפי דעה אחת (רי"ף ורמב"ם), תניה שמנוסחת ב"על מנת" משוחררת מן הדרישות הפורמאליות של תנאי בני גד ובני ראובן. דהיינו, תניה שאין בה תנאי כפול (או שאר הדרישות) – תקפה, ומתלה את הפעולה המשפטית.

לפי דעה אחרת (רבנו תם) תניה שמנוסחת ב"על מנת" יוצרת תחולה מידית של הפעולה המשפטית ("כל האומר על מנת כאומר מעכשיו"), ולכן התניה בטלה והפעולה המשפטית חלה מיד.

ראב"ד מסביר בתשובותיו את הדעה הראשונה כך: תניות המנוסחות ב"אם" דוחות את הפעולה המשפטית עד התקיים התנאי. תניות אלו אמורות לבלום את הפעולה המשפטית, ובלמים חזקים הם תניות העונות על דרישות בני גד ובני ראובן. תניות אלו מדגישות את ההסתייגות מן המעשה ואת הניגוד לו: התנאי צריך להיות כפול, כדי להבהיר מעבר לכל ספק את רצון המתנה; התנאי צריך להיות קודם למעשה, כדי שסִיוּג והתליית המעשה יהיו בולטים; ההן צריך להיות קודם ללאו, משום שההן מדגיש את החיובי והממשי שבתנאי.

תניות המנוסחות ב"על מנת" אינן מסתייגות מן המעשה, אלא מאפשרות את תחולתו מיד, ומתבקש במקביל גם קיומו של התנאי. בכגון זה אין צורך בבלמים למעשה (החל מיד), ולכן אין מקום לדרישות הפורמאליות של בני גד ובני ראובן. כאן התניות יכולות להיות מנוסחות גם באופן רך.

לפי הדעה השנייה, תניות המנוסחות ב"על מנת" אינן מנוסחות כראוי, ועל כן התניות בטלות, אינן מתלות את הפעולה המשפטית, והפעולה המשפטית חלה מיד.

**פתרון תשע"ד - מועד ב'**

שאלה מספר 1 (מקסימום - 2 עמ'; 40 נק')

א. 8 נק' לפי רמב"ן התחייבות כספית מקבלת תוקף באמצעות מעשה קניין (קנו מידו). לפי רבנו תם, ההתחייבות הכספית עצמה היא מעין העברת כסף מיד ליד, ויש לראותה כמעין קניין (מתנה).

ב. 4 נק' רמב"ן : (די בהוכחה אחת) \* התחייבות כספית של ערב טעונה מעשה קניין (קנו מידו) כדי שיינתן לה תוקף, או שהתוקף ניתן לה באמצעות מתן המעות מן הנושה לחייב (בההיא הנאה שהנושה סומך על הערב).

\* תניות בהסכמי שומרים תקפות רק אם השומר התחייב בקניין (משיכה במיטלטלין וכיו"ב) או באמצעות ההנאה שמפיק השומר מן האמון שנותן בו הבעלים.

4 נק' רבנו תם: (די בהוכחה אחת) \* דברים נקנים באמירה – ניתן להקנות בע"פ את ההתחייבויות הכספיות של הורים לטובת ילדיהם.

\* לדעת ר' יוחנן, התחייבות לתת מתנה מועטת – תקפה, ולמקבל המתנה זכות בה גם אם לא נעשה בה כל מעשה קניין.

ג. 6 נק' תפקיד הקניין: (I) לדעת רמב"ן – שכלול החוזה. ה"קניין" משכלל זכות חוזית. => לדעת אלבק, הקניין מבטא גמירת דעת; לדעת גולאק, הקניין הופך את החוזה הערטילאי לממשי.

5 נק' לדעת רבנו תם: הקניין אינו קנו מידו אלא הליך קנייני ממש. הקניין יוצר זכות קניינית.

5 נק' (II) התלמוד קובע שלא ניתן לשכלל התחייבות לביצוע פעולה (חלוקת שדה) באמצעות קנו מידו. הפירוש הפשוט הוא שתפקיד הקניין הוא להפוך את ההתחייבות הערטילאית לפיזית וחפצית – מעין קניינית. תפקיד כזה אינו יכול להתקיים, כשמושא ההתחייבות הוא פעולה ("דברים"). ניתן גם לפרש שתפקיד הקניין לבטא את גמירת דעת המתחייב, אולם כשמושא ההתחייבות הוא פעולה, הערטילאיות לא מאפשרת גמירת-דעת.

5 נק' ד. ליפשיץ סבור שיכולתו של האדם להבטיח ולקיים מדמה את האדם לבורא. בדיבור ובהבטחה נוצר מפגש בין שמים לארץ ובין הווה לעתיד, ועל כן יש בהם מן הנשגב. מתחייבת כאן בחירה חופשית וריבונות מלאה של האדם – בהידמותו לא-ל – ועל כן, ההבטחה אינה אכיפה.

3 נק' ניתן לומר שלדעת ליפשיץ הקניין הופך את הדיבור וההבטחה למעשה, והמעשה שייך לעולם האנושי והארצי, הנתון לאכיפה. <זו שאלת מחשבה, וייתכן שיינתנו כאן תשובות אחרות. אם הן טובות ניתן לתת עליהן ניקוד>

שאלה מספר 2 (מקסימום - 2 עמ'; 35 נק')

א. 5 נק' מכר כפוי תקף משום שבכל מקרה אדם אינו נפרד מנכסיו מתוך בחירה חופשית, אלא מתוך אילוץ. כלומר: המצב הטבעי של מכר אינו מצב של בחירה חופשית.

6 נק' התשובה האחרונה נותרה למסקנה. שתי התשובות הראשונות: א. לעולם אדם מוכר מתוך אונס, ובכל זאת נתנו תוקף למכירתו. ב. בדיני קרבנות נקבע גדר ביניים בין כפייה לרצון: כופין אותו עד שיאמר  רוצה אני.

ב. 12 נק' (4 נק' לכל פריט)

שדה סתם / זו – כאשר ההסכם אינו על שדה מסויימת, עצם הבחירה בשדה היא עדות לגמירת דעת. הרצה מעותיו – הרצאת המעות דורשת רצון והכרעה, ומשקפת גמירת דעת.                                       היה לו להשתמט – אם הנסיבות איפשרו להתחמק מן המכר, ובכל זאת לא התחמק – זו הוכחה לרצון.

5 נק' ג. דרישת גמירת הדעת היא יחסית ונמוכה, ורף הרצון אינו גבוה במיוחד. די בביטוי מסוים ומוגבל של רצון, כדי להכיר במכר.

7 נק' ד. לפי תשובת חמדת שלמה, לא יינתן תוקף לחוזה כפוי. במכר – ישנם אותות לרצון (הרצאת המעות וכיו"ב), ולכן ניתן לומר שנעשה ברצון. בחוזהקשה למצוא אותות כאלו, ועל כן יש להניח שהיו כאן כפיה ואונס.

שאלה מספר 3 (מקסימום - עמ' אחד; 25 נק')

א. 9 נק' רב [אמוראים מוקדמים] סבר שבהסכם בין הורים לטובת ילדיהם הנישאים (שטרי פסיקתא) נוצרת זכות קניינית (דברים הנקנים באמירה) לטובת הילדים בגין ההבטחה, אף שאין תמורה. לכן, הזכות הקניינית נוצרת גם בביתו בוגרת וגם בבנו, אף שהאב אינו מקבל כל תמורה שהיא.

רבא [אמוראים מאוחרים]  דורש תמורה (כדי לאפשר תוצאה קניינית), ולכן מגביל את הלכת רב הנ"ל לביתו נערה, ולא לביתו בוגרת.

ב. 8 נק' בין הפרשנים והחוקרים נחלקו הדעות, כיצד יש לפרש את "ההיא הנאה".

|  |
| --- |
| לפי   דעה אחת "בההיא הנאה" היא תמורה, ונדרשת תמורה כדי לאפשר חוזה.  רבנו חננאל, אוצר הגאונים, קידושין   ז, א, עמ' 9 וההיא הנאה מיחשבא לה ככלי דיהביה הקונה למקנה, וקנה בו בתורת   חליפין... ; אשר גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, החיוב   ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 4 ...טובת הנאה המגיעה לזה שמתחייב, שגם היא   משמשת**מעין נתינת**  **חפץ**(ההדגשה   במקור) ממשי; אשר גולאק,   יסודי המשפט העברי ב, ת"א תשכ"ז, עמ' 37: ...היסוד העיקרי בהעמדת   החיובים... מתן שווי של תגמול... וטובת הנאה זו יש לה ערך השווי, והיא כנתינה של   תגמול כנגד החיוב.    לפי דעה אחרת, בההיא הנאה אינה תמורה אלא זרז   לגמירת דעת, וע"י כך היא משכללת את החוזה. |

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

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

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

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

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

ג. 8 נק' לדעת פוסקי צרפת ואשכנז הסכם שיתוף מבוסס על דרישת תמורה – "בההיא הנאה" שהשותפים סומכים זה על זה ומצייתים זה לזה, הם מתחייבים זה לזה בהסכם השיתוף.

פוסקי ספרד – ובראשם הרמב"ם – חולקים. לדעתם, הסכם שיתוף מבוסס על קניין של ממש. כל שותף זוכה באמצעות מעשה קניין של ממש, בחלק מנכס השותפות. השיתוף מבוסס אפוא על זכות קניינית ולא חוזית, ועל כן לא נדרשת תמורה.

**בחינה לדוגמה + פתרון**

שאלה מס' 1

א. התַּנָאִים הכירו בהתחייבות כשהיא לעצמה. הביאו שלש דוגמאות לכך.

ב. מדוע אין התלמוד מכיר בהתחייבות כשהיא לעצמה? מה גרם לתלמוד לסטות מדברי התַּנָאִים?

ג. בתלמוד מוצעים מספר פתרונות לבעיית ההתחייבות, וביניהן: תפיסת ההתחייבות כהודאה; קנו מידו; בההיא הנאה.

(1) הביאו דוגמא אחת(מן התלמוד)לכל אחד מן הפתרונות הנ"ל.

(2) הסבירו כיצד מתגבר כל פתרון (מהנ"ל) על בעיית ההתחייבות. עשו זאת בשני שלבים: תחילה, תארו את הבעיה המסוימת אליה מתייחס כל פתרון. לאחר מכן, הסבירו את הפתרון (ביחס לבעיה המסוימת אותה תיארתם).

**פתרון:**

א.\*הנושא את האשה, ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים.

\*הסכם פירוק שיתוף במקרקעין - השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר - בונין את הכותל באמצע.

\*הסכם שמירה - תניות פטור: מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם.

\*הסכם שמירה: שמור לי ואשמור לך - שומר שכר. שמור לי, ואמר לו: הנח לפני - שומר חנם.

ב.לפי התלמוד להתחייבות כשהיא לעצמה אין תוקף, משום שהיא ערטילאית, ולא ניתן להעביר זכויות מופשטות מצד לצד. סיבת הסטיה מן המקורות התנאיים:

\*ריאלית - ההבדל שבין משפטי הסביבה שבה מתפתחת ההלכה: בא"י - ערש היצירה התנאית - שולט המשפט הרומי, המכיר בתופעה החוזית בדרכים שונות (סטיפולציו ועוד). לעומת זאת, בבבל שולט המשפט הבבלי-פרסי שאינו מכיר בתוקפן של פעולות משפטיות ערטילאיות.

\*ערכית-חברתית: יחסי נאמנות וחברות נבנים בצורה עמוקה יותר, אם התחייבות אינה אכיפה, אלא תלויה באמון, ביחס חברי וברצון טוב.

ג. (1) #תפיסת ההתחייבות כהודאה – \*לפי הבבלי "חייב אני לך מנה [בשטר]" - אינה נוסחת התחייבות, אלא נוסחת הודאה, שצריכה לעמוד בתנאי הודאה ("אתם עדיי" או תחליפיו).

\*אודייתא – התחייבות תקפה על בסיס הודאה (לדעת רשב"א).

#קנו מידו – \*הסכם פירוק שיתוף במקרקעין משתכלל ע"י קנו מידו ביחס למיקום החלקות (קנו מידו ברוחות).

\*הסכם שומרים (תניות פטור) – משתכלל באמצעות קנו מידו.

#בההיא הנאה – \*הסכם בין הורי החתן לבין הורי הכלה עובר לנישואי ילדיהם (דברים הנקנים באמירה) משתכלל באמצעות בההיא הנאה דקמיחתני בהדדי.

\*מעמד שלשתן משתכלל באמצעות בההיא הנאה הנוצרת מן השינוי מן המלוה הישן למלוה החדש.

\* הסכם שמירה משתכלל באמצעות בההיא הנאה המוסבת לשומר, בכך שמתפרסם שהוא אדם מהימן.

(2) 1. תפיסת ההתחייבות כהודאה – הבעיה: להתחייבות כשלעצמה אין תוקף משום שהחיוב ו/או העברת הזכות הם ערטילאיים.

הפתרון: ההתחייבות אינה העברה של הזכות, אלא הודאה מצידו של המתחייב. להודאה ראייתית (פלילית או אזרחית) כוח לחייב את מי שהודה, ועל כן, ניתן ליצור התחייבות על פיה.

2. קנו מידו – קניין סודר: הבעיה: העברת הזכויות/החיובים כשלעצמה היא ערטילאית.

הפתרון: ב"קנו מידו" עובר סודר מיד ליד. הסודר מגלם את הזכויות והחיובים והעברתו מיד המתחייב ליד הזוכה מעניקה ממשות להעברה.

3. בההיא הנאה – הבעיה: כנ"ל, ערטילאיות העברת הזכויות/החיובים.

הפתרון: בצד העיסקה החוזית מתקיימת מעין עיסקת חליפין של טובות הנאה (הדדיות) שצומחות לצדדים מן העיסקה. למשל, בדוגמת הסכם השמירה - טובת ההנאה של המפקיד היא שמירת הפקדון עבורו, וטובת ההנאה של השומר היא דימויו הפומבי כאדם נאמן שסומכים עליו ומפקידים בידיו פקדון.

שאלה מס' 2

ורבנו תם מפרש כולה סוגיא (= את כל הסוגיה) בלא הודאה, שלא היה חייב לו כלום מתחלה. והא דקאמר (= ומה שאמר) חייב אני לך מנה בשטר, היינו בשטר גמור, שחתמו היטב, שרוצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר זה...

ואין לתמוה: היכי (= איך) משתעבד בשטר זה, הא (= והרי) אין מטלטליןנקנין בשטר! דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא (= לכתוב שטר), גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא - יש דברים שנקנים... (תוספות).

א. בתחילת הפיסקה (הציטוט שלעיל) חולק רבנו תם על רש"י (הגישה הראייתית). הסבירו בקצרה את דעת רש"י ואת הביקורת של רבנו תם (על רש"י).

ב. (1) מהו מקור תוקפה של התחייבות כספית בשטר, לדעת רבנו תם?

(2) מהו הקושי בהצעתו של רבנו תם (שבסעיף 1), ומהו הפתרון לקושי זה?

ג. רבנו תם קובע, שלפעמים קניין תקף באמצעות אמירה (או כתב), ובלא מעשה קניין. את טענתו זאת הוא מוכיח באמצעות הלכת דברים הנקנים באמירה. מהי הלכה זו, וכיצד ניתן להוכיח באמצעותה את קביעתו של רבנו תם?

ד. היגד: "ההתפתחות של הלכת דברים הנקנים באמירה, בשלביה השונים – אינה תואמת (ואף סותרת) את ההוכחה של רבנו תם".

(1) תארו בקצרה את השלבים השונים של ההלכה (מקסימום – 10 שורות).

(2) חוו דעתכם על ההיגד הנ"ל, לפי תשובתכם בסעיף הקודם.

**פתרון**

א. לדעת רש"י התחייבות כספית (חייב אני לך מנה) איננה תקפה כחוזה, אולם היא תקפה כהודאה (גישה ראייתית): המתחייב מודה, כביכול, שהוא חייב כסף לזוכה.

הביקורת של רבנו תם: "שלא היה חייב לו כלום מתחלה". לפי הבנת ר"ת הודאת בעל דין תקפה משום שהיא משקפת את האמת העובדתית. לכן, במקרה זה מכיון שהמתחייב, לא חייב בפועל, אין כאן אמת עובדתית ואין כאן הודאה.

ב. (1) לדעת רבנו תם התחייבות כספית בשטר תוקפה הוא מעין קנייני ובדומה לשעבוד. כביכול, המתחייב מקנה לזוכה באמצעות שטר את סכום הכסף לו הוא מתחייב.

(2) הקושי: אם הכסף הוא מושא קניין, הריהו מטלטלין, ומטלטלין אינם נקנים בשטר.

הפתרון: ניתן להקנות מטלטלין גם בלא מעשה קניין ובלא אמצעי קניין, אלא באמצעות גמירות דעת בלבד. במקרה זה, נכונות המתחייב לטרוח ולכתוב שטר היא-היא גמירות דעתו.

ג. הלכת דברים הנקנים באמירה קובעת שהורים המבטיחים לילדיהם הנישאים סכום כסף, יוצרים – מכח ההבטחה – זכות קניינית של ילדיהם כלפי אותו סכום. מכאן, שניתן ליצור זכות קניין גם באמצעות אמירה בלבד (ללא מעשה קניין), וקל וחומר באמצעות שטר.

ד. (1) שלב א': רב – הבטחת הורים לטובת ילדיהם כנ"ל – תקפה קניינית, כנ"ל.

שלב ב': תלמידיו של רב – מחלוקת אם ההבטחה תקפה רק כנגד תמורה. לדעת רב גידל, תקפה רק כנגד תמורה, ולכן ההבטחה תקפה רק כשהיא ניתנת לבת והיא נערה. במקרה כזה, האב-המבטיח מקבל תמורה באמצעות כסף הקידושין. לדתע רב חייא בר יוסף ההבטחה תקפה גם שלא כנגד תמורה (הבטחה לבן או לבת בוגרת – בשני המקרים האב אינו זכאי לכסף הקידושין).

שלב ג': רבא – ההבטחה תקפה רק כנגד תמורה. עם זאת, תמורה אינה דווקא כספית, אלא בההיא הנאה: טובת ההנאה של החיתון ההדדי שבין ההורים משני הצדדים – תמורתה באה התחייבותם של ההורים.

שלב ד': דברים הללו לא ניתנו להיכתב – לא ניתן לכתוב התחייבות הורים כנ"ל אם ניתנה בע"פ, משום שעלול להיות בכך מצג מטעה. דברים שבע"פ מחייבים רק אובליגטורית-אישית, ודברים שבכתב יוצרים שעבוד ומחייבים גם חפצית (נכסי המתחייב שבידי צד ג').

שלב ה': הורים המתחייבים לטובת ילדיהם – ההתחייבות תקפה רק אם היא כתובה (שטרי פסיקתא) וכנספח לקידושין (נספח לשטר הארוסין).

(2) מתיאור השלבים עולה, שהתלמוד מתקשה לקבל תופעה של זכות קניינית הבאה מכוחה של הבטחה. לכן, נדרשת בתחילה תמורה כנגד ההבטחה (שלבים ב-ג), ולבסוף נשללת הזכות הקניינית, כך שהדברים לא ניתנים להיכתב אם היו בע"פ בלבד (שלב ד), ולחילופין, נדרש שיהיו בכתב וכנספח לפועלה משפטית אחרת (שלב ה).

התפתחות ההלכה היא אפוא בניגוד לדעת רבנו תם, הגורס שהלכת דברים הנקנים באמירה מלמדת שהבטחה יכולה ליצור זכות קניינית.