שבתי בן דב

תורת דיני הקניין

מחקר-השוואה ביקורתי במשפט העברי ובשיטות משפט חדשות

ספר ד׳

דיני הקנייה

תוכן העניינים

מבוא: גדרי הנושא 5
פרק א': הדינים הכלליים של חוזים (חלק ראשון) 10
נושא ראשון: בירור טרומי..... 10
א. המשך המבוא: "עסקים משפטיים" ומעשי קניין או שינוי רשות..... 10
ב. מהות החוזה במשפט העברי 13
נושא שני: בעיית הכושר..... 15
א. הכושר למעשי-קניין (הכושר האישי וכושר הנשוא) 15
ב. הכושר האישי למעשי-קניין (הגבלות "מהותיות" ו"אידאולוגיות") 17
ג. הכושר האישי למעשי קניין - הגבלות "אידיאולוגיות" בשל מין, מוצא, דת או עבדות..... 22
ד. הכושר האישי למעשי קניין - ההגבלות "המהותיות" בשיטות הנוכריות..... 30
ה. הכושר האישי למעשי קניין - ההגבלות "המהותיות" בדיני ישראל..... 36
ו. הכושר האישי למעשי קניין - ההגבלות "המהותיות" - סיכום ביקורתי 44
נושא שלישי: מסגרת הרצון והדעת של מעשה הקניין..... 51
א. מקומו של מושג "הצהרת הרצון" (Willenserklärung) 51
ב. רצון וגמירת דעת 52
ג. הצהרת הרצון ומעשה הקניין 55
ד. מעשה הקניין ו"הדברים"..... 60
ה. דברי הקניין ומעשי הקניין במעשים חד צדדים ובמעשים חוזיים (הצורך בקליטה של הצהרת רצון; "הצעה" ו"קבלה" בחוזה)..... 64
ו. מעשה הקניין, דברי הקניין והכוונה האמיתית..... 68
ז. סמיכת הדעת 73
ח. סמיכת הדעת והקבלותיה בשיטות נכריות: קאוזה ותמורה 84
פרק ב': חוזי ההקנאה 95
א. המינים השונים של חוזי ההקנאה 95
ב. המכר - סקירה השוואתית ובעיות מהותיות..... 95
ג. הבעיות המהותיות של המכר ודיני ישראל..... 99
1. עיקר עניינו של המכר בדיני ישראל..... 99
2. נשוא המכר..... 99
3. מכר קנייני או חובי? 101
4. מכר קנייני או חובי - על פי שאלת חיזוקם החובי של דברי הקנין 102
5. בעיית המכר הקנייני או החובי ו"חובת המסירה"; האחריות לאונסים והזכייה בפירות 107
6. הבעיות המהותיות של המכר - סיכום 116
ד. מעשי הקניין במכר על פי דיני ישראל 117
1. מעשי החזקה..... 117
2. תשלום כסף..... 120
3. מסירת שטר הקנאה 123
4. "קנין סודר", תקיעת כף ו"סיטומתא" 124
5. מחילת בעל בית ו"קניין חצר"..... 125
6. "קנין אגב קרקע"..... 127
7. תיקונים מיוחדים בקשר למעשה קניין במקרקעין ודרישת הרישום (בדיני ישראל ובשיטות אחרות) 128
8. הקנאת נכס ללא זכות החזקה - הקנאה כנגד שומר או גזלן המחזיקים בנכס - מעמד שלשתן והרשאה - העברת תביעה והקנאת שטר - הקנאת זכיון 137
9. "אודיתא" 144
10. קנין "בהיא הנאה" 146
ה. דיני המחיר - השיטה הקניינית ושיטת "החוזים ההדדיים" 165
ו. חליפין..... 175
1. החליפין בשיטות "החוזים ההדדיים"..... 175
2. החליפין על-פי המג'לה 179
3. מבנהו של חוזה בתמורה בדיני ישראל..... 180
4. החליפין בדיני ישראל..... 185
א. חליפי נכס במוחזק כנגד נכס במוחזק 185
ב. "אין קונין אלא בכלי"..... 186
ג. כלים ופירות..... 186

ד. אין חליפין במטבע 187
ה. חליפי נכסים בראוי 189
ו. אין חליפין בפעולות פיסיות 190
ז. חליפי הנאת פעולות משפטיות 191
ח. חליפי טובת הנאה או החזקת חפץ 194
ט. הצדקת השיטה העברית 194
5. סיכום - חליפין, תשלום מחיר וסילוק חיוב - חליפין מורכבים - "חליפי זכויות" ושכירות 196
ז. חוזי הקנאה בתמורה שלבד ממכר וחליפין, הקנאה על-פי התחייבות והתחייבויות הדדיות בדיני ישראל 201
1. הקנאה כנגד התחייבות בלתי כספית 201
2. הקנאה על-פי חיוב בתמורה לעבודה 204
3. הקנאה על פי חוזה של חיובים הדדיים 205
א. חוזה העבודה כדוגמה לחוזה של חיובים הדדיים 206
ב. "ההיא הנאה" כמעשה-קניין לחיובים הדדיים 207
ג. פירכת העיקרון של "מילוי בד בבד" וסדר המילוי על-פי הטיב הקנייני של נשוא החיובים 209
ד. מבנהו ומעמדו של חוזה החיובים ההדדיים בדיני ישראל- ניתוח חוזר 211
ה. יתר דיני מילוי חוזה של חיובים הדדיים 218
ו. נקודת-מאסף (עבודה כנגד עבודה; חיובי-לואי; הקנאה אגב עבודה; חיובים הדדיים בשותפות ובפסיקתא) 223
ח. מתנה 228
נספח: זכין לאדם שלא בפניו 254
פרק ג': דיני הלואי במכר 260
א. גדרי הנושא של הפרק 260
ב. נטל ההוצאות ודיני לואי בעניין מסירה, נטילה ומקום התשלום 261
ג. אונאה 267
ד. שלמות הממכר בתאריו 276
1. ההתאמה האיכותית ו"מום במיקח" 276
2. ההתאמה הכמותית 288
ה. מימכר שלא בא לעולם או לרשות המוכר - מכר עתיד ואחריות המוכר מפני עוררים 292
ו. ביטול המכר 302
ז. כפיפות המכר לזכויות מצרנות 306
1. זכויות-המצרנות בשיטות משפט נכריות 306
2. זכויות-המצרנות בדיני ישראל 312
ח. סייגי הקנאת מקרקעין במשטר היובל 320
פרק ד': הדינים הכלליים של חוזים (חלק שני) 324
נושא ראשון: עסק מותנה 324
א. גדרי הנושא 324
ב. הדינים העותמניים 325
ג. דיני יבשת אירופה 327
ד. המשפט האנגלי 339
ה. מדינת ישראל 344
ו. דיני ישראל 345
1. תנאי הקיום ונוסחותיהם 346
2. תנאי "אם" או "לאחר זמן" 347
3. תנאי "מעכשיו" ו"על מנת" או תנאי משהה, תנאי מפקיע ותנאי דוחה 351
4. התנאת התחייבות ותנאי הבשלה 355
5. תנאי התחלת המימוש 358
6. תנאי מסיים, "לך ואחריך לפלוני" ומכר חוזר 361
7. תנאים פסולים 364
8. דינים שונים 366
ז. הערכה מסכמת 368
1. תנאֵי תחולה ותנאֵי מימוש, לעומת ההבחנה בין "תנאי" ל"מועד" 368
2. תנאי תחולה הפועלים למפרע או משעת התגשמותם ואילך 368
3. הגבלת אפשרויות ההתנאה בהקנאות הטעונות רישום ושיטת רישום "הערה" על התחייבויות הקנאה 372
4. תנאי הגבלת המהות ושעבודים לפעולות משפטיות; תנאי דין קדימה 374
5. "לך ואחריך לפלוני" 377
6. ההתגברות על תנאים נצחיים 378

7. תנאי שאינו אפשרי 379
8. תנאי בלתי מוסרי, בלתי חוקי או מנוגד לתקנת הציבור ובעיות העסק העבריינים דרך כלל 381
9. סיכול התנאי או גרם קיומו בזדון 387
נושא שני: דיני חוסר ההתאמה בין דימוי העסק והדעת..... 388
א. גדרי הנושא..... 388
ב. עסק במגמה של דמיוניות או האחזת עיניים 389
1. היתול, משחק והשטאה..... 391
2. עסק מדומה ועסק מוסווה (כולל הערה על דין הרישום הפומבי המסולף)..... 402
נספח: דין הרישום הפומבי המסולף 408
ג. עסק מאולץ..... 413
ד. אסמכתא של תנאים מוגזמים, בלתי מחושבים ובלתי סבירים..... 417
1. תנאים מוגזמים בשעת הדחק..... 417
2. אונאה בדיני העמים, "פגיעה במידות הטובות" ו"השפעה בלתי הוגנת" 420
3. תנאים בלתי מחושבים ובלתי סבירים; תנאי גוזמה של קנס או ויתור על זכות 420
4. "חוזים מוכנים" ו"חוזים אחידים"..... 422
ה. טעות והטעייה (או מירמה)..... 423

מבוא: גדרי הנושא

עיקר עניינו של ספר זה הוא לברר את הבעיות המתעוררות בקשר להעברת קניין במוחזק מקונה אחד למשנהו. העניין כולל קודם כל את בעיות המכר, החליפין והמתנה, כשמושגים אלה מוסבים לא רק על חוזים של העברת בעלות, אלה גם על חוזים של העברת שעבודים.

אולם, באמת, העניין רחב אף יותר, וכולל הוא גם את הבעיות של העמדת שיעבודים והעברתם, במידה שעדיין לא דנו בהן בספר על "דיני הקניין במוחזק".

מצד שני, הכוונה היא לעסוק כאן רק בהעברת הקניין "בהקנאת בריא", אבל לא בהעברה מחמת מיתה, על פי דיני ירושה וצוואה, וכן לא בכל מיני העברות אחרות העשויות אולי לחול במישרין מכוח הדין. במילים אחרות, עניינו הוא בבעיות המתעוררות **בהעברות מוסכמות** (ביתר דיחוק - **מוסכמות הדדית במישרין**). אבל על ידי כך ממילא מתרחב העניין ותופס במסגרתו לא רק את הבעיות של עצם העברת הקניין, אלה גם את הבעיות הכלליות של הסכמים או חוזים, אשר מתוך כלליותן שייכות הן ממילא גם בענייננו המיוחד.

ניתן אפוא לומר כי עניינו מקיף למעשה את הדינים הכלליים של חוזים, ובהמשך מכאן גם את הדינים המיוחדים של חוזי המכר, החליפין והמתנה, במובן המורחב שאמרנו; אך משהגענו להגדרה זו, נתקלים אנו בבעיות עקרוניות ויסודיות ביותר, המתעוררות מתוך ההבדלים בתפיסתו של מושג "**החוזה**" בשיטות המשפט השונות.

[[2]] הפרשן האנגלי **אנסון** מבחין בין חוזה (contract) להסכם (agreement): לדידו, "חוזה הוא אותה צורה של הסכם המכוון במישרין להתחיבות ויוצר אותה"[1]. ובעוד ש "הסכם הוא ביטוי לכוונתם המשותפת של שני אנשים או יותר להכניס שינוי ביחסיהם המשפטיים"[2], הרי "חוזה נבדל מצורות אחרות של הסכם על ידי כך שמטרתו היא ליצור התחייבות בין הצדדים להסכם"[3].

לעומת זאת, בשיטות של יבשת אירופה מוצאים אנו הבחנה אחרת. **קולין וקפיטן**, בצרפת, כותבים לאמור: "החוזה (contrat) הוא הסכם (accord) של שני רצונות או יותר במטרה להביא לידי תוצאות משפטיות. על ידי עריכת חוזה יתכן שהצדדים יתכוונו **ליצור** יחס משפטי: ליצור או להעביר זכות ריאלית או ליצור התחיבויות, או **לשנות** יחס הקיים מכבר, או, שוב, להביא יחס כזה לידי **סיום**"[4]. כלומר: גם כאן עוד יש הבחנה בין חוזה להסכם, והחוזה הוא רק סוג של הסכם, אבל "ההסכם" אינו דווקא מכוון לשינוי ביחסים המשפטיים, אלא הוא מושג של **הסכמה כלשהי**, ואילו "החוזה" אינו מכוון דווקא להעמדת התחייבות, אלא חופף הוא את מושג **ההסכם** כפי שנתפס אצל אנסון.

---

[1] א) **אנסון**, עמ' 2.
[2] ב) שם, עמ' 3.
[3] ג) שם, עמ' 6. ראה גם **סלמונד**, עמ' 353; **פייטון**, עמ' 393.
[4] ד) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 11.

בדומה לזה, לפי דברי **אנקצרוס** בגרמניה, ממהותו של החוזה (vertrag) הוא ששני צדדים או יותר יסכימו לעורר תוצאה משפטית ביניהם (או בין האנשים המיוצגים על ידיהם או בין האנשים אשר אותם הם מבקשים לזַכות)[5]. "יש חוזים בכל שטחי המשפט הפרטי, חוזים ריאליים (העברה על ידי הסכמה ומסירה או על ידי ויתור ורישום בספרי האחוזה), משפחתיים (נישואין, אימוץ), חוזי-ירושה. אך החשובים במיוחד הם החוזים החוביים"[6].

ואילו בספר החוקים האזרחי האיטלקי מגדיר סע' 1321 בפירוש: "החוזה (contratto) הוא ההסכם (accordo) של שני צדדים או יותר, הבא ליצור, להסדיר או להביא לידי סיום ביניהם יחס משפטי ממוני". כאן יש להדגיש, כי מושג "החוזה" אמנם אינו כולל את כל מיני ההסכמים המשפטיים, כי אם רק את ההסכמים הממוניים - והפרשן **מסיניאו** מיחד להסכמים המשפטיים האחרים (החוזים המשפחתיים) את הכינוי [[3]] (convenzioni)[7]. בנקודה זו נוצרת בתפיסה האיטלקית נקודת מגע עם התפיסה של **אנסון**, שאף הוא מוציא את הסכם הנישואין ממושג החוזה, עם כל היותו אפילו הסכם היוצר התחיבויות[8].

אולם, עם כל זאת יש לציין שגם ביבשת אירופה, הרי הטיפול המעשי במושג החוזה אינו תמיד שונה ממה שמתגלם בתפיסה של המשפט האנגלי. רק בספר החוקים האזרחי הגרמני (מבין החוקים שרגילים אנו לטפל בהם בחיבורנו) מוצאים אנו גישה עקבית, המוציאה את הדיון בחוזה אל מעבר לדיני החיובים[9]. לעומת זאת,סע' 1101 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי מגדיר **כאנסון**: "החוזה הוא הסכם (convention), אשר על ידו מתחייב אדם", ואף על פי **שקולין וקפיטן** חולקים על הגדרה זו וטוענים כי אין היא מוצדקת על פי הוראתיו הממשיות של החוק - אחר שהדינים הכלליים של "חוזים" חלים גם בהסכמים הבלתי חוביים [10] - הרי מכל מקום גם הם אינם דנים בחוזים אלא כפרק בדיני החיובים[11]. בדומה לזה, בספר החוקים האזרחי האיטלקי, הדיוק ב"חוזים בדרך כלל" אינו אלא סימן ב' בספר השביעי, "על החיובים", אשר סימן א' בו עוסק ב"חיובים בדרך כלל", ובאשר סע' 1173, הפותח את הספר, מודיע כי החוזה הוא אחד המקורות האפשריים לחיוב; וכן גם **בשוייצריה**, דיני החוזים הם רק נושא לסעיפים מסוימים בפרק "על החיובים הנובעים מחוזה", הפותח את חוק החיובים. אף במשפט **הסובייטי** - למרות שתופסים שם את מהותו של החוזה כדרך ההגדרה היבשתית הרחבה - דנים בו למעשה רק במסגרת דיני החיובים[12].

תופעה זו, מסתבר כי מקורה הוא במסורת הפרשנים הקדומים של המשפט הרומי, אשר במושג ה"חוזה" (contractus) נתפס להם **הסכם שאפשר לתבוע על פיו - בהבדל מעסק המסתיים בתוכו**

---

[5] ה) **אנקצרוס**, עמ' 448.
[6] ו) שם, עמ' 449.
[7] ז) **מסיניאו**, ג', עמ' 568.
[8] ז-1) **אנסון**, עמ' 4.
[9] ח) בג"ב, סע' 145 ואילך.
[10] ט) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 9.
[11] י) שם, סימן א' בספר א', העוסק ב"מקורות החיובים".
[12] יא) **המשפט האזרחי הסובייטי**, א', עמ' 439 (הפרק על עקרונות החוזים מופיע כאן בתוך החלק השלישי של הספר, הדן במשפט החיובים).

על ידי העברת בעלות גרידא[13]. הגישה הזאת נשמרה מושרשת בתורת המשפט האירופית, ורק **סאוויני** הוא שהעלה בתוקף את הטענה כי הגישה האמורה נובעת ממחשבה פזיזה ואין לה הצדקה אובייקטיבית. הוא הדגיש כי הבעיות העקרוניות המתעוררות במסגרת מושג "החוזה" - כמו בעיות הכושר האישי, האילוץ, הטעות, התנאים וכו' - [[4]] משותפות הן לחוזים החוביים ולהסכמים אחרים הבאים להסדיר יחסים משפטיים בין הצדדים, ושבהתאם לכך - אם אין תופסים את כל מיני ההסכמים הללו במושג מאוחד - מסתבכים בערפל עיוני ובשיבושים מעשיים כאחד[14]. נראה כי ביקורת זו לא מצאה לה גשר מתאים אל המשפט האנגלי[15], ולכך נשארה שם התפיסה כפי שראינו[16]; אבל ביבשת אירופה נתקבלה הביקורת על רקע השגרה הנמשכת והדברים נתערבו זה בזה.

והנה, ביקורתו של סאוויני - אם יש לה חשיבות במשפט האירופי - על אחת כמה וכמה חשובה היא להבהרת הגישה הנכונה המתחייבת בעריכה שיטתית של המשפט העברי. סאוויני מסביר את ביקורתו בשתי דוגמאות עיקריות. מצד אחד טוען הוא כי לשיבוש התפיסה גרמה העובדה כי במיני העסקים שהם השכיחים ביותר נוטים לדלג על ההבחנה בין החוזה החובי, המכין כרגיל את העסק, לבין המעשה המשפטי שבו הוא נגמר: "למשל, כשנמכר בית, חושבים בדרך כלל על המיקח החובי - ובצדק גמור; ושוכחים תוך כדי כך שגם המסירה, הבאה לאחר מכן, הריהי חוזה". ומצד שני מביא הוא את הדוגמה של מתנת נדבה לעני, שאין בה שום התחייבות ושאף על פי כן הריהי חוזה אמיתי ומושלם[17]. אולם, במשפט העברי, כפי שנראה להלן, אף המכר אינו נמשך כלל מעסק חובי המכין אותו, אלא נבנה הוא - ממש כמתנה - על עצם הקנאת הנכס ללוקח, ואם יש בו חיובים, הרי הם נולדים רק בדיעבד, מעל הבסיס הזה. תופעה זו, מצידה, מתקשרת לגישה כללית של המשפט העברי, ההופכת את החוזה החובי בעיקרו למוסד הרבה פחות מרכזי מכפי שהוא באירופה - ואם במשפט האירופי עוד אפשר למצוא לפחות הצדקה פסיכולוגית לשיבוש הנדון, הרי במשפט העברי אין מקום אף להצדקה שכזאת.

[[5]] בהתאם לכך - ובשים לב לעובדה שהמשפט העברי הוא אמנם עיקר נשוא עניינו - נמצא כי כאשר אמרנו שחיבור זה נועד להקיף את הדינים הכלליים של חוזים, ממילא היתה כוונתנו רק לדיני החוזים במובן המצומצם של תפיסת **סאוויני**: היינו רק עצם **דיני ההסכמה על שינוי בזכויות הצדדים** (הכרוך, במקרה שלנו, בכל מיני ההעברות המוסכמות של קניין) - וזאת, בעיקר, בהבדל מן התפיסה השלטת **במשפט האנגלי**, לפיה יוצא כי "דיני החוזים" (Law of contract) אינם רק עצם דיני ההסכמה, אלא כוללים הם גם את כל דיני החיוב המוסכם (ודווקא תוך ניתוק מדיני ההסכמה על העברת קניין שאין עימה חיוב, כגון הסכם מתנה[18].

---

[13] יב) **פייטון**, עמ' 390; **באקלנד**, עמ' 409; **ארנג'ו-רואיז**, עמ' 296.

[14] יג) **סאוויני**, ג', עמ' 309, 312 ואילך.

[15] יד) ומאלף הדבר כי אבי המדע המשפטי-האנליטי באנגליה, אוסטין, אינו עומד עליה; ור' **סלמונד** עמ' 349, בהערה.

[16] יד-1) באנגליה אמנם יש לתפיסה הנידונה גם שורשים היסטוריים מיוחדים משלה, והיינו בהתפתחות דיני החוזים מכמה תביעות חוביות אנגליות מיוחדות: ר' **אנסון**, עמ' 61 ואילך, **וצלטנר**, א',עמ' 28 ואילך.

[17] **טו) סאוויני**, ג', עמ' 313.

[18] טז) ר' **אנסון**, עמ' 4-3.

אולם העובדה עדיין נשארת שאין חיבור זה מכוון להצטמצם רק בדינים הכלליים של חוזים, אלא מכוון הוא בעיקר לכמה חוזים מיוחדים, העשויים להיות כרוכים בחיובים, אף במשפט העברי, ולו בדיעבד - והשאלה מתעוררת, כיצד נארגן את דברינו מן הבחינה הלזאת. התשובה היא שאמנם מתחייב לנו מכאן דיון נרחב ועקרוני אף בדיני החיובים, וביחוד בדינים הספציפיים של **החיוב המוסכם**, או **החיוב החוזי**[19] - וביחוד בשים לב לצרכי ההשוואה עם השיטות האירופיות, אשר החיוב תופס בהן כאמור מקום הרבה יותר חשוב בעניינו מאשר במשפט העברי. אולם, את הדיון הזה - בהבדל מהדיון בדינים הכלליים של החוזים - לא נערוך במסגרת מיוחדת לעצמו וכהקדמה לדיון בחוזים **המיוחדים** שבהם נעסוק, אלא נערכנו תוך כדי העיסוק בשאלות הספציפיות שתתעוררנה במהלך דיוננו בדינים הכלליים של חוזים ובדיני החוזים המיוחדים. שיטה זו מתחיבת מתוך כך שעדיין אין לנו עיבוד מרוכז של דיני החיובים הכלליים והחוזיים במשפט העברי, תוך שילוב מתואם במסכת הכללית [[6]] של דיני הממונות - ואחת המטרות היסודיות של חיבורנו תהיה אמנם להתוות את קוי היסוד לריכוז כזה, על ידי חישוף העקרונות המתחייבים בו מתוך הדיונים בדינים המיוחדים שבהם נעסוק.

משהבהרנו את גדרי החיבור מבחינה זו, עוד צריכים אנו לחזור על עקבינו כדי להוסיף ולהבהיר את גדריו מבחינת הטיפול בדינים הכלליים של חוזים. על בעיה אחת המתעוררת מבחינה זו - גם לאחר שהפרדנו בין מושג החוזה לבין מושג החיוב החוזי - עמדנו כבר לעיל, בציטוט החוק האיטלקי, המוצא לנכון לייחד את מושג החוזה להסכמים ממוניים בלבד. גישה זו אינה יכולה להתקבל על ידינו **מלכתחילה** - מן הסיבה הפשוטה שאנחנו ניגשים בגישה השוואתית, וכל השיטות, מלבד האיטלקית, מעמידות לפנינו את המושג על בסיס רחב יותר. מלכתחילה נהיה מוכרחים אפוא לבדוק את הדברים בהקפם הרחב - ונראה מה תהיה מסקנתנו לבסוף. עם זאת נקדים כבר כאן ונאמר, שלא ניגרר אחר טענתו של **סאוויני**, כי מושג החוזה הוא רחב עד כדי כך, ששייך הוא באופן אחיד לא רק בדינים שבין אדם לחברו (דיני ממונות ודיני משפחה), אלא גם במשפט הבין-לאומי[20]. יתכן שהוא צודק ויתכן שלא, אך אנו לא נבדוק את הדבר[21], ונסתפק בבחינת המושג בתחומי הדינים שבין אדם לחברו לבדם.

בעיה אחרת המתעוררת לגבי הדיון במושג החוזה נובעת מן העובדה שהחוזה - גם אם נתפוס בו מיני הסכמים משפטיים כלשהם - איננו על כל פנים מושג ראשוני, אלא נחשב הוא בתורת המשפט האירופית כסוג של "עסק משפטי" (cgeuza, acte juridique, negozio giurìdico, Rechtsgeschäft) והיינו סוג של מעשה המכוון ומותאם לשינוי המצב המשפטי הקיים[22], - וחלק גדול מן "הדינים הכלליים של חוזים" אינם מיוחדים דווקא לחוזים, אלא משותפים הם לחוזים ולמיני "עסקים

---

[19] יז) ראה למשל סדר העריכה של הבג"ב הגרמני, שאחר הטיפול בדיני החוזים בחלק הכללי של הספר (סע' 145-157) מופיע בו בתחום משפט החיובים (סע' 241-853) פרק מיוחד על "יחסי חיוב מתוך חוזים" (סע' 305-361).

[20] יח) **סאוויני**, ג', עמ' 309 ואילך.

[21] יט) טענה המסתברת מלכתחילה נגד סאוויני היא שגם אם נניח כי החוזה הפרטי והחוזה הבין לאומי שווים במהותם ההגיונית, הרי מכל מקום הדינים המעשיים של החוזה הבין לאומי שונים הם מן הדינים המעשיים של החוזה הפרטי בכל שיטת משפט מיוחדת, ואין אפוא טעם להאחיד את המושג.

[22] כ) **אנקצרוס**, עמ' 436 ואילך, 448; **מסיניאו**, א', 460 ואילך, 464 ואילך, 467; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 60 ואילך; **המשפט האזרחי הסובייטי**, א', עמ' 181 ואילך, 439-440.

משפטיים" אחרים, היכולים גם להיות בלתי מוסכמים, או **חד צדדיים**. העניין מתברר במבט אחד אם נסתכל למשל [[7]] בתוכן העניינים של הבג"ב הגרמני. הסימן השלישי של הספר הראשון ("חלק כללי") עוסק כאן ב"עסקים משפטיים", והדינים הכלליים המיוחדים לחוזים תופסים כאן רק פרק אחד; יתר פרקי הסימן עוסקים בכושר לעסקים משפטיים, בהצהרת הרצון, בתנאים וקביעות זמן, בייצוג ויפוי כוח ובהסכמות ואישורים של אנשים צדדיים - וההסדרים בעניינים אלה מתיחסים לחוזים ול"עסקים משפטיים" אחרים בשווה. בהתאם לכך נשאלת השאלה, האם אנחנו - בבואנו לדון בדינים הכלליים של חוזים - נדון רק בעצם דיני החוזים לבדם או נפַתח את הדברים משרשם, החל מן המושגים היסודיים ביותר ככל שיכולה להיו להם משמעות לגבי דיני החוזה. התשובה היא שאנחנו ננקוט כאן דרך ביניים: לא נטפל באופן שיטתי בעניינים יסודיים ביותר, כגון מושגי האישיות, המעשה או העסק המשפטי, וכיוצא בזה, וכן לא נעסוק באופן שיטתי בעניינים צדדיים, אשר חוזה יכול בסתם להתקיים בלעדיהם, כגון ייצוג או אישור; אולם בדברים שמעל הרמה היסודית ביותר ושהם מהותיים לחוזה - **נעסוק**, אף אם שייכים הם גם ב"עסקים משפטיים" אחרים, וביחוד ראוי לציין לעניין זה את **דיני התנאים**, אשר בעיות תוקפו של החוזה אינן יכולות להתברר בשלמות בלעדיהם[23].

[23] כא) ראה בספר על "דיני הקניין המוחזק", פרק ג', סע' ב', מס' 4, שהבטחנו שם לברר בספר על ההקנאה את העקרונות המשותפים להקנאה וליתר אפשרויות ההועדה (הפקרה, שעבוד לרבים ואיסור הנאה, שכלם הם בבחינת "עסקים משפטיים" חד-צדדיים).

פרק א': הדינים הכלליים של חוזים (חלק ראשון)

נושא ראשון: בירור טרומי

א. המשך המבוא: "עסקים משפטיים" ומעשי קניין או שינוי רשות

בהרצאה שוטפת של נשוא חיבורנו, הנכון היה כמובן להרצות על הדינים הכלליים של חוזים באופן רצוף, כהקדמה להרצאת הדינים של החוזים המיוחדים. אולם, אנחנו - אין לנו עניין בהרצאה שוטפת על דברים ידועים, בדיעבד, אלא עניינו הוא במחקר-השוואתי ביקורתי, המכוון להגיע למסקנות מתוך עצם עבודת המחקר - ובהתאם לכך אין לנו אפשרות לערוך את הדברים בסדר ההגיוני האמור. אנחנו נדון תחילה רק בדיני **היסוד** הכלליים; לאחר מכן נעבור לחוזים המיוחדים, ורק על סמך הדברים שיתבררו לנו תוך כדי כך נחזור ונשלים את [[8]] הדיון בדינים הכלליים.

בפתיחה לדיון בדינים הכלליים צריכים אנו לעמוד על ההבדל העקרוני בפרספקטיבה של עניין החוזה בין המשפט העברי לבין שיטות המשפט האירופיות. אמנם, כבר קיבלנו בקשר לכך, כבסיס לדיוננו, את תפיסת **סאוויני** - בהבדל מן התפיסה הרומית הישנה והתפיסה האנגלית - ואמרנו כי תפיסת סאוויני מתאימה למשפט העברי ולשיטות החדשות של יבשת אירופה כאחד. אולם, הבדל עקרוני חוזר שוב ומתגלה, אף על בסיס התפיסה הלזאת.

ההבדל יורד עד למושג "העסק המשפטי", המונח - כפי שאמרנו - ביסודו של מושג החוזה. בשיטות האירופיות מסתפקים בראיית "העסק המשפטי" כמעשה המכוון ומותאם לשינוי המצב המשפטי - והיינו שינוי מערכת הזכויות והחובות בין אנשים (במקום שהמשפט מכיר לבעל המעשה את היכולת להביא לידי השינוי מכוון, על ידי מעשהו). במשפט העברי, לעומת זאת, מסתבר שאין להסתפק בראיית השינוי במערכת הזכויות והחובות במופשט, אלא יש לראות גם את הנשוא הממשי שאליו מתייחס השינוי. הדבר מתקשר למה שכבר ראינו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", שבדיני ישראל - אף מה שמקביל ל"זכויות האישיות" של המשפט האירופי, רואים אותו לא סתם כיחס בין הצדדים, אלא כיחס בין הצדדים לגבי נכסים של ממש; כך גם ביחסי המשפחה, הזכויות והחובות ההדדיות אינן סתם יחס בין הצדדים, אלא מבוססות הן על זיקה של רשות הבעל או לגבי האשה או הילד, כנשוא[24] - ובהתאם לכך, מה שמקביל בדיני ישראל ל"עסק משפטי" האירופי הריהו תמיד מעשה של **שינוי רשות**, או **תיקון רשות**, או **מעשה קניין**, במובן המורחב והבלתי מדויק של קניין, שבו משתווה מושג הקניין לרשות או לשינוי של רשות[25].

---

[24] א) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', סע' ג', בסמיכות להערות ל"א-ל"ב. תפיסה זו אינה נסתרת על ידי העובדה שלבעל ולאב יש גם חובות, אשר האשה או הילד יכולים לכפות עליו את מילויין, כי יש לומר שאף החובות האלו אינן אלא חלק מרשותו של הבעל או האב, בבחינת זיקה של **אחריות** הגלומה ברשות (כך אף על פי שלפעמים אף מוצאים אנו, שכדי להיפטר מחובה צריך הבעל לקבל רשות מאשתו, ראה למשל משנה כתובות פ"ה מ"ו).

[25] ב) ראה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', סע' ד', בסמיכות להערות ל"ג ו ל"ד.

[[9]] בהמשך מכאן היה מתחייב אפוא לכאורה, שבדיני ישראל, גם החוזה ייתפס פשוט כמעשה של שינוי רשות, והיינו שינוי-רשות על ידי הסכם; אך בנקודה זו מגיעים אנו להבדל נוסף בין הגישה העברית לאירופית.

באירופה רואים את עיקר מהותו של "העסק המשפטי" בגילוי של רצון, אשר הוא עצמו, גילוי-הרצון, הוא המעשה המהווה את "העסק המשפטי" והוא המסב את השינוי המשפטי המכוון; ואף אם על פי הדין החל בעניין אין השינוי יכול לצאת אל הפועל אלא בשיתופם של גורמים נוספים, הרי גילוי-הרצון נשאר על כל פנים הגורם היסודי במהותו המושגית של "העסק", שרואים אותה כמצורפת מגילוי-הרצון ומשאר הגורמים[26]. מסתבר כי העקרון הרצוני הזה, שביסוד המושג הנידון, הוא המונח גם ביסוד הכינוי שניתן לו: "עסק" - מושג הרומז לטיפול שעיקרו בפעולה **שכלית**; ובהתאם לכל זה, אמנם גם עניינו של מושג החוזה הוא בפעולה שכלית-רצונית - אשר הֻבדְלה מ"עסק משפטי" אחר הוא רק בריבוי הצדדים המשתתפים בה זה כנגד זה, - ואשר היא עצמה היא גם כל המעשה של שינוי הזכויות (או שינוי הרשות), או לפחות עיקר מהותם.

בדיני ישראל, לעומת זאת, נראה לומר כי נקודת-המוצא למבנה המושגי המקביל איננה בצד השכלי-הסובייקטיבי, כי אם בהתרחשות האובייקטיבית של מעשה, אשר המשפט רואה אותו כמתאים להסבתו של שינוי-רשות מסוים. אכן, גם בדיני ישראל לא יסב המעשה את השינוי אם לא יהא בו משום גילוי של כוונה סובייקטיבית - כשם שגם באירופה, באמת אין העסק תלוי בכוונה הסובייקטיבית גרידא כי אם בגילויה האובייקטיבי, - אך ההבדל בין שתי הגישות מתקיים על כל פנים, בנושא המשמעות המשפטית. באירופה נשאר הרצון הסובייקטיבי, תוך החשבת הגילוי האובייקטיבי ושאר הגורמים כתנאים גרידא להכרה המשפטית בתוקפו של הרצון, בעוד שנושא המשמעות המשפטית בדיני ישראל הוא המעשה האובייקטיבי, ואילו מציאות הבסיס הסובייקטיבי ומיני גורמים אחרים הריהם כאן רק תנאים להכרה [[10] **בתוקף המעשה**. להסברת ההבדל יש לציין כי הגישה האירופית אמנם היא בלי ספק יותר שלמה מבחינת ההיגיון הענייני שברקע המושג הנידון: במציאות החיים, לא בגין המעשה האובייקטיבי נדרש ומתקיים השינוי המשפטי, כי אם בגין הכוונה השכלית; המעשה האובייקטיבי חשוב רק בבחינת **גילוי** לכוונה השכלית, ומשמע כי הכוונה היא עיקר והגילוי האובייקטיבי טפל. אולם, **במציאות המשפטית**, נקודת המוצא לטיפול בכל מקרה היא בהכרח בגילוי האובייקטיבי; רק על פיו ובגינו ניתן לחזור ולבדוק את הבסיס העניינִי המכוון - ומבחינת המבנה המושגי-המשפטי נראה אפוא כי הגישה העברית היא מדויקת יותר[27].

---

[26] **ג) אנקצרוס**, עמ' 436-438; **מסיניאו**, א', עמ' 460 ואילך.

[27] ד) יש גם להדגיש שאת הדרישה למעשה אובייקטיבי אין לערבב עם דרישה למעשה פורמלי-מלאכותי, כי בבחינת מעשה אובייקטיבי מספיק יכול לעתים להתקבל - אף במשפט העברי - למשל עצם האמירה שבה מודיע אדם את כוונתו או אפילו סימון פחות מזה: ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון",חלק שני פרק ה', סע' ב', בסמיכות להערות י"א וט"ז-י"ז; הספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק א', סע' ד', ופרק ג', סע' ב', מס' 4, בסמיכות להערות פ"ג וצ"ג ובפסקה שלאחר זו הסמוכה להערה ק"ח (ור' גם משנה גיטין פ"ז מ"א). מצד שני, דווקא בכלל, אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" (משנה קידושין פ"א מ"ו), שהוא אחת הדוגמאות לשחרורו של שינוי-רשות מן הצורך במעשה פורמלי, מוצאים אנו את הביסוס המובהק ביותר לתפיסה העיונית שייחסתי כאן למשפט העברי, כי בכלל הזה מתברר שלא עצם גילוי הכוונה, אלא הדרישה למעשה חומרי-אובייקטיבי היא העקרון המשמש כקנה המידה לדברים.
שימת דגש בדרישה למעשה חומרי-אובייקטיבי מתבלטת גם בתמיהה המופיעה לפעמים במקורות: "במאי (קנה)? בדברים?" (בבא מציעא צ"ד א'; ור' גם בבא בתרא ק"ו ב'). התירוצים המופיעים שם, שהקניין (או

והנה, ב"עסק משפטי" חד-צדדי, הבדל זה אמנם אינו חשוב ביותר, כי בין אם נראה את עיקר העניין בכוונה ובין אם נראהו בגילוי האובייקטיבי, הרי על כל פנים אין ה"עסק" נגמר אלא על ידי צירופם של השניים; מעבר לכך, [[11]] אין לנו בדרך כלל עניין כאן להגדיר את "העסק" אלא על פי עצם תוכנו: למשל, הפקרה היא שחרורו של נכס לזכות תפיסה כללית; הקדשה היא הועדה מחייבת של נכס לצרכי בית ההמקדש, וכיוצא בזה. ומה אכפת לנו אם נאמר שההפקרה או ההקדשה מתבצעות על ידי כוונה המתגלה במעשה פלוני או שנאמר כי מתבצעות הן על ידי מעשה פלוני המגלה כוונה מתאימה? אולם, כש"העסק" הוא רב-צדדי, ואנו מבקשים ליחסו למושג "החוזה", נתקלים אנו קודם כל בעובדה הלשונית, שב"חוזה" - בסתם - מבינים אנו לאו דווקא את עצם התופעה של שינוי-רשות, כי אם את התופעה של **הסכם**; ובהתאם לכך, אם ההסכם - ולו גם ההסכם המתגלה דווקא בצורה אובייקטיבית - הוא עצמו המגשים את שינוי-הזכויות, או את שינוי-הרשות, אמנם יכולים אנו להסתפק בראיית כל מערכת-הדברים של ההסכם ושינוי-הרשות כ"חוזה", אבל אם אומרים אנו שלא הפעולה השכלית של ההסכם היא המבצעת את שינוי-הרשות, כי אם הפעולה החומרית שבו הוא מתגלה, הרי שלא כל המערכת כולה היא חוזה, אלא יש לנו מעשה של שינוי-רשות מחד גיסא וחוזה מאידך, ברקעו, באופן שנושא-הדיבור איננו **עסק** של שינוי-רשות, **על ידי** חוזה, אלא הוא **מעשה** של שינוי-רשות **על פי** חוזה.

בדיני ישראל, נראה כי דרך שנייה זו היא אמנם הדרך הנכונה של תפיסת-הדברים; ואם כי ההבדל הוא לכאורה רק מילולי בלבד, ועדיין אין אנו רואים בו שום תוצאה מעשית, הרי על כל פנים גם לעצם המסגרת המילולית-הלשונית יש חשיבות משלה, ואין אנו יכולים לתפוס אל נכון את מערכת הדינים המעשית של המשפט העברי אלא אם נתפסנה במערכת מושגית ההולמת את הגיון הפרספקטיבה המושגית שבו היא התפתחה במקורות. במערכת מושגית זו, נראה לומר כי אמנם [[12]] יש מקום למהותו התוכנית של מושג "העסק המשפטי", כפי שהגדרנוהו לעיל בתרגום מן השיטות האירופיות - אלא שאת המושג הזה באמת אין לכנות כאן כ"עסק משפטי", אלא כ"מעשה-קניין" (במובן המורחב), או **מעשה של שינוי-רשות,** ואת המעשים של שינוי-רשות אין לחלק בין ל"מעשים חד צדדיים" **ול"חוזים"**, כי אם ל"מעשים חד צדדיים" "ולמעשים מוסכמים" או "**מעשים חוזיים**".

אנחנו, להלן, נכנה כאן בדרך כלל את מעשה שינוי-הרשות **כמעשה קניין**; כי אף על פי שבבחינת כינוי כולל, הכינוי הראשון הוא יותר מדויק, לאור צמצום הגדרתו של מושג הקניין לעומת מושג הרשות, הרי למעשה רק הכינוי השני הוא המקורב לנוהג הלשוני של המקורות בענייננו - ואין

שינוי-הרשות) מתבצעים במקרים הנידונים "בההוא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא" או "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי", אף הם אינם סותרים את התפיסה המוצעת, כי אם מאשרים אותה. בתוך התירוצים הללו משתמעת הטענה שאמנם דברי גילוי הכוונה כשלעצמם - בבחינת גילוי כוונה גרידא - אין בהם כדי להגשים את שינוי הרשות, אלא שבמקרים הנידונים באמת היו גם מעשים אחרים והם המגשימים את השינוי. לניתוח מפורט יותר של שני התירוצים נחזור להלן, בפרק ב', סע' ד', מס' 10. המקורות היסודיים באתר שבהם מופיעה הדרישה למעשה חומרי אוביקטיבי הם פרק א' של קדושין ופרק ד' של בבא מציעא.

לחשוש בקשר לכך לטעות, אם נסכים בבירור שאת מושג הקניין נייחד אמנם רק לרשות של בעלות או שעבוד בדיני ממונות, אבל במושג של **מעשה-קניין** נתפוס שינוי רשות לכיוון כלשהו[28].

ב. מהות החוזה במשפט העברי

לאור מסקנותינו בסעיף הקודם יכולים אנו עתה לחזור ולסכם את מהותו המושגית של ה"חוזה", כפי שהיא מתחייבת על פי דיני ישראל.

ה"חוזה" איננו כאן "עסק משפטי" או מעשה קניין, כי אם **התוכן העניינִי, אשר מעשה קניין חוזי בא להוציאו לפועל - או לתת לו תוקף - מבחינה משפטית;** ובמילים אחרות ניתן גם להוסיף הסבר ולומר, כי "חוזה" במובן המתאים לדיני ישראל איננו עצם התופעה של הסכמה בעלת תוקף משפטי, בין אנשים אחדים, ביחס לשינוי זכויותיהם, לפי הגדרים שעליהם הסכימו, אלא החוזה הוא **מכלול הגדרים של שינוי-הזכויות (או שינוי-הרשות), החל בין אנשים אחדים בתוקף מעשה-קניין שבוצע ביניהם לשם השינוי, על דעת אותם הגדרים, תוך הסכמה הדדית**.

[[13]] בקשר לכך נראה שוב להעיר, מנקודת-ראות נוספת, על יתר הדיוק שבתפיסה המתחייבת על פי דיני ישראל. כי באמת, התפיסה האירופית של החוזה היא דו פרצופית. מצד אחד, ראינו כי האירופים תופסים את החוזה כ"עסק משפטי", או כמה שמקביל אצלנו **למעשה-קניין**, והיינו כנקודת-ההתרחשות שבה ובאמצעותה ניתן לאנשים להפעיל את מערכת הסדר המשפטי, מדעת ובמכוון, על ידי מעשה ההסכמה שלהם (בצירוף או בלי צירוף של מעשים נוספים). אולם, הפעלת הסדר המשפטי על ידי מעשה אנושי היא כמובן רק דימוי פיקטיבי, השאול מעולם הפיסיקה. מה שקורה באמת הוא רק זה, שבסדר המשפטי מצויה הוראה, שכאשר ייעשה כך וכך ישתנו הזכויות כך וכך - ומערכת פעולות זו יכולה להיתרגם באופן הגיוני ממסגרת מושגית של תכיפה זמנית או התנאה גרידא למסגרת מושגית של הפעלה, או **סיבה ומסובב**, רק אם המעשה אנושי הדרוש לשינוי המשפטי יחדל להיתפס ברמת הוויתו הפיסית ויועבר לרמת תפיסה של **אירוע משפטי**, בשווה עם תוצאותיו. והנה, מערכת-המושגים של המשפט האירופי, כאשר היא מעלה את ההסכמה החוזית לדרגת-הוויה של "עסק משפטי", מכל מקום אין היא יודעת להבחין בין ההסכמה הזאת במובנה הפיקטיבי כפעולה סיבתית בעולם המשפט לבין ההסכמה במובן הפיסי הפשוט, ומושג "החוזה" מתפשט כאן על שני המובנים כאחד - ואף על **התוכן המוסכם**, בנוסף - ובסך הכל מגיעים אנו כאן לערבוביה מושגית גמורה. הדבר מודגם באופן מובהק בכמה מן ההבאות שהספקנו כבר לצטט בחיבור שלפנינו. כך, למשל, כשגם במשפט האירופי אין ההסכם כשלעצמו מועיל בלי צירופו של מעשה פורמלי, כגון מסירת הנכס לשם העברתו בעלות, למילוייה של התחייבות במכר, ממילה נוטה הדעת לראות את המעשה המסב את העסק לאו דווקא בהסכם

[28] ד-1) אכן, מושג זה הוא המקורב לנוהג המקורות בעניינו, אך יש גם לציין כי השימוש שלנו במושג לא יהא זהה לנוהג המקורות, ואף עשוי יהא להיראות כאילו הוא סותרם. במקורות נהוג לציין במושג של מעשה-קניין דווקא את מעשה-הקניין הפורמלי, ואילו במקום שאין מעשה פורמלי אומרים ברהט-הלשון שאין שם כביכול מעשה-קניין: ר' למשל, בבא בתרא קע"ו א-ב (ועל פי נוהג זה אף הלכנו בניסוח הדברים בחיבורנו, בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק שני, פרק ה'). אולם, באמת, כפי שמתברר מן המקורות שהבאנו לעיל, בהערה ד' [27], אף במקום שאין מעשה-קניין פורמלי נזקקים דיני ישראל למה שניתן לכנותו כמעשה-קניין,-ומאחר שבמקורות אין לנו שום דבר מן המוכן לציון מעשי-הקניין במובן המורחב הזה, נשתמש פה להלן, לשם כך, בכינוי זה שאמרנו.

המגדיר את משמעות המסירה, כי אם בעצם המסירה, הגומרת את העניין - ומתוך שגם בעסק חוזי שכזה [[14]] עדיין נתפס "החוזה" כעצם המעשה המסב את העסק, יכולנו לראות לעיל, אצל **סאוויני**, כי הדברים נתערבבו לו עד כדי כך שבא הוא כביכול לציין אף את עצם מעשה המסירה כ"חוזה"[29]. אין צריך לומר כי זהו ניסוח הסותר את כל תפקידו המקובל והשימושי של מושג ה"חוזה", ובאמת סותר הוא גם את כוונתו של **סאוויני** בעצמו, שביקש רק לומר כי לא רק הסכם-התחייבות, אלא גם הסכם העברת-בעלות תוך כדי מסירה הוא חוזה. דוגמה אחרת לערבוביה יכולנו לראות בהגדרת החוזה אצל **קוליין וקפיטן** ובסעי' 1321 של החוק האיטלקי. כאן - שוב, כנראה, מתוך חשש לעובדה, שהסכם כשלעצמו אינו מספיק תמיד להסדרת יחסים משפטיים כמכוון - הגדירו את החוזה לאו דווקא כחוזה **המסדיר יחסים**, אלא כהסכם **שמטרתו** הוא להסדיר יחסים. הגדרה זו מתאימה אמנם, בעיקרה, למה שהעלינו בדיני ישראל; אבל באירופה, כשבנבדל ממושג החוזה אין שום תודעה של מעשה משפטי, הדרוש להוצאתו של החוזה אל הפועל, הרי אחת מן השתיים: אם ההגדרה היא נכונה, והחוזה הוא לאו דווקא מעשה משפטי, כי אם ישות פיסית המכינה את המעשה - מהו סוף סוף המעשה? ואם החוזה עצמו הוא המעשה, כפי שמלמדים הפרשנים - שוב אין טעם בכל זהירות הניסוח, וחוזר הבלבול למקומו.

לעומת כל זאת, בדיני ישראל, מתוך ההדגשה של חוסר-התוקף להסכם בלעדי המעשה המיוחד המוציאו אל הפועל, ממילא מגיעים אנו להבחנה בין מעשה הקניין לבין החוזה שברקע, אבל בדיעבד נמצאת היא דרושה, מבחינה אוביקטיבית, אף לגבי השיטות האירופיות שבהן אין היא מוכרת - ונחזור עתה לנתח עוד ביתר בהירות את המשמעות המושגית של ההבחנה הלזאת.

תוצאה מושגית אחת היא, שהחוזה איננו שום דבר פיסי - לא המעשה הפיסי של הסכמת-הצדדים או גילויה, ולא כל מעשה אחר המוציא את השינוי המשפטי אל הפועל - אלא החוזה הוא רק **מערכת רעיונית**, או **אוסף של אידאות**, שקיבלו תוקף משפטי. מצד שני, המעשה הפיסי של הסכמת הצדדים - היינו העובדה של קיום דעות מקבילות, מצד אנשים שונים, [[15]] העולות בקנה אחד, תוך הכרה הדדית - עובדה זו מתקשרת אמנם **ליסוד רעיוני מהותי בהגדרת המושג הכללי של "חוזה"**, באשר התוכן המהווה את החוזה, על פי עצם טיבו וייחודו העניינים של המושג, צריך להיות דווקא **תוכן מוסכם** (כפי שנחזור ונראה עוד ביתר פרוטרוט להלן); כמו כן, ממילא יוצא מכאן, כי העובדה הפיסית של הסכמת הצדדים הריהי **תנאי טבעי ומחויב להתהוות החוזה** - היינו לקיומו של התוכן הרעיוני המוסכם שיוכל להתמלא בתוקף משפטי; אולם, העובדה הפיסית הזאת נשארת על כל פנים גורם טרומי-חיצוני, מעין חומר-גלם, ואין לה שום מעמד פנימי בתוך עצם העובדה המשפטית שהתוכן המוסכם שנוצר קיבל אמנם תוקף ונהפך **לחוזה**. לעומת-זאת, **מעשה הקניין** - ויהא זה מה שיהיה, ולו גם פשוט, דיבור או התנהגות אחרת כלשהי המגלה את הסכמת-הצדדים **והמכוונת ומותאמת להפכה לחוזה** - מעשה זה, אמנם גם הוא איננו חלק ממושג החוזה, אבל בו על כל פנים **נוצר החוזה**: מבחינה מושגית-משפטית אין הוא רק תנאי לחוזה, אלא מונח הוא ביסוד הוויתו, **והוא "הגומר" את התהוותו כחוזה, מתוך פעולת-ההסכמה של שינוי הזכויות**, באשר הוא המעביר את השינוי המוסכם ממעמד של תוכן מוסכם גרידא למעמד של תוכן בעל תוקף **וחוזי** באמת.

---

[29] ה) ר' במבוא, בסמיכות להערה ט"ו.

תוך כדי כך מתבררת נקודה נוספת בהגדרת מושג החוזה: החוזה איננו רק הסכם[30] של שינוי-זכויות, או שינוי-רשות, אלא הוא הסכם של שינוי-רשות המעורב בהסכם על מעשה-קניין לשם אותו השינוי[31]. וכאן שוב אפשר לציין את יתר שלמות-המחשבה העולה מתוך התפיסה העברית, לעומת התפיסה האירופית: כי באמת, כפי שכבר אמרנו, עצם ההסכמה הפיסית על שינוי זכויות אינו יכול להיות **סיבה** לשינוי אלא אם נכיר בהסכמה גם **מעשה משפטי**; אבל משהבחנו בין ההסכמה הפיסית לבין ההסכמה כמעשה משפטי, ממילא אמרנו כי ההסכמה על רצון כי הרשות תשתנה היא דבר אחד ואילו אותה הסכמה כסיבה לשינוי היא דבר אחר. לאחר- מכן, אם "החוזה" צריך [[16]] להישאר תלוי בהסכמת הצדדים (כפי שחייב הוא להיות, על פי עיקרי-העניין), ממילא משמע כי לצורך "החוזה" אין מספיקה הסכמה על הרצון כי הרשות תשתנה, אלא נחוצה הסכמה על הרצון כי השינוי יוסב אמנם על ידי אותה הסכמה - וכך מגיעים אנו להכרח **האוביקטיבי** בשני מיני הסכמות: הסכמה עניינית מחד והסכמה משפטית מאידך המתחייבות שתיהן על פי עצם מושג "החוזה" כישות בעלת תוקף על פי הסכמת הצדדים[32]. במקום שהדין קובע כי עצם מעשה ההסכמה או עובדת גילויה אינם מספיקים כמעשה קניין, אלא נחוץ עוד מעשה מיוחד - ממילא משמע, על פי אותו קו-מחשבה, כי הסכמה משפטית, מלבד ההסכמה העניינית, נדרשת לאו דווקא לגבי עצם מעשה-ההסכמה, כי אם לגבי ביצוע המעשה המיוחד הדרוש[33].

נושא שני: בעיית הכושר

א. הכושר למעשי-קניין (הכושר האישי וכושר הנשוא)

אחר הבירור הטרומי שערכנו עד כאן - ואשר יסודותיו במקורות עוד יחזרו ויתבהרו לנו בהמשך הדיון בחוזים המיוחדים - נעבור עתה לדיון בפרטי דינים מעשיים. כנקודת-מוצא לדיון זה ניקח לנו את ספר החוקים האזרחי הגרמני, שעריכתו היא המסודרת ביותר מבחינת המהלך ההגיוני של הרצאת הדברים - וכאן מוצאים אנו (כפי שכבר הזכרנו לעיל) כי לפני הטיפול בעצם דיני החוזים, כמושג המובחן ומיוחד לעצמו, מטפל החוק בשני פרקי דינים המשותפים לחוזים ול"עסקים משפטיים" אחרים, או בלשוננו: דינים משותפים למעשי-קניין חוזיים ומעשי-קניין אחרים, חד צדדיים. שני הפרקים הם: דיני הכושר ל"עסקים משפטיים" (או מעשי-קניין) ודיני הצהרת-

---

[30] ו) אנחנו נקפיד כאן להשתמש במושג "הסכם" במובן של **תוכן מוסכם**, בהבדל מעצם הפעולה או העובדה של הסכמה על התוכן.

[31] ו-1) ר' עה"ש חו"מ סי' קל"ז סע' ב': "דכלל גדול הוא דבכל קניין צריך כוונה לקנותה בהקניין שעושה".

[32] ו-1[השני]) השווה **מסיניאו**, א', עמ' 479-480, שאמנם הוא מגיע להבחנה בין שני מיני ההסכמה - או הרצון - אף במסגרת שיטתו האירופית. רק יש לציין כי מסקנתו בעניין זה היא כלה פרי ההגיון העיוני המופשט, ואינה נמשכת מאיזה עיצוב מעשי של הדין על פי הבנת הדברים מלכתחילה, כפי שהמצב הוא במשפט העברי.

[33] ז) מכאן שוב מתברר באגב, שגם כאשר המחשבה האירופית מוסיפה להכיר בהסכמת-הצדדים את עיקר "העסק המשפטי" אף במקרה שמעשה מיוחד אמנם נדרש לשם תוקפו של ההסכם - הריהי מסתבכת בטעות אוביקטיבית. כי לפי מה שאמרנו, המעשה המיוחד לא יוכל להועיל, אם לא תימצא לגביו הסכמת הצדדים, שבאמצעותה יתגשם השינוי המוסכם ביניהם; אולם, במקרה שתימצא אמנם הסכמה כזאת, ממילא משמע כי שום הסכמת ביניים נוספת, שהשינוי יתגשם לא רק כמוסכם, אלא גם באמצעות עצם מעשה-ההסכמה, לא תוכל להיות בעלת משמעות כלשהי - וממילא משמע כי עצם מעשה-ההסכמה אינו יכול להיחשב במקרה כזה כחלק מן "העסק המשפטי" או ממעשה הקניין.

הרצון. נלך אפוא לפי סדר זה, ונתחיל גם אנו את דיוננו בפרטי הדינים מבדיקת [[17]] דיני הכושר לחוזים, על רקע בעיית דיני הכושר למעשי-קניין בדרך-כלל.

והנה, במושג "הכושר למעשי-קניין" אמנם יש לנו להבין בדרך כלל את עניין "**הכושר האישי**", זה כושרו של "**הנושא המשפטי**" - והיינו כושרו של האיש, או "האישיות", הבאים בחשבון כנושאי הכוח לביצועו של שינוי-הרשות המכוון, על ידי מעשה-הקניין המתאים. אולם, באותו מושג של "כושר למעשה-קניין" יכולים אנו מלכתחילה להבין גם את עניין כושרו או הכשרתו של דבר כלשהו כדי לשמש **כנשוא (או כמושא) למעשה** - ולמען התפיסה השלמה של נושא-עניינו אולי מוטב לנו באמת להפליג תחילה בקצרה לתחום זה, אל על פי שבגוף הבג"ב לא נאמר לגביו בעצם מאומה.

כהנחת יסוד, אשר מעבר לה נרחיב את ניתוחנו, נקבל את העובדה שאין אנו עוסקים כאן אלא **בדינים שבין אדם לחברו**[34] - היינו מה שמקביל לדיני ה"משפט הפרטי" בשיטות המשפט של אירופה[35] - ובהתאם לכך, רשות העשויה להיות נושא של שינוי על ידי מעשה-קניין הריהי אפוא, לדידנו, רשות שבין אדם לחברו או זכות של "המשפט הפרטי"[36]. כדברים העשויים לשמש נשוא לזכות מסוג זה מונים באירופה את אישיותו של האדם הזכאי עצמו (רשות האדם ביחס לגופו וביחס לדברים אחרים העשויים להיות קשורים באישיותו, כגון שמו); את יחסי-המשפחה (רשות האדם ביחס לבן-זוגו או קרובו); ואת נכסי-הממון. אולם, הרשות לגבי האישיות העצמית - מטבע העניין אין היא יכולה להיות נשוא לדין שבין אדם לחברו אלא כאשר היא **נפגעת**, והמציאות המעשית היא שבגדרי הדינים שבין אדם לחברו אין המשפט עושה תקנה לפגיעה אלא באמצעות תביעה לממון. גם הויתור על רשות מסוג זה, או שינויה, בגדרי הדינים שבין אדם לחברו, אינם יכולים אפוא להתבצע אלא על ידי ויתור או שינוי כנגד דיני הממונות שבסתם - ונמצא אפוא כי בבחינת נשוא אפשרי למעשה של שינוי-רשות [[18]] בדינים שבין אדם לחברו, נשארים רק בני משפחה ונכסים. תוצאה זו נכונה היא גם בדיני ישראל[37] - ובסך הכל חוזרים אנו למה שכבר

---

[34] ח) מקור המושג הוא המשנה יומא פ"ח מ"ט - אם כי שם אמנם אין מדובר על "דינים", כי אם על **עבירות** שבין אדם למקום מחד גיסא ועבירות שבין אדם לחברו מאידך. מקורות לשימוש במושג "דינים שבין אדם לחברו" (או "דברים שבין אדם לחברו") מובאים, למשל, **באנציקלופדיה התלמודית**, כרך ז', ערך "דינא דמלכותא דינא", בעמ' ש'.

[35] ט) ר' **אנקצרוס**, עמ' 1 ועמ' 217-214; **מסיניאו**, א', עמ' 44-55.

[36] ט-1) בקשר לכך אומנם יש להעיר על הסתבכות קלה בעניין נדרים. הנדר, כשלעצמו, אמנם איננו שייך לדינים שבין אדם לחברו ואין הוא מעשה-קניין; אך כפי שראינו בספר על "דיני הקניין במוחזק" (פרק ג', סע' ב', מס' 4) יתכן שהנדר יבוא להטיל בחפץ איסור-הנאה - ואז אמנם יש לו השלכה לתוכן הדינים שבין אדם לחברו ומעמדו הוא כמעשה-קניין (ולו גם שלילי).

[37] י) ר' פ"ב מהל' תשובה הל' ט': "אין התשובה ולא יום הכיפורים מכפרין אלא על עבירות שבין אדם למקום, כגון מי שאכל דבר אסור או בעל בעילה אסורה, וכיו"ב, אבל עבירות שבין אדם לחברו, כגון החובל את חברו או המקלל חברו או גוזלו וכיו"ב - אין נמחל לו לעולם עד שיתן לחברו וירצהו". בהתאם לכך ניתן להגדיר כי נשוא הדינים שבין אדם לחברו הריהו בענייני בני האדם המוגנים על ידי המשפט בתחום היחסים ההדדיים ביניהם, בכפוף לרצונו האוטונומי של בעל העניין. בדוגמאות שמביא הרמב"ם מוצאים אנו בתחום זה ענייני ממון וענייני האישיות; אך הדוגמאות מובאות כאן לאו דווקא לעניין הגנה בדינים שבין אדם לחברו, כי אם לעניין ההגנה **הנוספת** על אותם דינים, באמצעים **שבין אדם למקום**: בתחום של עצם הדינים שבין אדם לחברו נמצא גם בדיני ישראל כי זכויות-האישיות נהפכות לדיני ממונות (ר' שו"ע חו"מ סי' ת"כ). מצד שני, אין מקום לספק שגם בדיני ישראל יש לכלול את יחסי-המשפחה בתחום ההגדרה שאמרנו - ולא רק במה שנוגע לדיני-הממון המשפחתיים, כי אם גם במה שנוגע, למשל, לדיני האישות (ר' למשל, שו"ע אה"ע סי' ע"ו) - ומסתבר שאמנם אף כאן נשלם בזה תחומה של ההגדרה.

הזכרנו באגב בהקדמה, שאף כנשוא מתאים למושג של דיני החוזים, במסגרת עניינו, יכולים להיות, לכל היותר, רק יחסי-משפחה ויחסי-הממון.

ב. הכושר האישי למעשי-קניין (הגבלות "מהותיות" ו"אידאולוגיות")

מכאן שוב נעבור אם כן, באמת, לדיני עצם הכושר האישי - ובכיוון זה יש אולי להדגיש קודם כל את הדבר הנראה בעצם כמובן מאליו, שאת הכושר האישי למעשי-קניין אין לערבב עם הכושר הכללי להיות נושא של זכויות ורשויות: הכושר למעשי-קניין, הוא עצמו הריהו סוג של זכות - ואם כי לא יתכן שהכושר למעשי-קניין יימצא במי שאיננו כשר לזכויות, הרי אפשרות פשוטה היא שיהיה למישהו כושר כללי לזכויות, ולא יהא לו כושר למעשי-קניין[38].

[[19]] לאחר מכן יש לנו לשים לב להבחנה יסודית העוברת בתוך מיני המקרים שבהם שולל המשפט את הכושר האישי למעשי הקניין. **מסיניאו**[39] מעמיד את ההבחנה על חוד השאלה, אם הכושר נשלל באמת רק מעצם אישיותו הפיסית של האדם, בעוד שלאנשים אחרים ניתן לבצע את המעשה במקומו ובשמו, או שמא מעמיקה השלילה עד כדי כך שלא ניתן ניתן לאדם לבצע את המעשה אף באמצעות נציגים. **מסיניאו** רואה הגבלה של הכושר למעשה-קניין רק במקרה הראשון, ואילו במקרה השני רואה הוא לא רק הגבלה של כושר-המעשה, כי אם הגבלה של **הכושר-לזכויות**, באשר האפשרות להגיע לשינוי-הרשות המכוון נשללת מן האדם מעיקרא. אולם, לדידי נראה לי כי תפיסה זו מעמידה את העניין על תופעת לואי, במקום על עיקרו, ובאמת יש לגשת להבחנה מנקודת-ראות אחרת.

העיון במיני ההגבלות המצויות מגלה כי חלק מהן מתחייב באופן מהותי מעצם טיבו המושגי של מעשה-הקניין, כשלעצמו, בעוד שהגבלות אחרות אינן מתחייבות אלא על פי שיקולים עניינים "אידיאולוגיים", בשים-לב לעניין המיוחד שאליו מתיחס מעשה-הקניין או בשים-לב לשיקולים מיוחדים הנוגעים לאדם. ההגבלות של כושר-המעשה במובן המצומצם - ההגבלות ה"שטחיות" - לפי הבחנת **מסיניאו**, הרי הן בעיקרן ההגבלות "המהותיות" לפי ההבחנה שהעלינו בזה, בעוד שההגבלות "השרשיות" של **מסיניאו** הרי הן, בעיקרן, ההגבלות "האידאולוגיות" שלנו, אך החפיפה איננה שלמה, וננסה עתה לברר את הדבר ביתר פרוטרוט.

מקורן של ההגבלות "המהותיות" הוא בכך, שמעשה-הקניין הריהו - כפי שראינו - לא סתם מעשה, שמספיקה עשייתו האובייקטיבית, אלא צריך הוא להיות מעשה **יזום** של שינוי-רשות, מתוך דעתו וכוונתו המחושבת של בעל המעשה עצמו; ובכן, מעצם טיבו של תנאי זה מתחייב, שאין אדם יכול להיות מסוגל למעשה קניין אם על פי מצבו הנפשי אין הוא מסוגל מעיקרא ליזמה שכזאת[40]. כשהמשפט מונע מאדם את הכושר למעשי-קניין, יתכן אפוא שלא יהא בכך אלא משום

---

[38] יא) **אנקצרוס**, עמ' 232; **מסיניאו**, א', עמ' 234-235. **אנקצרוס** מביא אמנם דוגמה שעבדים ברומא כשרים היו למעשי-קניין, אך לא לזכויות; אך נראה לומר שבאמת, על ידי הכושר למעשי-קניין, היה להם לפחות הכושר לזכות מסוימת אחת.

[39] יב) בכרך א', עמ' 218.

[40] יג) הבעיה אינה מתעוררת לגבי חוסר יכולת גופני גרידא, כגון שהמעשה הוא דיבור - והאדם הוא אילם - או שהמעשה הוא חתימה, ולאדם אין ידים; אין הבעייה מתעוררת, כי העובדה היא שחוסר יכולת גופנית גרידא איננו אף פעם מרחיק לכת כל כך, עד שהאדם לא יוכל לבצע את מעשה הקניין באילו אמצעים של

תרגום הפשיטא ההגיוני-הפיסי הזה לרמה של הסדר משפטי; [[21[41]]] ואמנם, ההגבלות "המהותיות" שאמרנו הריהן רק תרגום שכזה.

ההגבלות על כושר המעשה במובן המצומצם, לפי הבחנת **מסיניאו,** חופפות בעיקרן את ההגבלות "המהותיות", כי מתי יש טעם שהמשפט ימנע מאדם את הכושר למעשי-קניין תוך מתן האפשרות לאנשים אחרים לבצע אותם מעשים במקומו ובשמו? הווה אומר, כאשר למחוקק לא אכפת כי האדם יהא נושא של שינוי-הרשות המסוים, ואולי אפילו מעוניין הוא לאפשר לו שינוי-רשות שכזה, אלא שמסיבות התלויות בכושרו הנפשי **אין האדם מסוגל** לתרום להסבת השינוי את היסוד המחויב של יזמתו העצמית המכוונת. אולם, החפיפה איננה שלמה, משלשה טעמים. ראשית כי הגבלות מסיבות "אידיאולוגיות" עשויות לפעמים להתערב לתוך תחומן של ההגבלות "המהותיות". ההגבלות "האידאולוגיות" עניינן הוא במקרים שאינם דווקא תלויים בסיגול האובייקטיבי של האדם למעשה-הקניין, ובאות הן למנוע את המעשה, מתוך שיקוליהן המיוחדים, בין אם האדם מסוגל לו אובייקטיבית או לא. במקרים שכאלה, מטבע העניין, ולפחות בדרך כלל, אין גם ביצוע המעשה באמצעותו של נציג יכול לבוא בחשבון - וכאשר המשפט מוצא לנכון להגביל את האדם חסר-ההכשרה המהותית, לא רק בגין עצם חוסר-ההכשרה הזה, אלא גם מתוך שיקולים צדדיים, "אידיאולוגיים", הקשורים אולי בחוסר-ההכשרה, נמצא כי ההגבלה "האידיאולוגית", "השרשית" יותר, מאפילה על ההגבלה המהותית, וההגבלה "המהותית" מתקשרת לחוסר-יכולת לבצע את המעשה אפילו באמצעותו של נציג[42]. שנית, יתכן, למשל, שהמשפט יגביל את הכושר האישי מתוך הנחה כי עשוי אדם לבצע את המעשה שלא כרצוי, וכגון פושט-רגל, שהמשפט אינו מעוניין להתיר פעולה בנכסיו אלא על פי תכנית מסוימת. במקרה כזה, ההגבלה אינה "מהותית", כי אם "אידיאולוגית", ועם זאת יתכן - ואף מתחייב[43] - שתוך כדי הגבלתו של פושט הרגל עצמו יסמיך המשפט אדם אחר לפעול במקומו של פושט הרגל על פי [[22]] התכנית הרצויה[44]. ושלישית, יתכן שההגבלה אמנם תהיה רק "מהותית" ולא "אידיאולוגית", ושעם זאת ימנע המשפט את המעשה גם באמצעותו של נציג, מתוך הנחה כי לגבי המעשה המסוים אמנם יש לדרוש דווקא את כוונתו המחושבת של בעל-הדבר בעצמו[45].

תחליף שעדיין נותרו לו. רק חוסר יכולת נפשי עשוי להגיע עד כדי חוסר סיגול לבצע את המעשה מעיקרא. במעשה **שאיננו** בדיוק מעשה-קניין, כגון שבועת-ביטוי, נמצא אומנם שהאילם אינו כשר, באשר שום אמצעים של תחליף אינם כשרים: ר' עה"ש חו"מ סי' צ"ו סע' ו, וסי' לה סע' יא.

[41] [הערת עורך - זו טעות המחבר במספור העמודים].

[42] יד) כגון שחוסר יכולת להתקשר בנישואין יוטל על מעוטי גיל או בלתי שפויים לא רק בגלל עצם חוסר-יכולתם לבצע מתוך הבנה שלמה את מעשה-ההתקשרות (שעל זה אפשר היה להתגבר באמצעותו של אפוטרופוס-נציג), אלא גם מתוך השיקול שחיי נישואין של מעוטי-גיל או בלתי שפויים אינם רצויים מעיקרא. ר' בכיוון זה **מסיניאו**, א', עמ' 219, ור' יבמות קי"ב ב': "מאי שנא חרש וחרשת, דתקינו להו רבנן נשואין, ומאי שנא דשוטה ושוטה, דלא תקינו להו רבנן נשואין?" - ומשיבה שם הגמרא בהמשך, גבי שוטה ושוטה, "דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת".

[43] טו) מתחייב - בעניין המיוחד של פושט-רגל, אבל לאו דווקא במקרים אחרים מסוג זה, כגון שהמשפט מגביל את כושרו של נאמן או אפוטרופוס לקנות לעצמו מנכסי הנאמנות או האפוטרופוסות. במקרה כזה, בדרך כלל, לא יטרח המשפט לאפשר את הקנייה אף באמצעותו של "נציג", וההגבלה נשארת "שרשית". ר' **מסיניאו,** א', עמ' 222, סע' 11.

[44] טז) ר' **מסיניאו**, א', עמ' 222, סע' 12.

[45] יז) כזהו המצב, למשל, בדיני ישראל, בעניין חוסר יכולתו של בלתי שפוי לגרש את אשתו. חוסר היכולת אינו נובע כאן אלא מחוסר הסיגול המהותי למעשי-קניין (ר' שו"ע אה"ע סי' קכ"א), וגם חוסר האפשרות לעקוף הגבלה זו באמצעותו של נציג אינו מבוסס בשום מניעה "אידיאולוגית" מיוחדת של זכות הגירושין, כי אם בכלל ש"אין חבין לאדם שלא בפניו" (משנה עירובין פ"ז מי"א).

[[23]] משמעותו המעשית של כל הניתוח הזה לדידנו נובעת מן העובדה, שההגבלות "המהותיות" נכנסות לתחום עניינו בודאי - שהרי בהיותן "מהותיות", ממילא מתפשטות הן גם לתחום דיני החוזים, וחוזי ההקנאה במוחזק, בכל הקפם הכללי; אך לגבי ההגבלות "האידיאולוגיות", שכל אחת מהן תלויה בשיקולים מיוחדים, עשויה להתעורר השאלה באיזו מידה עשויות הן בכלל להיות שייכות לעניינו, או אילו מהן שייכות ואילו אינן שייכות - ועל השאלה הזאת ננסה להשיב עתה.

לצורך זה ניקח לנו כנקודת-מוצא את רשימת ההגבלות "האידאולוגיות" החלות באיטליה, לפי מה שמביא **מסיניאו**, בכרך א', עמ' 219-222: א) מיעוט גילו של אדם (במידות מיעוט שונות) מונע ממנו - לא מסיבות של יכולת אובייקטיבית, כי אם על פי שיקולים עניינים - את הכושר להיכנס בקשרי נישואין, להכיר בצאצא, "להכשיר" צאצא, לאמץ לו צאצא או לצוות את נכסיו; ב) סוגים מסוימים של שפוטים בפלילים מאבדים את כושר הצוואה או את כושר-המעשה הכרוך בהגשמתן של רשויות משפחתיות מסוימות (שאותן מאבדים הם מעיקרא); ג) המתנקש בחייו של אדם מאבד את הכושר לשאת את בן זוגו; ד) האשה מנועה מלהתקשר בנישואין במשך תקופה מסוימת אחר תומם של נישואין קודמים (מחשש היותה מעוברת); ד[2]) אנשים במצבים מסוימים עשויים להיות מנועים מלבצע עסקים מסוימים, למשל בגלל היותו של העסק בלתי מתאים למצבם כנושאי תפקיד של נאמנות בעניין; ה) פושט-רגל מנוע מלפעול בנכסיו. כמו כן מזכיר מסיניאו הגבלות מסיבות של מין או גזע שהיו קיימות באיטליה בעבר.

והנה, את כל ההגבלות האלו ניתן לסווג מבחינתנו בשלשה סוגים עיקריים. הסוג הראשון הוא סוג הגבלות-הגיל, ועשוי הוא לעניין אותנו בגלל [[24]] ערבוב התחומים המתאפשר כאן בין ההגבלות "האידיאולוגיות" ל"מהותיות", כפי שהזכרנו לעיל. מיעוט-הגיל, כפי שנראה להלן, יכול להיות הרקע לכך שאדם לא יהא מסוגל אובייקטיבית לשלמות-הדעת הנחוצה לשם יזמה מכוונת באמת של מעשי-קניין - ומיעוט הגיל באמת משמש אם כן יסוד להגבלה "מהותית" - והשאלה עשויה להתעורר, האם ההגבלות "האידיאולוגיות" המיוחדות, שנמצא נכון להטילן בשים לב למיעוט הגיל, הריהן אמנם אף הן "מוצדקות" מנקודת ראות עניינית-אובייקטיבית, והריהן "מוצדקות" באופן ובהקף העשויים לדחוק מתחום עניינן לגמרי את משמעותן של הגבלות הגיל "המהותיות" הכלליות - עד כדי כך שתחום השייכות המעשי של הגבלות-הגיל "המהותיות" יהא ראוי להיחשב כמצטמצם רק בתחום העניינים אשר מעבר לעניינן של ההגבלות "האידיאולוגיות" - או שמא אין הדבר הכך, והגבלות הגיל "האידיאולוגיות" הריהן בעלות אופי מקרי בלבד וראויות להיתפס רק על רקע ההגבלות "המהותיות", בבחינת סייגים לגביו. אם הנכון הוא כאפשרות השנייה, פירושו של דבר הוא כי העניין של הגבלות הגיל "האידיאולוגיות" חורג מתחום עיוננו שלנו, שהרי על כל פנים אין ההגבלות האלו מתיחסות לחוזי-הקנאה; אך אם הנכון הוא כאפשרות הראשונה, נכנס העניין מכל מקום גם לתחומנו, בתוקף השפעתו על גדרי השייכות והתפיסה העקרונית של הגבלות-הכושר "המהותיות", השייכות - כאמור - לעניינו בודאי.

סוג ההגבלות השני ברשימת **מסיניאו** יורכב מאלו שמנינו באותיות ב', ג', ד' וה'. אלו, כולן, הרי הן בבירור הגבלות "מקריות" - היינו שעניינן הוא באמת מיוחד, הן מבחינת הטעם הן מבחינת היקף התחולה - ויכולים אנו אפוא להסיק לאלתר כי המקום הנכון לדון בהן הוא רק בקשר לענייננו המיוחד, ואין הן שייכות לענייננו שלנו, לא מבחינת עיקרו המיוחד שלו ולא מבחינת הבעיות הכלליות המתעוררות בקשר לבירורו של עיקר מיוחד זה.

ואילו סוג ההגבלות השלישי ברשימת **מסיניאו** הריהו סוג ההגבלות שמסיבת מין או גזע. הגבלות מסוג זה - טעמן יכול להיות עקרוני והקף תחולתן יכול להיות כללי, או לפחות כללי בתחום עניינו המיוחד שלנו - [[25]] ועליהן צריכים אנו אם כן לתת את הדעת.

ניגש אפוא לבדוק את הדברים לפי מה שמתחייב מתוך ההבחנות שהעלינו, ונפתח בהגבלות-הגיל.

בדיני ישראל נראה פשוט הדבר, כי כל דין מיוחד בעניין הכושר האישי למעשי-קניין בשים לב לגילו של אדם **אינו** יכול להיחשב כדוחה בתחומו את ההגבלה המהותית בגין חוסר הדעת, כי אם אדרבה: ההגבלה המהותית הריהי ביסודה אחידה וכללית לכל העניינים בלי הבדל, בדיני ממונות ובדיני משפחה, היינו הך[46] - ואם יש כאן אילו דינים מיוחדים, בקשר לעניינים מסוימים, הרי זה רק כדי להיטיב ולהתאים את הדין הכללי לעניין המיוחד, או **בפירוש**, רק כדי לסייג את הדין הכללי ולשמש תקנה **כנגדו**. על ההתאמות המיוחדות, השייכות לענייננו בדיני ההקנאה החוזית של נכסים במוחזק, נעמוד בפרוטרוט להלן. כאן נשים לב רק לסייגים "אידיאולוגיים", שלא מחמת דיוקי-התאמה לעניין חוסר הדעת, כי אם על פי שיקולים אחרים, ונמצא כי אין בהם שום הסדרי גיל **מקבילים** לעומת הדין הכללי, אלא יש בהם רק **תקנה** כנגד תוצאותיו ההגיוניות הפשוטות. כך, על פי הדין הכללי היה יוצא שקטן או קטנה המתיימרים להתקשר בנישואין, או שמתיימרים לקשר אותם בנישואין[47] - נישואיהם הם בטלים[48], ועם זאת הכירו חז"ל, מצד שני, שגיל ההתבגרות המשפטי הכללי הוא אף נמוך יותר מדי לעומת מה שרצוי לעניין התקשרות נישואין, כי "אף על גב דכל המצוות חייב לקיים מיד כשנעשה בן י"ג, מכל מקום מצווה זו קיבלו חז"ל שבן י"ח לחופה, מאחר שצריך ללמוד קודם שישא אשה"[49]. אולם, אף על פי כן לא הגביהו חז"ל את הגיל המשפטי לנישואין, כי אם אדרבה: עמדו ותיקנו כי נישואי קטנה (לאחר גיל מסוים ובאמצעותו של אפוטרופוס) יהיו נישואין מכל מקום, כדי שלא ינהגו בה הפקר[50]; ואף על פי

---

[46] יח) ולמעשה, אף אין היא מצטמצמת באחידותה רק לתחום מעשי-הקניין, אלא מתפשטת היא גם על כל מיני התחומים האחרים, בין בדינים שבין אדם לחברו ובין בדינים אחרים - כל אימת שהגבלת הכושר האישי מחמת חוסר הדעת עשויה להיות שייכת, כפי שעוד נחזור ונראה ביתר פרוטרוט להלן. אולם, כבר כאן יש לציין כי בתחומים האחרים אמנם יתכן כי תחול הגבלת גיל מיוחדת, שלא מחמת חוסר דעת, כגון שגיל תשע שנים ויום אחד הוא מוקד הגיל המיוחד לעניין כושר **הביאה הפוסלת** - ודאי לא על פי מבחן של דעת, כי אם על פי מבחן המכוון רק לעצם הכושר המיני (משנה נדה פ"ה, מ"ו; יבמות ס"ח א'). לעומת זאת, לעניין מעשי-קניין, בין בדיני ממונות ובין בדיני משפחה, אין הגבלת-כושר מחמת מיעוט גיל, אם לא בגין חוסר הדעת ובמסגרת ההגבלה המהותית הכללית.

[47] יט) לעניין שהנישואין - מבחינה עקרונית - הם דבר שאין לחוב בו לאדם שלא מדעתו, ר' דברי רבינא בקדושין מ"ה א'-ב'.

[48] כ) בקשר לכך יש דין מיוחד בעניין קטנה שאביה חי ושעדיין לא יצאה מרשותו. קטנה כזאת יכול האב להשיא, אפילו מדאורייתא, אבל לא בבחינת נציג של הקטנה, אלא בדרך מימוש רשותו לגביה, **כאובייקט**. באמת אין זה חורג אפוא ממה שאמרנו. ר' שו"ע אה"ע סי' ל"ז סע' א'.

[49] כא) חלקת מחוקק על שו"ע אה"ע סי' א' ס"ק ב'.

[50] כב) יבמות קי"ב ב'; ור' שו"ע אה"ע סי' קנ"ה סע' א-ג.

שלקטן לא תיקנו כושר-נישואין מלכתחילה[51], מכל מקום הכירו [[26]] שאם התיימר לשאת אשה, וקיים את הקשר גם לאחר שהגדיל, לא תיחשב בעילתו שבינתיים כבעילת זנות, אלא יתקיימו הנישואין למפרע[52] - ויש אומרים שאם אביו השיאו, הרי לא זו בלבד שעשויים הנישואין להתקיים למפרע, אלא תקנת-נישואין גמורה היא, מדרבנן, אף מלכתחילה[53]. בדומה לכך, בעניין גירושין - אף על פי שגירושי אשה, מדאורייתא, הם אפילו בעל-כרחה, ויסוד כושר הדעת של האשה לכאורה לא היה צריך להיות חשוב בזה - מכל מקום, אם האשה היא שוטה עד כדי כך שאינה מבינה את תוכן מעשה הגירושין, הדין הוא שאין הגירושין תופסים בה, אפילו מדאורייתא[54]; ועל פי אותו קו מחשבה - מבחינת הדינים הכלליים של כושר הדעת - זה היה צריך להיות גם הדין בקטנה שהשיאוה ושאינה עשויה להבין את גירושיה[55]. אולם, הדין כנראה איננו כזה, אלא כפוף הוא לסייג שאפילו קטנה שאינה מבחנת יכולה להתגרש באמצעות אביה (ואף על פי שהגירושין הם חוב, ואין חבים לאדם שלא מדעתו)[56]. באותו הכיוון עולה גם התקנה שכבר הזכרנו לעיל, בהערה י"ד, ושאינה מתיחסת דווקא להגבלת הכושר האישי מפאת מיעוט הגיל, כי אם מפאת **חרשות**. על פי הדין היסודי מדאורייתא לא היו החרש והחרשת יכולים להתקשר בנישואין, בגלל חוסר שלמות דעתם, ואף על פי כן - מתוך שראו חז"ל כי עשויים החרש והחרשת לקיים חיי נישואין תקינים על אף חוסר-השלמות, ואין הצדקה אפוא לגזור עליהם חיי בדידות ולבטלם ממצוות פרייה ורבייה, עמדו ותיקנו כי יוכלו להתקשר בנישואין[57].

כל אלו הן דוגמאות של התערבות "אידיאולוגית" כנגד הדין הכללי של הגבלת הכושר האישי מפאת דלות דעתו של האיש, אך אין הן מאפילות על הדין הכללי על ידי הטלת הגבלה "אידיאולוגית" מתחרה, כי אם אדרבה: באות הן להכשיר במקום שההגבלה "המהותית" היתה פוסלת - והכשרה זו אמנם נעשית, בפירוש לא על ידי איזו דחייה עקרונית של הדין, כי אם על ידי סיוגו, כפי שהקדמנו ואמרנו לעיל.

[[27]] **בשיטות אחרות** קשה לתת בעניינו תשובה שתהיה חד משמעית כמו בדיני ישראל, אבל נראה שלמעשה גם בהן, הדינים "האידיאולוגיים" המיוחדים בעניין הגבלת כושר-המעשה מפאת מיעוטו של הגיל (או בקשר לגורמים אחרים של חוסר דעת מהותי) - אין לראותם כדינים "מקבילים", לעומת הדין הכללי, כי אם רק כסייגים. הדבר מסתבר, למשל, על פי הסיפא של סע' 2 בספר החוקים האזרחי האיטלקי: "עם גיל הבגרות משיגים את הכושר לבצע את כל המעשים

---

[51] כג) יבמות, שם.

[52] כד) משנה כתובות, סוף פרק ט'; תוספות על סנהדרין ע"ו ב', ד"ה סמוך לפרקן; תוספות על יבמות ס"ב ב', ד"ה והנושא; שו"ע אה"ע סי' מ"ג סע' א', והגהת הרמ"א שם.

[53] כה) אף על פי שלעניין **התר**, אמנם אסור אף לאב להשיא לפני שמלאו לבן י"ב שנים ויום אחד. ר' סנהדרין ע"ו ב', ורש"י שם; ב"ח על טור אה"ע סי' א', ד"ה אבל קודם י"ג; ט"ז על שו"ע אה"ע סי' א', ס"ק ג' - ושלא כב"י על טור אה"ע סי' א' ד"ה ומ"ש, ושלא כחלקת מחוקק על שו"ע אה"ע סי' א' ס"ק ג'.

[54] כו) יבמות קי"ג ב' - וזה חוץ ממה שמדרבנן אין הגירושין תופסים בשוטָה מכל מקום - אף כשמבינה היא את תוכן מעשה הגירושין, כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר. בקשר לכך יש לציין שגם סייג "אידאולוגי" זה שמדרבנן - אין לראות בו מין הסדר מקביל של הגבלת כושר הגירושין, לעומת ההסדר היסודי מדאורייתא, כי למעשה שני ההסדרים גם יחד רק משלימים זה את זה בתחום השיקול "המהותי" של **כושר הדעת השלמה**, והיינו כושר הדעת לא רק לגבי עצם ההבנה של תוכן המעשה, אלא גם לגבי הבנת תוצאות המעשה ומה שמתחייב בעקבותיו.

[55] כז) רש"י על גטין ס"ד ב', ד"ה יד.

[56] כח) הרא"ש על יבמות קי"ג ב' (פי"ד סי' ג'), ור' שו"ע אה"ע סי' קמ"א סע' ו'.

[57] כט) יבמות קי"ב ב' ורש"י שם.

שלא נקבע לגביהם גיל אחר" - אבל גם במקום שאין אנו מוצאים ניסוח כזה, או שאפילו מוצאים אנו ניסוח העשוי להתפרש בכיוון ההפוך, אין הכרח להוציא דווקא מסקנה הפוכה[58]. כך הוא, קודם כל, משום שתחולת ההגבלות "האידיאולוגיות" המיוחדות, הקשורות במיעוט הגיל, על כל פנים אינה דוחה בתחומה את תחולת ההגבלות "המהותיות" בגלל גורמים אחרים של חוסר דעת העשויים להיות שייכים לעניין - וכך נראה כי ההגבלות "המהותיות" נשארות בכל זאת הכלל, אף במקום שההגבלות "האידיאולוגיות" של מיעוט הגיל כובשות להן שטח שלם, כמו דיני המשפחה, באופן המשאיר למעשה להגבלות הגיל "המהותיות" רק את דיני הממונות לבדם.

חשיבותה של מסקנה זו היא, שלפחות מצד זה אין אם כן הצדקה להפרדה מושגית יסודית בין מעשי קניין על פי הסכם בדיני ממונות לבין מעשי קניין על פי הסכם בדיני משפחה, ועתה נשלים את הדברים [[28]] בדיון על הגבלות-הכושר "האידיאולוגיות" שעוד נותרו לנו, והיינו הגבלות שמסיבות כגון מינו או מוצאו של האיש.

ג. הכושר האישי למעשי קניין - הגבלות "אידיאולוגיות" בשל מין, מוצא, דת או עבדות

האופייני להגבלות מסוג זה בשיטות החדשות הוא שמזכירים את קיומן בעבר תוך ציון ביטולן בהווה[59]. נשאר לנו אם כן רק לסקור את הענין **בדיני ישראל**.

והנה, אשר להגבלות בגלל מין, מוצאים אנו כאן קודם כל הלכה עקרונית בקדושין ל"ה א': "אשר תשים לפניהם' - השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינים (היינו דיני ממונות[60]) שבתורה" - ונתפרש הדבר כדי שלא נחשוב ש"איש - דבר משא ומתן אין, אשה לא"; והושוותה האשה לאיש לכל דינים שבתורה לא רק מפני הטעם הפרגמטי "משום דחיותה הוא", או כפי שפירש רש"י, שאם לא כן "הכל גוזלין אותה והיא גוזלת את אחרים, והכל בדילין הימנה", אלא מתוך כיוון כללי של השוואת המעמד המשפטי, כפי שמתברר מניתוח הדברים בגמרא. לאחר מכן, אם מוצאים אנו מאמר כמו "אין קניין לאשה בלא בעלה"[61] - לעניין שזיכוי נכסים לאשה נשואה מזכה בהם את בעלה - אין פירושו של דבר שאשה נשואה מאבדת את הכושר למעשי-קניין לעצמה, אלא אמור הדבר רק בסתם: שבסתם-קניין של אשה נשואה אין כוונה להוציא את הדין שמעשי ידיה ומציאתה לבעלה - אבל אם הותנה במעשה-הקניין שתזכה האשה לעצמה, יכולה האשה לזכות על אף היותה נשואה[62], ופשיטא שיכולה היא לשאת ולתת, ולהתחייב באופן עצמאי, בנכסיה

---

[58] ל) ר' למשל בבג"ב הגרמני, שסע' 104 מעמיד את הכושר העקרוני על גיל 7 וסע' 106 (בצירוף לסע' 2), מגביל את הכושר מגיל 7 עד 21 במסגרת כללית מסוימת, בעוד שסע' 1303 (או, עכשיו, סע' 1 של חוק הנישואין המיוחד - Ehegesetz) מונעים את כושר הנישואין בגיל שלמטה מ-16 או 21 בלי שום קשר לפרטי המסגרת הכללית של סע' 104 ו-106. כמו כן, באנגליה, ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כרך י"ט, עמ' 779, לעומת כרך כ"א, עמ' 134 ואילך. מצד שני, הצגת המצב לפי המשפט הצרפתי, כמובא על ידי **פלניול וריפר**, כרך א', עמ' 331 ואילך, נוטה שוב בכיוון המסקנה המוצעת - וזאת למרות שנוסח החוק כשלעצמו אינו שונה בשיטתו ממה שהבאנו מן המשפט הגרמני והאנגלי.

[59] לא) **מסיניאו**, א', עמ' 221; **פלניול וריפר**, א', עמ' 333; **הלסבורי-סיימונדס**, י"ט, עמ' 852 ואילך, וכרך ל"ח, עמ' 219; סע' 1 של חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א, במדינת ישראל.

[60] לב) ר' סנהדרין נ"ו ב'.

[61] לג) קדושין כ"ג ב'.

[62] לד) שו"ע אה"ע סי' פ"ה סע' י"א.

העצמיים (כגון שקנתה לעצמה על פי התנאה מפורשת, או ששוחררו לה הנכסים על ידי בעלה, או שלא נודעו לבעל בשעה שנישאת)[63].

כמו כן, אף אותו דין שהזכרנו, שמציאת אשה לבעלה[64], אין פירושו שאשה נשואה מאבדת לפחות את הכושר האישי למעשה הקניין של זכייה במציאה לעצמה, אלא אף הוא עניינו רק **בסתם**, כשלא הוסכם אחרת מלכתחילה, וכשהבעל זן את אשתו, - אבל אם האשה ניזונית ממעשה ידיה, אף מציאתה לעצמה, ואפילו כשאין שם שום הסכמה מיוחדת[65]. כללו של דבר הוא אם כן, שהזדמנויות האשה הנשואה למעשי-קניין עצמאיים בדיני ממונות מצומצמות אמנם במידה רבה, [[29]] ולא רק מן הסיבות העובדתיות של מעמדה המשקי והחברתי, אלא גם מן הסיבה **המשפטית**, שבסתם מסורים נכסיה לרשות בעלה, - ואפילו נכסי המלוג, שגופם נשאר קנוי לה, בכפוף לקניין-הפירות של בעלה, אין היא יכולה לפעול בהם באופן מוחלט, אפילו במה שנוגע רק לקניין-גופם (באשר לבעל יש בהם גם שעבוד של זכות-ירושה, אם תמות האשה לפניו)[66]; אולם, על כל פנים, כל הצמצום הזה הוא רק **מסיבתי**, נובע הוא מהסדרים נכסיים המוסכמים מבחינה עקרונית על דעתה של האשה בעצמה והניתנים לשינוי, ושום הגבלה **אישית** של הכושר למעשי-קניין איננו מצוי כאן.

לעומת זאת, בדיני משפחה אמנם העובדה היסודית היא שכושר האיש וכושר האשה למעשי-קניין **אינם** שווים ביניהם, שהרי האיש "קונה" את האשה, והאשה "נקנית"[67], האיש **מגרש** את האשה, והאשה **מתגרשת**[68] - אבל לפחות במה שנוגע ל"קניית האישה", או **לעריכת הנישואין**, הדין הוא שאין הקניין תופס באשה שלא מדעתה אפילו מדאוריתא[69] - ונמצא אפוא שהאשה היא מכל מקום צד במעשה הקניין, ונדרש ממנה, ובסתם אף יש לה, כושר לגביו; ואם יש הבדל בזה בין האיש לאשה, הרי זה לא בעצם הכושר האישי למעשי-קנין, כי אם רק במיני מעשי-הקניין שיכולים האיש או האשה לערוך: האיש יכול לערוך רק מעשה קניין של קידושי האישה לעצמו והכנסתה לרשותו, בעוד שהאשה יכולה לערוך רק מעשה-קניין של **קבלת** קידושין והכנסת עצמה לרשות בעלה[70]. ואילו במה שנוגע לגירושין, אמנם אין כאן הכרח בדעת האשה והסכמתה אלא על פי תקנת חרם של רגמ"ה[71] - ומשמע שגם במסגרת התקנה אין הסכמת האשה יסוד מהותי במעשה

---

[63] לה) שם; משנה כתובות פ"ט מ"א; כתובות ע"ח ב' - ע"ט א'.

[64] לו) שו"ע אה"ע סי' פ"ד.

[65] לז) ט"ז, שם.

[66] לח) משנה כתובות פ"ח מ"א, וגמרא דף פ"ג סוף עמ' ב'. בקשר לכך ראוי לציין, כי בגדרי הזכות הנשארת לאשה בנכסי המלוג יכולה האשה לפעול כבזכות עצמאית, והתמורה המתקבלת היא נכס שאין לבעל רשות בו, ויכולה האשה להוסיף ולפעול גם בה באופן עצמאי: שו"ע אה"ע סי' פ"ה סע' ז' (והוא הדין אף בנכסים אחרים שזכאית להם האשה על פי הכתובה, למקרה שתתאלמן או תתגרש). - מצד שני ראוי לציין את ההסתייגות המובעת במשנה כתובות פ"ח מ"א לגבי צמצום זכותה של האשה בנכסי מילוג, כאילו "בושו" החכמים בהסדר המאפשר לבעל להוציא מיד הלקוחות נכסים שנפלו לאשה ושנהפכו לנכסי מילוג והאשה התימרה למכרם באופן מוחלט; אולם, זוהי בודאי רק הבעת הכרה בקיומו של קושי, ולא הסתייגות שאפשר היה להסיק ממנה איזו משאלה מצד החכמים לתיקונו של הדין.

[67] לט) משנה קידושין פ"א מ"א ופ"ב מ"א.

[68] מ) משנה גטין פ"ט מ"א.

[69] מא) עה"ש אה"ע סי' כ"ז סע' ו' וסי' מ"ב; אם כי בכפוף אמנם ליוצא מן הכלל שהזכרנו בהערה כ' לעיל. חריג זה אינו פוגע במה שנאמר על ידינו כאן, באשר הוא רק **מוסיף** אפשרות, שאם כי יש לאשה כושר למעשה קניין של הינשאות לאיש, יתכן שבקטנותה ישיאוה אף בעל כרחה.

[70] מב) ר' עה"ש אה"ע סי' כ"ז סע' ל"ח.

[71] מג) שם, סי' קי"ט סע' י"א וי"ד.

הגירושין, כי אם רק תנאי להיותו מותר, [[30]] ומעשה הגירושין אינו נהפך אם כן למעשה קניין שבהסכם, אלא נשאר הוא מעשה חד צדדי של הבעל לגבי האשה כאובייקט; אולם, מכל מקום גם כאן אין פירושו של דבר שיש איזו הגבלה לגבי כושרה האישי של האשה. התפיסה המושגית הנכונה של העניין היא, שיש כאן רק תוצאה עובדתית, הנובעת מתנאי המציאות: כי אף על פי ששום הגבלת כושר משפטית איננה קיימת, הרי בדרך כלל לא יתכן שאשה תימצא מקיימת מעשה גירושין, באשר מעשה גירושין אינו שייך אלא כנגד **אשתו** של המגרש; ובאמת, אף אין הדברים אמורים אלא **בדרך כלל**, ולפעמים יתכן שאפילו אשה תימצא מקיימת מעשה גירושין - היינו כשמלכתחילה נתקיימו קידושין על ידי טומטום או אנדרוגינוס, או אפילו על ידי גבר גמור לכאורה, שנהפך לבסוף לאשה וצריך לפטור בגט את אשתו[72].

בדומה לזה יש להבין גם הבדלים אחרים במיני פעולות בדיני משפחה, כגון חליצה, או יכולת האב להשיא באופן גמור את בתו הקטנה, כפי שהערנו לעיל[73] - שזו יכולת הנתונה רק לאב, אבל לא לאם: אכן, היכולת נתונה רק לאב, אבל ההבדל בין האב לאם איננו הבדל בכושר האישי למעשי קניין, כי אם הבדל בסמכויות אשר במסגרתן יכול מעשה הקניין לבוא בחשבון. במלים אחרות: ההבדל אינו תלוי בעצם ההבדל **המיני** שבין האיש לאישה, אלא בעובדה שהאשה אינה מגיעה למעמד של **אב**, - וכך נשמט ההבדל מתוך תחום עניינו[74].

מלבד כל אלה אפשר להזכיר כאן עוד הבדל מתחום וסוג אחר, לפי המסקנה המקובלת בהלכה, שלעניין מעשי קניין הבאים בחשבון לחובתה או לזכותה של קטנה, יכול המעשה להתבצע - בכל מקרה מתאים - גם באמצעות "חצר" של הקטנה, בעוד שלקטן-הזכר אין דין חצר[75]; אולם, גם אם נאמר שזהו הדין, וההבדל קיים (כפי שלע"ד איננו נכון[76]), הרי מכל מקום, שוב גם בנקודה זו לא יהיה לנו עניין בהבדל הנוגע לעצם הכושר האישי למעשי קניין, כי אם רק בהבדל **באמצעים הפורמליים**, אשר בהם יכול הכושר לצאת אל הפועל.

[[31]] לאור כל זאת ניתן לסכם, שעם כל ההבדלים המלווים את עניינו מנקודות ראות צדדיות, הרי הגבלות "אידיאולוגיות", או הבדלים "אידיאולוגיים", ביחס לעצם הכושר האישי למעשי קניין, מטעמים של מין, אינם קיימים למעשה אף בדיני ישראל. התופעה המתקרבת כאן ביותר להבדל מן הסוג הנידון הריהי ההבדל בין האיש לאשה ביחס למעשה הקניין של עריכת הנישואין; אבל ההבדל הזה, אף לו נתבטל בו יסוד ההבחנה בין האיש כ"קונה" והאשה כ"נקנית" - ולו הושווה מעמד המינים, להיותם בעת ובעונה אחת קונים בנישואין איש את רעהו ונקנים זה לזה, כפי שהמצב הוא כביכול בשיטות של אירופה - הרי מכל מקום היינו נוכחים עד מהרה כי השינוי שהושג הוא בעיקרו רק מילולי בעלמא. העובדה היא שקשר הנישואין - מעצם טיבו - נועד להביא

---

[72] מד) שם, סי' מ"ד סע' ו.

[73] מה) בהערה כ'.

[74] מה -1) דומה הדבר למה שמזכיר **מסיניאו**, בכרך א', עמ' 223, שאת שאלת היכולת להקנות נכס מסוים אין לערבב עם שאלת הכושר האישי למעשי קניין, מפני שהיכולת להקנות נכס מסוים אינה תלויה בכושר כי אם רק בגדרי הזכות שיש לאדם (או שאולי אין לו בכלל) לגבי הנכס הנידון, אחר שהיכולת להקנות אותו נכס לאחרים אינה אלא אחד היסודות האפשריים באותה זכות.

[75] מו) עה"ש חו"מ סי' רמ"ג סע' כ"ב.

[76] מז) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג' סע' ט"ו, בסמיכות להערה קע"ד.

לאיש מיני זכויות וחובות **גבריות**, בעוד שלאשה נועד הוא להביא מיני זכויות וחובות אחרות, **נשיות** - ולא רק מבחינה "אידיאולוגית", אלא גם מבחינה עניינית-מהותית לא יתכן, שבני מינים שונים יוכלו להתקשר לשני מיני הזכויות והחובות כאחד, או לפי בחירתם, בשווה. בהתאם לכך, כשהמשפט מונע כאן מן האיש את הכושר למעשה קניין שיביא לו זכויות וחובות של נשיות, או מן האשה את הכושר למעשה קניין שיביא לה זכויות וחובות של גברות, אין הוא מוסיף בעצם שום דבר משלו, ואין הוא מונע מהם אלא מה שאינו בא בחשבון ממילא. יתר על כן, נראה לומר שלפי זה - אם בד בבד עם המניעה נותן ונותן הוא לכל אחד מבני המינים את היכולת המקבילה למעשי קניין שיביאו להם אותן זכויות וחובות אשר רק בהן עשויים הם להיות מעוניינים זה כנגד זה - הרי שלא המניעה באמת חשובה כאן, כי אם ההשוואה המתאימה **לחיוב**, וכך חוזרים אנו למה שאמרנו לעיל.

מכאן נפנה עתה להבדלים מטעמים של **מוצא**, ומבחינה זו מוצאים אנו כי **גר** אשר אין לו יורשים שהורתם ולידתם בקדושה, אין לו כושר למעשה הקניין של נתינת מתנת שכיב-מרע[77]. טעם ההגבלה הזאת הוא, שמתנת שכיב-מרע ליורש דינה כירושה, ולו גר שאין לו יורשים כשרים היה יכול לתת מתנת שכיב-מרע, רבים הם הסיכויים שהיה נותן לקרוביו מגויות, [[32]] ונפתח היה פתח לטשטוש העקרון כי קרובי גר מגויות אינם קרובים ואינם יורשים. במלים אחרות ניתן גם לומר כי ההגבלה הנידונה נועדת **להדגיש** את העיקר הזה. הבדלים אחרים בין גר או גיורת לישראלים מלידה אינם שייכים לענייננו[78], וכמובן גם אותה הגבלה שציינו אינה שייכת לענייננו אלא מרחוק.

מעמד מיוחד במסגרת הגרים נודע **לכותים**. הללו, "קיימא לן דגרי אמת הן"[79], אך לחומרה "עשאום כעכו"ם גמורים", ובדרך כלל חלים אפוא עליהם דיני עכו"ם, אולם, יש להם כושר לקידושין - לפחות מספק - והתרת קידושיהם היא בגט[80].

לאחר מכן, יש לנו הדינים המיוחדים **לעכו"ם**. דינים אלה, בקשר לענייננו, מסתכמים כלהלן. העקרון בדיני ממונות הוא, כי ישראל ואומות העולם ביסודו של דבר, שווים בזה, באשר דיני ממונות הם משבע מצוות בני נח - ואם הוסף בזה דבר לישראל אחר יציאת מצרים, הרי זה רק בקנסות, שהם חיזוק לזכויות, "טפי מדיניה", אבל לא בעצם זכויות-היסוד בעצמן[81]. במסגרת זו, פשיטא שיש לעכו"ם גם הכושר למעשי קניין כדי לשנות את הזכויות ביניהם, או ביניהם לבין בני ישראל, אבל כמה וכמה בעיות מתעוררות בקשר לאמצעים הפורמליים, שעל ידיהם ניתן להם להוציא כושר זה אל הפועל. המדובר הוא כמובן במקרה שהעניין צריך להידון על פי דיני ישראל: אם ראוי העניין להידון על פי דינא דמלכותא של הנוכרים, מוכר אותו דינא דמלכותא כקובע בדבר גם על פי דינינו[82]. הבעיות המתעוררות הן אלו:

---

[77] מח) שו"ע חו"מ סי' רנ"ו סע' א', הגה.
[78] מח[2]) ר' **אנציקלופדיה תלמודית**, ערכים "גר" ו"גיורת".
[79] מח-1) הגר"א על שו"ע אה"ע סי' מ"ד ס"ק י"ט.
[80] מח-2) עה"ש אה"ע סי' מ"ד סע' י'.
[81] מט) סנהדרין נ"ו א'-ב'.
[82] נ) עה"ש חו"מ סי' קצ"ד סע' ט', ור' חיבורי "דינא דמלכותא דינא כסדר המשפט הבין לאומי הפרטי בישראל".

א) בקניין **קרקע**, האם עומדות לעכו"ם וכנגדו כל דרכי הקניין הרגילות, או שמא צריך הקניין להיות דווקא בכסף, או דווקא בשטר, או בשניהם? לפי דעה אחת, קניינו של עכו"ם וממנו, מעיקר הדין, הוא רק בכסף. לפי דעה אחרת שוב, מעיקר הדין אין בזה הבדל בין ישראל לעכו"ם, וכל [[33]] דרכי הקניין חלות כאן בשווה[83]. אולם, בשתי הדעות גם יחד מוצאים אנו כפיפות להנחה אפשרית כי במקום שבא ישראלי לקנות מן העכו"ם אין הקניין מתקיים אלא על ידי צירוף של תשלום כסף וקבלת השטר, כי בלעדי השטר אין הישראלי סומך כי יניח העכו"ם את הקרקע בידו. לגבי הנחה זו מתעוררת השאלה אם חלה היא בכל מקום או שמא רק במקום שגם הישראלים בינם לבין עצמם אינם נוהגים לקנות אלא בשטר[84]. לע"ד, אין ביסוס מספיק לדעה כי מעיקר הדין יש בזה הפרש בין ישראל לעכו"ם, או ששטר נדרש בקניין הישראלי מן העכו"ם אף במקום שהישראלים בינם לבין עצמם קונים גם בלי שטרות - ועל כל פנים ברור שהדרישה המיוחדת להשלמת קניינו של הישראלי מן העכו"ם בשטר אינה שייכת אלא במקום שחזקת העכו"ם היא שהוא אנס ושיש ביכולתו לתת תוקף לאנסותו. ודאי שאין הדרישה המיוחדת שייכת במקום שידם של ישראל תקיפה.

בקניין **מיטלטלין**, האם עומדות לעכו"ם וממנו כל דרכי הקניין הרגילות, או שמא צריך הקניין להיות דווקא בכסף, או דווקא במשיכה, או שמא רק בבחירה בין שני אלה בלבד? עיקר עניין הבעיה מתברר על רקע העובדה, שעוד נבררנה ביתר פרוטרוט להלן, שבקניין-המיטלטלין בין ישראלים, שלא על בסיס חליפין, בסתם אין הקניין יכול לעבור על ידי מעשה של "קונסטיטוט פוססורי"[85], תוך סיכון הלוקח באונסין, בלא העברת החפץ באופן ממשי לרשותו - ויכול הסדר כזה להתרחש רק תוך כדי מעשה שיש עמו התנאה מפורשת[86]. תוצאה זו היא תקנה מדרבנן, [[34]] אשר יתכן כי אין היא שייכת בעכו"ם[87], והשאלה היא אם אותה תוצאה אינה חלה מכל מקום למעשה, גם בקניין עם העכו"ם, על פי דין מיוחד מדאורייתא. מסקנה בכיוון זה מתקבלת על פי הדעה האומרת שקניין העכו"ם מדאורייתא (בהבדל מקניין הישראלי) הריהי דווקא במשיכה - ודעת רוב הפוסקים היא שאמנם כך הוא המצב. בעל עה"ש אף מציין שכך הוא "העיקר לדינא"[88].

אולם, פתרון זה פוטר את הבעיה רק בחלקה, והיינו שלעניין דרכי הקניין העיקריות של "כסף" ו"משיכה", שווה למעשה דינו של העכו"ם לדין הישראלי, על אף ההבדל העיוני במקור הדינים. לאחר מכן השאלה עדיין נשארת מה הדין ביחס לדרכי-הקניין האחרות.

---

[83] נא) עד כדי כך, שאם במקום מסוים נוהגים הישראלים שלא לקנות קרקע אלא בשטר, הרי אף עכו"ם שבא לקנות באותו מקום קרקע מישראל, חזקה שאין קניינו שלם אלא בשטר - משום העדר סמיכות-דעת מן הצד שכנגד - וזאת על אף החזקה הכללית, שכל אימת שיש הפרש בין הדין החל בישראל והדין החל בעכו"ם, הרי בקניין בין עכו"ם לישראל הולכים לפי הדין החל בעכו"ם (בין אם ההפרש הוא משום דיני ישראל עצמם ובין אם הוא משום דינא דמלכותא השייך בעניין).

[84] נב) עה"ש חו"מ סי' קצ"ד סע' א'-ח', ור' בחיבורי "דינא דמלכותא דינא כסדר המשפט הבין לאומי הפרטי בישראל", פרק ו'.

[85] נג) ר' בספר על "החזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1.

[86] נד) עה"ש סי' קצ"ח סע' ה'.

[87] נד-1) ר' קצוה"ח סי' ס"ו ס"ק ל"ב, הנוטה להכריע כי סתם תקנת חכמים אינה אלה לישראל.

[88] נה) עה"ש חו"מ סי' קצ"ד סע' ט'.

בעה"ש חו"מ סי' קצ"ד סע' י' מביע הרב המחבר את הדעה לענין דרך הקניין של "מסירה", שאין היא חלה בעכו"ם, מפני שמבוססת היא רק בתקנה מדרבנן. המדובר הוא בצורה מוקלה של קניין-משיכה בדרך גרירה[89], והיינו שאם באים לקנות על פי דעת אחרת מקנה, ברשות הרבים או בחצרו של שלישי (אבל על כל פנים לא בחצרו של מקנה), מיטלטל שאינו עומד להנעה והקשה להגבהה וגרירה, ניתן להתגבר על הצורך להשלים את הקניין בגרירה עד לרשות הקונה או לכרמלית, על ידי כך שהמקנה מרשה לקונה לאחוז בחפץ ולקבלו בעצם מגע היד לרשותו, בו במקום[90]. והנה, בהתאם למה שכבר הזכרנו בסמיכות להערה נ"ד, הדין הכללי הוא "דכל מידי דהוי קניין בשום מקום, מהני ליה תנאה שיהיה מועיל" (אפילו במקום שעל פי הדין של אותה דרך קניין כשלעצמה אין היא אמורה להועיל)[91] - ולפי זה יוצא שגם אם מסקנת בעל עה"ש בעניין מסירה בעכו"ם נכונה היא (על אף היותה מנוגדת לכאורה למה שהוא עצמו פוסק בסי' ס"ו סע' ל"ג, שסתם תקנת חכמים בדיני ממונות חלה גם בעכו"ם), מכל מקום יכולה מסירה להועיל למעשה אף בעכו"ם, אם הצדדים הסכימו בפירוש כי המסירה תגמור את הקניין. ההבדל בין ישראל לעכו"ם בענייננו נשאר לכל היותר רק בזה, שאם צריך הקניין להיערך רק בין ישראלים לבדם, והמסיבות מתאימות לקניין מסירה, מספיק גילוי דעת כלשהו בדבר הסכם ההקנאה כדי שחזקת ההסכם תהיה כי יש בו הרשאת אחיזה מקוצרת ואמור הוא להיגמר בצורת "מסירה"[92], בעוד שאם יש צד עכו"ם בעניין, תהיה חזקת ההסכם כי נחוצה בו דווקא משיכה גמורה, ורק אם הוסכם אחרת בפירוש תספיק גם אחיזה מקוצרת.

[[35]] מסקנה זו היתה מספיקה בעצם גם כדי לפתור גם את בעיית קנייני המיטלטלין האחרים שעוד נותרו - שאף אם נאמר כי מלכתחילה **אין** הם חלים בעכו"ם, מכל מקום **עשויים** הם לחול בו, אם יוסכם כן בפירוש. אולם, באמת אין אנו זקוקים לכך, כי נראה שדרכי הקניין האחרות חלות בעכו"ם אף מלכתחילה, כפי שהן חלות בישראל. בעל עה"ש הולך ומונה ומכריע פירוש בכיוון זה ביחס לקנין חליפין, ביחס לקנין אגב קרקע וביחס לקנין חצר[93].

ג) האם יש בעכו"ם דין "מעמד שלשתן", דין הרשאה ודין הקנאת שטרות - והיינו אם יכול עכו"ם להעביר תביעה, במובן המחייב את החייב? האם יכול הוא לקבל את תביעת הזולת בהעברה לעצמו (ואגב כך, גם כן, האם יכול חיובו לאחד להיות מועבר לאחר)? מתוך ענינים אלה מוצאים אנו בעה"ש הכרעה חד משמעית כמעט שעל כל פנים דין הרשאה ודין הקנאת שטרות חלים בעכו"ם[94] - וקושי כלשהו נשאר אם כן רק ביחס לדין של "מעמד שלשתן".

---

[89] נו) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג' סע' ט', בסמיכות להערות קי"ח-ק"כ.

[90] נז) עה"ש חו"מ סי' קצ"ז סע' ב'.

[91] נח) קצוה"ח על סי' קצ"ח ס"ק ג'. ור' עוד להלן, בהערה רלז-1.

[92] נט) טור חו"מ סי' קצ"ז סע' ט'.

[93] ס) עה"ש חו"מ סי' קצ"ד סע' י"א וי"ב. הכרעת בעל עה"ש בדבר קנין אגב כרוכה אמנם בויכוח עם קצוה"ח, אשר את שייכות נימוקיו לענין הנידון קשה להבין, ומעבר לויכוח הזה נשארת ההכרעה בלתי מנומקת כנגד האפשרות שמעלה קצוה"ח בס"ק ג', בעקבות התוספות והרא"ש על בבא קמא י"ב א', שקניין אגב אינו אלא מדרבנן (ולכתחילה יתכן אפוא **שאין** הוא חל בעכו"ם). לע"ד, התשובה הנכונה נגד ספק זה היא כי הביסוס לסברה בדבר מקור הקניין בתקנה דרבנן הוא קלוש ביותר, ולכאורה נראה פשוט מן הגמרא (שם, וקידושין כ"ו א') כי המקור הוא בדאורייתא. ר' גם קצוה"ח על סי' קכ"ג ס"ק ו'.

[94] סא) עה"ש חו"מ סי' קכ"ג סע' י"ד וסי' ס"ו סע' ל"ג. ביחס להקנאת שטרות שוב מסתבך העניין בשאלה אם דין הקנאת שטרות הוא מדאוריתא (וחל ממילא גם בעכו"ם), או שמא הוא רק מדרבנן, ויתכן שאינו חל. בעל עה"ש מכריע כאן, שגם אם נאמר כי הדין הוא מדרבנן הריהו חל בעכו"ם, מפני ש"כל דתקון רבנן

הקושי הראשון הוא שבעניין זה יש אומרים כי "מעמד שלשתן" אינו שייך בממחה או נמחה עכו"ם, באשר אין דין שליחות בעכו"ם[95]; אולם באמת נראה שאין לנימוק זה מקום, באשר "מעמד שלשתן" אינו נגזר משליחות (או מדין זכייה על ידי צד שלישי, אשר **יש אומרים** שנגזר הוא משליחות), אלא זו ענין של תקנה מיוחדת ו"הלכתא בלא טעמא" לתקנת המסחר[96] - ונותרת רק השאלה, אם בבחינת **תקנה מיוחדת** חלה התקנה גם בעכו"ם. בעל עה"ש, בחו"מ סי' ס"ו סע' ל"ג, סובר לכאורה (בעקבותיו של בעל הנתיבות), שהתקנה אינה חלה, באשר צורת קניין כזאת לגבי עכו"ם היא חידוש, שאינו מצוי בדיניהם. אולם [[36]] באמת, גם בזה יש לדייק כלהלן. ראשית, הסייג שאין תקנה מדרבנן חלה בעכו"ם בדבר שהוא חידוש לגבי דיניהם - סייג זה אמור למעשה רק למקרה שמעורב בו צד ישראל, אשר הרחבת התקנה על העכו"ם תצא על פי הפרש הדינים לרעתו (ובתנאי שהחלת הסייג המצמצם לא תהא כרוכה על פי המסיבות ב"חילול השם")[97], - ואילו מעבר למקרה כזה מסתבר שהכלל הוא אמנם כי תקנה דרבנן בדיני ממונות, שאינה רק לזכותו של אדם אלא יש בה צד זכות וחובה כאחד, חלה וחלה גם בעכו"ם[98]. ושנית, גם אם נכון הוא שבזמן שניתקן "מעמד שלשתן" בדינינו לא היתה האפשרות המושגית של העברת חוב מוכרת בדיני עכו"ם (בדומה גם לעקרון של דין השליחות)[99], הרי כיום על כל פנים אפשרות זו מוכרת גם בדיניהם, וממילא אין עוד בכלל הזדמנות לתחולת אותו סייג מצמצם שהזכרנו מקודם. בהתאם לכך נראה לי כי אפשר לסכם פשוט, שדין "מעמד שלשתן" אמנם חל גם בעכו"ם כפי שחל הוא בישראל, וכתפיסה המובאת בעה"ש חו"מ סי' קכ"ו סע' כ"ד-כ"ה.

לאור כל הדברים האלה נסתרת למעשה הנחתו של גולק[100] כי הכשרתו האישית של עכו"ם מוגבלת באיזה אופן שהוא ביחס לדרכי הקניין בדיני ממונות. לכל היותר קיימים בענין זה רק כמה ייחודים בלתי חשובים בפרטי הדינים ומספר סיבוכים עיוניים בבירור ההלכה. אולם שתי הגבלות ממשיות על הכשרתו האישית של העכו"ם בדיני ממונות יש לציין מכל מקום, מעבר לבעיה של דרכי הקנין. הגבלה אחת היא, שודאי אין לעכו"ם כשרות למתנת שכיב מרע, שזוהי תקנת חכמים אשר ודאי לא נתקנה לגוים - קל וחומר מגר - והגבלה זו הריהי אמנם הגבלה על עצם הכושר האישי **למעשי קנין**. אלא שעל כל פנים, שוב יש לומר, הרי זו הגבלה מצומצמת בלבד בנושא צדדי ומיוחד, ואינה שייכת במישרין לענייננו. ההגבלה השניה היא שאין בעכו"ם דין שליחות[101], ואין העכו"ם יכול לעשות או להעשות שליח[102] - אבל הגבלה זו, אם כי אף היא הגבלה מהותית של

כעין דאורייתא תקנו" - לפחות בעניינים שאינם חידוש לעכו"ם והריהם נהוגים אצלם גם על פי דיניהם שלהם.

[95] סב) עה"ש חו"מ סי' קכ"ו סע' כ"ו-כ"ז.

[96] סג) שם, סע' א'.

[97] סג-1) יש גם להעיר כי בגדרים אלה, הסייג איננו למעשה שום סייג מיוחד, אלא הריהו רק תוצאה של דין כללי החל על יחסי ישראל ועכו"ם במקום שיש הפרש בין דיני ישראל לדיני עכו"ם, ובין אם הדין הישראלי הוא מדאורייתא או מדרבנן - ר' בבא קמא קי"ג א'.

[98] סד) ר' נתיה"מ על סי' ס"ו ס"ק ל"ה, וקצוה"ח שם, ס"ק ל"ב - ודוק.

[99] סה) ר' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 356, ור' גם כרך א', עמ' 89-88.

[100] סו) **גולק**, א', עמ' 35-33.

[101] סז) עה"ש חו"מ סי' קפ"ב סע' ג.

[102] סח) בעל עה"ש בחו"מ סי' רמ"ג סע' ט"ו פוסק כי בהתאם לכך אין העכו"ם יכול להיעשות גם צד בזכייה לשלישי, אפילו לדעת האומרים כי זכייה לשלישי אינה נגזרת משליחות. כנגד זה אמנם אפשר להסתמך לכאורה על הדין המפורש שעבד כנעני יכול לזכות לצד שלישי, כפי שנראה בהערה פ"ג להלן; אך מסתבר שדין זה אינו אמור באמת אלא בעבד כנעני שעבר גיור חלקי.

הכושר המשפטי האישי, מכל מקום אין היא הגבלה של הכושר למעשי קנין, והריהי חורגת, מצידה, [[37]] [מדיני] ממונות, ובמצב של קשרים בין לאומיים נרחבים על בסיס ממלכתי, מתבקש כיום חידוש של דין שליחות לעכו"ם כתקנה מיוחדת.

אשר **לדיני משפחה**, אמנם אין לעכו"ם כושר להתקשרות של קידושין או למעשה של גירושין על ידי גט, כדרך ישראל, אבל אין משמע שאין לו הכושר למעשה נישואין או גירושין. עכו"ם נישאים על ידי בעילה מתוך כוונה של ייחוד, ומתגרשים הם על ידי מעשה שיש בו כדי לגלות שלפחות אחד מבני הזוג מסתלק מקשר הנישואין[103]. כן יש לעכו"ם כושר לענין **נדרים**, אם כי בכפוף להגבלות בעניינים שונים[104].

ולבסוף, ההגבלות בשל עבדות, אלא שבקשר לכך עוד צריכים אנו קודם לראות את הדינים המיוחדים החלים על מיני אדם שונים ביחס לכושר למעשה הקנין **היוצר** את העבדות. ענין זה מתחלק לשני ראשים: הכושר למעשה הקנין של רכישת העבד והכושר למעשה הקנין של היקנות בעבדות. לענין **רכישת העבד**, הדינים המיוחדים הם כלהלן: לקנות את הגבר העברי כעבד עברי, נראה שיכולים הכל - בין ישראל ובין עכו"ם, בין גבר ובין אשה, אלא שאם הקונה הוא עכו"ם או גר, אפילו גר צדק, יש מלכתחילה איסור בדבר, וחלים בעבד כמה דינים מיוחדים, וכן יש איסור כללי מלכתחילה על קניית עבדים זכרים על ידי נשים (ישראליות)[105]. האמה העבריה, מצידה, אינה נקנית אלא למי שיש לה עליו או על בנו קידושין[106]. ואילו במה שנוגע לעבדים ולשפחות נוכריים, נראה שעל פי דיני ישראל כשלעצמם - בהבדל מדינא דמלכותא העשוי לחול בעניין תוך הכרה על ידי דיני ישראל - אין כושר לקנות עבדים ושפחות שכאלה בקניין הגוף (בהבדל מקניין למעשה ידיהם) אלא לבני ברית[107]. מצד שני, עברי שנשתעבד בדינא דמלכותא המוכר על ידי דיני ישראל יכול להיקנות לקניין הגוף רק על ידי נוכרי, ואילו בן ברית אינו יכול לקנותו אלא למעשה ידיו[108]. יש גם לציין כי הנכרי אין לו דין זכייה בשבויה "יפת תואר" שהיא אשת איש[109].

[[38]] אשר **להיקנות בעבדות**, הדין המיוחד הראשון הוא שאין האשה העבריה יכולה לשעבד את עצמה (ואף אין היא נתפסת בשיעבוד בעל כרחה, חוץ ממה שאביה יכול להקנותה כאמה בעודנה קטנה)[110]. גם הגר אינו משתעבד, והוא הדין בטומטום ואנדרוגינוס עבריים[111]. דבר של פשיטא הוא שאין העברי יכול לשעבד את עצמו או את בניו[112] כדין "עבד כנעני" או כדין אמה, ואין הנוכרית יכולה להשתעבד כדין אמה עבריה. אך שאלה עשויה להתעורר לגבי השתעבדותו של גבר

---

[103] סט) שו"ע אה"ע סי' מ"ד סע' ח'; פ"ט מהל' מלכים הל' ז' וח'. בקשר לכך כדאי לציין גם כן שיש לעכו"ם יחס משפחה, וחלים בהם דיני ירושה, בשינויים מסוימים - כגון שהבת יורשת כבן ואין יתרון לבכור: פ"ט מהל' מלכים הל' ה'; פי"א מהל' אישות הל' א', ופט"ו שם הלכה ו'; פי"ד מהל' איסורי ביאה הל' י'; פ"ב מהל' נחלות הל' י"ב; שו"ע חו"מ סי' רפ"ג סע' א' - ור' **אנציקלופיה תלמודית**, ערך "גוי".

[104] ע) ר' **אנציקלופיה תלמודית**, ערך "גוי".

[105] עא) פ"א מהל' עבדים הל' א' וג', ור' פכ"ב מהל' איסורי ביאה הל' ט"ז.

[106] עב) פ"ה מהל' עבדים הל' י"א וי"ב.

[107] עג) שו"ע יו"ד סי' רס"ז סע' ט', י' וי"ז.

[108] עד) שם, סע' י"ד.

[109] עה) סנהדרין נ"ז א'.

[110] עו) פ"א מהל' עבדים הל' ב', ופ"ד שם הל' א'.

[111] עז) שם.

[112] עח) השווה שו"ע יו"ד סי' רס"ז סע' י"ז, שהגוי יכול לשעבד אף את בניו ובנותיו.

נוכרי כדין עבד עברי. נראה לומר שמצד הזכויות המיוחדות של עבד עברי, אפשר אמנם שאותן זכויות תוענקנה גם לנכרי, אם כך יוסכם בין הצדדים[113]. אך מכל מקום את **מעמדו העקרוני** של העבד לא יוכל הדבר לשנות, ולמשל דין השחרור בשן ועין[114] יחול בעבד הנכרי אף על פי שבעבד העברי אין הוא חל.

אשר לכושר המעשה של העבד או השפחה בעצמם, הדין בעבד ובאמה העבריים הוא שנשאר להם הכושר הרגיל, כבני חורין[115]. לעומת זאת העבד והשפחה הנוכריים בסתם אין הם קונים אלא לרבם, אבל מכל מקום משמע שעצם כושר המעשה לא ניטל מהם, ובאמת יכולים הם לזכות אפילו לעצמם אם כך הותנה[116]. יכולים הם גם [[39]] לזכות לצד שלישי[117]. עבד ושפחה נכריים, גם אם הושלם שעבודם בטבילה (ובמילה), אסורים ביחסי אישות עם ישראלי, אבל מכל מקום חוששים לקידושיהם[118].

סיכומו של כל הסעיף הזה הוא, שגם במידה שיש בדיני ישראל הגבלות של כושר אישי בשל מין, מוצא, דת, או עבדות - על כל פנים אין אלה בשום מקרה הגבלות כלליות, אלא כל אחת מהן מצומצמת לגדרי עניינה המיוחד. הסדרים בעלי אופי מקיף בתחום הנידון מצאנו רק במה שהאשה הנשואה אינה קונה - בסתם - אלא לבעלה, ועבד כנעני - בסתם - אינו קונה אלא לרבו; אך אין צריך לחזור ולומר שהסדרים אלה, מצידם, אינם בעצם הגבלות של הכושר האישי, כי אם רק חזקת הסדר מוסכם הניתנת לסתירה, ולו הסתפקנו בנקודת הראות העקרונית גרידא יכולנו אפילו להוציאם מכל וכל מתחום דיוננו.

ד. הכושר האישי למעשי קניין - ההגבלות "המהותיות" בשיטות הנוכריות

חוזרים אנו אם כן **להגבלות "המהותיות"**, אשר שלשת הסעיפים הקודמים לא היו בעצם אלא מבוא ארוך ומפותל להכשרת הדיון המוגדר **בהן**, ונסקור אותן עתה לפי המצב בשיטות השונות.

בצרפת מצהיר ספר החוקים האזרחי, בסע' 1123, כי "כל אדם יכול להתקשר בחוזה, אם לא הוכרז כבלתי כשר על ידי החוק"; **ופלניול וריפר** מציינים כי כלל זה, אף על פי שנקבע רק ביחס לחוזים, הריהו חל למעשה על כל מיני הפעולות המשפטיות, בלי הבדל[119]. בהמשך מרצים פלניול וריפר את הדינים בהתאם לתפיסה המקיפה הזאת.

---

[113] עט) דוק בשו"ע יו"ד סי' רס"ז סע' ד' הגה וש"ך שם, בס"ק ל"ט.

[114] פ) שם, סע' כ"ו ואילך.

[115] פא) ר' למשל פ"ב מה' עבדים הל' ז' ("ויש לו ללוות ולגאול את עצמו"), פ"ג שם הל' ב' ("וכל שזוכה הבעל באשתו זוכה זה, אף על פי שהוא עבד עברי"), ומשנה למלך שם, "שהרי יש יד לעבד עברי לזכות לעצמו ולאחרים". ור' גם עה"ש חו"מ סי' ר"ע סע' ב', בעניין מציאה. ועם זאת יש לציין כי מחילת בעל הבית לעבד העברי אמנם אינה מועילה, כי "גופו קנוי לו" (קידושין ט"ז א'), אבל מחילה - ביסודה - היא רק מעשה חד צדדי של בעל הבית ואינה תלויה בכושר המעשה של העבד.

[116] פב) שו"ע יו"ד סי' רס"ז סע' כ"ב, וש"ך שם, ס"ק ל"ט.

[117] פג) שו"ע יו"ד סי' רס"ז סע' נ"ה. גם אם נאמר שהכושר לזכות לצד שלישי אינו תלוי בדין שליחות, מסתבר שאין כושר זה ניתן לעבד הנוכרי אלא אם הושלם שעבודו בטבילה (ובזכר - גם במילה): ר' שם סע' א' וג', ור' הערה ס"ג-1 לעיל.

[118] פד) שו"ע אה"ע סי' ד סע' י"א.

[119] פה) **פלניול וריפר**, א', עמ' 331.

במסגרת זו מתחלקות ההגבלות המהותיות לפי חמש מחלקות, שדיניהן כלהלן.

המחלקה הראשונה מתייחסת למיעוט הגיל, או לקטנות (minorite). הקטנות נמשכת עד שמגיע האדם לגיל 21, לפי תאריך הלידה ושעתה הכתובים בתעודת הלידה. הכלל בקטן הוא שאין הוא יכול לפעול אלא באמצעות "אומנו" (tuteur). האומן, אף הוא מצידו, אינו יכול לקשור את הקטן [[40]] בנישואין. אין הוא יכול לצוות בשמו, להפסיד לו זכות על ידי הודאה או להיכנס בשמו בהתחייבות עבודה; אולם אביו של הקטן, או אומן אחר שנתונה לו לא רק נציגות הקטן, כי אם גם הרשות לגביו, יכול להיכנס בשם הקטן בהתחייבות עבודה כשוליה, ויתכן אפילו שהקטן עצמו יקבל עליו את התחייבות העבודה, בהסכמת האומן נושא הרשות[120]. אף על פי שהגבלת כושר הפעולה כמתואר לעיל, ביסודה, היא מוחלטת, התוצאה המעשית היא בכל זאת שפעולה החורגת מדיני הגבלה אינה בטלה במוחלט אלא במקרים נדירים, כגון התימרות מתנה או נישואין. במקרים אחרים מתנגשת הבטלות עם הכלל שאת החוק הנועד להגן על מעוט הדעת אין להפוך לרעתו של זה, וכך נמצא שלמעשה אין המעשה ניתן להתקפה בגין החריגה אלא מצידו של הקטן. לפנים אף היה מקובל, שהאפשרות להתקיף את המעשה החריג לא היתה אף פעם בגלל עצם החריגה, כי אם בגלל חזקת האונאה שהקטן נתאנה, אך כיום ניתן להתקיף את המעשה מצד הקטן אף בלי שתתברר שאלת האונאה. אם נכנסים לשאלת האונאה, יתכן שהמעשה יהא ניתן לביטול מעיקרו או שיעמוד לתיקון[121].

לגבי עניינים מסוימים משחרר החוק את האדם מהגבלות הקטנות אף לפני שהגיע לגיל 21: כך, לעניין הכושר לנישואין מספיק הגיל של 15-18, להתחייבות בעבודה חרושתית - גיל 14, להתחייבות בעבודת צבא גיל 20, ועוד[122].

מלבד זאת, אפשר היה שהאדם ישתחרר באופן חלקי מהגבלות הקטנות על ידי נישואין או על ידי פעולה משפטית מכוונת, משהגיע לגיל 15 (mineurs emancipes). על פי פלניול וריפר, "הקטן המשוחרר" כך נזקק לא עוד ל"אומן", כי אם ל"מפקח" או "מדריך" (curateur), ונשאר היה מוגבל, כמעט כמו הקטן הבלתי משוחרר, ביחס לכושר לתת מתנות. פעולות שהן לצורך "שימור" נכסיו יכול היה הוא או מדריכו לבצע ללא הגבלה. פעולות "ניהול" ופעולות בתמורה יכול היה לבצע בכפוף למידות שונות [[41]] של הצורך להיזקק לדעת המדריך או לסידור ערובה[123]. אולם, בחוק מ-14 בדצמבר 1964 שונה הדין, ו"הקטן המשוחרר" - כיום - דינו בדרך כלל כגדול. הגיל לשחרור מכוון הוא לפחות 18.

המחלקה השנייה ברשימת הגבלות הכושר כוללת את "אסורי המעשה" (les interdits). "איסור המעשה" (interdiction) הוא פסק דין שבו מונע בית המשפט מאדם את ניהול נכסיו, עקב קביעת היותו בלתי שפוי בדעתו. כתוצאה מפסק הדין נמסר האדם למשטר של "אומנות" (tutelle), מן

---

[120] פו) שם, עמ' 332-335.
[121] פז) שם, עמ' 360-362.
[122] פח) שם, עמ' 333.
[123] פט) שם, עמ' 677, 346.

הסוג שראינו בקטן. הדברים אמורים, כמובן, רק בגדרי סמכויות **הנציגות** של האומן, להוציא את הסמכויות שברשות אבהית.

סע' 489 של ספר החוקים האזרחי מונה שלש סיבות אפשריות ל"איסור מעשה": את רפיון השכל (imbecilite), את השטות (demence), ואת השטות המסוכנת (fureur), אך פסקי הדין אינם שומרים עוד למעשה על גדרי המושגים הללו מן הבחינה הפורמלית, וקיימת רשימה ארוכה של מחלות רוח שונות ומשונות שהוכרו כבסיס מתאים ל"איסור מעשה". עם זאת, הכרח הוא על כל פנים שיימצא באדם פגם חמור מאוד בכושר השכלי. ביחוד מציינים שאין עוד כיום "איסור מעשה" בגלל מחלות גופניות כגון חרשות ואילמות, בגלל חולשת זיקנה או בגלל התמכרות לשיכרות.

"איסור המעשה", כל זמן שהוא קיים, יוצר חזקה בלתי ניתנת לסתירה בדבר היותו של האיש בלתי שפוי, והגבלת כושרו מתקיימת מבחינה עקרונית גם בעיתות של שופי. הפרשנים, מצידם, נוטים להכיר בתוקפם של מעשים מסוימים ש"אסור המעשה" התיימר לעשות בעיתות של שופי, אך אין הסכמה על גדרי טיבם של המעשים אשר את תוקפם אמנם יש להכיר[124].

המחלקה השלישית כוללת את חולי הנפש המאושפזים (internes) שלא יצא נגדם פסק דין של "איסור מעשה"[125]. **פלניול וריפר** מציינים שכוונת מחברי החוק היתה אמנם שלא יהא אישפוז של חולה רוח אלא על פי פסק דין של איסור מעשה, אך בשים לב לסיבוכים הפורמליים, לריבוי ההוצאות ולפרסום הבלתי נעים הכרוכים בהשגת פסק הדין, נוטים בני המשפחה להימנע מן ההסדר המשפטי ומשיגים הם את האישפוז בלעדיו - וכך נוצרה מחלקת המוגבלים שבה אנו דנים פה[126]. המאושפזים ללא פסקי דין - מעשיהם אינם בטלים מלכתחילה, [[42]] אלא רק עשויים הם להיות ניתנים לביטול, לפי שיקול דעתו של בית המשפט. אין להם אומן או מדריך, אך ממנים להם מנהלי רכוש.

המחלקה הרביעית כוללת את הבלתי שפויים שאינם "אסורי מעשה" ואף אינם מאושפזים (alienes non interdits et non internes). נראה שדינם של אלה נבדל מדין המאושפזים בעיקר על ידי כך, שלגבי המאושפזים יש חזקה שאמנם הם בלתי שפויים, בעוד שאם רוצים לתקוף את מעשהו של בלתי מאושפז יש להוכיח את העדר השפיות מיסודה, לשעת המעשה. מלבד זאת, לאחר מותו של האיש אין שומעים בכלל לטענה של חוסר שפיות לגביו אלא אם נתקיים אחד מאלה: תוכן המעשה עצמו מעיד על העדר השפיות; המדובר הוא במתנה או צוואה; או שהאיש מת אחר שהוגשה כבר בקשה ל"איסור המעשה" לגביו[127].

המחלקה החמישית כוללת את הבזבזנים ו"רפי הרוח" (prodigues et faibles d'esprit). ה"בזבזן" הוא מי שמבזבז את רכושו באופן אוילי עקב פגם שכלי או מוסרי. "רפה הרוח" הוא מי שכושרו

[124] צ) שם, עמ' 710, 711, 712, 740, 741.
[125] צא) שם, עמ' 766-768.
[126] צב) שם, עמ' 710.
[127] צג) שם, עמ' 778, 779.

השכלי חלש, אך לא במידה המספיקה להגבלתו ב"איסור מעשה". **פלניול וריפר** מציינים כי ההבחנה בין ה"בזבזן" ל"רפה הרוח" היא קשה.

לגבי האנשים מסוג זה מונה החוק מעשים מסוימים בדיני ממונות שאין הם יכולים לעשותם אלא בסיוע של "יועץ מטעם השופט" (conseil judiciaire). מעשה שעשה ה"בזבזן" או "רפה הרוח" בחריגה מדין זה בטל מיסודו, אך בדומה למה שראינו לעיל - רק מצד הבזבזן או "רפה הרוח" עצמו ניתן המעשה להתקפה. היועץ יכול לתקוף מעשה של בן חסותו אף שלא בטובתו של הלה[128].

באיטליה[129], הדינים הם בעיקרו של דבר דומים. גם כאן הגיל הקבוע שבו רואים את האדם כיוצא ממצב מיעוט הדעת הקשור בקטנות הועמד על 21, אך לנישואין מספיק גיל של 16 (לזכרים) או 14 (לנקבות), וברשיון מיוחד אף גיל 14-12. כבר בגיל 18 נעשה האדם כשר לחוזי עבודה, וביחס לחוזי עבודה מיוחדים אף קודם לכן. כמו כן כשר בן ה-18 לחוזי פקדונות חסכון וחוזים ביחס [[43]] ליצירות כשרונו, אך אין הוא רשאי על כל פנים להוציא מחסכונותיו אם נציגו החוקי מתנגד. "שחרורו" של הקטן (emancipazione) על ידי מעשה משפטי מכוון אפשרי באיטליה מגיל 18. על ידי השחרור נעשה הקטן כשר למעשים שאינם חורגים מגדרי "ההנהלה הרגילה" של נכסיו (היינו, בעיקרו של דבר, שאינם פוגעים בקרן). בהסכמת ה-curatore או בסיועו, ולפעמים אף בכפוף לצורך באישור בית הדין, יכול הקטן המשוחרר לגבות לידו חובות הון, להעביר נכסים העשויים להתקלקל, למשכן מנכסיו, לשחררם משיתוף ולהתקשר עליהם.

אשר לחולי הנפש, קיימות כאן גם כן אותן המחלקות שראינו בצרפת, אך מלבדן קיימת גם מחלקה של חולי נפש שמחלתן הוכרה אמנם בפסק דין כמחלת קבע, אך על כל פנים לא כמחלה חמורה עד כדי "איסור מעשה" כללי. חולים מסוג זה נקראים "מנועי יכולת" (inabilitati), ממנים להם "מפקח" (curatore), ודינם כקטן משוחרר. לחולה הנפש המאושפז שלא הוכרז לא כ"אסור מעשה" ולא כ"מנוע יכולת", ממנים "אומן זמני". מעשיו של חולה נפש שלא הוכרז כ"אסור מעשה" או מנוע יכולת, וגם לא אושפז, נכנסים למסגרת הדין הכללי שאם מוכח כי בשעה שהתיימר אדם לעשות מעשה היה הוא מסיבה כלשהי בלתי מסוגל להבין או לרצות, ניתן המעשה לביטול על פי בקשת אותו אדם או הבאים מכוחו, בתנאי שהמעשה קשור בנזק חמור לבעליו. אם המעשה הוא התקשרות בחוזה, אין הוא ניתן לביטול אלא אם מתברר כי הצד שכנגד פעל שלא בתום לב. מעמד של מנוע יכולת כנ"ל יכול להיות מוטל לא רק על חולי נפש במובן המקובל, אלא גם על בזבזנים, שיכורים מתמידים, אנשים המתמכרים לסמים והתנהגותם פוגעת באופן חמור במצב הכלכלי שלהם עצמם או של משפחתם, וכן על חרשים-אילמים ועיוורים מלידה או מקטנות שלא קיבלו חינוך משלים.

בגרמניה[130] מבחינים בין אנשים שאינם כשרים למעשי קניין לגמרי (geschaftounfatrig) לבין אנשים שכושרם מוגבל (in der Geschäftsfähigkeit geschzaukt). בסוג הראשון נמנים ילדים עד גיל 7,

---

[128] צד) שם, עמ' 784-818.
[129] צה) על פי **מסיניאו**, א', עמ' 236 ואילך.
[130] צו) על פי **אנקצרוס**, עמ' 459 ואילך.

חולי רוח ואנשים שכושרם נפסל מחמת מחלת רוח (wegen geisteskrankheit entmundigung). חולי הרוח הם אנשים הנמצאים ב"מצב [[44]] שעקב הפרעה חולנית, שאינה ארעית מטבעה, בפעילותם הרוחנית, נמנעת מהם הקביעה החפשית של הרצון"[131]. נמצא אדם במצב כזה דרך כלל, אין תוקף גם למעשיו שנעשו בשעה של צלילות, אלא אם הוכרה הצלילות לאותה שעה בפירוש[132]. מצד שני, אם המצב, מטבעו, הוא ארעי, כגון מצב של היפנוזה או שכרות, אמנם גם בו אין תוקף להצהרות רצון שהצהיר האדם, אך מבחינה עקרונית נשאר הוא בר כושר, ולמשל הודעה שנמסרה לו במצב כזה - רואים אותה כמסורה ובת פועל[133]. אדם שכושרו נפסל בגלל מחלת רוח הוא אדם שבית המשפט מצא כי עקב מחלת רוח אין הוא מסוגל לטפל בענייניו, ושלכן הכריז עליו בית המשפט כחסר כושר למעשי קנין[134]. משהוכרז על אדם כך, מאבד הוא את כושרו, ואין נפקא מינה אם באמת הוא בריא או חולה, או נמצא בריווח זמן של צלילות, או הספיק כבר להבריא בינתיים (ועדיין לא בוטלה ההכרזה).

האנשים שכושרם מוגבל הם מעוטי גיל (mindeyahrige) בני 7 עד 21 וכן אנשים שכושרם נפסל מחמת "רפיון רוח" (Geistesschwäche), בזבזנות או שכרות ואנשים שנמסרו באופן זמני לאפוטרופסות, עד שתתברר בקשה לפסול את כושרם[135]. במניין הגיל מתחשבים רק בימים לפי הלוח, ולא בשעות, והאדם עובר מתקופת גיל אחת למשנה בתום היום האחרון שלפני יום ההולדת הפותח את תקופת הגיל החדשה[136]. לאחר גיל 18 יכול מעוט גיל לקבל מעמד של גדול על ידי הכרזת בית הדין[137]. אשר לפסילה מחמת "רפיון רוח", הריהי דומה מבחינה נוהלית ועניינית לפסילה מחמת מחלת רוח, ונקבעת היא כשבית המשפט מוצא כי דרגת המחלה אינה מצדיקה פסילה גמורה של הכושר, כדין ילד, כי אם רק הגבלה, כדין מעוט גיל[138]. הפסילה מחמת בזבזנות מצריכה נטייה להוצאות בלתי מועילות או בלתי מתאימות למצב הכלכלי של האדם, או נטייה לרשלנות בהנהלת הרכוש, החושפות את האדם או את משפחתו לסכנת מחסור. הפסילה מחמת שיכרות מצריכה תאווה חולנית למשקאות משכרים, עד כדי כך שאין האדם יכול לטפל בענייניו, מסכן את עצמו או את משפחתו במחסור, או נושא סכנה לבטחונם של אנשים אחרים[139].

האנשים שכושרם מוגבל כשרים למעשים של זכייה שאין עמה חסרון. [[45]] לשם מעשים אחרים זקקים הם להסכמת נציגם החוקי. הנציג החוקי הוא האב או האם, במקרה של ילדים ומעוטי גיל שלא נמסרו לאפוטרופסות, או זהו האפוטרופוס הממונה, במקרה של ילדים ומעוטי גיל שנמסרו לאפוטרופסות, וכן במקרה של אנשים שכושרם נפסל על ידי בית המשפט[140]. עניינים מתאימים יכולים להיות מוצאים מתחום סמכותו של הנציג החוקי הרגיל, ובהם הנציג החוקי הוא "מטפל"

---

[131] צז) שם, עמ' 257.
[132] צח) שם, עמ' 258.
[133] צט) שם, עמ' 258, 460.
[134] ק) שם, עמ' 257.
[135] קא) שם, עמ' 261.
[136] קב) שם, עמ' 251, בהערה.
[137] קב-1) שם, עמ' 253-254.
[138] קג) שם, עמ' 257-258.
[139] קד) שם, עמ' 259.
[140] קה) בג"ב, סע' 1627, 1630, 1684, 1704, 1773, 1793, 1896, 1897.

(pfleger), המתמנה במיוחד[141]. בהסכמת בית הדין לאפוטרופסות יכול הנציג החוקי ליפות את כוחו של מעוט גיל לנהל עסק באופן עצמאי. לשרות או לעבודה יכול הוא ליפות את כוחו אף בלי הסכמת בית הדין.

בעניין אשר אדם המוגבל בכושרו יכול לפעול בו באופן עצמאי אין נציגו החוקי יכול להתערב. בעניינים אחרים יכול הנציג לפעול בשמו של האדם, אף שלא באמצעותו, כדרך שיכול הנציג לפעול בשמו של אדם שאינו כשר למעשי קניין לגמרי. פעולתו של הנציג החוקי כרוכה בסייגים שונים. אין הוא יכול לתת מתנה מרכושו של המיוצג, אלא אם המתנה היא חוב מוסרי או מתחייבת על פי המסיבות[142]. בעניינים רבים אין הנציג החוקי מוסמך לפעול אלא ברשות בית הדין[143].

במקום שאדם המוגבל בכושרו זקוק להסכמת נציגו החוקי, העקרון הוא שהצד שכנגד נשאר קשור, אך מצידו של המוגבל נשאר תוקף המעשה תלוי מספק עד שתינתן ההסכמה או שיבוא סרוב מפורש. אם בינתיים משתחרר האדם מהגבלתו, נעשה התוקף תלוי באישורו או סרובו שלו עצמו. אם הצד שכנגד לא היה לו לדעת בשעת המעשה כי בעל דברו מוגבל בכושרו או שרשאי היה להאמין כי האישור הדרוש ניתן, יכול הוא לחזור בו מן ההתקשרות, במשך תקופת הספק, על ידי הודעה לבעל דברו. הצד שכנגד יכול גם לדרוש מן הנציג החוקי כי יודיע אם הוא הוא מסכים או מסרב, ואם אין התשובה ניתנת תוך שבועיים רואים את הנציג כמסרב. אם המעשה הוא חד צדדי ונעשה בלי אישור, הריהו בטל, והסכמה בדיעבד אינה מועילה.

מעשים בתחום דיני המשפחה אינם נחשבים בדרך כלל כמעשים של זכות בלבד, והריהם זקוקים אפוא להסכמה. בענין הכשרת הגיל לנישואין וצוואה חלים דינים מיוחדים[144].

[[46]] **באנגליה**, כמו בשיטות האחרות שסקרנו, נמשכת תקופת הקטנות (infancy)[145] עד לגיל 21, אך מסתיימת היא ברגע הראשון של היום הקודם ליום ההולדת ה-21. בחוקים מיוחדים ייתכנו גילים אחרים, ואפשר שקטן יוכרז כגדול לפני הגיעו לגיל 21, על ידי מעשה חקיקה מיוחד לגביו. קטן שהגיע למלכות לפני שנתו ה-21, נעשה ממילא גדול. גיל המיזער לנישואין הוא 16[146].

מעשיו של קטן שהם רק לזכותו, דינם כמעשיו של גדול. מצד שני, התקשרויות שהן בבירור לרעתו - כגון מתן הלוואה, התחייבות בקנס או אפילו שטר התחייבות לשלם חוב המגיע ממנו - הריהן בטלות. הוא הדין בשעבוד נכסי מקרקעין או מתן שחרור מתביעה, אפילו על ידי קבלת התשלום - אך קטן נשוי יכול לקבל תשלום של הכנסה המגיעה לו. אין תוקף להתחייבות-נישואין של קטן, אך יכולה קטנה לקבל התחייבות-נישואין של גדול.

---

[141] קו) שם, עמ' 1909.
[142] קז) שם, סע' 1641, 1804.
[143] קח) סע' 1643-1645, 1812, 1819-1825.
[144] קט) **אנקצרוס**, עמ' 251, 252. כיום אף מוסדרים הנושאים הללו בחוקים מיוחדים, מחוץ לבג"ב.
[145] קי) על פי **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ט, עמ' 134 ואילך.
[146] קיא) שם, כרך י"ט, עמ' 779.

חוזים רגילים של קטן הריהם על פי הקומון-לו בני תוקף (חוץ מן הזכות למילוי בעין), ביחס לצד שכנגד, אך מצד הקטן ניתנים הם לביטול. יוצאים מכלל זה חוזים שעל פיהם בא הקטן לרכוש דברים אשר לפי אישיותו של הקטן, מעמדו ומצבו, ולפי מסיבות המקרה, הריהם בבחינת צרכי חייו של הקטן או של בני משפחתו (necessaries). חוזים כאלה הריהם בני תוקף גמור גם מצד הקטן. הוא הדין בחוזי שרות וחוזי עבודה כשוליה, אם הם בבירור לטובת הקטן. נטל ההוכחה שהדברים הם צרכי חיים חל על התובע. ב-Infants Relief Act, 1874, נקבע ביטול מעיקרא לסוגי חוזים שונים שעל פי הקומון-לו צריכים היו להיות בני תוקף, לפחות ביחס לצד הגדול; אך גם במקרה של חוזים כאלה, נכסים שבא הקטן לקנות על פיהם נקנים לו, ואם הוא שילם בעד הנכסים וכילם, אין לו תביעת החזרה.

חוזה שיכול הקטן לחזור בו ממנו - עומדת לו זכות החזרה עד זמן סביר לאחר שיגדיל. בעת הקטנות יכולה החזרה להתבצע על ידי [[47]] הקטן עצמו או על ידי נציגיו. נכס שרכש הקטן על פי חוזה שיכול הוא לחזור בו ממנו - מכל מקום נושא הקטן בינתיים בנטל החיובים הכרוכים בו; אולם האפשרות שקטן יקבל מקרקעין בקנין "ליגלי" או בקניין הנושא את הסמכויות של tenant for life (היינו קניין "אקויטבילי" המאפשר להעביר את קנין הגוף "הליגלי")[147] נמנעת מעיקרא.

מסכת אחרת של הגבלת הכושר למעשי קנין מתיחסת לחולי נפש. הסכם עם חולה נפש ניתן לביטול מצד חולה הנפש אם מוכח שבשעת עריכתו של ההסכם אמנם היה האיש נתון להפרעה נפשית שמנעה ממנו את האפשרות להבין את המעשה או לרצותו באופן חפשי, והצד שכנגד ידע או היה לו לדעת על כך. בתנאים דומים ניתן גם לביטול הסכם שהמתקשר בו היה לאו דווקא חולה נפש כי אם שיכור[148].

ה. הכושר האישי למעשי קניין - ההגבלות "המהותיות" בדיני ישראל

בדיני ישראל, כפי שכבר הערנו לעיל בהערה י"ח, ההגבלה המהותית של הכושר האישי מחמת חוסר הדעת הריהי ביסודה אחידה וכללית, לא רק ביחס למעשי קניין בדיני ממונות ובדיני משפחה, אלא גם ביחס לעניינים אחרים, כל אימת שהדבר שייך. ההגבלה מתרכזת במושג של "חרש, שוטה וקטן", שזהו עיקר המניין של סוגי האנשים שהם נושאי ההגבלה[149], וכשם שמוצאים אנו מושג זה בקשר למעשי קניין בדיני ממונות[150] או בדיני משפחה[151], כן גם מוצאים אנו אותו, למשל, בקשר לכושר העדות[152], בקשר לאחריות בנזיקין[153], בקשר למיזער-ההכשרה

---

[147] קיב) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' 2/ד'.

[148] קיג) **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ט, עמ' 408-405. יושם לב כי אף על פי שבדרך כלל אמנם מדבר הלסבורי בהקשר זה לאו דוקא על "הסכמים", כי אם על "חוזים", למעשה מתיחסים הדברים לא רק ל"חוזים" במובן האנגלי המצומצם, כי אם ל"הסכמים" במלוא ההקף של "חוזים" במובן הרחב: ר' ביחוד עמ' 405 ו-406.

[149] קיד) לצירוף של "חרש, שוטה וקטן" יש להוסיף גם את **השיכור והנכפה**, כפי שנראה להלן.

[150] קטו) ר', למשל, "מציאת חרש, שוטה וקטן" במשנה גיטין פ"ה מ"ח.

[151] קטז) ר' למשל, פ"ו מהל' יבום וחליצה הל' ג': "ואלו מיבמין ולא חולצין, החרש והשוטה והקטן, מפני שאין בהם דעת לחלוץ".

[152] קיז) ר', למשל, טור חו"מ סי' ל"ה סע' ט"ו.

[153] קיח) ר', למשל, "השולח את הבעירה ביד חרש, שוטה וקטן" - בבא קמא נ"ט ב', או "חרש, שוטה וקטן - פגיעתן רעה"- משנה בבא קמא פ"ח מ"ד.

[[48]] למילוי תפקידים שונים[154], בקשר לחיוב המצוות בדרך כלל[155], וממילא גם בקשר לאחריות בדיני עונשים[156]. על אף הגישה האחידה הזאת, העובדה היא אמנם שכמעט בכל שטח ושטח יכולים אנו למצוא סייגים מיוחדים, כפי שכבר ראינו לעיל וכפי שנראה עוד בפרוטרוט להלן, ביחס לתחום המיוחד של מעשי קנין בדיני ממונות[157]; אולם, גם אם כך הוא, עדיין נשארת הגישה העברית אחידה יותר ממה שמוצאים אנו בשיטות אחרות, שבהן יש הסדרים מיוחדים מעיקרא לאחריות בנזיקין, לאחריות בדיני עונשין וכו'[158].

מתוך שלשת - או, יותר נכון חמשת סוגי האנשים המוגבלים שהזכרנו, הפשוט ביותר מבחינה מהותית והקשה ביותר מבחינת דיוקי הכרתו למעשה הריהו סוג **השוטים**. הגדרות שונות של שוטה מובאות בעה"ש חו"מ סי' ל"ה סע' ז' וי', אך נראה שבכולן גם יחד אין כדי למצות את הענין, ומסתבר שהסיכום הנכון הוא כפי שקבע בעל עה"ש בסוף סע' י': "ודבר זה הוא כפי ראות עיני הדיין, שאי אפשר לבאר דברים אלו בכתב". עם זאת, ברור על כל פנים, שהעניין העומד כאן להכרעת הדיין בכל מקה ומקרה איננו פרוץ ומופקר, ונטול סייגים לגמרי, אלא צריכה להימצא קודם כל העובדה שהאדם נוהג לעשות מעשים מוזרים בדרך כלל או בתחום עניינים מסוים, באופן שיש בו כדי להצביע על העדר כל טעם או על טעם שאינו עשוי להתקבל כטעם הגיוני בעיני אנשים המוחזקים כשלמים בדעת, או שהאדם נוהג לפעול ולדבר באופן הנראה כבלתי שקול במידה קיצונית, או שנראה הוא [[49]] בלתי מסוגל להבין דברים באופן הגיוני, כדרך שהמון האדם מבינים - ורק אם נתקיימה עובדה שכזאת, בא תורו של הדיין להכריע אם מגיעים הדברים עד כדי כך שצריך האדם להיות מוחזק כשוטה.

גם במקום שהוחזק אדם כשוטה, אין החזקה בהכרח חזקה של קבע. השאלה היא תמיד אם האיש ראוי להיחשב כשוטה לשעת המעשה העומד לדיון, ואם אין מוכח כי האיש ראוי להיחשב כשוטה לאותה שעה, או שמוכח כי האדם שנחשב כשוטה ראוי להיחשב לאותה שעה כשפוי - דינו כשפוי. יתכן גם שהאדם יהא מוחזק כ"עתים שוטה ועתים חלים", ואז נחוץ תמיד לבדוק את חזקת המצב הראויה לעת כל מעשה מסוים[159].

דומה לבעיית השוטה היא בעיית **השיכור**. גם כאן נחוצה עובדה טרומית של סימנים לשיבוש הדעת כמו אצל שוטה, אך הסימנים צריכים להיראות כנובעים לאו דוקא מטבעו החולני של האיש, כי אם מהשפעתם החולפת של סמים - ומבחינה מהותית זו, הדברים הם פשיטא. הבעיה

---

[154] קיט) ר', למשל, יומא מ"ג א'; משנה מגילה פ"ב מ"ד; משנה מנחות פ"ט מ"ח.

[155] קכ) חגיגה ב' ב'.

[156] קכא) דוק, למשל במשנה סנהדרין פ"ח מ"א.

[157] קכב) ביחס לתחומים האחרים, ר' למשל משנה חגיגה פ"א מ"א; מגילה י"ט ב'; משנה נדה פ"ה מ"ו; נזיר כ"ט ב'; יומא מ"ג א'.

[158] קכג) ר', למשל, סע' 827, 828 ו-276 של הבג"ב, ביחס לאחריות בנזיקין (לרבות פשיעה בחוזה) בגרמניה; סע' 51 ואילך של ספר החוקים הפלילי הגרמני (strafgesetzbuch) וסע' 1 של חוק בית המשפט לנוער (jugendgerichtsgesetz); סע' 85 ואילך של ספר החוקים הפלילי האיטלקי (Codice penale; אך יש לציין כי לעניין האחריות הנזיקין באיטליה מתאחד ההסדר עם הדין ביחס למעשי הקניין: ר' סע' 2046 ו-2048 של ספר החוקים האזרחי); ובמדינת ישראל - חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב, המתיחס למעשה רק לכושר למעשי קניין בדיני ממונות (ר' סע' 79 בו), ולעומתו סע' 87 בפקודת הנזיקין האזרחיים, סע' 9 ו-13-15 בפקודת החוק הפלילי, סע' 5-6 של חוק יסוד: הכנסת.

[159] קכד) עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' כ"ג, ושם אה"ע סי' קכ"א סע' א' ואילך וסי' מ"ד סע' ג'.

מתחילה משבאים אנו לציון הגבול שבו ראויה השכרות להביא להגבלת כושרו של האיש, והתשובה שאנו מקבלים היא כי כושרו של השיכור אינו נפגם "כל זמן שלא הגיע לשיכרותו של לוט, וכשהגיע לשיכרותו של לוט הריהו כשוטה". קנה המידה ל"שיכרותו של לוט" הוא "שעושה ואינו יודע מה הוא עושה"; "ומתיישבין בדבר זה הרבה, לחקור בזה אם היה כשיכרותו של לוט, דלפעמים נראה שהוא כך ואינו כן"[160].

גם אדם שאיננו לא שוטה ולא שיכור, דינו כשוטה או כשיכור בשעה שהוא נמצא במצב של אבדן הכרה, כמו הנכפה[161].

[[50]] השיכור כלוט והנכפה בשעת התקף, דינם מושווה פשוט לדינו של שוטה, באשר שלשתם גם יחד הם מבחינת שיקולי המשפט כחסרי כל דעת בכלל - ומתוך כך מסתבר מדוע אין הם נזכרים בפירוש במושג "החרש, השוטה והקטן", אלא הריהם כמובלעים בתוכו, במושג "השוטה". לעומת זאת, החרש והקטן, גם אם דעתם איננה שלמה, מכל מקום יש בהם מידה של דעת ישרה - לפחות בהיותם מעל גיל מסוים. לכן, גם אם העקרון אף בהם הוא שאין להם כושר למעשי קניין, אחריות וכיו"ב, כמוהם כשוטה, מכל מקום רבים לגביהם מיני הסייגים. למעשה, אותם הסייגים בתחומים שונים שהזכרנו לעיל, הריהם בדרך כלל רק סייגים בקשר לחרשים וקטנים, בעוד שסייגים לגבי שוטים, שיכורים כלוט ונכפים בשעת התקף כמעט שאינם נמצאים[162]. מכאן יחודם המיוחד של החרשים והקטנים, ונעבור עתה לראות מהם גדרי מהותם שלהם.

ביחס **לחרש**, יוצא לכאורה מדברי עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' ב', שלעניין הכושר המשפטי נכללים בזה בשווה לא רק החרש-האילם, אלא גם החרש המדבר - לדעת הרמב"ם - או האילם השומע - לדעת הטור; אולם באמת נראה על פי הגמרא בחגיגה ב' ב' ובגיטין ע"א א', על פי תשובת הרא"ש המובאת בטור חו"מ סי' רל"ה סע' כ', ועל פי המשנה בגיטין פ"ז מ"א, כי הנכון הוא שהפסלות היסודית האמורה בחרש מתיחסת רק **לחרש אילם**, ואילו האילם נתון רק לכמה הגבלות מיוחדות. מאלו חשובה לענייננו רק זאת, שאם כוונתו של האילם למעשה קניין אינה משתמעת בבירור, כגון במעשה של כתב, אין סומכים על רמיזותיו אלא תוך בדיקת כוונתו וצלילות דעתו, כדרך שבודקים את החרש האילם במקרים שיכול להיות תוקף למעשיו. אין צריך לומר כי הגבלה שכזאת איננה בעצם הגבלה של כושר, כי אם רק אמצעי זהירות, על רקע של כושר מלא, הנשאר בעינו. נראה גם כי לשם פסלותו של החרש האילם צריכה החרשות להיות שלמה, והמום צריך להיות טבוע מלידה (או, לפחות, מילדות). אשר לחרש שאיננו אילם, נראה כי הנכון הוא כדעת הטור, כי לפחות במה שנוגע לתחומי עניינו אין הוא מוגבל בכלל[163].

---

[160] קכה) שם, חו"מ סי' ל"ה סע' ח', וסי' רל"ה סע' כ"ה, ואה"ע סי' מ"ד סע' ד'; ור' גם אה"ע סי' קכ"א סע' ה'-ו'.

[161] קכו) שם, חו"מ סי' ל"ה סע' ט' וסי' רל"ה סע' כ"ג.

[162] קכז) ר', למשל, עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' כ"ג וכ"ה לעומת סע' כ"ב, ואה"ע, סי' מ"ד סע' א', ג' וד'.

[163] קכח) טור חו"מ סי' רל"ה סע' י"ט. כך על אף ההסברים שמביא בית יוסף שם, לתירוץ דעתו של הרמב"ם.

[[51]] אך אנו להלן נקיים את מנהג המקורות, ובמושג "החרש" - בסתם - נשתמש לאו דוקא במובן הלשוני הנכון של בלתי שומע גרידא (בין אם בלתי שומע אילם ובין מדבר)[164], אלא נשתמש בו במובן המשפטי הטכני של חרש אילם מילדות.

להכיר את החרש הרי זה אם כן הרבה יותר פשוט מלהכיר את השוטה או השיכור - כי תלוי הדבר רק בהכרת עובדה גופנית ומקורה ההיסטורי - אך בו בזמן, הבנת הסיבה המהותית לפסלות החרש הריהי יותר מסובכת, אחרי שיודעים אנו כי החרש יכול להיות גם בר דעת גמור. מסתבר, כמובן, שההגבלה הולכת כאן אחר רוב המקרים, שידיעת החרש בהוויות העולם, הכרתו בזכויות וחובות, ואף כושר הבנתו הכללית נוטים להישאר לקויים מחמת קשי חינוכו - וההכשרה המשפטית הנקבעת בדיני ישראל לחרש מותאמת אפוא למציאות הלזאת, כפי שנראה להלן. אפשר לפי זה לשאול, מדוע אם כן בתחום המבוגרים מוגבלי הכושר השכלי, שאינם מגיעים לדרגת שוטים, מסתפקים דיני ישראל רק בהגבלה מסויגת של החרשים, ואינם מטילים אותה הגבלה גם על בני אותה רמה השומעים. התשובה היא בודאי, שאת החרשים קל להכיר - ואף אם הכרעת הענין לפי עובדת החרשות עשויה לפגוע בחרשים שהם בני דעת גמורים, חזקה על מקרי הפגיעה שיהיו מועטים. לעומת זאת, הכנסת קנה המידה של פתאים בעלמא, שאינם לא חרשים ולא שוטים ואף על פי כן מוגבלים, עשויה "שלא להותיר חיים לכל בריה" - ונראה לומר אפוא כי על אף החספוסים שמנינו נשארת כאן שיטתם של דיני ישראל הגיונית.

דבר דומה ניתן לומר על שיטתם של דיני ישראל בענין **הקטנים**. כאן מסתבך הענין מצידו המהותי על ידי כך שהכושר השכלי של האדם מתפתח עם גילו, ומגיע הוא בדרך כלל להבנה מספיקה לצורך יחסים משפטיים בין הדיוטות אֵי בשנות העשרה, אף לפני שנגמרת צמיחתו הגופנית של האדם, בין שנות העשרה האחרונות לשנתו הכ"א. אולם, קו הגבול [[52]] מבחינה זו כמובן איננו חתוך; לא ייתכן בו שום קנה מידה מהותי להגדרתו אצל כל אדם ואדם לחוד, וגם העמדתו על גיל פלוני גרידא יכולה רק להיות שרירותית - דבר המנוגד לרוחם ודרכם של דיני ישראל. על אחת כמה וכמה, אם נקבל את ההנחה שהתכשרות הדעת המשפטית אמנם צריכה להיקבע בהתאם לקו הגבול המהותי השייך לעניין והמושג בדרך כלל בשנות העשרה הראשונות, - ואין לדחותה עד לקצה הצפייות של הצמיחה **הגופנית**, אשר רק אותו אפשר אמנם להעמיד על גיל מהותי קבוע, שהוא עשרים שנה (והיינו, למעשה, 21-20). לאור הקשיים האלה נמצא בדיני ישראל הפתרון על ידי הצמדת המבחן לסימני **ההתבגרות המינית**. פתרון זה נושא מצד אחד את היתרון שהולך הוא אחר ההתפתחות המיוחדת של כל אדם ואדם - ולא על פי קנה מידה מופשט או שרירותי, כי אם על פי סימני היכר מהותיים של ממש; ומצד שני, אם כי המדובר הוא אמנם בסימני הכר של התבגרות מינית, ולאו דוקא של התבגרות שכלית - העובדה היא שבדרך כלל קרובים שני מיני ההתבגרות האלה להיות חופפים זה את זה. בקשר לכך אמנם מתקבל על הדעת, שהצמדת המבחן לסימני התבגרות המינית לא היתה מלכתחילה המצאה עיונית מחושבת, אלא מקורה במסקנה הטבעית הפשוטה, שלעניין נישואין מתכשר האדם עם התבגרותו המינית - ולאחר מכן הלכה כשרות הנישואין והוחלה גם כמבחן הכשרות לעניינים משפטיים אחרים, עד שנתקבלה כמבחן היסודי הכללי של התבגרות הדעת לצרכי מצוותיה של תורת ישראל. אולם בדיעבד נראה לומר

[164] קכט) ר' חגיגה ב' ב' וגיטין ע"א א'.

שהתפשטות זו ודאי לא היתה רק פרי של היקש שיגרתי, כי אם גם פרי האישור שהיקש [[53]] זה קיבל מחוקי המציאות הטבעית - ומסתבר שבאמת אין לחשוש למה שהשופט צלטנר מביא בספרו בשם מחברים אישלמיים, כי ההפרדה "בין הבגרות לצרכים אישיים, כגון נישואין, והבגרות לצרכים עסקיים, כגון כושר חוזי... יותר הגיונית מאשר הזהות בין שתי המטרות השוררת בתורה המערבית"[165]. כך, לפחות, כל זמן שדנים אנו בדבר מנקודת ראות עקרונית מהותית ולא מנקודת הראות של התפתחויות סוציולוגיות מיוחדות, התלויות בזמן ובמקום, אשר בהן נחזור עוד לדון בסעיף הביקורתי המיוחד להלן.

כנקודת המוצא לניתוח זה והמסקנות שהוצעו בו שימשה העובדה שעל אף התליית המעבר מקטנות לגדלות בדיני ישראל לאו דוקא בסימנים ישירים של כושר הדעת, כי אם בסימנים של הבגרות המינית, מודגש במקורות בבירור כי מבחינה מהותית באמת אין הכוונה להתלות כאן את המעבר בבגרות גרידא, כי אם דוקא ובפירוש בבגרות **השכלית**: ר', למשל, מנחות צ"ג א' ויומא מ"ג א'; ור' באנציקלופדיה התלמודית ערך "גדול": "ולא שהשנים והסימנים בעצם הם עיקר הגדלות והם הגורמים את דין הגדלות, שבתורה לא שנים כתובים ולא סימנים אלא גדול וקטן, אלא הם רק ראיות והוכחות להבחין על ידם את הגדלות" (אשר עיקרה הוא בכושר הדעת, כפי שמתברר במנחות ויומא).

אולם, משהגענו כאן, שוב צריכים אנו לחזור על עקבינו. סימני ההיכר הממשיים של הבגרות המינית אמנם נתקבלו בדיני ישראל כמבחן הכללי לגדלות משפטית - אך גם מן הבחינה הפורמלית (ולא רק מן הבחינה המהותית, כפי שהסברנו לעיל) אין מבחן זה עומד על יסודו הוא עצמו. תלוי הוא במבחן נוסף ויסודי יותר - הוא המבחן של **הגיל** - ורק אם כבר הגיע האדם לגיל המתאים יכולים סימני הבגרות המינית להועיל לו כדי להיחשב כגדול. הגיל הנדרש הוא השלמת שלש עשרה שנים וכניסה ליום שלאחר מכן - לגבי הזכר, והשלמת שתים עשרה שנים וכניסה ליום שלאחר מכן, לגבי הנקבה. במניין הגיל [[54]] אין מתחשבים בשעות לבדן, כי אם רק בימים, הנמנים מערב לערב[166]. סיבת ההבחנה בין זכר לנקבה בענין הגיל היא משום "ויבן ה' את הצלע' - מלמד שנתן הקב"ה בינה יתירה באשה יותר מבאיש" (היינו: מטבעה; ואין מתחשבים בעובדה, שמבחינת הדעה הנרכשת על ידי הנסיון חזקה דוקא על הנער, ש"מצוי בבית רבו", ולכן "נכנסת בו ערמומית תחילה")[167].

נכנס האדם לגיל הגדלות, עדיין אין הוא נעשה גדול אלא אם הביא שתי שערות תחתונות גדולות, שיהא בהן כדי לכוף ראשן לעיקרן[168]. לענייניים שבאיסור, לקולא (כגון כושר חליצה), טעון סימן זה בדיקה, ואין הגיל כשלעצמו יוצר חזקה בדבר קיום הסימן; אבל לדיני ממונות, ולענייניים אחרים שבאיסור, לחומרא, יוצר הגיל חזקה[169]. הבדיקה צריכה להיות דוקא לאחר מלאת הגיל, וסימן שנמצא לפני מלאת הגיל אינו מועיל אפילו בדיעבד, משהגיל נתמלא - עד כדי כך שאין הוא

---

[165] קל) **צלטנר**, א', עמ' 237.
[166] קלא) עה"ש חו"מ סי' ל"ה סע' א' וסי' רל"ה סע' ג' וי"ב.
[167] קלב) נידה מ"ה ב'.
[168] קלג) עה"ש חו"מ סי' ל"ה סע' א' ואה"ע סי' קע"ב סע' י"א-י"ב וסי' קנ"ה סעי' ל"א ואילך.
[169] קלד) שם, חו"מ סי' ל"ה סע' א' וב' וסי' רל"ה סע' ג'.

מועיל גם בבדיקה חוזרת, לאחר מלאת הגיל, ונחוצים בבדיקה החוזרת דוקא סימנים נוספים, מלבדו[170]. מצד שני, סימן שנתגלה בבדיקה לאחר מלאת הגיל מועיל על פי חזקה למפרע, משעה שהגיל נתמלא, אלא אם בדיקה קודמת לאחר מלאת הגיל עדיין לא גילתה סימנים, שאז אין הסימן מועיל אלא משעה שנתגלה[171]. באשה שהרתה אחר מלאת הגיל עשוי להועיל סימן ההריון אף אם עדיין לא נתגלו שתי שערות, כי נוצרת חזקה שהיו שערות ונשרו[172], וכן אפשר גם כי סימנים מובהקים אחרים לבגרות מינית, שהופיעו אחר מלאת הגיל, ייצרו אותה חזקה[173].

לא נתגלו באדם סימני בגרות מינית עד שנכנס לשנתו העשרים (י״ט שנים ול׳ יום), נעשה הוא גדול אם מכאן ואילך מתגלים בו סימני בגרות מינית או סימני סריס או אילונית - וסוג הסימנים המתגלה ראשון הוא הקובע אם הגדלות תהיה על בסיס מיני חיובי או שלילי[174]. סימני סריס או אילונית שנתגלו מגיל כ׳ ואילך מועילים למפרע מגיל י״ג או י״ב[175]. לא נתגלו לא סימני בגרות מינית ולא סימני סריס או אילונית, אין [[55]] האדם נעשה גדול אלא משעבר את חזקת רוב שנותיו ונכנס לגיל ל״ו[176]. הגדלות באופן זה היא על בסיס מיני שלילי, כאילו נתגלו באדם סימני סריס או אילונית[177].

יש לציין כי מלבד הדינים הללו בקשר למעבר מקטנות לגדלות, יש עוד באשה הבחנה בין ״נערה״ - שהיא גדולה על פי הדינים שמנינו - לבין ״בוגרת״, שמלאו לה עוד ששה חדשים משעה שגדלה. ההבדל העיקרי בין נערה לבוגרת הוא שרק עם הבגרות (ולא עם עצם הגדלות) יוצאת הנערה מרשותו של אביה. בענייננו שלנו, שעיקרו בכושר למעשי קניין, קובעת **הגדלות**, ואילו שלב המעבר של ״הנערות״ אין לו כאן אלא חשיבות עקיפה (כגון שחזקת מציאתה של הנערה היא עדיין לאביה, ולא לעצמה, גם כאשר אין היא סמוכה על שלחנו)[178].

עתה, משהכרנו את הגדרים הכלליים לתחולתה של הגבלת הכושר, נעבור לראות את עצם תוכנה, במה שנוגע למעשי הקניין. הכלל מדאורייתא הוא שמעשה קניין של חרש, שוטה וקטן (וכן של שיכור כלוט ושל נכפה בשעת התקף) הריהו בטל[179]; אולם דין כללי זה כפוף כאמור לסייגים, ולהלן נסקור בפרוטרוט את הסייגים המתיחסים למעשי קניין בדיני ממונות.

---

[170] קלה) שם, חו״מ סי׳ ל״ה סע׳ א׳.

[171] קלו) שם, שם, סע׳ א׳-ב׳ ואה״ע סי׳ קע״ב סע׳ י״ד.

[172] קלז) שם, אה״ע סי׳ קנ״ה סע׳ מ״א.

[173] קלח) שם, אה״ע סי׳ קנ״ה סע׳ מ״ב-מ״ג וחו״מ סי׳ ל״ה סע׳ ג׳.

[174] קמ) שם, חו״מ סי׳ ל״ה סע׳ ג׳ ואה״ע סי׳ קע״ב סע׳ י״ג-י״ד. ונראה שקו הגבול הנכון הוא בגיל י״ט ול׳ יום, כמובא בחו״מ סי׳ ל״ה סע׳ ג׳, ולא בגיל כ׳ פחות ל׳ יום, כפי שמובא על פי הרמב״ם באה״ע סי׳ קע״ב סע׳ י״ג - שכך הוא בבירור בגמרא, נדה מ״ז ב׳ - מ״ח א׳, וכן דעת כל המפרשים, וגם התירוץ שמנסה בעל עה״ש לתרץ את הרמב״ם באה״ע סי׳ קנ״ה סע׳ מ״ו אינו מסלק לע״ד את הקושי.

[175] קמא) עה״ש חו״מ סי׳ רל״ה סע׳ י״ח-י״ט.

[176] קמב) שם, חו״מ סי׳ ל״ה סע׳ ג׳ וסי׳ רל״ה סע׳ י״ח-י״ט; ומסתבר: ל״ה שנים ול׳ יום, כדעת הרמ״ה (ר׳ בית יוסף על טור חו״מ סי׳ רל״ה סע׳ י״ג).

[177] קמג) תוספות על נידה מ״ז ב׳, ד״ה עד רוב שנותיו.

[178] קמד) **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך ״בוגרת״; ור׳ עה״ש חו״מ סי׳ר״ע סע׳ ב׳.

[179] קמה) עה״ש חו״מ סי׳ רל״ה סע׳ א׳, כ״ב, כ״ג וכ״ה; אה״ע סי׳ מ״ג סע׳ א׳, סי׳ מ״ד סע׳ א׳ וג׳-ד׳.

סייג ראשון וכללי הוא שגם כאשר פסול האדם למעשי קניין לגמרי, מכל מקום יכול הוא לזכות באמצעותו של אחר הזוכה לו, משום "זכין לאדם שלא בפניו"[180]. העניין צריך להיות עיקרו ורובו לזכותו של המזוכה, אבל משנתקיים תנאי זה, אין נפקא מינה אם יש בעניין גם צד של חובה. הזוכה לחברו במסגרת זו אינו יכול לזכות לו מנכסיו שלו עצמו, כי אם רק מן ההפקר (כגון מגביה מציאה לשמו של המזוכה) [[56]] או בבחינת צד ביניים בזיכוי על ידי צד שלישי (מזכה), הבא לזכות את המזוכה מנכסיו הוא. הזיכוי בצורה זו נשאר תלוי מלכתחילה בתנאי, ורק אם המזוכה יכול גם לזכות לעצמו, או שמגיע הוא ליכולת לזכות לעצמו, ואין הוא מוחה כשנודע לו על הזיכוי, נעשה הזיכוי מוחלט. על עיקרי הזכייה בדרך זו נעמוד עוד באופן כללי לחוד, להלן. אין לערבבה עם זכייה על ידי אפוטרופוס - שענייני חרש, שוטה וקטן יכולים תמיד להתנהל גם באמצעותו של אפוטרופוס, ולא רק לזכות, ולאו דווקא על תנאי - אבל בפרטי הסדר זה לא נעסק כאן[181].

הסייג השני הוא שגם כאשר פסול האדם למעשי קניין לגמרי, מכל מקום אם תפס חפץ מן ההפקר (או לאחר יאוש הבעלים), הריהו זוכה בחפץ זכייה מסויגת, מדרבנן, והיינו שכל זמן שנשאר החפץ בהחזקתו הריהו כבעל החפץ, אבל אם יצא מהחזקתו להחזקתו של אחר - ואפילו שלא כדין, בדרך גזילה - אין לאיש תביעת החזקה[182].

בשני סייגים אלה מתמצות ההקלות לגבי השוטה (לרבות שיכור כלוט ונכפה בשעת התקף), וכן לגבי תינוק שלא הגיע אפילו למיזער של דעת, שאינו יודע להבחין עדיין בין טיבו של צרור לטיבו של אגוז. הגיע התינוק למיזער של דעת כזה, שאם נותנים לו אגוז, הוא נוטלו, אבל צרור הוא זורק, יכול הוא לזכות בזכייה גמורה מדאורייתא על ידי "דעת אחרת מקנה". דרך זכייה זו דומה ביסודה "האידיאולוגי" למה שראינו בסייג הראשון, אך נבדלת היא ממנה בזה שאין כאן צד ביניים, אלא המזכה מקנה למזוכה במישרין מנכסיו הוא, והזכייה גם איננה דוקא על תנאי, אלא מוחלטת היא בסתם לאלתר, על ידי דרך הקניין המתאימה, הנערכת בין המזכה לקטן המזוכה, תוך הסכמת הקטן לקבלת המתנה[183].

[[57]] מסתבר כי במקום שיש לאדם אפוטרופוס, תלויות כל ההקלות האלו בדעתו של האפוטרופוס, והיינו שאם נראה לו כי הזכייה אינה לטובתו של בן החסות, יכול הוא להעלות את הטענה שאין זו זכייה אלא חובה, הבטלה מעיקרא - ומי שטוען להיפך, עליו יהא לשכנע את בית הדין כי המעשה הוא תקף. מצד שני, אם המדובר הוא בזיכוי על ידי צד ביניים, אשר האפוטרופוס שמע עליו ולא מחה - מסתבר שיהא בכך משום אישור הזיכוי וקבלתו על ידי האפוטרופוס, באופן שהזיכוי ייעשה מוחלט[184]. אולם, מעבר להקלות האלו יש עוד הקלה שתוקנה במיוחד לקטן אשר הגיע למידה מסוימת של דעת **ושאין** לו אפוטרופוס. הקלה זו מתיחסת לקטן שמלאו לו לפחות 6 שנים (עונת "הפעוטות") והוא מבין קצת בטיב משא ומתן. עד גיל 10 טעונה ההבנה בדיקה, אך מגיל 10 חזקה שההבנה קיימת. קטן כזה, אם הוא יתום או עזוב ואין לו משום מה אפוטרופוס,

---

[180] קמו) שם, חו"מ סי' רמ"ג סע' י"ח.
[181] קמז) ר' עה"ש חו"מ סי' ר"צ וסי' רל"ה סע' כ"ג.
[182] קמח) שם, חו"מ סי' רמ"ג סע' י"ח וסי' ר"ע; ור' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ט"ו.
[183] קמט) עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' ח' וסי' רמ"ג סע' ט"ז וי"ז.
[184] קמט-1) השווה עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' י' וי"ד.

תיקנו לו כושר למעשי קנין מדרבנן, "משום כדי חייו", והיינו כדי שיוכל להתקשר על השגת צרכי חייו בלי שהבריות יטו להשתמט מפניו, מחשש שהעסק יהא בטל או יעמוד לביטול. מתוך אותו שיקול, הכושר שתוקן לפעוט המבין אינו מתיחס רק לאותם עסקים הנחוצים באמת לשם צרכי חייו שבעין לפי מסיבותיו האישיות המיוחדות, אלא מתפשט הוא על כל העסקים אשר על פי טיבם האובייקטיבי יכולים הם להיות נחוצים, והצד שכנגד פטור אפוא מלחקור בדבר בכל מקרה ומקרה. עסקים כאלה הם כל מיקח וממכר במיטלטלין, ואפילו נתינת מתנה, כי חזקה על הקטן "דאי לאו דעביד ליה טובה לא היה נותן לו מתנה, וגם זה הוא בכלל כדי חייו, שלא יתרחקו ממנו מלעשות לו טובה, ולכן בין במתנה מרובה בין במועטת, בין במתנת בריא בין במתנת שכיב מרע, מעשיו קיימים, דאי אפשר לחלק בזה, וכשנתן לו מתנה מרובה מסתמא עשה לו טובה גדולה"[185]. העסק היכול להיות תקף במסגרת זו צריך להיערך דווקא בדרך משיכה, או - בעניין שמעות קונות - במעות, ונראה לומר שיכול להועיל גם קניין חצר (לפחות אצל קטנה), אבל דרכים אחרות, יותר מסובכות, [[58]] כמו קניין סודר (חליפין), קנין אגב או שכירות חצר (שיש בה צד מקרקעין) אינן מועילות[186] (הגבלה דומה חלה גם בזיכוי מיטלטלין לקטן על ידי דעת אחרת מקנה, באין צד ביניים[187]). סייג אחר הוא, שאם העסק כולל הלוואה לקטן, אין זה חייב להחזירה אלא משיגדיל, ואף אז - בסתם חייב הוא להחזיר רק אם לווה לצורך מזונות, שאם לא כן חזקה על המלווה שהלווה בתנאי, שאם ירצה הקטן, יחזיר, ואם לא ירצה, יהא הממון מתנה[188].

מעבר להכשרה מוחלטת זו, נראה כי הקטן המבין ושאין לו אפוטרופוס יכול גם לשאת ולתת במקרקעין, אבל רק במקרקעין שלא באו לו בירושה או במתנת שכיב מרע, ועל כל פנים נשאר העסק בקרקע תלוי באפשרות חזרה מצד הקטן. אפשרות החזרה של הקטן עומדת לו כנראה עד לאחר זמן מה משיגדיל, ולפני כן יכולה החזרה להתקיים על ידי יורשי הקטן, או על ידי אפוטרופוס שיועמד לו, או על ידי בית הדין[189]. עסק שטרות דינו כעסק מיטלטלין (אף על פי שיש בשטר שעבוד קרקעות)[190]. כמו כן, להלוואה שיכול הקטן ללוות יכול הוא לשעבד אפילו מקרקעין, ואפילו מקרקעין שבאו לו בירושה או במתנת שכיב מרע, וכל חוב הראוי להיגבות ממנו עשוי

---

[185] קנ) שם, שם, סע' א', ב', ו', י', י"א.

[186] קנא) שם, שם, סע' ז' (תוך הכרעה לפי הטעם המהותי של הדברים).

[187] קנב) שם, סי' רמ"ג סע' י"ט.

[188] קנג) שם, חו"מ סי' רל"ה סע' ט"ז. עם זאת יתכן שהעסק יכלול חיוב מצד הקטן, שפרעונו לא נדחה כהלוואה, ואז חייב הקטן לפרוע אפילו לפני שהגדיל: שם חו"מ סי' צ"ו סע' ד'.

[189] קנד) שם, שם, סע' ג' וכ'. בקשר לאפשרות החזרה מובאת כאן הדעה, שאם היה העסק מכר שמכר הקטן, והחזרה היא לפני שגבה הקטן את המחיר, אין הפירות חוזרים, כי הפירות שאכל הלוקח נעשו מטלטלין, ומתנתו של הקטן במיטלטלין קיימת - וגם אין בזה חשש של ריבית, כפי שיש במקרה שהמחיר כבר נגבה. אולם, דעה זו, לע"ד היא תמוהה ואינה יכולה לעמוד, שהרי באמת אנן סהדי שהקטן לא קיבל כאן שום טובה, ולא התכוון למתנה, כי אם למכר, והמחיר שהקטן ציפה לו באמת לא היה אמור לכסות רק את הערך של גוף הקרקע, אלא גם את הזכות לפירות הכרוכה בקניין הגוף. בעל עה"ש נוטה גם כנראה לדעה, שזכות החזרה מצד הקטן אינה פוקעת משהגדיל ושתק, אלא נשארת היא לעולם, כבעסק הבטל מעיקרא; אך האמת נראה שנטיית המקורות איננה כך, וביחוד לאור מה שמביא המחבר בסע' כ"ד, שבטלות העסק מעיקרא הריהי כאן לכל היותר "ספיקא דדינא", ונמצא אפוא שלמעשה הצד שכנגד על כל פנים אינו יכול לבטל.

[190] קנה) עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' ד', והשווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק שני, פרק ה', סע' ו', הערה ל"ח.

להיגבות אף מן המקרקעין[191]. מצד שני, ערבות הקטן היא תמיד בטלה, גם כשכשר הוא "משום כדי חייו"[192].

מלבד הסייגים הללו, הפותחים לקטן פתח של כושר, כשמעיקרא הוא פסול, יש גם סייג הממשיך את הפסלות אף לאחר שהקטן הגדיל ונעשה כשר [[58א]] בדרך כלל. סייג זה מתייחס לעסקים שבהם מסתלק האדם מגופם של מקרקעין שבאו לו בירושה או במתנת שכיב מרע. עסקים כאלה אינם מוחלטים אף כשהאדם הוא גדול, אלא אם מלאו לו עשרים שנה, ואם נעשו קודם לכן, עומדים הם לביטול כפי שהוסבר לעיל בעסקי מקרקעין של קטן, עד זמן מה לאחר שימלאו לאדם עשרים שנה[193].

מעין סיג אחר שראוי להזכיר כאן הוא שגדול הסמוך על שלחן אביו - חזקת מציאתו היא לאביו[194]; אולם מתנה הניתנת לגדול הסמוך על שלחן אביו - חזקתה למקבל המתנה בעצמו, ורק מתנה הניתנת **לקטן** הסמוך על שלחן אביו, חזקתה לאביו[195]. חזקת המציאה של הנערה היא לאביה גם כשאין היא סמוכה על שלחנו, כפי שכבר הזכרנו לעיל, בסמיכות להערה קמ"ד.

לאחר מכן נשאר לנו לעמוד עוד על הסייגים המתייחסים **לחרש**. דינו של החרש הוא, שאם נבדק ונמצא מבין בטיב משא ומתן, כשר הוא למעשי קניין כקטן "משום כדי חייו"[196]. על מציאת החרש נאמר שאין היא שלו אלא "מפני דרכי שלום", כמציאת השוטה[197], ולכאורה חל אותו הדן אף על מציאת הקטן, גם כשכשר הוא "משום כדי חייו".

לבסוף יש לציין כי אדם הפסול למעשי קניין ושיש לו אפוטרופוס, יכולים מעשיו (בדיני ממונות) להיות כשרים, אם נעשו מדעת האפוטרופוס או נתאשרו על ידיו[198].

ו. הכושר האישי למעשי קניין - ההגבלות "המהותיות" - סיכום ביקורתי

הנקודה הראשונה שראוי לתת עליה את הדעת בסיכום, הריהי בהפרש שבין דיני ישראל לשיטות האחרות בענין כלליות התפיסה והתפשטותה על פני התחומים השונים של המשפט. נראה לומר שהעדיפות היא כאן לשיטה העברית; כי אף על פי שבכל תחום מיוחד של המשפט עשויות להתעורר כמובן בעיות מיוחדות, המחייבות הסדרים מיוחדים, מכל מקום העובדה נשארת שעוסקים אנו כאן בהנחת היסוד, שבתחומים השונים מתקבלת איך שהוא מסקנה משותפת, שתוצאות משפטיות מסוימות השייכות לאותם תחומים, צריכות להיות תלויות בכושר [[59]] הדעת המשפטית של האדם - והרי זה, ביסודו של דבר, בכל התחומים, אותו מושג מהותי בעצמו. לאחר מכן, אם נמצא כי בתחום כלשהו, בעניין פלוני, יש לדרוש כושר גבוה מן המכנה המשותף,

---

[191] קנו) עה"ש חו"מ סי' רל"ה סע' י"ז.
[192] קנז) שם, שם, סע' כ"א.
[193] קנח) שם, שם, סע' י"ג וט"ו.
[194] קנט) שם, חו"מ סי' ר"ע סע' ב'-ג', ור' גם סע' ה'-ו'.
[195] קס) שם, שם, סע' ד'.
[196] קסא) שם, חו"מ סי' רל"ה סע' כ"ב וסע' רמ"ג סע' י"ח.
[197] קסב) שם, חו"מ סי' ר"ע סע' א'.
[198] קסג) שם, חו"מ סי' רל"ה סע' י'.

הממוצע, או ראוי להסתפק בכושר נמוך - ממילא כבר מופיע הדבר רק כצורך לסייג את המסקנה היסודית; ואם מוצאים אנו כי בשיטת משפט פלונית נקבעים הסדרים שונים, למשל, לכושר ההתקשרות בחוזה עבודה, מצד אחד, לכושר האחריות בנזיקין, מצד שני, ולכושר האחריות העונשית מצד שלישי, לא מתוך שיקולים כלשהם של הכרח סיוג (אשר בין שלש הדוגמאות הנזכרות כנראה אין הוא קיים כלל), אלא רק מתוך שהגישות הן מלכתחילה נפרדות ובלתי מתואמות - הרי זה באופן ברור מצד אשר הגורם ההגיוני של צדק והצדקה נעדר ממנו מעיקרא.

בהתאם לכך ממילא משמע, שגם בתחום המיוחד שלנו, תחום הכושר למעשי קניין בכלל ובדיני ממונות בפרט, פרטי ההסדר העברי הם יותר מבוססים ממה שמוצאים אנו בשיטות האחרות - ואמנם כבר ניסינו לעמוד גם על גדרי הגיונו הענייני של ביסוס זה, במה שנוגע לכושר הגיל ולהגבלת החרשים. מסקנת לואי המשתמעת מכאן היא, שגם מצד הגבלות הכושר "המהותיות" - כמו מצדן של הגבלות הכושר "האידיאולוגיות" - אין הצדקה להפרדה מושגית יסודית מעין זו שנקבעה באיטליה בין מעשי קניין על פי הסכם בדיני ממונות לבין מעשי קניין על פי הסכם בדיני משפחה.

כנקודה שנייה ניקח לנו את רשימת סוגי האנשים הנתונים להגבלות. בנקודה זו מתלבטים שני הבדלים עיקריים בין דיני ישראל לשיטות אחרות. האחד הוא במה שבשיטות אחרות מוצאים אנו הבחנה בין סוגים שונים של שוטים, לא על בסיס מהותי כי אם פורמלי, והשני הוא שבשיטות אחרות נעדרת ההגבלה המהותית הישירה של חרשים ובמקומה מוצאים אנו אפשרות לפסילתם הפורמלית של "רפי שכל" ממינים שונים. בהקשר זה יש לכאורה גם הבדל חשוב שלישי, והיינו בהגדרה המהותית של השוטים, שהיא שונה משיטה לשיטה; אך באמת נראה שכל ההגדרות מכוונות למעשה לעיקר אחד, ושום הבדל של ממש אינו קיים בזה. הגישה העברית, מצידה, על כל פנים, רחוקה בנושא זה מכל נוקשות של ניסוח, והריהי פתוחה לכל הבהרה שהתפתחות המחקר המדעי תוכל לאפשר.

אשר להבחנה בין סוגים שונים של שוטים על בסיס פורמלי, נראה [[60]] לומר קודם כל שאפשרות ייחודם של שוטים על פי קנה המידה של אישפוז, כמקובל בצרפת ובאיטליה, נוטה למעשה להתמסמס מתוכה. עצם עובדת האישפוז אינו ראוי כמובן לשמש הוכחה כי האדם הוא שוטה: רק חוות הדעת הרפואית, אשר שימשה יסוד לאישפוז, יכולה לשמש הוכחה שכזאת - אך משהגענו לכאן, ממילא חוזרים אנו לדיני הראיות הכלליים, בלי שיהא מקום להכיר עוד לעובדת האישפוז ייחוד משפטי כלשהו. נשארת אם כן רק בעיית ההבחנה בין "שוטים מוכרים" ושוטים שאין להם מעמד מוכר. ההבחנה חשובה למעשה רק לגבי נטל ההוכחה: במקום שיש לשוטה מעמד מוכר, נמצא כי מי שטוען שבשעה פלונית היה האיש שפוי - ההוכחה היא עליו, בעוד שכאשר אין מעמד מוכר, מוטלת ההוכחה על מי שטוען שבשעה פלונית היה האיש שוטה. אין ספק שכאשר האיש נוטה להיות שוטה דרך קבע, ועובדה זו מקבלת הכרה משפטית בעלת תוקף כללי, עשויה הכרה זו לשמש לאנשים אזהרה מלכתחילה, ועשויה היא למנוע התדיינות סרק בדיעבד. מצד שני, אם לא יינתן להכרה ליהפך לחזקה שאינה ניתנת לסתירה, ממילא לא ייגרם גם עוול בין הצדדים במקרים שמעשי האיש יהיו ראויים להתקיים. מגרעת ההסדר היא רק בעוול המוסרי העשוי

להיגרם למי שיוחזק בינתיים כשוטה, בעוד שלמעשה הוא שפוי; אך מסתבר שעוול כזה צפוי להיגרם רק במיעוט קטן של המקרים - ובסך הכל נראה אפוא, שלנוכח התפתחותה של היכולת להגדיר את השוטים באופן מדעי, ראוי כי הסדר מן הסוג הנידון יתוקן גם בדיני ישראל[199].

אשר ליחס לחרשים ול"רפי שכל" ממינים שונים, כגון שיכורים מתמידים, [[61]] בזבזנים וכיו"ב - למעשה כבר ניתחנו אותו מבחינה ביקורתית במה שאמרנו בעניין החרשים והפתאים הפחותים משוטים, בסעיף הקודם. נוסיף כאן בסיכום, שהיה הדבר נוגד את רוחם ושיטתם הכללית של דיני ישראל, לאפשר את פסילתם של אנשים בלי שום קנה מידה של ממש, ורק לפי הרגשתו של הדיין (או אפילו לפי מבחן פסיכו-טכני מן הסוג שנתחדש בימינו) בדבר דרגת המישכל וסבירות המעשים של האיש הנמצאות על כל פנים ברמה של בריאות מבחינה רפואית[200]; על אף השוני בעניין זה בין דיני ישראל לבין שיטות יותר חדישות, נראה אפוא ששום חידושי תקנות אינם מתבקשים פה[201].

כנקודה שלישית נתעכב על הבחנה שראינו בגרמניה בין חוסר דעת הנובע מצב של קבע לבין חוסר דעת ארעי, כמו היפנוזה או שכרות, הפוסל אמנם את הצהרת הרצון של בעליו אך עשוי לקיים את ההודעה שנמסרה לו. הבחנה זו נראית חסרת הגיון והצדקה עניינית. כנגדה אפשר לציין את ההבחנה המועברת בדיני ישראל בין חוסר הדעת הפוסל של שיכור לבין חוסר הדעת של אדם ישן, אשר לפחות מבחינה עקרונית אינו פוסל. אמנם, גם הישן אינו בר דעת בעת השינה, ולכן אין הוא אחראי למה שעשה באותה שעה[202], ואין גם משמעות למה שעשו לו באותה שעה אחרים, בדבר התלוי בדעתו ושפג [[62]] לפני שהדעת חזרה[203]. אולם, עם כל זאת, מי שהוא רק ישן, הרי כדי שיחזור לדעתו "אין הוא מחוסר מעשה" - אין צורך בשום מעשה רפואה כדי להחזיר לו את הדעת, אלא די רק להעירו - ולכן נחשב הוא עקרונית בר כושר. נפקא מינה, למשל לענין תוקפו של גט, אשר נכתב בעת שנתו של המגרש, על פי הוראה שנתקבלה ממנו בשעת יקיצה. לעומת זאת, גט שנכתב בשעה של שיכרות הוא פסול, כי השיכור - כשוטה - הוא "מחוסר מעשה", ואין להחזירו להכרה אלא בטיפול רפואי[204].

---

[199] קסד) **במדינת ישראל** דהאידנא הוכנס לכאורה ההסדר הנידון בסעיפים 8-10 של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב, אך למעשה אין זה הסדר כמוצע, כי החוק משאיר את ההכרזה הכללית על אדם כ"פסול דין" כאפשרות יחידה שבה יכולים מעשיו של שוטה להיפסל: פעולה שנעשתה לפני ההכרזה הריהי לכאורה בת תוקף, וביחוד כשבינתיים הבריא האדם, ושוב אי אפשר להכריז עליו כ"פסול דין". מצד שני, ההכרזה יוצרת פסלות שאינה ניתנת לסתירה, אף לעתים של שפיות. יש גם לציין כי החוק מתעלם מבעיית הפסלות של שיכורים, נכפים וכיו"ב.

[200] קסה) בעה"ש אה"ע סי' מ"ד סע' ג' מובאת אמנם הבחנה בין שוטים חלקיים כביכול לבין שוטים שהם "שוטים גמורים" ושרק קידושיהם שלהם בטלים לגמרי, בעוד שקידושי השוטים החלקיים מוכרים כקידושי ספק; אולם, באמת זוהי רק הבחנה **לחומרה** בדיני קידושין, ועל כל פנים אין בה כדי לסתור את מה שאמרנו, אחר שגם השוטים החלקיים שבכאן יש בהם על כל פנים אותו מיזער-מחלה העושה את האדם לשוטה מבחינת המצג הרפואי והמשפטי הכללי.

[201] קסו) השווה חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב, במדינת ישראל, שאמנם לא קיבל את אפשרות פסילתם של חרשים, אבל גם לא הכניס את אפשרות פסילתם של אנשים אחרים אשר אין להם לפחות "ליקוי בשכלם".

[202] קסז) עה"ש חו"מ סי' ת"כ סע' מ"ו - ממצב הישן יש להבדיל את המצב של "נים ולא נים, תיר ולא תיר" אשר נראה שמעשיו קיימים: עה"ש אה"ע סי' מ"ג סע' ב'.

[203] קסח) ר' בבא קמא פ"ח ב', שאם אחריות המבייש את חברו היא משום בושתו העצמית של המבויש (ולא משום הורדת ערכו בעיני אנשים אחרים), הרי המבייש את הישן פטור אף כלפי יורשיו של האיש, אם זה מת לפני שהספיק להתעורר.

[204] קסט) עה"ש אה"ע סי' קכ"א סע' ח'.

לאחר מכן נשאר לנו לדון עוד בדיני הקטנות, והעניין מתחלק שוב לכמה ראשים.

ראשית, בעיית הגיל שבו עובר האדם ממצב של קטנות למצב של גדלות. ראינו כי בשיטות האירופיות - ולפחות בשיטות האירופיות החדישות שבהן אנו דנים כאן - הגיל הוא הרבה יותר גבוה מאשר בדיני ישראל. על עיקרו של עניין עמדנו כבר בסעיף הקודם, וכאן נתעכב עוד רק על השאלה שהזכרנו: האם התפתחויות חברתיות כלשהן, שהתרחשו מאז התגבשותו של הדין העברי פוגעות איך שהוא בהגיונו או בהצדקתו המעשית, בהשוואה לעמדתן של השיטות החדישות.

מעז אני לומר כי התשובה, בעיקרה, היא שלילית, וניתן לנמק את הדבר קודם כל מתוך השיטות הנוכריות בעצמן. ראינו, שגם כאשר תולות השיטות האלו את הגדלות בגיל גבוה, מכל מקום אין הן יכולות להשאיר את דרישת הגיל הגבוה כמבחן המקיף והמוחלט בנידון. כך, למשל ישנן בארצות יבשת אירופה הקלות המתאפשרות על ידי "אמנציפציה" - דבר המראה על העדר נחת בדרישת הגיל הרגילה - אך האמנציפציה היא אמצעי פורמליסטי מאוד, אשר בודאי רק במקרים של התפתחות מעיקה במיוחד עשויים אנשים לבוא להיזקק לו, ואילו במקרים רגילים ממילא משמע כי האנשים יבכרו להשלים עם המצב, או יפעלו תוך התעלמות מקשייו של הדין גם אם לא יהא בכך פתרון אמיתי וטוב לעניינם. דוגמה מובהקת שנייה היא בהקלות המתאפשרות [[63]] אפילו בלי "אמנציפציה", בקשר לחוזי עבודה; אך קטן שמאפשרים לו להתקשר בחוזה עבודה, ממילא משמע שלמעשה מאפשרים לו גם חיי משא ומתן בהקף נרחב באמצעות משכורתו - והמשך הגבלתו כקטן רק נהפך לו אז לפיקציה, תוך סכנה של ניצול לרעה על ידי קרוביו או על ידיו הוא עצמו.

מעבר לכך ישנם הנימוקים **האובייקטיביים** נגד הגבהת הגיל למבחן הגדלות, ועיקרם הוא בכך שגם בימינו, כאשר יציאת האדם מבית ההורים לחיים עצמאיים מתרחשת לכאורה בגיל גבוה יותר מאשר בעבר, מכל מקום העובדה נשארת שכושר משפטי עצמאי אף בגיל הנמוך יחסית הוא עדיין צורך קיים, הפורץ לו את דרכו - ולו גם שלא בטובתו של המחוקק, כשזה מנסה להתעקש. בקשר לכך יש להדגיש קודם כל את מה שאמרנו, שאף עצם ההנחה בדבר האיחור היחסי של יציאת האדם לחיים עצמאיים בימינו אינה נכונה למעשה, אלא רק לכאורה. אכן, בימינו, בדרך כלל נמשכת יותר תקופת הלימודים של הצעיר, שבה עדיין נשאר הוא ברשותם של הוריו; אך העובדה היא שגם בעבר, כשהצעיר למד [[64]] פחות והקדים לעבור לפעילות כלכלית - מכל מקום גם אז לא היה המעבר כרוך בדרך כלל ביציאה לעצמאות כלכלית לאלתר, אלא הצעיר נשאר היה סמוך על שלחן הוריו, ופעילותו שירתה רק את משק הוריו, בערך עד אותו גיל עצמו שבו מסיים כיום האיש הצעיר את לימודיו המוארכים. אם היתה בתקופות קודמות התעצמות מוקדמת יותר של האיש הצעיר, הרי זו לא היתה למעשה בתחום הכלכלי, כי אם רק בענין הנישואין - שהנישואין היו נערכים אף לפני צאת האדם לעצמאות כלכלית; ובהתאם לכך אם ההתפתחות מצדיקה איזה שינוי בענייננו, נראה היה לומר שההצדקה אינה מתיחסת על כל פנים לתחום דיני הממונות, כי אם לתחום דיני המשפחה. אולם, משהגענו עד כאן, מתברר שבעצם גם בזה אין שום יסוד לשינוי עקרוני. כפי שראינו, כבר בתקופת התלמוד הכירו חז"ל שהגיל הראוי לנישואין אינו דווקא חופף את גיל ההתכשרות המשפטית, אלא הוא הגיל המאוחר הרבה יותר, של י"ח שנים, "מאחר שצריך

ללמוד קודם שישא אשה"[205]; ויתכן אמנם שמטעם זה וכיוצא בו, וגם מטעמי בריאות, ראוי שלא להשאיר עוד אותה הכרה בגדר עצה טובה גרידא, אלא ראוי לחזקה גם בתקנות - מינהליות ועונשיות - כדי למנוע נישואין בטרם עת[206]. אולם, גם אם נקבל עמדה זו, אין משמע שגיל ההתכשרות המשפטית הטבעי, הנמוך יחסית, צריך דווקא שינוי - אף במה שנוגע לעניין הנישואין, כי כל ההתפתחויות והשיקולים אין בהם כדי לשנות את העובדה שאף בגיל הטבעי הנמוך יחסית כבר מסוגל האדם לנישואין מבחינת כושר להבין את המעשה, להתכוון אליו ברצינות ולמלא אותו תוכן - ובשים לב למשמעות הכבדה של הדברים, במקרה שהזוג אמנם הגיע לידי קיום המעשה לפחות מבחינה רצונית ותוכנית, על אף כל המכשולים המשפטיים והאחרים שעשויים היו לעמוד [[65]] על דרכו, הרי התגובה המשפטית השקולה על התפתחות זו ודאי אינה יכולה להתבטא בראיית המעשה כבטל, פשוט, ממנו ובו, אלא הכרח הוא שהמעשה יוכר על כל פנים כבר תוקף, ולו גם בכפוף לכל מיני התקנות שאפשר להתקין כנגדו.

ובהמשך מכאן, אם נחזור לדיני הממונות, נדמה שאין הדבר צריך הוכחה מיוחדת, שאף בארצות בהן רואים את מעשי הצעיר, שלא הגיע לגיל ההתכשרות המשפטית הגבוה, כבטלות מעיקרן או שניתנות לביטול, הרי בכל זאת, בכל עת תמיד, אפשר לפגוש צעירים הנחשבים כ"קטנים", שמנהלים הם עסקי רוכלות, או נכנסים לחנויות וקונים - ולו גם דברים קטנים - בלי שיעלה על דעתו של אדם לשאול אם המיקח והממכר התאשר על ידי האפוטרופוס, ושמא הוא עומד לביטול. שיטה משפטית המתעלמת ממציאות זו חוטאת ביומרנות, ובאמת - ברוב המקרים - גם אין טעם לפסלות הרשמית של המיקח וממכר מן הסוג הנידון, כי גם אם נניח שהצעיר סמוך עדיין על שלחן הוריו, הרי ההנחה מוכרחה על כל פנים להיות שהצעיר פועל בממון שהוא שלו, שאם לא כן (והצעיר פועל בלי רשות) פסול המעשה ממילא, גם בלי קשר לגיל. והנה, אם הממון הוא של הצעיר, הרי ברוב המקרים משמע שהוא קיבל את הממון במתנה לשם מעשה כגון זה שבא הוא לעשות, או שהוא כבר הגיע לידי כך שבעצמו השתכר או הרוויח את הממון - ובמקרים כאלה ודאי אין טעם לפסול את המעשה, אלא אם [[65א]] בלתי חוקי הוא כשלעצמו (ושוב, פסול ממילא), או שהוא מסוכן באופן מיוחד (כגון קניית נשק), אבל מעשים רגילים של משא ומתן יום-יומי, למה ייפסלו גם הם תוך כדי כך? אם יש טעם לפסול את מעשי הצעיר, אשר על כל פנים יש לו כבר הכושר להבין ולרצות את המעשה (כפי שאנחנו מניחים), הרי זה רק אם המעשה הוא בעל חשיבות יתרה, אשר יש לחשוש בו לפזיזות, כל זמן שדעת הצעיר עדיין לא הבשילה ולא נתיישבה לגמרי - והיינו מעשה העשוי להיות כרוך לאו דוקא בשימוש במתנה רגילה, או בממון שהצעיר עצמו השתכר או הרוויח, אלא מעשה העשוי להיות כרוך בבזבוז ירושה, מתנת הון או, נאמר, זכייה גדולה בגורל; אבל מעשה כזה הוא ממילא יוצא מן הכלל, ועשוי הוא לתת מקום לדין מיוחד, ואין שום הכרח לפגוע בגינו גם במעשים רגילים של הצעיר, אשר בין אם נרצה ובין לא, ממילא רואים אנו אותם מתקיימים בלי שום נזק, ואפילו בתועלת, מדי יום ביומו.

דברים אלה מחזירים אותנו למסקנה שקביעת ההתקשרות המשפטית בגיל הטבעי של התכשרות הדעת להבין ולרצות את המעשה, בלי שים לב לעובדה שגם לאחר גיל זה בדרך כלל, עדיין אין

[205] קסח) ר' לעיל, סע' ד', בסמיכות להערה כ"א.
[206] קסט) השווה במדינת ישראל דהאידנא, חוק גיל הנישואין, תש"י.

האדם נעשה עצמאי מבחינה כלכלית במשך כמה שנים עוד - קביעה זו, הנהוגה בדין העברי, נשארת טובה ומוצדקת גם בימינו, למרות כל מיני ההתפתחויות שחלו בינתיים. כי שוב נדגיש: במידה שיש חשיבות לעובדה שהאדם נשאר עדיין בלתי עצמאי מבחינה כלכלית, הרי ממילא לא יהיו לו האמצעים לפעול והוא לא יפעל, ואין נפקא מינא אם נתיר לו את הכשרות לכך ואם לא. בקשר [[66]] לזה אין גם לחשוש שמא - אף באין אמצעים - מכל מקום יוכל האדם להסתבך בחובות: כי האפשרות להתקשר בחוב תלויה באמונו של הצד שכנגד, ומי שניכר בו כי מבחינה כלכלית הוא עדיין "קטן", ואין לו האמצעים לעמוד בהתחייבות, ממילא גם לא יזכה באמון הדרוש כדי שיוכל להתחייב. חשיבותה של התכשרות המשפטית היא רק לגבי מי שיש לו האמצעים או שיכול הוא לזכות באמון - ומאדם כזה אין טעם לשלול את הכושר, כאשר הדעת המשפטית כבר בעצם גם כן ישנה, וביחוד אם נניח, שאין הדברים אמורים להתיחס אלא לנכסים שהצעיר עצמו הצליח לרכשם תוך כדי צעירותו, ולא לנכסי הון הבאים לו שלא בטובתו ושלגביהם יכול להישאר עוד חשש של פזיזות, כפי שאמנם הדין הוא במשפט העברי.

אולם, בנקודה זו, בכל זאת מסתבר שההתפתחויות של דורנו אמנם מצדיקות תקנה אחת כנגד דיני ישראל, כפי שסקרנום. ראינו שדיני ישראל אינם מסייגים את גיל הגדלות מן הבחינה שאמרנו אלא ביחס **לנכסי מקרקעין**. עמדה זו היתה מושרשת כמובן בעובדה שנכסי הון בתקופה העתיקה לא היו בדרך כלל אלא נכסי מקרקעין בלבד. בימינו השתנה הדבר, ונראה שאת הסייג הזה רצוי להרחיב על נכסי ירושה [[67]] (או מתנת שכיב מרע) בדרך כלל, בין אם הם מקרקעין ובין אם נכסים אחרים[207].

כמו כן, מסתבר שראוי היה להרחיב את הסייג גם על מיני עסקים מסובכים חדשים, שלא היו ידועים בתקופה העתיקה, כגון השתתפות פעילה בניהול "חברה" וכיו"ב[208].

לאחר מכן, נשאר לנו עוד רק להשלים את הדברים מצד כמה הבדלים אחרים המצויים בין השיטה העברית לשיטות הנוכריות.

סוג אחד של הבדלים הוא זה המתייחס למעשים שהאדם נמצא כשר להם בשיטות השונות על אף העובדה שמבחינה עקרונית הוא עדיין "קטן".

---

[207] קע) השווה בכיוון זה מה שמוצאים אנו, שאף בתקופת הגמרא כבר נהגו כנראה לסייג בצוואה את זכות הירושה של הצעיר, באופן שעל אף התכשרותו המשפטית לעת פטירתו של האב, עדיין היתה הצוואה משאירה לזמן מה את נכסי הירושה - ולרבות נכסי המיטלטלין שבה - להנהלתו של מין אפוטורופוס - שליש. ר' בבא בתרא קכ"ט א' וכתובות ס"ט ב'; עה"ש חו"מ סי' רנ"ג סע' כ"ו; והספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', סע' ב', מס' 4, בסמיכות להערה ק"א.

[208] קעא) בהקשר זה ראוי להשוות גם את הדין במדינת ישראל דהאידנא, על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב. לפי חוק זה, סע' 3 ו-13, גיל ההתכשרות הכללי בדיני ממונות הוא 18 שנה, ועל פי סע' 5 ניתנת פעולה ממונית שלמטה מגיל זה לביטול מצד "הקטין", עד עבור חודש ימים משעה שהיה האדם ל"בגיר"; אולם, על פי סע' 6, אין סעיף 5 חל לגבי פעולה "שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה" או פעולה אשר הצד שכנגד שבה לא היה לו לדעת כי בעל דברו הוא "קטין", אלא אם היה בפעולה "משום נזק של ממש לקטין או לרכושו". נראה כי הסדר זה בא לעשות פשרה בין הגישה האירופית לגישה העברית, באופן שאם יפעילוה שופטים פקחים הריהם יפעילו למעשה את השיטה העברית, אלא שמלכתחילה אין בה לדעת בבירור את גורלה של שום פעולה.

במסגרת זו, המעשה החמור ביותר הוא התקשרות בחוזה [[68]] עבודה. בשיטות הנוכריות ראינו כי חוזה העבודה של הקטן, גם אם יכול הוא להיות בעל תוקף, מכל מקום דרוש לו בדרך כלל איזה סוג של אישור, או שלפחות צריך להימצא בו כי הוא "בבירור לטובת הקטן", או שעל כל פנים כבר הגיע הקטן לגיל מסוים - וכיו"ב. בדיני ישראל, לעומת זאת, עקב טיבו של הגיל הדרוש להתכשרות המשפטית העקרונית ממילא אין הבעיה מעוררת שום צורך של פתרון מיוחד - ולפחות לא מאותה בחינה משפטית מסוימת שבה אנו דנים כאן: עד גיל ההתכשרות העקרונית - חוזה העבודה נשאר מעשיו של קטן, ומשהגדיל האדם (בדרך כלל, בגיל 12 או 13), דין חוזה העבודה כשאר מעשיו של גדול. אגב כך יש לציין, כי בדיני ישראל, גם אם יימצא חוזה העבודה של הקטן כתקף (מפני שהתאשר, למשל, על ידי האפוטרופוס, או שהנער כשר "משום כדי חייו", או שמכל מקום לא היתה חזרה מן העסק מצד הקטן)[209], הרי על כל פנים יהא פירושו של התוקף רק זה, שהקטן יהא זכאי לשכר המוסכם, לגבי העבודה שביצע כבר, אבל לא יהא פירושו שהקטן יהא גם חייב להמשיך ולבצע את העבודה שאותה קיבל על עצמו לעשות. כך, מפני שעצם הפסקת העבודה, כשלעצמו, אינו פשיעה מכל מקום, אפילו בגדול, ואילו במקרה שכרוכה ההפסקה בנזק הצפוי מלכתחילה - גם כן אין הקטן יכול להיות אחראי, מפני שאין הוא אחראי בנזיקין, ואף ערבות הנכסים [[69]] המוסכמת שלו לא תתפוס, אחר שלא תהא זאת ערבות לחיוב בגין מיקח או בגין הלוואה לצורך מזונות[210] (ומסתבר שאפילו אישורו של אפוטרופוס אינו יכול להועיל לגבי ערבות שכזאת[211]).

מצד שני, יש לשים לב לטענה אפשרית, שגם משהגדיל הקטן על פי הגיל הנמוך יחסית של דיני ישראל - עדיין הגיל הוא על כל פנים נמוך למדי, באופן שהנער מכל מקום עדיין לא יהא ראוי להתכשר לחוזי עבודה, מתוך שיקולים של בריאות וחינוך - גם אם ראוי היה לכאורה להכשירו על פי שיקולים של צורך הפרנסה וכושר הדעת גרידא. והנה, טענה זו עשויה אמנם להישמע כמוצדקת מאוד וראויה להכריע. אולם עניינה - בבירור - איננו בתחום הנידון של כושר הדעת, אלא שייך הוא לתקנות הכלליות של טובת הציבור. אפשר בהחלט להסכים על הצורך להגביל עבודת נוער, מעין מה שנעשה בחוק עבודת הנוער, תשי"ג, במדינת ישראל דהאידנא, אך הגבלה מסוג זה אין בה כדי לפגוע במאומה בתוצאה ובמסקנה, כי במידה שעבודת נוער תצא אל הפועל, בין באיסור בין בהיתר, הרי מבחינת כושר הדעת ותוקפו של החוזה על פי דיני הממונות כשלעצמם, הרי זו תידון על כל פנים לפי הדין הכללי שאמרנו - וטוב שיהיה כך.

הבדל נוסף במסגרת האמורה הוא, שבגרמניה אין האדם נעשה כשר אפילו למעשים של זכות גמורה אלא [[70]] בגיל 7 - ובהבדל משיטות אחרות אף נמצא כאן, שאם המדובר הוא למשל במתנה שהתיימר לתיתה לקטן מבן 7 בלי אישור האפוטרופוס, אין המתנה ניתנת להירפא אפילו בדיעבד. לעומת הגישה הזאת - ואף לעומת התוצאה המציאותית יותר, המתקבלות בשיטות

---

[209] קעב) מתעוררת גם השאלה אם חוזה העבודה של הקטן יכול בכלל להיות תקף - בלעדי אפוטרופוס - אחר שראינו כי אין קנין לקטן או ממנו אלא באמצעות משיכה או כיו"ב; אולם, באמת נראה לומר כי התחלת עבודה היא דרך קנין פשוטה, מעין משיכה, ור' גם בבא מציעא מ"ח א', ביחס לקניין על ידי משיכת כליו של אומן.

[210] קעג) ר' לעיל, בסמיכות להערות קנ"ג וקנ"ז, ובסמיכות להערה קי"ח, ור' גם בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', הערה ק"מ.

[211] קעד) דוק בשו"ע חו"מ סי' ר"ץ.

הנוכריות האחרות - נראה לומר כי ההסדר העברי בעניין הנידון הריהו פשוט מלאכת מחשבת, עיונית ומעשית כאחת.

עוד הבדל באותה המסגרת הוא ההבדל בעניין צרכי חייו של קטן, המתבלט ביחוד בין השיטה העברית והאנגלית - ולע"ד, אף כאן רק מתבלט, במקביל, יתרון השלמות של השיטה העברית.

כסוג אחר של הבדלים בענייננו אפשר למנות את בעיית תוקפה של העסק שנעשה ללא הכשרה (ובעיה זו אמנם אינה שייכת רק בקטנים, אלא היא כללית). בעניין זה ראינו שיטות שונות: בטלות גמורה שאינה ניתנת לתיקון; אפשרות חזרה רק מצד המוגבל; אפשרות חזרה עולמית ואפשרות חזרה רק עד לאחר התכשרותה של הדעת. בדיני ישראל, מסתבר כי הבטלות היא גמורה, חוץ מן המקרה שהצד המוגבל הוא בדרגת קטן מבין, הכשר "משום כדי חייו", והמעשה הוא מסוג הניתן לחזרה רק מצדו, שאז אפשרות החזרה היא רק עד לאחר התכשרותה של הדעת - וכן חוץ מן המקרה שהמעשה הוא אמנם בטל מעיקרו, אלא שעניינו נתקיים למעשה, לא חזרה משום צד, עד לאחר התכשרותה של הדעת, שאז על כל פנים מתכשר המעשה בדיעבד[212]. גם בנקודה זו נראה לומר כי הפתרון המתקבל בדיני ישראל הוא הפתרון המותאם והשלם ביותר. [[71]]

נושא שלישי: מסגרת הרצון והדעת של מעשה הקניין

א. מקומו של מושג "הצהרת הרצון" (Willenserklärung)

הזכרנו לעיל, בסוף המבוא, כי בבג"ב הגרמני, ברשימת הדינים הכלליים של "עסקים משפטיים" השייכים גם בחוזים, מוצאים אנו - לאחר דיני הכושר - את דיני **הצהרת הרצון**; ובהתאם לתכניתנו נעבור עתה לעסוק בסוגיית דינים זו.

בקשר לכך צריכים אנו לחזור קודם כל למה שכבר ראינו בנושא הראשון של פרקנו בדבר ההבדל בפרספקטיבה בין המשפט העברי לבין שיטות המשפט האירופיות לגדר תפיסת השילוב של "רצון", או כוונה סובייקטיבית, ומעשה קניין אובייקטיבי. בהתאם לגישה האירופית מוצאים אנו, שכאשר הגרמנים מדברים על "הצהרת הרצון" וקובעים אותה כנושא לסוגיית דינים מרכזית במסכת דיני "העסקים המשפטיים", הרי הם מתכוונים בכך לא רק להצהרת הרצון בבחינת **גורם בהתהוותו של מעשה הקניין**, אלא מתכוונים הם בעיקר להצהרת הרצון בבחינת **עצם ההתגלמות** של מעשה הקניין (ולו גם התגלמותו העשויה להיזקק לפעמים ליסודות נוספים)[213]. גישה זו מתבלטת אף יותר בשיטות אחרות, שבהן אין "הצהרת הרצון" מופיעה בכלל כנושא מיוחד אלא דיניה נבלעים פשוט בדיני "העסק המשפטי", בהיותה היא ההתגלמות המובהקת של זה[214].

לעומת זאת, בדיני ישראל, אף על פי שגם בהם אמנם חייבים אנו לטפל ב"הצהרת הרצון" או במושגים מקבילים, במכלול הדינים של מעשה הקניין - ואף על פי שגם בדיני ישראל יתכן אמנם [[72]] שמעשה הקניין יתגלם בהצהרת הרצון, כפי שהערנו לעיל (הערה ד') הרי כאן הגילום של

---

[212] קעה) ר' לעיל, בסמיכות להערות קנ"ד וכ"ד.
[213] קעו) **אנצקרוס**, עמ' 437-436.
[214] קעז) **קולין וקפיטן**, א', עמ' 60 ואילך; **מסיניאו**, א, עמ' 460 ואילך.

מעשה הקניין על כל פנים אינו עיקר המושג הנידון. גילום זה הוא אפשרות, אך לא מהות; הבעיה של גילום מעשה הקניין היא בעייה נפרדת לגמרי מן הבעיות המהותיות של הצהרת הרצון ומן המעמד המהותי המחויב של מוסד זה (או של מה שמקביל לו) במכלול הבעיות של מעשה הקניין - ולכן, בדיני ישראל, אמנם נוח מאוד לקבל את דרך עריכת ההרצאה הגרמנית, ולדון בבעיות של הצהרת הרצון לאו דווקא תוך **הבלעה** בדיני מעשה הקניין, כי אם בבחינת **נושא מיוחד** בתוך מכלול דינים זה.

אולם לפני שנוכל לדון בעצם הבעיות האלו עצמן, עוד צריכים אנו לעבור את הגשר של פירוק המושג הזה לגורמיו. מדברים אנו על "הצהרת הרצון" - ובכן, הרכב של הצהרת ורצון, וצריכים אנו לעמוד תחילה על עניין "הרצון" הזה, האמור לשמש נושא להצהרה.

ב. רצון וגמירת דעת

גולק, בכרך א' של ספרו, בעמ' 55, מעמיד בדיני ישראל, כנגד מושג "הרצון" האירופי, את מושג "הדעת", ובוודאי צודק הוא בעצם ההקבלה הזאת - אך סבורני כי דבריו בסוגייה זו צריכים תיקון או השלמה בכמה פרטים.

ראשית, נראה כי מגזים הוא בהדגשת ההבדל העקרוני בתוכן, הקיים כביכול בין שני המושגים. נכון אמנם, כי מושג "הרצון" עשוי להשתמע במובן של נטיית הלב, בעוד ש"העסק המשפטי" יתכן שייערך בניגוד לנטיית הלב, על פי כורח המסיבות בלבד. אולם, כשמדברים במשפט האירופי על "רצון" אין מתכוונים לנטיית הלב, כי אם לרצון במובן של **כוונה מושכלת**, וזהו גם המובן [[73]] של מושג "הדעת" העברי. לצורך נשוא מכוון זה, המושג העברי הוא בלי ספק מדויק ומותאם יותר, אך ההפרש הוא רק בהקצעת הניסוח, ולגופו של עניין אין למעשה הבדל.

אולם מאחורי ההבדל הזה בהקצת הניסוח מסתתר באמת הבדל התפתחותי פונקציונאלי - ועל הבדל זה, דווקא, אין גולק מתעכב במיוחד. כוונתנו לכך שמושג "הרצון" האירופי נובע מהצמדת המבט לשני גורמים בלבד (כפי שכבר ראינו לעיל): הכוונה המושכלת מצד אחד והתוצאה המשפטית מצד שני. בראייה מסוג זה נתפסת התוצאה המשפטית כנמשכת במישרין מן הכוונה, ועל נקלה מתגלגל מכאן המושג בדבר לידת התוצאה מן "הרצון", היינו מן הכוונה בהתפתחותה והתגשמותה הדינמית. לעומת זאת, בדיני ישראל - כפי שכבר ראינו גם כן - מודגש עוד גורם שלישי, בין הכוונה - או הרצון - לבין התוצאה המשפטית המכוונת, היינו **מעשה הקניין**. על פי תפיסה זו, התוצאה איננה רק פרי הכוונה, אלא - במישרין - הריהי תוצאה של מעשה הקניין, ורק מנקודת מוקד זו חוזר המשפט העברי ובודק את **מעשה הקניין** מבחינת יחסו לכוונה. בבדיקה חוזרת כזאת, לא ההתפתחות הדינמית היא נשוא תשומת הלב, כי אם היחס **התוכני**, הסטאטי, וממילא נראית מכאן הכוונה לאו דווקא באשר היא **רצון**, אלא באשר היא מחשבה מכוונת, או **דעת**.

על הבדל זה בהתפתחות המושגית יכולים אנו לעמוד ביחוד בהשראת מושג המשנה **גמירת הדעת**, המבטא את הצד המיוחד של שייכות מושג "הדעת" לענייננו, בשלב זה של הדיון [[74]] שבו אנו

עומדים. כי מושגי "הרצון" או "הדעת" באמת יש להם חשיבות בענייננו בכמה אופנים ופנים, כפי שנראה להלן; אך קודם כל חשובים הם אמנם כגורמים דינמיים בעצם התהוותו של מעשה הקניין, וצד זה של הדעת כגורם דינמי מבוטא בדיני ישראל במושג של **גמירת הדעת**, המובא גם אצל גולק, בעמ' 56.

"גמירת הדעת" היא הגורם המתווך בין תוכן הדעת לבין ביצועו של מעשה הקניין, והריהי היסוד הסובייקטיבי הראשון אשר המשפט העברי שואל לקיומו, כדי לדעת אם דימוי של מעשה קניין היה בו אמנם מעשה קניין, ולא דימוי צורני בעלמא. מובנה של "גמירת הדעת" הוא שהאדם חשב על שינוי משפטי מסוים, ואחר שיתכן כי שקל כל מיני שיקולים הריהו על כל פנים החליט והכריע באופן סופי לעשות את מעשה הקניין הנידון, כדי להגשים באמצעותו אותו שינוי משפטי. גמירת הדעת הריהי אפוא באמת גורם דינמי: פעולה נפשית המניעה את האדם למעשה פיסי; אבל על כל פנים - בעיצוב המושג - אין אנו שומעים דווקא את המהלך הדינמי הזה, כי אם רק את **גמר** התפתחות הביניים של ההחלטה, היינו מצב סטאטי גרידא, במושג הסטאטי של **הדעת** - וגמר זה, יתר על כן, אינו מוסב דווקא על עצם השינוי המשפטי במישרין (שרק הוא יכול להיחשב כנשוא של "רצון"), אלא מוסב הוא בפירוש דרך גורם הביניים של **מעשה הקניין**, אשר רק באמצעותו עוד יש למעשה להשיג את השינוי[215].

[[75]] המקורות המצוטטים בהערה מראים גם בבירור את מה שאמרנו, שבאין גמירת הדעת, ממילא אין שם מעשה קניין, ותוך כדי כך מתברר עוד גם דבר שהוא בעצם מובן מאליו - שגמירת הדעת אין די לה שתתקיים באיזו שעה לפני המעשה, אלא צריכה היא ממש **ללוות** את המעשה ולהתקיים בד בבד עמו (שהרי אחרת, ממילא, אי אפשר היה לראותה כהחלטה סופית). מלבד זאת, למעשה רואים אנו שגמירת הדעת אף צריכה להשתקף מבעד למעשה הקניין. מבחינה זו דומים כאן הדברים למה שמשתמע מן המושג של "הצהרת הרצון" באירופה, שהוא מצד אחד מעשה קניין, כפי שראינו, ותוך כדי כך - על פי מובנו - ממילא משמע שיש בו גם משום השתקפות של הרצון המניע. ההבדל הוא שבאירופה אין מבחינים בין שני היסודות, בעוד שבדיני ישראל מבחינים - ועוד נחזור להבדל זה בהמשך.

---

[215] קעח) שעניין "גמר", משמעו **החלטה** - פשיטא, ור', למשל, "גמר בלבו" (שבועות כ"ו ב'). לעניין שהחלטה היא לאו דווקא על פי מאווי, אלא גם כנגד פקפוקים אפשריים, ראה "אגב אונסיה גמר ומקני" (גיטין נ"ה ב).
אשר לצירוף "גמירת הדעת", אמנם אין הוא מצוי בצורה זו בתלמוד, אלא נמצאת רק הצורה הפעילה "גמר להקנות" וכיו"ב; אולם ברור שהכוונה היא לגמירת **הדעת**, כי - כפי שנראה להלן - אין גמר ההקנאה מושג אלא בתנאי שמתקיים גורם הלוואי של **סמיכת** הדעת, כאחד מיסודות ההחלטה - וכשם שיסוד ההחלטה הוא ב"דעת", ממילא גם ההחלטה היא ב"דעת", ואף זה למעשה פשיטא. לגבי "סמיכת הדעת" כיסוד ב"גמירת הדעת", ר', למשל, "כיון דלא ידע אי קני אי לא קני - לא גמר ומקנה" (עירובין פ"ב א').
שגמירת הדעת אינה נידונה במישרין מצד התוצאה המשפטית, אלא רק דרך מעשה הקניין, יוצא לנו לא רק מעצם צירוף המלים של "גמר **להקנות**" וכיו"ב, אלא גם מניסוחי הלכה מובהקים כגון "בהיא הנאה דקא מישתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה גמר ומשעבד נפשיה" (גיטין י"ד א'), והיינו שההחלטה היא לא סתם להשתעבד, כי אם החלטה להשתעבד באמצעות מעשה הקניין של קבלת ההנאה. דומה לזה: "בהיא הנאה דלא קאמר ליה מידי וקא סמיך עליה טרח ומייתי ליה, גמר ומקנית ליה" (בבא מציעא ט"ז א'); ור' גם כן "שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר" (כתובות נ"ה ב'), או "(קונים קניין סודר) בכליו של קונה, דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה, כי היכי דליגמר ולקני ליה" (בבא מציעא מ"ז א') - והיינו שוב, שהמקנה יחליט להקנות **באמצעות אותה קנייה**.

בינתיים נחזור לעצם ההקבלה בין דעת ורצון, וכאן כבר הספקנו לראות שדיני ישראל אינם מעמידים כנגד מושג "הרצון" מושג אחדותי אחד של "דעת", אלא עוד מפצלים הם את המושג הזה למושגי משנה, בהתאם לצדדים שונים של העניין. בתורת המשפט האירופית, אין אנו מוצאים דיוק נוסף כזה, והדבר קצת יכביד עלינו במהלך ההשוואה. נתגבר על התקלה על ידי כך, שעד שלא נאמר אחרת נציין במושג "הרצון" לאו דווקא את כל תחום תוכנו של מושג "הרצון" האירופי, במקביל ל"דעת", אלא נציין בו רק את הרצון במידה שהוא מקביל **לגמירת הדעת**, היינו הרצון כעצם הכוונה המושכלת להגיע באופן אוטונומי לידי שינוי משפטי.

בקשר להקבלה זו שוב נזכיר את ההבדל שמושג "הרצון" יש לו [[76]] השתמעות יותר דינמית מאשר מושג גמירת הדעת. לגבי הבדל זה נוסיף ונציין, כי במידה שיתר הדינמיות של מושג הרצון נובע מן הדילוג הרעיוני על מושג מעשה הקניין כישות הגיונית בפני עצמה, הרי זה ממילא רק יתר דינמיות מטעה - ובאמת אין בהבדל זה ממש. תוצאתו היחידה היא פראזיולוגית גרידא, ומתבטאת היא במלל הרם של תיאורטיקנים אירופיים על האוטונומיה הרחבה של הרצון הפרטי במשפט, או "חופש החוזים"[216]. מלל זה מתקשר לעובדה שאין למשפטנים האירופיים תפיסה ברורה על גדר עניינם המהותי של דיני הממונות - שזהו למעשה כל תחום האוטונומיה (או לפחות, האוטונומיה הכללית הרחבה) - ומתוך צירוף הדברים מדמים אותם אנשים לראות בדיני הממונות מין שדה פתוח לאוטונומיה של הרצון וחופש החוזים, כאילו היו אלה כביכול ערכים בפני עצמם. למעשה, לפי מה שראינו ב"מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חופש החוזים בדיני הממונות אינו אלא תוצאה הגיונית מחויבת ממושג הקניין והבעלות הפרטית בחפצים חומריים ומסתכם הוא בחופש למשא ומתן בזכויות באותם חפצים ("בדבר שבממון - תנאו קיים"[217]) - ומאחר שזהו אפוא כל תחום החופש והאוטונומיה שעליהם מדברים, הרי שממילא יוצא כי העלאת העניין לאיזו משמעות מוסרית מיוחדת יכולה רק להיחשב כניפוח גרידה[218].

מצד שני, כנגד יתר הדינמיות של מושג "הרצון", יש גם למושג "גמירת הדעת" תוספת השתמעות משלו, שאינה [[77]] מצויה במושג "הרצון", והיינו בזה שמבליט הוא כי מעשה הקניין אינו אמור להתבצע מתוך כוונה חיובית גרידא, אלא מתוך **הכרעה**, המבוססת בשיקול. הבלטה זו עולה כמובן בקנה אחד עם הרקע האמיתי של הדברים במציאות - ואם מושג "הרצון" עשוי להטעות את האדם לחשוב כי המדובר הוא בנטיית הלב, כפי שמציין גולק, הרי במושג "גמירת הדעת" לא זו בלבד שהטעות נמנעת, אלא גם מוסבת תשומת הלב בפירוש לחשיבות היסודות ההפוכים. אולם

---

[216] קעט) ר', בספרי היסוד שעל פיהם אנו עובדים: **אנצקרוס**, עמ' 436; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 62; **מסיניאו**, א', עמ' 471. ר' גם כן, בהקשר זה, את ההצהרה הסוחפת של סע' 24 בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, במדינת ישראל): "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים".

[217] קעט-1) בבא מציעא צ"ד א'.

[218] קפ) אגב כך ניתן להעיר, כי בדיני ישראל - דווקא משום שאין העניין מועלה לכלל ערך מיוחד - נמצא כי חופש החוזים הוא למעשה יותר שלם מאשר בשיטות האירופיות, השמות בכך דגש. כך, למשל, מתוך שאין השיטות האירופיות תופסות בבירור את גדר עניינם של דיני הממונות כמבנה הגיוני המתפתח באופן אורגני ממושג הבעלות, הריהן מסובכות (בהבדל מדיני ישראל) ב"נומרוס קלאוזוס" של "הזכויות הריאליות" - דבר המצמצם בהן, באופן מלאכותי ובלי טעם, את חופש החוזים בתחום זה. כמו כן, כפי שנראה עוד - מתוך שרואות השיטות האירופיות את חופש החוזים כערך מיוחד, העומד על רגלי עצמו, הריהן מסייגות אותו על כל פנים על ידי אי הכרה בחוזים המבוססים על "קאוזה" בלתי חוקית או בלתי מוסרית. בדיני ישראל לעומת זאת - מתוך שרואים את מרכז הכובד האמיתי של הדברים **בהקנאת הממון** - ממילא אין רואים טעם לפסול את ההקנאה רק בגין הסיבה הפסולה שבגללה היא נעשתה.

שוב נאמר, שאם כי דבר זה הוא ודאי יתרון לבהירות המחשבה, על כל העשוי להשתמע מכך, הרי למעשה- בדינים הקיימים - קשה להצביע על איזה הבדל ממשי מסוים המסתנף מכאן בין דיני ישראל לבין הדינים המקבילים באירופה.

לאחר מכן, עוד נותר לנו בסעיף זה להעיר על גולק, שכנגד מושג "הרצון", בגדרים שבהם אנו דנים כאן, מעמיד הוא לא רק את מושג "גמירת הדעת", אלא - בצידו ובמקביל לו - גם את מושג "סמיכת הדעת" (עמ' 56). לע"ד, הצגה זו של הדברים אינה מדויקת. מסתבר כי הדרישה לסמיכת הדעת באמת אינה מקבילה לגמירת הדעת, אלא היא אחד מן היסודות הפנימיים בדרישה לנתון זה, וכאשר אין היא מתמלאת יוצאת גמירת הדעת פגומה[219]. בהתאם לכך, המקום הנכון לדון בסמיכת הדעת אינו במקביל למושג הרצון במובן המיוחד שנקטנו, כי אם בקשר לסוגיה המיוחדת של **פגימות הרצון** - ועוד נחזור אפוא לעניין זה להלן.

ג. הצהרת הרצון ומעשה הקניין

לפי מה שראינו עד כאן, אם נתרגם את מושג "הצהרת הרצון" למונחי המשפט העברי, נקבל את הצירוף של "הצהרה על גמירת הדעת לבצע מעשה קניין". בשיטות המשפט של אירופה, הצהרה זו עצמה - כאשר היא נראית ככנה ומבוססת בכוונה הכפולה [[78]] להשיג את התוצאה המשפטית המקובלת ולהשיגה באמצעות אותה הצהרה[220] - הרי היא גם מגלמת, כפי שראינו, את עצם מעשה הקניין. בדיני ישראל, לעומת זאת, נחוץ מעשה קניין שאינו דווקא מתגלם בהצהרה על גמירת הדעת. אולם, אמרנו שלמעשה גם בדיני ישראל, גמירת הדעת צריכה להשתקף מבעד למעשה הקניין. מצד שני, הצהרת הרצון בשיטות של אירופה אינה חייבת דווקא להתבטא במלים: יתכן שהיא תתגלם בהתנהגות המסיבתית, אשר הצהרת רצון מתאימה מתבטאת מבעדה[221] - ומגיעים אנו אפוא לשאלה, היכן כאן ההבדל העקרוני?

מנקודת ראות מסוימת, אולי אפשר היה לנסות להשיב כי ההבדל הוא ביתר הצורניות של המשפט העברי, והיינו שהמשפט העברי - גם אם מסתפק הוא לפעמים במעשה קניין המתבטא בעצם ההצהרה המלולית על גמירת הדעת, או בהתנהגות המסיבתית - הרי בדרך כלל אין הוא מסתפק באלה, אלא דורש הוא דווקא מעשה שאינו רק מבטא את גמירת הדעת בדרכי הביטוי הטבעיים הספונטניים, כי אם מסמל אותה במכוון, באיזה דפוס המוגדר בדין כמכשיר משפטי מיוחד[222].

אולם תשובה זו, נראה לי, אינה יכולה להתקבל כנראה. ראשית, לפחות, מבחינת דיוק המינוח. כשמדברים באירופה על צורניות המשפט בענייננו, הכוונה היא אמנם לדרישת המשפט שהצהרת הרצון לא תתבטא רק באיזו דרך ביטוי טבעית, כי אם בדפוס משפטי מוגדר, כגון נוסחה, כתב, רישום פומבי, אישור נוטריוני וכיו"ב[223] - והיינו שהנחת היסוד היא כי הדבר הבא לידי ביטוי בכל אלה הריהו **הצהרת הרצון**, והצהרת הרצון היא אפוא הנשארת על כל פנים להיחשב כעיקר

---

[219] קפא) ר' מה שהבאנו לעיל, בהערה קע"ט, מעירובין פ"ב א'.
[220] קפב) **אנקצרוס**, עמ' 439, 440; **מסיניאו**, א', עמ' 479-480.
[221] קפג) **אנקצרוס**, עמ' 470-472; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 23-24; **מסיניאו**, א', עמ' 463, 480-482.
[222] קפד) ראה בכיוון זה **גולק**, א', עמ' 103.
[223] קפה) **מסיניאו**, א', עמ' 502 ואילך; **אנקצרוס**, עמ' 474.

המהות המגלמת את מעשה הקניין. במלים אחרות, [[79]] במסגרת דברים זו, אין הבדל בין השיטה הצורנית לבלתי צורנית, שבשתיהן גם יחד הצהרת הרצון היא נשוא העניין ונשוא הצורה, אלא שבשיטה הבלתי צורנית מסתפקים בצורה פשוטה וטבעית של הצהרת הרצון, בעוד שבשיטה הצורנית דורשים לה דווקא לבוש חגיגי מסוים. אולם, לא כזאת היא התפיסה בדיני ישראל. כאן, כשנדרש איזו דפוס משפטי מוגדר למעשה הקניין - יתכן אמנם, מבחינת ההתפתחות המשפטית ההיסטורית, כי שורש הדפוס הוא בנטייתו להוכיח גמירת דעת מתאימה ואת אקטואליותה הדינמית בשעת מעשה; אבל על כל פנים, מבחינת תוכנו הקיים של הדין, אין רואים כאן את גמירת הדעת או את הוכחתה כגורם הפועל, אלא את המעשה - ומשמע שאין המעשה נתפס כצורה או כלבוש גרידא, אלא נתפס הוא כעצם העניין בעצמו. דוגמה מובהקת יש לנו, למשל, בטקס המקובל של מעשה הקידושין: "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל" - שאין משמעו כי האשה מתקדשת על ידי הצהרת רצונו של האיש, המסתמלת ומוכחת ביתר חיזוק על ידי מתן הטבעת, אלא האשה מתקדשת על ידי עצם קבלת הטבעת, והצהרת האיש אינה באה כאן אלא כגורם עזר, להבהיר לשם מה צריכה מסירת הטבעת לשמש[224].

ושנית, מבחינת תוכן הדברים באמת. כי אם נשווה את מיני הדפוסים הצורניים של מעשי הקניין באירופה לדפוסים בדיני ישראל, נראה שעניינם בדרך כלל הוא שונה. כך, למשל, מנינו באירופה את מיני הצורות של נוסחה, כתב, רישום פומבי ואישור נוטריוני - וכל אלה, באמת, על פי עצם מהותם מלכתחילה, אינם אלא אמצעים לגילומה של הצהרת הרצון ביתר בהירות, כושר התמדה או נאמנות מאשר ביטוי ההצהרה באופן חופשי בעל פה [[80]] או בהתנהגות גרידא. לעומת זאת, בדיני ישראל, כמעט שאין אנו עשויים להיתקל כלל בדרישה לצורות שכאלו לשם גילומו של מעשה הקניין. הדרישה המצויה, המתקרבת ביותר לסוג זה (לבד מן המקרים שבהם עצם גילוי הכוונה עצמו הוא בפירוש של מעשה הקניין הדרוש) הריהו הדרישה - או האפשרות המוצעת - לגילומו של מעשה הקניין, כביכול, בשטר; אבל למעשה, אף במקרה זה - לא עצם השטר או הצהרת הרצון הכתובה בו הם המגלמים את מעשה הקניין, כי אם מסירתו של השטר מן המקנה לקונה[225] - והרי אפוא לפנינו מעשה נוסף שמחוץ להצהרה או גילומה המחוזק.

לבירור העניין נראה לומר כי באופן עקרוני, הדבר הנדרש לגילום מהותי של מעשה הקניין בדיני ישראל אינו דווקא בגילוי גמירת הדעת או בדפוס צורני כלשהו של גילוי שכזה, כי אם **במעשה שיש בו משום יסוד והתחלה של הגשמת השינוי המשפט המכוון בפועל ממש**. לסוג זה שייכים קודם כל מעשי הקניין העשויים להיחשב כמאפיינים ביותר את המשפט העברי והמתבטאים במעשי תפיסה או קבלת החזקה. תחומם של מעשים אלה הוא בשינוי של קניין במוחזק - ובאמת, בלעדי מעשים שכאלה, אין לך שינוי בפועל של קניין במוחזק גם בשיטות אחרות, כפי שנראה להלן, בהמשך חיבורנו. לאחר מכן שייכים לאותו סוג של מעשים מעשי הקניין המתבטאים ב"קבלת הנאה" - וקבלת ההנאה עשויה להתבטא שוב בכמה אופנים. יתכן שהיא תתבטא בקבלת התמורה של הקנאה, או חלק ממנה, על ידי קבלת ההחזקה בנכס חומרי כנ"ל ("קניין כסף" או

[224] קפו) דוק בקידושין, ריש דף ז, משם יוצא בבירור כי מבחינה משפטית לא ההסתמלות הטקסית שבטבעת היא הגורם המקדש, כי אם העניין הממשי של קבלת ההנאה אשר בערך הממון של הטבעת.
[225] קפז) משנה בבא מציעא פ"א מ"ז, ור' שו"ע חו"מ סי' קצ"א סע' א'.

חליפין, שגם אליהם עוד נחזור להלן). יתכן שהיא תתבטא בצאתו של פועל לעבודה המוזמנת, או בהתחלת מלאכה - כאשר המדובר הוא בכינון יחסי עובד ומעביד[226]; ויתכן שהיא תתבטא בכל סוג אחר של התנהגות אחד הצדדים להסכם ממוני על פי ההנחה שהעסק קיים - כאשר המדובר הוא [[81]] בכינון של מיני יחסים ממוניים אחרים (הנאת המהימנות שמקבל הצד שכנגד, אשר מתוך אמונה בהבטחתו פעל המתנהג בהתאם למכוון)[227].

דברים אלה, כל זמן שנשארים אלו בתחום עניינם, מראים כי לפחות בתחום זה אין כלל מקום למנות את המשפט העברי בהיותו כביכול "משפט פורמליסטי". אדרבה. מעשי הקניינים הנדרשים בו אינם כלל צורניים, כי אם **מהותיים**, ונמצא כי לפחות בתחום זה שסקרנו ניתן לבצע כל שינוי משפטי רצוי - בין במוחזק ובין בראוי, בין בזכויות "ריאליות" ובין בהתחיבויות אישיות - ללא שום צורה מלאכותית מיוחדת, ובלבד שאמנם פועלים לממשה על דעת השינוי. ויש להדגיש כי "פעולה למעשה", במקום שמדובר על התחייבויות לעתיד, אין פירושה דווקא התחלת הביצוע של ההתחייבויות בעצמן: מספיק שפועלים **איך שהוא**, במעשה או מחדל, על סמך ההנחה המבוססת שההתחייבויות קיימות - והרי זהו באמת המצג היחיד שבו עשויה הפרת ההתחייבות להתחיל להיות מזקת ושבו עשוי להימצא יסוד לאיזון נזק ההפרה מתוך אחריות נכסי המפר.

אולם דווקא חוסר צורניות זה, יתכן שלא יניח את דעת האנשים הנוגעים בדבר. כך למשל, אדם המעוניין לקבל את הקניין במוחזק בחפץ האמור להישאר בינתיים בשמירת המקנה, וזאת גם תוך דחיית תשלום התמורה - יתכן שייראה לו מסובך יותר מדי, שבמקרה התכחשות מצד המקנה יהיה קניינו תלוי בכך שיצליח להוכיח כי החפץ [[82]] אמנם נקנה לו בגין הנאת המהימנות שהוא הסב למקנה (למשל, על ידי הימנעותו לקנות חפץ כזה במקום אחר - ולו יהא שאת ההנאה הזאת אולי הוא יוכל להוכיח אף על ידי עצם העובדה שהוא הסכים לקנות את החפץ דווקא אצל אותו המקנה, על דיברתו, בלי לפנות עוד לאחר). לאדם כזה נחוץ משהו מוחשי יותר מאשר עצם ההסכמה והנאת המהימנות העשויה להיכלל בה, גם יחד - ולצורך זה מושיט המשפט העברי את הכרתו לסוג שני של מעשי קניין, היינו מעשי הקניין הסמליים.

הדוגמה המובהקת ביותר של מעשה קניין מסוג זה היא מסירת שטר הקנאה (או שטר התחייבות). בדוגמה זו אין צורך להסביר מה יתרונו של השטר על פני מהימנות על סמך הסכמה שבעל פה גרידא, ואין גם צורך להסביר מדוע אין מספיק עצם רישומם של הדברים בשטר, אלא נחוצה גם מסירתו לקונה[228]. אולם במעשה קניין זה - אין גם צריך לומר - הצד המהותי-התוכני של הדברים הוא הנוסח הכתוב, המגלם הצהרה של גמירת הדעת; מסירת השטר היא רק מעשה חיצוני, הבא להראות ולהוכיח כי ההצהרה אמנם היא כנה ועדיין קיימת - ולכן אמנם יש למנותה עם מעשי הקניין הסמליים.

---

[226] קפח) שו"ע חו"מ סי' של"ג.

[227] קפט) בבא מציעא ט"ז א' וצ"ד א'; בבא בתרא ק"ו ב' וקע"ו ב'. ור' את דברי הריטב"א בשיטה מקובצת על בבא מציעא ע"ג ב', ד"ה האי מאן דיהיב זוזי לחבריה.

[228] קצ) אמנם, באירופה נראה שאף כאשר נדרשת עריכת הדברים בכתב, מכל מקום אין הכרח שהכתב יימסר לצד שכנגד, אלא מספיק שהצד שכנגד ידע את תוכן הכתב (ר' **אנקצרוס**, עמ' 488). אך אין צריך לומר עד כמה אוורירי הוא מעמדו של הצד שכנגד (הקונה) כאשר הכתב באמת נגנז או מושמד פשוט תחת יד המקנה.

לאחר מכן, דוגמה אופיינית במיוחד היא המעשה של "קניין סודר" - היינו מעשה מדומה של חליפין[229] - ויש בדוגמה זו מידה רב של פרדוקסליות. כי לכאורה הרי זו דוגמה מובהקת של צורניות מלאכותית, אך למעשה מתברר כאן ההפך. קניין סודר הומצא, כי אדם שאינו סומך על קניין הנאת המהימנות הבלתי צורני, והוא מבקש לו איזו [[83]] צורה חתוכה של מעשה קניין, מכל מקום קשה לו גם להשתמש בחיי יום יום בצורת השטר (או הכתב), שהיא אמנם הגיונית ומכוונת מאוד מבחינה מהותית, אך כרוכה בבזבוז זמן ואינה בהישג ידו של כל הדיוט, ללא סיועו של מומחה - ובכן קמו והמציאו את קניין הסודר, לא כחובה כי אם כברירה, ולא כדי להכביד צורה, כי אם דווקא להקל; וההקלה היא עד למשהו שהוא חד משמעי מאין כמוהו לעניין עקרון מעשה הקניין, ועם זאת קל ואווירי וניתן לביצוע על ידי כל אדם ובכל זמן ומקום, ואף עם הארץ גמור או אילם - אלא אם כן נעלה על הדעת שהאנשים באו לעסק ערומים כביום היוולדם ואין גם תחת ידם שום דבר שלהם.

תפקיד הקלה דומה ונוסף, נועד למעשי הקניין בצורת תקיעת כף או סיטומתא[230] - ובסיכום ניתן להסיק על מהותם המשפטית של מעשי הקניין הסמליים כלהלן. מצד אחד, ברור שבאים הם להפגין את קיומה ואקטואליותה של גמירת הדעת, אך מצד שני ברור גם כן שאין הם באים רק להפגינה, אלא נועדים הם לשמש גם תחליף למעשה של התחלת הביצוע, אשר אותו מוסיף המשפט לראות כדרישה עקרונית. אכן, סמליותם היא בכך שבמקום מעשה ענייני-מהותי של התחלת הביצוע מכניסים הם מעשה שאינו נחוץ לגופו, אף שעל כל פנים יש בו **כאילו** התחלה של ביצוע[231] - ומתוך צירוף הדברים ניתן גם להסיק משהו בדבר היחס הכללי בין גילוי גמירת הדעת לבין המעשה החומרי-האובייקטיבי הצריכים להזדמן במעשה הקניין על פי דיני ישראל. אמרנו לעיל שגם בדיני ישראל צריכה גמירת הדעת להשתקף מבעד למעשה הקניין (באופן שגם כאן, בעצם, אפשר אם כן לראות את מעשה הקניין כגילוי גמירת הדעת) - ואכן פשוט הדבר; שהרי אם [[84]] מעשה הקניין הוא מעשה שעל פי המסיבות מוכר הוא כהתחלת ביצועו של השינוי המשפטי המכוון - או לפחות מעשה **המסמל** ביצוע כזה - ממילא יוצא כי גמירת הדעת להסב את השינוי, לראותו כקיים ולהיכנס למערכת היחסים החדשה הנובעת ממנו, מובנת בזה מאליה, כיסוד מושגי נתון. אולם, מצד שני העובדה שאין מסתפקים אף בהצהרה החגיגית, המפורטת והמלאה ביותר של גמירת הדעת, אלא דורשים לה דווקא השלמה במעשה המגלה כניסה ממשית ליחסי השינוי המכוון, בהתגשמותו, הרי זה מורה כי ההשלמה אמנם אינה נחוצה בבחינת יתר צורה לגילוי גמירת הדעת, אלא נחוצה היא בזכות עצמה - להראות כי לא זו בלבד שהצדדים גמרו על השינוי בדעתם, אלא **הם גם עברו בדעתם את הגשר שבו אמנם כבר קם השינוי ונהיה** - והלא באמת רק משברור וגלוי כי השינוי לא רק רצוי, אלא הוא גם נוצר והשתבץ כבר בסדר הדברים, יכול המשפט להתערב ולקיימו, כשמישהו מנסה להפירו.

---

[229] קצא) עה"ש חו"מ סי' קצ"ה סע' ג'.

[230] קצב) שו"ע חו"מ סי' ר"א.

[231] קצג) מתן השטר - בבחינת מעשה המעניק לקונה תעודה כי השינוי המכוון אמנם כבר הוגשם לזכותו; מתן הסודר - בבחינת מעשה שיש בו כביכול מתן תמורה לקנייה; רישום הסיטומתא - בחינת סימן המגלה בגוף המימכר, ששוב אין זה שייך למקנה, כי אם לקונה; ואף תקיעת הכף - בבחינת מעשה המסמל כי לא זו בלבד שהצדדים הסכימו על השינוי, אלא אף רואים אותו כמבוצע.

משהגענו למסקנה זו אפשר אמנם לחזור ולטעון, שמכל מקום מעשה הקניין אינו מועיל אלא באשר מגלה הוא איזו דרגת שלמות של גמירת הדעת (באגב נעיר פה שדרגת שלמות זו, במיוחד, היא הנקראת **סמיכת הדעת** - ועוד נחזור לכך, כמובטח). וודאי, טענה שכזאת תהיה בלי ספק נכונה. אולם העובדה נשארת שאין המשפט מקבל כמכשיר יעיל שום גילוי שיהא בו רק לציין את גמירת הדעת הסובייקטיבית גרידא, אלא דורש הוא גם כיסוי לגמירת הדעת בפועל ממש - ולא בבחינת הוכחה, אלא בבחינה של **כיסוי**, כי רק כיסוי כזה יש בו באמת [[85]] משום גמר סופי ומוחלט של הדעת - ורק כיסוי כזה הוא המתקבל (בדיעבד) כמכשיר להסבת השינוי.

דברים אלה, חשיבותם העיקרית היא להבנת המבנה הטכני של המשפט העברי בענייננו. מבעדם שוב מתגלה אמנם גם יתר העמקות של המחשבה המשפטית העברית, אך שוב איני רואה לומר שיתרון זה, בנקודה זו, אמנם יש לו איזו משמעות עיונית כללית, שניתן להעריכה במופשט[232]. ברור רק שמסתעף מכאן הבדל **מעשי** מסוים בין היווי "העסק המשפטי" באירופה לבין היווי מעשה הקנין על פי דיני ישראל, ועל הערכת ההבדל הזה נעמוד לגבי כל סוג וסוג של מקרים לגופו, כפי שיזדמן לנו הצורך בהמשך החיבור.

בינתיים, כדי להשלים את התמונה, נחזור פה עוד למקרים שבהם גם במשפט העברי, ההצהרה על גמירת הדעת היא עצמה מגלמת את מעשה הקניין.

הדוגמה המובהקת ביותר, שכבר הזכרנוה לעיל, בהערה ד', הריהי ב"אמירה לגבוה", היינו בהוצאת נכסים להקדש. כאן, מטבע הדברים אין התחלת ביצוע של השינוי המכוון אלא במשהו מופשט - בזה שהנכס נעשה אסור בהנאה; ויתר על כן, מטבע הדברים, כל עיקרו של הענין אינו כאן אלא בין האדם לבין עצמו - בין האדם לבין רצונו ומצפונו בקדושה - ומשמע שמטבע הדברים, עצם הגיבוש המתאים של הדעת הריהו כאן הקובע את השינוי המכוון. אכן, באופן עקרוני תופס ההקדש אף אם לא היה לו שום גילוי חיצוני כלל, והגילוי החיצוני - האמירה - נחוץ רק כדי לתת תוקף לשינוי בקרב [[86א]] בני האדם האחרים[233]. לפי זה, על אף ההכרה בעצם גילוי גמירת הדעת כמעשה קניין, אין כאן אם כן שום סטייה אמיתית מן הגישה העקרונית שניתחנו לעיל.

דומה לזה במידה רבה המצב **בהפקרה**, שזוהי הדוגמה השנייה, בה מתקיים מעשה הקניין על ידי עצם גילוי גמירת הדעת[234]. טעם הדבר הוא שגם כאן, מטבע הדברים (או ביתר דיוק, על פי הגדרתם המהותית) אין השינוי תלוי אלא בגמירת דעת האיש, בינו לבין עצמו: קניינו בנכס תלוי בדעתו להיות בעליו, ומשמסיר הוא את דעת הבעלות ממילא מוגשם גם ההפקר בפועל ממש, והנכס נהפך להפקר על פי דין.

---

[232] קצג-1) את עצם ההבדל העיוני אפשר להגדיר אולי בכך, שבעוד שהשיטות האירופיות נראות בנקודה זו כנמשכות ביחוד אחר מושגים נטייה מורליסטית, כגון כבוד הרצון הפרטי, כיבוד הסכמים, החובה לקיים הבטחות, קדושת המלה המוצהרת, הרי דיני ישראל נראים כבלתי מתרשמים מכל זה ביותר, וקנה המידה להכרתם אינו בפראזות, כי אם בעובדות. ההבדל הוא כמובן אופייני ומעניין עד מאוד, אך עניינו הוא לאו דוקא משפטי מקצועי, כי אם, בעיקר, פסיכולוגי.

[233] קצג-2) ר' **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך הקדש, עמ' שנ"ד-שנ"ה, וערך דברים שבלב, עמ' קפ"ד-קפ"ו.

[234] קצד) ר' בספר על "דיני הקניין המוחזק", פרק א', סע' ד'.

דומה לזה גם כן המצב **במחילה**, שאף היא "אינה צריכה קניין", ודי לה בהצהרה גרידא[235] - ואף על פי שכאן שוב אין לנו עניין במשהו לגמרי חד צדדי, כי אם ביחס שבין נושה לחייב מסוים. נראה לומר שלו בא הנושה להסתלק בהצהרה גרידא משעבוד הנכסים בראוי, המבטיח את החוב, אמנם אי אפשר היה לראות בכך שום התחלה של ביצוע, ולכן אמנם אין הצהרת המחילה יכולה להועיל כשלעצמה, אם נבקש לתפוס את הדברים מצד זה[236]; אבל באמת, כשמודיע הנושה לחייב כי הוא מוחל לו אין הוא מתכוון רק לשעבוד הנכסים בראוי, אלא קודם כל לשעבוד הגוף - לחיוב החל עליו מבחינה מוסרית ומשפטית באופן אישי - וכאשר שומע החייב כי חיוב זה נמחל לו, ממילא נופל העול ממצפונו וחדל הוא מדאגת התשלום, והרי זה אפוא לא רק התחלה של ביצוע, כי אם ביצוע גמור ומושלם, הגורר ממילא גם את סיום שעבוד הנכסים.

באותו אופן ניתן להסביר את גמר ההקנאה בגילוי הרצון בלבד, כאשר המדובר הוא **בהקנאת חפץ המוחזק כבר מקודם על ידי הקונה**, בבחינת שומר למקנה (או גזלן)[237]. המקנה הריהו כאן, פשוט, מוחל על זכויותיו כבעל בית, - וכאשר [[86ב]] הזכויות האלו מסתלקות, והקונה נמצא כבר ממילא מוחזק בחפץ שעל הקנאתו מדובר, הרי שזכותו בחפץ מתקיימת כבר ממילא בממש באותם הגדרים שעל פיהם חלה מחילת המקנה[238].

ולבסוף, העברת חוב ב"מעמד שלשתן", שגם היא מתקיימת לכאורה על ידי עצם ההצהרה על גמירת הדעת[239]. אולם, למעשה אין כאן סתם הצהרה, כי אם הוראת פעולה מן הנושה לחייב, ויתר על כן - יש כאן שמיעת ההוראה מצד הנמחה, באופן שלנושה ולחייב אין עוד פתחון פה להתכחשות - והרי זה אפוא שוב מעשה של שינוי אשר מטבע ברייתו הוא כבר קיים ועומד. [[87]]

ד. מעשה הקניין ו"הדברים"

בירורנו אם כן את הייחוד המהותי של מעשה הקניין בדיני ישראל לעומת התלכדותו עם "הצהרת הרצון" בשיטות של אירופה; אולם, בירור זה עדיין אינו פוטר את כל בעיות היחס בין מעשה הקניין לבין מה שמקביל להצהרת הרצון האירופיות בדיני ישראל.

"הצהרת הרצון" האירופית כמובן איננה רק עצם ההתגלמות של מעשה הקנין, אלא הריהי קודם כל ההצהרה על הרצון לבצע מעשה כזה - או "עסק משפטי", בלשונם - ורק על יסוד התוכן הזה של ההצהרה נהפכת היא בעצמה להתגלמות מעשה הקניין או העסק המשפטי[240]. נשאלת אם כן

---

[235] קצה) טור חו"מ סי' רמ"א סע' ג', ור' בבית יוסף שם.

[236] קצה-1) השווה כתובות פ"ג א'.

[237] קצה-2) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1, הערה קל"ד. - עה"ש חו"מ סי' רמ"א סע' ב'.

[238] קצה-3) בקשר לכך יש לציין כי העברת החזקה לשומר, כשבעל הבית פשוט מניח את החפץ לפני השומר כמוסכם עמדו ("ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 2, בסמיכות להערה קל"ז) **אינה** שייכת לכאן. בעניין זה אמנם אין הדברים נחתכים מכוח גילוי הרצון גרידא, כי אם באמצעות הפעולה של הנחת החפץ או הסתלקותו המעשית של בעל הבית.

[239] קצה-4) שו"ע חו"מ סי' קכ"ו.

[240] קצו) ר' למשל מסיניאו, א', עמ' 454.

השאלה, מה מקביל בדיני ישראל לצד זה של הדברים, והיינו להצהרת הרצון שלא בבחינת מעשה קנין, אלא בבחינת הצהרה על רצון למעשה קניין גרידא.

חלק מסוים של התשובה כבר ראינו לעיל. אמרנו שמעשה הקניין החומרי של דיני ישראל הוא ממילא גם גילוי לגמירת הדעת שמאחוריו - אך אין צורך לומר שלו היינו נשארים רק לנוכח עצם המעשה החומרי בלבד, המגלם את מעשה הקניין, לא יכול היה להתקשר המעגל של מעשה חומרי המשקף גמירת דעת משפטית, אשר רק בגינה אמנם נהפך הוא למעשה קנין. אדרבה: יש פנים לומר שרק מפני שיודעים אנו מלכתחילה כי המעשה אמור אמנם להיות מעשה קניין, הרי משבוצע המעשה נמצאת בו הוכחה למפרע שאמנם היתה עמו גמירת הדעת הדרושה אשר בלעדיה - בודאי - הוא לא היה בא לביצוע; וכך מגיעים אנו למה שהוא באמת הסיכום של דיני ישראל בענייננו: דיני ישראל דורשים כאן **מעגל של התפתחות**, אשר בתחילתו יש גילוי טרומי של הכוונה (או הדעת) לבצע מעשה קניין, ובסופו נסגר הוא על ידי המעשה החומרי המוכיח כי הדעת אמנם נגמרה [[88]] ויצאה אל הפועל. במקרים שבהם עצם גילוי גמירת הדעת הוא המגלם גם את מעשה הקניין, מצטמצם מעגל התפתחות זה ונהפך כביכול לנקודה. במקרים אחרים יש לנו שני גורמים נפרדים: מעשה הקניין הסופי וגילוי הכוונה או הדעת הטרומי. גילוי טרומי זה נקרא במקורותינו "דברים" - כינוי המשמש ביחוד בקשר להלכה כי הגילוי הטרומי כשלעצמו אינו יכול (בדרך כלל) לגלם או לגמור את מעשה הקנין[241]. אנו, כדי להימנע מאפשרות של דו משמעות, נקרא כאן ל"דברים" במובן זה - "**דברי הקניין**".

דוגמה של דברי קניין ראינו לעיל בציטוט הנוסחה של קידושין. נוסחה זו מקיפה בתוכה את כל גמירת הדעת הצריכה ללוות את מעשה הקניין של קידושין (לפחות מצד האיש המקדש) - ולולא היינו זקוקים למעשה קנין, בנוסף על הצהרת הנוסחה, או שמסתפקים היינו ב"הצהרת הרצון" האירופית כפי שהגדרנוה לעיל, ברור כי נוסח כזה של הצהרת רצון היה צריך להספיק כדי לגמור ולהעמיד את מעשה הקידושין (לפחות לו מקבלים היינו את הקידושין כמעשה חד צדדי שאינו זקוק עוד גם לגילוי הסכמת האשה). בהתאם לכך אפשר לומר אפוא כי תוכן דברי הקניין, מצד אחד, דרישות התוכן של גמירת הדעת העברית, מצד שני, ודרישות התוכן של הצהרת הרצון האירופית, מצד שלישי, חופפים כאן (את זה) [זה את] זה. אולם, השאלה ראויה להישאל, האם חפיפה משולשת זו אמנם היא מחויבת? [[89]] את התשובה בענין זה אפשר לקבל מן הגמרא בקידושין, דף ו' עמ' א'. כאן מוברר כי אף במעשה הקידושין, אשר נהוג לגביו השימוש בנוסחה שאמרנו, אין הכרח להשתמש דווקא בנוסחה קבועה שכזאת, אלא אף נוסח שונה של הצהרה, או אף לא שום הצהרה מפורשת ומוגדרת בכלל, כי אם רק שיחה כלשהי או מסיבות-התעסקות המלוות את המעשה המתאים לקידושין ושיש בהן כדי להבהיר את עניינו ומשמעותו המכוונת, הריהם מספיקים להפכו אמנם למעשה קידושין.

מבירור זה יוצא לא רק שדברי הקניין יכולים להיות הן בפירוש הן בסתמא, אלא מתקבלת ממנה גם תשובה בענייננו, לאמור, שתוכן דברי הקניין **אינו** מוכרח דווקא לחפוף את כל דרישות התוכן של גמירת הדעת מצד אחד והצהרת הרצון האירופית מצד שני. מסתבר שרק השתמעות של דברי

[241] קצז) שו"ע חו"מ סי' קפ"ט סע' א'.

הקניין ומעשה הקניין **יחד**, היא הצריכה לחפוף את תוכן גמירת הדעת הדרושה ואת התוכן הנדרש בהצהרת הרצון האירופית, אבל דברי הקניין כשלעצמם די להם שיתרמו להשתמעות זו את הגדרת העניין והכוונה של המעשה העומד להיעשות. במלים אחרות, דברי הקניין כשלעצמם אינם מוכרחים להיות ביטוי או השתקפות אחרת כלשהי של גמירת הדעת, כגורם דינמי, בדומה להצהרת הרצון, אלא צריכים הם רק לגלות את **צד התוכן** שעליו גמירת הדעת נסבה.

אולם, דברי הקניין, כמובן ייתכן שלא יישארו מצומצמים רק בגדרי המיזער שאמרנו, אלא יימצא בהם גם ביטוי לתוכן רחב יותר - אף עד כדי גילוי גמירת הדעת, ככל צרכה הסובייקטיבי ובלי שיהא חסר לה עוד אלא השלמתה בפועל ממש, על ידי מעשה הקניין. כוונתנו לדברים שאינם רק בבחינת מבוא למעשה הקניין ואשר רצינותם מוברר רק בדיעבד, על ידי מעשה הקניין, אלא דברים [[90]] שרצינותם הסופית משתמעת כבר מתוכם הם עצמם - לאמור שבעליהם גמרו בדעתם באופן סופי לבצע מעשה קניין, בלי שום כוונה לאפשרות לחזור בהם ולא לבצע - אלא שמשום מה נמנע מלבצע את המעשה בינתיים. במקרה שכזה, אם בכל זאת חוזר בו אחד הצדדים לפני ביצועו של מעשה הקניין, החזרה אמנם מועילה ושום שינוי בזכויות אינו מתהווה, אבל מכל מקום, אם עשה כן ללא הצדקה שבשינוי במסיבות "אין רוח חכמים נוחה הימנו והרי זה ממחוסרי אמנה"[242].

על תוצאה זו אפשר לכאורה להקשות, שאם אמנם הגיעו דברי הקניין להחלטיות ברורה שכזאת עד שגם בדיני ישראל נמצא נכון לקבוע את הפרתם בפירוש כפגם מוסרי - מה הטעם להיעצר בחיזוק המוסרי גרידא, ומדוע לא יינתן להם גם חיזוק ממוני-משפטי, כפי שהמצב הוא בשיטות של אירופה? והנה, קושיה זו הריהי למעשה רק נוסח אחר של השאלה שכבר נגענו בה לעיל: כיצד יש להעריך מבחינה מעשית את הגישה של דיני ישראל, שבדרך כלל אין הם מקבלים את עצם גילוי גמירת הדעת כמעשה קנין, אלא עוד דורשים הם בנוסף על כך גם מעשה מיוחד - וכפי שאמרנו, לא נשיב בענין זה תשובה כוללת במופשט, אלא נבדוק כל סוג וסוג של מקרים לגופו. אולם, הערה מסוימת אפשר להעיר כאן כבר עכשו, והריהי כזאת: שלפני שנוכל לדון כראוי על הבעיה שלפנינו, צריכים אנו על כל פנים למסור לעצמנו דין וחשבון ברור על שני סייגים שבהם הדברים אמורים.

הסייג הראשון הוא שאף על פי שהחיזוק המוסרי ניתן פה להידברות שהצדדים כבר הגיעו בה לכלל אמונה הדדית שהשינוי המשפטי המכוון אמנם יתקיים ביניהם, מכל מקום הנחה מחויבת היא שאיש מהם עדיין לא התחיל להתנהג למעשה כפי שהצד שכנגד ציפה ממנו [[91]] כי יתנהג בהתאם לשינוי המכוון. לו מישהו מהם היה מתנהג כך, על סמך האמונה ההדדית שנוצרה, הרי שממילא היה כבר נשלם בכך גם מעשה הקניין החסר, והשינוי המכוון אמנם היה מקבל כבר לא רק חיזוק מוסרי בלבד, כי אם גם קיום ממוני-משפטי מלא וגמור. במלים אחרות אפוא, איש מן הצדדים עדיין לא שינה כאן למעשה את מצבו לעומת מה שהיה אלמלא האמונה ההדדית, והרי זה שיקול, אשר גם אם אין בו בהכרח ביסוס חיובי לגישה העברית, מכל מקום יש בו כדי להשמיט כמעט את הקרקע מתחת לטענות אפשריות כנגדה.

[242] קצח) עה"ש חו"מ סי' ר"ד סע' ח'-ט'.

ושנית, על רקע הדינים הקיימים של המשפט העברי כמות שהוא, ברור שגם אם עוסקים אנו כאן בהידברות שהצדדים יכלו להסיק ממנה הבטחה הדדית נאמנה להכנסת שינוי משפטי ביניהם, מכל מקום הם לא יכלו לראות בכך גם **התחייבות משפטית ממש** להכנסת השינוי בלעדי מעשה הקניין שעוד נותר לעשותו. התחייבות למעשה קנין היתה כמובן מחייבת על כל פנים מעשה קניין אף להעמדתה היא עצמה; ומאחר שכאן לא היה מעשה כזה, משמע שעל אף כל הרצינות והכוונה הסופית המתגלות בדברים, מכל מקום לא יכלו הצדדים להתיחס אליהם אלא כאל דברים הנועדים רק להכין את מעשה הקנין שיבוא, לשמש לו בסיס והגדרה, ותו לא. במונחים אירופיים, אף לפי כוונת הצדדים עצמם, הדברים שאנו עוסקים בהם הם אפוא רק בבחינת binigung (הסכמה טרומית) ולא בבחינת Vertrag (הסכם גמור, או חוזה)[243] - ובהתאם לכך אך הגיוני הוא שהמשפט העברי שולל מבחינה מוסרית את הפרת ההידברות, אך אינו יוצא על כל פנים מגדרו כדי להוסיף לה גם תוקף משפטי כשלעצמה. בשום אופן אין לטעות ולהיתפס לדימוי כאילו היתה כאן איזו התפתחות היסטורית, שהמשפט העברי נעצר בה [[92]] באמצע הדרך, והיינו שאת הסנקציה המוסרית הוא כבר הטיל, ואת גשר התוקף המשפטי המלא הוא עדיין לא עבר. האמת המסתברת היא שהסנקציה המוסרית נובעת כאן פשוט מלכתחילה, מטבע הדברים, ואלו התוקף המשפטי נמנע כאן לא מפני שעדיין לא הגיעו אליו, אלא מפני שאף פעם לא החלו לצעוד לקראתו - וכנראה גם אין הוא רצוי כלל כפי שעוד יתברר לנו בניתוח המסווג של הדברים, להלן.

אפשרות יותר חמורה, בסוגיה זו שב אנו דנים פה, רואים דיני ישראל במקרה שדברי הקניין אף לא נשארו בבחינת דברים גרידא, אלא גם נולד מהם מעשה שראוי היה להיחשב באופן עקרוני כמעשה קנין גמור - אלא שלפי מסיבות המקרה לא היה העסק ראוי להיגמר באותו מעשה, ועוד היה נחוץ לכך מעשה מתאים אחר. במקרה כזה, אם אחד הצדדים חוזר בו ללא מניעת קיום אובייקטיבית, אין הוא רק "ממחוסרי אמנה", אלא על פי דרישת הצד שכנגד אף אפשר להכריז נגדו קללה בציבור: "מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא ייפרע ממי שאינו עומד בדיבורו"[244]. סנקציה זו מצידה, אמנם יתכן לומר שתלויה היא בהתפתחות ההיסטורית. משתמעת ממנה ההכרה העקרונית כי המסיבות המתוארות - אף על פי שמטבע הדברים אין להכיר בהן את העסק גמור כמכוון, מכל מקום נוצרת בהן התחייבות לקיים את העסק - והדעת נותנת כי העונש של קללה בגלל הפרת התחייבות עסקית לא נקבע אלא על רקע של חוסר נוהג להטיל על הפרת התחייבות כזאת פיצויי נזקים ופיצויי ביטול כיס, שהם בלי ספק מוצא יותר מאוזן ויעיל. נוהג כזה [[93]] מופיע בהמשך התפתחותם של דיני ישראל[245], ומסתבר כי משמוכנס נוהג זה ראוי הוא להחליף את קללת "מי שפרע" אף לגבי אותם המקרים המיוחדים שנקבעה לגביהם הקללה ולא הוזכרו לגביהם פיצויים. על אחת כמה וכמה אם נשים לב שבכל מקרה המתאים ל"מי שפרע" אפשר למעשה להסיק התחייבות גם על פי ההנחה ד"בהיא הנאה דסמיך עליה גמר ומשעבד נפשיה", כפי שעוד נראה להלן.

---

[243] קצט) ר' **אנקצרוס**, עמ' 449.

[244] ר) עה"ש חו"מ סי' ר"ד סע' א' ואילך.

[245] רא) משנה בבא מציעא פ"ט מ"ג. אכן, גם עונש הקללה מופיע במקורו **במשנה**: בבא מציעא פ"ד מ"ב; אולם עונש זה של קללה אמנם מופיע שם כעונש מקורי מן הדין, בעוד שחיוב הפיצויים בגין הפרת ההתחייבות העסקית מוסבר במשנה רק על פי מנהג מיוחד.

ה. דברי הקניין ומעשי הקניין במעשים חד צדדים ובמעשים חוזיים (הצורך בקליטה של הצהרת רצון; "הצעה" ו"קבלה" בחוזה)

אנקצרוס, בעמ' 444-443, מבחין בין הצהרות רצון הצריכות קליטה על ידי אדם מסוים (הצד שכנגד) לבין הצהרות רצון שאינן צריכות קליטה, - ובצידן מבחין הוא סוג שלישי, שאמנם אינו צריך קליטה על ידי הצד שכנגד אך זקוק לקליטה על ידי איזו רשות (כגון בית הדין, לגבי הצהרה על הפקרת מקרקעין). הבחנות אלו עשויות לשמש פתיחה נוחה לדיון מקביל בדיני ישראל.

ניתן לומר כי בדיני ישראל נוצרת למעשה הבחנה משולשת דומה, אך רק במה שנוגע למעשים החד צדדיים. המעשים הללו, ראינו שלפעמים מתגלמים הם בעצם גילוי גמירת הדעת, בדומה להצהרת הרצון באירופה - ובמקרה כזה אמנם מוצאים אנו דוגמאות להבחנה המשולשת הנ"ל בפשטות. כך למשל, הפקרת הנכסים הרגילה, או הקדשת הנכסים - גילוי גמירת הדעת המוציא אותן לפועל אינו זקוק לקליטה על ידי שום אדם מסוים (אכן, אם מדברים אנו על "גילוי", ממילא משמע שמישהו צריך לקלוט את הגילוי, אבל הצורך הזה אינו "קונסטיטוטיבי": אמור הוא רק **בקליטה על דרך עדות**, לשם הבנת המצב במקרה של ספק, או לצורך ראייה במקרה של מחלוקת, אבל מבחינה עקרונית כשאין שאלת ספק או מחלוקת, מועיל הגילוי אף אם למעשה איש לא ראהו ואיש לא שמָעו). לעומת זאת, במעשה המחילה או העברת החוב במעמד שלשתן (שאף על [[94]] פי שהמעשה הוא חד צדדי, במובן שאין הוא תלוי בהסכמה[246], מכל מקום מתיחס הוא לצד מסוים או לצדדים מסוימים שכנגד) מתחייב מטבע הדברים שאין גילוי גמירת דעת מועיל אלא על ידי הפניה לצדדים המתאימים שכנגד ועל ידי קליטת הגילוי על ידי אותם הצדדים. ושלישית, במקרה של הפקרת מקרקעין, יש לנו דוגמה, בה נחוצה דווקא קליטת גילוי גמירת הדעת על ידי שלשה נוכחים, כגורם קונסטיטוטיבי, אבל הדברים אינם אמורים באותם צדדים שכנגד והדרישה על כל פנים אינה נוגעת מטבע העניין, אלא באה היא רק כחיזוק צורני, כדי להבטיח את רצינות המעשה ולמנוע **מלכתחילה** את אפשרות הספק[247].

מעבר לכך, אף במעשים חד צדדיים שאינם מתקיימים על ידי עצם גילוי גמירת הדעת בלבד, ניתן לומר כי ההבחנה הנידונה עדיין יש לה משמעות. להבהרת מסקנה זו יש להקדים ולציין כי אף במעשים [ה]אלה - ולא רק במעשים הדו צדדיים - יש מקום להבחין בין דברי הקניין למעשה הקניין. אכן יתכן פה לפעמים - בדומה למעשים המתקיימים על ידי עצם גילוי גמירת הדעת - שדברי הקניין ומעשה הקניין יתלכדו לאחד; כמו, למשל, במעשה הרגיל של זכייה מן ההפקר,

---

[246] רב) אינו תלוי בהסכמה - היינו שמלכתחלה אין לנו לשאול אם הנמחל או הנמחה מסכימים, והמעשה קיים עקרונית אף בלא שום גילוי של הסכמה; אולם פשיטא שאין אדם זוכה במתנה בעל כרחו (ר' תוס' גיטין ע"ה א' ד"ה מכלל) ואם הנמחל או הנמחה מביעים **סרוב** בהזדמנות הראשונה, ודאי מתבטלת המחילה או העברת החוב למפרע, כדין המזכה את חברו שלא בפניו (בבא בתרא קל"ז ב' - קל"ח א').
בהקשר זה יש גם לומר דבר בענין מי שמקנה לחברו חפץ המוחזק כבר בידיו של הלה, שאף אותו השווינו לעיל למוחל. אצל "מוחל" זה, לכאורה אי אפשר לראות מעשה חד צדדי בשום אופן, אף לא במובן המתורץ כאמור, שהרי כאן הקונה לכאורה איננו זוכה אלא **בדיעבד**, משמביע הוא את הסכמתו לעסק, ולא לפני כן. אולם באמת יש להבחין בעסק כזה בין דברי הקניין בכללם לבין הרגע שבו משתמע לנו כי המקנה הביע את גמר הסתלקותו מזכויותיו כבעל הבית. הבעה זו כשלעצמה היא בהחלט מחילה מן הסוג הרגיל ומעשה חד צדדי, ואילו העובדה שמשמעותה הקניינית לגבי העסק בכללו תלויה בכך שנדע מראש כי הקונה אמנם מסכים לה ומבקש לקנות באמצעותה - עובדה זו היא חיצונית ומקרית לחלוטין ואינה משנה את מהותה העצמית של ההבעה.

[247] רג) שו"ע חו"מ סי' רע"ג סע' ז'.

שבאמת נחוץ בו הצירוף של תפיסה ממשית וכוונה מתאימה, אלא שלשם בירור הכוונה אין נדרשים בו דווקא שום "דברים" מיוחדים, ובדרך כלל צריכים אנו ללמוד כאן על הכוונה מתוך עצם מעשה התפיסה[248]. אולם, אף בדוגמה זו של זכייה מן ההפקר, אין **הכרח** שהדברים והמעשה יתלכדו; יתכן שלהבהרת טיבו של המעשה תבוא כאן הצהרת דברים מפורשת[249] - ובמקרה זה ניתן לומר כי הצהרה זו [[95]] היא מן הסוג שאינו צריך קליטה קונסטיטוטיבית שחשיבותו היא רק למניעתו של ספק. לעומת זאת, במעשה של העברת חוב בהרשאה, שוב יש לנו דוגמה של מעשה חד צדדי שאינו מתקיים על ידי גילוי גמירת דעת בלבד, כי אם באמצעות ההצגה של כתב הרשאה על ידי המורשה לפני החייב[250] - וכתב זה כולל גילוי של גמירת דעת המבהיר את משמעות ההצגה והטעון קליטה קונסטיטוטיבית על ידי המורשה, מצד אחד, ועל ידי החייב מצד שני.

אולם, בשיטות של אירופה, עיקר חשיבות ההבחנה בין הצהרות הרצון הצריכות קליטה לבין ההצהרות שאינן צריכות קליטה היא לאו דוקא בתחום המצומצם הזה שסקרנו, אלא יוצא הוא לשטח הרחב של דיני החוזים. כאן, לפי השיטות של אירופה, יסוד מוסד ענייני הוא, שהחוזה נוצר על ידי מפגש של שני מיני הצהרות רצון: הצהרת רצון של הצעה ליצור חוזה והצהרת רצון של הסכמה, או קבלת ההצעה; הצהרות אלו, מטבע עניינן זקוקות זו לזו לקליטה הדדית, שזה המפגש, או גילום ההסכמה ההדדית, אשר רק באמצעותו נוצר החוזה (בהקבלה למושג של מעשה הקניין בדינינו) ותורת דיני הקליטה ההדדית של הצהרות הרצון החוזיות האלו (בהבדל ממיני הצהרות רצון אחרות, אשר יתכן כי לא תהיינה זקוקות לקליטה) הריהי כאן אפוא יסוד מוסד בדיני היווצרות החוזה[251].

והנה, גישה זו, המובנת כל כך לכאורה מאליה, באמת לא יכירנה כלל המקום בדיני ישראל. מושגי "ההצעה" ו"הקבלה" אין להם כאן שום משמעות בקשר להיווצרות החוזה, וכך לא רק במה שנוגע לעצם מעשה הקניין (שמטבע ברייתו אין הוא מורכב כלל מהצהרות רצון) אלא גם לא במה שנוגע **לדברי הקניין**, אשר המשא והמתן בדרך של [[96]] "הצעה" ו"קבלה" מחויב בהם על כל פנים מטבע עניינם שלהם.

טעם הדבר הוא שבמעשה הקניין החוזי בדיני ישראל אין לדברי הקניין אף פעם משמעות קונסטיטוטיבית ישירה, בדומה למה שיש להם במעשה הקניין החד צדדי (בין כשמתלכדים הם עמו ובין כשנלווים הם עליו). דבר זה, מצידו, נובע מן העובדה שבמעשה החוזי - בהבדל מן המעשה החד צדדי - הרי גם אם משמעות המעשה תלויה בכוונת בעליו, מכל מקום אין ההצהרה או הגילוי של כוונת אחד הצדדים גרידא יכולה להספיק כאן אף פעם לקביעת המשמעות; נחוץ הגילוי דווקא של כוונת **כל** הצדדים, - ולא רק הגילוי של כוונת כל אחד מהם בנפרד, כי אם הגילוי של כוונת כלם **יחד**, בהתלכדותה. גילוי מלוכד זה, מטבע הדברים אינו יכול להופיע בדברי הקניין בלבד, אשר מטבעם הם, לעולם יכולים הם להיות רק **אוסף** של דברים נפרדים, מקבילים (וביחוד,

---

248 רד) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ט'.

249 רה) משנה בבא מציעא פ"א מ"ג.

250 רו) שו"ע חו"מ סי' קכ"ב ואילך.

251 רז) **אנקצרוס**, עמ' 448, 487 ואילך; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 25 ואילך; **מסיניאו**, א', עמ' 465 ואילך; **אנסון**, עמ' 18 ואילך. וכך באמת לא רק בשיטות האירופיות: ר' גם במג'לה, סע' 101 ואילך, 433 ואילך.

כאשר לעצם הבעת ההסכמה להצעה אין אנו אמורים ליחס משמעות של מעשה קנין הגומר את הענין). הגילוי המלוכד מתקבל אפוא בדיני ישראל על ידי ביצוע מעשה הקנין **בהתאם** לדברים, ואילו ההצהרות או הגילויים ההדדיים, המרכיבים את הדברים - כל אחד מאלה כשלעצמו - אין להם כאן שום מעמד טכני, באופן שחשוב יהא לדעת אם נחוצה קליטתו על ידי הצד שכנגד או שמספיקה הופעתו בעלמא. אכן, מטבע העניין, כמובן נחוץ כאן מבחינת עובדתית אובייקטיבית, שההצהרות וגילויי הכוונה האחרים אמנם ייקלטו באופן הדדי, ולא יתכן שיספיק רק גילוי הכוונות בעלמא; אולם, דבר זה נחוץ רק מבחינה עובדתית אובייקטיבית, ואין הוא בשום אופן דרישה משפטית טכנית, בדומה למצב באירופה. מבחינה משפטית טכנית לא איכפת לנו בדיני ישראל איך יתפתחו דברי הקניין החוזיים, וחשוב לנו רק שבין כך ובין כך, מכל מקום יהא בהם ללמד על פי הגיון המסיבות, כי מעשה המתיימר להיות מעשה קניין [[97]] חוזי, על סמך דברים מסוימים שהיו בין הצדדים, אמנם הוא מעשה קניין משמעותי ומכוון על פי אותם הדברים - ובזה מצטמצמת כאן כל התורה המקבילת לתורת "ההצעה" ו"הקבלה" בדיני החוזים הנוכריים[252].

אולם במסגרת ההקבלה הזאת ראוי עוד לציין כמה נקודות במיוחד. האחת היא, שעל אף השוני העקרוני הגדול, הנוצר פה לכאורה, למעשה קטן השוני בהרבה ממה שהוא נראה. הדבר הנוצר בשיטות הנוכריות הריהו למעשה זה, שהצהרת הרצון המתגלמת ב"הצעה", אין לה כשלעצמה שום תוקף של מעשה קניין, או "עסק משפטי": העסק המשפטי נוצר רק על ידי הצהרת הרצון המתגלמת בקבלת ההצעה, או בהסכמה, ורק ה"קבלה" היא אפוא בבחינת הצהרה שאיננה רק הצהרה גרידא, אלא גם מגלמת את מה שמקביל למעשה הקניין בדינינו[253]. לעומת זאת, "ההצעה" הריהי כמין **דברי קניין**, הנחוצים להבהרת המשמעות ולקביעת התוקף של מעשה הקניין (ההסכמה) - וההבדל הוא רק זה, שדברי הקניין בדיני ישראל הריהם רק דרישה עניינית, בעוד שדרישת "ההצעה" בשיטות הנוכריות הריהי גם דרישה טכנית-פורמלית לקליטת ההצעה על ידי הצד שכנגד ולהתאמה תוכנית בין "הקבלה" ל"הצעה"[254].

נקודה אחרת הראויה כאן לציון מפורש לשם שלמות הדברים, הריהו זו, שמטבע הגישה העברית הוא - כפי שכבר ראינו - שעד להשלמת המשא ומתן על ידי מעשה הקניין, יכולים הצדדים לחזור בהם, על אף כל דברי הקניין מרחיקי הלכת ביותר, שאולי כבר היו ביניהם. לעומת זאת, בשיטות של "הצעה" ו"קבלה" - מאחר ש"הקבלה" [[98]] היא כאן בבחינת השלמה של "דברי הקניין" ו"מעשה הקניין" כאחד - שוב אין הצדדים יכולים לחזור בהם, משאך הובעה ונקלטה "קבלה" מתאימה (וכך לפחות באותם המקרים שבהם אין השיטה דורשת איזה גורם נוסף לגמירת בעניין,

---

[252] רז-1) מסקנה זו נשארת נכונה אפילו לגבי עסק כמו הקנאת חפץ למי שכבר מחזיק בו מקודם, על ידי הסכם דברים גרידא: כי למעשה, אפילו בעסק כזה, אין החוזה נוצר על ידי עצם דברי הקניין וההסכמה הגלומה בהם, כי אם על ידי המעשה המיוחד של הסתלקות המקנה מזכויותיו כבעל בית, כפי שראינו לעיל.

[253] רח) השווה סע' 1108 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי, התולה את תוקף החוזה רק ב"הסכמת המתחייב", ואינו מזכיר כלל את **ההצעה** כיסוד מהותי-פנימי בגמירתו של העסק: ר' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 22-23.

[254] רט) שדרישת הקליטה היא דרישה טכנית-פורמלית לא רק במה שנוגע ל"קבלה", אלא גם במה שנוגע ל"הצעה", מתברר באופן מובהק אצל **אנסון**, בעמ' 24: פעולה המתאימה לתוכן חוזי מסוים שהוצע אינה קושרת חוזה, אם הפעולה לא נעשתה כלל בידיעת ההצעה (וממילא היא לא יכלה להיחשב אפוא כ"קבלה" או הסכמה). ר' גם **מסיניאו**, א', עמ' 465, לפיו "קבלה" בלבד אינה מעשה קניין, אם אין היא בבחינת היענות ל"הצעה".

באופן יוצא מן הכלל). אולם לפי העקרון הגלום בגישה זו, הרי עד שלא היתה קבלה מתאימה כראוי - ועל אף כל מיני הדברים שאולי היו כבר בין הצדדים בינתיים - **יכולים** הצדדים לחזור בהם, ובזה מגיעים אנו לנקודה השלישית.

הנקודה היא בכך, שיש מן השיטות האלו הדוחקות את העקרון ומשתדלות לצמצם או למנוע את אפשרות החזרה אף בטרם השלמת "הקבלה".

בכיוון זה מוצאים אנו קודם כל את הנטייה לפרש, כי לשם הקליטה של הצהרת הרצון על ידי הצד שכנגד אין הכרח דוקא שהלה יתפוס את ההצהרות בשכלו (לפחות, כשאין מדובר בהצהרה בעל פה), אלא מספיק שההצהרה תגיע להשג חושיו, באופן שיהא **מסוגל** לתפסה. בהתאם לכך, אם למשל הצהיר אדם על הסכמתו להצעת החוזה של חברו במכתב, מקבל החוזה תוקף כבר משעה שהגיע המכתב למציע, ואף בטרם שהאיש קרא את המכתב[255]. יש גם המקדימים וסוברים כי החוזה מקבל תוקף משעה ש"המקבל" ביטא את הסכמתו באופן שתוכל להגיע ולהיקלט על ידי הצד שכנגד, כגון ששלח את המכתב - ואף אם המכתב, למעשה, עדיין לא הגיע[256].

אך בכיוון האמור, יותר חשובה מן הנטייה להקדמת שלמות "הקבלה" הריהי הנטייה לצמצם או למנוע את אפשרות החזרה כבר משעת "ההצעה". במישור זה עשויה הבעיה להתעורר כמובן רק במה שנוגע לאפשרות החזרה מצד **המציע** - לגבי תוקף הצעתו, [[99]] ש"קבלתה" על ידי הצד שכנגד תוכל להשלימה לחוזה בלי תלות עוד בכל שינוי שעשוי היה לחול בינתיים בדעת בעליה - ויש להבחין כאן בין שני סוגי מסיבות. האפשרות האחת היא שהשינוי חל בטרם שהושלם המעשה על ידי "קבלה", אלא שהשינוי לא הגיע לידי "קליטה" על ידי הצד שכנגד עד שהלה עמד ועשה מעשה שיש בו משום יסוד מספיק ל"קבלה" מצידו (כגון ששיגר מכתב הסכמה). במקרה כזה נראה שהכלל הוא כי השינוי בדעת המציע (ואף אם בינתיים מת או נשתטה) שוב אינו מועיל. האפשרות השנייה היא שהצד שכנגד עדיין לא עשה מעשה שיש בו משום "קבלה". במקרה כזה נוטים בצרפת לדעה שהמציע מכל מקום אינו יכול לחזור בו מן ההצעה - לפחות במשך זמן סביר או במשך הזמן שהמציע עצמו קבע בהצעתו - משעה שהגיעה ההצעה לצד שכנגד[257]. גם הבג"ב הגרמני (סע' 130) קובע שעל כל פנים אין מות המציע או השתטותו פוגעים בתוקף ההצעה, ולא רק מן השעה שהגיעה ההצעה לצד שכנגד, אלא אף מן השעה שיצאה כדי להגיע אליו. באיטליה, לפי סע' 1329 של ספר החוקים האזרחי, אין המציע יכול לחזור בו במשך הזמן שהוא עצמו קבע בהצעתו, ובמקרה שקבע זמן - אין גם מותו או השתטותו פוגעים בתוקף ההצעה, תוך אותו זמן (וכשהמסיבות אינן מחייבות אחרת).

---

[255] ריז) **אנקצרוס**, עמ' 488-493; **מסיניאו**, א', עמ' 467.

[256] ריא) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 30-31; **אנסון**, עמ' 33-36 (על פי התפיסה שהמציע הסכים לקבלת הצעתו במכתב, ומשנמסר המכתב לדואר רואים אותו כאילו הגיע לידי שלוחו של **המציע**. השווה שו"ע חו"מ סי' קכ"א).

[257] ריב) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 27-29.

במדינת ישראל, לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, סע' 5-2, יכול המציע לחזור בו כל זמן שלא היתה קבלה, אלא אם התנה אחרת, אך על כל פנים פוקעת ההצעה אם לפני קבלתה מת המציע או נפסל.

בדיני ישראל, כל מערכת הבעיות הזאת אין לה מקום[258]. אולם, לפי מה שראינו, יש בכל זאת גם בדיני ישראל משהו מקביל לסתימת דרך החזרה של המציע, והרי זה בכך שאם פנה אדם לחברו בהצעה לחוזה, באופן שהיה בו כדי להסמיך, על יסוד סביר, את דעתו של הלה, כי המציע מזמינו לפעול בהתאם להצעה ומקבל עליו אחריות לפעולה, הרי משפעל המוזמן בהתאם להצעה, נקשר החוזה בהכרח, אף אם המציע ביקש בינתיים [[100]] לחזור בו, או שמת או נשתטה - ובלבד שהמוזמן לא ידע ולא היה לו לדעת על כך עד שעמד ופעל[259].

ו. מעשה הקניין, דברי הקניין והכוונה האמיתית

ראינו כי השינוי המשפטי שיכולים אנשים ליצור ביניהם, באופן אוטונומי, מצריך להיוויו מעגל של התפתחות, שבתחילתו יש גילוי טרומי של הכוונה (או הדעת) ובסוף נסגר הוא על ידי מעשה המוכיח כי הדעת אמנם נגמרה ויצאה אל הפועל. ראינו גם כן שמעגל זה, למעשה נדרש הוא לא רק בדיני ישראל אלא גם בשיטות האירופיות (אם כי יש לפעמים שהמעגל מצטמצם ושני הגורמים מתחלפים ונהפכים לנקודה). אולם, על אף המעגל הזה, התולה את מעשה השינוי בגילוי מוכח של הכוונה, העובדה היא כי לעתים קרובות חוזרת השאלה ונשאלת, האם מתאים המעשה לכוונה ומה המשמעות במקרה של פגם בהתאמה. אין צריך לומר שכדי שיהא בכלל מקום לשאלה כזאת, נחוץ על כל פנים מצב שבו אמנם יש מעשה המתיימר להיות מעשה קניין והמוכיח לכאורה כוונה מתאימה, שבאה לידי גילוי - ונשאלת השאלה, מצידה, כיצד זה עשוי אם כן הספק להתעורר?

כדי להשיב על השאלה הזאת, נמיין את האפשרויות השונות.

אפשרות אחת - והיסודית ביותר - הריהי שהספק מתעורר לאמור: האם על אף היומרה של גמירת דעת (או רצון לערוך עסק משפטי), אמנם יש מאחורי היומרה גמירת דעת או רצון ממשיים וכנים? [[101]] בקשר לכך שוב נבחין ונאמר שהספק יכול לנבוע מטיב המעשה המתקבל על ידי השיטה המשפטית כיומרה מספיקה של מעשה קניין; יכול הוא לנבוע מסברה כי המעשה נערך באופן מדומה; ויכול הוא לנבוע מסברה כי המעשה נערך באילוץ.

---

[258] ריג) כך לפחות בתחום המיוחד של דיני החוזים, שבו אנו עוסקים. מעבר לכך יתכן שבעיות דומות תתעוררנה גם בדיני ישראל: למשל, לגבי הרשאה אפשר לשאול אם מחייבת היא את הנתבע רק משעת הקריאה וההבנה או כבר משעת ההצגה, ואפשר לשאול האם המרשה יכול ליכול לחזור בו כנגד הנתבע אף אחר כל אלה, כל זמן שהנתבע לא פעל למעשה. לא מצאתי תשובה מפורשת על שאלות אלו, אך מעז אני להציע את הסברה שאין ההרשאה מחייבת אלא משעת ההבנה, ומאותה שעה אין המרשה יכול לחזור בו, דומיא דמעמד שלשתן.

[259] ריד) להבהרת העניין יש להדגיש (כפי שעוד נחזור ונברר להלן) כי התקשרות המציע אינה מתבצעת כאן על ידי מעשה הקניין המתגלם כביכול במעשה ההיענות של הצד שכנגד - ובודאי אין היא יכולה להתבצע כך, שהרי בשעת ההיענות יתכן כי אין עוד גמירת דעת של המציע, ואין במעשה ההיענות כדי ללמד על גמירת דעת כזאת. התקשרות המציע מתבצעת על ידי **הנאת מהימנותו**, שנתקבלה תוך כדי **דברי הקנין**, ושהיא אמנם מלווה היתה בגמירת דעת מצידו והיה בה כדי ללמד על קיום גמירת הדעת. חשיבותו של מעשה ההיענות היא שיש בו כדי ללמד גם על גמירת הדעת של **הצד שכנגד**, ויתר על כן: חשיבותו היא **שמשלים הוא את מעשה הקנין של קבלת הנאת המהימנות** והופך אותו אמנם למעשה קנין, **בדיעבד ולמפרע**.

לגבי האפשרות הראשונה מאלו יש לציין, כי סכנת הספק מסוג זה, יש לה יסוד בשיטות האירופיות הרבה יותר מאשר בשיטה העברית. בשיטות האירופיות, העומדות על העקרון כי אף מעשה הקנין החוזי מתגלם בעצם הצהרות הרצון - או **בדברי** הקנין - יש מטבע העניין מקום לחשש, שמא הדברים באמת לא יצאו עדיין מכלל משא ומתן או גישושים גרידא להכנתו, והגדרתו של מעשה הקניין שיבוא, ועדיין אין בהם משום גמירת דעת הדדית אמיתית על קיום העסק **כבר**, בגדרים שעלהם הספיקו הצדדים להחליף מלים עד עכשיו. מכאן הלבטים העוברים כחוט השני בדברי ימי המשפט באירופה, האם ראוי אמנם להסתפק בקנין הדברים החופשי או שמא ראוי להתנות את מעשה הקנין בצורה דווקנית של עריכת הדברים, אשר ודאי לא יבואו הצדדים להשתמש בה אם לא כדי להוכיח שאמנם גמרו על העסק בדעתם באופן סופי ומוחלט[260]. הנטייה היתה מלכתחילה לדרוש דוקא צורה מיוחדת, אבל נוכחו עד מהרה שהצורה הכבידה יותר משהועילה; התפתחה אפוא הנטייה לעבור לעקרון של חופש הצורה, אבל בזה שוב יוצא כי החופש מבלבל יותר משהוא מפשט, כל אימת שהבעיה באמת מתעוררת[261] - ולבסוף, המקובל הוא כיום שקובעים את העקרון של חופש הצורה, ומסייגים אותו בסייגים, [[102]] השונים משיטה לשיטה. התוצאה היא אפוא כי במידה שהעקרון אינו מסויג, ובמידה שבתחום הבלתי מסויג אמנם צריכה הבעיה להתברר רק מתוך עצם דברי הקניין הבלתי צורניים, כשלעצמם, משאירים הדברים, מטבעם, פתח רחב לספק - האם היתה שם למעשה גמירת דעת או לא - ואין לגבי ספק זה שום קנה מידה ברור לתשובה.

לעומת זאת, בדיני ישראל, מעשה הקניין החוזי אף פעם אינו נגמר בדברים ותמיד נדרש בו מעשה מכוון ומיוחד - אם כי לא בבחינת צורה מכבידה, אלא בבחינת מעשה שמטבע העניין או בבחינת אמצעי להקל. פירושו של דבר זה איננו, כמובן, שכאן נמנע אפוא כל יסוד לספק מעיקרא, או שמעשה הקניין הדרוש הריהו כאן תמיד ובכל המקרים גם יותר נוח וגם יותר יעיל מקניין הדברים בעלמא. אולם, פירושו של דבר הוא, על כל פנים, שגם אם נשאר פה עוד מקום לספק בענייננו, הרי זה בדרך כלל לא יהיה בגלל סיבות הטבועות בעצם אופיו של מעשה הקניין אשר בו מסתפקים, כי אם בגלל סיבות אחרות כלשהן שמעבר לכך[262].

---

[260] רטו) **קולין וקפיטן**, א, עמ' 66 ואילך; **אנקצרוס**, עמ' 474 ואילך; **אנסון**, עמ' 59 ואילך.

[261] רטז) כך למשל בחוזי יום-יומיים פשוטים כגון שאני קונה לחמניה בחנות, ממילא אין בעיה כי מכל מקום אין הדברים תלויים רק בהצהרות הצדדים, אלא גמירת הדעת מתבררת באופן מובהק על ידי תשלום הכסף או נטילת הלחמניה. הבעיה מתעוררת בעיקר במקום שבאמת אין לנו לפי שעה אלא דברים בעלמא, וכאן העובדה היא שבדרך כלל אין הצדדים עצמם סומכים על חילופי הדיבורים גרידא אלא מקבלים עליהם את הטירחה לערוך את הדברים בכתב - ואם אינם עושים כן ומסתבכים במחלוקת, הרי באמת המוצא הוא קשה. במסיבות אלה מקבל חופש הצורה את הצדקתו רק בגין אותם המקרים שבהם מעדיפים הצדדים להימנע מטירחת הצורה, ובכל זאת, מקיימים הם לבסוף את הדברים להנחת דעתם ההדדית - באופן שהבעיה שוב אינה מתעוררת כמו בחוזים הפשוטים.

[262] ריז) בדיני ישראל, האפשרות הדומה ביותר למסיבות באירופה, הריהי במקרה שיש לנו טענה של מעשה קניין על ידי הנאת המהימנות גרידא. אולם, אף במקרה כזה, כשמתעורר ספק ביחס למשמעות הדברים, אין דיני ישראל נאלצים להסתפק - כשיטות האירופיות - בקנה המידה המעורפל, המתגלם בשאלה האם עלו הדברים כדי הצעה וקבלה חוזיות או שמא היא רק בבחינת הבעת רעיון והנהון בלתי מחייב שכנגד, אלא נזקקים הם לקנה המידה האיתן הרבה יותר: האם נעשתה כאן פעולה אשר על פי הדברים שהוחלפו ומסיבות המקרה האחרות אפשר לראותה כמוזמנת על ידי הצד שכנגד, באופן שהוא ראוי לשאת בגינה באיזו אחריות מסוימת, מוסכמת.

מכל מקום, כאשר מתעורר ספק מן הסוג הנידון, והתשובה נחתכת לכאן או לכאן, ממילא אין שום בעיה מיוחדת נגררת עוד אחריה לגבי משמעות המצב. המצב הוא שמעשה הקניין נמצא כקיים או כבלתי קיים ובזה נגמר העניין.

אחרת הוא כאשר מצד דמות המעשה עצמו אין שום ספק מתעורר ואיש אינו חולק על כך כי מבחינה חיצונית אמנם מצויים במעשה כל הגורמים הנחוצים לשם שלמות ותקפות, אלא שבכל זאת עולה הסברה כי כל הגורמים הללו לא הורכבו על ידי הצדדים אלא באופן מדומה, [[103]] או עקב אילוץ.

בפרטי הדינים החלים במקרה כזה לא נעסוק בפרק זה, אלא נדחה את הדיון בהם עד החלק השני של פרק "הדינים הכלליים של חוזים", אותו הבטחנו להעלות אחר הדיון בחוזים המיוחדים. אולם, נעיר כאן מכל מקום משהו ביחס לצד העקרוני של העניין.

סברת העריכה המדומה או המאוצלצת של מעשה הקנין, כפי שהצגנוה לעיל, מתיחסת לדמיוניות או למאולצות של עצם מעשה הקניין, והיינו שכל עיקר המעשה לא נערך אלא באופן מדומה או מאולץ, ללא גמירת דעת אמיתית וכנה, או על כל פנים ללא גמירת דעת "חופשית" (במובן של הכרעה על פי שיקולים שלא נכפו באופן פסול, מעבר לגדרי הלחץ הכשר של המסיבות). אולם, יתכן כי הסברה לא תתיחס לעצם מעשה הקנין כי אם רק לפרטים מסוימים בתוכן, שעליו אמור המעשה לחול,- ואפשרות זו מחזירה אותנו להבחנה חשובה שעוד צריכים אנו להדגיש ולברר במסגרת המושג של הרצון או הדעת, שברקע עניינו.

הגדרנו לעיל שבמושג הרצון נציין באופן ארעי לא את כל המקביל ל"דעת", כי אם רק את מה שמקביל **לגמירת** הדעת. אולם, גמירת הדעת לערוך מעשה קנין אין לה כמובן משמעות אלא ביחס לתוכן מסוים שאותו צריך המעשה להגשים - ומכלול הדימויים של התוכן הזה, גם אם נכלל הוא בבחינת נשוא ההתיחסות במערכת הדימויים, האיוויים וההגיונות המתלכדים בתהליך הדינמי של **גמירת הדעת**, הריהו ראוי על כל פנים להיתפס גם באופן עצמאי כיסוד מיוחד במערכת **הדעת** הנחוצה לביסוסו של מעשה הקניין והנדרש בה לא רק באמצעות היסוד של **גמירת הדעת**, אלא גם כשלעצמו, כביכול [[104]] **בצידה** של גמירת הדעת, ואף לפניה בזמן. יסוד זה, כשם שנדרש הוא ב"דעת" כן נדרש הוא ב"רצון", - ובשיטות האירופיות מכנים גם אותו סתם "רצון", בלי שים לב להבחנה בינו לבין הרצון כגורם המקביל במיוחד לגמירת הדעת שלנו. במקורות העבריים, לעומת זאת, מציינים אותו בדרך כלל כ"דעת", סתם, או כ"כוונה"[263], ואנו כאן נכנה אותו "תוכן" (היינו התוכן המכוון מבעד למעשה), בהבדל מגמירת הדעת מחדגיסא וממערכת הדעת או הרצון בכללה, מאידך.

[263] ריח) ר', למשל, עה"ש חו"מ סי' רכא סע' א' ("נתרצה לדעת הלוקח" - היינו הסכים למיקח על פי התוכן שאליו התכוון הלוקח) - או שם, סי' ר"כ סע' י' (האומר לחברו ראש עבד זה אני מוכר לך... - בעל כרחו דהכוונה הוא למכור לו בו חלק כפי שוויו של הראש").

אמרנו למעלה כי בדיני ישראל מתבררת גמירת הדעת הדרושה למעשה הקניין - על התוכן הנחוץ לממשותה של גמירת הדעת - באמצעות מעגל ההתפתחות של דברי הקנין ומעשה הקניין. במלים אחרות יכולים אנו לומר עכשיו כי מעגל זה מברר את **דעת** מעשה הקנין, על התוכן וגמירת הדעת גם יחד. אולם, עתה ראוי גם להוסיף ולהדגיש, כי בעוד שמעשה הקניין כשלעצמו אין בו כדי לברר את גמירת הדעת, בלי עזרתו של מעשה קניין בנוסף, - הרי התוכן מצידו, אין בירורו תלוי כלל במעשה הקניין, וצריך הוא ויכול להתברר רק מתוך דברי הקניין. ומצד שני, להשלמת התמונה: דברי הקניין, אמנם יתכן שהם יהיו חשובים לא רק לשם בירורו של התוכן, אלא גם לשם בירור קיומה של גמירת הדעת מצד עצם משמעותה הדינמית; אולם לא זהו עיקר התרומה הנדרש מדברי הקניין לשם בירור גמירת הדעת. גמירת הדעת, מצידה הדינמי, עשויה להתברר אף [[105]] על ידי עצם עריכתו של מעשה הקניין (ובלבד שיהיו שם גם דברי קניין המבהירים כי אמנם המדובר הוא במעשה קנין והקובעים מהו התוכן המכוון מבעד לאותו מעשה). לעומת זאת, **עיקר דברי הקניין** הריהו באמת רק **בבירורו של התוכן** - וכשם שהתוכן הזה, מצידו, זקוק לבירורו בהכרח לדברי הקניין, כאמור.

והנה, אם נחזור מכאן לענייננו ונזכיר מה שאמרנו כי סברת הדמיוניות או המאולצות יתכן שהיא תתיחס לאו דוקא לעצם מעשה הקנין או גמירת הדעת עליו, כי אם רק לפרטים מסוימים בתוכן, משמע עתה כי סברה זו, פירושה למעשה הוא לאמר: שבדברי הקניין נכללו פרטים (או ביטויי פרטים) מסוימים, שלא היה להם כיסוי בתוכן המכוון באמת מלכתחילה, אלא הם נכללו בדברי הקניין רק אופן מדומה (לשם אחיזת עיניו של מישהו) או עקב אילוץ, כפי שהגדרנו לעיל.

בשיטות המשפט השונות, יתכן שיהיה הבדל בתוצאות בין המקרה שהדמיוניות או המאולצות מתיחסות לעצם גמירת הדעת (או לרצון העסק בכללותו ועיקרו) לבין המקרה שמתיחסות הן רק לפרטים של התוכן[264]; אולם מבחינת הגישה העיונית לעניין, הרי לפחות בשיטות האירופיות אין מקום להבחין בין שני מיני המקרים. בשיטות האירופיות, גם עצם גמירת הדעת וגם בפרטים של התוכן, בירורם הוא באמצעות הצהרות הרצון או מה שמכנים אנו כדברי הקניין (הצהרות הרצון כוללות כאן את הבעת הרצון הקונסטיטוטיבית לעסק ואת הגדרת תוכנו במאוחד), ואם מתעוררת כאן סברה של דמיוניות או מאולצות הרי מכל מקום נשוא הסברה הוא הפרש בין הרצון האמיתי (בעיקר משמעותו הדינמית [[106]] או בתוכנו) לבין דברי ההצהרה (או ההצהרות) הנועדים לשקפו. לעומת זאת, בדיני ישראל לא כן הוא: כאן רק הפרש הנוגע לתוכן הוא בהכרח הפרש בין הדעת לדברים, אבל דמיוניות או מאולצות המתיחסות לעיקר גמירת הדעת - הרי אף על פי שייתכן כי תבואנה לידי ביטוי גם בהפרש בין הדעת לדברי הקנין, מכל מקום עיקר גילומם הוא **בניתוק** בין הדעת האמיתית למראית המעשה (ולאו דוקא בהפרש הדברים).

[264] ריט) למשל, אם הדמיוניות היא בדרך היתול, הרי כפי שנראה בדיון על פרטי הדינים להלן, הכלל הוא שכאשר מתיחס ההיתול לעצם גמירת הדעת העסק בטל; אולם כאשר מתיחס ההיתול רק לפרט מסוים לפרטי התוכן - יתכן שהעסק יתקיים תוך בטלות הפרט לבדו, או - במקרה שגורם ההיתול לטעות אצל הצד שכנגד - יתכן שיתקיים העסק בכפוף לדיני הטעות. כמו כן, במקרה של מאולצות, הרי כשמתיחס האילוץ לעצם גמירת הדעת, הכלל הוא שהעסק בטל או ניתן לביטול, אבל אם הוא מתיחס רק לפרט תוכני מסוים, יתכן שיוכל העסק להתקיים תוך זכות לתיקונו של הפרט המאולץ לבדו.

ועד ביחס לאפשרות חוסר ההתאמה בין המעשה לכוונה, אשר לאו דוקא בשל יומרה כוזבת של גמירת הדעת, כי אם בגלל חוסר התאמה בין דברי הקנין והתוכן (במובן המצומצם על פי המשפט העברי): סוג זה של חוסר התאמה יתכן לא רק בגלל המגמה הדמיונית או המאולצות של פרטי תוכן מסוימים, כי אם גם על פי השערה של **טעות**.

במסגרת המושג הזה יש שוב להבחין בין שתי אפשרויות עיקריות שונות. האפשרות הפשוטה ביותר היא, שאין הטעות מתיחסת אלא לניסוח, והיינו שבעל הדברים ניסח את דבריו באופן שעל פי משמעותם המקובלת, או על פי משמעותם הסבירה במסיבות העניין, אין הם חופפים את התוכן שאליו התכוון באמת. אפשרות יותר יסודית היא, שבעל הדברים טעה בעצם התוכן, והיינו שדימה בנפשו את התוכן (אשר בא לביטוי מתאים בדברי הקניין) בגדרים פלוניים, בעוד שגדרי הנשוא של אותו דימוי במציאות הם גדרים אחרים.

טעות מסוג שני זה, יתכן כמובן שהיא תגיע אף עד לדרגה כזאת שניתן יהא לומר כי כל מעשה הקנין נערך בטעות - והיינו שאלמלא הטעות בתוכן לא היה האיש עושה את מעשה הקניין מעיקרא. אולם, אף במקרה כזה אין למעשה לראות את הטעות כאילו היא לא היתה רק מתיחסת לתוכן, כי אם לעצם גמירת הדעת - ואין הדבר דומה למקרה שדברי הקניין הם לגמרי מדומים או מאולצים, שאז אמנם אפשר לומר כי הדמיוניות או האילוץ מתיחסים לעצם גמירת הדעת. טעם ההבדל היא, שבמקרה של דמיוניות או [[107]] אילוץ יודע בעל הדברים את ההבדל בין דברי הקניין למצב של דעתו לאמיתה, ואם דבריו הם לגמרי מדומים או מאולצים, הרי ממילא גם המראית של מעשה הקניין וגמירת דעתו היא כזאת (וכן להיפך, במקרה של דמיוניות או מאולצות במעשה, הרי ממילא גם דברי הקניין הם מדומים או מאולצים). לעומת זאת, במקרה של טעות, אין בעל הדברים יודע את ההבדל, וגמירת דעתו על מעשה הקניין, על תוכנו המוטעה, היא אמיתית וכנה. הבחנה זו יוצאת בהכרח מטושטשת על פי המושגים השוררים בענייננו בשיטת של אירופה, והדבר נותן את אותותיו בכמה אופנים, כפי שנראה להלן[265].

יש גם לציין כי מערכת ההבחנות שהצענו בזה אינה נפגעת על ידי האפשרות של טעות שאינה מתיחסת לתוכן, כי אם לכנות גמירת דעתו של הצד שכנגד. נראה להלן כי טעות מסוג זה יכולה אמנם להשפיע על תוקפו של מעשה הקניין, וכן להיפך - אפשר שמעשה הקנין לא יושפע ויצא בטל, אף על פי שהצד שכנגד מאמין על פי טעות בכנות המעשה של חברו. אולם, מכל מקום, בין כך ובין כך, אין זו טעות העשויה להיות גורם של חוסר התאמה בין מעשה הקנין והדעת אלא הרי זו טעות ביחס לעצם חוסר התאמה, והיינו טעות גרימת דברים אחרת, שאינה שייכת לנושא שלנו כאן - וראוי לשים לב. דבר דומה ניתן לומר גם ביחס לטעות לגבי התוקף המשפטי של צורה או של מסמך אשר שימשו בעריכתו של מעשה הקניין (אשר אז, מן הסתם, בטל המעשה מכל מקום, על אף הטעות). כמו כן נראה נכון כי טעות שמעבר לגדרי הנושא הנידון היא טעות מן הסוג של "טעות

[265] ריט-1) ביחוד, למשל, כשטעות בדבר טיב המעשה (כגון מכר במקום מתנה) וטעות בעצם נשוא המעשה (כגון שולחן במקום כיסא) נחשבות כהורסות את עצם גילוי הרצון, בעוד שטעות בדבר תכונה עיקרית של הנשוא אינה נחשבת כהורסת את עצם גילוי הרצון, גם כאשר אלמלא הטעות לא היה האיש מתקשר.

במניע" - והיינו כשאדם מתקשר בעסק משום שמאמין הוא ביקומו או בהתפתחותו של מצב מסוים ונמצא מתבדה.

מצד שני, ראוי עוד לציין כי בשיטות המשפט השונות מוכרות לכאורה גם אפשרויות אחרות, כמו מרמה, אונאה וכיו"ב, השייכות ושייכות לענייננו. אולם אפשרויות אלו הן למעשה רק גוונים ובני גוונים של האפשרויות העקרוניות שהזכרנו, ועל הפרטים והדינים המעשיים של כל אלה ביחד נעמוד בחלק השני, הנדחה, של פרקנו. [[108]]

ז. סמיכת הדעת

לעומת זאת, נעמוד עוד כאן - מצד המשפט העברי - על מושג "סמיכת הדעת". אמרנו לעיל כי במושג זה ראוי לדון בקשר לסוגיה של פגימות הרצון (או פגימות הדעת), ואמנם, מבחינה זו אפשר היה לצרף את עניין הדעת אל הסעיף הקודם, המשמש מבוא לדיון בפגימות מעשה הקניין בגלל דמיוניות, מאולצות או טעות - שכשם שמעשה הקניין יכול להיות פגום בגלל שלושה מיני הפגמים האלה, המתיחסים כולם אל הדעת, כן יכול הוא להיות פגום גם בגלל פגם הדעת המתבטא בהעדר סמיכתה. ההבדל שבגללו באים אנו לדון בסמיכת הדעת בסעיף נפרד, אם כי אמנם בהמשך ישיר מן הסעיף הקודם, הריהו בזה, שהמבחן לשלשת מיני הפגמים הראשונים הוא **סובייקטיבי**: השאלה לגביהם היא תמיד, האם מעשה הקניין ודברי הקנין במקרה מסוים הנידון, התאימו לדעת האמיתית של האיש או שמא לא התאימו. לעומת זאת, לגבי **סמיכת הדעת**, [[109]] נראה שלעולם אין לשאול כך, כי אם רק באופן **אובייקטיבי**, לאמר: האם המסיבות במקרה מסוים הנידון היה בהן כדי להסמיך את דעת האיש על מעשה הקניין המיוחס לו, או שמא חזקתן היא שדעת לא סמכה? במלים אחרות, בעוד שבשלשת מיני הפגמים הנידונים בסעיף הקודם אמנם יש לנו עניין בפגמים המתבטאים בהפרש בין הדימוי של מעשה הקניין או דברי הקניין לבין הדעת במובן של כוונה אמיתית - כפי שניסחנו שם בכותרת - הרי כאן שוב אין לנו עניין במין הפרש שכזה, כי אם בפגם של הדעת כשלעצמה, באופן שגם אם הדעת ודברי הקניין עולים בקנה אחד, וגם אם מראית של מעשה קניין נערכה אולי בכנות, מכל מקום מתחייב מן המסיבות שהדעת לא יכלה להגיע בהן לידי השלמות הדרושה שתספיק להעמדתו של מעשה קניין אמיתי[266].

כדי להבין את הדבר הזה צריכים אנו לחזור ולברר במה בכלל מדובר כאן. את עיקר העניין הגדרנו כבר לעיל כשאמרנו כי לשם הכרה במעשה קניין דורשים דיני ישראל גמירת דעת שאינה רק מגיעה עד כדי החלטה מוכרעת וסופית לגרום לשינוי המשפטי המדובר (או לבצע את מעשה הקנין), אלא

[266] רכ) בנקודה זו אולי כדאי להדגיש כי העברת המבחן למסיבות האוביייקטיביות - אף על פי שנשוא העניין הוא בדעת הסובייקטיבית - אמנם מתחייבת כאן בהכרח, שהרי הנחת היסוד היא כאן כי בנתונים החיוביים של הדעת בדרך כלל לא נוכל למצוא שום דבר שעל פיו יוכל האדם לטעון: "דעתי לא סמכה!". כך הוא מפני שאדם אשר על פי נתוני דעתו החיוביים יודיע כי דעתו לא סמכה, ממילא אינו יכול להתיימר במעשה קניין שלא יהא פגום מכל מקום בגלל דמיוניות - ורק לגבי מעשה קניין שמבחינה סובייקטיבית לכאורה הוא כן ונכון יכול עוד להישאר מקום להנחה כי מכל מקום פגום הוא בגלל מה שנראה העדר סמיכת הדעת.
ומצד שני, גם טענה הפוכה, שדעת האיש **סמכה** על המעשה - בניגוד למסיבות האובייקטיביות שמחייבות חזקה שלילית - לא תוכל, בדרך כלל, מבחינה עקרונית, להתקבל - כי בודאי אין המשפט יכול להכיר בשינוי כלשהו שחל במערכת הזכויות והחובות רק מפני שמישהו מתיימר לדמות כן ובעוד שמכלול המסיבות מחייב כי אותה יומרה, לא יכול היה להיות לה על כל פנים בסיס אובייקטיבי סביר ומספיק. ר' ב"ח על טור חו"מ סי' קצ"ד, סוף ס"ק א' - ור' עוד גם ביתר פרוטרוט להלן.

אף עוברת היא עם מעשה הקנין ונכנסת לכלל תודעה כי השינוי אמנם קם ונהייה - ושלמות זו של גמירת הדעת היא הנקראת "סמיכת הדעת". הגדרה בנוסח זה יכולה לע"ד לתרץ את התמיהה העשויה לכאורה להתעורר למקרא הגדרתו של **גולק**, שסמיכת הדעת היא כביכול ענין של בטחון הצדדים כי "תחול פעולתם ותגמור בפועל ועל פי דין את העסק שנעשה". שהרי לו אמנם כך היתה ההגדרה הנכונה, ודאי היה מקום לשאול, כיצד זה אפשר - ומה משמעות יש בדבר - כי פעולה אשר לכאורה [[110]] יש בה מעשה קניין, ואשר ידוע כי אמנם נעשתה לשם מעשה קניין, עוד יהא תוקפה מותנה בכך שהצדדים גם יאמינו כי המשפט לא יבגוד בהם ולא יתעלם ממה שעשו? אלא הווה אומר שבאמת אין כאן דרישה לאמונה כי המעשה נעשה על פי כל תנאי השלמות והתוקף הדרושים על פי דין, אלא הדרישה היא **לתודעה** שלא נעשה סתם מעשה בעלמא - ואף לא מעשה המכין, ולו גם בגמירת דעת סופית וכנה, איזה שינוי משפטי המיוחל לבוא בעתיד - כי אם נעשה מעשה שהוא כבר משובץ במסגרת קיומו ותחולתו של השינוי המשפטי אשר אכן כבר נגרם[267]. במלים אחרות, התודעה הדרושה איננה ממין ההערכות השכליות של מצב חיצוני, אלא היא מין רגש של עמידה במצב משפטי מחודש - ולו יהא שהרגש הזה, מצידו, צריך אמנם להיות מושרש, כמובן, על פי טבע העניין, בהערכה שכלית מתאימה.

ובזה מגיעים אנו לבעיית הטיב והתוכן של הערכה שכלית זו, הצריכה לבסס את סמיכת הדעת, ואשר את קיומה המתאם בכל מקרה אין לנו ללמוד, כפי שאמרנו, ממצב דעתו האמיתית של האיש, כי אם מחזקת המסיבות. לשם בירור הבעיה הזאת נבחן נא מספר דוגמאות המופיעות בתלמוד.

נפתח במה שמובא בבבא מציעא, דף מ"ט עמ' א'. מסוגיה זו רשאים אנו להסיק כי ביצוע מעשה קנין - הוא עצמו יש בו ראיה לכאורה לסמיכת הדעת, בעוד שדברים בלבד - ואף אם יהיו מפורשים ומאומתים[268] כל כמה שיהיו, חזקתם היא בדרך כלל שאין עמם סמיכת דעת (ולכן אמנם רשאים היינו להסיק לדינא מה שהסקנו לעיל על פי שיקולים מהותיים מופשטים, כי סיבת הדרישה למעשה הקניין החומרי הריהי ביתרון יכולתו להפגין את קיום גמירת הדעת עד לדרגה זו של סמיכת הדעת). אולם, כשם שנראה להלן כי ביצוע [[111]] מעשה הקניין החומרי אינו בהרח הוכחה **חותכת** לקיום סמיכת הדעת, כן נקבע בסוגיה הנידונה, מצד שני, שבמקרים מסוימים לא מן נמנע הוא שנכיר את סמיכת הדעת אף מבעד לדברים בלבד, ואף במקום שעל פי דין אין הדברים כשלעצמם מתקבלים כמעשה קנין - ואף על פי שהשינוי המשפיע המבוקש אמנם גם לא יתהווה בינתיים, על פי גילוי סמיכת הדעת בלבד ובלעדי המעשה החומרי. קביעה זו, מצידה, אינה פוגעת במסקנתנו דלעיל ואינה מערערת את ההגדרה שהצענו ל"סמיכת הדעת", כי פירושה הנכון

---

[267] רכא) כדי למנוע כל אפשרות של ספק בכוונתנו: חיוב משפטי למעשה האמור להיעשות בעתיד איננו כמובן שינוי האמור עוד לבוא, אלא הוא עצמו הריהו בבחינת שינוי הקיים ועומד. סכנת אי ההבנה בנקודה זו צפויה ביחוד מצד השיגרה של דרך המחשבה האירופית, הנוטה לראות בחוזה לאו דוקא את יסוד השינוי המשפטי החל לאלתר, כי אם את יסוד ההכנה לביצוע מעשי של החוזה באיזה זמן בעתיד - שיגרה הנובעת מן העובדה שהדגש של דיני החוזים באירופה מושם בחוזים החובביים הצופים ריווח זמן בין העריכה והביצוע, בהתעלם משעבוד הנכסים המידי המונח אף ביסודם של חוזים אלה. בדיני ישראל, לעומת זאת, כל מבנה המושג של סמיכת הדעת מושרש כמובן בתפיסתם המיוחדת, שאף החוזה החובי - ולא כל שכן החוזה הקנייני במוחזק - מרכז כובדם הוא לאו דווקא החיובים לעתיד, כי אם בתחולת הדברים מבחינה קניינית לאלתר.

[268] רכב) פ"א מהל' מכירה הל' א'.

הוא רק כהכרה בעובדה, שלפעמים יתכן כי אף בעניין המצריך על פי דין מעשה קניין חומרי, מכל מקום יגיעו האנשים לתודעה כי השינוי המבוקש הריהו **כאילו** כבר קם ונהייה בינתיים, על פי עצם דבריהם. דברי קניין אשר במסיבות המקרה יש בהם כדי לבסס הנחה בדבר קיום סמיכת דעת כזאת - הם דברים אשר הפרתם מכניסה את האדם בגדר "מחוסרי אמנה", ויתר על כן, אדם הפועל על פי אמונה בהם - הרי זה רשאי ואין לו פשיעה, גם אם בדיעבד מופרים הדברים ואינם יוצאים אל הפועל. אולם, מסתבר שיש לנו לדייק היטב ולהבחין כי במקרה מן הסוג הנידון למעשה לא יתכן שהדברים כשלעצמם יגלו סמיכת דעת ממש, שמעבר לסמיכת דעת "**כאילו**": האדם יודע שעל פי הדין הכללי עדיין אין לראות את הדברים כמוגשמים לגמרי וכי עדיין יתכן כי יופרו ויתבטלו. הנחת הידיעה הזאת הריהי לפי הדוגמאות שנראה להלן בבחינת סתירה מובהקת ביותר לאפשרות להכיר כאן סמיכת דעת ממש[269] - וזהו בודאי אחד התירוצים החשובים לכך שהדברים מכל מקום אינם מתקבלים כאן כמעשה קנין גמור, כי אם רק כדברים שרוח חכמים אינה נוחה מהפרתם, כפי שהסברנו לעיל.

מעבר לזה, לגבי טיב המסיבות האובייקטיביות העשויות ללמד על קיום סמיכת הדעת או העדרה (מעבר לראיה שבמעשה הקניין או אף בניגוד [[112]] לה) יכולים אנו ללמוד מן הסוגיה האמורה כלהלן.

הבטחה למתנה גדולה - אין בה סמיכת דעת לראות את המתנה כאילו כבר ניתנה, כל זמן שלא נתקיים מעשה הקניין בפועל - בודאי מפני שהסיכוי שהמבטיח יחזור בו עוד, ולא יקיים את מעשה הקניין, גדול הוא מכדי סמיכת דעת כזאת. לעומת זאת, משמתקיים המעשה - ואף אם נשאר הנכס בינתיים בשמירת הנותן - המתנה קיימת אף בנכס יקר, בודאי מפני שהמעשה מוכיח את סמיכת הדעת ממילא. ומצד אחר שוב הבטחה למתנה מועטת, יתכן שתהא עמה סמיכת דעת לאלתר, כאילו כבר ניתנה - כי חזקה היא על אדם שלא יחזור בו מהבטחה כזאת (ולכן גם אין הוא רשאי לחזור אף על פי שיכול הוא).

בדומה לכך: פועלים שהוזמנו לעבוד על ידי בנו של בעל הבית, הרי כל זמנם שלא באו אין לראות שם סמיכת דעת **כאילו** כבר קשורים היו עם בעל הבית בחוזה עבודה (ובאופן שלא יהיו הצדדים רשאים מבחינה מוסרית לחזור בהם), כי בסתם רב מדי הוא הסיכוי בעיני הפועלים שבעל הבית לא יכיר בהזמנה. אולם, משקמו הפועלים והלכו - עינינו הרואות כי סמכה דעתם, והחוזה =נקשר באמת (בתנאי, כמובן, שהשליחות היתה אמיתית).

סוגיה שניה שניקח, ושמדובר בה על העדר סמיכת הדעת על אף עריכתו של מעשה הקנין, הריהי בבבא בתרא פ"ו א': "פירקן והכניסן לתוך ביתו - פסק עד שלא מדד, אין שניהן יכולין לחזור בהן, מדד עד שלא פסק, שניהן יכולין לחזור בהן... אמר ליה הונא בריה דמר זוטרא לרבינא: מכדי פירקן קתני - מה לי פסק ומה לי לא פסק? א"ל: פסק - סמכא דעתיה, לא פסק - לא סמכא

[269] רכג) ר' רש"י על קידושין כ"ו א', ד"ה לא קנה, המתרץ את ההלכה שבמקום שרגילים לקנות קרקע בשטר אין אדם קונה את הקרקע ללא שטר, אף על פי שכבר שילם בעדה: "דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא".

דעתיה״. יוצא אפוא כי מיחסים אנו העדר סמיכת דעת לצדדים גם כשנעשה כבר לכאורה מעשה קנין, ואף על פי שיש גם דברי קניין המסבירים את המעשה, שזה מדמה לקנות חפץ פלוני וזה מדמה למוכרו, אלא שגדרי הדברים מכל מקום אינם ברורים עוד די צורכם: שמא ידרוש המוכר מחיר יותר מדי גבוה לדעת [[113]] הלוקח או שלא ירצה הלוקח לשלם אלא מחיר נמוך מכפי הנחת דעתו של המוכר, וסופם שלא יתרצו[270].

ושוב, סוגיה שלישית, בקידושין כ״ו ב׳. כאן מדובר על אדם שנמנע מלזַכות את חברו בנכסיו באמצעות איש בינתים, משום ש״לא סמכה דעתו״ באנשי המקום שלבסוף ימסרו את הנכסים למזוכה ללא שליחת יד. סוגיה זו, אמנם אין בה כדי ללמדנו דבר על איזו עמדה שננקטה לגבי סמיכת הדעת בדין, אך יש בה על כל פנים ללמדנו על דיוק משמעותו של המושג מצד שימושו בלשון. משתמע מכאן שלמשל הסכם חובי עם אדם הידוע לצד שכנגד כבלתי מהימן עשוי בנסיבות מתאימות להיחשב כבלתי מחייב, בגלל העדר סמיכת הדעת, אחר שיש להניח על פי המסיבות כי הצד שנגד בכלל לא האמין מלכתחילה כי החיוב יקוים (או שלפחות אפשר יהיה לכפותו באמצעות בית הדין - וכגון שקונה אני דבר מרוכל בלתי מוכר, והלה מבטיח עם קבלת המחיר לחזור ולהוסיף לי גם אבזר משלים כעבור זמן - שלא תהיה בזה התחייבות הניתנת לכפייה גם אם לבסוף מכיר אני את הרוכל ברחוב, אחר שלא עמד בדיבורו).

עוד סוגיה, בקידושין נ״ט א׳, מלמדת שאפשר לפעמים כי המבחן לקיום סמיכת הדעת או העדרה יימצא בשאלה, האם נסבו הדברים בין הצדדים על דעת יחסים משפטיים ממש, או שמא היתה הכוונה רק להסדר בלתי מחייב, במסגרת יחסי ידידות. דומה לזה בבבא מציעא ס״ז א׳, שם נקבע דימוי של מכר כדימוי בטל בגלל העדר של סמיכת הדעת, אחר שהצדדים הסכימו על אפשרות של חזרה, ולאו דוקא על פי תנאים משפטיים קבועים, כי אם כפי שיתרצו בודאי במסגרת יחסי האחווה שביניהם (עם זאת יש לציין כי במקרה הנידון מכל מקום הוכר לדמי המכר מעמד של הלוואה ואילו לפירות שבינתיים - מעמד של ריבית קצוצה, - והיינו שעל הסדר מסוג זה על כל פנים יוחסה לצדדים סמיכת דעת מספיקה, באופן שלמעשה נמצא העניין מועבר מדיני סמיכת הדעת [[114]] לדיני מעשה הקניין המדומה מצד תוכנו, כדי שנראה עוד בחלק הנדחה של נושא דיוננו, להלן).

דוגמה אחרת של עסק מוחלף (אם כי לאו דוקא מדומה), בגין העדר סמיכת הדעת על העסק, כפי שהיינו נוטים לראותו לכאורה, מוצאים אנו בבבא מציעא ל״ט א׳. כאן נקבע כי הבעל לאשה קטנה, העשויה עוד למאן בו, אין לו בינתיים בנכסיה דין מוחלט של נכסי מילוג, משום ״דלא סמכא דעתיה שיהא מוחזק בידו, דדואג שמא תמאן בו״ (ר׳ רש״י שם). במלים אחרות: אפילו באין התנאה מתאימה מפורשת, עשוי עסק להיהפך לעסק מותנה, כאשר מלכתחילה יש מקום לחשוש שמא לא יוכל העסק להתקיים כמקווה, ומשמע כי אין לראות את דעת הצדדים כאילו סמכה על העסק במוחלט.

[270] רכד) רשב״ם על בבא בתרא פ״ה ב׳, ד״ה עד שלא פסק.

ושוב דוגמאות מסוג אחר יש לנו בבבא מציעא ט״ז א׳. דוגמאות אלו מכוונות כנגד הכלל ש״אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או שלא בא לרשותו״; אבל באמת ״עיקר הטעם דלא קנה בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו ברשותו (הריהו) משום דלא סמכה דעתא דלוקח״[271] - ואילו בסוגיה האמורה באה הגמרא לקבוע כי לפעמים בכל זאת יתכן כי הקנאת דבר שלא בא לעולם או שלא בא עדיין לרשות המקנה תהא מועילה - והיינו כאשר יש להסיק מן המסיבות כי סמכה דעת הלוקח. פירושה של אפשרות זו איננו כמובן שההקנאה מועילה כדי להעמיד את הנכס לאלתר ברשות הלוקח או כדי להעניק לו באיזה אופן אחר קנין מוחלט מעכשו ולעתיד במה שמדמה הוא לקנות - שזה נמנע כמובן מטבע העניין - וכן אין הכוונה לכך שנוצרת **התחייבות** להקנות, כאשר אין מדובר למעשה על התחייבות כי אם רק על הקנאת הנכס עצמו במוחזק. הפירוש במסיבות אלו הריהו רק זה, שאם לבסוף מגיע הנכס לרשות המקנה בהתאם לגדרי ציפייתו של הלוקח, כפי שסמכה דעתו, שוב אין הלוקח זקוק למעשה קניין נוסף כדי שהנכס יעבור לרשותו שלו, אלא מעשה הקניין הטרומי מספיק [[115]] כדי להעביר את הנכס ולהעמידו באופן אוטומטי ברשות הלוקח משעה שבא הוא לרשות המקנה. רשות המקנה ורשות הלוקח באות אז כאחת, ורשות הלוקח דוחה את רשות המקנה מפניה. על עיקרו שלעניין זה נחזור ונעמוד עוד ביתר פרוטרוט להלן. כאן רק נציין כי סמיכת הדעת שעליה מדובר פה - אף היא, מטבע בעניין, אין פירוש יכול להיות סמיכת דעת מוחלטת כמו זו המתחייבת במעשה הקניין המוחלט, אלא פירושה יכול להיות רק סמיכת דעת ״**כאילו**״, כמו זו שאמרנו ב״מחוסרי אמנה״, - והיינו שיש ללוקח יסוד לבטוח כל כך כי מיקחו יתקיים, ושהמקנה אמנם יעשה מצידו, במלוא הנאמנות, את כל הנחוץ כדי שהמיקח יוכל באמת להתקיים כמצופה, עד שכבר עתה יכולה להתהוות אצלו תודעה מספיקה **כאילו** המיקח אמנם כבר קם ונהיה. הדוגמאות מסוג זה, המובאות בגמרא, בהבדל מסתם הקנאת דבר שלא בא לעולם או לרשות המקנה, הריהן שלש: א) אדם המקנה בנאמנות נכס שאינו שלו, שחזקה עליו שיטרח ויפעל ככל יכלתו עד שיעמיד את הנכס ברשות הלוקח, כדי שלא ייפגם שמו; ב) אדם המוכר את ירושתו הצפויה מאביו הגוסס, לצרכים דחופים הקשורים בגוסס; ג) אדם שאין לו להוצאות מחייתו הדחופות המוכר את הפירות הצפויים ממלאכתו, שבה הוא עוסק.

דוגמאות אלו מצידן מעבירות אותנו למושג ה״אסמכתא״ ולמסכת דיני התנאים, וצריכים אנו לסייג את חומר דיוננו כדי לא להפליג אל מעבר לעצם הנושא שבו אנו עומדים. במגמה זו נאמר כי ״אסמכתא״ למעשה אינה אלא מושג נרדף להעדר סמיכת הדעת (או לדימוי של מעשה קניין, הנפגם בגלל היעדר שכזה), אבל אחד משימושיה המובהקים ביותר בגמרא הוא בקשר לבירור מיני התנאים העשויים להיאמר במעשה קניין ואשר בסתם פוגמים הם את המעשה בגלל חזקת העדר סמיכת הדעת המתחייבת על פיהם[272]. בתחום זה של אסמכתא לא נעסוק פה, עד שנגיע לדיני התנאים, אבל אפשר כבר עתה לציין מראש את המסקנה, שאין בתחום זה כדי להוסיף עוד הרבה לענייננו שכאן: הדין במקנה דבר שלא בא לעולם או שלא בא לרשותו אינו למעשה אלא דוגמה אופיינית של הדין בתנאי אסמכתא, אחר שההבדל הלימודי בין דימוי הקנאה שכזאת לבין מה

[271] רכד) עה״ש חו״מ סי׳ שע״ד סע׳ ב׳.

[272] רכד-1) אכן, מושג ה״אסמכתא״ מלכתחילה לא בא כנראה אלא לציין סוג מיוחד של היעדר סמיכת דעת - אולי ביחוד תנאי-קנס או משהו בדומה לכך - אך מבחינה מעשית נראה לומר כי ההקפדה על דיוק שימושו של מובן מקורי זה שוב אינה עשויה להועיל, כי אם רק לבלבל.

שמובא בגמרא בפירוש כדימוי הקנאה בתנאֵי אסמכתא הריהו רק בגדרי המקרים או בצורת הניסוח ולא בטיבו של התוכן.

נפנה איפוא למיני המקרים המסווגים כ"אסמכתא" ושעניינם אינו בתנאֵי אסמכתא, וכאן נראה בתחילה את המובא בבבא מציעא ע"ג ב'. המקרה הנידון הוא בהתחייבות להעמיד לפלוני סחורה מסוימת, והגמרא פוסקת כי המתחייב פטור משום "אסמכתא", אם היה מלכתחילה [[116]] מקום להניח כי לא יהיה בידו של המתחייב למלא את ההתחייבות. דוגמה זו עצמה יש לה משמעות בענייננו גם מצד אחר של תוכנה, - כי עשויה השאלה להתעורר: יהא שעיקר נשוא ההתחייבות היה אמנם מפוקפק, ולא היה לצדדים לצפות למילויה בעין דוקא; אבל עינינו הרואות שהמתחייב הסכים לקבל עליו את האחריות והסכים לפצות את חברו, על ידי שעבוד נכסיו להעמדת הערך המוחלף של נשוא ההתחייבות, בכסף - ומדוע לא נכיר בהתחייבות זו שהתקבלה לכאורה בכנות, "ברצון חופשי" ובדעה צלולה, למיטב הבנתו של בעל הדבר, לפחות מבחינה סובייקטיבית? התשובה היא כנראה בכך, שהתחייבות זו, מטבע העניין, היא **בלתי צודקת** - באה היא להבטיח פיצוי גם לאו דווקא למקרה של פשיעה[273] - והסבר פסילתה על ידי מושג ה"אסמכתא" מראה כי דיני ישראל מניחים שהאיש אמנם לא היה מתחייב לולא פעל בפזיזות: לו נתן את דעתו על העניין כראוי ולא היה קופץ להתחייב, ודאי רק על סמך אמונתו הבלתי שקולה בסיכוי הדל שהוא **יוכל** לקיים ולא יצטרך לפצות. לפי זה, פסילת התחייבות בגין "אסמכתא" או העדר סמיכת הדעת, יסודה כאן הוא בכך, שכשם שהמזוכה לא סמכה דעתו, מפני שלא היה לו לצפות לקיום עצם אותו הדבר שביקש, כן גם דעת המתחייב לא סמכה, משום שהוא מצידו לא האמין כנראה ברצינות הדרושה שיצטרך לפצות - וכך נמצא שאמנם דעת שני הצדדים לא סמכה כאן, דעתו של זה על הנשוא האחד של ההתחייבות, ודעתו של זה על הנשוא השני, המשלים.

הסבר זה ניזון ומקבל את הבהרתו משתי דוגמאות נוספות. האחת היא בבבא מציעא ק"ד ב', ששם נקבע כי במקרה שמתחייב אדם למעשה (אשר יש בידו לעשות), ומשעבד הוא את נכסיו לפצות את חברו כערב המעשה, במקרה שלא יקיימנו - הרי שעבוד הנכסים הזה קיים, כפי שהועמד; אולם, אם מקבל עליו המתחייב פיצוי העולה על ערך המעשה, רואים את דבריו בבחינת "גוזמא בעלמא הוא דקא גזים", וגוזמתו היא "אסמכתא", אין מתחשבים בה ואין היא תופסת. על סוגיה זו נראה להעיר כי גם ברישא [[117]] אמנם שוב יש להניח **שאין** המתחייב צופה לשלם את האחריות, בדומה למה שניתחנו בסוגיה הקודמת, ובודאי אף ביתר הצדקה - שהרי כאן יש לאל ידו לעשות. אולם, בסוגיה שלפנינו, כל זמן שאחריות זו נלווית על עיקר ההתחייבת היא מאוזנת, הרי רק היא, על כל פנים, היא המעניקה לאותה התחייבות את רצינותה - ועל סמך החזקה הנובעת מכאן, שאמנם רוצה האיש להעניק רצינות לעיקר התחייבותו, חוזרת ומושפעת חזקת רצינות אף על אחריות זו עצמה, גם אם למעשה מתקבל בסך הכל שהאיש צופה לקיים את עיקר ההתחייבות ולא את האחריות. לעומת זאת, במידה שהאחריות היא מוגזמת, חוזר ומופיע הגורם שראינו בסוגיה הקודמת, שאין הבטחת האחריות ממלאה עוד את הפונקציה של ביסוס העסק באופן רציני, כי אם אדרבה: נובעת היא רק מן הנכונות הפזיזה לבסס את העסק אפילו

[273] רכה) דוק גם שם בגמרא, שמי שגורס כי ההתחייבות **תופסת** אמנם מניח שהמתחייב **פשע** כשלא קנה את הסחורה כמובטח (והיינו שהיה הדבר בידו, וכנראה גם צפוי היה להיות בידו).

באופן בלתי מאוזן - יותר מכדי נזק פשיעה - ודאי מתוך הזלזול המופרז, באפשרות שאולי בכל זאת לא יוכל האיש לקיים, ויצטרך לשלם - ולכן אין להכיר בה.

ואילו הדוגמה השנייה היא בסנהדרין כ"ד ב', ששם מתברר כי אין פירושו של דבר שנמנע מאדם להתחייב לחברו כישר בעיניו, ואף ללא טעם כלכלי-אובייקטיבי, ואפילו לאו דוקא מתוך כוונה חיובית לזכות את הצד שכנגד, כי אם אדרבה: מתוך ציפייה להתפתחות שתפטור את האיש מן הצורך לקיים את חיובו. המדובר הוא בהימור של שחקני קובייה, המתיימרים לזכות זה את זה בתשומת ההימור לפי תוצאות המשחק, התלויות לחלוטין בגורל - ויומרה זו מקבלת כאן הכרה משפטית דווקא משום שהתוצאות **אינן** נתונות ביד השחקנים-המהמרים. הללו, אולי פזיזים הם בעצם בואם לשחק, אבל אין הם דוקא פזיזים משכבר באו לשחק ובערכם את עסק המשחק ביניהם. בשלב זה, חזקת המסיבות היא שמקבלים הם עליהם את הסיכון, אולי אמנם מתוך שאיפה לריווח, אבל על כל פנים גם מתוך התמסרות שקולה לאפשרות ההפסד - ולכן הלכה היא שאין זאת "אסמכתא"[274].

[[118]] דוגמאות אלו שהבאנו עד כאן אינן בשום פנים כל הדוגמאות שאפשר למצוא במקורות, וכמה וכמה דוגמאות נוספות אמנם תהא לנו הזדמנות לראות עוד להלן, גם אגב הדיון בנושאים אחרים. אולם, הדוגמאות שהבאנו מספיקות להבהרת העניין המסוים שאותו ביקשנו להסביר בשלב זה, וניתן לסכם ולומר כי ההערכה השכלית הנדרשת לביסוס התודעה הנקראת "סמיכת הדעת", עניינה הוא **באמונה שקולה וסבירה כי דברי הקניין הם שלמים ומספיקים, ואמנם עשויים ועתידים הם להתקיים על פי גדרי המדובר, בשילוב משמעותם העובדתית והמשפטית - באמצעותו של מעשה הקנין המתאים שננקט, או המובטח על כל פנים להינקט**[275].

והנה, משאמרנו כי האמונה צריכה להיות "שקולה וסבירה", ממילא חזרנו בכך למה שכבר הקדמנו לעיל, שמבחן סמיכת הדעת אינו סובייקטיבי, כי אם אובייקטיבי; אולם, מסקנה זו עשויה להיתקל בקושיה מסוגיה אחת נוספת, שעדיין לא ראינו, היינו מה שנקבע בגמרא בנדרים, דף כ"ז עמ' ב': "והלכתא אסמכתא קניא, והוא דלא אניס, והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב". עיקרה של הלכה זו הוא שניתן להתגבר על הפגם של אסמכתא אם מעשה הקניין נערך ב"בית דין חשוב", והרי זה לכאורה מהפך - אם לא את כל מה שאמרנו עד כאן, הרי לפחות את העקרון שמבחן האסמכתא הוא באמת אובייקטיבי; כי יהא שהמבחן הוא ביסודו אובייקטיבי, הנה נמצא לכאורה שסוף סוף יכול בעל הדברים לבוא ולבטל את משמעות המבחן האובייקטיבי, על ידי

---

[274] רכו) ואכן, מספיק שההתמסרות תהא שקולה, ואין הכרח שתהא גם דווקא מאוזנת, והיינו שבאמת יהא שם גם סיכוי מתאים של ריווח, אשר כנגדו יקבל עליו המהמר את סיכוי ההפסד: מסתבר, למשל, שאם יתיימר אדם לתת לחברו פרס בתנאי שכך יעלה על פי זריקת המטבע, ללא שום סיכוי לזכייה שכנגד - אף בזה לא תהא דווקא אסמכתא. ר' תוס' על בבא מציעא ע"ד א', ד"ה הכא לא בידיה, וסנהדרין כ"ד ב' - כ"ה א', ד"ה כל כי ה"ג.

[275] רכז) סיכום זה עשוי אולי להיראות מופלג בפשטנותו, לעומת הערבוביה הגדולה השלטת בספרות הפוסקים, בבואם לנסח סיכום ממצה כלשהו של ענין סמיכת הדעת או ענין ה"אסמכתא". אך באמת, סיבת הערבוביה היא בכך שלמעשה לא עסקו הפוסקים בסיכום מהותי של עניין האסמכתא, אלא נסחפו מעבר לכך בנסיונות למצוא את העיקר המאחד את המקרים שבהם עולה חזקת העדר אמונה ותודעה מן הסוג שהגדרנו. את העיקר המאחד הזה כמובן נמנע מהם למצוא, כי מיני המקרים הם רבים ושונים - וגם אם ניתן אולי למיינם לקבוצות, אין למעשה מפלט מן ההכרח לברר כל אחד מהם לגופו, על פי מסיבותיו המיוחדות.

מעשה פורמלי שהוא יעשה על פי שרירות ליבו הסובייקטיבי [[119]] גרידא, וכאילו יאמר: "מה לכם המבחנים של כל המסיבות כשאני בא ומפגין בפירוש, שאני - מצידי ולדידי - ניחא לי וסמכה דעתי!"

אולם, באמת, הלכה זו פגיעתו קטנה הרבה יותר מכפי שהיא נראית. ראשית, היה גאון שאמר שאין היא הלכה בכלל[276], ולעניות דעתי נראים דבריו ביותר; אבל גם אם נאמר שהלכה היא, כפי שסבורים כנראה רוב הפוסקים, אין משמעותה יכולה להיות רבה ועקרונית. שיטות הפוסקים הסבורים לחיוב מתחלקות לשתיים עיקריות וכמה וכמה שיטות משנה, ולא ננתח אותן כאן בפרוטרוט, מפני שהסתור בכל אחת מהן מרובה על העומד וניתנות הן לפירושים רבים המוציאים זה את זה. אחת השיטות העיקריות היא על פי מסורת מימי הגאונים, מובאת על ידי הרי"ף[277] ומקובלת על פי הרמב"ם[278], והיא מצמצמת את הדברים ביותר: לא ש"בית דין חשוב" יכול לעקור את הפגם של אסמכתא במקום שמצוי הפגם באופן מהותי ואובייקטיבי, אלא כל יתרונו של "בית דין חשוב" הוא, שעריכת מעשה הקניין באמצעותו יכולה במקרים מסוימים לשמש כאחת האפשרויות החילופיות להעמדת מעשה הקניין באופן המבהיר אובייקטיבית שאין בו אסמכתא[279]. השיטה העיקרית השניה היא גם כן ממין דומה, אבל היקפה יותר רחב. זוהי שיטת רבינו תם, שאומצה על ידי הרא"ש[280], ועל פיה יתרונו של "בית דין חשוב" הוא בכך, שרק באמצעותו כביכול ניתן לערוך הקנאה המותנית בתנאי, מן הסוג שאנחנו נקרא לו להלן "תנאי משהה", בלי מסירת הנכס לאלתר לידי הקונה. תפיסה זו כשלעצמה אמנם אינה שייכת לעניין שבו עוסקים אנו כרגע, אבל יש לה שייכות לענייננו מצד גדרי משמעותה בעקיפין. משמעות זו תלויה [[120]] בכמה אפשרויות של פירוש. לפי הפירוש האפשרי הרחב ביותר, מבוססת התפיסה הנידונה על ההנחה שכל הקנאה בתנאי משהה, ללא הפקדת הנכס לאלתר ביד הקונה, הריהי בסתם אסמכתא (כנראה, מפני שאין הקונה יכול כביכול לסמוך שהמקנה לא יבריח את הנכס, גם אם הקנין אמור לחול - עם התגשמות התנאי - למפרע); אבל אם נערכה ההקנאה בפני "בית דין חשוב" נרפאת האסמכתא (כי אז יכול הקונה לסמוך)[281]. לפי פירוש אחר, לדעת בעל הנתיבות[282], אין להניח כי בעלי התפיסה הנידונה רואים בסתם בכל תנאי משהה אסמכתא, אלא הווה אומר

---

[276] רכח) רב האי גאון בספר המקח והממכר, שער י"ז, אות ו': "ומה שאתה מוצא בגמרא דהלכתא אסמכתא קניא, והוא דלא אניס, והוא דקנו מיניה בבי"ד חשוב - תדע דלדעת ר' יוסי היא, ואין לחוש ואין סומכים עליה".

[277] רכט) בבא בתרא, פרק גט פשוט, סי' תתקמ"א.

[278] רל) פי"א מהל' מכירה הל' י"ג.

[279] רלא) למשל, מי שמתחייב לשלם קנס מוגזם במקרה שלא יעמוד בדיבורו - הרי זה בסתם אסמכתא; אבל אם אין הוא מסתפק בחיוב גרידא, אלא גם מפקיד ערבון לקנס בידי בעל דברו - מוכח בעליל כי סמכה דעתו של המתחייב, והערבון עשוי להיות נחלט. עם זאת, כשאין הערבון מופקד בידי הצד שכנגד במישרין, כי אם רק בידו של שליש, חוזרת ההנחה להיות שבכל זאת לא סמכה דעתו של המתחייב לגמרי, ואין השליש רשאי למסור את הערבון לתובע - אבל אם מופקד הערבון בידי "בית דין חשוב", חוזרת ההנחה להיות שדעת המתחייב אמנם סמכה. השווה פי"א מהל' מכירה הל' י"ג והל' ד' וה'.

[280] רלב) ר' פסקיו על נדרים כ"ז ב', ור' גם הר"ן שם.

[281] רלג) הנחת לוואי נוספת היא, שהקנאה על תנאי "**דוחה**" (שאינה אמורה לחול למפרע) היא אסמכתא מהותית גמורה, שאינה נתינת להירפא אפילו באמצעות "בית דין חשוב": ר' סמ"ע על סי' ר"ז ס"ק מ' - והרי זו באגב מסקנה מפורשת, שעל כל פנים אין ליחס להלכה האמורה בנדרים שום משמעות עקרונית העשויה לשנות את דברינו.

[282] רלד) סי' ר"ז ס"ק י"ז.

שרואים הם בסתם אסמכתא רק בכל תנאי **מוגזם**, שיש בו **קנס**, - ורק תנאי משהה כזה הוא הזקוק ונתון לריפוי על ידי הקנאה "בבית דין חשוב"[283].

והנה, לפי פירוש זה, ממילא משתנה גם ההסבר שלפיו יש לנו לתפוס את מעמד "בית הדין החשוב". לפי הפירוש הראשון, וכפי שהנחנו בסוגריים, מסתבר מעמד בית הדין מתוך כבודו ואימתו, **שהקונה** סומך כי המקנה לא יבריח את הנכס אחרי שהועמד הקניין בפני בית הדין. לעומת זאת, לפי הפירוש השני, אין חשש הברחה בא בכלל בחשבון מעיקרא, ומעמד בית הדין מסתבר רק מתוך כך, שעל ידי הפנייה מראה בעל התנאי (**המקנה**) בעליל, שהוא לא דיבר בפזיזות ומתכוון הוא ברצינות להפסיד את הנכס אם לא יקיים את התנאי. הפירוש השני הזה (העולה בנקודה זו בקנה אחד עם המסתבר על פי שיטת הרי"ף והרמב"ם, כמובא בהערה רל"א), מחזיר אותנו אפוא לבעיית היחס בין הפגנת העמדה הסובייקטיבית לבין עקרון המבחן האובייקטיבי, אבל בתחום המצומצם שאליו הודחקו הדברים, שוב אין הבעיה מעוררת שום קושי. למעשה, אין איש מעלה פה על הדעת שהפגנת העמדה הסובייקטיבית תוכל לדחות את המבחן האובייקטיבי במקרה כלשהו, - ואם ניתן כאן בכלל מעמד להפגנת העמדה הסובייקטיבית, הרי זה רק מקרים שבהם חשובה העמדה הסובייקטיבית [[121]] לא רק כנשוא להערכה אוביקטיבית, אלא גם כגורם פנימי, שיש לקחתו בחשבון כמות שהוא באמת, בהערכה האובייקטיבית של הנשוא הלזה. במלים אחרות, הכוונה היא כאן למקרים שבהם אין הנחת האסמכתא נובעת מהעדר יסוד כלשהו הנחוץ לשלמות הדברים, או מאיזה חוסר יכולת אובייקטיבי אחר לאמונה הסבירה בסיכויי קיומם, כי אם רק מן הדימוי שקשה לכאורה להניח כי תוכן הדברים כמות הוא באמת **רצוי** לצדדים. אם המסיבות מוכיחות שעל אף זרותו של התוכן, לדידם של הצדדים הוא רצוי - הלא כבר ראינו שהמשפט לאו דווקא פוסל את רצונם, - והאפשרות לערוך את המעשה בפני "בית דין חשוב" באמת אינה נועדת אלא לשמש "ידים מוכיחות" למקרים שכאלה.

לפי שיטת הרי"ף והרמב"ם, כאמור, מתקבלות ה"ידים המוכיחות" האלו רק בצירוף ליסוד הנוסף של הפקדת הנכסים לחילוט, בבית הדין, מלכתחילה - וברור שהתחייבות גרידא לקנס או חיוב מוזר אחר אינה יכולה להירפא אפילו באמצעות "בית דין חשוב"[284]. לעומת זאת, לפי שיטת רבינו תם והרא"ש, מועילות "הידים המוכיחות" של "בית דין חשוב" אפילו ללא הפקדת נכסים, ומסתבר כי מועילות הן לא רק כאשר מתיימרים להקנות את הנכסים על פי התנאי המוזר באופן משהה במוחזק, אלא גם כשמדובר בהקנאתם רק דרך התחייבות, בראוי (אחר שכל התחייבות היא בעצם גם כן הקנאה על תנאי משהה "מעכשיו" - ולו רק בראוי). כמו כן מסתבר כי על פי שיטה זו - ואף לפי הפירוש של בעל הנתיבות - עשוי "בית דין החשוב" להועיל, לא רק לגבי קנסות, אלא גם לגבי תנאים (או התחיבויות) מוזרים אחרים - כמו, למשל, מקרה שנידון בבא מציעא צ"ט א'. כאן נקבע כי אדם המבקש לשאול פרה מחבירו והמורה לבעל הבית לשלחה אליו ללא שמירה, בהכשת מקל - בסתם אין הוא משתעבד להיות אחראי לפרה משעת ההכשה, מפני שלא סמכה דעתו שתגיע אליו - או שבעל הבית יתפתה לסכן בצורה כזאת את ממונו; אולם, אם חצר השואל

[283] רלה) כך בניגוד לשיטת הרי"ף והרמב"ם, שלפיה אפילו תנאי מוגזם הנקבע כתנאי משהה אינו אסמכתא (ורק תנאי דוחה הוא העשוי להיות זקוק ונתון לריפוי באמצעות בית הדין, על ידי השלשת הנכס או שטר ההקנאה בידי בית הדין).

[284] רלו) נימוקי יוסף על בבא בתרא, פרק גט פשוט, סי' תתקמ"א.

היא [[122א]] לפנים מחצרו של בעל הבית, באופן שאין סיבה שהפרה תלך לאיבוד, ואף סביר הוא שתגיע, הרי גם אם יש שם אפשרות שלמעשה תיעצר הפרה בחצר בעל הבית ולא תגיע לחצר השואל - מכל מקום מתקבלת הצעת השואל בדבר משלוח הפרה בהכשה כגילוי מספיק של סמיכת הדעת, וכבסיס לשעבוד נכסיו, משפועל בעל הבית על פיה. ומסתבר שעל פי שיטת רבינו תם והרא"ש, יכול השואל להתחייב באופן יעיל באמצעות "בית דין חשוב", אפילו כאמור ברישא, כשחצרו **איננה** לפנים מחצר בעל הבית. מסקנה זו שונה ממה שיש כנראה להניח לגבי המקרה שעליו כתב הב"ח (שהסתמכנו עליו לעיל, בהערה ר"כ), כי "אין ללמוד (מלשון "סמיכת דעת") דתלוי בדעת הלוקח". שם נסבו הדברים על כך כי מקום שקיימת הנחה, שישראל הבא לקנות שדה מן העכו"ם אין דעתו סומכת אלא בשטר[285] - לא יועיל לקונה הישראלי אף אם יציין בפירוש שהוא מצידו אינו חושש לאונס, ודעתו סומכת על הקניין שמדמה הוא לקנות מן העכו"ם אפילו בהחזקה או בכסף בלבד (וגם אם הגוי המסוים, המוכר - ואולי אף יורשיו - ידועים למעשה כאנשים ישרים ונאמנים). לגבי מקרה זה יש להניח כי הצהרת הקונה לא תועיל אף אם יביא את העכו"ם לפני "בית דין חשוב" ויערכו את הקנייה בפניו; וכך לא רק מפני הטעם הפורמלי שאין מדובר פה בתנאי משהה או בחיוב של קנס, אלא גם מפני הטעם המהותי, שהקונה המסוים לאו כל כמיניה לקנות על פי צורת קניין המוחזקת בציבור כבטלה - וממילא גם סמיכתו הסובייקטיבית שהקנין יתקיים הוא בלתי סבירה ואינה מועילה[286].

---

[285] רלז) ר' בפרקנו לעיל, נושא שני, סע' ג', בסמיכות להערות נ"א ונ"ב.

[286] רלז-1) מסקנה זו צריכה בירור לעומת מה שהבאנו לעיל (בנושא ב', סע' ג', בסמיכות להערות נ"ד ונ"ח), ש"כל מידי דהוי קנין בשום מקום, מהני ליה תנאה שיהיה מועיל" (אפילו במקום שעל פי הדין של אותה דרך קניין כשלעצמה אין היא אמורה להועיל). כלל זה, הנקבע בקצוה"ח על סי' קצ"ח ס"ק ג', מנוגד למסקנת הש"ך באותו סימן, ס"ק י' - והש"ך גורס שדווקא במקום שדרך הקנין נפסלת משום חזקת העדר סמיכת הדעת יכולים עוד הצדדים להשתמש בה בכל זאת באופן מועיל, על ידי הצהרה סובייקטיבית שדעתם סמכה, אבל אם חולשתה של דרך הקנין [[122ב]] היא מכח עצם הדין אין הצדדים יכולים ליעלה.
לע"ד עשוים נימוקי הש"ך עצמו לבסס דוקא את השיטה ההפוכה. וכדי להבין את הדבר יש לנו קודם כל למסור לעצמנו דין וחשבון ברור על מה שראינו, שהתפקיד המהותי של מעשה הקנין הוא לשמש ראיה לסמיכת דעת.
והנה, במקום שהחולשה של דרך קנין נובעת רק מעצם קביעתו של הדין (ולא מאיזו סיבה מהותית הטבועה בה עצמה, כגון "קנין אגב", שמעצם טיבו לא יעלה על הדעת להקנות בו מקרקעין), העובדה היא כי טעם החולשה הוא רק אחד מן השניים: או שקשור הוא בנטיית ההסתייגות מפני "קונסטיטוט פוסורי" ("קנין כסף" או "שטר" בהקנאת מיטלטלין) או שנובע הוא מן התפיסה שדרך הקנין המסוימת (כמו "משיכה" או "מסירה") אינה נתונה מסיבות דוגמטיות לעכו"ם. אולם, נטיית ההסתייגות מפני "קונסטיטוט פוסורי" הוכרעה כבר מקדמת דנא על ידי מיני העקיפה שהומצאו לה בתלמוד ("קניין סודר", "שכירות חצר", "קניין אגב" וכו'), והפירוש המעשי של העקיפה הוא שעל אף התקנה המונעת בסתם את העברת הסיכון ללוקח ללא נטילה, מכל מקום מסכימים הצדדים שביניהם יעבור הסיכון לאלתר. ההתנאה על הדין אינה מתיחסת פה איפוא מבחינה מהותית, לדרך הקנין, כי אם לגדרי הזכויות. התנאה כזאת היא כשרה לכל הדעות; ועתה, אם נזכור שמנקודת ראות מהותית **אין** סיבה להתנגד לכך שההתנאה תיערך אפילו באמצעות מעשי הקניין של "כסף" או "שטר", מתברר ממילא שמעשי הקניין הללו ראויים לשמש בזה גם למעשה. אכן, אין הקניינים הללו יכולים לשמש ל"קונסטיטוט פוסורי" במיטלטלין **בסתם** - מפני שבסתם אין "קונסטיטוט פוסורי" במיטלטלין (ונחוצה דוקא דרך קנין מיוחדת, המפגינה את גמירת הדעת להתנות אמנם על הדין שבסתם); אבל אם הצדדים באמת אינם מתכוונים ל"קונסטיטוט פוסורי" בסתם, אלא מתכוונים הם **להתנאה על הסתם** ומבהירים את הדבר בפירוש - מה אכפת לנו אם יעשו את הדבר על ידי "קנין סודר", "שכירות חצר" או "אגב קרקע" או שיעשו כן על ידי "קנין כסף" או "שטר"?
ודומה לזה המצב בקנייני העכו"ם. יהא שהעכו"ם אין לו עקרונית דרכי קנין מסוימות, אבל הדין הוא שאפשר להסכים עם העכו"ם כי לא ידונו עמו על פי דיני העכו"ם, כי אם על פי דיני ישראל. גם סוג זה של התנאה אינו התנאה על שום דבר מהותי, כי אם על גדרי הזכויות שרשאים צדדים להתנות עליהם לכל הדעות - ובמסגרת זו ממילא אפשר שינהגו [[122ג]] עם העכו"ם על פי דרך קנין ישראלית, אשר מבחינה מהותית אין לגביה נפקא מינה. ומשאפשר לנהוג כך במסגרת התנאה כללית, ממילא משמע שאפשר לנהוג כך גם במסגרת התנאה מיוחדת (למשל, כשלגבי העסק בכללו אין ממילא הבדל בין דיני ישראל לדיני הגוי, ומתעורר רק ספק לגבי דרך הקניין).
לעומת זאת, במקרה של המתיימר לקנות שדה מן העכו"ם בדרך קנין המוחזקת שאין בה כדי לבסס סמיכת דעת, נמצא שדרך הקנין הזאת פגומה מבחינה מהותית - ומשמע שגם אם נאמין לקונה שאין הוא

אולם, משהגענו עד כאן, יש על כל פנים מקום לחזור ולשאול: יהא שמעמד "בית הדין החשוב" מצומצם הוא בגדרים שאמרנו - ויהא שעריכת מעשה הקניין בפני בית הדין היא בלי ספק יותר חגיגית ונכבדת מעריכתו הרגילה, ויש בה יתר הפגנת רצינות - האם באמת יתרון זה הוא כל כך מהותי, עד שיהא בו כדי להפוך חזקה של אסמכתא לחזקה של סמיכת דעת גמורה? [[123]] והלא גם סתם מעשה קניין שבשוק, עצם מהותו ותכליתו - כפי שהסברנו לעיל - הריהו בהפגנת רצינות וגמירת דעת גמורה - ואם ההפגנה שבמעשה הקנין אינה מספיקה כדי להתגבר על חזקת האסמכתא המתחייבת מעבר לו, כיצד תתגבר ההפגנה הנוספת שבמעמד בית הדין? מדוע לא נאמר, שכשם שיכלו הצדדים לקיים הפגנת רצינות פשוטה, אשר בכל זאת לא היתה נאמנת, כך גם כשבאים הם ומקיימים הפגנת רצינות יותר חגיגית, אף בה לא נאמין, ומאותה סיבה עצמה שבגללה לא היינו מאמינים בהיא?

התימה שבשאלות אלו כמובן איננו מוחלט: אפשר לתרצו אפילו ממנו ובו, ואין הוא מפיל בהכרח את הלכת "בית הדין החשוב". אולם, אין גם לומר כי דחייה שכזאת מספיקה כדי להשאיר את ההלכה איתנה ויציבה לגמרי. אך טבעי הוא שאם נפתח הפתח לסתירתה של חזקת אסמכתא על ידי הפגנת רצינות מחוזקת גרידא, נשאלת השאלה: ובכן למה דוקא בפני בית דין חשוב? - ואמנם יש פוסקים המגיעים לפי זה לריקון "בית הדין החשוב" מתוכנו ולהפיכתו לענין של נוסחה פורמלית בלבד. המתונים שבין אלה גורסים ש"אם ציווה לכתוב בהשטר שקנו ממנו בב"ד חשוב, אף על גב שידענו שלא היה כן, מכל מקום מהני, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וכיון שהודה הרי גמר בלבו להקנות בלב שלם". הקיצונים יותר הולכים עוד גם הלאה ואומרים ש"אפילו לא אמר בפירוש, אלא ציווה לכתוב שט"ח - מהני כאלו פירש דמסתמא היה דעתו שיהיה באופן המועיל"[287] - ועל פי הגיון זה שוב אין כמובן מניעה לצעוד אף צעד נוסף עוד לבטל גם את הצורך בנוסחה הפורמלית, וממילא לבטל גם את עניין האסמכתא מעיקרא, לפחות בגדרי התחום הנידון[288], שהרי בוודאי, **בכל** מעשה קניין, גם בלי שטר ונוסחה, "מסתמא היה דעתו שיהיה באופן המועיל".

אולם, אין צריך לומר שכיוון התפתחות זה אינו יכול להתקבל על פי שום גישה רצינית המכבדת את הנחות היסוד ההגיוניות שעליהן היא באה להתפתח, - ואם בכלל מקבלים אנו את הלכת "בית

חושש מפני אונס, ומאמין הוא באמונה שלמה ומוצדקת כי השדה יתקיים בידו, מכל מקום לא יתכן שהשדה יקום בידו גם מבחינה קניינית-רשמית, כי מעשה הקנין שבו מתימר הוא לקנות נמצא בטל מיסודו. במלים אחרות: כל סמיכת הדעת שעליה הוא מצהיר אינה יכולה אפוא להיות מבוססת בדימוי של מעשה הקנין, כי אם רק במכלול המסיבות העובדתיות גרידא, ומאחר שהגורם המכריע של מעשה הקנין לא נכלל במסיבות אלו, ממילא נמצא שכל יומרת סמיכת הדעת אין כאן מכל מקום על מה שתסמוך. דומה הדבר לחלוטין לסמיכת הדעת "כאילו", שראינו לעיל (בסמיכות להערה רכ"ג), ב"קניין דברים".
ההבחנה הזאת מתאשרת, כאמור, דווקא על פי נימוקיו של הש"ך. הוא כותב ש"לא יכול להתנות בדבר של ממון אלא היכא דשייך ענין מחילה... אבל פשיטא שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין". והנה, בענין הסכמה על "קנין כסף" או "שטר" במיטלטלין, או הסכמה על "קנין משיכה" או "מסירה" לעכו"ם, אמנם יש לנו רק התנאה בדבר ששייך בו ענין מחילה - וההתנאה צריכה להועיל, כהכרעת קצות החושן - אבל בענין הצהרה של סמיכת דעת, כנגד דימוי של מעשה קנין המוחזק כבלתי מתאים לכך, הרי זה "פשיטא שאינו יכול לעשות קנין מדבר שאינו קנין", וההכרעה הנכונה היא כדעת הב"ח.

[287] רלח) עה"ש חו"מ סי' ר"ז סע' מ"ד.

[288] רלט) ר' שם, בהמשך: "וכל זה הוא באסמכתא שעיקר הטעם הוא מפני שאינו מקנה בלב שלם.... אבל בשארי דברים שאינו מועיל על פי הדין.... בטל השטר".

הדין החשוב״, יש לחפש אפוא תירוץ ממשי כלשהו לדרישה [[124]] החד משמעית של הגמרא: ״והוא דקנו מיניה **בבית דין חשוב**״. תואר מיוחד זה של בית דין ״**חשוב**״ כוונתו הברורה היא להבדיל מ״בית דין של שלשה הדיוטות״, ובכן מזקיק הוא אותנו לבית דין של מומחים, הבקיאים בדיני אסמכתא ושאולי גם נדרש מהם דווקא מעמד שיפוטי רשמי[289] - ובהכרח מגיעים אנו למסקנה שהגמרא על כל פנים לא התכוונה כאן למי שיוכל למלא רק את תפקיד העדה על הפגנת הרצינות המוחזקת בעלמא, אלא ביקשה לה גורם שישתתף גם באיזה אופן מקצועי ופעיל יותר במהלך הדברים. בין המחזיקים בשיטת ברי״ף והרמב״ם יש גורסים כי בית הדין החשוב נדרש אפוא מפני שאין מדובר כאן בכלל במעשה הנערך בהסכמת הצדדים ומדעתם החפשית, כי אם רק במעשה הנערך מתוך הסכמה נכפית בידי בית הדין[290]; אולם, לעניות דעתי אין תירוץ זה מובן לגמרי, והריני מעז להציע את התירוץ המתוקן, ש״בית הדין החשוב״ נדרש כדי לברר את הדברים ולבדוק את המסיבות אף מעבר לעצם נכונות הצדדים לערוך את מעשה הקנין בפניו - ורק אם יימצא על פי הופעת הצדדים והמסיבות האחרות כאחד שאמנם אין שם אסמכתא ויש להניח שדעת הצדדים סמכה ברצינות, הריהו יקיים את המעשה ויפסוק, שגם אם היה לכאורה מקום להסתפק שמא יש שם אסמכתא, הנה נבדק הדבר ונמצא שלא כן. בכיוון זה הייתי אף מנסה למתוח ולתרץ את הדרישה שהגמרא מדגישה עוד גם כן ביחוד: ״**והוא דלא אניס**״. הפירוש המקובל לגבי דרישה זו הוא, שחיוב הקנס יחול רק אם המתחייב יפר את עיקר התחייבותו בפשיעה, ולא דרך אונס; אך אולי הנכון הוא לומר שבית הדין אף נדרש לבדוק **מלכתחילה**, האם חיוב הקנס (או התנאי המוזר מסוג אחר) אמנם נקבעו שם בכוונה אמיתית או שמא רק נסחטו על ידי איזה אונס (שגם בצורה זו יכולה להימצא אסמכתא, במיוחד, כפי שנראה עוד במקום המתאים להלן)[291]. לפי זה, אמנם, שוב אפשר אולי לשאול: למה לנו אם כן ״בית הדין החשוב״ מלכתחילה? יערכו להם האנשים את מעשה הקניין כאשר יערכו, ואם תתעורר שאלת האסמכתא יבדקנה בית הדין בדיעבד! אך התשובה הפשוטה היא, שעל כל פנים עשויה להיות רצויה הבדיקה המוקדמת, כדי שידעו האנשים מלכתחילה היכן [[125]] הם עומדים במעשה העשוי להיראות כמפוקפק[292] - ולעניות דעתי, אמנם במסגרת הזאת ניתן לנסות ולהתמודד עם עמדתו של רב האי גאון, שהלכת ״בית הדין החשוב״ אינה בכלל הלכה[293].

ח. סמיכת הדעת והקבלותיה בשיטות נכריות: קאוזה ותמורה

מושג ה״אסמכתא״, יש לו בשיטות הנוכריות הקבלה מהותית קרובה מאוד במושג ״המכר הנפסד״, המצוי במג׳לה העותמנית[294] - אך לא נפליג פה לבירור מדויק של ההקבלה הזאת, אחר

---

[289] רמ) ר׳ **באנציקלופדיה תלמודית**, ערך בית דין, עמ׳ קס״ב (ערך משנה ״בית דין חשוב״).

[290] רמא) ר׳ מגיד משנה על פי״א מהל׳ מכירה הל׳ י״ג ועה״ש חו״מ סי׳ ר״ז סע׳ מ״ב.

[291] רמב) כוונתי להלכה המתפתחת על סמך הסוגיות ביבמות ק״ו א׳ ובבא קמא קט״ז א׳, ודוק.

[292] רמג) השווה, במדינת ישראל דהאידנא, חוק החוזים האחידים, תשכג״ד, סעיפים 14 ו-2.

[293] רמד) לקבל המסגרת הזאת פירושה הוא ממילא שנאמץ בענייננו את שיטת רבנו תם והרא״ש, בגדרי פירושו של בעל המתיבות. לתמיכתה של שיטה זו אפשר גם לציין כי יותר קרובה היא משיטת הרי״ף והרמב״ם למה שמשתמע לכאורה מסגנון הגמרא, כפי שמציין שם רש״י (״ואע״ג דלא מתפיס״). עם זאת, אין פירושו של דבר בהכרח שנאמץ גם את תורת התנאים המונחת ביסודה של שיטה זו. אדרבה, תורת התנאים של הרמב״ם מסתברת יותר (ר׳ **גולק**, א׳, עמ׳ 67, 75); ומצידו אפשר לקבל בגדרי המוצע, שאם באים אנשים ומבקשים לערוך קנין על תנאי דוחה לפני ״בית דין חשוב״ יכול בית הדין לאשר את הקנין כפטור מאסמכתא אם הנכס יופקד בידי בית הדין.

[294] רמה) ״המכר הנפסד״, יש בו שלשה סוגים עיקריים: א) המכר הניתן לביטול על ידי כל אחד מהצדדים (סע׳ 314); ב) מכר שעקב פגם בנוסח או בתוכן (כגון אי בהירות בתיאור הממכר), אין בו העברת קנין

שהדבר היה מצריך מחקר מקורי לא רק במושג העברי, אלא גם במושג העותמני. לעומת זאת, ננסה לברר את המקביל לסמיכת הדעת או לאסמכתא בשיטות האירופיות - אף על פי שכאן אין למושגים אלה שום הקבלה מושגית מיוחדת, שתהא קרובה למדי.

כדי להגיע למה שבכל זאת אפשר כאן למצוא במקביל, צריכים אנו לנסות ולהגדיר את המשמעות הפונקציונלית של הדרישה לסמיכת דעת בדיני ישראל, - ונראה לומר כי משמעות זו היא מורכבת. ראינו כי על ידי הדרישה לסמיכת דעת נבדקת **שלמותם של דברי הקניין**, מבחינת היכולת להגדיר את העסק המכוון באופן משמעותי ובר קיום; על סמך הדרישה לסמיכת דעת נפסלים עסקים, שגם [[126א]] אם מוגדרים הם במדויק וכל צרכם, מכך מקום נשארים הם מפוקפקים ו"תלויים באויר" מרוב האפשרות שייעקפו; הדרישה לסמיכת דעת היא דרישה **לכוונה כנה ורצינית**, שלא רק מעבר לאחיזת עיניים גרידא אלא גם מעבר לפיטומי מלים בעלמא, בבחינת "אם לא יועיל לא יזיק", "מילא, אומר, מה איכפת לי", או כל כיוצא בזה; הדרישה לסמיכת דעת היא גם דרישה לשיקול דעת **כן, רציני וסביר** בהחלטה על העסק; נוסף על כך הריהי דרישה לאמונה סובייקטיבית סבירה בסיכויי קיומו של העסק בהתאם לגדריו; ולבסוף, על סמך הדרישה לסמיכת דעת נפסלים עסקים בלתי צודקים או בלתי מאוזנים, אם אין מוכח כי הצדדים התכוונו אמנם בכנות וברצינות לעסק, עם כל העדר איזונו.

והנה, מאחר שבשיטות האירופיות אין ל"סמיכת הדעת" שום הקבלה מושגית מיוחדת, ממילא משמע שכל המטרות הנ"ל אינן יכולות להיות מושגות בשיטות האירופיות על פי איזה עקרון אחד ומיוחד, בדומה למה שקורה בדיני ישראל; אך אין פירושו של דבר שהשיטות האירופיות מוותרות על כל המטרות האלו מעיקרא. ביחוד, במה שנוגע לשלמותם המשמעותית של דברי הקניין, הרי זו כמובן דרישה הנובעת מטבע העניין, והשיטות האירופיות מגיעות אליה ממילא, אף בלי אמצעותו של מושג עקרוני כלשהו, יותר יסודי[295]. דומה לזה גם המצב במה שנוגע לרצינות הכוונה, אם כי בשיטות האירופיות אין עניין זה מתגוון ומסתעף כל כך כמו מכוח הדרישה לסמיכת דעת בדיני

לאלתר, אלא רק משנוטל הלוקח את הממכר ברשות המוכר, או שנשחת הממכר או מושבח הוא ביד הלוקח אף מבלי מסירה (סע' 170, 171, 364, 366, 371, 277, 372); ג) מכר המבוסס בהסכם שיש בו פגם ביחס למחיר, כגון שהמחיר לא פורש, או שפורש במטבע פסולה, או שתשלומו נדחה לזמן בלתי מסוים (סע' 237, 248, 244, 364) - ומסתבר שניתן הוא לביטול אף לאחר מסירה.

[295] רמו) "המילוי החיצוני (של הרצון לעסק משפטי) מוכרח שיהא לו ערך השתמעות הניתן לקביעה" (**אנקצרוס**, עמ' 470); "כשההצהרה נשארת בלתי שלמה, בלתי מובנת, רבת מובנים או משתמעת לשתי פנים, אין היא מתאימה כדי להביע את הרצון ורואים אותה אפוא כאילו לא היתה" (**מסיניאו**, א', עמ' 481); הסכם איננו חוזה מחייב כשחסרה בו ודאות אם מפני שהוא יותר מדי מעורפל או שברור כי אין הוא שלם" (**טריטל**, עמ' 48). ר' גם כן סע' 1108 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי, הקובע כאחד התנאים העקרוניים לתוקפו של הסכם שיהא לו "נשוא ודאי", וכן סע' 1592-1591, הדורשים כי המחיר במכר יהא קבוע או ניתן לקביעה. גם באיטליה קובע סע' 1346 כי הנשוא צריך להיות "אפשרי, מותר, קבוע או ניתן לקביעה".

[[126ב]] ובדומה לכך אפשר גם לציין במג'לה את הסעיפים 200, 237, 246 ו-248, אשר דרשו כי המימכר, המחיר וארכת תשלום אפשרית יהיו ידועים וקבועים, שאם לא כן יהא המכר נפסד.

רק בחוק המכר החדש של מדינת ישראל מתשכ"ח הונח כנראה כי גישה זו היא מיושנת, ובסע' 20(א) נקבע שם ש"אם לא הוסכם על המחיר או על דרך קביעתו, ישולם המחיר הראוי". גישה זו אין לערבב כמובן עם קביעת הסעיפים 565-563 של המג'לה, שאדם אשר דרכו לעבוד בשכר ושעבד על פי הזמנה ללא קביעת שכרו, יהא זכאי בסתם ל"שכר ראוי": סעיפים אלה קובעים הסדר **בדיעבד**, לאיזון בין הצדדים, במקום ש"זה נהנה וזה חסר" - ואין הם באים, כדרך ההוראה ה"ישראלית", לאפשר חוזה הנערך לצדדים על ידי הבית המשפט, ואפילו בניגוד לדעתם האמיתית של הצדדים ואף כשניתנים עוד הדברים להיות מוחזרים בעין.

ישראל. כך, למשל, קוראים אנו אצל טריטל[296], במשפט האנגלי, כי "הצהרה שנעשתה כדי לגרום לחוזה, יתכן... שהיא תהיה מדויקת לחלוטין ובכל זאת לא תהא מחייבת, אם בית המשפט סבור כי לא היתה מכוונת ברצינות" - וכגון שהכריז אדם כי יתן 100 למי שישא את בתו (ומישהו אמנם אף פעל על סמך כך ונשא את הבת), או שפלוני [[127]] צעק בלהט הויכוח כי יפצה את חברו אם יפסיד משהו בקנותו מניות בחברתו (והלה אמנם קנה מניות והפסיד). בבג"ב אף יש בקשר לכך סעיף מיוחד (סי' 118): "הצהרת רצון שלא כוונה ברצינות ושניתנה מתוך ציפייה כי לא יתעלמו מהעדר הרצינות, הריהי בטלה".

בגדרים מצומצמים בהרבה מן התוצאה של הדרישה לסמיכת דעת מבטלות השיטות האירפיות את העסק הנתון יותר מדי לאפשרות של עקיפה: סע' 1074 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי קובע כי "כל התחייבות היא בטלה כשהוסכם עליה בכפוף לתנאי ברירה מצד המתחייב". דומה לזה סע' 1355 האיטלקי, - וכן מובא אצל טריטל[297], במשפט האנגלי, שהסכם עשוי להימצא בטל בגלל חופש של פירוש או פעולה הניתן בו לאחד הצדדים במידה כל כך רחבה עד שיכולתו לחייב מבחינה משפטית מתמוטטת.

מעבר לכך מוצאים אנו במשפט האנגלי אף את רעיון ההקבלה לדרישת **הסבירות והאיזון** של העסק: "הבטחה, יתכן לכאורה שתהיה אשלייתית עוד בדרך אחרת, היינו כשעל פי תנאיה נראית היא כל כך אוילית שאין לקבלה כביטוי לשום מגע ומשא רציני. מקרים קיצוניים של הסכמי מרמה ועושק, יתכן שאפשר לראותם כמתקרבים לגבול זה"[298]. אולם, רעיון זה, נראה שלמעשה אין הוא מגיע כאן לשום תוצאה חיובית - כי כך ממשיך המחבר ואומר: "אולם, למקרים כאלה יש כללים מיוחדים ויותר ברורים. לא נודע כי נערך אי פעם משפט על הסכם והוא נמצא בטל רק משום היותו בלתי הגיוני"[299].

ביחס לכללים "המיוחדים והיותר ברורים", שעליהם מדובר כאן, נראה להלן כי אין הם מספיקים כדי לתפוס אפשרויות חשובות של עושק הנתפסות בגדרי ה"אסמכתא" העברית; אך את המקרה המובהק של אסמכתא המתבטא **בהתחייבות קנס** אימץ לו על כל פנים גם המשפט האנגלי: "כשתנאי החוזה קובעים סכום הצריך להשתלם [[128]] בעד אי ביצוע, הרי זו שאלה של פירוש אם יש להתיחס לסכום כאל 'קנס' או כמו ל'פיצויים המוערכים מראש'. ההבדל למעשה הוא כזה. הסכום שאפשר לגבות במקרה של קנס אינו הסכום שנקבע, כי אם נזק שנגרם למעשה. הסכום שאפשר לגבות כפיצויים מוערכים מראש הוא הסכום שצוין כך. בפירושם של מונחים אלה לא

---

[296] רמז) עמ' 120.

[297] רמח) עמ' 125-124 (וראה עמ' 91, במהדורה א' של הספר, משנת 1962).

[298] רמט) **פולוק**, עמ' 40.

[299] רנ) ר' גם במדינת ישראל, פסק הדין בהמרצה 545/67 (ירושלים; אורנן נגד מינהל מקרקעי ישראל, פסקים מחוזיים כרך ס"ז, תש"ל, בעמ' 288), שם מביאה השופטת כי "הגישה באנגליה... גורסת שיש לתת תוקף לכל תנאי בהסכם, אפילו אינו סביר ואינו הוגן, אם התובע ידע על קיומו בעת ההתקשרות". לגבי הדין המקובל במדינת ישראל עצמה אמנם מביאה השופטת בהמשך, שבית המשפט העליון בחר שלא להיזקק לשיטה האנגלית, ולמשל תנאי בלתי מאוזן בהסכם שנקשר מחוסר ברירה בין צדדים במעמד שאיננו שוה ניתן לביטול, משום היותו "נוגד את טובת הציבור".

יהיה השופט קשור בכיניים שנקטו הצדדים1 הם יכולים לקרוא לסכום הקבוע 'פיצויים המוערכים מראש', אך אם השופט מוצא כי זה קנס, הריהו יתיחס אליו בהתאם לכך"[300].

לא כן הוא היחס לתניית קנס (clause penal) בחוזה בשיטות האירופיות האחרות. בסע' 1152 של ספר החוקים האזרחי **הצרפתי** נאמר ש"כאשר ההסכם קובע כי מי שלא יבצע ישלם סכום מסוים כפיצוי נזק, אי אפשר לקצוב לצד שכנגד סכום יותר גבוה או יותר נמוך". **בגרמניה**, על פי הסעיפים 339-345 של הבג"ב, אפשר לדרוש, בנוסף על הקנס, גם פיצויים - כשהנזק נמצא גדול מהקנס - ואפשר גם להפחית את הקנס, כשהוא נמצא "גבוה באופן מוגזם (unverhältnismäßig hoch)". **באיטליה** קובע סע' 1382 כי הקנס המותנה מגיע בלי תלות בהוכחת הנזק, אך ניתן הוא להפחתה, על פי סע' 1384, אם הוא נמצא "מוגזם באופן מובהק (manifestamente eccessivo)". אף בשוייצריה קובע חוק החיובים (בסעיפים 160-163) שקנס יכול להיקבע באופן חופשי, בכל גובה שהוא, ומשנקבע, הריהו מגיע לצד שכנגד, עם הפרת החוזה, אף אם לא נגרם שום נזק (ובלבד שהפרת החוזה לא היתה באונס; אולם, גם על סייג זה אפשר להתנות ולבטלו). סייגים אחרים לדיני הקנס בשוייצריה הם, שתניית הקנס מונעת תביעת פיצויים עודפת, כשהנזק העודף לא נגרם בפשיעה, ומצד שני - השופט חייב להפחית את שיעור הקנס, אם הוא נראה לו מוגזם.

[[129]] בסע' 1341 של ספר החוקים האזרחי **האיטלקי** גם כן מוצאים אנו חומר העשוי להיחשב כמקביל לענייננו: "בכל מקרה אין תוקף, ללא אישור מפורש בכתב, לתנאים הקובעים לטובתו של המתנה הגבלות אחריות, רשויות להסתלק מן החוזה או להפסיק את ביצועו או המבסיסים, לרעת הצד שכנכגד, השתהויות, הגבלות על הרשות להעלות טענות נגדיות, סייגים לחופש החוזים ביחסים עם צדדים שלישיים, המשך או חידוש של החוזה מסתמא, תניות פשרה או סטיות מסמכותה של הרשות השיפוטית". סע' 100 של חוק החיובים **השוייצרי** קובע כי אין תוקף לתנאי המשחרר מראש מאחריות לזדון או לפשיעה חמורה[301].

במדינת ישראל מקבילים לכאן סע' 15 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א[302], וכמו כן חוק החוזים האחידים, תשכ"ד.

אולם, מסתבר שעיקר עניינה ותפקידה של הדרישה לסמיכת דעת בדיני ישראל הוא לאו דווקא בהבטחתן של כל המטרות הנ"ל - כולן יחד או כל אחת מהן לחוד - אלא באמת יש כאן מין **מעגל פונקציונלי**, ובעוד שכל המטרות הנ"ל מושגות אמנם בדיני ישראל באמצעות הדרישה לסמיכת דעת, הרי אף יותר עקרוני וחשוב הוא התהליך [[130]] ההפוך, בו משמשת השגתן של כל אותן מטרות כמבחן לקיומה של סמיכת הדעת בבחינת מטרה לעצמה. ברמה זו, הדרישה לסמיכת דעת הריהי במלים אחרות (וכפי שכבר ראינו לעיל) דרישה לכך, שהשינוי המשפטי המכוון יהא לא רק

---

[300] רנא) **אנסון**, עמ' 330. פרופ' י"י רבינוביץ מוכיח כי דין ה"קנס" במשפט האנגלי הוא פרי ההשפעה של דיני ישראל, באמצעותם של יהודי אנגליה בימי הביניים: ר' **י"י רבינוביץ**, עמ' 302 ואילך.

[301] רנב) השווה בצרפת, **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 76 ואילך.

[302] רנב-1) משמעותו של סע' 15 ב"חוק התרופות" אינה ברורה: יתכן שהוא מונע כל הגבלה של זכות הפיצויים, למטה מן הנזק הממשי, ויתכן שרק מאפשר הוא להתגבר על הגבלה כזאת, כשיש לכך הצדקה מיוחדת. מסתבר על כל פנים, שהנוסח של סע' 15(ב) הועתק מן הדין הגרמני הנ"ל, המאפשר לתבוע פיצויים במקום **קנס** בלתי מספיק, והסב אותו מבלי משים על פיצויים מוסכמים מראש.

נרצה, אלא גם תהא לו אחיזה בתודעת הצדדים בבחינת שינוי קיים ועומד - שרק על סמך זה, ועם זה, ותוך כדי כך ראוי אמנם למשפט לאמץ את השינוי ולקיימו למעשה, אף הוא מצידו. ונשאר לנו עתה לברר מה אפשר למצוא בשיטות האירופיות במקביל לעיקר הלזה.

מפתח טוב לתשובה אפשר אולי למצוא בספרו של השופט צלטנר, בהתלבטו בשאלה: האם הכוונה ליצור **יחסים משפטיים** (הדגש ב"**יחסים משפטיים**") היא דרישה מיוחדת בין הדרישות הצריכות להתקיים לשם היווצרותו של חוזה?[303]. הבעיה מתעוררת מכמה כיוונים. מצד אחד, עצם נשוא הדיון הוא בתוצאות **משפטיות** האמורות להיות תלויות **בכוונת הצדדים**. מצד שני, כפי שמביא השופט צלטנר, הנחת יסוד היא כי מוסד החוזה צריך להיות בהישג ידם אף של "בורים ועמי ארצות, שמעולם לא שמעו על יחס משפטי ואינם יודעים כי יש בחברה אמצעי כלשהו לכפיית הסכם כזה" (כמו, למשל, החלפת סוס בפרה, שהם ערכו ביניהם)[304]. ומצד שלישי, אם **נדלג** על הכוונה המודעת ל"יחסים משפטיים" בדווקא, ונסמוך רק על עצם ההסכם המתגלה בין הצדדים, בעניין העשוי על פי תוכנו לשמש כנשוא לחוזה - האם אמנם ראוי לאפשר להכיר תוצאות משפטיות-חוזיות לכל הסכם שכזה, ואף אם הצדדים **שללו** תוצאות כאלו בפירוש, או שמן הסתם היו שוללים אותן לו היו נותנים על כך את הדעת (כגון "הסכם ג'נטלמני", יחסים חברותיים או משפחתיים, וכיו"ב)? אם נשיב על שאלה זו בשלילה, שוב מתעוררת השאלה, מצידה: כיצד נבחין אם כן [[131]] בין ההסכמים שראוי להכיר להם תוצאות משפטיות-חוזיות לבין ההסכמים שלא כך - וזהו אמנם עיקר השאלה השייך לענייננו.

והנה, בדיני ישראל, הבעיה היא מלכתחילה חריפה הרבה פחות מבשיטות הנכריות. כך הוא מפני שגם אם נצרף למושג החוזה את ההסכמים השייכים לדיני משפחה, הרי בתחום זה גדרי החוזים האפשריים הם מצומצמים ומיוחדים מלכתחילה, ובעייתנו כמעט שאינה עשויה להתעורר בהם מעיקרא - ואילו בדיני ממונות יש בנקודה זו חשיבות רבה לבהירות התפיסה המהותית השוררת בדיני ישראל והנעדרת בשיטות הנכריות. בדיני ישראל ברור מטבע הדברים כי חוזה בדיני ממונות - אפילו כשעיקרו הוא בהבטחת מעשה - הריהו מתיחס על כל פנים לקניין בנכסים של ממש, במוחזק או בראוי; ומשברור לנו כי הצדדים מתכוונים אמנם לשינוי קנייני בנכסים, או לאחריות נכסים, הרי שבעיית הכוונה "ליצור יחסים משפטיים" נפתרת בזה מאליה. אולם, לעתים קרובות אפשר, שגם אם ננקוט את המבחן המושגי של קנין בנכסים, מכל מקום עוד תישאר הבעיה בעינה: האם אמנם **מתכוונים** הצדדים לתוצאות **קנייניות** - וניתן לומר כי הכוונה הזאת (או הכוונה "ליצור יחסים משפטיים") מתבררת בדיני ישראל באמצעות המבחן של סמיכת הדעת. אכן, יש להדגיש, כי מבחן סמיכת הדעת, מנקודת הראות של דיני ישראל, אינו מכוון דווקא לבירור הכוונה הזאת בדיוקה: הוא בודק את הדברים במישור רחב יותר ובאופן יוותר אינטנסיבי; אך תוך כדי כך ממילא מתברר על ידיו אם אמנם התכוונו הצדדים לתוצאות ענייניות או ל"יחסים משפטיים" - וכשמתברר כי לא כן, ממילא יוצאים הדברים מגדר האפשרות של חוזה.

---

[303] רנג) **צלטנר**, א', עמ' 187-208.

[304] רנד) שם, בעמ' 200. הדברים מובאים כאן במתורגם מציטוטם האנגלי.

מבחן זה של סמיכת הדעת מתקיים בדיני ישראל, קודם כל, באמצעות **מעשה הקניין**. בשיטות האירופיות מקבילות לכך [[132]] דברי ההצעה והקבלה, ולפעמים גם "הצורה", שבה נדרשים דברים אלה להתנסח במקרים מסוימים. אין צריך לומר שמעשה הקניין העברי עשוי ללמד על סמיכת הדעת, או על "הכוונה המשפטית" - ובמיוחד על כוונה משפטית גמורה - באופן הרבה יותר חד משמעי מאשר הצהרות מילוליות ובלתי פורמליות גרידא, העשויות להתקבל בדרך כלל במבחן המקביל בשיטות של אירופה. לעומת זאת, כשנדרשת באירופה "צורה" מסוימת, עשויה היא לעתים קרובות לשמש כמבחן ברור יותר מאשר מעשה הקנין העשוי להספיק בדיני ישראל. אולם, בין כך ובין כך - אף אם נערך מעשה קנין מובהק או שנתקיימה "צורה" מסובכת - מכל מקום גם אלה, כשלעצמם, אינם יכולים לשמש כהוכחה גמורה וחותכת שאמנם נתקיימה שם סמיכת דעת או "כוונה משפטית" - ובזה חוזרים אנו לעיקר ההתלבטות שתיארנו לעיל: האם יש להתחקות על יסוד "הכוונה המשפטית" גם מעבר לדימוי של מעשה קנין, הצעה וקבלה או צורה? בדוגמה פשוטה וממשית: ראובן מגיש לשמעון אורחו עוגה, והלה גם נוטל אותה ומתחיל לאכלה, אבל עד שלא גמר פורצת מריבה ביניהם, וראובן מגרש את שמעון מביתו. ברור שראובן הציע כאן מלכתחילה לשמעון רשות לגופו של נכס; ברור ששמעון גם הסכים לקבל את הרשות, ואף נעשה מעשה העשוי להיחשב כמעשה קניין בנכס, לזכותו של שמעון, על פי דיני ישראל, או כצורה המספיקה להעברת הבעלות לשמעון על פי השיטות של אירופה; ואף על פי כן, עדיין עשויה השאלה להישאל, האם רשאי אם כן שמעון לנטול עמו את שארית העוגה בצאתו, באשר קניינה עבר אליו, או שמא בכל זאת לא העביר לו ראובן שום קנין, אלא רק הרשהו לאכול עוגה הנשארת שלו?[305]

בדיני ישראל, לפי הנכלל במה שראינו, מתקבלת בדוגמה זו התשובה כי אין כאן העברת קניין, אלא רק הרשאה ארעית, משום ש"כל את [[133]] ונוולא אחי" (לא) סמכא דעתה ולא גמר ומקני"[306] - היינו שאם נראה כי מכוונים הדברים ליחסים חפשיים, בהבדל מיחסי משפט דווקניים, אין שם סמיכת דעת ואין שינוי קניין. ובמלים אחרות: הולכים אנו אל מעבר לדימוי של מעשה קנין על פי המבחן של סמיכת דעת (ולאו דוקא מבחן הכוונה ליחסים משפטיים); אולם מבחן הכוונה ליחסים משפטיים הוא מכל מקום אחד המבחנים לקיום סמיכת הדעת, ומשנכשלים המבחנים הללו, נופל הדימוי של מעשה הקניין.

בשיטות האירופיות, נראה שלמעשה גם כן, מבחן הכוונה המשפטית הוא המבחן הפותר את הבעיה (ולו גם בלי זיקה למבחן הגבוה יותר שבמושג "סמיכת הדעת"), והתלבטותו של השופט צלטנר בנידון - ואף הכרעתו בניגוד לכך[307] - יוצאות כנראה דחויות. כך קובע בלי שום פקפוק **סלמונד**, במשפט האנגלי: "כדי להוות חוזה מוכרחה להימצא שם לא רק הבטחה לעשות מעשה פלוני, כי אם הבטחה מפורשת או מכללא לעשות את המעשה כחובה משפטית"[308]. כך גם

[305] רנה) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', סע' ד', בסמיכות להערות נ"ו-נ"ח.
[306] רנו) בבא מציעא ס"ז א'.
[307] רנז) ר' צלטנר, עמ' 208: ה"...רעיון כי הצדדים צריכים לרצות, מפורשות או מכללא, בתוצאות משפטיות" היא "השקפה שכפרנו בה".
[308] רנח) **סלמונד**, עמ' 313.

בגרמניה, אצל **אנקצרוס**: "לפי תוכנה מוכרחה ההצהרה להיות מכוונת להשגת תוצאה משפטית... הצהרת הרצון היא אפוא היינו הך כהצהרת רצון לעסק משפטי; הצהרה של רצון המכוון רק לתוצאה עובדתית אין הלשון המשפטית מכנה כהצהרת רצון"[309]. בדומה לכך אצל **קולין וקפיטן** בצרפת: "אפשר להגדיר את העסק המשפטי כגילוי של רצון הנעשה מתוך כוונה ליצור, לשנות או לסיים זכות"[310]. וכך גם אצל **מסיניאו**, באיטליה - אף על פי שמחבר זה צועד מרחק רב בכיוון הדאגה לעמי הארצות, שאינם מוסרים לעצמם דין וחשבון ברור ומושלם על המשמעות המשפטית של מעשיהם, "אין אנו מוציאים את האפשרות שבתודעת האדם יהא הדימוי של תוצאות העסק כדימוי של תוצאות מעשיות גרידא", כותב מסיניאו, אבל עם זאת דוחה הוא את העמדה "שלשם היווצרות העסק מספיק מה שנקרא הכוונה האמפירית [[134]] ואין צורך במה שנקרא הכוונה המשפטית" - ויוצא מדבריו כי לפחות מבחינת התוכן והמשמעות האובייקטיבית של הרצון המובע, אם לא גם מבחינת ההבנה הסובייקטיבית, מוכרחות ההצהרות להיות "מכוונות להסבתן של תוצאות משפטיות (dirette alla produzione di dati effett giuridici)"[311].

אולם, עניין "הכוונה המשפטית" הוא כמובן ענין קשה מאוד להוכחה - וביחוד כשתופסים אמנם את הדברים מצד המשמעות הסובייקטיבית ולאו דוקא כנשוא למבחן אובייקטיבי, ומסתבר שיש לעובדה זו חלק רב בהצמחת החשיבות הנודעת בדיני החוזים האירופיים למושגי "הקאוזה" - causa (בשיטות היבשת) ו"התמורה" - consideration (במשפט האנגלי). במידה רבה אפשר לראות את המושגים הללו ככלי עזר אובייקטיביים למבחן בענייננו - ומכאן הקבלתם הפונקציונלית למושג סמיכת הדעת בדיני ישראל, אף על פי שמבחינה מהותית נבדלים כל שלשת המושגים הללו זה מזה, ביותר. ביחוד יש לציין כי מושגי הקאוזה והתמורה, לפי עניינם המהותי, אינם שייכים בכלל לתחום הדעת והרצון, שבו אנו עוסקים, אלא מבטאים הם רק דרישה משפטית לגידור **התוכן העניני** של החוזה הממוני, במובן מסוים.

להסברת מושג הקאוזה נשברו קולמוסים רבים ונשפכה דיו רבה, בספרי משפט רבים מאוד; אך לפחות עלי עצמי - באופן אישי - יכול אני להעיד כי לא ירדתי לעומקרו ומשמעותו של מושג זה אלא משתפסתיו על רקע של כלל אחד ידוע בדיני ישראל (בהם המושג אינו מופיע, לא בעצמו ולא חליפו). כלל זה מצוי למעשה גם בשיטות הנוכריות, אלא שאין הוא נקבע בהן בצורה חיובית מפורשת כל כך כמו בדיני ישראל - ועל הרקע של כלל זה, עניין הקאוזה הוא פשוט ביותר. לנוכח האפשרות [[135]] הפשוטה הזאת להסברת הקאוזה נדלג פה אנחנו על הסבריה המקוריים, המסובכים והמעורפלים, המצויים בספרי לימוד המשפט ביבשת אירופה[312].

הכלל הוא כי במקום ש"זה נהנה וזה חסר - חייב"[313] - היינו שאם ראובן מקבל הנאה באופן שממונו של שמעון נמצא חסר, בסתם חייב ראובן לשלם לשמעון את ערך הנאתו (לפי קני מידה

---

[309] רנט) **אנקצרוס**, עמ' 439-438.
[310] רס) **קולין וקפיטן**, א', עמ' 61.
[311] רסא) **מסיניאו**, א', עמ' 460.
[312] רסב) ר' **דרנבורג**, א', עמ' 223 ואילך; **אנקצרוס**, עמ' 452 ואילך; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 53 ואילך; **מסיניאו**, א', עמ' 490 ואילך.
[313] רסג) בבא קמא כ' א' ואילך.

מסוימים שאין כאן מעניינו לברר בדיוק[314]). בשיטות האירופיות מקביל לכך הכלל בענין money had and received, ungerechtfertigte bereicherung, enrichissement sans cause וכו'[315]; וחשיבות הדברים לענייננו הוא, שאם בא אדם להנות את חבירו, באופן שהוא עצמו יימצא חסר, והאנשים אינם רוצים שיחול ביניהם האיזון הפשוט המתחייב על פי הדין מסתמא - אלא מבקשים הם להשאיר את ההנאה בעינה, ללא תמורה, או שמבקשים הם לקבוע את האיזון באופן אחר כלשהו - הריהם צריכים אפוא להגדיר ולסייג את גרם ההנאה כנגד הכלל של "זה נהנה וזה חסר". אם לא נפליג כאן לדיוקים, העשויים להתחייב על פי מקריות הדין בכל שיטה, ניתן לומר כי הקאוזה הנדרשת בשיטות של יבשת אירופה, בכל חוזה הכולל הינוי ממוני של אחד הצדדים, אינה אלא הגדרת ההינוי הממוני וסוגו כנגד סתמיות הכלל של "זה נהנה וזה חסר"[316].

[[136]] והנה, במובן זה, הקאוזה היא באמת הכרח מהותי בכל חוזה ממוני - ולא על פי שום שגיון משפטי מיוחד, כי אם על פי טבע הדברים האובייקטיבי. כך הוא, משום שכל חוזה ממוני, עניינו הוא בהינוי ממוני מוסכם מאיש לרעהו - ועתה, אחת משתי אלו: או שנעשה הינוי באופן שברור לנו כי נעשה הוא על דעת חינם, או על דעת תמורה מסוימת - ואז נדחה הכלל הסתמי, ויש שם קאוזה, ויש אמנם אפשרות של חוזה; אבל אם המצב הוא אחר - אם נעשה ההינוי באופן **שאין אנו יודעים** אם נעשה על דעת חינם או על דעת תמורה, או שיודעים אנו כי נעשה הוא על דעת תמורה ואין אנו יודעים על דעת איזו תמורה - ואז אין שם קאוזה וחל הדין הסתמי, אבל ממילא משמע גם כי דברי החוזה אינם ברורים, אין הם ממצים את עניינם ואי אפשר לפעולל פיהם לפחות בשאלה אחת שאין ממנה מפלט: האם חינם, או איזו תמורה, ואז ממילא גם אין שם חוזה - לפחות מן הסיבה הלזאת. בהתאם לכך ניתן גם לומר כי למעשה מוכרחה הקאוזה להידרש - ואמנם גם נדרשת היא - לא רק בשיטות של יבשת אירופה, העומדות על הדבר בפירוש, אלא גם למשל בשיטה כמו דיני ישראל, שלכאורה אינה יודעית על דרישה זו מאומה. ראינו את הדבר לעיל, בדוגמה של "מדד עד שלא פסק", שבה נמצא העסק בטל משום שלא היתה עמו קאוזה - ואם לא בפירוש ובמישרין משום כך, הרי לפחות משום שמצב העולה כדי חוסר קאוזה הריהו ממילא מצב שלא תתכן בו הכרה בסמיכת דעת. אולם, בדיני ישראל - גם אם למעשה הקאוזה נדרשת[317] - הרי מאחר שמושג זה עלום בה, ממילא משמע ששום תפקיד תכליתי אינו כרוך בו (וכל תפקיד תכליתי הכרוך בו בשיטות של יבשת אירופה מתמלא כאן באמצעות המושג הרחב יותר של סמיכת הדעת)[318]. לעומת זאת, בשיטות של יבשת אירופה, מושג סמיכת הדעת הוא הוא שאיננו

---

[314] רסג-1) ר' להלן, פרק ב', סע' ח', בסמיכות להערה תמ"ט.

[315] רסד) **אנסון**, עמ' 440 ואילך; בג"ב סע' 812 ואילך; ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 1371 ואילך; ספר החוקים האיטלקי, סע' 2041.

[316] רסה) דוק גם במקורה של דרשת הקאוזה במשפט הרומי העתיק: הבעת נוסחה של התחייבות היתה עשויה לחייב את האדם באופן מוחלט, במנותק מכל הקשר של יחסים הדדיים, שאליו היתה ההתחייבות מכוונת. במשך הזמן הגיעו לכך, שאם נאלץ המתחייב לקיים את התחייבותו, בלא שהצד שכנגד יקיים את הראוי מצידו, היו מזכים את הראשון בהחזרה, משום שפרע "ללא עילה" (conditio sine causa). לאחר מכן שוב הגיעו לכך שלא היו מחייבים פרעון מלכתחילה, אם התובע לא הוכיח מראש את העילה. ר' **פוקרובסקי**, עמ' 311.

[317] רסה-1) השווה גם בבא מציעא ט"ו ב': "גמר ונתן לשום פקדון", "גמר ונתן לשום מתנה" - ניסוח העולה בקנה אחד עם הגדרת הקאוזה בשיטות של אירופה כ"תכלית" של העסק (מבחינת דפוסו המשפטי): ר' ביחוד **מסיניאו**, א', עמ' 492.

[318] רסו) אף על פי כן, מאחר שהגורם הוא נדרש, ודאי ראוי היה כי יהא לו גם שם - ועל פי מהותו, מן הפרספקטיבה של דיני ישראל, הייתי מכנהו **כגידור המשפטי של גרם ההנאה** (היינו התבררות סייג

ידוע, ורק אגב הדרישה המודעת **ל"קאוזה"** מתמלא כאן מבלי משים התפקיד של בדיקת המקרה לעניין כוונתו המשפטית: אם יש שם קאוזה, והיינו שנקבע בבירור [[137]] אם ההינוי הוא חינם או בתמורה מסוימת, הרי שממילא יש שם **כוונה** משפטית, והדברים עשוים לשאת **משמעות** משפטית; אבל אם אין שם קאוזה, ממילא משמע שאין בדברים ממש, וההסדר נשאר חסר משמעות. רק שיש להדגיש כי מבחן הקאוזה, בתפקיד מורחב זה, איננו מתאים ואינו מספיק אמנם לכל המקרים: פוטר הוא אמנם את העניין לחלוטין כאשר קאוזה איננה, אבל **כשיש** קאוזה עדיין יתכן לפעמים כי ישאר מקום לפקפוק. כך, למשל, ביחס לדוגמת העוגה שהבאנו, אין במבחן זה תשובה (כי אכן, על ידי הגשת העוגה ממילא מתברר כי הכוונה היא להינוי של חינם, כמו במתן מתנה, אבל מכל מקום אין המבחן מגיע עד כדי פתרון השאלה, האם באמת יש כאן מתנה והעברת קניין או שמא רק כוונה משפטית תת-קניינית של precario)[319].

ל"קאוזה" של שיטות היבשת מקביל מושג "התמורה" במשפט האנגלי. למעשה ניתן לומר כי הענין הוא זהה, ויסוד ההבדל המושגי טמון רק בכך שבמשפט האנגלי אין תפיסה מיוחדת של החוזה במלוא ההקף של הסכמים משפטיים, ורואים שם את החוזה רק כענין של הסכם חובי, באופן המשאיר את המתנה (אשר בדרך כלל היא "ריאלית", ולא חובית) מבחוץ. כבר ראינו לעיל כי שני המינים היסודיים של causae הם למעשה רק הכוונה להינוי חינם או סוג כלשהו של תמורה - ומאחר שהמשפט האנגלי אינו עוסק בדרך כלל במתנת חינם כבחוזה, ממילא נשארת לנו בדיני החוזים רק הקאוזה התמורתית[320]. בהתאם לכך, הקבלת [[138]] "התמורה" האנגלית לענייננו, ביטויה הוא בכך שבדרך כלל, אם מוצאים במשפט האנגלי הסכם ממוני (חובי), ומוצאים כי יש בו תמורה, הרי זו ממילא ראיה לכך שבסתם גם יש בו "כוונה משפטית", ושוב אין צורך לחפש אחר "הכוונה המשפטית" במיוחד, אלא אם המסיבות עוד מעוררות בקשר לכך על כל פנים ספק, באופן יוצא מן הכלל[321]. להעמדת חיוב של מתנה משמשת - במקום התמורה - הצורה של התחייבות בשטר חתום (deed under seal), והכפירה בתוקף התחייבות כזאת קשה אף הרבה יותר מאשר הכפירה בדימוי של התחייבות יש לה תמורה[322]. כשאין לא תמורה ולא הבטחה בשטר חתום, אין

הדברים כמתנה, מכר, פקדון, תשלום, קידושין, תקרובת, כיבוד וכו') - או **גידור הקניין** (אך תקרובת כיבוד או פקדון, למשל, ייחשבו כאן מבחינת גידור הקנין, כגידור שלילי, בלתי קנייני).

[319] רסז) לשם שלמות התמונה נביא כאן גם את עיקרי הדינים החלים על הקאוזה למעשה ביבשת אירופה. מבחינים שלשה מיני causae עיקריים: causa donandi (מתנה), causa credendi (גרם הנאה כנגד חיוב), causa solvendi (גרם הנאה לתשלום חוב), ובצידם של אלה כמה בני גוונים נוספים, כגון causa novandi (גרם הנאה כנגד חידוש חוזה), causa dotis constituendae (מתן נדוניה), ועוד. העסק בטל כשהקאוזה (או, בדרך כלל, למעשה, **התמורה**) היא בלתי אפשרית, בלתי מוסרית, בלתי חוקית או בלתי מוסכמת (שנויה במחלוקת). כשהקאוזה אינה מתקיימת יכול המהנה לחזור בו - והדבר חשוב ביחוד בהתחייבויות הדדיות. יש עסקים (בעיקר עסקים צורניים מסוימים, כגון שטר חוב, רישום בספרי האחוזה, מסירת חפץ להעברת בעלות, וכיו"ב) שהדין קובע כי אין הם תלויים במישרין בקאוזה, והיינו שמתקיימים הם מלכתחילה גם כשהקאוזה פסולה או נעדרת - ונקראים הם עסקים "מופשטים", בהבדל מן הרגילים, ה"קאוזליים"; אולם במקרה של העדר קאוזה או קאוזה פסולה ניתנים למעשה גם העסקים ה"מופשטים" לביטול עקיף, על פי דיני "ההתעשרות הבלתי הוגנת" (התעשרות ללא קאוזה) - אם כי בכפוף אמנם ליתרון הנקבע בשיטות אירופה למחזיק במקרה של עסק פסול. - ר' המקורות המוזכרים בהערה רס"ב לעיל.

[320] רסח) הסבר זה הוא כמובן ענייני-מהותי, ולאו דוקא עובדתי-היסטורי. מבחינה היסטורית, למעשה התפתחו הדברים לפי סדר מיוחד ומפורט יותר, שאינו מענייננו.

[321] רסט) ר' **וילסון**, עמ' 71.

[322] רע) **אנסון**,עמ' 61-60, 68 ואילך.

המשפט האנגלי מכיר בחוזה[323], וזהו הכלל הנקרא לעתים קרובות "תורת התמורה", או doctrine of consideration.

אולם, בקשר למעמד התמורה התעוררו במשפט האנגלי ספקות. מצד אחד יש כיוון מחשבה, שהתפתח ביחוד באמריקה, והדורש כי התמורה תוכר כמבחן **מכריע** לתוקף החוזה, באופן שבשום מקרה לא יגיעו לחפש עוד מאחוריה גם "כוונה משפטית", כגורם מיוחד[324]. זוהי התפיסה שממליץ עליה במדינת ישראל השופט צלטנר, כפי שראינו לעיל. נראה שהסדרים חברותיים ומשפחתיים מוכנה גם תפיסה זו שלא לראות כחוזים בעלי אופי משפטי - ואף אם יש בהם הדדיות העשויה להיחשב כ"תמורה" - משום שעל כל פנים אין גרם ההנאה האחד נעשה כאן על דעת גרם ההנאה שכנגד: ההדדיות איננה תנאי שההסדר תלוי בו, ובמלים אחרות - ההסדר אינו נערך איפוא, מבחינה מהותית, על דעת תמורה. אולם, לפחות באנגליה, עדיין נדחית תפיסה זו בדרך כלל וכך גם במדינת ישראל[325]. את השופט צלטנר מושכת תפיסה זו במיוחד העובדה שלפיה אין אדם יכול להיפטר מאחריותו המשפטית להבטחה שניתנה בתמורה על ידי כך שיוסכם עמו כי לבית המשפט לא תהיה סמכות בעניין, או שההבטחה מתקבלת כ"הסכם ג'נטלמני" גרידא, או כחיוב מוסרי ולא משפטי, וכיו"ב. בנקודה זו ראוי לציין כי בדיני ישראל - כל אימת [[139]] שתנייה כזאת ראויה להיחשב כבלתי הוגנת, ניתן להתגבר עליה גם בלי פגיעה בעקרון הדרישה לכוונה משפטית, והיינו על ידי כך שתנייה כזאת - כאשר היא בלתי הוגנת - הריהי בסתם בגדר "אסמכתא" מכל מקום.

ואילו הספק המתעורר לגבי מעמד "התמורה" באנגליה מצד שני, הריהו שמא ראוי לבטל את **תורת התמורה**, כפי שהגדרנוה לעיל. מסתבר כי עיקר התקלה המורגשת במשפט האנגלי בגלל תורת התמורה הריהי בכך, שתורה זו מונעת את ההכרה המשפטית מהתחייבויות מתנה, כל זמן שההתחייבות אינה נערכת בדרך הקשה של שטר חתום; והרגשת התקלה הזאת מתפצלת לשניים: ראשית, קשה להשלים עם העדר אפשרות פשוטה להתחייבות מתנה, כשאנשים מעוניינים בהעמדת התחייבויות כאלה, ושנית - מורגשת התקוממות מוסרית כשאנשים פועלים על פי הסדרי חינם פשוטים, וסומכים זה על זה, ולבסוף - כשנגרם מתוך כך נזק לאחד הצדדים, יוצא המסמיך פטור, משום שהבטיח ללא תמורה. לכן "הועלתה הטענה, שבעוד (שתורת התמורה) מכניסה טכניות מיותרת לחוק, שוב אין היא ממלאה את התפקיד שהיא נועדה למלא מלכתחילה... במרוצת המאה השמונה עשרה... טען לורד מנספילד כי תמורה איננה דרישה חיונית ליצירתו של חוזה, אלא היא רק משמשת ראיה לכוונת הצדדים להתחייב. יוצא מכאן באופן הגיוני, שאם אפשר לברר את קיומה של כוונה כזאת באמצעים אחרים, אין עוד צורך בדרישה לתמורה"[326]. טענה זו לא נתקבלה, וועדה לביקורת המשפט שדנה בעניין המליצה ב-1937 שלא לבטל את תורת התמורה, כי אם רק לתקנה בכמה נקודות [[140]] (ביחוד במה שנוגע - במונחים עבריים - להתחייבות "בהיא הנאה דמהימן ליה"). לגבי עניינו המיוחד חשוב מה שמתברר כאן, שבמשפט

---

[323] רעא) **אנסון**, עמ' 96 ואילך.

[324] רעב) **טריטל**, עמ' 130-128.

[325] רעג) ר' **צלטנר**, עמ' 208. את התירוץ בעניין ההסדרים החברותיים והמשפחתיים דוחה **טריטל** בעמ' 130-129, זה לשונו: "תפיסה זו רק הופכת את דרישת הכוונה לחלק מהגדרת התמורה: אי אפשר לדעת אם הבטחות הדדיות הן עסק או 'חליפי מתנות' בלי שימת לב לכוונת הצדדים". ר' אצלו גם בעמ' 120, 125.

[326] רעד) **וילסון**, עמ' 66 ואילך (ור' גם **צלטנר**, עמ' 109 ואילך).

האנגלי חוששים לבטל את תורת התמורה, מפני שעל אף טענותיו של מנספילד, למעשה אין מוצאים במשפט האנגלי מה שיוכל לשמש תחליף לתורת התמורה, בתפקיד המתמלא בדיני ישראל על ידי המבחן של סמיכת הדעת[327] [328]. [[141]]

[327] רעה) דוק ביחוד אצל **צלטנר**, בעמ' 110.

[328] רעו) גם בקשר לתורת התמורה האנגלית נשלים את התמונה במה שנוגע לעיקר הדינים. התמורה הנדרשת לביסוסו של חוזה היא "משהו הנעשה, הנחדל או הנסבל, או המובטח להיעשות, להיחדל או להיסבל על ידי מקבל הבטחה כנגד ההבטחה שהוא מקבל". הדבר צריך להיות בעל ערך ממון כלשהו, וביסודו צריך הוא להיות אפשרי ומותר. הוא צריך גם להיות מסוים למדי. דבר שכבר נעשה, נחדל או נסבל בעבר (ואינו חל אפוא בשעת ההסכמה, אף אינו מובטח לעתיד) איננו תמורה טובה. כמו כן אין מעמד תמורה לדבר שאינו נעשה, נחדל או נסבל על ידי מקבל ההבטחה בעצמו או דבר שמקבל ההבטחה חייב בו מכל מקום. תמורה שהתקיימה קרויה executed consideration; תמורה שנשאר לה עוד להתקיים בעתיד קרויה executory consideration. "תמורה מקוימת" מבססת לעתים קרובות חוזים של הקנאה במוחזק, בעוד ש"תמורה תלויה ועומדת" הריהי בדרך כלל עניין של חיוב מחיר או שכר או ענין של חיובים הדדיים. על פי **אנסון**, עמ' 96 ואילך.

פרק ב': חוזי ההקנאה

א. המינים השונים של חוזי ההקנאה

כבר במבוא הזכרנו כי עיקר עניינו הוא בשלשת מיני החוזים של מכר, חליפין ומתנה. אלה הם שלש האפשרויות השונות הידועות, שבהן עשוי להופיע חוזה של הקנאת נכסים במוחזק - וביסוד ההבחנה שבין שלש האפשרויות האלו מוצאים אנו את מה שאמרנו לכנות **כ"גידור הקניין"**, והיינו את ה"קאוזה" או את הסייג של גרם הנאת הקנאה כנגד הכלל של "זה נהנה וזה חסר". אם ההקנאה נערכת כנגד מחיר כספי, הריהי מכר; ואם היא נערכת כנגד הקנאת נכס אחר במוחזק, הריהי חיליפין[329]; ואם היא נערכת שלא על דעת תמורה, הריהי מתנה. אולם, הצצה קלה ברשימה זו תגלה שאין היא שלמה מבחינה הגיונית: חסרה כאן הקנאה על דעת תמורה שאינה לא מחיר כספי ולא שום נכס אחר במוחזק - כי אם למשל, עבודה או התחייבות חפצית. אנחנו, להלן, נוסיף כאן אפשרות זו כאפשרות רביעית - אך אמנם נעשה כן רק מסיבות לימודיות, ולאו דווקא על פי איזה צורך מעשי של עריכת הדינים. כי טעם הבחנת האפשרויות על פי היסוד האמור הריהי בכך שגידור הקנין כרוך לעתים קרובות ביחודים מסוימים בפרטי הדינים; אך האפשרות הרביעית, מצידה, היא עצמה מגוונת מכדי שיוכל להימצא בה איזה יחוד מיוחד לעצמה - ולכן, כל אימת שמתרחשת היא, נידונה היא למעשה **מכללא**, על פי צירוף הדברים המתאים למקרה, ואין היא מוכנסת לשום דפוס מיוחד.

בהקשר זה ראוי לשים לב גם לעצם העובדה שמדברים אנו כאן על דפוסים של חוזים המעוצבים דוקא על יסוד מעשה ההקנאה של נכס במוחזק (ודוקא נכס חוץ מכסף), כנשוא גרם ההנאה העומדת לגידור - בעוד שלכאורה אפשר היה שיהיה גם להפך, והיינו שלמשל הקנאת הכסף, עשיית העבודה, [[142]] מחילת החוב או העברת הזכויות בראוי הן תיחשבנה גרם הקנאה העומד לגידור, ואילו קניית הנכס במוחזק היא שתיחשב כתמורה או כ"קאוזה". על בעיה זו נעמוד להלן, ביחוד במסגרת הדיון על "האפשרות הרביעית", ובינתים נראה את מיקום מרכז הכובד במעשה ההקנאה של הנכס (השימושי) במוחזק כדבר המובן מאליו.

ב. המכר - סקירה השוואתית ובעיות מהותיות

בערב יום הכיפורים תשכ"ט קיבל תוקף במדינת ישראל חוק חדש בענין מכר, הוא חוק המכר, תשכ"ח. את הסקירה ההשוואתית במבוא לנושא שלפנינו ראוי אפוא לפתוח בחוק חדש זה.

בסע' 1 מגדיר החוק כי "מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר". בסע' 3 נאמר כי "הוראות החוק יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על חליפין". מהות החליפין, מצידה, אמנם אינה מוגדרת, אך נראה שאפשר להסיקה מסע' 4(א). כאן נקבע כי "הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים - גם על מכר של מקרקעין וזכויות", ומסתבר אפוא כי חליפין הם כאשר תמורת המכר אינה מחיר, כי אם גם כן "הקניית נכס", במובן של טלטלין, או, "בשינוים המחויבים", מקרקעין או זכויות. אגב כך אכן לומדים אנו כי במושג של "הקניית נכס" אין החוק

[329] א) להלן נראה כי הגדרה זו אמנם אינה מדויקת.

מתכוון רק להקניית נכסים במוחזק (מיטלטלין ומקרקעין) כי אם גם למיני זיכויים בראוי, אך מהם בדיוק גדרי העניין - דבר זה לא נתפרש. יש להניח כי "הקניית זכות תביעה", למשל, על ידי פועל לבעל הבית, לגבי עבודת הפועל, אינה אמורה להיכלל. ועוד נחזור לבעיה זו להלן, במסגרת של ניתוח כללי.

אולם, הקושי העיקרי של סע' 1 הוא לאו דוקא בשאלת משמעותו המכוונת של "נכס" לענין זכויות בראוי, כי אם במשמעות המושג "הקנייה". לפי פשוטם של דברים כמובן מתבקש הפירוש כי המכר הוא מעשה של **זיכוי** בנכס, והיינו מעשה **המעביר** את הזכויות בנכס [[143]] ממנו ובו, - אך סע' 7 מבהיר כי לא כן הדבר: "המוכר חייב למסור לקונה את הממכר **ולהעביר לו את הבעלות בו**". משמע אם כן כי על אף האמור בסע' 1, המכר אינו "הקנייה", כי אם רק התחייבות להקנות? אולי. אך שוב לא נמשיך בניחושים ונעבור לחוקים שיוכלו להדגים לנו גישות יותר בהירות.

אחד מהם הוא **המג'לה** העותמנית, אשר דיני המכר שלה בוטלו בסע' 36 של חוק המכר. לפי המג'לה[330], המכר הוא הסכם שבו מעביר צד אחד חפץ[331] לרעהו, בד בבד עם העברתה של תמורה מרעהו אליו; והתמורה יכולה להיות גם כן חפץ (או זכות), שאז נתפס המכר **כחליפין**, או יכולה היא להיות היווצרות של חוב כספי מצד הלוקח[332] לטובת המוכר - היינו מחיר - שאז נחשב המכר כמכר סתם. ההסכם נגמר על ידי שצד אחד מגלה כי מקבל הוא את הצעת המכירה או המיקח של הצד שכנגד.

הסכם שאינו בא להעמיד מכר ממנו ובו, כי אם רק משעה כלשהי בעתיד, היה על פי סע' 170-171 "מכר נפסד", ומשמע שהצדדים יכלו לחזור בו ממנו כל זמן שלא נתקיים במסגרת הממכר למעשה או על ידי השחתת הממכר או השבחתו על ידי הלוקח[333]; אולם, ברבות הימים נראה שהסכם שכזה נבלע במושג של **התחייבות למכור**, שניתן לה תוקף על פי סע' 64 של חוק הפרוצדורה[334].

בצרפת, מושג המכר רחב יותר מן המושג במג'לה. גם כאן מורכב המכר מהעברת הבעלות בחפץ (או בזכות), מצד אחד, ומהיווצרות של חוב כספי (לתשלום המחיר) מן הצד השני; אך תוצאות אלה אינן מוכרחות לחול כאן לאלתר, עם עצם ההתלכדות של ההצעה והקבלה מצד המוכר והלוקח, אלא הן יכולות לחול גם משעה עתידה כלשהי הנקבעת בהסכם. פירושו של דבר הוא, שאם נגדיר את המכר [[144]] כהעברת הבעלות בהסכמה כנגד מחיר, הרי למעשה כולל מושג המכר הצרפתי לא רק את המכר כשלעצמו, כי אם גם את ההסכם **למכור בעתיד**; אלא שהסכם זה מתמלא כאן מעצמו, עם בוא השעה היעודה, ואין הוא זקוק למילוי על ידי פעולה נוספת כלשהי. דבר זה אינו מונע כי עשייתה של פעולה מסוימת, או כל מאורע שהוא, ייקבעו כסימן להכרתו של הרגע אשר בו יתמלא ההסכם.

---

[330] ב) דוק בסע' 105-101, 120, 252, 369, 379.

[331] ג) על פי התיקון של סע' 64 מחוק הפרוצדורה העותמנית הוסבה תפיסת המכר של המג'לה גם על **זכויות** מכל המינים.

[332] ד) "לוקח" היינו הצד שכנגד המעביר (המוכר) בחוזה של מכר, ומצידו נקרא למכר "מיקח".

[333] ה) ר' לעיל, פרק א', הערה רמ"ה.

[334] ו) דוכן, עמ' 154 ואילך, 182 ואילך.

עם זאת, אמנם מוכר בצרפת גם המושג של "הבטחת מכר", המציין התחייבות לערוך מכר בזמן שיידרש הדבר על ידי אחד הצדדים. אולם נראה לומר כי ההבחנה בין מכר לעתיד והבטחת מכר אין לה עוד למעשה משמעות: ההבחנה היתה חשובה לפנים, כאשר סברו שבהבטחת מכר יכול המתחייב לחזור בו בכל עת ולהיפטר בפיצויים על הפרת חוזה. כיום הדין הוא פשוט, שאין המתחייב יכול לחזור בו, וגילוי רצונו של בעל הברירה מעביר את הזכות באופן אוטומטי, בדומה למכר רגיל לעתיד.

תיאור זה של הדברים מכוון למציאות העובדתית של דיני המכר בצרפת. מבחינת המבנה המושגי-העיוני של ספר החוקים הצרפתי ניתן לומר כי המצב הוא הפוך. עיקר מושג המכר בספר החוקים הוא לכאורה בהתחייבות למכור (סע' 1582), אלא שסע' 1583 מוסיף כי ההתחייבות ממילא יוצאת גם מקוימת למעשה, באופן אוטומטי, ממנה ובה[335].

בגרמניה שוב נפרדים נדברים, ועיקר מושג המכר (או כפי שמודגש כאן בהיפוך: המיקח - kauf ולא verkauf)[336] הריהו לא בעצם העברת הקנין, כי אם דווקא במה שמקביל למה שכינינו עד כה כהסכם של מכר לעתיד. על פי הבג"ב (סע' 433), המיקח הוא [[145]] חוזה הדדי, שבו מתחייב הצד האחד להעמיד לרעהו חפץ או זכות, ואילו הצד השני מתחייב לשילום בכסף. המיקח הוא עסק חובי, והתוצאות המידיות של העסק הן אך ורק מטבע דיני החיובים. דבר זה נכון גם ביחס למה שנקרא "מיקח מיד ליד", כלומר מיקח הנגמר על ידי ההחלפה הישירה של סחורה בכסף, בלא שום משא ומתן מיוחד מקודם, ולו גם באמצעות אוטומאט[337].

דומה לזה הגישה **בשוייצריה**[338]. לעומת זאת, **באיטליה** הדין הוא כמו בצרפת[339].

באנגליה קשה למצוא איזו תפיסה מדויקת, מאוחדת ומוסמכת, לגבי מהות חוזה המכר. אופייני הדבר שאצל **הלסבורי-סיימונדס** (כרך ל"ד) נידונים מכר המטלטלין ומכר המקרקעין בנפרד

---

[335] ז) מבנה זה מוסבר באופן היסטורי, על ידי כך שהמשפט הרומי לא הכיר העברת קנין על ידי הסכם בלבד. ההסכם יכול היה רק להעמיד **התחייבות** להעברת הקניין (או ההחזקה), ואילו העברת הקניין עצמה היתה מצריכה עוד מעשה פורמלי. המשפט הצרפתי החדש קיבל את התפיסה הרומית של חוזה המכר והבליע את המעשה הפורמלי של העברת הקניין בעצם העמדתו של החוזה החובי. ר' **פלניול וריפר**, י', עמ' 2 ואילך ועמ' 183 ואילך; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 935 ואילך; ב', עמ' 472 ואילך.

[336] ח) כדי שלא לקפח אף אחד מן הצדדים של מושג כפול זה, יש שמכנים אותו "מיקח וממכר" (ר' שם ספרו של רב האי גאון); והשוה emptio-venditio או compravendita; **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 51, 52.

[337] ט) **אנקצרוס, חיובים**, עמ' 344-343. גם בגרמניה ידוע המושג של "הבטחת מכר", וכאן הוא מציין התחייבות לגמור הסכם מכירה חוקי לכשידרש הדבר על ידי הצד שכנגד; אבל גם כאן נראה שאין הבדל מהותי בין המכר הגמור, שמילויו תלוי בתנאי מסוים, לבין הבטחת המכר. ר' **אנקצרוס, חיובים**, עמ' 348-349.

[338] י) חוק החיובים, סע' 184.

[339] יא) **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 53 ואילך. הניסוח החוקי באיטליה אמנם שונה מן הצרפתי, ואין הוא מניח שלהלכה המכר הוא חובי, כי אם נוקט הוא גישה מעורבת: סע' 1470 מגדיר את המכר כ"חוזה שהנשוא שלו העברת הבעלות בחפץ או העברת זכות אחרת כנגד התמורה של מחיר", וסע' 1476 מונה בין החיובים העיקריים של המוכר את החובה "לגרום ללוקח את השגת הבעלות בחפץ או הזכות האחרת, אם השגה זו אינה התוצאה המידית של החוזה". עם זאת נראה שגם כאשר ההעברה אינה תוצאה מידית, כי אם נדחית, אין היא זקוקה בהכרח למעשה מיוחד, ועשויה היא לצאת לפועל מאליה, מכוחו של עצם ההסכם. גם בענין **הבטחת מכר**, נראה כי הדין באיטליה דומה למעשה למה שראינו בצרפת: סע' 2932 של ספר החוקים; אך ר' גם **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 53-52, 57-56.

לגמרי, והגדרות מהותיות מופיעות רק בפרק המיוחד למיטלטלין. המכר מוגדר כאן כ"העברת בעלות בחפץ מאיש לרעהו, בהסכמה הדדית, במחיר של כסף", ואילו הסכם למכור מוגדר כחוזה היוצר זכות אישית בלבד לקיומו של מכר[340]. הגדרה אחרונה זו, נדמה שאינה עולה בקנה אחד עם ההגדרה ב-Sale of Goods Act, 1893, שפה מבחין החוק בין שלשה מושגים: contract of sale, sale, ו-agreement to sell [[146]]. הראשון ("חוזה המכר") מקביל למכר כפי שהגדרנוהו בצרפת, כלומר - זהו חוזה המעביר קנין "בתמורה כספית, הנקראת מחיר", אם לאלתר ואם בתאריך עתיד כלשהו או לכשיתמלא תנאי מסוים. אם הקנין עובר לאלתר, חוזה המכר הוא מסוג sale, כלומר "מכר סתם", ואם אין הקנין עובר אלא משעה עתידה - החוזה הוא מסוג agreement to sell, כלומר "הסכם למכור". גם ההסכם למכור, לכאורה, הוא אפוא עסק קנייני לחלוטין, ולאו דוקא עסק חובי.

סקירה זו (שבמכוון לא הכללנו בה עדיין את דיני ישראל) מעלה מערכת סבוכה למדי של בעיות בקשר למהותו של המכר. אם נפתח **בנשוא** של המכר, מתעוררת הבעיה, מה משמעותן של האפשרויות שמושג המכר יחול רק על חפצים או שיחול גם על זכויות; ובעיה זו חוזרת עוד ומתפצלת, אם נשים אל לב כי ההבחנה בין חפצים וזכויות עשויה להשתמע כהבחנה בין נכסים במוחזק ונכסים בראוי ועשויה היא להשתמע כהבחנה שמצידה האחד מופיעה רק זכות הבעלות בלבד, בעוד שמצידה השני מופיעות כל הזכויות האחרות - או אולי רק הממוניות, אך על כל פנים גם שעבודים במוחזק. יתר על כן, אף במסגרת מושג החפצים כשלעצמו, ראינו שעשוי להיות נפקא מינה, לענין מושג המכר, בין חפצי מיטלטלין וחפצי מקרקעין - ולהלן נצטרך לבחון איפוא את מושג המכר גם מנקודת ראות זו.

[[147]] בעיה שנייה מתעוררת מצד **עיקר עניינו** של המכר. כאן ברור שהעניין הוא בהעברת הנשוא (העברת החפצים או הזכויות, או העברת הזכויות בחפצים או הזכויות האחרות) מאדם אחד - המוכר - לאדם אחר, הלוקח; אולם, הבעיה מתעוררת, מהי משמעותן של האפשרויות שמושג המכר יציין את עצם מעשה ההעברה, או שיציין רק התחייבות לקיים מעשה שכזה, או שיציין את שניהם? ובעיה זו חוזרת ומתפצלת באופן כפול ומכופל: ראשית, אם נאמר שהמכר ייחשב רק כמעשה העברה, מה משמעותן של האפשרויות שתחולתו במובן זה תוכל להיות הן לאלתר הן לעתיד - לפי כוונת הצדדים - או שתחולתו תוכל להיות רק לאלתר, ואילו לעתיד תוכל להתקבל רק **התחייבות למכר**? מצד שני, אם נאמר שהמכר ייחשב גם כהתחיבות העברה, מה אז משמעות האפשרויות שכמעשה העברה על כל פנים יוכל המכר לחול רק לאלתר, או שאף כמעשה העברה יוכל המכר לחול גם בעתיד, באופן שגם התחייבות העברה לעתיד תצא מקוימת לעתיד כבר מעתה? ומצד אחר שוב, אם נאמר שהמכר ייחשב כהתחייבות העברה (בין אם במלוכד עם מעשה ההעברה ובין אם בנפרד) - מהי אז משמעות האפשרות שמלבד מושג המכר יוכר עוד גם המושג של **התחייבות למכר**?

ואילו בעיה עקרונית שלישית מתעוררת מצד **עניינו המהותי המשלים** של המכר, היינו בעיית ההבחנה בין מחיר כספי, תמורות אחרות ומושג החליפין. בעיה זו הזכרנו כבר לעיל ונשתדל

[340] יב) **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 5-6 ו-20-21.

לדחותה לשלבים מאוחרים יותר של דיוננו, אך בודאי לא יהיה לנו מפלט מלעמוד לפחות על עיקר עניינה כבר בהתחלה.

ג. הבעיות המהותיות של המכר ודיני ישראל

על הבעיות האלו שמנינו ננסה עתה להשיב תוך ניתוח ביקורתי של דיני ישראל.

1. עיקר עניינו של המכר בדיני ישראל

את הניתוח הזה לא נתחיל מבעיית הנשוא, כי אם ממה [[148]] שכינינו כעיקר העניין של המכר, וכאן ברור כי המכר - או המיקח - העברי הוא עצם מעשה ההעברה של הזכות: דוק, למשל, בעה"ש חו"מ סי' קפ"ט סע' א'-ב', שעיקר המיקח הוא במעשה קניין, שאינו בבחינת התחייבות[341], כי אם בבחינת "שינוי החפץ או הקרקע מרשות לרשות". מצד שני, יכול אדם לערוך גם התחייבות למכור, אבל מעשה ההתחייבות כשלעצמו לא יגמור את המכר ולא יעביר את הזכות שאותה מתחייב האיש להעביר[342]. בשאלה אם מעשה ההעברה יכול להועיל גם שלא לאלתר, כי אם לעתיד, לא נעסוק כאן ונדחנה לשלב יותר מאוחר. הנחתנו בינתיים תהיה כי מעשה ההעברה הוא מעשה המכוון לאלתר.

כדי להשלים את התמונה, לפני שנמשיך, נעבור בדילוג גם לבעיית התמורה ונציין כי אף על פי שיסוד המכר בדיני ישראל הוא מעשה קניין שתפקידו המהותי הוא להעביר את הזכות המכוונת - וזה לא רק בסתם, אלא הוא צריך להיות גם מותאם במיוחד לטיב אותה זכות ("עד שיגמר המקח ע"פ קניין כל דבר ודבר כראוי לו, קרקע לפי קניינו ומטלטלים לפי קניינם"[343]) - הרי אותו מעשה עצמו אינו רק מעביר את הזכות, אלא גם מעמיד את חובת תשלום המחיר על ידי הלוקח. לא נפליג בינתיים למקרה שהתמורה היא מסוג אחר: סתם מכר בדיני ישראל הוא הקנאה במחיר של חוב כספי[344] - והדין הוא שהמחיר צריך להיקבע בהסכמה בדברי הקנין (כשם שצריך להיקבע כמובן גם הנשוא של המכר), ואילו משנערך מעשה הקנין המתאים הריהו מעביר את הזכות בד בבד עם העמדת חיובו של המחיר[345].

ועתה נוכל לחזור על עקבינו ולברר את הבעיות לפי סדרן.

2. נשוא המכר

ראינו לעיל כי בבחינת הנשוא של המכר מזכיר ערוך השלחן "חפץ או קרקע", או "קרקע ומטלטלים" - וכמובן, פירושם [[149]] של דברים אלה בסתם הוא העברת הבעלות, או קניין הגוף, במקרקעין או מטלטלין. אולם, גם העמדת שכירות נתפסת במושג המכר[346], ומכאן לכאורה ניתן להסיק כי מושג המכר או המיקח בדיני ישראל מתיחס לא רק להעברת הבעלות, אלא גם כן - לפחות - לכל הקנאה אחרת במוחזק, הנערכת בתמורה כספית. להלן נראה כי מסקנה זו אינה

---

[341] יג) ושלכן אין לשון מחילה מועילה לביטול המיקח.
[342] יד) ר' עה"ש חו"מ סי' ר"ט סע' ח', וסע' י"א-י"ב, וסי' קפ"ט סוף סע' א'.
[343] טו) שם, סי' קפ"ט סע' א'.
[344] טז) דוק שם, שסתם מכר זקוק לפסיקת דמים.
[345] יז) ר' שם, ור' גם סי' ק"צ סע' ב' ואילך.
[346] יח) בבא מציעא נ"ו ב'.

יכולה להתקבל בלי סייג. למעשה, אין מושג המכר מוחל על העמדת שכירות אלא מצד עיקר העניין **הקנייני**[347], ואילו מצד **התמורה** מתפתחים כאן שינויים חשובים, באשר התמורה הכספית של השכירות איננה "מחיר" אלא "שכר"[348]. אולם, מכל מקום נראה לומר שאם כן, העמדת השכירות הריהי בבחינת מכר, לפחות, ב"שינויים המתאימים", ואילו במקום שמעמידים או מעבירים שעבוד שלא כנגד שכר, אלא כנגד חובת תשלום מידית אחת, כעין מחיר (למשל, "דמי מפתח") הרי זה יכול להיחשב כמכר גמור (או כמעט כן, כפי שנחזור עוד לברר להלן). מלבד זאת, באמת מוצאים אנו את מושג המכר גם לגבי הקנאה בראוי, וכגון "המוכר שטר חוב לחברו"[349] - וכך ניתן לסכם כי מושג המכר, בדיני ישראל, תחולתו האפשרית היא במלוא הקף הנשוא של דיני ממונות, היינו על נכסים מוחזקים ועל נכסים ראויים, ולו יהא כי דוגמת המופת של המכר היא **בהקנאת הגוף במוחזק**, ואילו מיני מכירות אחרות עשויות להיות נתונות לדינים מיוחדים, הסוטים מן הדוגמה הבסיסית הזאת. ברור כי הדברים אינם אמורים בכל מיני הקנאות סתם, כי אם רק בהקנאת הנכסים המוחזקים או הראויים כנגד תמורה כספית, וזה שוב בכפוף לדוגמת המופת של "מחיר".

בשיטות האחרות שסקרנו, מסתבכת בעיית הנשוא של המכר, מבחינה מושגית, על ידי כך שמדובר כאן על תחולת המכר על חפצים (או הבעלות בחפצים) וזכויות[350]; וכבר הערנו כי מושג ההסכם של "הקנאת זכות תמורת מחיר" עשוי לכאורה לתפוס אפילו הסכם עבודה[351]. יתר על כן, אפשר [[150]] לכאורה להעלות על הדעת שאף נישואין, למשל, ייערכו תוך הסכם שזכויות הנישואין תחולנה תמורת מחיר שאחד הצדדים ישלם לרעהו - ואז אף הסכם הנישואין ייחשב כמכר (למשל, קידושין על פי דיני ישראל שייערכו במדינת ישראל, במשטר חוק המכר מתשכ"ח). אולם, למעשה אין ספק כי לא זאת הכוונה, ואפשר להניח בוודאות כי נסיון לזהות הסכם עבודה או נישואין כ"מכר" יידחה בבתי המשפט (של כל השיטות) מיניה וביה, באמתלה אחת או אחרת. אמתלה אחת צפויה ביותר היא שמושג המכר אינו מכוון אלא **להעברתן של זכויות קיימות**, ואין הוא אמור לחול על עסקים של העמדת זכויות מחודשות. בשיטות שסקרנו אמנם אין תפיסה זו מופיעה באופן חד משמעי בפירוש אלא בחוק האיטלקי (ואולי גם השוייצרי), אבל נראה שרווחת היא גם במקומות אחרים[352]. לפי זה יש להוציא מאפשרות תחולתו של מושג המכר לא רק את הדוגמאות שהעלינו, והבולטות באי התאמתן, אלא יש להוציא גם את העמדת השכירות - והרי זו אמנם תוצאה העשויה להסתבר גם באופן אחר, כאמור, אחר שהעמדת השכירות איננה בדיוק כנגד "מחיר", אלא כנגד "שכר". אולם, לפי התפיסה הנידונה היה ראוי להוציא גם את העמדתם של מיני שעבודים אפילו כנגד "מחיר", וכאן מסתבר כי תפיסה זו נשברת, מפני שאף על פי שאין הדבר מוסדר בפירוש בחוקים, נראה כי בעל בית המשעבד את אדמתו לדרך או לקנין מקום, תמורת

---

[347] יט) ר' עה"ש חו"מ סי' ק"צ סע' א'.

[348] כ) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, ס"ק א, בסמיכות להערה ע"ד.

[349] כא) כתובות פ"ה ב'.

[350] כא-1) באנגליה אמנם אין אנו מוצאים בספרות היסוד כי זכויות בראוי אף הן עשויות להיות נשוא של מכר, וכנשוא אפשרי מופיעים רק מטלטלין ומקרקעין במוחזק. אולם מסתבר שאין ליחס לתופעה זו משמעות של ממש.

[351] כא-2) ר' **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 347.

[352] כב) ר', למשל, **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 472, המגדירים את המכר ברוח זו - על אף הלשון האחרת הנקוטה בחוק עצמו (סע' 1589); ור' גם **פליונל וריפר**, י' (מהד' ב'), עמ' 506, הגורסים כי נשוא המכר יכול רק להיות ב-dation, אך לא ב-prestation.

מחיר, יאמרו עליו אפילו באיטליה שמוכר הוא "זכות דרך" או ש"מוכר הוא קנין מקום"[353]. בהתאם לכך נראה נכון להסיק כי אפשרות תחולתו של מושג המכר, מבחינת הנשוא, דומה למעשה בשיטות הנוכריות לחלוטין לאפשרות תחולתו בדיני ישראל. הבדל מה שראינו מצוי רק להעמדת השכירות - אך לפי מה שראינו גם כן, הרי זה למעשה הבדל מתמסמס[354]. ההבדל האמיתי היחיד הנשאר בין השיטות בענייננו איננו הבדל מעשי, כי אם רק מילולי, והיינו [[151]] שעל פי המושגים העבריים ניתן להכיר מיד, על פי קנה מידה מהותי, מהו מכרו מהו אינו מכר[355], בעוד שבשיטות האחרות המושגים המשמשים בהגדרה הם פחות מהוקצעים.

3. מכר קנייני או חובי?

ומשבירנו את הדבר הזה יש לנו יסוד מוצק לבירור הבעיה הנוספת בדבר אופיו העניני של המכר, האם ראוי לו להיות קנייני או חובי.

לבעייה זו צריכים אנו לגשת משני כיוונים משלימים. כיוון גישה אחד נפתח לפנינו מצד האפשרויות העקרוניות לקביעת היווצרותו של חוזה: היווצרות על ידי מעשה המגלם דווקא סמיכת דעת על השינוי המשפטי כהוויה מוגשמת - כדרכם של דיני ישראל - או היווצרות בדברי ההסכם גרידא, כדרך השיטות האחרות. הנה, לפי דיני ישראל, אמנם אפשרות פשוטה היא שחוזה המכר יהיה תמיד ובאופן חד משמע חוזה שעיקרו קנייני. כך הוא, מפני שאם תכליתו של המכר הוא הקנאת נכסים, ואם העקרון הוא שחוזה נוצר על ידי מעשה של סמיכת דעת, הרי תוצאה שממילא היא כי המכר יווצר על ידי המעשה המתאים, המגלם את סמיכת הדעת על הקנאת הנכסים שאותם מבקשים להקנות - ותוצאה זו אחידה היא במלוא ההיקף של נשואי המכר הבאים בחשבון. לעומת זאת, לפי השיטות של "חוזה דברים", אמנם אפשר לפעמים גם כן - כל זמן שהמדובר הוא בהקנאת נכסים במוחזק - שההקנאה תתגשם בפועל על ידי עצם אותם דברי הקניין המגדירים את ההקנאה וקובעים את תנאיה, ואף אמורים להיחשב כשלעצם כהתגלמות חוזה המכר וגמירתו. דוגמה לאפשרות זו, באופן בלתי מסויג, יש לנו בתפיסת המכר של **המג'לה**, כל זמן שלא שובשה על ידי ההרחבה [[152]] שבחוק הפרוצדורה. אולם, אפשרות זו נבלמת משעוברים אנו לזכויות בראוי: הסכם גרידא בין ראובן לשמעון, מטבעו אין הוא יכול להספיק כדי לגמור ולהגשים באופן מוחלט את התוצאה, שתביעת ראובן על לוי תעבור מיניה וביה לשמעון (אף בלי הודעה ללוי או כיו"ב) - וממילא משמע כי על פי עקרון "חוזה הדברים" אין חוזה המכר יכול להיות קנייני לפחות במקרים מסוג זה: מעשה העברת הזכות נהפך כאן למעשה בפני עצמו, ואילו "דברי הקניין" שאינם יכולים להשלים את ההעברה - אך אמורים להיחשב כשלעצמם כ"חוזה המכר" - יכולים אפוא להיחשב כמכר רק במובן חובי בלבד[356]. התפתחות זו מתחייבת לא רק

[353] כג) אמנם **מסיניאו**, ג/א/א, בעמ' 51, רומז שלא תהא זו לשון נכונה, אך למעשה נראה כי במקרים המתאימים אין לה תחליף.

[354] כד) אמנם ראוי לציין כי לצירוף השכירות למושג המכר יש על כל פנים יתרון לימודי מסוים, על אף הסתירה בין מושגי "המחיר" ו"השכר", כפי שנחזור ונראה עוד להלן.

[355] כה) כך, שכירות הנכסים אמנם היא מכר, אבל מכר מיוחד במינו. מצד שני, הנישואין אינם מכר - על אף היותם קשורים כביכול במחיר - מפני שתמורת המחיר איננה הקנאת נכסים. כמו כן, גם הסכם עבודה איננו מכר - אף על פי שגם בעל הבית וגם הפועל משעבדים כאן את נכסיהם זה לזה - מפני שאף אחד מהם על כל פנים אינו משעבד את נכסיו כנגד מחיר, ורק העבודה היא הצריכה להיעשות כנגד מחיר (או שכר).

[356] כו) ר' **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 56: "כאשר נשוא המכר איננו העברת הבעלות בחפץ, כי אם העברת זכות אחרת, הרי ההבחנה בין מכר בעל תוצאה קניינית לבין מכר חובי איננה קיימת, ואף אין לה יסוד

בזכויות בראוי סתם, אלא גם בתביעה המבוססת בשטר: אך הגיוני הוא שהעברת השטר לא תוכר כל זמן שהשטר לא נמסר (ויתר על כן: כל עוד לא הוסב גם בכתב משם בעל החוב הנקוב לשם הלוקח) - ואף כאן נשללת אפוא אפשרות המשמעות הקניינית הגמורה מ"דברי הקניין" כשלעצמם. אך באמת אין הקושי מצטמצם רק במכר המתיחס לזכויות בראוי. כפי שנראה עוד ביתר פרוטרוט להלן, הנטייה הכללית היא להתנות את הקנאת **המקרקעין** (ואף מיטלטלין מסוימים, כמו ספינות) במעשה פומבי, שימנע הקנאות רמייה סותרות בעתיד, וכך נמצא כי המשמעות החוזית הגמורה המיוחסת ל"דברי הקניין" כשלעצמם יכולה להישאר רק משמעות חובית - ולא קניינית - גם בתחום הזה. אולם, יתר על כן: אף **מיטלטלין סתם** - יש פנים לומר כי אין קניינם ראוי לעבור ב"דברים" בעלמא, בעודם נשארים תחת יד המוכר[357] - ואם מקבלים את התפיסה הזאת, על רקע העקרון של "חוזה דברים", נמנעת האפשרות של מכר קנייני לגמרי (כפי שאמנם המצב הוא במשפט הגרמני).

[[153]] אולם, בעיית האופי הקנייני או החובי של המכר איננה רק - באופן סתמי - בעיית המעשה של סמיכת דעת לעומת "חוזה הדברים". כי אף במקרה שייראה לנו לכאורה עקרון המעשה של סמיכת דעת, ונאמר לבסס את המכר על מעשה ההקנאה הממשי, או מעשה ההעברה של הזכות, מכל מקום נתקלים אנו בתופעה שמעשה זה יבוא בדרך כלל לביצוע רק כעבור ריווח זמן מסוים משעת עריכתם של דברי הקניין, והשאלה מתעוררת, האם אין יתרון ביחוס של משמעות חובית לדברי הקניין הללו לתקופת הזמן שבינתיים. אם נמצא כי יש יתרון, ממילא נימצא חוזרים בכך להעדפת התפיסה החובית של המכר - ואם כן, מסתבר כי הנטייה ליחס לדברי הקנין משמעיות חובית לקראת הביצוע מונחת ביסוד אימוצו של עקרון "חוזה הדברים", לא פחות מגורמים אחרים, הוא הרעיון המהותי בדבר לידתו הישירה של החוזה מכוונת בעליו בגילויה או העדפת פשטותו של "חוזה הדברים" על הסרבול הכרוך בביסוס יותר ממשי או פורמלי. בהתאם לכך נראה לומר כי בעיית האופי הקניני או החובי של המכר היא למעשה בעייה במעגל: מצד אחד תלויה היא בגישה העקרונית להיווצרות החוזים, בעוד שמצד שני תלויה גישה זו עצמה, בין השאר, ביחס הננקט לחיובם של דברי קנין בטרם ביצוע. על כל מערכת הבעיות הזאת עמדנו כבר, בעיקרה, בפרק הקודם, אך את בירור משמעותה הפרגמטית דחינו להקשר הדיון במקרים מיוחדים לגופם. עתה ננסה אפוא לברר את המשמעות הפרגמטית הזאת בקשר לעניין המיוחד של חוזה המכר.

4. מכר קנייני או חובי - על פי שאלת חיזוקם החובי של דברי הקנין

נפתח בבעיית חיזוקם החובי של דברי הקנין, וכאן נראה [[154]] לומר שצד היתרון, הכרוך בחיזוק החובי, פשוט הוא וגלוי על פניו: החיזוק החובי מוסיף לצדדים בטחון לתקופה שבינתיים, באופן שיכולים הם לערוך סידורים בהסתמך על הסיכויים המוגברים של גמר ההקנאה וגביית המחיר הצפויים, ונפטרים הם ביתר יסוד מן הדאגה להבטחת סידורים של תחליף למקרה שגמר ההקנאה וחיוב המחיר ייכשלו. מלבד זאת יש בחיזוק החובי הטרומי שני יתרונות טכניים שבאגב, שנחזור

להתקיים". עם זאת, יש להדגיש כי הדברים אמורים אמנם רק לעניין הקנאה מוחלטת: בין הצדדים, כשלעצמם, הנטייה האירופית היא להכיר בתוקפה של העברת תביעה אפילו מכוח עצם ההסכם שביניהם, גרידא: ר' להלן, סע' ד', מס' 8, הערה קעז-1; ור' גם **קולין וקפיטן**, א', עמ' 935.

[357] כז) ר' בג"ב סע' 929 ואילך.

עוד לעניינם ביתר פרוטרוט להלן. כפי שראינו לעיל, גם לפי תפיסת המכר הקניינית, עניינו של המכר אינו **לגמרי** קנייני, אלא הוא כך רק **בעיקרו**, ומעבר לעיקר זה יש לו על כל פנים גם תוצאות חוביות מהותיות, כמו העמדת חיובו של המחיר. חיוב אחר, הנמשך בדרך כלל אף מן המכר הקנייני, הריהו באחריות המוכר לתכונות הממכר ובטיחות הקניין, וכן עשוי עוד המכר להיות כרוך בתנאים חוביים שונים, צדדיים. והנה, במקום שניתן חיזוק חובי כבר לעצם דברי הקניין, נמצא קודם כל שתחולת אותם חיובים אינה משתהה עד לביצוע של גמר ההקנאה, אלא חלים הם לאלתר: הלוקח חייב במחיר מעכשיו, כשם שהמוכר חייב מעכשיו להעביר את הנשוא של המכר[358], ושנית - נמצא לכאורה שאין כאן צורך בחיוב **מיוחד** של אחריות לתכונות ובטיחות הקניין, כי חיוב מתאים בעניין זה נוצר ממילא, בעצם ההתחייבות להעביר את נשוא המכר: התחייבות זו לא תצא מקוימת, מעצם טיבה, אם המוכר יהא חסר את הקנין שהוא מתחייב להעביר או שהממכר יהא חסר את התכונות שבהן הוא מוגדר.

אולם, כנגד כל אחד מן היתרונות הללו אפשר גם [[155]] לציין את צד השלילה. ראשית במה שנוגע לחסרון החיוב המיוחד של אחריות המוכר, מסתבר שזהו באמת רק יתרון של פישוט המבנה המשפטי, ולא יתרון בדברים של ממש, ואף יתרון הפישוט נמצא למעשה בטל לבסוף, כי - כפי שנראה להלן - החיוב המהותי שממילא איננו מספיק למלוא צרכיו של הסדר מתוקן בענין הנידון - וגם השיטות של המכר החובי הטרומי נזקקות אפוא להשלמת הדברים באחריות צדדית מיוחדת[359]. שנית, בנוגע לתחולת החיובים לאלתר, מסתבר שזהו רק יתרון (ויתרון מוגבל למדי) לטובת המוכר, בעוד שמבחינת האיזון הנכון מופרך יתרון זה מעיקרו: חובת המחיר אינה ראויה לחול, כמובן, אלא אם ההקנאה אמנם יוצאת אל הפועל, ואכן אף בשיטות המכר החובי הטרומי עומדת החובה לביטול בדיעבד, אם ההקנאה אינה מתקיימת[360]. יוצא איפוא כי הקדמת החיוב מועילה רק למקרה שהכוונה היא גם להקדים את חובת התשלום (והקדמת חיוב המחיר אינה למעשה אלא התחייבות הלוואה[361]), או שהחיוב מלווה בדין קדימה לפרעון, כנגד נושים מתחרים, או שהלוקח נמנע משום מה מלעמוד על בטלות חיובו במחיר אף על פי שההקנאה אמנם לא התקיימה (וכגון שחל איזה בלבול במהלך עסקיו של הלוקח, או שנוח לו להבריח מנושים אחרים, לטובת המוכר) - והרי כל אלה הם אמנם יתרונות שאין להם טעם.

נשאר אם כן עוד היתרון היסודי, הראשון - יתרון הבטיחות - וכנגדו יש לומר קודם כל, כי במידה שיתרון זה מוצדק הוא, אין הוא מתקפח למעשה גם על פי הגישה העברית. כבר הדגשנו כי על פי הגישה העברית, אם דברי הקניין מסמיכים את הצדדים להתנהג בפועל בהסתמך עליהם, והצדדים אמנם נוהגים כך - ממילא נשלם בזה מעשה הקניין, ומתהווה שינוי משפטי ממוני; וביחס [[156]] לדברי הקניין של מכר, שהצדדים סומכים עליהם ופועלים על פיהם, הרי אחת מן השתיים: אם הנשוא הוא כזה שיכול הוא להיקנות מן המוכר ללוקח אפילו על ידי עצם הפעולה הנסמכת ו"בהיא הנאה דמהימן ליה", הרי שממילא ייגמר בכך המכר גם מבחינה קניינית[362];

---

[358] כז-1) ר' **פלנדט** על סע' 433 של הבג"ב.
[359] כח) ר' למשל, בג"ב, סע' 434 ואילך, סע' 459 ואילך.
[360] כט) ר' לעיל, פרק א', הערה רס"ז.
[361] כט-1) ר' למשל, בצרפת, החוק מ-5 בדצמבר 1951 (המשלים את סע' 1590 של ספר החוקים האזרחי).
[362] ל) ר' בבא מציעא ט"ז א'.

אם, לעומת זאת, הנשוא הוא כזה שאין ההקנאה יכולה להיגמר בו בלי מעשה הקנאה מיוחד, כמו מעמד שלשתן, כתיבה ומסירה וכיו"ב - ואם דברי הקנין אמנם הם כאלה שיש בהם כדי להסמיך את הצדדים לפעולה בהסתמך עליהם בתקופת הביניים, אף בטרם הקנאה - ממילא משמע כי אף בדיני ישראל תיצור הפעולה הנסמכת, אם לא מכר גמור, הרי לפחות התחייבות למכר (או למיקח), הנתמכת באחריות נכסים של הצד המסמיך[363]. יוצא אפוא כי ההפרש בין הגישה העברית לבין הגישה הנוכרית חשוב רק למקרה שלמעשה לא היתה שום פעולה בהסתמך על דברי הקניין - ובזה נראה לומר, ממה נפשך: אם הדברים הם כאלה שבאמת ובבירור הם נועדו רק להכין ולהגדיר את העסק הקנייני, לכשיבוצע, ולא היה כלל מקום להסמיך עליהם התנהגות מעשית כבר בתקופה שבינתיים, הרי שודאי ראוי להבחין את הדברים ממעשה ההתחייבות, והשתתת התחייבות טרומית עליהם היא בלתי צודקת ומופרכת על פניה; ואילו מצד שני, אם הדברים הם כאלה שאמנם היתה בהם משום הבטחה, שהצדדים היו רשאים להסמיך עליה התנהגות מעשית, הרי שעל כל פנים חוזרים אנו לשאלה: בגין מה יוטל פה חיוב משפטי של אחריות נכסים על הצד המפר? לא בגלל ההסתבכות שהבטחתו גרמה לצד שכנגד, מפני שהנחתנו היא כי ההבטחה לא גרמה עדיין שום הסתבכות. אלא הווה אומר: בגלל עצם ההבטחה. אך כלום באמת ראוי להטיל אחריות משפטית-ממונית בגלל הבטחה [[157]] כשלעצמה, בעלמא?

התפיסה המשפטית הרגילה היא שלהטלת אחריות אין מספיקה הבטחה כשלעצמה, אלא נחוצה (לפחות) הבטחה **המכוונת ליצור אמנם התחייבות משפטית ואחריות נכסים**[364]. אך בדברי הקניין של מכר (במובן הדיוטי מופשט, בלתי צמוד לשום שיטה מסוימת) - אף אם משתמע מהם כוונה כנה וגמורה לקיים את המכר, באופן העשוי להסמיך את הצדדים להתנהגות מעשית מתאימה בזמן הביניים - מכל מקום קשה למצוא, בסתם, כוונה חיובית ליצור באמת אחריות משפטית טרומית שכזאת. יש לזכור כי מבחינה תכליתית - ולכן גם מבחינת לשון בני האדם ותודעתם - המכר איננו חוזה שעניינו להסדיר יחסים חוביים, אלא הוא חוזה שעניינו הקנאה או העברת זכות. בהתאם לכך, בני אדם הנושאים ונותנים על מכר, ואף מגיעים ביניהם להסכמה על תנאיו וסדרי ביצועו - חזקתם הפשוטה היא שאמנם מתכוונים הם רק למה שדברו, היינו **לדברי קניין מכינים**, ולא לשום חיוב אחריות שמעבר לכך. אכן, גם למרות העובדה הזאת, יש פנים לומר כי ראוי למשפט לדון את הצדדים כאילו על כל פנים היתה להם כוונת אחריות, במקום שדיני החוזים ודיני הנזיקין מתלכדים עד לטשטוש תחומיהם - היינו כשדימוי ההחלטיות של דברי הקניין נהפך לגרמא בנזיקין[365], אם הדברים לא יקוימו כחוזה (אחר שכבר היתה פעולה סבירה ומוצדקת בהסתמך עליהם); אך במקום ששיקולים מתחום דיני הנזיקין עדיין אינם שייכים (או **כשלא** היתה פעולה), אין לנו בסתם אלא החזקה הפשוטה שאמרנו, ומשמע כי לא יהא צודק להטיל אחריות חובית על מי שחוזר בו מדברי הקנין אלא אם בנוסף על דברי הקניין בעלמא - ולו גם דברי קניין ששמעו סופיים - אף היה שם גילוי [[158]] ברור ומפורש של כוונת התחייבות, **כעסק טרומי בפני עצמו**.

---

[363] לא) דוק בבא מציעא ע"ג ב' (על פי דברי הריטב"א בשיטה מקובצת, ד"ה האי מאן דיהיב זוזי לחבריה; ור' עה"ש חו"מ סי' רי"א סע' ח').

[364] לב) ר' פרק א' לעיל, סע' ח', בסמיכות להערות רנ"ג ואילך, וביחוד רנ"ז-רס"א.

[365] לג) במושג "גרמא" משתמש אני במובן של מעשה הגורר אחריות, בבחינת לשון יחיד מלשון "גרמי" (ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ה', הערה נ"ח).

פירושו של דבר הוא אם כן, במלים אחרות, כי הוספת חיזוק חובי אוטומטי ומוחלט לדברי הקניין - בלי קשר לבעיית היותה או אי היותה של הסתמכות מעשית סבירה עליהם - לא זו בלבד שאין היא נחוצה, באופן חיובי, מצד שיקולי הבטחתו של יתרון הבטיחות, אלא גם עשויה היא להיות כרוכה באופן שלילי בכפיית מכר לרעתו של צד שביקש לחזור בו בתום לב ובלי נזק לרעהו ולטובתו של מי שלא היה ראוי לכך כלל, לא על פי שיקולי איזון אובייקטיביים ולא על פי כוונתם האמיתית של הצדדים מלכתחילה. דוגמה פשוטה ומובהקת: כגון שראובן בורר לו חפץ בחנותו של שמעון בכך וכך, אבל אינו קונהו, רק אומר שיבוא לקנות מחר, ושמעון אומר בבקשה, אבל עד שחוזר ראובן כמדובר, נודע לו כי שמעון מכר כבר את החפץ לאחר. זהו ודאי מקרה, שגם אם רוח חכמים לא תהא לגמרי נוחה בו מהתנהגותו של שמעון, מכל מקום נהג בו שמעון כפי שאפשר היה לצפות ממנו על פי דרכי המסחר הרגילות, - ומסתבר שגם בשיטות המשפט החוביות ביותר, אם יתבע ראובן את שמעון לדין, יימצא עוד לשמעון צד זכות להיפטר; אולם, אם זהו המצג, בודאי נכון יהיה אם ההלכה תהא ערוכה באופן שלראובן לא תהיה פה בכלל עילת תביעה מלכתחילה, ולא ששמעון יראה לכאורה חייב ויצטרך לחפש לו תירוץ דחוק, אף על פי שמבחינה ענינית ברור שצריך הוא להיות פטור ואף יימצא כך בסופו של דבר.

עוברים אנו אפוא לדון בבעיית המכר "הקניני" או "החובי" מנקודת הראות של "מעשה סמיכת דעת" לעומת "חוזה הדברים", וכאן אולי מוטב שלא נפנה הישר לבדיקת הענין בעצם מושג המכר, כי אם נמשיך באופן רצוף מן הנקודה שאליה הגענו, היינו עריכת החיוב הטרומי.

[[159]] אמרנו שאם להכיר בחיוב טרומי, הרי אין לערבב את החיוב במה שיכול להיות דברי קניין בעלמא, אלא יש לדרוש עסק טרומי ברור בפני עצמו - ועתה השאלה היא, במה יתנכר עסק מיוחד שכזה מדברי קניין גרידא? בדיני ישראל ראינו אפשרות אחת, שהעסק החובי-הטרומי יתנכר בכך, שיש בו הסכמה ברורה לפעול כאילו דבר המכר מובטח כבר להתקיים בין הצדדים, ואמנם היתה על פיו פעולה מתאימה. בקשר לזה ראוי לציין כי הפעולה המתאימה עשויה להימצא - במקרה המתאים - אף במשהו קל ביותר, וכגון שבדוגמה דלעיל אמר ראובן לשמעון: "ראה שעליך אני סומך, והריני בא מחר לקחת את החפץ", ואמר לו שמעון: "טוב" - וראובן בא כמובטח[366]. מעבר לכך יוצא מדברינו, שאם לא היתה פעולה שכזאת, הרי מכל מקום יש לדרוש הבטחה ברורה, תוך כוונה ברורה להתחייב באופן משפטי באחריות נכסים - והכוונה צריכה להיות על התחייבות **מוחלטת**, אף למקרה שלא תהא שום פעולה ולא ייגרם שום נזק. תוספת ההדגשה שבסיפא נשמעת הגיונית ומחויבת לחלוטין - שהרי כאן שוב אין אנו עוסקים באחריות מוצדקת על פי שיקולי איזון אובייקטיביים, כי אם **באחריות הצריכה להיות תלויה רק בכבוד הכוונה הסובייקטיבית** - ובודאי אין לחייב אדם על פי כונתו גרידא, בגדרים שיהיו שונים למעשה מגדרי כוונתו האמיתית: על פי כוונתו של אדם אין לחייבו באחריות מוחלטת, כאשר הוא התכוון להתחייב, למשל, רק למקרה של נזק - ומאחר שעוסקים אנו בכיבוד של כוונה סובייקטיבית גרידא, בודאי אין טעם ליחס לאדם חזקת כוונה לאחריות מוחלטת מסתמא, בלי לשאול **האם אמנם מרחיקה כוונתו ללכת עד כדי כך, דווקא ובפירוש**?

[366] לד) השווה עה"ש חו"מ סי' של"ג סע' ג'.

והנה, על פי קו ההגיון הזה, ממילא נסתמת למעשה הדרך לביסוס התחייבות טרומית למכר על הסכם דברים [[160]] גרידא. אין דרכם של בני אדם להבטיח זה לזה ברוב דברים: "ראה, אני מבטיח לך לערוך את המכר, וגם אם לא תסמוך עלי ולא תינזק במאומה אם לא אקיים, מכל מקום אני אחראי בפניך לעריכת המכר באופן מוחלט". אכן, אף אם נעמוד בפני מקרה של ריבוי דברים שכזה, הרי דווקא הרבוי המשונה ייראה לנו כסימן של אי-רצינות, ובמקום שנוכל להסיק ממנו כוונת התחייבות אמיתית, ניטה בסתם לראות בו רק מין גוזמה לשם פיתוי, ודווקא מה שקראנו "העדר סמיכת הדעת". אפשרות של גילוי כוונה רצינית להתחייבות מרחיקת לכת (וממילא גם כן, למעשה, התחייבות יוצאת דופן) מן הסוג שבו אנו דנים כאן באה אפוא באמת בחשבון רק כשאנו רואים בעינינו, שאנשים אינם סתם מדברים, אלא הם קמים ועושים מעשה התחייבות (כגון מסירת שטר התחייבות, עריכת קנין סודר וכיו"ב) - והיינו כדיני ישראל. יתרון המעשה לעומת ריבוי הדברים הוא, שכאן - אף על פי שאולי אין לנו הדגשה מפורשת, שהמתחייב מתכוון לדבר מוחלט - מכל מקום עדים אנו בפועל לכך שהאיש מתכוון אמנם באופן ברור וחד משמעי **להתחייבות לערוך מכר** (מטעמים כלשהם, הכמוסים עמדו), ואין לנו לכאורה מקום לחשוש לא להעדר רצינות ולא לכוונה של דברי קניין בעלמא, שאים עמהם הצדקה אובייקטבית למסקנת התחייבות.

לתמיכת הגישה המוצעת אפשר להיעזר גם בראיות מעשיות משני כיוונים מקבילים: מצד אחד, ודראי מאלף הדבר שבדיני ישראל - אף על פי שדברי הקנין כשלעצמם אינם גוררים תוצאות חוביות - מכל מקום מוצאים אנו במקורות את ההסתייעות בהתחייבות מכר טרומית רק כתופעה נדירה ביותר; ומשמע שבסתם אמנם אין תוספת ההתחייבות הטרומית נחוצה, ואין טעם [[161]] להטילה על הצדדים מסתמא, כשאין יסוד איתן להניח כי אמנם הם מעוניינים בה משום מה, באופן יוצא מן הכלל. ראיה דומה עולה גם מן המג'לה, שבה אין התחייבות מכר טרומית נודעת בכלל; ובודאי אין ליחס תופעה זו, כדרך השיגרה, ל"פרימיטיביות" של המג'לה לעומת שיטות המשפט החדישות, שהרי העובדה היא כי התחייבות המכר הטרומית איננה המצאה של השיטות החדשות, אלא היא באה להן מסיבוכי ההתפתחות הפורמלית של המשפט הרומי[367] - ואין צריך לומר כי דיני ישראל או מקורות המג'לה לא התפתחו על כל פנים במסיבות "פרימיטיביות" יותר מאלו שבהן התפתחו המשפט הרומי או אף צאצאיו "המודרניים", עד התקופה האחרונה. ומצד שני, אף בתחום תחולתן של השיטות המודרניות עצמן, למעשה מוצאים אנו שכאשר אנשים מעוניינים באמת בהתחייבות טרומית למכר, אין הם מסתפקים בהסכם בעל פה, אלא עורכים הם את הדברים **בכתב** (במשפט הצרפתי בסתם, אף אין מכירים אמנם כלל בהתחייבות לערך העולה על 50 פרנק - ובכלל זה התחייבות מכר - שאינה מוכחת בכתב מקוים[368]) - כי על אף ייחוס המשמעות החובית אף להסכם המכר בדברים שבעל פה, למעשה אין זה משמש בדרך כלל גם בשיטות המודרניות, אלא כדברי קניין בעלמא, וכל הכבוד הנוסף שניתן לדברים מעבר לכך נהפך כאן למעשה למליצה שאין לה שימוש מציאות.

---

[367] לה) ר' לעיל, הערה ז'.

[368] לו) ספר החוק רים האזרחי, סע' 1341 ואילך.

באופן כזה חוזרים אנו למה שכבר ראינו[369], שהעמדת תוקף החוזה, באופן עקרוני, על הסכם הדברים, ולו גם דברים מכינים שבעל פה בעלמא, יותר ממה שיש לה יסוד [[162]] בשיקולים מעשיים של צרכי המסחר ואיזון אינטרים, הריהי מיוסדת בצדקנות מורליסטית לשמה - שמלת האדם מחייבתו, ואין די לנו בסנקציה מוסרית גרידא לכך (או בסנקציה של **כבוד** האדם המדבר, כלפי עצמו ובציבור), אלא גם המשפט החומרי של דיני ממונות ראוי לו להתערב ולשים עצמו אפוטרופוס על העקרון שבדבר. לעומת זאת, בדיני ישראל משתמע, שאם אך זהו השיקול, הרי לא זו בלבד שאין הוא מעשי, אלא מצד דיני הממונות אף תהא זו פשוט התערבות בענין שאינו שלהם - ועתה נעבור לראות כיצד נראית המחלוקת הזאת, מבחינה מעשית, לא עוד מנקודת הראות של ההתחייבות הטרומית, כי אם מנקודת הראות של מושג המכר כחוזה שיסוד מהותו **קנייני**.

5. בעיית המכר הקנייני או החובי ו"חובת המסירה"; האחריות לאונסים והזכייה בפירות

במסגרת זו, למעשה מצטמצמת הבעיה רק למכר של **נכסים במוחזק** - כי רק אלה, יתכן באופן עקרוני שהקנאתם (או העברת הזכות בהם) מן המוכר ללוקח תיגמר על ידי עצם הסכם ההקנאה - והבעיה היא, אם על פי שיקולים מעשיים אמנם יש להעדיף כאן את דרך ההקנאה הלזאת, או שמא עדיפה הקנאה על ידי מעשה המגלם סמיכת דעת, כמקובל בדיני ישראל. אם התשובה תהיה כאפשרות **הראשונה**, נחזור למסקנה כי על אף מה שאמרנו, הרי מושג המכר ראוי לו על כל פנים לציין חוזה התחייבות טרומי, כדי להאחיד את התפיסה של מכר הנכסים במוחזק ומכר הנכסים בראוי (אשר מטבע הדברים אין הם יכולים לעבור באופן עניני גמור מאיש לרעהו על ידי הסכם דברים גרידא).

והנה, מבין הנכסים במוחזק, כבר הזכרנו כי לפחות לגבי **המקרקעין**, הנטייה הכללית היא להתנות את ההקנאה במעשה [[163]] פומבי, ואמרנו כי נטייה זו מונעת כאן מלכתחילה שההקנאה תוכל להיגמר על ידי עצם הסכם ההקנאה. אולם, מניעה זו, באמת היא רק עובדתית - שכך מוצאים אנו בדרך כלל בשיטות המאמצות את הנטייה האמורה[370] - ואין לומר כי המניעה היא גם הגיונית-מהותית, המתחייבת על פי הנטייה הזאת בהכרח. מבחינה הגיונית אפשר גם שההקנאה תיגמר על ידי עצם דברי ההסכם, ועד עריכתו של המעשה הפומבי הדרוש היא לא תהיה בטלה לגמרי, אלא היא תהיה תקפה - אך על תנאי שהמעשה הפומבי אמנם ייערך בעוד זמן לבסוף. לכן נדלג פה בינתיים על מכשול זה לחוזה הקנאה "בדברים" ונברר את בעייתנו בלי שים לב ליחוד המקרקעין.

נראה לומר כי מפתח הבעיה הוא ב"חובת המסירה". כל שיטות המשפט הנוכריות - בין אם המכר שלהן הוא קנייני או חובי - מכל מקום קובעות כתוצאה מרכזית של מכר המתיחס לחפץ חומרי את חובת המסירה של החפץ מן המוכר ללוקח. כך, לפי **המג'לה**, אף על פי שהסכם המכר מעביר את הבעלות בחפץ לאלתר, מלבד זאת החובה על המוכר למסור את החפץ באופן [[164]] פיסי, על ידי כך שיתן ללוקח רשות לנטול את החפץ במסיבות שאין בהן מניעה להגשמת הרשות (סע' 263). חובה זו תלויה בתשלום המחיר: משמשתלם המחיר - או שעניין התשלום בא על סידורו על ידי

[369] לז) לעיל, פרק א', הערה קצג-1.
[370] לח) כך, למשל, בגרמניה ובשוייצריה, ועתה גם במדינת ישראל - ועוד נחזור לדון בדבר בפרוטרוט.

דחיית זמן הפרעיון או באופן אחר - חלה חובת המסירה לאלתר, אך כל זמן שעניין התשלום אינו בא על סידורו, רשאי המוכר לעכב את המסירה (סע' 284-282, 262, 251, ו-278).

בצרפת, חובת המסירה היא מגוף הגדרתו החוקית של המכר (סע' 1582), והחובה של העברת הבעלות אף נבלעת כאן מבחינה מילולית בחובת המסירה[371]. סע' 1603 חוזר ומציין את חובת המסירה כאחת החובות העיקריות של המוכר, וסע' 1604 מגדיר את המסירה כהעברת הדבר לכוח שליטתו והחזקתו של הלוקח. סע' 1606 אומר כי העברה זו, אפשר אפילו כי תצא לפועל על ידי הסכם דברים גרידא (הסכם נוסף על הסכם המכר), אך מסתבר כי הכוונה היא בעצם רק לשלש אפשרויות אלו: א) כשנשוא המכר נמצא בשדה פתוח, והסכם הדברים הוא שהלוקח רשאי להיכנס ולקחת; ב) כשנשוא המכר נמצא כבר מלכתחילה ב"דטנציה" של הלוקח עצמו, וההסכם הוא שהלוקח ייהפך ל"פוססור"; ג) כשההסכם הוא שהמוכר יוסיף להחזיק בנושא המכר משמו של הלוקח, על פי איזו "זכות (אישית או ריאלית) לגבי נכס הזולת", שהם מחדשים ביניהם[372]. גם בצרפת, כל זמן שהמחיר לא שולם ואין סידור מוסכם על התשלום, רשאי המוכר [[165]] לעכב את המסירה (סע' 1612).

באיטליה נקבעת חובת המסירה כאחת החובות העיקריות של המוכר (בנוסף על החובה או התוצאה שממילא של העברת הבעלות), בסע' 1476. סע' 1498 קובע כי בכפוף להסדר אחר חלה חובת התשלום עם המסירה[373].

בגרמניה, חובת המסירה היא מיסודות ההגדרה של המכר, כמו בצרפת (אלא שכאן החובה היא בפירוש יסוד מקביל ונוסף, ולא יסוד הבולע כביכול את החובה להעמיד ללוקח את הזכות הנמכרת). המוכר מתחייב למסירה כשהמכר הוא מכר של חפץ או של זכות המזכה בהחזקה (סע' 433). מכח הסיפא של אותו סעיף נתלות באופן הדדי חובת המסירה והחובה לתשלום המחיר, על פי הדינים הכלליים של התלות ההדדית בין חובות הדדיות בחוזה[374]. דומה לזה הדין **בשווייצריה**[375].

גם **באנגליה** יש על המוכר חובת מסירה - בנוסף על החובה להעברת הבעלות - הן במיטלטלין הן במקרקעין, ובסתם נתלות חובת המסירה והחובה לתשלום באופן הדדי[376].

---

[371] לט) "המכר הוא הסכם שבו מתחייב צד אחד למסור דבר, והשני - לשלם בעדו" - הגדרה שאמנם אינה מונעת מסע' 1583 לתקן ולומר כי המכר נשלם בין הצדדים (והבעלות עוברת) על ידי עצם ההסכם, ואף לפני המסירה.

[372] מ) ר' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 509, והספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 6.

[373] מא) גם כאן חשוב לזכור את מה שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 6: כפי שמדגיש **מסיניאו** (כרך ג/א/א, עמ' 73) - אף לפני המסירה נהפך המוכר באופן אוטומטי מ"פוססור" בחפץ ל"דטנטור" למען הלוקח; אך הפיכה זו היא במסגרת של "קונסטיטוט פוססורי מופשט" בלבד, שמשמעותו היא רק לענין התיישנות ותביעות פוססוריות, ולא לענין יחסים הדדיים שבין שומר ובעל בית.

[374] מב) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 349, 350, 355, 356.

[375] מג) חוק החיובים, סע' 184; **גוהל**, עמ' 250, 251.

[376] מד) **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 90-89, ו-296-295.

ולבסוף, כך הוא גם על פי חוק המכר, תשכ"ח, של מדינת ישראל: סע' 7 קובע כאן, כפי שראינו, כי "המוכר חייב למסור לקונה את הממכר" (לבד ממה שגם חייב הוא "להעביר לו את הבעלות בו"), וסע' 23 מוסיף כי "חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד". סע' 8 מגדיר כי "מסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה".

[[166]] לעומת כל אלה, אין חובת המסירה מופיעה בשום מקום בדיני המכר של המשפט העברי, וטעם הדבר הוא פשוט - כפי שהוסבר כבר בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1 (ור' גם פרק א', סע' ה', מס' 8): בדיני ישראל, עצם מעשה הקניין של המכר (וחוזים כיוצא בו) - לגבי זכות הכוללת בה רשות החזקה בנכס המוחזק בשעת מעשה על ידי המקנה - הריהו ממילא גם מעשה מסירה, ואם לא מעשה של מסירה חומרית ישירה כי אז לפחות בדרך של "קונסטיטוט פוססורי" או traditio brevi manu[377]. אם, לעומת זאת, המדובר הוא במקרה היוצא מן הכלל, שמכר במוחזק מתיחס לנכס שאינו מוחזק בכלל (כגון בהמה העומדת באגם) או לנכס המוחזק בידי גזלן[378], גם כן אין צורך בשום חובת מסירה מיוחדת, מפני שאם הלוקח מסכים לקנות במסיבות אלה, בידיעת המצב, הרי שודאי גם מקבל הוא בסתם את השגת ההחזקה על עצמו, ואילו כשהמצב נעלם ממנו (והוא סומך על "קונסטיטוט פוססורי"), הרי זה מיקח טעות (ויכול הלוקח לחזור בו מכל מקום - ואולי גם לדרוש פיצויים על מרמה כדרך שיכול הוא לחזור בו ולדרוש פיצויים באין מילוי חובת המסירה על פי השיטות הנוכריות)[379].

והנה, בספר על "ההחזקה ודיניה" ראינו כי ההפרדה בין מעשה הקנין לבין מעשה המסירה, בעסקים מעין מכר, אמנם היא מופרכת מעיקרא מן הבחינה העיונית של דיני ההחזקה[380]; אך עתה חוזרת השאלה ונשאלת מן הבחינה הפרגמטית: האם יש לפחות טעם **מעשי** כלשהו להפרדה בין מעשה הקניין למעשה המסירה, והאם נותר טעם כלשהו להכרה בהסכם ההקנאה (או בדברי הקנין גרידא) כמעשה קניין ("ריאלי") במכר, כאשר מלבד ההסכם הזה נדרש עוד על כל פנים מעשה מסירה, שהוא מטבע העניין מעשה המגלם לא רק "הסכם" בלבד כי אם הוצאה לפועל וסמיכת דעת ממש, כדרך המשפט העברי, ושרק עמו נעשה המכר לחוזה גמור, המזכה את המוכר במחיר באמת? שאלה זו, מצידה, מחזירה אותנו לשני ענייני משנה הקשורים בענין המסירה.

[[167]] האחד הוא בעובדה שהשיטות המקיימות הפרדה בין מעשה הקנין למעשה המסירה, יש מהן הכורכות את הדבר בהפרדה בין העברת הקנין באופן עקרוני ללוקח לבין העברת נטל הסיכון של היפגמות הממכר והזכייה בפירותיו.

---

[377] מה) ראה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ג', בסמיכות להערה מ"ג, ופרק ג', סע' י', מס' 1, בסמיכות להערה קל"ד - ור' לעיל, פרק א', נושא שלישי, בסמיכות להערה קצ"ה-קצ"ו והערות ר"ב ור"ז-1.

[378] מה-1) אין אנו עוסקים לפי שעה באפשרות המהופכת, שמי שמתימר להקנות הוא בעצמו גזלן, או שבא הוא להקנות נכס של אחר, שאין הוא מחזיק בו ואף אין לו לגביו זכות החזקה - או שהמדובר הוא בנכס שאינו קיים למעשה כלל. לעניינים אלה נחזור עוד, ור' לעיל, בסמיכות להערה כ"ח.

[379] מה-2) הספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1, הערות קכ"ח-קכ"ט.

[380] מה-3) נראה כי יסוד ההפרדה הוא היסטורי: על פי הדין הרומי לא היה המכר מכוון כלל להעברת הקניין כי אם להעברת ההחזקה והבטחת ההנאה הבלתי מופרעת בלבד, וכאשר במהלך ההתפתחות נקבע שהמכר מכוון גם להעברת הקניין הנומינלי, לא אוחדו שתי המטרות אלא הן נשארו לשמש זו בצד זו. ר' **פלניול וריפר**, י', עמ' 2; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 473.

כך, על פי **המג'לה**, אף על פי שהסכם המכר מעביר את הבעלות, מכל מקום נשאר עוד המוכר אחראי לשלמות הממכר, באופן מוחלט, עד לנטילתו על ידי הלוקח (שזהו, כמובן, הרגע המשלים את המסירה). אם אבד הממכר לפני הנטילה, מתבטל המכר מאליו, ואם נפגם הממכר - המצב ברגע הנטילה הוא הקובע אם יש ללוקח ברירה לביטול או לתביעת הפחתה מן המחיר[381].

בצורה יותר מסובכת מופיע אותו עקרון **בגרמניה**: כאן, הכלל הוא גם כן, שהעברת נטל הסיכון - ועמו גם הזכייה בפירות - אינו פועל יוצא של העברת הזכות, אלא הן פועל יוצא של המסירה[382]; אולם, משמעותו המעשית של הכלל מצטמצמת מאוד מפני שהסכם המכר כשלעצמו **אינו** מעביר כאן את הזכות, ולשם העברתו של זו - אפילו במוחזק ואפילו במטלטלין - נחוץ כאן עוד מעשה מיוחד[383]. מעשה זה, כשמדובר במיטלטלין, יתלכד על פי החוק הגרמני, בדרך כלל, עם מעשה המסירה[384] - ובמקרה כזה, כמובן, ממילא יצאו מלוכדים גם העברת הזכות והעברת נטל הסיכון והזכייה בפירות. אך ליכוד המעשים אינו הכרחי: הצדדים יכולים להסכים כי המסירה על פי המכר עדיין לא תהא לשם העברת הזכות (והיינו שהעברת הזכות תידחה עוד) - ואז יצא כי נטל הסיכון והזכייה בפירות כבר עברו, אך עצם הזכות הנמכרת עוד לא; בספינות בלתי רשומות יתכן שהזכות תעבור על פי הסכם העברה מיוחד, ללא מסירה[385] - ואז יצא כי הזכות [[168]] הנמכרת עברה כבר, אך עוד לא נטל הסיכון והזכייה בפירות; ולבסוף, בזכויות שהעברתן טעונה רישום (במקרקעין או ספינות), אין מסירת הנכס כשלעצמה מועילה להעברת הזכות, אך שוב מועילה היא כשלעצמה - אף בטרם רישום - להעברה מוקדמת של נטל הסיכון והזכייה בפירות. מצד שני, במקרה שהרישום בוצע לפני המסירה, קובע הסיפא של סע' 446, שהדברים על כל פנים יחזרו ויתלכדו, והיינו שעצם הזכות, נטל הסיכון והזכייה בפירות יעברו כאחד.

סיבוך דומה נוצר גם **במדינת ישראל** על פי חוק המכר, תשכ"ח. כאן קובע סע' 33 כי "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות". מצד שני, סע' 22 קובע כי במקרה ש"אבד או נתקלקל הממכר לפני שהקונה קיבל אותו, משוחרר הקונה מחיוביו, זולת אם אבד או נתקלקל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה, אחרי שהמוכר עשה את המוטל עליו למסירתו והקונה הפר את חובתו לקבלו". יוצא אפוא, כי בדרך כלל תתלכדנה העברת הזכות והעברת נטל הסיכון במעשה המסירה, אך אפשר גם שהמסירה תעביר רק את הסיכון ואילו הזכות תעבור קודם לכן או לאחר מכן על פי הסכם מיוחד. מלבד זאת, על פי הצירוף של סע' 4 מחוק המכר וסע' 7 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, מסתבר כי במקרקעין - בזכות הטעונה רישום - אין המסירה יכולה אף פעם להעביר את הזכות ואת הסיכון כאחד: המסירה תעביר רק את הסיכון, בין לפני הרישום בין לאחר מכן, ואילו הזכות תעבור רק ברישום. בהבדל מגרמניה, אין הרישום יכול להעביר כאן את הזכות והסיכון כאחד.

---

[381] מו) סע' 293, 294, 340, 277.
[382] מז) בג"ב, סע' 446, רישא, 447, רישא.
[383] מח) ר' בפרקנו לעיל, סע' ג', מס' 3, בסמיכות להערה כ"ז.
[384] מט) בג"ב, סע' 929 ואילך.
[385] נ) שם, סע' 929א'.

[[169]] התפתחות מהופכת של ההפרדה הנידונה מוצאים אנו **בשוייצריה**. כאן, כפי שראינו, הסכם המכירה כשלעצמו הוא חובי בלבד, ואינו מעביר את הזכות; אולם, סע' 185 של חוק החיובים קובע כי הסכם זה כשלעצמו מעביר על כל פנים את נטל הסיכון והזכייה בפירות - אם לא הוסכם אחרת[386]. המסירה, מצידה, הריהי כאן המעשה המעביר את הזכות - כשהמכר מתיחס למיטלטלין[387], אך גם בעניין זה אפשר להסכים אחרת, והיינו שאף עם המסירה עדיין לא תעבור הבעלות ללוקח, אלא העברתה תידחה[388]. העברת הזכות במקרקעין מצריכה רישום פומבי או פסק דין לביצוע התחייבות המכר[389], ואם נקבע זמן למסירת המקרקע - בסתם אין הסיכון והפירות עוברים ללוקח כבר משעת ההסכם כי אם רק מן הזמן שנקבע למסירה[390].

לעומת זאת, **בצרפת, באיטליה ובאנגליה**, הכלל הוא שהפירות ונוטל הסיכון עוברים עם העברת הזכות, על ידי עצם הסכם המכר, והדברים נפרדים רק אם הוסכם אחרת או שהחפץ הנמכר עדיין לא יוחד (שאז - בסתם - עובר נטל הסיכון עם המסירה או עם גרם יחודו של הממכר באופן אחר[391]. במקרקעין, באנגליה, אין הפירות ונטל הסיכון עוברים כבר עם העברת הזכות באופן אקויטיבילי, כי אם רק עם ההעברה הלגלית (conveyance), או בזמן הראוי להעברה הלגלית, אבל אם נמסר המקרקע ללוקח קודם לכן עוברים נטל הסיכון והפירות עם המסירה[392].

[[170]] והנה, את הנטייה להסמיך את העברת נטל הסיכון והזכייה בפירות דווקא למסירה - לא קשה להבין. באין מסירה - עדיין אין להעברה בסיס ממשי במציאות והמוכר עשוי עוד לרוקנה מתוכנה באופנים שונים ומשונים: הוא יזניח את הנכס, יאכל את הפירות, יחזור וימכור את הנכס לאחרים ויקבל את המחיר, יטען לעומת הלוקח הראשון "נשרפו חטיך בעליה"[393], ויזכה מכל מקום גם במחיר שהסכים עם הלה, אלא אם יצליח הלה להוכיח שהמוכר אמנם התרשל או שלח בממכר את ידו. בשים לב לכך היה מתבקש לומר שאמנם לא תוכר שום העברה כלל, אלא במסירה ממשית, - אלא שכאן כמובן חוזר ומתערב השיקול, שלעתים קרובות לא יהא נוח ללוקח לחכות עד שהמסירה והנטילה הממשית תתאפשר: הוא יעדיף להבטיח לעצמו את הזכות לאלתר, ואף אם יהא הדבר כרוך בסיכון כלשהו (ומה גם שהכלל הוא כי "לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזיקינן"). למקרה כזה מתעוררת השאלה, כיצד יוסדר הדבר: האם בדרך עיכוב ההעברה של נטל הסיכון, באופן שעל כל פנים ידרבן את המוכר להיטיב ולשמור, או בדרך של כבישת החשש והעברת נטל הסיכון ללוקח עם זכותו בכללה - ובנקודה זו חוזרים ומגיעים אנו לשאלה הנוספת, האם העברה זו תיערך בבחינת "קונסטיטוט פוססורי", והיינו שהמעשה ייחשב על כל פנים אף הוא כמסירה, ולו גם במובן מופשט בלבד, תוך הפיכת המוכר לשומר בגדרים הרגילים, או שמא

---

[386] נ-1) **גוהל**, בעמ' 250, מציין שיש בסידור זה "פתרון-פשרה לאו דוקא מוצלח" בין התפיסה הגרמנית שהמכר הוא חובי והתפיסה הצרפתית שהמכר הוא "ריאלי".

[387] נא) צג"ב, סע' 714.

[388] נב) שם, סע' 715. הסכם כזה, אמנם אין לו תוקף אלא אם נרשם באופן פומבי.

[389] נג) צג"ב, סע' 656, 665.

[390] נד) חוק החיובים, סע' 220.

[391] נה) ר' בצרפת, ספר החוקים האזרחי, סע' 1138 ו-1614, **וקולין וקפיטן**, א', עמ' 939-938; באיטליה, סע' 1477, **ומסיניאו**, ג/א/א, עמ' 54-53; באנגליה, **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ד, עמ' 76.

[392] נו) **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 295-294, 298-297.

[393] נז) בבא מציעא מ"ז ב'.

תוכר ההעברה אף שלא בבחינת "קונסטיטוט פוססורי" (ושלא כ"מסירה") ובלי שהמוכר ייחשב כשומר בגדרים מסוימים כלשהם?

[[171]] נראה מלכתחלה לומר, שבדרך הראשונה אין מכל מקום הגיון ענייני. שהרי באמת, אם הנכס עבר בעיקרו של דבר ללוקח, למה יהא המוכר אחראי לאונסים, יותר מכל שומר חינם או אף שומר שכר זולתו? ואפילו נאמר שיזכה בפירות ויהיה אחראי כשואל - הלא באמת ההנחה היא, מטבע הדברים, שאין הוא מעוניין כלל בפירות (אחר שהוא עצמו הוציא כבר את הגוף למכירה), ואילו הלוקח - למה יפסיד את הפירות, אחר שההנחה היא כי מתחייב הוא במחיר למפרע, כשער של שעת ההסכם?

כמו כן, אפשר להשיב בפשטות שאין טעם באפשרות האחרונה שאמרנו, היינו שנטל הסיכון והפירות יעברו לאלתר ללוקח, אך בלי שהמוכר ייחשב כשומר בגדרים מוגדרים. בהקשר זה אין לשכוח כי בדרך כלל לא תתעכב המסירה הממשית רק בגלל חוסר נכונותו של הלוקח לנטילה, אלא גם בגלל השהות הנחוצה אף למוכר בעצמו, בעוד שהוא מצידו אינו להוט פחות מן הלוקח להבטיח את גמר ההקנאה כבר מעתה. אחריותו של המוכר כשומר לזמן שבינתיים מוצדקת אפוא בבירור על פי מסיבות העניין - וזה לבד ממה שכבר הסקנו בדרך כלל, בספר על "ההחזקה ודיניה", שעצם עובדת ההחזקה בשם הזולת ראוי תמיד לחייב את המחזיק כשומר[394].

[[172]] נשאר אם כן, שמבחינה עניינית מתקבלת על הדעת רק האפשרות האמצעית, שהסיכון והפירות יעברו ללוקח ב"קונסטיטוט פוססורי" תוך הפיכת המוכר לשומר - וכאן מגיעים אנו לעניין המשנה שאמרנו לעיל. הענין הוא בשאלה, באיזו צורה אפשר וראוי לערוך "קונסטיטוט פוססורי" כזה? האם אפשר להסתפק בעצם הסכם המכירה, או שמא יש לדרוש עוד משהו מעבר לכך?

בנקודה זו, עובדה מאלפת היא שלא רק דיני ישראל אלא גם השיטות האירופיות[395] אינן מוכנות להכיר בהסכם המכר כשלעצמו "קונסטיטוט פוססורי" (ולפחות לא "קונסטיטוט פוססורי קונקרטי", מן הסוג עליו אנו מדברים). כך כבר ראינו לעיל, בסקירת הדין הצרפתי (בסמיכות להערה מ'), שלשם מסירה על דרך "קונסטיטוט פוססורי" מספיק אמנם הסכם דברים גרידא, אבל על כל פנים צריך ההסכם להיות מפורש ומיוחד ואינו יכול להשתמע מכללא מהסכם המכר כשלעצמו; ובדומה לכך, קובע סע' 930 של הבג"ב, שבמקום מסירה ממשית להעברת הבעלות יכול לבוא הסכם של "קונסטיטוט פוססורי" - אבל אין ה"קונסטיטוט פוססורי" יכול להשתמע מדברי הסכמה על העברת הבעלות, אלא נחוץ לו דוקא הסכם מיוחד שיגדיר את יחסי השמירה.

---

[394] נח) שם, פרק ו', סע' ב', בסמיכות להערה צ"ח, ור' גם סע' ז', מס' 4.

[395] נט) חוץ אולי מן המשפט האנגלי, לפי הסברה המובאת ב**הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ד, עמ' 79, שציטטנו בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ז', מס' 4, בהערה קי-1. לפי סברה זו נעשה המוכר לשומר שכר משעה שהזכות עוברת מכוח עצם הסכם המכר - אך יש על כל פנים לציין כי סברה זו היא מפוקפקת מאוד, לנוכח המסקנה שלמעשה אין כנראה במשפט האנגלי שום מיון שומרים כלל, ואחריותו של אדם לנזק שנגרם לחפץ הזולת שתחת ידו אינו נקבע על פי דיני שומרים מיוחדים, כי אם על פי דיני "הרשלנות" הכלליים (ר' שם, פרק ו', סע' א', ור' ביחוד הערה י"ז).

בספר על "ההחזקה ודיניה" תירצנו תופעה זו בעובדה שאין במסורת [[173]] המשפט הרומי מוסד של "דיני שומרים"[396], אך מסתבר שיש לה גם הסדר יותר מסובך. כבר הדגשנו כי מקור המשמעות הקניינית של הסכם הדברים בשיטות של אירופה הוא בנטייה מוראליסטית, לאמור שמשהוציא אדם מלה מפיו הריהי מחייבתו גם מבחינה משפטית. אף תחילת משמעותו של הסכם המכר בדברים בעלמא היתה, כפי שראינו, לאו דווקא קניינית במוחזק, כי אם רק חובית[397] - וכאשר מצטרפת לזה בימינו, בכמה שיטות, גם משמעות קניינית במוחזק, תוך המשך קיומה של חובת מסירה בעתיד (אם בדרך מסירה ממשית ואם בדרך "קונסטיטוט פוססורי"), הרי זו נשארת אפוא מכל מקום, בעיקר, רק אותה משמעות חובית שהיתה בעבר, ואילו המשמעות הקניינית המיוחסת לדברים גם במוחזק עדיין נשארת במידה רבה רק עניין ערטילאי, אשר מימושו תלוי בתנאי שהמסירה אמנם תתקיים[398]. לעומת זאת, המסירה עצמה - ולו גם בדרך של "קונסטיטוט פוססורי" שיהפוך את המוכר לשומר - בה מתגלה כבר הענין הקנייני במוחזק באופן מובהק שאינו ניתן לטשטוש; בענין זה אין עוד שייכות לשום מורליזם של **חיוב** לקיים את האמור, אלא הבעיה היא רק האם אמנם **מתקיים** הדבר האמור ואם לא - והעובדה היא כי משהגענו לכאן, הרי אף השיטות האירופיות אינן מוכנות להבליע את המבחן [[174]] בהסכם המכר גרידא. דורשות הן מסירה בפועל, ואם לא בפועל הרי לפחות בהסכם **נוסף** - וכלום לא נצדק אם נאמר שיתרון המסירה בפועל או ההסכם הנוסף אינו אלא בזה שמפגינים הם כבר לא רק גמירת דעת, אלא גם את סמיכת הדעת מעין מה שנדרש בדין העברי? אלמלא יתרון זה, אפשר להניח, היו השיטות האירופיות מתגברות על העדר המוסד של דיני השומרים והיו משלימות את "הקונקרטיזציה" של ה"קונסטיטוט פוססורי" במכר על ידי הוראה מפורשת בחוק.

ויתר על כן, מנקודת ראות אחרת ובמלים אחרות: חשוב לשים לב שדרך המסירה על ידי "קונסטיטוט פוססורי" אינה הדרך הפשוטה והרגילה שאליה יש לצפות בהוצאתו של המכר לפועל. הדרך הפשוטה והרגילה היא על ידי מסירה **ממשית**: בסתם יש כמובן להניח כי המוכר **אינו** מסכים ליהפך לשומר וגם הלוקח אינו מסכים להתחייב במחיר מעתה אף אם הממכר עוד ישאר בינתיים תחת יד המוכר - ומשמע שכדי להכיר ב"קונסטיטוט פוססורי", מטבע הדברים **אין** אנו יכולים לסמוך על חזקה כללית שתצורף להסכם המכר מסתמא, כי אם אדרבה: בהכרח זקוקים אנו לגילוי מיוחד שיוכיח כי הצדדים מעוניינים אמנם **לסטות** מן החזקה ולהקדים את הוצאת המכר לפועל אף בלעדי מסירה ממשית. לכן דורשות כאן השיטות האירופיות את ההסכם הנוסף. אולם, משהגענו לכאן, מוברר כי דרישה זו היא מסורבלת מאוד. עדים אנו יום יום להסכמי מכר שבהם מעוניינים הצדדים להעמיד את הענין על "קונסטיטוט [[175]] פוססורי", אך כלום טבעי הוא שבעסקים יום-יומיים שכאלה יבואו הצדדים להסדיר ביניהם בפירוש את יחסי השמירה? אנשים רגילים אינם עורכי דין, ולכן אך טבעי הוא שהסדרת הענייין על ידי "קונסטיטוט פוססורי" בצורה הנדרשת בשיטות האירופיות היא תופעה נדירה ביותר. ומאחר שהרבה אנשים

---

[396] ס) שם, פרקג', סע' ט', מס' 1, בסמיכות להערה קכ"ד.

[397] סא) לעיל, בפרקנו, הערה ז'.

[398] סב) הדבר מסתמל בדין, שאם לא תתקיים המסירה, לא תהא ללוקח תביעה בגין מעילה או פגיעה בחפץ שלו - מכח בעלותו - אלא הוא יהא פטור מן המחיר; והוא יהא פטור מן המחיר אף אם החפץ יאבד באונס, אף על פי שלהלכה כבר עבר נטל הסיכון אליו: ר' בצרפת, ספר החוקים האזרחי, סע' 1138; בשיטות האחרות - בסמיכות להערות מ"א-מ"ד.

זקוקים בכל זאת למכר שיושלם בלי מסירה ממשית - ואילו "קונסטיטוט פוסורי" כנ"ל אינו סידור השווה לכל נפש - באות השיטות הנוכריות ומנסות לפתור את הדילמה על ידי אחת מן הדרכים הבלתי הגיוניות שראינו לעיל: על ידי הכרה בהעברת הזכות לאלתר תוך חיובו של המוכר באופן בלתי צודק באונסים ומניעת הפירות מן הלוקח, או להיפך, תוך פטורו של המוכר מכל אחריות של שמירה לגמרי.

אולם, פתרונות אלה - יש להוסיף ולומר - הריהם לא רק חסרי הגיון ענייני, אלא למעשה הריהם מדומים ומופרכים מעיקרא, כי - כפי שראינו בסמיכות להערה ס"ב - למעשה אין בהם כדי להגשים את הכוונה של זכות העוברת באופן ודאי לאלתר. מלבד זאת, אפשר גם לטעון נגדם שהופכים הם את הגיון השיטה המשפטית על פיה. שהרי הכלל הוא, כאמור, שבסתם אין הצדדים מעוניינים ביחסי פקדון בלי מסירה ממשית; הפנייה ליחסי פקדון מוקדמים היא רק צורך החורג מן הכלל - וההכרה בתוקף הקנייני במוחזק של הסכם המכירה בלעדי מסירה יכולה אפוא להיות חשובה רק לשם הצורך החורג הלזה; אך הפתרונות הנידונים [[176]] באים והופכים את הסידור הבלתי מוצלח של החריג לעקרון היסוד בענייננו, ואילו את מבחן היסוד של המסירה, שבו ראוי המכר להיות תלוי מעיקרא, הופכים הם לדרישה משלימה.

בהתאם לכך נראה נכון להסיק כי בין השיטות הנוכריות שסקרנו, השיטה הצרפתית, האיטלקית והאנגלית, ושיטת המג'לה, הריהן מופרכות בודאי, ואילו השיטה ההגיונית ביותר היא השיטה הגרמנית, שאינה מכירה בדרך כלל בהעברת הזכות במוחזק על ידי הסכם גרידא, אלא תולה את ההעברה במסירה (ובין אם מסירה ממשית או על ידי "קונסטיטוט פוסורי")[399]. אולם, אף השיטה הגרמנית מסובכת בקשיים:

א) הקושי הנ"ל בעריכת "קונסטיטוט פוסורי", המצריכה הסכם נוסף על הסכם המכר. לעניין זה אין נפקא מינה שהסכם המכר הגרמני אין לו, להלכה, יומרה של משמעות קניינית במוחזק ומגלם הוא התחייבות גרידא. ציבור ההדיוטות העוסק בהסכמי מכר למעשה, אין לו כמובן שום הבנה בהבדל בין מכר חובי למכר קנייני: לדידו, הסכם המכר הוא בבחינת דברי קניין אשר אך טבעי הוא אמנם כי יושלמו על ידי מסירה, אך שלגמרי בלתי טבעי הוא כי יהיו זקוקים להשלמה על ידי הסכם שמירה מלומד, בנוסף עליהם. בדרך כלל יתקבל אפוא בגרמניה כי על אף האפשרות החוקית המפורשת לא יוסדר שום "קונסטיטוט פוסורי", הקניין במוחזק לא יעבור ללוקח אלא במסירה ממשית, ועד למסירה הממשית לא יעבור הקניין במוחזק אף אם הצדדים היו בעצם מעוניינים בכך[400]. במקום העברת הקניין במוחזק יימצאו הצדדים מסתפקים במקרה זה

---

[399] סג) השיטה השוייצרית, אף היא תולה את העברת הזכות במסירה (או ברישום) אך מבחינת הפירכה ראויה היא להימנות כאן עם השיטה הצרפתית, שאת הסיכון והפירות מעבירה היא כמוה עם הסכם המכירה. את המסירה, להעברת הזכות במיטלטלין, אין השוייצרים דורשים משום סיבה מהותית, כפי שהמצב הוא בגרמניה, אלא מפני שחוששים הם להטעיית נושים על ידי מיטלטלין המוחזקים בידי מי שאינו בעליהם (ולכן אין הם מכירים אף ב"קונסטיטוט פוסורי" מוסכם, אם אין הוא נרשם בפומבי): ר' סע' 715, 717 של הצג"ב ובספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ד', מס' 22.

[400] סג-1) כשהחפץ איננו מוחזק (אלא "עומד באגם") וממילא אף לא יתכן בו "קונסטיטוט פוסורי" מעיקרא, ואז אין העברת הקניין לאלתר אפשרית בו כלל בגרמניה (לבד ממקרה הספינה, שלגביו תוקן הבג"ב בסע' 929 א', ונעשה בו יוצא מן הכלל). -ביחס לדיני ישראל, השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1, בסמיכות להערה קכ"ח והערה קכ"ט.

במשמעות החובית של הסכם המכר - וכך יוצא כי הקושי של עריכת "הקונסטיטוט הפוססורי" מושיט כאן מצידו הצדקה מיוחדת לביסוס החובי של המכר. אולם בקשר לכך מתבקשת ההדגשה כי המכר החובי אינו פוטר [[177]] על כל פנים את הבעיה בצורה המניחה את הדעת, למקרה שהצדדים ההדיוטות באמת אינם מעוניינים בהתמדת החיוב ההדדי כי אם בהעברת הקנין לאלתר במוחזק, באופן שהמוכר ייפטר מאחריותו לאונסים וזכותו למחיר תובטח לו באופן מוחלט.

ב) במקרקעין וספינות המועברים על ידי רישום אמנם נמנע לכאורה הפירוד בין העברת עיקרה של הזכות לבין העברת נטל הסיכון והפירות, והתוצאה היא כאילו הרישום המעביר את הזכות היה משמש גם כ"קונסטיטוט פוססורי". אולם, למעשה נשארת תוצאה זו מדומה בשני אופנים. ראשית, מבחינת דיני ההחלקה, מכל מקום אין הרישום נחשב כמסירה ואין הוא יוצר בין המוכר ללוקח יחסי שומר ובעל בית - ונמצא אפוא (על פי סע' 440) כי במקרה שלבסוף אין המסירה יוצאת אל הפועל יתבטל המכר על אף הרישום והעברת הזכויות שהיו בינתיים. ושנית, בדרך כלל אמנם ייערך הרישום לא לפני המסירה, כי אם אחריה: הרישום הפומבי הוא דרך מסובכת של העברת הזכויות, והאנשים המעוניינים בסידור מהיר יבכרו לקבוע ביניהם את התוצאות הרצויות באופן מעשי לאלתר, גם אם מבחינה משפטית יישארו הדברים פגומים. במקרה כזה יעברו הסיכון והפירות ללוקח כבר משעת המסירה - בלי עיקרה של הזכות, הטעון עוד רישום - תוצאה שבדרך כלל (כשהיא לא תהיה מכוונת על פי רצון הצדדים, מאיזה טעם מיוחד, אלא תיבע רק מכורח המבנה החוקי) הריהי מופרכת בבירור מבחינה ענייינית.

לעומת כל אלה, מתבררת בעליל שלמותה ופשטותה ההגיונית של השיטה העברית. בשיטה זו, לפי מה שכבר הזכרנו [[178]] לעיל[401], מעשה הקניין הרגיל שבאמצעותו יתהווה המכר (במובן קנייני במוחזק, במישרין, ולא הסיבוך של התחייבות טרומית, כשאין הצדדים מתכוונים רק להתחייבות כזאת במיוחד), הריהו אמנם מעשה שיש בו משום מסירה ממשית. לאחר מכן נשארים לענייננו המכר ב"ההיא הנאה דמהימן ליה", המכר באמצעות קבלתו של המחיר או חלק ממנו והמכר באמצעות "מעשי הקניין הסמליים". כל אלה, משמעותם היא בכך שמגשימים הם את העברת הזכות לאלתר אף בלי מסירה ממשית בינתיים, ובכל מקרה מתאים מעבירים הם את הזכות תוך "קונסטיטוט פוססורי קונקרטי", הנוצר מסתמא; ויצירת ה"קונסטיטוט הפוססורי" הזה, בלי הסיבוך של הסכם נוסף, מתאפשרת כאן מפני שעל כל פנים מוברר לנו על ידי המעשה בעליל שהצדדים אמנם סמכה דעתם על העברת הזכות לאלתר, ואף בלי מסירה ממשית. טיעון זה הוא בגדר פשיטא במה שנוגע להקנאה ב"ההיא הנאה" או בתשלום המחיר, שהם מעשי קניין טבעיים על פניהם, אך באמת, גם לגבי ההקנאה על ידי "מעשה סמלי" אין לומר כי מחזירה היא - ולו גם בדרך אחרת - את הסיבוך הכרוך בהסכם נוסף. הפנייה להסכם נוסף מצריכה ידיעה משפטית מקצועית והסדר לואי מפורט אשר בסתם אין הצדדים חושבים עליו כלל. לעומת זאת, השימוש ב"מעשה הקניין הסמלי" הוא לא רק עניין פשוט, הניתן להתבצע לאלתר, כהסכם הדברים המלווהו, אלא בעצם הוא גם עניין טבעי אף הוא - כשהצדדים יודעים אך את הנחת היסוד האחת,

[401] סד) פרק א', נושא שלישי, סע' ג'.

ש"אין המכר נגמר בדברים", ומבקשים הם משהו שיפגין שעל אף הימנעותם ממסירה ממשית לפי שעה בכל זאת מתכוונים הם אמנם למכר גמור[402].

[[179]] בהתאם לכך, המסקנה היא אפוא שאין הצדקה להכרה בהסכם המכר גרידא כמעשה קנין להעברת הזכות - ולא רק מפני שהסכם זה כשלעצמו, מטבע הדברים, אינו יכול לבסס את העברת הזכות באופן מוחלט ויעיל, אלא גם מפני הטעם הנוסף, שדיני ישראל מוכיחים כי **יש** דרך להגשים את העברת הזכות ללא מסירה, ודווקא באופן יעיל ונוח מאוד. ומכאן ממילא מגיעים אנו גם למסקנה היותר רחבה: שאם אין הצדקה לגמר העברת הזכות בהסכם גרידא, כשמדובר בזכויות במוחזק, ממילא אין גם טעם להפוך את המכר למוסד חובי ביסודו, לשם האחדת הגישה בזכויות במוחזק ובזכויות בראוי. אלו, ממילא ואף פעם אין הן יכולות לעבור על ידי הסכם גרידא בין מוכר ולוקח, ואם כך צריך להיות הדין גם בזכויות במוחזק, הרי שהגישה נמצאת כבר מאוחדת מאליה.

6. הבעיות המהותיות של המכר - סיכום

ניתוח זה, שהלכנו וערכנו עד כאן, פטר לנו כבר למעשה את עיקר הבעיות המהותיות של המכר שציינו לעיל (סוף סע' ב בפרקנו), אך עדיין נשארים מאותה רשימה כמה פירורי בעיות, ואותם ננסה לסכם להלן.

א) מבעיית הנשוא של המכר נשארה תלויה בעיית ההבחנה המהותית לכאורה בין מכר המקרקעין ומכר המיטלטלין, שראינו בעיקר [[180]] במשפט האנגלי. נראה פשוט לומר כי שיטה זו של הפרדת הטיפול בשני מיני המכר, כאילו היו נפרדים באופן מהותי משרשם, הריהי מופרכת ודאי, ואנחנו לא נבדוק אפוא את העניין במסגרת זו של בירורים מהותיים, אלא נדחנו לדיון בפרטים.

ב) מבחינת "עיקר עניינו של המכר", באנו למסקנה כי מושג המכר ראוי לו אמנם לציין, כמו בדיני ישראל, את עצם מעשה ההעברה של הזכות, שלא בחיקה של תפיסה חובית - וממילא אין לנו עניין עוד ביחס הראוי בין מושגי המכר וההתחייבות למכר בשיטות שבהן המכר עצמו הוא חובי. נראה רק לציין, שאם על אף התפיסה החובית של המכר עדיין מתקיים בשיטות האלו גם המוסד הנפרד של **התחייבות למכר**, הרי זו ודאי ראייה נוספת למה שאמרנו, שבמכר הרגיל, בסתם, אין אנשים מבקשים התחייבות-הקנאה, כי אם הקנאה גרידא, ומתעלמים הם מחיוב ההקנאה הכרוך במכר על פי שגיונו של הדין. כאשר, לעומת זאת, באמת מעוניינים הם **בחיוב** הקנאה - אין הם מסתפקים בחיוב הכרוך ממילא במכר הרגיל, אלא נזקקים הם לחוזה מיוחד שיקבע את הדבר בפירוש, גם אם על פי דינם בעצם אין זה נחוץ.

---

[402] סד-1) דברים אלה, כפי שנראה להלן בסע' ד', כפופים אמנם לסייג חשוב במה שנוגע לתשלום הכסף וההקנאה בשטר, שאף בדיני ישראל, במיטלטלין, למעשה אין הם מגשימים הקנאה עם פקדון לאלתר, ללא הסכם נוסף. אך יש להדגיש כי סייג זה על כל פנים אינו משנה את עיקר הדברים ועל כל פנים - ואף כשנדרש כאן הסכם נוסף, הרי זה לא ההסכם המסובך בדבר "קונסטיטוט פוסורי" כי אם רק ההסכמה הפשוטה שתשלום הכסף או מסירת השטר יועילו לשם הקנאה, אף על פי שבסתם לא היו מועילים.

אשר לשאלה בדבר תחולתו של המכר, אם ראוי לו להיות אפשרי רק לגבי העברות המתקיימות לאלתר, או שמא גם לגבי העברות האמורות לחול בעתיד - כבר אמרנו כי נדחה את הדיון בכך לשלב יותר מאוחר, ונשאר לנו אפוא עוד לתת את הדעת רק על המעמד הראוי להתחייבות למכר, במקום שהמכר עצמו מוגדר אמנם כמוסד קנייני בלבד. אולם, מסתבר שגם את הדיון בשאלה זו ראוי לדחות - עד לאחר שנשלים את הדיון במכר עצמו, במובן שאמרנו.

ג) לאחר מכן, הבעייה המהותית הנותרת היא בעיית המחיר. אמרנו שלא ניגש לבעייה זו **בבת אחת**, מנקודת הראות של הבדלים בין מחיר כספי, תמורות אחרות ומושג החליפין - ואמנם, אגב דיוננו כבר נתקלנו בייחודו של מושג זה באופן חלקי מצד ההבדל שבינו למושג השכר[403]. בשלב [[181]] הבא של בירור בעיה זו נעשה עוד צעד בהבנת עניינו של המחיר אגב הבירור המסכם שנערוך בסעיף הבא של פרקנו בדבר מעשי הקניין העשויים להעמיד את המכר על פי דיני ישראל, בהתאם לגדישה העקרונית שנתקיימה לנו בניתוח עד כאן.

ד. מעשי הקניין במכר על פי דיני ישראל

את הבעיה של מעשי הקניין כבר היתה לנו הזדמנות לחקור בהרחבה בהקשרים שונים, ובאמת אף היתה לנו כבר הזדמנות להכיר את רוב הסוגים המקובלים בדיני ישראל, בעיקר פרטיהם. אולם, העובדה היא שכל מה שראינו עד כאן במסכת מעשי הקנין עדיין אין בו על כל פנים כדי להעמיד לנו תמונה ברורה ושלמה של מעשי הקניין השונים העשויים לשמש בחוזי הקנאה, בפרטי דיניהם ויחודי שימושם - ואת ההשלמה הנחוצה ננסה להשיג עתה, בסעיף זה. בקשר לכך, שוב מתבקש להעיר כי הסוגים השונים של מעשי הקניין הללו אמנם אינם מיוחדים רק למכר, אלא באמת משמשים הם גם בחוזי הקנאה אחרים, ולכאורה היה ראוי אפוא לדון בהם לאו דווקא במסגרת המיוחדת של דיני המכר, כי אם מנקודת ראות כללית יותר. אולם, כאן מסתבר שהרבה יותר נוח יהיה לראות תחילה את התמונה כפי שמופיעה היא מנקודת הראות המעשית של המכר - ואחר כך להשלימה בסייגים, כל אימת שיהיו נחוצים בקשר למיני חוזים אחרים - במקום לנסות ולהעלות את עיקר התמונה באופן כללי במופשט; ועתה כשמגמת העיון התבררה לנו באופן כזה, ניגש לגוף הדברים. [[182]]

1. מעשי החזקה

בראש ובראשונה באים אם כן בחשבון מעשי הקניין המגלמים את מסירת המכר באופן ממשי מן המוכר ללוקח. סקרנו אותם בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ט', - ותוך הסטת הדגש בהתאם לענייננו נחזור ונאמר כי המדובר הוא במעשה החזקה, שיהא מלווה בכוונת זכייה, בהתאם לדברי הקניין ועל דעת הוצאתם מן הכוח לפועל בהסכמת הצדדים, ויהא גם עשוי להוכיח כוונה שכזאת. לגבי טיב המעשה שיוכל להתאים לגדרים אלה יש במקורות הבחנה בין מקרקעין למיטלטלין (מעשה "חזקה" במקרקעין ומעשה "הגבהה" או "משיכה" - הנעה או גרירה - במטלטלין); אך הבחנה זו - יותר משיש בה איזה נפקא מינה רעיוני, הריהי מעוגנת פשוט בהבדל החומרי שבין מקרקעים למיטלטלים, ולא נחזור פה על עיקר הפרטים שכבר סקרנו בה[404]. אולם,

---

[403] סה) לעיל, בסמיכות להערה כ'.

[404] סו) אמנם, אפשר לציין גם הבדל רעיוני כלשהו, וכגון זה המובא בעה"ש חו"מ סי' קצ"ב סע' י"ב: שמעשה ההחזקה במקרקעין הוא מעשה של שימוש ענייני, ולכן אפשר שייעשה גם על ידי פועל שאינו כשר

נוסיף את הפרטים השייכים בה, כשהמדובר הוא לא סתם בתפיסה, כי אם במעשה החזקה על פי "דעת אחרת מקנה".

מבחינה זו יש להדגיש קודם כל כי מעשה ההחזקה צריך לבוא במסגרת של הרשאת החזקה מאת המקנה[405] - ובצדק משתמש אפוא המג'לה במקביל לכך **בשני** מונחים: **מסירה** (שהיא בעצם הרשאת ההחזקה בלבד, ולאו דווקא כל הסידור של העברת ההחזקה כולו) **ונטילה** (שהיא רק עצם מעשה ההחזקה, המשלים את המסירה[406]. אולם, במקורות של דיני ישראל אין מושג ה"מסירה" משמש בדרך זו, אלא מציין הוא באופן מיוחד סוג אחד של "משיכה", או ביתר דיוק, תחליף של משיכה, האפשרי רק במקום שיש דעת אחרת מקנה - והיינו שאם המיטלטל [[183]] העומד להיקנות אמור להינטל על ידי הלוקח ממקום אשר לא לו ולא למקנה אין רשות להניחו שם (רשות הרבים או חצר הזולת), ואין המיטלטל מתאים להגבהה או למשיכה בדרך הנעה, ובעצם זקוק היה אפוא לגרירה, אלא שגרירתו היא קשה, ניתקנה תקנה כי יוכל הלוקח להחזיק בחפץ אפילו ללא הגבהה או גרירה, אלא על ידי עצם הנחת ידו על החפץ לשם נטילה על פי הרשאת המקנה - ומעשה ההחזקה על פי תקנה זו הוא הקרוי "מסירה"[407]. עם זאת יש לציין כי מובן טכני זה אינו ממצה את כל משמעותו של מושג ה"מסירה" בדיני ישראל: מעבר למובן הטכני הזה מציין המושג כל צירוף של הרשאת החזקה ומעשה החזקה הנעשה על פיה משום "דעת אחרת מקנה"[408] - ומצד זה חופף אפוא המושג העברי את המושגים המקבילים המשמשים בשיטות של אירופה: delivrance, consegna, übergabe, delivery[409].

נקודה אחרת, שיש בה יחוד במעשה החזקה על פי דעת אחרת מקנה - לעומת תפיסה עצמית - הריהי בגדרי החפצים העשויים להיתפס במעשה החזקה אחד. ראשית, אין חלים כאן הסייגים שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה" לגבי תחום ההתפשטות של התפיסה במקרקעין, אלא נתפס כל תחום המקרקע כפי שהוא מסתבר על פי דברי הקנין[410], ואפילו כשמתייחסים דברי הקנין למקרקעין אחדים, הנפרדים זה מזה, הרי מעשה ההחזקה המבוצע [[184]] באחד מהם תופס וקונה בסתם את כלם[411]. במיטלטלין הנמשכים זה אחר זה - הוא הדין, שהחזקת היחיד מהם תופסת וקונה בסתם את כלם, אבל אם הם נפרדים, נראה שיש להבחין: אם על פי דברי הקניין ניתן העסק להפרדה, נקנים המיטלטלין והולכים, ככל שנתפסים הם בפועל; אם, לעומת זאת, אין העסק ניתן להפרדה, אין הקנין נגמר אפילו באותם המטלטלין שנתפסו, כל זמן שלא נתפסו בפועל כולם[412].

לשמש כשליח במובן המשפטי, אבל במיטלטלין אין למעשה משמעות שימושית מעבר לעניין המשפטי של תפיסה, ולכן אין הוא יכול להתבצע בשביל הלוקח, עלידי זולתו שאינו כשר לשליחות.

[405] סז) עה"ש חו"מ, סי' קצ"ב סע' ב' וסי' קצ"ז סוף סע' ב'.

[406] סח) מג'לה, סע' 262 ואילך.

[407] סט) עה"ש חו"מ סי' קצ"ז וקצ"ח.

[408] ע) תוספות על בבא בתרא ע"ו א', ד"ה אי נמי ספינה.

[409] ע-1) ר' להלן הערה ע"ח.

[410] עא) עה"ש חו"מ סי' קצ"ב סע' י"א.

[411] עב) שם, סע' ט"ו-ט"ז.

[412] עג) שם, סי'קצ"ז סע' ה' וסי' ר"ג סע' ד'-ו'.

אם נבוא עתה להשוות דינים אלה לעומת דיני המסירה בשיטות אחרות, העובדה המתבלטת היא שבשיטות האחרות אין לנו שום פירוט ודיוקים מסוג זה. אם יש פירוט ודיוקים, הריהם מתיחסים לאו דוקא לצד **הנטילה**, או לעצם מעשה ההחזקה שבתהליך המסירה - כמו בדיני ישראל - אלא מתיחסים הם רק **להרשאת החזקה**, וכאן סעיפי המג'לה ההולכים ומתארים באילו מסיבות ואופנים רואים את הרשאת החזקה של המוכר כהרשאה מספיקה, אשר חזקתה (וכנראה חזקתה **המחויבת**) היא, שהלוקח אף השלימה בפועל על ידי נטילה[413]. אולם, מסתבר שלאותו עקרון אפשר לייחס גם את ההוראות המרחיקות לכאורה לכת יותר והמסדירות "מסירות מקוצרות", והיינו שמסירת מפתח של מקרקע (לרבות אמנם הרשאה להחזיקו ואף גם נטילת המפתח בפועל ממש) תיחשב כמסירת המקרקע עצמו או מה שנמכר בתוכו, או שמסירת שטר זכויות תיחשב כמסירת עצם החפץ אליו מתייחסות הזכויות[414]. אף במסירות שכאלה, עדיין העובדה נשארת שלמעשה לא החזיק הלוקח בעצם אותו הנכס שאליו מתיימרת המסירה להיות מכוונת, ודיני ישראל אינם מכירים בהן אפוא את המסירה השלמה, כי אם רק הרשאת החזקה [[185]] בלבד[415] [416]. את ההבדל הזה בדגש אפשר ודאי להסביר בכך שהשיטות הנוכריות אינן רואות במסירה את עצם מעשה הקניין המעמיד את העסק, כי אם רק את מילויה של **חובת המסירה**, המוטלת על המוכר בדיעבד. מבחינה זו כמובן אין חשיבות להשלמת המסירה על ידי הנטילה, כי אם רק לביצוע של הרשאת ההחזקה במסיבות מתאימות, שהלוקח יוכל להשלימה בנטילה, **אם ירצה**. בהתאם לכך אף ראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", שהעברת ההחזקה באירופה, עיקרה הוא לאו דוקא מעשה הנטילה, כי אם בעובדה שהחפץ הובא למצב **המאפשר** לאדם לפעול בגופו של החפץ לאלתר ובאופן יחודי. לאחר מכן אין שלמות ההעברה נבדקת על ידי שום דבר מסוים יותר מאשר זה, שהאדם מגלה או אינו מגלה את "האנימוס" לקיים את האפשרות בידו, או שאמנם מקיים הוא את האפשרות בעינה או אינו מקיימה[417], וניתן לומר כי באירופה הולכים בזה דיני ההחזקה אחר הצורה שבה מתעוררות בעיות המסירה בדיני המכר. לעומת זאת, בדיני ישראל, מטבע הפרספקטיבה **שלהם**, לא הרשאת ההחזקה היא עיקר המסירה, כי אם השלמתה בפועל על ידי הנטילה: הנטילה היא הקובעת את הרגע בו מתגלה בבת אחת שהלוקח מסכים אמנם בהחלט אף הוא לעסק ולהרשאת המקנה, וקמה סמיכת הדעת של הצדדים

---

[413] עד) מג'לה, סע' 263 ואילך.

[414] עה) מג'לה, סע' 271, 275; ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 1605, 1607.

[415] עו) עה"ש חו"מ סי' קצ"ב סע' ב'.

[416] עז) הוראה יוצאת דופן מבחינת הנאמר מוצאים אנו בהמשך סע' 1607 הצרפתי, הקובע כי מסירת מקרקע לשעבוד, שאינה מבוצעת על ידי מסירת שטר השעבוד, אינה שלמה כל זמן שאין הלוקח מתחיל בשימוש ממשי.

[417] עח) "ההחזקה ודיניה", פרק א', סעיפים ג' וד'. אמנם נראה להעיר, שמבנה זה של התפיסה אינו מרוקן בהכרח את מושג "המסירה", כדי להעמידו רק על היסוד של הרשאת החזקה בלבד: כי במקום שאין "אנימוס" מתאים לקבלת ההחזקה, ממילא אין ההרשאה יכולה להיחשב כהעמדת החפץ במצב שיהא כרוך גם בהעברת ההחזקה למעשה, וממילא חוזרים אנו לשמוע במושג "המסירה" את שני היסודות כאחד. הדבר חשוב ביחוד לעניין זה, שאם המוכר עושה מצידו את כל הראוי להגשמת המסירה, ואילו הלוקח מכשיל את התוצאה על ידי כך שאין הוא משלים את המעשה במה שדרוש מצידו, לא תחול האחריות לאי-קיום המסירה והכשלת החוזה על המוכר, כי אם על הלוקח - ומכאן אף חוזרת ומשתמעת במכר האירופי **חובת נטילה** מצד הלוקח: **מסיניאו**, ג/א, עמ' 77. בחוק הגרמני והשוייצרי אף נקבעת חובת הלוקח להיענות בנטילה בפירוש (בג"ב, סע' 433, סיפא; חוק החיובים השוייצרי, סע' 211; ור' **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 111). הוא הדין בסע' 27 של החוק האנגלי על מכר מיטלטלין מ-1893. עם זאת יש לציין כי החובה האמורה אינה צמודה בעצם רק לחובת המסירה, אלא מתקשרת היא גם לחובה של **העברת הקניין**, כל אימת שהקניין לא יעבור באופן אוטומטי על ידי עצם החוזה או על ידי המסירה - כפי שיקרה בדרך כלל במקרקעין (ר' **צ'שיר**, עמ' 658).

על ביצוע העסק, והקניין עובר בפועל, מבחינה רעיונית וחומרית גם יחד, מן המקנה ללוקח - ואך טבעי והכרחי הוא אפוא שדיני ישראל מדייקים כל כך בבירורו של הגורם הקובע הזה. את המסקנה הזאת ראוי להדגיש כנגד הדימוי העשוי להתעורר לכאורה (כמקובל), כשתופסים רק את עצם מושגי המסירה בשיטות של אירופה ובדיני ישראל - בלי עיון בהבדל הפונקציונלי שביניהם - והיינו [[186]] שערפילי השלמתה של העברת ההחזקה באירופה הם בגדר "פשטות", ואילו דיוקי ה"חזקה", וההגבהה והמשיכה והמסירה, על כל הבדלי השימוש בהם על פי טיבו של החפץ וטיב המקום, אינם אלא דקויות של פלפול, ש"אינן משאירות חיים לכל ברייה". הצדקתם המלאה של הדיוקים מתבררת כשאין אנו שואלים באופן עיוני "אימתי המסירה היא שלמה", אלא כאשר השאלה היא במגמה **מעשית**: "עד אימתי יכול עוד שהמקנה או הלוקח לחזור בו?".

2. תשלום כסף

מעשה הקניין של דיני ממונות המובלט במשפט העברי בדרגת חשיבות שנייה, מיד אחר מעשי ההחזקה[418], הריהו "קניין הכסף", והיינו התחלת ביצועו של המכר מן הצד ההפוך - לאו דווקא מצד ביצוע ההעברה המכוונת של עצם הנשוא הנמכר, כי אם מצד תשלומו של המחיר: מסירתו של הכסף המוסכם או לפחות חלק ממנו, על דעת תשלום וגמר המיקח, בהסכמת הצדדים[419].

והנה, להבנת דרך פעולתו ודיניו המיוחדים של קנין הכסף כבר מוכרחים אנו להתחיל להיכנס באופן שיטתי לבירור מהותו המיוחדת של המחיר הכספי מעיקרא - ובכיוון זה נזכיר קודם כל את העובדה, שהכסף הוא נכס הנבדל מכל מיני הנכסים האחרים בכך, שהנאתו לבני אדם איננה [[187]] בשימושו החומרי שלו בעצמו, כי אם רק בערך המיוחס לו באופן סמלי והמאפשר להחליפו בערכים אחרים, אשר להם זקוק האדם לשמם. בהתאם לכך לא יתכן שהכסף יהיה נשוא עצמי למיקח וממכר, שאדם יצא להשיג לו בבחינת נכס המוגדר בזהותו החומרית המיוחדת, כגון "מאה מטבעות אלו[420] אני מבקש, ואתן לך תמורתן כך וכך". אך יתר על כן, אפילו מצד ערכו המופשט, לא יתכן שהכסף יהיה נשוא לביקוש למיקח, כגון "מאה שקל אני מבקש לי ואתן תמורתן כך וכך": מאת השקלים אינם אלא מודד ותעודה לערך שבעל השקלים זכאי לו מאת החברה, תמורת ערך ממש, שמן הסתם הוא סיפק, מצידו, לבני החברה, - ומי שמבקש לו את מאת השקלים צריך אפוא מטבע הדברים קודם כל לזכות בהם על ידי הספקת התמורה **כמוכר**, ואין הוא יכול להופיע במישרין כמועמד **למיקח** של הכסף[421]. במלים מסכמות ניתן לומר כי המטבעות, או הכסף (ולפחות כסף במובן ובשימוש הרגיל) מעצם טיבם ועניינם אין הם יכולים לשמש **כבסיס** של המכר - כ"סחורה" או כ"ממכר" - אלא יכולים הם לשמש רק כ"תמורה" לסחורה[422], כאמצעי של

---

[418] עט) ובניסוח הלשוני - אף לפניהם, כי הנוסחה המקובלת על פי לשון המשנה הריהי כידוע "בכסף ובשטר ובחזקה" (משנה קידושין, פ"א מ"ה). יתר על כן, מדאורייתא - בהבדל מן התיקון מדרבנן - נראה שמכר אף אינו נגמר אלא **דוקא** בכסף: ר' בבא מציעא מ"ו ב' וקידושין כ"ט א', ושו"ע חו"מ סי' קצ"ט סע' ד', וש"מ על ב"מ מ"ו ב', ד"ה וקשיא ליה לר' יוחנן.

[419] פ) עה"ש סי' ק"צ סע' ב'.

[420] פא) אולי מיותר הוא להעיר כי המדובר הוא כאן, כמובן, במטבעות שהן מטבע עובר לסוחר, ולא בחומר שיש לו אמנם צורת מטבע אך איננו עוד "כסף" והמבוקש לשמו, כמזכרת היסטורית, תכשיט או כיו"ב.

[421] פב) שוב אולי אין צריך לומר שכמובן יוצא מכלל זה כסף מסוג מטבע זר או אף מטבע פנימי מועדף, העשוי להידרש אף בערכו המופשט כנשוא למיקח תמורת כסף רגיל.

[422] פב-1) במושג "התמורה" משתמשים אנו כאן במובן עממי-כללי, ולאו דוקא במובן הטכני שנברר להלן.

תשלום, או כ"**מחיר**"[423]. מציאות זו, כפי שכבר ראינו, יש לה ביטוי [[188]] בהגדרת המכר גם בשיטות הנוכריות, אך בשיטות האירופיות מיטשטשת היא מבחינת הדינים המעשיים של המכר, על ידי כך שהספקת הסחורה ותשלום המחיר מופיעים כאן כנושאים לשתי חובות מקבילות ושוות מעמד. בדיני ישראל, לעומת זאת, המבנה הוא אחר וניתן בו ביטוי מלא למציאות העניינית שתיארנו: הספקת הסחורה איננה כאן עניין של חובה, אלא מעמידה היא את המכר באופן עצמאי מלכתחילה, כפי שראינו - למשל - על ידי מעשה המסירה, ואז - עם ביצועו של מעשה המסירה, נולדת ממילא החובה של תשלום המחיר כנגדו, בבחינת תוצאה שבדיעבד[424]. אולם, גם כאשר מעשה הקנין המעמיד את המכר אינו במסירה ממשית של הסחורה עצמה, כי אם בתשלום הכסף, אין המבנה משתנה. אין מסירת הכסף מזכה בו את המוכר ומעמידה כנגדו חובה של הספקת הסחורה - כדרך שמסירת הסחורה מזכה בה את הלוקח ומעמידה את חובת התשלום - אלא מסירת הכסף אף היא מעמידה מלכתחילה רק את ההסדר של הקנאת הסחורה ומסירתה אגב כך על ידי "קונסטיטוט פוססורי", וכשזוכה הלוקח באופן כזה בסחורה, שוב מתחייב הוא ממילא במחיר, כענין שבדיעבד, ואילו הכסף שנמסר נחשב מעתה כתשלום על חשבון פרעונו של החוב הלזה[425].

אם מסירת הכסף אינה מצליחה, משום מה, להגשים את הקנאת הסחורה כמדובר, נעשה הכסף להלוואה הטעונה החזרה[426].

בנקודה זו, אולי יכולה להתעורר הטענה כי שיטת החובות המקבילות היא בכל זאת יותר מאוזנת, מפני שיש בה כדי לבטל את המכר ולחייב בהחזרת הסחורה שסופקה, כאשר [[189]] חיוב התשלום אינו מתמלא - כדרך שהמכר עשוי לבטול, תוך ביטול חובת התשלום וגרם חובה להחזרת המשולם, כאשר אינה מתמלאה החובה של הספקת הסחורה[427] - בניגוד לדין העברי, המבטל אמנם את התשלום במקרה של העדר הקנאת הסחורה, אך המחייב לפי שיטתו לקיים את המכר במוחלט ולהשאיר את הסחורה ללוקח, גם אם זה לא יפרע לבסוף את המחיר אשר בו התחייב. אולם, להלן - בסעיף המיוחד של דיני המחיר - נראה שלמעשה **אין** בעניין זה הבדלים חשובים בין דיני ישראל לשיטות הנוכריות, גם אם הגישה העיונית היא שונה[428]. יש להדגיש כי בשלב זה אין אנו דנים עדיין במכלול הדינים של המחיר, כי אם רק בתשלום על חשבון המחיר כסוג של **מעשה קניין**.

---

[423] פג) ר' בבא מציעא, פרק ד' (פרק הזהב), וביחוד משנה א' שם; ור' דעת רב פפא ופירוש רש"י שם, בדף מ"ה עמ' ב', בהסבר לדין שאין מטבע נעשה חליפין, והיינו משום שאין המטבע מבוקש לשמו, אלא חשוב הוא רק "על ידי צורה שבו" - גושפנקת המלכות הטבועה בו. השווה מאמרו של Savatier: Essai d'une presentation nouvelle des biens incorporels, המתפרסם ב-Revue trimestrielle de droit Civil מן החודשים יולי-ספטמבר 1918, בעמ' 345 ואילך, והמציג תפיסה כזאת כאילו היתה השג מיוחד של המדע המשפטי החדיש.

[424] פד) ר' בפרקנו לעיל, בסמיכות להעירה י"ז - ור' גם עה"ש חו"מ סי' קצ"א סע' ג'-ד' וסי' קצ"ח סע' א'.

[425] פה) עה"ש חו"מ סי' ק"צ סע' ב'. ודוק בעקרון שאין הכסף קונה בחליפין, כפי שהערנו לעיל וכפי שנחזור ונראה עוד להלן.

[426] פו) עה"ש חו"מ סי' שע"ג סע' ג'-ד', ור' גם סי' קצ"ח סע' י"ד-ט"ו.

[427] פז) ר' לעיל, בפרק א', הערה רס"ז.

[428] פח) פשיטא שההבדל המעשי הוא אפסי. קודם כל בגלל כך, שאם יש ללוקח נכסים, הרי שאפשר להוציא ממנו את המחיר גם אם אין המכר מתבטל, ואילו כשאין לו נכסים - ואף הסחורה שקנה שוב אינה בידו - אין עצה ואין תבונה נגדו, בין אם נאמר שרק חייב הוא במחיר ובין אם נאמר שהמכר חוזר.

מבחינה זו לא נותר לנו כאן אלא להוסיף, שאף על פי שראינו[429] כי מדאורייתא קניין הכסף הוא מעשה הקניין העשוי להידרש במכר אפילו בהכרח, הרי מדרבנן הודחק סוג זה של מעשה קניין אף עד כדי כך שבמיטלטלין - בסתם - כמעט אין מכירים בו עוד כלל. כך הוא מפני שבמיטלטלין קיימת הסכנה שאמרנו, שהמוכר יטען "נשרפו חיטיך בעלייה"[430], והיינו, שעל אף היותו לשומר פקדון אגב הקניין, מכל מקום יוכל הוא להיפטר בטענת נזק באונס. סכנה זו חשובה במיוחד כאשר המוכר מצידו קיבל כבר את הכסף [[190]] ולכן, על אף סמיכת הדעת הגמורה המתגלה לכאורה בתשלום הכסף, ואף על פי שלכאורה אפשר היה להניח, שאם הסכים הלוקח לשלם את הכסף מראש, הרי שודאי לקח את כל הסכנות בחשבון והוא סבר וקיבל - מכל מקום העדיפו חז"ל להחמיר, מפני השיגרה המרובה השוררת בעסקים מסוג זה, והתקינו שתשלום כסף על חשבון מחירם של מיטלטלין לא יקנם בסתם ללוקח[431], אלא ייצור רק חיוב להקנותם ולקנותם באיום של קללת "מי שפרע", כפי שראינו בפרק הקודם[432].

אולם, במקרים מסוימים עדיין מועיל קניין הכסף באופן קנייני גמור במוחזק, אפילו במיטלטלין:

א) כשהמכר הוא לא לקניין הגוף, כי אם לשכירות בלבד, שאז יש להניח כי המשכיר - אשר החפץ שלו - לא יתרפה בשמירה וישתדל להציל אפילו באונס[433];

ב) כשיש ללוקח תפיסת יד[434] במקום שבו שומר המוכר את החפץ, ויכול הוא אפוא לדאוג גם בעצמו להצלת המיקח מאונסים[435];

ג) כשבעת עריכתו של קניין הכסף אין החפץ נמצא תחת יד המוכר, אלא נמצא הוא במקום שאינו מוחזק על ידי שום אדם (ומעשה הקניין אמור היה אפוא רק להעביר את הקניין ולא היה בו כדי לעשות את המוכר לשומר, בבחינת "קונסטיטוט פוסורי"[436]). הטעם הוא כמובן, שמעשה הקניין במקרה כזה הוא ממילא גם בבחינת הרשאת החזקה ללוקח, והדאגה להצלת המיקח היא מלכתחילה על הלוקח עצמו[437] [[191]] (אם הלוקח אינו יודע כי המיקח איננו נשמר ושעליו לקחתו בעצמו, ממילא לא יועיל קנין הכסף, והרינו חוזרים לתקנה הכללית);

---

[429] פט) לעיל, הערה ע"ט.
[430] צ) לעיל, בסמיכות להערה נ"ז.
[431] צא) עה"ש חו"מ סי' קצ"ח סע' א-ב; ור' סי' ר"ג סע' טז.
[432] צב) נושא שלישי, סוף סע' ד', בסמיכות להערות ר' ור"א.
[433] צג) עה"ש חו"מ סי' קצ"ח סע' ו. לענין גדרי האחריות לאונס בשכירות ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה, מס' 2, ס"ק א', בסמיכות להערות צ"ג ואילך.
[434] צד) למשמעותו של מושג זה, ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ב, בסמיכות להערות ט"ו וט"ז.
[435] צה) עה"ש חו"מ סי' קצ"ח סע' ג'.
[436] צו) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1, הערה קכ"ט. (אם החפץ מוחזק, אבל לא ברשותו של המוכר, מתעוררת בעיה עקרונית לגבי עצם אפשרות ההקנאה, ונדון בדבר לחוד).
[437] צז) עה"ש חו"מ סי' קצ"ח סע' ד'.

ד) כשהמיקח הוא דחוף, באופן שברור לצדדים כי במקרה שלא יתקיים המיקח לא יוכל הלוקח להשיג את החפץ הנחוץ לו בעוד זמן ממקום אחר[438], או שנעשה המיקח בחטף, תוך התעלמות מכוונת מדיוק הסכום המשולם או מדיוק גדרי הסחורה[439] - או שזקוק המוכר לכסף לאלתר והלוקח נענה לקנות ממנו על דעת הוצאתו ממצוקה זו[440] - והיינו במלים אחרות, כשלא רק עצם דברי הקניין ותשלום הכסף מוכיחים סמיכת דעת גמורה, אלא גם המסיבות מצידן **מוסיפות הוכחה,** שאמנם סמכה דעת הצדדים על קניין הכסף;

ה) כשהצדדים הסכימו בפירוש שהקנין יעבור עם תשלום הכסף[441];

ו) כשהמיטלטלין הם רק חלק מנשוא המיקח, ויתר נשוא המיקח עשוי להיקנות בכסף לאלתר[442];

ז) כשאחד הצדדים הוא הקדש, או הקדש-צדקה, או אפוטרופוס, יש אופנים מסוימים שבהם מעמידים את הדין לטובתם של הללו - תוך חילוקים שונים - על דין תורה שאין המכר נגמר אלא בכסף (ומכל מקום אין על הצדדים הללו חיוב "מי שפרע", אף כשמחילים על המכר את התקנה הכללית)[443].

3. מסירת שטר הקנאה

עם מעשי הקניין של "כסף" ו"חזקה" נזכר במשנה, כפי שראינו[444], גם מעשה הקניין של "שטר" (שעל עיקר עניינו עמדנו כבר לעיל, בפרק א', נושא שלישי, סע' ג', בסמיכות להערה ק"צ) - וכך קוראים אנו בעה"ש חו"מ סי' קצ"א סע' א-ב: "בשטר כיצד? כתב לו שדי מכורה לפלוני בן פלוני, כיון שהגיע השטר ליד הלוקח (וכמובן מדעת המוכר ועל דעתם המוסכמת יחד לגמר המיקח[445]) - קנה, אף על פי שאין שם עדים כלל, [[192]] רק חתימת יד המוכר לבד... וצריך לכתוב איזה שדה שמוכר לו... ואם כתב סתם שדי מכורה... ולא פירש שם הלוקח[446]... ובא ראובן בזה השטר ואומר שהוא הלוקח... נאמן, כיון דתופס השטר, ולא חיישינן שמא נתן לאחר ונפל ממנו". מסיפא זו לומדים אנו, שגם אם לא צויין שם הלוקח, מכל מקום צריך השטר להיות נתון ללוקח פלוני, אבל "אם כתוב בשטר לכל מוכ"ז - אינו כלום"; כי "אף דבהלואה מהני, זהו מפני שיעבוד הגוף, אבל במכירה ומתנה, דצריך קניין - אין זה קניין". מצד שני, חתימת המוכר אף היא אינה הכרח בשטר, אבל בלעדיה נדרשת על כל פנים חתימת שני עדים, שהמוכר ציווה להם לכתוב את השטר. חתימת עד אחד לא תספיק, אף אם תאושר בהודאת המוכר, "דעד אחד בשטר לאו כלום הוא", אבל חתימת עד אחד תוכל על כל פנים להספיק, אם יהיו שם שני עדים שיעידו על מסירת השטר[447].

---

[438] צח) עה"ש חו"מ סי' קצ"ט סע' ה'.
[439] צט) עה"ש חו"מ סי' קצ"ט, סע' ב'.
[440] ק) דוק בעה"ש חו"מ סי' רי"א סע' ג'.
[441] קא) עה"ש חו"מ סי' קצ"ח סע' ה'.
[442] קא-1) עה"ש חו"מ סי' ר"ג סע' ט"ו.
[443] קב) עה"ש חו"מ סי' קצ"ט סע' ו-ט.
[444] קג) הערה ע"ט לעיל.
[445] קד) עה"ש חו"מ סי' קפ"ט סע' ב'.
[446] קה) אבל הווה אומר, שאת ייחוד השדה על כל פנים פירש.
[447] קו) ביחס לטעם ההבחנה אולי כדאי להעיר שמעשה הקניין של שטר מורכב משני יסודות: כתב המספר ומעיד על תוכן ההקנאה (דברי הקניין) וביצוע ההקנאה על ידי מסירת הכתב. הסידור המושלם ביותר של

שטר הקנאה במוחזק (בהבדל משטר חוב) אינו מוכרח להיכתב דווקא על על "דבר שאינו יכול להזדייף", אלא [[192ב]] אפשר לכתבו על מה שירצו - "דדוקא שטר העומד לראיה צריך שיהא ראוי להתקיים ימים רבים, אבל שטר קניין אין צריך אלא לקנות בו לשעתו, ולכן, בין שכתב לו על הנייר ובין כתב לו על החרס, ואפילו על עלה של זית או של שאר פירי, אף שאינו שוה כלום, מ"מ הוי קניין, וכיון שהגיע השטר לידו - קנה". - "והנייר והדיו צריך להיות של המוכר... ושכר הסופר יתן הלוקח".

גם דרך הקנאה זו אינה מועילה בסתם במיטלטלין[448] - ומסתבר שהשפיעו בכיוון זה שני גורמים כאחד: קודם כל הרתיעה מפני "קונסטיטוט [[193]] פוסורי" במיטלטלין העשויים להיאנס ביד המוכר - וכפי שנחתם במשנה, תוך הבלעה חפוזה של כל האפשרויות הרבות שכנגד, כי: "נכסים... שאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה"; ושנית - גם אם בהקנאה בשטר אין החשש ללוקח חמור כל כך כמו במקרה של קניין כסף, שבו שולם כבר המחיר מראש, הרי על כל פנים אין דרך השטר נוחה ביותר כדי לשמש הבהרה לגמירת דעתם של הצדדים, שהחליטו אמנם להקדים את המסירה הממשית על ידי הקנאה לאלתר ופקדון גרידא, כשהמדובר הוא במיטלטלין. כך הוא מפני שכתיבת השטר, כפי שכבר אמרנו, היא עניין מסובך, ואין דרך בני אדם להפליג בכגון זה בעניינים יום-יומיים כמו מכירות מטלטלין רגילות - ומה גם שבמיטלטלין רגילים אף קשה מאוד יהיה לזהות מהם באמת החפצים שאליהם יהא השטר אמור להתייחס - ואך טבעי הוא אם כן שהשתרשה התפיסה כי "מיטלטלי לאו בני שטרא נינהו". - אולם, עם כל זאת, מאחר "דכל מידי דהוי קנין בשום מקום, מהני ליה תנאה שיהיה מועיל" (אפילו כשבמקרה המסוים, בסתם, אין הוא מועיל)[449], נראה שגם דרך השטר יכולה להועיל, אפילו במיטלטלין, אם הובהר בשטר בפירוש, שאמנם אין הוא נועד רק לבסס בכתב את דברי הקניין, או לקבוע חיוב הקנאה, לקראת הקנאה האמורה עוד לבוא בעתיד, אלא בא הוא פשוט להגשים הקנאה לאלתר, במוחזק, כדרך שעשוי השטר להגשים במיטלטלין.

4. "קנין סודר", תקיעת כף ו"סיטומתא"

מעשה הקניין המובהק, המשמש בדיני ישראל להקנאה [[194]] תוך השארת המימכר בינתיים לשמירה ביד המקנה, וזאת מסתמא, בלי שום הסכם לואי מפורש, ואף בלי שום סייג מיוחד ביחס למיטלטלין, הריהו "קניין סודר". המעשה מבוסס, כפי שכבר הזכרנו[450], על עריכה מדומה של

צירוף זה מתקבל בודאי כאשר גם לנאמנות הרישום של דברי הקניין וגם לעובדת המסירה - לכל אחת מהן לחוד - יש ביסוס בשני עדים, אך אין כמובן הכרח שדרישה מופלגת זו תתקיים דווקא במלואה. אפשר שיהיו שם רק עדי מסירה - ואז גם בלי עדות מיוחדת על נאמנות דברי הקניין - מכל מקום נדע כי מעשה על דעת דברי הקניין הכתובים בשטר נערך בין הצדדים; כמו כן, אף באין עדי מסירה, ועל פי עדי דברי הקניין בלבד החתומים בשטר, ולאור החזקתו של הלוקח, נוכל להסיק כי השטר על דברי הקניין הללו אמנם גם נמסר כדרוש - ואפילו כשאין שם עדי דברי קניין, ויש רק חתימת המוכר (הניתנת לבירור אובייקטיבי על פי הודאתו או בעדים) מגיעים אנו לאותה תוצאה. אולם, כשאין שם אפילו חתימת המוכר, הרי גם כשבדיעבד מודה המוכר, מכל מקום מוצאים אנו שבעת מסירתו של הכתב ללוקח, על כל פנים לא היה שם מאומה שדעת הצדדים יכלה לסמוך עליו **באופן אובייקטיבי** כהתגלמות מעשה הקנין של **שטר**. הודאת המוכר במצב זה אינה שונה מסתם הודאה בדברי הקניין, בעוד שעצם היותנו מבקשים כאן **שטר**, פירושו הוא כי הצדדים זקוקים היו בשעת מעשה למשהו יותר אובייקטיבי מהודאה הדדית גרידא. ר' טור אה"ע סי' קל"ג.

[448] קז) משנה קידושין פ"א מ"ה, ור' בבא קמא ע"ט ב'.

[449] קח) קצוה"ח על סי' קצ"ח, ס"ק ב [צ"ל ג].

[450] קט) לעיל, פרק א', נושא שלישי, סע' ג', בסמיכות להערה קצא.

מעשה חליפין, ואת בירור יסודותיו העיוניים נדחה אפוא לעת בירורו העקרוני של עניין החליפין. כאן נציין רק שמבחינה חיצונית מתבטא המעשה בכך, שהלוקח מוסר למקנה חפץ כלשהו של הלוקח, המצוי תחת ידו - למשל, את סודרו[451], ועם המסירה נקנים ללוקח נכסי הצד שכנגד, שאליהם היתה הכוונה, בהתאם לדברי הקניין שלשמם נערך המעשה. חפץ הנמסר לשם "קניין סודר" (בהבדל מחליפין ממש) חזקתו שחייב המקבל להחזירו. מאחר שמעשה "קניין סודר" - בהבדל מסוגים אחרים של מעשי קניין - אינו מורכב מיסודות שהגשמתם מצריכה יישוב דעת מעצם טבעם (כגון תפיסה אמיתית של נכס הזולת, תשלום כסף או עריכת שטר) אין עצם עריכת המעשה הזה גומר את ההקנאה לאלתר, ללא אפשרות חזרה, כדרך מעשי קניין אחרים, אלא הצדדים יכולים עוד לחזור בהם מ"קניין הסודר" אף אחר שנערך, כל זמן שלא הפליגו בדבריהם מנשוא המעשה[452].

במקום מעשה של "קניין סודר" יכול לבוא גם כל מין אחר של מעשה שנתקבל על פי המנהג לשמש כמעשה קנין סמלי, כגון תקיעת כף, רישום סימן בממכר ("סיטומתא"), וכל כיוצא בזה. אפשרות [[195]] החזרה מן המעשה, כל זמן שהצדדים עוסקים בדבריהם באותו עניין, חלה גם על המעשים מסוג זה[453].

5. מחילת בעל בית ו"קניין חצר"

בסקירת מעשי הקניין העשויים להעמיד מכר פתחנו במסירה ממשית של המימכר מן המוכר ללוקח והמשכנו דרך מיני אופנים שיש בהם כדי להגשים מסירה על ידי הפיכתו של המוכר לשומר. אולם יתכן גם מצב הפוך, שהמימכר נמצא מלכתחילה בשמירת **הלוקח**. במקרה כזה, ממילא נמצא הלוקח מלכתחילה במצב, שמבחינה חומרית כבר יש בידו להגשים במימכר את זכויות המיקח - אין הוא זקוק לשם כך למסירה, לא ממשית ולא שמירתית - ולהעמדת המיקח אין נחוץ לו אפוא אלא שאפשרות חומרית זו תקבל גם גושפנקה משפטית. ראינו בפרק הקודם כי מעשה הקניין המסב גושפנקה משפטית זו מתגלם בעצם דברי הקניין, ברגע שמתגלה בהם גמירת דעתו של המקנה למחול על זכויותיו כבעל בית, על דעת תנאי המיקח[454].

מקורב במידה רבה למצב זה הריהו המקרה שבו הלוקח אמנם אינו מוחזק במימכר מלכתחילה כשומר, אלא שעל כל פנים כבר נמצא המימכר מלכתחילה **בחצר הלוקח**. ראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", שבעל החצר המתכוון לתפוס לעצמו חפץ הנמצא בחצר, יכול לעשות כן על ידי עצם כוונתו (בכפוף להבחנה בין "חצר משתמרת" ל"שאינה משתמרת")[455]; והנה, אם המימכר נמצא מלכתחילה בחצר הלוקח, והמקנה מרשה ללוקח להחזיק בחפץ לשם גמר המיקח, והלוקח מסכים, הרי שעצם הסכמתו זו יכולה להשלים את המיקח, כעין מסירה, אם הצדדים מתכוונים

---

[451] קי) אמנם כשרותם של חפצים ככלי ל"קניין סודר" נתונה גם לסייגים מסוימים, ונעמוד עליהם בדיני החליפין.

[452] קיא) עה"ש חו"מ סי' קצ"ה. יש להדגיש כי אפשרות החזרה האמורה בקניין סודר היא "כל זמן שעסוקים באותו עניין" - ואף "לאחר כדי דיבור"; כי, כפי שנראה להלן (בפרק ד', נושא שני, סע' ג', מס' 1, בסמיכות להערות קנז-קנט) "תוך כדי דיבור" ניתן לתקן או לבטל את העסק גם בשאר מעשי הקניין.

[453] קיב) עה"ש חו"מ סי' ר"א וסי' קצ"ה סע' ט"ו.

[454] קיג) לעיל, פרק א', נושא שלישי, סע' ג, בסמיכות להערות קצה-2 וקצה-3, וסע' ה', הערות ר"ב ור"ז-1.

[455] קיד) "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ה', מס' 2.

אמנם שהחזקת הלוקח [[196]] תתקיים בו במקום וברגע, באמצעות החצר. דרך זו קרויה "קניין חצר", ואפשר כמובן שהמסירה בדרך זו תתקיים לאו דוקא תוך ניצולה של הזדמנות בדיעבד, אלא יזמנוה מדעת ובכוונה, מלכתחילה - והיינו שהמימכר יובא לחצר במיוחד, כדי למסרו שם. יתר על כן, אפשר אפילו שמסירה בדרך זו תתקיים - באופן פרדוקסלי לכאורה - בחצר המקנה עצמו, והיינו, שהלוקח יקבל רשות להניח את כליו בחצר המקנה, באופן שהכלי ייהפך שם לחצר הלוקח ויוכל לקנות לו כל חפץ שיונח לשם כך בתוך הכלי[456].

עוד אפשרות מופלגת היא שהמקנה יַקנה תחילה ללוקח את חצר המקנה שבה נמצא המימכר. הקנאת החצר תיעשה בשכירות או בהשאלה, על דעת שהלוקח יוכל להשתמש בחצר כחצרו שלו, לקניית המימכר המצוי שם[457] - והצדדים עשויים לפנות לשימוש בדרך זו אם מטבע העניין המכוון ואם כתחבולה לשם מעשה קניין סמלי. מטבע העניין המכוון - כגון שהמימכר מצוי במחסן של המקנה, והכוונה היא להקנות את המימכר לאלתר (ואמנם גם תוך הפיכתו של המקנה לשומר, עם שיור של תפיסת יד במחסן לזכותו[458]), אבל על כל פנים תוך קביעת גישה חפשית למחסן גם לזכותו של הלוקח, לשם טיפול במימכר והוצאת חלקים ממנו, לפי הצורך, עד להעברתו הגמורה מן המקום[459]. כמעשה קנין סמלי - כגון שמעוניינים הצדדים בהעברת הקניין לאלתר, תוך תשלום המחיר או על פי שטר ובעוד שהמימכר הוא מיטלטלין המצויים במקום רחוק, והצדדים חוששים שהקניין לא יעבור על ידי התשלום או השטר גרידא. במקרה כזה יכולים הצדדים להשיג את מטרתם על ידי כך שיזקפו פרוטה אחת מן התשלום [[197]] לשכירות החצר או שיחילו את השטר קודם כל על השאלת החצר. עם זאת יש לציין כי השימוש בדרך זו כמעשה קניין סמלי **במכר** אמנם אינו צפוי ביותר, כי תמיד יהא פשוט יותר להשתמש ב"קניין סודר" או אפילו בתשלום הכסף או בשטר, תוך התנאה מפורשת להעברת הקניין, והתחבולה הנידונה באה אפוא בעיקר בחשבון כמעשה קניין מעבר למכר[460].

בקשר להקנאה באמצעות חצר שהיא מלכתחילה **חצר המקנה** מתעוררת השאלה אם חל בה הדין הרגיל, שהחצר צריכה להיות משתמרת לדעת בעליה או שבעליה צריך לפחות לעמוד בצידה - ובעליה יהא כאן, כמובן, בעליה בשעה שאמורים להיקנות המיטלטלין שבתוכה, והיינו **הלוקח**. אם התשובה היא חיובית, תהיה התוצאה לכאורה, שבשעת המיקח תידרש דווקא נוכחות הלוקח בצד החצר (שהרי לכתחילה - אף אם החצר משתמרת מטבעה - אין היא משתמרת לדעת הלוקח, כי אם לדעת המקנה[461]), ובאופן כזה יתרוקן למעשה ההסדר מכל משמעותו מעיקרא, מפני שאם

---

[456] קטו) עה"ש חו"מ סי' ר', סע' א-ב, וסע' י-יא.

[457] קטו-1) עה"ש חו"מ סי' ר', סע' ד'.

[458] קטז) דוק בעה"ש חו"מ סי' ר' סע' ג - בעניין שנחזור לדון בו לגופו, ש"קניין חצר" בשיש דעת אחרת מקנה, עשוי להועיל לא רק כשהחצר משתמרת לדעת הלוקח, אלא גם כשמשתמרת היא לדעת המקנה. ר' גם בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ב', סוף הערה ט"ז.

[459] קיז) השווה רש"י על קידושין כ"ז א', ד"ה שלא לטרחינהו.

[460] קיח) הדוגמה הנזכרת בגמרא היא בהקנאת מעשר לכוהן, שאין שייך בה גם "קניין סודר", משום שאינה עניין לחליפין: בבא מציעא י"א ב'. בדומה לזה אפשר לציין כל מקרה שבאים להקנות בו (על דעת "קונסטיטוט פוסורי") מיטלטלין אשר קנין סודר אינו יכול לחול בהם משום שאין שייך בהן חליפין - ביחוד מטבע העובר לסוחר. אמנם **הרב הרצוג**, בכרך א', עמ' 190, מביא שקניין על ידי היפוך הבעלות בחצר אינו מועיל במטבע, אך הדברים תמוהים. ור' שו"ע חו"מ סי' ר"ג סע' ט'.

[461] קיט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ג', כי חצר המשתמרת לדעת בעליה פירושה הוא חצר שבעליה יכול לצפות כי אחרים לא יבואו לשלוט בתחומה שלא מדעתו.

הוא נחוץ הלא זה דווקא בזמן שהלוקח אינו יכול לעמוד בצד החצר. אף על פי כן נחלקות בנקודה זו דעות הפוסקים[462]. אולם, לע"ד נוטה הכף לצד הפוטרים את הלוקח מדרישת הנוכחות, ובלבד שבשעת מעשה תהא החצר משתמרת לפחות לדעת בעליה הקודם - המקנה, - [[198]] שהרי כשכך הוא ממילא עושה המקנה את עצמו שומר ללוקח, וממילא משתמרת החצר גם לדעת הלוקח, מכל מקום. הדין הרגיל חל אפוא, אבל תוך דיוק התאמה[463].

בעיה אחרת באותו הקשר היא אם בדרך ההקנאה הנידונה מספיק שהקנאת החצר והקנאת המיטלטלין שבה תבואנה כאחת, או שמא נחוץ שהקנאת החצר תבוא דווקא תחילה, תוך הפרש זמן ממשי. הש"ך[464] גורס כאפשרות השנייה, אבל חלקו עליו קצות החושן ובעל הנתיבות, וכך הכריע בעל עה"ש - ונראה כי הנכון הוא כדעת החולקים[465].

6. "קנין אגב קרקע"

דרך נוספת להקנאת מיטלטלין תוך השארתם כפקדון ביד המקנה הריהי ב"קנין אגב קרקע"[466] (או "קניין אגב"), שכבר הערנו על קרבתה ל"קניין חצר".

הרב הרצוג סובר כי דרך הקנאה זו אינה אלא התפתחות של "קניין חצר" - והיינו שמתוך האפשרות להקנות ללוקח את מקום המיטלטלין, ותוך כדי כך את המיטלטלין שבהם, הגיעו לאפשרות להקנות גם מיטלטלין אגב מקרקעין שאין ביניהם שום קשר[467]. לפי זה, ההקנאה [[199]] "אגב קרקע" אמנם אינה אלא דרך הקנאה סמלית בלבד. אולם, לדידי, נוטה אני יותר להשערתו של גולק כי "קניין אגב" הוא קניין עצמאי ביסודו, ומקורו הוא בעובדה שלפעמים המיטלטלין אינם אלא אבזר הטפל לקרקע - גם אם אין הם נמצאים בשעת מעשה בתחומה - ואין רצוי שכאשר באים להקנותם עם הקרקע שהם טפלים לה, ייזקקו הצדדים למעשי הקנאה נפרדים, לגבי המקרקעין לחוד והמיטלטלין לחוד[468]. תפיסה זו נתמכת לע"ד בבירור על ידי מקורה העיוני של דרך הקנאה זו בקידושין כ"ו א'[469], ומשמע שעשו **יוצא מן הכלל**, שתוך הקנאת מקרקעין - בדרך הקנאה המתאימה להם (כסף, שטר או חזקה) - יוכלו להיקנות גם מיטלטלין, אף על פי שאין הם נמצאים בתחום המקרקעין, ואף על פי שבעצם אין אותה דרך הקנאה מתאימה להם. בעריכתו של צירוף כזה יש להביע בפירוש כי המיטלטלין אמורים להיקנות אגב הקנאת

---

[462] קכ) שו"ע חו"מ סי' ר' סע' א'.

[463] קכא) הטענות הפורמליות שמעלה הש"ך בכיוון ההכרעה נגד דיוק ההתאמה אינן משכנעות. טענתו היא שבמקור הדברים בגמרא (קידושין כ"ו ב' - כ"ז א') נפטר הלוקח מדרישת הנוכחות בקנין "אגב קרקע" (שעליו נעמוד להלן), ולא בהקנאה על ידי היפוך הבעלות בחצר; אך באמת נשמע מנוסח הגמרא בבירור כי במקום שמוקנים המיטלטלין עם הקנאת החצר שבה נמצאים הם, נוטים שני מיני הקניינים להתלכד, וכשם שפטור הלוקח מחובת הנוכחות בהקנאה "אגב קרקע" ממילא פטור הוא גם בהקנאה על ידי היפוך הבעלות בחצר (ור' בבא מציעא י"א ב').
אגב כך נפתרת גם בעיית המקרה שהלוקח רוצה לחזור ולהעביר את זכותו לאחר: אם הדבר אפשרי על פי ההסכם עם המקנה הראשון, הרי גם הלוקח השני אינו צריך להיות נוכח בצד החצר, כי זו משתמרת מלכתחילה לדעת הלוקח הראשון והבאים מכוחו - והשווה תשובת חתם סופר, חלק חו"מ, סי' ס"ו.

[464] קכב) חו"מ סי' ר"ב ס"ק ג'.

[465] קכג) ר' גם **הרב הרצוג**, א', עמ' 191.

[466] קכד) עה"ש חו"מ סי' ר"ב.

[467] קכה) **הרב הרצוג**, א', עמ' 191-189.

[468] קכו) **גולק**, א', עמ' 119-118.

[469] קכז) "דאמר קרא: 'ויתן להם אביהם מתנות וגו' עם ערים בצורות ביהודה".

הקרקע, ואין הכרח כי טיב ההסכם או תנאיו לגבי הקנאת המקרקעין והקנאת המיטלטלין יהיו שווים: אפשר, למשל, שההסכם ההקנאה האחד יהיה מכוון למכר בעוד שרעהו יהיה למתנה, וכיו"ב.

על אף השערתנו הנ"ל בדבר מקורה של דרך קניין זו, העובדה היא כי לבסוף אמנם התפתחה מ"קניין אגב" דרך הקנאה סמלית גרידא, והדבר התאפשר מתוך כך שמקרקע כלשהו - ואפילו מקום שכור בבית כנסת, אשר השוכר ישאילו לאחר לישיבה חד פעמית - מספיק כדי להקנות אגבה אוצר שלם של מיטלטלין. יתר על כן, עתה אף אין עוד הכרח לפרש ב"קניין אגב" מהם המקרקעין שאליהם מתייחסת ההקנאה ביסודה, ונמצא שאף אם למעשה אין מקנים שם שום מקרקעין כלל, אלא כותבים שטר על הקנאת מקרקעין בעלמא ומטלטלין מסוימים אגבן, נמצא שאי אפשר על כל פנים לסתור את ההקנאה [[200]] אלא בהוכחה שאינה מתקבלת על הדעת, שבשעת ההקנאה באמת לא היו למקנה מקרקעין כלשהם.

גם השימוש הסמלי ב"קנין אגב" (בדומה למה שראינו ב"קניין חצר") אינו מותאם ביותר למכר, ובא הוא בחשבון בעיקר לצרכי הקנאת מיטלטלין בהקשרים מיוחדים, כפי שעוד נוסיף ונראה.

7. תיקונים מיוחדים בקשר למעשה קניין במקרקעין ודרישת הרישום (בדיני ישראל ובשיטות אחרות)

מעשי הקניין השונים שסקרנו עד כאן לא היו כלליים - היינו מותאמים לכל מיני הנשואים, אשר מכר עשוי לחול עליהם, - אלא הם היו רק מעשי קניין הבאים בחשבון לשם מכר של **נכסים במוחזק**[470]; אך במעשי הקניין השייכים במיוחד למסגרת המצומצמת הזאת דנו במעורב, במעשי קנין של מקרקעין ובמעשי קנין של מיטלטלין, וראינו כי חלקם עשויים לחול בין על מקרקעין בין על מיטלטלין (מעשי החזקה - תוך ההבחנות המתאימות - "קניין סודר" ומחילת בעל הבית), חלקם שייכים מטבעם רק במיטלטלין ("קניין חצר" ו"קניין אגב", ולמעשה גם תקיעת כף, "סיטומתא" וכיו"ב), וחלקם החלים בסתם רק במקרקעין אך עשויים לחול גם במיטלטלין במקרים מיוחדים או על פי התנאה מיוחדת (תשלום כסף ומסירת שטר).

והנה, כל אותם המעשים שראינו כי יכולים הם להעמיד הקנאת מקרקעין - יכולתם זו אמורה באמת רק על פי [[201]] סתמו ועיקרו של הדין, אבל על פי מצבו הממשי של הדין, כפי שבא הוא להיות מתוקן במקומות ובזמנים שונים, יתכן שחופש הבחירה האמו לא יחול, אלא יידרש איזה מעשה מיוחד, בדווקא - והדבר חשוב ביחוד בימינו, לנוכח הנטייה הכללית שעלתה, כפי שהזכרנו[471], והדורשת דוקא מעשה פומבי בהקנאת המקרקעין[472].

---

[470] קכח) ואמנם, ראוי להדגיש: לא נכסים **מוחזקים**, כי אם נכסים **במוחזק**, - כי מעשי הקניין שסקרנו עשויים באמת להעמיד מכר של נכסים במוחזק, בין אם אותם נכסים מוחזקים בשעת מעשה על ידי המקנה ובין **שאין** הם מוחזקים (והיינו **שאין הם מוחזקים כלל**; במעשי הקניין העשויים להקנות נכסים המוחזקים **על ידי גזלן** נדון לחוד להלן).

[471] קכט) לעיל, בפרקנו, סע' ג', מס' 3 ומס' 5.

[472] קכט-1) מעשה פומבי - וביחוד רישום - עשוי להידרש כיום גם בהקנאתם של מיטלטלין מסוימים כגון מכוניות, וביחוד ספינות (ר' למשל, סע' 26 של חוק הספנות (כלי שיט), תש"ד, במדינת ישראל), אך אנו נדלג כאן על דינים מיוחדים מסוג זה.

במקורות של דיני ישראל מוצאים אנו כי "אמרו חז"ל, דזה שכסף לבדו קונה בקרקע - בד"א? במקום שאין דרך לכתוב שטר, אבל במקום שדרך לכתוב שטר, לא קנה עד שיכתוב את השטר, ושניהם יכולים לחזור בהם, דלא סמכה דעתיה דלוקח עד כתיבת השטר, בין שהשטר הוא שטר קניין בין שהוא שטר ראיה,- רק בשטר ראיה, כשכותב השטר, קונה למפרע משעת נתינת המעות, ובשטר קניין אינו קונה רק משעת השטר. ולכן, במקום שהמנהג שכל זמן שלא בא קיום מערכאות לא נגמרה המכירה, אין הקניין נגמר עד שיתקיים בהערכאות, וכשנגמר - קונה למפרע"[473]; ובדומה לכך, "במקום שהמנהג שלא לקנות בלא שטר, אינו קונה בהחזקה, וכן כשהמנהג לקיים בערכאות לתוקף העניין, אינו קונה (בהחזקה) בלא זה"[474].

[[202]] אולם, דברים אלה הריהם עוד כמובן רופפים עד מאוד. התפתחות הרבה יותר יציבה ומוחלטת בכיוון זה מוצאים אנו בשיטות החדישות, הנוכריות, אשר לא היו תלויות כאן - כדיני ישראל בגלות - בעמדתם של מנהגים או חוקיים מקומיים שונים מבחוץ, אלא יכלו לכפות באופן מכוון ואחיד את מה שנראה בהן כנכון ורצוי מתוכן.

את הסקירה ההשוואתית לבירור הגישה ההגיונית ביותר לכאורה בעניין זה, מבחינה אובייקטיבית, נפתח בדין שהיה נהוג **במדינת ישראל לפני הכנסתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט.**

הרקע לנידון היה בדיני המכר של המג'לה, כפי שראינו אותם למעלה, אך סעיף 4 של פקודת העברת קרקעות קבע כי אין תוקף להסכם מכר המתיחס למקרקעין אלא אם כן תתקבל לגביו הסכמה בכתב מאת המנהל של מחלקת הקרקעות; והוראה זו פורשה בע"ק 1/36 (חסן חמד נגד בילסינה, פל"ר, ג', עמ' 178), שהמכר של המג'לה נעשה על ידיה למכר על תנאי משהה, והיינו שאין זה בטל מעיקרו אלא מתקיים הוא במצב רדום עד שמתקבל האישור הדרוש. פירוש זה לא נדחה כנראה מעולם במפורש[475], אך מסתבר שהוא סתר הוראות נוספות של הפקודה, ולמעשה התעלמו ממנו ולא נהגו על פיו. לפי ההוראות הנוספות האלו (סע' 4, 7, ו-11), נראה שחוזה מכר צריך היה להיערך דווקא משנתקבל האישור - ולא קודם - והוא צריך היה להיערך דוקא בשטר; ויתר על כן, בסע' 11 נאמר כי "כל העברה שלא ניתנה לה ההסכמה הדרושה על פי סע' 4 תהא **בטלה ומבוטלת**". יתר על כן, בסע' 7 נדרש כי שטר המכר (הנערך לאחר האישור) **יירשם**, וברור כי הרישום לא אמור היה להיעשות [[203]] בתוקף למפרע. עם זאת יש לציין כי כל ההוראות האלו לא הבהירו - כי אם טשטשו - את הבעייה, באיזה רגע בדיוק נגמר לפי זה המכר: האם משעת ההסכם שאחר אישור המנהל ושעל פיו נערך השטר (ומאז על תנאי משהה להשלמת הפעולות הנותרות), או אולי משעת גמר עריכתו של השטר, או שמא רק משהושלם גם הרישום (ובלי שום תוקף, אפילו על תנאי, בינתים).

---

[473] קל) עה"ש חו"מ סי' ק"צ סע' כ"ה.
[474] קלא) שם, סי' קצ"ב סע' י"ז.
[475] קלב) השווה ת"א 250/46, רומנו נגד גדנסקי, פסקים מחוזיים ד', בעמ' 215.

רוב הפסיקה (לבד מפסקי הדין הבודדים שהזכרנו) קיבלה אפוא על כל פנים את ההנחה כי הסכם של מכר הנערך לפני אישור המנהל בטל מעיקרא ואין לו תקנה - אלא שבנקודה זו חזרה הפסיקה והסתבכה, מפני שהצדדים כמובן לא היו יכולים להגיע בכלל לקבלת האישור הדרוש בלי שיהא להם מלכתחילה הסכם, אשר לגביו יבקשו את האישור. התורה שהתפתחה קבעה כי במקרה שבהסכם המוקדם התכוונו הצדדים לגמור את המכר - אין בו אמנם ממש; ויתר על כן, אם בסמיכות להסכם בטל שכזה הועברה ההחזקה במקרקעין ללוקח, יחול סע' 12 של הפקודה, המטיל על כל אחד מן הצדדים קנס בשיעור רבע מערך המקרקעין. אולם, אם הצדדים התכוונו להסכם שאינו בא לגמור את המכר, כי אם רק להכין את מילוי הדרישות של הפקודה, הרי זה "הסכם למכור בעתיד", שהוא הסכם כשר וישר[476]. כפי שראינו לעיל, בסמיכות להערה ו', "הסכם למכור בעתיד", משמעו היה "התחייבות למכור"; אך בתור התחייבות, ממילא נעשה ההסכם נתון לאפשרות של "צו ביצוע בעין", לפי דיני "האקויטי" האנגליים, למקרה שתשלום פיצויים על הפרתו לא ייראה לשופט כתקנה מספיקה לנפגע, על פי המסיבות - ואילו "צו ביצוע בעין" כזה אינו נחשב על פי דיני "האקויטי" [[204]] כבעל משמעות חובית בלבד, אלא יש לו גם משמעות קניינית ממש במוחזק. באופן כזה חזרו אפוא הוראות הפקודה של העברת קרקעות ונהפכו במידה רבה על פיהן.

דיני "צו ביצוע בעין" ביחס להסכם מוקדם למכירת מקרקעין, גובשו בשורת פסקי דין אחרי הקמת המדינה[477], והרי סיכומם להלן. "צו הביצוע בעין" הריהו אמנם ביסודו רק צו לביצועה של התחייבות המכר, כלשונו, על ידי הצדדים, אך עם זאת מושרש הוא בכלל של ה"אקויטי", ש"דבר הצריך להיעשות דומה כעשוי". לפי הכלל הזה, כל התחייבות מכר הראויה להיות מוצאת אל הפועל הריהי ממילא גם מכר חדש, המעבירה מאליה את הזכויות נשוא ההתחייבות, כמחויב - ואם לא ברמה ה"לגלית" המלאה, הרי לפחות ברמה "אקויטבילית". אך כיצד יודעים אנו כי ההתחייבות ראויה אמנם להיות מוצאת אל הפועל? הווה אומר, כאשר הצדדים באמת מוציאים אותה לפועל בעצמם, עד למלוא הרמה ה"לגלית", או כאשר בית המשפט מוצא לנכון לצוות על הצדדים להוציאה אל הפועל - ובשני המקרים האלה מתגלה אפוא ההתחייבות כמכר "אקויטבילי" גמור **למפרע**. מבחינה זו, פסק הדין המצווה על ההוצאה לפועל אינו רק ציווי, אלא הוא גם פסק דין הצהרתי, המכריז על קיומו של המכר ה"אקויטבילי" מלכתחילה, משעת ההסכם, ומשמעותו הציוויית אינה [[205]] חשובה עוד אלא לעניין זה, שמחייבת היא את הצדדים, באופן פסוק, לא להסתפק רק בהתגשמותו של המכר ממילא, אלא גם לעשות את הדרוש עוד מהם כדי להשלים את הדרישות של פקודת העברת קרקעות. אם בית המשפט אינו מוצא לנכון לצוות על "ביצוע המכר בעין", אין פירושו של דבר בהכרח שההתחייבות נמצאת בזה בטלה מעיקרא, אלא פירושו יכול גם להיות שאמנם נמצאת שם התחייבות למכר עתיד, אבל על כל פנים

---

[476] קלג) על פי **דוכן**, עמ' 150.

[477] קלד) ע"א 51-5/48, בורשטיין נגד הממונה על רכוש האויב, פסקים (עליונים), א', עמ' 429; ע"א 114/50, נסים נגד אזולאי, פסקים (עליונים), ד', עמ' 303; ע"א 136/50, זיברט נגד בית ונחלה, פסקים (עליונים) ט"ז, עמ' 141; ע"א 73/54, זילברשטיין נגד פלק, פסקים (עליונים), י"ז, עמ' 378; ע"א 185/46, מרקוביץ נגד בן סינור, פסקים (עליונים), ב', עמ' 412; ע"א 114/53, פיק"א נגד האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקים (עליונים), כ', עמ' 208; ת"א 2314/52, וינשטיין נגד סטופיצבסקי, פסקים (מחוזיים), ד', עמ' 342.

התחייבות אשר "ביצועה בעין" אינו ראוי להיכפות והפרתה יכולה לבוא על תיקונה המספיק באופן אחר.

עוד יוצא, בהמשך הדינים של "צו הביצוע בעין", כי השאלה אם הצו ראוי או אינו ראוי להינתן, ביחס להסכם מסוים, הריהי דבר הצריך להיחתך על פי שיקול דעתו של בית המשפט, אך יש כללים אחדים להדרכתו של שיקול הדעת הזה. ראשית, אין הצו ראוי להינתן בסתם לגבי הסכם שאין בו זכרון דברים בכתב, חתום על ידי הנתבע; אך אין זה כלל מוחלט: אם התובע הועמד במצב כזה אשר יהיה בכך משום פגיעה במצפון אם יורשה הנתבע לעמוד על הטענה של העדר כתב" - יינתן הצו אפילו אין שם כתב, וביחוד אם התובע החל כבר לבצע את ההתחייבות שקיבל על עצמו, או שנמסר כבר הנכס ללוקח וזה "הוציא יציאות על תיקונים או שיפורים אחרים". חוץ מזה נדרש שהתנאים העיקריים בהסכם יהיו ברורים לחלוטין, שהמכר לא יהא נתון לברירתו של אחד הצדדים (אלא תביעת "הביצוע בעין" תהיה אפשרית לכל אחד מהם), שתביעת "הביצוע בעין" לא תהיה נמנעת על פי תנאי ההסכם גופא, שהתובע לא יהא מנוע משום הזנחת העניין (laches) ושעצם "הביצוע בעין" יהיה עוד אפשרי[478]. לבסוף, נחוץ עוד, כאמור, שתשלום פיצויים גרידא [[206]] לא יהא תקנה מספיקה לתובע לפי מסיבות המקרה, ולעניין זה רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגות הצדדים, בסבל אשר "צו הביצוע בעין" עלול להסב לנתבע, ובשיקולי צדק אחרים.

ניתן הצו וקיבל התובע את הקניין "האקויטבילי" במקרקע, פירושו של דבר הוא שהתובע קיבל למעשה למפרע את מלוא הקניין שהיה צריך לעבור אליו על פי המכר המכוון (לרבות זכות העברה לאחרים וזכות הוצאתם של מחזיקים שלא כדין) באותם גדרים ותנאים שצריכים היו לחול על פי המכר - ובאופן שהסייג "אקויטבילי" באמת לא נותר לו בהקשר זה אלא משמעות מדומה בלבד. כי מבחינה מעשית, עניינו של הסייג הוא בכך שזכויות הקונה עשויות עוד להידחות (כפי שהערנו לעיל) מפני מי שיבוא בטענות סותרות, מכוחו של המוכר, בתמורה ובתום לב, בעוד שבמקביל לזה נעשה המוכר ל-constructive trustee של הקניין "הלגלי" לטובת הקונה "האקויטבילי". אולם סייג המשמעות "האקויטבילית" של "צו הביצוע בעין" מתיחס רק **למפרע**, לתקופת הביניים שבין ההסכם למתן הצו; **משניתן הצו ואילך נהפך הקניין לקנין "לגלי" גמור**, כאילו אף נרשם כבר במחלקת הקרקעות - שוב אין הוא יכול להיפגם גם על ידי מי שיבוא בטענות סותרות בתמורה ובתום לב, שמקורן מאוחר ממתן הצו - ואילו העובדה שהצו ניתן, הרי זו מוכיחה ממילא ששום בעל טענות סותרות כאלה באמת לא נתגלה, וודאי לא יתגלה עוד, גם לגבי הזמן שבינתיים. במצב זה, החובה שמטיל הצו להשלמת הפעולות הדרושות על פי פקודת העברת קרקעות, הריהי רק חובה [[207]] להשלמתן של פעולות פורמליות, אשר למעשה אין להן עוד שום משמעות קניינית מיוחדת.

[478] קלה) אין הביצוע אפשרי, למשל, כאשר המוכר חזר והקנה בינתיים את המקרקע ללוקח אחר, שבא בתמורה ובתום לב ואשר על פי זה נחשבות זכויותיו עדיפות; אולם הקנאה סותרת ללוקח שאינו בא בתמורה ובתום לב אינה מונעת "צו ביצוע בעין" לטובת הלוקח הקודם (אף אם השנייה נרשמה בינתיים). הוא גם הדין בעיקול: ד"נ 30/67 (שטרן נגד שטרן, פסקי דין כ"ב - ב', עמ' 36).

התיאור שעד כאן היה מבוסס על חומר הנוגע בעיקר להקנאת הגוף. אולם הדרישות של פקודת העברת קרקעות חלו באמת על כל "disposition" של מקרקעין - מושג שאפשר להגדירו, בערך, ככל העמדה או העברה מוסכמת של "זכויות ריאליות" ושעל פי הוראה מפורשת הוצאה ממנו שכירות לתקופה פחות מ-3 שנים אך נכללה שכירות לתקופה ארוכה יותר[479]. ממילא משמע שגם התיקון "האקויטבילי" של הדברים חל בהקף המורחב הזה, ולפחות במידה שנכנס הוא לתחום המהותי של המכר. מן ההקף המורחב האמור נכנסו לתחום המהותי של המכר שכירות לתקופה ארוכה מ-3 שנים וכן העמדה וביטול של שעבודי שכנים בתמורה.

באנגליה אין רישום של חובה ביחס למקרקעין אלא במחוזות אחדים. מעבר לכך דומה כאן בדרך כלל הדין למה שראינו במדינת ישראל מלפני חוק המקרקעין, תשכ"ט, אלא שכאשר אין צורך ברישום עובר הקניין "הלגלי" במקרקעין, באנגליה, על ידי deed of conveyance, והיינו "מסמך כתוב וחתום בחותם, הנחתם גם ביד המקנה והנמסר על ידיו ללוקח, ובו מבטא המקנה את הכוונה להעביר קניין ללוקח... החותם וחתימת היד אינם מספיקים כדי להעביר את הקניין ללוקח בלא מסירה. מסירה אין פירושה מסירה פיסית גרידא, אלא מסירה המלווה במלים או בהתנהגות המורות על כוונת המקנה להיות קשור על ידי תנאי השטר..."[480].

במחוזות שנדרש בהם רישום, עובר הקניין "הלגלי" עם הרישום. אולם, לבד מרישום הקניינים "הלגליים" יש באנגליה גם רישום של קניינים "אקויטביליים" - וזה מפותח אף יותר מן הרישום "הלגלי" (העשוי לשמש רק לגבי מספר [[208]] מצומצם של קניינים[481]. הרישום "האקויטבילי" ממלא תפקיד של אזהרה, למניעת תום לב אצל קונים מתחרים, ויש שאף נדרש הוא כתנאי לעצם קיום הקנין כנגד קונים אחרים[482].

בצרפת, בעיקרו של דבר, אין העברת הקניין במקרקעין, על פי מכר, שונה מהעברת הקנין על פי מכר בנכסים אחרים, וחלים אפוא הדינים הכלליים שראינו לעיל. אולם, ההעברה במקרקעין טעונה רישום במשרד רישום האפותיקאות, ואין לה תוקף נגד צד שלישי הטוען לזכויות סותרות מכוחו של המוכר, הטעונות גם כן רישום ושאמנם נרשמו לפני שנרשמה העברת הקניין הנידונה. הרישום נעשה על פי שטר נוטריוני, והנוטריון העורך את השטר חייב להגישו לרישום אף שלא בטובת הצדדים, תוך שלשה חדשים.

דיני הרישום הללו חלים על כל העברה או העמדה של "זכויות ריאליות" במקרקעין (חוץ מאפותיקאות וזכויות קדימה לגבייה), וכן על שכירות מקרקעין לתקופה העולה על 12 שנה[483].

---

[479] קלו) סע' 2 של הפקודה.

[480] קלז) ראוי לציין את הדמיון בין הדברים האלה לבין דיני ההקנאה בשטר על פי המשפט העברי. הדמיון לדין העברי בהקנאת המקרקעין מתפשט כאן אף הלאה, כי למעשה - כפי שראינו כבר בסקירת המצב הישן במדינת ישראל - אף אין מכירים בהתחייבות של מכר מקרקעין הראויה ל"ביצוע בעין" והנותנת מקום לקניין "**אקויטבילי**", אלא אם היה שם כתב, או היתה מסירת המקרקע, או הלוקח כבר התחיל בתשלום.

[481] קלח) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ד'.

[482] קלט) צ'שיר, עמ' 632 ואילך, עמ' 98 ו-648 ואילך, עמ' 672 ו-636.

[483] קמ) צו מ-4 בינואר1955, סע' 28, 30, 32 ו-33. אף בשכירות מקרקעין לתקופה הפחותה מ-12 שנה, יש לרשום כל סילוק מוקדם של דמי השכירות לתקופה העולה על שלש שנים.

באיטליה דומה הדין בענייננו למצב בצרפת. הרישום נעשה במשרד רישום המקרקעין. שכירות "בלתי ריאלית" במקרקעין טעונה רישום אם תקופתה ארוכה מ-9 שנים. הנוטריון העורך את השטר אחראי להגשתו לרישום בדחיפות האפשרית וחייב קנס אם מעביר הוא על השטר 30 יום[484].

[[209]] יותר מוחלטת היא דרישת הרישום לפי השיטה **הגרמנית**. כאן אין תוקף להעמדה או להעברה מוסכמת של זכות "ריאלית" במקרקע אלא באמצעותו של רישום בספרי האחוזה, והרישום צריך להיערך בהתאם להסכמה מיוחדת של המקנה והלוקח. ההסכמה האמורה כאן היא הסכמה נפרדת לחלוטין מן החוזה החובי אשר ההקנאה תהא נועדת למלא אחריו, וצריכה היא להתיחס רק לעצם הגשמת ההקנאה וביצוע הרישום - במנותק מן הגידור הקאוזלי אשר במסגרתו ניתנת ההסכמה[485]. הרישום וההסכמה אינם מועילים זה בלי זה והם צריכים להיות חופפים בתוכנם מן הבחינה המהותית, אך הבדל של תוכן ביניהם ביחס **לכמות** אינו פוגם בעצם התוצאה הקניינית: זו מתקיימת בגדרי הכמות הקטנה יותר. כשיש הסכמה ורישום חופפים כדרוש - אין נפקא מינה איזה מהם קדם ומה הזמן שעבר ביניהם, ובלבד שההסכמה עוד לא תהא מבוטלת בזמן הרישום, במקרה שהיא קדמה.

עם זאת, כמובן, בדרך כלל לא יבוצע הרישום אלא על פי הסכמה המצויה מקודם כבר - אם כי יש לציין, שלמעשה לא יבוצע הרישום גם על פי ההסכמה שכבר ישנה, אלא נחוצה עוד מלבדה בקשה מיוחדת לביצוע הרישום, שתוגש על ידי הלוקח. באופן עקרוני אין ההסכמה צריכה שום צורה מיוחדת, אך יש צורות מסוימות הקבועות בחוק[486], ואם ההסכמה נעשית באחת הצורות האלו אין היא ניתנת לביטול באופן חד צדדי ואף אינה מתבטלת מאליה במקרה שנופלת הגבלה כלשהי בכושר ההקנאה של המקנה אחר שהוגשה כבר בקשת הרישום.

במקרה שהלוקח זוכה בתביעה למילויו של חוזה המכר החובי (בהבדל מתביעת פיצויים), בא פסק הדין במקום ההסכמה לרישום[487].

ביחס לחוזה המכר החובי, המתייחס להעברת קניין הגוף במקרקע, או להעמדתו או העברתו של קנין מקום, יש לציין כי צריך הוא להיערך [[210]] דווקא בשטר נוטריוני - אולם, עריכה כזאת אינה תנאי לרישום, ואם מתבצע הרישום בלעדי כן, על דעת הגשמתו של המכר החובי שנערך ללא שטר, מקבלים תנאי אותו הסכם תוקף בדיעבד. דרישת השטר הנוטריוני חשובה אפוא רק לעניין תוקפו של המוכר החובי מלכתחילה[488].

---

[484] קמא) ספר החוקים האזרחי, סע' 2643.

[485] קמב) ר' לעיל, פרק א', נושא שלישי, סע' ח', הערה רס"ז.

[486] קמג) הצורות הן: שטר נוטריוני; יפוי כוח נוטריוני לביצוע הרישום, הניתן מן המקנה ללוקח; או מסירתן של הצהרות ההסכמה במשרד ספרי האחוזה.

[487] קמד) הסקירה מבוססת על **וולף-רייזר**, עמ' 117 ואילך, ור' סע' 13 של ה-Grundbuchverordnung וסע' 894 של הצפ"א.

[488] קמה) בג"ב, סע' 313, וסע' 11 של ה-Erbbaurechtsverordnung מ-1919.

בשוייצריה דומה הדין למצב בגרמניה, במה שנוגע לעקרון שאין העמדה או העברה מוסכמת של זכות "ריאלית" במקרקעין אלא באמצעותו של רישום בספרי האחוזה. כמו כן, נדרשת כאן הסכמה מיוחדת של הצדדים ביחס לביצוע הרישום - נוסף על החוזה החובי אשר ההקנאה באמצעות הרישום תבוא למלא אחריו. אולם הסכמה זו, בשוויצריה, איננה "מופשטת" מן הבחינה הקאוזלית, אלא נידונה היא במסגרת התכלית של מילוי החוזה החובי. הסכמה צריכה כאן להיות דווקא בכתב ועשויה להיכלל בשטר המכר החובי. הסופר העורך את שטר המכר רשאי בסתם לדרוש את הרישום על פיו - אם הצדדים אינם מורים אותו אחרת - והקנטונים השונים יכולים להתקין שבתחומם יהא הסופר מוסמך לדרוש את הרישום בתוקף תפקידו, אף שלא בטובת הצדדים. פסק דין לביצוע החוזה החובי איננו משמש כאן רק כתחליף להסכמת הרישום, בדומה לגרמניה, אלא הוא עצמו מגשים גם את עצם ההקנאה במוחזק, אף בלעדי הרישום[489].

חוק המקרקעין, תשכ"ט, במדינת ישראל, ביטל את הדינים מתקופת המנדט שסקרנו לעיל ואימץ לו גם הוא את עיקר השיטה הגרמנית. לפי אימוץ זה אין זכות הנידונה בחוק המקרקעין נוצרת או עוברת על פי הסכמת הצדדים[490] אלא באמצעות רישום בפנקסי המקרקעין - או, יותר נכון, באמצעות **אישור רישום** על ידי הרשם - לבד משכירות והשאלה [[211]] לתקופה הפחותה מ-5 שנים[491]. אף על פי שהחוק אינו מזכיר בפירוש את ההסכמה המיוחדת שעל פיה יבוצע הרישום, ואף על פי שמושג ה"קאוזה" אינו מוכר במשפט המדינה, נראה הדבר מחויב על פי טבע הענין שהסכמה מיוחדת כזאת תהא אמנם נדרשת גם במדינת ישראל, ונראה הדבר ברור על פי סע' 7 של החוק שהסכמה זו - ומעשה הרישום כולו - יידונו במסגרת התכלית של מילוי חוזה חובי. הסעיפים 160 ו-161 מונעים בפירוש את האפשרות שלחוזה החובי המוקדם תיוחס משמעות קניינית במוחזק, ולו גם על תנאי. החוזה החובי המוקדם צריך להיות - על פי סע' 8 - בכתב, אך מצירוף הסעיפים 6 ו-7(ב) משתמעת האפשרות שגם התחייבות שלא נערכה בכתב תוכר כהתחייבות בעלת תוקף, ולפחות כשהצדדים התיימרו בהסכם לא רק להתחייב להקנאה, אלא גם להגשים את ההקנאה במוחזק לאלתר, ללא רישום. בלבול נוסף מתגלה בסע' 9 של החוק, הקובע שבין שתי התחייבויות סותרות ביחס למקרקעין, אשר שתיהן עוד לא בוצעו ברישום (או על ידי קבלת האישור לרישום) עדיפה ההתחייבות הראשונה - והווה אומר שהיא עדיפה לביצוע, בעוד שהשנייה תצטרך להיפטר בפיצויים; אך אם הצד הזכאי על פי ההתחייבות השנייה פעל בתמורה ובתום לב, וזכותו גם נרשמה (או אושרה לרישום) בעודו בתום לב - זכותו שלו עדיפה. והנה, תוצאה זו כשלעצמה, ודאי היתה מתקבלת ממילא גם אלמלא נקבעה בפירוש; אך מאחר שנקבעה, משתמע מכאן שאם זכותו של השני נרשמה אף על פי שלא פעל בתמורה ובתום לב, עדיפה זכותו של הראשון. לכאורה פירושו של דבר הוא, שהראשון יכול להוציא מיד השנה אף לאחר הרישום - ומשמע לא רק שרישומו של השני [[212]] לא הועיל, אלא גם שהראשון קיבל קניין במוחזק בלי רישום. תוצאה זו היא מרחיקת לכת מאוד, כי למעשה יש בה כדי להחזיר מבעד

---

[489] קמו) **רוסל ומנתא**, כרך ב', עמ' 322 ו-324, וכרך ג', עמ' 328-227; **וולף-רייזר**, עמ' 118; צג"ב, סע' 656 ו-665.

[490] קמז) אמנם, בסע' 6 של החוק נאמר רק "לפי רצון המקנה", והסכמת הלוקח אינה נזכרת, אך ברור שאין הדברים מתייחסים להקנאה שהיא באמת חד צדדית גרידא, כמו - למשל - דרך צוואה, על פי חוק הירושה, תשכ"ה.

[491] קמח) סיע' 6, 7, 79(א) ו-83.

לחלון את דיני הקניין "האקויטבילי" שהוצאו בעד הפתח - ולא נשאר אלא לחכות ולראות מה ייעשה בה בבתי המשפט.

אולם, התוצאה איננה מלמדת רק על בלבולם של בעלי החוק, אלא היא מסמנת גם עד כמה באמת קשה להסתפק בעקרון הנוקשה, שהקניין במקרקעין במוחזק לא יקום אלא ברישום. כבר ציינו לעיל את הפירכה שבהפרדה בין העברת הקנין הנומינלי, מצד אחד, לבין ההעברת ההחזקה, מצד שני, והעברת נטל הסיכון וזכות הפירות, מצד שלישי - אך הדרישה לרישום כמעשה הקניין האפשרי היחיד להעברת הקנין תביא אמנם בדרך כלל להפרדה כזאת בהכרח, ולפחות להפרדה הזוגית בין הקנין הנומינלי, מצד אחד, והגורמים התוכניים מצד שני[492], מפני שבדרך כלל יהיו הצדדים מעוניינים להעביר את אלה כבר לפני הרישום. והנה עתה, בבלבול המיוחד המסבך את עקרון הרישום בחוק המקרקעין של מדינת ישראל, משתקף לפנינו עוד קושי נוסף על הנ"ל, והיינו שההקפדה על עקרון הרישום אמנם יכולה להיות גם **בלתי צודקת**, וזאת בלי שתשלום המס של חוסר הצדק יהא באמת נחוץ להשגת המטרה אשר עקרון הרישום נועד לשרתה. מטרת העקרון היא, כמובן, לפטור את הלוקח מן הצורך לחקור, שמא הקניין המוצע לו על ידי המקנה המוחזק הועבר כבר בינתיים בהסתר לקונים אחרים, העשויים עוד להופיע ולדרוש את שלהם - אך מטרה זו, מטבע עניינה אין היא שייכת אלא בלוקח הבא **בתום לב**; אין שום טעם שעקרון הרישום יגן [[213]] גם על לוקח **היודע** על הסדר ההקנאה הקודמת ושאינה פגומה אלא בכך שעדיין לא נרשמה: הגנה כזאת תהא רק בבחינת עושק של הלוקח הקודם[493], ולכן בודאי אך הגונה וצודקת היא התוצאה של סע' 9 בחוק המקרקעין, המונעת את הגנת דיני הרישום מן הלוקח העושק. אולם, חוק המקרקעין באמת אינו מתאים את עקרון הרישום לתחולת הסייג: להלכה משאיר הוא את העקרון בתקפו המלא והבלתי צודק, ואילו את התיקון המצדיק רק מגניב הוא בעילום, ואולי אף שלא בכוונה - ובזה ודאי הולך הוא בדרך פסולה.

בשים לב לכל השיקולים הללו, המסקנה היא שגם אם ראוי אמנם עקרון הרישום להתקבל, כתקנה מועילה, מכל מקום אסור לקבלו בצורתו הגרמנית הנוקשה - אשר בה למעשה נהפכת קבלתו לשקר ולעוול גם יחד, - אלא יש לקבלו רק **כתיקון**, על רקע דיני ההקנאה הרגילים, שיישארו בעיקרו של דבר בעינם. זוהי הצורה שבה משמשים דיני הרישום בצרפת ובאיטליה ובה הם פותחו גם בפסיקה של מדינת ישראל, במסגרת השיטה האנגלית; אלא שכנגד דרכי האימוץ האלו יש לומר שעל פי השיטה האנגלית יוצאים הדברים מסובכים מאוד, שלא לצורך, ואילו לפי השיטה הצרפתית והאיטלקית משתבשת על כל פנים בהירות התפיסה העיונית[494]. בהתאם לכך, בהצעתי שלי לחוק המקרקעין, שהגשתי בהיותי עובד במשרד המשפטים, הצעתי לאמץ את עקרון הרישום בדרך זו:

---

[492] קמח-1) וזאת אף אם תיוחס לרישום - בכל מקרה מתאים - המשמעות של קונסטיטוט פוסורי.

[493] קמט) השווה למה שאמר השופט לנדאו בע"א 73/54 (זילברשטיין נגד פלק, פסקים (עליונים) י"ז, עמ' 378): "אפשר לטעון שאדם הקונה דירה... אל ישלם כסף ואל יכנס לדירה לפני ההעברה בספרי האחוזה. זאת עצה מצוינת להלכה, אבל אין בה שום נחמה לקונה, שלא יוכל להשיג דירה מפני שהקבלן אינו מסכים למכור לו אותה בתנאים אלה".

[494] קמט-1) למשל, אין ברור לפי שיטה זו מהו בדיעבד, מן הבחינה הקניינית, דין התקופה שבין העמדת המכר הנסתר לבין היכנס סתירתו לתוקף עם רישום הקניין הסותר.

"סע' 103. מיקח המקרקע לגופו או לשעבוד שהיה בו למקנה - [[214]] שלא בדרך הרישום[495] - נעשה על מנת[496] שלפני רישומו בספרי האחוזה לא יירשם שם מכוח המקנה[497] קניין סותר, ולא יועמד מכוחו קניין סותר שאינו צריך רישום, לטובתו של אדם שדימה לקנות בתום לב וכנגד תמורה, בהסתמך על קניינו הרשום של המקנה[498]; אולם הלוקח יכול מכל מקום לקיים את מיקחו ולראות את ההקנאה הסותרת כאילו נעשתה על ידי שלוחו.

"סע' 104. קניין אינו צריך רישום אם נכלל הוא באחד הסוגים הבאים:

א) שעבוד המזכה את הקונה להשתמש בבניין או בחלק ממנו בבחינת בעל החצר, והעומד על פי קשר שכירות בבניין של דירות העשויות להשכיר או בבניין העשוי להשכיר והשייך לבעל בית העוסק בהשכרת בתים;

ב) שעבוד הנוצר על פי דין ושלא נקבע בו אחרת;

ג) שעבוד בין השותפים בקניין הפטור מרישום על פי הסעיפים הקטנים א' וב'.

"סע' 105. במיקח קרקע לגופו או לשעבוד רשום שהיה בו למקנה - שלא בדרך הרישום - וכן אם הועמד על פי הסכם ושלא בדרך הרישום שעבוד האמור להתקיים כנגד לקוחותיו של בעל. [[215]]

"סע' 195. שעבוד שלא נרשם בספרי האחוזה ושאינו פטור מרישום על פי סע' 104 יסתיים עם העברת קניינו של בעל הבית הישיר, אלא אם הסכים הלוקח לקיימו, וכן יסתיים השעבוד עם העמדתו של שעבוד סותר, אלא אם יבקש קונה השעבוד הנסתר לקיימו בכפוף לשעבוד האחר.

"סע' 196. מקום שהקניין המועבר או השעבוד הסותר אינם פטורים מרישום על פי סע' 104, לא יסתיים השעבוד כאמור בסע' 195, אלא עם רישום העברת הקניין או השעבוד הסותר, ובתנאי שהשעבוד נשאר בלתי רשום עד אותו זמן". [[216]]

---

[495] קנ) ובכן, הרישום מוצע כאן על כל פנים גם כמעשה קנין אפשרי בפני עצמו, בהבדל מן הדין בצרפת ובאיטליה.
ההנחה ביחס לדברי הקנין המכינים את הרישום היתה כי משעה שנמסרה עליהם הצהרה מספקת לפני פקיד הרישום, לשם עריכת הרישום על יסודם - שוב לא יוכל איש מן הצדדים לחזור בו מהם, בלי הסכמתו של רעהו - על פי ההנחה שהפקיד נעשה בזה שלוחם של כל אחד מן הצדדים לטובת חברו. ר' תשובת הרשב"א סי' אלף ול"ו.
לבעית האישור למפרע, מעין מה שראינו במשפט הגרמני, שההסכמה על הרישום יכולה לבוא גם בדיעבד, נחזור עוד לחוד להלן.

[496] קנא) היינו על תנאי מפקיע, כפי שיוסבר בהמשך חיבורנו.

[497] קנב) ובכן, רישום עיקול לא יועיל לסתירת הקניין שאינו רשום.

[498] קנג) גם בנקודה זו יש להעיר על הבדל עקרוני בין ההצעה לבין הדין הצרפתי והאיטלקי, ואף השיטה האנגליציסטית: לפי השיטות האלו, אם הקניין הסותר שנרשם הוא מצומצם יותר מן הקניין הנסתר שלא נרשם אין הקניין הנסתר מתבטל לגמרי, אלא הוא מתבטל רק בגדרי הקניין הסותר, ואילו השיור נשאר בעל תוקף - לפחות כל זמן שאין הקונה עומד על זכויותיו על פי דיני החוזה **החובי** שהופר. זוהי כמובן תוצאה בלתי הגיונית, וההצעה מכניסה במקומה את ביטול החוזה הנסתר בכללו. הסיפא של סעיף ההצעה חוזר ומאזן את הדברים.

8. הקנאת נכס ללא זכות החזקה - הקנאה כנגד שומר או גזלן המחזיקים בנכס - מעמד שלשתן והרשאה - העברת תביעה והקנאת שטר - הקנאת זכיון

הסוגים השונים של מעשי קניין שמנינו עד כאן, הריהם ממילא - כפי שראינו - גם מעשים של העברת ההחזקה, באופן שכוחם להקנות וכוחם להעביר החדקה ניזונים זה מזה, תלויים זה בזה ומסתברים זה על פי זה. יוצא מן הכלל נמצא לנו רק במקרה הנדיר של הסכמה לקנות ולהקנות נכס, אשר בשעת מעשה עומד הוא מחוץ להחזקת כל אדם (אך יש בו על כל פנים אפשרות של הקנאה במוחזק), שאז עשויים עוד בכל זאת להועיל בו לא רק מעשי הקנין על ידי מעשה החזקה, אלא גם הסוגים האחרים של מעשי הקניין שסקרנו, אשר בדרך כלל היה מתגשם בהם ממילא "קונסטיטוט פוססורי", ואין הדבר מתקיים בהם כאן: והיינו שמועילים הם אף על פי שמעבירים הם פה רק את הקנין, בלא העברת החזקה, ומבחינה מעשית - אם כי לא משפטית - זקוקים הם עוד להשלמה על ידי מעשה החזקה ממשי מצד הלוקח.

אולם העניין מסתבך גם באופנים אחרים, וקודם כל כאשר הזכות אשר לשמה נערכת ההקנאה אינה כוללת בה זכות החזקה - אף על פי שהזכות היא אמנם במוחזק - וכגון קניין מן הסוג אשר בספר על "דיני הקניין במוחזק" קראתי לו "קניין הנאה מוגבלת"[499]. נראה לומר כי במקרה כזה גם כן אפשר להשתמש (תוך ההבחנות המתאימות בין מקרקעין ומטלטלין) בכל מיני מעשי הקניין שסקרנו - ואפילו במעשה החזקה - והמעשה יעמיד או יעביר רק את הקנין, ולא יעביר החזקה. אם [[217]] הקניין הוא מסוג שעבודי התשמישים, יוכל להועיל להעמדתו, בנוסף על כך, גם מעשה מחילה על זכות התביעה בנזיקין[500]. אם המדובר הוא בשעבוד נזקים, העמדתו המוסכמת היא רק במחילה[501] - והמחילה, כפי שראינו, די לה בהצהרת המוחל גרידא, כלפי הנמחל[502]. אולם, כפי שראינו בספר על "מושג הקנין ומערכת זכויות הממון"[503], אפשר גם שהצדדים לא יסתפקו בהצהרה בעל פה גרידא, והמחילה תועמד - דרך "אילום" - על ידי "קניין סודר" או בשטר.

סיבוך אחר נוצר כאשר ההקנאה מתייחסת לנכס המוחזק בידו של אדם שהוא שומר למקנה. במקרה כזה, כפי שכבר ראינו בספר על "ההחזקה ודיניה"[504], גם כן חלים כל מיני מעשי הקניין שסקרנו לעיל, וכאשר המעשה איננו מעשה החזקה (ויש שם זכות החזקה ללוקח), אף מתבצע כאן - על ידי אותו מעשה - "קונסטיטוט פוססורי"; אלא שה"קונסטיטוט פוססורי" הזה אינו מסתיים רק בין המקנה והלוקח לבדם, והמקנה נעשה שומר ללוקח באמצעות השומר המחזיק בנכס בפועל, משמו. המקנה יוצא מן המעגל, וקשר ההחזקה נקשר במישרין בין הלוקח ואותו שומר ישיר כשבא הדבר על סידורו באחד מאופני העברת תביעתו של בעל הביעת, כפי שעוד נחזור ונראה להלן.

---

[499] קנד) שם, פרק ד', סע' ה', בסמיכות להערה ס"ט ואילך.
[500] קנה) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ו', סע' ה', מס' 4, בסמיכות להערה קט"ז.
[501] קנו) שם, פרק ו', סע' ה', מס' 3.
[502] קנז) לעיל, פרק א', נושא שלישי, סע' ג', בסמיכות להערה קצ"ה, וסע' ה, בסמיכות להערה ר"ב.
[503] קנח) חלק שני, פרק ה', סע' א-ב.
[504] קנט) פרק ג', סע' י', מס' 1, בסמיכות להערות קל"א-קל"ג.

אולם, סיבוך גדול וחשוב מכל אלה מתרחש כאשר הנכס העומד להקנאה במוחזק - ולו גם לזכות הכוללת בה זכות החזקה - הריהו אמנם מוחזק, אבל לא על ידי [[218]] המקנה עצמו או שומר משמו, כי אם בהחזקה **ניגודית** למקנה - החזקתו של גזלן.

במקרה כזה, מבחינה עקרונית, עדיין יכול כמובן להועיל מעשה קניין שיתבטא במעשה החזקה, והיינו שהלוקח ילך ויתפוס את הנכס, על דעת המקנה, מיד הגזלן, כדי לקנותו; אך סידור כזה לא יבוא בדרך כלל בחשבון מסיבה מעשית. מעבר לכך, כפי שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה"[505], כשהמדובר הוא במקרקע, אמנם יכולים עוד להועיל שוב מעשי הקניין הרגילים האחרים - אך זאת רק בתנאי שהמקנה יכול לצייד את הלוקח בראיות, שתאפשרנה לו להוציא את המקרקע בדין מיד הנגזלן[506]. אין צריך לומר שהמעשה לא יהווה "קונסטיטוט פוססורי", והקנין יעבור במנותק מן ההחזקה. כשאין למקנה ראיות מספיקות, אין שום מעשה קניין יכול להועיל, ולמעשה אין האיש יכול להקנות את המקרקע בכלל - אף על פי שאולי לאמיתו של דבר הוא עדיין הבעל ויתכן שהראיות הדרושות עוד תימצאנה לו בעתיד.

לעומת זאת, במיטלטלין, מופיעים הדברים באופן שונה. כאן ההנחה היא שהגזילה מוציאה את הנכס מיכולת ההקנאה של הבעלים לאלתר - ואף אם יש להם ראיות להוציא את הנכס בדין מן הגזלן[507]. אולם, למעשה, גם לגבי המיטלטלין, עוד ניתנת לנגזל היכולת להקנות אף כשהנכס הוא ביד הגזלן, אלא שיכולת זו אינה נתונה כאן באמצעות מעשי הקניין הרגילים (לבד מתפיסה, כנ"ל), ובמקומם נחוץ מעשה שיגלם את העברת תביעתו של הנגזל, [[219]] כלפי הגזלן, אל הקונה[508]. טעם ההבדל עשוי להיראות לכאורה כדוגמטי בלבד, אך למעשה מסתבר הוא מתוך שיקולים ענייניים עד מאוד. במקרקעין, הדין הוא שאין הגזלן אחראי לנזקים שלא נגרמו מחמתו, אך במיטלטלין הדין הוא שהגזלן אחראי במוחלט, ולפעמים אף יתכן ששוב הוא לא יהיה חייב או לא יוכל כלל להחזיר את הנכס בעינו, אלא יהא חייב רק להחזיר את תמורתו הכספית[509]. בהתאם לכך, במקרקעין - משאך מוכיחים את הגזלה ואת ההקנאה ללוקח, יכול בית הדין לסלק את הגזלן, לטובת הלוקח, בלי שום בעיות נוספות ביניהם - שהרי הגזלן לא יהא אחראי כלפי הבעלים להוצאת המקרקע מידו ללוקח, גם אם הוכחת ההקנאה היתה מבוססת בכזב; ומצד שני, אם ההקנאה היא אמנם נכונה, אבל הגזלן החזיר בינתיים את המקרקע למקנה או העבירו לאחרים, הרי אף אם נכיר את ההקנאה כבעלת תוקף כשלעצמה, מכל מקום לא תהא ללוקח שום תביעה על פיה כלפי אותו הגזלן, בגין כך[510], אלא הוא יוכל רק ללכת ולתבוע מכוחה את שלו מכל מישהו אחר המחזיק במקרקע שלא כדין. לעומת זאת, במיטלטלין, עשויות להתעורר בעיות שונות ומשונות. כאן, על פי הדין הפשוט, אם יוצא הנכס מיד הגזלן על פי הוכחת הקנאה מזויפת, או הקנאה שהיא בטלה בגין הקנאה אחרת קודמת, יישאר על כל פנים הגזלן אחראי כלפי הנגזל או הלוקח הקודם - ובודאי לא מן הצדק יהיה לסכן את האיש בהפסד החפץ וצווי האחריות כאחד.

---

[505] קס) פרק ג', סע' י', מס' 1, הערה קכ"ח, ופרק ד', סע' ב' וג'.
[506] קסא) בבא מציעא ז' א'.
[507] קסב) דברי ר' יוחנן בבבא קמא ס"ח ב'.
[508] קסג) שו"ע חו"מ סי' קכ"ג סע' ח'.
[509] קסד) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ח', סע' א'.
[510] קסה) אם כי תוכל להיות לו אולי תביעה בגין נזקי ידיו או גרמתו של הגזלן, שנגרמו אחר ההקנאה.

שנית, אם בינתיים שילם הוא בתום לב את הפיצוי הראוי לנגזל המקורי ודימה לזכות בחפץ לעצמו - ודאי לא נכון יהיה לחייבו בהחזרה ללוקח, מפני שזכייתו תהא ראויה [[220]] להיחשב כחלה למפרע משעת הגזלה[511] - ונמצא אפוא שבאמת אף אין מעשה הקנין הרגיל יכול להיחשב כאן כגילוי מספיק של סמיכת דעת, אשר תוכל להקנות. ושלישית, אותה תוצאה מתקבלת ומתחזקת עוד לנוכח האפשרות שבינתיים יזכה הגזלן בחפץ או יאבדנו בכל מיני אופנים אחרים - באופן ששוב הוא לא יהיה חייב בהחזרת החפץ, כי אם רק בתשלום הפיצוי - דבר שאינו כלל נושא להקנאה במיני מעשי הקניין הרגילים שמנינו כי אם רק להעברת תביעה[512].

בהתאם לכך נוצר הכלל שאמרנו, כי המיטלטל הגזול עומד להקנאה על ידי הנגזל, לא על ידי מעשי הקניין הרגילים, כי אם על ידי העברת תביעתו של הנגזל, שעל פיה יוכל הלוקח להוציא מן הגזלן בין את החפץ ובין את הפיצוי הראוי - בהתאם למסיבות - ושעל פיה, גם הסכנה שמא נתבטלה כבר בינתיים התביעה מעיקרא תבוא על יישובה במסגרת מתאימה.

והנה, הדרך המושלמת היחידה המתאפשרת על ידי טבע הדברים לעניין העברת התביעה במעשה אחד ולאלתר, הריהי הדרך הידועה בדינינו כהקנאה "**במעמד שלשתן**"[513]: כאשר החייב, הנושה והנמחה-המועמד מזומנים יחד, והנושה מגלה את דעתו להעביר את התביעה בהוראה לחייב ובנוכחות הנמחה (וההנחה המשפטית היא שהתביעה לא יכלה להיות כבר מועברת קודם למישהו אחר, שלא בידיעת החייב), והחייב אמנם אינו מתכחש באותו מעמד [[221]] לחבותו - ממילא יכולה ההעברה לחול על החייב ללא שום חשש לסיבוכים מצידו, וגם דעתו של הנמחה יכולה לסמוך שאמנם יוכל הוא לגבות את נשוא התביעה, ללא סיבוכי טענות בלתי צפויות, ממש כנושה המעביר בעצמו. לדרך זו אין שום תחליף של סידור מושלם אחר, למשל על ידי גמר ההעברה בין הנושה והנמחה לבדם והודעה על כך אחר כך לחייב - שהרי אם תהיה ההודעה מטעם הנמחה, ודאי אין החייב מחויב להאמין בה; ואף אם תהיה מטעם הנושה או מטעם שניהם (ואף אם תהיה ההודעה מוכחת ובלתי ניתנת לסתירת אמיתה) - מכל מקום אין הנמחה יכול לסמוך בינתיים על כך שלא תסוכל ההודעה על ידי הודעה סותרת, שתגיע לחייב מקודם, או על ידי טענות עלומות שתהיינה לחייב כנגד הנושה, בדומה למה שראינו לעיל. ומצד שני, כמובן, גם עצם ההודעה מן הנושה לחייב בדבר כוונתו להעביר את התביעה לזכותו של שלישי - שלא בנוכחות אותו שלישי - אינו יכול לשמש כמעשה המגשים את ההעברה במוחלט, שהרי עדיין לא נצטרפה כאן הסכמת הנמחה לקבל את ההעברה, ולא זו בלבד שאין דעת הנמחה יכולה לסמוך בינתיים שהנה עברה אמנם התביעה לזכותו, אלא גם דעת החייב אינה יכולה לסמוך שאמנם מסכים הנמחה ונהפך לנושהו ושוב הוא לא יהא חייב לפרוע לנושה הישן, אם יחזור בו הלה ויתבענו.

---

[511] קסו) בהבדל ממקרה דומה שהיה קורה במקרקעין, כי תשלום דמי המקרקע לנגזל אחרי הקנאה ללוקח היה נחשב כאן כמיקח **מאוחר**.

[512] קסז) כל מיני השיקולים מסוג זה אינם מפריעים לתוקפה של הקנאה כשהנכס מוחזק בידו של צד שלישי שהוא **שומר**, משום שאף על פי שגם שומר זה אינו מחויב להיענות להוכחת ההקנאה בלי העברת התביעה, מכל מקום יכול הלוקח לסמוך כאן על שמירת הביניים של המקנה, אשר מכוחה אף יש לו תביעה כנגד המקנה להעביר לו את ההחזקה הישירה בחפץ בכל עת שיידרש - והמקנה אמנם יכול להיות נאמן עליו שייענה לתביעה ויוכל להגשימה. מה שאין כן, כמובן, כשהחפץ מוחזק בידו של גזלן.

[513] קסח) שו"ע חו"מ סי' קכ"ו. ור' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', הערה קל"ג; כמו כן, בחיבורנו דנן, פרק א', נושא שלישי, סע' ג', בסמיכות להערה קצ"ה-4, וסע' ה', בסמיכות להערה ר"ב.

אולם, דרך זו של העברת התביעה ב"מעמד שלשתן", ודאי צפויה היא לעתים קרובות להיות קשה לביצוע, ולכן יש עוד [[222א]] לצדדים דרך אחרת לביצוע מוחלט של ההעברה, ולו גם בשתי פעולות משלימות: אם הנושה עושה את החייב לשליח (בכוונה החלטית ברורה) לפרוע את החוב ליד הנמחה - או שעושה הוא אותו איש ביניים לזכות לנמחה[514] - וגם הנמחה מצידו עושה את החייב לשליח לזכות לו, או שעל כל פנים מתברר לחייב שאמנם מסכים האיש, או אינו מסרב, לזכות בתביעה - נקשרת ההעברה בין הצדדים.

בשני האופנים הללו של "מעמד שלשתן" או הצטרפות דברי הנושה הממחה והנמחה, אפשר לא רק להעביר תביעה, אלא אפשר גם להקנות נכסים המוחזקים ביד שומר, תוך גמר ההקנאה במוחזק והעברת תביעתו של בעל הבית בעת ובעונה אחת[515].

אולם, גם הדרך הזאת של הצטרפות דברי הצדדים בדיעבד, כמובן לא תהיה תמיד נוחה לביצוע (ביחוד בשים לב לצורך החל כאן בהסכמת החייב) - ועל כל פנים גם לגבי הדרך הזאת וגם לגבי "מעמד שלשתן" קשה להעלות על הדעת שהן תוכלנה לבוא בחשבון מעיקרא לעניין העברת תביעה על גזלן, אשר ודאי אפשר להניח כי אמנם יתכחש להוראת ההעברה מצד הנושה ולא יקבל עליו בקשר לכך שום שליחות.

לכן, העברת התביעה [[222ב]] כנגד הגזלן מתבצעת בדיני ישראל בדרך השלישית והפחות מושלמת, המוכרת בדינינו להעברת תביעות והקרויה **הרשאה**[516]. ההרשאה, ביסודו של דבר, היא הקנאת נכסים שבידי צד שלישי, במוחזק או בראוי, הנתמכת בשטר (מקויים[517]), שבו מתאשר דבר ההקנאה ומתייפה כוחו של הלוקח להתדיין על הנכסים ולהוציאם מידי המחזיק. ההרשאה נתונה אמנם לסכנת סיכול על ידי הרשאה סותרת שתגיע אל המחזיק מקודם, או על ידי טענות [[223]] עלומות של המחזיק כנגד המרשה, ואף על ידי ביטול מכוון של ההרשאה בין המרשה והמחזיק - שהרי בינתיים אין המחזיק יוצא מכלל הנאמנות הראויה ממנו למרשה לבדו, ואם מקדים המרשה ומודיעו כי ההרשאה בטעות היתה, וכיו"ב, אין המחזיק צריך לברר את הדברים, ויש לו להסתפק בהודעת הביטול של המרשה; אבל על כל פנים, אם לכאורה נשארת ההרשאה בתקפה עד שמגיעה לידי המחזיק, והמחזיק פועל על פיה, הריהו מוגן כנגד המרשה[518] - ולכן

---

[514] קסט) גם השליח, בנידון שלפנינו, אינו מועיל למעשה אלא אם אמנם נעשה הוא איש ביניים לזיכויו של הנמחה - וההבדל בין שתי האפשרויות אינו כאן אלא בכך, שאם נעשה החייב רק לאיש ביניים בלבד, משמע שמעמדו לגבי הפרעון לנמחה הריהו רק בחובה הסבילה גרידא, אך אם נעשה הוא גם שליח, משמע שאף מקבל הוא עליו להביא את החוב לידי פרעון לנמחה על ידי הולכה פעילה מצידו. עם זאת יש להדגיש, שאמנם לא כל שליח של הולכת פרעון נעשה ממילא גם לאיש ביניים לזיכויו של הנמחה בתביעה נגדו, אלא נחוץ לשם כך שכוונת הזיכוי תשתמע לפחות מכללא - אך על כל פנים בבירור - מתוך דברי השליחות. ר' עה"ש חו"מ סי' קכ"ה סע' א-ב.

[515] קע) עה"ש חו"מ סי' ר' סע' ד'. מעשה הזיכוי לנמחה (שלא במעמד שלשתן) אינו מצריך כאן בהכרח מעשה קניין נוסף על עצם דברי הזיכוי, מפני שהממון נמצא כאן מלכתחילה ברשותו של איש הביניים, הזוכה לנמחה (ר' לעיל, בפרקנו, הערה מ"ה וההערות הנוספות הנזכרות שם). - על זיכויו של צד שלישי שלא בפניו, באמצעותו של איש ביניים, נעמוד עוד ביתר פרוטרוט בהמשך חיבורנו (פרק זה, סע' ח', הערה תנ"ה).

[516] קעא) שו"ע חו"מ סי' קכ"ב-קכ"ג, ודוק.

[517] קעב) שטר מקוים - היינו שחתימת כותבו או עדיו נתאשרה כאמיתית בחתימת בית דין, מוכרת כחתימה אמיתית של אותו בית דין על ידי בית הדן בעניין: ר' שו"ע חו"מ סי' מ"ו.

[518] קעג) כמובן, אם בעל דברו הוא באמת מורשה, והשטר איננו זיוף; אבל סכנת זיוף בשטר מקוים היא בודאי פחותה ביותר.

מחויב הוא להיענות לה. בין המרשה והמורשה, ההנחה היא אמנם שהמורשה הוא רק שלוחו של המרשה, ואין הוא אמור לזכות לעצמו, אבל הנחה זו ניתנת לסתירה, וביחוד כשאין ההרשאה מלווה בתנאי מפורש שההוצאות הן על חשבון המרשה. בעיה מתעוררת בקשר למקרים שבהם אין דרך של הקנאה שעליה תוכל ההרשאה להסתמך - היינו מיטלטלין גזולים (בהבדל ממיטלטלין הנתבעים משומר) או תביעה בראוי שאינה מיוצגת בשטר ואשר דרך הקנאה הפשוטה היא רק בשני האופנים שראינו לעיל[519] - אך נראה שבמקרים אלה (כמו גם, בעצם, במקרים האחרים) אין למעשה צורך במעשה קניין מיוחד שמלבד עצם לשון ההקנאה בגוף ההרשאה, רק שמכל מקום אפשר לנקוט ב"קניין סודר", על דרך אילום. ההרשאה אינה ניתנת להעברה אלא אם הותר בה הדבר בפירוש.

כשההרשאה מתייחסת למיטלטל גזול או המוחזק בידו של שומר, וכוונת ההרשאה היא כנה (היינו שאין היא נועדת רק ליפות את [[224]] כוחו של המורשה כשליח), הריהי גם מקנה את הנכס במוחזק (במידה שעדיין ניתן הוא להקנאה כזאת על ידי המורשה) וגם מעבירה היא למורשה את התביעה של המרשה בראוי בעת ובעונה אחת; אך תחולת הדברים - בהתאם למה שראינו (ולבד מהקנאת פקדון, המוחזק בידו של שומר) - איננה כמובן לאלתר, משעת מתן ההרשאה, כי אם רק משעה שהוצגה ההרשאה למחזיק (והובנה על ידו)[520]. יש גם לציין שהדין חוזר ומשתווה כאן בהכרח למה שראינו בהקנאת המקרקע הגזול, והיינו בזה שכמובן לא יוכל המעשה להועיל אם אין המקנה מצייד את הלוקח בראיות מספיקות.

בקרב השיטות האחרות שרגילים אנו לסקור מוצאים אנו הסדר מפורש וממצה בדבר הקנאת נכסים המוחזקים בידו של שלישי רק בבג"ב **הגרמני**, וההסדר דומה בעיקרו לדיני ישראל. במקרה שהנכסים הם מקרקעין, אין כאן בעיה, כי הקנאת המקרקעין מתבצעת בדרך הרישום בלבד ואינה תלויה בהחזקה - ואילו במקרה שהמדובר הוא במיטלטל, קובע סע' 931 כי "מקום שמחזיק את החפץ צד שלישי, יש תחליף למסירה (הנדרשת לשם ביצוע ההקנאה) על ידי כך שהבעלים מעבירים ללוקח את התביעה להחזרת החפץ"[521]. על פי סע' 398 ואילך מתבצעת העברה כזאת למעשה בדרך דומה ל"הרשאה" העברית, אך מבחינה עיונית התפיסה היא שונה, כי הלוקח נחשב כאן כזוכה בתביעה המועברת כבר משעה שהסכים על ההעברה עם הנושה המקורי - ואף על פי שהנמחה לא

---

[519] קעד) לכאורה אפשר היה לטעון ש"קניין סודר" ראוי היה להתקבל כדרך הקנאה מתאימה גם לעניין זה, שהרי בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון" (חלק שני, פרק ה') ראינו שיכול "קניין סודר" **להעמיד** תביעה, ולמה לא יוכל גם להעבירה - ולו גם בכפוף להשלמה על ידי ההרשאה? אולם, נראה לומר שמכריעה כאן העובדה שבשעת מעשה, לעניין העברה, על כל פנים לא תוכל דעת הצדדים לסמוך על "קניין הסודר" - בדומה למה שראינו לעניין הקנאת המיטלטלין הגזולים במוחזק - ולכן נשמט פה מעמדו של "קניין הסודר" לגמרי, אף לענין שימוש כבסיס טרומי בלבד להרשאה.

[520] קעה) במלים אחרות: ההקנאה שאמרנו לעיל הריהי בשעת מעשה (ולבד ממקרה הפקדון) רק הקנאה **על תנאי דוחה**, כפי שנסביר להלן, בפרק על דיני התנאים.

[521] קעו) הוראה זו מחילה במאוחד, כנגד הגזלן והשומר - ובמיוחד לעניין העברת בעלות - את הדין שנקבע כבר קודם לכן בסע' 870, במיוחד כנגד השומר ולגבי העברות קנין מכל המינים, והיינו שמעמד ההחזקה העקיפה עובר על ידי כך שבעל הבית מעביר ללוקח את תביעתו כנגד המחזיק הישיר. דין זה חוזר ומופיע באופן מיוחד בסע' 1205 לעניין מישכונו של חפץ נשמר.

יהא חייב להיענות להעברה אלא [[225]] משיוצג לפניו כתב ההעברה המקוים, בדומה לדיני ישראל[522].

בצג"ב **השייצרי**, בסע' 924, יש גם כן הוראה למקרה שמוחזק החפץ בידו של שלישי - והיינו שבכפוף לטענות פטור אפשריות נעשה השלישי שומר ללוקח, על ידי כך שבעל הבית מודיע לו את דברי ההעברה; אבל הסדר זה יכול כמובן לחול רק במקרה של חפץ נשמר, ולא במקרה של חפץ גזול.

בהקשר זה אך טבעי יהיה אם נחרוג במקצת מן הגדרים המדויקים של נושא חיבורנו ונזכיר גם את דיני מעשה הקניין כשהמכר אינו מתייחס לנכסים במוחזק, כי אם לנכסים בראוי. כשנשוא המכר הוא בנכסים הראויים על פי תביעה, מעשה הקניין הפשוט הוא כמובן באחד מדרכי העברת התביעה שסקרנו לעיל[523]; אולם, יש עוד גם אפשרות אחרת, והיינו כשהתביעה מיוצגת בשטר. במקרה כזה עוברת התביעה, בדיני ישראל על ידי מסירת השטר ללוקח, בצירוף לכתב הסבה (כשהשטר אינו למוכ"ז), כפי שראינו בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ג', מס'5. יש להניח שכאשר פקדון מיוצג בשטר (למשל, כרטיסי הפקדה במשרד לשמירת חפצים), תוכל העברת השטר לשמש גם להקנאת עצם הפקדון במוחזק[524].

[[226]] בעיה מתעוררת בקשר למעשה שיועיל **למסירת** השטר, כשאין אפשרות למסור את השטר לאלתר במסירה ממשית. הדעת נותנת שבמצורף לכתב ההסבה צריכות היו להועיל כל אותן דרכי הקניין המועילות בדרך כלל למסירה על ידי "קונסטיטוט פוססורי" במיטלטלין - שהרי סוף סוף כרוכה המסירה גם כאן בהעברת הקניין בשטר, כחפץ מיטלטל (להבדיל מהעברת **השעבוד**, המתקיימת על ידי כתב ההסבה) - ולפחות מבחינה זו של **דרך** הקנאת גופו של השטר קשה איפוא לראות כאן איזה יחוד מיוחד. אולם, מאחר ש"קנין כסף" ו"קניין שטר" אינם תופסים במיטלטלין ללא סייג (ונחשבים הם כביכול כאילו לא היו), נשארת כאן לכאורה לענייננו - מבין דרכי הקניין העיקריות - רק הדרך של "קניין סודר". והנה, "קניין סודר" - יסודו ומקורו הם כמובן במשמעות הקניינית של החליפין, ולאו דווקא במשמעות המסירתית של ה"קונסטיטוט

---

[522] קעז) סע' 410 מזכיר אמנם אפשרות תחליף, שבמקום הצגת כתב העברה מקוים על ידי הלוקח יבוא כתב העברה שיגיע לידי החייב במישרין מן הנושה המקורי; אך למעשה אין בזה כמובן שום חידוש, שהרי על אף התעקשותו העיונית של החוק לא יוכל כתב ההעברה להועיל כדי לזכות אדם כנושה-לוקח, כנגד החייב, אלא אם אותו אדם יאמץ לו את כתב ההעברה ויסתמך עליו כמייצג תביעה מצידו.

[523] קעז-1) מן השיטות הנוכריות ראינו כבר את עיקר דינה של העברת התביעה על פי החוק **הגרמני**. על פי החוק **הצרפתי**, סע' 1689 ואילך, נערכת ההעברה - בין הממחה והנמחה - על ידי מסירת המסמך המבסס את התביעה - ונשלמת היא כלפי צדדים שלישיים על ידי הודעה לחייב. אולם, כפי שמתפרשים הדברים למעשה, אין מסירת המסמך תנאי לתוקף ההעברה, וזו יכולה להתקיים גם מכוח הסכם שבעל פה גרידא (**קולין וקפיטן**, ב', עמ' 358-357). תפיסה דומה משתמעת מן הסעיפים 1260 ואילך, העוסקים בענייננו בחוק **האיטלקי**. לפי חוק החיובים **השוייצרי**, סע' 164 ואילך, טעונה ההעברה מסמך בכתב ונשלמת על ידי עצם עריכת המסמך - בכפוף לידיעת החייב. במשפט **האנגלי** (על פי חוק מותקן) טעונה העברה "לגלית" של התביעה עריכה בכתב בין הממחה והנמחה והודעה בכתב לחייב. ברמה "אקויטבילית" עשויה ההעברה להיות מוכרת גם אם נערכה בצורה פחות מובהקת: ר' **טריטל**, עמ' 575 ואילך. **במדינת ישראל**, לפי חוק המחאת חיובים, תשכ"ט, נערכת ההעברה בין הממחה לנמחה בצורה כלשהי, בכפוף להודעה מן הממחה לחייב.

[524] קעח) השווה סע' 2786 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי, המדגיש שאפשר למשכן חפץ על ידי מסירת תעודה המעניקה בו את כוח השליטה הקנייני היחודי; ור' להפך מזה במשפט האנגלי: "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ד', מס' 1, בסמיכות להערה קס"ד.

פוססורי״, הנמשכת מן המשמעות הקנינית רק בדיעבד; ונראה שזהו הרקע המושגי לתפיסה, שנתקבלה על ידי כמה מגדולי הפוסקים, בניגוד לדעת הראב״ד, שגם ״קניין סודר״ אינו עולה כדי **מסירה**, הנדרשת עם כתב ההסבה לשם הקנאתו של שטר[525]. מבחינה עניינית אפשר גם שתפיסה זו נובעת מן העובדה שלגבי שטרות אין חלה האחריות הרגילה של השומרים[526] ו״קונסטיטוט פוססורי״ בשטרות הריהו איפוא סידור מסוכן אף יותר מאשר במיני מיטלטלין אחרים; ואמנם מדברי הרמב״ן, שניסח תפיסה זו, אפשר לכאורה לשמוע ש״קונסטיטוט פוססורי״ בשטרות נמנע מעיקרא, בכל דרך שהיא. אולם, מסתבר שבמסקנה מרחיקת לכת לא יכול היה הציבור לעמוד. אנשים נזקקו ל״קונסטיטוט פוססורי״ בשטרות, עם כל הסכנה הכרוכה בו; ומאחר שביתר דרכי הקניין שסקרנו עשוי הצד המסירתי להיראות כיסודי יותר מן הקנייני, נמצא שלא רק ב״קנייחצר״ אלא אף ב״קניין אגב״, מתקבלת ההכרעה שאמנם עשוי הוא להועיל בענייננו[527]. ה״קונסטיטוט פוססורי״ מתאפשר אפוא למעשה גם בשטרות, אך כל אימת שנזקקים הצדדים לסידור שכזה נראים המקורות כמפנים אותם דווקא לדרכי הקניין הצדדיות האלו, כאילו היו היחידות העשויות להועיל.

[[227]] יכולה אם כן השאלה לחזור ולהישאל, לשם מה נחוצה ההסתבכות במיני מצָרים מסוג זה, ולמה לא יועיל לשם ״קונסטיטוט פוססורי״ הסכם דברים גרידא? אכן, למעלה כבר הסברנו מדוע אין ראוי שהסכם דברים גרידא יוכל להעמיד חוזה של מכר עם ״קונסטיטוט פוססורי״ בסתם **אַגַבִּיה**; כמו כן הסברנו מדוע אין ראוי להתנות את ה״קונסטיטוט פוססורי״ בהסכם מיוחד, נוסף על הסכם המכר, ומדוע מוטב שמעשה חומרי של הגשמת הדברים בפועל יגשים את העמדת המכר וגמר ההקנאה, ובמקרה הצורך גם את ה״קונסטיטוט פוססורי״ - הכל בעת ובעונה אחת. יתר על כן, ראינו אפילו שהכנסת האפשרות של מעשי קניין סמליים, לצורך זה, אינה מסבכת את הדברים ואינה מקשה עליהם, אלא אדרבה: היא רק מקילה את הסידורים בצורה נוחה ועממית מאוד במקרים מסובכים. אולם, בנקודה זו שהגענו אליה עתה, נראה לכאורה שעל כל פנים עשויים להתגלות מקרים שבהם דוחקת השיטה העברית את הצדדים להעדפת השימוש בנוסחאות מלאכותיות, ובעוד שיתכן שלו הכיר המשפט העברי ב״קונסטיטוט פוססורי״ מכוח הסכם גרידא לא היו הצדדים נרתעים מפני הסרבול הכרוך בהוספת הסכם מפורש של ״קונסטיטוט פוססורי״ על דברי הקניין היסודיים של מכר השטר, אלא אדרבה: מעדיפים היו לנקוט דווקא את כפל הנוסח המדויק והמכוון הלזה, במקום הלבשת הדברים בנוסחה מלאכותית, אשר דיוק הכוונה האמיתית אינו מגיע בה כלל לביטוי מפורש. במלים אחרות - הטענה המופיעה כאן אינה מנוגדת למסקנות שהעלינו מקודם, אלא היא נוטה להשלימן רק, לאמור: יהי שכל השיטה שתיארנו תתקיים בעינה, אך למה לא יוכר כמעשה קניין מספיק **גם** מעשה מיוחד זה, שבו יוסיפו הצדדים על דברי הקניין הכלליים את **ההתנאה המפורשת**, שעם הגעת הדברים יעבור הקניין בנכס מן המקנה ללוקח והנכס ייהפך לפקדון של הלוקח ביד המקנה (בדומה לדין בשיטות של אירופה)?

---

[525] קעט) שו״ע חו״מ סי׳ ס״ו סע׳ ב׳, ור׳ גם טור באותו סימן, סע׳ ד׳, וב״י שם. ור׳ להלן בפרקנו, סע׳ ו׳, מס׳ 4, אות ט׳.

[526] קעט-1) ר׳ בספר על ״החזקה ודיניה״, פרק ו׳, סע׳ ה׳.

[527] קפ) עה״ש חו״מ סי׳ ס״ו סע׳ י״א.

[[228]] לע"ד, נראה לי שאם טענה כזאת תעלה, הריהי תהיה מבוססת רק על רושם העשוי אמנם להיווצר לכאורה על פי המקורות, אך שבאמת אינו מוצדק על פי הדין לאמיתו. לאמיתו של דבר מבין אני, כפי שהוסבר כבר לעיל[528], שאף במיטלטלין אין הדין העברי מונע את הכרתו מ"קונסטיטוט פוסורי" שיוסדר על ידי ניסוח ענייני מכוון - אך דורש הוא שהניסוח יהא אמנם מפורש וממצה, וייערך בכתב, ושהכתב יימסר ללוקח. מסקנה זו - סבורני - באמת אין שום מניעה שהיא תחול, ואמנם חלה היא גם ביחס למסירתו של שטר (בתנאי שהכתב יכלול גם את דברי **ההסבה** הנחוצים[529]); וסבורני שבאמת אך טוב ורצוי הוא שההכרה בתוקף הדברים מותנית במסירתו של כתב[530] ואינה ניתנת על פי התנאה שבעל פה בעלמא. מתן ההכרה גם על פי עצם ההתנאה שבעל פה גרידא, פירושו הוא בהכרח שהמשפט משלים עם כך, שלעתים קרובות יבקשו אנשים למצוא משמעות של הקנאה גמורה ו"קונסטיטוט פוסורי" גם במקום שבאמת לא הגיעו הדברים לידי בירור ממצה וחד משמעי כדרוש ושלמעשה אין ראוי להכיר בו סמיכת דעת מספיקה; ומסתבר כי הבלבול והספקות המוכרחים להתעורר עקב השלמה שכזאת, יעלו בעניין מן הסוג הנידון לאין ערוך על כל תועלת שתוכל אולי לצמוח בכמה מקרים על ידי הגישה הליברלית. בהתאם לכך, גם בעניין אפשרויות מסירת השטר, באמת משביע אפוא הדין העברי את הרצון לחלוטין; וניתן לסכם שגם כאן, הדרכים הסמליות והדחוקות של המסירה אינן באמת הדרכים [[229]] היחידות לביצוע המסירה תוך "קונסטיטוט פוסורי", אלא שוב באות הן רק **להקל**, במקום שאין הצדדים רואים כנוח לפניהם לנקוט את דרך הניסוח העניינית-המהותי, שיהא אמנם פחות מלאכותי, אך יותר קשה לביצוע עצמאי על ידי הדיוטות, אף אם יבואו לערכו בעל פה.

ולבסוף: מעשי הקניין המתאימים כשמתיחס המכר **לזכיון**. נראה כי מבין המעשים שסקרנו יועילו כאן "קניין הכסף", מסירת שטר הקנאה או "קניין סודר".

9. "אודיתא"

בסימן הקודם חזרנו ובדקנו את השאלה, האם באמת אין ראוי להכיר באפשרות של הקנאה על פי הסכם דברים גרידא - אף אם הדברים יהיו מפורשים וחד משמעיים לחלוטין - ובאנו למסקנה שאמנם אין הדבר ראוי, מפני שלמעשה אין כאן אלא תרתי דסתרי: כי מניין נדע שהדברים היו באמת מפורשים וחד משמעיים לחלוטין? הווה אומר, על פי הודאת הצדדים או סיפורם של עדים. אבל משפונים אנו לסוגי הוכחה מסוג זה - שלא יצטרכו להתייחס למעשה מסוים פלוני, כי אם רק לזכרן ומשמעותן של מלים שהוחלפו - הרי שממילא מסתבכים אנו בסכנה של ערפולים וחילוקי דעות, אשר מלכתחילה לא יתכן שדעת הצדדים תסמוך להפיק מהם שינוי משפטי גמור ומסוים.

---

[528] קפא) סוף מס' 3 בסעיף זה בפרקנו.

[529] קפב) ואיני חושש לעובדה, שעיקר עניינו של הכתב הוא בצד ההקנאה, ולאו דוקא בצד המסירה כשלעצמה. באמת מעז אני לטעון שגם בקשר ל"קניין סודר" נכונה היא דעת הראב"ד, ויש ב"קניין הסודר" כדי לשמש כמסירה של שטר תוך "קונסטיטוט פוסורי".

[530] קפג) או בליווי על ידי מעשה חומרי של התחלת הביצוע, כמו תשלום כסף (אשר במס' 2 ראינו שעל ידי התנאה מפורשת וממצה עשוי גם הוא להועיל, אפילו במיטלטלין, ואפילו תוך התנאה בעל פה). לפי התפיסה המוצעת, גם "קניין הכסף" עשוי כמובן להועיל להגשמת מסירתו של שטר תוך "קונסטיטוט פוסורי" - אם ההתנאה היא מפורשת דיה, ויש שם על כל פנים כתב הסבה.

[[230]] אולם, על אף המסקנה הזאת, אשר הדין העברי אמנם מאמץ לו אותה באופן עקבי ונאמן ביותר, ישנן שתי אפשרויות שבהן עשוי הדין העברי להיראות כאילו סוטה הוא מן העקרון, ואחת מהן היא זו הידועה כ"אודיתא"[531].

דין ה"אודיתא" הוא, שאם אדם מודה, אפילו בעל פה, כי חייב הוא ממון לפלוני, או כי ממון המוחזק על ידיו שייך לפלוני, הרי מתוך עצם ההודאה הזאת רואים את הממון כמגיע לפלוני, או כשייך לו באמת (באופן המאפשר לו להוציא את הממון בדין מן המודה) - גם אם ידוע ומוסכם הדבר כי אין לפלוני שום זכות לגבי אותו ממון, שיהא לה על מה לסמוך מעבר לכך[532]. הודאה כזאת עשויה אפוא להיראות כמעשה קנין מיוחד בפני עצמו - ואמנם יש הנוטים לקבל את הדבר, ואפילו עד כדי כך שלפחות ביחס **להתחייבות** מוכנים הם להכיר בתוקף הדברים גם כשאין הם נאמרים בצורת הודאה, אלא בצורת הצהרה על קבלת עולו של חיוב מעתה[533]. אולם נטייה זו נדחית[534], וההודאה מועילה רק אם מתיימרת היא לקיים את הזכות מלשעבר.

אפשר אם כן לשאול שוב, למאי נפקא מינה, וכלום אין אנו מסתבכים כאן במשחק פורמלי בנוסחאות גרידא? התשובה, לע"ד, היא שכאן אמנם יש להבחנה הצדקה מהותית ומעשית, ועניינה הוא כלהלן: בהצהרה על העמדתה של זכות מעתה נזקקים אנו בהכרח לעסק מקיף אשר במסגרתו באים להעמיד את הזכות - הזכות לא תוכל לעמוד אם אין מבררים עם העמדתה לפחות את ה"קאוזה", או את "גידור הקניין" - וכאשר נזקקים אנו למין גידור שכזה, ממילא חוזרים אנו למסקנה דלעיל, שבאמת אין ראוי להסתפק באפשרות של ביסוס הנמוגה כולה בערפילים ושאין בה שום גרעין מוצק לסמיכת הדעת ולבירור הדברים. לעומת זאת, בהצהרה שהיא רק הודאה, יתכן שנהא פטורים [[231]] מבעיית הגידור: אם האיש עצמו מודה בקיומה של זכות נגדו, והזכות היא פשוטה ומוחלטת, כגון קניין בחפץ פלוני או תביעה בשלה לסכום קצוב - ודאי רשאים אנו לקבל את הדברים כראיה נגדו בלי להוסיף ולבדוק באיזו מסגרת נוצרה הזכות למעשה. לא כן כאשר הזכות שהאיש מודה בה איננה פשוטה ומוחלטת: אם האיש מסייג את הודאתו בתנאים, או שמציין הוא בהודאתו את "גידור הקניין" או את הבסיס שממנו נולדה הזכות, ממילא נפתח בזה פתח לויכוח ולבירור גדריהם המדויקים והאמיתיים של הדברים - וההודאה כשלעצמה לא תוכל לשמש כראיה המנתקת את החובה ממקורה.

בהתאם לכך, ה"אודיתא" באמת איננה שום דרך קניין מיוחדת, מסוג מעשי הקניין שבירר נו עד כאן, אלא כשמה כן היא: רק ראיה למעשה שהיה - ולו יהא שבתפקיד זה הרי זו אמנם ראייה גמורה, שאינה ניתנת להיסתר על ידי הוכחת כזבה. מתוך כך, שוב אמנם ניתן לנצל את ה"אודיתא" באופן כוזב, **כאילו** היתה דרך קניין - אך זאת, למעשה, רק באותם הגדרים המצומצמים שבהם יכולה ה"אודיתא" להתקבל כראיה גמורה מעיקרא, והיינו לגבי זכות פשוטה ומוחלטת כנ"ל. במלים אחרות פירושו של דבר הוא שלמעשה ניתן לנצל את ה"אודיתא" כדרך קנין רק לשם העמדת **מתנה** - או הקנאה בלי תמורה, - כי רק במין הקנאה שכזאת אפשר להבליע

---

[531] קפד) בבא בתרא קמ"ט א'.
[532] קפה) פי"א מהל' מכירה הל'ט"ו ופ"ט מהל' זכייה ומתנה הל' ט'.
[533] קפו) טור חו"מ סי' ס' סע' י'.
[534] קפז) עה"ש חו"מ סי' ס' סע' י"א.

את גידור הקניין" ולא ליחדו בפירוש. אם הדברים לא יהיו מכוונים למתנה, כי אם להקנאה על דעת גידור אחר כלשהו, ממילא תצא ה"אודיתא" מסויגת בתנאים - והדין המפורש הוא שבמקרה כזה אמנם אין ה"אודיתא" מועילה וניתן להוכיח את כזבה[535]. לגבי עניינו המיוחד בשלב זה חשוב מה שמשתמע מכאן, שעל כל פנים אין ה"אודיתא" עשויה [[232]] להועיל להעמדתו של **מכר**.

לשלמות העניין נציין כי הרבותא שב"אודיתא" הריהי כמובן בכך, שעשויה היא להועיל גם אם נמסרה ההודאה שלא בפני בית דין ושלא תוך דיון משפטי. אולם, לא כל הודאה חיצונית שכזאת עשויה לשאת את המשמעות המוחלטת כנ"ל - גם אם מתקיימים בה הגדרים המצומצמים שאמרנו. כדי שההודאה החיצונית לא תהא נתונה לסתירה, נחוץ עוד שתימסר לפני עדים אשר זומנו לשמיעתה במכוון או שתימסר בשטר. אודיתא של שכיב מרע מתקבלת מכל מקום, אף אם נאמרה שלא בפני שני עדים[536].

10. קנין "בהיא הנאה"

ואילו האפשרות השנייה שבה נראה הדין כמכיר בקניין על פי הסכם דברים גרידא, כביכול, הריהי האפשרות שכבר היתה לנו הזדמנות לציינה כמה פעמים, והמופיעה במקורות בהקדמת המלים "בהיא הנאה": "בהיא הנאה דמהימן ליה"[537]; "בהיא הנאה דקא צייתי להדדי"[538]; "בהיא הנאה דקא סמיך עליה"[539]; "בהיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא"[540], "בהיא הנאה דקא מיחתני אהדדי"[541], "בהיא הנאה דמיכסיף מיניה"[542] ו"בהיא הנאה דקא מישתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה"[543]. את עיקרי הדינים של דרך הקניין הזאת הכרנו כבר למעשה, במפוזר, במהלך דברינו עד כאן, ופה ננסה עתה לרכז את המסקנות ולהעמידן באופן שיטתי.

ראשית יש לציין, אם כן, שהמקרים המופיעים בהקדמת המלים כנ"ל אינם לחלוטים מעור אחד. כך, התוצאה המיוחסת ל"בהיא [[233]] הנאה דמיכסיף מיניה" אינה מתקשרת כלל לשום הסכם דברים, ואינה תוצאה חוזית כלל, אלא הריהי רק חיוב שנוצר במישרין מכוח הדין, משום "זה נהנה וזה לא חסר" - והיינו שעל פי דעה מסוימת, גם אדם הפורע את חובו של רעהו שלא מדעתו, בעוד שמועד הפרעון הראוי הוא דחוי לתקופה בלתי מוגבלת, זכאי מכל מקום לחזור ולהיפרע מן החייב, בגין אותה הנאה שגרם לו תוך חסרון הממון מצידו, בזה שסילק ממנו את חרפת החיוב. דעה זו נדחית, משום שהכלל הוא כי הנאה מוסרית גרידית, שאין בה ערך ממון לנהנה, אינה

---

[535] קפח) פי"א מהל' מכירה הל'ט"ו וטור חו"מ סי'מ סע' ב; ור' גם ש"ך על שו"ע באותו סימן, ס"ק ד'. אם נתרגם את הענין למושגים של תורת המשפט האירופית יצא שה"אודיתא" המנוצלת כדרך קנין היא על כל פנים משהו איתן יותר מ"עסק מופשט", בהבדל מ"עסק קאוזלי": כי את ה"עסק המופשט" אפשר עוד מכל מקום להתקיף מבחינה "קאוזלית", על פי דיני ההתעשרות שלא כדין, אך את ה"אודיתא" אי אפשר להתקיף באופן כזה, כי מלכתחילה יש בה חזקה מוחלטת של "קאוזה".

[536] קכט) ר' המקורות הנזכרים בהערה קפ"ה, ור' גם כתובות ק"א ב'.

[537] קצ) בבא בתרא קע"ו ב'. נוסח אחר: "בהיא הנאה דקא מהימנין ליה".

[538] קצא) בבא בתרא ק"ו ב'.

[539] קצב) בבא מציעא ט"ז א'.

[540] קצג) בבא מציעא צ"ד א'.

[541] קצד) כתובות ק"ב ב'.

[542] קצה) היינו שסילק ממנו את בושת החוב: כתובות ק"ח ב'.

[543] קצו) גיטין י"ד א'.

כשעצמה מחייבת את הנהנה באיזון ממוני[544] - והמקרה הנידון נשמט אפוא כמעט לגמרי מתחום עניינו (לבד מן המשמעות העקיפה, שאפשר אולי לחזור ולמצוא בו, כפי שנראה בהמשך), באשר מכל הבחינות שונה הוא מן המקרים האחרים שהזכרנו ושבהם יהיה לנו ענין כלהלן.

אחד המקרים הללו, אשר גם משמעותו שלו היא עוד מצומצמת מאוד מבחינתנו, הוא זה המופיע בגיטין, "בהיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה". כאן היה נסיון לתרץ את פעולתו של "מעמד שלשתן" בכך, שהחייב מקבל עליו כביכול חיוב חדש לטובת הנמחה, בגין ההנאה שיש לו בדחיית מועד הפרעון שהיה חל עליו מכוח החיוב הישן לטובת הממחה. תירוץ זה נדחה, מפני ש"מעמד שלשתן" אמור להועיל גם כשאין עמו דחייה של מועד הפרעון - אך מכל מקום מתעוררת השאלה מה אפשר ללמוד מן התירוץ לגבי עניינו, **אם נקבל** את הנחתו במה שנוגע ל"מעמד שלשתן". נראה לומר שכמעט אין אנו יכולים ללמוד [[234]] מכאן כלום, כי למעשה מתמסמס התירוץ בענין של חליפין רגילים: יש כאן מצד אחד מחילה של החוב הישן, על מועד פרעונו הקרוב - ואין שום רבותא בכך שמחילה כזאת מתקיימת על ידי דיבור בעלמא; ומצד שני, בתמורה לאותה מחילה ממונית נקנה החיוב הממוני החדש לטובת הנמחה - אך אין שום רבותא בכך שהמוחל עשוי גם לקנות זכות לעצמו כנגד מחילתו, תוך כדי דיבור המחילה, או שבמקום לקנות את הזכות לעצמו יקנה הוא אותה לטובת חבירו[545]. מה שנשאר לדידנו הריהו רק זה, שהמוסד של "בהיא הנאה" אמנם מתגלם כאן בעסק של חליפין, באופן העשוי להעלות על הדעת שגם המקרים הנותרים שמנינו ראויים להיתפס בבחינת עסק כזה - ואת האפשרות הזאת נחזור ונבדוק עוד.

לאחר מכן, דבר המאחד והמיחד את כל המקרים הנותרים הוא, שאמנם מופיעים הם במסגרת חוזית, ונוצרת בהם הקנאה עקב הנאה שהגיעה למקנה, אך אותה הנאה, בעיקר מהותה, היא דוקא מוסרית - ולא ממונית - ואין בה משום החלפה של ממון כנגד ממון, מעין מה שנראה בחליפין הרגילים.

אלא שגם המקרים הללו, עוד יש בהם שינויים בינם לבין עצמם, ונפתח בזה המופיע בבבא בתרא ק"ו ב', בחסות המלים "בהיא הנאה דקא ציתי להדדי". לפי הפירוש המקובל (ובודאי גם הנכון), נקבע כאן הדין כי השותפים הבאים לחלק את נכסיהם המשותפים על פי גורל קונים זה מזה את חלקיהם הנפרדים, בהתאם לתוצאות הגורל, מיד לכשעולה הגורל, בלי שייזקקו לאחד ממעשי הקניין הרגילים שסקרנו לעיל - והדבר מוסבר "בהיא [[235]] הנאה", כאמור. יתכן אפוא שמישהו ינסה להבין שמעשה הקניין כאן הוא בעצם קבלת ההנאה של ההסכמה ההדדית, המגיעה לכל אחד מן השותפים תוך כדי דיבור ההסכמה; אך מסקנה כזאת נוטה להיסתר קודם כל על ידי כך, שרגע הקניין נקבע במקרה זה בגמרא בפירוש, לא לשעת הדיבור וההסכמה, כי אם לשעת עליית הגורל - ואמנם, הר"ן בחידושיו מסביר, זה לשונו: "ומיהו דוקא בגורל, דההיא הנאה מהניא... אבל בלא גורל כלל דודאי בדיבורא בעלמא לא קנו משום ההיא הנאה, אלא הכא אגורל

[544] קצז) השווה בבא קמא כ' א' - כ"א א'.

[545] קצח) כך, כפי שעוד נחזור ונברר לגופם של העניינים להלן (בדיון על החליפין ועל זיכויו של צד שלישי); ור' תוספות על בבא מציעא מ"ו ב', ד"ה יש דמים, ומשנה עירובין פ"ז מי"א.

קא סמיך". מצד שני יש לנו הסבר הרשב"ם, הקובע לאמור: "דבההיא הנאה דצייתי להדדי ונשמעין זה לזה לחלוק בגורל כדי שיטול כל אחד חלקו בפני עצמו דאינן חפצים עוד בשותפות, הלכך אין רוצין שיהיה עוד עכוב בדבר, וגמרו ומקנו אהדדי"; ויכולה אולי לעלות אם כן מסקנה הפוכה, שאין מדובר כאן אלא באפשרות להכשיר מעשה כלשהו כמעשה קנין, שלא על פי הדין כי אם בגלל הסכמת הצדדים שהמעשה ישמש כמעשה קניין ביניהם ומפני שמשום מה נוח להם הדבר; אך גם מסקנה שכזאת ודאי לא תוכל להתקבל - לא רק מפני שתהא מנוגדת לעקרון שהעלינו בפרק הקודם, שמעשה הקנין הוא הסתמלות אובייקטיבית של סמיכת הדעת, ואין אנו מכירים בסמיכת דעת רק על פי בקשת ההכרה הסובייקטיבית של הצדדים גרידית[546] - אלא בגלל הראייה המובהקת, שעל אף ההלכה שבה אנו דנים כאן, ברור הדבר לחלוטין ומובן מאליו, בכל מרחב מקורותינו כולם, שאין הצדדים יכולים לברוא להם מעשי קניין כרצונם יש מאין ("פשיטא שאינו יכול לעשות קנין מדבר שאינו קניין", כמאמר הש"ך בסי' קצ"ח ס"ק ג'). לא הגורל הוא כאן, אם כן, מעשה הקניין, כי אם באמת קבלת ההנאה דצייתי להדדי להטיל את הגורל; אך כשעת קבלתה של הנאה זו וקיום מעשה הקנין על ידה, משמע שיש להבין כאן לא את השעה בה הסכימו להטיל את הגורל, כי אם את השעה בה הטילו את הגורל ופעלו למעשה על פי מה שהסכימו - והווה אומר, במלים אחרות, שאמנם אין הצדדים יכולים לברוא להם מעשה קניין כרצונם, אך [[236]] עם זאת, כל מעשי הקניין הממוסדים שסקרנו עד כאן אינם תנאי בל יעבור להגשמתו של מיקח, ובמקרה שהגשמת המיקח המכוון מצריכה עוד מטבעה איזה מעשה טרומי מסוג אחר בדרך הביצוע[547], הרי ביצוע אותו מעשה בהתאם למכוון יכול לשמש כמעשה קנין טוב על פי דין, אף על פי שאין זה מעשה ממוסד, ובלי שום צורך שהצדדים יסכימו מבחינה טכנית שהמעשה אמנם ישמש להם כמעשה של קניין. על פי זה, שוב, עשויה אמנם שאלה להישאל, מה עניינו אם כן של בההיא הנאה", ומדוע לא נאמר פשוט ובמישרין שהתחלת הביצוע עשויה לשמש כמעשה של קניין - אך את הדיון בשאלה זו נדחה לסיכום.

דומה לזה במידה רבה המקרה של בבא מציעא ט"ז א'. כאן נקבע שאם מתימר אדם להקנות לחברו, בשטר, נכס שאינו שלו (וההקנאה נמצאת אפוא בטלה), ולימים חוזר הוא וקונה את הנכס, הרי במקרה המתאים ייקנה הנכס מאותה שעה ממנו ללוקח, על פי דברי הקניין הראשונים, אבל לא על סמך השטר - שהרי זה נמצא בטל - כי אם על סמך מעשה הקנין ש"בההיא הנאה דקא סמיך עליה". שוב אפשר אפוא להניח לכאורה שהמעשה מתגלם כאן בהנאת הסמיכה המגיעה למקנה תוך החלפתם של דברי הקניין, אבל באמת נראה שלא כן הוא: גם כאן היה מעשה חומרי של התיימרות ההקנאה בשטר; הנאת הסמיכה ודאי לא הגיעה למקנה אלא משקיבל הלוקח את השטר ודימה לקנות באמצעותו - ומאותה שעה, אם לא [[237]] על ידי גוף השטר, הרי לפחות על ידי היענות לקבלו, זכה הלוקח בנכס **על תנאי דוחה** (כפי שנקרא להלן לסוג זה של תנאים), משעה

---

[546] קצט) ר' ביחוד בנושא השלישי, סע' ז', הערה רל"ז-1.

[547] ר) דוקא מעשה **טרומי**, כי מעשי הקניין הממוסדים שסקרנו הריהם כלם מעשים **שעל ידי עצם תוכנם** יש בהם משום העברת נכס העומד להקנאה מרשות המקנה לרשות הלוקח, אם באופן ממשי או לפחות באופן סמלי, ובסופו של דבר נדרש אפוא מעשה כזה, מטבע הדברים, בכל עסק ממוני שהוא. בעיה מתעוררת רק כשהגשמת העסק מחייבת קודם כל פעולה, אשר כשלעצמה עדיין לא יוכל להיות בה משום העברה ישירה של נכס מרשות לרשות, ומטבע הענין הרי זה אפוא בעיה של פעולה טרומית, אשר משמעותה הקניינית חשובה - כדברי הרשב"ם - כדי שלא עוד **עיכוב** בדבר.

שהמקנה ישיג לו את זכות הקנין החסרה[548]. מבחינתנו, ההבדל המשמעותי מן המקרה הקודם הריהו כאן רק בזה, שהמעשה הטרומי המגלם פה את יסוד ההנאה המקנה איננו כל כך מחויב מטבע העניין האובייקטיבי, אלא דרישתו משתרבבת רק באופן מלאכותי, על פי סיבוך המסיבות.

ונראה, שלאותו סוג של מקרים אפשר לצרף גם את המובא מן הריטב"א, בשיטה מקובצת על בבא מציעא ע"ג ב', ד"ה האי מאן דיהיב זוזי לחבריה - שאדם המקבל עליו כלפי חברו לקנות לו סחורה מסוימת, ומקבל ממנו לשם כך את דמי המיקח, במסיבות סבירות, אחראי למילוי השליחות "בההיא הנאה דסמיך עליה". כאן יש אמנם שתי רבותות חשובות לעומת המקרים הקודמים: ראשית, המדובר הוא בהתחייבות, ולא בהקנאה במוחזק, ושנית - גדרי ההתחייבות אינם מתמצים פשוט במה שהשליח מקבל עליו לקנות את הסחורה, אלא חורגים הם מעבר לכך, באחריות המצטרפת לזה מסתמא, אף ללא התנאה מפורשת **ובגלל עצם אותו סוג מיוחד של מעשה קנין, שבו אנו דנים פה**: "דהכא אף על פי שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו, ואלמלא הוא - [היה] לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב"; ואמנם, עוד נחזור לצד זה של הדברים להלן. אולם, בינתיים, החשוב כאן לדידנו הוא שבדומה למקרים הקודמים, התחייבות זו - שמסתמא אינה נולדת אלא מתוך **מעגל המעשה החומרי** (אשר כאן מתבטא הוא בעניין של מתן המעות וקבלתן), שבזה - בעת ובעונה אחת - מעניק המשלח את הנאת הסתמכותו לשליח, והשליח חוזר ומזמין את הסתמכות הזאת, ומתוך שנענה הוא על הזמנתו הריהו מקבל עליו את החיוב.

[[238]] בקשר לנקודה זו יש שוני מסוים במקרה הבא שניקח, והיינו מה שנקבע בבבא מציעא צ"ד א', שיכול שומר לקבל עליו גדרי אחריות גבוהים מאלה החלים עליו על פי דין, בלי צורך בעריכת התחייבות מיוחדת על כך, באחת מדרכי הקניין שסקרנו לעיל, אלא "בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה". והנה, בעיקרו של עניין אמנם אין לנו כאן שום שינוי משמעותי מן המקרים הקודמים, באשר גם כאן יש מעשה חומרי - מעשה קבלת ההחזקה בנכס לשם שמירתו - אשר עמו נוצרת הנאת גילוי מהימנותו של האיש ועמו משתעבדים נכסיו של האיש לאחריות המוגברת. אולם ייחודו של המקרה הוא שהדברים אמורים בהנאה שהיא טפלה לעסק יסודי, הנערך בין הצדדים לאו דווקא "בההיא הנאה", כי אם באחת מדרכי הקניין הרגילות; ואף אם נאמר שקבלת נכס לשמירה אינה כשלעצמה מעשה קניין (ואחריות השומרים הרגילה, העשויה להיות כרוכה בה, אינה נולדת מקבלת הנכס, כמעשה קניין, אלא בדיעבד, מכוח הדין), הלא אפשר מכל מקום שיהיו הדברים אמורים בקשר לשומר שכר או שוכר, אשר קבלת הנכס על ידיהם היא בודאי גם מעשה קנין להעמדת השכירות או חוזה השמירה. במקרה כזה אפשר, ואף מתקבל על הדעת, יתר על כן, שההתחייבות המוגברת לא תחול רק "בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא", אלא מפני הסיבה הממשית הרבה יותר ד"בההיא

[548] רא) ר' שם בתוספות, ד"ה בההיא הנאה: "והויא כאילו אמר ליה שדה זו תהא קנויה לך לכשאקחנה". - על יסוד זה, שהקניין הוא רק על "תנאי דוחה", מסתברת גם התוצאה, שאף כאשר משיג בסוף הגזלן את הנכס, אין זה מגיע בהכרח ללוקח, אלא אפשר גם שהגזלן עוד יחזור בו ויכשיל את הדבר: ר' עה"ש חו"מ סי' שע"ד.

הנאה דמשכיר ליה" או "בההיא הנאה דשקיל אגרא"[549] - ואמנם משמשת הסוגייה שלפנינו מקור להלכה הכללית **שתנאי לואי בעסק אינם צריכים מעשה קנין מיוחד, אלא מקבלים הם תוקף עם המעשה המעמיד את העסק ביסודו**[550] [551]. תוצאה זו משאירה את המשמעות העיונית של סוגייה זו בענייננו בעינה, אך את תוכן הסוגיה - לגופו - מוציאה היא מתחום עניינו.

[[239]] לעומת כל אלה מסתבכת בעיית המקרים הנותרים שלפנינו, וקודם כל המקרה הנידון בבבא בתרא קע"ו ב'. לפי מקור זה, ראובן שביקש משמעון להלוות ללוי על סמך ערבות שהוא מקבל על עצמו - ושמעון אמנם הלווהו - או שקיבל עליו ראובן ערבות ללוי בבית הדין, כדי שבית הדין ימנע משמעון ירידה לנכסיו, ועל סמך זה אמנם מנע בית הדין את שמעון מלרדת לנכסיו של לוי - משתעבדים נכסי ראובן לערבותו, "דבההיא הנאה דמהימן ליה (או בההיא הנאה דקא מהימנין ליה בי דינא) גמר ומשעבד נפשיה". והנה, לכאורה מתבקשת גם כאן המסקנה שבין אם מבטיח ראובן את ערבותו מלפני מתן ההלואה ובין אם מקבל הוא אותה עליו לפני בית הדין, בדיעבד, מכל מקום אין הערבות נוצרת ואין שעבוד הנכסים חל אלא מתוך המעשה החומרי של מתן ההלוואה או פסק בית הדין - ורק משעת אותו מעשה ואילך, בדומה למקרים שניתחנו לעיל. גם כאן, לכאורה, רק אלה הם המעשים שבאמצעותם מגיעה לראובן הנאת המהימנות, - ואף מבחינה עניינית, לכאורה, מה טעם יכול ליהמצא לכך שהשעבוד יחול מאיזו [[240]] שעה אחרת מקודם? שהרי בודאי, כל זמן שלא ניתנה ההלוואה או שלא ניתן פסק הדין, לא יתואר שראובן לא יוכל לחזור בו ולהודיע שאין הוא מוכן עוד לערוב ללוי (לפחות מבחינת היחסים - המעניינים אותנו כאן - שבין ראובן לשמעון, בהבדל מן הזכויות האפשריות שבין ראובן ללוי); ואמנם זה גם הדין בפירוש, שכל זמן שלא נתקיים המעשה יכול ראובן לחזור בו כנגד שמעון, ואף אם ביסס את הבטחת ערבותו בקניין פורמלי[552].

אולם, לגבי המקרה של ערבות המובטחת מראש, מלפני מתן ההלוואה (ולהבדיל מערבות שבדיעבד, על פי בית הדין), עשויה השאלה בכל זאת להתעורר: כיצד תתקיים חזרתו האפשרית של ראובן בתקופה שבינתים? אם נאמר שתהא דרושה דווקא הודעה אשר תספיק להגיע מבעוד

---

[549] רב) ר' הגהות על הרא"ש בבא מציעא צ"ד א' ותפארת שמואל שם, ס"ק ג. ור' להלן, בסע' ז', מס' 3, אות ו', הערה שנ"ז.

[550] רג) פסק ר' מאיר המובא בהמרדכי על בבא מציעא, פרק ז; פ"ב מהל' שכירות הל' ט'.

[551] רד) בקשר לכך מתעוררת בעיה על פי בבא מציעא נ"ח א', ששם נקבע לגבי שומר של הקדש (אשר בסתם פטור הוא מאחריות השומרים), שאם רוצים להתנות עמו אחריות רגילה, יש להעמיד את התנאי במעשה קניין פורמלי. לקביעה זו מוצעים תירוצים שונים (ר' נימוקי יוסף ושיטה מקובצת על בבא מציעא צ"ד א' ותוספות על בבא מציעא נ"ח א', ד"ה אמר ר' יוחנן), וכולם נראים לי דחוקים. לע"ד הנראה ביותר הוא מה שמובא בשם הריטב"א בשיטה מקובצת על בבא מציעא נ"ח א', ש"יש מתרצין דהכא לרווחא דמילתא משנינן בשקנו מידו, ולאו דוקא, דהא בדברים בעלמא סגי" - ויתכן שזוהי הסיבה לכך שבעל הטורים אינו מזכיר בעניין זה את דרישת הקניין הפורמלי, דבר שמתפלא עליו בית יוסף בחו"מ סי' ש"א. אולם, כפי שהריטב"א עצמו מציין, "הגאונים כולם פסקו דהכא בשקנו מידו דוקא", ואולי אפשר לתרץ שאם נאמרו הדברים בדווקא הרי זה באמת רק בצמוד ללשון התלמוד, כשהשומר יבוא להבטיח שהוא יהא אחראי "כשומר שכר" או "כשואל" - הבטחה שתהיה בסתם חסרת משמעות, שהרי גם שומר השכר וגם השואל, בהקדש, פטורים מאחריות, ממש כשומר חינם. לכן, כדי להבהיר שאין האיש מתכוון בדבריו לעילוי שמירה גרידא, כי אם לאחריות תשלום, דרשו כאן מעשה קניין פורמלי, אשר מעצם טבעו לא יוכל להתפרש אלא לעניין של אחריות תשלום - אבל במקום שהדברים הם ברורים, יספיקו הדברים ללא הקניין הפורמלי, אף בשומר של הקדש. יש פנים לומר שאולי זוהי בעצם גם המשמעות הנכונה של חלק מתירוצי נימוקי יוסף ושיטה מקובצת (לפי הרשב"א והר"ן), המתכוונים אולי לאותו דבר, רק בלשון עקיפה.

[552] רה) שו"ע חו"מ סי' קל"א סע' א'.

זמן לשמעון - וראובן לא יוכל אפוא להיפטר על ידי החלטה בינו לבין עצמו, ואף לא על ידי גילוי דעתו לפני עדים, וגם מותו לא יוכל אפוא לפטור את היורשים, לפחות אם לא יוודע המוות מבעוד זמן לשמעון - יהא פירושו של דבר, שלמעשה משתעבדים הנכסים ולו גם על תנאי, כבר מלפני המעשה חומרי של מתן ההלוואה ומשעה **שנגרמה** הסתמכותו של שמעון, על ידי הצהרה גרידא מצד ראובן. אם, לעומת זאת, נאמר שאין שום תחולה מוקדמת כזאת, וראובן יכול לחזור בו אפילו בהיעלם משמעון (או שלפחות יהא עזבונו פטור, אם יקדים וימות), הרי שההגיון הפורמלי של השיטה אולי לא ייפגע על ידי כך בהכרח - ואולי אפילו יצא יותר החלטי ופשוט - אולם ההגיון העניינִי שלה ודאי יצא נסתר ופגום, והדבר יתבטא גם בהכרח בהרגשה של אי צדק[553].

[[241]] המיספק שבין שתי האפשרויות האלו אינו בא במקורותינו לידי הכרעה פסוקה ומקובלת באופן חד משמעי, אך נראה שלידי הכרעה ברורה אפשר בכל זאת להגיע על ידי ניתוח המקורות, על פי ההגיון הפנימי המחויב וקו-הנטיה הברור לדינא, הקיימים בהם על כל פנים.

בכיוון זה נפתח קודם כל בניתוח המשמעות המילולית של ביטויי המפתח בענייננו, "בהיא הנאה דמהימן ליה", "בהיא הנאה דסמיך עליה", וכיו"ב. במקרים הראשונים שסקרנו ראינו כי הנאת המהימנות או ההסתמכות הגיעה לצד המקנה על ידי שהקונה ביצע איזה מעשה חומרי שהיה מבוקש ממנו על ידי המקנה, באופן שאפשר היה לזהות לכאורה את ההנאה המוסרית של המהימנות או ההסתמכות עם ההנאה החומרית שהגיעה למקנה על ידי ביצוע המעשה החומרי המבוקש על ידיו; וכבר מלכתחילה הסבנו את תשומת הלב לשאלה, מדוע פונים אם כן דינינו אל ההנאה המוסרית ואינם מבססים את התוצאה הקניינית על ההנאה החומרית, הפשוטה והגלויה הרבה יותר? אולם, העובדה היא שדינינו אמנם מדלגים פה על ההנאה החומרית גרידא, ובוחנים את העניין דווקא על פי ההנאה המוסרית העלומה שברקע - ואם יש טעם לכך, הלא בודאי יש לחפשו בנקודה שבה אין שני מיני ההנאות מתלכדות, אלא יש בהנאה המוסרית רבותא כלשהי לעומת אחותה. והנה, נקודת ההתלכדות היא בכך, שבשני מיני ההנאות אפשר לראות לכאורה מין ריווח המגיע למקנה, אשר בתמורתו מקנה הוא את האיזון הממוני לקונה, כעין מעשה חליפין. אולם, בהנאה המוסרית, מהו הריווח המגיע למקנה מצד הקונה והמחייב את האיזון? לפי נוסח הזיהוי של הנאה זו במקורות, ברור שאין הריווח מתגלה בעצם עובדת ההיענות של הקונה, כי אם בעובדה הטרומית שהקונה **האמין** למקנה, **וסמך** עליו, **ושבגין כך** נענה ועשה את המעשה המבוקש - והיינו, במלים אחרות, ההנאה והריווח הם בזה שהקונה מוכן לקבל כבסיס לפעולתו את [[242]] הציפיה לכך שגם המקנה, מצידו, יפעל באיזה אופן המובטח על ידיו והמבוקש על ידי הקונה, ויתר על כן, שאין הקונה דוחק כי המקנה יפעל כך דווקא לאלתר ומראש, אלא אף עומד הוא ומעניק לו ארכה, הנחוצה לרווחת הענין. לפי זה חוזרת השאלה ונשאלת: למה, אם כן, באמת פונים מקורותינו להנאה מיוחדת זו, ואינם מסתפקים בעצם עובדת ההיענות? - ועל זה, ודאי, התשובה

[553] רו) בעל משנת דר' אליעזר, בחידושי מהדורא קמא ובתרא על חו"מ סי' קל"א, מנסה אמנם לטעון לקו של הגיון וצדק גם לפי גישה זו, והיינו ד"קיל טובא מן כמה גרמות בנזיקין, דפטרינן בהו", שהרי סכנת הנזק רחוקה היא כאן מלכתחילה אף אם ילווה שמעון ללוי על פי ראובן, ומשום שסוף סוף, ודאי לא על הערבות סומך שמעון בעיקר, כי אם על נכסי הלווה עצמו. אולם, כל הטיעון הזה, פירכתו גלויה על פניו, באשר על פיו - לו היה לנו פה עניין בגרמא בנזיקין גרידא - ראוי היה שראובן יוכל לחזור בו אפילו בדיעבד, אחר מתן ההלוואה. ענייננו כאן הריהו אפוא בהגיון מעורב של חוזים ונזיקין, ולא בהגיון נפרד של נזיקין בלבד.

הפשוטה היא כי הרבותא היא בכך, שאם כנגד הנאת **ההיענות** מגיעה לקונה התמורה אשר המקנה הבטיח לו בעדה, הרי כנגד הנאת **המהימנות**, האיזון ההגיוני המתחייב הוא, שהמקנה יהא אחראי לקיום הבטחתו ויפצה את הקונה על הנזק שייגרם לו במקרה שיפעל כמובטח ואילו הבטחתו של המקנה לא תקוים. רבותא זו, כפי שראינו, אמנם מתאשרת גם הלכה למעשה בדברי הריטב"א (על בבא מציעא ע"ג ב') שציטטנו לעיל - ואם נמשיך בקו מחשבה זה, מגיעים אנו לכאורה למסקנה משולשת כלהלן:

א) עניין ההקנאה "בההיא הנאה דמהימן ליה", הריהו בהכרח, לפי עצם טיבו, ענין של שעבוד נכסים **בראוי**, ולא הקנאה במוחזק;

ב) אופייה והגיונה של הקנאה כזאת הריהם מתחום דיני הנזיקין, אך בעוד שאחריות הנזיקין הרגילה תלויה בפשיעה, ומשנגרם הנזק חלה היא מכוח הפשיעה מאליה, הרי כאן המעשה [[243]] המבסס את האחריות (מעשה ההזמנה לפעול על פי הסמכה) איננו מלכתחילה פשיעה - וממילא אין בו כשלעצמו כדי לבסס אחריות - אלא שמיחסים אנו בגינו אחריות **רצונית** לבעליו (לאמור, שהאיש עצמו קם ומקבל עליו אחריות, ומשעבד לה את נכסיו מדעתו), לאור עניינו בפעולת הצד שכנגד (פעולה שתהפוך את מעשה ההסמכה לכעין פשיעה וגרמא בנזיקין **בדיעבד**, אם האיש לא יקיים את הבטחתו);

ג) כדרך אחריות שאופייה והגיונה הם מתחום הנזיקין ושאיננה "תמורה" לפעולת הצד שכנגד, ממילא אי אפשר כי שעבוד הנכסים המבסס אותם יקום פשוט עם ביצוע אותה פעולה ויחול רק משעה שבוצעה אותה פעולה ואילך, אלא מוכרח הוא לחול כבר משעת ההסמכה[554].

אולם, מסקנות אלו, המבוססות על ניתוח הגיוני-מושגי ודברי הריטב"א בלבד, סותרות כמה דברי יסוד שכבר הספקנו לראות בעניינו, וננסה עתה לבחון כיצד הדברים מתישבים.

במגמה זו נשאיר בינתיים ללא פתרון סופי את הסוגיה שבה עדיין עומדים אנו - עניין הערב שבבבא בתרא קע"ו ב' - ונעבור לעניין של שכירות פועלים, אשר גם הוא מתקשר בעצם לענייננו. אמנם, במקורות היסודיים אין אנו מוצאים כי האחריות ההדדית בין בעל הבית והפועל תהא תלויה דוקא במושג של "בההיא הנאה", אולם, כשבאים אנו לגוף ההלכות, אין מקום לספק כי המושג אמנם שייך כאן ושייך. הדבר מתברר קודם כל בסוגיה בבבא מציעא מ"ט א'[555], אשר על פיה יוצא כי שכירות פועלים [[244]] נקשרת באופן סופי ומחייבת את בעל הבית משהתחילו הפועלים במלאכה על פי ההזמנה שהוזמנו, באשר באותה שעה "ודאי סמכה דעתייהו" שבעל הבית יקיים אמנם את תנאי ההזמנה; ואין צריך לומר שההבדל בין מבנה כזה של ההלכה לבין נוסח שבו היה נאמר כי משהתחילו הפועלים במלאכה אחראי בעל הבית כלפיהם משום "דבההיא הנאה דסמכי עליה גמר ומשעבד נפשיה", הריהו הבדל מילולי בלבד. יש גם להדגיש כי החיוב האמור כאן לגבי בעל הבית אינו דווקא בחיוב גמור לשלם את השכר המותנה, כי חיוב זה אינו

[554] רז) השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ג', בסמיכות להערה ל"ז ול"ח.
[555] רח) השווה לעיל, פרק א', נושא שלישי, סע' ז', בסמיכות להערה רכ"ב ואילך.

יכול לחול אלא לבסוף, כשהפועלים לא רק התחילו - אלא אף גמרו - את מלאכתם[556]; מלבד זאת, למעשה אף יכול בעל הבית לחזור בו, גם משהתחילו הפועלים במלאכה, על פי אפשרות החזרה הכללית מחיובים חוזיים[557] - והחיוב החל על בעל הבית מלכתחילה הריהו אפוא, באמת, רק בשעבוד נכסיו למילוי תנאי ההזמנה מצידו, במידה שאמנם ראוי יהיה לעשות כן, **ולכיסוי ההפסד שייגרם לפועלים, לאורם של תנאי ההזמנה, במקרה שאותם תנאים יופרו על ידיו**. הדבר דומה מאוד, כמובן, למה שראינו לעיל בדברי הריטב"א על בבא מציעא ע"ג ב'; ואמנם הריטב"א, בהמשך דבריו שם, מקשר את שכירות הועלים לענייננו בפירוש, זה לשונו: "דבההיא הנאה דסמיך עליה... משתעבד ליה מדין ערב, וזה ענין שכירות פועלים דפירקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול".

[[245]] משהגענו לכאן, מזדקרות מיד שתי נקודות הראויות לציון לעומת המקרים הקודמים. ראשית, רואים אנו שהאחריות לתשלום ההפסד במקרה של הפרת תנאי ההזמנה אינה מופיעה כאן כתמצית כל האחריות שבעל הבית מקבל עליו "בההיא הנאה" - כמו שהמצב הוא אצל השליח, הנידון ברישא של דברי הריטב"א הנ"ל - אלא אחריות זו מופיעה כאן בנוסף ובמקביל לאחריות היסודית יותר של מילוי תנאי ההזמנה כלשונם (והיינו תשלום השכר המוסכם), במידה שראוי יהיה לעשות כן. הבדל זה מסתבר אמנם מאליו, מתוך ההבדל העניני במסיבות, אך לדידנו חשוב לציין ש"בההיא הנאה" מוליד אפוא לא רק את חיוב הפיצוי המועמד על בסיס חוזי בהעברה מדיני הנזיקין - אלא, במקרה המתאים, גם **מוליד הוא את החיוב העיקרי, החוזי בעצם מהותו, ואשר על הפרתו עשוי להגיע הפיצוי** (ולו יהא, כפי שאמרנו, שגם חיוב זה לא יהיה מלכתחילה גמור ומוחלט, כי אם רק מותנה[558]; ועוד נחזור לדבר נקודה זו להלן, בסיכום.

ואילו הנקודה השנייה היא שעל אף מסקנותינו דלעיל, בכל זאת רואים אנו ששכירות הפועלים - על האחריות הכרוכה בה - אינה מתקשרת אלא משהתחילו הפועלים במלאכה, והיינו, שוב רק במעשה החומרי; ואמנם, במקור הדברים בגמרא אף יוצא בפירוש, שעד התחלת המלאכה - גם אם אין הצדדים רשאים לחזור בהם, משום "מחוסרי אמנה", מכל מקום, **יכולים** הם לחזור, באופן שהאחריות לא תחול. שוב חוזרים אנו אם כן לבעיה שהנחנו ללא פתרון אצל הערב; אך בענין [[246]] של שכירות פועלים, הרבותא היא שבעיה זו באה לידי יישוב הלכתי מפורש באופן הרבה יותר חתוך מכפי שהדבר הוא אצל הערב (וכפי שעוד נשוב ונראה). כי כך קוראים אנו בעה"ש חו"מ סי' של"ג סע' ב': "זה שנתבאר" - כפי שאמרנו, שעד התחלת מלאכה יכולים הצדדים לחזור בם ולבטל את תחולת האחריות - "במה דברים אמורים? שאין להם הפסד ע"י החזרה, אלא טורח בעלמא, אבל כשיש הפסד, כגון ששכרן ולאחר איזה שעות חזר בו, ובעת

---

556 רט) ר' בספר על "דיני הקנין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות א', בסמיכות להערה ע"ד, ודיני חישוב השכר, שם, אחרי הערה ק"ו.

557 רי) ר' בספר על "דיני הקנין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות ג', הערה ק"מ.

558 ריא) ראוי גם להעיר, כי אף על פי שהחיוב העיקרי - חיוב שכר - לא יקום אמנם באופן מוחלט אלא בדיעבד, כנגד ביצוע העבודה, הרי באמת לא יתכן שביצוע העבודה יוליד את חיוב השכר, **רק** בדיעבד, בלי שהחיוב יחול כבר ביסודו מלכתחילה, **מכוח חוזה העבודה**, המגדיר את הדברים מראש וקובע את מסגרתם המשפטית.

ששכרן היה להפועלים מקום אחר להשכיר את עצמן ועתה אין להם המקום, הרי זה כדבר האבוד, וחייב הבעה"ב לשלם להם שכרם מדין גרמי... אלא שאינו משלם להם רק כפועל בטל".

והנה, הלכה זו אמנם מיחסת במקורה, מבחינה עיונית, לדינא דגרמי (והיינו, לדיני הנזיקין), באופן המוציא אותה לכאורה מן הביסוס החוזי[559]; אולם תפיסה זו נתקלת בקושי, שמדין נזיקין גרידא לא יתכן שתחול אחריות לביטול כיס (בהבדל מחסרון כיס) - והתירוצים שהוצעו ליישוב הקושי הם דחוקים ביותר[560]. פוסקים אחדים אף הגיעו אפוא מתוך כך לידי דחיית האחריות המוקדמת הזאת מעיקרא; אך גם את הדחייה הזאת אי אפשר לקבל - לא רק מפני שקשה להשלים עמה מבחינה עניינית, אלא גם מפני שההלכה הנידונה נושאת את הגושפנקה של גדולי הפוסקים, ונראה שאף האחרונים סומכים עליה בדרך כלל את ידם, בלי לחשוש לדוחים. יישוב הדברים באופן הגיוני מתחייב אפוא על כל פנים - ולע"ד תירוץ ההלכה הוא אמנם פשוט בתכלית. התירוץ הוא שבקישור ההלכה לדינא [[247]] דגרמי לא היתה הכוונה לביסוס משפטי-מוסדי, בדווקא, כי אם רק להסבר ענייני, והיינו שטעם האחריות הוא **כעין** דינא דגרמי, כמו שהסקנו לעיל במקרה השליח, אבל הביסוס **המוסדי** של האחריות הריהו אמנם **חוזי**, "דבהיא הנאה דסמיך עליה גמר ומשעבד נפשיה". תירוץ זה מיישב לחלוטין את בעיית תוכנה של האחריות, והיינו שעל אף טעם הגרמא, מתפשטת האחריות לביטול כיס[561]. אך שתי שאלות עשויות עוד להתעורר אגב כך לכאורה: מה אם כן על אפשרות החזרה שראינו עד התחלת מלאכה, ומה על הדין שאמרנו, ששכירות הפועלים נקשרת באופן סופי על ידי אותה התחלת מלאכה? אולם שאלות אלו באמת אינן מעוררות שום קושי שהוא, כי התירוץ הוא שיש לנו כאן שני מיני אפשרויות מקבילות, העשויות לקשור את שכירות הפועלים באופן סופי, בהתאם להזמנה, לחילופין ביניהן: האפשרות האחת היא במעשה החומרי שהפועלים יתחילו במלאכה, ואילו האפשרות השנייה היא **במחדל**, שבהסתמך על ההזמנה ובגללה, יימנעו הפועלים מלהשכיר את עצמם לעבודה אחרת, אשר יש להם אפשרות לקבלה. כי באמת, כמובן, לא רק התחלת המלאכה עשויה להוכיח ד"ודאי סמכה דעתייהו", אלא גם ההימנעות מן העבודה האחרת עשויה להוכיח אותו הדבר - ולפי זה יש לנו שני מיני תקופות לאפשרות חזרה: במקרה אחד, אם לא היתה לפועלים אפשרות של השתכרות חלופה (או שהיתה והיא עדיין קיימת בעינה), יכולים הצדדים לחזור בהם עד לתחילת העבודה, אבל אם היתה לפועלים אפשרות להשתכרות חלופה, והם הפסידוה בגלל ההזמנה הקודמת, שוב אין בעל הבית יכול לחזור בו מן ההזמנה אף אם עדיין לא התחילו הפועלים במלאכתם[562]. ומכאן נמשכת עוד אפשרות אחת, שלישית, המתחייבת בהכרח: אם בעל הבית נמנע מלשכור לו פועלים אחרים בהסתמך על הבטחת הפועלים, שוב אין גם הפועלים יכולים לחזור בהם ללא אחריות, אף [[248]] אם לא התחילו במלאכה.

---

[559] ריב) וכך מקבל אמנם **ורהפטיג** באופן חיובי (בכרך ב', עמ' 636): "במקרה זה החובה לשלם כפועל בטל אינה נובעת מדין חוזה ex contractu כי הרי חוזה שלא נעשה בו קנין אינו בר תוקף, אלא היא נובעת מדיני נזיקין...".

[560] ריג) ר' **ורהפטיג**, ב', עמ' 636-641.

[561] ריג[2]) השווה בספר על "דיני הקנין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות ג', הערה קל"ט.

[562] ריד) השווה אצל **ורהפטיג**, ב', בעמ' 640.

מחוזקים במסקנות אלה נחזור עתה לבעיית הערב, ונוכל לומר כי הקדמת תחולת הערבות - שהערב לא יוכל לחזור בו אף לפני מתן מעות, ללא ידיעת המלווה הסומך עליו - מתחייבת על פי ההגיון הנזקי, כעין דינא דגרמי, של עצם המוסד "דבהיא הנאה דמהימן ליה"; והתחייבות זו מתאשרת אמנם לדינא, באופן שאינו ניתן לערעור, לא רק על פי דברי הריטב"א על בבא מציעא ע"ג ב', אלא גם לאור הדינים המושרשים של שכירות פועלים. ואכן, תפיסה ברוח זו באה גם לידי ביטוי מפורש לגבי הערב בדברי בעל הנתיבות במשה"א ביאורים על סי' קכ"ב ס"ק ג': "דודאי באומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך דחייב, אפילו ביטל שלא בפניו, והוא לא ידע, דחייב... וכיון שהוציא זה הממון על פיו, חייב, וכן אפילו מת, והוא לא ידע, דהוי כנתחייב מעכשיו אם יוציא זה הממון על פיו". דברים אלה אמנם סותרים לכאורה את מה שקוראים אנו אצל המרדכי על בבא בתרא, פרק גט פשוט, סי' תרנ"ב, זה לשונו: "מצאתי כתוב בתשובות, מי שנעשה ערב בקנין או שנעשה ערב בלא קנין... יכול לחזור בו קודם נתינת המעות, דלא שעבד בקנין אלא לאחר נתינת המעות"; ויתר על כן, דבריו של בעל הנתיבות במקום שבו הם מופיעים, לא כוונו במישרין להכרעת דינו של הערב, אלא הם נאמרו רק אגב הדיון בעניין אחר. אולם, עובדה אחרונה [[249]] זו אולי אף מחזקת את דברים, כי ברור שבעל הנתיבות ראה אותם כפשיטא, שאינו צריך ראייה - ובצירוף לביסוס שהראינו ודאי וודאי כי אין מקום לפקפק שאמנם זהו הדין. נשאר לנו רק להסביר את נקודות השוני הנראות לכאורה בין דברי בעל הנתיבות לבין הביסוס שצירפנו - אך באמת השינויים הם פשוטים, ותוך הסברתם תתורץ ממילא גם הסתירה הקיימת לכאורה בין דברי בעל הנתיבות לבין דברי המרדכי.

נקודת אחת היא שבדברי בעל הנתיבות מיוחסת תחולת האחריות למפרע, עד לעצם שעתם של דברי ההסמכה ("דהוי כנתחייב מעכשיו") - ובדומה למה שהסקנו לעיל במופשט, בניתוח ההגיוני-המושגי; לעומת זאת, בכל המקרים המעשיים שעליהם התבססנו, עדיין מתלכדת תחולת אחריות על כל פנים עם ביצועו של מעשה חומרי (כמו מתן דמי המיקח לשליח או התחלת מלאכתם של הפועלים), ואם לא עם ביצועו של מעשה חומרי חיובי, הרי לפחות עם התגשמותו של **מחדל** חומרי, כמו ההימנעות מהתקשרות חלופה. אולם, שוני זה בא באמת על תירוצו המפורש בדברי בעל הנתיבות עצמו: "דהוי כנתחייב מעכשיו **אם יוציא זה הממון על פיו**", והיינו שהאחריות אמנם אינה אמורה לחול למפרע אלא על תנאי - משעה שיבוצע המעשה (או המחדל) על פי הסמכה - וממש כפי שהדין הוא גם בתחולת האחריות בנזיקין, שאמנם חלה היא למפרע, משעת הפשיעה, אך זאת רק על תנאי, משעה שנגרם על ידי הפשיעה נזק בפועל. בהתאם לכך, יש להשלים על פי בעל הנתיבות גם את הדין בשכירות פועלים: [[250]] שאמנם אין האחריות חלה בסתם אלא משעת המעשה או המחדל החומרי של התחלת מלאכה או הימענות חלופה, אבל אם מתעוררת השאלה האם יכול אדם להיפטר מאחריות זו מלכתחילה, בין שעת ההסמכה לביצוע מעשה ההסתמכות, על ידי מותו העלום או חרטה עלומה, מתברר **שאין** הוא יכול, ומשמע כי ביצוע מעשה ההסתמכות בתום לב מגבש בעצם את האחריות למפרע, עד לשעת ההסמכה. תוך כדי כך מתברר גם כן על פי דבריו של בעל הנתיבות, כי אפשרות החזרה בתקופה שבינתים נמנעת רק לגבי חזרה **עלומה**, ש"ביטל שלא בפניו, והוא לא ידע"; אבל אם הצד הקונה קיבל בינתים הודעה מפורשת מן המקנה על רצונו לחזור בו, או שנודע לו באופן אחר כי המקנה התחרט, או שמת - הרי בטל הטעם הנזקי לתחולה למפרע: המקנה **יכול** לחזור בו, ואחריותו אינה מקבלת תוקף, גם אם יבוצע מעשה

ההסתמכות - וכפי שראינו קודם את הדין הסתמי בערב, בסמיכות להערה ר"ה. נקל וסביר אם כן לפרש, שגם את דברי המרדכי ודאי יש להבין כמכוונים רק לדין שבסתם, המספיק לתיאור המצב ברמת המקרים הרגילים, שבהם די לנו לדעת כי האחריות מתגבשת עם ביצוע המעשה, ועד אז יכול הצד שכנגד לחזור בו; אך ודאי אין להבין שיש בדברי המרדכי משהו הסותר את הדין בניסוחו השלם, החשוב ברמה הגבוהה יותר של המקרים היוצאים מן הכלל, שבהם מתברר כי האחריות מתגבשת אמנם עם ביצוע המעשה, אבל לא רק משעת המעשה ואילך, כי אם גם למפרע.

נקודת שוני שנייה, הטעונה פה הסבר, היא שבמקרה השליח ראינו כי האחריות מסתכמת כולה באחריות לנזק; אצל שוכר הפועלים ראינו כי האחריות מורכבת מחובת השכר, שהיא חוזית לגמרי, [[251]] ומאחריות הפיצוי אשר האופי החוזי ואופי הנזיקין משמשים בה ביחד; ואילו במקרה הערב - גם על פי תפיסתו של בעל הנתיבות - מכל מקום אין אנו רואים, מן הבחינה התוכנית, אלא את החובה היסודית לתשלום הערבות, המקבילה לכאורה להתחייבות השכר אצל הפועלים, ושהריהי אפוא לכאורה רק חוזית. התירוץ הברור הוא שחובת הערבות עם כל דמיונה המשפטי להתחייבות השכר, הריהי דומה מכל מקום - מבחינה עניינית - גם לחובת הפיצוי של השליח (והיינו שאין היא מבשילה אלא לשם פיצוי, במקרה שהחייב הנערב גורם נזק על ידי הפרת חיובו שלו), ומתוך כך אך טבעי הוא שעיקר ההתחייבות החוזית וחובת הלואי לפיצוי על נזק ההסתמכות, במקרה של הפרת ההתחייבות העיקרית, פשוט חוזרים פה ומתלכדים לאחד.

ומנקודה זו כבר יכולים אנו לחזור ולתרץ גם את הסתירות שנשארו לכאורה בין המסקנות שהעלינו בניתוח ההגיוני-המושגי של דין "בהיא הנאה" לבין המקרים המיוחדים הנפתרים על פי דין זה ושניתחנו מקודם.

הסתירה הראשונה היא, שעל פי מסקנתנו בנתוח העקרוני חל הקנין "בהיא הנאה" משעת המעשה החומרי ולמפרע, משעת ההסמכה (או, בניסוח הפוך, משעת ההסמכה, ועל תנאי משהה שהמעשה החומרי יתקיים על פי תום לבו של הקונה - וכמובן, באופן סביר - בהסתמך על דברי ההסמכה); ולעומת זאת, במקרים הקודמים שניתחנו, לא זו בלבד שלא גרסנו שום תחולה למפרע כזאת, אלא יש גם שדחינוה בפירוש. התירוץ הפשוט של סתירה זו הוא, שבכל אותם מקרים לא בוצע המעשה על ידי הצד הקונה לבדו, בהסתמך על דברי המקנה, אלא המעשה בוצע [[252]] על ידי המקנה והקונה יחד[563], וממילא משמע כי הסתלקות עלומה של המקנה בתקופה כלשהי שבינתים אין לה כאן מקום מטבע הדברים. במקרים מסוג זה, במלים אחרות, גם אם היתה בהם הידברות והסמכה מוקדמת - מכל מקום חוזרת ההסמכה ומתאשרת בשעת ביצועו של המעשה המבוקש; בהתאם לכך יכולים אנו להתעלם מן ההסמכה המוקדמת ולהחשיב רק את ההסמכה האחרונה המחודשת; לפי זה, שוב, ממילא נמצאים ההסמכה וביצוע המעשה מלוכדים ברגע אחד - והתפיסה שהעלינו מקודם יוצאת אפוא מקוימת גם במקרים הללו. אולם, עם זאת, נראה שאפשר לתת למקרים הללו גם ביסוס עיוני נפרד, משל עצמם. הדבר נרמז במקרה של חלוקת

[563] רטו) כך במקרה חלוקת השיתוף על ידי הטלת הגורל; כך במקרה הקנאת הגזלן במסירת שטר ללוקח; כך במקרה מתן הכסף (וקבלתו) על ידי השליח; כך גם במקרה של הפקדת הנכס ביד השומר - וכן אפילו במקרה של העמדת ערבות בפני בית הדין, שאז מתלכדים למעשה, ברגע אחד, הצהרת הערב על נכונותו לערוב והחלטת בית הדין לקבל את הערבות ולמנוע את הירידה המידית לנכסי החייב.

השיתוף בגורל, אשר טעמו לא הוגדר משום "ההיא הנאה דסמיך עליה" או "דמהימן ליה", אלא "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי". במקרים האחרים מסוג זה אמנם חוזרים ומופיעים הביטויים הראשונים - כי באמת חשוב בהם יותר יסוד המהימנות; אולם מכל מקום, גם במקרים הנותרים הללו, ודאי אפשר למצוא, בצידו של יסוד המהימנות, גם את יסוד "ההנאה דקא צייתי להדדי", המתגלם בביצוע ההדדי של המעשה המבוקש - וניתן לומר כי במקום שמצטרף היסוד הזה, או שיסוד זה הוא הגורם היחיד או העיקרי, נעלם העניין של תחולה למפרע, והקניין נוצר בבת אחת, עם ביצוע המעשה המבוקש. הדבר חוזר, כמובן, ומדמה את דין הקניין "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי" לדין בקניין על פי מעשי הקניין הרגילים שסקרנו לעיל (וכפי שכבר הערנו בקשר למקרה של חלוקת השיתוף); אולם, הדמיון - כפי שכבר ציינו גם כן - הוא רק חיצוני, ויש להיזהר מערבוב (כפי שעוד נחזור [[253]] ונברר, כמובטח).

ואילו הסתירה השניה היא, שבניתוח העקרוני הסקנו שקניין "בההיא הנאה דקא סמיך עליה" הוא דווקא בראוי, בעוד שבמקרים הקודמים ראינו שהקניין יכול גם להיות במוחזק. סתירה זו מיתרצת במה שראינו בינתים, שהקנין "בההיא הנאה דקא סמיך עליה" אמנם אינו מוכרח להתמצות כלו באחריות הנזקית למקרה של הפרת ההבטחה (שבקשר לזה הסקנו שם את המסקנה הנידונה), אלא עשוי הוא להעמיד גם את עצם קנין הדבר המובטח בעצמו, ויתר על כן - שקניין עיקר הדבר המובטח וקניין האחריות הנזקית אף עשויים להתלכד לאחד. והנה, קניין עיקר הדבר המובטח - אין שום סיבה הגיונית שהוא יהיה דווקא בראוי ולא במוחזק: אמנם, מדברים אנו על "הבטחה" - אך מדברים אנו גם על סוג של קניין האמור לחול משעת קיומו של מעשה מסוים ולמפרע - ומושגי "ההבטחה", ההסמכה והמהימנות ודאי יכולים למצוא את שילובם במקרה שבו מוזמן פלוני לעשות מעשה על סמך זה שהמזמין מקנה לו נכס פלוני במוחזק מעתה, למקרה שהמעשה ייעשה[564]. על אחת כמה וכמה שאין מניעה להיקנות הנכס במוחזק, כאשר אין בכלל עניין של אחריות נזקית להפרת ההבטחה, והקניין הוא "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי" - ואמנם, כל המקרים של היקנות במוחזק שראינו עד כאן שייכים לסוג זה[565].

[[254]] אולם, אפילו כאשר הקניין הוא רק "בההיא הנאה דסמיך עליה" - ולא משום "דקא צייתי להדדי" - יתכן שיהיה לנו קניין במוחזק, ללא שום קניין לואי בראוי (לבד מ"אחריות טעות סופר", שעליה הערנו זה עתה, והנלוית בסתם על כל הקנאה במוחזק, ממילא), והיינו משום כך שהיקנות הנכס המובטח במוחזק הריהי ממילא גם בבחינת מילוי האחריות להקנאתו - והדברים מתלכדים אפוא, בדומה למה שראינו אצל הערב.

---

[564] רטז) למסקנה זו אין ראייה לסתור ממה שנקבע בעה"ש חו"מ סי' של"ב סע' י"א, שעבודת הפועל, בהתאם להזמנה, אינה יכולה להקנות לו נכס כלשהו שהובטח לו בתמורתה במוחזק. טעם הדין הזה, כפי שעוד יתברר לנו במקום אחר, הוא שהזכות לשכר עבודה מבשילה והולכת עם ביצוע העבודה, ואינה מבשילה באופן כולל ברגע אחד. ממילא משמע כי הזכות מוכרחה מלכתחילה לעבור את הגשר של היותה נתונה בראוי - והתשלום, בדיעבד, במוחזק, שוב אינו אפוא תמורה ישירה של העבודה, כי אם רק סילוק של הזכות לשכר. לעומת זאת, כאן אין אנו מדברים על שכר עבודה - או אפילו על שכר מעשה - כי אם על שכר המהימנות בת הרגע, וזה עשוי אמנם להיקנות במישרין במוחזק.

[565] ריז) גם במקרה של הקנאת הגזלן אין לנו עניין באחריות נזקית במסגרת הנידונה כאן, כי האחריות הנזקית קיימת שם מכל מקום על פי הדין המיוחד של "אחריות טעות סופר", שעוד נכירנו להלן.

את כל המסקנות האלו נחזור ונבדוק עתה על פי המקרה האחרון שעוד נותר לנו, והוא מן הסוגיה שבכתובות ק"ב ב', זה לשונה: "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 (הנאת דמי הקידושין) 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 דקא מיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי".

[[255]] סוגיה זו מעוררת קודם כל בעיה בדבר היחס בין הקניין "בההיא הנאה דקא מיחתני אהדדי" לבין מעשה הקידושין. מבחינה עניינית מתגלה כאן דמיון למה שראינו לעיל בהתנאת האחריות המוגברת של השומר - והיינו שכשם שבמקרה ההוא היתה ההתנאה בבחינת תנאי לואי לעסק היסודי של השמירה, כן גם כאן, פסיקת הנדוניה היא בבחינת תנאי לואי לעסק היסודי של הקידושין. נגד תפיסה כזאת אפשר לטעון, שהקידושין נערכים פה בין צדדים אחרים, שאינם כלל הצדדים המשתתפים בפסיקת הנדוניה, וקשה אפוא לראות את עריכת הקידושין כגורם שאינו רק תנאי חיצוני לקיומו של עסק הנדוניה, אלא כיסוד מהותי ופנימי בהעמדתו של עסק הנדוניה עצמו. אולם, מן המשנה בכתובות פי"ג מ"ה ברור שאמנם המדובר הוא כאן בתנאי לואי[566] - ומשמע שעל אף השוני בין דברי רב גידל בשם רב ("הן הן הדברים הנקנים באמירה") לבין מה שראינו לעיל בדברי הר"ן, בקשר לחלוקת השיתוף בגורל ("דודאי בדיבורא בעלמא לא קנו משום ההיא הנאה, אלא הכא אגורל קא סמיך"), מכל מקום אין השוני ממשי, מפני שגם כאן, כמו בכל המקרים האחרים שראינו, יש לנו בגופו של מעשה הקניין השלמה של מעשה חומרי לדיבור ההסמכה. חוזרת רק השאלה ונשאלת, כיצד אפשר שעסק חוזי בין צדדים יהא לא רק תלוי בתנאי חיצוני, אלא עצם לידתו תהא נובעת ממעשה קניין שנערך בין צדדים אחרים, בעסק אחר - והתשובה היא, שהנה אמנם לומדים אנו אפשרות כזאת מן הסוגיה שלפנינו. במלים אחרות, משמע כי דיני ישראל מאפשרים את הדבר, שאם עסק נערך בין צדדים פלונים על דעת עריכתו של עסק אחר בין צדדים אחרים, בעוד שהעסק השני נערך על דעת העסק שנערך בין הצדדים הקודמים, הרי העסק הראשון מקבל [[256]] תוקף עם עריכתו של העסק השני, ונהפך לחלק אינטגרלי ממנו.

בעיות אחרות המתעוררות במקורות בקשר לסוגיה זו הריהן אם הדברים נאמרו דווקא בפסיקת הנדוניה בין האבות, או החתן והכלה עצמם, או שמא גם בין קרובים אחרים; האם הדברים נאמרו דווקא באבות הפוסקים לגבי נישואין ראשונים, או שמא גם במקרה של פסיקה לגבי נישואין נוספים; האם מותר ריווח זמן בין הפסיקה לקידושין או שמא צריכים השניים להיערך באותו מעמד; ובמקרה שמותר ריווח זמן - האם יש דווקא לחזור ולהזכיר בשעת הקידושין את הפסיקתא או שמא אפשר גם שלא. אולם, כל הבעיות האלו אינן מתעוררות כבעיות מהותיות בפני עצמן, אלא רק מצד אומדן כוחן של המסיבות השונות כראייה לסמיכת הדעת על פסיקת הנדוניה מלכתחילה, או על קישור הקידושין לפסיקתא בדיעבד, ולפיכך לא ניכנס לבירורן המפורט. מספיק

[566] ריח) "הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל - תשב עד שילבין ראשה. אדמון אומר: יכולה היא שתאמר, אילו אני פסקתי לעצמי אשב עד שילבין ראשי, עכשיו שאבא פסק, מה אני יכולה לעשות, או כנוס או פטור. אמר רבן גמליאל, רואה אני את דברי אדמון". ובאמת, ברור שהמדובר הוא כאן בתנאי לואי, גם אם הלכה היא כאדמון - ור' בגמרא על משנה זו, כתובות ק"ט א'. ר' גם מנקודת ראות נוספת להלן, בסוף סעיף ז' של פרקנו, מס' 3, אות ו'.

אם נציין שכאשר אפשר להסיק מן המסיבות שאמנם היתה סמיכת הדעת הדרושה, הרי הפסיקתא תופסת ומתקשרת לקידושין, אלא שבשאלת סמיכת הדעת אמנם יש לדקדק היטב ולהקפיד, ואין להכריע בה לחיוב על פי כל פליטת פה או הגיון הסתמכות בעלמא[567].

לאחר מכן מתעוררת בעיית המשמעות המדויקת של המושג החדש שאנו פוגשים פה: "בהיא הנאה דקא מיחתני אהדדי". רמז טוב בכיוון התשובה אנו מוצאים בהגהות מיימוניות על פכ"ג מהל' אישות ס"ק ט': "וטעמא של דבר נודיע, דדברין הללו נקנין באמירה כמו שפירשו חכמים דבהיא הנאה דצייתי ומחתני גמרי אהדדי ומקני... ודבר זה אנו למדין מערב, שכן אמרו חכמים, מ"ט ערב משתעבד? בהיא הנאה דקא סמיך". הרמז הוא טוב, כי באמת מסתבר שמתערבבים כאן יסודות שונים. ראשית, ודאי יש כאן מיסוד ההנאה של העמדת העסק העיקרי, אשר בגינו ולשמו ניתן תוקף לתנאי הלואי - ומבחינה [[256א]] זו דומה "בהיא הנאה דקא מיחתני" למה שראינו לעיל אצל השומר, "בהיא הנאה דמשכיר ליה" או "בהיא הנאה דשקיל אגרא". שנית, במקרה שהפסיקתא והקידושין נערכים במעמד אחד, ממילא יש כאן גם משום "בהיא הנאה דקא צייתי להדדי" (ונעלמת כל בעיה של הסמכה ותחולה למפרע); ושלישית, על פי הנחה שניתן להכיר בתוקף הפסיקתא אף כשנערכת היא מקודם, הרי זה יכול להיות רק אם נאמר כי "בהיא הנאה דקא מיחתני" פירושו הוא בהיא הנאה דקא סמכי אהדדי, שאמנם יעשו את הדרוש מצידם כדי להביא לנישואי בניהם ושזימון הנישואין אמנם יעלה בידם.

ומדוע נקטנו כאן לשון "זימון נישואין" ולא הסתפקנו בזימון קידושין, שזה לכאורה המעשה המספיק להשלמת העניין? טעם הדבר הוא במה שנפסק בשו"ע אה"ע סי' נ"ג סע' (ב)[א]': "כל הפוסק אינו פוסק אלא ע"מ לכנוס. לפיכך, הפוסק מעות לחתנו ומת קודם שיכנוס, ונפלה לפני אחיו ליבם - יכול האב לומר ליבם, לאחיך הייתי רוצה ליתן ולך איני רוצה ליתן". לנקודה זו יש חשיבות עקרונית לדידנו, כי מבליטה היא את הליכוד המוסדי הנוצר בין ההנאה המוסרית לבין המעשה (או המחדל) החומרי הנחוץ להשלמתה, לשם העמדתו של קניין "בהיא הנאה". הבלטה זו מתקבלת כלהלן: ראינו עד כאן, שלקניין הפסיקתא נחוצה ההנאה "דקא מיחתני אהדדי", הנשלמת בקידושין, אך כאן רואים אנו שצירוף זה יכול עוד להיות מותנה מעבר לכך, בתנאי המשהה של כניסה לחופה. הופעת התנאי הזה במקורות היא מוספת [[257]] וחיצונית, בעוד שמעשה הקידושין מופיע כעין דרישה מהותית, וכך מתקשרת התפיסה שמעשה הקידושין אינו רק תנאי משהה חיצוני להתקיימות הקניין "בהיא הנאה דקא מיחתני", אלא באמת הריהו יסוד **פנימי** במעשה הקניין "בהיא הנאה", ואילו מעשה הקניין המורכב והמאוחד הלזה הוא הוא הנכפף עוד לתנאי החיצוני המשהה של כניסה לחופה - כשם שכל מעשה קניין רגיל יכול להיות מותנה בתנאי כלשהו, אשר מבקשים הצדדים לצרף לו[568].

---

[567] ריט) ר' תוספות על כתובות ק"ט א', ד"ה תשב; תוספות על קידושין ט' ב', ד"ה הן הן; פכ"ג מהל' אישות הל' י"ד, וכסף משנה שם, והגהות מיימוניות ס"ק ט'; שיטה מקובצת על כתובות ק"ב ב' (דעת ר' יצחק לעומת פירוש רשב"ם).

[568] רכ) השווה נודע ביהודה, מהדורא תנייא, חלק חו"מ, סי' מ"ב. דעת הנודע ביהודה היא שבקנין בהיא הנאה דסמיך עליה אין תחולה למפרע מעין מה שהסקנו לעיל, אלא הקניין חל רק משעת המעשה החומרי ואילך - ועוד נחזור ונדחה תפיסה זו להלן. אך מכל מקום חשוב לדידנו מה שמדגיש הוא, שאם יכולה להיות שהות בין שעת הפסיקתא לשעת הקידושין, הרי עד לשעת הקידושין מכל מקום יש לצדדים אפשרות חזרה, אבל משעת הקידושין ואילך שוב אין לצדדים יכולת חזרה, אף אם עדיין לא נתקיימה החופה (ועוד עשויה היא להתקיים).

נקודה נוספת המתבררת במיוחד בקשר לסוגיה שבה אנו עומדים כאן הריהי בבעיית היכולת לקנות "בהיא הנאה" במוחזק. אמנם, שאפשרות כזאת קיימת עקרונית ראינו כבר בשני מקרים מובהקים למעלה (המקרה של חלוקת השיתוף והמקרה של הקנאת הגזלן); אולם בשני המקרים גם יחד נמצא למעשה היסוד של "ההיא הנאה דקא צייתי להדדי" באופן המוציא את בעיית התחולה למפרע, ויש אפוא מקום לסברה, שמא באמת אין ההקנאה במוחזק אפשרית אלא במקרים מסוג זה (שאין בהם בעיה של תחולה מעבר למעשה החומרי, משעתו של דיבור בעלמא). והנה, בקשר לסוגיה שלפנינו קוראים אנו בפ"ו מהל' זכיה ומתנה להרמב"ם, הל' י"ז: "כבר ביארנו בנשואין ששנים שהיו ביניהם שדוכין, ופסק זה על ידי בנו וזה על ידי בתו... ועמדו וקדשו, קנו באמירה, ואין קונין באמירה זו [[258]] עד שעת נשואין... וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקין מצויין ברשותו, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". ברור מן הסיפא כי הדרישה להימצאות הנכסים ברשות המקנה מכוונת לשעת הפסיקתא[569], וברור שהכוונה היא כאן להקנאה במוחזק, מפני שלהקנאה בראוי אין לדרישה כזאת לא טעם ענייני ולא יסוד הלכתי[570]. משמעות הדבר לדידן עשויה אמנם להתרופף קצת, אם נקבל את ההנחה שהרמב"ם דורש דווקא שהפסיקתא תיערך במעמד הקידושין, שאז נהפך גם מקרה זה בהכרח לעניין של "דקא צייתי להדדי"; אולם, גם על פי הנחה זו, מכל מקום שומעים אנו מלשון הרמב"ם שאת עיקר מעשה הקניין תופס הוא באמירה המגלה את ההנאה המוסרית - ולאו דווקא במעשה החומרי של הקידושין - וממילא משמע כי ייחוס הקניין לשעת האמירה אינו יכול להיחשב כפגם לעניין של הקנאה במוחזק, גם אם המקרה הוא כזה שיש בו ריווח זמן בין האמירה והמעשה החומרי[571]. על אחת כמה וכמה, אם נשים לב, שאף אם נדרש כאן שיתוף מעמד בין דברי הפסיקתא למעשה הקידושין, מכל מקום אין הקניין אמור פה לחול לחלוטין לאלתר, אלא אמור הוא לחול רק למפרע, משנתקיים גם הכניסה לחופה - ועל פי דברי הרמב"ם משמע כי משעת החופה ולמפרע, היינו לאו דווקא לשעת הקידושין, כי אם לשעת האמירה. על אחת כמה וכמה אף יתר על כן, אם לא נקבל את ההנחה שהרמב"ם דורש דווקא שיתוף מעמד של האמירה והקידושין, ונניח שמכיר הוא בתוקף הדברים גם כשהאמירה מופיעה תחילה בפני עצמה.

[[259]] ולבסוף, הויכוח המענין המתנהל בקשר לסוגייתנו בין הרב יחזקאל לנדא לבין חתנו, ר' יוסף, בשו"ת נודע ביהודה, חלק חו"מ סי' כ"ו-כ"ח, ומהדורא תניינא, חלק חו"מ סי' מ"ב. הויכוח בקבוצת התשובות הראשונה נסב על השאלה אם קניין של פסיקתא, באמירה ובהיא הנאה דקא מיחתני אהדדי, עשוי להיות נסתר על ידי הוכחה כי אחד הצדדים - בניגוד לחזקת המסיבות ובניגוד לאמונתו המוצדקת של רעהו - לא היתה לו בשעת מעשה כוונה אמיתית להעמיד קניין; ודעת ר' יוסף היתה כי הדבר אפשר, דומיא דצוואת שכיב מרע, ומשום שכוחה של דרך קניין זו אינו אלא משום שבסתם יש בה כדי לשמש בסיס לאומדן דעתו של האיש, שאמנם מתכוון הוא להקנות באמצעותה - אולם, משאומדן זה נסתר, הרי שחזקת ההקנאה נופלת. תפיסה זו - בלי שנתיחס כרגע להשתמעותה המעשית לדינא, בנקודה המסוימת שעמדה פה לדיון - מתקרבת על

[569] רכא) ר' בתשובת הריב"ש, סי' שמ"ה.
[570] רכב) ר' ב"ח על טור אה"ע סי' נ"א.
[571] רכג) ור' שבפרישה על טור אה"ע סי' נ"א ס"ק ב' אף מפליג המחבר ומעלה את האפשרות שמא מתכוון הרמב"ם לומר כי באמירה אפשר להקנות **רק** במוחזק, ולא בראוי.

כל פנים בבירור, מבחינה עיונית, לתפיסה היסודית בדיני חוזים בשיטות הנוכריות, והיינו שכוחה של הצהרת הרצון במעשה קניין אינו אלא משום הגילוי הניתן בה לרצון המצהיר, ואילו הגורם האמיתי, המסב את השינוי בזכויות, אינו ההצהרה עצמה, כי אם הרצון הפנימי האמור להתגלות באמצעותה. לעומת זאת, תשובת הנודע ביהודה (אם נדייק בה היטב ונגיע לעומק כוונתה) היתה, שגם אם כך הוא במעשה החד צדדי של צוואת שכיב מרע, מכל מקום אין הדבר כך במעשה קניין הדדי, "ההיא הנאה". מעשה זה, כסוגים האחרים של מעשי קניין רב צדדיים הידועים בדיני ישראל, כוחו אינו רק משום הראייה הנמצאת בו לגמירת הדעת - ולא גמירת הדעת עצמה היא הגורם הישיר המקנה או הקונה באמצעותו - אלא המקור הישיר לכוחו הוא בהיותו אמצעי ממוסד להגשמתו של קניין על פי דין, ואין אדם יכול להתכחש לתוצאותיו המשפטיות, כאשר הדרישות המשפטיות לפעולתו התקיימו (וביניהן גם הדרישה להשתמעות קיומה של גמירת דעת מספיקה מעצם עריכתו ומן המסיבות [[260]] שבהן נערך).

ואילו הנקודה השנייה בויכוח (בתשובה שבמהדורא תניינא) היתה, מהו הרגע שבו נגמר הקנין "בההיא הנאה דקא מיחתני אהדדי" - האם שעת האמירה (וכדברי רב גידל בשם רב, "הן הן הדברים הנקנים **באמירה**"), או שמא שעת הקידושין, ובאשר הקידושין (ולא האמירה) הם הם מעשה הקניין. בנקודה זו, הסכים הנודע ביהודה לחתנו, שהגורם הקובע הוא בשעת הקידושין, ובין אם האמירה והקידושין הם במעמד אחד, בין אם נאמר שעשויה האמירה להועיל גם כשהיא קודמת בזמן - שגם למקרה זה דוחה הוא את רעיון התחולה למפרע, ונראה שמכיר הוא באפשרות חזרה בינתיים גם כשהחזרה היא עלומה. בקשר להכרעה זו, נראה לע"ד שהדיון והנימוקים אשר עליהם היא מבוססת אינם ממצים את העניין. הנודע ביהודה מתחבט כאן בין גורם האמירה לגורם הקידושין, כאילו אחד מהם היה מוכרח להיות הגורם הקובע לבדו, - ובהכריעו לצד הקידושין נמצא כי מניח הוא ללא שום הסבר את העובדה שהן הגמרא הן הפוסקים הגדולים (הרמב"ם[572], הטור והשו"ע[573]) מדגישים דוקא את האמירה כגורם קנייני, ואילו גורם הקידושין מופיע בהם רק כמין תנאי (וכפי שהנודע ביהודה אמנם מציין בעצמו). יתר על כן, את האסמכתא המובהקת והמכריעה לדעתו מוצא הוא בתוספות על כתובות נ"ג א', ד"ה והשתא, שמשם יוצא כי בין שעת האמירה ועד לשעת הקידושין עוד יכולים הצדדים לחזור בהם; אך הלא כפי שראינו למעלה, אפשרות החזרה שבינתיים אינה משמיטה בהכרח את המעמד הקנייני גם משעת האמירה, כי יהא שבסתם אמנם יש בינתיים אפשרות חזרה, הרי הדעת נותנת שעל כל פנים אין החזרה יכולה להועיל כאשר [[261]] היא עלומה[574] - ובאמת גם בכל יתר נימוקיו של הנודע ביהודה אין שום דבר שלא יוכל לעלות בקנה האחד עם התפיסה שהעלינו וביססנו למעלה. לפי תפיסה זו, בגדרי ההנחה שיכול להיות גם ריווח זמן בין שעת האמירה לשעת הקידושין, נמצא שגמר הקניין, גם בסוגיתנו זו, אינו בשעת האמירה בלבד, ואינו בשעת הקידושין בלבד - והקידושין אף אינם סתם תנאי משהה רגיל לקיום הקניין למפרע משעת האמירה - אלא באמת יש לנו כאן מעשה קניין מורכב משני הגורמים כאחד, ופעולתו מתפשטת למפרע, משעת הקידושין לשעת האמירה.

---

572 רכד) פכ"ג מהל' אישות הל' י"ג ופ"ו מהל' זכיה ומתנה הל' י"ז.

573 רכה) אה"ע סי' נ"א.

574 רכו) ר' שהדבר מתאשר בפירוש גם לגבי הסוגייה המיוחדת שלנו, בדברי הר"י המובאים בשיטה מקובצת על כתובות ק"ב ב', והיינו שגם אם עד לשעת הקידושין אמנם יכולים הצדדים לחזור בהם מן הפסיקתא שאמרו, מכל מקום דורש הר"י שתהא החזרה **לפני עדים**.

אולם, גם כשחזרנו כך אל עניין "האמירה" כגורם קנייני, אין משמע כי מגיעים אנו בזה למשהו מעין הסכם הדברים האירופי. נקודה חשובה ויסודית אחת בכיוון ההבחנה ראינו זה עתה בקבוצת התשובות הראשונה שהזכרנו בנודע ביהודה; אך יתר על כן: לא זו בלבד שמודגש כאן מעמד הדברים **כמעשה קניין אובייקטיבי**, בהבדל מאמצעי לגילוי הכוונה הסובייקטיבית גרידא, ולא זו בלבד שעל כל פנים אין מעשה הקניין מסתיים כאן בדברים בלבד, כי בכל הדוגמאות שבדקנו עוד נזקק הוא גם להשלמה על ידי מעשה (או מחדל) חומרי, אלא באמת אין להחשיב פה כלל את "האמירה" או "הדברים" כגורם קנייני ישיר, שהרי מעבר לגורם זה עוד מוצאים את "ההיא הנאה", אשר בכל המקרים השייכים לענייננו נקבעת היא במקורות כגורם הקנייני הקובע, ואשר "האמירה "או "הדברים" אינם אלא בבחינת גשר אליה. צריכים אנו עתה עוד לחזור [[262]] ולבדוק אפוא את סך הכל הרעיוני של הגורם הקובע הזה, במערכת שיבוצו עם גורמי הלואי האחרים שראינו.

נקודת ההשתבצות הפשוטה ביותר היא כאשר המדובר הוא בהנאת המהימנות המולידה רק אחריות נזקית, כמו במקרה השליח, אצל הריטב"א על בבא מציעא ע"ג ב', - אם כי גם כאן, עם כל ההגיון הענייני של הדין, עוד יש מקום לתהות על המשמעות **העיונית** של העובדה, שהדין אינו נקבע בפשטות על רגליו של עצמו, אלא מועלה הוא לבסיס הגבוה של המושג "בההיא הנאה". אולם, כל בעיית ההשתבצות - מבחינה עניינית ועיונית כאחת - אמירת "דרשני" שלה נעשית תובענית במיוחד, כאשר המדובר אינו רק בהעמדה החוזית של אחריות נזקית, אלא בעסק אשר מרכז כבדו הוא בהעמדת קנין בראוי או במוחזק, לשמם.

נראה לומר שגם לגבי עסק כזה, תחילת ההגיון היא בכך, שכאשר פועל אדם בתום לב ובאופן סביר בהסתמך על הבטחה של חברו, הרי אף על פי שלא היה ביניהם קניין פורמלי בדבר אותה הבטחה, והאיש פעל על סמך אמרי ההבטחה גרידא, מכל מקום הדעת נותנת כי ראוי לראות את המבטיח אחראי; ואף על פי שהגיון הטלתה של אחריות כזאת היא מלכתחילה נזקי, הרי מטבע הדברים, ברוב הגדול של מקרים מסוג זה, מה יכול להיות קנה המידה המתאים להערכתו של הנזק אם לא תוכן ההבטחה, ומה יכול להיות הפיצוי המתאים לנזק הפרת ההבטחה אם לא בכפיית מילויה של ההבטחה כמות שהיא? זהו בלי ספק הטעם לכך כי הבטחה שהושלמה על ידי היענות מעשית במסיבות מתאימות לא נשארה תקועה בדינינו במעמד של מין "גרמא חוזי" בלבד, אלא נתקבלה גם [[263]] בבחינת בסיס לקישורו של קניין עיקרי - ובאמת אין נראה מקום לספק, שהתפתחות זו אינה רק מונחת ביסוד הקניין "בההיא הנאה", האמור להתפשט למפרע משעת ההיענות לשעת ההסמכה, אלא היא מתפשטת גם לתחום הקניינים "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי", אשר כל שקורה בהם אינו אלא זה ששני המעמדות מתלכדים לאחד. בשני סוגי המקרים חוזרים אנו אם כן לשאלה, מדוע - סוף סוף - אין הדברים מוסברים פשוט על פי הגיונם זה, אלא עוד מועלים הם למושג של "בההיא הנאה" (ולו יהא כי בכל המקרים אמנם אפשר להסתפק, מבחינה עיונית בסיסית, בהעמדת ההנאה הנדרשת על "ההיא הנאה דמהימן ליה", או "ההיא הנאה דקא סמיך עליה", שאינן אלא היינו הך)?

משהגענו עד כאן, התשובה היא ודאי שוב פשוטה, והיינו שגם אם יסוד הדברים הוא בהגיון נזקי, מכל מקום אין מדובר פה באחריות לפשיעה רגילה, כי אם לאחריות הנזקקת למסגרת חוזית, וביתר פירוט: אחריות הנזקקת לא רק סתם לכך שראובן יפעל על דעת ציפייה אשר עורר בו שמעון, אלא נחוץ גם שפעולת ראובן תהא ממש מוזמנת על ידי שמעון, מתוך כוונה מכוונת להביא לכך, שראובן יפעל אמנם על דעת קיום ההבטחה אשר מבטיח לו שמעון. מנקודת ראות זו, אחריותו של שמעון איננה רק משום שהדין מטיל אותה עליו (כפי [[264]] שהמצב הוא בנזיקין רגילים, כעין עונש), אלא באמת משום שהוא עצמו מקבל אותה עליו מדעת - כתנאי להשגת מבוקשו משמעון, ובאשר יש לו לדעת שאם לא יקבל עליו את האחריות, הרי שראובן לא יפעל ומבוקשו לא יושג - וממילא מגיעים אנו למושג של "בהיא הנאה דמהימן ליה" באופן הטבעי ביותר. מתברר לחלוטין שאין זה סתם תירוץ מלאכותי, או הסבר עיוני או פילוסופי, כי אם ממש ביטוי חופף למציאות שביסוד הדברים - וכפי שכבר היתה לנו הזדמנות להדגיש: כאשר מתברר מן המסיבות כי שמעון אמנם היה לו כוונה לקבל עליו אחריות כדי להביא לפעולת ראובן, וראובן מוכיח במעשה כי סמך על אחריות זו ופעל בגינה, הרי שבדיעבד הדברים מתקשרים, ונוצר מעשה קניין, לא על ידי ההסכם או אמרי ההסמכה בלבד, ולא על ידי מעשה ההיענות בלבד, כי אם על ידי הנאת המהימנות, שנתקיימה מבעד למעשה ושהיא היא המקשרת בין דבר ההבטחה למעשה היענות.

בנמשך מכאן מתעוררת השאלה, האם מושג "ההנאה" בהקשר זה אמנם יש בו עוד מכל מקום מן "הפילוסופיה" שמבקש ליחס לו **גולק**, בכרך ב' של ספרו, עמ' 42-41. גולק מעמיד קודם כל את מושג ההנאה כנגד מושג ה-causa האירופי, ונראה לע"ד, שהעימות מוטעה מיסודו, משום ששני המושגים אינם משמשים כלל במישור אחד ואינם מוצאים זה את זה. כפי שהסברנו כבר למעלה, מושג ה"קאוזה" הוא מחויב בדיני החוזים מטבע העניין, והוא מצוי למעשה גם בדיני ישראל - ויימצא אף בקניין שייערך "בהיא הנאה" - ולו יהא שאין ל"קאוזה" שם מיוחד במקורותינו. מצד שני, מבקש [[265]] גולק למצוא דמיון בין מושג "ההנאה" בדינינו לבין מושג ה-consideration ("תמורה") של דיני החוזים במשפט האנגלי; אך גם נסיון זה נראה לי מוטעה - וקודם כל מאותה סיבה, שאף "התמורה" האנגלית אינה בעצם אלא אחת מסוגי "הקאוזות", וממילא לא ייתכן שיהיה ניגוד בין "הנאה" ל"קאוזה" בעוד שיש דמיון בינה ל"תמורה", או להיפך.

יתר על כן, גם אם ניגש לדברים מנקודת ראות אחרת, יותר מעשית ופחות עיונית-עקרונית, העובדה היא כי חשיבות מושגי ה"קאוזה" וה"תמורה" בשיטות המשפט של אירופה הריהם בכך, שה"קאוזה" או ה"תמורה" נדרשות בהן כתנאי מוקדם ויסודי לאפשרות ההכרה בחוזה. לעומת זאת, אין שום מעמד כזה למושג "ההנאה" בדיני ישראל. אמנם, מטבע העניין הוא כי בעסק שאינו מתנה (והיינו כשגידור העניין - או "הקאוזה" - הם בתמורה), ממילא נמצא העסק מורכב מחילוף הנאות; ואם הגישה של דיני ישראל היא כי הקניין מקבל תוקף עם התחלת הגשמתו בפועל, הרי שממילא נמצא כי תנאי לתוקף הקניין בעסקים מסוג זה הוא שתתחיל להגיע ההנאה המוסכמת מאחד הצדדים לצד שכנגד, ושבזה יתחייב הנהנה הראשון בהנאת התמורה לרעהו. אולם, זוהי רק התפתחות עניינית מחויבת לגבי עסקים מן הסוג האמור, ואין לה בדיני ישראל שום מעמד מושגי-משפטי מיוחד. מעבר לכך, מה שגולק מזכיר, שאף את מתן המתנה מייחסים מקורותינו לקבלת

הנאה על ידי הנותן[575], הרי זה רק עניין של חכמה פסיכולוגית, ולא עניין שבמשמעות משפטית - והאמת היא שדיני ישראל אינם שואלים לשום הנאה שברקע כתנאי להכרתם בתוקפה של מתנה.

[[266]] גם בנידון המיוחד שלנו - בקנין "בהיא הנאה" - ה"הנאה" האמורה איננה כלל דרישה משפטית מוקדמת להכרה בתוקף הקניין, ואף אין היא הנאה מן הסוג של תמורה, כפי שמנסה לתפוס גולק. שאין זו הנאה מן הסוג של תמורה יכולים אנו ללמוד בעליל משני אלה: ראשית, מן העובדה שהזכרנו (בסמיכות להערה קצ"ז, לעיל) שהנאה מסוג זה אינה יכולה לבסס אחריות משום "זה נהנה וזה חסר" - ומשמע שאם במקרים שסקרנו גוררת היא חובה מצד הנהנה, הרי זה על כל פנים לא על בסיס של מידה כנגד מידה, כי אם מפני איזו סיבה אחרת (והיינו, אמנם, מפני שבלעדי כן, מבחינה עובדתית, הוא לא ישיג את המהימנות או ההסתמכות, אשר בה הוא מעוניין); ושנית - מפני שבנוסח שהבאנו מבבא מציעא צ"ד א', "בהיא הנאה **דקא נפיק ליה קלא** דאיניש מהימנא הוא", מתברר שההנאה האמורה פה אינה צריכה כלל לבוא מן הצד שכנגד בעסק (אלא די לה שתבוא מעלמא): שוב אפוא, לא **כנגד** ההנאה חל פה הקניין על הצד הנהנה, כי אם **למען** ההנאה - וממילא נמצא שאף בנידון זה, "בהיא הנאה" אמנם איננה שום תנאי משפטי מוקדם, כי אם רק הסבר ענייני בדיעבד. רק על יסוד היותה הסבר כזה חוזרת היא ונהפכת למוסד משפטי - אך שוב, לא כדרישה או כמבחן לתוקפם של דברים, כי אם רק כאחת האפשרויות הטכניות להצגת סמיכת הדעת ולהעמדתו של קניין; ואכן, מן הבחינה הטכנית ודאי אין הקניין נוצר פה על סמך שום יסוד מושגי אחר לבד מזה, שמהלך ההבטחה וההיענות מוכיח את סמיכת דעתם של הצדדים - בדומה לעקרון במעשי קניין אחרים.

ראוי גם לציין בפירוש כי אפשרות זו להעמדת קניין אמנם יכולה לשמש - כפי שראינו - הן להעמדת קנין של מתנה (כמו במקרה השליח או השומר חינם) הן להעמדת קניין בתמורה [[267]] (כמו בחלוקת השיתוף או בשכירות פועלים), ואילו ההנאה המיוחדת שעל יסודה נולד פה הקניין אינה מתערבת בכך ואינה משנה מבחינה זו מאומה[576].

המסקנה כי "ההנאה" בהקשר זה איננה בבחינת תמורה חוזרת ממילא ומרחיקה את דרך הקניין הזאת מן הדימוי למעשה חליפין. אכן, גם בחליפין, כמובן, ההנאות העומדות להחלפה הן בבחינת מניע עסקי לצדדים, ומתן ההנאה וקבלתה הם בבחינת ראייה לסמיכת הדעת - בדומה למה שאמרנו בקניין "בהיא הנאה". אולם בחליפין, ההנאות הריהן - בנוסף על כך - גם תמורה זו לזו, מה שאין כן כאן; וכאשר נדון בעסק החליפין נחזור ונראה עוד את המשמעות המעשית של ההבדל.

---

[575] רכז) בבא מציעא ט"ז א': "דאי לאו דטרח וארצי קמיה לא הוי יהיב לו מתנה".

[576] רכח) בקשר לכך אמנם יכולה להיווצר כעין טעות אופטית, כי לפחות במקרי המתנה אפשר לכאורה לומר שהצד המזוכה קונה בלי תמורה לאו דווקא מפני שהמקנה רצה לזכותו במתנה, אלא מפני שהמקנה היה מעונין לזכות באמון. אולם ענין זה של המקנה הוא רק בבחינת "מניע" ואינו מקביל ל"עילה" במובן של גידור הקניין (השווה **מסיניאו**, א', עמ' 493). במלים אחרות: הקונה זוכה אמנם מפני בקשת האמון של המקנה, אבל זוכה הוא בלי תמורה רק מפני שכך הגדיר המקנה כאשר הקנה לשם אמון. - גם חיובו של **הערב**, מבחינה זו, אינו סתם חיוב בגין אמונו של המלווה, אלא הוא חיוב בתמורת ההלוואה, במקרה שלא תשולם על ידי הלוה המקורי.

ולבסוף, מה שכותב **גולק** בכרך ב', עמ' 40, שדרך הקניין "בהיא הנאה" ראוי לראותה כמצומצמת רק למקרים הבודדים שבהם מודגמת היא בגמרא ואין לה שימוש מעבר לכך. הצגת דברים זו, הריהי לע"ד מתמיהה למדי. אכן, השימוש בדרך הקניין הנידונה מסויג הוא מטבע ברייתו, כי תמיד, לכשינסה מישהו לטעון זכות לעצמו על פי מעשה קניין שכזה, ראוי יהא לשאול קודם כל, שאם היתה שם כוונה להעמיד קניין - מדוע לא השתמשו באחת מדרכי [[268]] הקנין הרגילות, ועוד, שאם אמנם לא השתמשו במעשה קניין רגיל, כלום אין הדבר מלמד שבאמת לא היתה שם גמירת דעת שלמה? אולם, אם על פי מסיבות המקרה יצליח הטוען להתגבר על קושיה זו, ויצליח גם להראות באופן חיובי שצירוף הדברים יש בו כדי להפגין סמיכת דעת "בהיא הנאה" - מסתבר שאין מקורותינו מונעים כי מעשה קניין בעל תוקף יוכר מתוך כך לגבי עסק ממוני ממין כלשהו, ואדרבה: מסתבר אפילו כי מחייבים הם הכרה שכזאת[577].

ה. דיני המחיר - השיטה הקניינית ושיטת "החוזים ההדדיים"

בסע' ד', מס' 2, לעיל, ראינו כי יחודו של המחיר הוא בהיותו מתבטא בנכס, אשר מטבע ברייתו אין הוא נכס לשמו, כי אם רק אמצעי לתשלומה של תמורה. כמו כן ראינו כי טיבו של מעשה הקניין במכר בדיני ישראל, מתבטא בכך שמזכה הוא את הלוקח בנכס הסחורה האמורה להימכר לו, ובד בבד עם כך מעמיד הוא חיוב על הלוקח לשלם למוכר את המחיר המוסכם. ניתן לומר כי מצד המחיר המכר של דיני ישראל הוא אפוא בבחינת מעשה קניין "דבהיא הנאה דקני, גומר ומשעבד נפשיה למחיר" - אך לא במובן של "ההיא הנאה המניעית" אשר דנו בה בסוף הסעיף הקודם, ואשר עניינה הוא רק כגורם טכני בהעמדתו של קניין, כי אם במובן של ההיא הנאה "תמורתית" מן הסוג המיוחד שראינו בגיטין י"ד א' ואשר עניינה אינו [[269]] רק טכני, כי אם "קאוזלי" או "גידורי" - והיינו שחשיבותה אינה רק בעצם העמדתו של חיוב המחיר, אלא גם בהעמדת העובדה שחיוב המחיר אינו נולד לשמו ואין הוא מוחלט בפני עצמו, אלא בא הוא לאזן את הקנאת הסחורה, בהתאם למה שאף זו לא הוקנתה סתם בפני עצמה, כי אם רק על דעת המחיר.

לעומת המציאות הזאת של דיני ישראל ציינו כבר גם כן, שבשיטות הנכריות, בדרך כלל אין חובת המחיר נולדת רק מכוח הקנאת הסחורה ולשם איזונה של זו בדיעבד, אלא נולדת היא כבר מלכתחילה במקביל להולדתה של החובה להקנות את הסחורה - תוך תלות הדדית עמה וברמה של שויון מעמד. אולם, דבר זה אמנם נכון רק לגבי השיטות האירופיות[578]; במג'לה נראה שהתפיסה מתקרבת לזו שבדיני ישראל: "הממכר" - הוא הסחורה - מוגדר כאן כ"עיקר במכר",

---

[577] רכט) ר' הריטב"א על בבא מציעא ע"ג ב' שציטטנו לעיל, ור' גם העיטור ומהרי"ק המובאים בב"י על טור חו"מ סי' קע"ו ס"ק ד' כמקורות המכירים בקניין "בהיא הנאה" בבחינת מעשה קניין מתאים להעמדת שותפות עסקית. מקור שני זה מוזכר אמנם על ידי גולק רק כנסיון **כושל** להרחיב את היקף השימוש בדרך הקניין ב"ההיא הנאה", אך הנכון הוא כי להצגת הדברים כזאת (או בבחינת נסיון אשר "לא עלה יפה והחידוש שבו לא נתקבל להלכה") אין שום יסוד. מבחינה הלכתית נראה כי לא זו בלבד שגישת העיטור ומהרי"ק אינה נדחית, אלא היא אף מתאשרת ומתקבלת בדרך כלל (ר' בשלחן ערוך וערוך השלחן חו"מ סי' קע"ו) - ולכל היותר ניתן לומר בכיוון דעתו של גולק שהרחבת השימוש בקנין "בהיא הנאה" אמנם לא פרצה סכרים ולא דחתה את דרכי הקניין הרגילות, אלא רק נשארה כאמצעי עזר בצידן. תוצאה זו ודאי נבעה מן המגבלה הטבעית שאמרנו, ולא משום סיבה שבדין.

[578] רל) ר', למשל סע' 1582 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי: "המכר הוא הסכם שבו מתחייב האחד למסור דבר והשני לשלם בעדו", או סע' 184 של חוק החיובים השוויצרי: "על ידי חוזה המיקח מתחייב המוכר למסור ללוקח את המימכר ולתת לו בו בעלות, ואילו הלוקח מתחייב לשלם למוכר את המחיר".

והיינו שעצם העברת הזכות במימכר הוא הוא עיקר מהותו של המכר, בעוד שהמחיר אינו אלא "שוויו של הממכר", ואין הוא אלא "דבר התלוי בחיוב", כנמשך מן העובדה שהמכר הגשים כבר את הקנאת הממכר על דעת המחיר[579]. חוק המכר של מדינת ישראל מתשכ"ח מאמץ לו שוב את הגישה האירופית וקובע את חיוב המסירה וחובת המחיר כחיובים מקבילים[580].

חוזרת אם כן ונשאלת השאלה, אם יש להבדל זה משמעות. למעלה אמנם כבר ראינו בקצרה שההבדל המעשי הוא דל ומתבררת בו הפירכה של השיטה הנוכרית[581], אך עתה נחזור ונבדוק את העניין בפרוטרוט.

[[270]] בכיוון זה תהא לנו נקודת מוצא טובה בדין המג'לה. דין זה משובש אמנם מצד אחד בבלבול, בגלל ההבחנה בין שעת גמירתו של המכר להלכה, על ידי הסכם, לבין שעת גמירתו למעשה והעברת האחריות על ידי הנטילה - שמתוך כך יוצא סע' 252 מן ההנחה כי חובת המחיר חלה באופן מוחלט על הלוקח כבר משעת ההעברה הנומינלית של קניין הסחורה, עם ההסכם, בעוד שסע' 293 קובע כי הלוקח פטור מן המחיר אם אבדה הסחורה לפני הנטילה. אולם, מצד שני, אף בלבול זה עצמו מבליט על כל פנים את עקביות המג'לה בתפיסה העקרונית שאמרנו, ושעל פיה הקנאת הסחורה היא עיקר המכר בעוד שחובת המחיר היא טפלה. מתברר כאן כי חובת המחיר חלה אם ההקנאה מתגשמת בפועל, ואינה חלה אם ההקנאה אינה מתגשמת, - אך אין התפתחות מקבילה במקרה שהתקלה היא מצד גישום תשלומו של המחיר. למקרה כזה קובעים הסעיפים 295-296, שאף אם אין ידו של הלוקח משגת לשלם את המחיר, מכל מקום אין ההקנאה מתבטלת ותרופת המוכר היא רק להשתתף באופן פרופורציונלי בחלוקת נכסי הלוקח בפשיטת רגל (במקרה שהסחורה כבר נמסרה), או - לכל היותר - יכול הוא לגבות את המחיר מגופה של הסחורה כאפותיקי, בעדיפות לנושים מתחרים, במקרה שהסחורה עוד לא נמסרה עד שהלוקח פשט את הרגל. על פי הסעיפים 278 ואילך יש למוכר זכות עיכוב בסחורה עד לתשלום המחיר, אם זמן הפרעון הגיע לפני שהסחורה נמסרה, - ובסתם, על פי סע' 251, מגיע אמנם זמן הפרעון מיד עם העמדתו של הסכם המכר[582].

לעומת זאת, בשיטות האירופיות, מועבר ענינו למסגרת העקרונית של דין "החוזים ההדדיים" [[271]] (contratti con prestazioni corrispettive; gegenseitige verträge; contrats synallagmatiques), הקובע כי בחוזים כאלה (המטילים על כל אחד מן הצדדים חובות, המשמשות כ"קאוזות" זו לזו), צריכות החובות להתמלא לפי הסדר שעליו הסכימו הצדדים, ואילו אם לא קבעו הצדדים שום סדר מסוים, צריכות החובות להתמלא בד בבד. פירושה של דרישה זו היא שכל אחד מן הצדדים רשאי לעכב את מילוי חובתו כל זמן שחברו לא מילא את חובתו שלו, מצידו, ואילו משמילא

---

[579] רלא) ר' מג'לה, סע' 151, 152.

[580] רלב) סע' 23, ור' גם סע' 32.

[581] רלג) ר' בפרקנו, סע' ב', מס' 4.

[582] רלג[2]) עוד דינים מיוחדים של המג'לה בהקשר זה הם, כי דחיית מועד התשלום יכולה להיות על פי הסכם מפורש או אפילו מכוח מנהג שהמקרה נופל בתחומו, והדחייה המפורשת יכולה להינתן אפילו בדיעבד, כשהסכם המכר כבר קיים. מקום שזמן פרעונו של המחיר דחוי, אין למוכר זכות עיכוב בסחורה וחייב הוא למסרה מיד. זכות העיכוב מתבטלת גם על כל פנים אם המוכר המחה את זכותו למחיר. מצד שני, אין זכות העיכוב נמנעת רק בגין כך שניתנה ערובה אחרת להבטחת המחיר.

האחד - חל המועד למילוי חובתו של חברו בו בזמן, לאלתר, ושוב אין הלה רשאי ליעכב. משבאים להפעיל עקרון זה במכר, נתקלים בעובדה שעל המוכר (ועל כל פנים על המוכר חפץ חומרי לגופו) מטיל דין המכר האירופי חובה כפולה: גם להעביר בעלות וגם למסור את הנכס בפועל, ואילו העברת הבעלות - או שמתקיימת היא כבר באופן אוטומטי, על ידי הסכם המכר עצמו, או שנדחית היא להתלכד עם מעשה המסירה. לכן, לענין הדין של "חוזים הדדיים", מיטשטשת במידה רבה החובה של העברת הבעלות, ומצד המוכר מדגישים - כנגד חובת המחיר של הלוקח - בעיקר את חובת המסירה. החובה של העברת הבעלות חוזרת ומקבלת משמעות לעניינו של דין זה בשני אופנים: א) כאשר על פי השיטה המשפטית מעביר כבר הסכם המכר עצמו גם את הבעלות וגם את את האחריות לאונסין, והחפץ אובד אמנם באונס ביד המוכר, לפני המסירה - שאז מתבטלת חובת המסירה, והלוקח חייב על כל פנים במחיר, מפני שהחובה של העברת הבעלות כבר קוימה; וב) כאשר הסכם המכר או המסירה אינם מצליחים להגשים את העברת הבעלות (והיינו כשהמוכר איננו למעשה בעליו של הנכס שהתיימר למכור). אולם, באפשרות שנייה זו נחזור לדון רק להלן, באופן נפרד; בינתיים נדבק בהנחה שהנכס הנמכר ק"יים והמוכר אמנם יכול למכרו[583].

[[272]] בהתאם לדינים הללו של "החוזים ההדדיים", שראינו בפיסקה הקודמת, מסתכם ההבדל בין השיטות, עד כה, כלהלן:

א) על פי ההנחה של העברת בעלות ומסירה שהתקיימו כבר, אין למעשה הבדל בין השיטות, ועל פי כולן כאחת נעשית בזה חובת המחיר למוחלטת - אם לתשלום לאלתר ואם לתשלום דחוי, כעין מילווה, כפי שעשויים היו הצדדים להסכים;

ב) ההבדל בין השיטות מתהווה רק כאשר העברת הבעלות או המסירה עדיין לא נתקיימו, שאז נוצרות על פי שיטת "החוזים ההדדיים" שתי אפשרויות מיוחדות שאין להן מקום במסגרת של דיני ישראל ואשר על פי שיטת המג'לה עוד מופיעות הן בכל זאת, בגלל פירוד הקיים כאן מכל מקום בין יסוד העברת הבעלות לבין יסוד המסירה - והיינו:

1) שיטת "החוזים ההדדיים" מאפשרת שחובת המחיר תבשיל על פי הסכם הצדדים אף לפני העברת הבעילות ולפני המסירה[584], כשם שמאפשרת היא שגם חובות ההעברה והמסירה תבשלנה בלי שחובת המחיר תבשיל לאלתר עם מילוין. על אפשרות זו הערנו כבר לעיל, כי (בשים לב להבדל המהותי שבין דבר הסחורה לבין עניינו של המחיר) הריהי למעשה כעין חיוב הלוואה[585]. מבחינה פרגמטית נראה לומר שבעית פתיחתה או אי פתיחתה של אפשרות כזאת, במסגרת מוסד המכר, היא חסרת משמעות. כי יהא אפילו שנוקטים אנו את הגישה העברית, אשר בה האפשרות איננה קיימת, ואילו המוכר, מכל מקום, אינו מסוגל להכין את הסחורה - או אינו מוכן להסתכן בהכנתה

---

583 רלד) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 543-542, עמ' 15-14, עמ' 80-77, עמ' 492 ואילך; **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 53, וג', עמ' 617, 307, 310-309; **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 343, 349, 348, 114-111; **הלסבורי-סיימונדס**, עמ' 115 ואילך ועמ' 295.

584 רלה) על פי המג'לה מתאפשרת הבשלה של חובת המחיר לפני המסירה, אך לא לפני העברת הבעלות. אין לערבב את הדבר עם מוסד "המכר המוקדם" - סע' 123 ו-381-380 - שעניינו אינו הקדמת חיוב המחיר כי אם משהו מעין "קניין כסף" העברי). ר' גם סע' 186.

585 רלו) סע' ג' של פרקנו, מס' 4, בסמיכות להערה כט-1.

- אם הלוקח לא יקדים, ולא ישלם לו את המחיר, הרי ממה נפשך: אם הלוקח יסכים לתנאי זה, יקדים נא פשוט וישלם, ואז ממילא תקום המכירה (או שלפחות תחול החובה לערכה); אם, לעומת זאת, לא יסכים, או שיסכים ולא ישלם - הרי שממילא לא תתקיים המכירה וגם לא תחול שום חובה לקיימה - והעניין [[273]] העסקי בא אפוא על כל פנים על מקומו בשלום, בלי שום **חיוב משפטי** להקדמת התשלום. החיוב המשפטי, בשיטות האירופיות, מקורו וטעמו הריהם אפוא לאו דווקא בשיקול פרגמטי המצריך את החיוב, כי אם רק בעובדה הטרומית, הדוגמטית, שהשיטות האלו תופסות את המכר מלכתחילה במסגרת חובית, ולא קניינית (שלפי זה, התשלום המוקדם הוא ממילא מילוי של **חובת** התשלום) - ואילו כאשר מניחים אנו את האפשרות של מכר קנייני מיסודו, הרי מן הבחינה הפרגמטית ניתן לומר שכשם שאין הבסיס החובי נחוץ דווקא כשהכוונה היא למקרה הרגיל של הקדמת קנין הסחורה, כן אין הוא נחוץ גם כשנזקקים להקדמת התשלום. הבסיס החובי עשוי להידרש בהכרח רק כשהצדדים באמת אינם מתכוונים סתם לעסק של מכר, כי אם - בפירוש - להעמדת **התחייבות** לעסק של מכר בעתיד. אך גם במקרה כזה - ואף כשרוצים להתנות את תשלומו של המחיר מראש - אין שום הכרח שהדבר ייעשה דווקא על ידי קביעת מועד מוקדם לפרעון של חובת המחיר, המוטלת כביכול על הלוקח מלכתחילה: אפשר גם להשיג אותה תוצאה על ידי חיוב הלוקח למלא בבוא הזמן את חלקו במעשה הקניין של תשלום כסף, אשר יקנה לו את הסחורה וייהפך בדיעבד לפרעון - כדרכם של דיני ישראל. הסדר כזה לא יספיק, רק כאשר באמת לא יתכוונו הצדדים להתחייבות מכר פשוטה, כי אם להתחייבות כפולה, על שני נושאים שונים, באופן שגם התשלום במועד הנדחה לעתיד עדיין לא יקנה [[274]] ללוקח את הסחורה לאלתר, אלא הקנאת הסחורה תישאר דחויה עוד - גם אחר התשלום - למועד נוסף ומיוחד לעצמה. אולם, הסדר כזה - אין שום הכרח לראותו דוקא כהתחייבות למכר: מבחינה מושגית-מהותית יהא אולי הרבה יותר מדויק לתפסו כהתחייבות להלוואה שתהא אמורה להיפרע בסחורה (נושא שעוד נשוב אליו בהמשך חיבורנו) - וכך חוזרים אנו בינתיים למה שאמרנו, כי ההבדל בין השיטות בענייננו, חשיבותו אינה פרגמטית, אלא נשארת היא בתחומי ההגיון המושגי גרידא.

מבחינה זו מתחלקת ההערכה לשני ראשים. מצד אחד, אם הכוונה המהותית באמת איננה להתחייבות למכר בעתיד, כי אם למכר מידי תוך הקדמת התשלום, נראה לומר כי השיטה האירופית, הכורכת את הדבר בחיוב משפטי לתשלום מוקדם, רק מסבכת את העניין ברשת של טענות ומענות אפשריות, ברמה משפטית, שלא לצורך - ואילו זימונה של רשת כזאת, אם באמת הוא בלתי נחוץ, הריהו, מן הסתם, ממילא גם מזיק. מצד שני, אם מכירים אנו את אפשרות **החיוב** לתשלום מוקדם, עדיין נשארת כאן מכל מקום בעיית **מעמדו** של התשלום המוקדם [[275]] כשלעצמו - שעל פי השיטה הקניינית אין הוא נהפך מבחינה מושגית לפרעון של המחיר אלא בדיעבד (ומלכתחילה דינו רק כמילווה, מפני שחובה של מחיר עדיין איננה קיימת), בעוד שעל פי שיטת "החוזים ההדדיים" יוצא כי החובה המוטלת הנולדת מעסק המכר אינה מוכרחה להתבטא דווקא בחובה לסילוקו של המחיר, לאיזון הספקת הסחורה, אלא יכולה היא להתבטא גם בחובה להספקת הסחורה, לאיזון תשלומו של המחיר. תוצאה זו, גם אם אין היא כרוכה בהכרח בשיבושים מעשיים, כאמור, מכל מקום משבשת היא את התפיסה המקובלת של מושג המחיר ושל הבדל המהותי בין סחורות צריכה לבין הכסף כאמצעי של תשלום - תפיסה המקובלת לא רק

בשיטות "הקנייניות" אלא גם בשיטות "החוזים ההדדיים", הרי שראוי היה כי יבטל את מושג המחיר מעיקרא, ויתפוס גם את הכסף כמין סחורה רגילה (באופן שגם מושג "המכר" ישקע, וכל מיני העסקים מסוג זה ייחשבו רק בבחינת חליפין), ואילו אם אין הוא מוכן לעשות כן, הרי שבאמת ראוי לו לוותר על שיטת "החוזים ההדדיים" ולקבל את השיטה הקניינית. למעשה מסתבר שעל ההבחנה בין כסף לסחרה אי אפשר לוותר, ולא רק מבחינה כלכלית, אלא גם מבחינה משפטית: כפי שכתבנו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", רק החובה לתשלום כסף יכולה להיות חובה פשוטה ובת ביצוע ישיר, בעוד שהחובה להספקת סחורה נזקקת תמיד למשען של תחליף אפשרי בכסף[586] - והדבר מקבל משמעות לעניין המכר, כאשר החובות הנובעות מן המכר יוצאות מופרות. את הערכת השיטות בענייננו נשלים אפוא כשנגיע לדיון בהתפתחויות מסוג זה, בהמשך סעיפנו להלן, ועוד גם בסעיף הבא.

2) האפשרות השניה הנולדת מתוך שיטת "החוזים ההדדיים" [[276]] ושאין לה מקום בדיני ישראל היא, שבסתם תהיה למוכר זכות עיכוב בסחורה עד תשלום המחיר - והיינו זכות לעיכוב המסירה אף על פי שהבעלות כבר עברה, או אף על פי שהחובה להעברת הבעלות ולמסירה כבר ראויה היתה בעצם להבשיל על פי כוונתו של העסק ותנאיו, אלמלא התקלה הזאת, שהלוקח מעכב עדיין את תשלום המחיר, מצידו - על אפשרות זו ניתן לומר בפשטות, שעל פי עניינו המהותי של עסק המכר הריהי באמת מיותרת ומבלבלת. גם היא נולדת רק מן ההסתבכות העיונית הטרומית במסגרת החובית למכר ובהפרדה בין העברת הקנין והמסירה, וכשלעצמה עשויה היא להביא את עניינו של המוכר לידי שיתוק, בלי מוצא לכאן או לכאן. המדובר הוא כמובן במוכר שאינו מוכן להוציא את הסחורה מידו ללא תשלום במזומן, ואשר על פי דיני ישראל הוא היה נמצא בינתיים פטור מן העסק מעיקרא, ואילו על פי השיטות הנכריות נמצא הוא קשור בה רק מפני שכבר הספיק לסיים עם הלוקח את "דברי הקניין" המכינים[587]. לפי השיטה הנידונה יוצא, כי מוכר שכזה, גם אם מיואש הוא מן הלוקח, ואין לו עניין להתדיין עמו כדי לחייבו בתשלום, מכל מקום אסור לו לפעול בסחורה כרצונו, וחייב הוא לשמרה ללוקח (ולו גם בלי אחריות שומרים) עד שביצועו של העסק יירצה - ונראה שזהו אמנם הדין למעשה, לפחות על פי המג'לה. המשפט הצרפתי מרכך את המצב ומאפשר למוכר לחזור בו מן העסק - אך אפשרות זו עדיין נשארת כאן מותנית בהרשאה מיוחדת מבית המשפט, ומחייב, מכל מקום, התדיינות[588]. אין צורך לומר כי במסיבות העניין הרי זו עדיין הכבדה קשה, ללא שום הצדקה או תועלת, והשיטות האירופיות [[277]] האחרות צועדות אמנם צעד נוסף ומאפשרות למוכר לחזור בו גם על דעת עצמו: משהגיע המועד הראוי לתשלום ולמסירה, והלוקח אינו משלם, יכול המוכר לקצוב לו מועד אחרון לתשלום, ואם הלוקח עדיין אינו משלם, יכול המוכר להודיע כי חוזר הוא בו מן העסק מעיקרא,

---

[586] רלז) "מושג הקנין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ט', סע' ג; ור' גם "דיניהקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות א', הערה ק"ט.

[587] רלח) יש להדגיש שאמנם ההנחה היא כי הסחורה לא נשארה ביד המוכר במסגרת של "קונסטיטוט פוססורי", שכבר הספיק להיעשות מעבר לדברי הקניין גרידא. אם נעשה "קונסטיטוט פוססורי", הרי זה כאילו בוצעה המסירה, ושוב **אין** למוכר זכות עיכוב במסירה, כנגד המחיר, מכוח דיני המכר או החוזים ההדדיים כשלעצמם. אמנם, יתכן שעדיין הוא יכול לעכבה מכל מקום על פי הדינים הכלליים של זכות העיכוב המשכונית (ר' "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ד', מס' 21), אבל זכות העיכוב מסוג זה חורגת מענייננו המיוחד שבכאן (ואמנם, ברמת זכות העיכוב הלזאת שוב אין כאן הבדל בין השיטות הנוכריות לדיני ישראל, מן הבחינה שבה אנו דנים כאן).

[588] רלט) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 1184.

והריהו פטור[589]. במשפט האנגלי קובעת הוראה חוקית מיוחדת ביחס למיטלטלין, שאם הלוקח אינו ממלא את חובתו לתשלום, והחפץ מעוכב עדיין ביד המוכר, יכול המוכר (בכפוף להגבלות מסוימות) לחזור ולמכור את החפץ לאחרים[590].

עדיפות השיטה העברית בהקשר זה הריהי כמובן בכך, שלאותה תוצאה של זכות חזרה חפשית מגיעה היא בלי שום חסדים מיוחדים של הדין, ושוב פעם אחת - גם בלי הסיבוכים של טענות ומענות אפשריות, המזומנות לעניין על פי שיטות המשפט הנוכריות שלא לצורך.

לאחר מכן עוברים אנו למיני המקרים אשר מן הצד השני של הקו, והיינו כשהסחורה כבר נמסרה, אך הלוקח אינו משלם את המחיר - לעומת האפשרות ההפוכה, שהלוקח שילם, אך המוכר אינו מקנה או אינו מוסר את הסחורה.

במסגרת זו כבר ראינו שעל פי המג׳לה, אם הסחורה נמסרה והלוקח אינו משלם, אין למוכר שום תרופה מיוחדת, ויש לו רק תביעה לגבייתו של המחיר - ככל חוב רגיל דעלמא. מצד שני, גם תשלום המחיר לפני המסירה - נראה כי דינו העקרוני הוא דומה, ואם המוכר אינו ממלא אחר חובת המסירה אין ללוקח תביעה להחזרת התשלום, אלא יכול הוא [[278]] רק לדרוש את קיום חובת המסירה[591] (הדברים אמורים, כמובן על פי הנחה שהסכם המכר אמנם העביר כבר את הבעלות בסחורה ללוקח: אם המחיר שולם בלעדי כן, אין שם מכר, והכסף חוזר על פי דיני ״המכר הנפסד״, המכר הבטל וכיו״ב).

לעומת זאת, על פי שיטת ״החוזים ההדדיים״, לבד מן האפשרויות הפשוטות של תביעת התשלום או תביעת המסירה, ניתן להשתמש גם במסגרת זו באותה אפשרות חזרה שהזכרנו לעיל בקשר לאי מילוי חובת התשלום או חובת המסירה מלכתחילה, לפני שהצד שכנגד מילא את חלקו; ובמלים אחרות: גם כשהלוקח כבר שילם או שהמוכר כבר מסר, ואילו הצד שכנגד לא מילא את חובתו שלו, יכול הצד הנפגע לעמוד על זכות החזרה דלעיל - ואף על פי שהפעם כבר לא יוכל הדבר להתבטא רק בהכרה גרידא בפקיעתו של העסק, אלא יצריך גם את המעשה החומרי של החזרת התשלום או החזרת הסחורה. ראוי לציין כי גורם חדש זה מביא ממילא לכך, שגם בשיטות המכירות באפשרות החזרה הישירה, על ידי הודעה גרידא מן הצד הנפגע אל הצד המפר וללא תיווכו של בית המשפט, יתכן שלמעשה כבר לא תוכל כאן החזרה הישירה להספיק, אלא הצד הנפגע יצטרך עוד מכל מקום לפנות לבית המשפט כדי להשיג את ביצוע ההחזרה החומרית

---

[589] רמ) בג״ב, סע׳ 326 (העמדת מועד אחרון לתשלום אינה נחוצה, אם בגלל עיכוב התשלום בפשיעה איבד כבר המוכר את עניינו בעסק); סע׳ 1454 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי; סע׳ 107-108 של חוק החיובים השוייצרי; ור׳ גם סע׳ 7-8 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א, במדינת ישראל.
ההסדר מקביל כמובן לאפשרות הניתנת גם **ללוקח** לחזור בו, אם המוכר, מצידו, אינו מוכן למסור את הסחורה בעוד שהלוקח מוכן לשלם - אלא שמבחינה עניינית יש פה הבדל גדול: הלוקח אינו זקוק למעשה לזכות החזרה, כי במקרה שמתיאש הוא מן המסירה יכול הוא פשוט להתעלם מן העסק, אבל המוכר המתיאש מן התשלום אינו יכול להתעלם, כי בלעדי זכות החזרה נשאר הוא ונכס משועבד בידו. בדרך אגב, הרי זו אמנם אחת הנקודות שבה כבר מתגלה לנו הצד המעשי המצדיק את ההבחנה המהותית בין מעמד הסחורה ומעמד המחיר - או מעמד המוכר ומעמד הלוקח.

[590] רמא) **הלסבורי-סיימונדס**, ל״ד, עמ׳ 119.

[591] רמב) אפשרות חזרה נתונה ללוקח רק במקרה שבשעת ההסכם הוא לא ידע את המקום הנכון שבו נמצאת הסחורה ואשר משם הוא יצטרך לנטלה: סע׳ 246.

המגיעה לו. והנה, כאשר המדובר הוא בהפרת חובה מצד המוכר, בעוד שהלוקח כבר שילם את המחיר (והלוקח כבר אינו מעוניין לתבוע את הספקת הסחורה, או שהספקת הסחורה שוב אינה אפשרית), החזרת המחיר היא אמנם תרופת היסוד היחידה (לבד מפיצויי נזק נגרר - או קללת מי שפרע) שאפשר פה להעלות על הדעת - והחזרה זו היא גם בעיה פשוטה למדי, כי הכסף [[279]] ששולם אינו צריך כמובן להיות מוחזר דוקא בזהותו, ויסכון להחזרה כל כסף שהוא אשר ניתן יהיה לגבות מנכסי המוכר. אולם, כאשר ההפרה היא באי תשלום המחיר על ידי הלוקח, ורצונו של המוכר לחזור בו מצריך את החזרת הסחורה, מסתבכת הבעיה בכמה פנים.

ראשית, יתכן שההחזרה שוב לא תהיה אפשרית כאן בכלל; ואז, כשדורש המוכר החזרה, הריהו יצטרך על כל פנים להסתפק רק באיזון כספי - אך לאו דווקא בגובה המחיר, כי אם על פי דיני "ההתעשרות שלא כדין" או כיו"ב, ויתכן כי במקרים מסוימים (כשאבדה הסחורה באונס, וגם האיחור בתשלום היה רק באונס) הרי יצטרך אפילו לצאת מדרישתו בלא כלום[592]. שנית, ייתכן שההחזרה עדיין תהא אפשרית, אלא שעל כל פנים כבר תהא הסחורה משומשת או ניזוקה באופן אחר ביד הלוקח, ובאופן שהמוכר ימצא כדאי לוותר על דרישת ההחזרה מכל מקום. שלישית, אם נניח כי ההחזרה אפשרית והמוכר גם נשאר מעוניין בה, יתכן לפעמים שהלוקח עצמו גם כן יבכר את ההחזרה על תשלומו של המחיר - ובמקרה כזה, ממילא יבואו הצדדים לידי יישוב הענין בשלום מעצמם, והמוכר לא ייזקק לשום זכות חזרה שתהא דווקא נתונה לו בדין. אלא מתי ייזקק המוכר לזכות שתהא נתונה לו בדין? הווה אומר, כאשר הלוקח, מצידו, **אינו** מסכים להחזרת העסק ומעדיף את תשלומו של המחיר, כפי שהוסכם בראשונה - וכאן יש לשאול, מה עשוי להצדיק במקרה כזה את העדפת רצון המוכר? יש להדגיש, כי לא תיתכן כאן ההנחה, שהלוקח אין לו **במה** לשלם, שהרי אם הסחורה מצויה עדיין להחזרה בעין, ממילא ניתן לגבות את המחיר לפחות מגופה של אותה הסחורה - ואם ערך הסחורה לקונים מן השוק יימצא פחות מן המחיר, הלא יוכל המוכר מכל מקום להשיג לו את החזרת הסחורה בעין, על פי הדינים הכלליים של גביית חוב, ושוב בלי שום צורך בזכות חזרה מיוחדת. כמו כן, אין שייכת לכאן ההנחה שנכסי הלוקח אינם מספיקים לסילוק כל נושיו, הבאים מתחרים ביניהם - מפני שאם הכוונה היא רק להבטיח למוכר דין קדימה בגבייה, הרי שאפשר לקבוע בחוק שהסחורה נעשית אפותיקי למחיר, עד לתשלום - וגם הפחד מפני התחרות הנושים [[280]] אינו יכול להצדיק כאן, כשלעצמו, את זכות החזרה[593]. חוזרים אנו אם כן לבעיה של הצדקת הזכות אף על פי **שיש** ללוקח במה לשלם, ומעבר לסכנת הנושים המתחרים - ובמסגרת זו לא נותר לנו אלא להניח, אולי, שהתשלום הפשוט שוב לא יאזן את המכר, באשר ערך הכסף לעומת הסחורה בינתיים ירד; אך אם כן - אם האיחור בתשלום גורם הפסד למוכר - עדיין יש מקום לשאול, למה דווקא נכפה את החזרת העסק ולא נסתפק בהשלמת התשלום על ידי זכות לפיצוי, על פי ההגיון הרגיל של דיני הממונות[594]? אם יש על שאלה

---

[592] רמג) ר', למשל, בג"ב, סע' 327, ודוק.

[593] רמד) השיקולים שהעלינו בספר על "דיני הקניין במוחזק" נגד אפותיקי במיטלטלין (שם פרק ה', סע' ד', מס' 22) אינם משבשים טיעון זה, מפני שלגבי הנושים המתחרים אין נפקא מינה אם הנכס יישמט מהם על פי זכות של אפותיקי או על פי זכות חזרה - ואם **נקבל** בהקשר זה את השיקולים נגד אפותיקי במיטלטלין, הרי אלה צריכים לפגוע למעשה גם בפתרון של זכות החזרה עצמה.

[594] רמה) לעניין שביצוע התשלום אינו מונע אפשרות של פיצוי, ר' - למשל - סע' 1453 שלספר החוקים האזרחי האיטלקי או סע' 1147 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי. אפשרות של פיצוי עם התשלום קיימת גם בדיני ישראל: ר' סמ"ע על חו"מ סי' פ"א ס"ק ס"ה ועה"ש חו"מ סי' רצ"ב סע' כ"ב; אך נראה שיש להבחין: בסתם אין חובה של פיצוי אלא על חסרון כיס, ובתנאי שהיה לחייב לחזות עם האיחור אפשרות

זו תשובה, ודאי אין היא יכולה להתבטא אלא בכך, שאולי במסיבות המקרה הזכות לפיצוי על האיחור נשמטת, מפני שהלוקח נאנס ולא יכול היה לשלם בזמן, ללא פשיעה מצידו (דבר שיתואר אמנם רק במסיבות נדירות ביותר); אך אם כן, ממילא מגיעים אנו לתוצאה שאין רבותא בזכות החזרה בענייננו, אלא כדי לזכות את המוכר באיזון הפסדו, כאשר על פי ההגיון הכללי של המשפט אין הוא זכאי לאיזון שכזה.

[[281]] משהגענו לכאן, ראוי היה להמשיך עוד ולבדוק את הגיון הרבותא, לו נקבעה אמנם זכות החזרה באופן מכוון לענייננו, כדי לשנות בנקודה זו את הדין הכללי על פי אילו שיקולים מיוחדים שנמצאו ראויים לעניין. אולם, העובדה היא שלא כך הדבר: זכות החזרה בענייננו לא הוכנסה במחושב, לפי צורך העניין, אלא נמשכת היא לעניין זה רק באופן אוטומטי, מתוך ההגיון הכללי והמופשט של דיני "החוזים ההדדיים". והנה, ראינו שאם מקבלים את עצם העקרון של "החוזים ההדדיים" יש אמנם לזכות החזרה הכרוכה בו משמעות עניינית מסתברת כל זמן שנשארים אנו בשלב המוקדם של טרם ביצוע בכלל, או שחוזה המכר עדיין לא בוצע על כל פנים אלא מצד הקדמת התשלום. אולם, משעברנו לשלב שבו כבר בוצע המכר מצד מסירת הסחורה, רואים אנו שמעבר להגיון הדוגמטי גרידא, שוב אין בעצם לזכות החזרה שום הצדקה עניינית פנימית, והשינוי הכרוך בה לעומת ההגיון המשפטי הכללי נשאר רק תלוי בהגיון עיוני, ללא בסיס ממשי כלשהו. פירושו של דבר הוא, במלים אחרות, שכל זמן שנשארים אנו בשלבים של טרם ביצוע או של הקדמת התשלום גרידא אמנם מתאשרת כאן התוצאה שחוזה המכר עדיין איננו מוחלט וניתן לסתירה, אך ההפך מתחייב לגבי המקרה שבוצעה כבר מסירת הסחורה - ואף על פי שהתשלום לא בוצע: במקרה זה מוחזרים אנו למסקנה, שהמכר ראוי אמנם להיחשב כמוחלט, וחוזר ומתאשר אפוא **השוני במעמד** בין מסירת הסחורה (והקנאתה) לבין [[282]] עניינו של המחיר.

תוצאה זו, יש שלמעשה אף חוזרים אליה בשיטות הרואות את המכר, מבחינה עקרונית, כ"חוזה הדדי". כך, קודם כל, **במשפט האנגלי** (אשר גם המכר שלו עשוי ודאי להיחשב כ"חוזה הדדי" על פי מבנהו המהותי, ואף אם לאו דווקא על פי תפיסה לימודית מקובלת[595]): נראה שכאן מתעלמים פשוט מן ההגיון העיוני שברקע, וזכות החזרה נעלמת אמנם ואינה מוכרת עוד למוכר לחלוטין, אם כבר נמסרה הסחורה ללוקח ונתקבלה על ידיו, ואילו תלונת המוכר היא רק על עצם אי תשלומו של המחיר[596]. **המשפט הגרמני**, מצידו, קובע סייג מפורש בסע' 454 של הבג"ב, ש"אם מילא המוכר את החוזה ונתן ארכה לתשלום המחיר, אין עומדת לו זכות החזרה..." - ומשמע כי הזכות עוד עומדת למוכר גם אחר ההקנאה והמסירה רק במקרה הנדיר שעם כל זאת עדיין נמנע הוא סתם מלגבות את המחיר, ללא שום התנאה מפורשת בדבר דחיית מועד התשלום. **המשפט**

של נזק אשר האיחור בתשלום עשוי לגרום (השווה בספר על "ההחזקה ודיניה" פרק ו', סע' ה', הערה ס"א, ובספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות ג', הערות קל"ט וק"מ); אולם בארכה לתשלום שניתנה לחייב במסיבות שראוי ליחס לו בהן את ההבנה, שאם יאחר ממועד התשלום המוסכם יהא עשוי להיגרם **ביטול כיס** למלווה, הרי "בההיא הנאה דמהימן ליה" רואים אותו כמתחייב מראש גם על ביטול כיס ברור שיובא נגדו כתוצאה מן האיחור: ר' עה"ש סי' רצ"ב סע' כ"א ודוק.

[595] רמו) ר', למשל, **הלסבורי-סיימונדס**, ח', עמ' 55, שם מופיע אמנם המושג של "חוזה המורכב מהבטחות הדדיות", באופן המכליל בלי ספק גם את חוזה המכר, אך בלי שתהא למעשה למושג זה משמעות שימושית בהמשך ההרצאה על מכלול דיני החוזים.

[596] רמז) ר' **צ'יטי**, א', עמ' 560-561; **צ'ולמרס**, עמ' 124 ואילך, 143 ואילך; **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 379.

השוייצרי, שוב, בסע' 214 של חוק החיובים, קובע סייג המרחיק לכת אף יותר, והיינו שאם נמסרה כבר הסחורה ללוקח, אין המוכר יכול לחזור בו בגלל אי תשלום המחיר אלא אם השאיר לעצמו זכות לכך מראש, בפירוש. נמצא אפוא כי מבין השיטות שאנו סוקרים נשארת זכות החזרה של המוכר בגין אי תשלום המחיר אחר המסירה בלתי מסויגת רק במשפט הצרפתי והאיטלקי, וכן גם במדינת ישראל[597].

[[283]] על רקע הדברים האלה עשוי להתחזק בענייננו הקושי הטמון גם בלאו הכי בסוגיה בבבא מציעא ע"ז ב' - ע"ח א', **בדיני ישראל**. בסוגיה זו נוצר לכאורה הרושם, שגם בדיני ישראל - אף על פי שאין הם מסובכים מלכתחילה בהגיון הטכני המיוחד של "החוזים ההדדיים" - ניתנת מכל מקום זכות חזרה למוכר, בגין אי תשלום המחיר, ואף לאחר שהמכר נתקיים כבר לכאורה והלוקח אף קיבל כבר את הסחורה לידון. ביתר פירוט, הרושם העשוי להתקבל הוא, שהזכות הזאת אמנם אינה מוחלטת, אלא מסויגת היא בדומה מאוד לסייג שראינו במשפט הגרמני. אולם, מסתבר שהקשיים הפנימיים הגלומים בסוגיה מוציאים למעשה את הדברים ממסגרת הגישה שבה אנו דנים כאן. הקושי הפנימי העיקרי הוא, שזכות החזרה למקרה שהמוכר מחזר אחר תשלום ואינו נענה ניתנת כאן לא רק למוכר, כי אם גם - במקביל לכך - ללוקח, מצידו; ואין תימה שצירוף דברים כזה הוליד פירושים וחילוקים שונים. לע"ד, נראה לי כי עיקר הפתרון הנכון הוא שהסוגיה דווקא אינה מחלישה את החלטיותו של המכר העברי, כי אם אדרבה - היא מחזקת אותו; והיינו שמשתמע ממנה כי תנאי הוא להכרה בסמיכת דעת על מכר בדיני ישראל, שאמנם יעלה מן המסיבות כי הצדדים מתכוונים למכר גמור, באופן שאף אם לא ייפרע המחיר בהתאם למוסכם בדברי הקניין, מכל מקום רק יישאר המחיר כחוב על הלוקח, ובסתם לא יוכל המוכר לחזור בו רק בגין הפרת תנאי התשלום. אם, לעומת זאת, חזקת המסיבות איננה כזאת, ומשתמע בסתם כי המוכר אינו מעונין במכר אלא אם ייפרע המחיר באופן דווקני בהתאם למדובר, הרי שעל אף כל מעשה שאולי התקיים בין הצדדים בינתיים, מכל מקום אין מכירים במעשה כזה כמעשה קניין, ואין רואים שם שום סמיכת דעת כלל על מכר קיים, אלא מניחים שהצדדים התכוונו [[284]] כי מעשה הקניין שיעמיד את המכר יתבטא רק בקבלת גמר התשלום על ידי המכר - לכשהתשלום יתקבל, ואם אמנם יתקבל; בינתיים, אף אם נמסרה הסחורה ללוקח על דעת דברי הקניין הרי זה ייחשב מכל מקום רק כהפקדה לנסיון, תוך הישארות בעלותו של המוכר בעינה - ובהתאם לכך, גם כן, בינתיים לא רק המוכר יוכל לחזור בו מן הנסיון (ואפילו תוך הימנעות מקבלת התשלום הגמור המוצע לו על ידי הלוקח) אלא גם הלוקח, מצידו, יכול לחזור בו, במקביל, בלי שיוכל המוכר לכופו דווקא לתשלום, בתביעה על החוב.

אולם, דיני הסוגיה אינם מסתיימים רק בעקרון זה (שהוא עיקר עניינה על פי תפיסת הרמב"ם). משתמע מהם - ואף על פי שלא נאמר הדבר בפירוש (ובזה נוטה דעתי אחר תפיסתם של פרשנים אחרים) - שאם במקרה כזה אמנם נמסרה הסחורה ללוקח מראש, ולבסוף אמנם משתלם המחיר למוכר, ודאי יזכה הלוקח, בסתם, גם בפירות שאכל בינתיים; ומשמע כי במסגרת העקרונית הנ"ל, ובכפוף לה, עוד יימצא כאן על כל פנים, בדיעבד, מכר גמור **למפרע**, לא רק משעת גמר התשלום ואילך, אלא אף משעה שנמסרה הסחורה, ועל תנאי משהה שהתשלום יבוצע. מעבר לכך,

[597] רמח) ר' חוק המכר, תשכ"ח, סע' 27 ואילך.

נקבע בסוגיה בפירוש, שאם במקרה מן הסוג האמור מופעלת ברירת החזרה אחר שבוצע כבר **חלק** מן התשלום, שוב אין הצד שכנגד מחויב להיענות לה בשלמות, אלא חל הכלל ש"כל החוזר בו ידו על התחתונה", - וכאשר הסחורה ניתנת לחלוקה יכול אפוא הצד שכנגד לדרוש שהעסק לא יועמד לחלוטין על בטלותו, אלא יתקיים באופן פרופורציונלי לשיעור המחיר ששולם. את האפשרות הזאת אי אפשר להבין, לע"ד, מצד בטלותו העקרונית של המכר, כי אם רק מצד [[285]] סיכויי קיומו "מעכשיו", על התנאי המשהה, ולכן סבורני כי הנכון הוא כדעת הגורסים שהערכת החלק המקוים נעשית כשער המחיר שעליו הסכימו מלכתחילה, ולא כשער בשעת הפעלת הברירה[598].

מסתבר, כמובן, כי מסכת מסיבות אשר תורה כי דעת הצדדים לא היתה על מכר רגיל, כי אם על סבך של מכר מותנה בתוך מכר בטל על פי דיוקי הסוגיה, תוכל להימצא רק במקרים נדירים ביותר; ונראה לי אפוא שניתן לסכם בפשטות, כי סוגיה הנידונה אמנם אינה משבשת את דיני המכר העברי במאומה, וכל אימתי שעדים אנו לסמיכת דעת על מכר - בעוד שהמחיר לא שולם או לא שולם בשלמות - הרי עצם דבר זה פירושו הוא ממילא גם כן, שאמנם מבינים אנו כי התשלום המגיע נזקף ללוקח במילווה, ואין למוכר שום תרופה משפטית לגביית המגיע לבד מתביעת חוב רגילה. נשאר לנו עוד לבדוק אם כן את הרעיון שהזכרנו לעיל באגב, שלאחר המסירה ועד גמר התשלום תישאר עוד הסחורה על כל פנים בבחינת אפותיקי למחיר, אשר המוכר יוכל לגבות ממנה את זכותו בעדיפות לנושים מתחרים - ואמנם מוצאים אנו הסדר כזה בכמה שיטות. כך, **בצרפת**, יש למוכר דין קדימה לגבייה (privilege) במיטלטלין שמכר ומסר, כל זמן שנשארים הם ביד הלוקח - בכפוף לדין הקדימה הנתון לבעל הבית של הלוקח, לגביית שכר הדירה המגיע לו, - ואילו במקרקעין נוצר דין קדימה, הנסוג מפני זכותם של נושים מתחרים אם המכר לא נרשם בציון העובדה שהמחיר לא שולם[599]. **באיטליה** יש למוכר דין קדימה למשך שלש שנים, כשהסחורה מתגלמת במכונות. דין הקדימה תלוי ברישום ובהישארות הסחורה במקום שנרשם[600]. **בשוייצריה** נשארת למוכר המקרקעין [[286]] זכות לרשום לעצמו אפותיקי בהם, תוך שלשה חדשים מרישום המכר[601]. **באנגליה** נוצר שעבוד "אקויטבילי" בסחורה (equitable lien) - להוציא "מיטלטלין מסחריים רגילים", - אף לאחר שהיתה כבר העברה גמורה הן של הקניין הן של ההחזקה ושטרי הקניין; אולם, אין השעבוד נוצר אם מלכתחילה לא נשאר המחיר כחוב המגיע במישרין בתמורת הסחורה, אלא ניתן שטר בתמורת הסחורה, והחוב שוב איננו אלא החוב לפרוע את השטר. בכפוף לדיני הרישום במקרקעין, מועיל השעבוד גם כנגד לקוחות שאינם באים בתמורה ובתום לב[602]. גם **במדינת ישראל** קובע חוק המכר מתשכ"ח, בסע' 31, כי למוכר תהא זכות עכבון בממכר כנגד הסכומים המגיעים לו עקב המכר.

לטובת הפתרונות מסוג זה ניתן לומר, שאמנם מובנים הם ומעוררים אהדה מצד המוכר, שיצטרך אולי לראות את סחורתו נטרפת בידי נושים אחרים, בעוד שהוא - את מחירה של סחורה זו עצמה

---

[598] רמט) ר' סקירה ממצה של הדעות השונות לפתרון סוגייתנו בעה"ש חו"מ סי' ק"צ סע' ה'-ט"ו. ור' גם כן חלקת מחוקק (ס"ק ה) ובית שמואל (ס"ק ג) על אה"ע סי' ק"כ.

[599] רנ) ספר החוקים האזרחי, סע' 2102, 2103, 2106, 2108.

[600] רנא) ספר החוקים האזרחי, סע' 2762. בסע' 2778 נקבע לדין קדימה זה המקום האחד עשר בסולם דיני הקדימה לגבייה.

[601] רנב) צג"ב, סע' 837, 838.

[602] רנג) **סנל**, עמ' 492-490.

- לא יוותר לו ממה לגבות. אולם, אהדה זו עשויה ודאי לאבד הרבה ממשקלה משנותנים אנו את הדעת על העניין באופן אובייקטיבי, ולוקחים בחשבון שגם הנושים המתחרים מן הסתם נתנו תמורה ללוקח-החייב, ואין בעצם יסוד הגיוני להעדפת המוכר רק משום שתמורתו שלו לחוב הלוקח מצויה במקרה לפנינו בעין, בעוד שתמורתם של הנושים האחרים בוזבזה כבר או נבלעה בשאר נכסי הלוקח. יש גם לשים לב, שהנחתנו הוא כי המדובר הוא במכר אשר בשעת העמדתו אמנם סמכה בו דעת הצדדים שהמחיר יישאר כחוב רגיל - ואף מצד הגיונו הפנימי של העסק אין אפוא סיבה [[287]] להעדפת המוכר, כי אם אדרבה. נוסף על כך ודאי יש חשיבות גם לקשיים המעשיים הנכרכים ממילא בקביעת הסחורה באופן אוטומטי כאפותיקי למחיר - ובסך הכל נראה להסיק, שאם בדיני ישראל עד עכשיו אמנם אין אנו מוצאים מין אפותיקי אוטומטית כזאת, הרי אין גם לראות שום יסוד ממשי להצדקת אימוצה מעתה.[[288]]

ו. חליפין

משסקרנו את דיני המחיר, עדיין לא השלמנו בכך את כלל דיני המכר - ועוד נצטרך לחזור אל רבים וחשובים מהם, בפרקים השונים להלן; אולם, את מערכת דיני-היסוד של מוסד המכר על-כל-פנים הקפנו, ונצא עתה להשלים את פרקנו במה שנוגע לדיני היסוד של חוזה-ההקנאה האחרים.

הראשון באלה הוא **החליפין**, וכבר הגדרנו מוסד זה באופן ארעי ובלתי-מדויק בסעיף א' של פרקנו כהקנאת נכס במוחזק כנגד נכס אחר במוחזק - לבד מכסף. אולם, דרך - הגדרה זו מחזירתנו מלכתחילה שוב לבעיית המחיר, מנקודת-ראות נוספת, חדשה: כי יהא שכבר הבנו את ההצדקה ליחודו של הכסף בכך, שאין הוא יכול לשמש כנשוא עצמי לביקוש ולקנייה כנגד תמורה שתשלום בעדו - אלא יכול הוא לשמש רק, מצידו, כתמורה להקנאה של נכס מסוג אחר, המבוקש לשמו - הנה רואים אנו כאן שהכסף מתיחד שוב, עוד רק מצד אי-התאמתו לשמש כסחורה, אלא גם במסגרת הנכסים כשהם באים להיות מוצגים כמוהו, **כתמורה לסחורה**.

1. החליפין בשיטות "החוזים ההדדיים"

יחוד זה, משמעותו היא שונה בשיטות "החוזים ההדדיים", מחד גיסא, ובשיטות הקנייניות" מאידך. בשיטות "החוזים ההדדיים" כבר ראינו, שבמסגרת מוסד מוסד המכר מיטשטשת למעשה ההצדקה להבחנה בין הסחורה למחיר הכספי, באשר שניהם מופיעים כשווי-מעמד מבחינה משפטית - וטשטוש זה נוטה לכאורה להתחזק עוד מכוח מוסד **החליפין** של השיטות האלו, כי כאן שוב יש לנו, בהגדרת המוסד הזה, רק שתי חובות מקבילות [[289]] הדדיות של הספקת סחורה כנגד סחורה מאיש לרעהו, ועיקר הדין של צירופן שווה לחלוטין לדין החובות המקבילות של הספקת סחורה כנגד מחיר.

כך, בסע' 1702 של ספר החוקים האזרחי **הצרפתי** נקבע, ש"החליפין (echange) הם חוזה אשר על-ידיו נותנים הצדדים זה לזה דבר בעד דבר"[603], וסע' 1707 מוסיף כי מלבד כמה דינים מיוחדים -

[603] רנד) "דבר בעד דבר" - אך להוציא כמובן כסף, אם כי לא נאמר הדבר בפירוש - ור', למשל, סע' 1046 של ספר החוקים האזרחי **האוסטרי** מ-1811, שם נאמר הדבר בפירוש.

אשר נחזור להזכירם להלן - "חלים גם לגבי החליפין הכללים שנקבעו לחוזה המכר". דומה לזה המצב בסעיפים 1552 ואילך של ספר החוקים האזרחי **האיטלקי**, שכאן כבר נקבעת בפירוש הרחבה מסוימת לעמת ההגדרה הבלתי-מדויקת של החליפין,שהצענו פה אנחנו באופן ארעי כנ"ל. בהגדרה זו דיברנו דווקא על חליפין של נכס **במוחזק** כנגד נכס **במוחזק**; אך בסעיף האיטלקי נאמר כי "החליפין (permuta) הם החוזה אשר הנשוא שלו הוא בהעברה ההדדית של הבעלות בדברים **או של זכויות אחרות**". הבג"ב **הגרמני** אף מרחיק לכת בטשטוש ההבדל בין ההקנאה בתמורה של מחיר לבין ההקנאה בתמורה אחרת, - כי אף-על-פי שעקרונית עוד מזכיר הוא את מושג החליפין (Tausch) בצד המכר-במחיר[604], הרי למעשה, בגוף ההוראות, שוב אין אנו מוצאים כאן שום דבר שיתיחס בפירוש לחליפין כמוסד מיוחד, אלא יש רק הוראה כוללת המתיחסת ל"חוזים דמויי-מכר" והקובעת [[290]] כי ההוראות החלות על מכר-במחיר חלות גם "באופן מתאים" על חוזים אחרים, המכוונים **להעברתו או שעבודו של נשוא כלשהו כנגד תמורה** (סע' 445). הוראה זו, מצידה, לא זו בלבד שנוטה היא לסלק לכאורה לגמרי את ההבדל בין מכר לחליפין, אלא באמת גם מצרפת היא לבליל זה, באופן מובהק, את מה שכינינו בסעיף א' של פרקנו כ"אפשרות הרביעית" - נושא שעוד נחזור אליו בסעיף הבא, להלן. אולם, נראה לומר שאף לגבי המשפט הגרמני עצמו באמת מופלגת הכללה זו יותר מדי (**אנקצרוס**, למשל, מזהיר כאן מפני השתלטות מושג המכר אף על חוזה מובהק ביחודו כחוזה-עבודה), ובעקבות הכותרת שבחוק נמצא שלמעשה מבחינים אמנם גם במוסד מיוחד של חליפין, השווה כאן בהגדרתו למה שציטטנו לעיל מספר החוקים האיטלקי[605]. גם במשפט **האנגלי**, אצל **הלסבורי-סיימונדס**[606], נתקלים אנו לכאורה בתפיסה מופלגת, כעין סע' 445 של הבג"ב, והיינו ש"במקום שהתמורה בעד ההעברה היא איזו תמורה בעלת-ערך אחרת, שאינה כסף, נקרא העסק חליפין (exchange or barter)" - ובהמשך נאמר כי הדין הנוגע לחוזים מסוג זה אמנם אינו מפותח באנגליה, אך בתי-המשפט נוטים למלא את החסר על-פי הכלל "Permutatio vicina est emptioni" ולפעול בגזרה שווה מדיני המכר במחיר. אולם, אם ההוראה החוקית המפורשת של סע' 445 הגרמני יוצאת מסויגת על-ידי הפרשנים, על אחת כמה וכמה שאין ליחס ערך מוחלט לניסוח של הלסבורי-סיימונדס, שהוא רק פרשני מלכתחילה. ברור כי על אף הניסוח הזה, לא יראו [[291]] גם באנגליה את המקרה של הסכם עבודה-תמורת חפץ כעסק של barter - ואמנם, מוצאים אנו, למשל, אצל **גודיב**, שהוא, מצידו, מגדיר את החליפין רק כהחלפת חפצים בחפצים[607], - אם כי הגדרה זו, שוב, ודאי כבר יש לראותה כמצומצמת יותר מדי, משום שאין היא מכלילה גם "זכויות", - על תפיסת החליפין בחוק המכר, תשכ"ח, **במדינת-ישראל**, השייכת גם היא למערכת זו, עמדנו כבר בסע' ב' של פרקנו לעיל.

יש אם-כן לשאול, למאי נפקא מינה ולמה בכל-זאת מבחינות אפוא השיטות האלו בין מכר-במחיר לחליפין - ונראה שאת התשובה המכוונת ביותר מקבלים אנו בסע' 237 של חוק החיובים **השוויצרי**, הקובע ש"הוראות חוזה המיקח חלות על חוזה החליפין, במובן זה שכל אחד מן הצדדים נידון ביחס לדבר המובטח על-ידי כמוכר, ואילו ביחס לדבר המובטח על-ידיו כמוכר, ואילו ביחס לדבר המובטח לו - כלוקח". המשמעות המעשית החשובה ביותר של הכללה זו,

---

[604] רנה) בכותרת לפרק א' בחלק ז' ספר ב', הדן לפי זה יחד ב"מיקח חליפין"("Kauf Tausch").
[605] רנו) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 346-347, 401-402.
[606] רנז) כרך ל"ד, עמ' 5-6.
[607] רנח) עמ' 110.

בהבדל מדיני המכר הרגיל, הריהי ודאי לעניין "**אחריותו של המוכר**" - עניין שאינו שייך בהכרח למבנה המשפטי הפנימי של העסק, אלא נספח אליו כגורם חיצוני. כפי שהזכרנו כבר דרך אגב בסעי' ג', מס' 4, לעיל (בסמיכות להערה כ"ח), וכפי שנראה עוד ביתר פרוטרוט בפרק הבא, מתחייב בדרך-כלל עם חוזה המכר, שהמוכר יישאר אחראי כלפי הלוקח לזכות שהוא מתיימר להעביר לו בסחורה ולהתאמה של הסחורה לגדרי התכונות שעל-פיהם היא נמכרה; בעיית האחריות הזאת מתעוררת רק לגבי **הסחורה**, ואינה שייכת בכסף ששולם לפרעונו של במחיר - וכוונת ההוראה השוייצרית היא לומר כי בחליפין אחראי כל אחד מן הצדדים כמוכר, לגבי הדבר המובטח על-ידיו, בעוד שהצד שכנגד **זכאי** באחריות לגבי אותו הדבר, כלוקח.

אולם, אין זו המשמעות המעשית-המבדילה היחידה כאשר מתיחסים החליפין, משני הצדדים, להעברת הבעלות בחפץ חומרי, [[292]] משתמע מכאן שעל כל אחד מן הצדדים חלה חובת **המסירה** לגבי החפץ המובטח על-ידיו, כאילו הוא היה המוכר של החפץ - ובמקביל לכך, חלה על כל אחד מן הצדדים החובה **לנטול ולקבל** את החפץ המגיע לו, כאילו הוא היה הלוקח[608]. גם הקבלה כזאת אינה שייכת במכר הרגיל - ואף לא במכר הרגיל של חפץ חומרי, הנמכר בתמורת החפץ החומרי של **כסף** - כי לגבי הכסף אין חלה חובת מסירה ונטילה, כי אם רק **חובה של תשלום**, כפי שנוסיף ונברר עוד לחוד להלן. ושלישית, בשיטות המאפשרות שבמכר המתיחס להעברת הבעלות בחפץ תעבור הבעלות כבר עם עצם העמדתו של המכר בד בבד עם לידתה של **החובה** להעברת הבעלות (והיינו במשפט הצרפתי, האיטלקי והאנגלי) מסתבר שיש כאן עוד השתמעות מבדילה נוספת. נראה כי במקום שאפשרות כזאת ניתנת במכר, הריהי גם ניתנת בחליפין[609] - ונמצא אפוא כי במקרה שהמדובר הוא בחליפין של חפץ בחפץ, עשויים החליפין להתקיים כאן לא רק במובן החובי, אלא גם במובן של ביצוע במוחזק, משני הצדדים כאחד, כבר עם עצם העמדת החוזה (ולו יהא כי הדבר יישאר עוד כפול על-כל-פנים גם לביצוע ההדדי הנוסף של חובות המסירה). תוצאה כזאת לא תיתכן במכר-במחיר, כי אף-על-פי שגם הכסף הוא חפץ, מכל-מקום אין תשלומו מתאפשר באופן אוטומטי גם בשיטות המיוחדות האלו, אשר את התשלום, על-כל-פנים, משאירות הן אף מלכתחילה רק בגדר **חובה**, הזקוקה למילוי מיוחד, מחוץ למסגרת עצם היוויו של העסק. ומשהגענו לנקודה זו דיני מילוי חובת התשלום, מוצאים אנו [[293]] שלמעשה יש עוד בשיטות הנידונות גם הבדל מעשי רביעי בין מכר לחליפין - הבדל המתגלע אמנם לחלוטין מחוץ למסגרת עיקרו של העסק והחורג מגדרי ההכללה שציטטנו מן החוק השוייצרי. כוונתנו ניא לכך, **שבמכר**, גם החובה של הספקת הסחורה וגם החובה של תשלום המחיר הן מוחלטות בזהותן, - והיינו שאם אחת מהן מופרת, והעסק אינו מתבטל על-פי אחת האפשריות שראינו, הרי הצד המפר נשאר על-כל-פנים חייב למלא את חובתו בעינה: אם זה המוכר, הריהו נשאר חייב לספק את הסחורה, ואם זה הלוקח הריהו נשאר חייב לשלם את המחיר - בין אם בתוספת תשלום פיצויים ובין אם בלעדיה. לעומת זאת, בחליפין, יתכן בשיטות הנידונות, שהעסק יתקיים כלשונו רק לגבי **אחת** מחובות-ההספקה, ואילו חובת-ההספקה שכנגד -אשר לא קוימה כראוי - תיהפך לפי בחירת הצד הנפגע לחובה של פיצויים כספיים, בבחינת תמורה **מוחלפת**

---

[608] רנח-1) ר' **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 402,שבחליפין "כל צד אחראי לכנגדו והוא מתחייב לנטילה כלוקח".
[609] רנט) סעי' 1703 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי; ור' גם **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 161.

לדבר שסופק (בתוספת פיצויי-נזק בגיו עצם ההפרה או בלעדיהם), וכאילו היה העסק מלכתחילה לאו דווקא חליפין, אלא מכר כספי רגיל, במחיר[610].

הדינים המיוחדים האחרים של החליפין, אשר הזכרנו בחוק הצרפתי והאיטלקי, מתיחסים רק לבעיות המשניות של אונאה ותחולת הוצאות-העסק, שנדון בהן לחוד, ואין הם שייכים לדיוננו העקרוני בסעיף זה. מן הבחינה העקרונית נראה אפוא לסכם, כי על אף הטשטוש בין מעמד [[294]] הסחורה למעמד הכסף בשיטות "החוזה ההדדי", מכל-מקום נאלצות גם השיטות האלו לתת תוקף להבחנה בין השניים, לפחות בנקודות הקפיות חשובות - אם גם לא מהותיות - פנימיות - וננסה עתה לברר את טעמן של הנקודות האלו.

הדבר הוא פשוט לחלוטין במה שנוגע ל"אחריות המוכר". כשהמדובר הוא בסחורה הנקנית לשם צריכה בזהותה המסוימת, יש כמובן חשיבות לגדרי התכונות אשר על-פיהם היא נקנית, ויש טעם שהמוכר יישאר אחראי לקיום התכונות. לעומת זאת, בכסף הבא לסלק את המחיר, אין עניין של שום תכונות מיוחדות: יש כאן חשיבות רק לעצם המהות והכמות - ואילו הכמות, גם כשחסרה היא, הריהי ניתנת תמיד להשלמה בעין, מאותה דרך הגבייה החלה גם על תשלום המחיר מעיקרא ומכוח עצם אותה חובת התשלום, ללא שום צורך באחריות מיוחדת. כמו-כן, כשהמדובר הוא בסחורה, יש מקום לחשש שמא אין למוכר יכולת להקנותה, והמוכר צריך אפוא להישאר אחראי לסחורה גם מבחינה זו. אולם, במקרה של כסף - הרי גם אם גזול הוא ביד המשלם, מכל-מקום אין בדרך-כלל חשש ליכולת המשלם להקנותו, הן בגלל דיני תקנת השוק הן מפני שחוץ ממקרים יוצאים מן הכלל לא תוכר בכסף שום זהות מסוימת המאפשרת עיקוב לנגזל - ושוב, גם כאן, איין צורך אפוא באחריות מיוחדת.

[[295]] לעומת זאת, מסובך יותר הוא טעם ההבחנה בנקודות האחרות, אשר הציר המרכזי שלהן הוא במושג "התשלום". "תשלום", על-פי ניתוח פיסי ומשפטי של תוכן המושג, הריהו לכאורה, לגבי הכסף - בדיוק - מה שההקנאה והמסירה הם לגבי הסחורה. יש אמנם פנים לומר שיש הבדל בנקודת-הראות אשר ממנה המושגים מתפתחים: לגבי הסחורה, החשובה בזהותה המסוימת, חשוב ללוקח שהקניין יועבר בה באופן מיוחד ומפורש - באשר זהו כאן באמת כל עיקרו של העסק - ולכן נתפסת כאן הפעולה ונקראת על שם עניינה הלזה, **הקנאה**; לעומת זאת, לגבי כסף-המחיר, שאין בו דרישת זהות מסוימת, אין המוכר דואג לעצם ההעברה הקניינית באופן מיוחד ומפורש: הוא דואג כביכול רק לכך, שיקבל את **התמורה הראויה בעד ביצוע ההקנאה מצידו** - והעמדת נכסים כזאת לרשות המוכר, אשר עיקר-עניינה הוא לאו דווקא בעצם העברת הקניין, כי אם **בתיפקוד העסקי**, נתפסת ונקראת מצד תיפקוד זה "תשלום". אולם, סוף-סוף, זהו רק הבדל מילולי, או גישתי, ולא תוכני - וודאי אין בו, כשלעצמו, כדי לבסס הבדל משפטי-מוסדי בין מכר לחליפין. אך, לא זו בלבד שאין בו כדי לבסס את העדר החובות המפורשות להקנאה ומסירה, לגבי כסף-המחיר, בעוד שחובות כאלה נקבעות לגבי הסחורה, אלא אין בו גם כדי לבסס מיניה וביה את

[610] רס) ר' **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 5, בהערה: "אם הצד החייב למסור חפצים בחליפין מסרב לעשות כן, או מונע מעצמו את היכולת לעשות כן, יכול הצד השני לגבות את ערך החפצים שהוא נתן בחליפין, לפי מה שהיו שווים לו הוערכו בכסף". ר' גם ספר החוקים האזרחי הצרפתי ע' 1705; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 1553; חוק החיובים השוויצרי, סע' 238.

חוסר-האפשרות למילוי אוטומטי של חובת התשלום כדרך שעשויה להתמלא החובה להקנאת הסחורה[611], ואין בו כדי להצדיק את אפשרות התשלום התשלום הכספי החלוף כאשר מלכתחילה הותנו חליפין של סחורה בסחורה - [[296]] ומסתבר שבנקודות האלו קשה אמנם למצוא תירוץ לדברים בשיטות "החוזים ההדדיים" פנימה. נראה שאת התירוץ נוכל לגלות רק באמצעות "השיטות הקנייניות" - ונעבור אפוא לבדוק תחילה את הדברים בתוכן.

2. החליפין על-פי המג'לה

אולם, גם במסגרת זו לא נוכל ללמוד הרבה מן **המג'לה**, מפני שהוראתיה מצומצמות הן. בסע' 122 מוגדרים כאן החליפין כ"מכירת גבר של ממש בדבר של ממש, כלומר החלפת נכסים בנכסים שאינם מזומנים". במשך הזמן, כפי שהערנו בהערה ג' לעיל אמנם נמצאה הגדרה זו מורחבת מכוחו של חוק הפרוצדורה העותמני, באופן שגם במשפט העותמני נהיה ראוי היה לתפוס כחליפין לא רק את חליפי הדברים הממשיים, אלא גם החלפות אשר מצד אחד - או משני הצדדיים - אמורות היו לחול על "זכויות", בדומה למה שראינו באירופה; אולם, דיני המג'לה נשארו בלתי-מותאמים להרחבה שכזאת, ואין אנו יכולים לדעת מה היתה צריכה להיות משמעותה המעשית, לבד מאשר (בתקופת המנדט, ועד תשכ"ח -) העברה לדיני החליפין של המשפט האנגלי, שהיה מחיל כאן שוב את שיטת "החוזים ההדדיים". לשם המשך בירורנו נסתפק אפוא בהגדרה **המקורית** של המג'לה, והגדרה זו נשלמת על-ידי ההוראה המעשית היחידה שהמג'לה מקדישה לחליפין בפירוש והדומה מאוד למה שציטטנו לעיל מן החוק השוייצרי: "מכר על-ידי חליפין, הרי הואיל ושתי התמורות בו הן בבחינת ממכר, נוהגים תנאי הממכר בשתיהן. אבל אם נפלא דברים בעניין המסירה, שניהם מוסרים ונוטלים כאחד"(סע' 379). המשמעות החשובה ביותר של הוראה זו - במסגרת המג'לה - הריהי שעל שום צד אינה חלה כאן **חובה** של תמורה להקנאת [[297]] המימכר, כעין חובת המחיר שבמכר הרגיל, אלא - כבר עם העמדת הסכם המכר - זוכים כאן שני הצדדים כאחד, באופן "ריאלי", כל אחד בממכר האמור להיקנות לו, וכדרך שנקנה המימכר לאלתר במכר הרגיל; ונמצא אפוא כי החליפין של המג'לה שונים מן המכר הרגיל של המג'לה באופן מהותי, על-ידי היות העסק הזה **"ריאלי"** לחלוטין, ולא "ריאלי-חובי", כדרך המכר הרגיל. חובות המסירה והנטילה, הנזכרות אף בחליפין, אינן פוגעות במסקנה הזאת, כי חובות אלו הן חובות-גרר בלבד, או חובות הנולדות רק בתוצאות העסק בדיעבד, ואינן חובות הגלומות בעצם מהותו של העסק מלכתחילה.

היתרון העיוני שמפיקים אנו ממסקנה זו - לעומת התוצאה המעשית הדומה שראינו במשפט הצרפתי, האיטלקי והאנגלי - מתבטא בכך, ש"הריאליות" של החליפין דהתם **אינה מהותית**: שם, גם החליפין, כמו המכר הרגיל, הם עסק **חובי בעיקרו**, והאפשרות של התמזגות החובה עם ביצועה, לכלל תוצאה "ריאלית", הריהי רק התפתחות-לואי חיצונית, השייכת רק בחלק המקרים ואשר סוג המקרים שבהם היא שייכת (הקנאת חפצים, לבד מכסף) משותף אמנם לחליפין ולמכר הרגיל כאחד. יתר-על-כן, גידורו של סוג המקרים הזה, מבחינה משפטית-מוסדית, אינו זהה רק להבחנה בין כסף לשאר חפצים, אלא מיני "הזכויות" מצטרפים כאן למעשה לכסף, לעניין חוסר-

[611] רסא) הגם שלגבי **סחורה** עשויה אמנם החובה להתמלא באופן אוטומטי גם באשר הסחורה היא מסוג "הפירות" וזקוקה עוד לפעולה מיוחדת לבירור זהותה: ר' **קולין וקפיטן**, א' עמ' 939-938 - ור' הערה רע"ד להלן.

היכולת להיקנות באופן אוטומטי (לפחות כשהמדובר הוא בהקנאה במובן אמיתי ומוחלט[612] - ואף-על-פי-כן, רק התמורה הכספית היא גורם-ההבחנה בין החליפין למכר הרגיל, ואילו "הזכויות" מצטרפות דווקא ל"חפצים", כנשוא אפשרי למכר **או** לחליפין, לפי המסיבות. לעומת זאת, בצג'לה רואים אנו תפיסה [[298]] עקרונית: הקנאת חפצים, לבד מכסף, ואפילו בדרך תמורה, הריהי עסק ריאלי-ישיר, בעוד שתמורה כספית אינה יכולה להגיע לאדם אלא באמצעותה של חובה - וזהו כאן אמנם כל עיקר ההבחנה בין מכר רגיל לחליפין. אלא שכאמור, גם המג'לה אינה מבהירה מהי ההצדקה להבחנה המהותית הזאת, והרי זו תתברר לנו רק באמצעותם של דיני ישראל.

3. מבנהו של חוזה בתמורה בדיני ישראל

תפיסת העניין בדיני ישראל מצריכה אותנו לחזור לכמה עקרונות יסודיים שכבר הספקנו לראות בדיני החוזים. האחד הוא בעניין של "גידור הקניין", או "הקאוזה": לפי מה שהסברנו בעניין זה לעיל, "גידור הקניין" הריהו, בעיקרו, דבר של כוונה, או התנאה, הנדרש לבוא לידי ביטוי בקשר לעצם המעשה המעמיד את הקניין. אולם, הסבר זה באמת ממצה את העניין רק כאשר הגידור אינו לשם תמורה הצריכה להגיע למקנה - והיינו כשההקנאה היא לשם מתנה, או שההרשאה היא לשם פקדון, שאז חשוב לנו הגידור רק כדי לדעת שהקונה יהא פטור מתמורה או כדי לדעת באיזו מערכת זכויות וחובות תתקיים הרשות הניתנת בנכס לצד שכנגד. לעומת זאת, כאשר הגידור הוא לשם תמורה, מתחייב עוד מטבע העניין **מבחן חיצוני** לשלמותו של העסק על-פי הגידור שנקבע בו - והיינו **שהתמורה באמת תגיע למקנה** כפי שהותנה והוסכם בדברי-הקניין. לפי מיון אפשרויות ההתנאה, אשר נראה עוד בהמשך חיבורנו, ניתן לומר כי הגידור לשם מתנה או פקדון הריהו באמתרק בבחינת **תנייה** בהגדרת עצם תוכנו של העסק, אך הגידור לשם תמורה אינו רק מין תנייה שכזאת, אלא יש בו גם מעין "**תנאי** של קיום", אשר אם מתקיים הוא בפועל - בנוסף על עצם דימוי מעשה-ההקנאה אשר אליו הוא מתייחס - [[299]] מתקיים אותו מעשה, במובן שההקנאה האמורה אמנם נולדת מתוכו, ואילו אם התנאי אינו מתקיים, נשאר המעשה עקר, וההקנאה האמור בו יוצאת בטלה מלכתחילה. את המשמעות הנוספת הזאת של הגידור לשם תמורה הזכרנו כבר באגב, בקשר לדיני הקאוזה והתמורה באירופה, בהערות רס"ז ורע"ו בסוף פרקנו הקודם - כאשר ציינו כי במקום שהקאוזה או התמורה אינן אפשריות, העסק בטל. אולם, בהערה רס"ז אמרנועוד, ש"כשהקאוזה אינה מתקיימת יכול המהנה לחזור בו" - ובנקודה זו מגיעים אנו להבחנה שהיא חשובה במישרין לענייננו דהכא.

בגישה הזאת, שאם הקאוזה אינה מתקיימת יכול המהנה **לחזור בו** - והיינו שמכל-מקום אין העסק בטל ממילא, בניגוד לכאורה למה שאמרנו לעיל - אין למעשה סתירה של מה שאמרנו, אלא באמת רק עדים אנו כאן לבלבול מסויים בגישה שציטטנו מן המקורות האירופיים. לפי שיטתם של אלה (וביחוד אמנם השיטות של **יבשת** אירופה), כל אימת שהמדובר הוא בעסק רגיל של הינוי כנגד הינוי מוכנס העסק למסגרת של חיובים הדדיים, באופן שהקאוזה התמורתית נמצאת כרוכה

[612] רסב) ר' לעיל סע' ג', מס' 3, הערה כ"ו.

תמיד בהתחייבות[613]; אך על-פי הגישה שציטטנו נתפסת לכאורה הכאוזה, או התמורה, לאו דווקא בעצם ההתחייבות לספק משהו, כי אם רק בגוף אותו הדבר שהצד מתחייב לספר - ועם זאת חוזרת ונשמעת מכאן האפשרות שהעסק יישאר על-כל-פנים בעל תוקף גם אם חובת ההספקה אינה מתמלאת, ורק מכוח עצם תוקפה ועמידתה של החובה, כאילו גם החובה כשלעצמה היתה קאוזה ותמורה מספיקה[614].

[[300]] בלבול כזה אין אנו מוצאים, לעומת זאת, **בדיני ישראל**: ממה שראינו בדיני המחיר מתברר, שכאשר הקנאה מוגדרת על דעת תמורה חובית כמו מחיר, הגורם הקובע את תוקף ההקנאה אינו על-כל-פנים בתשלום המחיר למעשה, והחשוב הוא רק **שאמנם תיוולד חובת התשלום**[615]. ואכן, ניתן להסביר את ההבדל הזה מכוח ההבדל במבנה השיטות: בשיטות האירופיות, הקאוזה והבסיס לקיומו של החיוב האחד אינו מלכתחילה אלא בחיוב המקביל של הצד שכנגד; אולם, כפי שכבר ראינו, אך טבעי הוא שאין העסק יכול ליהפך למוחלט אלא אם לפחות אחד החיובים כבר נתמלא גם בפועל - וכך נוטה הדעת לדלג על שתי הסעפים בעניין זהותה של הקאוזה, לא רק בתחום ההתחייבות האחת, כי אם בשתיהן. לעומת זאת בדיני ישראל, תחילת התפתחות הדברים היא על-פי הנחה (מוצדקת, כפי שראינו), [[301]] ששני מיני התמורות אינם כלל מקבילים ושווי-מעמד, אלא יש שם תמורה אחת העשויה להתבטא בהינוי ממשי ישיר, ללא שום צורך בחיוב טרומי מכין, ורק התמורה שכנגד היא הנזקקת למסגרת חובית; בהתאם לכך, המסגרת החובית של התמורה שכנגד כבר נולדת מלכתחילה על יסודה של תמורה מקוימת וברמה שבה יכול החיוב הנגדי להיות מלכתחילה מוחלט - וממילא מתקבלת כאן התוצאה שמצד אחד רואים אנו את התמורה, או את הנושא הקאוזלי-המגדר, בהינוי ממשי, בעוד שמן הצד השני

---

[613] רסג) יוצאים מכלל זה רק כמה מקרים צדדיים, והיינו כשהתמורה היא בסילוקו של חיוב קודם(ר' להלן, בסמיכות להערה ש"ג); או כשהתמורה המכוונת אינה אלא חובת החזרה בעסק של הלוואה - או לו יהא גם חיוב-ריבית בעסק כזה - שאכן גם באלה מופיעה התמורה במסגרת חיוב, אך על-כל-פנים לאו דווקא במערכת של חיובים הדדיים, אלא אפשר גם כנגד ההינוי הממשי הישיר של מתן ההלוואה (ר' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 15-13).

[614] רסד) הדגמה מובהקת למשמעות שגם ההתחייבות כשלעצמה היא "קאוזה" תימצא לנו במקרה שאדם יתיימר להקנות נכס בתמורה לקטן שיש לו כושר לזכות, והמקנה אף יספיק לגבות את התמורה מן הקטן, אלא שבשעת מעשה לא יהא לקטן הכושר להתחייב בתמורה, ואפוטרופוסו ירצה לבטל את העסק. במקרה כזה ברור שהאפוטרופוס יוכל לבטל את העסק למפרע, גם אם המקנה לא יוכל משום-מה להחזיר את התמורה שגבה - ואף-על-פי שהביטול יתבטא אפוא, למעשה, רק בהחזרת הנכס שדימה לקנות הקטן - וכך, מפני שעם ביטול התחיבותו של הקטן לתמורה תישאר ההקנאה בלתי-מוצדקת בקאוזה שלה, גם אם למעשה, מבחינת התכלית המוחשית של ההקנאה, קיבל המקנה את מה שרצה.
מצד שני, הדינים המעשיים שראינו לעיל בקשר למכר (שבשיטות של יבשת אירופה אמנם אף לא רק **הלוקח** יכול לחזור בו, כאשר אין מספקים לו את הסחורה, אלא גם **המוכר** יכול לחזור בו כשאין משלמים לו את המחיר בעד הסחורה שסיפק) - דינים אלה הם הם כמובן הבסיס המעשי של התפיסה, שלאו דווקא ההתחיבות כשלעצמה היא התמורה והקאוזה, כי אם ההינוי הממשי המובטח באמצעותה.
השווה גם, למשל, **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 55: "בחוזים ההדדיים חשוב אמנם מושג הקאוזה, כי מבסס הוא את האמת היסודית הזאת, שההתחיבויות ההדדיות של המתקשרים תלויות זו בזו באופן הדוק במובן זה, שאם אחת ההתחיבויות האלו **אינה מתמלאת**, מסיבה כלשהי, אין עוד לאחרת בסיס ואין היא צריכה להתמיד"; ולעומת זאת, **מסיניאו**, ג', עמ' 617: שבהתחיבויות ההדדיות, עקב תלותן ההדדית, או "קאוזליותן ההדדית", "שום צד אינו חייב למלא את התחיבותו שלו אם **אין חלה** התחיבותו של הצד שכנגד" (ההדגשות שלו).
לביסוס הטענה שהקאוזה היא אמנם דווקא בביצוע, ולא בעצם ההתחיבות, ר' **קפיטן**, וביחוד בעמ' 48 של ספרו המוקדש במיוחד לנושא. שאף-על-פי-כן מוסיפות עדיין שתי התפיסות לשמש זו בצד זו, ר', למשל, **הורטדו**, בעמ' 31.

[615] רסה) השווה, למשל, בדעת ר' יונה, המובאת בטור חו"מ סי' רכ"ז סע' ז', המבוססת על הכלל שאם לא נולדה חובת התשלום, הרי אף-על-פי שהיה שם דימוי של הקנאת הסחורה (משיכה), רואים גם את דימוי ההקנאה כאילו לא היה.

מתגלם הנושא הזה בעצם ההתחיבות שכנגד (וגם אם אין זו מצליחה להגיע לבסוף לידי התמלאות).

נקודה תוכנית זו במבנה של דיני ישראל מתקשרת מבחינה מושגית לעבדה שביסוד העמדתו של העסק נדרש לנו מעשה-קניין, כפי שהסברנו, ואילו מעשה-הקניין בעסק מן הסוג שתיארנו לעיל יתגלם מטבע הדברים במשהו שיסב קודם-כל את ההינוי הממשי, אשר בתמורתו אמור הצד-שכנגד להתחייב. המסגרת הפורמלית הזאת של העמדת העסק משתמעת כאילו ההתחיבות היתה **תמורה נקנית** על-ידי ההינוי הממשי המובלע במעשה-הקניין, ואשר הוא אפוא **התמורה הקונה**[616]; ובשים-לב למה שראינו, שתמורה חובית אמנם יכולה להיעשות מוחלטת כנגד הינוי ממשי שנתקבל כבר, אך אין הינוי יכול להיעשות ראוי לאדם באופן מוחלט בשל התחיבות גרידא מצידו, אף נקבעת ההלכה בפירוש, שההתחיבות, על-פי דיני ישראל, יכולה להיות רק תמורה נקנית, ואין היא יכולה להיות תמורה קונה, באופן שהעמדתו של העסק תתבטא מלכתחילה במעשה-קניין של העמדת ההתחייבות, ואילו ההינוי הממשי (או איזו התחייבות מקבילה שכנגד) יגיעו **על-ידי כך** מן הצד-שכנגד למתחייב[617].

[[302]] והנה, הבחנה זו בין "תמורה קונה", הצריכה להתבטא דווקא בהינוי ממשי, לבין "תמורה נקנית", שהתבטאה לנו עד כה בהתחייבות - כבר ראינו לה למעשה הקבלה מושגית בהערה רע"ו בסוף פרקנו הקודם, והיינו בהבחנה **האנגלית** בין "תמורה מקוימת" (executed consideration) לבין "תמורה תלויה ועומדת" (executory consideration)[618]. ביחוד, "התמורה המקוימת" של המשפט האנגלי, הריהי אמנם הקבלה מדויקת ל"תמורה הקונה" שלנו: תוכנה הוא בהינוי ממשי ישיר, המתבצע תוך כדי עריכת החוזה, בלי שום צורך בהתחיבות קודמת (דבר שאינו אפשרי בדרך-כלל, ולפחות להלכה, בחוזה התמורתי בשיטות האירופיות-הקונטיננטליות), וחשיבותה המעשית היא בהיותה משמשת כבסיס להולדת חחיוב כנגדה, בעוד שהיא עצמה נקנית לחלוטין למקבלה (בלי חובת החזרה על-פי דיני "ההתעשרות שלא כדין), משמצליחה היא להוליד את החיוב שכנגד. אולם, יש הבדל גדול בין "התמורה הנקנית" שאמרנו לבין "התמורה התלויה ועומדת" - והבדל זה, יש בו כדי לפתוח לנו את האופקים להמשך בעיות המבנה של החוזה התמורתי בדיני ישראל.

---

[616] רסו) דוק בבבא מציעא, פרק הזהב.

[617] רסז) ר' קידושין ח' א'-ב': "אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה - אינה מקודשת: מנה אין כאן, משכון אין כאן", ור' גם בדומה לכך טור חו"מ סי' ק"צ סע' ט', בעניין קניית קרקע. זהו, כמובן, גם אותו דבר שהדגשנו לעיל שכל מעשי-הקניין האפשריים במכר(לרבות תשלום המחיר) עניינם הוא מלכתחילה רק בהקנאת הסחורה, באופן שחובת המחיר נולדת רק בדיעבד, כנגד ההקנאה שבוצעה, ואין אפשרות שמעשה-הקניין יתבטא בכך שהלוקח יתחייב מלכתחילה במחיר, והסחורה תיקנה לו בדיעבד בגין כך. רק ששם ראינו את הדבר רק מנקודת-הראות של ההבדל העיוני בין מחיר כספי לסחורה, ואילו כאן תופסים אנו את הדבר במישור הטכני המקביל של **מעמד ההתחייבות**.

[618] רסז-1) הקבלה עניינית להבחנה זו ראינו גם בהערה רס"ג לעיל, אף בשיטות של יבשת אירופה, אולם, ביבשת אירופה - לא זו בלבד שהקף חשיבות ההבחנה הוא מצומצם ביותר, אלא גם עצם תפיסתה העיונית היא מטושטשת למדי. מושג "התמורה" ושום דבר כיוצא בו אינם מופיעים בתפיסה זו בכלל; וכנגד מוסד "החוזים ההדדיים" (המקיף את חוזי **החיובים** ההדדיים) מופיע כאן רק מושג "החוזים החד-צדדיים", המקיף יחד הן את החוזים חסרי-התמורה לגמרי (כגון שאלה או שמירת-חינם) הן חוזה כמו הלוואה. המושג הוא מטעה מיסודו, כי "חוזים חד-צדדיים", במובן הפשוט של המילים, לא ייתכנו, כמובן מעיקרא, ובאמת אין המושג מכוון לומר אלא זאת שהחוזה מכיל בו **התחיבות** רק מצידו של אחד המתקשרים. לפי זה ההשאלה, למשל, היא חד-צדדית, לאו דווקא בגלל חוסר-התמורה שבהשאלה, כי אם רק מבחינת חיובו של השואל להחזיר, - וכן כיו"ב.

כי ראשית, המקבילה האנגלית בעימות זה - מעצם טבעה מוכרחה היא אמנם להתבטא בהתחיבות; אך לא כן הדין ב"תמורה הנקנית". זו - כפי שנראה עוד ביתר פרוטרוט ובמיוחד להלן (ובדומה במידת-מה למה שכבר ראינו לעיל בחליפין של המג'לה) - [[303]] אינה מוכרחה להתבטא דווקא בהתחיבות, אלא יכולה גם היא עצמה להיות הינוי ממשי ישיר, אשר הזיכוי בו יוסב באמצעות "התמורה הקונה" שבהינוי ממשי ישיר אחר. זוהי אפוא נקודה, אשר בה חוזר המשפט האנגלי ומתדמה לשיטות הקונטיננטליות, אשר מושגיהן שלהן ודאי כי אינם מאפשרים הינוי ממשי בבחינת "תמורה נקנית" ישירה[619] - ואילו דיני ישראל יוצאים כאן שונים משני מיני השיטות האירופיות כאחד.

ושנית, "התמורה התלויה ועומדת" של המשפט האנגלי, עם כל היותה התחיבות גרידא, הריהי דווקא יכולה לשמש - ואמנם, חשיבותה העיונית היא בכך **שמשמשת היא** - כבסיס להולדתו של חיוב מקביל כנגדה (ולו יהא שבינתים תישארנה שתי ההתחיבויות בלתי מוחלטות, עד מילויה של אחת מהן בפועל לכלל "תמורה מקוימת"), במלים אחרות, פירושו של דבר הוא אפוא כי במשפט האנגלי "תמורות תלויות ועומדות" **קונות זו את זו**, או כל אחת מהן אכן משמשת כ"תמורה קונה" לחברתה - והדבר נובע כאן ביחוד מן התפיסה המבנית, הגורסת לאו דווקא, כפי שראוי היה, כי התחיבות-מתנה(ללא תמורה) אינה אפשרית אלא על-פי deed, אלא קובעת בנוסח הפוך: שלבד מהתחיבות-מתנה על-פי deed אין התחיבות נולדת אלא בתנאי הימצאותה של תמורה, ובכן הווה אומר **על בסיס** של תמורה, או גם **מכוח** תמורה, ובין אם תהא זו "מקוימת" או "תלויה ועומדת". בדיני ישראל, לעומת זאת, ראינו שהתחיבות אינה יכולה להיות תמורה קונה (ובכלל, אף לא שום גורת קונה) - לא רק לגבי הינוי ממשי, אלא ממילא גם לא לגבי התחיבות-שכנגד - ועשויה השאלה להתעורר: כיצד יתכן אפוא בדיני ישראל חוזה של התחיביות הדדיות, אשר כפי הנראה עוד ביחוד להלן, הריהי אכן, מכל-מקום, אפשרי?

[[304]] את השאלה הזאת נחזור ונברר בפרוטרוט בסע' ז' של פרקנו, במס' 3, אות ד'; אך כבר בשלב זה ראוי להקדים ולציין לשם שלמות התמונה כי הפתרון הוא בכך, שגם אם יתכן חוזה של חיובים הדדיים בדיני ישראל, הרי אצלנו על-כל-פנים החיובים אמנם אינם קונים זה זה, והדבר מתבאר על-פי הבחנה מסוימת שיש להכניס בין תיפקודה של "הקאוזה" בשיטות האירופיות לבין תיפקודו של "גידור הקניין" שאמרנו בדיני ישראל.

כי אכן, לא רק במשפט האנגלי, אלא גם בשיטות הקונטיננטליות ניתן לומר (כפי שנחזור ונסביר עוד), כי החיובים ההדדיים בחוזה "קונים זה את זה", באשר גם שם - מלכתחילה - חלים החיובים לא רק על תנאי שלפחות אחד מהם יתמלא גם בפועל, ולא רק על תנאי ששניהם גם יחד **יחולו**, אלא גם ממש **מפני** ששניהם גם יחד חלים; וכדרך שלמשל חיוב המחיר בדיני ישראל חל לא רק על תנאי שיהא תוקף להקנאת הסחורה, אלא גם **מפני שהקנאת הסחורה אמנם נתקיימה** - אך בהבדל מהקנאת הסחורה, מצידה, החלה גם היא על תנאי שיהא תוקף להתחיבות הלוקח במחיר, אך אין היא חלה מפני שהלוקח **כבר** נתחייב. ההבדל הוא לכאורה דק מן הדק, אבל כרוך הוא במשמעיות מעשיות חשובות, כפי שנראה עוד; ובניסוח תמציתי אפשר להעמידו על כך

[619] רסז-2) כך - לפחות בדרך-כלל - פרט לדין סילוק החוב שהזכרנו לעיל.

ש"הקאוזה" האירופית -כשבאים אנו להשוותה לדיני ישראל - הריהי נמצאת כוללת בה לא רק את צד הגידור כנגד הכלל "זה נהנה וזה חסר - חייב", כפי שהסברנו לעיל, אלא כוללת היא בה גם צד של **הצדקה משפטית**, כעין יסוד גרימתי-קאוזלי ממש. בדיני ישראל, לעומת זאת, יש להפריד בין שני היסודות - ואם כי גם בדיני ישראל נמצאים שניהם מאוחדים לכאורה כשהמדובר הוא בהינוי ממשי, המשמש כתמורה קונה לגבי תמורה נקנית (ממשית או חובית), הרי כשהמדובר הוא בתמורה נקנית הריהם חוזרים ומתפצלים, באשר התמורה [[305]] הנקנית משמשת רק כגורם מגדר, אך לא כגורם מצדיק, מסב או מוליד; ואילו התחיבות בדיני ישראל - עד כל יכולתה לשמש כעסק בפני עצמו (ללא תמורה, ועל דעת מתנה)[620] - ועם כל שאלתה לשמש גם כגורם מגדר בעסק תמורתי (אם כתמורה נקנית ואם כתמורה להתחיבות אחרת בעסק של חיובים הדדיים, כפי שנראה עוד), - הרי על-כל-פנים אין היא יכולה לשמש אף פעם כגורם המצדיק והמסב בעסק, וממילא משמע גם שבחוזה החיובים ההדדיים אין היא יכולה לשמש מלכתחילה לא רק כתמורה קונה, אלא גם לא כתמורה נקנית, ורק **כתמורה מגדרת בלבד**.

תפיסה עיונית זו מתקשרת כמובן לעניין המהותי-האובייקטיבי שכבר הזכרנו מספר פעמים, שאין ההתחייבות ההדדית יכולה להיעשות מוחלטת כל זמן שלא נתקיים כנגדה איזה הינוי שיגאלנה מכפיפותה - ועוד נחזור ונברר את התקשרות הדברים ואת הצדקתם המעשית בפרוטרוט, כאמור. אולם, גם כך - ועם כל המגמה הטרומית של סיכומנו בנקודה הזאת - עדיין אין אנו יכולים להשאיר פה את דברינו תלויים רק בסיכום הלזה, מפני שהשאלה עדיין נדחקת מכל-מקום, שאם דרוש איזה גורם מצדיק או מסב להעמדת התחיבות תמורתית (וכך, למעשה, בכל השיטות שראינו) - מהו אם-כן הגורם מסוג זה (או כיצד יתכן הסדר ללא גורם מסוג זה) לעניין החיובים ההדדיים בדיני ישראל? השאלה חשובה במיוחד, מפני שאמנם רק התשובה עליה תשלים לנו את מערכת התמונה המבנית שבה רנו עיסקים, והיינו על-ידי כך שזו תבהיר לנו את היחס - העשוי עוד להיראות מעורפל - בין מוסד "מעשה-הקניין" מחד גיסא ו"התמורה הקונה" מאידך, אשר שניהם גם יחד מופיעים זה לצד זה כגורמים "קונים" או "מסיבים" בהעמדת עיסקתם. עיקר התשובה הוא כי בדיני ישראל יש להבדיל - לא רק למעשה (כפי שבעצם אפשר היה גם בשיטות האירופיות), אלא אף להלכה ומבחינה עיונית-מושגית - בין גורם קונה לעניין עצם העמדתו של עסק לבין הגורם הקונה לעניין זיכוי מוחלט בתמורה [[306]] הנקנית. "מעשה הקניין כשלעצמו הריהו רק גורם קונה מן הסוג בראשון, ובחוזה החיובים ההדדיים של דיני ישראל אמנם די לנו מלכתחילה בכך, שגם אם אין לחיובים מניין לשאוב בינתים כוח לעמידה מוחלטת כ"תמורות נקנות", הריהם שואבים על-כל-פנים כוח עמידה משפטי כלשהו - או הווה אומר, כוח משפטי "טרומי" או"מכין" - מעצם סמיכת-הדעת שבמעשה-הקניין, וביחוד "בהיא הנאה". לעומת זאת, בחוזה שכבר נתקיימה בו תמורה קונה, הנה אמנם גם הוא שואב את יסוד עמידתו לאו דווקא מעצם התמורה הקונה, כי אם מסמיכת-הדעת שבמעשה-הקניין, אלא מעשה-הקניין מעניק מלכתחילה רק את התמורה הקונה לאחד הצדדים, ואילו הזיכוי בתמורה הנקנית נולד רק בהמשך מכאן, בדיעבד, ובמעמד של תוצאה **עקיפה** בלבד ממעשה-הקניין[621]. כנגד זה, שוב, בחוזה החיובים ההדדיים,

[620] רסז-3) ר' פי"א מהל' מכירה הל' ט"ו ואילך.

[621] רסז-4) כשהמדובר הוא בביצוע חוזה אשר קם מלכתחילה רק כחוזה של חיובים הדדיים, ישמש בהקשר זה לאו דווקא מעשה-הקניין המקורי שבו הועמד החוזה החובי, כי אם המעשה שבו הוענקה לבסוף התמורה הקונה - וכפי שנחזור ונברר עוד.

נולדים שני החיובים גם יחד במישרין ממעשה הקניין, ועל אף היותם "תמורות מגדרות" זה לזה, אך כל עצם טיבם ועניינם המיוחד הוא בכך שאין להם בינתים שום ביסוס גרימתי בנוסף לשם תוקף מוחלט.

בתמצית-הסיכום ניתן אפוא לסיים כאן, שלעניין מבנה החוזה התמורתי ראינו שלש שיטות עיקריות: השיטה האירופית-היבשתית נוקטת כמעט במלוא הקפו של העניין במבנה של **חיובים הדדיים** (תוך בלבול בקשר לדיוק זהותה של "הקאוזה"); בשיטה האנגלית יש במקביל לכך **שתי אפשרויות**: מבנה **החיובים ההדדיים** ומבנה **ההתחייבות על יסוד תמורה מקוימת**; בדיני ישראל, לעומת זאת, מתחלקים הדברים **לשני מישורים**: במישור האחד מופיעים החוזים המוחלטים, המורכבים מתמורה קונה ותמורה נקנית(חובית או ממשית), ואילו במישור מעבר לכך מופיעים חוזי החיובים ההדדיים, בבחינת אפשרות של מסגרת טרומית מכינה בלבד לקראת עסק במישור הראשון. [[307]]

4. החליפין בדיני ישראל

בדיני ישראל היה חשוב לנו בהקשר שלפנינו כדי שנוכל עתה להגדיר על-פיו כי החליפין העבריים הם אותו עסק אשר בו לא רק התמורה הקונה, כי אם גם התמורה הנקנית, אינה הצחייבות כי אם הינוי ממשי.

א. חליפי נכס במוחזק כנגד נכס במוחזק

וכיצד הדבר אפשרי? קודם-כל - זהו אמנם המקרה האופייני והנפוץ ביותר של חליפין - כשהמדובר הוא בהקנאת נכס במוחזק כנגד נכס במוחזק, בלי תיווכם של חיובי-הקנאה טרומיים, ובדומה מאוד לחליפין שראינו במג'לה. ההבדל הוא רק ששם נוצרים החליפין על-ידי עצם ההסכם ואין עמהם זקיפה אוטומטית של הנכסים בפקדון (אלא נוצרת עוד מערכת חובות וזכויות הדדיות של מסירה ונטילה); בדיני ישראל, לעומת זאת, חוזר גם כאן עקרון מעשה-הקניין הכולל בו התחלה של ביצוע: המעשה המעמיד את החליפין צריך להיות עשוי ומכוון מלכתחילה להקנאתו של הנכס הנועד להחלפה מצד אחד, ומשמתקיימת ההקנאה הלזאת מתקשרת ממילא גם ההקנאה שכנגד - באופן אוטומטי ובלי שום מעשה נוסף.[622] ההקנאה שכנגד כוללת [[308]] בה ממילא זקיפה בפקדון ביחס לנכס אשר עליו היא מוסבה (אלא אם-כן המדובר הוא בנכס "העומד באגם" או בנכס המוקנה לשעבוד שאין עמו זכות החזקה); לעומת זאת, ההקנאה הקונה יכולה להיערך על-ידי מעשה שיש בו משום מסירה ממשית, ואז ממילא פטורה היא מן הצורך של זקיפה בפקדון. ההקנאות תלויות זו בזו, ואם אחת מהן משום-מה אינה מתממשת, אין מתקיימת גם אחותה[623]. אולם, על אף התלות ההדדית הזאת ועל אף ההקבלה העניינית הגמורה הקיימת בין שתי ההקנאות, יש להדגיש שעל-כל-פנים אין הדבר מאפשר תפיסה כאילו היו הנכסים קונים כאן זה את זה(כפי שאפשר לומר, למשל, במג'לה): מטבע דרכי ההתקשרות של העסק התמורתי בדיני ישראל הוא שתהיה בו תמורה אחת **"קונה"** ותמורה אחת **"נקנית"**, ועקרון זה אינו משתנה גם כשהמדובר הוא בחליפין של תמורות הדומות בטיבן.

---

[622] רסח) עה"ש חו"מ סי' ר"ג סי' ב'; ור' סע' ג', שהמעשה יכול אמנם להיות מעשה כלשהו מאלה שראינו לעיל במכר הרגיל - לרבות מעשה סמלי כ"קניין סודר", שיוכל להועיל להעמדת חליפין אמיתיים מעבר לו.
[623] רסט) עה"ש חו"מ סי' רכ"ד.

ב. "אין קונין אלא בכלי"

לאחר מכן, נקודה בעלת חשיבות עקרונית היא, שחליפי נכסים המוחזק אינם מתאפשרים על-כל-פנים לגבי כל מיני הנכסים בשווה. הכלל הוא אמנם, ש"קניין חליפין הוי קניין בין בקרקע בין במטלטלין"[624], אולם במיטלטלין יש להבחין. ראשית, מצד הנכס הקונה, ישנה הלכה ש"אין קונין אלא בכלי - ותוכן ההבחנה הנרמזת במושג זה הוא בעל פנים אחדות[625]. מצד אחד, "כלי" משמע חפץ "העשוי לתשמיש". להבדיל מדברים שאין בהם חפץ, כמו סתם פיסת בד, למשל, גלל בקר, פרח נובל וכיב" - [[309]] וטעם ההגבלה מצד זה הוא מובן מאליו: לא יתכן שבחזקת סמיכת-דעת תעלה מכוחו של מעשה הנערך בעניין אשר מעצם טיבו מעורר הוא דווקא חזקה של שחוק וביטול לכן, כדי לקנות תמורה בחליפין צריך הנכס הקונה להיות דווקא "דבר חשוב לבריות" - "ואף-על-פי שאין בו שווה פרוטה, דלא הקפידה תורה על שיוויה אלא על שם כל". העקרון שבהלכה זו נראה אמנם נכון מטבעו לא רק לגבי חליפין, אלא גם בכל דימוי של הקנאה בתמורה, ואפשר לשאול, מדוע אם-כן נאמרו הדברים דווקא בעניין חליפין. התשובה היא ודאי, שבכל עסק רגיל העקרון הוא כל-כך מובן מאליו - ופעולתו היא כל כך אוטומטית - שאף אין הוא צריך אמירה במפורש; אולם, בחליפין, יתכן שצורת העסק הזה תינקט רק באופן סמלי, כפי שכבר הסברנו לעיל("קניין סודר) - ולעניין של "קניין סודר" יתכן אמנם שהצדדים יתפתל להשתמש אפילו בדבר שאין בו חפץ אשר נזדמן במקרה תחת ידם - ואף-על-פי שכוונתן בו היא דווקא רצינית. במקרה כזה עשויה להתהוות כמובן דו משמעי, וכדי להימנע מכך יש כאן אמנם טעם אפוא בקביעת ההלכה באופן מפורש וביוחד.

ג. כלים ופירות

בהקשר אחר, שוב, "כלי" הוא הניגוד של "פירות". בעל ערוך השולחן (בסי' קצ"ה סע' ח') מביא נסיון להגדיר את זוג המושגים הזה באופן פורמלי, אך נראה לומר שהנסיון אינו מוצלח, והרבה יותר ממנו מסתבר הפירוש של **גולק**[626], ש"הפירות" כאן הריהם ההקבלה העברית של res fungibiles במשפט הרומי, והיינו [[310]] חפצים האמורים להיקנות לאו דווקא על-פי זהותם, כי אם בכמות מסוימת, לפי מינם. לגבי פירות במובן זה יש לכאורה פנים לומר שאין הם ראויים לשמש נשוא לחליפין במובן של קנייה אוטומטית במוחזק, משום שמלכתחילה (לבד מן האפשרות של סימן מוקדם או אפשרות הפירות כנכס קונה במסירה ממשית לאלתר) אין זהותם כנשוא של קניין מתבררת, ויכולים הם להיקנות, שתיווצר לגביהם מקודם. אולם, נראה שהדין העברי לא נתפס לגישה כזאת: די לו בכך שהפירות יכולים על-כל-פנים להיקנות במוחזק לאלתר - אם לא תמיד תוך בירור גמור של זהותם מלכתחילה, הרי לפחות בבחינת חלק בשיתוף במכלול הפירות של המקנה, אשר מהם ייעשה הבירור בדיעבד[627] - ולכן, ההלכה היא שבחליפין אמיתיים (זקיפה כנה של הנכסים, זה כנגד זה) יכולים הפירות לקנות ולהיקנות אף-על-פי שאינם כלי. עם זאת,

---

[624] רע) עה"ש חו"מ סי' קצ"ה סע' א'.

[625] רעא) עה"ש חו"מ סי' ז' וסי' ר"ג סע' ג'.

[626] רעב) **גולק**, א', עמ' 95-94.

[627] רעג) דוק בדעתו של רב ששת בבבא מציעא מ"ז א', ר' גם ב"י על טור חו"מ ס' ר"ג ("וכתב רבנו ירוחם בנ"י ח"ג", וגו'; והשווה עה"ש חו"מ סי' ר"כ סע' י'.

בחליפין סמליים, נשאר הדין שהנכס הקונה צריך להיות דווקא כלי, ואינו יכול להיות פירות (וודאי, כמו-כן, למרבה בירור סמיכת-הדעת)[628] [629]. [[311]]

ד. אין חליפין במטבע

ושלישית, "כלי" הוא גם ניגוד ל"מטבע" - היינו לכסף עובר לסוחר - ומטבע במובן זה אינו שייך אמנם בחליפין, בין כנכס קונה ובין כנכס נקנה. בנקודה זו חוזרים אנו לעניין המרכזי של דיוננו בסעיף זה, ובקשר לכך צריכים אנו קודם-כל להדגיש שוב הבחנה מושגית: במכר הרגיל ראינו שהכסף יכול אמנם לשמש כ"נכס קונה" במובן הפורמלי של העמדת המכר על-ידי הקנאת הכסף למוכר, אך עם זאת ראינו שבמובן התוכני אין הכסף יכול על- כל-פנים לשמש **כ"תמורה קונה"**, באשר התמורות של המוכר מסתכמות בין הקנאת הסחורה (שהיא "התמורה הקונה") והעמדת חיוב התשלום (שהוא "התמורה הנקנית"), ואילו פעולות הקנאתו של הכסף למילוי חובת התשלום והעמדת המכר חורגת ממעגל התמורת. והנה, במסגרת החליפין, פשיטא שאין הכסף בא בחשבון כ"נכס קונה" גרידא - להבדיל מ"תמורה קונה", וכדרך המכר - מפני שמטבע הדברים אין שייכת כאן תמורה של חיוב, אשר אותה יהא עוד צורך לפרוע ואשר הכסף יוכל להשתלם לסילוקו[630]. כוונת הדין הקובע שהכסף אינו שייך כאן, קודם-כל, **כתמורה קונה** - ובאמת כבר הסבנו את תשומת-הלב לכך שחוסר-יכולתו של הכסף לשמש כתמורה קונה, אם במכר ואם בחליפין, הריהו בעצם רק עניין אחד ודין אחד, אשר משמעותו משתרעת פשוט בשני כיוונים[631]. את חוסר-היכולת הזה הסברנו בכך, שהכסף אינו מבוקש לשמו ובזהותו הפרטית, כי אם רק בגלל ערכו הסמלי, כתעודת-זכות לערכים של ממש - וודאי ניתן לומר כי הגורם המכריע בהקשר זה [[312]] הריהו בכך, שהכסף אמנם הוא רק תעודה, אשר הזכות לגביה, מטבע הדברים, אין לה מקום להיווצר כל זמן שעצם הזכות המועדת עדיין לא נוצרה מלכתחילה, מצידה.

נשארת אם-כן הבעיה, מדוע אין הכסף מוכר לחליפין גם כתמורה נקנית, וכאן נראה לומר כי שני אגפי ההסבר הנ"ל חשובים במידה שווה. ראשית, מאחר שאין הכסף מבוקש לשמו, בשום זהות פרטית מסוימת (ואף לא בזהות שאפשר להגדירה כחלק ממכלול כספים מסוים, כפי שראינו לעיל

---

[628] רעד) תוס' על בבא מציעא מ"ו ב', ד"ה ופירי; מ"מ על הרמב"ם בפ"ה מהל' מכירה ה"א; ור' ב"י כאמור בהערה רע"ג לעיל.

[629] רעה) **במג'לה** מוזכר מכר הפירות ("דברים שבכמות") וממילא משתמעת גם האפשרות של חליפי הפירות; יתר-על-כן, מוזכרת האפשרות של שלמות מכר הפירות אף בטרם שנמסרו הפירות למעשה (וטרם שיוחדו); אולם, עם כל זאת קשה להכריע, האם באמת הכוונה היא כאן לשלמות הקניין לאלתר, או שמא הכוונה היא רק לשלמותה של חובת המסירה (אשר ההקנאה תושלם למעשה רק עם מילויה), או - אולי - להקנאה על תנאי דוחה או משהה, מלשע"ד: ר' סע' 136-131, 207, 217 ואילך, 880 ואילך. **בשיטות האירופיות**, אף אלו המכירות בשלמות ההקנאה במוחזק כבר עם עצם העמדתו של החוזה, נראה שאם מתיחס העסק לפירות, אין ההקנאה נשלמת על-כל-פנים אלא משעה שהפירות יוחדו - אם כי **פעולת-ההקנאה** תזוהה אמנם, בדיעד, בעצם העסק החוזי, ולאו דווקא בפעולת-הייחוד: **קולין וקפיטן**, א', עמ' 939-938; **מסיניאו** ג/א/א, עמ' 55; **דולמרס**, עמ' 68-66. **דולמרס** מציין כי במקרה שמכלול הפירות נמכר לאנשים שונים - ולו גם בנפרד ובזמנים שונים - חלק לזזה וחלק לזה, ייתכן שייחשבו הקונים כשותפים (בדומה למה שאמרנו בדיני ישראל).

[630] רעו) בדברים אלה מדלגים אנו על האפשרות של עסק המורכב ממכר וחליפין יחד, ועוד נחזור לאפשרות זו להלן.

[631] רעז) לעיל, הערה פ"ה.

בפירות[632], הרי שמלכתחילה אין הוא יכול להיקנות במישרין במוחזק, על-פי עצם דברי-הקניין ובד בבד עם קנייתה של התמורה הקונה, אלא דברי-הקניין יכולים כאן לקבוע מלכתחילה רק את מניין **כמותו** של הכסף, **על דעת חיוב**, ואילו העברת הכסף למעשה, במוחזק, מצריכה בהכרח עו **פעולה נוספת ועצמאית** של בירור זהותו הפרטית - בירור שגם יוכל להיעשות לחלוטין לפי שרירות לבו של המשלם. והנה, בשיטות האירופיות אמנם אין כל השיקולים האלה מוכרחים לגרור, מבחינה הגיונית, שום מסקנה מחויבת למעמד מיוחד של הכסף לעומת חפצים אחרים (אשר כלים נזקקים בשווה לאמצעות של חיוב); אך בדיני ישראל, מאחר שהנחתם היא כי החליפין - על-פי עצם הגדרתם - הם דווקא חליפין **אוטומטיים** של תמורות מושלמות, הרי שתוצאה הגיונית מחויבת היא כי הכסף, שאינו ניתן לקנייה אוטומטית במוחזק מכוחה של התמורה הקונה, ממילא אינו יכול גם להיות שייך בחליפין כתמורה נקנית[633].

ושנית, אם ההנחה היא שהכסף אינו אלא תעודה לקיומה של זכות, הרי גם מנקודת-הראות של [[313]] תמורה נקנית חוזרים אנו למסקנה שאין הכסף יכול להיקנות אלא בגינה של זכות שכבר נוצרה - ומשמע, ביתר פירוט הניסוח, **שמעצם טבעו של הכסף הוא, שאין הוא יכול להיקנות במישרין במוחזק, כי אם רק בגינה של זכות בראוי הצריכה להתקיים כבר מלכתחילה מאחוריו**[634].

[[314]] על ידי מסקנה זו ממילא מגיעים אנו לפתרון השאלה, מהו באמת היסוד העיוני להבחנה המהותית בין מכר לחליפין וליחודה של התמורה הכספית - אם כי עדיין לא הגענו אמנם לחקר

---

[632] רעח) ההבדל הוא כמובן בזה, שהבא לקנות פירות מתכוון בסתם לפירות מתוך מכלול מסוים המצוי בעין, ואליו אם הכוונה היא רק טרומית - שהמקנה ילך וישיג את הפירות - הרי זה עסק מסוג אחר. לעומת זאת, מי שבא על דעת תמורה כספית לא אכפת לו אם שום כסף פלוני מצוי או אינו מצוי, אלא סומך הוא פשוט, שיקבל כסף על-כל-פנים.

[633] רעט) מערכת שיקולים זאת שייכת אמנם, בעיקרה, גם לעניין אפשרות הכסף כתמורה **קונה**, אך כאן פוחת תוקפה במידה מסוימת לנוכח העובדה שבבחינת תמורה קונה יכול היה הכסף להופיע גם כשהוא מזוהה כבר מלכתחילה, ממילא, בשעת מסירתו כתמורה קונה.

[634] רפ) מסקנה זו עשויה להיזקק לתירוץ כנגד שתי השגות: ראשית, הא **מתנה**, שבה על-כל-פנים **יכול** הכסף להיקנות במישרין במוחזק, - ושנית, מאי שנא שוב מחפצים אחרים, שבהם אומרים אנו כי יכולים הם להיקנות, ואף כתמורה נקנית, במישרין במוחזק? שהרי גם בחפצים אחרים יש לכאורה פנים לומר שבעצם אין הם יכולים להיקנות כנגד התמורה הקונה אלא בגין הזכות בראוי שהקנאת התמורה הקונה הספיקה ליצור כבר לגביהם, לפחות מבחינה הגיונית.
והנה, התירוץ כפי שנראה לי, הוא כלהלן. במקרה המתנה יכולות מתנת הזכות(במובן המיוחד שנסביר כאן תיכף ומיד) ופעולת בירור זהותו של הכסף לבוא **כאחד** - או, במילים אחרות, אין כאן בעיה של תמורה קונה הצריכה לבוא מלכתחילה והמונעת את האפשרות שאמרנו בהערה רע"ט. ואילו במה שנוגע להבדל מחפצים אחרים בבחינת תמורה נקנית בחליפין, יש אמנם להבחין היטב במשמעות דברינו על "זכות בראוי" בהקשר הלזה: לגבי חפצים אחרים, כתמורה נקנית בחליפין, רעיון תיווכה של הזכות בראוי באמצע אינו נדרש באופן בלתי-נמנע מטבע העניין - ועל-כל-פנים, גם אם נכיר בו, אין מניע שהולדת הזכות בראוי **לגבי אותם חפצים**, ופרעונה של הזכות במוחזק, יתלכדו לאלתר לאחד. לעומת זאת, בעניין הכסף, כשאמרנו כאן "זכות בראוי", לא התכוונו רק לזכות בראוי לגבי הכסף עצמו, במובן הרגיל של זכות משפטית-קניינית, אלא התכוונו קודם-כל **לזכות שאינה דווקא משפטית, כי אם חברתית-כלכלית**, ושאינה נתיחסת לכסף עצמו, אלא היא רק **מועדת** באמצעותו ומתיחסת לערכים ממשיים שמעבר לו. במקרה שהתמורה הקונה ניתנת על דעת תשלום כספי, הרי שהזכות ממין זב נמצאת ממילא מעורבת בעניין, מבחינה מהותית, מטבע הדברים: **אכן, היא היא הדבר אשר למעשה רק בגינו (ולא בגין עצם הכסף) נתן האדם את התמורה הקונה** [רפ-1) דוק בטור חו"מ סי' ר"ג סע' ד'.] - וממילא נוצרת כאן אפוא לפחות חציצה **מושגית** (ובאמת **חציצה מחויבת**) בין הזכות המהותית המגיעה לאדם במישרין כנגד התמורה הקונה שהקנה לבין הזכות בעצם הכסף, הראויה עוד לבוא רק בדיעבד, **למימוש אותה זכות מהותית שנולדה כבר מקודם**. אך טבעי הוא, שחציצה זו תיתרגם במושגים משפטיים לכלל **זכות בראוי לגבי הכסף** - ואילו ההתלכדות המעשית בין הולדת הזכות הזאת לבין פרעונה במוחזק נמנעת במקרה הנידון כפי שהסברנו בגוף הפתשגן, לעיל.

ההצדקה המעשית של ההבחנה. את חקר הצד הזה של העניין נשלים עוד בהמשך הדברים, ובנתיים נחזור להשלמת סקירתנו על דיני החליפין של המשפט העברי.

ה. חליפי נכסים בראוי

בתחום זה, השאלה העומדת עתה בתור לפנינו הריהי אם בדיני ישראל יתכנו גם חליפין שלא על-ידי נכס במוחזק כנגד נכס במוחזק דווקא - והתשובה היא חיובית, קודם-כל לגבי נכסים ראויים. לפי הגדרתנו תלויים גדרי האפשרות הזאת באפשרות להקנות נכסים בראוי באופן אוטומטי כנגד תמורתם ושלא כהתחיבות. יוצא, אם כן, קודם-כל, שגם העמדת התחיבות שאיננה כספית - כגון התחיבות עבודה או התחיבות להספקת חפץ מסוים - אינה שייכת לנידון, והחליפין בראוי יכולים אפוא לבוא בחשבון רק לגבי זכויות הקיימות ועומדות כבר מלכתחילה, או העמדת זכיון (בדומה למה שיצא לנו למעשה גם במכר). אולם, גם לאחר צמצום זה אין גדרי האפשרות מזדהים על-כל-פנים עם גדרי האפשרות לשימושה של זכות בראוי כנשוא של מכר. ההבדל נובע מן המגבלות המהותיות העשויות לחול על שימושה של זכות בראוי כתמורה נקנית. כי במכר, כל אימת שמדובר יהיה בהחלתו על זכות בראוי [[315]] כסחורה, הרי זו תהא אמורה לשמש בו על-כל-פנים רק **כתמורה קונה**, - וגם במקרה של הקנאתה היא יהא דרוש דווקא איז מעשה מיוחד (כגון "מעמד שלשתן" או "כתיבה ומסירה"), הרי אף המכר בכלל יוכל לקום על-ידי אותו מעשה מיוחד. לעומת זאת, בחליפין, עשויה להתעורר בעיית הקנאתה של הזכות גם **כתמורה נקנית**; ומאחר שעל-פי ההגדרה נחוץ שהתמורה הנקנית תיקנה באופן אוטומטי על-ידי מעשה-ההקנאה של התמורה הקונה, נמצא שלא תוכל לסכלן לעניין זה שום זכות אשר העברתה או העמדתה מצריכות דווקא איזה מעשה מיוחד. נראה כי דרישת מעשה מיוחד אינה מתעוררת לגבי זכויות במוחזק (חוץ מהקנאת המטבע, כפי שנראה להלן, ואשר כבר ראינו כי הקנאתו התמורתית אינה אפשרות מכל-מקום, אף לא כתמורה קונה, בין במכר ובין בחליפין - ואף גם בהקנאת מיטלטל כנגד גזלן המחזיק בו, עניין שיש פנים לומר כי אמנם מתייחס הוא, לפחות בחלקו, לאו דווקא לזכות במוחזק, כי אם לזכות בראוי, ואף בטרם יאוש[635]); ומשמע כי נכס מוחזק יוכל בדרך-כלל להיקנות בחליפין, כתמורה נקנית, ואף שלא על-ידי נכס המוקנה גם-כן במוחזק, כי אם על-ידי הקנאה בראוי - כגון קרקע[636] או מיטלטל שייקחנו על-ידי מחילת חוב או העברתו (והיינו שראובן יקנה קרקע או מיטלטל משמעון על-ידי כך שראובן יודיע לשמעון כי מוחל הוא לוי תביעה אשר יש לו עליו, או שיעביר לשמעון, "במעמד שלושתן", תביעה שיש לו על לוי, או שימסור לו הרשאה על לוי (אפשרות שאמנם תשאיר את החליפין תלויים [[316]] בתנאי ששמעון יספיק להציג את ההרשאה ללוי בעודה תקפה) וכיו"ב[637].

---

[635] רפא) ר' לעיל בפרקנו, סע' ד', מס' 8, בסמיכות להערות קס"ו-קס"ז - ועל אף העקרון שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ז', סע' א', בסמיכות להערות י"ז-י"ט, שאין גזלת המיטלטל מוציאה את הקניין מגדר מוחזק לראוי כל זמן שלא נתלוותה ביאוש.

[636] רפב) מתעלמים אנו מן האפשרות של דין מיוחד העשוי לחול במקום מסויים, שאין קרקע נקנית אלא בשטר, או כיו"ב.

[637] רפג) לעניין קנייה בחליפין על-ידי מחילת חוב ר' עה"ש חו"מ סי' קצ"ט סע' ג'(בסוף) וסי' ר"ד סע' ה', ודוק באה"ע סי' כ"ח סע' מ"ג וסע' נ"ג; אולם, מחילת חוב כספינכפפת לתקנה החלה ב"קניין כסף", שאין זה מועיל בסתם לקנייתמיטלטלין תוך זקיפה בפקדון, מפני סכנת הטענה של "נשרפו חיטיך בעליה". עם זאת, אין התקנה חלה בחוב כספי שהוא רק חוב של מחיר, שכן במקרה כזה נמנעים מלהקפיד על העסק יותר מכפי שהיו מקפידים לו היה הוא מלכתחילה חליפי סחורה בסחורה.
לעניין קנייה בחליפין על-ידי העברת תביעה דוק בקידושין מ"ז ב'-מ"ח א' ומגיד משנה על פ"ה מהל' אישות הל' י"ז, ור' עה"ש חו"מ סי' ק"ט סע' כ"ד.

מצד שני, נראה שגם **מחילת חוב** תוכל להיקבע כתמורה נקנית בחליפין כנגד הקנאה כלשהי במוחזק או בראוי העשויה לשמש כתמורה קונה (כי אמנם, מחילת חוב, בדיני ישראל, אינה זקוקה בעצם לשום תמורה קונה כלל, ודי לה באמירה בלבד[638]; אך אין צריך לומר כי יתכן שעל-פי דעת הצדדים לא תהא המחילה אמורה להתקיים באופן עצמאי, במוחלט, אלא תיתלה באופן הדדי עם קיומה של תמורה - ואף גם היתה לנו כבר הזדמנות לציין, שאמנם יכולה המחילה להיות "מואלמת" מכל-מקום בקניין-סודר, כתמורה נקנית בחליפין[639]). אולם, **העברת תביעה**, הזקוקה תמיד, מטבע ברייתה, לפעולה מיוחדת - פשיטה שאינה יכולה לשמש כתמורה נקנית בחליפין[640]. העמדת זכיון או העברתו - [[317]] נראה לומר שבדרך-כלל הריהן תוכנה גם לקנות וגם להיקנות בחליפין, בכפוף לבעיות המיוחדות העשויות להתעורר בכל מקרה מסוים.

ו. אין חליפין בפעולות פיסיות

חוזרת עתה ונשאלת השאלה, אם מוסד החליפין של דיני ישראל בא גם בחשבון לגבי החלפת הינויים שלא יתבטאו כלל בהקנאת נכסים - לא במוחזק ולא בראוי - כי אם בהסבת הנאות ממשיות אחרות. במסגרת זו, שוב פשיטא הוא, שאין העניין יכול להיות שייך מצד **התמורה הנקנית**: כך הוא,מפני שרק הינוי המתבטא בפעולה משפטית מופשטת כמו הקנאת נכסים, אפשר שיתגשם באופן אוטומטי, על-פי עצם גזירתו של הדין ועל-ידי אותו המעשה עצמו המסב גם את הספקת התמורה הקונה, כדרוש במוסד החליפין העבריים; ואילו הינוי שאיננו כזה, והצריך להתבטא אפוא בפעולה פיסית-זהותית, ממילא משמע כי אין הוא יכול להתגשם בעקיפין ובאופן אוטומטי כנ"ל, וממילא אין הוא יכול להיות שייך אם-כן בבחינת תמורה נקנית בחליפין. אולם, מן הצד ההפוך אין מניעה מהותית שכזאת, ושאלה כשרה היא אפוא אם אפשר שפעולה פיסית, בלתי-משפטית כשלעצמה, תשמש לפחות **כתמורה קונה**, המזכה את בעליה באופן אוטומטי ושלא באמצעות זכות-תביעה לו יהא לפחות **בנכסים**, שיהיו אמורים לשמש כתמורה היא?

נגד אפשרות זו עומדת למכשול העובדה, שפעולה פיסית - אפילו קצרה ורגעית - זקוקה על-כל-פנים להתפתחות מסוימת בזמן; וכאשר אמורה היא לשמש כתמורה [[318]] בעסק, הרי שמן הסתם אין היא יכולה להיות ראויה לקנות את תמורתה בשלמות כבר מתחילתה, וכן גם להפך: לא מן הצדק יהיה להשאירה בלי שום תמורה כלל עד שתושלם (ובאופן שתמורתה תיקנה רק עם גמר הפעולה), אלא הדעת נותנת שהזכות לתמורת הפעולה תצטבר ותלך באופן פרופורציונלי עד

---

[638] רפד) כך בהבדל מן המשפט האנגלי שם זקוקה מחילת חוב לתמורה כאילו היתה התחיבות, או - הווה אומר - שעל-כל-פנים אין היא יכולה להתהוות באין deed אלא, כביכול, באמצעותה של התחייבות-מחילה כנגד תמורה מתאימה, המתמלאת באופן אוטומטי, עם עצם העמדתה (**אנסון**, עמ' 113, 334). בשיטות אירופיות אחרות דומה המצב לדין העברי: ר' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 334; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 1236; בג"ב, סע' 397; חוק החיובים השוייצרי, סע' 5 ו1.

[639] רפה) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ה', סע' ב', על-פי התוספות על סנהדרין ו' א', ד"ה צריכה קניין; ור' גם הערה קצ"ח בפרקנו לעיל - על ההבדל בין מחילה בחליפין לבין סילוק חיוב, ר' בסיכומו של סעיף זה להלן.

[640] רפו) השווה מה שאמרנו לעיל בסמיכות להערה קע"ט, בקשר לתפיסה שקניין-סודר אינו מועיל להעברת שטר, אף שלא לעניין ההעברה המהותית של התביעה, כי אם גם לעניין "קונסטיטוט פוסוסורי" בגופו של השיטה.

התפתחות הפעולה. את העקרון הזה היתה לנו כבר הזדמנות להכיר אף שלא בקשר לפעולה פיסית דווקא, כי אם גם בקשר לשכירות הנכסים - והיינו שלגבי כל מיני ההתקשרות התמורתית הנמשכת חל בדיני ישראל הפתרון הפרופורציונלי הנ"ל והמתבטא ש"ישנה לשכירות מתחילה ועד הסוף"[641]. מטבעו של פתרון זה הוא שאין הוא מזכה את בעל התמורה הקונה במישרין ובאופן אוטומטי בהינוי הממשי שכנגד שאליו הוא מתכוון, אלא מזכה הוא אותו רק בתביעה מצטברת והולכת להינוי שכזה - וממילא משמע שבכלל הוא כי פעולה פיסית אף אינה יכולה לשמש **כתמורה קונה** בחליפין[642]. [[319]]

ז. חליפי הנאת פעולות משפטיות

לאחר מכן מתעוררת עוד שאלת מעמדם של מיני הינויים מיוחדים, שאינם לא בבחינת בקנאה במוחזק או בראוי ולא בבחינת פעולה פיסית והעשויים לבוא בחשבון כתמורה קונה או נקנית בחליפין.

כזהו קודם-כל עניין ההינוי של "המתנת מעות". מטבע הדברים אין הינוי זה יכול להיות נשוא לעסק בפני עצמו, ונחוץ לו איזה יסוד עסקי אחר, אשר אליו הוא יוכל להיספח. עסק-היסוד המובהק ביותר לעניין זה הוא עסק המילווה - והיינו הקנאת נכסים מסוימים במוחזק כנגד החיוב של החזרת ערכם בנכסים דומים בבוא העת. במסגרת זו, מבחינה משפטית טהורה, ניתן לתפוס את חיוב ההחזרה כאילו היה תמורתה של ההקנאה במוחזק, אך למעשה - מבחינה כלכלית - נמצא שתמורה זו כשלעצמה אינה מאזנת את ההקנאה שקיבל הלווה. מבחינה כלכלית, הלווה קיבל כאן למעשה לא רק את הנכסים שאת ערכם התחייב להחזיר, אלא הוא קיבל גם את **הנאת-ההיענות**, שהמלווה הסכים בכלל להלוות לו ולצפות להחזרה - שהרי אם ההנחה היא כי התמורה אינה אלא בהחזרת נכסים דומים בערך דומה, "לאפוכי מטרתא למה ליה?", ולשם מה היה לו להלוות? הווי אומר אם-כן שבנוסף על גידור-הקניין הפשוט, המתבטא בחובת ההחזרה, ממילא נמצא בכל מילווה גם גידור משלים, שאינו מתחייב אמנם על-פי עקרונות המשפט אך הנוצר על-כל-פנים, מבחינה עובדתית: או שהמילווה ניתן לשם גמילות-חסד, כעין מתנה, או שניתן הוא על דעת **ריבית**, שתאזן את "המתנת המעות" בתמורה מיוחדת. והנה, במקום שהריבית אמורה להשתלם בכסף (ובמקום שהדין מתיר או מאפשר [[320]] את הריבית מעיקרא), אך פשוט הוא שהעניין יוסדר על-ידי חיוב ריבית שיוולד כתנאי לואי עם העמדת המילווה. אולם, יתכן גם שהריבית לא תהא אמורה להשתלם בכסף,או דרך התחיבות אחרת, אלא הכוונה תהיה שהריבית תיפרע בעין לאלתר, באופן שעם הפירעון האוטומטי הזה יקום גם עצם המילווה, ובלעדיו יהא המילווה בטל וכל ממון שיינתן על-פיו יהא ראוי להחזרה מידית - ונראה לומר שבמסגרת החליפין העבריים מתאפשר אמנם עסק כזה. המבנה המושגי הניתן לכך הוא, שאם "**מתן המילווה**", כשלעצמו, משמש כתמורה קונה להעמדת חיוב ההחזרה, הרי "**הנאת מתן המילווה**" (היינו הנאת

[641] רפז) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות ב', בסמיכות להערה ע"ד ואילך ואחר הערה ק"ו.

[642] רפח) דוק בפ"ה מהל' אישות הל' כ', ור' גם עבודה זרה ס"ג א'. נראה לומר שמסקנה זו איננה נסתרת על-ידי מה שמוצאים אנו בפ"ג מהל' אישות הל' ה', ש"המקדש בביאה מסתמא דעתו על גמר ביאה, וכשיגמור ביאתו תהא מקודשת" - משום שהביאה היא דרך-קניין מיוחדת רק לעניין קידושין, ואינה משמשת כאן בבחינת הנאה או תמורה קונה, כעין קידושי-הכסף המתדמים לדיני הממונות.

"המתנת המעות") עשויה לשמש כתמורה קונה של הריבית בדרך חליפין - ובלבד שהריבית, מצידה, תיקבע בנשוא העשוי לשמש כתמורה נקנית מתאימה[643].

אולם, הנאה של "המתנת המעות" מתאפשרת גם שלאו דווקא אגב מתן מילווה. היא מתאפשרת גם כאשר איזה חיוב ממוני כבר קיים, והצדדים מסכימים על דחיית זמן הפרעון. עסק מסוג זה ניתן להיתפס כעין צירוף של מחילת החוב הישן והעמדת התחייבות חדשה תמורתה, אך אפשר גם לראותו כעסק פנימי במסגרת הישנה, שאינו מתיחס דווקא לעצם שעבוד הנכסים, כי אם רק לתנאי של זמן הפרעון הקבוע, והמתבטא במחילת זכות התביעה על-פי תנאי זה למשך תקופה מסוימת נוספת. מכל-מקום, גם זהו עסק [[321]] אשר צד אחד נותן בו יתרון לרעהו בלי שלו עצמו יהא עניין עצמי בעסק - וגם כאן מאפשרת אפוא שיטת המשפט העברית שהאיזון החסר יושג (במקרה המתאים) על-ידי עסק-לואי של ריבית הנקנית בתמורה ל"הנאת המתנת המעות" כנ"ל[644]. בנקודה זו נראה להוסיף, שכאשר המדובר הוא לאו דווקא בריבית של מילווה חדשה, כי אם בריבית של הרווחת זמן בחוב קיים,מסתבר שאמנם אין הריבית מוכרחה להיות דווקא תמורה נקנית, אלא יתכן גם שתהיה התמורה הקונה - וכגון שהנושה יקנה מלכתחילה את נכס הריבית ויסכים להרוויח לחייב את הזמן בתמורה לכך.

עוד נקודה המשתמעת מכאן באגב הריהי שההנאה המיוחדת לחליפין מן הסוג הנידון באמת אינה מוכרחה להיות דווקא ההנאה של "המתנת המעות", אלא יכולה היא להיות גם כל הנאה של שינוי תנאי בעסק קיים, לטובתו של אחד הצדדים, או אף כל הנאת עריכתו של עסק חדש, אשר אדם לא יערכנו על-פי עניינו של עצמו, כי אם רק למען עניינו של רעהו[645]. בקשר לכך אפשר לכאורה לשאול, מה ההבדל אפוא בין פעולה מסוג זה אשר יעשה אדם לפי הזמנת רעהו, ואשר אומרים אנו כי יכולה היא לקנות את תמורתה בחליפין, לבין כל פעולה רגילה שאמרנו כי אין היא יכולה לקנות את תמורתה אלא על דרך חיוב? אולם, באמת, התשובה [[322]] היא פשוטה: בפעולה רגילה כנגד תמורה, התמורה הקונה היא **בעצם תוכנה הפיסי של אותה פעולה** - או, לו יהא שנאמר גם ביתר דיוק: **בהנאת תוכנה הפיסי** של הפעולה (ובעוד שההינוי הנגרם על-ידי ההיענות לעשות את הפעולה וההינוי הנגרם על-ידי עצם עשייתה הפיסית מתמזגים לאחד) - ולכן חלה בה המיגבלה שאמרנו בגין משך הזמן הדרוש; ולעומת זאת, בפעולה מן הסוג הנידון כאן, הרי ראשית, בעצם אין אנו מדברים ססתם על התמורה הקונה שבפעולה מסוימת, אלא מדברים אנו על התמורה הקונה **שבהיענות** לעשות פעולה, כגורם נפרד, - ואילו פעולת **ההיענות** שוב איננה בעצמה פעולה פיסית, כי אם רק **המשמעות המופשטת שמיסחים אנו לגילוי-ההיענות** ואשר בעית משך-הזמן ממילא איננה חלה בה; ושנית, אף הפעולה שנענים כאן לעשות איננה אף פעם פעולה פיסית גרידא, כי אם **פעולה משפטית** - וגם מצד זה, אף אם נחזור ונמזג את הדברים ברהט הלשון, מכל-מקום חוזר ומתאפשר אפוא מה שאמרנו לגבי פעולות משפטיות דרך-כלל.

---

[643] רפט) דוק בפ"ה מהל' אישות הל' ט"ו.
[644] רצ) ר' עה"ש אה"ע סי' כ"ח סע' מ"ח.
[645] רצא) ר' פ"ג מהל' אישות הל' כ"א, ור' גם עה"ש חו"מ סי' ק"ץ סע' כ'.

אלא שאם-כן, שוב נקודה אחרת הצריכה בירור בהקשר זה נמצאת לנו במעמד במשפטי של מושג "ההנאה". בניסוח דברינו בקטע הקודם נמצאנו למעשה חוזרים ומדגישים אגב-אורחא, שבכל מקרה, בין בפעולה משפטית ובין בפעולות-היענות האמורות לשמש כתמורה קונה (או נקנית), התמורה איננה באמת בעצם אותן הפעולות כשלעצמן, כי אם **בהנאה - או ב"הינוי"** - המתגלמים בהן לגבי הצד שכנגד; ועוד נמצאנו למדים למעשה, שבדרך-כלל אמנם אין [[323]] נפקא מינה בהבחנה מושגית זו, מפני שעצם הפעולה עצמה, וההיענות לעשותה, והמשמעות המשפטית של שתי אלה יחד כ"הנאה" הראויה לשמש כתמורה בעסק הדדי, כלם מתלכדים בישות אחת - אולם, במקרה שיש הנאה תמורתית מיוחדת בהיענות לפעולה(משפטית), מובלטת חשיבות ההבחנה על-ידי כך, שבפעולת-ההיענות מציינים אמנם את היסוד התמורתי רק **כ"הנאה"** (וברהט-הלשון, אף לאו דווקא **כהנאת-ההיענות**, אלא, כביכול, **כהנאת הפעולה העיקרית עצמה**, תוך **דילוג** על עניין ההיענות), בעוד שלגבי משמעות הפעולה העיקרית נשארת רק אחדות עצם המעשה הזה והנאתו הוא, המובעת בדרך-כלל רק על-ידי שם **המעשה**, תוך דילוג על עניין ההנאה. והנה, משהגענו עד כאן, עשויה לכאורה לחזור ולהישאל השאלה, מהו אפוא היחס בין עניין ההנאה, הנחשף כאן כעצם הגורם המשפטי הפעיל בכל מקרה שהוא של קנייה תמורתית, לבין עניין ההנאה בדרך-הקנייה המיוחדת "בההיא הנאה" שראינו לעיל; וביחוד - מאחר שרואים אנו כאן גורם פעיל מובהק **בהנאת-ההיענות לפעולה משפטית** - כלום אין גורם זה זהה לענייון הקנאה "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי" שראינו מקודם?

התשובה היא כי אמנם העניינים הם שונים לחלוטין, וכבר הסברנו למעשה את ההבדל, בפרוטרוט ובאופן ממצה, בדיוננו הקודם: "בההיא הנאה" היא דרך-קניין טכנית, אשר יסוד "ההנאה" המשמש בה הוא יסוד מוסרי, ולא חומרי-ממוני, ואין לו משמעות תמורתית; לעומת זאת, עניין "ההנאה" במובן שלפנינו הוא דווקא תמורתי, וממילא גם חומרי-ממוני, ותיקודו המשפטי אינו רק טכני-חיצוני, בהעמדתו של העסק, אלא הוא תיפקוד [[324]] מהותי בעצם תוכנו של העסק, מבפנים. גם העימות בין עניין "הנאת ההיענות" לבין הנאת "דקא צייתי להדדי" באמת אינו מטשטש את ההבדל כי אם מבליט אותו: ראינו שגם בעניין "דקא צייתי להדדי", הגורם המכריע הוא בהנאה המוסרית; לעומת זאת, "בהנאת ההיענות" שדנו בה כאן, אמנם עיקר עניינה הוא לא בצד ההנאה המוסרית שבהסכמה על העסק, כי אם בצד **ההנאה החומרית-הממונית המיוחדת**, הגלומה לפעמים בעצם ההיענות לעשות מעשה משפטי מסוים - ועוד: שכאשר הנאת-ההיענות מסוג זה נפרדת מן המעשה כדי להיחשב כתמורה קניינית בפני עצמה, עדיין מהווה גם אותו מעשה, מצידו פעולה משפטית-קניינית מקבילה, המספיקה לעצמה, בלי ששום הנאת-היענות פנימית תצטרך להיות מוכרת בה, להעמדתה המיוחדת שלה, אך שום הפרדה שכזאת אינה יכולה לבוא בחשבון בעניין "ההיא הנאה דקא צייתי להדדי".

לסיכום היחס בין שני מיני ה"הנאות" ראוי עוד לציין רק, שכאשר המדובר הוא בעסק **תמורתי** "בההיא הנאה", אמנם נמצאות שתי ההנאות מצורפות בעסק יחד, זו בצד זו: "ההיא הנאה"היא ההנאה המוסרית שבהיענות, המעמידה את העסק במסגרתו, מכוח גילום סמיכת-הדעת, בעוד שעצם מעשה-ההיענות החומרי (או המחדל החומרי המגלם את ההיענות) הריהו הבסיס הממשי

של אותה הנאה מוסרית, ועם זאת, ממילא, גסההנאה התמורתית "הקונה", המזכה את בעליה בפועל בחברתה, הנאת התמורה הנקנית. [[324]]

ח. חליפי טובת הנאה או החזקת חפץ

ולבסוף, במסגרת שאלת ההינויים שאין בהם לא משום הקנאה במוחזק או בראוי ולא משום פעולה פיסית - בעית החליפין של Uטובת הנאהU. פירושה המקורי של הבעיה הזאת היא,אם יתכנו חליפין לגבי הקנאה של חפץ אסור בהנאה - דבר העשוי לבוא בחשבון במקום שלמקנה יש רק רשות החזקה עם טובת-ההנאה שביכולת ההקנאה, ואילו הקונה, מצידו, עשוי לקבל בחפץ קניין מתוקן - ונראה שהתשובה צריכה להיות תלויה בשאלה אם במקרה המסוים העומד לדיון רשאי המקנה לקבל תמורה בעד הקניין המתוקן שיש בידו להקנות[646]. מכאן יוצא שכאשר המקנה **אינו** רשאי לקבל תמורה בעד הקניין, אין ניתן לו על-כל-פנים לעקוף את הדין על-ידי כך שיזקוף את התמורה לאו דווקא כנגד ההקנאה, אלא כנגד ההנאה שבהעברת ההחזקה - ומשמע, במילים אחרות, שאפשר להסיק מכאן את הכלל, שהעברת החזקה גרידא אינה בסתם בבחינת הנאה שיש לה ערך-ממון, ואין היא יכולה להיחשב כשלעצמה כתמורה קונה או נקנית[647].

מסקנה זו, מצידה, נושאת משמעות מיוחדת בשאלה שכבר נתקלנו בה לעיל[648], והיינו אם עשוי "קניין-סודר" לשמש לשם מסירת שטר על-ידי "קונסטיטוט פוססורי" במסגרת של העברת התביעה שבשטר על-ידי "כתיבה ומסירה". בניתוחנו הקודם נטינו לדעת הראב"ד שהדבר אפשרי, על-פי ההנחה שנשוא החליפין באמת לא יהיה רק בעצם העברת ההחזקה בשטר, כי אם גם [[326]] בהקנאת גופו. לגבי דעת המתנגדים רמזנו לסברה, כי עומדים הם על העקרון, שלעניין מסירת שטר בהעברת תביעה, אין חשיבות לגורם של הקנאת גופו של השטר, ורק הגורם של העברת ההחזקה כשלעצמו הוא הוא הקובע. עתה יכולים אנו להוסיף, **שעל-פי תפיסה זו**, נמצא כי הכלל שהסקנו מסייע אמנם להכרעה, שקניין סודר אינו עשוי לשמש בנידון.

ט. הצדקת השיטה העברית

בדברים האלה השלמנו את הסקירה המבנית של מוסד החליפין העברי מבפנים. את היסוד העיוני להבחנה המהותית בין מוסד זה למכר הכספי הכרנו כבר לעיל, בניתוח הדין ש"אין חליפין במטבע", ועתה נחזור על עקבינו כדי לבדוק, כמובטח, גם את ההצדקה המעשית להבחנה המהותית הלזאת.

היסוד העיוני להבחנה נמצא כזכור בעובדה, שהכסף - מעצם טבעו - אינו יכול לשמש כתמורה הנקנית במישרין במוחזק, אלא נזקק הוא בהכרח לתיווכה של זכות בראוי. ראינו כי בשיטות האירופיות מיטשטשת משמעות הדבר,מפני שהתיווך של זכות בראוי מוכנס גם לתחום החליפין, כשהתמורה **איננה** כספית, - ההצדקה המעשית של ההבחנה נוטה אם-כן להתלכד עם השאלה:

---

[646] רצב) בבא מציעא י"א ב', ור' ש"ך על שו"ע חו"מ סי' ר"ג ס"ק א'. מסקנת הש"ך נדחית אמנם לכאורה על-ידי קצות החושן ובעל הנתיבות, אך נראה שאין הדחייה מחויבת, ור' עה"ש חו"מ סי' ר"ג סע' א'.

[647] רצג) השווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ט', הערה ג'.

[648] רצד) בסמיכות להערות קע"ט-ק"פ והערה קפ"ב.

האם באמת נחוץ המוסד של חליפי תמורות ממשיות באופן אוטומטי דווקא, וכלום לא יסכון הצירוף של כל מיני העסקים התמורתיים במוסד מאוחד של "חוזים הדדיים חוביים", כפי שמחויב הדבר על-כל-פנים בחוזי התמורה [[327]] הכספית, וכדרך השיטות האירופיות? אמנם, יש להדגיש כי שאלה זו שוב לא תוכל לעניין אותנו במלוא ההקף המשתמע לכאורה על-פי דיוק ניסוחה: מושג "החוזים ההדדיים החוביים" אינו נזקק להבחנה בין "תמורה קונה" ל"תמורה נקנית", והמסגרת החובית נמשכת ממנו לגבי שתי התמורותגם יחד, בשווה ובמקביל; אולם, אנחנו כבר ביררנו שעל-כל-פנים עדיף הדבר שלפחות תהיה לנו בסתם "תמורה קונה", אשר לא תהיה מבוססת בחיוב קודם, אלא תעמיד את החוזה במישרין ומלכתחילה על הינוי ממשי - והשאלה עוד נשארת אפוא לצידנו רק לגבי **התמורה הנקנית**: האם גם מצידה דרוש מוסד מיוחד של זכייה אוטומטית בהינוי הממשי, או שמא לפחות מצידה יספיק הצירוף במוסד שיזקיק אותה בהכרח לתיווך של חיוב.

שאלה זו מחזירה אותנו לעובדה, שגם השיטות האירופיות - אף-על-פי שהולכות הן בדרך הצירוף בתפיסה החובית - מכל-מקום מבדילות הן בין חליפי התמורה הנקנית הבלתי-כספית לבין המכר הכספי, בכמה נקודות; ונתפוס עתה [[328]] קודם-כל נקודה זו, שבכמה שיטות אמנם מאפשרים גם באירופה שהזכייה בהינוי הממשי של התמורה הנקנית תהיהה אוטומטית (מבעד לחיוב המתמלא באופן כזה מאליו), אך אין מאפשרים על-כל-פנים דבר זה לגבי התמורה הכספית.

על הטעם המהותי שבהבחנה זו שוב אין לנו צורך לחזור, והשאלה עוד עשויה להישאל רק: האם אמנם רצויה כאן הזכייה האוטומטית, לפחות כל אימת שהדבר אפשרי, או שמא עדיפות אותן השיטות העומדות בתוקף על יחודו של החיוב ואינן מכירות במילוי האוטומטי בסתם, אפילו כשהדבר אפשרי. לפי מה שראינו לעיל, בקשר למכר, מסתבר שהטעם לקפידתן של שיטות אלו -גם בתחום החליפין - הריהי בחששן מפני "קונסטיטוט פוסוסורי"; אך הטעם לחשש זה הלא נופל בודאי מאליו כאשר התמורה הקונה נתקיימה מצידה - ויתר-על-כן, כאשר התמורה הקונה אף איננה כספית, ובסתם אין היא ראויה אפוא לחזור אפילו במקרה שההינוי הממשי האמור להגיע כנגדה לא יתקיים מצידו. אכן, נראה כי במקרה שכזה מתבקש, שעם קיום התמורה הקונה יתקיים גם לאלתר ההינוי שכנגד, כדי לא להשאיר שהות להתהוות תירוצים לגביו, - ואילו כשלמעשה אי-אפשר שההינוי שכנגד יתקיים לאלתר, רצוי שאמנם גם מצד זה תהא השפעת הדבר אוטומטית, כדי שהתמורה הקונה תיחשב כבלתי-מגעת וראויה לחזור **מלכתחילה**. [[329]] פתרון אחר - פירושו הוא שלא רק במקרים יוצאים מן הכלל, אלא ברוב המקרים של נמנעות התמורה הנקנית יהיו הדברים צפויים להשתהות עד שהחזרת התמורה הקונה בעינה שוב לא תהא מעשית, ובמקומה יוכל להשתלם רק פיצוי כספי; ואמנם, זהו הפתרון המקובל בשיטות האירופיות - ואף באלו המאפשרות זכייה אוטומטית מבעד לעקרון החובי, - שקובעות הן כי במקרה של הפרת החובה להספקה-שכנגד בחליפין יש לנפגע ברירה של תביעת פיצויים[649]. אולם, עצם הנחת-היסוד של החליפין הלא היא שהאיש אינו מתכוון לתמורה כספית כי אם לאחרת - ולמה ייכפה עליו אפוא הסדר המסבכו בהכרח באפשרות שהעסק אמנם יתקיים, אך לא כנגד התמורה המבוקשת אלא כנגד תמורה כספית בלבד? מסתבר שהרבה יותר מתאים הוא ההסדר החתוך, שאם משיגה

[649] רצה) הערה ר"ס לעיל.

התמורה הקונה את תמורתה המבוקשת יתקיים העסק, ואם אינה משיגה יצא העסק בטל מעיקרא ומיד - וממילא מגיעים אנו אפוא להצדקת השיטה העברית, אשר לא זו בלבד שמאפשרת היא זכייה אוטומטית בהינוי הממשי שכנגד, אלא גם קובעת היא זכייה זו כמבחן מהותי. [[330]]

5. סיכום - חליפין, תשלום מחיר וסילוק חיוב - חליפין מורכבים - "חליפי זכויות" ושכירות

מתוך בירור השיטה העברית יכולים אנו עתה לחזור ולסכם את עניינו מצד הנקודות העיקריות שמנינו, אשר בהן מובחן מוסד החליפין מן המכר הכספי בשיטות האירופיות.

קודם-כל נתברר בסקירתנו עניין ההבדל, שגם בשיטות האירופיות המאפשרות זכייה אוטומטית בהינוי הממשי של "התמורה הנקנית", מכל-מקום אין הדבר מתאפשר לגבי התמורה הכספית. ראינו שהבדל זה מחויב מטבע הדברים, ובאמת אין הוא רק תופעה מקרית - כפי שנראה הדבר על-פי עריכת העניין בשיטות האירופיות - אלא מושרש הוא בגורם הראוי לשמש יסוד להבחנה מהותית.

לאור המסקנה הזאת מתברר ממילא, שגם בעניין "אחריות המוכר" - שהיא דרישה הדדית בחליפין, אך רק דרישה חד-צדדית במכר - באמת ההבדל, כפי שכבר הסברנוהו לעיל, אינו רק מקרי וצדדי, כי אם מהותי, ומצדיק הבחנה בהתאם לכך.

לאחר מכן, ההבדל ש"התמורה הנקנית" בחליפין, בשיטות האירופיות (אם מותר להשאיל מושג זה לתוכן), יכולה להיות מוחלפת. גם הבדל זה מתקשר כמובן לייחודו המהותי של הכסף, ובמיוחד למה שכבר אמרנו עליו בספר על "מושג הקניין ומעדכנת זכויות הממון", ש"הזכויות המתיחסות אליו עשויות להבטיח ערכים אחרים, [[331]] ואילו הזכויות המתיחסות לערכים אחרים אינן מובטחות אלא באמצעות הזכויות המתיחסות אל הערך הזה"[650]. במילים אחרות, פירוש הדברים האלה בקשר לענייננו הוא, כי ההתחייבות הכספית שבמכר מכוונת אמנם לערך סטנדרטי, ובכן ממילא סופי - באשר גם כל ערך אחר, אשר יימצא לחייב בהעדרו, יוכל סוף-סוף להיות מוחלט בו, כמכוון; אך כאשר ההתחייבות היא לערך ממשי מסוים, בדתי-סטנדרטי, ואין הערך הזה נמצא בעינו, ממילא משמע שמילוי ההתחיבות עשוי עוד לבוא בחשבון רק בדרך תחליף, אשר אך טבעי הוא שיימצא קודם-כל בערך-הביניים הסטנדרטי. אולם, במהלך-ניתוחנו ראינו, שגם אם אין ברירה לדרך-תחליף שכזאת, כאשר התמורה היא אמנם **בהתחיבות** לערך ממשי מסוים (וכשיש אפוא להניח שהזכאי הסכים אמנם מלכתחילה על אפשרות התחליף, כאשר הסתפק בתמורה של התחיבות גרידא, שהיא מטבעה מפוקפקת), הרי לא נכון יהיה שהמשפט יכפה על הצדדים הסדר מפוקפק שכזה **בהכרח**, ואף כשמבחינה אובייקטיבית אפשר גם להעמיד אתת העסק על חליפין חד-משמעיים, בלי סיבוכי ההתחיבות. עסק חד-משמעי שכזה חסר בשיטות האירופיות; אך למעשה, לא זו בלבד שהוא עדיף ויהא רצוי יותר לצדדים, אלא מסתבר גם ממה שראינו, שמבחינה אובייקטיבית אף יכול הוא אמנם להתאפשר ברוב הגדול של המקרים הבאים בחבשון לעניין של חליפין (במובן האירופי, או במובן ניטרלי) - ולכן, נראה לומר, שבאמת יתרון הוא לדיני ישראל, לא רק זה שמאפשרים הם עסק כזה, מצידם, אלא זה שמסיבים הם את המושג

[650] רצו) "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ט', סע' ג', בסמיכות להערה י"ח.

המהותי המקובל של "חליפין" דווקא עליו. מחוץ [[332]] למסגרת זו נשארים רק המקרים שבהם מבכרים הצדדים משום-מה דווקא את דרך-ההתחיבות, לפי בחירתם המיוחדת, וכך המקרים שלגביהם אין החליפין החד משמעיים אפשריים מטבעם - ועל דין במקרים הללו נעמוד לחוד, בדיוננו על מה שציינו מלכתחילה כ"אפשרות הרביעית" של חוזי-ההקנאה.

ולבסוף: ההבדל המתבטא בכך, שהחיוב להספקת ההינוי הממשי של **סחורה** אמור להתגשם באמצעות "ההקנאה" ו"מסירה", בעוד שהחיוב שהתמורה הכספית נזקק למוסד המיוחד של "תשלום". לגבי הבדל זה אמרנו למעלה, שעל-פי עריכת הדברים בשיטות האירופיות נראה הוא לכאורה כהבדל מילולי גרידא, אך לאור מה שהספקנו להוסיף ולראות בינתים מתברר שאמנם גם הוא מושרש בעניינים מהותיים עד מאוד.

ראשית, ודאי מכריע כאן הגורם שכבר סיכמנו מקודם, שחיוב הקנאת הסחורה, כ"תמורה נקנית", עשוי גם להתקיים באופן אוטומטי - לא רק מפני איזה שגיון של הדין, כי אם גם מפני שהדבר נתאפשר מטבעו - מה שאין כן בתמורה הנקנית הכספית, שזו נזקקת מטבעה לאמצעות של חיוב. במקרה הכסף מתחייב אפוא, מעצם טבעו, היסוד המיוחד והנוסף של מילוי החיוב, או **תשלומו**, בעוד ששום יסוד כזה אינו נדרש בהכרח בסחורה.

שנית, אף אם שמים אנו לב לחיוב המיוחד והנוסף של "המסירה", הנדרש באירופה אף לגבי הסחורה - נראה לומר, [[333]] לאורם של דיני ישראל (ולפחות במסגרתם של הדינים הללו), שגם העניין הזה יכול להתבצע (ואף גם מתבצע למעשה) באופן אוטומטי, על-ידי "זקיפה בפקדון", כאשר המדובר הוא בתמורה הנקנית של סחורה. לעומת זאת כשהמדובר הוא בכסף, הרי כשם שאין בו זכייה אוטומטית קניינית, כן ממילא אין בו גם זקיפה אוטומטית בפקדון, לעניין וחסי ההחזקה - ולפחות לא במסגרת העסק התמורתי אשר על-פיו אמור הכסף להגיע לאדם. אכן, הדין העברי קובע שאין המטבע נקנה בחליפין, ואף לא באופן סמלי בלבד, ב"קניין סודר"; כדי להקנות את המטבע נאוצה אפוא דווקא מסירה ממשית, ואם הדין מרכך את הדבר, ומאפשר אף לגבי המטבע זקיפה בפיקדון, או "קונסטיטוט פוסורי" - בהתחשב בצרכים מיוחדים העשויים להתעורר - הרי זה על-כל-פנים שוב רק על-ידי פעולת-הקנאה מיוחדת ויוצאת-דופן, כגון "קניין חצר" או "אגב קרקע" (הסדר, אשר ודאי הוא מחושב אמנם גם כדי למנוע דימוי של הקנאה גמורה בנכס חריף כמו הכסף, ללא מסירה ממשית, בעוד שהצדדים לא נתנו באופן מובהק את דעתם על טיב הפעולה שהם אומרים לבצע[651]. כל המסכת הזאת עולה אפוא שוב כדי הכרח של פעולת "תשלום" מיוחדת במקום שהתמורה הנקנית היא כספית, בעוד שאין שום הכרח כזה (ובעצם, אין גם מקום לשום מוסד מקביל לכך) כשהעסק הוא באמת חליפין.

שלישית, אף אם לא נסתפק בקנה-המידה של החליפין על-פי דיני ישראל ונחזור אל המסגרת [[334]] החובית של עסקים אלה על-פי השיטות של אירופה - ממילא חוזרים ונתקלים אנו במה שהכרנו כהבדל מהותי, שהחיוב הכספי הוא סופי מטבעו, בעוד שחיוב שאיננו כספי נפתח על-פי

[651] רצז) עה"ש סי' ר"ג סע' י"ד.

עצם טבעו של דיני הממונות לחלופה כספית. לפי זה יוצא שאמנם גם בעצם טיבם המשפטי של החיובים - ולא רק בפרטי תוכנם - יש כאן הבדל מהותי, הראוי אמנם להבחנה מושגית.

בהקשר זה מתעוררת אגב אורחא בעיית היחס בין מוסד החליפין לבין טיב המהות החוזית של מילוי החיוב - ובין אם החיוב הכספי, בין אם הבלתי-כספי. הבעייה מתעוררת ביחוד לאור מסקנתנו בדיני ישראל, שבחוזה תמורתי-חובי, לאו דווקא מילוי החיוב הוא התמורה להינוי שכנגד, כי אם החיוב עצמו הוא הוא התמורה. לפי זה נמצא מילוי החיוב, באופן מובהק, מחוץ למסגרת החוזית המקורית; וכאשר מוגדר המילוי (מבחינה "קאוזלית") על דעת סילוקו של החיוב - והחיוב נמצא אמנם מסולק באופן אוטומטי עם המילו - הרי זה נראה אפוא לכאורה כחוזה חדש של חליפין, שבו "התמורה הקונה" היא ההינוי שבמילוי ואילו "התמורה הנקנית" היא סילוק החיוב או אף הוי אומר: מחילתו[652]. מסקנה זו עשויה להתחזק עוד על-ידי העובדה, שבדרך-כלל ודאי תהא אמנם התקשרות הדברים לכלל סילוק תלויה בדעת הצדדים, ככל חוזה רגיל - ובאופן שאם עצם ההינוי [[335]] לא ינתן או לא יתקבל בהסכמה, או שדעת הצדדים לא תהא שווה על גידורו לשם סילוק, לא יצא החיוב מסולק[653]. בהתאם לעקרון זה, נראה שאף גם חלים בקשר לסילוק הדינים האחרים של חוזים, כמו דיני אחריות המקנה, דיני טעות וכיו"ב[654]. אולם כנגד זה יש גם לשים לב, שהסילוק הבא בדרך מילוי (ולו גם מילוי מוחלט) - בהבדל מן ההסדר הנועד אמנם רק לפטור את החייב על-ידי מחילה (ובין אם בתמורה, בין אם בלעדיה) - באמת אינו מוכרח לבוא תמיד בהסכמה, אלא ייתכן גם שייכפה על החייב או על הנושה, על-פי דין, וייתכן גם שהנושה יבצענו בעצמו, בדרך תפיסה, שהחייב לא יוכל להשיבה[655]. כמו כן, בהבדל מן החליפין הרגילים יש לשים לב שבסילוק מסוג זה דווקא המטבע יהיה בבחינת "התמורה הקונה" המובהקת ביותר - ומסתבר אפוא שבסך-הכל אין להבליע את סילוק החיוב במוסד החליפין, אפילו בדיני ישראל[656]. על אחת כמה וכמה בשיטות האירופיות, שבהן נבדל הסילוק מן החליפין

---

[652] רצח) ר', למשל, שו"ע חו"מ סי' מ' סע' א' הגה, או רש"י על קדושין נ" ב', ד"ה בדשדיך; והשווה גם מה שאמרנו לעיל בקשר לאפשרות של חליפין במחילת חוב. ההבדל בין נושא עניינו שם לבין הנושא שבכאן אינו למעשה אלא בזה, שכאן דנים אנו בסילוק המתבצע אמנם כנגד **הינוי המכוון למילוי החיוב ואשר יהא אפוא ממילא מותאם לגדרי החיוב** (ולו גם באופן מוחלט, כגון שתשלום כספי ינתן במקומו של הינוי מובטח אחר, שאי אפשר לקיימו בעין); לעומת זאת, בדיוננו לעיל עסקנו באפשרות של סילוק החוב כנגד הינוי אשר דווקא לא יבוא לשם מילוי החיוב, כי אם לשם **היפטרות מכך**, ואשר ממילא לא יהא זקוק לשום בחינה על-פי גדרי החיוב המקוריים.

[653] רצט) ר' טור חו"מ סי' ע"ד סע' א'וו'; שו"ע חו"מ סי'ק"ץ סע' ו', הגה; פ"ת על שו"ע חו"מ סי' רצ"ב ס"ק ה'.

[654] ש) ר' עה"ש חו"מ סי' ק"ד סע' ט' וסי' ק"ג סע' י"א וכ"א, ור' גם שם, בסע' ט"ז, את הביטוי "כשהלווה עצמו שילם לו בקרקע - הוה כמכירה".

[655] שא) ר' חו"מ סי' ע"ד; גיטין ע"ה א', ותוס' שם, ד"ה מכלל; נ"י על ב"מ ע"ז ב', בעניין "ופרעיה זוזא זוזא"; שו"ע חו"מ סי' ר"ד סע' יא', ובספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה' סע' ד, מס' 21.

[656] שב) ביתר דיוק ופירוט: מסתבר שאפשר אמנם לראות את הדבר כחליפין פשוטים כאשר החוב יוצא מסולק בהסכמת הצדדים על-ידי מחילתו כנגד תמורה ממשית, בלתי-כספית, אשר על-פי תוכנה ומסיבות המקרה היא לא תהא מכוונת דווקא כנגד גדרי החיוב המקוריים, וכפי שראינו את העניין באות ה' לעיל; אולם, כאשר נערך הסילוק במכוון על דרך מילוי, כנגד גדריו המקוריים של החיוב (ולו גם באופן מוחלף), נראה שראוי לתפוס את הדבר במסגרת המוסד המיוחד של "סילוק" (אשר הכינוי "סילוק" - או "פרעון" - אמנם ייוחד דווקא לו), ובין אם מתקיים המילוי בהסכמת הצדדים, בין אם בדרך כפייה. אם התמורה המסלקת היא **כסף**, מסתבר שלעולם יש לראות את הדבר בגדרי האפשרות השנייה.
אם התמורה המסלקת היא חיוב חדש, מחליף, והחיוב החדש הוא כספי - ודאי חוזרים אנו (ולו גם בסייגים מסויימים) למוסד המכר, ואילו כשהחיוב החדש לא יהא כספי, הרי זה יכנס לתחום "האפשרות הרביעית". בין כך ובין כך, כשהתמורה המסלקת היא חיוב חדש, ממילא יהא הסידור תלוי תמיד בהסכמת הצדדים ולא יהא כפוי עליהם מלכתחילה על-פי דין - וממילא משמע שראוי יהא לתפסו רק בבחינת "חוזה", ולא במסגרת המיוחדת של "סילוק", העשוי גם להיכפות על-פי דין.

דהתם גם על-ידי כך, שהסילוק על-דרך מילוי איננו [[336]] על-כל-פנים עסק חובי[657]. דיון מפורט יותר בבעיות ובדינים המיוחדים של סילוק התשלום וסילוק החיוב יחרוג מגדרי עניינו.

לאחר מכן נותר לנו להשלים את סיכומנו בכמה נקודות טכניות השייכות לחליפין ושלא באו על סיכומנו במהלך הרצאתנו הכללית.

הבעייה הראשונה מתיחסת למקרה שעסק חליפין אמור לתפוס לאו דווקא נכס אחד מן הצד הקונה ונכס אחד מן הצד הנקנה, אלא מספר נכסים יחד מצד אחד או משניהם. בעייה זו, אין בה שום ייחוד במסגרת השיטות של חוזה ההדדי החובי[658], אך זקוקה היא לעיון מיוחד בדיני ישראל, וביחוד לאור התיאוריה שעסק נקשר בדיני ישראל על-ידי התחלת הביצוע. לפי תיאוריה זו, לכאורה צריכים היו חליפין מן הסוג הנידון להיכנס לתוקף ברגע שהצד הקונה הקנה לרעהו אפילו רק אחד מן הנכסים שנקבעו בתמורה הקונה. אולם, באמת נוצר כאן סייג לפי מה שכבר ראינו בעניין היתפסות נכסים אחדים במעשה-קניין אחד, בסע' ד' [[337]] של פרקנו, מס' 1, בסמיכות להערות ע"א-ע"ג - ומשמע שהחליפין מתקשרים עם המעשה מסוגל לתפוס את כל נכסי התמורה הקונה כאחד, או משעה שתפיסה כזאת הושלמה; אם לא הושלמה תפיסה כזאת, אין העסק מתקשר בכלל, או שעל-כל-פנים מתקשר הוא להפרדה כנגד הנכסים שנתפסו במעשה-הקניין.

אולם, גם במקרה השני הזה אין הדברים אמורים למעשה אלא מבחינת כוונתם של הצדדים **לעסק-חליפין**. מעבר לכוונה מוגדרת זו, אם נראה מן המסיבות שדעת הצדדים סמכה על העסק על-כל-פנים, ובעל התמורה הנקנית מסכים למעשה שנכסיו ייקנו לצד שכנגד כמכוון, בהיא הנאה שהצד שכנגד סומך עליו ומסכים להקנות לו לפחות חלק מת התמורה הקונה לאלתר, הרי שהעסק נמצא אמנם למעשה מקוים, אבל הצורה מהופכת: התמורה שאמורה היתה להיות התמורה הנקנית בחליפין נהפכת לתמורה הקונה, ואילו הנכסים המוקנים לאלתר על-ידי הצד שכנגד נהפכים לפרעון חלקי[659] על חשבון **חובתו** של אותו צד לספק לרעהו את מה שאמור היה להיות התמורה הקונה, וכעין **"קניין כסף" במכר**. במקרה שנכסי התמורה הנקנית של החליפין (והיינו נכסי התמורה הקונה של עכשיו) הם מיטלטלין, חל כאן הסייג של מכר המיטלטלין בכסף, ואין העסק נגמר לחלוטין במוחזק: המיטלטלין הללו אינם נזקפים בפקדון, ואין קניינם עובר לצד שכנגד, אלא חל על הצדדים רק **חיוב להשלים את העסק**, בדין "מי שפרע"[660].

---

[657] שג) ר' **אנסון**, עמ' 344-347; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 275 ואילך; עמ' 568 ואילך; **מיסינאו**, ג/א/א, עמ' 161; ספר החוקים האזרחי איטלקי, סע' 1176 ואילך; בג"ב, סע' 362 ואילך; חוק החיובים השוייצרי, סע' 68 ואילך.

[658] שד) במסגרת זו אין לבעייה משמעות אלא במקרה שהצד החייב ממלא את חובתו רק במה שנוגע לחלק מן הנכסים, ואינו ממלא אותה לגבי הנכסים הנותרים - אך אז נפתר העניין פשוט, על-פי כללי המילוי החלקי, והיינו שהעסק מתקיים תוך הטלת פיצוי כספי בעד הנכס שלא סופק, או שהמתבטל הוא מעיקרא או באופן פרופוציונלי - לפי בחירת הצד הנפגע ולפי טיב במסיבות.

[659] שה) "נכסים קונים", בהבדל מ"תמורה קונה", כפי שהסברנו במס' 4, אות ד', לעיל.

[660] שו) דוק בעבודה זרה ס"ג א' ור' נתה"מ, משה"א ביאורים, סי' פ"ג ס"ק ז'; ור' פ"ה מהל' מכירה הל' ב' (בכיוון הפוך מן ההנחה הנידונה שם ודוק היטב שלא לטעות במשמעות המלים "לתחילת פרעון", המשמשות במקור זה במובן שונה מן הנקוט בידנו).

עסק מוחלף שכזה מתדמה כמובן מאוד לחליפין החוביים של [[338]] השיטות האירופיות, אך עדיין נשאר בו ההבדל, שעל-כל-פנים - כשהתמורה הקונה מצליחה להיקנות כולה במוחזק לאלתר - אין זה עסק של חובים הדדיים. עסק של חובים הדדיים נוצר רק במקרה היעצרות בדין "מי שפרע". בפרטי הדינים של עסקים מסוג זה בדיני ישראל נדון בסעיף הבא של פרקנו.

מן הצד ההפוך, אם **התמורה הקונה של החליפין** מוקנית מלכתחילה כמכוון, אך אין היא מצליחה לקנות את כל הנכסים שאמורים היו להיכלל בתמורה **הנקנית**, נראה ששום עסק מוחלף אינו יכול להיווצר מסתמא, והתמורה הקונה ראויה לחזור העינה לאלתר - כפי שאמרנו לעיל במקרה של סיכול **גמור** של התמורה הנקנית - אלא אם מסכימים הצדדים באופן אחר בפירוש.

אפשרות אחרת של חליפין מורכבים היא כאשר חלק מן העסק אמור מלכתחילה להיות בהינויים ממשיים בלתי-כספיים, העשויים לשמש כבסיס לחליפין, ואילו חלקו האחר הוא בהתחיבות כספית או אחרת. במקרה כזה נראה שיש להבחין: אם ההתחיבות אמורה להשלים את מה שנועד להיות **הנכס הקונה** בעסק, הרינו חוזרים למשהו מעין התחליף החובי של החליפין דלעיל; אם ההתחיבות אמורה להשלים את **התמורה הנקנית**, מסתבר שהעסק הוא בבחינת חליפין עם התחייבות-לואי, אשר דינה העקרוני הוא כחיוב המחיר במכר שהוגשם (את המקרה שההתחיבות איננה כספית נבחן ביתר פרוטרוט בסעיף הבא)[661]; ואילו כשחיובי-השלמה מצטרפים הן לנכס הקונה [[339]] הן לתמורה הממשית שכנגד, נראה לי שצריך העסק להיתפס כחליפין עם התחיבויות-לואי הדדיות, כפי שנחזור עוד לנתח את העניין בסעיף הבא. - לפי השיטות האירופיות יש מקום לבעייה מיוחדת מקבילה בהקשר זה, רק במקרה שמעורבת בדבר תוספת של התחיבות כספית או איזו התחיבות **מיוחדת** אחרת - כגון התחיבות עבודה - שאינה שייכת גם בחליפין, כפי שנוסיף ונברר להלן (שאם לא כן, במסגרת התפיסה של חליפין **חוביים**, הרי שעירוב התחיבויות שונות עשוי בסתם לעורר רק בעיות של מילוי חלקי, הפרדה, זקיפה פרופורציונלית או כיו"ב, והכל רק לעת המילוי, בדיעבד, אך לא שום בעיה מהותית מלכתחילה). אולם גם במקרה שהעירוב הוא **כספי**, נראה שהביעה המהותית המתעוררת לכאורה מתיחסת למעשה רק לשמו של העסק האם הוא מכר או חליפין - ואין לה שום משמעות יותר עמטוה[662]; ומסתבר שדומה לזה המצב גם במקרה שההתחיבות המשלימה היא התחיבות-עבודה וכיו"ב.

---

[661] שו-1) את מסקנתנו זו אין לערבב עם מה שנידון בעה"ש חו"מ סי' ר"ג סע' ח' - והיינו מקרה שאין בו משום צירוף של תמורה ממשית והתחיבות השלמה, **בפירוש ומדעת**, כי אם רק דברי-קניין המתימרים לכלול יחד הנאות ממשיות אחדות, אשר חלקן אינן ראויות לחליפין ישירים, אלא זקוקות לתיווך של חיוב, כגון כסף או דבר שלא בא עדיין לעולם. למקרה שכזה הוצעו שלשה מיני פתרונות מתארים: י"א שהעסק קיים, י"א שהעסק קיים במידה שניתן הוא להפרדה כראוי, וי"א שהעסק בטל כולו. לע"ד, נראה לי שכל שלשת הפתרונות עשויים להיות נכונים, לפי המסיבות: אם כוונת הצדדים היא דווקנית וכנה (וכשהמדובר הוא בכסף, הכוונה היא אמנם **לכסף**) הרי שהעסק בטל; אם הכוונה האמיתית היא באופן שלמעשה אין בו מניעה לחליפין - וכגון שב"כסף" הכוונה באמת אינה לתשלום, כי אם להקנאה של מטבעות מיוחדים, לשמן, בבחינת סחורה, - הרי שהעסק קיים; ואילו כשהכוונה היא לאו דווקא לחליפין כוללים, באם אפילו למין עסק מחולק או מוחלף, הרי שיתקיים העסק בבחינת חליפין במידת האפשר, ואילו היתר יתבטל, או ייהפך לחיוב-השלמה, או אולי אפילו כל העסק כולו ייהפך לעסק בתמורה חובית, כאפשרות שגרסנו במקרה שמעשה-הקניין שנעשה אינו מספיק כדי לתפוס את כל נכסי התמורה הקונה של דברי-הקניין.

[662] שז) **פלניול וריפר** י' (מהד' ב'), עמ' 507, 520-519; **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 160; **גוהל**, עמ' 252. המשמעות המעשית של ההבחנה היא לעניינים צדדיים, כמו, למשל, תחולת דיני האונאה, משא ההוצאות (אשר במכר חלות הן על "המוכר", ואילו בחליפין משמע שהן מתחלקות), תחולת הדין שיד המוכר היא על התחתונה במקרה של מחלוקת על פירוש החוזה (סע' 1602 הצרפתי), וכיו"ב. לכן, הכלל הוא שמכריעים בעניינים אלה לפי מה שנמצא להיות עיקר של העסק.

לאחר מכן, בעייה שעוד נותר לנו לסכמה היא בעיית טיבן של "הזכויות" העשויות לשמש נשוא לחליפין, לבד מבעלות בחפץ חומרי. בעייה זו נתבררה לנו כבר כמעט לחלוטין במה שנוגע לדיני ישראל - ובתחומם של אלה נשאר לנו רק לברר עוד את השתקפותם המיוחדת של עקרונות החליפין ביחס להעמדה של שכירות. הקושי המתעורר כאן נובע מכך שהתמורה להקנאתו של נכס בשכירות היא נמשכת וחובית מטבעה - "אין שכירות משתלמת אלא בסוף" - ולכן הכלל הוא שאין העמדת שכירות [[340]] יכולה לשמש נשוא לחליפין בדיני ישראל; אולם, עם זאת מסתבר כי הנכון הוא שאפשר להעמיד את השכירות על-ידי "קניין סודר" באופן סמלי, וכן ניתן להעמיד את השכירות בעסק החליפין תהיה בבחינת "דמי מפתח", שאינם תלויים בהמשך קיומה של השכירות והבאים רק כנגד עצם הנאת היענותו של המשכיר להתקשר בעסק (או גם בבחינת מכר האמור להשתלם בדרך קיזוז כנגד דמי-השכירות)[663]. אשר לשיטות האירופיות, התפיסה היא הקף הזכויות העשויות לשמש נשוא לחליפין זהה להקף הזכויות העשויות לשמש כנשוא למכר[664] - ויוצא אפוא כי לגבי הגדרת ההקף הזה נמצאים אנו מוחזרים לבעיות שכבר נתקלנו בהן בדיוננו במכר.

ז. חוזי הקנאה בתמורה שלבד ממכר וחליפין, הקנאה על-פי התחייבות והתחייבויות הדדיות בדיני ישראל

מכמה בעיות פתוחות שנשארו לנו אגב דיוננו בסעיף הקודם נמשכים אנו עתה באופן טבעי לתוך נושא כמוגדר בכותרת דלעיל - והרי זה הנושא שכבר הזכרנוהו כמה פעמים בבחינת "האפשרות הרביעית", המאספת, של אפשרויות חוזי-ההקנאה. ציון העניין במספר סידורי זה, יש בו ודאי צד-מוזרות בהתפתחות הרצאתנו בשלב שבו אנו עומדים - שהרי עד כה ניתחנו רק **שתי** אפשרויות עקרוניות של חוזי הקנאה: את המכר והחליפין בלבד, והמיספור שנקטנו נמצא אפוא מדלג על איזו אפשרות-ביניים נוספת, שלישית. אפשרות שלישית זו הריהי, כזכור, אפשרות **המתנה** - ואמנם ראויה היא להיתפס לפני "האפשרות הרביעית" במניין האפשרויות בעלות מעמד מוסדי עצמאי. אולם, ייחודה של "אפשרות שלישית" זו הוא שאין בה גידור של תמורה - ואילו [[341]] אנחנו, עדיין נישאים אנו בשטף הבעיות של ההקנאה התמורתית. לפיכך נדחה את הדיון במתנה אל הסעיף הבא, האחרון, של פרקנו, ובינתים נקדים ונדון באפשרות "הרביעית", המאספת.

1. הקנאה כנגד התחייבות בלתי כספית

במסרת זו יש לנו לחפש את האפשרויות השונות הבאות בחשבון קודם-כל בתחום המקרים שבהם מתכוונים הצדדים להקנאה במוחזק כנגד תמורה שאיננה כספית ושאינה יכולה גם להיות נשוא לחליפין אוטומטיים. באפשרות כזאת נתקלנו לעלי, קודם-כל במקרה שהתמורה המכוונת היא פשוט **התחייבות**, אך לא התחייבות כספית, כי אם אחרת. התחייבות כזאת יכולה להיות להקנאת איזה נכס בעתיד, בראוי או במוחזק, ויכולה [[342]] היא להיות התחייבות לפעולה פיסית. והנה, בשיטות האירופיות, במקרה שהמדובר הוא בהתחייבות הקנאה, חוזרים אנו למעשה למוסד החליפין. אם המדובר הוא בהתחייבות לפעולה פיסית, הרי שמתוך העדר ההבחנה בין "תמורה

---

[663] שח) שו"ע חו"מ סי' קצ"ה, סע' ט', ודוק.

[664] שט) **פלניול וריפר**, י' (מהד' ב), עמ' 506, (ואמנם גם משתמע הדבר ממילא מתוך העקרון שדיני המכר חלים על החליפין כל אימת שלא נקבע אחרת).

קונה" ל"תמורה נקנית" חוזרים אנו מכל-מקום לחוזה הדדי של התחיבות כנגד התחיבות, אלא שהתחיבות ההקנאה באה כאן כנגד התחיבות עבודה, שאינה יכולה להיות נשוא לחליפין - ועוד נשוב לדון בעניין מיוחד זה להלן. לעומת זאת, בדיני ישראל, אם המדובר הוא באמת בהקנאה (והיינו הקנאה לאלתר, ובין במוחזק בין בראוי), כנגד התחיבות, הרי שבלי נפקא מינה מצד תוך המעשה המחוייב (אם זה הקנאה או פעולה פיסית), נראה שלמעשה חוזרים אנו למשהו הדומה עד מאוד למכר - בהבדל יחיד זה, שבמקום חיוב המחיר בא כאן חיוב המעשה המבוקש, תוך התחיבות חלופה לתשלום כספי מתאים במקרה שהחיוב העיקרי לא יבוצע או לא יבוצע כראוי.

בקשר לכך יש לנו לברר מספר נקודות במיוחד. ראשית, כאשר החיוב הוא להקנות בעתיד **במוחזק** (ודעת הצדדים יכלה אמנם לסמוך מלכתחילה שהחיוב יקוים), עולה אמנם מן המקורות שעם הקנאת התמורה הקונה נוצר ממילא החיוב שכנגד, כדרך שנוצר החיוב לתשלום המחיר במכר הכספי[665]; ונראה שבמסיבות מתאימות אף עשוי חיוב זה להתמלא באופן אוטומטי, לכשמגיע זמנו (והיינו כשהדבר אפשרי, ודעת הצדדים היתה כן מלכתחילה, וחזקתם נשארת שעדיין לא חזרו בהם, והחייב מתכוון אמנם לעמוד בחיובו)[666]. מלבד זאת יכול בית-הדין לכוף למילוי החיוב בעינו[667], ומסתבר שהאכיפה [[343]] אינה מוכרחה להיות דווקא על-ידי ירידה ממשית אל הנכס באמצעות שליחי בית הדין, אלא יתכן גם שפסק-הדין יעביר לנושה באופן אוטומטי את הזכות המגיעה לו בנכס[668]. אולם, אם מילוי החיוב בעין שוב אינו אפשרי - או שלמעשה אין לצדדים עניין מיוחד במילוי החיוב בעין דווקא, וגם תחליף כספי יכול לספק את עניינם, ואחד הצדדים מעדיף אמנם תחליף כספי - נכס החיוב הכספי תחת החיוב החפצי המסוים[669]. הערכת התחליף הכספי היא לפי ערך הדבר שהיה מגיע על-פי החיוב המקורי בזמן הראוי למילוי[670]. תחליף כספי זה אינו כרוך במושג של "הפרת החיוב" ואין לראותו כ"פיצוי" (- מושג המתקשר להגיון עונשי, בגין ההפרה), אלא באמת מופיע הוא בדיוננו בבחינת **תחליף**, שאפשרותו נקבעת מלכתחילה כיסוד מהותי כשר ומחויב, בגוף החיוב החוזי עצמו[671]. חיוב פיצויים בגין הפרת ההתחיבות עשוי לעלות בדיני ישראל רק **בנוסף על האמור**, על-פי העקרונות שסיכמנו בקצרה לעיל, בסע' ה' של פרקנו, הערה רמ"ה[672].

---

[665] שי) עה"ש חו"מ סי' ר"ט סע' י"א, ור' נימוק, יוסף על בבא מציעא מ"ה ב', ד"ה לישנן בעינא.

[666] שיא) על-פי עה"ש שם, סע' ט"ו וט"ז. ההתמלאות האוטומטית של החיוב על-ידי גמר הקנאתו של הנכס המובטח תהא בהה"א הנאה שמלכתחילה סמך הצד שכנגד על המתחייב והקנה לו את התמורה הקונה - והשפעתו של מעשה-קניין זה, "בהה"א הנאה", כאן על-פי "תנאי דוחה", בהתאם למה שראינו בפרקנו לעיל, סע' ד', מס' 10, בסמיכות להערה ר"א.

[667] שיב) כך נראה למשל, על-פי תשו' מהר"י וייל, סי' קמ"ג ופ"ת על שו"ע חו"מ סי' רמ"א ס"ק ט'; ור' עה"ש חו"מ סי' רמ"ה סע' ג', בסוף.

[668] שיד) כך מדין "הפקר בית דין הפקר" (גיטין ל"ו ב'), ור' גם תשו' הרא"ש, כלל ע"ג סי' א'.

[669] שטו) מסתבר כי לאור הדברים שהבאנו בהקשר זה מקודם יש לצמצם ברוח זו את משמעות מסקנתו של הרא"ש בפסקיו על עבודה זרה ס"ג א' ואת משמעות פירושו של הש"ך על חו"מ סי' של"ב סע' י"א, וגיטין ע"ד ב' וכתובות ק"ג א', בראש העמוד.

[670] שטז) עה"ש חו"מ סי' של"ב סע' י"ג.

[671] שיז) ר' גם עה"ש חו"מ סי' ר"ו סע' ג'.

[672] שיח) מבחינה מושגית יש בנקודה זו שינוי גדול מן השיטות האירופיות, שבהן משתרע חיוב הפיצויים גם במקביל למה שכינינו אצלנו "תחליף". כמו כן, אין בדיני הפיצויים האירופיים הבחנה בין פיצויי-הפרה מדין נזיקין לבין פיצויי ביטול-כיס, העשויים רק להגיע על-פי עצם תוכנה של ההתחיבות העיקרית או מכוח התחיבות-לואי משוערת, "בהה"א הנאה דמהימן ליה". אולם, סקירה השוואתית ממצה של דיני הפיצויים בגין הפרת חיובים תחרוג מגדרי הנושא של החיבור שלפנינו ולא נוכל להפליג בה.

ממה שאמרנו משתמע לכאורה, שאם מילוי החיוב המקורי בעינו מתאפשר רק באופן פגום, הברירה היא ביד התושיה, אם לקבל את המילוי [[344]] הפגום בתוספת תחליף כספי כנגד הפגם או לדרוש רק תחליף כספי מלא - בסמיכות, כמסתבר למה שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", בדיני הגזלה[673].

אכן מוצאים אנו שדיני ישראל מאפשרים לאחר מכן גם התחיבות להקנות **בראוי**[674], הדינים יהיו בדרך-כלל כנ"ל. חידוש העולה כאן מטבע הדברים הוא, שאם המתחייב גבה בינתים לעצמו, במוחזק, הריהו נעשה חייב לרעהו את מה שגבה (וכמובן, בתנאי שגבה כראוי - שאם לא כן הריהו יתחייב בתחליף, או בהשלמה, ואולי גם בפיצויים, כדלעיל). שינוי נוסף הוא שבדרך-כלל לא יתכן כאן מילוי אוטומטי של החיוב, והמילוי יצריך אפוא מעשה-הקנאה מיוחד. אין צריך לומר כי בתחום האפשרות הזאת נפטרים ממילא לא רק המקרים שבהם נוקטים הצדדים בהתחיבות להקנות בראוי בעתיד, מפני שכך רצוי להם מסיבה עניינית אלא גם אותם המקרים שבהם ינקטו הצדדים בהתחיבות כזאת בהכרח, משום שהזכות בראוי לפי טבעה, לא תהא ניתנת להעברה במישרין, כתמורה נקנית בחליפין. ולבסוף, מה שאמרנו שההתחיבות במסגרת-הדברים הנידונה, בדיני ישראל, יכולה גם להיות התחיבות עבודה. בהקשר זה יש לחזור ולהדגיש כי כוונתנו היא למקרה שראובן מקנה לשמעון נכס או נכסים פלונים לאלתר במוחזק, **מתוך סמיכת-דעת מוחלטת**, כנגד התחיבותו של שמעון לעשות עבודה או מעשה פיסי מסוים כלשהו לאחר מכן.

משמעות ההדגשה היא כמובן בזה, שהקנאת הנכסים במוחזק מלכתחילה אינה אמורה כאן להיות **שכר העבודה** והריהי ניתקת אפוא מכל זיקה של תלות במילוי חיוב העבודה למעשה - ודווקא העבודה היא הנעשית כאן **מחיר הנכסים**. והנה, אם חיוב של ההקנאה ניתן [[355]][675] מטבעו לסיכול, באופן שאכיפת מילויו בעין יתכן כי לא תהא אפשרות או לא תוכר עוד כרצויה - על אחת כמה וכמה חיוב עבודה, אשר בית-הדין הישראלי לא יכפה את מילויו בעין בשום מקרה כלל[676]; וממילא מגיעים אנו כאן לתוצאה שהמדובר הוא למעשה בחיוב של מחיר, אשר לוקח הנכסים יקבל עליו לפרעו אם בעבודה ואם בסכום כספי מקביל, **לפי בחירתו**, ואשר עדיפותה של חלופת העבודה תוכל לקבל בו משמעות רק לעניין זה, שאם לא יגשים הלוקח את חלופת העבודה דווקא, במסיבות שבהן הוא יוכל להימצא אחראי לנזק או להפסד שנגרם כתוצאה מכך למוכר, הריהו יחויב גם בפיצוי, נוסף על חיובו בחלופה הכספית. מצד שני, המוכר לא יוכל אמנם לכפות אף פעם בעין את ביצועה של חלופת העבודה, אך הוא יוכל להשיג שהמחיר ישולם דווקא בחלופה הכספית, במקרה שהתעקשות הלוקח על פירעון דווקא בעבודה תיחשב לו כעמידה על "מידת סדום". האפשרות של עסק בגדרים כאלה עולה לנו מן הסוגיה בכתובות ק"ג ריש עמ' א'[677]; ואף-על-פי שמבחינת עיקר מהותה אמנם נראה נכון לסנפה אל המכר, כפי שאמרנו - יש לשים לב שעל-כל-

---

[673] שיט) פרק ח' סע' א', וביחוד בסמיכות להערה ז' שם.

[674] שכ) עה"ש חו"מ סי' של"ב סע' י"ב.

[675] [הערת עורך: המחבר טעה במספור העמודים].

[676] שכא) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות ג', בסמיכות להערות קל"ט וק"מ.

[677] שכא[2]) במקור זה אף מופיעה התחיבות העבודה לאו דווקא לעניין מחיר במכר פשוט, כי אם לעניין שכר בשכירותו של חפץ.

פנים, מצד סילוק התמורה, גם מסתנפת היא באופן מובהק יותר מן האפשרויות הקודמות לדיני חוזה העבודה.

אותה אפשרות עצמה מופיעה במקורותינו גם מתוך פרספקטיבה אחרת, אשר בה - מבחינת תוכנם הממשי של הדברים - אמנם יהא לנו מין מכר של עבודה כנ"ל, ובכל-זאת - מבחינת המהות העסקית - תיחשב ההקנאה במוחזק כאילו היתה שכר-העבודה, ואף כאילו היתה תמורתה הישירה של העבודה, אינו נדחה כולו לעתיד, [[356]] והמתחייב מתחיל בעבודתו לאלתר, אף לפני שנעשה מעשה-קניין אחר כלשהו להקנאת נכסי התמורה הקונה. במקרה כזה נהפכת התחלת העבודה **לגורם קונה**, כעין תשלום מוקדם של כסף על חשבון פרעונו של מחיר כספי; כתוצאה מכך נקנים נכסי התמורה הקונה ללוקח, וחיוב העבודה נכנס לתקפו בדיעבד, כתמורה נקנית, הן לגבי התחלת העבודה שכבר נעשתה הן לגבי העבודה שעדיין נותרה להיעשות. אולם, דברים אלה שוב אמורים רק במקום שכסף יכול היה לקנות את נכסי התמורה הקונה. אם לא כן - וכגון שהמדובר הוא במקרה רגיל של מיטלטלין או העברת תביעה - אין התחלת העבודה גומרת את הקניין, ואין העסק מתקשר על-ידיה אלא בגדר החיוב להקנות, באיום "מי שפרע" (תוך חיוב חלוף, כמובן, להחזרת ערך העבודה שתיעשה, כאילו נעשתה על-פי חוזה עבודה בשכר כספי)[678].

יש מקום לסברה שבעסק מן הסוג הנידון תידרש בדרך-כלל ראייה מובהקת ביותר כדי להביא לידי האומדן שדעת הצדדים סמכה אמנם על גמר המכר מיד עם התחלת העבודה, גם כשהדבר אפשרי - ובלעדי ראייה כזאת תהא חזקת הצדדים שלמעשה הם התכוונו לאו דווקא למכר במחיר העבודה, כי אם באמת לחוזה עבודה רגיל, בשכר כספי, אך בכפוף לתנאי "דוחה" או "משהה" (לפי המשתמע ממסיבות המקרה) שעם השלמת העבודה כראוי יבוא חיוב השכר על סילוקו בדרך מוחלפת על-ידי חליפין של הימחלות החיוב כנגד קניין הנכסים (תפיסה ההופכת למעשה את העסק כולו למשהו הדומה מאוד למכר הניתן לביטול על-ידי כל אחד מן הצדדים כל זמן שלא נתמלא חיוב התשלום במלואו, כפי שראינו בסע' ה' לעיל, בסמיכות להערה רמ"ט)[679].

דרך-קניין דומה, על-ידי התחלת מילוי התחייבות שאיננה כספית וכעין "קניין כסף" - כבר הסקנו לעיל שהיא אפשרית [[357]] לא רק מצידה של התחייבות-עבודה, כי אם גם מצידה של התחייבות להספקה קניינית[680].

2. הקנאה על-פי חיוב בתמורה לעבודה

בזה גמרנו לסקור את האפשרויות השונות שבהן עשויה הקנאה להופיע **כתמורה קונה** להתחייבות שאיננה כספית - ובתחום האפשרויות האחרות של חוזי הקנאה השייכות לסעיף זה של פרקנו מגיעים אנו עתה למקרים שבהם התמורה הקונה **לא** תהא הקנאה. כל המקרים האלה מצטמצמים למעשה להנחת-היסוד המשותפת, שהתמורה הקונה תהא אמורה להיות **עבודה** (או, על-כל-פנים, **פעולה פיסית**); כי אמנם, ישעוד לכאורה בתחום זה אפשרות מסוימת אחרת, והיינו

[678] שכב) עבודה זרה ס"ג א', ור' נתה"מ, משה"א ביאורים, סי' ר"ג סע' ז', ועה"ש חו"מ באותו סימן, סע' ט"ו.
[679] שכג) עה"ש חו"מ סי' של"ב סע' י"ג, בסוף.
[680] שכד) סע' ו' של פרקנו, מס' 5, בסמיכות להערה ש"ו.

שהתמורה הקונה תהא אמורה להיות "הנאת פעולה משפטית", בעוד שהתמורה הנקנית תהא אמורה להיות התחיבות, אך בצירוף-דברים מסוג זה אין למעשה שום תוספת-ייחוד לעומת מה שראינו לעיל.

אולם, גם במקרה שהתמורה הקונה אמורה להיות עבודה, אין עוד הרבה להוסיף על מה שהספקנו לראות כבר לעיל. התמורה הנקנית כנגד עבודה תהא בדרך-כלל חיוב לתשלומו של שכר, והשכר המוכוון יהיה בדרך-כלל כספי - וחוזים מסוג זה חורגים מנושא-חיבורנו. לדידנו יש לנו עניין רב במקרה שהתמורה הנקנית כנגד העבודה תהא בחיוב להספקה קנינית מסוימת, בלתי-כספית - והיינו שההספקה הקניינית לא תקנה את חיוב העבודה, כעין מחיר, כפי שניתחנו לעיל, אלא העבודה תהא אמורה לקנות את חיוב ההספקה לסילוק השכר. אולם, חיוב של הספקה קניינית בלתי-כספית אינו יכול להבשיל וללכת באופן [[358]] פרופורציונלי, כפי שדרוש בשכר. גם אם הצדדים יקבעו למשל כי שכר העבודה במלואה יהיה 1000 קילוגרם פירות, לא יוערך כל חלק של העבודה בשכר מספרי מתוך 1000 ק"ג הפירות, אלא החלק יוערך לפי מידת השכר הכספי הראויה בגינו, על-פי הנחה כי השכר המלא הוא במחיר-השוק של 1000 ק"ג הפירות בעת הראויה לתשלום - ונמצא אפוא כי חיוב הספקה קניינית בלתי-כספית לתשלום שכר-עבודה יכול להבשיל למילוי בעין רק במקרה שהעבודה אמנם נשלמת כראוי, ואילו בכל מקרה אחר נהפך הוא למעשה לחיוב של שכר כספי גרידא[681]. אולם, אם זוהי התוצאה, משמעות הדבר היא כי חיוב להספקה קניינית בלתי-כספית בתמורת עבודה יכול למעשה להתהוות רק במסגרת כזאת: משנקשר חוזה העבודה, "בהיא הנאה דמהימן ליה", נולד חיוב מצד שוכר-העבודה לשלם את שכר-העבודה לפי ערך ההספקה המכוונת ביום הראוי לתשלום, בתנאי שאם תושלם אמנם העבודה כראוי יהא השוכר חייב לשלם את השכר באופן מוחלט, על-ידי קיום ההספקה הקניינית בעינה, ובמידת האפשר אף יימצא העובד זוכה באותה הספקה באופן אוטומטי, מכוח מעשה-הקניין שמלכתחילה, על תנאי דוחה - **והכל כפי שראינו לעיל בחיוב להספקה קניינית בתמורת הקנאה, בסמיכות להערות ש"י-ש"כ**[682]. [[359]]

3. הקנאה על פי חוזה של חיובים הדדיים

בהקשר זה - לשם השלמת התמונה, ואף על פי שהעניין שוב חורג מדיוק הנושא שלנו - ראוי היה להעיר גם על האפשרות, שהחיוב בתמורת העבודה לא יהיה מכוון לא לכסף ולא להספקה קניינית אחרת, כי אם גם-כן **לעבודה**; אולם למעשה נפטרים אנו מן הצורך בהערה מיוחדת כזאת, כי

---

[681] שכה) כך מסתבר על-פי עה"ש חו"מ סי' של"ב סע' י"א. טעם הדבר הוא, שגם כאשר נקבע השכר בפירות, אין רואים את הקביעה כחיוב פשוט להספקת הפירות, אלא עדיין רואים את עיקר חיובו של שוכר-העבודה בתשלום השכר **הכספי** הראוי, ואילו את חיוב הפירות רואים רק כהסכם על אופן הערכתו של השכר ועל פרעונו **בצורה מוחלפת**. דוגמה מובהקת להצדקת השיטה תהא לנו אם ניקח למשל את המקרה שהפועל עשה עבודה כדי עשירית משכרו, והמחיר של 1000ק"ג פירות הוא אלף זוז, אך 100ק"ג מאותם פירות אין להשיג אלא במאה ועשרה זוזים. (הדברים אמורים,כמובן, על-פי הנחה שבסתם. אין בודאי מניעה שהצדדים יתנו שגם התשלום הפרופורציונלי יהיה מן הפירות בעין, ואז ייחשב גם כל מועד פרעון אמצעי כאילו כבר הושלמה בו העבודה כראוי, בגדרי עניינו).

[682] שכו) הזכייה האוטומטית תהא כאן רק על תנאי דוחה, ואין להביא בחשבון זכייה על תנאי משהה, כפי שעשינו בסמיכות להערה שכ"ג, - מפני ששם על-כל-פנים עוד נותר מקום להנחה שהצדדים התכוונו אמנם להקנאת הנכס לאלתר בכפוף להשלמת העבודה הנדרשת **בתמורתו**, בעוד שכאן הנחת-היסוד היא שאין הצדדים מתכוונים להקנאה אלא **בתמורה להשלמת העבודה**.

העניין מחזיר אותנו לבעיה כללית המתקשרת במישרין לנושא שלנו ואשר אמנם מגיע ממילא תורה להידון.

א. חוזה העבודה כדוגמה לחוזה של חיובים הדדיים

הבעיה היא בעיית ההתחייבויות ההדדיות בדיני ישראל - והריהי מתקשרת במישרין לנושא שלנו, מפני שהתחייבות להספקה קניינית עשויה גם להופיע במסגרת כזאת, ואילו פתיחה נוחה לבירור העניין תמצא לנו במושג שהזכרנו זה עתה בדבר עליית חיוב השכר מתוך התקשרות חוזה העבודה "בהיא הנאה דמהימן ליה".

את עיקר הרעיון הזה ראינו כבר לעיל, וביחוד במה שציינו בסע' ד' של פרקנו, במס' 10, הערה רי"א, שחיוב שכר העבודה אינו יכול להיוולד רק מכוח ביצועה של העבודה למעשה (כדרך שחיוב המחיר, בדיני ישראל, נולד פשוט מביצוע ההקנאה), אלא נזקק הוא גם לביסוס טרומי במה שקראנו "חוזה העבודה" והנה, רעיון זה כשלעצמו, שונה אמנם לחלוטין מרעיון הביסוס הטרומי של כל חיוב תמורתי-חוזי, על-פי השיטות של אירופה, בהסכם של התחייבויות הדדיות מקבילות: הרעיון שאמרנו אנחנו, לשיטתם של דיני ישראל, הריהו נכון, בהתאמת-לשון גרידא, גם לגבי חוזה מובהק של הקנאה **בלתי-חובית**, כמו חוזה שכירות של "נכס זה"[683], אשר מתוך צירוף מושג השכר ועקרונות[684] המכר יתקבל בו, כי בדומה לחוזה העבודה לא יבשיל בו החיוב של שכר-השימוש בנכס, ולא ייעשה ראוי לתשלום, אלא משיתקיים השימוש, ובמידה שיתקיים, ואף-על-פי-כן - הולדת החיוב הזה, ושעבוד נכסי השוכר למילויו, לא יהיו נובעים מעצם השימוש, כי אם מחוזה השכירות הטרומי, שיתקשר פה אמנם **עם הקנאת הנכס**, ממש כדין חיוב המחיר במכר הרגיל. יתר-על-כן, [[360]] גם בחוזה-עבודה יכולים אנו לתאר לעצמנו, כי צד חיוב יחול רק על **שוכר-העבודה**, לעניין תשלום השכר, במידה שהעבודה תבוצע, בעוד שהפועל מצידו יהיה פטור מחיוב כלשהו לביצוע העבודה, אפילו "בדבר האבד"; ואם נצרף לכך את ההנחה שלא תהא במקרה הנידון שום הסתמכות טרומית של הפועל על הבטחת בעל-הבית להעסיק, ולא תהא שום התעסקות מסוימת/חלופה שהפועל יימנע ממנה בהסתמך על הבטחה שכזאת, הרינו מגיעים כאן לתוצאה שחוזה העבודה יתקשר למעשה עם **התחלת העבודה**, בדומה מאוד להתהוות חוזה השכירות הנכסית עם הקנאתו של הנכס. אולם, בנקודה זו ממילא מתגלה גם הבדל מהותי, אשר הוא הוא החשוב לענייננו: בחוזה השכירות הנכסית, כשנוצר חיוב השכר מלכתחילה עם הקנאתו של הנכס, הריהו נוצר מלכתחילה נגד התמורה הממשית השלמה, אשר השוכר כבר קיבל אמנם, בבת אחת, באותו מעשה רגעי אחד של הקנאה, אשר שעבד את הנכס למימושו של השוכר; לעומת זאת, בחוזה העבודה, עצסהתחלת העבודה אין בו מבחינה תמורתית שום דבר מעבר לערכה של עבודת רגע אחד, ואם בכל-זאת נוצר כאן חיוב השכר גם לגבי מלוא העבודה הצפויה עוד להיעשות, זה-על-פי הנחות המקרה הנידון - רק באופן חד-צדדי, ללא בסיס תמורתי מוקדם, ומפני שאם בעל-הבית לא יסכים להתחייב באופן כזה אין הוא עשוי להשיג לו את עבודת הפועל כלל. לכן הסקנו, שבאמת לא עצם התחלת העבודה - אשר כשלעצמו הריהו דבר חסר משמעות - הוא הוא מעשה-הקניין המעמיד כאן את חיוב השכר, כי אם "ההיא הנאה דמהימן ליה", המתגלה

[683] שכז) ר' דיני "הקניין במוחזק", פרק ד' סעיף ה' מס' 2 אות א' בסמיכות להערה צ"ו.
[684] שכח) ר' סי' ג' של פרקנו במס' 2.

מבעד להתחלת העבודה, ואשר היא היא הגורם המשמעותי והמעמיד פה את הדברים באורם הנכון.

אולם, חוזה-עבודה על-פי ההנחות שהנחנו, ואשר למעשה אין הוא כלל חוזה-עבודה, כי אם רק הסדר-שכר גרידא הריהו [[361]] באמת רק סידור המתאפשר למקרים יוצאים מן הכלל - והצדדים שירצו בו יצטרכו להבהיר זאת בפירוש. חוזה-העבודה הרגיל, לעומת זאת, יכלול בו לא רק את הסדר-השכר, כי אם גם חיובי עבודה והעסקה הדדיים מסתמא[685] - ובחוזה כזה, ממילא משמע כי באותו מעשה-קניין, "בהיא הנאה", ואף בטרם שנתקיימה התמורה הממשית הקונה של העבודה, כבר יחול חיוב השכר, מבחינה עקרונית, **במקביל לחיובו של הפועל לעבוד**, ובאופן העשוי להעלות את הדימוי שכשם שבשכירות הנכסית חל חיוב השכר מלכתחילה כנגד שעבודו של החפץ המושכר, כן חל כאן חיוב השכר מלכתחילה כנגד התחייבותו ושעבוד נכסיו של הפועל בראוי. בחוזה העבודה מוצאים אנו איפוא הקבלה ישראלית מובהקת לחוזה החיובים ההדדיים של השיטות הנוכריות - ועתה נמשיך לבדוק את ההקבלה הזאת לפרטיה, תוך השארת נקודת-הכובד של העיון בבעיה המקשרת את העניין לנושא חיבורנו, והיינו חוזה של חיובים הדדיים הכולל בו חיוב הקנאה.

ב. "ההיא הנאה" כמעשה-קניין לחיובים הדדיים

הבעיה הראשונה המתעוררת במסגרת זו הריהו, האם אמנם נולדים כאן החיובים ההדדיים מתוך מעשה-קניין אחד, או שמא באמת נזקקים הם לשני מעשי-קניין שונים. הבעייה מתעוררת [[362]] באופן כפול: ראשית, מבחינה מושגית, מפני שב"ההיא הנאה" שאחד הצדדים גילה בפועל כי סומך הוא באופן סביר על הבטחתו של רעהו עדיין אין אנו רואים לכאורה שום גילוי מעשי שגם הצד שכנגד סמך על חברו, באופן שיחייב כבר מעתה לראות גם את החבר הזה עצמו כאחראי לנזקי-חזרה מצידו - ואפשר איפוא לשאול, האם אמנם הוא אחראי, ואם- כן, בשל איזו הנאה? ושנית, מבחינה מעשית,כי הדין הוא אמנם שהאיש רשאי לחזור בו, כל זמן שחזרתו לא תהא כרוכה בשום נזק צפוי מצד חברו[686] נזק שאף אינו יכול להיות צפוי על-כל-פנים כל זמן שאותו חבר לא פעל בהסתמך על רעהו, ומה גם אם הוזהר בעוד מועד כי שוב אין לו לסמוך[687] - והרעיון עשוי איפוא להתקבל על הדעת כי בינתים נשאר אמנם החיוב חד-צדדי מצד האדם אשר חברו פעל כבר בהסתמך על הבטחתו, ואילו לכלל חיוב **הדדי** אין הדברים מתקשרים אלא כאשר גם אותו אדם פועל מצידו, באופן סביר, בהסתמך על דברי חברו.

אולם, גם אם לטענות שאנסה עתה להעלות נגד האפשרויות האלה אין משמעות מעשית ישירה, והדברים יהיו תיאורטיים גרידא - ומסתבר כי זוהי אמנם הסיבה לכך שהעניין לא נידון ולא נתברר במפורש במקורות (ולפחות לא באלה שראיתי) - מכל-מקום נראה לי כי הנכון הוא מה

---

[685] שכט) ר' עה"ש חו"מ סי' שט"ג.

[686] של) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו' סע' ה', הערה ס"א, ובספר על "דיני הקניין במוחזק" פרק ד' סע' ד' מס' 2 אות ג' הערה ק"מ.

[687] שלא) דוק בכלל של דיני שכירות פועלים, שאין למעשה אחריות לנזק אלא בגין "דבר האבד"(עה"ש חו"מ סי' של"ג).

שהבאתי לעיל כמסקנה חד-משמעית,שיש לנו עניין כאן רק במעשה-קניין **אחד**, וזאת שוב מכמה טעמים:

א. העובדה כי האחריות אינה מבשילה למעשה אלא עם התהוותו של נזק צפוי, אחר הסתמכות מעשית של הניזוק על דברי חברו, אינה צריכה להיחשב כקובעת בענייננו, משום שאנחנו אין אנו דנים כאן [[363]] בהבשלה, כי אם בהתהווה החיוב מלכתחילה ובהשתעבדות העקרונית של הנכסים לכיסוי הנזק, למקר ועל תנאי שהנזק ייגרם והאחריות תימצא ראויה להבשיל - והרי לכל הדעות נולדת אחריות עקרונית ומותנית כזאת, לפחות באופן חד צדדי, כבר עם מעשה ההסתמכות, ובעוד שאין שם לא חזרה ולא הפרת ההתחייבות, ולא שום נזק צפוי והחיוב נשאר רק תיאורטי בלבד;

ב. כפי שדייקנו לעיל בעניין "ההיא הנאה", בעצם לא מעשה ההסתמכות הוא המגלם בעצמו את מעשה-הקניין, אלא מעשה-הקניין מתגלם כאן כבר מלכתחילה תוך דברי הקניין, ואילו מעשה-ההסתמכות חשוב רק כתנאי משהה לבירור תוקפם של הדברים בהתאם לכך, אף שתי האפשרויות העומדות כאן לביקורת אינן יוצאות למעשה לשני מעשי-קניין שונים, כי אם רק **לשני תנאים משהים** - אחד מבחינתו של צד אחד ואחד מבחינתו של הצד שכנגד - אך משהגענו לכך, ממילא מאבדים הדברים את עיקר הגיונם;

ג. משאמרנו כי על-ידי מעשה ההסתמכות מתברר חיובו של הצד שכנגד (וכגון שעל-ידי הימנעות בעל-הבית מהתקשרות חלופה יתברר חיובו של הפועל לעבוד), ממילא חוזרים אנו לעובדה כי חיו זה לא הוסכם על-כל-פנים אלא על דעת חיובו המקביל של הצד הראשון, ולא יתכן, למשל, לחייב את הפועל לעבוד, אם אין רואים את בעל-הבית מחויב כבר מלכתחילה בשכר המוסכם;

ד. כאשר הצד האחד פועל בהסתמך על דברי חברו, הרי לא זו בלבד שגורם הוא הנאת מהימנות לרעהו, אשר בגינה יחול על הלה החיוב, אלא גם מגלה הוא ממילא, שהוא - מצידו - על-כל-פנים סמכה דעתו על קיומם של דברי הקניין, הכוללים אמנם גם את ההתחייבות מצידו;

[[364]] ה. במקורותינו מופיעה התחלת העבודה כמפתח לתחולת החיובים ההדדיים בלי שום דיוקי-הבחנה בין תחילת חיובו של הפועל לתחילת חיובו של בעל-הבית - ומשמע לכאורה, גם בגוף המקורות, שאפילו כאשר בעל-הבית אינו מגלה במיוחד את סמיכתו על הפועל, חל חיובו של הפועל כבר מתחילת העבודה[688];

ואם תשאל, בשל איזו הנאה - לו תהא התשובה: בהיא הנאה שבעל-הבית אמנם גילה על-כל-פנים את אמונתו בפועל, אולם, הסבר כזה מתקבל באמת על הדעת לא רק למקרה של התחלת עבודה, אלא גם לגבי **כל** מקרה של התחלת הסתמכות - ואפילו כגון שנראה את בעל-הבית אחראי

[688] שלב) ר' **ורהפטיג** א' עמ' 97-93.

לשכר, לכשיעבוד הפועל, בהיא הנאה שהפועל האמינו על כך, והסכים לעבוד בשבילו, ולא חזר בו עד שעמד בעל-הבית ונמנע מלטפל בהתקשרות חלופה[689].

כל השיקולים האלה מובילים איפא למסקנה שמעשה-הסתמכות אפילו של אחד הצדדים בלבד עשוי אמנם להשלים לא רק עסק המבוסס על הקנאה במוחזק (או מחילה), ולא רק התחייבות חד-צדדית, כי אם גם חוזה של חיובים הדדיים;

אלא שחוזה כזה (להבדיל מכל אחד מן החיובים המקבילים הכלולים בו) ודאי לא יביא נכון לייחס, סתם, ל"ההיא הנאה דקא סמיך עליה", או ל"ההיא הנאה דמהימן ליה", כי אם **ל"ההיא הנאה דסמכי - או דמהימני אהדד"**, או לו יהא גם ל"**ההיא הנאה דצייתי להדדי"** (על אף שדייקנו במושג זה לעיל).[[365]]

ג. פירכת העיקרון של "מילוי בד בבד" וסדר המילוי על-פי הטיב הקנייני של נשוא החיובים

לאחר מכן, הבעייה השנייה במסגרת הנידונה תהא לנו בבירור עצם דיני החיובים ההדדיים על-פי המשפט העברי לעומת הדינים בשיטות האירופיות - ונתקדם בזה לפי השלבים המהותיים של התפתחות העניין במציאות.

לפי השיטות האירופיות ראינו, שמלכתחילה, משהועמדו החיובים ההדדיים על-ידי ההסכם, יש לכל צד תביעה למילוי החיוב שכנגד, בתנאי שהוא מצידו יהא מוכן למלא את חיובו הוא. בדיני ישראל, לעומת זאת, הגישה העיונית היא אחרת: אין מילוי החיוב שכנגד יכול להיתבע בשל עצם ההסכם, כי אם רק בגין הסתמכות שכבר יצאה אל הפועל; אולם, הסתמכות זו אינה מוכרחה להתבטא דווקא בהתחלת מילוי עצם חיובו של המסתמך - אפשר שהיא תתבטא רק בהימנעות מהתקשרות חלופה, - ומשמע כי במקרה כזה יימצא הצד שכנגד נתבע להיות הוא הפותח במילוי החיובים. גם במקרה ההפוך, כשההסתמכות מתבטאת בעצם מילוי החיוב, הרי שממילא נמצא אחד הפותח במילוי החיובים באופן חד-צדדי, - ונראה שאין בדיני ישראל שום דבר מקביל לעקרון של חובת מילוי החיובים באופן הדדי, **בד בבד**. ואכן, נראה גם לומר שעקרון זה הוא בלתי-הגיוני מטבע מהותו. לא זו בלבד שמילוי אמיתי ומדויק "בד בבד" אינו אפשרי למעשה, מבחינה פיסת, אלא אין הדבר בא בחשבון גם מבחינה עסקית: מי למשל ראה פעם שחיוב הפועל לעבוד וחיוב בעל-הבית לשלם יהיו שבעל-הבית יעמוד מול הפועל כשהשכר מושט בידו, ואילו הפועל - ידו האחת עושה במלאכה והשנייה מושכת השכר, פרוטה לפרוטה; וכן אפילו במכר - כלום יעלה על הדעת שהמוכר והלוקח יעמדו שניהם על דיוק הוראתו של הדין האירופי, באופן שהמוכר יושיט את המימכר, אך יסרב למסרו כל זמן שאין הלוקח משלם, [[366]] ואילו הלוקח יושיט את כסף המחיר, אך יסרב למסר כל זמן שאין נמסר לו המימכר? אלא הווה אומר כי אחד הצדדים מוכרח להיות הפותח והממלא הראשון - והשאלה היא רק איזה מן הצדדים יצטרך להיות הראשון על-פי דין.

[689] שלג) כדאי אולי לחזור ולציין כי הדברים אינם אמורים אמנם אלא מבחינה עיונית, והיינו- במקרה שלנו - כשלמעשה מסרב הפועל אפילו להתחיל לעבוד, ובעל-הבית אינו מגיע למעשה לידי חיוב תשלום שכר, וכל בעיית חיובו בשכר אינה מתעוררת אלא מתחת לפני השטח, לשם הצדקת תביעתו נגד הפועל, בגין נזק שנגרם ב"דבר האבד" על-ידי סרובו של הפועל לעבוד כמוסכם.

על שאלה זו מוצאים אנו תשובה פשוטה וברורה בדיני ישראל, וזאת על-פי ההבחנה בין "תמורה קונה" ו"תמורה נקנית" שראינו לעיל. במסגרת הבחנה זו עמדנו כבר על הכלל, שהתחייבות גרידא אינה יכולה להיות "תמורה קונה" לכך הוצאנו את חוזה החיובים ההדדיים אל מעבר להבחנה הזאת.

אולם, כאשר העסק כבר קיים, הרי מתוך העסק ולפנים מכל-מקום חוזרים אנו לאמת המהותית, שאין חיובתמורת יכול להבשיל, באופן שמילויו יגיע לזכאות באופן מוחלט, אלא אם הזכאי נתן כבר מצידו תמורה ממשית, "מקויימת" - ובנקודה זו באה ההבחנה שלנו ומורה איזה מן החיובים ההדדיים מכוון למילוי המתאים **לגרום** להחלטת החיוב שכנגד ואיזה מן החיובים אינו מתאים להיעשות מוחלט אלא אם נתמלא כבר רעהו תחילה.

ההוראה היא פשוטה לגמרי כאשר אחד החיובים מכוון לתשלום כספי, במקרה כזה ברור ממילא שאין אותו חיוב ראוי להיעשות מוחלט אלא כתמורה נקנית, כנגד מילויו של החיוב האחר[690]. יותר מסובך הוא המקרה שאחד החיובים מכוון להקנאה בעוד שרעהו מכוון לעבודה, אך גם כאן יהא מכל-מקום ברור בדרך-כלל על-פי עצם תוכנו של ההסכם אם העבודה צריכה להיות מחיר [[367]] ההקנאה או שההקנאה נועדת לפרעון השכר - ולפי זה ממילא ברור יהיה מה צריכה להיות התמורה הקונה ומה התמורה הנקנית במילוי החיובים, ואיזה מן החיובים הוא הצריך אפוא להתמלא ראשונה. אם תוכנו של ההסכם לא יהא ברור מבחינה זו, תהיה חזקתו - לפי מה שאמרנו בסמיכות להערה שכג' לעיל - שהריהו חוזה עבודה, וחיוב ההקנאה לא ייעשה אפוא מוחלט אלא אם תתקיים תחילה העבודה, בבחינת היא התמורה הקונה. האפשרות המסובכת ביותר היא שהחיובים יהיו שווי-ערך, והיינו חיובים המכוונים לחליפין, או לחילופין בלתי-ישירים של הספקה קניינית בלתי-כספית, כעין החליפין האירופיים[691], או לחילופים של עבודה כנגד עבודה; אולם, גם במקרה כזה הבעייה אינה קשה. בדרך-כלל יתברר כאן מתוך הדברים עצמם איזהו החייב הצריך להתמלא ראשונה, ואילו כשהדבר לא יהא ברור, רשי שהגיון השיטה מחייב כי הצד המעוניין במילוי החוזה יוכל בבוא הזמן להציע את ההינוי המגיע ממנו, להיות הוא התמורה הקונה, והצד שכנגד יהא חייב לקבל - וממילא תוחלט בכך התמורה הנקנית[692]. תוצא זו דומה

---

[690] שלד) הדברים אמורים כאשר החיוב הכספי מכוון אמנם לתשלום, והיינו תשלום בעד הינוי אחר, שאז אמנם נובעת מסקנתנו מעצם הגדרת המילים. אולם, יתכן לפעמים שחיוב כספי יופיע במערכת חיובים הדדיים שלא לשם תשלום נאות לפחות, לא לשם תשלום במובן המדויק, וכמו למשל חיוב לתת הלוואה תוך חיוב נגדי להחזירה בתנאים מסוימים, או חיוב להכניס דמי-ביטוח כנגד חיוב לפצות את האדם לכשיארע לו שום נזק. במקרים מסוג זה ברור מטבע העניין כי החיוב הכספי של מתן ההלוואה "תשלום" דמי-הביטוח יצטרך להתמלא ראשונה, ומילויו יהיה התמורה הקונה להחלטת החיוב הנגדי.

[691] שלה) במקרה של חוזה לחילופים הדדיים כעין החליפין האירופיים יתקבל כאן טעם הקנאת הנכס האחד לאו דווקא ייקנה הנכס-שכנגד, אלא תוחלט רק החובה להקנאתו. הדבר ייראה אפוא כעין חליפין תוך חיוב-ביניים בין הקנאת הנכס האחד לבין הקנאתו של רעהו, ואולי כדאי לייחד לעסק מסוג זה בדינינו את השם "חליפי ביניים" או "חליפין בלתי-ישירים".

[692] שלו) "חייב לקבל" - היינו לאו דווקא שהמציע יוכל לכפות את עצם קבלת התמורה הקונה, בפועל ממש, אלא ודאי מספיק יהיה שהאיש יעשה את מה שנדרש מצידו, על-פי תוכן החוזה, כדי שהתמורה הקונה **תוכל** להגיע לצד שכנגד; אם על-פי טיב העניין לא תוכל התמורה הקונה להגיע אל הצד שכנגד, משום **שהוא** לא יעשה את הנדרש **ממנו**, כדי "לקבל" ולאפשר את התגשמות הדבר כראוי, הרי שיחול עליו חיוב התמורה הנקנית באופן מוחלט מכל-מקום, כאילו התקיימה התמורה הקונה כראוי (ולו יהא שתוצאה זו תוכל גם להיות נתונה לסייגי-איזון מתאימים, לפי טיב המקרה): דוק בעה"ה חו"מ סי' של"ג סע' ב' וג', ור' עוד להלן באות ה'.

אמנם מאוד לתוצאה המעשית של עקרון חובת המילוי בד-בבד, אך ההבדל העיוני וההגיוני נשאר מכל-מקום ברור - וכן יוצא הוא כולו לטובתם של דיני ישראל, וביחוד במקום שכרוך בו גם שינוי מעשי.

בהתאם לדברים האלה ניתן לחזור ולסכם שבחוזה החיובים ההדדיים בדיני ישראל, הרי גם משנגמר החוזה, ולפחות אחד הצדדים גילה בפועל את הסתמכותו על הבטחת חברו, [[368]] עדיין אין אפשרות לתבוע את מילוי החיובים אלא-אם-כן הצד המעוניין בתביעה הוא זה שהבטיח את התמורה הקונה, או שנשוא הבטחתו על-כל-פנים יכול הוא לשמש כתמורה הקונה, והוא אמנם גם מילא את הבטחתו, והתביעה היא למילוי החיוב של התמורה הנקנית; או אחרת: שדווקא הצד שכנגד הוא החייב בתמורה הקונה, והתביעה היא אמנם להספקת התמורה הלזאת, ואילו הצד המעוניין בתביעה פעל כבר על-כל-פנים (או נמנע מפעולה) בהסתמך על הבטחת חברו, וצפוי לו נזק (או לו גם ביטול-כיס) במקרה שהבטחת חברו לא תתמלא.

ד. מבנהו ומעמדו של חוזה החיובים ההדדיים בדיני ישראל- ניתוח חוזר[693]

ואילו מבחינה עיונית ניתן לסכם בהקשר זה גם-כן, שאמנם חוזר ומתברר כאן היסוד המהותי של הכלל, שאין חיוב גרידא יכול לשמש כבסיס או כ"תמורה קונה" לחיוב שכנגד, כדרך התפיסה המקובלת באירופה, וביחוד מפורש במשפט האנגלי.

כי אכן, כפי שכבר היתה לנו הזדמנות לציין, עשויים חיובים הדדיים להיוולד בדיני ישראל זה כנגד זה ובאופן שמלכתחילה יהא ביניהם קשר "קאוזלי", כדרך תפיסתן של השיטות האירופיות - הקונטיננטליות: הגידור "הקאוזלי" חשוב כאן לעניין זה, שהחיובים לא יידונו כחיובי-מתנה, אלא תחולת כל אחד מהם תהא מותנית בתחולתו של רעהו ומילוי כל אחד מהם ייעשה על דעת תמורתו החוזית, באופן שימנע לגביו את [[369]] תחולתו הסתמית של הכלל "זה נהנה וזה חסר - חייב" - לפחות כל זמן שהתמורה החוזית תהא עשויה אמנם לחול. אולם, יש לשים לב להבדל בין צורת הופעתו של הקשר הזה בשיטות האירופיות לבין צורת הופעתו בדיני ישראל.

כפי שכבר היתה לנו הזדמנות לציין, יש להבחין בגידור-הקניין בין גידור תמורתו לבין גידור בלתי-תמורתי. הגידור הבלתי-תמורתי, אמרנו, הריהו רק תנייה בדברי-הקניין, - כי משמגשים מעשה-הקניין את "המטרה המגודרת" (כגון העברת הרשות בנכס, בחוזה-מתנה), כבר מתקיימת כאן המטרה ממילא בהתאם לגידור (והעברת-הרשות נהפכת אמנם מאליה להעברת-מתנה, כמכוון). לעומת זאת, בחוזה תמורתי, זקוק עוד הגידור למבחן חיצוני בדבר התקיימותו למעשה; ומבחן זה, מטבע העניין יכול להתייחס רק לתמורות המגדרות בבחינת ישויות הבאות או שאינן באות לעולם בפועל, בדיעבד, בעקבותיו של מעשה-הקניין (כגון היקנות של נכס במוחזק, היווצרות של זכות בראוי או הגעת הנאה מדבר-עבודה) - ולהבדיל מן הציון **המושגי** של התמורות בדברי-הקניין, מלכתחילה, אשר בעצם רק הוא ממלא את התפקיד המגדר במובן המדויק, הנורמטיבי, והמשפטי - המופשט. המוסד של גידור-הקניין - או של הביסוס הקאוזלי, כפי שנקרא הדבר במקור-הכרתן, באירופה - משותף באמת לחוזים התמורתיים (או "ההדדיים") ולחוזים הבלתי-

[693] שלז) ר' לעיל בפרקנו סע' ו' מס' 3.

תמורתיים (או "החד-צדדיים) רק ברמה הרעיונית-המופשטת הזאת; ורק המשך מן השיתוף הזה הוא, אם ניתן אמנם לומר, לגבי כל מיני החוזים הללו גם יחד, כי נולדים הם מכוח סמיכת-הדעת (או הרצון), המיוסדת [[370]] **בגידור-הקניין** (או בקאוזה, תוך יתר התוכן של דברי-הקניין או דברי-החוזה) והמתגלמת ומתגלה במעשה-הקניין (או באירופה, בתופעת **ההסכמה**). לעומת זאת, ברמת העקרון של קיום התמורות בפועל, ממילא נשבר השיתוף, והחוזים התמורתיים (או "ההדדיים") מופיעים כקבוצה מיוחדת, אשר גם לה, אמנם, דרוש והכרחי הביסוס המשולש הנ"ל, אך אינו מספיק: לדידה יתכן כי הביסוס יתקיים מכל צדדיו, ובכל-זאת יצא החוזה בטל בגלל כשלון הגידור המכוון, או מפני אי-התגשמותה של אחת התמורות או הקאוזות, אשר נקבעו ונחזו באותו ביסוס משולש.

במבחן נוסף זה, ברמת-הממש, אפשר לראות צד של דמיון תיפקודי אל עניין הביסוס שאמרנו מקודם כי אותו ביסוס, ניתן לומר, מבסס ומסביר ומצדיק את החוזה - אך כן הוא גם בהתגשמות התמורה או הקאוזה בפועל, אשר אף היא הריהי גורם מבסס ומסביר ומצדיקף התגשמות כל אחת מן התמורות או הקאוזות, רק היא יכולה לבסס ולהסביר ולהצדיק את הגשמתה או התגשמותה של התמורה או הקאוזה הנגדית - ובאין התגשמות הדדית שכזאת, ממילא אין עוד ביסוס והסבר והצדקה לחוזה בכללו. אולם יש לשים לב כי שני מיני הביסוסים אינם על-כל-פנים היינו הך: הראשון נדרש על-פי שיקולים משפטיים-כלליים, הוא עקרון למשפט החוזים בכללו, קיומו הוא תנאי שמלכתחילה והוא מתיחס במישרין להתהוותו של עצם החוזה. לעומת זאת, הביסוס השני נדרש על-פי שיקולים יותר ענייניים-עסקיים, מעיקרו שייך הוא רק בסוג חוזים מסוים, קיומו -מבחינה הגיונית- אינו תנאי שמלכתחילה, כי אם רק בדיעבד, ובאמת אין הוא מתיחס במישרין להתהוות החוזה, כי אם רק בעקיפין - דרך השפעתו על תחולת הזכות לתמורה או לקאוזה שכנגד.

[[371]] והנה, אף-על-פי שכל הדברים האלה אינם מפורשים גם במקורות של דיני ישראל, הרי על-כל-פנים המבנה של דיני ישראל בעניינו מעלה את ההבחנות האלו באופן ברור מתוכו -על-ידי ההבדלה התיפקודית הגמורה, המתהווה בו בין דברי-הקניין למעשה-הקניין, מצד אחד, ובין מעשה-הקניין לבין יחס התמורה הקונה לתמורה הנקנית, מן הצד השני. בהתאם לכך, אך פשוט הואגם-כן במסגרת של דיני ישראל, שאם דיברנו קודם על הקשר הגידורי בין שני החיובים בחוזה של חיובים הדדיים, הרי דיבור זה כשלעצמו יכול היה להתיחס רק לרמה הרעיונית המופשטת שבדברי-הקניין וסמיכת-הדעת **מלכתחילה**, ולא היה בו, כשלעצמו, שום דבר המתחייב בהכרח לגבי טיבו של הקשר בין החיובים גם ברמה הגישומית בדיעבד.

לעומת זאת, בשיטות האירופיות מיטשטשות כל ההבחנות האמורות לחלוטין. את השפעת הטישטוש הז כבר ראינו לעיל, בבלבול הנוצר כאן בין המעמד הקאוזלי של **ההתחייבות** לבין מעמדו של **מילוי ההתחייבות** - אך אף יותר מופלג הדבר בתחום הנושא המיוחד של דיננו עתה. בשלב זה מקבלת חשיבות מכריעה, העובדה שבדברי-הקניין ומעשה-הקניין אינם מובחנים באירופה, אלא [[372]] מתמזגים הם יחד במוסד האחד של **ההסכמה**. מתוך מיזוג זה נוצר למעשה, בחוזה "ההדדי" באירופה, גם מיזוג גמור בין מושג הקשר הקאוזלי ברמה המופשטת

(ממעשה-הקניין ולמעלה) לבין מושג הקשר בין התמורות או הקאוזות ברמה הגישומית (ממעשה-הקניין ולמטה) - ומושג השני הזה הוא הבולע כאן לחלוטין את אחיו, לפחות כאשר העסק מצליח להתקיים[694]. באופן כזה, אם ניקח למשל את חיוב הפועל לעבוד כנגד חיוב בעל-הבית לתשלום השכר, נראה שאמנם גם באירופה אפשר להבחין לגביהם בין שני מיני ביסוסים: אפשר לומר כי החיבים חלים הדדית מכוח ההסכמה ראו בגלל ההסכמה), ואפשר לומר שכל אחד מהם חל מכוחו של החיובים-שכנגד). אך שני מיני הניסוחים אינם פה באמת אלא כעין שני צדדים של מטבע [[373]] אחת; והביסוס השני אף נראה פה לכאורה כמסקנה הגיונית **מחויבת** - משאך מתקיים הביסוס הראשון של ההסכמה, על-פי הנחה של זקיקות לעקרון הקאוזלי - מפני שברהט-הדברים שוב אין פה מקום להסכמה להיתפס בלעדיו, במסגרתה של איזו קאוזליות מופשטת מעבר לו, והריהו יוצא כביכול כמיצוי הגמור של כל הקשר הקאוזלי כולו[695] [696].

אולם הביסוס הזה, כפי שכאשר נוכחנו, אינו יכול למעשה לבסס שום דבר: גם אם שני החיובים מצליחים להיוולד זה כנגד זה, מכל-מקום העובדה היא שאף באירופה אין בדבר זה כשלעצמו כדי להניח את הדעת, לראיית החיובים כראויים למילוי ואכיפה גם בפועל, כל זמן שבעל-החוב בנגדי לא מילא מצידו - אלא אם הותנה שם אחרת, בגוף ההסכמה - ובסך-הכל מסתברת אפוא התפיסה הנידונה במעגל קסמים ללא מוצא, חן מבחינה הגיונית-עיונית, הן [[374]] מבחינה מעשית[697].

---

[694] שלח) כשהעסק אינו מצליח להתקיים, יש להבחין בנקודה זו בין שלוש אפשרויות. האפשרות האחת היא שהכשלון אינו קשור כלל בגורם הקאוזלי, ואז אין שם נפקא מינה בענייננו. האפשרות השנייה היא שהכשלון נובע מאי - התגשמותה של הקאוזה **שצוינה** - ובמקרה כזה מסתבך עניינו, בשיטות האירופיות, בערפילי השאלה אם הקאוזה היא **בעצם ההתחיבות**, או הקאוזה היא **במילוי ההתחיבות**; שהרי הכשלון במקרה הנידון יכול להיווצר כבר מלכתחילה, משום שאחת ההתחיבויות לא הצליחה משום-מה להיוולד מעיקרא, ויכול הוא להתגלם רק בביטול בדיעבד, עקב אי-מילויה של התחייבות. נראה, לכאורה, כי בשני האופנים האלה גם יחד - אם יבקשו להסביר את הכשלון במישור "הקאוזלי" - יאמרו באירופה כי העסק נכשל משום "העדר קאוזה" במובן הגישומי; ועוד נחזור ונראה להלן (בהערה שמ"ג) מה מעמדו המדויק של ערבוב זה מבחינת עניינו. אפשרות שלישית היא שהכשלון נמשך **מאי-ציונה** של הקאוזה בכלל. במקרה כזה נראה לומר כי ציון סיבת הכשלון כ"העדר קאוזה" ודאי יתפרש גם בשיטות האירופיות כהעדר **התנאה קאוזלית**, ברמה המופשטת, שהרי גם התנאת החוזה כמתנה, שאינה מצריכה שום הגשמה קאוזלית מיוחדת, יכולה היתה להציל את החוזה. אולם, במשפט האנגלי, נראה שאף אם ייכשל החוזה עקב אי-ציונה של תמורה מעיקרא, מכל-מקום יסבירו אמנם את הכשלון ב"העדר תמורה" **במובן הגישומי**, ואכן רק במובן הזה גרידא.

[695] שלט) הדברים אמורים, כמובן, על-פי **דמותן החיצונית** של שיטות האירופיות, כשיטות פועלות במסגרת התיאוריה המקובלת שלהן. אולם, הדמות הזאת, על מסגרתה התיאורטית, מועלית כמובן לדיון ביקורתי גם בתוך השיטות האירופיות עצמן - ומבחינה זו, למעשה מגיעות אף השיטות האלו עצמן לידי תודעת הבלבול שאמרנו, ולו גם כמו "מאחורי הפרגוד". ר', למשל, **גורלה**, המנתח בהרחבה את ההשתלטות המטעה של המובן הגישומי של הקאוזה מנקודת-ראות אחרת, בכרך א' של ספרו, עמ' 262 ואילך, וביחוד בעמ' 272-273.

[696] שמ) בהקשר זה אין נפקא מינה אם נוקטים בתפיסה שהקאוזה היא בעצם ההתחיבות או שמעדיפים לראותה במילוי ההתחיבות. אף **קפיטן**, שכבר הזכרנוהו כנציג מובהק של התפיסה השנייה (ואשר **גורלה**, שבכרך א', עמ' 300-301, מזכירו גם - בצדק - בין המבליעים את המובן הטרומי של הקאוזה תוך השימוש הסוחף במובן הגישומי), מבחין על-כל-פנים בין הקאוזה לעת עריכתו של החוזה והולדת החיוב לבין הקאוזה לאחר מכן, עד למילוי החיוב (עמ' 27). לעניין השלב הראשון - שרק הוא מעניין אותנו פה - נמצא אפוא שאף לשיטת **קפיטן**, הקאוזה היא למעשה בעצם החיוב, ולו יהא שהקפיטן מוסיף ומדגיש כנגד יריביו, שאפילו בשלב זה הקאוזה איננה בחיוב סתם, כי אם בהתחייבות על דעת מילויה בפועל. ר' גם **הורטדו**, בעמ' 31, המציין כי בחוזה החיובים ההדדיים, "הבסיס להתחייבות הצדדים היא בהתחיבות-שכנגד, או -לפי מחברים מסוימים- במילוי או בביצוע של התחייבות הצד השני" - ודוק שלמעשה גם לפי השיטה השנייה, מופיעות כאן על-כל-פנים ההתחיבויות מבוססות זו בזו, ואף בטרם מילויו.

[697] שמא) מן **הבחינה המעשית**, מעגל הקסמים הוא כמובן בעקרון "המילוי בד בבד", שהפרכנוהו לעיל, ואשר שרשיו ההגיוניים מתקשרים בבירו אל התפיסה הקאוזלית הנ"ל (והיינו שכשם שהחיובים חלים זה מכוחו של זה, במעגל, כן גם יש למלא אחריהם בפועל באותה הצורה).
מן הבחינה ההגיונית, יש להדגיש כי גם העובדה, שעל-פי הסכמה יכול כאן החיוב להימצא ראוי למילוי ואכיפה אף בטרם שנתמלא החיוב-שכנגד-גם עובדה זו, אין בה למעשה כדי לפרוץ את מעגל-הקסמים, כי

[[375]] לעומת זאת, בדיני ישראל - לאור הכלל, שהתחיבות כשלעצמה אינה מבססת קניין תמורתו ולאור הדברים האחרים שראינו - מקבלים אנו כאן מוצא הגיוני ומעשי המניח את הדעת, כלהלן. הקשר הגידורי בין החיובים ההדדיים נשאר עומד כפי שהצגנוהו לעיל, ברמה המופשטת בלבד, ואילו לרמה הגישומים אמנם אין הוא יורד ואף אין הוא נוגע בה כלל. בניסוח יותר מפורט: אמנם, החיובים ההדדיים תלויים בהולדתם זה בזה, ואם אחד מהם אינו מצליח משום-מה להיוולד, הרי שגם חברו, ממילא, איננו נודל. אולם, אינמשמע כי החיובים גם נמצאים **מבוססים זה מזה**, לעניין שאם שניהם הצליחו אמנם להיוולד **זה כנגד זה**, הרי שממילא הם ייחשבו גם כמושכים את הצדקת תחולתם **זה מתוך** זה, כל אחד מה אף ייחשבו כבר ממילא כראוי למילוי ולאכיפה (אם "בד בבד" ואם באופן אחר), בשל עצם תחולתו הדומה של חברו. תוצאה זו מתבררת במיוחד אם נשים לב כי בדוגמת חוזה העבודה בין הפועל ובעל-הבית דלעיל, הרי בדיני ישראל מתפתחת ראייות המילוי והאכיפה של החיובים מתוך כך שהפועל נעשה קודם-כל אחראי לנכונותו [[376]] **הוא** לעבוד, "בהיא הנאה" שבעל הבית האמינו וסמך עליו - ונפקא מינה שביסוס החיוב למילוי ואכיפה מופיע כאן רק בהגיון **הנזקי** של "ההיא הנאה", ולאו דווקא בהגיון **התמורתי** של זכותו לשכר, כפי שמופיע הדבר בשיטות של אירופה. במילים אחרות אפוא: ההגיון התמורתי של חיוב העבודה אינו נעלם אמנם גם בדיני ישראל, ונושא הוא את משמעותו המעשית המלאה, כפי שראינו וכפי שנוסיף ונראה עוד; אולם, לעניין ביסוס מילויים של החיובים למעשה, כאילו נשאר הגיון זה מאחורי הפרגוד, והתפקיד מתמלא ממקור אחר לגמרי.

והנה, גישה זו יכולה אמנם להיראות לכאורה כאילו דיני ישראל היו מספקים כאן איזה מין גורם "קאוזלי" מיוחד, להחלפת הגורם "הקאוזלי" שבחיוב גרידא, אשר אינו יכול להועיל להעמדתו המספקת של החיוב-שכנגד. אולם, באמת אין הדבר כך. כבר הדגשנו כי המוסד של "ההיא הנאה" איננו מופיע במקביל לתמורה - או במקביל לקאוזה התמורתית - אלא מופיע הוא ברמה ובתיפקוד של **מעשה-הקניין**; ואמנם, גם לשם העמדת חוזה-העבודה והחלטת חיובו של הפועל לעבוד, אין

אם אדרבה. שהרי אם ההנחה היא כי הסכמת הצדדים והביסוס ההדדי בין החיובים מספיקים לאכיפת החיובים - למה נדרש עוד גם, בדרך-כלל, המילוי הטרומי? ואם ההנחה היא שהסכמת הצדדים והביסוס ההדדי בין החיובים אינם מספיקים כשלעצמם - כיצד יכול החיוב להימצא ראוי לאכיפה אף בטרם שנתקיים המילוי הנגדי?

כמו כן, יש שוב לציין, שאף התפיסה של **קפיטן** בדבר זיהוי הקאוזה של ההתחיבויות ההדדיות לאו דווקא בעצם החיובים כשלעצמם, כי אם **בהשתמעותם למילוי** - אין בה למעשה כדי להציל כאן מאומה. כי אחת מן השתיים: אם הגורם הקאוזלי המכריע הוא באמת רק במילוי, נמצא שלמעשה נמצאים החיובים מלכתחילה ללא שוב ביסוס קאוזלי בכלל - תפיסה שהיא ודאי שונה על-פי שיטתנו שלנו, כפי שנראה עוד, אך איננה על-כל-פנים התפיסה השוררת בשיטות-המשפט האירופיות ואף לא בהצגת-הדברים על ידי קפיטן בעצמו. אם לעומת זאת, יש להכיר בקיומו של ביסוס קאוזלי כבר בשלב הולדתם של החיובים **ובטרם** מילוי - כמשמעות המקובלת בתפיסת קפיטן - הרי שממילא חוזרים אנו למסקנה, שגם על=פי תפיסה זו, העיקר הוא שהחיובים מבוססים זה את זה, כפי שהדגשנו בסוף ההערה הקודמת.

ומצד אחר, אין מוצא ממעגל-דברים זה אף אם ננסה לפרש, בשיטת קפיטן, כי הביסוס ההדדי בין החיובים הוא **על תנאי שיתמלאו**, והיינו שאם הם מתמלאים, מבסס אותם המילוי הנגדי **למפרע** (ומלכתחילה עומדים הם אפוא לאכיפה רק בנתון ל"תנאי מפקיע" - דבר העשוי להיראות כחשוב במיוחד לעניין החיוב הנקבע למילוי מוקדם). פירוש זה אינו מועיל, מפני שעשוי הוא רק להסביר את זכות הביטול בדיעבד, אך אין בו על-כל-פנים כדי לבבסס את אכיפת החיוב מלכתחילה - ולו יהא גם על תנאי: אם מילויו של חיוב אחד נאכל בשל המילוי-שכנגד, אשר תורו יגיע רק בעתיד, הרי שהמילוי הראשון נמצא בינתים מבוסס רק **בציפייה** למילוי הנגדי, ולא במילוי הזה עצמו.

יתר-על-כן, העובדה היא, כפי שראינו, שאפשרות הביטול למפרע, לאחר שאחד החיובים כבר נתמלא, אינה תמיד מעשית ורצויה - ויש שאף נמנעת היא בשיטת-המשפט מעיקרא. במקרה כזה אף נופלת אפוא שיטת-הפירוש "התנאית" מאליה.

דיני ישראל דורשים כלל התקשרות המבוססת דווקא, במישרין ובהכרח, "בהיא הנאה" - כאילו היה זה מעשה-הקניין היחיד העשוי להתאים לעניין, - אלא יכול לסכום לכך גם מעשה-קניין צורני, כמו "קניין-סודר", או שטר, וכן "קניין-כסף", - ויש אפילו מי שאינו מסתפק כאן "בהיא הנאה", ודורש דווקא מעשה-קניין צורני[698] יתר-על-כן, כשם ש"היא הנאה" איננה מעשה-הקניין היחיד העשוי להועיל בעניינו, כן אף אין היא, מצידה, מצומצמת לעניין זה בלבד, אלא עשויה היא להועיל גם בכל מיני עניינים אחרים, כפי שראינו, במלוא ההקף של תחולת מעשי-הקניין הצורנים; ובסך-הכל, הרבותא של "היא הנאה" הריהו כאל, באמת, לאו דווקא במעמד המיוחד הניתן לה מן הבחינה המשפטית-הטכניתת כי אם רק במה שעשויה היא להקל עלינו את המעבר מראיית העניין בשיטות של אירופה להבנת הפתרון בדיני ישראל. הקלה זו מתאפשרת מתוך כך, שאכן, גם מעשה-הקניין הצורניים של דיני ישראל אינם סותרים את ההגיון של "היא [[377]] הנאה", כי אם אדרבה: כל אימת שמתקיימים הם, מתגלמת מבעדם ממילא גם "היא הנאה דמהימן ליה" - וההבדל בין שני המינים של מעשי-הקניין מבחינתנו הריהו רק זה, שבמעשה-הקניין הצורני נעלם ההסבר של "היא הנאה" מאחורי הצורה המוחשית, בעוד שבמעשה-קניין "בהיא הנאה" משתתף ההסבר במעשה באופן מפורש ובמישרין. ההסבר של "היא הנאה" - במקום ההסבר התמורתי - באמת חל אפוא בעניינו תמיד, על-כל-פנים. אולם, אף-על-פי-כן, העובדה נשארת **שברמה המשפטית-הטכנית** אמנם לא ההסבר שב"היא הנאה" הוא הקובע בעניינו, כי אם צד מעשה-הקניין שבדבר, הוא הוא הקובע; וכך מגיעים אנו לתוצאה, שבדיני ישראל, במקרה הנידון, מתרכז כל ביסוסו של החיוב **במישרין במעשה-הקניין** - או, במילים אחרות: עצם אותו מעשה המעמיד את החיוב הוא גם המכשיר אותו כאן למילוי ואכיפה, ואין אנו נזקקים פה, לשם כך, לשים ביסוס תמורתי בנוסף.

תוצאה זו, מצדה, מדמה את העניין לביסוס של חיוב-מתנה, אשר אף הוא, עם כל זקיקותו לגידור (או ל"קאוזה") הריהו נמצא על-כל-פנים מושלם כברבעצם הביסוס שבמעשה-הקניין; אולם, משהגענו עד כאן, עשויה השאלה לחזור ולהישאל, האם אמנם הדמיון הוא נכון, שהרי על-כל-פנים נותר לנו כאן מין סרח עודף של תלות הדדית בין החיבים, אשר איננו מצוי החוזה מתנה. התשובה היא כי סרח עודף זה אינו משנה, מטרם שהתלות ההדדית מתהווה פה רק על-ידי **ההתנאה ההדדית הכלולה בעצם תוכנם של החיובים מבפנים, ואין היא נובעת משום זקיקות** [[378]] **לביסוס הדדי מעבר לכך.** ביתר פירוט: חיובו של הפועל לעבוד נתלה כאן אמנם **בתחולת** חיובו של בעל-הבית לתשלום השכר - וכן גם תחולת חיובו של בעל-הבית לתשלום (לכשתיעשה העבודה במציאות) נתלית **בתחולת** חיובו של הפועל לעבוד בהתאם למוסכם. אולם, תנאים אלה, כשלעצמם, עדיין אין בהם שום דבר שיזקיקם לרדת "ממעשה-הקניין ולמטה", אלא נשארים הם לחלוטין רק בתחום ההתפתחות ש"ממעשה-הקניין ולמעלה", ובאמת אין אנו זקוקים לשם התמלאותם ההדדית אלא לזאת, שמעשה-הקניין יוכר כבעל-תוקף ויעמיד אמנם את החיובים זה כנגד זה, כפי שהוגדרו בדברי-הקניין. אך זהו, אפוא, בינתים, כל "המבחן החיצון" כולו, העשוי להידרש כאן לבחינת התגשמותו של הגידור הקאוזלי - והדבר יתברר ביחוד אם נשים לב, כי חדלון תחולתו של החיוב האחד, העשוי להכשיל את תחולת החיוב-שכנגד ברמה הנידונה, אמנם

[698] שמב) ר' עה"ש חו"מ סי' של"ג סע' ח'. ביחס ל"קניין-כסף" דוק במה שאמרנו בסעיף זה של פרקנו לעיל, במס' 2, בסמיכות להערה שכ"ב.

לא יוכל אף פעם לנבוע ממשהו אחר מאשר מפגם בעצם ההתשקשרות מצד בעל אותו חיוב, וכגון העדר כושר משפטי או העדר סמיכות-דעת. מכאן ואילך כבר יהא החוזה בטל, כמובן, מכל צדדיו, ממילא - **לאו דווקא מפני הפגם המסוים של אי-התגשמות התמורה המכוונת בגידור-הקניין של החיוב-שכנגד**, אלא מפני הפגם היסודי יותר של **בטלות מעשה-הקניין מעיקרא, באשר הגידור המכוון לא התקבל כלל באופן מועיל מלכתחילה על-ידי שני הצדדים**; אך משהגענו עד פה, כבר רואים אנו כי פגם מסוג זה באמת [[379]] עשוי להכשיל לא רק גידור תמורתי, כי אם אפילו גידור-מתנה כאשר הדמיון שמצאנו בין מסגרת הגידור והביסוס של חוזה החיובים ההדדיים כשלעצמו - בשלב שבטרם הוצאת החיובים אל הפועל - נשאר אפוא שלם ובלתי-נפגע[699].

לאור הדברים האלה, המסקנה שנתבררה לנו הריהו אם-כן, במילים אחרות, כי חוזה החיובים ההדדיים, כשלעצמו - עם כל הגידור התמורתי המצוי בו מלכתחילה לגבי כל אחד מן החיובים המרכיבים, - איננו על-כל-פנים חוזה המורכב באמת מהגעתן של תמורות זו כנגד זו - הגעה העשוי להיזקק [[380]] עוד למבחן חיצוני מיוחד לגבי התגשמותה במציאות, - כי אם, בדומה לחוזה המתנה, כל תוכנו הגידורי של חוזה אינו אלא בבחינת תנייה בדברי-הקניין, אשר אם רק יינתן להם מוצא של תוקף משפטי, כבר תימצא ההקנאה מגודרת ממילא בהתאם למכוון. ומסקנה זו, שוב נאמר, באמת איננה רק מיטווה של הגיון מושגי המיוחד לדיני ישראל, אלא מבוססת היא בהיגיון אובייקטיבי. כי אכן, אך טבעי ופשוט הוא - כפי שכבר הדגשנו מספר פעמים - שאין הנאה עשויה להגיע לאדם, בין בממש ובין בראוי, בבחינת תשלום-תמורה להנאה אחרת, אלא אם אותה הנאה אחרת נתקבלה כבר בממש; אם לא כן - וגם אם אותה הנאה אחרת היא כבר מובטחת אפילו על-פי דין - עדיין לא יתכן מכל-מקום להוציא מן הצד-שכנגד תשלום של תמורה בממש או בראוי בעדה, שהרי עדיין יתכן כי ההנאה האחרת, המובטחת, באמת לא תסופק כלל בממש, על אף הכל; ואם על אף השיקולים הללו, מכל-מקום נאלצים בני אדם להיזקק לעסק שבו תינתן לאחד הצדדים הנאה כלשהי על דעת תמורת-הנאה מאתו, אשר עדיין לא ניתנה בממש, הרי אחת מן השתים: או שההנאה הניתנת היא הנאה ממשית לאלתר, ואז ממילא משמע כי ההנאה האחרת תוכל רק להיות תשלום-תמורה בעד ההנאה הקודמת, ולא להיפך; או שההנאה הניתנת היא גם-כן רק הבטחת-הנאה לעתיד, בראוי, ואז ממילא משמע שוב, שעל-כל-פנים לא בתשלום-תמורות לאלתר מדובר כאן, כי אם רק בהקנאה בראוי ועל תנאי, לקיים דבר פלוני, על דעת **שאם** יקוים יחול תשלום כך וכך. בהתנאה כזאת, ברור [[381]] כי התקשרות ההקנאה המותנית שכנגד, לתחולת התשלום במקרה שהדבר המובטח יקוים, איננה בבחינת **מילוי של התנאי**, שיעמיד בדרך סיבתית את ההקנאה במוחלט, כי אם רק גורם **המאפשר** את עצם התקשרות ההקנאה, על ההתנאה המלוותה. מצד שני, תחולת אותה התנאה היא היא גם הגורם **המאפשר** את תחולת ההקנאה המותנית שכנגד - וכך חוזר חלילה במעגל. באופן כזה מתקבל כאן בסך-הכל עסק **אחד**, אשר ההתנאה ההדדית איננה בו בבחינת "**ביסוס** קאוזלי", כי אם רק רעיון מופשט כל-כולו, ותו לא; ההקנאות המגודרות על-ידי התנאה זו והמשתלבות על-ידה אינן עסק של תמורות בהווה, כי

[699] שמג) מסקנה זו מחזירה אותנו למה שהבטחנו להבהיר, בהערה של"ח לעיל, בקשר לערבוב במעמד הקאוזלי בין כשלון העסק מתוך אי-היווצרותו של חיוב מלכתחילה לבין כשלונו עקב אי-מילויו של חיוב בדיעבד. לפי התפיסה המוצעת כאן, כשלון מן הסוג הראשון אינו ראוי להיחשב ככשלון קאוזלי, כי אם "התקשרותי", או טרומי-מהותי; ואם באירופה יראו גם אותו ככשלון קאוזלי, הרי זו תהא אמנם שוב דוגמה של השתלטות בלתי-ראויה מצד מושג הביסוס הקאוזלי-הגישומי על מושג הביסוס ההתקשרותי-הטרומי.

אם רק **עסק טרומי ומכין לעסק של תמורות בעתיד**; ואם המשפט יחייב אמנם להתחיל ולמלא את העסק הזה מצד אחת התמורות, הרי זה לא יוכל להיות, כמובן, בגין איזו תמורה-שכנגד, שעדיין לא ניתנה, כי אם רק בגלל עצם נכונותו לאכול את מילוי כוונת הצדדים.

לעומת מסכת-הדברים הלזאת - נשלים עתה ונבהיר - חשיבות **הביסוס התמורתי**, או מה שכינינו כ"ביסוס קאוזלי" ברמה הגישומית (בהבדל מן הביסוס התקשורתי ומן "הגידור הקאוזלי" ברמה המופשטת) הריהי מעבר למעגל התלות ההדדית גרידא בין שני אגפי התמורות. ברמה זו אין מספיק שנוכל לומר כי התמורה האחת לא תהא מגעת, אם לא תהא מגעת חברתה, אלא "המבחן החיצון" שאמרנו נדרש כאן דווקא מנקודת-ראות **חיובית**: "האם התמורה האחת מגעת, כפי שהותנה, **באשר התמורה האחרת אכן כבר הגיעה**?" אולם, נקודת-ראות זו נשמרת [[382]] מכל-מקום משולבת גם במעגל התלות ההדדית בכיוון השלילי, ולהלן נתחקה על דרכי-הצירוף בין השניים.

להפעלת המבחן מנקודת-הראות החיובית צריכים אנו לראות לפנינו מלכתחילה עסק מוכן, המגודר באופן תמורתי, וצריכים אנו לדעת איזוהי התמורהמוסכמת הצריכה לשמש על-פי דברי-הקניין או לפי מסיבות-המקרה בבחינת מה שכינינו כ"תמורה הקונה" (והדבר הוא למעשה שלם גם לגבי השיטות אירופיות). תמורה קונה זו, לפי מה שהסברנו, תצטרך בכל מקרה להתבטא בהינוי ממשי, שיינתן מצד אחד לרעהו - והמבחן להתקיימותה של דרישה זו יהיה אמנם, תמיד ובאופן חד-משמע, חיצוני לדברי-הקניין ולמעשה-הקניין כאחד. כך הוא אפילו כאשר ההנוי לא יהא מגיע לצד-שכנגד אלא בדרך המופשטת של העברה באמצעות מעשה-הקניין - שהרי מאחורי העברה מופשטת זו עוד נצטרך מכל-מקום לבדוק אם יש אמנם איזה הינוי ממשי שהועבר לצד-שכנגד בפועל[700]. משמעות המבחן בעניין זה תתבטא בכך, שאם ההינוי של התמורה הקונה אמנם נתקיים, תהא התמורה הנקנית **ראויה להגיע** - והיא תהא ראויה להגיע **בגין התמורה הקונה** [[383]] **שנתקיימה**. ביסוס זה, נראה לומר כי הוא יהיה נובע משתי הנחות-יסוד משלימות: ראשית, מתוך תפיסת-הצדק, המתגלמת בכלל כי במקום ש"זה נהנה וזה חסר - חייב", ושנית - מתוך הנכונות המשפטית לתת תוקף לכוונת הצדדים, והיינו כי מאחר שהצדדים הסכימו שהנאה פלוניתיגיע לכשתתקים הנאה פלונית אחרת, ואילו ההנאה האחרת אמנם נתקיימה, הרי שמגיעה גם ההנאה-שכנגד.

אם, לעומת זאת, התמורה הקונה **לא** נתקיימה, נמצא כי התמורה הנקנית אינה ראויה להגיע, והעסק יצא אפוא עקר ובטל למעשה, גם אם מלכתחילה היה לו ביסוס התקשרותו מושלם (הן בכושר, הן בסמיכת-הדעת והן בביצוע מעשה-הקניין כראוי). בתוצאה זו, אכן חוזרים אנו שוב למעגל התלות ההדדית בין התמורות מן בכיוון השלילי - והיינו שהתמורה הנקנית אינה מגעת, משום שלא הגיעה התמורה הקונה; אולם אגב כך יש לשים לב שבאמת נמצאים אנו כאן ברמה של תלות השונה לחלוטין מן התלות שראינו ברמה של חוזה החיובים. שם אמנם היו החיובים

[700] שמד) בנקודה זו אולי כדאי לחזור ולהדגיש שב"הינוי ממשי" אין אנו מתכוונים דווקא להינוי **פיסי**. אפילו כשהמדובר הוא בהעברת חפץ, במוחזק-ההינוי אינו פיסי כי אם רק משפטי; ועל אחת כמה וכמה כשההינוי הוא בהעברת זכות בראוי. הניגוד ל"הינוי ממשי" בנידון שלנו אינו "הינוי מופשט", כי אם רק - באופן מיוחד - ההינוי **שבהעמדת התחייבות גרידא לעתיד**.

תלויים איש בתחולתו של רעהו, אך עצם חדלון תחולתו של אחד מהם לא יכול היה להגיע למצב של גורם מעשי שיכשיל את לידתו של החיוב האחר; כאן, לעומת זאת, כבר אין אנו עוסקים בתלות ההדדים של **תמורות** (אשר רק **אחת** מהן יכולה להיות התחייבות), וחדלון התמורה האחת אמנם משמש כאן בהחלט כגורם מעשי ועצמאי, המכשיל את הגעת התמורה-שכנגד.

[[384]] מצד שני, אם העובדה היא כי התמורה הקונה אמנם הגיעה, וגם התמורה הנקנית נמצאת אפוא **ראויה** להגיע, יש עוד מכל-מקום להבחין אם התמורה הנקנית הזאת אמורה אף היא להתבטא בהינוי ממשי (והיינו שהעסק הוא חליפין), או שמא אמורה היא להתבטא רק בהתחיבות. במקרה הראשון, שוב נזקקים אנו למבחן חיצון לחלוטין כדי לדעת אם הראייות אמנם הצליחה להתגשם גם בפועל ואם בהגעת התמורה הקונה אמנם הצליח העליה לקבל את ההינוי הממשי שהיה ראוי לו כנגדה. אם התשובה על שאלות אלו חיובית - העסק קיים; אם לא כן, שוב מתבטל העסק מכוח התלות ההדדית בין התמורות, אך באופן שונה בצת ממה שראינו מקודם. כאן, תחילת החוט ההגיוני היא בכך, שהזכות לקבלת בתמורה הקונה מותנית בהגעת התמורה הנקנית - ומאחר שהתנאי הזה לא נתקיים, מתבטלת הזכות לקבלת התמורה הקונה מלכתחילה. ניתן אפוא לומר, כי על-פי דיוק המושגים באמת עומדים אנו פה לא רק בפני עסק **עקר**, כי אם ממש בפני עסק **שנתבטל**.

אם, לעומת זאת, אמורה התמורה הנקנית להתבטא בהתחיבות, אין אנו זקוקים לשום מבחן חיצון נוסף על מבחן התמורה הקונה, מפני שהגעת התמורה הקונה תעמיד את ההתחייבות מאליה, מכל-מקום - ובלבד שאמנם נתקיים שם "הביסוס ההתקשרותי" של העסק. אם הביסוס הזה לא נתקיים, כבר לא יהא שם **מלכתחילה** קיים אף לתמורה הקונה.

[[385]] אופן ההתקשרות של עסק התמורות ברמה הגישומית אל עסק חיובים ההדדיים העשוי להימצא מאחוריו יתברר לנו בשלב הבא של דיוננו.

ה. יתר דיני מילוי חוזה של חיובים הדדיים

הניתוח העיוני דלעיל התערב לנו לתוך מהלכו של דיון, אשר בו קבענו, כזכור, בתחילת אות ג', כי נכנסים אנו ל"עצם דיני החיובים ההדדיים" - ועתה משהשלמנו את הניתוח העיוני הזה, יכולים אנו להמשיך שוב ב"עצם הדינים".

הנקודה שהספקנו כבר לסכם בתחום זה היתה בעניין **סדר המילוי**, וראינו שלמעשה, בכל השיטות, מסתכם העניין בצורה כלשהי של בירור הגורם אשר כבר התרגלנו לכנותו כ"תמורה הקונה". אולם, השיטות האירופיות - מתוך שאין הן מכירות ביחודו של הגורם הלזה (ובאמת, אף השיטה האנגלית אינה מיטיבה להכיר ביחודו כאשר העסק מבוסס מלכתחילה **בחיובים** הדדיים) - אין בהן תפיסה מושגית ברורה של הגעת התמורה הנקנית בגין קבלת התמורה הקונה, ואף לאחר שנתקבלה כבר התמורה הקונה עדיין רואות הן את התמורה הנקנית כמגעת לאו דווקא בגין התמורה הקונה, אלא בגין ההתחיבויות ההדדיות שמלכתחילה. בשיטות האירופיות יש אפוא

דימוי של רציפות מהותית אחת בין חוזה החיובים ההדדיים לבין מערכת היחסים המתפתחת במילויו. בדיני ישראל, לעומת זאת, מתברר יותר [[386]] ההבדל בין השניים: חוזה החיובים ההדדיים, כשלעצמו, מופיע רק כחוזה **המכין** את המילוי, ואילו מערכת היחסים במילוי מופיעה אפוא כעין **חוזה חדש**.

לעניין עצם מהותו של החוזה החדש הזה - אשר נקרא לו "חוזה המילוי", בהבדל מ"חוזה ההכנה החובי" - שוב אין לנו הרבה להוסיף כאן לעומת מה שהספקנו כבר לראות במהלך חיבורנו עד כה. יהא זה חוזה אשר התמורה הקונה בו תהיה הקנאה במוחזק או בראוי, או הנאת פעולה משפטית, או דבר-עבודה, ואילו התמורה הנקנית תהיה הקנאה במוחזק, או מחילה, או זכיון, או התחיבות לאחד מאלה או לדבר-עבודה, או התחייבות כספית גרידא. במלים אחרות, יהא זה שוב חוזה מכר או מעין-מכר, או חוזה שכירות או חליפין, או חוזה של עבודה מתבצעת מעין אלה שכבר סקרנו - ובמסגרת המהותית הזאת נשארת סקירתנו הקודמת שלמה גם כאשר אותם חוזים אינם רק חוזים "קניניים", העומדים על רגלי עצמם, אלא משמשים הם כחוזי-מילוי לגבי חוזה הכנה חובי. אולם, דיני המילוי של חוזה ההכנה החובי אינם מתמצים רק במסגרת הזאת. ראשית, יתכן שהתמורה הקונה, המכוונת בחוזה ההכנה החובי לא תתקיים; ובמקרה כזה יתכן שלבד מתוצאת עיקורו של החוזה, אשר ראינו לעיל, עוד ייחשב הדבר כהפרה של החיוב להספקת התמורה הקונה, בדרגה שתהא עשויה לחייב את המפר בפיצויים. על גדרי הפיצויים עצמם, העשויים להגיע לצד הנפגע, ועל המסיבות שבהן עשויים הם להגיע, באופן כללי, לא נחזור להתעכב פה, ונסתפק במה שהערנו בנושא זה מדי פעם בפעם עד כאן[701]; [[387]] אבל כמה בעיות קרובות מצריכות בהקשר זה בירור מצידנו על-כל-פנים.

לצורך זה ניתן עתה תוקף למה שכבר ציינו לעיל, כי מרכז-הכובד של דיוננו יישאר בחוזים הכוללים בהם חיוב-הקנאה; ובמקום חוזה ההכנה החובי שבסתם ניקח לנו אפוא כבסיס, קודם הכל, את חוזה-ההכנה המכוון להקנאה **בתמורה הקונה** (והיינו חוזה התחייבות למכר - או, ביתר דיוק, למיקח-ומימכר, - חוזה התחייבות לחליפין או חוזה התחייבות לשכירות חפצים).

דוגמה מובהקת לאפשרותו ותוכנו של חוזה הכנה חובי שכזה מוצאים אנו, למשל, בעה"ש חו"מ סי' ר"ד סע' א'. בסעיף זה מדובר אמנם לאו דווקא בחוזה שנערך מלכתחילה על דעת הכנה חובית למכר בעתיד, אלא המדובר הוא בכוונה למכר מידי, שנכשלה בגלל השימוש במעשה-קניין בלתי-מתאים (כמו קניין-כסף להקנאת מיטלטלין) ובאופן שנוצר רק חיוב "מי שפרע", שלא בטובתם של הצדדים. אולם, בפרק א' של חיבורנו, בנושא השלישי, סוף סע' ד', עמדנו כבר על הזהות המהותית בין חיוב "מי שפרע" לעניין של חוזה התחייבות לעסק קנייני חוזר, במקום זה שנכשל; ברור גם שחוזה התחייבות למכר אמנם יכול להיווצר לא רק מתוך התפתחות בלתי-מכוונת כנ"ל, אלא אף בכוונה מכוונת[702] ואילו בסי' ר"ד סע' א' - ומתוך צירוף הדברים - מתברר, כי חוזה התחייבות כזה הריהו למעשה חוזה של חיובים ההדדיים בין המוכר והלוקח, אשר בו מתחייב המוכר להקנות את הסחורה, ואילו הלוקח מתחייב לשלם את המחיר לכשתיקנה לו הסחורה [[388]] בפועל.

---

[701] שמה) ר' ביחוד הערה רמ"ה, בסע' ה' של פרקנו, על ההפניות הנוספות המצויות שם.
[702] שמו) למשל, עה"ש חו"מ סי' ר"ט סע' י"א.

נשאלת אם-כך, קודם-כל, השאלה, כיצד משתלב חוזה כזה בעקרון ש"לי בני ישראל עבדים", המאפשר תמיד חזרה מהתחיבות, כל אימת שהחזרה לא תהא כרוכה ב"דבר האבד" לגבי הצד שכנגד[703]; וביתר דיוק: האם אמנם בא עקרון זה בחשבון, באופן מעשי, גם לגבי חוזה מן הסוג האמור, והיינו שהמתחייב למכור יוכל לצאת לפעמים פטור מהתחייבותו מלכתחילה, ואף-על-פי שכבר נתקיים בין הצדדים מעשה-קניין צורני או מעשה-הסתמכות אחר על המכר העתיד? התשובה על שאלה זו, לאור המקורות המיוחדים השייכים לעניין, נוטה להיות לכאורה שלילית, מפני שהעובדה היא כי תחולת חיוב "מי שפרע" בגין הפרת התחייבותו של המוכר מופיעה בלתי-מסויגת מבחינת הפסדו של הלוקח, והריהי חלה בסתם אפילו כשהסחורה מצויה להיקנות ממקום אחר[704]. אולם, באמת מסתבר כי נטייה זו אינה יכולה להעלות למעשה אלא-לכל היותר-רק **חזקה**, שהפרת התחיבות מכר אמנם כרוכה בסתם בהפסד הלוקח, באופן המונע מן המוכר את רשות החזרה; אך אם המוכר מוכיח בעליל כי **אין** ללוקח נפקא מינה, הריהו צריך להיות פטור. מסקנה זו מתחייבת לא רק מן העקרון הנ"ל של דיני החוזים, אלא גם מן העקרון הכללי והרחב יותר, כי במקום שזה נהנה וזה אינו חסר כופים על מידת סדום.

לאחר מכן, שאלה שנייה היא, למקרה שמלכתחילה אמנם אין המוכר רשאי לחזור בו, אלא שמכל-מקום - לפני הספקת הסחורה - מוצא הוא כי מצבו של הלוקח נשתנה לרעה, ולמעשה לא יוכל הלוקח לפרוע לו את המחיר. בשיטות האירופיות יבוא העניין על תיקונו, בדרך-כלל, על-ידי עקרון [[389]] המילוי בד-בבד וזכות-העיכוב ההדדית הנמשכת ממנו. ראינו כי במכר העברי, הקנייני, אין מקום לזכות עיכוב שכזאת; גם במסגרת של חוזה הכנה חובי למכר, הדעת נותנת שמבחינה עקרונית אין זכות-עיכוב, מפני שברור כי המוכר הוא הצריך למלא כאן את חיובו ראשונה; אך למקרה המיוחד שאמרנו מתעוררת השאלה שמא בכל-זאת מאפשר גם הדין העברי אינו זכות-חזרה, שהרי הדבר מתבקש לכאורה על-פי הגיון המסיבות. התשובה היא כי זכות כזאת אמנם נתונה והיינו שכל אימת שאחד הצדדים בחוזה הכנה חובי (אשר עדיין לא עבר לפסי חוזה-מילוי) נוכח כי המילוי של הצד שכנגד לא יוכל להתקיים כמכוון, הרי הוא יכול לחזור בו, כדי למנוע את הצורך בהתדיינויות בדיעבד[705] (על זכות החזרה כשהאיש עצמו לא יוכל לקיים את הראוי מצידו, מתוך אונס, נעמוד לחוד בהמשך החיבור).

שאלה שלישית היא אם במקרה של הפרתחייבות המוכר שלא כדין - וכשלמעשה עוד יכול המוכר למלאה - ניתן גם לכופו למילוי ההתחייבות בעינה; ועל שאלה זו נראה כי התשוב היא כפי שכבר ראינו לעיל בעניין הכפייה למילוי חיוב הקנאה מצד התמורה הנקנית (בכפוף, כמובן, לשינונים המחויבים)[706] ולבסוף, באותו ההקשר, דיו המקרה שהתמורה הקונה אינה מתקיימת לאו דווקא

---

[703] שמז) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק" פרק ד', סע' ה' מס' 2, אות ג', הערה ק"מ.

[704] שמח) ר' ביחוד עה"ד חו"מ סי' ר"ט סע' ט"ז.

[705] שמט) "דיכול לומר לו, לא ניחא לי למיקם עליך בדינא ודיינא" - ור' עה"ש חו"מ סי' ר"ד סע' ז'; ור' גם נודע ביהודה חלק יו"ד סי' ס"ט, ד"ה וראיה לדבר וד"ה ועוד: "דמה שלא נעשה עדיין, אלא שיש עליו חיוב לעשות, מהני אומדנא לפטרו מהחיוב" (והיינו אומדן סיכויי התקיימות הדברים בהתאם למכוון).

[706] שנ) סעיף זה של פרקנו, במס' 1, בסמיכות להערות שי"א-שט"ז: יש גם לציין כי המקורות המוזכרים שם נסבים אמנם על חיוב הקנאה לשם תמורה קונה סוף באופן מובהק יותר מאשר על חיוב מצד התמורה הנקנית.

מתוך סיבה הקשורה במוכר, אלא מפני שהלוקח מצידו מסרב לקבלה שלא כראוי. על עיקר הדין במקרה כזה עמדנו כבר לעיל, [[390]] בהערה של"ו, אך כאן ראוי להרחיב ולהבהיר מנקודת-הראות המיוחדת של חוזה הכנה מכר (בהבדל מנקודת-הראות הבסיסית של חוזה-עבודה, אשר כיוונה אותנו שם). נראה כי הקנאה ניתנת עקרונית להיכפות בעינה גם כנגד מי שחייב **לקבלה**, ואפילו שלא רק לעניין פרעון-חוב גרידא, אלא גם כאשר הקבלה כרוכה בנטל כלשהו, או בחיוב-תמורה, אשר יחולו בגינה על המקבל[707]. אולם, בעניין המיוחד שבו אנו דנים כאן, העובדה היא שלא רק ביחס ללוקח, אלא אפילו כנגד המוכר, **הכלל** של דיני ישראל הוא לאו דווקא בכפיית מילוי החיוב בעינו, כי אם רק בהטלת החיוב של "מי שפרע"; ועל אחת כמה וכמה אפוא שבדרך-כלל רק זה יהיה אמצעי-הכפייה כשהמדובר הוא בהפרת ההתחייבות מצד הלוקח, כשחשיבות המילוי הדווקני בעין היא כמובן הרבה יותר רופפת. בתרגום החיוב של "מי שפרע" לחובת פיצויים יימצא הלוקח חייב לפצות את המוכר על ההפסד (לרבות ביטול-כיס), שנגרם לו על-ידי חדלון המכר, תוך החשבת העובדה שהסחורה נשארה על-כל-פנים כנכס של המוכר - וכך אמנם חוזרים אנו למעשה גם כאן לתוצאה שהסקנו בהערה של"ו[708].

[[391]] מצד שני, כאשר התמורה הקונה, המכוונת בחוזה-ההכנה החובי, **מתקיימת** - או, יותר נכון, אף קודם לכן, כאשר היא **עומדת** להתקיים - הבעייה החשובה האחת המתעוררת עוד לדידנו הריהי לעניין מעשה-הקניין: האם חוזה-המילוי מצריך אמנם מעשה-קניין חדש ומיוחד לשמו, או שמא עשוי הוא להיבנות גם ממעשה-הקניין של חוזה-ההכנה החובי. התשובה היא כי במקרה שהתמורה הקונה היא **הקנאה**, אמנם ייזקק בדרך-כלל חוזה המילוי למעשה-קניין חדש ומיוחד[709], וגם כל הדינים המעשיים יתפתחו מכאן ואילך על-פי המסגרת המיוחדת של חוזה-המילוי, בלי שום זקיקות מוסדרת חוזרת לחוזה ההכנה החובי, אשר ייראה, מצידו, כמקוים על-ידי חוזה-המילוי. אולם, אף בכלל זה מסתברים סייגים אחדים:

א) לא יהיה כמובן צורך במעשה-קניין חדש, במקרה שעל-פי הסכמת הצדדים מלכתחילה, או על-פי פסק בית-הדין, יוכל מעשה-הקניין הראשון להיחשב גם כמעשה-קניין על תנאי דוחה לגבי ההקנאה עצמה (והמסיבות אמנם תהיינה מתאימות ליעילותו של מעשה-קניין כזה)

ב) חוזה ההכנה החובי יוכל בכל מקרה לשמש בבחינת **דברי-קניין** לחוזה המילוי, או על-כל-פנים להשלימם - ומבחינה זו עדיין נשאר אפוא חוזה-המילוי מושרש על-כל-פנים במערכת הביסוס ההתקשרותי שלחוזה ההכנה החובי;

---

[707] שנא) גטין ע"ד ב' - ע"ה א', ור' תוספות שם, ד"ה מכלל; מגיד משנה על פ"ח מהל' גרושין הל' כ"א; ובית-יוסף על טור אבה"ע סי' קמ"ג סע' י'.

[708] שנב) בשיטות יבשת אירופה הכלל הוא שאפשר לכפות על הלוקח את קבלת הסחורה בעין. ר' ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 1257 ואילך, וביחוד סע' 1264; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 1514; בג"ב, סע' 274, 322; חוק החיובים השוייצרי, סע' 92. באנגליה תלוי "צו ביצוע בעין" בשיקול-דעת בית-המשפט, בשים-לב למכלול המסיבות, ונראה שבדרך-כלל **לא** יכפה בית-המשפט את הלוקח לקבל את הסחורה בעל-כרחו (אנסון, עמ' 392-391; **צלטנר**, ג', עמ' 264 ואילך). לפי סע' 3 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א, נראה **שבמדינת-ישראל**, כיום, אכיפת מילוי החוזה בעין היא התקנה העיקרית, המתחייבת בסתם, אף במקרה שבו אנו דנים כאן, כנגד הלוקח.

[709] שנג) ר' נו"ב ח' מ"ד סי' ס"ט, ד"ה וראיה לדבר: "מי שפרע הוא רק לכופו **שיגמור וימשוך**".

ג) במקרה שעל אף מראית התקיימותה של התמורה הקונה, או על אף הנכונות לקיימה ולקבלה, לא תוכל להתקיים התמורה הנקנית (וכגון שבעל התמורה הנקנית יאבד בינתים את כשרו להתחייב[710] או שלא יוכל להקנות את הראוי להגיע ממנו בחליפין), הרי שחוזה-המילוי יצא בטל או בלתי-קיים מעיקרא, ואילו חוזה ההכנה החובי יקבל שוב [[392]] משמעות מעשית ישירה מצד היותו על-ידי בעל התמורה הנקנית.

לעומת זאת, כאשר התמורה הקונה אינה אמורה להתבטא רק בהקנאת נכס פלוני (לו יהא גם בהנאת הפעולה המשפטית של אותה הקנאה), אלא המדובר הוא בהשכרת נכס סתם[711] או בסוג אחר של עסק הכרוך במילוי ממושך ואשר לאו דווקא הקנאה היא תמורתו הקונה, מסתבך הקשר בין חוזה ההכנה החובי לבין חוזה-המילוי, באופן שהכלל שאמרנו משתנה מיסודו.

נראה כי אמנם גם במקרה של השכרת נכס סתם (אשר מטבע-ברייתה **מוכרחה** היא להיות מושרשת בחוזה הכנה חובי, ולא יתכן בה חוזה קנייני ישיר) יתקבל המעבר מחוזה ההכנה החובי לחוזה-המילוי על-ידי מעשה-הקניין שבו יועמד לראשונה נכס-שכירות לרשותו של השוכר (ויתכן כי מעשה-קניין זה אף יגלם במלוכד הן את העמדתו של חוזה ההכנה החובי הן את התחלת המילוי); אך העמדה זו לא תהא זהה כאן על-כל-פנים עם הספקתי **מלוא** התמורה הקונה הראויה לשוכר, ויתכן שמדי פעם בפעם עוד תצטרך התמורה הקונה להיות נשלמת על-ידי הספקות נוספות. גם ההספקות הנוספות האלו תהיינה כרוכות, כל אחת, במעשה-קניין מיוחד לעניין שעבודה היא למערכת היחסים שבין הצדדים, אך עם זאת נראה לומר שהגעת התמורה הנקנית למשכיר לא תהא כרוכה כאן בסך-הכל במערכת מעשי-הקניין של ההספקות השונות, כשלעצמן, כי אם רק במידת ההגעה התוכנית-העניינית של התמורה הקונה **שבהנאת-השכירות**, אשר תצליח להגיע לשוכר בעקבותיהן. במילים אחרות משמע אפוא שאמנם אף במקרה מסוג זה יכולים אנו להפריד מבחינה מושגית בין חוזה ההכנה החובי לבין חוזה-המילוי - [[393]] או חוזי-המילוי - הנדרשים כנגדו והמורכבים מהספקת התמורה הקונה והגעת התמורה הנקנית; אך מכל-מקום, חוזה-המילוי או חוזי-המילוי הללו אינם נמצאים פה עומדים לחלוטין על רגלי עצמם, במסגרת המתפתחת מחדש ובאופן עצמאי על יסודו של מעשה-קניין מיוחד, כפי שאמרנו במכר הפשוט, אלא חוזי-המילוי הללו הם מעורבים כאן, באופן שהתמורה הקונה מגיעה אמנם באמצעותו של מעשה-קניין או מעשי-קניין מיוחדים, אך התמורה הנקנית אינה מגיעה גם היא באמצעות אותם מעשי-הקניין, כי אם מעבר להם, **בגין התמורה הקונה שבהנאת השכירות, שהיא רק נמשכת מהם, ותוך יניקה ישירה ומחויבת מן הביסוס ההתקשרותי הגלום במעשה-הקניין שהעמיד מלכתחילה את חוזה ההכנה החובי**. ביתר בירור עוד: במערכת-מילוי מן הסוג הנידון אין אנו יכולים לראות את התמורה הנקנית כאילו נמצא לה בחוזה-המילוי איזה ביסוס התקשרותי מחודש, היונק מחוזה-ההכנה החובי רק מבחינת השתקפותם החוזרת של דברי-הקניין, אלא-עם כל ביסוסה בגישומי בתמורה הקונה שבפועל - מכל-מקום זקוקה היא להתיחסות מהותית אל גדרי חיוב התמורה, כפי שנקבעו דווקא מלכתחילה בחוזה ההכנה, **ומצד הוויתה המושגית-**

---

[710] שנד) ר' לעניין זה בהערה שנ"ו להלן.

[711] שנה) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות א', בסמיכות להערה צ"ו.

המשפטית אין היא יכולה אפוא להיות אלא בבחינת החלטה או הבשלה של אותה התחייבות-התמורה אשר נולדה כבר מקודם על תנאי, במסגרת חוזה-ההכנה החובי.

נראה לומר גם-כן כי תצורה משפטית זו מתקבלת למעשה, ובהכרח, לא רק בהשכרת נכס סתם כי אם גם בכל מקרה אחר שהתמורה הקונה אינה רק בעצם ההקנאה של נכס פלוני, כי אם בשורת הקנאות הראויות להגיע כנגד תמורה נקנית מאוחדת - ותוצאה אף יותר קיצונית מתהווה כאשר התמורה הקונה [[394]] אף אינה זקוקה כלל לאמצעותן של הקנאות, אלא אמורה היא להתבטא בהינוי פיסי כשלעצמו, כמו בחוזה-עבודה. במקרה כזה אפשר אמנם גם-כן לראות לכאורה בכל רגע של הספקת עבודה מעין מעשה-קניין, הקונה חלק מתאים מן התמורה הנקנית; אך לראייה מסוג זה באמת לא תהיה שום משמעות מעשית כל רגע של הספקת עבודה, על-פי חוזה-עבודה, באמת אינו ממלא את הפונקציה הטכנית של מעשה-קניין, במובן של גילום גמירת-דעת על העמדתו של קשר משפטי, אלא ממילא הוא רק את התפקיד הענייני של הספקת התמורה הקונה; ובאופן כזה נמצא כי מערכת-המילוי - עם כל היותה מערכת-קניין לעצמה - אף אינה נזקקת פה כלל לשום מעשה-קניין מיוחד משלה, משום צד שהוא[712].

ו. נקודת-מאסף (עבודה כנגד עבודה; חיובי-לואי; הקנאה אגב עבודה; חיובים הדדיים בשותפות ובפסיקתא)

על הדינים המיוחדים של גדרי הגעת התמורה הנקנית בחוזים מן הסוג האמור לא נוסיף להתעכב כאן, אחר שכבר ראינו את עיקרם בדיני השכירות והחכירה, בספר על "דיני הקניין במוחזק", ואף במהלך פרקנו לעיל. נעיר רק, לשם השלמות, על מספר נקודות צדדיות, שנשארו לנו תלויות חוזה

---

[712] שנו) במסקנות אלה הרינו חוזרים ומתקרבים למעשה במידה רבה למבנה התמלאות החוזים ההדדיים בשיטות של אירופה. ומשהגענו עד כאן, ניתן אולי להעלות את הטענה, שבעצם, גם כאשר חוזה תמורתי, של **הקנאה פשוטה** נערך על-פי חוזה-הכנה חובי, אפשר לראות את התמורה הנקנית כאילו היתה רק החלטה של התחייבות התמורה המותנית שבחוזה-ההכנה החובי (וביחוד כשהתמורה הנקנית אמנם היא רק התחייבות, ולא חליפין) - תפיסה שאף היתה מוסיפה ומקרבת את מסקנותינו אל המבנה האירופי. אולם, בתחום החוזים התמורתיים של הקנאות פשוטות יכולות באמת שתי התפיסות להיות שונות במקביל, ונראה כי התפיסה שהצענו פה בפתשגן כתפיסה עיקרית היא מכל-מקום נאמנה יותר לרוחם של מקורותינו.
יש גם להדגיש כי מבחינה מעשית - כאשר התמורה הקונה היא הקנאה (או זקוקה להקנאה) - אמנם אף אין בין שתי התפיסות נפקא מינה. ההבדל המעשי האחד שמאפשר לחשוב עליו הריהו רק זה, שעל-פי התפיסה שהעדפנו, הכרח מהותי הוא שבעת ההקנאה תחזורנה ותתקיימנה כל הדרישות המשפטיות הרגילות החלות בעריכתו של חוזה - וביחוד, למשל, הדרישה לכשרות הצדדים וגמירת דעתם על כל התנאים, - בעוד שעל פי התפיסה השנייה ניתן לכאורה להעלות על הדעת שעם קיום ההקנאה תוחלט התמורה-שכנגד באופן אוטומטי, ואף אם הצד שכנגד מת בינתים, או נפסל, אין הדבר כך: גם ההקנאה כשלעצמה זקוקה כמובן, מכל- מקום, לגמירת-דעת רגילה בין שני הצדדים, - ואם אחד הצדדים שוב איננו מוכשר לכך או מסרב לקבל את ההקנאה בכפוף לתנאים המוסכמים, ואף יורשיו או אפוטרופסיו אינם מוכנים לגמור את דעתם על הדבר במקומו, הרי שגם על-פי התפיסה השנייה מגיעים אנו לסיכול המילוי (והפרתו של חוזה- ההכנה החובי).
שונה המצב כאשר התמורה הקונה אינה הקנאה, ואף אינה נזקקת לאמצעותה של הקנאה, אלא אמורה היא להתבטא רק בפעולה פיסית. כי אכן, אף במקרה כזה נראה לומר **שהעקרון** הוא כי מילוי החוזה מצריך כל הזמן הסכמה וגמירת-דעת הדדית, שהפעולה הפיסית תתקיים ותתקבל על דעת מילויו של חוזה-ההכנה החובי, אם ההסכמה הזאת נפגמת, נמצא מילוי נחוזה מסוכל גם כאן, - ואם הפגם נובע ממותו או היפסלותו של אחד הצדדים, ודאי גם יוכלו היורשים או האפוטרופסים להביא בדרך-כלל לסיום תוקפו של חוזה-ההכנה החובי משום אונס (השווה בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה' מס' 2, אות א', בסמיכות להערה צ"ג, ואות ג', בסמיכות להערה קל"ו). אולם, כאן, מכל-מקום, אין ההסכמה ההדדית נדרשת תוך **זימון מודע**. התמורה הקונה שבפעולה הפיסית, המתקיימת בתום-לב ובמהלך-הדברים המתאים על דעת מילוי החוזה, קונה ודאי את תמורתו אף אם הצד- שכנגד מת בינתים או נפסל - ורק משהודע לפועל באופן חיובי כי היורשים או האפוטרופסים (או אף בעל-הבית המקורי בעצמו) מבקשים לחזור בהם יחדל להיות לפעולתו תוקף של מילוי.

העבודה-כנגד-עבודה, שהזכרנוהו במעבר דיוננו לסעיף-משנה מס' 3 זה, אותו עומדים אנו עתה לסיים.

חוזה העבודה-כנגד-[[395]] **עבודה** נזקק, כמובן, גם הוא, בהכרח, למסגרת של חוזה-הכנה חובי; ובמידה שמתמלאה בו העבודה הקונה, ודאי מזכה היא את בעליה בשכר-עבודה כספי לפי ערך העבודה המותנית שכנגד, תוך ברירה הנתונה לצד-שכנגד לפרוע על-ידי ביצוע העבודה-שכנגד בענה ותוך זכות בעל העבודה הקונה להתחשבנות הראויה לבעל-הבית במקרה שהצד-שכנגד נמנע מן הברירה הזאת או אינו מבצע אותה כיאות.

נקודה אחרת שנשארה [[396]] טעונה הבהרה הריהי האפשרות שהזכרנו לפני סיומו של סע' ו' לעיל, והיינו שחיובים הדדיים יוולדו לאו דוקא בחוזה-הכנה חובי מיוחד, כי אם בבחינת **חיובי-לואי בחוזה קנייני.** את עצם האפשרות העקרונית, שחיובי-לואי יוולדו בעסק, נוסף על עיקר ההינוי - או נוסף על עיקר התמורה הקונה והתמורה הנקנית - אשר אליהם מכוון העסק, הכרנו כבר בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', במס' 2, אות א', בסמיכות להערות ע"ח-1-פ"ב, וכן גם בפרקנו לעיל, בסע' ד', מס' 10, בסמיכות להערות כ"ב-כ"ד; וכדי להבהיר עתה את הנקודה המיוחדת שאמרנו, צריכים אנו לחזור ולתפוס את העניין במסגרת הכללית של מעמד חיובי-הלואי במערכת של תמורות אשר העסק עשוי להיות מורכב מהן במסגרת זו צריכים אנו כמובן לפטור מן הדין, קודם-כל, את המקרה שכבר היפכנו בו דיו ואשר בו לא יתבטא חיוב-הלואי אלא בחיוב אשר הוא עצמו הריהו כל התמורה כלה של ההינוי העיקרי, נשוא-העסק, כגון חיוב המחיר או השכר, הנולד אגב ההקנאה של נכס במכר או שכירות. נראה אף לומר, שגם אם יש משמעות בתפיסת חיוב כזה כ"חיוב-לואי" מצד פעולתו של מעשה-הקניין, המכוון בעיקרו לגמירת ההקנאה, הרי אין זה מכל-מקום "חיוב-לואי" כלל, מבחינתו של **עסק המכר או השכירות**, לכשנתפס העסק בשלמותו הכוללת: מבחינה כוללת זו, החיוב הוא **חיוב-תמורה**, ולא חיוב-לואי.

לאחר מכן צריכים אנו לפטור מן הדין גם את המקרה שאף אותו כבר ניתחנו, והיינו כשחיוב-הלואי הוא חיוב המצטרף אל התמורה הנקנית או אל הנכנס הקונה, בעסק המתבטא ביסודו בחליפין. [[397]] ראוי רק להעיר כי בהקשר זה מתחייב דווקא בירור-מושגים בכיוון הפוך ממה שעשינו במקרה הקודם. כי כאן, בניתוח המקרים מן הסוג האמור, אמנם התייחסנו מלכתחילה אל חיובי-הלואי לאו דווקא מנקודת-הראות של **הלואי**, כי את מנקודת-הראות המקפת של העסק התמורתי ומצד שימושם של החיובים כחלקים מהותיים של התמורה באחד מאגפי-התמורות בעסק כזה; ובלי ספק היתה גישה זו מוצדקת, כל זמן שאמנם חשבנו רק על חיובים בעלי משקל פנימי בתוך הגידור התמורתי. אולם, ייתכנו גם חיובי-לואי בהקשר-דברים דומה, שלא יהיו שייכים באופן פנימי לגידור התמורתי - וכגון חיוב של אחריות לתיקונים. מילויו של חיוב כזה - מטבע עניינו אין הוא יכול להיות תלוי במנגנון הרגיל של תמורה קונה ותמורה נקנית, אלא מוכרח הוא לחול באופן מוחלט כבר בשל עצם העמדתו של העסק, משנתקיימו המסיבות המתאימות, ובין אם התמורה הראויה מן הצד-שכנגד כבר סולקה לחלוטין, בין אם לא סולקה. מצד שני, גם אותה תמורה, ודאי ראויה היא בסתם לסילוק, במלואה, בשל עצם הגעתה של התמורה הקונה היסודית, ואף אם המסיבות להבשלת חיוב התיקונים לא תתקיימנה כלל, לעולם; והקשר היחיד,

שאפשר כאן להעלות על הדעת בין חיוב-התיקונים הזה לבין התמורה הראויה מן הצד-שכנגד, יכול להתבטא רק בכך, שאם חיוב התיקונים ראוי להתמלא בפועל ויש פיגור בסילוק התמורה העסקית, יהא בעל התיקונים רשאי לעכב את מילוי חיובו הוא בדרך משכון וזקיפה, על-פי הדינים הכלליים, - וכך להיפך, אם התמורה העסקית עדיין לא סולקה ויש פיגור במילוי חובת -התיקונים, יהא בעל התמורה רשאי לעכב את מילוי חיובו. מעבר לכך, [[398]] מסקנה פשוטה היא, שחיוב התיקונים נשאר אפוא, ביסודו, סתם חיוב מוחלט בפני עצמו (בכפוף לתנאי-המימוש המתאימים) - כעין חיוב המחיר, למשל, **בעסק שנתקיים**, - ואילו לעניין עקרון דרישת הגידור הקנייני נראה לומר שיש לנו כאן תופעה הדומה למה שראינו כבר בקשר לחיוב הריבית. גם חיוב התיקונים שאמרנו, גידורו ותחולתו אינם על דעת מתנה, ואף לא על דעת תמורה נכסית רגילה או תמורת עבודה, כי אם על דעת עצם התקשרותו של העסק שממנו אמור החיוב להסתנף, והנאת התקשרותו של העסק הזה - היא היא תמורתו וביסוסו של החיוב[713].

מסקנות אלה יפות, כמובן, לאו דווקא לגבי הדוגמה שנקטנו, של חיוב- הלואי לתיקונים בלבד, אלא לגבי כל מיני חיובי-הלואי אשר ניתוח אותה הדוגמה עשוי להתאים גם להם - ובאמת רק חיובי-הלואי מסוג זה (היינו חיובים הנכללים בעסק תוך גידור רק על עצם תחולתו) הם הם חיובי-הלואי אשר מושג זה דרוש לגביהם במיוחד ואשר המושג עשוי גם לאגדם במוסד משפטי בפני עצמו. אין צריך לומר כי חיובי-לואי במובן המצומצם והמדויק הזה יכולים להיות נספחים על [[399]] עסק עיקרי כלשהו, ולא רק על אחד מאגפי-התמורות בעסק של חליפין או בעסק קרטוב לחליפין, כפי שפגשנום בפתח השלב הזה של דיוננו.

ומכאן יכולים אנו לחזור לבעייה אשר ממנה נפתח דיוננו זה מלכתחילה, והיינו בעיית החיובים העשויים להיות מצורפים בעת ובעונה אחת לשני אגפי-התמורות גם יחד, בעסק הנראה בעיקרו כחליפין. בעניין זה נראה אפוא לומר, כי במידה שהחיובים הם אמנם רק חיובי-לואי במובן המדויק הנ"ל, הרי שהעסק העיקרי נשאר, פשוט כנ"ל, בלי שום יחס הדדי ביניהם. הבעייה שנותר לנו לעסוק בה מתיחסת רק למקרה, שחיובי-הלואי משני הצדדים הם תמורתיים-ממש, וכגון שראובן מקנה לשמעון ארון תוך התחייבות לתקן עוד לשמעון את הדלת בביתו, ואילו שמעון - במשכו את הארון -מקנה לראובן, בתמורה כוללת, חליפת בגדים בתוספת התחייבות ל-20 זוזי. עד כתיבת הדברים לא מצאתי עסק מסוג זה שנידון במיוחד במקורותינו, אך לע"ד נראה לי כי [[400]] פתרונו של העסק הוא כי החליפין שהושלמו ייחשבו אמנם כחליפין גמורים, אך שני אגפי התמורות יוערכו באופן כולל בערכים כספיים, תוך הנחה של שויון ביניהם, ועל-זה יחושב ערכו היחסי של כל מרכיב ומרכיב[714]; בהתאם לכך, שוב, יחושב אם בחליפין שהושלמו נותר עודף-ערך לטובתו של אחד הצדדים, ועודף זה ייזקף עליו במלווה לזכות הצד שכנגד; לאחר מכן תיתפסנה

[713] שנז) השווה למה שראינו כבר בסע' ד' לעיל, מס' 10, בסמיכות להערה ר"ב,כי התחייבות שומר השכר או השוכר באחריות מוגברת - בשעת העמדתו של קשר השמירה - נולדת "בההיא הנאה דמשכר ליה" או "בההיא הנאה דשקיל אגרא". אמנם, שפ ראינו את הדבר כעין מעשה-קניין חרישי להעמדת האחריות המוגברת - וגם בדרך-כלל אמרנו ש"ההיא הנאה" באמת היא רק מעשה-קניין, ולא גורם של גידור קנייני. אולם, בהקשר הדברים המיוחד שבו אנו דנים כאן - ובעניין ההנאה המיוחדת של "דמשכר ליה" או "דשקיל אגרא" בהבדל מ"ההיא הנאה דמהימן ליה" וכיו"ב - נראה לומר שמשמעות ההנאה לעניין מעשה-קניין ומשמעותה לעניין הגידור הקנייניעולות כאחד; ודווקא המשמעות השנייה, היא היא כאן העיקר.

[714] שנח) השווה עה"ש חו"מ סי' ר"ג סע' ב', בעניין חליפין בשומא.

התחיבויות הצדדים כחיובים הדדיים במסגרת של חוזה-הכנה חובי, ייקבע איזו מן ההתחיבויות היא הראויה לשמש כתמורה קונה במילוי החוזה, והזכויות במהלך המילוי תוערכנה מבחינה כספית זו כנגד זו, לפי הערך היחסי של החיובים תוך התחשבות במלווה שנותר.

לאחר מכן נקודה שנשאר לנו לברר היא באפשרות שהקנאה תבוא להיות מבוצעת במסגרת חוזית, אך בלי שההקנאה תופיע בעצמה אם כתמורה קונה ואם כתמורה נקנית, ואפילו במסגרת של מילוי חובת-הקנאה, אלא היא תבוצע רק במסגרת של **ביצוע עבודה** - וכגון שאומן המתקן נכס יצרף בו חלקים הנדרשים בתיקון, או שגם כל הזמנת האומן תהא מכוונת רק להכנת נכס אשר יהא אמור להיקנות לבסוף למזמין. העניין מתקשר אל נשוא דיוננו בסעיף-משנה זה, כי בדרך-כלל ייזקק הדבר למסגרת של חוזה-הכנה חובי, אך נראה לומר מבחינת הדינים המעשיים - או אף מבחינת התיאוריה - אין בעצם, בעניין זה, מה לחדש. יש רק להבחין בין שני האופנים שבהם עשוי הדבר להופיע, כאמור. במקרה הראשון, כשההקנאה מתבצעת רק בדרך של צרוף חלקים אל נכס בעל-הבית (ושלא לשם עצם צירוף החלקים, לשמם, כי אם רק אגב צרכו של התיקון), נשאר [[401]] כל העניין כולו, מתחילה ועד הסוף, במסגרת פשוטה של חוזה עבודה: ההקנאה אינה נהפכת אף פעם לגורם של תמורה קונה במישרין (- להבדיל מהשפעתה האפשרית על הבשלת החיוב של שכר העבודה), ואילו דיני התגשמותה נשארים לחלוטין בדברי מה שראינו בדבר "הזכייה בחיבורים", בספר על "דיני הקניין במוחזק". אשר ל"גידור הקנייני" של הקנאה מסוג זה, מסתבר לומר שנעשית היא על דעת סילוקו של חיוב העבודה, או במסגרת הכללית של הפעולה על דעת הבשלת השכר. לעומת זאת, במקרה השני - כגון הזמנת חליפה מחייט (או אפילו צירוף חלקים לנכס בעל-הבית, כאשר הצירוף אינו דבר שבאגב, אלא מכוון לשמו של החלק) - נשארים הדברים במסגרת של חוזה עבודה רק כל זמן שההקנאה אינה יוצאת אל הפועל, ואילו משמגיעים הצדדים להגשמת תכליתו של החוזה בהוצאת ההקנאה אל הפועל, ממילא נבלע חוזה העבודה בחוזה ההקנאה העולה במקומו, באופן שחוזה-ההכנה החובי של העבודה נהפך לדבי-קניין לחוזה החדש, ואם היה שם תנאי של שכר הרי זה נהפך לתנאי של מחיר (או חליפין)[715].

[[402]] אפשרות אחרת, השייכת גם היא למסגרת זו של הקנאה אגב עבודה, הריהי כאשר תוכן העבודה המחויבת הוא בביצוע זכיות קנייניות בשביל בעל-הבית - וכגון פועל שנשכר ללקט מציאות[716] פועל כזה, כל זמן ששכירותו לבעל-הבית נמשכת (והוא לא הודיע על הסתלקותו ממילוי חיוביו), ונקרית לו זכייה הנופלת בגדרי השכירות - מיוחסת לו הכוונה לזכות בה בשביל בעל-הבית, ובעל-הבית אמנם זוכה בה, באופן אוטומטי, באמצעותו. מבחינת ההשתלבות החוזית אין כמובן נפקא מינה בין זכייה מסוג הראשון שניתחנו לעיל.

---

[715] שנט) בדרך-כלל, מסקנות אלו הן פשיטא. לגבי השיטות האירופיות, השווה **פלניול וריפר**, י' (מהד' ב'), עמ' 7, אשר שם תמצית הדברים היא כי **בצרפת**, בחוזה המעורב מחיובי עבודה והקנאה כנגד תשלום, מזהים את החוזה כחוזה-עבודה או כמכר, לפי מה שהעיקר בו הוא העבודה או ההקנאה.
השווה גם במג'לה, סע' 388-392, בעניין של "הזמנת אומן" ור' גם - בדיני ישראל - עה"ש חו"מ סי' רכ"ז סע' ל"ז, שם נידונים הדברים מצד דין אונאה, וכמו כן סי' ש"ו סע' ט"ו, שם נידון המשך האחריות של סופר סת"ם לגבי טעויות, אחר מילוי ההזמנה של ספר-תורה.

[716] שס) עה"ש חו"מ סי' ר"ע סע' ז'.

אולם, אפשרות מיוחדת זו עשויה גם לעניין אותנו באופן מיוחד באשר יש בה משום חולייה מקשרת בין עניין ההקנאה אגב עבודה לבין נקודה נוספת התובעת עוד הבהרה בנידון הכללי שלנו, והיא בעית החיובים ההדדיים בחוזה שותפות. העניין תובע הבהרה מיוחדת, משום שיש מקום לשאול, האם אמנם גם בחוזה מסוג זה נתלה המילוי, על-פי דיני ישראל, בתיאוריה שהעלינו חוזה-הכנה חובי מחד גיסא ובדבר התמורה הקונה והתמורה הנקנית מאידך; שהרי לכאורה, בחוזה שכזה, אין הגיון הדברים דומה ליחס התמורתי שבין עבודה לשכר או בין הקנאה למחיר, אלא הרבה יותר מכן נראה כאן לכאורה ההגיון האירופי-היבשתי, המדבר על "חוזים הדדיים" גרידא, האמורים בסתם להתמלא בד-בבד בלא היזקקות למושג התמורה.

[[403]] והנה, בעיון יותר מעמיק נראה לומר כי הסתברות של מסקנות אלו תיתכן לכל היותר רק למראית-עין בלבד, ואילו בפנימו של דבר, באמת אין החוזים מן הסוג האמור שונים עקרונית ממה שראינו לעיל ביחס לחיובים הדדיים אחרים. גם כאן, לא זו בלבד שהחיובים ההדדיים נמצאים תלויים זה בזה בגידורם הקאוזי - ואף לפי השיטות האירופיות ועקרון המילוי בד בבד, למעשה אין אחד מהם ראוי אפוא להבשיל למילוי אלא אם באמת כבר הוחל תחילה במילוי חברו - אלא יתר-על-כן: פשיטא הוא שגם בחוזים מסוג זה, אם חיובי צד אחד יתמלאו במידה כלשהי, ולא יתמלאו החיובים של הצד השני, הרי שבחישוב פיצויי ההפרה יהא הצד הראשון זכאי על-כל-פנים לתשלום יחסי מתאים כנגד החיובים שמילא מצידו להנאת חברו, וממש אפוא - כאמור ואמור - כמו ביתר חיובי-התמורה ההדדיים מכוונים באמת לתמורות, שתיקנינה האחת על-ידי רעותה, ובמקורותינו מוצאים אנו כי בדיני ישראל אמנם נתפסים החיובים ההדדיים של חוזה השותפות - בעיקרו של דבר - כחיובים המכוונים לתמורה של עבודה כנגד עבודה, באופן שכל אחד מן השותפים ייחשב כלפי חברו כפועל וכבעל-בית גם יחד, ואילו הזכיות הקנייניות שתושגנה לשותפות אגב כך תיחשבנה על דרך זכיותיו של פועל שנשכר ללקט מציאות לרבו[717]. אין צריך לומר כי תיאור זה אינו ממצה את כל הסוגים והמקרים שיתכנו בשותפות - וביחוד יתכן כמובן שהחיובים ההדדיים יכללו גם חיובי הקנאה ישירים, או שיכילו **רק** חיובי הקנאה, בלי חיוב עבודה (כמו בשותפות ה"עיסקא") - אך העקרון לגבי השאלה שהיצגנו מתברר כאן על-כל-פנים לחלוטין.

[[404]] עם זאת, עדיין צריכים אנו לחזור ולתת את הדעת גם על סוג אחר של חוזה חיובים הדדיים המכוון לעניין משותף, ואשר בו אמנם אין מגמה של יחסי תמורה קונה ותמורה נקנית בין שני אגפי החיובים. כוונתנו היא לדוגמה של חוזה פסיקת הנדוניה, אשר מצד אחד ודאי תלויה תחולתו מלכתחילה בכך ששני אגפיו (חיובי החתן וחיובי הכלה) אמנם יהיו תופסים וחלים זה כנגד זה - ומבחינה זו, ברמה ההתקשרותית-המופשטת, אפשר לראות אפוא את אגפיו כמוגדרים הדדית; אך מצד שני, ברמה הגישומית, נמצא כי החלטת התחולה של שני האגפים גם יחד תלויה כאן רק בגורם החיצון של התגשמות עניין הנישואין, אשר על דעתו נקשר החוזה, ואילו משנתגשם העניין הזה, נעשים שני אגפי החוזה מוחלטים כל אחד בפני עצמו ובמקביל, בלי שמילוי איזשהו מהם יהיה תלוי עוד במילוי של רעהו[718]. באופן כזה יוצא, שלמרות צד הגידור ההדדי בין שני אגפיו של חוזה-הנדוניה, הרי הגידור החולש על מהותו של חוזה זה אינו למעשה בצד הגידור ההדדי, כי אם

[717] שסא) ר' בית-יוסף על טור חו"מ סי' קע"ו סע' ד', בשם הר"ן והגהות מימוני.
[718] שסב) דוק בעה"ש אה"ע סי' נ"א סע' ו'.

בצד הגידור על דעת קיומו של החוזה הנוסף,- ובסך-הכל אין לראות אפוא את חוזה הנדוניה כחוזה עצמאי, כי אם רק כעין חוזה של תנאי-לואי לחוזה-הנישואין, במובן המצומצם של תנאי-לואי שניתחנו לעיל (וכפי שבעצם ראינו כבר גם בסעיף ד' של פרקנו, במס' 10, בסמיכות להערה רי"ח).

שונה מזה המצב כאשר חיובים הדדיים הדומים לכאורה לחוזה פסיקת-הנדוניה נקשרים לאו דווקא על דעת קיומו של איזה חוזה עיקרי מחוצה להם, כי אם על דעת ביצועה של משימה משותפת במובן הפיסי - ובדומה למה שנידון, [[405]] למשל, בתשובת הרא"ש כלל ח' סע' י"ג ושו"ע יו"ד סי' רכ"ח סע' מ"ד[719]. נראה לומר כי בהעברת העניין למסגרת של דיני ממונות יהיה זה חוזה שותפות רגיל של עבודה-כנגד-עבודה מן הסוג שראינו מקודם - והרבותא שיש לנו ללמוד בהקשר זה מן המקורות המיוחדים הדנים בעניין הריהי רק כלהלן.

בחוזים שאינם חוזים פשוטים של תמורה קונה פלונית אחת ותמורה נקנית פלונית אחרת, אלא מורכבים הם מסבך של תמורות ותנאים שונים, יש חשיבות יתרה, להבחין (גם בדיני ישראל) בין תנאים עיקריים ותנאים שהם רק תנאי-משנה (ובין אלה ובין יכולים להיות הן תנאי-לואי הן תניות פנימיות בהרכב אגפי התמורות). התנאים העיקריים הם אותם מתנאי החוזה, אשר משתמע ממכלול הדברים כי לצד הנפגע באי-התמלאותם ניתנת הברירה לראות בדבר כעין תנאי מפקיע לגבי תחולתו של העסק - והיינו שאז ניתן לו לחזור בו למפרע, ובאופן שיחולו הדינים שראינו בעניין "דעייל ונפיק אזוזי", לקראת סיומו של סעיף ה' בפרקנו לעיל, בסמיכות להערה רמ"ט. במילים אחרות ניתן לומר, שאם במכר הפשוט היסקנו כי לדין "דעייל ונפיק אזוזי" יש רק משמעות שולית, הרי בתחום החוזים המורכבים אמנם חוזר הדין ומקבל משמעות בולטת מאוד[720].

ח. מתנה

הסוג האחרון של חוזה-הקנאה, אשר נשאר לנו לדון בו בפרק זה על "חוזה ההקנאה", הריהו **חוזה-המתנה;** וכבר ראינו במה נבדל סוג זה של חוזה מן הסוגים האחרים שהספקנו לבחון - והיינו שכאן מוגדרת ההקנאה על דעת [[406]] תחולתה בחינם, או שלא על דעת התמורה.

הבעיה הראשונה המתעוררת לעניין זה נסבה על **היקפו** של מושג המתנה - והיינו, האם כולל הוא, או ראוי לו לכלול, באמת רק **הקנאה** בחינם (ואולי אפילו רק **הקנאת-הגוף** בחינם) או שמא עיקרו

---

[719] שסג) מעשה בשניים שגמרו ביניהם (אמנם לא על-פי קניין בדיני ממונות, כי אם על יסוד שבועות בקודש), לעלות יחד לארץ-ישראל, במסגרת הסדר מפורט של חיובים הדדיים ביחס לביצוע הדבר. ההתפתחות היתה שאחד הצדדים נמנע מלהצטרף למסע כמוסכם, והרא"ש פסק כי אף-על-פי שהיתה לאיש אמתלא מספקת בדין, מכל-מקום פטור הצד-שכנגד מלמלא את חלקו, והריהו פטור משבועתו מעיקרא.

[720] שסד) ר' שו"ע יו"ד סי' רל"ו סע' ו', והגה שם, וט"ז ס"ק י"ג. השווה ההבחנה בין conditions ל-warranties במשפט האנגלי (**אנסון**, עמ' 361 ואילך), וכן סע' 6 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א, במדינת ישראל (המדבר על "הפרות יסודיות" - ובלתי-יסודיות). ביבשת אירופה מבחינים לעניין זכות החזרה מחוזה בין הפרות חשובות ופחותות: ר' ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 1455; הערה מס' 3 לסע' 1184 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי בהוצאה הקטנה של **דאלוז**. קנה-המידה של הבג"ב הוא בשאלה אם ההפרה השמיטה את עניינו של הנפגע במילוי החוזה (סע' 325, 326), והוא הדין בחוק החיובים השוייצרי סע' 108).

של המושג איננו בצד ההקנאה, כי אם בצדעצם הגידור של **חינם**, והריהו כולל אפוא, או ראוי לו לכלול גם הינויים אחרים העשויים להתבצע על דעת גידור שכזה.

המגמה המצמצמת עשויה למצוא לה תמיכה בעובדה, שלמעשה, בלשון המדוברת, אמנם מבינים אנו בדרך-כלל במושג המתנה רק את ההינוי של **הקנאת גופו של נכס** בחינם, ואילו העמדת שעבוד בחינם אינה קרויה מתנה, כי אם השאלה; כמו כן, ויתור על תביעה בחינם אינו קרו מתנה, כי אם מחילה; מתן הלואה בחינם אינו קרוי מתנה, כי אם מתן הלואה בלו ריבית; גם **העברת** תביעה לא תתקרא בדרך-כלל מתנה, כי אם, סתם, העברת תביעה, או למירבה הדיוק, העברת תביעה **בחינם** - ודומה לזה המצב גם בהעמדת זכיון או העברתו. אשר **להתחייבויות** למשהו מן הדברים הנ"ל, נראה גם-כן שהן לא תיקראנה במישרין "מתנות", כי אם רק **התחיבות למתנה**, התחיבות להשאלה, וכל כיוצא בזה. דוגמאות אלו מבליטות את מגמת-הצמצום אף כאשר נשוא הגידור הוא עדיין על-כל-פנים בבחינת **הקנאה**. על אחת כמה וכמה אפוא כאשר ההינוי נשוא הגידור אף אינו בגדר הקנאה - וכגון שנכס ניתן לאדם על דעת **הרשאת-עראי**: שהרי ודאי וודאי מבחינתם אנו, למשל, בין עוגה הניתנת לשכנה **במתנה**, במשלוח-מנות, לבין עוגה המוגשת לאורח רק בדרך **תקרובת-כיבוד**[721] פחות מובהק הוא אולי הניגוד המושגי כאשר ההינוי נשוא הגידור הוא **דבר-עבודה**, וכגון שחברי מתקן את החשמל בדירתי שלא על דעת תשלום - אך גם מעשה מסוג זה, אין אנו רגילים בדרך כלל לקרא "מתנה".

[[407]] והמצב העובדתי הזה אינו מיוחד רק לשיגרת-השימוש של הלשון העברית בלבד, אלא חל הוא גם בלשונות הנוכריות. דוק, למשל במושגים gift באנגלית, cadeau, don, present או אף donation בצרפתית, regalo באיטלקית, Schenkung בגרמנית, подарок ברוסית, וכו'.

אולם, העובדה היא גם-כן, שבלשון המשפטית-המקצועית - בהבדל מן הלשון המדוברת - מכריעה דווקא מגמת ההרחבה בהגדרת המושג, והבעיה נהפכת להיות אפוא בעיית בירור ההצדקה והגדרים הראויים להרחבה הלזאת. את הבירור הזה נערוך עתה בדרך סקירתן של השיטות השונות.

בספר **המג'לה**, שהיה מקובל במדינת-ישראל בתחילת עריכתו של המחקר שלפנינו[722], הוגדרה המתנה בסע' 833 כ"הקניית נכסים לאחר שלא בתמורה"; אך כבר לפי המג'לה עצמה והפירוש הרגיל של מונחיה לא היתה הגדרה זו מדויקת, כי סע' 847 הכיר מתנה גם במחילת חוב, וסע' 848 - אף בהעברת חוב. עניינה של המערכת המושגית הזאת היה לרכז את דיני חוזה ההקנאה (בחוק המורחב) שלא בתמורה, בהבדל מדיני חוזה ההקנאה בתמורה - והיינו, ביחוד, שבחוזה ההקנאה

[721] שסה) דוגמה מיוחדת זו אכן תומכת במגמה המושגית הנידונה לא רק באופן מקרי-חיצוני, כי אם גם מבחינה מהותית-פנימית, מפני שייחודה של תקרובת-כיבוד אמנם הוא מלכתחילה לאן דווקא מצד טיב ההינוי או גדריו העניינים, כי אם מצד עצם גידור -כקניין, על דעת **חינם בלתי-קנייני**, בהבדל מן המתנה, האמורה אפוא לציין רק **חינם קנייני** כר' לעיל, סוף פרק א', הערה רס"ו.

[722] שסה-1) כיום בא במקום המג'לה חוק המתנה משנת תשכ"ח. לא נסקור כאן חוק זה בפרוטרוט, כי הדבר מצריך היה מחקר מקורילשמו - ומסתבר כי ללא שום תועלת עיונית אובייקטיבית בקווים כלליים מספיק לציין כי החוק מורכב מקטע-רעיונות המלוקטים בעיקר מן המשפט הגרמני והשוייצרי על רקע של אימוץ הגדרת המתנה באופן מבולבל מן המג'לה, אולי תוך כוונה למס-שפתיים מסוים למסורת הלשון המשפטית העברית.

שלא בתמורה לא יחולו דיני אחריות המוכר, דיני המחיר, דיני זכויות העיכוב וכו׳. אולם, ההבדלים שנקבעו במג׳לה בין שני מיני החוזים לא היו רק בנקודות האלו בלבד, שעשויות היו להסתבר **במישרין** מהעדר התמורה, אלא הם התפשטו גם מעבר לזה. כך, לפי סע׳ 837 ואילך, [[408]] וסע׳ 861-863, דינו של חוזה המתנה היה שאין הוא נגמר על ידי הצעה וקבלה גרידא, כדרך המכר, אלא זקוק הוא גם להשלמה על-ידי מסירה ונטילה ממשית, כגורם פנימי בעצם העמדתו[723]. ושנית, אף לאחר הנטילה, ואף לאחר שהמתנה כביכול כבר הושלמה, עוד יכול היה הנותן לחזור בו (לפי סע׳ 864 ואילך), בהסכמת המקבל או באישור השופט, - אלא אם התקיים אחד התנאים הבאים:

א) שמקבל המתנה היה שאר-בשרו הקרוב של הנותן, לפי רשימה הקבועה בחוק;

ב) שהמתנה ניתנה על תנאי של תמורה, והתנאי נתמלא[724];

ג) שדבר-המתנה השביח בינתים על-ידי חיבור קיים או שנשתנה עד כדי שינוי-השם;

ד) שדבר-המתנה יצא כבר מרשות הנותן או נאנס בידו;

ה) שהמקבל מת בינתים;

ו) שהמתנה ניתנה לשם צדקה. - זכות-החזרה, כשלא נתקיימה אחת המניעות האלו, היתה מועילה על-כל-פנים, רק לנותן באופן אישי, ולא היתה עוברת ליורשיו.

[[409]] **במשפט האנגלי** אפשר לעמוד קודם-כל על מספר גורמים מיוחדים **לצמצום** מושג המתנה (gift), ואף לדחיקת משמעותו. ראשית, נגרם כאן צמצום מתוך כך, שהכלל, כי הנהנה על חשבון חברו חייב בסתם לפצות את חברו, הריהו מסויג במשפט האנגלי הרבה יותר מאשר בשיטות האחרות: במשפט האנגלי אין אחריות במקביל לדינים העבריים של היורד לשדה חברו או במקביל ל-negotiorum gestio של השיטות האירופיות-היבשתיות - ונמצא אפוא שלפחות בתחום הרחב הזה אין שום משמעות לגידור ההינוי מבחינה קניינית שלא על דעת תמורה. ביתר בירור: משנגרם לאדם הינוי מסוג זה שלא במסגרת חוזה עבודה בתמורה, ממילא יוצא הנהנה פטור, לפי המשפט האנגלי, בין אם מלכתחילה הוסכם שיהא פטור ובין אם לא הוסכם מאומה - וממילא משמע אפוא כי לפחות ביחס **להינוי-עבודה**, אם אין בו מלכתחילה גידור של תמורה, שוב אין שייך בו שום מושג של חוזה או סיוג גידורי מעיקרא, ואין מקום לסווגו לא כמתנה ולא כשום דבר אחר שיהא בעל משמעות מושגית מקבילה.

שנית, גם העובדה, שהמשפט האנגלי מדמה לראות את התמורה כגורם מהותי לעצם התאפשרותו של חוזה, פועלת באותו הכיוון. מתוך גישה זו יוצא לכאורה לפחות **התחייבויות** - שהן הן התחשבות כנשוא מהותי-הכרחי במושג החוזה - לא יתכן כלל לתתקשרנה על דעת חינם; וממילא

---

[723] שסו) מתוך כך, היה מקום לשאול, מהו דין מתנת **המקרקעין**, לאור העובדה שהעברת ההחזקה לשם בעל-בית במקרקעין, ללא רישום, היתה אסורה על-פי סע׳ 12 של פקודת העברת קרקעות, ואילו רישום המתנה כשלעצמו לא היה נחשב כמסירה ונטילה (ע״א 127/56, האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ׳ חנא נציף מוויס, פסקי-דין י״א, עמ׳ 64) - ומשמע שהקדמת הרישום במתנת מקרקעין היתה יוצאת בשקר. עם זאת, ר׳ ע״א 570/70 (ח׳ ב׳ כהן, פסקי-דין כ״ה-ב׳, עמ׳ 353 ו-356, שם נקבע כי רישום ראוי היה להיחשב כנטילה לעניין מתנה.

[724] שסז) במושג ״התמורה״ נראה שאין כאן להבין תמורה ״מגדרת״ או ״קאוזלית״, כי אם תמורה ״מודלית״ - במובן שנבהיר להלן בשיטות האירופיות (ר׳ ביחוד הערה ת״ג) - וכגון התנאה שהמתנה תהיה בטלה לפי ברירת הנותן, אם המקבל לא יכלכל את הנותן עד יום מותו, או לא יפרע איזה חוב המוטל עליו או לא יתן לו או לא יעשה לו משהו אחר. ר׳ סע׳ 855 של המג׳לה.

משמע כי מטבע התפיסה האנגלית, לא יתכן כלל שמושג המתנה יחול [[410]] בהתחיבויות. אמנם, אין להתעלם גם מכך, שכל התפיסה הזאת היא בעצם מדומה - ולמעשה תיתכן התחייבות-חינם גם במשפט האנגלי, ובלבד שתתקיים בה הצורה הנדרשת של deed. אולם, מכל-מקום העובדה נשארת, שאת ההתחייבות מסוג זה נמנע המשפט האנגלי מלדון כחוזה: להלכה אין הוא רואה אותה כמבוססת בהסכמה (אשר בהכרח תהא כרוכה בגידור קנייני כלשהו), אלא הוא רואה אותה רק כפרי עצם ביצוע הצורה של עריכת ה-deed ומסירתו - ומסתבר שבעקבות זאת אמנם לא יעלה על הדעת במשפט האנגלי לציין גם התחייבות-חינם שב-deed במושג כלשהו שיימצא מבחינה פונקציונלית במישור אחד עם מושג המתנה[725].

שלישית, ממילא מתחמקת כנראה מתחום המתנה האנגלית גם מחילת-התביעה בחינם, משום שהכלל הוא, שגם מחילה אין לה תוקף בסתם בלי תמורה. כדי להתקיים בחינם, מסתבר שאף המחילה זקוקה כאן בהכרח ל-deed - וכך חוזרים אנו שוב למסקנתנו דלעיל.

באופן כזה נשארים אפוא לבסוף לרשותנו רק כל מיני ההקנאות במוחזק וההעברות בראוי; אך בנקודה זו מקבלת חשיבות העובדה, שגם אלה - כאשר מבוצעים הם שלא על דעת תמורה - הריהם חורגים על-כל-פנים ממושג החוזה, ואף לגביהם שוב אין אפוא רקע לעיצובו של מושג המתנה, כמוסד המשתלב בבעיות העקרוניות של [[411]] דיני החוזים[726].

[[412]] מושג המתנה נשאר אם-כן במשפט האנגלי, למעשה, רק כמושג שולי. מתקבל אף על הדעת לומר, שבעצם יכול היה המשפט האנגלי - לפי מבנהו - לוותר על המושג הזה מעיקרא; ואם הוא בכל-זאת משתמש בו, הרי זה, מן הסתם, רק בדרך אימוץ מן השפה המדוברת וביחוד באופן עקרוני לשימושה שלה. אולם, מסתבר כי בעקבות האימוץ הזה נצטרפה אל המושג מכל-מקום גם הילה מסוימת של משמעות משפטית-מעשית מיוחדת, לגבי עניינים צדדיים אחדים, כמו מיסוי, כושר הנתינה והקבלה וכיו"ב - ומתוך ההתפתחות הזאת מוצאים אנו את המתנה כנושא לערך ולדיון מיוחד (ואף במובן מורחב כלשהו, כנגד פשט השפה המדוברת) בקובץ הדינים של **הלסבורי-סיימונדס**, כרך י"ח.

---

[725] שסח) **אנסון**, עמ' 68-69, והמונח gift במילון **סטראוד**; אך ר' גם להלן, בסמיכות להערה שע"ב.

[726] שסט) התוצאה המעשית של מציאות עיונית זו מתגלמת בכך, שכאשר מבקשים אנו לדעת את דינה של איזו הקנאה או העברה בחינם, מנקודת-הראות העקרונית של השתבצות הדין במערכת הכללית של תורת המשפט, הרי שבמשפט האנגלי אין לחפש את הדין במסגרת המאחדת של מושג המתנה, בתוך דיני החוזים, אלא יש לחפשו לפי המסגרת המיוחדת המתאימה למקרה - ואת המסגרת המיוחדת הזאת יש לקבוע על-פי קני-מידה אשר לא תמיד אפשר לצרפם באיזה מכנה משותף כך, מצד אחד, את דיני העברת התביעה בחינם, את דיני הקנאת גופם של מיטלטלין בחינם ואת דיני ההקנאה של מקרקעין ב-estate כלשהו בחינם צריכים אנו לחפש למעשה למעשה לפי קנה-המידה של **דיני צורת ההקנאה** - כי במקום שנידון מכלול הבעות הקשורות בנושא המיוחד של העברת תביעה, נמצא ממילא את דיני ההעברה הזאת, הן למקרה שהיא נעשית בחינם (ר', למשל, במדור של choses in action בספרו של **גודיב**); כמו-כן, במקום שנידון מכלול הבעיות הקשרות בנושא המיוחד של הקנאת מיטלטלין, נמצא ממילא את דיני הקנאת גופם, הן למקרה שהיא נעשית בתמורה הן למקרה שהיא נעשית בחינם (ר' במדור המיטלטלין אצל **גודיב**); ואילו את דיני הקנאת estate של מקרקעין בחינם נמצא במעורב עם דיני הקנאה שכזאת בתמורה, במקום שנידון הנושא של conveyance במקרקעין (ר', למשל, **צ'שיר**). לעומת זאת את דיני העברת המיטלטלין בהשאלה אין אנו מוצאים אלא במובלע בתוך דיני **השמירה** (bailment in commodatum - ור',למשל, **גודיב**, עמ' 44; **הלסורי-סיימונדס**, ב', עמ' 96), ואילו את דיני השאלת המקרקעין צריכית אנו לחפש בדיני ה-estates הרופפים או "ההרשאות" במקרקעין (tenancy at will או licence), אשר הציר לדיון בהם הוא **בתוכן הזכות**, ושוב בלי נפקא מינה אם זו קמה בתמורה או בלעדיה (ר' **צ'שיר**).

לפי סיכום-הדברים בערך הזה, המתנה (שבין חיים - inter vivos - ובהבדל ממתנת צוואה מחמת מיתה) הריהי "העברת רכוש כלשהו מאדם אחד למישנהו בחינם, בעוד שהנותן חי ואינו מצפה למיתה. זהו מעשה אשר בו מועבר משהו, מתוך רצון, מן המחזיק האמיתי לאדם אחר, בכוונה המלאה שהדבר לא יחזור אל הנותן, ומתוך הכוונה המלאה של המקבל להחזיק את הדבר לחלוטין כשלו, בלי להחזירו לנותן"[727] והנה, לפי הגדרה זו, כשלעצמה, לכאורה אין עדיין שום הרחבה לעומת פשט-הדיבור - וביחוד לאור הסיפא של ההגדרה, הנוטה להוציא מגדרי המתנה הן את ההשאלה הן את העברת הנכסים הראויים שלא הגיעו לכלל החזקה. אולם, [[413]] בהמשך-הדברים מתברר כי באמת הכוונה היא להוציא מן ההגדרה רק את ההשאלה, ואילו את העברת הנכסים הראויים הכוונה היא לצרף ולהכליל[728]. בד בבד עם כך נראה, שבנקיטת לשון "העברת-רכוש" היתה אמנם כוונה מדוייקת, לעניין שהתחייבות מקורית, ואף אם היא ב-deed ויש לה תוקף, לא תיכלל כשלעצמה בגדר מתנה, אלא תיחשב רק כהתחייבות-למתנה (ובודאי זאת רק במידה שמתייחסת היא להתחייבות-נתינה, בהבדל מעשייה); אך הענקת החינם של שטר-התחייבות (לרבות התחיבות מעשה או מחדל) שהוא בגדר bond (להבדיל משטר-חליפין או כתב-הבטחה שאין להם תוקף באין תמורה), - נראה שעשויה להיחשב כמתנה, אם לא בגין עצם הענקת הזכות בחינם, הרי לפחות בגין הענקת גילומה-שבשטר[729].

לגבי אופן העמדת המתנה בגדרים אלה, פשיטא כי מאחר שלפי התפיסה האנגלית אין מדובר כאן בחוזה, ממילא משמע שמבחינה עקרונית לא תוכל לסכון בזה העברה חוזית גרידא - על-ידי עצם ההסכמה בין הצדדים, אלא לגבי כל סוג-רכוש נחוצה העברה מתאימה לפי דרכו. במיטלטלין תהיה זו אפוא, בדרך-כלל, מסירה, ואילו במקרקעין conveyance by deed. מלבד זה יש לקחת בחשבון, ש-deed עשוי לשמש באנגליה להעברת רכוש כלשהו - ואף מיטלטלין, שלא במסירה, - ושנית: שרכוש יכול להיות מועבר באנגליה גם על-ידי הצהרת נאמנות. בהתאם לכך מכליל **הלסבורי-סיימונדס** וקובע כי מתנה זקוקה לאחת משלוש הצורות: א) deed [[414]] או מסמך כתוב אחר; ב) מסירה - במקום שמסירה עשויה להועיל; או ג) הצהרת trust (שאז תקום המתנה ב"נאמנות", במסגרת "אקויטבילית")[730]. לא נתקיימה אחת הדרכים האלו, לפי המתאים, אין המתנה תופסת על-פי כוונה או הבטחה בלבד - אף לא ברמה "אקויטבילית", - מפני שאין "האקויטי" מרפא מתנה פגומה, כדרך שעשוי הוא לרפא העברה חוזית פגומה; אולם, העברת תביעה - אפילו בחינם - הריהי בת תוקף בין הצדדים, על-פי דיניה המיוחדים, משעה שהצדדים הסכימו עליה, ואף אם לא נתקיימה עדיין ההודעה לחייב, הנחוצה כדי להשלימה לגביו[731]. סייג אחר הוא, שאם המקבל קיבל כבר למעשה את דבר-המתנה לרשותו, אך בלעדי הצורה הדרושה

[727] שע) **הלסבורי-סיימונדס**, י"ח עמ' 364.
[728] שעא) שם, עמ' 397,395.
[729] שעב) ההבדל בנקודה זו הוא כמובן דק עד מאוד, ואף נראה לומר שחשיבותו היא באמת רק מילולית, ולא תוכנית. כך היא מפני שמסתבר, שכל התחייבות שב-deed הופכת את ה-deed ממילא ל-bond, ואילו bond אינו אלא deed כלשהו המגלם התחייבות. ר' ערך Bond במילון **סטראוד**. לפי **אנסון**, בעמ' 74-73, bond הוא deed המגלם התחיבות-קנס.
[730] שעג) **הלסבורי-סיימונדס**, עמ' 365.
[731] שעד) שם, עמ' 397-396, והשווה **לוסון**, עמ' 57.

(כגון מקרקעין שנמסרו בפועל ב-deed), והמקבל הוציא הוצאות על הנכס בהסתמך על דברי הנותן, שכוונתו למתנה, אפשר לכפות את הנותן שישלים את המתנה על-ידי הצורה הדרושה[732].

נתקיימה הצורה, מתבלט האופי הבלתי-חוזי-כביכול של המתנה האנגלית על-ידי כך, שאין המשפט האנגלי שואל להסכמת המקבל, ורואה הוא לכאורה את המתנה כשלמה אף בלעדיה. אולם, הכלל הוא שאין מחייבים אדם לקבל מה שאין הוא רוצה, ולכן - משנודע למקבל על המתנה, הריהו יכול לשימה לאל על-ידי סרוב לקבלה. הפרשנים נוטים להסיק מכאן, שבעצם כרוכה גם המתנה האנגלית בהסכם -והיינו בהסכם שמסתמא המתברר במקרה שהמקבל אינו מסרב[733]; אך יש אולי מקום לשאול, למאי נפקא מינה, אחר שהקבלה אינה זקוקה לכושר-הדעת, ועל-כל-פנים אין בתפיסה ההסכמית כדי לצרף את המתנה אינה זקוקה לכושר-הדעת, מכל-מקום זקוקה היא לכשרות משפטית כלשהם. נראה שגבול הכשרות הוא שהמקבל כבר יהא על-כל-פנים נהרה, בבחינת עובר, בשעת המתן[734]. סייג אחר לעניין הזכייה הוא, שמתנה לאשה על-ידי בעלה הריהי בטלה כנגד [[415]] נושי הבעל, אם נשארת היא ברשותו[735].

נראה שהמשפט האנגלי מכיר באפשרות של מתנה שתהיה ניתנת במסגרת חוזה, שהמקבל ישתמש בדבר למטרה פלונית - ואז, במקרה שהמקבל מפר את חיוב השימוש שקיבל עליו, רואים את המעשה כעין רמאות (fraud)[736].

בצרפת המתנה היא חוזה[737], אך נידונה היא בסמיכות לדיני הצוואה[738]. **קולין וקפיטן**[739] מגדירים ש"המתנה בין חיים (donation entre vifs) היא חוזה אשר באמצעות אחד הצדדים, הנותן, מחסיר את עצמו דבר-מה (se deposialle) בחינם, בעודו בחיים, לטובתו של אחר, מקבל המתנה". להלן מבחינים הם בין מתנה ישירה ובלתי-ישירה. המתנה הישירה היא זאת שבה **מעביר הנותן "את הבעלות באחד או אחדים מנכסיו"** (ובודאי, נכסיו במובן המורכב, הכולל חפצים וזכויות), על-ידי מסמך נוטריוני או מסירה ביד (מסירה שתיתכן, כמובן, רק במיטלטלין חומריים). נראה גם שבמסגרת זו תיתכן למעשה לא רק העברה-ממש כי אם אפילו העמדת התחייבות מקורית[740]. לעומת זאת, מתנה בלתי-ישירה היא כזאת שבה יכולה ההגדרה להתקיים אף שלא בגדרי דיוק-הלשון של העברה כנ"ל, וכשאין מדובר בהתחייבות מקורית - וכגון מחילת חוב, ויתור על זכות בירושה לטובתו של יורש אחר, תשלום חובו של הזולת, רכישה לזכותו של שלישי[741] וכיו"ב.

---

[732] שעה) **הלסבורי-סיימונדס**, י"ח,עמ' 399.

[733] שעו) שם, עמ' 389-388 ; **לוסון**, עמ' 51.

[734] שעז) דוק **בהלסבורי-סיימונדס**, י"ח עמ' 372. לעניין דרך הענקת המתנה למי שהוא לפי-שעה רק עובר, ר' בפרקנו להלן, הערה תנ"ה, במסגרת דיוננו באפשרות הזכייה לאדם שלא בפניו.

[735] שעח) שם, עמ' 367.

[736] שעט) שם, עמ' 378.

[737] שפ) **קולין וקפטן**, ג', עמ' 13.

[738] שפא) ר' בספר החוקים האזרחי ספר שלישי, סימן ב': "על המתנות בין חיים ועל הצוואות", בעוד שהחוזים נידונים בסימן ג' של אותו ספר. נושא הספר הוא "על האופנים השונים לקניית רכוש".

[739] שפב) בכרך ג', עמ' 677.

[740] שפב-1) **קולין וקפיטן**, ג', עמ' 860, 849-848. עם זאת, לא תיתכן מתנה של נכסים שעדיין אינם ברשות הנותן: שם, עמ' 847. במקבלי מתנת-התחייבות המתחרים ביניהם כנגד נכסים שאינם מספיקים אינם גובים באופן פרופוציונלי - כרגיל בין נושים מתחרים - אלא גובים הם לפי סדר קדימת המתנה.

[741] שפב-2) ר' בפרקנו להלן, הערה תנ"ה.

מן המתנה מבחינים בצרפת את **חוזה הטובה** (contrat de bienfaisance), אשר גם בו מוסכם אמנם בין הצדדים שבאחד יהנה את חברו בחינם, אך על-כל-פנים בלי שהמהנה [[416]] יחסיר מעצמו משהו לטובת חברו. למסגרת זו משייכים את ההשאלה, את השמירה בחינם ואת הערבות[742].

מצד שני, יש להבחין מן המתנה גם את "ההורשה החוזית" (institution contractuelle). מוסד זה דומה למתנה מבחינת מהותו החוזית ומבחינת עניינו בהינוי נכסי בחינם, אך ייחודו הוא בכך שאין הוא מתייחס לנכסי המהנה בעודו בחיים, כי אם לעזבונו, ואין ההינוי אמור להבשיל כאן אלא משעת מיתתו של האיש. באופן כזה, גם אם נבדל המוסד מן הצוואה הרגילה, על-ידי כך שההינוי תלוי כאן מלכתחילה בהסכמתו של הנהנה, וגם המהנה שוב אינו יכול לחזור בו, מצידו, משנקשר הזיכוי החוזי בנכסים לעמד - מכל-מקום נראה שמבחינה עניינית ומעשית מכריעים לאו דווקא הקשריים המושגיים-החוזיים של המוסד, כי אם קשריו אל דיני הירושה (ואף יחסי-הממון של איש ואשתו), ולא נוסיף אפוא לדון בו בהמשך[743].

הרקע לצירוף דיני המתנה אל דיני הצוואה בצרפת מצוי באפשרות, שאדם ישתמש במוסד המתנה במקום שכוונתו המהותית היא בעצם לצוואה - וכדי למנוע שבאופן כזה יוכל האדם לעקוף את החומרות שנמצא ראוי לערמן על דרך הצוואה, בא אפוא החוק הצרפתי להרחיב את תחום תחולתן של החומרות, באופן שלפחות חלקן יחול גם, במישרין או בעקיפין, על מתנות ועל צוואות כאחת. הרחבה זו מתיחסת בעיקר לחומרות של הערכת גילוי הרצון, כאשר המת והקבלה ודיני הקאוזה (הדגשה מיוחדת של המניע הסובייקטיבי בקשר לגידור הקנייני של חינם, וביחוד במגמה להבטיח את העדר הטעות, החוקיות והמוסריות)[744]. אולם גם על פרטי הדיוקים הללו לא נתעכב כאן, באשר מרכז-כובדם הריהו בדיני הירושה, ולאו דווקא בדיני המתנה החוזית הכנה. עם זאת נציין לפחות [[417]] את הנקודה האחת הזאת, שבהבדל מן הכלל הרגיל בדיני החוזים, כי תנאי בלתי-אפשרי בלתי-חוקי או בלתי-מוסרי מבטל את העסק מעיקרא, הרי בתחום הנידון כאן הכלל הוא הפוך, והיינו שרואים את התנאי נבטל, והמתנה קיימת במשוחרר ממנו[745]. אולם, כלל זה נמצא למעשה מרוקן מתוכנו על-ידי הפסיקה שקבעה, כי גם זיכוי של חינם יהא בטל מעיקרא אסהתנאי הפסול שהוא נתלה בו היה בבחינת מניע מכריע ל"קאוזה"[746].

אם נחזור מכאן אל המתנה בין-חיים כמוסד מיוחד, הכלל הוא (בכפוף לחריגים, אשר בעצם כבר ראינו), שגם כוונת המתן וגם ההסכמה לקבל צריכות להתאשר במסמך מקויים על-ידי נוטריון (בין אם מסמך אחד ובין אם שני מסמכים משלימים), ובמקרה שהמדבר הוא במיטלטלין (לרבות תביעות בראוי) נחוץ שתצורף שומה של ערכם, חתומה על-ידי הנותן ועל-ידי המקבל[747]. סע' 931

---

[742] שפג) שם, עמ' 678.
[743] שפד) שם, עמ' 680.
[744] שפו) שם, עמ' 683 ואילך.
[745] שפז) שם, עמ' 612 ואילך.
[746] שפח) שם, עמ' 698, ור' גם הערה מס' 8 לסע' 900 של ספר החוקים האזרחי בהוצאה הקטנה של **דאלוז**.
[747] שפט) **קולין וקפיטן**, ג' עמ' 826, 879. עריכת המסמך או המסמכים הנוטריוניים אף מצריכה את נוכחותם של שני עדים או של נוטריון נוסף. שם, עמ' 822-821 ו-824, ור' בנספחים לסע' 1317 של ספר החוקים האזרחי בהוצאה הקטנה של **דאלוז**.

של החוח מדגיש, שהמתנה בטלה אם אין הנוטריון משאיר אצלו את רשומתה. במקרה שהצעת המתן והבעת ההסכמה אינן נערכות במעמד אחד, הדין הוא שהמתנה נשלמת עם עריכת ההסכמה ואף אם הנותן אינו נמצא באותו מעמד, אולם המתנה מתבטלת אם הנותן חזר בו או מת לפני שנודעה לו ההסכמה[748]. עם זאת, במקום שיש נתונים מהותיים של מתנה אשר מתנה גמורה אינה עולה מתוכם רק מפני פגם בצורה, או מפני איזו טענה אפשרית אחרת של בטלות, ואילו הנותן - מצידו- לא [[418]] עמד על בטלות המתנה עד שמת, עשויה המתנה להירפא ולקבל תוקף גמור, אם היורשים נראים כמאשרים אותה בפירוש או מסתמא. טעם הדבר הוא, שאחד הגורמים העיקרים לחומרות בהעמדת מתנה הריהו ברצון לבצע את ענייני משפחת הנותן, ואילו כאשר משפחה זו עצמה מסכימה למתנה, ממילא מתרופף הצורך להחמיר[749].

במתנה, אשר על-פי תוכנה אין היא מתאימה להיות "מתנה בלתי-ישירה" וגם לא תיתכן בה "מסירה ביד", ביום הדרישות הצורניות הנ"ל הוא הכרח, והיינו שאם אחת הדרישות אינה מתקיימת יוצאת המתנה בטלה (בכפוף רק לאפשרות אישור היורשים, כאמור)[750]. לכן (וביחוד כדי להעלים את המתנה מביקורת המשפחה או כדי להימנע מן המסים היתרים הכרוכים במתנה) מקובל בצרפת, שבמתנות מסוג זה מנסים לעקוף את הדין על-ידי הסוואת כהעברת-רכוש בתמורה, או כמכר - וכגון שרושמים התחייבות תשלום בלתי-כנה, או שמוסרים שובר על תשלום שלא נתקבל, או מגלמים את העסק בהודאת-חיוב, ולו גם בלי ציון "הקאוזה". מתנה המוסווית באופן כזה מוכרת על-ידי בתי-המשפט כבת-תוקף וחלים עליה הדינים המהתיים של מתנה[751].

[[419]] מצד שני, ביחס למתנות הנערכות על-ידי מסירה-ביד יש לציין, שמסירה זו הריהי בבחינת תחליף לצורת ההעמדה הנוטריונית, אשר החוק מאפשר - במקביל לצורה הנוטריונית - לעניין עריכת מתנה בנכסים, אשר טיבם מאפשר בהם מסירה שכזאת. שני מיני הצורות האלו גם יחד משמשים כאן באופן שונה מדרך שימושם בחוזים תמורתיים: כי בחוזה תמורתי, העברת הנכס - או הזכות בנכס - מתקיימת על-ידי עצם ההסכמה המופשטת, אשר בה מתגלם החוזה, ואילו הצורה הנוטריונית עשויה להילוות על כך רק כגורם הוכחתי, בעוד שמסירה-ביד עשויה להצטרף רק לעניין העברת ההחזקה; לעומת זאת, במתנה, הברירה בין הצורה הנוטריונית והמסירה-ביד (במקום שזו אפשרית) הריהי עניין קונסטיטוטיבי, ובלעדי אחת הצורות האלו אין הנכס או הזכות עוברים מעיקרא, והחוזה נשאר בטל מיסודו (אלא אם ננקטת הברירה השלישית של הסוואה תמורתית)[752].

ביחס למתנה "הבלתי-ישירה" יש לציין, כי מיני המעשים שמנינו לעניין זה אינם מעלים על-כל-פנים מתנה אלא אם אמנם מתקיימים הם תוך הסכמת המקבל; אולם, חוץ מאשר במחילת חוב,

---

[748] שצ) **קולין וקפיטן**, ג', עמ' 824.
[749] שצא) שם, 826-827.
[750] שצב) שם, עמ' 826.
[751] שצג) שם, עמ' 829 ואילך.
[752] שצד) שם, עמ' 837 עם זאת העובדה נשארת שעל-פי סע' 938 של ספר החוקים האזרחי, יש לראות את הגורם המעביר - אפילו במתנה הנוטריונית - בעצם ההסכם של הצדדים, ורק במתנה של מסירה-ביד נתפסת המסירה כגורם המעביר, במקום ההסכם.

לא שעת ההסכמה של המקבל היא הקובעת כאן את שעת המתנה, אלא הסכמה זו מועיל למפרע, משעת מעשהו של הנותן[753].

בדרך-כלל נראה שהמתנה במשפט הצרפתי יכולה להיות מותנית[754], [[420]] אך יש מיני תנאים הנאסרים במיוחד במתנה. ראשית, נמנע תוקפה של מתנה המותנית בדבר התלוי אך ורק ברצונו של הנותן[755]. כמו כן, נמנע תוקף המתנה המותנית בהתחייבות המקבל לשלם את חובותיו העומדים של הנותן אשר לא פורטו מראש[756]. ולבסוף המתנה נשארת בטלה ביחס לנכסים האמורים להיכלל בה ואשר הנותן משאיר לעצמו רשות לפעול בהם, באופן שיהא עשוי לדחוק את זכותו של המקבל[757].

המתנה, ואף כאשר אין היא מתבטאת בהעמדת התחייבות מקורית, כרוכה על-כל-פנים גם בהתחיבות מסוימת מצד הנותן, והיינו למסור למקבל את דבר-המתנה (כל אימת שעדיין נשאר הדבר מחוסר-מסירה), וכן להימנע מכל שעשוי יהיה לפגוע בהנאת המקבל מן המתנה (וכגון קלקול הדבר לפני המסירה או תביעת החזרה בדיעבד, בטענה שמלכתחילה לא היה בדיעבד שייך לנותן ורק בדיעבד נפל לפניו) עם זאת אין הנותן אחראי לפגמים או ערעורים מצד שלישי, כדרך אחריות המוכר, ואין הוא אחראי אף אם למעשה גרמה המתנה נזק למקבל[758] - אלא אם היתה הנתינה במרמה או שהותנה אחרת בפירוש. אולם, אם נושל המקבל בהסתמך על העדר זכותו של צד שלישי, אשר הנותן קנה ממנו את הדבר, רואים את המקבל כמי שהועברה אליו זכות-הלוקח של הנותן, והריהו יכול לתבוע לפי זה אחריות מן הצד השלישי המקנה[759].

[[421]] את מקבל-המתנה רואים בצרפת כמחייב בחובה של הכרת-טובה לנותן, ובהסתמך על חובה זו יכול הנותן לדרוש את ביטול המתנה בדיעבד, אם המקבל נמצא כפוי-טובה כלפיו על-ידי התקשות בחייו, על-ידי חבלות, פשיעות פליליות או פגיעות חמורות אחרות, או על-ידי סירוב לספק לו מזונות[760]. התביעה צריכה להיות מוגשת תוך שנה מן המעשה או מעת שהמעשה יכול היה להתגלות לנותן, והריהי עוברת בירושה רק בגדרים אלה.

---

[753] שצה) שם, עמ' 833 ואילך. הסכמת המקבל למתנה בלתי-ישירה - בדומה להסכמה חוזית בדרך-כלל, ובהבדל מן ההסכמה במתנה נוטריונית - אינה חייבת להיות דווקא מפורשת, ויכולה היא להתגלות גם מכללא.
בהקשר זה נראה גם להעיר כי בתחום חוזה-המתנה מסתבר שאף השיטות האירופיות מאבדות אמנם את מעמד השוויון בין הצדדים, לעניין שכל אחד מהם יוכל להיות "מציע" או "מקבל-ההצעה", לפי ההתפתחות המקרית, נותן המתנה הוא שיוכל לשמש כאן כ"מציע".

[754] שצו) **קולין וקפיטן**, ג', עמ' 851, 839 ואילך.

[755] שצז) שם, עמ' 850-849.

[756] שצח) שם, עמ' 851-850. כאשר ההתנאה מתיחסת לחובות הווים או מפורטים מראש, ואין היא מבטלת אפוא את המתנה, הרי משזובה המקבל במתנה נעשה הוא חייב כלפי הנותן לפרוע את החובות; ור' להלן, בסמיכות להערה ת"ג.

[757] שצט) **קולין וקפיטן**, ג', עמ' 8.

[758] ת) בנקודה זו יש לציין את השוני של המשפט הצרפתי מן האנגלי: במשפט האנגלי נשאר הנותן אחראי - על-פי דיני הנזיקין הכלליים - לסכנות הנסתרות הכרוכות במתנה: **הלסבורי-סיימונדס**, י"ח, עמ' 378.

[759] תא) שם, עמ' 861-860.

[760] תב) שם, עמ' 862-861, 868 ואילך.

חוץ מזה יכול הנותן לדרוש את ביטול המתנה בדיעבד במקרה שהמקבל אינו מקיים איזו חובה אשר קיבל על עצמו בפירוש כנגד קבלת המתנה, וכגון חובת תשלום החובות של הנותן שכבר הזכרנו לעיל, בהערה שצ״ח. אפשרות זו היא חילופית כנגד האפשרות לתבוע את פרעון החובה בעינה; אולם, האפשרות לתבוע פרעון עומדת הן לנותן וליורשיו הן לכל מי שהחובה הוטלה לטובתו, בעוד שהאפשרות לתבוע את ביטול המתנה נתונה רק לנותן וליורשיו. **קולין וקפיטן** קוראים לחובה זו charge, ואת חוזה המתנה הכרוך בחובה כזאת רואים הם ״כחוזה הדדי״. היסוד המהותי להבחנה בין חוזה מתנה הכרוך ב-charge לבין חוזה הדדי-תמורתי (contrat synallagmatique à titre onéreux) מיטשטש אגב כך עד מאוד. - אך נראה כי התפיסה העיונית היא שאת החוזה התמורתי מכירים לפי הימצאותה של ״הקאוזה״ בעצם ההתחייבות-שכנגד (או בציפיית מילויה של ההתחייבות הלזאת), בעוד שבמקרה מן הסוג האחר מכל-מקום אין ״הקאוזה״ נופלת בהתחייבות-שכנגד, כי אם בכוונה לזכות את המקבל בחינם, ואילו ההתחייבות-שכנגד אינה כביכול אלא כעין תנאי או צירוף-של-לואי[761].

[[422]] עילה אחרת לביטול המתנה למפרע היא כאשר המתנה ניתנה באין לנותן צאצאים חיים, ולאחר מכן נולד לנותן וולד חוקי משלו (ואפילו לאחר מותו), או שנולד לו וולד בלתי-חוקי והוא מכשירו על-ידי נישואי ההורים. ביטול המתנה במקרה כזה מתחולל מאליו, במישרין מכוח הדין. אם החזרת המתנה אינה נתבעת למעשה, והנכס נשאר ביד המקבל או באי-כוחו, מתחילה לצמוח להם זכות-חזקה רק מעת הולדתו או הכשרתו של הוולד האחרון אשר בגינו יכלנ המתנה להיבטל; אך במקרה שזכות-החזקה נשלמת, אין היא נשלמת לכלל זכות-חזקה בנכס, אלא רק מרפאת היא את המתנה למפרע (לעניין שיחולו על המקבל החיובים-שכנגד וכל כיוצא בזה)[762].

משטר מיוחד יש בצרפת לגבי מתנות בין בעל לאשתו ולגבי מתנות הניתנות לאיש או לאשתו בחוזה-הנישואין[763].

המתנות מן הסוג הראשון, כאשר הן ניתנות תוך חיי הנישואין הריהן ניתנות לביטול על-ידי הנותן בכל עת, אך אין הן מתבטלות מאליהן על-ידי הולדתו או הכשרתו של וולד[764].

המתנות מן הסוג השני, יכול שתהיינה בין האיש והאשה, בינם לבין עצמם, ויכול שתינתנה למישהו מהם, או לשניהם, או לוולדות העתידים להיוולד להם[765], על-ידי אחרים. בשני האופנים נפטרת המתנה [[423]] מן הצורך בצורה הנוטריונית המיוחדת למתנות, ודי לה בצורה הנדרשת לגבי חוזה נישואין. אין גם להתקיפה בטענה של העדר הסכמת המקבל. יחוד אחר הוא, שמתנה מן

---

[761] תג) שם, עמ׳ 862, 864 ואילך. בכינוי יותר מיוחד בתורת-המשפט האירופית למין נטל או charge כמו התחייבות-הנגד במתנה הריהו modus (ר׳, למשל, **מסיניאו**, ג/א/א, עמ׳ 34 ואילך). מסיניאו רואה את ייחודו של ״המודוס״ בכך שאין הוא מכוון בעצם **כנגד** המתנה, אלא רק בא הוא לצמצם בעקיפין את תוכנה (ואמנם, בחוק האיטלקי קובעת הוראה מפורשת שהמקבל חייב למלא את החיוב ״המודלי״ רק בגדר ערכה של המתנה). השווה אצל **קולין וקפיטן**, ג׳, עמ׳ 863-862).

[762] תד) **קולין וקפיטן**, ג׳, עמ׳ 873 ואילך.

[763] תה) שם, עמ׳ 878 ואילך.

[764] תו) סע׳ 1096 של ספר החוקים האזרחי.

[765] תו-1) מעבר לכך, הכלל בצרפת הוא שאין מתנה אפשרית לטובת למי שעדיין לא נולד, אלא אם לפחות כבר נהרה (סע׳ 906 של ספר החוקים האזרחי); ור׳ בפרקנו להלן, הערה תנ״ה.

הסוג הנידון יכולה להתיחס גם לנכסי העזבון של הנותן, וכן עשויה היא להיות קשורה בתנאי כלשהו התלוי ברצון הנותן, או בהתחיבות המקבל לשלם אף את חובת הנותן העתידים, ללא הגבלה - והנותן יכול לשמור לעצמו רשות-הקנאה בדבר-המתנה. אולם, מתנה המותנית באופן כזה והניתנת על-ידי צד שלישי מתבטלת מאליה אם המקבל וצאצאיו מתים לפני הנותן. כמו כן, מתנה מן הסוג הנידון הניתנת על-ידי צד שלישי אינה ניתנת לביטול בשל כפיות-טובה; הנותן נושא לגביה אחריות כמוכר, והריהי שונה ממתנות אחרות גם על-ידי כך שאין היא ניתנת לביטול על-ידי נושי הנותן (אף כאשר בסתם יש להם זכות שכזאת) אלא אם שני בני הזוג ידעו מלכתחילה כי אין לנותן נכסים מספיקים. מתנה מן הסוג הנידון הניתנת בין בני הזוג בעצמם אינה מתבטלת בשל ביאת וולד לנותן[766].

באיטליה דומה השיטה בדרך-כלל למה שראינו בצרפת, והמתנה - עם כל היותה מוגדרת בחוק כחוזה[767] - הריהי מופיעה על-כל-פנים בסימן המסתנף לאו דווקא לדיני החוזים, כי אם לדיני הירושה[768]. אולם, הפרשן **מסיניאו**, אשר אנחנו נרצה להלן את דיני המתנה האיטלקית [[424]] על-פיו, סוטה משיטתו הצורנית של החוק, ומביא הוא דיני המתנה במסגרת דיני החוזים[769].

מסיניאו מביא את ההגדרה החוקית של המתנה בנוסח של פירוט, כלהלן: "המתנה היא חוזה, אשרמכוח תוקפו, אחד הצדדים (הנותן), מתוך רוח של נדיבות, ובכן כפועל-מאליו, מביא לצד השני (המקבל) התעשרות (יתרון רכושי): או על-ידי שהוא מוותר על זכות משלו, או שהוא יוצר לו זכות, או שהוא מוותר על זכות לטובתו, או שהוא מקבל עליו התחייבות כלפיו (לתת, או לעשות, או שלא-לעשות)"[770]. עם זאת מציין מסיניאו שלפעמים יכולה המתנה להיות גם בלתי-חוזית, והיינו הסתלקות חד-צדדית משעבוד "ריאלי" בנכס הזולת, וכן - על-פי סע' 785 של ספר החוקים - מתנה לבעל או לאשתו או לשניהם, או לוולדות העתידים להיוולד להם, הניתנת על דעת עריכתם של נישואין בין האיש והאשה, על-ידי האחד מהם לרעהו או על-ידי צד שלישי. מתנה כזאת מתקיימת מאליה, על-ידי עריכת הנישואין, בלי צורך בהסכה מצד המקבל.

מסיניאו מסביר גם-כן, שרוח-הנדיבות נדרשת בהגדרה לא רק כצורת-דיון של עצם העדר-התמורה, אלא גם כדי להדגיש את הצורך במניע שברצון חפשי להיטיב עם המקבל: הסדר שמתקיימים לכאורה כל יסודות המתנה, אך אשר הנותן אינו מונע בו כאמור, אלא כוונתו היא למלא "חיוב טבעי" (כמו תשלום חוב מיושן) או חיוב חוקי, כגון חובת-צדקה המוטלת עליו על-פי דין - אינו מתנה. הסדרים חוזיים אחרים, אשר על אף העדר התמורה אינם נתפסים בגדר מתנה

---

[766] תז) **קולין וקפיטן**, ג', עמ' 879 ואילך, עמ' 881 ואילך. לעניין אחריות המוכר במתנת צד שלישי, ר' שסע' 1440 של ספר החוקים האזרחי נשאר למעשה בעינו גם על-פי החוק מ-1965. לעניין ההבדל בין מתנת צד שלישי לבין מתנה בין בני הזוג עצמם בקשר לביטול בשל כפיות טובה, ר' גם הערה לסע' 959 של ספר החוקים האזרחי בהוצאה הקטנה של **דאלוז**.

[767] תח) סע' 769 של ספר החוקים האזרחי.

[768] תט) סימן ה', "על המתנות", בספר ב', "על הירושות".

[769] תי) **מסיניאו**, ג/א/א: "מדור שביעי, משפט החיובים - חלק מיוחד, היחסים החוביים השונים - החוזים בייחודם - המתנה...", עמ' צ ואילך.

[770] תיא) שם, עמ' 4. כפי שמסיניאו מדגיש להלן, אמנם מתברר מרשימה זו של אפשרויות המתנה, שעל-כל-פנים מוכרחה ההתעשרות להיגרם למקבל על חשבונו של הנותן בעצמו: גרם-העשרה שאין עמו חסרון מצידו של הגורם אינו מתנה, אף אם נעשה הדבר במסגרת חוזית.

הריהם, למשל, שליחות-חינם, עבודת-חינם, שמירת-חינם, השאלה, ערבות - [[425]] משום שבכל אלה חסר על-כל-פנים יסוד ההעשרה או יסוד החסרון[771]. מצד שני, העובדה שרוח-נדיבותו של הנותן ורצונו להיטיב עם המקבל מונעים על-ידי הכרת-תודה, או כוונה לגמול לו, או לתת לו פרס בשל משהו שעשה, אינה מוציאה את העניין מגדר מתנה; אולם,מענק הניתן כדמי-שירות או באופן אחר בהתאם למנהג מקובל אינו מתנה[772].

החשיבות להבחנה בין מתנה במובן החוקי המדויק לבין מיני הסדרים חוזיים אחרים ללא תמורה הריהי בכך שכמה חומרות לעניין צורה, זכות-חזרה או אפשרות הפחתה בגין שיבוש חלוקה צודקת של הירושה, וכיו"ב, חלות רק במתנות במובן המצומצם, ולא בהסדרים האחרים[773].

אשר לצורת המתנה - לרבות ההבחנה בין "מתנה ישירה" ל"בלתי-ישירה" וההבחנה בין מתנה בשטר לבין מתנה במסירה - אין בדרך-כלל גבר להוסיף כאן לעומת מה שכבר ראינו בצרפת[774] וכמו כן דומה הדין האיטלקי לדין [[426]] הצרפתי במה שנוגע למניעת המתנה בנכסים עתידים[775]. לעומת זאת, אין המתנה מתבטלת באיטליה על-ידי התנאתה בדומה למ שהבאנו לעיל בצרפת, בסמיכות להערות שצ"ז-שצ"ט; אולם, אם הנותן משאיר לעצמו רשות פעולה בנכס כלשהו מנכסי המתנה, אין הוא יכול לממש את הרשות אלא בעצמו ועל-ידי "מעשה בין-חיים" (היינו שלא בדרך צוואה)[776]. מתנה בין בעל לאשתו, תוך חיי הנישואין, הריהי באיטליה לא רק ניתנת לביטול, כי אם בטלה מעיקרא (אמנם, בכפוף לסייגים), והוא הדין במתנה של אדם לילדו בלתי-חוקי שאינו ניתן להכרה על-ידיו, וכן במתנת אדם לאפוטרופסו[777]. מלבד זאת, אין אדם יכול לתת מתנה באיטליה למי שיצטרך להיבחר באופן חופשי על-ידי צד שלישי, אך אין פגם במתנה הניתנת למי שצריך להיבחר על-ידי [[427]] צד שלישי מתוך קבוצה מסוימת[778]. בדומה לכך תיתכן גם מתנה אשר

---

[771] תיב) **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 9-8.

[772] תיג) שם, עמ' 9, על-פי הוראה מיוחדת בחוק, בסע' 770. בעמ' 10 מציין מסיניאו כי מענקים אחרים בהתאם למנהג מקובל הם, למשל, דורוני אירוסין, דורוני ימי-הולדת, דורוני-חג, נדבות עניים, וכיו"ב.

[773] תיד) **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 10.

[774] תטו) שם עמ' 21 ואילך. מסיניאו מנסה למצוא הגדרה עיונית להבחנה בין "מתנה ישירה" ל"בלתי-ישירה" - והיינו בכך שב"מתנה ישירה" יש רק "קאוזה" אחת, של נדיבות בלבד בעוד שבמתנה "בלתי-ישירה" יש קאוזה כפולה: אחת ישירה, תמורתית, כגון מיקח דבר או מכירתו במחיר, ואחת עקיפה, של נדיבות, וכגון זיכויו של שלישי בדבר-המיקח בחינם או מתן הנחה ללוקח, למטת מן המחיר הנאות. אולם, ספק בעיני אם יש בנסיון זה ממש, מפני שגם מסיניאו מסכים כי מחילת זכות היא "מתנה בלתי-ישירה", ואיני רואה כיצד עשויים הדברים להשתלב (אלא אם נפנה אל התירוץ הדחוק, שהמחילה מתקשרת על-כל-פנים לעסק קודם, בגין "קאוזה" אחרת, המתחייב גם בה בהכרח, והיינו העסק שבו הועמדה מלכתחילה הזכות הנמחלת עתה).
עם זאת, ראוי מכל-מקום לשים לב, שמסיניאו מכליל כאן ב"מתנה הבלתי-ישירה", הן מתן הנחה למטה מן המחיר הנאות במיקח הן הסכמה לשלם מחיר גבוה מן הנאות כמו כן יצויין כי מן "המתנה הבלתי-ישירה" מבדיל הוא את המקרה שאדם מוצא הוצאות לטובתו של פלוני, כדי לגדלו, לחנכו, להשיאו וכיו"ב - וכנראה מפני שאין בזה העשרה ישירה. זה כנראה גם ביסוד לכך, שמסיניאו מוציא מגדר מתנה אף את ההשלשה לצרכי צדקה וכיו"ב - ואף אם הדבר נעשה לכאורה בצורת מתנה, אבל על-כל-פנים בכפוף ל"מודוס", השולל למעשה מן המקבל כל התעשרות משלו.

[775] תטז) **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 17-16, 21-20. בהתאם לכך אין מכירים בתקופה של הבטחה לתת מתנה, אם כי יש תוקף - בבחינת מתנה הווה - להתחייבות מקורית הניתנת בלי תמורה. התחייבות כזאת עשויה לעמוד למילוי לשיעורים, ובמקרה כזה מסתיימת היא בסתם עם מותו של המתחייב, אם כי יתכן כי במסיבות מיוחדות או על-פי תנייה מפורשת ישתמע גם המשך של תחולת ההתחייבות כנגד העזבון (שם,עמ' 18).

[776] תיז) שם, עמ' 33.

[777] תיח) שם, עמ' 14-13.

[778] תיט) שם, עמ' 13.

הנשוא שלה יצטרך להיבחר על-ידי צד שלישי מתוך דברים מסוימים או במסגרת של ערך מסוים שנקבע על-ידי הנותן[779]. מקבל המתנה יכול גם להיות עובר - ואף שעדיין לא נהרה מתנה כזאת מתקיימת באמצעות הסכמתו של האב (או, בדרגה שנייה, על-ידי הסכמת האפוטרופוס או האם), והריהי נשארת תלויה בתנאי משהה עד ללידה. מתקיימת הלידה - זוכה הוולד גם בפירות, אם כבר נהרה בשעה שהמתנה הועמדה, אך אם לא כן נשארים הפירות לנותן[780].

אשר למתנה הקשורה בהתחייבות-שכנגד ("מתנה מודלית"), שוב דומה הדין בעיקרו של דבר למה שראינו בצרפת, - וכבר הערנו על דיוק מסוים ב"מתנה המודלית" האיטלקית בהערה ת"ג לעיל. דיוק מיוחד אחר הוא, שהפרת ההתחייבות-שכנגד אינה מאפשרת באיטליה את ביטול המתנה אלא אם הותנתה אפשרות זו בפירוש עם העמדת המתנה[781]. במקרה שההתחייבות היא בלתי-חוקית או בלתי-אפשרית, חל הדין שראינו בקשר בצרפת, בסמיכות להערה שפ"ח לעיל - והיינו שהמתנה קיימת והתנאי בטל, אלא אם התנאי היה מניע מכריע למתנה[782].

הדמיון בין הדין הצרפתי והאיטלקי נמשך גם בעניין האפשרות לבטל את המתנה בגלל כפיות-טובה של המקבל או הופעת צאצא לנותן. כפיות-טובה מוכרת באיטליה כאשר המקבל ביצע רצח או פשע אחר בעל חומרת-עונש דומה; כאשר ניסה להרוג את הנותן, את בן זוגו, את הורהו או את צאצאו; כאשר העיד שקר או הוציא באופן אסור לשון-הרע על אחד האנשים האלה בעניין [[428]] פשע הכרוך בעונש של שלש שנות מאסר לפחות; כאשר חיבל בנותן באופן חמור או הזיק באופן חמור לרכושו בזדון; או כאשר סרב שלא כדין לזונו, אף-על-פי שהיה חייב בכך על יסוד קרבת-משפחה, קרבת-חיתון או אימוץ. בהבדל מן הדין הצרפתי אין ביטול המתנה במקרים אלה פועל באיטליה למפרע, אלא רק משעת הגשתה של התביעה[783].

על-פי סע' 487 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי, המופיע במסגרת דיני חיובי המזונות, חלה על מקבל המתנה גם חובה מיוחדת לזון את הנותן, אף כאשר בסתם, על-פי חיובי המזונות הכלליים ומשום קרבה כמפורט לעיל, לא היתה עליו חובה לזונו: "מקבל המתנה חייב, בדרגה קודמת לכל חייב אחר, לספ מזונות לנותן, אלא אם המדובר הוא במתנה שניתנה בקשר לנישואין או במתנה שניתנה משום גמול". הפרת חיוב המזונות על-פי סעיף זה אינה נותנת מקום לביטול המתנה משום כפיות-טובה[784].

בדרך-כלל דומה גם הדין האיטלקי לצרפת במה שנוגע לכך, שבסתם אין הנותן מקבל עליו אחריות לדבר-המתנה; אולם, [[429]] מכל-מקום חלה באיטליה אחריות על הנותן, אף באין התחייבות מפורשת או מרמה מצידו, אם הוא עצמו גרם לערעור המופיע מצד שלישי. כמו כן, אם

---

[779] תכ) שם, עמ' 18.
[780] תכא) שם, עמ' 28.
[781] תכב) שם, עמ' 34-35.
[782] תכג) שם, עמ' 36.
[783] תכד) שם, עמ' 38 ואילך.
[784] תכה) שם, עמ' 39.

המתנה היא "מודלית" או מתנת-גמול, נשאר הנותן אחראי לדבר-המתנה בגדרי ערכה של ההתחייבות-שכנגד או בגדרי ערכה של ההנאה אשר המתנה באה לגמול בעדה[785].

בגרמניה מוגדרת המתנה בסע' 516 של הבג"ב לאמור: "גרם-הנאה[786] שעל-ידיו מעשיר אדם, מתוך רכושו, את זולתו, הריהו מתנה, אם שני הצדדים מסכימים שגרם-ההנאה נעשה שלא נגד תמורה". התנאי של הסכמת הצדדים בדבר העדר התמורה אינו בא לומר שבלעדי כן נוצר איזה קשר אחר, שלא ייקרא "מתנה", אלא בא הוא להשמיע שבלעדי הסכמה כלשהי בעניין התמורה אין שם עסק כלל, וגרם-ההנאה עומד להחזרה על-פי דיני "ההתעשרות שלא כדין"[787].

גרם-ההנאה העשוי להיחשב כנשוא למתנה אינו מוגבל כאן להנאות קנייניות מסוימות בלבד, בדומה למה שראינו בצרפת ובאיטליה (ואף באנגליה), אלא יכול הוא להתבטא - עקרונית - בהנאה כלשהי, ואפילו הנאה שבשירות פיסי או השאלת חפץ; אולם, נחוץ על-כל-פנים שההנאה תיגרם מתוך רכושו של הצד האחד ותעשיר את הצד שכנגד - ולפי זה אין שירות פיסי או השאלה (או גם היעתרות להלוות בלי ריבית) מועילים, אלא אם נגרמה ההנאה תוך הימנעות המהנה מלדרוש שכר אשר בסתם הוא היה עומד לקבל בעד אותה הנאה, ותוך פטורו של המקבל מתשלום שכר, אשר בסתם הוא היה מוכן לשלם. כאשר המסיבות אינן כאלה, והשרות, או ההשאלה, או הנכונות להלוות ניתנים בחינם, מסתבר שאין הדבר נחשב כמתנה, כי אם [[430]] רק כ"עשיית טובה"[788].

התחייבות הניתנת חינם, נראה כי נחשבת היא הן במתנה בפני עצמה הן כהבטחת-מתנה, או כהתחיבות-מתנה, ביחס למילויה[789].

הכלל הוא שמתנה אינה צריכה שום צורה מיוחדת, והריהו נשלמת על-ידי המעשה המתאים לעצם גריעת ההנאה - וכגון מסירה בהקנאת מיטלטל, רישום בהקנאת מקרקע, ביצוע העבודה במתנת-שירות, הודעת מחילה במתנת ויתור על תביעה, תשלום חובו של הזולת במקומו במתנת פרעון-חוב, הסדר של העברת-תביעה במתנת העברה וכל כיו"ב - ובלבד שהמעשה יתבצע אמנם על דעת הסכם-מתנה, (בדומה מאוד למה שראינו במעגל דברי הקניין ומעשה-הקניין בדיני ישראל). אולם, במתנת-התחייבות (או התחייבות-מתנה) נחוץ שלפחות הצעת הנותן תיערך במסמך נוטריוני - וזאת אף אם הכוונה היא לגלם את ההתחייבות במסמך "מופשט" מן "הקאוזלית"[790]. הסכמת המקבל אינה מוכרחה להיות מפורשת, אך כך זמן שלא נתקבלה ההסכמה יכול הנותן לחזור בו - והדבר חשוב כמובן במיוחד לגבי הצעה של מתנת-התחייבות, אשר נערכה כבר כראוי באופן חד-צדדי. הנותן יכול להקציב למקבל זמן להודעה על סרובו, ואם אין האיש מגלה את סרובו תוך הזמן שנקצב רואים אותו כמסכים[791].

---

[785] תכו) שם, עמ' 38.
[786] תכז) או אולי, ביתר דיוק: "מעשה-הספקה", ובמקור הגרמני - Zuwendung.
[787] תכח) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 405.
[788] תכט) שם, עמ' 404.
[789] תל) שם, עמ' 403, 406.
[790] תלא) ר' לעיל, הערה רס"ז בפרק א'.
[791] תלב) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 404-406.

במתנת-התחייבות, במקרה שהנותן אינו ממלא את התחיבותו, נראה שאין כופים אותו למלא בעין, ואף אין מטילים עליו פיצוי כנגד ערך ההנאה שהתחייב לגרום (erfullungsinteresse), אלא רק מטילים עליו פיצוי בעד הנזק שהפרת-ההתחייבות גרמה לצד [[431]] שכנגד, לעומת המצב שבו היה נמצא אלמלא ניתנה לו ההתחייבות מלכתחילה (vertrauensinteresse). גם פיצוי זה אינו מוטל אלא אם נעשתה ההפרה בזדון או מתוך פשיעה חמורה, ומכל-מקום אין לחיוב-הפיצוי מעמד בפשיטת-רגל ואין מוסיפים עליו ריבית לפני יום התביעה[792].

מתנת-התחייבות לתמיכת-סעד לשיעורין מסתיימת עם מות הנותן אלא אם הותנה בה אחרת, אך השיעורים שהבשילו בחיי הנותן נשארים מכל-מקום ראויים, אף אם לא הספיקו להשתלם[793].

הנותן נשאר אחראי למומים ולפגמים בקניין בדבר-המתנה שנתן, אבל במידה מצומצמת יותר מאשר במכר: בדרך-כלל אחראי הוא רק במקרה שלא גילה את המום או הפגם, מתוך מרמה, ולמקבל נגרם נזק מתוך שסמך על דבר שלם או על זכות טובה. במקרה של מתנה על-פי התחייבות מבחינים בין ההנחה שדבר-המתנה היה כבר ברשות הנותן בשעת ההבטחה לבין ההנחה שהדבר עדיין לא היה ברשותו. במקרה הראשון - חלה האחריות הרגילה; במקרה השני רואים את השגת הדבר כחלק ממילויה של התחייבות-המתנה, ובהתאם לכך - אם בשעת ההשגה פעל הנותן בזדון או מתוך רשלנות חמורה, ועקב זאת יכול היה לספק למקבל רק שקניינו פגום, ולמקבל נגרם נזק מתוך שסמך עלזכות טובה, אחראי הנותן לנזק אף אם בשעת ההבטחה הוא לא העלים מאומה. לגבי מומים בגוף הדבר אין המבטיח דבר-שאינו-ברשותו אחראי, אלא אם הבטיח דבר [[432]] על פי סוגו, שאז - אם בשעת השגת הדבר הוא ידע על המום, או המום נעלם ממנו מתוך שנהג ברשלנות חמורה, יכול המקבל לדרוש כי הדבר יוחלף לו בדבר שלם; ואם הנותן העלים את המום במרמה, יש למקבל ברירה: לדרוש החלפה או לתבוע את הנזק שנגרם לו מתוך שסמך על דבר שלם. אולם, על דיני האחריות אפשר גם להתנות[794].

חשיבות התפיסה הכוללת של מיני הנאות כנ"ל הניתנות חינם, במוסד המאוחד של "מתנה", נמשכת גם מצד כמה דינים נוספים, חוץ מעניין האחריות. אחד מאלה הריהו הכלל שתוך עשר שנים יכול הנותן לדרוש את החזקת הדבר שנתן, על-פי דיני ההתעשרות הבלתי-הוגנת, אם מתגלגל הוא למצב שאין הוא יכול לעמוד בהתחיבויותיו תוך שמירת מעמדו. המקבל שנדרש להחזיר את הדבר יכול להיפטר, על-ידי שיקבל על עצמו לפרנס את הנותן בדרך של תשלום כספי חוזר, - וכן פטור הוא במקרה שהמתנה באה למלא חובה מוסרית, או שהנותן עצמו גרם למצבו הכלכלי הקשה בזדון או מתוך רשלנות חמורה, או שההחזרה תערער את מעמדו הכלכלי הנאות של המקבל עצמו. אם המתנה היא עדיין במצב של התחייבות שלא נתמלאה, רשאי הנותן לסרב

---

[792] תלג) שם, עמ' 408.

[793] תלד) שם, שם.

[794] תלה) שם, עמ' 408-407. נקודה יוצאת-דופן היא כי במקרה של מילוי מוחלף של התחייבות-מתנה על-ידי הנותן עצמו, דין המילוי המוחלף הוא גם-כן כדין מתנה, אבל אם נעשה המילוי המוחלט על-ידי יורשי הנותן, אחריותם היא כאחריות המוכר.

למלא את החובה אם בשים-לב לחובתיו הנוספות יפגע המילוי במעמדו בכלכלי הנאות או בחיובי הפרנסה המוטלים עליו על-פי דין[795].

[[433]] דין מאוחד אחר הוא שהמשפט הגרמני מאפשר את הדרישה להחזרת המתנה גם במקרה שהמקבל נמצא אשם בכפיות-טובה גסה על-ידי "התנהגות פגומה באופן חמור" כלפי הנותן או שארי-בשרו הקרובים. את רצון החזרה צריך להצהיר הנותן בעצמו, אלא אם המקבל רצח את הנותן בזדון או מנע ממנו את החזרה, שאז יכולים גם היורשים להחזיר את המתנה. אם הנותן חזר בו בחייו, יכולים היורשים לתבוע מכוח חזרתו. ההחזרה מתקיימת על-פי דיני ההתעשרות הבלתי-הוגנת. זכות החזרה אינה עומדת לגבי מתנות שניתנו תוך מילוי חובה מוסרית, ועל-כל-פנים היא מתישנת תוך שנה מן היום שנועדה הפגיעה לזכאי, והיא מתבטלת על-ידי הסליחה[796].

ושלישית, אפשר שהמקבל ייתבע להחזיר את המתנה למי שזכאי לחלק-חובה בעזבונו של הנותן, במידה שאין אותו זכאי יכול להיפרע כנגד המתנה מגוף העזבון[797].

בקשר לזקיקות אל דיני המתנה מתעוררת שאלת מעמדם של מקרי-גבול מסוימים. אנקצרוס מציין כי למשל ויתור על מה שיכולים אנו לכנות - על-פי שיטתנו - כזכות ראויה ערטילאית[798] אינו בבחינת מתנה, מפני שעם הויתור רואים את המוותר כאילו לא היתה לו הזכות מעולם, והוא לא הפסיד אפוא שום דבר מרכושו[799]. לפי סע' 1624 של הבג"ב, ציודו של בן או בת (ביחוד לקראת בנישואין) אינו בבחינת מתנה, במידה שהדבר מתאים ליחסים המקובלים. כמו כן, התחיבות לתת מתנה לאדם, אשר תקפה יהי תלוי בתנאי (באופן משהה או מפקיע) שהנותן ימות לפני המקבל - אין דינה כהתחייבות מתנה אלא כצוואה, במקרה שהמתחייב מת אמנם לפני המקבל ולפני [[434]] שהדבר המובטח נתקיים בפועל, ולו גם על תנאי; אולם, אם הדבר מובטח נתקיים בפועל לפני שמת המתחייב, רואים אותו כמתנה[800].

לתחום מקרי-הגבול שייך גם המקרה שבו מתקיימת הגדרת המתנה תוך עסק תמורתי, כגון מכר במחיר מופחת למטה מערכו של הממכר. אנקצרוס מציג עסק כזה כ"עסק מעורב", המורכב בסתם, באופן אורגני, מיסוד תמורתי ומיסוד מתנתי יחד (להבדיל מנסיונות לתפוס את הדבר כצירוף מים, של מכר עד לסכום המחיר המוסכם ומתנה בגדרי הערך המופחת, או כצירוף של מכר ומחילה חלק מן המחיר). לפי שיטה זו טעון העסק כולו הכנה חובית, כדרך המכר התמורתי, אך מכל-מקום אין ההסכם החובי מועיל - אף מצידו התמורתי - אלא אם ההפחתה נקבעה במסמך נוטריוני, או שהקנאת החפץ או העברת הזכות נתקיימו כבר בפועל; ואילו כאשר מצד המתנה נדרש העסק להתבטל, מתבטל העסק כלו, גם מצידו התמורתי. לעניין אחריות, מסכים אמנם גם

---

[795] תלו) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 409-410.
[796] תלז) שם, עמ' 411.
[797] תלח) שם, עמ' 411.
[798] תלט) והיינו זכות בראוי שאינה מעוגנת בשום תביעה או רשות-פעולה יחודית בהווה - וכגון זכות-ירושה דין קדימה לרכישה מלשעתיד, וכיו"ב (ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ט', סע' א', בסמיכות להערות ב'-ה').
[799] תמ) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 404.
[800] תמא) שם, 406-407.

אנקצרוס להבחין, שבגדרי המחיר המוסכם חלה אחריות המוכר ואילו בגדרי ההפחתה מן המחיר חלה האחריות של נותן-מתנה, אך מכל-מקום, תוצאות הדבר למעשה מפרש הוא גם בנקודה זו על-פי הנחה של עסק שלם אחד, ולא על-פי הנחה של עסק מצורף וניתן כביכול להפרדה[801].

ולבסוף, גם בגרמניה יכולה המתנה להיות כרוכה ב"מודוס" - או, כפי שנקרא הדבר במונח גרמני מיוחד, Auflage. [[435]] **אנקצרוס** מציין כי החיוב "המודלי" מכוון בדרך-כלל להבטיח שימוש מסוים שייעשה במתנה על-ידי המקבל, אך אין זה התוכן האפשרי היחיד, וכל תוכן שהוא המותר על-פי דין יכול להועיל. כמו כן מציין אנקצרוס, כי לשם תוקפו של החיוב "המודלי" אמנם אין הכרח של נותן המתנה יהיה עניין ממוני עצמי במילוי החיוב, אך על-כל-פנים נחוץ שהנותן יתכוון אמנם להשיג התקשרות מחייבת מצד המקבל. לפי הדוגמה שאנקצרוס מציג לא יראו בדרך-כלל כחיוב "מודלי" את ההתנאה שסכום-כסף ניתן למקבל במתנה כדי לנסוע למרחצאות.

החיוב "המודלי" הבא כנגד הבטחת-מתנה אינו ניתן לתביעה אלא משעה שההבטחה נתמלאה. מצד שני, אם משום-מה ההתחייבות-שכנגד בטלה (כגון שמלכתחילה אין היא ניתנת למילוי) - בטל כל העסק, אלא אם המתנה היתה ניתנת מכל-מקום.

אם העסק נכנס לתקפו וההתחייבות שכנגד אינה מתמלאת, אין המתנה ניתנת לביטול, אבל במקרה שהמקבל הנאה צריך להשתמש בדבר-המתנה לשם מילוי חובתו, ניתן הדבר לתביעת-החזרה, על-ידי הנותן או יורשיו, על-פי דיני ההתעשרות הבלתי-הוגנת - בתנאי שהחובה הופרה בפשיעה. במקרה שמילוי החובה הוא לטובת הכלל, יכול המילוי להיתבע - אחר מות הנותן - גם על-ידי הרשות הציבורית; אבל אם ניתן המילוי להיתבע על-ידי מישהו מלבד הנותן ויורשיו, אין לאלה על-כל-פנים תביעת [[436]] החזרה.

מתנה שיש עמה התחייבות-שכנגד, ואשר החזרתה נדרשת משום התרוששות הנותן או כפיות-הטובה של המקבל, אינה חוזרת אלא כנגד החזרת ההוצאות שהמקבל נשא בהן עם מילוי חובתו. אם נמצא מום במתנה, או פגם בקניינה, וכתצואה מכך אין המתנה מספיקה לכיסוי ההתחייבות-שכנגד, רשאי המקבל לסרב למלא את חובתו עד שמשלמים לו את ההפרש; ואם הוא כבר מילא את החובה, תוך שלא ידע על הפגם וערך המילוי על הדבר הפגום, יכול הוא אפילו לתבוע את תשלום ההפרש באופן חיובי[802].

בשווייצריה דומה בדרך-כלל הדין למצב בגרמניה[803], אך יש לציין את ההבדלים הבאים.

בהגדרת המתנה, בסע' 239 של חוק החיובים, מדגישים כאן כי מילוי חובה מוסרית אינו נידון כמתנה. אולם, בסע' 63, בדיני ההתעשרות הבלתי-הוגנת נקבע גם בפירוש כי מה שניתן למילוי

---

[801] תמב) שם, עמ' 414-412.
[802] תמג) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 417-414.
[803] תמד) חוק החיובים השווייצרי, סע' 239 ואילך.

חובה, אלא אם הנותן מוכיח כי פעל מתוך טעות בדבר העדר החובה (או שתביעת ההחזרה נובעת מפשיטת-רגל).

סע' 240 מזכיר כי מתנה עשויה להיפסל בגלל חריגה מן ההגבלות החלות על-פי דיני הרכוש בנישואין [[437]] או על-פי דיני הירושה.

לצורך הבטחת-מתנה מספיק בשוייצריה, בדרך-כלל, אפילו כתב בלתי-מקוים, אלא אם המדובר הוא במקרקעין; ולצורך מתנת-מקרקעין נחוצה הבטחת-המתנה המקוימת על-כל-פנים, כדי לספק את הבסיס החוזי לרישום[804].

סע' 248 קובע כי "הנותן אחראי לנזק שנגרם למקבל על-ידי המתנה רק במקרה של הזק מכוון או רשלני באופן חמור". מלבד זאת אחראי הוא לדבר-המתנה רק במידה שקיבל עליו בפירוש.

זכות החזרה מן המתנה נתונה בשוייצריה אף בגין אי-מילוי התחייבות-הנגד ללא הצדקה על-פי-דין; ומלבד זאת, רק בגין פשע חמור נגד הנותן או קרוביו או הפרה חמורה של חובות משפחתיות כלפיהם. מהבטחת-מתנה יכול המבטיח לחזור בו בגלל התרוששות או בגלל הופעתן של חובות משפחתיות חדשות. פשיטת-רגל מבטלת הבטחת-מתנה מכל-מקום[805].

מקבל-מתנה, הנושא בהתחיבות-שכנגד, רשאי לסרב למלאה אם ערך המתנה אינו מכסה את הוצאות ההתחיבות, ואף אין מחזירים לו את ההוצאות האלו[806].

[[438]] בדיני ישראל אין לנו במקורות הגדרה מוכנה למתנה, אך נראה כי מתוך מכלול הדינים עשויה להתקבל הגדרה שתהא דומה בעיקרה למה שראינו במשפט הגרמני.

ראשית, ברור שגם המתנה העברית אינה מצטמצמת דווקא בהקנאת הגוף או בהקנאות במוחזק, אלא כוללת היא גם הקנאות בראוי, כמו מחילה או העברת תביעה[807].

לאחר מכן יש לנו ללכת אל דיני התשלומים בגין הנאה בלתי-חוזית - בסוגייה בבבא קמא, דף כ' עמ' א'-ב' ועד דף כ"א עמ' א',- ורואים אנו את הכללים האלה: א) מקום שאדם נהנה מחברו הנאה אשר מבחינת שניהם אין לה ערך כלכלי[808] - פשיטא הוא כי הנהנה פטור מלשלם; ב) נהנה אדם מחברו הנאה אשר מבחינת הנהנה יש לה ערך כלכלי, אבל מבחינת חברו אין לה ערך כלכלי, פטור הוא גם-כן; ג) גם אדם הנהנה מחברו הנאה אשר מבחינת הנהנה אין לה ערך כלכלי, אבל מבחינת חברו יש לה ערך כזה - יתכן אמנם שהנהנה יתחייב לפצות את חברו על פי דיני הנזיקין,

---

[804] תמה) שם, עמ' 242, 243.
[805] תמו) שם, עמ' 249, 250.
[806] תמז) שם, עמ' 246.
[807] תמח) פ"ג מהל' זכייה ומתנה הל' ב' וג'.
[808] תמט) והיינו שקנה-המידה לערך כלכלי הוא לאו דווקא באפשרות לקבל בעד ההנאה תמורה בשוק, אלא בהערכתו הסובייקטיבית של הנהנה כי ראוי היה לו אפילו לשלם כדי להשיג את ההנאה ובהיותו של המהנה ערוך בסתם לספק את ההנאה בתמורה (או להשתכר באופן אחר במקום הספקת ההנאה).

אבל אם משום מה פטור הוא בדינים האלה, ואף אין הוא עושה שום דבר בעצמו, אפילו בדיעבד, כדי להפיק תועלת מהפסד חברו (שאז ממילא מגלה הוא כי יש להנאה ערך כלכלי אף מבחינתו שלו) - פטור הוא מתמורה; ד) רק במקום שנהנה אדם מחברו הנאה אשר מבחינת שניהם יש לה ערך כלכלי, היינו ש"זה נהנה וזה חסר", חייב הנהנה לשלם את ערך הנאתו, אף אם הגיעה לו ההנאה שלא בתוקף חוזה, [[439]] - והדרך היחידה שבה יוכל הנהנה להיפטר הריהי שהמהנה יסכים לפטרו. לפי זה יוצא, שאם באמת הכוונה היא להינוי של חינם, הרי רק במקרה הרביעי מצריך הדבר התקשרות משפטית, אשר מושג "המתנה" יוכל לבוא בחשבון לגביה - כי בשלוש האפשרויות האחרות תגיע ההנאה בחינם מכל מקום, מעבר לכל צורך בהתקשרות ובלי שהתקשרות משפטית תוכל שם בכלל לעלות על הדעת.

המסקנה המעשית הראשונה הנמשכת מכאן לדידנו היא, שאפילו במסגרת הענקת **נכסים** בחינם, באמת בלתי מדויק יהיה, גם בדיני ישראל, לתפוס הענקה כזאת תמיד ובאופן אוטומטי בבחינת "מתנה", מפני שאם ההענקה מתבצעת במסיבות שאינן בבחינת "זה נהנה וזה חסר" ממילא לא תהא שם למושג "המתנה" שום משמעות; והיינו, במילים אחרות ובניסוח על דרך החיוב, שגם בדיני ישראל - ואף אם נצטמצם בגדרים של מתנת נכסים בלבד - באמת יש לצמצם אפוא את מושג המתנה רק למסיבות שבהן זה נהנה וזה חסר, בדומה למה שראינו בשיטות של יבשת אירופה. אולם, יש גם לציין כי בדיני ישראל מתחייבת המסקנה אף באופן מובהק הרבה יותר מאשר שם. כי מבין שלש האפשרויות שבהן אמרנו כי מושג "המתנה" מאבד את משמעותו, אמנם פשוט הדבר לגמרי במקרה שלא זה נהנה ולא זה חסר, ורק במקרה שהצד האחד יוצא חסר בלי שהצד שכנגד יימצא נהנה; אולם, במקרה שהנשוא הוא כזה אשר הצד האחד יוכל ליהנות בו בלי שהצד שכנגד יצא חסר - העובדה היא שבשיטות האירופיות אין דין מקביל לכלל העברי, שבמקרה כזה "כופים על מידת סדום"[809], ונמצא אפוא כי באירופה יכולה ויכולה להיות חשיבות להסדר [[440]] מוסכם של מתנה אף במקרה כזה, באופן שצמצום המושג מעבר לכך עשוי להיראות כאן כמקרי או שרירותי, או בלתי מבוסס דיו, או כל כיוצא בזה. לעומת זאת, בדיני ישראל נסגר מעגל-האפשרויות על ידי הכלל כי "במקום שזה נהנה וזה אינו חסר כופים על מידת סדום", וצמצום הגדרת המתנה יוצא אפוא מחויב אמנם על פי הקצעה הגיונית בהכרח.

אולם, שרשרת המסקנות הנמשכת ממעגל-האפשרויות האמור אינה מתמצית רק בכך. מסקנה נוספת תעלה לנו אם נשים לב לשוני בין סיוג הנושא על ידי מעגל האפשרויות בדיני ישראל לבין הסיוג הדומה שערכנו קודם במשפט האנגלי. כי במשפט האנגלי היה עיקר עניינו של הסיוג במה שהסקנו ממנו כי דבר-עבודה אינו יכול לשמש שם כנשוא של מתנה; אך בדיני ישראל, המגמה העקרונית היא הפוכה. כאן, כאשר נמצא אדם ערוך לעשות עבודה בשכר, והוא עושה במקום זאת עבודה באופן המועיל לחברו, אשר בסתם מוכן היה לשלם בעד עבודה כזאת, והאיש אמנם מאמץ לו את דבר-העבודה - הרי זה מקרה מובהק של "זה נהנה וזה חסר - חייב", וקביעת פטורו של הנהנה מצריכה ומצריכה אפוא הסדר חוזי ממין המתנה[810]. אלא שעדיין יש לשאול, מה יהיה

[809] תנ) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', סע' א, מס' 5.

[810] תנא) ר' עה"ש חו"מ סי' רס"ה וקנ"ח; ור' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', מס' 5; וראה גם **ורהפטיג**, א', עמ' 249 ואילך.

במקרה כזה נשוא ההסדר: האם יהיה זה הסדר של מחילת החיוב, או הסדר של העמדת חיוב-עבודה בחינם או הסדר של הענקת עצם העבודה עצמה בחינם?

על שאלה זו נראה להשיב כי הפתרון המושגי של מחילת החיוב עשוי לבוא כאן בחשבון רק במקרה שהעבודה נעשתה מלכתחילה ללא הסדר, וחיוב התשלום נולד ממילא על-פי [[441]] דין, ועתה באים הצדדים לסלק בדיעבד את החיוב הלזה. לעומת זאת, אם הכוונה היא להסדיר שהעבודה תיעשה מלכתחילה בחינם ובלי שחיוב התשלום יחול מעיקרא, הברירה היא רק בין שני הפתרונות האחרים.

במסגרת זו ניתן אולי לומר לטובת הפתרון החובי, שבלעדי החיוב קשה לתפוס על מה יתקשר כאן ההסדר, שמקבל העבודה יהא פטור מן התשלום החל עליו בסתם על פי דין. הסדר כזה מצריך על פי שיטתנו המושגית מעשה-קניין כלשהו, אשר בגינו, כל אימת שתיעשה המלאכה המוסכמת, יהא הצד שכנגד רשאי ליהנות ממנה ללא שכר; אך הכלל של דיני ישראל הוא כי הסכם-דברים גרידא אינו מועיל כמעשה קניין. ראינו שגם עצם הפעולה של התחלת-מלאכה אינו יכול להיחשב כשלעצמו כמעשה-קניין (אם לא בבחינת סימן להגעת ההנאה "דמהימן ליה"); ואילו קישור "בהיא הנאה דמהימן ליה", נראה שמטבע הדברים אינו יכול להיות שייך בעניין של קביעת פטור מתשלום מן הסוג שאנו דנים בו (לבד אולי ממקרים חריגים ונדירים ביותר). יוצא אם כן, לכאורה, שבדרך כלל יצריך הפטור דווקא איזה מעשה קניין פורמלי; אולם, משהגענו לכאן מתברר, שגם מעשה קניין פורמלי לא יוכל להועיל לשם העמדת הפטור, כשלעצמו, מלכתחילה - מפני שהכלל הוא כי אדם יכול לסלק עצמו מזכות שעדיין לא נולדה לו, רק אם בא הוא לעשות כן במסגרת של זיקה קיימת אשר תהא עשויה להוליד לו את הזכות[811] - ואילו בנידון שלפנינו, לפי מהלך הנחותינו עד כאן, עדיין אין לנו שום מסגרת של זיקה קיימת כזאת. כדי שהזיקה [[442]] תיווצר, האפשרות היחידה העולה על הדעת היא שיועמד קודם כל חיוב לעשות את המלאכה - ורק על בסיס זה כבר אפשר להניח כי החיוב אמנם גם יועמד מלכתחילה על דעת חינם, ושום חיוב-תמורה לא יימשך אפוא על ידי מילויו.

אולם, העובדה היא שלמעשה אין אנו מוצאים במקורותינו שום הקפדה שכזאת - ובאמת אף בלתי-מציאותי הוא שאדם לא יוכל לעשות טובת מלאכה לחברו, שלא על דעת שכר, אלא אם קודם כל יעמדו שניהם ויערכו על כך קניין-התחייבות צורני, או שלפחות יקיימו הסמכת-דברים והתנהגות כל כך איתנה עד שחיוב עבודה "בהיא הנאה דמהימן ליה" תוכל לעלות בעקבותיה. לכן מסתבר שהפתרון הנכון הוא כפי שלמעשה אמנם גם מקובל עלינו פשוט לפי דרך הטבע, והיינו כי במקרה שגורם אדם הנאה לחברו על ידי דבר מלאכה, במסיבות של "זה נהנה וזה חסר", אך מתוך הבנה הדדית שהמלאכה נעשית בחינם, הרי גם אם אין בעצם הדבר הזה כדי להעמיד ביניהם פטור כולל וגמור מלכתחילה כנ"ל, מכל מקום, כל פירור של המלאכה המתבצע בפועל בעוד שההבנה האמורה קיימת כבר יוצא ממילא פטור משכר, לפחות במה שנוגע לגביו הוא עצמו - באשר במידה זו אכן אפשר ואפשר לראותו כעין מעשה-קניין ממש; והתוצאה הכוללת היא, שבינתיים אמנם חופשיים הצדדים לחזור בהם מן ההסדר בכל רגע ורגע, לגבי העתיד, אך כל

[811] תנב) כתובות פ"ג א'.

הנאת-המלאכה שהספיקה להתקבל לפני החזרה - או במקרה שכל המלאכה כולה הושלמה ללא חזרה - הרי זו מתקבלת אמנם תוך פטור מוסכם [[443]] מחובה של שכר, ממש כדבר מתנה של איזה נכס בעין[812].

בהתאם לכך, המסקנה הנוספת היא כי לפחות מבחינה מהותית באמת אין יסוד להבדיל בין הסדר להענקת נכסים בחינם לבין הסדר להענקת-חינם של מיני הינויים אחרים. כי אכן, אף במסגרת של הענקות-נכסים, לא ראינו שום דבר שיורה כי הנכסיות של ההענקה היא החשובה לקביעת ההענקה כ"מתנה", אבל ראינו - לעומת זאת - כי השאלה אם יש שם "זה נהנה וזה חסר" היא היא שיש לה חשיבות מהותית שכזאת; ועתה מוסיפים ורואים אנו כי מבחן זה עשוי אמנם לשמש כמכנה המשותף הקובע, לגבי הענקות נכסיות והענקות-עבודה כאחת, בלי שטיב תוכנו של ההינוי יצטרך כלל להיות מובא בחשבון - וממש כפי שראינו בדוגמת ההגדרה הגרמנית. אלא ששוב יש לציין, כי במשפט הגרמני - לנוכח העדר הכלל בדבר הכפייה של מידת סדום - עשויה ההגדרה ברוח זו להיראות כאילו כפויה, מבחינה הגיונית, מצידה; אך בדיני ישראל עולה הגישה המוצעת באופן הגיוני ומושרש לחלוטין.

בהקשר זה, מן הראוי הוא כמובן שלא להתעלם גם מן האפשרות, שביחס לדינים המעשיים עשוי אולי להתגלות מדי פעם בפעם הבדל כלשהו בין הסדר של הענקת נכסים בחינם לבין הסדר של [[444]] הענקת מיני היינויים אחרים; אולם, לגבי ההגדרה המהותית של מתנה מסתבר שבאמת אין לאפשרות זו משקל - וביחוד לנוכח העובדה, שכפי שנראה להלן, אמנם אין ההבדלים הללו מגיעים בשום מקרה לחשיבות מהותית. מבחינת היחוד המהותי של הסדר להענקת הינוי בחינם, כמובן לא דיוקם היחודי של אופני הענקת ההינויים השונים, או כל כיו"ב, הם הם הגורמים החשובים, אלא החשיבות היא רק במערכת-הדברים המתייחסת במיוחד לאותו יחוד מהותי. לציונו של יחוד זה אין לנו מושג מקובל ומתאים לבד מ"מתנה" - ובשעת הצורך אין גם קושי לדייק ולציין שהמדובר הוא רק במתנת הינוי פלוני או במתנת הינוי פלמוני, - בעוד שצמצום מושג המתנה באופן עקרוני רק למיני הינויים מיוחדים תשאיר אותנו, בלי שום מושג כלל לגבי ההינויים האחרים או לגבי המהות המשותפת. לאור כל זאת אמנם נאמץ לנו אפוא את מושג המתנה בדיני ישראל להלן במשמעות כללית המכוונת כנ"ל.

אולם, אף משמעות זו שאמרנו עדיין אינה ממצה את ההגדרה המתאימה עד תומה. כי אמנם, דבר של פשיטא הוא כי הסדר מן הסוג שאנו דנים בו צריך להיות הסדר חוזי, מוסכם על דעת הצדדים, אולם בהגדרה הגרמנית ראינו כי דגש מיוחד מושם בדרישה שההסכם אמנם יתייחס לא רק לעצם הסבת ההנאה וקבלתה כי אם גם ל**גידור**, שההנאה תוסב ותתקבל בחינם - שאם לא כן תהא ההננאה נתונה לתביעה החזרה או לתביעת פיצוי. בדיני ישראל נראה לומר שאולי אין נקודות אלו

[812] תנג) העקרון עולה בהכרח כפועל יוצא מהופך מן הכלל של "ישנה לשכירות מתחילה ועד הסוף", ד"כל פורתא ופורתא דעבד קמא, קמא קני אגרא" (עבודה זרה י"ט ב', ורש"י שם, ד"ה לית ביה שוה פרוטה); ור' **ורהפטיג**, א', עמ' 247-248, בשם שו"ת חוט השני לרמ"ש בכרך, סי' ב' (פ"ת על אה"ע סי' נ' ס"ק ט"ז), ושו"ת מאורות נתן לר' נתן נטע לייטער, ס' ק"ט אות ו', ועמ' 251-252, בשם שו"ת מהר"ם מפדוא, סי' מ'; ודוק גם במה שמביא שם בעמ' 246-247, לעניין יכולת העובד-חינם לחזור בו בכל עת, ור' שאם חזר בו על פי דרישת שכר, ומקבל-העבודה מסרב לשלם - שאז מועילה החזרה אפילו לגבי פטור מאחריות לדבר האבד - מכל מקום אין העובד יכול להיפרע בעד מה שהספיק כבר על-כל-פנים לעשות לפי הסכם על דעת חינם.

זקוקות להדגשה מגמתית מיוחדת, אך על-כל-פנים ברור שאף כאן שייכות הן להיכלל בהגדרת המתנה ולהשלימה[813].

[[445א]] בעניין זה של הסכמה, חזקה היא על המקבל המיועד, שהוא מסכים למתנה[814], אם אין הוא מוחה לכשנודע לו עליה (או - לפי דעה אחרת - עד שבאה לידו)[815].

אולם, מצד שני גם נשאלת השאלה אם המהנה את חברו בדבר שהוא חסר וחברו נהנה, והוא עושה כן מדעת - אם בסתם דעתו לתמורה, או בסתם דעתו למתנה. על זה התשובה היא, שבסתם [[446]] דעתו לתמורה, ורק אם על פי המסיבות אומדנא דמוכח הוא שכוונתו הייתה למתנה, מכירים במעשיו מתנה אף על פי שלא דובר על כך בפירוש[816].

באופן כללי ניתן לומר כי המתנה בתור שכזאת - כלומר החוזה בדבר מתן הנאה וקבלתה תוך פטור מתמורה, אינו טעון שום צורה מיוחדת: ההנאה ניתנת ומתקבלת כדרכה הטבעית, ואילו הפטור מן התמורה נקבע על ידי ההסכמה המפורשת או החרישית. אולם, פירושו [[447א]] של דבר למעשה הוא, שלעולם יש בה במתנה גילוי חיצוני - היינו גרם-ההנאה, שהוא מרכז-הכובד שלה, בדומה להקנאה שבמכר; ומקום שגרם-ההנאה אינו מתבטא במעשה פיסי, כי אם משפטי, נמצא כי הצורה הנדרשת בגמירתו של אותו מעשה משפטי היא היא הצורה הנדרשת גם במתנתו. לעניין זה ראוי לציין ש"קניין כסף" אינו מועיל להקנאת מתנה, אף אם יאמרו להשתמש בו באופן סמלי (וההקנאה תהיה אפוא בטלה, או שתהפוך את העסק למכר, לפי אומדן המסיבות); אולם, "קניין סודר" עשוי להועיל באופן סמלי במתנה - לבד ממתנת מטבע, אשר קניין סודר אינו מועיל בו, כפי שראינו לעיל[817]. [[448]] עם זאת, יש בהעמדת המתנה על פי דיני ישראל דרישה מיוחדת, והיינו שהמתנה לא תהיה חשאית או מוסתרת - ויתר על כן, כי כדי למנוע אפשרות של מתנה מסותרת

---

[813] תנד) מסקנה זו עולה מן המקורות הבאים: לגבי הכלל שאין מתנה אלא במקום שהמקבל מסכים לקבל את ההנאה, ר' עה"ש חו"מ סי' רמ"ג סע' א' וסי' רמ"ה סע' י'; ואף הנאה המגיעה באופן אוטומטי, כגון שירות שהנותן עושה שלא מדעת חברו, יכול הנהנה לדחותה מבחינה משפטית על ידי שלא יעשה שום דבר מצידו כדי לנצל את ההנאה: ר' בבא קמא כ' ב'. ואילו לגבי הכלל שאין המקבל נפטר מן התמורה אלא אם הוא מסכים לפטור, ר' תוס' גטין ע"ה א', ד"ה מכלל, שיכול החייב לכפות על המלווה את פרעון חובו; אלא שאם אמנם יעמוד המקבל על פרעון תשלום מצידו, בודאי יוכל הנותן להחזיר לעצמו את הדבר שנתן בבחינת מתן בטעות - במידה שדבר-המתנה יהא ניתן להחזרה בעין: דוק בעה"ש חו"מ סי' רמ"ו סע' א'. רק אם שני הצדדים מסכימים על **כל** יסודות המתנה, יצא העניין מגדר הכלל ש"זה נהנה וזה חסר - חייב", ולא יהיה עוד מקום לכפיית התשלום או לחזרה משום טעות.

[814] תנד-1) וכך אף על פי ש"מידת חסידות היא שלא לקבל מתנה", מפני ש"שונא מתנות יחיה": ר' עה"ש חו"מ סי' רמ"ט סע' ד'.

[815] תנה) במתנת **נכסים** קשה כמובן להלום את הדברים למקרה שהקנאת נכסי המתנה מתקיימת במישרין בין הצדדים לבין עצמם - שהרי במקרה כזה, לפי מה שראינו בעניין דרכי ההקנאה, אין דיני ישראל מבחינים בין הזכייה הקניינית וקבלת ההחזקה: השתיים תעלנה תמיד בד בבד וביחד, ושתיהן גם יחד לא תוכלנה להתהוות אלא אם תימצא לגביהן הסכמת המקבל מלכתחילה, בפירוש או מסתמא. אולם, אף בעניין מתנת נכסים יש לדברים משמעות כאשר מלכתחילה אין המתנה נערכת במישרין בין הצדדים כי אם באמצעות איש-ביניים, על פי הכלל ש"זכין לאדם שלא בפניו". כלל זה, חשיבותו המיוחדת היא אמנם לעניין מתנה, אך משמעותו חורגת גם מעבר לכך, למלוא ההקף של דיני החוזים. בעריכה שיטתית של דיני החוזים ראוי היה אפוא לדון בו במיוחד ובפרק קדמי; אולם אנחנו עורכים את דברינו, כאמור, לאו דווקא בדרך של **הרצאת** השיטה, כי אם בדרך בירורה למפרע, ובאופן כזה מגיעים אנו לבירור אותו כלל רק כנושא צדדי, אגב בירורם של דיני המתנה. [הערת עורך: המשך ההערה הועבר לנספח, בסוף הפרק, אחרי עמ' 458].

[816] תנו) עה"ש חו"מ סי' רמ"ו סע' י"ט.

[817] תנו[2]) עה"ש חו"מ סי' רמ"א סע' א'.

אין מסתפקים בחזקה שבסתם או בראיות על דרך השלילה, שלא הייתה כוונה להסתתר, אלא (במקרה שמתעוררת מחלוקת) דורשים במתנה ראייה מסיבתית-חיובית שאמנם ניתנה מתוך חפץ לב גמור ובמגמה של גילוי ופרסום[818].

זכה המקבל במתנה - שוב אין הוא יכול לחזור בו, לדעת הרמב"ם, אפילו נמצא בה מום[819]; אבל כסף משנה מעיר על זה לאמור: "ומ"מ, [[449]] מ"ש רבינו שאם אמר מום זה נראה לי בה לא אמר כלום - איני יודע מניין לו, ואין טעם בדבר, דהא אפשר שמתחילה שתק מפני שחשב שלא היה בה מום, ועכשיו שהכיר במום שבה צווח שמעולם לא היה בדעתו לקבלה במום, ואפשר דמיירי במום הנגלה לעין, דודאי הכיר בו משעה ראשונה, ואע"פ שהוא אומר מום זה נראה לי בה, דהיינו לומר: עכשיו נראה, ולא קודם, - מאחר שהוא נגלה לעין כל, אנן סהדי דמשקר". ואמנם, תומכים בדעת הכסף משנה שלשת העקרונות הבאים: ראשית, [[450]] שהחזרה במומים אינה נגזרת בדיני ישראל ממושג **האחריות הנלוית** על ההקנאה, אלא ממשוג **הטעות** בהבנת תאריו של הדבר הנקנה (כפי שנחזור עוד לברר בפרק המתאים בהמשך); שנית, שבמתנה חלה ההנחה כי "הנותן בעין יפה נותן" - אפילו בעין יפה יותר מאשר המוכר[820] - ומשמע שגם במתנה צריכים אנו להכיר בכלל, כי במקרה שאין הנותן מודיע למקבל על מום, ואף אין המום נראה לעין, הרי הוא נותן לו את הדבר בבחינת דבר שלם, ואם לבסוף נמצא שאינו כן, הרי זה [[451]] מיקח טעות אף במתנה; ושלישית, שעל פי התפיסה העברית, אף המתנה איננה בעצם מעשה הסגור כביכול בתוך עצמו, אלא שואבת היא הצדקה מן ההנאה המגיעה לנותן מתוך שחברו מכבדו ומקבל את מתנתו, או מתוך שנפרע באמצעותה חוב מוסרי שהוא חב לחברו, וכיו"ב[821] - ואם [[452א]] המקבל מסכים לקבל את המתנה מתוך טעות, בסמכו על דבר שלם, ראוי לכאורה לאפשר לו את החזרת מתנה, כדי שהנותן לא יוכל להתפאר בה לשוא. - בסמיכות לענין זה צריך גם עיון, מה הדין לגבי התגלות הפרש במידות של דבר המתנה; ונראה שגם כאן צריכים לחול דיני הטעות הכלליים (ללא סייג התיקון הכספי החל במכר המקרקעין, כפי שנראה במקום המתאים להלן).

[[452ב]] לעומת זאת נראה כי פשוט הדין במקרה שדבר המתנה נטרף מיד המקבל מחמת פגם בקניין. במקרה כזה, השאלה היא אם הנותן מקבל עליו אחריות, בנוסף על המתנה, והתשובה היא שאין הוא מקבל, אלא אם כן פירש. אולם יכול הנותן לתת את המתנה אמנם בלי צירוף האחריות **שלו**, אלא תוך העברת זכותו לאחריות האדם שהוא עצמו בא מכוחו. אם הוא לא העביר את הזכות הזאת, והנכס נטרף מיד [[453]] מקבל המתנה, יכול הנותן לגבות את אחריות קודמיו, בטענה שמכל מקום היה לו הפסד, באשר הפסיד את הכרת טובתו של מקבל המתנה; אבל מה שגבה הנותן באופן כזה אין הוא חייב להעביר למקבל. נראה שהעברת הזכות מועילה אפילו בלא הודעה למוכר הראשון, ובלא שנותן המתנה יסתלק לחלוטין מזכותו שלו; ובמקרה של העברה

---

[818] תנז) שם, סי' רמ"ב.

[819] תנח) פ"ד מהל' זכייה ומתנה הל' א'.

[820] תנט) שו"ע חו"מ סי' רי"ד סע' ט' וסי' רט"ו סע' ו', ור' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ו', סע' ד, מס' 6.

[821] תס) קדושין ז' א'; בבא מציעא ט"ז א'; וראה בפרקנו לעיל, סע' ד' מס' 10, בסמיכות להערה רכ"ז.

כזאת, אם קדם הנותן עצמו וגבה את האחריות, חייב הוא להעביר את מה שקיבל למקבל המתנה[822].

אולם, במקרה שהנכס איננו נטרף ממקבל המתנה על ידי אנשים זרים, אלא הנותן עצמו בא לטרוף, בטענה שמלכתחילה לא היה הנכס שלו, ועתה זכה בו - צריך הדבר עיון. אם נקדים ונפליג לשם כך לתחומם של מושגים, אשר בפרוטרוט נברר אותם רק להלן, בקשר לדיני הלואי של המכר, נראה לומר כי לפי התפיסה ש"אחריות דנפשיה" אינה אלא אחריות להחזרת התמורה ששולמה, הרי שבמתנה אין לאחריות מסוג זה מקום, והמקבל זוכה אפוא בכל זכות שבאה ליד הנותן רק במקרה שהנותן השיג את הזכות במכוון כדי לקיים את מהימנותו[823]. אולם, מפשט לשון הגמרא משתמע כי "אחריות דנפשיה" פירושה הוא שהמקנה לא יוכל בכלל לתבוע את החזרת הנכס לידו, וכי אחריות זו חלה כדבר המובן מאליו אף אם אחריות אחרת איננה חלה[824] - ולפי זה יש מקום להסיק כי אחריות זו נלווית מן הסתם גם במתנה, ורק אם הוצאה בפירוש יכול הנותן לדרוש את החזרת הנכס - אלא אם השיג את הזכות במכוון, כנ"ל[825].

בהבדל מן המוכר, אין לנותן מעמד בהתדיינות עם העורר שבא לטרוף ממקבל המתנה, אבל מהנמקתו של הבדל זה מסתבר כי במקרה [[454]] שיוכל הנותן להוכיח כי לפי מסיבות העניין תהיה למקבל תרעומת עליו אם אמנם יצליח העורר, יוכל נותן לקבל את המעמד המבוקש[826].

אם הנותן ידע על המום או הפגם ולא גילהו - מסתבר שחייב הוא לפצות את המקבל על הנזקים הצפויים שנגרמו לו עקב היותו סומך על דבר שלם, על פי הדין הכללי[827].

גם הנותן - כמו המקבל - בדרך כלל אינו יכול לחזור מן המתנה; ואפילו היה ביניהם רק הסכם בלבד, וסמכה דעתו של המקבל שאמנם תינתן לו המתנה, ולבסוף חוזר בו נותן (לפני שהגיעו הדברים לידי גמר הקנאה או התחייבות גמורה ב"ההיא הנאה"), הרי זה נקרא על כל פנים "מחוסר אמנה"[828]. אולם, "לעולם אומדים דעת הנותן", ואם אומדנא דמוכח הוא, שאף על פי שלא התנה הנותן את מתנתו בפירוש, בכל זאת הוא נתנה רק משום שחשב שקיים מצב מסוים, ואילו ידע כי המצב אינו כן - לא היה נותן, מאפשרים לו וליורשיו לחזור בהם לכשמתברר כי אמנם הוא טעה בהערכת המצב. הדוגמה המובאת בשולחן ערוך היא, שאם נתן אדם במתנה את כל נכסיו במתנת שכיב מרע אחר ששמע כי מת בנו במדינת הים, ולבסוף חוזר הבן - המתנה

---

[822] תסא) שו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' י"ב הגה, ועיין בסמ"ע שם. ועל פי מקור ההגהה, בשאלות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' צ"ו, מתברר שהעברת הזכות נעשית על ידי העברת שטר האחריות של המוכר הראשון, ופרטי הדינים הריהם אפוא בהתאם לכך.

[823] תסב) בבא מציעא ט"ז א'.

[824] תסג) כתובות צ"א ב'.

[825] תסד) בעקבות פירושו של ר' יהונתן, המובא בשיטה מקובצת על בבא מציעא ט"ז א', ד"ה נפלה ליה בירושה.

[826] תסה) שו"ע חו"מ סי' רכ"ו סע' א הגה; ועיין במקור ההגהה, בבית יוסף.

[827] תסו) דוק בשו"ע חו"מ סי' רכ"ח סע' ו וסי' רל"ב סע' א.

[828] תסז) שו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' א, ועיין בסמ"ע שם, ס"ק ד', וסי' רמ"ט סע' א'.

בטלה[829]. דין זה שונה מדין המכר בכך, שבמכר מועילה הטעות במסיבות, המוכחת באומדן הדעת, רק אם המתקשר הודיע בפירוש את סיבת התקשרותו (והצד שכנגד יכול היה אפוא להעריך את העניין גם מצידו), שאז - אם אין הסיבה מתקיימת - יש לבדוק ולראות אם ההתקשרות היתה על מנת שסיבתה מהותית, או לאו דווקא; לעומת זאת, במתנה - "דברים שבלב הווין דברים", ואומדים אנו את דעת הנותן אף אם לא פירש את סיבת המתנה[830].

[[455]] המתנה יכולה להיות מותנית בלי שום הגבלה או הרחבה מיוחדת לעומת הדין הכללי, ככל שנראה בדיני התנאים להלן; אך השאלה מתעוררת אם אפשר גם לכרוך במתנה תנאים חוביים, באופן שיתקבל דבר מה דומה למתנה "המודלית" של השיטות האירופיות. נראה שמצד עצם עקרון כריכת חיובים צריכה התשובה להיות חיובית, והיינו שאפשר כי מתנה תהיה מלווה התחייבויות, הן מצד הנותן הן מצד המקבל - בגדר אותו סוג החיובים שייחדנו אותו לעיל במושג של חיובי לואי במובן המדויק[831]. אולם, מסתבר שהפונקציה של תנאי הלואי הללו בדיני ישראל תהיה בדרך כלל שונה מן הפונקציה שלהם במתנה האירופית. שם משמשים תנאי הלואי תחליף להסדר של הועדה, במובן שדנו בו בספר על "דיני הקניין במוחזק", או גם פרגוד להסדר של תמורה - ואין נראה כי דיני ישראל יהיו מזקיקים את האדם לשימושים מוסווים שכאלה. כאן ישמשו תנאי הלואי, בדרך כלל, רק לשם הסדרת יחסים הדדיים מסוימים, אשר המתנה תהא נזקקת להם לתקנתה היא עצמה, במסיבות המקרה - ומסתבר גם כן, שאם הדברים יחרגו למעשה ממסגרת כזאת, הרי שממילא יחרוג העניין מגדר מושג המתנה, כפי שהעמדנוהו לעיל, ויעבור לתחומו של איזה מוסד אחר, לפי האמת המהותית של העסק.

אשר **להתחייבות מתנה**, הריהי אפשרית בדיני ישראל, ועל פי לשונו של הרמב"ם נראה לומר שהתחייבות זו איננה בבחינת "התחייבות לתת מתנה", אלא ההתחייבות עצמה (על שעבוד הנכסים שבה) היא היא המתנה, כאשר אמנם באה היא על דעת זיכוי לזה וחסרון לזה, מבלי תמורה[832]. גם על פי הקשר הדברים במקורות, מסתבר שהעיקר בהתחייבות המתנה העברית אמנם איננו בהבטחה לתת דבר [[456]] מה ללא תמורה, כי אם בהבטחה מבלי תמורה לתת דבר מה; ומכאן נראה לי להסיק, שאם לבסוף ניתן בפרעון ההתחייבות דבר שיש בו מום או שקניינו פגום, בעוד שלא היה בהתחייבות שום סייג בכיוון זה, בודאי עומדות למקבל אותן התקנות העומדות ללוקח בתמורה, ועל פי דרישה מתאימה מצד המקבל חוזרת ההתחייבות ומתעוררת, באשר הפרעון הפגום אינו פרעון. במקרה של הפרת ההתחייבות באופן אחר, מסתבר שחלים הדינים הרגילים: אם עדיין אפשר, צריך המתחייב למלא את התחייבותו כלשונה, אבל אם הדבר

---

[829] תסח) שו"ע חו"מ סי' רמ"ו סע' א'-ב'. הדוגמה נוקטת דווקא מתנת שכיב מרע, כי במתנת בריא יש מקום להסתפק, שהרי אם בוחר האיש להישאר נקי מנכסיו, אפשר שהיה בוחר כן אף לו ידע שבנו קיים. - בסי' רמ"ו סע' י"ז נקבע לכאורה שהמתנה אינה בטלה מעיקרא, אלא רק משעת החזרה ואילך, ור' פ"ו מהל' זכייה ומתנה להרמב"ם הל' י"ג, והרב המגיד שם; אבל באמת לא כן הוא, ור' לחם משנה שם.

[830] תסט) שו"ע חו"מ סי' ר"ז סע' ג'-ד', והגה שם.

[831] תע) לגבי התחיבויות הנותן - דוק בשו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' י"ב הגה, ולגבי התחיבויות המקבל - שם סי' ש"מ סע' ד' וסי' שמ"ד סע' א' והגה שם.

[832] תעא) פי"א מהל' מתנה הל' ט"ו ואילך, ור' שו"ע חו"מ סי' מ', וסי' ס' סע' ב', ודוק בסי' רמ"ה סע' ב', ועה"ש באותו סימן, סע' ג'.

אינו אפשרי, יוצא המתחייב בתמורה כספית, ועל כל פנים צריך המתחייב לפצות את המזוכה על כל נזק שנגרם לו מתוך מה שסמך לשווא על מילוי ההתחייבות[833].

עם זאת מסתבר שיש בעניין זה להבחין: מה שאמרנו ביחס לתיקון ההפרה על ידי אכיפת מילוי ההתחייבות בעינה או על ידי תשלום תמורה כספית אינו חל כנראה בפשטות אלא במקום שהתחייבות המתנה היא אמנם חד משמעית בדבר גמירת דעתו של המתחייב להעמיד שעבוד נכסים למלוא ערך הבטחתו; ונראה גם כן לומר שהרי זו חד משמעות אשר מטבע ברייתה תהא נזקקת בסתם למעשה קניין פורמלי (בהבדל מ"ההיא הנאה" גרידא) או, לפחות, לדברי הסמכה מבוררים ומפורשים ביותר. אם, לעומת זאת, ההתחייבות אינה חד משמעית כאמור - והיינו, במיוחד, כשנובעת היא רק מצירוף של הבטחת דברים, אגב אורחא, והימנעות סבירה של הצד שכנגד, עקב כך, מלפעול להשגת הדבר המובטח באופן אחר, ולו גם בתמורה - [[457]] מתפרש שעבוד הנכסים שבהתחייבות לאו דווקא כאחריות למלוא ערכו של הדבר המובטח, כי אם רק כאחריות לנזק שיהא עשוי להיגרם על ידי הפרת ההתחייבות, ואף זאת, על כל פנים, רק במידה שהנזק הוא מעבר להוצאות אשר הצד המזוכה היה ראוי לשאת בהן מכל מקום, לו פעל אמנם מלכתחילה להשגת הדבר כדרכו[834].

לאחר מכן, בעיה שולית שעוד נותר לנו לתת עליה את הדעת (לאור החומר ההשוואתי שלנו לעיל, ואחר שבהערה תע"ג בירר נו כי אף התחייבות עבודה עשויה להיכלל במסגרת מושג המתנה העברי), הריהי אם **ההשאלה**, מצידה, ראויה או אינה ראויה להיכלל במסגרתו של אותו מושג. נראה לי נכון, שבחינה עיונית, אמנם יכולה התשובה להיות חיובית - [[458]] מפני שגדרי מושג ההשאלה לא יהיו למעשה בעלי משמעות כל אימת שלא יכנס המקרה גם בגדרי מושג המתנה שהצענו; אולם, מן הבחינה המעשית, לדינא, נראה גם כן לומר שבעצם אין בדבר נפקא מינה, אחר שקשה לחזות מקרה כלשהו של השאלה אשר דיני ההשאלה כשלעצמה (בצירוף לדיני הממונות

---

[833] תעב) שו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' ז' הגה, ופתחי תשובה שם, ס"ק ט', ובבא מציעא ק"ד, והריטב"א בשיטה מקובצת על בבא מציעא ע"ג ב'.

[834] תעג) ההבחנה מתגלה כאשר לעומת המקורות הנזכרים בהערות תע"א ותע"ב נותנים אנו את הדעת גם על מה שמביא **ורהפטיג**, בכרך א' של ספרו, עמ' 246-247, בסעיף על "הסכם עבודה בחינם". עיקרו של העניין הנידון שם הוא שביחסים של עבודה בחינם יכול הפועל לחזור בו בכל עת, ללא אחריות אף לדבר האבד, אלא אם בעל הבית מסכים (או אף מציע מצידו) להעביר את היחס למסגרת של הסכם עבודה בשכר. ורהפטיג מסיק מגישה זו שדיני ישראל אינם מכירים אפוא כלל באפשרות של התחייבות עבודה בחינם; אולם מסקנה זו היא מופרכת על פניה (ובשיחה בע"פ אמנם הודה לי ד"ר ורהפטיג בטעות שנשתרבבה בנקודה זו לדבריו), שהרי בלי זיקת ההתחייבות שמלכתחילה, ממילא לא יכול היה בעל הבית לכפות אחריות על הפועל בדיעבד אפילו על ידי הצעת שכר. אלא הווה אומר, שהתחייבות עבודה אפשרית אמנם אפילו בחינם, כפי שמתברר לחלוטין מדברי הש"ך על חו"מ סי' של"ג ס"ק ל"א (ור' גם עה"ש באותו סימן, סע' כ"ג); ואילו התניית האחריות במסגרת זו בשינוי טיבו של הקשר אינה בעצם אלא ניסוח מקוצר ומוחשי של העובדה הקובעת, שעד כדי הסכום אשר בעל הבית צריך היה לשלם מכל מקום, באמת אין כלל במסיבות המקרה שום נזק שהוא, אשר יוכל לשמש כנשוא לאחריות הפועל, כל זמן שהלה קיבל עליו במיוחד אחריות מוחלטת למלוא ערכה של העבודה. מצד שני, במקור הדברים בתשובת מהרי"ק (שורש קל"ג, ענף ב'), אמנם ניתן הנימוק בפירוש, שאין העדר האחריות הגמורה מתחייב כאן אלא בגלל העדר סמיכת דעת מתאימה במסיבות המקרה; ומשמע, שאם במסיבות המיוחדות של המקרה מתגלה סמיכת דעת מתאימה, הרי שגם אחריות גמורה תוכל אמנם לחול, ואפילו בהתחייבות חינם לעבודה.
ביחס לרבותא שבהתחייבות חינם, בהקשר זה, לעומת התחייבות לעבודה שכירה, ר' את סיכומנו בעניין רשות החזרה מהתחייבות בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 2, אות ג', הערה ק"מ.

הכלליים) לא יספיקו לגביו, בלי להיזקק גם במיוחד לדיני המתנה. דבר דומה ניתן לומר גם לגבי הנחה או הפרזה במחיר, בחוזה מכר[835].

ולבסוף, נציין שגם בדיני ישראל, כמו בכמה שיטות אירופיות שראינו, גובלים דיני המתנה בדיני הירושה והצוואה; אלא שצורת הקשר שונה היא, מפני שבדיני ישראל אין הקשר מתבטא בעיקרו בחשש שמא תינקט מתנה לעקיפת דיני הירושה או הצוואה, אלא מתבטא הוא בכך שהצוואה עצמה לא תהא בדרך כלל אלא מין של מתנה. קנה המידה להבחנה בין המינים לעניין זה, איננו בשום דבר של מהות, כי אם רק במסיבות המתן, והיינו שהמתנה הרגילה ניתנת על ידי אדם שהוא בגדר "בריא", בעוד שמתנת הצוואה ניתנת על ידי מי שהוא בגדר "שכיב מרע". אולם, מתוך הבדל המסיבתי הזה, מתפתחים גם הבדלים רבים וחשובים בדיני המתנה למעשה (אשר העקרוני ביותר שבהם הוא שבמתנת שכיב מרע, בהבדל ממתנת בריא, אין לנו ענין בהסכמה הדדית ישירה). על מכלול ההבדלים הללו לא נעמוד בחיבור זה, כפי שכבר גם הסברנו מלכתחילה, במבוא - ויש לשים לב כי דיני המתנה כפי שהצגנו אותם עד כאן אמנם אינם חלים כמות שהם אלא במתנת בריא בלבד[836].

נספח: זכין לאדם שלא בפניו

השאלה[837] העקרונית, אשר עליה יוצא הכלל הנידון להשיג, הריהי אם ניתן לקשור עסק לזכותו או לחובתו של אדם שלא בפניו, כאשר אין הוא מצוי במקום כדי לקבל את הסכמתו או כדי להיווכח בסירובו במישרין.

את השאלה הזאת יש להבדיל ממה שמוצאים אנו, למשל, בסעיף 368 של המג'לה, כי יומרת פעולה בזכותו של הזולת יש לה תוקף, [[446]] בכפוף לקבלת הסכמתו של נושא-הזכות אפילו בדיעבד. הוראה זו, מסתבר כי עניינה הוא בעסק אשר מלכתחילה אין הוא נערך דווקא מתוך נסיון לכוון לדעתו ולטובתו של בעל הדבר, כי אם לו יהא גם על ידי גזלן או רמאי - ואמנם, מלכתחילה נמנע מעסק כזה כל תוקף אמיתי, אלא שבדיעבד מואילה המג'לה לרפאו למפרע, אם בעל הדבר מסכים לאמצו. הדבר דומה למה שמוצאים אנו גם בשיטות האירופיות, שכאשר העמדתו של עסק כרוכה באיזה גורם "ריאלי", בנוסף על המסגרת העקרונית של הסכמת הצדדים (וכגון מסירת חפץ, רישום בספרי האחוזה או ביצוע מעשה אחר), הרי במקרה שהגורם "הריאלי" נמצא מבוצע וגם ההסכמה נמצאת קיימת, אין הכרח שההסכמה תהא כבר קיימת אמנם מלכתחילה, בשעת ביצועו של המעשה ה"ריאלי" (וכדי שהמעשה יוכל לשאת באמת את משמעותו המשפטית לאלתר), אלא יכולה ההסכמה להועיל אף אם הושגה רק בדיעבד, ובאופן שהמעשה לא ישא את משמעותו אלא למפרע[838]. גישה זו מנוגדת לשיטה של דיני ישראל, שבהם נראה כי מעשה

---

[835] תעד) השווה עה"ש חו"מ סי' רכ"ז סע' כ"ג, שכאן נאמר על כך "הוי **כ**מתנה".

[836] תעה) ר' עה"ש חו"מ סי' רמ"א-רמ"ט לעומת סי' ר"נ-רנ"ח.

[837] [הערת עורך: במקור, זה המשך של הערה תנה (815), ובגלל אורכה, ובגלל הערות המשנה הרבות שבתוכה, הוחלט להפוך אותו לנספח. לכן מספרי העמודים שבסוגריים (עמודי כתב היד) באים כאן שלא במקומם, אחרי מספר עמוד 458, ומספרי ההערות באים שלא במקומם, אחרי הערה תעה].

[838] תנה-1) **אנקצרוס**, עמ' 445-444. כאשר המעשה מבוצע מלכתחילה על ידי יומרה ללא סמכות אף קובע סע' 185 של הבג"ב במיוחד כי יכול המעשה להתאשר למפרע על ידי נושא הסמכות; והשווה **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 497, לענין יכולת הנגזל לאשר בדיעבד מכר שנערך מלכתחילה על ידי גזלן.

בלתי מוסכם אינו יכול לקבל תוקף למפרע על ידי הסכמה בדיעבד[839]. מצד שני, יש להבדיל את עניינו גם מדיני השליחות והירידה לעסקי הזולת שלא ברשות במסגרת דיני השליחות. אמנם גם כן אין בעל-הדבר מצוי במקום ונעשה מעשה בשבילו על ידי אחרים - אבל על כל פנים, הרבותא של המסגרת היא דווקא במה שיודעים אנו כי המעשה הוא על דעתו של בעל הדעת. ואילו בירידה לעסקי הזולת שלא ברשות, אמנם שוב פעם אחת יש לנו מעשה בשביל צד נעדר, ודווקא שלא מדעתו; אבל על כל פנים, הבעייה המעסיקתנו במסגרת זו היא לאו דווקא בקישורו של הנעדר בזכויות וחובות כנגד צדדים שלישיים כי אם רק בזכויות והחובות ההדדיות בין היורד לבעל-הבית[840].

לעומת כל אלה, עניינו בהערה זו הוא באפשרות של עסק אשר אף על פי שלא נדע בו מלכתחילה את דעת בעל-הדבר, מכל מקום לא ייחשב העסק מלכתחילה כבטל, אלא כבעל תוקף - ולהלן נסקור את הדינים בעניין זה בשיטות שונות.

בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' א', בסמיכות להערה ב', כבר הייתה לנו הזדמנות לציין כי עסק מן הסוג האמור אינו בא למעשה בחשבון בשום שיטת משפט, במה שנוגע להטלת חיוב גרידא על [[448]] אדם שלא בפניו; אולם, השאלה נשארת במה שנוגע לקביעת זכות או קישורו של עסק תמורתו. בעניין זה לא הייתה שום תשובה **במג'לה**.

במשפט האנגלי, הדין כפי שהתיצב הוא שאי אפשר לזכות צד שלישי בחוזה, אך אפשר לזכותו על ידי העמדת trust לטובתו[841]. כמו כן אפשר לזכותו על ידי מסירת deed המכיל את גדרי הזיכוי, לצד-ביניים. הזיכוי מועיל לאלתר, בכפוף לאפשרות שיופקע למפרע, במקרה שהמזוכה אינו מסרב משנודע לו, כפי שראינו לעיל בדיני המתנה האנגלית[842].

---

[839] תנה-2) בבא מציעא טו א' (עניין "האי שטרא חספא בעלמא הוא"), ור' גם שו"ע אה"ע סי' ל"ז סע' י"א. בדיני ישראל יכול בעל הדבר לקיים את המצב שנתהווה רק על ידי אישור שיהא בעל תוקף מכאן ואילך; והדבר מוצדק אמנם באופן כפול: ראשית מבחינה עיונית, כאשר אין דיני ישראל תופסים את ההסכם כשלעצמו כמעשה קניין, אלא זקוקים הם למעשה "ריאלי" שיפגין את ההסכם שמאחוריו - ולא נותר מקום אפוא להתפתחותם של הדברים באופן הפוך; [[447א]] ושנית, מפני שאישור למפרע למעשה בטל אינו ראוי על כל פנים להועיל כנגד זכויות שנוצרו בינתים באופן תקף על רקע בטלותו של המעשה הנידון - ונמצא אפוא כי משיכת האישור למפרע נידונה למעשה להימצא מבוטלת בעצמה, כל אימת שיכולה היתה להיות לה איזה רבותא חשובה ואמיתית לעומת אישור שמכאן ואילך גרידא (השווה סע' 184 של הבג"ב). [[447ב]] מלבד זאת, לפי דיני ישראל, אם נכס של ראובן נמצא **בחזקתו** של שמעון, ושמעון מתיימר להקנותו ללוי, הרי לא זו בלבד שאישור גרידא מצד ראובן אינו יכול לרפא את ההקנאה למפרע, אלא אפילו אישור פורמלי בדרך של הקנאה נוספת אינו יכול להועיל - אם אותה הקנאה איננה למעשה עצמאית, אלא היא באה רק לרפא את ההקנאה הפסולה. טעם הדין הזה הוא, שאם שמעון מוחזק בנכס של ראובן, ונוהג בו כבעל בית, וראובן לא זו בלבד שאינו מוחה, אלא מקיים את מעשיו של שמעון - יש לחוש כי ראובן מדוכא תחת ידו של שמעון ואין לו כוח להתנגד לדרישותיו. רק אם מתברר בעליל כי ראובן חזר והקנה את הנכס מדעתו או בתמורה שקיבל, שוב אין הוא נאמן לחזור ולטרוף את הנכס מלקוחותיו של שמעון בטענה שהאישור היה מדומה (ר' גיטין נ"ה ב' ובבא בתרא מ"ז ב' - מ"ח א'-ב'; שו"ע חו"מ סי' קנ"א סע' ג' הגה וסי' רל"ו סע' ד'; ושו"ע אה"ע סי' צ' סע' י"ז).

[840] תנה-3) בשיטות האירופיות אמנם מוצאים אנו, שגם היורד לעסקי הזולת שלא ברשות עשוי להתאשר בדיעבד כשליח (ר' סע' 2032 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 803-804); אך בנקודה זו נראה כי השיטות הקובעות כך רק מערבבות שלא כראוי את עניין הירידה לעסקי הזולת עם ענין אישור המעשים למפרע שראינו לעיל -והשווה סע' 687 של הבג"ב.

[841] תנה-4) **אנסון**, עמ' 103-104. ור' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', סע' ג', מס' 5.

[842] תנה-5) **אנסון**, עמ' 69-70. ור' **צ'שיר**, עמ' 663, ופסק הדין ב- London and County Bank v. London and River Plate Bank (1888), 21 QB, בעמ' 541.

במשפט הצרפתי, לפי הדין המקורי של סע' 1119 ואילך מספר החוקים האזרחי, יכול היה אדם לזכות את חברו שלא בפניו רק בשני אופנים: אם צירף תנאי "מודלי" לטובתו במתנה שנתן לאחר, או במקרה שקבע את הזכות במסגרת התקשרות, שעל פיה עמד הוא לזכות גם הוא בעצמו. בשני האופנים מוטלת הייתה החובה לטובת המזוכה לא על המזכה בעצמו, כי אם על הצד-שכנגד בחוזה. אולם, בפסקי הדין נהפך העקרון המקורי על פיו, וכיום הכלל הוא לאו דווקא שאין זוכים לצד שלישי, אלא שזוכים לו; רק שמכל מקום נשארה על כנה **המסגרת** המקורית, שלא המזכה עצמו הוא הצד-שכנגד למזוכה, כי אם האדם המתחייב לפי דרישת המזכה, בחוזה הנערך על כך בינו למזכה. מסתבר שמסגרת זו אי אפשר לעקוף על ידי כך שהאיש הרוצה להתחייב לחברו שלא בפניו ימצא לו איש ביניים שיקבל את התחיבותו: תנאי לתוקף ההתחייבות הוא שלמזכה (מקבל ההתחייבות) יהיה עניין בזיכויו של [[[449]] השלישי.

חיובו של הצד המתחייב בהסדר מן הסוג המתואר מקבל תוקף מוחלט לאלתר - ואף בטרם שהמזוכה גילה את דעתו בעניין; אולם, כל זמן שהמזוכה לא גילה את הסכמתו בפירוש או מסתמא, נשארת למזכה היכולת להעביר את הזיכוי לעצמו או לצד שלישי אחר, על ידי הודעה מתאימה למתחייב. גילה המזוכה את הסעכמתו בפירוש או מסתמא - נעשה הוא הצד שכנגד הישיר בחוזה עם המתחייב, ואילו המזכה יוצא מן הקשר לגמרי (בכפוף לזכויות שראינו לעיל אצל נותן המתנה "המודלית" - במקרה שהזיכוי לטובת השלישי מבוצע אמנם באמצעותה של מתנה שכזאת). רשות ההסכמה של המזוכה עוברת ליורשיו, והוא הדין כנראה ברשות ההעברה שבינתיים, הנתונה למזכה. את רשות ההעברה הזאת ניתן למנוע בהסכמה בין המזכה למתחייב[843].

לפי המקובל בפסקי דין אין זיכוי במסגרת זו יכול להועיל לשם מתנה למי שעדיין לא נהרה (ור' לעיל, הערה ת"ו-1); אולם יש טוענים לפגימות העמדה הזאת, ועל כל פנים מוּכּר הדבר שאפשר לזכות אף למי שעדיין לא נהרה, אם הזיכוי נתפס משום מה כחורג ממושג המתנה (וכגון זיכוי בביטוח או זיכוי על פי חיוב "מודלי"[844].

באיטליה, לפי הסעיפים 1411-1413 של ספר החוקים האזרחי, הדין הוא בדרך כלל כמו בצרפת (אך מדגישים כי זכות העברה של המזכה אינה מסתיימת אלא משגילה מזוכה את הסכמתו **כלפי המתחייב**; ואילו במה [[450]] שנוגע לאפשרות זיכויו של מי שעדיין אף לא נהרה, כבר ראינו בדיני המתנה האיטלקית שהדבר נחשב כאן כאילו היה אפשרי, על פי הוראה מיוחדת בחוק, ואף בלי אמצעותו של צד שלישי, כי אם גם על ידי מתן ישיר לאפוטרופוס).

---

[843] תנה-6) **קולין וקפיטן**, ב, עמ' 120 ואילך; ג', עמ' 836, 856.

[844] תנה-7) שם, ב', עמ' 136-137, ור' הערה לסע' 906 של ספר החוקים האזרחי בהוצאת **דלוז**. - לע"ד יש בפרשנות זו משום בלבול, כי הרבותא העיקרית בזכייה לאדם שלא בפניו, במסגרת שאנו דנים בה, הריהי בתחולת הזיכוי מסתמא לאלתר, אף בלעדי הסכמת המזוכה - אך תחולה שכזאת אינה אפשרית, מטבע הדברים, במי שעדיין גם לא נהרה. אם המשפט מאפשר זיכוי מוחלט מעכשו, האמור להגיע למימוש רק משלעתיד, עם היהרותו או לידתו של המזוכה, הרי זה טעון אפוא הסבר על פי איזו מערכת מוסדית אחרת.

גם **בגרמניה**, מסגרת הדברים הכללית הוא כנ"ל, אך יש לציין את השינויים הבאים: א) מסתבר שאין ההסכם בין המזכה והמתחייב יכול להועיל כדי לזכות אדם שלא בפניו במוחזק, ואפשר רק לזכותו בראוי; ב) המזכה אינו צריך דווקא להיות מעונין בזיכויו של השלישי; ג) לפי מסיבותיו המוחדות של כל מקרה מתברר אם השלישי זוכה במוחלט ולאלתר או שיכולים המתקשרים לבטל את זכותו או לשנותה; ד) הסכמת השלישי אינה נחוצה בהכרח, אך עשויה להיות נחוצה אם כך מתברר ממסיבות המקרה, ועל כל פנים אין השלישי זוכה אם הוא מסרב בפירוש; ה) את מילוי החובה לטובת השלישי יכול לתבוע לא רק השלישי בעצמו, כי אם גם המזכה - אלא אם מסתברת בחוזה כוונה אחרת; ו) אפשר לזכות לאדם אף לפני שנולד ולפני שנהרה, אך מימוש הזכות נשאר מותלה עד שהאדם נולד[845].

בשוייצריה הדין הוא בדרך כלל כמו בגרמניה: חוק החיובים, סע' 112.

גם חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, **במדינת ישראל** דהאידנא, בסע' 34 ואילך, הולך לפי השיטה האירופית הזאת. סע' 7 קובע כי הצעת חוזה שהיא רק לזכות הניצע, חזקתה שהיא מתקבלת, אלא אם באה הודעת התנגדות תוך זמן סביר.

בדיני ישראל, הכלל הידוע הוא ש"זכין לאדם שלא בפניו (ואין חבין לאדם שלא בפניו)"[846], ותפיסת הדבר היא הפוכה מזו שראינו ביבשת אירופה: המזכה, כלומר יוזם הזיכוי, הוא הוא גם האדם שממנו יוצאת הזכות, ואילו איש הביניים (כאשר איש כזה נחוץ וישנו) הריהו בדרך כלל רק מתווך פורמלי בלבד. איש הביניים איננו נחוץ כלל כשהמדובר הוא בזכייה באין דעת אחרת מקנה: "המגביה... לחברו - [[451]] אף על פי שלא אמר לו כלום, זכה בו", ומספיק שתתגלה כוונת המזכה להיותו זוכה לחברו, ולא לעצמו[847]. אולם כשהמדובר הוא בדעת אחרת מקנה, כלומר: כשהמזכה מבקש לזכות את הנעדר במשהו השייך כבר מלכתחילה לנכסיו שלו - אין מספיק שיכוון לזכות את חברו[848], אלא נחוץ לו גם למצוא לכך איש ביניים שיסכים להעביר את הזיכוי ולזכות לנעדר[849]. הזכייה פועלת לטובת נעדר מאליה, ואין צורך שהלה יביע את הסכמתו; אולם אם הוא מביע את סרובו בהזדמנות הראשונה, אין הוא זוכה, והנכס חוזר למזכה (במקרה שיש דעת אחרת מקנה; באין דעת אחרת מקנה, ודאי חוזר הנכס ונהפך להפקר). אם המזוכה שותק עד שהנכס בא לידו[850] זכייתו היא מוחלטת, ושוב אין הוא יכול להסתלק מן הנכס אלא על ידי הפקרתו; אבל אם הוא שתק לכשנודע לו בפעם הראשונה על הזכייה, ואחר כך חזר והביע את התנגדותו לזכייה לפני שבא הנכס לידו - באנו למחלוקת התנאים ולתיקו: לדעת רבנן (אשר יש

---

[845] תנה-8) בג"ב, סע' 328 ואילך, ור' **פלנדט** על סע' 331 פסקה ב'.

[846] תנה-9) משנה עירובין, פ"ז מי"א.

[847] תנה-10) שו"ע חו"מ סי' רס"ט סע' א', ובאר היטב שם, ס"ק א'.

[848] תנה-11) דוק בשו"ע חו"מ סי' רמ"ה סע' א', ובקצות החושן על סי' ר', ס"ק ה. בקצות החושן מתברר שאמנם יכול אדם **לסלק** בינו לבין עצמו את רשותו מן הנכס (על ידי מעשה מתאים) אבל אין הוא יכול **להעבירה** בינו לבין עצמו. עם זאת אפשר כנראה שהמזכה יעקוף את הקושי הזה, על ידי **שיפקיר** את הנכס ויחזור ויזכה בו בעצמו בשביל חברו, כזוכה מן ההפקר.

[849] תנה-12) ר' שו"ע חו"מ סי' רמ"ג סע' א'.

[850] תנה-13) בינתיים עשוי הנכס להימסר לאיש הביניים, ונראה כי בסתם אמנם חזקה היא על איש הביניים שבינתיים מקבל הוא עליו לשמור את הנכס: נתה"מ סי' רצ"א ס"ק ג'; ור' גם שו"ע חו"מ סי' קכ"ה.

רבים גורסים כי הלכה כמותם), הרי זה זכה ושוב אינו יכול לחזור בו (אלא רק להפקיר את הנכס), ואילו לדעת רבן שמעון בן גמליאל מוכיח סופו על תחילתו, שלא זכה בנכס מלכתחילה[851]. האיש הזוכה לחברו (כלומר, בדרך כלל, איש הביניים) צריך להיות גדול ובן דעת, אבל המזוכה יכול להיות אפילו תינוק בן יומו או שוטה[852]. אין המזוכה [[452א]] יכול להיות אדם שלא בא לעולם (או שמת, או דבר שאינו בבחינת אדם בכלל); אבל יש אומרים שתנאי דוחה עשוי להועיל למזוכה שלא בא לעולם (לכשיבוא לעולם, ובכפוף לשאר המיגבלות הכרוכות בתנאי דוחה, כפי שנברר בדיני התנאים) ועל כל פנים יש באופן יוצא מן הכלל זכיה לטובתו של עובר **בנכסי אביו** (או אמו, ובתנאי כמובן שיוולד)[853].

הזכייה לאדם שלא בפניו, בדיני ישראל, אינה מצומצמת להתבטא דווקא בזכות במובן המשפטי-הטכני, אלא יכולה להתיחס גם לעסק תמורתי או לזכות הכרוכה בחובות באופן אחר, ובלבד שבסך הכל אמנם יהא הדבר בחזקת נוחות למזוכה: "דבכל זכות וחובה אין לילך בזה שיהיה דוקא כולו זכות וכולו חובה, אלא כל שהחוב רב על הזכות נקרא חובה וכל שהזכות רבה על החוב נקרא זכות, וזכין לו שלא שלא בפניו"[854].

מן העניין הטכני של גרם זיכוי אדם שלא בפניו יש להבחין את מה שמתאפשר בדיני ישראל במישור העסקי התוכני, שאדם יקבל על עצמו את הספקת התמורה בעד ההנאה שתיגרם לו על ידי כך שהצד שכנגד יזכה אדם שלישי (או יהנה את הצד השלישי בדרך אחרת). הסדר כזה יכול להיות [[452ב]] בשני אופנים: ייתכן שהצד השלישי יזוכה במישרין, על פי הכלל שזכין לאדם שלא בפניו, ובאופן שבעל התמורה ישמש כאיש ביניים לזיכויו של השלישי על ידי הצד שכנגד - ויתכן שהצד השלישי לא יהיה צד ישיר בעסק, אלא הצד שכנגד רק יקבל עליו להנות את השלישי, בתנאי שעם קיום ההינוי תוחלט לו התמורה המוסכמת מצידו של בעל התמורה (אם בדרך של זיכוי לאלתר במוחזק, או על ידי מחילה וכיו"ב, ואם בדרך של חילוט חובת תשלום, לפי העניין). בשני האופנים גם יחד יהיה הינויו של השלישי בבחינת מתנה הניתנת לשלישי מצידו של בעל התמורה; אך על כל פנים, בין בעל התמורה והצד שכנגד, יהיה זה עסק תמורתי, אשר התמורה הקונה שבו לא תזוהה בעצם אותו הדבר שיהנה את השלישי, כי אם בהנאה הרוחנית הנגרמת אגב אותו הינוי לבעל התמורה. לכן, במקרה שדבר הינויו של השלישי יתבטא בעריכת איזה עסק עמו על ידי הצד שכנגד (ובדרך כלל, כמובן, איזה עסק של זיכוי), ואילו התמורה תצטרך להתבטא בזיכוי שלאלתר במוחזק או כיו"ב, הרי שיהיה זה עסק חליפין של הנאת עריכת העסק עם השלישי כנגד הזיכוי המקביל[855].

---

[851] תנה-14) ר' בבא בתרא קל"ח א', ורשב"ם שם ד"ה יורשין, ופ"ט מהל' תרומות להרמב"ם הל' ו, ורדב"ז וכסף משנה שם, ושו"ע חו"מ סי' רמ"ג סע' א' וסי' רמ"ה סע' י"א והגה שם.

[852] תנה-15) שו"ע חו"מ סי' רמ"ג סע' י"ד, ט"ז, י"ח.

[853] תנה-16) שם, סי' ר"י. (בהגהה שבסוף הסימן נאמר אמנם שאף מת עשוי לפעמים לזכות, אבל הנוסח מטעה. הכוונה היא שיכול אדם לזכות לצרכי כבודו של מת, על פי דיני הצדקה שעמדנו עליהם בספר על "דיני הקניין במוחזק". כמו כן ראוי לציין כי בעה"ש, בסימן זה, מצויה הבאה מקוטעת מנתה"מ אשר עשוי להשתמע ממנה שכביכול גם הזכייה לעובר בנכסי אביו היא רק על תנאי דוחה - ולא היא, כי באמת נראה שבעל הנתיבות מסכים לש"ך, שהזכייה במקרה זה עשויה גם להיות על תנאי משהה, מעכשיו).

[854] תנה-17) עה"ש סי' רמ"ט ס' ד; אך השווה שם סי' ק"ץ סע' י"ח, שעל כל פנים אין אדם מוחזק כמקושר מלכתחילה שלא בפניו, על דעת חיוב תמורה מצידו - ואפילו רק על דעת חיוב תמורה חלקית בלבד - כאשר בסך הכל העסק הוא מאוזן ולא בבחינת "מציאה".

[855] תנה-18) עה"ש חו"מ סי' ק"ץ סע' י"ז-כ'.

מלבד האפשרות הזאת, יתכן כמובן גם כן, שהינויו של השלישי מתוך עסק תמורתי בין אנשים אחרים יבוא לאו דוקא מצד התמורה הקונה, כי אם על ידי זיכויו של השלישי בתמורה הנקנית. בהסדר מסוג זה אין למעשה שום רבותא נוספת לדידנו. [[459]]

פרק ג': דיני הלואי במכר

א. גדרי הנושא של הפרק

בפרק הקודם ניתחנו בהרחבה את הבעיות המהותיות של חוזה המכר, הן מצד עצם התהוותו הן מצד קיומו ומשמעותו המעשית בדיעבד, כפי שאלה מתקבלים מתוך הרכב הגורמים של התמורה הקונה (הסחורה), מחד גיסא, והתמורה הנקנית (המחיר), מאידך גיסא. והנה, בבעיות אלו מתמצה אמנם כל מה שעשוי להיות חשוב כדי שעסק של מכר יוכל להתהוות ולהתקיים כעין יצור מוגמר ובעל חיות במסגרת השיטה המשפטית; אך מכל מקום, עדיין לא מיצינו בכך את כל מה שעשוי להיות חשוב עוד כדי שהמכר יתקיים גם כעין יצור **מתוקן**, כנגד כל מיני תקלות העשויות להתעורר באגב. כנגד מיני התקלות מסוג זה ממציא המשפט תקנות ומזמן אותן לצדדים מראש, כדי שתחולנה ביניהם בסתם, כל אימת שתארע התקלה ובעוד שהצדדים עצמם לא הסכימו ביניהם מלכתחילה על איזו תקנה מתאימה אחרת. להסכים על תקנה עצמאית כרצונם יכולים הצדדים, כפי שראינו לעיל, על ידי קביעת **תנאי לואי** בתוך מכלול תוכנו המוסכם של העסק - ואפשר אפוא לומר כי התקנות המזומנות כאן על ידי המשפט, מצידו, אינן אלא כעין מבחר של תנאי לואי אשר הצדדים מוחזקים כאילו הסכימו עליהם והכלילום בחוזה, כל אימת שלא קבעו ביניהם אחרת [[460]] בפירוש. בנקודה זו מתגלה ההבדל המהותי בין התפקיד הנועד להסכמת הצדדים בקביעת גדרי הסחורה והמחיר לבין התפקיד הנועד לה בענין תקנות הלואי: כי אמנם, שני הנושאים גם יחד תלויים בהסכמה - אך במקרה הראשון, באין הסכמה על הסחורה או על המחיר, ממילא נמנע שם כל מכר מעיקרא, באשר המשפט אינו ממציא בזה שום גדרים שבסתם מצידו, כדי לכפות על האנשים איזה מכר בהכרח[856]; לעומת זאת, בענין תקנות הלואי, אכן ממציא וממציא המשפט גדרים שבסתם - אשר באין הסכמה אחרת, אכן אף יחולו למעשה בהכרח - ובלבד שהצדדים אמנם הסכימו על כל פנים, לפחות, על עצם המכר וגדריו המהותיים.

בפרק זה מתכוונים אנו לדון אפוא בתקנות הלואי המצטרפות בסתם אל המכר מכוח הדין - ותוך כדי כך, ממילא נראה כבר גם כן את דיני הלואי של החליפין. כך הוא, מפני שדיני הלואי החשובים ביותר של המכר, עניינם הוא באחריות המוכר לסחורה - ואילו החליפין, כפי שראינו, אינם אלא כעין עסק של מכירת סחורות באופן הדדי. במידה שניתקל בכל זאת בדיני לואי המיוחדים לחליפין, הריהם יוכלו להופיע אפוא רק כסייגים לגבי הדינים של המכר הרגיל.

גם בדיני הלואי של השכירות (והיינו, שכירות החפצים) לא נצטרך עוד לדון במיוחד, מפני שכבר עמדנו עליהם [[461]] בספר על "דיני הקניין במוחזק". כמו כן, פטרנו כבר את דיני הלואי של המתנה, בפרק הקודם בספר זה. אשר לדיני הלואי בהקנאה שתיערך במסגרת חוזה אשר סיווגנו אותו לעיל במסגרת "האפשרות הרביעית" (הכוללת), הרי שבסתם - ובמידה ששייכים הדברים לענייננו - מסתבר שוב כי דיני הלואי המתאימים יימצאו בדרך כלל בגזרה שווה מדיני המכר, בדומה למה שאמרנו לעיל בחליפין. באופן כזה יוצא אפוא בסך הכל, כי אף על פי שבחיבור זה

---

[856] א) ר' לעיל, בפרק א', נושא שלישי, סעיף ח, בסמיכות להערה רמ"ו - בכפוף אמנם לאנומליה, אשר ראינו שם בהערה, על פי חוק המכר מתשכ"ח במדינת ישראל.

אמנם עוסקים אנו עקרונית בחוזי ההקנאה השונים, ולא רק במכר, הרי שבפרק על דיני הלואי של חוזה ההקנאה אמנם יכולים אנו מכל מקום להסתפק למעשה בריכוז עיקרו של עניינו רק בחוזה המכר לבדו - וזהו פשר הכותרת אשר שמנו בראשו של הפרק.

עם זאת יש גם לציין, כי מה שעשוי היה לכאורה להשתמע מדברינו, כאילו **דיני הלואי** שמתכוונים אנו לדון בהם מתמצים רק **בתנאי הלואי** המוצעים בסתם על פי [[462]] הדין - או, אפילו, ששני המושגים הללו אינם אלא ענין זהה מעיקרא - איננו בודאי מדויק. הנכון הוא רק זה, שתנאי הלואי האמורים הם **עיקרם** של דיני הלואי, והם יהיו אמנם עיקר הנושא של פרקנו. אולם, לבד מתנאי הלואי האלה יש גם דינים גמורים, אשר בהתארע המסיבות המתאימות חלים הם בהכרח, ולא רק מסתמא, ואשר מכל מקום אין הם נוגעים לעיקרי מהותו של חוזה המכר (או חוזה ההקנאה בדרך כלל), כי אם רק לדיוקי המסיבות או התוכן שבהם הוא נערך. גם הדינים הללו - במידה שאין הם שייכים לעקרונות הכלליים של דיני החוזים, אלא צמודים הם במיוחד רק לסוג החוזה הנידון על ידינו - ראויים להיקרא "דיני לואי" של סוג החוזה הזה, ואף את דיני הלואי הללו מתכוונים אנו להכליל פה, בדיוננו להלן.

ב. נטל ההוצאות ודיני לואי בעניין מסירה, נטילה ומקום התשלום

הנושא הפשוט ביותר לכאורה בתחום דיני הלואי של המכר הוא בהסדר של נטל ההוצאות הכרוכות בעריכת החוזה וביצועו; אולם הפשטות שלכאורה נפגעת למעשה על ידי ההתקשרות הטבעית בין בעית ההוצאות לבין בעיית חיובי הלואי הכרוכים בחיוב למסור את הסחורה או לקבלה וחיוב ביצוע התשלום.

המג'לה דנה בנושא זה בסעיפים 288-292 וקבעה כי שכר "כתיבת שטר וספר המקנה" חל על הלוקח; כמו כן הוחלו על הלוקח ההוצאות הכרוכות בתשלום המחיר וההוצאות הכרוכות בנטילת הסחורה מן המצב שבו אמורה היא להימסר. לעומת זאת, ההוצאות הכרוכות בהכשרת הסחורה למצב שבו אמורה היא להימסר הוחלו על המוכר, ובמסיבות מתאימות [[463]]ניתן למנהג המקום להכריע אם יש על המוכר חובה להביא את הסחורה למסירה עד לבית הלוקח או לא.

במקום ההוראות האלו בא בחוק המכר מתשכ"ח **במדינת ישראל** סע' 24, הקובע כי "הוצאות מסירת הממכר יחולו על המוכר; הוצאות קבלת הממכר יחולו על הקונה". סע' 25 מוסיף כי "הוציא צד אחד הוצאות החלות על הצד השני, זכאי הוא להחזרתן בצירוף ריבית" וגו'. מסע' 8(א) יוצא כי במקום שמדובר בסחורה הנמצאת מלכתחילה בתוך תערובת ("צובר" בלשון החוק), כוללת חובת המסירה את החובה לברור את הסחורה וליחדה - והוצאות הפעולות האלו חלות אפוא על המוכר. מצד שני, בסע' 10 נקבע סדר עדיפויות לגבי המקומות שבהם ראויה המסירה להתקיים בסתם. המקום אשר חזקתו חלה ראשונה הריהו המקום שבו אמודה הסחורה להימצא במועד המסירה לפי מה שהצדדים יודעים בעת גמירת החוזה[857]. באין צירוף מתאים כזה, החזקה

[857] ב) ההוראה נראית לכאורה חסרת משמעות, שהרי אם הצדדים קבעו את מועד המסירה ואת המקום שבו ראויה הסחורה להימצא באותו מועד, ממילא משמע שאותו מקום נקבע גם כמקום הראוי למסירה, על פי הסכמה מפורשת - ולא על פי שום חזקה אשר ניתן לסתרה או אפילו על פי איזו הוראת דין מוחלטת, אשר יכול היה להיות אחרת בלעדיה. ור' להלן, הערה ח'.

לחובת המסירה היא במקום עסקו של המוכר, וכאשר אין מקום כזה, הרי במקום מגוריו הקבוע. הוצאות הבאתה [[464]] של הסחורה לאחד המקומות האלה - או למקום מסירה אחר, שהצדדים עשויים היו להסכים עליו - חלות אפוא גם כן על המוכר. עם זאת, במקרה שהצדדים הסכימו כי המסירה תהא כרוכה בהובלת הסחורה מן המוכר ללוקח באמצעותו של שלישי, אשר יפעל מטעם הלוקח, יוצא מסע' 8(ג) כי הוצאות ההובלה לא תחולנה בסתם על המוכר, כי אם על הלוקח - באשר המסירה תיגמר אז, בסתם, כבר על ידי כך שהמוכר יעמיד את הסחורה לרשותו של המוביל. מסע' 10(ג) משתמע כי תנאי נוסף לתחולת ההסדר הוא שמקום המסירה למוביל יהא קבוע מלכתחילה בהסכם משולש[858].

הוראות השייכות לענייננו מצויות במדינת ישראל גם בתקנות המקרקעין (אגרות), תש"ל. לפי תקנות אלה - סע' 28(2) - חלה חובת תשלום האגרה בעד רישום הקניית מקרקעין על הקונה (ומבחינת זכותה של המדינה לגביית האגרה הרי זה אמנם דין גמור, ולאו דוקא תנאי לואי שבסתם, הניתן לשינוי [[465]] בהסכמת הצדדים - וזאת אף על פי שרישום הקנאת המקרקעין במדינת ישראל אינו רק דרישה ממלכתית מינהלית, כי אם גם עצם גילומו של מעשה הקנין בדיני הממונות). סע' 28(1) סוטה מכלל זה ביחס לרישום "משכנתה" - ששם מוטלת חובת התשלום דוקא על הממשכן. כמו כן, יש סטייה בסע' 2(ג) של התוספת לתקנות, הקובע כי בחליפי מקרקעין במקרקעין תחול אגרת הרישום על כל הצדדים בשיעורים שווים.

אין הוראה שתסדיר את תחולת הנטל של מס הבולים העשוי לחול בגינו של חוזה מכר שנערך בכתב, על פי חוק מס הבולים על מסמכים, תשכ"א.

בצרפת קובע סע' 1593 של ספר החוקים האזרחי כי "הוצאות המסמכים ויתר האבזרים של המכר חלות על הלוקח". דין זה אמור לחול בסתם בין הצדדים לבין עצמם, אך לגבי צד שלישי - כמו הנוטריון שהוזמן לפעול על ידי המוכר והלוקח יחד - חלה אחריות חוזית רגילה, לפי המקרה, וייתכן אפוא שהמוכר ייאלץ מלכתחילה לשלם מה שמוטל על פי דין על הלוקח; אלא שבמקרה זה תהיה לו כמובן זכות חזרה על הלוקח[859]. הדין של סע' 1593 אינו מוחל בחליפין, ואת ההוצאות הנידונות בסעיף זה מחלקים כאן בין הצדדים בשווה[860]. סע' 1608 קובע כי הוצאות המסירה חלות בסתם על המוכר, ואילו הוצאות הנטילה - על לוקח; אולם, לגבי הוצאות "טיהורו" של הממכר משעבוד נפסק כי חלות הן על המוכר (אף על פי שה"טיהור" אינו בגדר חובת המסירה של המוכר,

---

[858] ג) גם בנקודה זו מרובה למעשה הפרוץ על העומד. סיכום הדברים כפי שהבאנום אינו מנוסח כך בחוק בפירוש, אלא הרי זה רק נסיון להעמיד את קטע ההוראות שבחוק על איזו משמעות הגיונית ומציאותית. אולם, משמגיעים אנו לסיכום מתוקן זה, מסתבר שאין הוראות החוק מוסיפות כאן למעשה שום דבר - באשר אם זוהי משמעותן, הרי שאותו הדין היה מתקבל גם ממילא, בלעדיהן. מצד שני, אם ננסה לתפוס את ההוראות כמות שהן, שלא במסגרת הסיכום המתוקן שהצענו, נראה שהריהן תישארנה חסרות משמעות כלשהי, או על כל פנים רק בעלות משמעות משונה. האלטרנטיבה היחידה לפרושנו, שאפשר עוד לדחוק אותה איך שהוא להוראות החוק, במגמה לתת להן איזו משמעות מעשית מעבר למה שמתחייב ממילא כנ"ל, הריהי שאם הוסכם בין המוכר ללוקח על הובלת הסחורה באמצעותו של שלישי, ולא נקבעו פרטי הדבר, יוכל הלוקח לזמן את המוביל והמוכר יהא חייב להביא את הסחורה, על חשבונו ואחריותו הוא, עד אותו מקום שבו הסכים המוביל לקבל את הסחורה להובלה, על פי ההסכם שבינו ללוקח. וראה שוב להלן, הערה ח'.

[859] ד) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 541-542.

[860] ה) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 572.

והריהו רק בבחינת יתרון של ברירה הנתונה ללוקח)[861]. באין התנאה מפורשת, מקום המסירה שבסתם הוא אצל המוכר[862].

[[466]] **באיטליה** דומה סע' 1475 של ספר החוקים האזרחי לסע' 1593 שראינו בצרפת, וסע' 1554 ממלא אחריו במה שנוגע לשינוי של דין החליפין. לפי סע' 1182, חובת המסירה צריכה להתמלא בסתם במקום שבו נמצא הנכס בזמן שנולדה החובה; אך ביחס למכר מיטלטלין מתקן סע' 1510 ואומר שאותה חזקה נשארת בעינה רק אם הצדדים ידעו את המקום בשעת עריכתו של החוזה: אם לא כך, חלה החזקה במקום מגוריו של המוכר או במקום עסקו. סע' 1510 מוסיף, שאם אמורה הסחורה להיות מועברת ממקום אחד למקום אחר, ממלא המוכר את חובת המסירה על ידי מסירה למוביל, והוצאות ההובלה חלות על הלוקח. לפי סע' 1514, אם הלוקח אינו בא לקבל את הסחורה, יכול המוכר להפקידה במוסד מתאים, על שם הלוקח ועל חשבונו.

סע' 1498 קובע כי חובת התשלום צריכה להתמלא בסתם במקום ובזמן שבהם מתקיימת המסירה, אך במקרה שתחולת החזקה הזאת נמנעת על פי הסכם הצדדים או המנהג, קובע הסעיף חזקה אחרת, והיינו שמקום התשלום הוא מקום מגוריו של המוכר - בכפוף כנראה לפירוט ולסייגים של דיני מקום התשלום בדרך כלל, הנקבעים בסע' 1182[863].

סע' 1196 קובע הוראה כללית, שהוצאות התשלום (והיינו ההוצאות הכרוכות גם לאו דוקא בחובת תשלום כסף, כי אם במילוי חובה בדרך כלל) חלות על החייב.

בגרמניה קובע סע' 448 של הבג"ב: "נטל הוצאות המסירה של הדבר הנמכר, וביחוד הוצאות המדידה והשקילה, חל על המוכר, ואילו נטל הוצאות הנטילה ומשלוח הדבר למקום השונה מן המקום הראוי למילוי החוזה חל [[467]] על הלוקח. במקרה של מכירת זכות חל נטל הוצאות ביסוסה של הזכות והעברתה על המוכר". סע' 449 קובע כי "הלוקח מקרקע חייב לשאת בהוצאות הוצאתו של המקרקע לרישום בספרי האחוזה והוצאות רישומו..., לרבות ההוצאות הכרוכות בהצהרות הנחוצות לשם רישום". המשכו של הסעיף מטיל על הלוקח גם את הוצאות ביסוסו של המיקח במסמכים, והוראות דומות נקבעות שם לגבי הלוקח ספינה רשומה.

סע' 269 של הבג"ב קובע שבאין הסכם אחר או הנחה טבעית מתאימה לפי המסיבות, מקום המילוי של התחייבות הוא במקום מגוריו של החייב בעת שנולדה ההתחייבות, ואם ההתחייבות היא במסגרת ניהולו של עסק, ויש למתחייב מקום עסקים מיוחד, בא מקום עסקים תחת מקום המגורים. פיסקה מיוחדת מוסיפה, שהעובדה כי המתחייב קיבל עליו את ההוצאות של הובלת נשוא החיוב למקום פלוני אין בה כשלעצמה כדי להורות שהמקום הראוי למילוי ההתחייבות הוא

---

[861] ו) ר' הערה על סע' 1593 של ספר החוקים האזרחי בהוצאת **דלוז**. ביחס למהות "הטיהור" ר' בספרנו על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ג', מס' 15, בסמיכות להערה ק'.

[862] ז) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 509.

[863] ח) ר' **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 74. סע' 1182 מיעד את התשלום למקום מגוריו של הנושה **בעת הבשלתו של חיוב התשלום** - בתנאי שאם מקום זה שונה ממקום המגורים בזמן שהחיוב נולד, והדבר מכביד על החייב, הרי זה יכול להודיע לנושה כי מעביר הוא את המקום הראוי לתשלום למקום מגוריו של עצמו.

באותו מקום פלוני. דברים אלה מוסבים עקרונית גם על תשלום כסף, אך לגבי חיוב כזה מוסיף סע' 270 את הסייג, שעל אף האמור בסע' 269 חייב בעל החוב להעביר את התשלום על חשבונו ועל אחריותו הוא [[468]] למקום מגוריו או למקום עסקו של הנושה, - אלא שבמקרה שמקום המגורים או מקום העסקים נשתנה אחרי שנולד החיוב, ויש בכך כדי להגדיל את הוצאות העברת התשלום, חייב הנושה לשאת בהפרש. אם שינוי המקום גורר את הגדלת הסיכון הכרוך בהעברה, חל על הנושה כל הסיכון כולו[864].

בשוייצריה קובע סע' 188 של חוק החיובים כי "במידה שלא הוסכם או אין מקובל אחרת, נושא המוכר בהוצאות המסירה, וביחוד הוצאות המדידה והשקילה, ואילו הלוקח נושא בהוצאות הביסוס במסמכים והנטילה". סע' 189 מוסיף שכאשר צריך הדבר הנמכר להישלח למקום השונה מן המקום הראוי למילוי, נושא בסתם הלוקח בהוצאות ההובלה. התחייבות למסירה "משוחררת" מתפרשת כהתחייבות המוכר לשאת גם בהוצאות ההובלה, אך לא במכסים הכרוכים בה; הותנה על מסירה שתהיה משוחררת גם ממכסים, נושא המוכר בסתם במכסי הוצאת הסחורה ממקומה, מכסי המעבר ומכסי הכניסה למקום היעוד, אך לא במיסי השימוש הצריכים להשתלם במקום היעוד עם קבלת הסחורה. סע' 74 קובע, שכאשר אין מתחייב אחרת על פי הסכם הסכם הצדדים שבפירוש או מסתמא, נחשב כמקום הראוי למילוי התחייבות של תשלום כסף אותו מקום שבו מתגורר הנושה בזמן המילוי; המקום הראוי למילוי התחייבות של מסירת דבר מסוים הוא המקום שבו נמצא הדבר בעת שנולדה ההתחייבות; ואילו המקום הראוי למילוי התחייבויות אחרות היא המקום שבו התגורר החייב בזמן שהן [469] נולדו. לענין תשלום כסף, אם מקום מגורי הנושה לעת התשלום שונה מן המקום שבו גר בעת שנולדה ההתחייבות, והדבר מכביד על החייב במידה ניכרת, רשאי הוא להוסיף ולראות את מקום המגורים המקורי כמקום הראוי לתשלום.

באנגליה, קוראים אנו אצל **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ד, כי באין הסכם אחר, מפורש או מכללא, המקום למסירת הסחורה במכר מיטלטלין הוא במקום עסקו של המוכר, ואם אין לו מקום עסקים - הרי במקום מגוריו. אם המדובר הוא בחפצים מסוימים, אשר לפי ידיעת הצדדים בזמן עריכת החוזה מצויים הם במקום אחר, מקום המסירה שבסתם הוא באותו מקום אחר. כאשר הלוקח אמור לקבל את הסחורה במקום שהוא רשות המוכר, יש לו בסתם הרשאה מן המוכר להיכנס למקום ולקחת את הסחורה - ואין המוכר יכול לחזור בו מהרשאה כזאת, לפחות במקרה שהבעלות בסחורה עברה כבר ללוקח[865]. במקרה שהמוכר התחייב או הורשה לשלוח את הסחורה, נחשבת בסתם מסירת הסחורה למוביל כמסירה ללוקח - בין אם המוביל זומן על ידי הלוקח ובין אם לא. הנחת לואי במקרה כזה היא שהמוביל פועל כשלוחו של הלוקח - וכאשר לא הלוקח הוא העורך את חוזה ההובלה במישרין עם המוביל, הרי שהמוכר עורך את חוזה ההובלה

---

[864] ו[2]) ההוראה, כי העברת נטל הוצאות ההובלה למתחייב אין בה כדי לשנות את חזקת המקום הראוי למילוי, מתפרשת באופן מרחיב, לאמור, שהוא הדין אפילו בהעברת **סיכון** ההובלה (ר' **פלנדט** על סע' 269). הדבר מצטרף להוראת סע' 270 בדבר אחריות בעל החוב הכספי להובלת התשלום בלי שבכך יהא שינוי מעקרונות חזקת המקום הראוי לתשלום - ואודה ולא אבוש כי הגיון השיטה הזאת אינו מובן לי. הפרשנות של פלנדט על שני הסעיפים, וכן פירושו של **אנקצרוס - חיובים**, בעמ' 83-84, לא יישבו את תמיהותי.

[865] ז[2]) שם, עמ' 94-93.

משמו של הלוקח. תנאי לתחולת ההנחות האלו הוא שהמוכר יהא פועל באופן סביר במסגרת חוזה המכר[866].

לגבי מקרקעין, ההנחה היא שאת טיוטת [[470]] מסמכי ההקנאה מכין הלוקח על חשבונו, אך ההוצאות של בירור הזכות וכל תיקון העשוי להידרש בה, וכן הוצאות גימור מסמכי ההקנאה על ידי המוכר וצדדים נחוצים אחרים, חלות על המוכר[867].

בדיני ישראל מוצאים אנו את הרשב"ם מפרש, שעם כל מה שאפשר להחזיק את המוכר והלוקח כמעוניינים בעסק בשווה, מכל מקום מסתבר שהנאת הלוקח גדולה יותר, באשר הוא מקבל את הדבר המסוים שביקש, בעוד שהמוכר מאבד את הדבר המסוים שהיה לו - ולכן חלות בסתם הוצאות ביסוסו של המכר בשטר על הלוקח. מסקנה זו חלה אף כאשר למעשה יש למוכר עניין מיוחד להיפטר מן הממכר ולהמירו בכסף[868].

במה שנוגע לתנאי המסירה והנטילה וההוצאות הכרוכות בהן, נראה שבדיני ישראל אין לראותם בדרך כלל כעניין לוואי של חוזה המכר, אלא עיקר דיניהם נמצא לנו מעבר לכך, במסגרות אחרות, וביחוד בדיני הפקדון. דיני הפקדון הם מסגרת הפתרון, כאשר המכר לא נערך על ידי מסירה ממשית מלכתחילה, אלא הסחורה נשארת בינתיים בשמירת המוכר - ובמקרה כזה חלים ממילא הדינים שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', [[471]] סע' ט', בסמיכות להערות ק"מ וקמ"ב-2. מדינים אלה יוצא כי המקום שבו חלה בסתם חזקת חיוב המסירה הריהו המקום שבו נמצאת הסחורה בשעת עריכתו של המכר, ושם חלה בסתם גם חזקת חיוב הנטילה. הבעיה של הוצאות המסירה והנטילה נפתרת ממילא בהתאם לכך. עם זאת, אין דברים אלה כשלעצמם מספיקים במקרה שהסחורה היא חלק בתערובת - והיינו שלא היתה הפרדה לפני עריכתו של המכר, אלא התערובת נשארת בינתיים בעינה ברשותו של המוכר, בבחינתו בעל בית בחלקו ושומר-לשותף בחלקו של חברו. מסתבר כי במקרה כזה יש להבחין: אם המכר מוסב מלכתחילה רק על חלק בשיתוף, ועל דעת התמדת השיתוף, הרי שהדבר הוא פשוט, ושוב אין לנו עניין בבעיות של מסירה ונטילה הנמשכות מן המכר, אלא עוברים אנו לחלוטין מדיני המכר אל דיני השיתוף הקיים; אם, לעומת זאת, מוסב המכר מלכתחילה על חלק מסוים בנכס - והיינו שאין השיתוף אמור להתקיים, והמכר נעשה מלכתחילה על דעת הפרדתו של החלק והעמדתו לרשות הלוקח ביחודו - הרי שמתעוררת עוד השאלה בדבר סדר ההפרדה וההוצאות הכרוכות בה. אפשרות אחת שניתן היה לכאורה להעלות על הדעת היא, שאף כאן יחולו דיני השיתוף, וההפרדה תיערך במסגרת הדינים הכלליים של פירוק השיתוף; אולם, באמת מסתבר שיותר קרוב לכוונת הצדדים הוא להכיר כאן תנאי לואי מכללא, שהמכר נעשה על דעת חיוב להפרדתו של החלק על ידי המוכר ועל חשבונו - ונראה שאמנם זה הפתרון הננקט במקורותינו[869].

---

[866] ח[2]) שם, עמ' 107-108. נראה ברור כי הפרכות בהוראות המקבילות במדינת ישראל, שהערנו עליהן בהערות ב' וג' לעיל, אינן אלא פרי של העתקה משובשת מן הדינים האנגליים הללו - ודאי מתוך מגמה לשפרם על פי השראה "ישראלית מקורית", ובדומה למה שראינו גם בהערה א', בהשוואה למג'לה.

[867] ט) **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 263.

[868] י) רשב"ם על בבא בתרא קס"ח א', ד"ה מפני רעתה, ור' עה"ש חו"מ סי' רל"ח סע' ג', בסוף.

[869] יא) ר' עה"ש חו"מ סי' קצ"ט סע' ה', שם מובא הדין שאם נקנה בשר מן הטבח בעוד השור חי, על דעת מסירה בעין לאחר השחיטה, והטבח נמנע מלשחוט למועד ההספקה שעליו הוסכם מכללא, "משחיטין את

מצד אחר, אם נערך [[472]] המכר מלכתחילה על ידי מסירה ממשית, ממילא משמע שכל ההוצאות הקודמות, הדרושות להכשרת הסחורה למסירה כזאת, חלות בסתם על המוכר[870].

במה שנוגע לאפשרות שלשם העברת ההחזקה הממשית מן המוכר ללוקח תימסר הסחורה להובלה באמצעותו של שלישי, מוצאים אנו את פתרוננו בדיני שליח ההולכה - ועיקר הדברים הוא כלהלן. כל אימת שנמסר דבר ונתקבל להולכה לצורך מילויו של חיוב (להבדיל ממסירה להולכה לשם מעשה חסד או מתנה או קבלת שירות), ממילא נעשה השליח לאיש ביניים כדי לזכות במילוי החיוב לזכאי, ושוב אין הוא רשאי להחזיר את הדבר לשולח או אף ליורשיו. התוצאה היא אפוא ממילא גם כן, שהשליח נעשה שומר בדבר משמו של הזכאי, בין אם השליחות מוטלת עליו רק מטעם החייב ובין אם מלכתחילה זומן הוא לחייב מטעם הזכאי, כשליח קבלה לטובתו של הלה. אולם, תוצאות אלו כשלעצמן אין בהן כדי לפטור את החייב [[473]] מאחריותו הוא, עד שיגיע הדבר בפועל לידי הזכאי - אלא אם איש הביניים הוא באמת גם שליח קבלה, או שעל כל פנים נתבקש החייב על ידי הזכאי לשלוח לו את הדבר באמצעותו של שליח, והוא אמנם שלח לו על ידי אדם נאמן ובדרך סבירה, בכפוף לגדרי הבקשה[871].

גם במה שנוגע לביצוע התשלום, הרי זה עניין הנידון בדיני ישראל לאו דוקא בסמיכות לחוזה המכר, כי אם במסגרת המיוחדת של דיני התשלום בדרך כלל. במסגרת זו, הנחת היסוד היא שהמקום הראוי לתשלום הריהו במקום שבו נולד החיוב; אבל כל אימת שלא ייגרם נזק לחייב יכול הנושה לתבוע כי התשלום יתבצע אף במקום אחר שבו נמצאות מעות מספיקות לחייב, ואילו החייב יכול לכוף תשלום בכל מקום שבו מוצא הוא את הנושה בעת הראויה לפרעון - ובלבד שהובלת התשלום מאותו מקום לא תהא כרוכה בסכנה או בקשיים מהותיים, יותר מאשר קבלת התשלום במקום שבו נולד החיוב או במקום אחר שהוסכם עליו מלכתחילה כמקום הראוי לתשלום, בפירוש או מכללא[872].

כנגד מה שראינו במשפט האנגלי בדבר חזקת הרשאת הכניסה לקבלת הסחורה בחצר המוכר, נראה שבדיני ישראל אין להכיר חזקה שכזאת; אבל על כל פנים, מאחר שהמדובר הוא בזכות

הטבח בעל כרחו, וצריך לקיים מכירתו" - ואף על פי שכבר מקודם עברה אל הלוקח הבעלות בבשר, במסגרת של שיתוף בשור. [[472]] ור' גם באותו כיוון עה"ש חו"מ סי' ר"כ סע' י' וסי' קצ"ה סע' י'.
מקור אחרון זה מבוסס על תשובת הרא"ש בכלל ס"ו סע' ד'; ויש להעיר באגב, כי תימה הוא כאן כיצד פסק הרא"ש בפשטות כי הפסד עורו של השור, שברח לפני השחיטה, חל לחלוטין על הלוקח - בלי לתת את הדעת על אחריותו של המוכר כשומר.

[870] יב) בהקשר זה מתבקש שניתן את הדעת גם על ההוצאות של פירוק השיתוף במסגרת הדינים הכלליים. תוצאותיו של פירוק כזה, לפי דיני ישראל, בדרך חלוקה, הריהן בבחינת חליפין (ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ז', סע' א', מס' 4, אות א', בסמיכות להערה ע"ט) - ונראה לומר שאלה הם חליפין עם תנאי לואי שכל שותף יעמיד לחבריו את החלקים הראויים להם ממנו, בנפרד. יוצא אפוא שכל שותף חייב להשתתף כאן בהוצאות החלוקה כעין מוכר כאמור בהערה י"א - ומשמע שבסך הכל יהיו השותפים חייבים להשתתף בהוצאות באופן פרופורציונלי, לפי הערך היחסי של חלקיהם, אבל אם השותפים הם רק שניים הריהם יצטרכו לשאת בהוצאות בשווה, באשר החלקים המוחלפים ביניהם הם על כל פנים שווים. הוצאות שטרי הקניין הנפרדים של כל אחד מן השותפים אמורים בכלל זה.
מצד שני, אם נערך הפירוק בדרך "גוד או אגוד", נראה שההוצאות חלות כדרך תחולתן במכר רגיל.

[871] יג) עה"ש חו"מ סי' קכ"ה וסי' קכ"א.

[872] יד) שם, סי' ע"ד סע' א'-ב'.

לקבלת חפצים מסוימים, ולא רק בפרעון של זכות שבראוי גרידא, נמצא כי במקרה שיסרב המוכר למסור את הסחורה שלא כדין, יהא הלוקח רשאי להיכנס ולתפסה על פי הכלל ש"עושה אדם דין לעצמו"[873]. [[474]]

ג. אונאה

מושג האונאה, מן הבחינה המילונית הרגילה, מובנו הוא פשוט למדי, והיינו גרימת עוול על ידי הטעייה או ניצול טעות במשא ומתן; אולם, כמונח משפטי-טכני עשוי הוא להתפצל לדיוקים שונים[874], ואילו אנו ניזקק אליו כאן במובנו הטכני המקובל ביותר בדיני ישראל, שאפשר להגדירו לאו דווקא כהטעייה או ניצול טעות, אלא גם כעצם **הטעות המתגלה אצל אחד הצדדים במכר ביחס להתאמת המחיר המוסכם אל המחיר שבשוק, אשר אליו הוא דימה לכוון בהסכמתו**[875]. הרבותא של טעות מסוג זה לעומת טעויות חוזיות אחרות הריהי בכך, שיש לה בדיני ישראל הסדר משפטי מיוחד. בשיטות אחרות ההקבלות להסדר זה הן מעטות ודלות[876].

אחת ההקבלות האלו היתה מצויה **במג'לה**, שקבעה בסע' 356 ו-357 כי הסכם מכירה הוא פגום, באופן העושה את המכר ניתן לביטול, אם יש במחיר משום "אונאה גסה", והנכסים הם נכסי הקדש, או נכסי יתומים, או נכסי אוצר המלכות, או שנגרמת האונאה בדרך רמאות. סע' 165 קבע כי האונאה הגסה [[475]] בכלים הוא כדי 1/20 ויותר, בבעלי חיים - כדי 1/10 ויותר, ואילו במקרקעין - כדי 1/5 ויותר. הסעיפים 358-360 הוסיפו כי זכות הביטול של הלוקח פוקעת משנהג במיקח מנהג בעלים, או שנשחת המיקח, או הושבח, או אבד, ומכל מקום אין הזכות עוברת בירושה.

בצרפת מקביל לאונאה מושג ה-lesion. **קולין וקפיטן** מגדירים מושג זה כ"עוול העשוי להיגרם לאדם בערכו פעולות משפטיות מסוימות והנובע מחוסר השוויון בין מה שהאיש מקבל לבין מה שהוא מקריב כדי לקבל את הדבר"[877]. בהמשך הרצאתם מציינים הם כי יסוד נוסף שמסתמא במשמעותו של המושג הוא, שהעוול יהא נגרם מתוך טעות או ניצול מצוקה[878] - ובסך הכל יוצאת כאן אפוא ההגדרה רחבה מן ההגדרה שניסחנו על פי דיני ישראל בכמה פנים. את משמעות ההבדל הזה ננתח עוד ביתר פרוטרוט להלן.

---

[873] ט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג' סע' ב', ובספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', סע' א', מס' 10, בסמיכות להערה נ"ח.

[874] ט) ר' עה"ש חו"מ סי' רכ"ז סע' א' וב', וסי' רכ"ח סע' א', המבדיל אף בתוך דיני ישראל פנימה בין כמה מובנים טכניים, המצויים במושג האונאה, בנוסף על המובן הטכני הרגיל שבסתם, כפי שנגדירהו להלן.

[875] יז) דוק בהגדרה המובאת בעה"ש חו"מ סי' רל"ז סע' א' לגבי אונאה "במובן השני", כפי שנשלמת היא על ידי האמור שם בהמשך הדברים, בסע' ב'.

[876] יח) סקירה השוואתית מוצאים אנו במאמרו המקיף של **פלטיאל דיקשטיין**, "מחיר צדק ואונאה", ב"המשפט העברי", קובץ ראשון, תרפ"ו, בעמ' 15 ואילך. במאמר זה מתברר כי ההתחשבות באונאה - במכר שאינו כפוף לקביעת מחיר ממלכתית - היא אמנם תופעה מיוחדת של דיני ישראל, שאומצה במידה מצומצמת ברומא, בפקודה של דיוקלטיאנוס קיסר [יח-1) **קולין וקפיטן**, בכרך ב', עמ' 44, מציינים כי ייחוס הפקודה לדיוקלטיאנוס הוא מדומה, ובאמת נתחדשה ההוראה במשפט הרומאי רק בימי יוסטיניאנוס.], ועברה משם למשפט האירופי של ימי הביניים, ואף התגלגלה למג'לה, אך לבסוף לא נותר לה זכר באירופה לבד מן המשפטים של צרפת ואוסטריה, כפי שנביא להלן. גם חוק המכר, תשכ"ח, במדינת ישראל, נמנע מלדון באונאה.

[877] יט) **קולין וקפיטן**, א', עמ' 72.

[878] כ) שם, עמ' 73, וכרך ב', עמ' 44.

מכל מקום, הכלל היסודי הנהוג בצרפת הוא שאונאה **אינה** פוגמת חוזה - ואם יש כאן בכלל משמעות לאונאה, הרי זה רק במקרים מיוחדים[879]. אחד המקרים המיוחדים הללו הריהו כשהמצד שנתאנה בחוזה הוא קטן - שאז ניתן החוזה לתיקון או לביטול מצידו של הקטן, כפי שכבר ראינו בחיבור זה לעיל[880]. לגבי המקרה הזה אין החוק קובע שום סייג מסוים לשיעור שבו תוכל האונאה להיות משמעותית, וחשוב רק שהאונאה לא תהא נובעת מ"התארעות מקרית ובלתי צפויה"[881]. אולם, דין האונאה בסוג המקרים המיוחד הזה - [[476]] יותר משמבוסס הוא בעצם העקרון של פסילת האונאה, הריהו שייך למסכת ההגנה של מעוטי הדעת ונבלע בתוכה, כפי שראינו - ובאמת אף אין הוא נמשך כלל מאותה הפקודה שהכניסה את דין האונאה המהותי למשפט הרומי, כפי שציינו בהערה י"ח, אלא יש לו מקור קודם ומיוחד, בדיני הקטנים[882].

מעבר לכך, כשהמתאנה הוא בן דעת, נפגם המעשה - באופן המאפשר למתאנה לחזור בו - בשלשה מקרים אלה: א) אם המדובר הוא במעשה של הסכמה לקבל ירושה, ונמצא שיש שם צוואה המכילה מתנות הבולעות יותר ממחצית הירושה אשר האיש הסכים לקבל; ב) אם המדובר הוא במעשה של חלוקת נכסים משותפים, והאיש הוא שותף שנתאנה בשיעור העולה על רבע מחלקו; וג) אם המדובר הוא במכר מקרקעין, והמתאנה הוא המוכר, שנפגע בשיעור העולה על 7/12 ממחיר המקרקע[883]. חוק מיוחד מ-8 ביולי 1907 הכניס מקרה רביעי של דין אונאה לטובת מי שקונה זבלים או מספוא, וכן זרעים או שתילים, לצרכי עבודה חקלאית, ומתאנה יותר מכדי 1/4 מן המחיר. לוקח כזה אינו מקבל זכות חזרה, כי אם רק זכות להפחתת המחיר ופיצויים[884].

המקרה השלישי הנ"ל, הקובע דין אונאה למוכר מקרקעין, הוא המקרה החשוב ביותר של דיני האונאה בצרפת, וכאן נאמר בחוק שזכות החזרה נתונה למתאנה "אף אם ויתר בחוזה בפירוש על היכולת לדרוש את החזרה ואף אם הצהיר שנותן הוא את יתרון הערך". בבתי המשפט נפסק כי "האונאה שהוכחה בדין הריהי בעצמה וכשלעצמה סיבה להחזרת המכר, בלי תלות מן המסיבות שעשויות היו ללוותה ולהולידה: זכות המוכר לדרוש את החזרה אינה כפופה [[477]] אפוא להוכחת אילוץ מוסרי, שהוא עשוי היה לסבול"[885]. האופי המוחלט של דין האונאה הזה מתברר גם יתר על כן בעובדה, שהחוק מורה כי במקרה שהמוכר מקיים את המכר על פי הבטחה טרומית, בהתאם למחיר שנקבע באותה הבטחה, הרי גם אם בשעת ההבטחה לא היתה במחיר אונאה, מכל מקום יש במכר דין אונאה, אם נמצאת אונאה במחיר בשעה שנערך המכר למעשה[886].

---

[879] כא) סע' 1118 של ספר החוקים האזרחי.
[880] כב) פרק א', נושא שני, סע' ד', בסמיכות להערה פ"ז.
[881] כג) סע' 1305, 1306 של ספר החוקים האזרחי.
[882] כד) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 44.
[883] כה) שם, עמ' 45.
[884] כו) החוק מובא, תוך תיקונים מ-1937 ו-1938, בעמ' 709-710 של ספר החוקים האזרחי בהוצאת **דאלוז** (אחרי סע' 1683 של ספר החוקים); ור' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 506-507: לדעתם, המדובר הוא רק בזבלים ומספוא מתוצרת חרושתית, אשר החקלאי עשוי להתקשות בידיעת מחירם הנכון.
[885] כז) הערה 2 על סע' 1674 בספר החוקים האזרחי בהוצאת **דאלוז**.
[886] כח) סע' 1675 של ספר החוקים האזרחי, ור' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 503.

אולם, מכל אלה אין להסיק בהכרח שנסתר כאן מה שהבאנו על פי **קולין וקפיטן**, שבאונאה הצרפתית נדרש יסוד של טעות או של ניצול מצוקה: ההנחה היא, שגם אם לא היתה שם טעות, וגם אם לא היה אילוץ ממש, מכל מקום לא היה המוכר בא לידי הסכמה על מחיר מופחת כל כך (פחות ממחצית הערך הנכון), אלמלא נזקק באופן דחוף לכסף ואלמלא ניצל הלוקח את העובדה הזאת[887].

אשר להצהרה בדבר מתן יתרון הערך, יש להעיר כי הריהי משאירה את זכות החזרה בעינה רק כשבאמת נשארת היא תלויה בפני עצמה, אבל במקרה שיש שם מתנה כנה, הרי זו מועילה[888]. מלבד זאת, לאחר שקיבל המוכר את המחיר, אף יכול הוא להסתלק מזכות החזרה - אך בתנאי שההסתלקות תהיה בחינם או במחיר העולה על שיעור האונאה, שאם לא כן, נותר מקום לחשוד שמא ההסתלקות היא עדיין מאולצת, על ידי הצורך הדחוף בכסף[889].

זכות החזרה של המוכר מתקיימת רק במשך שנתיים[890]. **קולין וקפיטן** מציינים כי הנוהל הנקבע להוכחת האונאה הוא ממושך ויקר מטבעו[891]. במקרה שאישר בית המשפט את דין האונאה, יש ללוקח ברירה אם להסכים לביטול המכר למפרע או להשלים את המחיר, בניכוי 1/10 מן המחיר הכולל - והניכוי נועד לעודד את הלוקח שאמנם יבכר את השלמת המחיר[892].

[[478]] דין האונאה אינו חל במכר שנערך על פי כורח הדין באמצעות בית המשפט (להבדיל ממכר באמצעות בית המשפט לפי בחירת המוכרים), וכמו כן במכר על פי הפקעה לצרכי ציבור ובמכר של זכות שערכה תלוי בספק (כגון זכות פירות לתקופת חיים או זכות בירושה הכפופה לתביעות נושים שעוד לא נתבררו)[893]. אין הוא חל גם על כל פנים בחליפין[894].

במה שנוגע לדין האונאה החקלאי, יש להגיש את התביעה תוך ארבעים יום מן התאריך שבו נתקיימה מסירת הסחורה, ומקום השיפוט הוא בהכרח באזור מושבו של הלוקח. **קולין וקפיטן** סבורים שגם על דין האונאה הזה אי אפשר להתנות.

אם נחזור עתה לבדוק את משמעות ההרחבה בהגדרה הצרפתית לעומת ההגדרה שלנו - בתחום דיני האונאה כשלעצמם, ומעבר לעקרון ההגנה על מעוטי הדעת - נמצא שההרחבה מתבטאת קודם כל בכך, שבצרפת עשויה האונאה לחול מבחינה עקרונית לא רק במכר, כי אם גם בפעולות משפטיות מסוג אחר; אך בנקודה זו רואים אנו שלמעשה אין ההרחבה נושאת משמעות אלא לגבי שני המקרים השוליים של הסכמה לקבל ירושה ופירוק השיתוף.

---

[887] כט) **קולין וקפיטן**, ב׳, עמ׳ 500.
[888] ל) שם, עמ׳ 501-500.
[889] לא) שם, עמ׳ 501.
[890] לב) שם, עמ׳ 502.
[891] לג) שם, עמ׳ 503.
[892] לד) שם, עמ׳ 504.
[893] לה) שם, עמ׳ 502-501.
[894] לו) סע׳ 1706 של ספר החוקים האזרחי.

שנית, לפי ההגדרה הצרפתית יש אונאה אף אם האיש לא דימה לפעול על פי קנה המידה הנתון שבשוק - והיינו, גם אם לא היתה שם טעות. נקודה זו, מצידה, היא מוקד ההתפצלות החשוב ביותר בין שתי השיטות, ואפשר להבין את עקרון ההתפצלות הזאת בשני אופנים שונים. אפשרות אחת היא זאת המוצעת על ידי **קולין** [[479]] **וקפיטן**, כשמזקיקים הם את האונאה לטעות או לניצול מצוקה. לפי גישה זו, אם נמצאת שם טעות, התוצאה היא כי במסיבות אותו המקרה מזדהה העקרון של דין האונאה הצרפתי לעקרון של דין האונאה העברי. לעומת זאת, אם במסיבות המקרה אין טעות, והפרש המחירים מתקבל אפוא מדעת - ובלי כוונה כנה לעשות את ההפרש מתנה - יוצא ממילא שאמנם יש שם ניצול מצוקה; ואז התוצאה היא, כי דין האונאה הצרפתי אינו מקביל לדין האונאה העברי, כי אם לאחת מאפשרויות האסמכתא, כפי שנראה בפרק אחר של חיבורנו, באשר דיני האסמכתא העבריים, בהבדל מדיני האונאה, אינם רק מדיני הלואי המיוחדים של המכר, כי אם עקרון כללי בדיני החוזים.

האפשרות האחרת לתפיסת ההתפצלות בין שתי השיטות היא בדרך של דילוג על הבחנת **קולין וקפיטן**: העובדה היא שהחוק הצרפתי אינו אומר בפירוש מאומה, לא על טעות ולא על ניצול מצוקה, אלא - כשמטיל הוא את דין האונאה - הריהו מטיל אותו במוחלט, בגין עצם העובדה של הפרש הערכים; ולפי זה אפשר לומר, שדין האונאה הצרפתי, לפחות לפי מבנהו המושגי-המשפטי, ובהבדל מכל מיני השיקולים העניינים שעשויים היו להדריך את מנסחיו - אולי אינו ראוי כלל להסתנף לעקרונות היפגמותו של החוזה בגין הפגימות הנמצאות במסיבות המקרה בדעת הצדדים או ברצונם (בדומה לדיני האונאה או האסמכתא העבריים), אלא יש להבינו כפרי הפסילה העקרונית של עצם אי הצדק במאזן התמורות. לפי אפשרות התפיסה הזאת, יוצא כמובן דין האונאה הצרפתי שונה מדין האונאה העברי מעיקרא.

[[480]] מעבר לניתוח זה מעוררת כמובן תשומת לב גם העובדה, שדין האונאה המהותי בצרפת יוצא על כל פנים מצומצם כל כך בתחום תחולתו, - ובעניין זה קוראים אנו אצל **קולין וקפיטן** את הדברים האלה: "הסיבה שהביאה את עורכי ספר החוקים האזרחי לאמץ את הכלל הזה (של סע' 1118 הנ"ל) היא כלכלית טהורה. הם חשבו שקשה מאוד לומר, מתי יש אונאה ומהו שיעורה; שהרי ערך הדברים הוא משתנה ויחסי, ותלוי במסיבות הזמן והמקום, וכן בטעמים ובתשוקות של כל אדם"[895]; מלבד זאת, "בעלי החוזה עצמם הם הצריכים להגן על עצמם ולהכיר את ערך הדברים שהם מבטיחים והדברים המובטחים להם"[896]. נשאלת אם כן השאלה, מדוע בכל זאת הוכנס דין האונאה באותם המקרים המיוחדים שראינו, ומסתבר שהתירוץ לגבי אונאת היורש הוא באמת בזה, שנתפס הדבר כעניין מיוחד, החורג מן השיקולים הנ"ל, היפים רק לגבי חוזים[897]; אשר לאונאת השותף, אומרים **קולין וקפיטן**, כי הדבר "בא על צידוקו ללא קושי על ידי הרעיון שהשוויון הוא נפש החלוקה"[898] (ויוצא אפוא שכאן נוטים הם עצמם לעבור מן התפיסה הסובייקטיביסטית של דין האונאה אל התפיסה האובייקטיביסטית); ואילו במה שנוגע למקרי האונאה המוכרים במכר, נראה שעיקר הטעם לאימוצם היה במגמה של התפשרות כלשהי עם

[895] לז) **קולין וקפיטן**, א', עמ' 73.
[896] לח) שם, כרך ב', 45.
[897] לט) שם, א', עמ' 73.
[898] מ) שם, ב', עמ' 45.

תביעות שונות שנשמעו, שגם אם יהא הדבר כרוך בסטייה מעקביות העקרון של חופש החוזים, יש מכל מקום להגן על הצד החלש בחוזה, לפחות במקרים הקשים [[481]] ביותר שבהם עשויה חולשתו להכשירו לניצול[899]. לפי זה יוצא, כי לפחות מבחינת הטעם העניינִי של דין האונאה בצרפת - גם במידה שמוכר הוא במכר - אמנם אין הדין הזה מקביל כלל לדין האונאה העברי, אלא יהא לנו לחזור ולראותו על רקע דיני האסמכתא.

באוסטריה, על פי הסעיפים 934 ו-935 של ספר החוקים האזרחי הכללי מ-1811, חל דין אונאה קרוב יותר לתפיסת ההגדרה הישראלית שלנו[900] - והיינו לאמור: "כאשר צד אחד בעסק המחייב באופן הדדי לא קיבל מן הצד שכנגד אף את החצי ממה שנתן לו, על פי הערך המקובל, מעניק החוק לצד הנפגע את הזכות לדרוש ביטול והחזרה למצב הקודם. אולם, לצד שכנגד עומדת האפשרות לקיים את העסק בעינו, על ידי כך שיהא מוכן למלא את החסר עד הערך המקובל. חוסר ההתאמה של הערך נקבע לפי שעת גמירתו של העסק. - אמצעי חוקי זה אינו חל כשמישהו ויתר עליו בפירוש או שהצהיר כי מתוך איזו העדפה מיוחדת מקבל הוא את הדבר בערך החורג מן הרגיל; כשהסכים על הערך הבלתי שקול אף על פי שידע את הערך הנכון; כמו כן, כשיש להניח על פי התנהגות האנשים, שרצו לערוך חוזה המעורב מחוזה בתמורה ומחוזה שלא בתמורה; כשאין לדעת עוד מה היה הערך לאמיתו; ולבסוף, כ[ש]הדבר הוצא למכירה באכרזה למרבה במחיר על ידי בית המשפט".

בבתי המשפט נפסק כי במקרה שאי אפשר להחזיר עוד את המצב לקדמותו, שוב אי אפשר לתבוע את החזרת האונאה, [[482]] ואחת התוצאות המובהקות מכך היא, שאין למעשה דין אונאה בחוזה עבודה, בגין עבודה שנתבצעה כבר[901]. בסע' 1268 נקבע כי אין דין אונאה בחוזי מזל. בסע' 1386 נמנע דין האונאה בפשרה שהושגה ביושר. בסע' 1487 הועמדה ההתישנות של תביעת אונאה על שלוש שנים. סע' 286 של ספר החוקים המסחרי הוציא את תחולתו של דין האונאה בעסקים מסחריים (כלומר: עסקים של סוחר במהלך עסקו).

מושג האונאה קיים גם בספר החוקים האזרחי האיטלקי ובחוק החיובים השווייצרי, אך כאן מושלמת התופעה, שהמושג מקביל רק לסוג של אסמכתא עברית, ולא לאונאה שבטעות.

באיטליה קובע סע' 1448 של ספר החוקים האזרחי ש"אם נעדר יחס מתאים בין מה שנתמלא על ידי צד אחד לבין המתמלא על ידי הצד האחר, והיחס הבלתי מתאים נובע ממצב המצוקה של צד אחד, אשר הצד השני ניצלו כדי להפיק ממנו יתרון, יכול הצד הנפגע לדרוש את ביטול החוזה. התביעה אינה מתקבלת אם האונאה (lesione) אינה עולה על מחצית הערך שהיה לדבר שנתמלא או הובטח להתמלא על ידי הצד הנפגע בעת החוזה. האונאה צריכה להתקיים בעינה עד הזמן שבו מוגשת התביעה. חוזי מזל אינם ניתנים לביטול בגין אונאה..." כמו כן, לפי סע' 1970, אין דין

---

[899] מא) שם, שם, עמ' 46.

[900] מב) האונאה קרויה כאן verletzung (סע' 1060 של החוק) או גם Verkürzung (סע' 1268) - כלומר קיפוח. המונח השני הוא המופיע ככותרת לסעיפים העיקריים. בהקשר דברים אחר מופיע אותו מונח בסע' 950 ואילך (עקיפת זכויות על ידי מתן מתנה לשלישי).

[901] מג) הערה על סע' 934 של החוק בעריכת **שיי**.

אונאה בחוזה פשרה, ולפי סע' 2922 - במכר שבכפייה על פי דין. לפי סע' 1449 מתישנת התביעה תוך שנה, אך במקרה שמעשה האונאה הוא פלילי, מתקיימת התביעה כל זמן שלא התיישנה העבירה. סע' 1450 מאפשר לנתבע למנוע את הביטול בהציעו תיקון מתאים באיזונו של החוזה. לפי סע' 1451 אין תביעת האונאה ניתנת לויתור (בין מלכתחילה ובין בדיעבד[902]).

[[483]] מעבר לדיני החוזים מכיר החוק האיטלקי גם אונאה שאינה כרוכה דוקא בניצול מצוקה, והיינו קיפוח בחלוקת ירושה (סע' 735, 736).

בשוייצריה קובע סע' 21 של חוק החיובים ש"אם נקבע העדר מובהק של יחס מתאים בין דבר המילוי ודבר המילוי שכנגד בחוזה, אשר עריכתו הושגה על ידי צד אחד תוך ניצול מצב המצוקה, חוסר הנסיון או קלות הדעת של הצד השני, יכול המתאנה (der verletzte)[903] להצהיר תוך תקופה של שנה שאין הוא מקיים את החוזה, ויכול הוא לדרוש את ההחזרה של מה שכבר מילא...".

בגרמניה, בסע' 138 של הבג"ב, מצוי דין דומה, אך לאו דוקא במסגרת המושג המיוחד של אונאה, אלא כאחת האפשרויות של מעשה בטל בגין "פגיעה במידות הטובות". הסעיף קובע: "מעשה משפטי הפוגע במידות הטובות - בטל. בטל במיוחד מעשה משפטי אשר בו מניח מישהו לזולתו, תוך ניצול מצב מצוקתו, קלות דעתו או חוסר נסיונו, להבטיח או לספק לו או לשלישי, בעד דבר מילוי, יתרונות רכושיים העולים בערכם על ערך דבר המילוי באופן כזה, שלפי המסיבות עומדים היתרונות הרכושיים בהעדר מובהק של יחס מתאים לדבר המילוי". לפי סע' 141 יכולים הצדדים להסכים ביניהם שהמעשה הבטל יתקיים מכל מקום, אך גם הסכמה זו מצידה תידון שוב בכפוף לסע' 138.

בעקבות הסעיף הגרמני הולך גם סע' 18 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, **במדינת ישראל** דהאידנא: "מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה".

בדיני ישראל, כפי שעולה מן ההגדרה שניסחנו, עניין האונאה - מן הסוג השייך לפרקנו - הריהו משוחרר במהותו מכל בעיות של ניצול מצוקה וכיו"ב, ונשאר הוא [[484]] מצומצם רק בנושא המיוחד של **טעות**. בהתאם לכך, תוצאה טבעית היא, שבהבדל מן המשפט האוסטרי אין האונאה שלנו מנוכרת ליחסי מסחר מובהקים - כי אם אדרבה, - ובהבדל מן המשפט הצרפתי עיקר תחולת עניינה הוא דוקא בעסקי מיטלטלין, ואילו במקרקעין כמעט שלא יכירנה מקומה. מאותה סיבה מובן גם הצמצום של הגדרתנו מעיקרא רק למכר - תוך הוצאה של מיני עסקים תמורתיים אחרים: מפני שכמובן רק במכר (וביחוד אמנם במכר מיטלטלין שבשוק הפתוח) ולא, למשל, בחליפין או ביחסי עבודה - יכולה להתארע טעות ביחס למחיר שבשוק, בגדרים העשויים לתת מקום לתקנה במקרה הספציפי, על פי קנה מידה אחיד וכללי שמעבר לו. ובאופן כזה חוזר

[902] מד) השווה סע' 1444 של ספר החוקים.
[903] מה) לפי כותרת הסעיף נקראת האונאה übervorteilung, והיינו עודף יתרון.

ומתברר, מדוע אמנם בדיני ישראל יש לנו כאן נושא להסדר מיוחד בדיני המכר לבדם, בנוסף על דיני החוזים הכלליים - מה שאין כן, בדרך כלל, בשיטות האחרות, שלא תפסו את יחודו של העניין, וממילא לא השכילו לתקן בו דבר מכוון, עם כל הרגשת התקלה הצריכה כאן תיקון[904].

אשר לדיני האונאה העבריים לגופם, הריהם מסתכמים בעיקרם כלהלן[905].

ההנחה היסודית לתחולת הדינים היא שנערך מכר, אשר על פי המסיבות נראה בו כי נערך הוא על דעת המחיר שבשוק, ובדיעבד נמצא כי המחיר שנפסק שונה מן המחיר ששרר בשוק למעשה בשעת עריכתו של המכר. במסגרת זו, שוב, יש שתי אפשרויות: האחת היא [[485]] שלסחורה היה בשוק מחיר מסוים בדיוק - ובמקרה כזה יכול הצד הנפגע לתבוע את החזרת ההפרש או השלמתו, לפי העניין; האפשרות השנייה היא, שאמנם לא היה לסחורה מחיר מסוים בדיוק, אבל על כל פנים היה לה מחיר ממוצע מקובל[906] - ובמקרה כזה מתפצל הדין בשלשה כיוונים. ראשית, אם ההפרש מן המחיר המקובל הוא פחות משישית לגבי המחיר המקובל - ואף אינו עומד בדיוק על שישית המחיר שנפסק - רואים אותו כנמחל; שנית, אם עומד המחיר בדיוק על שישית המחיר המקובל או ששית המחיר שנפסק, יש לנפגע תביעה להחזרת ההפרש או להשלמתו; ושלישית, אם עלה ההפרש על שישית המחיר המקובל ואינו עומד בדיוק על שישית המחיר שנפסק, אין לנפגע תביעה להחזרת ההפרש או להשלמתו, אך יש לו רשות לחזור בו מן המכר (או מן המיקח) מעיקרא[907].

---

[904] מו) ר', למשל, את ההצטדקויות של **קולין וקפיטן**, שהבאנו לעיל, בסמיכות להערות ל"ז-מ"א.

[905] מז) על פי עה"ש חו"מ סי' רכ"ז.

[906] מח) להבדיל מן המקרה שאפשר אמנם לערוך חישוב של איזה מחיר ממוצע, המתקבל לאור המכירות שנתקיימו בפועל, אך בלי שאפשר יהיה לראות את המחיר הזה כ"מחיר מקובל" של הסחורה המסוימת, באשר למעשה היו המכירות נדירות ומיוחדות בנסיבותיהן, באופן שבכל אחת מהן הוערך המחיר בעיקר לפי המסיבות, או לפי ענייניהם היחסיים של הצדדים, ולאו דוקא על פי איזה שוק שוטף, אשר לא היה קיים בזה. במקרה שהסחורה היא מסוג אשר זהו אמנם מצב השוק שלו - ממילא נמנע בה דין האונאה, במובן שלנו, מעיקרא.

[907] מט) דיוקי ההתפצלות המשולשת שנויים במחלוקת הפוסקים, כתוצאה מן העירוב שנוצר בין שיטת רב, הגורס שקנה המידה לדין האונאה הוא רק בשישית ("שתות") מן המחיר המקובל, לבין שיטת שמואל - אשר הלכה נפסקת כמותו - והמחשיב גם את השישית המוערכת לפי המחיר שנפסק (בבא מציעא מ"ט ב'). ערבוב זה מסבך את הדין במבחר של פירושים אפשריים, אשר כולם נפתחים למירווח כלשהו של תוצאות קשות מבחינה הגיונית, כפי שמפרט **דיקשטיין** במאמרו הנ"ל (ר' גם מקורות על פי ערך "אונאה" **באנציקלופדיה התלמודית**). מסתבר שההלכה המחייבת נוטה להיות כמובא בערוך השלחן וכפי שניסחתי כאן בעקבותיו. התוצאות העשויות כאן להיראות משונות הן, שאונאה שאינה עולה על שישית המחיר המקובל, אך עולה על שישית המחיר שנפסק, דינה כמחולה, בעוד שלו היתה קטנה יותר ועומדת בדיוק על שישית המחיר שנפסק, הריהי היתה חוזרת; וכן - שאונאה העולה על שישית המחיר המקובל, אך עומדת בדיוק על שישית המחיר שנפסק, חוזרת בעינה, בעוד שלו היתה פחותה או גדולה מן המחיר שנפסק היתה גוררת את ביטול המכר.

עם זאת נראה להעיר, **שדיקשטיין** אינו צודק בעצם, כאשר הוא מדגיש לאו [[486]] דווקא את חוסר העקביות ההגיונית בשיטה הנידונה, כי אם את סירבולה המעשי בחיים המשקיים, בגלל רוב דיוקיה. מבחינה זו נראה לומר כי אדרבה: מבחינת ההגשמה בחיים, שלשת הכללים שהבאנו הם פשוטים וחתוכים לגמרי, ואילו גיוונם בהיזקקות גם למחיר שנפסק - עם כל זרותו מן הבחינה ההגיונית-הפורמלית - הריהו למעשה רק טעם לשבח, מבחינה נוחותם של הצדדים, על פי פשטות מחשבתם של הדיוטות, באותם המקרים הנדירים יחסית שבהם עשוי הגיוון לבוא לשימוש. על אחת כמה וכמה אם נשים לב, כי התוצאות המשונות לכאורה שאמרנו, הריהן למעשה רק עניין של חישובים מתימטיים במופשט, ואילו במציאות אין

[[486]] בהתאם להנחת היסוד שאמרנו אין דיני האונאה הללו חלים לא במכר מקרקעין, ולא במכר של שטרות או עבדים, ואף לא במכר אשר אחד הצדדים בו הוא הקדש לגבוה. יש אמנם דעות (למשל, רבנו תם והרא"ש) כי במקרה שהגיעה האונאה כדי מחצית הערך, עומד המכר לחזרה גם באלה - אך הדבר הוא קשה, כי הנחות היסוד של דין האונאה במובן הנידון אינן מתאימות לכאן מטבען, או על כל פנים עשויות הן להתאים רק בדוחק.

מלבד זאת, אין דיני האונאה חלים בסתם אפילו במכר מיטלטלין, אם לא נערך המכר במהלך המסחר הרגיל, כי אם באקראי, כגון שבעל הבית מוכר את כליו. כמו כן, אין כאמור דין אונאה בחליפין; אולם אם נערכו החליפין תוך שומת החפצים במחיר, זה כנגד זה, הרי זה כמכר, ויש שם דין אונאה. גם חלוקת נכסים משותפים נחשבת כחליפין מסוג זה.

מצד שני, במכר הנערך במהלך המסחר הרגיל יש דין אונאה אפילו לטובת הסוחר המוכר להדיוט - ואף על פי שחזקתו של הסוחר היא להיות בקי במחיר - מפני "שכמה פעמים אף היותר בקי נופל בטעות"; ואם נתברר [[487]] שם עצם עובדת ההפרש, יכול הסוחר להיות נאמן, שאמנם על דעת המחיר שבשוק מכר, וטעה - אלא אם למעשה מוכח נגדו אחרת, לפי מסיבות המקרה.

שכירות חפצים, הריהי כמכר ויש בה דין אונאה; אולם במידה שנעשה כבר שימוש על פי השכירות, שוב אין האונאה גוררת את ביטול השכירות אף אם עולה היא על שישית השכר המקובל, אלא שיעור האונאה חוזר או מושלם בעינו. הדברים אמורים בשכירות מיטלטלין; שכירות המקרקעין - דינה כמקרקעין. בשכירות פועלים - כפי שכבר ציינו - לא יתכן דין אונאה[908]; אך במקרה ששכירות הפועלים מעורבת במכר (או בשכירות) של חפצים[909] יש דין אונאה מצד החפצים המעורבים בדבר.

במכר שנערך על ידי בית דין באכרזה לכל המרבה במחיר, לפי כל הדיוקים המחויבים, אין דין אונאה (לבד ממה שיש אומרים כי יש בזה דין אונאה בדומה למקרקעין); אולם, אם יש פגם במכר, יש בו דין אונאה מתוקן - והיינו שאפילו באונאת שתות, תקנתו של המתאנה היא רק

הן יכולות אף פעם להתממש בצורה שתשאיר את הצדדים בהרגשת אי נוחות או קיפוח בשל איזה חוסר התאמה שיווצר בין הגיונו המשובש של הדין לבין נתוני המקרה הקונקרטי.
בהקשר זה כדאי להעיר על קושיה אחרת העשוי אולי לעלות כאן - והיינו ביחס לדין, שמעבר לאונאת שתות עומד המכר לביטול. לכאורה יותר הגיוני הוא, שהמתאנה יוכל לדרוש את החזרת האונאה, ואילו זכות הביטול תינתן רק כברירה לנתבע, כפי שראינו באירופה. אולם נראה לומר שבאמת גם זהו יתרון של הדין העברי: העובדה היא שהמתאנה מוכן היה מלכתחילה להסכים למכר גם בגדרי המחיר שנפסק - וודאי לא מן הראוי הוא לזכותו מבלי משים בתיקון גדול כל כך של המחיר, כאשר למעשה עדיין מעדיף הוא את קיום העסק על ביטולו, אף אם המחיר שנפסק יישאר בעינו. על אחת כמה וכמה, במקרה שהצד שכנגד באמת לא הונהו מדעת, אלא שניהם פעלו על פי טעות בשווה, כפי שחייבת להיות ההנחה שבסתם.

[908] נ) עם זאת יש לציין כי מבחינה מדרשית נגזרת כאן מניעת דין האונאה מדין עבד - ובאופן כזה, מי שמכיר בדין אונאה בעבדים, בדומה לקרקעות, ממילא מכיר הוא בדין אונאה, באותם גדרים, גם לגבי שכירות פועלים (ר' תרומת הדשן, סי' שיח).

[909] נא) השווה לעיל, פרק ב', סע' ז', מס' 3, אות ו', בסמיכות להערה שנ"ט. דוגמה לשכירות פועלים המעורבת בשכירות חפצים הריהי, למשל, כשפועל נשכר לעבודה עם סוסו, בתנאים שבהם ניתן השכר להפרדה.

לחזור בו מעיקרא - אלא אם העדיף בית הדין, באופן מיוחד, לפי מסיבות המקרה, לצוות דווקא על החזרת האונאה או השלמתה בעינה, - והדין חל אפילו במקרקעין, לרבות שיעור שתות[910].

על עצם תחולתו של דין האונאה אין הצדדים יכולים להתנות; אולם במקרה שנערך המכר מדעת שיעור האונאה המצוי במחירו - ממילא אין בו דין אונאה, וממילא גם כן, אם הסכימו הצדדים בפירוש שלא תהא שם תביעה בגין הפרש המחירים המצוי שם בידיעתם - הסכמתם מועילה (בכפוף לדיני האסמכתא שנראה בהמשך מחקרנו).

זכות התביעה בשל אונאה אינה עומדת בדרך כלל לנפגע אלא בתוך שיעור הזמן הנחוץ לו באופן סביר, לפי מסיבות המקרה, כדי לברר את השער שבשוק בהקדם האפשרי, אחר [[488]] שערך את המכר. נאנס המתאנה ונמנע ממנו לברר את השער בהקדם המקובל, מתארכת השהות הנתונה לו בהתאם לאונס; ואם המדובר הוא בלוקח, אין תביעתו נפקעת אף אם בינתים השתמש במיקח, ואף אם האונאה המתגלה לו גדולה משתות, ותביעתו היא אפוא רק להחזרת המיקח מעיקרא. המקח חוזר במקרה כזה בכפוף לתשלום דמי השימוש על ידי הלוקח. לגבי תביעת האונאה בשכירות ובמכר בית דין, נאמר שהגבלת הזמן הרגילה אינה חלה, והמתאנה יכול אפוא לתבוע אפילו "לזמן מרובה", או "לעולם"; אולם, באמת מסתבר שאין הדברים צריכים להיתפס דוקא במשמעותם המילולית המוחלטת: נראה שהכוונה הנכונה היתה כאן רק להסתייג מתחולת **נוסח ההגבלה**, כפי שמופיע הוא במקורות לגבי אונאה במכר ברגיל. לגבי המכר הרגיל מופיע העקרון שאמרנו בנוסח הקובע, שתביעת האונאה מתקיימת ביד הלוקח רק "עד שיראה לתגר או לקרובו" - וברור שאין ההגבלה בנוסח זה מתאימה למקרים שבהם אנו דנים פה; אולם, משמתרגמים אנו את הדברים לנוסח מופשט, נראה כי העקרון שאמרנו ראוי להתקיים בעצם גם במקרים הללו[911].

חזקת האונאה המחולה, כאשר שיעור האונאה אינו מגיע לשתות, אינה חלה כאשר הצד המתאנה היה מיוצג במכר על ידי שלוחו או על ידי אפוטרופוס. מתאנה כזה, יש לו טענת "לתקוני שדרתיך, ולא לעוותי", והוא יכול לחזור בו מן המכר (או מן המיקח), אף בגין אונאה פחותה משתות - ואפילו במקרקעין. מצד שני, אין בכלל דין אונאה לטובתו של עכו"ם, שלא נאמר "לא תונו" אלא ב"איש את אחיו"; אולם, עכו"ם שהונה את ישראל מחזיר הונייה, "שלא יהיה זה חמור מישראל"[912]. [[489]]

---

[910] נב) עה"ש חו"מ סי' ק"ט סע' ה' וח'.

[911] נג) דוק בדברי הרב המגיד על פי"ג מהל' מכירה הל' י"ז, המסביר את הרחבת שהות התביעה של השוכר בזה, "שאין זמן קצוב אלא בלוקח **שמקחו בידו**" - והיינו שהשוכר דנן אינו מורווח בדינו אלא משום שהריהו כאנוס, שהמיקח אינו בידו לקיים בו את התנאי של הצגה לתגר או לקרוב לאלתר; ור' פרישה על חו"מ סי' רכ"ז סע' מ"ד, המעיר על דברי הרמב"ם (בפי"ג מהל' מכירה הל' י"ח, שכתב כי בהזמנת חליפה מחייט, למשל, "חוזר **לעולם**, כמוכר"): "...ומדמדמהו למוכר, אף נאמר דאם השהה כ"כ עד שנזדמן לו שכירות כשכירות זה, לא מצי לחזור דומיא דמוכר" - והיינו שגם אם לא נדחקנו להראות לתגר או לקרובו מיד, הרי מכל מקום, אם היתה לו שהות ואפשרות לבדוק בהתאם לתנאים המתאימים למקרה, ולא חזר בו בהקדם סביר, שוב אינו חוזר.

[912] נד) פי"ג מהל' מכירה הל' ז'.

ד. שלמות הממכר בתאריו

בהערה ט״ז, בסעיף הקודם של פרקנו, הזכרנו את מציאותם של מובנים טכניים שונים למושג האונאה אף בתוך דיני ישראל פנימה. אחד המובנים הללו, הנוספים על משמעות האונאה במובן שעליו התעכבנו, הריהו ממש מקביל לאותו מובן שראינו, והיינו לאמור: כי האונאה במובן שדנו בה התיחסה למקרה שנמצא הפרש בין **המחיר**, המתקבל למעשה על פי הסכמת הצדדים, לבין טיבו של המחיר, אשר אליו התכוונו אגב כך; ואילו האונאה במובן המקביל היא כשנמצא הפרש לאו דווקא מצידו של המחיר, כי אם מצד **הסחורה**: בין הסחורה המתקבלת למעשה על פי הסכמת הצדדים לבין התכונות **שלה**, אשר אליהן התכוונו. הבדל זה בין שני המובנים בא לידי ביטוי מושגי בהבחנה בין ״אונאה בהמקח״ - והיינו אונאה במחיר - לבין ״אונאה בגוף הסחורה״[913]; אולם הדינים המעשיים של מיני האונאות אינם דומים, לא רק בפרטיהם, כי אם גם לא בשיטתם, ולכן אמנם אין מקורותינו נוקטים בדרך כלל את המינוח המשותף הזה, אלא מקובל בהם כי סתם אונאה הריהי רק אונאה במחיר, ואילו את האונאה בגוף הסחורה מציינים הם במושגים אחרים, לפי האפשרויות השונות אשר בהן עשויה האונאה בגוף הסחורה להתגלם[914]. האפשרויות השונות האלו מתפצלות למעשה לשתי כיתות עיקריות: טעות כמותית - והיינו הפרש בגדרי המידה, המשקל או המניין של הסחורה[915], וטעות איכותית - והיינו הפרש בגדרי התכונות הפנימיות של הסחורה, או, במיוחד, לפי המינוח הטכני, ״מום במיקח״[916].

לגבי שתי האפשרויות האלו גם יחד יש לציין כי אמנם מכוונות הן רק לטעות בגדרי התכונות של הסחורה. על רקע [[490]] ההנחה שבעצם המהות מתאימה הסחורה המתקבלת לגדרי המהות המוסכמת, ומבחינה עקרונית נשאר איפוא המכר קיים. צירוף דברים כזה הוא תנאי לכך, שהענין יוכל לשמש נשוא לדיון במסגרת פרקנו עתה - כי על רקע ההנחה שהמכר קיים יכולה אמנם הבעיית הטעות להידון כנושא לדיני הלואי של המכר. לעומת זאת, אם הטעות מתיחסת לעצם המהות של הסחורה, הכלל הוא שבטל המכר מעיקרא[917] - וממילא אין בו מקום עוד לדיני לואי.

מהו הגבול בין טעות מהותית לבין טעות בתכונות - לא נברר בפרק הזה, אלא נשאיר את הדבר לבירור הכללי של דיני הטעות. נציין רק כי בהסמכת עניינו לאותה הבחנה אמנם הלכנו במיוחד בעקבותיהם של דיני ישראל. בשיטות אחרות נוצר ניתוק מושגי בין דיני הטעות הכלליים לבין דיני הלואי המיוחדים של המכר בענין הפרש הנמצא בתכונות הסחורה - נושא המופיע כאן כאילו עמד על רגלי עצמו - ואת פרטי הדבר נראה בסקירה ההשוואתית להלן.

1. ההתאמה האיכותית ו״מום במיקח״

את הסקירה נפתח בבעיות ההתאמה האיכותית של הסחורה, ונתחיל כרגיל **במג׳לה**.

---

[913] נד-1) עה״ש חו״מ סי׳ רכ״ז סע׳ א׳.

[914] נה) ר׳ שם, סי׳ רל״ב סע׳ א׳: ״אין אונאה אלא בדמים, אבל במדה במשקל ובמנין לא שייך אונאה, אלא טעות״.

[915] נו) בסמיכות לאפשרות זו נידונה במקורותינו גם האפשרות המקבילה הנוספת של טעות במניין המעות המשתלמות לסילוקו של המחיר.

[916] נז) המונח הטכני הזה אמנם אינו מתאים לענין אלא ברוב המקרים: לפעמים יתכן שהטעות האיכותית לא תתבטא במום, אלא ביתרון.

[917] נח) עה״ש חו״מ סי׳ רל״ג סע׳ א׳.

אם נלך במג'לה לפי סדר הגיוני, קובעת היא קודם כל[918] כי במקרה שהלוקח לא הספיק לראות את הממכר ראייה שיש בה משום עמידה על תנאיו ומצבו, עד כמה שנחוץ הדבר לצורך השימוש אשר הלוקח מתכוון לעשות בממכר - הרי אף לאחר שכבר עבר הממכר לרשותו, עוד יכול הוא לראות את הממכר ראייה נסיונית, ועל פי ראייה זו יכול הוא להחליט אם יקיים את המיקח או יבטלנו. במלים אחרות אפשר לומר אפוא, שכל מכר אשר הלוקח לא ראה בו את הממכר ראייה [[491]] מספיקה, אינו אלא מכר על תנאי מפקיע, שהלוקח לא יחזור בו לאחר ראייה. הברירה עומדת ללוקח רק בימי חייו (ואינה עוברת ליורשים), ומכל מקום מסתיימת היא אם נהג הלוקח בממכר מנהג בעלים.

חוץ מזה[919], אף אם ראה הלוקח את הממכר וגמר עליו בדעתו, אלא שבדיעבד נמצא כי חסרה בו תכונה אשר על פי תנאי ההסכם המפורשים צריכה היתה להתקיים בו, שוב יש ללוקח ברירה לקיים את המיקח או לבטלו, אבל אין לו ברירה לקיים את המיקח ולדרוש הפחתה מן מחיר. ברירת ביטול זו עוברת ליורשים, אך גם היא מסתיימת משנוהג הלוקח מנהג בעלים בממכר.

שלישית[920], אף אם לא הוסכם בפירוש על שום תכונה מיוחדת שהיא, חזקה היא מכל מקום על הממכר - כל אימת שלא הוסכם אחרת - שצריך הוא להיות נקי מכל מום; ולכן, אף אם ראה הלוקח את הממכר ראייה מספיקה, אלא שבדיעבד התגלה בו מום שלא צריך היה להיות בו ושנולד לפני הנטילה (ולו גם אחרי גמירתו של המכר)[921] - שוב יש ללוקח ברירה לקיים את המכר או לבטלו, וברירה זו אינה מסתיימת אפילו על ידי נהיגתו מנהג בעלים, בתנאי ש"מנהג הבעלים" לא יבוא על כל פנים אחר גילויו של המום. "מום" לענין זה הוא כל חסרון המפחית את ערך הנכס בעיני המומחים והבקיאים בדבר. אם המום מתגלה רק לאחר שהממכר התקלקל או השביח, אין שם ברירה כאמור, אלא יכול הלוקח לדרוש הפחתה מן המחיר על פי חוות דעת מומחים - על ידי כך שישומו את ערך הנכס כשהוא שלם וכשהוא במומו ויפחיתו מן המחיר המוסכם אחוז השווה ליחס שבין שני ערכי השומא. גם הדרישה להפחית מן הממכר אפשרית רק אם הלוקח לא נהג במימכר מנהג בעלים אחר גילויו של המום. כמו כן, אם המדובר הוא בנכס שהתקלקל בינתים, יכול המוכר לסתום [[492]] את דרישת ההפחתה מן המחיר על ידי כך שיסכים לקבל את הממכר בחזרה; אך אם המדובר הוא בנכס שהושבח, אין למוכר ברירה שכזאת. אם הנכס חזר בינתיים לתקנו, מתבטלת הזכות לדרוש הפחתה מן המחיר וחוזרת ללוקח ברירת החזרה מן המיקח.

בצרפת יש להבחין בין מום הנמצא בממכר ושיש בו משום הפרה של תנאי המכר המפורשים לבין מום אחר. במקרה הראשון יש ללוקח רק ברירה בין קיום המכר ותביעת ביטול, בהתאם לדיני החוזים הכלליים. מצד שני, אם המום אינו מפר שום תנאי מפורש בהסכם המכירה, עדיין עשוי הוא לתת זכות ללוקח כנגד המוכר - על פי תניית אחריות שמייחסים למוכר מסתמא - או אם מתמלאים שלשת התנאים הבאים: המום הוא נסתר, שאפילו עין מומחה לא היתה מגלה אותו

---

[918] נט) סע' 320 ואילך.
[919] ס) סע' 310 ואילך.
[920] סא) סע' 336 ואילך.
[921] סב) השווה לעיל, פרק ב', סע' ג', מס' 5, בסמיכות להערה מ"ו.

בהסתכלות רגילה; הוא כבר קיים היה בשעת עריכתו של המכר, אבל הלוקח לא ידע עליו ולא היה קונה את הדבר לו ידע על המום; הוא הופך את הממכר לחסר כל תועלת או מפחית את תועלתו במידה ניכרת. קנה המידה בעניין אחרון זה הוא אובייקטיבי, אבל מביאים בחשבון את השימוש המיוחד שהלוקח התכוון לעשות במימכר, אם הוא הודיע את כוונתו למוכר בפירוש. אם נמצא בממכר מום אשר מתמלאים בו כל התנאים האלה, יכול הלוקח לבחור בין תביעה לביטול המיקח ותביעה להפחתה מן המחיר. בשתי התביעות גם יחד אף חייב המוכר לשלם פיצויים: גם על חיסרון כיס וגם על ביטול כיס, אם פעל בזדון, ורק על חסרון כיס אם פעל בתום לב. את התביעה חייב הלוקח להגיש תוך זמן קצר אחרי גילוי המום. אם בינתיים אבד הממכר, לא תהיה ללוקח תביעה אלא אם המום עצמו היה סיבת האבדן; [[493]] התביעה בשל מום נסתר עוברת גם לבאי כוחו של הלוקח, ואלה יכולים לתבוע - לפי בחירתם - או את הלוקח שמכר להם או את המוכר המקורי. אם נתבע הלוקח על ידי באי כוחו, יכול הוא - מצידו - להזמין את המוכר המקורי כצד למשפט, ואף אם אין הוא מזמין אותו יכול הוא מכל מקום לתבוע כי יחזיר לו את מה שהוא יצא חייב לשלם לאנשים שקנו ממנו[922].

דין מיוחד יש לגבי המקרה שבשעת המסירה נמצא כי הממכר אינו קיים בחלקו. גם במקרה כזה יכול הלוקח לבחור בין הסתלקות מן המכר לבין דרישה לניכוי יחסי מן המחיר[923]. סע' 1-1641, שהוסף לדיני המום הנסתר של ספר החוקים האזרחי ב-1967, קובע דין מיוחדבמכר של בניין ובהתחייבות בנייה: המוכר נשאר במקרה כזה אחראי במשך 10 שנים למומים הנסתרים של הבניין, בדומה לאחריות החלה על אדריכלים, קבלנים ואנשים אחרים הפועלים לפי חוזה של עבודת בנייה, ויכול הוא למנוע תביעה לביטול המיקח או להפחתה מן המחיר על ידי התחייבות לתקן את הפגם. דינים מיוחדים, מפורטים ומסובכים למדי, הוכנסו גם בחוקים מיוחדים ביחס למומים המתגלים במכר של בעלי חיים[924]. סע' 1649 של ספר החוקים האזרחי קובע כי אין דיני המום הנסתר חלים במכר הנערך על ידי בית המשפט (כשהמכר טעון אמנם פיקוח של בית המשפט על פי דין).

באיטליה דומה השיטה בדרך כלל למה שראינו בצרפת[925]. המום הנסתר, הנותן מקום לברירת הלוקח, מוגדר כאן בס' 1490 של ספר החוקים האזרחי כמום ההופך את הממכר לבלתי מתאים לשימוש אשר לשמו הוא נועד או המפחית את ערכו במידה ניכרת. האפשרות השנייה תוקפת אפוא את העניין למעשה באופן מורכב, מצד האונאה בגוף הסחורה ומצד אונאת המחיר כאחת. בהסברת אחריותו של המוכר למומים אף משני הסוגים כותב **מסיניאו** לאמור: "הסוג הראשון של מומים, [[494]] משמעותו היא כי הלוקח באשר נשא ונתן על דבר, שמצפה הוא בצדק כי יוכל לעשות בו שימוש מסוים, העומד גם לעיני המוכר והמוכָּר על ידיו - זכותו היא שלא לקבל דבר שאינו מתאים לאותו שימוש. תוצאת סוג המומים השני היא, שהלוקח אינו חייב לקבל דבר החסר את הערך שיוחס לו ואשר על פיו נקבע המחיר בדרגה שנקבע". ההסבר מבהיר אפוא את הצדקתו של הדין בגורם הטעות: בהפרש שבין הנחות ההסכם לבין מה שנמצא בנשוא ההסכם למעשה -

[922] סג) לפי **פלניול וריפר**, י', עמ' 124 ואילך.
[923] סד) שם, עמ' 24.
[924] סה) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 536 ואילך.
[925] סו) על פי **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 105 ואילך.

אך על כל פנים העובדה נשארת, שגם דין המומים האיטלקי אינו נכלל במסגרת דיני הטעות, אלא נתלה הוא באחריות מיוחדת.

מבחינת סדר ההוכחות יוצא הלוקח ידי חובתו מלכתחילה על ידי עצם הוכחתו של המום, ואין עליו להוכיח שהמום היה אמנם נסתר: נטל ההוכחה שהמום **לא** היה נסתר, ושהלוקח ידע עליו או יכול היה לגלותו בנקל, חל על המוכר. אולם במקרה שמצליח המוכר להוכיח כי המום אמנם ניתן היה להתגלות בנקל, עדיין יכול הלוקח לזכות בתביעתו, אם יוכיח כי הגילוי נמנע ממנו על ידי מרמת המוכר.

הברירה בין תביעת ביטול המיקח והתביעה להפחתה מן המחיר עומדת ללוקח רק כל זמן שלא בירר לו את עמדתו בתביעה משפטית: משהגיש את תביעת, שוב אין בידו לשנות ממה שבחר.

התביעה לביטול המיקח עומדת ללוקח אף במקרה שהממכר אבד בינתים בסיבתו של המום. התביעה להפחתה מן המחיר בלבד, ללא ברירת ביטול, עומדת לו במקרה שהממכר אבד שלא בסיבת המום או שהממכר נשתנה. הוכחת תום לב, כדי להעמיד את [[495]] האחריות לנזק על חסרון כיס בלבד, מוטלת על המוכר.

כדי שיוכל הלוקח לתבוע, צריך הוא בסתם להודיע למוכר על המום תוך שמונה ימים מגילויו. התביעה מתישנת תוך שנה מן המסירה, ואף אם המום לא נתגלה אלא לאחר מכן. אולם, אם הלוקח לא החמיץ את מועד ההודעה, יכול הוא להעלות את ענין המום כטענה נגדית במשפט אף אם התביעה התישנה. על מום בסחורה שהיא חומר גלם אין ללוקח תביעה אחר שהשתמש בסחורה. דין המום הנסתר במיקח בעלי חיים כפוף למנהגים מקומיים.

במקביל לדיני המום הנסתרת יתכן גם ללוקח באיטליה תביעת ביטול המיקח בגין אי מילוי החוזה מצד המוכר, במקרה שהממכר נמצא חסר תכונות שהובטחו על ידי המוכר בפירוש או שהן הכרחיות לשימוש אשר לשמו נועד הממכר. תנאי לתביעה כזאת הוא שהפגם יהיה חורג מגדרי הנסבל על פי המנהג. לענין הודעה והתיישנות שווים דיני התביעה הזאת לדיני המום הנסתר. התביעה מסוג זה (סע' 1497 של ספר החוקים האזרחי) שייכת במיוחד במקרקעין. לגבי מיטלטלין קובע סע' 1512 כי על פי המנהג יתכן שהסכם המכר יכלול מסתמא תניית אחריות מצד המוכר לגבי תיפקודו הטוב של הממכר. באין מנהג לחיוב, זקוקה אחריות כזאת להתנאה מפורשת. כשישנה תניית אחריות - מפורשת או מסתמא - רואים את הפעלתה מותנית מן הסתם בכך שהלוקח יודיע על הליקוי בתפקוד תוך שלשים יום מגילויו, והתביעה מתישנת תוך ששה חדשים מן הגילוי. השופט יכול לתת זמן למוכר לתיקון הדבר או להחלפתו, בכפוף לתשלום הנזק.

סע' 1513 של ספר החוקים האזרחי קובע כי במכר [[496]] מיטלטלין יכול כל אחד מן הצדדים לדרוש שטיבו או מצבו של הממכר ייבדקו וייקבעו בדרך משפטית. צד שלא ביקש בדיקה כזאת והטוען בדיעבד על פרטים מסוימים בזהותו, בטיבו או במצבו של הממכר, צריך להוכיח את טענתו בדיוק.

בעמ' 113-114 מנתח **מסיניאו** את המקרה של מיקח תמונה אשר המוכר ייחס אותה לצייר מסוים או שהלוקח סבר מסתמא כי מוצאה הוא מצייר מסוים. לגבי האפשרות הראשונה כותב מסיניאו כי "בעוד שמקובלת הדעה, שאם נמצא כי היצירה אינה אמיתית, חוזרים אנו לענין של טעות, נראה כי יש להעדיף את הדעה האחרת, אשר לפיה יש פה העדר של תכונה הכרחית בדבר, ולכן חל להגנת הלוקח סע' 1497, ולא סע' 1428" (המדבר על ביטול המיקח בגלל טעות ואשר תנאי התביעה על פיו הם שונים). לעומת זאת, באפשרות השנייה "חוזרים אנו לעניין של טעות, ולכן חל סע' 1428, בתנאי שהטעות היא חשובה (דבר שבדרך כלל אינו קורה) ועשויה להיות נודעת למוכר. יש לציין שהטעות עשויה כאן לקבל גם את הדמות המיוחדת של טעות ביחס לערך יצירת האמנות, היינו ביחס למחיר, ויכולה היא להופיע כטעות ביחס לסכומו של המחיר ששולם. נפקא מינה לכך, שהמיקח יוכל להישאר קיים בתנאי שהמוכר יסכים להפחתה מן המחיר". להלן ממשיך עוד מסיניאו ומבחין בין האפשרות ששני הצדדים טעו וחשבו שהתמונה מקורית, ונתגלה שאינה מקורית, או שחשבו שאינה מקורית, ונתגלה שהיא מקורית. במקרה הראשון יכול הלוקח לחזור בו בגלל טעות, כי לא נתקיים התנאי המובטח על ידי המוכר, שהתמונה היא מקורית. במקרה השני אין המוכר יכול לחזור בו, כי הלוקח לא יכול היה לדעת את הטעות מלכתחילה.

[[497]] **בגרמניה**[926], דין המומים הוא מאוחד, ויש ללוקח ברירה בין תביעה לביטול החוזה ותביעה להפחתה מן המחיר, הן במקרה שהמום הוא בניגוד לתנאי מפורש הן במקרה שלא היתה שם התנאה מפורשת. תנאי לתביעה הוא שהמום יהיה קיים בשעת העברת האחריות; ובמקרה שהמדובר הוא במום אשר איננו עומד בניגוד לתנאי מפורש בחוזה, נחוץ שיהא זה מום המפחית במידה חשובה מערך הממכר, או מתועלתו הרגילה, או משימושיותו לגבי המטרה שפורשה בחוזה המכר. אין ללוקח תביעה אם בשעת עריכתו של החוזה הוא ידע על המום. אבדן הממכר ביד הלוקח אינו מונע תביעת ביטול מצידו, אלא אם כן אבד הדבר או נפגם באשמתו; ואף שינוי הממכר על ידי מעשי הלוקח אינו מונע תביעת ביטול, אם המום התגלה רק על ידי אותם מעשים או לאחר שנעשו. משהודיע הלוקח על המום למוכר, יכול המוכר להקציב לו זמן לביטול המכר, ואם הלוקח אינו מבטל תוך אותו זמן, נשארת לו רק התביעה להפחתה מן המחיר. אם הלוקח זוכה בתביעה להפחתה מן המחיר, מנכים לו אחוז השווה ליחס שבין ערכו האמיתי של הממכר בשעה שהחוזה נערך לבין הערך שהיה לו באותה שעה אלמלא המום. תביעת הביטול או ההפחתה מן המחיר, שלא עקב העלמת המום במירמה, מתישנת במקרקעין כעבור שנה מן מן המסירה, ואילו במיטלטלין כעבור שישה חדשים, אך אפשר להסכים על תקופת התישנות יותר ארוכה. אין ההתישנות מונעת העלאת עניינו של המום כטענת הגנה, כשהלוקח הודיע על המום בעוד זמן.

חוץ משתי התביעות שאמרנו יש ללוקח גם ברירה של תביעת פיצויים, במקרה שהמום כבר היה קיים בשעה שהחוזה נערך, והמוכר העלים את המום במירמה (או רימה את הלוקח, שיש במימכר תכונה רצויה, בעוד שידע כי התכונה נעדרת), וכן במקרה שחסרה במימכר תכונה מובטחת, או

[926] סז) על פי **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 364 ואילך; בג"ב, סע' 459 ואילך.

שנולד המום אחרי עריכת החוזה, אך לפני העברת האחריות - שאז מפר המוכר את חובתו להעמיד את הדבר ללוקח באותו מצב שהיה בשעת עריכתו של החוזה[927].

[[498]] במכר של סחורה המוגדרת רק על פי מינה יש ללוקח גם ברירה נוספת, בין תביעת הביטול לתביעת החלפה.

אין דיני המומים חל כך במכר של נכס ממושכן, במכירה פומבית.

דינים מיוחדים חלים במכר בהמות[928], וכמו כן חלים דינים מיוחדים במכר, אשר לגבי שני הצדדים הריהו "מכר מסחרי". במכר כזה חייב הלוקח לבדוק את המימכר מיד אחר המסירה, ובמקרה שמוצא הוא מום חייב הוא להודיע עליו מיד. אם לא הודיע - דינו כאילו אישר את המכר, אלא אם כן היה המום בלתי ניתן לגילוי. היה אמנם המום כזה, חייב הלוקח להודיע עליו מיד אחר הגילוי. סייגים אלה אינם פועלים לטובתו של מוכר אשר נהנג במירמה[929].

בשוייצריה[930] דומה השיטה העקרונית למה שראינו בגרמניה[931]. במסגרת זו אין הלוקח יכול להתלונן על מום המתבטא בהעדרה של תכונה מובטחת או בהימצאה של תכונה אשר הובטח העדרה, אלא אם כן היה קשר סיבתי בין ההבטחה והסכמת הלוקח לקנות. אם המום איננו עומד בניגוד לשום הבטחה מפורשת, יש ללוקח תביעה אם על פי עקרונות "הנאמנות והיושר" (treu und glauben) רשאי היה להניח בשעת עריכתו של החוזה כי מום זה מעין זה שנמצא לא יימצא במימכר. כן נחוץ שהמום יפגע בערך הדבר או בתועלתו, כפי שהבאנו בהערה ע"ב - ונחוץ כי בשעה שהחוזה נערך לא יֵדע הלוקח על המום ואף לא יהיה לו לדעת עליו. מקום שמתמלאים התנאים הדרושים, והמוכר לא פעל במירמה, צריך הלוקח להודיע למוכר על המום מיד אחר שגילהו, תוך זמן נאות מן המסירה, ועל כל פנים לא יותר משעה אחת אחר המסירה (ביחס למומי [[499]] בניינים - ההתישנות היא 5 שנים מיום העברת הקנין). איחור בהודעה דינו כמחילה. אם הלוקח הודיע על המום בעוד זמן, יכול הוא לתבוע תוך תקופת ההתישנות הנ"ל את ביטול המכר או הפחתה מן המחיר.

כשהמדובר הוא בסחורה המוגדרת על ידי מינה, יש ללוקח ברירה גם לתביעת החלפה.

במקרה שהמוכר פעל במירמה, אין הלוקח מוגבל על ידי דרישת ההודעה ותקופות ההתיישנות המקוצרות. בחירת הלוקח בין תביעת ביטול והפחתה מן המחיר אינה מחייבת את השופט, וזה

---

[927] סח) ואם נשאל, ובכן, למה יש ללוקח תביעת ביטול או הפחתה מן המחיר אפילו כשהמום כבר קיים היה בשעה שהחוזה נערך? - התשובה היא שהתביעות האלו, בניגוד לתביעת פיצויים, אינן מבוססות בהפרת חוזה המכר, כי אם באחריות מיוחדת - בהבדל ממה שראינו בצרפת ובאיטליה, אשר שם תביעת הפיצויים איננה ברירה נוספת, על פי דיני החוזים הכלליים, אלא נספחת לתניית האחריות.

[928] סט) בג"ב, סע' 481 ואילך.

[929] ע) ספר החוקים המסחרי, סע' 378-377.

[930] עא) על פי **גוהל**, עמ' 246 ואילך; חוק החיובים, סע' 197 ואילך וסע' 219, סיפא.

[931] עב) סע' 197 קובע: "המוכר אחראי כלפי הלוקח הן לתכונות המובטחות הן לכך שאין לדבר פגמים חומריים או משפטיים המונעים את ערכו או יעילותו לגבי השימוש המיועד או המפחיתים אותם במידה חשובה. הוא אחראי, אף אם לא ידע על המומים".

יפסוק רק הפחתה מן המחיר אם הביטול אינו נראה לו מוצדק. אבדן המימכר, שלא באשמת הלוקח, אינו מונע פסק דין של ביטול. את ההפחתה מן המחיר מעריכים לפי השיטה שראינו בגרמניה, אבל לאו דווקא לפי שעת החוזה, כי אם לפי שעת העברת האחריות. במקרה מתאים יכול המוכר למנוע פסק של ביטול או הפחתה מן המחיר על ידי הצעה להחלפה מידית של המימכר בסחורה בלתי פגומה. המוכר חייב גם בפיצויים במקרה של פשיעה מצידו - ובהבדל מגרמניה אין זה כאן עניין לברירה מיוחדת. במכר בהמות אין אחריות המומים חלה, אלא אם קיבל עליו המוכר את האחריות בכתב או שהטעה את הלוקח בזדון - ואף כאשר חלה האחריות, כפופה היא לדינים מיוחדים.

באנגליה נראה שמבחינה עקרונית אין דין מיוחד בעניין מומים: אם נאמר משהו בחוזה על תכונות המימכר, הרי דין אותה אמירה הוא כ-mere representation, כ-condition או כ-warranty, לפי המסיבות; ובמקרה הראשון אין לאותה אמירה שום ערך כלל, במקרה השני - אם התנאי לא התמלא, יש ללוקח זכות לבטל את המכר או לדרוש פיצויים, ובמקרה השלישי - אם התנאי לא התמלא, יש ללוקח רק זכות פיצויים. אם בחוזה לא נאמר כלום, אין להסיק תנאי שמסתמא כי המימכר צריך להיות נקי ממומים, והמוכר איננו אחראי לשום מום שנמצא; הכלל [[500]] הוא caveat emptor. אולם, יש יוצאים אף מן הכלל הזה: א) אם המוכר העלים מן הלוקח מום במירמה, בעוד שאלמלא הרמייה יכול היה הלוקח לגלות את המום - יכול הלוקח לבטל את המיקח; ב) אם המום הוא כזה שהלוקח אינו יכול לגלות בעצמו, והמוכר יודע כי עקב המום לא יוכל הלוקח להשתמש במימכר לשם אותה מטרה שלשמה הוא קונה אותו - אין המוכר יכול לקבל נגדו צו "ביצוע בעין"[932]. מלבד זאת, מכניס ה-Sale of Goods Act, 1893 תיקון מסוים לגבי מכר מיטלטלין. במכר כזה, לפי סע' 14 של החוק, אם הלוקח מגלה למוכר את מטרת המיקח באופן המראה כי סומך הוא על הבנת המוכר, ואילו הסחורה אינה נמכרת על פי כינוי מסחרי והיא מסוג שהמוכר נוהג לספקה - רואים שם תנאי שמסתמא כי הסחורה מתאימה למטרת המיקח. כמו כן, רואים במכר מיטלטלין תנאי שמסתמא כי הסחורה היא מטיב מסחרי ראוי (merchantable), כאשר דברי הקניין כוללים איזה תיאור של הסחורה, ואילו עסקו של המוכר הוא בסחורה שבגדרי התיאור. הסעיף מזכיר גם את האפשרות, שתנאי בדבר טיב הסחורה או התאמתה למטרה מסוימת יוכר במכר מסתמא, על פי נוהג המסחר. סע' 15 מוסיף, כי במכר הנערך על פי דוגמה רואים תנאי מסתמא כי מכלול הסחורה יתאים לדוגמה בטיבו; כי תינתן ללוקח הזדמנות סבירה לבדוק את התאמת הסחורה לדוגמה; וכי הסחורה פטורה מכל מום שיש בו כדי לעשותה לבלתי ראויה מבחינה מסחרית (unmerchantable), ואשר אינו מופיע בבדיקה סבירה של הדוגמה. לפי סע' 13, כאשר נמכרת הסחורה לפי דוגמה ולפי תיאור גם יחד, אין מספיק שהסחורה תתאים לדוגמה, ורואים שם תנאי שמסתמא כי הסחורה תתאים גם לתיאור.

במדינת ישראל נכנס עניינו לתחום סע' 11 של חוק המכר, [[501]] תשכ"ח, העוסק באי התאמה בין גדרי התחייבותו של המוכר לבין הנכס (או הנכסים) שבהם מתיימר הוא למלא את ההתחייבות. הסעיף מכניס שיטה מאוחדת לגבי כל המינים האפשריים של אי התאמה, בין אם אי ההתאמה היא מהותית ובין אם נוגעת היא רק לתכונות, בין אם היא כמותית ובין אם איכותית

[932] עג) לפי **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 40 ואילך, 51 ו-210 ואילך.

או זהותית, ובין אם פוגעת היא בלוקח בין אם הסובל ממנה הוא רק המוכר. הוראתו של סעיף 11 כך היא: "המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר -

(1) רק חלק מהממכר או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם;

(2) נכס שונה או נכס מסוג או תיאור שונה מן המוסכם;

(3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם;

(4) נכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה[933], זולת אם הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה;

(5) נכס שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים".

בהמשך הדברים אין החוק חוזה את האפשרות שהנפגע מאי ההתאמה אמנם יהיה המוכר בעצמו, ואין נזכרת האפשרות שהמוכר יוכל לתבוע את החזרת הטעות מצידו - לבד מן הסייג לגבי טעות בעודף מידות, לפי סע' 29, שנחזור אליו בסעיף המשנה הבא.

לגבי **הלוקח** נקבע (בסעיפים 17-13), שכדי לתבוע בשל אי מילוי החוזה על ידי אי התאמה, צריך הוא להודיע למוכר על אי התאמה מיד לאחר הבדיקה אשר חייב הוא לערוך במימכר מיד אחר קבלתו[934]. אם אי ההתאמה אינה ניתנת לגילוי בבדיקה "סבירה", מספיק שהלוקח יודיע עליה מיד לאחר הגילוי; אולם במיטלטלין צריכה ההודעה להינתן על כל פנים [[502]] תוך **ארבע שנים** מן המסירה, ולצורך התקנה הספציפית של **ביטול המקח** אף נחוץ שההודעה תימסר לא יותר מאוחר מאשר תוך שנתיים. התישנות זו או איחור בגילוי אינם מפריעים כאשר אי ההתאמה היתה ידועה למוכר מלכתחילה. סע' 12 קובע שאין ללוקח בכלל תביעה בשל אי התאמה, במקרה שהוא עצמו ידע על אי ההתאמה מלכתחילה - אך תימה הוא בעיני מעיקרא, כיצד תיתכן אי התאמה במוסכם, הידועה מלכתחילה למסכים.

במקרה שיש ללוקח תביעה, תקנתו היא מן הסתם על פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א. לפי חוק זה, התרופות האפשריות הן: אכיפת החוזה או ביטולו, תוך זכות לפיצויים בנוסף על האכיפה או הביטול או במקומן. הזכות לאכיפה נמנעת כשאין היא מעשית[935].

הזכות לביטול ניתנת רק כשהפרת החוזה היא "יסודית" או כשההפרה לא תוקנה אף אחר שניתנה ארכה לתיקון. במקרה שההפרה היא באונס, אין מקום לאכיפה או לפיצויים[936].

---

[933] עד) עשויה היתה לכאורה להתעורר השאלה, מה הדין כאשר המכר נערך לאו דוקא על פי דוגמה שהציג המוכר ללוקח, כי אם על פי דוגמה שהציג הלוקח למוכר; אולם, מאחר שהשיטה היא מאוחדת וסוחפת, והניסוח מבולבל, מסתבר שהעניין יכול לבוא על פתרונו מכל מקום, אף במסגרת ס"ק (2) או ס"ק (5).

[934] עה) בסע' 13(ג) נקבע, שאם הלוקח דורש את הדבר, חייב המוכר לתת לו הזדמנות מתאימה לבדיקת המימכר אף לפני המסירה (הווה אומר, כמובן: משנערך כבר על כל פנים הסכם המכירה החוקי).

[935] עו) בביטוי זה הכללנו גם את ההוראה שהאכיפה נמנעת כאשר היא מצריכה כפייה לעשיית עבודה אישית. יש מקום לשאול אם דרישה לתיקון אי ההתאמה על ידי תיקון טכני של הפגם אשר נמצא בסחורה, תיחשב תמיד כדבר המצריך מעשה אישי - ושאינו ניתן איפוא לאכיפה - או שמא עשויה היא להיחשב גם כדבר אשר המעשה הנחוץ בו הוא לאו דוקא בגדר "אישי". מצד שני, נראה כי דרישה להחלפת המימכר תוכל לעתים קרובות להיחשב לפי שיטה זו כתקנה נאותה, הראויה לאכיפה.

לפי סע' 28 של חוק המכר, יש ללוקח גם תקנה נוספת, והיינו - כשבוחר הוא לקיים את החוזה אף על פי שאין המוכר נענה לדרישת מילוי - יכול הוא לנכות חלק מתאים מן המחיר.

בדיני ישראל, אמרנו כבר שעניינו מסתנף אל עקרון דיני הטעות - ועיקר הדין בענייננו הוא, שאם נמצא כי עצם המימכר מתאים אמנם לזה שעליו נסבו הדברים, אלא שתכונה מתכונותיו החשובות [[503]] אינה כפי שאמודה היתה להיות, הרי אותו צד שההבדל הוא לרעתו יכול לדרוש את ביטול המכר. בעיקר זה, הדין הוא פשוט כאשר ההבדל הוא בתכונה מפורשת; וכאשר אמנם כך הוא המצב, באמת עדיין אפשר היה לראות את העניין כפרט מסוים גרידא בדיני הטעות הכלליים - בלי להיזקק דוקא למסגרת המיוחדת של דיני הלואי במכר[937].

המסגרת המיוחדת של דיני הלואי חודרת לנושא הנידון רק מכוח חזקה מיוחדת, הנקבעת גם בדינינו - בדומה למה שראינו בשיטות האחרות - כדי **להשלים** את הדברים, כאשר התכונות המפורשות אינן מספיקות מן הסתם כדי להקיף את כל מה שהצדדים התכוונו אליו למעשה, על פי דעתם המשוערת; והיינו לאמור: ש"כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום, ואפילו פירש המוכר ואמר, על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה פטומי מלים, והלוקח יכול לחזור בו, עד שיפרש המום שיש בממכרו, והלוקח יקבל עליו זה המום בפירוש... וטעמו של דבר, משום שכל מוחל צריך לידע בפרטיות מה שמוחל"[938]. במלים אחרות אפוא, תנאי לואי מצטרף בסתם אל המכר, כאילו תואר בו המימכר בפירוש, שנקי הוא ממומים - ואם נמצא שם מום, חל לטובת הלוקח דין הטעות שאמרנו, אמנם מכוח דיני הטעות הכלליים[939], אך זאת רק באמצעותו של תנאי הלואי; וסדר תחולתם של דיני הטעות במקרה הספציפי הזה - הוא הוא עיקר הנושא של דיני הלואי, אשר יש לנו לדון בהם כאן.

טיבו של מום, לענין החזקה האמורה, מוגדר כך: "מה נקרא מום? כל שהסכימו עליו בני המדינה שזהו מום, שמחזירין בו מקח כזה - [[504]] מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום - אינו חוזר בו... אלא אם כן פירש"[940]. עם זאת, כדי שתהיה תביעה ללוקח, נחוץ על כל פנים שהמום יהא קיים כבר בשעת המיקח, ולא יהא ידוע אותה שעה ללוקח[941], - ונחוץ שהמום יהא מפחית במידה חשובה את הנאת הלוקח בבואו להשתמש במיקח כדרכו או לאותה מטרה שלשמה קנה אותו בידיעת המוכר[942]. נמצא [שאף] שהמום איננו כזה שהלוקח יכול לחזור בגללו, יתכן מכל מקום שעדיין תהיה לוקח תביעה של אונאת מחיר בגינו[943]. מצד שני, אם נתקיימו התנאים הדרושים

---

[936] עז) יש לציין את האנומליה, היוצאת מתוך צירוף הדברים, שאם הלוקח השתהה בהגשת ההודעה, יותר משנתיים, מאבד הוא אמנם לחלוטין את האפשרות לתבוע את ביטול החוזה, אך עדיין עשויה להישאר לו התביעה הקשה יותר, לתיקון אי ההתאמה בעין, על ידי החלפת הסחורה.

[937] עח) עה"ש חו"מ סי' רל"ג.

[938] עט) שם, סי' רל"ב סע' י"א.

[939] עט-1) ר' שם, סע' ד': "דמום הוי מקח טעות".

[940] פ) שם, שם, סע' ז'.

[941] פא) שם, סע' ד', ה', י"ז, כ"ד, כ"ה, כ"ח, ל', ל"א.

[942] פב) שם, סע' ט"ז, י"ט, כ', ל"ב, ל"ו.

[943] פג) שם, סע' ז'.

לחזרה בשל מום, הרי "הלוקח מחזירו אפילו לאחר זמן ארוך"[944], ו"אין מחשבין פחת המום ולקיים המקח: אפילו מכר לו דבר ששוה עשרה דינרים ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר - מחזיר את הכלי ונוטל מעותיו, ואין המוכר יכול לומר לו הילך איסר, דהלוקח יכול לומר אני רוצה בחפץ שלם... וכן אין הלוקח יכול לכוף את המוכר לקיים המיקח ושיחזיר לו פחת המום, דהמוכר יכול לומר לו או קח מעותיך והחזר לי מיקחי או לא תתבע ממני פחת המום"[945]. אולם, במה דברים אמורים? כשהמום מושרש בטיבו של הדבר. אם המום אינו מושרש וניתן לתיקון - אין הלוקח יכול לכפות את ביטול המיקח, אלא רק מפחיתים לומן המחיר את דמי התיקון הדרוש[946].

הזכות להחזרת המיקח עומדת ללוקח רק כל זמן "שלא נשתמש בו אחר שידע בהמום והיה ביכלתו להודיע להמוכר, אבל אם נשתמש בו אחר שראה את המום והיה יכול להודיע להמוכר ולא הודיעו שחוזר בו, הרי מחל ואינו יכול לחזור"[947]. עם זאת, "המוכר לחבירו דבר שהיה מום בהמקח, שמבטל המקח, והלוקח - קודם שנתגלה לו המום - עשה בו מום אחר, אם עשה דבר שדרך בני אדם לעשותו - פטור, ומקבל [[505]] המוכר חפצו בחזרה עם המום, ואם עשה דבר שאין דרך לעשותו - מחזיר המיקח להמוכר ומשלם לו דמי המום שעשה"[948]. מצד שני, אם השביח הלוקח את המימכר - דינו, לפני גילוי המום, הריהו כמשביח ברשות, וכשמחזיר את המיקח גובה את ערך השבח, תוך החשבת ערכו המקורי של החפץ לפי המחיר ששולם בעדו, בנכוי יחסי ראוי כנגד המום[949].

לענין אונסין - עד שחוזר המיקח ליד המוכר, נחשב הוא ברשות הלוקח, אבל במה דברים אמורים? באונסים סתם. לענין אונסים שמחמת המום, נשאר המיקח ברשותו של המוכר - אבל גם זה רק תוך זמן נאות אחר גילויו של המום: אם הלוקח גילה את המום ושתק, ואחר כך אבד המימכר מחמת המום, בעוד שבינתיים יכול היה המוכר להינצל מן ההפסד לו הודיעו הלוקח בזמן - הפסיד הלוקח. מצד שני, אם הודיע הלוקח למוכר בעוד זמן, והמיקח נשאר בידו של הלוקח שלא בטובתו, הריהו ברשותו של המוכר אפילו לאונסים סתם, שלא מחמת המום[950].

במקרה שהמוכר ידע על המום מלכתחילה, ולא גילהו - חייב הוא לפצות את הלוקח על הנזקים הצפויים שנגרמו לו[951].

מכר הלוקח את המימכר לאחרים לפני שגילה את המום - מחזיר הלוקח השני את המיקח אליו, והוא חוזר אל המוכר הראשון[952].

---

[944] פד) שם, סע' ד'.
[945] פה) שם, סע' ו'.
[946] פו) שם, סע' י'.
[947] פז) שם, סע' ד'.
[948] פח) שם, סע' כ"א, ל"ג.
[949] פט) שם, סע' כ"ב.
[950] צ) שם, סע' כ"ו, כ"ז.
[951] צא) שם, סע' ל"ד, ל"ה.
[952] צב) שם, סע' כ"ז; ור' להלן, הערה צ"ד.

בסיכום הנושא יש לנו להתעכב רק על שתי נקודות, והראשונה שבהן הריהי כמובן בעיית המבנה העיוני. בענין זה ראינו למעשה שלש שיטות עיקריות, ונפתח בניתוחה של השיטה האירופית-היבשתית. שרשה של זו הריהי בתפיסה החובית של חוזה המכר, ובהתאם לכך נתפס כאן עיקר הבעיה של תכונות המימכר מצד גדרי התחייבותו של המוכר - והיינו מה התחייב זה לספק ללוקח? אולם, נקודת ראות זו אינה מספיקה כשלעצמה כאשר המשפט מוצא לנכון להבטיח ללוקח טיב מסוים [[506]] של המימכר, גם במקרה שעל גדרי הטיב הזה לא הוסכם עם הלוקח בפירוש. במסיבות אלה אי אפשר לייחס למוכר התחיבות כללית שמסתמא להספקת הטיב הרצוי, כי בודאי בלתי צודק יהיה להטיל על המוכר את כל חומרות האחריות להפרה של התחייבות, אף כאשר הטיב הראוי נעדר שם בלי שום פשיעה מצידו - ולכן באות אמנם השיטות הנדונות להסדיר את הדבר מעבר לעקרון חיוב ההספקה של הטיב המסוים. לצורך זה מעניקות הן ללוקח תקנה מיוחדת, במסגרת של תנאי אוטונומי מבחינה מושגית, אשר אמנם יכול הלוקח להסתמך עליו מן הסתם מצידו, אך בלי שהפרתו תיחשב על כל פנים, כשלעצמה, כהפרת התחייבות מצד המוכר. החומרות של הפרת התחייבות מצטרפות לדבר רק במקרה שאמנם הפר המוכר התחייבות מפורשת או שפעל במרמה - וכך מתקבל כאן בסך הכל האיזון הרצוי מכל הצדדים. רק שמכל מקום, עדיין נשאר הקושי: השאלה היא, מניין צומחת זכותו של הלוקח לטיב מסוים, אשר המוכר אינו בהכרח בבחינת מתחייב לספקו? שאלה זו נשארת בלי תשובה, באופן שמבחינה הגיונית-מושגית נלחצים אנו לתפוס את האחריות הנידונה כאן כהמצאה שרירותית של המחוקק - ובשיטה של דיני ממונות הרי זה ודאי טעם לפגם.

השיטה השנייה היא השיטה האנגלית, אשר מבחינה עקרונית אומצה היא גם בחוק המכר במדינת ישראל. לפי השיטה הזאת נשארים הדברים מושרשים באופן עקבי בנקודת הראות של חיוב ההספקה המוטל על המוכר - ואף כאשר מייחסים [[507]] כאן לחוזה המכר איזה תנאי שמסתמא בדבר טיב המימכר, הרי זה אמנם, תמיד, לא רק תנאי של אחריות, כמו ביבשת אירופה, כי אם גם תנאי גמור של חיוב הספקה. השיטה יוצאת איפוא שלמה לכאורה מבחינה מושגית, אך מאבדת את יתר הדיוק והאיזון המעשי, אשר ראינו בשיטה הקודמת[953].

לעומת שתי אלה מובנת השיטה העברית על רקע תפיסתה הקניינית הישירה, המשוחררת מסיבוכי הגרר של תפיסת המכר החובי. כאן, מלכתחילה, אין המוכר מתחייב לספק שום דבר ושום טיב, אלא הוא פשוט **מוכר** - והיינו מוכר אותו מימכר מסוים, אשר הלוקח בא לקנות מאתו - ועל יסוד זה בא הדין ומוסיף את ההנחה שמסתמא, שאם הלוקח מסכים אמנם לקנות אותו מימכר, אשר בדיעבד נמצא בו מום, הרי זה ודאי רק משום שמלכתחילה טעה ולא ידע על המום. הדבר שנראה לנו כשרירותי ותלוי על בלימה בשיטות של יבשת אירופה בא אפוא כאן על הסברו ושיבוצו המושגי המושלם[954] - ואגב כך אף נפטרת פה השיטה מן הכפילות המעורבבת, הנוצרת כפי שראינו

[953] צג) השלמות היא רק לכאורה, כפי שיתברר לנו תיכף ומיד, בניתוח השיטה העברית. הפגם הוא שאין השיטה האנגלית טורחת להסביר מדוע ביתן ללוקח לערער על המום אף לאחר שהסכים לקבל את המימכר כמות שהוא. הסבר שכזה נזקק בהכרח לגשר של עקרון דיני הטעות - אלא אם כן פונים לתפיסה של אחריות מיוחדת, כפי שראינו בשיטות היבשת.

[954] צד) השלמות המושגית אינה נפגעת על ידי הדין שראינו בסמיכות להערה צ״ב, שגם בדיני ישראל חייב המוכר בפיצויי נזקים, אם מכתחילה ידע על המום ולא גילהו. נראה לומר כי אחריות זו בדיני ישראל אינה נמשכת בסתם מתוך איזו התחייבות חוזית להספקת מימכר בלתי פגום, כמו בשיטות האירופיות, אלא

בשיטות האירופיות (ובמיוחד בהדגמה איטלקית), על ידי אפשרות התחולה המקבילה של אחריות המומים מחד גיסא ודיני טעות משתרבבים מאידך. אולם, עדיין יש לשאול, אם השיטה האמורה מספיקה באמת, גם כאשר מלכתחילה אין המכר נערך על ממכר מסוים בזהותו, אלא מתקשר הוא לחוזה הכנה חובי, אשר על פיו [[508]] רק מתחייב המוכר לספק מימכר לפי תיאור כללי, ואילו לבסוף מתקיים המכר מבחינה קניינית במוחזק לאו דוקא במימכר שנבחר על ידי הלוקח, כי אם במימכר שנבחר ונמסר על ידי המוכר למילוי התחייבותו - בדומה להנחת השיטות של אירופה. בעניין זה נראה לי להשיב, כי אמנם מספיקה השיטה העברית מכל מקום - ובירור הדבר מתחלק לשתי אפשרויות. האפשרות האחת היא, כשהמסירה לא הושלמה עדיין בפועל, והמוכר רק מציע ללוקח מסירה של מימכר מסוים. במקרה כזה, פשיטא שאם מן הסתם חזקה היא אצלנו שאין הלוקח מסכים על מימכר פגום הרי שממילא גם חזקה היא בסתם על התחייבות המוכר, כי אמנם מתייחסת היא למימכר שלא היה בו פגם - וכאשר הלוקח מוצא כי אף על פי כן מציע לו המוכר דוקא מימכר פגום, הרי שיכול הוא לדחות את ההצעה, כבלתי מתאימה להתחייבות. כאן, אמנם עוברים אנו אפוא גם בדיני ישראל **לדרך התפיסה** של השיטות האירופיות, אך יש להדגיש, כי במסגרת האפשרות הנידונה באמת נשארים אנו עדיין בתחום שאינו מקביל כלל לדיני **אחריות המומים** של אותן השיטות. דיני אחריות המומים אינם עוסקים בזכות לסרב לקבלת מימכר הנמצא פגום מלכתחילה, אלא עוסקים הם בהסדר הדברים כשהמום מתגלה **בדיעבד**; וכאשר חוזרים אנו למישור הזה, ונמצא שהלוקח קיבל אמנם מבלי משים את המימכר הפגום שהוצע לו - הרי ששוב מתגלה, מתוך עצם הנחות המקרה, כי רק עקרון הטעות (תוך השלמה אפשרית מצד דיני האחריות למירמה) הוא הוא באמת המסגרת הטבעית וההולמת לפתרון העניין, בין אם יש שם חוזה הכנה חובי ובין אם אין.

[[509]] הנקודה השנייה היא בברירת התקנות העומדת לרשותו של הלוקח בשיטות הנכריות. בענין זה, נראה שוב לומר כי גם ברירת התקנות, באותן השיטות, אינה אלא פרי ההסתבכות המוטעית בין נקודת הראות של מכר הכנה חובי מחד גיסא ומכר קנייני גמור מאידך, מפני שכאשר ניגשים למימכר הפגום מבחינת ההתחייבות המוקדמת למכור, אך טבעי הוא באמת שמאפשרים ללוקח לא רק להחזיר את המימכר (או לסרב לקבלו) - ולהביא באופן כזה את המכר לביטול - אלא מאפשרים לו גם ברירה של תביעה לקיום ההתחייבות בעינה (על ידי תיקון או החלפה) וברירה של תביעת פיצוי בעד הפרת מקצת ההתחייבות על ידי הספקת מימכר בלתי מתאים (בעוד שאת עצם המימכר - על התאמתו ליתר גדרי ההתחייבות - מסכים הלוקח לקבל). אולם, כאשר ניגשים לבעייה מצד המכר הגמור בלבד - כפי שראינו שהכרח הוא, לפעמים, אף בשיטות של אירופה - נהפכת ברירת התקנות לאנומליה. ברור, למשל, כי הברירה של תביעה להפחתת המחיר אינה אלא ניסוח שונה של תביעת הפיצוי החלקי, המתאפשרת על פי הגיון ההפרה החלקית של התחייבות המכר; אך אין צריך לומר כי שינוי הנוסח אין בו כדי להפוך את תביעת הפיצויים לצודקת, במקום שעל פי הנחותיו הפנימיות אין בו סיבה לתביעה שכזאת. כאשר ההנחה היא שהמוכר לא הפר שום התחייבות, אף על פי שסיפק אמנם מימכר בלתי מתאים לציפיות הסבירות של הלוקח,

---

נובעת היא **מדיני דגרמי** - מן הפשיעה שמבצע המוכר בהיותו נוהג במרמה או בגניבת דעת במשא ומתן: "אסור לרמות בני אדם במקח וממכר או לגנוב דעתם, כגון אם יש מום במקחו... מחוייב להודיע ללוקח" (עה"ש חו"מ סי' רכ"ח סע' ג').

אין הגיון "להפוך את היוצרות" ולהעביר את נטל התוצאות המשובשות של המכר משכם הלוקח לשכם המוכר. המוכר יכול בצדק לומר: יהי שאתה רשאי היית לצפות למימכר מתוקן, [[510]] שבלעדי כן לא היית כלל עורך את העסק, אבל באותה מידה גם אני רשאי הייתי לצפות למלוא המחיר המוסכם, שבלעדי כן היה נוח לי להשאיר את המימכר בידי. במצב כזה, על אחת כמה וכמה מובן יהיה סרובו של המוכר לטרוח בהחלפת המימכר באחר; והפתרון הצודק היחיד - הראויי להיכפות אף כנגד הצד המסרב - הריהו אפוא באמת רק בהחזרת הדברים לקדמותם, כפי שראינו בדיני ישראל. יש להדגיש בהקשר זה, שאכן, אף כאשר מאפשרים דיני ישראל ברירה של החלפת הביטול בפיצוי כספי לתיקון הפגם, אין הם מאפשרים אותה ללוקח, כי אם רק למוכר עצמו, - ואף זאת רק במסיבות מיוחדות, שבהן נראה הדבר כמוצא פשוט יותר אף לגבי הלוקח, מצידו.

ומשהגענו עד כאן, נראה שהגישה העברית מתאימה אמנם, גם בנקודה זו, לא רק למכר המנותק ביסודו מכל מסגרת הכנה חובית, או למכר הראוי להיתפס במנותק לפי מסיבות העניין, כי אם גם למכר המקושר למסגרת חובית, והנשאר מקושר אליה גם באופן שיש בו משמעות לענייננו. נניח, למשל, שהמוכר הבטיח ללוקח מלכתחילה הספקה בטיב מסוים, וכאשר מציע הוא נכס פלוני למילוי ההבטחה, נמצא הנכס פגום. במקרה כזה, אם הלוקח מסרב לקבל את הנכס מעיקרא, הרי שנשארת ההבטחה בלתי מקוימת, וחלים הדינים המתאימים לכך. אם, לעומת זאת, מסכים הלוקח בטעות לקבל את הנכס, ומגלה את הפגם בדיעבד - יוצא כי תקנתו היא לחזור בו, ועל ידי כך מתבטל המכר הקנייני במוחזק; אולם, זוהי רק תקנת התחלה, בתוך מכלול יותר רחב: עם ביטול המכר הקנייני, חוזר ונמצא חוזה ההכנה החובי כבלתי מקוים, והלוקח יכול עוד אפוא להוסיף ולתבוע לפי הראוי לו מן הבחינה הזאת. מסתבר כי במישור זה יכולה גם בדיני ישראל לעלות האפשרות, שהלוקח [[511]] יימצא זכאי למילוי חוזר של ההתחייבות בעינה - והיינו להחלפה; ובמקרה שההחלפה אינה פתרון מתאים, והלוקח זכאי לפיצוי נזקי בשל הפרת החוזה, מסתבר שגם בדיני ישראל יוכל הוא לבחור למעשה באימוץ הנכס הפגום שהוצע לו, בכפוף לפיצוי - או, הווה אומר, תוך הפחתה מן המחיר.

2. ההתאמה הכמותית

נעבור עתה למקרה שחוסר ההתאמה מתגלה בין גדרי הכוונה המקורית לבין תכונות המימכר מבחינה כמותית - וכאן מוצאים אנו **במג'לה**, בסעיפים 223-229, מיגוון של אפשרויות שונות, אשר אין לנו טעם לחזור ולפרטן בדיוק. העיקריות שבהן הן ארבע, והרי הן באופן כללי כלהלן: אם המימכר נמצא חסר, והמחיר נקבע לפי יחידות מידה, יש ללוקח ברירה לביטול המיקח או תביעת הפחתה מתאימה מן המחיר; אם המימכר נמצא חסר, והמחיר הוא אחדותי, יש ללוקח ברירה לבטל את המיקח או לקיימו כמות שהוא; אם המימכר נמצא יתר, והוא ניתן לחלוקה בלי נזק, חוזר העודף למוכר; אם המימכר נמצא יתר ואינו ניתן לחלוקה, נשאר העודף ללוקח, אך במקרה שנקבע המחיר לפי יחידות מידה יכול המוכר לתבוע תוספת מתאימה על המחיר - ואז יש ללוקח ברירה להיענות או להחזיר את המיקח. הברירה הנתונה ללוקח במקרה של חסר היתה עומדת לו רק אם עדיין לא ידע על החסר בשעת המסירה. דינים אלה של המג'לה, שהיו אמורים לחול במיטלטלין ובמקרקעין כאחד, תוקנו לאחר מכן במשפט העותמני, בסע' 17 של חוק

הקרקעות מ-1274 להג"מ, באופן שאם קרקע "מירי" נמכרה לא רק בבחינת כך וכך דונמים, כי אם בגבולות מפורשים, שוב לא [[512]] יכול היה שום צד להסתמך על הפרש כלשהו במידות הקרקע לעומת מה שנקבע בהסכם המכר.

בצרפת נדון עניינו בסעיפים 1523-1616 של ספר החוקים האזרחי[955]. במסגרת זו מבחינים בין שני ענפים עיקריים של אפשרויות. מצד אחד, המדובר הוא במכר של מקרקעין שנערך תוך ציוני המדות וקביעת המחיר לפי יחידות המידה. במקרה כזה, אם נמצא חסר, יכול הלוקח לדרוש השלמה; ואם אין ההשלמה אפשרית או שאין הלוקח מעוניין בה, יכול הלוקח לדרוש הפחתה מתאימה מן המחיר. הוא יכול גם לחזור בו מעיקרא אם גדרי המידות היו בבחינת תנאי חשוב שבלעדיו לא היה טעם למיקח. אם, לעומת זאת, נמצא שם עודף, יכול המוכר לתבוע העלאה של המחיר; אולם כאשר העודף עולה על חלק עשרים מן הכמות המוצהרת, יש ללוקח ברירה לחזור בו מן המיקח. מצד שני, אם ההפרש במידות מתגלה במכר שאינו מן הסוג האמור, אין הוא נותן בסתם מקום לתביעה אלא אם ערכו מגיע לפחות כדי חלק עשרים מן המחיר הכולל שהוסכם. התביעה היא להעלאה או להפחתה מתאימה של המחיר, לפי מה שההפרש הוא בעודף או בחסר - אך במקרה שהתביעה היא להעלאת המחיר, יכול הלוקח לחזור בו. כל אימת שהלוקח מסכים להוסיף על המחיר כדי לקיים את המיקח, חייב הוא בריבית על התוספת, מיום המיקח; אם המיקח מתבטל, חייב המוכר להחזיר ללוקח את חסרון כיסו. התביעה מתישנת תוך שנה מתאריך החוזה (או מן התאריך שנקבע למדידות[956]).

באיטליה נדון הענין בסע' 1537-1541 של ספר החוקים האזרחי, המופיעים בקטע מיוחד של דיני המכר, הנושא את הכותרת "על מכר המקרקעין". הדין דומה [[513א]] בעיקרו למה שראינו בצרפת, אך בשום מקרה אין ללוקח תביעה להשלמת החסר ואילו התישנות התביעה היא מיום המסירה.

בגרמניה נדונה הבעיה במסגרת דיני המומים, אך ההסבר החוקי המפורש מתיחס רק למקרקעין, ורק לכשמידתם נמצאת חסרה. סע' 468 של הבג"ב קובע כאן לאמור: "הבטיח מוכר של מקרקע ללוקח גודל מסוים של המקרקע, אחראי הוא לאותו גודל כמו לתכונה מובטחת, אולם, הלוקח יכול לדרוש חזרה בגין העדר הגודל המובטח רק החסר הוא כל כך חשוב, שאין ללוקח עניין במילוי החוזה".

גם **בשוייצריה** מצויה הוראה חוקית מפורשת בעניינו רק בפרק על מכר מקרקעין, וההוראה מתייחסת רק למקרה של חסר[957]. גם כאן מופיעה ההוראה בבחינת סייג לדיני המום הכלליים[958]. הדין הוא, שאם נערך מכר המקרקעין על דעתן של מידות מסוימות שנקבעו בחוזה - בסתם חייב המוכר לפצות את הלוקח, אם המידות נמצאו חסרות, אך אם המידות נמצאו חסרות לעומת

---

955 צה) ר' גם **פלניול וריפר**, י', עמ' 274 ואילך; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 527-528.

956 צו) ר' סע' 1585 - שאם יש צורך במדידה, אין חוזה המכר נשלם אלא עם המדידה.

957 צז) סע' 219 של חוק החיובים.

958 צח) הדבר ניכר ביחוד מתוך הסיפא של הסעיף. דיני המום הכלליים מופיעים בחוק החיובים השוייצרי בפרק על מכר מיטלטלין ותחולתם מורחבת גם על מקרקעין על ידי סע' 221.

הרשום על פי מדידה רשמית בספרי האחוזה, אין המוכר חייב בפיצוי אלא אם קיבל עליו מלכתחילה בפירוש.

באנגליה מסתבר שבדרך כלל ומבחינה עקרונית, דין הקביעה הכמותית בחוזה המכר הריהו - לגבי הלוקח - כדין condition, warranty או mere representation, כפי שראינו לעיל בענין מומים איכותיים. **צ'שיר** אומר, ביחס למכר המקרקעין[959], שאם החסר הוא חסר חשיבות [[513ב]] והמוכר לא פעל במרמה, הריהו יכול להשיג "ביצוע בעין" כנגד הלוקח - למרות החסר במידות - בכפוף לפיצוי.

בשיטות שאין בהם קביעה מפורשת למקרה של עודף לטובת הלוקח, אפשר אולי להניח כי הפתרון למקרה כזה צריך להימצא בדיני "ההתעשרות שלא כדין". אולם, מסקנה זו מסתבכת במיוחד במה שנוגע **למדינת ישראל**. כאן, כפי שראינו, נידונה גם הטעות הכמותית במסגרת הכללית של דיני "אי ההתאמה", בסע' 11 של חוק המכר מתשכ"ח; אולם בסע' 29 מוצא משום מה לנכון להוסיף עוד בעניין זה הוראה מיוחדת: "מסר המוכר לקונה נכסים בכמות יתירה על המוסכם, והכמות היתירה ניתנת להפרדה ללא הוצאות או טרחה בלתי סבירות, אין הקונה זכאי לחזור בו בשל כך מן החוזה, אלא זכאי הוא, תוך זמן סביר, להודיע למוכר שהוא דוחה את הכמות היתירה; לא עשה כן, ישלם את מחירה לפי השיעור המוסכם". ההוראה המיוחדת הזאת ממשיכה אפוא, ביסודו של דבר, בדרכו של סע' 11 - בזה שגם את עודף הכמות עדיין מוסיפה היא לראות, בעיקר, רק מנקודת הראות של פגיעה אפשרית בלוקח, ולאו דווקא מצד פגיעתה במוכר; והרבותא של ההוראה המיוחדת, מבחינה זו, הריהי בסייג הנקבע כאן, בנסיבות מסוימות, לגבי זכות הביטול של הלוקח. אולם בסיפא מוסיפה ההוראה וקבועת גם כן, שאם באותן מסיבות מסוימות לא עמד הלוקח על זכותו המיוחדת לדחיית העודף, המוסכם - ויש אפוא מקום לשאול מהו **לפי זה** הפתרון הראוי במקרה שהמסיבות המיוחדות אינן קיימות, והלוקח אינו מבטל את המכר, אם מפני שאין הוא מעוניין בכך ואם מפני שאין לו זכות לכך, באשר "אי ההתאמה" שבכמות העודפת אינה "מהותית".

[[514]] **בדיני ישראל** נראה שהדין העקרוני בעניינו מאוחד למיטלטלין ומקרקעין יחד[960] - ואף לא רק מצד הפרש המידות במימכר, כי אם גם מצד ההפרש המתגלה במניין מעות התשלום (והיינו שבדברי הקניין של ביצוע התשלום כיוונו הצדדים לסכום פלוני, ואילו במניין המעות שנמסרו למעשה נמצא סכום אחר). דין זה קובע, לפי רוב המפרשים[961], שבסתם - אם מתגלה אי התאמה בין הכמות המכוונת והכמות הנמצאת בביצוע העסק - העסק קיים, אבל הצד הנפגע זכאי להחזרת

---

[959] ק) צ'שיר, עמ' 657.

[960] קא) כך עולה מדעת רוב המפרשים, בניגוד לדעת הרשב"ם. ר' ב"י על טור חו"מ סי' רל"ב סע' א', ורשב"ם על המשנה בבבא בתרא ק"ג ב', ונ"י שם, ודברי הר"ן והרשב"א בשיטה מקובצת שם.

[961] קג) ואף אם לא תבע הנפגע, אלא הצד שכנגד נוכח בטעות (במסיבות המראות שאמנם היתה שם טעות, ולא תיקון מכוון של המידה על ידי הצד החסר, לטובתו של רעהו) - חייב האיש להסב את תשומת לבו של הנפגע ולהחזיר לו את ההפרש.

ההפרש (ותביעתו אינה מתיישנת)[962]. לגבי ההחזרה נראה כי צריכה היא להיות בעין, - ואם ההחזרה בעין אינה אפשרית זכאי הנפגע לבטל את העסק[963]. כמו כן, זכאי הנפגע לבטל את העסק אף אם ההחזרה בעין אפשרית, אלא שעיקר עניינו של העסק היה בנכס פלוני המוגדר בזהותו, ולא רק במידותיו במופשט מזהותו (כגון שמוסב העסק על שק אגוזים פלוני, האמור להכיל סאה ונמצא חסר או יתר). אולם, דין מיוחד חל בהקשר זה במיקח מקרקעין[964]. כאן, כשאין אפשרות להחזיר את ההפרש בעין, הרי אם ההפרש אינו כל כך גדול שסוטה הוא מגדרי המוסכם במידה מהותית, אין מבטלים את המיקח, אלא מתקנים את [[515]] ההפרש בדרך של הסדר כספי[965]. פרטי ההסדר תלויים במסיבות המקרה, כלהלן:

א) אם נערך המיקח על פי המידות באופן דווקני - מתקנים את ההפרש בדיוק;

ב) אם נערך המיקח על פי המידות, אבל לא נקבע בפירוש שקביעת המידות היא דווקנית, הרי הפרש שאינו עולה על חלק כ"ד מהשטח המדובר רואים אותו כמחול, ואילו במקרה שההפרש הוא גדול מזה (אבל אינו מצדיק את ביטול המיקח מעיקרא) מתקנים את כולו;

ג) אם נערך המיקח על פי הגבולות, ולא על פי המידות, רואים כמחול כל הפרש שאינו עולה על שישית השטח המדובר - אבל אם ההפרש הוא גדול יותר, והמחיר נקבע בהסתמך על ההערכה המוטעית של השטח, מתקנים את הכל (או מבטלים את המיקח) גם במקרה זה;

ד) במקרה שההפרש הוא **בעודף**, ונמנעות ההחזרה בעין מתבטאת רק בעובדה שההפרש אינו מגיע כדי מקרקע עצמאי (היינו ט' קבין בשדה או חצי קב בגינה), ואין למוכר קרקע סמוכה שאליה אפשר יהיה לצרף את ההפרש המוחזר[966] - הרי אף על פי שעקרונית נתון המקרה לתביעה של תיקון כספי, יכול המוכר מכל מקום להעדיף ולתבוע החזרה בעין;

[[516]] ה) מקום שהלוקח מתחייב בתוספת תשלום, ובינתיים הוקרה הקרקע או הוזלה, התוספת היא כשער הזול;

ו) במקרה של ספק אם ההפרש ניתן להחזרה בעין או לא - וכגון שהשתנה המצב בין זמן המיקח לזמן התיקון - הברירה היא ביד הלוקח.

---

[962] קג) ואף אם לא תבע הנפגע, אלא הצד שכנגד נוכח בטעות (במסיבות המראות שאמנם היתה שם טעות, ולא תיקון מכוון של המידה על ידי הצד החסר, לטובתו של רעהו) - חייב האיש להסב את תשומת לבו של הנפגע ולהחזיר לו את ההפרש.

[963] קד) שלא כשיטת הרשב"א.

[964] קה) חו"מ סי' רי"ח סע' ז' ואילך (בשו"ע; סע' ח ואילך בטור ועה"ש), ור' כ"מ על פכ"ח מהל' מכירה הל' י"ב.

[965] קו) כך היא שיטת הנ"י על בבא בתרא ק"ו ב'; ולע"ד זוהי השיטה היחידה מאלו שראיתי היכולה להתישב עם סתירת פירושו של הרשב"ם מזה ועם הדינים של פרק בית כור מזה.

[966] קז) במקביל לכך, במקרה שההפרש הוא בחסר, רואים שם חוסר אפשרות להחזיר את ההפרש בעין, כשאין המוכר יכול להעמיד ללוקח תוספת שתהא עשויה להצטרף לעיקר המקרקע שקנה.

ה. מימכר שלא בא לעולם או לרשות המוכר - מכר עתיד ואחריות המוכר מפני עוררים

דבר פשוט הוא לכאורה, מטבע העניין, שבמידה שאמור המכר להיות לאו דווקא או לא רק חוזה חובי, כי אם חוזה המעביר זכויות בנשוא מסוים בפועל - ובשעת מעשה אין אותו נשוא מצוי כלל בעולם או שאין למוכר כוח להעביר בו זכויות - הרי שמוכרח החוזה לצאת מסוכל ובטל, מחוסר נשוא אשר עליו יוכל הוא לחול. אולם, מסקנה פשוטה זו נוטה להסתבך מצדדים שונים ובכיוונים שונים, באופן המביא את העניין לתחום נושא דיוננו בפרק הזה - וצורת הסיבוך שונה היא משיטה לשיטה. מתוך מצב זה מתאפשר לנו לגשת לעניין בשני אופנים שונים: יכולים אנו לדלות את גורמי ההסתבכות ולהתחקות אחר דינו של כל אחד מהם בכל אחת מן השיטות - ויכולים אנחנו לסקור את השיטות זו בצד זו, על מכלול התפיסה והדינים המוצעים בכל אחת מהן לגבי העניין הנדון בכללו. להלן מנסה אני ללכת לפי האפשרות השנייה.

תפיסת המג'לה היתה כי "כל שאינו בעולם" ו"כל שאין [[517]] מסירתו אפשרית" - מכרם בטל[967]; אולם, אם המסירה לא היתה אפשרית משום שהמכר "תלוי בזכותו של אחר, כגון מכר על ידי מתערב או מכר נכסים ממושכנים", לא היה המכר בטל לחלוטין, אלא עשוי היה להירפא למפרע אם קיבל את אישורו של הזכאי, בעוד שהמימכר, המוכר והלוקח - כולם קיימים[968]. חריג אחר מן התפיסה האמורה היה בעניין "פירות ופרחים ועלים וירקות, הגדלים ובאים קמעא קמעא, ואינם באים כאחד": גידולים שכאלה ניתנו להימכר במכלול אחד, אשר יכול היה להכיל - בצידם של גידולים שכבר עלו - גם גידולים נוספים האמודים לצמוח עמם ועדיין לא עלו[969]. הוראה זו היתה בבחינת חריג לא רק לגבי הכלל שאמרנו, כי אם גם לגבי הכלל הנוסף שנקבע במג'לה (כפי שכבר ראינו לעיל[970]), שהסכם המכר יכול להיות בעל תוקף רק אם אמור הוא לחול ולשאת את תוצאותיו הקנייניות לאלתר - ואין תוקף להסכם אשר תוצאותיו הקנייניות אמורות לחול רק משלעתיד (ואף כאשר הנשוא מצוי בעולם עומד לרשותו של המוכר כבר עכשיו)[971].

בסעיף 64(2) של חוק הפרוצדורה העותמנית נקבעה הוראה הסוטה משיטת המג'לה: "גם חוזים על דברים שעדיין לא באו לעולם הם בני ערך"; אולם, לא נתברר לי אם הוראה זו באה אמנם לאפשר העברת קניין טרומית, מלפני שבא הדבר לעולם, או שמא כוונה היא רק לאפשרות של חוזה חובי להעברתו של הקניין בעתיד לכשיבוא הדבר לעולם.

בצרפת, ראינו שעקרונית יכול המכר להעמיד גם תוצאות קנייניות משלעתיד - ועל רקע זה, התפיסה היא שמכר יכול לחול גם בדבר שלא בא לעולם או שאינו ברשות המוכר (לבד מיומרה למכור נכסי ירושה לפני שמת המוריש[972]). מכר [[518]] כזה מתפרש, לפי המסיבות, באחד משני

---

[967] קח) סע' 197, 198, 205, 209; ור' גם סע' 361, 363, 365. יש לציין כי סעיף אחרון זה פסל, במסגרת העקרון האמור, לא רק מכר של נכסי הזולת, כי אם גם מכר של נכס משועבד, ללא רשותו של קונה השעבוד.

[968] קט) סע' 365, 368, 377, 378.

[969] קי) סע' 207.

[970] קיא) פרק ב', סע' ב', בסמיכות להערות ה'-ו'.

[971] קיב) סע' 172-170.

[972] קיג) סע' 1600 של ספר החוקים האזרחי.

אופנים: או כמכר רגיל, על תנאי שהדבר יבוא לעולם או לרשות המוכר, או כמתן שווי באופן מוחלט ובלתי חוזר, בכפוף לתנאי שאם יבוא הדבר לעולם או לרשות המוכר - ייקנה הדבר ללוקח במחיר אותו המתן. במה דברים אמורים? כשהמכר נערך מתוך ציפייה הדדית שהדבר אמנם יבוא לעולם או לרשות המוכר, או מתוך ציפייה **לסיכוי** שאמנם כך יקרה[973]. אולם כשעל פי תנאי המכר אמוד הקנין לעבור (מתוך טעות, או קלות דעת, או כוונה של זדון) בשעה שלמעשה אין הדבר קיים או שאינו שייך למוכר, יוצא המכר בטל[974].

דין זה, נראה שמתקיים הוא ככתבו במקרה שהתקלה היא באי קיומו הפיסי של הממכר[975]; אך כאשר התקלה היא רק שהדבר אינו שייך למוכר - הבטלות היא רק "יחסית"[976], או הווה אומר מסויגת. הסייג הוא ראשית כל[977] שמן הצד החובי אין רואים כאן את המכר כבטל מלכתחילה, אלא רק כניתן לביטול לפי בחירת הלוקח, כפי שנחזור ונפרט להלן - ובמקרה שהמוכר זכה בדבר לפני שהספיק הלוקח לעמוד על הבטלות החובית, או שבעל הנכס אישר בינתים את המכר, או שאפילו הלוקח עצמו זכה בנכס מכוח זכות חזקה (עקב ההחזקה שהועברה לו על ידי המוכר שלא כדין), נמצא גם המכר הקנייני מתרפא למפרע. במקרה שהלוקח מבטל את המכר, אחר שמלכתחילה הוא לא ידע כי המימכר אינו שייך למוכר, יש לו גם זכות לפיצויים. מצד שני, אף אם אינו מבטל - ואם לא הותנה אחרת - יש לו על כל פנים הזכות לעכב בינתים את תשלום המחיר, כל זמן שיש לו לחשוש שמא ייטרף המימכר מידו ולא ניתנה לו ערובה [[519]] מתאימה שכנגד[978]. ראוי להדגיש כי תקנה אחרונה זו עומדת ללוקח אף כאשר לא נתברר לחלוטין כי אמנם לא היתה למוכר רשות במימכר - כדרוש לשם ביטולו הגמור של המיקח - אלא מספיק שיהא שם אפילו חשש סביר גרידא שהמצב הוא כזה.

מלבד זאת, הסייג השני הוא[979], שעל כל מכר נלווית בתוקף החוק אחריות מצד המוכר, למקרה שאמנם יבואו לנשל את הלוקח בשל פגם בקניין, שהמכר היה אמור להעביר לו. אחריות זו היא משני מינים: אחריות מפני נסיונות של נישול על ידי המוכר עצמו או באי כוחו ואחריות מפני נישול על ידי אחרים. האחריות מן המין הראשון מונעת מן המוכר ובאי כוחו את הזכות להסתמך כנגד הלוקח על פגם כלשהו שהיה בקנין בשעה שהמכר אמור היה להיגמר, והיא מחייבת את המוכר בפיצויים על כל נזק שנגרם ללוקח על ידי הסתמכות שכזאת[980]. על האחריות ממין זה אי אפשר להתנות, ואין היא מתיישנת לעולם.

---

[973] קיד) **פלניול וריפר**, י', עמ' 25-26; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 493-494.

[974] קטו) סע' 1599, 1601 של ספר החוקים האזרחי.

[975] קטז) **פלניול וריפר**, י', עמ' 24; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 489-490. במקורות אלה משתמעים הדברים, כאילו היתה הבטלות במקרה כזה מתיחסת לא רק לעצם הצד הקנייני של המכר, כי אם גם למסגרתו החובית. אולם, מסתבר בודאי שאין הדברים אמורים כך אלא על פי הנחה שהמכר נכשל בלי פשיעת המוכר. כשקיומו של המימכר נמנע בפשיעת המוכר, מסקנה פשוטה היא על פי הדינים הכלליים שאת המכר החובי יראו לאו דווקא כבטל, אלא הלוקח יוכל לדרוש תקנה מתאימה בשל הפרת ההתחייבות.

[976] קיז) ר' הערה לסע' 1599 של ספר החוקים האזרחי בהוצאת **דאלוז**.

[977] קיח) **פלניול וריפר**, י', עמ' 38 ואילך; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 494 ואילך.

[978] קיט) סע' 1653 של ספר החוקים האזרחי.

[979] קכ) **פלניול וריפר**, י', עמ' 31ואילך; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 510 ואילך - ור' סע' 1625 ואילך של ספר החוקים האזרחי.

[980] קכא) דוגמה מובהקת להתפחות כזאת תימצא לנו במקרה שהמוכר מקרקע הולך ורושם זכות קודמת ללוקח אחר: הוא יהא חייב בפיצוי לפי ראש זה, באשר הנזק נגרם על ידי ניצול הזכות במקרקע שנשארה עוד בידו.

האחריות מפני נישול על ידי אחרים היא בעיקרו של דבר התחייבות לסייע ללוקח בכל משפט שיתנהל נגדו בטענה של פגם בקניין אשר היה צריך לעבור אליו על ידי המכר; אך יש גם יסודות אחרים. כך, קודם כל, מתפשטת האחריות גם על המקרה שהעורר הבא לנשל את הלוקח אינו מסתמך על פגם שהיה כבר בקניין בשעה שנגמר המכר, כי אם על פגם שנוצר לאחר מכן, על ידי כך שלפני רישומו של המכר רשם המוכר זכות סותרת לטובתו של העורר.

[[520]] חוץ מזה כוללת האחריות לא רק חובה של סיוע במשפט, כי אם גם את הכפיפות לזכות הלוקח לבטל את המכר ולדרוש פיצויים, כפי שכבר הזכרנו מקודם - ולפעמים אמנם מועמדת היא רק על שני דברים אלה בלבד, כפי שנוסיף ונפרט עוד כאמור.

בתוקף האחריות הזאת יכול הלוקח להזמין את המוכר כצד למשפט המתנהל נגדו בטענה כנ״ל, והדבר מאפשר ללוקח להטיל את כל עומס המשפט על שכם המוכר. אם המוכר והלוקח מפסידים כנגד הטענה בדבר הפגם בקניין, יש להבחין בין המקרה שהנישול הוא שלם (היינו שנמצא כי המכר נכשל לחלוטין) לבין המקרה שהנישול החוא חלקי (והיינו שרק הוכר שעבוד החל הנכס אשר הלוקח אמנם הצליח לקנות). במקרה הראשון רואים את המכר כבטל לחלוטין, והמוכר חייב להחזיר ללוקח את מה שקיבל, בתוספת פיצויים; אבל מן המחיר המוחזר מנכים מה שהלוקח הספיק כבר ליהנות מן הנכס תוך גרימת פחת לערכו[981]. לוקח שהתיימר לקנות את הנכס בדעתו על זכותו של האחר אינו מקבל פיצויים. לעומת זאת, אם הנישול הוא חלקי, יש ללוקח ברירה לבטל את המכר ולדרוש פיצויים או לקיימו תוך ניכוי מן המחיר, לפי ערך הדברים בשעת הנישול (וללא פיצויים). זכות ביטול יש ללוקח רק אם הנישול הוא כזה, שלו ידע עליו מראש הוא לא היה קונה.

אם הלוקח אינו מזמין את המוכר כצד למשפט - עדיין יכול הוא להפעיל נגדו את זכויותיו הנ״ל, אם הוא מוכיח שיצא נגדו פסק דין על פי ראיות מספיקות.

אולם, בשלושה מקרים יכול הלוקח להפעיל את זכויותיו [[521]] אפילו בלי שיפסיד במשפט. המקרה הראשון הוא כשהלוקח נעתר לטענתו של זה בדבר פגם בקנין, והוא מוכיח שטענת אותו הזר היתה כל כך מבוססת, שהתדיינות על הטענות היתה רק גורמת בזבוז. המקרה השני הוא כשמדובר באפותיקי המוטלת על מקרקע בהמיקח, והלוקח מסלק את החוב כדי למנוע טריפה. והמקרה השלישי הוא כשאחר השלמת המיקח מגלה הלוקח כי הנכס משועבד לזכות שלא היתה ידועה לו: במקרה כזה אין הוא צריך לחכות שקונה השעבוד יבקש להגשים את זכותו, אלא יכול הוא לדרוש מיד את הניכוי מן המחיר או את ביטולו של המכר.

[981] קכב) הדברים אמורים כשבשעת המכר כבר לא היה למוכר קניין להעבירו, אבל אם הנישול השלם מבוסס על **חטיפת הרישום** נראה שחלים אותם הדינים על פי הקונסטרוקציה שהמכר רק ניתן לביטול.

שעבודים "גלויים" (וכנראה, גם רשומים) נחשבים כידועים ללוקח, ואין לו תביעת אחריות בגינם; אבל שעבודים הידועים לו באופן אחר (ושעל פי תנאי המכר לא היו צריכים להיות) נותנים מקום לתביעת אחריות, לפחות לאחר התדיינות או ויתור בלית ברירה.

מוכר המתחייב בדין האחריות, יכול לחזור, במקרה המתאים, אל המוכר שמכר לו. אם הוא עצמו העביר את הקניין הפגום בתום לב, יכול הוא לגבות מן המוכר הקודם כל שהתחייב לשם ללוקח ממנו, אבל אם הוא עצמו פעל ביודעין יכול הוא לגבות רק על פי היחסים המקוריים שבין שניהם. על האחריות מפני נישול על ידי אחרים אפשר להתנות. אין לתבוע את המוכר בדין האחריות כל זמן שהמחיר לא נפרע.

[[522]] **באיטליה** דומה הדין בעיקרו של דבר למה שראינו בצרפת[982]. לפי **מסיניאו** יש להבדיל - במקרה של מכר החורג מרשותו של המוכר - בין זכות הלוקח לבטל את המכר משנודע לו העדר הרשות, ולפני שנאלץ להסתלק מפני עוררים, לבין זכויות הלוקח להחזרת המחיר ופיצויים אחרים מכוח דין האחריות של המוכר, ואחר שאמנם נאלץ גם להסתלק מפני עורר. לפי זה מספיק לגבי זכות הביטול, שאף תהא שם רק הסתברות גרידא של העדר הרשות, ובלי שהעדר הרשות יוכח אמנם לחלוטין ובפועל.

לפי התפיסה **הגרמנית**[983], פשוט הוא שבמכר דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשות המוכר אין שום דבר מיוחד: כזכור, המכר הגרמני הריהו רק התחייבות להקנות - ולהתחייב אפשר גם על מימכר מסוג זה. אולם, מטבע הדברים, חלק מהתחייבות המוכר, גם על פי התפיסה הגרמנית, הריהו על כל פנים להעמיד את המימכר לרשות הלוקח כשהוא חפשי מכל זכויות של זרים, במידה שלא הוסכם בין הצדדים אחרת - ואם התחייבות זו יוצאת מופרת, ממילא אחראי המוכר על פי דיני החוזים הכלליים. שעבוד שהלוקח יודע על קיומו - חזקה עליו שהוא מסכים לקבלו על עצמו, ושפוטר הוא את המוכר מחובת פדיונו - לבד משעבודי אחריות נכסים, שבהם חזקה היא כי המוכר חייב לפדותם. מלבד זאת, אם לוקח עצמו הוא למעשה בעל הנכס, רואים את חיובי המכר כבטלים; ובין אם נערך המכר בטעות, בין אם מדעת.

להקנות דבר שלא בא לעולם או לרשות המוכר - במובן של העברת קניין עתה ומלשעתיד - או, בדרך כלל, להעביר קניין באופן שההעברה תחול רק משלעתיד - מסבתבר שאין השיטה הגרמנית מאפשרת[984].

בשוייצריה הדין הוא בעיקרו של דבר כמו בגרמניה. [[523]] אבל על החובה החוזית של המוכר, להעמיד ללוקח קנין שאיננו פגום, מוסיפים פה גם אחריות מיוחדת. אחריות זו דומה בדרך כלל לאחריות בצרפת, אך יש לציין את השינויים הבאים: א) אין כאן אחריות מיוחדת מפני נישול על ידי המוכר עצמו או באי כוחו; ב) כדי שתוצאות המשפט בין העורר והלוקח תחולנה באופן

---

982 קכג) **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 63-58, 105-95.

983 קכד) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 344, 345, 358 ואילך.

984 קכה) ר' בג"ב, סע' 925 ואילך, 929 ואילך (אולם, כפי שראינו בפרק ב', לעיל, בסע' ח', הערה תנ"ה, בסמיכות להערה תנ"ה-1, מאפשרת אף השיטה הגרמנית שההקנאה תתאפשר **למפרע**).

אוטומטי גם על המוכר, אין צורך להזמין את המוכר כצד למשפט, אלא מספיק להודיע לו כי המשפט מתנהל, ואז חופשי המוכר לבחור בעצמו אם להצטרף למשפט או לחכות מן הצד; ג) אם הלוקח אינו רוצה להתדיין עם העורר, וגם אינו רוצה להוכיח למוכר כי ויתורו הוא מוצדק, יכול הוא להשיג את מטרתו על ידי כך שלפני הויתור יודיע למוכר על טענת העורר ויציע לו שיתדיין בעצמו; ד) הלוקח זכאי לפיצויים גם כשהנישול הוא חלקי והוא בוחר לקיים את המיקח[985].

באנגליה נחשב החוזה בענין מכר דבר שלא בא לעולם או לרשות המוכר כ-agreement to sell; ופירוש המושג במקרה זה הוא, שבדרך כלל יוצר החוזה רק התחייבות להקנות בעתיד, ואין החוזה עצמו מעביר את הקניין באופן אוטומטי לכשבאים הדברים לעולם, אלא כשהמימכר הוא פירות הבאים מגוף שכבר ישנו בעולם וברשות המוכר[986]. הדברים אמורים כשהחוזה נערך מתוך ידיעה כי המימכר איננו נמצא בעין בשעת מעשה, ושני הצדדים רק צופים לאפשרות שהמימכר אמנם יבוא לעולם או לרשות המוכר. גם באנגליה - כמו בצרפת - אפשר שהחוזה יהיה מתבטל אם יתברר כי השלמת [[524]] המכר אינה אפשרית - ואפשר להיפך (במכר על דעת סיכוי של של מזל) שהמוכר יזכה בתמורה אפילו כשלא יוכל לקיים את המכר. אם המימכר **אינו נמצא בעולם**, והחוזה לא נערך מתוך הציפייה להתהוותו כאמור - בטל החוזה מעיקרו. כל הדברים האלה מובאים אצל הלסבורי רק בקשר למכר מיטלטלין, אך יש להניח שהוא הדין גם במקרקעין.

אם נערך החוזה בדבר מכר מקרקעין שאינם ברשות המוכר, והצדדים לא התכוונו לסיכוי שהמוכר עוד יקנה את המקרקעין - נראה שדינו העקרוני של החוזה הוא כמכר רגיל בעל תוקף (חוץ ממה שאין הוא מצליח, כמובן, להעביר את הרשות שלא היתה למוכר - אפילו באופן "אקויטבילי"). אולם, כל חוזה בדבר מכר מקרקעין כפוף לחזקה שהמוכר אמנם מעביר בו את הקניין המדובר, כשהוא נקי מכל פגם שאינו ידוע ללוקח; ולכן, אם נמצא בקניין פגם שלא נודע ללוקח, ושהמוכר לא פירש - והמוכר פעל במירמה - יכול הלוקח לבטל את המכר בכלל, ואם המוכר שתק לפי תומו יכול הלוקח להתנגד מכל מקום לתביעה של "ביצוע בעין". מלבד זאת כולל בדרך כלל שטר המכר האנגלי שתי התחייבויות מיוחדות השייכות לענייננו. בהתחייבות האחת מקבל המוכר אחריות על עצמו, שאמנם יש בידו היכולת להקנות מה שהוא מתיימר להקנות; ועל פי זה, אם בסופו של דבר טורפים מן הלוקח את הקניינו או חלק ממנו (אם שעבוד ואם חלק מן השטח) - חייב המוכר לפצותו. ההתחייבות השנייה היא שהמוכר והבאים מכוחו, והאנשים שהוא עצמו בא מכוחם שלא בתמורה, לא יפריעו לללוקח בהנאתו השלווה מן המיקח. ההתחייבות הראשונה מתיישנת תוך תקופה המתחילה עם מתן השטר; ההתחייבות השנייה מתיישנת תוך תקופה המתחילה עם הפרתה[987].

---

[985] קכו) **גוהל**, עמ' 253 ואילך; חוק החיובים, סע' 196-192.

[986] קכז) **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 32-30, 65-64. גם כשהמכר כפוף ל-Sale of Goods Act, 1893, אין ביאת הדברים לעולם או לרשות המוכר מעבירה בהם בסתם את הקנין באופן אוטומטי ללוקח, ברמה "הלגלית" - אלא נחוץ עוד, לשם העברה כזאת, מעשה מיוחד. אולם, בגדרי הזכות "האקויטבילית" עובר הקנין אפילו בסתם: **צ'ולמרס**, עמ' 34-33, ור' גם כלל 5 בסע' 18 של החוק.

[987] קכח) **הלסבורי-סיימונדס**, ל"ד, עמ' 218 ואילך; **צ'שיר**, עמ' 668.

במדינת ישראל חל בענייננו רק סע' 18 של חוק המכר מתשכ"ח, הקובע כי מסירת המכר אשר נשארת בו זכות לצד שלישי היא בבחינת הפרה של חיובי המכר. הסעיף מחייב גם את המוכר לגלות ללוקח כל תביעת זכות של צד שלישי הידועה לו או הראויה להיות ידועה לו לגבי המימכר, לפני המסירה.

[[525]] **בדיני ישראל**, הכלל הוא שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ודבר שבא לעולם אלא שאינו ברשותו - דינו כדבר שלא בא לעולם. על כלל זה רבו הפירושים המבקשים לרככו, ויש מהם המגיעים למעשה עד כדי כך שהופכים אותו על פיו; אבל לע"ד עומדת ההלכה בלתי מעורערת, מפני שהכלל מקובל הוא על דעת רוב הפוסקים, והעיקריים שבהם, ואילו כל השיטות האחרות גוררות קושיות שאין להן תירוץ[988].

תפיסה זו, מצידה, מתקשרת מטבעה לעקרון, שגם דבר המצוי בעולם והנמצא ברשותו של האדם - אין האיש יכול על כל פנים להקנותו באופן שהעברת הקנין לא תחול אלא משלעתיד; ואכן, גם עקרון זה מובן הוא מטבע הדברים, שהרי אם הקניין אמור לעבור רק משלעתיד, ממילא משמע שבינתיים אפשר עוד שהדבר יאבד, או יופקע, או יוקנה לאחרים - באופן שתחולת ההקנאה האמורה תימנע מעיקרא, - ואפשר גם שהדבר ישתנה, או המסיבות תשתנינה, באופן שמכל מקום יישמטו לפחות טעם ההקנאה והצדקתה. ההכרה המוחלטת מראש בהקנאה כזאת אינה אפשרית אפוא ואינה מוצדקת גם יחד - ואם יש שיטות המתיימרות בהכרה מוחלטת כזאת, הרי למעשה אי אפשר כלל מטבע הדברים שליומרתן יהיה בטוי. כל מה שיכולות הן לקיים למעשה מתוך יומרתן הריהו רק שבמסיבות מסוימות - כשההקנאה יכולה עדיין להתגשם בפועל ולא סוכלה מקודם על ידי חזרת הצדדים[989] - תתגשם אמנם ההקנאה, בבוא שעתה, מאליה, מכוחה של מעשה הקנין המוקדם; ואכן, אפשרות כזאת קיימת [[526]] גם בדיני ישראל, כפי שנראה להלן בדיני התנאים (וביחוד בדיני התנאי אשר אנו נקרא לו בכינוי "תנאי דוחה"). אולם, אפשרות זו, מעצם טיבה הריהי, כאמור, מסויגת מאוד: אין היא יכולה להיחשב ככלל המאפשר את קיומה של הקנא משלעתיד, כי אם אדרבה - ראויה היא להיחשב רק כחריג מן הכלל, אשר במהותו העקרונית מוציא הוא הקנאה כזאת כנמנעת; ומאחר שזהו הכלל המחויב, ממילא משמע שגם בדבר שלא בא לעולם או לרשות המקנה מוכרח הכלל להיות כאמור - בהיות שאם עשויה הקנאתו להתאפשר איך שהוא, הרי זה על כל פנים רק בגדרי אפשרות תוקפה של הקנאה על תנאי דוחה.

עם זאת, בגדרי הסייגים החלים בתנאי דוחה, נראה כי יומרה להקנות דבר שלא בא לעולם או לרשות המקנה, תתפרש אמנם כהקנאה מותנית כזאת לעת שיבוא הדבר לעולם או לרשות המקנה

---

988 קכט) ר' ערך "דבר שלא בא לעולם" **באנציקלופדיה התלמודית**.

989 קל) גם הדרישה שהצדדים לא יהיו חוזרים בהם בינתיים היא מחויבת המציאות, שהרי מצד המקנה - פשיטא שיכול הוא להכשיל את העברת הקניין על ידי השמדת הנכס או הקנאה סותרת, ומיגו דיכול לטעון השמדתי או הקניתי לאחרים, ממילא יכול גם לחזור בו בסתם; ואילו מצד הקונה - כיצד יקנה בעל כרחו כאשר בשעה שאמור הוא לקנות אין לו הדעת הנחוצה לכך? - עם זאת צריך להיות ברור כי דברים אלה אמורים אמנם רק מנקודת הראות הקניינית, ולהבדיל מכל חיזוק העשוי להיות מוטל כנגד חזרת הצדדים, מן הבחינה החובית, כאשר ההקנאה נתונה אמנם במסגרת הכנה חובית.

- כל אימת שמסיבות המקרה ואומדן דעתם של הצדדים מאפשרים פירוש שכזה[990]; ואף כאשר פירוש כזה אינו אפשרי, הרי כל אימת שהמסיבות ואומדן דעת הצדדים אינם מורים בכיוון סותר, יינתן לפחות [[527]] מעמד משמעותי לדברי הקניין שביומרת ההקנאה, ותוכר בהם בסתם הרשאה לקנות את הדבר על פיהם, לכשיבוא לעולם או לרשות המקנה, בדרך תפיסה[991]. מלבד זאת, אפשר כמובן להתחייב על הקנאת דבר שלא בא לעולם או לרשות המקנה - על דעת שהחיוב יבשיל לעת שיבוא הדבר לעולם או שתושג בו הרשות[992], בהתאם למה שראינו לעיל[993].

מעבר לכך, אם דימו אנשים לערוך קניין בדבר שלא בא לעולם או לרשות המקנה - ההקנאה היא בטלה; ואם הקונה יודע שההקנאה היא בטלה, ובכל זאת מתיימר הוא לשלם את תמורתה, מסתבר שמעיקר הדין רואים את התשלום בבחינת מתנה. אולם כל מכר שלא הותנה בו אחרת כולל אחריות מאת המוכר לקניין שאותו מתיימר הוא להעביר, ואחריות זו ניתנת בסתם אפילו לקונה המכיר את הפגם בקניין[994].

האחריות היא משלשה סוגים: **אחריות דמעלמא**, שהיא אחריות מפני עוררים כלשהם ומפני בעלי חוב של קודמי המוכר בקניין, שיבואו לטרוף את הנכס בחובם; **אחריות דמחמתיה**, שהיא אחריות מפני בעלי חוב של המוכר עצמו; **ואחריות דנפשיה**, שהיא אחריות מפני תביעה על ידי המוכר עצמו או באי כוחו. מכר סתם כולל את שלשת סוגי האחריות גם יחד[995]; אבל אם פירש המוכר אחריות דנפשיה, הרי זה מיעט את שאר הסוגים, ואם פירש אחריות דמחמתיה, הרי זה כלל עצמו ומיעט אחריות דמעלמא, ואם פירש אחריות דמעלמא - הכל בכלל. הסתלק המוכר מאחריות, בסתם, הרי זה מקבל עליו מכל מקום אחריות דנפשיה; אבל על ידי התנאה מפורשת יכול המוכר להסתלק גם מאחריות דנפשיה. על כל פנים אין המוכר מקבל עליו אחריות מפני בעלי חוב של הלוקח [[528]] עצמו, אשר הנכס כבר השתעבד להם בגין חובו של הלוקח מקודם, - אבל מקבל הוא עליו אחריות בגין חובות המשעבדים את הנכס מטעם אנשים אשר הלוקח בא מכוחם (וכגון שיעקב שעבד את הנכס, והורישו לראובן, וראובן מכר לשמעון שלא באחריות, ושמעון חזר ומכר לראובן)[996].

---

[990] קלא) עה"ש חו"מ סי' ר"ט סע' ט', ט"ו, ט"ז, וסי' רי"א סע' ג'-ד'. ראוי לציין כי במקום שניתן תוקף להקנאה מסוג זה, עם התמלאו של התנאי, ניתן למעשה תוקף לשני קניינים הבאים כאחד: קודם כל קונה המוכר את הנכס לרשותו, ובד בבד עם כך חוזר הוא וקונה את הנכס ללוקח: **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 58.

[991] קלב) שם, סי' ר"ט סע' ח'.

[992] קלג) שם, סע' י"א וסי' רי"א סע' ג' וח'.

[993] קלד) פרק ב', סע' ז', מס' 3 ומס' 1, בסמיכות להערות ש"י ואילך.

[994] קלה) בבא מציעא ט"ו ב'; עה"ש חו"מ סי' רכ"ה.

[995] קלו) הדברים אמורים בעיקר במכר מקרקעין. במכר של מיטלטלין לא תהיה דרך כלל משמעות לאחריות מפני טריפת בעלי חוב, כי מטלטלין אינם משתעבדים לבעלי חוב, לבד מן האפשרות של משכון המוחזק ביד הנושה: ר' עה"ש שם, סע' ב'.

[996] קלז) **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך אחריות. בעניין המובא באחרונה ר' כתובות צ"א ב' - צ"ב א', ורש"י שם, ד"ה נהי דאחריות דעלמא - ומסתבר כי הפירוש הניתן בעניין זה בפי"ט מהל' מכירה להרמב"ם הל' י', וכן בטור ובשו"ע ובעה"ש חו"מ סי' רכ"ו סע' ב' - ואף באנציקלופדיה התלמודית - הריהו משובש. במקורות אלה, הפירוש הוא שאין ראובן חוזר אל שמעון בגין טריפת בעלי חובות קודמים שלו עצמו, מפני שמלכתחילה, כשמכר לשמעון בלי אחריות, מכל מקום קיבל עליו אחריות דנפשיה; אולם, פירוש זה הוא בלתי הגיוני מבחינה עניינית וגם אינו חופף את דיוק לשון הגמרא. לפי דיוק לשון הגמרא - וכפי שהבין אמנם רש"י - אין ראובן חוזר במקרה זה אל שמעון, מפני שגם אם שמעון חזר אמנם ומכר לו באחריות דמעלמא, מכל מקום לא קיבל עליו אחריות דמחמת ראובן הלוקח עצמו.

תוכן האחריות מפני בעלי חוב הוא שהמוכר יחזיר ללוקח כל שווי אשר בעלי החוב יטרפו מידו[997]. האחריות מפני עוררים והאחריות דנפשיה מתיחסות בדרך כלל רק למלוא הקנין הנכלל בהסכם המכירה, אבל לא לפגמים חלקיים בקניין זה, כגון שעבודי שימוש המוטלים על הנכס או חלקי שטח שאינם שייכים למוכר. שעבודים המתגלים בדיעבד - כל זמן שאין הם כרוכים בנישול שלם של הלוקח - נידונים על פי דיני המומים[998], ואילו חלקי שטח שאינם שייכים למוכר נידונים על פי החסר במידות[999].

תוכן האחריות מפני עוררים הוא, שאם ייטרף הנכס על ידי מי שיבוא ויוכיח כי הנכס שלו, יחזיר המוכר ללוקח את התמורה שקיבל, ובמקרה שמלכתחילה לא ידע הלוקח על הטענה נגד הקניין - גם פיצויי נזקים[1000].

[[529]] במה שנוגע לאחריות דנפשיה, נראה כי דעת רוב הפוסקים היא שאין זו שונה מאחריות מפני עוררים דמעלמא; ואם זכה המוכר בנכס אחרי שמכרו ללא רשות - יכול הוא עצמו לטרפו מן הלוקח, כנגד החזרת התמורה שקיבל ותשלום פיצויים במקרה המתאים. אולם, במה דברים אמורים? כשזכה המוכר בנכס שלא בטובתו, כגון שירשו, או שגבאו בחובו מפני שלא היו לחייב נכסים אחרים להיפרע מהם. לעומת זאת, אם זכה המוכר בנכס על פי השתדלותו, כגון שקנאו בכוונה, או שטרח לקבלו במתנה - חזקה עליו שלא טרח אלא כדי לקיים את נאמנותו, מלבד אם יש ראיה כי טרח לתכלית אחרת; ומקום שהחזקה פועלת, זוכה הלוקח בכל זכות שבאה לידו של המוכר. אין החזקה פועלת לטובתו של לוקח אשר מעולם לא האמין כי אמנם יכול המוכר לתת זכות טובה בידו, ומכל מקום אין היא פועלת אלא אם כן זוכה המוכר בנכס לפני שהתחיל בית הדין להכריז על נכסיו כדי להגבות מהם ללוקח את דמי האחריות[1001]. אולם שיטה אחרת יש בזה לר' יהונתן[1002]. לפי פירושו יש להבחין בין המקרה שהמוכר התחייב באחריות דנפשיה לבין המקרה שבו נמנע המוכר מאחריות זו בפירוש. במקרה השני זוכ ה הלוקח בכל זכות שבאה לידי המוכר בתוקף הטירחה שהלה טרח כדי לקיים את נאמנותו; ואם זכה המוכר שלא בעקב טירחה שכזאת - יכולים הוא ובאי כוחו להוציא את הנכס מיד הלוקח (אף בלא החזרת כסף, וכמו על פי השיטה הראשונה[1003]). אבל אם התחייב המוכר באחריות דנפשיה - זוכה הלוקח בזכות שבאה ליד המוכר מכל מקום, ולא זו בלבד שאין המוכר יכול לחזור ולהוציא מידו, [[530]] אלא אף אם מוחזק הנכס באיזה אופן שהוא ביד המוכר - יכול הלוקח להוציא מידו. זכיית המוכר אינה מועילה ללוקח, אם בינתיים כבר התחיל בית הדין להכריז על נכסי המוכר, כנ"ל. לע"ד, אמנם קל יותר לפרש את הסוגייה בבבא מציעא (ט"ו ב' - ט"ז א') על פי השיטה הראשונה, אבל פשט הגמרא בכתובות צ"א ב' ובבבא בתרא קנ"ט א' תומך דווקא בפירושו של ר' יהונתן[1004].

---

997 קלח) עה"ש חו"מ סי' קט"ו.

998 קלט) שם, סי' רל"ב סע' י'; ואם המוכר יכול לסלק את השעבוד, הרי זה יסלק, והמכר קיים.

999 קמ) בית יוסף על חו"מ סי' רל"ב סע' א'.

1000 קמא) עה"ש חו"מ סי' רכ"ה סע' ב' וסי' שע"ג.

1001 קמב) ב"י על טור חו"מ סי' רי"א סע' ב', ורש"י על כתובות צ"א ב', ד"ה אחריות דנפשיה, ונ"י על בבא מציעא ט"ז א', ד"ה ירושה ממילא היא, והריטב"א בשיטה מקובצת שם, וטור חו"מ סי' שע"ד, וב"י שם.

1002 קמג) שיטה מקובצת על בבא מציעא ט"ז א, ד"ה נפלה ליה בירושה.

1003 קמד) ר' בבא בתרא מ"ד ב': "...אינו חוזר עליו, דאמר ליה להכי זביני לך שלא באחריות".

1004 קמה) בבבא מציעא מתנהל הדיון בעניינו על רקע קביעתו של הדין ד"אחריות טעות סופר" - ומכל מקום המסקנה היא שהמוכר חוזר ומוציא מן הלוקח רק מה שנפל לו בדיעבד ללא טירחה. לעומת זאת,

אם הלוקח נתבע על ידי עורר כלשהו, זכאי המוכר תמיד לקבל מעמד של צד משפט, כדי שיוכל להשתתף בדיון ולתמוך בלוקח; אולם, שום חובת השתתפות אינה נובעת מן האחריות שהמוכר מקבל על עצמו[1005].

משנגמר המיקח, ויצאו עוררים על הקניין, הרי על פי שיטת רש"י ורבינו חננאל - שוב אין הלוקח יכול לחזור בו, אלא יחכה עד שיתברר הדין; אבל אם יצאו העוררים אחרי שנערך ההסכם ולפני שנגמר הקניין - רשאי הלוקח לחזור בו, ולא ייחשב כ"מחוסר אמנה"[1006]. לפי פירושו של הרא"ש יכול הלוקח לחזור בו אף על פי שנגמר המיקח, אבל זה רק כל זמן שלא סילק את המחיר ולא גילה את דעתו שנוח לו במיקח אף על פי שיצאו העורים. כדי שיוכל הלוקח לחזור בו נחוץ [[531]] שבית הדין ישתכנע כי אמנם נשקפת ללוקח סכנה של ממש; וביטול המיקח לא יתאשר אפילו כשהפגם בקניין נראה רציני, אם המכר נעשה באחריות, ונראה לבית הדין שהמוכר יוכל לעמוד באחריותו[1007]. לפי שיטת הרמב"ם יכול הלוקח לחזור בו אף משנגמר המיקח, ואף כשנפרע המחיר - כל זמן שהלוקח לא השתמש במיקח, ומשום "שאין לך מום גדול מזה"; אבל נשתמש כלשהו, אפילו לפני שנפרע המחיר - שוב אינו יכול לחזור בו[1008]. אולם, נראה שכל הדברים האלה אינם אמורים אלא כשבשעת ההקנאה היה המוכר מוחזק בנכס או שהיו לו ראיות מספיקות כדי להוציא את הנכס בדיינים מידו של כל תופס אפשרי: אם לא כן, מסתבר שההקנאה בטלה על פניה[1009].

פסק דין כשר שיצא נגד הלוקח הוא אסמכתא טובה נגד המוכר, כדי לחייבו בסילוק אחריותו - ובמקרה שהלוקח החזיר את הנכס לנגזל על פי ראיות טובות, העשויות להתברר בבית הדין, זכאי הוא לסילוק האחריות גם אם החזיר על פי אותן ראיות שלא באמצעות פסק דין[1010]. סילק המוכר את דמי אחריותו, יכול הוא לחזור ולתבוע את המוכר אשר מכר לו באחריות[1011].

השאלה העיקרית **בסיכום הנושא** הריהי מדוע פונות כאן רוב שיטות המשפט למושג של אחריות מיוחדת, ואינן מסתפקות בתוצאות [[532]] הרגילות של מיקח בטל. התשובה היא ודאי בכך, שאת בטלות המיקח בגלל העדר רשות הקנאה ביד המקנה אי אפשר למעשה להוכיח באופן אובייקטיבי

בכתובות נאמר, שהבן **אינו** חוזר ומוציא מן הלוקח מה שנפל לו בירושה ממילא - מפני שקיבל עליו אחריות דנפשיה. כמו כן, בבבא בתרא מנתחת הגמרא את הדין, שאם ראובן מכר את נכסי יעקב אביו, ומת בחיי אביו, חוזר חנוך בן ראובן ומוציא מיד הלקוחות - והתירוץ הוא שזה הדין, מפני שאין חנוך זוכה אלא מכוח ירושתו מסבו יעקב, - ואפשר אפוא לשמוע, שלו מת יעקב בחיי ראובן, לא היו ראובן וחנוך יכולים להוציא, אף על פי שהירושה באה להם ללא טירחה.

[1005] קמו) עה"ש חו"מ סי' רכ"ו סע' א', ור' שיטה מקובצת על בבא מציעא י"ד א', בדברי הריטב"א, ד"ה הכי גרסינן.

[1006] קמז) בבא מציעא י"ד, ור' שיטה מקובצת.

[1007] קמח) בבא מציעא י"ד ובבא קמא ט' א'.

[1008] קמט) פי"ט מהל' מכירה הל' ב'.

[1009] קנ) בבא מציעא ז' א'; ור' לעיל, פרק ב', סעיף ד', מס' 8, בסמיכות להערות ק"ס-קס"ז.

[1010] קנא) עה"ש חו"מ סי' רכ"ה סע' ג'. מסתבר כי דינים אלה חלים בודאי, בתיאומים הדרושים, גם לגבי פסק דין לטריפה חלקית.

[1011] קנב) דוק, למשל, בדברי רמי בר חמא בכתובות צ"א ב' (רמי בר חמא גורס שאם ראובן מכר לשמעון בלי אחריות וחזר ומכר לשמעון באחריות, ונטרף הנכס מראובן מחמת טענות קודמות, חייב שמעון באחריותו לראובן - ומשמע שלו קנה מלכתחילה מראובן גם כן באחריות, היה יוצא פטור).

ומוחלט. הדבר הוא עניין של התמודדות חזקות, וביחוד כאשר אמורה השאלה להתעורר - כמו במסיבות שבהן אנו דנים כאן - לאו דווקא בין אנשים הטוענים כל אחד לזכות של קניין לעצמו, כי אם בין המוכר ללוקח, אשר כדי לסתור את רשות ההקנאה של יריבו, יצטרך הוא להוכיח את יתרון רשותו של שלישי. הוכחה שכזאת אינה אפשרית, כמובן, בלעדי אותו שלישי אשר יבוא ויטען לעצמו[1012] - ומכאן משתמע, כי כל זמן שהשלישי לא טרף את המימכר מן הלוקח בפועל אמנם אין זה יכול כלל לטעון לבטלות המיקח מעיקרא; ואילו משהצליח השלישי לטרוף, הרי לגבי הלוקח שוב אין נפקא מינה אם על פי דין אמת טרף ואם לא, אלא החשוב לדידו הוא שעל כל פנים נמצא לשלישי עודף ראיות כזה, אשר איפשר לו לטרוף על פי דין לכאורה. בהתאם לכך התקנה הדרושה ללוקח כנגד המוכר היא לאו דווקא למקרה של התגלות בטלותו של המכר, כי אם למקרה של טריפה משפטית, ובין אם המכר לאמיתו כשר הוא או לא - וזוהי התקנה הניתנת על ידי תנאי האחריות[1013].

[[533]] עם זאת, אף כאשר העורר אינו בא וטוען ומצליח לטרוף את הנכס - אלא רק יושב הוא במקומו ומודיע באופן סביר כי יש לו טענות כך וכך, אשר עתיד הוא לעמוד עליהן לכשיעלה הרצון מפניו - יתכן מאוד כי עניינו של הלוקח ייצא אמנם נפגע למעשה מכל מקום - בייחוד, למשל, על ידי התוצאה הנמשכת מכאן לגבי ירידת ערכו של הנכס; ולכן, מאחר שאין הדברים מספיקים כדי להעמיד את המכר על דין של בטלות מעיקרא, באמת נזקקות השיטות הדייקניות גם במסיבות אלו לתקנה מיוחדת. נראה לומר כי הפתרון המושלם נמצא לדבר על ידי צירוף שלש השיטות שהבאנו לענין זה בדיני ישראל: שיטת רש"י ורבינו חננאל - למקרה שמלכתחילה לא נודעו העוררים למוכר והמחיר כבר שולם, וכן למקרה שהעוררים נודעו ללוקח לפני גמר המיקח; שיטת הרא"ש - למקרה שמלכתחיילה לא נודעו העוררים למוכר, והמחיר עדיין לא שולם; ואילו שיטת הרמב"ם, המדמה את העניין לדין המומים - למקרה שמלכתחילה היו העוררים נודעים למוכר, והוא לא גילה את קיומם ללוקח[1014].

[1012] קנג) נניח, למשל, שראובן מדמה לקנות משמעון נכס שהיה ידוע בשייכותו ליעקב, על פי ראייה כי שמעון ירש את הנכס מיעקב שמת - ועתה באים עדים המעידים כי ביום המכר ראו את יעקב חי בארץ אחרת וכי פסק הירושה הושג למעשה במרמה, - אלא שעם זאת יעקב עצמו אינו מופיע ואין לנו ממנו טענה כלשהי. ברור כי במקרה כזה אין ראובן יכול לטעון מכל מקום לבטלותו של המכר, מפני ששמעון יכול עדיין לתרץ, שבעצם לא היה הנכס שייך ליעקב מלכתחילה, או שעל כל פנים נתן יעקב את הנכס לשמעון במתנה וכל כיוצא בזה - ובאין טענה נוגדת מיעקב, ממילא יצטרך שמעון לצאת נאמן. פירושו של דבר הוא, אם כן, במלים אחרות, כי משנתקשר הלוקח במעשה קניין עם מי שהתיימר להקנות לו תוך היותו מוחזק בקניין, הרי לדידו נשאר האיש בחזקת רשאי להקנות, באופן שאינו ניתן למעשה לסתירה על ידיו.

[1013] קנד) ראוי גם לציין כי הדין המיוחד של האחריות חשוב למעשה לא רק בגלל נוחותו של הלוקח, כי אם גם לפי שיקולים עיוניים רחבים יותר - ואף להבטחת מעמדו של המוכר בעצמו. בלעדי המוסד של "אחריות" נאלץ היה המשפט לאפשר ללוקח להשתמש בפסק הדין שיצא נגדו במשפט עם העורר, בבחינת ראייה גמורה לבטלות ההקנאה, גם בהתדיינות חוזרת שבינו למוכר - ותוצאה שכזאת היתה סותרת את העקרון שפסק דין בין ראובן לשמעון אינו ראייה נגד לוי, שלא היה צד במשפט. אולם, עקרון זה באמת אסור לו להיסתר אף בעניין המיוחד שבו אנו עוסקים כאן, מפני שגם אם ראוי הדבר לחייב את המוכר כלפי הלוקח על סמך פסק דין שיצא בין הלוקח לעורר, מכל מקום אין מן הראוי לשלול מן המוכר את האפשרות לחזור ולהתקיף את פסק הדין במשפט אשר ימצא הוא לנכון לנהל כנגד העורר שכזה. מוסד "האחריות" עוקף אפוא את הקושי על ידי שמאפשר הוא להסדיר את יחסי התשלומים, בלי לקבוע מסמרות לגבי תוקף ההקנאה לאמיתה.

[1014] קנה) שהמוכר חייב לגלות ללוקח את קיום העוררים הידועים לו - ר' בפי"ט מהל' מכירה הל' א'. ויש להעיר, כי אמנם, בדין המומים הרגיל, אין הכרח שהמוכר יהא יודע על קיום המום מלכתחילה; אולם במקרה שלפנינו, כל עצמו של המום איננו בשום דבר ממשי, כי אם רק בטענות מן הצד - ונראה לומר שאם הטענות אינן ידועות מלכתחילה אפילו למוכר בעצמו, הרי שלמעשה אין שם מום באותה שעה, - ואילו עוררים שטענתם נודעה רק לאחר גמירתו של המכר הרי הם בבחינת מום חדש, שהמוכר אינו אחראי לו.

[[534]] לבסוף, צריך הדבר עיון, מהו בכל אלה הדין כאשר המכר איננו מכר הגוף, כי אם הקנאה לשעבוד - והיינו שכירות. לגבי האפשרות הזאת, ראיתי הלכה מפורשת רק באשר לעצם התוצאה, שאם מתגלה כי למשכיר לא היתה מלכתחילה הרשות להשכיר, מפני שהנכס שייך היה לשלישי - ההשכרה היא בטלה, והמשכיר מחזיר לשוכר את השכר שקיבל, ונשאר הדין בין השלישי לבין השוכר ביחס לשימוש אשר זה עשה בנכס בינתיים[1015]. אולם, הלכה זו נקבעת בלי בירור השאלה, **כיצד** מתחייב כאן המשכיר בהחזרה: האם לפי שיטת האחריות, כמו במכר הגוף, או שמא אין שיטת האחריות מתאימה פה - מפני שיש פנים לומר, כי אין העורר עשוי לבסס כאן לעצמו את מלוא טענותיו (המכוונות לא רק נגד מעמד השוכר בלבד, כי אם גם נגד המשכיר כבעל בית) אלא אם יתדיין עליהם עם המשכיר בעצמו. התשובה הנראית לי על שאלה זו הריהי שלמעשה אין כאן סיבה לשום שינוי בדינים[1016] - וכל מה שראינו בדיני מכר הגוף ראוי אמנם לחול גם בשכירות. [[535]]

ו. ביטול המכר

בין דיני-הלואי של המכר ראוי לנו לעמוד גם על הדינים המיוחדים החלים במקרה של ביטול המכר בדיעבד - והיינו מכר שהוא בעל תוקף מלכתחילה והבא לידי ביטול לאו דווקא על-פי איזה תנאי מוסכם אשר בו הוא נכרך מעיקרא כי אם על-פי ברירה הנמצאת לכך בדיעבד, על-פי דין, לאחד הצדדים (או לשניהם).

בעניין זה מסתבר שעל-פי **המג'לה** היתה מספיקה הבעת הרצון של הצד הזכאי לביטול, כדי שהמכר יתבטל אמנם למעשה. סע' 372 קבע כי במקרה שהמכר ניתן לביטול על-ידי כל אחד מן הצדדים, פוקעת זכות-הביטול "אם אבד המימכר ביד הלוקח, או שהשחיתו, או שיצא מתחת ידו על דרך מתנה או מכר שלם, או שהוסיף הלוקח דבר על המימכר, כגון בית ותיקנו, או מגרש ונטע בו עצים, או שחל בממכר שינוי שיש עמו שינוי השם". אם המכר ניתן לביטול רק על-ידי אחד הצדדים, נקבעו סייגי הביטול לגבי כל מקרה לחוד, בדיני אותה זכות-הביטול (כפי שראינו, למשל, לעיל, בדיני המומים - וחוץ מאשר בסע' 187, אשר התיר ביטול מחמת הפרתו של תנאי-לואי ולא קבע לכך שום סייגים מסוימים). לגבי מכר שניתן לביטול על-ידי כל אחד מן בצדדים קבע סע' 337, שאם אמנם יבוא המכר לידי ביטול, "הרי אם שולם המחיר, יכול הלוקח לעכב תחת ידו את הממכר עד שיחזיר לו המוכר את המחיר".

אם בכל זאת יש פנים לומר שלפעמים יוכל המכר להיות ניתן לביטול אף בגין עוררים חדשים שכאלה, הרי זה לא על פי ההגיון של דין המומים, כי אם רק על פי ההנחה שאין לחייב את הלוקח בתשלום, במסיבות שבהן מסתבר כי בעוד זמן קצר יהא הוא זכאי להחזרתו מכל מקום.

[1015] קנו) עה"ש חו"מ סי' שס"ג סע' כ'-כ"א.

[1016] קנז) ראשית, מפני שלגבי העורר יתכן כי התימרותו של המשכיר במעמד בעל הבית תהיה בלתי מעניינת, ודי יהיה לו רק בסילוקו של השוכר המחזיק בנכס בפועל. למקרה כזה אך פשוט הוא כי השוכר ראוי לכיסוי של אחריות מצד המשכיר - שמא עם כל רצונו הטוב לא יצליח למצוא את המשכיר כדי לצרפו כעד או כצד במשפט. ומצד שני, אף אם העורר מוצא לנכון להתדיין רק עם המשכיר, ומצליח הוא בתביעה כנגדו, בלי שהשוכר צורף כצד - שוב חוזרים אנו ממילא גם כן לדין שראינו כבר במכר הרגיל, שעל פי ראיות טובות רשאי הלוקח להחזיר לעורר אף בלי התדיינות משלו: לפי זה משתמע כי פסק הדין שיצא נגד המשכיר ישמש אמנם באופן אוטומטי כראייה טובה ומועילה גם כנגד השוכר - וגם מצד זה אין אנו נזקקים אפוא בענייננו לשום חידוש מיוחד.

בצרפת, הדין הכללי הוא שאין ביטול חוזה מן הסוג הנידון כאן אלא באישור בית-המשפט, ובמקרה שתביעת-הביטול היא בגין הפרה, קובע בית המשפט לפי ראות עיניו במסיבות המקרה אם ראוי לאשר את תביעת הביטול או לדחותה. האישור [[536]] מבטל את החוזה למפרע, והצדדים חייבים להחזיר זה לזה מה שקיבלו, במצב הדברים המקורי. עם הביטול רשאי בית-המשפט לפסוק פיצויים. הלוקח חייב גם להחזיר את הפירות שאכל, והמוכר משלם ריבית בעד התשלום שגבה - אך במקרה של ביטול מחמת אונאה אין חובות אלו חלות למפרע, כי אם רק מיום התביעה. מבחינה עקרוניתמתקיים הביטול גם נגד באי-כוחו של הלוקח המקורי - אולם, דין זה אינו חל למעשה במיטלטלין, ואף במקרקעין נסוג הוא מפני זכות-החזקה אשר הלוקח עשוי היה לזכות בה בינתים, וכמו כן מפני זכותו של לוקח רשום, כאשר חיוב המחיר לא נרשם כאפותיקי תוך הזמן הקבוע של חדשיים. אם עילעי הביטול אינה מתבטאת באי-סילוק המחיר, מתקיים הביטול כנגד באי-כוחושל הלוקח, במקרקעין, ללא שום תלות ברישום; אולם, אם תביעת הביטול וכל פסק הדין המאשר או דוחה תביעה כזאת לא נרשמו תוך הזמן הקבוע, ונפגע אדם אשר זכותו נרשמה, הרי זה זכאי לפיצויים[1017].

באיטליה, כשזכות-הביטול היא בגין הפרת החוזה על ידי הצד שכנגד, אין צורך בהכרעה משפטית כדי להשיג את הביטול, אלא די שהזכאי יודיע לבעל-דברו כי דורש הוא ביטול במקרה שהלה לא ימלא את המוטל עליו תוך חמישה-עשר יום (או תוך ארכה מתאימה אחרת) - ואז, כשהאיש אינו ממלא במועד, מתבטל החוזה מאליו. לעומת זאת, כשזכות הביטול היא בגין תנאים נצלניים או בגין פגם בכושר המשפטי או במפגש-הרצונות, נראה שזקוק הביטול להכרעה משפטית. הביטול, יש לו בדרך-כלל תוקף רק בין הצדדים ואינו פוגע בזכויות שנולדו בינתיים לצדדים שלישיים - בכפוף לתוצאות [[537]] האפשריות לגבי צד שלישי, כאשר המדובר הוא בזכויות הטעונות רישום, ואילו תביעת הביטול נרשמה כראוי. כאשר הביטול הוא בשל פגם בכושר המשפטי, נראה שמועיל הוא גם נגד צדדים שלישיים מכל-מקום, ואילו כשהביטול הוא בשל פגם במפגש הרצונות אין צדדים שלישיים מוגנים אלא אם קנו בתמורה ובתום-לב[1018].

בגרמניה אין לחזרה מן המכר, כשלעצמה, תוצאות קנייניות, אלא תוצאות חובותיות בלבד: היא מבטלת את החוזה למפרע ומחייבת כל אחד מן הצדדים להחזיר לרעהו את מהשקיבל בתוקף החוזה המבוטל[1019]. הביטול נעשה על-ידי הצהרה של הזכאי, ואין צורך בשום צורה מיוחדת,

---

[1017] קנח) **קולין וקפיטן**, ב' עמ' 142 ואילך, עמ' 504, עמ' 544 ואילך; ור' ספר החוקים האזרחי, סע' 2102 ס"ק 4 סע' 2103 ס"ק 1, סע' 2106 ,2108; והצו מיום 4 בינואר 1955 בדבר תיקון דיני רישום המקרקעין, סע' 28 ס"ק 40, סע' 30 ס"ק 4.

[1018] קנט) ספר החוקים האזרחי, סע' 1413, 1454, 1458, 1452, 1445.
בהקשר זה ראוי להעיר כי בצרפת ובאיטליה מתמיינות זכויות הביטול השייכות לענייננו בשלשה או אף בארבעה מונחים שונים, לפי עילותיהן - אך נראה כי אין לכך שום משמעות יותר עמוקה. הביטול בשל הפרה קרויה resolution (או risoluzione); הביטול בשל אונאה או תנאים נצלניים קרוי rescision (או rescissione); ואילו הביטול בשל פגם בכושר או במפגש-הרצונות קרוי annulation (או annullamento). הביטול בשל מום נסתר קרוי בחוק האיטלקי risoluzione (סע' 1492, 1493), אך בחוק הצרפתי אין עומדים בפירוש על התוצאה העקרונית של ביטול החוזה במקרה זה, אלא מציינים רק את התוצאות המעשיות, שהלוקח מחזיר את הסחורה והמוכר מחזיר את המחיר (סע' 1644). בהתאם לגישה הזאת נקראת תביעת הביטול בשל מום בשם המיוחד action redhibitoire (**קולין וקפיטן**, ג', עמ' 331 - ור' בדומה לכך גם באיטליה azione redibitoria: **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 106).

[1019] קס) מציינים שהחוק סוטה כאן מן העקרון הפשוט, שדברים אשר ניתנו על-פי חוזה בטל חוזרים רק על-פי דיני "ההתעשרות שלא כדין".

אפילו כשעריכת החוזה נזקקת לצורה. בהחזרת הדברים יש לצדדים זכות עיכוב הדדית. למרות התפיסה החובית של הביטול, אין החזרת הדברים פועלת רק בכיוון עתיד, אלא ההקנאה מתבטלת על-ידיה למפרע - כמו החוזה החובי עצמו. בעד תשלום העומד להחזרה משתלמת ריבית. אבדן הדבר, השחתתו, [[538]] הקנאתו לאחרים או חוסר-יכולת להחזירו מסיבה אחרת, שלא בפשיעת הצד הזכאי, אינם מבטלים את זכות-הביטול: מה שצריך להחזיר את הדבר מחזיר אז רק עד כמה שאפשר, תוך פטור מכל אחריות לגבי היתר, ואילו הוא מצידו יכול לדרוש את החזרת הדברים המגיעים לו. עם זאת, במקרה שהאדם הצריך להחזיר קיבל תמורה בעד הדבר, או זכות לתבוע תמורה, מצד שלישי, הרי את הזכות או את התמורה שקיבל חייב הוא להעביר לחברו. אם החזרת הדבר נעשתה בלתי-אפשרית באשמת הצד הזכאי לביטול - זכות הביטול מתבטלת. העובדה, שאדם זכאי לבטל חוזה באשמתו של הצד שכנגד, אינה מזכה אותו, כשלעצמה, בפיצויים[1020].

בשווייצריה דומים הדינים בעיקרו של דבר: ר' סע' 109, 207, 208 של חוק החיובים.

באנגליה מעורבת התפיסה בענייננו משני מושגים: זכות-ביטול העשויה לעמוד לאדם מכוח הקומון-לו, ואשר הזכאי בה יכול לתת תוקף לביטול באופן חד צדדי, וזכות-ביטול העשויה לעמוד לאדם מכוח האקמטי והזקוקה למעשה להכרעה משפטית. הביטול באופן הראשון קרוי repudiation, והביטול באופן השני קרוי rescission[1021]. נראה כי בימינו נוטים שני האופנים להתערבב ביניהם[1022]. שני האופנים גם יחד, פירושם הוא החזרת הצדדים למצב שבו הם היו לפני שנערך החוזה, והזכות אובדת כשההחזרה אינה אפשרית; אולם אין הכרח שההחזרה תהיה דווקא מושלמת, וזכות-הביטול עשויה להיות מוכרת אף כאשר ההחזרה תיתכן עוד רק בעיקר-הדברים. זכות-הביטול [[539]] אובדת גם-כן אם הזכאי מגלה כי נוח לו לקיים את החוזה אף לאחר שנודע לו כי יש לו זכות-ביטול, וכמו-כן אובדת הזכות אם בינתיים הקנה הלוקח את הממכר לאדם שלישי, שקנה בתמורה ובתום-לב (והממכר לא הוחזר). אם הצד שגרם לזכות-הביטול לא פשע, אין עליו חובת פיצויים, אבל אפשר לחייבו ב-indemnity, במידה שנחוץ הדבר כדי להשלים את החזרת המצב לקדמותו[1023]. בהקשר זה ראוי להעיר על דין אנגלי מיוחד, על-פי הקומון-לו, במקרה שהזכאי לבטל את המכר הוא המוכר, אין הוא חייב להחזיר ללוקח את מה ששילם, אלא-אם-כן הלה מוכיח שאמנם נועד התשלום לבוא על חשבון המחיר ולא היה ערבון בעלמא לקיום המיקח; ואפילו כשהלוקח הוא הזכאי לביטול, אין המוכר חייב בהחזרת התשלום שקיבל אם לא היתה הפרה של החוזה מצידו; אולם, כללים אלה נדחים כיום מפני חוק הקובע כי בכל מקרה רשאי בית-המשפט לצוות על החזרת התשלום, כראות עיניו[1024]. אם המכר מתבטל שלא באשמת הלוקח, יש ללוקח זכות-עיכוב בממכר, כנגד מה ששילם, הריבית על מה ששילם

[1020] קסא) **אנקצרוס - חיובים**, עמ' 131 ואילך.
[1021] קסב) **סאטון ושנון**, עמ' 157, 160, 161.
[1022] קסג) **טריטל**, עמ' 312.
[1023] קסד) **סאטון ושנון**, עמ' 160 ואילך; **טריטל**, עמ' 319 ואילך; **אנסון**, עמ' 193 ואילך.
[1024] קסה) **צ'שיר**, עמ' 640-641. מאחר שחוק המכר במדינת ישראל אינו כולל סעיף הפוטר את ענייני המכר מתחילת סע' 46 של דבר המלך במועצתו (דוגמת סע' 160 של חוק המקרקעין, תשכ"ט), נראה כי במדינת-ישראל דהאידנא חל עדיין בנקודה זו דין הקומון-לו בלי התיקון: ר' **דוכן**, עמ' 161-162.

וההוצאות שנשא בהן. כדי שלזכות העיכוב יהיה תוקף נגד לקוחות בתמורה (במקרקעין), נחוץ שהזכות תירשם[1025].

במדינת ישראל קובע סע' 8 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א, כי ביטול החוזה מוסב על-ידי הודעה הניתנת על-ידי הזכאי תוך זמן סביר. סע' 9(א) קובע כי "משבוטל נחוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על-פי החוזה או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי-אפשרית או בלתי [[540]] סבירה או שהנפגע בחר בכך (!); והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי-אפשרית או שהנפגע בחר בכך (!!)". סע' 11 קובע כי במקרה ש"הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שווים ביום ביטול החוזה". חיוב הפיצויים לפי סעיף זה נמנע רק כשההפרה היתה באונס (סע' 18), ולכאורה נראה שהחיוב חל לא רק כשההפרש הוא לרעת המבטל, כי אם אפילו כשההפרש הוא לטובתו. בסיפא של סע' 31(א) לחוק המכר, תשכ"ח, נקבע כי במקרה שהלוקח צריך להחזיר למוכר את הסחורה שקיבל יש לו בה זכות-עכבון כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המוכר.

בדיני ישראל נראה שהחזרה מבטלת את המכר למפרע, ומתבצעת היא על-ידי הודעת הצד הזכאי. אם המדובר הוא בלוקח, נראה שאין הביטול נגמר על-ידי ההודעה לבדה, אלא עוד צריך הלוקח להעמיד את הממכר בתנאים נאותים לרשות המוכר - אלא-אם-כן פטור הוא במקרה הנידון מהחזרת הממכר בכלל. הזדמנות כזאת אפשרית כשהממכר אבד לחלוטין מסיבה שהמוכר עצמו אחראי לה. אבד הממכר לחלוטין מסיבה שהמוכר אינו אחראי לה - שוב אין הלוקח יכול לחזור בו. אם נפגם הממכר, יכול עוד הלוקח לחזור בו, אבל [[541]] מסתבר כי רק בתנאי שהפגם נובע מסיבה שהמוכר אחראי לה, או משימוש שהלוקח עשה בממכר ברשות (ושאין בו משום מחילה על זכות החזרה), ואולי גם מאונס שנגרם לפני שהיתה ללוקח שהות נאותה להגשים את הביטול; ומכל-מקום, אם נגרם הפגם שלא עקב השימוש הרגיל בממכר, ולא מסיבה שהמוכר עצמו אחראי לה, אין הלוקח יכול לחזור בו אלא תוך התחייבות לפצות את המוכר על הנזק שנגרם[1026]. למקרה שזכות החזרה עומדת למוכר, לא מצאתי שום הלכה מפורשת, אך מסתבר שעל זכות החזרה של המוכר אין אם-כן שום הגבלה[1027]. אם אבד הממכר או נפגם, עדיין תפס הביטול, אך הלוקח אחראי רק כשומר חינם[1028], ואם בינתיים הקנה הלוקח לאחרים - בודאי העקרון הוא שההקנאה מתבטלת, והמוכר מוציא מיד הלקוחות. מסתבר שבאין מרמה אין הביטול מלווה בחובת פיצויים[1029]. השבחת הדבר ביד הלוקח אינה מונעת חזרה, אבל הלוקח מקבל את דמי השבח כיורד ברשות[1030]. [[542]]

[1025] קסו) **סנל**, עמ' 493-492.

[1026] קסז) דוק בשו"ע חו"מ סי' רל"ב, סע' י"ג-ט"ו, י"ח, כ' כ"ב.

[1027] קסח) אמנם, נראה לומר שאף בדיני ישראל - בדומה לשיטות אחרות שראינו - יש ללוקח זכות עיכוב בממכר, עד להחזרת המחיר על-ידי המוכר, על-פי דיני המשכון הכלליים; אולם, זכות העיכוב אינה כמובן בבחינת הגבלה על זכות החזרה - והיינו שיש להסיק כי הודעת-הביטול של המוכר תופסת מבחינה עקרונית, אף אם אין למוכר מזומנים להצעת החזרה של התשלום לאלתר (ובהבדל מדין הלוקח).

[1028] קסט) דוק בבאר-הגולה על חו"מ סי' רמ"א, סע' ח', ס"ק ק', - ור' בספר על "החזקה ודיניה", פרק ו', סע' ז', מס' 3.

[1029] קע) שו"ע חו"מ סי' רל"ב סע' כ"א.

[1030] קעא) שם, סע' י"ד.

ז. כפיפות המכר לזכויות מצרנות

כעין דין-לואי של המכר ניתן לראות גם באפשרות, שהמכר יהא כפוף לזכויות-ביטול מסוימות, על-פי דיני-קדימה לרכישת הנכס הנמכר, הנקבעים במישרין מכוח המשפט, לטובת צדדים שלישיים. הדגשנו את תחולת דיני-הקדימה במישרין מכוח המשפט, כי יתכן שדין-קדימה לטובת צד שלישי יחול על הנכס על-פי הסכם קודם בין המוכר עצמו לאותו צד שלישי - ודין-קדימה כזה, כמובן, אינו בבחינת דין-לואי של המכר, אלא נדון בו לחוד להלן, בדיני התנאים. שני המינים של דיני-הקדימה נבדלים גם ביניהם על-פי הכינויים המתייחדים להם לפעמים בתורת-המשפט. כך, בלשון המשפטית שלנו, נודעים דיני-הקדימה ההלכתיים במושג של **דיני דבר-מצרא**, או זכויות **מצרנות**, על שמו של אחד מדיני-הקדימה הללו, הנקבע לטובת שכנו של המוכר - והיינו בר-מצרא שלו, או האיש השוכן על מצרו או גבולו. אולם, באמת, דין-הקדימה לטובת השכן אינו דווקא החשוב ביותר בסולם של זכויות המצרנות בדינינו. למעשה, קודם לו ויותר חשוב ממנו הוא דין-הקדימה לטובתו של שותף.

1. זכויות-המצרנות בשיטות משפט נכריות

לעומת זאת, **המשפט הרומי** לא ידע את דין-הקדימה לא לטובת השותף ולא לטובת השכן[1031] - והשיטות האירופיות של ימינו ירשו בדרך-כלל את ההעלם הרומי הזה. אולם, אין משמע שבשיטות האירופיות לא נוכל למצוא שום חומר השוואתי בענייננו. אדרבה.

אף המשפט הרומי, בהתפתחותו המאוחרת, ידע את זכות [[543]] המצרנות לפחות במקרה של מכר השכירות הקניינית (emphyteusis) על-ידי השוכר. השוכר חייב היה להודיע על המכר לבעל הקרקע, ומשניתנה ההודעה היתה לבעל הקרקע הברירה לגבות 2% מן המחיר שהתקבל או להיכנס תוך חדשיים תחת הלוקח. אם ההודעה לא ניתנה, או שהיתה ההודעה מסולפת ביחס למחיר, היה בעל הקרקע זכאי לסיים את השכירות[1032]. דין דומה נקבע כיום בסע' 966 של החוק האזרחי **האיטלקי**: "במקרה שנמכרת זכותו של השוכר הקנייני, מעדיפים את המשכיר תוך ציון המחיר הנקוב בה; המשכיר צריך לממש את זכותו תוך התקופה של שלשים יום. באין הודעה יכול המשכיר, תוך שנה משנודעה לו המכירה, לפדות את הקניין מאת הלוקח או מבאי-כוחו. במקרה שהמשכירים הם רבים, ואין הם ממשים את זכות-הקדימה (la prelazione) כלם ביחד, יכול לממשה - כולה - אפילו אחד מהם, והוא נכנס בבחינת שוכר כנגד המשכירים האחרים". **בצרפת**, להיפך, בספר החוקים החקלאי (code rural), נקבע בצו מיום 16 באפריל 1955, ניתנת זכות מצרנות (droit de preemption) **לשוכר** החקלאי, כאשר הנכס המושכר נמכר על-ידי המשכיר. ההוראות המסדירות את הדבר (סע' 790 ואילך של החוק) הקומסובכות למדי ולא נסקרן כאן בפרוטרוט.

מלבד זה יש זכות-מצרנות ליורשים, במקרה שאחד מהם מוכר את חלקו - או חלק חלקו - לזר, לפני החלוקה. כל זמן שהחלוקה לא בוצעה יש במקרה כזה ליורשים האחרים האפשרות לסלק את הלוקח על-ידי כך שמחזירים הם לו את המחיר - בתוספת הוצאות החוזה והריבית - והם נכנסים תחתיו כאילו קנו, באמצעותו, במישרין מן המוכר; אולם, אם הלוקח המקורי עדיין לא

[1031] קעב) **דרנבורג**, א', עמ' 465.
[1032] קעג) שם, עמ' 649.

סילק את המחיר למוכר, אין הטורפים מן הלוקח אחראים, והמוכר יכול לתבוע את הסילוק רק מן הלוקח המקורי לבדו. אם המכר הוא באמצעות חליפין, קובעים את דמי-הסילוק לפי שומא. מומשה הזכות רק על-ידי חלק מן הזכאים, הפסידו הזכאים האחרים את תביעתם. כך על-פי [[544]] **המשפט הצרפתי** (droit de retrait)[1033]. **בחוק האיטלקי** קובע סע' 132: "היורש במשותף, הרוצה להעביר לזר את חלקו או חלק ממנו, צריך להודיע ליורשים האחרים על הצעת ההעברה, תוך ציון המחיר הנקוב בה, ויש ליורשים האחרים זכות-קדימה. את הזכות הזאת יש לממש תוך חדשיים מעת ההודעה האחרונה. באין הודעה, יש ליורשים האחרים זכות לפדות את החלק מאת הלוקח או מבאי-כוחו, כל זמן שנמשכת שותפות היורשים. במקרה שהיורשים המבקשים לממש את זכות-הפדיון הם רבים, מעמידים את החלק לכולם בחלקים שווים". **מסיניאו** מדגיש כי זכות-הפדיון אינה נתונה במקרה שההעברה נעשתה במתנה, אך יש זכות-פדיון כשההעברה נעשתה בדרך חליפין. כמו כן מציין הוא שהפודה נכנס תחת הלוקח המקורי, למפרע[1034].

בגרמניה נקבעת זכות דומה בסע' 2034-2037 של הבג"ב (vorkaufsrecht der miterben). הזכות מתקיימת כאן במשך חדשיים: כל זמן שלא בוצעה הקנאת החלק במוחזק (וקיים רק חוזה המכירה החובי), יש ליורשים זכות שהמוכר יעדיפם על פני הלוקח החובי, ומשבוצעה ההקנאה - יש ליורשים זכות לפדות את החלק מאת הלוקח או מבאי-כוחו. זכות-המצרנות הזאת עוברת בירושה. מעבר לכך מסתבר שבאים הדברים לידי השלמה על-פי הדינים של זכות-הקדימה החוזית[1035], כלהלן: אין הזכות קיימת אלא אם נערך מכר חובי עם האדם הזר; זכות-הקדימה מתממשת על-ידי הצהרה; ההצהרה מעמידה מיקח חובי בין הזכאי והחייב על-פי תנאי המכר המקורי; אם התנאים הללו כוללים התחייבות מצד הלוקח שבלעדיה לא היה המכר נערך ואשר הזכאי אינו יכול למלא אחריה, משלם הזכאי את ערך אותה התחייבות בכסף - ואם אין ההתחייבות ניתנת להיאמד בכסף, בטלה זכות-הקדימה; כולל המכר המקורי דברים נוספים המכוסים במחיר ושאליהם אין זכות-הקדימה מתיחסת - אומדים את הערך היחסי של נשוא זכות-הקדימה, ובהתאם לזה משלם הזכאי, אולם החייב יכול לדרוש שזכות-הקדימה לא תמומש [[545]] אם לא ייכללו הדברים הנוספים או חלקם - אלא אם ניתנים אותם דברים להיפרד מנשוא הזכות בלא נזק לחייב; ניתנה ללוקח המקורי הארכה לתשלום המחיר, יכול גם הזכאי לקבלה, אם יתן ערובות; את החדשיים שבהם מתקיימת הזכות כנ"ל יש לחשב מן היום שבו מקבל הזכאי הודעה על המכר מאת המוכר או הלוקח; אין זכות-קדימה במקרה שהלוקח המקורי הוא מי שראוי לירש את המוכר, והמכר נעשה בראייות זו; כמו-כן אין זכותת-הקדימה קיימת אם המכר נערך בדרך ההוצאה-לפועל או בפשיטת-רגל; אם הזכאים הם רבים, ומישהו מהם מאבד את זכותו או שאינו רוצה לממשה, נשארת הזכות בשלמותה לזכאים הנותרים[1036]. גם בגרמניה אין לממש את הזכות אפילו תוך החדשיים הקבועים בחוק, אם בינתיים חולקה הירושה. מקום שיש זכות-מצרנות כנ"ל, רואים את הלוקח המקורי כמתעסק-שלא ברשות לטובת הזכאי (Geschäftsführung ohne Auftrag)[1037].

[1033] קעד) סע' 841 של ספר החוקים האזרחי; **קולין וקפיטן**, ג' עמ' 611 ואילך.
[1034] קעה) **מסיניאו**, ו', עמ' 582-583.
[1035] קעו) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ג'.
[1036] קעז) בג"ב, סע' 504 ואילך.
[1037] קעח) **קיפ-קואינג**, עמ' 398-399.

בשוייצריה אין מכירים בזכות-המצרנות בין יורשים[1038], אולם, לעומת זאת מכירים בזכות-המצרנות בין שותפים במקרקע.נחוץ שאחד השותפים ימכור את חלקו במכר חובי לזר; משעשה כן חייב הוא להודיע לחבריו, ותוך חודש משנודע לחבריו על המכר זכאים הם, כולם או חלקם, להיכנס תחת הלוקח - ואף אם בינתיים כבר הוקנה לו המקרקע במוחזק. **רוסל ומנתא** מציינים כי אין זכות-המצרנות קיימת במקרה של חליפין או במקרהשל מכר למי שראוי לירש או מכר מעושה - וכמו-כן, שהלוקח המקורי גבה מן הטורפים רק את מה ששילם למוכר, ואילו אם נשאר עודף עובר החוב אל הטורפים[1039].

במדינת ישראל יש דין-קדימה המקביל לסע' 966 האיטלקי, לפי חוק דמי מפתח, תשי"ח, סע' 14 ואילך (כיום [[546]] סע' 85 ואילך של חוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב) - ותמצית הדברים כך היא: דייר המבקש להעביר את השכירות הכפופה ל"דיני הגנת הדייר" צריך להודיע לבעל הבית, ולבעל הבית נתונה הברירה להסכים להעברת השכירות או לתבוע את פינוי המושכר כנגד תשלום דמי-המפתח הראויים על-ידיו. לא בחר בעל-הבית בברירה השנייה תוך שלשים יום, רואים אותו כאילו קיבל את הברירה הראשונה. בחר בעל-הית בדין-הקדימה, ולא שילם את הכסף עד הזמן הקבוע בחוק, יכול הדייר לדרוש את תשלום הכסף תוך 15 יום נוספים - כנגד פינוי המושכר - או לתבוע אישור העברת השכירות. בחר הדייר לעמוד על דין-הקדימה של בעל-הבית ונשארו שניהם מחכים זה לפינוי וזה לתשלום הכסף - נשאר המצב בקפאונו.

מלבד זאת יש זכויות-קדימה על-פי דין לפי סע' 100 ואילך של חוק המקרקעין, תשכ"ט. הזכויות האלו הן שתיים. ראשית, זכות המקבילה למה שראינו באירופה בין יורשים - אך כאן מוגבלים הדברים למקרה שהירושה כוללת "משק חקלאי שהוא יחידה שחלוקתה הייתה פוגעת בכושר קיומה כמשק חקלאי העשוי לפרנס משפחה חקלאית". לפי סע' 114 של חוק הירושה, תשכ"ה, אין משק כזה נכלל בחלוקת הירושה באופן רגיל, אלא נמסר הוא דווקא ליורש בעל תכונות מיוחדות - ואילו סע' 100 של חוק המקרקעין מתייחס כנראה לזמן שבין נפילת הירושה להסבת המשק ליורש המתאים. הסעיף קובע כי במקרה שהמשק שייך (בזמן-הביניים הזה?) ליורשים אחדים במשותף, אין איש מהם רשאי להעביר את חלקו במשק אלא אם הציע אותו תחילה ליורשים האחרים. דין זה מתקיים בעינו רק עד תום שנתיים ממתן צו הירושה או צו [[547]] אישור הצוואה. לאחר מכן אין תנאי ההצעה המוקדמת חל אלא לטובתו של יורש אשר תוך השנתיים הנ"ל רשם לעצמו זכות לכך במירשם המקרקעין - ואין התנאי חל אלא על יורש, אשר הזכות נרשמה נגדו. דין-הקדימה השני הוא בין שותפים, אולם רק בין שותפים שהם בני-זוג ורק לגבי מקרקעין שהם משק חקלאי, בית-עסק או דירת-מגורים. נכסים מסוג זה, אין בן-הזוג השותף רשאי להעביר את חלקו בהם, אלא אם הציע תחילה את הזכות לשותף בן-זוגו. בשני המקרים, סדר הגשמתו של דין-הקדימה הוא, שההצעה צריכה להיות בכתב הכולל את המחיר הנדרש; תוך שלשים יום מקבלת ההצעה יכול הזכאי לשלם את המחיר או להפקידו אצל רשם המקרקעין, ומשנעשה כן נקשר מכר חובי בין המציע לזכאי. כנגד זכאי שלא נענה להצעה רשאי המציע להעביר את חלקו, תוך ששה חדשים

[1038] קעט) **רוסל ומנתא**, ב',עמ' 280.

[1039] קפ) צג"ב, סע' 682; **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 360 ,356 ,357 ,359.

מתום שלשים היום, לכל מי שירצה - ובלבד שלא יעביר במחיר נמוך ממה שדרש. דין-הקדימה אינו חל כנגד העברה ללא תמורה, אך הקונה ללא תמורה נשאר כפוף לדין-הקדימה כאילו היה הוא היורש או בן-הזוג המעביר. דיני-הקדימה הללו אינם חלים אלא ביחס לבעלות או "מכירה לדורות". נראה כי התקנה היחידה כנגד נסיון להתעלם מדין-הקדימה ולהעביר את המקרקעין בלא הצעה קודמת לזכאי הריהי רק בכך, שאם רואה רשם המקרקעין כי בקשת רישום העברה כפופה לדין-קדימה, אין לו להיענות לבקשה אלא אם נוכח כי נתקיימו דיני ההצעה המוקדמת והזכאים ויתרו על זכותם.

עד הכנסתו של חוק המקרקעין היו מוכרות במדינת ישראל זכויות-מצרנות אחרות, **לפי המשפט העותומני**. גם זכויות-המצרנות האלו התייחסו רק להעברת מקרקעין, אך היו שונות לפי מה [[548]] שנשוא ההעברה היה בקרקע "מולק" (הנתונה לבעלות גמורה של בעליה הפרטיים) או שהיה הנשוא בקרקע "מירי" (אשר בעליה הפרטיים נחשבים להלכה רק כקונים-לפירות בקרקע השלטון)[1040]. זכויות-המצרנות ב"מולק" נקראו "שופעה", ואילו זכויות-המצרנות ב"מירי" נקראו "אולויה". מקור דיני "השופעה" היה בסע' 1008 ואילך של המג'לה, ואילו מקור דיני ה"אולויה" היה בחוקים עותמניים יותר מאוחרים, ובעיקר בסע' 41 ואילך של חוק הקרקעות מ-1274 להג"מ. שתי מערכות-הזכויות זיכו את האדם בפדיונו של מקרקע אשר הוקנה לזולתו בלי שניתנה לו הזדמנות קודמת לקנות[1041], וההבדלים ביניהם הסתכמו כלהלן:

א) זכויות "השופעה" היו שלש: ראשית, לשותפו של המוכר - ולרבות שותף בכותל; שנית, לשותף בתשמיש הצמוד למקרקע המוקנה; ושלישית, לשכנו של המוכר[1042]. לעומת זאת, זכויות "האולויה" לא היו נתונות לשכן, אך בנוסף לשותף ולשותף בתשמיש הריהן היו נתונות גם לארבעה אלה: לבעל העצים או הבניינים מסוג "מולק" המצויים בתחום הקרקע המוקנית - אם הקרקע מוחזקת ומעובדת במחובר לעצם או לבניינים; לבן-כפר הזקוק לקרקע, במקרה שהלוקח הוא בן מקום אחר; לעובד הג'פתליק - כאשר הקרקע המוקנית היא ג'פתליק[1043]; לתושב הכפר, או למחזיק הקרקע בכפר - במקרה שהקרקע מוקנית על-ידי חברה חקלאית שכל מניותיה שייכות לאזרחים מקומיים[1044].

[[549]] ב) במקרה של התחרות בין זכאים שונים חלו ב"שופעה" הכללים הבאים: 1) כל שדרגתו קודמת כנ"ל, קודמת זכותו; 2) בהתחרות בין בני דרגה אחת זוכים כולם יחד, בחלקים שווים; 3) בהתחרות בין שותפים בתשמיש, הרי כשהתשמיש הוא מסועף, ולמקרקע המוקנה צמודה רק השותפות בהסתעפות המסוימת, מעדיפים את השותפים באותה הסתעפות על-פני השותפים

[1040] קפא) "מולק" היו בדרך-כלל רק הקרקעות בערים הותיקות, ואילו יתר הקרקעות הפרטיות בארץ-ישראל נחשבו בדרך-כלל כ"מירי".

[1041] קפב) התנאת הזכות בחוסר הזדמנות קודמת לקנות נקבעה אמנם בפירוש רק בדיני ה"אולויה", אך מע"א 183/43 (אל"ר 43 עמ' 612) הסתבר כי את ההתנאה מסיבים גם על "שופעה".

[1042] קפג) בעלי קומו שונות בבית אחד נחשבו לעניין זה כשכנים, אך לא כן בעלי בניינים או מטעים בקניין נפרד מן הקרקע.

[1043] קפד) ג'פתליק - היינו משק. זכות זו נקבעה בסע' 3 מן החוק בדבר קרקע מיום 7 במוחרם 1293 להג"מ.

[1044] קפה) לפי סע' 2 של החוק בדבר זכותם של גופים מאוגדים לקנות קרקע, מיום 22 רביע-אל-אוול 1331 להג"מ.

שמעבר לכך, ואילו את השותף באמת-מים מעדיפים על שותף בסימטה. לעומת זאת, ב"אולויה" היו הוראות רק למקרה של התחרות בין שותפים (והדין נקבע אמנם בדומה לדין בהתחרות בין שותפים ב"שופעה").

ג) זכויות "השופעה" חלו רק כאשר הוקנה המקרקע בתמורה - וסילוק חוב לא נחשב לעניין זה כתמורה; אולם, מתנה על תנאי של תמורה נחשב כהקנאה בתמורה. לעומת זאת, זכויות "האולויה" נתונות היו גם כנגד הקנאת-מתנה.

ד) הפודה את המקרקע לפי זכות "השופעה" צריך היה לשלם ללוקח את המחיר ששילם הלה (סע' 950 של המג'לה). לעומת זאת, הפודה לפי זכות "אולויה" צריך היה לשלם את ערך המקרקע כפי שעמד בזמן שתבע את הזכות.

ה) זכות "שופעה" לא היתה נתונה כנגד לוקח שווה-דרגה[1045]. לעומת זאת, זכות "אולויה" נתונה היתה לשותף אף כנגד לוקח-שותף, ובמקרה של עמידת התובע והלוקח על זכויותיהם היו מזכים את שניהם בחלקים שווים.

ו) לשם מימוש זכות "השופעה" נחוץ היה כי ברגע שישמע הזכאי כי נערך המכר, הריהו יאמר דבר המביע את כוונתו לעמוד על זכותו; לאחר מכן צריך היה להצהיר לפני עדים, העומדים בקרבת המקרקע הנמכר, שהמקרקע [[550]] נמכר לפלוני, ואילו לו יש זכות "שופעה", ויש בדעתו לעמוד על זכותו; ולבסוף נחוץ היה כי תוך חודש מן ההצהרה יגיש תביעה משפטית. במקום ההצהרה האישית יכלה לבוא גם הצהרת מורשה או הצהרה במכתב ומוכר, או ללוקח - לפי מי מהם שהוא המחזיק במקרקע בשעת-מעשה?). איחור סביר בהצהרה או בתביעה לא היה פוסל את הזכות. לעומת זאת, ב"אולויה" לא היה נוהל קבוע, אבל על-כל-פנים אי-אפשר היה לעמוד על הזכות משעברה שנה מיום ההקנאה [1046].

ז) זכות "השופעה" לא היתה עוברת בירושה כל זמן שלא ניתן פסק דין המאשר אותה. לעומת זאת, זכות "האולויה" של השותף והשותף בתשמיש היתה עוברת בירושה[1047].

ח) זכות "האולויה" של השותף והשותף-בתשמיש היתה מתקיימת גם כנגד יורשי הלוקח. לא היתה הוראה מקבילה בקשר ל"שופעה".

ט) הזוכה בדין "שופעה", שהשתהה ולא פדה את המקרקע, מסתבר כי זכותו היתה נשארת על-כל-פנים בעינה, כל זמן שפסק-הדין לא נתיישן. לעומת זאת, לגבי "אולויה" קבע סע' 6(2) של פקודת חוק הקרקעות (תיקון), שבפסק-הדין המאשר את הזכות ניתן לדרוש שהזוכה ישליש ערבון

[1045] קפו) לפי ע"ק 13/25, קובץ פסקי-הדין של **רוטנברג**, עמ' 1515.

[1046] קפז) ר' גם סע' 6(1)(א) של פקודת חוק הקרקעות(תיקון); ר' גם בהקשר זה להלן, בסמיכות להערה קצ"ד.

[1047] קפח) תוספת מיום 19 שעבן 1291 להג"ד, לסע' 44 של חוק הקרקעות. מסתבר שהזכות לא היתה עוברת לכל יורשי הזכאים, כי אם רק לאותם שירשו ממנו את המקרקע המבסס את הזכות: **בן-שמש**, עמ' 96.

לכיסוי הוצאות המשפט למקרה שהמקרקע לא יועבר לו באשמתו; וכאשר הושלש הכסף יכול היה בית-המשפט לצוות כי ההעברה תוערך תוך זמן מסוים, שלא יעלה על שלשה חדשים. לא עמד הזכאי בדרישה זו, הריהו הפסיד את זכותו.

דיני "השופעה" שלהלן חלו כנראה מכוח המג'לה גם על "אולויה" אחר שלא היו כנגדן הוראות סותרות:

א) לא היה דין-קדימה בהקנאה שהיתה ניתנת לביטול על-ידי המקנה;

[[551]] ב) מי שגילה בפירוש או מסתמא כי ניחא לו בהקנאה שנעשתה או שהעביר את המקרקע המזכה אותו בדין-הקדימה, הרי זה ויתר על זכותו;

ג) "רכישת רכוש על-ידי מצרנות היא בבחינת לקיחה מלכתחילה. לפיכך, הדינים הנוהגים בלקיחה לכתחילה, כגון החזרה מחמת ברירה לאחר ראייה וברירה מחמת מום, נוהגים גם במצרנות" (סע' 1037);

ד) על אף האמור בסי' ג' לעיל לא היתה תחולת הפדיון למפרע מועילה לעניין זה, שהפודה ייחשב למפרע כמצרן על סמך הקניין במקרקע שפדה;

ה) תחולת הפדיון למפרע לא היתה מועילה גם לעניין זה, שיוכל הפודה לדרוש מן הלוקח המקורי כי יסלק את השבח אשר השביח בינתים בנכסים, ואם אמנם השביח - שוב לא היתה זכות-המצרנות מועילה כנגדו אלא עם תשלום דמי השבח, בנוסף על המחיר;

ו) מצרן שהסתלק מזכותו אחר שיצא כבר פסק-דין לטובתו, לא היו המצרנים האחרים יכולים לתבוע במקומו, אף-על-פי שיכלו עוד לתבוע לו הסתלק לפני כן.

מלבד זה היו משותפים כנראה גם הדינים הבאים:

ז) את תביעת המצרנות אי-אפשר היה להגיש, כנראה, אלא לאחר שנסתיימה ההעברה ללוקח, לרבות הרישום בספרי האחוזה[1048];

ח) לפי סע' 6(2) של פקודת חוק בקרקעות (תיקון) מסתבר שעל אף קביעת המג'לה (בסע' 1037) כי הפדיון נגמר "על-ידי מסירה (של הנכס לפודה) בהסכמת הלוקח או בתוקף פסק-דין", מכל-מקום לא היה הפדיון נגמר - במשטר [[552]] של רישום המקרקעין - אלא על-ידי הסבת הרישום משם הלוקח לשמו של הפודה;

[1048] קפט) **בן-שמש**, עמ' 89, ור' בעמ' 94 שגם התישנות התביעה לא היתה מתחילה אלא עם הרישום.

ט) אם הספיק הלוקח לשעבד את המקרקע בזמן-הביניים, היה השעבוד מתבטל משנכנס המצרן תחת הלוקח; אולם, את התמורה צריך היה המצרן להשליש אז בבית המשפט, כדי שאפשר יהיה לסלק מתוכה את תביעתו של קונה-השעבוד כנגד הלוקח[1049].

י) מי שתבע זכות-מצרנות ורצה להבטיח את עצמו שעד מתן פסק-הדין לא יחזור הלוקח ויקנה את המקרקע לאחרים (שאז יצטרך התובע להגיש תביעה חדשה נגד הלקוחות החדשים - על-פי תנאים שיהיו אולי פחות נוחים, - או שבכלל יפסיד את זכותו) - הרי זה יכול היה להשיג את עקול המקרקע[1050];

יא) לא היתה זכות-מצרנות במקרה של הקנאה בעל-כורחו של המקנה, ואף אם נעשתה ההקנאה כמכר בתמורה (כגון מכירה פומבית לגביית חוב או מכירה למצרן, בתוקף פסק-דין שהכיר בדין-קדימותו של הלה)[1051];

יב) מי שהיתה לו זכות-מצרנות בתוקף הקנאה מסוימת, ועד של הספיק לממש את זכותו חזר הלוקח והקנה למקנה - בטלה זכותו[1052];

יג) צידוקים "כגון קטנות, שטות ושהיה בארצות המרוחקות מרחק של תחום נסיעה" לא היו מועילים לביסוסה של השתהות בעמידה על זכות [[553]] המצרנות[1053];

יד) לפי סע' 10 של חוק חלוקת קרקעות, כאשר תבע שותף לפרק את השיתוף במקרקע שלא היה בו דין חלוקה, וחבריו לא קנו את חלקו, ואף המכירה הפומבית של המקרקע כולו נכשלה, הן כלפי חוץ הן בין השותפים עצמם - רשאי היה אותו שותף למכור את חלקו לזר במשוחרר מזכות-המצרנות של חבריו, אף בתנאים שונים מאלה שבהם הוצע המיקח קודם לשותפים האחרים.

2. זכויות-המצרנות בדיני ישראל

בדיני ישראל, זכויות המצרנות הן תקנת חכמים משום "ועשית הישר והטוב"[1054], ומשמעותן המשפטית מסתעפת משורש של חיוב יסודי, אשר תוקפו הוא מוסרי בלבד.

[1049] קצ) ע"א 153/44, אל"ר 45, עמ' 28.

[1050] קצא) בג"ץ 53/46 פל"ר 46, עמ' 416. מכאן משמע אפוא, במילים אחרות, שלבד מהתמדת הזכות כנגד **יורשי הלוקח** ב"מיריי", כנ"ל - ולבד מתוקפה כנגד לוקחי-שעבודים - לא היתה זכות-המצרנות מתקיימת כנגד באי-כוחו האחרים של הלוקח, אם כי במסיבות מתאימות היתה יכולה **להתחדש** כנגדם, כלקוחות מקוריים.

[1051] קצב) **בן-שמש**, עמ' 90. אולם, לגבי עובדי ג'פתליק נאמר בפירוש כי זכותם מתקיימת אף כנגד הקנאה במכירה פומבית.

[1052] קצג) **בן-שמש**, עמ' 90.

[1053] קצד) הדבר נקבע אמנם במיוחד לעניין "אולויה", בסע' 41 ו-44 של חוק הקרקעות, אך גם סע' 1035 של המג'לה קבע כי פסול-דין אשר האפוטרופוס שלו לא עמד על זכות-מצרנותו בעוד זמן אינו יכול לחזור ולעמוד על הזכות כשיכשר.

[1054] קצה) המקור העיקרי לדיני המצרנות שלנו הוא בבבלי בבא מציעא ק"ח. הסקירה שלפנינו מבוססת על הפרשנות הרגילה למקור זה, ולהלן יצוינו המקורות בפוסקים רק במידה שיהא הדבר נחוץ להבהרתה של הכרעה במחלוקת.

החיוב המוסרי הוא שאם עומד אדם להקנות בתמורה מקרקע השייך לו, ויש קופצים אחדים, הרי כל אימת שלא יהא לו פסידא בדבר, צריך הוא להעדיף את הלוקח המתאים ביותר לפי סדר העדיפות הנקבע בגמרא. אם יש קופצים אחדים בדרגת העדיפות הראויה, ויש מהם המסכימים לקנות יחד, צריך המוכר להעדיף את אלה, ורק אם איש מן הקופצים אינו מסכים לקנות אלא את הכל, או שאין בכלל קופצים הראויים להעדפה, רשאי המוכר למכור למי שטוב בעיניו. דרגות העדיפות מתחלקות לשני מינים: האחד כולל כמה סוגי אנשים שאין להם זיקה מיוחדת [[554]] למקרקע העומד להימכר, והיינו: תלמידי חכמים; יושבי עירו של המוכר; בעלי מקרקעין בסביבת המקרקע העומד להימכר; קרובי משפחה של המוכר - ובני הסוגים הללו, אם לא באו בעצמם בעוד זמן, אין להם אפילו זכות מוסרית; ועל-כל-פנים, אף אם העדיף המוכר לוקח כלשהו על-פניהם שלא כראוי - אין להם שום טענה. לעומת זאת, המין שני של דרגת העדיפות כולל כמה סוגי אנשים המוגדרים על-ידי זיקתם המיוחדת למקרקע העומד למכירה והמוחזקים כקופצים המוכנים לקנות את המקרקע בכל תמורה שעשוי המוכר לקבל- כל זמן שלא גילו דעתם להיפוך; ולהשלמת החזקה הזאת ניתן לבני הסוגים הללו שעבוד במקרקע, שאם יקדם קונה וימכרנו שלא כראוי, הרי - בכפוף לסייגים מסוימים - יוכלו הם לפדותו מיד הלוקח.

בזה מגיעים אנו לצד המשפטי של זכויות-המצרנות, ולהלן נסקור את הצד הזה לפרטיו.

א. השעבוד לפדיון המקרקע מאת הלוקח נתון לאנשים הבאים:

(א) לשותפיו של המוכר בקניין המקרקע;

(ב) לבעל-הבית במקרקע הנמכר (במקרה שהמכיר היא העברת שעבוד)[1055];

(ג) לקונה המקרקע לשעבוד שיש עמו זכות החזקה (במקרה שבעל-הבית מעביר את זכותו)[1056];

[1055] קצו) ר׳ גם שו״ע חו״מ סי׳ שט״ז סע׳ א׳. - ומסתבר שדין קדימה נתון רק לבעל-הבית הישיר, כי מה לו לבעל-הבית העקיף וליתרונות של שעבוד משמו של השומר? כמו כן יש להעיר כי לא מצאתי מקור מפורש הקובע כי במקרה שנמכר שעבודו של בעל-בית אמצעי קודמת באמת עדיפותו של בעל-הבית העליון (דרגה ב׳) לזכות העדיפות של השומר שלמטה (דרגה ג׳); אולם, מסתבר שהדבר הוא פשיטא. והערה שלישית: אם השעבוד הנמכר הוא קניין-מקום, הרי זכות הפדיון מתיחסת לא רק לשעבוד עצמו, אלא גם לגופים שהמקום נועד להכילם. כך על-פי טבע הדברים, וגם על-פי הדיון המפורש.

[1056] קצז) ביחס לדין-הקדימה של קונה-השעבוד, דעות הפוסקים חלוקות. בבבא מציעא ק״ח ב׳ נקבע, מצד אחד, כי במקרה שמקרקע ממושכן נמכר למלווה - אין דין-קדימה למצרן, ומצד שני נקבע כי במקרה שמקרקע אשר יש בו חיבורים השייכים לאחר נמכר לזר, הרי לבעל-החיבורים אין דין-קדימה. בהתאם לכך, דעת הרמב״ן היא - כפי שמובא בנ״י - שקונה-שעבוד יש לו אמנם עדיפות פסיבית על המצרן, אבל דין-קדימה אקטיבי אין לו. אולם, מסקנה פשוטה זו נתקלת בשני טעמים לסתור: קודם-כל, עדיפותו של המלווה כנדן המצרן מוסברת בגמרא על-ידי הטעם ״**שכונה גביה**״, והיינו שהאדם אשר המקרקע ״שכון״ **אצלו**, ביד, עדיף מן האדם שהמקרקע ״שכון״ רק מצידו, על-ידו, ולפי זה הבינו רש״י והתוספות (בבא מציעא עג׳ ב׳, ד״ה נטר) והרא״ש, כי הגמרא מכירה למלווה גם עדיפות אקטיבית. ושנית, מחוזקת מסקנה זו על-ידי העובדה, שהגאונים פירשו את אי-עדיפותו של בעל החיבורים פירוש מצומצם, והיינו שאם בעל החיבורים הוא גם קונה-מקום - עדיף הוא על המצרן אף עדיפות אקטיבית, ורק כשאין לבעל החיבורים זכות להחזיקם במקום אין לו זכות עדיפות. פירוש מצומצם זה התקבל על-ידי רוב הפוסקים; ולפי שיטת הרא״ש יוצא מכאן, שהן לקונה-מקום הן למלווה במשכנתא יש עדיפות אקטיבית על המצרן. אולם, מכאן חוזרות שוב הדעות ומתחלקות: הרא״ש הבין כי הפירוש המצמצם לגבי בעל החיבורים אמור רק כשקניין-המקום הוא לעולם, אבל אם זמני הוא - אין הוא בבחינת קניין בכלל (כב״י, ודלא כפרישה) - ואילו הרמב״ם הבין שלענייננו אין נפקא מינה בין קניין-מקום זמני או עולמי, אבל לגבי המלווה במשכנתא הוא פסק כי יש לו רק עדיפות פסיבית, ולא אקטיבית. על זה יש להוסיף כי רוב הפוסקים הסכימו שסתם שעבוד להחזקה נידון לענייננו כדין המשכנתא; ומהר״י קארו הכריע בכל הדברים האלה כדעת הרמב״ם, אבל הרמ״א חזר והגיה שהעיקר הוא כדעת הרא״ש, והעה״ש הוחזרו הדברים למצב של מחלוקת שלא הוכרעה. לפי זה היה יוצא כי יש לנהוג כדעת הרמב״ן, כי הדין הוא שבמקרה של ספק אין מפקיעים מיד הלוקח. אולם באמת נראה לי נכון לע״ד כי ההסבר ״גשכונה גביה״ מכריע את הכף לצד שיטתו של הרא״ש בכל השעבודים שיש בהם החזקה, ומסורת הגאונים מכריעה את הכף לומר שאף בעל החיבורים - אמנם יש

(ד) למצרני המקרקע (במובן המדויק)- והיינו בעלי המקרקעין, הגובלים עם המקרקע הנמכר. (להלן נקפיד לייחד את [[555]] המונחים של "מצרן" ו"מצרנות" רק לדין-הקדימה מסוג זה).

ב. היה ללוקח דין-קדימה בדרגה שווה עם התובע - נדחה שעבודו של התובע מפניו; אולם, אם היה ללוקח דין-קדימה בדרגה נמוכה מזכותו של התובע - עדיף כוח שעבודו של התובע.

ג. מקום שהתביעות של בעלי דין- קדימה בדרגה שווה מתחרות ביניהן, אין הם יכולים לזכות אלא בשותפות ובחלקים שווים.

ד. היה [[556]] דין-הקדימה משותף, יש לכל אחד מן השותפים גם דין-קדימה עצמאי, בדרגה שווה עם חבריו.

ה. אין לאדם זכות לפדות את המקרקע מאת הלוקח אלא אם היה המיקח בתמורה; אולם, דין מתנה באחריות הוא כמיקח בתמורה.

ו. לעניין דין-קדימה וזכות-הפדיון אין נפקא מינה אם נמכר המקרקע במישרין על-ידי קונהו, או באמצעות שלוחו או באמצעות בית-הדין; ואין נפקא מינה אם נערך המכר על-פי התחיבות או בלעדיה.

ז. בעל דין-קדימה שניתנה לו הזדמנות לקנות את המקרקע באותם תנאים שקנה הלוקח, והוא לא קנה - איבד את הזכות לפדות את המקרקע.

ח. בעל דין-קדימה שעודד את הלוקח לקנות, לא גילה בזה [[557]] הסתלקות מזכותו; אך אם סילק את עצמו בפירוש מן השעבוד - מועיל הסילוק לטובת האדם שכלפיו נעשה[1057].

ט. אין זכות לפדיון המקרקע מאת הלוקח אלא למי שהיה לו דין-קדימה בשעת המיקח, ועילת דין-הקדימה נתקיימה בידו בשעת התביעה: מי שהיה לו דין-קדימה בשעת המיקח, אבל בינתיים

לו דין-קדימה (ודין-קדימה אקטיבי), אם יש לו קניין-מקום. רק שבנקודה אחרונה זו נראה לי פשוט כי הבחנת הרא"ש בין קניין-מקום זמני וקניין-מקום עולמי אינה יכולה לעמוד, ויש להכריע בזה לפי הבנת הרמב"ם. בסיכומו של דבר מתקבלת אפוא המסקנה שניסחתי לעיל, שבדרך-כלל הדין הוא כדעת הרא"ש, מלבד קניין-מקום, שבזה הדין כרמב"ם - ודווקא הרכבה זו של השיטות השונות פוטרת אותנו מן הסתירות חסרות-התרוץ שמוצאים אנו בתוך כל אחת מן השיטות האלו פנימה. - עוד יש להעיר בקשר לכך, כי יש אומרים שבמידה שניתן לקונה-השעבוד דין-קדימה לגבי המקרקע המשועבד, י שלו גם דין מצרן לגבי המקרקעין הגובלים עם המקרקע המשועבד, בדרגה יותר נמוכה אמנם מזכות-המצרנות של בעל-הבית שלו, אבל בדרגה שווה עם דין-הקדימה של המצרנים האחרים. דעה זו אינה מבוססת אלא בסברה, ולע"ד אין זו סברה נכונה; כפי שנראה להלן, תנאי לזכות-המצרנות הוא ששתי החצרות תהיינה עשויות להתאחד לאחת; אבל הלא אין צריך לומר שאין איחוד שכזה אפשרי אם החצרות קנויות לבעליהן בדרגות קניין שונות - שלישית, מתעוררת השאלה, האם דין-הקדימה של קונה-השעבוד נתון רק במקרה של מכר על-ידי בעל-הבית הישיר או גם במקרה של מכר על-ידי בעל-הבית העקיף. לא מצאתי בזה דיון מפורש, אבל הדעת נותנת שאם בעלי-הבית שבאמצע מסתלקים מזכותם, נותר דין-הקדימה אף למחזיק התחתון.

[1057] קמח) כדעת הרמ"ה - ודוק.

אבד לו הקניין שהיה עילה לדין-הקדימה, הרי זה איבד את זכותו, וגם הלוקח ממנו אינו נכנס תחתיו לעניין זכות-הפדיון[1058] [1059]. זכות-הפדיון אף אינה ניתנת להעברה באופן אחר.

י. הזכות לפדות את המקרקע מאת הלוקח אינה מתקיימת כנגד יורשו או מי שקיבל ממנו את המקרקע במתנה שלא באחריות[1060], אך מתקיימת היא כנגד לוקח מאוחר יותר שבא בתמורה ושקנה את המקרקע ממוכר אשר היה עדיין כפוף בעצמו לזכות-הפדיון.

[[558]] יא. הזכות לפדיון המקרקע מאת הלוקח אינה ניתנת לפיצול, ואין לזכאי תביעה לפדיונו של חלק בלבד מן המקרקע הנמכר; וכן, אם כלל המיקח מקרקעין אחדים, שנקנו כולם ממוכר אחד או ממוכרים שותפים והכפופים כולם לאותם דיני-הקדימה - אין הם עומדים לפדיון אלא ביחד[1061].

יב. נמכר מקרקע אחד בניגוד לדיני-הקדימה לאנשים אחדים, אם בדרך שיתוף ואם על-ידי פיצול חלקות - נראית לי מסקנה מוכרחת שאם היה המיקח אחד, ומקחו של כל לוקח הותנה במיקח של חבריו, אין המקרקע עומד להיפדות אלא בשלמותו, ואין לבעלי דין-הקדימה תביעה לפדיונם של חלקים בודדים בלבד - שהרי אחרת יהא בזה פסידא למוכר. אולם, אם לא היה המיקח אחד, או שכל אחד מן הלקוחות קנה את חלקו בלי תלות במיקח של חבריו, נעשה כל חלק כפוף לזכויות-הפדיון המתאימות בנפרד. מקרקעין אחדים, הכפופים לאותם דיני-הקדימה והנמכרים על-ידי

[1058] קצט) לא מצאתי הכרעה מפורשת אם דין-הקדימה שיהיה למוריש מועיל ליורש כשלא הספיק המוריש לתבוע. לע"ד, נראה לי שיש להשיב בחיוב.

[1059] ר) התעוררה השאלה: ראובן ושמעון היו מצרנים, ומכר שמעון ללוי, ובעוד שראובן יכול היה לסלק את לוי מוכר הוא עצמו את אדמתו ליהודה - האם יש במקרה כזה זכות-פדיון ללוי כנגד יהודה? בפ"ת (על חו"מ סי' קע"ד ס"ק ט') מובאת תשובה לשלילה, והדבר עולה בקנה אחד עם הכרעת עה"ש בשאלה אחרת זו: ראובן היה מצרן לשמעון ולוי, ומכר שמעון את אדמתו ליהודה, ובעוד שראובן יכול היה לסלק את יהודה, הלך זה וקנה גם את אדמתו של לוי - האם יש במקרה כזה לראובן זכות-פדיון כנגד יהודה לגבי אדמתו של לוי בלי שיסלקנו גם מאדמתו של שמעון? עה"ש הכריע כאן לחיוב, בניגוד לדעתו של בעל נתה"מ. המחלוקת היא אם לוקח רוכש לו מעמד של בעל דין-קדימה מיד או רק לאחר שנעשה הוא בעצמו מחוסן מפני דיני-הקדימה של אחרים. לע"ד נכונה התשובה של נתה"מ, והיינו שדין-הקדימה נרכש מיד, שהרי בדוגמה של פ"ת, אם ראובן בעצמו מסתלק - מדוע באמת לא יציע תחילה את המיקח ללוי, ואילו יהודה, מה אכפת לו אם לוי קנה את המקרקע מקרוב או מזמן? וביחוד מתברר הדבר מן הדוגמה של נתה"מ ועה"ש: אם ראובן תובע את סילוקו של יהודה רק מאדמתו של לוי, הרי לפי הדינים שנראה להלן - ממילא מאבד הוא בזה את הזכות לתבוע את פדיון השדה של שמעון, וממילא מתחסן אפוא יהודה גם על-פי הנחתו של בעל עה"ש בעצמו.

[1060] ראה) כך נראה לע"ד עיקר, שלא כרמ"א אלא כב"י, שמסתבר טעמו לאמור: "דכיון דדדב"מ אינו אלא משום ועשית הישר והטוב, איכא למיחש דניחא ליה לאיניש שיורשיו יזכרוהו על נחלתו... וכן ניחא ליה במקבל מתנתו, יזכרהו על מתנתו, וכל כהאי גוונא ליכא ישר וטוב, דכיון שמת אי-אפשר לו לקנות נחלה במקום אחר להורישם, והיורשים אולי יאכלו המעות. וכן נמי איכא למיחש במקבל מתנה... מאחר דהוא גופיה לית ביה ועשית הישר והטוב - לא מסלק ליה..."

[1061] רב) ר' קצות החושן על סי' קע"ה ס"ק ב'. - מקרקעין אחדים, שנקנו כל אחד ממוכר אחר - ואפילו כולם במיקח אחד - עומד כל אחד מהם להיפדות לחוד. כי אמנם, מתוך כפיפותו של הלוקח להסתלק מפני בעל דין-הקדימה, ומגיעים מקורותינו לידי תפיסת המצווה של "ועשית הישר והטוב" כאילו היתה מוטלת - למעשה ובעיקר - לאו דווקא על המוכר, כי אם על הלוקח; אולם, העובדה נשארת כי לשיקולי נוחותו של הלוקח אין בדרך-כלל מעמד בדחייתם האפשרית של דיני-הקדימה, ורק פסידא דמוכר הוא הגורם הקובע לעניין זה. ומאחר שפסידא דמוכר אין במקרה האמור - שהרי בעל דין-הקדימה מוכן לשלם למוכר מה שהלוקח משלם לו אגב המיקח הכפול - נשארים פה דיני-הקדימה בעינם, גם אם הלוקח אולי לא היה מעוניין לקנות רק את המקרקע הנותר לבד (ויתכן אפוא שיצטרך לדאוג לביטולה של יתרת המיקח, מצידו).

מוכר אחד או על-ידי מוכרים שותפים במיקח אחד - ודאי גם לעניין [[559]] זה דינם הוא כמקרקע אחד.

יג. נמכר המקרקע מתוך צורך דחוף, והיתה נשקפת למוכר סכנה של הפסד לו השתהה להציע את המיקח לבעלי דין-הקדימה - וכן אם נמכר המקרקע במכר אחד עם נכסים אחרים, שאינם כפופים לאותם דיני-הקדימה - או שנמכר המקרקע למי שהמוכר מנהל אתו עסקים דרך קבע[1062], או למי שראוי לירש את המוכר, או למי שהמוכר עצמו קנה את המקרקע ממנו או מאבותיו[1063] - נעשה המיקח במשוחרר משעבודי-הפדיון.

יד. היו המוכר או הלוקח אנשים הזקוקים להגנה (ואף אם מיוצגים הם על-ידי אדם בר-הכח)[1064] - נעשה המיקח במשוחרר משעבודי-הפדיון של המחזיק על-פי שעבוד ושל המצרנים[1065].

[[560]] טו. היו המוכר או הלוקח גויים - גם-כן נעשה המיקח במשוחרר משעבוד-הפדיון, כי הגוי לאו בר מעבד הישר והטוב הוא, ואילו הלוקח הישראלי יכול לטעון כנגד בעל דין-הקדימה: "ארי אברחי לך ממצרא". ואין צריך לומר, שהגוי מצידו, אין לו דין-קדימה כלל.

טז. שותף שמכר את חלקו, ולא ביקשו חבריו לפדות את החלק הנמכר - נפסק בשו"ע חו"מ (סי' קע"ה סע' י"ב) שכפוף המיקח לזכויות הפדיון של בעלי דין-הקדימה האחרים. והב"ח (בטור שם, סע' כ"ד) כתב שהוא הדין כשקונה-מקרקע מוכר חלק בקניין, כדי לצרף שותף לעצמו, ולו יהא אפילו שאין לו שותפים אחרים - והיינו שגם אז כפוף המיקח לאותן זכויות הפדיון שהיה כפוף

[1062] רג) עיין בתשובת תרומת-הדשן, סי' של"ח.

[1063] רד) כך נראה להכריע לטובת הלוקח, מספק.

[1064] רה) נזכרו לעניין זה בפירוש רק האשה והיתום, והטומטום והאנדרוגינוס משום שהם ספק אשה. האשה היא מוגנה אף אם היא נשואה ובעלה פועל בשמה - אלא שכך רק אם הפעולה נעשית בנכסים המיוחדים של האשה. אם הפעולה נעשית בנכסי מילוג - אין דינה כאילו נעשתה במיוחד לטובת האשה. אשר ליתומים - מוגנים הם כמובן רק כשהם קטנים, אבל מוגנים הם אף כשיש להם אפוטרופוס. לעומת זאת, אין מוגנים קטנים המיוצגים על-ידי אביהם. טעם ההגנה הזאת הוא שהאשה והיתום - לאו אורח ארעא הוא שיהיו מחזרים אחרי העסק, "ומה שבא לידה ראשון, אין לנו לומר ועשית הישר והטוב להרחיקו מעליו". ונראה להסיק כי אף באפוטרופוס, אין לנו לחייבו שירבה לחזר אחר העסק של זולתו יותר מידי, ומה שבא לידו ראשון - הרי זה עשוי; אבל לא כן דינו של אפוטרופוס-אב.

[1065] רו) בקשר לכלל זה ראוי להעיר, כי מדין האנשים הזקוקים להגנה היה מי שהסיק כי "היכא דבר מצרא לא מיבעי ליה אלא להרוחה, והלוקח דחיקא ליה שעתא ומצטריך ליה, לית בה משום דינה דבר מצרא"; ונראה שכך הסכים גם הרמ"א. אף בגמרא עצמה (בבא בתרא ה' א') יש סוגיה מיוחדת העשויה לתמוך במסקנה זו. אולם, אותה סוגיה היא מעורפלת במשמעותה מאוד, הפירושים הסותרים עליה רבים, ולא הסתמכו עליה לא הרמב"ם ולא הרא"ש, לא הטור וב"י והשו"ע, וגם עה"ש כתב כי לעיקר הדין ודאי יש להכריע נגד המסקנה הנידונה, "דאל"כ יתבטלו כל דיני מצרנות"; אלא שמכל-מקום משאיר בעל עה"ש את הדבר להכרעת ביה"ד בכל מקרה ומקרה לחוד, משום הספק. ולע"ד נכון מה שכתב הרמב"ן במלחמות: "ואלו הוא עיקר, היה להם לחכמים להשמיענו זו, שהיא רבותא גדולה מכל מה שהזכירו" - ואין לישב גם את הכרעת בית-הדין בכל מקרה ומקרה עם העמדה החד-משמעית החיובית שהגמרא נוקטת בבירור לגבי דין המצרנות; ועל-ידי עצם העובדה שמקבלים אנו את דין המצרנות מוכרחים אנו ממילא לדחות את המסקנה הנידונה לחלוטין. לשלמות העניין יש להזכיר, כי הטענה המשכנעת ביותר הנשמעת לטובת המסקנה הנידונה היא, שלפעמים לא יוכל הלוקח להשיג לו כלל מקרקע אחר לקנייה, ובמקרה כזה הלא ודאי לא מן הישר והטוב הוא לחייבו כי יוותר למצרן. אולם, התשובה הפשוטה היא, שאם הלוקח איננו יכול להשיג, הלא המצרן ודאי שלא יוכל להשיג מקרקע יותר מתאים, ובין שניהם ודאי יש להעדיף את המצרן.

להם לו התייחס לקניין השלם. אולם, אף-על-פי שלא מצאתי עוררין על הלכות אלו, הריהן צריכות לע״ד עיון גדול[1066].

[[561]] יז. אין למצרן זכות לפדיון המקרקע מאת הלוקח אלא אם נמכר גופו של המקרקע הגובל עם שלו: נמכר המקרקע לשעבוד, אין דין-קדימה למצרן[1067] (אולם, שותף המשעבד את חלקו - כפוף המיקח לשעבוד-הפדיון של יתר השותפים: ר׳ תשו׳ מהרי״ל סי׳ ע״ז).

[[562]] יח. אין זכות-פדיון למצרן אלא אם ניתן להמשיך לתוך החצר הנמכרת את השימוש שעושה המצרן בחצרו שלו, באופן שתהיינה שתיהן לחצר אחת[1068]; ועל-כל-פנים נדחה המצרן מפני הלוקח, אם הלוקח מבקש לבנות או לנטוע במקרקע שקנה, בעוד שהמצרן מתכוון להשתמש בו כמות שהוא[1069].

[1066] רז) מקור הראשון של הלכות אלו לא נתברר. זו שמובאת בשו״ע נרמזת אמנם אצל רש״י (בבא מציעא ק״ח ד״ה לאשה, ליתמי ולשותפי) והיא נזכרת בתשובת הריב״ש (סי׳ שס״ט) בשם ״אחד הגאונים״, אבל אין היא מופיעה אצל הרמב״ם; ומהר״י קארו העתיק אותה מן הטור שהעיר עליה בבית-יוסף. והנה, אמנם אין לטעון נגדה על סמך ההלכה שאין דין מצרנות אלא במקום ששתי החצרות עשויות להתאחד לאחת: אצל השותפים צופים אנו לפירוק השיתוף, שאז יתכן - ואף מתקבל על הדעת - שהחצר המצרנית והחלק המצרני יוכלו להתאחד (אלא אם נמנע הדבר על-פי טבע המקום). אולם, מכל-מקום נשאר כאן הקושי, שאם השותפים הנותרים לא סילקו את הלוקח הראשון - אין בזה ראייה שיסכימו לקבל כשותף את המצרן; והלא בודאי, ולכל הדעות, אם לא ירצו בו - יהיה בידם לסלקו אף-על-פי שלא סילקו ללוקח. יתר-על-כן, פירושו של דבר הוא שאם הם יעדיפו את הלוקח שהוצע להם על-ידי בשותף היוצא, יהא בידם גם להחזיר אותו לוקח, אף-על-פי שסילקו המצרן, ויווצר מעגל-קסמים. למקרה של מעגל-קסמים מעין זה יודע המשפט העברי שני פתרונות: אם כל אחד מן הצדדים עשוי להפסיד לעומת מצבו המקורי כשייפרץ המעגל לרעתו, אין פורצים את המעגל עד שיעשו הצדדים פשרה ביניהם; אבל אם יש מהם שיהיו עשויים להפסיד ממצבם המקורי ויש שיפסידו רק **יתרון** - פורצים את המעגל לטובת אלה שיהיו עשויים להפסיד ממצבם המקורי (כתובות צ״ה ב׳). כאן ברור שהשותפים הנותרים יפסידו ממצבם המקורי אם ייכפה עליהם שותף שלא לרצונם, ומוכרחים אנו אפוא להסיק שעל-כל-פנים לא יוכל המצרן לסלק את הלוקח אם השותפים הנותרים מעדיפים את הלוקח. לפי זה מתקבל, שלמעשה לא יוכל המצרן לסלק את הלוקח אלא מתוך הסכם עם יתר השותפים; אבל אם-כן משמע שאין הוא זקוק כלל לזכות-פדיון עצמאית: אם השותפים ירצו בו, הריהם יוכלו לסלק את הלוקח בשבילו, - ונראה לי פשוט כי היתרון הקטן שזכות-פדיון עצמאית עשויה בכל-זאת לתת למצרן איננו שקול כנגד התקלה שזכות-הפדיון העצמאית **המסויגת** עשויה להכניס בקונצפציה המשפטית ובהתפתחות היחסים הממשיים בין הצדדים הנוגעים בדבר. - ואילו במה שנוגע להלכה שמסיק הב״ח, הריהי פשוט פרי ההקש, אך לע״ד אין הקש זה יכול לעמוד בכלל, שהרי כאן פירושו של דבר הוא כי ייכפה על אדם שותף בניגוד לבחירתו לחלוטין, ותוצאה שכזאת הלא תהיה מנוגדת לטענה ״זה נוח לי וזה קשה ממנו״, המכריעה אף בדיני מצרנות, כפי שנראה להלן. נוטה אני אפוא למסקנה כי מכירת החלק בשיתוף הקניין אינה כפופה באמת אלא לדין-הקדימה של יתר השותפים בלבד.

[1067] רח) כך משום הטענה שיכול לטעון מי שמוכר את מקרקעו לשעבוד: ״זה נוח לי ואתה קשה ממנו״, שזהו הטעם למניעת המצרנות כנגד מי שמלווה כספים על משכנתא (שו״ע חו״מ סי׳ קע״ה סע׳ נ״ח) - ויתר השעבודים נלמדים מדין המשכנתא. עם זאת צריך מן המקרה שראובן ושמעון שוכרים מקרקעין מצרניים מבעל-בית אחד, וראובן מבקש להעביר את שכירותו לאחר בעוד שלבעל-הבית לא אכפת. נוטה אני להסיק שבכגון דא צריכים לחול דיני המצרנות כאילו היו ראובן ושמעון - כל אחד מהם - קונה-הגוף של המקרקע המושכרת לו. את הכלל אפשר לנסח בזו הלשון: במקרקעין גובלים, המוחזקים על-פי חוזי-שכירות דומים מאותו בעל-בית, והחוזים עשויים להיות מועברים על-ידי השוכרים דינם כמצרנים בעלים זה לזה. אסמכתא למסקנה זו אפשר למצוא בדין המצרנות הנוהג לגבי מקומות בבית-הכנסת.

[1068] רט) בקשר לדין זה יש להזכיר את המחלוקת המתנהלת בין הפוסקים הראשונים בנוגע לשאלה אם יש דין מצרנות לגבי **בתים**. רבנו תם פסק שאין מצרנות בבתים, משום שאין בתים עשויים להתאחד לחצר אחת, ומשום שבבתי דירות גם אין בדין המצרנות משום הישר והטוב. אולם, השיב הרשב״א, שאף בבתים יש מקרים שעשויים יהיו להתאחד לחצר אחת, והיינו כשסמוכים הם זה לזה, ואין חסר אלא לפרוץ דלת ביניהם, כדי שיהיו בית אחד. ובמקרים כאלה ברור שדין המצרנות עשוי להיות מן הישר והטוב אך בבתים. הפוסקים המאוחרים הכריעו בשאלה זו כדעת הרשב״א.

[1069] רי) המקור לדין זה הוא במה שנאמר בגמרא: ״ארעא לבתי וארעא לזרעא - ישוב עדיף, ולית בה משום דינא דבר-מצרא״; ופירשו חז״ל שאם הלוקח מבקש לבנות במקרקע והמצרן מבקש לזרוע בו - יש להעדיף את הלוקח, משום שהבנייה עדיפה מן הזריעה לגבי יישוב הארץ. וכתב הרא״ש כי הנטיעה עדיפה אפילו מן הבנייה; ורוב המפרשים הבינו שכוונת הרא״ש היא כי במקרה שהמצרן מבקש לבנות והלוקח מבקש לנטוע מעדיפים גם-כן את הלוקח. אולם, הט״ז טוען שאם-כן ביטלנו את כל דין המצרנות, וכוונתו האמיתית של

[[563]] יט. בעל דין-קדימה שתבע ונמצאה לו זכות לפדות את המקרקע מאת הלוקח - רואים את הלוקח כאילו מלכתחילה הי שלוחו של בעל דין-הקדימה, כדי לקנות לו את המקרקע כפי שקנאו, וכאילו היה מורשה על-ידי בעל דין-הקדימה להוסיף ולהחזיק במקרקע, להשביחו ולאכול את פירותיו עד שיתבע להחזיר לבעל דין-הקדימה[1070]. (בהתאם לכלל האמור, אין הפודה צריך מעשה-קניין חדש כדי לזכות מן הלוקח; ואין הלוקח נעשה אחראי כלפיו כמוכר, אלא חיובי האחריות של המוכר עוברים במישרין לזכותו של הפודה; וחייב הפודה להחזיר ללוקח את מה ששילם למוכר, בין אם קנה בזול והוקר המקרקע, בין אם קנה ביוקר והוזל, בין אם הגזים במחר ובין אם מיעט; ואם השביח הלוקח את המקרקע עד שלא נתבע - שמים לו, ומשלם לו הפודה כיורד ברשות, ואם אחר שנתבע השביח - גובה הוא כיורד שלא ברשות, ואם הזיק הלוקח את המקרקע - מנכים לו מה שהזיק, ואף אם קלקל לפני [[564]] שנתבע; ואת הפירות שאכל הלוקח עד שנתבע אין הוא חייב להחזיר; ואם שעבד בינתיים את המקרקע לאחרים - מסתיים השעבוד עם התביעה[1071]. אולם יש גם כמה סייגים שאינם סוטים אמנם מן הכלל הנידון, אך מגבילים את תחולתו, וכפי שנראה להלן.

כ. קנה הלוקח את המקרקע במחיר נמוך מערכו האמיתי בשעת המיקח, חייב הפודה לשלם מכל-מקום לפי הערך האמיתי, אלא אם מוכיח הוא כי ההזלה לא היתה בבחינת הנחה אישית ללוקח.

כא. קנה הלוקח את המקרקע כנגד התחייבות שעדיין לא נפרעה, אין בעל דין-הקדימה פודה מן הלוקח, אלא אם הוא מצידו - פורע ללוקח לאלתר או שמסכים המוכר לפטור את הלוקח מחובו.

כב. טען הלוקח למחיר שהוא גבוה מערך המקרקע בשעת המיקח, ובעל דין-הקדימה טוען טענת ברי שהיתה קנוניה, הרי באין עדים לטענת הלוקח - נשבע הלוקח בנקיטת חפץ וגובה כטענתו, ואם יש לו עדים - גובה בלי שבועה; אולם, אם גבה הלוקח בלי שבועה - עוד יכול בעל דין-הקדימה להוסיף ולעמוד על טענתו כי היתה קנוניה מאחורי גבם של העדים, ויכול הוא לתבוע על-פי טענה זו את החזרת ההפרש - ואז לא יוכל הלוקח להיפטר אלא אם יישבע לפחות הסת.

כג. נעשה המיקח שלא כנגד התחייבות לתשלום כספי, יכול בעל דין-הקדימה לפדות את המקרקע על-ידי תשלום ערך התמורה - אם התמורה היתה בנכס שאין קפידה להמירו בכסף; אך אם היתה [[565]] התמורה בנכס שיש קפידה בהמרתו - אין המקרקע עומד לפדיון בכלל.

הרא״ש היא לומר כי הזריעה נדחית מפני הנטיעה מקל-וחומר, אבל לא שגם הבנייה נדחית מפני הנטיעה - והיינו ששימוש עראי נדחה מפני השבחה של קבע, אבל לא שיש להפלות גם בין המינים השונים של שבח קבוע. לע״ד, הפירוש הנכון של דברי הרא״ש אולי הוא כדרך הרוב, אבל על-כל-פנים - מאחר שדעת הרא״ש לא התקבלה על דעת הכל - יש להעדיף את עמדתו של הט״ז, המתאימה יותר לפשט הגמרא. - לא נאמר בפירוש מה החיזוק הראוי למניעתה של התיימרות כוזבת מצד הלוקח או המצרן, אך מסתבר שהפתרון הפשוט הוא בהתנאת זיכויו של הצד המועדף במועד מפקיע מתאים ובמתן ערובות לכיסוי כל הפסד.

[1070] ריא) ר׳ גם תוספות על כתובות צ״ט ב׳, ד״ה הכי, ושלא כשלטי-גבורים על ב״מ, פרק ט׳, סי׳ תקס״א.

[1071] ריב) מן המקורות ברור רק שהשעבוד אינו מוסיף להתקיים כנגד הפודה; אבל מן הזכות הניתנת ללוקח לגבי אכילת הפירות מסתבר כי רשאי הלוקח גם לשעבד את המקרקע בגדר זכותו, ואין השעבוד מתבטל עם התביעה למפרע, אלא רק מסתיים.

כד. נמצאה לבעל דין-הקדימה הזכות לפדות מקרקע שניתן במתנה באחריות, משלם הוא ללוקח את סכום האחריות, ואם לא ניקב סכום - משלם הוא את ערך המקרקע.

כה. נעשה המיקח על תנאי, אין לבעלי דין-הקדימה זכות לפדות את המקרקע אלא משהוחלט המיקח ביד הלוקח.

כו. הזכות לפדיון המקרקע פוקעת אם לא נתבעה בהזדמנות הראשונה או שגילה הזכאי בדרך חיובית כוונת מחילה; ועל-כל-פנים אין הזכות מתקיימת, אם נתפרסם המכר (או דבר היותו של המכר מוחלט), ושהה הזכאי יותר מכדי צורך תביעה.

כז. בעל דין-קדימה, הכופר בעצם רשותו של המוכר למכור את המקרקע, והמודיע את טענתו ללוקח בטרם שהיתה זכותו משתהית על-פי האמור בסי' כ"ו לעיל, אין השיהוי חל בזכותו לפדות את המקרקע אלא משעה שיצא פסק-דין סופי הדוחה את הטענה[1072].

כח. הזכות לפדיון המקרקע איננה נפגעת על-ידי תחבולה שכל תכליתה לא היתה אלא להכשיל את הזכות[1073]; אולם אם הותנתה תביעת הפדיון כתנאי מפקיע במכר - התנאי קיים.

כט. כל אימת שמתעורר ספק לגבי זכות-הפדיון - הראייה על התובע, אולם, אם [[566]] הוכיח התובע את זכותו לכאורה - שוב אין שומעים לטענות ספק של הלוקח; ואם טען הלוקח טענת ברי שלא נסתרה על-ידי התובע, נשבע הלוקח הסת ונפטר.

ל. נמצא בדיעבד כי נפדה המקרקע שלא כדין, עומד הפדיון לביטול על-ידי הלוקח.

לא. נפדה המקרקע בהסתמך על דין-קדימה מחמת קניין, אשר נמצא בדיעבד כי הפודה לא היה זכאי בו, והקונה האמיתי לא ידע בשעת מעשה כי הזכות היא שלו, הריהו זכאי לחזור ולפדות את המקרקע מיד הקונה המדומה (אבל הדעת נותנת שלא מיורשיו או מלקוחותיו, כדין שומא דהדרא על-פי בבא מציעא ל"ה א') - ופדיונו מתקיים אף כנגד הלוקח המקורי.

בית יוסף על טור חו"מ סי' קע"ה סע' פ"ב מביא תשובה של מהרי"ק, דיוק המדמה לראות בדברי הרמב"ם אשר על-פיו יש להחיל כביכולאת דין-הקדימה לטובתו של שותף לא רק במקרקעין, כי אם גם במיטלטלין. בית-יוסף דוחה את הדיוק - ומבחינת ניתוח דבריו של הרמב"ם דחייתו היא בלי ספק נכונה, - אך הרמ"א, בדרכי-משה שם ס"ק י"א, חוזר ונאחז בשיטת מהרי"ק ומציע

[1072] ריג) כך הוא בלי ספק הפירוש הנכון של תשו' מהרי"ל סי' ע"ז (ר' בסוף התשובה, שמלכתחילה ידע ראובן על טענתה של לאה, ור' שם גם-כן שכל ההתדיינות שבאמצע לא פגעו בזכות הפדיון של לאה - עד שיצאה ההכרעה הסופית של מהרי"ל; והשווה לתשו' הרשב"א סי' תתקט"ו ונתה"מ על סי' קע"ה - חידושים ס"ק ס"ט וביאורים ס"ק ב', - שגם אם מאריכים את תקופת השיהוי, מכל-מקום צריכה כוונת הזכאי להתגלות בתוך תקופת השיהוי הרגילה).

[1073] ריד) בזה הכללנו את ההלכה, שאם נגרם לבעל דין-הקדימה אונס כדי למנוע ממנו לעמוד על זכותו בעוד זמן, מאריכים לו את שהות התביעה במידה מתאימה.

להשאיר את דין-הקדימה של שותף במיטלטלין להכרעת בית-הדין, לפי המסיבות בכל מקרה ומקרה. את הגישה הזאת מאמץ גם בעל עה"ש, באותו סימן, סע' נ"ט.[[567]]

ח. סייגי הקנאת מקרקעין במשטר היובל

ולבסוף, יכולים אנו למנות עם דיני-הלואי של המכר גם את הסייגים העשויים לחול על-פי דיני ישראל ביחס להקנאה אשר נושאה הוא העברת הבעלות במקרקעין, ובזמנים תקינים, שחל בהם דין היובל.

הסייג הראשון חל בתחומי ארץ-ישראל המתחלקת לשבטים[1074], ואין הוא חל אלא ביחס לשדות - להוציא את השטחים הבנויים בערים שהוקדשו כמוקפות חומה עם קביעתה של התנחלות ישראל בארץ[1075]; אולם, בערים אחרות שבארץ - וכן בירושלים, אף-על-פי שמוקפת חומה, וכמו כן בערי הלויים - חל הסייג אף ביחס לקרקע בנויה[1076]. הקרקעות האלו שהסייג חל לגביהן, הן הנקראות **שדות-אחוזה** - והיינו שנשארות הן אחוזת עולם למשפחות אשר להן נתחלקו בראשונה[1077], - והסייג האמור בא להבטיח את קיומו של הדבר הזה.

תוכנו המשפטי של הסייג הוא, שהנסיון להקנות את שדה-האחוזה לצמיתות הריהו עבירה ואיננו תופס; אך עם זאת, אין המעשה בטל לגמרי, אלא נתקיים הוא בגדרים מתוקנים, והיינו שעל אף כל מה שיכלו הצדדים להסכים ביניהם, מועיל מעשה-הקניין כדי להעניק ללוקח קניין-פירות עד לשנת היובל, ובשנת היובל חוזר השדה למי שקניין-האחוזה הוא שלו.

[[568]] מכל יתר הבחינות, נראה שאין הסייג פוגע בתנאים המוסכמים בדברי-הקניין, וכאשר נעשתה ההקנאה דרך מכר קם אפוא קניין-הפירות כנגד מחיר המוסכם. גם כשנעשתה ההקנאה בחליפין, או שנעשתה על דעת מתנה, חל הסייג כאמור[1078]. הסייג אינו מונע את האפשרות לשעבד את שדה-האחוזה אפילו לתקופה שמעבר לשנת היובל - ובלבד שאמנם תהיה שם הגבלת-זמן, כראוי לשעבוד[1079]. אולם, מצד שני, יומרה של הקנאת-הגוף, ואפילו לתקופה שלפנים מן היובל - נראה שהיא נפגעת ונהפכת להקנאה-לפירות גרידא, למשך התקופה המוסכמת, - מפני שהקנאת-הגוף, ולו גם לתקופה מוגבלת, כוללת בה על-כל-פנים, מבחינה מושגית, את היכולת למנוע את החזקת הקרקע לבעלים הראשונים אפילו לצמיתות[1080].

[1074] רטו) פי"א מהל' שמיטה ויובל הל' א'.

[1075] רטז) ניסוח זה של הדברים יש בו משום פרשנות של המקור, במגמה של חשיפת גדרי תחולתו של הדין בתקופת בית שלישי. ר' פי"ב מהל' שמיטה ויובל הל' ט"ו-ט"ז, והשווה פי"ב מהל' מלכים הל' ג' - ור' גם סיכומנו בסוף הסעיף.

[1076] ריז) הל' שמיטה ויובל פי"ב וי"ג.

[1077] ריח) אמנם בפי"ד מהל' ערכין וחרמין הל' א', מביא לכאורה הרמב"ם הגדרה אחרת: "שדה שירשה אדם ממורישיו היא הנקראת שדה-אחוזה, ושדה שלקחה או שזכה בה היא הנקראת שדה-מקנה". אולם, ברור שגם שדה-מקנה עשויה לעבור בירושה, בגדר קניינו של הלוקח, ועם זאת לא תחדל להיחשב כשדה-מקנה אף ביד היורש; ויוצא אפוא שההגדרה הנכונה של שדה-אחוזה היא לאו דווקא שהשדה היא ירושה ביד הקונה, אלא שהיא ירושה בידו מדור דור, והדגש הוא באמת על ירושה "ממורישיו", ברבים, בלי הפסק של זכיית-מקנה מחדש, עד עולם.

[1078] ריט) פי"א מהל' שמיטה ויובל הל' י"ט וכ'.

[1079] רכ) שם, הל' ב'.

[1080] רכא) כך נראה לי לדייק - על אף הלשון של נוסח ההלכה לכאורה - על-פי מקור הדברים בסוגייה שבבבא מציעא ע"ט א', ור' גם משנה-למלך על פי"א מהל' שמיטה ויובל הל' א'.

במקום שנעשתה ההקנאה בתמורה, אמרנו שהתמורה נשארת בבחינת מחיר או חליפין - ואין לראותה כנהפכת לתמורה של שכר; אולם, הידמות רבה למעמד השכר אפשר על-כל-פנים לראות בדבר, מצד זכות-הפדיון המשלימה את הסייג האמור. זכות זו קובעת כי משעברו לפחות שתי שנות-תבואה מאז ההקנאה, יכול קונה-האחוזה לחזור ולפדות את השדה, ודמי-הפדיון שיתחייב בהם יהיו לפי החלק הפרופוציונלי של ערך התמורה, החל על התקופה שנותרה עוד עד לשנת היובל[1081]. בחישוב דמי-הפדיון, יד הפודה היא על העליונה, ואם ערך הקרקע פחת בינתים מחשבים את דמי-הפדיון לפי שער הזול - אך אין מחשבים לפי שער היוקר, במקרה שערך הקרקע עלה. כמו כן, אם [[569]] בינתים חזר הלוקח והקנה את הקרקע לאחרים, לפי שער זול יותר מזה שקנה לפיו, משלם הפודה ללוקח השני רק לפי שער הזול; אך במקרה שהקנה הלוקח לפי שער יקר יותר, עושה הפודה את חשבונו עם הלוקח הראשון לפי שער הזול (והלוקח השני, אשר ממנו נטרף השדה, חוזר ועושה חשבונו עם הלוקח הראשון)[1082]. את זכות-הפדיון אין להגשים אלא מתוך ממון שהגיע אחר ההקנאה הפסולה, להבדיל מכספי הלוואה וממון שהיה מצוי כבר ביד המקנה מלכתחילה, בשעת ההקנאה[1083].

נעשתה ההקנאה בתוך שנת היובל עצמה, הריהי בטלה לחלוטין; נעשתה תוך השנה שלפני שנת היובל, חוזרת השדה בשנה שלאחר שנת היובל[1084]. בערי הלויים אין זכות-הפדיון מוגבלת במיזער השנתיים, ויכולה השדה להיפדות אפילו מיד[1085] [1086].

[[570]] הסייג השני מתייחס למכר הגוף של קרקע **בנויה** - ולבד מתחולתו בקרקע בנויה שהיא שדה-אחוזה, חל הוא גם בערים שהוקדשו כמוקפות חומה ואשר הסייג הראשון שאמרנו איננו חל

[1081] רכב) פי"א מהלכות שמיטה ויובל הל' ד'-ו' ו ט'-י'. לאור הדין שנראה להן, בסמיכות להערה רכ"ט, שזכות-הפדיון של **בתים** חלה גם לגבי מתנה, נראה לי להסיק שאף כאן יש זכות-פדיון אפילו לגבי מתנה, כנגד תשלום חלק פרופורציונלי של הערך האובייקטיבי.

[1082] רכג) פי"א מהל' שמיטה ויובל הל' ט"ז.

[1083] רכד) שם, הל' י"ח.

[1084] רכה) שם, הל' י"א, י"ב.

[1085] רכו) שם, פי"ג הל' ז'.

[1086] רכז) מכל הדברים האלה אין להסיק שקניין-האחוזה הריהו אפוא, למעשה, קניין-פירות גרידא, ולא קניין-הגוף - לא רק ביד הלוקח, כי אם אפילו בידו של קונה-האחוזה עצמו; ונפקא מינה לשאלה, אם רשאי קונה-האחוזה לפגוע בגוף הקרקע ולהשמיטו מיורשיו, אם לא על-ידי הקנאה לזולת, הרי באמצעים אחרים. בכיוון המסקנה של שלילת קניין-הגוף אפשר לכאורה להסתמך על מקור הדינים שלנו בויקרא כ"ה כ"ג, שם ניתנה להם ההנמקה "כי לי הארץ" - ואמנם, הרשב"א בנה על כך את ההנחה, שאף לגבי קונה-האחוזה, האדמה "איננה שלו [רכז-1) שיטה מקובצת על בבא מציעא ע"ט א', ד"ה הכא במאי עסקינן; ור' נימוקי-יוסף על בבא מציעא נ"א א' (רי"ף,סי' שע"ו), ד"ה ע"מ שאין לך עלי אונאה.]. אולם, באמת דין מפורש הוא מן התורה, שלמעשה יכול קונה-האחוזה להפקיע את זכותו וזכות יורשיו אפילו לצמיתות, על-ידי הקדשת הקרקע (ואי-פדיונה תוך תקופת היובל) - ומכאן ראייה ברורה וחד-משמעית כי את המושג "כי לי הארץ" אין לפרש במשמעות קניינית, כי אם רק **ריבונות** [רכז-2) ר' גיטין מ"ז א': "כי לי הארץ - לי קדושת הארץ".], ואילו מבחינה קניינית אמנם ניתנה לקונה-האחוזה זכות-בעלות גמורה, ולו גם מסויגת בעניין המיוחד של היכולת להקנות לאחרים לצמיתות.
אשר לדין האחוזה שהוקדשה, הרי זו יכולה להיפדות עד לשנת היובל, אך לא על-פי הדינים שראינו כאן לעיל, כי אם על-פי הדינים המיוחדים של פדיון מן ההקדש. פדיון זה יכול להתבצע גם על-ידי מי שאינו קונה-האחוזה, ובמקרה שאמנם נפדתה הקרקע על-ידי אחרים יכול קונה-האחוזה לחזור ולפדות מהם תוך תקופת היובל. לא פדה קונה האחוזה את הקרקע, הרי זו יוצאת בשנת היובל לחולין, בקניין-אחוזה לכוהני המשמרת של אותו זמן, כנגד דמי הפדיון המתאימים [רכז-3) פי"ד מהל' ערכין וחרמין הל' ט',י"ט, כ', כ"ד.] בערי הלויים מתקיימת זכות-הפדיון של קונה-האחוזה אפילו מעבר לשנת היובל [רכז-4) שם, הל' כ"א ופי"ג מהל' שמיטה ויובל הל' ז'.].

בהן. תפקיד הסייג הוא לעודד את השתמרות הבתים ברשות בעליהם, ברציפות משפחתית, אף בשטחים עירוניים, ובמיוחד אמנם בערים המוקפות חומה - אשר בהן טפלה הקרקע לבניין שעליה ואשר אין אפוא מקום לקיים בהן את דין החזרה ביובל. בקרקע בנויה שהיא שדה-אחוזה, והחוזרת ביובל, חל הסייג השני בנוסף על הסייג הראשון[1087]. גם סייג זה חל אף במתנה[1088], וודאי גם בחליפין. תוכנו של הסייג הוא, שהקנאה הנכנסת בגדרים האמורים נשארת כפופה לזכות-פדיון מצד המוכר ויורשיו במשך שנה מן ההקנאה, כנגד החזרת המחיר (או הערך)[1089]. זכות-הפדיון עומדת גם כנגד באי-כוחו של הלוקח[1090], ובערי הלויים מתקיימת היא לא רק תוך שנה, כי אם לעולם (והיינו שאם תהא זו עיר שהוקדשה כמוקפת חומה תתקיים הזכות אף מעבר לשנת היובל[1091] [1092].

[[571]] שני הסייגים האלה שאמרנו כרוכים בתחולתו של משטר היובל - אשר תחילתו תלויה, מצידה, בהיות כל ישראל יושבים על אדמתם, "והוא שלא יהיו מעורבבין שבט בשבט, אלא כולן יושבים כתקנן"[1093]. הסייגים אינם חלים אפוא למעשה בימינו, ולא רק בגלל התעלמות כלשהי מדיני התורה, אלא גם על-פי דיו התורה עצמה, ואפילו על-פי הנחה שכלל דיני התורה יהיו מתקיימים למעשה, בארץ-ישראל, באופן ממלכתי, ובמצב שעצם קיבוץ הגלויות יהא כבר מושלם. יתר-על-כן, התלייה זו של תחולת הסייגים באמת אינה תירוץ פורמלי כלשהו להתמטות מהפעלתם של דינים מכבידים, אלא אכן נובעת היא באופן מהותי מטבע העניין, באשר כל הטעם והתכלית של הסייגים הריהם אמנם להבטיח את התמדת האיזון החברתי על בסיסה של שרשיות ורציפות קרקעית, משפחתית-היסטורית, מודעת ומסוימת - ואילו השרשיות והרציפות הזאת נשתבשה כבר כמעט לחלוטין, ובעיקרה המכריע אף אפשר לראותה כאילו בטלה כבר ועברה מן העולם. במסיבות אלה יש אפוא מקום לשאול, אם יש בכלל טעם לחזור ולטפל עוד באותם הסייגים, במחקר השוואתי-אקטואלי מן הסוג שבו אנו עוסקים כאן; אולם, מן הסקירה המפורטת שהקדשתי להם, ברור שעל-כל-פנים תשובתי שלי הריהי אמנם חד-משמעית וחיובית לחלוטין. הסבר עמדה זו הוא בכך, שגם אם אין כיום לסייגים הנידונים משמעות אקטואלית ישירה בתחום המיוחד של דיני הממונות, אשר אליו שייכים הם מבחינה משפטית, הרי מכל-מקום נשארת להם משמעות מופלגת בהבהרת אופיים ומגמתם החברתית של דיני ישראל בדרך-כלל, לעומת השיטות האחרות - וזאת אגב המשמעות המופלגת הנותרת לאותם הסייגים גם מבחינה מעשית-אקטואלית, כנקודת-המפתח להכוונת התכנון החברתי, הכלכלי וההתישבותי, אשר על-פיו באמת חייבים [[572]] אנו לחזור ולנהל עוד את מהלך גאולתנו בהמשך המהפכה המשיחית.

[1087] רכח) פי"ב מהל' שמיטה ויובל הל' י'.
[1088] רכט) שם, הל' ד'.
[1089] רל) שם, הל' א', ב'.
[1090] רלא) שם, הל' ב',ד'.
[1091] רלב) שם, פי"ג הל' ז.
[1092] רלג) זכות-הפדיון מתקיימת לעולם אף שלא בערי הלויים, כאשר המדובר הוא בקרקע בנויה בעיר מוקפת חומה, שבעליה הקדישה. אולם, אם מישהו אחר קדם ופדה את הקרקע מיד ההקדש, אין הבעל המקדיש חוזר ופודה אלא תוך שנה ממעשה-הפדיון: פי"ב מהל' שמיטה ויובל, הל' ח'.
[1093] רלד) שם, פ"י הל' ח'.

הדבר מיוסד בעובדה, שתורת ישראל אינה נבהלת מן ההשתבשות שחלה בהכרת הרציפות המשפחתית, ואין היא מוכנה לוותר בגין השתבשות שכזאת על החתירה להגשמת האידאל של מבנה החברה המושרש והיציב, אשר בלעדיה נידונים אנו להיסחף בבלבול, ככל הגויים, עד לאבדן זהותנו מעיקרא. לכן, אם הכרת הרציפות המשפחתית היא תנאי יסודי בעצם מהותו של המבנה החברתי הנדרש - והכרה זו נשתבשה - מחייבת אותנו התורה לחזור ולבססה מחדש, והריהי גם קובעת את הדרך לכך. החיוב נמצא מנוסח לפנינו בספר משנה-תורה של הרמב"ם בשתי הלכות אלו" בפי"ב מהל' שמיטה ויובל הל' ט"ז, "וכן לעתיד לבוא, בביאה שלישית, בעת שייכנסו לארץ, יתחילו למנות שמיטין ויובלות, ויקדשו בתי ערי חומה... - מקיש ירושה לירושת אבותיך, מה ירושת אבותיך, אתה נוהג בחידוש כל הדברים האלו, אף [ירושתך] אתה נוהג בה בחידוש כל הדברים האלו"; וכן בפי"א מהל' מלכים הל' א', ביחס למלך המשיח, "וחוזרין כל המשפטים בימיו כשהיו מקודם, מקריבין קרבנות ועושין שמיטין ויובלות, ככל מצותה האמורה בתורה". ואילו ביחס **לדרך** החידוש, זה מה שנקבע לנו בפי"ב מהל' מלכים הל' ג': "בימי מלך המשיח, כשתתישב ממלכתו ויתקבצו אליו כל ישראל, יתיחסו כולם על-פי רוח הקודש שתנוח עליו... ואינו מיחס ישראל אלא לשבטיהם".

לפי זה יוצא, כי במקרה שבתחילת הגאולה עדיין אי-אפשר לקיים את דיני משטר היובל כהלכתם, הרי מכל-מקום חייבת הגשמת הגאולה להיות מכוונת לחידוש האפשרות בהמשכה; [[573]] ומשמע, במילים אחרות, שגם אם בינתים מוכרחים הדברים לצאת מבולבלים, אם הרבה ואם מעט, הרי באותה מידה שמבולבלים הם - אמנם יש לראותם בינתים כמאורגנים רק בדרך עראי, ועל דעת שבמשך הזמן, ובמהלך התכנון המתקן, ישונו ויאורגנו מחדש. והנה, אם נתרגם עתה את המסקנה באופן ספציפי אל צורת התפתחותה של הגאולה על-ידי הציונות ומדינת-ישראל בימינו, ברור כי כל מה שנעשה פה עד כה, בעיצוב המשטר והחברה ובדרכי ההתישבות העירונית והכפרית, הריהו אמנם עראי בתכלית העראיות - כפי שהסברתי בכתבים אחרים, - ואין התוצאות אמורות להימשך ולהתפתח באופן וגטטיבי, מתוך נתוניהן הקיימים גרידא, אלא באמת אמורות הן לשמש רק כנקודת-מוצא לעיצובו של הכל מחדש, באופן מהפכני-מכוון, בהתאם לדרישות המהות הישראלית, בדרך התורה. עיצוב מחודש זה, בנתון להלכות שציטטנו לעיל, פירושו הוא שגם ההתנחלות הקרקעית המבולבלת דהאידנא (ואשר אינה בושה אפילו להיות מבוססת מבחינה משפטית על המשכיות החלוקה הקניינית של הארץ מימי הכיבושים הזרים השונים); עוד ביקורת מהפכנית כוללת - ועתידה היא ליהפך עוד אפוא להתנחלות חוזרת של העם הישראלי על אדמתו, בשיטה מתוכננת מן היסוד ובמגמה של חידוש השרשיות והרציפות הנדרשת, מעתה ולהבא. אולם, התנחלות מחודשת ומתוכננת זו, שתיערך על-ידי עם ישראל בנחלת שבטיו מלפנים - ממילא יהיה בה אמנם, על-פי עצם טיבו של המפעל, משום יחוס העם מחדש לשבטיו, על-ידי המלך המשיח, ברוח הקודש - ואז אמנם אפשר יהא להפעיל שוב גם את סייגי ההקנאה הנ"ל, שהיו כאן נושא דיוננו, ואף אמנם בתחומם המשפטי המיוחד, בדיני הממונות.

התלייתם המשפטית בימינו הריהי אפוא באמת רק זמנית ומוגבלת בלבד. [[574]]

פרק ד': הדינים הכלליים של חוזים (חלק שני)

נושא ראשון: עסק מותנה

א. גדרי הנושא

בתחילת הפרק הראשון הסברנו את הצורך המתעורר על פי טיב מחקרנו, להזקיקו מול הדינים הכלליים של חוזים ולחזור ולחלק בו את העיון בדינים הללו לשני חלקים. בחלק הראשון עסקנו בדיני **היסוד** הכלליים; עתה יכולים אנו לעבור אל דיני הלואי הכלליים - ובתחום זה נפתח את עיוננו **בדיני התנאים**, והיינו דיני החוזה (או העסק) שהותנה בתנאים.

את דיני התנאים הללו, שנעסוק בהם, יש להבחין על רקע המושג הכללי של תנאים, שהוא רחב יותר, ועשוי להקיף גם תנאים החורגים מגדרי עניינו בפרק הזה.

ראשית, לא נחזור לעסוק כאן במיני התנאים - או באספקטים של מיני התנאים - שכבר דנו בהם לעיל (בפרק ב', סע' ז', מס' 3, אות ז'). שם ראינו כי מושג "התנאי" עשוי לכלול גם מה שנקרא היום "תניות" - דהיינו סעיפים כלשהם בחוזה, ולרבות תנאים במובן של פירוט הרכב הנשוא של העסק או הרכב התמורות האמורות להוות את הנשוא. כמו כן ראינו כי המושג כולל גם את "תנאי הלואי", במובן של חיובים המגודרים על דעת תחולתו של העסק. מלבד זאת, ראינו את ההבחנה העשויה לחול בגדרי מושג התנאי בין "תנאי עיקרי" - במובן של חיוב תמורה או תנאי לואי אשר הפרתם אמורה להפקיע את העסק מעיקרא - לבין "תנאי משנה", במובן של חיוב תמורה או תנאי לואי [[575]] אשר הפרתם אינה אמורה להפקיע את העסק. כל אלה נשארים אפוא מחוץ לגדר הנושא שלנו כאן.

שנית, לא נעסוק כאן במה שאפשר לכנות כ"תנאי שלמות" - והיינו בתנאים שאינם מכלל התניות המוסכמות של העסק, אלא הם בבחינת דרישות טרומיות של המשפט, אשר על ידי קיומן נוצר החוזה ואשר באי קיומן נמנעת התקשרות החוזה מעיקרא[1094]. "תנאי שלמות" שכאלה הריהם למשל, הדרישה לקיום הנשוא של העסק או היותו אפשרי, הדרישה לכשרות הצדדים, הדרישה למעשה קנין מתאים, הדרישה לסמיכת דעת וכיו"ב, שכבר דנו בהם גם כן לעיל - ואין לנו טעם לדון בהם מבחינת שיתופם במושג התנאי, מפני שמשמעותם המעשית אינה באה מצד שיתופם המושגי הלזה, כי אם רק מצד יחוד עניינו של כל אחד מהם, לגופו.

לעומת זאת, יהא כאן נושא עיסוקנו באותם התנאים שהם בבחינת תנאי קיום - או גדרי אופן הקיום - לגבי החוזה בכללו או לגבי תנייה או הקניה כלשהי בתוכו, על פי הסכמת הצדדים ודברי הקנין של החוזה בעצמו[1095].

[1094] א) השווה **אנקצרוס**, עמ' 409; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 75.

[1095] ב) לפי זה ממילא משמע כי תנאי מן הסוג שבו נעסוק כאן אמנם יהא תמיד בגדר "תנייה" מתניות החוזה. מצד שני, ממילא משמע גם כן כי הדרישה להתמלאותו של "תנאי עיקרי", במובן שאמרנו לעיל, אמנם תוכל אף היא להיחשב תמיד בבחינת תנאי מן הסוג שבו אנו עוסקים כאן.

ב. הדינים העותמניים

גם את סקירתנו בנושא הנידון כדאי לפתוח בהצגת הדינים העותמניים, כדי לראות דוגמה של שיטת משפט, אשר אין בה שום תפיסה מאוחדת של דיני התנאים, כי אם רק רשימה של תנאים מסוימים, אשר העסק - וביחוד חוזה המכר - עשוי להיות מותנה בהם על פי הסכמת הצדדים.

[[576]] רשימה כזאת היתה מצויה, קודם כל, במג'לה, בסידרה של פרקים אשר כל אחד מהם בא להסדיר מכירה המותלית בתנאי המסוים שהוא הנושא של הפרק. כל התנאים שנידונו כך במג'לה - מילוים תלוי היה ברצונו של אחד הצדדים, ולפיכך נקראו הם "ברירות"[1096]. "הברירות" כללו גם את זכויות הביטול שלא נבעו מהתנאה מוסכמת במיוחד, כי אם מכוח הדין - שבסתם - וכגון זכות הביטול מחמת מום או מחמת אונאה וכיו"ב, שכבר דנו בהם לעיל. "הברירות" הנובעות מתנאי מוסכם ושנידונו במג'לה היו כדלהלן:

א) מכר על תנאי שכל אחד מהצדדים, או רק אחד מהם, יהא זכאי לבטלו תוך זמן ידוע. אם הזכות נתונה היתה לשני הצדדים, מסתבר שהמכר היה "נפסד", וקיום הזכות היה מפקיע את המכר בדיעבד, למפרע. אם הזכות נתונה היתה רק למוכר, הריהי היתה משהה את תחולתו של המכר עד תום הזמן הקצוב או עד לאישורו של העסק על ידי המוכר - ואם אבד המימכר בינתיים, אפילו ביד הלוקח, לא היה זה חייב במחיר המוסכם, כי אם רק בשוויו של המימכר ביום הנטילה. אם הזכות נתונה היתה רק ללוקח, היה קיומה מפקיע את המכר בדיעבד. עבר הזמן ולא נתקיימה זכות הביטול, היה המכר קיים והתנאי מתבטל. זכות הביטול לא היתה עוברת בירושה, וכשהיא היתה נתונה רק לאחד הצדדים - והאיש מת - היה המכר מתקיים על ידי כך באופן סופי[1097].

ב) מכר בהקפה, על תנאי שהמחיר ייפרע תוך זמן קבוע. במכר כזה היה התנאי מפקיע - והיינו שאם לא [[577]] נתמלא, היה המכר פוקע למפרע, - אך ההפקעה לא היתה מתרחשת על כל פנים מאליה, אלא עוד נחוץ היה התנאי הנוסף שמישהו מההצדדים אמנם יביע את רצונו לבטל את המכר. לכן, אם המחיר לא שולם בזמן, ועדיין לא הובע רצון הביטול על ידי איש מן הצדדים, היה המכר נחשב בינתיים כמכר "נפסד". אם מת הלוקח תוך הזמן שנקבע ולפני שפרע את המחיר, היה המכר מתבטל מאליו[1098].

ג) מכר של דברים אחדים, על תנאי שתוך זמן קבוע יבחר אחד הצדדים לרכז את העסק באחד מהם. במכר כזה היתה הבחירה בבחינת חובה, והיא היתה עוברת בירושה - אך לא פורש הדין למקרה שהאיש לא היה ממלא את חובתו[1099].

ד) "המכר החוזר". המכר החוזר לא נכלל בפרק הברירות, אלא היה לו מעמד נכבד לעצמו, אולם על פי מהותו אפשר היה בהחלט להכלילו בין מיני הברירות. מבחינת טיבו המשפטי, היה המכר

[1096] ג) השער הששי בספר הראשון של המג'לה, סע' 300 ואילך.
[1097] ד) סע' 300-309.
[1098] ה) סע' 313-315.
[1099] ו) סע' 316-319.

החוזר של המג'לה בבחינת מכר נפסד - כלומר, מכר על תנא מפקיע, שיתבטל עם גילוי רצונו של אחד הצדדים לחזור בו[1100]; אולם, מוסד המכר החוזר היה מותאם לכוונה של משכון[1101], ומכאן דיניו המיוחדים. יחודו לעומת המכר הנפסד הרגיל היה קודם כל בכך, ששם אפשרית היתה החזרה רק תוך זמן קבוע, בעוד שכאן לא היתה שום הגבלה של זמן; ושנית - וזה העיקר - שם מתבטל היה המכר על ידי עצם גילוי רצונו של בעל הברירה, ואילו כאן נחוץ היה גם התנאי המפקיע הנוסף, שהמוכר יחזיר את המחיר שקיבל[1102]. אי אפשר היה אפוא להעלות על [[588[1103]]] הדעת מכר חוזר אשר המחיר לא שולם בו.

החזרת המחיר על ידי המוכר לא היתה רק בבחינת תנאי מהותי להגשמת הפקעתו של המכר, אלא היא היתה גם נושא לתנאי לואי חובי - באשר הלוקח שרצה לבטל את המכר, והעמיד את המימכר לרשות המוכר, אף זכאי היה לתבוע כי המוכר אמנם יחזיר את המחיר מצידו[1104].

כל זמן שהמכר החוזר התקיים, לא היה המימכר נתון ברשותו של איש מן הצדדים כדי להקנותו לאחרים[1105], אך מסתבר שהלוקח יכול היה על כל פנים למכור, אם קיבל יפוי כח לכך מן המוכר, על פי סע' 760 של המג'לה (ודוק בסע' 3).

מכר חוזר, שהמחיר היה שווה בו לערכו של החוב, ואבד המימכר ברשות הלוקח - היה פוקע החוב שבתמורתו; היה המחיר פחות מן החוב, יכול היה הלוקח לדרוש עוד את החזרתו של העודף; היה המחיר יותר מן החוב, ואבדן הממכר היה בפשיעת הלוקח - חייב היה הלוקח להחזיר את העודף, אבל אם אירע האבדן באונס, נפטר המוכר מחובו וגם הלוקח פטור היה מכלום[1106].

הברירות במכר החוזר היו עוברות בירושה[1107]. החוב המגיע מן המוכר ללוקח היה כעין אפותיקי ראשונה על המימכר, והיינו שקודם כל היו מגבים מן המימכר את הלוקח, ואם נשאר עודף היו מגבים ממנו את בעלי החוב האחרים של המוכר[1108].

מלבד אלה אפשר לציין במשפט העותמני את התנאי שנידון בסע' 114 של חוק הקרקעות מ-1274 להג"מ, כפי שתוקן: "העברת קרקעות מירי... על תנאי שידאגו לפרנסתו של המעביר עד יום מותו, היא בת תוקף והתנאי מותר. משנעשתה ההעברה, [[599[1109]]] הרי כל עוד מוכן מקבל ההעברה לפרנס את המעביר כפי שהותנה, אין המעביר יכול לחזור בו ולקבל את הקרקע. טען המעביר שמקבל ההעברה אינו מפרנס אותו בהתאם לתנאי הנזכר ורצה לקבל בחזרה את הקרקע (והוכיח

1100 ז) סע' 118.
1101 ח) סע' 3.
1102 ט) סע' 118.
1103 [הערת עורך: המחבר טעה במספור העמודים].
1104 י) סע' 396.
1105 יא) סע' 397.
1106 יב) סע' 399-401.
1107 יג) סע' 402.
1108 יד) סע' 403.
1109 [הערת עורך: המחבר טעה במספור העמודים].

את תביעתו)... תוחזר לו הקרקע שהעביר. מקבל ההעברה שמת לפני המעביר, חייבים יורשיו לפרנס את המעביר עד יום מותו; ואם לא יפרנסוהו, יהיה זכאי לקבל בחזרה את הקרקע מידי היורשים. אם מת מקבל ההעברה ללא יורשים כלל ועיקר, לא תינתן הקרקע לאחר, אלא יחזיק בה המעביר כבתחילה. כל ימי היות המעביר בחיים אין מקבל ההעברה או יורשיו זכאים להעביר את הקרקע לאחר". נראה כי הוראות אלה מסתנפות לדין המתנה "המוֹדלית", שהתאפשרה במג'לה כפי שכבר ראינו לעיל, בפרק ב', סע' ח', בסמיכות להערה שס"ז.

כמו כן ראוי להזכיר במסגרת התנאים שאנו דנים בהם כאן את סע' 440 של המג'לה: "שכירות לאחר זמן - שלמה, והיא גמורה עוד מלפני שהגיע זמנה. לפיכך לא יוכל אחד הצדדים לבטל את השכירות, לאמר: לא הגיע זמנה עדיין". הוראה זו, אין ברור אם רק נועדה היא לאפשר שעבוד של שכירות החל לאלתר ואשר תכנו הוא שהשוכר יהא רשאי להשתמש במושכר רק החל בתאריך פלוני בעתיד - והריהי אפוא הוראה ספציפית בלבד - או שמא יש לראותה כהוראה לדוגמה, הבאה להסדיר יחס משפטי אשר עצם קיומו מותנה מלכתחילה במעבר של זמן מסוים. בכיוון האלטרנטיבה השנייה אפשר להסתמך על סע' 477 של המג'לה, שקבע כי אין חיוב שכר בשכירות נכסים מלפני מסירת המושכר [[600]] בפועל לשימוש השוכר, אך פירוש כזה היה יוצא מנוגד למה שנראה כעקרון במג'לה, שאין מכר או שכירות מתקשרים מלשעתיד[1110].

ג. דיני יבשת אירופה

בצרפת מבחינים בגדר תנאי הקיום המוסכמים בין המושג של condition למושג של terme. המושג condition - לפחות בלשון המשפטית המקצועית[1111] - משוחרר לחלוטין מן המשמעות של "סתם סעיף בחוזה" או "תנייה" (כפי שיש למושג המקביל "תנאי" בעברית או condition באנגלית), והריהו מוקדש למשמעות המוגדרת האחת, לאמור: "המושג condition מציין את העובדה שהתהוותו או היעלמו של יחס משפטי נמצאים משועבדים להגשמותו של מאורע עתיד ובלתי ודאי"[1112]. אם המאורע איננו עתיד אלא קיים כבר בהווה או התגשם בעבר, אומרים שהיחס הוא מותנה אולי מבחינה הסובייקטיבית של הצדדים אבל אין מכירים בתנאי מבחינה אובייקטיבית. אם המאורע, אשר התהוותו או היעלמו של היחס נמצאים משועבדים לו, אמור אמנם להתגשם רק בעתיד, אבל התגשמותו **ודאית** - אין השעבוד נקרא condition, כי אם terme ("מועד")[1113].

Condition המתלה את התהוותו של היחס נקראת condition suspensive (להלן: תנאי משהה). היחס התלוי בתנאי המשהה איננו נושא כמובן את תוצאותיו החוקיות כל זמן שהתנאי הדרוש לא התקיים. אולם, ברור שהיחס איננו יכול להיות תלוי בתנאי, אם כבר **מעכשיו** לא נגמר בין הצדדים העסק הקובע שאם יהיה כך וכך, יקום ביניהם יחס כזה וכזה; ובמלים אחרות - אף על פי שאין היחס המותנה קיים כל זמן שלא התקיים התנאי, הרי מכל מקום גם בזמן הביניים, בין גמר העסק ועד שהתנאי מתקיים (או שקיומו נעשה לחלוטין בלתי אפשרי) כבר גורר אותו היחס המותנה [[601]]

[1110] טו) ר' סע' 170, 171 ו-435.
[1111] טז) ור' בספרו השוייצרי של **גוהל**, עמ' 55.
[1112] יז) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 368.
[1113] יח) שם, עמ' 369.

תוצאות מעשיות כלשהן בדרך הרפלקס ומכוח העסק שנגמר[1114]. תוצאות מידיות אלו הן, ששוב אין הצדדים יכולים לחזור בהם מן העסק באופן חד צדדי, וכל אחד מהם זכאי לנקוט את האמצעים הדרושים להבטחת זכותו המותנה (הקונה מקרקע על תנאי משהה זכאי, למשל, לרישום קנייתו). הזכות המותנית ניתנת להעברה והיא עוברת בירושה. מצד שני, כאמור, עד שהתנאי המשהה אינו מתקיים, אין הזכות המותנית קיימת, ולכן - אם המדובר הוא, למשל, בהקנאה - הרי עד שהתנאי המשהה מתקיים נשאר המקנה בעליו של הנכס לכל דבר, והוא יכול אפילו להקנותו לאחרים. אולם, משהתקיים התנאי, הרי היחס הנידון נולד למפרע, למן היום שבו נגמר העסק, ואם המדובר הוא, למשל, בהקנאה, הרי הקונה נעשה בעליו של הנכס למפרע, למן היום הקובע: הוא זכאי לפירות שעלו בזמן הביניים וכו', ומה שהמקנה התיימר בינתיים להקנות לאחרים מתבטל כנגדו. עם זאת, יש דין יוצא מן הכלל, למקרה שהנכס הנמכר אבד באונס בזמן הביניים ביד המקנה: על פי העקרון הפשוט היה הנזק צריך לחול על הקונה, אבל הדין הצרפתי המיוחד קובע שבמקרה כזה נפטר הקונה מן המחיר. אם התנאי איננו מתקיים, רואים את הדבר כאילו לא נעשה העסק מעולם.

ה-condition המתלה את **היעלמו** של היחס נקראת condition résolutoire (להלן: תנאי מפקיע). מציינים שהתנאי המפקיע, אף הוא בעצם אינו אלא תנאי משהה; אולם הדבר שהוא משהה איננו התהוותו של היחס, כי אם פקיעתו[1115]. העסק הנעשה על תנאי מפקיע [[602]] נושא את מלוא תוצאותיו התוכניות לאלתר: אם המדובר הוא, למשל, במכר, הרי כאן עוברת הבעלות מן המוכר אל הלוקח מיד; אולם, אם התנאי מתקיים, מתבטל העסק למפרע, והמוכר חוזר להיות הבעלים כאילו לא נתקיים המכר מעולם, וכל ההקנאות שנעשו בינתיים על ידי הלוקח מתבטלות מאליהן. אם התנאי איננו מתקיים נגמר העסק באופן מוחלט.

התחייבות הנעשית על תנאי משהה שהמתחייב ירצה לקיימה או לאשרה - בטלה (כפי שכבר ראינו למעלה, בקשר לענין סמיכת הדעת[1116]; ולכן, ברירה חד צדדית למוכר, מן הסוג הנידון בסע' 300-309 של המג'לה[1117], בטלה בצרפת).

יחס המותלה על ידי condition שהיא בלתי אפשרית, בלתי מוסרית או בלתי חוקית, הריהו בטל אפילו לכשמתקיים התנאי - אם העסק נעשה בתמורה. אם העסק נעשה שלא בתמורה, נכנס היחס לתקפו מכל מקום, ואילו התנאי המתלה אותו נחשב בטל מעיקרו.

במקרה שהיחס המותלה על ידי condition הוא חיוב, והחייב גורם לתנאי שלא יתקיים, רואים את התנאי כאילו התקיים בכל זאת.

[1114] יח-1) **מסיניאו**, בכרך א', עמ' 583, מבחין ומציין שבזמן הביניים יש לעסק validata (תוקף), אם כי אין לו עדיין efficacia (כוח פעולה). נראה לומר כי התוקף, כשלעצמו, אינו נפגע אף אם התנאי אינו מתקיים, וכוח הפעולה או הקיום המעשי של העסק שוב אינו נוצר לעולם.

[1115] יט) מצד שני, כל תנאי משהה אינו בעצם אלא תנאי מפקיע לגבי זכותו של הצד שכנגד - ר' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 234-233.

[1116] כ) פרק א', נושא שלישי, סע' ח', בסמיכות להערה רמ"ח.

[1117] כא) ר' סע' ב' בפרקנו לעיל, בסמיכות להערה ד'.

גם מושג ה-terme מתחלק לשני סוגים: terme suspensif - היינו **זמן משהה** - ו-terme extinctif, היינו **מועד מסיים**.

עסק התלוי בזמן משהה - חלות מלוא תוצאותיו התוכניות לאלתר: אם המדובר הוא בהתחייבות, נוצר החוב מיד, ואם המדובר הוא בהקנאה עובר הקניין מיד; אלא שה-terme משהה את העניין במובן זה, שלצד הזכאי אין תביעה למילוי זכותו עד שיגיע המועד הקבוע. לכן, אם המדובר הוא בהתחייבות, קיים אמנם החוב גם במשך כל זמן הביניים, ואם פורע החייב את חובו לפני שהגיע המועד - אין לו תביעה להחזרת "התשלום הבלתי ראוי" (בעוד שיש תביעה שכזאת [[603]] למי שמקדים לשלם את חובו המותלה **בתנא משהה**); אולם, כל עוד שהזמן לא בא, אין על החייב **חובה לפרוע** את חובו הקיים. אם המדובר הוא בהקנאה, הרי כל עוד שהזמן לא הגיע אין על המקנה חובת מסירה[1118].

עסק התלוי **במועד מסיים**, הרי כל עוד שהמועד לא הגיע נושא העסק את תוצאותיו התוכניות כרגיל, ואילו משמגיע המועד - מסתיים העסק, ותוצאותיו חדלות מאותו מועד ואילך[1119].

פלניול וריפר, בכרך י', עמ' 202 ואילך, מביאים כמה סוגים של מכירות על תנאי, שיש להם מעמד מיוחד. מאלה כדאי לנו לסקור פה רק את ה**מכר החוזר**[1120]. זהו מכר, שבו המוכר שומר לעצמו את הזכות לפדות את המימכר על ידי החזרת המחיר וההוצאות תוך זמן מסוים. הדין במכר כזה הוא, שאם התמלאו התנאים הצורניים הדרושים, הרי זכותו של המוכר יפה היא אף כנגד לקוחות הבאים מכוחו של הלוקח, ולפי זה היתה דעה כי זכותו של המוכר היא קניין חוזר על תנאי משהה. אולם, פלניול וריפר קובעים שהתיאוריה הנכונה היא כי היחס בין המוכר והלוקח אינו אלא יחס של **הבטחת מכר**, ומשמע שבזמן הביניים - עד שהמוכר מגשים את זכותו - אין לו אלא זכות אישית כנגד הלוקח, ואם יש לו מעמד גם כנגד הלקחות הבאים מכוחו של זה, הרי זה רק משום דיני "הרשעות" (באשר קניין הלקוחות הללו בא להם שלא בתום לב). נפקא מינה, שהמוכר (במקרקעין) רשאי [[604]] להעביר את זכותו ללא רישום, אין בכוח המוכר להעניק לאחרים זכויות ריאליות בנכס, וכיו"ב. עם זאת חוזרים פלניול וריפר ומציגים את הדברים כאילו זכות הלוקח בזמן הביניים לא היתה קנין גמור, עם הבטחה למכר חוזר, אלא כאילו היתה מלכתחילה רק קנין על תנאי מפקיע - באשר פדיון הנכס מבטל למפרע את חוזה ההקנאה: המוכר חייב להחזיר את מה שקיבל וכן את כל ההוצאות שהלוקח נשא בהן - הן בקשר לחוזה ההקנאה עצמו הן בקשר לתיקונים נחוצים בנכס והשבחתו הנאותה - ואילו הלוקח אחראי לנזקים שגרם, והוא פטור מהחזרת הפירות רק כנגד העבודה שהשקיע והרבית המגיעה לו[1121].

[1118] כב) תיאור זה של דיני הזמן המשהה סותר אמנם את מה שראינו לעיל בדיני המכר הצרפתי, אשר על פיהם תיתכן לא רק השהייה זמנית של חובת המסירה, אלא גם של העברת הבעלות עצמה: פרק ב', סע' ב', בסמיכות להערה ז', ופרק ג', סע' ה', בסמיכות להערה קי"ג.

[1119] כג) הסקירה עד כאן מבוססת על **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 368 ואילך, ור' גם סע' 1168 ואילך בספר החוקים האזרחי.

[1120] כד) ר' גם **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 551 ואילך; סע' 1659 ואילך בספר החוקים האזרחי.

[1121] כה) אולם, שכירות שהלוקח השכיר מתקיימת כנגד המוכר, באשר ההשכרה אינה נחשבת כהקנאה אלא כמעשה ניהול, ואילו הלוקח הריהו בזמן הביניים מחזיק הרשאי לנהל את הנכס, ולכן גם להשכירו: ר' **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 121 ועמ' 587. ור' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ג', בסמיכות להערה ט"ז.

חוזה המכר החוזר מתנגש עם האיסור המוטל בצרפת על מישכון נכסים עם אפשרות של אבדן בעלות אוטומטי. לכן פוסלים בצרפת כל מכר חוזר שכוונתו היא לעקוף את האיסור הזה; וכוונה כזאת מגלים, בדרך כלל, אם המחיר המוסכם עולה בהרבה על ערך הנכס, אם הלוקח חוזר מיד ומשכיר את הנכס למוכר, או אם אחד הצדדים מתקשר במכירות חוזרות לעתים קרובות.

תקופת הפדיון המירבית שאפשר לקבוע היא 5 שנים. הקניין חוזר למוכר עם החזרת הכספים המגיעים ממנו.

חוץ מזה כדאי להזכיר פה את החוזה של "דין קדימה" (pacte de préférence), המקביל ל"שעבוד לזכות קדימה במיקח המקרקע" שראינו במניין השעבודים המתאפשרים במשפט הגרמני והשוייצרי[1122]. כזכור, חוזה זה הוא הסדר המאפשר לאדם לזכות בנכס של רעהו כאשר יבוא הלה למכרו לאחר; ואם לא שעבוד ישיר, הרי זה לכאורה מכר על תנאי משהה שהמוכר ינסה למכור את הנכס (תוך התנאי [[605]] המשהה הנוסף, שהזכאי אמנם יגלה אז את רצונו לקנות). אולם בצרפת אין תופסים את הדבר בדיוק כך, היינו לא כשעבוד או **כמכר** על תנאי משהה, כי אם רק **כהבטחת מכר** על תנאי משהה; ומכאן נובע שאמנם יכול הזכאי לזכות בנכס כאשר המוכר מנסה למכרו לאחר, ולשם כך מספיק באמת עצם גילוי דעתו של הצד הזכאי, - אלא שהצד הזכאי אינו יכול להצליח בזה נגד כל קונה אחר שהוא, כי אם רק נגד קונה שידע על זכותו (ולא משום קניין, כי אם משום דיני "הרשעות", כנ"ל[1123]). תוצאה נוספת היא כנראה, שאם אמנם מגשים הזכאי את זכותו, אין הוא זוכה בנכס למפרע, אלא רק משעה שמגלה הוא את הסכמתו לקנות אחר שהמוכר ניסה למכור את הנכס. דיני החוזה מסוג זה הם, שהזכאי צריך לגלות את דעתו לכאן או לכאן תוך זמן נאות, לפי הערכת בתי המשפט; בדרך כלל קובע לו החוזה את זכות הברירה למשך תקופה מוגבלת בלבד, אך אין מניעה שהתקופה תהיה בלתי מוגבלת; בדרך כלל אין הזכאי יכול להעביר את זכותו לאחרים, אך על הכלל הזה אפשר להתנות[1124].

מכר של מושאים חלופים (כגון קרקע זו או זו, לפי ברירת המוכר או הלוקח) אינו נחשב במשפט הצרפתי כמכר על תנאי, אלא כמכר עם העברה דחויה של הבעלות. משמגיע הזמן שנקבע להגשמת הברירה, יש לצד שכנגד זכות לתבוע שהברירה תוגשם. אם לא נקבע זמן - הזכות היא מידית[1125].

ולבסוף, נזכיר פה את הענין של clauses d'inaliénabilité, או הקנאה בכפוף לתנאי האוסר הקנאה לאחרים. תנאי כזה [[606]] יכול להיקבע בצרפת, קודם כל, בדרך של תנאי מפקיע, שאם יחזור הקונה ויקנה לאחרים, יבטל קנינו למפרע, וממילא יבטל גם הקניין שהוא התיימר להקנות - ועל העקרון שבאופן זה אין לנו להוסיף שום דבר. האופן השני הוא, שהתנאי לא ייקבע כתנאי קיום, אלא כעין שעבוד שיהא רובץ על הקניין, שאם יתיימר הקונה לחזור ולהקנות לאחרים, תהא הקנאתו בטלה (או - יותר נכון - נתונה לביטול). אולם, גם בדרך השנייה הזאת, ההסדר על ידי

[1122] כו) בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ג', בסמיכות להערות כ"ב-כ"ג, ובהמשך שם.
[1123] [הערת עורך: בעמ' 603].
[1124] כז) **פלניול וריפר**, י', עמ' 198 ואילך; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 478.
[1125] כח) **פלניול וריפר**, י', עמ' 10.

חוזה המכוון במיוחד לשעבוד הקניין אינה ידועה בצרפת, אלא השעבוד נוצר תמיד רק בדרך אגב, כתנייה בתוך שטר הקנאתו של הנכס.

איסור ההקנאה השעבודי, אין לו בצרפת אסמכתא בחוק, ומקורו הוא רק בהכרה שניתנה לו על ידי פסקי דין. כפי שנרמז, אין הוא פועל מאליו, כי אם רק באמצעותה של התערבות מכוונת לביטול ההקנאה, והיינו תביעה משפטית. התביעה עומדת רק לאותו אדם שלמען האינטרס שלו נקבע האיסור, והיא נופלת אם האיש שקבע את האיסור (היינו המקנה הראשון) נתן את הסכמתו להקנאה האסורה.

תנאי איסור ההקנאה משני המינים מוציאים את הנכס ממילא גם מרשותם האוונטואלית של נושי הקונה; את איסור ירידת הנושים לנכס אפשר להתנות גם כשלעצמו ובמיוחד - באחד משני האופנים שראינו - ובלי שאיסור הקנאה כללי ייקבע עמדו.

מצד שני, בשני אופני ההקנאה גם יחד, איסור הקנאה "נצחי" הוא פסול. "נצחי" לעניין זה, פירושו הוא איסור האמור [[607]] להתקיים במשך זמן ממושך, לפי הערכתו של בית המשפט - ועל כל פנים איסור האמור להתקיים במשך כל ימי חייו של הקונה הוא "נצחי". נוסף על כך, כדי שיוכר האיסור, נחוץ שהוא יהא מוצדק על ידי "אינטרס רציני".

על פי דין מיוחד הקבוע חוק, ובהתאם לכללים מיוחדים (סע' 1048 ואילך בספר החוקים האזרחי), אפשר שנכסים יינתנו לבנו או לבתו, לאחיו או לאחותו של הנותן, עם שעבוד שהמקבל לא יוכל להקנותם לאחרים באופן שימנע את ירושת בניו ובנותיו. זהו איסור הקנאה שעבודי, היכול להתקיים דווקא ורק לכל ימי חייו של הקונה[1126].

כאשר תנאי מתייחס להקנאת מקרקעין, קובע סע' 28 של הצו מיום 4 בינואר 1955 בדבר שינוי דיני הפרסום הקרקעי (Décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière), כי ההקנאה טעונה רישום אף אם מותלית היא בתנאי משהה, וכן יש לרשום תנאים מפקיעים ותנאי איסור הקנאה המתייחסים להקנאות הטעונות רישום. גם קביעה שיפוטית בדבר התקיימותו של התנאי המפקיע צריכה להירשם. לפי סע' 30, במקרה של העדר רישום, אין ההקנאה או התנאי מועילים כנגד מי שדימה לקנות מאותו מקנה זכויות סותרות הטעונות רישום ושהקדים לרשום את זכותו; אך נראה כי אי רישום התקיימותו של תנאי מפקיע אינו מציל את הקונה על פי הנחה שהתנאי לא התקיים.

באיטליה דומה השיטה בדרך כלל למה שראינו בצרפת, אך נציין מספר נקודות של שוני או הבהרה העולות מתוך העיון בספרו של [[608]] **מסיניאו**.

קודם כל נציין שעם "המועדים" מונה מסיניאו לא רק את "הזמן המשהה" ו"המועד המסיים", אלא גם כמה מועדים נוספים. ראשית: ה-terminus infra queu - והיינו **מירווח הזמן**, אשר רק

[1126] כט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 222 ואילך.

בתוכו ולא מעבר לו אמור דבר להיעשות על פי גדריו של העסק. שנית: ה-termine di scadenza, אשר יש לו למעשה מובנים שונים. במובן אחד, אין זה אלא "הזמן המשהה", כאשר נתפס המועד לאו דווקא מצד ההשהייה שמטיל הוא על כוח הפעולה של העסק[1127], כי אם מצד הפתח שפותח הוא לכושר התביעה של הזכאי שמכאן ואילך יהא זה רשאי לתבוע, ובעל דברו יהא חייב למלא בפועל את מה שהוסכם (**מועד ההבשלה**). במובן אחר מציין המושג למעשה את "המועד המסיים", אך שוב - לאו דווקא כשנתפס המועד מצד הסיום שמטיל הוא על כוח הפעולה של העסק, כי אם מצד הפתח שסוגר הוא על רשות התביעה של הזכאי או על כושר המילוי של החייב, שמכאן ואילך לא יוכל עוד הזכאי לתבוע, או שהחייב לא יוכל עוד להציע מילוי, בגדרי העסק המוסכם (**מועד סופי**). מסיניאו מציין עוד כי משנקבע בעסק מועד סתמי, יש מקום לפרש אם הקביעה היא "מהותית", והמועד הוא סופי, או שמא איננה "מהותית", באופן שגם אם עבר המועד אין העסק מסתיים. מצד שני, יש כמעט בכל עסק מועד מסיים על כל פנים - ואם לא נקבע המועד המסיים בפירוש, יש לכל צד הרשות לסיים את העסק כפי שמשתמע במסיבות המקרה[1128].

ביחס לתנאי המתבטא במאורע שהתגשמותו אינה ודאית [[609]] מביא מסיניאו, כי הצד אשר התגשמות התנאי אמורה לשלול ממנו זכות או לגרום לו חיוב חייב להתנהג בזמן הביניים בתום לב כדי לקיים את סיכויי חברו בעינם. במקרה של צורך עשויה להשתמע מכאן אפילו חובת מעשה חיובי. אם האיש עובר על כך ומכשיל את ההתגשמות, רואים את התנאי כאילו התגשם מכל מקום כנגדו. לגבי המקרה ההפוך, שהצד המעונין גורם להתגשמות התנאי במכוון, מציין מסיניאו, שאין הוראה מפורשת בחוק, אך לדעתו - אם הגרימה היא בלתי חוקית כשלעצמה - יש לראות את התנאי כאילו לא התקיים; לא כן כאשר הגרימה, כשלעצמה, היא חוקית[1129]. את יסוד ההבחנה הזאת אין מסיניאו מברר.

אין רואים את התנאי שהתקיים, אלא אם כן התגשמותו היא שלמה; אין רואים אותו כמסוכל, אלא אם כן סיכולו הוא סופי ומוחלט[1130]. ביחס לנטל ההוכחה בדבר התקיימותו או סיכולו של התנאי, עולה מדברי מסיניאו כי ההוכחה היא על הטוען[1131].

הכלל, שעסק התלוי בתנאי, אשר התגשמותו או אי התגשמותו תלויים לחלוטין ברצונו של אחד הצדדים, הריהו בטל - חל, לפי מסיניאו, לא רק על התחייבות (כפי שראינו בצרפת), כי אם על עסק כלשהו[1132].

[1127] ל) ר' בסעיף זה לעיל, הערה י"ח-1.
[1128] לא) **מסיניאו**, א', עמ' 593, 594.
[1129] לב) שם, עמ' 588, 589.
[1130] לג) שם, עמ' 589.
[1131] לד) שם, עמ' 595.
[1132] לה) שם, עמ' 585. מסיניאו מסביר כי טעם הבטלות הוא, שעסק המותנה כאמור נראה כבדיחה. אולם נראה לומר כי עמדה כזאת היא מוגזמת. אפשר בהחלט להעלות על הדעת כי עסק המותנה כך יהא נערך מתוך כוונה רצינית לגמרי, שהעסק יקום **מעכשיו**, על כל המשמעות הנובעת מהקדמת התחולה ובלי צורך בהידברות נוספת - למקרה שלאחר מכן יתברר לבעל הדבר שאמנם כדאי לו לקיים את ההסדר. מסתבר אפוא, שבאמת רק אי הכרת המבחן המהותי של "סמיכת דעת" הוא שהביא את השיטות האירופיות ללכת כאן בדרך הגישוש לפי רוב המקרים ולהניח כי עסק **כלשהו** מן הסוג הנידון - מסתמא אינו רציני.

ביחס לתנאים פסולים, מביא מסיניאו, שהכלל הוא כי תנאי בלתי חוקי פוסל את העסק (בלי ההבחנה הצרפתית בין עסק בתמורה לעסק שלא בתמורה); אולם, עסק "מחמת מיתה" נשאר כשר [[610]] גם לפי מסיניאו, ורק התנאתו הבלתי חוקית מתבטלת. עוד לומדים אנו אצל מסיניאו, שתנאי בלתי אפשרי - דינו הוא כתנאי בלתי חוקי רק במקרה שהמדובר הוא בתנאי משהה של מעשה חיובי, פיסי או משפטי. תנאי משהה שלילי, אשר התגשמותו היא בלתי אפשרית, הריהו בטל, והעסק המותנה בו קיים - והוא הדין בתנאי מפקיע חיובי שהוא בלתי אפשרי[1133]. תנאי הנסתר מתוכו או המשתמע לשתי פנים מבטל את העסק מעיקרא, כנראה בכל מקרה[1134]. עסקים מסוימים אינם סובלים, לפי החוק האיטלקי, התנאה מטבעם, לא לעניין תנאי ולא לעניין מועד - כגון נישואין, הסבת שטר, ועוד - ובמקרה שהותנו, יש שיוצאים הם בטלים מעיקרא ויש שיוצאים הם קיימים והתנאתם בטלה[1135].

מסיניאו מעלה את השאלה אם תנאי (המתבטא במאורע שהתגשמותו אינה ודאית) צריך להיות דווקא מוסכם לגופו, או שמא גם כאשר עסק נעשה מסתמא על יסוד ההנחה (presupposizione) שיתקיים מצב מסוים, או שיקרה מאורע מסוים, על פי הבנתם של שני הצדדים - ממילא תיחשב אותה הנחה כתנאי מוסכם. מסיניאו מציין כי התפיסה המקובלת באיטליה שוללת את הדבר, משום שיש בו כדי לפגוע בודאות משמעותם של חוזים, אך מצידו נוטה הוא לחזור ולפתוח פתח להכרת התנאי שמסתמא באמצעות הדרישה החוקית להתייחסותם ההדדית של הצדדים בתום לב[1136].

מסיניאו מציין גם כן כי תנאי אשר על פי מהותו צריכה השפעתו לחול למפרע - אפשר מכל מקום שהשפעתו תחול רק משעת התגשמותו ואילך, והיינו במקרים האלה: א) כאשר [[611]] הצדדים הסכימו כך ביניהם; ב) כאשר כך מתחייב מטבע העניין; ג) כשהמדובר הוא במעשי ניהול רגילים אשר נעשו בתקופת התלות של תנאי מפקיע על ידי מי שהיה זכאי לעשותם בשעת המעשה; ד) כשהמדובר הוא בפירות שנאכלו על ידי הזכאי שבינתיים בתקופת התלות של תנאי מפקיע - שבסתם אין זה חייב להחזיר את הפירות, לפי החוק האיטלקי, אלא משעת התגשמותו של התנאי המפקיע[1137].

הערות נוספות של מסיניאו, הראויות לציון בנידון שלנו, הריהן שבמושג התנאי יש להבחין בין התנאי במובן של **גוף המאורע אשר העסק אמור להיות תלוי בהתגשמותו** לבין התנאי במובן של **תנייה הקובעת את התלות הלזאת**; ושנית, שאם כי אפשר לנסח את התנאי בכל לשון מתאימה, מקובלות באיטליה נוסחאות טיפוסיות לציון ההתנאה, באופן המקל להכיר את עצם קיום ההתנאה ואת טיבה[1138]. הערה שנייה זו חשובה במיוחד מבחינת ההשוואה למה שנראה להלן בדיני ישראל.

[1133] לו) **מסיניאו**, א', עמ' 605-606.
[1134] לז) שם, עמ' 593.
[1135] לח) שם, עמ' 584, 593-594.
[1136] לט) שם, עמ' 597-598.
[1137] מ) שם, עמ' 590-591.
[1138] מא) שם, עמ' 584-585.

בין מיני המכירות המותנות הספציפיות כדאי להזכיר אצל מסיניאו את ה-opzione, שהיא התחייבות למכור או לקנות בעתיד, לכשיידרש הדבר על ידי הצד שכנגד. הרבותא בעסק זה היא, שכאשר הדבר אמנם נדרש, נקשר המכר מאליו, בלי צורך בהסכמה חדשה מצד המתחייב (על פי התפיסה כי ההתחייבות כוללת בה מלכתחילה הסכמה שאינה ניתנת לחזרה). העסק אינו נחשב כמכר על תנאי משהה, כי ההתקשרות הנוצרת עם הדרישה אינה מועילה על כל פנים למפרע[1139].

[[612] **בגרמניה** גם כן מבחינים בין תנאי קיום המתבטא בשעבוד העסק למאורע עתיד שאיננו ודאי לבין שעבודו למאורע עתיד ודאי. השעבוד הראשון נקרא Bedingung, וגם בגרמניה יש להבחין בזה בין תנאי משהה לתנאי מפקיע (Aufschiebende Bedingung und auflösende Bedingung); ואילו השעבוד השני נקרא Befristung ("התנאה בזמן") ועשוי הוא להיות על דרך של Aufangoterunin ("זמן התחלה" או "זמן משהה") או על דרך של Budterunin ("מועד סופי" או "מועד מסיים"). אולם ההבדל בין שני אופני השעבוד הללו איבד בגרמניה כמעט כל חשיבות מעשית, ובעיקרו של דבר נשארה כאן ההבחנה רק עניין שבשיגרה, מן הזמן שבו היה הדין הגרמני שווה למה שראינו בצרפת ובאיטליה, כי על פי הבג"ב, בשני אופני השעבוד גם יחד, שוב אין התגשמות התנאי משפעת למפרע, כי אם רק משעת ההתגשמות ולשעתיד[1140]. ההבדל החשוב היחיד שנותר בין שני אופני השעבוד הריהו **שבהתחייבות** של Aufschiebende Bedingung אין החוב קיים אלא משעה שמתמלא התנאי, ואילו בהתחייבות התלויה ב-Aufangoterunin נולד החוב מיד, ורק חובת הפרעון מושהית ואינה קיימת עד שמגיע הזמן שנקבע. לגבי קניינים במוחזק אין הבדל כזה. עם זאת, יכולים הצדדים להתנות, שאם יתגשם תנאי הקיום תהיינה לו תוצאות למפרע; אולם, אף התנאה שכזאת אינה יכולה להשפיע על עצם גדרי קיומו של העסק: משמעותה היא רק זאת, שבין הצדדים נוצרת התחייבות לואי (מותנית) **אישית**, שאם יתגשם התנאי, הריהם יגמלו זה לזה **כאילו** היה התנאי פועל לפרע. מצד שני, לגבי הקנאות סותרות בזמן הביניים [[613]] אין צורך בהתנאה חובית: הקנאות הסותרות הקנאה מותנית, המבוצעות על ידי המחזיק או מטעמו בזמן הבינים, הריהן בטלות במידה שפוגעות הן בזכותו של הצד שכנגד לכשמגיע זמנה או כשהתנאי מתקיים.

תנאי קיום, אשר הצד המעוניין באי התגשמותו מנע את התגשמותו בזדון - רואים אותו כאילו התגשם. תנאי אשר הצד המעוניין בהתגשמותו הסיבו בזדון - רואים אותו כאילו לא התגשם. אם תוך זמן הביניים מזיק הצד האחד לזכותו של רעהו או של באי כוחו לכשתבוא לעולם, כגון שהמוכר על תנאי משהה מוכר בינתיים לאחרים או משחית את המימכר, חייב הוא לפצות את חברו, כאשר זכותו אמנם נולדת.

עסק על תנאי משהה שהתגשמותו אינה אפשרית, וכן עסק על תנאי כלשהו שאינו מוסרי או שאינו חוקי, הריהם בטלים[1141].

[1139] מב) שם,כרך ג/א/א, עמ' 71-70.

[1140] מג) אולם, כשהמדובר הוא בתנאי משהה, והתנאי מתגשם בשעה שהעסק לא יכול היה להתקיים מלכתחילה - וכגון שאחד הצדדים נפסל בינתיים לדינים - מתקיים העסק מכל מקום, מאותה שעה ואילך, בגין התוקף שניתן לעסק בשעת עריכתו.

[1141] מד) הסקירה עד כאן, על פי **אנקצרוס**, עמ' 590 ואילך.

סע' 925 של הבג"ב קובע כי העברתו של קנין הגוף (הרשום) במקרקעין אינה יכולה להיות מותנית, והוא הדין בהעברתו של קניין מקום (סע' 11 של ה-Verordenung uber das Erbbaurecht); אולם קנין מקום יכול להיווצר בכפוף לתנאי קיום כלשהו, לבד מ-auflosende Bedingung (שם, סע' 1)[1142]. יתר הקניינים יכולים להירשם בכפוף לכל תנאי קיום שהוא.

אולם, מניעת ההתנאה בהעברת קניין הגוף וקניין מקום (במקרקעין) הריהי רק בעלת משמעות עיונית בלבד, מפני שלמעשה ניתנת היא לעקיפה על ידי מוסד ה-Vormerkung, או [[614]] **רישום הערה**. מוסד זה מאפשר לרשום בספרי האחוזה הערה על קיומה של "תביעה אישית להגשמתו של שינוי זכויות ריאלי", והרישום הופך את התביעה האישית הזאת עצמה לתביעה הטובה נגד כל קונה של המקרקע. ההבדל המעשי היחיד בין התוצאה המתקבלת על ידי רישום ההערה לבין מה שהיה מתקבל לו ניתן לרשום את העסק כהעברה מותנית הריהו רק בכך, שרישום העסק כהעברה מותנית היה מגשים את שינוי הזכויות הריאלי באופן אוטומטי עד התגשמות התנאי, בעוד שההערה אינה מועילה באופן אוטומטי, אלא זקוקה היא להשלמה על ידי הגשת תביעה[1143]. מבחינה טכנית יש לציין, שאם [[615]] הכוונה היא לרשום הערה המקבילה לתנאי (או לזמן) **משהה**, יש לרשום את ההערה כנגד קניינו של המתחייב (=המקנה), הנשאר לפי שעה רשום בעינו; בעוד שאם הכוונה היא לרשום הערה המקבילה לתנאי מפקיע או לזמן מסיים, יש קודם כל להעביר את הקניין לשמו של הקונה, ואת ההערה אפשר לרשום רק אחר כך, כנגד קניינו החדש של זה.

מוסד ה"הערה" - אפשר לומר כי עיקר תפקידו הריהו אמנם לשמש תחליף לרישומם של תנאי קיום, במידה שהחוק הגרמני מונע את הרישום - אולם, רבותא נוספת נמצאת במוסד הזה, על ידי כך שהערה ניתנת לרישום לא רק על פי הסכם, כי אם גם בכפייה, להבטחתן של זכויות מסופקות או שנויות במחלוקת. כך, למשל, אם מוגשת בקשה לרישום העברת קניין במקרקע, והבקשה נראית פגומה מבחינה צורנית, יכולים פקידי הרישום לתת למבקש זמן לתיקון הפגם, ובינתיים אסור להם לרשום קניין סותר אלא בכפוף להערה שירשמו על הבקשה שהוגשה. כמו כן, מי שטוען לזכות לקניית מקרקע, ובעל המקרקע מסרב להקנותו לו, יש לו זכות לרישום הערה על תביעתו עד

[1142] מה) איסור התנאת המפקיע בקניין מקום אי אפשר לעקוף אפילו על ידי הסכם חובי שיהיה בעל תוקף בין הצדדים לבדם.

[1143] מו) יש לציין שכנגד הלוקח המתחרה אין הזכאי על פי ההערה מגיש תביעה למילוי אותה הזכות שהיתה לו נגד המקנה, אלא הוא רק תובע ממנו את תיקון ספרי האחוזה. התפיסה המונחת ביסודו של הסידור הזה נראית מבולבלת למדי. מצד אחד, אמנם אין הקניין המתחרה נפגם באופן אוטומטי, כי אם רק על ידי הצלחתו של בעל ההערה בתביעה; אולם, עם זאת - משמצליחה התביעה, מועילה היא נגד הקונה המתחרה לא רק משעת הצלחתה, כי אם למפרע. ההשפעה הזאת למפרע - שוב - אינהנו בעת מהכרה כלשהי בקנין של בעל ההערה, שיווצר למפרע משעת רישום ההערה ושייכנס תחת קניינו של הלוקח המתחרה, אלא נובעת היא רק מן הפגימה הטכנית, אשר החוק פוגם בקניין המתחרה, למפרע, **משעת העמדתו**, ואילו הקנין הנכנס למפרע תחת הקניין הנפגם הריהו כאן רק קניינו של **המקנה עצמו**. קנין זה - אשר ביחס לבעל ההערה אינו אלא קנין של צד שלישי - הוא הוא המאפשר משום מה לבעל ההערה לתקן את ספרי האחוזה כנגד הלוקח המתחרה; ועם זאת, כאשר מצליחה תביעת התיקון, אין חוזרים ורושמים על פיה את קניין המקנה, אלא קניינו של המקנה נרפא רק לזמן הביניים שבין ההקנאה הפגומה לבין הזמן של הצלחת התביעה, ואילו הקניין הנרשם משעת הצלחתה של התביעה ואילך הריהו קניינו של בעל ההערה.

שיתברר העניין. מבחינה **תוכנית** אין הבדל בין ההערה הכפויה להערה המוסכמת, ושתיהן מקבילות בתוכנן אל התנאי (או הזמן) המשהה.

הזכות המובטחת על ידי הערה ניתנת להעברה. העברה זו ניתנת לרישום, אך אין ברישום הכרח. אפשר גם להעביר את הזכות המובטחת במנותק מן ההבטחה, כלומר בבחינת זכות אישית [[616]] בעלמא, ללא הנאת ההערה. במקרה כזה מתבטלת ההבטחה "הריאלית" מאליה, אף אם ההערה נשארת רשומה.

מבחינה עיונית אין רואים את הזכות המובטחת על ידי ההערה כ-sachenrecht, ולכן אין חלים עליה כמה דינים שהיו צריכים לחול עליה באופן אחר: כגון שאין היא נעשית אפותיקי, אין ההערה יוצרת חזקה בדבר קיומה האמיתי של הזכות שהיא מתיימרת לייצג, ועוד. עם זאת, למרות התפיסה החובית של הזכות המובטחת על ידי ההערה, אי אפשר לרשום הערה על התחייבות הבאה מצד כלשהו, כי אם רק על התחייבות הבאה ממי שהוא קונה המקרקע בשעת מעשה. למשל, אם ראובן התחייב למכור את המקרקע לשמעון (כשיגיע הזמן) ושמעון התחייב למכור ללוי (כשיקנה מראובן), אין אפשרות לרשום הערה לטובתו של לוי כל זמן שראובן - ולא שמעון - נשאר קונה המקרקע: בגרמניה, כפי שראינו[1144], אין אדם מקנה באופן "ריאלי" נכס שאינו ברשותו, והוא הדין לעניין הערה[1145].

גם בגרמניה אפשר לציין כמה סוגים של מכר על תנאי, שיש להם מעמד מיוחד. רשימה של אלה מוצאים אנו בספרו של **אנקצרוס על החיובים**, עמ' 390 ואילך. מתוך רשימה זו נזכיר -

א) **המכר החוזר**. אנקצרוס סובר - בניגוד לדעות אחרות - שאת המכר החוזר יש לראות כמכר המלווה במכר מקביל על תנאי משהה, שבו נעשה המוכר לוקח, והלוקח מוכר. המחיר במכר השני אינו מוכרח להיות שווה למחיר במכר הראשון, אבל באין התנאה אחרת מניחים כוונת שוויון. אם לא נקבעה התקופה שבה יוכל המוכר לדרוש החזרה, [[617]] התקופה במקרקעין היא 30 שנה, ובמטלטלין 3 שנים. אולם, יש לזכור שהמכר הגרמני הוא מכר חובי בלבד, וממילא גם המכר החוזר הוא חובי בלבד, ובסתם אין הוא מועיל כנגד הלקוחות של הלוקח. לכן, אם רוצים להבטיח את המכר החוזר באופן "ריאלי", הרי במיטלטלין אין מסתפקים בתנאי משהה כנ"ל, אלא המוכר מוסר את הנכס ללוקח (ומעביר לו בזה את הבעלות) על התנאי **המפקיע**, שאם ימלא המוכר את התנאי המשהה במיקחו החובי (ויציע את החזרת המחיר), תפקע ממילא בעלות הלוקח מכאן ולהבא. אם המדובר הוא במקרקעין, רושמים את ההקנאה ללוקח, וכנגדה רושמים הערה בדבר המכר החובי שנערך בכפוף לתנאי משהה לטובת המוכר,- וכאשר קיים המוכר את התנא יכול הוא לפדות את הנכס אף מיד הלקוחות שקנו בזמן הביניים.

ב) **דין קדימה**. זהו, כמובן, שוב אותו עניין שעליו עמדנו בספר על "דיני הקניין במוחזק", כמוזכר בהערה כ"ו לעיל, בפרקנו. הדינים היסודיים של מכר מסוג זה הם, שהזכאי יכול לקנות מיד לאחר

[1144] מז) בפרק ג' לעיל, סע' ה', בסמיכות להערה קכ"ה.
[1145] מח) סקירת דיני "ההערה" היא לפי **וולף-רייזר**, עמ' 156 ואילך.

שהמוכר ערך מכר בעל תוקף לטובתו של לוקח אחר, ולא יאוחר מן הזמן שנקבע. אם שום גבול של זמן לא נקבע ללוקח, עומדת לו זכותו רק במשך שבוע, ובמקרקעין - במשך חודשיים. אף אם המוכר בא למכור ללוקח השני חלק בלבד מן הנכס - עומד לו ללוקח הראשון דין קדימה, אך דין הקדימה אינו מועיל במקרה של הקנאת שעבוד בלבד. דין הקדימה אינו ניתן להעברה או ירושה אלא אם הוסכם אחרת, אולם, דין קדימה הנתון לתקופה מסוימת חזקתו שהוא עובר בירושה. התנאה עם הלוקח השני, שמיקחו יפקע אם הלוקח [[618]] הראשון יעמוד על זכותו (ובאופן שהמימכר יישאר אז למוכר עצמו) - אינה מועילה. אולם, גם כאן יש לנו לזכור, שכל מושגי המכר בבג"ב הגרמני הם מושגים חוביים, ולכן זכותו של הלוקח הראשון לקבל את הנכס בעין עומדת לו רק כל זמן שהלוקח השני לא קיבל את הבעלות בתוקף המכר שנערך עמו; ויתר על כן, זכותו של הלוקח הראשון, תוכנה הוא רק בזה, שעל ידי הצהרת רצונו יכול הוא לגמור את המיקח **החובי**, שהיה תלוי עד כה לטובתו בכפוף לתנאי משהה, ועל ידי כך יקבל הוא זכות עדיפות לעומת הלוקח השני למילוי המיקח החובי בעינו, - וברור איפוא, שאף אם הבעלות עדיין **לא** הועברה ללוקח השני, בכל זאת יוכל המוכר להפר את הדין ולהעדיף דוקא את חוזהו עם הלוקח השני. מבחינה קונצפציונלית אין הבג"ב משאיר שום אפשרות לעקוף את התוצאות האלו לגבי קנין הגוף במקרקעין, כי העברת בעלות מותנית במקרקעין אינה אפשרית לפי הבג"ב, כפי שראינו לעיל. אולם, היתה בגרמניה מסורת מן התקופה שקדמה לבג"ב, כי הבטחה "ריאלית" למכר מקרקעין מן הסוג הנידון אפשרית - וכדי לקיים את המסורת הזאת נקבע אותו שעבוד שראינו בספר על "דיני הקניין במוחזק". באופן כזה הגיע הבג"ב לתוצאה, שבצד ה-Vorkauf (דין הקדימה במיקח), המתבטא במכר על תנאי, יש לו במקרקעין גם Vorkauf "ריאלי", המתבטא בשעבוד ישיר המוטל על המקרקע. אולם, תוצאה זו היא למעשה אנומלית, כי מסתבר שבין כה וכה שכחו מחברי הבג"ב, שמוסד "ההערה" (Vormerkung) מאפשר למעשה Vorkauf "ריאלי" [[619]] במקרקעין בדרך הרגילה של מכר על תנאי, וללא צורך באמצאה של השעבוד הישיר. "ההערה" מועילה לענייננו באופן כזה, שהמכר החובי על התנאי המשהה לטובת הלוקח הראשון נרשם כהערה נגד קניינו של המוכר, ושוב אין בידו להעביר את הקנין תוך עקיפת זכותו של הלוקח. בין שני מיני ה-Vorkauf ה"ריאלי" יש כמה הבדליים מעשיים, הנובעים מן ההבדל הקונצפציונלי ביניהם, אך מסתבר שההבדלים הם מקריים ולא מכוונים, ואף אין להם חשיבות מיוחדת[1146].

ג) **מכר עם שמירת הבעלות למוכר עד לתשלום המחיר**. זהו מכר, אשר בדרך כלל נערכת עמו העברת קניין בכפוף לתנאי משהה שהקונה ישלם. נוהג זה אינו אפשרי, כמובן, במקרקעין, ולכן נוהגים כאן לרשום את הבעלות לאלתר על שם הקונה, וכנגד קנינו רושמים ההערה על זכותו של המוכר לדרוש החזרה במקרים של אי תשלום. ההקנאה נעשית אפוא הקנאה על תנאי מפקיע. המכר החובי עצמו נערך על כל פנים בכפוף לתנאי המפקיע, שאם הלוקח לא ישלם יהיה המוכר זכאי לחזור בו.

במה שנוגע למכר של מושאים חלופים, נראה שמטבע הדין הגרמני (המצריך בהעברת הבעלות רישום במקרקעין או מסירה במטלטלין) לא תיתכן הקנאה לחלופין. תיתכן רק התחייבות להקנות את המושא שיתברר, וממילא אין כאן מקום לקונצפציה של עסק התלוי בתנאי.

[1146] מט) ר' גם **וולף-רייזר**, עמ' 496 ואילך, וביחוד עמ' 504-505.

לגבי המכר החובי יש לציין, בדרך כלל, שאף על פי [[620]] שבמקרה של מקרקעין דורשים בו בגרמניה חוזה נוטריוני, הרי אם תלוי המכר בברירה משהה - אין דורשים בו שגם ההגשמה החיובית של הברירה תיערך בהצהרה נוטריונית. המכר נגמר אפילו בהצהרה בעל פה, כשם שהיה נגמר באופן אוטומטי עם התגשמותו של כל תנאי משהה אובייקטיבי אשר היה המכר תלוי בו[1147].

מסתבר שאין בגרמניה הגבלה על איסורי הקנאה העשויים להירשם בדרך של דין קדימה לקניין לטובת האוסר. איסור הקנאה הנלווה על ההקנאה והפועל מאליו מצאתי בגרמניה רק במתנה מסוג "לך ואחריך לפלוני"[1148], אשר בה בטלה הקנאת הראשון (במקרקעין) במידה שהיא פוגעת בזכותו של "אחריך", אלא אם הורה המקנה אחרת. הדינים האחרים של מתנה מסוג זה, הריהם בעיקרם כלהלן: המתנה אפשרית רק בדרך צוואה; אם המקנה לא ציווה אחרת, חייב הראשון לפצות את אחריך על כל נזק שנגרם לנכס שלא בדרך הרגיל; אחריך חייב לפצות את הראשון על השבח שנגרם על ידו, וחייב הוא להחזיר חלק מן ההוצאות שנגרמו בגין הנכס בשלמותו המתמדת; התלכדות של זכויות וחובות ביחס לנכס, שחלה בזמן קניינו של הראשון, מתבטלת עם תחילת קניינו של אחריך; הראייות של אחריך עוברת בירושה, אם לא ציווה המקנה אחרת, אולם, אם אין היא מתקיימת תוך 30 שנה, הריהי מתבטלת - אלא אם תלויה היא במאורע הצריך להתגשם בחיי אחריך; הראשון רשאי להמשיך בזכותו עד שנודע לו - או צריך להיוודע לו - כי ראייות [[621]] של אחריך נתגשמה, אבל צד שלישי יכול להסתמך על דין זה רק אם הוא פועל בתום לב. עם רישום זכותו של הראשון נרשמת גם הראייות של אחריך, ואפשר לציין במקרה המתאים שכושר ההקנאה של הראשון איננו מוגבל[1149]. מסתבר שאין יכולים להיות אחריך אחדים, בזה אחר זה, אבל יתכנו אחריך חלופים.

בשוייצריה דומה עיקר הדין לדין הגרמני[1150], אך אפשר גם שעל פי החוזה תהיה השפעת ה-Bedingung לאו דוקא משעת התגשמותו של התנאי ואילך, כי אם משעה אחרת (ואף למפרע). בזמן הביניים יש לקונה הראוי תביעה נגד הקונה המוחזק לטיפול נאות בנכס שברשותו ולהימנעות מכל פעולה העשויה לפגוע בראייות. הקונה המוחזק שאינו מקיים את חובותיו אלו חייב פיצויים כמפר חוזה[1151].

במה שנוגע לרישום, קובע סע' 217 של חוב החיובים כי אין לרשום מכר על תנאי משהה[1152], וייתכן ש"מכר" אינו כולל כאן רק את העברת קניין הגוף, כי אם גם העברת כל קניין שהוא בתמורה

[1147] נ) ר', למשל, סע' 505 של הבג"ב.

[1148] נא) סע' 2100 ואילך של הבג"ב, ור' גם סע' 137. ההקבלה הצרפתית למתנה מסוג זה היא מה שראינו לעיל, בסמיכות להערה כ"ט. באיטליה דומה בזה הדין לדין הצרפתי, על פי סע' 692 ואילך של ספר החוקים האזרחי. בשוייצריה דומה הדין לדין הגרמני, לפי סע' 488 ואילך של הצג"ב.

[1149] נב) סע' 51 של תקנות ספרי האחוזה (Grundbuchordnung).

[1150] נג) סע' 151 ואילך של חוק החיובים.

[1151] נד) **גוהל**, עמ' 60.

[1152] נה) ר' שם, עמ' 62.

כספית. באותו סעיף נקבע במיוחד, שאין לרשום מכר עם שמירת הבעלות למוכר עד לתשלום המחיר. מסתבר שחוץ מן האמור בסעיף זה אין הגבלה על רישום הקנאות מותנות[1153].

את סע' 217 קשה בשוייצריה לעקוף אף באמצעות "הערה", כי סע' 959 של הצג"ב מאפשר רישום הערה רק בשלשה מקרים השייכים [[622]] לענייננו: דין קדימה, ברירת הקונה ומכר חוזר. חוץ מזה אפשר לרשום הערה על שכירות; על זכות הנותן מתנה להחזיר לעצמו את המתנה לכשימות המקבל לפניו; על זכותם של נושים אפותיקאיים לזכות בדרגות אפותיקי עדיפות שנתפנו; ועל זכותם של יורשים להשתתף בריווח ממכירת מקרקע שהוקצה בחלוקה לאחד מהם. מבחינה מהותית, הפונקציה של ה"הערה" בשוייצריה היא רחבה יותר מאשר בגרמניה, מפני שכאן אין היא מתאפשרת רק לשם הבטחתה של "תביעה אישית להגשמתו של שינוי זכויות ריאלי", כי אם גם לפרסומה של כל זכות אישית אשר החוק מאפשר את הדבר לגביה. מלבד שלשת המקרים שאמרנו בראשונה, ומלבד המקרה של החזרת המתנה, אין ה"הערה" השוייצרית משמשת אפוא לרישומן של הקנאות על תנאי, כי אם **ליצירת שעבודים**, ובמקרה האחרון (עניין היורשים) אף אין היא יוצרת שעבוד, אלא תפקידה הוא כ"תזכורת" בעלמא[1154].

ד. המשפט האנגלי

באנגליה קשה למצוא דיון ממצה בתורת התנאים הכללית, ובמיוחד נראה שלא נוכל לקבל כאן תרומה חשובה לענייננו באותו מדור, אשר לכאורה אך בו היתה צריכה להידון תורת התנאים בעיקר - והיינו בדיני החוזים[1155]. אולם, בצידה של תורת התנאים הכללית, הדלה, יש באנגליה גם תורת תנאים מיוחדת ועשירה יותר במשפט המקרקעין - ואת זו ננסה לסקור להלן, תוך פריצת ערפיליה, ביחוד על פי **צ'שיר**, עמ' 322-234.

בתורה מיוחדת זו מקביל למושג של **תנאי הקיום המשהים** - [[633]][1156] המושג של future estates, היינו "קניינים עתידים"; והקניינים מסוג זה מתחלקים שוב לשני סוגי המשנה: estates vested in interest ו-contingent estates. חלוקה זו מקבילה בדיוק לחלוקה הקונטיננטלית בין קניינים התלויים ב-terme משהה לבין קניינים התלויים ב-condition משהה, אך צ'שיר אינו מגדיר את הדבר בפשטות שכזו, אלא מגיע לאותה תוצאה בדרך עקיפין מסובכת. אחרי גיבוש מסוים של דרך התיאור המימית של צ'שיר, אפשר לומר שלפי הגדרתו, ה-estates vested in interest הם ה"קניינים העתידים" המושהים רק על ידי התנאי היחיד הזה, שיסתיים קניין קודם המוגבל בזמן. למשל, בהקנאה לפלוני לימי חייו ואחריו לפלמוני (שהוא כבר אישיות משפטית מסויימת בשעת ההקנאה, מפני שאם לא כן, יהא שם תנאי משהה נוסף, שיתברר הקונה או שיבוא לעולם) - הרי קניינו של פלמוני הוא vested in interest. קניין מסוג זה נחשב מבחינה עיונית כבלתי מותנה כלל, והריהו

[1153] נו) מצירוף הסעיפים 217 ו-152 (הסעיף המבטל הקנאות סותרות שנעשו בזמן הביניים) מתקבלת תוצאה מוזרה ביותר. מצד אחד, אין אפשרות לרשום מכר על תנאי משהה - ובשוייצריה, בדרך כלל, אף לא תהא אפשרות לרשום על מכר כזה הערה, כפי שנראה להלן - ואין אפוא אפשרות להזהיר את הציבור כי מכר (חובי) שכזה תלוי ועומד; ומצד שני, אם בינתיים יקנה את המקרקע לוקח אחר, יהיה קניינו בטל, אפילו יירשם בספרי האחוזה, ואף אם יהיה קנינו בתום לב (כי מסתבר שסע' 973 של הצג"ב אינו שייך לכאן: ר' **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 337).

[1154] נז) ר' **רוסל ומנתא**, ג', 322-321, וכרך ב', עמ' 361.

[1155] נח) ר', למשל, **סלמונד**, עמ' 284-281; **הלסבורי-סיימונדס**, ח', עמ' 194 ואילך; **אנסון**, עמ' 338ואילך.

[1156] [הערת עורך: טעות המחבר במספור העמודים].

בבחינת קיים משעת ההקנאה, ורק זכות ההחזקה הגלומה בקניין נחשבת כדחויה עד שיסתיים הקניין האחר. אך יש לציין כי תפיסה זו אינה באה לרמוז לשום דבר שיהא דומה, למשל, להתפרדות דין קניין הגוף לקניין פירות, אשר כל זמן שהיא קיימת אין לקונה הגוף זכות להחזקה, אבל מכל מקום נשארת לו זכות אקטואלית בנכס לגבי כל מה שמעבר לכלול בזכות ההחזקה של הקונה לפירות. כאן, כל זמן שהקניין הראשון קיים, ואין לקונה האחר - למעשה - שום זכות בנכס כלל.

[[634]] לקונה הראשון נתון למעשה כל קנין הגוף כולו, בידו הקנין הנעלה ביותר בנכס, ללא שום כפיפות לקונה שאחריו וללא שום הגבלה תוכנית לטובתו - כיום יכול הוא אפילו למכור את המקרקע לאחרים לצמיתות - ואילו לאותו קונה שאחריו אין למעשה אלא ראייות בלבד. שנית יש לציין, שכל אותה דרך ההגדרה שהבאנו מצ'שיר אינה יפה אלא למקרה שהקניין המושהה הוא קניין הגוף. אם המדובר הוא בקניין מושהה מסוג leasehold, כגון שפלוני שוכר את המקרקע בתשרי החל מניסן, קניינו הוא בלי שום ספק vested in interest - כפי שמתברר גם אצל צ'שיר עצמו - אבל אין קניין זה תלוי דווקא בסיומו של קנין קודם המוגבל בזמן.

לעומת זאת, contingent estates הם קניינים התלויים בתנאי משהה כלשהו מלבד התנאי שאמרנו לעיל (כלומר, ביתר דיוק: מלבד התנאי של **השהייה בזמן**). למשל: לפלוני, לעולם, אבל אם יקבל משרה פלונית - יסתיים קניינו ויסוב לפלמוני; לפלוני, לימי היותו מנהל הבנק, ואחרי כן לפלמוני אם ישא אשה (ואם לא, יחזור הקניין למקנה); לפלוני, לימי חייו, ואחריו לאשתו (כי שמא לא ישא, ואם נשא - שמא תמות אשתו לפניו, או שמא יגרשנה ושמא ישא אחרת); לראובן ולשמעון בשותפות, לימי חייהם יחד, ואחר כך למי מהם שיישאר בחיים (כי בינתיים לא התברר האיש) - בכל המקרים האלה (שהם הדוגמאות הטיפוסיות של המשפט האנגלי), הקניין הוא contingent estate, ומוכָּר הוא אף מבחינה עיונית כקניין על תנאי (או ביתר בדיוק: קנין על תנאי משהה - condition precedent). גם הקנאה של [[635]] נושאים אלטרנטיביים נותנת לפי המשפט האנגלי contingent estate לגבי כל הנושאים הכלולים בהקנאה.

הצד השווה שבהתנאות משני הסוגים הללו הוא, שאם המדובר הוא ב-freehold, כלומר בקניין הגוף (כגון fee simple, life estate וכו') מוכרח הקניין המותנה להיות "אקויטבילי", ואינו יכול להיות "לגלי". דבר זה הוא מובן מאליו ביחס לקנייני הגוף שהם "אקויטבליים" מעצם טיבם, כגון life estate, fee tail וכו', אשר בהם נשאר הקונה תמיד זקוק ל-trustee. בקניינים מסוג זה אך פשוט הוא, שאם רוצים להשהותם בתנאי, ניתן קנין הגוף ה"לגלי" (היינו ה- fee simple absolute in possession) לפלוני trustee, עם כל ההנאות הכלולות בקניין או בכפוף ל-trust זמני לטובת עצמו או לטובת קונה מיידי אחר שבינתיים, ולכשמתקיים התנאי מקבל את הזכות ה"אקויטבילית" להנאות הקניין הקונה המותנה. אולם, גם כאשר קניין הגוף שרוצים להשהותו הוא "לגלי" בטיבו (והיינו, שהמדובר הוא ברצון להשהות את העברת ה-fee simple absolute in possession עצמו), מוכרחה ההשהייה להזדקק להסדר של trust, באופן שהקניין המותנה נהפך בינתיים "אקויטבילי" בלבד. ביתר פירוט, פירושו של דבר הוא שאפשר ואפשר אמנם להעביר תוך השהייה בתנאי אפילו את קניין הגוף ה"לגלי", אלא שעל כל פנים אי אפשר לעשות את הדבר במישרין, באופן שעם

התגשמות התנאי יעבור הקניין באופן אוטומטי כמכוון, אלא נחוץ קודם כל למנות trustee, אשר יהנה בינתיים מן הקניין בעצמו או בכפוף ל-trust זמני נוסף, ואילו משיתקיים התנאי [[636]] יהא ה-trustee אחראי באופן "אקויטבילי" כלפי הקונה המכוון, לא רק כדי להעביר לו את עצם הנאות הקניין, אלא גם כדי לערוך vesting deed לטובתו, אשר יעביר על שמו אף את עצם הקניין ה"לגלי".

לעומת זאת, אם המדובר הוא ב-leasehold, אפשר שהקניין המותנה יהיה "לגלי" במישרין. כלומר: אפשר לערוך הקנאה ישירה, שעם התגשמות התנאי יזכה השוכר ב-leasehold "לגלי" באופן אוטומטי, בלא דרך העקיפין של trustee ו-vesting deed נוסף.

מבחינת הדין למעשה, לפחות אחרי התיקונים מ-1926, אין כנראה הבדל בין ה- estates vested in interest לבין ה-contingent estates - לבד מזה שהסוג הראשון אינו כפוף ל-rule against perpetuities, בעוד שהסוג האחר כפוף לכלל הזה. הכלל האמור היה קובע שכל הקנאה על תנאי משהה בטלה, אם אפשר שהתנאי יתגשם רק כעבור 21 שנה או יותר אחרי מותו של אדם מסוים החי בשעת ההקנאה; או - במלים אחרות - שאין הקנאה על תנאי משהה תופסת אלא אם מוכרח התנאי להתגשם (אם יתגשם בכלל) תוך התקופה הנ"ל. אולם, בחוק מתקן משעת 1964[1157] רוכך הכלל, וכיום הדין הוא שאין ההקנאה בטלה, אם התנאי מספיק על כל פנים להתגשם בתוך התקופה (ואף על פי שמלכתחילה לא היה מוכרח להתגשם בתוך התקופה, אלא אפשר היה שיתגשם גם מעבר לה). כבסיס [[637]] לחישוב התקופה יכול המקנה לבחור את מותו של אדם כלשהו החי אותה שעה. אם אין הוא בוחר שום אדם מסוים, שהתנאי צריך להתגשם אחרי מותו או דווקא בימי חייו, תקופת המבחן היא 21 שנה מיום ההקנאה; אולם, כיום, לפי החוק המתקן, יכול המקנה גם לקבוע, שתקופת המבחן תהיה מספר שנים מסוים - ובלבד שהמספר לא יעלה על 80. חוץ מזה כרוך הכלל בכמה פירושים ספציפיים מסובכים, והוא כפוף גם לכמה חריגים (אשר אחדים מהם נוספו בחוק המתקן) - אך על אלה רשאים אנו לפסוח. תפקידו הוא למנוע את האפשרות שאדם יקבע את מהלך הירושה בנכסיו למשך תקופה יותר מדי ארוכה.

דוגמה אפשרית להקנאה שיש לה תוקף לפי הכלל הנידון, הריהי, למשל, זו: לראובן (החי בשעת מעשה), לימי חייו, ואחריו לבנו המבוגר ביותר שיגיע לגיל 21 - אולם אם שום בן מבניו לא יגיע לגיל זה, כי אז לשמעון. אם, לעומת זאת, יקבע המקנה כי במקרה שלא יהיה לראובן בן, יזכה שמעון, ואחריו בנו המבוגר ביותר שלו, שיחיה בשעת מותו - הרי בנו של שמעון לא יוכל לזכות אלא אם תתברר זכותו תוך 21 שנה אחר מות ראובן.

[[638]] אולם, מצד שלישי, אם יקבע המקנה כי אחרי שמעון יזכה לוי - יוכל לוי לזכות, אף על פי שגם זכותו תהא עשויה להתגשם רק באיחור של 21 שנה או יותר אחרי מות ראובן, וזאת מפני שאם יזכה שמעון - ממילא תבוא כבר זכותו של לוי לעולם בבחינת estate vested in interest, ודרגתה לענין ה-rule against perpetuities תהיה שווה אפוא לזכותו של שמעון. בדומה לכך, אם ההקנאה היא: לראובן, לימי חייו, אחריו לשמעון, לימי חייו, ולבסוף ללוי - הרי זכותו של לוי היא vested in interest מתחילת ברייתה, ואין היא כפופה ל-rule against perpetuities כלל, כמוה כזכותו

[1157] נט).The Perpetuities and Accumulations Act, 1964

הבלתי מותנית של ראובן, הקונה הראשון. דוגמה להקנאה שבה מתעורר הצורך במבחן של 21 השנים, בסתם, הריהי למשל: לפלוני, ב-fee simple absolute, אם יוחרמו נכסיו שמעבר לים. זוהי הקנאה העשויה להיות בטלה, כי התנאי עשוי להתגשם גם כעבור זמן רב יותר מ-21 שנה, ואין הכרח שהדבר יקרה במשך חיי הקונה (בניגוד, למשל, להקנאה: לפלוני, אם ישא את פלונית), ואף אין נקודה של מות אדם מסוים אשר רק אחריה אמור התנאי להתגשם. כיום ניתנת הקנאה מסוג זה לריפוי לא רק על ידי כך שהחרמת הנכסים תתגשם למעשה תוך 21 שנה, אלא גם אם יקבע, למשל, המקנה: אם יוחרמו הנכסים תוך 80 שנה מן היום".

כל קניין קרקעי, בין אם אקטואלי ובין אם תלוי [[639]] בתנאי קיום משהה, יכול להיות תלוי גם בתנאי קיום מפקיע; ותנאי הקיום מסוג זה מתחלקים שוב לשני סוגי משנה: determinable limitations ("הגדרות סיום", המעמידות determinable interests) ו-conditions subsequent ("תנאי סיום" המעמידים interests upon condition). לחלוקה זו אין ולא כלום עם החלוקה המקבילה של תנאי הקיום המפקיעים במשפט האירופי-היבשתי, והריהי תופעה מיוחדת של תורת התנאים האנגלית לגבי מקרקעין.

לפני שניגש לבירור תוכנה של החלוקה הזאת, יש לציין שמכל מקום אין היא כוללת את **כל** המקרים שבהם הקניין אינני מועמד לצמיתות, כי אם בכפוף לנקודת זמן שבה אמור הוא להסתיים. למשל, life estate או שכירות לעשר שנים, כשהם לעצמם, אינם נתפסים בגדר החלוקה שאמרנו; אבל נתפסים בה, למשל, life estate הנתון לפלוני כל זמן שישאר באלמנותו, וכן שכירות לעשר שנים, בתנאי שבעל הבית לא יחזור מחוץ לארץ לפני תום התקופה. אפשר לומר שהחלוקה נוגעת רק לאותם הקניינים האמורים להסתיים **לכשיארע דבר מסוים לפני שהקנין צריך להגיע לקיצו בלעדי אותו מאורע** (או, במלים אחרות, תופסת היא רק אותם התנאים האמורים להפסיק את הקניין לפני שהיה מגיע לקיצו לפי הגדרתו הזמנית היסודית).

במה שנוגע להבדל המהותי שבין "הגדרות הסיום" ו"תנאי הסיום", מסתבר שאין הוא קיים למעשה כלל ועיקר, ועל [[640]] כל פנים אין הוא ניתן להגדרה ממצה - אם כי צ'שיר מתאמץ לטעון (בניגוד לדעות אחרות) שהבדל מהותי ישנו וישנו ואף ניתן הוא להגדרה מפורשת. לפיו, "הגדרת סיום" מציינת מאורע כלשהו האמור **לסיים** את הקנין תוך זמנו, בעוד ש"תנאי סיום" הוא מאורע אשר אירועו תוך תקופת הקנין **יכשיל** את הקנין (ולו אמנם, גם כן, רק מאותה שעה ואילך, ולא למפרע). אולם, מכל מקום מודה גם צ'שיר עצמו, שמבחינה מעשית אין להכיר אם התנאי הוא "הגדרת סיום" או "תנאי סיום" אלא לפי הניסוח הפורמלי בכל מקרה ומקרה. למשל, הקנאה "לפלוני, לימי אלמנותו" הוא הקנאה של life estate התלויה ב"הגדרת סיום", בעוד שהקנאה "לפלוני, לימי חייו, אבל במקרה שיקום מאלמנותו וישא אשה - קניינו ייפסק" הריהי הקנאה של life estate התלויה ב"תנאי סיום". בדרך כלל, הקנאה בלשון "עד ש..." או "לכל זמן ש..." הוא הקנאה בהגדרת סיום, ואילו הקנאה בלשון "התנאי ש..." או "אבל אם" היא הקנאה בתנאי סיום.

ההבדלים המעשיים לדינא בין שני הסוגים של תנאי הקיום המפקיעים הם אלה: א) קניין התלוי ב"הגדרת סיום" מסתיים מאליו כאשר המאורע שנקבע מתקיים, בעוד שאירועו של "תנאי סיום"

הופך את הקנין רק לניתן לביטול על ידי הצד שכנגד (בדרך של entry); ב) קניין התלוי ב"הגדרת סיום" שהיא בטלה (על פי ארבעת דיני בטלות התנאים שנראה להלן) הוא בטל [[641]] בעצמו, בעוד שקניין התלוי ב"תנאי סיום" שהוא בטל כאמור הריהו טוב ומתקיים במשוחרר מן התנאי; ג) fee simple absolute (ולא מיבעי קנייני הגוף האחרים) יכול להיות תלוי ב"הגדרת סיום" רק באופן "אקויטבילי" (כלומר שהקונה מקבל את הבעלות ה"לגלית" בכוף ל-trust לטובת המקנה, שאם יקרה המאורע שנקבע יזכה המקנה בחזרה בקנין הגוף במובן "אקויטבילי" ויהיה זכאי ל-vesting deed שיחזיר לו גם את הקנין ה"לגלי"), בעוד שב"תנאי סיום" יכול ה-fee simple absolute להיות תלוי אפילו באופן "לגלי".

בתוקף פסק דיו, אשר צ'שיר תוקף אותו מכמה צדדים, הדין הוא שקניין הגוף העובר בירושה (fee) והתלוי ב"הגדרת סיום" או ב"תנאי סיום", היינו הך, הריהו כפוף ל-rule against perpetuities, אולם בצורה הפוכה ממה שראינו בקניינים עתידים. שם, הקנאה המנוגדת לכלל עשויה לצאת בטלה, בעוד שכאן הקנאה המנוגדת לכלל אינה נפגעת, אלא משתחררת היא מן התנאי ונעשית מוחלטת. ניסוח הכלל בעניינו הוא, שתנאי מפקיע (מסוג כלשהו) הוא בטל אם אין הוא מוכרח להתגשם או להיות מסוכל תוך ימי חייו של אדם מסוים החי בשעת ההקנאה, או לכל המאוחר תוך 21 שנה ממותו (או תוך תקופה מסוימת אחרת, שנקבעה בהתנאה ושאינה עולה על 80 שנה), או - בסתם - תוך 21 שנה מיום ההקנאה[1158].

[[642]] חוץ מן ה-rule against perpetuities, יש עוד ארבעה מקרים שבהם נפסלים conditions precedent (כלומר, תנאים המתלים contingent estates) וכן תנאי הקיום המפקיעים משני הסוגים, היינו determinable limitations ו-conditions subsequent: א) כשיש סתירה בין הקנין והתנאי המתלה אותו; ב) כשהתנאי מכוון נגד נישואי הקונה (אך בעניין זה נראה כי הסייגים המרובים המגבילים את הכלל מרוקנים אותו כמעט מתוכנו); ג) כשהתנאי עלול להיות מנוגד לתקנת הציבור; וד) כשהתנאי אינו חד משמעי לחלוטין.

כשה-condition precedent מנוגד לאחד מארבעת הכללים הללו, העסק אינו בא לעולם אף אם התנאי מתקיים. על הדינים במקרה שתנאי מפקיע הוא פסול עמדנו כבר לעיל.

מכל מה שראינו עד כאן מסתבר לכאורה, שהתגשמות התנאי הכשר, מכל מין שהוא, פועלת רק מאותה שעה ואילך - ולא למפרע - לפחות כל אימת שהמקרה הוא בתחום של תורת התנאים הכללית ביחס למקרקעין. אולם, אף בתחום זה בודאי אין הדבר חלק לחלוטין: נראה שמסתבך הוא על ידי השינויים שהוכנסו לתוך המשפט האנגלי היסודי על ידי הסמכויות שהוענקו ל- tenant for life והשווים לו במעמד - ולחקר השינויים הללו לא נוכל כאן להפליג.

[1158] ס) צריך עיון אם כלל זה משתנה על ידי החוק המתקן משנת 1964, גם במובן זה, שאם התנאי המפקיע יתקיים למעשה **בתוך** התקופה, לא יראוהו כבטל, וקניין הגוף יחזור למקנה. נראה לומר לכאורה, שהתגשמות התנאי אינה צריכה להשפיע, כי הריכוך שנקבע בחוק מ-1964 אמור רק ביחס ל-disposition, שהיתה יוצאת בטלה אלמלא הריכוך - ואילו חזרת הקנין למקנה איננה לכאורה disposition, כי אם רק תוצאה המתאפשרת באגב במקרה של כשלון ההקנאה המותנית.

במה שנוגע לאיסורי הקנאה, נידון העניין במסגרת של כלל א' מכללי פסלות התנאים הנ"ל (והיינו בגדר המקרה של סתירה בין הקניין והתנאי). קיצור הדברים הוא, ש-limitation הקובעת כי קניין הגוף יעמוד רק עד שהקונה ינסה להקנות לאחרים [[643]] או עד שיפשוט את הרגל, יש לה תוקף; אולם, אם הקניין מועמד upon condition שהקונה לא יחזור ויַקנה או שלנושים לא תהא ירידה אל הנכס, הרי הקניין קיים והתנאי בטל (ואין לקונה זכות של re-entry). עם זאת, אם איסור ההקנאה "איננו כללי", אלא הוא חל רק לגבי אדם מסוים או בני קבוצה מסוימת ומצומצמת, וכיו"ב מקרים שבית המשפט עשוי להכיר בהם איסור שאיננו "כללי" - יש לאיסור תוקף אפילו על דרך condition.

ה. מדינת ישראל

במדינת ישראל יש כיום שתי מערכות מקבילות של דיני תנאים מן הסוג השייך לענייננו. מערכת אחת מופיעה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, וכאן נקבע בסע' 27 כי "חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן- תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן - תנאי מפסיק)". גדרים מדויקים לתוכן ההתנאות האלו לא נקבעו בחוק, ובמיוחד נשארות כאן אפוא ללא פתרון השאלות הגדולות, אם גם מאורע שהתגשמותו ודאית יכול להיחשב כתנאי במובן החוקי, והאם דרך פעולתם של התנאים במובן החוקי היא במגמה שלמפרע או רק במגמה עתידית.

הדינים המעשיים, הנקבעים במערכת זו הם כלהלן:

"27. (ג) חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרת, אף לפני שנתקיים התנאי.

28.(א) היה חוזה מותנה-בתנאי מתלה וצד אחד מנע את [[644]] קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו.

(ב) היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו.

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות.

29. היה חוזה מותנה בתנאי והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה - מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק - מתבטלת ההתנאה".

מערכת אחרת של דיני תנאים מופיעה בחוק הירושה, תשכ"ה, וכאן קובע סע' 43 כי "המצווה רשאי לצוות שיורש יזכה בהתקיים תנאי או בהגיע מועד". שני מיני ההתנאה האלה נקראים בהערת שוליים "תנאי דוחה". מלבד זה מכיר החוק בסע' 44, גם ב"תנאי מפסיק": "המצווה רשאי לצוות שיורש יחדל מלזכות בהתקיים תנאי או בהגיע מועד". גם כאן אין החוק מברר

בפירוש אם השפעת התנאי היא למפרע או רק משלעתיד, אך מסע' 44(ב) משתמע, לפחות לגבי התנאי המפסיק, כי השפעתו היא משלעתיד, ולא למפרע. לגבי התנאי הדוחה קובע סע' 43, שאם "לא נתקיים התנאי או לא הגיע המועד לפני מות המצווה יתנהל העזבון על ידי מנהל עזבון עד שיתקיים התנאי או שיגיע המועד או עד שיתברר שהתנאי לא יוכל עוד להתקיים".

בנוסף על התנאי הדוחה והתנאי המפסיק [[645]] מכיר חוק הירושה, בסע' 41 ו-42, גם בהתנאות של "יורש במקום יורש" ו"יורש אחר יורש". בסוג ההתנאה הראשון יש לנו התנאה אלטרנטיבית, והיא פועלת למפרע, לטובת היורש החלוף, משנתברר כי היורש האחר יצא מן המעגל. בסוג ההתנאה השני, המדובר הוא בהקנאת "לך ואחריך לפלוני", - וזה דינה:

"42. (א) המצווה רשאי לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי שזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה...
(ב) הראשון רשאי לעשות במה שקיבל כבתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה ששייר הראשון; אולם אין הראשון יכול לגרוע מזכותו של השני על ידי צוואה.
(ג) השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצווה בשעת זכייתו, אף אם לא היה כשר לכך במות המצווה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת.
(ד) הוראת צוואה על דרך זו ליותר משניים - בטלה, זולת הוראה לטובתו של מי שהיה בחיים בשעת עשיית הצוואה".

עוד מערכת שלישית השייכת לענייננו יש לנו בסע' 126 ואילך של חוק המקרקעין, תשכ"ט, המאמצים את השיטה הגרמנית של "רישום הערות". עיקר הדין הוא כי הערה ניתנת לרישום לפי בקשת מי שיש לו זכות רשומה במקרקע או לפי בקשת הצד שכנגד, אשר אותו זכאי התחייב לזכותו במקרקע תוך הרשאה לרישום הערה על כך. משנרשמה ההערה, אין לרשום עוד במקרקע הקנאה כלשהי [[646]] הסותרת את תוכן ההתחייבות, אלא בהסכמת המזוכה או על פי צו של בית המשפט. אם המזוכה לא הורשה לרשום הערה, יכול הוא על כל פנים להשיג שלא תירשם הקנאה סותרת כל זמן שרשם המקרקעין לא הודיעו ולא נתן לו זמן לפנות לבית המשפט.

ו. דיני ישראל

המקורות של תורת ההתנאה העברית הם מרובים בכמותם, מפוזרים ורצופים דעות שונות וסותרות, אך אף על פי כן נוטים הם להסתכם בתורה עקבית, שמתגלם בה הגיון משפטי מעמיק. תורה זו עובדה בצורה המגובשת ביותר על ידי הרמב"ם, ואת שיטת הרמב"ם ניקח לנו פה כבסיס להרצאה[1159].

[1159] ס-1) במקורות לסקירתנו במשנה תורה להרמב"ם - לבד מאלה שנזכיר אותם במיוחדבמקום המתאים - הריהם כלהלן: פי"א מהל' מכירה; פרקים ו' וז' מהל' אישות; פ"ח מהל' גירושין ופ"ט שם, עד הל' כ ועד בכלל; פ"ג מהל' זכייה ומתנה, הל' ו'-י', ופי"ב שם, הל' ב' ואילך; פ"ו מהל' מלווה ולווה הל' ד'; פ"ח מהל' שכירות הל' י"ג, ופי"י שם, הל' ו' (בקשר לענין אסמכתא - ור' גם בבא מציעא, הסוגיה שבסוף עמ' ב' בדף ע"ג).

1. תנאי הקיום ונוסחותיהם

בתורת התנאים העברית יש להבחין קודם כל בין המקרה שבו הכוונה היא כי העסק יחול לאלתר, על כל תוצאותיו, אלא שתחולה זו תהא משועבדת להתקיימותה של עובדה חיצונית כלשהי, ובין המקרה שבו הכוונה היא כי העסק לא ישא תוצאות אלא משתתקיים העובדה החיצונית ואילך. במלים אחרות - במסגרת סקירתנו ההשוואתית - אפשר לומר, עקרונית, כי ההבחנה היא בין כוונה להתנות את העסק במובן שראינו בצרפת לבין הכוונה להתנותו במובן שראינו בגרמניה. הכוונה מתבררת לפי הנוסחה הננקטת בשעת העמדתו של העסק: לכל סוג של כוונה יש נוסחה או נוסחאות קבועות, ועל ידי כך נמנעת התוצאה המתקבלת באירופה, ששם לעתים [[647]] קרובות קשה להכריע לאיזה סוג של תנאי הצדדים התכוונו, ולבסוף מכריעים לפי חזקות[1160].

אם הכוונה היא להתנאה במובן הראשון, היינו להתנאה עם תחולה לאלתר ולמפרע, נערך העסק תוך ציון העובדה שאמור הוא לחול "**מעכשו**, אם יקרה כך וכך או משיעבור זמן כך וכך", או "**על מנת** שיקרה כך וכך"; ואז, משמתקיים התנאי, **נשלם** העסק למפרע, ואילו אם התנאי אינו מתקיים, העסק **מתבטל** למפרע.

אם הכוונה היא להתנאה במובן השני, הנוסחה היא יותר מסובכת. הסיבוך מסתבר מתוך העובדה, שבדיני ישראל אין העסק נגמר בדרך כלל על ידי ההסכם המילולי בלבד, כי אם על ידי מעשה קנין יותר מובהק - ולכן הורגש הצורך להבהיר מעבר לכל ספק, כי אף על פי שהפעולה הפורמלית, הגומרת את העסק, נעשית **עכשיו**, מכל מקום אין היא אמורה לשאת תוצאות אלא משיתקיים דבר מה, **ורק מאותה שעה בלבד**, ובאמת לא גמרו הצדדים בדעתם שבהתקיים התנאי תישא הפעולה את תוצאותיה אפילו בינתיים. בהתאם לכך נדרש כאן, ראשית כל, "**תנאי כפול**", כגון "אם תתני לי מאתיים זוז, הרי את מקודשת לי בדינר זה, ואם **לא** תתני, לא תהיי מקודשת". דרישה נוספת היא, ש"התנאי יהא **קודם למעשה**", והיינו שהנוסחה תיאמר לפני שתיעשה הפעולה פורמלית: אם היא תבוא אחר כך, כבר יהיה העסק גמור מעכשיו וללא תנאי. ולבסוף, כנראה "מטעמים דוגמתיים"[1161], נחוץ גם כן להקפיד שבסדר הנוסחה יהיה [[648]] תמיד "**הן קודם ללאו**", והיינו שהתוצאה המכוונת במקרה של התגשמות התנאי תבוטא לפני הדבר שיקרה אם התנאי לא יתקיים. אם העסק נערך בכתב - על ידי שטר שמסירתו צריכה לגמור את העסק - הרי לפחות בגיטין נחוץ שנוסח הגט יהיה בלתי מותנה, ושהתנאי ייאמר מחוצה לו, לפני המסירה ("הרי זה גיטך, אם..."). אולם בדיני ממונות התקבלך, הלכה למעשה, הדעה המובאת בטור חו"מ סי' רמ"א סע' י"ז, שלא זו בלבד שהנוסחה יכולה להופיע בנוסח השטר, אלא אף "אם כתוב בשטר, **והתנאים הללו נעשו כדין התנאים המקויימים**, או **כתנאי בני גד ובני ראובן**, אז התנאי קיים". הרב **הרצוג** (בכרך ב', עמ' 218) וכן **גולק** (בכרך א', עמ' 80) מביאים את הדעה של חלק מהגאונים ורבים מן הפוסקים (שאף הרמב"ם מביא אותם בשם רבותיו, אבל בהסתייגות) שכל ענין התנאי הכפול בעצם אינו הכרחי, ודורשים אותו רק ביטין ובקידושין, כדי לצאת בדברים חמורים אלה ידי כל הדעות - ואילו בדיני ממונות מספיקה לפי זה הנוסחה "**אם** יקרה כך וכך",

---

[1160] סא) ר' למשל **אנקצרוס**, עמ' 595 - והשווה למה שראינו לעיל במשפט האיטלקי, בסמיכות להערה מ"א.
[1161] סב) ר' **הרצוג**, ב', עמ' 220.

שתיאמר תוך כדי העמדתו של העסק[1162]. חוץ מזה, אף לפי שיטת הרמב"ם יש אפשרות שתנאי כפול ויתר משפטי התנאים לא יהיו נחוצים כדי להציל את העסק מתחולה בלתי מותנית לאלתר - והיינו כשהפעולה נעשית תוך ציון מפורש שלא תהיינה לה תוצאות בינתיים או שתוצאותיה תתחלנה רק משעה עתידה כלשהי (ודאית או מסופקת), כגון "הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו עד שתתני לי מאתיים זוז", או "הרי את מקודשת [[649]] לי בזוזים אלו לאחר שלשים יום"[1163].

2. תנאי "אם" או "לאחר זמן"

משנתברר באחד האופנים שאמרנו כי העסק איננו אמור לחול לאלתר, הרי הוא נתפס על ידי עצם הדבר הזה, בדיני **האסמכתא** שעמדנו עליהם לעיל - והיינו שנחשב הוא כעסק, אשר אף על פי שהועמד כהלכה, מכל מקום לא סמכה עליו דעת הצדדים, ולפחות מבחינה עקרונית הריהו בטל[1164].

[[650]] אולם, באמת יש לשים לב, כי הבטלות בנידון שלפנינו הריהי רק **עקרונית** - ובזה שונה כאן הדין מן האסמכתא סתם, אשר בדרך כלל מבטלת היא את העסק לחלוטין. הצד השוה לדיני האסמכתא הכלליים הריהו שאמנם גם כאן, ובסתם, אין העסק נושא תוצאות כלשהן, ואף אם התנאי מתקיים. אולם, אם בשעה שמתקיים התנאי עדיין לא כלה המעשה הצורני שנועד להעמדת

[1162] סג) אולם, מכל מקום אין הדבר מספיק בשטר שיש בו זמן, כי שטר שיש בו זמן - זמנו מוכיח עליו שהכוונה **מעכשיו**, אף אם אין כתוב בו "מעכשיו".

[1163] סד) ור' גם כן מה שאמרנו לעיל, בפרק ג', סע' ה', בסמיכות להערות קל"א וקל"ב, בקשר להקנאה המתייחסת לדבר שלא בא לעולם או שאיננו עדיין ברשות המקנה - שבכל מקרה מתאים תתפרש זו כהקנאה מותנית באופן שבו דנים אנו כאן, ואף על פי שלא תהא שם שום התנאה מפורשת כלל.

[1164] סה) אמנם, מוצאים אנו שדין אסמכתא אמור רק בעסקי ממונות, אבל לא בקידושין וגיטין: ר' **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך אסמכתא (ב'), עמ' קיד, ובספרו של הרב **הרצוג**, כרך ב', עמ' 85; אך לע"ד אין בסייג זה ממש. **המוש**ג אסמכתא נזכר אמנם רק בדיני ממונות, אבל **הדין** בענייננו שווה הוא, לעסקי ממונות ולקדושין וגירושין כאחד. ר' גם הערה רכ"ד בפרק א', נושא שלישי, סע' ז'.

בהקשר זה כדאי גם להבהיר ולהדגיש, כי עסק הנגמר בתנאי "מעכשיו" או "על מנת" - אין בו לצדדים מקום לפקפק אם יתקיים או לא יתקיים: **העסק כבר התקיים לאלתר** - ואף אם נשאר הוא משועבד לתנאי, אשר אי קיומו עשוי לבטל את העסק למפרע, הרי אף שעבוד זה עצמו הוא על כל פנים מיסודותיו של העסק; אולם, עסק בתנאי "אם" או "לאחר זמן", אמנם הוא מפוקפק מעצם טיבו, בין אם יתקיים התנאי ובין אם לא יתקיים, בין אם יגיע הזמן ובין אם לא. למשל, אם ראובן מוכר לשמעון בית מעכשיו ולכשיסע לחוץ לארץ, זוכה שמעון בבית למפרע; ואף אם בינתיים מכר ראובן את הבית ללוי, הרי קניינו של לוי הוא בטל. בדומה לזה, אם יעקב קידש את לאה מעכשיו ולכשתגיע הסכמה מהוריה, הרי אם אמנם הגיעה הסכמת ההורים ולאה נישאה בינתיים לאחר - קידושיה ראשונים תופסים למפרע ונישואיה האחרונים בטלים; וכן, אפילו אם ראובן מת בינתיים. לעומת זאת, אם ראובן מוכר את ביתו לשמעון אם יסע לחוץ לארץ, ורק משעת הנסיעה, הרי בינתיים נשארת הבעלות המלאה והבלתי מותנית ביד ראובן: הוא יכול לחזור ולהקנות את הבית ללוי בלא שום תנאי ובאופן תקף לחלוטין; ולבסוף, אף אם יתקיים התנאי וראובן יסע לחוץ לארץ, בכל זאת לא יימצא עוד לשמעון מאומה. אם נאמר אחרת, ששמעון יכול לסלק את לוי גם במקרה שלפנינו, ממילא יהיה פירושו של [[650]] דבר כי שוב מועיל התנאי למפרע, וזהו בניגוד לעצם ההנחה אשר ממנה אנחנו יוצאים. כמו כן, אפשר שהבית ייהרס בינתיים, וגם במקרה כזה לא יהיה במה שיתפוס קניינו של שמעון (בעוד שבמקרה של תנאי "מעכשיו", אף אם ייהרס הבית, הרי קניינו של שמעון תופס למפרע, וההרס כבר קורה ברשותו). כך גם כן בדוגמה האחרת: אם יעקב מקדש את לאה לכשתגיע ההסכמה, ולא מעכשיו, הרי אם בינתיים תינשא לאה לאחר, או שימות יעקב, שוב לא יהיו קידושיו ולא כלום; או, אם יעקב מגרש את לאה למקרה שלא יהיו לה בנים תוך עשר שנים, הרי אפשר שיעקב ימות בינתיים בעוד לאה עקרה, ואף על פי שלבסוף יתקיים התנאי - תיזקק לאה ליבם. בכל המקרים האלה אין אפוא דעת הצדדים יכולה לסמוך שהעסק יתקיים - ולכן, כפי שאמרנו, עסקים מסוג זה מבחינה עקרונית, הם בטלים.

יוצאים, אמנם, כביכול, מכלל זה עסקים מסוימים, מן הסוג שהזכרנו לעיל, בהערה ס"ד-2 בנושא השלישי של פרק א' לעיל, סע' ז', בסמיכות להערה רכ"ד, ראינו שעסקים מסוימים מסוג זה עשויים להיחשב מלכתחילה **כאילו** כבר סמכה עליהם דעת הצדדים; אולם כבר הדגשנו שם, כי שינוי זה אינו אמיתי, אלא הוא רק שינוי של "כאילו" - ולמעשה אין אפוא נפקא מינה.

העסק (כגון שנמסר שטר, ועדיין השטר קיים ועדיין לא הוחזר, או שרכוש אחר שעליו אמור העסק לחול נמסר ולא הוחזר) - ועדין גם לא חזרו בהם הצדדים מן הדברים שהיו ביניהם ולא שינום, ולא הגבילום בתנאים אחרים (והם גם חיים וקיימים ונשארים בני דעת) - הרי האסמכתא נרפאת, והעסק קם ונהיה, כמדובר[1165].

[[651]] על מבנה דברים זה אפשר ודאי לשאול, מהו טעמו העניינִי - אך באמת נראה לומר כי טעמו מתברר על פניו. ההסבר הגלוי של הדברים הוא, שבעצם, אמנם, עסק על תנאי "אם" או "לאחר זמן" הוא בטל, משום שלא ייתכן כי דעת הצדדים תהא סומכת עליו בינתיים באמת; אולם, מכל מקום - **דברי הקנין** הם [[652]] דברים, אשר משמעותם עשויה להישאר תלויה ועומדת - ובמקרה שגם **מעשה הקניין** מתקיים בפועל עד לשעת המבחן, בעוד שהצדדים נשארים לדבוק בדבריהם ללא שינוי, **הרי שהעסק חוזר ומתקשר באופן תקף על פי אותם הדברים, אך לא מכוח המעשה שנעשה בראשונה, כי אם מכוח סמיכת הדעת המתגלה במחודש מתוך צירוף הדברים הישנים והמשך המעשה המתקיים בשעה זו.** עסק מחודש זה שונה כמובן מן העסק המקורי (והבטל) גם על ידי [[653]] כך, ששוב אין זה עסק התלוי בתיאור כלשהו, אלא הריהו עסק מוחלט, אשר התגשמות התנאי אמנם איפשר אותו באופן חיצוני, מבחינת שיקולי הצדדים, אך אשר ההתנאה עצמה אינה ממלאה בו עוד שום תפקיד פנימי לא מבחינת התוכן ולא מבחינת המבנה המשפטי. אולם, עם זאת יוצא לנו מתוך המכלול, שגם [[654]] העסק המקורי, המותנה והבטל לכאורה, אינו נשאר כאן על כל פנים מיותר וחסר תועלת לחלוטין. תועלתו של זה היא בכך, שבמקרה שאמנם ניתן לו לשאת את פירותיו במציאות, הריהו פוטר את הצדדים מלחזור ולערוך את מעשה הקניין [[655]] בשעה שאולי לא תהא נוחה להם לפגישה מחודשת - ומבחינה זו יש לציין שהעסק המקורי מועיל אמנם לא רק על ידי ההידברות הכלולה בו לגבי העתיד, כי אם גם על ידי מעשה הקניין, אשר אף בו יש משום השתלה מעתה לעתיד: דברי הקניין לא [[656]] יספיקו כשלעצמם, כדי להעמיד את העסק בהתגשם התנאי, אם כבר מלכתחילה לא יהיו הם מלווים גם בהשתלה של מעשה הקנין. יתר על כן, אם מעשה הקנין הוא תשלום כסף, ראינו בהערה ס"ו כי הבעלות עוברת בכסף לאלתר, בלי שהתשלום ייחשב בינתיים כמילווה גרידא (אלא נחשב הוא אפוא כתשלום על תנאי) - וגם מבחינה זו יוצא אם כן כי למעשה אין העסק המקורי בטל על כל פנים לגמרי. אולם, אין גם לומר שהריהו "**ניתן לביטול**" - משום שבדרך כלל ובסתם לא ישא העסקה תוצאות אף אם לא יבוטל במכוון על ידי הצדדים - ובסך הכל מסתבר ביותר להעמידו על מין הווייה מיוחדת, כעסק שהוא בטל ואינו בטל כאחד[1166].

נספח: הבחנת הרמב"ם בין תנאי "אם" לתנאי "על מנת"

[1165] סו) בנקודה זו יש לנו להתעכב על הבחנה מסוימת שהרמב"ם מכניס בדבריו. [הערת עורך: המשך ההערה העובר לנספח בסוף הסעיף, אחרי עמ' 656].

[1166] סז) במסקנה זו אפשר למצוא נקודה מסוימת של קרבה למה שראינו לעיל בחוזה החיובים ההדדיים לפי דיני ישראל. גם חוזה החיובים ההדדיים אינו על פי דיני ישראל עסק קנייני גמור, כי אם רק עסק **טרומי** ומכין לעסק שייגמר בעתיד; ובדומה לכך כאן - העסק המקורי על תנאי "אם" או "לאחר זמן", יש לו מידה אפשרית של תוקף ומשמעות **כעסק טרומי ומכין**, אך בבחינת עסק קנייני ממש, הריהו אפילו פחות מחוזה החיובים ההדדיים, כי **מבחינה זו** יוצא הוא אמנם בטל לגמרי.

בהלכות[1167] גירושין מבחין הרמב"ם ואומר, שגט הניתן בכפוף לתנאי "אם" יוצר בזמן הביניים מצב אמצעי, שהאשה אמנם נחשבת עדיין [[651]] כאשת איש לכל דבר, אבל אם היא נישאת לאחר - נישואיה תופסים כבר משעת מעשה, אם לבסוף תופס הגט, ובזמן הביניים אין מחייבים אותה להתגרש לאלתר אף מאחד מבעליה; ולכשמתקיים התנאי בעוד שהבעל (הראשון) לא חזר בו, והגט עדיין קיים ולא אבד, הרי הגט מועיל אף אם אותה שעה אין הוא נמצא בחזקת האשה. לעומת זאת, אם הגט כפוף לתנאי "לאחר זמן", הרי עד שה שמתקיים התנאי אין הוא אלא מעין **פקדון**: אין הוא יוצר שום מצב אמצעי מיוחד, ואם בזמן הביניים מתיימרת האשה להתקדש לאדם זר - קידושיה פסולים ובניה ממזרים, ותצא מזה ומזה; ועל כל פנים, אף אם מתקיים התנאי, ובעלה לא חזר בו, והגט קיים ולא אבד - אין הגט מועיל אלא אם כן גם נמצא הוא באותה שעה בחזקת האשה.

והנה, הבחנה זו היא הנקודה הרופפת ביותר בכל תורת התנאים של הרמב"ם, ועשויה היא לגרור ערבוביה גמורה אם לא תופרך. אולם, האמת היא שהפרכתה פשוטה וגלויה לעיניים, באשר אין לה על מה שתסמוך.

קודם כל, ההבחנה לענין כושר הנישואין בזמן הביניים. כושר זה הופרך כבר בפרוטרוט על ידי הרב המגיד (פ"ח מהל' גירושין הל' א', ד"ה ולכתחילה), וכסף משנה (על אותה הלכה, משום הר"ן והרשב"ץ)[1168]; ובשו"ע אה"ע, אף על פי שבדרך כלל רק חוזר מהר"י קארו על דברי הרמב"ם, [[652]] הרי לעניין כושר הנישואין של האשה בזמן הביניים פוסק הוא בפירוש לשלילה, הן למקרה של גט על תנאי "אם" הן למקרה של גט "לאחר זמן", בשווה (אה"ע סי' קמ"ג סע' ב' וסי' קמ"ו סע' ב').

ואילו במה שנוגע להבחנה העיונית הכללית, העוטפת את ההבחנה המעשית שפטרנו [צ"ל שפירטנו] - גם כן קשה עד מאוד למצוא את שרשה במקורות, אך נראה לי שהרמב"ם הגיע אלי באופן כזה: א) בכתובות דף פ"ו עמ' ב' מוזכר גט על תנאי "לאחר זמן", ומתברר לגביו שאין הוא מועיל אלא אם כן בשעה שמגיע הזמן נמצא הוא בחזקת האשה, - בעוד שלכאורה לא מצאנו כי הוא הדין גם בגט על תנאי "אם"; ב) בקדושין דף מ"ז עמ' א' לומדים אנו ש"האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך, והלכה ומצאתו שנגנב או שאבד - אם נשתייר הימנו שווה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת"- ויוצא אפוא שגט על תנאי "לאחר זמן" דומה לפקדון; ג) לעומת זאת, בקדושין דף נ"ט עמ' א, לומדים אנו כי אשה **שנתקדשה** על תנאי "לאחר זמן" במעות, הרי משהגיע הזמן - דינה מקודשת, אף על פי שבינתיים נתאכלו המעות, משום ש"הנהו זוזי לא למלוה דמו **ולא לפקדון דמו**" - ונמצא אפוא כי סתם תנאי, אפילו שלא "מעכשו" או "על מנת", אין המסירה הנעשית בכפוף לו נחשבת כפקדון בעלמא, אלא כמסירה על תנאי בעל תוקף, והריהי מועילה לכשמתקיים התנאי אפילו כשהדבר הנמסר שוב אינו נמצא [[653]] בחזקתו של

[1167] [הערת עורך: במקור, זה המשך של הערה סו (1165), ובגלל אורכה, ובגלל הערות המשנה הרבות שבתוכה, הוחלט להפוך אותו לנספח].

[1168] סו-1) ש"דברי רבינו בכאן מתמיהים הם מאוד", ו"לא נתפרש מנין לו לרב ז"ל, שאין שורש לזה בשום מקום"; ואם אמנם שורש כלשהו נמצא ונמצא בסתירה שבין גיטין ע"ד א' לגיטין פ"ג א', ברור מכל מקום ששורש זה אינו עשוי כלל להצמיח את הפירות המיוחסים לו.

הצד שכנגד, והימצאות הדבר בחזקתו של הצד שכנגד אינה נדרשת אפוא בכלל. לפי זה - אם באמת כך היה הלך הגיונו של הרמב"ם - מוכרחים אנו להסיק: א) שאף לפי דעת הרמב"ם אין הבדל עיוני כללי בין תנאי "אם" לתנאי "לאחר זמן", וההבדל קיים רק בשטח הגטין בלבד; ב) בדרך כלל, אף בתנאי "לאחר זמן", אין הרמב"ם דורש שהדבר שנמסר יימצא בחזקת הצד שכנגד; וג) בדרך כלל, חוץ מן המקרה של תנאי "לאחר זמן" בגטין, הרי גם עסק על תנאי שאינו "מעכשיו" או "על מנת" אינו בטל בינתיים לחלוטין, אלא יוצר איזו זיקה בין הצדדים (והנחת יסוד זו היא שאיפשרה לרמב"ם להסיק את כושר הנישואין הנ"ל בזמן הביניים - שכשם שרשאית האשה להשתמש בכסף הקידושין אף על פי שעדיין לא נתקדשה, כך רשאית היא להשתמש בגט אף על פי שעדיין לא נתגרשה).

אולם, כנגד כל הלך המחשבות הלזה מתבלטות הטענות הפשוטות דלהלן: א) אין זה נכון שלגבי גט על תנאי "אם" לא מצאנו כי צריך הוא להיות בחזקת האשה: הרמב"ם עצמו יודע שאף גט כזה, אם **אבד** מיד האשה, אינו מועיל, אף על פי שלא נשמד (פ"ח מהל' גירושין הל' א') - ומשמע כי עצם העובדה שיודעים אנו שהגט **קיים אישהו** אינה מספיקה כדי לתת לו תוקף, אלא נחוץ דווקא שהוא יימצא ברשות האשה. אכן, אם באמת מקיש הרמב"ם מקידושין דף מ"ז לכתובות דף פ"ו-[[654]] כפי שלמעשה הוא מקיש בפירוש - הרי שהוא עצמו מזהה את הימצאות הדבר מחוץ לחזקתו של אדם עם אבדת הדבר, לפחות בענייננו, וכיצד יכול הוא מהנחתו שלו ללמוד את ההפך ממנה? ב) מפי"א מהל' מכירה הל' ד' יש להבין כי הרמב"ם גורס שהימצאות הדבר הנמסר בחזקתו של הצד שכנגד היא דרישה כללית לריפויה של אסמכתא, ואף במקרה של תנאי מסוג "אם" - וההנחה שאנו דנים בה נסתרת אפוא **בפירוש** אפילו בתחום שיטתו של הרמב"ם עצמו. ג) אין שום טעם מתקבל על הדעת להפרדה בין תנאי "לאחר זמן" בגיטין לתנאי "לאחר זמן" בקידושין ובעניינים אחרים. בעל עה"ש, באה"ע סי' קמ"ג סע' ג', מתאמץ אמנם לגלות טעם כזה, אך דבריו שם אינם יכולים לעמוד לע"ד בפני הביקורת; ואם אמנם ישנה סתירה כלשהי בין קידושין דף נ"ט לכתובות דף פ"ו, הרי הדעת נותנת כי יש לחפש את פתרונה בתירוץ הגיוני, ואין להסתפק בכניעה לסתירה כל בסיס של אי הגיון. ד) תירוץ הגיוני, כדרוש, אמנם נמצא לנו מן המוכן עקב הסתירה הנוצרת לכאורה בין קידושין דף נ"ט לכתובות דף פ"ב עמ' א'. בעוד שבקדושין למדנו, שהמקדש לאחר זמן - קדושיו תופסים משמגיע הזמן, ואף אם בינתיים נתאכלו המעות, הרי בכתובות דף פ"ב לומדים אנו שהמושך את הפרה לקנותה לאחר זמן **לא קנה**, ואף אם הגיע הזמן; והתוספות שם, בד"ה הא דאמר, מתרצים שאין כאן קושיה: כסף הקדושין, אף על פי שנתאכל, הרי אם אין האשה מתקדשת בו, חייבת היא להחזירו, גם אם אין הוא נחשב בינתיים כפקדון בעלמא, "**והוי כאילו הכסף בעין**... אבל הכא, גבי משיכה, אם לא אמר מעכשיו לא קנה לאחר שלשים יום, דבשעת קנייה כבר פסקה המשיכה". תירוץ זה מובא על ידי הרב המגיד בפ"ב מהל' מכירה הל' ט' כדי לתרץ את הרמב"ם, כיצד מביא הוא את הדין ממסכת כתובות בעוד שהוא מקבל גם את ההלכה [[655]] שבמסכת קידושין; ונמצא אפוא שכאן אין להבין אף את הרמב"ם עצמו, אלא אם כן נפרש ונאמר שהוא עצמו לא ראה בקדושין דף נט מקרה שבו **אין צורך** כי הדבר הנמסר יימצא בחזקת הצד שכנגד, אלא אדרבה - אף בקדושין נ"ט אמנם נמצא בדבר בחזקתו של הצד, לפחות מבחינה "קונסטרוקטיבית" - ובכן, אף לדידו של הרמב"ם עצמו אין לראות באמת שום סתירה או ניגוד בין קדושין דף נ"ט לבין כתובות דף פ"ו. אכן, בפ"ט מהל' גירושין הל' ג' מביא הרב המגיד בפירוש הלך מחשבה זה, בציינו שאי אפשר להבין מדוע מסכים

הרמבם - מצד אחד - שגט לאחר זמן מועיל בעוד שמשיכה לאחר זמן אינה מועילה לדידו, אלא אם נאמר כי התירוץ הוא, שמשיכה "לאחר ל' יום כבר כלתה משיכתו... אבל הגט, בכתב היא מגורשת, והכתב עדיין הוא קיים ביום ל' והוא במקום בר קנייה"; והוה אומר אפוא, שקדושין דף נ"ט וכתובות דף פ"ו - היינו הך הם מבחינת עקרון ההלכה המונח ביסודם.

לפי כל זה אפשר לסכם ולומר, שאם מבקשים אנו לקיים את כלל שיטתו של הרמב"ם, ממילא נופלת ההבחנה שאנו דנים בה כמופרכת מיסודה ובלתי נחוצה, באשר כל המקורות מתיישבים על הצד הטוב ביותר בלעדיה[1169], ואילו אם מקיימים אנו אותה הבחנה - ממילא אין עוד מקום לשיטה.

[[657]]

3. תנאי "מעכשיו" ו"על מנת" או תנאי משהה, תנאי מפקיע ותנאי דוחה

מכאן צריכים אנו לחזור ולדון ביתר פרוטרוט בתוצאות של עסק המותנה בתנאי קיום "מעכשיו" או "על מנת" - והיינו בתוצאותיו בזמן הביניים. בעניין זה נתקלים אנו בכמה נקודות קשות, ולא נוכל לפטרן בלי ביקורת המקורות.

גולק, בכרך א', עמ' 79, קובע את המסקנה, שכל תנאי קיום בדיני ישראל, לרבות תנאי "על מנת", מקביל **לתנאי המשהה** שראינו במשפטים של אירופה, אלא שתנאי "אם" מקביל לתנאי המשההex nunc (דוגמת זה שראינו בגרמניה), בעוד שתנאי "על מנת" מקביל לתנאי המשהה ex tunc (דוגמת זה שראינו בצרפת); ואילו תנאי מפקיע אין כנראה במשפט העברי בכלל (לפחות ex tunc). אולם, זוהי באמת מסקנה תמוהה. גולק, אף הוא מסתמך בעיקר על הרמב"ם - והרי כמה הלכות שהרמב"ם פוסק:

א) בפי"א מהל' מכירה הל' י': "מי שהקנה לחבירו והתנה עליו על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני - אם נתנו או מכרו לאותו פלוני, קנה, ואם לא קיים התנאי ומכרו לאחר, או שלא מכרו ולא נתנו בזמן שקבע [[658]] לו - לא קנה"; ואם זה תנאי משהה, כיצד בכלל יכול הלוקח לתת או למכור בינתיים לאחרים, וביחוד במקרה של מטלטלין? ור' גם פ"ג מהל' זכיה ומתנה הל' י'.

ב) בפ"ח מהל' לולב הל' י': "אין אדם יוצא ביום טוב ראשון של חג בלולבו של חבירו, ששאלו ממנו - עד שיתנו לו במתנה. נתנו לו על מנת להחזירו, הרי זה יוצא בו ידי חובתו ומחזירו, שמתנה על מנת להחזיר - שמה מתנה; ואם לא החזירו - לא יצא, שנמצא גזול". כאן ברור, שאף לפני התגשמות התנאי מצוי כבר הנכס המוקנה ביד הקונה, כדי להגשים בו את רשותו המותנה לאלתר - ואם זה תנאי משהה, כיצד הדבר ייתכן?

[1169] סו-2) נשאר לנו אמנם ליישב את עניין הפקדון ועניין "לא מלווה ולא פקדון", ונראה שהדבר הוא כך: המוסר כסף על תנאי "אם" או "לאחר זמן" מעביר בזה **בעלות** בכסף, כאילו היה מלוה את הנכס לזמן הביניים; אולם, אין הוא באמת נותן מלווה רגיל, כי המלווה הרגיל יוצר חוב מוחלט להחזרת הכסף, בעוד שכאן חובת ההחזרה היא מותנית (בדרישה או באי קיום התנאי). אם הנכס **איננו** כסף, מסתבר שהבעלות אינה עוברת בו בזמן הביניים אלא הוא נחשב באמת כפקדון גמור. אולם, אפשר שגם כסף יימסר כפקדון או כמלווה על תנאי אם" או "לאחר זמן", שאם יקרה כך וכך, יזכה המקבל בגוף הפקדון, או שהמלווה יימחל.

ג) בפ"ג מהל' זכיה הל' ט וו': "הנותן מתנה על מנת להחזיר (או גם על כל תנאי אחר)... הרי זו מתנה... ואוכל פירות כל זמן המתנה... ואם לא נתקיים התנאי, בטלה המתנה ויחזיר פירות שאכל"; ואם זה תנאי משהה, כיצד אוכל המקבל פירות, אפילו על דעת שיחזיר אם לא יתקיים התנאי?

ד) בפ"ח מהל' גירושין הל' י"ב: "הרי זה גיטיך... על מנת שלא תנשאי לפלוני עד חמשים שנה, הרי זה גט, ולא תנשא לו כל זמן שהתנה, ואם נשאת - בטל הגט למפרע. זנתה עמו - הולד כשר, והגט כשר, שלא התנה אלא על הנשואין"; ואם זה תנאי משהה - כיצד יכולים נישואיה לפלוני לבטל את הגט, וכיצד זה לא נאמר שהוולד ייחשב לפחות ספק ממזר עד שיעבור הזמן?

מכל הדוגמאות האלו עולה הקבלה מלאה דווקא **לתנאי המפקיע** [[659]] ex tunc; ואם יש שאלה, הרי זו אפוא רק האם יש בדיני ישראל **גם** תנאי משהה.

דוגמאות מובהקות לתנאי משהה ex tunc מוצאים אנו אצל הרמב"ם לפחות בשלשה מקומות:

א) בפ"ב מה' מכירה הל' ט': "האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום, ומשך - לא קנה. ואם אמר לו קנה **מעכשיו** ולאחר שלשים יום - קנה, ואפילו היתה עומדת באגם ביום שלשים". כאן ברור מטבע הדברים, כי עד תום שלשים הימים אמורה הבעלות להישאר ביד המוכר, ורק כעבור הזמן הזה אמור הקונה לזכות - **מאותה שעה** ולמפרע.

ב) בפ"ח מהל' מכירה הל' ז': "האומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במאה זוז... ולאחר זמן מכרה לאחר במאה - קנה ראשון. מכרה ביותר על מנה - קנה אחרון" (משום שחזקה היא במכר מסוג זה, שלא התכוונו הצדדים לערוך את המכר אלא על תנאי נוסף, שלא ימצא המוכר לוקח במחיר יותר גדול מן המוסכם; אבל אם התנו בפירוש, שהראשון קונה מעכשיו אף אם יימצא לוקח במחיר יותר גבוה - קנה הראשון)[1170]. גם כאן ברור מעבר לכל ספק, שהתנאי הוא משהה - לא רק בגלל עצם טבעו של העסק אלא גם מפני שאלמלא נשארה הקרקע בינתיים ברשות המוכר, לא יכלה להיווצר החזקה שבסוגריים, וביחוד כפי שהיא מנוסחת במקורה בגמרא[1171]: "האי זוזי אנסוה" - והוה אומר שבינתיים לא יצא הממכר מרשות המוכר כדי למכרו לאחרים, ורק בדיעבד בודקים אנו ורואים אם המכירה השנייה יש בה או אין בה משום התגשמותו של התנאי.

ג) בפ"ה מהל' נדרים הל' ז': "אסר בנו בהנייתו ואמר, אם יהיה [בן] בני זה תלמיד חכם יקנה בני זה נכסי (מעכשיו) כדי (=על מנת) להקנות לבנו... יהיה הבן אסור בנכסי האב, ובן הבן מותר בהן, אם יהיה תלמיד חכם כמו שהתנה". דוגמה [[660]] זו, מצדה, מדברת בעדה, ואף אינה זקוקה לפירוש.

[1170] סח) ר' שו"ע חו"מ סי' ר"ו סע' א', הגה.
[1171] סט) עבודה זרה ע"ב א'.

לפי זה אפשר להסיק לכאורה, שבעוד אשר הנוסחה "על מנת" מציינת כוונה **לתנאי מפקיע**, הרי תנאי המשהה הפועל למפרע אפשרי גם כן, ונוסחו "מעכשיו"; ואכן, יש למסקנה זו סמוכין גם בעובדה, שברוב מקרים בהם נזכרות נוסחאות אלו בדוגמאות מעשיות, במשנה או בגמרא, הרי אף אם אין הדין מתברר לגביהן במיוחד - מכל מקום משתמע מתוך המעשה, שהכוונה היא לכאורה לתנאי מפקיע כשהנוסחה היא "על מנת", ושהכוונה היא לתנאי משהה כשהנוסחה היא "מעכשיו". אולם, זוהי נקודת המשבר בכל עניינו, כי הרמב"ם אינו מכיר בשום הבדל עיוני שהוא בין תנאי "מעכשיו" ותנאי "על מנת"; לדידו, שניהם גם יחד הם **תנאים מפקיעים**, ומסתבר כי תנאי משהה הפועל למפרע אין הוא יודע מבחינה עיונית בכלל.

והנה, את הכלל שתנאי "מעכשיו" - אף אינו אלא תנאי מפקיע, לומד הרמב"ם מן הסוגיה בגיטין ע"ג ב' - ע"ד א'[1172]; אך העובדה היא, שסוגיה זו לא הגיעה לידינו אלא בצורה משובשת ביותר, תוך חילופי גירסאות הסותרות זו את זו מן הקצה אל הקצה, ובעוד שגם בתוך הגרסאות השונות עצמן מרובה הפרוץ על העומד. הרמב"ם פסק - אם בדיוק ואם שלא בדיוק - לפי אחת הגרסאות האלו; אך נראה שהיטיב לעשות מהר"י קארו, שהשמיט את ההלכה בכלל, לאמור שמאותה סוגייה אין להכריע דבר. צריכין אנו להכריע אם כן את הדבר ממקור אחר; אך משהגענו עד כאן, שוב אין אנו יכולים להכריע רק לפי מה שראינו למעלה, כי פה נתקלים אנו בקושיה על מסקנת הרמב"ם ועל התיאוריה שלנו דלעיל - שתיהן גם יחד.

[[661]] הקושיה היא קודם כל מסוגיה במסכת קדושין, דף נ"ט עמ' ב'. כאן מובאת מחלוקת בין רב ושמואל, ואם כי בעניין הנידון ההלכה היא כרב - מסתבר שהמחלוקת איננה כללית, ובדרך כלל מודה לו רב לשמואל, שתנאי "מעכשיו" אינו לא תנאי מפקיע ולא תנאי משהה, אלא יוצר בזמן הביניים מצב של ספק: האשה המתקדשת מעכשיו ואם יקרה כך וכך, הריהי **מקודשת ואינה מקודשת** עד שיתגשם התנאי או יסוכל, ולכשיתגשם התנאי או יסוכל יתברר התנאי למפרע. הרמב"ם התעלם מדעת שמואל, באשר אין הלכה כמותו בעניין הספציפי הנדון בסוגיה, ואילו מבחינה כללית נדחית דעתו על ידי הגירסה שקיבל הרמב"ם בגיטין ע"ד א'; אולם, אם מתעלמים אנו מגירסה זו - חוזרת הסוגיה בגיטין[1173] נ"ט ומקבלת משמעות חיובית. על אחת כמה וכמה, אם נשים לב שדעת שמואל עולה בקנה אחד עם הגרסה האלטרנטיבית בגיטין ע"ד, שהיא הגירסה המקובלת בדפוסים שלנו, ואשר לפיה הכריע הרא"ש, ואילו הגר"א הגיה על פיה גם את נוסח התוספתא[1174], התומך בשיטת הרמב"ם[1175]; ובסך הכל נראה אפוא לומר שההלכה בנקודה הנידונה היא כרבותינו אלה. אך קושייתנו אינה נשלמת בזה, והיא נמשכת גם לתנאי "על מנת".

את המסקנה, שגם תנאי "על מנת" - כתנאי "מעכשיו" - הוא תנאי מפקיע, מעלה הרמב"ם בפ"ח מהל' גירושין, הל' א' וי"ב, בגרסו כי האשה המגורשת בתנאי "על מנת" רשאית להינשא, ובניה מן

[1172] ע) ר' פ"ט מהל' גירושין הל' י"ט.
[1173] הערת עורך: צ"ל בקדושין.
[1174] עא) פ"ה דגטין ה"ד.
[1175] עב) ור' גם גיטין ע"ו ב', שגם שם משתמע, שלפחות כל עוד התגשמות התנאי נתונה בספק אין האשה המגורשת בתנאי "מעכשו" רשאית להינשא, בניגוד למה שפסק הרמב"ם בפ"ח מהל' גירושין סוף הל' א'.

הבועל האחר אינם אפילו ספק ממזרים, עד שלא סוכל התנאי - וזאת בהסתמך על דברי רבא בגיטין פ"ג א'. אולם, כנגד הדברים הללו של רבא יש לנו ברייתא מפורשת בגיטין ע"ד א': "הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז... - מגורשת, ולאחר לא תנשא עד שתיתן". את הברייתא הזאת מסב הרמב"ם על תנאי "אם"; אולם, הסבה זו היא תמוהה ביותר, שהרי נאמר פה בפירוש "על מנת", ואכן דוחים אותה מפרשי הרמב"ם, כפי שכבר ראינו לעיל. ושוב, בגיטין פ"ד א', אומר גם רבא עצמו, שהאשה [[662]] המגורשת בתנאי "על מנת" אינה רשאית להינשא, אם לא התקיים התנאי: הרמב"ם מפרש דברים אלה, שאין היא רשאית להינשא **אם התנאי כבר סוכל**, - אולם, הוא מגיע לפירוש כזה משום שהוא מסב את הברייתא הנ"ל לעניין אחר; אם מכירים אנו שאותה ברייתא שייכת דוקא לענייננו, ברור שכוונת רבא היא שאין האשה רשאית להינשא **כל זמן** שהתנאי לא התקיים, ואף על פי שעדיין ייתכן כי יתקיים. פירוש זה הוא הרבה יותר קרוב לתוכנם המלא של דברי רבא מאשר פירוש הרמב"ם; ואכן, למעשה מסיקים שם התוספות, בד"ה הכא, שאף בתנאי "על מנת" אין נוצר אלא מצב של ספק, והאשה היא מגורשת ואינה מגורשת.

אין ספק כי פתרון על דרך זו, הן ב"מעכשו" הן ב"על מנת", הוא הרבה יותר קרוב לרוחם של דיני ישראל ביחס לגיטין וקדושין מאשר פתרונו של הרמב"ם, הפותח פתח לריבוי ממזרים, - ובאמת נסתרת שיטת הרמב"ם בנקודה זו מתוכה. בפ"ט מהל' גירושין הל' י"א כותב הרמב"ם: "הרי זה גיטיך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חדש... (ו)מת בתוך שנים עשר חדש - אע"פ שאי אפשר שיבוא, והרי היא מגורשת, לא תנשא במקום יבם עד אחר שנים עשר חדש כשיתקיים התנאי" (-וכך לא משום שמדובר כאן בתנאי משהה, אלא משום החומר המיוחד שבענייני אישות[1176]); אך אם כן, הרי הדברים קל וחומר: מה במקום שאין ספק כי התנאי יתקיים, אין מתירים לאשה להינשא בגלל שמץ זקיקותה ליבם - על אחת כמה וכמה במקום שיש ויש ספק אם התנאי יתקיים, ובעוד האשה זקוקה **לבעלה**. ור' גם פ"ו מהל' מלוה ולווה, הל' ו'. כאן פוסק הרמב"ם [[663]] לאמור: "מכר לו את השדה ונתן לו מקצת הדמים, אם... אמר המוכר ללוקח, לכשתביא שאר המעות תקנה מעכשיו - שניהם אסורים לאכול הפירות מיד: המוכר אסור שמא יביא הלוקח שאר המעות, ונמצאת השדה שלו, ונמצא המוכר אוכל פירות בשביל המעות שנשארו לו אצל הלוקח, וכן הלוקח אסור, שמא לא יביא, ונמצא שאכל בשביל מקצת המעות שיש לו אצל המוכר. לפיכך מניחין את הפירות ע"י שליש, עד שינתנו לאחד מהן". והלא הדברים שוב קל וחומר: מה בחשש ריבית, שזו ניתנת עקרונית להישבון[1177], על אחת כמה וכמה בחשש ממזרות, שזו אינה בהשבון[1178].

[1176] עג) ר' מגיד משנה על אותה הלכה.

[1177] עד) אמנם, כאן מדובר באבק רבית, ואבק רבית אינו יוצא בדיינים; אולם, ר' שו"ע יו"ד סי' קע"ד סע' ה', שעל כל פנים אפשר להתנות על כסוי כספי מתאים של הפירות, לפי גורל התגשמותו של התנאי - ואז באמת אין צורך בהשלשת הפירות, אלא מותר גם לאכלם מיד.

[1178] עה) גישה זו משאירה בצריך תירוץ את דברי רבא בגיטין פ"ג א'. הר"ן - בהסתמך על דברי רבא בגיטין פ"ד א' - מתרץ כי יש להבחין: אם התנאי הוא "בידו" של הצד המעוניין, הרי זה תנאי מפקיע, אבל אם אינו בידו - נוצר מצב של ספק; ותירוץ זה התקבל על דעת מהר"י קארו, בשו"ע אה"ע סי' קמ"ג סע' ב'. אולם, גם על זה אפשר להקשות מגיטין ע"ו ב' ובבא מציעא ס"ה ב' (-המקור לפ"ו מהל' מלוה ולווה); ואמנם, אין דברי רבא בגיטין פ"ד מחייבים כלל את המסקנה שכך היא דעתו שלו או שכך הלכה. אדרבה. ונראה לומר שבאמת אין רבא בגיטין פג גורס כלל כי רשאית האשה להינשא בזמן הביניים (אלא רק מבקש הוא לציין שטענת ר' עקבא, הנידונית שם, אינה מוכיחה את המסקנה המיוחדת שר' עקיבא מבקש להוכיח בה, באשר היקף פגיעתה הוא יותר רחב).

אולם, גם אם מגיעים אנו למסקנה שכזאת - אין משמע שהמסקנה המוצעת מקודם היא כולה מופרכת. כל הקושיות שהעלינו בזה אינן יכולות לערער את הדוגמאות שהבאנו לאותה מסקנה (מלבד הדוגמה מס' ד לעניין "על מנת"), שהן כולן מבוססות על מקורות מיוחדים שלהן - ושתי המסקנות הסותרות צריכות אפוא לבוא על פתרונן בסינתיזה שתגשר בין הדברים.

סינתיזה זו, נדמה שהיא מונחת גלויה לפנינו: אמנם נכון הוא שלפחות בגדר התפיסה ש"כל האומר על מנת כאומר מעכשו דמי"[1179], אין במקורות הבחנה עיונית מודעת בין שתי הנוסחאות האלו - אך הבחנה עיונית שכזאת מתחייבת [[664]] מתוך הדוגמאות המעשיות ופתרוניהן המיוחדים. ההבחנה המתקבלת מעלה את העקרון שהנוסחה "מעכשיו" גוררת **תנאי משהה**, הפועל למפרע, ואילו הנוסחה "על מנת" גוררת **תנאי מפקיע** הפועל למפרע; וניתן לומר שזהו העקרון הכללי. **אולם, במקרה של חשש עבירה על איסור, מיטשטשת החשיבות המעשית של העקרון הזה**. האשה המתקדשת או המתגרשת על תנאי כלשהו, בין אם משהה ובין אם מפקיע, אינה רשאית בינתיים לנהוג לא כנשואה ולא כגרושה, שמא לבסוף יתברר כי מעמדה הוא הפוך ממה שחשבה - וממילא מתרחבת כאן משמעותו של הכלל שהזכרנו, ש"כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי": טיבן של שתי הנוסחאות כבר מזדהה כאן לא רק מבחינת ההשפעה למפרע, אלא גם מבחינת ההשפעה לזמן הביניים; ומאחר שענין הגיטין והקדושין הוא התחום העיקרי שבו התפתחו דיני התנאים העבריים - שוב אין פלא בדבר, שחכמינו לא פיתחו הבחנה עיונית בין שתי הנוסחאות, בגדר הכלל הנידון, אלא אדרבה: זיהו אותן מבחינה עיונית. אך העובדה נשארת כי זיהוי זה נכון רק במידה שנתפסים הדברים בגדר **חשש עבירה על איסור**, ואילו מחוץ לזה - באופן כללי - יש לקבל את ההבחנה שאמרתי[1180].

מתוך שבאופן כזה באים אנו לאמץ לנו, לגבי התנאים "מעכשיו" ו"על מנת", את השמות העניינים "תנאי משהה" ו"תנאי מפקיע", מציע אני שגם לגבי תנאי "אם" ו"לאחר זמן" נאמץ לנו כינוי מייחד ענייני - והיינו "תנאי דוחה".

4. התנאת התחייבות ותנאי הבשלה

כל הדינים והמסקנות שראינו עד כאן, מסתבר - ואמנם אך פשוט הוא - כי חלים הם לא רק בעסקים של הקנאה במוחזק או במעשי קדושין וגרושין, כי אם גם בעסק התחייבות. למשל, אם פלוני אומר "הריני מתחייב לך במאה זוזים לאחר ל' יום ואילך", או "אם תבוא חותנתי ומשעת בואה ואילך" - החיוב, בינתיים, בטל הוא בבחינת אסמכתא: אין הוא משעבד כלל את נכסי המתחייב, ולא זו בלבד שבינתיים יכולים הצדדים לחזור בהם, אלא גם [[665]] במקרה שלא חזרו בהם, ומעשה הקניין מוסיף להתקיים עד שהתנאי מתמלא, הרי על כל פנים, אם מת בינתיים אחד הצדדים או נפסל, אין ההתחייבות קיימת לגבי יורשיו או אפוטרופסו[1181]. מצד שני, אם האמירה היא: "הריני מתחייב לך במאה זוזים מעכשיו ולכשתבוא חותנתי", או "על מנת שתבוא חותנתי", או "מעכשיו ולאחר ל' יום" - גם כן פשוט הוא שההתחייבות קיימת, ומשעבדת את נכסי המתחייב

[1179] עו) גיטין ע"ז א', ועוד; ופירוש הדברים הוא שהנוסחה "על מנת" - כמו "מעכשו" - מורה על כוונה לתנאי הפועל למפרע, בניגוד לתפיסה שהנוסחה "על מנת" דומה לתנאי "אם".

[1180] עז) ר' מגיד משנה על פי"א מהל' מכירה הל' י' ולחם משנה על פ"ב מהל' מכירה הל' ט'.

[1181] עח) ר' פתחי תשובה על שו"ע חו"מ סי' מ"ג סע' ג'.

לאלתר ומשמתקיים התנאי, למפרע. אולם יש לשים לב כי למעשה, הנוסח הרגיל בהתחייבות לא יהיה בעצם לא כך ולא כך, כי אם למשל, "הריני מתחייב לשלם לך מאה זוזים בעוד ל' יום" או "הריני מתחייב לפצותך אם ייגרם לך הפסד" - ובזה מגיעים אנו לעניין של התנאה מסוג השונה במידה רבה מתנאי הקיום שראינו לעיל.

העניין הוא בכך שבדוגמאות מסוג זה אין לנו למעשה התנאה על עצם תחולת ההתחייבות, אלא זו אמורה לחול לכאורה באופן מוחלט, ואילו המועד או התנאי מתייחסים כאטן רק **להבשלת ההתחייבות** - והיינו לזמן המיועד לפרעונה או למסיבות שבהן תיעשה היא ראויה להתמלא בפועל. ביצר פירוט, נראה כאן שההתחייבות כאילו מתפצלת לפנינו לשני יסודות: מצד אחד, עצם **החיוב היסודי**, על שעבוד הנכסים שעמו, אשר יש לו תוקף פשוט, ואין הצדדים יכולים לחזור בהם ממנו ומשתמר הוא גם כנגד יורשיהם או אפוטרופסיהם - אף אם המסיבות הראויות להבשלה לא תתהווינה למעשה לעולם, וההתחייבות לא תגיע אפוא אף פעם לידי ראייות להתמלא בממש; ומצד שני, גידור המועד או המסיבות, אשר בהם ייעשה החיוב היסודי ראוי להבשיל - גידור המשאיר בינתיים את החיוב היסודי משוחרר מן החובה [[666]] למלאו בממש, על אף כל תוקפו, והמופיע אפוא כעין **חובה משלימה, למילוי החיוב היסודי, לכשיתקיימו המועד או המסיבות המתאימים**. או, אפשר גם לתאר את הפיצול באופן הפוך (אם כי לאו דווקא תוך הבדל מהותי), והיינו שמצד אחד מורכבת התחייבות מן החיוב ומשעבוד הנכסים **לעשות מעשה פלוני לכשיגיע הזמן או לכשתתקיימנה המסיבות** - שהוא ישות משפטית אחת, המגלמת את הישות הכללית והיסודית של ההתחייבות - ומן הצד השני, מן החיוב הפשוט **לעשות מעשה פלוני** - שהוא ישות משפטית נוספת, הגלומה מלכתחילה בצורה עוברית בישות היסודית והמבשילה מתוכה לחיים משלה כשמגיע הזמן או כשהמסיבות מתקיימות.

פיצול שכזה, אפשר גם לומר שהוא מחויב המציאות - שהרי, לו ניתן היה למלא את ההתחייבות בסתם, מיד עם העמדתה, ללא הפנייה לזמן אחר או למסיבות אחרות, לא היה שם צורך בהתחייבות מעיקרא, אלא אפשר היה לקיים את התשלום בו במקום, במוחזק; והרי זה אפוא מטבע הדברים, שאם מעמידים את העסק בצורת התחייבות, צריך העסק לכלול חובת מעשה, אשר האקטואליות שלה תהיה מותנית במועד או בהתרחשות כלשהי כעבור זמן, ועם זאת צריך הוא לכלול גם את עצם העסק של ההתחייבות היסודית שברקע, אשר תהא לו משמעות אקטואלית אף בזמן הביניים, ושישמר את האקטואליות עד המילוי. העקרון שבדבר בא לידי ביטוי מובהק בדיני ישראל, מבעד לאימרה שכבר נתקלנו בה בחיבור זה כמה פעמים, והיינו ש"ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, ומכל מקום אין שכירות משתלמת אלא לבסוף"[1182]. באימרה זו רואים אנו את החיוב של פרעון השכר כבעל ישות נוספת על עצם חובת השכר, הקיימת גם כאשר אין עדיין חובה מוכנה לפרעה - ובאמת יכולים [[667]] אנו להיווכח בהגיון המהותי של התפיסה השניותית הזאת אם נשים לב לכמה שיקולים מעשיים, כלהלן. ראשית, ברורה, למשל, המשמעות האקטואלית של החובה היסודית כשלעצמה - במנותק לחלוטין מכל בעיה של מועד ההבשלה או חובת הפרעון - כאשר החובה נידונה מבחינת המאזנים הנכסיים של הצדדים, או

[1182] עט) ר', למשל, הרא"ש על עבודה זרה י"ט ב', ור' מקורות בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', הערה ע"ד.

כנשוא אפשרי למשא ומתן קנייני, או כאשר דבר מה מתקבל כסילוק החובה אפילו לפנים ממועד ההבשלה. ושנית, עשויה הכפילות להתברר באופן מיוחד גם מחוץ לדיני ישראל, באותן השיטות המכירות באפשרות שחובת הפרעון תתיישן ותסתיים מעיקרא, בעוד שהחובה היסודית תוסיף מכל מקום להתקיים כ"חוב טבעי", במובן שסילוקה יכול להיחשב כ"קאוזה" לגבי משא ומתן קנייני בנכסים שכנגד[1183].

אולם, עם כל זאת, מסתבר שאין להרחיק לכת עד כדי כך שנראה את השנייות האמורה, כאילו היתה מורכבת אמנם משתי ישויות נפרדות לגמרי. שתי הישויות החוביות שאמרנו אינן ניתנות למעשה להפרדה זו מזו, והדבר מתברר באופן המובהק ביותר בתחום הנושא המיוחד של דיני התנאים, אשר בו דנים אנו כאן. בהקשר זה משמעותית היא התופעה שראינו, שאת גדרי ההבשלה יכולנו לתפוס, בלי הבדל, אם כסייג המתייחס לחובה היסודית ואם כסייג המתייחס לחובת הפרעון. יתר על כן, אף אמרנו באגב, שכל החובה המיוחדת של הפרעון אינה בעצם אלא גידור של החובה היסודית; ובאופן המובהק ביותר יתברר עניינו אם נשים לב שמבחינה מעשית לא ייתכן להוסיף [[668]] ולראות את החובה היסודית כבת תוקף כאשר מתגלה שגדרי ההבשלה אמנם לא יוכלו עוד להתקיים לעולם[1184]. במקרה שכזה אך פשוט הוא, שעם ההימנעות של חובת הפרעון נמנע ממילא כל טעם ומשמעות גם מקיומה של החובה היסודית - ולכאורה חוזרים אפוא גדרי ההבשלה ומתדמים לחלוטין לכעין תנאי קיום משהה או מפקיע, שהיה אמור לשעבד את החובה היסודית בעצם תחולתה, מלכתחילה. ואמנם, מבחינת התוצאות למעשה קשה לראות הבדל כלשהו בין שני מיני התנאים. אלא שמכל מקום, לפחות מבחינה עיונית, נראה שצריכים אנו להכיר כאן הבדל חשוב ונרחב למדי.

הדבר יתברר, אם נשים לב לכך, שבתנאי קיום רגיל אמנם יש לנו עניין רק בעסק משפטי ובסיוג של תחולתו; לעומת זאת, בתנאי הבשלה, יש לנו עניין לא רק בעסק משפטי (עסק ההתחייבות) ובסיוג של תחולתו, כי אם גם בגידור **האקטואליזציה של חובת מעשה האמורה להיוולד מחיקו של העסק**. בהמשך מכאן, במקרה של תנאי קיום רגיל, עצם אי התגשמות התנאי היא היא המכשילה את תחולתו של העסק; אולם, במקרה של תנאי הבשלה - לא עצם אי התגשמות תנאי הוא המכשיל במישרין את העסק, אלא אי התגשמות התנאי מכשילה במישרין רק את חובת המעשה, ואילו התמוטטות חובת המעשה היא היא החוזרת ומרוקמת את העסק ממשמעותו. לכן נראה לומר, שאף אם כשלון תנאי ההבשלה מכשיל לא רק את חובת המעשה, כי אם גם את העסק המשפטי עצמו, הרי על כל פנים, אין העסק המשפטי מתבטל כאן מעיקרא ולמפרע - כמו במקרה של כשלון תנאי משהה או מפקיע - אלא העסק מסתיים כאן רק מעכשיו ואילך, ואילו לגבי זמן הביניים יש לנו לראות את העסק, לפחות מבחינה עיונית, [[669]] כאילו היה מתקיים בתוקפו (ובזה נבדל הענין גם מן התוצאות של תנאי דוחה)[1185].

[1183] פ) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 3, בסמיכות להערה צ"ג, ופרק ג', סע' ד', בסמיכות להערות נ"ה-נ"ז.

[1184] פא) התפתחות כזאת יש להבדיל מן המקרה שהבשלת החיוב לא נמנעה מעיקרא, אלא שחובת מילוי ההתחייבות התיישנה או הותלתה משום מה, אף על פי שהבשילה.

[1185] פב) בתחום חיי המעשה יתברר לנו הגיונה של ההבחנה הזאת אם ניקח, למשל, חיוב פיצויים של חברת ביטוח, אשר הגיע לקיצו משום שלמבוטח לא נגרם נזק תוך התקופה המוסכמת. לו היינו אומרים שתנאי הנזק הוא כעין תנאי קיום לגבי עצם חובת הפיצויים, היה פירושו של דבר שבדיעבד רואים אנו את חובת

בהתאם לכך, שוב, מגיעים אנו למסקנה כי תנאי ההבשלה הריהו אמנם מין תנאי בפני עצמו במסכת תורת התנאים, והרי זה תנאי בעל אופי מורכב. מצד אחד, מבחינת גידור אופן הקיום של עסק ההתחייבות, הרי זה גורם משפטי בעל אופי של תנאי מן הסוג השייך לענייננו בפרק הזה; אולם מצד שני, לפי מה שראינו, אין זה רק תנאי של גידור ההתחייבות, כי אם גם ישות בעלת אופי חובי מיוחד משלה, אשר המקום הראוי לה בתורת המשפט אינו דווקא במדור של תורת התנאים, כי אם במדור של תורת החיובים. בין כך ובין כך יש לציין, כי העניין של תנאי ההבשלה באמת רחב הוא הרבה יותר מכפי שראינוהו מוזכר בתורת התנאים באירופה, אשר שם התייחס אליו מסיניאו רק בבחינת סוג אפשרי של **מועד**.

ביחס לדיני ישראל כדאי לציין במיוחד, כי הנוסח הרגיל להבעת תנאי ההבשלה דומה כאן לנוסח של תנאי "אם" או "לאחר זמן" [[670]] - והדבר מתאפשר מתוך כך, שכאשר המדובר הוא בהתחייבות, מובן מן הסתם כי הכוונה היא רק לתנאי הבשלה, ולא לתנאי קיום (וודאי גם לא לתנאי דוחה). לכן, תנאי "אם" או "לאחר זמן" האמור בהתחייבות **איננו** גורם בסתם לאסמכתא, ועל פי עצם טבעו שבסתם אין הוא זקוק לכפל הנוסחאות - כי אם אדרבה[1186].

5. תנאי התחלת המימוש

בסמיכות קרובה לתנאי הבשלה אפשר להזכיר בדיני ישראל גם את מין התנאי שנקרא לו "**תנאי התחלת המימוש**". תנאי זה הוא מקבילו של תנאי ההבשלה בתחום הקניינים במוחזק - והיינו שגם זה תנאי שאינו מתייחס לעצם תוקפו של העסק, אלא בא הוא רק לגדר את הזמן או המסיבות אשר בהם תיבשלנה זכויות העסק למימוש (כגון, "אני משכיר לך את הבית לגור בו מתחילת החודש הבא" או "למשך חודש מיום שתבוא לעירנו", תוך הבנה שעצם שעבוד השכירות יחול על הבית גם במשך הזמן שבינתיים). אולם, מתוך ההבדל המהותי שבין עסק ההתחייבות לעסק של הקנאה במוחזק, נוצר הבדל בין שני מיני התנאים, והרי זה מורכב בסך הכל מיסודות אחדים:

א) במקרה של התחייבות בא העסק לקבוע זכויות, אשר מעצם טבען אין הן יכולות להיות נתונות למימוש לאלתר, אלא זקוקות הן לגידור מיוחד של הבשלתן בעתיד - ותנאי ההבשלה הריהו כאן אפוא מחויב המציאות. לעומת זאת, בעסק של הקנאה במוחזק, הכלל שבסתם הוא דווקא, כי הזכויות הנקבעות בעסק נתונות ונתונות אמנם למימוש לאלתר - ובסתם אין כאן צורך בשום גידור הבשלה מיוחד.

הפיצויים כאילו לא נולדה מעולם - והיה מקום לתמוה בשל מה תהא חברת הביטוח זכאית לשמור לעצמה מכל מקום את דמי הביטוח, או אפילו להוסיף לגבותם אם עדיין לא גבתה. אולם, התירוץ הנכון הוא, שהמבוטח הסכים לשלם דמי ביטוח לאו דוקא בעד תשלום הפיצוי, כי אם רק בעד **התחייבות** הפיצוי - והתחייבות הפיצוי אמנם נתקיימה בידו כמוסכם, אך על פי שבסופו של דבר אמנם לא יצא הוא זכאי להיפרע בגינה כל מאומה.

[1186] פג) דוק, למשל, בבבא מציעא ק"ד א'-ב'; סנהדרין כ"ד ב'; פכ"ה מהל' מלוה ולווה הל' א' וב'; שו"ע חו"מ סי' ע"ג; עה"ש חו"מ סי' ר"ט סע' י"א וסי' רי"א סע' ח'.

[[671]] ב) במקרה של התחייבות ראינו שנייות בין הזכות היסודית, הנוצרת במישרין על ידי העמדתו של העסק, לבין הזכות הספציפית למימושה של הזכות בפועל, האמורה להתבקע מחיקה של הזכות היסודית בהתאם לתנאי ההבשלה. ראינו גם כן, שכל עניינו של תנאי ההבשלה בהתחייבות הריהו אמנם רק להסדיר את ההתבקעות הזאת; ובהתאם לכך יכולנו לתפוס כאן בפשטות יחסית את ההבדל בין תנאי ההבשלה לבין תנאי הקיום: אך פשוט הוא שתנאי הבשלה בא בחשבון רק **כתנייה פנימית בגידור תוכנה של ההתחייבות**, ואילו כשרוצים להתלות את האקטואליות של עצם ההתחייבות או של העברתה - כהתלייה חיצונית של עצם העסק - אין זה עניין לתנאי הבשלה כי אם לתנאי משהה או דוחה. לעומת זאת, נוטים הדברים להתערבב לכאורה בעסק של הקנאה במוחזק. כאן אין לנו שום שנייות בזכויות שהעסק יוצר, אלא עצם העמדתו של העסק - בין אם בדרך של העברת בעלות או שעבוד קיים, בין אם בדרך של יצירת שעבוד חדש - הריהו תמיד פעולה ישירה של זיכוי הצד שכנגד בזכויות המימוש (או **רשויות** המימוש) בעצמן; ויתר על כן, פעולה ישירה זו אף הריהי כאן, היא בעצמה, כל תמצית תוכנו ומשמעותו של העסק. בהתאם לכך, אין כאן מקום לכאורה להבחנה בין התליית האקטואליות של רשויות המימוש, באופן תוכני מבפנים, לבין התליית האקטואליות של עסק ההקנאה בכללו, מבחינה חיצונית - ואמנם, זהו המצב ברוב עסקי ההקנאה, שאינם אלא עסקי העברה של קניינים קיימים. אולם, למעשה שונה המצב כאשר המדובר הוא בהקנאה, שאינה רק בבחינת העברה, אלא היא כעין יצירה של קניין חדש - והיינו **העמדת שעבוד** (ובדומה לעסק של **העמדת התחייבות**). במקרה כזה אמנם נשארים אנו עדיין במסגרת העקרון של זהות גמורה בין עסק העמדת השעבוד ועובדת העמדתן של הרשויות אשר [[672]] באמצעותן אמור השעבוד להתממש בפועל; אולם, מכל מקום נפתח כאן הפתח לאפשרות, שמעבר לכל בעיה בדבר תנאי הקיום החיצוניים של העסק, ירצו הצדדים לסייג גם את תוכנו הפנימי של השעבוד, באופן שרשויות כלשהן הגלומות בו - בהבדל ממכלול השעבוד - לא תעמודה למימוש מיד עם כניסתו של השעבוד לתוקף, כי אם רק החל במועד מסוים, יותר מאוחר, או בכפוף לאירועו של דבר פלוני. הסדר מסוג זה חוזר אפוא ומידמה אמנם לתנאי הבשלה בהתחייבות - וזאת, ביחוד גם בשים לב לכך שהרשות הספציפית המותנית כמתואר מידמה לכאורה מבחינה מבנית לזכות המימוש של החיוב, המתייחדת על ידי תנאי ההבשלה מתוך מכלול ההתחייבות. אולם העובדה נשארת, כי הידמות זו על כל פנים איננה שלמה (ולמעשה, אף אין היא אמיתית כלל), בגלל ההבדל הפונקציונלי בין זכות המימוש בהתחייבות לבין הרשות המותלית בשעבוד: זכות המימוש בהתחייבות היא כעין תשמיש או אביזר טכני, הנספח כביכול על ההתחייבות מבחוץ, בעוד שהרשות המותלית בשעבוד היא מגוף תוכנו של השעבוד בעצמו.

ג) בהתחייבות, מטבע הדברים, זכות המימוש המותנית בתנאי ההבשלה הריהי תמיד זכות למעשה חד פעמי (היינו מעשה גביית החיוב). לעומת זאת, בשעבודים קניינים במוחזק, הרשות המותנית כמתואר לא תהיה בדרך כלל רשות למעשה חד פעמי, כי אם רשות למעשה נמשך, משעת התגשמותו של התנאי ואילך.

ד) ההכרחיות של תנאי ההבשלה בהתחייבות מתקשרת לעובדה, שבלעדי ההבשלה נשארת ההתחייבות חסרת כל מוצא חיובי, כפי שראינו, ואפשר כמעט לראותה, בדיעבד, כאילו לא באה

כלל לעולם. לכן גם ניתן לראות כאן את ההבשלה בבחינת גורם המוציא את ההתחייבות מן הכוח לפועל: תופעת ההבשלה אמנם מתייחסת כאן לא רק לזכות המימוש בלבד, כי אם גם לעצם ההתחייבות בעצמה - וזהו הרקע לכך, שלעניין התחייבויות נקטנו בנושא הנידון את המונח של תנאי **הבשלת ההתחייבות**. לעומת זאת, בשעבודים קניינים במוחזק, אין התנאי הנידון מתייחס אף פעם לעצם השעבוד, כי אם רק לרשויות המסוימות אשר לגביהן [[673]] נמצא נחוץ להחילו. למשל, בדוגמה שהבאנו: "אני משכיר לך את הבית לגור בו למשך חודש מיום שתבוא לעירנו", מתייחס התנאי, למעשה, רק לרשות השימוש של השוכר - שבינתיים, כל זמן שלא בא לעיר, אין הוא רשאי עדיין להיכנס לבית ולהתחיל להשתמש בו בהתאם לתנאי השכירות; אולם, מכל מקום, בעל הבית, מצידו, מוגבל כבר מעכשיו, על ידי כך שאין הוא יכול להשכיר השכרה סותרת ואין הוא יכול למכור את הבית במשוחרר מן השכירות - ואם ינסה, למשל, להרוס את הבית, הריהו יתנגש ברשות המניעה של השוכר, האקטואלית כבר מעכשיו, שיוכל זה לעצרו בטענה של פגיעה בזכותו. כמו כן, במקרה שתיכשל השכירות באמצעה, ודמי השכירות יצטרכו להשתלם לאו דווקא לפי מכלול התנאים המוסכמים, כי אם לפי חישוב פרופורציונלי - הרי שעל אף התנאי יהיה צורך לקחת בחשבון לא רק את נטל השעבוד משעת תחילתה של רשות השימוש בפועל, כי אם גם את נטלו המעשי מאוד בזמן הביניים. ובסך הכל, זוהי הסיבה לכך, שכאן אמנם צריכים היינו לייחד את התנאי הנידון בכינוי נפרד משלו: כינוי זה (בהבדל מתנאי ההבשלה בהתחייבות) באמת אינו ראוי להתייחס לעצם השעבוד, אלא על פי דיוק הדברים, ראוי לנו להשתמש בו רק ביחס לרשויות המסוימות, אשר אליהן מתייחס התנאי בכל מקרה ומקרה, - וכן ראינו נכון להדגיש בכינוי את גורם **התחלת** המימוש, בהתאם למה שהסברנו בפיסקה ג' לעיל.

מצד שני, כדאי לשים לב ליחודו של תנאי התחלת המימוש גם מבחינת ההבדל המהותי שבינו לבין מיני גידורים אחרים, [[674]] העשויים לחול בקביעת תוכנו של שעבוד במוחזק. השאלה העשויה להישאל היא, מהו באמת ההבדל, מבחינה משפטית, בין "אני משכיר לך את ביתי לשנה מתחילת החודש הבא", לבין "אני משכיר לך את ביתי לשנה כדי לגור בו בחמש נפשות", או "כדי לקיים בו בית מלאכה" - ומהו בין אלה הדין של השכרת הבית למשך שנה, "כדי לקבל בו חולים שלש פעמים בשבוע". התשובה היא, שאמנם כל אלה ביחד עשויים להיתפס כגידורים של תוכן הרשות השעבודית, אך מכל מקום, הגידורים המתבטאים במגורים בחמש נפשות, או בקיום בית מלאכה, או בקבלת חולים, הריהם גידורים של תוכן הרשות לגופה, כל אימת שעומדת היא להתממש, בעוד שהגידורים המתבטאים ב"מתחילת החודש הבא" או ב"שלש פעמים בשבוע" הרי הם רק גידורים חיצוניים של הזמן, אשר בתוכו תהא הרשות ראויה להתקיים - וזאת אגב השארת השעבוד באופן עקרוני בעינו, גם במשך הזמן או הזמנים אשר בהם יהיה מימוש הרשות בפועל מותלה. התלייה זו, היא היא המשמעות המשפטית המיוחדת של הגידורים מן הסוג הנידון - ומבחינה זו אמנם נבדלים הגידורים מסוג מזה מגידורים תוכנים אחרים, ומיתדמים הם לתנאי ההבשלה בהתחייבות. אשר לגידור מסוג "שלוש פעמים בשבוע" נכון אמנם שאין הוא מתאים להיכלל בכינוי של "תנאי התחלת המימוש" - אשר כפי שאמרנו, באמת מתאים הוא רק "בדרך כלל", ולא בכל המקרים של גידור מתלה לגבי זמן המימוש של רשות. אולם, מבחינה מהותית, למעשה אין כאן הבדל, וצריכים אנו רק [[675]] לציין לפנינו, כי בצד התנאי של "התחלת המימוש" יתכנו

אמנם לגבי שעבודים במוחזק גם מיני תנאים אחרים של התליית זמן המימוש במיגוון רחב של שינויי פרטים, אשר אין כדאי לייחד להם כינויים.

בדומה לדין בתנאי ההבשלה, נראה לומר שגם תנאי התחלת המימוש אין לו שום נוסחה מיוחדת. הכלל הוא, שהקנייה, בסתם, היא מוחלטת - ואם יהיה השעבוד מותלה, ללא בירור מפורש של טיב ההתלייה, יתפרש הדבר בסתם, שהסייג הוא רק בבחינת תנאי התחלת המימוש ביחס לרשויות המתאימות. רק אם פירוש זה יהיה בלתי אפשרי, יפרשו שהסייג בא להתלות את עצם תוקפו של העסק - ואז תהא נחוצה הנוסחה "מעכשיו" כדי למנוע פירוש שהתנאי הוא דוחה[1187].

6. תנאי מסיים, "לך ואחריך לפלוני" ומכר חוזר

במקביל לתנאי התחלת המימוש ראוי להזכיר בדיני ישראל את האפשרות של **תנאי מסיים** (או **תנאי מפסיק**) בקניינים, והיינו קביעת הזמן או המסיבות אשר בהם יסתיים הקניין שהוקנה. תנאי זה שונה מן התנאי המפקיע, על ידי כך שאין הוא פועל למפרע, ואין הוא מתייחס אפוא לתוקף או לכוח הפעולה של העסק, כי אם אדרבה: התגשמותו משאירה את תוקף הקניין שבזמן הביניים בעינו. התנאי אפשרי לא רק בשעבודים, כי אם [[676]] גם בקנין הגוף, ותוצאת התגשמותו היא שמאותה שעה ואילך חוזרות רשויות הקנין למקנה (או למי שנכנס תחתיו או עוברות לאדם שלישי שנקבע מלכתחילה)[1188].

[1187] פד) המקור הראשון להכרה ב"תנאי התחלת המימוש" בדיני ישראל הוא בתשובות המבי"ט, חלק א', סימן שמ"ו, אשר שם פוסק הרב כי ראובן, שביתו מושכר לשמעון, יכול להשכיר באותו זמן ללוי, לעת שתיגמר השכירות הראשונה. זהו אמנם כל שנאמר באותה התשובה. אבל יש לדייק שלא היתה כאן כוונה לשכירות על תנאי משהה - שהרי למפרע לא תוכל השכירות השנייה לחול - ולא היתה כאן כוונה לתנאי דוחה, שהרי בתנאי דוחה אין שייך רשות ויכולת: אסמכתא לא קניא. המקור השני הוא בנתיבות המשפט על סי' רי"א ס"ק ה', ששם אמנם נשארות עדיין כמה נקודות סתומות בפיתוח הרעיון, אלא שמכל מקום עולה העניין בבירור בסיכומו (חידושים, ס"ק י"ב); ור' גם ביאורים, סי' שי"ב ס"ק א', ולבסוף עה"ש חו"מ סי' שי"ב סע' ב'. מקורות רבים, שונים וסותרים בקשר לענייננו, מובאים בפתחי תשובה על חו"מ סי' שט"ו ס"ק א'.
בהקשר זה ראוי גם להעיר על מה שאמרנו, שתנאי התחלת המימוש שייך רק בהעמדת שעבודים, ולא בהעברות של קניינים קיימים. מסקנה זו נראית כמחוייבת מטבע העניין, והיא נתמכת גם על ידי מה שנראה להלן, שאין דיני ישראל מכירים [[676]] בהעברת קניין תוך הטלת הגבלה מהותית על תוכן הקניין המועבר (בהבדל מן האפשרות של **שיור שעבוד**, לטובת המעביר או זולתו). אולם, בדבריו הנ"ל של בעל נתיבות המשפט נשאר לכאורה מקום לסברה, כי תנאי התחלת מימוש אפשרי בכל זאת גם בהעברה של קניין - והיינו במובן, שעל פי תנאי כזה יוכל המקנה לעכב את המסירה (בהעברת בעלות, הכוללת בה, מבחינה מהותית, גם את זכות ההחזקה). נראה אפוא נכון להדגיש כי סברה כזאת לא תוכל לעמוד. דבר זה ניתן להוכחה כלהלן: א) העקרון של מניעת הגבלה מהותית בהעברת קניינים הוא עקרון תלמודי קדום (בבא בתרא קל"ד א') בעוד שההכרה באפשרות של תנאי המגביל את התחלת המימוש הוא חידוש מאוחר - ואין החידוש יכול לסתור את המקורות; ב) תנאי התחלת המימוש, כפי שנתחדש בתשובת המבי"ט, יש בו אמנם משום הגבלה מהותית של גדרי הקניין (השכירות של לוי נושאת בה מעצם טיבה את ההגבלה, לוי לא יוכל לממש את רשותו אלא מתום שכירותו של שמעון); ג) עיכוב מסירה בהעברת בעלות על פי תנאי מן הסוג שבתשובת המבי"ט פירושו הוא אפוא שהבעלות תעבור תוך הוצאה מהותית (ולו גם זמנית) של זכות החזקה מתוכה - והדבר נמנע על פי האמור באות א'; ד) הקשירה של עיכוב מסירה בתנאי המגביל את התחלת המימוש אינה נחוצה בדינינו מעיקרא, מפני שהדבר יכול להסתדר בצורה הגיונית יותר וצודקת, ומניחה לחלוטין את הדעת, על ידי **תנאי לואי בהקנייה**, או שינוי של שעבוד, אשר ישאירו בינתיים את המקנה במעמד של שומר ללוקח, תוך זכות של עיכוב. עם זאת, ראוי לציין, כי מין תנאי של התחלת המימוש בהעברת קניינים מתאפשר אמנם באופן פרדוקסלי בשיטות האירופיות, כאשר הן - מצידן - מכירות בהעברת בעלות תוך עיכוב מסירה ובלי שהמקנה יהפוך שומר ללוקח.

[1188] פה) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', הערה נ'.

בספר על "מושג הקנין ומערכת זכויות הממון" ראינו כי בשעבודים, התנאי המסיים הוא הכרחי, ואם אין הוא נקבע בפירוש, יש שם תנאי מסיים שמסתמא, שהשעבוד יסתיים בעת שירצה אחד הצדדים[1189]. סיום השעבוד במועד שלא נקבע מראש מצריך מתן שהות מתאימה לצד שכנגד[1190].

מן התנאי המסיים הפשוט יש להבחין את המקרה, ששעבוד או התחייבות נקבעו על דעת שיהיו נתונים למימוש רק בתוך תקופה מסוימת[1191]. במקרה זה אפשר לראות תערובת של תנאי מסיים ותנאי התחלת המימוש או תנאי-הבשלה.

כמין תנאי מיוחד ניתן לראות [[677]] גם את הקביעה שהזכרנו לעיל, העשויה להיות צמודה לתנאי המסיים, ואשר על פיה תעבורנה הרשויות - בתום הזמן - לאו דווקא בחזרה למקנה או למי שנכנס תחתיו, כי אם לאדם שלישי. זהו התנאי הידוע במקורותינו בנוסח "**לך ואחריך לפלוני**".

בתחום הנוסח הזה, נראה שיש להבחין בין שתי אפשרויות. אפשרות היא במקרה שהמדובר יהיה **בהעמדת שעבוד** "לראובן ואחריו לשמעון". במקרה כזה, הדעת נותנת כי העסק הוא למעשה רק הקנאה מאוחדת של שני שעבודים שונים - ולו גם שווי תוכן - האמורים לבוא בזה אחר זה, ובאופן שהתנאי המסיים של השעבוד הראשון ישמש כתנאי התחלת המימוש לגבי השעבוד השני. בהסדר מסוג זה אין למעשה שום יחוד מהותי.

אולם יש יחוד מהותי באפשרות השנייה, אשר בה המדובר הוא **בהעברת קנין** - והיינו הקנאת הגוף או **העברת שעבוד**, "לראובן ואחריו לשמעון". במקרה כזה, נראה לומר שהקנין המועבר אינו מתפצל למעשה לשני קניינים, אלא נשאר הוא בעצם קנין רצוף אחד, אשר רק נושאיו, או קוניו, אמורים להתחלף ביניהם. בהתאם לכך, במידה שיש כאן תנאי מסיים, ניתן לומר שאין זה על כל פנים תנאי מסיים מן הסוג הרגיל, שהוא **תנאי מסיים או מפסיק בקנין**, כי אם תנאי מסיים מיוחד, אשר למעשה אין הוא מסיים ואינו מפסיק את הקניין, אלא הוא רק **מסיים או מפסיק באדם**. את "התנאי המסיים באדם" יכולים אנו להכיר גם שלא בצירוף מפורש של "לך ואחריך לפלוני" - והיינו בהעברת הקנין לזמן קצוב גרידא, וכשהמותר אמור לחזור למקנה בעצמו. במקרה כזה, אמנם יש לנו למעשה גם כן אחד קונה "אחריך" - אלא ש"אחריך" זה הוא המקנה עצמו ואין צורך להזכירו בפירוש, מפני שמובן הוא מאליו לפי גדרי ההקנאה[1192].

[1189] פו) שם, שם, הערה נ"ה.

[1190] פז) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', הערה נ'.

[1191] פח) ר', למשל, כתובות ק"ג, א', שמדור האלמנה משועבד לה רק כל זמן שהוא בעינו; ור' משנה שם, בדף ק"א עמ' ב': "על מנת שאזון את בתך חמש שנים כל זמן שאת עמי".

[1192] פט) עולה לנו מתוך האמור, כי תנאי מסיים רגיל - והיינו תנאי מסיים בקניין - מצוי למעשה רק בהגדרת שעבודים; ואילו תנאי מסיים בקנין הגוף הוא תמיד רק תנאי מסיים באדם. הבחנה זו, כשלעצמה, אין לה אמנם משמעות מעשית, אבל יש לה חשיבות עיונית להבנת הנושא שבו אנו עוסקים כאן.
ייחודו של **התנאי המסיים בקניין** הוא, שהריהו חלק מהגדרתו התוכנית של השעבוד - וכאשר התנאי מוגשם, מסתיים השעבוד, והרשויות הכלולות בו חוזרות לבעל הבית לאו דוקא מכוח התנאי, כי אם מכוח הקנין המקורי של בעל הבית, אשר מתוכו הופרשו הרשויות רק במסגרת השעבוד. עקרון זה אינו משתנה גם כאשר התנאי המסיים משמש כתנאי התחלת המימוש לשעבוד חדש - כי גם השעבוד החדש אינו נמשך כאן על כל פנים מן השעבוד הקודם או מן התנאי המסיים, אלא מכוח הקניין המקורי של בעל הבית, אשר מתוכו חוזרות ומופרשות הרשויות.
לעומת זאת, **בהעברת** קניינים, הנחת יסוד היא שהמקנה מסתלק מקניינו לחלוטין; ולכן, אם כוללת ההעברה תנאי מסיים, באופן שהקניין המועבר יצטרך להיפסק בעוד שמבחינה תוכנית יוכל הוא עדיין

הדינים המיוחדים של תנאי "לך ואחריך לפלוני" מתיחסים ודאי רק להתנאה מן הסוג השני הלזה, והריהם מסתכמים כלהלן.

[[678ב]] ההתנאה מועילה רק לטובתו של אדם הקיים בשעת מעשה (או לעוברו של המקנה), ובתנאי שהאחריך לא ימות תוך זמנם של קודמיו על פי ההתנאה, ובתנאי נוסף שהקנין של קודמיו אמנם יבוא להתגשם. לא התמלאו התנאים הללו ונגמר זמנן של קונה קודם, נשאר המותר מכל מקום לאותו קונה קודם או ליורשיו - אלא אם נקבע אחריך אלטרנטיבי, המצליח לזכות לפי אותם התנאים. כאשר המדובר הוא בקניין הגוף, ראינו כבר בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", שהקונה בכפוף לתנאי מסיים רשאי על כל פנים לכלות את הגוף תוך זמנו - ואפילו להכשיל את זכויותיו של "אחריך" על ידי העברת הגוף לאחרים לצמיתות. אולם כאן ראוי להוסיף שמכל מקום אין הוא יכול לעשות כך על ידי יומרת הקנאה למי שראוי ליורשו או על ידי צוואת שכיב מרע. כמו כן, אם מנצל הוא את כוחו בזדון, כדי להכשיל את הראייות העומדת למי שבא אחריו, נקרא הוא "רשע"[1193] - ור' גם עוד בהקשר זה להלן, בהערה צ'.

לגבי הבסיס המשפטי של זכיית אחריך (כשאחריך הוא צד שלישי), נראה לומר שמתקשר הוא לכלל ש"זכין לאדם שלא בפניו" - והיינו שהקונה הראשון נעשה כאן איש ביניים לזכייה לקונים המאוחרים, בהתאם לכללים שראינו בפרק ב' לעיל, סע' ח', הערה תנ"ה. מצד שני [[678ג]] ראוי להדגיש את ההבדל בין זכייה זו לאחריך לבין הקנייה בתנאי דוחה. הנחה של דמיון עשויה להתעורר כאן לנוכח העובדה, שזכיית אחריך אינה אמורה להתגשם אלא משלעתיד, ולא למפרע, ואף עשויה היא להיות מוכשלת בינתיים מעיקרא - ממש, לכאורה, כבמקרה של תנאי דוחה. אולם, באמת, הבדל מהותי נוצר כאן על ידי כך, שלפחות מצד המקנה - הקניית ראייות המותר לאחריך היא מוחלטת, ושוב אין הוא יכול לחזור בו או להכשיל את הזכות מצידו. דבר זה כשלעצמו מספיק כדי להוציא את העניין מגדר אסמכתא ומגדר הדינים של תנאי דוחה. במקרה

להימשך - הרי שלא תוכל ההתנאה להיות שלמה אלא אם תהיה עמה הוראה נוספת, בדבר מה שיעלה בגורלו של המותר. הוראה נוספת מסוג זה הריהי הקביעה "ואחריך לפלוני" - וזכייתו של אחריך אין לה בסיס כאן, לבד מהוראת ההקנאה המתייחסת **למותר הקנין הנשאר בתום זכותו של הקונה הקודם**. גם כאשר זהותו של אחריך אינה נקבעת בפירוש, ועל פי ההנחה שמסתמא שאמרנו חוזר המותר למקנה - באמת אין המותר חוזר אליו מכוח קניינו המקורי, שהרי מן הקניין המקורי הזה הסתלק המקנה לחלוטין; והחזרה נמשכת כאן, איפוא, רק מן ההתנאה החרישית שאנו מיחסים למקנה, כאילו אמר "ואחריך שאר המותר לעצמי" [הערה פט-1) השווה בסוף מס' 8 להלן בענין "תנאי השיור" - ויש כמובן להבחין. ר' להלן, הערה פט-3].

בהקשר זה כדאי להעיר על המסקנה העשויה לכאורה להשתמע מדברינו, שקנין הגוף נושא בו באופן מהותי את המרכיב התוכני של נצחיות - בהבדל ממה שהגדרנו בספר על "מושג הקנין ומערכת זכויות הממון"; שהרי כאן אומרים אנו, שהעברת קניין הגוף לזמן קצוב כוללת בה ממילא הנחה בדבר קיומו של מותר, הנמשך עוד על כל פנים באופן רצוף מאותו קנין עצמו שהועבר. אולם, באמת אין כאן סתירה. מבחינה מהותית אין מניעה שהמשפט יקבע, שקנין הגוף נמשך רק יום אחד, ואחר כך נהפך הנכס להפקר או לאסור בהנאה - ובאותו אופן, אם אצלנו [[678ב]]

העובדה היא שקניין הגוף הוא נצחי, הרי זה רק **מקר**ה משפטי ולא הכרח פנימי-מושגי. הצירוף של תנאי מסיים באדם ומותר החוזר למקנה או עובר לאדם שלישי (או יוצא להפקר, או לאיסור הנאה) מתאפשר כל אימת שקנין מועבר על דעת כך, שזכותו של הקונה תיפסק לפנים מתקופה כלשהי אשר במשכה יכול הקניין להתקיים על פי החוק או על פי הגדרתו החוזית.

[1193] פט-2) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', סע' א', מס' 6.

שאחריך הוא המקנה בעצמו, מתקבלת ממילא גם כן אותה תוצאה - מכוח הסתלקותו המוחלטת של המקנה, אשר תנאי המותר שמסתמא אינו פוגע במוחלטותה העקרונית[1194].

לעניין התנאי המסיים מתקשרים גם דיני המכר החוזר. לגבי המכר מסוג זה קובע הרמב"ם בפ"ו מהל' מלוה ולווה הל' ה', זה לשונו: "המוכר בית או שדה, ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקעי - לא קנה, וכל הפירות שאכל רבית קצוצה, ומוציאין אותם בדייניין". מכאן יש להבין, שהכוונה אינה למקרה שהמכר נעשה על תנאי מפקיע, לאמור שעם החזרת המעות יתבטל המכר למפרע, או שנעשה הוא בסמיכות להקנאה חוזרת על תנאי משהה - שהלא בשני האופנים האלה, ממילא יצטרך הלוקח להחזיר את הפירות, ולא תהיה כאן ריבית (וכפי שכבר ראינו, רק נחוץ במסיבות אלו להשליש בינתיים את הפירות בידיו של שליש, אבל אין מקום לביטולו הגמור של המכר). יוצא אפוא שהמדובר הוא דוקא במכר על תנאי מסיים: **עד** שיחזיר המוכר את המחיר, או במכר מורכב מתנאי מסיים ומפקיע גם יחד: על מנת שהלוקח יחזיר את הנכס לכשיחזיר [[679]] המוכר את המחיר. זהו, מצד אחד תנאי מפקיע, כי במקרה שלא יחזיר הלוקח את הנכס כנגד הצעת ההחזרה של המחיר, יתבטל המכר מעיקרא, והנכס על פירותיו יחזור אל המוכר ממילא ומכל מקום; אבל, מצד שני זהו גם תנאי מסיים, כי במקרה שהלוקח יקיים את התנאי, יתקיים קניינו למפרע לגבי זמן הביניים והוא יהיה זכאי לשמור לעצמו את הפירות שאכל[1195].

אולם, אף לגבי מכר מסוג זה אין הרמב"ם גורס איסור מוחלט: בהמשך הדברים, ובפי"א מהל' מכירה הל' י"א, כותב הוא שאם המוכר מצידו לא התנה כלום, אבל הלוקח אמר לו מדעתו "כשיהיו לך מעות הביאם לי ואני אחזיר לך קרקע זו", הרי זה מותר והתנאי קיים. כסף משנה, בפי"א מהל' מכירה, מתרץ שההבדל בין שני המקרים הוא בכוונת החוזה: אם למעשה מכוון החוזה למשכון ורבית, הריהו פסול, אבל אם הכוונה הכנה היא למכר עם תנאי חזרה, וללא ענין של ריבית, החוזה הוא כשר - ואת הכוונה מן הסוג הראשון מסיקים במקרה שהמוכר הוא הדורש לקבוע את תנאי החזרה, בעוד שאת הכוונה מן הסוג השני מסיקים במקרה שהלוקח מציע לקבוע את תנאי ההחזרה מדעתו (כדי לפייס את המוכר, המהסס למכור את רכושו)[1196].

7. תנאים פסולים

הסיפא של סעיף המשנה הקודם מעביר אותנו במישרין [[680]] לבעיית התנאים הפסולים. בעניין זה יש לציין קודם כל, שפסול הוא כל תנאי אשר התגשמותו אינה אפשרית - וכאשר התנאי הוא אמנם כזה, מתקיים העסק במוחלט, והתנאי בטל[1197].

[1194] פט-3) במסגרת ההבחנה שאמרנו בהערה פט-1 לעיל ראוי לציין, שכאן אין לנו צורך להשתמש בקונצפציה של הקניית שיור המותר באופן חוזר מן הלוקח למקנה, שהרי המקנה המקבל את מותר אינו מקבל אותו משמו של הלוקח, כמו במקרה של תנאי השיור הרגיל, אלא מקבל הוא אותו במישרין מכוח התנאי שהתנה.

[1195] צ) יש להעיר באגב, שעל ידי תנאי מסוג זה יכול המקנה להעביר ללוקח את המעמד של קונה הגוף לזמן מסוים, בכפוף לסנקציה קניינית כנגד המקרה שהלוקח ינסה לנצל את מעמדו במלואו ולהקנות את הנכס לאחרים או לאבדו באופן אחר.

[1196] צא) ר' גם בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ב', וביחוד בהערה ד' שם (אשר בפסקתה השניה נידון פירוש חלוף של כסף משנה בענינו).

[1197] צב) יש מצרפים בדין זה גם את התנאי הסותר מלכתחילה את אפשרות התהוותו של העסק (הגהת הרמ"א על שו"ע אה"ע סי' ל"ח סע' ד'). אולם, נראה שאין צירוף זה מתאים לשיטה, ועוד נחזור לכך בנושא הבא של פרקנו, סע' ב', מס' 1, בסמיכות להערה קס"ד.

תנאי שהגשמתו היא עבירה **איננו** פסול בבחינת תנאי, והעסק התלוי בו מתקיים אם עבירה נעברת ואינו מתקיים אם העבירה אינה נעברת; אולם, מזה יש להבדיל את המקרה שראינו לעיל, שהעסק, כפי שהוא מותנה, הוא עבירה בעצמו. במקרה כזה, הדין הוא שהתנאי קיים[1198] והעסק בטל[1199]. נראה גם כן לומר, שאם כי בעסק שהוא כשר כשלעצמו יש תוקף אפילו לתנאי שיש בו משום עבירה, הרי על כל פנים העסק המותנה בעבירה הוא מלכתחילה בבחינת אסמכתא - מפני שחזקה היא על אדם שלא יעבור עבירה, ואדם המקבל עליו לעבור עבירה אף רשאי כמובן לחזור בו[1200].

חוץ מזה ידוע הכלל, שכל המתנה על מה שכתוב בתורה (חוץ מדבר שבממון)[1201] - תנאו בטל. כלל זה, במובנו הרחב ביותר, חורג מענייננו, כי פירושו הוא פשוט, שאין תוקף לעסק הבא לזכות את האדם בזכות הנשללת מאתו על פי דין או הבא לפטור את האדם מחובה שעל פי דין הריהו חייב למלאה (ולא מיבעיא בזכות או בחובה סתם, אלא אף זכות או חובה שבין הצדדים לעצמם). אולם, יש לכלל הזה גם משמעות יותר מצומצמת, והיא העיקרית, והיינו שאין תוקף לתנאים **הנלווים** על העסק והבאים לזכות את אחד הצדדים בזכות או לפטרו מחובה, בניגוד למה **שהעסק העיקרי עצמו, על פי תוצאותיו החוקיות**, מחייב ביניהם. אכן, אף במובן מצומצם זה חורג הכלל מענייננו, כי אין הוא נוגע לתנאי קיום, אלא לתנאי לואי, [[681]] ובעיקרו אין הוא שיך כלל לדיני ממונות, אך אף על פי כן הוא חשוב לנו כאן בגלל יחסו לכלל מקביל שנעמוד עליו תיכף.

הדין בכלל שסקרנו הוא, שאם נערך עסק בצרוף עם תנאי לואי הפסול לפי הכלל, הרי העסק קיים על מלוא תוצאותיו החוקיות, ואילו התנאי הפסול בטל ואין משגיחים בו; אולם הדין הוא הפוך במקרה שהתנאי אינו תנאי לואי, הבא לשנות **מתוצאותיו החוקיות של העסק**, כי אם **תנאי מגביל**, הבא לשנות את **המשמעות הנודעת לעסק בדין**. למשל, המקדש את האשה ואומר לה "הרי את מקודשת לי, אלא שאהיה פטור מעונתך", הרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה, ותנאו בטל; וכך, משום שהעיקר בקידושין איננו בחובת העונה של הבעל, אלא ביחודה של האשה למקדש ואיסור לאחרים. על עיקר זה התקשרו הצדדים ביניהם, ושוב אין הדבר בידם להיפטר מן התוצאות שהוא גורר אחריו (ואשר חיוב העונה נמנה עמהם). אולם, המגרש את אשתו ואומר לה "הרי זה גטך, אלא שבא זה להתירך רק לכל אדם חוץ מפלוני" - אותו אין אנו רואים כמתנה על מה שכתוב בתורה (שהמתגרשת מותרת לכל אדם) אלא רואים אותו כמי שבא להעמיד עסק שאיננו כלל בבחינת גירושין. התרת האשה לכל אדם אינה **תוצאה** של הגירושין, אלא עצם **תוכנם והגדרתם**, ולכך - אם מצד אחד מתיימר האיש להעמיד עסק שמשמעותו היא קבועה, ומצד שני

[1198] צג) דוק בבבא מציעא, ריש דף ס"ו.

[1199] צד) ר' גם מחלוקת אביי ורבא בתמורה ד' ב' ואילך - ובסתם הלכה כרבא; אך ר' טור חו"מ סי' ר"ח, וב"י שם.

[1200] צה) לעניין החזקה דוק בגיטין פ"ד א': "על מנת שלא תיבעלי לאבא ולאביך - אין חוששין שמא נבעלה להן". לענין זכות החזרה מעסק הכרוך בעבירה כל זמן שהעבירה לא נתקיימה, ר' הרב המגיד על פ"ח מהל' מלווה ולווה הל' ט"ו; ב"י על טור חו"מ סי' ר"ח; ופתחי תשובה על שו"ע חו"מ סי' ל"ב ס"ק א'.

[1201] צו) והוא הדין גם במתנה על תקנת חכמים, אפילו בדבר שבממון - אך אין הדברים אמורים במקרה שבו שומעים לטענת "אי אפשי בתקנת חכמים מעין זו": ר' **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך אי אפשי וכו'.

מגלה הוא שאין כונתו אלא לעסק במשמעות משונה, אומרים אנו שהכוונה היא עיקר - ומאחר שאותה כוונה אינה יכולה לצאת אל הפועל מבחינה משפטית, ממילא לא עשה הוא כלום[1202].

כלל אחרון זה חשוב גם בדיני ממונות, לגבי מי שמבקש להעביר לחברו את קניין הגוף בהגבלה מהותית. עצם מהותו של קנין הגוף הוא בשלטון המלא ביותר על הנכס בגדר החוק; ולכן אם [[682]] מתיימר ראובן למכור את הנכס לגופו, לשמעון, בתנאי ששמעון לא יוכל להקנות את הנכס לאחרים, או שלא יהא הנכס ברשותו של שמעון לכל רשות אחרת המסורה לבעלים - לא עשה ראובן כלום: "כל מתנה שאינה שאם הקדישה מוקדשת, אינה מתנה"[1203]. אולם, יש לדייק היטב: הדברים אמורים רק **בתנאי מגביל**, הבא לצמצם את הרשות הכלולה בבעלות; אך אם המדובר הוא **בתנאי מפקיע**, שאם ישתמש הקונה במלוא הרשות **הנתונה לו**, ללא הגבלה, יפקע הקניין למפרע - העסק הוא טוב, והתנאי קיים: "אבל... אם נותנה לו **על מנת** שלא ליתנה לאחר, או שלא למוכרה, או שלא להקדישה, או אפילו על מנת שלא יעשה בה שום דבר אלא [דבר] פלוני, הוי מתנה..."[1204].

תנאי פסול נוסף מופיע בגיטין פ"ג ב', והיינו שהעסק בטל מעיקרא אם נתלה הוא בתנאי האמור לפעול למפרע ואשר לא ייתכן כי יתקיים לחיוב תוך ימי חייו של הצד המזוכה. הדברים מוסבים כאן, אמנם, רק על תנאי ביחס לגט, אך הדעת נותנת שאותו הגיון הוא נכון גם ביחס לעסקים אחרים[1205].

8. דינים שונים

תנאי דוחה, משהה או מפקיע, שהוא לטובתו של אחד הצדדים, [[683א]] יכול זה למחלו בזמן הביניים, אפילו בעל פה ובלי עדים - ואז הדין הוא כאילו התקיים התנאי לחיוב[1206]. לגבי שינוי אחר בתנאים, נראה נכון כי שינוי למפרע אינו אפשרי[1207]; אולם, תנאי דוחה ניתן לשינוי על ידי הסכמה[1208], וכמו כן אפשר כמובן לשנות תנאי כלשהו מעתה ואילך על ידי החלפתו של העסק

[1202] צז) עיין בגיטין מ"ב א' ואילך.

[1203] צח) בבא בתרא קל"ד א', ור' שם.

[1204] צט) שו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' ח [הערת עורך: צ"ל ה]. המלים המושמטות כאן עשויות ליצור את הרושם שכוונת הרב היא שונה מזו שאני מתיימר לייחס לו, אך לאור המקורות ברור שהמלים הנוספות אינן מדויקות ואינן משנות את הכוונה.

[1205] צט-1) ר' עה"ש אה"ע סי' ל"ח סע' ח'.

[1206] ק) ר' כסף משנה על פ"ז מהל' אישות הל' כ"ג.

[1207] קא) מגיד משנה על פ"ח מהל' גרושין הל' י"ח.

[1208] קב) שם. הרב המגיד גורס אמנם לכאורה שאין נחוצה הסכמה, אלא מספיקה אפילו הצהרה חד צדדית; אולם, דבריו אמורים בתנאי המתייחס לגט פיטורין, שהוא מעשה חד צדדי מעצם טבעו - ונראה לומר שבאמת אפילו ביחס לגט פטורים לא יועיל למעשה שינויו של התנאי על ידי הצהרה חד צדדית של הבעל, בלי הסכמת האשה, מפני שגט התלוי בתנאי דוחה, יכולה האשה תמיד להכשילו מכל מקום, אם אין היא רוצה בו. על אחת כמה וכמה אפוא, בעסק שהוא דו צדדי מטבעו. מצד שני, אמנם נראה כאן מפורש לכאורה, שאין התנאי משתנה על ידי הצהרה או הסכמה סתם, אלא נחוצה דווקא הצהרה או הסכמה בפני עדים. אולם באמת מסתבר שדרישה זו היא מהותית רק ביחס לעסק אשר עצם העמדתו מלכתחילה כרוך דווקא בעדים, וכגון קידושין או גט, אשר בו - כשם שמלכתחילה נחוצה היתה התנאה בפני עדים, כן גם שינויו של התנאי אפשרי רק על ידי הצהרה בפני עדים. אולם, בעסק שאינו זקוק לעדים בהכרח, כמו עסקי ממונות אשר בהם דנים אנו כאן במיוחד, נראה הדבר פשוט, שההיזקקות לעדים לשם שינויו של התנאי הדוחה יכולה להיות נחוצה רק לצרכי הוכחה, אבל לא כדרישה מהותית.

הישן בעסק שיועמד מחדש[1209]. החלפה שכזאת לא תוכל כמובן לפגוע בזכויות שהועברו בינתיים, בגדרי העסק המקורי, לצדדים שלישיים.

דין כללי אחר נמצא לנו ביחס לנטל ההוכחה בדבר התקיימותם של תנאים. הכלל הוא, שאם התנאי חיובי, הרי מי שטוען כי התנאי התקיים - הראייה היא עליו. לעומת זאת, בתנאי שלילי - חזקתו שהוא לא הופר, ומי שטוען כי הופר, הראייה היא עליו[1210].

מצד שני, בשאלה אם דיני ישראל מכירים בתוקפו של תנאי שמסתמא, נראה כי התשובה היא שלילית, אם מי שטוען לקיום התנאי מתבסס רק על "אומדנא דמוכח" מופשט בלבד; אולם, אם האיש ציין מלכתחילה בפירוש בפני בעל דברו את טעם התקשרותו בעסק, עשויים הדברים להתקבל, במסיבות מסוימות, כהתנאה שמסתמא, גם אם לא היתה שם התנאה מפורשת[1211].

במה שנוגע להקנאה של אובייקטים אלטרנטיביים, לא מיבעיא שאם הכוונה היא כי הקניין יעבור משיתברר האובייקט, הרי זו אסמכתא רגילה, וחלים הדינים שראינו לעיל בתנאי דוחה[1212]. אם, לעומת זאת, הכוונה היא שהקניין יעבור לאלתר ולמפרע משיתברר האובייקט, נראה שהעסק תופס והתנאי מועיל, גם כן כרגיל[1213].

[[684]] ולבסוף, נתעכב כאן על "תנאי השיור", אשר גולק מזכיר אותו בכרך א', עמ' 85. הכנסת העניין לתחום דיוננו נובעת באמת רק מתוך כך, שגולק הסב על הענין את מושג התנאי, ואילו מצידנו נאמר, שלמעשה אין כאן הכוונה לתנאי קיום (אם תנאי תחולה ואם תנאי מימוש), מן הסוג שבו דנים אנו כאן, אלא הכוונה היא רק לדפוס מסוים של **תנאי לואי**. המדובר הוא בתניה בעסק הקנאה, אשר בה משאיר המקנה לעצמו או לזולתו שעבוד כלשהו בנכס שהוא מעביר ללוקח. ראינו כבר לעיל, בהערה פ"ד, כי תניה שכזאת אינה יכולה להיחשב כתנאי כלשהו המגביל את זכותו של הלוקח מבפנים, אלא באמת הרי זו רק הקנאה חוזרת מן הלוקח למקנה או לצד השלישי, אשר המקנה זוכה לו כאיש ביניים. השימוש במלה "שיור" באה רק לבטא את ההקנאה החוזרת הזאת, בתפיסה תמציתית ובלשון קצרה - ולמעשה אין כאן אפוא שום מוסד משפטי מיוחד. אולם, ראוי מכל מקום לציין הבדל מסוים בין תנאי הלואי של "שיור" לבין תנאי הלואי שראינו מקודם (בפרק ב', סע' ז', מס' 3, אות ו). תנאי הלואי שראינו שם היו רק תנאים חוביים, או **חיובי לואי**, בעוד שבתנאי השיור רואים אנו דוגמה של **תנאי לואי קניני במוחזק**. מבחינת

[1209] קג) שו"ע חו"מ סי' שמ"ד סע' א', הגה, וסי' ק"כ סע' ב', הגה, בסוף.

[1210] קג-1) שו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' י"א.

[1211] קג-2) טור חו"מ סי' ר"ז סע' ד'-ז'.

[1212] קד) ר' **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך ברירה, פרק "בחלות לאחר זמן".

[1213] קה) מבחינה מהותית ההקנאה של אובייקטים אלטרנטיביים היא למעשה קבוצת הקנאות, שכל אחת מהן תלויה בתנאים הסותרים את תנאי חברתה, ומבחינה זו - לכאורה - לא היתה צריכה להיות שום קושייה בדבר. הקושייה מתעוררת רק מפני שבנקודה הנידונה מסבכים אנו - יותר מאשר לגבי התנאי הרגיל - בשאלה אם "יש ברירה" או "אין ברירה" (ר' ערך ברירה הנ"ל באנציקלפודיה); אולם מסתבר שלפחות בתחום עניינו ההלכה היא כי "יש ברירה": ר' שם, וביחוד בעמ' רכ"א-רכ"ב; [[684]] ודוק שההבחנה בין "דבר העומד להתברר בוודאי" ל"דבר שאינו עומד להתברר בוודאי" אינה הבחנה מהותית; ור' גם את הפרק "בחסרון קפידא".

ההסבר ה"גידורי" או הקאוזלי, נראה כי מה שאמרנו שם ביחס לתנאי הלואי החוביים נכון גם ביחס לתנאי השיור ולכל תנאי לואי אחרים שיהיו עשויים להיקבע במוחזק. [[685]]

ז. הערכה מסכמת

1. תנאֵי תחולה ותנאֵי מימוש, לעומת ההבחנה בין "תנאי" ל"מועד"

במגמה לסיכום הדברים בדרך של הערכה השוואתית-ביקורתית, נראה לי נכון לדחות קודם כל את השיטה האירופית, המבחינה בין ה-condition וה-terme, או בין - ה-Bedingung ל-trust, כמושגי התנאה המשמשים כביכול במישור אחד ונבדלים זה מזה רק בסיכויי התנאי להתגשם. שיטת המשפט העברי מגלה, כי הבחנת המושגים ברוח זו נעדרת למעשה כל משמעות משפטית-אובייקטיבית, והנכון היא ההבחנה ראויה להיות מכוונת למושגי התנאה שישמשו בשני מישורים שונים וייבדלו זה מזה **בנושאי השפעתם**: דבר אחד הוא תנאי המתנה את עצם תחולתו של העסק - אשר ודאי, זה היה אמנם העיקר המקורי של ה-condition - ואילו דבר אחר הוא תנאי המתלה את הזכות למימושו של העסק, אשר זה היה בודאי העיקר המקורי של ה-terme[1214]. לפנים מן המסגרת הזאת, נכון אמנם שתנאי המתנה את התחולה יהא בדרך כלל חשוף לסיכויים של סיכול, בעוד שתנאי המתלה את המימוש יהא בדרך כלל צפוי להתגשם בודאי - ומסתבר שזוהי הסיבה לשיטת ההבחנה האירופית, המבליעה את תנאֵי המימוש במושגי ה"מועד", בעוד שאת היחוד של תנאי התחולה מבליעה היא במושג של "תנאי" סתם. אולם, בד בבד עם כך, העובדה היא גם כן, שאין שום מניעה מהותית לתנאי תחולה אשר יהא צפוי להתגשם בודאי, בעוד שתנאי מימוש יהא דוקא כרוך במידה של ספק - ואם השיטה האירופית מתעלמת מזה, הריהי רק אוטמת ומערפלת את עצמה בפני סידורים הנערכים במציאות כ"מעשים בכל יום". לעומת זאת, דיני ישראל, שאין בהם הבחנה הלכתית בין "תנאי" ל"מועד", אינם מפסידים למעשה על ידי כך ולא כלום - ואדרבה: [[686]] מתוך העדר ההבחנה המבלבלת, אך יוצאים הם למעשה נשכרים, על ידי הכשרתם לחשוף את ההבדל המהותי והמשמעותי באמת, בין תנאֵי התחולה לתנאֵי המימוש, וכפי שראינו.

2. תנאי תחולה הפועלים למפרע או משעת התגשמותם ואילך

בעיה הערכתית שנייה מתעוררת על ידי מידת הפשטות המתגלה לכאורה בשיטה הגרמנית, המונעת את השפעתם של תנאי התחולה למפרע. ואמנם - יכול מישהו לטעון - נכון הוא שהתחולה למפרע מתבקשת בדרך כלל מבחינה מושגית: אם אומר אני שמכר זה, שעורך אני כרגע, צריך להיות בעל תוקף, כמות שהוא, אבל רק בתנאי שיקרה כך וכך, ממילא אמרתי שיתבררו הדברים למפרע; אך מבחינה מעשית - לשם מה ההיפוך המסובך במעמד הצדדים? למה לא נקבע את הכלל הפשוט, שעד קיום התנאי נשאר המעמד כמות שהוא, ואחר כך משתנה הוא כמכוון - מאותה שעה ואילך?

והנה, התשובה על השאלה הזאת היא אמנם פשוטה למעשה, אבל רב גונית בפרטיה. ראשית, אותה תחולה למפרע, המתבקשת מבחינה מושגית, איננה קפריזה קונצפצואלית בעלמא, אלא

[1214] קו) בהקשר זה ראה גם על היחס בין Bedingung ל-trust אצל **היילפרון**, א', עמ' 521 ואילך.

מתאימה היא למציאות חומרית מכוונת. אם נקח הקנאה מותנית **ללא** השפעה למפרע, וננתח אותה מעבר לדינים של כל שיטה משפטית מסוימת, רק מתוך הנחותיה המושגיות כשלעצמן, ממילא נגיע לתוצאות העקרוניות של "התנאי הדוחה" שאמרנו במשפט העברי: תהא זו **הקנאה המשאירה את הנכס באופן מוחלט ברשות המקנה** ואשר תוצאותיחה העיקריות הריהן, איפוא, א) שאם אבד הנכס בינתיים, מוכרח העסק להתבטל, כי שוב אין לו על מה שיחול; ב) אם נפגם הנכס, בין באונס בין בפשיעה, המקנה פטור מכל אחריות, שהרי אף אם [[687]] הזיק את הנכס - הוא רק פעל בגדר רשותו, וגם אין עליו שום חובה, כלפי עצמו, לשמור את הנכס מנזק על ידי אחרים; וג) אם בינתיים הקנה המקנה את הנכס לאחרים - הקנאתו היא טובה אף כנגד הלוקח הראשון, שהרי לזה עדיין לא היה באותה שעה שום קנין אקטואלי, אלא רק ראייות לעתיד. לעומת זאת, כאשר הכוונה היא, שאם יאבד הנכס באונס יחול הנזק על הלוקח, והמקנה לא יהא חייב להחזיר את המחיר; אם יינזק הנכס בפשיעת המקנה יוכל הלוקח לדרוש פיצוי; ואם יתיימר המקנה להעמיד קניינים מתחרים יהיו מעשיו בטלים - ממילא מגיעים אנו לתוצאה, שרשות הלוקח חלה למפרע. יתר על כן, אם אמרנו שהלוקח מתחייב במחיר, ויקרה אשר יקרה לנכס בזמן הביניים - פירוש הדבר הוא, שהוא מתחייב במוחלט לפי ערך הנכס בשעת העמדתו של העסק, ורק צודק אם כן הדבר, **שהוא** יאכל את הפירות העולים מאותה שעה ואילך, וממילא הוא גם צריך להיות אחראי להוצאות; כמו כן, אם המקנה עצמו צריך להתחייב בפיצוי למקרה של פשיעה, הרי בודאי, אם אחרים יזיקו את הנכס - אף הם צריכים להיות אחראים כלפי הלוקח ולא כלפי המקנה, ונמצא שהתחולה למפרע, המתבקשת לפי כוונת הצדדים, הריהי מושלמת.

על זה יכול המשפט הגרמני להשיג, כי אין שום הכרח שהסכמת הצדדים תזדמן על מכלול הנקודות המצטרפות למושג של תחולה למפרע. בין אם מקבלים אנו את הקונצפציה של התנאי המהפך למפרע ובין אם את זו של התנאי הדוחה - לעולם יוכלו הצדדים להסדיר ביניהם סטיות בכיוון ההפוך בדרך חובית, ככל העולה על רוחם; הקונצפציה החוקית אינה אם כן חוק בל יעבור, [[688]] אלא חזקה בעלמא, ולמה נקבל דוקא את החזקה המסובכת של התנאי המהפך, ולא את החזקה הפשוטה של התנאי הדוחה?

אולם על זה, שוב, התשובה היא שבדרך החובית אמנם יכולים הצדדים להתחייב זה לזה דברים שונים ומשונים, אבל מושג התחייבות מכל מקום צר הוא מכדי שיוכל להיוולד ממנו עסק אחר, או מה שחשוב לענייננו - **קנין במוחזק**. מסיבה זו נאלצו הגרמנים להשאיר לפחות את המושג של התנאי הדוחה - משום שאלמלא כן לא היתה נשארת להם שום אפשרות להעברת הקניין שלא לאלתר ולחלוטין, ולא היה להם גם אל מה לצרף את תנאי הלואי המקבילים לתוצאות של התנאי המהפך. והנה, בעוד שתפקיד התנאי הדוחה - לפי מהותו היסודית, שתיארנו לעיל - הוא באמת רק לשמש כאמצעי קונצפצואלי להעמדת עסק נדחה בין הצדדים[1215], הרי תפקידו המהותי של התנאי המהפך הוא לא רק לאפשר טיפוס מסוים של עסק נדחה, הגורר סידורים משלו בין הצדדים, אלא

[1215] קז) **בין הצדדים** - כי אף על פי שיש ללוקח ראייות לזכייה אוטומטית, ואף על פי שייתכן כי יוכל להעביר ראייות זו לאחרים [הערה קז-1) כך הוא אמנם המצב בגרמניה - לפי התפיסה, שבכפוף לתנאי הדוחה, העסק הנדחה הוא מכל מקום בעל תוקף מושלם (ר' **היילפרין**, א', עמ' 509). אולם,לפי התפיסה העקבית של התנאי הדוחה בדיני ישראל, נראה לומר כי סיכויי הזכייה על פי עסק נדחה אינם ניתנים להעברה], הרי קניין המקנה אינו משתעבד כאן לראייות זו, ולקוחות אחרים זוכים בקניין גמור.

- **בנוסף על כך** - דומה תפקידו עד מאוד לתפקיד השעבוד: אכן, השעבוד נותן למי שאיננו בעל הנכס זכות קניינית חלקית באותו הנכס, ואילו התנאי המהפך, מצידו, אינו נותן לשום אדם זכות קניינית, כי אם רק ראייות, אבל על כל פנים **משעבד** הוא את עצם קיומה של הזכות הקניינית ההווה - הוא חודר כביכול לתוכה ומפצל את שלמותה, ממש כשם שהשעבוד הרגיל מפצל את הבעלות; ואם כי אין התנאי המהפך נותן זכות קניינית - מכל מקום נותן הוא **ראייות קניינית**, המשעבדת כביכול את הנכס לתוכן התנאי ביד כל מי שהנכס בא לרשותו[1216] וכנגד כל העולם - וראייות קניינית שכזאת אין שום תנאי לואי חובי [[689]] עשוי לספק.

על התקלה הזאת דימו הגרמנים להתגבר על ידי כך, שצירפו לתנאי הדוחה את המשמעות השעבודית של התנאי המהפך למפרע, באופן מלאכותי. אולם, משעולים אנו לרמת דברים זו, שוב מתברר כי התיקון המרוסק אינו מספיק לצרכו. קודם כל, אם קניין הלקוחות המתחרים מתבטל כשהתנאי מתקיים, הרי שצריכים הם לקבל בחזרה את המחיר ששילמו, ובכן צריכים הם להחזיר את הנכס במצבו המקורי או לשלם פיצויים בעד הנזק שגרמו, וצריכים הם להחזיר את הפירות שאכלו בחינם - ואם צריכים הם להחזיר את הפירות, הרי שיש להחזיר להם את ההוצאות. כל השיקולים הללו הכריחו גם את הגרמנים לבטל למפרע לפחות את קניין הלקוחות המתחרים; אבל אם הנחת היסוד היא, שהתנאי הוא דוחה, והלוקח הראשון זוכה רק משמתגשם התנאי ואילך, הרי שנאלצו הגרמנים לקבוע כי לגבי זמן הביניים יחזור ויכנס תחת הלקוחות המתחרים - לא הלוקח הראשון, כי אם המקנה בעצמו. התוצאה היא, שהמקנה הופך כאן מעין סוכן גבייה: חייב הוא לפצות את הלוקח המתחרה בעד שבח אשר לו עצמו שוב אין עניין בו, ואשר הוא עצמו ישוב ויגבה את ערכו בחזרה מן הלוקח הראשון[1217]; ואם יגבה דמי נזק מן הלוקח המתחרה, הרי יימצא נשכר מנזק שנגרם למעשה ללוקח הראשון; ורק צודק יהיה אם יחייבוהו להעביר את התשלום לאותו לוקח. כאן מסתבך אפוא ההסדר הגרמני יותר משהוא מפשט.

חוץ מזה, אם נהפך התנאי הדוחה לתנאי שעבודי, אשר אין המקנה יכול לסכלו על ידי הקנאה לאחרים, הרי שרק עקבי יהיה [[690]] הדבר, אם הוא לא יהיה חפשי לסכלו גם על ידי שיקום ויזיק את הנכס. אמנם, בנקודה זו יכולים הצדדים המקוריים להתנות בדרך חובית, כי למרות הישארותו של הנכס בזמן הביניים ברשותו הכללית של המקנה, יהא זה חייב לפצות את הלוקח, במקרה שהתנאי יתקיים, על כל נזק שייגרם בינתיים באשמתו, וכן יהיה חייב להעביר לו את כל תשלומי הנזק שיגבה ממזיקים אחרים; אך אין צריך לומר כי התנאה מעין זו אין פירושה בהכרח שהמקנה באמת ישקוד על גבייתם של התשלומים שהוא מתחייב להעביר ללוקח, - ובכן עמדו הגרמנים וקבעו דין נוסף, שהמזיק את הנכס בזמן הביניים ופוגע בראייות הלוקח חייב לפצות את הלוקח במישרין. התוצאה היא כמובן שעל ידי כך נכבש עוד שעל אחד משטח התנאי הדוחה לטובת התנאי המהפך - ושוב למרבה הבלבול, כי במקום תשלום פיצויים אחד, יצטרך המזיק לשלם פעמיים: פעם אחת למקנה, על נזק גופו של הנכס, ופעם אחת לבעל התנאי, על נזק הגוף

[1216] קח) בנקודה זו ראוי לציין, שהתנאי המהפך עשוי [[689]] להיות תחליף לשעבוד עשה (Reallast), כגון: הריני נותן לך קרקע זו על מנת שאתה ובאי כוחך בקניין תעשו לי מלאכה פלונית. ההבדל הוא ששעבוד עשה היה מטיל על הקונים חובה אישית לעשות, אשר אין ממנה מנוס, בעוד שכאן חפשיים הקונים בכל עת לסרב למלא את התנאי, אלא שאז יתבטל קניינם.

[1217] קט) ר' **אנקצרוס, חיובים**, עמ' 355.

שפגע בראייות, וחוזרת השאלה ונשאלת איך יתיישב התשלום הכפול עם מעמד הביניים של המקנה שאמרנו לעיל.

ומצד שני, במידה שהחוק הגרמני משאיר את התיאום בין התנאי הדוחה למשמעותו השעבודית בלא התערבות מכוונת, מסתבך הוא באנומליות דווקא על ידי שתיקתו. האנומליה החשובה ביותר היא, שאף על פי שהמשמעות השעבודית מוסיפה לתנאי הדוחה יציבות, לאמור שאין המקנה יכול לחזור בו, והוא חייב אפילו לפצות את הלוקח על הנזקים שהוא גורם, הרי לו עצמו אין התנאי גומל בשום ודאות כלל: זמן המבחן למומים נשאר זמן התגשמותו של התנאי, ואם בינתיים ניזק הנכס, בין באונס בין בפשיעה, הרי ביד הלוקח ברירה לקיים את הקניין או לחזור בו, ואם יאבד הנכס בכלל - ולו גם באונס - לא יחול הקניין מכל מקום, על פי טבע הדברים[1218].

[[691]] אנומליה אחרת היא, שאם הקנה המקנה את הנכס בזמן הביניים ללוקח מתחרה, והנכס אבד באונס בידו של הלוקח, הרי הלוקח הראשון פטור, כי אין לקניינו על מה שיחול, אבל קנינו של הלוקח השני מתבטל מכל מקום למפרע כשהתנאי מתקיים, והמקנה חייב להחזיר את המחיר.

באופן כזה רואים אנו, כי מכלול הנקודות המצטרפות למושג של תחולה למפרע איננו באמת מכלול מקרי, אלא זהו מכלול מחויב ההגיון, כשמתכוונים הצדדים להתנאה בעלת משמעות שעבודית, - ולא רק בין הלוקח הראשון ללקוחות מתחרים, אלא גם בין הצדדים המקוריים לבין עצמם. אמנם, כאשר הכוונה תהיה להעמיד את המשמעות השעבודית רק בין הצדדים לבין עצמם ובהיקף תוכני מצומצם - והאנשים יבואו לעשות זאת באמצעות התנאי המהפך - הרי הם יצטרכו להיזקק לתנאי לואי חוביים כדי לסייג את ההתנאה באופן הסוטה מהגיונה הרגיל; או ייתכן גם שייזקקו לסייגים הפנימיים בתוכנו של התנאי, כדי לרוקנו מתוכו, כגון "הריני מוכר לך בית זה, בתנאי שתיסע תוך שנה לאמריקה, ובתנאי שלא אמכור את הבית בינתיים לאנשים אחרים" - ואפשר גם שעל זה יבוא להוסיף עוד, כי הלוקח חוזר ומקנה למוכר את הבית לפירותיו בזמן הביניים, במקרה שלבסוף יעבור לידו קניין הגוף למפרע. אולם, אין צריך לומר כי הצורך בסידורים מסוג זה יכול להתעורר רק במקרים נדירים ומיוחדים במינם, ואילו בדרך כלל יהיה הרבה יותר נוח לצדדים להעמיד את ההתנאה השעבודית על הבסיס השלם של התנאי המהפך, מאשר להעמידה על הפשטות המדומה של התנאי הדוחה.

ואם כך לגבי תנאי תחולה **המשהים** או **הדוחים** את קיוצו של העסק, הרי בתנאי תחולה האמור **להפקיע** את קיומו של העסק, אין אלטרנטיבה לתנאי המהפך, כל עיקר. אם מתכוונים הצדדים שההקנאה [[692]] תתקיים מכל מקום, אלא שאם יקרה דבר מסוים יחזור הקנין למקנה או לבאי כוחו האחרים מאותה שעה ואילך - הרי זה תנאי מסוג **התנאי המסיים או המפסיק**, שאמרנו במשפט העברי, ותפיסת התנאי הזה **כתנאי תחולה**, אשר מעמדו שווה לתנאי המפריע, עשויה להביא תוצאות אבסורדיות. למשל, "מוכר אני את ביתי לשמעון, בתנאי המסיים שהמחיר ישתלם תוך שנה": אם זה ייחשב כתנאי תחולה, ושמעון לא ישלם את המחיר בזמן - ייפטר הוא מחובת המחיר לחלוטין, אבל הפירות שהספיק לאכול יישארו בכל זאת לו.

[1218] קי) ר' **אנקצרוס, חיובים**, עמ' 354-353.

במה שנוגע לפשרה האיטלקית והשוייצרית, שגם תנאי הדוחה וגם התנאי המהפך יש להם משמעות שעבודית, ויכולים הצדדים לבחור בייהם - ספק רב בעיני, אם בעליה מסרו בכלל דין וחשבון לעצמם, לשם מה זה נחוץ. כן נראית לי בלתי מבוססת הקביעה האיטלקית, שלענין הפירות - חזקת התנאי היא שאינו מהפך; שהרי כנגד הלקוחות המתחרים מוכרח התנאי להיות מהפך, ואילו בין הצדדים המקוריים אין צורך בחזקה יוצאת מו הכלל, אשר לעתים קרובות אף יבכרו הצדדים להפכה. כך ביחס לתנאי **המשהה**; ביחס לתנאי **המפקיע** מופרכת הקביעה הנידונה מעיקרא, ולפי הדוגמה שלעיל.

3. הגבלת אפשרויות ההתנאה בהקנאות הטעונות רישום ושיטת רישום "הערה" על התחייבויות הקנאה

נושא שלישי לביקורת נמצא לנו על ידי השיטה שאומצה בחוק המקרקעין של מדינת ישראל, בהשפעת החוק הגרמני, שאין לרשום למעשה [[693]] קניינים מותנים במקרקעין, אך במקום זאת ניתן לרשום הערה על התחייבות-הקנאה.

גישה זו נובעת בודאי מן השאיפה למערכת קנייני מקרקעין שתהא חלקה ופשוטה כל כמה שאפשר - ופטורה מן הסיבוכים של שעבודי תנאים הרובצים על הקניין הקרקעי בפועל, מחד גיסא, ומן הסיבוכים העיוניים של תורת התנאים, העשויים להכביד על בירור הקניין מבחינה משפטית, מאידך. במדינת ישראל, נובע הפתרון, בודאי, גם מן הסיבה הנוספת, שהמסורת העותמנית השאירה כאן את משפט המקרקעין עלום מכל תודעה של אפשרויות ההתנאה מעיקרא - וממילא כאשר ניגשו כאן לחקיקה "מקורית", אך טבעי היה שהמחוקקים שמחו להיתפס למוצא כלשהו, אשר יפטרם מן הצורך להתמודד עם הבעיות הבלתי מוכרות של השטח הזה. מסתבר גם כן, כי רתיעה זו מפני התמודדות עיונית היא המונחת ביסוד העובדה, כי המניעה לרישום הקנאות מותנות על פי חוק המקרקעין במדינת ישראל היא מוחלטת, בעוד שמניעת הרישום במקור הגרמני מוגבל רק לרישומי **העברה** של קנין הגוף וקניין מקום (ולרישום תנאי מפקיע בקניין מקום)[1219].

אולם, כנגד הדברים הללו יש לומר, כי "הטמנת הראש בחול" בודאי אינה ערובה לפתרון מוצלח, וגם עצם המיקסם של פשטות אינו דוקא ערובה ליתרון של אמת. השאלה היא, קודם כל, האם יש איזה פסול מהותי [[694]] בעסקים מותנים בדרך כלל או ברישום של הקנאות מותנות במיוחד - ועל זה, התשובה הברורה היא שלילית. כל פסול או קושי העשויים להימצא בענין זה יכולים רק להיות **ספציפיים**, כפי שראינו ברשימות התנאים הפסולים בשיטות השונות - ואם כך, הפתרון הנכון לכאורה הריהו רק בסיוג של **חופש** ההתנאה, ולאו דוקא במניעת כל התנאה מעיקרא. לאחר מכן, השאלה היא, האם הציבור אמנם אינו זקוק לרישום של הקנאות מותנות, באופן שלמעשה

[1219] קיא) הדעת נותנת כי הגיוון בין היתר ואיסור לגבי רישום התנאות בגרמניה מתקשר להעדר התפיסה הברורה של ההבדל בין Bedingung ל-trust או תנאֵי תחולה ותנאֵי מימוש: לגבי הקניינים הפחותים מבעלות, פשיטא שעל כל פנים אי אפשר היה למנוע את תנאי המימוש - ומתוך שהתירו לגביהם את אלה, התירו גם את תנאי התחולה. חילוף הדברים התרחש בקניין הגוף ובהעברת קניין מקום, אשר דיניו נסמכים לדיני קנין הגוף.
(איסור התנאי המפקיע בקניין מקום נמשך כנראה מן השיקול המיוחד, שראוי למנוע את האפשרות שאדם יסתבך בבנייה על פי קנין מקום ואחר כך יפסיד את בניינו בלא עת).

ניתן לנו מכל מקום להיפטר מן הסיבוכים הכרוכים בעניין; אולם, על זה ניתנה כבר תשובה מאלפת בע"א 73/54[1220], אשר שם - לנוכח המציאות של עסקי המקרקעין במדינת ישראל - גילה השופט אי נחת במצב המאפשר רק רישומי קניין בלתי מסויגים, והציע לאמץ את שיטת "ההערה". כך מגיעים אנו אפוא לשאלה, האם שיטת "ההערה" פותרת אמנם את העניין, ואם באמת יותר מתאימה או יותר פשוטה היא מאשר הרישום הישיר של הקנאות מותנות - ואת השאלה הזאת ננסה לברר להלן.

המפתח לבירור יימצא לנו בעובדה, שמקור שיטת "ההערה" הריהו בהרגל של המשפט האירופי, הנוטה לראות את מרכז הכובד של המכר, לאו דוקא בהעברת הקנין, כי אם בעסק החובי המכין - ובהתאם לגישה הזאת (אשר כבר הפרכנוה לעיל, לגופה) באה אפוא שיטת "ההערה" להבטיח את התנאי שבמכר המקרקעין, לאו דוקא בצמוד לקנין הקרקע עצמו, כי אם רק בצמוד להתחייבות ההקנאה. מסתבר כי הנחת היסוד היתה כאן, כי על רקע ההרגל האמור, הרי שמושג [[695]] "ההתחייבות המובטחת כנגד לקוחות מתחרים" יהיה יותר נוח לשימוש מעשי ולעיכול עיוני מאשר המושג של הקנאה מותנית באחד מסוגי התנאים. אולם, כנגד ההנחה הזאת עולות הפרכות הבאות:

א) מבחינה מעשית, יתכן אמנם שהשיטה הנידונה תהיה יותר נוחה לשימושם של **עורכי הדין**, העורכים את החוזה על פי ההרגל המשפטי האמור, אולם מבחינתם של **הצדדים** ולגופו של ענין, הרי שמושג "ההתחייבות המובטחת" אינו שונה הרבה מן התנאי הדוחה שניתנה לו משמעות שעבודית. גם כאן נעשה המקנה כעין מתווך לגבייה בין הלוקח הראשון והלקוחות המתחרים, באופן מיותר לגמרי - ובנקודה מכרעת המושג הנידון הוא אפילו גרוע יותר, מפני שאין הוא מאפשר זכייה אוטומטית;

ב) מבחינה עיונית, לא זו בלבד שהשיטה הנידונה נמשכת, כאמור, מגישה כללית המופרכת מיסודה, אלא היא משמרת גם בתוכה עצמה את הערבוביה המושגית בין ההסכם, ההתחייבות והעברת הקנין, המבלבלת את משמעותו של חוזה המכר האירופי מאז ימיו של המשפט הרומי. קונצפציה של "התחייבות מכר המובטחת כנגד צדדים שלישיים" הריהי - מבחינת ההגיון ועקביות המחשבה המשפטית - רק שעטנז מושגי, אשר לא יתכן: אי אפשר שאדם יגביל את כוחו הקנייני, כפי שעושה הוא על ידי רישום ההערה, ושהדבר לא ייחשב כהגבלה קניינית, אלא כהתחייבות אישית בעלמא - ואם מאפשרים סתירה שכזאת, הרי שאין עוד גבולות בין החיוב לקניין במוחזק. לכן נראה לומר, שאת שיטת "ההערה" אפשר לקבל באופן [[696]] הגיוני רק לגבי אותם המקרים הספציפיים שבהם הכוונה היא באמת רק להזהיר לקוחות ולמנוע מהם קניין בתום לב - אבל לגבי המקרים שבהם הכוונה היא לבטל את קניין הלקוחות המתחרים מעיקרא, או לאפשר נגדם ברירה של ביטול, הרי ששיטת "ההערה" לא זו בלבד שאין בה שום תחליף מתוקן לתנאי במוחזק, כי אם אדרבה: היא עצמה משמשת למעשה כרישום של תנאי קניין במוחזק, ורק מכניסה היא את הדבר למסגרת של קונצפציה מטעה.

[1220] קיב) זילברשטיין נגד פלק, פסקים (עליונים) י"ז, עמ' 376.

4. תנאי הגבלת המהות ושעבודים לפעולות משפטיות; תנאי דין קדימה

השאלה, אשר תורה מגיע עתה, היא, מהם גדרי הטעם של הגישה העברית, השוללת תנאים אשר יש בהם משום הגבלת המשמעות המהותית-הטבעית של העסק - לעומת שיטות אחרות, שאינן נרתעות מפני התנאה שכזאת. נראה לומר, כי הטעם הוא לאו דוקא מעשי-פרגמטי, כי אם הגיוני-עיוני. הדבר מתברר לנוכח העובדה, שגם הדין העברי אינו מונע, למשל, איסור הקנאה, הנעשה בדרך של תנאי מפקיע: הוא מונע אותו רק כשמבקשים לקבעו במישרין, כעין שעבוד העוקר את רשות ההקנאה מעיקרא, או שעבוד המיפה את כוחו של הצד שכנגד לבטל הקנאה הכפופה לאיסור - והשאלה מתעוררת אפוא, למאי נפקא מינה?

התשובה היא פשוטה, כשההגבלה המהותית המבוקשת היא באמת ישירה, וכגון שבאים לעקור את רשות ההקנאה [[697]] מתוך קנין הגוף מעיקרא. במקרה כזה נראה הדבר כאילו באו האנשים ליצור איזה מוסד משפטי חדש משלהם יש מאין - לא על ידי פיתוח ההגיון הפנימי של המוסדות המשפטיים המוכנים לפניהם, כי אם באופן שרירותי, מתוך שגיון כלשהו או לשם מטרה יוצאת דופן. אך פשוט הוא, אם כן, שהיצור החדש לא יוכל לעמוד אלא אם השיטה המשפטית, מצידה, גם כן תמצא משום מה לנכון לצאת מגדרה ולהכיר ביצור באופן מיוחד. אולם, אף אם נדלג על השאלה, לשם מה באמת תקום השיטה ותעשה מין מעשה הכרה שכזה, העובדה היא שעל כל פנים, אפילו הכרה מפורשת מצד השיטה המשפטית לא תוכל כאן להועיל משום בחינה מעשית. כי נניח, למשל, שהמשפט מכיר אמנם בקנין הגוף הכפוף לעקירה מוסכמת של כוח ההקנאה לאחרים, או של רשות שימוש, ואילו בעל הנכס מתיימר בכל זאת להקנותו או עומד הוא ומשתמש בו מכל מקום. מי יתערב כאן כדי להגן על כבוד העקירה? ודאי שלא הצד השלישי, אשר קנה את הנכס בניגוד לאיסור; כמו כן, לא יוכל להתערב הצד שכנגד בהסכם העקירה, שהרי לו לא נותר שום מעמד בנכס: על פי ההנחה שבנידון, הוא לא שמר לעצמו שום זכות מניעה (חובית או שעבודית), אלא רק דימה ליצור מין **סטטוס**, אשר הרשות הבלתי רצויה נעדרת מתוכו - ובזה נגמר עניינו; גם שלטונות המשפט לא יתערבו - שהרי לא הם קבעו את האיסור, אלא הם רק איפשרו לאנשים הפרטיים לקבעו ביניהם, בעוד שלגופו של המקרה הפרטי לא אכפת כאן לשלטונות ולא כלום; [[698]] ולבסוף, גם צדדים שלישיים מעלמא לא יתערבו ולא יוכלו להתערב, שהרי להם לא אכפת בודאי. בסך הכל רואים אנו אפוא שחוסר ההגיון המהותי אינו ניתן כאן לריפוי, אף לו המשפט מצידו היה מסכים להושיעו.

מצד שני, אם ההגבלה תיקבע באמת שלא באופן ישיר - והיינו שכושר ההקנאה או רשות השימוש אמנם לא ייעקרו מיסודם, אלא רק תוענק לצד שכנגד הזכות למנוע את ההקנאה או לבטלה, או לערער על השימוש, במקרה שבעל הדבר יפעל בניגוד לאיסור ההקנאה או לאיסור השימוש - הרי שיש להבחין כלהלן. כאשר המדובר הוא **באיסור שימוש**, יוצא הענין מגדר בעייתנו מעיקרא. פשיטא שאין שם בעייה, כאשר זכות הערעור שהוענקה כנגד השימוש היא זכות תביעה גרידא למילויו של חיוב. אולם, אף אם תיתפס זכות הערעור בבחינת זכות קניינית במוחזק - והיינו כשעבוד בנכס עצמו, למנוע בו שימוש פלוני, גם אם ייעשה השימוש על ידי בעל הנכס עצמו - עדיין לא יהא שם באמת שום חידוש. יהא זה רק שעבוד רגיל, אשר בו פיצל בעל הבית מתוך קניינו את

הרשות למניעת שימושים על ידי הזולת והעבירה לרעהו[1221]. אולם, כאשר המדובר הוא בהגבלה כמו איסור הקנאה - ושלא רק בדרך של התחייבות שלא להקנות, כי אם בדרך הענקת מעמד קנייני לביטול ההקנאה שתיעשה באיסור - נמצא כי הדברים מסתבכים. הנסיון לקבוע את איסור ההקנאה באופן כזה אמנם לא יהא כבר מוכרח להיות דווקא נסיון עקר, כעין מה שראינו לעיל בעקירת כושר ההקנאה מיסודו, אך עדיין נותר מקום לשאול, מניין יוכל [[699]] בעל הבית לשאוב את הכושר לביטול ההקנאה, אשר אותו הוא יתיימר להעניק? כושר כזה אינו כלול ברשויות הקנין המקוריות, ואין הוא יכול להימצא אפוא אלא שוב באותה דרך מלאכותית שאמרנו מקודם - היינו ששיטת המשפט תתעורר משום מה ותכיר באפשרות להעניק כושר כזה במיוחד. נשאלת אם כן השאלה, למה תעשה שיטת המשפט מעשה שכזה - והתשובה על כך יכולה להיות, שהענקת רשות ישירה לביטול הקנאה שאינה רצויה היא על כל פנים פשוטה ומכוונת יותר, לכאורה, מאשר אילוץ הצדדים להיזקק לשיטה של הקנאה על תנאי מהפך למפרע, אשר תוכל לפגוע בהקנאה האסורה רק על ידי ביטול עצם מעמדו של המקנה וסילוקו מן הנכס מעיקרא. אולם, גם אם כך הוא, עדיין העובדה נשארת, שאפילו השיטות האירופיות הנוקטות בדרך הזאת אינן מגלות למעשה כל צורך חשוב בה. יתר על כן, אפילו יתרון הפשטות שאמרנו הריהו כאן באמת רק מדומה, שהרי למעשה קשה היא הדרך הזאת, על ידי ההכרח שמטילה היא על הנפגע, להיזקק לביטול מכוון, בעוד שהתנאי המהפך למפרע מביא ביטול אוטומטי של ההקנאה שמבקשים למנעה. נראה אם כן לומר, שאך סביר הוא באמת, אם דיני ישראל אינם יוצאים מגדרם [[700]] כדי להכיר כאן באופן מלאכותי בזכות ביטול מיוחדת, אשר הצורך בה איננו מורגש, ומסתפקים הם במה שאפשר להשיג במסגרת ההגיון האורגני של מושגי המשפט המקובלים.

נימוק צדדי נוסף, העשוי לתמוך בהסתפקות זו, הריהו שהכרה בזכות הביטול היתה מאפשרת הסדרים של הצמתת בעל הבית לקניינו בלי יכולת להיפטר ממנו, בעוד ששיטת התנאי המהפך למפרע מכריחה על כל פנים את הצד שכנגד לחזור ולהיכנס תחת בעל הבית, אם רוצה הוא לעמוד על איסור ההקנאה.

אולם, משהגענו עד כאן, חוזרת השאלה ומתעוררת גם באופן אחר. כי אפשר לשים לב, שרעיון הענקת הרשות לאדם פלוני, לבטל הקנאה שתבוצע בין בעל הנכס לאדם אחר, הריהו - לפי מהות הדברים - רעיון של **שעבוד לפעולה משפטית**; והעובדה היא, שחוץ מן העניין המיוחד של שעבודי אחריות הנכסים, אין דיני ישראל (וגם שיטות משפט אחרות) מכירים למעשה את האפשרות של הענקת שעבודים לפעולות משפטיות, לא רק מה שנוגע **לביטול הקנאות**, כי אם גם בדרך כלל, אף לגבי פעולות חיוביות, כגון שעבוד לכושר למכור את נכס הזולת, לשעבדו, לתיתו במתנה, וכיו"ב[1222]. פעולות חיוביות שכאלו הריהן בגדר רשויות, אשר בסתם דוקא כלולות הן בקניין המקורי - והשאלה המתעוררת בנקודה זו היא כפולה: א) מאחר שהרשויות כלולות בקניין המקורי, מדוע לא יהא הקונה רשאי לפצלן מקניינו, כדרך שיכול הוא לפצל רשויות אחרות? ב)

[1221] קיג) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ה', מס' 1, בסמיכות להערות ע"א וע"ב.

[1222] קיד) באנגליה, במסגרת מוסד ה-trust, קיימת אמנם האפשרות של שיעבוד כזה גם מעבר לשעבודי אחריות הנכסים - והיינו שראובן יכול להיעשות "נאמן" למכירת הקרקע של שמעון, אפילו שלא בהסכמתו של זה, כפי שהמצב הוא כיום בקונה life estate או fee tail, אשר יש להם מעמד של "נאמנים למכירה" נגד קונה הגוף "הלגלי": ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ב'.

העדר אפשרות השעבוד לרשות של ביטול הקנאה - האם באמת נובע הוא רק מהעדרה של רשות ביטול שכזאת מלכתחילה בקנין המקורי, או שמא מתקשר הוא גם למניעה הכללית של שעבוד פעולות משפטיות, החלה גם במקום שרשות הפעולה מלכתחילה קיימת?

נראה לומר, שהתשובה על השאלה השנייה היא אמנם [[701]] חיובית, והיינו שבנוסף על מה שתירצנו לעיל יש גם תירוץ כללי למניעת שעבודים לפעולות משפטיות, כלהלן.

הדעת נותנת, שאם אדם רוצה להקנות את נכסיו באמצעותו של אחר - או אף אם מבקש הוא **לאפשר** לאחרים, או שמבקש הוא **לזכותם**, להקנות את נכסיו שלו - הרי על כל פנים, כל זמן שמתכוון הוא להישאר עם זאת בעל הבית בנכסיו, יגשים הוא את רצונו באמצעותו של **שליח**, החייב לפעול במסגרת הוראותיו של בעל הבית ואשר בעל הבית רשאי לחזור בו נגדו. לעומת זאת, אם האיש מסתלק מן הכושר לחזור בו ומן הסמכות לקבוע את גדרי ההקנאה, באופן שהמורשה שוב לא יהא פועל למעשה מטעמו של המרשה, כי אם מטעמו של עצמו - כאילו הקנין שהוא יבוא להעביר או לפצל לא יהא עוד כלל קניינו של המרשה, כי אם קניינו שלו - הרי ממילא נמצא כי המרשה באמת לא רק נתן לו שעבוד-הקנאה, אלא העביר לו את הקניין מלכתחילה, כדי לעשות בו כחפצו. בהקשר זה יש גם לשים לב במיוחד לשתי נקודות. האחת היא, שבאמת אין הדבר דומה לשעבוד רגיל של פיצול רשויות מתוך הקנין, אשר גם שם אין בעל הבית יכול לחזור בו, והמורשה מקבל מעמד לפעול מתוך קניין של עצמו. ההבדל הוא, שבשעבוד רגיל על כל פנים בעל הבית הוא המגדיר את גדרי הרשות שבה יוכל המורשה לעשות, והמורשה אמנם אינו יכול לעשות אלא באותן רשויות אשר בעל הבית נתן לו. לעומת זאת, הרעיון של [[702]] שעבוד לכושר הקנאה בנכסי הזולת, פירושו הוא שהמורשה יוכל לעשות לא רק בעצם רשות ההקנאה שניתנה לו, אלא גם רשויות מותר של בעל הבית, מצידו, אף הן נמסרות לו כנשוא לפעולתו הריבונית שלו - והרי זה באופן ברור סתירה להנחה שאותן רשויות המותר עדיין נשארות כביכול, מכל מקום, של בעל הבית. ואילו הנקודה השנייה היא, שהשעבוד הרגיל, לפי מהותו ובסתם, הריהו אקטואלי ובלתי מותנה, בעוד שהרעיון של שעבוד הקנאה נושא בו, מעצם טיבו, את רעיון ההפעלה הנדחית עד שיארע מאורע חיצון כלשהו. שהרי לו מדובר היה בהקנאה מסוימת וגמורה לאלתר, לא היה צורך בשעבוד; השעבוד נחוץ רק מפני שמן הסתם אין מתכוונים להקנאה מסוימת וגמורה לאלתר, כי אם רק להקנאה כלשהי אשר תוכל להתבצע בעתיד, לכשתוכשרנה המסיבות - ולאור הדברים שאמרנו עד כאן, הרי זו אמנם, בסך הכל, רק העברת קניינו של בעל הבית למורשה, על תנאי מהפך למפרע, מעכשיו ולכשתוכשרנה המסיבות כאמור. באופן כזה רואים אנו, שאף שמניעת שעבוד ההקנאה, וההסתפקות גם לענין זה באפשרויות הגלומות בתנאי המהפך למפרע (בכפוף אמנם ליוצא מן הכלל של שעבוד אחריות נכסים) באמת אינן מקרה, כי אם תוצאה הגיונית של מושגי המשפט היסודים שברקע - ועל אחת כמה וכמה שהוא הדין בשעבוד **לביטול** הקנאה. כאן, בנוסף על מה שאמרנו מקודם, מצטרפת [[703]] העובדה, שהענקת רשות הביטול, פירושה הוא כאילו בעל הבית אמר והסכים עם חברו לאמור: "קנייני הוא שלך מעכשיו, כל אימת שאתיימר להעבירו באופן שלא יהיה לרצונך, אלא שמכל מקום, כל אימת שתזכה בקנייני לפי זה, במשוחרר ממיקחו של הלוקח ממני, הנך חוזר ומעביר אותו אלי מעכשיו, מחדש". אולם, משהגענו לפירוש מבהיר זה של מהות העניין, ממילא נוכחים אנו להבין כי לא זו בלבד שאין ההסדר אפשרי בלי התערבות

מיוחדת מצידה של שיטת המשפט[1223], אלא הוא גם בלתי צודק בעליל[1224] - באופן שבאמת אין ראוי לשיטת המשפט להתערב לטובתו אף לו היה לו במציאות ביקוש של ממש.

על רקע זה יכולים אנו גם לחזור ולתת את הדעת במיוחד על שעבוד דין הקדימה שראינו במשפט הגרמני, אשר שם יכול בעל מקרקע לשעבד את המקרקע לרעהו, באופן שאם ימכרנו לאחר יוכל קונה השעבוד לבטל את המכר ולקחת את המקרקע לעצמו. בסמיכות לכך הזכרנו גם את השעבוד המתאפשר בשוייריה לרכישת מקרקע לכשירצה הזכאי[1225]. והנה, אך פשוט הוא, כי במידה שדין הקדימה מאפשר זכות ביטול ביחס למכר שבוצע על ידי בעל הבית, חלה כאן הביקורת שהעלינו ביחס [[704]] לשעבוד זכות בדרך כלל. מצד שני, במידה שהדברים נשלמים כאן על ידי שעבוד לרכישה, הרי זה שוב שעבוד של פעולה משפטית לרשות אשר איננה כלולה מלכתחילה ברשויות בעל הבית עצמו. השעבוד מתאפשר אפוא רק על ידי התערבות מלאכותית מצידה של שיטת המשפט; אך כאשר השיטה מתערבת, נמצא שלמעשה, שוב פעם אחת, יש לנו כאן לא רק שעבוד גרידא, אלא שוב עומדים אנו בפני התופעה, שעם הפעלת השעבוד נעשה הקונה באמת לבעל בית למפרע, באשר מטבע הדברים נכרכת זכותו ברשות לבטל מה שבעל הבית הקודם עשה בינתיים בקניינו שלו (כפי שאמנם אף אמרנו כבר לעיל, בביקורת שיטת "ההערה"). הדרך המתאימה להסדר העניין באמת איננה אם כן דרך השעבוד, כי אם דרך ההקנאה על תנאי מהפך למפרע - ואמנם זוהי הדרך המוכרת לעניין זה בפירוש בדיני ישראל: ר' שו"ע חו"מ סי' ר"ו.

5. "לך ואחריך לפלוני"

בסמיכות למה שהעילינו בענין "תנאי הגבלת המהות" יכולים אנו לברר עתה גם את בעיות התנאי של "לך ואחריך לפלוני".

השאלה הראשונה מתעוררת כאן לנוכח העובדה, ששיטות אחדות מגבילות את אפשרות התנאי מסוג זה לצוואות בלבד - ואפילו במסגרת הצוואות, יש שמגבילים את העניין לסוגי אחריך מיוחדים. השאלה היא זאת, האם מוצדקות ההגבלות האלו, או - מן הכיוון ההפוך - מה יש לומר על שיטה כמו דיני ישראל, המאפשרת את התנאי הנידון ללא [[705]] הגבלה יסודית כלל, אם מבחינת המקנה ואם מבחינת אחריך. על שאלות אלה נראה שאי אפשר לענות מיניה וביה בשלמות. מלכתחילה מסתבר רק לומר, שאם מוכנה השיטה להכיר בתנאי מסוג זה מעיקרא, הרי שצמצום ההכרה לפנים מכך, בגדרים חלקיים כלשהם, שוב אינו יכול להיות מוצדק באופן מובהק, מעצם טבעו. השאלה מוכרחת להיות קודם כל, האם יש בהתנאה הנידונה פגם עקרוני כלשהו, או שמא באמת אין בה שום פגם מיוחד; ומעתה, אם יש בה פגם, הרי שאין להתירה מכל

[1223] קטו) דוק בכתובות צה ב', שאם שיטת המשפט לא תתערב כאן במיוחד, יווצר מעגל קסמים, שעם חזרת הקניין לבעל הבית, יחזור הלוקח ויוציא מידו - וחוזר חלילה (זאת על פי הנחה שגם הלוקח וגם בעל דברו השני של בעל הבית הם שניהם לקוחות בתמורה או שניהם מקבלי מתנה. אם רק הלוקח נתן תמורה ועשוי להפסיד על ידי מעגל הקסמים, ייעצר המעגל לטובתו וההסדר ייכשל מעיקרא. אם רק הצד השלישי הוא שנתן תמורה, נראה שהמעגל לא ייעצר, שהרי לצד השלישי הזה אין תביעה חיובית לעצמו ואין לו הפסד).

[1224] קטז) ההסדר הוא בלתי צודק, שהרי יכול הלוקח לטעון: "ממה נפשך! אם באמת המקנה הוא בעל הבית והקניין אמור להישאר שלו, הרי הוא הסכים כבר להעביר את הקניין אלי; ואילו אם הצד השלישי הוא בעל הבית, הרי המקנה יכול רק להיות קונה שעבוד כלשהו משמו של הלה, ואין הוא יכול להיות בעל הבית נגד כל העולם, עם זכות להתכחש לבעלותו רק בדברים אשר הסכים עמדי".

[1225] קיז) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ד', סע' ג', בסמיכות להערות כ"ב וכ"ג.

וכל, ואם אין בה פגם - או, לפחות, אם אין בה פגם שהיה מצדיק לאסרה לחלוטין - הרי ששוב אין טעם לשחק בה בהבחנות לחוצות, ומוטב להתירה בכללות.

עוברים אנו אם כן לשאלה בדבר פגם עקרוני; אך שאלה זו ,מצידה, תלויה כמובן בתוצאות המעשיות אשר השיטה המשפטית מיחסת להתנאה מן הסוג הנידון.

ראינו כי בצרפת ובאיטליה, עיקר משמעותו של התנאי הנידון הוא באיסור הקנאה המוטל על הקונה הראשון - וממילא חלה בזה הביקורת שהעלינו מקודם. מצד שני, בגרמניה ובשוייצריה מתלווה איסור ההקנאה גם בהגבלות אחרות, עד כדי כך שלמעשה אמנם נהפך כאן "אחריך" לבעל בית גמור, בעוד שלקונה הראשון, נשאר לאמיתו של דבר רק שעבוד של פירות נגד קניינו של "אחריך" - והתוצאה היא אפוא, שלמעשה שוב אין נשאר כאן מיחודו של התנאי הנידון ולא כלום. לאור זאת נותר לנו למעשה לדון בעניין רק לפי השיטות המעמידות את התנאי [[706]] על משמעותו העיקרית - היינו השיטות המסכימות כי גם בתוך תקופתו של הקונה הראשון תהיה אמנם לקונה הזכות התוכנית המלאה שהמקנה התיימר להעביר לו, ואף עד כדי כך, שהקונה יכול להכשיל את ראייותו של "אחריך" (כפי שהמצב הוא בדיני ישראל, במשפט האנגלי ובמדינת ישראל דהאידנא). נגד הגישה הזאת אפשר להעלות שתי טענות: ראשית, שריווח היענותו של המשפט לרצון המקנה בתקופת הקונה הראשון עשויה כאן מכל מקום לצאת בהפסד על ידי האפשרות הנפתחת להכשלת רצון המקנה לגבי המשך הזכות בידו של "אחריך"; ושנית, שהשארת הקונה הראשון במצב של חוסר הגבלה ופיקוח, מחד גיסא, והעדר המשך של כוח הורשה, מאידך, עשויה לדרבנו לבזבוזו של הנכס. אולם, כנגד הטענות האלו ניתן גם לומר, שאם עקביות הדין בחלוקת הזכויות בין הראשון לאחריך אינה נוחה למקנה - הרשות בידו שלא להשתמש בתנאי הנידון - ואם בחר הוא דווקא בתנאי הלזה, הרי שחזקה עליו כי אמנם זה רצונו; ואילו במה שנוגע לסכנת הבזבוז, הרי זו מתאזנת על ידי שיקולי הכדאיות הכלכלית של הקונה הראשון, אשר אין זה רשאי לחרוג מהם על פי דיני ישראל, שמא ייתפס בדין הרשעות[1226]. מסתבר שעל פי דיני ישראל אף אין כאן מקום לחשש מיוחד בדבר הכשלת סיכויי השבחתו של הנכס בתקופה שבינתיים, מפני שהקונה הראשון שישביח [[707]] את הנכס - או יורשיו אשר יבואו במקומו - יהיו זכאים על כל פנים לפיצוי בעד מותר השבח, כדין היורד ברשות (וממש כפי שהיו זכאים לו נערכו הדברים לאו דווקא על פי התנאי הנידון, כי אם בדרך אחרת, שהיא כשרה לכל הדעות, וכגון קניין פירות או כיו"ב)[1227]. בסך הכל נראה אפוא לומר, שאם עשויים אנשים למצוא ענין בהסדר מן הסוג הנידוון - והמציאות מוכיחה שאמנם יש להם לפעמים עניין שכזה - הרי שגם אם אין אולי סיבה לעודדם לכך, אין גם מכל מקום שום סיבה לאכזבם.

6. ההתגברות על תנאים נצחיים

מבירור עניינו של תנאי "לך ואחריך לפלוני" מובילה שוב הדרך במישרין לבעיות ההתגברות על תנאים נצחיים - שהרי עיקר שימושו של ה-rule against perpetuities במשפט האנגלי מצוי אמנם בקשר לתנאי של "לך ואחריך לפלוני".

[1226] קיח) דוק ברשב"ם על בבא בתרא קל"ז א', ד"ה ערום, לעומת דבריו שם בד"ה לשוינהו איסור הנאה.
[1227] קיט) ר' בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ג', סע' ג, מס' 5.

ראוי אם כן לציין קודם כל, שבתחום זה פטורים דיני ישראל מסכנת התנאים הנצחיים מעיקרא, על ידי הכלל הנקבע כאן, שראייות "אחריך" אינה עוברת בירושה. כלל זה משלים את הדין היסודי של המשפט העברי, שאין אדם יכול לזַכות את מי שלא בא בשעת מעשה לעולם[1228], ובסך הכל נמנע פה אפוא, מיסודו של הדין, שזהות האדם הספציפי, אשר יוכל להיות זכאי בקנין, תישאר מותלה בספק.

[[708]] אולם, ה-rule against perpetuities האנגלי אינו משמש רק כנגד התנאי של "לך ואחריך לפלוני", כי אם גם כנגד מה שלפי מינוחנו ייחשב כתנאי דוחה או כתנאי התחלת המימוש (כאשר התנאי הוא בר סיכול). כאן יש לומר אפוא, כי באשר לתנאי הדוחה, הרי לפי דיני ישראל, מכל מקום אין הספק עשוי להכביד, מפני שהצדדים יכולים לחזור בהם מן העסק בכל עת, - ויתר על כן כי לכל היותר יוכל התנאי הדוחה להישאר מפוקפק בעינו רק כל עוד ששני הצדדים נשארים בחיים. גם במה שנוגע לחתנאי התחלת הימוש, הרי לפי דיני ישראל תימצא בדרך כלל תקנה מהותית-פנימית נגד הנצחת מצב מסופק בעניין - מפני שהדברים יהיו אמורים בשעבוד, ואילו השעבוד אינו יכול להיות נצחי לפי דיני ישראל מעצם טבעו. בדרך כלל יצטרך אפוא הספק להתברר על כל פנים תוך תקופת השעבוד. אולם, יש לשים לב, שגם על פי דיני ישראל, נשארת מכל מקום האפשרות שהשעבוד יועמד על תנאי מפוקפק לחלוטין, אשר התקנה המהותית הפנימית לא תוכל להועיל לו וכמו, למשל, "למשך המלחמה, מזמן שתפרוץ". מעבר לכך, אין תקנה מהותית-פנימית גם כנגד ספק נצחי שיהא עשוי להתעורר על פי תנאי מהפך למפרע. ראוי להעיר, כי תנאי מסוג זה אינו מוכר במיוחד במשפט האנגלי, ושם - לכן - גם ה- rule against perpetuities איננו מועיל בכך. כמו כן, אין בתחום זה שום תקנה מיוחדת מבחינתנו בשיטות המשפט של יבשת אירופה. לעומת זאת, בדיני ישראל עשויה אמנם להועיל כאן התקנה המיוחדת, שהעסק בטל, אם תלוי הוא בתנאי אשר מטבע ברייתו **אי אפשר** שיתקיים לחיוב תוך ימיו של הצד המזוכה. אולם, גם תקנה זו משאירה [[709]] עדיין מקום לתקלה, כאשר התנאי **עשוי** להתגשם בחיי המזוכה, אך עשוי גם שלא להתגשם ולהישאר תלוי בספק במשך תקופה ארוכה. נדמה, אפוא, כי לגבי מקרה שכזה ראוי היה שתיקבע תקנה נוספת, שתאפשר לבית הדין להכריז את התנאי כמסוכל, לפי שודא דדייני - אולי גם תוך פיצויי איזון מתאימים - והיינו כשלא נקבע זמן לקיומו של התנאי, ונראה לבית הדין כי על פי המסיבות עבר כבר על התנאי זמן רב למדי, ועדיין עשוי הוא להישאר תלוי, בלי קץ הכרחי בקרבת זמן סבירה, ותקלתו מרובה מתועלתו.

7. תנאי שאינו אפשרי

בענין התנאי שאינו אפשרי, ראינו כי הפתרונות המוצעים בשיטות השונות הן מגוונים למדי, וננסה עתה להעריך זה מול זה את הללו. המדובר הוא, כמובן, בתנאי אשר על פי טבע הדברים צריך להיות ברור מלכתחילה כי הוא לא יוכל להתקיים: אם חוסר האפשרות נולד רק בדיעבד, עומדים אנו פשוט בפני תנאי מסוכל.

[1228] קכ) שו"ע חו"מ סי' ר"י; ור' לעיל פרק ב', סע' ח', הערה תנ"ה, בסמיכות להערה תנ"ה-16.

במה שנוגע לפתרונות, בודאי יכולים אנו לסלק מיד את ההבחנה הצרפתית בין עסק בתמורה ועסק שלא בתמורה, שהיא שרירותית על פניה (ואשר אף הפרשנים הצרפתיים שוללים אותה בעצמם[1229]). מאותה סיבה של שרירותיות נראה גם לדחות את ההבחנה האיטלקית בין עסק של חיים למעשה צוואה. כמו כן קשה לראות טעם של ממש בהבחנה האיטלקית, אשר על פיה הקנאה מעכשיו ולכשירד בירושלים שלג בתמוז [[710]] היא בטלה, אבל הקנאה מעכשיו וכשלא תזרח מחר השמש בבוקר, או על מנת שירד בירושלים שלג בתמוז, קיימת. מסתבר כי את ההבחנה הזאת העתיקו האיטלקים מבלי משים מן המשפט הגרמני, אשר שם פירושה הוא רק שהקנאה לכשירד בירושלים שלג בתמוז (**ולאו דווקא מעכשו**) היא בטלה, בעוד שהקנאה מעכשו **ועד** שירד בירושלים שלג בתמוז, או **עד** שלא תזרח מחר השמש בבוקר, נשארת קיימת מעכשיו ואינה מתבטלת.

מעבר להבחנות הנדחות, נראה לכאורה הגיוני שצריכים אנו לראות בתנאי הבלתי אפשרי ביטוי נכון לכוונת הצדדים[1230], ומשמע כי עסק על תנאי מהפך או דוחה שאינם אפשריים, וכן עסק עם תנאי מימוש שאינו אפשרי, יהיו בטלים, ואילו עסק עם תנאי מסיים שאינו אפשרי יישאר קיים תוך בטלות התנאי. אולם, דיני ישראל נוקטים גישה הגיונית הפוכה: "ואם התנה בדבר שאי אפשר לקיימו הרי זה כמפליג בדברים (דרך שחוק והיתול), ואין שם תנאי"[1231]. כלומר, שלגבי התנאי המסיים אין אמנם בין שתי הגישות הבדל מעשי, אבל ביחס לתנאי המהפך והדוחה יש הבדל, והעמדה של דיני ישראל היא, כי בהתנאה אשר ברור מלכתחילה שלא תוכל להתקיים אי אפשר לראות תוספת דברים רצינית, הבאה לפרש את עסק - שהרי לו היה זה פירוש, לא היה צורך בעסק בכלל. והנה, [[711]] ההגיון הפורמלי של גישה זו הוא אמנם חותך ומשכנע, אבל מבעד לו יתכן, שמישהו יישאר מכל מקום בהרגשה של כפייה; שהרי ממה נפשך, או שהתנאי נאמר ברצינות, ואז ודאי צריך העסק לנפול, או שנאמר הוא בהיתול - ואז שוב צריך העסק לנפול, בגלל העדר סמיכות דעת! אולם, באמת נראה לומר שהרי זו שוב רק דוגמה נוספת לכלל, שבמקום שמוצא אתה את הדין העברי מוזר לכאורה, שם אתה מוצא למעשה את יתרון עמקותו. כי קודם כל, מנוסח הרמב"ם בהל' ז' ברור, שאמנם אין הדין האמור חל אלא במקום שיודע המתנה כי תנאו אינו אפשרי: אם הוא אינו יודע, ממילא אין כאן שחוק והיתול, ואמנם מוכרחים אנו לראות את התנאי מנקודת הראות של התנאה רגילה שסוכלה. מצד שני, אם ברור לנו כי הצדדים לא גמרו בדעתם לקיים את העסק (והיינו ששני הצדדים ידעו - או חשבו - כי התנאי אינו אפשרי) הרי פשיטא הוא שלא יהיה כאן עסק מכל מקום, בין אם התנאי אפשרי באמת ובין אם אינו אפשרי. אלא מתי יכול הדין שאמרנו לבוא בחשבון? הוה אומר, כשלכאורה יש לפנינו עסק שלם, **למרות** התנאי הבלתי אפשרי שצורף אליו ביודעין - ורק אז אומרים אנו שמסתמא לא היה התנאי אלא פיטומי מילי בעלמא. ואכן, זוהי גם תוצאה רצויה מבחינה תכליתית: כי מתי יתכן שלמרות התנאי הפגום ייראה לפנינו עסק שלם? הווה אומר כשאחד הצדדים הוא סביל בניסוח ההסכם (כגון במתנה, שהמקבל נוטל את הנכס בלא להגיב על התנאי), או שאמנם משתתפים שני הצדדים בניסוח, אלא **שאחד** מהן איננו [[712]] יודע כי התנאי הוא בלתי אפשרי - ובמקרים שכאלה בודאי

[1229] קכא) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 372-371.
[1230] קכב) שם.
[1231] קכג) ר' פ"ו מהל' אישות הל' ז' וי"ז.

אין לאפשר לצד השליט בחוזה, שיוכל להסתלק מן העסק בטענה כי רק שיחק בתמימותו של הצד שכנגד.

להלן נחזור עוד לבירור הבעיות שהועלו כאן, בדיון הכללי בעסקים הכרוכים במגמה של היתול, בנושא השני של פרקנו, סע' ב', מס' 1.

8. תנאי בלתי מוסרי, בלתי חוקי או מנוגד לתקנת הציבור ובעיות העסק העבריינים דרך כלל

באשר לתנאים שהם פסולים מחמת פגם מוסרי, חוקי או ציבורי, ראינו כי המגמה האחידה בשיטות הנוכריות היא לבטל את העסקים אשר קיומם נתלה בתנאים שכאלה, ולעומת זאת יחיד הוא הדין העברי בהסכמתו לקיים את העסק המותלה כך, ולפחות בדיעבד, כשהתנאי מתגשם. כדי להעריך את ההבדל צריכים אנו לתפוס את הדברים על רקע מורחב.

ראשית, יש לשים לב כי בעיית **התנאי** העבריינים מתקשרת לבעיית **התמורה** העבריינית - שהרי בעסק תמורתי, קיום התמורה האחת הוא בבחינת תנאי לקיומה או להגעתה של התמורה שכנגד. אולם, יש גם כן לשים לב, שמשמעות הקשר הזה שונה היא ממשמעות הקשר הדומה, הקיים גם בין בעיית התנאי **הבלתי אפשרי** לבעיית התמורה שאינה אפשרית. בענין התמורה שאינה אפשרית, ברור מטבע הדברים שאי אפשרות התמורה האחת מבטלת את העסק מכל מקום ובהכרח, ויהא אשר יהא הדין בענין התנאי הבלתי אפשרי מעבר לכך. לכן גם נוצרת כאן האפשרות, שדין **התנאי** הבלתי אפשרי יידון בנפרד ועל פי שיקולים מיוחדים משלו, כפי שראינו לעיל[1232]. לעומת זאת, בענין התמורה העבריינית אין הכרח מהותי שהעברה הכרוכה בתמורה האחת תבטל ממילא גם את התמורה שכנגד ואת העסק כולו, והדעת נותנת שהשיקולים בקביעת [[713]] הדין של התמורה העבריינית ודין התנאי העבריינים בדרך כלל צריכים להיות אחידים. והנה, בשיטות של אירופה, הדין הוא אמנם אחיד, והכלל הוא שחוזה הנגוע באי חוקיות, בין אם מבחינת ה-causa (או התמורה) ובין אם מבחינתו של תנאי מסוג אחר, הריהו בטל. אולם, הדין האירופי אינו מסתפק בדרך כלל רק בכך: כי על פי דין הבטלות כשלעצמו היה יוצא, שמי שנתן דבר מה בדרך ביצועו של החוזה הבטל היה זכאי על כל פנים לחזור ולקבל את מה שנתן, על פי דיני התעשרות שלא כדין; ובכן, באים בדרך כלל המשפטים האירופיים ומוסיפים, שביחס למה שניתן על פי חוזה שהוא בטל בשל פגם חוקי, מוסרי או ציבורי, לא יחולו דיני ההתעשרות שלא כדין הרגילים, אלא בתי המשפט אינם דנים בדרך כלל, ויד המחזיק נשארת אפוא על העליונה[1233].

[1232] קכד) יש אמנם לציין, שעל פי הדין העברי, דבר אשר ניתן ביודעין על דעת תמורה שאינה אפשרית אינו חוזר בשל בטלות העסק, והריהו בבחינת מתנה (כך, לפחות, על פי העקרון הכללי, מעבר לדין המיוחד של זכות הלוקח להחזרת המחיר במכר בטל, על פי החזקה של "אחריות טעות סופר": בבא מציעא ט"ו ב', ור' לעיל, פרק ג', סע' ה', במסיכות להערה קל"ה). תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הדין בתנאי הבלתי אפשרי, שאם הותנה ביודעין, התנאי בטל והעסק קיים.

[1233] קכה) ר' **הלסבורי-סיימונדס**, ח', עמ' 125 ואילך; ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 6, 1131, ו-1133, **וקולין וקפיטן, ב', עמ' 62-60;** ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 1418 ואילך וסע' 2035, **ומסיניאו**, א', עמ' 602 ואילך; בג"ב, סע' 136-134, 138, 139, 817, **ואנקצרוס-חיובים**, עמ' 705-704; חוק החיובים השוויצרי, סע' 20 ו-66. כך גם **במדינת ישראל** דהאידנא, בסע' 30 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל"; ור' **ורהפטיג, חוזים**, עמ' 209 ואילך.

לעומת זאת, בדיני ישראל, דין התמורה ודין התנאי העבריינים בדרך כלל הריהם אמנם גם כן זהים, אך באופן שונה מאשר באירופה, בכמה פנים. ההבדל הראשון הוא מבני-מושגי: באירופה יש בדרך כלל הוראה מיוחדת בדבר בטלות החוזה בשל קאוזה עבריינית והוראה מיוחדת בדבר בטלות החוזה בשל תנאי עבריינים, ולבסוף מגיעים שם לעקרון משותף של בטלות החוזה [[714]] באשר כרוך הוא ביסוד עבריינים כלשהו. לעומת זאת, בדיני ישראל אפשר להכיר בהקבלה לכך רק בעקרון אחד, שתנאי עבריינים אינו פוסל את העסק בדיעבד, - ואילו דין התמורה העבריינית אינו כאן אלא פועל יוצא פנימי של העיקרון הלזה[1234]. מלבד זאת, ההבדל התוכני הריהו, כמובן, שבדיני ישראל העסק אינו מתבטל בשל התנאי הפסול, אלא עשוי הוא להתקיים; אולם, בנקודה זו שוב מגיעים אנו להבדל מבני נוסף, או להבדל בנקודת הראות, מפני שבשיטות של אירופה נושא הבטלות הוא **החוזה** - ואם החוזה מתבטל, הרי זה מפני שמכיל הוא את התנאי העבריינים **בתוכו**. לעומת זאת, בדיני ישראל הנושא הנידון בהקשר זה אינו דווקא החוזה, כי אם **היסוד המותנה** שבחוזה (או בעסק), ואילו החוזה או העסק עשויים להישאר כאן בתוקף לאו דוקא למרות התנאי העבריינים הנכלל בתוכם, כי אם **מפני שהתנאי העבריינים אינו דוקא מכשיל את היסוד המותנה**.

הבדל אחרון זה עשוי להיראות לכאורה כהבדל עיוני או מילולי בלבד, ללא שום משמעות מעשית; אך באמת יש לו גם משמעות מעשית חשובה. כי לפי התפיסה האירופית יוצא, שדין הבטלות או הקיום של החוזה מתמצה אמנם במה שאמרנו. לעומת זאת, מה שאמרנו בדיני ישראל אינו ממצה עדיין את דין הבטלות או הקיום של החוזה העבריינים עד תומו. הסרח העודף נמשך כאן מתוך העובדה, שהכלת יסוד עבריינים אינה דוקא מבטלת את העסק [[715]] בדינינו, ולכן עוד עשויה כאן להתעורר שאלה לגבי הדין במקרה שהחוזה - או העסק - אינם רק מכילים **תנאי** עבריינים, או אולי אף אין בהם שום תנאי עבריינים בכלל, אלא שעל כל פנים, עצם **היסוד המותנה** שבהם הוא דבר עבירה, או שהצירוף של היסוד המותנה והתנאי הוא עבירה בפני עצמו או שעצם המעשה האחד והבלתי מותנה, אשר בו אמור העסק להתבטא, הריהו עבירה, כשלעצמו או בגידורו. לפי ההכרעה הראויה במחלוקת של אביי ורבא, אשר הזכרנו לעיל בהערה צ"ד, התשובה העקרונית על השאלה, בכל המקרים מסוג זה, הריהי, שכאשר המדובר הוא אמנם ביסוד עבריינים המתבטא ביומרה למעשה משפטי, יוצא העסק בטל גם לפי דיני ישראל, בשל בטלות היומרה המשפטית בדבר העבירה - וממילא משמע שאמנם מוכרחים אנו להבדיל כאן בין עסק הכולל רק תנאי עבריני (ולרבות תמורה עבריינית) לבין עסק הכולל יסוד עבריינים מן הסוגים שמנינו בזה, באופן שההבחנה תהיה לאו דווקא לפי דינו של העסק, כי אם לפי דינו של כל יסוד מיוחד[1235].

[1234] קכו) אמנם, גם בדיני ישראל יש לנו מקורות העוסקים במיוחד בתנאי עבריינים, כגון גיטין פ"ד ב', ומקורות העוסקים במיוחד בתמורה העבריינית, כגון רש"י על בבא מציעא צ"ח [הערת עורך: צ"ל צ"א] א', ד"ה רבא אמר אתנן אסרה תורה; אולם, העובדה נשארת שבמקורות של דיני ישראל אין לנו קונצפציה מפורשת של מוסדות הקאוזה והתמורה, כגורמים במבנה החוזה, בנבדל מן **התנאי**.

[1235] קכז) לפי זה יוצא גם כן, שאם המדובר הוא בעסק **תמורתי**, הפגום בשל עבירה הכרוכה באחת התמורות, יש להבחין מה טיבה של התמורה העבריינית. אם זו מתבטאת ביומרה משפטית גרידא,יהא העסק בטל מכל מקום, בין אם התמורה היא "קונה" ובין אם היא "נקנית". אולם, אם התמורה העבריינית מתבטאת ביומרה לזַכות את הצד שכנגד בדבר עבודה [הערת עורך: צ"ל עבירה] המבוצע למענו בפועל, בעוד שהתמורה שכנגד היא כשרה, נצטרך לראות את התמורה שכנגד כמעשה כשר המותנה בדבר עבירה, והעסק יוכל להיות בר תוקף עם ביצוע העבודה.

מעבר לכך, שוב דין מיוחד של דיני ישראל הוא, שבנבדל מבעיית בטלותו או קיומו של העסק לפי **תוכנו**, אין קיומו של העסק נפגע על כל פנים רק משום שהיתה עבירה בעריכתו, בגין **המסיבות** אשר בהן נערך[1236]; ולפי זה יכולים אנו לחזור ולערוך טבלה של דיני העסק העבריינים על פי דיני ישראל, כלהלן:

א) מעשה (הקניה, התחייבות או כיו"ב) שהוא בבחינת עבירה מצד עצם תוכנו העצמי, הוא בטל (תמורה ד' ב' ואילך, לפי [[716]] רבא);

ב) מעשה שהוא בבחינת עבירה מצד חלק בלבד של תוכנו העצמי, והדברים ניתנים לחלוקה, הריהו קיים בחלק שאינו עבירה (ב"י על חו"מ סי' ר"ח - ויש לציין שבנקודה זו הוא הדין, בדרך כלל, גם בשיטות הנוכריות);

ג) מעשה שהוא בבחינת עבירה על איסור המכוון רק נגד המסיבות שבהן נערך, בלי קשר לתוצאותיו המיוחדות, הריהו קיים (ר' הערה קכ"ח לעיל);

ד) מעשה שאינו עבירה כשלעצמו, אלא כרוך בתנאי שתוכנו עבריינים - בין אם בדרך של קשר תמורתי ובין אם בדרך של תנאי קיום מסוג אחר - הריהו אסמכתא מלכתחילה וקיים בדיעבד, עם התגשמות התנאי (גיטין פ"ד ב'; רש"י על בבא מציעא צ"א א', ד"ה רבא אמר אתנן אסרה תורה; ור' הערה צ"ה לעיל).

אולם, מעבר לעצם דיני הבטלות או הקיום של המעשה או העסק, עוד נשאר לנו לברר גם את ההקבלה בין דיני ישראל לשיטות הנוכריות לענין זכות החזרה של מי שנתן דבר מה על פי עסק עבריינים שנמצא בטל; ובתחום של דיני ישראל מתפשטות בעיות ההקבלה בנקודה זו גם לענין זכות תביעת התשלום על פי עסק קיים, אחר תנאי עבריינים שהוגשם.

[[717]] בהקשר זו חוזרת ומתבררת בעליל חשיבות הדבר שהדגשנו כבר קודם, שבדיני ישראל נחתך הדין בנושא שלנו לאו דווקא לפי קיומו או בטלותו של העסק בכללו על יסודותיו השונים, כי אם לפי טיבו המיוחד של המעשה המסוים שהוא היסוד הקובע במקרה הנידון. בהתאם לכך יש למיין כאן את המקרים כלהלן:

א) עסק שהוא פגום רק בשל תנאי קיום עבריינים (או תמורה עבריינית), בעוד שהיסוד המותנה הוא כשר ועשוי להתקיים עם התגשמות התנאי. בעסק כזה, אם ניתן דבר מה במסגרת היסוד המותנה, ולבסוף יוצא העסק בטל בשל אי התגשמות התנאי או בשל העמדתו על דין האסמכתא לפני שהועמד התנאי במבחן, נראה לומר שחל המשכו של הדין שראינו לעיל, בהערה קכ"ד, שהנותן דבר מה ביודעין, על דעת תנאי שאינו אפשרי, מאבד את מה שניתן, בבחינת מתנה - והיינו שגם כאן רואים את הדבר כמתנה, ואין הנותן יכול לחזור ולגבות את מה שנתן, אף על פי שהתנאי לא

[1236] קכח) שו"ע חו"מ סי' ר"ח וסי' רלה סע' כ"ח.

נתקיים[1237]. אולם, מכלל זה גם שומעים אנו, שאם הנותן **לא ידע** את צד העבירה שבתנאי, יכול הוא לחזור ולגבות.

[[718]] ב) עסק שהוא בטל בשל בטלות עבריינית של היסוד המותנה שבו או של צירוף היסוד המותנה והתנאי, או של עצם היסוד המסוים אשר בו העסק מתבטא. אם ניתן דבר מה בעסק כזה, במסגרת היסוד הבטל - נראה שניתן הדבר להחזרה, ואף על פי שניתן ביודעין[1238]. טעמו של דין זה נראה פשוט, לאור העובדה, שמטבע הדברים מדובר כאן במתן, אשר אותו נמצא מבקש האיסור למנוע. בעסק מסוג זה, במקרה שבטל הוא בשל העבירה הכרוכה רק ביסוד המותנה שבו, מתעוררת השאלה מה דינו של דבר שניתן במסגרת התנאי, אשר כשלעצמו הוא כשר. נראה נכון להשיב, לפי הכלל שראינו לעיל, בהערה קכ״ד, שאם ניתן הדבר מתוך ידיעת הבטלות - אין הדבר ניתן להחזרה, כדין דבר שניתן על דעת תנאי שאינו אפשרי[1239].

ג) עסק הפגום רק בשל תנאי קיום עבריינים, ונתקיים התנאי לפני שבעל היסוד המותנה חזר בו. בקשר לכך יש לציין קודם כל, שהתגשמות התנאי העבריינים יכולה לבוא בחשבון רק אם המדובר הוא בתנאי המתבטא במעשה פיסי, ולא משפטי: אם התנאי הוא שיבוצע מעשה משפטי, ממילא משמע שכל יומרה לבצע את המעשה תהיה בטלה - וכל מה שיינתן במסגרת יומרה זו יעמוד להחזרה - לפי העקרונות שראינו מקודם.

[[719]] מצד שני, אם היסוד המותנה הוא הקנייה שאינה התחייבות גרידא, הרי אף אם לא התגשם התנאי, לא יוכל המקנה לחזור בו בדרך כלל; על אחת כמה וכמה אפוא כשהתנאי התגשם והעסק הוחלט. נשאר לנו אם כן לדון רק במקרה שהיסוד המותנה הוא התחייבות שעדיין לא נתמלאה - ומתוך צירוף הדברים יוצא, שלמעשה נשארת פה שאלה רק לגבי **האפשרות לתבוע את השכר המוסכם בשל דבר עבירה שבוצע באופן פיסי**.

[1237] קכט) על פי ראש השנה כ״ב ב׳. רש״י, בד״ה מאתים זוז נתונים לך במתנה, מפרש אמנם שדין המתנה במקרה הנידון הוא עניין של קנס המוטל על ידי בית הדין על מבקש העבירה, במסגרת הכלל של ״הפקר בית דין הפקר״, - בעוד שדין המתנה במקרה של תנאי בלתי אפשרי מוסבר בגמרא על פי חזקת דעתו של הנותן. אולם העובדה נשארת, שגם במקרה של התנאי העבריינים משתמשת הגמרא על כל פנים בלשון ״מתנה״ - ולאו דווקא בלשון קנס. יתר על כן: אף כאן אפשר בעצם להסביר את המתנה לא רק על פי עקרון הקנס, כי אם גם על פי חזקת הדעת הסובייקטיבית, שהרי סוף סוף, מי שנותן דבר על דעת מעשה עבירה - מן הסתם לא סמכה דעתו שהעבירה תתקיים, והריהו אפוא כאילו גמר ונתן באופן אלטרנטיבי, לשום מתנה. ועוד, מצד שני, שגם בענין המתנה על דעת תנאי שאינו אפשרי יש פנים לראות יסוד של קנס, כאשר חוסר האפשרות של התנאי כרוך בעבירה: ר׳ ערכין ל׳ א׳.

[1238] קל) ר׳ דין ״ריבית קצוצה יוצאה בדייניין״ (בבא מציעא ס״א ב׳); דין החיוב להחזרת השוחד (פכ״ג מהל׳ סנהדרין הל׳ א׳); ור׳ גם דין המוכר את שדהו בשנת היובל, בערכין כ״ט ב׳, אשר שם משתמע פשוט, כי השדה נשאר ביד המוכר (בעניין מכר זה נראה נכון להבדיל ממה שאמרנו לעיל, כי מעשה שיש בו איסוררק מבחינת מסיבותיו - וכגון מכר בשבת - המעשה קיים. ההבדל הוא, שאיסור המכרבשנת היובל אינו מכוון רק נגד עצם העובדה שהמכר ייערך בשנת היובל, אלא מכוון הוא נגד התוצאות ההגיוניות של המכר בהיותו נערך בשנה שכזאת).

[1239] קלא) דוגמה לעסק כזה אפשר לראות במכר השדה בשנת היובל (ערכין כ״ט ב׳). את הדין, שבמקרה ספציפי זה חוזרות המעות ללוקח, מסבירים בעלי התוספות (ערכין ל׳ א׳,ד״ה דלמא אינה מכורה; גיטין מ״ה א׳, ד״ה מידי) על סמך ההנחה, שדין בטלות המכר במקרה זה אינו מפורסם ובסתם אין הלוקח נותן פה אפוא את מעותיו ביודעין. אולם, לע״ד נראה לי שהנכון הוא לפרש על יסוד היוצא מן הכלל שנקבע לגבי **מכר**, על פי החזקה של ״אחריות טעות סופר״.

על השאלה הזאת מוצאים אנו במקורותינו, בדרך כלל, תשובה חיובית, ואף בדרך של פשיטא וללא שום פקפוק[1240]; אולם, יש גם נסיונות של תשובה שלילית, אשר ביניהם פסקנית היא ביותר תשובתו של ר' יהודה לייב צירלסאהן, אב"ד בקישינב ורב הכולל במדינת בסרביה בין שתי מלחמות העולם[1241] - זה לשונו: "ודאי שמוקצה הוא מן הדעת לומר דבאיסור שעושה השליח מתירו לקבל שכר בעד עבריינותו, דהיינו להוסיף לאכל שום, בשביל שיהא ריחו נודף יותר".

לע"ד, נראה לי שהנימוקים שמעלה הרב צירלסאהן בהמשך דבריו, אין בהם כדי לערער את התשובה החיובית מבפנים, מבחינת שיטתה ההגיונית שלה; אולם, מצליח הוא על כל פנים להראות, שקשה לשלב אותה שיטה במגמה הכללית של דיני ישראל, המשתדלת לקנוס את העבריין לא רק בדרך עונשית, כי אם גם במשמעות המשפטית של מעשיו לגופם, "כדי שלא יהא חוטא נשכר"[1242]. נגד הקושיה המועלית מצד זה כלפי התשובה החיובית, אי אפשר לטעון - כפי שיוצא מדברי **פרופ' זילברג** בחוברתו "חוק ומשפט במשפט העברי"[1243] - [[720]] שדרך התשובה החיובית היא בכל זאת עדיפה, באשר מונעת היא על כל פנים את הריווח מן החוטא שכנגד, אשר הוא הוא שגרם לעבירה מלכתחילה ואשר השיטה הפוטרת מתשלום מאפשרת לו כביכול להוסיף עוד חטא על פשע, על ידי כך שבדיעבד ייהנה הוא מעבירת חברו דרך עושק, ואף תוך התכחשות-רמייה בהיתר. גישה זו אינה משכנעת, מפני שסוף סוף, סכנת ההתכחשות מצד מזמין העבירה יש בה כדי להניא את המוזמן מהגשמת המעשה האסור, בעוד שחיזוק הבטחת השכר על ידי התערבות בית הדין יכול רק לעשות את העבירה כדאית, בבחינת דבר אשר סכנת עונשו יוצאת בשכרו שאינו מפוקפק[1244]. לכן, מסתבר שדרך התשובה החיובית אמנם אינה יכולה להתקבל כמות שהיא בתוך המכלול של דיני ישראל, על דאגתם "שלא יהא חוטא נשכר", כפי שגורס הרב צירלסאהן - ויוצא מכאן שצריכים הדברים להיקרא בסמיכות למה שראינו בהערה קכ"ט לעיל, לפי המעשה המובא בראש השנה כ"ב ב', ורש"י שם.

צירוף זה, פירושו הוא, שבדיעבד, ואם מזמין העבירה משלם את השכר המובטח, או שהעבריין ביצע את המעשה לפני שהמזמין גילה דעתו שחוזר בו, והשכר נמצא תפוס בידו - זכה העבריין בשכר, **כאילו** שהיתה לו זכות אף להוציאו בדיינים. אולם, אם בא עבריין לתבוע את **ביצוע** התשלום, הרי מאחר שחזקה מחויבת היא מלכתחילה בענייננו, כי הבטחת שכר עבירה היא

[1240] קלב) ר', למשל, רש"י על בבא מציעא צ"א א', ד"ה רבא אמר אתנן אסרה תורה; שו"ת הרשב"א, חלקא', סע' ש"ב; שו"ע אה"ע סי' קע"ז סע' ה הגה (וכן חו"מ סי' פ"ז סע' כ"ה הגה), על פי הנאמר בתשובת הריב"ש, סוף סי' מ"א; ספר זכור לאברהם לר' אברהם בר' שמואל אביגדור, חלק חו"מ, סי' כ"ג; אמרי בינה לר' מאיר אויערבאך, חלק ב', חו"מ, הלכות דיינים, סי' י"ז.

[1241] קלג) בספרו "מערכי לב", קישינב, תרצ"ב, חלק התשובות, סי' קי"ג.

[1242] קלד) משנה חלה פ"ג מ"ז.

כדאי כאן גם כן להזכיר את המימרה המופיעה בערכין ל' א' וגיטין מ"ה א' "קנסינן היכא דאיכא לאיסורא" (אשר הרב צירלסאהן אינו מסתמך עליה). מימרה זו, במקום שהיא מופיעה, אינה באה אמנם לקבוע כלל, אלא נועדת היא רק להסביר את תחולת הקנס אשר ידוע לנו מלכתחילה כי חל הוא במקרה המסוים. אולם, על כל פנים, מאחורי ההסבר הזה יכולים אנו לשמוע אף את הכלל החיובי, שבמקום שיש איסור, כורכים חכמים קנס בתוצאות המעשה.

[1243] קלה) החיבור מובא גם בספרו "כך דרכו של תלמוד".

[1244] קלו) ואכן, אף פרופ' זילברג עצמו מסתייג מן המשמעות העקבית של דבריו: "אם ראובן, למשל, שוכר את שמעון להרוג את לוי, אין שמעון, כמובן, יכול לתבוע את שכרו מראובן... ואיש לא יעלה על הדעת להקנות ל"שליח מצוה" זה זכות תביעה נגד שולחו". אולם, במסגרת שיטתו של פרופ' זילברג נשארת הסתייגות זו תמוהה למדי, באשר נסתרת היא על פי מקורותיה.

אסמכתא ואיננה מן הסתם רצינית נמצא שהעבריין שביצע את העבירה על אף החזקה הזאת, מן הסתם הוא פעל רק למען עצמו או על דרך מתנה [[721] למזמין, תוך ויתור מראש על שכרו אם הלה לא ירצה לשלם - וזאת הן על פי אומדן דעתו של העבריין בעצמו הן על פי הקנס אשר קנסוהו חכמים בודאי. לפי ההנחות האלו לא ייזקק אפוא בית הדין לתביעה מלכתחילה, והנתבע יצא פטור אפילו ללא שבועית היסת.

מסקנה אחרונה זו מתנגשת אמנם עם הסברה שהעלה הריב"ש בתשובתו שהזכרנו לעיל, בהערה קל"ב, שתביעת פילגש לתשלום אתנן אשר הנתבע נדר לה לדבריה, מחייבת את הנתבע בשבועה. אולם, לע"ד, אין סברה זו יכולה לעמוד - מן הטעם הפשוט, שאם טענת האשה נכונה, נמצא כי חשוד הנתבע על השבועה, וכשם שאין נדרו נאמן מלכתחילה, כן גם פטור הוא בלי שבועה לבסוף[1245]. נראה לי כי משנותנים אנו [[722]] את הדעת על נקודה זו, הרי לא זו בלבד שנשמטת

[1245] קלז) דוק בשו"ע חו"מ סי' צ"ב.
מסקנה זו עשויה לכאורה להיסתר על ידי כמה מקורות נוספים, אשר גם בהם נקבע לכאורה כי תביעה על פי עילה של איסור מזקיקה את הנתבע לשבועה, ואין חוששים ל"מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא"; אולם באמת נראה לומר כי הסתירה נעלמת כשיורדים אנו לעומק הדברים.
מקור הסתירה המובהק ביותר הוא בשו"ע חו"מ סי' ע"ה סע' ח', אשר נקבע שם, שאם טען אדם "מנה לי בידך שגזלתני (או גנבתני), והלה אומר: לא היו דברים מעולם, משביעים אותו היסת", והש"ך מפרש שם, בס"ק כד, ד"אע"ג דלדברי התובע חשוד הוא, משבעינן ליה, כיון שלא נעשה חשוד ע"פ עדים, כדלקמן סי' צ"ב". אולם העיון בסימן צ"ב מגלה קודם כל, כי הפסילה הפורמלית-הטרומית של המוחשד באמת אינה דרישה קונסטיטוטיבית לפסילתו כלל וכלל: האמת היא כי נאמנות העבריין נפסלת על ידי עצם עבריינותו; הפסילה הפורמלית-הטרומית נדרשת אמנם ברוב המקרים - לצרכי הוכחה - כי באופן אחר תישאר בסתם הפסלות עלומה, ועל כל פנים נדרשת הפסילה הפורמלית-הטרומית במקום שמבקש הצד שכנגד להעביר את זכות השבועה לעצמו; אולם, מעבר לזכות ההעברה, ובמקום שהפסלות מתבררת מאליה, ממסיבות המקרה, אין לנו צורך בפסילה הפורמלית-הטרומית. ושנית: יש הבדל חותך בין טענת "מנה לי בידך שגזלתני" לבין טענת "מנה לי בידך שנדרת לי אתנן". הטענה מן הסוג הראשון איננה למעשה טענה עובדתית, אלא הוא פירוש משפטי אשר התובע מוסיף לטענתו העובדתית, כגון שהנתבע חטף ממנו את הממון באלימות, או תפסו ממנו בחשאי - וטענה עובדתית זו, אין בה, כשלעצמה, כדי להחשיד את הנתבע, מפני שגם [[722]] אם נכונה היא, עדיין אפשר שתהיה לנתבע הצדקה למעשהו, וכגון שהאמין כי תופס הוא משלו. לכן, גם אם מוסיף התובע וטוען "לא, כי גזילה היא", הרי אם הנתבע כופר בעצם המעשה, ואין נגדו הוכחות, אין העניין המשפטי של "גזילה" עולה בינתיים כלל לדיון והאיש נפטר בשבועת היסת כנגד עצם הטענה העובדתית, בלי שטענת "הגזילה" תוכל להשפיע להחשדתו במאומה [הערה קלז-1) אם הנתבע מודה במעשה, אלא שטוען אמנם הצדקה כנ"ל ומפרט את גדרי ההצדקה, הרי כשאין שם הוכחות לצד המשפטי של הגזילה, נשאר הנתבע ונאמן ונפטר הוא אפילו בלי שבועת היסת (ר' טור יו"ד סי' קס"ט סע' נ"ה, וב"י שם, וט"ז על אותו סימן בשו"ע, ס"ק ל"ו)]. לעומת זאת, טענת "מנה לי בידך שנדרת לי אתנן" היא כל כולה טענה עובדתית, אשר עצם סיפור המעשה שבה כולל יחוס של דבר עבירה לנתבע, ללא שום מפלט הצדקה. במקרה כזה נראה פשוט על פי שו"ע חו"מ סי' צ"ב, שהטענה מחשידה אמנם את הנתבע - אם לא כלפי כל העולם, הרי לפחות ביחס לתובע - ושוב אין מקום לשבועה ביניהם. מסקנה זו אף מתאשרת למעשה בפירוש, על ידי המקור העיקרי אשר הש"ך עצמו מתבסס עליו ושיש לו שייכות ישירה לענייננו, והיינו דברי הריטב"א בחידושיו על בבא מציעא ה' ב' וב"י על טור חו"מ סי' ע"ה סע' ג' (ס"ק י"א); תשובת הרשב"א המיוחסת לרמב"ן, סי' ק"ט; וסמ"ע על שו"ע חו"מ סי' פ"ז סע' כ"ה הגה (ס"ק ס').
לאור הדברים האלה נראה גם כן לפרש, כי מה שמובא בב"י על חו"מ סי' צ"ב סע' י', "שאין נמנעין מלהשביעו מפני שחשדו בעל דינו על שבועתו, ונראה שדעתם לומר שאין פוסלין אותו לחצאין, שיהא פסול לגבי זה וכשר לגבי עלמא", הרי הכוונה בכך היא למקרה שבעל הדין **מוסיף** על טענותיו החשדה לגבי חברו, מן הצד, אשר לא נאמר כי בגין החשדת-אגב זו, שאיננה מוכחת, נפטור את הצד שכנגד משבועה שהוא היה מתחייב בה באופן אחר; אולם, כאשר ההחשדה אינה צדדית, אלא היא עניין הכרחי שממה נפשך, מעיקר טענתו של בעל הדין, באמת אין מפלט מן הפסילה לחצאין, "ואף על פי שאין זה נאמן לפוסלו לעלמא, לחובתו נאמן הוא", כדברי הריטב"א. [[723]]
לאחר מכן עוד יש לנו לתת את הדעת על מה שהש"ך מוסיף וטוען בענייננו, מצד המקורות הקובעים כי משביעים את הנתבע על פי תביעה להחזרת ריבית קצוצה. בקשר לכך יש לציין קודם כל, כי הריטב"א - כפי שכבר הזכרנו לעיל - פוסק כאן דווקא בכיוון המנוגד למה שעשוי להשתמע לכאורה מהבאתו אצל הש"ך, והיינו שבטענת ריבית קצוצה (בהבדל מטענת גזילה) אין הריטב"א רואה מקום למפלט הצדקה, ולכן סובר הוא כי הטענה מחשידה אמנם את הנתבע ממה נפשך ביחס לתובע, ובאמת פטור כאן הנתבע מהיסת. לעומת זאת, מה שנקבע בשו"ע יו"ד סי' קע"ז סע' י"א, כי טענת ריבית קצוצה מזקיקה את הנתבע לשבועת היסת, מבוסס על תשובת הרשב"א המיוחסת לרמב"ן, סי' ק"ט, אשר שם התפיסה היא כי אף בתביעת

חולייה חשובה במערכת המקורות של "התשובה החיובית", אלא הגישה שהצענו אף חוזרת ומתחזקת באופן כפול: שהרי אם אפילו על פי שבועה ונדר דינו של מזמין העבירה הוא שלא יהא נאמן, על אחת כמה וכמה שאין העבריין יכול לסמוך על הבטחתו כאשר ההסכם הוא כולו חולין.

נגד התפיסה הזאת אין גם לטעון מן העובדה, שבמקרה הנידון [[723]] בתשובת ר' אברהם אביגדור (אשר גם כן הזכרנו בהערה קל"ב) טען מזמין העבירה בפירוש, שמלכתחילה לא היתה הבטחתו רצינית, אך הרב לא התחשב בטענתו. לע"ד נראה לי כי דווקא באשר הטענה לא נידונה, הרי שאין ללמוד מתשובה זו את פירכת הטענה.

כל הדיוקים הללו לא הובאו בפירוש בתשובתו של הרב צירלסאהן - ונראה לי שכאשר מבררים אנו את הדברים כנ"ל, אמנם יש בהם כדי לבסס את שיטת הרב צירלסאהן גם מבעד למקורות שהבאנו במגמת התשובה החיובית.

לפי סיכום זה, ההבדל בין דיני ישראל לשיטות הנוכריות נשאר למעשה מצומצם ביותר. נקודת ההבדל החשובה היא רק זו, שעל פי השיטות הנוכריות, יד המחזיק הוא על העליונה, גם כאשר על פי דין רואים את הרכוש כשייך לתובע. בדיני ישראל, לעומת זאת, נסתם כל פער כזה על פי הנחות שבדין[1246]. [[724]]

9. סיכול התנאי או גרם קיומו בזדון

ולבסוף, בעיית התוצאות של עסק מותנה, כאשר התנאי נמצא מסוכל או מתקיים באופן מלאכותי, על ידי התערבותו המכוונת של צד מעוניין. ראינו כי הפתרון האירופי המקובל הוא, שהדבר ייחשב כאילו ההתערבות נכשלה, וכאילו גורלו של התנאי היה להיפך ממה שביקש המתערב להשיג. אולם, נראה לומר כי פתרון שכזה לא יהא דווקא מתאים תמיד למסיבות המקרה - שהרי סוף סוף מסדיר הוא את היחסים על פי הנחות המנוגדות למציאות. נניח, למשל, כי ראובן קונה מגרש משמעון, על התנאי המשהה שיצליח להתקשר עם לוי בשותפות לגבי מפעל מסוים שיוקם באותו מגרש - ובינתיים מתחרט שמעון, וכדי לסכל את המכר משחד הוא את לוי, שיימנע מן השותפות. אין צריך לומר, כי פתרון הדברים במקרה שכזה, על פי הנחה שלוי בכל זאת הסכים לשותפות, יכול להיות רק עיוות. או, נניח שראובן מוכר לשמעון מגרש על התנאי המשהה שהלה יעשה לו שליחות מסוימת (כגון שישיג לו איזו הצעה מסחרית), ובינתיים [[725]] מתחרט ראובן, אך שמעון אינו מסכים להסתלק מן העסק, ומתכוון הוא למלא את השליחות אף על פי ששוב אין זו נחוצה - ולכן הולך ראובן ומשחד את מי שצריך, כדי להכשיל את השליחות מן הצד

ריבית קצוצה - בדומה לטענת גזילה - **יש** מפלט הצדקה, מפני גם אם היה הסכם ריבית, באמת לא נזקק הנתבע להסכם כזה אלא כפיטום דברים כדי להוציא מן התובע ממון שהגיע לו ושאבדו ראיותיו. גם מקור זה אינו סותר איפוא את מסקנתנו, כי אם אדרבה. ולבסוף, הוא הדין, למעשה, גם בתשובת הרא"ש המצוטטת בחו"מ [הערת עורך: צ"ל יו"ד] סי' קס"ט: מפני שאף על פי שההנמקה לחיוב השבועה לא נתבררה כאן בפירוש, הרי על כל פנים ברור כאן מהבחנת האפשרויות הנידונות בתשובה, כי הרא"ש רואה אפשרות של מפלט-הצדקה גם כנגד טענה של ריבית קצוצה (היינו טענת יד עכו"ם באמצע).

[1246] קלח) לשם פירוט נוסף של מקורות ועיונים בענייננו, ר' גם **רקובר, ענישה במעשה הבא בעבירה**, וכן **ורהפטיג, חוזים**, עמ' 183 ואילך.

ההפוך. גם כאן, כמובן, אף על פי ששמעון מעוניין בקיום התנאי שסוכל בזדון, הרי מכל מקום אין הוא ראוי לפרס כאילו באמת קיים את השליחות.

בדיני ישראל נמצא הפתרון בעניינו במסגרת הכללים למניעת הרשעות, שראינו בספר על "דיני הקניין במוחזק" פרק ג', סע' א', מס' 6 - ולע"ד הרי זה פתרון מכוון ומספיק. [[726]]

נושא שני: דיני חוסר ההתאמה בין דימוי העסק והדעת

א. גדרי הנושא

בנושא של חוסר התאמה בין דימוי העסק והדעת טיפלנו כבר בחיבור זה, מתוך התייחסות מיוחדת, בשתי הזדמנויות קודמות: ראשית בכעין מבוא עיוני כללי, בפרק א', נושא שלישי, סע' ו' ("מעשה הקניין, דברי הקניין והכוונה האמיתית"), ושנית, בפרק ג', סע' ג ("אונאה") וסע' ד' ("שלמות הממכר בתאריו"), אשר שם דנו בכמה אפשרויות ספציפיות של טעות בחוזה מכר. עתה, כשחוזרים אנו לדון בנושא, כוונתנו העיקרית היא לברר את הדינים המעשיים החלים במקרים השונים, אשר בהם מתגלה אמנם חוסר התאמה כלשהו בין דימוי העסק והדעת, במסגרת האפשרויות השונות שראינו לכך בפרק א', נושא שלישי, סע' ו'. תוך כדי כך, ממילא תתבררנה לנו, ביתר פרוטרוט, אותן האפשרויות שאמרנו, וכמו כן, יתבררו העקרונות התאורטיים המונחים ביסודם של הדינים המעשיים השונים. לפנים מן המסגרת הזאת, נצטרך גם לחזור ולבדוק את היחס בין דרך המלך של השיטה - או השיטות - בנושא הנידון לבין הדינים הספציפיים שכבר ראינו בתחום זה לעיל, בפרק ג', סעיפים ג' וד'.

כדי להכשיר את המעבר לדיוננו המחודש בנושא, לפי הגדרים הנ"ל, נחזור ונסכם פה בקצרה את תמצית מסקנותינו בפרק א', נושא שלישי, סע' ו' לעיל. שם ראינו, קודם כל, כי חשד של חוסר התאמה בין דימוי העסק והדעת יכול לעלות בשלושה אופנים, אשר הראשון שבהם הוא חשד של העדר גמירת דעת שלמה על פי עצם דמותו החיצונית של העסק (אשר לזה יש לצרף גם את החשד של העדר סמיכת דעת, [[727]] במובן שהוספנו לפרט שם, בהמשך הדברים, בסע' ז' וח'). כשחשד מסוג זה מתאשר, פירושו של דבר הוא למעשה, כי בטלותו של העסק מתגלה על פניו מתוך עצם העדרם של תנאי השלמות המשפטיים מעיקרא - וממילא, בהמשך הדיון מבחינתנו עתה, שוב אין לנו עניין בכך.

נשארים לנו אפוא שני האופנים האחרים, אשר בהם עשוי להתגלות חוסר התאמה בין דימוי העסק והדעת, אף על פי שהדמות החיצונית של העסק טובה היא - והריהם אלה:

א) עסק שנעשה במגמה של דמיוניות, או האחזת עיניים;

ב) עסק שנעשה על פי אילוץ.

בהמשך הדברים ראינו כי הדמיוניות או האילוץ עשוים להתייחס לעסק בכללו או רק לנקודה מסוימת בתוכנו של העסק בלבד. כמו כן ראוי לציין, כי במקום שמדובר בעסק הדדי, ייתכן כמובן שהדמיוניות או האילוץ יתייחסו רק לצידו האחד של העסק, ולא לצד שכנגד.

מעבר לכך, לענין חוסר התאמה בין דימוי העסק והדעת **מבחינתו של התוכן**, יתכן שחוסר ההתאמה יתבטא גם בצורה של **טעות**. הטעות יכולה להיות על ידי כך, שצד אחד בעסק, או שני הצדדים, ייחסו לדברי הקניין משמעות שונה ממשמעותם האובייקטיבית - ויכול היא להיות על ידי כך שתהיה להם הבנה מסולפת בגופו של התוכן (או בנשוא המכוון של דברי הקניין), בלי שום פער בין המשמעות הסובייקטיבית והאובייקטיבית של הדברים כשלעצמם.

להלן נסקור את עניינו לפי הסדר הזה; אולם [[728]] בסמיכות לעניין האילוץ, נסטה גם לבעיית האסמכתא של תנאים מוגזמים המתקבלים בשעת הדחק, ובסמיכות שוב לכך נחזור ונסטה גם לבעיות אחרות של אסמכתא.

ב. עסק במגמה של דמיוניות או האחזת עיניים

עסק עשוי להכיל בו מגמה של דמיוניות או האחזת עיניים בשני אופנים: כאשר כוונת הדמיוניות של דברי הקניין (או של מעשה הקניין) היא לאחז את עיניהם של אנשים צדדיים, או כאשר כוונת הדמיוניות היא לאחז את עיניו של הצד שכנגד בעסק עצמו. בשני האופנים נראה אפוא לומר לכאורה כי מטבע מהותו של העסק מן הסוג הנידון הוא שמכיל הוא את יסוד **ההטעיה** או **הרמייה**. אולם, באמת יש להבחין. על גורם ההטעיה או הרמייה מדברות שיטות המשפט, בדרך כלל, מנקודת הראות של השפעת הגורם הזה על אחריות המטעה כלפי הצד שהוטעה; לעומת זאת, כשמדברים אנו על מגמה של דמיוניות בעסק, אין עיקר כוונתנו לבחינת האחריות להטעייה, כי אם לבחינת עצם משמעותו של העסק, בשים לב להפרש הנמצא בו בין הדעת האמיתית של בעליו לבין דעתם כפי שהיא מתגלה - או מכוונת להתגלות - כלפי חוץ לכאורה.

בנקודה זו יש לנו לחזור ולהבחין בין עצם האפשרות שדעת בעליו של העסק תתגלה משום מה כלפי חוץ באופן שונה מן הדעת האמיתית, לבין ההנחה, שהדעת אמנם מכוונת היתה להתגלות מלכתחילה באופן שונה ממה שהיא היתה באמת. בשלב זה של דיוננו אכן באים אנו לעיסוק רק בהנחה מן הסוג **השני**, ואילו את בעיות האפשרות האמורה בתחילה נבחן במיוחד בהמשכו של הפרק, כשנבוא לעיסוק בנושא **הטעות**. אולם, יש לשים לב, שגם בבואנו לדון רק בהנחה מן הסוג השני, עשויים אנו להיתקל באפשרויות משני המינים: ראשית, אפשר שכוונת ההטעייה תצליח, ושהצד אשר נגדו היא מכוונת יתפוס אמנם את הגילוי המסולף כאמת - ואפשר שכוונת ההטעייה תיכשל, והצד שכנגד יעמוד מיד על כוונתו האמיתית של בעל העסק; ואנו, אכן אמורים אנו לבחון כאן את משמעותו של העסק בשני האופנים האלה גם יחד.

[[729]] יתר על כן, צריכים אנו בהקשר זה לתת את הדעת גם על אפשרות שלישית, כלהלן. יסודה של אפשרות זו הוא בהנחה, שפלוני יבוא לערוך דימוי של עסק לא רק מתוך מגמה של הפרש בין הדעת האמיתית לבין גילויה החיצון לכאורה, אלא גם מתוך מגמה מכוונת שהצד שכנגד יעמוד

אמנם על ההפרש לאלתר ולא יוטעה למעשה כלל וכלל; וכאשר מכלול המגמות הזה מצליח, והצדדים מבינים זה את זה אל נכון, אין צריך לומר שחוזרים אנו פשוט לעסק - או להעדר של עסק (כגון משחק או הצגה) - מן הסוג הרגיל. אולם, בעיה מתעוררת כאשר המגמות הסותרות נכשלות, ואדם הנוגע בדבר טוען לתוצאה שתתאים דווקא לגילוי החיצון. אפשרות זו מחזירה אותנו למעשה אל הבעיה השרשית של הנושא אשר בו אנו עוסקים כאן - היינו עמדת המשפט לגבי המקרה של הימצאות הפרש בין הדעת האמיתית לבין חזרתה של הדעת על פי גילויה החיצון - ולהלן נמשיך לברר את עניינו החל בנקודת המוצא השרשית הלזאת.

בשיטות המשפט של אירופה הועלו בנקודה זו גישות עקרוניות מתחרות. לפי גישה אחת - Willenstheorie - עדיף כוחה של הדעת האמיתית, ואין להכיר בקיומו של עסק רק על פי חזקת משמעותו של הגילוי החיצון, אשר לא היתה מאחוריו כוונה אמיתית מתאימה מצד בעל הדבר. לפי הגישה הנגדית - Erklarungstheorie - עדיף כוחה של "ההצהרה", ואין לאפשר לאדם להתכחש למשמעות הסבירה של דבריו או מעשיו רק מפני שהוא מצידו כיוון בהם משום מה לאיזו משמעות משונה שנשארה עלומה מן הצד שכנגד. לפי נוסח אחר, שוב - "עקרון האחריות" - אין אדם יכול להתכחש למשמעות הסבירה של "הצהרתו", גם אם לא התכוון לה, כל אימת שדימוי מוטעה של כוונתו נגרם בפשיעתו; ובמקביל לכך, לפי "עקרון ההסמכה", [[730]] מעדיפים גם כן את המשמעות הסבירה של "ההצהרה" - אף בניגוד לכוונתה האמיתית - אם היא עוררה אצל הצד שכנגד ציפיות מתאימות, והוא התנהג בתום לב בהתאם להן. אולם, נראה שאף אחת מן הגישות העקרוניות האלו אינה שלטת בשיטות האירופיות למעשה. הגישות "האובייקטיביסטיות" נדחות במיוחד בתחום העסקים ש"מחמת מיתה" וביחס למתנות, ואילו הגישה "הרצונית", הסובייקטיביסטית, מקבלת עדיין תחולה נרחבת למדי אף בתחום העסקים שבתמורה. למעשה מסתבר, שאף אם בתחומים מסוימים אפשר בשיטות האירופיות להכיר בדיעבד בנטיית העדפה לגישה עקרונית אחת או אחרת, הרי מלכתחילה אין להכריע שם את הדין מבחינתנו בשום מקרה מיוחד לפי איזו גישה עקרונית במופשט, אלא תמיד יש לבדוק מהם גדרי הדין המיוחד, המתאים לאותו מקרה ביחוד[1247].

בדומה לכך, **במשפט האנגלי**, מוצאים אנו לכאורה נטייה לאמץ גישה **אובייקטיביסטית** כרקע נתון לשיטת המשפט בעניינו[1248]; אולם, למעשה מסתבר שגם כאן אי אפשר לקבל את הגישה

[1247] קלט) **אנקצרוס**, עמ' 509 ואילך; **מסיניאו**, א', עמ' 484 ואילך; **קולין וקפיטן**, ג', עמ' 36; צלטנר, א', עמ' 422 ואילך. אצל המחברים ניכרת נטייה לרמוז, שמבחינה תיאורטית נשאר על כל פנים העיקר בגישה "הרצונית", ואילו כל אימת שניתן תוקף לגישה אובייקטיביסטית, הרי זה רק תיקון על גבה של הגישה "הרצונית", היסודית. אולם, באמת נראה שיש כאן להיזהר מטעות: העקרון היסודי הוא לאו דוקא בגישה "הרצונית", אלא בתפיסה שהעסק זקוק לדעת סובייקטיבית: על תפיסה עקרונית זו אין מחלוקת גם בגישות האובייקטיביסטיות. השאלה היא רק כיצד נכיר את הדעת הסובייקטיבית הנחוצה: האם נדרוש דווקא בירור מושלם עד לעצם הווייתה של הדעת, או שמא ראוי לנו להסתפק בבירור חזקתי? ביחס לשאלה זו אפשר לומר כי שני מיני הגישות הם בעלי מעמד תיאורטי שווה.

[1248] קמ) **אנסון**, עמ' 166-162 ועמ'328; ולכאורה אף מופיעים הדברים ביתר הדגשה במהדורה החדשה מ-1969, בעמ' 32 ו-259-258. העורך מספר כאן כי במאה הי"ט היתה המגמה ללכת לפי ה-consensus theory, הדורשת דוקא הסכמה אמיתית מלאה וחפשית, אך עתה - כדבריו - נרתעים בתי המשפט עד מאוד מלראות חוזה כבטל לפי המגמה הלזאת.

האובייקטיביסטית כשלעצמה כמין פתרון כללי המצוי לפנינו, אלא יש לבחון כל מקרה לפי הדין החל עליו על פי טיבו המיוחד[1249].

בדיני ישראל מגיעים אנו לכאורה בהכרח לפתרון אובייקטיביסטי בענייננו, לפי [[731]] מה שראינו לעיל בדרישה לסמיכת דעת - והיינו שהמבחן לקיומה או העדרה של סמיכת דעת איננו בבדיקה פנימית של דעת האיש לאמיתה, כי אם בחזקה המתקבלת לגביה על פי המסיבות[1250]. אולם, באמת גם הדרישה הישראלית המיוחדת לסמיכת דעת אינה משנה את רקע הבעייה העומדת לפנינו; יהא שהמבחן לסמיכת דעת הוא אובייקטיבי, הרי מכל מקום יתכן כי על אף מערכת המסיבות, המעלה לכאורה במקרה פלוני חזקה של סמיכת דעת קיימת, עוד ינסה מישהו לבוא ולהראות, כי מאחורי מערכת המסיבות הזאת קיימת עוד למעשה מערכת מסיבות אחרת, אשר היא, גם כן, בצורה אובייקטייבית, עשויה דוקא לסתור את החזקה הראשונה או לשנותה על יסוד השיקולים הסובייקטיביים המיוחדים של מעשה אחיזת עיניים, מאולצות או טעות, והשאלה היא מה יהא היחס המשפט אל מערכת המסיבות החבויה הלזאת? בהקשר מתוקן זה מוצאים אנו לכאורה גם בדיני ישראל, שבמעשים חד צדדיים (כמו גט פיטורין) או במעשי זיכוי (כמו מתנה), העקרון הוא שהדעת האמיתית עדיפה, בעוד שבעסקים הדדיים, העקרון הוא שמעדיפים את הגילוי החיצון[1251]; אולם, באמת גם בדיני ישראל נראה, שעל פי עקרונות מופשטים אלה אין בדרך כלל להוציא את הדין, אלא יש לברר כל עניין על פי גדרי דינו המיוחדים - ולפי זה נשוב עכשיו במיוחד אל בעיות העניין שהעמדנו כאן לפנינו: דיני העסק שיש בו מלכתחילה מגמת דמיוניות או האחזת עיניים.

כבר אמרנו כי עסק מסוג זה יכול להיות בשני אופנים; אולם גם שני האופנים הללו עשויים להתחלק עוד לאופני משנה אחדים, ולהלן נבחן את האופנים ואופני המשנה הללו אחד אחד.

1. היתול, משחק והשטאה

אופן המשנה הראשון הוא, כשדימוי של עסק נערך לאו דווקא במגמה להטעות אנשים צדדיים או את הצד שכנגד, אלא - כפי שכבר הזכרנו - על דעת שיוכר אמנם הדימוי בכזבו, והיינו בבחינת [[732]] היתול, משחק, הדגמה לימודית, או כיו"ב; וכבר אמרנו, שכאשר המגמה הזאת מצליחה, אין בעיה - באשר הכל מבינים ומקבלים מלכתחילה, על פי התדמית האובייקטיבית ובהתאם לכוונה הסובייקטיבית גם יחד, שאין שם שום עסק בכלל. אולם, בעיה עשויה להתעורר, כאמור, כאשר הצד שכנגד (או אדם מעוניין שלישי) מצליח להראות לכאורה, שלפחות מבחינת התדמית האובייקטיבית ייתכן שהיתה שם כוונה עסקית אמיתית. במקרה כזה, כשבעל הדבר מצליח להראות כי אמנם לא התכוון אלא להיתול, משחק או כיו"ב, הרי **במשפט הגרמני**, לפי סע' 118 של הבג"ב - אם מצליח הוא גם להראות שאף לא מסר את "הצהרתו" אלא מתוך ציפיה שיוכר

[1249] קמא) **צ'שיר-פיפוט**, עמ' 201 ואילך; **טריטל**, עמ' 209 ואילך; ואף **אנסון**, ובמיוחד במהדורה החדשה, המדגיש גם הוא בעמ' 293 ואילך, את הנטייה - אשר באופן פרדוכסלי אף היא מתגברת והולכת בעת החדשה - לרכך דוקא את המגמות האובייקטיביסטיות של הקומון-לו על ידי פתרונות גמישים של האקויטי. ור' גם **צלטנר**, א', עמ' 432 ואילך.

[1250] קמב) פרק א', נושא שלישי, סע' 5.

[1251] קמג) ר' נודע ביהודה, חו"מ, סי' כ"ח, ור' בבא בתרא מ' ב'.

העדר הכוונה הרצינית מצידו - מכריעה הכוונה הסובייקטיבית, והעסק בטל[1252]. **אנקצרוס** מדגיש, כי העסק בטל גם אם למעשה היתה שם טעות, והעדר הכוונה האמיתית לא הוכר[1253]. עם זאת מציין הוא שבמסיבות מתאימות עשויה לעמוד לנפגע תביעה בשל הנזק שנגרם לו על ידי אמונתו בהצהרה הבטלה. זכות זו היא על פי דין כללי[1254]; אין היא תלויה בפשיעה מצד "המצהיר", כי אם רק בתום לבו של הנפגע - ומשמע, לגבי עניינו, שה"הצהרה" הבלתי רצינית בטלה אף אם ציפיית המצהיר שהעדר הרצינות יוכר לא היתה דווקא סבירה, [[733א]] אולם, מצד שני, אחראי המצהיר לנזק על כל פנים, אף אם ציפייתו היתה סבירה, ובלבד שלא יהא שם המקרה שציפייתו היתה אמנם מוצדקת כל כך, עד שבעל דברו אכן מכיר היה בהעדר הרצינות בהכרח, לו רק לא היה מתעלם בטיפשות או ברשלנות מן הנתונים המתאמים שהיו לפניו[1255].

בצרפת ובאיטליה (וכן גם **בשוויצריה**) אין הוראה חוקית מיוחדת בעניינו. אולם, **מסיניאו** מפרש כי במקרה מן הסוג הנידון העסק בטל, אם כוונת ההיתול או המשחק היתה נתונה להכרה; אם הכוונה הזאת לא היתה ניתנת להכרה - העסק קיים. מסיניאו מסמיך את פירושו על "עקרון ההסמכה" שהזכרנו לעיל[1256].

במשפט האנגלי קשה למצוא טיפול מיוחד ומכוון בשאלה העומדת לפנינו, או גם - בדרך כלל - ביחס לעסק הכרוך במגמה של דמיוניות או האחזת עיניים מדעת. **צלטנר** כותב כי הדבר נובע מעצם טיבו של המשפט האנגלי, המבקש בחוזים כוונה חיובית מחד גיסא והצטרפות של תמורות הדדיות מאידך - ומה גם שאף אין המשפט האנגלי מכיר בזכויות של צד שלישי על פי חוזה בין צדדים אחרים[1257]; אולם, באמת נראה שאין בתרוצים אלה כדי לפטור את העניין. אף במשפט האנגלי ייתכן למעשה עסק ללא תמורה - כמו במתנה חפצית או ב-deed, - ואפילו כשיש לכאורה הצטרפות של תמורות, עשויה השאלה להתעורר האם אמנם ניתנה תמורה פלונית מתוך כוונה אמיתית, ומה הדין במקרה שלא כן? נראה לי, לכאורה, כי את התשובה על שאלה זו יש להסיק על פי השיטה האובייקטיביסטית - והיינו שאם לכאורה היתה שם כוונה אמיתית, לא יוכל בעל הדבר

[1252] קמד) סע' 118 קובע: "הצהרת רצון המכוונת שלא ברצינות והנמסרת תוך ציפייה כי לא תהיה טעות על ידי כך שהעדר הרצינות לא יוכר, הריהי בטלה". **אנקצרוס**, בעמ' 514, מבקש להבחין בין העדר רצינות שבדרך היתול או התרברבות לבין העדר רצינות שבדרך משחק, הצגה או כיו"ב. לדעתו, רק העדר רצינות מן הסוג הראשון נתפס בסע' 118, ואילו הצהרה שבדרך משחק או הצגה היא חסרת משמעות משפטית מעיקרא, והרי זו יוצאת אפוא בטלה מכל מקום. אולם, לע"ד אין בהבחנה זו ממש. יתכן אמנם כי לגבי הצהרה שבדרך משחק הרבה יותר קשה יהיה להעלות חזקת תדמית של משמעות משפטית, מאשר לגבי הצהרה שבדרך היתול - ולכן, כמעט תמיד יוצא אמנם הצהרת המשחק בטלה על פניה, אף בלי שיהא צורך להיזקק לגביה למבחן של סע' 118. אולם, כשהעדר הכוונה המשפטית הכנה ברור על פניו, ממילא הוא הדין גם בהצהרה בדרך היתול; ואילו במקרה שמצליחים איך שהוא להעלות את חזקת התדמית המשפטית, הרי זהו הגורם הקובע, ושוב אין נפקא מינה אם חוסר הרצינות היה עניין של היתול או שהיה עניין של משחק.

[1253] קמה) **אנקצרוס**, עמ' 514.

[1254] קמו) סע' 122 של הבג"ב.

[1255] קמז) **אנקצרוס**, עמ' 514 ו-529-530.

[1256] קמח) **מסיניאו**, א', עמ' 487.

[1257] קמט) **צלטנר**, א', עמ' 437.

להתכחש למסקנה, אבל אם העדר הכוונה יכול להיחשב במסיבות המקרה כגלוי באופן סביר על פניו, הרי שהעסק יצא ממילא בטל מעיקרא[1258].

[[733ב]] במדינת ישראל קובע כיום סעיף 13 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, כי "חוזה שנכרת למראית-עין בלבד - בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום-לב על קיום החוזה". נראה לומר, כי הוראה זו היא בעלת משמעות בענייננו רק כאשר החוזה נכרת דרך משחק או היתול **מתוך הבנה הדדית**, אך אך אין ממנה פתרון למקרה ששאלת ההבנה ההדדית שנויה במחלוקת. פירושו של דבר במלים אחרות הוא, כי משמעות הרישא בענייננו היא תיאורטית בלבד (ואף זאת ללא שום חידוש מעבר למה שמובן ממילא) אחר שלמעשה - רק כאשר שאלת ההבנה ההדדית ביחס לטיב הכוונה תהא אמנם שנויה במחלוקת - עשוי יהא אדם להיזקק להוראה חוקית בנידון (פירכה נוספת של הסעיף נחזור ונראה עוד להלן, בקשר לתחולתו ביחס לחוזה מדומה).

[[734]] בדיני ישראל צריכים אנו, לשם בירור הענין, לחזור ולתת את הדעת על כמה מושגים אשר יש להם משמעות כללית לגבי הבנת ההכרה במעשה הקניין. המושג הראשון והחשוב ביותר הוא "**אומדנא דמוכח**" - והיינו מסקנה המתחייבת על פי הגיון המסיבות לגבי הבנת התהוותם או כוונתם של מעשה או דברים[1259]. לפי הגדרה זו אפשר לומר כי כל הכרה במסכת דברים מסוימת, כמכלול המגלם מעשה קניין, אינה יכולה בעצם להתקבל אלא על פי איזה "אומדנא דמוכח". אולם, מבחינה כללית זו, משמעותו של המושג נשארת עדיין עיונית וסטאטית-מופשטת בלבד. הערך המעשי של המושג לגבי ענייננו מתגלה - כפי שכבר הדגשנו לעיל - רק כאשר לכאורה **יש** שם "אומדנא" של מעשה קנין, אלא שמכל מקום, האומדן אינו עדיין "מוכח" לחלוטין, וביחס לתואר הזה מתנהל עדיין שקלא וטריא על פי טענה או חשד של כוונת היתול או משחק. במקרה שכזה, הרבותא מבחינת המושג הנידון היא, ששוב אין אנו נזקקים לאומדן ההגיוני בדרך **החיובית** של התבשלות התדמית של מעשה קניין בדמיוננו - ובאופן שאף אם התדמית לא תבשיל, בגלל דמות ההיתול או המשחק המעורבת בעניין, הרי זה יהיה על כל פנים מיד ומלכתחילה, בשל בהירותם וחד משמעותם של היסודות הללו, המונעים את היווצרותם של תדמית הכוונה הכנה מעיקרא - אלא נזקקים אנו כאן לאומדן בדרך **השלילית**, כדי **לבקר** את מידת האומדן החיובית הקיימת מקודם, כדי לנסות ולסתור את האומדן התחילי הזה או לשנות את גדריו. ברמת דברים זו, הכלל בדיני ממונות הוא, שיש לנו להשתמש באומדן הדעת, או בהערכה ההגיונית של המסיבות - לא רק כדי להעלות או שלא להעלות את הרעיון של קיום מעשה הקניין מלכתחילה, אלא גם כדי לבקר את הרעיון של קיום כזה בדיעבד, ובאופן שאם לבסוף מגיעים אנו ל"אומדנא דמוכח", שבאמת לא היתה שם כוונה כנה, כי אם מגמה של היתול או משחק, עשויה התדמית של מעשה קניין ליבטל. לעומת זאת, בענייני קידושין וגיטין, הכלל הוא שאין משקל [[735]] לאומדן הדעת בדרך השלילית, ובמקום שהועלתה התדמית של מעשה קידושין או גט, הקיימים אפילו בספק, אין

[1258] קנ) ר' **אנסון**, מהדורה חדשה, עמ'32: "המבחן לכוונה ליצור יחסים משפטיים הוא אובייקטיבי. ייתכן שהמבטיח אף פעם לא ציפה כי הבטחתו תיהפך לאיזו התחייבות משפטית, אולם, אם אדם בר דעת יחשוב כי הוא התכוון להתחייב בחוזה באופן כזה, הרי שיצטרך האיש לקיים את הבטחתו".

[1259] קנא) ר' את הגדרת המושג ופרטי שימושו **באנציקלופדיה תלמודית**, ערך אומדנא.

הספק נסתר, ואין הקידושין או הגט מתבטלים, אפילו על פי "אומדנא דמוכח" שבאמת לא היה שם אלא מעשה היתול או משחק גרידא[1260].

ובהקשר זה צריכים אנו לתת את הדעת גם על המושגים הנוספים שאמרנו. אחד מאלה הוא "**גילוי דעת**" - ומשמעו מעשה או דיבור שאינם מבטאים אמנם את כוונתו של אדם במושגים ישירים, אך מגלים אותה על כל פנים בעקיפין או כגורם של לוואי בדרך של "אומדנא דמוכח"[1261]. "גילוי הדעת" הוא אפוא אחד האמצעים אשר על ידיהם עשוי להתקבל אומדנא דמוכח ביחס לכונה, והמושג חשוב במיוחד לגבי עניינו, מפני שהרי זה כמובן אחד האמצעים המובהקים ביותר אשר על ידיהם יוכל להתקבל אומדנא דמוכח כי במקרה מסוים לא היתה כוונה כנה מאחורי הדברים, כי אם רק כוונה היתולית.

הניגוד של "גילוי דעת" הוא במושג של "**דברים שבלב**" או כוונות נסתרות, - והמשמעות המעשית של מושג כזה באה לנו באמצעות העקרון ש"**דברים שבלב אינם דברים**"[1262]. עקרון זה הוא כללי: משותף הוא לדיני ממונות ולמעשי קדושין וגרושין כאחד[1263] - ועל פיו עולה לנו, שעל כל פנים לא יוכל מעשה קניין להיפגע בדינינו על ידי טענה של כוונת היתול או משחק שנשארה בשעת מעשה מוסתרת בלב, אף אם בדיעבד תוכח אמיתה של אותה כוונה (כגון על ידי הודיית הצד שכנגד או שבועה נאמנת). במלים אחרות, פירושו של דבר הוא, כי אף באותם המקרים אשר בהם תוכל טענה של היתול או משחק לסתור את חזקתו של מעשה קניין, הרי זה יוכל על כל פנים להיות רק על פי אומדנא דמוכח, **המבוסס באופן אובייקטיבי על גילוי דעת או עובדות חיצוניות אחרות**[1264] - ומכאן מגיעים אנו למושג האחרון שעוד רצינו להציג פה, הוא המושג של "**תוך כדי דיבור**".

מושג זה מתייחס לריווח הזמן אשר בו יוכלו גילוי דעת או אף [[736]] תיקון דברים מפורש להועיל כנגד חזקת משמעותו של מעשה קניין. הכלל הוא, שאף אם המעשה החיצון נעשה כשר, ומקבל הוא לכאורה משמעות לפי דברי הקניין שנאמרו מקודם, אפשר עדיין להוסיף באופן משמעותי על דברי הקנין, לתקנם, או אף לבטל את המעשה למפרע, על ידי גילוי דעת או הצהרה מפורשת (או מסכת גילוי דעת או חילופי דברים מבהירים) - בתנאי שהתיקון יבוא "תוך כדי דיבור" משעת ביצועו של המעשה החיצון, והיינו בסמיכות אשר לא תופסק מן המעשה יותר מכדי שיעור אמירת שלום על ידי תלמיד לרבו[1265]. אולם, גם כלל זה חל רק בדיני ממונות, ואילו בקידושין וגרושין אין אחר המעשה כלום, אף "תוך כדי דיבור"[1266]. לכן, בדיני ממונות עשוי אומדנא דמוכח של היתול

[1260] קנב) עה"ש אה"ע סי' מ"ב סע' ו' ואילך.

[1261] קנג) **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך גלוי דעת.

[1262] קנד) קידודין מ"ט ב'; ור' הבטיו של ערך זה ב**אנציקלופדיה תלמודית**.

[1263] קנה) עה"ש אה"ע סי' מ"ב סע' ז'.

[1264] קנו) יש לציין את ההבדל של שיטה זו מן השיטה הגרמנית שראינו לעיל: לפי השיטה הגרמנית מתבטל המעשה אף על ידי ציפייה בלתי סבירה שהכוונה ההיתולית תוכר - ומשמע, אף אם למעשה נשמרה המגמה ההיתולית מוסתרת כולה בליבו של המהתל, ללא גילוי דעת חיצוני כלשהו (ר' גם להלן, הערה קס"ו).

[1265] קנז) הנוסח הוא: "שלום עליך, רבי ומורי" - להבדיל מן הנוסח הקצר יותר של השבת שלום על ידי הרב לתלמיד - וקנה המידה הזה מבוסס על הדוגמה המצויה, שבה עשוי אדם להימצא מחויב להפסיק רגע משיחתו ולעבור לעניין אחר, בלי שתהא בכך הפסקה של ממש בשטף השיחה. ר' בבא קמא ע"ג ב' ותוספות על בבא בתרא קכ"ט ב', ד"ה והילכתא.

[1266] קנח) עה"ש אה"ע סי' ל"ח סע' נ"א, ור' סע' ל"א ונ"ב שם, וסי' ל' סע' כ'-כ"א; ור' בבא בתרא קכ"ט ב' - ק"ל א', ורשב"ם שם, ומכות ו' א'. - שהתיקון יכול להיות מורכב משרשרת של חילופי דברים, ולאו דוקא

או משחק להועיל אפילו על פי גילוי דעת שבא רק בדיעבד - ובלבד שיבוא הגילוי תוך כדי דיבור; אולם בקידושין וגרושין, גם אם יכול המעשה לצאת בטל על פי גילוי של מגמת היתול או משחק הגלום בו באופן חד משמעי מלכתחילה, הרי כשם שאין המעשה יכול על כל פנים להיפגע על ידי אומדנא דמוכח גרידא - על אחת כמה וכמה שאין האומדנא דמוכח יכול להועיל נגדו, אם כל עצמו של זה אינו מבוסס אלא על גילוי דעת שבא רק **בדיעבד**, ולו גם תוך כדי דיבור[1267].

לגבי קידושין וגרושין, פירושו של דבר, במלים אחרות, הוא, [[737]] שמעשה קנין עשוי לצאת בטל בשל העדר כוונה כנה והתמסמסות המעשה במגמה של היתול או משחק, רק אם המגמה הזאת באה לביטוי מפורש בגופם של דברי הקנין מלכתחילה, ובאופן שהעדים הדרושים לביסוסו של מעשה הקנין לא יוכלו למעשה להעיד כלל עדות שלמה על מה שראו ושמעו, אלא תוך ציון דברי ההיתול המבטלים, שנתפרשו באופן חד משמעי ומלכתחילה בפניהם[1268]. להלכה יוצא אמנם מכלל זה דינו של גט, אשר אף אם אין העדים יכולים להעיד כי מסירתו נעשתה תוך ביטול מפורש, אפשר עוד לכאורה שהשימוש בו יימצא בטל על כל פנים, אם הבעל הודיע בפני עדים על ביטולו בפירוש, בפני המסירה, ולו גם במעמד אחר[1269], או שמוכח כי מלכתחילה לא נועד הגט לשם גירושי הצדדים, כי אם למטרה אחרת - כגון תרגיל של סופרים[1270]. אולם, למעשה אין לסייגים אלה מוצא, בשים לב למציאות ההלכתית, הקובעת שיומרת גירושין, אשר לא נערכה תוך כללי הבטחון הדרושים, נפסלת מכל מקום[1271]. תוצאה זו, מצידה, פירושה הוא שהחשדת מעשה גרושין על פי טענה של מגמת היתול או משחק הגלומה בו שוב אינה אפשרית כיום, למעשה, מעיקרא. נוהג דומה נוטה למעשה להתפתח גם ביחס לקידושין. אף כאן קיימת ברקע הדברים נטייה להסדיר, שקידושין ייערכו רק במעמד פומבי, תחת פיקוח רשמי, ובאופן שאם תיערך יומרת קידושין, באיזה אופן אחר, תכריע בה העובדה שהיא לא נעשתה על דעתם של רבנן, והקידושין יצאו איפוא מופקעים ובטלים[1272]. אם תגיע התפתחות זו עד תכליתה, ממילא לא יהיה עוד גם בתחום זה מקום להחשדתה של תדמית מעשה רצינית כלשהי במגמה של היתול או משחק.

אולם, משהגענו עד כאן, צריכים אנו לחזור על עקבינו כדי לבדוק שוב את גדרי האפשרות לבטל את יומרת מעשה הקדושין או הגרושין בשל מגמה של היתול או משחק המתגלה במעשה [[738]] בפירוש, ובמסיבות שבהן **אין** בטלות כללית של יומרת קדושין או גרושין בלתי מוסמכות. הבדיקה

מהסתייגות אחת חד צדדית, מתחייב לא רק מטבע הענין, כי אם גם מן ההלכה המפורשת במכות ו' א' (אם כי זו עוסקת אמנם במושג הנידון בהקשר ענייני אחר). אולם על כל פנים נחוץ לפי מכות ו' א', שגם אם תהיה שם שרשרת, הרי כל חוליה לא תהיה מרוחקת מחברתה יותר מ"כדי דיבור". עם זאת יש להדגיש, מצד שני, שענין "כדי דיבור" שונה משיעור אפשרות החזרה שראינו ביחס **לקניין סודר** (בפרק ב', סע' ד', מס' 4, בסמיכות להערה קי"א) והמתפשט על "כל זמן שעוסקים באותו ענין" - היינו ששם יכולים הצדדים לחזור, כל זמן שלא עברו לדון בענין אחר, ואף אם בינתיים היתה איזו הפסקה או סטייה ארעית **ניכרת**, ובלבד שדעת הצדדים אמנם לא הוסחה על כל פנים גם שם מרצף הטיפול בנשוא הקניין: ר' בבא בתרא קי"ד א'-ב', וב"י על טור חו"מ סי' קצ"ה סע' י"ב.

[1267] קנט) עה"ש אה"ע סי' מ"ב סע' ו'-ז'.

[1268] קס) עה"ש אה"ע סי' מ"ב סע' י' וי"ב, ור' נודע ביהודה אה"ע סי' נ"ט.

[1269] קס-1) כך, לפחות, לפי שיטת רוב הפוסקים, ובניגוד לשיטה המסתברת יותר של הרשב"ם והרמב"ן, שאין מודעת ביטול מועילה בגט - כמו במתנה - אלא בכפוף להתקיימותן של מסיבות לחץ: השווה הערה קס"ח-1 להלן.

[1270] קסא) עה"ש אה"ע סי' קל"ד, ור' סי' קל"א סע' י"ח.

[1271] קסב) שם, בהלכות סדר הגט אשר אחרי סי' קנ"ד.

[1272] קסג) ר' ספרו של **פריימן** על סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד.

החוזרת נעשית נחוצה, לאור הדין שראינו בנושא הקודם של פרקנו, בסע' ו', מס' 7, בסמיכות להערה צ"ב - וביתר פרוטרוט בסע' ז', מס' 7 - והיינו שבעסק על תנאי בלתי אפשרי יוצא העסק קיים, והתנאי בטל, משום שמסתמא אין התנאי הבלתי אפשרי רציני, אלא בא הוא רק "דרך שחוק והיתול". דין זה קשה לכאורה לענייננו, מפני שההבחנה בין כוונה רצינית לגבי גופו של העסק וכוונה היתולית ביחס לתנאי אינה נמצאת כאן מפורשת בדברי הקנין, אלא יכולה היא להיתלות רק באומדנא דמוכח - ואילו כאשר מוסבים הדברים על קדושין או גרושין (כפי שאמנם מוסבים הם במקורות), נמצא כי נסתר לכאורה הדין שאמרנו, שלגבי קדושין וגרושין אין מעמד לאומדנות. ומצד שני, ויתר על כן: אם נאמר שאמנם כלל הוא, כי דברי קניין הסותרים את היווצרות העסק חזקתם שאין הם רציניים כשלעצמם, אך אין הם פוגמים בחזקת רצינותו של העסק גופא - כיצד תתקיים ההלכה שהעלינו, שמגמת היתול מפורשת בגופם של דברי הקידושין או הגרושין עשויה על כל פנים להביא לבטלות המעשה של הקדושין או הגרושין בכללו?

התירוץ לשני הקשיים הללו, הריהו ודאי כלהלן. ראשית, במה שנוגע למעמד האומדנא, נראה שאמנם אין קיומו של מעשה הקדושין או הגרושין יכול **להיסתר** על ידי אומדנא גרידא; אולם, אין פירושו של דבר שאף עצם הערכת משמעותם הפנימית של דברי הקניין אינו נתון לאומדנא (בדרך ההבנה החיובית). אכן, מסקנה שכזאת היתה נמנעת בהכרח, מטבע ברייתה: אין דברי הקניין יכולים להיות משמעותיים אלא לפי פירוש כלשהו שייוחס להם - וכל ייחוס של פירוש יכול ממילא להיות רק עניין של אומדן (כפי שאמנם אף הקדמנו ואמרנו בהרצאתנו מראש). לכן אפשר ואפשר כי במסיבות שתיארנו בסע' ז', מס' 7, לעיל - והיינו כשרואים אנו לכאורה מעשה רציני, הנעטף באופן חד צדדי בדברים סותרים - נאמר שאמנם המעשה רציני, ורק דברי הסתירה החד צדדיים הם פיטומי מלים בעלמא, אשר משמעותם אינה חורגת מעבר לעצמם. ואילו במה שנוגע ליישוב הבעיה של דברי סתירה המועילים כדי לבטל את חזקת רצינותו [[739]] של העסק כולו לעומת דברי היתול שאינם מתבטלים אלא מתוכם ולפנים, נראה שיש להבחין. אם הדברים סותרים אמנם את התהוות העסק בפירוש על פניו, ממנו ובו, הרי שהעסק בטל באמת כפי שאמרנו - וכגון "הרי זה גיטך על מנת שהנייר נשאר שלי", או "הרי את מקודשת לי בטבעת זו, אך בלי שאני מעביר לך בה זכות כלשהי". תנאי מסוג זה סותר את מעשה הקדושין או הגרושין מתוכו ומלכתחילה - ובניגוד לגישה שהזכרנו בהערה צ"ב לעיל, נראה שדינו הנכון הוא, שאין הוא בטל, אלא מבטל הוא את המעשה[1273]. לעומת זאת, תנאי שאינו אפשרי לפי טבע עניינו, אך אינו פוגע במישרין בגוף המעשה אשר אותו הוא בא להתנות (כגון "הרי זה גיטך על מנת שתעלי לרקיע"), סתירתו אינה מהותית-פנימית, אלא היא תלויה בבירור דברים חיצוני - וממילא אין בו איפוא כדי להשמיט את קרקע התוקף המשפטי מתחת למעשה מלכתחילה, כפי שמעשה זה נשמע לנו ממנו ובו, בשמענו את סיפורו מפי העדים: הסתירה מתגלה פה רק על ידי הערכה מושכלת בדיעבד - ובשעה מאוחרת זו, הרי שהמעשה כבר ממילא קיים כאן, ולא נשאר לנו כי אם לסכם בו, שדברים הנושאים כלפיו רק מין סתירה מסוכלת כזאת, הריהם ממילא בטלים מתוכם ורק הם בעצמם. אלא שעם זאת יש לשים לב, כי תוצאה אחרונה זו אמנם אינה אמורה אלא כשבאמת אפשר שם לייחס לדברי הסתירה חזקת אי רצינות שתישאר מוגבלת אליהם לבדם - והיינו כשהועלה התנאי באופן חד צדדי, ויש פנים לומר "שאין בלבו לשון תנאי, אלא להקניטה בעלמא מפליגה, מרחיקה

[1273] קסד) ר' עה"ש אה"ע סי' ל"ח סע' ל"ח-מ"ה.

ודוחה אותה בדברים"[1274] (ובאופן שמסתבר אפוא כי הצד שכנגד אף יכול היה להתעלם מכך ולקבל את המעשה ברצינות). אולם, במקרה שהתנאי הבלתי אפשרי הועלה בהסכמה מפורשת, אשר העדים יכולים להעיד עליה (וכגון "הרי את מקודשת לי על מנת שתעלי לרקיע", וזו משיבה, לפני הנטילה, "אכן רק על מנת שאעלה לרקיע הריני מתקדשת"), ממילא נמצא שאין שם חזקת הקנטה, כי אם מגמת היתול הדדית מפורשת - ואף על פי שגם כך אמנם אין זו אלא מסקנה מושכלת בדיעבד, הרי על כל פנים מגלה מסקנה זו כי המעשה אמנם חסר היה בפירוש מגמה רצינית בתוכו, מלכתחילה, והמעשה שוב יוצא אפוא בטל, כמו במקרה של תנאי הסותרו מבפנים.

[[740]] עם זאת, שוב, מצד שני, אין להסיק מן הדברים האחרונים שאמרנו, שמעשה יכול לצאת בטל בשל מגמה של היתול או משחק רק אם המגמה הזאת היא משותפת לכל הצדדים המצטרפים במעשה. הדין שראינו בתנאי הסותר, וכן גם המקורות שהזכרנו בהערה ק"ס לעיל, מגלים, שהמעשה יכול לצאת בטל גם אם המגמה ההיתולית הריהי לאמיתו של דבר רק מנת חלקו של צד אחד במעשה - ואף כשיתכן שהצד שכנגד מקבל את התנאי הסותר בתמימות, מתוך אי הבנת ההיתול וציפייה לעסק קיים. מה שנחוץ לשם בטלות העסק הריהו רק זה, שהכוונה הסותרת תתגלה במידה מספיקה של בהירות, מנקודת ראות אובייקטיבית, - ולו לפחות מצד אחד בלבד, ואף כנגד גילוי של כוונה כנה ותום לב מן הצד האחר. אולם נראה להוסיף, כי התנאת תנאי שאינו אפשרי איננה נחשבת, כשלעצמה, כגילוי אובייקטיבי מספיק של העדר כוונה רצינית לגבי העסק כולו - וכדי שתוכל ההתנאה להיחשב כגילוי שכזה, זקוקה היא לסיוע, אשר ימנע את האפשרות לתרצה ולבטלה בתוכה.

עיקרי הדברים הללו חלים גם בדיני ממונות; אולם בדיני ממונות - כפי שאמרנו - אין המגמה ההיתולית צריכה להתגלות דוקא בדברי הקניין בפירוש, אלא מספיק שתתגלה כאומדנא דמוכח, ואף האומדנא דמוכח אינו מוכרח להיות תלוי כאן דווקא בגילוי דעת ישיר של בעל הדבר בעצמו, אלא יכול הוא להיות מבוסס גם על הערכת המסיבות החיצוניות אשר בהן נאמרו דברי הקניין או נערך המעשה. דוגמה מובהקת לגישה זו יש לנו בבבא קמא קט"ז א', אשר שם מוכרת האפשרות, כי אדם שהסכים לכאורה על עסק בתנאים מסוימים יתכחש להסכמתו לבסוף, בטענה כי בשים לב למסיבות אשר בהן ניתנה ההסכמה הרי למעשה הוא רק משטה היה בצד שכנגד. דוגמה אחרת יש לנו בגיטין עח ב', אשר גם שם מוכרת עקרונית האפשרות, שאדם יתכחש להסכמתו בטענת "משטה הייתי", בשים לב לתנאים הבלתי סבירים אשר עליהם הסכים (אלא שכאן גורסת הגמרא, כי בגדרי המקרה הספציפי שבנידון אין הטענה ראויה להתקבל - והשווה בבא קמא צ"ג א')[1275].

[1274] קסה) נ"י על בבא מציעא צ"ד א'.

[1275] קסו) בית יוסף על טור חו"מ סי' ל"ב, ס"קט', מביאאמנם - בהסתמך על מקורות שונים - "דכל תנאי שבני אדם מתנין ומקיימין ביניהם אין שייך לומר משטה אני בך", ורק "דברים בעלמא כגון שאומר לחבירו מנה לי בידך [[741]] והלה אומר הן, דהוי דיבור כנגד דיבור בלא קנין, התם מצי למימר משטה אני בך, עד שיאמר אתם עדי".
אולם, אין לטעות בהבנה של דברים אלה, שכביכול מונעים הם אומדנא דמוכח של מגמת היתול כנגד מעשה קנין פורמלי. לפי עניינם של המקורות ברור, כי הכוונה היא רק לצמצום האפשרות של טענת השטאה מסוג שאינו שייך במישרין לענייננו ושאינה צריכה כלל לחיזוק של אומדנא דמוכח. המדובר הוא בהודאה בלתי פורמלית בקיומו של חוב ישן, שזו ניתנת לסתירה חפשית על ידי התכחשות כלשהי - לרבות התכחשות על ידי טענת השטאה שבלב. הדרך לחיזוק הודאה כנגד אפשרות של התכחשות כזאת היא על ידי ביסוסה בעדים שהוזמנו בפירוש; והמקורות שבית יוסף מסתמך עליהם באים רק לומר, כי סתם עדות לביסוסו של מעשה קנין אינה זקוקה להזמנה מפורשת - היינו שגם אם אין מעשה הקנין נתמך על ידי עדים

[[742]] בהקשר זה יש אמנם לשים לב, כי מקורותינו עומדים כאן בעצם על פרשת דרכים בין שני עקרונות. מצד אחד, נפתח כאן כאמור פתח לבטלותם של דימויי מעשי קנין, כל אימת שיש אומדנא דמוכח בדבר העדר כוונה רצינית בהם - ולו רק מצד אחד בלבד; אך מצד שני, עובדה חשובה היא כי עיקר המקורות המצויים בעניין זה לפנינו (והנמשכים מן הסוגיה בבבא קמא קט״ז א׳) נסבים רק על אומדן של העדר כוונה רצינית בשים לב לאיזו מידה של **אילוץ בלתי הוגן**, אשר היא היא שהביאה את הצד המשטה להסכים כביכול למעשה הקניין. בעובדה זו אולי יוכל מישהו לראות גורם הנוטה להעביר את המשמעות של מקורותינו מן התחום של דיני המעשים ההיתוליים אל תחום הדינים של המעשים המאולצים; ואכן להלן (בסע׳ ד׳, מס׳ 1) נחזור עוד וניבָּנה מהם גם בתחום המיוחד, השני, הלזה. אולם, באמת נראה לומר כי בערכה של תופעה זו אין להגזים. העובדה נשארת, כי הבטלות של המעשים המדומים אינה מבוססת כאן במישרין באילוץ, כי אם בהיעדר הרצינות - ואילו מסיבות האילוץ משמשות כאן רק לביסוס האומדן, כי העדר הרצינות אמנם היה עיקר האמת במקרה הנידון. לכן, מבחינת ההגיון המשפטי, הנכון הוא כי עיקר שייכותם של המקורות האמורים הוא בתחום דיני ההיתול, ולא בתחום של דיני האילוץ. אולם, על כל פנים יש לשים לב, כי המקורות אמנם יוצאים כאן גם לתחום דיני האילוץ, מבחינת הקביעה המעשית שהם קובעים, כי בתנאי אילוץ מסוימים - ואף כשאין האילוץ מגיע כדי אונס ממש - עשויים אותם תנאים לבסס אומדן השטאה חיובי, **לאו דווקא על פי בדיקת המסיבות לגופן, ביחס לחומר הראייה הספציפי הנמצא בהן לגבי כוונתו האמיתית של הצד הנפגע בפועל ממש, אלא עשויים הם לבסס את האומדן על פי עצם החזקה המשפטית המיוחסת לתוכם מלכתחילה לפי ההלכה, ואף תוך ביטול הרלוונטיות של הכוונה האמיתית בשעת המעשה, כפי** [[743]] **שזו היתה במציאות**. במלים אחרות, אפוא, העקרון הכללי הריהו כאן בתחום דיני ההיתול, אך על פי חזקה שבדין מסתנפת מכאן תוצאה מיוחדת גם לתחום דיני האילוץ - וננסה עתה להתבונן ביתר פרוטרוט ביחס המעשי בין שני הגורמים הללו.

בעיית היחס הזה מתעוררת לאור הדברים שיכולים אנו לקרוא בעה״ש חו״מ סי׳ רמ״ו סע׳ א׳, לאמור, ש״אין לנו לעשות אומדנות מעצמנו, אלא מה שאמרו רז״ל וכיוצא בהם״. והנה החזקה שאמרנו בתנאי האילוץ, היא היא האומדנא דמוכח המובהק ביותר שיש לנו אצל רז״ל ביחס

שהוזמנו בפירוש, אין להתכחש לו על ידי טענת השטאה חפשית, בלתי מבוססת באומדנא דמוכח. ואכן, דין זה חל לא רק ביחס למעשה קנין פורמלי, כי אם גם ביחס להתחייבות ״בההיא הנאה״: ר׳ תשובת הרשב״א סי׳ אלף ו׳. באופן כזה, למעשה רק נמצא לנו כאן חיזוק לדברים שאמרנו לעיל, בסמיכות להערה קנ״ו - ואגב כך גם מקבלים אנו מקור מפורש לסתירת הדעה שמביא **ורהפטיג**, בעמ׳ 257, שבשכירות פועלים תיתכן כביכול טענת השטאה על יסוד דברים שבלב גרידא, וללא אומדנא דמוכח חיצוני, ביחס לשכר עבודה שנקבע מלכתחילה ביוקר מוגזם. הדעה לקוחה מתשובת ר׳ חיים אשכנזי בן ר׳ יצחק אור זרוע, אשר תחילתה מובאת בצורה מקוטעת בתשובת מהר״ח אור זרוע, סי׳ ג׳, והמשכה (אשר הוא הוא החשוב לענייננו) מופיע בסי׳ קכ״ד ב״תשובות בעלי התוספות״ שבעריכת ד״ר אברהם יצחק איגוס (הוצאת תלפיות - ישיבת אוניברסיטה, ניו-יורק תשי״ד). אולם, לא זו בלבד שדברי התשובה - במידה שהיא שייכת לענייננו - הם מבולבלים בהגיונם העניינִי ומבוססים על סברת פירוש מפוקפקת בעיני הרב עצמו, ולא זו בלבד שנסתרים הם על ידי הלכות מפורשות, כפי שאמרנו, אלא יש לציין כי לבסוף אף חוזר מהם הרב בעצמו בפירוש: ״כי נ״ל עתה, שאפילו אם היה טוען להדיא משטה אני בך - שמא לא היה מועיל, ולא כמו שכתבתי״. עם זאת, נראה [[742]] שיש תוקף קיים למה שנאמר בתשובה זו באגב - והיינו כי במקום שמתקבלת טענת השטאה על פי אומדנא דמוכח, נפטר הנתבע ללא שבועת היסת (בהבדל ממה שמקובל בהלכה ביחס לטענת השטאה שבלב, המועלית כנגד תביעה על סמך הודאת חוב בלתי פורמלית - שזו אינה מועילה על כל פנים אלא באמצעות שבועת היסת של הנתבע: ר׳ טור חו״מ סי׳ ל״ב סע׳ ב׳, וב״י שם).

לבטלותו של עסק בשל השטאה או מגמת היתול, והריהו כעין דפוס משפטי ממוסד, לפחות לגבי אחת האפשרויות של קביעת אומדן השטאה. בדפוס זה, יסוד מחויב הוא, שמגמת ההשטאה תהא דווקא חד צדדית ומכוונת כנגד צד המאמין בתקפו של העסק; שהרי אלמלא כן לא היה שם מקום כלל להתקשרותו של דימוי העסק מעיקרא. ובמקביל לכך, יסוד הכרחי שני הוא, שהצד המאמין יהא דוקא אשם בהתנהגות בלתי הוגנת - שאך זהו כמובן הגורם המצדיק כאן את בטלות העסק, על אף אמונתו. נשאלת אם כן השאלה בסך הכל, האם היסודות הללו אמנם מיוחדים הם רק לחזקת היתול ספציפית אחת, בין אפשרויות רבות אחרות, או שמא מתפשטים הם למעשה על כל הדין של אמדן השטאה או היתול בכללו, באופן שבכלל לא יישאר לנו מקום לביטולו של עסק בגלל אומדן היתול **הדדי**, או בגלל אומדן היתול חד צדדי, כנגד צד שלא פשע? על שאלה זו נראה להשיב בפשטות, לאור המקורות שהזכרנו לעיל בקשר להשטאה בקידושין וגרושין, שלא יתכן כי החזקה המיוחדת תצמצם את הדין הכללי. הדין הכללי נשאר אפוא בהכרח רחב ובלתי מוגבל כפי שראינו, ואילו הצמצום - המצריך דוקא השטאה חד צדדית, כנגד צד בלתי הוגן המאמין בעסק - הריהו מיוחד רק ליצירת החזקה הספציפית שאמרנו ואשר כל עצמה איננה נחוצה אלא במקום שבלעדיה אולי אף לא היינו מגיעים כלל לאומדן השטאה, לפי בדיקת המסיבות כשלעצמן בבדיקה הדיוטית. וכיצד מתיישבת המסקנה הזאת עם הציטוט שהבאנו מערוך השולחן? על זה הווה [[744א]] אומר, כי דברי ערוך השולחן אינם באים ודאי לפגוע בשום אפשרות של אומדן המוסק מן העובדות במישרין, לפי סברה הגיונית פשוטה, המתאימה גם לרמה הדיוטית. הדברים הללו מכוונים רק נגד אומדנות, אשר דיין כלשהו ינסה לבנות **מעבר להגיון העובדות הפרטיות של המקרה**, לפי איזה הגיון כללי **מופשט**, אשר האיש ינסה **להתאים** אליו את המקרה, לפי הראוי בעיניו - וכנגד נסיונות כאלה אומר ערוך השולחן, כי אומדנות לפי איזו חזקה כללית מופשטת ייתכנו רק בהתאם לחזקות שנקבעו בהלכה, מלכתחילה ובפירוש, ואין הדיין רשאי להמציא חזקה לעניין זה מראש[1276]. בהתאם לכך, הסיכום המתחייב הוא, שתיתכן אמנם בטלות העסק בשל מגמת היתול או השטאה חד צדדית אף כנגד צד תמים; אולם בטלות שכזאת תיתכן למעשה רק כנגד צד תמים כזה, שהוא פתי כל כך, עד שאין הוא מסוגל להבחין אף באומדנא דמוכח הברור מסתמא, על פי הגיון הדברים הפשוט, לכל הדיוט רגיל[1277] [1278].

[1276] קסז) יש אמנם לציין, כי במציאות לא נשאר עקרון זה קפוא, ולמעשה מוצאים אנו - גם לגבי החזקה המיוחדת שאנו דנים בה - שהיא פותחה כדי להפיק מתוכה חזקות משלימות ברוחה. כך, למשל, פסק הרשד"ם (בתשובה, חו"מ סי' פ"ג) כי טענת השטאה עשויה להיות נאמנת בסתם, לא רק במקום שמסכים אדם לעסק מתוך דחקו, אלא גם במקום שבא הוא להוציא מה שמגיע לו ושאין הוא יכול להוציא מן המחזיק באופן אחר.

[1277] קסח-1) לפי השיטה של רוב פוסקים (הרמב"ם והרא"ש, טור ושו"ע) תיתכן אמנם לכאורה גם אפשרות נוספת של השטאה חד צדדית יעילה כנגד צד תמים - אף אם לא יהיה האיש אשם בפתיות כלל וכלל - והיינו כשהמדובר הוא **במעשה מתנה**, הנערך אחר שהנותן מסר מודעה בפני עדים, כי המתנה שעומד הוא לתת לפלוני - אינה מכוונת בכנות. אולם, שיטה זו נתקלת בתפיסה השונה של הרשב"ם והרמב"ן (ופוסקים אחרים כמו קצות החושן), שאין זה הדין אלא כשבאמת ניתנת המתנה שלא ברצון, מתוך לחץ חומרי או מוסרי המתקיים עד לשעת המעשה; ואילו במקרה שמוכח כי למעשה ניתנה המתנה שלא מתוך כניעה ללחץ (וגם אין שם אומדנא דמוכח, מסיבות להעדר כנות), הרי אנן סהדי כי ניתנה המתנה מתוך סמיכת דעת גמורה - ואין המודעה מועילה עוד כדי לבטל את המתנה ולהעמיד את המקבל כקרבן למעשה השטאה מרושע בעלמא. לע"ד נראה לי שאין הפירוש הנכון יכול להיות אלא כדעת הרשב"ם והרמב"ן, וודאי נכון לפרש שגם הפוסקים האחרים לא כיוונו בניסוחיהם למלוא התוצאה הרעה העשויה להשתמע מהם. אולם, גם באין הכרעה שכזאת, תהא תוצאת המחלוקת על כל פנים, שהצד המוחזק יוכל לטעון "קים לי" לפי הדעה הנוחה לו, והתוצאה הרעה - על סיבוכיה האפשריים - תהא אפוא נמנעת מכל מקום. ר' בבא בתרא מ' ב', והפירושים והפסקים על סוגיה זו עד עה"ש חו"מ סי' ר"ה סע' ט'-י'.

[1278] קסח-2) בנקודה זו מתחייבת גם השלמה של הדברים על פי התוספות על כתובות מ"ז ב', ד"ה שלא כתב לה. התוספות האלו מגיעות למסקנה, כי אין עסק מתבטל על פי אומדן דעתו של אחד הצדדים אלא

[[744ב]] ואילו מן הצד השני, ביחס לחזקה שאמרנו בתנאי אילוץ, אמנם יש לדייק בה היטב כדי להבין את מעמדה הכפול: כדוגמה פשוטה לאמדן השטאה, מחד גיסא, וכדפוס הלכתי מסוים ומוגדר בפני עצמו. כי מבחינת דיני ההיתול וההשטאה הכלליים, אכן אין זו אלא דוגמה פשוטה - ודוגמה אשר אין לה בעצם שום משמעות מיוחדת; אולם, התחולה המעשית-הספציפית של החזקה אינה נשארת רק בתחום של דיני ההיתול וההשטאה גרידא, אלא חורגת היא אל מעבר להם, ואז אמנם אף נהפכת היא להיות מוסד מיוחד - בתחום של דיני האילוץ - כפי שעוד נחזור ונראה ביתר פרוטרוט להלן.

[[746]] כמו כן, יש לשים לב בסיכום כי בדיני ישראל הגענו כאן לערבוב מסוים במושג ההיתול, גם מתוכו ולפנים. כי תחילת הרצאתנו בסעיף משנה זה היתה, כזכור, היתול אשר בו כוונת המהתל מלכתחילה היא, שמגמתו ההיתולית תוכר אמנם גם בעיניו של הצד שכנגד; אולם בהמשך

במקום שלמעשה תלוי העסק רק בדעת [[745]] אותו הצד - והיינו שאין העסק תלוי בשום התמקחות עם הצד שכנגד, או (גם במקרה שיש שם צד התמקחות), הרי שעל כל פנים אין לצד שכנגד שום אינטרס ממשי נוגד כלפי אפשרות הביטול; אולם, במקרה שיש שם לצד שכנגד אינטרס ממשי הנוגד לביטול, והעסק תלוי אמנם על פי תוכנו מלכתחילה בהתמקחות בין הצדדים, אומרים אנו שמסתמא נתבטלו האומדנות הנוגדים של דעות הצדדים זה כנגד זה, ואין העסק יכול להתבטל על פי אומדן דעתו של צד אחד בלבד. והנה, לפי המסקנה הזאת, יש לכאורה מקום לתקן ולומר, שגם בענין המיוחד שלנו יתכן באופן מוחלט ביטול העסק - בשל מגמת היתול, השטאה או משחק, המתגלה רק בדעתו של צד אחד בלבד - רק כשהמגמה הזאת מתגלה אמנם בפירוש (כדרוש בקידושין וגירושין); ואילו כשאין הוא מתגלה אלא באומדנא דמוכח (כפי שמספיק בדיני ממונות), אין היא מועילה אלא בגדרים שנקבעו בתוספות. אולם, כנגד התיקון הזה יש לנו לכאורה ראיה לסתור במקורות שהזכרנו לעיל - בבא קמא קט"ז א' וגיטין ע"ח ב' - המדברים בבירור על אפשרות של ביטול בשל אומדנא דמוכח בדעת אחד הצדדים, גם כשהעסק תלוי ותלוי אמנם בהתמקחות, ואף כרוך הוא באינטרס ממשי נוגד של הצד שכנגד. יתר על כן, גם אם את הסוגיה בבבא קמא אפשר היה אולי לתרץ על פי היותה דין מיוחד, במקום שהצד שכנגד אשם מלכתחילה בהתנהגות בלתי הוגנת, הרי שום תירוץ שכזה לא יסכון לגבי הסוגיה בגיטין. לכן נראה לי, שבאמת יש לנו להבין את התוספות כממצות את הדין רק בגדרי המקרים הנידונים בתוכן בפירוש, ואילו מעבר לכך זקוקים הן להשלמה בהתאם למובא בחלק המסכם של המשנה למלך על פ"ו מהל' זכיה ומתנה הל' א' (ד"ה שוב ראיתי, משמו של הרב בעל פני משה). כאן מוצעת הבחנה בין מיני האומדנות לפי חוזקם: אם אומדן הדעת החד צדדי, המחייב ביטול, הוא חלש או בינוני, מועיל הוא רק בגדרים שנקבעו בתוספות, אך אם הוא חזק מאוד, מועיל הוא גם כנגד האינטרס הממשי של הצד שכנגד, שהיה צד בהתמקחות. לפי זה, בעניינו המיוחד, מועיל אומדן של היתול חד צדדי - אפילו כאשר מבוסס הוא על גילוי חלש יחסית - אם המדובר הוא במתנה או כיו"ב, או שעל כל פנים לא יפסיד הצד שכנגד מאומה במובן שנבהיר להלן. לעומת זאת, אם מבוסס האמדן אפילו על גילוי חזק יחסית, אלא שעל כל פנים נשארה במידת הגילוי אפשרות סבירה למדי של השתמעות לשתי פנים, ואומדנא דמוכח הוא, שהצד שכנגד קיבל אמנם את העסק בתמימות, והעסק לפי תוכנו הוא הדדי, והצד שכנגד יפסיד אמנם משהו במקרה של ביטול - יוכר תוקפו של [[746]] העסק על אף האומדן של מגמת ההיתול. אולם, כאשר מבוסס האמדן על גילוי חזק ומספיק, באופן שלא היתה שם אפשרות סבירה לטעות בו, הרי גם אם מוכח הדבר שלמעשה טעה בו הצד שכנגד - יתבטל העסק מכל מקום, ואף אם הצד שכנגד דימה להתמקח עליו, ולמעשה הוא יפסיד משהו על ידי הביטול (כך,לפחות, במקרה שהצד המהתל לא פשע במחדל של אי העמדת רעהו על המצב לאמיתו, בראותו כי הלה עומד להסתבך, ולו גם בניגוד לציפייתו הסבירה [הערה קסח-3) לבעיה זו נחזור להלן, בדיון על טעות הבאה על פי רמייה]). אם הצד שכנגד אשם בדבר בעצמו, על ידי אי הגינות מצידו, שוב אין העניין תלוי בחוזק הגילוי העובדתי שעליו מבוסס האומדן, כי אם בחזקה שבדין; אולם בזה כבר עוברים אנו מתחום דיני ההיתול הכלליים אל התחום המיוחד של דיני האילוץ והאסמכתא שבאי הגינות.

ביחס לקנה המידה של ההפסד העשוי להיות משמעותי בענייננו, מובא במשנה למלך הנ"ל, בתשובת ר' שמואל הלוי, שהגורם הקובע הוא, אם במקרה של ביטול יימצא הצד שכנגד במצב גרוע יותר מכפי שהיה אלמלא דימה להתקשר.

את בירורנו זה יש להבדיל ממה שנאמר בתשובת מחנה אפרים, הל' שכירות סי' י"ח, "דכל שחברו הפסיד מלהרויח על פי הבטחתו, לא שייך לומר משטה הייתי בך". על פי מקורותיה ועניינה של תשובה זו מסתבר, שאין כאן הכוונה למשמעות כללית של הדברים בדיני ההשטאה, אלא הכוונה היא רק לבטא את ההלכה הספציפית שעוד נחזור אליה להלן, שכל אימת שתנאים מוגזמים מופקים על ידי אחד הצדדים מתוך שעת הדחק של רעהו, בעוד שבעל התנאים מוותר בזה על ריווח מקביל, אשר יכול היה להפיק ממקום אחר, אין נוצרת בסך הכל חזקה אשר תהא עשויה לבסס טענה של היענות מתוך השטאה, בשום לב למסיבות של ניצול בלתי הוגן.

הדברים הפלגנו בבירורנו למקורות העוסקים במיוחד במגמה של היתול, או העדר רצינות, בשעה שבעל אותה מגמה מבקש דווקא שבעל דברו **לא** יבין מלכתחילה את מגמתו הלזאת ויתייחס לענין ברצינות **בטעות**. ערבוב זה התאפשר ואף נעשה נחוץ מתוך כך, שבתחום דיני ההיתול פנימה אין בדיני ישראל הבדל מעשי בין שני מיני הכוונות, וגם המונחים המציינים את המגמה הבלתי רצינית בשני מיני המקרים משמשים למעשה בערבוביה: "דרך שחוק והיתול" ו"דרך השטאה" עשויים לשמש במקורותינו לגבי אותו מקרה עצמו, [[747]] ובלי נפקא מינה מהו סוג המקרה מבחינת ההפרש הנידון[1279]. אולם באמת נראה לומר, כי מבחינת התוכן הלשוני מתאים אולי מושג ההיתול יותר לסוג הראשון, בעוד שמושג ההשטאה מתאים במיוחד לסוג השני - וההבחנה עשויה להיות מועילה לצורך ההשוואה הביקורתית, שבה אנו עוסקים.

כי אכן, אמרנו שבדיני ישראל אין בין ההיתול להשטאה נפקא מינה לדינא - ונראה לומר שבאמת הוא המצב גם ברוב השיטות האחרות שסקרנו: בצרפת, באיטליה ובשוייצריה, ובמשפט האנגלי. בכל השיטות האלו אין הכרה בהיתול או בהשטאה אלא אם מתגלים הם במידה מספקת של בהירות אובייקטיבית - ואילו כאשר מתגלים הם בבהירות מספקת כזאת, אין חשיבות, לענין ההכרה, אם בעליהם רצו רק לצחוק או שביקשו לבלבל את הצד שכנגד. פירושו של דבר הוא, אפוא, במלים אחרות, שאם האיש ביקש **להשטות**, או להטעות את רעהו, הרי שבאין חזקה מיוחדת לטובתו, תהא אמנם כוונתו נידונה בדרך כלל לכישלון - מתוך עצם הסיבה שהגילוי הנחוץ יכשיל ממילא את הכוונה הרעה, - אולם במסיבות מסוימות, כשהיריב היה תמים למדי, אף כנגד גילוי היתולי אשר הצד המשטה הגזים בו מבחינתו, תוכל גם כוונת ההשטאה להצליח. לעומת זאת בגרמניה, המצב הוא אחר. כאן ראינו בהערה קמ"ד, שאין העסק יכול להתבטל בשל העדר כוונה רצינית, אלא אם גם היתה שם כוונה מיוחדת, שהעדר הכוונה הרצינית אמנם יהא ברור כלפי חוץ; ומשמע לכאורה - לפחות בגדריו של דין זה - שאם מוכח (או אפילו רק נשאר שם **חשד**) שלמעשה ביקש האיש להשטות ברעהו, הרי שיצא העסק ממילא קיים, ואף אם למעשה לא נוצרה שם טעות כלשהי ביחס להעדר הכוונה הרצינית. אין צריך לומר כי תוצאה זו היא מופרזת - ואמנם, המשפט הגרמני מתגבר עליה, אבל מכיוונו ובמסגרתו של דין אחר לגמרי: סע' 116 של הבג"ב קובע את הנוסח הגרמני של העקרון כי "דברים שבלב אינם דברים" - והיינו שהצהרת רצון אינה בטלה בשל "הסתייגות חבויה" של המצהיר מתוכנה - ובהמשך מכאן מוסיף הסעיף וקובע, שאם הצד שכנגד ידע את ההסתייגות, תהיה ההצהרה בכל זאת בטלה. לפי זה יוצא, שלמעשה יש בגרמניה דין מיוחד להשטאה, הנבדל מדין ההיתול - ובעוד שמעשה ההתקשרות ההיתולי הריהו בטל לעולם (ואף כנגד בעל דבר המאמין במעשה לפי תומו, ואפילו באופן סביר) הרי נסיון של השטאה נכשל תמיד, והמעשה הגלום בו מתקיים, אלא אם בפועל נודעה איך שהוא כוונת ההשטאה לצד שכנגד מראש[1280].

[1279] קסט) השווה עה"ש חו"מ סי' שי"ח סע' י"ג וסי' ש"פ סע' א'.

[1280] קסט-1) ר' **אנקצרוס**, עמ' 514.
מושג "ההסתייגות החבויה" (geheimer vorbehalt) מופיע אמנם גם בספרות המשפטית של שיטות אחרות - ולא רק בגרמניה (ר' למשל, אצל **מסיניאו** האיטלקי, כרך א' עמ' 487 - riserva mentale); אך כאן אין בכך למעשה נפקא מינה לדינא.

2. עסק מדומה ועסק מוסווה (כולל הערה על דין הרישום הפומבי המסולף)

בסעיף המשנה הקודם עמדנו על עסק הכרוך במגמה של דמיונות או האחזת עיניים, כאשר המגמה הזאת מתייחסת לעצם העמדתו של העסק בכללו [[748]] וכאשר המגמה הדמיונית נובעת מכוונה של היתול או משחק (ללא רצון הטעייה אמיתי) כלפי כולי עלמא - והצד שכנגד בכלל זה - או שנובעת היא רק מתוך כוונת השטאה (תוך רצון הטעייה אמיתי) לגבי הצד שכנגד בלבד. היקף דברים זה משאיר לנו עתה לדיון את המגמה הדמיונית, כאשר זו נובעת **מתוך רצון הטעייה אמיתי כלפי כולי עלמא - ולהוציא את הצד שכנגד**. במסגרת זו נוכל לדון במגמה הדמיונית, הן כשמתייחסת היא למכלולו של העסק הן כשמתייחסת היא רק לחלק תוכני ממנו בלבד. לעומת זאת, את המקרה שצד אחד מנסה לאחז את עיניו של **הצד שכנגד** ביחס לחלק בלבד מתוכנו של העסק נצטרך לדחות לשלב יותר מאוחר. כך הוא, משום שכאן לא עוד תיבלענה בעיות הטעות והאחריות להטעייה בתוך בעיות תוקפו של העסק - אשר הן הן המעסיקות אותנו בעיקר בשלב זה של הדיון - כי אם אדרבה: בעיית התוקף היא היא שתיבלע בבעיות הטעות והאחריות להטעיה. את העסק הדמיוני שאינו נובע מכוונת היתול, משחק, הדגמה או השטאה, ושגם אינו מושרש בעיקר בכוונה לרמות את הצד שכנגד - אלא מכוון הוא בעיקר לאחז את עיניהם של צדדים שלישיים - נכנה להלן במונח של "עסק מדומה" בסתם.

בעניין זה כדאי להתחיל את סקירתנו במצב המשפטי שהיה מוכר במדינת ישראל לפני הכנסתו של חוק המקרקעין בשנת תשכ"ט[1281].

במסגרת זו הבחין סעיף 4 של חוק השליטה במקרקעין בין שני מושגים: "מוואדעה" (עסק מוסווה) ו"נאם מוסתעאר" (שם מושאל). "מוואדעה", לפי פירוש החוק בהוצאתו של **טיוט**, היתה קיימת, כשמבחינה רשמית נערכה הקנאה בעלת תוכן מסוים, בעוד שמאחוריה הסתתרה כוונת הקנאה בעלת אופי שונה, אשר הצדדים התיימרו לערוך ביניהם והסכימו לראותה כעסק האמיתי שערכו בנכס. המקרה החשוב ביותר של "מוואדעה" היה מכר חוזר שהוסווה כמכר פשוט. לעומת זאת, מקרה של "נאם מוסתעאר" היה כשמבחינה רשמית הופיע כקונה המקרקע אדם פלוני, בעוד שלפי הכוונה האמיתית של הצדדים (הקונה הרשמי וחברו) צריך היה הקנין להישמר לאותו חבר נעלם. סעיף 4 קבע, שלא תישמע תביעה המכוונת להעביר את ההכרה הרשמית מן העסק המדומה, [[749]] הרשמי, אל העסק שהוסתר מאחוריו. אולם, בע"א 255/42 (מרכז היהודים הקוקזיים נגד עדאקי, פל"ר 43, עמ' 34) נפסק כי סעיף 4 דנן כפוף לסעיף 8 של פקודת בתי המשפט לקרקעות, ומותר לשמוע תביעה בדבר "מוואדעה" או "נאם מוסתעאר" כשכך מחייבים שיקולי האקויטי.

מערכת דינים זו היתה נתונה להשלמה וסיוג מצד מערכת דינים נוספת. ראשית, באשר למכר החוזר, שהוצג במג'לה בפירוש כמשכון, הרי זה נעשה בטל ביחס למקרקעין על פי דיני האפותיקי; ועל סמך הבטלות הזאת נפסק בע"א 185/46 (מרקוביץ נגד בן סינור, פסקים עליונים ב', עמ' 412), כי במקרה שעסק המכוון למשכנתא (מכר חוזר) הוצג באופן רשמי כמכר גמור, הרי זה אמנם מכר

[1281] קע) לגבי ההיסטוריה של מצב זה, ר' **דוכן**, עמ' 143-142 ו-379-378, וע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פסקי דין ו', עמ' 57.

בטל, אבל אין שומעים לתביעת הממשכן שהמקרקע יוחזר לו כנגד החזרת המחיר. בהקשר זה לא הזכיר בית המשפט לא את סעיף 4 הנ"ל, ולא את כפיפותו לאקויטי, אלא הסתמך על עצם בטלותו של העסק המוסווה. ואילו מצד שני, במה שנוגע ל"נאם מוסתעאר", היתה חשיבות לסעיף 5 של פקודת העברת קרקעות, שקבע כי **אסור** לאדם להשאיל את שמו בשביל הרישום של קניין קרקע שנועד לאדם אחר. החיזוק כנגד עבירה זו היה בהסדר מסובך של קנס. ההסדר נידון בע"א 87/50, שהזכרנוהו בהערה ק"ע לעיל, וכאן ניתנו בעניין חמישה פסקי דין שונים, אשר סתרו זה את זה והצטלבו זה בזה בנקודות רבות. עיקרם היה, כי עבירה על סעיף 5 אינה שוללת את הקנין המוסווה, אלא מעמידה את הנרשם המדומה כקונה "לגלי", בכפוף למעמד ה"אקויטבילי" של הקונה המוסווה תוך שמירת הזכות לקונה המוסווה לדרוש את תיקון הרישום. הובעה דעה כי הזכות לתיקון הרישום נופלת, במקרה שההסוואה היתה בכוונת רמייה (למשל כדי להטעות את נושיו של הקונה המוסווה). לפי דעה אחרת, יצא העניין מגדר עבירה לגמרי, אם הנרשם המדומה לא נועד לשמש בדבר כמשאיל את שמו או כצד מדומה גרידא, אלא הוטלו עליו תפקידים חיוביים של נאמן בניהולו של הנכס.

חוק המקרקעין מתשכ"ט - עם שביטל את כל הדינים הללו - לא קבע על כל פנים שום הוראה חיובית מסוימת בעניינם[1282]. להוראה חיובית היתה כנראה הכוונה בסעיף 13 של חוק החוזים (חלק כללי), מתשל"ג, אשר כבר הזכרנוהו לעיל, בקשר לעסק ההיתולי. אולם, סעיף זה נושא למעשה פתרון [[750]] רק לגבי עסק מדומה שאין מאחוריו עסק אחר, מוסווה. כאשר יש שם עסק מוסווה, הרי לא זו בלבד שסעיף 13 אינו קובע מאומה ביחס לדינו של זה, אלא גם מסבך הוא את השאלה ביחס לדין העסק המדומה, המַסווה: האם יש לראותו כ"חוזה שנכרת למראית עין בלבד" - והוא בטל, - או שמא לא כן?

ביחס **למשפט האנגלי**, כבר הזכרנו לעיל, בסמיכות להערה קמ"ט, שאין הוא מטפל במישרין בעסק המדומה, כשם שאין הוא מטפל גם בעסק ההיתולי. אולם, נראה לומר שאם נערך עסק מדומה במטרה פסולה - כמו, למשל, כדי להבריח נכס מן המס או מן הנושים - הרי גם אם לכאורה ייראה העסק כבר תוקף, משום הסתר הכוונה הדמיונית, יהיה העסק בטל מכל מקום - בתור עסק בלתי חוקי או בלתי מוסרי - אם תוכח המטרה הפסולה. מצד שני, אם יהא שם דבר שניתן באופן מדומה לצד שכנגד, הרי הנותן עצמו לא יוכל על כל פנים לחזור ולהוציא את הדבר מן המקבל - גם כן על פי עקרון העסק הפסול ועדיפות מעמדו של המחזיק[1283]. אם העסק המדומה ייערך **ללא** מטרה פסולה, והכוונה הדמיונית תהא אמנם הדדית (כפי שמניחים אנו במסגרת הנידון) הרי במקרה שההדדיות הזאת תוכח, מסתבר שהתוצאה הפשוטה תהא כי העסק יהיה אמנם בטל בין הצדדים, אך המשמעות לגבי צדדים שלישיים אשר יהיו סומכים על תוקפו של העסק לפי תומם, צריכה להישאר בצריך עיון. דינו של עסק **מוסווה**, במטרה פסולה, יהא ודאי כדין העסק המדומה; אך באין מטרה פסולה, מסתבר כי העסק המוסווה יהא קיים - גם כן בכפוף לצריך עיון ביחס למשמעות לגבי צדדים שלישיים תמים, שהאמינו בעסק המדומה.

[1282] קעא) גם את הסעיף 161, הקובע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק", והנושא את הכותרת "שלילת זכויות שביושר", אין לראות כהוראה חיובית בענייננו.

[1283] קעב) דוק **באנסון**, עמ' 243.

בצרפת נידון העניין במסגרת המושגים contrat simule ו-contre lettre (חוזה מדומה ושטר נגדי). **דה לה מורנדייר**[1284] מונה בחוזה המדומה שלשה תנאים: שהצדדים יהיו מסכימים על החוזה המקביל, "המוסווה", שהם עורכים כנגדו; שהחוזה המקביל יהיה סופי ולא יבוא לידי גילוי במסך הרשמי; ושהחוזה המקביל [[751]] יהיה בן זמנו של המסמך הרשמי, שאם לא כן לא יראו את המסמך הרשמי כחוזה מדומה, אלא כחוזה שתוקן. ההסוואה יכולה להתיחס ליסוד כלשהו מיסודות החוזה: לעצם גמירת הדעת (שאז אין נוצר שום חוזה חיובי בכלל), לנשוא של העסק (כגון שהמחיר יוצג במסמך הרשמי באופן כוזב), ל"קאוזה" (כגון שמתנה תוצג כמכר) או לאישיותו של מתקשר (כגון שראובן יופיע במסמך כמקבל מתנה הניתנת למעשה לשמעון). דה לה מורנדייר מציין, שלעתים קרובות אמנם נועד החוזה המדומה לעניין של רמאות - כגון שמתכוונים הצדדים לשלם מיסי רישום מופחתים, או שמבקשים לתת מתנה לאדם שאינו כשר לקבלה; אך יתכן גם חוזה מדומה בתום לב. הכלל הוא, שבין הצדדים לבין עצמם יש תוקף למסמך הרשמי רק בכפוף לחוזה המקביל, ואם החוזה המקביל בעצמו הוא כשר מבחינת הצורה והתוכן הריהו גם עשוי להיות מחייב - אפילו כשנערכה ההסוואה במטרת רמייה. אולם, כלל זה כפוף למספר חריגים, על פי הדינים המיוחדים של חוק המסים, משפט הנישואין ועוד.

במה שנוגע לאנשים זרים, אשר החוזה עשוי להשפיע על זכויותיהם, הרי במקרה שהחוזה המקביל פוגע בזר שפעל בתום לב - אין לחוזה המקביל שום תוקף נגדו. אם האיש ידע על החוזה המקביל מלכתחילה, או שהחוזה המקביל מועיל לו - אין לגביו תוקף למסמך הרשמי שלא בכפוף לחוזה המקביל. אם מתנגשים האינטרסים של זרים שונים, אשר חלקם עומדים על החוזה המקביל וחלקם על המסמך הרשמי לבדו - מעדיפים את הטוען למסמך הרשמי, לפחות במקרה שאמנם פעל רק בסמכו בתום לב על תוכנו של המסמך הרשמי. - מי שטוען לשיעבודו של המסמך הרשמי לחוזה המקביל פועל בדרך של action en declaration de simulation[1285].

באיטליה, בדרך כלל, הדין הוא כנ"ל, אלא שמעמד הצדדים הזרים לחוזה מוצג באופן שונה במקצת: אף על פי שהחוזה המדומה בטל [[752]] בין הצדדים, ונכנס תחתיו החוזה המוסווה, אין יכולים להסתמך על כך - לא המתקשרים עצמם, לא הבאים מכוחם ולא הנושים של **המקנה המדומה** - כנגד **הזרים שקנו בתום לב** מאת הקונה המדומה; כמו כן, אין המתקשרים יכולים להסתמך על בטלות החוזה המדומה כנגד **הנושים של הקונה המדומה**, אשר ירדו בתום לב לנכסים שהיו מוקנים לו רק באופן כוזב; אולם **הנושים של המקנה המדומה** יכולים להסתמך על בטלות החוזה אפילו כנגד הנושים של הקונה המדומה, אם חובם קודם לחוזה המדומה (אם חובם מאוחר מן החוזה המדומה, חזקתם שהם נשאו ונתנו על פי ההנחה שההקנאה המדומה היא אמיתית, ומעדיפים עליהם את נושי הקונה). [[מוגה מכאן עד עמ' 766]] **כנגד המתקשרים** יכולים הזרים להסתמך על בטלות החוזה המדומה רק כשהוא פוגע בזכויותיהם. המתקשרים בינם לבין

[1284] קעג) בכרך ב', עמ' 79 ואילך.

[1285] קעד) שם, עמ' 121-120. ר' גם סע' 1721 (וכן סע' 911, 1099, 1396) של ספר החוקים האזרחי וסע' 1840 של ספר החוקים הכללי של דיני המסים (Code général des impôts); והשוה **פלניול**, ב', עמ' 204 ואילך.

עצמם יכולים להוכיח את המגמה הכוזבת של החוזה המדומה רק על ידי מסמך בכתב; אולם, הגבלה זו נופלת כשמכוונת התביעה להוכיח שגם החוזה המוסווה עצמו הוא בטל[1286].

בגרמניה נידון החוזה המדומה בסעיף 11 של הבג"ב - ור' **היילפרין**, כרך א, עמ' 381 ואילך. הדין הוא, שהחוזה המדומה הוא בטל[1287], ואילו החוזה המוסווה, המקביל, עשוי להיות בעל תוקף, אם [[753]] כשר הוא מבחינת צורתו ותוכנו. אין מבחינים בגרמניה בין תוקף החוזים הללו בין הצדדים לבין עצמם לבין תוקפם כלפי זרים. היילפרין מציין כי הבג"ב לא דאג כאן במיוחד לזרים, כי באי כוחו של הקונה המדומה יהיו בדרך כלל מוגנים על פי הוראות חוק החלות בעניינים אחרים: למשל, מי שיקנה בתום לב מקרקע מאת הקונה המדומה יהיה מוגן על פי עקרון נאמנותם של ספרי האחוזה. עוד מציין היילפרין כי עקרון ההכרה בחוזה המוסווה - לעתים קרובות לא יהיה לו שום ערך במקרה המציאותי: למשל, אם המדובר הוא במכר מקרקעין בתמורה של של 10,000 מרקים, בעוד שהמחיר המוסכם הוא באמת 100,000 מרקים, הרי כדי שיהיה תוקף לחוזה המוסווה נחוץ שהוא ייערך בצורה נוטריונית; אבל עריכה נוטריונית אינה באה כמובן בחשבון במקרה כגון זה. יוצא איפוא כי שני החוזים גם יחד בטלים כאן; ואף אם יושלם החוזה על ידי העברת הקניין, הרי הקניין אמנם יעבור, אבל המוכר לא יוכל לתבוע שום מחיר שהוא, אלא אולי רק את החזרת המקרקע, משום "התעשרות שלא כדין". גם היילפרין מציין את ההבחנה, שיש להיזהר בה, בין החוזה המדומה לבין ההקנאה בנאמנות (אף על פי שגם בגרמניה אין להקנאה בנאמנות שום הסדר חוקי מיוחד).

בשוייצריה קובע סעיף 18 של חוק החיובים: "בהוצאת משפט על חוזה, אם מבחינת צורתו ואם מבחינת תוכנו, יש לשים לב לרצון המוסכם והממשי של הצדדים, ולא לציונו או לדרך הבעתו הבלתי נכונים אשר [[754]] נקטו הצדדים מתוך טעות או מתוך הכוונה להסתיר את טיבו האמיתי של החוזה. הצד המתחייב אינו יכול להתגונן בטענה של מעשה אחיזת עיניים מפני צד שלישי אשר

[1286] קעה) סע' 1414-1417 של ספר החוקים האזרחי; ור' **מסיניאו**, א', עמ' 569 ואילך, וכרך ג', עמ' 674-675.
ראוי לציין בהקשר זה כמה הבחנות אשר מסיניאו מבחין. ראשית, בין מיני האפשרויות של החוזה המדומה, מייחד מסיניאו את "החוזה המדומה במוחלט", אשר אין עמו שום חוזה מוסווה לבד מעצם ההבנה של הצדדים, שהחוזה אשר נערך ביניהם לכאורה יהיה למעשה חסר תוקף. מסיניאו מציין כי הזכות לתקוף את "החוזה המדומה במוחלט" אינה מתיישנת, בעוד שיש אומרים כי הזכות לתקוף את החוזה המדומה רק באופן יחסי (ואשר יש מאחוריו חוזה מוסווה) מתיישנת כרגיל. שנית, מדגיש מסיניאו את ההבדל בין חוזה שהוא מדומה באשר לְצד המשתתף בו באופן מדומה, במקום הצד האמיתי, לבין חוזה שאינו מדומה כל עיקר, אלא שהצד המתיימר להשתתף בו בשמו פועל למעשה כשלוחו של אחר. ההבדל הוא שבאופן הראשון נשאר הצד המדומה סביל לחלוטין, והנחת היסוד היא שהחוזה עמדו הוא אמנם מדומה לחלוטין וחסר משמעות חיובית לגבי מעמדו וזכויותיו. לעומת זאת, באופן השני ממלא האיש תפקיד פעיל בקישור החוזה: החוזה הנקשר עמו אינו מדומה, כי אם אמיתי, ואף עשוי להשפיע באופן חיובי על זכויות האיש בעצמו, אלא שעל פי מהלך הדברים המכוון אין ההשפעה החיובית אמורה אמנם לחול על זכויות אותו איש, כי אם על זכויותיו של אחר, **באמצעותו**. ושלישית, דומה לכך ההבחנה שמבחין מסיניאו בין החוזה המדומה לבין הקנאה בנאמנות. הקנאה שכזאת אינה מוכרת אמנם על פי [[753]] החוק האיטלקי הכתוב, אך מוכרת היא בפסקי דין ובכתבי הפרשנים. ההבדל בינה לבין החוזה המדומה הוא, שההקנאה בנאמנות היא הקנאה גמורה ובעלת תוקף נגד כל העולם, אלא שנלווית עליה התחייבות מצד הנאמן למקנה (או לצד שלישי) שינהל את הנכס לפי תנאי הנאמנות, ובסופו של דבר יעבירנו לאחרים או יחזירנו למקנה - הכל כפי שהוסכם. מסיניאו מביא גם דוגמה לחוזה מדומה **שאין** בו כוונה פסולה - וכגון שמבקש אדם להיפטר מלחץ להנות את זולתו מנכסיו, והריהו עורך איפוא חוזה מדומה בדבר היות הנכסים מועברים לצד שלישי.

[1287] קעה-1) יוצאים מכלל זה נישואין, אשר אם צורתם טובה, הרי הם תקפים, גם אם כונת הצדדים היתה למראית עין בלבד: **אנקצרוס**, עמ' 515.

רכש את התביעה נגדו בסמכו של הודאת חוב כתובה״. **גוהל**, בעמ׳ 101 ואילך, מציין על פי פסקי דין, שאף בדרך כלל אין הצד יכול להתגונן בטענה של ״מעשה אחיזת עיניים״, כשיהיה לכך משום ניגוד לעקרונות ה-Treu und Glaube (וכגון שייפגע שלא בצדק נושה של הצד שכנגד). בקשר להסוואת המחיר הנכון בעסקי מקרקעין מספר גוהל כי בית המשפט פסק, שאם חלק מן המחיר המוסכם שולם מראש, ובחוזה המכר צוין רק העודף כמחיר הנכון - אין זה חוזה מדומה; ולכן יצא חוק מיוחד שקבע, כי המחיר הנכון במקרקעין אינו אלא זה המצויין בחוזה המכר: רק מחיר זה ניתן להיתבע, ומה ששולם יותר מזה עומד להישבון תוך עשר שנים. דין ההקנאה בנאמנות דומה בשוויצריה למה שראינו באיטליה ובגרמניה. גוהל מדגיש, שההבדל בין החוזה המדומה וההקנאה בנאמנות הוא בכך, שבהקנאה בנאמנות יש כוונה אמיתית להעביר את הקניין, ולו גם בכפוף לציפייה שהקונה לא יעשה בקניינו אלא בכפוף לתנאי הנאמנות ולצרכה, בעוד שבחוזה המדומה יש כוונה מפורשת של אחיזת עיניים בלבד. גוהל מציין גם כי יש להבדיל בין החוזה המדומה לבין החוזה המכוון להשיג מטרה כלכלית ומשפטית האסורה על פי החוק באמצעותו של עסק שהוא כשר כשלעצמו. גם חוזה כזה הוא בטל על פי עקרונות ה- Treu und Glaube.

בדיני ישראל[1288] מוכר מעמדו של עסק מדומה לא רק כשהצדדים מסכימים מלכתחילה בפירוש שהעסק יהא נועד רק לאחיזת עיניים בעלמא, אלא גם כאשר [[755]] אומדנא דמוכח הוא, לפי המסיבות שבהן הועמד העסק, כי אמנם לא הייתה דעת הצדדים לעסק אמת. הדוגמה המובהקת לאומדנא דמוכח כזה הריהי כשאשה מקנה למישהו את כל נכסיה בהיותה עומדת להינשא, שאז חזקה היא כי לא התכוונה אלא להבריח את הנכסים מבעלה העתיד. העסק המדומה הוא בטל - אך נראה לומר שכך הוא רק במידה שאמנם זוהי דעת הצדדים: אם דעתם היא שהעסק יתקיים, אבל בתנאים שונים מתוכנו המוצהר, עשויה להצליח גם כוונתם הלזאת - ואף בזה אין הכרח שהצדדים יסכימו דווקא על התוכן המשונה בפירוש, אלא אפשר גם שבית הדין יעלה את התנאים השונים לפי אומדן דעת של הצדדים מסתמא, על פי מסיבות המקרה[1289]. דברים אלה, פירושם הוא כמובן, במילים אחרות, שדיני ישראל עשויים לא רק לבטל את ״העסק המדומה במוחלט״, אלא עשויים הם גם לתת תוקף לעסק מוסווה, המסתתר מאחורי עסק שהוא מדומה רק באופן יחסי. עם זאת, יש לציין, כי דיני ישראל ילכו לפי אומדנא דמוכח מן הסוג הנידון (על שני פניו האפשריים שאמרנו) רק לעתים נדירות ובמסיבות מיוחדות - בהתאם לדפוסים שכבר נקבעו בהלכה - ובדרך כלל תהא אפוא טענת הדמיוניות זקוקה להוכחה בדבר הסכמה מפורשת שהייתה בענין זה מלכתחילה בין הצדדים. מצד שני ניתן לציין כי ההתחשבות באומדנא דמוכח בהקשר הנידון מקרבת את הפרספקטיבה של דיני ישראל בענייננו אל הפרספקטיבה שראינו בענין זה לעיל במשפט השוייצרי - בהבדל מן הפרספקטיבה ביתר השיטות שראינו.

[1288] קעו) על פי כתובות ע״ח ב׳ - ע״ט א׳, והרא״ש על סוגייה זו; בבא בתרא קנ״א א׳ וק״ן ב׳; שו״ע חו״מ סי׳ ק״ץ סע׳ י״ח הגה, סי׳ רמ״ו סע׳ ג׳ ואילך וסי׳ רמ״ב סע׳ ט; ור׳ גם עה״ש חו״מ סי׳ רמ״א סע׳ ט׳; **ורהפטיג**, **חוזים**, עמ׳ 40 ואילך.

[1289] קעז) דוק ביחוד בדוגמה המובאת בשו״ע חו״מ סי׳ רמ״ו, בדבר המתנה העשויה להתפרש כהענקת אפוטרופסות בלבד; וראה גם כן דוגמאות שכבר ראינו למעלה: עניין המכר שנהפך להלוואה בריבית קצוצה, לפי בבא מציעא ס״ז א׳, ועניין זכיית הבעל בנכסי המילוג של אשתו הקטנה, הנכפפת לתנאי שמסתמא, לפי בבא מציעא ל״ט א׳ (לעיל, פרק א׳, נושא שלישי, סע׳ ז׳), וכמו כן עניין **ההרשאה**, אשר בסתם מוחזקת היא בין הצדדים כשליחות בעלמא, ולא כהעברה גמורה (לעיל, פרק ב׳, סע׳ ד׳, מס׳ 8).

שטר המתיימר להעמיד עסק שהוא למעשה מדומה נקרא "שטר פסים" (או "שטר פוסיטים", או גם במונחים דומים אחרים, שהשתבשו מן הילה היוונית "פיסטיס"), ועליו נאמר "אם און בידך הרחיקהו - זה שטר פסים".

[[756]] בתלמוד הירושלמי (כתובות פ"ב ה"ג) הועלה אמנם התירוץ, כי דברים אלה מתייחסים רק **להחזקת** השטר, ואילו עשיית השטר אינה עברה; אולם, נראה שלא כן היא עמדת הבבלי (שם, דף י"ט עמ' ב') ובשו"ע חו"מ סי' מ"ו סע' ל"ז נפסק, שבדרך כלל לא יהיו עדי השטר נאמנים להודות כי חתמו על שטר פסים (שהרי מודים כי חתמו על שקר). עם זאת, אין פירושו של דבר שהדרך להוכחת דמיוניותו של השטר נסתמת לגמרי. את המגמה הדמיונית ניתן להוכיח על ידי עדים צדדיים, שאינם חתומים על השטר, וכמו כן חוזר השטר ומתבטל אם אחד הצדדים טוען לדמיוניות, והצד שכנגד אינו יכול לקיים את חתימת העדים[1290].

במידה שהעסק בטל משום אחיזת עיניים, מועילה תוצאה זו נגד כל העולם. אמנם, הדרוש שהזכרנו מראה כי לא נעלם מעיניהם של חכמי ישראל, שעשוי שטר הפסים להיות מנוצל להטעיית התמימים, ואחד ההסברים האטימולוגיים הנוגע למונח "שטר פסים" - על ידי הרשב"ם - אף קובע לאמור: "שטר פסים - שפייסת ממני לכתוב לך שטר מכירה, להחזיקך בעשיר לוקח קרקעות"[1291]. יתר על כן, הכלל בדיני ישראל הוא שעסק הנעשה מתוך קנונייה כדי לעשוק אנשים אחרים הוא בטל - כגון שנותן אדם את כל נכסיו במתנה כדי להבריח מנושיו, או שנותן מתנה מוסתרת, באופן שיוכל המקבל לבוא ולטרוף את נכס-המתנה מן הלקוחות שקנו מן הנותן, בסמכם על מראית העין שנשארה, כי הנכס שלו[1292]. ולפי זה ניתן כנראה להסיק, שגם בענייננו, **אם יש מאחורי העסק המדומה עסק מוסווה, שנעשה מתוך קנונייה כאמור, הרי לא רק העסק המדומה הוא בטל, כי אם גם העסק המוסווה**. אולם, כשם שבטלות זו של העסק המוסווה תחול כנראה - לאור מקורותינו - לא רק נגד הצדדים השלישיים העשויים להיעשק, כי אם גם בין [[757]] הצדדים המקוריים לבין עצמם. כן נראה, שכאשר מתבטל העסק המדומה, מתבטל אף הוא לחלוטין, ולא רק בין הצדדים המקוריים, כי אם אפילו לגבי הצדדים השלישיים, אשר יתכן כי אחיזת העיניים נועדה להטעותם.

ד"ר שילם ורהפטיג, בספרו על החוזים, בעמ' 44, מביא אמנם תשובה של ר' ש"י טאבאק, אשר על פיה, עם כל בטלותו של העסק המדומה בין הצדדים המקוריים, עשוי עוד זה להתקיים לטובת צד שלישי, אשר קנה בתום לב בהסתמך על תוקפו של העסק; אולם מסקנה זו אינה מתבססת למעשה על הגיונו הפנימי של הדין העברי עצמו, כי אם רק על המשפט הנוכרי שהיה ראוי לחול במסיבות המיוחדות של המקרה הנידון, מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". ביחס לדיני ישראל עצמם, נראה שאין אלה מאפשרים התפצלות בין בטלות העסק לגבי צדדים פלוניים וקיומו לגבי

[1290] קעח) שו"ע חו"מ סי' ק"מ סע' ג'. כאן אמנם אין מדובר דווקא על טענת שטר פסים, כי אם על טענה שהשטר הוא מזויף או שהוא "שטר אמנה"; אולם הדין בכל מיני הטענות האלה הוא מטבע הדברים שווה. וכך גם יוצא בפירוש ממקור הדברים בגמרא. "שטר אמנה" נבדל משטר פסים על ידי כך, שבשטר אמנה אין כוונה אקטואלית לעסק, לא מדומה ולא אמיתי, כי אם רק לנוסח כתוב בעלמא, אשר יהא מוכן לעת מצוא ויישמר בינתיים חבוי, ללא שימוש משפטי כלשהו. ראה בבא בתרא קנ"ד ב', ורשב"ם שם.

[1291] קעט) בבא בתרא קנ"ד ב'.

[1292] קפ) טור חו"מ סי' צ"ט סע' ט"ו; פ"ח מהל' זכייה ומתנה הל' א'.

צדדים אחרים - ולעניות דעתי אמנם אין תוצאה זו ראויה לערעור![1293]. "הווה אמינא" לערעור בהקשר זה יכול להימצא רק לטובת הסומכים בתום לב על תוקפו של העסק המדומה הגלוי. אולם, ראשית, למעשה אין טעם להעדיף את האנשים הללו על פני כל מישהו אחר הסומך בטעות על מצב שלכאורה - וכגון שסומך אדם על קניינו של אדם מוחזק, שאינו אלא שומר או אשר אולי אף היה פעם בעל [[758]] הנכסים שבהחזקתו, אלא שבינתיים הקנה אותם כבר לאחרים, ואפילו בתמורה, ואילו את התמורה שקיבל הספיק כבר לאבד. ושנית: מתן תוקף לעסק המדומה, לטובת האנשים שאמרנו, עשוי לפגוע באנשים שלישיים אחרים, כמו למשל נושים קודמים של המקנה המדומה, אשר העסק המדומה אולי לא נועד בעצם אלא כדי להבריח **מהם** (ואשר כל זמן שלא נערכו הליכי פשיטת רגל נגד המקנה, אף אי אפשר כלל לדעת אם אנשים כאלה, העשויים להיפגע, מצויים ואם לא). בסך הכל מסתבר איפוא כי השארת הדברים במצבם האמיתי היא היא כאן, למעשה, האיזון הטוב ביותר.

את הדברים האלה אפשר אולי להשלים על ידי ההנחה, שאם העסק המדומה, הבטל, נערך באמת במטרה פסולה, באופן הצפוי לגרום נזק לסומכים עליו בתמימות, יהיו בעלי העסק - שניהם יחד - אחראים על פי דיני הנזיקין, לנזק שתגרום הבטלות.

נספח: דין הרישום הפומבי המסולף

במדינת ישראל[1294], בתקופה שלפני חוק המקרקעין מתשכ"ט, נפסק בעניין זה, במשפט ולירו נגד בראשי (ע"א 87/51, פסקים עליונים י"ז, עמ' 25), כי אף מי שמדמה לקנות את הקרקע בתמורה ובתום לב, ממי שהמקרקע הוא ברשותו לכאורה, לפי רישום מסולף, אינו דוחה את הקניין האמיתי, הנשאר להתקיים במקרקע על אף הרישום המסולף. אולם, באותו פסק דין [[758]] נקבע גם כן, שאם הקונה האמיתי לא מחה נגד הרישום המסולף, אף על פי שידע עליו, לא תישמע טענתו נגד לוקח הבא בתמורה ובתום לב בהתמך על הרישום המסולף - מטעם דיני ה-estoppel. כמו כן, נשאר עוד יוצא מן הכלל על פי סע' 66 הישן של פקודת הקרקעות (סידור זכות קניין), שאיפשר אמנם לבית המשפט לתקן את ספרי האחוזה אף לאחר פעולות ההסדר, אם נתברר לו כי רישום הושג בתרמית או שאינו מדויק, או שהושמט רישום כלשהו - אך בכפוף לסייג, "שאם מאז הסידור רכש אדם קרקע מבעל רשום באמת ובתמים ובתמורת ערך, לא יצווה בית המשפט לתקן את ספרי האחוזה". אולם, נראה שגם משמעותו של סייג זה הייתה למעשה מצומצמת: לפי ע"א 136/50 (זיברט נגד בית ונחלה, פסקים עליונים ט"ז, עמ' 141) מסתבר כי הסייג הוחל רק במקרה שאדם דימה לקנות בתמורה ובתום לב בהסתמך על רישום שיצא מסולף ב"הסדר"; אם הרישום נסתלף **שלא** בהסדר, ואפילו לגבי מקרקע שעבר כבר "הסדר", נשאר הסילוף בבבטלותו (השווה **דוכן**, עמ'

[1293] קפא) לבד ממה שראוי אולי לתקן, לעניין של עסק מדומה המקבל השלמה על ידי **רישום פומבי** - והיינו שרישום כוזב בהסכמת הצדדים יעמיד את האמור בו כעסק אמיתי על תנאי משהה, למקרה שאדם הבא בתום לב ובתמורה ידמה לקנות מכוחו של הקונה הרשום, וגם קניינו יירשם. (הקונה הרשום, המקנה לאחרים תוך הפרת בטלותו של העסק המדומה ברמייה, יהא אחראי בנזיקין, כלפי חברו לעסק המדומה, בהתאם לכלל שראינו בספר על "דיני הקניין במוחזק", פרק ה', סע' ג', מס' 5, בסמיכות להערה מ"א).
בהקשר זה כדאי אולי להתעכב גם על הבעיה הכללית של **דין הרישום הפומבי המסולף**. [הערת עורך: המשך ההערה הועבר לסוף הסעיף, אחרי עמ' 765].

[1294] [הערת עורך: במקור, זה המשך של הערה קפא (1293), ובגלל אורכה, ובגלל הערות המשנה הרבות שבתוכה, הוחלט להפוך אותו לנספח].

409, **ובן שמש**, עמ' 316-315. וכמו כן, סע' 93 בנוסח החדש של הפקודה - מתשכ"ט - המשנה את התוצאה האמורה, כפי שנראה להלן).

בצרפת ובאיטליה נראה שבסתם, הרישום המסולף הוא בטל; אולם, אם הרישום נסתלף רק בדיעבד, והיינו שהרישום מייצג הקנאה המתבטלת על פי פסק דין למפרע, הרי שהלקוחות הרשומים, אשר קנו בהסתמך על הרישום המסולף לפני שנרשמה תביעת הביטול, עשויים להישאר מוגנים. [[759]] בצרפת, הגנה זו היא כללית; באיטליה, ההגנה היא מגוונת לפי סוגים שונים של מקרים, באופן שלפעמים יוצא מוגן לוקח רשום כלשהו, לפעמים רק לוקח הבא בתום לב ובתמורה, לפעמים לוקח הבא על כל פנים בתום לב או הבא בתמורה, ולפעמים לוקח הבא בתום לב ובתנאי שתביעת הביטול נרשמה רק כעבור 5 שנים מרישום ההקנאה המבוטלת. באיטליה נראה, שגם לוקח הבא בהסתמך על רישום מסולף מלכתחילה עשוי להיות מוגן במסגרת זו (היינו כשקנה לפני רישומה של תביעת הבטלות); בצרפת, לעומת זאת, נראה שהלוקח אינו מוגן אם בא הוא בהסתמך על רישום אשר בטלותו היא חוקית-יסודית (ולאו דווקא תלויה בתנאי הקניין). בשתי השיטות יש אחריות של פקידי הרישום לגבי נזקים הנגרמים על ידי השמטות או טעויות ברישום שהפקידים אשמים בהן (סע' 30 של הצו הצרפתי מ-4 בינואר 1955 על הרישום הפומבי של מקרקעין; סע' 2197 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי; סע' 2652 וסע' 2675 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי).

בגרמניה (לפי **וולף-רייזר**, עמ' 141 ואילך, ור' עמ' 88, 123, 162, 163), אם קורה שמקרקע אחד נרשם פעמיים, וזכות הקניין המוצגת ברישום האחד סותרת את זכות זכות הקניין המוצגת בחברו, אין אף לאחד מן הרישומים חזקת נכונות, ואותו הרישום שבאמת איננו נכון הריהו בטל לחלוטין, באופן שמי שמדמה לקנות על פיו איננו זוכה, אפילו עם רישום בתום לב[1295]. אם נרשמה הקנאה כוזבת (ללא הסכמת האדם שהמקרקע היה אותה שעה ברשותו), ואחר כך הוקנה המקרקע כדין בבחינת משועבד להקנאה הכוזבת, אין הלוקח יכול לדרוש את מחיקת השעבוד, אלא אדרבה - מחייבים אותו לתת בדיעבד את הסכמתו לרישום שנעשה מלכתחילה שלא כדין. חוץ מזה קיים בגרמניה העקרון הקרוי offentlicher glaube des grunbuchs. לפי העקרון הזה ניתנת הגנה למי שסומך בתום לב על הרישום המסולף. ההגנה ניתנת אפילו לאדם שלא נתן תמורה; אבל אם אמנם לא הייתה תמורה, כפוף הזוכה לתביעה אישית מצד הקונה האמיתי שנפגע, להחזרת הזכייה. אם [[760]] הייתה תמורה, יש לקונה האמיתי שנפגע תבעה רק כנגד בעל הרישום המסולף שנהנה מן העסק. האיש הסומך בתום לב על הרישום המסולף מוגן בשלשה תנאים: א) אם דימה לזכות בקניין מכוח הרישום המסולף (שאז אמנם זוכה הוא בקניין, אף על פי שהנכס לא היה ברשותו של הקונה הרשום, והוא זוכה בו כשהוא חופשי מכל שעבוד שהיה צריך להיות רשום ולא היה כן[1296]; ב) אם את חובתו האישית כלפי קונה המקרקע הוא מילא כלפי מי שהיה רשום כקונה; ג) אם דימוי הזכייה הוא על פי עסק עם הקונה הרשום, הכוזב, ויש בעסק משום פעולה "ריאלית" (verfugung) בקניין הרשום באופן מסולף. אין העקרון הנידון מועיל למי שדימה לקבל רק "זכות אישית" מאת הקונה הרשום באופן כוזב: למשל, השוכר את המקרקע מאת הגזלן

[1295] קפא-1) ראה **וולף**, עמ' 98.

[1296] קפא-2) כגון שנמחק השעבוד שלא כראוי. הזכייה מועילה אף ללא רישומו של הקונה, כאשר זכייה ללא רישום אפשרית - כמו במקרה של Briefhypothek.

הרשום אינו מקבל שום רשות במקרקע. כמו כן, אין העקרון מועיל למי שדימה לקבל אפילו "זכות ריאלית", אבל לא בדרך של עסק עם הקונה הרשום (אלא, למשל, בדרך של ירידה לנכסים). שלישית, אין העיקרון מועיל למי שהוא בעצמו הקונה הרשום באופן כוזב, כגון שהאיש שנרשם מאמין בתום לב בזכותו - וכך לא רק לגבי הקניין המקורי שלגביו נרשם, אלא גם לגבי קניין נגזר, כגון שהאיש רושם שעבוד לטובת עצמו או מעביר את קניינו המדומה ומשאיר שיור לעצמו[1297]. רביעית, אין העקרון מועיל כשהרישום המסולף אינו מתייחס לזכותו של מי שמתיימר להקנות, אלא הוא למשל בהערה בדבר פסלות הקונה הרשום: אם נרשם, למשל, שהקונה הרשום פשט את הרגל, ואחר כך בוטלה פשיטת הרגל, אבל הנאמן התיימר בכל זאת להקנות את המקרקע, ופלוני דימה לקנות ממנו בסמכו בתום לב על ההערה - [[761]] המקח בטל[1298].

תום הלב הדרוש מתבטא באי ידיעת העובדות המסולפות או באי-ידיעת משמעותו של הסילוף: למשל, מי שיודע כי הקונה הרשום בא מכוחו של שוטה, אבל אינו יודע כי הקנאתו של שוטה היא בטלה, הריהו תם לב; והוא הדין אפילו במי שיודע כי המתיימר להקנות לו אינו הקונה הרשום, אלא רק יורשו, אבל איננו יודע כי המוריש עצמו היה גזלן. אין תום הלב נפגע על ידי "אי ידיעה פושעת" (כגון שיודע הלוקח כי המקנה הרשום מעולם לא החזיק במקרקע, ולמעשה מוחזק המקרקע על ידי אחרים, אלא שבכל זאת אין הוא יודע כי המחזיק הוא גם הקונה האמיתי). נחוצה דווקא ידיעה ממשית או, לפחות, הערה המצויה בספרי האחוזה והתוקפת את נכונות הרישום או מראה כי עשוי הוא להיות מסולף. הזמן הקובע לגבי תום הלב של הלוקח הנרשם הוא הרגע של הגשת הבקשה לרישום.

דין משונה קיים ביחס ל-Vormerkung: מי שזכותו האישית כנגד הגזלן הרשום מובטחת על ידי הערה שהושגה בתום לב הריהו מוגן, כאילו רכש לו "זכות ריאלית", אבל הרוכש את "הזכות האישית" ממנו איננו מוגן, באשר להערה כשלעצמה אין "האמנה ציבורית".

המדינה אחראית לכל נזק שנגרם לאדם על ידי מה שפקיד הרישום פשע במילוי תפקידו.

בשוויצריה העקרון הוא כמו בגרמניה. תום הלב הדרוש הוא יותר רחב ונפגע גם על ידי "אי ידיעה פושעת". ר' סע' 973 ו-974 של הצג"ב **ורוסל ומנתא**, ג', עמ' 337 ואילך. סע' 955 של הצג"ב קובע: "הקנטונים אחראים לכל נזק הנובע מהנהלת ספרי האחוזה. להם יש זכות חזרה אל הפקידים ורשויות הפיקוח הבלתי אמצעי שפשעו. מפקידיהם יכולים הם לדרוש ערובות". ראה גם **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 318-319.

[[762]] לגבי הדין **בקיסרות הבריטית לשעבר**, עד כמה שהייתה נהוגה בארצות אלו השיטה של "רישום קניינים" - registration of title בהבדל מ"רישום שטרות" (registration of deeds), ר' את ספרו של **הוג**, עמ' 94 ואילך ועמ' 384 ואילך. תמצית הדברים היא כלהלן. בעיקרו של דבר מכירים לבעל הרשום את הקניין הרשום על שמו, כפי שהוא רשום. הכרה זו היא מוחלטת ואינה ניתנת

[1297] קפא-3) במקרה כזה עשוי להתקבל שהלוקח יזכה במה שהועבר לו ואילו השיור יחזור לקונה האמיתי שאיננו רשום.

[1298] קפא-4) אולם, אם הקונה הרשום פשט את הרגל, והייתה צריכה להירשם הערה על כך, ולא נרשמה, והאיש התיימר להעביר את זכותו - נראה שיהיה הלוקח מוגן ויזכה.

לסתירה כשהבעל הרשום הוא לוקח בתמורה, או - בארצות אחרות - כשהוא לוקח בתמורה ובתום לב. ביחס לתום הלב, יש מבחינים בין חוסר תום לב העולה כדי מרמה ומסלק את ההגנה לבין חוסר תום לב שאינו עולה כדי מרמה ושאינו פוגע במעמדו המוגן של הלוקח. במקרה של רישום כפול ניתנת ההכרה לרישום הקודם בזמן. בדרך כלל יש בחוקי הארצות השונות הוראות בדבר הפיצויים שישולמו למפסיד על ידי האיש שגרם לרישום המסולף או על ידי הבעל הרשום שאין עוד להפקיע ממנו את הנכס שהתגלגל לידו שלא כדין (אלא אם קנה האיש בתמורה ובתום לב או שהתובע נתון ל-estoppel). על פי רוב, המפסיד הזכאי לתבוע את הפיצויים לא יהיה האיש עצמו שהפסיד את המקרקע, אלא **הקופה המיוחדת, החייבת לפצות את מפסיד המקרקע** (לאחר שמילאה את חובתה). בכמה ארצות מיוסדת הקופה על האגרות הכלליות המשתלמות בשעת הרישום; בארצות אחרות מיוסדת היא על אגרות מיוחדות; במקום אחד נקבע כי לא ישתלמו פיצויים בסכום העולה על זה המצוי אותה שעה בקופה, בעוד שבכמה מקומות נקבע כי במקרה של גרעון בקופה ישתלמו הפיצויים מאוצר המדינה הכללי. בכמה מקומות חייבת הקופה לפצות לא רק את המפסיד קניין בקרקע עקב רישום מסולף, אלא גם את כל מי שנושא בהפסד כלשהו עקב "מחדל, טעות או מעשה פגום" כלשהו מצד פקידי הרישום. על כל פנים אין הקופה חייבת [[763]] בפיצוי כשהרישום המסולף לא נגרם במישרין באשמת פקידי הרישום.

במדינת ישראל, אחר תשכ"ט, נקבע בסע' 125 של חוק המקרקעין כי "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתכנו" - בהבדל מרישום לגבי מקרקעין בלתי מוסדרים, אשר יהווה רק "ראיה לכאורה לתכנו". כמו כן, בפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), סע' 93, שונה הנוסח הישן של סע' 66 של הפקודה, במגמה להבהיר כי "בית המשפט לא יורה על תיקון הפנקס אם רכש אדם מקרקעין בתום לב ובתמורה מבעל רשום אחרי ההסדר".

בסיכום הדברים נראה לומר כי העקרון הצרפתי והאיטלקי, שהרישום המסולף הוא בטל, ושאף הקונה בתום לב ובתמורה אינו יכול לזכות מכוחו, הריהו אמנם פרי השיטה של "רישום שטרות" (אשר לא תתכן בה חזקה של נאמנות הרישום) - ואי אפשר להקיש ממנה למה שראוי בשיטה של "רישום קניינים", אשר חזקה של נאמנות הרישום היא מעצם טבעה[1299]. אולם למעשה ספק רב הוא לע"ד, האם בכל זאת מחייבת אמנם השיטה של "רישום קניינים" דין אחר בענייננו מן השיטה של "רישום שטרות". המחשבה כי הבדל שכזה מתחייב נראית לי כפרי של דילוג הגיוני יותר משאפשר להכיר בה כמסקנה של ניתוח ענייני ממצה. מסתבר כי העקרון הגרמני של "המהימנות הציבורית" בענייננו אינו אלא פרי הריאקציה ההיולית נגד המצב שהיה שורר בקנייני המקרקעין באירופה לפני שהונהגה השיטה של "רישום קניינים": מי שרצה לקנות מקרקעין נאלץ היה להסתבך בחקירות מעמיקות בדברי ימיו של הנכס במשך תקופה ארוכה, ואם כל זה לא יכלה להיות לו ודאות כלשהי שלבסוף לא ייטרף המקרקע מידו; ועתה, עד עריכת הבירור הממלכתי של זכויות הקניין והנהגתה של שיטת רישום חדשה, נדמה היה לאנשים שיוכלו להפוך את המצב על פיו, ולהבטיח ללוקח על פי ספרי האחוזה קניין מוחלט ובלתי מעורער. אבל [[764]] מה מתברר? מתברר כי השיטה החדשה של רישום קניינים היא כל כך בטוחה, שסילוף יכול לחול בה רק

[1299] קפא-5) "ברישום שטרות" בא הרישום לשקף רק יומרות הקנאה, העשויות גם להיות חסרות בסיס כלשהו. לעומת זאת, ב"רישום קניינים" מוכרחה כל יומרת הקנאה להתיחס לקניינו הבסיסי של אדם פלוני, אשר על שמו נרשם המקרקע בפנקסים מלכתחילה, ולא יתכן איפוא כי רישום ההתפתחות הקניינית יסתלף, אם לא בדרך של זיוף או טעות.

לעתים רחוקות ביותר, והיינו רק כשנעשה זיוף מכוון בספרי האחוזה עצמם, או שפסק דין מושג במרמה, או שהפקיד הרושם טועה בזיהוי הצדדים, בהבחנת כשרותם, בהעתקת מסמך או בהכרת בטלותו של העסק הנראית מתוכו. יתר כל כן, בשני האופנים האחרונים עשוי הסילוף להתגלות על ידי עיון במסמכי הלואי של הרישום, המצויים במקום - ובסך הכל יוצא איפוא שאפילו בלי העקרון של "מהימנות ציבורית" יכול הלוקח לסמוך על נכונותם של ספרי האחוזה לפי השיטה של "רישום קניינים" במידה כמעט מלאה של בטחון. במלים אחרות, פירושו של דבר הוא כי אף בלי העקרון של "מהימנות ציבורית" עשוי הרישום לפי השיטה החדשה להבטיח את המהלך התקין של המשא ומתן במקרקעין; ונשאלת השאלה, אם בגלל האחוז הפעוט של חוסר בטחון הנשאר עוד בזה, כדאי להכניס עקרון שינשל אנשים מנכסיהם, ללא כל אשם מצידם. לדידי, נדמה לי שאם המהלך התקין של המשא ומתן במקרקעין מובטח, הרי שוב אין סיבה להפלות לטובה את הלוקח בתום לב בתמורה על פני הבעל האמיתי. אכן, גם אם רע הוא לחייב את הלוקח בחקירות מסובכות, הלא בודאי אין שום רע אם נחייבנו לפחות להתעניין כיאות **במסיבות הגלויות** האופפות את הקניין שמתעתד הוא לרכוש, בעוד שהבעל האמיתי אינו יכול להתגונן אפילו בזהירות מעין זו. למעשה דומה הבעל האמיתי למי שהפקיד את רכושו בידי הפקידים הממלכתיים הממונים על הרישום, ובודאי זכאי הוא לקוות שישמרו על רכושו בנאמנות: אין הוא צריך לעמוד תמיד על המשמר, שמא ימעלו או יטעו ויגניבו את רכושו לזרים - ואם הם מעלו או טעו, הרי נדמה לי שבאמת יש להעדיף את קניינו הישן והמושרש על פני האינטרס של לוקח, אשר יהא כי דימה לקנות בתמורה ובתום לב, אבל על כל פנים דימה לקנות רק **רכוש שהוא גנוב**. רק **תקנת השוק**, שהיא תקנת הציבור, עשויה להצדיק סטייה מן השיקול הפשוט הזה; אבל - כפי [[765]] שהסברנו - נדמה לי כי לפי שיטת הרישום החדשה שוב לא ייגרם כל נזק לציבור או לשוק גם אם נפסוק לפי אותו השיקול כמות שהוא.

מצד שני - ושוב בשים לב למיעוט הסיכויים של הסתלפות ספרי האחוזה החדשים, וגם בשים לב לעובדה שספרי האחוזה האלה עשויים להסתלף רק באשמתם של פקידי הרישום או השופטים - נראה לי נכון לקבל את העקרון שהמדינה תבטח את הסומכים על ספרי האחוזה בתום לב. אולם, לאור מה שאמרתי, אין הביטוח צריך לחול לטובת הבעל האמיתי שהפסיד את רכושו, כי אם לטובת האיש שדימה לקנות את המקרקע בתמורה ובתום לב ואשר הקונה האמיתי טרף את הנכס מידו, בהוכיחו כי הרישום שעליו סמך הלוקח היה מסולף. המדינה צריכה להיות אחראית כערבה קבלנית למוכרים הכוזבים, ובאופן כזה נגיע למעשה לפתרון המושלם, שזכויות הבעל האמיתי תישמרנה, וגם במהלך התקין של המשא ומתן במקרקעין תיסתם כל פירצה.

במה שנוגע למקרה שאדם מסלק בתום לב את חובו ליד הגזלן הרשום, סבורני גם כן כי אין סיבה להפלות את כוח ההוכחה שברישום המקרקעין מכל כוח הוכחה אחר. אם, למשל, ראובן חייב לשמעון, ולוי תובע את החוב בהוכיחו על ידי דרכון מזויף כי הוא הוא שמעון, ובית המשפט פוסק לטובת של לוי - לא ייפטר ראובן מן החוב אף אם ישלם לפי פסק הדין שיצא נגדו; ומדוע יהיה יפה כוחו של הרישום אפילו מכוח פסק דין שכזה? לו הייתה מתקבלת הסברה, שהמסלק את חובו לידי אדם לא נכון נפטר מן החוב במקרה שהוטעה על ידי ראיות מספיקות, צריך היה הדבר להיקבע בדין כללי, ולאו דווקא בקשר לרישום קניינים במיוחד. [[765]]

ג. עסק מאולץ

לגבי העסק המאולץ מבחינים **קולין וקפיטן**, בצרפת, בין שני מינים של אילוץ. מין האילוץ הראשון הוא אילוץ פיסי-מיכני, המביא את הצד המאולץ לכלל פעילות גופנית גרידא, אשר אין לה בסיס רצוני כלשהו - וכגון שפלוני מחתים את חברו על חוזה על ידי הובלת ידו בכוח. כשמוכח אילוץ מסוג זה, אך פשוט הוא שיסוד הדעת - או הרצון - חסר שם מעיקרא, והעסק בטל מיסודו.

יותר חשוב הוא מין האילוץ השני, והיינו כשאין האילוץ מיכני, כי אם מוסרי, ומתבטא הוא בעיקר **באיום לעתיד**, באופן שכדי להימנע מן הסכנה נעתר הצד המאולץ ומבצע מדעתו ועל פי הבחירה הרצונית שלו עצמו את מה שנחוץ מבחינה צורנית כדי לתת לכאורה תוקף לעסק הנדרש מאתו.

[[766]] במקרה שכך אמנם קורה, מאפשר המשפט הצרפתי לצד המאולץ לדרוש את ביטול המעשה בדיעבד ולמפרע; אולם, תנאי לכך הוא שהאיום יהיה מסוג העשוי להרשים אדם נבון, ולסחוט היענות, בשים לב לגילו של הקרבן, למינו ולמסיבות אישיות אחרות[1300]. נחוץ גם כן שהאיום יהיה דחוף ומכוון להיזק ניכר לכופו של הצד המאולץ, לרכושו או לגוף או לרכוש של בן זוגו, צאצאיו או אבותיו. כמו כן נחוץ שהאים יהיה בלתי צודק או בלתי חוקי: האיום בהפעלתה של זכות, אין לו דין של אילוץ פסול, אם אכן הוא מכוון לדרישה שאינה מוגזמת מצידה. התביעה לביטול המעשה עומדת לנפגע אף אם האילוץ בוצע על ידי צד שלישי, ואף אם הצד שכנגד בעסק לא ידע על האילוץ[1301]. לפי סע' 1304 של ספר החוקים האזרחי, כפי שתוקן ב-1968, מתיישנת התביעה לביטול העסק המאולץ כעבור חמש שנים מן היום שבו פסק האיום.

באיטליה דומה לכך סקירתו של **מסיניאו**[1302]. מסיניאו מציין, שלפעמים, אפילו האילוץ הפיסי מיכני (שהוא מכנה אותו "אלימות חומרית" או "מוחלטת") עשוי להשאיר את העסק בתוקפו ביחס לצדדים שלישיים הפועלים בתום לב[1303]. כמו כן מביא הוא, שלפעמים עשוי בית המשפט להסכים לביטולו של עסק בשל אילוץ, גם כאשר איום-ההיזק לא היה מכוון דווקא לבעל הדבר עצמו או לאחד מקרוביו האמורים לעיל, כי אם אפילו לאדם מסוג אחר. נקודה שלישית שכדאי לצטט ממסיניאו היא, שאם כי מתחשב המשפט בפחד הנובע מאיום על ידי אדם, אין הוא מוכן לבטל עסק המוסב על ידי פחד מסוג אחר.

בגרמניה גם כן דומה המצב המשפטי לנאמר לעיל; אבל הבדל עקרוני הוא, שבגרמניה שוב אין ביטול העסק המאולץ מצריך פסק דין, [[767]] אלא מתבצע הוא מאליו, על ידי הודעת חזרה של הנפגע. מדגישים כאן, שאין החזרה מועילה אלא כשהסכמת האיש לעסק ניתנה אמנם מלכתחילה כתוצאה מן האיום, כגורם סיבתי קובע, ואילו האיום אמנם מכוון היה מלכתחילה, על פי דעת המאיים, להשגת ההסכמה העסקית. מצד שני, אין עומדים כאן על כך, שהאיום יתייחס דוקא

[1300] קפב) **קולין וקפיטן** מציינים כי במשפט הרומי נדרש דווקא איום אשר עשוי יהיה להרשים אף את האדם האמיץ ביותר.

[1301] קפג) על פי **קולין וקפיטן**, א', עמ' 71, וכרך ב', עמ' 40.

[1302] קפד) כרך א', עמ' 565, 566.

[1303] קפה) שם, עמ' 488.

לרעה גדולה במיוחד: מספיק שהמאיים ידע כי הצד המאויים יראה את עצמו במצב מאולץ כתוצאה מן האיום. זכות החזרה עומדת לנפגע גם כאשר בעצם לא אולץ אלא לדבר אשר הוא כבר חייב היה בו מקודם ממילא - וכגון שהובא לתשלום חיובו בלחץ איומים בלתי חוקיים: במקרה שכזה, אם המאיים היה צד שלישי, יוכל אמנם הזכאי להתגונן מפני החזרה, על ידי טענת זכותו; אבל אם הזכאי עצמו היה המאיים, לא תעמוד לו שום טענת הגנה נגד הודעת החזרה, והוא יצטרך להחזיר את התשלום שקיבל[1304]. זכות החזרה מן העסק המאולץ מתיישנת בגרמניה כעבור שנה מיום הפסקת איום. המאיים אחראי גם בנזיקין, לפי דיני המעשה האסור או הנוגד את המוסר, ואף אם הצד הנפגע לא חזר בו מן העסק[1305].

בשוייצריה, לפי סע' 31-29 של חוק החיובים, בטל העסק המאולץ, מאליו, מלכתחילה; אולם, אם הצד הנפגע אינו מודיע לצד שכנגד תוך שנה שאין הוא מכיר בחוזה ואינו תובע את החזרת מה שכבר נתן על פיו, רואים אותו כמאשר את החוזה למפרע[1306]. האישור, כשלעצמו, אינו מונע תביעת פיצויים בשל הנזק שהאילוץ גרם. מצד שני, אם נעשה האילוץ על ידי צד שלישי, בלי ידיעתו של הצד שכנגד בחוזה, ואף בלי שהלה היה לו לדעת על האילוץ, אין הנפגע יכול להתכחש לחוזה, כלפיו, בלי תשלום פיצויים מצידו, כל אימת שכך מתחייב על פי הצדק. רואים בשוייצריה את האיום כמשמעותי בהקשר הנידון לגבי "מי שעל המסיבות מוכרח להניח, כי לו עצמו או לאדם הקשור אליו במקורב, [[768]] נשקפת סכנה קרובה וניכרת, לגבי גופו וחייו, כבודו או רכושו".

במשפט האנגלי, כדי שיהיה האילוץ משמעותי בענייננו, נחוץ שהוא יתבטא באיום של אלימות או כלאיה נגד הצד המאולץ עצמו או נגד בן זוגו, הורהו או ילדו, ונחוץ שהמאיים יהיה הצד שכנגד לעסק או או אדם הפועל בידיעתו ולטובתו של הלה. חוזה שנערך מתוך אילוץ כאמור ניתן לביטול על ידי הצד המאולץ. איום ביחס לרכוש איננו, כנראה, בגדר אילוץ מספיק[1307].

במדינת ישראל דהאידנא קובע בענייננו סע' 17 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, כי: "(א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה. (ב) אזהרה בתום-לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה".

בדיני ישראל, נראה שצריכים אנו לתפוס את דינו של העסק המאולץ משני כיוונים שונים, המשלימים זה את זה. הכיוון האחד בא מן העובדה, שמדובר כאן בעסק אשר לפחות אחד הצדדים המתקשרים בו הובא להתקשרות שלא בטובתו, ואף לא על פי כורח המסיבות גרידא, כי אם, בפירוש, על ידי המעשה הבלתי הוגן[1308] של אדם אחר, אשר כיוון מלכתחילה להביא את האיש לידי התקשרות עסקית מתוך שיקולים מלאכותיים וזרים לענייננו - והרקע הזה הוא הקובע את הנחת היסוד, שדיני ישראל עומדים מלכתחילה מוכנים לראות את העסק המאולץ כבטל, ואף

[1304] קפו) **אנקצרוס**, עמ' 530 ואילך.
[1305] קפז) שם, עמ' 541-539.
[1306] קפח) בטלות החוזה מלכתחילה, תוך אפשרות לחזור ולאשרו למפרע, היא היא העיקרון הננקט בענייננו גם על ידי **המג'לה**: שם, סע' 1006; ור' צלטנר, א', עמ' 544-543.
[1307] קפט) **אנסון**, עמ' 220; **צלטנר**, א', עמ' 549 ואילך.
[1308] קצ) בבא בתרא מ"ח ב'.

לסייע לנפגע בקביעת הדבר על ידי הכרזה רשמית בפסק דין, על פי בירור משפטי של מסיבות המקרה. אולם מצד שני, לוקחים גם כן דיני ישראל בחשבון, שפרספקטיבה זו של הדברים, כשלעצמה, אינה יכולה למצות את העניין; שהרי סוף סוף, גם אם [[769]] היתה שם מלכתחילה הסבה בלתי הוגנת, יתכן שבדיעבד סמכה דעתו של בעל הדבר ואמר בלבו "מילא, לו יהא כן" - והלא בודאי, לגבי תוקפו של העסק, לא הרקע המרוחק והעקיף של מסיבות ההתקשרות הוא הצריך להכריע, כי אם עצם הגורם הישיר של סמיכת דעת הצדדים בשעת המעשה, ויהיו גורמיו הוא אשר יהיו. על אחת כמה וכמה, אם נשים לב כי מידה או צורה כלשהי של אונס מסיבתי מצויה בהתקשרות העסקית תמיד, מטבע הדברים[1309]. לכן, יוצא מתוך צירוף הכיוונים, כי דין העסק המאולץ במשפט העברי אינו נחתך בדרך כלל בסמיכות ישירה לגורם ההסבה הבלתי הוגנת[1310], כי אם במסגרת המבחן של סמיכת הדעת; אולם, על כל פנים, עובדת מציאותו של אילוץ עשויה להיות גורם מכריע בהערכת קיומה של סמיכות דעת במסיבות המקרה - והאפשרות המעשית לעמוד בדין על בטלותו של העסק, בשל עובדת האילוץ, הריהי גם כן גורם הנלקח בחשבון בהערכת קיומה של סמיכות הדעת במכלול המסיבות[1311].

מתוך הגישה הזאת ולפנים ניתן לסכם[1312], כי עסק מאולץ, בסתם, הריהו בטל; אולם, בדיני ממונות יכול לעמוד על הבטלות רק הצד שנאלץ, שהרי בודאי - אם הצד הנאלץ שותק, או אפילו מתנגד לביטול בפירוש, גם כשהאילוץ סולק, ממילא ראיה היא כי דעתו אמנם סמכה. כמו כן נראה לי להסיק, שאין האיש יכול לעמוד על הבטלות, אם שתק במשך זמן כל כך רב יחסית, אחר הפסקת האילוץ, עד שיש להניח כי מן הסתם שתק רק מפני שמלכתחילה סמכה דעתו. מצד שני, אם האיש מסר כבר לבעל דברו בעסק את נשוא התכלית של האילוץ, ואף קיבל מתוך הסכמה את מה שעשוי להיחשב כסילוק של תמורתו המתאימה וההוגנת, הרי דין יסודי ומפורש הוא כי בסתם סמכה דעתו, [[770]] והעסק קיים. כנגד חזקה זו של סמיכת הדעת, במקום של אילוץ, יש דרך ממוסדת לסתירת החזקה מלכתחילה, על ידי "מסירת מודעה". פירוש הדבר הוא, שלפני עריכת העסק מודיע הצד הנאלץ לשני עדים כשרים, כי עסק פלוני, שעומד הוא לערוך עם צד פלוני, אין הוא עתיד לערכו בכנות, כי אם רק באשר נאלץ לכך על פי אילוץ פלוני - והעדים צריכים להכיר מתוך ידיעתם העצמית את טיב האילוץ, באופן שאף יהיו בדעה כי האילוץ הוא אמנם מסוג המספיק על פי דין כדי להכשיל את העסק, כפי שנפרט להלן. על מסירת המודעא נותנים העדים שטר למודיע, תוך ציון ידיעתם העצמית בטיבו של האילוץ, והשטר יכול לשמש את הצד הנאלץ כדי להפיל את העסק - על אף חזקת קיומו גם מבעד לאילוץ - כל אימת שיגיע הדבר לבירור משפטי.

[1309] קצא) בבא בתרא מ"ז ב'.

[1310] קצב) יוצא מכלל זה דין האשה המתקדשת מתוך אילוץ, אשר גם אם למעשה סמכה דעתה, מכל מקום הפקיעו רבן קידושיה (או ששיווום כבעילת זנות), ואין קידושיה תופסים: ר' שו"ע אה"ע סי' מ"ב סע' א'.

[1311] קצג) ר' עה"ש חו"מ סי' ר"ה סע' א'. בגישה זו רואים אנו בעליל, שלא רק גורם סמיכת הדעת הוא המכריע כאן את הדין לבדו, אפילו מבחינה תיאורטית, - מפני שאלמלא מוכן היה המשפט לפסול את העסק מלכתחילה גם בשל עצם אי ההגינות שבאילוץ, הרי שממילא מוכרח היה הנפגע להסמיך סוף סוף את דעתו על העסק, בשל העדר כל יסוד וסיכוי מיוחד לסעד בדין.

[1312] קצד) לפי עה"ש חו"מ סי' ר"ה ואה"ע סי' מ"ב סע' א'-ד' וסי' קל"ד; ור' **ורהפטיג, חוזים**, עמ' 117 ואילך.

האילוץ שעליו מדברים אנו כאן נידון במקורותינו, ללא כינוי מיוחד, בבחינת סוג מסוים של מיני האונס; אולם, אין ספק כי אמנם יש לנו עניין כאן במין אונס מיוחד שהוא מוסד משפטי בפני עצמו - ולפיכך נמשיך ונייחדנו פה בכינוי המיוחד של **אילוץ**[1313]. לעניין הגדרתו של אילוץ זה, אין אנו מוצאים במקורותינו את ההבחנה האירופית בין האילוץ הפיסי-טכני לאילוץ המוסרי - ומסתבר כי טעם הדבר הוא בכך, שבאמת קשה להעלות על הדעת כי אילוץ פיסי-טכני גרידא יוכל לשמש באופן משמעותי במציאות: מוכרחים אנו להניח, כי המדובר הוא על כל פנים באדם בעל הכרה, בר דעת ומסוגל לשליטה מוסרית על עצמו - ובאדם שכזה קשה לראות אפשרות של אילוץ פיסי-טכני גרידא, אשר לא יהיה מעורב ממילא גם בפנים כלשהם של אילוץ מוסרי ובצורך לבחון את התוצאות המשפטיות גם מבחינה זו. לכן, בסך הכל, מוגדר האילוץ המשמעותי בענייננו כ"אחד אונס הגוף ואחד [[771]] אונס ממון... או הפסידו בדבר שאפשר לו להאנס לעשות... (ו)תלוי דבר זה לפי הענין וכפי ראות עיני הבי"ד". האילוץ צריך לבוא מהצד שכנגד בעסק או מחמתו ("דאתי ליה מהלוקח עצמו או מגיריה דיליה"); אבל נראה שסייג זה אמור וחל רק בעסק דו צדדי בדיני ממונות, ואילו בעסק חד צדדי או שלא בדיני ממונות (כגון הפקרה, קידושין או גט) יכול האילוץ לבוא באופן משמעותי גם מאדם צדדי לגמרי. לענין אישיותו של קרבן מעשה האילוץ, מצאנו לכאורה (בעה"ש) ש"אם האונס לא היה כלל עליו, אלא על איש אחר, שאנסו להאחר ביסורים עד שזה ימכור לו נכסיו - אין זה אונס... ואם אנסו את הבן שהאב ימכור... יש בזה מחלוקת הפוסקים... ואם אנסו את אשתו, ודאי דהוה כאונס עצמו, דכגופו דמי"; אולם, נראה שצמצום זה איננו נכון, ואף אם היתה שם פעם איזו מחלוקת של פוסקים, הרי למעשה יוצאים הדברים מוכרעים: "ואפילו לא היה האונס לו בעצמו, אלא לשארו הקרוב אליו, כגון אביו ואמו, ואחיו ואחותו, וכן אשתו... שכן כתב הרשב"א ז"ל... שאין לך חביב על אדם כהצלת אחיו ואחותו, ויקר פדיון נפשם בעיניו... ולפיכך אני אומר שאף שאר קרובים במשמע"[1314]. האילוץ צריך כמובן להיות על כל פנים שלא כדין, אבל "מודעה" מועילה כדי לבטל הסכמה אף אם ניתנה היא מתוך אילוץ על פי דין.

הגדרים האמורים נדרשים באילוץ כדי לבטל על פיו את העסק אפילו ללא מודעה או כדי לתת תוקף למודעה כנגד עסק המוחזק בקיום על אף מציאותו של אילוץ. אולם, מתנה או מעשה חד צדדי (כמו גט) עשויים להתבטל על פי מודעה גם כשאין שם אילוץ בגדרים שאמרנו, אלא יש רק לחץ חומרי או מוסרי כלשהו - ואף אם עדי המודעה אינם יודעים בטיבו של הלחץ; ובלבד [[772]] (על פי שיטת רשב"ם והרמב"ן) שהלחץ יתקיים אמנם עד לשעת המעשה[1315].

לגבי האפשרות של "ביטול מודעה", יש לנו לכאורה מחלוקת של פוסקים, אך לע"ד נראה לי שלמעשה נפטרת המחלוקת בהבחנה משולשת כלהלן. ראשית, אם המדובר הוא במודעה ביחס למתנה או עסק חד צדדי, וכשבאמת יש שם אילוץ שלא כדין, הרי שה"מודעה" היא מחוסרת

[1313] קצה) סקירה אנליטית מפורטת של מיני האונס המוכרים בדינינו, במגמה לברר את מקומו המיוחד של אונס ה"אילוץ" בתוך המכלול, יש לנו בתשובת הרשב"ש, סי' של"ט.

[1314] קצו) תשו' הרשב"ש, סי' של"ט, ור' שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' רע"ג, ושו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סי' ט"ז; ור' גם כן שדברי הפוסק המצמצם (ר' שמעון ב"ר צמח) נדחים בב"י על אה"ע סי' קל"ד: "ומ"ש שאפילו הוציאו בנו להריגה אם לא יגרשה, אין זה גט מעושה, תמהני עליו, שהיאך יעלה על הדעת שממון יהא חמור מחיי בנו?".

[1315] קצז) ר' לעיל, הערות ק"ס-1 וקס"ח-1.

משמעות מהותית מכל מקום; "המודעה" יכולה לשמש כאן רק לשם "יתר בטחון" - מפני שהבטלות או אפשרות הביטול של העסק ייקבעו לבסוף לאו דווקא לפי ה"מודעה", כי אם לפי מבחן מציאותו של האילוץ בפועל בשעת המעשה - וממילא משמע שגם "ביטול המודעה" יכול לשמש כאן רק כעדות למצב רוחו של בעל הדבר בשעת הביטול, או אולי גם כראיה לכאורה שהאילוץ אמנם הוסר, אבל על כל פנים לא תיתכן לו שום משמעות קונסטיטוטיבית לריפויו של העסק, כשמוכח שלמעשה לא הוסר האילוץ (וגם הביטול עצמו נסחט על ידיו), או שחזר ונתחדש האילוץ אחרי הביטול.

שנית, אם המדובר הוא שוב במתנה או בעסק חד צדדי, אך במצב שאין בו אילוץ שלא כדין (כי אם רק "לחץ" גרידא, או אילוץ כשר על פי דין), נמצא שטעם המודעה מלכתחילה אינו להבטיח את דין הבטלות בשל אילוץ, כי אם רק להבטיח הוכחה של העדר סמיכת דעת גרידא (גם שלאו דווקא על פי דיני האילוץ) - וכאן ברור אפוא ממילא, ש"ביטול מודעה" על ידי הודעה כלשהי לפני המעשה, יכול לחזור ולבטל את ראיית העדר סמיכת הדעת (באופן שהעסק יירפא ויעמוד בתקפו) בין אם מצב הלחץ או האילוץ (שהוא בלתי משמעותי מבחינה משפטית) הוסר כבר בינתיים או שנמשך הוא עדיין בעינו (ואולי אף הוא הוא שסחט את הודעת הביטול). ושלישית, כשהמדובר הוא אמנם במודעה "מהותית" - היינו מודעה על אילוץ שלא כדין, ביחס לעסק אשר בסתם תהיה בו חזקה של סמיכת דעת גם מבעד קיום האילוץ הפסול: במקרה כזה, אם מוכח שלמעשה הוסר האילוץ, הרי שממילא אין עוד טעם לא במודעה ולא בביטולה, ואילו כשלמעשה מוסיף האילוץ להתקיים - נראה שאין "ביטול המודעה" [[773]] יכול להועיל כדי לחזור ולרפא את העסק, מפני שעל פי "המודעה" חזקה היא שגם הביטול עצמו נסחט באילוץ פסול, ואין בו איפוא כדי לחזור ולהוכיח סמיכת דעת[1316].

ד. אסמכתא של תנאים מוגזמים, בלתי מחושבים ובלתי סבירים

1. תנאים מוגזמים בשעת הדחק

בסעיף הקודם ראינו כי האיוץ עשוי להיחשב כגורם המוכיח העדר סמיכות דעת, וכמו כן ראינו כי ביחס למתנה או עסק חד צדדי עשויות אפילו מסיבות כלשהן של לחץ להיחשב גם כן כגורם שכזה - ואף כשאין הלחץ מגיע לדרגה של אילוץ - ובלבד שההוכחה תסתייע גם מסירת "מודעה". אולם, שתי האפשרויות האלו אינן ממצות את כל המקרים, אשר בהם עשוי עסק להיפסל בדיני ישראל בגלל חזקה של העדר סמיכת דעת הנובעת ממסיבות שיש בהן לחץ או כעין משהו מן הסוג של אילוץ.

על עיקר האפשרויות הנוספות האלו עמדנו כבר קודם, בדרך אגב, בסעיף המשנה של פרקנו על היתול, משחק והשטאה. שם הזכרנו את אפשרות הטענה "משטה הייתי" על פי הגמרא בבבא קמא קט"ז א' - וזה נוסח הדברים כלשונם: "הרי שהיה בורח מבית האסורין, והיתה מעבורת לפניו, אמר לו טול דינר והעבירני - אין לו אלא שכרו. אלמא אמר ליה משטה אני בך... ואם אמר

[1316] קצח) ר' ב"ח על טור חו"מ סי' ר"ה ס"ק י"ד - ודוק. מסקנתנו היא לפי שיטת רב האי, על פי פירושו של הב"ח, והריהי סוטה מדיוקי התפיסות של הרמב"ם והרא"ש כאחד, שקשה להלמם.

לו טול דינר זה בשכרך והעבירני - נותן לו שכרו משלם. מאי שנא רישא ומאי שנא בסיפא? אמר רמי בר חמא, בצייד השולה דגים מן הים, ואמר ליה אפסדתני כוורי בזוזא". בסוגיה זו רואים אנו איפוא שוב, שאם אדם הסכים על עסק מסוים מתוך כניעה לניצול אשר הצד שכנגד ניצל את לחץ תנאי הסכנה שבהם היה נתון - יכול הנפגע לחזור בו; אולם, כמה וכמה הבדלים מבדילים בין סוג המקרים הנידון כאן לבין מה שראינו [[774]] בסעיף הקודם.

ההבדל הראשון הוא, שבמסגרת האילוץ דיברנו על מקרים שבהם הוכן לחץ הסכנה לכתחילה ובאופן מכוון כדי לסחוט מן האיש את ההיענות המבוקשת - וזאת במיוחד ובאופן מפורש, שלא על פי דין. לעומת זאת, במסגרת המקרים שבהם דנים אנו כאן, ההנחה היא שמצב הלחץ לא הוכן בכוונה, אלא נוצר איך שהוא על ידי גורמים חיצוניים לגמרי, והצד המנצל רק משתמש במצב בדיעבד, ללא שום עברה, רק על ידי עצם הפעלת זכותו להתקשר או שלא להתקשר בעסק, אשר דווקא הצד הלחוץ הוא הוא המבקשו מאתו.

שנית, בהתאם ליסוד העבריינִי שבאילוץ, ראינו שהצד הנפגע יכול לחזור בו מן העסק המאולץ לאו דוקא בגלל החזקה הנוצרת שבמקום של אילוץ דברי הקניין אינם מכוונים ברצינות ואין גמירת דעת, אלא אפשרות החזרה נוצרת שם במין מעגל של הגיון דיאלקטי משולש: ראשית, יש שם הנחה לפגימות העסק בשל עצם העבריינות או אי ההגינות הצורנית שבו, ובלי שום קשר מחויב לדעתו של הנפגע או להגינות התוכנית; שנית, יש שם הנחה, שמתוך הפגימות היסודית הזאת, ממילא אין אמנם דעת הצדדים סומכת על העסק, והרי זה יוצא איפוא על כל פנים בטל מסיבה זו; ושלישית, יש שם הנחה מצמצמת, שבמסיבות מסוימות של הגינות תוכנית תיתכן גם סמיכת דעת העשויה להבריא את העסק על אף הפגימות היסודית, ומבעדה - ובסך הכל בודקים שם אפוא את קיום העסק או בטלותו לאו דווקא על פי היחס שבין הדעת והאילוץ, כי אם על פי מכלול הבעיות המיוחד של הנושא. לעומת זאת, בסוג המקרים המיוחד שבהם דנים אנו כאן, חזקת העסק מלכתחילה הריהי שהוא קיים, ואם בכל זאת נפתח לו פתח לביטול, על ידי טענת השטאה או העדר סמיכת דעת, הרי זה לא מפני איזו הנחה של פגימות יסודית, כי אם רק בשל הניצול שהיה בו מבחינה **תוכנית** ועל פי נכונות המשפט להכיר, כי היענות לניצול במסיבות מן הסוג הנידון, אמנם ניכר ממילא על פניה שאין היא יכולה להיות כנה, באופן שגם הצד [[775]] המנצל היה לו לעמוד על כך מעצמו. במלים אחרות, פירושו של דבר הוא אם כן, שכאן אמנם חוזרים אנו לתחום המבחן הטהור של "מפגש הרצונות" וסמיכת דעת הדדית גרידא - ולו יהא שהמשפט אמנם חוזר ומטיל כאן חזקה כללית של העדר סמיכת דעת, על פי עצם תוכנו ומסיבותיו המבניות של העסק ובלי להתייחס הערכה אישית מיוחדת של דעות הצדדים למעשה, מעבר לכך[1317].

[1317] קצט) בהקשר זה יש אמנם פנים לשאול, מדוע באילוץ אין אנו מסתפקים במבחן סמיכת הדעת בלבד, בעוד שכאן מסתפקים אנו - והרי לכאורה איפכא מסתברא, מקל וחומר? אולם, התשובה היא ודאי, שבמקרה של אילוץ, מאחר שהלחץ הוא בידי הסחטן, הרי זה יכול אמנם ללכת ולהגביר את הלחץ, עד שייראה לו כי הצליח לסחוט סמיכת דעת גמורה, בבחינת "כפוהו עד שאמר רוצה אני"; ועוד, שהלא באמת אך פשוט הדבר, כי במקרה של אילוץ בא הסחטן מלכתחילה מתוך הבנה שכוונתו היא **בניגוד** לדעת הצד שכנגד, אלא שבכל זאת מניח הוא כי **אף על פי כן** יצליח איך שהוא לסחוט את העמדת הדברים בדמות של סמיכת דעת קיימת ועסק גמור. ממילא, במקרה של אילוץ, אין אמנם מקום להכרעת הדברים על פי הנחה של העדר סמיכת דעת גרידא - הנחה שהיתה צריכה להיות ברורה לכאורה גם לסחטן בעצמו, ואף ללא התערבות מיוחדת של הדין, והא ליכא (וביחוד כאשר העסק, מבחינת תוכנו, הוא הוגן).לעומת זאת, במקרים מן הסוג שבו דנים אנו עכשיו, הרי מצד אחד אין המסיבות מחייבות כלל שהסחטן יתכוון אמנם

ושלישית, באילוץ הרגיל ראינו כי במקרה שמתבטל העסק, הרי זה מתבטל אמנם כולו וכמות שהוא, בלי נפקא מינה מה היה תוכן העסק ואם תוכן זה כשלעצמו הוגן היה או לא. לעומת זאת כאן, התוצאה המעשית היא שעל אף האסמכתא אין העסק נפגע בכללו, אלא בעיקר הדבר נשאר הוא קיים - ורק במידה שיש בתנאיו הגזמה בלתי הוגנת, שנסחטה על ידי ניצול שעת הדחק, נקצצים שולי הגוזמה הללו וגדרי העסק מועמדים על שיעורם הסביר וההוגן.

ביחס לפרטי הדינים במקרים מן הסוג הנידון נראה שיש [[776]] להוסיף, שעל כל פנים אין העסק נפגע כלל - וגדריו נשארים לחלוטין כפי שהוסכם - אם מה שנראה בו לכאורה כתנאי מוגזם לא היה למעשה מוגזם, באשר התנאי בא כתמורה למשהו יש לו ערך מיוחד, לא רק בשים לב לחץ המסיבות המיוחדות, כי אם גם כשלעצמו (כגון שהמדובר הוא בשרות של רופא הנחשב כמומחה יותר מן הרגיל, ולו יהא החולה נאלץ אמנם לשלם את השכר הגבוה שנדרש רק משום שנתון היה בשעת הדחק של מחלתו החמורה[1318]; או שהיענות הצד המבוקש כרוכה היתה לדידו בהפסד (כגון אותו מקרה של בעל המעבורת, שנענה לשבוי תוך ויתור על ריווח הדיג שהיה נשקף לו).

במקרה שהתנאי המוגזם התקיים כבר - וכגון שהשבוי הבורח נאלץ לשלם את השכר המוגזם מראש - יש מרבותינו שפירשו, שהרי זו ראיה לסמיכות דעת, ואין התשלום חוזר[1319]. אולם, יש גם הכרעה אחרת, ועל פי ההגיון המעשי של הדברים נראה לי כי הכרעה זו היא עיקר[1320].

מסכת דינים [[777]] זו חלה רק במקרה שעת הדחק של הצד שכנגד, וכפי שניסח הרמב"ן: "דינא הוא שלא מיחייב איניש בתנאין בשעת הדחק יותר מכדי דמים"[1321].

להשיג דוקא משהו העומד בניגוד לדעתו האמיתית של הנלחץ, ומצד שני אין שום הכרח להניח כי הסחטן אמנם לא היה נענה לעסק על פי תנאים של שכר הוגן גרידא. הדרישות המוגזמות עשויות כאן אפוא בהחלט להימוג בהנחה של העדר כוונה רצינית לגביהן מעיקרא.

[1318] ר) טור יו"ד סי' של"ו סע' י"ג.

[1319] רא) תשובת הרשב"א, סי' אלף ר"מ, ור' בית יוסף על טור יו"ד סי' של"ו סע' ג' (ב"בדק הבית") ועה"ש חו"מ סי' רס"ד סע' י"ח.

[1320] רא[2]) פ"ט מה' שכירות להרמב"ם, הל' ד', ור' עה"ש חו"מ סי' של"ג סע' ט'.
הכרעה זו נאמרה אמנם בהקשר אחר: במקרה של בעל בית שעמד בפני איום של פועליו, שיחזרו בהם מהסכם העבודה אם לא יוסיף על שכרם - ומתוך שעת הדחק, כביכול נענה להם בעל הבית, ואף שילם הם מראש. במקרה כזה, הדין שאינו שנוי לכאורה במחלוקת הוא שבעל הבית יכול לחזור ולגבות את התוספת ששילם; ויש אולי פנים להבחין ולומר, שכך הוא הדין, באשר הפועלים היו חייבים מלכתחילה לעבוד לפי השכר המוסכם, ואם התיימרו לחזור בהם, הרי בעל הבית זכאי על כל פנים לחזור ולגבות מהם את הנזק הצפוי שגרמו - מה שאין כן בנידון המיוחד שלנו. אולם באמת אינני רואה נפקא מינה: אם התשלום הוא ראיה לסמיכת דעת, על אף ניצולה של שעת הדחק, הרי גם כאן יש לומר שהתשלום מוכיח את ויתורו של בעל הבית על זכותו לפיצוי על פי ההסכם הקודם ואת נכונותו להתקשר בחוזה חדש, לפי תנאים החדשים - והא ליכא.
מצד שני, אם יש אחיזה לתפיסה שביצוע התשלום הוא ראיה לסמיכת דעת, על אף הניצול הבלתי הוגן של המסיבות, הרי זה רק בנוסח הגמרא שציטטנו לעיל: "ואם אמר לו טול דינר **זה** בשכרך והעבירני נותן לו שכרו משלם". אולם, באמת נראה שהמלה "זה" נשתרבבה לכאן בטעות: אין היא עולה בקנה אחד עם תירוץ הגמרא שבהמשך הדברים, ואף אין היא מצויה בגירסות המפרשים, כגון הרי"ף והרא"ש. אם בכל זאת נרצה לקיים את המלה בהתאם לנוסח הגמרא המצוי לפנינו, הרי שעל כל פנים מחייב ההמשך לפרש שבמלה "זה" אין כאן הכוונה ל"דינר זה שאני נותן לך", כי אם ל"דינר זה שתפסיד אם תיענה לי ותזניח את דגיך".

[1321] רב) בספר "חיי אדם", סוף פרק החובל [הערת עורך: צ"ל תורת האדם, סוף ד"ה החובל], ומובא גם בבית יוסף על טור יו"ד סי' של"ו סע' י"ג. עניין מקורות נוספים בעניינו ר' יבמות ק"ו א', ושו"ע חו"מ ס' רס"ד סע' ז' (בעה"ש - סע' י"ז ואילך).

2. אונאה בדיני העמים, "פגיעה במידות הטובות" ו"השפעה בלתי הוגנת"

כנגד דין האסמכתא של התנאים המוגזמים בשעת הדחק ראינו כבר את ההקבלה האירופית, אגב עיוננו בדין אונאה לעיל (פרק ג', סעיף ג'). הדינים המקבילים הללו, עניינם הוא יותר רחב מן הנושא המיוחד של ניצול שעת הדחק, ולפי המינוח הגרמני מתפשטים הם עד הנושא הכללי של היפגמות חוזה בשל ניצול אשר צד אחד ניצל את משנהו, באופן שיש בו משום "פגיעה במידות הטובות". במשפט האנגלי יקביל לכך דין החוזה הנפגם בשל "השפעה בלתי הוגנת" (undue influence); אך מסתבר כי ניצול שעת הדחק במובן שראינו כאן בדיני ישראל יימצא בדרך כלל מחוץ לגדרי המושג האנגלי האמור ולא יבוא במסגרת זו על תיקונו. "השפעה בלתי הוגנת", במובן האנגלי, מצויה כאשר יתרון בלתי הולם מופק על ידי אחד הצדדים בחוזה על ידי ניצול איזה יתרון אישי, שכלי או מעמדי, שיש לו לעומת הצד שכנגד - וניצול שכזה מאפשר לצד שכנגד לחזור בו ולבטל את החוזה[1322].

מבחינת הגישה העקרונית ראוי להעיר, כי בשיטות האירופיות נפגם כאן החוזה, במישרין, בשל עצם הניצול הבלתי הוגן המצוי בו, ולאו דווקא - כמו בדיני ישראל, בשל חזקת העדר סמיכת הדעת, העולה בגלל הרקע המסיבתי של מציאות הניצול הבלתי הוגן.

[[778]] מבחינה מעשית נראה, שבדיני ישראל אין לנו שום הקבלה מיוחדת כנגד הרחבת הפגימות על כל ניצול בלתי הוגן, ואף כשאין הניצול מתייחס לשעת הדחק. אולם, מסתבר שחלק גדול מן המקרים - ואולי גם כל המקרים - המוצאים בשיטות האירופיות את פתרונם במסגרת זו יבואו בדיני ישראל מכל מקום על פתרונם המקביל, על פי דין האסמכתא הכללי של התנאים המוגזמים והבלתי מחושבים, או על פי דיני הטעות וגניבת הדעת, אשר נראה עוד בהמשך הדברים להלן.

3. תנאים בלתי מחושבים ובלתי סבירים; תנאי גוזמה של קנס או ויתור על זכות

האסמכתא של תנאים מוגזמים בשעת הדחק, מבוססת, כפי שראינו, על חזקת השטאה, אשר דינינו מיחסים לאדם המסכים לכאורה על תנאים שכאלה מתוך דחקו. בסיס זה שונה מן הבסיס שראינו באסמכתא של תנאים מוגזמים בפרק א' של חיבורנו, בנושא השלישי, סע' ז' - ובייחוד על פי הסוגיה בבבא מציעא ק"ד ב'. הצד השווה בשני מיני האסמכתאות הוא, שבשניהם יש רקע מובן מאליו של אי צדק בקבלת התנאי המוגזם; אולם, בעוד שבמקרה של ניצול שעת הדחק רואים אנו את רקע אי הצדק הזה כגורם המבסס חזקה של העדר כנות או חוסר רצינות, **המכוונים מלכתחילה ומדעת על ידי הצד המתיימר להסכים לתנאי המוגזם**, הרי במקרה של תנאים מוגזמים שלא בשעת הדחק, אין אי הצדק גורם לחזקה של השטאה מכוונת כזאת, כי אם רק לחזקה של הכרעה בלתי שקולה והעדר כוונה רצינית מן הבחינה הסבילה בלבד. נראה הדבר כפשיטא, שהגוזמה שבתנאי צריכה על כל פנים להיות ניכרת, שאם לא כן, הרי שממילא לא תוכל לעלות שם חזקה אובייקטיבית של פזיזות או העדר שיקול בשל. מבחינה מעשית נראה, שגם במקרה מסוג זה אין האסמכתא גורמת בהכרח לבטלותו של העסק כולו, אלא די לה במה

[1322] רג) **אנסון**, עמ' 221 ואילך; **צלטנר**, א', עמ' 554 ואילך.

שמאפשרת היא לצד הנפגע לחזור בו ממידת הגוזמה שבתנאי, כדי לשוב ולהעמיד את העסק באופן תקף בגדריו הסבירים[1323].

דברים אלה אמורים ביחוד במקרה של גוזמת קנס, אשר אדם מקבל על עצמו כסייג נגד מעשה, מחדל או מאורע, אשר מקווה הוא כי לא [[779]] יקרו, ללא בחינה נאורה ומספקת של הסיכויים - ויש לשים לב שסוג זה של אסמכתא אינו ממצה אמנם את כל האסמכתאות אשר בהם עשויים תנאים להיפסל בדיני ישראל משום גוזמה או חוסר סבירות שלא בשעת הדחק.

אפשרות נוספת של פסילה ממין זה יש לנו כאשר תנאי בלתי סביר מעלה חזקת העדר סמיכת דעת לאו דווקא באשר נסחט בשעת הדחק, וגם לאו דווקא משום שמן הסתם לא חישב אותו בעליו עד תום, כי אם באשר הוא כל כך מוגזם או בלתי סביר על פניו עד שמתוך עצם הדבר הזה יש להסיק, כי מן הסתם לא העלה אותו בעליו אלא במגמה של היתול, או לו יהא גם במגמת השטאה. דוגמה כזאת נזדמנה לנו כבר בבבא מציעא צ״ט א׳ (מעשה הפרה הנשאלת על דעת משלוח בהכשה למרחק, שהבאנו בפרק א׳, נושא שלישי, סע׳ ז׳); אך דוגמה אף יותר מובהקת מאותו הסוג יכולים אנו למצוא בעניין המקביל לגוזמת הקנס, והיינו בגוזמה בויתור על זכות.

העניין נידון במשנה בבא קמא פ״ח מ״ז, וסיכום הדינים בעניין זה הוא כלהלן: א) סתם הרשאה שמרשה אדם את רעהו להזיק לו בנכסיו - חזקתה שהיא כנה, והמזיק המורשה פטור; ב) סתם הרשאה שמרשה אדם את רעהו להזיק לו בנכסיו, במקום שהנכסים הם מלכתחילה באחריותו של הרֵע - חזקתה שאין היא רצינית, והרֵע הסומך עליה אינו נפטר אלא אם היתה שם גם הסכמה מיוחדת ומפורשת של הפטור[1324]; ג) סתם הרשאה שמרשה אדם את רעהו להזיק לו בראשי אבריו, חזקתה שאין היא רצינית, ואף אם הסכים האיש בפירוש שהמזיק יהא פטור, ואף אם המדובר הוא למעשה בראשי אברים שהאיש סובל מהם ונוח לו להיפטר מהם - אלא אם כן יש שם אמנם הסכמה מיוחדת ומפורשת על פטור מאחריות, ויש גם אומדנא דמוכח מיוחד כי ההסכמה היתה אמנם כנה ורצינית[1325].

[[780]] את ההקבלות הנוכריות לענין בטלות של גוזמת קנס או ויתור על זכות ראינו כבר לעיל, בפרק א׳, נושא שלישי, סע׳ ח׳.

[1323] רד) עה״ש חו״מ סי׳ שכ״ח סע׳ ב׳.

[1324] רה) לפי זה נראה - כנגד הבעייה המתעוררת כיום במדינת ישראל על ידי סע׳ 15(ב) של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א - שבדיני ישראל אין מניעה להסכם בדבר הגבלת אחריות חוזית, אלא אם ההגבלה היא אמנם בלתי סבירה ובלתי שקולה במיוחד.

[1325] רו) ר׳ גם חידושי הרשב״א על בבא קמא צ״ג א׳; ירושלמי בבא קמא פ״ח הל׳ ח׳; ועה״ש חו״מ סי׳ שי״ח סע׳ י״ג, סי׳ ש״פ סע׳ א׳-ב׳ וסי׳ תכ״א סע׳ ג׳ וי״ד. השווה גם גיטין ע״ח ב׳, שהאומר זרוק לי חובי ברשות הרבים, ואתה פטור מאחריות - מועיל הפטור, ואין אומדנא דמוכח לקבל את הטענה שהפטור היה בהיתול. - יש גם לשים לב שבהקשר זה מדברים אנו בטענת היתול או השטאה המועילה על פי חזקה מיוחדת על פי דין, ולא בטענת היתול מן הסוג שעליו עמדנו בשלב קודם והתלוי רק באומדנא דמוכח עובדתי ישיר.

4. "חוזים מוכנים" ו"חוזים אחידים"

העיון במיני האסמכתאות השונות של תנאים מוגזמים, בלתי מחושבים ובלתי סבירים מביא אותנו במישרין גם לנושא הנידון בשיטות המשפט האירופיות תחת השם של "חוזים מוכנים" (contrats d'adhésion) ובמדינת ישראל תחת השם "חוזים אחידים".

"חוזה מוכן" הוא "חוזה, אשר בו, מתוך ההבדל במצבם הכלכלי של הצדדים, יש בכוחו של אחד מהם להטיל את תנאיו על רעהו" - בבחינת אלה תנאי: קבלם כמות שהם או משוך ידך מן העניין - ואשר "לכן יש בו צורך שהמחוקק יתערב כדי להחזיר את שיווי המשקל ולמנוע את השימוש לרעה העשוי למנוע מן המצב"[1326]. אולם, אין צריך לומר כי גדרים אלה של הצגת העניין אינם ניתנים ליישוב כמות שהם בשום הסדר משפטי כללי, אשר יהא בו כדי לפתור את הבעייה המוצגת על ידיהם[1327]; ואמנם, המציאות היא כי שיטות המשפט של אירופה אינן מכירות בדרך כלל שום הסדר מוסדר כולל של בעיית "החוזים המוכנים".

אף על פי כן, במדינת ישראל נעשה נסיון להסדיר את הדבר, בחוק החוזים האחידים, תשכ"ד. מרכז כובדו של החוק הוא בסע' 15, הקובע רשימה של מיני התנאים העשויים להיות נצלניים והקרויים "תנאים מגבילים". דינו של תנאי מגביל הוא, שאם אמנם נמצא הוא בלתי הוגן במסיבות המקרה, יכול בית [[781]] המשפט לפסלו בין הצדדים (סע' 14). מלבד זאת, יכולים יוזמיו של חוזה לבקש מ"מועצת ההגבלים העסקיים", שתאשר את "התנאים המגבילים" שבחוזה, ואז - התנאים שהמועצה אישרה אינם ניתנים עוד לפסילה על ידי בית המשפט במשך חמש השנים הבאות, ואילו התנאים שהמועצה סירבה לאשרם בטלים מראש לגבי כל מי שיתקשר בחוזה (סע' 2, 9, 11). אולם, כל הדברים האלה אינם אמורים במיני חוזים בדרך כלל, כי אם רק במין החוזה המיוחד הקרוי "חוזה אחיד" והמוגדר לאמור: "חוזה להספקת מצרך או למתן שירות שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש על ידי מספק המצרך או נותן השירות, או מטעמו, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".

בדיני ישראל, נראה שהעניין נפטר לאו דווקא בסמיכות למושג המיוחד של "חוזים מוכנים" או "חוזים אחידים" - אשר באמת אין בסיס ליחודו ואין גם טעם להבחינו מחוזים אחרים, - כי אם במסגרת הדין הכללי של אסמכתא וביחס לכל מיני החוזים בדרך כלל. כך הוא, קודם כל, לפי מה שראינו שתנאי נצלני יהיה ניתן לחזרה אם התקבל תוך ניצול שעת הדחק של הצד שכנגד, או שיש להניח כי הצד שכנגד לא הסכים עליו אלא מתוך ציפייה שלמעשה לא יגיע התנאי למימוש, או שמתוך הנצלנות שבתנאי הרי זה בלתי סביר על פניו, ואין הוא מתקבל איפוא כרציני מעיקרא. מלבד זאת אפשר להוסיף מה שמביא **ד"ר שילם ורהפטיג, בספרו על החוזים**, בעמ' 233 ואילך,

---

[1326] רז) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 738.

[1327] רח) כך הוא מפני שלמעשה כל חוזה שהוא - אף אם יתמקחו עליו הצדדים תוך ויתורים הדדיים מופלגים, הרי סוף סוף יגיעו לנקודה שבה יאמר אחד מהם לרעהו: זוהי מלתי האחרונה, ועתה קבל את דרישותיי או הנח"; ומן הצד ההפוך, אפילו חוזה "מוכן" ו"אחיד" כל כך כמו, למשל, כרטיס של רכבת, הרי מבחינה עקרונית אפשר - כל אימת שלא יהא שם לחץ אימתני של תור על יד הקופה - שהנוסע ינסה להתמקח על תנאיו עד בוש, כמו על כל חוזה אחר. יתר על כן, כל חוזה שהוא לגבי מצרך הנמכר בהיקף המוני - כמו למשל לחמניות, גפרורים או עתונים - נכנס למעשה אף הוא לגדרי "החוזה המוכן" במובן שציטטנו, ואין טעם שדיני הממונות הכלליים יבואו באילו הסדרים מיוחדים לגבי חוזים שכאלה, מנקודת הראות המיוחדת של העניין הנידון.

שבמקום שמכיל העסק תנאים על פי נוסח שגור, הרי אלה נדחים מפני תנאים מיוחדים הסותרים אותם, וכמו כן אין הם חלים בסתם כאשר [[782]] באים הם להחמיר יותר מן הדין הרגיל או שמופלגים הם לפנים מן הסביר, כנ"ל. ברור (אם כי אמנם אין ד"ר ורהפטיג מציין זאת בפירוש) שגם ההכרעות האלו, יסודן הוא בהנחה, שהתנאי השגור ראוי להידחות כאן מפני חזקה של העדר סמיכת דעת, מאותו הסוג ועל פי אותם הגדרים שבירר‌נו מקודם.

מצד שני, כדאי להזכיר מה שכבר הסקנו בפרק א' לעיל, נושא שלישי, סוף סע' ז', שגם בדיני ישראל - כל אימת שיש חשש שמא ייחשב תנאי מסוים כאסמכתא - ניתן לברר את הדבר מראש, בבית הדין. אולם, נראה נכון להדגיש, שאת אישור העדר האסמכתא אפשר יהיה מסתמא לקבל לפי דיני ישראל רק במעמדו של צד שכנגד (שיופיע בכנות ואשר ממנו יהיה צורך לקנות בפני בית הדין, שאמנם סמכה דעתו) - ואי אפשר יהיה לקבל את האישור באופן מופשט ומנותק מן המסיבות המיוחדות של כל מקרה ממשי, כפי שהדבר הוא על פי חוק החוזים האחידים במדינת ישראל. במלים אחרות, פירושו של דבר הוא, שלאישור העדר האסמכתא יהיה אמנם תוקף של מעשה בית דין רק בין הצדדים המסוימים, שהשתתפו בבירור העניין. אולם, מכל מקום, גם הכרעה מוגבלת שכזאת - ממילא יהיה לה תוקף של קביעת חזקה לגבי טיב העניין, גם ביחס לצדדים אחרים, כל אימת שלא יהא שם שינוי משמעותי במסיבות; וגם על פי הגישה המוגבלת הזאת, ממילא יוכל אפוא האישור לשמש בהקבלה מעשית מלאה למשמעות האישור על פי חוק החוזים האחידים (ורק תוך תיקון ההסדר במגמה של יתר צדק לגבי מקרים יוצאי דופן).

ה. טעות והטעייה (או מירמה)

במבוא לנושא הכללי שבו אנו עוסקים כאן ציינו שתי אפשרויות עקרוניות אשר על פיהן עשוי העסק להימצא פגום משום טעות, והיינו כשאחד הצדדים או שניהם טועים במיחס למשמעותם המילולית [[783]] של דברי הקניין, או שטועים הם על ידי הבנה מסולפת בגופו של נשוא הדברים, ולאו דווקא על פי טעות כלשהי ביחס למשמעות המילולית של הדברים כשלעצמה. אמרנו גם כן, שבין כך ובין כך, הטעות היא תמיד ביחס **לתוכנו** של העסק, ומטבע העניין לא תיתכן טעות ביחס לעצם גמירת הדעת של בעל הדבר (אם כי תיתכן, כמובן, טעות ביחס לכנות גמירת הדעת של הצד שכנגד).

אולם, כפי שציינו, הבחנה יסודית זו לא תמיד מוכרת בגוף הדינים בשיטות השונות, והרי להלן סדר ההבחנות כפי שהוא נמצא קבוע הלכה למעשה.

בצרפת[1328] אפשר לומר, כי מספר מיני הטעות העיקריים, החשובים לדינא (ובעלי החשיבות החיובית לענייננו), הריהו ארבעה:

א) טעות ביחס **לטיב המעשה**, דהיינו טעות ביחס לגידור הקנין או לקאוזה - וכגון שבמעשה הנערך כמכר מתכוון בעל הדבר לפי לתומו למתנה, או להיפך;

[1328] רט) על פי **קולין וקפיטן**, א', עמ' 70-68; ב', עמ' 36, 39 ואילך.

ב) טעות ביחס **לנשוא המעשה** - היינו ביחס לעצם גופו או טיבו המהותי של הנשוא - וכגון שבעל הדבר מאמין כי מוכר הוא כיסא ועושה את מעשה הקניין בשולחן;

ג) טעות ביחס **לתכונה עיקרית** של הנשוא או של הצד שכנגד - היינו תכונה אשר אלמלא האמין בעל הדבר בקיומה (או בהעדרה) הוא לא היה מתקשר;

ד) טעות ביחס לתכונה של הנשוא או של הצד שכנגד, אשר אינה עיקרית כנ"ל.

הדין הוא כי טעות מסוג א' או ב' נתפסת כמערערת את עצם גילוי הרצון או גמירת הדעת מיסודם, והמעשה יוצא [[784]] אפוא בטל מעיקרא (בין אם הטעות היא הדדית ובין אם היא חד צדדית). טעות מסוג ג', דינה שאין רואים אותה כמערערת את עצם גילוי הרצון, אך על כל פנים מאפשרת היא לצד הטועה לחזור בו ולבטל את העסק. טעות מסוג ד' אינה משנה, אלא אם כן היא נגרמה על ידי הטעייה מכוונת מן הצד שכנגד, אשר אז יכול הטועה לחזור בו, בתנאי שלא היה מתקשר אלמלא ההטעייה (או, לפי המונח הטכני: אלמלא המירמה, dol).

תוצאה אחרונה זו נמשכת מן הדין הכללי, שכאשר ההסכמה או גילוי הרצון מבוססים בטעות אשר נגרמה במכוון על ידי הצד שכנגד (או בהשתתפותו), במטרה להשיג את ההסכמה או את גילוי הרצון, ניתן העסק לביטול על ידי הצד הטועה, אם לא היה מתקשר אלמלא ההטעיה - ואף כאשר הטעות עצמה לא היתה נותנת מקום לביטול[1329]. ניסוח מורחב וכללי זה של הדין חשוב במיוחד מצד ההכללה שמכליל הוא את מקרה **הטעות במניע**. למעלה הגדרנו את הטעות במניע כאמונה כוזבת בקיומו או בהתפתחותו של מצב מסוים, אשר בהסתמך עליה בא האיש להתקשר בעסק; ואמרנו כי הטעות במניע היא ענין חיצוני, שאינו ממין הטעויות העשויות לחצוץ בין דימוי העסק והדעת האמיתית שמאחוריו. ואמנם, גם הדין החיובי בצרפת הוא, שטעות במניע, כשלעצמה, אינה פוגמת את העסק - אם כי אמנם עשוי העסק להתבטל על פי הדינים הכלליים של תנאים, כאשר דבר קיומו או התפתחותו של המצב המסוים נקבעו כתנאי קיום לעסק, במפורש או מכללא. אולם, כאשר המניע המוטעה נולד על ידי הטעייה מכוונת מן הצד שכנגד כנ"ל, חוזר העסק ונעשה ניתן לביטול בגלל ההטעייה - ואף על פי שדבר קיומו או התפתחותו של המצב לא נקבע כתנאי כאמור. עם זאת ראוי לציין כי הרבותא בדין זה איננה רבה: ראינו כי ביטול העסק בשל הטעייה תלוי באפשרות להוכיח, [[785]] שאלמלא ההטעייה לא היה האיש מתקשר בעסק מעיקרא - והרי הוכחה כזאת, כנגד המטעה, תהיה בדרך כלל זהה כמעט להוכחת קביעתו של המצב הרצוי כתנאי מכללא.

הטעייה מכוונת שאינה נגרמת על ידי הצד שכנגד, כי אם על ידי צד שלישי, אינה נותנת מקום לביטול העסק, אלא נידונה היא כמעשה נזיקין בלבד. אולם במקרה של מתנה, יתכן שהעסק יהא ניתן לביטול גם בגלל מירמה של שלישי. אף הטעייה על ידי הצד שכנגד היא על כל פנים מעשה נזיקין, והריהי נותנת מקום לפיצוי גם כאשר הנפגע בוחר שלא לבטל את העסק, או שאין הוא

[1329] רי) לעניין טיבה של ההטעייה יש לציין כי דברי גוזמה מסחריים גרידא אינם נחשבים בצרפת כמירמה, אך העלמת דברים עשויה להיחשב כמירמה.

מבטל באשר אין לו כלל זכות ביטול מעיקרא (והיינו שמלכתחילה לא היתה להטעייה השפעה מכרעת על עצם גמירת דעתו של האיש, אלא היא רק הביאתו לקבל עליו את העסק בתנאים גרועים).

מצד שני, במקרה שטעות אינה נגרמת על ידי מירמה מן הצד שכנגד, והריהי יוצרת בטלות או נותנת מקום לביטול, בעוד שהטעות היא חד צדדית ומנוגדת למשמעות האובייקטיבית של דברי הקניין - נראה שהצד הטועה, העומד על הבטלות או הביטול, חייב לפצות את הצד שכנגד על הנזק שנגרם לו על ידי ביטול העסק; ופירושו של דבר הוא, על פי הדין הצרפתי, שבדרך כלל יצא במקרה כזה שכר המבטל בהפסדו.

זכות הביטול בשל טעות או מירמה מתישנת כעבור חמש שנים מן היום שבו עמד האיש על הטעות או ההטעייה[1330].

באיטליה[1331], הכלל היסודי הוא, שלעולם אין העסק יוצא בטל מאליו בגלל טעות; אבל עשויה הטעות לתת מקום לביטולו של העסק על ידי הטועה. כדי שיהא העסק ניתן לביטול, נחוץ שתהיה הטעות "בדבר עיקרי", ונחוץ שתהיה ניתנת להכרה מלכתחילה על פי מסיבות המקרה, על ידי תשומת לב רגילה של הצד שכנגד. [[786]] כאשר היא ניתנת אמנם להכרה כאמור, אין נפקא מינה שלמעשה האיש לא הכיר בה. טעות ב"דבר עיקרי" היא טעות ביחס לטיב המעשה או ביחס לנשוא שלו, וכמו כן טעות ביחס לתכונה עיקרית, כפי שהגדרנו את הדברים בצרפת. מסיניאו מציין, שאת הטעות ביחס לתכונה עיקרית אפשר גם לראות כעניין של טעות ביחס **לסוג** (של נשוא העסק או של הצד שכנגד). גם טעות ביחס **לכמות הנשוא** עשויה להיחשב כטעות בדבר עיקרי, כאשר היא קובעת את גמירת הדעת ואיננה רק טעות בחישוב. מלבד זאת, גם טעות "חיצונית", בענין של מניע שאינו מגופו של תוכן העסק, עשויה כאן להימנות עם הטעויות בדבר עיקרי, כאשר "עקרוניותה" של הטעות עשויה להיות ניכרת על פניו של העסק באופן כלשהו[1332]. טעות בדין - והיינו טעות ביחס למצב המשפטי (אשר אף זוהי, בעצם, רק טעות חיצונית במניע) - עשויה אף היא להימנות במיוחד עם הטעויות בדבר עיקרי, כאשר הטעות היתה הסיבה היחידה או העיקרית להתקשרותו של הצד הטועה.

דיני ההטעיה, או המירמה, שווים כאן בדרך כלל לאלה שראינו בצרפת.

בגרמניה[1333] נראה הדין כאב טיפוס של השינויים אשר ראינו בדין האיטלקי לעומת הדין הצרפתי. הכלל הוא שהטעות אינה מבטלת את העסק מאליה, אלא רק נותנת מקום לביטולו על ידי הטועה, כאשר הטעות היא בדבר עיקרי. העקרוניות נקבעת לפי השאלה אם הטועה היה מסכים על העסק

[1330] ריא) סע' 1304 של ספר החוקים האזרחי, לפי תיקון מ-1968.

[1331] ריב) **מסיניאו**, א', עמ' 477, 501-500, 556 ואילך, 566 ואילך.

[1332] ריג) מסיניאו איננו מבחין בין טעות בתוכן לטעות מסיבתית-חיצונית, ואף את הטעות בתוכן מציג הוא כעניין של "טעות במניע". המבחן לגבי השפעתן המשפטית של הטעויות עובר איפוא, לדידו, לאו דוקא על פי טיבן של הטעויות, כי אם על פי "עקרוניותן" בלבד - ולו יהא שמיני טעויות מסוימים נתפסים אמנם גם לדידו, ממילא, כבעלי חשיבות עקרונית, לפי עצם טיבם.

[1333] ריד) **אנקצרוס**, עמ' 517 ואילך, 535 ואילך.

- או לא היה מסכים עליו - אלמלא הטעות, ולהלכה אין נפקא מינה מה היה טיב הטעות. עם זאת, מקובלת גם כאן [[787]] ההנחה, שטעות במניע אינה נותנת מקום לביטול העסק (חוץ מאשר בעניין צוואה). אין גם מקום לביטול העסק בשל טעות, כאשר העסק נערך על פי הצהרה שנמסרה לציבור והטעות חלה מצד בעל אותה הצהרה - או שהטעות היתה ביחס למשמעות המילולית של הדברים, והטעות היתה משותפת (באופן שלמעשה ראוי העסק להתבצע כפי שהצדדים הסכימו עליו באמת).

כדי שהטועה יוכל לחזור בו מן העסק אין הכרח שהטעות תהיה "מוצדקת" או ניתנת להכרה על ידי הצד שכנגד, אך על כל פנים חייב החוזר לפצות את הצד שכנגד על הנזק שהחזרה גורמת לו עקב אמונתו בעסק (בדומה למה שראינו בגרמניה לעיל, בדין החזרה מן העסק ההיתולי)[1334]. חובת הפיצוי אינה חלה כאשר הצד שכנגד ידע על הטעות - או היה לו לדעת עליה - מלכתחילה, או שאף הוא עצמו הוא שגרם לה.

דיני ההטעייה, או המירמה, שווים בדרך כלל גם כאן למה שראינו מקודם. המדובר הוא ב-Arglistige Täuschung, והיינו ב"הטעיה במירמה", אשר הגדרתה היא: הערת דימוי מוטעה, חיזוקו או החזקתו, בכוונה להשיג גמירת דעת עסקית מן הצד המרומה, תוך ידיעה או השערה שבלי ההטעייה לא תושג גמירת הדעת. המירמה נותנת מקום לביטול העסק על ידי המרומה, גם כאשר לא היתה שם טעות עיקרית כנ"ל, ובלבד שההטעייה היתה אמנם גורם קובע או משפיע מבחינה סובייקטיבית, לענין שהאיש הסכים על העסק כמות שהיא. אם ההשפעה הזאת היתה רק לגבי חלק העסק, והחלק ניתן להפרדה, חלה זכות החזרה רק לגבי אותו חלק. זכות החזרה קיימת גם אם המרמה לא היה כשר לאחריות משפטית, ואין היא מתבטלת רק בשל כך שבעצם היה לו לצד המוטעה להכיר במירמה מלכתחילה. אם המרמה היה צד שלישי (או צד רביעי, שפעל למען זיכויו של אחר באמצעות צד בינתיים תם לב), יכול המרומה לחזור בו רק אם הצד שכנגד (או הצד המזוכה שלא בפניו) ידע, או היה לו לדעת, [[788]] על המירמה; אך בכל מקרה, המירמה היא על כל פנים מעשה נזיקין, העשוי לתת מקום לפיצוי - ואף אם לא היתה שם מלכתחילה הנחה שגמירת הדעת המוטעית תהיה כרוכה בנזק למוטעה או בריווח למרמה או לצד שלישי. העלמת דברים, יש לה דין מירמה, רק אם היה בה משום הפרה של חובת גילוי מסוימת, או שהגילוי היה מחויב על פי עקרונות ה-Treu und Glauben או ההשקפות המקובלות במשא ומתן. בהתאם לכך, התאמת תכונות חשובות של נשוא העסק היא מירמה, אבל לא כן אי גילוי של תכונות בנות הכרה והעשויות רק להפחית את המחיר. ביטול העסק מחמת מירמה צריך להיערך תוך שנה מגילויה.

אנקצרוס מציין כי זכות הביטול בשל טעות עשויה להתחרות עם הזכות להחלפה או להפחתה מן המחיר (על פי דיני המומים במכר) או עם הזכות החוזית לפיצויים.

בשוייצריה נעתיק ונתרגם את הסעיפים המתאימים של חוק החיובים כלשונם:

[1334] רטו) הפיצוי אינו אמור לכסות את ה-Erfüllungsinteresse, היינו את עצם הערך שהצד שכנגד ציפה להשיג על ידי העסק ואשר החזרה מונעת ממנו את השגתו.

"18. בהוצאת משפט על חוזה, בין אם לפי צורתו ואם על פי תוכנו, יש לשים לב לרצון האמיתי המוסכם ולא לכינויים או לביטויים הבלתי נכונים, אשר הצדדים השתמשו בהם מתוך טעות...

"23. החוזה אינו מחייב את מי שנמצא בשעת עריכתו בטעות מהותית.

"24. הטעות היא מהותית במיוחד:
1. כאשר הטועה רצה להתקשר בחוזה אחר מזה שלגביו הצהיר על הסכמתו; [[789]]
2. כאשר רצונו של הטועה מכוון היה לדבר אחר, או - במקום שנערך החוזה בהתייחס לאדם מסוים - כאשר רצונו מכוון היה לאדם אחר מזה שעליו הצהיר;
3. כאשר הטועה הבטיח דבר מילוי בהקף הרבה יותר גדול, או הסכים לקבל הבטחה לדבר מילוי בהקף הרבה יותר מועט, מכפי שהיה רצונו;
4. כאשר הטעות חלה ביחס למצב דברים מסוים, אשר הטועה ראה אותו כהנחת יסוד מחויבת של החוזה, על פי עקרונות היושר והאמונה במשא ומתן מסחרי.
לעומת זאת, כשחלה הטעות רק במניע לעריכת החוזה, אין היא מהותית.
טעויות חשבון גרידא אינן מונעות את תוקף החוזה, אך יש לתקנן.

"25. אין שומעים לטענת טעות, כשעומדת היא בניגוד לעקרונות היושר והאמונה.
במיוחד מוכרח הטועה להניח לחוזה לחול בהתאם למה שהבין בו, משהודיע הצד שכנגד על היותו מוכן לכך.

"26. כאשר הטועה שאינו מניח לחוזה לחול כנגדו אשם בטעות על ידי רשלנותו הוא עצמו, חייב הוא לשלם את הנזק הנובע מביטול החוזה, אלא אם כן ידע הצד שכנגד על הטעות או היה לו לדעת עליה.
כשצודק הדבר, יכול השופט להכיר זכות גם לתשלום של נזק נוסף.

"28. הובא אדם לעריכת חוזה על ידי הטעייה מכוונת [[790]] מן הצד שכנגד, אין החוזה מחייב אותו גם כאשר הטעות שנגרמה לו לא היתה מהותית.
הטעייה מכוונת על ידי צד שלישי מונעת את תוקף החוזה לגבי הצד המוטעה רק כאשר הצד שכנגד ידע על ההטעייה בעת עריכת החוזה או שהיה לו לדעת עליה.

"31. כשהצד שהושפע על ידי טעות, הטעייה (או פחד) אינו מודיע לצד שכנגד תוך שנה שהחוזה בטל, ואף אינו תובע החזרה של מה שכבר מילא על פיו, רואים את החוזה כמאושר.
במקרי הטעות וההטעייה מתחילה התקופה עם הגילוי...
אישורו של חוזה הבטל מחמת הטעייה (או פחד) אינו מונע כשלעצמו את תביעת תשלום הנזק".

באנגליה[1335] שרר מלכתחילה העיקרון של הקומון-לו, כי במקום שהסכמתו של אחד הצדדים פגומה משום טעות (ודווקא טעות "יסודית", אך לא אחרת), בטל החוזה ממילא, משום שאין שם הסכמה "אמיתית, מלאה וחפשית"; אולם, בזמן האחרון התפתחה רתיעה מפני הפעלה של העקרון הזה והשתרשה הנטייה לפסוק בכל מקרה לפי מסיבותיו המיוחדות, במסגרת עקרונותיו של האקויטי. במסגרת זו אין הטעות גורמת לבטלות החוזה מלכתחילה, אלא רק עשויה היא לתת מקום לסרוב "ביצוע בעין", לתיקון החוזה או לזכות חזרה. מצד שני, גדרי הטעות העשויה להיות מוכרת הם יותר רחבים. אין צריך לומר, כי בירור הדין למעשה לפי הגישה הזאת הוא עניין מסובך ומבולבל ביותר.

ביחס להטעיה, יש להבחין באנגליה בין הטעיה בתום לב (innocent misrepresentation) לבין הטעיה במירמה (fraud או deceit). אולם, הטעיה שבתום לב, [[791]] ניתן לומר כי למעשה מתמסמסים כיום דיניה המיוחדים בדינים אחרים - מפני שאם הגיע הדבר המוטעה עד כדי דרגה של תנאי מפורש או תנאי מכללא בהסכם, ונמצא שהתנאי לא התקיים, ייפתר העניין על פי דיני ההפרה של condition או warranty; ואילו אם הדבר המוטעה לא הגיע לדרגה של תנאי, ממילא יפול הענין לבסוף בגדר דיני הטעות. עם זאת יש לציין במיוחד, כי אי גילוי דברים, אף אם נבע מתום לב, עשוי לפעמים להיחשב כהטעייה בתום לב הנותנת על כל פנים מקום לביטול החוזה - והיינו כשעל פי טיבו המיוחד של החוזה היו הדברים טעונים גילוי.

מצד שני, הטעיה במירמה היא מעשה נזיקין, ואם נעשתה על ידי הצד שכנגד או בידיעתו, הריהי נותנת ממילא מקום לביטול החוזה. לפעמים יוכל גם הנפגע לדרוש שהחוזה יקוים כפי שהדברים אמורים היו להיות. הצגת דברים כוזבת היא בבחינת מירמה גם כאשר בעליה לא ידע בהחלט כי הדברים הם כוזבים, אבל ידע על כל פנים כי ייתכן שהם כוזבים, ולא היה איכפת לו. נחוץ גם כן כי הצגת הדברים הכוזבת תהא מכוונת להשיג את הסכמתו של הצד המרומה לעסק, ושאמנם תשפיע עליו בפועל למתן הסכמתו. העלמת דברים עשויה להיחשב כמירמה, אבל רק בתנא שיש בה כדי להפוך לשקר את הצגת הדברים החיובית שהיתה: אי גילוי דברים בעלמא - וביחוד אי גילוי פגמים במימכר - אינו בבחינת מירמה.

במדינת ישראל דהאידנא מוסדר העניין בסעיפים 14-16 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג, לאמור:

"14.(א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות, וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו [[792]] לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

[1335] רטו) לפי **אנסון**, עמ' 160 ואילך; **אנסון, מהדורה חדשה**, עמ' 258 ואילך; **צ'שיר-פייפוט**, עמ' 201 ואילך; **טריטל**, עמ' 209 ואילך; **צלטנר**, א', עמ' 432 ואילך, 491 ואילך.

(ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.
(ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 - בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העיסקה.
"15. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה "הטעיה" - לרבות אי-גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.
"16. נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה".

[[793]] **בדיני ישראל** נראה כי העקרון הוא, שטעות כשלעצמה אינה פוגמת את תוקפו של עסק, אלא נחוץ שהטעות תתגלה באופן אובייקטיבי, ממילא, על ידי ההפרש בין גדרי העסק - על פי דברי הקניין במשמעותם המסתברת לפי המסיבות - לבין יומרת גישומו של העסק במציאות החומרית, או, לפחות, על ידי ההפרש בין מה שנקבע בפירוש או מסתמא כתנאי מסיבתי לקום העסק לבין מה שמתגלה כמציאות המסיבתית למעשה. שיטה זו מערבת ומשתפת במסכת הגיונית אחת את דין "הטעות התוכנית" ואת דין "הטעות במניע" אך על כל פנים אין היא מערבבת את שני מיני הטעות, אלא נמשכת היא אחר שונותם המהותית ומקיימת אותה בעינה, מבחינה עיונית ומעשית כאחת.

לפנים מן המסגרת הכללית הזאת, אפשר לפרט כלהלן:

א) כאשר הטעות היא תוכנית ומתייחסת לעניין שבמהות (בין אם מהות שבעצם ובין אם מהות שבתכונה) בטל העסק מעיקרא;

ב) כשהטעות היא תוכנית ומתייחסת לעניין שבדרגה בלבד (לפנים ממהות מסוימת אחת, שנתקיימה כמכוון), יכול לחזור רק אותו צד שהטעות היא לרעתו - ואף הוא רק בתנאי, שהסטייה מדברי הקניין חורגת אל מעבר לגדרי המיזער או המירב של משמעות הדברים;

ג) היתה הטעות התוכנית בענין שבדרגה בלבד, והסטייה אינה כאמור לעיל, אלא מתייחסת היא לגדרי **הממוצע** של משמעות הדברים - אין איש מן הצדדים יכול לחזור בו בשל עצם אותה הסטייה, אבל במסיבות מתאימות עשויה הסטייה להכשיר את הרקע לתחולתם של דיני האונאה[1336];

[1336] רטז) שלש הפיסקאות האחרונות הן על פי עה"ש חו"מ סי' רל"ג. בסע' ב' שם מביא הרב מיני פלפולים אשר על פיהם עשויים דיני האונאה להתערב בנידון לא רק כשהסטייה היא ביחס למשמעות הממוצעת, אלא גם כשמגיעה היא אפילו מעבר לגדרי המיזער או המירב של הדרגה; והיינו שבמקרה כזה יתכן כביכול, במסיבות מסוימות, שהנפגע הזכאי לחזור בו יעדיף לקיים את העסק ויתבע רק החזרת אונאה - ואז יוכל הצד שכנגד להכשיל את התביעה, על ידי אכיפת ביטול העסק, **בגלל הטעות**, מצידו. לע"ד נראה לי כי הפלפול מופרך ובלתי נחוץ מעיקרא, כי מטבע הדברים לא יתכן במקרה מן הסוג הנידון שהמחיר המכוון בעסק יהיה אמור בסתם על דעת המחיר הממוצע של **טיב המימכר כפי ששופק** - וממילא אין כאן מקום, מטבע הדברים, לתביעה על פי דיני האונאה. מסקנה זו פוטרת אותנו ממילא מלדון בפרכות האחרות של

[[794]] ד) בפירוש משמעותם של דברי הקנין, לשם בירור השאלה אם היתה טעות תוכנית או טעות מסיבתית בביצוע העסק או בעריכתו, אפשר - בדיני ממונות - להיעזר גם באומדנות (היינו גם אומדנות ביקורתיות, לשלילת המעשה), לפי מסיבות המקרה;

ה) בשימוש באומדנות אפשר להיעזר גם בחזקות הקבועות בהלכה, אך בדרך כלל אין להמציא חזקות מחודשות כאלה, כפי שראינו כבר בקשר להשטאה לעיל;

ו) כשמתנה מתבטלת מחמת טעות מסיבתית על פי אומדנא, אין הפירות חוזרים, כי ההנחה היא שלגבי זמן הביניים, עד התבררות המסיבות לאמיתן, סמכה דעת הנותן על כל פנים[1337];

ז) כאשר דברי הקנין עשויים להשתמע לשתי פנים, הן כגרסתו של צד אחד הן כגרסתו של הצד שכנגד (ונמצא שכל אחד מן הצדדים טוען למעשה כי טעה בהבנתו של רעהו) מעדיפים את הגרסה הסבירה יותר על פי האומדן במסיבות המקרה, ואילו כאשר במסיבות המקרה אין הכרע, הולכים על פי הכלל ש"המוציא מחברו עליו הראיה", ומעדיפים אפוא את גרסתו של הצד המוחזק[1338].

לענין הטעיה - ואף בזדון - נראה שאין בדיני ישראל תוספת מיוחדת של אפשרויות לביטול העסק, לעומת המקרים שבהם לא היה העסק ניתן לביטול בשל עצם הטעות; אולם, מטבע הדברים הוא, שלעתים קרובות תהיה ההטעיה כרוכה ממילא באומדן, שמסתמא לא נערך העסק אלא על דעת שהמצב הוא אמנם כפי שדימה הצד המוטעה, לפי [[795]] תומו, בהשפעת ההטעייה - והעסק יעמוד אפוא לביטול מן הכיוון הלזה.

מעבר לכך, הרבותא המיוחדת של ההטעיה בדינינו היא, שאם נערכת היא ביודעין, הריהי בבחינת מעשה נזיקין בדיני דגרמי, והרמאי עשוי להתחייב אפוא באחריות לפצות את הנפגע על כל נזק צפוי שנגרם לו. גדרי האפשרות לאחריות כזאת הם רחבים בדיני ישראל יותר מאשר בשיטות אחרות, מתוך האיסור המוחלט יותר החל כאן לא רק על רמאות ממש, כי אם גם על גנבת הדעת המתבטאת במיני "פירכוס", העדר גילוי מספיק של פגמים, ואי העמדת הצד שכנגד על הנחות מוטעות הניכרות אצלו, וכיו"ב[1339].

הפלפול. - האמור בפסקה א', ניתן לומר כי חלים הדברים לא רק לגבי טעות בנשוא של העסק, כי אם גם לגבי טעות בזהותו של הצד שכנגד: ר' ורהפטיג (חוזים), עמ' 86 ואילך.

[1337] ריז) הפסקאות ד'-ו' הן על פי עה"ש חו"מ סי' רמ"א סע' ו וסי' רמ"ו. בקידושין וגירושין, כפי שראינו לעיל, אין מקום להסתמכות על אומדנות (ור' גם בפירוש, לענין טעות מסיבתית בגירושין, שו"ע אה"ע סי' קמ"ה סע' ד'). אולם אין פירושו של דבר, שאפילו בתחום זה מוכרחים אנו להסתפק, לענין פירוש הדברים, רק בגוף הדברים שהועלו בשעת מעשה: אם הדברים הללו מתקשרים לדברים שעלו קודם, צריכים הדברים להתפרש יחד, ולא במנותק (ר' שו"ע אה"ע סי' כ"ח סע' ו').

[1338] ריח) ר' מקורות בספרו של **ורהפטיג** על **החוזים**, עמ' 79 ואילך. ורהפטיג מציין, שבמשפט האנגלי רואים במקרה כזה את החוזה כבטל (עמ' 83-82).

[1339] ריט) ר' עה"ש חו"מ סי' רכ"ז סע' א' וסי' רכ"ח, וסי' רל"ג סע' ל"ד, ור' **ורהפטיג (חוזים)**, עמ' 93 ואילך ועמ' 111 ואילך.

בסיכום צריכים אנו לחזור כאן למה שהקדמנו והנחנו במבוא לנושא שלנו[1340], שלפנים ממסגרת דיוננו נצטרך עוד לחזור ולבדוק את היחס בין דרך המלך של השיטה שנמצא לבין הדינים הספציפיים שהספקנו לראות מקודם בקשר לאונאה ולפגם בשלמות המימכר בתאריו. אולם, עתה, כשמגיע תורה של הבדיקה הזאת, נראה שכל אשר נוכל לומר הוא, שבעצם אין לנו מה להוסיף - באשר הבעיות החשובות נתבררו כבר למעשה במה שראינו, ודיני ישראל יוצאים בכל אלה שוב, באופן גלוי ממילא על פניו, כשיטה מספיקה לחלוטין לעומת כל האחרות, ואף כעדיפה בדרך כלל עליהן.

נקודה אחרת, אשר בה נוכל להוסיף כאן סיכום - ואשר בזה נסיים גם את החיבור בכללו - הריהי בשאלה שהצגנו לנו בפתיחת הדברים מלכתחילה, והיינו מהו המבנה הנכון של עריכה שיטתית של משפט החוזים בדיני ישראל? נראה לומר כי דיני החוזים הכלליים - או אף הדינים הכלליים של מעשי הקניין, ולרבות את דיני הכושר האישי, דיני גמירת הדעת והמציג, דיני התנאים והמעשה הנערך באיסור, ודיני חוסר ההתאמה בין דימוי מעשה הקניין והדעת - ראויים אמנם להיות משותפים לדיני הממונות ולדיני הנישואין והגירושין כאחד.

[[796]] לאחר מכן ראויים החוזים הממוניים להיפרד עצמם, ולפנים מכך נראה שסדר עריכתם המתאים הוא כלהלן: ראשית, חוזי הקנאה במוחזק; לאחר מכן, חוזה השכירות והחכירה במוחזק וחוזה שכירות העבודה; בשלב השלישי, חוזה ההלואה ודיני ההתחייבות הממונית, העברתה ופרעונה בדרך כלל; ורק לבסוף, דיני ההתחייבויות ההדדיות בכללן והחוזה החובי המכין.

כ״ה בחשון תשל״ו

[1340] רכ) ״דיני חוסר ההתאמה בין דימוי העסק והדעת״, סע׳ א׳.