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 המסויימת אליה מתייחס כל פתרון. לאחר מכן, הסבירו את הפתרון (ביחס לבעיה המסויימת אותה תיארתם).

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 מטלטלין נקנין 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 (ושמא אף סותרת) את ההוכחה של רבנו תם" (שבסעיף ב).

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

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

שאלה מס' 1 (42 נק'; מקסימום – 2 עמ')

א. 12 נק' די בשלש דוגמאות. 4 נק' לכל דוגמא.

\*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. 2 נק' לפי התלמוד להתחייבות כשהיא לעצמה אין תוקף, משום שהיא ערטילאית, ולא ניתן להעביר זכויות מופשטות מצד לצד. סיבת הסטיה מן המקורות התנאיים:

5 נק' \*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.

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

ג. (1) 9 נק' די בדוגמא אחת לכל סעיף (#). 3 נק' לכל דוגמא.

#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) 12 נק'; 4 נק' לכל סעיף => 2 נק' על הבעיה + 2 נק' על הפתרון

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 (40 נק'; מקסימום – 2 עמ')

א. 4 נק' 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.

4 נק' 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. 4 נק' (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.

6 נק' (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.

6 נק' 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. 10 נק' (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).

6 נק' (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.

**מבחן 2 (תשע"ו מועד א**

שאלה מספר 1 (מקסימום – 3 עמ'; 45 נק')

לפי גישה רווחת, הדרך היחידה לפתרון בעיית החוזה במשפט העברי היא באמצעות "קנו מידו".

ניתן להסתייג מן הגישה הרווחת בשתי דרכים מרכזיות:

א. ההסתייגות ביחס לסיפא:"קנו מידו" אינה דרך מתאימה לפתרון בעיית החוזה.

5 נק' "קנו מידו" הוא אקט שמשכלל חוזה. לפי הסברו של גולאק, העברת הזכויות בחוזה היא ערטילאית, וההלכה התלמודית מבכרת פעולות ריאליות-ממשיות, ומסתייגת מפעולות ערטילאיות. הפתרון לכך הוא "קנו מידו": הצדדים לחוזה מעבירים ביניהם חפץ כלשהו שמגלם את הזכויות המועברות. בדרך זו, הזכויות מסומלות באמצעות חפץ ריאלי, וכך גם ההליך החוזי הופך ריאלי, כביכול קניין לפנינו ולא רק חוזה ("קנו מידו").

עם זאת, "קנו מידו" אינו מתאים לשכלולו של כל חוזה. הוא אינו מתאים לחוזים לביצוע פעולה, וכזה הוא חלק ניכר של החוזים.

5 נק' נפרט: לפי דין המשנה "שותפים שרצו לעשות מחיצה בחצר, בונים את הכתל באמצע". כלומר: הסכם פירוק שיתוף, באמצעות בניית מחיצה, מחייב את השותפים. התלמוד יוצא כנגד דין המשנה, ולפי עמדתו הסכם פירוק השיתוף אינו תקף, משום ש"קניין דברים בעלמא הוא", כלומר: "קנו מידו" מתייחס כאן לפעולה (פירוק השיתוף), והוא אינו מתאים לשכלולה. בחוזה להעברת זכויות או נכסים, הקושי הוא בהליך המופשט. "קנו מידו" פותר קושי זה, כנ"ל. ברם, כשמושא החוזה הוא פעולה, הערטילאיות אינה רק בהליך. היא גם במושא החוזה עצמו. על קושי זה "קנו מידו" אינו יכול להתגבר.

3 נק' לפי גישה אחרת (אלבק), בעיית החוזה אינה הערטילאיות כשלעצמה. הבעייה היא העדר גמירת הדעת, כתוצאה מהערטילאיות. "קנו מידו" הוא אקט ממשי, המבטא גמירת-דעת. לפי גישה זו, ההנחה היא שכאשר מדובר בפעולה, המרחק מגמירת הדעת לא ניתן לגישור באמצעות "קנו מידו".

3 נק' לצד הסתייגות זו, צריך לציין שבין הגאונים והראשונים (ביד רמ"ה ובטור) יש שסייגו את האמור לעיל, ולדעתם יש חוזים לביצוע פעולה שניתן לשכללם באמצעות "קנו מידו". כך בהתחייבות "לתת" או "לבנות" (דעת הרא"ש). הרציונאל הוא שניתן לראות פעולות אלו ככרוכות במושאים פיזיים-ריאליים, וכך אינן ערטילאיות לגמרי. ברקע עמדה זו יש שיקולי מדיניות: הניסיון להכשיר, ככל שניתן, חוזים לביצוע פעולה. עם זאת, הר"ע יוסף עומד על כך, שעמדה זו מופיעה בשו"ע כעמדה משנית, ולכן יש לדחות אותה מן ההלכה.

ב. דרך אחרת להסתייגות מן הגישה הרווחת מתייחסת לרישא. לפי דרך זו, עשויים להיות פתרונות נוספים לבעיית החוזה.

5 נק' (1) הסתמכות – ריטב"א, בשורה של פסקים ופירושים, מציע לפתור את בעיית החוזה באמצעות הסתמכות. כלומר: תוקפו של החוזה אינו נובע מתקפות ההתחייבות/ההבטחה, אלא הוא נובע מכך שהצד האחר מסתמך על ההתחייבות/ההבטחה, ואם יופרו יש בכך כדי לפגוע בו או להזיק לו. זהו שיקול מעין נזיקי, וזהו המקור לחיוב פיצויים במקרה של הפרת החוזה (פיצויים מעין נזיקיים).

מקורות תלמודיים (די בשלושה מקורות. 3 נק' לכל מקור): \* אדם שנתן לחברו סכום כסף לטובת רווחים מעיסקה של רכישת יין, וחברו התרשל ולא ביצע את העיסקה – חייב האחרון לפצות את הראשון, במחיר אותו ניתן היה להשיג מן העיסקה בשוק היין (=אמר רב חמא: האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט). חיוב זה בעייתי משום שהוא נובע מחוזה, ואין תוקף לחוזה. פתרון הריטב"א לכך הוא "כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא, היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב".

\*ההבטחה יוצרת הסתמכות, ומתוך כך הפסד למובטח. מקור ההשראה לכך הוא חיובו של הערב. הבטחתו של הערב לנושה, גורמת לו להסתמך על ההבטחה ולהלוות לחייב, ולכן אם החייב אינו פורע, זהו הפסד/נזק שבגין ההסתמכות, וחיובו של הערב לפרוע הוא מעין פיצוי להפסד זה.

מקורות נוספים לחיוב בגין הסתמכות: \*הפרת הסכמי עבודה, מצד המעביד או מצד העובדים. המפר חייב, משום שהצד האחר מסתמך על ההבטחה שניתנה לו, וההפרה גורמת לו הפסד.

\*הפרת הסכמי שומרים: הבעלים מפקיד את הנכס לשמירה, ומסתמך על הבטחתו של השומר לשמור. לכן, אם לא שמר כראוי ואירע נזק, יש כאן פגיעה או הפסד למפקיד, ולכן השומר חייב לפצותו.

\*תשלום מקדמה בעיסקת מקרקעין: אם המוכר בו ידו על התחתונה, והרוכש יכול לדרוש שכספו יוחזר או שיקבל כסף עבור הקרקע. הסיבה לכך היא, שהרוכש הסתמך על הבטחת המוכר למכור, ולכן הוא זכאי לפיצוי כניזק, מן העידית שבנכסי המוכר.

\*לכל הדוגמאות הללו ניתן להוסיף אחרת, שאינה מוזכרת בדברי ריטב"א: הסוגיה התלמודית שעוסקת בחוזה מכר (דברים – האם יש בהם משום מחוסר אמנה). התלמוד מתאמץ, וגם נדחק, לבסס חיוב בגין הפרת החוזה, משום שדעתו של הקונה מסתמכת על הבטחת המוכר (= סמכא דעתיה). בהקשר זה, התלמוד קובע שהמבטיח לחברו מתנה מועטת חייב ליתנה לו, משום שהמקבל מסתמך על ההבטחה.

(2) "בההיא הנאה" – פתרון אחר לבעיית החוזה הוא "בההיא הנאה" – בעבור טובת הנאה בה זוכה המתחייב, הוא גומר בדעתו ומחייב את עצמו. ניתן להסביר זאת בשתי דרכים:

3 נק' א. טובת ההנאה היא תמורה, וכך ניתן לראות את ההתחייבות כהליך של חליפין: המתחייב מעניק זכות ומקבל טובת הנאה. שוב, ההליך החוזי המופשט הופך להיות ממשי ומעין-קנייני.

2 נק' ב. בעיית החוזה היא העדר גמירת-דעת. טובת ההנאה שמקבל המתחייב ממריצה אותו לגמור בדעתו ולהתחייב כלפי הצד השני.

4 נק' הפוסקים משתמשים בבההיא הנאה בשני הקשרים (די בהקשר אחד):

(1) תשובת גאונים: הסכם נישואין בו מתחייב האיש שאם יישא אשה נוספת יוציא את אשתו (הוותיקה) בכתובה. לדעת רב שרירא/רב האי גאון - ההסכם תקף: "וכיון שלא נשאה לו אלא בתנוי זה, בההיא הנאה דקא מינסביא לה (= שהיא מוכנה להינשא לו) גמר (=בדעתו) ומשעביד נפשיה".

(2) חכמי אשכנז סבורים שהסכם שותפים תקף מכח בההיא הנאה (בניגוד לשיטת הרמב"ם שסבור ששותפות תקפה רק מכח קניין משותף, אך אין תוקף להסכם שותפים). כך פסקו רבנו משולם ב"ר קלונימוס מלוקא (בספר העיטור) והמהר"ם מרוטנבורג (במרדכי).

מקורות תלמודיים (די בשלושה מקורות. 3 נק' לכל מקור): \*הסכם שומרים (במיוחד ביחס לשומר חינם) – התחייבות השומר תקפה, משום שהוא מקבל טובת הנאה מן האמון שניתן בו: "בההוא הנאה דקא מהימן ליה - גמר ומשעביד נפשיה".

\*הסכם בין הורי החתן והכלה לטובת ילדיהם הנישאים (דברים הנקנים באמירה): "בההיא הנאה דקא מיחתני גבי הדדי, גמרי ומקני להדדי" (= טובת ההנאה להורים מקשרי החיתון שנרקמים בין המשפחות).

\*הסכם ערבות: התחייבות הערב לנושה תקפה בעקבות האמון שהנושה נותן בו: "בההוא הנאה דקא מהימן ליה - גמר ומשתעבד נפשיה".

\*הסכם בין אחים-יורשים החולקים ביניהם את הירושה: "בההוא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקנו" – לאחים טובת הנאה מעצם שיתוף הפעולה ביניהם, ותמורתו הם מתחייבים זה לזה.

תיתכנה דוגמאות נוספות, אבל הן משניות או בעייתיות. אם ישנן כאלה – כיתבי לי ואראה אם הן ראויות.

**שאלה מספר 2 (מקסימום – 2 עמ'; 30 נק')**

א. (1) התלמוד קובע בהלכת הפתיחה שמכר שנעשה תחת כפייה (= תליית המוכר), משמע אפילו כפייה גמורה – תקף. עם זאת, התלמוד מסייג הלכה זאת בהמשך בשתי דרכים:

6 נק' (I) הגדרת רצון/הכפייה – בשלב הראשון התלמוד מגדיר רצון באופן רחב, וגם אילוץ למכור (מחמת נסיבות כלכליות/אישיות), נחשב כפגיעה ברצון. בשלב השני, התלמוד מצמצם את הגדרת הרצון לפעולה אינטרסנטית. כפייה היא אפוא פעולה בניגוד לאינטרס של אדם. בשלב השלישי נדרש רצון מוגבל ביותר. ההנחה היא ש"אגב אונסיה גמר ומקנה", כלומר: גם הִתרָצוּת לאחר כפייה – נחשבת לרצון. התלמוד קובע אפוא שבהלכת הפתיחה אין המדובר בכפייה גמורה אלא בהתרצות לאחר כפייה.

6 נק' (II) הדרך השנייה, במחצית השנייה של הסוגייה התלמוד מסייג את מסגרת הכפייה וקובע שגם במצבי-כפייה כשיש מצד המוכר אותות רצון, הרי שהפעולה נחשבת למכר מרצון: כך כשהמכר נעשה בשטר, לדעה אחת, או בכסף, לדעה אחרת. התקנת השטר או קבלת הכסף מחייבת שיתוף פעולה, וממילא רצייה, מצידו של המוכר. התלמוד מציג אותות רצון נוספים: כאשר בין הצדדים דובר על שדה כלשהי ("סתם"), ובפועל נמכרה שדה מסויימת. הבחירה באותה שדה היא ביטוי לרצון המוכר. כיוצא בזה אם השדה נמכר במעות ואלו נמסרו בהדרגה למוכר. ריצוי המעות הוא אות להתרצותו של המוכר למכור. כיוצא בזה, אם המוכר יכול היה להשתמט מביצוע המכר, ולא השתמט. גם בכך יש הבעת רצון מצד המוכר.

2 נק' לשתי הדרכים שבתלמוד מכנה משותף: הן מגבילות את האפשרות למכור בכפייה, בכך שהן דורשות רצון מסויים מצידו של המוכר.

6 נק' (2) הלכת "מודעא" – לפי הלכת התלמוד והשולחן ערוך, "מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח - אם מסר מודעא קודם שימכור, ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל...".

לפי הלכה זו, המוכר תחת כפייה יכול להיחלץ מן הכפייה באמצעות הצהרה ("מודעא") על כך שנאנס למכור, וכך יכול לבטל את המכר. קיומה של אפשרות כזו, מביא לידי כך, שאם היה מכר תחת כפייה, והמוכר לא השתמש באופציית המודעא, הוא התרצה לקיים את המכר. כלומר: מכר תחת כפייה, לעולם אינו כפוי לגמרי, אלא יש בו מן הרצון והבחירה.

7 נק' ב. ר' שלמה זלמן ליפשיץ דן בשאלה זו בתשובותיו (חמדת שלמה). הוא מסתפק אם דין חוזה כדין מכר, וכשם שמכר כפוי תקף, כך גם חוזה כפוי; או שמא דין חוזה שונה מדין מכר: מכר כפוי תקף, כנ"ל, משום שיש בו אותות רצון בדרכים שונות, והן באות לביטוי תוך כדי המכר או בסמוך לו. לעומת זאת, חוזה הוא עתידי, וההתחייבות אינה כרוכה במעשה קניין. לכן, אין כאן סימני רצון, ומסתבר לפי"ז שהחוזה הכפוי – בטל.

3 נק' במסקנת דבריו מובאים דברי הגהות מימוניות – תלמיד מהר"ם מרוטנבורג (וכך כתב מהר"ם עצמו), שתליוהו וזבין מועיל רק במקום בו הוציא מיד את הממכר מרשותו, מה שאין כן בחוזה, שאינו מוציא עתה הדבר מרשותו אלא בעתיד, ולכן החוזה הכפוי – בטל.

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

די בשלש גישות בלבד – לכל גישה 8 נק'. להוסיף נק' נוספת בשאלה זו בכל מקרה (למניין 25 הנק') (1) הרא"ש: תופעת התנאי עצמה אינה רציונאלית. התנאי מונע את תחולתה של התוצאה המשפטית, על אף שנעשתה הפעולה המשפטית המביאה לידי תוצאה זו. הדרישות הצורניות נועדו להגביל את תופעת התנאי, כדי לצמצם ככל שניתן את התופעה האירציונאלית, ובכך להגביר את הרציונאליות.

(2) ר' שמעון שקופ: בדומה לרא"ש (למרות שמדובר בגישה דומה לרא"ש, ניתן לקבל זאת כגישה נוספת). חוקי התורה הם כמשפט טבע. כשם שבטבע, אין בכוחו של תנאי להגביל תופעה טבעית, כך גם בתורה תנאי אינו יכול להגביל פעולה משפטית, אלא אם הוא נעשה לפי חוקי התורה עצמם, דהיינו, לפי תנאי בני גד ובני ראובן.

(3) בעלי התוספות: כאשר כוונת הצדדים ברורה, אין צורך בהקפדה על תנאי בני גד ובני ראובן, ואף אין צורך בדיבור מפורש. כך באומדנא דמוכח, כשכוונת הצדדים היא ברורה. כך גם כשהכוונה ברורה פחות, ונדרש גילוי מילתא כדי לברר את הכוונה. מכל מקום, גם בנסיבות כאלו, אין צורך בתנאי בני גד ובני ראובן. הצורך בדרישות הצורניות הוא במצבים בהם יש עמימות וכוונת הצדדים אינה ברורה. במצבים אלה, כדי שהכוונה תהיה מפורשת וברורה,נדרשת הבהרה חד-משמעית, וזו נעשית באמצעות תנאי כפול ושאר דרישות תנאי בני גד ובני ראובן.

(4) ראב"ד (בתשובותיו): תפקידו של התנאי הוא לבלום את הפעולה המשפטית. לולא התנאי היתה הפעולה אמורה לחול מיידית, אולם התנאי משהה את הפעולה ומונע את תחולתה. מנגנון השהיה או בלימה כזה, זקוק לכוח כנגד הפעולה, וכח זה בא לו מתנאי בני גד ובני ראובן: התנאי הכפול מדגיש ומעצים את התנאי, כנגד הפעולה המשפטית. כך גם הדרישות לפיהן התנאי קודם למעשה, וההן קודם ללאו. גם דרישות אלו מחזקות את התנאי כך שיוכל לעמוד כנגד המעשה.

(5) ראב"ד (בהשגותיו לרמב"ם): יש להגביל את תחולת בני גד ובני ראובן לתחום של גיטין וקידושין בלבד, עפ"י הרציונאל הבא: בדיני ממונות הכל הולך אחר רצונו של אדם, ולכן אין להכשיל או להגביל את כוונתו של אדם, באמצעות דרישות צורניות נוקשות. לעומת זאת, בתחום גיטין וקידושין אדם פועל באופן רגשי, מתוך קירוב דעת וריחוק דעת. לכן, יש צורך בדרישות צורניות, על מנת לרסן את האדם, ולהבטיח שיבואו לביטוי כוונתו ורצונותיו האמיתיים.