

04.11.2008 - שיעור מס' 1.

הקדמה:

מסגרת הנושא היא **חיוב וקניין** – אלו מונחים שהפוסקים משתמשים בהם למונחים המודרניים - חוזים וקניין. חיוב = חוזה, קניין = קניין.
הקורס יעסוק באינטראקציות בין שני הנושאים הללו.
נעסוק במעברים בין הנושאים ומוסדות משפטיים המכליאים בין הנושאים.

הקדמה ליחסים בין חוזים לקניין.

זכות קניינית = זכות חפצית - תופסת in rem = כלפי כל העולם הזכות טמונה בחפץ ולכן עומדת כלפי כולם.
זכות חוזית = זכות אישית = זכות אובליגטורית – עומדת באדם עצמו לכן תופסת כלפיו בלבד. = in persona.

הבעיה של האבחנה הנ"ל היא שההגדרה שהזכות הקניינית טמונה בחפץ לעומת זכות חוזית שטמונה באדם איננה מדויקת. היות שגם זכות חוזית חייבת לתפוס גם כלפי אחרים, אחרת אין לה כל משמעות.
לפיכך, ניסו לאבחן אחרת כדלהלן:
הזכות החוזית היא זכות יחסית, כלפי אדם מסוים. לעומת **הזכות הקניינית** שהיא זכות מוחלטת, שהיא כלפי כל העולם. הקושי באבחנה זאת היא שלאור התפתחויות משפטיות שונות יוצא שיש זכויות חוזיות נוספות שתופסות, ולא דווקא חפצים. למשל מיטלטלין כולל גם זכויות.
או למשל, בעולת גרם הפרת חוזה מגינים על בעל הזכות החוזית לא רק כלפי הצד השני אלא גם כלפי צד ג', זאת אומרת שזה יותר מאשר כלפי אדם מסוים, אלא יותר מכך (אולי לא כל העולם, אבל יותר מאשר כלפי אדם).

האבחנה נעשית לצורך מיון ושימוש כדי לעשות סדר ולצורך הבנה.
דוגמא להמחשה היא ההשוואה בין בעלי פיקדונות בבנק לעומת בעלי נכסים בכספות בבנק.
בעלי הכספות הם בעלי זכות קניינית, לעומת בעלי החשבון שיש להם זכות אובליגטורית כלפי הבנק.
בשריפה – בעלי הכספות יפסידו את קניינם (נתעלם מהביטוח שאולי ישלם) ובעלי החשבון לא.
השריפה היא אירוע פיזי שפוגע בחפצים, לפיכך בעלי הזכות החפצית נפגעים.
בחדלות פירעון של הבנק – בעלי הכספות לא יינזקו. ובעלי הפיקדונות יפסידו. חדלות פירעון היא אירוע אובליגטורי ולכן בעלי זכות זאת נפגעים.

דוגמא מן המקורות:

* נתיבות המשפט לט, ס"ק יז

יעקב בן יעקב משה לורברבוים מליסא (1770 - 25 במאי 1832). רב אורתודוכסי, פוסק, ורבה של העיר ליסא, (כיום לשנו (Leszno)), בפולין.

...דהנה מבואר בכמה מקומות, שיש הפרש בין קנין לחיוב, דבקנין נקנה לו גוף החפץ ויכול לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות, אבל כשמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני אין לו קנין בגוף החפץ רק שהחיוב חל אגברא ויכולין הב"ד לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו ולהקנותו במשיכה, דאף הגביית ב"ד צריך לעשות קנין משיכה בדבר שמשיכה קונה; ואפי' תפס החפץ שנתחייב לו הלה, וקידש בו אשה קדם גביית ב"ד - אינה מקודשת, ואם המחוייב קידש אשה בחפץ שנתחייב בו מקודשת; וכן אם מכרו מכור דשלו הוא, רק שהב"ד כופין אותו לשלם דמי שווי חפץ שנתחייב, כיון שקלקל החיוב...

נתיבות המשפט לט, ס"ק יז – מבחין בין זכות קניינית לחוזית.

למי שיש זכות קניינית בגוף החפץ יכול לבצע פעולות משפטיות שדורשות חפצים. למשל קידושין נעשים באמצעות חפץ או, להבדיל, ניתן לקנות דברים כגון עבדים נכסים ועוד. זכות אובליגטורית חלה על האדם = "הגברא". בית הדין יכול לכפות על אדם לממש זכות חוזית להפכה לזכות קניינית. ראשית בית דין צריך לתת פסק דין, ואח"כ יש לבצע פעולת קניין = "להקנותו במשיכה".

ההליך הראשון לבדו (פסק הדין) אינו מספיק. צריך לעשות פעולה נוספת - יש לעשות גם "משיכה" כדי להפוך את החוזי לקנייני.

מצד שני אפילו נתפס חפץ ללא ההליך הפורמאלי הראשון של בית הדין. הייתה לכאורה פעולה קניינית. אבל היות שדילג על השלב הראשון של פסק דין של ביה"ד, הזכות הקניינית לא הבשילה ולפיכך לא נעשה קניין ואין זכות קניינית. לפיכך, לא ניתן לקדש בחפץ כזה את האישה.

השאלה מה קורה בשלב הביניים? לאחר ההתחייבות ולפני שהחפץ הועבר פיזית. במקרה זה החפץ עדיין של הראשון (המתחייב) והוא יכול לקדש את האישה. הוא יכול גם למכור את החפץ (למרות שהתחייב להקנותו לפני כן). היות שהחפץ עדיין של המתחייב (הראשון). אמנם הוא חשוף לסנקציות כי הפר את החיוב כלפי הראשון, אבל משפטית החפץ שלו.

הערות

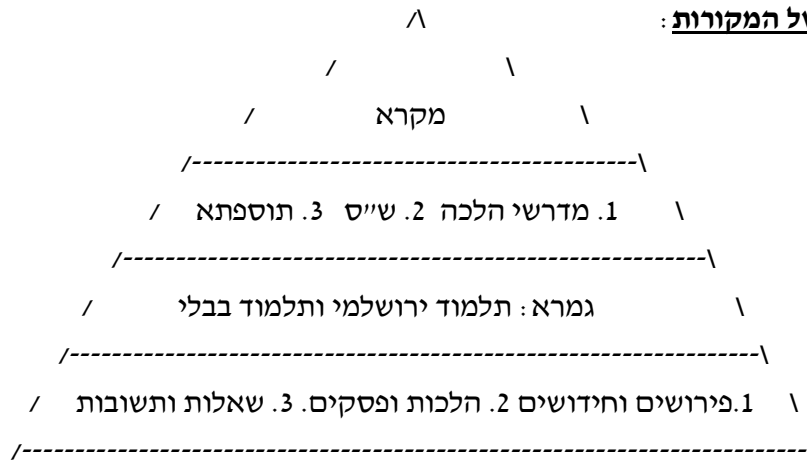
שטר = איננו חוזה אלא הצהרה או הודאה. – למשל הצהרה שאני מעביר את הבעלות אליך.

כתובה = היא הסכם יחסי ממון ולא שטר.

סוגי המקורות

לפי פירמידה של יוצרים ופירמידה של מקורות

סכימה כללית של המקורות:



בראש הפירמידה:

המקרא – כשחדלה הנבואה חדל המקרא.

בקומה שנייה (מלמעלה):

1. **מדרשי הלכה למקרא** = פרשנות של חכמים למקרא = **תנאים**. כ 500 שנה מ 300 לפנה"ס עד 200 לספירה. (נשמרו רק המאוחרים יותר).
2. **ש"ס** = **שישה סדרי משנה** – עשו סדר בתוך ההלכות שהיו קודם לכן. נעשה סדר לפי ענפי משנה שנקראים **סדרים** ולפי תת ענפים שנקראים **מסכתות**. חתימת המשנה מיוחסת לרבי יהודה הנשיא בשנת 220 לספירה.
3. **תוספתא** – גם מקורות תנאים. אלו תוספות מאוחרות ועריכה מאוחרת למשנה (לעיתים החומרים ישנים ורק העריכה מאוחרת).

בקומה השלישית:

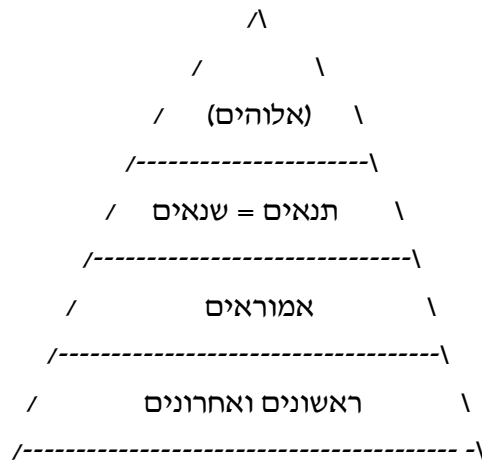
תק' **האמוראים** מתחילה לאחר חתימת המשנה ועד מאה 4 או מאה 5. נדונו דיונים על המשנה. **תלמוד ירושלמי** - עד שנת 360 בערך, בא"י (למרות שאינו בי-ם אלא בעיקר בטבריה ובקיסריה). **תלמוד בבלי** - בבבל היה מרכז תורני של ישראלים ומקומיים אשר כתבו את התלמוד הבבלי עד שנת 500 (תקופה כפולה מהירושלמי ותכולה של יותר מפי שלושה). האמוראים משנים את הלכות התנאים. בהמשך לא שינו הלכות של האמוראים ומשנת 500 ועד לימינו ההלכה לא עברה שינויים דרמטיים.

בקומה הרביעית, חיבורים של ראשונים ואחרונים:

1. **פירושים וחיידושים** – **חידוש** לקוח משני מקורות ויוצר דבר חדש. **פירוש** (למשל פירוש רש"י) אינו מתיימר לחדש אלא להסביר. בעלי התוספות – מתחיל מנכדיו של רש"י שנפטר במאה ה-12. בעלי התוספות (בשונה מרש"י) ניסו לישוב בין הלכות סותרות עי אבחון, וכך נוצרות עוד הלכות. בעלי התוספות הם החידושים.
2. **הלכות ופסקים** – זאת פסיקה בשני כיוונים. האחד בדומה לרציו בפס"ד. למשל ספרו של הר"ף אשר העתיק קטעים מהתלמוד. אלו זה **ספרי הלכות**. **ספרי פסקים** – הידוע בהם הוא הרמב"ם ומאוחר יותר גם השולחן ערוך. אלו ספרי פסקים.

3. **שאלות ותשובות** – יותר פרקטי ופחות תיאורטי. מסדר את התלמוד בצורה של תשובות פרקטיות, זה דומה לספרי הפסיקה של היום.

סכימה כללית של יוצרים.



תנאים = שנאים = שיננו את ההלכות בע"פ.

אמוראים – נקראו כך כי גרעין של כל "סוגיא" ("סוגיא" = מהלך = תהליך = כיוון של פסיקה) הוא ה"מימרא" = האמירה הבסיסית ממנה מתחיל הדיון וממשיך לסוגיא.
ראשונים ואחרונים.

11.11.2008 - שיעור מס' 2.

להלן נכנס לסוגיות יסוד.

נתחיל מדיני חוזים – והבעייתיות של תופעת החוזה בתלמוד ורק אח"כ נבין את החוזה ואת היחסים בין החוזה לקניין.

בעיית ההתחייבות – חייב אני לך מנה = התחייבויות כספיות.

1. משנה כתובות יב, א

הנושא את האשה, ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים. ניסת לאחר, ופסקה¹ עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים. לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אזונה, אלא מוליך לה מזונותיה למקום שאמה. וכן לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחד, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות. ניסת - הבעל נותן לה מזונות, והן נותנין לה דמי מזונות. מתו - בנותיהן ניזונות מנכסים בני חורין, והיא ניזונת מנכסים משועבדים, מפני שהיא כבעלת חוב. הפקחים היו כותבים ע"מ שאזון את בתך חמש שנים כל זמן שאת עמי.

חוזה שבו התחייבות כספית – זהו החלק הקל יותר של החוזים.

מקור מס' 1 = המשנה מסכת כתובות – עוסקת ביחסי הממון בין בני הזוג.

מדובר במזונות ביתה של האישה שהגיעה לנישואין (שזאת פעם שנייה לפחות, אבל במשנה כאן מתחילים לספור ממנו והוא הראשון) עם בת חורגת.

¹ המונחים הלשוניים של המשנה לכריתת חוזה הם מונחים של "חיתוך" – "כריתה", "פסיקה" וכד'.

נפסק (נכרת בינם חוזה) שתזון את ביתה במשך של 5 שנים.
האישה פוסקת עם האיש = כורתת עימו חוזה, שישלם חמש שנים מזונות.
השאלה האם זהו הסכם אישי (כמו מזונות אישה – אזי במקרה של ניתוק החובה פגה) או הסכם חוזי – שהיא התחייבות של האיש לחמש שנים וניתן להמשיכו אחרי הגירושין.
אם היא נשאת לאחר (לפחות בשלישית, אבל כאן במשנה הוא השני) – ועושה עימו גם הסכם למזונות לחמש שנים. אם זאת חובה אישית אז יתכן שלא אביה החורג ולא צריך יותר לשלם. המשנה פוסקת שזהו חוזה חוזי ועל הראשון להמשיך לזון אותה גם אם היא התחתנה עם השני. היא תקבל אוכל ומזון מהראשון והשני נותן לה דמי מזונות (=כסף).

הערה:

בדיני חוזים יש שתי גישות מרכזיות (ראה הקדמה בספרם של פרופ' פרידמן ונילי כהן – דיני חוזים): **גישת ההצהרה** – הקובע הוא מה שיצא מפי הצד לחוזה – מה שכתוב הוא הקובע ויש לו כוח רב. לעומת זאת **הגישה המודרנית** של החוזים היא שמבוססת על האוטונומיה של **הרצון** ומנסים לבסס אותה על אוטונומיה ועל הרצון, ומנסים להגיע לכוונת = הרצון של הצדדים.
בעולם העתיק, לפי הגישה הקלאסית, מה שקובע הוא ההצהרה ולא הרצון ולמילה יש חשיבות קריטית.

מה קורה אם הבת נישאת (שורה 4): בעלה נותן לה מזונות וגם הקודמים (הבעלים של האם) ישלמו לה.

המשנה אומרת ש: הפיקחים היו כותבים כל זמן שאת עימי = כדי שהחובה למזונות תפוג כאשר האישה עוזבת עם הבת.

לסיכום: המשנה קובעת שתי אמירות עקרוניות:

1. להסכמים יש תוקף ויש לכבדם.
2. ההסכם של האישה עם הבעל הוא חוזי ולא אישי.

2. ירושלמי, כתובות יב, א; דף לד, ד.

הנושא את האשה ופסקה עמו כו'. במה הוא מתחייב לה? לא כן רבי יוחנן ור' שמעון בן לקיש, תריהון אמרין: הכותב שטר חוב על חברו בחזקת שהוא חייב לו, ונמצא שאינו חייב לו - אינו חייב ליתן לו? ! רבי שמעון בן לקיש אמר: עשו אותה כתוספת כתובה². ויתן בסוף! עשו אותה כקידושי אשה. ויתן משעה הראשונה! עשו אותה כמקדש את האשה, על מנת ליתן לה שנים עשר דינר זהב בשנה, להיות מעלה לה מדינר זהב לחדש.

האמוראים אומרים בשלב מאוחר יותר שלא בהכרח חייבים לכבד הסכמים.

² **כתובה** = הסכם יחסי ממון של האיש (בעיקר) כלפי האישה, ושל האשה כלפי האיש.
לכתובה הקלאסית היה סכום קבוע, לפיכך התפתח מוסד של "**תוספת כתובה**".

תלמוד ירושלמי, כתובות יב, א; דף לד, ד (מקור 2 בדף) נכתב בערך שנת 220 לספירה סמוך לאחר חתימת המשנה.

החכמים במשנה, רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש, אומרים למעשה שלא בהכרח צריך לקיים הסכם. הם אומרים שהסכם כספי לא מחייב ומנסים ליישב בין זה לכך שהמשנה כן מחייבת את הבעלים השונים לשלם. הם אומרים הכותב שטר חוב על חברו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא (אבל אם התברר) שאינו חייב לו (=אם מישהו שהתחייב כספית והתגלה שלא חייב לו) אזי אין להסכם תוקף. התחייבויות כספיות שלא על בסיס ריאלי, לא צריך לקיים = אין להם תוקף. (ריאלי =שעובר נכס ממשי ותמורתו כן חייבים לשלם לעומת התחייבות כמו כאן שלא עבר נכס מיד ליד אלא רק יש התחייבות לשלם מזונות – אין לו תוקף ולא צריך לקיים אותו).
האמוראים היו צריכים ליישב את הסתירה שבין המשנה שנתנה תוקף להסכם ובין ההלכה בתקופתם שאין תוקף להסכמים שאינם על בסיס ריאלי ואין צורך לכבדם.

לקיש אומר שעשו את ההסכם כתוספת כתובה, שהוא תוספת לכתובה הסטנדרטית. זה פותר לו את הבעיה, כי על כתובה שום אדם בתק' ההיא לא היה מעלה על דעתו לערער, ולכן גם לתוספות לכתובה יש תוקף כמו התוקף של כתובה. כך ניתן לדעתו לתת תוקף להסכם, למרות שברגיל לא חייבים לקיים הסכמים שאינם ריאליים.

התלמוד הירושלמי מקשה ושואל אם זה תוספת לכתובה, הכיזד היא לא נפרעת ברגע הגירושין – הרי כתובה נפרעת ברגע של גירושין. מכאן יוצא שהפתרון הזה לא טוב.

פיתרון אחר של רבי – עשו אותה כקידושי אישה – זהו תנאי של האישה כדי להתקדש. זהו אחד מתנאי הקידושין – בעיקרון זה דומה לשיטה הקודמת. ההסכם מסופח לקידושין, הוא תנאי המלווה את המעשה של הקידושין המגדיר מהם התנאים לקידושים. לפיכך, תנאים אלו יש להם תוקף משפטי. היתרון בפרשנות זאת שמצרפת את ההסכם כלק מקידושי אישה, הוא שהם לא פוקעים. מאידך נוצרת בעיה שיש לשלם את כל הכסף מראש.

לפיכך, יש הצעה שלישית – שמדובר בקידושין אבל לא צריך לשלם מראש אלא תשלום בשיעורין.

לסיכום

המקור מצביע על פער משפטי משמעותי בין החוזים של המשנה שיש לה תוקף, לעומת האמוראים שחושבים שחוזים לא ריאליים אין להם תוקף. האמוראים מנסים לגשר בין שתי גישות אלו לחוזים כדלהלן:

הניסיון במקרה שלנו הוא בשני שלבים:

האחד – שזה תוספת לכתובה, והשני - הוא שזה נספח של קידושין והתנאי משולם בתשלומים. האמצעי בשני המקרים הוא שחייבים לספח את הסכם לגורם יציב אחר, כגון קידושין או כתובה. אחרת ההסכם לא יכול לעמוד בפני עצמו מפני שלבדו לא צריך לקיים אותו.

3. בבלי, כתובות קא, ב – קב, א:

גמ'. אתמר³: האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר: חייב, ור"ל⁴ אמר: פטור. ה"ד⁵? אי דאמר להו אתם עדיי, מ"ט דר"ל דקפטר? אי דלא אמר להו אתם עדיי, מ"ט דרבי יוחנן דקמחייב? לעולם דלא קאמר להו אתם עדיי, והכא במאי עסקינן - דא"ל חייב אני לך מנה בשטר, רבי יוחנן אמר: חייב, אלימא מילתא דשטרא כמאן דאמר להו אתם עדים דמי; ר"ל אמר: פטור, לא אלימא מילתא דשטרא.

בתלמוד הבבלי (מקור מס 3):

יש מחלוקת אחד אומר להתחייבויות אין תוקף, והשני אומר שלא. התלמוד רוצה להבין את המחלוקת.

אם אמר להם "אתם עדיי" למה אמר רבי שפטור ולמה בכלל יש בעיה?

אם לא אמר "אתם עדיי" ההודעה חשופה להפרכה של מוסר ההודעה – ניתן לטעון "טענת השטאה" (= אני סתם משטה בך) רק אם אומר לעדים אתם עדי יש להודעה תוקף.

יוצא שנכנסו לכאן עניינים של ראיות (במקום חוזים) הכיצד? – עורך התלמוד רוצה להסית מציאות חוזית פשוטה לדיני ראיות.

"חייב אני לך כסף" = מודה בעובדה שחייב כסף. = זה שווה כמאה עדים. לכן אם עשה כך יש חיוב לשלם מכוח ההודעה.

לסיכום:

רואים שגם האמוראים הבבלים סברו שלא צריך לקיים חוזים, וניסו לגשר על הפערים בין המשנה למקובל בימיהם. אלא שעשו זאת בדרך שונה לגמרי מהאמוראים הירושלמים.

18.11.2008 - שיעור מס' 3.

בשיעור שעבר הוצגה בעיית ההתחייבות. החוזה אינו תופעה מובנת מאליה בתלמוד.

המשנה עסקה בהסכם מזוונות לטובת ביתה של אותה אישה. המשנה קבעה שהסכם כזה יש לו תוקף ויש לקיימו, והוא הסכם כספי ולא אישי. כך שאפילו שינוי במעמדה של האם או של הבת לא משנה את המחויבות.

האמוראים בדעה שונה:

הירושלמי קובע על דעת כולם שלהתחייבות הכספית אין תוקף, היות שזה לא ריאלי, לא חוב ולא הסכם הלוואה. אבל למרות זאת מכיר בהתחייבות בגלל שהאמוראים לא יכולים לחלוק על המשנה. לפיכך, הם עושים זאת דרך של סיפוח בשני שלבים: הראשון, הוא סיפוח ל"תוספת כתובה", ובשלב שני, מאוחר יותר, ההסכם שופר וסופח לקידושין עצמם.

³ "אתמר" = נאמר = מילה שמקובל לכתוב בתחילתה של מימרא (גרעין הדיון).

מימרא = האמירה הבסיסית ממנה מתחיל הדיון וממשיך לסוגיא.

⁴ ריש לקיש.

⁵ ה"ד = "היכי דמי"? = איך דומה? = איך צריך להבין את המחלוקת (להבין על מה הם מדברים)?.

בבבלי יש ויכוח בין רבי יוחנן שחושב שלהתחייבות יש תוקף, לריש לקיש שסבור שאין לה תוקף ואומר – פטור.

התלמוד מעתיק את החוזה מהמגרש החוזי למגרש הראייתי. התלמוד עושה זאת באמצעות שאלת הנסיבות ושואל האם הייתה כאן אמירה של "אתם עדי" או לא.

התלמוד אומר שתוקף ההתחייבות אינה באה מדיני החוזים אלא מתחום דיני הראיות, ואם אדם מודה שהוא חייב זה כמו 1000 עדים, ואם הוא מודה שהוא חייב אזי יש לחייבו. זאת אומרת שהודעה היא מנגנון משפטי שמאפשרת לחייב אדם לשלם, ולא חשוב אם הוא באמת חייב אלא מספיק שהוא מודה ומכאן בא תוקף ההתחייבות.

זה נעשה באמצעות האמרה "אתם עדי" – זה מה שנותן תוקף ראייתי להצהרה. אם המודה אומר "אתם עדי" זאת אינדיקציה לגמירות הדעת ולרצינות של מוסר ההודאה. זאת אומרת אם אמר "אתם עדי" זה אומר שזאת התחייבות ואם לא אמר "אתם עדי" הרי שזאת אמירה סתם שאינה התחייבות.

התלמוד שואל ומקשה: אם אמר "אתם עדי" אז למה בכלל מישהו חולק ואומר שפטור, ואם לא נאמר "אתם עדי" כיצד מישהו בכלל חולק על התוקף?

הגמרה אומרת שיש להניח שלא הייתה כאן אמירה "אתם עדי", אבל זה כתוב בשטר = הודעה שנמסרה בכתב, וזה מה שפתוח לדיון (זאת המחלוקת): מה מעמדה של הודעה בכתב (אם היה אומר "אתם עדי" לא הייתה בעיה וזה היה מחייב) האם היא מחייבת, כמו האמירה "אתם עדי", או לא?

רבי יוחנן אמר שהודאה בכתב מחייבת ושהיא שקולה לאמירה של "אתם עדי", זה חזק באותה מידה.

ריש לקיש אומר ששטר כתוב אינו חזק באותה מידה כמו האמירה "אתם עדי" ולפיכך אין לה תוקף.

לפי האמוראים בבבלי התופעה החוזית איננה מוכרת והמחלוקת היא ראייתית. זה כמו האמוראים בירושלים שגם לא מכירים בתופעה החוזית. אלא שהדרך לגשר על הסתירות שונה בין האמוראים הירושלמים לאלו שבבל.

נשאלת השאלה:

למה האמוראים לא מכירים בתופעה החוזית בניגוד למה שהיה במשנה? מה גרם להם לעשות זאת?

לכך נתנו החוקרים שתי תשובות האחת היסטורית והשנייה אתית.

ההיסטורית – מניחה שאמנם יש בעיה בחינה אתית וראוי לכבד חוזים. אבל כשהיהודים קובעים שיטת משפט הם צריכים לקרחת בחשבון שהם חיים בתוך עמים אחרים. בארץ ישראל - המרחב השולט הוא רומי, והיהודים צריכים להתאים עצמם לחוקי הרומאים. לעומת זאת, בבבל שלט המשפט הפרסי.

היחס של שיטת המשפט הרומי לחוזים הוא שהמשפט הרומי לא רק שמכבד אותם, אלא גם הוא המציא את מוסד החוזה, והמציא טכסים שונים של כריתת חוזים. למשל השאלה והתשובה.

המשפט הרומי ייסד וגם שכלל ופיתח את התופעה החוזית. לפיכך, בסביבת ארץ ישראל היה ברור שיש לכבד חוזים. ואכן כך אומרת המשנה הירושלמית.

כשר' יוחנן וריש לקיש מתווכחים, זה בשנים 240-250 לספירה. זאת תחילת התפוררות האימפריה הרומית והמשפט הרומי מתחיל לאבד מאחיזתו. זה מסביר למה יש התנערות מהמשפט החוזי. בבבל שולט המשפט הפרסי שהיה מאוד פרימיטיבי (לעומת הרומי שהיה מפותח). באמצעות הדת המשפט הפרסי הולך לאחור ולא מכיר בתופעה החוזית אלא רק בתופעה הקניינית. כך התייחסו לעניין גם היהודים בבבל. הסבר היסטורי זה מניח שחוזים צריכים לכבד, והנסיגה מהחוזים נעשית בהשפעת הסביבה. הסבר זה לא מחמיא לגמרא, שכן יש לכאורה הודאה שיש כאן נסיגה. לפיכך, מגיע ההסבר השני שהוא מנוגד בתפיסתו למעשה.

ההסבר האתי – מנסה לספק לדבר צידוק אתי. פרופ' גבריאלה שלו במאמר מתארת הסכמים גינטלמניים ובודקת את מעמדן של הבטחות, והאם ניתן לתת להן תוקף. בתחילת המאמר מדגישה פרופ' שלו את התופעה האנתרופולוגית ומראה שיש איים מבודדים שהתופעה חוזית אינה מוכרת עד היום. יש שם רק הסכמים גינטלמניים וההתחייבות היא גינטלמנית, ולא עולה על דעתם למסד את העניינים בצורה משפטית וחוזית. על רקע זה יש לפרש גם את ההסתייגות של האמוראים מהתופעה החוזית שאומרת שלא רוצים לבסס התחייבויות על בסיס חוזי פורמאלי, אלא על בסיס חברתי של הוגנות והסכמים שיש להם תוקף מוסרי, ושלא צריך תוקף חוקי כדי לכפות כל דבר. כך יוצא שזוהי התקדמות ולא נסיגה, כי זה מראה על רמת מוסר יותר גבוהה, שהחיוב נעשה באופן וולונטרי מתוך הגינות ולא בגלל אימת הדין.

מה אומרים על כך הפרשנים מאוחר יותר? לכך יש שלוש אסכולות:

1. **ראייתית** – ממשיכה את הקו של התלמוד הבבלי – כל חוזה צריך לעבור מסנתת ראייתית לפיה ניתן או לא ניתן תוקף להסכם.
2. **קניינית** – זכויות הם נכסים ולפיכך יש לקיים חוזים – זאת גישה חדשנית.
3. נחזור לאחור לדרך של המשנה - גישתו של הרמב"ם שהיא גישה נועזת .

גישה ראייתית – של רש"י – אשר הולך על התלמוד הבבלי כפרשן צמוד טקט, פרשן שמרני. לכן דרכו להישאר צמוד לגמרא היא טבעית.

4. רש"י, שם, קא, ב ד"ה ה"ג:

ה"ג⁶ לעולם דלא אמר להו אתם עדיי והכא במאי עסקינן בשטרא⁷ - שמסר לו שטר בפנינו, וכתוב בו: אני חייב לך מנה, ואע"פ שכתב ידו הוא, הואיל ולא חתם - פטור...

לפי רש"י מדובר בשטר בכתב יד (ולא בע"פ) וכתוב בו אני חייב לך מנה. ושטר כזה תוכנו הודאה כמו בתלמוד, אלא שהבעיה היא האם שטר חתום או לא.

⁶ ה"ג = הכי גרסא = מהי הגרסה = מה כתוב – אז יכול היה להיות שהיו כבר מספר נוסחים של כתבי יד של התלמוד שהתגלגלו ממקומות שונים בעולם. לפיכך, המחבר (רש"י) מתחיל מהבאת הגרסה עליה הוא מסתמך.

⁷ אנו עוסקים בשטר. – פירושו שמדובר בפורמט בכתב (ולא בע"פ)

גישה קניינית.

5. תוספות⁸, שם, קב, א ד"ה אליבא:

ור"ת מפרש כולה סוגיא בלא הודאה, שלא היה חייב לו כלום מתחלה. והא דקאמר חייב אני לך מנה בשטר, היינו בשטר גמור, שחתמו היטב, שרוצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר זה, ובהא פליגי. רבי יוחנן סבר: אלימא מילתא דשטרא לאקנויי ביה בשטר זה, כמו שהודה בפני עדים... ואין לתמוה: היכי משתעבד בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנין בשטר! דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא - יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך. ועוד דשמעינן ליה לרבי יוחנן בהזהב (ב"מ דף מט.): הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה, אע"פ שלא הגיע לידו דגמר ומקני. הכא נמי, מתוך שטרח ליתנם בשטר, בכה"ג גמר ומקנה...

רבנו תם הסביר את הסוגיה, בשונה מסבו רש"י, שלא רק באופן מקומי וצמוד טקסט. הוא מפרש את כל הסוגיה בלי עניין ההודאה. היות שלדעתו לא הגיוני לפרש התחייבות כהודאה, כי הודאה פירושו שהדבר נכון, היות שדיני ראיות נועדו לברר את האמת. אבל לא יכול להיות שזה נכון, כי אם חייב הרי שלא נתן. כך "הורס" רבי תם את הסוגיה, ובונה במקום זה משהו אחר. לדבריו, מדובר בשעבוד.

הלוואה בע"פ = "מלווה בע"פ" בלשון האמוראים, הוא אובליגטורי. ניתן לגבות אותו רק מהחייב ולא ניתן לגבות אותו מאחרים - צד ג'. לעומת מלווה בשטר (בכתב) שיש לו היבטים קנייניים וניתן לגבות את החוב גם מנכסים שנמצאים אצל צד ג'. נכסי החייב משועבדים לנושה וניתן ללכת לצד ג' לגבות אותם. השטר הכתוב נותן לזכות מעין קנייני. זה מה שרבנו תם אומר שהתחייבות בשטר (כתוב) יש לה אלמנטים של קניין והנכסים נעשים משועבדים. זה נותן להתחייבות מעמד נכסי קרוב לקניין ולא רק אישי ואובליגטורי. לא מדובר בזכויות ערטילאיות, אלא זהו מעין נכס שיש לו מעמד קנייני.

25.11.2008 - שיעור מס' 4.

יש מחלוקת עובדתית. רבנו תם⁹ אינו מקבל את ההנחה של רש"י לפיה שאם מישהו מודה זה כנראה בגלל שזה נכון (כי האדם הסביר לא יודה במה שלא נכון), רבנו תם מקשה ושואל כיצד ניתן להודות בדבר שלא היה בזמן ההודאה, היות שלא מדובר בריור עובדה שארעה, אלה עובדה עתידית - התחייבות לעתיד לשלם מזונות.

⁸ התוספות הם נכדיו של רש"י. לכאורה באו להוסיף על רש"י אבל הם לא היו שמרנים וצמודי טקסט כמו רש"י אלא הוסיפו הרבה משלהם וניסו ליישב את הסתירות בעזרת התאמות וחיידושים. אחד מהם הוא רבנו תם - שם ספרותי. לרש"י היו רק בנות ולאחת מהן שהייתה נשואה לרבי מאיר (שלא היה חשוב במיוחד) היו שלושה בנים: 1. רשב"ם - רבי שמעון בן מאיר 2. רבנו תם זהו שם ספרותי של רבי יעקב בן מאיר שנקרא כך היות שיעקב אבינו היה איש תם 3. ריב"ן - רבי יצחק בן מאיר.

⁹ נקודות מוצא - רבנו תם הוא אחד ממחוללי תנועת בעלי התוספות - הם ניסו ליצור הרמוניזציה של הסוגיות הסותרות ולתת להם פיתרון על. גם אם זה על חשבון הלכה כזאת או אחרת. לפיכך, רבנו תם מעדיף להסתכל על הסוגיה באופן יותר רחב ושיתאים גם לסוגיות אחרות. רבנו תם במאה ה-12. המשפט שנהג בזמנו הוא המשפט הרומי.

כשאדם מלווה בע"פ הזכות היא אובליגטורית ולפיכך החיוב הוא אישי וניתן לגבות את החוב רק ממנו ומהנכסים שתחת ידיו. אבל אם המלווה הוא בכתב = בשטר אזי יש לו פן קנייני ולנושה יש זכות כלפי נכסים צד ג' - אלו נכסים משועבדים לנושה. יש לזה פן קנייני או מעין קנייני כי ניתן לגבות את החוב גם מצד ג'.

רבנו תם סבור שיש לתת לשטר מעמד של נכס ולכן השטר הזה כשהוא ניתן זה כמו שניתן נכס. זהו הבסיס, ורבנו תם ינסה להסביר אין השטר יעמוד בתכונות הבסיסיות של קניין. שורה 3 – להתחייבות הכספית יש מעמד נכסי – קנייני. מיטלטלין לא נקנים בשטר אלא נרכשים בנטילה מדובר בהליך פיזי של משא ומתן (בלשון המקורות = אחד לוקח ואחד נותן). הוא אומר שאין לתמוה כי ההיגיון של דיני הקניין הוא גמירת הדעת¹⁰. לפיכך, הדרישות הפורמאליות הן לא החשובות ביותר, אלא הרמה של עקרונות העל של השיטה, ואם יש גמירות דעת של נותן השטר הרי שלא חייבים לתת משהו פיזית, שזה רק פרוצדורה ופחות חשוב. מהיכן הוא יודע שהדרישות שהפורמאליות הן רק ביטוי לגמירת הדעת ומה שחשוב זה המהות? לכך הוא מביא שתי הוכחות:

אחת - שהרי אפילו באמירה בעלמה יש דברים שנקנים. – נלמד על מוסד זה בהרחבה בהמשך. מדובר על הבטחות בע"פ שיש להם תוקף. כאן אין אפילו משיכה ואין שטר וזה בכול זאת מחייב. זאת הוכחה שיכולה להיות זכות קניינית גם ללא משיכה (העברה פיזית), וגם ללא שטר. הוכחה שנייה – לפי דברי רבי יוחנן (מאה 3 לספירה) הנותן "מתנה מועטת" לחברו – אם מבטיחים לתת מתנה זולה לחברו, הוא חייב לתת לו אותה כי יש לו זכויות קנייניות שנוצרו בהבטחה – זה רק ב"מתנה מועטת" שהיא זולה, ולא במתנה גדולה, שכאן יש חשש שאין גמירות דעת.

לפיכך, רבנו תם מסיק שאם טרח לתת להם שטר, זה מראה שיש לו גמירות דעת, ולא חשוב שלא ביצע את כל ההליכים הפורמאליים של הקניין. הרי יש לכך אח ורע בשתי הדוגמאות הנ"ל. כאן רואים איך רבנו תם פותר את הבעיה של המשנה בדרך של פיתרון מערכתי במסגרת של דברים שונים שנקנים לאו דווקא בדרכי הקניין הרגילות, כגון מיטלטלין שצריך להעביר אותם – זה לא חייב להיות כך.

שיטה שלישית היא שיטתו של הרמב"ם.

6. רמב"ם, מכירה יא, טו:

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

¹⁰ "גמר ומקנה" = גמירת דעת

הרמב"ם חוזר למקור. התנאים הכירו בתופעה החוזית והאמוראים החלו להתנתק ממנה. הרמב"ם הולך בעקבות הגאונים¹¹ שקדמו לו והם הרשו לעצמם להיחלץ מהסוגיה באמצעות אמירה חדרה אחרת. הרמב"ם רואה עצמו חלק מתקופת הגאונים. למרות שהתלמוד כתוב, הוא מרשה לעצמו לסתות ממנו כמו שעשו הגאונים שהרגישו כשווים לאמוראים.

הרמב"ם מנתח את הסוגיה כדלהלן:

שלב א – הרמב"ם אומר מהו העיקרון: להתחייבות כספית = תוקף כספי כמו למתנה. המחייב עצמו בממון ללא תנאי בכלל. אדם מחייב עצמו לאחר גם אם לא חייב לו כלום. אז התחייבות כספית זה כמו מתנה וזה מחייב. הוא אומר גם שזה לא דיני ראיות (כמו שאמר התלמוד) שלב שני הרמב"ם מסכם את שלוש האפשרויות של הגמרא:

אפשרות ראשונה - הביאו לו עדים שאמרו שהוא חייב = חייב אני לך מנה + אתם עדי. אפשרות שנייה - כתב לו בשטר (פיזית) חייב אני לך מנה בשטר. אפשרות שלישית – אמר בפני עדים "חייב אני לך מנה בשטר" – אין שטר כתוב ממש (פיזית), אלא יש אמירה שהוא חייב בשטר.

אז השטר הוא כמו אתם עדי והוא מחייב שכן כולם יודעים שאין כאן שלב שלישי הרמב"ם מסביר כיצד:

התחייבות כספית חוזית היא כמו ערבות - זה כמו ערב. אין חולק שלהתחייבות של ערב יש תוקף. זאת אומרת שהרמב"ם מגיע למסקנה שהתיאוריה היא חוזית והפרקטיקה היא דיני הראיות.

לסיכום יש שלוש אסכולות שיכולות להסביר את הסוגיה החוזית. קניינית, הרמב"ם מחזיר אותנו למשנה. הפרקטיקה כמו של התלמוד, והתיאוריה היא כמו של המשנה.

¹¹ **הגאונים** היו לאחר האמוראים (כותבי התלמוד) ולפני פרשני התלמוד. משנת 650 לספירה ועד המאה ה-11. הספרות שבידנו היא בעיקר מהמחצית השנייה של התקופה הזאת. למשל, רבי סעדיה גאון שהוא מהמאה ה-9 הוא מהקדומים שבידנו מהתקופה. הגאונים הם שכתבו את התלמוד. הם השתמשו בפרוטוקולים שהיו להם מתק' האמוראים. רק באמצע המאה ה-8 מתחילים לערוך ולעלות על הכתב את התלמוד. עד אז הם השתמשו בתקצירים שונים שהיו להם. תלמוד כתוב ושלם יש רק מהמאה השמינית. בידנו כיום יש רק נוסחים של המאה ה-12. הגאונים הם חוליה חשובה, בין האמוראים לבין הפרשנים של התלמוד. הגאונים ישבו באותן הישיבות של האמוראים בעיקר בבבל.

התחייבות לביצוע פעולה = קניין דברים

ככול שההתחייבות יותר ערטילאית כך יותר קשה להכיר בה.

נקודת המוצא היא המשנה, התנאים:

בבלי, בבא בתרא¹², ג, א

[משנה, בבא בתרא א, א: השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר - בונין את הכותל באמצע].

...כי רצו מאי הוי? נהדרו בהו! א"ר אסי א"ר יוחנן: שקנו מידן. וכי קנו מידן מאי הוי? קנין דברים בעלמא הוא! בשקנו מידן ברוחות. רב אשי אמר: כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק.

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

שותפים החליטו לפרק את השותפות. לפיכך, הם רוצים לעשות מחיצה בחצר. הם עושים את הכותל באמצע השטח.

"רצו" = מכאן שהסכימו לפרק את השותפות.

לפיכך כפין עליהם לבנות כותל באמצע = מכאן שאם הסכימו יש להכיר בכך ויש לזה תוקף - כך סברו התנאים במשנה.

האמוראים

להסכמים אין תוקף, ולכן לא צריך לבנות את הכותל. ניתן שמישהו יחזור בו.

אז איך מסבירים זאת?

רבי יוחנן אומר ש"קנו מידן".

חבילה עוברת = "קנו מידן"

ראינו כבר שאצל האמוראים, זכויות וחיובים הם ערטילאיים, אין להם תוקף ולא ניתן להעביר אותם מיד ליד.

לפיכך הם אומרים, ניקח חפץ מוחשי שיסמל את העברת הזכויות והחיוביים מצד לצד. כאשר

הצדדים מעבירים מצד לצד את החפץ זה נותן תחושה מוחשית וממשות. זה לצרכים

פסיכולוגיים, שיהיה יותר קל להבין שהאקט החוזי הפך לאקט קנייני.

אקט הסימולציה הנ"ל הוא "קנו מידן" = זה השם של הפעולה שמעבירים חפץ כלשהו. החפץ לא

חייב להיות אפילו שווה פרוטה. זה רק כדי לתת מוחשיות להעברת הזכות.

למשל, במקרה של חתונה העברת החפץ הוא בין החתן לבין העדים.

התלמוד אומר יש כאן הסכם פירוק שיתוף, שהוא ערטילאי ואין לו תוקף. לפיכך, עושים זאת

ב"קנו מידן" וזה נותן תוקף להסכם.

¹² החלוקה = הביתור (בתרא) של המשנה הוא מאוחר יותר.
בבא - אחרונה.

אבל בהמשך, התלמוד לא מסכים כל כך מהר. הוא אומר שזה פיתרון, אבל לא לכל מקרה. כאשר יש דיבורים ללא ממשות והקניין על דיבורים אין לו תוקף. פעולה = "קניין דברים בעלמה" = זה כמו דיבורים ועל זה לא ניתן לעשות "קנו מידן". "קנו מידן" יכול להיות פיתרון לחוזים, אבל לא מתאים לקניין דברים. לפיכך, התלמוד נותן שני פתרונות אחרים:

1. שינוי הנוסחה – ב"שקנו מידן ברעות" ("רוחות" = צדדים) – ההתחייבות לא תהיה על פירוק שיתוף, אלא כל אחד יקבל צד של מגרש אחד יקבל צד א' והשני יקבל צד ב'. נשארנו בדיני החוזים, אלא שמושא ההסכם השתנה, מפירוק שיתוף לקבלת חלק לכול אחד.
2. רב אשי אומר "שהחזיק". חזקה = מחזיק את הקרקע זאת דרך פיזית שניתן לרכוש קניין על הקרקע. למשל, מחזיק המפתח הוא מחזיק הדירה, או עודד קרקע הוא מחזיק הקרקע. לפיו לא היה כאן הסכם פירוק שיתוף. היה פירוק שיתוף, אבל בלי חוזה או הסכם, אלא באמצעות מעשה קניין משותף, שכול צד עושה פעולה על חלקו ואז יש כאן קניין (ולא הסכם). כך יש לזה תוקף.

2.12.2008 - שיעור מס' 5

הדיון במשנה עוסק בדינים של שיתוף. התנאים הכירו בתקפו של הסכם שיתוף. החוזה הקלאסי הוא התחייבות לביצוע פעולה שהוא יותר בעייתי מהתחייבות כספית היות שהתחייבות לביצוע פעולה היא מופשטת. יש שלוש סורות¹³ של יצירה: 1. פרושים וחיידושים. 2. הלכות ופסקים. 3. שאלות ותשובות. הלכות ופסקים – מנתקים עצמם מהמבנה והסדר של מה שהיה קודם, ויוצרים מבנים חדשים, למשל הרמב"ם או שולחן ערוך היו פרשנים שלקחו את הצד של הקזואיסטיקה¹⁴ והיו שהלכו על דרך הקודיפיקציה¹⁵.

¹³ שלושה ז'נרים.

¹⁴ שיטות המשפט העתיק, חוקי המזרח הקדום, כגון חמורבי, וכך גם הגמרא מבוססים על בסיס של מקרים - זאת שיטה קזואיסטית = שבנויה על מקרים, על קייסים. ניתן לזהות זאת לפי הקטעים שמחילים במילים כגון "אם", "כ"י" וכד'. אין עקרונות ואין כללים. זה מאפיין את השיטות העתיקות.

¹⁵ במאה 6 הקיסר יוסטיניאנוס ניסה ליצור האחדה והכללה של כל החקיקה והמקרים שלפניו, הוא ניסה להכניס סדר ושיטה. הוא הושיב אוסף של משפטים טובים לזמנן אספו את כל החומר וסדרו להם עקרונות וכללים בספר ערוך שנקרא "קודקס" והעילות כולה נקראה "קודיפיקציה". למשל בדיני הנזיקין באנגליה, בראשיתם היו עוולות פרטיקולאריות, ואם היה מקרה של נזיקין היה צריך לבדוק לאיזה עוולה פרטיקולארית הוא מתאים. אח"כ הוסיפו את עולות הרשלנות שביטלה למעשה את העוולות הפרטיקולאריות (הפכס לאות מתה).

הבסיס של ההלכה הוא קזואיסטי. המשנה גם קזואיסטית ובנויה על פי צורה של מקרים מקרים, זאת הצורה אבל המסגרת היא לפי קודיפיקציה, היות שיש חלוקה לנושאים ועניינים, סדר ההלכות אינו אקראי. זאת אומרת שלמשנה יש אלמנטים של קודיפיקציה.

לרמב"ם יש נטייה לכיוון של קודיפיקציה¹⁶. לעומת זאת, ל"שולחן ערוך" יש נטייה הפוכה לקזואיסטיקה¹⁷.
ה"שולחן ערוך" מוותר על כללים ועקרונות, גם אם הם קיימים אצל הרמב"ם, ממנו הוא לוקח את החומרים, אבל הולך בשיטה הקזואיסטית.
הפסק – מביאים את דברי האמוראים לפסיקה בשני אפיקים. באפיק של הרמב"ם, ובאפיק של ה"שולחן ערוך".

רמב"ם, מכירה ה, יד

הדברים שאין בהן ממש אין הקניין מועיל בהן, כיצד? הרי שכתב בשטר: וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני, או שיחלקו השדה שביניהם, או שישתתפו שניהם באומנות, וכיוצא בדברים אלו כולן, הרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסויים וידוע¹⁸, לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע.

הרמב"ם – הקניין (= הטכס שנקרא "קנו מידו") לא מועיל בדברים שאין מהם ממש. זאת אומרת שהתחייבויות שמושא שלהם הוא דברים שאין בהם ממש (= הכוונה לאובייקטים מופשטים) לא ניתן לתת להם תוקף של קניין = "קניין דברים בעלמא הוא". זהו העיקרון ועכשיו בא ההסבר: יש שלוש דוגמאות: למשל הסכם שיתוף עסקי, או שיחלקו השדה שביניהם (המקרה שלנו), או שהשתתפו שניהם באומנות – כל אלו דוגמאות של דברים שאין בהם ממש בהם הקניין אינו מועיל כלום. דברים שאין בהן ממש לא ניתן לעשות להם קניין (קנו מידו), שיכול לחול רק על חפצים ולא יחול על דברים.

¹⁶ הרמב"ם (מאה 12 ספרד) נוטה לקודיפיקציה, הוא מנסה לקבוע כללים ועקרונות ולהראות איך הם באים לידי ביטוי במקרים פרטיים. אבל לא רק, הוא מתבסס גם על חומרים קזואיסטים.

¹⁷ השולחן ערוך (מאה 16 בצפת) נוטה לקזואיסטיקה. השולחן ערוך מבוסס על ארגון קודם, מהמאה ה-15, של סידור ההלכה, של רבי יעקב בן אשר (= בעל הטורים) (בנו של ר' אשר בן יחיאל = הרא"ש) שחילק (במאה ה-15) את כל החומר המשפטי שהיה לפניו לארבעה חלקים לפי נושאים. החלקים נקראים: אורח חיים – עניינים יומיומיים, חושן משפט – החלק המשפטי, אבן העזר – דיני משפחה, יורה דעה – חלקים דתיים של ההלכה, איסור והיתר, כשרות ועוד.

רבי יוסף קארו לקח, במאה ה-16, את המבנה של רבי יעקב בן אשר וכתב את השולחן הערוך, מדובר בכתיבה תמציתית של מה שנכתב (כולל גם את הרמב"ם). הוא ניסה לעשות את זה נוח למי שרוצה ללמוד, לפיכך קרא לזה "שולחן ערוך".

לאחר שה"שולחן ערוך" התפרסם, חיבר רבי משה איסרליש מפולין, במאה ה-16, נספח ל"שולחן ערוך" וקורה לו "מפה" (לשולחן הערוך) מדובר בהערות ל"שולחן ערוך" – מה שביטא את חילוקי הדעות בין ספרדים לאשכנזים. ה"שולחן ערוך" מושפע ומאמץ את הרמב"ם.
רבנו אשר (הרא"ש) (אביו של רבי יעקב בן אשר) חי בצרפת, כרב אשכנזי, רוב ימיו. יחד עם זאת הוזמן, (בגיל מבוגר) לכהן כרב בספרד והצליח להיות מהחשובים של חכמי ספרד במהלך 20 השנים שפעל שם.

¹⁸ מסוים וידוע - כלל בחוזים שנלקח מהמשפט המוסלמי. מסוימות.

שולחן ערוך, חושן משפט קנז, ב

מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו, אע"ג שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא. אבל אם בירר כל אחד חלקו ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אע"פ שלא קנו מידם אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו.

השולחן ערוך מביא את ההלכה בצורה של מקרה קזואיסטי, ללא רמז לעיקרון, אלא כתיבה של הפרטים במילים ברורות יותר (לא מביא כלום משל עצמו).

אם הם רוצים לעשות שיתוף בחצר, שיש בעיה לחלק אותה (= מקום שאין בו דין חלוקה) קנו מידם לא תופס כאן וכל אחד יכול לחזור בו. אבל, אם קנו מידם ברוחות (כל אחד לקח צד מסויים - כמו בתלמוד) אזי זה מחייב אותם ו"אינם יכולים לחזור בהם". אח"כ ה"שולחן ערוך" מביא את הפיתרון השני של התלמוד " וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אע"פ שלא קנו מידם אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו." כך עושה השולחן ערוך סיכום של המהלך שנעשה בתלמוד כולל ההתחלה של המשנה.

השאלה, אם שניהם מגיעים למסקנה שאין להתחייבות לביצוע פעולה כל נפקות, אז זה יוצר בעיה כללית, כי יש הרבה עסקאות כאלו, בהן מתחייבים לבצע פעולה.

בספר "טור" ניסו להתמודד עם בעיה זאת, של ר' יעקב בן אשר, בנו של הרא"ש.

טור, חושן משפט, קנז

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

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

הטור מדבר על שני מצבים עקרוניים שבהם למרות שמדובר בהתחייבות לביצוע פעולה, בכול זאת יש להן תוקף: 1. שמתחייב לתת כך וכך (כמו חייב אני לך מנה של רש"י). 2. מצב שני הוא שההתחייבות היא דרך שעבוד (זה כמו רבנו תם). לשני אלו יש תוקף. אבל אם מושא ההתחייבות אינו פעולה.

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

יש שסוברים שהתחייבות לתת כסף, כמו התחייבות אחרת לביצוע פעולה, היא התחייבות שאין לה תוקף. אבל, יש מקרים אחרים שבהם אין תוקף, הטור מביא דוגמא מהרמב"ם. שהם שונים מההתחייבות לתת כסף, שיש לה תוקף. כמו למשל, גם התחייבות לבנות, למרות שאינה קנין דברים, בכול זאת היא מחייבת, השוני הוא שמדובר בהתחייבות לביצוע פעולה הקשורה לחפץ. לפיכך, יש להתייחס אליה כהתחייבות לחפץ ולא כהתחייבות לבצע דברים.

9.12.2008 - שיעור מס' 6.

לסיכום השיעור שעבר: התוצאה המסורתית היא שלא ניתן לשכלל חוזה לביצוע פעולה באמצעות האקט של "קנו מידו". לפיכך, בדורות הבאים, מנסים למצוא דרך לתת לזה תוקף היות שיש הרבה פעולות כאלו ולא נוח לפוסקים שאין להן תוקף. מדובר בפעולות בתחום "האפור" שמתייחסות לחפצים או פעולת של נתינה של חפץ או נכס, ובמקרים אלו ניתן לסייג את עיקרון "קניין הדברים" ולומר שקניין של לתת משהו, כן ניתן לו תוקף. אותו הדבר ב"בנייה" לבנות משהו זה לבנות דבר מה, וניתן לתת לזה תוקף. ה"לתת" וה"לבנות" הם דוגמאות וניתן לתת תוקף להתחייבויות נוספות בדרך דומה. כך נוצר סדק בהלכה שלקניין דברים לא ניתן לעשות "קנו מידו", ונמצאים עם הזמן יותר ויותר דברים שניתן לתת להם תוקף – זאת הגישה החדשנית יותר.

הרב עובדיה יוסף ישב בראש הרכב של בבית הדין הרבני הגדול בערעור על בית הדין הרבני האזורי.

היה הסכם בין בני זוג, והיה בו סעיף הוצאות ומזונות במובן הרחב לילדים. בהסכם הייתה התניה שהמזונות במובן הרחב, קרי הוצאות הילדים, ישתנו כפונקציה של הכנסת הבעל. ככול שתעלה ההכנסה יעלה גובה המזונות של הילדים והשתתפות הבעל בהוצאות הילדים. זה הגיע לבית הדין האזורי שקבע שלא צריך להגדיל את הוצאות הבעל. לפיכך, האישה הגישה ערעור. לזה התייחס הרב עובדיה יוסף בפסק דינו:

שו"ת יביע אומר, חלק ה, חו"מ, סימן ה

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

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

מלבד הנ"ל, יש לדון עוד בנ"ד שלשון ההתחייבות אינה מספיקה ע"פ הדין לחייב את המשיב בתוספת מזונות, שכל המשמעות של הסיפא בסעיף ארבע מההסכם לחייבו מכללא בתוספת מזונות, במקרה של העלאה במשכורתו, בנויה על יסוד הנאמר בראש הסעיף הנ"ל: הבעל ישלם וכו', ואין בלשון זה התחייבות גמורה... הרב עובדיה יוסף דן בשאלה העקרונית שנובעת מהכותרת של הסעיף "הבעל ישלם וכו'", מפנה למקורות ומראה את הויכוח בין העמדה השמרנית לבין העמדה של הטור שחולקת על העמדה השמרנית ונותן תוקף לקניין דברים במקרים מסוימים.

ועיין בנימוקי יוסף (ב"ב ג) בשם הגאונים, שאף האומר לחבירו אתן לך מאתים וזו קנו מידו בקנין לא מהני, דקנין דברים הוא. וכ"כ הטור ח"מ (סי' קנז ס"כ) בשם הרמ"ה, שאם קנו מידו לתת כו"כ אין הקנין נופל אלא על הנתינה, והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא, והו"ל קנין דברים, ומצי הדר ביה, ולא מהני אא"כ בקנו מידו ששעבד עצמו או שהתחייב ליתן סך כו"כ. ע"כ... ובש"ע (ר"ס רמה) כ', אם כ' בשטר: אתן לו לא זכה

המקבל. וי"א שאם קנו מידו מהני לשון אתן. ומשמע שלפי הסברא הא' שנאמרה בסתם (וכדעת הרי"ף והרא"ש וסיעתו) ל"מ אתן אפי' קנו מידו, והכי קי"ל...
כללי הפסיקה הם שיש להעדיף את עמדת השולחן ערוך שאומר את ההלכה, והביטוי שיש אומרים מראה שזאת העמדה הצדדית. לפיכך, אומר הרב עובדיה יוסף, יש לקבל את העמדה השמרנית המקורית ולא את ה"יש אומרים"....
השאלה למה הרב עובדיה יוסף חוזר אחורה?
היות שהוא פוסק שמרן ודבקו, כמו כן הוא מעוניין לגבות את הערכאה שלמטה – הוא למעשה אומר שכדאי לאישה לרדת מהתביעה כי הוא עלול לחלוק בכלל על תוקף ההתחייבות של הבעל מלכתחילה, והיא עלולה להפסיד את הכול.

אסמכתא

1. תוספתא¹⁹, בבא מציעא (ליברמן) א, טז-יז

שנים שנתעצמו זה בזה ואמ' אחד מהן לחבירו אם לא באתי מיכן ועד יום פלני הילך בידי כך וכך תבע הגיע זמן ולא בא יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שלא בא לתוך ידו אלא ינתחנו²⁰.
משכן לו בית משכן לו שדה ואמ' לו אם לא נתתי לך מיכן ועד יום פלני אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא נתן יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא ינתחנו...
הנותן ערבון על חבירו על הבית ועל השדה ואמ' לו אם לא נתתי לך מיכן עד יום פל' אין לי בידך כלום והלה כותב לו אם אחזור כך הריני כופל לך עירבונך והגיע זמן ולא נתן יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא נותן לו עירבון שלו...

אסמכתא – זאת התחייבות מסוג שלישי – מדובר על התחייבות מותנית.

לפי דעות מסוימות התחייבות מותנית בחוזה מכר היא בעייתית. יש שם בעיה מיוחדת כי יש דרישה של ממשות. העברת בעלות בנכס צריכה שתיעשה באופן פיזי = החפץ תעבור מיד ליד. אם יש מנגנון השהיה (תנאי) זה תוקע את המנגנון כי אין העברה פיזית. לפיכך, התחייבות מותנית להעברת בעלות היא בעייתית.

הגדרת אסמכתא היא בעייתית ונדחה אותה להמשך לאחר שנבין מהי אסמכתא.

נראה במקור 3 בעמ' 3 שההגדרה בעייתית. שם נאמר:

3. שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג

אלא מפני שנתחבטו חכמי הדורות הראשונים והאחרונים בענין האסמכתא מהו הדבר שנקרא אסמכתא ובמה

תלוי ולא ראיתי לאחד שהסכים עם חבירו

לפיכך נשאיר את ההגדרה להמשך.

ראשית נלמד ארבע מקרי אסמכתא, שלוש במקור 1, ואחד במקור 2.

¹⁹ תוספתא – מקורות שהם תוספת על המשנה אבל זה מטעה כי לא בהכרח מאוחר למשנה היות שהמקורות יכולים להיות מוקדמים למשנה ועורך המשנה לא הכניס אותם, לעומת זאת, עורך התוספתא החליט כן להכניס אותם. כך יכול להיות שחלק מהחומרים מוקדמים למשנה.
²⁰ יתבע אותו לדין.

מקרים שהם אסמכתא:

1. **עיצומים** – שניים היו בסכסוך. אחד אומר שאם לא יתייצב עד יום מסוים להמשך הדיון הוא מתחייב לתת לו סכום כסף. הגיע זמן הדיון והוא לא בא. התעוררה השאלה: האם להתחייבות לתת את הכסף יש תוקף? ר' יוסף אומר: כן התקיים התנאי והוא חייב לשלם. ר' יהודה אומר: אמנם התחייבתי, אבל לא בוצעה כל פעולה קניינית. לפיכך, אם אתה רוצה לתבוע אתה צריך ללכת לבית המשפט כדי לממש את הזכות האובליגטורית, ואתה לא זכאי לקבל את הכסף כזכות קניינית, שניתן לקבלה אוטומטית ללא ביהמ"ש.
1. תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) א, טז-יז
שנים שנתעצמו זה בזה ואמ' אחד מהן לחבירו אם לא באתי מיכן ועד יום פלני הילך בידי כך וכך תבע הגיע זמן ולא בא יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שלא בא לתוך ידו אלא ינתחנו²¹.
2. **משכנתא** – פלוני נותן לאמוני משכנתא ואומר לו: אם לא אעמוד בהתחייבות המשכנתא תיחלט בידי הנושה והוא יהפוך לבעלים. בא היום והוא לא משלם, לפיכך מחלטים את המשכון. על זה השאלה ומחלוקת כמו בסוגית העיצומים.
1. תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) א, טז-יז
משכן לו בית משכן לו שדה ואמ' לו אם לא נתתי לך מיכן ועד יום פלני אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא נתן יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא ינתחנו...
3. **עירבון** – כאן עירבון הוא במובן של מקדמה ולא עירבון במובן של ערובה כפי שזה היום. פלוני מתחייב לרכוש נכס (בית או שדה). הוא נותן מקדמה ואומר שאם לא ישלם יתרת סכום עד תאריך מסוים ולא ירכוש את הנכס, אזי המקדמה תישאר אצל המוכר והקונה יפסיד אותה, ואם הפוך, קרי שהמוכר מטרפד את העסקה, המוכר ייתן לקונה כפל מקדמה. זאת אומרת שהוא יחזיר את המקדמה וייתן סכום נוסף בגובה המקדמה. גם כאן יש ויכוח האם יש תוקף להתחייבות, והאם דמי המקדמה שייכים למוכר. רבי יוסף אומר שכן. רבי יהודה אומר שצריך להחזיר. הוא לא אומר יותר זה, אבל ברור לפי המקרים הקודמים שהמשמעות היא שהוא יכול לתבוע את הכסף בבית המשפט אבל לא לקבלו אוטומטית היות שמדובר בזכות אובליגטורית ולא קניינית.
1. תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) א, טז-יז
הנותן ערבון²² על חבירו על הבית ועל השדה ואמ' לו אם לא נתתי לך מיכן עד יום פל' אין לי בידך כלום והלה כותב לו אם אחזור כך הריני כופל לך עירבונך והגיע זמן ולא נתן יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא נותן לו עירבון שלו...

²¹ יתבע אותו לדין.
²² מקדמה.

בין שלוש המקרים יש מספר נקודות משותפות:

- יש התחייבות שיש ביסודה העברה של זכות = התחייבות להעברה של הזכות.
- יש תנאי לפיו אם לא יבוא עד יום פלוני לבצע פעולה והתוצאה שהתחייבות תתקיים
- המשותף הנוסף הוא שיש מחלוקת לפיה אומר ר' יוסי שלהתחייבות יש תוקף, ולפי ר' יהודה אין זכות אוטומטית, אלא יש לתבוע בבית הדין כדי לקבל את הכסף.

מקרה רביעי (במקור מס' 2 בדף אסמכתא):

2. בבלי, בבא בתרא קסח, א

מתני'. מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר לו: אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן - רבי יוסי אומר: יתן, רבי יהודה אומר: לא יתן. גמ'. במאי קמיפלגי? ר' יוסי סבר: אסמכתא קניא, ורבי יהודה סבר: אסמכתא לא קניא. אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא אמר רב: הלכה כרבי יוסי. כי אתו לקמיה דרבי אמי, אמר להו: וכי מאחר שרבי יוחנן מלמדנו פעם ראשונה ושניה הלכה כרבי יוסי, אני מה אעשה? ואין הלכה כרבי יוסי. [רשב"ם, שם: אסמכתא - המבטיח לחבירו דבר על מנת שיעשה דבר לעתיד וסומך בלבו בשעת התנאי שיוכל לקיים הדבר כשיגיע זמן וכשיגיע הזמן יאנס ולא יוכל לקיים. לא קניא - ואינו נתפס בתנאו ולא יפסיד בכך]. פלוני חייב לאלמוני סכום כסף (למשל 10,000 ₪) החוב נרשם בשטר. החייב מחזיר לו חלק מהכסף (למשל 3,000 ₪). בכדי להבטיח שהנושה לא יפרע את השטר הוא מפקיד את השטר בידי צד ג' (= משליש) ואומר: אם לא אתן את יתרת הסכום עד למועד מסוים השליש ייתן לנושה את השטר ויצא שהחייב הפסיד את החלק שפרע מוקדם (ה 3000 ₪). הסבר: בדרך כלל נהוג היה שהשטר אצל הנושה וכשהיה מקבל את החוב היה מחזיר את השטר וקורע אותו. בעניינינו, שולם חלק מהשטר, לפיכך, השטר ניתן לשליש, מעין נאמן, אם החייב לא ייתן את יתרת ההלוואה עד לתאריך מסוים, השליש ייתן את השטר לנושה וזה יכול להציג את כל השטר לפירעון. כך יקבל הנושה גם את השטר וגם את ההפקדה החוזר הראשונית. לעומת זאת אם תשולם שארית ההלוואה, יחזיר השליש את השטר לחייב והוא יקרע אותו. זה מנגנון המתאים שלמקרה שחלק מההלוואה מוחזר לפני שכולה נפרעת.

גם כאן חוזרים המאפיינים של שלוש המקרים הראשונים:

- יש התחייבות שיש ביסודה העברה של זכות = התחייבות להעברה של הזכות.
 - יש תנאי לפיו אם לא תמולא ההתחייבות, תהיה סנקציה של תשלום.
 - במקור, התנאי לא התקיים, החייב לא הביא את הכסף ויש מחלוקת מה השליש צריך לעשות בשטר לתת לנושה או לא.
 - נוסחת ההתחייבות היא אותו דבר והמחלוקת בין ר' יוסי לר' יהודה, גם היא דומה.
- המיוחד הוא שבמקור זה התלמוד קורה לזה במפורש "אסמכתא" ומזה ניתן לדעת שגם שלוש הראשונים הם "אסמכתא".

רבי יוסי – אסמכתא קנייה - = תקיפה.
רבי יהודה – אסמכתא לא קנייה = לא קונה = לא יוצרת זכות קניינית.
רבי יוחנן אומר ההלכה כרבי יוסי = האסמכתא קונה.
אח"כ עורך הבבלי ואומר "אני חולק" אני חושב שההלכה היא כרבי יהודה.²³

מדוע זה אסמכתא ולמה להתחייבות זאת אין תוקף?

שלוש גישות:

1. חוזית
2. דינית
3. הפגם קנייני

הגישה החוזית של הרשב"ם – גישה זאת מאפיינת גם את רש"י ואת בעלי התוספות.
[רשב"ם, שם: אסמכתא - המבטיח לחבירו דבר על מנת שיעשה דבר לעתיד וסומך בלבו בשעת התנאי שיוכל לקיים הדבר כשיגיע זמן וכשיגיע הזמן יאנס ולא יוכל לקיים. לא קניא - ואינו נתפס בתנאו ולא יפסיד בכך].
מתאר את העובדות מה זה אסמכתא – התחייבות לעשות משהו בעתיד וקוראים לו אסמכתא כי סמוך ובטוח כי יצליח לקיים את התנאי אבל בסוף לא מצליח לקיים מחמת אונס. לפיכך, זה לא יוצר זכות קניינית, לא תופסים אותו בתנאי שלו והוא לא חייב. זה נעדר גמירת דעת כי לא התכוון כי היה בטוח שהוא מסוגל לקיים את ההתחייבות, ואם הוא לא מצליח שזה לא ברצונו ולא נובע מהסכמתו אזי אין גמירת דעת ולפיכך ההתחייבות לא תופסת. לפי הגישה החוזית השם "אסמכתא" בא בגלל שהוא סמוך ובטוח שיוכל לקיים את ההתחייבות.
יש פגם בטיעון ובדרך הזאת, על כך נדבר עליה בפעם הבאה.

הסבר: "שדה סמנטי"²⁴.

²³ כלל המסורת אומר – הלכתא כבתרא = הלכה כאחרונים – מהדור הרביעי של אמוראי בבל אין יותר מחויבות של כל דור לקודמו. קרי שמה שהתנאים אומרים מחייב את מי שבא אחריהם, האמוראים וכו', כך 4 דורות. אחרי כן דווקא ההלכה היא כאחרונים. כך שבדורות האחרונים של בבל, כבר נוצרת הלכה חדשה למעשה.

²⁴ **שדה סמנטי** = יש מגוון מונחים המתאימים לתחום מסוים של חיים ובינם יש מכנה משותף זהו שדה סמנטי.

למשל כריתת ברית, כריתת חוזה. או ניתוח או הסכם במובן של פסיקה. כל אלו מונחים הבאים מ"שדה סמנטי" של תחום ההתחייבות. זה בא מברית בין הבתרים שהיא בין אברהם לבין אלוהים והטכס הוא לפיד אש העובר בין הבתרים – האל העביר את הלפיד.

זהו טכס בריתות שבו חותכים את בעל החיים ועוברים בין הבתרים שלהם. הברית היא כריתת עגל לשניים. מה הרעיון? יש לכך שני הסברים: 1. הסימפאטי - בני ברית הפכים למין גוף אחד, יש הרמוניה ביניהם. חיתוך בעל החיים הוא סימבול שזה גוף אחד החתוך לשניים. 2. הסבר שני - יש סנקציה שאם הצדדים לא יעמדו בברית זה עשוי להיות סופם. כמו במעשה פילגש בגבעה בו ביתרו את גופה לחלקים שהועברו לכל שבטי ישראל. – זה ההסבר הלא סימפאטי, אבל מועדף על המרצה.

16.12.2008 - שיעור מס' 7.

ראינו ארבעה מקרים של אסמכתא

המכנה המשותף לכול המקרים :

1. העברת זכויות מותנית במסגרת נוסחת התנאי והתחייבות של המזכה לעשות פעולה מסוימת עד לתאריך מסוים, ואם לא ינקטו נגדו סנקציות.
2. מחלוקת האם יש תוקף להתחייבות המותנית לפי ר' יוסי יש ולפי יעקב אלא יש לתבוע אותה בביהמ"ש.

בתחילת הגמרא הייתה נטייה לפסוק לפי יוסי ולקראת חתימת הגמרא הלכה הייתה לפי יעקב.
"לא קנייה" וזאת ההלכה עד ימינו.

מה הפגם באסמכתא ? לכך 4 גישות :

אסכולה חוזית של הרשב"ם.

בכול ההתחייבויות המתחייב סמוך ובטוח שיקיים את התנאי, ולכן אינו גומר בליבו ובדעתו לגבי הסנקציה אליה הוא מתחייב. לפיכך, אין גמירות דעת לגבי ההתחייבות לסנקציה ומכאן שההתחייבות כולה נופלת.
הנסיבות של הכניסה להתחייבות הן נסיבות של אונס ושל כוח עליון ולכן היא פסולה.
הפירוש המילולי של אסמכתא = שהוא סמוך ובטוח שיקיים את התנאי ושלא יצטרך להגיע ולבצע את הסנקציה.
זה לא פשוט, כי על פניו ההתחייבות ניתנה ללא כפיה.
בכול ההתחייבויות שראינו מדובר על סנקציה שתתממש במקרה של אי עמידה בהתחייבות למשך זמן מסוים. כל המקרים מתאימים עובדתית לתבנית זו.

שיטה דיונית (פרוצדוראלית)

הרשב"ם²⁵ סבור שהפגם הוא דיוני.

3. שו"ת הרשב"א, חלק א, תקלג

אלא מפני שנתחבטו חכמי הדורות הראשונים והאחרונים בענין האסמכתא מהו הדבר שנקרא אסמכתא ובמה תלוי ולא ראיתי לאחד שהסכים עם חבריו... וכל אחד מביא ראיה שראוי לסמוך עליה. ואני יגעתי ומצאתי קושיות והיות על כל אחד מצדדין אלה. עד שמצאתי בחמלת השם ענין שכל ההלכות שהאסמכתא תלויות בו אין יוצא דבר ממנו לפי דעתי ואכללנו לך במלות. והוא בכל דאי²⁶ שאמרו דרך קנס הוי אסמכתא. אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני החזיר לו את שטרך. אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלי. אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי...

הסנקציה היא בעצם קנס – שאמרו דרך קנס.

אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלי (צריך להיות שלך). זאת דוגמא שהרשב"א

מביא מתוך ארבע הדוגמאות שניתנו קודם.

אח"כ הוא מביא דוגמא נוספת משל עצמו: אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי...

²⁵ ר' שלמה בין אדרת מחכמי ספרד מאה 14.

²⁶ ואם לא...בא או מלא אחר התנאי וכד'

מדובר בהסכם חכירה בין חוכר לבעל שדה. החוכר צריך לעבד את השדה תמורת חלק מסוים מהיבול. החוכר מתחייב שאם לא יעבד את השדה אזי ישלם אלף זוזים. זאת התחייבות רצינית במונחים של אז (שוות ערך לסדר גודל של פי חמש משכר שנתית). זאת אומרת שאם לא יקיים את התנאי, הוא קונס את עצמו. זה מתאים לכל המקרים הקודמים. הבעיה היא שקנס לא יכול להיות עצמי. לפי סדרי הדין רק בית דין יכול לחייב בקנס. הקנס בא מהמערכת, והוא עונש. הכלל הוא שאדם אינו יכול להעניש את עצמו בשום מקרה, לכול היותר אדם יכול לחייב את עצמו. מכאן שסדרי הדין אינם מאפשרים התחייבות מסוג זה.

שיטת הרמב"ם – השדה המשפטי הוא קנייני – מקור הפגם בדיני הקניין.

הרמב"ם טוען שאסמכתא היא העברה של זכויות. השאלה היא: האם הזכות שהובטחה היא גם קנויה, דהיינו האם הזכות היא קניינית?

4. רמב"ם הלכות מכירה פרק יא

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

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

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

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

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

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

הלכה יד כיצד הרי שהתפיס שטרו או שוכרו בבית דין, וקנו מידו שאם לא בא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים, ואם עכבו נהר או חולי מלבא לא יתנו וכן כל כיוצא בזה, והוא שיהיה בבית דין חשוב.

הלכה טו המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם

עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הווי עלי עדים וחייב לשלם, אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הווי רוב הגאונים.

המקרה הראשון פשוט ולא קשור לאסמכתא. הלכה א':
הלכה א' המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן, בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיים התנאי לא קנה, וכבר ביארנו משפטי התנאים בהלכות אישות.

מדובר בעסקת מכר מותנית, בין שהתנאי הוא של המקנה לבין שהוא של הקונה. אם התקיימו התנאים, אזי לפעולה יש תוקף. זאת הלכה כללית בענייני תנאים שאינה קשורה לאסמכתא.

מקרה שני:

הלכה ב' במה דברים אמורים: (1.) בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי, אבל (2.) אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא, שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו.

יש שני מצבים:

1. קנה באחת מהדרכים שקונים בהם – עליו לקיים את התנאי.

2. אם לא קנה.

כאמור, כל עסקה קניינית תלויה במעשה קניין – למשל, במקרקעין זה יכול להיות כסף, או שטר, או חזקה. במיטלטלין זה יכול להיות מסירה, משיכה ודרכים פיזיות נוספות.

מצב ראשון, אם העסקה קניינית, כלומר בוצעו מעשי הקניין, אזי העסקה הכספית מתקיימת אם התנאי מתקיים. הזכויות יעברו בהתקיים התנאי. זה כמו המקרה הראשון בהלכה א', מדובר בפעולה משפטית התלויה בתנאי זה המקרה הפשוט.

מצב שני - אם לא התבצעה פעולת הקניין ויש תנאי, אזי **זאת אסמכתא**. זאת אומרת ההתחייבות היא שבעתיד, אם יתקיים התנאי, יעשה הטכס = מעשה הקניין.

אחרי שהרמב"ם הסביר מהי אסמכתא, הוא מסביר את הבעיה באסמכתא בשני שלבים:

1. שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך.

2. שהרי לא גמר בליבו להקנותו.

זכויות קנייניות יכולות לעבור רק כשיש הסכמה שביטויה הוא מעשה הקניין. שהוא ביטוי להסכמה וגם של העברה.

במצב הראשון היה כבר מעשה הקניין, יש הסכמה וגם העברה, ורק מחכים להתקיים התנאי. במצב השני יש הסכם מכר אבל אין מעשה קניין. גם מעשה הקניין יעשה בעוד זמן (כשיתקיים התנאי). לפיכך, זה חוזה ריק ללא גמירת דעת.

לסיכום : לפי הרמב"ם :

הגדרת אסמכתא = התחייבות להעברת זכויות קנייניות שאין בצידה מעשה קניין. הפגם הוא העדר גמירת דעת. אבל אצל הרמב"ם הפגם הוא קנייני (ולא פגם חוזי כפי שאמר הרשב"ם) הרמב"ם מסביר גם ממה נובע השם אסמכתא - נקרא כך שהרי סמך קנייתו = הקונה הסתמך על משהו, ולכן קורים לזה אסמכתא = הכול תלוי ב, סמוך על..

הלכה ג' - הרמב"ם נותן דוגמאות לשני המצבים שתוארו בהלכה ב' הלכה ג' כיצד²⁷ המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום, ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה, אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני, אתן לך בית זה, או אמכרנו לך בכך וכך, והלך עמו באותו היום או שהביא לו, אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן כל כיוצא בזה.

הלכה ו'

הלכה ו' וכן כל תנאין שמתניין בני אדם ביניהן, אע"פ שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה לך ולא אתן לך, אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא קנה, שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת²⁸ שמא יהיה או שמא לא יהיה. ההסכם לא חל משעת ההסכמה, אין תחולה רטרואקטיבית. אם הצדדים יסכימו לעשות את מעשה הקניין, לאחר שהתקיים התנאי, הם יכולים להחיל את ההסכם רק מעכשיו ולא רטרואקטיבית. כל זה בגלל ששני הצדדים התלבטו ולא החליטו בינתיים ולכן לא עשו את מעשה קניין. לא הייתה גמירת דעת.

אבל לאמור לעיל, יש מספר הסתייגויות : הלכה ז' :

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

למרות האמור לעיל – אם בנוסחת ההתחייבות יש את המלים "קנה מעכשיו" – זה אומר שהזכויות יתקיימו רטרואקטיבית, אין הססנות, כשיתקיים התנאי הזכויות יעברו מלכתחילה, ואז זה לא אסמכתא.

סייג שני בהלכה יג' :

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

בסיג זה מה שקובע הוא לא הנוסחה. אלא ההתחייבות נמסרה לפני בית דין חשוב (מקביל לביהמ"ש העליון או בית דין רבני גדול) במקרה כזה המעמד גורם לכך שלא יפזרו מילותיהם לריק. הפורום יוצר את גמירת הדעת.

²⁷ הכיצד - = בו נדגים = לדוגמא.

²⁸ דעתו עדיין סומכת = והוא מחכה ורוצה לראות מה יהיה.

יש עוד שני סיגים שנעזוב אותם:

הלכה יד כיצד הרי שהתפיס שטרו או שוברו בבית דין, וקנו מידו שאם לא בא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים, ואם עכבו נהר או חולי מלבא לא יתנו וכן כל כיוצא בזה, והוא שיהיה בבית דין חשוב.

נחזור להלכה ט"ו שלמדנו בעבר:

זהו מצב ללא תנאי כלל.

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

זה לא אסמכתא. לא בגלל שזה סיג, אלא שכלל אין את התנאים הראשוניים לכך שזה יחשב אסמכתא.

4. דברים

זה לא "דברים" מ"קניין דברים" שם זאת הייתה פעולה. המונח "דברים" שם היה למושא העסקה שהיה ערטילאי.

"דברים" כאן זהו ההליך באמצעותו נעשית העסקה – באמצעות דיבורים.

הליך מכר שנעשה באמצעות דיבורים הוא הנמוך בין שלושת הרבדים או השלבים או הצורות בהן ניתן לעשות הליך של מכר כדלהלן:

1. יש מעשה קניין. (חל גם אם לא היה תשלום).

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.

משך ממנו פירות = לקח אותם פיזית, זאת אומרת שהיה מעשה קניין.

ולא שילם, דהיינו שהקניין נעשה פיזית אבל התשלום לא בוצע.

במקרה כזה המוכר לא יכול לחזור בו. הוא יכול רק לתבוע את כספו.

2. לעומת זאת, אם אין מעשה קניין אבל יש תשלום = "מי שפרע".

במקרה זה אם שילם ולא לקח, הרי שלא נעשה מעשה קניין והמוכר יכול לחזור בו – זה משפטית, אבל מוסרית, חברתית ודתית זה לא בסדר. לפיכך, יש סנקציה – עתידים להיפרע ממנו מהשמיים מדור המבול ודור הפלגה. לביטוי זה יש מספר הסברים:

1. אלו שלבים הסטורים שלפני מתן תורה, שאפילו אז לפני דור המשפט, היה סדר.

2. זאת התנהגות על סף הגזל כפי שהיה נהוג וקרה לפני המבול.

על "מי שפרע" יש מחלוקת:

לפי התנאים: זה משתכלל לסנקציה של ממש וחשוף לנידוי.

ויש דעה "רכה" יותר – זהו אקט הפחדה, שאיננו משתכלל לסנקציה ממשית, אלא האדם בא לביהמ"ש ונוזפים בו.

3. דברים.

זהו שלב או דרך שלישית.

30.12.2008 - שיעור מס' 8.

דברים – בודקים אפשרות של כינון הסכמי מכר באמצעות דברים²⁹. דברים אלו הם דברים בע"פ או דברים בכתב, זה לא משנה. אם אין מעשה קניין זה "דברים" = דיבורים. גם כתב הוא דיבורים לעניין זה.

כאמור, יש 3 דרגות להסכמי מכר.

1. **הסכם מכר אשר צמוד אליו מעשה קניין** = פעולה פיזית – זה הסכם המכר הטוב והגבוה ביותר. במקרה זה הזכויות עוברות לקונה. זאת דרגה 1.

2. **הסכמי מכר אשר בנוסף להסכם ניתנה גם תמורה**. לא נעשה מעשה קניין, אבל היה תשלום. בניגוד למקובל כיום שהתמורה היא האמצעי המשכלל את העסקה, הרי שבהלכה של התלמוד כסף ותשלום אינו מעשה קניין, ואם אין מעשה קניין, אבל יש תשלום, אזי אנחנו במצב ביניים. כי אמנם לא נעשה קניין אבל זה בכול זאת יותר מסתם דיבורים, ולכך מעמד העסקה הוא מעמד ביניים. מחד העסקה לא תקפה, ומאידך יש לה מעמד של "מי שפרע" – ואומרים שמי שפרע מאנשי דור המבול ומדור ההפלה עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. כמוכן שאם המוכר מעוניין לבטל את העסקה, שלא נעשתה, הוא חייב להחזיר את הכסף. זאת דרגה 2.

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 בדיבורו.

3. **דברים** – הקלוש בן השלושה מבחינת תוקפו של ההסכם זה "דברים" בע"פ או בכתב. כאן אין מעשה קניין ואין אפילו העברת כסף. "משא ומתן" = מקח וממכר. "אין לו עליו הונאה" = אין לעסקה תוקף. "הונאה" = זה אותה הלכה בדיני מכר המתייחסת לטעות בכדאיות העסקה – אם המוכר נותן מחיר העולה על 20% ממחיר השוק זהו "דין הונאה" והעסקה בטלה. לפיכך דין הונאה אומר שאין לעסקה תוקף. זאת דרגה 3.

²⁹ "דברים" = דיבורים.

דברים

לפי מקור 2

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

רבי שמעון אומר: אף כשאמרו טלית קונה דינרי זהב... אבל מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו; והנושא והנותן בדברים אין לו עליו אונאה, אבל אמרו חכמים כל המבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו. כך הסנקציה היא ש"רוח החכמים אינה נוחה הימנו". הסנקציה נמוכה יחסית מעין "הערה בתיק".

הדיון התלמודי הוא על ה"דברים". ההגדרה בתלמוד שונה מהתוספתא. וכשייבחנו המקרים בהמשך, יעלו קושיות שונות. הסוגיה התלמודית על דרגה 3 = "דברים".

3. בבלי, בבא מציעא מט, א

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

הדיון מתחיל בסיפור - הרב כהנה³⁰ מכר כותנה וקיבל כסף. יצא שהכותנה התייקרה. לפיכך, העניין לא מצא חן בעיניו והוא ניסה לחזור בו ולא לתת את הכותנה. עד כאן זה סיפור על דרגה 2. הלך ל"רב"³¹ ושאל אותו מה לעשות. רב אמר לו - למשל³² מכרת 500 קילו כותנה ב 500 ש, והמחיר התייקר והכותנה שווה 1000 ש, אז עכשיו ה- 500 ש נותנים/ קונים 250 ק"ג - את אלו אומר רב לרב כהנה: אתה חייב לתת, היות שקבלת על זה את התמורה. את השאר, שזה עוד 250 ק"ג זאת עסקה של "דברים" לפיכך, את זה אתה לא חייב לתת.

"מחוסרי אמנה" = אדם שלא ניתן לתת בו אימון - זהו תיוג חברתי.

לפי "רב" (מבבל) מי שחוזר מהסכם דברים אין בזה משום תיוג חברתי של "מחוסרי אמנה". אבל על זה יש ויכוח כי רבי יוחנן (מארץ ישראל) טען שיש בהם משום "מחוסרי אמנה". בעניינינו הרב כהנה פנה ל"רב" ולפיכך, רב הוא הפוסק וזה מה שמחייב את הרב כהנה.

השאלות המתעוררות מהסוגיה³³.

כבר בשלב זה מתעוררת השאלה הראשונה - הבעיה היא הפער בין מקור 2 למקור 3. התוספתא הקודמת לתלמוד אומרת לגבי דרגה 3 "אין רוח חכמים נוחה ממנו". והאמוראים כשהם מדברים

³⁰ אמורא מהמחצית הראשונה של המאה השלישית לספירה.

³¹ רב = שם של חכם.

³² הדוגמא המספרית היא של המרצה ולא במקור.

³³ בשלב ראשון נעלה את השאלות המתעוררות, בסוף נציע את הפתרונות לכול הבעיות שיועלו ונקרא את

הטקסט שוב ונראה איך מבינים אותו.

על דרגה 3 הם "ממציאים את הגלגל מחדש" וחרגו מההלכה ומתוכחים אם זה "מחוסרי אמונה" או לא. השאלה כאן היא למה האמוראים עשו זאת, למה חרגו מהלכת קודמיהם. בהמשך התלמוד מאגד ומשווה בין מקורות התנאים:

3. בבלי, בבא מציעא מט, א

ב] מיתבי³⁴, רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר ויקרא י"ט + הין צדק? והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך: שיהא הן שלך צדק, ולא שלך צדק! אמר אביי: ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב. הוא מביא את פסוק י"ט מספר ויקרא – העוסק בדיני מידות ואומר שהמידות והמשקולות יהיו תקניים, על פי כללי הצדק. "הין" זאת מידה של נוזלים – התלמוד שואל למה צריך ללמד אותי על מידת הנוזלים הרי "הין" היה פעם מידה של משהו קטן. ואם אסור לסטות במידות גדולות קל וחומר שאסור לסטות במידות קטנות, שכן במידות קטנות כל סטייה היא יותר משמעותית באופן יחסי. הדברים נאמרים כדי לומר לו שהדרישה היא שלא מדובר במידת נוזלים, זאת אומרת ש"הין" זה לא מידה, אלא "הין" זה כן. מה שאומר שיש לשמור על מידתיות ואתה חייב לעמוד במילתך. מכאן שאדם שמתחייב למשהו ואומר "הין", זה מחייב אותו. מכאן בא הביטוי "הין צדק". זה ה"הין" צריך להיות צדק = אדם חייב לעמוד בדיבורו. מכאן מקשים על דבריו של רב ואומרים שזה בניגוד לדבריו של רב אביי אומר ומסביר את דבריו של "רב" ואומר "הין צדק" משמעו שונה. משמעו שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב. אבל אצל הרב כהנה אין מצב כזה (שהוא אסור ועליו מדובר כשאומרים "הין צדק") אלא יש מצב של שינוי הנסיבות. שינוי נסיבות זהו מצב המתיר חזרה מהתחייבות (אין בו משום "מחוסר אמונה"). זאת אומרת שאביי מצמצם את צו ה"הין צדק" למצב של "אחד בפה ואחד בלב" ומחריג את שינוי הנסיבות שאינו שייך לעניין ו"הין צדק" לא חל עליו. זאת השאלה השנייה – אין ניתן להסביר את הדוחק הפרשני בדברי אביי ש"הין צדק" מצמצם את ההלכה ומתייחס רק ל"אחד בפה ואחד בלב".

מקור ג]

3. בבלי, בבא מציעא מט, א

ג] מיתבי, רבי שמעון אומר: אף על פי שאמרו טלית קונה דינר זהב ואין דינר זהב קונה טלית, מכל מקום כך הלכה, אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה - הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו! [והנושא והנותן בדברים...]. מנגידים מקור תנאי שני עם המקור של "רב".

מקור זה חוזר לשאלה הראשונה – בתוספתא כתוב ש"אין רוח חכמים נוחה ממנו" = ראוי שאדם יקיים את דיבורו. אם כן איך רב אומר שהוא יכול לחזור בו? התלמוד שואל שאלה מעט שונה מהשאלה הראשונה ששאלנו בשיעור. אנחנו שאלנו על הפער והתלמוד שואל שאלה ועונה עליה בהפניה³⁵ למקור ד]

³⁴ תשובה – לזה יש משמעות קדומה כפולה כמו היום ותשובה זה קושיה – משיב את השואל משאלתו. הקושיה היא גם תשובה – מחזירה אותו לאחור. שתי תשובות בדבר = שתי קושיות בדבר. מטיבי = מקשים קושיה.
³⁵ צורה זאת נדירה שלא עונים ישירות על שאלה אלא מפנים למקור אחר.

3. בבלי, בבא מציעא מט, א

ד] תנאי היא, דתנן: מעשה ברבי יוחנן בן מתאי 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. אלא, עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם: על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד. ואי סלקא דעתך דברים יש בהן משום מחוסרי אמנה, היכי אמר ליה זיל הדר בך? שאני התם, דפועלים גופייהו לא סמכא דעתייהו. מאי טעמא - מידע ידעי דעל אבוה סמך. אי הכי, אפילו התחילו במלאכה נמי! התחילו במלאכה ודאי סמכי דעתייהו, אמרו: מימר אמר קמיה דאבוה, וניחא ליה.

ד] מביא מקור תנאי אחר ששונה מדברי המקור התנאי המופיע בתוספתא. המקור האחר סבור שאין בהם משום "אין רוח חכמים נוחה הימנו" – ועל מקור זה מסתמך "רב" – מקור זה הוא מקור מסי' ד]

רבי יוחנן שלח את בנו לשכור פועלים וזה הבטיח להם בין השאר מזול תמורת העבודה. האב, רבי יוחנן, אמר לבנו, לאחר שסיפר לו מה שעשה, תחזור מהר ותגדיר לפועלים מהם המזונות אליהם התכוונת, היות שאם לא תעשה זאת תאלץ לתת להם מזונות טובים ביותר – את המכסימום – "סעודת שלמה בשעתו". לפיכך, לך ותאמר להם שהם זכאים ל"פת וקטנית" בלבד, כדי שלא תצא מחויב.

זה מצב בדרגה 3. לפני שהפועלים החלו לעבוד עדיין ניתן לעצב אות ההסכם ולשנות אותו. מכאן יוצא שדברים אין בהם משום "מחוסרי אמנה" ועל זה מסתמך רב. זאת משנה שהיא לא פחות חשובה מהתוספתא ויוצא שהויכוח התחיל אצל התנאים וממשיך אצל האמוראים.

התלמוד אומר משהו שונה – "הפועלים עצמם לא סמכה דעתם" = הם לא היו בטוחים שניתן לסמוך על מה שאמר הבן, כי הם יודעים שאבא קובע והבן רק שליח. הפועלים ידעו שיש לחכות לאישור של האב, לפיכך, הפועלים עצמם לא נסמכו על דברי הבן וידעו שההבטחה אינה סגורה עד שהאב לא מאשר זאת, לפיכך זהו לא מצב של "דברים" אלא שלב מוקדם יותר - שלב מו"מ וזה לא שייך למצב של "דברים". מכאן שהתלמוד אומר שהמקור התנאי כלל לא רלוונטי לסוגיה שלנו.

אם כך נשאלת השאלה: למה אם יתחילו לעבוד זה סוגר את העסקה? על זה אומר התלמוד: אם הפועלים התחילו לעבוד ההנחה היא שהם כבר סומכים על מה שהבן אמר, כי הם מניחים שהבן היה אצל האב והאב הסכים (בכך ששתק). היוצא מכך שמקור זה אינו הוכחה ואינו חיזוק ובסיס לדבריו של "רב".

הבעיה של מקור זה היא שגם בשלב הראשון, בו התלמוד טוען שמקור זה כן רלוונטי לדיון שלנו (לפני שמגיעים לעניין שהפועלים סומכים על ההסכם או לא), הרי שלא מדובר בחזרה מהסכם אלא מדובר כאן בפרשנות של הסכם.

המזונות לא הובטחו כ"סעודה של שלמה" אלא יש לאב חשש שתהיה פרשנות לא נכונה של הפועלים את ההסכם, ולכן הוא שולח את הבן, ליתר ביטחון, בכדי שלא יהיה אחר כך ויכוח למה התכוונו בהסכם, לאיזה סוג של סעודה.

השאלה השלישית, כאן היא מה הקשר בין הסכם חזרה ממכר, להסכם כזה שהוא רק עניין של פרשנות?

13.1.2008 - שיעור מס' 9

חזרה על שיעור שעבר

דברים = הסכם מכר בלא מעשה קניין.

פיסקה 2:

והנושא והנותן בדברים אין לו עליו אונאה, אבל אמרו חכמים כל המבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו. התנאים בתוספתא אומרים שמה שנעשה באמצעות דברים בלבד אין להם תוקף משפטי, אבל יש לקיימו כי "אין רוח חכמים נוחה הימנו". זאת אומרת שיש לקיימם מבחינה מוסרית ודתית פיסקה 3[א] – אצל האמוראים בתלמוד הבבלי יש מחלוקת (להבדיל מהתנאים): "רב" (בבל) אומר לא "מחוסר אמונה", רבי יוחנן (ארץ ישראל) אומר כן "מחוסר אמונה".

הבעיה הראשונה – פער המושגים בין התוספתא שאומרים "אין רוח חכמים נוחה הימנו" לבין האמוראים שממציאים את מונח "מחוסר אמונה". האמוראים מכירים את התוספתא, אז למה הם משנים את המינוח. בעיה נוספת, אם התוצאה מוסכמת על התנאים ואצלם אין מחלוקת, אז למה אצל האמוראים העניין כן שנוי במחלוקת?

בפסקה 3[ב] מפרשים את פיסקה 3[א] - המקור מתייחס להסכמי מכר. הדרישה היא "הין צדק" לא במונח של משקלות אלא במונח של הן צדק. שם נאמר שיש לקיים את ההתחייבות (מה שתואם את עמדת רבי יוחנן), והמקור מסביר שרוב פירש את הסוגיה זה כחובה למנוע מרמה במכוון ולא לומר אחד בפה ואחד בלב – זה מה שאסור אצל "רב" לפי פרשנות מקור זה. פיסקה 3[ג] ו-3[ד] יקראו ביחד:

תנאי היא – התלמוד טען שרוב מסתמך על מקור תנאי אחר. המקור מספר את הסיפור עם הפועלים והאוכל שדובר בו בשיעור שעבר.

הקושי הטרומי כאן הוא שהזיהוי של הסוגיה כאן אינו נכון, היות שאין כאן חזרה מהסכם אלא יש כאן פרשנות של הסכם. זאת בעיה שמתעוררת עוד לפני שנכנסים לשאלה התלמודית. התלמוד העלה בעיה אחרת, שהיא משנית לדעת המרצה. התלמוד אמר שהבן הוא רק מתווך. לפיכך, הפועלים יודעים שכלום לא נסגר עם הבן אלא עליהם לחכות ולראות מהי עמדת האב. לפיכך, אומר התלמוד, לא היה כאן הסכם בכלל וכל הסיפור לא רלוונטי ל"דברים". זהו משא ומתן לקראת הסכם שממנו בודאי ניתן לחזור, ולא ניתן ללמוד מכאן האם ניתן לחזור מהסכם. זה הבעיה שהתלמוד מעלה.

נעבור למקור 3[ה]:

3. בבלי, בבא מציעא מט, א

ה] ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך - יכול לחזור בו. יכול, פשיטא! - אלא: מותר לחזור בו. - אמר רב פפא; ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו. הכי נמי מסתברא, דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי - בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר...

כאן המקור עוסק במקורות האמוראים ובשאלה איך הם מסתדרים בינם לבין עצמם. המקור הזה לא עוסק בוויכוח ובסתירות שבין תנאים לאמוראים, אלא בין אמוראים לבין עצמם.

כאן הם עוסקים בר' יוחנן ומקשים על המימרא "מחוסרי אמונה" שמתייחסת למכר. אבל, אומר המקור, במקום אחר אותו רבי יוחנן אמר גם: "האומר לחברו מתנה אני נותן לך" = מתחייב לתת

מתנה, ורבי יוחנן אומר שלגבי מקרה זה של מתנה הוא כן יכול לחזור בו. זאת אומרת שהמקור אומר שרבי יוחנן גורס שהסכם מכר של דברים מחייב, ואילו הסכם מתנה של דברים אינו מחייב. לכאורה זה הגיוני ולא מעורר בעיה כי מכר ומתנה אינם אותו דבר. אבל התלמוד שואל את השאלה בכול זאת. לפיכך הבעיה הבא מבחינתנו היא למה בכלל מתעוררת השאלה? התלמוד אומר שזה יכול לעזור לו, זה מה שמיישב את הסתירה בין המכר למתנה. אמר רב פפא³⁶ שר' יוחנן התכוון למתנה מועטת. זאת אומרת שיש להבחין בין מתנה מועטת (קטנה) לבין מתנה מרובה (גדולה). במתנה קטנה (מועטת) הוא לא יכול לחזור בו, ובגדולה ניתן לחזור בו. למה?

במתנה קטנה יש הסתמכות. המקבל מסתמך על המתנה כי היא קטנה וסביר שמתנה מעין זאת מינתן. לעומת זאת, אם מבטיחים במתנה מרובה המקבל לא מפתח הסתמכות, כי הוא יחשוד שזה לא הגיוני לקבל במתנה משהו גדול מדי. לפיכך נאמר, שרבי יוחנן התכוון שמכר הוא כמו מתנה מועטת ויש אינטרס הסתמכות מה שלא מאפשר חזרה מההתחייבות בדברים. לעומת מתנה גדולה שמאפשרת לנותן לחזור בו כי לא התפתח אצל המקבל אינטרס הסתמכות. הכוהנים והלוויים לא קיבלו נחלה בארץ וחיו על בסיס של מתנות מסוגים שונים למשל צמר = בגדים. כאן מדובר בסוג אחד של המתנות. ההלכה היא שישראל נותן ללוי מעשר (כמעט 10%) מהגידולים החקלאיים. הלוויים מפרישים מעשר ממה שקיבלו לכוהנים = מעשר מן המעשר = תרומה מהמעשר.

"ישראל שאמר לכן לוי: כור מעשר יש לך בידי" - מדובר על הבטחה בתחום של מתנות בה מבטיח ישראל ללוי לתת לו כור מעשר³⁷.

בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר... - הלווי מסתמך על זה ואומר את התרומה שאני חייב לכוהן, על דברים אחרים, אני אתן לכוהן מתוך ההבטחה הזאת. יש הבטחה של ישראל לתת מתנה ללוי, ונאמר שהלוי יכול להסתמך על כך ולהתחייב על סמך זה כלפי הכהן.

זאת אומרת שיש להבטחה של ישראל לתת מתנה ללוי תוקף משפטי. השאלה האם זאת מתנה מרובה או מועטת? התשובה שמועטת. למה? המתנות של המעשר הם למעשה מיסי חובה. כך שהן למעשה קניין של הלוויים ושל הכוהנים. ישראל מחליט רק למי לתת את המעשר ולא אם לתת או לא. היות שהמעשר לא של ישראל, הוא רק מחליט לאיזה לוי ספציפית הוא ייתן את המעשר. לישראל בכלל אין לו זכות קניין במעשר, אבל בכול זאת ההחלטה למי לתת יוצרת זכות משפטית, ויש לישראל טובת הנאה מסוימת, כי ישראל יכול כנותן לבקש מלוי מעין עמלה בחזרה (רק עמלה קטנה אחרת זה לא מתנה) זה שישראל מקבל משהו חזרה זה מה שעושה את המתנה למועטת. הכור מעשר לא שייך לו אלא רק טובת הנאה הקטנה המשנית. זאת אומרת שהאלמנט של המתנה בא לידי ביטוי רק בכך שהוא מחליט למי לתת וזה כמות קטנה של מתנה. = מתנה מועטת.

המבטיח ישראל לא יכול לחזור בו מהחלטה זאת, לכן הלווי יכול להסתמך על זה - את זה אומר רבי יוחנן. מכאן שזה מסביר את דברי רבי יוחנן לפיהם במתנה מועטת הוא לא יכול לחזור ממנה.

³⁶ אמורא בבלי

³⁷ הכוונה מעשר גדול בסדר גודל של עשרות קג" של תבואה.

לסיכום, יש במקור 3. בבלי, בבא מציעא מט, א מהלך הבנוי משלושה חלקים :

1. מציגים את המחלוקת בית התנאים לאמוראים.
2. שלב שני מציגים את המחלוקת בין האמוראים לבין עצמם.
3. בסוף מסבירים את הסתירה לכאורה ר' יוחנן לעצמו.

הפתרון לשיטת הדר' יצחק ברנד נמצא במונח מפתח בסוגיה : "ושמך דעתנו" = סמיכות דעת. המושג חוזר במפורש פעמים רבות, וגם בעקיפין דרך המושג "מחוסר אמנה" כפי שיבואר בהמשך. במקור זה המונח "מחוסר אמנה" מפורש כגנאי למבטיח אשר לא מקיים את הבטחתו, במובן שלא ניתן להאמין לו. המונח "מחוסר אמנה" מופיע בהקשר הלכתי ובפרשנות זאת רק במקור זה.

אבל במובן אגדתי המונח "מחוסר אמנה" מופיע פעמים רבות. למשל נוח אמר שהוא לא נכנס לתיבה לפני שרואה את המבול מתחיל ממש, חכמים אמרו עליו שהוא "מחוסר אמנה" = קטן אמונה כי הוא לא האמין שיהיה מבול עד שלא ראה שהגשם מתחיל. זאת המשמעות של המונח בהקשרים של אגדה.

המרצה מציע לפרש את ההלכה כך שכשרב ורבי יוחנן מתווכחים אם ההפרה של דברים מביאה לתוצאה של מחוסר אמנה או לא, הם לא מתייחסים למבטיח (כפי שהמקור מסביר והוסבר בשיעור עד לנקודה זאת) אלא הם מתייחסים על במסתמך, כמו באגדה שם המונח מתייחס למסתמך. זה תואם את האחידות מהבחינה הלשונית.

הצעת המרצה היא בניגוד לכול המפרשים האחרים שלא שמו לב לזה. אבל היא עונה בצורה טובה על כל השאלות והבעיות שהתעוררו בדיון על הקטע בשני השיעורים האחרונים. לאחר שנאמץ פרשנות זאת ניקרא את כל הפרשה בצורה אחרת, כדלהלן :
בכול חוזה יש הבטחה והתחייבות מחד והסתמכות מצד שני.
בסוגיה שלנו אדם מבטיח (בדברים) למכור משהו.

בעולם התנאים לחוזה כזה יש תוקף. אמנם בדברים אין לו תוקף משפטי, אבל יש לו תוקף אתי, מוסרי ודתי, היות שיש לעמוד בדיבור.

בגישה זאת דוגל גם רבי יוחנן. לעומתו לרב, היושב בבל, יש בעיות עם זה שם לא מקבלים את תוקף ההתחייבות. אחת הדרכים לעשות זאת (מה שפולר גילה רק בשנות ה 20) היא להכיר בכך שלהסכם התחייבות יש גם אלמנט של אינטרס הסתמכות של הצד השני. לפיכך, גם אם ההבטחה לא תקפה מצד ההתחייבות, הרי שהיא תקפה מצד ההסתמכות.

החובה לקיים את הסכם המכר עובר מהצד של ההתחייבות לצד של ההסתמכות. השאלה היא האם המסתמך יכול לראות את עצמו כנפגע וכמי שלא יכול לתת אמון באחר = "מחוסר אמנה" במובן של המונח בהיבט האגדתי.

זה פותר את הבעיה הראשונה שהתעוררה. התוספתא מתייחסת למבטיח כשהיא אומרת "אין דעת חכמים נוחה ממנו" ואילו האמוראים בבבל בודקים את המסתמך, ולגביו נאמר שהוא "קטן אמונה" ואין כאן כל סתירה בין המונחים. לפי בבל יש לאכוף את ההסכם כי המקבל הוא "מחוסר אמנה".

לגבי המקור [ב]3 - "אחד בפה ואחד בלב" זה גם אינטרס ההסתמכות.

מקורות 3[ג] ו-3[ד] – שם כל הדיון מתייחס לשאלה האם הייתה או לא הייתה סמיכות הדעת של הפועלים. השאלה שהתעוררה שם היא מה הם הבינו ולא מה הובטח להם. הבנה של זה מסירה את הקושי שהעלנו בעניין פרשנות ההסכם. היות שהבעיה מתעוררת אם מתמקדים בהבטחה, אבל אם מסתכלים על מה שהפועלים הסתמכו, והשאלה היא האם זאת הסתמכות סבירה שמגיע להם סעודת שלמה. אם יוצא שההסתמכות היא רלוונטית אז יש לבדוק את ההשלכות לגבי ההסכם כולו ולגופו. שאלת ההסתמכות במקור זה ברורה וגלויה והיא שמסבירה למה הביאו את הסוגיה לכאן. (מה שלא היה ברור קודם לכן בשעה שההתייחסות הייתה כאילו שמדובר במו"מ לפני הסכם).

מקור 3[ה] – במתנה מועטת יש למקבל סמיכות דעת, לפיכך אין הנותן יכול לחזור בו. אם אין למקבל סמיכות דעת, הנותן יכול לחזור בו. זה פותר גם את השאלה מדוע המקור מעלה את השאלה בין מתנה למכר. כי יש הבדל בין מתנה למכר רק מנקודת המבט של המבטיח, יש הבדל אם הוא נותן או מוכר. אבל מנקודת הראות של המקבל אין הבדל בין מכר למתנה. יש ההסתמכות בעסקת מכר שיש בה יחסי גומלין, וגם במתנה יש ההסתמכות באותה מידה. זאת אומרת שלפי דעת המרצה ההבדלים בין מתנה למכר מבחינת המקבל/ המסתמך הם לא גדולים. לעומת מבט של המתחייב שיש הבדל גדול בין מכר למתנה.

נדגיש שוב שבכול המקרים אין ל"דברים" תוקף משפטי. הויכוח הוא רק על התוקף המוסרי, אתי ודתי.

התנאים – "אין רוחה חכמים נוחה הימנו".

האמוראים בבל התחילו לסטות מכך ומבחינתם להתחייבויות אין בכלל תוקף, אבל מרכז הכובד החילופי הוא אינטרס ההסתמכות. לפיכך הם נותנים להסכמים תוקף מנקודת המבט של ההסתמכות.

במקור 3[ה] מתקדמים שלב נוסף ומגיעים לנפקות משפטית ולא רק מוסרית. היות שמבחינים בן מתנה מועטת למתנה מרובה. התוקף הוא עד כדי כך שניתן להתחייב על סמך ההסתמכות.

20.1.2008 - שיעור מס' 10.

הערה אחרונה בהקשר לנושא הקודם:

יש הכרעה לגבי הנורמה המקובלת בשאלה האם יש בדברים בהם או אין בהם "מחוסרי אמנה" במקור נוסף הוא שו"ת "אגרות משה"³⁸:

4. שו"ת אגרות משה, חו"מ א', סימן נח

הנה בדבר עצם אגודת הפועלים שקורין יוניאנס שעושיין ביניהן תקנות וקביעות השכר ושלא יוכלו הבעלים לסלקם ושצריכים לעזור זה את זה בשביתות וכדומה מדברים שהוא לתועלתם... ואף אם אין שייך קנינים בדיני תורה על תנאי שותפות כאלו, הוא רק לענין חזרה ואין שייך זה לענין איסורין דודאי רשאי לעשות מקח וממכר ולהתנות תנאים גם באלו שאין בהן גדרי קנינים ואדרבה יש עליהם מצוה לקיים מה שהתנו מדין הן שלך צדק דהלכה כר' יוחנן בב"מ דף מ"ט בדברים שיש בהם משום מחוסרי אמנה, ואף לרב דפליג הוא רק שליכא איסור

³⁸ הרב משה פינשטיין נפטר לפני 24 שנים. היה גדול הפוסקים בארה"ב וכתב ספר שו"ת שנקרא "אגרות משה". בספר הוא דן בתקפם של הסכמים קיבוציים שמתבצעים בארה"ב.

בזה מצד מחוסר אמנה אבל מעלה ומצוה ודאי יש בזה גם לדידה דלא יפלוג שיש מעלה ומדת חסידות אף רק בגמר בלבו כהא דרב ספרא שע"ז נאמר הקרא ודובר אמת בלבבו... וא"כ כ"ש שיש לו לקיים מה שמכר בדברים.

במקור נאמר שלהסכמים קיבוציים אין תוקף בהקשר המשפטי. אבל, זה לא שייך לעניין של איסור והיתר שקשורים לתחום המוסרי. זאת אומרת שההסכמים לא אכיפים (משפטית) אבל ראוי לקיימם ואף חובה לקיימם מוסרית ודתית. הרב פינשטיין מבסס את דעתו על רבי יוחנן. היוצא מכך שלדעתו אנחנו פוסקים הלכה כפי רבי יוחנן, זאת אומרת שאדם צריך לקיים את ההתחייבות מתוקף "מחוסרי אמנה". הוא אומר שגם "רב" יסכים לכך שמבחינה מוסרית יש לקיים את ההסכם. זה בגלל שאם המתחייב רק גמר בליבו את זה, זה מספיק ואפילו לא צריך שיאמר את ההתחייבות בדברים. הוא מביא את המובאה האומרת "ודובר אמת בלבבו..." זאת אומרת שמספיק שהאמת נמצאת בליבו של אדם, הוא צריך להיות נאמן לאמת הפנימית שלו. זה מצב יותר בסיסי ממצב של "דברים".

מובא מקרה בו הרב ספרא התפלל, ובא מישהו הציע לרכוש ממנו משהו. הרב ספרא לא ענה לו כי היה באמצע התפילה. הקונה, שראה שלא עונים לו, הציע לו יותר, שוב הוא לא ענה וכך המחיר עלה עד פי עשר. בסוף, כשגמר רב ספרא להתפלל, אמר רב ספרא שימכור במחיר הראשון, למרות שהקונה הציע כבר פי עשר. זהו מצב של "דובר אמת בלבבו" ומי שעושה זאת עומד ברמת מוסר של "מידת חסידות". על בסיס זה, לדעת הרב פינשטיין, גם "רב" היה מחייב לעמוד בהתחייבות - מכוח דובר אמת בלבבו.

את זה המרצה לא מקבל. "דובר אמת בלבבו" זאת נורמה יותר גבוהה מ"מחוסרי אמנה" וזאת נורמה שדורשים רק מצדיקים (מידת חסידות). לפיכך, זה מאולץ ליחס ל"רב" דרישה לעמוד בנורמה של "אמת בלבבו" ולוותר על נורמה של "מחוסרי אמנה". לדעת המרצה, זה מוגזם לדרוש מפועלים לקיים הסכמים קיבוציים על סמך נורמה המחייבת רק צדיקים – אבל זאת התוצאה וכיום יאמרו שהלכה שחייבים.

5. דברים הנקנים באמירה

כאן דברים זה חפצים – מדובר על עסקאות שונות שבאמצעות אמירה נעשה בחפצים קניין. מדובר בדברים מסוימים מאוד. בסוגיה זאת נתאר תהליך היסטורי משפטי של דברים שנקנים באמירה. נתאר גם את ההתפתחות הלוגית. בדרך כלל המקורות לא מספקים נקודות ציון היסטוריות. כאן יש דוגמא נדירה שניתן לתאר שלב אחר שלב כיצד מתפתח מוסד משפטי. מדובר כאן על הסכם שיוצר חיוב קנייני וניתן ללמוד מזה על ... נתאר את ההליך ההיסטורי לא לפי הסדר הכרונולוגי, אלא לפי נקודות קיצון – התחלה, סוף, אמצע ואח"כ נחבר ביניהם, היות שזה הסדר במקורות. יהיו חמישה שלבים. נעבור משלב 1 לשלב 5, משם לשלב 3 ואח"כ לשלבים 2 ו-4.

בבלי, קידושין ט, ב

איתמר: כתבו לשמה ושלא מדעתה - רבא ורבינא אמרי: מקודשת, רב פפא ורב שרביא אמרי: אינה מקודשת...
מיתבי: אין כותבין שטרי אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהן; מאי לאו שטרי אירוסין ונשואין ממש! לא, שטרי
פסיקתא; וכדרב גידל אמר רב, דאמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, לבתך? כך וכך, עמדו
וקדשו - קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה.

המקור עוסק בשטר קידושין.

יש שלוש דרכים לקיים קידושין:

1. כסף.

2. שטר.

3. ביאה.

ביאה – בעבר בתק' המקרא זאת הייתה הדרך המקובלת. אח"כ הפקיעו זאת כי זה היה נעשה
בפומבי.

הכסף - הוא שריד של המוהר. המשמעות של המוהר שממש קנו את האישה. מוהר = מחיר.
בקידושין המצב שונה. הכסף לא מהווה רכישה או מחיר. הכסף הוא סמלי בלבד. ניתן לקדש
בפרוטה ובשווה פרוטה, וזה בדיוק הפוך, כי מראה שלא החשוב המחיר.

שטר – זאת צורת הכרזה. בזה אנו עוסקים:

כיצד ניתן לדעת שניתן לקדש אישה בשטר, הרי זה לא כתוב במקרא?
חכמים למדו זאת מהגירושין – גט נעשה בשטר יציאה = גירושין. לעומת הבאה? = קידושין.
מחד, שטר אירוסין מקורו בגט, מצד שני הסביבה היא בסביבת קידושין. לכן מתעוררת השאלה,
מה סט הנורמות שיעצבו את שטר הקידושין?

הערה:

בעניין כשרות משפטית יש שלוש מעמדות: קטנה, נערה, בוגרת.

קטנה – עד גיל 12 ההנחה היא שאין לה דעת.

נערה - מעמד ביניים מוזר בין גיל 12.5-12 אורך רק שישה חודשים.

בוגרת – 12.5 ומעלה.

המקרא מדבר על נערה פעמים רבות. אבל ברור שהמקרא לא דיבר על נערה הזאת של השישה
חדשים. הסביר פרופ' ? שלפי התפיסה המקראית האב שולט בביתו (בבת שלו). חכמים ניסו
לצמצם ואף לאיין את השליטה הזאת. קטנה עד גיל 12 הם היו מוכנים לקבל. אבל שליטה של
האב בבנותיו בכול גיל, מה שהיה נערה, לא הייתה מקובלת עליהם. לפיכך הם המציאו את המונח
"בוגרת" שלא נמצא במקרא, לגיל 12.5 ומעלה. כך צמצמו החכמים את המושג "נערה" ל 6 ח',
וכך הם הפקיעו את השליטה של ההורים בילדיהם הבוגרים. המושג נערה מופיעה בעיקר בהקשר
של שאלות בעניין של נישואין.

כאמור לעיל, לשטר האירוסין יש "אזרחות" (כללי משפט) של קידושין מחד, ו"אזרחות" (כללי משפט) של גירושים מאידך. השאלה היא איזה דין חל על השטר האירוסין, הלכות קידושין או הלכות גירושין ?

ההבדל בין השניים בא לידי ביטוי בשתי נקודות בהקשר לשטר והשאלה מה חל ?

1. **הלכה שמתייחסת לרצוניות** – הנישואין הם מרצונה של האישה "אין האישה מתקדשת אלא מרצונה" (למעט קטנה, עד גיל 12, שהנחה היא שאין לה דעת). לעומת זאת הגירושין הם בעל כורחה. (זאת ההלכה עד לרבנו גרשון).
2. **הלכה שגט חייב להיות לשמה** (של המגורשת). - לא ניתן להכין גט כללי (סטנסיל) ולהוסיף את השם אח"כ. הגט צריך להיות במיוחד לאותה אישה (לשמה) הרעיון הוא להפוך את הגט למשהו מחושב וממושך, מתוך תקווה שיגיעו לשלום בית. ראוי שטקס הגט לא יהיה חפוז מידי³⁹.

אם נאמר ששטר קידושין מחויב לכללי קידושין אזי אם הוא נכתב "לא מדעתה" של האישה ולא "לשמה" אזי השטר אינו תקף והאישה לא מקודשת. לעומת זאת אם נאמר ששטר הקידושין מחויב לכללי הגירושין אזי הוא יהיה תקף גם אם הוא נכתב ללא הסכמת האישה ולא לשמה.

המקור אומר : כתבו לשמה ושלא מדעתה – השטר נכתב לשמה אבל ללא הסכמת האישה.
רבא ורבינא אמרי : מקודשת

רבא ורבינא אומרים שהיא מקודשת. זאת אומרת שלדעתם הכלל הקובע הוא של גירושין.
רב פפא ורב שרביא אמרי : אינה מקודשת...

רב פפא ורב שרביא אומרים שהשטר בטל, כי ה"אזרחות" המכרעת היא של אירוסין. בעולם כזה השטר חייב להיות מדעתה ולכן הוא לא תקף.

התלמוד מקשה :

מיתיבי : אין כותבין שטרי אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהן

אין כותבים שטר אירוסין וקידושין אלא מדעת שניהם – זה מנוגד לדעת רבא ורבינא.

מאי לאו שטרי אירוסין ונשואין ממש ! לא, שטרי פסיקתא

התלמוד מתחכם ואומר שאלו שטרי פסיקתא, ולא ממש שטרי נישואין וגירושין.

זה אקט מאולץ של פרשנות שמראה שחכמים היו כאן בבעיה, שנסביר אותה בהמשך.

שטר פסיקתא – זהו הסכם יחסי ממון בין הורי בני הזוג לפני נישואי ילדיהם. ההסכם הוא לטובת הילדים הנישאים (זה מעין נדוניה, אבל אז זה לא נקרא כך).

התלמוד אומר ששטרי נישואין וקידושין שצריכים את דעת שניהם אלו לא שטרי הקידושין עצמם (ממש), אלא מדובר בשטרות אחרים שהם שטרי פסיקתא⁴⁰.

³⁹ גם באסלם יש הלכה לפיה במקור היה צריך לומר "מוטלק" שלוש פעמים בהפרש של חודש. גם כאן זה כדי שהליך הגירושין לא יהיה מהיר מדי, וינתן זמן לעשות שיקול דעת. כיום צריך לומר "מוטלק" שלוש פעמים רצוף.
⁴⁰ פסיקתא = הסכומים הם פסוקים.

התלמוד אומר שכשהמקור אומר שצריך את דעת שניהם הוא מדבר על שטרי ממון (שטרי פסיקתא) ולא על שטר הקידושין עצמו שמקדש את הזוג.

לסיכום:

בסוף המקור מתייחס לשלושה מושגים:

האחד "שטרי פסיקתא", מושג המזוהה עם המושג השני ש"הן דברים הנקנים באמירה". מושג שלישי הוא שטרי אירוסין שאין בהם ממש (שאלו שטרי פסיקתא) לעומת שטרי אירוסין שיש בהם ממש.

היוצא שלושת המושגים הללו הם אותו דבר. אבל זה לא יכול להיות כי שטר ואמירה זה לא אותו דבר שטר הוא בכתב.

שאלה נוספת היא: מה ההצדקה ששטר שהאירוסין שכולל תניות שבאות לידי ביטוי בשטר הפסיקתא, הופך למעשה להיות חלק ממנו? אחרת אין להסביר כיצד שטר אירוסין הוא שטר פסיקתא.

זאת נקודת קיצון 1 - יש כאן הסכם שהוא קנייני והוא אוטונומי.

נקודת קיצון אחרונה 5 – אומר ההסכם צריך להיות בכתב. הוא לא עומד בפני עצמו, אלא הוא רק נספח להסכם אירוסין.

27.1.2008 - שיעור מס' 11.

מוסד דברים הנקנים באמירה – דובר על הסכמים שנעשים בין הורים של זוגות שנישאים עובר לחתונה. הבטחות אלו זוכים למעמד קנייני באמצעות אמירה.
המתווה בו מבקשים להציג מוסד זה עוקב אחריו כרונולוגית ולוגית.
נעמוד על נקודות ציון אלו. נתחיל עם נקודות הקיצון: התחלה, סיום ואמצע. ואח"כ אמצע של האמצע.

למדנו שהתלמוד מזהה שלושה מושגים:

דברים הנקנים באמירה = שטרי פסיקתא = שטרי אירוסין
במשוואה הזאת שני דילוגים (פערים):

האחד – קשור לצורת החוזה מבעל פה אל הכתב - בין אמירה לשטר – מה שנקנה באמירה. אם ניתן ליצור זכויות קנייניות בעל פה, אז למה מגיעים לשטרות שהם כתובים?
דילוג שני – קשור למהות ממהות של הסכם הממון אל מהות של האירוסין - הפער בין דברים (שנקנים באמירה) לבין אירוסין הראשוני הם הסכמי יחסי ממון לפני הנישואין ושטרי אירוסים מכוננים את האירוסין עצמם וזה פער השני.

בדילוגים האלו על הפערים הנ"ל, יש אמירה שהסטנו את המוסד האחד למשהו שהוא שונה לחלוטין.

חייבנו שינו בצורה וגם שינוי במהות.

למדנו את השלבים כדלהלן:

השלב הראשון - בערך בשנת 230 – דברים הנאמרים בע"פ הם הנותנים זכות קניינית – מתואר תאור חי של המו"מ שבין ההורים כמה כל אחד נותן וכו'. עמדו וקידשו הן הן הנקנים באמירה – כאן "רב" יסד⁴¹ את מוסד "הדברים הנקנים באמירה".

בשלב האחרון - שלב חמישי עורך התלמוד יוצר אותו. האם שטר נישואים מתנהג כמו גט או כמו קידושין? זה דיון שבא בעקבות כל מה שנאמר על הני"ל, בערך לקראת חתימת התלמוד, על זה אין חולק שזה בערך שנת 500 לספירה. בשלב זה אין בעל פה יש רק בכתב, ובנוסף לזה הוא צריך להיות חלק מהסכם האירוסין – נספח לאירוסין. או אז התוצאה תהייה זכות קניינית, אז ורק אז. השלב הראשון והחמישי נמצאים במקור הראשון.

שלב שלישי אמצעי.

בבלי, כתובות קב, ב

גופא, אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה. אמר רבא: מסתברא מילתא דרב - בבתו נערה, דקא מטי הנאה לידיה, אבל בוגרת דלא מטי הנאה לידיה - לא, והאלהים! אמר רב אפילו בוגרת, דאי לא תימא הכי, אבי הבן מאי הנאה אתא לידיה? אלא בההיא הנאה דקמיחתי אהדדי, גמרי ומקני להדדי. א"ל רבינא לרב אשי: דברים הללו ניתנו ליכתב או לא ניתנו ליכתב? א"ל: לא ניתנו ליכתב.

גופא, אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה. – זה המוכר והידוע מהמקור הקודם.

. אמר רבא: מסתברא מילתא דרב - בבתו נערה, דקא מטי הנאה לידיה, אבל בוגרת דלא מטי הנאה לידיה - לא, רבא אומר על דברי "רב" כשמדובר בנערה⁴² מגיעה הנאה לידיה של האב, אבל בבוגרת לא מגיעה הנאה לידיה של האב. רבא אומר שניתן לצור מנגנון לפיו גם התחייבות בע"פ תיתן זכויות קנייניות, אבל בסייג שהבת היא נערה. לעומת זאת, אם הבת היא בוגרת אין תוקף לדברים בעל פה.

רבא אומר שבשלב הנערה ניתן להבטיח את הזכויות הממוניות בעל פה. בתק זאת הבת היא לא אישיות משפטית עצמאית בהקשר ליחסי ממון ומה שהיא זוכה בו עובר לאביה. למשל עובדת ומרוויחה כסף זה הולך לאב (הוא חייב כמובן לכלכל אותה) כשהבחורה הזאת מתקדשת (בכסף) הכסף הולך לאביה ולא לה. לעומת מצב שהיא בוגרת, אז הכסף של הקידושין הולך אליה. על רקע זה מסייג רב שדברים בעל פה, יש להם משמעות ליצור זכות קניינית רק כשהיא נערה (ולא כשהיא בוגרת). לשיטתו, אם האב מקבל תמורה באמצעות השידוך ניתן לקבל שהסכם בעל פה יצור גם זכות קניינית, כי יש הסכם חילופין המבטיח לבתו ולבעלה זכות לסכום כסף מסוים (הנדוניה) והוא מקבל תמורת זה כסף קידושים. לפיכך, כשיש עסקה כזאת ניתן לקבל את ההסדר

⁴¹ בתחילת המאה השלישית, בבבלי, בשנת 230 בערך.

⁴² פורמאלי בת עד 12 היא קטינה, בגילאים 12-12.5 היא נערה ומגיל 12.5 ומעלה היא בוגרת. כפי שלמדנו זה נועד לצמצם את מידת האדנות/ ריבונות של האב על ביתו.

של ה"דברים" בעל פה. יש כאן חלק מרכזי בעסקה שהוא החליפין, נדוניה תמורת כסף קידושין, אז על זה ניתן להוסיף את ההסכם בעל פה. אבל, כשמדובר על בוגרת האב נותן נדוניה ואת הכסף הבת מקבלת, וזה לא הסכם חליפין, אלא חוזה שהוא אובליגטורי ולא קנייני. לפיכך, לא מספיק שיהיה בעל פה.

רבא מסייג את דברי "רב" באופן מלאכותי כי רב לא אומר זאת, זאת תוספת של רבא. ועל זה עומד התלמוד:

, והאלהים⁴³! אמר רב אפילו בוגרת, דאי לא תימא הכי, אבי הבן מאי הנאה אתא לידיה? אלא בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי, גמרי ומקני להדדי.

התלמוד מקשה ואומר שזה לא רק מסורת אלא גם הגיוני, כל אחד אומר אני נותן כך וכך. התלמוד אומר לבת יש מסורת אפילו אם בתו בוגרת, גם אז ההתחייבות בעל פה תיצור זכות קניינית. התלמוד אומר שאם לא תאמר כך, אז בבן המשוואה של "דבר תמורת דבר" לא עובדת. כי אם נסתכל מצד האב של החתן, לגביו זה לא יוצא נכון. כי אב החתן מבטיח נדוניה ולא מקבל כלום, בין שהוא נער ובין שהוא בוגר (כי הבן לא מקבל כסף קידושין). המסקנה, אם כן, היא שגם ללא תמורה, ללא דבר מול דבר, דברים נקנים באמירה.

הפתרון, לדעת התלמוד, הוא באותה הנאה שהם מתחתנים זה עם זה הם גומרים בדעתם ומקנים זה לזה. זאת אומרת שלפי התלמוד ההורים גם הם "מתחתנים" זה עם זה. למשל המושג לא תתחתן במ (אלו ההורים).

התלמוד מעדן את דרישת התמורה של רב. לא תמורה, לא חייב תמורה כספית מוצקה. אלא יכול להיות גם סיפוק של אינטרס כשהורים מחתנים את ילדיהם יש להם סיפוק מכך, וזאת טובת ההנאה שלהם. מדובר בטובת הנאה כלכלית, כי ההורים מעוניינים שילדיהם יתחתנו. כמה שמחכים יותר, יותר קשה להתחתן והכלה בעיקר שווה פחות (זה מעבר לסיפוק מבחינת נחת הרוח).

ברגע שמדובר בטובת הנאה משיגים את דרישת התמורה גם בבוגרת וגם בבן. זאת אומרת שהתלמוד נשאר בעיקרון בדברי רבא בכך שגם לשיטתו ישנה דרישת תמורה, אבל הוא חוזר לדברי "רב" לפיהם הזכות הקניינית היא ללא הסייג של רבא אלא נכונה גם לנערה וגם לבוגרת. מה שהתלמוד מחדש כאן זה רק את ההסבר ואת המנגנון – זה מנגנון שחוזר על עצמו ב- 15 מקומות, המנגנון שיש תמורה וטובת הנאה.

הדרישה לעבור מחוזה לקניין היא מוגבלת. דרוש הליך שממיר את החוזה לקניין. מה שעושה זאת זה התמורה. זהו השלב השלישי שהוא נקודת האמצע.

⁴³ נשבע לך ש...

שלב רביעי (4) - רבינא ורב אשי⁴⁴ – 450 לספירה

א"ל רבינא לרב אשי: דברים הללו ניתנו ליכתב או לא ניתנו ליכתב? א"ל: לא ניתנו ליכתב.
בדברים אלו ניתנו⁴⁵

במקור זה ההנחה היא שההסכם נעשה בעל פה, ושהם מעוניינים לכתוב אותו. השאלה היא: האם מותר או אסור לכתוב אותו. מה הבעיה? הפער בין החוזה בעל פה לכתב שעלול להיווצר חוזה למראית עין.

גם כיום - אם מדברים על חוב, יש הבדל בין הלוואה בע"פ להלוואה בכתב. ההבדל הוא באמצעי הגביה, בהמחאה בכתב אמצעי הגביה הם רחבים יותר מאלו שבעל פה. כשמדובר בהלוואה בעל פה ניתן להיפרע רק מנכסים בני חורין = נכסים שאצל החייב. לעומת זאת אם ההתחייבות בכתב, ניתן להיפרע גם מנכסים משועבדים, כלומר, ניתן לגבות גם מנכסים שניתנו לצד ג'.

אם ההלוואה בעל פה החוב הוא כלפי האדם. לעומת זאת אם ההלוואה בשטר, כלומר בכתב, החוב יורד כלפי הנכסים, ולכן גם אם הנכסים הועברו לאחר, החוב עוקב אחריהם. הסיבה לכך שיש הבדל היא שהלוואה בכתב היא חלק מטכס שלם, פרוצדורה, ויש לזה פומביות. הכתיבה יצרה פומביות ופרסום, והיא זאת המשמעותית לגבי האפשרות להשליך את החוב גם על צדדים אחרים. אם אין פומביות, צד ג' יאמר, לא ידעתי.

נחזור למקור, אם ניתן לכתוב את הדברים שנאמרו בעל פה קודם לכן אזי זה משדרג את ההסכם והופך אותו למעין קנייני, כזה שמחייב גם את צד ג'. זה יוצר פער בין מה שהיה קודם כשההסכם היה רק בעל פה לעומת המצב החדש שההסכם נכתב. מכאן שאלת התלמוד האם ניתן לכתוב זאת בשלב מאוחר יותר.

רב אשי אומר לא ניתן אחר כך לכתוב את הדברים – כי זה הופך אותם לזכות קניינית. רב אשי חולק על "דברים נקנים באמירה". זה מהפך, הוא דורש שהדברים יהיו בכתב כדי שתהייה זכות קניינית.

יש קריאת תגר על מה שאומר "רב". רב אומר אין לי בעיה שחוזה יבשיל לקנייני גם אם הוא בעל פה. רבא מוסיף ואומר זה יהיה דרך התמורה, ורב אשי אומר שמה שיפתור את הבעיה הקניינית זה לכתוב את דבר ומלכתחילה, כי אחר כך לא ניתן לכתוב את הדברים. זה אומר שלשיטתו דברים לא נקנים באמירה, אלא בכתב.

⁴⁴ רבינא ורב אשי הם עורכי התלמוד הראשונים, הם אלו שהתחילו ליצור ולערוך את התלמוד.
⁴⁵ "ניתן" יכול להיות במשמעות של צריך לעומת לא צריך ויכול להתפרש למותר לעומת אסור. בכול המקומות המשמעות היא ניתן = מותר ולא ניתן = אסור. אבל, במקור זה הפירוש הוא ניתן = צריך ולא ניתן = לא צריך.

שלב שני (2)

ירושלמי, כתובות ה, א; כט, ג

תני: כשם שהבעל פוסק, כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב, והאב אינו מזכה אלא בדברים, ובלבד דברים שהן נקנין באמירה. היך עבידא⁴⁶? גידול בשם רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, כמה אתה נותן לבתך? כך וכך, כיון שקידשה זכת בין הבנות. אמר רבי חייה בר יוסף: אשכח גידול רביתא ומר זעירתא! אלא כיני: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, כיון שקידשה, זכתה הבת בין הבנות והבן בין הבנים. אמר רבי זעירא: והדא היא זעירתא! לא נמצא קונה אשה במטלטלין בשוה פרוטה, ואין אדם קונה שתי נשים בשוה פרוטה... רבי בא בר חייה בשם רבי יוחנן כמה אתה נותן לבנך כך וכך כמה אתה נותן לבתך כך וכך כיון שקידשה זכת הבת בין הבנות והבן בין הבנים ובלבד מן הנישואין הראשונים...

תני: כשם שהבעל פוסק, כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב, והאב אינו מזכה אלא בדברים, ובלבד דברים שהן נקנין באמירה הבעל צריך לעשות זאת בכתב. האב יכול לעשות זאת גם בלי כתב, מספיק בדברים (בעל פה) ובלבד שמדובר בדברים הנקנים באמירה. כלומר, שיש תוקף להסכמי ממון גם בין ההורים.

כבר תלמידיו של "רב", הגם ששמעו אותו, לא הבינו אותו והתחילו להתווכח מה אמר "רב": גידול בשם רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, כמה אתה נותן לבתך? כך וכך, כיון שקידשה זכת בין הבנות. גידול⁴⁷ אומר שהבת זוכה בין הבנות. כלומר יש לה זכות קניינית כלפי האחיות שלה

אמר רבי חייה בר יוסף: אשכח גידול רביתא ומר זעירתא! אלא כיני: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, כיון שקידשה, זכתה הבת בין הבנות והבן בין הבנים. אמר רבי חייה בן יוסף לגידול: מצאת דברים גדולים בהלכה של "רב", ואמרת אותם בקטן. כלומר, בעוד שרב התכוון בגדול, קרי גם לבנים וגם לבנות, אתה פירשת את דבריו בצמצום כאילו שהוא התכוון רק לבנות.

הויכוח בין תלמידי "רב" האם מדובר רק על הבת או גם על הבן? חלק חשבו (גידול) שרב התכוון רק לבנות – דברים קטנים (זעירתא). חלק סברו (רבי חייה בר יוסף) שהתכוון באופן כללי גם לבנים וגם לבנות – דברים גדולים כבר בשלב זה, השני, מתגלים הניצנים (כבר אצל תלמידי רב ששמעו אותו ולא ידעו כיצד לפרש אותו) של הויכוח המופיע בשלב השלישי על השאלה האם צריך תמורה.

בשלב החמישי, כבר לא מספיק שיהיה כתוב. אלא הוא גם חייב להיות חלק (נספח) מחוזה האירוסיים בכדי לקבל מעמד של זכות קניינית. לסיכום: רואים לאורך הדורות, את השחיקה של הזכות הקניינית. הדרישות עולות משנת 230 ועד לשנת 500, במשך כ 250 שנים.

⁴⁶ היך עבידא = איך זה עובד = איך זה נעשה.

⁴⁷ גידול ורבי חייה בן יוסף היו תלמידיו של "רב".

סמסטר ב'

17.3.2008 - שיעור מס' 12 – 1 בסמסטר ב'.

חזרה:

כשמדובר על "דברים הנקנים באמירה" לא מדובר על הסכם מכר. מדובר על עסקה מאוּד ספציפית – הסכמי הורים של החתן והכלה, עובר לקידושין, לטובת ילדיהם אחרי הנישואין. עוסקת בגזרה צרה של עסקאות. המושג "דברים הנקנים באמירה" בעצם אומר שהדברים האלו, כלומר סוג ההסכמים האלו יוצרים זכויות קנייניות למרות שההסכמים נעשים באמירה (אמירה זה בין בע"פ ובין שזה בכתב – להבדיל ממעשה). יש כאן הסכם שנעשה באמירה אבל התוצאה שלו היא זכות קניינית. כלומר, האמירה עשויה להשתכלל לכדי זכות קניינית. כלומר, החתן והכלה יש להם זכות קניינית בכספם או בנכסים שניתנו להם, וכשהם יעמדו מול יריבים (למשל נושים) תהיה להם עדיפות על הנושים, היות שלהם יש זכות קניינית ולנושים רק זכות אובליגטורית.

ניסנו להבין את התהליך מהדור הראשון של האמוראים בבבל "רב" (שהגיע מארץ ישראל לבבל) ועד לדורות האחרונים של האמוראים. יש תהליך של חמישה שלבים ובמסגרתו יש שחיקה בכוח של ההסכמים אלו. אם נקודת המוצא של ההסכמים אלו שיש זכות קניינית, הרי שמהלך 500 השנים האלו יש שחיקה. השחיקה היא בשני מישורים: 1. הטלת דרישות נוספות על הצדדים שעושים את העסקה – לא מסתפקים בדיבורים בלבד. 2. התוצאה - לא תהיה זכות קניינית, אלא בנסיבות מיוחדות.

התנאים והאמוראים שסמוכים אליהם (שמחזיקים בשיטתם) גורסים שניתן ליצור זכות קניינית באמצעות הסכם. בעוד שהגישה בבל נוטה שלא להכיר בהסכמים ובבדאי ששמה קו ברור כך שהסכם לא יכול להיות קנייני

היו חמישה שלבים:

1. "רב" בשנת 230 לספירה - חוזה גם בע"פ, על פי הנסיבות המדוברות- הורים לטובת ילדיהם- חוזה כזה משתכלל לכדי זכות קניינית. לילדים יש זכות קניינית כנגד הוריהם.
2. תלמידי רב בתלמוד הירושלמי - 250 לספירה בערך – היה ויכוח האם ההסכם בין ההורים לטובת הילדים משתכלל לזכות קניינית בכול מקרה, או רק אם מדובר בהסכם לטובת הבת (ולא בן) ורק כשהיא רק נערה (או גם בוגרת).
חייה בר יוסף אומר: הכול. זאת האפשרות הרחבה כפי שאמר "רב".
לעומתו גידל אומר, בדעה חולקת, שזה רק לטובת בת (ולא בן), ורק לטובת נערה (ולא בוגרת).
ההיגיון הוא שיש תמורה. כשאדם מקדש את ביתו כשהיא נערה כסף הקידושים הולך לאב, ולכן תמורת ההתחייבויות שלו הוא מקבל כסף לקידושין, וכיוון שזאת עסקה עם תמורה יש לזה תוקף, כי שילם על זה ונעשה אקט קנייני. כלומר בשלב זה יש דרישה חדשה של תמורה.
3. "רבא" – 350 לספירה בערך. נוקט עמדה כגידל. אצלו הויכוח הוא כבר לא ויכוח אלא יש עמדה מוחלטת.
4. רב אשי כ 450 לספירה בערך (לקראת חתימת התלמוד) – אומר שהסכמים של ההורים לטובת הילדים אם הם נעשו בע"פ, אסור אחר כך לכתוב אותם. למה? מפני שכפי שהראנו יש הבדל בין הסכם בע"פ להסכם כתוב. הסכם בע"פ מוליד רק זכויות אובליגטוריות, לעומת הסכם בכתב

שמוליד זכויות קנייניות. אם הסכם בע"פ ילבש לפתע "תחפושת" של הסכם כתוב המצג כלפי חוץ יהיה טעות כמו חוזה למראית עיין. החוזה יקבל תוקף קנייני יהיה כאן מיצג שווא. לפיכך, אסור לכתוב את ההסכמים שנכרתו בעל פה. כלומר רב אשי אומר שהסכם בע"פ לא יכול לקבל זכות קניינית. היוצא הוא שהרב אשי הכניס את דרישת הכתב להסכם בכדי שיקבל תוקף קנייני.

5. שנת 500 בערך – האמוראים בבל מזהים שלושה מושגים ואומרים שמושג א' = מושג ב' = מושג ג'. כלומר: מושג א' - "דברים הנקנים באמירה" = מושג ב' - שטרי פסיקתא⁴⁸ (הסכמים כתובים שבהם יש התחייבות לסכום קצוב/ פסוק) = מושג ג' - שטרי קידושין (האמצעי שבעזרתו בחתן מקדש את האישה [כסף, שטר או ביאה]).

אבל זה לא אותו דבר, אלו שלושה מושגים משפטיים שונים לגמרי. בכול זאת התלמוד טוען למשוואה בין שלושתם.

המשמעות של משוואה זאת היא שדברים לא נקנים באמירה, אלא בשטר וגם זה לא מספיק זה צריך משולב במסגרת תניות הקידושין בין החתן וכלה, תניות שאומרות שהם יינשאו בתנאי שההורים יתנו כך וכך.

היוצא הוא שדברים הנקנים באמירה, גם שכשהם כתובים הם לא יכולים לעמוד בפני עצמם, הם צריכים להיות צמודים למשהו גדול יותר. זה מלמד על השחיקה שחוזה בע"פ לא יכול יותר ליצור זכות קניינית, וגם בכתב לא, אלא אם זה משולב בדברים נוספים.

מתברר שבעולם הרומי יש טכסי התחייבות שהם מוקפדים מאוד בניסוח שלהם. טכסי התחייבות של שאלה ותשובה. לפיהם, צד מסוים שואל כמה אתה מתחייב לי? והצד השני אומר "אני מתחייב לך כך וכך. רק אם ההסכם נעשה בצורה כזאת הוא תקף.

פרופ' אשר גולק אומר – כאשר קוראים את התיאור של "דברים הנקנים באמירה" ניתן לראות בו את השרידים של אותם טכסים במשפט הרומאי. לפיכך לדעתו (ודעת המרצה), ההשראה למוסד זה בתלמוד היא המשפט הרומי.

רב למד בארץ ישראל, למד אצל רב תחייה שהיה מגדולי תלמידיו של רבי יהודה הנשיא שחתם את המשנה. רב מגיע לבבל מארץ ישראל ומכיר את השיטה הרומאית. אבל ככול שהתיאוריה הזאת אמורה להיכנס למרחב הבבלי, שם לא מכירים בהסכמים. כך כבר התלמידים של רב בבבל (רב ירד לבבל) מתחילים להתווכח. בסופו של דבר השחיקה גוברת.

בהתאמה לדברים נוספים בקורס, גם כאן רואים כיצד תופעה חוזית ארץ ישראלית חזקה מאוד שלא נטמעת במרחב הבבלי והיא מתמסמסת עם הזמן.

⁴⁸ שטר זאת הצהרה על משהו שמישהו מתחייב לעשות. מדובר בהצהרה מחייבת.

דף 5 מקור אחרון

שולחן ערוך, אבן העזר נא, א

איש ואשה שהיו ביניהם שדוכין, ואמר לה: כמה את מכנסת לי, כך וכך, ואמרה לו: וכמה אתה נותן לי או כותב לי כך וכך, השולחן ערוך מתחיל בין האיש והאישה, לפני שההורים נכנסים לתמונה. (ואין חילוק בזה בין נשואין ראשונים לשניים) (כן נראה מהרמב"ן וכ"כ הריב"ש סי' שמ"ה), וכן האב שפסק ע"י בנו ובתו: כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך; הגה: ודוקא בדברים כאלו, שביד האב לקיים, אבל אם פוסק על בנו שיעשה איזה דבר, כגון לילך אחריה למקום אחר, אינו נקנה באמירה, דאין זה תלוי באב רק בכך (מרדכי פרק הנושא ובפרק מי שמת); עמדו וקדשו, קנו אותן הדברים ואע"פ שלא היה ביניהם קנין, ואלו הן הדברים הנקנים באמירה; אלו למעשה דברי "רב", אבל הוא אומר: והוא שיהיו הדברים שפסקו מצויים ברשותם, למה? שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם אינו יכול להקנות מה שאין לו, כולל לא יכולים להקנות משהו שרק בעתיד יהיה שלהם. כלומר מדובר רק על נכסים שהיו אצל ההורים בזמן ההבטחה ולא מה שלא בא לעולם. ודברים אלו לא ניתנו ליכתב, אם לא נכתבו אלא נאמרו בעל פה לא ניתן לכתבם. כאן למעשה שולחן ערוך מביא את שלב 4 של רב אשי לפיכך אפילו נכתבו, אינם כשטר שיטרוף בהם ממשועבדים. ואפילו אם נכתבו (למרות שאסור) אין להם את הכוח של השטר. בד"א, כשפסק האב לבתו, בין קטנה בין גדולה, או לבנו ובנישואין הראשונים, להלן השולחן ערוך משלב את שלב 5: (וי"א⁴⁹ דבעינן דעמדו וקדשו מיד ולא הפסיקו בדברים אחרים, אבל הפסיקו בדברים אחרים, לא (טור) כלומר יש כאן דרישה פרקטית שאומרת שתהייה להסכם תוצאה קניינית רק אם הוא צמוד למעשה הקידושין, כלומר זה נעשה מיידי אח"כ, ללא הפסקה בין הקידושין להתחייבות, וכן אם קדשו ואח"כ פסקו, לא מהני (תוספות פ' נערה), וי"א דבעינן גם כן דהתנו כן ביחד, אבל אם עשו בלא תנאי אלא כל אחד אומר מעצמו, אינו נקנה באמירה) (ריב"ש סימן שמ"ה); אבל אח שפסק לאחותו, או אשה שפסקה לבתה, וכן שאר קרובין, וכן האב שפסק לבנו או לבתו, בנשואין שניים, לא קנו אותם הדברים עד שיקנו מיד הפוסק, שיתן כך וכך.

⁴⁹ ויש אומרים.

24.3.2008 - שיעור מס' 13 – 2 בסמסטר ב'.

בנושא הבא נעמוד על מצב משפטי נוסף שיש בו רכיבים של קניין ונעמוד על התפתחות דומה למה שלמדנו בעניינים אחרים בקורס.

מתנת שכיב מרע

6. דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים

שכיב מרע = שוכב חולה. כלומר גוסס.

ההלכה, בשלב מסוים בתק התנאים, חידשה את המונח שכיב מרע. כלומר, מאפשרים לאדם במצב של "שכיב מרע" לצוות את רכושו בחיים, ונותנים לצוואה בחיים תוקף כאילו היא צוואה למרות שהיא בחיים.

ההלכה חידשה את המונח "מתנת שכיב מרע" כלומר נתנו למתנת שכיב מרע תוקף. התוקף הוא בעודנו בחיים.

נראה את הגלגולים השונים בעניין זה.

התנאים היו במחלוקת לגבי תוקף הדברים.

בתק' האמוראים נקבע שיש לזה תוקף, ונשאלה השאלה מה התוקף ואיך נותנים לזה תוקף? מה המקור המשפטי לכך?

גם כאן אדם נותן תוקף קנייני על ידי דיבורים, ובכך זה קשור לדברים הנקנים באמירה.

התנאים:

1. משנה בבא בתרא ט, ז

המחלק נכסיו על פיו אדם מחלק את נכסיו בעזרת פיו, בעל פה או בכתב, אבל ללא מעשה קניין. – רבי אליעזר אומר: אחד בריא ואחד מסוכן - נכסים שיש להן אחריות⁵⁰ נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ושאינן להן אחריות אין נקנין אלא במשיכה. אמרו לו: מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה, ואמרה: תנו כבינת⁵¹ לבתי, והיא בשנים עשר מנה, ומתה וקיימו את דבריה. אמר להן: בני רוכל תקברם אמן⁵²...

אצל התנאים יש מחלוקת:

רבי אליעזר אומר אותו דין לבריא ולחולה מסוכן, נדרש ממנו שיפעל על פי בדיני הקניין הרגילים:

מקרקעין (נכסים שיש להן אחריות) נקנים רק בכסף, או שטר או בחזקה.

מיטלטלין (נכסים שאין להן אחריות) נקנים רק על ידי משיכה.

כלומר, הוא אומר שגם גוסס הרוצה להקנות את נכסיו, עליו לעשות זאת על פי דיני הקניין

הרגילים. הוא סובר שמתנת שכיב מרע היא מקרה פרטי של מתנה רגילה. רק אם תהייה פעולת

קניין רגילה יהיה לזה תוקף.

⁵⁰ מקרקעין אלו נכסים שיש להם אחריות הנושה יכול לעקוב אחר נכסיו של החייב. אם החייב לא ישלם המקרקעין ישלמו אם החייב לא ישלם המקרקעין ישלמו.

ומיטלטלין אלו נכסים שאין להם אחריות. אם החייב לא ישלם המיטלטלין לא ישלמו אין זכות עקיבה אחרי מיטלטלין.

⁵¹ כבינה = פריט לבוש = של.

⁵² היו רשאים והיה ראוי שאימן תקבור אותם ולא הפוך.

אמרו לו **חכמים** שזה לא נכון, ונותנים לו דוגמא: מדובר על אימן של בני רוכל⁵³ היא גססה וצוותה את אחד מפרטי הלבוש שלה (כבינה = של). היא צוותה את הכבינה לביתה, וחכמים קיימו את דבריה. כלומר שתקדים זה מוכיח שדברי רבי אליעזר אינם מכוונים, יש כאן מקרה שבעקבות דיבור בלבד נעשה מעשה קניין ללא מעשה קניין רגיל.

רבי אליעזר עונה ואומר שזה לא נכון. במקרה זה הפעילו שיקולי מדיניות מיוחדים. בני רוכל היו רשעים והם הגיעו לדיון ללא ניקיון כפיים, ולכן לכאורה הענישו אותם וקיבלו את ההסדר הספציפי הזה שהעניק לבת את הכבינה היקרה (שנים עשר מנה שווה למשכורת של כ 6 שנים שווה בערך ל 300 אלף שקל כיום). כלור לשיטתו של רבי אליעזר, אין ללמוד מתקדים זה אלא יש כאן מקרה ספציפי עם שיקולים מדיניות מיוחדים הסוטים מן הדין.

לסיכום בתלמוד יש ויכוח האם מתנת שכיב מרע היא מתנה מיוחדת ?
רבי אליעזר אומר שאין הבדל וחכמים אומרים שיש הבדל.

המקור הבא הוא תוספתא על המשנה.

2. תוספתא, בבא בתרא (ליברמן) י, יב

המסכת⁵⁴ שחלק נכסיו על פיו - בין בחול בין בשבת דברי המת יעשו, אבל ברי - עד שיקנה בכסף ובשטר ובחזקה. ר' אליעזר או': נכסים שיש להן אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ושאינן להן אחריות אין נקנין אלא במשיכה. אמ' ר' אליעזר: מעשה במרוני אחד שהיה בירושלם והיו לו מטלטלין הרבה, וביקש ליתנם במתנה. אמרו לו: אין את יכול, מפני שאין לך קרקע. עמד וקנה סלע אחד סמוך לירושלם. אמ': צפוננו של זה לפלני ועמו מאה צאן ומאה חביות; דרומו של זה לפל' ועמו מאה צאן ומאה חביות, וקיימו חכמים את דבריו...

חכמים אומרים שבריא ייתן מתנה על פי דיני הקניין הרגילים ומסוכן (חולה מסוכן) דברי המת יעשו כלומר יכול לצוות בדיבור בלבד.
אמר רבי אליעזר נכסים שיש להם אחריות (מקרקעין) נקנים בכסף, שטר או חזקה. נכסים שאין להם אחריות (מיטלטלין) נקנים במשיכה.
עד כאן אין חידוש וחכמים חוזרים על אותו ויכוח שבמשנה.
ומכאן רבי אליעזר מביא תקדים אחר שמוכיח את שיטתו:
מישהו ממירון שבא לירושלים שהיו לו הרבה מיטלטלין ורצה לתת אותם במתנה. אבל המיטלטלין לא היו במקום ולא ניתן היה לעשות את האקט של המשיכה. לפיכך עליו לעשות "קניין אגב" לפיו ניתן להקנות מיטלטלין ללא ביצוע אקט פיזי של מסירה. כורכים את המיטלטלין במקרקעין, עושים פעולת קניין במקרקעין, ואז המיטלטלין הולכים אחרי המקרקעין, כי המקרקעין הם העיקר, ואם נעשה את פעולת הקניין במקרקעין זה יחול גם על המיטלטלין. העיקר הולך אחרי הטפל. זהו הסדר שנקרא "קניין אגב" לפיו מוכרים את הקרקע עם המיטלטלין. מוכרים את המקרקעין אותם ניתן להעביר בשטר.

⁵³ לאבא קראו "רוכל" לבנים קראו בני רוכל ולאימא אימן של בני רוכל.
⁵⁴ חולה מסוכן.

אבל, הבעיה הייתה שלא היו לו מקרקעין. לפיכך, הוא קנה סלע אחד זול ליד ירושלים והעניק את חלקיו לאנשים שונים, ולכול חלק הצמיד מיטלטלין שונים כגון צאן וחביות. כך הוא העביר את המיטלטלין בכריכה למקרקעין. את זה רבי אליעזר מביא כדוגמא להוכיח שיש לקיים את דיני הקניין גם במקרה של שכיב מרע.

בתלמוד (לא בתוספתא) במקור נוסף שלא הובא לכאן, יש תוספת על המקור הזה. שם מובאת תשובת החכמים, לרבי אליעזר, שאומרים שבמקרה זה הוא מקרה שהמירוני לא היה שכיב מרע.

יש ויכוח עקרוני לגבי המוסד של שכיב מרע ולכול צד יש תקדים לשיטתו (זהו מצב נדיר). מהו הויכוח?

ויכוח בין דיני הירושה הקדומים של המקרא ובימי בית שני הנוהל היה שירושה ההלכה היא שאדם אינו יכול לצוות את רכושו לימי שהוא רוצה אלא הייתה ירושה על פי דין בלבד. לא היה דבר כזה צוואה ואדם לא יכול היה לצוות את רכושו. עם הזמן חדרו דיני השכיב מרע והצוואה וכך התפתחו דיני הצוואות. היו חכמים שקיבלו את החידוש הזה והי חכמים שלא קיבלו. רבי אליעזר שייך לאלו לא קיבל את החידוש הזה בדיני הירושה לפיו ניתן להקנות רכוש בדברי שכיב מרע או בצוואה. לשיטתו, ההורשה היא לפי הדין או לפי דיני המתנה המקובלים. הדבר אינו מפתיע היות שרבי אליעזר היה שמרן, כפי הוכיח פרופ' גילת ז"ל בדוקטורט שלו. הוא לא קיבל את החידושים שנבעו מהשפעה של היוונים והרומאים, וזאת לאורך כל הקו. רבי אליעזר היה "עוף מוזר" שבד"כ בדעת מיעוט. לעומתו, חכמים חלקו עליו ואימצו את מוסד השכיב מרע.

3. ירושלמי, בבא בתרא ט, ח; דף יז, א

דמר רבי יוחנן בשם ר' ינאי⁵⁵: עשו דברי שכיב מרע כבריא שכתב ונתן, והוא שמת מאותו החולי. מסוכן שחילק נכסיו בין בחול בין בשבת - מה שעשה עשוי, ואם היה בריא עד שיכתוב בכסף בשטר ובחזקה...

האמוראים מא"י, מתחילת תקופת האמוראים (תחילת המאה השלישית) אימצו את דעת החכמים.

הם מייחסים לדברי של שכיב מרע משקל של מעשה, שהוא כמו כתיבה או נתינה. כלומר, במקרקעין זה כמו כתיבה בשטר, ובמיטלטלין זה כמו נתינה. זה תקף ביום חול או בשבת ומה שעשה עשוי. זאת לעומת בריא שעליו לעשות מעשה קניין. לפיהם מקימים את דברי השכיב מרע לאחר מותו (אך לקניין יש תוקף מרגע שאמר את שאמר להבדיל מצוואת שכיב מרע שתוקפה רק לאחר המוות). לפיכך יוצא שמתנת שכיב מרע הראשונה היא התופסת במקרה שאדם מת, ואם נתן מתנה אח"כ, או צוואה אין להם תוקף כי המתנה ניתנה כבר והנכסים כבר לא שלו.

⁵⁵ רבי יוחנן מביא את דברי ר' ינאי

4. בבלי, בבא בתרא קנא, א

אימיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטראי. כי קא שכבא אמרה: ליהוי לעמרם ברי; אתי אחוה לקמיה דרב נחמן, אמרו ליה: והא לא משך! אמר להו: דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו.

בבל גם הלכו לפי דעת חכמים. אומר רב עמרם חסידא⁵⁶: היי אישה מסודרת שכל מה שהיה לה היה בצרור של שטרות. כשהיית גוססת אמרה שהיא רוצה שהאח עמרם, בין כול האחים, יקבל את כול הנכסים.

באו האחים שלו לרב נחמן ואמרו לו שעמרם לא זכה באוגדן שהשטרות כי הוא לא משך את השטרות ולא עשה מעשה קניין.

עונה להם רב נחמן, אתם טועים, היות שמה שנאמר כשכיב מרע זה תופס ולא צריך לכתוב.

מה נותן תוקף לדברים אלו על דיני הירושה:

חכמים אמרו שיש בירושה מאפיין מיוחד לעומת המאפיין של מתנה וקניין.

במתנה וקניין הנכסים מחליפים מקום בין הקונה והמוכר.

לעומת זאת, בירושה קורה דבר הפוך, הנכסים עומדים במקום והבעלים מתחלפים.

לכן, בירושה אין חולק שהזכויות עוברות בכתב או בדיבור (לפי ההלכה אין צורך שירושה תיעשה בכתב).

הניסיון כאן הוא לומר שמתנת שכיב מרע היא בעצם סוג של ירושה בחיים, זאת פשוט ירושה מוקדמת ירושה מחיים ולא ממות. לפיכך היא יכולה לחול גם באמירה ולא צריך מעשה קניין.

זה מבנה משפטי שהאמוראים אמונים עליו גם לפי מקור מס 5:

5. בבלי, בבא בתרא קמז, א-ב

א"ר זירא אמר רב: מנין למתנת שכיב מרע שהיא מן התורה? מחפשים רמז (שאיננו) בתורה, ומפנים לפרשת שמזכירה את דיני הירושה ירושה שנאמר: (במדבר כ"ז) והעברתם את נחלתו לבתו יש לך העברה אחרת שהיא כמו זאת (מתנת שכיב מרע). מתארים את הירושה כהעברה לפיה מעבירים את הנחלה מהאב לבת. ולשיטתם הם קושרים זאת למתנת שכיב מרע. אבל ברור שבפסוקים לא כתוב מתנת שכיב מרע וחכמים מחפשים בכוח איך להצדיק את הלכה. - יש לך העברה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע. רב נחמן אמר רבה בר אבוה, מהכא: (במדבר כ"ז) ונתתם את נחלתו לאחיו, יש לך נתינה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע... רב מנשיא בר ירמיה אמר, מהכא: (מלכים ב' כ') בימים ההם חלה חזקיהו למות ויבא אליו ישעיהו בן אמוץ הנביא ויאמר אליו כה אמר ה' צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה - בצואה בעלמא. רמי בר יחזקאל אמר, מהכא: (שמואל ב' י"ז) ואחיתופל ראה כי לא נעשתה עצתו ויחבש את החמור... וילך אל ביתו אל עירו ויצו אל ביתו ויחנק - בצואה בעלמא...

רבא אמר רב נחמן: מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו. ומי אמר רב נחמן הכי? והא אמר רב נחמן: אע"ג דאמר שמואל: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו - מחול, ואפילו יורש מוחל, מודה שמואל, שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למוחלו; אי אמרת בשלמא דאורייתא, משום הכי אינו יכול למוחל, אלא אי אמרת דרבנן היא, אמאי אינו יכול למוחל? אינה של תורה ועשאוה כשל תורה.

⁵⁶ חכם בבלי מהדור השני של האמוראים בבבל. מתלמידיו של רב

רשב"ם, שם: מתנת שכיב מרע - שקונה באמירה בעלמא אינה מן התורה... אלא מדרבנן בעלמא קונה, גזירה שמא עד שיבאו עדים לקנות תטרף דעתו של חולה קודם שיבאו, ולא יוכל להקנות, ונמצאת צוואתו בטלה... ולישנא אחרינא מפרשינן ונראה בעיני, דלהכי תקון רבנן שיקנו דבריו באמירה, שאם אין דבריו נקנין, חיישינן שמא תטרף דעתו בחליו מתוך צער, שהוא יודע שלא יקיימו בניו צוואתו].

31.3.2008 - שיעור מס' 14 – 3 בסמסטר ב'.

בשיעור שעבר, נבדק מוסד שיסודו במסגרת החוזית ששיך למסגרות קנייניות שזהו מוסד השכיב מרע.

בהלכה הקדומה, התנאים לא אפשרו לאדם להעביר את רכושו אחרי מותו אלא במגרת דווקנית ולפי סדר דווקני בלבד, לא הייתה צוואה אלא רק ירושה על פי דין. ההלכה לא איפרה לפי מותו את רכושו במתנה ולא אחרי מותו בצוואה וצמצמה אותו עד מאוד. כי הייתה מעוניינת לשמור על המסגרת הצרה של הירושה.

רבי אליעזר שהוא שמרן וייצג את ההלכה הקדומה, אמר לא ניתן לעשות ירושה אלא לפי הכללים המסוימים. אבל אם אדם מעוניין לתת מתנות הוא יכול לעשות זאת בחייו וזה לפי דיני הקניין הרגילים אבל זה לא מתנת שכיב מרע.

לעומתו, רוב החכמים, טענו שיש אפשרות להוריש בחיים. כלומר שניתן לכתוב צוואה, ולא תצריך לפי דיני הקניין הרגילים אלא ניתן בדיבור או כתיבה.

האמוראים קבעו את הכלל שאומר דברי שכיב מרע שקולים לכתיבה ומסירה. כלומר שכמו שניתן להקנות בכתיבה מקרקעין ובמסירה מיטלטלין, כך גם שכיב מרע יכול לעשות זאת בעל פה.

השאלה האם יש כאן מוסד משפטי חדש הדומה לצוואה בחיים? במקור מס' 5 יש ניסיון לקשור את מתנת שכיב מרע לתורה. זהו ניסיון אנכרוניסטי כי ברור שעקרון מתנת שכיב מרע אינו מהתורה. התורה אינה מכירה באופציה כזאת.

5. בבלי, בבא בתרא קמז, א-ב

א"ר זירא אמר רב: מנין למתנת שכיב מרע שהיא מן התורה? מחפשים רמז (שאיננו) בתורה, ומפנים לפרשת שמזכירה את דיני הירושה ירושה שנאמר: (במדבר כ"ז) והעברתם את נחלתו לבתו יש לך העברה אחרת שהיא כמו זאת (מתנת שכיב מרע). מתארים את הירושה כהעברה לפיה מעבירים את הנחלה מהאב לבת. ולשיטתם הם קושרים זאת למתנת שכיב מרע. אבל ברור שבפסוקים לא כתוב מתנת שכיב מרע וחכמים מחפשים בכוח איך להצדיק את הלכה. - יש לך העברה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע.

בספר במדבר יש פרשה מפורסמת של אדם שהיו לו רק בנות, והתעוררה השאלה מה קורה במצב כזה. הבעיה שאם הבנות יקבלו את הירושה והן יתחתנו עם בעלים שהם משבט אחר יצא מצב

שבתוך נחלת השבט יהיו בסיסים/ מובלעות של שבט אחר. התפיסה המקראית אינה מקבלת זאת, התפיסה המקראית רוצה לראות נחלות של שבטים ברצף. לפיכך, הבנות יכולות לרשת את נחלת אביהן רק במידה שיינשאו לגברים מהשבט שלהן. בהקשר הזה המקרא מתאר את דיני הנחלה ואומר שהכלל של הירושה הוא שהקרובים ירשו ראשונים.

הפרשה הזאת, בתורה אינה מדברת על מתנת שכיב מרע אלא על ירושה על פי דין. שהיורשים הם מסוימים ולפי סדר מסוים. והחכמים מנסים להגיע מכאן לעניין של מתנת שכיב מרע. הם אומרים ירושה זה גם סוג מסוים של העברה, בה מעבירים נכסים מאב לבת. לשיטתם כך גם מתנת שכיב מרע מעבירים נכסים למשהו. חכמים מנסים להיתפס לכך שיש בירושה מימד של העברה ולקשור זאת לעניין השכיב מרע שעושה גם העברה של נכסיו.

למרות שבירושה לא מעבירים את הנכסים אלא הנכסים עומדים במקומם שהיורשים נכנסים לנעלי המורשים.

לדעת חכמים, עולה מכאן שמתנת שכיב מרע היא ירושתית, כלומר יש לה אלמנט של ירושה. היוצא הוא שמתנת שכיב מרע היא סוג של ירושה מהחיים.

רב נחמן אמר רבה בר אבוה, מהכא: (במדבר כ"ז) ונתתם את נחלתו לאחיו, יש לך נתינה אחרת שהיא כזו, ואי זו? זו מתנת שכיב מרע...

רב נחמן אמר בצייטוט של רבה אבוה, על פי מקור אחר, מהיכן? כאן מתנת שכיב מרע היא אנלוגית לנתינה/ מתנה ולא להעברה. כלומר הגרעין הרעיוני הוא מקראי ויש לו אלמנט ירושתית.

רב מנשיא בר ירמיה אמר, מהכא: (מלכים ב' כ') בימים ההם חלה חזקיהו למות ויבא אליו ישעיהו בן אמוץ הנביא ויאמר אליו כה אמר ה' צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה - בצואה בעלמא.

רב מנשיא אמר מכאן, מספר מלאכים. צו לביתך הוא מעשה צוואה כלומר מה שתגיד הוא מה שיתקיים כלומר גם כאן יש אנכרוניזם כי במקרא לא קיימת בכלל צוואה רכושית. המקרא מדבר רק על צוואה מוסרית, כלומר שאדם מעביר לבניו את האני מאמין שלו (כמו שאברהם ציווה לבניו ללכת בדרך ה' ולעשות צדקה ומשפט).

רבי בר יחזקאל - רמי בר יחזקאל אמר, מהכא: (שמואל ב' י"ז) ואחיתופל ראה כי לא נעשתה עצתו ויחבש את החמור... וילך אל ביתו אל עירו ויצו אל ביתו ויחנק - בצואה בעלמא⁵⁷...

רבי בר יחזקאל (דור שני לאמוראים בבל - 250 לספירה בערך) אומר שהמקור הוא סיפור אחיתופל שניסה להשיא עצה לדוד המלך ולאחר שזה לא קבל את עצתו, אחיתופל הלך לביתו והתאבד בחניקה. לפני כן אחיתופל ציווה אל ביתו. כאן כתוב שמדובר בצוואה בעלמא.

שני המקורות הראשונים קושרים את מתנת שכיב מרע לירושה ושני המקורות שאחריהם קושרים את מתנת שכיב מרע לצוואה. אבל גם אלו וגם אלו קושרים את מתנת שכיב מרע למקור אחד ואומרים שמתנת שכיב מרע היא ירושתית, כלומר שאדם מוריש את נכסיו בחיים, זהו חידוש כי לפני כן האופציה היחידה הייתה ירושה על פי דין.

⁵⁷ צוואה סתמית .

לפיכך, דרך העברה היא לא לפי דיני הקניין אלא לפי דיני הירושה. יש הבדל דרמטי בין דיני קניין לדיני הירושה, היות שבקניין האנשים עומדים ומעבירים נכסים, לעומת ירושה זה הפוך הנכסים במקומם והאנשים מתחלפים היורש נכנס ונעליו של המוריש. זה משמעותי כי הצורך במעשה קניין פיזי נובע מהתפיסה שהנכסים עוברים ולכן יש להעבירם מיד ליד. לעומת בירושה זה לא נחוץ, בירושה הנכסים לא עוברים יש לבצע רק המרת של הזהויות, מישהו מחליף מישהו, ולא צריך מעשה קניין.

אם אומרים שמתנת שכיב מרע היא ירושתית, זה אומר שמבחינה מעשית זה ירושה בחיים ומבחינה מהותית אין כאן קניין אלא ירושה. כל זה בדורות הראשונים של האמוראים.

הגיע רבא 100 שנה מאוחר יותר ואומר:

רבא אמר רב נחמן⁵⁸: מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו. הוא אומר שמתנת שכיב מרע הוא מדרבנן ולא מהמקרא.

הנימוק של רבא הוא שמע תיטרף דעתו אחריו. כלומר שתוקף מתנת שכיב מרע נובע מהחשש שדעתו תיטרף. כלומר, שמתנת שכיב מרע היא לא ירושתית, ולא מן התורה אלא היא קניינית.

אבל חכמים אמרו שבמקרה כזה לא צריך להקפיד בדיני הקניין הרגילים, אלא הנימוק הוא החשש שמא תיטרף דעתו עליו. אבל זה עדיין קנייני ולא ירושתי. כלומר, התיאוריה של רבא שונה לגברי מהאמוראים הראשונים.

התלמוד מקשה קושייה על רבא שאמר את הדברים בשמו של רב נחמן.

התלמוד אומר לרבא: איך אתה מצטט את רב נחמן, ואומר שמתנת שכיב מרע היא קניינית ונובעת מ"שלא תטרף דעתו"? הינה אוכיח לך שר' נחמן לא סבר שמתנת שכיב מרע היא קניינית:

ומי אמר רב נחמן הכי? והא אמר רב נחמן: אע"ג⁵⁹ דאמר שמואל: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו אדם הלווה בשטר לנושה, והנושה מכר את שטר החוב בזול יותר. אחרי כן הנושה שהלווה את הכסף הוא אמר לחייב שמחלו, כלומר מוותר לו על השטר. אבל לכאורה הוא כבר לא בעל השטר כי מכר את השטר, אבל בכול זאת קבעו שיש תוקף למחילה הזאת. זה גורם לנושה המקורי להישאר ללא שטר או למעשה עם שטר ריק שאינו שווה כלום. על תוצאה בלתי סבירה זאת, פיתחו חכמים פרקטיקות כמו של דיני נזיקין על מנת לשמר את מנגנון מכירת השטרות - מחול, ואפילו יורש מחול, על זה יש מרכיב נוסף - לא רק הנושה יכול למחול אלא גם היורש של הנושה יכול למחול וזה תקף מודה שמואל, שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למחול; על זה בא רכיב נוסף, אבל אומר שמואל שהנושה לא יכול למחול אם זה ניתן לו כמתנת שכיב מרע אזי הוא לא יכול למחול.

⁵⁸ חי בבל והא מהדור השלישי של האמוראים.
⁵⁹ אף על פי

כלומר, אם הנושה מכר את השטר הוא יכול למחול עליו, אבל אם הוא נתן אותה כמתנת שכיב מרע אזי הוא לא יכול לחזור ולמחול על השטר.

השאלה למה?

ההסבר בודק מהותו של שטר?

מצד אחד שטר הוא גוף/חפץ נכס, ומאידך הוא רק נייר. מחד השטר מתאר זכויות חפציות. אבל מצד שני הוא רק סימבול, אין לו ערך משל עצמו. לפיכך יש לו שני רכיבים. כשמוכרים שטר חוב בדיני קניין יכול לקרות רק דברים בתחום החפצי. לא ניתן למכור זכויות לפי ההלכה. לפיכך, מה שנמכר בשטר הוא הרכיב החפצי. לעומת זאת את היחסים האובליגטוריים לא ניתן למכור. לכך הנושה יכול לבטל את השטר. על זה חכמים בנו מנגנונים שלא כך יהיה ויהיה פיצוי בנוזיקין למי שעושה זאת.

מתנת שכיב מרע של שטר, אם היית מתנתית = קניינית זה היה אותו דבר וניתן היה למחול. אבל אם מתנת שכיב מרע היא ירושתית, אז בירושה אין העברה של חפצים, אלא החלפה של בעלים, ואם יש שטר חוב, ואני נושה והרבה אשים חייבים לי כסף. בא משהו וניכנס תחתי אז הם חייבים לו. במכירה ומתנה לא ניתן להעביר זכויות לעומת זאת בירושה כן ניתן להעביר זכויות כי אין זכות חפצית, מי שמתחליף הוא הבעלים ולכן זכויות כן עוברות בירושה. כלומר אם נתן לו במתנת שכיב מרע שטר חוב הוא נתן לו את הכול, לכן אם יחזור וימחול לא מחול.

היוצא מכול זה נחמן אמר שמתנת שכיב מרע היא ירושתית ולא קניינית, ואת זה מביאים חכמים לרבא ושואלים אותו: לפי זה איך אתה אומר שרב נחמן אמר שמתנת שכיב מרע היא קניינית?

אי אמרת בשלמא דאורייתא, אם זה מהתורה אז זה ירושתי משום הכי אינו יכול למחול, לפיכך הוא אינו יכול למחול. אלא אי אמרת דרבנן ואם אמרת שזה מרבנן אז זה קנייני ואז ניתן למחול, אז איך אתה אומר שלא ניתן למחול יש כאן סתירה היא, אמאי אינו יכול למחול? אינה של תורה ועשאוה כשל תורה. זה הפתרון של התלמוד לסתירה: מתנת שכיב מרע היא באמת קניינית ואכן הסיבה היא שמע תטרף דעתו עליו. אבל חכמים ידעו שיש זיקה לירושה אבל יחולו על מתנת שכיב מרע שתי מערכות מערכת קניינית אבל נלביש עליה מערכת נוספת שהיא מערכת ירושתית. כלומר חלק מדיני הקניין יחולו עליה וחלק מדיני הירושה יחולו עליה. תופעה של דואליות נורמטיבית קיימת גם בתחומי משפט אחרים ומאוד נפוצה גם כיום (למשל על גופי ציבוריים חל גם הדין האזרחי וגם הדין הציבורי). כלומר, זה גם וגם. קודם כל קנייני ואחר כך גם ירושתי, בגזרות מסוימות זה גם ירושתי.

על קטע זה אחרון במקור מס' 5 נדלג: [רשב"ם, שם: מתנת שכיב מרע - שקונה באמירה בעלמא אינה מן התורה... אלא מדרבנן בעלמא קונה, גזירה שמא עד שיבאו עדים לקנות תטרף דעתו של חולה קודם שיבאו, ולא יוכל להקנות, ונמצאת צוואתו בטלה... ולישנא אחרינא מפרשינן ונראה בעיני, דלהכי תקון רבנן שיקנו דבריו באמירה, שאם אין דבריו נקנין, חיישינן שמא תטרף דעתו בחליו מתוך צער, שהוא יודע שלא יקיימו בניו צוואתו].

6. בבלי, בבא בתרא קנו, ב

אמר רבי לוי⁶⁰: קונין קנין משכיב מרע אפי' בשבת, ולא לחוש לדברי ר' אליעזר, אלא שמא תטרוף דעתו עליו. ואומר שאדם שכיב מרע רוצה לתת מתנת שכיב מרע, ומשכיב מרע קונים קניין אפילו בשבת ואפילו אם זה בשבת יש לעשות פעולה קניינית. אבל לשיטתו זה לא בגלל שרבי אליעזר צודק אלא זה בגלל שלא רוצים שטיטרף דעתו עליו. אומרים לו שזהו מעשה קניין לא מסיבות משפטיות אלא בכדי שלא תיטרף דעתו עליו. זה הפוך מרבא. רבי לוי אומר שהמתנה ירושתית ולא צריך קניין, אבל עושים מעשה קניין מלאכותי, למען לא תיטרף דעתו עליו. לעומת זאת רבה המושג הוא הפוך. כי לשיטתו עיקרו של דין זהו קניין, ופוטרים אותו ממעשה קניין כדי שלא תיטרף דעתו. זאת אומרת הנימוק הוא באותן מילים אבל התוצאה שונה ואפילו הפוכה. לוי אומר: לא צריך קניין אבל כדי להרגיע אותו נעשה לו מעשה קניין. ולעומתו רבא אומר: צריך קניין אבל נוותר לו כדי להרגיע אותו.

7. שולחן ערוך חושן משפט סימן רנ סעיף א

מתנת שכיב מרע אין צריך להקנותה בשום אחד מדרכי ההקנאה, ההלכה אימצה את העמדה שבמתנת שכיב מרע, לא צריך לעשות מעשה קניין. שדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו. הגה⁶¹: ואין חילוק בין צוה לתת מיד לאחר מותו, או שצוה ליורשיו ליתן לאחר זמן... מוסיף הרמא לא חשוב אם ציווה לתת מיד לאחר מותו או לאחר זמן כלומר למימד הזמן אין משמעות במקרה זה ... ואם לא צוה לתת דבר, כאן הוא מתייחס לנקודה מעניינת: ואם לא ציווה את נכסיו באופן מדויק ומפורט, אלא רק מינה אפוטרופוס והוא יחלק. כלומר דברי השכיב מרע הם רק על מינוי האפוטרופוס רק מינה אפוטרופוס ונתן להם רשות לחלוק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם יהיה כעשייתו, י"א דאין בדבריו כלום, דמיד שמת נפלו נכסיו קמי יורשיו ונתבטלה מתנתו... השכיב מרע ממנה נאמן לכאורה דבריו המופקד על הנכסים. לפיכך יש שני כוחות הפועלים בשטח: מחד מונה נאמן המופקד על הנכסים, מאידך ההלכה שאם הוא מת ואין צוואה הרי מה שיתפוס הוא הירושה על פי דין אשר מחלק את הנכסים. מה יגבר? לדעתו מה שיגבר זה המצב החוקי שהצוואה קודמת והנכסים כבר מחולקים ע"י הירושה. האפוטרופוס כבר לא יכול להיכנס לתמונה ולחלק את הנכסים. מה שיוצא הוא שהכוח של מתנת שכיב מרע היא לחלק את הנכסים. אבל, אם לא חולקו הנכסים מה שיקבע זאת חלוקה של הירושה על פי דין, אשר תגבר גם על מצב לפיו מונה נאמן/ אפוטרופוס על הנכסים.

⁶⁰ רבי לוי הוא דור המעבר בין התנאים לאמוראים. שייך לתפיסה הקדומה, הירושתית.
⁶¹ הגה = הדעה של הרמא

21.4.2008 - שיעור מס' 15 – 4 בסמסטר ב'.

8. ערעור תשכ"ה/ 222 פסקי דין רבניים, חלק ו', עמוד סה (הרבנים אלישיב, גולדשמידט, ע' יוסף)

הופיע בביה"ד העד הר' ה' ומעיד: הנפטר סבל ממחלה פנימית אבל הי' בדעה צלולה, הוא כתב את הצוואה שהבית הוא נותן לאשתו... אני אמרתי לו שנחויץ ע"ז קנין, נתתי לו סודר שלי ועשה קנין על כל מה שכתוב בצוואה... והנה הספיקות שיש לעורר לכאורה בדבר כשרות הצוואה הראשונה, שתיים המה: (א) מתנת שכי"מ שנתנה בקנין קיי"ל... דלא קנה אפי' מת, שמא לא גמר להקנות לו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה. (ב) הלכה פסוקה...: הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, בין שהיו יורשיו בניו או אחיו. וא"כ יש לדון אם יש תוקף להצוואה הראשונה עליה חתומים שני העדים.

לכאורה י"ל דאף כי כל ריעותא כשהיא בפני עצמה, כוחה יפה לבטל הצוואה, אבל בהצטרף שניהם יחד אז מקבלת הצוואה תוקף, כי הטעם - במתנת שכי"מ בכלולה שנתנה בקנין - דלא קנה, הוא מכיון: שחז"ל תיקנו שדברי שכיב - מרע ככתובין וכמסורין דמי, וזה שלא רצה ליתן כי אם בקנין סודר... גילה בדעתו שאינו סומך במתנתו אתקנת חז"ל אלא שיהיה כשאר קנינים, משו"ה לא מהני...

ובחו"מ סי' רמ"א סעי' ד' הובא דעת הראב"ד והרשב"א דהא דאמרינן הכותב כל נכסיו לאחד מבניו לא עשאו אלא אפוטרופוס אם הקנה לו בקנין קנה, הואיל והא דאמרינן לא קנה הוה הילכתא בלא טעמא, והואיל ואין קנין לאפוטרופוס, משו"ה סוברים דקנה, ומעתה בשכי"מ שציוה כל נכסיו לאשתו וקיבל בקנין, הרי אין שום גילוי דעת מצד המצוה שלא רצה לסמוך במתנתו אתקנת חז"ל, כי חשש שיש צורך בקנין שלא יבאו לומר שלא עשאה אלא אפוטרופא.

ועיין נוב"י קמא חו"מ סי' כ"ו: - י"ל שלא היה כוונתו בהקנין לדחות את האמירה רק לייפות כוח עשה והיפוי כוח הוא לפי שבאמירה אינו קונה דשלב"ל אף בשטרי פסיקתא, ובאמירה לא שייך לומר כשם שמועילה לדשב"ל מועילה ג"כ למה שלב"ל, שהרי כל אחת היא אמירה לעצמה, לכן קיבל בקנין.

זהו פסק דין של בית הדין הרבני הגדול.

פסה"ד מעלה שאלה מעניינת. מה קורה כשניתנה מתנת שכיב מרע, אבל נותן ההמתנה ויותר על ה"הנחות שניתנו לו", והקפיד ועשה את המהלכים הקנייניים ?

האם התוספת שעשה גורעת או לא ?

בפסה"ד נעשתה מתנת שכיב מרע. כתוב שנותן המתנה הוטעה על ידי עד, שאמר לו לעשות גם קניין סודר, והוא העביר חפץ סמלי על מנת ליצור מעשה קניין. זה נעשה למרות שלא צריך לעשות זאת במתנת שכיב מרע.

זה מעורר שתי בעיות:

יש הלכה שאומרת שלשכיב מרע יש שני דרכים להקנות את נכסיו:

הדרך הראשונה, היא הדרך רגילה של שכיב מרע וזה ידוע ותקף, כפי שכבר למדנו.

הדרך השנייה, היא כשמוותרים על ההקלות ועושים זאת בדרך של קניין. את זה יודעים אם עשו מעשה קניין ואז זה מתנה קניינית רגילה. במקרה כזה, יש ללכת בדרך זאת עד הסוף.

כלומר לא ניתן לערבב בין שתי הדרכים.

כלומר אם הלכו למסלול הקנייני יש להשלים אותו ולא מספיק הקניין הווירטואלי, צריך גם

להמשיך ולעשות משיכה או שטר לפי העניין. ומכיוון שלא הושלם אין קניין.

זאת הבעיה הראשונה שהתחלת וזה תוקע אותך, כי אתה צריך לסיים באותה דרך.

הבעיה השנייה - יש הנחה שאומרת שאם ישנם כמה יורשים לאדם, והאדם נתן רק ליורש אחד, לבן אחד או לאשתו (במקרה שלנו זה לאשתו), את הכול, לא מקבלים זאת. קובעים שזה לא יכול להיות ורואים אותו כאילו שהוא נתן לה את הירושה באופן זמני כאפוטרופסית והיא צריכה לחלק אותה.

כלומר, במקרה שלנו יש שתי סיבות לבטל את הצוואה
האחת לא הסתיים מעשה הקניין, והשנייה שנתן את הכול לאשתו.

בית הדין פותר את הבעיה. הוא אומר כול דבר בפני עצמו מבטל את הצוואה, אבל שני הדברים יחד דווקא מכשירים את הצוואה. זאת המטרה שלו, כי הוא מעוניין לקיים את דברי ורצונו של המת.

ההלכה שאם נותנים את כול הירושה לאישה, אזי הכוונה שלמתן זמני כנאמן עד לחלוקה הסופית, זה בדרך של שכיב מרע. אבל, אם זה בדרך של קניין זה מראה עד כמה מעוניין היה המת לתת רק לאחד, וזה מאפשר לקיים את הצוואה. לפיכך אומרים בפסק הדין, מעתה נאמוד מחדש את המעשה שנעשה כאן ונבדוק למה הוא עשה מעשה קניין ולא בדרך של שכיב מרע. האמת שהוא עשה מעשה קניין כי העד הטעה אותו, אבל פרשו זאת אחרת, כאילו הוא ידע שהוא לא יכול לצוות את כל רכושו לאשתו כי יחשיבו את זה כמטרת נאמנות ויחלקו את הירושה. כדי להימלט ממצב זה היה עליו לעשות מעשה קניין ולכן הוא עשה זאת. הוא לא עשה את הקניין בגלל שויתר על הדרך הירושיתית, אלא כדי להקנות את הכול לאישה.

נעבור לסדרת נושאים חדשה:

נעסוק במעשים שהם מעשי קניין אבל הם שונים ממעשי הקניין הרגילים. התוצאה שלהם היא קניינית למרות שלא נעשה בהם מעשה קניין. הראשון הוא מעשה אודינא זאת הודאה.

אודינא - זאת הודאה.

הבנת הבעיה:

מדובר על שכיב מרע שמודה שנכסים מסוימים שחשבו שהם שלו, אינם שלו. הוא מוסר הודעה שהנכסים הללו הם לא שלו למעשה. השאלה, האם על סמך ההודעה הזאת, יש לתת את הנכסים למישהו האחר? האם יש לקבל את ההצהרה הזאת שלו? האם יש לה משקל קנייני? התלמוד מביא תקדים באמצעותו הוא מעלה שאלה זאת:

1. בבלי, בבא בתרא קמט, א

איבעיא להו: שכיב מרע שהודה, מהו? ת"ש⁶²: דאיסור גיורא הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי רבא. רבה שמר לאיסור, שהיה גר, 12,000 זוז (סכום גדול מאוד) רב מרי בריה, לאיסור יש בן, שהוא מרוחק ממנו, גם הוא גר, והוא רב ושמו רב מרי הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הוא, ובי רב הוה. הבן של איסור לא היה ליד אביו, וכן הורתו שלא בקדושה = שאימו נכנסה להיריון ההורים

⁶² תשמע = בא תשמע

שלו היו עדיין גויים. ולידתו בקדושה = במהלך ההיריון הם התגיירו והוא נולד כבר יהודי.
אמר רבא: היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי? רבה מעוניין לנכס לעצמו את הכסף שניתן לו. הוא
אומר לא אקח אותם שלא כדין, אבל אולי יש אפשרויות משפטיות לקחת את הכסף. הוא
בודק שש אפשרויות לפיהן הכסף יועבר מאיסור לבנו הרב מרי, ופוסל אותן אחת לאחת
(כך הוא מנסה ליצור אפשרות משפטית שהכסף ישאר אצלו):

1. אי בירושה - לאו בר ירושה הוא; אם זה בירושה לא ניתן - האבהות נקבעת בשעת ההזרעה
לפיכך הוא לא היה יהודי מלכתחילה וההלכה אומרת שכאשר אדם מתגייר כל העבר שלו
נמחק והכול מתחיל מחדש ולמשל אם בני זוג מתגיירים הם צריכים להינשא שוב. לפיכך
הוא לא בן ירושה כי האב הוא למעשה לא האב שלו.

2. אי במתנה - מתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן, מתנת שכיב מרע היא כמו ירושה. חכמים עשו
אותה כאילו ירושתית לפיכך מעגל הזכאים לקבל מתנת שכיב מרע זהה למעגל הזכאים
לירושה ולכן גם היא חסומה לפניו כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה
ליתיה במתנה;

3. אי במשיכה - ליתנהו גביה; אם במשיכה זאת אפשרות קניינית אבל הוא רחוק מהאזור ולא
יכול למשוך.

4. אי בחליפין - אין מטבע נקנה בחליפין; אם מדובר בעסקת חליפין זה לא חייב להיות סימטרי
אבל אין מטבע יכול להקנות בחליפין - קניין חליפין לא חל על מטבע אלא רק על
מיטלטלין.

5. אי אגב קרקע - לית ליה ארעא; על מקרקעין ניתן לעשות קניין אגב להקנות מקרקעין ואגב זה
יקנה את המיטלטלין, אבל אין לו קרקע.

6. אי במעמד שלשתן במעמד שלשתן - זאת דרך להמחאת חובות. אם אדם חייב לחברו למשל
10,000 שקל יכול הנושה לומר לאדם שלישי: את ה10,000 האלו אני ממחה אליך - זאת
המחאת זכות וגם פיקדון ניתן להקנות בדרך זאת. כלומר איסור יכול לומר הכסף שלי
אצל רבה ואני מקנה את הזכות הזאת, שיש לי בפיקדון, לבני רב מרי. אלא שהטקס הזה
של "במעמד שלשתן" ניתן לעשותו רק אם כל שלושת הצדדים נמצאים פיזית במקום. - אי
שלה לי לא אזילנא. רבה אומר שאם יקראו לו הוא לא יבוא וכך לא יהיו כל השלושה.

מתקיף לה רב איקא בריה דרב אמי תלמיד אמר לו יש עוד **דרך שביעית**: אמאי? ולודי איסור דהלין זוזי
דרב מרי נינהו, וליקנינהו באודיתא **הצעה היא שרב מאסור ימסור הצהרה שהזוזים הם לא**
שלו אלא של הבן שלו. ! אדהכי נפק **אודיתא** מבי איסור. ומתברר שאיסור בינתיים הצהיר זאת
איקפד רבא, אמר: קא מגמרי טענתא לאינשי ומפסדי לי. **רב אשי כעס שהתלמיד העלה רעיונות לרב**
איסור וכך הלך לו הכסף והוא הפסיד.

מכאן המסקנה שהצהרה כזאת יש לה תוקף, וניתן להקנות דבר בהצהרה כזאת.
השאלה: איך זה עובד? יש אסכולות שונות בין הפרשנים, ועל זה בשבוע הבא.

5.5.2009 - שיעור מס' 16 – 5 בסמסטר ב'.

בקורס אנחנו רוצים לבדוק מוסדות משפטיים קנייניים שהפורמט שלהם הוא חוזי. המיוחד באודיטא (ובנושא הבא) הוא שהמעשים הם קנייניים והצורה שלהם הוא חוזי. האודיטא היא הודאה, כלומר שמישהו אומר שזה לא שלי, אלא של מישהו אחר. זה הליך קנייני שמקנה את הנכסים לשני למרות שהצורה שלו היא חוזית.

בשיעור שעבר בדקנו את התקדים שמופיע ב מקור הראשון 1. בבלי, בבא בתרא קמט, א. ורק במקור זה פעם יחידה בתלמוד.

במקור זה בסופו של דבר הכסף הוקנה לבן באמצעות אודיטא. הסיפור התלמודי טעון כי מחד קוראים לזה אודיטא שהוא מושג מדיני הראיות מאידך התלמוד בדק אותה על רקע של דרכי קניין אחרות. יש שלוש אפשרויות באמצעותם ניתן להסביר את האודיטא : יש אפשרויות להכיל את שלוש האפשרויות ביחד, אבל זה עושה בעיה של אי סדר.

תיאוריה ראשונה :

1. התיאוריה הקניינית – מקור מס 2 – קדום מהמאה ה 14 הראש - רבנו אשר אומר :

2. תוספות רא"ש (שיטה מקובצת), בבא בתרא, שם

ולא עבד איסור איסורא במה שהודה שהיו של בנו, וגם רב מרי במה שקיבלם, מאחר ששכיב מרע היה, כי תקנת חכמים היא שתועיל ההודאה כמו קנין סודר או משיכה.

הוא שואל : האם זהו שקר .. ?

ועונה : זה לא שקר ולא הצהרה כוזבת, וגם הרב מרי לא עבר על איסור. כי איסור היה שכיב מרע ויש כאן הודאה, ויש תקנת חכמים שאומרת שב"שכיב מרע" ההודאה מועילה כמו קניין סודר.

מקור 3 מהמאה ה 18 עושה יותר סדר יחזקאל סגל לנדאו מחשובי הפוסקים במאות האחרונות. הוא הראשון שחידד את האופציה הקניינית.

3. שו"ת נודע ביהודה (מהדורה קמא) חו"מ, סימן ל

וכן נראה לפי עניות דעתי מלשון הגמרא במסכת ב"ב דף קמ"ט גבי איסור גיורא דקאמר ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו ולקני באודיטא הרי דקאמר ולקנינהו באודיטא שמשמע שהודאה הוא הקנין בעצמו, ולא מטעם שכיון שהודה אמרין שכבר הקנה לו, אלא שזה הוא הקנין בעצמו, כאשר לדעתי הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים, ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קנין - נקנה בהודאה, ונכסי איסור יוכיחו.

ההתחלה היא ציטוט ממקור מס' 1 שהוא יקנה אותם באמצעות אודיטא. הוא אומר שזהו הקניין בעצמו. הוא מתפלמס עם הדעה שאומרת שהבסיס של האודיטא הוא מתחום דיני הראיות.

לפי הדעה הראייתית האודיתא תקפה בגלל שההנחה היא שהקניין באמת שלו. זה מבוסס על ההנחה שהעברת הבעלות הייתה כבר בעבר, וההצהרה רק מעידה עליו. זה אומר שההודעה היא לא הקניין עצמו אלא רק מעידה עליו.

עם דעה זאת הנודע ביהודה מתווכח ולא מסכים איתה הוא אומר שהאודיתא עצמה היא המחוללת את הקניין עצמו.

הוא מסביר שהאודיתא הוא הכלי הגדול שבכול הקניינים שהיא דרך הקניין הגבוהה ביותר. האודיתא יכולה לעזור גם אם אף דרך קניינית אחרת לא מועילה.

ההוכחה לזה היא הסיפור של איסור, כי שם ניסו בכול הדרכים ורק הדרך הזאת היא שהועילה.

תיאוריה שנייה:

מקור 4 הוא התיאוריה הראייתית. רשב"א – ר' שלמה בן אדרת שלא מקבל את התיאוריה הקניינית, אומר שהתיאוריה הנכונה היא הראייתית.

4. שו"ת הרשב"א, חלק ד, ג

שאלת: ראובן / נראה שצריכים להוסיף: הודה / שהקנה מטלטלים לשמעון, וכתבו לו העדים שטר מאותה הודאה, קנה או לא קנה? וכתבתי / נראה שצ"ל: וכתבת: / דמסתברא לך דקנה, מדאמרינן בפרק מי שמת (קמ"ט ע"א), גבי: איסור גיורא: וליקנינהו באודיתא...

תשובה: ...וכן יש מי שמדקדק מההיא דאיסור: שהודאה בכענין זה אחד מדרכי הקניאות. אלא שאני תמה בדבר זה, ובמה יקנה? והלא נכסים שאין להם אחריות אין נקנים אלא או במשיכה או בהגבהה או בחליפין או באגב? ולא מצינו בשום מקום שתהא קנייתן בהודאה. וההוא דאיסור, בשהודה שאותן נכסים שביד רבא שלרב מארי הן. ואעפ"י שאנו מוחזקים בו שאין לו לרב מארי בידו כלום. כל שהודה, הוא נאמן יותר ממאה עדים... אלא הודאה גמורה היא.

הרשב"א אומר למישהו ששואל וחושב שאודיתא מועילה ויוצרת זכות קניינית. הוא אומר שיש תזה כזאת, קניינית, אבל זה לא יכול להיות במה יקנה? יש דרכי קניין מוכרות פיזיות ודרך זו לא נמצאה בתלמוד. אם היא הכי פשוטה, ואיך זה שהיא לא מופיעה במקומות נוספים בתלמוד?

לפי זה יוצא שהנכסים היו של הבן מלכתחילה, ולכן הם של הבן גם עכשיו. הרשב"א אומר שהודאה יותר טובה מ- 100 עדים⁶³, כי אין לאדם סיבה להודות במשהו שהוא לרעתו.

גישה אחרת היא שלא משנה אם זאת האמת או לא. העיקר הוא שהקונפליקט המשפטי נגמר. אם מישהו מודה זה פותר את הבעיה. זכותו של מישהו לוותר על משהו שלו, ללא הצורך בבחינה האם זה שלו או לא. וכך הוא פותר את הבעיה.

⁶³ הערה: במקורות

"הודאה היא כמו 100 עדים" זה בתחום האזרחי בלבד. לפיה אם משהו מוותר על זכותו שיוותר. "אין אדם שם עצמו רשע" – זה בפלילי כלומר ההודאה אינה מפלילה.

תיאוריה שלישית

מדובר בדיני שכ"ב מרע:

רבי יצחק מהמאה ה' 16 של פרובנס. גבול צרפת ספרד ומכיל את ..

5. ספר העיטור, אות ה', הודאה (דף עב, ב)

ומסתברא דהודאה לא מהני אלא בשכ"ב מרע כגון הא דאיסור, משום דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמי...
ואם משום הא דכתובות התם בשטר הוא, אבל מידי דידיע' דלאו דידיה הוא אלא נותן, היכי מצי למימר לאו
דילי הוא אלא לפלוני, הא כ"ע ידעי דשקר הוא ומצי למימר משטה אני בך, ותו ליתנייה גבי שאר הקנאות.

ספר העיטור אומר שהודאה היא רק לעניין "שכ"ב מרע". כגון הסיפור של איסור שמדבר על שכ"ב
מרע. מכיוון ששכ"ב מרע מקבל כל מיני הנחות כמו כתיבה וכמו ... , אז זאת הנחה נוספת של שכ"ב
מרע.

במקור זה, אומרים שיודעים שזה לא של המקבל, אלא של הנותן, ושואלים: איך ניתן להכשיר
דבר שקר? – בזה הוא תוקף את התיאוריה הראייתית. כלומר, הוא מניח שהראייה היא מבררת
את האמת, ולא מקבל את מה שרשב"א אומר שזה רק מסיים את הסכסוך, ולא חשוב אם מדובר
באמת או לא.

ותו ליתנייה גבי שאר הקנאות כאן הוא תוקף את התיאוריה הקניינית בטענה שאם זה היה קנייני, זה
היה מופיע בכול מקום בתלמוד בו מדובר על קניין.

המקור דוחה את התיאוריה הראייתית וגם את התיאוריה הקניינית ולכן הוא נשאר עם תיאורית
השכ"ב מרע.

מבחינת פרשנות הטקסט זאת התיאוריה המסתברת ביותר.

אבל הלכה זה לא רק פרשנות של הטקסט. הלכה זאת האפשרות ליישם את הטקסטים בצורה
יעילה שמקדמת את המציאות, כי יש לפתח דרכי קניין לא פיזיות (למשל לזכויות לא ניתן לעשות
קניין בצורה פיזית) ולא להגיע למסקנה שזהו חריג לש שכ"ב מרע. לכן נעזב את התיאוריה
השלישית.

הנפקויות של התיאוריות הראשונה והשנייה (נתעלם מהאסכולה השלישית).

נפקות ראשונה נוגעת למעגל הנכסים שהאודייתא יכולה לחול לגביהם.

האסכולה הקניינית אומרת שיש נכסים שהם לא בעלי קניין. למשל נכסים מופשטים, האסכולה
הזאת לא תחול עליהם, והתיאוריה הראייתית כן תחול עליהם. כי אם האדם מוותר על זכויות...

המחלוקת באה לידי ביטוי במקור 6 ו 7:

רבי מאיר הלוי.

6. יד רמ"ה, ב"ב שם, אות צז

ושמע מינה דהודאת שכ"ב מרע לאו מתנה היא אלא הודאה גמורה היא; דאי ס"ד מתנה היא היכי קני להו רב
מרי להני זוזי באודייתא והא לאו בר ירושה הוא וכל דליתיה בירושה ליתיה במתנה אלא לאו ש"מ דהודאה

גמורה היא... וכיון דהודאה היא ולא מתנה היא הוי לה כהודאת ברי ולא מצי למיהדר ביה והוא הדין נמי לענין מילי דלא מיקנו במתנה כגון דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו כגון מלוה וגזל וכיוצא בהן, אע"ג דלא מיקנו במתנה מיקנו בהודאה, וכן הילכתא.

הוא אומר שהאודיתא אינה מתנה שמצייתת לדיני הקניין, אלא הוא מדיני הראיות. כי אם תאמר שזה קנייני, ונניח (לשיטתו) שמתנת שכיב מרע זה מדיני הירושה, והגיוור לא מאפשר ירושה, לפיכך אין כאן אפשרות לירושה. לכן לפי שיטתו זה לא שייך לשכיב מרע אלא לדיני בריא. ... להשלים.

"דבר שאינו ברשותו" – זה מצב שהחפץ נמצא בעולם ועקרונית ניתן לקבל עליו קניין, אבל החפץ הוא לא בשליטת הבעלים.

למשל: **גזל** לא ניתן להקנות, כי מצד אחד זה לא של הגזלן, ומאידך, הנכס לא בשליטת הבעלים, ולכן גם הוא לא יכול להקנות את הנכס.

מלווה זה דומה. כי הכסף אצל מישהו אחר, אצל הלווה. זה גם מקרה של אבדן שליטה. יכולה להיות **מגבלה על נכס כי הוא אופציה** וכלל לא בא לעולם, ויכול להיות שהחפץ אינו בשליטתי. את שניהם לא ניתן להקנות.

אומר רבי שאודיתא לא כפופה לדיני הקניין והיא יכולה לחול על נכסים שהם לא קנייניים כמו שני הללו.

מקור 7 תלמיד של הרב מרוטנבורג מגדולי בעלי התוספות בגרמניה.

7. מרדכי, ב"ב, שם, תרכ

כתב רבנו מאיר ז"ל: צ"ע אי אודיתא מהני במלוה או לא. דלכאורה משמע דלא מהניא אלא בפקדון, דומיא דעובדא דאיסור גיורא, אבל בהלואה לא, כיון דאפילו בקנין אגב קרקע לא מהני, הודאה נמי לא מהניא...

לו לא הברור שמדובר בגישה הראייתית זה דומה לעובדה של רב איסור. הטענה שלו היא קניינית. הלוואה לא ניתנת לקניין אפילו לא בקניין אגב. קניין אגב לא מאפשר הקניית הלוואה ואם לא ניתן להקנות הלוואה בשום דרך, הרי שגם לא ניתן באודיתא, ולכן יוצא שאודיתא היא קניינית.

לסיכום:

מקור 6 מכיר שהאודיתא היא ראייתית.

ומקור 7 מכיר שהאודיתא היא קניינית.

12.5.2009 - שיעור מס' 17 – 6 בסמסטר ב'

תקציר חזרה על אודיתא על 43.00-54.30. אודיתא זאת הודאה שאדם מצהיר שנכס שלו אינו שלו....

נפקויות של אודיתא

נפקות אחת – (משיעור שעבר) האם ניתן להעביר בעלות באודיתא בנכסים שאינם בעלי קניין? להקנות זאת בדרכי קניין רגילות זה לא אפשרי. השאלה האם זה ניתן באמצעות אודיתא? לפי הגישה הראייתית ניתן להעביר בעלות באמצעות אודיתא, גם נכסים שאינם בני קניין. לפי התפיסה הקניינית הנכסים אינם ניתנים להעברה. לא ניתן להעביר קניין בנכסים שלא באו לעולם.

נפקות שנייה מקור 8 מתוך "קצות החושן" – ספר מהמאה ה-18, אחד הפירושים לחושן משפט חלק מתוך השולחן ערוך. החשיבות של חיבור זה היא שהוא סולל גישה חדשה בלימוד ההלכה. הלכה עד לספר זה היא הלכה קזואיסטית (מקרים), וממנו התחילו לעבור לשיטה של לימוד מושגי של עקרונות.

המקור עוסק **בהעברות בעלות דתיות**.

בד"כ העברת הבעלות לא נעשית מתוך מניעים דתיים, אבל לעיתים יש לזה נפקות דתית. למשל מכירת חמץ בפסח, או מכירת הקרקע בשנת שמיטה. **השאלה היא:** אם מבצעים מכירה, העברת בעלות, דתית, האם ניתן לעשות זאת באמצעות אודיתא, או לא?

לפי **הגישה הקניינית** – אם זה הצהרה וזה לא שלי, אלא של פלוני, ואם זה בהסכמה, אזי אין בעיה לבצע העברת בעלות דתית, כמו לא דתית, באודיתא.

אבל **אם אומרים שזה ראייתי** יש בעיה וניתן לשקול שאודיתא אינה עילה להעברות דתיות. כי אם מישוהו אומר שזה לא שלו, וכולם יודעים שזה לא נכון. בקניין רגיל זה לא מעניין אותנו, כי מה שחשוב זה ההסכמות ואם משהו מוכן לוותר אז מקבלים את זה. לעומת זאת, בהעברה דתית זה לא כך אדם לא יכול לוותר על החמץ אם זה לא נכון.

8. קצות החושן קצד, ס"ק ד

ולענ"ד⁶⁴ קנין שלם הוא ולא נופל הוא מכל הקנינים לדעתו אודיתא היא קניין שלם שאינו נופל מכול קניין אחר. הן לענין ממון והן לענין איסור. גם לדיני ממונות וגם לדיני איסורים ואע"ג דקמי שמיא⁶⁵ גליא שאין הדבר כן אפילו אם בשמיים יודעים שהדבר אינו נכון, כיון דהוא קנין הרי נקנה לו באודיתא. בגלל שזה קנייני ולא חשוב מה היה קודם כי ההצהרה היא המחוללת את הקניין. ועיין בט"ז⁶⁶ הלכות ריבית סי' קסח, וז"ל: ... דהאי אודיתא דאיסור אינו ענין לכאן, אודיתא אינו שייך לכאן לדיני איסור, אלא לקניין רגיל בלבד דודאי לגבי ממון אמרינן אמרינן דאדם נאמן על עצמו לחובתו והודאת בעל דין כמאה עדים דמי... הודאת בעל דין היא כמו 100 עדים ולא מעניין אותנו אם זה נכון או לו אם הוא מודה ולוקח על עצמו את העניין לנו אין בעיה עם זה אבל זהו ודאי אינו מועיל לאפקועי איסורא בשביל שקר שלו...

⁶⁴ לענינות דעתי

⁶⁵ שלפני השמיים גלוי הוא

⁶⁶ טורי זהב – חיבור אחר.

הודאת בעל דין היא כמו 100 עדים זה נכון לגבי ממון, אבל לא לגבי הפקעת איסורים. השמיים לא יכולים לאשר איסור שאינו נכון. יש ויכוח בין קצות החושן לטורי זהב שקדם לו וחושב אחרת.

19.5.2009 - שיעור מס' 18 – 7 בסמסטר ב'.

נפקות שלישית ואחרונה:

הנפקות. היכן אני ממקם את זמן התחולה של האודייתא. או במילים אחרות: האם נתן לקבוע את הזמן של האודייתא, גם באופן רטרואקטיבי, כלומר האודייתא נעשית עכשיו אבל מיוחסת לזמן מוקדם יותר.

בשאלה זאת עוסק מקור מס' 9

9. שו"ת שואל ומשיב מהדורה א"ח"ג סימן קל

במה שנסתפק אם הקנה לאשתו איזה דבר ההנחה היא כשאיש מקנה לאשתו זה כל הנכסים כולל קניין הפירות. זה לעומת איש זר שמקנה נכסים לאישה, והפירות יהיו לבעל, לעומת מצב שהבעל מקנה לאשתו, הוא מקנה לה את הכול כולל קניין הפירות. השאלה כאן אם ההקנה היא באודייתא? דק"ל... דקנתה ואין לבעל פירות, איך הדין אם הקנה בקניין אודייתא. אם נימא אם נאמר כיון דהיא מתורת חיוב, שאודייתא היא ראייתית ולא קניינית א"כ אם כן שוב הוה נכסים שלה דיש לבעל פירות, או דילמא כיון דהיה בקניין אודייתא, א"כ הוה כמתנה שלו דאין לבעל בו פירות ... כשאיש מקנה לאשתו נכסים. אם אודייתא היא לא קניינית - הפירות נשארים של הבעל, ואם זה קנייני זה כרגיל והבעל מוותר על הפירות. והנה בגוף הספק, הדבר תלוי אם אודייתא הוא מתורת חיוב גרידא, שכל שמודה הרי יכול לחייב עצמו בכל מה שרוצה, או דאודייתא הוה קניין... כעת מצאתי בב"ש בהא דמבואר בסי' ל"ח סט"ז: ע"מ שיאמר פלוני שיש לי מנה בידו שולחן ערוך אומר שאם לא שניתן לקדש אישה באמצעות הצהרה של צד ג' שיש בידו כסף של הבעל. – אמר: יש לו בידו מקודשת. כתב הב"ש: היינו שיש לו בעת הקידושין. זה בתנאי של צד ג יש את הכסף בזמן הקידושין ולא אח"כ וכ': ומזה נראה אם אמר ע"מ שיש לו ביד פלוני לא מהני הודאת פלוני, כי אע"פ דמהני הודאתו לחייב א"ע מכאן ולהבא, מ"מ אינו יודע אם היה לו אצלו בשעת הודאתו למה דורשים שהכסף יהיה אצל צד ג' בזמן הקידושין? על מה זה מבוסס? צד ג' משתמש בכלי של אודייתא ואומר מה שאתם חושבים ששלי זה לא שלי והשאלה מה זה האודייתא? האם התחולה היא רק באותו זמן או האם התחולה יכולה להיות רטרואקטיבית. אם נאמר היא אובליגטורית על בסיס דיני הראיות הכסף הוא מכוח ומרגע האודייתא ואז לא היה כסף בזמן הקידושין ואם נאמר שאודייתא היא קניינית אזי התחולה היא רטרואקטיבית והצהרה יכולה להיות שזה היה שלו גם חודש לפני כן. ע"ש. ומדבריו מבואר דאודייתא לא הוה קניין, כ"א חיוב גרידא, דאל"כ כל שהודה הרי הקנהו לו...מדברי בית שמואל ניתן להבין שהאודייתא היא ראייתית ואטו לא יוכל לקנות בכל הקניינים למפרע וכמו אם משך לו ואמר לו שיקנה מני אז נלפענ"ד דהיה מועיל דכן היה בכלל הקניין שמקנה למפרע.

לסיכום הוא אומר שלפי השו"ח והבן שמואל, אודייתא היא ראייתית, ואז בסיפור של איש, אישה וצד ג', אז לקידושין יהיה תוקף רק אם יש ידיעות ברורות שצד ג' החזיק בידיו כסף של האיש בשעת הקידושין – רק אז יהיה לזה תוקף. ושלא ניתן לסמוך על האודייתא בלבד – כי תחולתה היא מכאן והלאה וזה לא עוזר לנו במבט של חודש לאחור – שעת הקידושין.

8. מעמד שלשתן

גם זה מעשה קנייני מופשט - שלא נעשה בדרכי הקניין המקובלות הפיזיות. למשל: לאדם (א') יש חוב מסוים - מישהו (ב') חייב לו 100,000 דולר, והוא אומר לאדם אחר (ג') – אני רוצה לעשות עסקת מקרקעין, תן לי 100,000 דולר ואת הזכויות שיש לי אצל ב' אני מעביר אליך. כלומר, אני אומר לך שאמחה לך זכות שיש לי אצל מישהו אחר. ההלכה שלהלן אומרת שניתן לעשות המחאת זכות כזאת. תוצאות ההמחאה הן קנייניות, יש להן תוקף קנייני, אבל יש לעשות את הטכס במעמד שלושת הצדדים.

איך זה עובד? איך הבעל חוב יכול להקנות זכויות לצד שלישי.

הקדמה כללית - לצורות שונות להקניית חובות לזכותי, שנמצאים בידי חייב, לאדם שלישי.

נושה הוא בעל חוב, כלומר בעלים על החוב שהחייב חב לו :

לכך יש מס אפשריות :

האחת – באמצעות מסירה של שטר חוב – שהוא שווה כמעט את שוויו הכספי.

השנייה – ו"הרשה עליהן" – באמירה בע"פ. אם אין שטר יכול לומר לה, או לכתוב לה, יש לך את הזכות לקבל את הכסף שחייבים לי.

השאלה היא : האם בשני המצבים הללו, האישה מקודשת או לא ?

על זה יש מחלוקת :

רבי מאיר אומר – כן.

חכמים אומרים - לא, ששטר חוב והרשאה זה לא הילך כספי. לא ניתן לקדש אישה בנכסים מופשטים כמו שטר או זכויות, צריך נכסים ממשיים.

התלמוד לא מקבל את הויכוח בצורה כזאת. הוא לוקח את הויכוח לנישה.

1. בבלי, קידושין מז, ב – מח, א

נימא כתנאי: התקדשי לי בשטר חוב, או שהיה לו מלוה ביד אחרים והירשה עליהם, ר"מ אומר: מקודשת, וחכ"א: אינה מקודשת... והכא במלוה בשטר ובמלוה על פה קא מיפלגי. במלוה בשטר במאי פליגי? בפלוגתא דרבי ורבנן קמיפלגי, דתניא: אותיות נקנות במסירה, דברי רבי, וחכ"א: בין שכתב ולא מסר, בין שמסר ולא כתב - לא קנה עד שיכתוב וימסור; מר אית ליה דרבי, ומר אית ליה דרבי... במלוה על פה במאי פליגי? בדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה, מר סבר: כי קאמר רב - ה"מ בפקדון, אבל מלוה לא, ומר סבר: לא שנא מלוה ולא שנא פקדון.

זאת מחלוקת בין רבי מאיר לרבנן:

במלוה בשטר במאי פליגי?

התלמוד טען שהויכוח לגבי האפשרות לקדש אישה בשטר חוב הוא מקביל לגמרי לויכוח איך מוכרים שטר חוב. אם יש לי שטר חוב ואני מעוניין למכור אותו למישהו (מוכרים שטר של 1000 ב 700 למשל), מה אני עושה?

רבי (יהודה הנשיא) אומר: אותיות (תוכן המסמך) נקנות במסירה – שטר חוב זה כמו שטר של כסף, וגם שטר חוב זהה לשטר כסף וניתן לקדש בו את האישה ואותו מקנים במסירה כמו מיטלטלין.

חכמים אומרים: שזה זכויות ולא מיטלטלין. להקניה של זה צריך שני אקטים מצטברים:

1. גם לכתוב 2. וגם למסור.

כלומר, בשטר החוב יש שני רכיבים: 1. אובליגטורי (שמגלם את שווי הזכויות) - לגביו יש לכתוב שטר אחר 2. וחפצי (זניח הנייר) – לגביו יש לבצע מסירה.

לשיטתם, את הזכויות ניתן לגלם רק באמצעות שטר. שטר זה קניין הצהרתי והצהרה היא המעבירה את הבעלות למישהו אחר וזה מה שמעביר את הבעלות. לפיכך כדי להעביר את הזכויות של שטר ניתן לעשות זאת רק עם שטר אחר זה לפי חכמים.

על מנת להעביר את הרכיב אובליגטורי (הזכויות) - ניתן לעשות שטר על שטר – זה יכול להיות בשתי דרכים: בשטר חדש וניתן לעשות תוספת על השטר עצמו ולא חייבים שטר חדש נוסף. אבל יש לעשות פעולת כתיבה שיטתית. השאלה מהו שטר חוב האם מיטלטלין? או שאומרים שמעמדו משולב, כלומר גם מיטלטלין וגם זכויות. לפיכך אקט המכירה משולב של מיטלטלין שזה מסירה וגם זכויות זה כתיבה.

לסיכום:

חכמים טוענים שמעמד של שטר חוב הוא משולב - חפץ + זכויות = החפץ (הנייר) הוא זניח והזכויות הם לא חפץ. ולאור העובדה שכדי לקדש צריך חפץ, לפי כל לפי חכמים לא ניתן לקדש בשטר.

האפשרות השנייה באמצעות מלווה בע"פ = ו"הרשה עליהן" – באמירה בע"פ.

במלוה על פה במאי פליגי? בדרכ הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה, מר סבר: כי קאמר רב - ה"מ בפקדון, אבל מלוה לא, ומר סבר: לא שנא מלוה ולא שנא פקדון.

הם חולקים שרב אבונה אמר את המיוחס לו.

התלמוד טען שאקט של הרשאה בע"פ זהה בעצם למעמד שלשתן, ובצדק, כי בהרשאה אומרים לצד ג': מישהו חייב לי, קח את הכסף ותגבה אותו במקומי. - זה דומה למעמד שלשתן אבל הטכס שונה במעט - בהרשאה לא צריך את שלשתן.

יש ויכוח לגבי מעמד שלשתן: השאלה: **כלפי מה ניתן להפעיל את האקט של מעמד שלושתן?** **יש אומרים** שמעמד שלשתן הוא כללי שכוחו יפה להעברת זכויות, כלומר מעמד שלשתן יהיה תקף גם לגבי מלווה וגם לגבי פיקדון.

בפיקדון - אם החפץ נמצא בשמירה, הבעלות של הבעלים נשמרת, כלום לא פגע בה. אם החפץ נמצא אצל שומר ואני מבקש להקנות אותו למישהו, ורוצים להשאיר את החפץ אצל השומר. מתעוררת השאלה: האם ניתן לבצע על זה העברת בעלות? התשובה שאין בעיה, ניתן לעשות זאת ב"מעמד שלושתן". – זה מוסכם ואין על זה ויכוח.

על **מלווה** - יש ויכוח האם "מעמד של שלושתן" יהיה לו תוקף לגבי הקניית חובות?
מר סבר: כי קאמר רב - ה"מ בפקדון, אבל מלווה לא,
מר סבר שמה שאמר **רב** הוא שמעמד שלשתן מתאים לפיקדון אבל לא מתאים למלווה (לא מתאים להקנות חובות).
ומר סבר: לא שנא מלווה ולא שנא פקדון.
ומר עצמו סבר ששניהם לא מתאימים.

ומכאן הויכוח עובר למשנה לעניין הקידושים. האם ניתן להשתמש במעמד שלשתן לקידושי אישה? האם יש לקידושי "במעמד שלשתן" תוקף או לא?
בפיקדון אין חולק שניתן להקנות זכות, והפיקדון הוא ממשי וניתן להעבירו לאחר. מדובר בלהסתלק מזכויות וזה אין בעיה לעשות.
אבל להעביר זכויות כשאינן כלום פיזי, על זה יש ויכוח. מי שאומר שניתן להקנות מלווה ב"מעמד שלשתן" אז ניתן לקדש אישה במעמד שלשתן. לעומת זאת, מי שאומר שמעמד שלשתן לא מתאים למלווה אז אי אפשר לקדש גם אישה במעמד שלשתן.

לסיכום יש שלוש דרגות של הקניית (המחאת) זכויות

- 1. יש המחאת זכויות בשטר** – במקרה זה יש ויכוח איך לתפוס את השטר?
דעה אחת שהשטר הוא חפץ - מיטלטלין, ואז המחאה היא גם קניינית וניתן לקדש אישה בשטר.
דעה השנייה, ששטר אינו חפץ אלא זכויות, ואז הזכות תהייה אובליגטורית ולא קניינית, והנפקות תהיה שאי אפשר לקדש אישה בשטר.
- 2. המחאת זכויות בהרשאה בעל פה = הזכויות הן זכויות בחוב = מלווה** – שאני ממחה זכות שיש לי בחוב. על זה יש ויכוח האם זכות כזאת תשתכלל להיות זכות קניינית או לא? כאן הויכוח האם המלווה הוא נכס או לא? אם המלווה הוא נכס זה קנייני, ואם זה זכות זה אובליגטורי.
- 3. יש המחאת זכויות שיש בפיקדון** - אני הבעלים מקנה (ממחה) את זכויותי לצד ג'. על זה אין מחלוקת שהזכות המומחית תהייה זכות קניינית, וצד ג' הופך להיות הבעלים של הפיקדון.

מסכם זאת הרמב"ם במקור מס' 2:

2. רמב"ם הלכות מכירה פרק כב, הלכה ט

מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא, והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו, שזה כמי שאבד שאינו ברשותו; אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה אינה בעולם, ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן, והוא דבר שאין לו טעם כמו שביארנו; ואם היתה מלוה בשטר מקנה את השטר בכתיבה ומסירה שהרי יש כאן דבר הנמסר לקנות שעבוד שבו.

הרמב"ם מתייחס לדרכים שבאמצעותן פועלים בכול אחד מהמישורים הבאים:

1. פיקדון - מוכרים בדרכי הקניין הרגילות.
2. מלווה - מוכרים ב"מעמד שלשתן".
3. שטר חוב - מוכרים בכתיבה ומסירה.

2.6.2009 - שיעור מס' 19 – 8 בסמסטר ב'

אם נושה רוצה להקנות חוב (לזכותו) לאחר – מוטב:

1. חובות שהן בשטר, מקנים את שטר החוב ובכך מקנים את החוב עצמו.
2. כשהמלווה איננו בשטר, אלא בעל פה. הדרך להקנות את החוב היא באמצעות מה שנקרא בתקופת המשנה "הרשאה" ובזמן האמוראים הטכס נקרא ב"מעמד שלשתן". הרשאה זה דומה להמחאה של היום. המעבר מ"הרשאה" ל"מעמד שלשתן" נעשה בתחילת תק' האמוראים. המעבר הוא על רקע של שינוי הסביבה המשפטית. יש טכס דומה "דליגציו" במשפט הרומי שבו נעשה קניין במעמד שלושה צדדים. "במעמד שלשתן" הוא דרך קניין לחובות בו מקנים את החוב שבעל פה למוטב ובטכס צריכים לנכוח שלושה: החייב, הנושה והנמחה.

מקור מס' 3

הבעיה של התלמוד היא כיצד ניתן להקנות חפצים מופשטים. הקניין הוא בד"כ מוחשי וזה יוצר בעיה בעיני התלמוד.

3. בבלי, גיטין יג, ב – יד, א

גופא, אמר רב הונא אמר רב⁶⁷: מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן קנה. אם הטכס היה במעמד שלשתם, הוא תקין ונעשה קניין. הרקע: בישראל היה ניתן להבין את ההלכה הזאת בקלות כי הייתה השפעה של המשפט הרומי. אבל בבבל היה קשה להבין זאת. לכן מנסים להסביר זאת: - אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בפקדון, אבל במלוה לא. והא-להים! הסבר של רבא: מדובר על פיקדון ולא על חוב - יש כאן מפקיד, נפקד = השומר, המוטב ואלו השחקנים ומדובר בכלל על פיקדון ולא על חוב. זה פותר את הבעיה כי אז פיקדון הוא משהו מוחשי. אמר רב אפילו במלוה. התלמוד לא אוהב פיתרון זה ואומר שרב אמר שזה כן חל גם על מלווה. גם נמי אמר משהו דומה וגם אלוהים אומר אותו דבר. אתמר נמי, אמר שמואל משמיה דלוי: מלוה לי בידך תנהו לו לפלוני,

⁶⁷ רב הקים את ישיבת סורא שהחזיקה מעמד כ 1000 שנים עבר מישראל לבבל.

במעמד שלשתן - קנה. וטעמא מאי? התלמוד שואל מה הטעם ומביא שלוש הצאות להסביר הקנאה של מלווה במעמד שלשתם: 1. אמר אממר: נעשה כאומר לו בשעת מתן מעות שעבדנא לך לדידך ולכל דאתו מחמתך. לפי הצעה של אממר: החייב בזמן ההלוואה כשנתן את המעות כאילו שהחייב התחייב לא רק כלפי הנושה, אלא גם כלפי אנשים מטעמו שיבואו בעתיד. כלומר השעבוד לא היה אישי אלא קשר אישי מורחב ולא רק הנושה יעמוד מולו אלא גם כל מי שבא במקומו ומטעמו. וזה מכשיר את ההתחייבות בצורה הזאת. במעמד שלושתן נעשה בדיעבד כשבאים לקבל את החוב שלושת האנשים בשעת ההלוואה לא בהכרח נמצאים שלושתם כי גם לא תמיד יודעים מי הוא השלישי. 2. רב אשי פוסל את הפיתרון הראשון: א"ל רב אשי לאממר: אלא מעתה, הקנה לנולדים דלא הווי בשעת מתן מעות, הכי נמי דלא קנו! דאפילו לר"מ, דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ה"מ לדבר שישנו בעולם, אבל לדבר שאינו בעולם לא! רב אשי טוען: שהזכות של במעמד שלשתם יכולה להיות גם כלפי מי שלא נולד למשל ההתחייבות לפני 5 שנים ומי שאמור לקבל הוא בן 4, יוצא שבזמן ההתחייבות הזכאי לא נולד וזה לא אפשרי להתחייב למי שלא נולד עדיין. גם אם ניתן לקבל שאפשר להקנות נכסים עתידיים אבל קשה לו לקבל שניתן להקנות או להתחייב הוא למי שלא קיים בכלל שלא נולד ולא נוכח כלל בעולם. לפיכך, אם יש גזרה של מקרים שהפתרון לא טוב להם, כנראה שזה לא הפיתרון הנכון ויש לחפש פיתרון אחר, נכון יותר. 2. אלא א"ר אשי: בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, גמר ומשעביד נפשיה. ההצעה היא ניסיון להסביר את המנגנון של מעמד שלושתם: זה עובד באמצעות המוסד של עסקת חליפין וירטואלית בין הנושה לחייב – להם יש מערכת יחסים קודמת והיא ההלוואה, החייב הסכים להשתעבד לנושה ורק לו. אחר כך בא הנושה ואומר לחייב תן את החוב למישהו אחר, החייב שואל מה יוצא לי מזה? עונה לו הנושה אתה מחליף ממלווה ישן למלווה חדש. יש כאן תהליך של מעין עסקת חליפין. החייב יוצר עסקה חדשה עם המוטב בתמורה לכך שהוא מקבל עוד מרווח של זמן והוא קיבל תמורה ולתמורה הזאת הוא נתן התחייבות. ואז יש משהו על השולחן = טובת הנאה ורווח של החייב, זה מאפשר לעשות קניין הוא מקבל טובין ומשלם על זה בהסכמתו להיות חייב למישהו אחר. לסיכום בהצעה זאת לא מדובר בעסקה מראש כפי ההצעה הראשונה אל יש שתי עסקאות.

3. התלמוד תוקף גם את ההצעה הזאת: א"ל הונא מר בריה דרב נחמיה לרב אשי: אלא מעתה, כגון הני דבי בר אלישיב דכפתי ושקלי לאלתר, ה"נ דלא קנו! וכי תימא ה"נ, א"כ נתת דבריך לשיעורין! המנגנון הזה מניח שלחייב יש תמיד טובת הנאה מכך שהוא נהנה ממעבר של החיוב מהנושה לחיוב כלפי המוטב. כי יכול להיות שהמוטב יהיה פושע או משהו כזה ושהחייב לא יהיה מעוניין לשנות את המוטב ויז בזה הפסד ולא רווח ולכן אומרים לרב אשי גם אצלך יש חורים וההסבר לא נכון לכול המקרים, כמו שטענת נגד ההצעה הראשונה. 3. ההצעה שהשלישית אליה הולך התלמוד בלית בריה כי היא לא כל כך טובה: אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא: חדא, הא... התלמוד אומר שההלכה של במעמד שלשתם היא הלכה בלי טעם. כלומר אין לתלמוד תשובה והסבר מה הטעם לתוקף של הסדר זה מבחינת משפטית

של דיני הקניין. אבל יכול להיות שזה יותר נוח לחיי המסחר וההסבר הוא על בסיס של הגיון ותועלתיות.

[רש"י, שם: מאי טעמא - במלוה קנה הא ליתא בעינא דלקנייה].

לסיכום:

לתלמוד יש בעיה עם מעמד שלושתם ולכן נותן שלוש הצעות:

1. אמימר אומר שזה לא קנייני אלא אובליגטורי, אבל זה לא מסתדר.
2. רב אשי אומר זה קנייני, אבל זה גם לא מסתדר.
3. הפיתרון השלישי הוא פיתרון של שיקולי מדיניות. – זה לאחר שלא הצלחנו לתת לשאלה פתרון משפטי. אבל יש אח"כ מגוון של שאלות משפטיות שעשויות להתעורר ויש לתת תשובה משפטית יותר שלמה, כי צריך לדעת אם זה קנייני או אובליגטורי.

9.6.2009 - שיעור מס' 20 – 9 בסמסטר ב'.

במעמד שלשתן. – המשך.

חזרה - מדובר בקניין לפי רב, ונשוא הקניין הוא חוב = מלוה. העובדה הזאת שיש מלוה שניתן להקנות אותו, זה יוצר קושי לפי התפיסה התלמודית ולכן התלמוד מנהל דיון ונותן פיתרון בשלושה שלבים (פתרונות). – חזרה על החומר. השלב/ הפיתרון השלישי – "הלכתה בלא טעם" – להלכה לכאורה אין טעם = אין הסבר רציונאלי. כמובן שיש טעם שהוא של נוחיות, יש שיקול כלכלי. אבל אין בדרך פיתרון לשאלה איך ניתן להקנות מלוה בעניין הזה נשארנו בהלכה בלא טעם – זאת השורה התחתונה של התלמוד. השאלה מה עם הפוסקים? ההנחה שהם יישארו בשלב שלישי כי זאת המסקנה של התלמוד אבל בכול זאת אין תשובה לשאלה האם המוסד הוא קנייני או אובליגטורי והבעיה שיש לכך נפקויות, ויש לנקוט עמדה האם זה קנייני או אובליגטורי.

מקור 4

4. שולחן ערוך, חושן משפט סימן קכו סעיף א

ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון, בין מלוה בין פקדון, ואמר ליה במעמד שלשתן: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, בין שנתנו לו במתנה בין שנתנו לו בפרעון חובו, קנה, לא משנה למה הלווה הישן המחיה את החוב ללווה החדש ואין ראובן ולא שמעון יכולים לחזור בהם, אעפ"י שעדיין עסוקים באותו ענין. מדובר בקניין חלוט ושני הצדדים מחויבים לו וכן אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו למי שהוא בידו, הנושה הישן לא יכול למחול על החוב לחייב כי הוא כבר לא שלו ואפילו נולד לוי לאחר שהלוה ראובן לשמעון, קנה. הייתה בעניין זה בעיה עם ההסבר הראשון וזה לא קיים יותר כי התלמוד לא קיבל בסופו של דבר את הדרך הראשונה.

ש"ך, שם, ס"ק ז: קנה ואין כו' - איתא בש"ס דהוא תקנת חכמים להלכתה בלא טעמא, וכתבו התוס' ופוסקים וטור... דחז"ל עשו קנין זה שאין לו טעם משום תקנת השוק, אין הסבר להלכה אלא זה משום הנוחיות של השוק כלומר הטעמים הם פרקטיים דמי שקונה סחור' ואין בידו מעות מעמידו אצל ב"ח... וכתב בחדושי הרשב"א דמי שהקנהו לו במעמד ג' יכול להקנותו גם הוא לאחר במעמד ג'...

ש"ך, שם, ס"ק יב

(יב) ואפי' נולד לוי כו' - לאפוקי ממאי דהוה ס"ד דש"ס, למימר דטעמ' דמעמד שלשתן ה"ל דנעשה כאלו אמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך זאת האופציה הראשונה שממנה השתחרר התלמוד; ולהאי טעמא הוי בעינן, שיה' לוי נולד בשעת ההלואה... קמ"ל כמסקנא דש"ס, דמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא משום תקנת השוק, אפי' למי שנולד אחר ההלואה.

במקור זה הש"ך אמר דברים פשוטים, הוא מביא את דברי השולחן ערוך כפי שהם (כך הוא עושה בד"כ. לפי דבריו השולחן ערוך פוסק לפי האופציה השלישית של התלמוד, ולפיכך שתי האופציות הראשונות בטלות ואינן קיימות. לאחר שראינו שהשולחן הערוך מיישר קו עם התלמוד זה עדיין לא פותר את הבעיה כי צריך לדעת האם זה קנייני או אובליגטורי.

וכאן מתחיל הויכוח בין השולחן ערוך לבין הרב ש"ך:
במקורות: 5, 6, 7, - על 5 נדלג ונעבור למקור 6.

6. שולחן ערוך, חושן משפט סימן סו, סעיף כט

הנותן שטר חוב לחבירו או מכרו, במעמד שלשתן, אינו יכול למחול. השולחן הערוך אומר שהייתה המחאה של זכות לקונה החדש ובמקרה כזה לא ניתן למחול, כי הייתה המחאה זכות והרוכש החדש קיבל חבילה של שטר וגם של חוב והנושה הישן (המוכר) יצא מהתמונה. לפי תפיסה זאת במעמד שלשתן הופך לדרך לקניין של שטרות = כלומר אקט קנייני.

ש"ך, שם, ס"ק צז הש"ך לא מקבל את דעתו של השולחן ערוך

...דלא אישתמיט בשום מקום בש"ס ובדברי הגאונים לומר דשטר נקנה במעמד שלשתן, אין לאמור לעיל כל תקדים במקורות אחרים, אין בשום מקום אקט קנייני כזה שיכול להקנות שטרות ולפי הש"ך האקט הוא אובליגטורי. ואילו בדברי התוספות וסיעתם דהמוכר שט"ח לחבירו במעמד שלשתן אינו יכול למחול, תהיה מוכרח לומר שנקנה גוף השטר ושעבוד שבו במעמד שלשתן, ואם כן לא יצטרך גם כן כתיבה ומסירה.

שולחן ערוך טוען שמעמד שלושתן זהו אקט קנייני כלומר הנושה מכר את השטר לנושה החדש על כרעיו, כלומר את השטר ואת החוב גם יחד. מה שעובר הוא שטר + החוב.

הש"ך חולק עליו – טוען שמה שקורה כאן הוא אובליגטורי שבעצם יש שני אקטים בו זמנית האחד מכירה של שטר ושני הוא המחאה זכות של חוב.

התוצאה לפי שניהם היא זהה – בעקבות הפעולה הזאת המוכר לא יכול מחול על החוב אבל הטעמים שונים.

לפי השולחן ערוך הוא לא יכול למחול כי הוא מכר את השטר וגם את החוב והם לא בידיו לכן אינו יכול למחול.

לפי הרב ש"ך – גם אינו יכול למחול כי הוא ביצע גם פעולה של המחאה חוב והחוב לא שלו.

מקור 7 יש כמה הלכות משולבות שיש להן נפקות וויכוח בין הש"ך לשולחן הערוך.

7. שולחן ערוך חושן משפט סימן סו סעיף יט

ראובן הנושה הישן (המוכר) שהיה לו שטר חוב על לוי החייב, ואמר ליה: מנה יש לי בידך בשטר, תנהו לשמעון הנושה החדש (הקונה) במעמד שלשתן - קנה שמעון, אף על פי שלא נתן לו השטר, ונשתעבדו לו הלקוחות כמו שנשתעבדו (לראובן), כשהמלווה נעשה בעל פה, ניתן לגבות רק מנכסים של החייב. כשהמלווה נעשה בכתב ניתן לגבות גם מצד ג' כלומר לעקוב אחר הנכסים - זהו השעבוד במובן של הגמרא אלא שאין שמעון הזוכה יכול להוציא גוף השטר מיד המלווה, אלא שמעון תובע ללווה, שמעון יצטרך לתבוע את לוי אם יהיו בעיות ולוי יאמר לו איני מכיר אותך ולכן ראובן יוציא את השטר (למרות שמהותית לא חייבים לתת לו את השטר מבחינת תוקף העסקה) ואם יכפור או שהוצרך לגבות מהמושעבדים, בית דין כופין למלווה להוציא השטר, ודנין על פיו. ואם פרע הלווה לשמעון הזוכה, אם החייב פרע את החוב מוציאים גוף השטר מיד המלווה ומחזירין אותו ליד הלווה. הכלל אומר שהנושה נותן לחייב את השטר אם החוב פרע את השטר. כשהחוב נפרע לוי מבקש את השטר משמעון אבל השטר לא בידי וביד הדין מחייב את ראובן להחזיר את שטר ללוי.

ש"ך, שם, ס"ק סח השך לא מקבל את עמדת השולחן הערוך.

ולפי מה שהעליתי לקמן סעיף כ"ט ס"ק [צ"ז] באריכות, דאינו נקנה במעמד שלשתן אלא גוף החוב, אבל לא שיהיה מלווה בשטר, ליתנהו לכל דינים אלו שבסעיף זה, ולא נשתעבדו הלקוחות לשמעון, ראובן העביר רק את הזכות לגבות את החוב אבל לא את שאר הזכויות ולכן הלקוחות לא נשתעבדו לשמעון כלומר זה לא קנייני ולכן אין לשמעון זכות כלפי צד שלישי. ויכלי למימר לאו בעל דברים דידן את, וגם לוי נאמן לומר פרעתי לשמעון כל שאין השטר בידו בכתיבה ומסירה. ולפי זה גם אין כופין למלווה להוציא השטר. ומכיוון שזהו אקט אובליגטורי כל שאר האלמנטים הקשורים לשטר לא עברו ולכן ראובן לא יצטרך להעביר את השטר לשמעון, ולוי יוכל להתנער מהעסקה אלא אם יש עדים.

לסיכום השולחן ערוך רואה את הסיפור כקנייני. כשראובן מעביר את הזכויות לשמעון הוא מעביר את כל הזכויות הגלומות בשטר. הכול עובר ולא צריך אפילו להעביר את השטר, אבל אם מתעוררות בעיות יש להעביר את השטר. הכול העבר לשמעון למעט שהשטר אינו פיזית בידו.

ש"ך לא מקבל זאת אין כאן קניין, לפיכך לא ניתן להקנות חוב לכן כשראובן הקנה את הזכות... הוא הקנה זכות לגבות את החוב מלוי ותו לא. מזה ראובן לא יכול למחול ללוי ..

לפי הש"ך אם רוצים להגיע לתוצאות של השולחן ערוך צריך גם וגם: צריך כתיבה ומסירה כדי לרכוש את השטר, וצריך מעמד שלושתן כדי להמחות את הזכות ולחסום אפשרות של מחילה. כלומר גם וגם.

לסיכום ראינו כך:

השולחן ערוך נקט אופציה כמו האופציה השלישית בתלמוד זה תקנת השוק, אבל עדיין יש לדעת מהו האופי? - זה נשאר בויכוח: השולחן הערוך אומר קנייני וש"ך אומר אובליגטורי.

9. שכירות

נדבר על מוסדות משפטיים שהן כלאיים של אלמנטים קנייניים ואובליגטוריים. שוכר הוא בעלים לזמן מסוים מצד אחד, אבל לא בעלים מלא. למשל אסור לו לכלות את הנכס. כי הוא בעלים זמני. מאידך יש מערכת חוזית חכמים התלבטו למה מהשניים יש יותר משקל.

הלכות הונאה זה חלק מהלכות המכר ואם העסקה עולה על מחיר של 20% מעל מחיר השוק אזי זה עסקת הונאה שמתבטלת מאליה. השאלה האם ביטול כזה מתייחס גם לשכירות ? זה עולה מהשאלה האם שכירות היא מכר או לא.

דעה שמרכז הכובד הוא קנייני :

בבלי, בבא מציעא דף נו עמוד ב
בעי רבי זירא: שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה? ממכר אמר רחמנא - אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא? שכירות היא קניינית היא מכירה לזמן וכול דיני המכר חלים על שכירות - אמר ליה אביי: מי כתיב ממכר לעולם? ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא.

הרמב"ם אומר שהשכירות היא מכירה לזמן קצוב, ומה שניתן למכור ניתן להשכיר וההיפך, כלומר שכירות היא מכירה לזמן קצוב.

רמב"ם הלכות שכירות פרק ז, א
כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח וממכר כך מתנה בשכירות, שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא, וכל שממכרו בנכסיו ממכר - שוכר שכירותו שכירות; וכל שאין לו למכור כך אין לו לשכור, אלא א"כ יש לו פירות בלבד באותה הקרקע - הרי זה שוכר ואינו מוכר.

16.6.2009 - שיעור מס' 21 – 10 בסמסטר ב'.

המתווה הוא הצגת המקורות שמציגים את הפן הקנייני של השכירות וראינו חלק מהם בפעם הקודמת.

אח"כ נציג מקורות שרואים את הפן האובליגטורי של השכירות. ובסוף נראה גם מקורות שרואים את השכירות במשולב.

הרמב"ם מגיע למסקנה שהשכירות היא קניינית

מול זה יש מקור ממנו ניתן לראות את הפנים האובליגטוריים של השכירות. יש איסור להכניס עבודה זרה לבית. זהו איסור חמור מאוד, וחכמים נלחמו בעבירה זאת. השאלה מה אם מישהו שוכר ממני דירה ומכניס לשם עבודה זרה ?

השאלה האם הוא מכניס את העבודה הזרה לדירתו? – כלומר אם שכירות היא אובליגטורית אז הדירה נשארת של המשכיר ולמעשה הוא עובר את העבירה. לעומת זאת אם השכירות היא קניינית זאת הבעיה של השוכר ואין כאן עבירה של המשכיר שהדירה לא שלו באופן זמני.

בבלי, עבודה זרה דף טו עמוד א

מתקיף לה רב שישא בריה דרב אידי: ושכירות מי קניא? והתנן: אף במקום שאמרו להשכיר, לא לבית דירה אמרו, מפני שמכניס לתוכו עבודת כוכבים; ואי ס"ד⁶⁸ שכירות קניא, האי כי קא מעייל - לביתו קא מעייל! שאני עבודת כוכבים דחמירא, דכתיב: +דברים ז+ ולא תביא תועבה אל ביתך. איסור עבודה זרה הוא חמור ואסור להכניס עבודה זרה לבית שלך. וזה לא קשור לשאלה האם השכירות היא קניינית או לא ואסור גם להכניס עבודה זרה לנכס שאני משכיר גם אם הוא קנייני וגם אם זאת לא עבירה של המשכיר. כי יש להילחם בעבודה זרה בכל אמצעי. כלומר זאת לא הוכחה כי זה שאסור לאפשר לו לעשות עבודה זרה זה לא אומר שזה קנייני. ובגלל שזאת עבודה זרה ועבירה חמורה יש להרחיב את המושג "ביתך" למשהו רחב יותר התלמוד עובר למקור אחר ובהקשר משפטי אחר של תרומות ומעשרות. מתקיף לה רב יצחק ברי' דרב משרשיא: ושכירות מי קניא? והא תנן: ישראל ששכר פרה מכהן - יאכילנה כרשיני תרומה, וכהן ששכר פרה מישראל, אע"פ שמזונותיה עליו - לא יאכילנה כרשיני תרומה: ואי ס"ד שכירות קניא, אמאי לא יאכילנה? פרה דידה היא! אלא ש"מ, שכירות לא קניא.

ככלל תרומות ומעשרות ניתנות לכוהנים וללויים.

גם בני ביתו ומשק הבית של הכהן יכולים לאכול מהתרומה.

מה קורה כשיש בהמה מושכרת באיזה מצבים מותר לבהמה לאכול מתרומות ומעשרות?

יש מצב מס' 1 שכהן משכיר בהמה לישראל,

ויש מצב מס' 2 שישראל משכיר בהמה לכהן.

במצב 1 כשכהן משכיר בהמה לישראל.

אם השכירות קניינית אז הבעלים יהיה ישראל ואסור להאכיל אותה מהתרומות.

ואם השכירות אובליגטורית מותר יהיה להאכיל את הבהמה.

במצב 2 כשישראל משכיר בהמה לכהן.

אם השכירות קניינית אז הבעלים יהיה הכהן ומותר להאכיל אותה מהתרומות.

ואם השכירות אובליגטורית אסור יהיה להאכיל את הבהמה.

נחזור למקור:

⁶⁸ אם אתה חושב ש

מתקיף לה רב יצחק ברי' דרב משרשיא: ושכירות מי קניא? והא תנן: ישראל ששכר פרה מכהן - יאכילנה כרשיני תרומה, וכהן ששכר פרה מישראל, אע"פ שמזונותיה עליו - לא יאכילנה כרשיני תרומה: ואי ס"ד שכירות קניא, אמאי לא יאכילנה? פרה דידיה היא! אלא ש"מ, שכירות לא קניא. ההלכה ששכירות היא אובליגטורית כי כשישראל משכיר לכהן אסור לבהמה לאכול תרומה וכשכהן משכיר לישראל מותר להאכיל את הבהמה מתרומות. זה לפי בעלי התוספות.

התוספות מגיעים למסקנה ששכירות היא אובליגטורית:

תוספות, עבודה זרה דף טו עמוד א

והשתא דאמרת שכירות לא קניא - הכא מסקינן דשכירות לא קניא, וקשה דבפרק הזהב (ב"מ דף נו, ב) מסיק דשכירות יש לה אונאה, מדכתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך, ולא כתיב וכי תמכרו ממכר לעולם, אלמא ממכר קרינן ליה! וי"ל: דמאי דממכר קרינא ליה לפי שעה, היינו דוקא לגבי אונאה, דכתיב ממכר מיותר, מיהו בשאר מקומות אמרינן דשכירות הוא דלא קניא.

בעלי התוספות מכירים ומביאים שני מקורות סותרים שכול אחד קובע משהו אחר לגבי השכירות. הם אומרים כי רק בדיני הונאה אומרים שהשכירות היא קניינית, ובכול שאר המקורות השכירות הוא אובליגטורית.

ההנחה של פרשנות המקרא היא שבמקרא, בגלל קדושתו ובגלל שהוא לא מוציא מיליו לריק, אין מילים מיותרות.

יוצא שמילה "ממכר" מיותרת וזה לא אפשרי, צריך לעשות אותה לא מיותרת. איך נהפוך אותה ללא מיותרת? נאמר שהמילה "ממכר", מתייחסת למשהו שהוא לא מכירה קונבנציונאלית. בכול מכירה שהיא או שאתה קונה או שאתה מוכר. אבל שכירות זה משהו אחר וצריך לזה מילה מיוחדת - "ממכר", מילה שמרחיבה את גבולות המכירה ומוסיפה לתוכה גם מכירה לזמן מסוים כלומר שכירות. באופן רגיל לא היו מעלים על דעתם ששכירות היא קניינית, רק בגלל שיש צרכים דרשניים ופרשניים והמילה ממכר לא ברורה לנו אמרו בו נרחיב את גבולות המכר.

לסיכום בתלמוד יש מקורות לכאן ולכאן והפוסקים בעקבות התלמוד נחלקו בדעתם: הרמב"ם סבור שהשכירות קניינית, ובעלי התוספות סבורים שאובליגטורית.

נראה להלן את הנפקויות:

נדלג על מקור 5

נפקות ראשונה: מקור 6:

שולחן ערוך חושן משפט סימן רס סעיף ד
ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שר, אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית, זכו בהם שניהם. (דהו כשנים השותפין בחצר) (טור).

ש"ך חושן משפט סימן רס ס"ק יד

(יד) זכו בהם שניהם כו' - ומדברי התוספות (פ"ק דמציעא דף י"א סוף ע"א) נראה להדיא שהוא כולו של שמעון המשכיר ע"ש.

אחת מדרכי הקניין היא **קניין חצר**.

אם חפץ מגיע לחצר שלי, החפץ שייך שלי – זה נקרא קניין חצר. יש דרך להקנות מיטלטלין במשיכה ויש דרך לשים את המיטלטלין בחצר של מישהו ובכך מקנים לו את המיטלטלין. כאילו שהחצר היא המושכת את המיטלטלין.

השאלה בחצר מושכרת של מי החפץ שמגיע לחצר?

אם השכירות אובליגטורית החפץ של המשכיר.

אם השכירות קניינית החפץ של השוכר.

השולחן ערוך, שפוסק לרוב לפי הרמב"ם, אומר:

שולחן ערוך חושן משפט סימן רס סעיף ד

ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר, אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית, זכו בהם שניהם. (דהו כשנים השותפין בחצר) (טור).

מדובר במשכיר שנשאר בבית והשכיר חדר בביתו. במקרה כזה השוכר והמשכיר הם שותפים במה שמגיע לחצר. כלומר שהשכירות היא קניינית.

הש"ך חולק עליו ומעדיף את בעלי התוספות.

ש"ך חושן משפט סימן רס ס"ק יד

(יד) זכו בהם שניהם כו' - ומדברי התוספות (פ"ק דמציעא דף י"א סוף ע"א) נראה להדיא שהוא כולו של שמעון המשכיר ע"ש.

לפי הש"ך מה שהגיע לחצר הוא רק של המשכיר בגלל שהשכירות היא אובליגטורית.

נפקות שנייה נוגעת לחובתם של שוכרים לתוצאות שונות של השלטון המקומי. למשל מי משלם ארנונות?

כלומר אם מוטלים המיסים האם הם מוטלים על הנכס או הבעלים?

שולחן ערוך חושן משפט סימן קסג סעיף ב

וכל הדר בעיר י"ב חדש, או שקנה בה בית דירה, נותן עם בני העיר בכל הדברים הצריכים לתיקון החומה ודלתות ושכר הפרשים והשומרים את המדינה וכיוצא בדברים אלו ששומרים העיר... ויש אומרים דאם שכר בית דירה, כל ששכרה ל"ב חדש, הוי כאנשי העיר מיד (ריב"ש סימן תע"ה). ויש אומרים דבעינן קנה דוקא להשתקע (מרדכי פ"ק דב"ב).

לפי השולחן הערוך הבעלים של דירות מי שקונה דירה או גר בעיר לפחות 12 חודשים הוא שצריך לשלם את אגרת הביטחון.

הריב"ש אומר שגם שוכר של 12 חודש ויותר ישלם את אגרת הביטחון כי הוא למעשה הבעלים. אומר אשכנזי שהשוכר אין לו מעמד של בעלים אלא אם הוא קונה את הנכס, כלומר לא שוכר יותר.

נפקות שלישית: חזרה מהסכם שכירות. השוכר חוזר בו מהשכירות.

אם מחזיקים בנכס ורוצים להפטר מזה יש פרוצדורה, אין עושים את זה?

לעומת זאת אם רוצים להשתחרר מהסכם אני לא צריך לעשות כלום, רק להודיע שאני לא מעוניין בהסכם יותר.

שו"ת הריב"ש סימן תקי

מונטלבאן. (שם של מקום) הנכבד הזה, שהוא גזבר ממונה על היהודים, במונטלבאן, שאלני: על דבר ריב, שיש בין שני יהודים. והוא זה: שאחד מהם השכיר קרקע לחברו, לזמן ידוע, בקנין ובשטר. ופרע לו השכירות, טרם יחזיק בקרקע, כדי לעשות בנין, הצריך לקרקע ההוא. השוכר שילם מראש את כול דמי השכירות כדי שהמשכיר יעשה שיפוצים. המשכיר לאחר השיפוצים התחרט. השוכר בהתחלה ביקש את הכסף וויתר על השכירות בפני שני עדים (זה לא מספיק אם זה קנייני, מספיק רק לאובליגטורי) ובסוף השוכר מתחרט ויקש קיום של החוזה. וכן עשה. אחר כך, בקש השוכר מן המשכיר, שימסור לו הקרקע. והמשכיר היה דוחה אותו, וחוזר בו מן השכירות. והשוכר, בראותו כי אין המשכיר חפץ בשכירות, אמר למשכיר, בפני עדים: אחרי שאין אתה חפץ בשכירות, החזיר לי מעותי. ועתה, המשכיר רוצה להחזיר המעות לשוכר, כמו שהודה לו השוכר בב' עדים, לקבלם. והשוכר אומר עתה שאינו רוצה במעות, כי אם בקרקע השכור לו. וחוזר בו, ממה שאמר למשכיר, בפני עדים. ואומר: כי אחרי שלא קנו מידו בזה, לא נסתלק משכירותו; אף על פי שאמר לו זה בפני עדים. הדין עם מי?

תשובתי: שהדין עם השוכר, שכיון שקנה הקרקע לזמן המושכר לו, בקנין גמור, ובכסף - הרי הוא שלו, לזמן ההוא. ואינו יכול להסתלק ממנו בדבור בלבד, אפילו בפני עדים, כי אם בקנין גמור. דשכירות, מכירה ליומיה היא, כמו שאמרו ז"ל (בב"מ נ"ו): ... שכיון שקנה הקרקע לשכירותו, הזמן ההוא, בקנין גמור; מעתה הקרקע קנוי לו, ואע"פ שלא החזיק בו. ואין מועיל הסלוק, אם לא בקנין. זהו מה שנראה לי בזה... הריב"ש אומר שהשוכר צודק כי מדובר בשכירות שהיא קניין ולא מועילה ההסתלקות בנוכחות של שני עדים, ואם רוצים יש לחזור מההסכם בדרכים קנייניות.

נפקות רביעית – נוגעת בחזקה מאוד יהודית – **אין אדם פורע טרם זמנו** – אם אדם חייב ולא ברור אם פרע או לא חזקה שלא פרע לפני הזמן. יש אפילו דעות שהחזקה הזאת יותר חזקה מעדים שיעידו שפרע.

מה אם שוכר אומר ששילם לפני הזמן, האם מאמינים לו? ההלכה אומרת שתלוי באופי העסקה – אם זה קנייני משלמים בתחילת העסקה, ואם אובליגטורי משלמים בסוף התקופה וזה משליך שוב על השכירות גם כאן יש ויכוח:

שולחן ערוך חושן משפט סימן עח, א הקובע זמן לחבירו, ותבעו תוך הזמן, ואמר ליה: פרעתך, אינו נאמן, דחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו... הגה: ... ושכירות, דינו כהלואה, ואינה משתלמת אלא בסופה, ואינו נאמן לומר שפרע תוך הזמן (טור ריש סימן שי"ז ונ"י ריש ב"ב).

[ר"א ווסרמן, קובץ הערות, נג: גוף החפץ אינו שלו גם לענין ההשתמשות, אלא שיש לו שעבוד על המשכיר להשתמש בחפצו, ומהאי טעמא אינה לשכירות אלא לבסוף].
יש להגדיר את החפץ לא... ווסרמן הוא פרשן שמקבל ומסביר את דברי הרימ"א.

23.6.2009 - שיעור מס' 22 – 11 בסמסטר ב'.

דיני השומרים.

יש שני סוגי שומרים:

1. הסכמים שהיעד של ההסכם הוא שמירה, והשימוש בחפץ הוא שולי – זה מתחלק לשומר חנם ושומר בשכר. מצופה מהשומר שישמור על החפץ גם אם שזה שומר חנם.
2. הסכמים הפוכים, בהם היעד העיקרי של ההסכם הוא שימוש ואחזקה של החפץ והשמירה היא משנית - גם כאן צריך לשמור על החפץ והחפץ אמור לחזור שלם לבעלים. כאן גם יש שני סוגי שומרים: זה שוכר ושואל. השוכר משלם והשואל לא משלם.

כלומר יש שני חיתוכים: האחד לפי התכלית, או היעד, האם השמירה היא העיקר והשימוש ואחזקה הוא טפל או להפך, וחיתוך שני הוא לפי התמורה, כלומר בשומר חנם או שכר האינדיקציה של התמורה עם הצד של המפקיד, כלומר הבעלים משלם או לא משלם לשומר, ושואל שוכר זה בכיוון הפוך האינדיקציה של התמורה מבחינה בין השואל והשוכר מבחינת התשלום שלהם לבעלים עבור השימוש והאחזקה.

באפשרות הראשונה, האלמנט העיקרי הוא אובליגטורי ויש חיובים אובליגטוריים החלים על השומר.

באפשרות השנייה, השומר עומד במקום הבעלים ושומר על החפץ עד שהחפץ יחזור לבעלים. האלמנט הבולט הוא שעומד במקומם ולא השמירה עצמה. המתווה הוא לראות קודם את המקורות הראשוניים. אח"כ נתקדם עם הפוסקים ובסוף נציע עמדה שלא מוכנה לקבל שכול סוגי ההסכמים הם חיוב או קניין, אלא יש גם אפשרויות ביניים.

התנאים:

משנה, בבא מציעא ו, ו

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

המשנה מתייחסת לשתי נוסחאות של שמירה:

1. שמור לי ואשמור לך - זה עם תמורה.
 2. שמור לי ואמר לו הנח לפני - זה ללא תמורה.
- נוסחאות אלו מכוונות את חיובו של השומר. זה עולה מן הניסוח.

במקור הבא יש התייחסות לדיני השומרים ויוסבר להלן:

יש אחריות שונה לשומר בשכר ולשומר חנם. על שומר שכר תוטל יותר אחריות. באותו אופן נטיל יותר אחריות על שואל מאשר על שוכר.

יש שלוש דרגות של אחריות:

1. הגבוהה ביותר היא של השואל - לו יש אחריות מוחלטת וגם אם קרו דברים שלא באחריותו ולא באשמתו, הבעלים אומר לו כנס לנעלי ומה שיהיה יהיה ותחזיר לי את הדברים כמו שקיבלת. האחריות לא מכוח האשמה אלא אחריות מוחלטת.
2. שומר בשכר - קיבל כסף שישמור. החיוב הוא קשור ברשלנות, לא כולל סיקול (שנקרא בתלמוד אונס), אבל יחויב ברשלנות. קיבל תמורה שיעבוד. כמוכן שהוא יחויב גם במקרה של פשיעה (מעשה זדון- פלילי) כולל עצימת עיניים.
3. דרגת האחריות הנמוכה ביותר היא של השומר חינם. הוא עושה טובה, לא מקבל כסף ולא משתמש - זה יחויב רק בפשיעה. בכלל זה גם עצימת עיניים, כי בכול זאת הוא התחייב למשהו. השאלה האם הוא רשן או שמדובר בפשיעה נבדקת באמצעות שבועה.

לגבי שוכר יש שאלה: יכול להיות כמו שומר חינם, כי הוא משתמש והשמירה היא חינם. אבל יכול להיות גם דומה לשומר שכר, כי חלק מהתנאים זה להחזיר את הנכס. יש על זה ויכות, והדעה השולטת היא ששוכר זה כמו שומר שכר.

בשומרים יש תניות פטור הבאות לידי ביטוי במקור הבא:

משנה, בבא מציעא ז, י

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

כל אחד מהשומרים יוצרים הסכמי שמירה עם אחריות מופחתת לפי הדין. זה אומר שהיחסים בין הבעלים לשוכר הם חוזיים. היסוד הוא אובליגטורי.

במקור הבא התניות מכבידות על השוכר. השומר שכר מקבל על עצמו אחריות מוחלטת.

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 שואל: כיצד מבצעים את ההתניות הללו?

שמואל אומר נעשה "קנו מידו" - על זה דובר כבר.

רבי יוחנן, מא"י, אומר לא צריך "קנו מידו" אלא מספיק "בההיא הנאה" - על זה דובר בין השאר בהקשר ל"מעמד שלושתן" שם ממחים את הזכות למישהו אחר, ואחד ההסברים של התלמוד הוא שזה תמורת טובת הנאה ולא סתם, וכך זה מקבל אלמנט קנייני. התמורה שם היא שמקבלים יותר זמן להחזיר את ההלוואה.

בעניין השומרים ההנאה, כלומר התמורה, היא שלשוכר יוצא שם של איש נאמן. כלומר אין כאן רק הסכם אלא יש אלמנט קנייני השומר מוכן לשמור ותמורת זה הוא מקבל שיוצא לו שם של אדם נאמן.

במקור הבא היחסים מבוססים על יסוד קנייני.

בבלי, בבא מציעא צט, א

אמר רב הונא: השואל קרדום מחבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו [נ"ש]: לא בקע בו לא קנאו - דקסנא: אין משיכה קונה [שומרים]... ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר: כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי: כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים, וכשם שקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה - כך שכירות נקנה בכסף ובשטר ובחזקה.

אמר רב הונא שאדם ששואל קרדום יחולו עליו האחריות המוחלטת רק ברגע שהחל להשתמש בקרדום. כלומר, צריך שימוש בפועל כדי שיהיה אלמנט קנייני. חולק עליו רבי אלעזר - לפי ההלכה כסף אינו קונה מיטלטלין אלא משיכה בלבד, וכדי ששומר יתחייב באחריות דרושה משיכה. כלומר כדי שעל השומר תחול אחריות, לא מספיק שהוא ישתמש בפועל, אלא יש לבצע משיכה, צריך משהו קנייני. מה שחשוב הוא שהויכוח הוא לא על עניין הקניין שהוא זה שמטיל את האחריות על השומר, אלא הויכוח הוא על מה יש לבצע פיזית כדי שיעשה מעשה של קניין.

עד כאן התנאים תומכים בתפיסה האובליגטורית, ואמוראים מוקדמים שתומכים בתפיסה הקניינית.

נעבור לפוסקים הנחלקים לכאלו השייכים למשפט של אשכנז על בסיס הרומי שם החוזה הוא מפותח. לעומת חכמי ספרד שהיו תחת השלטון המוסלמי ולפיכך הם בורחים מהאלמנט החוזי. לפיכך הרמב"ם, ששייך לחכמי ספרד, הולך לכיוון הקנייני.

[רמב"ם, הלכות שכירות ב, ח: כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים...] [רמב"ם, פירוש המשנה ב"ק ז, ו]

שארבעה שומרים⁶⁹ אינן קונים אותו דבר⁷⁰ לענין חיוב שמירתו... אלא אחר שיתקיים להם באותו מטלטלין דרך מן הדרכים שהמטלטלין נקנים בהם במקח וממכר...

הרמב"ם דוגל בכיוון הקנייני - כל סוגי ארבעת השומרים מתחייבים בשמירה רק לאחר שהם קונים. יש הצמדה של דיני המכר לדיני השומרים. כדי לשמור על מקרקעין יש לבצע את הפעולות שצריך לקנות את המקרקעין למשל שטר וכד.

ברגע..... אבל האחריות של השומר ללא משיכה מתחייב בפשיעה כלומר אחריות הקשורה פשע. אם נסתכל על התנאים נראה שאחריות שומר היא אובליגטורית.

הראש אומר עקרונית אני אובליגטורי:

רא"ש, ב"מ פרק ח, טו

כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים, דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה. אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי, דהא שומר חנם בלא משיכה מיחייב בפשיעה, כדאיתא לעיל בפרק האומנין דהנח לפני הוי שומר חנם, והוא הדין שומר שכר בגניבה ואבידה; וכן שואל נמי... וסברא גדולה לחלק בין

⁶⁹ כל ארבעת סוגי השומרים.

⁷⁰ את הדבר.

חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה - ברשות הבעלים קימא כ"ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה במקח וממכר, אבל לענין חיוב אונסין מיד שסילק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה.

....לענין חיוב האונסים – חובת האחריות לא קשורה לכך שאני הבעלים.
הגישה של הראש היא אובליגטורית והעניין הקנייני הוא..ברקה אלא מכוון... ..

המשותף לרמב"ם ולראש שהם פטליסטים.

הרמב"ם אומר שכל ארבעת השומרים הם קנייניים
הראש אומר שכול ארבעת השומרים הם אובליגטוריים

אבל שי רבי יוסף חביבה שסבור שיש לשלב.

נימוקי יוסף, ב"מ צט, א (נו, א מדפי הרי"ף)

ואיכא מאן דאמר דכי מהניא משיכה בשומרים, דוקא בשואל ובשוכר, שכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הויא ליה כמכירה ליומיה, ודין הוא שתקנה להם משיכתם, כיון שהם זוכים בגופו של דבר; אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי ל"ל דתקנה להו משיכה, שהיאך יתחייב בעה"ב בשכרו של שומר מפני משיכה של שומר שלא יכול לחזור בו.

הוא טוען שלא כול ההסכמים שווים. יש הבדל בין שומר שכר ושומר חינוס, להם אין זיקה לחפץ. לעומת השוכר והשואל, שם מרכז ההסכם הוא השימוש והשמירה שולית. שואל ושוכר נכנסים תחת הבעלים, זה יעשה באופן קנייני כי הם זוכים בגופו של דבר. לעומת זאת בשומר שכר ובשומר חינוס זה אובליגטורי. אף התחייב לשלם לשומר והוא חייב לשלם. גם אם השומר לא משך, הרי אם השומר לא ימשוך לא ניתן לומר שזה יפתור את הבעלים מתשלום.

זה נראה הגיוני אבל יש חורים בתזה המקורות יכולים ללכת עם זה.

הבחינה. טלפון המרצה : 02-9932443 ניתן לשאול שאלות

מבנה הבחינה קשור למה שעשינו בכיתה המקורות שהיו הם שיהיו לא יהיו מקורות חדשים. יש לדעת לפרש

בחינה לדוגמא מטעם המרצה :

הפקולטה למשפטים בר-אילן

מסלול רואי-חשבון (תואר שני)

חיוב וקניין במשפט העברי (01-007-99) – מועד א' (כ"ט כסליו, תשס"ה; 12.12.04)

הנחיות

1. הבחינה - בספרים סגורים.
2. משך הבחינה – שעתיים וחצי.
3. יש לענות על השאלות במסגרת מכסת העמ' שנקבעה להן.

בהצלחה וחנוכה שמח !

שאלה מס' 1 (30 נק'; מקסימום – עמ' וחצי)

"הנושא את האשה, ופסקה עמו כדי שיוון את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים" (משנה, כתובות).

א. (I) מה תוכנו של החוזה עליו מדברת המשנה? (II) האם זהו חוזה כלכלי או אישי?
ב. התלמודים (הבבלי והירושלמי) רואים בעיה בהלכת המשנה. (I) מהי הבעיה? (II) ממה נובעת בעיה זו?

ג. מהו הפתרון העקרוני שמציע התלמוד הירושלמי לבעיה (שבסעיף ב')? פרטו שני שלבים.
ד. מהם הפתרונות שמציע התלמוד הבבלי לבעיה (שבסעיף ב')?

שאלה מס' 2 (30 נק'; מקסימום – עמ' וחצי)

"מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר לו: אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו" (משנה, בבא בתרא).

א. פרשו מקרה זה.
ב. הביאו שתי דוגמאות נוספות המדגימות "אסמכתא".
ג. "אסמכתא – לא קניא": מהי הבעיה המשפטית שבסיבתה אין תוקף לאסמכתא? הציעו שתי אפשרויות שונות.
ד. ישנם מצבים בהם יהיה תוקף לאסמכתא. ציינו שני מצבים כאלה.

שאלה מס' 3 (15 נק'; מקסימום – עמ' אחד)

I. גופא, אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה.
II. אמר רבא: מסתברא מילתא דרב - בבתו נערה, דקא מטי הנאה לידיה, אבל בוגרת דלא מטי הנאה לידיה – לא.
III. והאלהים! אמר רב אפילו בוגרת, דאי לא תימא הכי, אבי הבן מאי הנאה אתא לידיה?
IV. אלא בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי, גמרי ומקני להדדי".

א. (1) הסבירו את דברי רבא [שבפיסקה II].

(2) מהו העקרון המשפטי עליו מבסס רבא את דבריו?

ב. "בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי, גמרי ומקני להדדי" [פיסקה IV] - (I) הסבירו פיסקה זו. (II) מהי התפיסה החוזית המשתקפת בפיסקה זו.

שאלה מס' 4 (25 נק'; מקסימום – 4 שורות לכל מושג)

הסבירו, בקצרה, את המושגים הבאים

א. 'אתם עדיי'. ב. תוספת כתובה. ג. קניין דברים. ד. אודיתא. ה. חזקה אין אדם פורע תוך זמנו.

פיתרון חיוב וקניין במשפט העברי – מסלול רואי חשבון / תשס"ה, מועד א'

שאלה מס' 1

א. [3 נק'] (I) מדובר בחוזה שבין איש ואשה טרם נישואיהם. בהסכם מתחייב האיש לזון את בת אשתו חמש שנים.

[4 נק'] (II) החוזה הוא כלכלי ואינו אישי. כך ניכר מכמה הלכות שבמשנה: 1. גם אם נישאת האשה לאחר בתוך חמש השנים – חייב האיש להמשיך לזון את הבת. 2. אף שהאחר נטל על עצמו גם הוא לזון את הבת – חייב הראשון להמשיך ולזונה, שכן התחייבותו אינה לזון אלא לתת סכום שויים של דמי המזונות. 3. החיוב במזונות ממשיך גם לאחר נישואי הבת, אף שבעלה הוא שחייב אישית במזונותיה.

ב. [3 נק'] (I) אליבא דתלמודים אין תוקף לחוזה, ועל כן לא מובנת הלכת המשנה שמכירה בתוקפו של הסכם מזונות הבת.

[5 נק'] (II) הבעיה נובעת מפער שיטתי בין ההלכה הא"ית, בעיקר הלכת המשנה, לבין ההלכה הבבליית. בא"י היתה השפעה של המשפט הרומי, שהכיר בשורה של מוסדות חוזיים. על כן, הכירה המשנה בחוזה בכלל, ובהסכם מזונות כנ"ל בפרט. בכל היתה נתונה להשפעה סאסנית. שיטת המשפט הבבלי היה נחשלת, ודרשה דרישות פיזיות מן הצדדים. על כן, העברת חיובים וזכויות באופן מופשט, באמצעות חוזה, אינה ניתנת לביצוע.

ג. [7 נק'] הירושלמי מציע לספח את הסכם מזונות הבת למוסד משפטי אחר שאין עליו עוררין. בתחילה מוצע לספח את ההסכם לכתובה – כתוספת כתובה. הקושי בסיפוח כזה, שהוא מצמיד את ההסכם לכתובה גם מבחינת מועד הפרעון, כלומר, חיוב המזונות לבת יחל רק עם פקיעת הנישואין. על כן, מוצע, בשלב השני, להצמיד את ההסכם לקידושין – כתניות המתלות את הקידושין. הקושי כאן הוא בקביעת מועד מוקדם מידי לפרעון. על כן מוצע נוסח מתוקן של ההצעה האחרונה: חיוב המזונות חל - כתניית קידושין – לשיעורין.

ד. [8 נק', 4 נק' לכל פתרון] הבבלי מציע פתרונות אחרים:

1. פתרון ראייתי – ההסכם מחייב לא על בסיס חוזי, אלא על בסיס ראייתי. האומר לחברו: חייב אני לך מנה, מוסר הודאה על חיובו, והודאה זו היא שמחייבת אותו (הודאת בעל דין – כמאה עדים).

2. פתרון קנייני – שטרי פסיקתא: ההסכם מחייב משום שהוא יוצר שעבודים של האיש כלפי האשה, ואופיים של השעבודים כהקצאת נכסים או זכויות בהן, לטובת הנושה. כאן, אין מדובר בהתחייבות ערטילאית אלא בהקצאה פיזית.

שאלה מס' 2

א. [3 נק'] חייב פרע חלק מחובו, וכדי להבטיח את פרעון היתרה, הפקיד את השטר ביד שלישי, תוך התחייבות, שאם לא תיפרע היתרה עד למועד נקוב – יועבר השטר מן השלישי לנושה לצורך פרעון הסכום המלא הנקוב בשטר. במילים אחרות: החייב מסכן את חלק החוב שכבר שולם.

ב. [די בשתי דוג' – 5 נק' לכ"א]

1. עיצומים – נתבע המתחייב לתובע להופיע להמשך ההתדיינות, ואם לא יעשה כן עד לתאריך מסויים, יוטל עליו חיוב בסכום מסויים.
2. משכון – חייב המפקיד משכון ביד הנושה, תוך התחייבות, שאם עד מועד מסויים לא ייפרע החוב – יחולט המשכון בידי הנושה. 3. ערבון = מקדמה – קונה ומוכר המתחייבים זה לזה על מכר, תוך התחייבות שמי מהם אשר יחזור בו יהיה חייב לחברו סכום מסויים (כסכום המקדמה מצידו של הקונה).

ג. [די בשתיים – 5 נק' לכ"א]

1. בעיה חוזית (רש"י, רשב"ם) – העדר גמירת דעת. הואיל ומדובר בחיוב עצמי אם יארע דבר, המתחייב משוכנע שלא יארע, ועל כן אינו גומר בדעתו להתחייב בעת ההתחייבות.
2. בעיה דיונית (רשב"א) – קנס עצמי. למעשה, מדובר בהתחייבויות עונשיות או בקנסות שאדם קונס את עצמו. לפי סדרי הדין המקובלים, קנס הוא חיוב המוטל ע"י ב"ד, ואין אדם מטיל חיוב כזה על עצמו.
3. בעיה קניינית (רמב"ם) – העדר מעשה קניין המבטא גמירת דעת. בעת ההתחייבות למכר לא היה מעשה קניין כנדרש, ולכשהיה מעשה קניין במאוחר – הוא היה מנותק מן ההתחייבות למכר, שהביעה את גמירת הדעת.

ד. [4 נק'] 1. מעכשיו – כאשר ההתחייבות המותנית היא מעכשיו ולא לאחר זמן, יש להניח שנעשתה מתוך גמירת דעת.

2. [3 נק'] כשקנו מידו בקניין סודר, על ההתחייבות, בבית דין חשוב.

שאלה מס' 3

א. [3 נק'] (1) הלכת רב, שהתחייבויות ההורים לטובת ילדיהם, הן בעלות תוקף קנייני – הלכה זו מוגבלת להתחייבות של אב לטובת ביתו הנערה. רק בבת נערה, או קטנה, האב מקבל את כסף הקידושין, וניתן לראותו כתמורה להתחייבות, ועל כן יינתן לה תוקף קנייני.

(2) [5 נק'] העקרון המשפטי מניח שלא ניתן להגיע ממעשה חוזי לתוצאה קניינית, אלא אם המעשה החוזי נושא אופי קנייני-חפצי (העברת נכסים). כך ייתכן רק אם ישנם חילופין של טובות הנאה בין הצדדים, וזאת אם ישנה תמורה כנגד ההתחייבות.

ב. [3 נק'] I. טובת ההנאה שיש להורים המתחייבים לטובת ילדיהם, היא בעצם קשר החיתון (הקשר המשפחתי) שנוצר ביניהם.

II. [4 נק'] התפיסה החוזית המשתקפת כאן היא שלא ניתן לתת תוקף לחוזה אלא אם יש לו גוון קנייני, וגוון כזה אפשרי אם נצביע על טובות ההנאה שצומחות לצדדים כתוצאה מן ההסכם.

שאלה מס' 4

[5 נק' לכל מושג]

א. 'אתם עדיין' – אדם המוסר הודאה, אפשר שאיננו מתכוין לה, אלא עושה אותה כמשטה בחברו. כדי להבטיח את רצינות הודאתו, נדרש שהאדם יפנה לנוכחים סביבו, וייעד אותם לעדים על הודאתו.

ב. תוספת כתובה – סכום הכתובה, עפ"י חכמים, הוא סכום קצוב וקבוע, אולם ניתן להוסיף על סכום זה, לעניינים שבכתובה או לעניינים אחרים הנספחים לכתובה.

ג. קניין דברים – קניין [קנו מידו] על דברים [מושא מופשט - פעולה]: התחייבות של אדם לפעולה מסויימת, לא ניתן לשכללה באמצעות קנו מידו (קניין סודר). ניתן לשכלל התחייבות כשבמרכזה אוביקט פיזי, אולם פעולה היא ערטילאית, ואין בכח קניין הסודר להפוך אותה לממשית.

ד. אודיטא – הודאה. הצהרה בה מצהיר בעלים של נכס על כך שהנכס אינו שלו אלא של אחר. הצהרה זו היא מעין הודאה על כך שאין הנכס בבעלותו של מי שהיה ידוע לנו כבעלים, ויש בכוחה להעביר בעלות לידי האחר (דרך קניין).

ה. חזקה אין אדם פורע תוך זמנו – הנחה משפטית הקובעת שאדם לא יפרע את חובו לפני שיגיע מועד הפרעון. משמעותה של החזקה זו היא שאם אדם טוען שפרע את חובו לפני מועד הפרעון – אינו נאמן, אלא אם יביא ראיה מוצקה לדבריו.