ההתחייבות – תוקפה, אופיה וסוגיה

איתמר ורהפטיג

ההתחייבות

תוקפה, אופיה וסוגיה

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל

בעריכת

נחום רקובר

ספר זה יוצא לאור
בהשתתפות
המכון לחקר המשפט העברי
האוניברסיטה העברית בירושלים

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאכסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני אופטי או מכני או
אחר — כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת״ד 7483 ירושלים 91074
תשס״א — 2001
ירושלים

פתח דבר

אחת מאבני הבניין בכלכלה המודרנית היא החוזה. החוזה, כשמו כן הוא: צופה פני העתיד. עניינו: התחייבות עתידית שנוטלים עליהם הצדדים לחוזה. האפשרות לאכוף את ההתחייבות מספקת לחברה את הוודאות הנחוצה לתכנון כלכלי לטווח ארוך.

אף על פי כן, המעיין במקורות המשפט העברי ימצא שאכיפת התחייבות עתידית, להבדיל מתוקפה המוסרי, לא הייתה דבר מובן מאליו. החיפוש אחר עיגון משפטי לחובת האדם לקיים את מה שהבטיח היה מלווה קשיים עיוניים. המשפט העברי לא נסתפק במוסכמה של המשפט הרומי: Pacta sunt servanda — חוזה יש לקיים. משום כך, חיזר המשפט העברי אחר ביסוס ברור יותר לתוקפה של ההתחייבות. ביסוס זה דורש הבנה מעמיקה של אופי ההתחייבות: האם היא חובה אישית בלבד? או שמא עיקרה חפצית־קניינית, כלומר, שההתחייבות משעבדת את נכסי המתחייב.

מטבעם של דברים, יש סוגים הרבה של התחייבויות שהאדם עשוי ליטול על עצמו במהלך פעילותו הכלכלית־חברתית. התחייבות כובלת את המתחייב אם אדם אחר שינה את מצבו לרעה בהסתמך עליה. דוגמה לדבר היא התחייבות הערֵב, המתחייב אף באמירה בלבד. לעומת זאת, נתלבטו חכמים בשאלת ביסוסן המשפטי של ההתחייבויות האחרות.

חיבור זה בא להבהיר את עמדת המשפט העברי בשאלת תוקפה של ההתחייבות לסוגיה השונים על ידי ניתוח אופייה המשפטי של ההתחייבות. הדיון, הבוחן את מקורות המשפט העברי לתקופותיו, מעלה תמונה מעניינת: מעין מעבר מתפיסה קניינית של ההתחייבות לתפיסה אישית, אם כי היסוד הקנייני אינו מתבטל. אף נמצאנו למדים על קיום מגוון מרתק של דרכים שהציעו הפוסקים, כשהעניקו תוקף משפטי להבטחת האדם גם בהיעדר הכרה משפטית מלאה בתוקפן של כלל ההתחייבויות. דרכים אלו סיפקו את הוודאות המשפטית הדרושה כל כך לחיי הכלכלה.

אף שהגישה הנקוטה בחיבור היא דוגמטית בעיקרה — הצגת ההלכה התלמודית כפי שנתפרשה בראשונים ובאחרונים — נידון בו בהרחבה גם טעם ההלכה. כן ניתנה הדעת להיבט ההיסטורי, המעבר שחל במשך הדורות בתפיסה הכוללת של החוזה ממרכז הכובד החפצי אל האישי ובחינת טיבו של מעבר זה. אף לא נפקד מקומו של ההיבט ההשוואתי בכל מקום שיש בו להאיר את ייחודה של שיטת המשפט העברי.

הורתו של החיבור במחקרי בסוגיית קניין דברים שערכתי לקבלת התואר ד״ר, והמשכו במאמרים שפרסמתי באכסניות שונות. לקראת הוצאת החיבור לאור, בחנתי את הדברים מחדש והוספתי בו פרקים חדשים, בבחינת ״פנים חדשות באו לכאן״.

בראש דבריי אני מבקש להודות לה׳ יתברך ששם חלקי מעוסקי תורתו, וזיכני להוציא לאור את פרי ביכוריי. אני מקווה שספר זה יביא תועלת ללומדים בו, ותרבה תורה בישראל.

ומכאן למסכת ברכות:

בראש ובראשונה אני מכיר תודה לאמו״ר שליט״א, שהתורה שלמדתי מפיו ומספריו לא תסולא בפז. אף הוא עודד אותי ותמך בי בכל שלבי עבודתי. אני מודה גם למו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, שלמדתי ממנו תורה הרבה, ועדיין אני שומע את לִקחו. הרבה מתורתו משוקעת בחיבור זה, וההערות שהאיר בהן את עינינו מובאות בסוף החיבור.

עם תלמידיי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן דנתי בהרבה מן הסוגיות הנידונות בחיבור זה. הרב אהרן סמט קרא חלק מן החיבור והעיר הערות מחכימות. הרב ברוך כהנא ערך את מפתח המקורות ואת הרשימה הביבליוגרפית ושכלל את החיבור כמיסת ידו הטובה במה שחננו ה׳ ברוך הוא. מר משה שפרבר וד״ר יחיאל קארה תיקנו את הלשון ושיפרו את הסגנון. הרב משה קפלן עימד את הספר ועיצבו בהנחייתו הברוכה של מר אריאל ורדי, והוציא כלי נאה ומתוקן מתחת ידו. החברותא שלי, פרופ׳ שמואל אליצור, האיר את עיניי בכמה סוגיות קשות — לכל אלה אני מודה מקרב לב.

המכון לחקר המשפט העברי בראשות פרופ׳ חנינה בן־מנחם סייע בידי בהוצאה לאור של החיבור. מזכירת המכון, הגב׳ אתי עובד, טרחה במלאכת ההדפסה. רשות המחקר והפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר־אילן בראשות פרופ׳ ידידיה שטרן, ואחריו ד״ר דודי שוורץ, סייעו בידי במימון ההדפסה. פרופ׳ נחום רקובר, ראש מכון ״מורשת המשפט בישראל״, נטל על עצמו להוציא לאור את הספר במסגרת ״ספרית המשפט העברי״ שבעריכתו — אף לכל אלה אני חייב תודה.

ואחרונה, חביבה, ראויה לכל הברכות אשתי היקרה גולדה־רבקה, שכל מה שיש לי משלה הוא. אני מתפלל להקדוש ברוך הוא שיתן לי ולה ולכל בני ביתי כוח ובריאות להמשיך בהרבצת התורה ברבים. יהי רצון שנזכה כולנו לראות את צאצאינו ממשיכים בדרכי אבות, ונזכה ללמוד וללמד לשמור ולעשות ולקיים את כל דברי תלמוד תורתו באהבה.

בס״ד, ירושלים עיר הקודש
חנוכה תשס״א

איתמר ורהפטיג

תוכן העניינים

פתח דבר ה

התוכן לפרטיו ט

פרק ראשון מבוא 1
פרק שני שעבוד נכסים ושעבוד הגוף 15
פרק שלישי ההתחייבות — גדרה, מקורה וסוגיה 53
פרק רביעי התחייבות לתשלום ממון 77
פרק חמישי התחייבות להקנאת נכסים 115
פרק שישי התחייבות לעשייה או להימנע מעשייה 189
פרק שביעי למהותו של חוזה עבודה 231
פרק שמיני שומרים — התחייבות וקניין 301
פרק תשיעי שותפות — התחייבות וקניין 327
פרק עשירי הודאה ו"אודיתא" ויחסן להתחייבות 347
פרק אחד-עשר תוכן וצורה ביצירת התחייבות 373
פרק שנים-עשר החובה לשאת ולתת באמונה 407
פרק שלושה-עשר סיכום 453

נספחים 473

הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג 523

מפתחות 531

התוכן לפרטיו

פרק ראשון

מבוא

א. מקומם של דיני החוזים במערכת המשפט 3

ב. אופיו החפצי של החוזה 6

1. שעבוד נכסים 6
2. קניין דברים 7
3. הצורך בקניין ומשמעותו 7

ג. מבנהו של הספר 8

ד. ביאור מושגים 9

ה. לידתה של ההתחייבות במשפט הכללי ומהותה 11

פרק שני

שעבוד נכסים ושעבוד הגוף

א. שעבוד נכסים 17

1. דין או תקנה 18
2. מלווה על פה ומלווה בשטר 20
3. מקרקעין ומיטלטלין 21
4. מקור השעבוד ואופיו 23
5. יורשים ולקוחות 26
6. "דאיקני" 30

ב. שעבוד הגוף — החובה האישית 31
1. המושג שעבוד הגוף 31
2. פריעת בעל חוב — מצווה 31
3. גבייה "מיניה" 35
4. מהי המצווה? 37
(א) "הן צדק" 37
(ב) "יוציא אליך את העבוט" 39
5. המצווה לדעת הסוברים "שעבודא דאורייתא" 39
ג. שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים — היחס ביניהם 41
1. שעבוד הגוף בלא שעבוד הנכסים 41
2. שעבוד הגוף לאחד ושעבוד נכסים לאחר 42
(א) שיטת הרי"ף והרא"ש בגבייה מיתומים ולקוחות 43
(ב) שיטת רבנו תם במחילת חוב לאחר מכירת השטר חוב 44
3. שעבוד הגוף קודם לשעבוד הנכסים 46
4. שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף 47
(א) אפותיקי מפורש 47
(ב) ריבית בלווה שהוא חברה בע"מ 48
(ג) "מנה אין כאן, משכון אין כאן" — התחייבות של חברה בע"מ 49
ד. סיכום 50
נספח: פריעת חוב כלפי שמים על ידי היורשים 52

פרק שלישי

ההתחייבות — גדרה, מקורה וסוגיה

א. החיוב, השעבוד והקניין — כללי 55
ב. גדרה של ההתחייבות והשימוש בה 57
ג. תוכנה של ההתחייבות — ארבעה סוגים 58
1. התחייבות לתשלום 58
2. התחייבות להקנאת נכסים 58
3. התחייבות לעשייה 58
4. התחייבות לעבודה ולשמירה 58
ד. ההתחייבות בתלמוד 59
1. תוספת כתובה 60

2. ״פסיקה״ למזונות או לנדוניה 60
3. ״אם אוביר ולא אעביד״ 61
4. התחייבות השומר לחרוג מדינו בתורה 61
5. דברים הנקנים באמירה (״פסיקתא״) 62
6. ערבות 62
7. ״מנה אני חייב לך בשטר״ 64
8. שטר הקנאה 65
9. ״משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך״ 66
10. שטר התחייבות 67
11. חיוב לקיים חוזה מכירה בדבר שאינו ברשותו 69
ה. ההבחנה בין חוב לבין התחייבות; תוקפה של התחייבות — מדאורייתא או מדרבנן? 70
ו. הבדלים בין מִלווה לבין התחייבות 72
1. קדימת מִלווה 72
2. אחריות טעות סופר 72
3. ירושת זכויות 73
ז. סיכום 74
נספח: ביאור משנה נדרים, ד, ג (לח ע״א) 75

פרק רביעי

התחייבות לתשלום ממון

מבוא: שתי גישות 79
א. ״מנה חייב אני לך בשטר״ 80
ב. הודאה 82
ג. התחייבות בשטר, לשיטת רבנו תם 84
ד. התחייבויות ממון בענייני נישואין 85
1. התחייבות לתוספת כתובה 86
2. דברים הנקנים באמירה (״פסיקתא״) 88
3. ״מתנה לחוד״ 90
ה. ההתחייבות לשיטת ראשוני ספרד 93
1. שיטת הרי״ף 93

2. שיטת הר״י מיגאש 96
3. שיטת הרמב״ם 99
4. דבר שאינו קצוב — שיטת הרמב״ם 101
5. התחייבות למזונות במקורותיו של הרמב״ם 104
ו. ״יטול מנה״ 105
ז. ״מנה אין כאן, משכון ושעבוד אין כאן״ 107
ח. סיכום 112
נספח: דבר שאינו מסויים בהקניית ״שווה מנה״ 113

פרק חמישי

התחייבות להקנאת נכסים

מבוא 117
א. קניין דברים 118
1. קניין דברים — הקנאה או התחייבות 119
2. קניין דברים והתחייבות לתשלום 119
3. התחייבות לעשייה שאפשר לראותה כהתחייבות להעברת ממון 121
4. התחייבות לבנות 121
5. ״קניין אתן״ 122
6. ״קניין אתן״ בשידוכין 129
ב. התחייבות בחפץ מסוים 131
1. דעת הרי״ף וסיעתו 131
2. מכר חוזר — נוהג ה״הטבות״ 133
ג. התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם 136
1. דבר שלא בא לעולם — טעם הדין 136
2. קניין לאחר זמן 138
(א) הפרדה בין מעשה הקניין לבין חלותו 138
(ב) ״מעכשיו ולאחר שלושים״ 139
(ג) שיטות הראשונים 140
3. הסברת דעת ר׳ מאיר וסיעתו 143
4. שעבוד ״דאיקני״ 145
5. דבר המצוי בשוק 146

6. "ארעא ודיקלי" 149
7. הפוסק על שער שבשוק — קניין וריבית 151
8. הבחנה בין התחייבות לבין קניין 156
9. הסכם בדבר ירושה עתידית 161
10. גישת הרמב"ם וסיעתו 165
ד. חיוב פירעון בדבר מסוים ובדבר שלא בא לעולם 166
1. הבחנה בין פירעון חוב לבין התחייבות 167
2. פירעון שכר עבודה בדבר מסוים 168
3. תשלום דמי חכירה בפירות עתידיים 172
ה. למשמעותה המשפטית של ההתחייבות 172
1. שעבוד נכסים בהתחייבות 173
2. אפשרות חזרה 177
3. ירושת החיוב 178
4. אחריות אונסין (סיכול) 180
5. ביצוע החוזה והפרתו 181
(א) שלוש גישות 182
(ב) הקדים ומכר לאחר 184
ו. סיכום 186

פרק שישי

התחייבות לעשייה או להימנע מעשייה

מבוא — קניין דברים 191
א. סקירת דוגמאות 192
ב. הסכמי נישואין, גירושין וחליצה 194
ג. התחייבות להימנע מפעולה 201
ד. דבר שאין בו ממש 206
1. כללי 206
2. מצוות מילה 210
3. הסכם מגורים של בני זוג 212
ה. התחייבות להשתדלות ופיוס 216

ו. הסכם לחריגה מסדרי דין 219
1. הסכם לקבלת פשרה 219
2. קבלת קרוב או פסול כעד או כדיין 220
3. הסכם לפנות לערכאות של גויים 222
ז. ויתור על זכות מצרנות 225
1. אין לקניין כל משמעות 227
2. הקניין מחזק את המחילה 227
3. קניין על העברת הזכות 227
4. זכות קניינית הניתנת להעברה 228
ח. סיכום 229

פרק שביעי

למהותו של חוזה עבודה

מבוא 233
א. חזרת המעביד 236
1. חיוב נזיקי — שיטת תוספות 236
2. "דבר האבד" — דין ערבות 237
3. חיוב חוזי — שיטת הרמב"ן 238
4. ההבדל בין חיוב נזיקי לחיוב חוזי 240
5. כשחזר בו והוקרה המלאכה או הוזלה 240
6. הכרעת השולחן ערוך 241
ב. עובד שנשכר בקניין — שיטת רבנו תם 242
1. משמעות הקניין ביחס למעביד 242
2. האם יש הבדל בין "קניין" ל"תחילת מלאכה" 243
ג. חזרת העובד 245
1. כללי 245
2. חיוב ב"דבר האבד" 247
(א) "שוכר עליהן או מטען" 247
(ב) "כשבאת חבילה לידו" של המעביד 249
(ג) יסוד החיוב 250
(ד) האם חיוב מותנה בכך שהיה עובד חלופי? 251
(ה) חיוב חוזי — שיטת הגהות אשרי 253
(ו) פשר ההטעייה 254

ד. חזרת עובד כשאין "דבר אבד" — פועל (שכיר) וקבלן 256
1. חזרת קבלן — "ידו על התחתונה" 256
2. חזרת פועל — "ידו על העליונה" 263
ה. חזרת קבלן שנשכר בקניין — שיטת רבנו תם 265
ו. חוזה עבודה — חיוב או קניין 268
1. עבד עברי — גופו קנוי 268
2. פועל — האם גופו קנוי? 271
3. היחס בין פועל לעבד עברי 272
4. ריבית בשכר פועלים 280
5. האם יש הבדל בין פועל לקבלן? 281
6. שעבוד פועל וקניין דברים 283
ז. פועל שנשכר בקניין — שיטת הריטב"א 285
1. הסבר השיטה 287
2. היחס בין שיטות רבנו תם והריטב"א 291
ח. אכיפת ההסכם 292
1. אכיפת העובד לפי רבנו תם ולפי הריטב"א 293
2. אכיפת ההסכם ב"דבר האבד" 294
3. הגבלת זכויות העובד 295
ט. סיכום 296
נספח: הבחנה בין שילם לפני הסכסוך לבין לא שילם 299

פרק שמיני

שומרים — התחייבות וקניין

מבוא 303
א. דרך קבלת השמירה 304
1. שיטת הראב"ד והרמב"ם 304
2. שיטת הרא"ש 306
3. שיטת התוספות 306
ב. יסוד חיובו של השואל באונסין 307
1. התחייבות 307
2. חיוב מכוח קניין החפץ 308

ג. זכות חזרה של המשאיל 310
ד. יסוד חיובו של שומר חינם ושל שומר שכר 311
ה. זכות חזרה של השומר ושל המפקיד 314
ו. ייחודו של שומר חינם 317
ז. למהותו של חוזה השמירה 318
1. התחייבות ממונית 318
2. פועל 319
3. מעין פועל 320
4. מיקח וממכר 321
5. מעין מזיק 322
ח. התחייבות שומר לחרוג מדינו בתורה 322
1. שומר קרקעות 323
2. "מתנה שומר חנם להיות כשואל" 324
3. שומר נכס של נכרי 326

פרק תשיעי

שותפות — התחייבות וקניין

מבוא 329
א. שותפות עסקית ברווחים עתידיים — מחלוקת ראשונים 330
1. הנאה הדדית 331
2. שכירות 334
3. התחייבות 335
4. חזרת שותף מן ההסכם 336
5. סיכום דעות הפוסקים 340
ב. חוזי עשייה, עבודה וממון — היחס ביניהם 341
1. חוזה אריסות 341
2. היחס בין חוזה עשייה לבין חוזה עבודה 342
3. החזקת ילדים 344
ג. סיכום 345

התוכן לפרטיו

פרק עשירי

הודאה ו"אודיתא" ויחסן להתחייבות

א. הודאת בעל דין 349
1. הודאה כראייה 349
2. גדרה של ההודאה — נאמנות או התחייבות 350
ב. ה"אודיתא" ומשמעותה 351
1. הקנאה חדשה 351
2. שכיב מרע 353
3. נאמנות ובירור 354
4. ההבדלים בין השיטות 355
(א) הודאת שקר 355
(ב) באיסורים 356
(ג) דברים שאין קניין מועיל בהם 356
(ד) הודאה בתנאי 357
(ה) מחילה במכירת שטר חוב על ידי "אודיתא" 358
(ו) המשך שמירת הפיקדון 359
(ז) הודאת שכיב מרע — אם עמד, חוזר 359
5. נאמנות כהוכחה היוצרת חיוב 360
ג. יישומה של ה"אודיתא" 363
1. הרשאות 363
2. צוואות 366
(א) הודאה — שטר חצי זכר 368
(ב) התחייבות 370
ד. סיכום 372

פרק אחד־עשר

תוכן וצורה ביצירת התחייבות

מבוא 375
א. מעשה קניין ו"בההיא הנאה" 375
1. הצורך במעשה קניין 376
2. "בההיא הנאה" — חיוב מזונות בבן מאומץ 378

3. השפעותיו של המושג "בההיא הנאה" 380
ב. דרכים ונסיבות העוקפות הגבלות חוזיות 384
1. תליית מעשה או מניעתו בחיוב ממון 384
2. התחייבות על ידי שבועה 386
(א) נדר לעני 392
(ב) קבלת מצווה בהבטחת ממון 394
3. התחייבות מכוח המנהג 394
4. דבר הנעשה ברבים 399
ג. סיכום 404
נספח: הרחקה משבועה 406

פרק שנים־עשר

החובה לשאת ולתת באמונה

א. בין מוסר למשפט 409
1. מי שפרע 410
2. מחוסר אמנה 411
3. תרעומת 412
4. מידת חסידות 414
5. משמעות משפטית למחוסר אמנה 415
6. דוגמה לחיוב — ה"חותמים" לקנות ספרים לפני הדפסתם 417
ב. חיוב מכוח הסתמכות על הבטחה — ערבות 419
1. "בההיא הנאה" 421
2. ערבות 422
(א) הסבר הדין 422
(ב) מחלוקת הרמב"ן והרשב"א 423
ג. חיוב מכוח הסתמכות — דוגמאות לחיוב 426
1. הבטחה לשלם קנס או פיצויים על הפסד 426
2. שיטת הריטב"א: התחייבות מדין ערב 429
3. הפרת הבטחת עבודה 430
4. קבלת אחריות על ידי השומר בלא קניין 431
5. דין ערב בשליח 433

6. היקף החיוב ויחסו לנזיקין 435
7. התחייבות שלא לגרום נזק 437
ד. חיוב מכוח הסתמכות במקום שחוזה עם קניין אינו תקף 438
1. הבטחה בדבר שלא בא לעולם 438
2. הסתמכות הלוקח על דברי המוכר 440
3. הבטחה ב"קניין דברים" 443
ה. סיכום והשוואה 445
1. בין מוסר למשפט 445
2. השפעת החיוב על התפיסה החוזית בכללה 446
3. השוואה למשפט הנוהג 447
נספח: החינוך למידת האמת 451

פרק שלושה־עשר

סיכום

א. גלגוליו של החוזה 455
1. סקירת סוגיות התלמוד 455
2. סקירת החידושים מן הגאונים ואילך 457
ב. המעבר מחוזה חפצי לחוזה אישי 461
1. המנהג קדם לדין 462
2. פרשנות מרחיבה 463
(א) הרחבת משמעותם של מושגים משפטיים 463
(ב) באור סוגיות בדרך ההתחייבות 465
(ג) הימנעות מלהסתמך על תקנה 465
ג. ההיבט הרעיוני שבחפציות החוזה 466
1. "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" 466
2. שבועה לעומת התחייבות 467
3. היסוד הדתי שבמשפט העברי 468
4. הגבלת חופש הרצון 469
5. דעה מחודשת בביסוס ההתחייבות 471

נספחים

נספח ראשון: התחייבות בשכירות שאינה מסויימת 475
א. חמור סתם 476
ב. בית סתם 479
ג. עלייה סתם 481
ד. התחייבות במכר סתם 481

נספח שני: התחייבות ואפותיקי מפורש 484
א. אכיפת חוזה למכירת דירה 484
ב. התחייבות לעומת הלוואה עם אפותיקי 486

נספח שלישי: התחייבות להלוות 488
א. מחלוקת רמב"ן ורשב"א 488
ב. התחייבות לעומת מחיר פרעון 490
ג. התחייבות לזכות 491

נספח רביעי: התחייבות לקנות 492
א. האם היא נכללת בהתחייבות המוכר? 492
ב. חיובים הדדיים 494

נספח חמישי: ריבית בהתחייבות למכירת דירה 496
א. שימוש המוכר בדירה לפני קבלת הכסף 496
ב. "קניין אתן" 499

נספח שישי: שטר התחייבות לילד מאומץ 500
שטר התחייבות 503

נספח שביעי: שעבוד נכסים לפני שעבוד הגוף 504
א. שעבוד נכסי השואל 504
ב. שעבוד נכסי המזיק 505
ג. שעבוד נכסים לפדיון הבן 505
ד. הסבר הפער שבין זמן השעבוד לזמן החיוב 506
1. שעבוד נכסים קודם 506
2. חיוב לאחר מיתה 507
3. חיוב למפרע 508

נספח שמיני: התחייבות בערבות לגוף 509
א. מחלוקת רמב"ם וראב"ד 509
ב. ערבות יהודה לבנימין 511

נספח תשיעי: ביאור סוגיית הירושלמי, קידושין ב, ה 512
א. מוכר לעומת לוקח 512

ב. היתר ריבית ללא חיוב משפטי 513
ג. חוב הבא מחמת מכר 513
ד. חוב שהוברר כקניין מעות 515
נספח עשירי: דעות חוקרים 516
א. שלום אלבק 516
ב. ברכיהו ליפשיץ 517
נספח אחד־עשר: היבט השוואתי 519
א. המשפט העברי לעומת שיטות משפט אחרות 519
ב. שימוש במושגים מן המשפט המוסלמי 520
נספח שנים־עשר: קבלה בפני בית דין 522

הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג 523

מפתחות
מפתח העניינים 533
מפתח המקורות 543
רשימה ביבליוגרפית 580

פרק ראשון

מבוא

התוכן

א. מקומם של דיני החוזים במערכת המשפט 3

ב. אופיו החפצי של החוזה 6

1. שעבוד נכסים 6
2. קניין דברים 7
3. הצורך בקניין ומשמעותו 7

ג. מבנהו של הספר 8

ד. ביאור מושגים 9

ה. לידתה של ההתחייבות במשפט הכללי ומהותה 11

פרק ראשון

מבוא

עניינו של ספר זה הוא פשר החיוב החוזי שהאדם מקבל על עצמו – תוקפו, אופיו, מקורו, סוגיו ותולדותיו.

החיוב עומד בניגוד לקניין, כפי שיבואר להלן. החיוב החוזי הוא חיוב רצוני, בניגוד לחיוב מן הדין, ולכן יש שהוא נקרא בשם התחייבות. הבעייתיות שבחיוב זה תבואר בפרק הזה.

א. מקומם של דיני החוזים במערכת המשפט

בתורת המשפט הפרטי, העוסקת בקשרים המשפטיים בין בני אדם, ידועה ההבחנה בין חיוב לקניין. החיוב מבטא יחס משפטי אישי של האדם כלפי רעהו; ואילו הקניין מבטא יחס משפטי של האדם כלפי נכס, שכוחו יפה כלפי כולי עלמא. לצורך דיוננו די לנו בהגדרה כללית זו, אף כי נכתב הרבה בעניינה[1].

חלוקה זו טומנת בחובה הבדל נוסף, בין מצב סטטי לדינמי. בעוד הקניין מבטא מצב סטטי, מצב קיים, יחס משפטי בין האדם לנכס, מבטא החיוב מצב משפטי שאינו גמור, אלא מצב תלוי ועומד. כלומר, חל שינוי בעולם המשפט, אך השינוי דורש המשך: המתחייב יצא מגדר הבטחה בעלמא, אך לכלל ביצוע עדיין לא בא. היחס המשפטי האישי כלפי הזולת צופה פני עתיד – חיוב האדם לבצע את התחייבותו[2].

גם במשפט העברי קיימת חלוקה זו, ובמקום אחד מבחין התלמוד במפורש בין "נקנה כסף" לבין "נתחייב גברא"[3].

מכאן עולה שיש לדון בנפרד בדיני הקניין ובדיני החיובים. אכן דיני הקניין מופיעים לרוב בדינינו, והם מושתתים בעיקר על מושגי הבעלות, זכויות קנייניות פחותות (כגון

[1] ראה: י' ויסמן, דיני קניין, חלק כללי, ירושלים תשנ"ג, שער ראשון, א; שער שני, ב.

[2] ראה: ג' שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה, תשנ"ה, עמ' 8: "מעצם טיבו, ואולי גם ע"פ שמו, החוזה צופה פני עתיד ותוצאותיו אובליגאטריות. כאן נבדל החוזה מעיסקה ריאלית טהורה Conveyance...". אמנם בהמשך דבריה היא מפנה לדברי ב' ליפשיץ, המובאים להלן, הערה 27.

[3] ב"מ מה ע"ב. הבחנה זו יסודית היא בדינינו, והיא מופיעה בתחומים נוספים. כך, למשל, הגמרא בנדרים ב ע"ב מבחינה בין נדר שהוא איסור חפצא, לבין שבועה שהיא איסור גברא; וקרוב לזה ההבדל בין נדבה לבין נדר של קרבן. ראה ראש השנה ו ע"א. וראה עוד: להלן, הערה 10; פרק שלישי, הערה 8; הרב ש"י זוין, אישים ושיטות, עמ' 48.

שכירות), רשות וחזקה. כמו כן הם עוסקים בצורות העברת הקניין (כגון מכר או מתנה), מעשה הקניין (כגון משיכה) וכיוצא בזה. ברם דיני החיובים מופיעים גם הם לא מעט, אך הם מסובכים בדינינו. נציג תחילה את הבעייתיות שבהם.

ברוב שיטות המשפט, מבחינים בהקשר זה בין דיני החיובים לבין דיני הקניין; ובדיני החיובים מבחינים בין חיוב חוזי – חיוב שהאדם מקבל על עצמו מרצונו – לבין חיוב נזיקי, המוטל עליו מן הדין. לכל אחד מאלו כללים משלו, ומן הכללים מסתעפים פרטים רבים. ספרות ענפה נכתבה בדיני חוזים, והיא מגדירה את החיוב, את החוזה ואת הסתעפויותיו הרבות. במשפט העברי לא נמצא ריכוז דומה של דיני חוזים. לשווא יחפש אדם כינוסם של אלו במשנה ובתלמוד, וכך הם פני הדברים בספרי ההלכה הקלסיים – משנה תורה, הטור ושולחן ערוך.

ושמא תאמר: זהו חלק מבעיית הסדר בכלל בעולמה של הלכה, שכן המשפט העברי הוא משפט קזואיסטי[4], העוסק בעיקר בבעיות מעשיות ופחות בעקרונות מופשטים – אין התשובה מספקת. בתחומים אחרים המצב שונה: דיני נזיקין, למשל, מרוכזים בעיקרם במסכת אחת – בבא קמא[5]. אחד מי"ד ספרי "משנה תורה" לרמב"ם נקרא "ספר נזיקין"; וכן ריכזו מחברי הטור ושולחן ערוך את דיני הנזיקין בסוף חלק "חושן משפט".

ושמא תאמר: דיני חוזים מועטים הם, ואין חשיבות רבה בריכוזם – הרי כבר אמרנו כי רבים המה, אלא שהם נבלעים בדיני הקניין. עיקרו של המשפט העברי, "בשרא דתורא" שלו, עוסק בדיני חוזים במובנם הרחב, היינו חיובים וקניינים – משא ומתן לסוגיו השונים על כל הכרוך בהם. דינים אלו מצויים במסכתות שונות: רובם במסכת בבא־מציעא, מקצתם במסכת בבא־בתרא, בעיקר מפרק רביעי ואילך ובעוד מקומות. אולם כשנבדוק את המצב בספרי הטור ושולחן ערוך, ניווכח בתופעה מעניינת: דיני המשפט הפרטי – חיובים וקניין או דיני ממונות בלשון מקורותינו – מרוכזים בחלק "חושן משפט" שיש בו למעלה מ־400 סימנים[6]. דיני נזיקין מרוכזים בכ־80 סימנים בסך הכול, ואף הם לא גדולים: הלכות גנבה וגזלה (סימנים שמח-שעז) והלכות נזיקין (סימנים שעח-תכז). עיקרו של חלק "חושן משפט" עוסק בבעיות חוזים ובכל הכרוך בהם. אם נפחית את 38 הסימנים הראשונים העוסקים בהלכות סדרי הדין והראיות ועוד סימנים אחדים העוסקים בהלכות נזקי שכנים וירושה ועוד, נמצא שלדיני החוזה והקניין מוקדשים כ־300 סימנים, מקצתם ארוכים ומפורטים. בסקירה כללית אזכיר כמה כותרות שניתנו כשמות לקבוצות סימנים, החל בסימן לט: הלכות הלוואה, שמיטה ופרוזבול, שטרות הנעשים בערכאות של עכו"ם, טוען ונטען, שבועה בבית דין, גביית

[4] ראה: מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים, תשל"ג, עמ' 879 ואילך; עמ' 1001 ואילך.

[5] הסדר עצמו – אחד משישה סדרי משנה, המוקדש לדיני ממונות בכלל – נקרא בשם נזיקין, אם כי הוא עוסק גם בענייני חוזים וקניין. וראה מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 863, ושם בהערה 64.

[6] בטור לפנינו 426 סימנים. בשולחן ערוך נוסף עוד סימן. פירוט על כך, ראה: מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 1071 ואילך, עמ' 1099 ואילך.

מלווה, ערב, מצרנות, שותפים, שלוחין, קניין קרקע, קניין חליפין, מוכר באונס, מוכר על תנאי ואסמכתא, מכירה, אונאה ומיקח טעות, מתנה ומחילה, אפוטרופוס, פיקדון, שוכר ופועלים. על אלה יש להוסיף הלכות כתובות המובאות בחלק "אבן העזר" והלכות ריבית ב"יורה דעה". מתופעה זו נלמד כי ההתפתחות והיצירה של המשפט העברי לאחר תקופת התלמוד ניכרות בשטח זה. אין התפתחות דומה בדיני נזיקין, למשל, אם משום שלא הרבו להזיק[7], ואם מסיבות אחרות שאינן מעניינו כאן. לעומת זאת, התפתחות ושינוי תנאי החיים החברתיים־הכלכליים הולידו הרבה שאלות בתחום החוזים. בני אדם נושאים ונותנים, קונים ומוכרים, מלווים ומפקידים. אופי המשא־ומתן וצורותיו משתנים בהתאם לתנאים ולצרכים: השאלות מתרבות, מועלים רעיונות ופתרונות חדשים, והדיון פורה ויוצר.

אם כך, עולה ביתר תוקף השאלה: מדוע לא הופרדו דיני החוזים מתוך דיני הקניין בכלל? מדוע אין חיבור הלכתי העוסק במהותו ובעקרונותיו של החוזה כבסיס לחלוקתו לסוגיו השונים, כפי שמקובל במשפט הכללי? במילים אחרות: ההבחנה דלעיל, בין חיוב ובין קניין, אינה בולטת במקורותינו הקלסיים, ופעמים הרבה יש טשטוש לכאורה בין החיוב לקניין או התעלמות ממוסד ההתחייבות ואף שלילתו. דיני הקניין מופיעים במקומות שונים בהתאם לסוגיהם בתלמוד ובפוסקים (הלכות מכר, הלכות מתנה וכיוצא בזה); ואילו מוסד ההתחייבות, מהותו ודיניו, אינו מופיע בצורה סדירה בספרות ההלכה. בתלמוד נמצא רק סוגיות אחדות העוסקות בהתחייבויות מסוימות. הרמב"ם, לא זו בלבד שלא הקדיש אף לא פרק אחד להתחייבויות, אלא שבקושי יש בחיבורו סעיפים אחדים העוסקים בהן. בטור ובשולחן ערוך יש דיון נרחב יותר, אלא שאף הוא מפוזר, והרוצה לעמוד על מהותו של מוסד ההתחייבות, היקפו ודיניו, יתקשה למצוא בהם את ידיו ואת רגליו[8].

אמנם למעשה בהרבה עסקאות (חוזים במובן הרחב) מעורבים יסודות קנייניים וחיוביים כאחד, כגון מכירת בית בקניין חזקה, המעביר את הזכות הקניינית (בעלות) מן המוכר לקונה, ומחייב את הקונה בתשלום. אך עדיין ניתן לעסוק בשני המושגים, הקניין והחיוב, בנפרד. יתר על כן, יש התחייבויות הקמות מכוח רצונו של המתחייב בלבד, ואין בהן יחס של קניין, כמו התחייבות למזונות.

אפשר שהתשובה, חלקית לפחות, נעוצה בעובדה שהחיוב והקניין אינם כה רחוקים זה מזה. אילו הייתה ההתחייבות בנויה אך ורק על רצונו של האדם לקבל חיוב על עצמו, על גמירת דעתו להתחייב, הרי השאלה היא במקומה: יש לרכז את דיני החיובים, להסביר את עיקרם ואת מהותם ולחלקם לסוגיהם השונים, כגון חוזה הלוואה, חוזה שמירה וכדומה. אך ייתכן כי גמירת הדעת אינה מרכיב בלעדי בהיווצרותו של חוזה ובתוקפו. לא כל מה שהאדם מקבל על עצמו יש לו ערך משפטי. יש לבדוק לגופו של עניין את תוכן החיוב שקיבל האדם על עצמו. אם נמשיך בכיוון חשיבה

[7] כך משמע כבר בגמרא. ראה בבלי: גיטין פח ע"ב; ב"ק פד ע"ב.

[8] וכבר עמד ש' אלבק על קושי זה. גישתו תובא (בקצרה) להלן, נספח עשירי.

זה, נוכל להבין את משמעות דבריהם של חוקרים בעניין "חולשת" ההתחייבות במשפט העברי. כפי שנראה להלן, ההתחייבות, אם אמנם היא קיימת, קרובה היא לעולם הקניין. היא אינה מתקיימת רק על בסיס רצונו של המתחייב. היא צריכה "חפצא", חפץ או דבר שעליו היא חלה. מכאן הפתח לביאור המושגים התלמודיים "קניין דברים" ו"דבר שאין בו ממש" ואחרים, והמושג שטבעו הראשונים, "אין לקניין על מה לחול", שנעמוד עליהם להלן[9].

ב. אופיו החפצי של החוזה

אופיו החפצי של החוזה ניכר בכמה עניינים. ראשית, יש לציין כי כבר בחוזה ריאלי – הקנאה – כגון מכר ומתנה, מצינו שתי הלכות: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", "אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש", כאוויר דירה או אף זכות דיור[10]. להלן נעסוק בהלכות אלו ובטעמן. אך בלי לקבוע עתה מסמרות, נציין שלכאורה עולה מהן שאין הקנאה בלא "חפצא", גוף ממשי, הנמצא ברשותו של המקנה בשעת ההתחייבות.

ביחס לחוזה אובליגטורי – התחייבות – נעמוד על שלוש תכונות:

1. שעבוד נכסים

התכונה החפצית הבולטת של החיוב באה לידי ביטוי בדין שעבוד נכסים. כלומר, לכל חיוב ממון נלווה בדרך כלל שעבוד נכסים של החייב לבעל החוב. זיקתו החפצית של בעל החוב כלפי נכסי החייב ניכרת בשני דינים: בדין טריפה מלקוחות שקנו את הנכסים מן החייב, ובדין קדימה לבעל חוב מאוחר[11]. מכאן שאין החיוב יוצר רק יחס אישי, אלא גם יחס קנייני[12]. לבירור מושגים אלו, שעבוד הגוף (החיוב האישי) ושעבוד

[9] עוד יש להוסיף את הממד ההיסטורי המורה כי ההתחייבות להקנאה כמעט אינה נזכרת בתלמוד, אם בכלל. כך, למשל, התחייבות למכר נידונית בעיקר אצל האחרונים, והיא עוררה חילוקי דעות קוטביים, כמבואר להלן, פרק חמישי.

[10] אף בעניין שליחות והרשאה מצינו שאין הן חלות על דברים בעלמא, שאינן נקנות בקניין. כך נאמר כי "מילי לא מימסרן לשליח" (גיטין כט ע"א). כן נפסק להלכה שאין אדם מרשה אחר על שבועה או על תביעה שיש לו על חברו. ראה שו"ע, חו"מ, סי' קכג, סע' ב. הגר"א, שם, ס"ק טז, קושר דין זה לדין "קניין דברים", שיוסבר להלן.

[11] וראה עוד בספרו של ויסמן (לעיל, הערה 1), עמ' 49, הכותב: "זכויות הקניין מספקות, איפוא, את האינטרס שיש לאדם להשיג בטחון רכושי שאינו תלוי בבשר ודם (שאינו in personam...) שתי התכונות המרכזיות המבטאות את משמעות הזיקה הישירה שבין בעל זכות קניין לבין הנכס, נשוא זכותו... הן: (א) זכות העקיבה (suite, droit de), המאפשר לבעל זכות קנינית לעקוב אחר הנכס, נשוא הזכות, ולאכוף את זכותו כלפי כל אדם המחזיק בנכס. (ב) זכות העדיפות (droit de preference), המעניקה לבעל הזכות הקנינית עדיפות על מי שירכוש אחריו זכות קניין בנכס ועל מי שיטען לזכות אישית ביחס לאותו נכס...".

[12] עוד נציין כי לדעת אחד הראשונים (רבנו תם, מובא להלן, פרק שני, סעיף ג, 2(ב)), יש לשעבוד

נכסים, יוקדש הפרק הבא. על כל פנים, מדין שעבוד נכסים כשלעצמו, אין להסיק בהכרח שלא ייתכן קיומו של חוזה בלא שעבוד נכסים. אם כן, אין ראיה כי בכל חוזה יש יסוד חפצי.

2. קניין דברים

פחות ידוע הוא המושג "קניין דברים", אך לרוב הדעות יש לו השפעה מרחיקת לכת על ההתחייבות בכלל. מקורו של המושג הוא בתלמוד הבבלי (ב"ב ג ע"א). שם נאמר כי חוזה בין שותפים – שנעשה בקניין – לחלוק את חצרם המשותפת, אינו תופס, משום שהוא רק קניין דברים. בטעמו של דבר, מסבירים הראשונים[13] כי אין לקניין על מה לחול. מכאן עולה לכאורה שכל חוזה, לרבות חוזה אובליגטורי, צריך "חפצא", דבר ממשי שעליו הוא חל. אין החוזה יכול להיבנות על הבטחה בלבד, על חיוב אישי גרידא, אלא צריך שיהיה בו גם יסוד חפצי.

אם אמנם הלכה זו מקובלת בכל חוזה, היא מעוררת בעיות קשות, ומגבילה באופן ניכר את אפשרויות עריכת חוזים. האמנם אין מקום להתחייבות על בסיס אישי בלבד? האם יש להחיל על החוזה הגבלות קנייניות כדבר שלא בא לעולם? האם, למשל, התחייבות למכירת יבול עתידי אינה תופסת? האם התחייבות שאינה ממונית, כגון התחייבות לעשיית פעולה או למניעתה, אינה תקפה? וכיצד נסביר את תוקפו של חוזה עבודה?

3. הצורך בקניין ומשמעותו

כללית יש לומר כי כל חוזה (כולל חוזה ריאלי, כגון מכר) צריך מעשה קניין. אין חוזה נקשר בדברים בעלמא[14]. למושג "קניין" בהקשר זה יש משמעות נוספת: לא זכות קניינית בנכס, אלא מעשה פיסי, אקט פורמלי, שמביא ליצירת הזכות הקניינית. אולם כאמור מעשה קניין כזה נדרש גם כדי ליצור זכות חוזית־חיובית. יתר על כן, אין דרכי קניין מיוחדות לחוזים, ובדרך כלל אותם מעשי הקניין הנוהגים בקניינים נוהגים גם בחוזים. סתם "קניין" הוא קניין סודר, שמקורו בקניין חליפין, היינו פעולה סמלית של משיכת סודר, שהיא כביכול קבלת שיווי ממון כנגד הקנאתו או התחייבותו של מושך

הנכסים אופי קנייני המאפשר העברת חוב על ידי מכירת השעבוד. לדעת התוספות, ב"מ ד ע"ב, ד"ה אין נשבעין, כל כפירת חוב היא בעצם כפירה בזכותו הקניינית של המלווה בנכסי המקרקעין של החייב, ושוב ניכר כאן האופי הקנייני של החיוב.

[13] ראה רש"י, שם, ד"ה קנין, ורא"ש ב"ב, פ"א, סי' ג. דיון בדבריהם יבוא להלן, פרק חמישי, סעיף א.

[14] בכמה מקומות מציינת הגמרא כי אין החוזה נגמר בדברים בלבד, והיא מסבירה ש"קנו מידו" של המתחייב או שהחיוב תופס "בההיא הנאה" שקיבל המתחייב. ראה בבלי: גיטין יד ע"א; ב"מ נח ע"א ו־צד ע"א; ב"ב ג ע"א ועוד. להלן, בפרק האחד־עשר, נדון בשאלה אם אמנם כל התחייבות זוקקת בהכרח למעשה קניין.

הסודר. האם השימוש ב״קניין״ מרמז על אופיו החפצי של החוזה? מדברי גולאק[15], משתמע כי הקניין ביסודו של דבר נותן ביטוי לעובדה שהחוזה בנוי על נתינת שיווי ממון כנגד קבלת שיווי ממון. אף המתחייב ״מקבל״ סודר כנגד התחייבותו. אולם אין מכאן ראיה של ממש לאופיו החפצי של החוזה. אפשר שמעשה הקניין לא בא אלא כדי להביא את הצדדים לגמור דעתם לעשיית החוזה. כלומר, גמירת הדעת אינה מושגת בלא אקט פורמלי קבוע הנלווה אל ההתחייבות[16].

החוקרים הרבו לעסוק בשאלת דרך עשיית החוזה: האם כל חוזה אינו נקשר אלא בקניין? מה הן דרכי הקניין ומשמעותן? מהי משמעות המושג ״בההיא הנאה״, הבא לעתים כתחליף למעשה קניין? היש במושג ״בההיא הנאה״ דמיון לתורת התמורה האנגלית[17]? אנו נעסוק בעיקר בתוכן החוזה, ולא בדרך עשייתו. אמנם לא נוכל להימלט מלדון גם בשאלות אלו, אפילו בקיצור, כדי לבדוק אם אכן יש קשר בין התוכן ובין הצורה. נדון בזה במיוחד בפרק האחד־עשר: תוכן וצורה בעשיית ההתחייבות.

ג. מבנהו של הספר

שאלת חפציותו של החיוב תעמוד במוקד עניינו. לאחר שנעמוד על מהות שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים (בפרק השני), נדון בהתחייבות – מקורה, סוגיה, גלגוליה השונים ובסיסה הרעיוני – כל זאת מתוך עיון במקורות התלמודיים, ראשונים ואחרונים (בפרקים השלישי-התשיעי). כאמור, לא נימנע מלעסוק גם בדרך עשייתה של ההתחייבות ובדרכים נוספות להתקשרות משפטית המשוחררות ממגבלות ההתחייבות או עוקפות אותן (בפרק העשירי ובפרק האחד־עשר). נסיים את דברינו בדיון על הזיקה

[15] א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, ח״ב, עמ׳ 42.

[16] ראה: ש׳ אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל־אביב, תשל״ו, עמ׳ 112 ואילך; להלן, פרק אחד־עשר, סעיף א.

[17] נזכיר כאן כמה מחקרים הדנים בחוזה בכלל ובשאלת דרך הקניין בפרט: הרב י״א הרצוג, פסקים וכתבים, כרך ט, חו״מ, סי׳ קיא, קיב; הנ״ל, The Main Institutions of Jewish Law, Vol. 2, Chapter 8; הרב י׳ אברמסקי, דיני ממונות (הגדרת סוגיהם), לונדון תרצ״ט; הרב י״מ טוקצ׳ינסקי, ״השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים״, בתוך: ב׳ פינדלינג, תחוקת העבודה, ירושלים תש״ה, עמ׳ קלד; א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, ח״ב, עמ׳ 37; אמו״ר ז׳ ורהפטיג, ״לתורת התמורה או העילה בחוזה העברי״, מחקרים במשפט העברי, עמ׳ 94, וכן ״למקורותיו של חוזה ההתחייבות במשפט העברי״, שם, עמ׳ 87; ש׳ ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, פרק ראשון; הרב ב׳ ליפקין, ״להגדרת מושג רצון הבעלים בקניינים״, סיני, ספר היובל (תשי״ח), עמ׳ שעג, והמשכו בכרך מב, עמ׳ שנה; M. Elon, "Contract," Encyclopedia Judaica, Vol. 5, p. 923 (= The Principles of Jewish Law, p. 246); ש״י פרידמן, ״הנאה וקניינים בתלמוד״, דיני ישראל ג (תשל״ב), עמ׳ 115; ס׳ דויטש, ״גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי״, שנתון המשפט העברי ו־ז (תשל״ט־תש״ם), עמ׳ 71; א׳ וינגורט, ״תפיסה פורמליסטית ו׳מעשה קניין׳״, דיני ישראל יז (תשנ״ג־תשנ״ד), עמ׳ קיט.

שבין המוסר ובין המשפט בתחום החיוב החוזי תוך השוואה לדין המשפטי הנוהג כעת במשפט המדינה.

כמו בנושאים אחרים, ואולי במיוחד בנושא כשלנו, קיים פער מסוים בין התאוריה ובין המעשה. עשיית חוזים היא מעשה של יום־יום בכל חברה. עם השתנות תנאי החיים, התפתחות חיי המסחר וריבוי צורות המשא־ומתן, קשה לתאר משק בלא התחייבות לספק סחורה עתידית או הסכם שותפות על רווחים עתידיים ועוד. ואמנם יש שהנוהג קדם לדין. חוזים כאלו וכיוצא בהם נהגו למעשה, וחכמי ההלכה נתבקשו לחוות את דעתם עליהם ואף לאשר את תוקפם. כדי שלא נישאר ספונים בעולם העיון, נעקוב גם אחר ספרות השו״ת, כולל הפסיקה של בתי הדין הרבניים בימינו, המתארת את המתח שבין התאוריה ובין המעשה ומתאמצת לגשר ביניהם.

בנספח העשירי נביא בקצרה דעות של חוקרים אחדים – של פרופ׳ ש׳ אלבק ושל פרופ׳ ב׳ ליפשיץ – שיש להם גישה מקורית בתפיסת ההתחייבות.

ד. ביאור מושגים

לשם הבהרה נגדיר כמה מושגים שיופיעו הרבה בהמשך דברינו[18]. אין כוונתנו להגדרה מדויקת, שכן יש מושגים עמומים שפשטו ולבשו משמעויות שונות, בשל חילופי הזמנים והמקומות. נעסוק בקצרה במובנם כיום.

קניין – יש לו שתי משמעויות: האחת, מבטאת מצב סטטי של זכויות האדם בנכס או כינוי לנכס עצמו[19]; והשנייה – הנקראת בדרך כלל הקנאה – מבטאת מצב דינמי, פעולה המשנה את זכויות הקניין של הנושאים והנותנים[20]. ההקנאה מתבצעת על ידי מעשה הקרוי ״מעשה קניין״, ורק על ידו משתנות זכויות הקניין.

חפץ – כאמור, קניין היא מילה מקראית. בלשון חז״ל משתמשים בעיקר במילה חפץ, במשמעות קרובה למשמעות הראשונה של קניין, שנזכרה לעיל[21]. מכאן שיחס קנייני מופיע רבות כיחס חפצי.

[18] לביאור נרחב של מושגים אלו, ראה: א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, ח״ב, עמ׳ 1, 5; ב׳ ליפשיץ, ״על הערב״, שנתון המשפט העברי יג (תשמ״ז), עמ׳ 185.

[19] ראה, למשל: ״ויקח עשיו את נשיו... ואת כל קנינו אשר רכש בארץ כנען״ (בראשית לו, ו).

[20] ראה, למשל: ״ויקן את חלקת השדה...״ (בראשית לג, יט). במקרא יש לשורש קנ״ה גם מובן של יצירה, כמו: ״קנה שמים וארץ״ (בראשית יד, יט). על הקשר בין משמעות זו לקודמותיה, עמד רש״י שם: ״כמו עושה שמים וארץ״ (תהלים קמו) – ע״י עשייתן, קנאן להיות שלו״.

[21] ראה: ב״מ נח ע״ב במשנה; שבועות לח ע״ב; נדרים ב ע״ב (לעיל, הערה 3). השורש חפ״ץ עובר שינוי מעניין מלשון המקרא ועד לשון חז״ל. במקרא מובנו רצון: ״כי חפץ בבת יעקב״ (בראשית לד, יט). אך כבר בנביאים הוא מבטא דבר שחפצים בו, כמו: ״אבני חפץ״ (ישעיהו נד, יב); ״תמצאו חפץ״ (ישעיהו נח, ג); ״כל חפצים לא ישוו בה״ (משלי ח, יא). וכן בירושלמי:

חוב[22] או חיוב[23] – מבטא יחס אישי־משפטי של האדם לזולתו. זהו מושג רחב, שכן הוא כולל חיוב של האדם הן כלפי הקב״ה (חיוב דתי, מצווה) הן חיוב כלפי זולתו.

בחיוב כלפי אדם יש להבחין בין חיוב חוזי, הנובע מרצונו של האדם המתחייב, לבין חיוב מן הדין, כגון: נזיקין, פדיון הבן, תרומות ומעשרות וכיוצא בזה[24]. בחיובים מן הדין נכללים גם קנסות, שיש בהם יסודות נזקיים ועונשיים. כמו כן נכללים בהם חיובים לא־ממוניים, כגון: חיוב הצלה, השבת אבדה, עדות ועוד. חיוב ממוני מן הדין נקרא בלשון התלמוד ״מלוָה הכתובה בתורה״.

חיוב חוזי הוא בדרך כלל חיוב ממון הנובע מעסקה בין אדם לחברו, כמו הלוואה (מלוָה בלשון חז״ל), אך נכללים בו גם חיובי פעולה, כגון עבודה ושמירה.

התחייבות – עוד יש להבחין בין חיוב שנובע מעסקה ריאלית, כשהחיוב מהווה את מחיר העסקה – כגון חובת הלווה לפרוע את הלוואתו או חובת הקונה לשלם את מחיר החפץ שקנה – לבין ההתחייבות, שהיא חיוב שקיבל אדם על עצמו, לא בתורת מחיר, אלא מרצונו, אף שבדרך כלל יש סיבה לדבר.

שעבוד – יסודו של המונח בלשון הארמית. המילה מופיעה בעברית לראשונה בלשון חכמים, והיא גזורה מן השורש שעב״ד, מלשון עבדות או הכנעה. בהקשר לחוב, המונח מבטא כפיפות מסוימת הנוצרת עם החיוב. מבחינים בין שעבוד הגוף[25] לבין שעבוד נכסים. אפשר לומר שמושג זה עומד בין החיוב ובין הקניין, כפי שיבואר באריכות להלן, בפרק השני.

חוזה – הוא מונח חדש, ומובנו הסכם אכיף[26]. במקרא מופיע המונח ״ברית״, ופעם אחת נזכר ״חוזה״ כשם נרדף לה: ״כרתנו ברית את מות ועם שאול עשינו חזה״ (ישעיהו כח, טו). להלן נעמוד על האפשרות כי ״חוזה״ במובן זה קשור למובנה של המילה חוזה: רואה פני עתיד. אך אפשר גם שזהו שימוש מאוחר, ואינו מכוון לפשוטו של מקרא[27].

״אלו אבנים טובות ומרגליות״ (פאה פ״א ה״א). את הפסוק ״עת לכל חפץ״ (קהלת ג, א), מפרש רש״י: ״לכל דבר. כל הדברים קרויים חפצים בלשון משנה״.

[22] ראה: ״חבלתו חוב ישיב״ (יחזקאל יח, ז). בתורה מצינו לשון מלוה (שמות כב, יד).

[23] על היחס בין שני אלו, כותב מ׳ אלון, המשפט העברי, עמ׳ 483: ״המונח ׳חיוב׳ מקורו במלה ׳חוב׳... בדרך כלל מתייחס המושג ׳חוב׳ לחוב של ממון בלבד, והמושג ׳חיוב׳ נתקבל ככולל גם חובה לעשות פעולה וכיוצ״ב, במקביל למושג Obligatio שבמשפט הרומי״.

[24] אמנם גם בחיוב כלפי הקב״ה יש מעין חיוב חוזי, היינו נדר או שבועה שמקבל אדם על עצמו כלפי הקב״ה, נוסף על מה שהדין מחייב אותו.

[25] ״שעביד נפשיה״ בלשון התלמוד (ב״מ יג ע״א).

[26] ראה: ג׳ שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ״ה, עמ׳ 8.

[27] במפרשים מובאות דעות שונות בעניין משמעות ״חוזה״ זה כהסכם. רש״י מפרש: ״גבול, שלא יעברנהו, וכן ׳מחוז חפצם׳ (תהלים קז, ל)״. א׳ בן־יהודה, במילונו, ערך חזה, עמ׳ 1480, מבאר שהכוונה להסכם, במשמעות ״הקים וכונן דבר על יסודות חזקים״. הרד״ק כותב: ״כלומר, מחזה עשינו עמו, כאדם המתראה פנים עם בעל דינו לעשות שלום עמו״. ובדעת מקרא: ״׳חזה׳

מונחים נוספים המציינים הסכם אכיף הם: "התקשרות משפטית", "עסקה", אך הם כלליים מדי ואינם שכיחים בספרות המקצועית. אמנם יש שגם ה"חוזה" מציין כל עסקה, כולל עסקה ריאלית, כגון מכר, אך בדרך כלל הוא מציין הסכם אובליגטורי. לחוזה ריאלי קוראים בדרך כלל "הקנאה" – הקנאת זכות קניינית בנכסים. הידועה בהקנאות היא המכר.

חוזה חד־צדדי הוא התחייבות, אך סתם חוזה מחייב שני צדדים – הסכם אכיף – כמבואר לעיל. שאלה בפני עצמה היא: האם החוזה כולל התחייבויות הדדיות? או שמא הוא הופך ליצירה משפטית חדשה (ראה להלן, נספח רביעי)?

ה. לידתה של ההתחייבות במשפט הכללי ומהותה

בזמן העתיק לא היה מוכר מוסד ההתחייבות כלל[28]. המשפט לא התערב ביחסים בין אדם לחברו. גם מעשה נזק, ואפילו מעשה פלילי במובנו כיום, לא שימש עילה לתביעה משפטית. הפתרון נמצא בנקמה, בהשבת גמולו של הפוגע בראשו על ידי הנפגע או קרוביו. מעשה הפגיעה יצר יחס אישי בין הפוגע ובין הנפגע. הפוגע עתיד היה להיפגע מנקמתו של הנפגע, והוא היה אחראי בגופו כלפי הנפגע. במשך הזמן קמו תחליפים לנקמה, כשהנפגע שילם כופר לנפגע. כשהתערב השלטון, הוא הטיל על העבריין קנס ככופר חובה. כך נולד המושג "חובה". במשך הזמן הוכרו לא רק חיובים שבאו מכוח עברה פלילית או מעשה נזק, אלא גם אלו שבאו מכוח התקשרות. אך גם אז עדיין היה החייב אחראי בגופו למילוי חובתו. ההתחייבות נתפסה כזיקה אישית בין החייב לבעל החוב, המשעבדת את החייב גופו לטובת בעל חובו. זה הוא גם החיוב במשפט הרומי בתקופתו הקלסית (המקבילה לתקופת המשנה ולחלק מתקופת התלמוד). שעבוד הגוף של החייב נתפס פשוטו כמשמעו: החייב היה נאסר, נמכר כעבד או שמושכן גופו לנושה. לפעמים אף הייתה לנושה זכות להמית את החייב, אם לא פרע את חובו.

במשמעות 'הסכם' היא מילה יחידאית במקרא". ובהערה שם: "י"א ש'חזה' מלשון 'חזה' – 'ראה', הוא תעודה המוצגת ל'ראיה' על הסכם, ויש בלשון המשנה 'ראיה', שהיא תעודה בכתב: 'הוציא ראיה מתוך אפונדתו' (סנהדרין ג, ח). וי"א ש'חזה' הוא כתב הסכם גלוי לכל, והוא נקרא בירמיהו לב, יד 'ספר הגלוי'. בניגוד ל'החתום', וי"א ש'חזה' הוא הסכם, ששני הצדדים עושים בדיבור פנים אל פנים" (כרד"ק הנ"ל). דעת מקרא לאיוב ח, יז מפרש 'חזה' במשמעות 'חצה' (ז' וצ' מתחלפות) ע"ש כריתת ברית, שיסודו בכריתה וחצייה. והאריך בזה ב' ליפשיץ במאמרו, "על הערב" (לעיל, הערה 18).

אולם אם בכל זאת נרצה להצטמצם במשמע ראה, אפשר להציע, כאמור בפנים: החוזה – בניגוד לקניין – הוא הסכם הרואה פני עתיד.

[28] סקירה זו נעשית בעיקר לפי ספריו של פוקרובסקי: הפרובלמות של המשפט האזרחי (תרגום א' ליטאי), ירושלים תרפ"ג, עמ' 196; המשפט הרומאי (תרגום א' ליטאי), ירושלים תרפ"ח, עמ' 290. וראה: R. Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., 1990, Chapter 1.

בסוף התקופה הרומית, החלה התרופפות מודרגת של אחריות הגוף של החייב. שעבוד הגוף היה מנוגד לרגש החופש האישי, שהלך והתפתח, ומאז ואילך התחיל מרכז הכובד של ההתחייבות לנטות לצד הממוני. חיובים מכוח תנאים והתקשרויות החלו להתפתח עם התפתחות חיי הכלכלה. תכלית ההתחייבות היא קבלת ערך רכושי ידוע מן החייב. מאז נתפסת ההתחייבות כמין רכוש, והיא מקבלת במידת מה אופי חפצי: זכות התביעה נעשית חלק מרכושו של בעל החוב, והחוב הוא מעין גירעון ברכושו של החייב. ההתחייבות מתחילה להיראות כמין צורת יחסים מיוחדת בין בעל החוב לנכסי החייב. היא נעשית סחירה ועוברת מיד ליד. מתחילה החייב מגלה את דעתו שיפרע את החוב לכל מי שיבוא ויביא שטר בידו. כך יצא שפעמים הרבה החייב אינו מכיר כלל את בעל חובו. אולם הבלטת היסוד החפצי יכלה לטשטש את היסוד האישי שבחיוב. כך, למשל, התעוררו ספקות ביחס להתחייבויות הנוגעות לפעולות בלתי רכושיות, כגון: ללכת למקום פלוני, להימנע מלהפריע את מנוחת השכן, להינשא וכדומה. הגישה הכללית כיום היא, שגם התחייבויות כאלו תקפות.

מכאן שאין לראות ביסוד החפצי – הזכות בממון, נשוא החוזה – חלק אינטגרלי של ההתחייבות. יש התחייבות בלא תביעה, כגון התחייבות החייב כעבור תקופת התיישנות, לפי כמה שיטות משפט; ויש התחייבות בלא גבייה, כגון התחייבות בלתי רכושית, כאמור. אשר למילוי ההתחייבות וכפיית ביצועה על המפר, גם אם יש למופר זכות ראשונית לביצוע בעין, אפשר לומר כי אין זו באה מכוח זכות קניינית בנכס, נשוא החוזה, אלא זהו האמצעי הראשוני לכפיית החייב למלא את המוטל עליו.

לסיכום: ההתחייבות היא צורת יחסים משפטית בין אישים סובייקטים, ותכליתה הכללית היא לקבוע נורמה מיוחדת ביחסים שבין אדם לחברו. החוק מסדיר נורמות כלליות בין בני אדם, וההתחייבות מסדירה נורמה פרטית ביחסים שבין אדם לחברו, כפי שהוסכם ביניהם. מכאן שכל התחייבות תכליתה לשעבד במקצת את רצונו של החייב, אלא שיש לחלק מן ההתחייבויות אופי אישי מובהק יותר, ולחלקן יש גם אופי חפצי, כאמור לעיל.

נוסיף דברים אחדים לשם השוואה. במשפט העברי, אין אותה התפתחות דרמטית מנקמה לפיצוי ולחיוב. כבר מראשיתו, המשפט העברי מכיר בחיובים מכוח נזק או חוזה. יש אמנם מעבר הדרגתי של כובד המשקל מן היסוד החפצי שבחיוב אל היסוד האישי, אך אין כאן שינוי מהפכני, ובוודאי שלא שינוי רעיוני. משמעות היסוד האישי מעולם לא הייתה שעבוד גופו של החייב כעבד, כפי שנהג המשפט הרומי, וכפי שיבואר להלן, בפרק השני. אדרבה, הצורך ביסוד החפצי בא להחליש את השעבוד האישי, כפי שיבואר באריכות בפרק הסיכום.

אשר על כן, מוקשים דברי ר׳ צימרמן[29], האומר: ״הפיתוח של הקונספציה של חיוב ("Obligatio") וההתפתחות של חוק החיובים היתה אחת התרומות הגדולות של תורת

[29] ראה בספרו הנזכר לעיל, עמ׳ 1, אחריות נזקית: מנקמה לפיצויים. דבריו תורגמו על ידי תרגום חופשי.

המשפט הרומית הקלאסית. פריץ שולץ מתיחס לזה כהישג ייחודי בהיסטוריה האנושית...". האם אין חיובים בתורה, הן חיובי נזק הן חיובי חוזה? גם אם נניח שטעה המלומד בהבנת הכתוב "עין תחת עין"[30], שכן לא למד את הסוגיה בגמרא (ב"ק פג ע"ב) ואת הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק א, ו), האומר: "כולם הלכה למשה מסיני הם בידינו, וכזה ראו אבותינו דנין בבית דינו של יהושע... ובכל ב"ד וב"ד שעמדו מימות משה רבינו ועד עכשיו"[31], הלוא התורה אומרת במפורש שהחובל בחברו משלם: "רק שבתו יתן ורפא ירפא" (שמות כא, יט); והגונב מחברו משלם (שמות כא, לז); והמבעיר אש – "שלם ישלם" (שמות כב, ה) וכהנה רבות. אף חיובים חוזיים של שומרים ולווים (שמות כב, כב) הם מגופי תורה[32].

יתר על כן, התורה מצווה על יחס מיוחד ללווה: לא רק שאסור לקחת ממנו ריבית, אלא אף: "לא תהיה לו כנֹשה" (שמות כב, כד); "לא תבא אל ביתו לעבט עבטו. בחוץ תעמד, והאיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך את העבוט החוצה" (דברים כד, י-יא). אסור לקחת מהלווה משכון בכוח, שלא לדבר על האיסור לאסרו ולהשתעבד בו, כמובא בתחילת הפרק הבא. כל זה אמור בתורה, לפני ששמענו על העם הרומאי.

וגם אם היה פער מסוים בין הנוהג והדין, כמבואר בפרק הבא, יש לזכור כי תורת המשפט של התורה היא המהפכה האמתית לעומת הנוהג הקיים, ולא תמיד הוא נשמר מיד למעשה. אין כאן מקום לעמוד על טיבו ועניינו של פער זה.

אמנם אין לשלול מהמשפט הרומי את זכותו בסידור משפט החיובים ובפיתוחו[33], אך גם אין להעניק לו את זכות הבכורה שמגיעה לתורה.

[30] ראה: צימרמן (לעיל, הערה 28), עמ' 2, הערה 6.

[31] אין כאן מקום לעמוד על הפונקציה של הפשט לעומת הדרש ההלכתי, וכבר נכתבו על כך דברים הרבה.

[32] כבר מיעקב אבינו אנו למדים הלכות שכירות פועלים. על הקפדתו על חיוביו, למרות ההפרות של לבן, ראה: בראשית לא, ו־לח; תוספתא ב"מ פ"ח ה"ב; רמב"ם, הלכות שכירות יג, ו-ז.

[33] בתקופה המקבילה למשפט הרומי הקלסי, גם המשנה והגמרא עוסקות בחיובים למיניהם. מחקר משווה בין שתי שיטות המשפט מצריך דיון נפרד, ואין כאן מקומו.

פרק שני

שעבוד נכסים ושעבוד הגוף

התוכן

א. שעבוד נכסים 17
1. דין או תקנה 18
2. מלווה על פה ומלווה בשטר 20
3. מקרקעין ומיטלטלין 21
4. מקור השעבוד ואופיו 23
5. יורשים ולקוחות 26
6. "דאיקני" 30

ב. שעבוד הגוף — החובה האישית 31
1. המושג שעבוד הגוף 31
2. פריעת בעל חוב — מצווה 31
3. גבייה "מיניה" 35
4. מהי המצווה? 37
(א) "הן צדק" 37
(ב) "יוציא אליך את העבוט" 39
5. המצווה לדעת הסוברים "שעבודא דאורייתא" 39

ג. שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים — היחס ביניהם 41
1. שעבוד הגוף בלא שעבוד הנכסים 41
2. שעבוד הגוף לאחד ושעבוד נכסים לאחר 42
(א) שיטת הרי"ף והרא"ש בגבייה מיתומים ולקוחות 43
(ב) שיטת רבנו תם במחילת חוב לאחר מכירת השטר חוב 44
3. שעבוד הגוף קודם לשעבוד הנכסים 46
4. שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף 47
(א) אפותיקי מפורש 47
(ב) ריבית בלווה שהוא חברה בע"מ 48
(ג) "מנה אין כאן, משכון אין כאן" — התחייבות של חברה בע"מ 49

ד. סיכום 50

נספח: פריעת חוב כלפי שמים על ידי היורשים 52

פרק שני

שעבוד נכסים ושעבוד הגוף

בפרק הקודם עמדנו על ייחודו של החיוב במשפט העברי, שיש בו שילוב של שני יסודות: שעבוד נכסים ושעבוד הגוף. בפרק הזה נעסוק בעניינו של כל אחד מיסודות אלו, ולאחר מכן נדון בשאלת היחס בין שני אלו: האם הם תלויים זה בזה? או שמא הם יכולים להתקיים בנפרד?

א. שעבוד נכסים

אין לנו ידיעות בדוקות על ראשית גיבושו של החיוב ותולדותיו הקדומות במשפט העברי. חיובים מסוגים שונים, דוגמת חיובי הלוואה ונזק, מופיעים במקרא[1]. אף אין בידנו פרטים באשר לאופיו של החיוב, אחריותו ושעבודו של החייב, מזמן המקרא ועד זמן המשנה. הידיעות ההיסטוריות בעניין זה הן מועטות, ואין בהן כדי להעיד על אופיו האמתי של "מוסד" החיוב במשפט העברי[2].

מבחינת הדין, כפי שאמור בתורה ובמקורות חז"ל, הקו הבולט בחיוב הוא התנגדות נמרצת לשעבוד הגוף במובנו הפשוט, כתפיסתו במשפט העתיק הרומי. ההלכה מתנגדת לשעבוד גופו של החייב[3], עבדותו[4] או מאסרו, ואפילו לכניסת המלווה לביתו של החייב[5]. הביטחונות לפירעון החוב הם נכסי החייב ולא גופו[6]. תכלית החיוב היא קבלת

[1] בחלק מן המושגים הללו נעסוק בהמשך דברינו.

[2] ראה מה שכתב מ' אלון: חירות הפרט, עמ' 8, על הנוהג לעומת הדין; המשפט העברי, עמ' 482 ואילך.

[3] חריג אחד נמצא בדינינו, ראה: תוספות, ב"מ עג ע"ב, ד"ה משתעבדי; שו"ע, חו"מ, סי' שסט, סע' יא; שו"ע, יו"ד, סי' רסז, סע' טו-טז. האמור שם נובע מן הכלל "דינא דמלכותא דינא" או מהענשת העבריין, ואין כאן מקום להאריך.

[4] כך נדרש על פי הגמרא בקידושין יח ע"א (שו"ת הרא"ש, כלל סח, י): ונמכר בגנבתו — ולא בחובו. ואף אין כופין אותו להשכיר את עצמו — שו"ע, חו"מ, סי' צז, סע' טו. והסמ"ע, ס"ק כט, מסביר שם שהוא מטעם הדרשה: "כי לי בני ישראל עבדים — שטר דהש"י קודם".

[5] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' צז, סע' ה. בסע' ב שם: "ואפילו להיראות לו אסור מפני שהוא נכלם...". וראה: מ' אלון: חירות הפרט, עמ' 1, 16; המשפט העברי, עמ' 41.

[6] ראה: א' גולאק, החיוב ושעבודיו, עמ' 45, ושם הוא מסביר את שעבוד הנכסים על רקע שלילת שעבוד הגוף; מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 482.

ערך רכושי ידוע מאת החייב, והיא מבוטאת בשעבוד נכסי החייב. שעבוד זה אינו עניין רעיוני בעלמא, אלא הוא מעניק לבעל החוב זכות קניינית בנכסי החייב שביטויה המעשי הוא זכות טריפה מלקוחות וזכות קדימה. וכך אומר גולאק: "על ידי שעבוד הנכסים, החיוב רוכש לו בדינינו, מלבד הערך האישי שלו בתור חובת הגוף של החייב וזכות התביעה ממנו שיש לו לבעל החוב, עוד ערך חפצי ביחס אל הנכסים של החייב... שהשעבוד תופס בהם מזמן העמדתו ומשעבד אותם"[7].

נסקור בקצרה כמה שאלות בדבר מקורו, היקפו ואופיו של שעבוד זה.

1. דין או תקנה

כבר האריך גולאק[8] בתיאור היסטורי של שעבוד הנכסים במשפט העברי, והקדים אותו עד לתקופת החשמונאים. ואולם אין עניינו אלא בתיאור משפטי של נושא זה כפי שגובש בתלמוד ובואר על ידי המפרשים.

שעבוד נכסים נזכר לראשונה במשנה[9]. בתלמוד נחלקו אמוראים[10] אם שעבוד זה הוא מעיקר הדין ("שעבודא דאורייתא") או אם הוא מכוח תקנת חכמים ("שעבודא לאו דאורייתא"). עולא, ולפניו ר' יוחנן וריש לקיש, סבורים כדעה הראשונה, שהוא מן התורה, אלא שעולא מסביר[11] כי במלווה על פה, שאין לו קול (=פרסום), תיקנו חכמים שבעל החוב גובה רק מנכסים בני חורין (=שלא נמכרו לאחר). רבה, ולפניו רב ושמואל, חולקים עליהם, והם סבורים כדעה השנייה, שאינו מן התורה, אלא שבמלווה בשטר תיקנו חכמים שעבוד נכסים משום "לא תנעול דלת בפני לווין". רב

[7] יסודי המשפט העברי, ח"ב, עמ' 10.

[8] החיוב ושעבודיו, עמ' 46. ראה: כתובות פב ע"ב, ורש"י ד"ה ולא; שטמ"ק, ד"ה בראשונה (אולם ראה תוס', שם, ד"ה בתחלה). י"ש צורי, ההיפותקי, לונדון תש"ד, פרק א, חולק עליו ומבחין בין "אחריות נכסים" הנזכרת אצל שמעון בן שטח (כתובות שם) לבין "שעבוד נכסים" שמובנו הוא זכות קניינית כלפי צד שלישי, כאמור, הנזכר כנראה מאוחר יותר, בזמנו של ר"ג הזקן. ראה משנה, גיטין פ"ד ופ"ה, תקנות רבן גמליאל שכללו תקנת שעבוד נכסים.

[9] ב"ב פ"י מ"ב (קעה ע"א); גיטין פ"ה מ"א (מח ע"ב).

[10] בבלי קידושין יג ע"ב; ב"ב קעה ע"ב. לפרופ' ב' ליפשיץ, במאמרו, "'שעבודא דאורייתא' — בין חיוב והבטחה", פורסם בספר: עיונים במשפט העברי ובהלכה, בעריכת פרופ' א' אנקר ופרופ' ס' דויטש, הוצאת אוניברסיטת בר־אילן, תשנ"ט, עמ' 205, גישה מחודשת. הוא טוען כי המושג "שעבודא דאורייתא" במקורו בא לומר שזהו חיוב של תורה כמו המושג "מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי". אך כבר בתלמוד התפתחה משמעות של שעבוד נכסים. אולם שיטתו בנויה על פרוקה של סוגיה (בסוף בבא בתרא) לשכבות שונות, ואילו אני הולך בדרך הראשונים שראו בתלמוד חטיבה אחת, שאינה מתפרקת, כי אם במקרים נדירים מאוד, ואין כאן מקום להאריך.

[11] עולא (ב"ב קעה ע"ב) מסביר את המשנה האומרת כי מלווה על פה גובה מנכסים בני חורין. מכאן יש להתפלא על ר' יוחנן וריש לקיש הפוסקים שמלווה על פה גובה גם מן הלקוחות. לכן סבור תוספות רי"ד בקידושין יג ע"ב כי יש לגרוס בדבריהם "ולא מן הלקוחות", אך לא מצינו סיוע לגרסה זו. תוספות הרא"ש שם והראב"ן, סי' סח, מסבירים כי זו דעתם מן הדין, לפני התקנה, והמשנה נשנתה לאחר התקנה. שני תירוצים אלו הובאו גם ביד רמה לב"ב שם, אות קמד. ועיין רש"ש לב"ב שם.

פפא מכריע שבמלווה על פה גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות, אבל עקב סתירה בין דבריו במסכת בבא בתרא לדבריו במסכת קידושין, נחלקו ראשונים בדבר פשר הכרעתו. שתי השיטות העיקריות בפירוש דבריו הן: לפי הרי"ף[12], רב פפא סובר ששעבוד נכסים לעולם הוא מדאורייתא; ולפי התוספות[13], רב פפא סובר ששעבוד נכסים הוא מדאורייתא רק ב"מלוה הכתובה בתורה" (חיוב מן הדין, כנזיקין), אבל במלווה סתם, שעבודא לאו דאורייתא.

במה נחלקו האמוראים? כאמור, השעבוד מעניק לבעל החוב זכות קניינית בנכסי החייב, והוא מקנה לו זכות לטרוף מן הלקוחות וזכות קדימה לבעל חוב מאוחר. וכבר השתמשו הראשונים במונח "קניין" לציון זכות זו: הרמ"ה אומר שבשעבוד הנכסים, המלווה הוא "כמאן דקנינהו משעת הלואה"[14]; והריטב"א[15] אומר שהוא "הקנאה לחצאין"; ורש"י מבאר שהנכסים המשועבדים הם בגדר "דבר שאינו ברשותו" של החייב[16].

אשר לטעם המחלוקת, אומר הריטב"א שם: "וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, משום דסבר שאין הקנאה לחצאין"; ואילו החולק עליו סובר: "דאע"ג דאין הקנאה לחצאין, ואין הקנאה בדבר שאינו ברשותו[17], היינו הקנאה גמורה. אבל שעבודא דמתלא תלי וקאי – חייל אנכסי". מכאן משמע שלפי מי שאומר ששעבודא לאו דאורייתא, לא תועיל אף התנאה מפורשת על השעבוד[18]. לעומת זאת, רש"י וכמה מן

[12] הרי"ף, ב"ב פג ע"א (בדפי הרי"ף). והרא"ש שם, פ"י, סי' מט, הולך בעקבותיו.

[13] תוספות, קידושין שם, ד"ה אמר. וראה עוד להלן, הערה 52.

[14] יד רמה על ב"ב שם, אות קמד. וראה עוד תוספות, ב"ב שם, ד"ה דבר תורה. המהרי"ט אלגזי, על הלכות בכורות להרמב"ן, אות סט (על בבלי בכורות מח ע"א), מסביר כי השעבוד הוא קניין הנכס על ידי מתן דמי הלוואה, בתנאי שלא יפרע הלווה את חובו. אך לפי זה יש לשאול על שעבוד נכסים שבמלווה הכתובה בתורה ובהתחייבות, שאין בהם מתן מעות. ונראה בפשטות כי השעבוד הוא מוסד משפטי שונה, "הקנאה לחצאין" בלשון הריטב"א בסמוך, ובלשון ימינו – זכות קניינית הפחותה מבעלות.

[15] בחידושיו לקידושין שם, ד"ה אמר רב יהודה.

[16] בפסחים ל ע"ב נחלקו שני אמוראים: לדעת אביי, בעל חוב למפרע הוא גובה; ולדעת רבא, מכאן ולהבא הוא גובה, ורק בשעת הגבייה "קא קני". ומכאן משמע כי לאביי מתברר למפרע שקנה משעת ההלוואה, ולכן אם מכר המלווה את הנכס המשועבד, עוד לפני שגבה אותו, מכירתו תקפה. הפני יהושע בגיטין נ ע"א מוכיח מן הגמרא בסוף ב"ב כי אביי סבור ששעבודא דאורייתא, ומתקשה בדברי תוספות בגיטין שם, ד"ה כיון. ועי' קצות החושן סי' לט ס"ק א. אמנם נחלקו הדעות בהסבר דעת אביי – עיין במאירי שם – אם מדובר בסתם שעבוד נכסים או באפותיקי דווקא. בין כך ובין כך, נפסקה הלכה כרבא. ואולם אף לדבריו אומר רש"י שם (ד"ה כולי) שאין החייב יכול למכור את נכסיו המשועבדים, "אע"פ שהן שלו, אינן ברשותו". ועיין נתיבות המשפט, סי' לז, ס"ק יג. ונחזור לדון ברש"י להלן, סעיף 4. ועיין עוד: הרב ב"מ אטינגר, משפט החוב, סי' מד-מה, שהאריך בהסבר מחלוקת אביי ורבא. וראה עוד הערות מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, להלן עמ' 523.

[17] להלן יבואר כי אף שאין להקנות נכס שעדיין אינו ברשותו, אפשר לשעבדו לחוב (="דאיקני"). אך אפשר שכאן הכוונה היא שאינו ברשותו של המלווה.

[18] וכן הוא בתוספות, ב"ב קעה ע"ב, ד"ה דבר תורה: "דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את

הראשונים אומרים כי שעבוד מפורש ודאי מועיל, כדברי המאירי[19]: "הכל מודים שמן התורה לכל אדם להשלים תנאו ולהיות הן שלו צדק, אלא אף בלא פירש, שמדת הדין משעבדת הנכסים לכל הלואה שבעולם אפילו בעל פה". אלא שלדעת מי שסבור שעבודא לאו דאורייתא, אין לדמות את המלווה סתם למפרש את דבריו, ואומר שהוא משעבד את נכסיו[20].

להלכה, רוב הפוסקים[21] סבורים ששעבודא דאורייתא. אך אף לדעה השנייה יש כאמור שעבוד מדרבנן בחיובים שיש להם קול (פרסום), כמלווה בשטר, כמבואר להלן.

להלן נעסוק בביאור עניינו של השעבוד, וכאן נעיר רק שיש בתורה הוראות באשר לאופן התשלום של חיובים שונים: נזיקין משתלמים מן העידית ("מיטב שדהו"), היינו מן הקרקע המשובחת; ואילו חוב של מלווה משתלם מן הזיבורית (ראה גיטין מח ע"ב). בפשטות אין לזה עניין לשאלת השעבוד, שכן מנכסי החייב עצמו — לדעת הכול — גובים מן הדין[22], אך קושי בהקשר זה מהגמרא במסכת בבא בתרא קעה ע"ב יובא להלן (סעיף 4).

2. מלווה על פה ומלווה בשטר

שעבוד נכסים יש במלווה בשטר. אשר למלווה על פה, כבר הזכרנו בסעיף הקודם את דברי האמורא רב פפא, "גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות", וכן נפסק

נכסיו מן הלקוחות, אע"פ שיכול למוכרן". וראה עוד קצות החושן: סי' לט, ס"ק א; סי' קיב, ס"ק א. לדעתו, אף למי שסבור ששעבודא דאורייתא, שעבוד ממילא חל, אך אינו יכול לשעבד נכסיו מעצמו. אולם מדברי החזון איש, ב"ק טו (יג), עולה להיפך — לא שהתורה שעבדה, אלא צריך דעתו לזה (חוץ ממלוה הכתובה בתורה, שהתורה שעבדה).

[19] בית הבחירה לקידושין שם, וכן הוא ברש"י (ד"ה לאו) ורשב"א שם. י"ש צורי (לעיל, הערה 8), עמ' 55, מביא ראיה לשיטת רש"י מהמשנה (מעשרות ב, ז) שהביטוי "אינו מן התורה" משמעו שאינו מן החוק, אלא מחמת תנאי וקבלה, והוא מסביר בדרך זו את דברי הירושלמי בכמה מקומות.

[20] אפשר ששאלת התנאה של שעבוד מפורש תלויה במקור דין שעבוד — הקנאה לחצאין או ערבות — שנדון בו בסמוך. וראה עוד: ח' פוברסקי, יסודות שעבוד הגוף והנכסים (דיסרטציה), תל־אביב תשמ"ו, עמ' 120, מה שכתב בשם: פני יהושע בקידושין שם (כי נלמד מדין משכון שניתן להתנות על הקנאה לחצאין); אמרי בינה חו"מ, הלוואה, סי' ב (שדוחה ההשוואה בין משכון לשעבוד נכסים).

[21] ראה: רי"ף, ב"ב פב ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יא, ד; טור, חו"מ, סי' פח, סעיף לח; שו"ע, חו"מ, סי' לט, סע' א ונושאי כליהם. אמנם הש"ך, שם, ס"ק ב, מאריך בדבריו להוכיח שיש כאן מחלוקת ראשונים, ולהלכה הוא ספיקא דדינא, אך רוב הפוסקים לא קיבלו את דעתו, והם סבורים להלכה כי שעבודא דאורייתא. ראה: תומים, שם; ערוך השולחן, שם, אות ב. וראה עוד הערות מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, להלן עמ' 523.

[22] ראה: גיטין נ ע"א; תוספות, שם, ד"ה כיון. ברם, יש נפקא מינה — אף אם שעבודא דאורייתא — אם גובים מהם מדין שעבוד אם לא, ביחס לגבייה מנכסי עידית שקנה לאחר שהזיק. ראה: רש"י שם, ד"ה גובה; רשב"א, שם, ד"ה מאי; דרוש וחידוש לרע"א, שם, מח ע"ב, ד"ה המוציא; להלן, הערה 69.

להלכה[23]. מה ההסבר לפסק הלכה זה? לפי הדעה ששעבודא דאורייתא, חז"ל ביטלו במלווה על פה את שעבוד הנכסים ביחס ללקוחות, כיוון שחששו להפסדם. רק במלווה בשטר, מפני שיש לו קול, השאירו את השעבוד, כי ודאי ידע הלוקח, או היה עליו לדעת, שקנה נכס משועבד. על מעמדם של יורשים, נדון להלן.

ושאלה היא: האם נתבטל דין שעבוד במלווה על פה לגמרי? או שמא רק לגבי גבייה מן הלקוחות? לתשובה לשאלה זו יש חשיבות ביחס לדין קדימה. ונחלקו הראשונים אם יש למלווה על פה שקדם למלווה בשטר זכות קדימה בגבייה מנכסי הלווה[24]. לפי הסוברים כדעה השנייה, ששעבודא לאו דאורייתא, תיקנו חכמים דין שעבוד נכסים רק במלווה בשטר, כיוון שיש לו קול, כאמור[25]. אשר לחיובים הנובעים מכוח הדין ("מלווה הכתובה בתורה"), בגמרא (ערכין ו ע"ב) נחלקו תנאים אם "כתובה כשטר דמי". כלומר, אם הנכסים משתעבדים אם לאו. כזכור יש דעה בראשונים האומרת שהכריע רב פפא כי בחיובים אלו יש שעבוד נכסים מן הדין (לעיל, הערה 13).

עוד יש לציין כי גם לפי ההלכה האומרת ששעבודא דאורייתא, למלווה בשטר יש קווי אופי קניינים מובהקים יותר[26]. כמו כן הזיקה הקניינית מתחזקת באפותיקי — שעבוד חפץ מסוים לחוב — ועוד יותר במשכון, כאשר הוא נמסר לידי החייב ("בעל חוב קונה משכון"). להלן נדון עוד ב"אפותיקי מפורש", אם יש בו כדי לשחרר את הלווה משעבודו האישי.

3. מקרקעין ומיטלטלין

בשעבוד הנכסים מבטיח בעל החוב את פירעון חובו. ביטחון זה קיים רק בנכסים קיימים ובלתי נפסדים שאי אפשר להבריחם, ומכאן ששעבוד הנכסים חל רק על קרקעות החייב. לכן הן נקראות "נכסים שיש להם אחריות"[27], כי הן אחראיות וערבות

[23] שו"ע, חו"מ, סי' קז, סע' א.

[24] ראה: טור ושו"ע, חו"מ, סי' קד, סע' א, יג, מקורותיהם ונושאי כליהם.

[25] ראה ב"ב קעה ע"ב. המאירי, שם, לשיטתו (לעיל, הערה 19) מבחין בין סתם שטר לשטר שפירש בו שעבוד. אך רש"י, קידושין יג ע"ב (ד"ה לאו), אינו מבחין ביניהם. אם כן בשטר גובין מן היורשים, כיוון שפירש בו שעבוד נכסים, ולא מחמת תקנת נעילת דלת. וכבר נדחק בזה הרשב"א שם, והסביר את רש"י בדרך המאירי. וראה פני יהושע בקידושין שם, שמבחין בין יורשים ללקוחות.

[26] ראה: גיטין לז ע"א ותוספות, ד"ה שטר (לעניין לשמיטת כספים); ב"מ ד ע"ב ותוספות, ד"ה אין; שבועות לז ע"ב ותוספות, ד"ה ואין; הרא"ש , שבועות, פרק ה, אות ג; טור ושו"ע, חו"מ, סי' פח, סע' כח; סמ"ע, שם, ס"ק נא; חידושי ר"ח הלוי, הלכות שבועות פ"ח הי"ג (לעניין כפירת שעבוד קרקעות); רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ט (לעניין העברת חוב); ב"ב קכד ע"ב (לעניין ראוי ומוחזק); יד רמ"ה, ב"ב קעד ע"א (להלן, הערה 155). לעניין השטר, נאמר גם: "שטר העומד לגבות — כגבוי דמי". ראה: גיטין לז ע"א והמקבילות שצוינו בגיליון. מעמדו של השטר בכלל דורש עיון מיוחד, ואין כאן מקומו.

[27] ראה קידושין כו ע"א (במשנה). וראה ברש"י שם (ד"ה שיש): "היינו קרקעות שאחריות כל

למילוי החוב. מן החייב עצמו אפשר לגבות גם מן המיטלטלין[28], אך אין לגבות מיטלטלין שהועברו ליורשים או ללקוחות.

יש מן הראשונים האומרים כי מדין תורה אף מיטלטלין משתעבדים לחוב[29], אלא ששעבודם בוטל מדרבנן. ייתכן לומר שהוא בוטל רק לגבי לקוחות ויורשים, אך לא לגבי החייב עצמו, ומכאן נפקא מינה ביחס לדין קדימה במיטלטלין, כך שעדיין יש משמעות לשעבוד המקורי של המיטלטלין[30]. ויש עוד נפקא מינה – לעניין מיטלטלין משועבדים שהפקירם החייב[31]. לדעת רוב הראשונים, השעבוד לא חל על מיטלטלין מעולם. וזה לשון המאירי[32]: "שבמטלטלין לא נאמר לעולם שעבודא דאורייתא, שלא סמכה עליהם דעת מלווה. ואם מפני שהוא גובה מהם בחיי הלוה, אין זה כלום, שמה שהוא גובה ממנו אינו בתורת שעבוד, ואין חולק בעצמו של לוה לומר שעבודא לאו דאורייתא, דודאי מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה...". בהסבר אפשרי למחלוקת ראשונים זו, נדון בסעיף הבא.

השעבוד של מיטלטלין אינו חל מאליו, אבל יש אפשרות לשעבדם במפורש אגב קרקע[33]. במשך הזמן, עם עליית ערכם וחשיבותם של המיטלטלין בחיי הכלכלה, נשתנה גם דין שעבוד מיטלטלין[34].

אדם, הלווה והנושה בחבירו, עליהן, לפי שקיימין ועומדין, לפיכך נסמכין עליהן". לביאור המילה "אחריות", ראה: סמ"ע, חו"מ, סי' ס, ס"ק ג; א' גולאק, החיוב ושעבודיו, עמ' 31; ב' ליפשיץ, "על הערב", עמ' 185, 194.

[28] "מיניה, ואפילו מגלימא דעל כתפיה" (ב"ב קנז ע"א). להלן נדון במשמעות גבייה זו.

[29] ראה: רשב"א, ב"ק יד ע"ב; תוספות, בכורות נב ע"א, ד"ה ולא בראוי (בסופו). כן משמע גם מן הרשב"ם לב"ב קעה ע"ב, ד"ה שעבודא דאורייתא, ונימוקי יוסף, ב"ב פב ע"ב (בדפי הרי"ף). וראה קצות החושן, סי' לט, ס"ק א. אמנם מן היתומים פקע שעבוד המטלטלין, כי אין דעת המלווה – כשלא גילה דעתו – סומכת על היתומים, שלא יבריחום, ברם גובין מהם מדין מצווה, כמובא להלן, הע' 64. ראה: שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' קנב; אמרי בינה, הלואה, סי' ב. וראה עוד הערות מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, להלן עמ' 523.

[30] ראה: טור ושו"ע, חו"מ, סי' קד, סע' א, מקורותיהם ונושאי כליהם; קובץ שיעורים, לר"א וסרמן, ח"א, ב"ב, אות שצא.

[31] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' רמה, סע' י; סמ"ע, וט"ז, שם, וקצות החושן, ס"ק ב. וראה עוד מאמרו של הרב דוד פנדל, שעלי דעת, הוצאת ישיבת שעלבים, תש"ן, כרך ז, עמ' 178.

[32] ב"ב קעה ע"ב. וכן היא דעת הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יא, ז. וכן משמע מרש"י, ב"מ סז ע"ב, ד"ה אין. וכן הוכיח המנחת חינוך, מצווה תקפה, מן הגמרא בב"מ קטו ע"א.

[33] ב"ב מד ע"ב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' קיג.

[34] הגאונים תיקנו להשוות מיטלטלין לקרקע. בתקופה מאוחרת יותר מזכיר הרא"ש את תקנת השוק, ולפיה אין גובים מיטלטלין מן הלקוחות. ראה: תשובות הגאונים, חמדה גנוזה, סי' סה; אוצר הגאונים, כתובות סט ע"ב, חלק השו"ת, סי' תקכז-תקלז. וראה רמב"ם: הלכות מלווה ולווה, יא, יא; הלכות אישות, טז, ז; הלכות נזקי ממון, ח, יב. וראה טור ושו"ע, חו"מ, סי' ס, סע' א; סי' קא; סי' קז, סע' א וסע' ה; סי' קיג, סע' ג. וראה: סמ"ע, סי' רנב, ס"ק ו; ש"ך, שם, ס"ק ו; ש"ך סי' תיט, ס"ק ה.
לסיכומם של דברים ראה: א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"א, עמ' 152; מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 531; הרב י' שציפנסקי, התקנות בישראל, ירושלים תשנ"ג, ח"ג, עמ' רנה.

4. מקור השעבוד ואופיו

התלמוד אינו מציין את מקורו של השעבוד מן התורה. ואולם רוב הראשונים[35] מביאים כמקור את הפסוק "והאיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך את העבוט החוצה" (דברים כד, יא). מכאן לכאורה משמע כי השעבוד תופס גם במיטלטלין (כאמור לעיל, ליד ציון הערה 29). לדעה אחרת[36], מקורו של השעבוד הוא בדין ערבות, כפי שאומר התלמוד, שנכסי אדם ערבים לחובו (ב"ב קעד ע"א; בכורות מח ע"א). לפי זה נראה שאין השעבוד חל על מיטלטלין, כיוון שבעל החוב אינו סומך דעתו שיהיו ערבים לחוב, כפי שסבורים הרבה מן הראשונים (לעיל, הערה 32).

הרמ"ה (ב"ב קעו ע"א) אומר שיש מחלוקת אמוראים בשאלת מקור השעבוד. עולא סובר כדעה הראשונה, וצריך לומר כי המקור בפסוק קובע גם את האופי: "כלומר, שעבודא דמשתעבדי ליה נכסי הלוה... כמאן דקנינהו משעת ההלואה..." (לעיל, הערה 14). לכן גם מן העובדה שבעל חוב גובה מן הזיבורית, כפי שנלמד מן הפסוק "והאיש אשר אתה נשה בו", מוכיחה הגמרא (ב"ב קעה ע"ב) כי שעבודא דאורייתא (ועיין תוספות, שם, ד"ה דבר תורה, שהתקשה בזה). אך רב פפא סבור שהשעבוד מיוסד על פי התפיסה השנייה – ערבות, וכן הלכה, ולכן מיטלטלין אינם משתעבדים[37]. לא מצאתי ראשונים אחרים שחזרו על הסבר זה, שאינו מפורש בתלמוד. ייתכן אפוא, שלדעתם אין מחלוקת אמוראים ביחס למקור השעבוד. קשה לומר כי הטעם של ערבות עומד בפני עצמו. עניינה של ערבות הוא שהאדם קיבל על עצמו אחריות, אך בענייננו הנכסים לא ערבו לחוב. השעבוד חל מעצמו ואף בלא חיוב חוזי, כחיובי נזיקין למשל ("מלווה הכתובה בתורה")[38]. יתר על כן, בחיובי תורה על רכוש מסוים כלפי אחרים, הבעלות עוברת ישירות, כמו תרומות ומעשרות, שעם הפרשתם הם שייכים לכוהנים. אלא שבחיובי ממון נוצר רק שעבוד נכסים, כאמור לעיל. אם כן, ייתכן לומר כי מאחר שיש מקור בתורה על שעבוד נכסי החייב ואחריותם לביצוע החוב, אנו רואים בהם ערבים. במילים אחרות: שעבוד הנכסים הוא זכות קניינית, כאמור, אלא שהיא נתפסת כחיוב משני של החיוב, כאילו הנכסים ערבו לחוב. וכך אומרת המשנה[39]: "אין נפרעין

[35] ראה: רשב"ם ונימוקי יוסף (לעיל, הערה 29), רמב"ן לב"ב שם ועוד.

[36] רש"י, קידושין יג ע"ב, ד"ה לאו; רש"י, ב"מ סז ע"ב, ד"ה אין; מאירי על בבא בתרא שם.

[37] אמנם המהרי"ט אלגזי (לעיל, הערה 14) סבור שבשאלת מקור השעבוד נחלקו רבא ור' ירמיה בבכורות שם, והשו"ע, חו"מ, סי' מט, סע' י – בניגוד לרמב"ם המובא להלן, הערה 40 – פוסק כדעת רבא, שהוא מדין ערבות. המחלוקת היא בשני יוסף בן שמעון שאחד מהם לווה כסף: לדעת רבא אין בעל החוב גובה מנכס שקנה אחד מהם מחברו, מכיוון שאינו יכול לגבות מן הלווה (מספק), אין גובה מן הערב; ואילו הרמב"ם פוסק כר' ירמיה. וכן היא דעת עולא בב"ב שם, שהשעבוד נלמד מן המקרא, ורק חכמים ביטלו שעבוד מיטלטלין, כדעת הרשב"א (לעיל, הערה 29).

[38] גם מדברי הרמ"ה, ב"ב, שם, פרק י', סי' קמח, נראה שבנזיקין אין השעבוד נובע מערבות, אלא שהוא מוסיף כי בכל זאת אין המיטלטלין משתעבדים, כי "דיו לבא מן הדין להיות כנידון", וכנראה למד כי השעבוד נלמד בקל וחומר ממלווה. וצריך לעיין בכוונתו.

[39] גיטין ה, א (מח ע"ב). ועיין שם בתוספות, ד"ה אין, כי עצם הדין הוא מן התורה.

מנכסים משועבדים (=שביד הלקוחות) במקום שיש נכסים בני חורין". כמו כן אין יורדין לנכסי החייב לפני שפונים אל הלווה תחילה[40], כפי שהוא בדיני ערבות. להלן נעסוק בהשפעות נוספות של קבלת גדר ערבות על שעבוד נכסים.

המקור מספר דברים דורש עיון נוסף: הרי מן החייב עצמו גובים לדעת הכול. ועוד, הרי פשט הפסוק מדבר במשכון (ועיין משנה ב"מ ט, יג), ולא בשעבוד קרקעות כללי לחוב. אלא שיש לפרש כי עצם הדבר שהתורה מגלה לנו כי הביטחון לפירעון החוב נמצא בנכסי החייב, ולא בגופו — ובייחוד שזה עומד בניגוד למה שרווח במשפט באותה תקופה — אומר לנו כי יש לבעל החוב זיקה כלשהי לנכסי החייב[41], ונחלקו האמוראים אם זיקה זו מעניקה לבעל החוב גם זכות קניינית מסוימת בנכסי החייב. כך אפשר לומר כי אף הדעה הסוברת שהשעבוד אינו מן התורה מסכימה לרעיון שנכסי החייב ערבים לחובו[42]. על כל פנים, לדעה הסבורה ששעבודא דאורייתא, הרי לאחר שנלמד העיקרון של זיקה לנכס, יכולה להיות שאלה באשר להיקף השעבוד, היינו האם השעבוד חל גם על מיטלטלין של החייב או שהוא חל רק על מקרקעין שעליהם סומך המלווה דעתו.

עוד יש להעיר באשר לאופיה של הזכות הקניינית, שזכות זו עושה את הנושה למעין שותף עם הבעלים (=הלווה). בתלמוד (פסחים ל ע"ב; ראה לעיל, הערה 16) נידונה השאלה: האם אכן יכול כל אחד מן הצדדים למכור את הנכס המשועבד או להקדישו? אמנם "שותפות" זו שונה מ"שותפות" של שוכר נכס. בשכירות ה"שיתוף" הוא מקביל: לאחד קניין הגוף ולשני קניין שימוש (מעין "קניין פירות"). בנידון דידן השותפות אינה מקבילה. כך — על כל פנים, לדעת רבא ש"בעל חוב מכאן ולהבא גובה" — כל עוד לא פרע הלווה את חובו, הנכס הוא שלו, אלא שיש למלווה זכות לטרוף את הנכס אף מצד שלישי שנמכר לו הנכס כדין.

על ההבחנה בין שכירות לשעבוד, עמד המאירי[43], ביחס למדיר הנאה מנכסיו, כאשר בית מרחץ שלו מושכר לאחרים, שכן הנכס המושכר אינו נאסר לאחרים[44], מה שאין לומר כן ביחס לנכס המשועבד לחובו. וזה לשונו: "אע"פ שהגוף של מדיר הוא, שמאחר שלא השאיר לעצמו שום זכות לכל זמן שכירותו, הרי הוא לענין זה כשל

[40] ראה: ב"ב קעד ע"א; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, יח, א, ו־כב, א והגהות מימוניות, פרק כב שם ("דלכל מילי יהבינן לנכסים דין ערב").

[41] ראה ביד רמה לב"ב שם (אות קמד), שאומר כי מעצם חובת הלווה לתת משכון למלווה נלמד העיקרון של שעבוד נכסים.

[42] שיטה מקובצת בשם הרא"ש לב"ב קעה ע"ב, המביא את הרעיון של ערבות הנכסים למ"ד שעבודא לאו דאורייתא. בהמשך הפרק נדון עוד בשאלת מהות החיוב והשעבוד למ"ד שעבודא לאו דאורייתא.

[43] המאירי לנדרים מו ע"א. דבריו הובאו אצל ח' פוברסקי (לעיל, הערה 20), עמ' 100.

[44] אמנם בהמשך דבריו הוא דן במקורות סותרים. וראה עוד: ר"ן לנדרים מו ע"ב, ד"ה היכי דמי; טור ושו"ע, יו"ד, סי' רכא, סע' ו-ז. ואין כאן מקום לדון בעניין שכירות.

שוכר, ואינו יכול לאסרה... שהשכירות קניין הוא, ולא השעבוד, שהשעבוד הוא יכול לסלקו בזוזי, מה שאין כן בשכירות ושאר הקנינים״.

אמנם אחד מן האחרונים[45] מדייק מדברי רש״י בפסחים ל ע״ב שהנכס הוא ״דבר שאינו ברשותו״ של הלווה, כי המכירה אינה חלה, שכן אין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו (ב״ק סט ע״א), וזו הסיבה שהמלווה טורף ממנו. אך יש קשיים בשיטה זו, ומדברי ראשונים אחרים לא נראה כן[46]. הגמרא[47] אומרת כי יש מצבים שבהם השעבוד פוקע: ״הקדש, חמץ ושחרור מפקיעים מידי שעבוד״. כיצד יכול אפוא הלווה להקדיש או לשחרר נכס משועבד שאינו ברשותו? על כורחנו יש לומר שהנכס הוא ברשותו, והוא רשאי למכרו. כך נוצר כאן מצב מיוחד: המכירה חלה, כפופה לאותה זכות קניינית המאפשרת לטרוף[48]. כך גם מוכח מדעת הסובר — והלכה כמותו — שהלוקח רשאי לסלק את הנושה בכסף ולהשאיר את הנכס המשועבד בידו[49]. על כורחך נמצאת אומר שהמכירה חלה[50].

מקור אחר לשעבוד נכסים מצינו בדברי אחד מן הראשונים, בעל הפירוש המיוחס לרבנו גרשום מאור הגולה (ב״ב קעה ע״ב), הלוא הוא הפסוק ״עבד לוה לאיש מלוה״ (משלי כב, ז). לאור האמור לעיל, מקור זה דורש עיון נוסף. כאמור, הרעיון של שעבוד נכסים בא לשלול את רעיון ״עבד לווה״. כלומר, הלווה נעשה כעבדו של המלווה, והביטחון לפירעון החוב הוא נכסי החייב, ולא החייב גופו. מענין לציין כי פסוק זה, שלכאורה היה יכול לשמש מקור או אסמכתא להרבה הלכות בעניין מעמדו של הלווה, לא נזכר בתלמוד אלא בעניין סדרי דין (סנהדרין ל ע״ב) והוכחת פירעון החוב[51]. בסוף הפרק נראה כי יש לרי״ף גישה חדשה לשעבוד הנכסים שמקשרת אותו יותר לשעבוד הגוף. נשתדל להסביר שיטה זו לאור גישתו.

[45] נחל יצחק, חו״מ, סי׳ לט.

[46] ראה: רשב״ם, ב״ב מט ע״ב, ד״ה מקחו בטל. וראה שו״ת הרא״ש, כלל עח, סי׳ ב, שהוכיח כי הנכס המשועבד אינו של המלווה, מן ההלכה האומרת: אם אכל הלווה מפירות הנכס לפני שנטרף ממנו, אין המלווה מוציאן מידו.

[47] גיטין מ ע״ב; ב״ק צ ע״א ועוד.

[48] ועיין תוספות, גיטין מ ע״ב, ד״ה הקדש, שמסביר כי זהו מכר לשעה, עד שייטרף על ידי המלווה. זאת בניגוד להקדש, שהרי כשחל ההקדש שעה אחת שוב אינו פוקע. ועיין בנחל יצחק, שם, שמסביר את הגמרא בגיטין בדרך אחרת.

[49] ב״מ טו ע״ב. וכן ציין המאירי הנ״ל (לעיל, הערה 43). וכן עולה מדברי שיטה מקובצת, ב״מ שם, בשם תלמידי ר״פ (=רבנו פרץ), שמסביר כי לדעה שאין הלוקח יכול לסלק את בעל החוב בכסף (בזוזי): ״ואם כן הקרקע קנויה לבעל חוב מכל וכל, ואפילו דלא שוויה אפותיקי, כמאן דשוויה אפותיקי דמי״. ואף כי יש עוד לדון בפשר קניין זה, על כל פנים לדעה השנייה ״אין הקרקע קנויה לבעל חוב, כיון דמצי מסלקו בזוזי״. אמנם מכאן נראה שהקרקע אינה קנויה לבעל החוב, אך אין ראיה שהיא קנויה לגמרי ללווה.

[50] וראה עוד: ש׳ אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ׳ 456, המסביר את טיבה של זכות זו כקטנה שבזכויות הקניין, שאין עמה רשות ואף לא הנאה מן הנכס, ועם זאת היא זכות קניינית ולא חיובית.

[51] ראה ב״ב קעא ע״ב. לעניין דומה, ראה גיטין יד ע״א.

5. יורשים ולקוחות

במשנת בבא בתרא (שהבאנו לעיל) נאמר רק כי במלווה על פה אינו גובה מן הלקוחות. בסוגיית הגמרא שם, מצאנו מחלוקת אמוראים באשר לגבייה מן היורשים: לדעת רב ושמואל, "שעבודא לאו דאורייתא", ולכן אין גובים מן היורשים; ולדעת ר' יוחנן וריש לקיש, "שעבודא דאורייתא", וגובים מהם. רב פפא מכריע שבמלווה על פה גובה מן היורשים ולא מן הלקוחות. כבר הזכרנו לעיל את הסתירה בטעם הדין שבדברי רב פפא. בקידושין יג ע"ב מובא הטעם — שעבודא דאורייתא (ובלקוחות הפקיעו השעבוד); ואילו בבבא בתרא קעו ע"א מובא טעם אחר, "שלא תנעול דלת בפני לווין", ומשמע ש"שעבודא לאו דאורייתא", וגובין מן היורשים מכוח תקנה. כזכור, נאמרו בזה כמה שיטות ראשונים[52], ולפיהן השאלה אם לדעת רב פפא שעבודא דאורייתא אם לאו — שנויה במחלוקת. על כל פנים, ההבדל בין יורשים ולקוחות יכול, לכאורה, להתבאר במסגרת דיני השעבוד. אם דעת רב פפא היא ששעבודא דאורייתא, ברור שגובים מן היורשים, ולא ביטלו חכמים שעבוד זה. ואם דעתו היא ששעבודא לאו דאורייתא, תיקנו רבנן שעבוד במלווה על פה — שאין לו קול — ביורשים דווקא.

אולם יש מסבירים את דברי רב פפא באופן אחר, היינו מכוח המצווה שנובעת ממעמדו המיוחד של היורש, כמבואר להלן. במסכת כתובות פו ע"א, שיידון להלן, אומר רב פפא כי פריעת בעל חוב מצווה, וכופין עליה כעל כל מצוות עשה. אליבא דכמה מן הראשונים, כוונתו לומר כי שעבודא לאו דאורייתא, ומדין תורה אין אלא מצווה לפרוע[53]. אולם במקומות אחרים מיוחסת המצווה ליתומים. כך מצינו בדברי רב פפא שאין גובים חוב מיתומים קטנים, כי פריעת בעל חוב מצווה, ויתמי לאו בני מצווה הם[54]. ונשאלת השאלה: מדוע גובים מיתומים גדולים? בפשטות משמע כי גדולים, שהם בני מצווה, המצווה מחייבת אותם[55]. אך עדיין אפשר לומר שמיתומים גדולים גובים מכוח תקנת שעבוד נכסים[56]. על כל פנים, מצינו בשני מקומות אחרים

[52] הרי"ף, ב"ב פג ע"א (בדפי הרי"ף), סבור כי לדעת רב פפא שעבודא דאורייתא, והסוגיה בב"ב מסבירה מדוע לא הפקיעו את השעבוד ביורשים כמו שהפקיעו בלקוחות. לעומת זאת, התוספות, קידושין יג ע"ב (ד"ה מלוה), סבורים כי בסתם מלווה שעבודא לאו דאורייתא, ורק במלווה הכתובה בתורה, כקרבן הנזכר בסוגיה שם, שעבודא דאורייתא. הריטב"א, קידושין שם, סבור שהגמרא הסבירה את הכרעתו של רב פפא לכל השיטות, אבל הוא עצמו סבור ששעבודא לאו דאורייתא, כמו שמוכח מדבריו בכתובות ובערכין (ראה להלן, סעיף ב, 2). ועיין שם מה שתירץ עוד בשם רבנו תם; וכן הוא בתוספות, ב"ב קעו ע"א (ד"ה גובה).

[53] ראה הריטב"א הנזכר בהערה הקודמת. וראה להלן, הערה 80.

[54] ב"ב קעד ע"א וערכין כב ע"א. בב"ב נפסקה הלכה כרב הונא בריה דרב יהושע שגובין מן היתומים הקטנים, כשאין חשש פירעון. אך לדעת הריטב"א בקידושין, שם, נחלקו האמוראים בשאלה אם שעבודא דאורייתא. ראה להלן, ליד הערה 80.

[55] ראה: רשב"ם; שיטה מקובצת בשם הראב"ד ובשם ר"י מלוניל; עליות דרבנו יונה בב"ב שם, ועוד כמה מן הראשונים, שיובאו להלן.

[56] ראה ראב"ן, סי' סח, והסביר: "והא דקרי לתקנות דרבנן מצוה, משום דמצוה לשמוע בקול דברי חכמים...".

שהמושג ״מצווה״ מתייחס במפורש ליתומים. אביי אומר: ״מצווה על היתומים לפרוע חוב אביהן״ (כתובות צא ע״ב). אולם מדבריו משמע שאין כופין על מצווה זו. לעומת זאת, מדברי רב נחמן (ב״ב קנז ע״א), משמע שכופין את היתומים על מצווה זו, וגובין מהם גם מנכסים שירשו מאביהם, אף אם הנכסים אינם משועבדים לחוב, כגון נכסים שקנה הלווה לאחר ההלוואה[57], ומשום כך לא נשתעבדו לחוב, או לפי הדעה שאי אפשר לשעבדם לחוב.

כיצד ניישב את הסתירה בין המקורות? לעניין זה יש שלוש שיטות בראשונים:

א. לעולם אין גובים מן היורשים אלא דרך שעבוד נכסים, אם מן התורה אם מדרבנן, כאמור. אמנם היתומים מצווים לפרוע את חוב אביהם, מגדר כיבוד אב ואם, אך אין כופים על מצווה זו[58]. וצריך לומר כי דברי רב נחמן (ב״ב קנז ע״א) נדחו, שכן רב אשי מתקיף אותו, משום שרב ושמואל סבורים שמלווה על פה אינו גובה מן היורשים כי אין שעבוד נכסים (ראה גם ב״ב קעה ע״ב), משמע שאין לכפות קיום מצווה כשאין שעבוד נכסים[59].

אפשר שזו גם דעת הרמב״ם[60], אלא שמדבריו עולה שאף מצווה שאינה ניתנת לכפייה אינה אמורה כי אם ביחס לנכסים שירשו מאביהם ולא נשתעבדו; ואילו נכסים שלהם, שלא ירשום, אינם בכלל המצווה[61]. לפי זה נראה לבאר כי יש מעין ביזיון להחזיק בנכסים שירשו מאביהם שלא פרע חובו, אף על פי שהנכסים לא השתעבדו לחוב[62].

[57] באפשרות לשעבדם בדרך ״דאיקני״, נדון בסעיף הבא.

[58] עיין רש״י, כתובות צא ע״ב (ד״ה מצוה), ותוספות, כתובות פו ע״א (ד״ה פריעת): לדעת רש״י, אין כופין, כי פירעון זה הוא בגדר מצווה דרבנן שאין כופין עליה. ולדעת התוספות, מצוות כיבוד הורים בכלל היא בגדר ״מצוות עשה שמתן שכרה בצדה״, ואין כופין עליה. אולם ראה סמ״ע, ס״ק א, ש״ך, ס״ק א, וחידושי רע״א בשו״ע, חו״מ, סי׳ קז, סעיף א.

[59] ראה: רי״ף ור״ן, כתובות נ ע״א (בדפי הרי״ף); רמב״ן, כתובות פו ע״א; ריטב״א, קידושין יג ע״ב; ב״ב קעד ע״א. וראה בהערה הבאה.

[60] הלכות מלווה ולווה, יא, ח ומגיד משנה שם. על כל פנים, כך יש לפרש לדעת הראב״ן (לעיל, הערה 56), כי המצווה היא השעבוד דרבנן. וראה גם העיטור (מהדורת רמ״י), ח״ב, אות ע, עיסקא וחוב, טו ע״ב.

[61] כך מדויק מלשון הרמב״ם שם: ״מן המטלטלין שהניח״. ראה מגיד משנה שם. אולם ראה הגהות אשר״י על הרא״ש, כתובות, פ״ט, אות יד, שהביא מחלוקת בעניין זה.

[62] ראה סמ״ע, חו״מ, סי׳ קז, ס״ק א: ״שגנאי הוא לאביהם שיהא בכלל ׳לוה רשע ולא ישלם׳, והן ירשו את ממונו ויאכלו ויחדו [=וישמחו], אלא יכבדו את אביהן וישלמו... אבל כשלא הניח אביהן כלום, אין בה מצות כיבוד...״, והוא על פי דברי רב נחמן (בערכין כב ע״א): ״יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו״ [=יתומים האוכלים מה שאינו שלהם, יילכו אחר עוזבם (אביהם)]. אמנם שם אמר את הדברים רב נחמן בשם רב הונא משמו של רב. וקשה לי: הרי רב סבור כי אין גובין מן היורשים כלל (ב״ב קעה ע״ב); וגם אם נאמר שלדעתו יש חיוב מוסרי, שהפך אצל רב נחמן לחיוב משפטי — וכן נראה מדברי שמואל בירושלמי חגיגה א, א — הרי לדעת רב אין חיוב זה בנוי של שעבוד נכסים, ואילו רב נחמן הסיק בפשטות כרב הונא בריה דרב יהושע שהנכסים משתעבדים. ונראה שרב דיבר בעניין אחר, כמו ריבית של יתומים,

ב. נוסף על שעבוד נכסים, יש גם מצווה שכופין עליה, כפי שאומר רב נחמן במסכת בבא בתרא[63], אלא שאביי בכתובות מדבר בנכסים שהיו שלהם מעיקרא, ולא ירשום מאביהם, ולגביהם יש מצווה בלא כפייה[64]. לפי זה, גובים מכוח מצווה מנכסי יתומים גדולים שירשו מאביהם גם מיטלטלין וגם מקרקעין שנקנו לאחר ההלוואה, אף על פי שלא השתעבדו לחוב[65]. זו היא שיטה מחודשת של הרשב"א, והיא לא נפסקה להלכה[66].

ג. לעולם גובים מן היורשים, כדעת רב נחמן במסכת בבא בתרא, אך גובים מהם רק מקרקעין, אף אם נקנו לאחר ההלוואה, ולכן לא חל עליהן שעבוד נכסים. ואולם לגבי מיטלטלין אין זו כי אם מצווה, ואינה בת כפייה, ולזה התכוון אביי בכתובות.

בגדר חיוב זה, יש שעדיין מסתמכים על שעבוד נכסים[67], ומסבירים שהשעבוד אינו נובע ממעשה ההלוואה, אלא הוא תולדה ממצב של חוב, ואם כן משתעבדות גם קרקעות מאוחרות לחוב, אלא שבלקוחות ביטלו שעבוד זה. זהו ביאור מחודש בגדרו של שעבוד, ונעסוק בו להלן. על כל פנים, מלשון הטור והשולחן ערוך לא נראה כן, שהרי הם אומרים טעם אחר, כי "בן במקום אביו קאי", ואם כן כאילו הלווה בפנינו[68].

עי' ב"מ ע ע"א, ורב נחמן יישם את דבריו באופן אחר. שיטת ר"נ בערכין שם ובב"ב קנז ע"א צריכה עוד עיון, ואכמ"ל. וראה עוד: "הניח להם אביהם פרה חייבין להחזיר מפני כבוד אביהם" (ב"ק צד ע"ב). אמנם שם מדובר על חיוב להחזיר גזל שגזל אביהם או ריבית שקיבל אביהם, אך לענייננו ניתן ללמוד משום את העיקרון של מצוות כיבוד אב בפירעון חובות.

[63] לפי זה יש לומר כי רב אשי שאל שם על רב ושמואל, אך הלכה כרב פפא שגובין מן היורשים מכוח המצווה. ראה ריטב"א, ב"ב קעה ע"ב.

[64] ראה רשב"א, ב"ב קעה ע"ב. ובתשובותיו (ח"ג, סי' מד, מה, קיד; ח"ד, סוף סי' קנב) הוא מסביר כי הכלל "מטלטלי דיתמי לא משתעבדי" (כתובות צב ע"א) חל רק במקרים מסוימים: כשהיתומים קטנים; אינם לפנינו ואי אפשר לכפותם; כשהם עצמם חייבים לאחר.

[65] מקור המצווה אינו ברור: 1. אפשר שהכוונה למצוות כיבוד אב, כאמור, ולפי זה כופין על מצווה זו. ראה: ריטב"א, ב"ב קעה ע"ב, בשם מורו הרא"ה (ראה הערת המו"ל, הרב מ' בלוי); שו"ת הרשב"א, ח"ד, סוף סי' קנב.
2. אפשר שהכוונה לתקנה "שלא תנעול דלת בפני לווין", ובכך ניישב את "המצווה" של רב פפא עם דבריו בסוף ב"ב קעו ע"א. ראה תשובת רבנו יצחק שנדפסה בשו"ת מהר"ם (דפוס פראג), סי' רנח, וקצת משמע כן מחידושי הרשב"א, ב"ב קעד ע"א (נדפסו בסוף המסכת), וראה גם דברי הראב"ן (לעיל, הערה 56). אלא שהראב"ן מדבר על מקרקעין מדין שעבוד נכסים.
3. עוד יש לדחוק ולומר כי הסבר הגמרא בסוף ב"ב לדברי רב פפא אינו מפי עצמו (ראה ריטב"א, לעיל, הערה 52), והגמרא בערכין כב ע"א מסבירה את דבריו משום מצווה. ונפקא מינה, כי לפי המצווה יש רק כפייה חלקית (=אין יורדים לנכסיו כשאין היתומים בפנינו; ראה בהערה הקודמת), אך גובים גם ממיטלטלין שירשו. ולפי זה, ייתכן שמקור המצווה הוא במצוות האב, שעוברת אליהם, כאמור בשיטה השלישית, המובאת בסמוך.

[66] נזכרה בבית יוסף, חו"מ, סי' קז, א ובדרכי משה שם, ס"ק א, והיא שיטת הר"ח, כפי שנזכר ברמב"ן וברי"ן הנ"ל (לעיל, הערה 59). וכן היא דעת מהר"ם בשם ר"י, הנזכר בהערה הקודמת. אולם הב"י שם הכריע שלא כדעה זו, כיוון שהיא נגד הרי"ף והרמב"ם ועוד כמה מן הראשונים.

[67] ראה מאירי, ב"ב קנז ע"א, להסבר דין "דאיקני"; מובא להלן, פרק חמישי, הערה 168.

[68] ראה: טור, חו"מ, סי' קז, סע' טו; שו"ע, שם, סע' א, וסי' קיא, סע' כ וסמ"ע שם, ס"ק לא.

זהו הסבר מחודש, שכמעט לא נזכר בראשונים[69]. להלן נעסוק בשאלה: מדוע גובים רק ממקרקעין ולא ממיטלטלין[70]?

על כל פנים, לפי שתי השיטות האחרונות יש הבדל עקרוני בין יורשים לבין לקוחות, ואולי אף רב פפא התכוון להבדל זה: מן היורשים גובים אף בלא שעבוד נכסים, אם מכוח מצוות כיבוד אב או משום שהבן עומד במקום אביו[71].

אשר להסבר "בן במקום אביו קאי", עלינו עוד לעמוד על סיבת ההבדל בין קרקע למיטלטלין, ולא נימנע מלהעיר על היבט רעיוני העולה מן הדברים. ירושת הבן כממשיך אביו ונושא חובותיו אינה עוברת בלא נכס ממשי. מאידך גיסא, הדבר הקובע

הפרישה, סי' קז, ס"ק ג, מעלה אפשרות לפרש כי הכוונה היא לתקנת הגאונים שאפשר לגבות מיטלטלי מיתמי. אך בסמ"ע, סי' קז, ס"ק א, מכריע כפירושו האחר שם, שדבר זה נאמר על גביית מקרקעין מן הדין. וכן כתב הגר"א, סי' קז, ס"ק א, על כפיית היתומים: "לאו משום כבוד אביהם, דאין כופין כמו בהניח מטלטלין. וכמו שכתוב בתוס' כתובות שם פו ע"א... אלא שמצוה עליהן מן התורה כעל הלוה עצמו, וכמ"ש בפ"ק דקידושין (יג ע"ב), מלווה ע"פ גובה מן היורשין, שעבודא דאורייתא".

[69] אמנם הוא נזכר בעניינים הקרובים לענייננו, על פי הגמרא בעירובין ע ע"ב: ראה תוספות, ב"מ טו ע"א, ד"ה בעל חוב (לעניין גביית שבח); טור, בשם ר"י מיגאש, חו"מ, סי' רעח, סעיף יא (לגבי חובת הטיפול בפירעון; להלן, הערה 133); רא"ש, ב"ק, פרק ראשון, אות ו (לעניין בעל חוב שגבה מאחד מן היורשים); טור, ושו"ע, חו"מ, סי' שסג, סע' ז (לעניין גביית גזלה מן היורש לאחר ייאוש) ועוד. ואכמ"ל. נראה לי להביא עוד ראיה מן הרשב"א, גיטין נ ע"א, שמשמע מדבריו כי הניזוק גובה מן העידית שלא מדין שעבוד נכסים (לעיל, הערה 22; "שאין חיובו אלא בשעת תשלומים"), ובכל זאת הוא פוסק שם, ד"ה בעי, שגובים מן העידית גם מיתומים גדולים, ועל כורחנו נאמר שהבן במקום אביו עומד, וכן משמע מן המאירי, ב"ק ח ע"א.

לעניין "יורש במקום אביו", ראה עוד: אריה אדרעי, אחריות היורשים לחובותיו של המוריש במשפט העברי (דיסרטציה), האוניברסיטה העברית, ירושלים, ניסן תשנ"ג. סיכום מקיף בתוספת דוגמאות, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורש (א), כרך כג, עמ' תקיג ואילך. וראה עוד מאמרי, "ירושת חיובים", העתיד להתפרסם בע"ה בתחומין כא.

[70] הסמ"ע, סי' קז, ס"ק א, מסביר זאת על פי האמור לעיל (ליד ציון הערה 32) כי אין אדם סומך דעתו על מיטלטלין. אפשר לומר כך לפי הסבר המאירי (לעיל, הערה 67), אך לדעת הטור והשו"ע, מכיוון שיצאנו מגדרי שעבוד במובן הקנייני — ומצד כיבוד אב דוחק הוא להבחין בין מקרקעין למיטלטלין — עדיין הדבר צריך בירור. ר' עקיבא איגר על הרמב"ם (מהדורת פרנקל), הלכות מלווה ולווה, כא, א, למשנה למלך, ד"ה אך אומר: "אף דהוי משום מצוה, כיוון דהוא קרקע ושייך ביה קצת נעילת דלת, כופים, ועדיף ממטלטלים". ועיין אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 69), עמ' תקלא. על כל פנים אני מציע להלן הסבר אחר.

[71] הקושי הוא להתאים את דבריו של רב פפא בקידושין יג ע"ב — שעבודא דאורייתא — עם העולה מדבריו בב"ב ובערכין, שבירושים גדולים גובים מכוח מצווה. על כל פנים הגר"א (לעיל, הערה 68) מסביר במפורש ששעבוד דאורייתא הוא המצווה, והוא עובר גם ליורש. לפי זה, נראה להציע תירוץ נוסף לסתירה בדברי רב פפא הנ"ל (לעיל, הערה 52), והוא בכלל כוונת הגר"א: בב"ב משמע כי שעבודא לאו דאורייתא, היינו במובן הקנייני; ואילו בקידושין הכוונה לעניין אחר — שעבוד אישי העובר ליורש.

המשכיות צריך להיות קרקע דווקא. כביכול יש קשר פנימי בין האדם לאדמתו (ראה בראשית ב, ז: אדם־אדמה) שעובר בירושה לבנו[72].

רעיון זה צריך עוד עיון והעמקה, אך בשלב זה נפנה למאמרו המאלף של הרב ברוך רבינוביץ־תאומים[73]. הוא מצביע על כך שבמשפט הרומי תפיסת הירושה היא ירושת האישיות, ולכן היורש נכנס תחת המת, ואפילו נכסיו שלו אחראים לחובות המוריש. לעומת זאת, במשפט המודרני תפיסת הירושה היא ירושת הרכוש, כעין מתנה שותקת, בנויה על אומדן דעתו של אדם שרצונו להוריש את רכושו ליורשיו. לפי תפיסה זו אין הבדל בין בן, בת או בן מאומץ. ואילו בדינינו התפיסה היא — ירושת העמדה: לא ירושת נכסים בלבד, אלא ירושת המקום בתוך הנחלה, שתהא הנחלה נמשכת על שם המת ׳להקים שם המת על נחלתו׳ (רות ד, ה). יש בזה יסוד אישי ויסוד קנייני כאחד. כך יש להסביר את ירושת הבן דווקא, ולא הבת, העוברת למשפחה אחרת (ועיין עוד: רשב״ם ב״ב קמא ע״א, ד״ה לענין; שו״ת חתם סופר, אה״ע, ח״א, סי׳ קמז), ועוד עניינים שונים בירושה. כמו כן יש להסביר בנידון דידן את ההבדל בין מקרקעין למיטלטלין.

על ההבדל בין היורשים והלקוחות, ראה עוד להלן, סעיף ג, 2, ונספח שביעי.

6. ״דאיקני״

שעבוד הנכסים מתהווה בשעת העמדת החיוב, ומשום כך חל השעבוד רק על הקרקעות שהיו לחייב באותה שעה, כיוון שרק עליהן סומכת דעתו של בעל החוב. הגמרא[74] מעוררת את השאלה אם יש בכוחו של החייב לשעבד גם נכסים שיקנה בעתיד. הספק נעוץ בדין ״דבר שלא בא לעולם״, שהרי החייב מעניק מעכשיו לבעל החוב זכות קניינית בנכס שעדיין לא בא לרשותו. להלכה נפסק[75] כי ״דאיקני״ (נכסים שאקנה) משתעבד. להלן נראה כי המפרשים התלבטו בטעם ההלכה. על כל פנים, יש שראו בה נקודת מוצא חשובה להבחנה בין ההתחייבות ובין קניין בדבר שלא בא לעולם.

[72] בעיניי זו דוגמה מאלפת להסבר רעיוני שעולה מדברי חכמי ההלכה כדי ליישב מקורות סותרים, כאשר אין לנו כמעט מקורות, גלויים לפחות, בכתבי האגדה של חז״ל. נושא זה מצריך עיון רב. על הזיקה הרעיונית שבין אדם לאדמתו, ראה עוד: לקוטי הלכות על שו״ע, חו״מ, מאת הרב נתן, תלמידו של הרב נחמן מברסלב, הל׳ גביית חוב מהיתומים.

[73] ״קונטרס על ירושת הבת״, בתוך: הרב י״א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ח״ב, עמ׳ 203 ואילך.

[74] ב״ב קנז ע״א.

[75] טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ קיב, סע׳ א.

ב. שעבוד הגוף — החובה האישית

1. המושג שעבוד הגוף

כאמור, אין החיוב במשפט העברי יוצר שעבוד הגוף במובנו הפשוט. כבר ציינו חוקרים אחדים[76] כי מושג זה אינו נזכר כלל בתלמודים, והוא חודש על ידי הראשונים. עם זאת, החיוב, מעצם הגדרתו, מטיל חובה אישית על החייב[77]. השאלה היא: מה מהותה וטיבה של חובת החייב כלפי בעל החוב[78]? מהו ערכה המשפטי? האם זו חובה דתית, היינו חובת מצווה? או שמא אופיה אחר? שעבוד הנכסים בא נוסף על החיוב האישי. אך מה פשר החיוב האישי עצמו? במיוחד יש לתת את הדעת לדברי האומרים ששעבוד נכסים אינו מן התורה, ואם כן מהו החיוב מן התורה?

כיוון שמדובר בהגדרה משפטית תאורטית של החיוב, שאין לה משמעות מעשית ישירה, הרבו חכמי ההלכה לדון בו בדרך הסברה וההיגיון, תוך כדי דיון במקורות שעוסקים בעניין, ובמיוחד בדברי הגמרא בכתובות, שיובאו בסמוך.

2. פריעת בעל חוב — מצווה

מסוגיית הגמרא בכתובות[79] נראה לכאורה, שלדעת האומר "שעבודא לאו דאורייתא", אין חובתו של החייב לפרוע חובו כי אם בגדר מצווה. להלן נעמוד על משמעות הדבר.

נאמר במסכת כתובות: "א"ל רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצווה, אמר: לא ניחא לי דאיעביד מצווה מאי? א"ל: תנינא, במה דברים אמורים? במצות לא תעשה. אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו".

רוב הראשונים[80] מפרשים שרב פפא סובר ששעבוד נכסים אינו מן התורה, ועל החייב מוטל רק חיוב אישי שהוא בגדר של מצווה. לכן סבור רב פפא[81] כי בעל חוב (נושה), אף במלווה בשטר[82], אינו גובה מנכסי יתומים קטנים של החייב, משום

[76] ראה: ל' אורבך, החיוב העברי (גרמנית), ברלין 1870, עמ' 168, הערה 6; א' גולאק, החיוב ושעבודיו, עמ' 30; מ' אלון, חירות הפרט, עמ' 19, הערה 39. וראה בהערה הבאה.

[77] בתלמוד מצינו את הביטוי "שעבוד" או "שעביד נפשיה" (ב"מ יג ע"א) לציון האקט המשפטי של החיוב שקיבל אדם על עצמו. גם הביטוי "קנו מידו" מציין בדרך כלל התחייבות. ראה ב"מ טו ע"א ובמקורות המצוינים במסורת הש"ס, שם. הראשונים משתמשים כאמור בביטוי "שעבוד הגוף". ראה מ' אלון, חירות הפרט, עמ' 19, הערה 38.

[78] על אופיה המוסרי וייחודה של חובת הלווה במשפט העברי, ראה: מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד, עמ' 71-75; מ' אלון, חירות הפרט, עמ' 2, הערה 3.

[79] כתובות פו ע"א.

[80] רמב"ן, ב"ב קעה ע"ב; שיטה מקובצת, ב"ב קעד ע"א, בשם הראב"ד; רשב"א וריטב"א, ב"ב קעד ע"א וקידושין יג ע"ב; ר"ה והמאירי כתובות שם ועוד. להלן נדון בדעת הרי"ף והרא"ש.

[81] ראה ב"ב קעד ע"א וערכין כב ע"א, שם נחלק רב פפא עם רב הונא בריה דרב יהושע באשר לגבייה מיתומים קטנים.

[82] ראה: תוספות, ב"ב קעד ע"א, ד"ה ואם, שהוכיח כן מהסוגיה בערכין כב ע"ב. אולם הרשב"ם,

ש״יתמי לאו בני מצווה נינהו״. אם כן, שואלת הגמרא: מה נעשה אם החייב עצמו מסרב לקיים מצווה? והיא עונה שכופין אותו כשם שכופין על כל מצוות עשה שבתורה. אפשר היה לפרש ״מכין אותו״ — בגופו[83], אך בכמה משניות נאמר במפורש שיורדים לנכסי החייב[84], ומבארים כמה מן הראשונים: עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו״[85]. ועדיין צריך ביאור, מנין לנו הסמכות לקחת ממנו בעל כרחו[86]? מדוע לא נכפה אותו בגופו לקיים מצוות פריעת בעל חוב?[87] מכל מקום, כאן נשמע לכאורה

ב״ב קעד ע״א, מפרש שמדובר במלווה על פה. אף לדבריו אפשר שמלווה בשטר גובה מכוח שעבוד מפורש ראה: הערה 19; יד רמה, ב״ב קעד ע״א (להלן, הערה 155) או מכוח שעבוד דרבנן. אולם ראה להלן, הערה 89.

[83] כך אומרים: שיטה מקובצת, ב״ב קעה ע״ב, בשם הרא״ש; הפירוש המיוחס לרבנו גרשום, ב״ב קעד ע״א; ספר התרומות, שער סא, ח״ב. וכן כתבו: הרשב״א בחידושיו לב״ב קעה ע״ב ובתשובותיו, ח״ג, סי׳ נו, והטור, בשמו, חו״מ, סי׳ רעח, סע׳ יא. ועיין להלן, הערה 133. אין מקום לשאול, הרי כפיה בגוף נוגדת את השקפת התורה בדבר היחס לחייב כמובא בתחילת הפרק. הכפייה כאן עוסקת בחיוב סרבן דווקא, ואיהו דאפסיד לנפשיה. ועיין בפסקי הרא״ש לב״מ, פרק תשיעי, אות מו, שמבחין, לפי רבנו תם, בין נטילת משכון להבטחת החוב לבין פירעון, כשהגיע זמנו והוא מסרב לשלם.

[84] ראה משנה: ב״מ ט, יג; ב״ב י, ח. אמנם אפשר לומר בדוחק כי הוא מכוח שעבוד דרבנן, כמובא בריטב״א, ב״ב שם. הרמב״ן, ב״ב שם, מקשה מכוח פסוקים מפורשים שמחייבים מזיקים שונים בתשלומים, אך יש מפרשים שהפסוק קובע את התשלום לאחר שכפוהו בגופו (רשב״א, שם, בשם אחרים). ונראה שהרמב״ן הבין שאם כן הוא, היה הדבר נרמז בתורה.

[85] ראה: ריטב״א, ב״ב קעה ע״ב, בשם הרא״ה בשם רבו (רמב״ן); ריטב״א, כתובות, שם, בשם רבו (רא״ה) ור״ח; ר״ן על הרי״ף, כתובות נ ע״א (בדפי הרי״ף) ועוד. ועיין ברמב״ן לב״ב שם: ״כיון דפריעת בע״ח מצוה מן התורה וכופין... אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין מצות עשה שלו בעל כרחו״.

[86] קצות החושן, סי׳ ג, ס״ק א, מבאר בדעת הרמב״ם כי לכפייה זו צריך בית דין של מומחין, ובזמן הזה הסמכות היא מכוח ״שליחותייהו קעבדינן״. אלא שהוסיף שכן הוא למאן דאמר כי שעבודא לאו דאורייתא, ואין אלא מצווה לפרוע. וקשה לי, אם כן איך תירץ שם את הרמב״ם שסובר (לעיל, הערה 21) כי שעבודא דאורייתא? ולא ידעתי מי הזקיקו לזה, הרי גם לדעת האומר שעבודא דאורייתא, עדיין צריך כפייה כדי להוציא את הנכס המשועבד מיד החייב. ונראה שקצות החושן מדמה גביית משועבדים להוצאת גזל מן הגזלן. וצריך עיון.

[87] אמנם המצווה היא תשלום ממון, ואם כן כופין ישירות על תשלום זה. וכן מבואר בריטב״א, קידושין יג ע״ב, ״כיון דמצווה דממון היא״ (ולפי זה אין מכאן ראייה שכופין על המצוות גם על ידי נטילת ממונו, ולא כמו שראיתי בחוברת מקבציאל, גיליון כא (ניסן תשנ״ו), עמ׳ ריט). ועדיין צריך ביאור: מדוע אין כופין אותו עד שיפרע בהסכמתו כמו בכפיה על מצות סוכה? ראה: רשב״א, ב״ב שם; קובץ שיעורים לר״א וסרמן, ב״ב, אות תקע, תרסח. ואולי מפני שכאן יש צד שני שנפסד, לא רצו שימתין. והשווה לדברי התוספות, כתובות לב ע״א, ד״ה ואי. וראה אמרי בינה, הלוואה, סי׳ ג, מה שכתב בזה, והסביר שהירידה לנכסים, לפי הרמב״ן, היא תקנה. אולם בחיוב השבת ריבית, כופין בגופו (להלן, הערה 99). וכן פוסק הסמ״ע, סי׳ קכט, ס״ק טז, בחיוב מכוח שבועה, שמשמתין אותו, ואין יורדים לנכסיו.

צמצום במשמעות חובתו של החייב: זו אינה נתפסת כחובה משפטית, בלי שעבוד נכסים, אלא רק כמצווה דתית, כמצוות סוכה וכדומה[88].

הסבר זה הוא דחוק, אף על פי שיש לו אחיזה בדברי המפרשים[89]. אין זה מתקבל על הדעת לומר שחובתו של הלווה לשלם את חובו היא רק חובה דתית, ולא חובה משפטית, אף כי בלי שעבוד נכסים. ההיגיון הפשוט אומר כי חובת הלווה לפרוע את חובו היא כלפי הנושה, ולא רק כלפי הקב״ה. הנושה זכאי לתבוע את מילוי החובה, והוא רשאי למחול עליה. ועוד שואל אחד מחכמי ההלכה מן הדורות האחרונים, ר׳ שמעון שקופ[90]: אם זו רק חובה דתית, מדוע ספק חייב פטור מלשלם, מדין ״המוציא מחברו עליו הראיה״, הרי זה ספק איסור, שנידון לחומרה? ועוד הוא שואל: איך נסביר את ההתחייבות (חיוב חדש שמקבל אדם על עצמו) לשלם לחברו? מה פשר ההתחייבות, אפילו נעשתה בקניין, כלפי הקב״ה? ולמה לא תיחשב כקניין דברים, דהיינו קניין על הבטחה כלפי הקב״ה? ואם אפשר להתחייב כלפי הקב״ה, מדוע אי אפשר להתחייב למי שלא בא לעולם[91]?

ר׳ שמעון שקופ אומר שאין מנוס מלקבוע שהחובה היא חובה משפטית כלפי הנושה, ולזה יש זכות ממונית כלפי החייב, ״דבחיוב ממון איכא מקנה וקונה ודבר הנקנה״. מפאת חשיבות הדברים למהותה של חובה זו, נביאם בלשונו:

> דענין שעבוד הגוף בכל חיובי ממון הוא דין משפטי, שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסיו לחבירו כך וכך, שחיוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצות התורה, כשם שסוג הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי, גם בלי אזהרת לא תגזול,

[88] כך הבין בעל קצות החושן, חו״מ, סי׳ לט, ס״ק א, אם כי לא השתמש בביטויים ״חובה דתית״ או ״משפטית״. מטבע לשון זה חידשו א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, ח״ב, עמ׳ 7, כדי להסביר שמחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע תלויה בשאלה אם שעבודא דאורייתא (ראה הערות 81-82). והרחיב את הדברים מ׳ אלון: חירות הפרט, עמ׳ 81-82, וחזר על כך בספרו המשפט העברי, עמ׳ 156. אשר לתשובתו של אלון לא״א אורבך בהערה (שם עמ׳ 157), יש להוסיף כי אמנם המונח ״חובה משפטית״ אינו מונח תלמודי, אך אנו רשאים לטבוע מונח זה כדי להבחין בין חובה זו לחובה דתית.

[89] ראה קצות החושן הנזכר בהערה הקודמת. ומעין זה עולה גם מדברי המפרשים לב״ב קעד ע״א, כשהם מבחינים בין מלווה בעל פה למלווה בשטר. על דברי רב פפא, שפריעת בעל חוב מצווה, אומר בעל הפירוש המיוחס לרגמ״ה: ״דמלווה ע״פ, ואין בה קניין — לא חייב לפורעו, כיון דאין לו שטר ולא עדות וקניין, אלא מצוה היא שיפרע לו... ואילו היה הלוה קיים, ולא היה רוצה לקיים מצוה זו, היו ב״ד חובטים אותו...״. אולם ראה הערות 82, 155. ועדיין צריך עיון.

[90] שערי יושר, שער ה, פרק ב. וראה עוד: קובץ שיעורים, לר״א וסרמן, כתובות, אות קס, ב״ב אות תרסח. עצם ההבחנה בין ״מצווה״ לחוב ממוני נזכרת גם בש״ך, חו״מ, סי׳ לט, ס״ק ב, ד״ה ומ״ש הרמב״ן. אלא שלדבריו נחלקו בזה רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, ולא ביאר שם הש״ך את כוונתו.

[91] ראה גיטין יג ע״ב. אמנם על שאלה זו אפשר להשיב כי המצווה תלויה בקיומו של תובע, ומחילתו ואף אי־תביעתו (ש״ך, חו״מ, סי׳ רלב, ס״ק ב) פוטרת את החוב.

> וכמו שבארנו לעיל[92]... כ״כ נראה דגם מצות פריעת בעל חוב הוא אחר החלטת ענין החוב עפ״י דין משפטי, שאם חל על ראובן חיוב תשלומים מסוג חוקי המשפט, אז הוסיפה התורה אזהרה ומצווה לשמור לשלם חיובו שחייב עפ״י חוק המשפטי...[93].

לפי זה יש לפרש את דברי הגמרא בכתובות כך: אמנם ידענו שמוטלת על הלווה חובה משפטית לפרוע את חובו, אך הגמרא שואלת: מניין שחובה זו בת־כפייה היא? אם אין שעבוד נכסים, מה נעשה ללווה סרבן? והיא משיבה: מכיוון שהוסיפה התורה שמצווה לקיים את החובה המשפטית, הרי שכופין עליה כמו על יתר המצוות[94].

[92] שערי ישר, שער ה, פרק א. דברים אלו הביא מ׳ אלון, המשפט העברי, עמ׳ 157. אך משום מה לא ראה כי שערי יושר אומר דברים דומים גם ביחס להלוואה.

[93] בהסבר זה יש קושי. מקובל לומר בכל מערכת משפט כי החוזה יונק את כוחו מן החוק. כלומר, כשהחוק מכיר בחוזה הוא נותן לו תוקף משפטי. אצלנו החוק הוא התורה, ואם כן מה משמעות יש לחיוב משפטי בלא התורה? ר׳ שמעון שקופ עצמו הרגיש בקושי זה, ואומר: ״ואף דבהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה, איזה הכרח וחיוב על האדם יהיה לעשות דבר בלי צווי ואזהרת התורה. אבל כשנעמיק בענין היטב, יש להבין ענין זה, דהרי גם החיוב וההכרח לעבודת ה׳ ולמלאות רצונו ית׳ הוא ג״כ ענין חיוב והכרח ע״פ משפט השכל וההכרה, כ״כ הוא חיוב והשעבוד ממון הוא חיוב משפטי שנתחייב עפ״י דרכי הקנינים או שחייבתו תורה בנזקים ופדיון הבן וכדומה״. [כיוצא בזה אומר בעל אבני נזר בתשובותיו, יו״ד, סי׳ שו, לגבי שבועת בני ישראל לקבל את התורה — ״מושבע ועומד מהר סיני״ — עוד לפני מתן תורה, שצוותה על השבועה, כי ישנם חיובים תקפים בלי צווי, מכוח הסברה, ואחרי כן ציוותה עליהם התורה, וזהו תוקף שבועת אברהם לאבימלך ועשיו ליעקב. וראה עוד: תוספות, כתובות נו ע״א, ד״ה הרי; תוספות, בכורות מח ע״א, ד״ה מלווה; תוספות הרא״ש, קידושין יג ע״ב ד״ה מלווה, ביחס להלוואה. אולם בתוספות, קידושין יג ע״ב, ד״ה מלווה, יש שינוי לשון. ודוק היטב]. הדברים גולשים למישור הפילוסופי של היחס בין תורה לבין מוסר ומשפט הטבעי. לדעתי, יש לקבל את הסברו של ר׳ שמעון שקופ באופן שונה: לא שהחיוב המשפטי קדם לתורה, אלא שהתורה עצמה מבחינה בין חובה דתית לבין חובה משפטית המופנית כלפי הנושה ונותנת לו זכות ממונית כנגד החייב. יתר על כן, נראה לי ללכת בדרך זו גם ביחס לחידושו הנזכר של ר״ש שקופ על זכות קניינית. כלומר, התורה עצמה התכוונה לתת לזכות קניינית אופי משפטי, ולאו דווקא דתי, ונפקא מינה לעניין ספק ועוד. ראייה לאופיה השונה של מצוה שבין אדם למקום לעומת מצוה שבין אדם לחבירו ניתן להביא מהלכה אחרת. לצורך קיום מצווה עשה של ארבעת המינים בסוכות, למשל, יוציא אדם עד חומש מנכסיו (רמ״א, או״ח סי׳ תרנו), ואילו להשבת אבידה אינו חייב להפסיד כלום מנכסיו (שו״ע, חו״מ, סי׳ רסד, סעיף א). ליתר ביאור, ביחס להבחנה בין חובה דתית למשפטית, ראה: הרב עמיאל, המידות לחקר ההלכה, ח״ב, מידה יא, ג-ז.

[94] בדרך דומה הולך גם קובץ שיעורים הנ״ל (לעיל, הערה 90): ״דהוא — פריעת בע״ח — המצוה הוא בתולדה מהחוב... ומ״מ אי לאו המצוה לא נחתינן לנכסיה...״. אולם בפשטות משמע כי גם עצם החיוב המשפטי נובע ממצווה (״פריעת בע״ח מצווה״). וראה בהערה הקודמת. משום כך נראה לי להסביר באופן קצת שונה. הגמרא ידעה כי יש חובה משפטית, אלא שלא ידעה מה כוחה של חובה זו: האם היא בת כפייה? ומסבירה הגמרא כי חובה משפטית — הנובעת ממצוות התורה — אינה גרועה ממצווה דתית, וכופין עליה. אפשר גם להסתייע בדברי א״א אורבך, חז״ל — פרקי אמונות ודעות, ירושלים תשכ״ט, עמ׳ 289, כדי להסביר את ה״הוא אמינא״ והמסקנה.

דרך אחרת לביטול המשמעות המצמצמת של מצווה, נובעת מפירוש שונה של כמה מן הראשונים על הסוגיה[95]. הגמרא ידעה שיש חיוב משפטי ויורדים לנכסי החייב, אלא שהשאלה לרב פפא הייתה במקרה מסוים שבו אין קרקעות ללווה, והוא הבריח מעותיו ביד גוי, כפי המסופר שם בגמרא קודם שאלתה. לפי הדעה ששעבוד נכסים דאורייתא, ואם כן החובה האישית של הלווה מתוגברת בשעבוד נכסיו, מסתבר שאם הבריח מעותיו, כופים אותו להשיגן ולפרוע מהן את חובו[96]. אך לדעת רב פפא, ששעבוד נכסים לאו דאורייתא, ויש רק חובה אישית־משפטית, האם כופים את הלווה במקרה זה? והתשובה היא חיובית: כופים על המצוות[97].

העולה מן האמור עד כה הוא כי גם לפי הדעה ש"שעבודא לאו דאורייתא", מוטלת על הלווה חובה משפטית לפרוע את חובו[98], אמנם אין לומר כי כל חיוב ממון נתפס כחיוב משפטי, כפי שהוסבר לעיל. כך, למשל, מבחין שם ר' שמעון שקופ בין חוב של הלוואה לבין חוב של החזרת ריבית על ידי המלווה: אשר לריבית, הדין הוא שאינה נגבית מיורשי המלווה; ואשר למלווה עצמו, אין בית הדין יורדים לנכסיו[99]. זאת משום שהחזרת ריבית היא חובה דתית, בניגוד לחוב הלוואה, כמוסבר לעיל[100].

3. גבייה "מיניה"

שאלת הבנת החיוב האישי, שעבוד הגוף, כשלעצמו נידונית עוד במפרשים מנקודת מבט אחרת, דהיינו משמעות הגבייה מנכסי הלווה. עלינו לבדוק גם אם דיון זה תואם למה שראינו בעניין משמעות המצווה. כבר אמרנו כי מן החייב עצמו גובים לדעת הכול, ואפילו מיטלטלין, כמו שאמרו: "מיניה — אפילו גלימא דעל כתפיה"[101]. נשאלת השאלה: מה פשר גבייה הזו "מיניה"? יש שתי גישות בעניין:

א. אפשר לומר כי ביחס לחייב עצמו הכול מודים שכל הנכסים שבידו משועבדים לחוב. כלומר, גם לדעת מי שסובר ש"שעבודא לאו דאורייתא", ומן התורה אין שעבוד

למונח "מצווה" יש כמה משמעויות. אם כן חשבה הגמרא כי רב פפא התכוון לומר שהחובה המשפטית של פריעת בעל חוב היא רק בגדר מצווה של רשות. ועונה הגמרא שהיא בגדר מצווה גמורה כסוכה וכדומה, שכופין עליה.

[95] ראה: תוספות, כתובות שם, ד"ה אמר, בשם י"מ; שיטה מקובצת, בשם תר"י, שם; חידושי נימוקי יוסף, שם.

[96] ראה: בית יעקב (לר' יעקב מליסא, בעל נתיבות המשפט) לכתובות, שם; קרני ראם על המהרש"א, שם.

[97] על דרך זו מסביר הרא"ש את הגמרא אף למאן דאמר שעבודא דאורייתא. ראה להלן, הערה 149.

[98] קובץ שיעורים (לעיל, הערה 94) מסביר בדרך זו את ירושת החיוב. לעיל עסקנו באריכות בחיוב של היורשים, ויש לצרף את הדברים להסבר ירושת החיוב האישי, שכן אינו בגדר חובה דתית גרידא.

[99] ראה: טור ושו"ע, יו"ד, סי' קסא, סע' ה-ו ונושאי כליהם.

[100] על היחס בין חיוב השבת ריבית לבין חיוב מכח שבועה, ראה להלן, פרק אחד־עשר, סעיף ב.

[101] ב"ק יא ע"ב; ב"ב קנז ע"א.

קנייני, שכוחו יפה כלפי צד שלישי, יש זיקה כלשהי של המלווה לנכסי החייב שבידו, הנוצרת עם ההלוואה[102].

ב. מאידך גיסא, אפשר לומר כי אין כאן שום עניין של שעבוד נכסים, אלא אמצעי כפייה המוטל על החייב לפרוע את חובו[103]. כשמגיע זמן הפירעון, הלווה חייב לפרוע את חובו, ואם אינו משלם — כופים אותו, ו"עד שאתה כופהו בגופו, כפהו בממונו"[104]. האחרונים עמדו על הבדלים בין שתי הגישות. וזה לשון בעל "נתיבות המשפט"[105]:

> ולמאן דסבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא, האמת דמיניה גובין מדאורייתא, רק דס"ל דמכאן ולהבא גובה, ולא אלים בשעת שעבוד כקניין, וכשמוכר והוריש קודם הגבייה שוב אינו יכול לגבות מהן. ויש פוסקים ס"ל דאפילו מיניה לא שייך גובינא ושעבוד כלל בנכסים, רק הא דנחתינן לנכסים הוא מטעם כיון דפריעת ב"ח מצווה... דנחתינן לנכסיה הוא ג"כ מתורת כפייה... ונראה נפק"מ [=נפקא מינה] דאם נשתטה אחר הלואה, דהנה מדרבנן ודאי נשתעבדו הנכסים ונחתינן לנכסים דלא גרע מיורש, רק הנ"מ מדאורייתא[106], דלמאן דס"ל דמיניה נשתעבדו נכסים מדאורייתא, גובין ממנו מדאורייתא, מה שאין כן למאן דס"ל דהוא מצווה, כופין... שוטה לאו בן מיעבד מצווה הוא.

נפקא מינה אחרת יש בדברי בעל "מלוא הרועים" (לר' יעקב צבי יאליש)[107] ביחס לדין קדימה. כלומר, בשאלה: האם מלווה ראשון קודם למלווה מאוחר לעניין גבייה מנכסי הלווה[108]?

[102] כך עולה מדברי הראב"ד בשיטה מקובצת, ב"ב קעה ע"ב. לכאורה כך עולה גם מדברי התוספות, ב"מ ד ע"ב, ד"ה אין. ראה תוספות ר' עקיבא איגר למשנה שבועות פ"ו, אות לח. אולם ראה קצות החושן, להלן, הערה 104. ואפשר שהר"ן על הרי"ף, שבועות יז ע"ב (בדפי הרי"ף), חולק. דבריו הובאו בתוספות ר' עקיבא איגר שם. ח' פוברסקי (הערה 20, עמ' 130) מוכיח כי גם רבנו תם (להלן, הערה 162) סבור כן, שכן הוא מסביר דין מכירת שטרות לפי שמואל (הסבור כי שעבודא לאו דאורייתא) כי המלווה מוכר את שעבוד הנכסים (ושם, עמ' 135, מסביר ח' פוברסקי בשם דברי משפט לחו"מ לט, א כי מכירת הנכס — למי שסבור ששעבודא לאו דאורייתא — מפקיעה את השעבוד. ועיין לעיל, הערה 48.

[103] בימינו משמש המונח "הוצאה פועל", אך עדיין יש מקום לברר את משמעותו של מונח זה. ואין כאן מקום לעשות זאת.

[104] ראה לעיל, הערה 86, וקצות החושן (לעיל, הערה 88). בין היתר הוא אומר שהתוספות, ב"מ ד ע"ב, ד"ה אין, דנים לדעת האומר שעבודא דאורייתא, ורבנן ביטלוהו במלווה על פה. אבל לדעת האומר שעבודא לאו דאורייתא, אין שום שעבוד ממנו. וכן ראה: מלא הרועים, שיובא להלן, הערה 107, ודאי כך יש לפרש לפי הדעה שכופין אותו בגופו. ראה לעיל, הערה 83.

[105] על חושן משפט, סי' לט (ביאורים), ס"ק ב.

[106] באשר לגבייה במטלטלין, ראה להלן, הערה 109.

[107] חלק א, אות ש, שעבודא דאורייתא, אות ד ואות לג.

[108] אולי יש נפקא מינה גם ביחס לתפיסה של נכסי החייב על ידי המלווה עצמו עבור פירעון החוב: לגישה הראשונה, נטה יותר להכיר בזכותו; ואילו לגישה השנייה — המדברת על כפייה — רק אם נראה את המלווה כשליח בית דין. וראה עוד דברי ר' שמעון שקופ, שיוזכרו להלן.

לאור האמור לעיל, ברור שהמסבירים את חובת הלווה כחובה דתית סוברים כדעת המצדדים בגישה השנייה, שאין שום שעבוד ביחס לנכסי הלווה. ואילו למה שביררנו שהחובה היא משפטית, והיא מעניקה לנושה זכות ממונית כלפי החייב, אפשר לומר כגישה הראשונה, שזכות זו משמעה כי גם נכסי הלווה שבידו משועבדים לנושה. כך מסביר ר׳ שמעון שקופ כי אפשר לרדת לנכסי הלווה גם שלא מדעתו והסכמתו, כדברי הרמב״ן שנזכרו לעיל, כיוון שבירידה לנכסי הלווה רק מוציאים לפועל את זכותו הממונית של הנושה כלפי החייב.

ועדיין אפשר לומר שהזכות הממונית היא כללית, ואם כן העובדה שנשתטה החייב אכן לא תפריע למימוש זכותו של הנושה. אך אין הכרח לומר שיש למלווה הראשון גם זכות קדימה על המלווים המאוחרים, מכיוון שזכותו של המלווה אינה בעלת אופי קנייני, ולכן אין די בה לתת לו דין קדימה[109].

4. מהי המצווה?

נבחן שוב את מהות החובה האישית, שעבוד הגוף, לפרוע חוב, מנקודת מבט שונה. כזכור, אמר רב פפא (כתובות פו ע״א) שפריעת בעל חוב היא מצווה. ונשאלת השאלה: מהי המצווה? הגמרא אינה אומרת דבר בעניין זה, והראשונים נחלקו בשאלה זו[110]. לבירור מהות המצווה, עשויה להיות משמעות בדבר מהותה והיקפה של החובה לפרוע חוב.

(א) ״הן צדק״

רש״י (כתובות שם) אומר: ״מצווה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב: ׳הין צדק׳ — שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק״[111]. הרבה מן הראשונים[112] מקשים על רש״י, הרי הגמרא (ב״מ מט ע״א) מפרשת דרשה זו כבאה לומר שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב, אך כאן פיו ולבו היו שווים בשעת דיבורו, וכעת הוא חוזר בו.

על שאלה זו אפשר להשיב כי אין הגמרא מפרשת כך אלא לדעת מי שסובר שדברים (הסכם על פה, בלא קניין) אין בהם משום מחוסרי אמנה[113]. אך לדעת הסובר שיש בהם משום מחוסרי אמנה[114], תתפרש הדרשה כפשוטה: על האדם לעמוד בדיבורו[115].

[109] וראה עוד: קובץ שיעורים, לר״א וסרמן, ח״א, פסחים, אות קמו, שדן בשעבוד מטלטלין שביד החייב, ומעלה סברה כי תיתכן קדימה גם אם החיוב הוא מכח מצוה, ולא מכח שעבוד נכסים.

[110] כיוצא בזה מצינו גם ביחס לשעבוד, שהגמרא מציינת כי הוא מדאורייתא, והניחה לראשונים מקום להתגדר בו, למצוא את מקורו בתורה.

[111] כך נדרש פסוק זה (ויקרא יט, לו) בברייתא המובאת בב״מ מט ע״א.

[112] שיטה מקובצת לכתובות פו ע״א, בשם התוספות (מובא בריטב״א) ובשם הרא״ה; הרמב״ן והרשב״א, ב״ב קעה ע״ב; ועוד.

[113] כלומר, החוזר בו מהסכם דברים על קנייה או מכירה אינו נחשב מחוסר אמנה. העניין יובהר להלן, בפרק אחד־עשר.

[114] דעת ר׳ יוחנן שם. וכן נפסק להלכה. ראה טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ רד.

[115] ראה: בעל המאור על הרי״ף, ב״מ כט ע״ב (בדפי הרי״ף); פירוש המשנה לרמב״ם, סוף

שאלה חמורה יותר היא זו: לכל היותר נלמד מפסוק זה שדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה, דהיינו יש בהם חיוב מוסרי, אך מניין לנו מקור לחיוב משפטי בר כפייה[116]?

נראה שיש להסביר את שיטת רש"י באופן הבא. התורה אומרת שעל האדם לעמוד בדיבורו. זו נורמה כללית ורחבה מאוד. לפי זה יכול להיות בסיס משפטי אישי לכל חיוב שמקבל אדם על עצמו[117] — לא רק הלוואה, אלא גם התחייבות בלי גמול ובלא גבול כלל. אלא שאין כוונת התורה שיהא לכל דיבור גם תוקף משפטי מחייב. התורה הניחה מקום לחכמים לברר בין הדיבורים, והם החליטו: בחוזה ממוני, ששייך בו שעבוד נכסים, מלווה במעשה קניין (כולל מחיר עסקה, כפירעון הלוואה), תופעל הסמכות הכתובה בחוק (מצוות התורה שהאדם חייב לעמוד בדיבורו) לכפיית ביצועו. יש להניח גם כי בחוזה מעין זה הייתה גמירות דעת מושלמת. לעומת זאת, בהבטחות אחרות לא תנוצל סמכות הכפייה, ולא יינתן לדיבור זה תוקף משפטי, כי אם תוקף מוסרי[118]. בכך יש להסביר מדוע קניין דברים, כגון קניין לחלוקת חצר משותפת, אינו תופס. לדיבור כזה, שעניינו עשייה בעתיד, בלא שעבוד נכסים, לא נתנו חכמים תוקף משפטי מחייב מדין "הן צדק"[119].

כל זה אמור לדעת הסוברים ש"שעבודא לאו דאורייתא" וכי החיוב מן התורה הוא רק מצווה, ותו לא. להלן נדון בשאלה: האם לדעת הסוברים ש"שעבודא דאורייתא", יש גם שעבוד אישי כמצווה?

שביעית. אמנם לרי"ף יש דעה אחרת. וראה רא"ש, ב"מ, פ"ד, סי' יב, ונימוקי יוסף שם, בביאור דבריו.

[116] כך יש לפרש את קושיית שיטה מקובצת, כתובות שם, בשם ר"י מקורביל. וראה עוד מנחת חינוך, מצווה רנט, שכתב שכופין על זה כמו על כל מצוות עשה. ושוב תמוה, כאמור, שהרי בסוגיה שם מבואר כי מחוסר אמנה הוא רק חיוב מוסרי, "אין רוח חכמים נוחה הימנו". ובשו"ע, שם, סי' רד, סע' יא, כתב: "ראוי לו לעמוד בדבורו". וראה מנחת פתים (לר' מאיר אריק) על שו"ע, שם, שדחה את דברי מנחת חינוך.
לפי שיטה מקובצת, בשם הראב"ד לב"מ, שם, אף לר' יוחנן, שבדברים יש מחוסרי אמנה, הרי אין בכך ביטול עשה ממש של הין צדק. ועל כורחך ההסבר המצמצם של הגמרא לדרשת הפסוק נאמר גם לדעת ר' יוחנן. לפי זה, תחזור על רש"י קושיית הראשונים הנזכרת, כי הפסוק אומר רק שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב.

[117] מבחינה מסוימת אנו הולכים בניגוד לדברי ר' שמעון שקופ (לעיל, הערה 93). קודם בא הבסיס הדתי, שהוא רחב מאוד, מצווה על אדם לעמוד בדיבורו, אלא שציווי זה נתפרש כמקור משפטי מחייב רק לדיבורים מסוימים כהלוואה; ואילו לדיבורים אחרים אין תוקף משפטי בר כפייה, כי אם מוסרי.

[118] הסבר זה נאמר לדעת ר' יוחנן המפרש את הדרשה כפשוטה, כנזכר לעיל. אף לדעתו נראה שהכוונה היא לדיבור והבטחה בתחום הממוני, ולא לכל דיבור בעלמא. יתר על כן, ייתכן שאין הדרשה בגדר מצוות עשה ממש, ואולי אף אינה אלא מדרבנן, והוסמכה למקרא. ראה: תוספות יו"ט, שביעית, פרק י, משנה ט; פתחי תשובה, חו"מ, סי' צז, ס"ק ד; פירוש ר"י פרלא לספר המצוות לרס"ג, עשין כב.

[119] לפי זה לכאורה ב"קניין דברים" יש משום מחוסרי אמנה. ונשוב לשאלה זו בהמשך דברינו.

(ב) "יוציא אליך את העבוט"

כאמור, רוב הראשונים[120] חולקים על רש"י, והם מביאים פסוק אחר כמקור לפריעת בעל חוב: "והאיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך את העבוט"[121]. כלומר, יש לפסוק זה גם משמעות של מצווה: מצווה על החייב להוציא את העבוט לשם פריעת חובו. יש מי שאומר[122] כי מצוות פריעת בעל חוב נכללת במצוות "והשיב את הגזלה" (ויקרא ה, כג)[123].

לפי זה אין לנו נורמה כללית המחייבת את האדם לעמוד בדיבורו, אלא נורמה מסוימת ביחס לפריעת חוב־הלוואה. אם כן, כבר על ההתחייבות (חיוב חדש שהאדם מקבל על עצמו) לתשלום[124], יש לשאול: מניין נובעת חובתו של המתחייב עד כדי כפייתו? הרי לא קיבל דבר שעליו להשיבו[125]. ואולי אפשר לומר שהרחיבו חכמים את החיוב הנובע מדין פריעת הלוואה גם להתחייבות שנעשתה בלא קבלת גמול[126].

מכל מקום, לפי דברי הראשונים הללו, אפשר להסביר את דין קניין דברים כך: חכמים לא נתנו תוקף להתחייבות לעשייה, ומן התורה אין בסיס לחיוב זה[127]. בין כך ובין כך, יש לזכור שנפסק להלכה ש"שעבודא דאורייתא"[128], ואם כן אפשר לדבר על בסיס חפצי לחיוב. ולפי זה, עדיין יש לדון בגדרו של החיוב האישי.

5. המצווה לדעת הסוברים "שעבודא דאורייתא"

לדעת הסוברים ש"שעבודא דאורייתא", וכן נפסק להלכה, אפשר לומר כי בנוסף

[120] ראה לעיל, הערה 112.

[121] וראה לעיל, ליד ציון הערה 35, שלדעת הרבה מן הראשונים פסוק זה הוא המקור לדעה ש"שעבודא דאורייתא".

[122] שו"ת הרדב"ז, ח"ב, סי' תרי. לפי זה אפשר ליישב את קושיית מנחת חינוך, מצווה רכח: מדוע אין הגמרא, כתובות פו ע"א, עונה שכופין על פריעת חוב מצד הלאו של עושק וגזלה? שהרי לא תעשה חמור מעשה. לפי הרדב"ז, אפשר אפוא שכל זה נכלל במצוות פריעת חוב. ועיין במרדכי, כתובות, סי' רכב, שמכוח קושיה זו העמיד את הגמרא ביתומים.

[123] מ' אלון, חירות הפרט, עמ' 20, הערה 44, תמה, שהרי מצוות פריעת בעל חוב היא חובה דתית, לעומת השבת גזל, שהיא חובה משפטית. אך לאור מה שביררנו, כי אף לדעת רב פפא היא חובה משפטית, לא רחוק לומר כי היא נכללת במצוות השבת גזלה.

[124] ראה: כתובות קא ע"ב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' מ.

[125] ועיין קובץ שיעורים, כתובות, אות שיב, כי משום קושי זה הסביר רש"י שהמצווה היא מכוח "הין צדק".

[126] בעל ההפלאה, כתובות פד ע"א, ד"ה שכולן, אומר רעיון דומה ביחס לשעבוד נכסים. היינו, אם מקורו של השעבוד הוא בפסוק זה (לעיל, הערה 121), הרי שבהתחייבות, בניגוד להלוואה, אין שעבוד נכסים מן התורה. אם כך, ייתכן לומר אותה הבחנה על עצם החיוב. ולהלן, בפרק השלישי, נראה כי אכן יש דעה שההתחייבות תופסת רק מדרבנן. אמנם אפשר לומר כי חכמים פירשו את הפסוק עצמו ככולל גם התחייבות בלא קבלת גמול.

[127] אדרבה, חכמים נתנו בסיס חפצי לחיוב על ידי תקנת שעבוד נכסים. להלן, בפרק השלישי, נעמוד על סוגיהן השונים של ההתחייבויות, ונראה אלו מהן נכללות בקניין דברים.

[128] ראה לעיל, הערה 21.

לשעבוד הנכסים יש חיוב שאפשר להגדירו כמצווה[129], כלומר שפריעת בעל חוב היא גם מצווה[130]. אולם מדברי כמה מן הראשונים נראה שאם מרכז הכובד של החיוב עובר לנכסים, הרי החיוב האישי נחלש, ואינו מוגדר כמצווה. זאת בניגוד לדעת הסוברים, שנתבארה לעיל, ש"שעבודא לאו דאורייתא".

א. בעניין ערבות, נאמר בגמרא (ב"ב קעד ע"א) שאם מת הלווה, והשאיר יתומים קטנים, וקדם הערב ופרע את חובו, הערב אינו חוזר עליהם ותובעם. הריטב"א אומר[131] כי לדעת רב פפא – הסובר ששעבוד נכסים אינו מן התורה, אלא פריעת בעל חוב מצווה, והיא מוטלת על החייב ועל יורשיו הגדולים ועל הערב – הערב פרע את החוב כדי לקיים את המצווה, ומשום כך המלווה אינו חוזר על היתומים הקטנים. אבל לדעת רב הונא בריה דרב יהושע, האומר ש"שעבודא דאורייתא", אין הפירעון נחשב מצווה. לכן, כשאין חשש פירעון, ודאי פרע הערב על מנת לגבות מן היתומים, ואינו מפסיד[132]. הריטב"א אומר כי זו הנפקא מינה בין מי שסובר כי "שעבודא דאורייתא" לבין מי שסובר כי "שעבודא לאו דאורייתא", אלא דרבנן.

ב. בעניין כפייה, נאמר בגמרא (ב"ב קכד ע"א) שהבכור רשאי לסרב לקבל את חלק בכורתו. ר"י מיגא"ש אומר[133] שהדברים אמורים בחלק הבכורה, משום שהוא מוגדר כמתנה, אבל סתם יורש "אינו יכול לסלק עצמו ולומר לבעלי חובות: הנה הנכסים לפניכם, איני רוצה לירש כלום ולא לפרוע כלום. אלא כופין אותו להטפל בדבר ולמכור אותן ולהגבותן או לשומן, שהוא במקום מורישו..."[134]. אולם הרשב"א[135] סבור שדין זה אמור רק לדעת מי שסובר ש"שעבודא לאו דאורייתא", ופריעת בעל חוב מצווה, וכופין אותו, "אבל לדידן [שנפסק להלכה: שעבודא דאורייתא] אין כופין בשוטים אלא

[129] ראה: ריי"ף, כתובות פו ע"א (מו ע"א בדפי הריי"ף); רמב"ם, הלכות מלווה ולווה ב, ד; טור ושו"ע, חו"מ, סי' עג, סע' ה; סי' צז, סע' טו (לעניין כפיית לווה סרבן); סי' קז, סע' א (לעניין גבייה מן היתומים). וראה שו"ת הריב"ש, סי' תפד: "ופריעת בע"ח לאו מצוה בלחוד היא".

[130] אמנם אם המצווה מקורה בפסוק "והאיש אשר אתה נושה בו יוציא..." (לעיל, הערה 120), וכן שעבוד הנכסים נלמד מאותו פסוק (לעיל, הערה 35) – צריך לומר "תרתי שמעינן מינה". והשווה לדברי הריטב"א, קידושין יג ע"ב, שהביא באחד מביאוריו לימוד נוסף מפסוק זה: שמבעל חוב גובין מן הזיבורית.

[131] ראה חידושיו: ב"ב קעד ע"א, ד"ה ההוא ערבא; קידושין יג ע"ב, ד"ה אמר ר"פ. וראה בהערה 413 של המו"ל הרב א' דינין, בהוצאת מוסד הרב קוק, והוא על פי פירוש הרמב"ן בב"ב קעד ע"א.

[132] אמנם יש פירושים אחרים בסוגיה שם. ואכמ"ל.

[133] מובא בטור, חו"מ, סי' רעח, סע' יא.

[134] ראה לעיל, הערה 69.

[135] מובא בטור שם. ועיין בתשובותיו, ח"ג, סי' נו, ובשיטה מקובצת, לב"ב קכד ע"א בשמו. אולם ראה בתשובותיו, ח"ג, סי' קיד (דבריו הובאו בב"י, חו"מ, סי' קז, א), להלן, הערה 137.

בהורדת נכסים״. אם כן, לפי דעה זו, החיוב האישי נחלש[136]. על כל פנים, דברי הרשב״א לא הובאו להלכה, וייתכן שהחיוב האישי שווה הוא לדעת הכול[137].

ג. שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים — היחס ביניהם

כאמור, להלכה החיוב כולל גם שעבוד הגוף וגם שעבוד נכסים. כדי להבין אפוא את מהותו של החיוב בכלל, עלינו לבחון את התלות בין שני היסודות הללו: האם כל אחד מהם קיים לעצמו? או שמא קיומם תלוי זה בזה?

1. שעבוד הגוף בלא שעבוד נכסים

כבר ראינו כי יש חיובים בלא שעבוד נכסים. אמנם סתם חיוב ממון מן הדין (״מלווה הכתובה בתורה״) יש בו גם שעבוד נכסים[138], אך בחיוב השבת ריבית אין שעבוד נכסים[139]. להלן, בפרק האחד־עשר, נעסוק בחיוב מכוח שבועה, שהוא חיוב כלפי שמיא, בלא שעבוד נכסים. יש גם חיובי ממון של מצווה, כצדקה, שהאריכו המפרשים לדון בשאלה: האם הם כרוכים בשעבוד נכסים[140]?

אשר לחיוב חוזי כמלווה, יש להבחין בין מלווה על פה למלווה בשטר. במלווה על פה, אין שעבוד נכסים, כמובא לעיל. אולם עדיין יש לדון בדבר, שכן להלכה ששעבודא דאורייתא, כבר ראינו לעיל כי יש האומרים שביטלו רבנן את השעבוד ביחס לצד שלישי (לקוחות) בלבד, אך השאירוהו ביחס לדין קדימה (לעיל, הערה 24). אך אף לדעה השנייה, שביטלו רבנן כל זכות קניינית במלווה על פה, עדיין יש לשאול אם מן התורה ייתכן חוזה של שעבוד אישי בלא שעבוד נכסים.

אכן מצינו אפשרות שיַתנו הצדדים מראש שההתחייבות היא אישית בלא שעבוד נכסים[141]. דוגמה אחרת נזכרת בראשונים. כידוע, ״מודה במקצת״ חייב שבועה: הנתבע נשבע שאינו חייב את החלק שהוא כופר בו. כלל אחר אומר: אין נשבעין על קרקעות.

[136] אמנם לעיל (ליד ציון הערה 96) ראינו סברה הפוכה, היינו כי חובה אישית שמתוגברת על ידי שעבוד נכסים חזקה יותר מחובה אישית גרידא. אך למסקנה שם אפשר שאין הבדל ביניהם. על אופן הכפייה לדעה זו, ראה אמרי בינה, הלוואה, סי׳ ג.

[137] לפי הסמ״ע, שם, סי׳ רעח, ס״ק כט, השולחן ערוך מביא את דעת הר״י מיגאש ולא את דעת הרשב״א. וראה עוד: בית יוסף, חו״מ, סי׳ קא, יב; טור ובית יוסף, חו״מ, סי׳ קז, א; שו״ת מהרי״ט, ח״ב, חו״מ, סי׳ לה; הגהות והערות על הטור, הוצאת מכון ירושלים, שם, סי׳ קז, אות א, וסי׳ רעח, אות מד.

[138] ראה לעיל, סעיף א 2.

[139] ראה לעיל, הערה 99.

[140] ראה קצות החושן: סי׳ לט, ס״ק א; סי׳ רצ, ס״ק ג.

[141] כך מדייק הרמב״ם, הלכות מלווה ולווה, יח, ג, מסוגיית הגמרא בב״מ בעניין ״אחריות טעות סופר״. ראה מגיד משנה שם.

ונאמר בתלמוד (ב"מ ד ע"ב) כי בתביעה בשטר אין המודה במקצת נשבע, מפני שאין נשבעין על קרקעות ולא על כפירת שעבוד קרקעות. בעלי התוספות שואלים שם: כיצד נשבע כל מודה במקצת? הרי אם "שעבודא דאורייתא", כל נתבע כזה כופר בשעבוד קרקעותיו לתובע. ותירצו שהוא חייב שבועה משום שמחל לו על השעבוד[142] או שאין לו קרקע כלל, והרי זה חיוב חוזי אישי בלא שעבוד נכסים. אפשר שמחילה זו בנויה על הכלל "מתנה על מה שכתוב בתורה", שהיא סוגיה לכשעצמה, ואין כאן מקומה[143]. אמנם הדברים הללו אמורים באשר לשעבוד נכסים במובן הרחב, היינו זכות קניינית שמאפשרת לטרוף מצד שלישי, אבל עדיין יכול הנושה לטרוף מנכסי החייב, כולל מיטלטלין, כאמור לעיל בשם ר' שמעון שקופ.

עד עתה עסקנו במלווה, כאשר החיוב קם מכוח קבלת הכסף[144]. אך באשר להתחייבות לשלם, נראה להלן שהתוספות, בתחילת פרק חמישי בכתובות, התקשו בשאלה זו, והסבירו את עניין יצירת התחייבות בלא שיש נכסים למתחייב.

2. שעבוד הגוף לאחד ושעבוד נכסים לאחר

השאלה הנגדית היא יותר בעייתית: האם אפשרי שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף? לכאורה, כיצד ייתכן חיוב משני בלא חיוב ראשי או ערבות לחוב בלא חיוב? בסוף הפרק נעסוק באפשרות זו, אך נדון תחילה באפשרות פיצול שני מרכיבי החיוב לאחר שכבר קם.

לכאורה, כבר מהגדרת "שעבוד נכסים" נלמד על אפשרות הפיצול. שעבוד הנכסים מעניק לבעל חוב זכות קניינית, המאפשרת לטרוף מן הלקוחות, כשאין להם שום חיוב אישי. כיוצא בזה רשאי המלווה לטרוף גם מיתומים קטנים[145] מכוח שעבוד הנכסים, אף על פי שאין עליהם מצווה לפרוע. יתר על כן, גובים אף מן הלקוחות, לאחר שמת הלווה[146], ומכאן ששעבוד הנכסים קיים אף אם השעבוד האישי כבר אינו קיים. אולם מדברי כמה מן הראשונים, ניווכח לדעת שאין הדבר פשוט, ו"גורלו" של החיוב האישי משפיע על שעבוד הנכסים.

[142] בהמשך דברי התוספות שם (ד"ה אין) מבואר כי מלווה על פה, לאחר תקנת חכמים, נחשב כמחל לו השעבוד. ועיין עוד שו"ע, חו"מ, סי' קיא, סע' א, על אפשרות הלוואה בלא שעבוד נכסים. וציין שם הגר"א, ס"ק ד, שמקורו בב"ב קסט ע"ב. וראה עוד כתובות מד ע"א על מחילת השעבוד.

[143] ראה: כתובות נו ע"א, ותוספות שם, ד"ה הרי.

[144] ראה ר"ן על הרי"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הרי"ף), שדן בהתחייבות על פה: "דבדברים בעלמא אי אפשר להתחייב, אלא או בקבלת כסף [היינו מלווה] או בקניין או בשטר".

[145] להלכה נפסק כדעת רב הונא בריה דרב יהושע במחלוקתו עם רב פפא בערכין כב ע"א. ראה טור ושו"ע, חו"מ, סי' קח, סע' א.

[146] ראה: תוספתא, כתובות, פרק י, הלכה ו; ב"ק מט ע"ב; חידושי הרשב"א שם, ובתשובותיו, ח"ד, סי' קנב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רעה, סעיף לא.

(א) שיטת הרי״ף והרא״ש בגבייה מיתומים ולקוחות

כזכור הרי״ף והרא״ש סבורים כי לדעת רב פפא ״שעבודא דאורייתא״, כפי שעולה מדבריו בתלמוד (קידושין יג ע״ב)[147]. הראשונים[148] מקשים מדברי רב פפא במקום אחר בתלמוד (ב״ב קעד ע״א), שפריעת בעל חוב מצווה, ולכן אין גובין מיתומים קטנים, כי ״יתמי לאו בני מצווה נינהו״. ואף בעניין גבייה מן החייב עצמו, שואלת הגמרא: כיצד גובין ממנו? (כתובות פו ע״א). משמע ששעבוד נכסים אינו מן התורה.

כבר הרא״ש[149] עומד על בעיה זו, והוא משיב לשאלה זו, ואומר: כשיש ללווה נכסים, ברור היה לגמרא שגובים ממנו, שהרי הם משועבדים מן התורה, ושאלת הגמרא נוגעת רק לחייב שאין לו נכסים והבריח מיטלטלין[150]. לפי זה, מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אינה קשורה לשאלה אם ״שעבודא דאורייתא״, אלא השאלה היא: מה כוחו של החיוב האישי כשאין שעבוד נכסים[151]?

אולם הקושי הגדול מתעורר באשר לאי־גבייה מן היתומים. הרא״ש עצמו, בתוספותיו לכתובות (ראש פרק חמישי), מציג את השאלה, ומשיב:

> א״ת [אי תימא; אם תאמר] כיון דשעבודא דאורייתא, אפילו מיתמי, אמאי לא מגבינן לבעל חוב שעבודיה, אפילו מיתמי קטני... כיון דשעבודו מונח לפניו, למה לא יקחנו? ונראה לי, כיון דהשתא נפל נכסי קמי יתמי, ואינהו לאו בני מעבד מצווה נינהו, אף לנכסיהם לא נחתינן, דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה. וכיון דלוה לא מחייב, לא נתחייב גם הערב[152].

לפי זה, יש להגדיר את השעבוד באופן אחר: השעבוד אינו נתפס כזכות קניינית עצמאית שאינה צריכה עוד לחיוב האישי. החיוב נשאר בעיקרו חיוב אישי, אלא שצמוד אליו שעבוד הנכס[153]. במקום שאין חיוב אישי — כשמת הלווה והניח רק יתומים קטנים[154] — אין גובים מהנכס, כיוון שהוא ערב רק לחיוב האישי. עד כאן הסבר דברי הרא״ש.

---

147 ראה: רי״ף ורא״ש לב״ב קעו ע״א (לעיל, הערה 12).

148 ראה: רמב״ן, ב״ב קעו ע״א; ריטב״א, קידושין יג ע״ב (לעיל, הערה 80).

149 בפסקיו לכתובות שם, פרק ט, אות יג.

150 כפירוש כמה מן הראשונים שנזכרו לעיל (הערה 95). להבדל בין רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, ראה: בית יעקב (לעיל, הערה 96) לכתובות שם, ד״ה ועיין ברא״ש.

151 ראה גם: ש״ך, חו״מ, סי׳ לט, ס״ק ב (לעיל, הערה 90).

152 בלא שראהו, כיוון לסברה זו גם התומים, חו״מ, סי׳ לט, ס״ק ב. ונראה שכן סובר גם הרמ״ה בחידושיו לב״ב קעד ע״א.

153 הפסוק ״והאיש... יוציא אליך את העבוט״, שהוא המקור לחיוב האישי, המצווה, הוא גם המקור לשעבוד הנכסים. וראה: קרבן נתנאל על הרא״ש, כתובות, שם, אות כ; אמרי בינה, חו״מ, דיני הלוואה, סי׳ ב, ד״ה וכן נראה שהיא שיטת הרי״ף והרא״ש.

154 אשר ליתומים גדולים, ניתן לומר כי החיוב האישי עובר בירושה. ראה להלן, בדיון על שיטת רבנו תם.

בדרך דומה הולך גם "יד רמ"ה"[155], אלא שהוא מבחין בדעת רב פפא בין שני סוגי מלווה: מלווה בשטר, שבו הלווה משעבד את נכסיו, וגובים אותם מדין שעבוד; מלווה על פה, שבו הנכסים משתעבדים משום המצווה של פריעת בעל חוב, שהיא מוטלת גם על יתומים גדולים.

אך נשוב ונשאל: מה באשר ללקוחות? הרי המלווה טורף מהם למרות שאין עליהם חיוב אישי. ייתכן שיש להסתייע בחידושו של אחד מן האחרונים[156], הסובר ששעבוד הלקוחות אינו מן התורה ממש, אלא מדרבנן על סמך התורה. כלומר, כיוון שיש שעבוד נכסים ביחס ללווה עצמו, אף כי עדיין הנכס שלו, והוא יכול למכרו, ראו חכמים מקום לפרוש את זיקתו של המלווה לנכס גם ביחס לצד שלישי. לפי הסבר זה, שיש כאן פירוש חכמים לדברי התורה, אף אנו יכולים להיות גמישים יותר ולחלק בין לקוחות לבין יתומים קטנים. ויש עוד לעיין בדבר[157].

בכיוון מחשבה זה, חיוב אישי־קנייני, נראה שיש להסביר את פירוש רגמ"ה לסוגיית התלמוד במסכת בבא בתרא (לעיל, ליד ציון הערה 51). כלומר, שמן הפסוק "עבד לוה לאיש מלווה", נלמד כי החיוב האישי הוא כה חזק, שהצמידו אליו שעבוד נכסים.

דרך אחרת היא לומר שכוונת הרא"ש בתוספותיו אינה שצריך שיהא לווה, שחייב, אלא שיהא צד לתביעה, ויתומים קטנים אינם יכולים להיות צד, כיוון שאינם בעלי כושר משפטי להיתבע. אבל הלקוחות — וכן ניתן להסביר גם ביחס ליתומים גדולים — הם בני תביעה, ומוטל עליהם חיוב של מצווה לאפשר לנושה לממש את זכותו הקניינית בנכסים שבידם. לפי זה, אין כאן תפיסה שונה של השעבוד, ורב פפא אינו חולק על רב הונא בריה דר' יהושע אלא בעניין יתומים קטנים[158].

בין כך ובין וכך, גם אם רב פפא חולק עליו עקרונית, עדיין ייתכן כי לרב הונא בריה דרב יהושע, הסובר שגובין מיתומים קטנים, כאמור לעיל[159], אנו חוזרים לתפיסה הקודמת של שעבוד נכסים, זכות קניינית המנותקת מן החיוב האישי[160].

(ב) שיטת רבנו תם במחילת חוב לאחר מכירת השטר חוב

קושי דומה יש ביחס לדברי רבנו תם. נאמר בגמרא[161]: "המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו — מחול, ואפילו יורש מוחל". דבר זה קשה: כיצד יכול הנושה למחול על חוב

[155] יד רמ"ה, ב"ב, פרק עשירי, קעד ע"א, סי' קלג, ד"ה ההוא. וראה עוד ספר התרומות, שער יד, ח"א, א. האריכו בזה באנציקלופדיה תלמודית, ערך יורש (א), כרך כג, עמ' תקטז, תקלח.

[156] חידושי פני יהושע על הטור, חו"מ, סי' לט.

[157] וראה עוד: אמרי בינה (לעיל, הערה 153); הרב עמיאל, המידות לחקר ההלכה, ח"א: מידה א, כה; מידה ז, כז.

[158] אמנם דחוק הוא להעמיס משמעות זו על הביטוי "מצווה על היתומים לפרוע חוב אביהם".

[159] ראה לעיל, הערה 145.

[160] ראה: בית יעקב לכתובות שם (לעיל, הערה 150); אמרי בינה, שם (הערה 153, ושם — גם על יתומים קטנים מוטל איסור להחזיק בממון שאינו שלהם); אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורש (א), עמ' תקכט.

[161] כתובות פו ע"א, ושם נזכרו בגיליון מקורות נוספים.

שכבר אינו שלו? הראשונים נקטו שיטות אחדות בעניין זה, ולרבנו תם יש דרך משלו[162]:

> לפי ששני שעבודים יש לו למלווה על הלוה: שעבוד גופו של לוה, שהוא מחוייב לפרוע, והוא עיקר השעבוד; ושעבוד על נכסיו, אם הוא לא יפרע, מדין ערב (ב״ב קעד ע״א)... ושעבוד הגוף שיש למלווה לאו בר מכירה הוא. הילכך אינו נמכר אלא שעבוד נכסים בלבד[163]... אבל כי חזר ומחלו, פקע שעבוד הגוף, וממילא פקע שעבוד נכסים, שאינו אלא מדין ערב.

ואף כאן אנו רואים תלות בין שני השעבודים: אין קיום לשעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף. ושוב עולה הקושי שהזכרנו לעיל: כיצד גובים מן היתומים, כאשר מת הלווה, ופקע החיוב האישי? לשאלה זו נזקק הר״ן[164], והוא אומר:

> מיהו כשמת לוה, אע״פ ששעבוד גופו פקע, שעבוד נכסיו לא פקע, לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא, שכל זמן שלא ימצא הלוה, שירד לנכסיו ויפרע מהן. אבל כל זמן שנפקע מחמת המלווה, אף שעבודא של נכסים נפקע.

הר״ן מבחין אפוא בין מחילה למיתה. והדבר צריך ביאור. קצות החושן[165] מסביר שלעולם ייתכן שעבוד נכסים לאחר מות הלווה, כשם שהערב מתחייב לשלם גם אם ימות הלווה. אלא שאם מחל המלווה, הרי זה כאילו נפרע החוב, וממילא פקע חובו של הערב, ובנידוננו — שעבוד הנכסים. לפי זה, עקרונית אין תלות בין שעבוד הגוף לשעבוד הנכסים, והמחילה היא דבר חריג, כי היא נחשבת כפירעון.

לבעל ה״תומים״[166] הסבר שונה: המלווה גובה מן היתומים מכיוון ש״ברא כרעא דאבוה״. כלומר, הבן הוא חלק מהותי של האב, והחיוב האישי של האב עובר לבן, ואינו פוקע כלל. חיוב אישי זה עובר באמצעות הנכסים המשועבדים.

כבר עמדנו לעיל (סעיף א, 5) על חידוש זה של ירושת החיוב האישי, אלא ששם הבאנו את דעת מי שסובר שהחיוב הזה עובר שלא באמצעות שעבוד הנכסים, אם כי הוא עובר רק על ידי ירושת מקרקעין, אף על פי שלא נשתעבדו לחוב. אך בענייננו מסביר ה״תומים״ כי עצם שעבוד הנכסים תלוי בשעבוד האישי, על דרך דברי תוספות

[162] דבריו הובאו בריטב״א, כתובות פה ע״ב, ובר״ן על הרי״ף, כתובות פה ע״ב (מד ע״ב בדפי הרי״ף), ד״ה המוכר שטר חוב (בהערת ר״מ גולדשטיין, חידושי הריטב״א, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ״ב, הובאו המקבילות שנזכרו בהם דברי רבנו תם). הציטוט דלהלן הוא מן הר״ן.

[163] אמנם בפסחים לא ע״א מבואר כי לרבא, שבע״ח מכאן ולהבא גובה, אינו יכול למכור את הנכסים המשועבדים לו. וצריך להבחין בין מכירת קרקע מסויימת לבין מכירה של הזכות של שעבוד נכסים. חילוק זה שמעתי ממו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א.

[164] שם. נראה שסיום דברי הר״ן, ״אלו דברי ר״ת״, אינו מורה על ציטוט, אלא סיכום שיטתו של רבנו תם לפי הר״ן.

[165] סי׳ סו, ס״ק כו.

[166] סי׳ סו, ס״ק מג.

הרא״ש הנ״ל (הערה 152). אם כן חזרנו לשאלה: כיצד גובים מיתומים קטנים? הרי ״לאו בני מצווה נינהו״, וברור שאין עליהם חיוב אישי. ואולי, לדעתו, סברת ״ברא כרעא דאבוה״ שייכת גם בקטנים (ראה לעיל, הערה 160). ועוד שואל קצות החושן שם: מדוע הערב משלם לאחר מות הלווה? וכן יש לשאול ביחס לגבייה מן הלקוחות לאחר מות הלווה[167]. וצריך לחזור למה שביארנו לעיל בדעת הרי״ף והרא״ש (סעיף ג, 2 (א))[168].

3. שעבוד הגוף קודם לשעבוד הנכסים

אופן אחר של הפרדה בין שני השעבודים הוא בזמן חלותם, והשאלה בעניין זה היא: האם הם חופפים וחלים כאחת, עם עילת החיוב? או שמא אפשר שיקדם אחד לחברו?

נפתח בשעבוד הגוף הקודם לשעבוד הנכסים. כבר עמדנו לעיל[169] על אפשרות של שעבוד הגוף בלא שעבוד נכסים, כשאין לחייב קרקע. אך ייתכן גם שאותו חייב ישעבד את נכסיו שהוא עתיד לקנות, ״דאיקני״ (לעיל, סעיף א, 6), ונמצא שעבוד הגוף קודם לשעבוד נכסים. אמנם אפשר שבמקרה זה החיוב חל עם שעבוד נכסים, ולא שֶׁעבד אלא נכסים נוספים. אך כבר המשנה אומרת: ״שטרי חוב... המאוחרים כשרים״ (שביעית י, ה). כלומר, יש אפשרות שישעבד הלווה את נכסיו לאחר זמן ההלוואה: ההלוואה תינתן בתשרי, ובשטר יכתבו שניתנה בכסליו. המלווה מסכים להרעת כוחו בגבייה מן הנכסים המשועבדים, שהרי כך לא יוכל לגבות את חובו מנכס שנמכר לאחר בחשוון. להלן (פרק רביעי), נראה שהתוספות[170] טוענים שיחול שעבוד הגוף אף אם אין לו נכסים כלל, וכשיבואו לו נכסים, הם ישתעבדו, והם מסתמכים על דין בהלכות שומרים, שבו שעבוד הגוף קודם (ראה פרק שמיני, סעיף ז, 2).

מצב הפוך, שעבוד נכסים קודם לשעבוד הגוף, לכאורה לא ייתכן, כי אם אין עילת חיוב, שעבוד נכסים מניין? ולאחר שקם החיוב האישי, אין החייב יכול לשעבד את נכסיו למפרע. זהו שטר מוקדם, והוא פסול (משנת שביעית שם), שכן המלווה עלול לטרוף שלא כדין מנכסים שנמכרו לפני ההלוואה, שהיא מועד חיובו האישי. ואולם מצאנו בדברי אחד מן האחרונים חידוש מפליג, שתיתכן גם אפשרות זו: שעבוד נכסים קודם לשעבוד הגוף. זוהי דעה חדשנית המתבססת על סוגיות אחדות העוסקות במצב מיוחד, כשיש שני שלבים בחיוב: האחד לפני מותו של החייב והשני לאחר מותו. נדון בעניין זה בנספח השביעי.

[167] בספרו, משובב נתיבות, סי׳ לג, ס״ק ב, הוא שואל עוד: מדוע אין גובין מיורש מטלטלין, או אף משלו כשלא ירש כלום? וצ״ל כי ״ברא כרעא דאבוה״ הוא רק דרך קרקעותיו, כאמור לעיל, סע׳ א, 5. עוד שואל משובב נתיבות שם: מדוע גובין מנכסי גר שמת? כמבואר בשו״ע, חו״מ, סי׳ ערה, סעיף לא.

[168] ועיין נחל יצחק, סי׳ לט, ענף א, שיישב לפי דעת רש״י בפסחים (לעיל, הערה 16).

[169] סע׳ ג 2, ליד ציון הערה 138.

[170] תוספות, כתובות נד ע״ב, ד״ה אע״פ, שיידון להלן, פרק רביעי, סע׳ ד, ליד ציון הערה 34.

4. שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף

האם יש אפשרות לשעבד נכסים בלא שעבוד הגוף? לכאורה, אם אין שעבוד הגוף, החוזה אינו אובליגטורי כלל, והעניין הנידון הוא מתחום הקניינים. מאידך גיסא, נכס משועבד אינו קנוי. אם כן מה משמעות הדבר? במילים אחרות: אם שעבוד נכסים הוא ערבות לחוב, לא תיתכן ערבות בלא חוב. עם זאת, יש מן האחרונים המכירים באופנים שונים במוסד משפטי מעין זה, ויש לדבר השפעות הלכתיות בנוגע לריבית ולהתחייבות. נפנה למקורות העיקריים של הנושא, ונדון בדבריהם של האחרונים הללו.

(א) אפותיקי מפורש

כבר ציינו לעיל שהחייב יכול לייחד את שעבוד הנכסים בשתי דרכים: על ידי משכון, מסירת נכס לבעל החוב; על ידי אפותיקי, שעבוד נכס מסוים לחוב. אמצעי זה מחזק את שעבוד הנכסים כערבות לחוב, והוא מבטיח בדרך זו את ביצועו של החוב האישי. אך יש שאמצעי זה בא לכאורה במקום החיוב האישי. כך הוא דינו של "אפותיקי מפורש", כאשר החייב אומר: "לא יהא לך פירעון אלא מזה", ואם אבד אותו נכס, הפסיד בעל החוב את חובו. החייב הגביל את חיובו לאותו נכס, ופרק מעצמו את עולו של החיוב האישי[171].

אולם יש מן הראשונים[172] שהתקשו בזה: כיצד ייתכן מצב שעדיין לא זכה בעל החוב בנכס, וכבר פקע החוב האישי? לכן הם סבורים שעדיין החוב קיים, והמבחן לביטולו הוא יכלתו של החייב לסלק את חובו בכסף (בזוזי): אם החייב יכול לסלק את חובו בכסף, יבוטל האפותיקי מן הנכס, "דאם לא כן (דמצי לסלוקי בזוזי), לא מיקרי אפותיקי, דמעתה היא מכורה"[173].

דוגמה לדבר מצינו במסכת גיטין. וזה לשון המשנה שם: "המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן..." (גיטין ל ע"א). המשנה מאפשרת עסקה עתידית בנוגע ליבול שעדיין לא בא לעולם. בעל השדה מלווה מעות לכהן או לעני, והוא עתיד להיפרע מן היבול העתידי שיזוכה לו על ידי הלווה. לכאורה יש כאן בעיה, שהרי אפשר שיעלה השער, ונמצא המלווה מרוויח, וכאילו הוא מקבל ריבית. ואולם כבר אמרה הגמרא שעסקה זו מותרת, מכיוון שהלווה משלם לו דווקא מיבול מסוים, ואם תישדף השדה, יפסיד המלווה, ולכן אין בזה איסור ריבית. ועוד נאמר שם בגמרא שהמלווה אינו יכול לחזור בו, אבל הכוהן (הלווה) יכול לחזור כל זמן שלא צמח היבול. הרשב"א, בחידושיו שם, מתקשה בפשר מהותה של עסקה זו — אם היא מכר או הלוואה — והוא מסיק שהיא הלוואה, כיוון שאינה מאפשרת למלווה לחזור בו, ואילו הכוהן־הלווה משעבד את היבול העתידי כאפותיקי מפורש. קודם שבא

[171] ראה: גיטין מא ע"א; טור ושו"ע, חו"מ, סי' קיז, סע' א; אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפותיקי, כרך ב, עמ' קלא.

[172] ראה: רמב"ן, בספר הזכות, גיטין כב ע"א (בדפי הרי"ף); תוספות, ב"מ טו ע"ב, ד"ה כגון; רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לט, ופ"ה, סי' כט; ש"ך, חו"מ, סי' קיז, ס"ק ב.

[173] רא"ש, ב"מ, פ"ה, אות כט.

לעולם יכול הלווה לחזור בו, כפי שהוא בדין "דאיקני"[174]. אך אף לאחר שבא לעולם יכול לסלקו (למלווה) בכסף, כל עוד לא זכה בו המלווה, כדין אפותיקי מפורש. יש פוסקים שהוציאו מגמרא זו מסקנות מרחיקות לכת, כפי שיבואר להלן.

(ב) ריבית בלווה שהוא חברה בע"מ

יש שרצו ללמוד מכאן היתר ריבית בחברה בע"מ כמו בנק. גם אם לא נתייחס לחברה בע"מ כאישיות משפטית נפרדת — שהוא נושא אחר, ואין כאן מקומו — הרי אותם בעלי החברה שעבדו את נכסיהם בסכום מוגדר מראש, ולא את עצמם, ואם יאבדו הנכסים, יפסיד המלווה. אם כן, במקרה זה, שאין שעבוד אישי, אין איסור ריבית.

לעניין זה, כותב ר"מ פיינשטיין[175]: "והנה אם הלוה הוא קארפאריישאן, שגוף האנשים חברי הקארפאריישאן אין חייבים כלום, ואין על גופם שום חיוב ושעבוד, ולא מצות פריעת בע"ח, כמו שיש ללווה (כצ"ל) שנאמר בהו איסור רבית, שאף אם הוא עני, ואין לו, הוא חייב בדין פרעון החוב... מסתבר דלא נאמר ע"ז איסור רבית". ועוד הוסיף ר"מ פיינשטיין בהמשך דבריו (סימן סג), שאף אדם פרטי יכול ללוות בדרך זו, שלא ישעבד את גופו, אלא נכס מסוים. וכן כתב הרב שמעון גרינפלד[176], ולמד זאת מסוגיית גיטין הנזכרת, שאין על הכהן שום חיוב אישי, אלא ששעבד את היבול העתידי לחוב כאפותיקי מפורש, כפי שאמרנו לעיל[177].

על חידוש זה יש להעיר שתי הערות: ראשית, אף אם נקבל חידוש עקרוני זה, המאפשר שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, עדיין אין הכרח לומר שיש לו השפעה על הריבית. הסיבה שאין איסור ריבית בסוגיית גיטין היא הסיכון שיש בהלוואה שפירעונה מוגבל לנכס מסוים: מכיוון ש"מלווה להוצאה ניתנה", סתם מלווה בריבית בטוח שירוויח; וכשהפירעון הוא רק מנכס מסוים, הוא אינו בטוח שירוויח. אם כן מסתבר שיש לבחון את מידת הסיכון של המלווה: מלווה הסומך על יבול שלא בא לעולם, נוטל על עצמו סיכון גדול מסיכונו של מי שסומך על משכנתא של בית, למשל[178]. לעניין הסיכון יש ראיות נוספות בדיני ריבית, ואין כאן מקום לדון בהן.

[174] ראה: פרק שני, סעיף א, 6; פרק חמישי, סעיף ד.

[175] איגרות משה, יו"ד, ח"ב, סי' סב.

[176] שו"ת מהרש"ג, ח"ד, יו"ד, סי' לט. דבריו הובאו גם במאמרו של הרב מ' למברגר, "נועם" כרך ב (תשי"ט), עמ' לג.

[177] בדרך זו הלכו כמה מחכמי זמננו. הרב י' יוסף, בספרו ילקוט יוסף, שובע שמחות, ח"א, תשנ"ח, עמ' שב, מביא את תשובת אביו, הגר"ע יוסף שליט"א, שהסתמך על שו"ת הרשב"א, ח"א סי' תרסט וח"ד סי' סג, האומר, ביחס להלוואה של תלמוד תורה או הקדש עניים, "דאין הריבית באה מלוה למלוה, שאין לממון זה בעלים ידועים", כדי להקל בריבית בבנקים. אמנם לא ברור אם ניתן לדמות הקדש עניים, שהוא גוף משפטי שאינו אדם פרטי לחברה בע"מ; שמא אין ההלכה מכירה בה כאישיות משפטית נפרדת ממקימיה. אף הגרצ"פ פרנק, בתשובותיו, שו"ת הר צבי, יו"ד סי' קכו, לא היקל ברבית כי אם בבנק ממשלתי דוקא, שבו "אין לשום יחיד זכות בעלות על עצם הממון". ואין כאן המקום להאריך בעניינה של חברה בע"מ.

[178] איגרות משה הנ"ל עוסק במי שלווה מהבנק לצורך רכישת בית, והוא ממשכן אותו בית. עוד

שנית, המושג "שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף" הוא מפוקפק. כבר אמרנו שאין ערב בלא חוב, ועל כורחך יש כאן חייב, הלווה שקיבל כסף, אלא שהתנה לשלם באופן מיוחד. והרי החייב עצמו התנה שיגבו מנכסיו, ולא ממנו, אם כן היה כאן חיוב אישי. יתר על כן, אמרנו כי הלווה יכול לשלם בכסף ולסלק את ה"אפותיקי". ועדיין יש בלבי ספק אם הוא יכול להתנות מראש שלא יוכל לסלקו במעות (בזוזי), כי אולי הוא יוצר בזה "מוסד" חדש, ואף אם יתנה בקניין שלא יסלק במעות (בזוזי), מסתבר שזהו "קניין דברים"[179].

(ג) "מנה אין כאן, משכון אין כאן" — התחייבות של חברה בע"מ

בית הדין הרבני[180] טוען שיש מוסד משפטי כזה, על סמך סוגיה אחרת בקידושין, לפי אחד הפירושים בראשונים שם.

חברה ציבורית לשיכון ולפיתוח התחייבה למכור דירה לפלוני, וחזרה בה. בית הדין הרבני דן בשתי שאלות: האם יש תוקף לחוזה? מהו מעמדה המשפטי של החברה? בית הדין תולה את התשובה לשאלות אלו במחלוקת הראשונים בביאור הסוגיה: "האומר לאשה: התקדשי לי במנה, ונתן לה משכון, אינה מקודשת. מנה אין כאן משכון אין כאן" (קידושין ח ע"א). ויש שתי שיטות עיקריות בביאור הגמרא. הרמב"ן והרשב"א שם מפרשים כי לעולם יכול אדם להתחייב לחברו במנה על ידי מסירת משכון, אלא שליצירת קידושין אין די בהתחייבות הבעל, כי לא קיבלה דבר בעין, והיא עדיין אגודה בו. לעומתם סוברים הראב"ד (שיובא להלן, פרק רביעי, הערה 155) והרא"ש (קידושין, פרק א, סימן י) ואחרים כי אי אפשר להתחייב על ידי מסירת המשכון, ורק אם יש חוב קודם, יש מקום למסירת משכון. וזה לשון הרא"ש שם: "משום דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו. אבל בדבר דלא נתחייב, לא חל שעבוד על נכסיו, ובמתנה שאמר ליתן לא נתחייב בה, ולא יתחייב בה לעולם, לפי שיכול לחזור בו [מהבטחתו בלא קניין]. לפיכך לא נשתעבד לו המשכון במשיכתו"[181].

בית הדין אומר כי לשיטת הרמב"ן והרשב"א אפשר ליצור שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, שהרי "יש כאן משכון" אף בלא שחייב לה; ואילו לדעת הרא"ש, אין שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף. על כן גם התחייבות של חברה ציבורית — כשהנכסים משועבדים בלא שעבוד הגוף של בעלי המניות — תקפה לפי שיטת הרמב"ן ואינה תקפה לפי שיטת הרא"ש. בית הדין אומר עוד כי לדעת הרא"ש יש בחוזה זה פגם,

יש לזכור כי הלווה נדרש לבטח את הבית, כך שהמלווה בטוח שלא יפסיד, אם כי במקרה זה תשולם הריבית על ידי צד שלישי. ואכמ"ל.

[179] ראה ב"ב ג ע"א ולהלן פרק שישי. וראה: הרב י"ד בלייך, "ביצוע בעין ותשלומי ריבית ע"י חברה בע"מ", אור המזרח (תשנ"ג), שפקפק בחידושם של המהרש"ג וה"איגרות משה".

[180] פד"ר ו, 315, 322. והרחיב דברים בעניין זה ח' פוברסקי (לעיל, הערה 20). ראה דיני ישראל יב (תשד"ם־תשמ"ה), עמ' קנה.

[181] הגר"ש שקופ, בחידושיו לקידושין סי' יז, אומר כי לראב"ד יש שיטה שלישית, משלבת, לפיה מסירת המשכון יוצרת שעבוד גוף (כרמב"ן), ודי בזה כדי ליצור קידושין (כרא"ש, אם היה אומר "זכי במשכון זה שעבוד מנה").

"שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף", והוא דן בשאלות: האם המנהג (סיטומתא) מתגבר על חסרון זה, כשם שהוא מתגבר על הצורך בקניין, ואף על חסרון של דבר שלא בא לעולם, לכמה דעות? האם יש דין "מי שפרע" על החוזר בו (ראה להלן, פרק שנים־עשר).

דיונו של בית הדין קשה. אם לדעת הרא"ש, אין משמעות לשעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, לחוזה של חברה ציבורית אין כל תוקף, ולכן מה מקום יש לדון בשאלת המנהג? וכי המנהג יכול ליצור "יש מאין"?! ועל כורחנו יש לומר כי גם אם לא נכיר בחברה בע"מ כאישיות משפטית נפרדת, הרי חברה היא סוג של שותפות, שבה בעלי המניות משעבדים רק חלק מנכסיהם לחובותיהם, כאפותיקי מפורש. ואשר לגישת הרמב"ן והרשב"א, הרי הם אינם יוצרים מושג חדש, "שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף", אלא רק אומרים שאפשר ליצור שעבוד הגוף, התחייבות לשלם, גם על ידי מסירת משכון. וזה לשון הרמב"ן שם: "אבל אומר לחבירו: הריני חייב לך מנה. כלומר, מחייב אני עצמי לך במנה, וקנו לי' כלי למשכון עליהם. מכיון שמשך, קנה כליו לשעבוד". במילים אחרות: המחלוקת בין הרמב"ן והרא"ש היא בשאלת דרך עשיית החוזה: האם מסירת משכון היא דרך קניין מוכרת ליצירת התחייבות אם לאו? על כל פנים, ברור שיש כאן מי שנעשה חייב, לדעת הרמב"ן[182]; מה שאינו כן בחברה בע"מ, שאינה בגדר חייב כלל, לדעת בית הדין, כאמור.

נראה לי אפוא שסוגיית קידושין אינה עניין לכאן. מכל מקום, לעצם השאלה של שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף יש השפעה לשאלת ההתחייבות — התחייבות למכור נכס מסוים, כפי שיבואר להלן, בפרק החמישי ובנספחות.

ד. סיכום

בפרק הזה עמדנו על ייחודו של החיוב החוזי במשפט העברי, הכולל שני יסודות: שעבוד אישי ושעבוד נכסים. עסקנו בעיקר בחוזה הלוואה, היינו באופיו של חיוב הלווה לפרוע את חובו.

ראינו כי הקו המייחד חיוב זה הוא שעבוד הנכסים המצטרף לחיוב האישי. שעבוד זה מעניק לחיוב אופי חפצי מסוים, באשר הוא יוצר זיקה ישירה בין הנושה לנכסי

[182] בית הדין מסתמך על אבני מילואים על אה"ע, סי' כט, ס"ק י. ואמנם אף דבריו קשים להלמם. אבני מילואים, שם, שואל על הרמב"ן מן הגמרא, בכורות מח ע"א, האומרת כי נכסי אדם ערבים לחובו, וקיימא לן כי אם הלווה פטור, אף הערב פטור. אם כן, כיצד ייתכן שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף? לאור המוסבר בפנים, אין מקום לשאלה זו: נותן המשכון מתחייב על ידי מסירת המשכון. ואם כן, יש חייב לפנינו. אף אם נניח שלפי הרמב"ן התכוון המתחייב לשעבד רק את המשכון, ולא את יתר נכסיו, הרי ברור שהוא החייב, אלא ששעבד נכס מסוים לחוב כאפותיקי מפורש, ודברי ה"אבני מילואים" צריכים עיון. וכ"כ הגר"ש שקופ, בחידושיו לקידושין שם, שמסירת המשכון היא מעשה קנין לשעבוד הגוף.

החייב, המתבטאת בדין קדימה ובזכות טריפה מלקוחות. ממילא הוא מחליש את היחס האישי, כשהוא מעביר את מרכז הכובד שבחיוב לנכסים, בניגוד למה שהיה רווח במשפט הרומי בתקופת המשנה. עמדנו על מקורו והיקפו של שעבוד הנכסים (מלווה על פה ומלווה בשטר, מקרקעין ומיטלטלין), אופיו (זכות קניינית מחודשת וערבות) ועל ההבדל בין יורשים ללקוחות.

שעבוד הנכסים בא בנוסף לשעבוד האישי; ולפי דעה אחת בגמרא, מקורו של שעבוד זה בתקנת חכמים, אך מן התורה אין אלא חיוב אישי. אם כן, מה טיבה ואופיה של החובה האישית, שהראשונים קוראים אותה שעבוד הגוף?

ראינו כי עיקר הדיון הוא בשאלה: האם החובה האישית היא חובה משפטית־אזרחית, אף על פי שאין שעבוד נכסים? או שמא היא רק חובה דתית כחובת קיום מצוות סוכה וכיוצא בזה? פתרון שאלה זו תלוי במידה רבה בפירוש הגמרא בסוגיית פריעת בעל חוב מצווה (כתובות פו ע"א). או בלשון אחר, השאלה היא: האם אפשרות הגבייה מנכסי הלווה עצמו — "מיניה, ואפילו מגלימא דעל כתפיה" — מעידה על יחס משפטי מסוים בין המלווה לבין הלווה ונכסיו? או שמא אין הגבייה מוסברת אלא בדרך של כפייה, בחינת "עד שאתה כופהו בגופו, כפהו בממונו"? עמדנו על ההבדלים בין הגישות השונות ביחס ללווה שהשתטה ועוד. המעיין בדברנו ייווכח לדעת כי נטינו לגישה הראשונה. מכאן עברנו לשאלה: מהי המצווה של פריעת בעל חוב? לשיטת רש"י, נראה כי הבסיס הוא דתי־מוסרי, חובת אדם לעמוד בדיבורו, הנדרשת מן הפסוק "הין צדק" (ראה ב"מ מט ע"א), והצבענו על הקשיים הנובעים מגישה זו. לעומת זאת, רוב הראשונים מסתמכים על פסוק מיוחד בפרשת הלוואה בספר דברים, האומר כי על הלווה לפרוע את חובו. מכאן מתעוררת שאלת מקור החיוב בחובות אחרים שאינם בגדר הלוואה.

בסוף הפרק עסקנו ביחס בין שני מרכיבי החיוב. ראינו כי ייתכן שעבוד אישי בלא שעבוד נכסים, כמו חוב בלא ערבות. מאידך גיסא, שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף אינו פשוט. כאשר קם החיוב, תיתכן הפרדה בין שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, כאשר שעבוד הנכסים נמצא ביד אחר (לקוחות). ראינו שהתלבטו המפרשים בפשר הפרדה זו. חידוש גדול שמענו אצל כמה מן האחרונים, שאפשר ליצור לכתחילה שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, כעין "אפותיקי מפורש". עמדנו על הקשיים בשיטה זו ועל השפעתה לעניין הריבית.

ועוד הערה לסיום. הכרה במוסד של "שעבוד נכסים ללא שעבוד גוף" כדרך להכרה בחברה בע"מ כמוסד משפטי ללא חיוב אישי מאפשר לעקוף מגבלות חוזיות ואף איסור ריבית, לכמה דעות. אף בעולם המשפט בכלל, הקמת החברה בע"מ כאישיות משפטית נפרדת, אפשרה להרחיב את תחום החוזים, ונתנה תנופה כלכלית למשק בכלל, ע"י "שחרור" היחיד מהחיוב האישי, ו"העמסתו" על הכלל[183]. מאידך גיסא,

[183] תהליך דומה קיים בדיני נזיקין, דהיינו רעיון פיזור הנזק ע"י ביטוח, שמאפשר הגדלת מספר החיובים ופיצויי הניזוקים.

להלן בפרק אחד־עשר, סעי׳ ב, 4 מבואר כי דוקא מרבים, מציבור, דורשים יתר אחריות מאשר היחיד, והדברים עדיין צריכים עיון.

בפרק הזה עסקנו בעיקר בהלוואה. מכאן ואילך נעסוק בהתחייבות: התחייבות חדשה של האדם עבור חברו בלא קבלת גמול תמורתה.

נספח: פריעת חוב כלפי שמים על ידי היורשים

לעיל, בסעיף א, 5, עסקנו במצוות הבן לפרוע את חובות אביו מדין כיבוד אב או משום ״ברא כרעא דאבוה״. יש הקושרים זאת למושג הכפרה, כי האב הסתלק מן העולם לפני שמילא את חובותיו.

וכך נאמר בשו״ת הרשב״א, ח״ז, סי׳ תקלט (בתשובה המיוחסת לר׳ שרירא גאון): ״כי פריעת חובות של המת מועילה ודאי למת״. עיי״ש. ועיין שו״ע, או״ח, סי׳ תרכא, ו, בדבר כפרה למתים.

אך נראה לי כי מדברי רש״י נשמע חידוש גדול יותר. הגמרא, קידושין יג ע״ב, מביאה מחלוקת בפירוש המשנה האומרת: ״האשה שהביאה חטאתה ומתה, יביאו יורשין עולתה״. למאן דאמר ששעבודא דאורייתא, מדובר אפילו לא הפרישתה מחיים, כי נכסיה השתעבדו לחוב עולת יולדת; אך למאן דאמר ששעבודא לאו דאורייתא, מדובר רק אם הפרישתה מחיים, ״אבל אם לא הפרישתה, לא״. כלומר, אין חיוב על היורשים להביא קרבן עולה מנכסיה, שכן הם לא השתעבדו. אך יש מקום לעיון בדברי רש״י בקידושין שם, ד״ה והוא: ״לא הפרישתה [מחיים], לא אשמעינן תנא לכוף את היורשין להקריבה, שלא נתחייבו הנכסים״. משמע: לכוף לא, אבל מצוה יש. ואולי יש כאן רמז למצות פריעת חוב האם. ואם כן הוא, נשמע שגם חובות כלפי שמיא (כקרבן עולה) בכלל המצוה של היורשים לפרוע חובות אביהם ואמם. אמנם נראה שאין זה בגדר של מצוה ממש.

ראייה לחיוב כלפי שמים, ניתן להביא מכך שלמאן דאמר ששעבודא דאורייתא יביאו יורשים עולתה מן הנכסים שירשו. ויש לשאול, הרי אין הקרבן מרצה, שכן אין כפרה למתים, כאמור בזבחים ה ע״א? על כורחך יש לומר, שחיוב הממון עדיין קיים. וכן עולה מדברי התוספות בזבחים שם ד״ה מצינו. ולכן מובן שגם למאן דאמר ששעבודא לאו דאורייתא, יש משום כיבוד אם בסילוק חוב עולתה. ואולי גם מנכסיהם שלהם, שאין מצוה (לפי הרמב״ם בהלכות מלווה ולווה יא, ח, ״מן המטלטלין שהניח״), יש משום תועלת בסילוק החוב.

לפי זה אפשר, כי גר שמת, ונבנה המקדש לאחר מותו, יקריב בנו קרבן עולה, שהרי אילו היה חי, היה חייב להקריב (רמב״ם, הלכות איסורי ביאה, יג, ה), ועכשיו שאיננו, ראוי שיקריב בנו. וזאת, אפילו אין לו נכסים שהשתעבדו לחוב.

ואני יכול לדמיין לעצמי שבית דין יקריבו עולות עבור כל הגרים שלא הספיקו להקריב בחייהם.

פרק שלישי

ההתחייבות — גדרה, מקורה וסוגיה

התוכן

א. החיוב, השעבוד והקניין — כללי 55

ב. גדרה של ההתחייבות והשימוש בה 57

ג. תוכנה של ההתחייבות — ארבעה סוגים 58

1. התחייבות לתשלום 58
2. התחייבות להקנאת נכסים 58
3. התחייבות לעשייה 58
4. התחייבות לעבודה ולשמירה 58

ד. ההתחייבות בתלמוד 59

1. תוספת כתובה 60
2. "פסיקה" למזונות או לנדוניה 60
3. "אם אוביר ולא אעביד" 61
4. התחייבות השומר לחרוג מדינו בתורה 61
5. דברים הנקנים באמירה ("פסיקתא") 62
6. ערבות 62
7. "מנה אני חייב לך בשטר" 64
8. שטר הקנאה 65
9. "משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך" 66
10. שטר התחייבות 67
11. חיוב לקיים חוזה מכירה בדבר שאינו ברשותו 69

ה. ההבחנה בין חוב לבין התחייבות; תוקפה של התחייבות — מדאורייתא או מדרבנן? 70

ו. הבדלים בין מִלווה לבין התחייבות 72

1. קדימת מִלווה 72
2. אחריות טעות סופר 72
3. ירושת זכויות 73

ז. סיכום 74

נספח: ביאור משנה נדרים, ד, ג (לח ע"א) 75

פרק שלישי

ההתחייבות — גדרה, מקורה וסוגיה

מוסד ההתחייבות, בניגוד לחוב שהוא גמול לדבר מה שנתקבל, אינו נזכר הרבה בתלמוד. על כל פנים, אין דיון מפורש במהותו וביחסו לקניין. עניינו של פרק זה הוא הגדרת ההתחייבות, יחסה לקניין וסוגיה השונים. בסוף הפרק נסקור בקצרה את הופעתו של מוסד ההתחייבות בתלמוד, וכן נעסוק במקורו.

א. החיוב, השעבוד והקניין — כללי

תחילה נציב גבולות לשני הצדדים של נושאנו בעניין ההתחייבות ויחסה לקניין. מחד גיסא, הקושי הגדול מתעורר לאור סוגיית "קניין דברים". הגמרא[1] אומרת כי קניין שותפים המסכימים לחלוק זה עם זה בחצרם אינו תקף משום שהוא "קניין דברים". ומסביר רש"י[2]: "ואין חליפין [=קניין סודר] קונין אלא דבר הנקנה או מכר או מתנה או שעבוד קרקעות שהקניין חל עליו או מְטלטלין".

לכאורה דברים אלו משמיטים את עצם הבסיס של ההתחייבות, שהרי לפי זה אנו מכירים — ביחסי התקשרות בין בני אדם — באפשרות של הקנאה כמכר או מתנה או שעבוד נכסים, שאף בזה האחרון יש הקנאה מסוימת, כמבואר בפרק הקודם, אבל אין אנו מכירים בהתחייבות אישית הבנויה אך ורק על הסכמתו של המתחייב.

כנגד זה רבות הן הסוגיות בתלמוד העוסקות בחיובים. אחת הסוגיות הבולטות מצויה במסכת בבא מציעא[3], והיא מבחינה במפורש בין החיוב לקניין. הגמרא שם דנה בקניין חליפין, והיא מביאה מחלוקת בשאלה: האם מטבע נעשה חליפין אם לאו? הגמרא מקשה על מי שאומר שאין מטבע נעשה חליפין מהמשנה שבראש הפרק[4]: "תנן: הזהב קונה את הכסף. מאי לאו בחליפין?". כלומר, יש לפרש את המשנה כך: משיכת מטבעות הזהב מקנה לבעל הזהב את מטבעות הכסף של המושך בקניין חליפין, ויש מכאן ראיה שמטבע נקנה בחליפין. אבל הגמרא דוחה אפשרות זו ואומרת: "לא. בדמים". כלומר, אין המשנה עוסקת בקניין חליפין, אלא בקניין משיכה של מיטלטלין,

[1] ב"ב ג ע"א.
[2] שם, ד"ה קניין דברים הוא.
[3] ב"מ מה ע"ב.
[4] ב"מ ד, א (מד ע"א).

המחייב דמים, דמי המיקח. מכאן אומרת המשנה כי משיכת מטבעות הזהב, שהם נחשבים כפירות, נשוא מיקח המיטלטלין, מקנה לבעל הזהב את מטבעות הכסף בתור דמים, דמי המיקח. ושואלת הגמרא: "אי הכי, הזהב קונה את הכסף, מחייב מיבעי ליה?" ועונה: "תני: הזהב מחייב"[5]. ומסביר רש"י את הקושיה[6]: "משמע מעכשיו הכסף קנוי לו בכל מקום שהוא שם, ואין לשון הזה נופל אלא בדבר שהוא בעין, והחליף זה בזה. ואי בתורת דמים... אין כאן כסף קנוי, אלא המושך הזהב נתחייב לו מעות במשיכה זו...". ובהמשך דברי הגמרא שם: "אלא אי אמרת בדמים, האי נקנה כסף בכל מקום שהוא, נתחייב גברא מיבעי ליה". הרי שכאן הגמרא מבחינה במפורש בין שני דברים: קניין, שבו הדבר המוחלף קנוי מעתה לצד השני; חיוב, שבו יש רק "חיוב גברא" לשלם. להלן נביא גם דוגמאות להתחייבות שלא בדרך של מחיר פירעון.

אלא שכבר אמרנו כי החיוב לתשלום בנוי על שעבוד נכסים. כלומר, כנגד מה שקיבל הקונה, נכסיו משועבדים בערך החיוב. נמצא שיש יסוד קנייני בחיוב. אמנם אין לזהות את השעבוד עם החיוב, וכבר הבחנו בפרק הקודם בין החיוב האישי (שעבוד הגוף) לבין שעבוד הנכסים. יש חיוב אישי לשלם כסף, ושעבוד הנכסים מתלווה כערובה לפירעון החוב. יתר על כן, הגמרא במסכת בבא מציעא שם דנה בתשלום כסף שהתחייב הקונה לשלם מ"ארנקי חדשה"[7] דווקא. כלומר, ייתכן חיוב לשלם באופן מסוים דווקא, אלא שלהבטחת תשלום זה משועבדים הנכסים, כפי שיבואר עוד להלן. על היחס בין שני מרכיבי החיוב — האישי והקנייני — עמדנו בפרק הקודם[8]. להלן ניזקק עוד לשאלות: האם אפשר להשתחרר משעבוד נכסים, ובכך להגדיל את היקף ההתחייבויות? כיצד נעשה הדבר? הדרך המרכזית היא כי בשעבוד הגוף עצמו מוצאים גם יסוד קנייני מסוים, כמבואר בפרקים הבאים.

עד כאן באשר לחיוב בכלל. אנו נתמקד בהתחייבות, היינו חיוב שמקבל אדם על עצמו בלא קבלת תמורה. זאת להבדיל מחיוב שבא כמחיר, כחובת הלווה לפרוע את חובו וחובת הקונה לשלם דמי מיקח. בהמשך דברינו נעמוד על ההבחנה בין התחייבות זו ובין חוב של מחיר.

[5] וראה תוספות ב"מ שם, ד"ה מאי, האומר: "אינו מגיה המשנה, אלא קונה, פי' מחייב".

[6] ד"ה הזהב קונה.

[7] כלומר מטבעות חדשות, ואפילו הן עוברות לסוחר פחות ממטבעות ישנות.

[8] ההבדל בין השעבוד ובין הקניין ניכר גם בדין מחילה. אפשר למחול רק על חוב, אך לא על קניין. כך אין אדם יכול למחול על נכס שלו לטובת אחר, אלא עליו להקנותו באחת מדרכי ההקנאה (ראה: כתובות פג ע"א; הגהות הרמ"א, חו"מ, סי' קפט; סמ"ע שם, ס"ק א, וביאור הגר"א שם, ס"ק ה; שו"ע, חו"מ, סי' רמא, ב, סמ"ע, ס"ק ו, וביאור הגר"א שם, ס"ק ד; שו"ע, חו"מ, סי' רמה, ט וסמ"ע שם, ס"ק יד). עוד הבדל נובע מדין מזיק: מזיק שעבודו של חברו (כגון הורס קרקע של החייב המשועבדת לנושה) אינו נחשב כמזיק רכושו, אלא מעשהו הוא כ"גרמי", היינו שהוא גורם הפסד לנושה. ראה ב"ק לג ע"ב.

ב. גדרה של ההתחייבות והשימוש בה

הגדרת המונח "התחייבות" באנציקלופדיה התלמודית, היא[9]: "חיוב דבר לחברו, שאדם מקבל על עצמו, כשלא היה חייב לו כלום". עיקר החידוש והשימוש בהתחייבות, בניגוד להקנאה, הוא בעובדה שהיא מתגברת על ההגבלות של ההקנאה. נציין כאן את שתי ההגבלות העיקריות:

א. "מטבע אינה נקנית בחליפין"[10]. פעמים שהאדם אינו מעוניין להקנות כסף לחברו, כי אם להתחייב לו. ואף אם הוא רוצה להקנות, יש לו קשיים בהקנאת כסף, כגון שאין לו עתה כסף בעין ברשותו, או שדרך הקניין אינה נוחה לו. הקניין המצוי — קניין חליפין וקניין סודר — אינו תופס במטבע. לעומת זאת, האדם יכול להתחייב ממון לחברו בקניין סודר.

ב. "דבר שלא בא לעולם". אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל הוא יכול להתחייב עליו. להלן נעסוק בהרחבה בהבחנה זו.

עוד יש לזכור כי יש התחייבויות שאינן עומדות כלל כשלב מוקדם להקנאה, כגון: התחייבות הפועל לעבודה; התחייבות השומר לשמור; התחייבות האדם לעשות מעשה — כמבואר להלן, בפרק השישי.

ואכן בחיי המעשה ההתחייבות היא עניין של יום־יום, ובלשון המשפטית כיום מדברים על חוזה אובליגטורי. כמעט כל חוזה עתידי בנוי על התחייבות: חוזה לאספקת סחורה עתידית; חוזה למכירת דירה בעתיד, כשהמוכר עדיין יושב בה; קבלת קנס על הפרה בעתיד של סעיף בחוזה; צוואה ביחס לכספים ונכסים שיבואו למצווה בעתיד; הסכמים לקראת נישואין או גירושין ועוד ועוד. וכך כותב הרב הרצוג: "החיוב מסוג זה נעשה גורם כביר בהתפתחות תורת ההתקשרות (Contract) ובכלל במשא ומתן המסחרי וגם בצוואות" (פסקים וכתבים, שו"ת בדיני חו"מ, סי' קיב).

כדי להבין את מהותה של ההתחייבות, עלינו לשאול: מהו הדבר שהאדם מתחייב בו לפי ההגדרה הנזכרת לעיל? מהו תוכן החיוב והיקפו? מהי משמעותה המשפטית של ההתחייבות? אילו זכויות וחובות היא יוצרת? לא הרי התחייבות לשלם כסף כהתחייבות להתחתן, למשל. התחייבויות אלו שונות הן בדיניהן ובבעיותיהן. בפרקים הבאים נעסוק בעיקר בתוכן ההתחייבות, ולאחר מכן נדון בצורה — הצורך בקניין ודרך עשייתו.

[9] ערך התחייבות, כרך יא, עמ' רמה.
[10] ב"מ מו ע"א.

ג. תוכנה של ההתחייבות — ארבעה סוגים

נחלק את ההתחייבויות לארבעה סוגים[11]. הפרקים הבאים (רביעי-תשיעי) יוקדשו לבירור עניינם של אלו.

1. התחייבות לתשלום

המתחייב לשלם הופך את עצמו כביכול ללווה אף על פי שלא לווה. משמעה של התחייבות לתשלום הוא — שעבוד כללי שחל על גופו ונכסיו של המתחייב בערך הסכום שהתחייב לשלמו. יש שהאדם מתחייב לשלם לחברו בלא כל סיבה כלכלית, אלא על דרך מתנה, כגון: התחייבות הבעל לאשתו, התחייבות למזונות וכדומה. ויש שההתחייבות באה בקשר לעסקה אחרת, כהתחייבות לשלם הפסדים או קנס בנסיבות מסוימות, התחייבות השומרים לשלם דמי נזק יותר ממה שנאמר בתורה, ערב ועוד.

מה מקורה ומהותה של התחייבות זו? היכן היא מופיעה בתלמוד ובפוסקים? מהי דרך עשייתה? — אלו השאלות העיקריות, שנעסוק בהן בפרק הרביעי.

2. התחייבות להקנאת נכסים

התחייבות זו היא ממונית, ועניינה העברת ממון לאחר, אלא שכאן מדובר בהעברת זכות קניינית בנכסים — אם דבר מיוחד כחפץ מסוים אם דבר כללי מתוך סוג מסוים כחפץ סתם. בהתחייבות להקנאת חפץ עולות הבעיות: התחייבות ביחס לדבר שלא בא לעולם; זיקת המקבל לדבר המסוים; אחריות המתחייב לאונסי נשוא החוזה; אכיפת החיוב (ביצוע בעין); הפרתו; ירושתו ועוד. עניינים אלה יידונו בפרק החמישי.

3. התחייבות לעשייה

אין כאן התחייבות להעביר ממון, אלא לעשות פעולה מסוימת או להימנע מלעשותה, כגון: ההתחייבות להינשא או להתגרש, להישבע, להיכנס לעסק, למחול על חוב, לא לפתוח חנות מתחרה ועוד. אין כאן שעבוד נכסים, ומשום כך עולה האפשרות שיש כאן רק "קניין דברים". האם התחייבות מעין זאת תקפה? מה משמעה? בשאלות אלו נדון בפרק השישי.

4. התחייבות לעבודה ולשמירה

להסכם עבודה, שהפועל נשכר למלאכה על פיו, יש מעמד מיוחד, ובמידה ידועה הוא נכלל במסגרת ההתחייבות לעשייה. כאן נשאל: מהו תוקפו של הסכם עבודה ומהי משמעותו? מהי דרך עשייתו ומה בינו להתחייבות לעשייה? בשאלות אלו נעסוק בפרק

[11] חלוקה דומה מחלק גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"ב, עמ' 58. אלא שהסוג הראשון שם, חיוב לנתינה, חולק כאן לשניים, כמבואר בפנים.

השביעי. בפרק השמיני נדון בהתחייבות לשמירה — האם גם היא חוזה עבודה או שונה ממנו. בפרק התשיעי נדון בחוזה שותפות, שיש הרואים בו חוזה עבודה, ואגב כך נדון ביחס בין חוזה ממוני לבין חוזי עשייה למיניהם.

ד. ההתחייבות בתלמוד

כבר הזכרנו בראש הפרק כי ההתחייבות אינה שכיחה בתלמוד. כפי שניווכח בסמוך, יש מן הראשונים שראו צורך להדגיש את עצם קיומה של אפשרות ההתחייבות, ויש מן האחרונים שדנו בשאלה: האם ההתחייבות היא מן התורה או רק מדרבנן, כמובא להלן. אמנם נזכר בגמרא בכמה עניינים כי האדם מחייב את עצמו לחברו, בלשון הגמרא "שעבד נפשיה" או "קנו מידו"[12]. להלן נדון במקצת מן העניינים הללו, אך כל הסוגיות שנזכרו בהן עניינים אלו עוסקות, או על כל פנים ניתנות להתפרש כעוסקות, בהתחייבות לתשלום. ועדיין שאלה היא: האם אפשר ללמוד מהן על מהותה והיקפה של ההתחייבות בכלל, ובמיוחד כאשר ביחס להתחייבות לעשייה מצויה סוגיית "קניין דברים" השוללת התחייבות זו? כפי שנזכר לעיל.

ביחס להתחייבות להקנאה, לא מצאתי התייחסות מפורשת לחוזה זה בתלמוד. יתר על כן, בכמה מקומות שהגמרא דנה בהם בהקנאה ובמגבלותיה, היא מתעלמת מן האפשרות להתחייבות[13], ואפילו כשהדבר מתבקש כדי לפתור בעיה שהתעוררה[14]. מאידך גיסא, יש סוגיות הדנות בחוזים מסוימים, שנתעוררו קשיים באפשרות הבנתן לפי דיני ההקנאה, ויש מפרשים שנעזרו בפירושן במוסד ההתחייבות[15].

נסקור כעת בקצרה את הסוגיות המרכזיות העוסקות בהתחייבות, בטרם נפנה לניתוח המשפטי של ההתחייבות לסוגיה השונים בפרקים הבאים.

[12] ראה לעיל, פרק שני, הערה 77.

[13] כך, למשל, הגמרא (בב"מ מח ע"ב — מט ע"א) מבחינה בין מיקח ממש, שנגמר — במיטלטלין — בקניין משיכה, לבין הסכם למיקח, שיש לו רק תוקף מוסרי. ואף בהסכם למיקח מבחינה הגמרא בין הסכם דברים, שהחוזר בו ממנו נקרא "מחוסר אמנה", לבין הסכם שלווה במתן כסף על ידי הלוקח, שהחוזר בו מתקלל קללת "מי שפרע". אולם אין הגמרא מבחינה בין מיקח ממש לבין התחייבות לעשיית מיקח.

[14] כך, למשל, ידועה קושיית המהרי"ט, בתשובותיו, חלק ב, חו"מ, סי' פא, על הגמרא בקידושין עח ע"ב, שמסבירה כי לולא דין "יכיר", לא היה יכול אב לתת לבנו את נכסיו העתידיים — והרי יכול היה להתחייב ליתנם. וראה עוד קושייתו מב"ב קמא ע"ב. עיין שם; וכן נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כה-כו, על הגמרא בב"ב קמט ע"א.

[15] ראה, למשל: ב"מ סב ע"ב (הפוסק על שער שבשוק); ב"ב סט ע"ב (ארעא ודיקלי); ב"מ עח ע"א (חמור סתם), ב"ב קנז ע"א (דאיקני), ועוד. ונדון בכך להלן, פרק חמישי.

1. תוספת כתובה

כבר במשנה נזכרים חוזים שיש לפרשם על דרך ההתחייבות. שנינו[16]: "אף על פי שאמרו: בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה — אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף". כלומר, החתן יכול להוסיף כל סכום שירצה לדמי הכתובה שהוא חייב בהם מן הדין.

הירושלמי שם שואל: כיצד נעשתה התחייבות זו לתוספת כתובה? ואומר: "במה הוא מתחייב לה? לא כן אמר רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש. תריהון אמרין: הכותב שטר חוב על חבירו בחזקת שהוא חייב לו, ונמצא שאינו חייב, [אינו חייב] ליתן לו". מכאן משמע שאין אדם מתחייב לחברו בדברים, ואף לא בשטר[17]. ותשובת הירושלמי היא: "רוצה הוא ליתן וליקָרות חתנו של פלוני". כלומר, משום הנאת החיתון, גמר בדעתו להתחייב לה תוספת כתובה[18]. וכעין זה בתלמוד הבבלי ביחס לפסיקתא, כמבואר להלן. בעיני התלמוד הבבלי, דין המשנה נראה פשוט, והוא מסביר כי החידוש הוא שלא הגבילו את שיעור התוספת ולא חששו לביוש מי שאין לו. התוספות שם מעלים שאלה יסודית על עצם האפשרות להתחייב בחוב חדש, כשאין לו נכסים. נדון בדבריהם בפרק הבא.

2. "פסיקה" למזונות או לנדוניה

התחייבות אחרת באה במשנה כהלכה פסוקה. המשנה בכתובות אומרת[19]: "הנושא את האשה, ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים...". זו היא ההתחייבות למזונות. והגמרא שם דנה בדרך הקניין, כמבואר להלן בעניין פסיקתא.

כיוצא בזה אומרת המשנה בכתובות[20]: "הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל, תשב עד שתלבין ראשה". התנא אדמון שם חולק על דברי המשנה, ואומר שהאישה יכולה לומר: או כנוס או פטור. משנה זו עוסקת בהתחייבות החותן לתת נדוניה לחתנו, והדיון בה הוא בשאלת תוצאות אי־ביצוע ההתחייבות.

אך באשר לעצם התחייבות החותן, אבי הבת, יש המסבירים[21] שהיא תופסת מדין "דברים הנקנים באמירה", כמבואר להלן (סעיף 5), אלא "שהאב הלך למדינה אחרת,

[16] כתובות ה, א (נד ע"ב).

[17] וכן הוא בירושלמי, שם ראש פרק יב. להלן נראה כי לבבלי יש מסורת אחרת ביחס לדברי ר' יוחנן וריש לקיש. יש שרצו לתאם בין שני התלמודים, ופירשו שלא דיבר הירושלמי אלא בהתחייבות בטעות, אך הסבר זה דחוק הוא. עיין: מאירי, כתובות קב ע"א; תשב"ץ, ח"ג, סי' קסו; קרבן העדה על הירושלמי שם. הרי"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הרי"ף), אומר שהירושלמי חולק על הבבלי, והלכה כבבלי. אולם ראה ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ, א.

[18] פרטים נוספים במשמעות הנאת החיתון, עיין שם בהמשך דברי הירושלמי. אף הגאונים מציינים כי תוספת כתובה אינה צריכה קניין בגלל הנאת החיתון. ראה: אוצר הגאונים לכתובות, חלק התשובות, אות תא; ריטב"א, כתובות נד ע"ב; טור ושו"ע, אה"ע, סי' סו, סע' ח.

[19] יא, א (קא ע"ב).

[20] יג, ה (קח ע"ב).

[21] מגיד משנה, הלכות אישות כג, טז בשם הרשב"א.

או שאין לו״[22]. אמנם הרא״ש[23] אומר שהאב פסק שלא במעמד הנישואין, בלא קניין, וההתחייבות אינה תקפה, ובכל זאת החתן רשאי לנקוט סנקציות נגד חותנו, כיוון שהחתן הסכים להינשא רק משום הבטחת חותנו. אך מהמשך דברי הרא״ש נראה שאין כאן מחלוקת, והמשנה עוסקת בין בהבטחה בין בהתחייבות תקפה שאינה מתבצעת[24].

עוד התחייבות דומה מצויה במשנה בכתובות[25]: ״הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו, אמרו חכמים: יכול הוא שיאמר: לאחיך הייתי רוצה ליתן, ולך אי אפשי ליתן״. זו היא התחייבות לנדוניה הכוללת בתוכה תנאי מכללא, שכך אומדים את דעתו של הנותן.

3. ״אם אוביר ולא אעביד״

התחייבות אחרת באה במשנה במסכת בבא מציעא[26]. המשנה דנה באריס המקבל שדה מחברו למחצה, לשליש ולרביע, אך האריס הוביר אותה ולא עיבדה. וזה לשונה: ״המקבל שדה מחבירו והובירה — שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו, שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד, אשלם במיטבא״. הרי לפנינו התחייבות האריס לפצות את הבעלים על מניעת רווח הצפוי לו עקב מחדלו של האריס. הגמרא שם דנה בשאלה: מדוע אין בהתחייבות זו פגם של אסמכתא? על כל פנים, הגמרא אינה דנה בשאלה: כיצד נעשה החוזה? האם התחייב בקניין אם לאו? יש אומרים שהסכם כזה מחייב גם בלא קניין, משום שהבעלים סמכו עליו[27]. מכל מקום, לפנינו התחייבות לתשלום המוגבלת לנסיבות מסוימות, שהיא מעין התחייבות לתשלום קנס[28].

4. התחייבות השומר לחרוג מדינו בתורה

נעבור להתחייבויות המופיעות בגמרא. דיני שומרים וחלוקתם לסוגים — שומר חינם, שומר שכר, השואל והשוכר — נקבעו במקרא (שמות כב). להלן (פרק שמיני) נדון בזיקתה של פרשת השומרים לדיני חוזים בכלל. עניינו עתה הוא הסכם שמירה שלא במסגרת הדין האמור בתורה. הגמרא (ב״מ נח ע״א) מדייקת מן הברייתא כי שומר שכר משלם להקדש דמי פרה אדומה שנגנבה ממנו, בניגוד למשנה שם שמוציאה את דין ההקדשות מפרשת השומרים האמורה בתורה. הגמרא מסבירה שהברייתא מדברת

[22] לשון שו״ע, אה״ע, סי׳ נב, סעיף א.

[23] כתובות, פרק יג אות ג. וראה עוד: תוספות שם קט ע״א, ד״ה חשב, בשם הרשב״ם.

[24] כך עולה מדברי הרא״ש שם בשם הרמ״ה, ומן הטור אה״ע שם. ועיין בפירוש ״אור גדול״ על המשנה שם, שטוען כי המגיד משנה והרא״ש נחלקו בזה. אך לעניות דעתי אין הרא״ש חולק, כאמור בפנים, אם כי צריך עיון אם ה״מגיד משנה״ מסכים שמדובר גם בהבטחה.

[25] ו, ב (סו ע״א).

[26] ט, ד (קד ע״א).

[27] ראה להלן, פרק שנים־עשר, הערה 98, ועיין שם פירושים נוספים.

[28] דבר דומה מצינו בעניינו של המוכר ביתו לעכו״ם ומסכן במעשהו את בתיהם של שכניו. הגמרא בב״ק קיד ע״א, אומרת שבית דין מנדה אותו עד שיקבל עליו לשלם כל הפסד שייגרם לשכניו. בפשטות נראה שהכוונה היא להתחייבות לשלם הפסד עתידי.

ב"שקנו מידו", ורש"י מסביר: "שאם יקלקל, ישלם. הא ודאי שלם, שהרי הוריד עצמו לכך ושעבד נכסיו". כלומר, על פי דין השומרים האמור בתורה הוא פטור; אך יכול הוא להתחייב לשלם, אם לא ישמור, כמו שמחייבים שומר שכר. כאן לפנינו דוגמה של התחייבות בקניין, המבוטאת במילים "שקנו מידו".

כיוצא בזה מביאה הגמרא שם ברייתא האומרת ששומר חינם או שומר שכר יכול להתנות שיהא דינו כשואל[29]. שואלת הגמרא: "במאי? בדברים?!". כלומר, וכי התחייבות נעשית בדברים בלבד?! והיא עונה: "אמר שמואל: בשקנו מידו. ור' יוחנן אמר: אפילו תימא, בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא מפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמר ומשעבד נפשיה". לפנינו התחייבות שנעשית בקניין או בתמורה לטובת הנאה — "בההיא הנאה" — הבאה כתחליף למעשה קניין[30]. במשמעות הקניין ו"בההיא הנאה", נעסוק להלן, בפרקים האחד־עשר והשנים־עשר. לעניינה של התחייבות שומרים זו ראה עוד להלן, סוף פרק שמיני.

5. דברים הנקנים באמירה ("פסיקתא")

בכמה מקומות בתלמוד מובא דינו של רב גידל בשם רב, הידוע בשם "דברים הנקנים באמירה" או "פסיקתא". וזו לשון הגמרא בכתובות[31]: "גופא. אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך. וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך. עמדו וקידשו, הן הן הדברים הנקנים באמירה". כלומר, חוזה שבעל פה בין אבי החתן ואבי הכלה ביחס למה שהם נותנים לילדיהם, החתן והכלה, קם באמירה בלבד. הגמרא מסבירה את תקפות החוזה הזה, שנעשה על פה כך: "בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי, גמרי וקני להדדי". שוב אנו רואים שהחוזה קם בתמורה לקבלת הנאת החיתון — "בההיא הנאה" — אף בלא שנלווה לה מעשה קניין. במשמעותו של הסכם זה, נעסוק בפרק הבא.

6. ערבות

אף הערבות היא סוג מסוים של התחייבות: התחייבות הערב לפרוע את חובו של הלווה, אם לא יפרענו הלווה בעצמו. המשנה וגם הגמרא בסוף מסכת בבא בתרא דנות בפרטים שונים ביחס לדין זה. בין היתר דנה הגמרא במקור דין הערבות: "א"ר הונא: מנין לערב דמשתעבד? דכתיב: 'אנכי אערבנו'..." (ב"ב קעג ע"ב)[32].

מהי שאלת הגמרא? הרשב"ם מסביר שם שהשאלה היא: מניין שהערב משתעבד "באמירה בעלמא בלא קניין"? בהסבר זה יש מן הדוחק, כי מה ראיה יש מן הפסוק

[29] צד ע"א. בדפוס שלפנינו מזכירה הברייתא "שומר שכר". אך יש הגורסים "שומר חינם". ראה דקדוקי סופרים וגיליון הש"ס שם.

[30] התוספות, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמר ר"י, ועוד ראשונים שם, דנו בשאלה: מדוע אין הגמרא מביאה את ההסבר של "בההיא הנאה" ביחס לשומר הקדש. עיין להלן פרק שמיני.

[31] קב ע"ב, ובגליון שם צוינו מקורות נוספים. וכן הובא גם בירושלמי כתובות ה, א.

[32] הגמרא שם דוחה את הראייה מפסוק זה, והיא נסמכת על פסוק אחר. וראה מסורת הש"ס, שהביא גרסה שונה בדחיית הגמרא, ולהלן נספח שמיני.

(בראשית מג, ט) שמביאה הגמרא בתשובתה? ועוד, מניין שאכן הערב משתעבד בלא קניין? אמנם בסוף המסכת (ב"ב קעו ע"ב) מציינת הגמרא, כי ערב בשעת מתן מעות [=שנעשה ערב ללווה בשעת ההלוואה] אינו צריך קניין; אך בסוגייתנו לא נזכר דבר זה כלל, לא במשנה ולא בגמרא, וצריך לומר כי הייתה זו הלכה ידועה ונוהגת, שהערבות נוצרת בלא קניין, ועל המקור לכך שאל רב הונא. בעל "תורת חיים", ר' חיים שור, מפרש את שאלת הגמרא באופן אחר. בסמוך לאותו עניין הנידון, אומרת הגמרא כי אמימר ניסה לתלות את שאלת שעבודו של הערב במחלוקת תנאים בעניין האסמכתא, שהרי זו התחייבות לשלם בתנאי שלא ישלם הלווה. אמנם רב אשי טוען כנגדו: "הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא, וערב משתעבד", ומשום כך הוא מסביר שלדעת הכול אין בערבות משום אסמכתא, כי "בההיא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה". בעל "תורת חיים" אומר כי כוונת רב הונא לשאול: מניין שהערב משתעבד ואין בו פגם של אסמכתא?

נראה שיש להציע פירוש שלישי לשאלת רב הונא, בעיקר לשיטת אחד מן הראשונים. בפרק הבא נראה כי לדעת הר"י מיגאש, מוסד ההתחייבות אינו קיים כלל, ועל כל פנים לא במובן של התחייבות אישית שמקבל האדם על עצמו עבור חברו. מאידך גיסא, מוסד הערבות מופיע במשנה ונידון בגמרא. אם כן, שואל רב הונא, מניין שמוסד משפטי זה קיים בכלל? הגמרא מביאה פסוק מן המקרא המשמש מקור לקיומו של מוסד הערבות. על כל פנים, מבחינת דרך עשייתה, הגמרא מסכמת בסוף המסכת כאמור: "ערב בשעת מתן מעות לא בעי קניין", כי בתמורה להנאת המהימנות שהאמינו המלווה, והוציא מעותיו על פיו, גמר הערב בדעתו להתחייב. אך "ערב שלא בשעת מתן מעות", דהיינו לאחר ההלוואה, צריך קניין. הרי לפנינו התחייבות של ערב שנוצרת בקניין, ובשעת מתן מעות אף בלא קניין. לא נדון כאן במהותה של הערבות. אך ברור שהיא התחייבות, כאמור, ומדברי הרמב"ם (הלכות מכירה, יא, טו) נראה שלמד מכאן שאפשר להתחייב אף בלא קניין. יש הרואים בערבות התחייבות בתמורה — שהיא כעין מחיר — שהתמורה בה היא הנאת האמון ("בההיא הנאה") שהאמינו המלווה, או שרואים כאילו קיבל הערב את הכסף שנתקבל אצל הלווה. כך עולה מדברי הגמרא (קידושין ז ע"א), האומרת שהאישה יכולה להתקדש באמרה למקדש: "תן מנה לפלוני, ואקדש [=ואתקדש] אני לך" מדין ערב, והרי בקידושין היא צריכה לקבל שווה פרוטה[33].

להלן, בסעיף 7, נעסוק ביחס בין הערבות להתחייבות, ובפרקים האחד־עשר והשנים־עשר נראה שדין ערבות וההסבר של "בההיא הנאה" הכרוך בו שימשו אצל הפוסקים כמקור להרחבת מעגל ההתחייבויות.

[33] ראה מחנה אפרים, הלכות ערב, סי' א, והאריך בזה הרב ברוך כהנא בספרו, ערבות, ירושלים תשנ"ב, סעיף 1(א), פרק ראשון, בתוך: חוק לישראל, ספרית המשפט העברי, בעריכת פרופ' נחום רקובר.

7. "מנה אני חייב לך בשטר"

זו היא הסוגיה המרכזית בעניין ההתחייבות. הגמרא בכתובות[34] מביאה מחלוקת בין האמוראים ר' יוחנן וריש לקיש בעניין זה, ומעמידה אותה באומר לחברו: "חייב אני לך מנה בשטר". ומסבירה הגמרא: "ר' יוחנן אמר: חייב. אלימא מילתא דשטרא, כמאן דאמר להם: אתם עדי, דמי. ריש לקיש אמר: פטור. לא אלימא מילתא דשטרא". בהסבר המחלוקת יש בראשונים שיטות שונות, והן יבוארו להלן. וכאן מתעוררות בעיקר שתי שאלות: האם מדובר כאן בהתחייבות חדשה או בהודאה על חוב קודם? האם מדובר בשטר דווקא או אף בעל פה? נציין כבר כאן שרוב הראשונים סבורים כי לדעת ר' יוחנן — והלכה כמותו[35] — יכול אדם להתחייב כלפי חברו בחוב חדש לחברו בשטר.

בהמשך הסוגיה (דף קב ע"א) מקשה הגמרא על ריש לקיש מן המשנה שם, האומרת שיכול אדם לפסוק עם אשתו לזון את בתה, והגמרא סבורה שהבעל מתחייב אף בלא קניין, כמבואר במפרשים שם. הגמרא עונה כי זהו חוזה מיוחד, "פסיקתא" בלשון הגמרא, הקם אף בלא קניין, כמו שאמר רב גידל בשם רב על חוזה בין משודכים, כנזכר לעיל. תחילה הגמרא מבקשת לתלות את מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש במחלוקת תנאים, ר' ישמעאל ובן ננס. שני התנאים נחלקו ביחס לערב היוצא לאחר חיתום שטרות, היינו שחתם בשטר לאחר ההלוואה. לדעת ר' ישמעאל נעשה ערב, וכך יסבור ר' יוחנן שהתחייבות בשטר תופסת[36]; ולדעת בן ננס אינו נעשה ערב, וכך יסבור ריש לקיש כי אינו מתחייב בלא קניין. אלא שהגמרא אומרת אחר כך כי לעולם ר' יוחנן יסבור כר' ישמעאל דווקא, אבל ריש לקיש יכול לומר את דעתו גם אליבא דר' ישמעאל מן הטעם ש"עד כאן לא קאמר רבי ישמעאל התם אלא דשייך ליה לשיעבודא דאורייתא. אבל הכא לא שייך שיעבודא דאורייתא". תירוץ הגמרא אינו מובן, כי מה בין ערבות להתחייבות? מדוע בהתחייבות לא שייך שעבוד דאורייתא? שהרי לכאורה הקושי הוא רק אופן ההתחייבות אך לא עצם תוקפה. משום קושי זה, יש מן האחרונים[37] הנוטים לומר כי ההתחייבות היא רק מדרבנן, וזה חילוק הגמרא בין ערבות שמקורה בתורה, כאמור לעיל — וכן פירש רש"י שם[38] — לבין התחייבות שמקורה בתקנת חכמים. לפי זה, ריש לקיש סבור שההתחייבות צריכה קניין דווקא; ואילו ר' יוחנן סבור שתיקנו שההתחייבות נעשית בשטר כמו הערבות.

[34] קא ע"ב.

[35] רמב"ם, הלכות מכירה יא, טו; טור ושו"ע, חו"מ, סי' מ, סע' א.

[36] כבר עמדו הראשונים על הסתירה בין סוגיה זו לסוגיית סוף בבא בתרא הנ"ל, שנאמר בה כי אף לדעת ר' ישמעאל, ערב שלא בשעת מתן מעות צריך קניין. יש אומרים שלא נכלל בזה ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, עיין רמב"ן סוף בבא בתרא; ויש אומרים, כי שטר נחשב כקניין לעומת ערב בשעת מתן מעות שמשתעבד באמירה בלבד, עיין: ריטב"א, ב"ב קעה ע"א; תוספות, שם קעו ע"א, ד"ה והלכה.

[37] ראה להלן, הערה 67.

[38] כתובות קב ע"א, ד"ה אליבא.

אולם אין הכרח לפרש בדרך זו. לשון הגמרא, המבחינה בין ערבות להתחייבות, מעוררת קושי: מה פירוש "דשייך ליה לשיעבודא דאורייתא"? מה עניין השייכות[39] לכאן? ואמנם יש גרסאות אחרות בדברי הגמרא. בכ"י מינכן[40] נאמר: "דשייך ליה נפשיה בשעבודא דאורייתא. אבל הכא, דלא שייך ליה נפשיה...". יש מן הראשונים הגורסים[41]: "דשך נפשיה בשעבודא דשטרא...", ויש הגורסים[42]: "דשייך נפשיה בשעבודא קמא", והכוונה היא לשעבוד הלווה[43].

פירוש הדברים הוא כי התחייבות הערב אינה התחייבות חדשה, אלא הערב משייך את עצמו וקושר את עצמו לשעבוד הלווה, הקיים כבר, ומשום כך אין צריך קניין; מה שאינו כן בהתחייבות חדשה, שבה המתחייב אינו קושר את עצמו לחוב קודם, ולכן אינה נעשית בשטר בלא קניין. וכן מפרש המאירי לכתובות שם: "שכבר נכנס הבעל חוב בשעבוד מן התורה מכח ההלואה, והערב עירב אותו השעבוד שכבר בא מן הדין. אבל זה, שאין כאן שום חיוב, היאך הוא נכנס לשעבוד בלא שום סרך של חוב?" אמנם, כאמור, ר' יוחנן מדמה את ההתחייבות לערבות, והלכה כמותו, כנזכר לעיל.

8. שטר הקנאה

סוג מיוחד של התחייבות, הכרוכה ביותר בשעבוד נכסים, מובא במסכת בבא מציעא. בסוגיית "מצא שטרי חוב" (ב"מ יב ע"ב), הגמרא דנה בחששות שונים מפני השבת שטר שנמצא למלווה. אחד החששות הוא: "שמא כתב ללוות בניסן ולא לווה עד תשרי, ואתי (המלווה) למטרף לקוחות שלא כדין". דהיינו: שמא השטר הוא שטר מוקדם, והמלווה עלול לטרוף נכסים מלקוחות שקנו מן הלווה בין ניסן לתשרי, אף על פי שהנכס אינו משועבד לו, כיוון שנקנה על ידי הלקוחות לפני ההלוואה. בעניין זה אומר רב אסי כי בשטר הקנאה[44] אין מקום לחשש זה, דהא "שעביד נפשיה". אביי אומר שם כי אף בסתם שטר חוב, אם נמסר בסופו של דבר למלווה, אין מקום לחשש זה, שהרי "עדיו בחתומיו זכין לו". כלומר, משעת החתימה על ידי העדים, נשתעבדו נכסי הלווה למלווה, אף על פי שעדיין לא לווה.

מהו שטר אקנייתא? הרי"ף אומר: "פירוש: שטר שיש בו קניין, שמשעה שקנו מידו של לוה, שיש בידו למלוה כך וכך, שעבד ליה למלוה נפשיה. והשתא דטריף, בדין טריף". כאן עצם ההתחייבות של הלווה נעשתה בקניין סודר, כבר לפני ההלוואה

[39] על משמעות המילה ומקבילותיה, ראה עוד במילונים: ערוך השלם, ערך שייך; יסטרוב, ערך שייך.

[40] וכעין זה גם בכ"י ר(ב). ובכ"י ר(ג): "דשייך נפשיה לשיעבודא אבל...". בשינויי נוסחאות לקטע זה בגמרא נעזרתי בדקדוקי סופרים השלם, כתובות, הוצאת יד הרב הרצוג, ירושלים תשל"ז.

[41] יד רמה, בבא בתרא, פרק עשירי, אות רא.

[42] שאילתות, פרשת מקץ, שאילתא לא, וקשה להחליט אם הוא פירוש או גרסה חדשה.

[43] העמק שאלה (להנצי"ב), שם, אות ו.

[44] ושם, דף טז ע"ב, הוא נקרא "שטר אקנייתא".

עצמה, ומשעה שנעשתה התחייבות זו, משועבדים נכסיו למלווה. מובן שהתחייבות זו נעשית על דעת שילווה לו המלווה, ובכל מקרה יש לפנינו בינתיים התחייבות בקניין.

הרא״ש (אות לו) תמה על הרי״ף: ״מה חילוק יש בין קניין לאין בו קניין? כיון שכתב בשטר: פלוני לוה מפלוני מנה, נשתעבדו נכסי לוה למלוה אף בלא קניין, דשעבודא דאורייתא. שכל מה שאדם חייב — נכסיו משועבדים לפרוע...״. ואני בעניותי לא הבנתי את קושייתו, שהרי אין אדם מתחייב בלא קניין, אלא באחת משלוש דרכים: בקניין, היינו קניין סודר, כאמור; מסירת השטר; קבלת המעות[45]. ושמא הרא״ש מתכוון לדין אודיתא (ראה להלן, פרק רביעי ופרק עשירי), כי די לנו שהודה בשטר שלווה כדי לחייבו. ואולי כוונתו שמסר השטר לעדים שיזכו בו עבור המלווה (ראה נימוקי יוסף בשם הר״ן ב״מ ו ע״ב בדפי הרי״ף). מכל מקום, הרא״ש מעדיף את פירוש רש״י שם: ״שמקנה לו נכסיו מהיום, בין ילווה בין לא ילווה, יגבה מהן מאותו זמן מהיום״.

גם במשמעות דברי רש״י רבו הדעות[46]. לכאורה, אין כאן התחייבות כלל, אלא הקנאה — ״שמקנה לו נכסיו״. אך אי אפשר לומר כן, שהרי לא רק שלשון הגמרא הוא ״דהא שעביד נפשיה״, אלא שרש״י עצמו אומר בהמשך דבריו: ״שקנו ממנו שאפי׳ לא ילווה המעות, שעבד עצמו לשלמם״ (ב״מ טז ע״ב, ד״ה שטר הקנאה). הרי שגם לדעת רש״י יש כאן התחייבות, שעבוד הגוף, והיא משעבדת את הנכסים מיד.

על ההבדל בין הרי״ף, רש״י ועוד כמה מן הראשונים, ראה בדברי הרא״ש והאחרונים שם, ואין כאן מקום לדיון זה.

9. ״משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך״

הגמרא (גיטין יג ע״ב) מבארת את דין ״מעמד שלושתן״, המאפשר למלווה להעביר את חובו בעל פה במעמד הלווה לאחר. אחד מניסיונות הביאור לאפשרות זו הוא כי הלווה התחייב לא רק כלפי המלווה, אלא גם כלפי כל מי שיבוא מחמתו. הגמרא דוחה הסבר זה, שכן מה נעשה אם העביר את החוב למי שנולד לאחר ההלוואה, הרי אין אדם מתחייב למי שלא בא לעולם. על כל פנים, מכאן נלמד שאפשר להתחייב לכל מי שיוציא את השטר.

בפולין, לפני כשלוש מאות שנה, הפכה דרך זו לנוהג מקובל לפישוט חיובים. בפוסקים מובא נוהג מעין זה שנקרא בשם ממרנ״י[47], והוא כעין מה שמכונה היום בשם ״שטר למוכ״ז״. הרא״ש (בתשובותיו, כלל סח, ט) מוסיף כי כן הוא הדין גם כשאין המלווה ידוע (על פי הגמרא ב״ב קעב ע״א), וכן הוא גם כשלא הייתה הלוואה כלל, אלא שהתחייב מעצמו לכל המוציא שטר זה. והוא מביא ראיה לדבריו מן התנ״ך: ״וכן מצינו בשאול (שמואל א׳ א, ז) על מעשה דגולית הפלישתי, ששיעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתי, ובא דוד והיכהו, ונתחייב שאול לדוד באותו

[45] ראה: רמ״א, חו״מ, סי׳ לט, יג וש״ך ס״ק מ. ובאוצר מפרשי התלמוד לב״מ שם, דנו בדעת הרא״ש.
[46] ראה: אוצר מפרשי התלמוד, שם; ב׳ ליפשיץ, אסמכתא, עמ׳ 370.
[47] ראה: טור ושו״ע, חו״מ סי׳ סא, ד וקצות החושן שם, ס״ק ג.

ממון", כמו שנאמר בסנהדרין יט ע"ב[48]. עד היום מקובל כי חברות גדולות מתחייבות לתת פרסים למי שיעשה דבר מה.

10. שטר התחייבות

בכמה מקומות נזכר בגמרא תשלום שנעשה על ידי שטר התחייבות. אין הכוונה להתחייבות חדשה בשטר, שנידונה לעיל, בסעיף 7, אלא למצב שבו אדם צריך לשלם כסף למילוי חובו או תמורת קניית דבר מה, והוא משלם את חובו על ידי שטר חוב עצמי. אין ספק שיכול אדם לכתוב שטר חוב על עצמו, אלא שהשאלה היא: האם דינו של שטר חוב כדין מתן כסף או לא? נסקור בקצרה שלשה מקרים כאלה.

(א) יציאת עבד עברי. המשנה (קידושין יד ע"ב) אומרת שעבד עברי יוצא לחופשי בכסף. זהו דין גירעון כסף, הנלמד מן הכתוב "והפדה" (שמות כא, יח). כלומר, באמצע זמן שעבודו, העבד משיב לאדוניו את דמי מקנתו תמורת השנים שעדיין הוא צריך לעבוד את אדוניו (מתוך שש השנים שקיבל כסף עבורן), ומשתחרר. הגמרא (קידושין טז ע"א) אומרת שאין הבדל בין מי שמשלם כסף לבין הנותן שטר על דמיו, היינו שטר התחייבות[49]. יש לומדים מכאן ששטר התחייבות דינו ככסף לכל דבר, כמובא להלן.

(ב) קידושי כסף. כידוע האישה נקנית בכסף. מהגמרא (קידושין ה ע"א)[50], לפי פירוש רש"י שם, עולה שאפשר לקדש אישה בשטר התחייבות, והוא כמו מתן כסף. קידושין בשטר התחייבות אינם דומים למלווה, שכן הגמרא (קידושין ו ע"ב) אומרת כי אי אפשר לקדש אישה במלווה, היינו במחילת החוב שהיא חייבת למקדש. וכן לענייניים אחרים, אומר הריטב"א[51]: "מיהו מלוה לאו כסף הוא כלל, שהרי אין קרקע

[48] עיין ש"ך, חו"מ, סי' נ, ס"ק ט, שהסביר את דברי הרמ"א שם בדרך זו. אמנם אם התחייב למלוה ולכל מי שבא מחמתו נחלקו הדעות אם התחייב ישירות למי שבא מחמתו או שהלה בא מכח המלוה, ראה רמ"א, חו"מ, סי' סו סע' א, וש"ך שם ס"ק י, וסע' כו ונושאי הכלים שם.

[49] אמנם הדמיון אינו גמור, שכן בכסף הוא יוצא בעל כורחו של האדון; ואילו בשטר אומרים כמה מן הראשונים, "דוקא מדעתו של אדון, אבל בע"כ לא, כדאמרינן לקמן (קידושין יח ע"א): שקיל מרגניתא דידיה ויהבינן ליה חספא" (ריטב"א, קידושין שם). כלומר, האדון יכול לסרב לקבל שטר התחייבות, שצריך לממש אותו לכסף ממש. עכ"פ בהסכמתו נלמד מכאן ששטר חוב דינו ככסף, ראה תוס' רי"ד שם, ורא"ש, גיטין, פ"ד אות כט. הובאו דבריהם במחנה אפרים הל' מכירה, קניין מעות, סי' ה.

[50] בגמרא שם נאמר כי בשטר – לעומת כסף – אין פודין הקדש ומעשר שני. ומסביר רש"י (ד"ה שטר): "אם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש, אין הקדשו פדוי. דבעינן: ונתן הכסף, וקם לו". ומשמע מדבריו כי להלכה שמדמים שטר לכסף, האישה מתקדשת בשטר זה. ראה ביאור הגר"א, אה"ע, סי' כט, ס"ק יד.

[51] בחידושיו לקידושין טז ע"א, ד"ה אילימא.

נקנה בו[52], ואינו מחייב 'מי שפרע' במטלטלין, כדאיתא בירושלמי[53]". והטעם הוא, שבשטר התחייבות נוצר חוב חדש כלפי הצד השני, והוא עדיף ממחילת מלווה שניתנה בעבר.

(ג) זקיפה במלווה בקניין שדה. הגמרא בב"מ עז ע"ב דנה בשאלה כיצד יכול קונה שדה שאין לו כעת כל דמיה, להבטיח שלא יוכל המוכר לחזור בו, ואומרת: "רשב"ג אומר מלמדין אותן שלא יחזרו, כיצד כותב לו אני פלוני בן פלוני מכרתי לו שדה פלונית לפלוני באלף זוז ונתן לי מהם מאתיים זוז והריני נושה בו ח' מאות זוז, קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים".

וכתב הריטב"א שם: "פירוש, דכיון דזקפן עליו במלוה הרי הוא כאילו קיבלם וחזר והלווה לו". והוא מוסיף: "ובדין הוא דאפילו לא נתן לו כלום אלא שזקף כל האלף זוז במלוה הי' קונה מדין כסף, דאע"ג דמלוה אינה קונה בקרקעות... התם הוא במלוה שעמו מקודם לכן, אבל זה שזוקף עליו הכסף במלווה ואומר הריני כאילו התקבלתי, זה כפרעון גמור חשוב". כיוצ"ב כתב הריטב"א גם בכתובות צב ע"א בשם הרא"ה.

מכאן ניתן ללמוד כי התחייבות לשלם נתפסת כמתן כסף, אם כי עניינה של זקיפה במלווה עדיין צריך בירור, כיצד בדיוק היא נעשית.

עד כאן תיאור שיטה אחת בראשונים.

ברם, יש מן הראשונים שחולקים על כך, וסוברים שאין כוחו של שטר התחייבות כמתן כסף. המחלוקת היא בעיקר בביאור הסוגיה האומרת: "התקדשי לי במנה, והניח לה משכון... מנה אין כאן, משכון אין כאן" (קידושין ח ע"א). עיקרה של הסוגיה הובא לעיל, בסוף פרק שני, בהקשר אחר, ושם ראינו שנחלקו הראשונים בפירוש הסוגיה: לדעת הרמב"ן והרשב"א, אי אפשר לקדש אישה או לקנות קרקע בשטר התחייבות, כי עדיין מקבל המשכון "אגידא גביה". היינו: הצד השני — האישה או מוכר הקרקע — קשור אליו, שכן עדיין הוא צריך לממש את זכותו, ומתן המשכון או שטר אינו נחשב כקבלת כסף ממש. הרשב"א מסתמך גם על הגמרא בבכורות נא ע"א[54], האומרת שאין אדם פודה את בנו מיד הכהן בשטר התחייבות לכהן, ומשמע

[52] כך משמע מן הבבלי, קידושין מז ע"א, ומן הירושלמי, קידושין פ"ב ה"ה. וזו היא דעת רוב הראשונים. וכן הכריע הש"ך, חו"מ, סי' קצ, ס"ק א. עם זאת יש מן הראשונים שחולקים עליהם. ראה רמב"ם, הלכות מכירה, ה, ד. ונחלקו ה"מגיד משנה" ו"לחם משנה" אם מדובר בכל מלווה או דווקא במלווה הבאה מחמת מכר.
לסיכום הדברים, ראה גמרא, קידושין מז ע"א, שנדפסה עם הלכה ברורה לראי"ה קוק בצירוף בירור הלכה שם. ונגענו בעניין זה להלן, בנספח התשיעי. ואכמ"ל.

[53] קידושין ב ה, ושם: "בקרקעות לא קנה, ואין מוסרין אותו למי שפרע".

[54] הובא גם בכתובות קב ע"א. אמנם יש הדוחים את ההיקש מפדיון הבן לקידושין, שכן בפדיון הבן צריך לתת כסף ממש כמו בפדיון הקדש (לעיל, הערה 50). ראה: מחנה אפרים, הלכות מכירה, קניין מעות, סי' ה; קצות החושן, סי' קצ, ס"ק ו. הרשב"א, בחידושיו לקידושין טז ע"א, דוחה את הראייה הנגדית משם. על כוחו של שטר התחייבות, ראה עוד: רמ"א, אה"ע, סי' כט, ו ונושאי הכלים שם, מחנה אפרים וקצות החושן שם. לדעת דבר אברהם, ח"א, סי' לט ענף ב

ששטר כזה אינו נחשב כמתן מעות[55]. כנגד זה, מדברי הראב״ד (הובא בר״ן שם), הרא״ש והריטב״א בקידושין עולה שאפשר לקדש אישה ולקנות קרקע בשטר התחייבות, כשיטה הראשונה שנזכרה לעיל. יתר על כן, נחלקו האחרונים אם כן הוא דווקא בשטר[56], או שמא אפילו התחייבות בקניין בלא שטר דינה ככסף, כאמור[57].

11. חיוב לקיים חוזה מכירה בדבר שאינו ברשותו

כבר ציינתי לעיל כי לא מצאתי סוגיה תלמודית שעוסקת במפורש בהתחייבות להקנאה, היינו ששעבד אדם את עצמו או שקנו מידו שיעביר לחברו זכות קניינית בנכס שלו. עם זאת מצינו בתוספתא, וכן בירושלמי, הלכה אחת שעוסקת בחובתו של המוכר לקיים חוזה מכירה שלכאורה לא היה צריך לתפוס, ויש שפירשו חוזה זה על דרך ההתחייבות.

וזה לשון התוספתא[58]: ״המוכר פירות[59] לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו, לא כל הימנו לאבד זכותו של זה״. הלכה דומה מצינו בירושלמי, אגב דיון בעניין אחר, וזה לשונו[60]: ״רבי אבהו בשם רבי שמעון בן לקיש. הא למה זה דומה? למוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו, שהוא חייב להעמיד לו מקחו״. עוד נאמר בירושלמי, אגב עניין אחר[61]: ״אמר רבי יוסי: את שמע מינה, בר נש דיהב לחבריה עשרה דינרין, אמר ליה: במנת דתיקום לי בהון מאה גרבין (חביות יין או שמן) — מכיון ששלח ידו בהן, צריך להעמיד לו מקחו״.

קשה למצוא פירוש חד־משמעי להלכות אלו, ואף קשה לדעת אם אכן יש בהן קו משותף. דיון בפרושים השונים חורג ממסגרת נושאנו[62]. נזכיר כאן רק בקצרה את הדרך

(י), לרוב הראשונים דינו ככסף. מחנה אפרים רוצה לחלק בין קידושין למכר. ותמה ר׳ עקיבא איגר בגיליון מחנה אפרים שם, כי מקידושין ח ע״ב מוכח שאין להבחין בזה.

[55] ראה: רשב״א, קידושין ה ע״א, החולק על רש״י, קידושין ה ע״א (ד״ה שטר), ומסביר שכוונת הגמרא לשטר שכתוב בו: ״הקדש זה פדוי״, ולא לשטר התחייבות. וראה עוד בחידושיו לב״מ מז ע״ב.

[56] ראה: שו״ת הב״ח (הישנות), סי׳ קמט. למקורות נוספים, ראה פתחי תשובה, חו״מ, סי׳ קצ, ס״ק ב.

[57] ראה: ריטב״א בחידושיו לקידושין ח ע״א. וכן כותב מחנה אפרים (לעיל, הערה 54) בשם תשובת גאון. אך קצות החושן, סי׳ לט, ס״ק ה, הבין להפך בדעת הריטב״א בקידושין טז ע״א. וצ״ע, שהרי הריטב״א מבחין שם בין מלווה להתחייבות! מחנה אפרים, שם, מחדש כי שטר חוב עדיף מכסף, שכן מדין תורה הכסף קונה מיטלטלין, אלא שגזרו מדרבנן שלא יקנה, שמא יאמר לו (המוכר): ״נשרפו חיטיך בעלייה״. אבל בשטר, שעדיין לא קיבל דמים, אין חשש שיאמר לו כן, וחזרנו לעיקר הדין. אולם נחלק עליו נתיבות המשפט, סי׳ רד ס״ק א. בשאלה זו של קניין בכסף בנסיבות מיוחדות, נחלקו: הרמ״א, חו״מ, סי׳ קצח, ה; הש״ך, שם, ס״ק ט.

[58] ב״מ ד, א (הוצאת צוקרמנדל).

[59] המרדכי, ב״ב, פרק ד סי׳ תקס, מצטט תוספתא זו: ״המוכר בית וכו׳״.

[60] תרומות ו, ג (דפוס ונציה).

[61] ב״מ ד, ב.

[62] ראה תוספתא כפשוטה, ב״מ, ראש פרק ד.

שהלכו בה כמה מן המפרשים, ובפרקים החמישי והשנים־עשר נחזור לדבריהם בפירוט. הקושי שמתעורר כאן, בעיקר ביחס לתוספתא הוא: הרי אין אדם מוכר לחברו דבר שלא בא לעולם. שתי תשובות יש בדבר: יש אומרים כי אם נשוא המיקח הוא דבר המצוי בשוק, יש כאן חריג לדין דבר שלא בא לעולם, והמוכר חייב לקיים את מיקחו; ויש אומרים כי נשמעת כאן נימה של הטעיה מצדו של המוכר. על כל פנים, הלוקח סמך על המוכר, ולא ידע שאין לו נשוא המיקח, ומשום כך המוכר חייב לקיים את החוזה.

כפי שכבר אמרנו, לא נאמר כאן כי המוכר שעבד את עצמו או שקנו מידו להמציא את נשוא המיקח לקונה. עם זאת יש המפרשים הלכות אלו על דרך ההתחייבות, שהמוכר התחייב למכור דבר שלא בא לעולם.

נציין כאן כי הלכות אלו לא נזכרו במשנה ובתלמוד הבבלי, ומשום כך אחד הראשונים, הר״י מיגאש, אומר כי הבבלי אינו מסכים להן, כמבואר בפרק החמישי. עם זאת מצינו כבר במשנה ובתלמוד הבבלי דיונים על ״הפוסק על שער שבשוק״ ואין בידו פירות. וכך נאמר במשנה[63]: ״אין פוסקין על הפירות עד שיצא השער. יצא השער, פוסקין. ואף על פי שאין לזה, יש לזה״. הגמרא דנה בחוזה זה בהקשר של ריבית, ואינה עוסקת בשאלת פשרו ותוקפו של עצם החוזה. כאן לא נאמר כי המוכר חייב לקיים את המיקח, ועל כל פנים משמע כי יש לעסקה זו נפקות משפטית למרות שאין לו למוכר פירות כעת. נדון בכך בפרק החמישי. לבסוף נזכיר עוד הלכה קצרה וסתומה בתלמוד הבבלי (ב״ב סט ע״ב) ביחס למכירת ״ארעא ודיקלי״, כשאין לו למוכר דקלים. אף הלכה זו תבורר להלן, בפרק החמישי.

ה. ההבחנה בין חוב לבין התחייבות; תוקפה של התחייבות — מדאורייתא או מדרבנן?

לפני שנבחן את מקורה של ההתחייבות, נזכיר שוב את ההבדל בין חוב פירעון (מחיר) לבין ההתחייבות. גם בחוב פירעון יש יסוד אישי, וכבר הזכרנו בתחילת פרק זה את הסוגיה המחלקת בין קניין לבין חיוב — ״נתחייב גברא״ (ב״מ מה ע״ב). אבל חוב פירעון אינו מבוסס דווקא על רצונו של החייב, אלא על העובדה האובייקטיבית של קבלת שווה כסף, שהיא מחייבת בתשלום מחירו של הדבר שנתקבל. אפילו היורד לשדה חברו ונטָעה שלא ברשות, כלומר בלא חוזה, זכאי לקבל את דמי השקעתו[64]. כך גם ביחס לחיוב מוסכם, כגון חיוב לווה, אומר הר״ן[65]: ״דברים בעלמא אי אפשר להתחייב אלא או בקבלת כסף או בקניין, או בשטר...״. לעומת זאת, ההתחייבות

[63] ב״מ ה, ז; בבלי עב ע״ב. וראה גם ב״מ סב ע״ב.

[64] ראה ב״מ קא ע״ב. אמנם שאלה היא: מה שיעור השכר? התשובה לשאלה זו תלויה בעיקר במידת הנאתו של הנתבע. ואין כאן מקום להאריך.

[65] ראה: ר״ן על הרי״ף לכתובות קא ע״ב (סא ע״א בדפי הרי״ף), ד״ה ואי דלא אמר.

בנויה לכאורה אך ורק על רצונו של המתחייב, ולרוב הדעות היא זוקקת קניין, כאמור בפרק הבא. על משמעות הקניין, נעמוד בפרק האחד־עשר. על כל פנים, נשאלת השאלה אם התחייבות זו תקפה מן התורה או מכוח תקנת חכמים.

דעות שונות נאמרו בזה, כפי שיבואר להלן. לעיל הבאנו את סוגיית "מנה אני חייב לך בשטר" (כתובות קא ע"ב) כסוגיה מרכזית בתורת ההתחייבות. כזכור, הגמרא מבחינה לדעת ריש לקיש בין ערבות להתחייבות, וכבר ציינו לעיל כי יש שהבינו שהערבות נלמדת מן התורה, ומשמע כי להתחייבות אין מקור בתורה, ואף ר' יוחנן התכוון לומר שחכמים דימו את ההתחייבות לערבות[66]. ואכן יש מן האחרונים[67] הסבורים כי חז"ל תיקנו מוסד משפטי זה של התחייבות כדי לפשט חיי המסחר (כעין "שלא תנעול דלת בפני לווין"; ב"ב קעו ע"א).

אך ניתן לדחות את הראיה: שנאמר כי לדעת ר' יוחנן, הערבות היא סוג של התחייבות, ואין הוא מקבל את דחיית ריש לקיש; או שנאמר כי הגמרא שם עוסקת בהתחייבות בלא קניין, אך בהתחייבות בקניין ניתן למצוא מקור אחר כי היא תופסת מדין תורה.

ואכן יש מן האחרונים שהולכים בדרך זו[68]. לכאורה כך עולה מן הגמרא (קידושין טז ע"א), האומרת כי שטר חוב דינו ככסף, ועבד עברי משתחרר בו. אך אפשר שהדברים אמורים דווקא בהתחייבות של מחיר, שבה העבד קונה את עצמו. אך מן הדוגמה של שאול, שהובאה בתשובות הרא"ש (לעיל, ליד ציון הערה 48), נראה שההתחייבות תופסת מן התורה.

יש אומרים כי עצם החיוב, השעבוד האישי, הוא מן התורה, אך שעבוד הנכסים הוא מדרבנן, גם לדעה כי בסתם חוב שעבודא דאורייתא, שכן השעבוד נדרש מן הפסוק "והאיש אשר אתה נשה בו", האמור בהלוואה דווקא[69]. ואולם מסתבר שאין הכרח בהבחנה זו. אם בסתם חיוב, כולל חיוב מן הדין כנזיקין, משתעבדים הנכסים מן התורה, מניין לנו להוציא התחייבות מן הכלל? אמנם לעיל, בפרק השני, אמרנו כי רש"י (כתובות פו ע"א) סובר שההתחייבות נכללת בדרשת הפסוק "הין צדק", וכאן

[66] ראה: אמרי בינה, הלוואה, סימנים א, טו, שדייק כן מרש"י כתובות קב ע"א, ד"ה אליבא.

[67] ראה: פרישה על הטור, חו"מ, סי' ס, ס"ק י, ד"ה אבל; משובב נתיבות (לבעל קצות החושן), סי' סו, ס"ק כג; אמרי בינה שם (דבריהם הובאו באנציקלופדיה התלמודית, ערך התחייבות, כרך יא, עמ' רנא); הרב י"א הרצוג, פסקים וכתבים, שו"ת, דיני חו"מ, סי' קיב (עמ' תכה).

[68] ראה: נחל יצחק, סי' ס, אות ג, שהסתמך על התוספות, תמורה לב ע"ב, סוף ד"ה והאמר עולא. אך הרב הרצוג (לעיל, הערה 67) דוחה את ראייתו. וראה עוד: נתיבות המשפט, סי' סו, ס"ק כג; אמרי בינה, הלוואה, סי' א, לפי המהרי"ט המובא לעיל, הערה 14 (דבריהם הובאו באנציקלופדיה התלמודית שם).

[69] ראה: חידושי הפלאה, כתובות פד ע"א, ד"ה שכולן, והוא על פי הרשב"ם, ב"ב קעה ע"ב, ד"ה שעבודא, כמובא לעיל, פרק שני, סעיף ב, 4 (ב). אפשר שזו גם שיטת הש"ך, חו"מ, סי' קטז ס"ק ה, שמבחין בין הלוואה למכר: "דדוקא בהלואה שייך לומר שעבודא דאורייתא דעבד לוה לאיש מלוה, ולא במוכר". ונראה להסביר כי במכר זו התחייבות של קבלת אחריות, ובהתחייבות אין שעבוד מן התורה.

המקור לכלל "פריעת בעל חוב מצוה", ולכאורה גם ההתחייבות נלמדת מדרשת אותו פסוק — שיהא הן שלך צדק — כפי שנדרש בגמרא (ב"מ מט ע"א). לפי זה, יש לנו מקור להתחייבות מן התורה. וכבר ציינו בפרק השני כי לפי זה, יש להתחייבות אופי אישי. אם כן, לרש"י ייתכן לומר כי שעבוד נכסים יש לו מקור אחר, ואינו נוהג בכל החיובים מן התורה.

ו. הבדלים בין מִלווה לבין התחייבות

לאור האמור נבחון הבדלים בין חוב של מחיר כחוב פרעון מלווה, לבין התחייבות לתשלום, מלבד שאלות הקניין והמקור של ההתחייבות שנידונו לעיל. שני החיובים הם חיובים חוזיים, שמקבל אדם על עצמו, אלא שההתחייבות, שבנויה על רצונו של המתחייב, ולא על תמורה של מחיר למה שנתקבל, דומה למתנה, כפי שכותב הרמב"ם: "שדבר זה כמו מתנה הוא" (הל' מכירה, יא, טו). ומכאן רשימה של הבדלים[70]:

1. קדימת מִלווה

התחייב אדם כסף לפלוני ולווה מאלמוני. אם כשמגיע זמן הפרעון אין לו אלא כדי חובו של אחד מהם — המלווה קודם. כמו שבעל חוב קודם לכתובת אשה, ומסביר הרמב"ם (הל' אישות, יז, ב): "שהרי בעל חוב הפסיד והוציא מעותיו, והאשה לא חסרה דבר, שיתר ממה שהאיש רוצה לישא, אשה רוצה להנשא", הוא הדין התחייבות לעומת מלווה[71].

2. אחריות טעות סופר

בשטר חוב, אף שלא נכתב שעבוד נכסים, קיים הכלל ש"אחריות טעות סופר", וודאי צווה לכתוב, והסופר טעה ולא כתב, או שהוא בגדר "תנאי מכללא". יש אומרים, שהכלל אמור במלווה דווקא, כי אין אדם (=המלווה) זורק מעותיו בחנם, אבל בשטר התחייבות, שהוא כמתנה, אין סברה זו תופסת. אמנם, לדעה כי שעבודא דאורייתא,

[70] הבדל אחד נובע מסיבה אחרת — דין שנאמר במלווה דוקא, היינו שמיטת חובות בשביעית, ראה תוספות, כתובות נה ע"א ד"ה ולשביעית, שכל שאינו מלווה, אינו משמט. אמנם נראה שיש חולקים, ראה: בית יוסף, חו"מ, סי' סז, סעיף ד, שמסביר כי הקפת חנות אינה משמטת מטעם אחר, אבל "כל חוב בין דרך הלואה בין דרך מקח, משמט". ומשמע שגם התחייבות לשלם בכלל, ועיין עוד סמ"ע שם, ס"ק כו; שו"ע שם, סעיף ט, ואכמ"ל.

[71] ראה שער משפט על שו"ע, חו"מ, סי' מ סעיף א.

בין כך ובין כך גובים ממשועבדים[72], אך יש אומרים שלדעה כי ההתחייבות היא מדרבנן (לעיל, הערה 67) אין גובים ממשעובדים[73].

3. ירושת זכויות

כמו שחיוביו של אדם עוברים עם מותו ליורשיו (לעיל, פרק שני, סעיף א, 5), כן גם הזכויות הנובעות מאותם חיובים עוברים ליורשים. כך, למשל, יורשו של המלווה גובה חוב אביו מן הלווה או מיורשו[74].

ומה הדין בהתחייבות ממון? נחלקו ראשונים, שכן בניגוד לסתם חוב, שבו ללא התנאה מפורשת נגדית, השתעבדו הנכסים גם ליורשי המלווה, בהתחייבות עולה השאלה — האם התכוון המתחייב לחייב עצמו ונכסיו ליורשים.

בגמרא, גיטין עד ע״א נחלקו חכמים ורשב״ג במשמעות תנאי בגרושין. האומר לאשתו: הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז, ומת, האם מתקיים התנאי כשתתן ליורשיו אם לאו, והלכה כי ״לי, ולא ליורשי, קאמר״ (שו״ע, אה״ע, סי׳ קמג סעיף ג). בנידוננו אומר הריטב״א[75], שהוא הדין בהתחייבות, בניגוד למלווה, ואלו דבריו: ״אבל במי שנתחייב לחברו מחמת שלווה ממנו, אע״פ שאין כתוב בשטר אלא לו, לו ולבאי כחו משמע, ובהא ודאי לא פליגי רבנן, דלא פליגי אלא בתנאי ובמה שנתחייב מרצונו, אבל אם לווה ממנו, בכי הא ודאי לא פליגי״.

שוב לפנינו הבדל בין התחייבות שניתנה מרצונו, כעין מתנה, שאז אומדים דעתו שלא התכוון לתת ליורשים, לבין מלווה, שזהו חוב של מחיר, ומשתעבדים הנכסים גם ליורשים.

ובעצם כבר שנינו כן בירושלמי (כתובות, יב, א), כי המתחייב לזון בת אשתו ה׳ שנים ומתה הבת, אין חייב ליורשיה, וכן נפסק להלכה[76].

אולם יש חולקים ואומרים: ״כי בכל דבר של זכיה ושעבוד, כיוון שזכה בו חברו כראוי הרי יורשיו ובאי כחו עומדים במקומו״, ולכן שני ערבים או לווים, שאחד מהם התחייב שיפרע ממנו המלווה תחילה, ״הוא הדין ליורשיו... שגובין ממנו, דכיוון שנשתעבדו נכסיו למלוה (כצ״ל)... הוא הדין שזכו בשעבוד ההוא יורשיו או באי כחו, שהאומר אני חייב לך מנה הרי הוא חייב ליורשיו. אבל בדבר שאין בו שעבוד אלא תנאים בעלמא, או פטור או נאמנות, בהא אמרינן דלו ולא ליורשיו קאמר״[77].

[72] ראה שער משפט שם, סי׳ לט סעיף א, והסתמך על פסקי הרא״ש, כתובות, פרק רביעי סי׳ ד.

[73] ראה אמרי בינה, הלואה, סי׳ א; אנציקלופדיה תלמודית, ערך התחייבות, כרך יא, עמ׳ רנא.

[74] ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורש (א), כרך כג, עמ׳ תקנט.

[75] במבוא לחידושי הריטב״א לגיטין, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תש״מ, אומר המהדיר הר״א ליכטנשטיין, כי לפנינו שני חבורים שיוחסו לריטב״א בטעות, והפרוש השני, שממנו מובאים הדברים כאן, הוא לרבנו קרשקש, שלמד עם הריטב״א, בבית מדרשו של הרא״ה ושל הרשב״א.

[76] שו״ע, אה״ע, סי׳ קיד סעיף ה, וראה עוד ט״ז שם, ס״ק ז.

[77] ראה חידושי הריטב״א, כתובות צה ע״א, בד״ה ומתני׳, ובפשטות כן משמע בירושלמי כתובות, ו, ב. על המשנה שם האומרת שהפוסק מעות לחתנו ומת, ונפלה ליבם, יכול לומר לו: ״לאחיך

ואין להקשות מן הירושלמי הנזכר לעיל, כי שם מדובר בחוב מזונות, ולא בסתם חוב, "שלא נתחייב אלא לזונה, וזו (שמתה) אינה בת מזונות"[78].

יש מחלקים בין חוב קצוב לבין חוב שתלוי בזמן — כך וכך מעות בכל שנה[79], ויש אומרים כי במתחייב לזמן עתידי, ומת קודם הזמן, פטורים היורשים[80].

עד כה אמרנו שהשאלה תלויה באומדן כוונת המתחייב, אך ראיתי מי שהבין אחרת. הריטב"א בתשובה (סי' רה) מחלק בין הכותב: אני חייב לך מנה, שזכו היורשים אף לכשמת בטרם נתן המתחייב, לבין מי שמתנה בקניין שיתן כך וכך, שלא זכו היורשים, אם מת המתחייב בטרם נתן. הרב י' קאפח, המהדיר של שו"ת הריטב"א, מסביר בהערתו חילוק זה, לפי דברי הבית שמואל[81] כי ב"קניין אתן" חל עליו חיוב אישי בלבד, ועדיין לא זכה המקבל, ולכן לא זכו היורשים.

ברם, כפי שנראה להלן, דברי הבית שמואל צריכים עיון[82]. על כל פנים, אין ראייה לדבריו מן הריטב"א. לעולם החיוב חל מיד, ונשתעבדו גופו ונכסיו[83], אלא ש"בקנין אתן" אף שמתחייב מעכשיו, אומדים דעתו שהתכוון לפרוע בעתיד, ולא התכוון[84] להתחייב ליורשים[85].

על הבדלים נוספים בין מלווה להתחייבות ראה להלן, סוף נספח ד.

ז. סיכום

בפרק הזה עסקנו בגדרה של ההתחייבות, הבחנתה מן השעבוד ומן הקניין, הצורך בה,

הייתי רוצה ליתן ולך אי אפשר ליתן", שואל הירושלמי: "ולאו דברים הנקנים באמירה הן"? ומסביר הריטב"א (כתובות סו ע"א): "שכיון שזכה האח בחייו, הרי אחיו של זה שהוא מייבם יורש כל זכותו". הרי לפנינו, שהיורש יורש זכויות המוריש, גם בהתחייבות ממון. וראה עוד שו"ת הרשב"א ח"ד סי' רמח; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' כב; שו"ת שמחת יו"ט, סי' לא, ב; חקרי לב, חו"מ, סי' פב, עמ' קלג ואילך, אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורש (ב), כרך כג, עמ' תריב (ובין היתר אותם אחרונים עסקו גם בבירור שיטת הריטב"א).

[78] חידושי הריטב"א, כתובות קא ע"ב, ד"ה והיא ניזונת.

[79] ראה מחנה אפרים שם (הערה 77).

[80] חקרי לב בדעת הרשב"א (לעיל, הערה 77).

[81] בית שמואל, אה"ע, סי' נא ס"ק ב. נידון להלן, פרק חמישי, הערה 61.

[82] ראה פרק חמישי, הערה 63.

[83] אכן בהתחייבות שאינה עושה קניין, כגון שבועה לשלם (ראה להלן, פרק אחד עשר סעיף ב), אין היורש זוכה, אלא אם כן נאמר שאומדים דעתו שהתכון להשבע גם ליורשים. ראה ט"ז (לעיל הערה 76); קצות החושן סי' רז ס"ק ט; אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 77) עמ' תריז.

[84] וראה עוד אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 77) הערות 118-119.

[85] אם כנגד התחייבותו התחייב שכנגדו או שקיבל טובת הנאה אחרת, יש אומרים שנידון כמלווה, ראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 77) עמ' תריד.

מיונה לסוגים שונים ומקורה. כמו כן סקרנו בקצרה את הסוגיות התלמודיות העוסקות בהתחייבות. על פי מקורות אלו, מציינים הראשונים כי יכול אדם להתחייב לחברו בחוב חדש. וכך אומר בעל העיטור[86]: "דכל מילי דמשתעבד בקניין ומתני ליה, אפילו במידי דלא מיחייב, מהני ליה קניין". הראשונים הסתמכו בעיקר על סוגיית "חייב אני לך מנה בשטר"[87], שלדעת רובם עוסקת בהתחייבות חדשה, אם כי יש שפירשוה על דרך הודאה, כמבואר בפרק הבא.

כל ההתחייבויות שנזכרו בפרק הזה עוסקות בהתחייבות ממונית לתשלום כסף, חוץ מן הדוגמה האחרונה שהיא עוסקת בהתחייבות להקנאה. בפרקים הבאים נדון בהרחבה בסוגי ההתחייבות השונים, ונשתדל לעמוד מתוך הדיונים הללו על פשרה של ההתחייבות.

נספח: ביאור משנה נדרים ד, ג (לח ע"א)

בסעיף ד, 2, הבאנו דוגמה להתחייבות מן המשנה בכתובות, תחילת פרק שנים־עשר: התחייבות הבעל לזון בת אשתו מנישואיה הקודמים. לפי אחד מן הראשונים, התחייבות זו נזכרת במשנה גם במקום אחר.

המשנה בנדרים, פרק רביעי, לח ע"א, אומרת ביחס למודר הנאה מחברו: "וזן את אשתו ואת בניו, אע"פ שהוא חייב במזונותן". הראשונים מתקשים, מניין למשנה שהאב חייב לזון את ילדיו? והרי בכתובות (מט ע"א) לא נאמר כן.

הרא"ש אומר שם בפירושו בשם רבנו תם כי מדובר בהתחייבות; בעל שקיבל עליו לזון את בניו לאחר שגירש את אשתו והחזירה [ובפסקי הרא"ש פרק ד, סי' ד, תירץ אחרת בשם ר"ת. וצ"ע].

לפי זה ניתן לתרץ קושי אחר של הראשונים שם. מדוע מותר? לפי רבנן החולקים על חנן, וסבורים כי הפורע חובו של חברו, חייב, אם כן הזן מהנה את האב — הבעל, שכן פורע חובו חינם.

התוספות, שם, ד"ה וזן, מתרץ שמדובר ב"מזונות יתירות". ודוחק להעמיד כך את המשנה, שמדובר רק בתפנוקים, לאחר שאכלו כראוי להם לפי הדין. אך לפי רבנו תם, ניתן לומר שהוא מתחייב בסכום קצוב לחודש, ואגב שהתחייב לילדים, התחייב גם לה בסכום קצוב, וכעת אין סכום זה מספיק, ואותו מודר משלים להם מזונותיהם. ולגבי מזונות אלו, איננו פורע חובו של האב — הבעל. ואולי זו כוונת התוספות.

[86] מאמר שני, קניין (י ע"ב). מלבד הראיה מסוגיית שומרים הנ"ל, הוא מסתמך על הגמרא בגיטין יד ע"א. עיין שם.

[87] ראה: שו"ת הרמב"ן, סי' ט; שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקפה, וח"ג, סי' כו; שו"ת הריטב"א, סי' קעז; נימוקי יוסף על הרי"ף, ב"מ ו ע"א בדפי הרי"ף, ועוד.

פרק רביעי

התחייבות לתשלום ממון

התוכן

מבוא: שתי גישות 79

א. "מנה חייב אני לך בשטר" 80

ב. הודאה 82

ג. התחייבות בשטר, לשיטת רבנו תם 84

ד. התחייבויות ממון בענייני נישואין 85
1. התחייבות לתוספת כתובה 86
2. דברים הנקנים באמירה ("פסיקתא") 88
3. "מתנה לחוד" 90

ה. ההתחייבות לשיטת ראשוני ספרד 93
1. שיטת הרי"ף 93
2. שיטת הר"י מיגאש 96
3. שיטת הרמב"ם 99
4. דבר שאינו קצוב — שיטת הרמב"ם 101
5. התחייבות למזונות במקורותיו של הרמב"ם 104

ו. "יטול מנה" 105

ז. "מנה אין כאן, משכון ושעבוד אין כאן" 107

ח. סיכום 112

נספח: דבר שאינו מסויים בהקניית "שווה מנה" 113

פרק רביעי

התחייבות לתשלום ממון

מבוא: שתי גישות

ההתחייבות לשלם ממון היא ההתחייבות הפשוטה ביותר, והיא מתקשרת בנקל לשעבוד נכסים: האדם מקבל על עצמו לשלם לחברו סכום כסף, ונכסיו משתעבדים לתשלום חוב זה. כבר ציינו בפרק הקודם כי סתם התחייבות לתשלום אינה נידונה במפורש בתלמוד. אמנם סוגיה אחת, בתחילת פרק יב בכתובות, עוסקת בהתחייבות חד־צדדית של תשלום כסף לאחר; ולא נזכר בה במפורש הבסיס המשפטי של חוזה זה. יש מן הראשונים שמסבירים זאת כהתחייבות, ומכאן נובעת "קלותה" של ההתחייבות לעומת ההקנאה ביחס לדרך עשייתה, כמבואר להלן. מאידך גיסא, יש בגמרא חוזים ספציפיים שתוכנם הוא התחייבות לתשלום, שכבר הזכרנו אותם בפרק הקודם, ובהם: התחייבות למזונות, התחייבות הערב והתחייבות השומרים לחרוג מדינם. יש חוזי תשלום שנחלקו בהם הראשונים אם לראותם כהקנאה או כהתחייבות[1].

ההתחייבות מעוררת שתי שאלות מרכזיות: האחת — בשאלת תוכנה ומהותה, האם החיוב הוא אישי או חפצי? ואם כן מהו אותו יסוד חפצי? והשנייה — בשאלת דרך עשייתה. בשאלה השנייה נעסוק בעיקר בפרק האחד־עשר, אך לא נוכל להימנע מלדון בה גם בעת שנדון בסוגיית פרק יב בכתובות. אולם עיקר עיסוקנו הוא בשאלה הראשונה — מהות החיוב. נעיר כבר כאן כי כללית אפשר להצביע על שתי גישות יסוד העולות מדברי הראשונים.

לפי הגישה הדומיננטית, שהראשונים שנקטו בה הם בעלי התוספות, מתברר לנו כי מרכז הכובד של החיוב אינו בשעבוד הנכסים דווקא, אלא בשעבוד הגוף. אין הכוונה לשינוי בתפיסת היסוד על פי התפיסה הנכרית הקדומה, שהחייב משתעבד לנושה בגופו (כגון במאסר), אלא שהחיוב עצמו מוטל על גופו, כמבואר להלן. כך נמצא כי הרמב"ן, הרשב"א ואחרים — ומכאן גם הטור, השולחן ערוך והאחרונים — נוטים לנתק את ההתחייבות מאופיה החפצי, ומדברים על התחייבות הגוף בנפרד מן ההקנאה ומגבלותיה. ועדיין שאלה היא: האם אנו נזקקים לשעבוד נכסים? ואם כן כמה אנו

[1] ראה, למשל: ב"ב קמ ע"ב; טור, חו"מ, סי' רנג, סע' מב. ועוד נדון בעניין זה להלן, ליד ציון הערה 143.

נזקקים לו? יש מן האחרונים שמנתקים את ההתחייבות מהצורך בשעבוד נכסים בכלל, ויש לדבר השפעה בעיקר על התחייבות להקנאה ולעשייה, כמבואר בפרקים הבאים.

ברם, אין זו דעת הכול. מדברי הרי״ף, הר״י מיגאש והרמב״ם — האסכולה הספרדית הקדומה — עולה גישה אחרת. הם אינם מדברים על התחייבות אישית שחלה על גופו של המתחייב. קשה לי לנסח את שיטתם[2], אך דומה שהיא קרובה יותר לתפיסה החפצית, ואולי היא קשורה להודאה, כמבואר להלן. יתר על כן, ספק אם ההתחייבות האישית מוכרת — על כל פנים לפי הר״י מיגאש.

אמנם בפרק הקודם הבאנו דוגמאות להתחייבויות, אך אלו יכולות להתפרש באופנים שונים. יש הן מתפרשות בדרך של הודאה — הודאת האדם בחובו לחברו. בעניינה של ההודאה נעסוק בהמשך דרכנו בקצרה, ובעיקר להלן בפרק העשירי, שבו נעמוד גם על היחס בין שתי הדרכים, ההתחייבות וההודאה. מקצת מן הדוגמאות הנזכרות לעיל כרוכות בנישואין, ויש להן מעמד מיוחד, כמבואר להלן.

בסוף הפרק נביא כמה סוגיות שמתפרשות באופן שונה בהתאם לשתי הגישות העקרוניות הללו.

א. ״מנה חייב אני לך בשטר״

נפתח בסוגיית הגמרא, כתובות קא ע״ב, שנזכרה בפרק הקודם. עיקר עניינה הוא בדרך העמדת ההתחייבות, כאמור שם, אך בהמשך הדברים עוד נראה שיכול להיות קשר בין התוכן והצורה.

הגמרא שם דנה באדם שהתחייב לשלם לחברו סכום כסף, לא רק בלא תמורה אלא גם בלא מעשה קניין. בגמרא מובאת מחלוקת בין ר׳ יוחנן וריש לקיש בעניין ״האומר לחברו חייב אני לך מנה בשטר״: לפי ר׳ יוחנן הוא חייב, ולפי ריש לקיש הוא פטור. והלכה כר׳ יוחנן[3]. בביאור דבריו של ר׳ יוחנן יש כמה שיטות בראשונים.

1. רש״י שם מסביר את כל הסוגיה בדרך של הודאה[4], והשאלה היא אם כתיבת שטר בנוסח הזה נחשבת כהודאה תקפה.

2. הרי״ף שם מוכיח מהסוגיה כי מדובר באדם שמחייב את עצמו בחוב שלא היה

[2] להלן, בנספח העשירי, נראה כי יש לפרופ׳ ב׳ ליפשיץ הסבר מקיף לשיטה ייחודית שלהם, והוא מייחס אותה כבר לגאונים, וכורך אותה בדין אסמכתא. עיין שם.

[3] רמב״ם, הלכות מכירה, יא, טו; טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ מ, סע׳ א. ביאור מקיף של הסוגיה ושיטות הראשונים בביאורה, כתב הרב ב״מ אזרחי, ״גדרי התחייבות באימוץ ילדים״, נעם, ד (תשכ״א), עמ׳ צד.

[4] ההודאה שייכת בעיקרה לתחום הראיות, אך בענייני ממון היא גולשת לתחום ההתחייבות, כמבואר להלן בעניין ״אודיתא״. על כל פנים, רש״י מתכוון להודאה על חוב קודם.

חייב בו. בדרך דומה פירשו גם הרמב״ן והרשב״א שם[5], אלא שהם מציינים במפורש שההתחייבות נעשתה בכתב, דהיינו שכתב לו: ״חייב אני לך מנה״. אף רבנו תם[6] חולק על רש״י, והוא מסביר שמדובר באדם שרוצה להתחייב ולהשתעבד בשטר בחוב חדש.

3. הרמב״ם אומר גם הוא שמדובר באדם שמחייב את עצמו עכשיו, אלא שהתחייבות זו יכולה להיעשות אף בעל פה, אם היא נאמרת בנוסח מסוים. וזו לשון הרמב״ם: ״המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אע״פ שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא, ואינה אסמכתא. כיצד? האומר לעדים: הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה; או שכתב לו בשטר: הריני חייב לך מנה אע״פ שאין שם עדים; או שאמר לו בפני עדים: הריני חייב לך מנה בשטר... אע״פ ששניהם מודים, והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב. וכזה הורו רוב הגאונים״[7].

כאמור, עיקר הדיון במפרשים כאן הוא בדרך העמדת ההתחייבות. העובדה שאפשר להתחייב בשטר הציקה לרבנו תם, כפי שנראה להלן, ובייחוד התקשו בדעת הרמב״ם, שאפשר להתחייב בעל פה. לא מצאנו אפשרות כזו בהעברת קניין. יתר על כן, אף בהתחייבויות שונות מצינו שלא הסתפקו באמירה בעל פה[8]. לא נעסוק כאן בשאלה זו, אלא במה שנוגע באופיה של התחייבות.

כבר ציין בעל קצות החושן[9]: ״משמע מדברי הש״ך[10] וכל האחרונים טעמא דהרמב״ם דחיוב הוא קל להתחייב בדיבור בעלמא״. כלומר, ההתחייבות, בניגוד לקניין, היא דבר ״קל״, והיא נוצרת גם בדיבור בלא מעשה קניין. אולם ממשיך קצות החושן: ״והוא נגד הסברא ונגד כמה סוגיות בש״ס[11], וכן משמע בהא דאמר רב גידל: הן הן הדברים הנקנים באמירה[12], ומשמע דשאר דברים אין נקנין אפי׳ בחיוב״. בהתאם למה שכבר נאמר, אפשר להבין כי אמנם ״הוא נגד הסברא״. קשה לומר שההתחייבות היא דבר ״קל״. אם אמנם כך הוא הדבר, מדוע התחייבות אישית לעשייה אינה תופסת כלל

[5] חידושי הרמב״ן לכתובות שם; שיטה מקובצת, בשם תלמיד הרשב״א בשם רבו. וראה גם בר״ן על הרי״ף שם, סא ע״א (בדפי הרי״ף).

[6] מובא בתוספות, שם קב ע״א, ד״ה אליבא.

[7] הלכות מכירה, יא, טו. מקור המעיד שמדובר בהתחייבות שבעל פה נמצא בפירוש הר״ח לפי עדותו של הרי״ד בספר המכריע, סי׳ נב; ובשו״ת הר״י מיגאש, סי׳ קסח, שנדפסה בברכי יוסף, חו״מ, סי׳ מ, אות ב. וראה להלן, בהערה 17. ואין הכרע בדעת הרי״ף הנזכרת לעיל: הרמב״ן מבארו שהוא מתחייב בכתב, ואילו הר״ן מבאר שהוא מתחייב בעל פה.

[8] ראה הרמב״ן שם, שמקשה מהתחייבות ערב (ב״ב קעו ע״ב) והתחייבות השומרים לחרוג מדינם (ב״מ נח ע״א; ב״מ צד ע״א). סוגיות אלו הובאו בפרק הקודם.

[9] חו״מ, סי׳ מ, ס״ק א.

[10] שם, ס״ק ג-ד. על היחס בין התחייבות לקניין, ראה עוד להלן, פרק אחד־עשר, הערה 6.

[11] ראה בהערה 8. וראה בר״ן (לעיל, הערה 7), ש״ך והגר״א ונושאי הכלים שם, שחילקו בין ההתחייבויות כדי ליישב את דעת הרמב״ם: הש״ך והגר״א מבחינים בין התחייבות סתם להתחייבות מותנית. עיין שם.

[12] כתובות קב ע״ב. ראה: פרק שלישי, ליד ציון הערה 31; להלן, בפרק זה, ליד ציון הערה 39.

משום היותה קניין דברים? אדרבה ההתחייבות — אם היא קיימת — היא "קרובה" לקניין, והיא בנויה על דין שעבוד נכסים, כאמור.

לפני שנדון בהסברו של בעל קצות החושן, נאמר כי דרך העמדת ההתחייבות אינה מעידה בהכרח על אופיה ומהותה. מחד גיסא, ההתחייבות קושרת את האדם ומחייבת אותו; אך מאידך גיסא, היא רק מתחילה את הקשר המשפטי, ועדיין היא דורשת המשך, ולפיכך ייתכן שהיא נוצרת בלא קניין. מעשה הקניין בא — להרבה דעות — כדי להביא ולגרום את גמירת דעתו של עושה החוזה[13]. לפי זה יש מקום להבחין בין ההקנאה ובין ההתחייבות. בדיבור בלא מעשה קניין יש גמירת דעת להתחייב, כלומר להתחיל את הקשר המשפטי, אך לא להקנות ממש. מכל מקום, עדיין קיימת שאלת מהותה של ההתחייבות, אם היא חלה על גברא או על חפצא?

ב. הודאה

לעיל ציינו את הקשיים שהביאו את בעל קצות החושן להסביר את דברי הרמב"ם באופן אחר: לעולם אי אפשר להתחייב בדיבור בעלמא, אלא שהרמב"ם עוסק בקניין "אודיתא", שהוא אחד מדרכי הקניין בחיובים ובהקנאות.

ההודאה תידון בפירוט בפרק העשירי, וכאן נעמוד בקצרה בדברים הנוגעים לסוגייתנו. מקורו של מוסד ה"אודיתא" הוא בסיפור מעשה בתלמוד במסכת בבא בתרא[14], שבו הקנה מפקיד מעות פיקדון לאחר על ידי אודיתא. המפרשים הרבו לדון בשאלה: האם אודיתא זו היא מעשה קניין בחיובים ובהקנאות? או שמא היא פועלת כנאמנות והוכחה שיש למקבל זכות כלפי המודה, אף על פי שאנו מוחזקים שאין לו כלום? לפי הדעה השנייה, יש אומרים שאם שניהם מודים שההודאה היא שקר, ולא התכוונו אלא להקנות בה, היא אינה תקפה[15]. בעניין שלנו (סוגיית הנושא בכתובות), מפרש הר"י מיגאש, שהוא מדין הודאה "עם היות הדבר מעיקרו שאין לו אצלו כלום"[16], ומשמע שההודאה אכן יוצרת חוב חדש. לפי זה אפשר אמנם לפרש גם את דברי הריי"ף והרמב"ם דלעיל מדין הודאה[17]. הריי"ף מוכיח מהסוגיה בכתובות "דלית

[13] ראה להלן, פרק יא, סעיף א.

[14] קמט ע"א.

[15] תשובות הרשב"א, ח"ד, סי' נ.

[16] בתשובותיו, סי' קו. וראה עוד שם: סי' צז, קנג; ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ. ועוד נדון בתשובות אלו להלן.

[17] ר"י מיגאש היה תלמידו המובהק של הריי"ף ורבו־משפיעו של הרמב"ם, אף כי לא רבו ממש. ראה: רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון ה, ו; שם הגדולים לחיד"א, ערך "רמב"ם". ואמנם בעל אמרי בינה, הלוואה, סי' טו, מביא ראיה להסברו של קצות החושן מדברי הר"י מיגאש. ראיה זו מתחזקת מן העובדה שדברי הר"י מיגאש, בסי' קסח שם, שימשו כנראה מקור לרמב"ם כי מדובר בהתחייבות שבעל פה (לעיל, הערה 7). מלשון התשובה בסי' צז: "כתב רבינו כל מי

ליה גביה מעיקרא ולא מידי, אלא איהו חייב נפשיה במילתא דלא היה מיחייב ביה״. וכן מדגיש הרמב״ם: ״אע״פ ששניהם מודים... שלא היה לו אצלו כלום״. כאמור, עדיין אפשר להסביר זאת לא כהתחייבות הגוף, הינו שקיבל על עצמו לשלם, אלא כהודאה שיוצרת חיוב. וכבר הראה בעל קצות החושן, שיש מפרשים שקושרים את סוגיית אודיתא בבבא בתרא לסוגיית הנושא בכתובות[18].

אולם יש להודאה זו כמה מגבלות, כי אף על פי שהיא נעשית בדיבור בעלמא, יש לה דרישות פורמליות: היא נעשית בפני בית דין או עדים (או בשטר), ודווקא בלשון הודאה ולא בלשון התחייבות. משום כך יש לומר ״חייב אני״, ולא ״מתחייב אני״[19]. אמנם יש קושי בהשוואה שהשווה הרמב״ם את חיוב האודיתא לחיוב ערב (על פי הסוגיה בכתובות שם), שהרי חיוב הערב אינו בנוי על הודאה. וצריך לדחוק ולומר שהדמיון בין חיוב אודיתא לערב הוא שבשניהם מדובר בחוב חדש, אבל הוא נעשה בדרך של הודאה[20].

אדרבה, אפשר שלפי הרמב״ם יש שהתחייבות צריכה להיעשות דווקא בדרך של הודאה. אם התחייב שלא בדרך הודאה בסכום גדול שאין לו כעת (״דבר שלא בא לעולם״), ולפי הר״י מיגאש אולי אף כשיש לו — לא יחול החיוב, כמבואר להלן בביאור שיטותיהם.

עד כה עולה כי נחלקו אחרונים בשאלה אם אפשר להתחייב בעל פה, בלא קניין (״אתם עדיי״). יש שמוכיחים[21] מדברי הטור שלא כדברי קצות החושן. הטור (סי׳ ס, סע׳ ו) מבחין בין הודאה לבין התחייבות שנאמרה בלשון חיוב, המועילה גם בדבר שלא בא לעולם[22]. על התחייבות זו, אומר הטור: ״הוו עלי עדים שאני מתחייב עתה בכך וכך מדות של פירות, שהוא חייב״. מכאן למדנו שגם בלשון ״מתחייב״, שהיא לשון התחייבות, ולא הודאה, אין צריך קניין.

על הוכחה זו יש להשיב כי ב״ספר התרומות״, שהוא מקור דברי הטור, נזכר קניין[23]:

שכותב בשטר נתחייב וכו׳״, הבין בעל ״אמרי בינה״ שהר״י מיגאש מייחס את שיטתו לרי״ף. אך ייתכן שאין זה אלא לשון תלמיד הר״י מיגאש (ראה מאמרו של י׳ תא־שמע, על יצירתו הספרותית של הר״י מיג״ש, קריית ספר, מו, תשל״א, עמ׳ 541). וראה בהערה הסמוכה.

[18] ראה נימוקי יוסף בב״ב סט ע״ב (בדפי הרי״ף), בשם הריטב״א, וכסף משנה על הרמב״ם שם, וכן כתב בעל התרומות, שער מב, חלק ד, אות ג. מדבריו משמע כי אף הגאונים פירשו על דרך הודאה. אם כן, אף מכאן יש ראייה כי הרמב״ם, שהסתמך על הגאונים, התכוון להודאה. אמנם ציין שם בעל ״גידולי תרומה״ לדברי בעל התרומות, שער מב, ח״א, ט. והדבר צריך בירור.

[19] ר״י מיגאש שם (לעיל, הערה 16); קצות החושן שם, סי׳ מ. וכך נפסק גם בימינו. ראה פד״ר ג, 363, 365-366.

[20] ראה: ביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ מ, ס״ק א; אמרי בינה, הלוואה, סי׳ טו. ודוחק לומר כי כל התחייבות, כולל ערבות, בנויה על הודאה שיוצרת חיוב.

[21] ראה: משכנות יעקב, חו״מ, סי׳ נד.

[22] ראה להלן, פרק חמישי, סע׳ ג, 8, הבחנת הראשונים — לעניות דעתי לא לפי הרמב״ם, כמבואר להלן — בין קניין להתחייבות בדבר שלא בא לעולם.

[23] ראה הוצאת מכון ירושלים תשמ״ח, שער סד, ח״ב, ב. וכאן המקור לפסקו של ר׳ יוסף קארו,

"אלא אפילו אומר: הוו עלי עדים דאנא מחייבנא נפשאי קדמיכון השתא בקניין..."[24]. מכאן שההתחייבות צריכה קניין. וכן פוסק השולחן ערוך שם: "והוא שקנו מידו". ונראה לי שאף הטור מסכים לצורך בקניין, אלא שעיקר עניינו הוא בהבחנה בין ההודאה להתחייבות, ומשום כך לא דקדק להזכיר קניין בהתחייבות. אמנם גם על "ספר התרומות" ועל השולחן ערוך אפשר לשאול: מדוע צריך עדים ומדוע צריך לומר "אתם עדיי", אם יש קניין? ואפשר שלא הביאו את עניין הצורך באמירה זו אלא אגב גררא, שנזכר כן בהודאה[25].

ג. התחייבות בשטר, לשיטת רבנו תם

על מהותה של ההתחייבות, אפשר לכאורה ללמוד מלשונו של רבנו תם בתוספות, כתובות קב ע"א (ד"ה אליבא). הוא מסביר את הסוגיה כעוסקת בהתחייבות חדשה שנעשתה בשטר, ואומר: "ואין לתמוה: היכי משתעבד בשטר זה? הא אין מטלטלין נקנין בשטר. דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה. שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדאמר בסמוך..." (כתובות קב ע"ב). ויש להבין מה הוא מתכוון בקושייתו ("ואין לתמוה"), הרי אינו מקנה מיטלטלין, אלא מתחייב לשלם?

מכאן משמע לכאורה שההתחייבות אינה נתפסת כחיוב אישי לעשות דבר מוסכם, אלא כמין הקנאה, היינו הקנאת ערך רכושי מסוים מתוך כלל נכסי המתחייב[26]. והתירוץ של רבנו תם הוא, שאין זו הקנאה רגילה של מיטלטלין מיוחדים, ויש גמירת דעת לחוזה זה אף בשטר. נראה שהתירוץ בא להפריד בין הקנאה להתחייבות[27].

שהצריך קניין, הן בבית יוסף הן בשו"ע שם, סעיף ו. בפרישה על הטור שם הועתק, כנראה בשוגג, "בענין" במקום "בקנין".

[24] מדברי בעל התרומות, שם ח"ד, נראה שהבין את דברי הרי"ף והרמב"ם שלא כדעת קצות החושן, אלא שמדובר בהתחייבות חדשה, ובכל זאת הזכיר שם "קנין". ועיין בש"ך, סי' ס, ס"ק כו – לשיטתו הנ"ל בהערות 10-11 – שהתקשה בזה. התומים, שם, ס"ק יד, מציע לתקן ולגרוס "כקנין" במקום "בקנין".

[25] הרב י' בלוי, פתחי חושן, בדיני קניינים, פרק יח, הערה יב, אומר שצריך לעדים כדי שיגבה ממשועבדים.

[26] הדרישה על הטור, חו"מ, סי' מ, ס"ק ג, רואה בה עסקה קניינית, אלא שהוא מסביר על סמך הגמרא, שבועות לט ע"ב, שהוא מקנה לו שווה מנה, ולא מנה ממש, ולכן הוא נקנה גם בחליפין (והשווה לדברי הרשב"א, להלן, הערה 58). ודבריו תמוהים, שהרי בטור, בשם ר"ת, מדובר בהתחייבות שיש עמה שעבוד נכסים.

[27] אם בדברי רבנו תם עצמו אפשר היה לומר בדוחק שעדיין אנו עוסקים בהקנאה, והתירוץ עוסק רק בשאלת גמירת הדעת, "דהואיל וטרח למכתב שטרא" יש גמירת דעת, ואין צורך במעשה קניין נוסף, הרי הרא"ש שם, פרק יב, אות ב, מבהיר יותר. כאשר הוא מביא את דברי רבנו תם, הוא משנה קצת בלשון התירוץ, ואומר: "דהואיל וטרח למיכתב בלישנא דחיובא". הדגש בדבריו אינו על טרחתו, שמעידה על גמירת דעת, אלא על נקיטת לשון חיוב. ובסוף התירוץ הוא מוסיף:

דומה שאין להסיק מדברי רבנו תם מסקנות מרחיקות לכת. דבריו עוסקים בשאלת דרך העמדת ההתחייבות, אך אינם עוסקים בתוכנה ובמהותה. כך, למשל, איננו יודעים מה דעתו כשאין למתחייב נכסים בערך התחייבותו[28]. עוד יש לזכור את שיטתו של רבנו תם בעניין העברת חוב, שנידונה לעיל[29]. רבנו תם מבחין שם בין שעבוד נכסים ובין שעבוד הגוף, ומכאן שיש בחיוב צד אישי שאף אינו ניתן להעברה. להלן נדון בדעות אחרות המקרבות את ההתחייבות לקניין.

ד. התחייבויות ממון בענייני נישואין

סתם התחייבות של אדם לשלם לחברו אינה דבר מצוי. מבחינה מעשית מצינו שהתעוררו ספקות בשאלת תקפותן של התחייבויות שנעשו בזיקה לנישואין בין בני זוג. בהקשר זה דנו הראשונים גם בשאלות העוסקות במהות ההתחייבות. אין הכוונה להתחייבויות שבאות מכוח הדין, כגון כתובה, אלא להתחייבויות חוזיות הבאות ביזמת הצדדים. להלן נדון בשלושה חוזים מסוג זה:

1. כבר המשנה[30] דנה בהתחייבות החתן להוסיף סכום רב כתוספת לכתובת אשתו.

2. הגמרא[31] דנה בהתחייבויות הדדיות (או הקנאות; ראה להלן) של מחותנים לפני הנישואין למען בני הזוג. התחייבויות אלו מכונות "דברים הנקנים באמירה" או "פסיקתא".

3. בסוף תקופת הגאונים ואצל הראשונים הספרדים, מצינו דיונים בקשר ל"מתנה לחוד", דהיינו מתנה מיוחדת, נוסף לכתובה, שהיה הבעל כותב לאשתו.

כבר אמרנו בתחילת הפרק כי בעלי התוספות באשכנז, הרמב"ן וההולכים בעקבותיו בספרד חידדו את ההבחנה בין החיוב והקניין, והדגישו את היסוד האישי בהתחייבות, חיוב הגוף, ובכך פתרו בעיות שהתעוררו בעניין ההתחייבויות הללו. לעומתם, נראה כי ראשוני הספרדים — הר"י מיגאש והרמב"ם — לא הלכו באותה דרך, ולדעתם אין הבחנה ברורה בין החיוב והקניין. בייחוד אמורים הדברים לדעת הר"י מיגאש, כמבואר להלן.

"דמטלטלין המיוחדין אינן נקנין אלא במשיכה, אבל שעבוד וחוב [בתוספות הרא"ש: שעבוד חוב] מהני בשטר". כאן מובלטת ההבחנה בין הקניין וההתחייבות.

[28] להלן (ליד ציון הערה 34) נראה כי בן דורו הצעיר, ר' אליהו מפריס (ראה: א"א אורבך, בעלי התוספות, ירושלים תשכ"ח, עמ' 106), נשאל בעניין זה על ידי ר"י, בן אחותו של רבנו תם, וענה שהתחייבות זו תופסת, ואין בה משום "דבר שלא בא לעולם".

[29] מובא בר"ן על הרי"ף לכתובות פה ע"ב (מד ע"ב בדפי הרי"ף), ראה לעיל, פרק שני, סעיף ג, הערה 162.

[30] כתובות ה, א. ראה לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 31.

[31] כתובות קב ע"ב, ובגליון צווינו המקבילות. ראה לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 31.

1. התחייבות לתוספת כתובה

המשנה בכתובות, בתחילת פרק חמישי, אומרת: "אע"פ שאמרו: בתולה גובה מאתים... אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף". כבר הזכרנו את הירושלמי שם[32], שדן בשאלת דרך העמדת ההתחייבות, ומסיק שמשום הנאת החיתון אפשר להתחייב בלא קניין, בדומה להתחייבות המחותנים, שהזכרנו לעיל.

התוספות שם[33] מעוררים שאלה עקרונית במהותה של ההתחייבות. משום חשיבות הדברים, נביאם בלשונם: "תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין, אע"פ שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב, והואיל ונתחייב, אפילו אבדו אלו הנכסים וקנה אחרים, הם משתעבדים... אבל אותו שאין לו, היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן? כיון שלא נתחייב לה, היינו דבר שלא בא לעולם!". כלומר, יש בהתחייבות משום הקנאה מסוימת בנכסי המתחייב, וכעת הרי אין לו נכסים כדי התחייבותו. אמנם למדנו כי הלווה, שכבר הוא חייב, יכול לשעבד למלווה גם נכס שיקנה בעתיד[34]. עם זאת טוענים התוספות בקושייתם כי אין מכאן ראיה לאפשרות יצירת חוב כשאין לו הנכסים שעליהם יחול החוב, שהרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אלא שכאן באה תפנית:

> ושאל ר"י לרבי אליהו, והשיב לו דמצינו כענין זה... מתנה שומר חנם להיות כשואל... בשקנו מידו (ב"מ צד ע"א), משמע בכל ענין אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים, אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה, ולכשיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה.

כלומר, ההתחייבות חלה על גופו. ומיד מעוררים התוספות את שאלת "קניין דברים", שלכאורה שוללת את התחייבות הגוף, כפי שאמרנו לעיל, והם מסבירים:

> ואין זה קניין דברים בעלמא, דקניין דברים לא הוי אלא כההיא דריש בבא בתרא (ג ע"א), שקנו מידם לחלוק חצר... אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה, משתעבד, ואין זה קניין דברים בעלמא[35].

[32] ה, א. הובא לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 17.

[33] נד ע"ב, ד"ה אף על פי. הם מקשים גם על מאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, שהרי כבר אמרנו לעיל, בפרק השני, כי אף לדעתו יש שעבוד מסוים כלפי נכסי החייב עצמו. ראה קובץ שיעורים, לר' אלחנן וסרמן, כתובות שם.

[34] זהו שעבוד "דאיקני" (ב"ב קנז ע"א). וראה לעיל, פרק שני, סעיף א, 6. בכך כבר יש פרצה בכיוון של ניתוק מתכונתו החפצית של החיוב, כי הלווה מטיל שעבוד על נכס שעדיין לא בא לעולם. להלן נראה כיצד ניתן לנצל פרצה זו.

[35] דברי התוספות הובאו על ידי הראשונים שם בגרסאות שונות. לדעת הרא"ש, כתובות, פרק ה, סי' א, והמאירי, כתובות שם, מוסד ההתחייבות היה פשוט ומקובל (וראה בחידושי חתם סופר לכתובות שם), ולכן הם מסבירים שהשאלה מתייחסת רק להתחייבות שתחול בעתיד (הסבר המאירי, "שקנו מידו", אינו ברור, שכן הקושי הוא בתוכן, לא בצורה, ויש ליישב לפי האמור בפרק החמישי, הערה 247, עיין שם). אמנם נראה לי שהתשב"ץ, ח"ג, סי' שא (מה ע"א), מסביר

נראה שיש לבאר את תירוץ התוספות בשני אופנים.

א. לעולם יש לומר שההתחייבות תלויה בשעבוד נכסים, אלא שחידוש התוספות הוא שאפשר להפריד בין שני מרכיבי החיוב — המרכיב האישי והמרכיב הקנייני (=שעבוד הנכסים) — כפי שנזכר לעיל, פרק שני. כלומר, אף על פי שהנכסים אינם כעת ברשותו, ההתחייבות תופסת, והיא תחול על הנכסים לכשיבואו לרשותו. ויש לחלק בין התחייבות לעשייה, שיכולה להיות מוטלת רק על בסיס אישי, והיא בגדר קניין דברים (על ייחודו של חוזה עבודה, ראה להלן, פרק שביעי), לבין התחייבות ממונית, הבנויה על שעבוד נכסים, ובלשון התוספות: "שמשעבד גופו לזה החוב מעתה, ולכשיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה". ונראה שכך הבין התשב"ץ[36] בהסבירו את דברי התוספות: "ואין זה קניין דברים, שהרי כשיהיו (כצ"ל) לו נכסים, יחול השעבוד עליהם". אמנם אין הכוונה לשעבוד נכסים במלוא מובנו הקנייני, שהרי אם לא כתב "דאיקני" אי אפשר לגבות מנכס עתידי שיפול בחלקו, ויימכר לצד שלישי, כאמור לעיל, בפרק שני; אלא הכוונה היא לשעבוד כללי, שחל על גופו ועל נכסיו כשיבואו לרשותו על דרך גבייה "מיניה", כמבואר לעיל שם.

ב. התוספות מחדשים שהקניין הוא על גופו, ולא על נכסיו, אלא שכתוצאה משעבוד גופו אפשר לגבות מנכסיו לכשיבואו לרשותו. כאן עובר מרכז החיוב מנכסיו לגופו. וכן ניתן להבין מן הראייה שמביאים התוספות מדין "מתנה שומר חינם להיות כשואל". האחרונים[37] מתקשים בפשר הראייה: מניין ששם מדובר בשאין לו נכסים עתה? והם עונים כי מן התלמוד בכתובות לד ע"ב מוכח ששעבוד נכס השומר חל רק בשעת הפשיעה (או האונסין בשואל); אם כן, כיצד הוא מתחייב עתה על שעבוד נכסים עתידי? על כורחנו יש לומר ששעבוד הגוף מתחיל עתה, ולפנינו התחייבות הבנויה רק על שעבוד הגוף.

וזה לשון פני יהושע לכתובות שם: "כיון דסוף סוף לא משעבד נכסיו בשעת התנאי, אלא בשעת האונסים (כתובות לד ע"ב)... ע"כ צ"ל דאפילו הכי מתחייב, כיון שאמר בלשון חיוב, ומחייב גופו לקיים זה התנאי. וכיון שחל עיקר החיוב בשעת התנאי, ממילא אשתעבדו נכסי, בין אם היו לו עכשיו או אם לא היו לו, וקנה אח"כ, דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם במה שהחיוב חל מיד...". וכן עולה כבר מדברי

באופן אחר: כלומר, מכיוון שההתחייבות תחול בעתיד, עם פקיעת הנישואין, הקושי הוא לגבי כל חתן, אף מי שיש לו נכסים עתה, שהרי כיצד הוא יכול להתחייב על הנכסים שיהיו לו בשעת החיוב? ועיין עוד מהר"ם שיף לכתובות שם.

[36] ח"ג, סי' שא (מה ע"א).

[37] ראה מהרש"א, האומר כי שמירה אינה סתם התחייבות ממון, אלא שהשומר משעבד את גופו עתה לשמור. ומוסיף ר' עקיבא איגר על אתר, שמכיוון ששעבוד הנכסים חל משעת האונסין (שו"ע, חו"מ, סי' שמא, סע' ד), אין הקניין יכול להועיל עתה, משום "כלתה קניינו" (ראה בפרק הבא), ועל כורחנו צריכים אנו לומר שהקניין חל על גופו מעכשיו לשמור. וראה עוד: ב' ליפשיץ, עובד וקבלן, עמ' 118, המסתמך על מקורות מקבילים של התוספות, שקצתם נזכרו בהערה 35, והוא דוחה את ההסבר הראשון בכוונת התוספות.

אחד מן הראשונים: "וא"ת: על מה חל הקניין (של אותו שומר חינם), קניין דברים בעלמא הוא?! וי"ל דחל הקניין על גופו, דגופו משועבד להיות כשואל" (שיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א, בשם תלמיד ר"פ).

ועדיין שעבוד הגוף הזה צריך הסבר. להלן (פרק שביעי) נעמוד על שעבוד הגוף לעבודה, שמחד גיסא מעניק למעביד קניין כלשהו בגופו של העובד, אך מאידך גיסא העובד רשאי לחזור בו. ואולם בהתחייבות שומרים נחלקו הראשונים אם אפשר לחזור ממנה, כמבואר להלן (פרק שמיני). אך בנידון דידן אין זה קניין הגוף שמחייב לעבוד, אלא זהו חיוב ממוני שאי אפשר לחזור ממנו. וצריך לומר שהתוספות לקחו מדין שומר דוגמה לדבר, שאפשר לחייב את גופו. אך אין זה חוזה עבודה, אלא עדיין יש לפנינו חוזה ממוני, המעניק לאישה זכות ממונית כלפי החתן. יתר על כן, פה אין מדובר בסתם שומר, אלא בשומר שחורג מדינו, וכנראה הבינו בעלי התוספות שזו התחייבות ממונית שאינה ניתנת לחזרה (ראה להלן, סוף פרק שמיני).

אפשר שיש הבדל בין שני ההסברים בתירוצו של ר' אליהו. לפי ההסבר הראשון, עדיין מדובר בתחום התחייבות לתשלום שבנויה על שעבוד נכסים, ואין מכאן ראיה לאפשרות של התחייבות להקנאת נכסים. ואילו לפי ההסבר השני, גם התחייבות להקנאה תקפה, ואפילו בדבר שלא בא לעולם, שכן זו התחייבות ממונית שחלה על גופו. וכן כותב פני יהושע שם:

> ומהאי טעמא הוציאו הפוסקים דכל מה שאדם אומר בלשון חיוב מהני, אפילו בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו...[38].

לדברים אלו של התוספות הייתה השפעה גדולה על מוסד ההתחייבות בכלל, כפי שנראה להלן, כשנעסוק בהתחייבות בדבר שלא בא לעולם. ברם, יש לזכור שתירוצם של התוספות אינו היחיד, כפי שנברר להלן.

2. דברים הנקנים באמירה ("פסיקתא")

הגמרא בכתובות[39] אומרת: "אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנך? כך וכך. וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך. עמדו וקדשו. הן הן הדברים הנקנים באמירה". כלומר, חוזה המחותנים קם באמירה, בלא קניין. ומנמקת הגמרא: "בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי, גמרי ומקני להדדי". דהיינו: משום הנאת החיתון ההדדית, גמרו בדעתם להקנות זה לזה בלא מעשה קניין. פרטי ההלכה מבוארים שם בפוסקים[40].

למהותה של הלכה זו יש קשר למושג "בההיא הנאה" הבא בכמה סוגי עסקאות

[38] פני יהושע מסתמך עוד על הירושלמי, בב"מ ד, ב (נזכר לעיל, פרק שלישי, הערה 59). וראה להלן, פרק חמישי, הערה 231.

[39] קב ע"ב. וכן הוא גם במסכת קידושין ט ע"ב ובמסכת מועד קטן יח ע"ב. ראה לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 31.

[40] רמב"ם, הלכות אישות, כג, יג; הלכות זכייה ומתנה ו, יז; טור ושו"ע, אה"ע, סי' נא, ונושאי הכלים.

בתלמוד[41]. האם "בההיא הנאה" הוא מעשה קניין? ואם כן, האם הוא נחשב כקניין כסף או חליפין? ואולי אינו מעשה קניין, אלא שהוא מצביע על גמירת דעת, כמו שמשמע מדברי רבנו תם (לעיל, סעיף ג)? האם "בההיא הנאה" עוסק בהקנאות או בהתחייבויות?[42] אף באשר ל"דברים הנקנים באמירה", התלבטו המפרשים אם הוא מכוח הדין או שהוא תקנת חכמים[43]. להלן (בפרק אחד־עשר) נדון בפירוט במשמעות של "בההיא הנאה", וכאן לא נעסוק אלא בהיקפו של דין "דברים הנקנים באמירה".

במקורות אחדים מצינו בשם הגאונים כי דין זה מתגבר לא רק על הצורך במעשה קניין, אלא גם על תנאי הקנאה אחרים, דהיינו דבר שלא בא לעולם ושאינו ברשותו, הקנאת מטבע בחליפין ואסמכתא. וכך נאמר ב"עיטור"[44]: "וכתבי רבוותא דכל תנאי שהוא בשעת קדושין נקרא פסיקתא, ונקנה באמירה, אע"פ שלא בא לעולם. ואע"פ שאין בידו, הרי הוא כאילו הוא בידו, ואפילו הוא מטבע ובלשון אסמכתא, בין מקרקעין ובין מטלטלי...". וכן היא גם דעת הרי"ף[45] והר"י מיגאש[46].

בניגוד לזה, אומר הרמב"ם[47]: "וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקים מצויין ברשותו, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כמו שביארנו". והביאו את דבריו גם הטור והשולחן ערוך[48]. נושאי הכלים[49] אומרים שהרמב"ם מדבר בהקנאה, אבל בהתחייבות הוא מסכים שאין צורך שיהיו הדברים ברשותו, כי אפשר להתחייב על דבר שלא בא לעולם, כמבואר בפרק הבא[50]. אולם דברי הרמב"ם צריכים עוד עיון: מדוע אינו מזכיר

[41] כגון: ערבות (ב"ב קעג ע"ב); תנאי השומרים (ב"מ צד ע"א); העברת חוב במעמד שלושתן (גיטין יד ע"א) ועוד.

[42] ראה: נחל יצחק, סי' מ, ובעיקר בענף ג שם. נראה לי כי אין להביא ראיה משימוש הלשון "קניין" (דברים הנקנים באמירה). ראה לעיל, פרק שלישי, הערה 5.

[43] ראה: מאירי, קידושין ט ע"ב; נודע ביהודה, מה"ק, חו"מ, סי' כז-כח.

[44] אות פ' פסיקתא (סו, ב); הובא גם בהגהות מימוניות, הלכות אישות, כג, אות ח. וראה עוד: העיטור, מאמר ב, קניין (י, א-ב); ריטב"א, כתובות קב ע"א, בשם הגאונים; שו"ת הריב"ש, סי' שמה, בשם ר' יוסף בן יחיא, בשם הגאונים. וכן צריך לומר כי הפסיקתא מתגבר על בעיית "ערב דכתובה", ובכך יובנו דברי המרדכי, כתובות, סי' רסג, וביאור הגר"א על שו"ע, אה"ע, סי' סו, ס"ק לב, שהתלבט בהם בעל ברכת אליהו על הגר"א שם.

[45] שו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), סי' יד. וראה להלן, הערה 53.

[46] שיטה מקובצת, כתובות נה ע"א, ד"ה וז"ל הר"י מיגאש ובשם גאון; שו"ת ר"י מיגאש, סי' קלה.

[47] הלכות זכייה ומתנה, ו, יז.

[48] אה"ע, סי' נא. וראה עוד בשו"ת הרמב"ן, סי' ט, סד. דבריו מובאים להלן, בהערה 112.

[49] ב"ח שם; פרישה, ס"ק ב; חלקת מחוקק, ס"ק ג ובית שמואל ס"ק ד. ונראה שכן הבין המחבר עצמו, כדי שלא לסתור את מה שפסק בחו"מ, סי' ס, סע' ו. וראה עוד להלן, בהערה 128.

[50] הפרישה, שם, ס"ק ב, אומר כי ייתכן שהתחייבות מעין זו אינה נעשית בדיבור בעלמא, אלא שדבריו דחוקים. שהרי לא רק שהרמב"ם, כזכור, סובר שאפשר להתחייב בדיבור, אלא שמדובר כאן בהתחייבות מחותנים, שהיא עדיפה מסתם התחייבות, והרי אף בהקנאה אין צריך קניין, ולדעת הגאונים הללו אף אין צורך בתנאי הקנאה אחרים. וכן כותב בית שמואל הנ"ל שאף בהתחייבות אין צריך קניין.

אפשרות זו של התחייבות? ועוד, מפשטות הלשון "כמה אתה נותן?", משמע שמדובר גם בכסף, אם כן, האם הרמב"ם מדבר בהקנאת כסף?[51] ועוד, בהמשך דבריו הרמב"ם דן בשעבוד נכסים, ונשאלת השאלה: ומה עניין שעבוד נכסים בהקנאת דברים שברשותו? כל השאלות האלו יידונו להלן, בבירור שיטת הרמב"ם בהתחייבויות.

3. "מתנה לחוד"

בסוף תקופת הגאונים, והדבר נזכר בספרות הראשונים, היה מנהג שהבעל נותן לאשתו מתנה מיוחדת — "מתנה לחוד" — נוסף על עיקר הכתובה ותוספת כתובה. על מתנה זו, רקעה, התפתחותה ובעיותיה כתבו חכמי זמננו[52], ולא אתעכב כאן אלא על הנוגע לענייננו. מטרת נתינת המתנה הייתה לרומם את מעמדה וכבודה של האישה, לתת לה מתנה שתוכל להשתמש בה כרצונה בהיותה תחת בעלה, וכן להבטיח את עתידה הכלכלי אם לא תצליח לגבות את כתובתה, אם יפקעו נישואיה. מתנה זו עוררה שאלות רבות, מלבד עצם תוקפה בנסיבות מסוימות: האם דינה כמתנת הבעל לאשתו שהיא אוכלת פירות (ב"ב נא ע"ב)? האם היא יכולה למכרה או לתתה לאחר בחייו? מתי ניתנת המתנה, האם לפני הנישואין או בשעת הנישואין או לאחריהם? יש גם היבט היסטורי לנושא זה, שכן בסוף התקופה האמורה נתרוקן כוחה של המתנה, והתשב"ץ (ח"ב, סי' רצב (ו)) אומר שלא נזכרה אלא לכבוד בעלמא. בכל השאלות הללו דנו החוקרים באריכות, ומשום כך נתעכב כאן רק על ההיבט של תקפות המתנה.

המתנה ניתנה מנכסים, מקרקעין ומיטלטלין או ממעות. מתנת מעות נידונה בפירוט אצל הראשונים, שהרי צריך שנשוא המתנה יהא בעולם וברשות הנותן, והמעות אינן יכולות להקנות בחליפין. וכך כותב הרי"ף בתשובותיו[53] בעניין מתנה לחוד: "אבל מה שלא היה על דרך תנאי, אלא עשאו מעצמו... דינו כדין שאר מתנות בעלמא. וצריך שיהא בעולם, ולא יקנה מטבע בחליפין, ושלא יהא בלשון אסמכתא...". מכאן שמתנת מעות יכולה הייתה להתקיים רק כשהמעות הן בעין ובקניין אגב כדין כל מתנת מעות[54]. אולם הגבלות אלו עוררו קושי מעשי רב: וכי האישה יכולה להצביע על המעות

[51] ראה: ספר המקנה, קונטרס אחרון, אה"ע, שם.

[52] ראה: י' אפשטיין, "שטר המתנה לחוד והצדאק", המשפט העברי, ד (תרצ"ג), עמ' 125; י' פרנצוס, "'מתנה לחוד' בתקופת הגאונים והראשונים", שנתון המשפט העברי ו–ז (תשל"ט–תש"ם), עמ' 243; ב' ליפשיץ, "'מתנה לחוד' — בין קניין לבין התחייבות", דיני ישראל יב (תשד"ם–תשמ"ה), עמ' קכה; י' ריבלין, "שטר 'מתנה לחוד'", אסופות יא (תשנ"ח), עמ' קסז. על נוהג מתנה לחוד בתקופת הגאונים, ראה: תשובות הגאונים, הרכבי, סי' תקכג, עמ' 259; נוסח השטר שבתיקון השטרות למר יוסף גאון, שנדפס אצל אפשטיין, שם, עמ' 129.

[53] מהדורת בילגורי, סי' פו. וכן הוא (בשיבושים) במהדורת לייטר, סי' יד. וכן נדפסה התשובה כהוגן על ידי אסף, מדעי היהדות ב, סי' קיח (מתוך כ"י ליקוטי ספר הדין לר"י ברצלוני). וראה להלן, בהערה 72.

[54] בנוסח השטר שבתיקון שטרות למר יוסף גאון (לעיל, הערה 52), ניתנו המעות אגב קרקע.

הקנויות לה כדין מזמן הנתינה? בדברי הראשונים מצינו כמה דרכים להתגבר על מכשול זה.

דרך אחת מצויה בתשובת הרי"ף הנזכרת לעיל, והיא הסמכת המתנה לתנאי הכתובה או ל"דברים הנקנים באמירה". וכך אומר הרי"ף: "הריני נותן לך עיקר בדבר שתסמוך עליו, והוא שרז"ל אמרו (כתובות נד ע"ב): תנאי כתובה ככתובה היא... כגון שאומר: כמה אתה כותב לאשה על עצמך... וכל שכן אם אמרה לו: איני מתקדשת לך עד שתפסקו לי כך וכך... שהוא תנאי כתובה, וככתובה דמי. וכל זה הרי הוא בכלל כמה אתה נותן לבנך (כתובות קב ע"ב)... וכשם שאין חוששין בכתובה בדבר שלא בא לעולם[55], אלא חייבו בין שלא היה מצוי בין שהיה מטבע, כן תנאי כתובה נמי כיוצא בה. אבל מה שלא היה על דרך תנאי, אלא עשאו מעצמו, [שאילו] לא עשאו מעצמו, לא היו מתנין עליו, אינו מתנאי כתובה, אלא דינו כדין שאר מתנות..."[56]. כבר ראינו כי ב"דברים הנקנים באמירה", סוברים הגאונים שאין צורך בתנאי הקנאה, שיהא בעולם ושלא יהא מטבע בקניין. אם כן, אפשר שמתנה לחוד תינתן במסגרת זו[57]. אבל אם אינה ניתנת כך, ובלשון הרי"ף: "אבל מה שלא היה על דרך תנאי, אלא עשאו מעצמו", חלה הכפיפות לתנאי ההקנאה הנזכרים לעיל.

דרך אחרת מצויה בתשובות הרשב"א[58]: "האומר: הריני נותן לך חמש מאות זהובים, לאו דוקא קאמר, אלא שוה, וקנה מנכסיו שוה חמש מאות זהובים". כלומר, אין הבעל מקנה לה מעות מסוימות, אלא שווה כסף מתוך כלל נכסיו בשיעור הסכום שנקב. הרשב"א תולה זאת במחלוקת אמוראים בגמרא (שבועות לט ע"ב), אך מסיק שאם הוסיף לציון סכום המעות תיבת "משלי" או "מנכסיי", הכול מודים שנתן שווה כסף[59], ולפי זה יכולה המתנה להינתן גם בקניין סודר. אבל אם תינתן בקניין אגב, לא

[55] ראה: ב"ב קלא ע"א; ירושלמי כתובות ד, יא.

[56] ב' ליפשיץ, "מתנה לחוד" (לעיל, הערה 52), עמ' קלג, אומר שתשובה זו באה ליישב סתירה בין התשובה שבסי' פג (מהדורת בילגורי), האומרת שמתנה לחוד זוקקת לתנאי הקנאה, לבין האמור בסי' קעג, שאין צורך בהקנאה. והיישוב הוא: אם ניתנה המתנה בגלל דרישת האישה או בא כוחה, היא נידונית כתנאי כתובה; אך אם ניתנה ביזמת הבעל, הרי היא כשאר מתנות דעלמא.

[57] אמנם לפי זה לכאורה יש להחיל על המתנה את מגבלות הכתובה: לא ניתנה כתובה ליגבות מחיים. עם זאת אומר הרי"ף שאם התנה, תנאי מפורש של הבעל שתגבה מחיים, יועיל. ראה בסוף סי' פו. בסי' פד הוא תולה את ההלכה במנהג המדינה.

[58] ח"ב, סי' תה (דבריו הובאו בבית יוסף, חו"מ, סי' ס, אות יב, והזכירם הריב"ש בתשובותיו, סי' שמה, כמובא להלן, בהערה 161). וראה עוד: אור זרוע, בשם הראבי"ה, ב"מ מו ע"א, אות קמב; להלן, הערה 150.

[59] וראה עוד שו"ת הרשב"א: ח"ב, סי' שכו; ח"ד, סי' קכט; המיוחסות, סי' סב; חידושיו לשבועות לט ע"ב. במקורות אלו נאמר כי אם לא אמר "מנכסיי", נתן מעות דווקא. וראה גם: שו"ת הריטב"א, סוף סי' מא.
נציין כאן כי לדעת הרמב"ם מתנה זו אינה תקפה, כי היא בגדר "דבר שאינו מסוים", ראה: רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה ג, ה; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רמא, סע' ד ונושאי הכלים שם. וראה נספח בסוף הפרק.

תחול אלא על מיטלטלין, כיוון שהקרקע אינה נקנית בקניין אגב. לפנינו אפשרות של הקנאה העוקפת כמה מתנאי ההקנאה. אולם בהרבה מקרים לא היה הבעל אומר "מנכסיי", ובמקרה זה הדעה המקובלת היא שהמתנה צריכה לחול על מעות דווקא[60].

דרך פשוטה להתגבר על הבעיה היא ההתחייבות: במקום שיתן הבעל לאשתו סכום מעות במתנה, יתחייב לשלם לה אותו סכום, ובכך יתגבר על מגבלות ההקנאה: דבר שלא בא לעולם ואי־הקנאת מטבע בחליפין. הרי"ף לא הזכיר אפשרות זו, אך הרמב"ן[61] עמד עליה והסביר אותה באריכות. כך הולך הרמב"ן בעקבות דברי התוספות בכתובות (לעיל, הערה 33) כי בהתחייבות לתשלום אין משום מקנה דבר שלא בא לעולם. וזו לשון הרמב"ן בתשובותיו[62]: "ראובן שכתב מתנה לחוד לאשתו... בחמש מאות דינר... הדין הידוע הוא, שאלמלא באו לדין, לא קנתה האשה, אע"כ היה אותו ממון מסוים ביד הבעל במעות, והוא נותנו לאשתו באגב או בשטרי פסיקתא, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם... או שיקבלנו על עצמו בשעבוד על דרך חייב אני לך מנה בשטר (כתובות קא ע"ב)" וכו'. והוא מפרט יותר בתשובה[63] לשאלה שנשאל על מתנת מעות ועל תוספת כתובה, שהתחייב הבעל לאשתו כשבזמן הנישואין הבעל לא היה אמוד שיש לו אותו ממון. וזו תשובתו:

> והריני מודיע לפניכם ששני דרכים יש בענין הזה: הדרך האחד, דרך ההקנאות, כגון שאדם נותן או מוכר לחברו דבר המסוים, שדה פלונית מכורה לך... ובזה אמרו: אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם... שלא ברשותו... והדרך השני, דרך השעבוד, שאדם משעבד לחברו נכסיו בחוב, כגון שלוה ממנו מנה. כן יכול אדם לשעבד עצמו בממון שלא היה חייב בו בקניין או בשטר, וכותב לו לאחר מכן...

בהמשך דבריו מסביר הרמב"ן כי תוספת כתובה לעולם נכתבת בדרך השעבוד, ובמתנה לחוד יש להיזהר ולכתוב לשון שעבוד, ולא לשון מתנה:

> אלא כך כותבין: מחמת שרציתי ברצון נפשי, ונתתי במתנה לחוד מאה זהובים שתגבה אותם, ושעבדתי לה בק"ג [=בקניין גמור] כל נכסי שקניתי ושאקנה מקרקעי ואגבן מטלטלי, שעבוד גמור לגבות מאה זהובים... ובכך הוא משתעבד לה על דרך השעבוד, כמו שפרשנו למעלה.

בעקבות דברים אלו, הלכו גם ראשונים אחרים, והזכירו אפשרות זו של חיוב ושעבוד בהתחייבות הבעל לאשתו[64].

[60] ראה בהערה הקודמת. אולם ראה אור זרוע (לעיל, הערה 58). ואפילו יוכח שהיו לו מעות, יכול לטעון: פרעתי. ראה ריב"ש, סי' שמה.

[61] ייתכן שכבר הרמ"ה עמד על דרך זו, אך מתשובת הריטב"א, סוף סי' מא, שנזכרה בו תשובתו, לא ברור אם אפשרות ההתחייבות מיוחסת לרמ"ה או רק לרמב"ן. עיין שם.

[62] סי' ז.

[63] סי' ט.

[64] ראה: שו"ת הרשב"א: ח"א, סי' תתקלד; ח"ב, סי' שכו, תה (בשאלה); ח"ד, סי' רלג.

ה. ההתחייבות לשיטת ראשוני ספרד

לאור כל האמור לעיל ולהלן, נראה לי כי להרי״ף, ר״י מיגאש ולהרמב״ם הייתה תפיסה אחרת באשר להתחייבות: הם לא ראו אותה כחיוב ושעבוד הגוף, אלא כענף של הקנאה, ולדעתם היא כפופה לכמה מתנאי ההקנאה, כגון דבר שלא בא לעולם. ועדיין ההגדרה המדויקת של ההתחייבות טעונה בירור. אף לא ברור לי אם דעות שלושת החכמים האלה יכולות להיסקר בסקירה אחת. לעניין זה חשובה גם תפיסתם את מוסד ה״הודאה״ ויחסו להתחייבות. יש לי ספק אם הכיר הר״י מיגאש בכלל במוסד ההתחייבות כפי שהסברנו עד כה. אשר לרי״ף ולרמב״ם, אף אם נניח שהם הכירו בהתחייבות ובשעבוד הגוף, נראה שבסתם התחייבות — להוציא חוזים מיוחדים כפסיקתא — עדיין דרושים, לדעתם, כמה מתנאי ההקנאה[65].

יש שהרגישו בראיות שנביא להלן, ומשום כך הם נוטים לומר כי הרי״ף וסיעתו לא עסקו בהתחייבות, אלא בהקנאה[66], ועל כן אין ראייה שאינם מכירים באפשרות של התחייבות הגוף כיתר הראשונים, אלא להפך. לדעתי, הסבר זה דחוק, ועל כן ננסה להסביר את שיטותיהם בדרך שונה. נביא את הראיות מדבריהם, וננסה לרדת לפשרם.

1. שיטת הרי״ף

כבר הבאנו את דברי הרי״ף בהלכות בסוגיית ״חייב אני לך מנה בשטר״[67], שמשתמע מהם שיכול אדם להתחייב לחברו סכום כסף. ואם כי מפשטות דבריו נראה שמדובר בהתחייבות שמקבל אדם על עצמו[68], הרי כבר אמרנו שקצות החושן מסביר שהרי״ף והרמב״ם אינם מדברים אלא בקניין ״אודיתא״[69]. כשנעסוק בתשובות הרי״ף, נראה כי אפשרות ההתחייבות ושעבוד הגוף לא נידונה אצלו בהרחבה, ואולי אף לא הכיר בה.

וראה: שו״ת הרא״ש, כלל לו, סי׳ ח; שו״ת הריטב״א, סוף סי׳ מא; חידושי הריטב״א לכתובות נד ע״א, בשם רבותיו (הובאה גם בשיטה מקובצת שם), ושם נסמכו הדברים להסבר התוספות בכתובות נד ע״ב (ד״ה אע״פ); שו״ת הריב״ש, סי׳ שמה, בשם הרמב״ן, ועוד נחזור לדבריו בהמשך דברינו.

[65] ב׳ ליפשיץ, ״מתנה לחוד״ (לעיל, הערה 52), סבור כי הרי״ף אינו מכיר בהתחייבות, והוא שולל את הביטוי ״ענף של הקנאה״. לשיטתו, הרי״ף מייצג גישה שונה לגמרי ביחס להתחייבות, ויש לה שורשים בגמרא ובגאונים, והיא קשורה למושג ״אסמכתא״, כפי שהסביר באריכות בספרו: אסמכתא. דעתו מובאת להלן, בנספח העשירי, וציינתי שם כי עיקר ענייני הוא דווקא בשיטה האחרת של רוב הראשונים, שהיא השיטה המקובלת — גם לדעתו — ובע״ה עוד אשוב לדון בדבריו, בהסבר שיטת הרי״ף וסיעתו, במקום אחר.

[66] ייתכן שכבר הרמב״ן רמז לכך בתשובותיו, סי׳ ט. עיין שם. וראה עוד להלן, הערות: 95, 173.

[67] כתובות קא ע״ב. ראה לעיל, בפרק זה, סעיף א.

[68] ונחלקו הרמב״ן והר״ן אם מדובר בהתחייבות בשטר או בהתחייבות שבעל פה — ראה לעיל, הערה 7.

[69] ראה ליד ציון הערה 14.

כבר העובדה כי התוספות בסוגיית כתובות[70] שואלים: כיצד אדם חסר אמצעים יכול להתחייב לשלם לחברו? עשויה להצביע שרווחה הדעה שההתחייבות איננה אישית, אלא חפצית בעיקרה, ומשום כך היא כפופה לתנאי "דבר שלא בא לעולם". אמנם התוספות מעתיקים בתירוצם את מרכז הכובד בהתחייבות לצד האישי, כמבואר לעיל, אלא שהרי"ף אינו סובר כמותם[71]. כבר הבאנו את דברי הרי"ף בתשובותיו, האומר כי לשלוש ההתחייבויות שבזיקה לנישואין — התחייבות לתוספת כתובה, התחייבות מחותנים ("דברים הנקנים באמירה") ומתנה לחוד — יש מעמד מיוחד[72].

תוספת כתובה היא מתנאי כתובה. לעניין זה, אומר הרי"ף שם[73]: "וכשם שאין אומרים בכתובה דבר שלא בא לעולם, אלא חייב, בין שלא היה מצוי בין שהיה מטבע, הוא הדין תנאי כתובה". כלומר, חכמים הסמיכו לדיני כתובה גם את ההתחייבות לתוספת כתובה, שמן הדין אינו חייב לקבלה על עצמו, והיא תופסת אף בדבר שלא בא לעולם. ייתכן שהלכה זו מיוסדת על דין "דברים הנקנים באמירה"[74]. כזכור, כבר הגאונים[75] ציינו כי בהתחייבות מחותנים, לא רק שאין בה צורך בקניין, אלא גם אין צורך בתנאי הקנאה. וכך אומר גם הרי"ף באותה תשובה: "מה שהתנה... עם הבעל בשעת הקידושין... ומה שנתרצו שניהם עליו באותה שעה, זהו כתנאי כתובה... בכלל כמה אתה נותן לבנך? כך וכך. ואינו צריך קניין, אלא באמירה, בין שהוא מטבע בין שאינו מצוי בעולם..."[76]. לא נעסוק כאן בטעמו של דבר, כי השאלה היא למעשה

[70] כתובות נד ע"ב. ראה ליד ציון הערה 34.

[71] יש לציין כי אף בתוספות עצמם מובא עוד תירוץ בשם יש מפרשים, המתבסס על הודאת בעל דין, וגם לתירוץ זה — שהרי"ף יכול להסכים לו, ראה בתשובותיו (בילגורי), סוף סי' פג — ייתכן לומר שהם עוסקים בתפיסה המתבטאת בקושיית תוספות. ראה קובץ שיעורים, לר' אלחנן וסרמן, כתובות שם. עוד נציין את דברי התשב"ץ (לעיל, הערה 36): "וי"א שאין משתעבד אלא מה שיש לו בשעת הקניין". אמנם המחבר אומר "ואין כן מנהג שלנו", ומביא את דברי התוספות בכתובות הנ"ל.

[72] לאחרונה פרסם הרב א' חבצלת (מוריה, שבט תשנ"ה) פסק של רבנו פרץ שהולך בשיטת היש אומרים שבתשב"ץ, וזה לשונו: "נשאל הר"ף ז"ל על מי שכותב לאשתו בכתובתה תוספת... ולא הי' בידו... — לא נתחייב כלל, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא שצריכין העדים לומר לו: ממון זה מצוי בידך או לאו? אם אמר להם: כן, חייב הוא ליתנו, דאיהו דאפסיד אנפשיה". אפשר שיש כאן הוכחה כי דעתו של ר' אליהו לא פשטה בכל מקום. אבל אני מעלה גם השערה כי אולי צ"ל "הרי"ף" במקום "הר"ף". השווה לשו"ת הרי"ף (מהדורת בילגורי), סי' פג. וצריך עיון.

[73] מהד' לייטר, סי' יד, ראה לעיל, הערה 53.

[74] עיין בדברי הר"י מיגאש, שיובאו להלן, ליד ציון הערה 83.

[75] ראה לעיל, הערה 44.

[76] בכך בעצם ממשיכים הגאונים והרי"ף את דרכו של הירושלמי בכתובות (לעיל, הערה 32), אלא שהם מוסיפים שהדין המיוחד של פסיקתא מתייחס לא רק לשאלת מעשה הקניין אלא גם למהות החוזה, כך שהוא מתגבר על בעיית דבר שלא בא לעולם. וראה עוד: פני יהושע לכתובות, קונטרס אחרון, סי' רמט.

בהבנת מהותו של המושג "בההיא הנאה" בכלל ובהנאת חיתון בפרט, כאמור לעיל[77]. אלא שכעת נוסף עניין אחר, הסמכת דין פסיקתא לתנאי כתובה ומכאן לתנאי בית דין. על כל פנים יש להבין במה מדובר: בהקנאה או בהתחייבות? כבר הזכרנו כי נראה שמדובר גם בכסף. אם כן, מסתבר שמדובר גם בהתחייבות, ולא רק בהקנאת מטבעות מסוימים[78]. יתר על כן, אם מדובר גם בדבר שלא בא לעולם, לרשותו של הבעל או המחותן, מסתבר שאין לדבר על הקנאה ממש, שהרי עדיין אין מה להקנות. ואמנם אם אמרנו כי יש כאן דין מיוחד בענייני קידושין, ייתכן לומר שזו התחייבות אישית לשלם בעתיד את הסכום או לתת את הדבר המובטח.

אולם מדברי הריב"ש[79] נראה שאין זו התחייבות אישית, חוזה אובליגטורי, כפי שמקובל כיום, אלא עדיין יש כאן יסוד של הקנאה. לאחר שהביא הריב"ש את דברי הגאונים, שמתנה לחוד הניתנת במסגרת הקידושין אינה כפופה לתנאי הקנאה, הוא מוסיף: "אבל עדיין יש לומר שעל מעות בעין הראשונים שבאו ליד הנותן, חלה המתנה. וכשבאו לידו, מיד הם של מקבל מתנה, והם פקדון אצל הנותן, וחוזר הדין כאילו נכתבה המתנה על מעות בעין".

לדברים אלו יש חשיבות רבה גם בדיוננו להלן בעניין התחייבות בדבר שלא בא לעולם. גם כשאי אפשר לדבר על הקנאה ממש, כיוון שנשוא ההקנאה אינו נמצא לפנינו, אפשר שיש לדבר על הקנאה, כיוון שמיד לכשיבוא הדבר לרשותו הוא נקנה למקבל ההקנאה. בין כך ובין כך, ובייחוד לפי דברי הריב"ש, נראה שאין ללמוד מכאן על ההתחייבות בכלל. ייתכן שהתחייבות סתמית לתשלום אינה התחייבות אישית, והיא כפופה לתנאי ההקנאה. כך אומר הרי"ף שם, כי מתנה לחוד שלא ניתנה אגב הכתובה או הקידושין היא "כשאר מתנות בעלמא, וצריך שיהא מצוי, שלא יהא בלשון אסמכתא...", ואינו מזכיר אפשרות של התחייבות, כי שום התחייבות לא תועיל, אם לא היו לו מעות באותה שעה[80].

מעניין אחר, נראה שהרי"ף שולל את אפשרות ההתחייבות. שם[81] מדובר בראובן

[77] ראה לעיל, ליד ציוני הערות 40-43.

[78] ראה לעיל, ליד ציון הערה 51.

[79] סי' שמה, הנזכר לעיל, הערה 58.

[80] וראה עוד תשובת הרי"ף שנדפסה בתשובות הגאונים, הרכבי, סי' תס-תסא, ובה דן הרי"ף במה שהבטיחו הקרובים לבעל, ואינו רואה בהבטחה התחייבות, אלא הקנאה. וזה לשונו: "ואמנם הבטחת הקרובים ודאי שלא תתקיים אלא בקנין ובמעכשיו כדין כל המתנות... שיאמרו לו [לבעל]: זהו בקנין שנתחייבת להספיקה... ולא יאמרו: זהו בקנין שתתחייב להספיק, לפי [שהמילה] תתחייב אין בה לשון הקנאה, אלא לשון פעולה" וכו'. נראה מתשובתו שהקניין אינו חל על התחייבות עתידית. נחזור לתשובה זו להלן, בפרק החמישי (הערה 29), בדיון על "קניין אתן".

ב' ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 78, רואה בתשובה זו בניין אב להסבר שיטת הרי"ף. עיין שם.

[81] סי' יד (מהד' לייטר) בחלקו השני. וראה הערת הרב לייטר. תשובה זו נדפסה גם בתשובות הגאונים, הרכבי, סי' תפט, וכבר עמד שם הרכבי על העובדה שבנדפסות צירפו בטעות שתי תשובות נפרדות.

שנתן לאמו מתנת זהובים, ואף פסק לה מזונות. הרי״ף אומר בעניין זה: ״וכן המזונות שפסק על עצמו לתת לאמו, אפילו יהיו מצויים ברשותו, אינו נקנה, לפי שהוא מטבע, ואין מטבע נקנה בחליפין, כמו שאמרנו״. הרי שהרי״ף תופס את ההתחייבות למזונות כהתחייבות כספית למתן מעות. ועדיין יש לשאול: מדוע לא נכיר באפשרות זו בדרך של התחייבות ולא בדרך של הקנאה? מכאן משמע לכאורה שהתחייבות הגוף לתשלום אין בה ממש, ולכן אי אפשר להתחייב למזונות. להלן, סעיף ה 4, נראה כיצד תפס הרמב״ם את דין התחייבות למזונות. עוד נחזור לשיטת הרי״ף בעניין ״מנה אין כאן משכון ושעבוד אין כאן״, בפרק החמישי, בעניין ״קניין אתן״.

2. שיטת הר״י מיגאש

תלמידו של הרי״ף, ר״י מיגאש, הולך בדרכו. אמנם אין בידינו חומר רב מתורתו, אך ננסה ללמוד מן המעט שפורסם ממנה. הר״י מיגאש אומר שהתחייבויות הקשורות לנישואין אינן דומות לשאר ההתחייבויות ואינן כפופות לתנאי הקנאה[82]: ״אבל אי כתב ניהלה בשעת קידושין או בשעת הנשואין, קניא. ואע״ג דלא קנו מיניה... דאי בשעת הקדושין... קניא מדרב גידל... ואי בשעת הנשואין... נמי קניא לה. דהא קיימא לן דתנאי כתובה ככתובה דמי, וכי היכי דכתובה לא בעיא קניין מדרב גידל. ועוד דתנאי ב״ד היא[83]. הכי נמי תנאי כתובה לא בעיא קניין (כצ״ל)... לא בעי חד מן תנאי הקנאה, כגון שיהא מצוי אצלו בשעת ההקנאה וכגון שלא יהא מטבע בחליפין...״. בהמשך דבריו הוא מביא דברי גאון האומר שהוא הדין גם ביחס לקנס שמקבל החתן על עצמו, אם יחזור בו: ״שאע״פ שאינו בתורת הקנאה, שהרי אסמכתא היא ומטבע בחליפין ודבר שלא בא לעולם... מחויב הוא באותו קנס מדרב גידל״[84]. מכאן שאף הר״י מיגאש אינו זקוק לתירוץ של התוספות בכתובות[85], מכיוון שיש להתחייבות לתוספת כתובה מעמד מיוחד.

[82] שיטה מקובצת בשמו, כתובות נה ע״א. וראה גם בשו״ת הר״י מיגאש, סי׳ קלה: ״ואע״פ ששטרי פסיקתא אין אנו מקפידים שיהיה תנאי הקנאה, זהו דוקא אם היו במעמד הקדושין״.

[83] וראה עוד ספר השטרות לר״י ברצלוני, שטר עב. מכאן נראה שיש לפנינו שני נימוקים לפטור תנאי כתובה וכל הכלול בזה מקניין ותנאי הקנאה. וראה לעיל, הערה 74.

[84] מכאן שקנס שידוכין אינו צריך קניין. וראה טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ רז, טז ונושאי הכלים, ולא הזכירו את דברי הר״י מיגאש, לא לעניין הקניין ולא לעניין האסמכתא, ונשוב לזה להלן, פרק אחד־עשר, ליד ציון הערה 90. על כל פנים, מדברי הר״י מיגאש, נראה שאינו מכיר בתקפות התחייבות לקנס אלא מכוח היותה חלק מתנאי הנישואין. וראה עוד ספר השטרות לר״י ברצלוני, שטר עב (הביאו גולאק, אוצר השטרות, עמ׳ 3) שייפו שטר שידוכין כשטרי פסיקתא. וראה גולאק, שם, עמ׳ 1. עוד יש להעיר על דברי הכסף משנה, הלכות מכירה, יא, יח; ובית יוסף, חו״מ, סי׳ רז, אות כ — שמדבריו משמע שמדובר בהקנאה, ולא בהתחייבות. וראה לבוש שם וערוך השולחן, שם, אות מה. וכבר הקשו על הבית יוסף: הסמ״ע, שם, ס״ק מו; נתיבות המשפט, שם, ס״ק יט. ועוד יש להקשות, שהרי הוא סותר את מה שפסק בשו״ע, חו״מ, סי׳ קלא, סע׳ י. וראה עוד פתח הבית, סי׳ כב, דין אסמכתא, ענף ה. ואין כאן מקום להאריך.

[85] ראה לעיל, הערה 33.

באשר לסתם התחייבות לתשלום, כבר ראינו כי הר״י מיגאש מפרש את סוגיית ״חייב אני לך מנה בשטר״ (כתובות קא ע״ב)[86] כעוסקת בהודאה, ולא בהתחייבות. מכאן נלמד שהתחייבות בדרך זו אינה תופסת. לכאורה זו רק שאלה של דרך העמדת ההתחייבות. הר״י מיגאש סובר שאי אפשר להתחייב בלא קניין, ולכן הוא מפרש את הסוגיה בהודאה. אך עיון בתשובותיו מלמד שאינו מכיר גם בהתחייבות שנעשית בקניין.

במקום אחד הוא כותב[87]: ״אמר רבינו ז״ל[88]: כל מי שכותב בשטר: נתחייב פלוני לפלוני כך וכך בתורת חיוב — השטר בטל, לפי שנראה שהיא הקנאה, ומטבע אינו נקנה בחליפין. ואמנם אנחנו כוונתנו הודאה להקנאה[89], ולזה צריך שיאמר: אמר לנו פלוני חייב לפלוני כך וכך, וקנינו ממנו על כך״[90]. מכאן נראה ששטר התחייבות לתשלום נתפס כהקנאת מטבע.

במקום אחר[91] הוא נשאל: ״במה שנתחייב שמעון באלף דינרים הנזכר בתורת חוב, ולא היה חייב בשום דבר מהם, ואם נתחייב אדם במה שאינו חייב בו, ונתחייב בו בתורת חוב ביותר חזק שבחיובים — כמו שאמרו: חייב אני לך מנה בשטר — קנה (כתובות קא ע״ב). וכמו שביאר רבינו הגדול ז״ל (הרי״ף). ויבאר לנו ענין חייב אני לך במנה בשטר, ואיך יהיה הלשון שיתחייב בו בזה״. והוא משיב: ״מה ששאלת על מה שקנו מיד שמעון, שחייב עצמו לאשתו באלף פרחים... הוא לשון בלתי מועיל, להיותו לשון הקנאה, לא לשון הודאה. ומה שאמרו: חייב אני לך מנה בשטר... הלשון הזה מועיל, להיותו לשון הודאה, עם היות הדבר מעיקרו שאין לו אצלו כלום. אבל אם היה בלשון הקנאה, אינו מועיל, אלא אם היה בדרך שיועיל בו הקנא׳ במטבע״. מכאן משמע שאפילו התחייבות בקניין אינה תופסת, אם אינה נעשית בדרך הודאה, והוא אינו מזכיר אפשרות אחרת מלבד הקנאה.

ובתשובה אחרת[92] מסופר על שטר שכתוב בו: ״העידו לפנינו ב״ד... איך קנו מפלוני קניין שלם... שכל עת שינשא... שיהיה עליו חוב גמור ומלוה זקופה... עשרה דינרים, והוא מתחייב בהם... חיוב גמור כחיוב שאר החובות המתחייבות״ וכו׳. והשיב הר״י מיגאש שאם אין מדובר בנדר או בצדקה, הרי ״שחיוב כזה לא יועיל בהדיוט, ואע״פ שאמרו: אתמר. חייב אני לך מנה בשטר. ר׳ יוחנן אמר חייב — זהו דוקא אם היה

[86] ראה לעיל, הערה 16.

[87] סי׳ צז.

[88] ראה לעיל, הערה 17.

[89] בכ״י ששון 593 (תצלומו נמצא במכון לתצלומי כתבי יד שליד האוניברסיטה העברית בירושלים, מס׳ 9281), בעמ׳ 186 תוקן: ״לא להקנאה״, ובהמשך נוסף: ״אני חייב לפלוני כך וכך״.

[90] ההבדל אינו רק בלשון, שיאמר ״אני חייב״ ולא ״אני מתחייב״, אלא יש הבדל גם בחישוב זמן שעבוד נכסיו, כי בלשון הודאה משועבדים נכסיו גם לפני לשעת הודאתו. עיין שם. וראה עוד שו״ת הריטב״א, סי׳ יא. וראה להלן, פרק עשירי.

[91] סי׳ קו. וראה גם סי׳ עג. ואף בסי׳ קיט, יש לומר שננקטה לשון הודאה.

[92] סי׳ קנג.

בדרך הודאה, לא בלשון חיוב. ולשון שטר זה אינו בדרך הודאה, אלא הוא בלשון שמחדש על עצמו עתה חיוב".

ברוח זו נבין את דברי הר"י מיגאש בתשובה אחרת[93], שנשאל על עסק שידוכין, "כשהעידו על עצמם אבי הנערה ואחיה בענין[94] שלם בל' מעכשיו לתת לה בנדוניא חצי הבית שיש להם ומאה דינרים". ותשובתו של הר"י מיגאש היא: "שנתחייב אבי הנערה במה שקנו ממנו שיכניס לה בנדוניא הבית הנזכר להיות נמצאת במציאות. והוא דבר קיים. ואינו מחוייב במה שקנו ממנו לתת לה בנדוני' ק' דינרים, לפי שאינו מחוייב בהם, להיותו מטבע, ואין מטבע נקנה בחליפין. וזה אפילו הם נמצאים ברשותו בעת גמר הקניין שקנו מידו, וכ"ש אם לא היו לו במציאות אז, הוא דבר שלא בא לעולם" וכו'. אף כאן אנו רואים שאינו מזכיר כלל אפשרות של התחייבות בניגוד לקניין, שאינה כפופה לתנאי הקנאה. לא רק שיש צורך שיהיו מעות ברשותו, אלא גם אי אפשר להתחייב עליהן, ויש צורך להקנותן באופן המועיל להקנאת מטבע[95].

לאור זאת, גם כן בעקבות דברי הרי"ף, נראה שהתחייבות למזונות אינה מוכרת כהתחייבות. הר"י מיגאש דן באחת מתשובותיו[96] בסב שהתחייב בקניין לזון את נכדתו ולהכניסה לחופה, ואומר: "וזה הקניין... הוא בלתי קיים כפי הדין, להיותו קניין דברים". כבר אמרנו שקניין דברים הוא הביטוי החריף ביותר לכך שההתחייבות, אף כשהיא קיימת, אינה אישית, אלא חפצית בעיקרה. ולכך כנראה מכוון הר"י מיגאש: אם תרצה לראות בהתחייבות למזונות התחייבות אישית לזון, שהיא חלה על המתחייב, הרי היא בגדר קניין דברים, וקניין דברים אינו תופס.

עוד נשוב להלן, בסעיף ו, לשיטת הר"י מיגאש בענין "יטול מנה"; ובפרק החמישי נדון בעניין "קניין אתן" ובענין "דבר המצוי בשוק".

אם אמנם אין הר"י מיגאש מכיר באפשרות של התחייבות לתשלום, אלא בדרך הודאה, הרי ששיטה מחודשת לפנינו, ולא מצאתי לה מקבילה בראשונים. יש הרבה קשיים בשיטה זו, שהרי מצינו התחייבויות בתלמוד, כמובא בפרק השלישי. אלא ששם מדובר בהתחייבויות מיוחדות, ולכל אחת מהן הסבר משלה[97], ואין להסיק מכאן מסקנה גורפת לסתם התחייבות.

בהקשר זה יש להזכיר את ההבחנה בין חוב (מחיר) להתחייבות, שנזכרה בפרק

[93] סי' קלה. נזכר לעיל, הערה 82.

[94] בכ"י ששון 593, עמ' 238: "בקנין".

[95] אמרי בינה, הלוואה, סי' טז, הרגיש בראיות אלו, ונדחק לומר כי הר"י מיגאש אינו עוסק בחיוב ושעבוד. וראה לעיל, הערה 66.

[96] סי' עא.

[97] להתחייבויות הכרוכות בנישואין יש מעמד נפרד, כאמור; לערבות יש מקור בתורה, והיא שונה מן ההתחייבות, כמוסבר בפרק השלישי (סעיף ד, 7); התחייבות השומר היא חלק מדיני השומרים, ראה להלן, פרק שמיני; וסוגיית 'מנה אני חייב לך בשטר' מתפרשת על דרך הודאה. בדרך זו יש לחפש הסבר מקומי לכל התחייבות שבתלמוד.

הקודם[98]. כזכור, החוב בנוי על עובדה אובייקטיבית של קבלת שווה כסף, שמחייבת מחיר, מה שאין כן ההתחייבות שהיא בנויה על רצונו של המתחייב בלבד[99]. כבר ראינו לעיל כי יש אומרים[100] שהתחייבות כזו תקפה רק מדרבנן, ואם כן לא נופתע אם לפי הר״י מיגאש אין היא מוכרת כלל. על ״חולשת״ ההתחייבות בכלל, שמענו כבר מעצם דין קניין דברים השולל התחייבות לעשייה, כמבואר בפרקים הקודמים. להלן, בפרק השביעי, נלמד על ״חולשת״ ההתחייבות של הפועל לעבודה[101]. על הרעיון שבדבר, נעמוד בפרק הסיכום.

3. שיטת הרמב״ם

משנת הרמב״ם כולה אמנם סדורה לפנינו, אך נושא ההתחייבות תופס בה מקום מועט, ושמא יש בה בעובדה זו כדי להצביע על גישתו.

אשר להתחייבויות שבענייני נישואין, כבר ראינו ביחס ל״דברים הנקנים באמירה״ כי, משום מה, הרמב״ם סוטה מדרך הגאונים, הרי״ף והר״י מיגאש, ואומר[102]: ״וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקין מצויין ברשותו, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כמו שביארנו״. דבריו הובאו גם בטור ובשולחן ערוך[103]. נושאי כליו מסבירים שהרמב״ם מדבר בהקנאה, ולא בהתחייבות[104]. אך הסברם דחוק קצת: מדוע אין הרמב״ם מזכיר אפשרות של התחייבות, בייחוד אם מדובר גם בכסף[105], האם מדובר בהקנאת כסף דווקא?

משום כך נראה לפרש שהרמב״ם אמנם מדבר גם בהתחייבות לשלם כסף, אלא שגם התחייבות זו כפופה לתנאי ההקנאה. ואף על פי שב״דברים הנקנים באמירה״ אין צורך במעשה קניין, צריך שנשוא ההתחייבות יהא ברשות המתחייב[106], כי יש בהתחייבות לשלם יסוד של הקנאה, והוא מתבטא בשעבוד הנכסים, כמוסבר לעיל. לפי זה, אין להתחייבויות בענייני נישואין מעמד מיוחד המתגבר על כל תנאי הקנאה[107], אף כי נביא להלן ייחוד מסוים בעניין דבר שאינו קצוב.

98 ראה לעיל, פרק שלישי, סעיף ה, ליד ציון הערה 64.

99 להבחנה בין חוב ובין התחייבות, ראה גם מה שכתב הרב הרצוג ז״ל בספרו האנגלי (לעיל, פרק א, הערה 16), עמ׳ 19. וראה עוד: להלן, הערה 135; פרק חמישי, הערות 237-238.

100 ראה לעיל, פרק שלישי, הערה 67.

101 ראה: גולאק, החיוב ושעבודיו, עמ׳ 145.

102 הלכות זכייה ומתנה, ו, יז.

103 אה״ע, סי׳ נא. הטור מביא את הדברים בשם הרמב״ם, והשו״ע מביאם בסתם.

104 ראה לעיל, הערה 49.

105 ראה לעיל, ליד ציון הערה 51.

106 בעצם אף הרמב״ן, בתשובותיו סי׳ ט וסימן סד, סובר שהייחוד של ״דברים הנקנים באמירה״ הוא שאין צריך בהם מעשה קניין, אלא שהרמב״ן סובר לשיטתו שההתחייבות היא מוסד נפרד, ואין בה צורך בתנאי ההקנאה, כנזכר לעיל.

107 אשר להתחייבות לתוספת כתובה — גם כשאין לו — נראה שהרמב״ם מסכים לתירוץ השני של התוספות בכתובות (לעיל, ליד ציון הערה 71), המבוסס על הודאת בעל דין. גם ייתכן שהרמב״ם

ואשר להתחייבות רגילה לתשלום[108], ראינו כי לשיטת הרמב"ם אפשר להתחייב בעל פה, אך ייתכן שמדובר בהודאה, ולא בהתחייבות הגוף, כפי שמסביר הר"י מיגאש[109]. גם אם לא נאמר שדעת הרמב"ם זהה לדעת הר"י מיגאש, עדיין נראה לומר שהרעיון ביסוד דבריהם דומה. אין הרמב"ם מכיר בהתחייבות הגוף לשלם כסף בעתיד, כמו שסבורים התוספות בכתובות[110]. ההתחייבות בנויה בעיקרה על יסוד קנייני, וכאילו המתחייב אומר: יש לך ממון בידי, דהיינו: נכסיי משועבדים לך בסך ממון כך וכך[111].

אם נעיין בלשון ההלכה אצל הרמב"ם[112], נראה שהרמב"ם חושש מאפשרות של התחייבות חדשה, והוא רואה צורך להדגיש: "שדבר זה מתנה היא, ואינה אסמכתא"[113]. הלשון "מתנה" יכולה אולי לרמוז לתכונה חפצית של התחייבות זו, אף כי יש להיזהר מהסקת מסקנות רק משימוש הלשון[114]. אך אולי יש להסתייע מן העובדה שהרמב"ם מתעלם מהסברו של הרמב"ן[115] בדבר שתי דרכים נפרדות של הקנאה ושל התחייבות ושעבוד הגוף. הרמב"ם אינו מזכיר בחיבורו אפשרות של התחייבות ושעבוד שאינה כפופה לתנאי הקנאה כדין "דבר שלא בא לעולם". עובדה זו בולטת במיוחד בעניין הסכם שותפות, שהאחרונים הרבו לדון בו בשיטת הרמב"ם, כמבואר להלן, בפרק התשיעי. אדרבה, הרמב"ם מדבר באחת מתשובותיו על התחייבות לקנס, והוא מצריך תנאי הקנאה[116]: "ראובן שהתנה בינו ובין בת שמעון, שאם יבטל תנאי הנישואין, חייב הוא לה מאה דרהם כסף נוקר"ה במתנה מעכשיו, ולא הביא הכסף בעת (כתיבת) השטר והקניין... תשובה. האשה חייבת להביא ראיה שהכסף היה אצלו ברשותו בעת הקניין... לפי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"[117].

מסכים להסברו השני של הר"י מיגאש (לעיל, הערה 83), שתוספת כתובה היא בכלל תנאי בית דין. עניין מתנה לחוד לא נידון ברמב"ם, וכנראה שלא היה נהוג במצרים, וכעין תחליף היה עניין ה"מוקדם", הנזכר בשו"ת הרמב"ם (מהדורת בלאו), סי': פה, פח, תיג. ראה: גולאק, אוצר השטרות, עמ' 25. אמנם בשו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' קכ, בעניין "מתנה לחוד", נזכר הרמב"ם, ומשם הובא גם בשו"ת הרמב"ם — מהד' פריימן, סי' שטז; מהד' בלאו, סי' תכב — אך נראה לי שיש כאן טעות סופר, וצריך להיות: רמב"ן, ראה שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקנב, וכוונתו היא לשו"ת הרמב"ן, סי' ט. עיין שם. וכן כתב י' פרנצוס (לעיל, הערה 52), עמ' 266, 269.

[108] "חייב אני לך מנה בשטר" — כתובות קא ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו.

[109] ראה לעיל, הערות 16, 17.

[110] ראה לעיל, הערה 34.

[111] וכבר ראינו (לעיל, הערה 19) כי קצות החושן מסביר את הרמב"ם בדרך הודאה.

[112] ראה לעיל, הערה 108.

[113] ללשון "אסמכתא", ראה להלן, הערה 131.

[114] והשווה לדיון בדברי רבנו תם, לעיל, ליד ציוני הערות 26-28.

[115] ראה לעיל, הערה 63.

[116] מהדורת בלאו, סי' רלז.

[117] בתשובה נאמר: "חייב הוא לה... במתנה מעכשיו". לכאורה מדובר בהקנאה. אך עדיין נראה לי לפרש שהכוונה להתחייבות. סתם קנס עוסק בהתחייבות, ולא בהקנאת כסף, ובמיוחד כאן שמדובר בקניין סודר ושטר, שאינם מועילים בהקנאת כסף. הלשון "מתנה", בסי' רלז, מזכירה לנו את דברי הרמב"ם בחיבורו, "שדבר זה מתנה היא" (לעיל, ליד ציון הערה 113). וכן נראה

בדרך זו יש להסביר את חידושו של הרמב״ם בעניין נדרים (הלכות ערכין ו, לא): ״יראה לי שאע״פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אם אמר: הרי עלי להקדישו — הרי זה חייב להקדישו לכשיבוא לעולם, משום נדרו... וראיה לדבר מה שאמר יעקב אבינו״ וכו׳. אם יכול אדם לחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם, איזה חידוש יש כאן? הרי בהקדש אין צריך למעשה קניין, שהרי ״אמירתו לגבוה כמסירתו להקדש״[118], והרי הוא כמתחייב לתת נכס עתידי להקדש[119]. אלא נראה שאכן התחייבות ממונית זו אינה תופסת, ורק הנדר תופס, משום שהנדר מופנה כלפי הקב״ה, כפי שנסביר עוד בפרק האחד־עשר.

4. דבר שאינו קצוב — שיטת הרמב״ם

עוד יש ברמב״ם הלכה מחודשת בעניין ״דבר שאינו קצוב״, היכולה להיות מוסברת לאור תפיסתו את ההתחייבות[120]:

> חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר: הריני חייב לזון אותך או לכסותך חמש שנים — אע״פ שקנו מידו, לא נשתעבד, שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה, וכן הורו רבותי.

מתשובת הרמב״ם, מהדורת בלאו, סי׳ עא, שמדובר בה בשטר בקניין, ונאמר שאם יפרו את תנאיו, ״עליהם לפרוע אהדדי חמשים כסף נוקר״ה״. ואומר הרמב״ם: ״יפרע מה שהתנה אז על עצמו, בתנאי שיהא אותו התנאי מחייבו בקנין כמעכשיו, באופן שלא תהא אסמכתא, ושיהא ג״כ ברשותו בעת לקיחת הקנין... אבל אם לא היה ברשותו... אינו חייב דבר, אפילו היה ברשותו ממון הרבה, זהב ולבוש וכיוצ״ב, עד שיהא הכסף ברשותו בעין... אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם״. כאן אין מוזכר לשון מתנה. עוד נלמד מדברי הרמב״ם שאם התחייב לשלם במעות מסוג מסוים, צריך שיהא ברשותו מאותו סוג. אמנם יש לציין כי יש עוד מתשובות הרמב״ם העוסקות בקנס שידוכין, ובחלקן מוזכר רק לשון ״חוב״, ולא עולה בהן שאלת ״דבר שלא בא לעולם״ (ראה מהדורת בלאו: סימנים מט, פח, פט, שפו, שפז). יתר על כן, מן התשובה בסי׳ קצט, אפשר להבין שלא היה למתחייבת סכום הקנס בשעת התחייבותה. אלא שנראה לי כי בסתם התחייבות לקנס, היה מובן שאותו סכום נמצא ברשות המתחייב. וכך נזכר בשטרות השידוכין (סי׳ פח וסי׳ רפא, ושם: ״וקבלו קנין... שעמו וברשותו מעכשיו בתורת חוב גמור מן המטבע המצרי עשרים דינר מצריים למורשה״ וכו׳), ועובדה זו אינה נבדקת, כי הודאת המתחייב מתקבלת. וראה עוד: שו״ת הרי״ף (בילגורי), סוף סי׳ פג; תוספות, כתובות נד ע״ב, ד״ה אע״פ, בשם י״מ (לעיל, הערה 71). אלא שבנידון דידו (סי׳ עא), השטר אינו מנוסח בלשון הודאה, אלא כהתחייבות לשלם במעות מסוימות, אם כן לדעת הרמב״ם צריך שיהא ברשותו, כנזכר לעיל.

[118] ראה קידושין כח ע״ב.

[119] ואם כי יש לעיין אם לשון ״הרי עלי...״ הוא לשון התחייבות (עיין דברי גאונים, כלל מא, אותיות טז-יז), הרמב״ם אינו מזכיר כלל אפשרות זו. ועיין קהילות יעקב לר״י קנייבסקי, נדרים סי׳ ג, שעמד על העובדה שאין לנו ראיה מהגמרא לאפשרות של התחייבות בדבר שלא בא לעולם, ואולי הוא רק מדרבנן, ולכן הוצרך הרמב״ם להביא ראיה מיעקב אבינו שיכול לחייב עצמו בנדר כזה.

[120] הלכות מכירה, יא, טז.

ולא רק שהגבלה זו בהתחייבות אינה מופיעה בגמרא, אלא שמשמע מהגמרא להפך, כמו שהקשה הראב״ד שם[121]. לפני שנבדוק מי הם רבותיו של הרמב״ם, והיכן הורו כן, עלינו לעמוד על טעמה של הלכה זו ועל טיבה.

המפרשים[122] מסבירים שדין זה מבוסס על חוסר גמירת דעת: אין אדם גומר בדעתו להשתעבד על סכום בלתי קצוב. כן משמע אף מדברי הרמב״ם עצמם, המנמק במקום אחר[123] את אי־אפשרותו של הערב להתחייב על סכום שאינו קצוב בגלל חוסר גמירת דעתו. כיוצא בזה עולה מיישוב סתירה לכאורה בדברי הרמב״ם: בהלכות מכירה (יא, יז) הוא מסביר את הטעם לאפשרות פסיקת מזונות לבת אשתו: ״מפני שפסק בשעת נישואין, והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה״; ואילו בהלכות אישות (כג, יז) הוא כותב כי התחייבות למזונות לבת אשתו, ״שלא בשעת קידושין״, אינה תקפה ״עד שיקנו מידו או עד שיכתוב שטר״. ומאליה עולה השאלה: כיצד הרמב״ם מכיר בהתחייבות כזו? והלוא גם קניין אינו מועיל. אלא שיש לומר שבהלכות אישות מדובר בשהתחייב בסמיכות לנישואין, ולכן עדיין יש קצת גמירת דעת, והקניין מועיל; אך בהתחייבות שאינה נסמכת לקידושין או לנישואין, אין גמירת דעת כלל, והקניין אינו מועיל בה[124].

אולם אם ההתחייבות היא אישית במהותה, הסבר זה בדעת הרמב״ם נראה לי דחוק קצת: מדוע אין אדם גומר בדעתו לזון את חברו חמש שנים? הרי מרכז הכובד הוא בחיוב האישי שקיבל על עצמו, ואם האדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם — אף אם אין לו נכסים כלל, כדברי התוספות בכתובות[125] — מדוע אינו יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב? יתר על כן, דין ״דבר שלא בא לעולם״ הוא דין חמור, ומקפידים עליו יותר מדין ״דבר שאינו קצוב״. וכך סובר הרמב״ם כי הלכת ״דברים הנקנים באמירה״, שנידונה לעיל, חלה גם על ״דבר שאינו קצוב״, אך אינה חלה על ״דבר שלא בא לעולם״[126]. מכאן אומר הריב״ש[127]: ״דדבר שאינו מצוי ברשותו גרע מדבר שאינו קצוב״[128].

[121] השגת הראב״ד על הרמב״ם, שם. וראה מגיד משנה, שם. ונפסקה ההלכה כשיטת הראב״ד. ראה: ספר התרומות, שער סד, א; טור ושו״ע, חו״מ: סי׳ ס, סע׳ ב; סי׳ רז, סע׳ כא.

[122] ראה: משנה למלך, הלכות מכירה, יא, ב; סמ״ע, חו״מ, סי׳ רז, ס״ק ס; קצות החושן, שם, סי׳ ס, ס״ק ב.

[123] הלכות מלווה ולווה, כה, יג. אלא שהרמב״ם לא כתב שם במפורש את הטעם של דבר שאינו קצוב. וראה: סמ״ע, חו״מ, סי׳ קלא, ס״ק כה.

[124] ראה: מאירי, כתובות קא ע״ב; מגיד משנה, הלכות מכירה, שם; כסף משנה, הלכות אישות, שם.

[125] ראה לעיל, הערה 33.

[126] ראה: רמב״ם: הלכות זכייה ומתנה, ו, יז; הלכות מכירה, יא, יז.

[127] סי׳ שמה.

[128] אמנם נושאי הכלים לטור ולשו״ע, אה״ע, סי׳ נא (ראה לעיל, הערה 49), אומרים כי לא הצריך הרמב״ם שיהיו הדברים ברשותו אלא רק בהקנאה, ולא בהתחייבות. ולפי זה, בניגוד לריב״ש, דין דבר שלא בא לעולם או לרשותו לא גרע, אלא אדרבה עדיף מדבר שאינו קצוב, כי אינו פוגם בשום התחייבות, ולאו דווקא בהתחייבויות שידוכין. וראה עוד קצות החושן, סי׳ ס, ס״ק

אולם לאור האמור לעיל על תפיסתו של הרמב״ם את ההתחייבות, יש מקום להסביר הלכה זו: ההתחייבות אינה אישית במהותה, כיוון ״שזו כמו מתנה היא״, כדברי הרמב״ם, והיא צריכה לחול על נשוא ממשי. וכמו שאין להתחייב — לדעת הרמב״ם — על דבר שלא בא לעולם, כך אין להתחייב על דבר שאינו קצוב. אמנם יש הבדל בין שני הדברים: דבר שאינו קצוב, אפשר שהוא קיים בעולם, והוא ברשותו של המתחייב, ועל כל פנים לפחות חלק מנשוא ההתחייבות ודאי קיים ברשותו[129]. אפשר שמכאן נובע גם ההבדל ביחס ל״דברים הנקנים באמירה״. מכל מקום, הרמב״ם עצמו נותן נימוק חפצי לדין דבר שאינו קצוב, ״ואין כאן דבר ידוע ומצוי״, ולא נימוק אישי של חוסר גמירת דעת.

אמנם יש מקום לדבר גם על הפגם שיש ביסוד האישי שבהתחייבות: מכיוון שהמתחייב אינו יודע על איזה סכום הוא מתחייב, יש פגם בגמירת דעתו. אך נראה שיש קשר בין התכונה החפצית ובין התכונה האישית שבהתחייבות[130]. כלומר, מכיוון שאין כאן נשוא ממשי, ״ידוע ומצוי״ בלשון הרמב״ם, יש פגם בגמירת דעתו[131]. מכאן גם נבין את ההבדל בנימוקיו של הרמב״ם: בהתחייבות למזונות, הדגיש הרמב״ם את הצד החפצי, ״ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה״; ואילו בהתחייבות של ערב,

ב, המסביר כי התחייבות ב״דבר שאינו קצוב״ — בניגוד לדבר שלא בא לעולם — אינה יכולה לחול על גוף המתחייב. אך הטעם אינו מוסבר, ומלבד זאת אין קצות החושן מתייחס לדברי הריב״ש כלל. בית שמואל לאה״ע שם, ס״ק ד, הרגיש כנראה בקושי זה, ונדחק לחלק בין סתם התחייבות להתחייבות הגוף, שהיא חלה גם על דבר שלא בא לעולם. עיין שם. וקשה לי, התועיל התחייבות זו גם ביחס לדבר שאינו קצוב? לפי ההסבר המוצע בפנים, שלדעת הרמב״ם אין להתחייב בדבר שלא בא לעולם — שלא כמו שפסק השו״ע, חו״מ, סי׳ ס, סעיף ו — אין צורך לדוחק זה, ולעולם ״דבר שלא בא לעולם״ נחות מ״דבר שאינו קצוב״.

[129] בתשובותיו, מהדורת בלאו, סי׳ שעז, הרמב״ם מבסס את הפגם בהתחייבות למזונות על שניהם. וזו לשונו: ״וזאת שנתחייבה בקנין לפרנס בניה עד שיגדלו, אינה חיבת עד שתקצוב עליה ההוצאה בסכום ידוע ותשעבד עצמה ליתומים בזה בתורת חוב. ואם לא עשתה כן, אינה חייבת מאומה מב׳ פנים: הא׳, להיות זה באופן מתנה, ואין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם; והב׳, להיות נותן דבר בלתי קצוב״. וכוונתו היא שאף על פי שלא קצבה את הסכום, ההתחייבות בטלה משתי הסיבות הללו; אך אם קצבה את הסכום, היא משתעבדת כבעלת חוב, וההתחייבות חלה על הנכסים שברשותה עד כדי הסכום שקצבה. אמנם כבר אמרנו (לעיל, הערה 117) שבמקרה האחרון לא נבדוק אם יש לה כדי אותו סכום, ונקבל את דבריה מדין הודאת בעל דין. על כל פנים, הרמב״ם אינו מביא בחיבורו אלא את הפגם של ״דבר שאינו קצוב״.

[130] נחזור לעניין זה בפרק הסיכום.

[131] ראה גם לשון הרמב״ם בהלכה הקודמת ביחס לסתם התחייבות: ״שדבר זה מתנה היא, ואינה אסמכתא״ (לעיל, ליד ציון הערה 113). והקשה הבית יוסף, חו״מ, סי׳ רז, אות כו: מה עניין אסמכתא לכאן? וביאר: ״דסלקא דעתך אמינא, דכיון שאינו חייב לו כלום, לא גמר ומקני, כי היכי דאמרינן באסמכתא. קמ״ל״. וכבר אמרנו שהרמב״ם טרח להסביר שהתחייבות על סכום קצוב תופסת. אך ייתכן שלדעת ר״י מיגאש, הסובר שאם ההתחייבות נעשית בלשון חיוב הגוף, היא אינה תופסת, אכן יש בהתחייבות על סכום קצוב פגם בגמירת הדעת. אולם ראה: ב׳ ליפשיץ, אסמכתא, עמ׳ 95 ואילך, שהסביר את עניין האסמכתא באופן אחר לגמרי.

שהיא התחייבות מיוחדת, כמבואר לעיל[132], התלבט הרמב"ם בדבר, והכריע לשלילה על סמך הצד האישי של חוסר גמירת דעת, ואמר: "ויראה לי שאין זה הערב חייב כלום. שכיון שאינו ידוע הדבר ששיעבד עצמו בו, לא סמכה דעתו ולא שיעבד עצמו. ודברים של טעם הם למבין"[133].

עוד יש לומר כי לאור הסברנו בעניין חולשת ההתחייבות והבחנתה מחוב[134], נוכל גם להבין את שיטת האחרונים[135], שלא דיבר הרמב"ם אלא בהתחייבות חד־צדדית. אך התחייבות שניתנת כתמורה למה שנתקבל חלה גם על דבר שאינו קצוב. במקרה זה מרכז הכובד אינו בחיוב האישי, אלא בתמורה שצריכה להינתן מתוך נסיבות אובייקטיביות של קבלה ונתינה.

5. התחייבות למזונות במקורותיו של הרמב"ם

דין "דבר שאינו קצוב" שולל כמעט כל אפשרות של התחייבות למזונות, וזו אמנם הדוגמה המובאת ברמב"ם. את עצם הדין של אי־הכרה בהתחייבות למזונות, בצורה גורפת יותר, מצינו כבר בשו"ת הרי"ף[136] והר"י מיגאש[137].

כבר אמרנו כי דינו של הרמב"ם אינו מצוי בגמרא; אדרבה, הראשונים מרבים להביא ראיות סותרות[138]. אולם הרמב"ם עצמו מציין את מקורו: "וכן הורו רבותי", וכוונתו כנראה לרי"ף ולר"י מיגאש דלעיל. יתר על כן, אצל שני "רבותיו" אלה, מובאת ההלכה של שלילת התחייבות למזונות באופן סתמי וכולל, בלא הנימוק של "דבר שאינו קצוב". הרי"ף רואה בפסיקת מזונות כהקנאת מטבע, והר"י מיגאש — כקניין דברים. אמרנו כי ייתכן, בייחוד בדעת הר"י מיגאש, שהתחייבות אישית אינה מוכרת[139], ולכן התחייבות למזונות נתפסת כקניין דברים או כהקנאת מטבע. אולם הרמב"ם מכיר בהתחייבות, אף על פי שהיא כפופה לתנאי הקנאה, כפי שאמרנו לעיל, ומשום כך הוא

[132] ראה לעיל, הערה 97.

[133] ראה לעיל, הערה 123. יש לשים לב שבעניין ערב נוקט הרמב"ם לשון "שעבד עצמו", ולא לשון מתנה. וראה עוד: שו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' קטז (דבריו הובאו בלחם משנה, הלכות מלווה ולווה שם), המבחין בין שתי ההלכות בדרך משלו. להשוואת שתי ההלכות ראה גם חוק לישראל, ערבות, עמ' 481.

[134] ראה לעיל, ליד ציון הערה 98.

[135] ראה: משנה למלך, הלכות מכירה, יא, טז. וראה עוד: פני יהושע בכתובות (לעיל, הערה 76). אולם הריטב"א, כתובות קא ע"ב, אומר שמדברי הרמב"ם לא משמע כן. עיין שם.

[136] ראה לעיל, ליד ציון הערה 81.

[137] ראה לעיל, ליד ציון הערה 96.

[138] ראה לעיל, הערה 121. אמנם הגר"א, חו"מ, סי' ס, ס"ק י, מוצא מקור לדברי הרמב"ם בדברי הירושלמי, כתובות יב, א; וקשה לי מדברי הירושלמי בראש פ"ה לכתובות, ושם הרי מדובר בסכום קצוב. עיין שם. על כל פנים, אין לומר כן בדעת הרי"ף, שהרי הוא אומר במפורש (כתובות סא ע"א, בדפי הרי"ף) שהירושלמי חולק על הבבלי, והלכה כבבלי.

[139] בהתחייבות למזונות אין לדבר על הודאה, במיוחד אם הסכום אינו קצוב, שהרי היא התחייבות לפעילות עתידית.

מסביר את דברי הרי״ף והר״י מיגאש בצורה מצמצמת, כי ההתחייבות למזונות אינה תופסת משום שהיא התחייבות ל״דבר שאינו קצוב״, ואף הוא אחד מתנאי הקנאה כמו ״דבר שלא בא לעולם״, שאי אפשר להתחייב עליו. מכאן — לדעת הרמב״ם — התחייבות למזונות בסכום קצוב תופסת (ראה הערה 129).

ו. ״יטול מנה״

בכמה מקומות מספר התלמוד על אדם שנותן לחברו חלק מנכסיו, ובראשונים מבואר כי הלשון שנקט בה קובעת את גורל העסקה. ברוב המקומות מדובר בשכיב מרע, שמתנתו אינה צריכה קניין. לעניננו נבחין בין הקנאה (=מתנה) להתחייבות. יש ודבריו נתפסים כמתנה, ויש שהם נתפסים כהתחייבות, ונפקא מינה במקרה של אבדן סוג הנכס שהזכיר. כך, למשל, האומר: אני נותן לך שווה 1,000 ש״ח מִצֹּאני במתנה, ואבדו מקצת צֹאנו — הפסיד המקבל, שהרי יכול לומר לו: שלך אבד[140]. דעות שונות נאמרו באשר לשאלה אם הוזל אותו נכס, אם ומתי יכול לומר לו: שלך הוזל, ומאידך גיסא, אם נתייקר סוג הנכס שהזכיר, האם הרוויח המוטב[141].

לעומת זאת, אם נקט לשון התחייבות, הוא חייב לו דמים, והנכס שהזכיר אחראי, כלומר משועבד לחובו — ואם אבד הנכס, לא הפסיד המוטב. מאידך גיסא, אם התייקר הנכס, יזכה הנותן ברווח, כי ההתחייבות היא קבועה. אולם יש לציין כי כל זה מופיע ברמב״ם ובשולחן ערוך בדיני שכיב מרע (חו״מ, סי׳ רנג), וכבר ציינתי לעיל[142] כי בבריא יש מגבלות של הקנאה שאינן בהתחייבות.

במקור קדום, במשנה, מסופר על נתינת כסף, ונחלקו הראשונים אם מדובר בשכיב מרע דווקא אם לאו. אפשר שחילוקי הדעות נובעים מיחסם להתחייבות. וכך נאמר במשנה[143]: ״האומר אם תלד אשתי זכר, יטול מנה״ וכו׳. היינו: האדם מבטיח מראש לתת לבנו או לבתו שיוולדו לו סכום כסף מסוים. הגמרא שם (ב״ב קמא ע״ב) דנה בשאלה: כיצד יכול אדם להקנות למי שלא בא לעולם? והראשונים שם שואלים: כיצד ניתנה המתנה? יש שמפרשים[144] כי מדובר הן במתנת שכיב מרע שניתנת באמירה הן במתנת בריא שניתנת במעשה קניין.

[140] ראה גיטין סו ע״א, ונחלקו רש״י והתוספות שם, ד״ה כדי, אם מפסיד לגמרי או לפי חשבון.
ויש מחלקים בין דבר מסוים, שאז הפסיד לגמרי, כמו שור בשווי, מת — מראהו, נפול, לבין דבר לא מבורר כמו יין מייני. ראה שו״ע, חו״מ, סי׳ רנג, סע׳ יג, יח-יט. ואין כאן מקום להאריך.

[141] ראה ריטב״א גיטין שם, טור ושו״ע שם. בסע׳ יט שם, נידון דינו של נותן כסף: מתי הוא מתנה ומתי הוא התחייבות.

[142] ראה לעיל, הדיון בעניין ״מתנה לחוד״, ובייחוד בהערות 58-60.

[143] ב״ב ט, ב; קמ ע״ב.

[144] ראה: רשב״ם וריטב״א שם, קמ ע״ב.

אולם הרי"ף על המשנה שם אומר כי המשנה מדברת בשכיב מרע דווקא[145]. מדוע הוא סובר כן? תשובה לדבר נמצא בדברי ר"י מיגאש על אתר, האומר: "האי מתני' בשכיב מרע הוא, דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין. אבל בבריא לא משכחת לה, דאי נמי קנו מידו, אין מטבע נקנה בחליפין[146]. ועוד, דאסמכתא היא, דהא אם ילדה קאמר. ועוד, דקניין דברים בעלמא היא, דהא יטול קאמר"[147].

רוב הראשונים חולקים על הר"י מיגאש, והם דוחים את טיעוניו[148]. נתייחס לטענה שאין מטבע נקנה בחליפין. בפשטות יש לומר שאפשר להקנות מטבע בקניין אגב[149]. הרשב"א (ב"ב קמא ע"ב) טוען עוד כי אף בקניין חליפין אין מדובר בהקנאת מטבע ממש, אלא בשווה מנה. מוסד ביניים זה, הקרוב להקנאה, נזכר כבר בדברי הרשב"א, שהובאו לעיל (הערה 58), בעניין מתנה לחוד. לפי זה, כזכור, דיוננו כפוף לתנאי ההקנאה כדין "דבר שלא בא לעולם", אך החוזה יכול להיעשות בקניין חליפין. אין דבר מסוים מוקנה למקבל, כי אם הסך הנקוב מכלל נכסיו[150].

עד כאן הוסברה העסקה בדרך של הקנאה. אך הטור[151] חולק על הסבר זה, ואומר כי אין מדובר בהקנאה, אלא בהתחייבות שיכולה להיעשות בקניין חליפין: "פי' רב אלפס וה"ר יוסף הלוי (הר"י מיגאש) דהא לא איירי אלא בשכיב מרע... ואין נראה. דהא אין שייך הכא למימר: אין מטבע נקנית בחליפין, שאינו מקנה לו מנה במטבע, רק שמחייב עצמו ליתן לו מנה ובשעבוד לזה נכסים" וכו'.

ושוב אנו רואים שהר"י מיגאש לשיטתו אינו מכיר בהתחייבות זו, ובוודאי לא

[145] וכן מובא ברמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ח, ה-ו. וראה: מגיד משנה, שם; שו"ת הרשב"ש, סי' קיד (ה).

[146] עוד טוען הב"ח, חו"מ, סי' רנג, יב, כי בהקנאה עתידית עולה בעיית "כלתה קנינו". ראה להלן, פרק חמישי, סעיף ג.

[147] המאירי, שם, בשם הר"י מיגאש ("גאוני ספרד") מוסיף: "ואם בשטר, מטלטלי לאו בני שטרא נינהו". והשווה לקושיית רבנו תם (לעיל, סעיף ג). וראה להלן, בהסבר שיטת הר"י מיגאש.

[148] אמנם הרמב"ן (המובא ברא"ש, יבמות פ"ז, אות ד) והר"ן (חידושי הר"ן לב"ב קמב ע"ב) מסבירים את הרי"ף בדרך אחרת, דהיינו משום שאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ולא הזכירו את הר"י מיגאש. הש"ך, חו"מ, סי' ריא, ס"ק א, מרחיק לכת, ואומר שאין כוונת הרי"ף אלא לפרש כי המשנה, שלא הזכירה מעשה קניין, עוסקת בשכיב מרע; אבל בקניין ישנו גם בבריא. אולם יש מן הראשונים המסבירים את הרי"ף כהסברת תלמידו, הר"י מיגאש. ראה פירוש קדמון לב"ב שם; טור, חו"מ, סי' רנג, סעיף מב (ושם דברי הר"י מיגאש מיוחסים גם לרי"ף), וכן משמע בדעת הרשב"א. וראה בית יוסף, חו"מ, סי' רי, אות ג. וכן מוכח גם מדברי הרי"ף עצמו. ראה תשובות הגאונים (הרכבי), סי' תקיג. וראה עוד להלן, פרק חמישי, בבירור שיטת הרי"ף ב"קניין אתן".

[149] ראה: יד רמה, ב"ב, פ"ט, אות ג; רשב"א ומאירי לב"ב קמ ע"ב.

[150] הרשב"א, המובא במגיד משנה הנ"ל (ראה לעיל, הערה 145), מזכיר "מקרקעי שוה מנה" (וראה עוד לחם משנה, הלכות זכייה ומתנה, ח, יב). בחידושי הרשב"א לב"ב קמ ע"ב, מדובר בתחילה על מקרקעי, אך בהמשך על "שוה מנה... או קרקע שהיא שוה מנה". המאירי, שם, המביא את דברי הרשב"א, מזכיר רק "שוה מנה". אף לעיל (הערה 58), לא הזכיר הרשב"א מקרקעין דווקא.

[151] חו"מ, סי' רנג, סע' מב.

כשנעשתה בצורה סתמית של התחייבות לתת כסף, ומשום כך המשנה בבבא בתרא עוסקת לדעתו בהקנאה בדרך של מתנה[152]. ואילו בעיני הטור, מוסד התחייבות הוא פשוט ומקובל, ואף את המשנה הוא מפרש כעוסקת בהתחייבות ולא בהקנאה.

ז. ״מנה אין כאן, משכון ושעבוד אין כאן״

גם בחוזה אחר לתשלום כסף, חוזה לתשלום המיטלטל בין הקנאה להתחייבות המלווה במפורש בשעבוד נכסים, מצינו שנחלקו הרי״ף והרמב״ן, בהתאם לשיטותיהם, ביחס להתחייבות.

באחת מתשובותיו, אומר הרי״ף[153]:

> ראובן אמר לעדים: קנו ממני, וכתבו וחתמו מחמת שרציתי ברצון נפשי, ונתתי לשמעון מאה זהובים מראבטי״א, וכתב שעבוד ק׳ זהובים אלו על כל נכסיו כלשון השטרות, ועכשיו טוען שלא היו בידו ק׳ זהובים באותה שעה, ואין אדם מקנה לחברו דשלב״ע [=דבר שלא בא לעולם]... המתנה בטלה, אע״ג דהוי ברשותיה... משום דקימא לן: אין מטבע נקנה בחליפין... מה שטען שמעון מענין השעבוד הכתוב בשטר, כיון שאין ההקנאה כלום, שעבוד נמי לאו כלום הוא, כדאמרי׳ בפר׳ האשה נקנית[154]: מנה אין כאן, משכון אין כאן.

נמצא שהרי״ף מסביר עסקת מתן כסף זו כהקנאה הכפופה לתנאי הקנאה של ״דבר שלא בא לעולם״ ו״מטבע בחליפין״, ומוסיף שאף השעבוד על כל נכסיו אינו מועיל, כפי שמשמע מן הסוגיה בקידושין, שנאמר בה: ״אמר רבא, אמר רב נחמן. אמר לה: התקדשי לי במנה, והניח לה משכון עליה, אינה מקודשת. מנה אין כאן, משכון אין כאן״.

ביאור סוגיה זו בקידושין אינו נוגע ישירות לענייננו, וכבר עסקנו בה לעיל, סוף

[152] גם בעניין דומה, מצינו כי הר״י מיגאש מפרש משנה לשיטתו. המשנה בשבועות (ד, ח; לה ע״א) אומרת שאין חייבים שבועת העדות על תביעת ממון שבין כך אינה מחייבת את הנתבע: ״שאמר איש פלוני ליתן לי מאתים זוז, ולא נתן לי״. בפשטות יש לומר כי אמירה בלא קניין לתת מאתיים זוז אינה מחייבת (ראה המאירי והרע״ב שם). אבל הר״י מיגאש שם מפרש את המשנה בדרך אחרת: ״דאמירה בלחוד היא... אפילו קנו ממנו אגב קרקע דמקני ביה מטבע, הכא קנין דברים בעלמא הוא״. אם מדובר בשקנו ממנו, יש מקום להכיר בהתחייבות, ואין כאן שאלה של מטבע בחליפין ולא של קניין דברים, אלא שהר״י מיגאש, לשיטתו, אינו מכיר בהתחייבות לתת לחברו כסף, ולכן מפרש את המשנה בדרך של הקנאה.

[153] מהדורת בילגורי, סי׳ קסח. הובא גם בספר התרומות, שער סד, ח״ב, ג; עיטור, קניין (י ע״ב); מאירי, קידושין ח ע״ב; טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ ס, סע׳ ו. וכן הוא (בשינויים) גם בתשובת הרי״ף, שהובאה בתשובות הגאונים (הרכבי), סי׳ תקיג.

[154] קידושין ח ע״ב.

פרק שני. לכן נדון כאן רק בשאלה: האם נתינת משכון על מנה יוצרת חוזה מחייב? לעניין זה, מצאנו שתי שיטות עיקריות בראשונים:

א. לדעת הרמב"ן והרשב"א, אפשר ליצור התחייבות ושעבוד על ידי מסירת משכון, אלא שבקידושי אישה וקניין עבד או קרקע צריך שתהיה נתינת כסף ממש.

ב. לדעת הראב"ד[155], הרא"ש והריטב"א, אין כאן חוזה, כי אין המשכון חל אלא על חוב הקיים כבר, וכדברי הרא"ש שם: "ובמתנה שאמר ליתן לו, לא נתחייב בה, ולא יתחייב בה לעולם, לפי שיכול לחזור בו. לפיכך לא נשתעבד לו המשכון במשיכתו".

נראה שהרי"ף בפירושו הולך בדרך הראב"ד וסיעתו, הסוברים שנתינת המנה אינה יכולה להיעשות על ידי מסירת המשכון. אלא שהרי"ף מוסיף עוד שהוא הדין, ואף כל שכן[156], שאין החוזה קם על ידי שעבוד. גם השעבוד, כמו המשכון, הוא מוסד הבא להבטיח חוב קיים. ייתכן שכלל אי אפשר ליצור חוב חדש, אלא רק בדרך הלוואה או הודאה.

הרמב"ן נוקט שיטה אחרת. הוא סובר שאפשר ליצור חוזה אף על ידי מסירת משכון, והוא הדין גם ביחס לשעבוד. אולם הרמב"ן הולך לשיטתו[157], שהוא מבחין בצורה ברורה בין ההתחייבות ובין הקניין, ולכן הוא תופס גם את השעבוד באופן אחר[158]. לשעבוד הנכסים אין רק משמעות של מוסד "משני", מעין משכון כללי שחל על חוב קיים, אלא גם משמעות בתהליך יצירת החיוב — התחייבות ושעבוד הגוף, כשכל הנכסים אחראים לכך. ממילא, בשעבוד הנכסים לחוזה אפשר לראות הן כוונה הן דרך ליצירת התחייבות אישית הזוקקת גם לשעבוד נכסים, כאמור לעיל.

וזו לשון הרמב"ן בתשובותיו[159]:

> והנותן או המוכר מה שעתיד לקנות, וקבל על נכסיו אחריות להעמידה בידו, חייב להעמידה; ואם לאו, גובה מהן מדין אחריות... וליכא למימר: מנה אין כאן, משכון אין כאן, כמו שעלה בדעתכם. שיכול אדם לחייב את עצמו באחריות שאינו חייב

[155] מובא בר"ן על הרי"ף, קידושין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), ובריטב"א שם. האחרונים התלבטו בהבנת שיטת הראב"ד, ראה: קצות החושן, סי' קצ, ס"ק ו; חי' ר"ש שקופ, קידושין סי' יז, נזכר לעיל פרק שני, הערה 181.

[156] ראה: טור, חו"מ, סי' ס, אות יא; ביאור הגר"א, שם, ס"ק ל.

[157] ראה לעיל, הערה 62.

[158] כך שגם הרא"ש והריטב"א, החולקים על הרמב"ן בעניין משכון, יכולים להסכים עמו בעניין שעבוד. אמנם לא כן כתב קצות החושן, סי' ס, ס"ק ו, בשם הרא"ש, בקידושין, פ"א, אות י, אך עדיין נראה לי שלא דיבר הרא"ש שם כי אם בשעבוד משכון, ולא בסתם שעבוד נכסים. כיוצא בזה אפשר לומר על ראיית הגר"א שם: חוב במשכון נחשב כגבוי יותר משעבוד נכסים, אך ביחס ליצירת החיוב אפשר שהוא להפך. אולם ראה שו"ת הרא"ש, כלל לו, סי' ח. ושמא יש להבחין בין אופני הזכרת אחריות, כאמור להלן, הערה 166. ועדיין הדבר צריך ברור.

[159] סי' לח. הובא גם בספר התרומות, שער מג, ח"ד, ו; בית יוסף, חו"מ, סי' ס, אות יא.

בה על דרך חייב אני לך מנה (כתובות קא ע"ב), וכל שכן בקניין, דמצי משעבד נפשיה.

משמע שאפילו בחוזה שעניינו מכירה או נתינה של דבר שלא בא לעולם[160], שאינו תופס כשלעצמו, אם שעבד את נכסיו להתחייבות — חל החוזה. בקבלתו על נכסיו לביצוע מה שקיבל על עצמו, רואים את התחייבותו ושעבוד הגוף חוזה אישי, שאינו כפוף לתנאי הקנאה.

לפי זה נראה כי גם בעניין שדן בו הרי"ף, בנתינת כסף שנעשתה בקניין ובשטר ובשעבוד נכסים, יש לראות את החוזה כהתחייבות ושעבוד הגוף, והחוזה תקף[161]. עד כאן דברי הרי"ף והרמב"ן.

ושאלה היא: כיצד הבינו המפרשים את דבריהם?

דברי הרי"ף הובאו להלכה[162]. המפרשים הבינו מדבריו שהרי"ף אינו מדבר אלא במי שנקט לשון הקנאה, אבל הוא מסכים שיכול אדם לחייב את עצמו לשעבד את עצמו בלא שיהא כפוף לתנאי ההקנאה. וזה לשון "בית יוסף"[163]: "שהרי"ף מודה בההיא דהרא"ש[164], שאדם יכול להתחייב בדבר שאינו חייב, אע"פ שאין לו נכסים, לפי שגופו ועצמו הוא מחייב ומשעבד. אבל בההיא דהרי"ף, לא חייב עצמו ליתן" וכו'.

יתר על כן, רבים מן המפרשים הבינו כי אף הרמב"ן אינו חולק על הרי"ף, ואינו

[160] נדון בעניין זה בפרק הבא.

[161] וראה שו"ת הריב"ש, סי' שמה, שדן בשטר מתנה לחוד, וזה לשונו: "נתתי לה ד' אמות קרקע, ואגבן נתתי לה בקנין שלם מעכשיו כך וכך, שתגבה מנכסי". והריב"ש מתאמץ לפרש את החוזה כהתחייבות, כדי להציל אותו מבטלות. לכן הוא מציע לפרש את דברי הבעל בשלא התכוון למעות ידועות, "אלא הוא שעבוד שמשעבד לה נכסיו באגב לגבות מהן הסך ההוא... וכבר ידעת שאדם יכול לשעבד עצמו במה שאינו חייב, כמו שמבואר למפרשים ז"ל בפרק הנושא... וכן שאדם יכול לשעבד נכסיו מטלטלי אגב מקרקעי... כ"ש... אגב מתנת מקרקעי...". עם זאת הוא אומר שהשעבוד חל בנסיבות אלו רק על מיטלטלין, ולא על מקרקעין, כי המקרקעין אינם נקנים בקניין אגב. וצריך לומר שמכיוון ששעבד את מיטלטליו דווקא, השעבוד אינו חל על מקרקעיו. על תשובת הריב"ש, ראה עוד מה שכתב ב' ליפשיץ, "מתנה לחוד", עמ' קנא. עניין דומה אפשר למצוא לכאורה בדברי בעל חוקות הדיינים (לר' אברהם טאזראטי, תלמיד הרשב"א, בהוצאת מכון הרי־פישל, ירושלים תשל"ב, בצירוף ביאור "שמרו משפט", לר' אברהם אשכנזי, ותוספת הערות של בנו בשם "כונן למשפט"), בסוף סי' קפג, שאומר: "ולפ"ז הנדוניות שכותבים עכשיו, שהחתן נותן לכלה כו"כ זהובים, אינו כלום [כי אין מטבע נקנה בחליפין]... אא"כ יש לו קרקע, ושעבד אותו לאותה מתנה". ויש להקשות: לפי הרי"ף לא יועיל השעבוד, ולפי הרמב"ן זו התחייבות, ואין צורך שיהא לו קרקע? וראה בפירוש "שמרו משפט", שהתלבט בהבנת הדברים. ואולי יש לפרשם שהכוונה למתנת זהובים לא מסוימים משלו, על דרך דברי הרשב"א והריב"ש (לעיל, הערה 58).

[162] טור ושו"ע, חו"מ, סי' ס, סע' ו. וראה עוד שו"ת הרמב"ם (מהדו' בלאו), סי' תכז.

[163] על הטור שם, אות טו.

[164] כתובות פ"ה, אות א (לעיל, הערה 35), הובא בטור שם.

מדבר אלא במי שחייב את עצמו במפורש ליתן[165]. אך יש מן האחרונים[166] הסבורים שהרמב"ן חולק על הרי"ף. נשתדל להוכיח את שיטתם. כבר מלשון הרמב"ן דלעיל משמע שלא חייב את עצמו במפורש, אלא משום שקיבל עליו אחריות נכסים, רואים את העסקה כהתחייבות. אף בעניין מתנה לחוד, ראינו שהרמב"ן[167] מתגבר על בעיית מתנת כסף על ידי השימוש בהתחייבות ושעבוד, ובניסוח שטר ההתחייבות בזה הלשון: "מחמת שרציתי ברצון נפשי, ונתתי במתנה לחוד מאה זהובים שתגבה אותם, ושעבדתי לה בק"ג [=בקניין גמור] כל נכסי... שעבוד גמור לגבות מאה זהובים... ובכך הוא משתעבד לה על דרך השעבוד" וכו'. לשון זה כמעט זהה ללשון הרי"ף בתשובתו שהבאנו לעיל, ובכל זאת הרמב"ן רואה בה התחייבות ושעבוד, ולא הקנאה. ראיה ניצחת שאמנם הרמב"ן חולק על הרי"ף יש להביא מתשובתו שהבאנו לעיל, שנוסף בה קטע שנשמט מן המקורות המקבילים[168]. לאחר שהוא מסביר את החוזה כהתחייבות ושעבוד, הוא מוסיף: "ושמא בלבל אתכם מה שראיתם בספר העטור בזה, ואינם דברים של עיקר". כוונתו לתשובת הרי"ף, שהובאה ב"עיטור"[169]. הרי[170] שהרמב"ן חולק על הרי"ף[171].

[165] כבר מדברי בעל התרומות, תלמיד־חבר של הרמב"ן, משמע שלא ראה ניגוד ביניהם, שהרי הביא את דברי שניהם בסמיכות מקום (שער מג, ח"ד. וכבר תמה על כך גידולי תרומה, שם). אף בית יוסף (לעיל, הערה 159), מביא את דברי הרמב"ן כאילו אינו חולק על הרי"ף. מבין האחרונים שהולכים בדרך זו, יש להזכיר את: הש"ך, שם, ס"ק כא; ותורת חסד, סי' רלז. ב' ליפשיץ, עובד וקבלן, עמ' 28, מרחיק לכת וטוען, גם על סמך שו"ת הרמב"ן, סי' סד, כי הרמב"ן — בניגוד לבאים אחריו — לא התכוון להתחייבות להקנאה, אלא להתחייבות כספית ששעבוד הנכסים בא מכוחה, וממילא כדאי לו לקיים את הבטחתו למכור. על אמצעי עקיפה זה, ראה להלן, פרק אחד־עשר.

[166] ראה: גידולי תרומה (בהערה הקודמת); פני משה, ח"א, סי' סו, וח"ב סי' יד; לחם רב, סי' קנח; פתחי תשובה, חו"מ, סי' ס, ס"ק י. מחלוקת האחרונים סוכמה בספר דברי אמת, קונטרס ז, סי' ב. ראיה לגישת הש"ך מביא המחבר משו"ת הריטב"א, סי' מא (הובא גם בב"י שם, מחודש טו), שכתב לכאורה אף בשם הרמב"ן כי כשלא כתב לשון חיוב, "אע"פ שכתב אחריות", לא קנה המקבל. אולם כבר דחה בעל "לחם רב" ראייה זו, כי ייתכן שפסקה זו היא מדברי הריטב"א (בדברי אמת, שם, נדפס בטעות "רשב"א" במקום "ריטב"א"). ועוד נראה לי להשיב כי גם כשיש לשון אחריות, יש לבדוק מהי. רק אחריות נכסים לביצוע החוב הופכת את העסקה להתחייבות ושעבוד, אך אחריות לסלק כל עורר אינה קובעת את אופי העסקה. ראה שו"ת הריב"ש, סי' שמה. וכן משמע משו"ת הרשב"א, המיוחסות, סי' סז. אמנם אפשר שתועיל אחריות לשלם את שיווי העסקה. ראה: שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' קצד (להלן, הערה 170); ח"ה, סי' קפ. ועדיין הדבר צריך בירור.

[167] בתשובותיו, סי' ט. ראה לעיל, הערה 63.

[168] ראה לעיל, הערה 159.

[169] ראה לעיל, הערה 153. אף העיטור עצמו דוחה שם את דברי הרי"ף בסברת הרמב"ן.

[170] "דברי אמת" (לעיל, הערה 166) מביא ראיה לגישת הש"ך משו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' קצד (הובא גם בב"י, חו"מ, סי' סו, מחודש לח). ולי נראה להפך, כיוון ששם מדובר במכירת שטר חוב שלא כדין ואחריות לשלם את סכום השטרות, אם לא יצליח המקבל לגבותם. והרשב"א אומר ביחס לתשובת הרי"ף: "מסתברא שאינה דומה לזו", כי התחייבות זו אינה באה לתת

עד כה ראינו שהרמב"ן חולק על הרי"ף באשר לדין "מנה אין כאן, שעבוד אין כאן". אולם ייתכן שיש כאן מחלוקת עקרונית התלויה בתפיסתם את ההתחייבות. הרמב"ן מבחין בצורה ברורה בין דרך ההקנאה לדרך ההתחייבות והשעבוד, כמבואר לעיל. בפרק הבא נעמוד על משמעות ההתחייבות ושעבוד הגוף לשיטה זו. כאן נציין רק כי לפנינו שני מרכיבים: החיוב חל על גופו, אך הוא מופנה כלפי נכסיו. המתחייב משעבד את גופו ונכסיו. אם כן, השעבוד קשור באופן אינטגרלי להתחייבות עצמה[172]. מכאן שגם בתהליך יצירת ההתחייבות די בציון שעבוד הנכסים לעסקה כדי לראות בה התחייבות, ולא הקנאה.

לעומת זאת, הרי"ף אינו מכיר בהתחייבות הגוף כמו התוספות והרמב"ן. חוזה לתשלום כסף עדיין כפוף לתנאי הקנאה, ואין אדם משעבד את גופו להתחייב בדבר שלא בא לעולם[173]. מכיוון שיש סוגי הקנאה שונים, יש לברר איזו עסקה יש לפנינו. שעבוד הנכסים מבטא מצב סטטי של זכות קניינית. בדרך כלל הוא נלווה אל חוב כמשכון כללי על חוב שקם כבר[174]. על כל פנים, בנידונו מדובר בעסקת מתנת ממון,

תוקף להקנאת השטרות, אלא היא עומדת בפני עצמה (לעיל, הערה 166). על כל פנים, הוא מוסיף בסיום דבריו כי אף תשובת הרי"ף אינה ברורה, וחולק עליה בעל "העיטור" (ראה בהערה הקודמת). וראה עוד: שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רלג; משנה למלך, הלכות מכירה, כב, ח.

171 אעיר כאן בדרך אגב על מידה נאה של הראשונים: גם כשאחד מן הראשונים חולק על דברי רבו או קודמו, יש שהוא נמנע מלהזכירו בשמו מפני הכבוד. כך אין הרמב"ן מזכיר כאן את הרי"ף. כיוצא בזה, הריטב"א בקידושין (הנזכר ליד ציון הערה 155) חולק בתוקף על הרמב"ן, אך אינו מזכירו בשמו.

172 ובייחוד להלכה ששעבודא דאורייתא. ראה לעיל, פרק שני.

173 בעצם אומר כן הבית יוסף (ראה לעיל, הערה 163) בדעת הטור בהבנת הרי"ף, היינו שהרי"ף והרא"ש בפרק אע"פ (לעיל, הערה 35) חולקים זה על זה. וכן הוא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רפח (אמנם בסי' כח ובסי' סב לא הביא דעה חולקת בעניין חיוב בדבר שלא בא לעולם). אם כי אני קרוב להסכים לדעה זו בהבנת הרי"ף, קשה לייחס אותה לטור. מדברי הטור נראה שהביא את דעת שניהם, הרי"ף והרא"ש, בהסכמה (וראה עוד ב"ח שם). מכל מקום הט"ז, חו"מ, סי' רז, טז, אומר שהרי"ף חולק על הרא"ש. וראה עוד: חוקות הדיינים, סוף סי' קפג (לעיל, הערה 161) והערת שמרו משפט שם, ושם נאמר כי בעל חוקות הדיינים חולק על תירוץ התוספות והרא"ש בפרק אע"פ הנ"ל. עיין שם. דעת בעל חוקות הדיינים עדיין צריכה עיון, כי הוא היה תלמידו של הרשב"א, ובכמה מקומות הוא הולך בעקבותיו, שיכול אדם לחייב ולשעבד את עצמו (ראה, למשל, שם, סוף סי' קסא).

174 אמנם ייתכן שהרי"ף יסכים שאפשר ליצור שעבוד נכסים באופן ישיר, היינו שיקנו מידו שנכסיו משועבדים לאחר בסך מסוים. ראה דרישה, חו"מ, סי' רג, ס"ק ג. וראה עוד ב"מ יג ע"א וברש"י שם (ד"ה שטרי הקנאה) ביחס לשטר אקנייתא. אמנם הרי"ף מפרש שם "שטר אקנייתא" באופן אחר. ראה לעיל, פרק שלישי, סעיף ד, 8. גישה אחרת לשעבוד ישיר עולה לכאורה מדברי נודע ביהודה, מה"ק, חו"מ, סי' כז, ד"ה הגע עצמך. וכן עולה גם מדברי קצות החושן, סי' ס, ס"ק ו (לעיל, הערה 158). וראה עוד: לעיל, סוף פרק שני; להלן, נספח ב. וצריך עוד בירור. על לשון דומה, שיש בה הקנאה כללית מסך נכסיו, ראה דברי הרשב"א, לעיל, הערה 58.

ושעבוד הנכסים לצורך המתנה אינו יכול להפוך את אופיה של העסקה ממתנה להתחייבות. על כך יש לומר: מנה אין כאן, שעבוד אין כאן[175].

ח. סיכום

בפרק זה עסקנו בהתחייבות לתשלום. התחייבויות מעין אלו מופיעות בתלמוד, והגמרא אומרת בעניינים שונים ש"קנו מידו" של המתחייב או ש"שעבד נפשיה" לשלם לחברו. הסוגיה הבולטת בעניין זה מדברת בהתחייבות לתשלום בלא תמורה, היינו באומר לחברו: "חייב אני לך מנה בשטר" (כתובות קא ע"ב). מכיוון שלא הוברר שם כיצד נעשתה ההתחייבות, נחלקו הראשונים אם התחייב בשטר (רבנו תם, הרמב"ן, הרשב"א ועוד) או אף בעל פה בנוסח מסוים (הרמב"ם).

אולם מצינו מחלוקת עקרונית בראשונים ביחס למהותו של אותו חוזה. רוב הראשונים מעמידים את הסוגיה בהתחייבות חדשה שמקבל האדם על עצמו לשלם לחברו; אך הר"י מיגאש וסיעתו מסבירים את הסוגיה בדרך של הודאה: האדם מודה שהוא חייב כסף לחברו, אם כי הודאה זו היא פיקציה המאפשרת יצירת חוב חדש. יתר על כן, מתשובות הר"י מיגאש נראה שאינו מכיר כלל בהתחייבות אישית שמקבל האדם על עצמו עבור חברו, אלא או בהודאה או בהקנאה. עמדנו על טעמה של שיטה זו, המבטאת באופן קיצוני את חולשת ההתחייבות וקרבתה לעולם הקניין. הר"י מיגאש אינו יחידי בשיטה זו, אלא הוא משתלב בתפיסתה של האסכולה הספרדית הקדומה את מוסד ההתחייבות, הכוללת גם את הרי"ף לפניו והרמב"ם לאחריו. אמנם ייתכן שהרי"ף והרמב"ם אינם מרחיקים לכת, והם מכירים במוסד ההתחייבות, אף על פי שהם מצריכים כמה תנאי הקנאה.

מכל מקום, גם לפי שיטה זו יש להכיר במקרים חריגים שבהם ההתחייבות תופסת, כגון חוזה ערבות. הרחבנו את הדיבור על התחייבויות הנעשות בסמיכות לנישואין — תוספת כתובה, דברים הנקנים באמירה (פסיקתא) ומתנה לחוד. לחוזים אלו יש מעמד מיוחד בזיקתם להנאת החיתון, הסמכתם לכתובה ותנאי בית דין, ומכאן שהם חלים גם על דבר שלא בא לעולם, אם כי לרמב"ם יש משום מה דעה אחרת ביחס לפסיקתא. דוגמה קלסית לייחודה של אסכולה זו היא אי־הכרתה בהתחייבות למזונות. התחייבות כזו אינה יכולה להתבסס על הודאה, כי היא דורשת פעילות עתידית. אמנם גם פה הרמב"ם יוצא דופן בנמקו את אי־הכרתו בחוזה זה מטעם מחודש, דהיינו דבר שאינו קצוב.

בניגוד לכל זה, עומדת שיטת בעלי התוספות — הרמב"ן ורוב הראשונים והאחרונים

[175] יתר על כן, ייתכן כי אפילו היה נוקט לשון התחייבות ביחס למטבע שאינו ברשותו, ובמיוחד שמדובר כאן במטבעות מסוימים (מרבטיה; השווה הערה 117), לא היה מועיל. וראה עוד שיטת הרי"ף ב"קניין אתן", להלן, פרק חמישי.

— המבחינה במפורש בין ההתחייבות ובין ההקנאה, ומכירה בהתחייבות אישית שאינה כפופה לתנאי הקנאה, כגון דבר שלא בא לעולם ו"מטבע בחליפין". משום כך מסבירים בעלי התוספות (תחילת פרק ה בכתובות) שהחתן יכול להתחייב לתת לאשתו תוספת כתובה בסך גדול, אף על פי שבשעת ההתחייבות אין לו נכסים בשווי אותו סכום. ההבחנה בין הקניין לבין ההתחייבות בולטת במיוחד בסוגיית "מתנה לחוד", כפי שראינו בדברי הרמב"ן. כן ראינו שחילוקי הדעות בין הראשונים משתקפים גם בביאור סוגיות שונות בתלמוד, כגון סוגיית "יטול מנה": האם יש לפרש אותן בדרך הקנאה או בדרך התחייבות? אף לדעת התוספות והרמב"ן וסיעתם, ייתכן שההתחייבות עדיין זקוקה לשעבוד נכסים. אמנם אין צורך שיהיו לו נכסים דווקא בשעה שמתחייב, אך החיוב החל על גופו מופנה כלפי נכסיו שיש לו בהווה או שיהיו לו בעתיד. בכך ניסינו להסביר את מחלוקת הראשונים (הרי"ף והרמב"ן) ביחס לשאלת "מנה אין כאן, שעבוד אין כאן"; לפי הרמב"ן, אפשר ליצור חוזה התחייבות על ידי ציון שעבוד הנכסים לחוזה.

בפרקים הבאים נראה האם תוקפה של ההתחייבות מותנה בשעבוד נכסים, ועד כמה הוא מותנה בו.

נספח: דבר שאינו מסויים בהקניית "שווה מנה"

בהערה 59 הבאתי את הרשב"א כחולק על הרמב"ם בעניין דבר שאינו מסוים. כן גם משמע מפירוש הרשב"א לגיטין ח ע"ב. אותה סוגיה, כפי שנתפרשה על ידי רש"י, רי"ף ור"י מיגאש (שהובאו ברמב"ן שם) היא מקור דברי הרמב"ם, כמובא במגיד משנה על הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה ג, ה. והרשב"א חולק על אותו פירוש, ומביא ראיות שאפשר להקנות דבר שאינו מסוים.

אמנם רש"י ביאר כי בדבר שאינו מסוים, יכול הנותן לדחותו מכל דבר שיטען המקבל כי הוא זה שניתן. לפי זה מחלק מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סי' א, שלא דיבר הרמב"ם ("המורים" בלשונו) אלא בשדה ובית "דבר שאין מינו שווה, דאין הלוקח יכול לברר מקחו". ואפילו בשדה יכול הנותן לדחות את המקבל בטענה שהוא רוצה ברוח זו או זו. אבל בדבר שמינו שווה, כמו מעות, "כיוון דכולם שווה, ואין קפידא בזה יותר מחבירו", קנה. ולפי זה "שווה מנה מנכסיי", קנה.

אולם לי נראה שלרמב"ם, אולי בהתאם לגישתו החפצית כפי שהובאה בתחילת הפרק, תלוי הדבר במידת המסוימות. ככל שקבוצת הספק קטנה יותר, הרי זה כמסוים — "חלק כך וכך בשדה פלונית" (רמב"ם שם) — אבל ככל שהקבוצה גדולה יותר, אין המתנה מסוימת. ואולי "בית מבתיי" (מנחות קח ע"ב) מדבר בקבוצת בתים מוגדרת, ולכן שם קנה, ומתורצת ההשגה על הרמב"ם מאותה סוגיה. ולפי זה אין

הבדל בין "קרקע מנכסיי" לבין "שווה מנה מנכסיי". אמנם אפשר ששכיב מרע (ראה רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יא), קנה, שכן הקלו חז"ל בדינו.

אף משו"ת הריטב"א, סי' מא, שהאריכו האחרונים לדון בו, אין ראיה חתוכה. מסוף התשובה — שלא הובאה בב"י, חו"מ, סי' ס, ס"ק טו — משמע ש"שווה מנה" אינו בגדר דבר מסוים. ואפילו בנותן סך מעות לא ברור מאותה תשובה אם מתנה כזו בטלה מדין דבר שאינו מסוים. אולם ראה ריטב"א על הרי"ף, נדרים יט ע"א בדפי הרי"ף, ואין כאן מקום לדון בשיטת הריטב"א.

אמנם האחרונים מצמצמים בדרך כלל את משמעותו של "דבר שאינו מסוים" שברמב"ם, ומשתדלים ליישב דבריו עם ראשונים אחרים. ואכמ"ל[176].

[176] לא למותר לציין שהחוק הישראלי דורש מסוימות בחוזה כחלק מהבטחת גמירת הדעת. ראה סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

פרק חמישי

התחייבות להקנאת נכסים

התוכן

מבוא 117

א. קניין דברים 118
1. קניין דברים — הקנאה או התחייבות 119
2. קניין דברים והתחייבות לתשלום 119
3. התחייבות לעשייה שאפשר לראותה כהתחייבות להעברת ממון 121
4. התחייבות לבנות 121
5. "קניין אתן" 122
6. "קניין אתן" בשידוכין 129

ב. התחייבות בחפץ מסוים 131
1. דעת הרי"ף וסיעתו 131
2. מכר חוזר — נוהג ה"הטבות" 133

ג. התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם 136
1. דבר שלא בא לעולם — טעם הדין 136
2. קניין לאחר זמן 138
(א) הפרדה בין מעשה הקניין לבין חלותו 138
(ב) "מעכשיו ולאחר שלושים" 139
(ג) שיטות הראשונים 140
3. הסברת דעת ר' מאיר וסיעתו 143
4. שעבוד "דאיקני" 145
5. דבר המצוי בשוק 146
6. "ארעא ודיקלי" 149
7. הפוסק על שער שבשוק — קניין וריבית 151
8. הבחנה בין התחייבות לבין קניין 156
9. הסכם בדבר ירושה עתידית 161
10. גישת הרמב"ם וסיעתו 165

ד. חיוב פירעון בדבר מסוים ובדבר שלא בא לעולם 166
1. הבחנה בין פירעון חוב לבין התחייבות 167
2. פירעון שכר עבודה בדבר מסוים 168
3. תשלום דמי חכירה בפירות עתידיים 172
ה. למשמעותה המשפטית של ההתחייבות 172
1. שעבוד נכסים בהתחייבות 173
2. אפשרות חזרה 177
3. ירושת החיוב 178
4. אחריות אונסין (סיכול) 180
5. ביצוע החוזה והפרתו 181
(א) שלוש גישות 182
(ב) הקדים ומכר לאחר 184
ו. סיכום 186

פרק חמישי

התחייבות להקנאת נכסים

מבוא

בפרק הקודם עסקנו בהתחייבות לתשלום. בפרק הזה נעסוק בהתחייבות להעברת זכות קניינית בנכסים, כגון ההתחייבות למכור או לתת חפץ "זה" או חפץ "סתם". כאן אין מדובר בחוזה המשעבד את גופו ונכסיו של המתחייב לסתם חוב, אלא בחוזה שמתייחס לנכסים מסוימים בסוגם או בפרטם. בנספחים נעסוק עוד בהתחייבות להקנאה בנכסים, כגון ההתחייבות להשכיר או לקנות.

מה טיבו ומה מקורו של חוזה זה? התלמוד מרבה לעסוק בהקנאה עצמה, כמכר וכמתנה, אך לא בהתחייבות להקנאה. ואם על התחייבות לתשלום אפשר למצוא מקורות תלמודיים, כאמור בפרק הקודם, הרי אין הגמרא דנה במפורש בהתחייבות להקנות לאחר זכות בנכס. אך בהמשך הפרק נראה כי יש סוגיות בגמרא שמתבארות על ידי המפרשים כדנות בחוזה מסוג זה.

אמנם בתנאים של משק חקלאי לא גדול, כפי שהיו בבל וארץ־ישראל בזמן התלמוד, ובמיוחד על רקע איסור ריבית, המגביל אפשרות של חוזה עתידי, כמבואר להלן, ההתחייבות להעברת זכות קניינית בנכסים לא הייתה נחוצה כל כך[1]. אך ככל שגדל המשק ונעשה מסחרי ומוניטרי, על ידי מתן אשראי והשקעות לטווח ארוך, מוסד ההתחייבות נהיה נחוץ. התחייבות לאספקת סחורה עתידית, שותפות ברווחים עתידיים וכדומה היו מעשים של יום־יום. ואכן חוזים כאלו נזכרים כבר בדברי הראשונים, אך עיקרי דיניהם נידונים בהרחבה רק אצל האחרונים. השאלות העיקריות שנעסוק בהן עניינן חפציות החוזה: האם ההתחייבות כפופה לתנאי הקנאה? האם אפשר להתחייב על דבר שלא בא לעולם? ואם כן, מניין למדים את הדבר? מה מקור ההלכה? מהי משמעותה המשפטית של ההתחייבות? אלו זכויות וחובות היא מטילה על שני הצדדים? האם היא יוצרת זיקה קניינית מסוימת של הצד השני לנשוא החוזה?

לפני שנדון בהתחייבויות אלו, עלינו לעמוד על דין "קניין דברים", שהרי אין בחוזה זה שעבוד נכסים כללי לחוב, אלא התייחסות לדבר מסוים, כאמור, וככל שאנו

[1] אולם ראה משנה ב"מ ה, ז (לעיל, פרק שלישי, הערה 61), שמשמע ממנה שנהגו לפסוק על שער שבשוק לפני שהיו למוכר פירות. על משמעות חוזה זה, נעמוד בהמשך הפרק.

משתחררים מהצורך בשעבוד נכסים, ומדגישים את החיוב האישי (שעבוד הגוף) או אף מסתפקים בו, עולה ביתר שאת בעיית קניין דברים.

א. קניין דברים

כבר הזכרנו בפרק המבוא כי הראייה הבולטת לעובדה שהחוזה אינו בנוי אך ורק על חיוב אישי על סמך רצונו של המתחייב, מובאת מסוגיית קניין דברים שבראש מסכת בבא בתרא. המשנה אומרת: "השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע". הגמרא מביאה שני פירושים למילה "מחיצה"[2]: האחד – גודא, דהיינו כותל; והשני – פלוגתא, דהיינו חלוקה. לפי הפירוש השני, מבואר שם שמדובר בחצר שאין בה כדי חלוקה, ולכן השותפים אינם כופים זה את זה לחלוק, אלא שרצו וקנו מידם. הגמרא שואלת: "וכי קנו מידן, מאי הוי? קנין דברים בעלמא הוא" (ב"ב ג ע"א). ומסביר רש"י: "ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או מכר [=במכר; הגהות הב"ח] או מתנה או שעבוד קרקעות, שהקנין חל עליו, או מטלטלין". וכן פירשו גם כמה מן הראשונים[3]. כלומר, קניין סודר – הקניין המקובל כדי שהחוזה יהא מחייב – חל רק על דבר ממשי. מכאן משמע לכאורה שמופרות רק עסקאות הקנאה, כגון המכר והמתנה ושעבוד קרקעות או מיטלטלין לחוב, שאף בו יש צד הקנאה, כמבואר לעיל, בפרק הראשון ובפרק השני. על כל פנים, חוזה לעשיית דבר מה אינו תופס[4].

מעניין לציין כי דין קניין דברים מופיע רק פעם אחת בתלמוד הבבלי כקושיה סתמית (בלא ציון אומרה), אגב דיון בעניין אחר, ואינו נזכר בירושלמי, אך הובא להלכה כדבר פשוט על ידי כל הפוסקים[5]. להלכה זו חשיבות רבה ביחס לעניין ההתחייבות בכלל, כי לכאורה היא משמיטה את הבסיס שההתחייבות בנויה עליו.

[2] ראה עוד: י"נ אפשטיין, מבואות לספרות האמוראים, עמ' 188.

[3] ראה הפירוש המיוחס לרבנו גרשום שם: "קניין דברים... איזה קניין הוא עיקר, כגון מתנה או שום דבר שמראה לו החפץ שנותן למקבל הקניין, וקונין מידו על כך. אבל הכא... דלא נברר על מה נוטל הקניין". וכן הוא ברא"ש שם סי' ג: "אין לו לקניין על מה שיתפוס" (כך צריך להיות; וכן הוא בהגהות מאלפסי ישן על הרי"ף בשם הרא"ש, וראה רא"ש, כתובות, פרק ה, סי' א). בעליות דר"י נאמר: "ואין קניין מועיל אלא בהקנאת קרקע או מטלטלין או בחיוב הנכסים, כגון שמחייב הנכסים בקניין במנה או במאתים. אבל אם קנו ממנו ללכת למקום פלוני או לעשות כל דבר, קניין דברים הוא". וראה עוד הרשב"א, שם. אמנם עיין להלן, נספח עשירי, שיש לחוקרים ש' אלבק וב' ליפשיץ דרכים אחרות בהבנת המושג "קניין דברים".

[4] ואמנם הגמרא עונה שם כי הייתה עסקה ראלית של חלוקת נכס השותפות. אמנם לשון הרמב"ם, הלכות שכנים, ב, י: "קנו מידם שזה רצה ברוח פלונית", צריכה עיון. ראה: טור, חו"מ, סי' קעג, סעיף ב; ב"י, ב"ח ופרישה שם; מרומי שדה, ב"ב ג ע"א. ועיין לשון השו"ע, חו"מ, סי' קנז, סע' ד, ששינה קצת מלשון הרמב"ם, ולפי הבנתו הקניין חל על הנכס עצמו.

[5] ראה: הרי"ף, ב"ב ב ע"א (בדפי הרי"ף), והרא"ש, סי' ג; רמב"ם, הלכות שכנים, ב, י; שם, הלכות מכירה, ה, יד. וראה טור ושו"ע, חו"מ: סי' קנז, סע' א; סי' רג, סע' א.

התחייבות אישית, דהיינו חובתו המשפטית של האדם לקיים את מה שאמר והסכים לו, אינה מוכרת, ומוכרת רק הקנאה או התחייבות שמשעבדת הן את גופו והן את נכסיו.

השאלה העולה היא: מהו היקפה של הלכה זו, וכיצד הובנה על ידי הפוסקים? כללית יש לומר כי ככל שהתקבל והתפתח מוסד ההתחייבות, ניסו לפרש הלכה זו על דרך הצמצום. מאידך גיסא, הנוטים לצמצם את מוסד ההתחייבות, אם בכלל הם מכירים בו (הר״י מיגאש וסיעתו), מפרשים את דין קניין דברים על דרך ההרחבה ואף מסתמכים עליו. שאלת המפתח, כפי שנראה להלן, היא הקשר שבין ההתחייבות ושעבוד הנכסים ותלותם זה בזה.

1. קניין דברים – הקנאה או התחייבות

לכאורה, אם נרצה לצמצם את משמעות דברי הגמרא בענין קניין דברים, נוכל לומר שהגמרא אינה מדברת אלא במעשה קניין על עשייה. הקניין יכול לחול, כאמור, על נכס מסוים, אך לא על פעולה או עשייה. ואולם הגמרא אינה עוסקת כלל בהתחייבות, והיא יכולה לחול על כל דבר.

להלן נראה שכמה מן האחרונים, שההתחייבות הייתה פשוטה בעיניהם, נטו ללכת בדרך זו[6], אולם הרמ״ה דוחה הסבר זה. בפירושו על הגמרא במסכת בבא בתרא, הוא אומר[7]: ״מיהא שמעינן דלא מהני קנין אלא היכא דקני מיניה אגופא דממונא, דהא הכא דכי קנו מיניה למיפלג... לא משתעבד, ואפילו קנו מיניה שמחייב למיפלג, לא משתעבד, דא״כ לוקמא למתני׳ בהכי בפשטא, דמשמע שרצו לעשות חלוקה בחצר ועדיין לא עשו״. ואם הגמרא אינה מזכירה אפשרות זו, משמע שהיא אינה מוכרת.

2. קניין דברים וההתחייבות לתשלום

בדברי רש״י והראשונים לסוגיה במסכת בבא בתרא, ראינו כי שעבוד נכסים מוציא את החוזה מכלל קניין דברים. משום כך התחייבות לתשלום, שהיא משעבדת את נכסי החייב, תופסת. אמנם כבר ראינו את דברי התוספות בכתובות, ריש פרק חמישי[8], שדין קניין דברים מסכן אף את מעמדה של ההתחייבות לתשלום במקרים מסוימים. התוספות דנים בהתחייבות חתן לתוספת כתובה כשאין לו הסכום שהתחייב עליו, ושואלים: כיצד החתן יכול לשעבד נכסיו העתידיים? הרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. והם מסבירים: ״אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה, ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו

[6] ראה: שו״ת פרח מטה אהרן, חלק א, סי׳ ז. וראה עוד שו״ת תורת אמת, סי׳ קלג (מובא להלן, בהערה 393), שמפרש בדרך דומה את סוגיית הגמרא בע״ז עב ע״א, היינו שהגמרא שם עוסקת בהקנאה, ולא בהתחייבות.

[7] יד רמה, ב״ב, פ״א, אות כו. וכן אומר הש״ך, חו״מ, סי׳ סו, ס״ק קכח. ראה פרק שישי, הערה 16.

[8] ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 33.

מעתה, ואין זה קנין דברים בעלמא". כבר עמדנו בפרק הקודם על משמעות דברי התוספות. אך גם אם נאמר שהחיוב חל על גוף המתחייב, עדיין מדובר בחיוב ממוני הנגמר עתה, וחיוב הגוף לעשייה אינו מועיל. התוספות שם אומרים את הסברם בדין שומר חינם שמתנה להיות כשואל (ב"מ צד ע"א). כלומר, הוא משעבד את גופו לחוב של השואל לכשיתחייב[9]. וכן אומרים התוספות בסוגייתנו[10]: "קנין גמור הוא שמשעבד את עצמו, שאם יאנס ישלם".

ההבחנה בין שעבוד כללי של גופו ונכסיו לתשלום חוב לבין התחייבות לעשייה עולה גם מסוגייתנו. הראשונים מתקשים בשאלה: מדוע הגמרא אינה שואלת מדין קניין דברים גם על מי שמפרש ש"מחיצה" היא גודא (כותל)? ועונים בעלי התוספות[11]: "דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל". בסעיף הבא נעמוד על החידוש בחוזה זה, אך על כל פנים הוא המשך הקו שמבחין בין התחייבות לעשייה לבין התחייבות לתשלום שיש עמה שעבוד נכסים.

אולם אפשר שיש מי שחולק על הבחנה זו. לאור האמור לעיל ביחס לשיטת הר"י מיגאש[12], ייתכן שהתחייבות לתשלום אינה חלה, כיוון שגם התחייבות זו היא בגדר קניין דברים[13], כי אפשר רק להודות בחוב או להקנות כסף, והודאה מעין זו כפופה לתנאי הקנאה, כמוסבר לעיל. על השאלה מדין שומר, נעמוד להלן. אך שאלת הראשונים כאן: מדוע הגמרא אינה שואלת על האומר ש"מחיצה" היא כותל, מתורצת על ידי הר"י מיגאש באופן אחר[14]. ייתכן, כאמור, שהר"י מיגאש, לשיטתו, אינו מקבל את תירוצם של התוספות. ואולם גם אם נכונה השערתנו באשר לדעת הר"י מיגאש, הרי זו שיטת יחיד או מיעוט, כאמור בפרק הקודם. מאידך גיסא, מקובלת יותר שיטת בעלי התוספות והרמב"ן[15] ואחרים, שהאדם יכול להשתעבד לתשלום חוב ואף להקנאת חפץ, כמבואר להלן.

אולם המרחק בין התחייבות לתשלום לבין קניין דברים עדיין יכול להיות גדול. דעות שונות נאמרו באשר להצבת הגבול ביניהם, והשאלה המרכזית היא התלות בין ההתחייבות לשעבוד נכסים, כאמור.

נראה עתה דוגמה להתחייבות לתשלום שיש בה שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים הפורשת כנפיה גם על התחייבות אחרת שאפשר "למצוא" בה שעבוד נכסים.

[9] ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 73, בהסבר ראיית תוספות משומר.
[10] ג ע"א, ד"ה קניין דברים.
[11] ג ע"א, ד"ה כי רצו.
[12] ראה פרק רביעי, סעיף ה, 2.
[13] ראה שו"ת הר"י מיגאש, סי' עא, הנזכר לעיל, פרק רביעי, הערה 96.
[14] תירוצו הוא: לדעה זו, אין המשנה באה לומר שאם רצו חייבים לחלוק, אלא מדובר בשרצו מדעתם, והמשנה עוסקת רק באופן הבנייה. ראה חידושי הר"י מיגאש שם.
[15] ראה פרק רביעי, הערות 35, 62.

3. התחייבות לעשייה שאפשר לראותה כהתחייבות להעברת ממון

כאמור, האדם יכול לשעבד את גופו ואת נכסיו לתשלום חוב. יש שראו אפשרות זו ככוללת גם התחייבות לעשייה או להקנאה עתידית, אם עניינה של ההתחייבות הוא העברת שיווי ממון, ואפשר "למצוא" בה שעבוד נכסים לחוב. כך, למשל, הבאנו בעניין החוזה לבניין הכותל את דברי בעלי התוספות, האומרים שהשותפים "שעבדו נכסיהן לבנין הכותל". כאן יש בעצם התחייבות לעשייה, לבנייה, אלא שהיא נתפסת כהתחייבות לשלם סך פלוני בצורה של בניית חצי כותל, וכל נכסי המתחייב משועבדים לצורך "תשלום" זה. וכך אומר המאירי שם[16]: "שהרי מקנה אחד לחברו חצי ההוצאה, ומשעבד עצמו, וכן חצי מקום הכותל".

אף הרמ"ה מבחין בין התחייבות שתוכנה הוא פעולה או הקנאה עתידית לבין התחייבות לנתינת ממון או שיווי ממון שחל על "גופא דממונא" כבר בשעת ההתחייבות, וזה לשונו: "והני מילי היכא דקנו מידו, דמחייב לחלוק או להקנות... אבל קנו מידו, שחייב לתת כך וכך או לבנות או לזון, מסתברא דלאו קנין דברים בעלמא היא, [דאע"פ] שהנתינה עצמה אינה ממון, האי לאו אנתינה גופה קנו מיניה, אלא אגופא דממונא... דמחייב למיתב ליה כך וכך ממון"[17]. כלומר, כבר עתה יש לקניין על מה לחול.

אולם נשאלת השאלה: האם צריך לומר במפורש שהקניין חל על הנכסים או שמא יתפרש גם סתם מעשה קניין על בנייה או נתינה על דרך זו? כאן אנו נכנסים לבעיות לשון ופרשנות ושאלת "קניין אתן" שנדון בה בסמוך במפורט. על כל פנים מצינו מחלוקת בין הפוסקים בשאלה זו ביחס לחוזה בנייה.

4. התחייבות לבנות

כזכור, אומרים בעלי התוספות במסכת בבא בתרא, וכן גורס גם הרא"ש[18], שחוזה בנייה תופס, כי "שעבדו נכסיהן לבנין הכותל". מלשון בעלי התוספות אין הכרע בשאלה: האם די בחוזה בנייה סתמי? או שמא צריך לפרש בחוזה על מה הוא חל? מן הרשב"א ומן הראב"ד במסכת בבא בתרא נראה שאין די בחוזה בנייה סתמי. וכך אומר הרשב"א: "לא בשקנו מידם לעשות כותל קאמר... אלא בשקנו מידם, ונתחייב כל אחד לחבירו בדמי מחצית הכותל. וכן פירש הראב"ד ז"ל"[19]. אף הרמ"ה[20] סובר שקניין לבנות אינו מועיל, וצריך להזכיר לשון חיוב, כי רק אז אפשר לומר שהחוזה

[16] על המשנה בתחילת בבא בתרא.

[17] יד רמה, ב"ב, פ"א, אות כו. במקום אחר, אות יט, אומר הרמ"ה על חוזה חלוקה: "כיון דלא חייב נפשיה ממונא, אלא חלוקה בעלמא, הוה ליה קניין דברים". ובמקום אחר, אות כה: "דלא מהני קניין אלא היכא דקנו מיניה אגופא דממונא, בין לאקנויי ממונא בין לאחיובי ממונא. אבל בדבר הגורם לממון, כגון דקנו מיניה למפלג או למעבד הקנאה... לא מהני".

[18] ב"ב, פרק א, אות ג.

[19] דברי הראב"ד הובאו גם בחידושי הר"ן (ב ע"ב) ובנימוקי יוסף (ב ע"א, בדפי הרי"ף) שם.

[20] ראה לעיל, הערה 17.

חל על גופו וממונו, וזה לשונו: "מיהו הני מילי היכא דקנו מיניה, דמחייב למיתן ליה כך וכך... דרך שעבודא דשעביד נפשיה להכי... אבל קנו מידו לתת כך וכך או לבנות או לזון, כיון שאין הקנין נופל על החיוב, ולא על גוף הממון, אלא על הנתינה עצמה, והנתינה עצמה אין בה ממש, אלא מעשה בעלמא היא, ומצי למהדר ביה". כלומר, יש צורך בחוזה התופס כבר מעתה לגבי גופו ונכסיו, וחוזה סתמי, לתת או לבנות, נתפס כהבטחה לפעולה או להקנאה עתידית, ומשום כך אינו חל. אולם היו שהרחיבו את אפשרויות החוזה, וראו בחוזה בנייה סתמי חוזה תקף, החל על גופו ונכסיו משעת ההתחייבות. כך הבין הטור[21] בדעת הרא"ש, הנזכר לעיל, שלאחר שהביא את דברי הרמ"ה, הוסיף: "ויראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל, דלבנות לא הוי קנין דברים"[22,23]. כאמור, שאלה זו היא חלק מסוגיית "קניין אתן", שנדון בה בסעיף הבא[24].

5. "קניין אתן"

בכמה מקורות מצינו מחלוקת קדומה ביחס ל"קניין אתן": האם הוא חל אם לאו. מדובר באדם שקנו מידו שיתן לאחר ממון או נכס מסוים. מתוך עיון במקורות נראה שהגאונים והרי"ף וסיעתו סוברים שהחוזה אינו תופס, משום שהוא קניין דברים; ואילו חלק מן הראשונים — העיטור והרשב"א ואחרים — הכירו במוסד ההתחייבות, והכירו בקניין "אתן" כהתחייבות, כמבואר להלן. נפתח בדברי הסוברים שהקניין אינו חל.

העיטור, לאחר שהביא את דין קניין דברים לעניין חוזה שותפות בשם הגאונים[25], כותב: "ורבוותא פירשו, כל מי שאמר: אעשה לך ואתן לך כך וכך, בלשון זה קנין דברים הוא. ולא נהירא לן".

אף נימוקי יוסף, בתחילת בבא בתרא, מביא[26]: "ואמרו בשם הגאונים ז"ל, דהוא [הדין] האומר לחברו: אתן לך מאתים זוז, וקנו מידו, דלא מהניא, דקנין דברים בעלמא

[21] חו"מ, סי' קנז, אות כ.

[22] הבית יוסף שם חולק על הטור, וטוען שהרא"ש לא התכוון להתחייבות סתמית לבנות, אלא שצריך שישעבד את נכסיו לבניין הכותל.

[23] שתי הדעות בעניין ההתחייבות לבנות הובאו להלכה על ידי הרמ"א שם, סי' קנז, סע' ד.

[24] מדברי הטור נראה שהוא הבין שהרא"ש חולק על הרמ"ה ושהוא מכיר ב"קניין אתן". אמנם הב"ח, חו"מ, סי' רמה, בסוף ס"ק א, נדחק להבחין בין "קניין אתן" לקניין לבנות, על סמך סתירה לכאורה בדברי הרמ"ה. אך המעיין בדבריו יראה שאין בהם שום סתירה, משום שהרמ"ה עצמו הביא שתי דעות בשאלה זו: האם קניין לתת ולבנות הוי קניין דברים או לא? אף הרשב"ש מבחין בדעת הרא"ש, וסובר ש"קניין אתן" גרע, ואף דבריו קשים. ראה להלן, הערה 48. ולולא דמסתפינא, הייתי אומר להפך, על כל פנים לדעת הרשב"א, שקניין לבנות גרע; שהרי הרשב"א נוטה לדעה ש"קניין אתן" חל, כאמור להלן, ומאידך גיסא הוא סובר שקניין לבנות אינו חל (ליד ציון הערה 19), וטעם הדבר הוא שהבנייה כשלעצמה היא עשייה בלא העברת ממון.

[25] מאמר שני, קניין (י ע"ד). ראה להלן, פרק תשיעי, סעיף א.

[26] ב"ב ג ע"א (ב ע"א בדפי הרי"ף).

הוא״. נמצא שקניין לנתינת כסף בעתיד נתפס כקניין לעשיית דבר, ואינו חל, משום שהוא חוזה שעניינו הבטחה לעשייה או לנתינה עתידית, והוא בגדר קניין דברים.

בתקופת הראשונים, נשאל הרי״ף[27] בעניין ראובן שנתן לאמו זהובים ושפחה ומזונות. לאחר שהוא עומד על הצורך בתנאי הקנאה (דבר שלא בא לעולם, מטבע בחליפין), הוא אומר: ״וכן כל מה שהזכרנו למעלה כי הוא נקנה בקנין, אינו נקנה אא״כ אמר לו: נתתי לה כך וכך, ופסקתי על עצמי כך וכך. אבל אם אמר לו: אתן כך וכך, אינו נקנה, ואפילו יהיה ברשותו, לפי שהוא אסמכתא[28], שרבותינו קורין אותה קנין דברים בעלמא״[29].

הר״י מיגאש הולך בדרך דומה. מהמשנה בשבועות[30] משמע שאין לתבוע ממון על סמך מה שאמר פלוני לתת לחברו מאתיים זוז, ולכן אין דין שבועת העדות בזה. הר״י מיגאש אומר בפירושו שם: ״אפילו קנו ממנו אגב קרקע, דמקני בה מטבע, קנין דברים בעלמא הוא, ולא קנו מידו״. כלומר, הר״י מיגאש הולך לשיטתו, שאין מדובר בהתחייבות לתשלום, אלא בהקנאת כסף[31], ומועיל רק קניין אגב, ולא קניין חליפין,

[27] שו״ת הרי״ף, מהדורת לייטר, סי׳ יד, שהובאה לעיל, פרק רביעי, הערה 81.

[28] הביטוי ״אסמכתא״ הוא תרגום לא מוצלח מערבית, אך בתשובות הגאונים, מהדורת הרכבי, סי׳ תפט, במקור הערבי: ״אלועד״, ובתרגום: ״הבטחה״ (ראה שם, עמ׳ 333).

[29] לתשובה זו, כיוון כנראה הרמב״ן בחידושיו לב״ב קסח ע״ב, סוף ד״ה ה״ג. וראה עוד בתשובת הרי״ף, שנדפסה בתשובות הגאונים, מהדורת הרכבי, סי׳ פד, שנשאל על ״מי שיאמר לחבירו: אם יהא הדבר כזה וכזה, אתן לך כך וכך... אם הקניין מהני בזה״. והשיב: ״הוא אסמכתא, וקניין דברים בעלמא הוא״. מצינו בתה״ג שם, סי׳ תקד, שהרי״ף מבחין בין חוזים ״שתשלם פעולתן מיד, לא נצרך בהן למעכשיו. אבל מה שלא תשלם פעולתו אלא לאחר זמן, צריך למעכשיו, שלא יהא כהבטחה בעלמא שאין מחויבין לקיימה״. הרי שכל חוזה שמכוון לעתיד צריך ל״מעכשיו״. כאן נשמע לכאורה כי אף לשון חיוב לא יועיל. וכן עולה גם משו״ת הרי״ף, שנזכר לעיל, פרק רביעי, הערה 80 (מהדורת הרכבי, סי׳ תס-תסא), המבחין במפורש בין לשון עתיד, שהוא לשון הבטחה, לבין לשון עבר, שהוא לשון הקנאה. דובר שם על בעל המתחייב באמירה לזון את בת אשתו מדין פסיקתא, וקנו מידו שישעבד את נכסיו, ועל קניין זה אומר הרי״ף: ״הוא אינו בלשון הבטחה, וזהו שיאמרו לו (לבעל): זהו בקניין שנתחייבת להספיקה משעה שתכנס אליך; ולא יאמרו לו: זהו בקניין שתתחייב להספיקה. לפי (שהמילה) תתחייב אין בה לשון הקנאה, אלא לשון פעולה מה שיפעל, ולא לשון הקנאה, לפי שלשון הקנאה הוא נתתי ולשון הבטחה נתן״. ביחס לשתי תשובות אלו, ראה עוד להלן, הערה 85. וראה עוד שו״ת הרי״ף, מהדורת לייטר, סי׳ ק. ונראה שאפילו אם נעשה קניין, הרי זה ״קניין אתן״, ואינו תקף. ואכן מצאתי כי בקובץ שינויי נוסחאות בשו״ת הרי״ף, שהדפיס א׳ סופר בסוף מהדורתו לתשובות חכמי פרובינציא, ירושלים תשכ״ז, נאמר כי היה קניין. עוד נציין כי הגר״א בביאוריו לשו״ע, חו״מ, סי׳ רמה, ס״ק ה, אומר שבשאלת ״קניין אתן״, נחלקו הרי״ף, ב״ב נא ע״ב (בדפי הרי״ף), ורש״י בע״ז עב ע״א (ד״ה קנה), והרי״ף הולך לשיטתו, ש״קניין אתן״ אינו תופס, ולכן הצריך קניין ״מעכשיו״. עיין שם. לביאור שיטת הרי״ף, ראה מה שכתב ב׳ ליפשיץ (פרק רביעי, הערה 65).

[30] ד, ח; לה ע״א.

[31] ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 152.

אך כיוון שעשה קניין לתת בעתיד, הקניין אינו תופס, משום שהוא קניין דברים[32]. גישת הר״י מיגאש ידועה לנו גם מפירושו למשנה בבבא בתרא[33], שנידונה לעיל. על דברי המשנה: ״האומר: אם ילדה אשתי זכר, יטול מנה״, אומר ר״י מיגאש, בעקבות הרי״ף, שמדובר בשכיב מרע[34], ולא בבריא. והוא מביא שלושה נימוקים לאי־תקפות מתנת בריא. נימוקו השלישי הוא: ״ועוד דקנין דברים בעלמא הוא, דהא יטול קאמר״. כלומר, אף אם הוא יכול לתת מנה לבריא, כיוון שנקט לשון ״יטול״, הבטחתו אינה תופסת, כיוון שהיא הבטחה לעתיד.

אף הרמב״ם[35] מביא את דין המשנה במסכת בבא בתרא בהלכות שכיב מרע, ו״מגיד משנה״ מסביר שם שהרמב״ם הולך בעניין זה בעקבות רבו, הר״י מיגאש[36]. בהלכות מכירה[37] מביא הרמב״ם הלכה מחודשת: ״האומר לחבירו משוך ותקנה... והלך ומשך... לא קנה, שמשמע שתקנה להבא, ועדיין לא הקנה לו״. המפרשים התקשו במקורה של הלכה זו ובטעמה. לא ניכנס כאן לבירור הלכה זו, ורק נציין שהרמב״ן[38] ו״מגיד משנה״ מסבירים את דבריו לפי שיטת הר״י מיגאש, שמעשה קניין להקנאה עתידית אינו מועיל[39].

הרמ״ה נוטה גם הוא לדעת הסוברים ש״קניין אתן״ אינו מועיל, אף כי הוא כבר מביא מחלוקת בדבר, כמובא להלן. וזה לשונו[40]: ״אבל קנו מידו לתת כך וכך... כיון שאין הקנין נופל על החיוב, ולא על גוף הממון, אלא על הנתינה עצמה, והנתינה עצמה אין בה ממש, אלא מעשה בעלמא הוא... דהא לישנא דשאתן [צ״ל: דאתן] לאו

[32] וראה עוד בתשובותיו, סי׳ קצו. אף תלמיד הרשב״א, ר׳ אברהם ב״ר שלמה ן׳ טאזארטי, בספרו חוקות הדיינים, סי׳ סז, מסתמך על המשנה בשבועות לומר ש״קניין אתן״ אינו חל. ונראה שהושפע מפירוש הר״י מיגאש שם, ואולי צריך לתקן ולגרוס ״ר״י מיגאש״ במקום ״רש״י״. עיין שם. על כל פנים, משום מה הוא סוטה מדעת רבו הרשב״א, המכיר ב״קניין אתן״, כמובא להלן.

[33] פ״ט מ״ב; קמ ע״ב. וראה: מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, יא, י, בשם הר״י מיגאש. וראה לעיל, פרק רביעי, הערה 143.

[34] הרי״ף עצמו אינו מנמק את דבריו. וכבר ראינו לעיל (פרק רביעי, הערה 148) שיש שפירשו את דבריו שלא כדברי הר״י מיגאש.

[35] הלכות זכייה ומתנה, ח, ו.

[36] וראה עוד: רמב״ם ומגיד משנה שם: ט, ג; יא, י.

[37] הלכות מכירה, ב, ח. וכן הוא בשו״ע, חו״מ, סי׳ קצז, סע׳ ו.

[38] בחידושיו לב״ב קמח ע״ב. ועיין עוד ביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ רנג, ס״ק ז.

[39] שיטת הרמב״ם טעונה בירור נוסף. אף את דבריו יש שפירשו שלא על דרך הר״י מיגאש (ראה לעיל, הערה 34; דרישה, חו״מ, סי׳ רנג, ס״ק ג). וראה עוד: רמב״ם, הלכות מכירה, יא, ו; רמב״ן, ב״ב קסח ע״ב, סוף ד״ה ה״ג, שהובא גם בב״י, חו״מ, סי׳ רז, אות יט, בקטע הפותח ״כתב הרמב״ן בפרק ג״פ״. דברי הבית יוסף שם צריכים ביאור, ונתיבות המשפט, שם ס״ק ב, אכן אומר כי לדעת הרמב״ם, ״קניין אתן״ מועיל (ראה רמב״ם, הלכות שכנים, ב, י); טור, חו״מ, סי׳ קעג, סעיף ב, ופרישה שם ס״ק ב; רמב״ם וכסף משנה, הלכות זכייה ומתנה, ד, יא, ולהלן הערות 87, 89, 90; לחם שלמה (לר׳ שלמה בולה), קונטרס קניין סודר, סי׳ כח.

[40] ב״ב, פ״א, אות כו. חלק מדבריו הובאו לעיל, ליד ציון הערה 20.

לשון חיוב משמע, דמחייב מהשתא למיתב [=לתת], אלא לשון הבטחה משמע, דלא משתעבד", וכן הביא הטור[41] בשם הרמ"ה. הרמ"ה מביא סיוע לדעתו מסוגיה מפורשת בגיטין[42], שמובאת בה ברייתא, האומרת: "ת"ר. האומר: נתתי שדה פלונית לפלוני, נתונה לפלוני... הרי היא שלו. אתננה לפלוני — ר' מאיר [וי"ג: רבי] אומר: קנה; וחכמים אומרים: לא קנה. א"ר יוחנן: וכולן בשטר". מכאן משמע שאף במתנת קרקע, שהשטר מועיל בה, לשון "אתן" אינו תופס לפי חכמים. ומסביר רש"י שם (ד"ה וחכמים) כי אין זה אלא לשון הבטחה. וכן נפסק להלכה[43].

הרמב"ן סבור ש"קניין אתן" אינו מועיל, אלא שהוא מבחין בין האומר "אתן" לבין האומר "יטול". במקום אחד הוא כותב: "שהאומר אתן, קנין דברים הוא, כדכתב רבינו הגדול ז"ל בתשובה"[44]; ואילו במקום אחר, לאחר שהביא את דעת הר"י מיגאש והרמב"ם, הוא מבחין ואומר[45]: "ואינו מחוור לי, שאין קנין דברים אלא באומר אתן לך או אמכר לך או שקנו מידם לחלוק. אבל האומר: יטול ויזכה, במתנה זו משמע או במשיכה זו". נראה שיש להסביר את הבחנתו באופן זה: לשון "אתן" מוסב על הנותן, האומר כי יתן בעתיד, והקניין אינו יכול לחול על פעולה עתידית; אבל לשון "יטול" מוסב על המקבל, והנותן אינו יכול להבטיח מה יעשה המקבל. ועל כורחנו אנו אומרים שמשמעות לשונו היא, שיטול המקבל את הדבר המובטח כבר עתה, ויזכה בו על ידי מעשה הקניין[46].

אף הרשב"ש[47] נוטה לדעת הסוברים ש"קניין אתן" הוא קניין דברים, והוא מסתמך על דברי הרמ"ה והרמב"ן, ומוסיף: "וכן נראה דעת הרא"ש"[48].

[41] חו"מ, סי' קנז, אות כ. וראה עוד: יד רמה, ב"ב, פרק ד, סי' כו ופרק ט, סי' צד; שו"ת הרמ"ה, סי' רמט.

[42] מ ע"ב. ומשם ראיה כי אף ביחס לדבר מסוים, "קניין" אתן אינו מועיל. אולם ראה: "אבי עזרי", לרב א' שך, המובא להלן, הערה 389; ספר "שערי ציון", המובא להלן, הערה 63.

[43] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ד, יא; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רמה, סע' א.

[44] ראה לעיל, הערה 29.

[45] ראה לעיל, הערה 38.

[46] אף בעל חוקות הדיינים, שאינו מכיר ב"קניין אתן" (הערה 32), אומר בסי' קפג שלשון "יטול" אינו קניין דברים.

[47] בתשובותיו, סי' קיד (ו), קיח, רפד, שלו (הובא גם בב"י, אה"ע, סי' נא), שלח, תנה.

[48] בסי' רפד הוא מסביר: "שלא חלק על הרמ"ה ז"ל אלא בקנו מידו לבנות בלבד, כדאיתא בספר החשן בסי' קנז" (ראה הערות 22-24). והדברים מתמיהים. הרא"ש אינו דן ב"קניין אתן", ואינו מתייחס כלל לדברי הרמ"ה. הטור הסמיכו לרמ"ה כדי לומר — לפי הבנתו שלו — שהוא חולק על הרמ"ה ביחס לחוזה בנייה, ומה הוכחה יש בעובדה שאינו חולק גם ביחס ל"קניין אתן"? וראה עוד: עדות ביעקב (דפוס שלוניקי, ת"פ, לר' יעקב די ביטון, נינו של בעל "לחם משנה"), סי' קנ, המוצא סתירה בין דברי הרא"ש המובא בטור, סי' קנז, על הרא"ש המובא בב"י, חו"מ, סי' רמה, סעיף א, בשם הרשב"ץ (הכוונה לרשב"ש בסי' שלו הנ"ל), ולא ידע שהרשב"ש הוכיח את דעת הרא"ש מדברי הרא"ש בסימן קנז.

לעצם שיטת הרא"ש, ראה עוד: טור, חו"מ, סי' קעג, סעיף ב, ופרישה שם, ס"ק ב, ומשמע משם כי לדעת רש"י והרא"ש, "קניין אתן" הוא קניין דברים (כך לפחות לפי הבנת הטור, לפי

הבאנו לעיל דברי גאונים וראשונים שאינם מכירים ב"קניין אתן", אך מצאנו שהיו כמה מן הראשונים, סמוך לזמן הרמ"ה, שחלקו על הלכה זו, כפי שאומר הרמ"ה[49]: "ואיכא מן רבוותא בתראי מאן דהוה ס"ל דקנין לתת לאו קנין דברים הוא, אלא כמאן דקנו מיניה, דמחייב לתת, ולא מיקרי קנין דברים... אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או ליילך"[50].

ומצאנו גם שבעל העיטור[51] כותב על דברי הגאונים: "ולא נהירא לן". אף הרשב"א נוטה לדעת הסוברים ש"קניין אתן" חל, אף כי רבה המבוכה בהבנת דעתו. לאחר שהביא את דעת הגאונים, שהקניין אינו חל, הוא אומר[52]: "ויש מי שאומר שכל האומר אתן כך וכך, לאו קנין דברים הוא, אלא הרי הוא כאילו קנו מידו בחיוב אותו סך... וכך אנו עושין מעשה בכל יום בפסקי הנדוניה, שקונין מפלוני שיתן לפלוני כך וכך זהובים בנדונית בתו. ומחלוקת זה בספר העטור בקנין". הרשב"א עצמו שם מסכים לדעת המכירים ב"קניין אתן"[53], אלא שהוא מחלק בין מי שקנו מידו להחזיר לחברו זכויותיו, שאינו נחשב קניין דברים, לבין מי שקנו מידו שיתן שטר מחילה לחברו, "שאין מחילה אלא סלוק שעבוד. ואם קנו מידו שיסלק לאחר זמן שעבוד שיש עליו", הרי זה קניין דברים[54].

מדברי הרמ"ה והרשב"א משתמעת סברת החולקים, היינו שאף על פי שלא חייב את עצמו במפורש, רואים אותו כאילו התחייב, ואם כן משעבד גופו ונכסיו כבר מעתה. ייתכן שעם התפתחות מוסד ההתחייבות על ידי בעלי התוספות, הרמב"ן, הרשב"א ואחרים, כפי שנתבאר לעיל, נטו להרחיבו ולראות גם ב"קניין אתן" התחייבות לתת. להלן נראה עוד שגישת הרשב"א היא להשתדל לקיים כל חוזה שנעשה בקניין, משום ש"קנין מלתא אלימתא היא", ויכול לרפא פגמים בחוזה ולפרשו בצורה תקפה[55]. כן

פירוש הפרישה שם). ומאידך ראה: רש"י, ע"ז עב ע"א (ד"ה קנה); רא"ש, ע"ז, פ"ה, סי' כג; ביאור הגר"א (לעיל, בסוף הערה 29). לדבריו, משמע שלדעת רש"י — ואם כן גם לדעת הרא"ש — "קניין אתן" מועיל. וצריך עיון.

[49] הרמ"ה (לעיל, הערה 40) מסתמך גם על "רבוותא קמאי", אך את הדעה החולקת הוא מביא בשם "רבוותא בתראי".

[50] אם כי הרמ"ה שם מסיים: "ומילתא צריכה עיונא", נראה כי דעתו נוטה שהוא קניין דברים. ראה לעיל, הערות 40-41.

[51] ראה לעיל, הערה 25.

[52] בתשובותיו, ח"א, סי' אלף לג.

[53] וראה גם בחידושיו לב"ב קמ ע"ב: "ויש מן הגדולים שאמרו דאפילו (נותן) [באתן] לך כך וכך, לא קרי קניין דברים. וכן נראה עיקר. כן נראה לי".

[54] תשובת הרשב"א הובאה על ידי הרמ"א, חו"מ, סי' רג, סע' א. אך מכיוון שהרמ"א אינו מכיר ב"קניין אתן", כמבואר להלן, נדחק הט"ז שם ליישב שקניין להחזיר זכויות עדיף על סתם "קניין אתן". וצריך עיון.

[55] ראה: שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקז, בעניין התחייבות שלילית (להלן, פרק שישי, הערה 110). לדוגמה אחרת בעניין דבר שאין בו ממש, ראה תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' סז, שהובא גם בב"י, חו"מ, סי' קצה, מחודש כב; וסי' ריב, אות א; וכן ח"ו, סי' קיא, שהובא גם בב"י שם, סי' רנג, מחודש ו-ז.

גם בנידון דידן. הרשב״א דן במקום אחר[56] בראובן שכתב שטר, ועשה קניין, שאם ימות יחזיר לאשתו או למשפחתה את כל מה שהביאה ועוד מאה זהובים. והוא עונה על הטענה שהחוזה בטל, לפי שהוא בגדר ״קניין אתן״, באמרו שאף על פי שלא אמר בלשון חיוב, ״קנין מילתא אלימתא היא, ומתקן הענין, וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן״[57].

כאמור, שיטת הרשב״א אינה מבוררת כל צורכה, כי לכאורה הוא סותר את עצמו במקומות אחרים, ואומר[58] שקניין למכור הוא קניין דברים. נראה שיש להבחין בשיטתו בין לשון ״אתן״, שהוא עסקת מתנה, לבין לשון ״אמכור״, שהוא פעולה עסקית, ולא מסתבר לומר ששעבד את עצמו ונכסיו לשם כך, אם לא עשה כן במפורש[59].

הסבר אחר לתוקפו של ״קניין אתן״ עולה מדברי בית יוסף, והוא שהקניין מתקן את הלשון מעתיד להווה, וכאילו אמר: אני נותן. ולפי זה, כאשר מדובר בחפץ, זכה מיד[60].

אשר למהותו של ״קניין אתן״, מציג אחד מן האחרונים, בית שמואל[61], שתי אפשרויות:

[56] בתשובותיו, ח״א, סי׳ אלף קמב.

[57] תשובת הרשב״א הובאה בבית יוסף שם, סי׳ קצה, מחודש כ.

[58] הרשב״א בב״י, חו״מ, סי׳ רו, מחודש ב, וכן פסק הרמ״א שם, סעיף ד. נחזור לתשובות הרשב״א להלן. וראה עוד: משפטיך ליעקב, להרב צ״י בן יעקב, ח״ב, סי׳ ט.

[59] כעין זה אומר בעל ״עדות ביעקב״ (לעיל, הערה 48), סי׳ קנ, ומוסיף כי בתשובות הרשב״א שם נאמר כי קנו גם מיד הלוקח שיקנה, ואם כן ודאי התכוונו לערוך את החוזה בעתיד. וראה עוד: תורת אמת, סי׳ קלג; מהרש״ך, ח״ג, סי׳ פד; לחם רב, סי׳ קמז, רח, רי, ריח; שו״ת מהר״ם גאויזון, סי׳ ל; גידולי תרומה, שער סב, ח״א, ד. בעל שמרו משפט על חוקות דיינים, סי׳ סז, מעיר עוד משו״ת הרשב״א, ח״ב, סי׳ קנח, בעניין קניין להלוות ולהיות ערב (וכן נפסק בשו״ע, חו״מ, סי׳ קלא, סע׳ א. וראה עוד: שו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ אלף נד; שו״ע, חו״מ, סי׳ לט, סע׳ יז), ואף שם נראה לומר שלא הייתה כוונה להתחייב. עיין שם. עוד יש להקשות מתשובת הרשב״א, ח״ב, סי׳ מא, שנאמר בה: ״ועוד שאפילו לסתום אינו חייב, משום דקניין דברים בעלמא הוא, שהוא לא חייב עצמו בשום דבר אם לא יסתום... ולא עוד, אלא אפילו האומר: לכשאפתח פתח בעליה, אתן לך מנה, וקנו מידו על דברים אלו, ואע״פ שפתח, אפשר שאינו חייב במנה, וכדברי הגאונים ז״ל, שאמרו דכל שאתן הוי קניין דברים״. ונראה לי שלא הביא הרשב״א את דעת הגאונים אלא כסניף לדבריו, כיוון שמדובר בהתחייבות לעשייה ממש (לסתום פתח); אבל ב״קניין אתן״ כשלעצמו, מכריע הרשב״א כדעה החולקת, כנזכר לעיל.

[60] ראה ב״י, אה״ע, סי׳ נא, שכתב כן בקושיה על הרשב״ש, סי׳ שלו. הטור, חו״מ, סי׳ רמה, סעיפים ד-ה, כתב בשם הרמ״ה כי כשאמר ״אתננו מעכשיו״, קנה לאלתר, כי אין זו הבטחה, אלא הקנאה, אבל אם לא אמר ״מעכשיו״ — לא קנה. אלא שלדעה השנייה, רואים אותו כמתחייב ליתן, כאמור, ומשמע מדבריו שלא כהבנת הבית יוסף, כפי שכבר העיר הש״ך, חו״מ, סי׳ רמה, ס״ק ב. כהסבר הבית יוסף עולה גם מדברי נתיבות המשפט, סי׳ רו, ס״ק ב. וראה מה שכתב מו״ר הגאון ז״נ גולדברג שליט״א, תוקף ההתחייבות למכור ב״זכרון דברים״, תחומין יב (תשנ״א), עמ׳ 281.

[61] אה״ע, סי׳ נא, ס״ק י, ושם מובאים שני הסברים בביאור תשובת מהר״י וייל, סי׳ קמג, שתובא להלן. וראה להלן, ליד ציון הערה 361.

האפשרות האחת היא: "זכה אותו פלוני במתנה, ואם מת הנותן, צריכים בניו לקיים; ומכל שכן אם הוא חי, שצריך לקיים, ומוציאים ממנו"[62]. לא ברור לי, אם פירוש דבריו הוא שכבר עברה הבעלות של נשוא המתנה, כפי שעולה מדברי בית יוסף הנזכר לעיל, או שמא החיוב החל על אותו דבר עובר בירושה. בדברי הרמ"ה והרשב"א מדובר רק על חיוב. על כל פנים, הקניין חל על גוף הממון. במשמעות חיוב זה, נעסוק בסוף הפרק.

האפשרות השנייה היא: "עוד יש לפרש בע"א... אין שום זכות להמקבל, אלא כופין את הנותן לקיים הקנין, ואם מת ולא נתן, אין מוציאין מיורשיו", וכן כתבו כמה מן האחרונים[63]. כאן משמע לכאורה שהחיוב הוא אישי מובהק, המבוסס על הבטחה, וזה חידוש גדול, שכן לא מצאנו עד כה התחייבות אישית טהורה בלא שעבוד נכסים. נשוב לעניין זה, בסוף הפרק.

מכל מקום, ראינו שנחלקו הראשונים בשאלת תחולת "קניין אתן". הטור[64], בית יוסף[65] והרמ"א[66] מביאים את שתי הדעות להלכה, ושאלת התקפות של קניין זה עודנה אקטואלית כיום. הבעיה נידונה בבית הדין הרבני בימינו[67]. בהסכם גירושין נאמר: "הבעל ישלם לאשה מזונות עבור הילדה". הרב הראשי, הרב עובדיה יוסף, דן בלשון ההתחייבות, ואומר שאין לשון "ישלם" התחייבות גמורה, והוא מסתמך על דעת הסוברים ש"קניין אתן" הוא קניין דברים. בסמוך נדון בשאלה אקטואלית אחרת של "קניין אתן" בשידוכין.

עוד יש לברר את השאלה: כיצד מיישבים בעלי הדעה המכירה ב"קניין אתן" את הגמרא בגיטין (לעיל, הערה 42)? שני תירוצים נאמרו בעניין זה.

התירוץ הראשון מבוסס על הבחנה בין קניין סודר לשטר. אם הבסיס להכרה ב"קניין

[62] אף להסבר זה, מבחין בית שמואל בין קניין ליתן מתנה לבין קניין ליתן שטר מתנה או כתובה, שבקניין השני הוא חייב, ולא יורשיו. ולא ידעתי את מקורה של הבחנה זו, ואם זה השני גרע משום מה, מה בינו לבין יורשיו? וראה בהערה הבאה. ועוד צריך עיון.

[63] ראה: סמ"ע, חו"מ, סי' רמה, ס"ק ב; קצות החושן, שם, ס"ק א. מלשון המהרי"ו (לעיל, הערה 61), אין לדעתי הכרע. וזה לשונו: "דכיון דקבל עליו בקניין סודר, צריך ליתן ולקיים מה שקיבל עליו בק"ס, צריך לעשות לה כתובה כמו שהיתנה. אבל כל זמן שלא נתן לה, לא זכתה האשה". אפשר להבין שיש לפנינו התחייבות שמשעבדת נכסים ועוברת בירושה. וראה עוד: בית מאיר, אה"ע, סוף סי' נא, שחולק על פירושו השני של הבית שמואל: "דאיך אפשר שלא יזכה המקבל והמקנה יהא מחויב..."; שערי ציון, להרב א' סופר, סי' יא, התמה על דברי בית שמואל.

[64] ראה חו"מ: סי' קנז, אות כ; סי' רמה, אות ד.

[65] ראה: בית יוסף, חו"מ, סוף סי' קצה, וסי' רמה (וש"ך, שם, ס"ק ב); שו"ע, שם, סע' א-ב.

[66] ראה רמ"א: אה"ע, סי' נא; חו"מ, סי' קנז, סע' ד; סי' רג, סע' א, וט"ז, שם; סי' רו, סע' ד; סי' רמה, סע' א-ב.

[67] לא מצאתי את פסק הדין בכרכי פד"ר שפורסמו על ידי משרד הדתות, אך הרב הראשי, הראשל"צ, הרב עובדיה יוסף, הדפיסו בספרו יביע אומר, ח"ה, חו"מ, סי' ה. וראה עוד: פד"ר: ד 275, י 363. ויש חולקים בעניין "ישלם", ראה: פד"ר: יא 131; יד 334, נדפס גם בתחומין יב (תשנ"א), עמ' 279.

אתן״ הוא שהקניין מלמד שהתכוון לחייב את עצמו, יש מקום לחלק בין קניין סודר לשטר. וכבר הרמ״ה[68] מיישב דעה זו ואומר: ״דאיכא למימר: שאני שטר מתנה וכיוצא בו, דלאו לשעבודיה לנותן למיתב [=לתת] ההוא מידי קאתי, אלא לאקנויי גופא דההוא ארעא בהאי שטרא קאתי. וכי כתב לו: אתננה לו, לשון הבטחה משמע... אבל קנין לשעבודיה נפשיה נמי קאתי״. וגם מגיד משנה (הלכות זכייה ומתנה, ח, ו) מחלק כן מדעתו, וכן עשו גם כמה מן האחרונים[69].

התירוץ השני הוא של אחד מן האחרונים[70], המתרץ בפשטות ואומר כי אף ש״קניין אתן״ מועיל, עדיין נשוא החוזה אינו של המקבל. אם כן, הגמרא בגיטין אומרת רק שלא זכה המקבל בשדה עתה, אבל ייתכן לומר שאמנם הנותן חייב ליתנו לו בעתיד.

6. ״קניין אתן״ בשידוכין

נושאי הכלים של הטור והשולחן ערוך דנו בשאלת ״קניין אתן״ בעיקר בחוזי שידוכין, משום תשובה חשובה של מהר״י וייל שהביא הרמ״א. בעיה זו אקטואלית עד היום, משום שבזמן השידוכין נוהגים הצדדים לכתוב בחוזה את מה שהם עתידים לתת זה לזה, כסף או דירה או רהיטים וכדומה, אם מיד אם לאחר החתונה. חוזה זה נקרא בספרות ההלכה בשם ״תנאים״, ויש שהשידוכין עצמן נקראים ״תנאים״. חכמי ההלכה דנו בשאלת תקפותו של חוזה זה.

כבר ראינו שהרשב״א (לעיל, הערה 52) מעורר את שאלת ״קניין אתן״, שהרי הצדדים עושים קניין על מה שיתנו בעתיד, אלא שהוא מסתמך על דעת מי שהכירו בתקפות ״קניין אתן״, ואומר: ״וכך אנו עושין בכל יום בפסקי הנדוני׳, שקונין מפלוני שיתן לפלוני כך וכך זהובים בנדונית בתו״.

תשובה חשובה בעניין זה כתב מהר״י וייל[71]: ״ועל מי שכתב לאשתו בשעת הקנס, ויעשה כך וכך לכתובה, לבד מלבושיה וצעיפיה, ובשעת החופה לא עשו שטר אחר, נראה דלא זכתה האשה, ודמיא להא דפרק השולח (גיטין מ ע״ב)... ספר העטור, דיש מרבותינו שכתבו, האומר: אתן דבר זה... אע״ג דיש מרבותינו דפליגי ואמרי דמהני קנין סודר, היינו משום דכיון דקבל עליו בקנין סודר, צריך ליתן ולקיים מה שקבל עליו בק״ס. צריך לעשות לה כתובה כמו שהותנה. אבל כל זמן שלא נתן, לא זכתה האשה״. נראה שמהר״י וייל לא הכריע בשאלת תחולת ״קניין אתן״[72], אלא שציין כי

[68] ראה לעיל, הערה 40. מדברי הרמ״ה כאן נראה שאין לחלק בין דבר מסוים ובין דבר שאינו מסוים, וכן נראה גם מתשובת הרשב״א (לעיל, הערה 56). אולם דעה אחרת הוזכרה לעיל, הערה 42.

[69] ראה: ב״ח, חו״מ, סי׳ רמה, סעיף א; ביאור הגר״א שם, סי׳ רג, ס״ק ח.

[70] קצות החושן, סי׳ רמה, ס״ק א. הוא מסתמך על שו״ת מהר״י וייל ועל הסברו השני של בית שמואל (לעיל, הערה 61).

[71] בתשובותיו, סי׳ קמג.

[72] וכן עולה גם מתשובתו בסי׳ צה. עיין שם.

אף לדעה שהוא חל, לא זכה המקבל בנשוא החוזה מיד, אלא חל עליו חיוב לתת[73]. אולם הרמ"א[74] כותב כי המהר"י וייל פוסק ש"קניין אתן" אינו חל. והוא אומר עוד: "ולכן כתב דהכותב לאשתו בשעת השדוכין לעשות לה כתובה גדולה, לא זכתה כל זמן שלא כתב לה. ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה".

אנו שומעים כאן על מוסד חדש של "תנאים שניים", "תנאים חדשים" בלשון הרמ"א, הנערכים בשעת החופה, כדי להתגבר על בעיית "קניין אתן". אף אם נתעלם מהיבטים אחרים של חוזה השידוכין, ההיבט של "קניין אתן" מעורר תמיהה, כדברי הסמ"ע[75]: "יש מקשים: מאי מועילים תנאים שניים יותר מהתנאים ראשונים?". אמנם יש אפשרות לערוך חוזה מועיל באחת משתי דרכים: על ידי נקיטת לשון חיוב ושעבוד הגוף, ואז חלה ההתחייבות על גופו; על ידי הקנאה "מעכשיו"[76], ואז מקנה לו את גוף הממון כעבור זמן מעכשיו, שהוא כעין הקנאה על תנאי. אך הסמ"ע אומר: ממה נפשך, אם ערך את החוזה השני באופן המועיל, הרי יכול לעשות כן גם בחוזה הראשון. והוא עצמו מתרץ, שבשעת השידוכין אין המשודכים מעוניינים שהחוזה יהיה תקף משעת כתיבתו, שמא יחזרו בהם עד החתונה. לכן צריך לומר שהחוזה לתת אינו תקף, והמפר אותו אינו מתחייב כי אם בקנס. אבל בשעת כתיבת החוזה השני כבר הצדדים בטוחים שבני הזוג מתחתנים, והם מוכנים לנקוט לשון המועיל לקיום החוזה[77]. אך נראה לי שהסבר זה דחוק מכמה טעמים. ראשית, אם "קניין אתן" אינו מועיל, לשם מה הוא נעשה[78]? שנית, והוא עיקר, מדוע לא יתחייב בשעת השידוכין על תנאי? דהיינו שיחויב רק בתנאי שיתחתנו המשודכים? (להלן, בפרק העשירי, נראה שגם צוואה ניתנת בדרך כלל כמתנה על תנאי שלא יחזור בו). יתר על כן, אפילו בסתמא יש מקום לומר כי יש תנאי מכללא כזה, ואם כן די בחוזה השידוכין הראשון[79]. ואמנם

[73] כך הבינו: הב"ח, חו"מ, סי' רמה, סעיף א; בית שמואל, אה"ע, סי' נא, ס"ק י, בהסברו השני. ראה לעיל, הערה 70.

[74] חו"מ, סי' רמה, סע' ב. וכעין זה כתב באה"ע, סי' נא. אמנם בדרכי משה, חו"מ, שם, ס"ק ב, ציין שהמהרי"ו לא הכריע בשאלת "קניין אתן", ומדרכי משה אה"ע, שם, ס"ק ב, משמע להפך, שהבין במהרי"ו שהקניין תופס, והוא חייב לקיים את דבריו. וכן הבין גם חלקת מחוקק, שם, ס"ק יב. וראה עוד לעיל, הערה 66. ועדיין צריך עיון.

[75] חו"מ, סי' רמה, ס"ק ב.

[76] השווה הערה 29.

[77] טופס של "תנאים שניים" הובא בספר נחלת שבעה, סי' ט, בשני נסחים, אך רק בנוסח השני, מנהג פולין, נזכר לשון התחייבות. וצריך עיון.

[78] וכבר התקשה בזה בית שמואל, אה"ע, סי' נא, ס"ק י, וכתב: "הא שעושים קניין במדינות פולין... אינו אלא לאמת הדברים". לבעל נחלת שבעה, סי' ט, סע' ב-ה, הסבר אחר. לדעתו, אף לפי הדעה ש"קניין אתן" אינו חל, אין הדברים אמורים אלא ביחס ליורשים, אבל הוא עצמו מחויב. ואף שהוא קניין דברים, שאינו תופס כלל, שונה "קניין אתן" בשידוכין מסתם "קניין אתן", בדומה לחילוקו של הב"ח בין "קניין אתן" לקניין לבנות, ראה הערה 24. והשווה לחילוקו של בית שמואל (לעיל, ליד ציון הערה 63), לדעה ש"קניין אתן" מועיל.

[79] אמנם הרמ"א, אה"ע, סוף סי' נא, פוסק שחייב ליתן לפני החתונה, אבל אם אינו סומך על הצד השני, יכול להשליש את מה שהתחייב לו עד לאחר החתונה. ועוד, יש תנאים שזמנם רק לאחר

למעשה "תנאים שניים" מקובלים בימינו רק אצל החסידים. את מנהגנו לסמוך על התנאים הראשונים, מסביר "ערוך השולחן"[80]: "צריך לומר: או דתפסינן לדינא כדעה אחרונה [ש"קניין אתן" מועיל], או דאנן סהדי דכוונת הצדדים בשעת התנאים לשעבד גופם לזה... ומנהג פשוט הוא בזמנינו לחייב ע"פ התנאים כל ההתחייבות שהתחייבו הצדדים. ואין לשנות. דכל המתחייב, מתחייב ע"פ המנהג".

מכאן שדי בתנאים הראשונים, ורואים בהם התחייבות לתת, והיא חלה על גופו ונכסיו. אך כדי לתת יתר תוקף להתחייבות, נראה שיש מקום להנהיג שיזכירו במפורש בתנאים אלו לשון התחייבות, כדי שלא תתעורר בעיית "קניין אתן".

ב. התחייבות בחפץ מסוים

עד כה עסקנו בחוזה שיש בו הצהרה קניינית עתידית, וראינו שהמכירים בתקפות חוזה זה רואים בו התחייבות להקנות. מכאן משמע שתועיל התחייבות מפורשת להעביר זכות קניין בנכסים. וכן מסכימים רוב הפוסקים[81], אף כי כבר אמרנו כמה פעמים שהתחייבות כזו אינה נזכרת בתלמוד במפורש.

1. דעת הרי"ף וסיעתו

אמנם יש לציין דעות אחרות. לפי מה שנתבאר בפרק הקודם על דעת הר"י מיגאש וסיעתו בשאלת ההתחייבות, הרי מדבריו נראה שלא הכיר בשעבוד גופו של האדם לשלם ממון לחברו, ואם כן גם לא להקנות לו זכות ממון בנכס בעתיד. חוזה זה נופל במסגרת "קניין דברים". אשר לרי"ף, מצויות בידינו כמה תשובות, ולכאורה מסתבר מהן גם כן שכל חוזה עתידי אינו תקף, ולא נאמר בהן שתועיל לשון חיוב. במקום אחד[82] מבחין הרי"ף בין הבטחת הבעל בשעת הקידושין לזון את בת אשתו לבין הבטחת קרובי בני הזוג לספק את צורכיהם או את צורכי אחד מהם. החוזה הראשון

החתונה, כגון מזונות. ואם מדובר בדירה וכדומה הרי אפשר להסדיר זאת כהתחייבות מותנית בקיום החתונה, כאמור.

[80] חו"מ, סי' רמה, אות ג. וראה עוד: שו"ת הב"ח, סי' יד, מח.

[81] ראה יד רמה, ב"ב, פרק א, אות כו, האומר: "אבל קנו מידו, שחייב לתת כך וכך או לבנות או לזון... ממונא קא מחייב נפשיה". ומשמע שמדובר גם בדבר מסוים. וכן משמע בשו"ת הרשב"א (לעיל, הערה 56). וראה עוד: טור ושו"ע, חו"מ, סי' ס, סע' ו; סמ"ע, שם, ס"ק יח: "אם כתב: הריני מחייב נפשי ליתן לך כו'... החיוב חל על גופו... ואפי' לדעת האומרים דאם קנו מידו ליתן או אתן, לא קנה... מ"מ בזה, שחייב נפשו ליתן לזה הכל מודים דקנה". והסכים עמו הש"ך, שם, ס"ק כד. ובש"ך, שם, ס"ק כה, הזכיר "בית זה", היינו מדובר בחפץ מסוים, כפי שדייק בשו"ת אמרי יושר, ח"ב, סי' נה. אמנם בתחילת הקטע שציטטנו מדברי הרמ"ה (לעיל, ליד ציון הערה 17), משמע שלא כל לשון של התחייבות להקנות תועיל. וצריך בירור.

[82] תשובות הגאונים, הרכבי, סי' תס-תסא. ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 80.

מתקיים באמירה בלא קניין, "מפני שההבטחה לא תתקיים מחמת הקנין, אלא מחמת הקדושין" (דין "פסיקתא"), ויועיל הקניין לשעבד את נכסיו מעתה; ואילו על החוזה השני, הרי"ף אומר: "ואמנם הבטחת הקרובים וודאי שלא תתקיים אלא בקניין ובמעכשיו כדין כל המתנות", ואינו מזכיר את האפשרות להתחייב לתת.

ראיה משכנעת יותר נשמעת לכאורה מתשובה זו[83]: "וכל השטרות[84] שתשלם פעולתן מיד, לא נצרך בהן למעכשיו. אבל מה שלא תשלם פעולתן אלא לאחר זמן, צריך למעכשיו, שלא יהא כהבטחה בעלמא שאין מחוייבין לקיימה. ומשום הכי אסמכתא לא קניא, בשביל שכשאין בה מעכשיו, אינה אלא הבטחה שאינה מחייבת, כמו שאמרנו". מכאן שבכל חוזה עתידי מתעוררת בעיה של אסמכתא ושל קניין דברים כאחת. ומשמע כי אף לשון חיוב לא יועיל, שהרי עדיין "לא תשלם פעולתו אלא לאחר זמן", ורק לשון "מעכשיו" הופך הבטחה להקנאה או לחוב מיידי[85].

לרמב"ם יש לכאורה דעה אחרת. מדבריו בעניין אסמכתא, משמע שחוזה עתידי אינו תופס אם הוא נעשה על תנאי, כי אז הוא בגדר אסמכתא בגלל חוסר גמירת דעת. וזה לשונו[86]: "אבל אם התנה, ואמר לו: אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני... אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך... לא קנה, שזו היא אסמכתא". ובהמשך דבריו הוא אומר: "וכן כל תנאין שמתנין בני אדם ביניהן, אע"פ שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך, אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא... לא אקנה לך ולא אתן לך... אע"פ שעשה או שהיה הדבר, לא קנה". משמע מדבריו בפשטות שאם לא התנו, קנה.

היו שהתקשו בדברי הרמב"ם, שהרי משמע מהם כי לא נקט לשון התחייבות, ואם כן צריך לומר שלדעת הרמב"ם "קניין אתן" תופס[87]. ועוד יש לשאול, כאן לא הוזכר קניין, אלא עדים ושטר, ולעיל הזכרנו הרבה דעות המצריכות קניין דווקא[88]. ייתכן אפוא לפרש את דבריו בשהוסכם שלאחר קיום התנאי יעשה הקונה מעשה קניין, כגון "שהחזיק בבית" (כלשון הרמב"ם שם), ולאחר עשיית הקניין על סמך דברי המתנה, מתעוררת שאלת תוקפו של הקניין, ולולא התנאי, קנה מעתה[89]. בין כך ובין כך, קשה להסיק מסקנות מדויקות מהלכות בדין אסמכתא, שאינן עוסקות במישרין בשאלת

[83] שם, סי' תקד.

[84] או התנאים – הערת המו"ל שם. ובלשוננו יש לתרגם: חוזים; או אולי: עסקאות.

[85] וראה הערה 29. אמנם דברי הרי"ף צריכים לימוד, וכי יש דין אסמכתא בחוזה עתידי שאין בו תנאי? אם כן מה בין אסמכתא לקניין דברים? וראה עוד: טור ושו"ע, חו"מ, סי' רז, סע' ב; סמ"ע ונתיבות המשפט, שם, ס"ק ב. אמנם לדעתו של ב' ליפשיץ, זו היא שיטת הגאונים, ולפיה אין הבדל בין אסמכתא לקניין דברים. ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 65.

[86] הלכות מכירה, יא, ג, ו.

[87] כן הקשה כבר הרמב"ן בחידושיו לב"ב קסח ע"ב (לעיל, הערה 38). וראה עוד מחנה אפרים, בהערותיו על הרמב"ם שם.

[88] ראה הערות 68-69.

[89] ראה: רמב"ם, שם הלכה ג; פתח הבית, סי' כב, ענף ד; חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק כז, ביאורים, הערה סו.

"קניין אתן" ובהתחייבות להקנות. לעצם העניין, אכן יש מקום לומר שהרמב"ם מכיר בהתחייבות לתת או למכור דבר מסוים[90]. נחזור לדון בשיטתו בפרק הבא.

אשר להלכה, כבר ציינו בפרק הקודם שרוב האחרונים לא ראו הבדל בין גישת הרי"ף וסיעתו להתחייבות לביו גישת יתר הראשונים, והם מכירים בהתחייבות להקנות. עם זאת, יש כמה מן האחרונים שפקפקו בתקפותה של התחייבות זו על סמך מקורות אחרים.

המהרש"ך[91] דן בהתחייבות למכור בית מסוים. ראובן התחייב לשמעון המצרן שאם ימכור את ביתו, ימכרנו דווקא לו. המשיב מסתמך על תשובת הרשב"א[92], שקניין "אמכור" הוא קניין דברים, ואומר שאם לא הזכירו בחוזה שהמכר הוא מעכשיו על תנאי, החוזה בטל. אולם כבר העירו כמה מן האחרונים[93] שהרשב"א עצמו הדגיש בסוף דבריו: "אא"כ חייבו עצמם כראוי". מכאן נלמד שההתחייבות למכור תופסת, כפי שנבהיר עוד להלן. אמנם אחד מגדולי האחרונים, בעל קצות החושן, אומר[94] שההתחייבות למכור דבר מסוים בלא קבלת אחריות אינה תופסת, כי אין בה שעבוד נכסים. נחזור לדבריו בסוף הפרק.

לסיכום, יש לומר כי רוב רובם של חכמי ההלכה מכירים בהתחייבות להקנות כשלב מוקדם לפני ההקנאה עצמה. כפי שכבר ציינו לעיל, אין הגמרא עוסקת במפורש בחוזה שיש בו התחייבות להקנות. עם זאת, שתי סוגיות בתלמוד הבבלי מתפרשות על ידי חלק מהמפרשים כעוסקות בחוזה מעין זה. סוגיה אחת במסכת עבודה זרה[95] דנה באדם שעשה חוזה עם חברו כי אם ימכור את שדהו, לא ימכרנה אלא לו במחיר מסוים. בסוגיה זו נעסוק להלן, כשנדון במשמעותו של החוזה. על כל פנים, רוב המפרשים מסבירים שמדובר בסוגיה זו בהקנאה מעכשיו על תנאי, ולא בהתחייבות. הסוגיה השנייה היא במסכת בבא מציעא[96], והיא עוסקת במכר חוזר. בשתי הסוגיות הללו פשר החוזה אינו ברור, אך מצאנו בספרות השו"ת חוזים המתפרשים על דרך ההתחייבות, כמובא בסמוך.

2. מכר חוזר – נוהג ה"הטבות"

לפעמים אדם מוכר את ביתו משום דוחקו, והוא מעוניין שאם יהיה לו בעתיד כסף, יחזיר לעצמו את ביתו. התורה מעניקה זכות למוכר בית בעיר חומה לגאול את ביתו

[90] ראה: רמב"ם, שם הלכה יא, שתידון בסמוך; הלכות אישות, כג, יד. ואולי יש משם ראיה כי אף "קניין אתן" מועיל. וצריך בירור.

[91] בתשובותיו, ח"ג, סי' פד. וראה עוד להלן, הערה 109.

[92] רשב"א, המובא בב"י, חו"מ, רו, מחודש ב (לעיל, הערה 58).

[93] ראה: תורת אמת למהר"א ששון, סי' קלג.

[94] סי' רו, ס"ק א. וראה עוד להלן, הערה 101.

[95] עב ע"א.

[96] סה ע"ב.

בתוך שנה[97]. הגמרא במסכת בבא מציעא דנה בחוזה הבא להבטיח את זכות החזרה בעת דיון בבעיית ריבית[98]. וכך נאמר בגמרא: "מכר לו בית, מכר לו שדה, ואמר לו: לכשיהיו לי מעות, תחזירם לי – אסור; לכשיהיו לך מעות, אחזירם לך – מותר". לדעת רוב המפרשים, הגמרא מבחינה בין שני מצבים: האחד, החזרת הבית היא תנאי בעסקת המכר עצמה; האחר, לאחר שנגמר המיקח, הלוקח מתנדב מדעתו להצהיר כי כשיתן לו המוכר מעות תמורת הבית, יחזיר לו את ביתו. אולם הרמב"ם מפרש את המצב השני באופן אחר[99]:

> מכר לו סתם, ואמר לו הלוקח מדעתו: כשיהיו לך מעות, תביאם לי, ואני אחזיר לך קרקע זו – הרי התנאי קיים, והלוקח אוכל פירות, ואין בזה אבק רבית, שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה.

כאן התחדש לנו שהלוקח חייב לעמוד בתנאי שהתנה. וכבר הקשה אחד מן הראשונים, הטור: מדוע מותר לעשות כן? ובלשונו[100]: "ואיני מבין דבריו, כיון שמחשיב אותו תנאי, וצריך הלוקח לקיימו, א"כ היאך יאכל פירות? אלא ודאי אין כאן תנאי כלל". המפרשים עונים כי לדעת הרמב"ם וסיעתו יש להפריד בין שני השלבים. רק לאחר שנגמר המיקח, הלוקח מתנה בקניין, מתוך חסד והטבה[101], שיחזיר את הבית לבעליו, כשיביא לו המוכר את דמיו, וזוהי עסקה חדשה. וזה לשון בית יוסף על הטור[102]: "כיון שלא היה מכר בתנאי, אלא אחר שנגמר המכר הוא שהתנה כן, ואילו לא רצה להתנות כן, המכר היה קיים עכ"פ, אלא מדעתו הוא שחייב עצמו בתנאי זה, הוי כאילו היה שלו מעולם, והתנה עם זה בקנין למכרו לו לכשיביא לו מעות, דתנאו קיים, ומותר לאכול הפירות עד שיביא הלה דמים"[103].

[97] ויקרא כה, כט.

[98] בירור שאלת הריבית אינו מעניינו כאן. ראה על כך באריכות במאמרי "שטר הטבה – מכר חוזר", שנתון המשפט העברי יח־יט (תשנ"ב־תשנ"ד), עמ' 215.

[99] הלכות מכירה, יא, יא. וראה גם: שו"ת הרמב"ם, בלאו, סי' תב. וכן פירשו גם: הגהות אשרי, ב"מ, פרק ה, סי' כו, בשם ר"ח; והרי"ף בתשובותיו (מהדורת לייטר), סי' רפו. ראה במאמרי (לעיל, הערה 98), בעמ' 219.

[100] חו"מ, סי' רז, סע' יא.

[101] וכבר עמדו הפוסקים על החסד של הקונה לאפשר למוכר לפדות את ביתו. אמנם מזמן המבי"ט ואילך נתגבש נוהג של שטר הטבה מחייב. ראה: תשובות גאונים, שערי צדק, ח"ד, סי' ב, יב; שו"ת הרי"ף, מהדורת לייטר, סי' ק; שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' קיא, קפח, רכט; ח"ג, סי' תלה; ח"ד, סי' קעז; ח"ה, סי' קפב; ב"י בשמו, יו"ד, סי' קעד, ס"ק ב, ומשם בשו"ע, שם, סע' ב; שו"ת רשב"ש, סי' יב; מבי"ט, ח"א, סי' רעא; ח"ב, סי' קצה, ריח; ח"ג, סי' פ. והארכתי בזה במאמרי הנ"ל (הערה 98).

[102] ראה עוד דבריו: כסף משנה, הלכות מכירה, שם; שו"ע, יו"ד, סי' קעד, סע' ב. לזיקתו לפירוש הר"ח, ראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ח.

[103] ועדיין יש להבין מניין לו להרמב"ם להוסיף דבר (=חייב עצמו) שלא נזכר בסוגיה? עיין במאמרי הנזכר (הערה 98), עמ' 220, דבריו של י' פרנצוס, שהרמב"ם וסיעתו למדו כן מן הסוגיה עצמה, בשונה מרש"י, ואולי מקורו בתוספתא ב"מ, ד, ג. עיין שם.

ועדיין יש לדון במהות קניין זה, שהרי קניין למכור בעתיד הוא בגדר קניין דברים או "קניין אתן". שתי תשובות ניתנו בדבר:

א. יש אומרים[104] שאין זה קניין דברים, כיוון שהקנה לו מעכשיו בתנאי שיקבל את דמיו בעתיד. כך פירשו הרי"ף והרמב"ם את סוגיית עבודה זרה עב ע"א, שתידון להלן[105]. יש קשיים בגישה זו, אך אין כאן מקום לעמוד עליהם[106].

ב. יש שפירשו שאין כאן קניין דברים, משום שהתחייב למכור את הבית בתנאי, ולא התכוון להקנאה מעכשיו, כדברי בית יוסף: "וכן משמע מסוף לשונו (של הרמב"ם) — שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה. ואם לא קנו מידו, חיוב מהיכא תיתי ליה?". וכבר האריך בהסבר זה המהרי"ט צהלון[107], ועמד על העובדה שהרמב"ם אינו מזכיר כאן קניין מעכשיו, אלא מבחין בין הקנאה להתחייבות, ובהתחייבות למכור אין משום קניין דברים, ואין גם בעיה של ריבית, כי בינתיים הבית עדיין של המתחייב, ובדין הוא אוכל פירותיו[108]. וכן כתבו גם האחרונים[109]. אם כן, יש לפנינו התחייבות למכור נכס מסוים[110].

[104] ראה: שו"ת מהר"ם גאויזון, סי' ל; דרישה, על הטור שם.

[105] ראה להלן, סעיף ה, ליד ציון הערה 382.

[106] נזכיר בקצרה כי לפי המבואר בב"מ סה ע"ב, עדיין יש בזה איסור ריבית, שכן המוכר שדה לחברו, ואמר לו: "לכשתביא מעות, קנה מעכשיו", שניהם אסורים בינתיים לאכול פירות. ויש לומר שמקנה לו גוף מהיום ופירות לכשיביא לו מעותיו. ראה: קרני ראם (אנקווא), סי' קפו, שכתב כן בשם רבני רבט שבמרוקו.

[107] סי' קפז, וזה לשונו: "שצריך לדקדק בכל שטר הטבות שכותבים הסופרים, לכתוב: הטיב חסדו הקונה, וחייב עצמו בק"ג [=בקניין גמור] לחזור ולמוכרה לו כשיתן לו סך מעותיו וכו', שאם אינו מזכיר ל' חיוב, באנו לספק קניין דברים". לעניין לשון "הטבה", ראה: ב' ליפשיץ, "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 185.

[108] בדרך כלל המוכר היה ממשיך לשבת בבית ולשלם שכר דירה לקונה.

[109] ראה עוד: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רמח; נתיבות המשפט, חו"מ, סי' רז, חידושים, ס"ק טו; שו"ת לחם רב, סי' קמז, רח, רי, ריח. בעל "עדות ביעקב", סי' קנ, לר' יעקב די ביטון, נינו של בעל "לחם רב", מסתמך על המהרש"ך (לעיל, הערה 91) ו"לחם רב", סי' קמז, באמרו שהתחייבות למכור אינה תופסת, אלא שההטבות הן בגדר מנהג מבטל הלכה, כפי שעולה מדברי "לחם רב", סי' רי. אך מדברי "לחם רב" עולה להפך, שההתחייבות מועילה מן הדין, אלא שבסי' קמז הוא מוסיף שאפילו תאמר שלרשב"א (שצוין לעיל, הערה 92) אף לשון חיוב אינו מועיל "פוק חזי מה עמא דבר. שנהגו לעשות שטר חזרה כזה בכמה מכירות, ודנין על פיו... דלא כהרשב"א". על כל פנים, מכלל דבריו נראה שיש להטבות תוקף מן הדין. וראה עוד קרני ראם (אנקווא), סי' קפו, שהביא להלכה את שתי הדרכים (התחייבות וקניין מעכשיו).

[110] אמנם המאירי שם (ב"מ סה ע"ב) מביא דעה אחרת, ודוחה אותה: "למדת מדברי כלם, שכל שקנו מידו... ותנאו קיים, ואע"פ שחכמי התוספות (איני יודע למי מתכוון רבנו — הערת המו"ל) יש להם דעה אחרת בזו לפקפק בקניין זה, חדוש הוא, ומחדוש לא גמרינן". אם כי הקטע קצת סתום, ייתכן שדעה זו אינה מכירה בהתחייבות להקנות דבר מסוים (ראה לעיל, ליד ציון הערה 91). ושמא כוונת חכמי התוספות לשלול את "קניין אתן", כשלא הזכיר לשון חיוב?

ג. התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם

עד כה עסקנו בהתחייבות ביחס לדבר הנמצא בידי המתחייב. נשאלת השאלה: האם התחייבות זו תקפה גם ביחס לדבר שאינו בעולם או דבר שאינו ברשותו? כבר הזכרנו כי כשאין מדובר בשעבוד נכסים כללי לחוב, בולט החיוב האישי (שעבוד הגוף), וייתכן לומר שחוזה זה תופס אף אם נשוא החוזה אינו נמצא בידי המתחייב בעת ההתחייבות. ואמנם בהמשך לדברי התוספות והרמב"ן, המבחינים בין התחייבות ובין קניין בכלל, הבחינו כמה מן הראשונים גם בעניין זה, ואמרו: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", אך הוא יכול להתחייב על דבר שלא בא לעולם. האדם אינו יכול למכור פירות אילן אם עדיין לא צמחו, אך הוא יכול להתחייב למכרם לכשיבואו לעולם. נאמר שוב שבגמרא עצמה לא נזכר במפורש חילוק זה. אדרבה, יש סוגיות המעוררות קושי לאור האפשרות של התחייבות על דבר שלא בא לעולם[111]. מאידך גיסא, יש סוגיות בגמרא העוסקות בחריגים לדין דבר שלא בא לעולם, וכמה מפרשים אומרים שהן מתבארות על דרך ההתחייבות, כפי שנראה להלן.

עוד יש לברר אם הבחנה זו מוסכמת על הכול. כבר לאור האמור בפרק הקודם, נראה לי שהרי"ף והר"י מיגאש והרמב"ם אינם מסכימים לחידוש זה, כפי שנבאר להלן. תחילה נעסוק בקצרה בעצם הדין של "דבר שלא בא לעולם", ואחר כך נראה מהו המקור להבחנה בין התחייבות ובין קניין בדבר שלא בא לעולם, וכיצד מתפרשות סוגיות שונות בגמרא בהקשר זה.

1. דבר שלא בא לעולם – טעם הדין

במשנה ובגמרא נחלקו הדעות, אבל להלכה נפסק שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במכר בין במתנה[112]. הוא הדין ביחס להקנאה למי שלא בא לעולם[113]. דין זה אמור גם כשנשוא העסקה קיים בעולם, אלא שאינו ברשותו של המקנה, כגון שמכר את מה שהוא עתיד לירש או דבר שהוא עתיד לקנות[114].

מהו טעמו של דין זה? הדעה היותר מקובלת היא שיש חסרון בגמירת דעת של הצדדים לעסקה[115]. יש אומרים שטעמו של דין זה הוא שאין לקניין על מה לחול[116].

[111] ראה פרק שלישי, הערה 14.

[112] ריי"ף ורא"ש, ב"מ טז ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, כב, א; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רט, סע' ד.

[113] רמב"ם, שם הלכה י; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רי, סע' א.

[114] רמב"ם, שם הלכה ה; טור ושו"ע, חו"מ, סי' ריא, סע' א; שו"ע, שם, סי' רט, סע' ה.

[115] ראה: רשב"א, ב"מ סו ע"ב; ונימוקי יוסף, ב"מ לז ע"ב, בדפי הריי"ף (על פי "ספר הישר" לרבנו תם). ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 292 ואילך, האריך לבסס טעם זה.

[116] ראה שו"ת הרא"ש, כלל יג, סי' כ (יז ע"א); לבוש, חו"מ, סי' רט, סע' ד; שו"ת ר"י באסן, סי' יח; ערוך השולחן, שם, אות ו; שו"ת מהר"ש צרור (נדפס בתשב"ץ, חוט המשולש, טור ב), סי' יג (שם נאמר טעם זה רק על "דבר שלא בא לעולם"; ואילו "דבר שאינו ברשותו" הוא

כבר מהגמרא יש לכאורה ראיות לטעם של חוסר גמירת דעת[117]. מאידך גיסא, יש מקום לטעם השני לעמוד בפני עצמו. הקניין אינו חל כי אין לו על מה לחול. טעם זה תואם את הגישה החפצית לחוזה, כפי שראינו במבוא וכפי שנראה מסוגיית קניין דברים. נשוא החוזה צריך להיות דבר ממשי, קיים ברשותו של המקנה. אמנם אין זה אומר בהכרח שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי הנידון הוא תוקף המכירה כשהגיע הדבר לעולם[118]. עם זאת יש סברה לומר כי מכיוון שבשעת עריכת החוזה לא היה לקניין על מה לחול, לא נוצר חוזה, ולהופעת נשוא החוזה בעולם וברשותו של המקנה אחרי עריכת החוזה, אין ערך משפטי. כן אפשר לצרף לזה את הטעם של חוסר גמירת דעת, ולומר שמכיוון שכעת אין לקניין על מה לחול, אין גמירת דעת של הצדדים לעסקה אף כשיבוא נשוא החוזה לעולם[119].

בין כך יש לשאול: כיצד נסביר את החריגים שאנו מכירים בהם בחוזה ביחס לדבר שלא בא לעולם[120]? גם אם נאמר כי באותם מקרים יש גמירת דעת לעסקה, יש להבין את משמעות החוזה כאשר נשוא החוזה אינו בעולם, ולשאול: על מה חל הקניין? בייחוד עולה שאלה זו לפי הטעם השני שהזכרנו לעיל, שהקניין אינו חל אם אין למקנה נשוא ממשי. ונשאלת השאלה: האם יש כאן מצב מיוחד של קניין שמצפה להתגשמות ולהופעת הדבר בעולם? או שמא יש להבחין בין קניין שצריך לחול על נשוא ממשי, שישנו לפנינו, לבין התחייבות אישית, שעבוד הגוף, לקיים את החוזה? ושמא יש כאן הסבר אחר?

נדון בכמה מן החריגים הללו, ונראה כי מכוחם, אם כי לא רק מכוחם, הבחינו הפוסקים בין הקנאה לבין התחייבות בדבר שלא בא לעולם. אולם תחילה נדון באפשרות של קניין לאחר זמן גם כשהדבר ישנו בעולם. לאחר בירור אפשרות זו,

מטעם חסרון גמירת דעת). לסיכום הדברים, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, כרך ז, עמ׳ לא.

117 למשל, הגמ׳ בב״ב קמב ע״ב דנה בהקנאה לעובר. לדעה אחת, המזכה לעובר שלו קנה, ״הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו״, ומשום כך ״גמר והקנה לו בכל לבו״ (רשב״ם שם, ד״ה קרובה). אומר השיטה מקובצת, שם, בשם תוספות הרא״ש: ״מכאן נראה טעמא, דאין מקנה לדבר שלא בא לעולם, משום דלא גמר ומקנה״. ליחס בין ״דבר שלא בא לעולם״ לבין הקנאה למי שלא בא לעולם, ראה תוספות, כתובות ז ע״ב, ד״ה המזכה לעובר, ובמקבילות שצוינו שם בגיליון. אולם בין כך ובין כך, יש מן הראשונים שהעמידו את דין המזכה לעובר בשכיב מרע דווקא, אבל בבריא אי אפשר להקנות אפילו לעובר שלו (ראה פרק רביעי, ליד ציון הערה 148). ראייה שנייה מביאים מהגמרא בב״מ טז ע״א, האומרת ביחס להקנאת דבר שלא בא לעולם: ״דלא סמכה דעתיה״. אולם הנודע ביהודה, מהדורא תניינא, אה״ע, סי׳ נד, אות יב, דוחה ראייה זו.

118 ראה שו״ע, חו״מ, סי׳ רט, סע׳ ד. ואם כי הרמ״א שם הביא דעה אחרת, האחרונים לא קיבלוה. ראה ביאור הגר״א, ס״ק יב, ט״ז וקצות החושן שם, ס״ק ז.

119 בדומה לכך צירפנו לעיל את חסרון גמירת דעת לגישה החפצית. ראה לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 130.

120 אותה שאלה תהא גם על דעת התנא רבי מאיר וסייעתו, הסוברים שיכול אדם להקנות דבר שלא בא לעולם.

ניטיב להבין אפשרות כזו כשהדבר אינו בעולם: אם לר׳ מאיר, בדרך של הקנאה; ואם לחכמים – שהלכה כמותם – בדרך של התחייבות.

2. קניין לאחר זמן

ההתחייבות באה בין היתר כדי לאפשר עסקה עתידית. כאמור, אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אך הוא יכול להתחייב על דבר שלא בא לעולם. ואולם גם בדבר שבא לעולם, לפעמים המקנה אינו מעוניין להקנות עתה, אלא לאחר זמן, אם כדי לשמור לעצמו אפשרות של ביטול העסקה אם כדי לאכול מפירותיה בינתיים, אבל הוא מעוניין לקשור את חברו לעסקה ולקבל כבר עתה את התשלום מן הקונה. להלן נדון במשמעות ההתחייבות בהקשר זה. כעת נעסוק באפשרות של הקנאה עתידית שלא בדרך התחייבות, היינו באפשרות עשיית מעשה הקניין עתה, כשההקנאה חלה רק לאחר זמן. כפי שנראה להלן, יש כמה קשיים בדרך זו. נפתח בסקירת המקורות העיקריים הדנים בעניין זה.

(א) הפרדה בין מעשה הקניין לבין חלותו

נאמר במשנה (קידושין ג, א; נח ע״ב) שאפשר לקדש אישה בכסף לאחר שלושים יום. עד אז הצדדים יכולים לחזור בהם מן העסקה (כמבואר בסוגיה בקידושין נט ע״א, שגם האישה יכולה לחזור בה, לדעת ר׳ יוחנן). מאידך גיסא, בכתובות פב ע״א, אומר רבין בשם ר׳ יוחנן: ״האומר לחבירו: לך ומשוך פרה זו, ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלושים יום״, לא קנה, אלא אם אמר ״מעכשיו ולאחר שלושים״. מה ההבדל בין שתי העסקאות? בנדרים מח ע״ב, אומר רב אשי שמעשה של קניין סודר אינו מועיל על קניין שיחול בעתיד, שכן ״הדרה סודרא למריה״, ובשעה שהקניין צריך לחול ״כלתה לה אותה הקנאה״ (לשון הר״ן שם). כאן למדנו על מגבלה בדיני הקניין, הנקראת בפוסקים בשם ״כלתה קניינו״. כלומר, אמנם עקרונית ניתן להפריד בין מעשה הקניין לבין חלותו, אלא שהדבר תלוי בסוג מעשה הקניין.

בקניין כסף (שכידוע הוא מועיל בקידושין או בקרקעות), אין קושי בדבר, שכן נאמר בקידושין נט ע״א, שאף אם נתאכלו המעות, יחולו הקידושין לאחר שלושים יום. הכסף ניתן לאישה לשם קידושין, ולא כפיקדון וגם לא כמלווה שניתן להוצאה. לכן אם תחזור בה האישה מהסכמתה להינשא לו, תצטרך להשיב לו את הכסף שנתן לה, ונמצא שעדיין הקניין ממשיך עד זמן תחולת הקידושין[121].

לעומת זאת, בקניין סודר, המקנה מקבל סודר מחברו לצורך ביצוע פעולת ההקנאה, ומחזירו לו. הפעולה נגמרת בשעת עשייתה, ואינה קיימת בשעה שהקניין צריך לחול. אין להפריד לגמרי בין מעשה הקניין לבין חלות הקניין[122]. והוא הדבר גם

[121] ראה: טור ושו״ע, אה״ע, סי׳ מ, סע׳ א. אמנם לכאורה הרמ״א, חו״מ, סי׳ קצא, סע׳ ד, חולק על זה. אך כבר יישבו נושאי כליו את דבריו (ביחס לכסף) בדרכים שונות. עיין שם.

[122] ראה: טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ קצה, סע׳ ה. לפי זה, קניין סודר אינו דומה לקניין כסף: אין בו הרעיון של קבלת מחיר, אלא מעשה סמלי של חליפין, ותו לא. אכן הרמ״א שם (סעיף ב) פוסק

בקניין משיכה, הפעולה נגמרת ואינה קיימת לאחר מכן. אמנם יש מי שאומר שאם החפץ ברשות הקונה לאחר שלושים יום, נקנה לו בקניין חצר[123]. להלן נראה שאחד מן הראשונים סובר שקניין משיכה מועיל אם החפץ מונח בעת תחולת הקניין במקום הראוי למשיכה ("אגם" או "צדי רשות הרבים"), אך לא ברשות הרבים[124].

אף בקניין חזקה נאמר הכלל של "כלתה קניינו"[125].

בקניין שטר משמע מן הגמרא[126] שאם נקרע השטר או אבד תוך שלושים יום, "כלתה קניינו"; אך אם השטר קיים, קניינו מועיל. אמנם ביחס לגט לאחר שלושים יום, צריך שיהא הגט מונח במקום שייחדו אותו לכך ("אגם" או "צדי רשות הרבים"), אך לא ברשות הרבים. וכך פסק גם הרמב"ם[127]. להלן נעמוד על ההבדל בין שטר ובין משיכה.

לסיכום, אפשר לומר שבקניין לאחר שלושים עולה רק בעיית "כלתה קניינו", בהתאם למעשה הקניין. יש מעשי קניין שעניינם הוא הפעולה, ותו לא, כקניין סודר או משיכה או חזקה, ולכן הם חייבים להיות צמודים לחלות הקניין. לעומת זאת, בקניין כסף, שעיקרו הוא קבלת התמורה, המעשה ממשיך להיות קיים גם בעת חלות הקניין. דבר דומה יש לומר גם ביחס לשטר, שקבלתו היא הקניין, ואם בבוא הזמן יהיה השטר ברשותו של הקונה או במקום המיוחד לו, קנה.

(ב) "מעכשיו ולאחר שלושים"

בכתובות פב ע"א[128], נאמר שאם הקנה בלשון "מעכשיו ולאחר שלושים", הקנאתו

שאין המקנה רשאי לעכב את הסודר, "דסתם קניין ע"מ להחזיר הכלי הוא". אולם אם הסכים הקונה מראש שלא יחזיר לו את הסודר, אומר הנודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סי' מז, כי כאן יועיל קניין סודר לאחר שלושים יום כמו כסף. אך הרשב"א בתשובה, ח"ד, סי' רב, מסיק אחרת. כלומר, לעולם קניין סודר אינו דומה לכסף. ועיין עוד: ש"ך, חו"מ, סי' קצא, ס"ק ה; הרב ע' בצרי, דיני ממונות, ח"ב, עמ' מח. והאריך בזה הרב א"צ סופר, שערי ציון, סי' ד.

123 ראה: רש"י, ב"מ לד ע"א, ד"ה א"נ; השגת ראב"ד על הרמב"ם, הלכות מכירה, ב, ט; ריטב"א, כתובות פב ע"א. אמנם המגיד משנה על הרמב"ם שם, הבין שהרמב"ם חולק עליהם. וצריך לומר כי לא התכוון להקנות בחצר. ראה נתיבות המשפט, סי' קצז, ס"ק ב (ביאורים). אך אפשר שאין הרמב"ם חולק. עיין משנה למלך שם.

המאירי, ב"מ לד ע"א, מבחין, לדעת הרמב"ם, בין לשון "לא תקנה אלא לאחר ל'", שלא קנה; לבין לשון "לא יקנה לך עד לאחר ל' יום", שקנה. ועיין גם המאירי, כתובות פו ע"ב.

124 הר"ן על הרי"ף, כתובות מה ע"ב (בדפי הרי"ף). אך בשו"ע לא נפסק כן, וגם בקניין משיכה צריך לומר "מעכשיו". ראה: חו"מ, סי' קצז, סע' ז.

125 ראה: תוספות, יבמות צג ע"א, ד"ה קנויה; רמ"א, חו"מ, סי' קצא, סע' ד. ערוך השולחן, שם, אות ז, אומר שאם בבוא הזמן "החזקה קימת, כגון שעשה גדר וכה"ג, וודאי דקנה [כן משמע בריש המפקיד]". ולא ידעתי מניין לו זאת. וגם מסברה נראה שהפעולה עיקר, וזו נגמרה ואינה יכולה להימשך, וכי ניכר בבוא הזמן שנעשתה הגדר על ידי הקונה? ועדיין צריך עיון.

126 ראה: קידושין נט ע"ב; תוספות, שם, ד"ה איכא.

127 ראה: כתובות פו ע"ב; רמב"ם, הלכות גירושין, ט, א-ג.

128 וכן משמע מב"מ לד ע"א. עיין שם.

הקנאה. אמנם בכתובות פו ע"ב, ביחס לגט ומשיכת פרה, לא נזכר הצורך באמירת "מעכשיו", אלא שהגט או הפרה יהיו מצויים במקום מיוחד ("אגם" או "צדי רשות הרבים"), אך לא ברשות הרבים.

ומצאנו כמה שיטות בראשונים ביישוב הסתירה בין שתי הסוגיות בכתובות. אך קודם שנדון בהן, נבהיר את פשר הביטוי "מעכשיו ולאחר שלושים". שלוש אפשרויות של הבנת ביטוי זה עולות מן הגמרא (קידושין נט ע"ב – ס ע"א).

1. לדעת רבי ושמואל, "תנאי הוי". כלומר, האיש מתכוון לומר לאישה: הרי את מקודשת או מגורשת מעתה, בתנאי שלא אחזור בי תוך שלושים יום[129].

2. לדעת רבנן ורב, "ספק תנאי הוי, וספק חזרה הוי". כלומר, יש ספק בהבנת כוונתו: האם התכוון לתנאי (כפי שאמרנו בסעיף הקודם)? או שמא, לאחר שאמר "מעכשיו", חזר בו, ואמר שהיא מקודשת או מגורשת רק לאחר שלושים יום? בגמרא נאמר בשם אביי שספק זה קבוע בכל אדם. אך יש אומרים שהרמב"ם סבור שלמסקנת הגמרא יש ספק בדעת כל אדם בנפרד, אם התכוון לתנאי או לחזרה[130].

3. לדעת ר' יוחנן, "שיור הוי". כלומר, יש כאן תהליך נמשך של קידושין המתחיל מעכשיו ומסתיים לאחר שלושים יום, ואם יקדש אותה אחר בתקופת הביניים, היא מקודשת לשניהם, כיוון ששייר הראשון בקניין[131].

(ג) שיטות הראשונים

א. התוספות[132]. בשתי הסוגיות במסכת כתובות מדובר בשאמר "מעכשיו", אך אם לא אמר כן, "כלתה קניינו", הן בגט הן בקניין משיכה. כיצד פועל "מעכשיו"? לשמואל, האומר "תנאי הוי", ואם כן הקניין חל מעכשיו ממש, בתנאי שלא יחזור בו, ואין חשיבות למקום הימצא הגט או הפרה לאחר שלושים יום.

לרב, האומר ש"חזרה הוי", הרי זה כאילו לא אמר "מעכשיו", והקנאתו לא תועיל אלא במגבלות של קניין לאחר שלושים, שנידונו לעיל[133].

[129] כן מבואר ברש"י, קידושין נט ע"ב, ד"ה לשמואל. אך הרמב"ן שם חולק על דעה זו ומפרש שהתנאי הוא רק שאם ימות תוך שלושים יום, לא תהא זקוקה לייבם, אך אינו יכול לחזור בו.

[130] ראה: רמב"ם, הלכות אישות, ז, יב; כסף משנה, שם. יתר על כן, כסף משנה מפרש שכך סבור גם ר' יוחנן, ואינו סובר כדרך השלישית המובאת להלן. וראה להלן, הערה 142.

[131] בגט שניתן באופן זה, נחלקו הראשונים: לדעת רש"י שם, ס ע"א (ד"ה גיטא), אין "שיור" בגט; ולדעת התוספות, ס ע"א (ד"ה כל), אם אמר "מעכשיו ולאחר שלושים", ולא "מעכשיו ולאחר מיתה", יש שיור גם בגט.

[132] ראה: תוספות, קידושין סג ע"א, ד"ה כגון; יבמות צג ע"א, ד"ה קנויה.

[133] התוספות סבורים שדיני "מעכשיו ולאחר שלושים" נוהגים בדבר שלא בא לעולם, למי שסבור שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אלא שרב מודה שבדבר שאין בידו להקנות עכשיו, אין להסתפק שמא היא חזרה, וודאי תנאי הוא. אך לגופו של עניין קשה: מה משמעות הקנאה מעכשיו בתנאי, כאשר אי אפשר להקנות מעכשיו? ועיין רש"ש, קידושין סג ע"א (דבריו מובאים להלן, בהערה 155).

לר׳ יוחנן, האומר ״שיור הוי״, צריך שהגט או הפרה יהיו גם בסוף שלושים במקום שראוי לקנות בו (״אגם״ או ״צדי רשות הרבים״), שכן אז נגמר תהליך הקניין.

כל זה נאמר בגט (ובשטר) ובקניין משיכה. אך בקניין סודר[134] לא תועיל הקנאתו, שכן הסודר כבר חזר לבעליו, ואינו יכול לסיים את הקניין בבוא הזמן. לכן לא תועיל הקנאתו, אלא אם כן הקנה במפורש בדרך של תנאי. כך מסבירים התוספות את תחולת ההתחייבויות של קנסות בשידוכין וכיוצא בזה, מפני שהן נאמרות בלשון תנאי, ״על מנת שלא אינשא״ וכיוצא בזה, ולא בלשון ״מעכשיו ולאחר זמן הנישואין״[135]. מדברי התוספות נראה שהם פוסקים כר׳ יוחנן.

ב. הרמב״ן, הרשב״א והר״ן[136]. שלושת הראשונים הללו סבורים שנחלקו שתי הסוגיות בכתובות בשאלה: האם צריך לומר ״מעכשיו״? לפי הסוגיה הראשונה (כתובות פב ע״א), צריך לומר ״מעכשיו״, ובלא זה ״כלתה קניינו״. אמנם ביחס לקידושין ולגיטין, אנו חוששין לדעת רב, שלשון זה הוא ״ספק תנאי ספק חזרה״, והאישה ספק מקודשת ספק מגורשת; אבל בממון, אף רב מודה שלשון זה מועיל להקנות, כפי שעולה בפשטות מסוגיית כתובות פב ע״א. והטעם הוא שבממון לשון זה מתפרש באופן אחר — שמקנה לו את הגוף מהיום ואת הפירות לאחר שלושים. כלומר, המקנה שומר לעצמו את זכות השימוש בנכס עד בוא הזמן שקבע לתחולת הקניין[137]. כאן, לעומת קידושין וגירושין, יש לנו הסבר מניח את הדעת לנוסחה זו, שיש בה לכאורה סתירה פנימית, ולכן אין דבריו מתפרשים כספק תנאי ספק חזרה. לפי זה אין חשיבות למקום הימצאות החפץ ביום שלושים. אמנם לפי הסוגיה השנייה (כתובות פו ע״ב), בגט (ובשטר) ובמשיכה אין צורך לומר ״מעכשיו״, וצריך רק שיהא הגט או הפרה במקום ראוי לקנות בו עתה, כגון ב״אגם״ או ״צדי רשות הרבים״, אך לא ברשות הרבים. אמנם כל זה נאמר בשטר או במשיכה, אך בקניין סודר או חזקה הקניין אינו מועיל לאחר שלושים בלא אמירת ״מעכשיו״, שכן באלו נגמרה הפעולה, כאמור. להלכה פוסק הרשב״א כסוגיה הראשונה, שצריך לומר ״מעכשיו״ גם בגט ובמשיכה[138], ואילו הר״ן פוסק כסוגיה השנייה[139].

[134] וכן בקניין חזקה. ראה לעיל, הערה 125.

[135] אמנם התוספות מסיימים בקידושין שם: ״ולכך טוב לומר: ע״מ מעכשיו״. וכן הובא בשו״ע, חו״מ, סי׳ קצה, סע׳ ה. וראה בב״י ובט״ז שם, אם צריך לשניהם, ומדוע צריך לשניהם.

[136] ראה: רמב״ן, מלחמות ה׳, לגיטין עה ע״ב (לז ע״ב בדפי הרי״ף); בחידושי הרמב״ן, כתובות פו ע״ב; ר״ן על הרי״ף, כתובות מה ע״ב (בדפי הרי״ף); רשב״א, כתובות פב ע״א.

[137] הסבר זה בדעת רב נזכר בב״ב קלו ע״א, באומר ״מהיום ולאחר מיתה״. התוספות ביבמות שם מבחינים בין ״לאחר מיתה״ לבין ״לאחר שלושים״, אך הראשונים הנזכרים לעיל אינם מבחינים בזה.

[138] אמנם בקידושין פוסק הרשב״א כר׳ יוחנן והרמב״ן פוסק כרב. ראה בחידושיהם על קידושין נט ע״ב ובר״ן על הרי״ף שם, כד ע״ב (בדפי הרי״ף).

[139] ראה לעיל, הערה 124. וראה: קצות החושן, סי׳ קצז, ס״ק ג, שיישב את דעת הר״ן מן הקושי העולה מב״מ לד ע״א (לעיל, הערה 123).

ג. הרמב"ם[140]. בהלכות גירושין (ט, א), הרמב"ם פוסק שבגט אין צריך לומר "מעכשיו", והוא "תנאי ואינו תנאי", ובלבד שיימצא הגט ב"אגם", היינו מקום שייחדה אותו לכך; ואילו בהלכות מכירה (ב, ט) הוא פוסק כי אם לא אמר "מעכשיו", לא קנה את הפרה לאחר שלושים. הר"ן בכתובות שם (מו ע"א, בדפי הרי"ף) תמה על הסתירה בדברי הרמב"ם. ה"מגיד משנה" על הרמב"ם בהלכות גירושין מיישב את תמיהת הר"ן, ואומר שיש הבדל בין הגט למשיכה: בגט (וכנראה גם בשטר) "הכתב קיים", ואין צריך לומר "מעכשיו", כפי שעולה בפשטות מסוגיית הגמרא בכתובות פו ע"ב; ואילו במשיכה צריך לומר "מעכשיו", כעולה בפשטות מסוגיית כתובות פב ע"א[141].

ויש לברר את השאלות: כיצד פועל תנאי "מעכשיו" לפי הרמב"ם? כמי פוסק הרמב"ם במחלוקת שבין רב ובין שמואל ור' יוחנן? ביחס לקידושין, יש מבוכה בהבנת דעתו (הלכות אישות ז, יב): יש אומרים שאינו בטוח אם הלכה כרב או כר' יוחנן; ויש אומרים שהוא פוסק כרב, וספק תנאי ספק חזרה קיים ביחס לכל אחד, שלא כדברי אביי (קידושין ס ע"א)[142].

ואשר לקניין משיכה, יש אומרים שהרמב"ם סבור כר' יוחנן (כדעת התוספות), שצריך לומר "מעכשיו" ושמדובר ב"אגם" דווקא[143]. ויש ליישב בדוחק שלעניין קידושין וגיטין מחמיר הרמב"ם וחושש גם לדעת רב; ויש אומרים שבממון הרמב"ם פוסק כשמואל, ש"תנאי הוי", ולפי זה אין מדובר דווקא ב"אגם", וגם ברשות הרבים קנה[144].

ד. השו"ע והרמ"א. ביחס לקידושין ולגיטין, השו"ע הולך בעקבות הרמב"ם, וסובר ש"ספק הוי"[145]. אשר לממון, השו"ע כותב ביחס לקניין סודר: "אבל אם אמר לו: קנה ע"מ שתקנה לי מעכשיו ולאחר ל' יום, קנה", והוא אינו מזכיר סתם "מעכשיו ולאחר שלושים" (חו"מ, סי' קצה, סע' ה). אבל ביחס לקניין משיכה, הוא כותב: "ואם אמר ליה: מעכשיו ולאחר ל' יום, קנה, ואפי' היתה עומדת באגם ביום ל', שזה כמי שהקנה אותה מעתה על תנאי. נעשה התנאי, נתקיים הקניין" (חו"מ, סי' קצז, סע' ז).

ונחלקו האחרונים בפירוש דברי השו"ע: יש אומרים[146] שבממון סבור השו"ע

[140] ראה: הלכות מכירה, ב, ט; הלכות אישות, ז, יב; הלכות גירושין, ט, א-ג, יד.

[141] ועדיין יש להסביר את דעת רב נחמן בכתובות פו ע"ב. עיין במגיד משנה שם. ואכמ"ל.

[142] ראה מגיד משנה וכסף משנה, הלכות אישות, שם; ביאור הגר"א, אה"ע, סי' מ, ס"ק ו.

[143] כך משמע מדברי כסף משנה, הלכות מכירה, שם; וכן מדבריו בב"י, חו"מ, סי' קצה, סעיף יא. אולם ראה להלן, בירור דעת השו"ע.

[144] ראה מגיד משנה ולחם משנה, הלכות מכירה, שם.

[145] ראה שו"ע, אה"ע: סי' מ, סע' א-ד; סי' קמו, סע' א-ב.

[146] ראה: ש"ך, חו"מ, סי' קצה, ס"ק ח (הלכה כשמואל); ביאור הגר"א, חו"מ, סי' קצא, ס"ק י (לעניין ממון מודים רב ור' יוחנן לשמואל). וכן כתב בית שמואל, אה"ע, סי' קמו, ס"ק א. ואכן, לשון תנאי נזכר במפורש ברמב"ם, ובעקבותיו בשו"ע, סי' קצז, סע' ז, ועמד על כך הגר"א שם, ס"ק כ.
אולם נתיבות המשפט, סי' קצז, ס"ק ה (ביאורים), הסביר זאת בדרך של "גוף מהיום, ופירות

כשמואל, ש"תנאי הוא" ו"אגם" לאו דווקא; ויש אומרים[147] שהוא סבור כר' יוחנן (כתוספות), וב"אגם" דווקא.

ויש עוד נפקא מינה בין שני ההסברים ביחס לחזרה. לדעת ר' יוחנן, אינו יכול לחזור בו; אך לדעת שמואל, לפי רש"י (לעיל, הערה 129), יכול לחזור בו, אם כי לפי הסברו של נתיבות המשפט (לעיל, הערה 146), אינו יכול לחזור בו. אם מת: גם לדעת ר' יוחנן, פקע הקניין; אך לדעת שמואל, לפי נתיבות המשפט, נראה שהמיתה אינה מפקיעה את הקניין שנעשה.

כל זה אמור ביחס להקנאה לאחר שלושים יום. אבל כאמור יש גם אפשרות של התחייבות, ועוד נדון בה בהמשך דברינו.

נשוב עתה ליוצאים מן הכלל "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", כולל דעת ר' מאיר, החולק על עצם הדין.

3. הסברת דעת ר' מאיר וסיעתו

אמנם דעת ר' מאיר לא נפסקה להלכה, אך ייתכן שלאחד ההסברים בדעתו יש השפעה על מוסד ההתחייבות. לכאורה, ר' מאיר אינו חושש לטעמים שהזכרנו לעיל. אם אפשר להקנות לאחר זמן, כנזכר לעיל, אין חשיבות לעובדה שנשוא הקניין אינו בעולם ברגע זה, ואין חסרון של גמירת דעת, אף על פי שאין לקניין על מה לחול עתה, אך הוא יכול לחול בעתיד, כשיבוא אותו דבר לעולם.

אולם פרט מסוים בדברי ר' מאיר עורר קושי אצל הראשונים. יש מקומות שבהם ר' מאיר מצריך אמירת "מעכשיו"[148], ויש מקומות שאין עניין זה נזכר בהם[149]. בדברי הראשונים נמצא כמה שיטות בנידון זה.

א. התוספות[150] סבורים שצריך לומר "מעכשיו" מסיבה צדדית, כדי למנוע את אפשרות "כלתה קניינו"[151]: בקניין כסף, אין אפשרות שיכלה קניינו; אך בקניינים אחרים, אם לא אמר "מעכשיו", גם אם הקניין יכול לחול בעתיד, הרי "מעשה הקניין"

לאחר מיתה", על פי דברי הרמב"ן והר"ן שנזכרו לעיל; וכן כתב פתחי תשובה, חו"מ, סי' קצה, ס"ק ד, בשם הדגול מרבבה. אמנם קשה לייחס כוונה זו ללשון השו"ע הנ"ל, וצריך עיון.

147 סמ"ע, סי' קצה, ס"ק טו; קצות החושן שם, ס"ק ה; וקצת כן משמע מלשון השו"ע, סי' קצה, סע' ה, שהזכיר גם "מעכשיו" וגם "על מנת", ונדחק בזה הש"ך שם, ס"ק ח.
המאירי, כתובות פב ע"א, מצריך "אגם", למרות שהוא מפרש את הלשון בדרך תנאי, כשמואל. וצריך עיון.

148 כך אומרים: רב, ביחס למכירת שדה שאינה ברשותו (ב"מ טז ע"ב); ורבי, ביחס לשחרור עבד שעדיין אינו ברשותו (קידושין סג ע"א).

149 ר' מאיר ביחס לקידושי אישה גויה לאחר שתתגייר (קידושין סג ע"א).

150 ראה: תוספות, ב"מ טז ע"א, ד"ה קנויה; קידושין סג ע"א, ד"ה כגון; יבמות צג ע"א, ד"ה קנויה.

151 ראה לעיל, ליד ציון הערה 121.

עשוי שלא לתפוס, כשנקרע השטר או כשחזר הסודר או כשאין החפץ בחצרו של הקונה בקניין משיכה, כפי שנתבאר לעיל. אמירת "מעכשיו" פותרת בעיה זו.

ב. הרשב"א[152] ממשיך בדרכם של התוספות, אך הוא מוסיף שמכיוון שבאמירת "מעכשיו" מעשה הקניין מועיל עכשיו, המוכר אינו יכול לחזור בו בינתיים. כלומר, בדרך כלל, לשיטת ר' מאיר, שהמכירה חלה לכשיבוא הדבר לעולם, סבור רב הונא (ב"מ סו ע"ב) שבינתיים יכול לחזור בו; אך אם אמר "מעכשיו", אינו יכול לחזור בו[153].

אמנם סברה זו קשה, כי כפי שנתבאר לעיל, אמירת "מעכשיו" מועילה לפי שמואל[154], כיוון שהקניין חל מעתה, בתנאי שלא יחזרו בהם עד הזמן שהתנו עליו. כן הוא כשהדבר ישנו בעולם. אך כשאין הדבר בעולם, הייתכן לומר שיתברר בעתיד שהקניין חל מעתה? הרש"ש[155] התקשה בזה, והבחין בין קניין בכוח לקניין בפועל. לר' מאיר, די באפשרות הזכייה ("בכוח") כדי שיועיל מעשה הקניין מעתה; ולרשב"א, מעשה הקניין יועיל עד כדי כך שאינו יכול לחזור בו.

אמנם סברת הרשב"א עדיין קשה, שכן לדעת שמואל, משמעו של "מעכשיו ולאחר זמן" הוא תנאי המאפשר חזרה[156]. אם כן, מדוע כאן אינו יכול לחזור בו? ואולי הרשב"א הולך לשיטתו, ש"מעכשיו ולאחר שלושים" מתפרש כ"גוף מהיום ופירות לאחר שלושים"[157], והזכות "בכוח" בגוף הדבר אינה מאפשרת חזרה.

ג. הרמב"ן[158] סובר שלעולם קיימת בעיית "כלתה קניינו", ומדובר בקניין כסף או בשטר שלא נקרע וכיוצא בזה, ותנאי "מעכשיו" מועיל שלא יוכל לחזור בו. לפי זה, הקניין מועיל רק לכשיבוא הדבר לעולם, ומסברה מובן ש"מעכשיו" אינו יכול להועיל כשאין הדבר בעולם. אולם מדוע "מעכשיו" מועיל למנוע חזרה? הרי זהו "קניין לאחר שלושים", שאפשר לחזור בו[159].

על כורחנו יש לפרש שבאמירת "מעכשיו" יש יסוד של שעבוד והתחייבות. מעשה

[152] בחידושיו לקידושין סג ע"א.

[153] זאת בניגוד לדעת התוספות, ב"מ טז ע"א, ד"ה קנויה.

[154] ראה לעיל, ליד ציון הערה 129 [והתוספות, יבמות צג ע"א, ד"ה קנויה, אומרים כי בדבר שלא בא לעולם, גם רב מודה לשמואל. ראה ליד ציון הערה 133].

[155] בחידושיו לקידושין שם. הסבר אחר נמצא בקובץ שיעורים, כתובות, אות רצג: אדרבה, בדבר שבא לעולם, שאפשר להקנות מעכשיו, והוא דוחה זאת לעתיד, אם כן אינו רוצה שמעשה הקניין יפעל עכשיו, ולאחר זמן עולה בעיית כלתה קניינו. אבל כשאינו בעולם, הוא רוצה להקנות מעכשיו, אלא שאינו יכול. אם כן דווקא כאן ניתן להפריד בין מעשה הקניין לבין חלותו. ולפי הרשב"א והרמב"ן, ראה להלן, כוונתו הייתה גם להקנות באופן שלא יוכל לחזור בו. ועיין: חזון איש, אה"ע־נשים, כתובות, סי' עא (כז).

[156] אמנם לדעת ר' יוחנן, הסובר "שיור הוי", אי אפשר לחזור. ראה לעיל, ליד ציון הערה 147. אך הרשב"א, כאמור, פוסק כשמואל, ולא כר' יוחנן. ראה לעיל, ליד הערה 136.

[157] ראה לעיל, הערה 137 והערה 146.

[158] מובא בחידושי הרשב"א לקידושין שם.

[159] ראה לעיל, סעיף 2, קניין לאחר זמן.

הקניין שיחול בעתיד מועיל גם כשאמר "מעכשיו", כי לא יחזור בו עד שיבוא הדבר לעולם. אמנם להלן נראה שסתם התחייבות שלא לחזור מן הקניין היא בגדר קניין דברים, אך כאן זהו חלק מקניין שחל ביחס להקנאת החפץ לכשיבוא לעולם, ולכן אפשר לצרף לו התחייבות שלא לחזור מן הקניין[160].

כך נראה לפרש את דעת הרמב"ן. לפי זה, אנו מוצאים כבר בדעת ר' מאיר שורשים של מוסד ההתחייבות.

4. שעבוד "דאיקני"

כבר הזכרנו לעיל[161] שאף על פי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, האדם יכול לשעבד לחוב דבר שלא בא לעולם. הגמרא במסכת בבא בתרא[162] דנה בשאלה: האם השעבוד עדיף מן הקניין? ממהלך הסוגיה שם הסיקו הפוסקים כי אמנם כן הוא הדבר[163]. כלומר, הלווה יכול לשעבד למלווה נכסים שאינם עתה בידו, אלא שהוא עתיד לקנותם. מכאן שאף אם ימכרם לאחר שיבואו לרשותו, הם יהיו משועבדים למלווה.

במה עדיף השעבוד מן ההקנאה? המפרשים נחלקו בדבר. יש שאינם מוצאים הבדל מהותי ביניהם, והם מסבירים את דין "דאיקני" מכוח תקנה[164].

ואולם מדברי בעלי התוספות שם[165] משמע שיש הבדל ביניהם: השעבוד בא ממילא, מה שאין כן ההקנאה. הסבר זה נראה על פי דברי התוספות בראש פרק חמישי בכתובות, שנזכרו לעיל[166]. אף שם הבינו התוספות שאין אדם יכול להתחייב על תשלום (תוספת כתובה) שאינו בידו, אף על פי שהוא יכול לשעבד נכס שאינו ברשותו עתה. יש הבדל בין יצירת התחייבות לבין חיזוק כוחה של התחייבות קיימת. אם החוזה כבר קיים, אפשר "לפרושׁ" את השעבוד על נכסים העתידים להגיע לידי החייב. השעבוד טפל לחוב קיים, וזו כוונת התוספות במסכת בבא בתרא, הסוברים שהשעבוד בא ממילא. וכן משמע מדברי אחד המפרשים שם[167]: "אבל במלוה, כיון דמשעבד ליה, דאקני נמי משעבד ליה"[168].

[160] אמנם כשהדבר בעולם, ייתכן שר' מאיר יסכים כי אין זו לשון התחייבות, שכן הקניין יכול לחול עכשיו. וצריך עיון.

[161] פרק שני, סעיף א, 6, ליד ציון הערה 74.

[162] ב"ב קנז ע"א.

[163] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יח, א; טור ושו"ע, חו"מ, סי' קיב, סע' א; ש"ך, חו"מ, סי' רט, ס"ק ח.

[164] ראה: רשב"ם לב"ב שם; קצות החושן, סי' קיב, ס"ק א. הרשב"ם שם מביא הסבר נוסף: בשעבוד דאיקני מדובר בקרקעות שישנן בעולם, אלא שאינן ברשותו. וכבר התקשה הרש"ש שם בהסבר זה, שהרי אין אדם מקנה גם דבר שאינו ברשותו (כנזכר לעיל, הערה 114).

[165] ב"ב קנז ע"א, ד"ה דאיקני קנה ומכר מהו.

[166] פרק רביעי, הערה 34.

[167] שיטה מקובצת בשם הראב"ד, ב"ב שם.

[168] המאירי שם מרחיק לכת בכיוון זה, ואומר ששעבוד הנכסים העתידיים חל ממילא ממש, אף

אמנם אין להביא ראיה מדין שעבוד דאיקני לחוזה אחר בדבר שלא בא לעולם, כיוון שיש לשעבוד מעמד מיוחד, אם מכוח תקנה אם משום שהוא טפל לחוב קיים. אולם מדברי בעל התרומות[169], נראה שפירש את שעבוד דאיקני מדין התחייבות: הלווה מחייב את עצמו לשעבד נכס שהוא עתיד לקנות[170], אף כי השעבוד יחול ממילא כשיבוא אותו נכס לרשותו (ראה להלן, בסוף הפרק). יתר על כן, כאן מוצא בעל התרומות את המקור להבחנה בין קניין ובין התחייבות: יכול אדם לחייב את גופו ביחס לדבר שלא בא לעולם.

לאור האמור לעיל, אין ראיה מדין דאיקני. יתר על כן, גם במהותו של דבר יש הבדל בין השעבוד להתחייבות: הטלת שעבוד על נכס עתידי היא פעולה קניינית בעיקרה, וכוחה יפה כלפי צד שלישי; ואילו התחייבות הגוף מחייבת לשעבד בעתיד נכסים שיבואו לרשותו, כפי שנבאר להלן[171]. על כל פנים, בעל התרומות מסתמך על ראייה זו, ויש להכרעתו השפעה גם על האפשרות לחזור מן ההתחייבות בדבר שלא בא לעולם, קודם שיבוא הדבר לעולם, כמבואר בסוף פרק זה.

5. דבר המצוי בשוק

בכמה מקורות בדברי הראשונים מובא חריג לדין דבר שלא בא לעולם בשם רב נסים גאון[172]: המיקח חל בדבר שלא בא לעולם רק אם הוא מצוי בשוק ואפשר לקנותו בכל שעה. וכך נאמר בשו"ת הר"י מיגאש[173]:

בלא חוזה, וההסבר הוא: בגמרא שם אין ספק שבעוד שהנכס הנקנה הוא בידי הלווה, אפשר לגבות "מיניה, ואפילו מגלימא דעל כתפיה". אמנם לעיל (פרק שני, ליד ציון הערה 101) דנו בשאלה אם גבייה זו היא מגדר שעבוד או מגדרי כפייה, אבל המאירי סבור כנראה כצד הראשון. יתר על כן, נראה שלדעתו זהו שעבוד ממש. כלומר, שעבוד הנכסים אינו חד־פעמי, אלא מתחדש כל זמן שהחוב קיים (כמו שאומרים התוספות, בכורות מט ע"ב, ד"ה ודידיה, ביחס לפדיון הבן). דבריו הובאו לעיל, פרק שני, הערה 67. ואם כן, יש מקום לומר ששעבוד זה אינו פוקע גם כשנמכר הנכס לאחר, אלא שאם לא עשה חוזה, כלומר שלא כתב "דאיקני", חסו על הלקוחות שלא ידעו שהנכס משועבד. אבל אם כתב, "חזר הענין לדינו, ונשתעבד המקח מן הדין ולא מצד הקנאתו". אמנם לדעת קצות החושן, סי' קיב, ס"ק א, אין השעבוד חל ממילא, ואפילו למאן דאמר כי שעבודא דאורייתא. עיין שם.

169 שער סד, ח"ב. ייתכן שאף הרשב"א, בתשובותיו, ח"ג, סי' סה (ראה להלן, הערה 185), הלך בדרך זו. וראה עוד: ביאור הגר"א, חו"מ, סי' ס, ס"ק לא.

170 קצות החושן, סי' קיב, ס"ק א, פירש כן את דברי המהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כג. אולם המעיין בדברי המהרי"ט שם ייווכח לדעת שאין מדובר שם במוסד "דאיקני", כי אם בהתחייבות ושעבוד הגוף עצמו. ומכאן גם שהבחנת המהרי"ט בין ההתחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם לבין התחייבות כלפי מי שלא בא לעולם עומדת בעינה, ודברי קצות החושן צריכים בירור.

171 ראה: קצות החושן, שם. להלן נדון במשמעות ההתחייבות בדבר שלא בא לעולם.

172 רמז לדבר מצינו במגילת הסתרים שלו. ראה: ש' אברמסון, רב נסים גאון, הוצאת מקיצי נרדמים, ירושלים תשכ"ד, עמ' 259.

173 סי' קח. התשובה הובאה בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב.

אמנם רב נסים ז״ל, דאיהו סובר שכל זה הוא במי שמכר לחבירו סחורה שאינה מצויה אצלו. אבל אם נמצאת בשוק, שהוא מחויב לקנות אותו לו, ויכול להכריח אותו על כך. והביא ראיה לדבריו מהתוספתא[174].

ובמרדכי למסכת בבא בתרא[175]: ״ובתשובת רב נסים גאון נמצא: אם ראובן מכר כור חטים לשמעון בדינר, וקנו מידו... ונמצא שלא היו חטים בשעת הקניין, שחייב להעמיד לו מקחו, ואפילו נתייקר. דתניא בתוספתא דבבא מציעא פ״ד (ה״א): המוכר בית[176] לחבירו בחזקת שיש לו, ונמצא שאין לו, לא כל הימנו לאבד זכותו של זה. וגם בירושלמי דתרומות, פרק האוכל (תרומה) בשוגג[177]: רבי אבהו בשם ריש לקיש אמר, הא למה זה דומה? למוכר חפץ לחבירו, ונמצא שאינו שלו, שהוא חייב להעמיד לו מקחו״[178]. דברי רב נסים גאון הוזכרו עוד במפרשים[179]. אך יש לציין שהם לא הובאו כפשטם וכלשונם להלכה, אולי משום שהרי״ף והר״י מיגאש חלקו עליו במפורש, כפי שנבאר להלן. אשר לראיות מן התוספתא ומן הירושלמי, שערי תירוצים לא ננעלו[180]. אך לפני שנדון בשאלה: האם התקבל חידושו של רב נסים גאון, וכיצד הוא נתקבל? נשתדל להבינו. בפשטות נראה כי דבר המצוי בשוק אינו בכלל דבר שאינו ברשותו. וצריך לברר את המצב המשפטי שנוצר, כשאין המיקח חל על פרי מסוים או בית מסוים: האם המיקח חל רק כשיקנה את הדבר המצוי? האם הצדדים יכולים לחזור בהם בינתיים? ואולי יש לפנינו התחייבות, התחייבות לקנות את נשוא המיקח?

בדברי רב נסים גאון עצמו, נאמר שחייב להעמיד לו את מיקחו, כפי שמובא בתשובת הר״י מיגאש: ״ויכול להכריח אותו על כך״. לכאורה נוצרה כאן התחייבות הקושרת את המוכר, וכן נראה שהבין השואל את דברי ר״י מיגאש. השואל דן בעניין ״מי שפרע״[181], והוא סבור שלא נאמר דין זה אלא אם נעשה קניין התופס מן התורה,

[174] ב״מ ד, א (הובא לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 58). וראה להלן, בדברי המרדכי.

[175] פרק ד, סי׳ תקס; הביאו הב״י, חו״מ, סי׳ ריא, אות ה.

[176] בתוספתא שלפנינו: פירות. וראה לעיל, פרק שלישי, הערה 59.

[177] ו, ג (הובא לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 60).

[178] וכעין זה הוא בהגהות מימוניות, הלכות מכירה, סוף פרק ג, דפוס קושטא רס״ט, הובא בקיצור בב״י, חו״מ, סי׳ קצה, מחודשות טז, וראה: תוספתא כפשוטה לב״מ, תחילת פרק ד. ושם בהגהות מימוניות הובאה ראיה נוספת מן הירושלמי ב״מ ד, ב (פרק שלישי, ליד הערה 61). אולם העיטור, אות מ, מכירת קרקעות (סז ע״א), דוחה ראיה זו. ועיין במפרשי הירושלמי שם.

[179] ראה: ריי״ף, ב״ב לו ע״ב (בדפי הרי״ף); מאירי, שם וב״מ עד ע״ב; העיטור, אות מ, מכירת קרקעות (סז ע״א), ומשם הובא בטור, חו״מ, סי׳ רט, אות ו ועוד. נדון בדבריהם להלן.

[180] ראה מפרשי התוספתא והירושלמי שם, והעיטור הנזכר בהערה הקודמת: יש אומרים שחייב רק כדי להימנע מ״מי שפרע״; יש אומרים שאינו נאמן לומר שאין לו (״מגן אברהם״ על התוספתא); ויש אומרים שאינו חייב, אלא שאם יתן, אין בזה משום ריבית. ר״י מיגאש (נזכר לעיל, הערה 173) אומר בפשטות שאין לסמוך על התוספתא והירושלמי שהבבלי חולק עליהם. וראה להלן, בדיון על פוסק על שער שבשוק.

[181] זו היא סנקציית קללה על מי שחוזר בו ממיקח שנעשה בקניין כסף, שאינו מועיל לקנות ממש. העניין יתבאר עוד להלן, פרק שנים־עשר.

וחכמים ביטלוהו, כגון קניין כסף. לפיכך הוא מתקשה בביאור כמה סוגיות בגמרא, ובהן סוגיית בבא מציעא[182], שמשמע ממנה שאם שילם לתגר דמי תכשיטים שהוא עתיד לרכשם ולתתם לקונה עד יום פלוני, יש על החוזר בו דין "מי שפרע". וקשה. הרי בשעת המכר, עדיין לא היו התכשיטים בידי התגר, ואם כן זהו דבר שלא בא לעולם. ואומר השואל: "והיה נ"ל בה פי', לא ידעתי אם הוא אמת, שאמרתי שזוזים אלו שנתן לתגר, לא נתן אותם לו כדי שיקנה לו הסחורה באופן שהם בתורת דמים אצלו... אלא נתן לו דמים אלו כדי שיתחייב לתת לו הסחורה שהסכימו עליה שיקנה אותה, ומעת שקנה התגר אותה סחורה, אז זכה בה הקונה בדמים שהניח אצל התגר, ונחשוב שהדמים הונחו על דרך זו".

כאן אנו שומעים במפורש על התחייבות בדבר שלא בא לעולם[183]. נראה שהר"י מיגאש הבין כך גם את דברי רב נסים גאון, אף שהוא דוחה בתוקף את דעתו ואת דעת השואל, כפי שנראה להלן.

אלא שעלינו לדון באופיה של התחייבות זו. ההתחייבות במהותה אומרת שנוצר מצב משפטי חדש, והמתחייב אינו יכול לחזור בו. יתר על כן, כפי שראינו בדברי רב נסים גאון, אפשר להכריחו לקיים את התחייבותו. אולם עדיין אין זה דומה להתחייבות ושעבוד הגוף, כפי שהובן על ידי פוסקים מאוחרים, ולא כפי שההתחייבות מקובלת כיום בעולם המשפט.

ההתחייבות בימינו, חוזה אישי־אובליגטורי, אין בה יסוד קנייני בנכס מסוים. כך יש לומר לפחות במתחייב בדבר שאינו מסוים ("חפץ סתם"), ובייחוד כשהדבר אינו בעולם. כלומר, המתחייב יכול לרכוש את נשוא החוזה כמה פעמים בזה אחר זה, ובידו להחליט אם לתת מהם לקונה [=מקבל ההתחייבות] ואיזה מהם לתת לקונה, ואז יקנה את נשוא החוזה ללוקח. בינתיים אין לקונה שום זיקה ביחס למה שקנה המוכר. גם לעניין איסור, בהתחייבות למכור חמץ, למשל, אף אם כבר שילם ה"קונה", מקבל ההתחייבות אינו חייב לבער את החמץ קודם הפסח (שו"ת בית שלמה, חו"מ, סי' פד). אשר להתחייבות בדבר מסוים, נדון להלן, בסוף הפרק, אם יש זיקה קניינית של השני לנשוא החוזה ומהותה של זיקה זו. על כל פנים, מדברי השואל, ומסתבר שגם מדברי רב נסים גאון, נראה שיש בחוזה זה מלבד היסוד האישי גם יסוד קנייני. כביכול הקניין חל מעתה באופן ערטילאי, והוא תופס את נשוא המיקח ברגע שהוא מגיע לידו של המוכר, לפחות במיקח שהמוכר בחר בו עבורו, ו"אז זכה בה הקונה", בלשון השואל את ר"י מיגאש.

[182] ב"מ עד ע"ב.

[183] מכאן גם נראה לכאורה שההתחייבות יכולה להיעשות על ידי מתן כסף. וראה עוד: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 123. אולם כאן צריך לפרש שרק אם היה קניין גמור, זכה בה לגמרי, אך בקניין כסף, זכה רק ביחס ל"מי שפרע". וכן הוכיחו האחרונים שהתחייבות שנעשתה על ידי קניין כסף פועלת רק לעניין "מי שפרע". ראה: קצות החושן, סי' רג, ס"ק ד; מחנה אפרים, הלכות דבר שלא בא לעולם, סי' ג.

כיוצא בזה ראינו לעיל בדברי הריב״ש ביחס לדין פסיקתא[184]. יתר על כן, אם מדובר בהקנאה ״תלויה״, שיש בה יסוד אישי, נראה שגם המוכר גם הקונה אינם יכולים לחזור בהם[185], מה שאין כן בהתחייבות אישית, החלה רק על המוכר, כל זמן שלא התחייב הקונה במפורש[186].

העולה מדברינו הוא כי אין לראות בדברי רב נסים גאון מקור למוסד ההתחייבות ושעבוד הגוף[187].

6. ״ארעא ודיקלי״

מצינו בגמרא סוגיה המעוררת קושי מדין דבר שלא בא לעולם, ונראה שהיא שימשה מקור נוסף לדברי רב נסים גאון. חלק מן המתווכחים באשר לחידושו של רב נסים גאון עסקו בביאורה של סוגיה זו, ויש גם מי שפירש אותה כעוסקת בהתחייבות, ולא בהקנאה, כמובא להלן. וזה לשון הגמרא[188]:

> אמר ליה: ארעא ודיקלי (אני מוכר לך). חזינן: אי אית ליה דיקלי, יהיב ליה תרי דיקלי; ואי לית ליה דיקלי, זבין ליה תרי דיקלי; ואי משעבדי, פריק ליה תרי דיקלי.

כלומר, כשאדם מוכר לחברו שדה ודקלים, ואין לו דקלים, עליו לקנות לו שני דקלים (מיעוט רבים — שניים). ומתקשים כל הראשונים במקור חובה זו, שהרי אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. ואומר הרי״ף[189]: ״ואיכא מאן דשמיע ליה מהאי מימרא, דמאן דמזבין לחבריה מידי דשכיח למיזבן, אע״ג דליתיה להוא מידי ברשותיה, מיחייב למיזבן ולמיתן ליה״. הרי״ף מתכוון לתשובת רב נסים גאון, ואף המרדכי לבבא בתרא[190] הסמיך את תשובת רב נסים גאון לדברי הגמרא.

כבר עמדנו על מהותה של התחייבות זו, ולפנינו דוגמה לדבר המצוי בשוק. אולם הרבה מן הראשונים דוחים את דברי רב נסים גאון. כך, למשל, אומר הרי״ף בהמשך דבריו[191]: ״ואנן לא סבירא לן הכי, דכל מידי דלאו ברשותיה, דבר שלא בא לעולם

[184] סי׳ שמה (פרק רביעי, הערה 79).

[185] ראה מהר״ש צרור הנ״ל (הערה 116).

[186] ראה: נתיבות המשפט, סי׳ רח, ס״ק ד; חוקת משפט, מכירה, פרק ל ס״ב; להלן, נספח רביעי.

[187] עוד יש להוסיף כי לדעת גולאק, יסודי המשפט העברי, א, פרק כט, יסוד הלכה זו בתקנת השוק לשם קידום המסחר, ולכן אינה יכולה לשמש כמקור לימוד למוסד ההתחייבות ושעבוד הגוף.

[188] ב״ב סט ע״ב.

[189] רי״ף, ב״ב לו ע״ב (בדפי הרי״ף), בתוך סוגריים. נדון בגרסת הרי״ף בהמשך דברינו.

[190] ראה לעיל, הערה 175.

[191] זו היא הגרסה שלפנינו ברי״ף שם, וכן גרסו ברי״ף: העיטור (לעיל, הערה 179); הרשב״א והריטב״א ב״ב שם (וראה ביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ רטז, ס״ק ח) ובחידושי הר״ן שם בשם הרא״ה, המסביר את הרי״ף שלפנינו.
אולם בעל תומת ישרים, בהגהותיו לרי״ף (צב ע״ג), כותב כי יש ברי״ף גרסה אחרת, הובאה בהגהות הב״ח על הרי״ף שלפנינו, ולפיה אין הרי״ף מביא את דעת רב נסים גאון, אלא הוא עצמו מחדש דין זה. וזה לשונו: ״מהא שמעינן, דמאן דמזבן ליה לחבריה מידי דשכיח למיזבן...

הוא, והא דאמרינן הכא: זבין ליה תרי דיקלי, לאו חיובי מחייבנא ליה". ועוד מסביר הרי"ף את הגמרא בדרך אחרת, ובדרך דומה פירש גם הרמב"ם[192]. אף הרשב"ם שם מסביר את הגמרא בדרך משלו, שחיובו בקניית שני דקלים בא כדי שלא יהא מחוסר אמנה[193], וכן פירש גם הרא"ש[194].

מדברי הרי"ף, הרמב"ם, הרשב"ם והרא"ש, שלא פירשו את הגמרא בדרכו של רב נסים גאון, הסיקו הפוסקים שהם חולקים עליו[195], וכבר הזכרנו לעיל כי גם הר"י מיגאש חולק עליו[196, 197].

עד כה ראינו כי יש המסבירים את סוגיית בבא בתרא על פי חידושו של רב נסים גאון ביחס לדבר המצוי בשוק. אך אף לדבריו כבר אמרנו כי אין מדובר בהתחייבות

מיחייב למיזבן ולמיתן ליה. וקי"ל נמי, פוסקין על שער שבשוק, ואע"ג שאין לו (וראה להלן, הערה 217). ותניא נמי בתוספתא, המוכר פירות לחבירו בחזקת וכו'". ומוסיף בעל "תומת ישרים", שכן גרסו בדברי הרי"ף: הראב"ד, ר"י מלוניל ומגיד משנה (ראה הלכות מכירה, כד, ג. אולם בדפוס קושטא רס"ט, דפוס ראשון עם מגיד משנה, מביא ה"מגיד משנה" את הרי"ף כלפנינו). וכן משמע גם מפירוש בעל ההשלמה והמאירי ב"ב שם.

נראה שגרסה זו ברי"ף מצויה בעיקר אצל חכמי פרובנס, ולא מצאנוה באסכולה הספרדית עד הר"ן. אף מדברי הר"י מיגאש, תלמידו המובהק של הרי"ף, הדוחה את דעת רב נסים גאון (ראה להלן, הערה 196), נראה שגרס ברי"ף כלפנינו.

וכבר הכיר הר"ן, בחידושיו לב"ב שם, בקיומן של שתי הגרסאות, והעדיף את זו שלפנינו. עיין שם. אף בעל פירוש קדמון לב"ב (פירוש על הרי"ף מבית מדרשו של הרמב"ם, לפי השערת המו"ל שם, ונדפס אח"כ בשם "חידושי ר' ישמעאל בן חכמון"), דוחה את הגרסה המחודשת ברי"ף, ואומר: "וטעות הוא. וראוי לחוס על כבודו ולתקן הספרים".

בכ"י ניו־יורק של הלכות הרי"ף (הוצאת מקור, ירושלים תשל"ד), וכן הוא בדפוס קושטא, וכן היה לפני מהר"ש צרור (לעיל, הערה 116). ובכסף משנה על הרמב"ם שם, מושמטת ההבאה מרב נסים גאון, והרי"ף מתחיל: "האי דאמרינן הכא" וכו'. אף לגרסה זו, הרי"ף אינו מקבל את דעת רב נסים גאון. וראה עוד: תוספתא כפשוטה, ב"מ, ראש פרק ד.

192 הלכות מכירה, כד, יג: "האומר לחבירו: קרקע ודקלים אני מוכר לך — אפילו לא היו לו דקלים, אם רצה לקנות לו שני דקלים, הרי זה נקנה המקח, ואין הלוקח יכול לומר: איני לוקח אלא קרקע שיש בו דקלים". וכך נפסק בטור ושו"ע, חו"מ, סי' רטז, סע' ה.

193 סנקציה מוסרית הפחותה מ"מי שפרע", ראה להלן, פרק שנים־עשר. נראה שכל זמן שלא הגיע נשוא המיקח לידו, אין כאן דין "מי שפרע", אלא "מחוסר אמנה". אמנם כשיקנה את הדבר, סובר הר"י מיגאש (הערה 173), שיש דין "מי שפרע", משום "שאז יכול הוא להשלים דבריו, אם ירצה". ביחס ל"מחוסר אמנה" ו"מי שפרע", שהן סנקציות מוסריות, בולט היסוד החוזי־אישי, כפי שמסביר הר"י מיגאש שם: "חל עליו מדרך האמונה וצידוק הדיבור להשלים דיבורו ולתת הדבר ההוא להקונה".

194 ב"ב, פרק ד, אות יב. נראה שהרא"ש הולך בעקבות הרשב"ם, עיין שם.

195 הטור, חו"מ, סי' רט, אות ו, הביא את דברי הרא"ש כדי לדחות את דברי העיטור, המביא את חידושו של רב נסים גאון. וראה עוד: תרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ. הב"י שם (אות ו) מסביר כי כל הראשונים הנ"ל חולקים על דבריו. ונראה שמשום כך לא הביא המחבר את דברי רב נסים גאון להלכה. והתקשה בזה באר הגולה, חו"מ, סי' רטז, ס"ק מ.

196 ראה לעיל, הערה 173. ר"י מיגאש שם תוקף את רב נסים גאון, ואומר: "איך עלה בדעתו דבר זה, והוא דבר שלא בא לעולם? ואם דעתו, שלפי שהוא נמצא בשוק דבר שבא לעולם הוא,

הגוף, אלא בהקנאה תלויה ועומדת, שיש בה יסוד חיובי: לקנות את הדבר המצוי כדי לקיים את ההקנאה[198].

אולם הריטב״א, בחידושיו לבבא בתרא, לאחר שהביא את דברי הרי״ף, מסביר את הגמרא באופן אחר, על דרך ההתחייבות:

> ולי נראה דהכא, כשנתחייב לו בקניין שיתן לו ארעא ודיקלי בכך וכך... וכיון שהוא דבר המצוי למכר, יכול להתחייב לו בזה, כאילו נתחייב לו במנה או בעסק בעלמא, ואע״פ שאינו ברשותו... והא קמ״ל דכל היכא דאית ליה מדידיה יהיב ליה, שכל מוכר דבר או מתחייב בדבר, מדיליה אית ליה למיתן. וכן פירשתי לפני מורי נר״ו [=נטריה רחמנא ופרקיה; ישמרהו הא־ל ויצילהו][199].

הרי שהריטב״א מפרש שמדובר בהתחייבות, ולא בהקנאה. כבר מדברי הריטב״א עצמו נראה שפירושו אינו זהה לפירוש רב נסים גאון. הריטב״א יכול להסכים לשיטת הרי״ף החולקת על רב נסים גאון, שהובאה על ידו, אלא שכאן מחדש הריטב״א שמדובר בהתחייבות הגוף, ולא בהקנאה.

כבר אמרנו שמהותה של התחייבות זו עדיין צריכה בירור. מדברי הריטב״א נראה שמדובר דווקא בדבר שהוא בידו לעשות, ועוד נחזור לדון בדבריו להלן, בסוף הפרק. הריטב״א מציע הסבר חדש לדברי הגמרא, כאמור לעיל, ויש להבינו על רקע התפתחות רעיון ההתחייבות לאור דברי התוספות והרמב״ן דלעיל[200]. על כל פנים, לא מצאתי לפירוש הריטב״א חבר בראשונים[201].

7. הפוסק על שער שבשוק – קניין וריבית

אם אמנם דברי רב נסים גאון כלשונם לא הובאו להלכה, הרי הלכה בעניין פסיקה על הפירות, המתבססת אולי על דבריו, הובאה על ידי הפוסקים. הלכה זו מופיעה בדיני

> תיפוק ליה, שהרי לא משך. השתא מוכר דבר שיש לו ברשותו אמרת דלא קנה עד שימשוך, מוכר דבר שאינו ברשותו קנה? יציבא בארעא, וגיורא בשמי שמיא?! וסברה זו בלי ספק שהיא סברה בלתי נכונה״.
>
> קושייתו העצומה של ר״י מיגאש אינה קשה לשיטת רב נסים גאון: אף רב נסים גאון לא התכוון לומר שעל ידי כסף ובלא משיכה, קנה הקונה את נשוא המיקח, אלא שנוצר בינתיים חוזה המחייב את המוכר לקנות. ואם היה קניין מועיל (כגון קניין סודר), הרי ברגע שיקנה המוכר את נשוא המיקח, זכה בו הקונה, כנזכר לעיל. אלא, שכאמור, ר״י מיגאש אינו מכיר בכלל באפשרות זו של התחייבות למכור את נשוא המיקח. ואם הדבר אינו ברשותו, ודאי שלא חל עליו שום חוזה מחייב.

[197] בית שלמה (לר׳ שלמה דרימר), חו״מ, סי׳ פה, מקשה עוד מן הגמרא בב״מ טז מ״ב, האומרת שהמוכר שדה סתם ואינה ברשותו, הוא בגדר דבר שלא בא לעולם. עיין שם.

[198] ראה ליד ציוני הערות 173-177.

[199] הוא הרא״ה, רבו המובהק של הריטב״א.

[200] פרק רביעי, הערה 34 והערה 64.

[201] וראה להלן, ליד ציון הערה 227, בפירוש הרשב״א לסוגיית ״פוסק על שער שבשוק״.

ריבית. עיקר דיוננו יהא שאלת תוקף העסקה, אך לשם הבהרה נפתח בשאלת הריבית. כידוע, נאסרה הריבית מדרבנן גם בעסקת מכר. החוב (מחיר) נוצר ברגע הקנאת הבעלות, ולכן יש ספק ריבית כשיש פסק זמן בין הקנאת הסחורה לבין קבלת הכסף.

יש מוכר בהקפה, שהמוכר אינו מקבל כספו בשעת המכירה, והוא כעין מלווה בינתיים, והוא עתיד לקבל יותר מערך הסחורה תמורת העיכוב במתן המעות.

יש מצב הפוך, הלוא הוא מכר באמנה: הקונה מקדים לשלם מעות תמורת הסחורה לפי השער (המחיר) הנוכחי ומקבל אותה בעתיד. הכסף, מתן מעות, אינו קונה מיטלטלין כי אם לעניין "מי שפרע"[202]. להלן ניווכח לראות שבדבר שאינו בעולם, אפשר שיש כאן חסרון אף לעניין "מי שפרע".

אם מחיר אספקת הסחורה בעתיד נקבע כבר עתה, בשעת התשלום, אף אם יעלה מחירה בשעת אספקתה, הרי זו "פסיקה" או "פסיקה על הפירות", והיא אסורה משום ריבית. הקונה נחשב כמלווה, העתיד לקבל כפירעון סחורה בערך כספי גבוה יותר מדמי ההלוואה.

בשני מקרים הותרה עסקה זו: כשיש למוכר עתה הסחורה, אף אם יש קושי זמני להגיע אליה עתה; או כשאין לו עתה הסחורה, אך יצא השער, "ואם אין לזה, יש לזה"[203]. ונשאלת השאלה: מהי סיבת ההיתר? מסוגיית הגמרא[204] נראה שעסקה מעין זו מותרת, משום שיש לה אופי קנייני, ואינה בגדר הלוואה גרידא. הקונה נחשב כקונה את הסחורה מעתה, ואם נתייקרה, ברשותו התייקרה.

ועדיין הדברים טעונים הבהרה. אף אם יש לו למוכר, וכל שכן אם אין לו, אלא שיצא השער, והסחורה ניתנת להשגה, כיצד חל הקניין? הרי גם כשיש לו, אין הכוונה לסחורה מסוימת[205], וגם אם נאבד כל מה שיש לו, יעמיד לו סחורה אחרת, ואין בזה איסור ריבית[206].

מדברי כמה מן הראשונים[207], נראה שלעולם אין לעסקה תוקף משפטי, ורק לעניין

[202] ראה לעיל, הערה 181.

[203] ראה: ב"מ עב ע"ב, במשנה ובסוגיית הגמרא שם. לדיון מקיף בנושא זה, ראה: ב"צ אליאש, "שורשיה הרעיוניים של ההלכה – פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), עמ' 7.

[204] ראה ב"מ עב ע"ב, שמשמע משם שהמוכר יכול לרכוש אותה סחורה עתה; ושם עד ע"ב, מבואר שחל על החוזר בו דין "מי שפרע". אמנם שם סג ע"ב, מבואר שהקונה יכול לומר שלא הרוויח דבר מן העסקה, שהרי יכול היה לרכשה עתה בשוק. ועיין אוצר מפרשי התלמוד, שם, שדנו בשאלה אם זהו טעם נפרד ומה פשרו. ואכמ"ל.

[205] אדרבה, התוספות, ב"מ סד ע"ב, ד"ה האי, אומרים שאם פסק על סחורה מבוררת הוא גרע, שכן אין לראות בדבר מכר, כיוון שהקונה אינו מקבל עליו אחריות אונסין או שאין אפשרות חזרה, אם יוזל המחיר. וכן נראה מן השו"ע, יו"ד, סי' קעג, סע' יג [אולם ראה מה שכתב אליאש בנידון זה (לעיל, הערה 203), עמ' 43 ואילך].

[206] ראה: תוספתא, ב"מ ו, ג; תוספות, ב"מ סד ע"ב, ד"ה האי; ש"ך, יו"ד, סי' קעה, ס"ק א.

[207] ראה: השגות הראב"ד, הלכות מכירה, ז, ד; ספר התרומות, שער מו, ח"ד, ס"ב, בשם איכא מ"ד; שיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב, בשם הרמ"ך.

הריבית הקלו חכמים. מכיוון שהיא דרך מיקח וממכר, ואינה בגדר הריבית שנזכרה בתורה[208], רואים את הסחורה, לעניין הריבית, כקנויה מעתה.

הראייה לזה תלויה בשאלה: האם מחילת מלווה נחשבת כמתן מעות? בגמרא[209] מבואר שניתן לפסוק על הפירות כשיש לו, אף כשאינו נותן מעות כעת, אלא "לקח בהלוואתו". כלומר, הקונה־הפוסק לא שילם מעות בפועל, אלא מחל על חובו של המוכר לו. אם אין למכר במלווה (=מחילת המלווה כמתן כסף) שום תוקף משפטי, אף לא לעניין "מי שפרע"[210], לכאורה יש לומר שדין ריבית אינו קשור לתוקף המשפטי של העסקה: לעולם הצדדים יכולים לחזור בהם. אך אם לא חזרו בהם, העסקה מותרת, ואין בה משום ריבית[211].

סברת גישה זו קשה: אם אין לעסקה שום תוקף, מדוע בכל זאת רואים בה "קניין" לעניין ריבית? גם מבחינה מעשית יש לעיין בדבר. עסקה זו באה בדרך כלל להבטיח לקונה את מחיר הסחורה שהוא מבקש לקנות, ואם המוכר יכול לחזור בו, היא אינה כדאית לו. וצריך ליישב בדוחק ולומר שגם למוכר יש עניין לקבל אשראי בהיתר, "אם רצה להעמיד המוכר מקחו, שאין בו משום איסור רבית. אבל מדינא לית לן לאכרוחי להעמיד מקחו"[212].

אכן רוב הראשונים לא הלכו בדרך זו, והם נותנים לעסקה תוקף מסוים. וכך פוסק הרמב"ם[213]: "המוכר פירות דקל לחבירו, יכול לחזור בו... אין חייב לקבל מי שפרע. אבל הפוסק על שער שבשוק, ולא היה מאותו מין שפסק עליו ברשות המוכר, חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק. ואם חזר בו, מקבל מי שפרע".

כאן לפנינו לכאורה חריג לדין השולל אפשרות הקנאה של דבר שאינו ברשותו.

[208] ראה: אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ עב ע"ב.

[209] ב"מ סג ע"א.

[210] בשאלה זו נחלקו הראשונים. לדעת הרמב"ם, הלכות מכירה, ה, ד; ז, ד, גם על סמך ראייה זו מדין ריבית, מחילת המלווה קונה כמתן מעות: בקרקע, קנה; ובמיטלטלין יש דין "מי שפרע", ובנסיבות שאינן שכיחות, קנה לגמרי (ראה מגיד משנה על הרמב"ם שם). לדעת הראב"ד, כאמור, מחילת המלווה אינה קונה כלל, אך לעניין ריבית בפסיקה על פירות, אין צורך בכך. ואילו הרמב"ן והרשב"א (המובאים במגיד משנה שם, ה, ד) מסכימים לדעת הראב"ד, שהמלווה אינו קונה, ואת הקושי ממלווה על הפירות, הם יתרצו בדרך אחרת. ראה: תוספות, ב"מ סב ע"ב, ד"ה הרי; הגהות הגר"א ודרוש וחידוש לר' עקיבא איגר, שם (היינו, קנה בהנאת מחילת המלווה. עיין שם).

[211] זו היא שיטת הראב"ד ובעל התרומות (לעיל, הערה 207). אמנם אפשר לומר בדוחק בדעת בעל התרומות שהעסקה אינה מחייבת, אך לעולם יש דין "מי שפרע". עיין שם.

[212] לשון הרמ"ך (לעיל, הערה 207). אמנם הרמ"ך מדבר בדבר שלא בא לעולם — "מה שעזיי חולבות מכור לך" — וייתכן שדווקא בזה אין אפילו דין "מי שפרע". אבל משום הסיכון שבעסקה, שמא לא יהא חלב כלל, מותר משום ריבית. אך אין מכאן ראיה הכרחית לדבר שבעולם אך אינו ברשותו.

[213] הלכות מכירה, כב, ב-ג. דברי הרמב"ם הובאו בטור, חו"מ, סי' ריא, אות ה; וכן נפסק בשו"ע, שם, סי' רט, סע' ה-ו.

כלומר, עסקת פסיקה בדבר שיצא לו שער שוק, אלא שעדיין אין למוכר מאותו המין שמכר, אינה בטלה. ונשאלת השאלה: מהו המקור לדברי הרמב"ם[214]?

יש אומרים שמקור דבריו בתלמוד הירושלמי. על דברי המשנה (ב"מ ה, א), הדנה בפסיקה על פירות, שואל התלמוד ירושלמי: "במה קנה? רב נחמן בר יעקב סבר מימר: חייב להעמיד לו מקחו" (ב"מ ה, א)[215]. כיוצא בזה נאמר בירושלמי: "תני רבי חייה: אם יש לו יין, חייב ליתן לו" (קידושין ב, ה)[216]. ונחלקו המפרשים בטעם הדבר.

א. יש אומרים[217] שלאור מה שלמדנו לעיל בשם רב נסים גאון על פי התוספתא בבבא מציעא (לעיל, הערה 175), מכיוון שפסק עמו על דבר שמצוי בשוק, הדבר נחשב כאילו הוא ברשותו. אלא כיוון שקנה בכסף, יש כאן רק "מי שפרע"; אך אם היה קניין המועיל במיטלטלין, קנה לגמרי[218, 219].

לגישה זו מתעורר קושי מעניין "ארעא ודיקלי"[220]: מדוע אין מחילים שם את דינו של רב נסים גאון? והמפרשים מחלקים בין המקרים לפי מידת השכיחות בשוק. כלומר, סתם דבר המצוי בשוק, כגון דקלים, אינו נחשב ברשותו. אבל הפוסק על שער שבשוק, שמדובר בדבר שמצוי לקנותו כל שעה, נחשב כמצוי ברשותו[221].

ב. לעומת זאת, יש אומרים[222] כי לעולם לא קנה, אלא רק לעניין "מי שפרע". מכיוון שמדובר בסנקציה מוסרית בעיקרה, שבה מודגש העניין האישי — חובת אדם לעמוד בדיבורו — היא חלה גם על דבר שאינו ברשותו, שאין קניין חל עליו, כמו שראינו לעיל בדברי הר"י מיגאש[223]. כך מסתבר גם לכאורה מפירוש הרמב"ם בעניין

[214] ה"מגיד משנה" שם מפנה לב"מ סב ע"ב, אך כבר דחה את דבריו "כסף משנה" שם, בציינו שהגמרא עוסקת בעניין ריבית ולא בעניין קיום המיקח.

[215] ראה פירוש הרידב"ז לירושלמי שם, שהצביע על דברים אלו כמקור לרמב"ם.

[216] אמנם דברי הירושלמי סותרים לכאורה את האמור שם קודם, ועוד נדון בהם להלן, נספח תשיעי.

[217] ראה: כסף משנה על הרמב"ם, שם; ב"י על הטור, שם; סמ"ע, סי' רט, ס"ק כג. וכן הוא כבר: בשו"ת הרשב"ש, סי' עא; בתרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ.

[218] ראה לעיל, הערה 183.

[219] כך מבוארת סתירה ברמב"ם ובשו"ע בעניין דבר שאינו ברשותו: בסעיף ה בשו"ע שם, לא יצא השער ואינו מצוי בשוק; ובסעיף ו — יצא השער ומצוי בשוק. כעין זה מחלק נתיבות המשפט, ס"ק ט: סעיף ה עוסק בדבר מסוים ("יין זה"), שאין לומר שהוא מצוי לקנות; וסעיף ו עוסק ביין סתם, שמצוי לקנות בשוק.

[220] ראה לעיל, ליד ציון הערה 188.

[221] ראה כסף משנה ובית יוסף (לעיל, הערה 217); ב"ח ודרישה, סי' רט, שם; וכן: הסמ"ע, שם, ס"ק כג; שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, החוט המשולש, טור ב), סי' יג; גידולי תרומה, על ספר התרומות (הערה 207); דברי ריבות, סי' קח; דברי אמת (לר"י בכר דוד) בסופו, קונטרס ז, סי' ב. ועיין עוד: ט"ז, חו"מ, סי' רטז, סע' ה.

[222] ראה: ש"ך, חו"מ, סי' רט, ס"ק יג. ונדחק הש"ך לומר כי סעיף ה בשו"ע שם, בעניין דבר שאינו ברשותו, עוסק בקיום המיקח, ולעולם יש דין "מי שפרע".

[223] ראה לעיל, הערה 193. אמנם לפי תשובת רע"א, סי' קלד (דבריו הובאו בפתחי תשובה שם, ס"ק יב) אף לר"י מיגאש והרא"ש (לעיל, הערה 194), אמנם אין חובה לקנות את הנכס, אבל

"ארעא ודיקלי", שהסיקו ממנו הפוסקים שאין הרמב"ם מקבל את חידושו של רב נסים גאון[224].

לפי זה, יש לדין "מי שפרע" בהקשר זה גם משמעות משפטית, שכן הוא מועיל לעניין ריבית[225].

ג. דרך שלישית לבאר את הסוגיה ואת דברי הרמב"ם מציע אחד מן האחרונים[226] בהסתמכו על תשובת הרשב"א, שתובא להלן[227]. הוא אינו מקבל את ההסברים הקודמים. הקניין אינו חל על דבר שאינו ברשותו, אף על פי שהוא מצוי בשוק, ואף דין "מי שפרע" חל רק על מיקח שנקנה מדין תורה, וחכמים ביטלוהו, כנזכר לעיל (ליד ציון הערה 181). אלא שכאן מדובר בהתחייבות — התחייבות המוכר לספק פירות בשער המוסכם, אף על פי שאינם עתה בידו. אמנם גם ההתחייבות זוקקת מעשה קניין, ובקניין כסף לא קנה אלא לעניין "מי שפרע", אך ההתחייבות בקניין חלה, והיא מחייבת את המוכר להקנות את הפירות כשיבואו לידו[228, 229].

לסיכום, דין "הפוסק על שער שבשוק", לפי הרמב"ם וה"שולחן ערוך", ניתן להתפרש בשלושה אופנים.

א. על פי חידושו של רב נסים גאון, נוצר חוזה משפטי מחייב: בקניין המועיל, כגון קניין סודר, קנה את הפירות המצויים בשוק; ואילו בקניין כסף, לא קנה אלא לעניין "מי שפרע" (הסמ"ע וסיעתו).

אם קנה אותו, חל עליו דין "מי שפרע". אך מדברי הש"ך בביאור הרמב"ם ("חייב לקנות") לא משמע כן.

[224] ראה לעיל, הערה 195. בדעת המחבר עצמו אין הכרע. מדבריו בכסף משנה ובית יוסף (לעיל, הערה 217) משמע כסמ"ע שם, אך מדבריו בכסף משנה, לפי תירוצו השני, ומדבריו בבדק הבית, סי' רט, אות ו, משמע כשיטה השנייה. עיין ש"ך שם. ועיין עוד: דברי אמת (לעיל, הערה 221); נתיבות המשפט, שם, ס"ק ט; קצות החושן, ס"ק ט; פ"ת, שם, ס"ק יא, שהביא דעות אחרונים במחלוקת זו, והסיק שהוא ספיקא דדינא. ובספר מקח וממכר לרב האיי גאון, סוף שער מג, משמע קצת כש"ך, אך קשה לסמוך על נוסח התרגום שלפנינו. ועדיין צריך עיון.

[225] ויש עוד מן הראשונים המבארים הלכת פסיקה על הפירות על סמך דין "מי שפרע". ראה: רש"י, ב"מ סג ע"א, ד"ה יש לו; תוספות, ב"מ סב ע"ב, ד"ה אע"פ.

[226] בית שלמה, חו"מ, סי' פד, פה. בזה הוא מבאר את דברי הרמב"ם והשו"ע (לעיל, הערה 213), שתחילה הם עוסקים במוכר דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו, ואז אין אפילו דין "מי שפרע" (ראה בהערה הסמוכה), ואחר כך הם עוסקים במתחייב למכור על שער שבשוק. ואולי יש קצת ראיה לפירוש זה מלשון "הפוסק". השווה כתובות קב ע"ב.

[227] ח"ג, סי' סה. ראה להלן, ליד ציון הערה 239.

[228] ראה לעיל, בהערה 183 ובהערה 218.

[229] עוד ראייה לשיטתו מביא "בית שלמה" מפסק הטור והשו"ע, סי' רח, בשם רב האי גאון: הפוסק על שער שבשוק באיסור (משום שאין לו, ולא יצא השער), אם היה בקניין המועיל, "המקח קיים, ויתן בשער של היתר. ואין א' מהם יכול לבטל המקח". וקשה: שהרי זה דבר שאינו ברשותו, וברור שגם אינו מצוי בשוק ("לא יצא השער"). ה"דרישה" על הטור ונתיבות המשפט שם נדחקו לבאר כי כאן חייב את עצמו בקניין לספק את הסחורה. אך "בית שלמה", לשיטתו, מסביר שכל פסיקה מבוססת על התחייבות.

ב. לא נוצר חוזה משפטי מחייב, אלא שחל על החוזר בו דין "מי שפרע" (הש"ך וסיעתו).

ג. נוצר חוזה אובליגטורי[230], התחייבות המוכר להמציא לקונה את הפירות המצויים בשוק בשער שהסכימו ביניהם. אמנם אם נעשה החוזה רק בקניין כסף, ההתחייבות תופסת רק לעניין "מי שפרע" (בית שלמה). ויש לומר שלהלכה, גם שתי השיטות הקודמות (הסמ"ע והש"ך) יסכימו לדרך ההתחייבות[231].

עד כה עסקנו בדינו של רב נסים גאון בעניין דבר המצוי בשוק. הסבר שונה לעצם הדין, המצוי בספר העיטור, יובא להלן, בפרק השנים־עשר.

8. הבחנה בין התחייבות לבין קניין

עד כה עסקנו בכמה חריגים לדין דבר שלא בא לעולם, וראינו שהם יכולים להתפרש במסגרת דיני ההקנאה. על כל פנים, הראשונים הבחינו במפורש בין ההקנאה ובין ההתחייבות: אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל הוא מתחייב עליו.

הלכה זו מובנת על רקע דברי הראשונים, שהחלו להבהיר את ההבחנה בין ההתחייבות ובין הקניין, כמבואר בפרק הקודם[232]. מן האמור שם, נראה כי כיוון זה של מחשבה מתגלה בבית מדרשם של בעלי התוספות, כפי שמבוטא בדבריהם, בתחילת הפרק החמישי בכתובות. אמנם שם מדובר בהתחייבות לתשלום על מעות שאינן בידו, אך הראשונים עוסקים גם בהתחייבות להקנאת חפץ שאינו בידו עתה. נביא כעת מדבריהם.

[230] אף אור שמח על הרמב"ם, הלכות מכירה, שם, מסמיך את דבריו על הירושלמי בב"מ (ראה לעיל, פרק שלישי, הערה 61) ומפרשו על דרך ההתחייבות למכור דבר שלא בא לעולם. וראה עוד ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 371. אולם דברי הירושלמי ניתנים להתפרש באופנים שונים (ראה לעיל, הערה 178). אף בעל "אור שמח" עצמו מבאר באופן אחר בפירושו לירושלמי שם.

[231] ראה: שו"ת פנים מאירות, ח"ב, סי' ח (דבריו הובאו בפתחי תשובה, סי' רט, ס"ק יא). וראה לעיל, הערה 229. אמנם יש הבדל בין השיטות ביחס לריבית. ראה להלן, נספח חמישי.
מלבד שאלת הרבית, מעורר שו"ת פנים מאירות, שם, שאלה חדשה של אונאה, לאמר: התחייב למכור עורות שאינם ברשותו, ולספקם במשך השנה. אם שלם הקונה מיד, כפי השער שבשוק, אף שהתייקרו אח"כ, "ברשותו התייקרו" כאמור. אך אם לא שלם מיד אלא רק בשעת המכירה בפועל, יש בו אונאה. ואם התייקרו העורות בשתות או יותר, התאנה המוכר, וכן להיפך, כשהוזלו בשתות, התאנה הקונה. המחיר הנכון נקבע בשעת התשלום. אך י"א כי בשעת ההתחייבות ידעו על אפשרות שינוי השער בעתיד ומחלו זה לזה, אלא אם כן השתנה השער בשיעור לא צפוי (בית אפרים, חו"מ, סי' ד; שתי הדעות הובאו בפתחי תשובה, סי' רכז סק"ז, וראה גם חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ל סע' יא. אם העורות ברשותו בשעת ההתחייבות, משמע מן הפנים מאירות שם שאין אונאה, ולא כמו שכתב בחוקת משפט שם). ואולי אפשר להוסיף כי שעת ההתחייבות קובעת את המחיר, שכן כל אחד מהם קיבל כבר דבר שוה ערך — חוב או זכות לעורות, שיכול הוא לסחור בה, ובימינו רבים הסוחרים בזכויות כאלו. וע"ע בסוף שו"ת פנים מאירות שם מה שכתב במקרה שהמתחייב סמך על רעהו, ועדיין צ"ע.

[232] ראה פרק רביעי, ליד ציוני הערות 34, 64; העיטור, קניין, י ע"ב (פרק שלישי, הערה 86).

לעיל הבאנו את דברי הרמב"ן[233], העומד על ההבחנה בין הקניין, הקנאת חפץ, לבין ההתחייבות, שהיא חלה על גופו ונכסיו. במקום אחר, הוא אומר שהוא הדין ביחס להקנאת דבר שלא בא לעולם[234]: "והנותן או מוכר מה שעתיד לקנות, וקבל על נכסיו אחריות להעמידה בידו, חייב להעמידה; ואם לאו, גובה מהן מדין האחריות". ויש לפנינו חוזה להקנאת דבר שלא בא לעולם. הרמב"ן מסביר ששעבד את גופו ונכסיו לשם קיום החוזה: "שיכול אדם לחייב את עצמו באחריות שאינו חייב בה, על דרך 'חייב אני לך מנה בשטר' (כתובות קא ע"ב), וכל שכן בקניין, דמצי משעבד נפשיה". ר' שמואל הסרדי, "בעל התרומות", תלמיד־חבר של הרמב"ן, מבחין במפורש, ואומר[235]: "והיכא שמחייב עצמו בדבר שאינו מצוי אצלו, ואינו ברשותו, מחייב, ואע"ג דתניא: מה שאירש מאבא מכור לך... בכל אלו לא קנה. הני מילי במכר ובמתנה. אבל בלשון חיוב, יכול לחייב את עצמו כל מה שירצה, אפי' בדבר שלא בא לעולם... כדאשכחן גבי מאן דמשעבד לחובו מה שיקנה, כדקי"ל: מה שאקנה, דמשתעבד לחוב". ובהמשך דבריו הוא אומר: "לא מיבעיא היכא שכתב בשטר החוב: מודה אני שאני חייב לו כך וכך מדות של פירות... אלא אפילו אומר: הוו עלי עדי' דאנא מחייבנ' נפשאי קדמיכון השתא בקניין זה לפלוני כך וכך[236]. אע"פ שאינו עכשיו מצוי בידו, אע"ג דליתיה ל' הודאה, מחייב, דלא גרע מערב, דלא מקבל מידי ומשעבד נפשיה בקניין"[237]. משמע מכאן שהאדם יכול לשעבד את גופו ולחייבו לתת לפלוני דבר שלא בא לעולם. על הראיה מדין "דאקני", כבר עמדנו לעיל[238].

אף הרשב"א מזכיר בכמה מקומות את ההתחייבות בניגוד לקניין, וידועה תשובתו[239] ביחס להתחייבות לתת רווחים עתידיים: "מי שחייב עצמו ליתן לחברו כל מה שירוח מכאן ועד שלשים יום, ושעבד לו בקניין גמור כל נכסיו... דבר שלא בא לעולם... חיובין בזה שאמרת, ובמחייב לזון את בת אשתו... וכן הפוסק על שער שבשוק[240]... ובתנאין באומר על מנת שתתני לי מאתים זוז, ואע"פ שאין לה... ובשעבודין במשעבד מה שאקנה. והטענה בזה, לפי שנשתעבד הגוף להלואתו, וכל שיקנה נשתעבדו נכסים שקנה בגררת שעבוד גופו ושכירות המשכיר עצמו ללקט מציאות". בתשובה זו מעמידנו הרשב"א על יסוד התחייבות הגוף, ולפיו יכול אדם להתחייב על העברת

[233] בתשובותיו, סי' ט. הובא לעיל, פרק רביעי, הערה 63.

[234] בתשובותיו, סי' לח. הובא גם בספר התרומות, שער מג, ד. וראה לעיל, פרק רביעי, הערות 159, 165.

[235] שער סד, ח"ב, א. וראה לעיל, פרק רביעי, הערה 23.

[236] בטור, חו"מ, סי' ס, אות י, שדבריו הועתקו בשינויים מתוך "ספר התרומות", נוסף: "מדות של פירות".

[237] הראייה מדין ערב היא ביחס לאפשרות התחייבות בלא תמורה. השווה רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו. וראה לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 20.

[238] ליד ציון הערה 169.

[239] ח"ג, סי' סה.

[240] ראה לעיל, הערה 227.

ממון, אף אם לא בא לעולם, כהתחייבות לנתינת פירות דקל והתחייבות למזונות, והוא מבחין במפורש בינה לבין ההקנאה[241].

כבר הבאנו את דברי הריטב״א בחידושיו לבבא בתרא[242], המסביר את סוגיית הגמרא ביחס ל״ארעא ודיקלי״ כעוסקת בהתחייבות למכור דבר שאינו ברשותו[243]. דברים ברוח זו ביחס לקניין סודר מצינו בספר ״תמים דעים״. קשה לדעת בשם מי נאמרו הדברים שם, וייתכן שיש לייחסם לבית מדרשם של חכמי פרובנס שלאחר הראב״ד[244]. בספר ״תמים דעים״, נאמר שבקניין חליפין ובקניין סודר, אין צורך שהדבר הנקנה תמורת הסודר יהא בעין אצל מקבל הסודר: ״האי סודר שהוא חליפין בחפץ, יקנה החפץ, אע״פ שאינו בעין״. ועדיין מהות עסקה זו אינה ברורה. תחילה מדבר המחבר בקניין חליפין ממש, שהוא עסקה ריאלית, והוא מחדש בו דבר, שעל ידי קבלת הנכס המוחלף יכול להתחייב על חליפיו, אף אם אינם ברשותו בשעת ההתחייבות[245]. אחר כך הוא אומר שהוא הדין ביחס לקניין סודר. אמנם הסודר בא במקום נכס ממשי, אך למעשה הוא ניתן כאקט סמלי, מעשה קניין, הבא להפוך דיבור סתמי לחוזה תקף[246], והרי זה בעצם התחייבות[247]. וכך עולה גם מן הראיות שהוא מביא, המדברות בהתחייבות

[241] מלבד חיובים, הרשב״א מזכיר שלושה סוגי עסקאות הדורשים בירור. באשר לתנאים, לא הבנתי מה עניין חיוב הגוף לכאן. תוקף העסקה תלוי בקיום התנאי, אפילו יהא זה תנאי שאינו מוטל על הצדדים, כגון ״על מנת שירד גשם״, ואין מוטלת עליה התחייבות לתת מאתיים זוז. וראה עוד: ריב״ש, סי׳ תפא; רמ״א, חו״מ, סי׳ רט, סע׳ ח ונושאי הכלים שם. אשר לשעבודים, הרי לכאורה הרשב״א, כמו ״בעל התרומות״, מסביר את דין ״דאקנה״ בעזרת מוסד ההתחייבות (ראה לעיל, הערה 169). ואולי אפשר לומר בדוחק שאין כוונתו לומר שהוא מתחייב להטיל שעבוד על נכסים שיקנה, אלא כפי שהסברנו שם, שהשעבוד הקיים ״פורש כנפיו״ על נכסים עתידיים, לכשייכנסו לרשותו. אולם בין כך ובין כך אין הרשב״א מבחין בין שעבוד ״דאקנה״ להתחייבות. אשר לשכירות, ראה עוד: תשובותיו, ח״ב, סי׳ עב; להלן, פרק שביעי, הדיון על הסכם עבודה.

[242] סט ע״ב. ראה לעיל, ליד ציון הערה 199.

[243] וראה גם בתשובותיו, סוף סי׳ מא, הובא בב״י, חו״מ, סי׳ ס, אות טו; לעיל, פרק רביעי, הערה 166.

[244] תמים דעים, סי׳ קס. הספר כולל תשובות ופסקים של הראב״ד, אך נוספו בו גם תשובות ממקורות אחרים. לפני סי׳ קנח, נכתב: ״אלו הפסקים כתב הרב ר׳ יצחק בר אשר בעל התוספות״, הוא הריב״א. אולם התשובה שלפנינו מובאת גם (בתיקוני לשון) בחידושי הריטב״א לב״מ מו ע״א, ד״ה אקנינהו. חידושים אלו אינם של הריטב״א, אלא כנראה של חכם מבית מדרשה של פרובנס שלאחר הראב״ד. ראה הקדמת המו״ל לחידושי הריטב״א החדשים לב״מ. ואמנם דברים אלו משוקעים ברמז גם בדברי המאירי לב״מ שם, שאף הוא מחכמי פרובנס שלאחר הראב״ד. עיין שם. וראה עוד להלן, סוף הערה 249.

[245] והוא שלא כשיטת הרי״ף, ב״מ כז ע״א (בדפי הרי״ף), ורש״י שם מה ע״ב, ד״ה הזהב קונה, המבחינים בין דמים וחליפין. עיין שם. וכן נראה דעת הרשב״ש, סי׳ רפא, אלא שהרשב״ש מוסיף שתועיל התחייבות מפורשת.

[246] ראה פרק ראשון (מבוא), ליד ציון הערה 9.

[247] על קשר ומעבר מהקנאה להתחייבות על ידי קניין סודר, עומד גם השיטה מקובצת בשם תלמידי ר׳ יונה, כתובות נד ע״ב. על קושיית התוספות שם, ד״ה אע״פ: כיצד יכול חתן

ובשעבוד הגוף: "דהכי נמי חזינן בהרבה מקומות שאדם משעבד עצמו בקניין ליתן דבר שאינו בעין, כדאמרינן בהשוכר את הפועלים (ב"מ צד ע"א): מתנה שומר חנם להיות כשואל... בשקנו ידו. ומשמע אפילו לא בא לעולם, שלא היתה פרה זו גנובה או אבודה, ואפילו הכי מתחייב הוא לשלם לו פרה אחרת בקניין סודר"[248, 249].

ר' ירוחם, תלמידו של הרא"ש, אומר[250]: "ואל תטעה. כי יש הפרש בין מחייב עצמו בחוב למתנה, כי מחייב עצמו יכול לשעבד עצמו, ואע"פ שאינו ברשותו".

בעקבות דברי "ספר התרומות", כמעט בלשונו, הולך גם הטור[251]. וכן נפסק בשו"ע[252]: "המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו, חייב, אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. הני מילי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה... אבל בלשון חיוב... חייב, והוא שקנו מידו".

נושאי הכלים של השו"ע קיבלו חידוש זה כדין פשוט ומקובל, ודנו בעיקר בדרך העמדת ההתחייבות ובלשון אמירתה. רובם מסכימים שאף על פי שבסתם התחייבות

להתחייב על סכום שאין לו? הוא אומר: "והנראה למורי הרב... דהכא כיון שמקנה לה בסודר הוה ליה כלוקח, שאע"פ שהסודר אינו שוה אלא פשוט [=מטבע שערכו מועט], הוא קונה אותו הסודר שנוטל בו הקניין באלף זוז או אלפים. וגבי לוקח לא דיינינן ליה מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא שמשעבד מה שעתיד להרויח בעבור מה שלקח". ההבחנה בין לוקח ולווה לבין מתחייב בחוב חדש משתלבת במה שנתבאר לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 99, בשיטת הר"י מיגאש. אלא שר' יונה טוען שאפשר לראות בכל התחייבות שנעשית בקניין סודר לראות מעין מיקח תמורת הסודר. לפי זה, לכאורה אין האדם יכול להתחייב בשטר על סכום שאין לו. וצריך בירור. ואף שהרי"ף הנזכר בהערה 245 סובר שאין צורך שיהיו דמי המיקח ברשות הלוקח, לפי ההבחנה הנזכרת לעיל, אין ראייה ביחס לדעתו על התחייבות חדשה בדבר שלא בא לעולם. וראה להלן, בדיון בשיטת הרי"ף.

[248] הראייה מדין שומר מובאת גם בתוספות, כתובות שם, וממנה משמע בפשטות שהוא מתחייב עתה לשלם, אם ייאנס, והוא משעבד את גופו ונכסיו לחוב זה. ראה גם תוספות, ב"ב ג ע"א, ד"ה קניין דברים. אבל מלשון המחבר כאן משמע שהוא מתחייב לתת פרה אחרת, אם תיגנב פרה זו. ראה פרק רביעי, הערה 37.

[249] ראייה שנייה מביא המחבר מן התלמוד, ב"ב ג ע"א. וזה לשונו: "מפרש התם: מאי מחיצה? כותל. אלמא אע"פ שאין הכותל בעין, משעבד עצמו לעשותו". לכאורה הוא פלא. כבר ראינו לעיל, בתחילת הפרק, כי הקושי הגדול ביחס להתחייבות נובע מאותה סוגיה בב"ב האומרת כי קניין לחלוק אינו תופס משום היותו בגדר קניין דברים. אמנם התוספות שם, ד"ה כי רצו, ועוד ראשונים, מקשים: מדוע נאמרו דברי הגמרא רק ללשון אחד שם בביאור "מחיצה"? והם מחלקים בין שני הלשונות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 11), והמשיב כאן משתמש בחילוק זה כראיה לדבריו. עוד יצוין כי אף מכאן נראה שיש לאחר את דברי המחבר הזה, שהסתמך על דברי התוספות והראשונים בב"ב שם, הנזכרים לעיל, כסברה מוסכמת ופשוטה, ולא להקדימם וליחסם לריב"א. ראה לעיל, הערה 244.

[250] מישרים, נתיב יז. בית יוסף, חו"מ, סי' רי, אות ו, גורס "למקנה" במקום "למתנה".

[251] חו"מ, סי' ס, אות י. דבריו הובאו לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 22.

[252] שם, סעיף ו. וכן הוא בהגהת הרמ"א, שם, סי' רט, ד, כפי שציין כבר הש"ך, שם, סי' ס, ס"ק יח.

לתשלום פוסק השו״ע שהיא יכולה להיעשות אף בלא מעשה קניין[253], כאן, שהדבר עדיין לא בא לעולם, יש דמיון לאסמכתא, ואינו גומר דעתו בדיבור בלבד בלא מעשה קניין[254]. כבר הזכרנו בתחילת הפרק שדין דבר שלא בא לעולם עלול היה להכביד על פיתוח חיי המסחר והכלכלה. במשק מודרני שכיחים חוזי אספקת סחורה עתידית וכדומה, ותקפותם של חוזים אלה אפשרית רק אם מותר להתחייב בדבר שלא בא לעולם. ומצינו שאלות הרבה למעשה בתחום זה בשו״ת חכמי המזרח לפני כארבע מאות שנה — זמנו של השו״ע — והיו חכמים שהתייחסו לאפשרות ההתחייבות, בניגוד להקנאה, ובעיקר ביחס לדבר שלא בא לעולם, כאל ״תגלית״ מועילה, בהסתמכם בעיקר על המקורות שהזכרנו. כבר עמדנו לעיל על נוהג ההטבות ועל ביסוסו ההלכתי על התחייבות, ואף הוא נידון בעיקר על ידי חכמי המזרח לפני כארבע מאות שנה, אך בעניינו מדובר בהתחייבות ביחס לדבר שלא בא לעולם, כאמור לעיל. מכלל חכמי אותו דור העוסקים בחוזה לאספקת סחורה עתידית, נזכיר כאן את: מהריב״ל[255], מהרשד״ם[256], מהר״י אדרבי[257], מהרי״ט[258], [259], [260].

[253] שם, סי׳ מ. וראה לעיל, פרק רביעי, בהערה 11 ובהערות 23-24.

[254] ראה: ש״ך, חו״מ, סי׳ ס, ס״ק כו; קצות החושן, שם, ס״ק ח; ביאור הגר״א, שם, ס״ק לג; נתיבות המשפט, שם, ס״ק יג.

[255] ר׳ יוסף ז׳ לב. נולד סמוך לשנת ר״ס (1500 למניינם). חי בתורכיה. ראה בתשובותיו, ח״ב, סי׳ לז, ביחס לבגדי משי שלא היו ברשותו. וראה עוד שם, ח״ב, סי׳ כג. וראה להלן, הערה 278.

[256] ר׳ שמואל די מדינה. נולד בשנת רס״ו (1506). חי בתורכיה. חברו של מהריב״ל. ראה בתשובותיו: חו״מ, סי׳ כח, ביחס לעורות שאינם ברשותו; סי׳ סב, ביחס לצמר שאינו ברשותו.

[257] ר׳ יצחק אדרבי. חי בסלוניקי. חברו של מהרשד״ם. ראה בתשובותיו, דברי ריבות: סי׳ קח, ביחס לעורות שאינם ברשותו (השאלה שבשו״ת מהרשד״ם הנזכרים לעיל); סי׳ שיט, ביחס לבגדים שאינם ברשותו. אך בסי׳ עד לא הזכיר את עניין החיוב. עיין שם.

[258] ר׳ יוסף ב״ר משה מטראני, בנו של המבי״ט. נולד בשנת שכ״ט (1568). ראה בתשובותיו, ח״ב, חו״מ, סי׳ סט, ביחס לעורות שלא היו ברשותו. בין היתר הוא מסתמך גם על דינו של רב נסים גאון (לעיל, ליד ציון הערה 172 ואילך), אך אינו מזכיר את הטור, חו״מ, סי׳ ס, הנ״ל; וכבר תמה על כך ר׳ יצחק בכר דוד, דברי אמת, קונטרס ז, סי׳ ב. וראה עוד: מהרי״ט, שם, סי׳ פא; תשובת אביו, המבי״ט, ח״ב, סי׳ כו.

[259] ראה, למשל: משפטי שמואל (לר׳ שמואל קלעי), סי׳ לו; שו״ת מהרש״ך, ח״ב, סימנים ט, כז; שו״ת ר׳ בצלאל אשכנזי, סי׳ יא (ושם ציין לדברי הטור, סי׳ ס הנ״ל: ״וזהו מוסכם על כל בעלי ההוראה״); תורת אמת (למהר״א ששון), סי׳ קלג.

[260] ומצאנו בדברי אחד מן האחרונים חידוש בעניין לשון ההתחייבות, וכיוון שהובאו דבריו על ידי הבאים אחריו, נציגם בזה.
מהר״ש הלוי, ר׳ שלמה בן יצחק לבית הלוי, בתשובותיו (סלוניקי תי״ב), חו״מ, סי׳ ה, דן בחתן שהתחייב לתת למשודכת לו ״חצי ממה שישלם לו אביו״. בין היתר עוסק המשיב בהתחייבות ביחס לדבר שלא בא לעולם, ואומר שבחוזה מעין זה צריך לשון המועיל, ומדברי הטור, חו״מ, סי׳ ס, נראה שלשון ״אני מתחייב שאתן לפלוני כל מה שישלמו״ אינו לשון המועיל, כיוון שנקט לשון אתן. ואפילו קנו מידו, הקניין אינו מועיל, משום שהוא קניין דברים, כפי שפסק הטור, שם, סי׳ קנז, וסי׳ רמה, אלא צריך לומר: ״אני מתחייב עתה לפלוני״. עד כאן דבריו וקשים הם להלמם, שהרי מדברי הטור נראה כי לשון חיוב יועיל, בניגוד ל״קניין אתן״, שאין

9. הסכם בדבר ירושה עתידית

אחת הדוגמאות לדין דבר שלא בא לעולם היא: "מה שאירש מאבא, מכור לך... לא אמר כלום"[261]. מכאן שאין אדם יכול למכור את ירושת אביו בחייו. אך מה יהא הדין ביחס לחוזה אחר, חוץ מן המכירה?

במקום אחד נידונית אפשרות הבעל להסתלק מירושת אשתו, העתידה ליפול לו אחר מותה. במשנה[262] נחלקו תנאים בשאלת תוקפו של חוזה זה, ור' שמעון בן גמליאל פוסלו, מפני שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה. הגמרא[263] אומרת שהאמורא רב פוסק כר' שמעון בן גמליאל, אף כי נימוקו שונה קצת: ירושת הבעל את אשתו היא מדרבנן, וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, ולא הרשו להתנות על ירושת האישה. אולם ההלכה היא שאפשר להתנות נגד הדין בדין תורה, ולדעת הרבה מן הפוסקים, גם בדין דרבנן[264]. אם כן, מה ביחס לסילוק מן הירושה? הראשונים נחלקו בדעותיהם בשאלה זו: יש מהם אומרים שהסילוק מועיל[265], וראייתם מדברי הירושלמי[266], המספר על בעלים שהתנו כי אם תמות נשותיהם בלא בנים, יחזרו נכסיה לבית אביה. אך רוב הראשונים[267] חולקים עליהם, והם סוברים שחוזה זה בטל.

ואשר לטעם, מצינו שתי גישות עיקריות: יש אומרים[268] שהירושה היא זכות שבאה ממילא, ולא מכוח הסכם, ומשום כך אין בה חופש התנאה; ולעומתם הר"ח מסביר[269]: "מפני שהוא כמתנה על דבר שלא בא לעולם, והוא כאומר לא אירש את אבא... לא

בו לשון חיוב, כפי שציין הסמ"ע שם, ס"ק יח ("הריני מחייב נפשי ליתן לך"). ונעיר שכבר התקשו האחרונים בדעתו. ראה: פתחי תשובה, שם, סי' ס, ס"ק יג; אמרי בינה, הלכות הלוואה, סי' נא. ה"נודע ביהודה" וחתנו, בשו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, חו"מ, סי' כה-כו, שהסתמכו על דבריו שהובאו ב"כנסת הגדולה" (ראה פ"ת שם), הבינו כי מהר"ש הלוי עוסק בהודאה. עיין שם. ואולם עיון בתשובה עצמה מראה שהוא עוסק בהתחייבות על פי דברי הטור בסי' ס. וכאמור, עדיין צריך לעיין בדבריו.

[261] תוספתא נדרים ו, ז; בבלי ב"מ טז ע"א.

[262] כתובות ט, א; פג ע"א.

[263] פג ע"ב; פד ע"א.

[264] ראה טור ושו"ע, אה"ע: סי' לח, סע' ה; סי' סט, סע' ו.

[265] רי"ף, כתובות מב ע"א (בדפי הרי"ף), לפי הבנת הרמב"ם בתשובותיו (מהדורת בלאו), סי' נה, תכד. אמנם הרמב"ן, הרשב"א (מובא בשיטה מקובצת) והר"ן על הרי"ף לכתובות שם, מבארים שהרי"ף אינו מדבר אלא בארוסה. וראה בהערה הסמוכה. הראב"ד, בהשגותיו לרי"ף, והרמב"ן, ב"מלחמות ה'", מביאים נוסחה אחרת ברי"ף, ולפיה הוא פוסק כרשב"ג, שהחוזה בטל.

[266] כתובות פ"ט סוף ה"א.

[267] בה"ג, ר"ח, ר"ת ור"י (ראה: רא"ש, כתובות, פרק ט, סי' א; טור אה"ע ס"ס סט וס"ס צב) פוסקים כרשב"ג, וגם בארוסה התנאי בטל. אף הרמב"ם, הלכות אישות: יב, ט; כג, ו, הרמב"ן, הרשב"א (מובא בשיטה מקובצת) והר"ן, שפוסקים כתנא קמא שהתנאי קיים, מסבירים שלא נחלקו אלא בארוסה; אבל בנשואה, התנאי בטל.

[268] בעל המאור לכתובות שם. וכעין זה פירש הרמב"ם הנ"ל, היינו שהירושה היא חריג לכלל המאפשר חופש התנאה בענייני ממון, משום שנאמר בה "לחוקת משפט". עיין שם.

[269] ראה בר"ן, וכן נזכר ברא"ש שם. הר"ח מסתמך גם על הירושלמי, כתובות שם ט, א, הפוסק

אמר כלום". טעם זה עדיין צריך בירור, שהרי אין כאן הקנאה, אלא רק הסתלקות מזכות עתידית, וצריך לומר שסילוק זה נידון כהקנאה. ואין כאן מקום להאריך בזה[270].

הראב"ד מסביר במקום אחד באופן שונה מעט[271]: "ואע"פ שקנו מידו לסלוק הירושה, אינו מועיל, לפי שסלוק הירושה לאחר מותה הוא, ואינה הקנאה לשום אדם, והוה ליה כקניין דברים, והנשואין כבר חלין על הכל". נראה שיש לפרש גם כאן שבטלות החוזה היא מדין דבר שלא בא לעולם, כמו שאומר הראב"ד עצמו במקום אחר[272], אלא שהוא מוסיף, שאם נראה בחוזה הבטחה להקנות ליורשים את נכסי העיזבון, כשיפלו לידו, הרי זה קניין דברים.

על כל פנים, כאן נשמע על קשר בין דבר שלא בא לעולם לבין קניין דברים. נחזור לדון בעניין זה בפרק הבא, בדיון על קניין דברים.

עד כאן ראינו כי כל חוזה של יורש, כגון הבן או הבעל, שבא להפקיעו מזכות ירושתו בעתיד, הוא בטל[273]. אולם יש שהכירו בתקפות חוזה זה, אם נעשה על דרך ההתחייבות. כזכור, הרי"ף בכתובות מסתמך על הירושלמי, המספר על בעלים המתנים שיחזירו את נכסי נשותיהם לבית אביה, אם תמות בלא בנים. פירושים שונים נאמרו כדי להסביר חוזה זה[274]. אולם אחד ההסברים שמביא הרמב"ן (בחידושיו, כתובות פד

כרשב"ג, אך לא מטעמו, אלא משום ש"בסוף זכה בהן". כלומר שכעת הוא דבר שלא בא לעולם.

[270] השאלה תלויה בין היתר במשמעות מוסד ה"סילוק" ובמידת זהותו למחילה. ראה דברי הרמ"א הסותרים לכאורה: רמ"א, חו"מ, סי' רט, סע' ד, ח ונושאי הכלים שם; ספר חוקת משפט, הלכות ירושה ועיזבון, פרק א, סע' ט.
נראה שבנידון דידן מסתמנות שתי גישות הפוכות: לדעת ר"ח וסיעתו, הסילוק דומה להקנאה, ואין אדם מסתלק מממון שעדיין לא בא לרשותו. וכן משמע מדברי קצות החושן, סי' לז, ס"ק ו. אולם הרמב"ן וסיעתו מפרשים, כאמור, שהארוס יכול להסתלק מזכותו בירושת אשתו, ומכאן שאפשר בנסיבות מסוימות להסתלק מזכות עתידית, ואם כן מה בין ארוסה לבין נשואה? הראב"ד, הלכות אישות, כג, ז, מסביר שבארוסה החוזה הוא בגדר תנאי בנישואין, ולא סתם סילוק. אולם מדברי הרמב"ן, ובעיקר דברי הר"ן, משמע שבנשואה, מכיוון שכל שעה ייתכן שיפול הרכוש בידו, הרי הוא נחשב כאילו הוא בידו, ולא מועיל סילוק מממון שבידו. מאידך גיסא, ההקנאה אינה תופסת, כי סוף סוף הוא עדיין דבר שלא בא לעולם.

[271] הלכות אישות, כג, ז. אמנם בהשגותיו לרי"ף הביא טעם שונה. עיין שם. וראה בהערה הבאה.

[272] הלכות אישות, יב, ט; וכן טעמו השני בהשגותיו על הרי"ף שם. על קשר בין דבר שלא בא לעולם וקניין דברים, ראה עוד: העיטור, אות ת, תנאי (ח).

[273] ראה: הרשב"א בתשובותיו, ח"ג, סי' קצד. במקום אחר (ח"א, סי' אלף קמב), הוא דן בחוזה שכתב הבעל לאשתו, ונאמר בו שאם תמות בחייו, יחזיר לאביה את נדונייתה שהכניסה לו ועוד סכום כסף. והרשב"א מחלק בין הסכום שהתחייב לו משלו, כולל נכסי הנדוניה, אם ניתנו לו במתנה גמורה, לבין נכסי הנדוניה העתידים ליפול לו בירושה, שביחס אליהם משמע שאין מועיל שום חוזה. וראה להלן, הערה 275. וכן משמע משו"ת הרשב"ש, סי' רפט (נו ע"ג), שכל חוזה מעין זה בטל.

[274] הרמב"ם בתשובותיו (מהדורת בלאו), סי' תכד, והרמב"ן לכתובות, שם, אומרים שהירושלמי מדבר בחוזה שכתב האב לבתו ולא בחוזה שכתב הבעל לאשתו. הרמב"ן שם אומר עוד שהירושלמי מדבר בארוסה ולא בנשואה.

ע"א) הוא: "וי"מ... אינו מתנה שלא יירשנה, אלא יורשה ומתנה [האישה או אביה] עם הבעל להחזיר הממון ליורשיה כמי שרוצה למחול זכותו, דודאי מצי יהיב ליה במתנה". כלומר, אין כאן סילוק מזכות ירושה, אלא התחייבות לתת ממון העתיד להגיע לרשותו. ביתר בהירות[275], חוזר על רעיון זה הר"ן[276]: "והא דאיתמר בירושלמי... משכחת לה... ארוסה, אבל לאחר שנשאת, לא, אלא אם כן מחייב עצמו להחזיר ליורשיה מה שירש ממנה, דבכה"ג [=דבכהאי גוונא] ודאי מהני". וכן פוסק הרמ"א להלכה (אבן העזר, סי' צב, סע' ז).

חוזים מעין אלו, של יורשים, נידונים הלכה למעשה בספרות השו"ת.

המהרח"ש[277] דן במנהג לכתוב בכתובה הישבון לפי תקנת טוליטולה, שאם תמות האישה בחיי בעלה בלא זרע, יחולק גוף הנדוניה בין בעלה ובין יורשיה, כמובא בטור (אבן העזר, סי' קיח), ומוסיף שאין ביד האישה כוח להפקיע את זכותם "גם מצד התנאי והחיוב שנתחייב הבעל בעת הנשואין להחזיר מחצית הנדוני' ליורשיה... כשמתה בחיי בעל. נמצא שהחוב למפרע היה מהבעל ליורשיה... ולהכי אין מכירתה ונתינתה כלום".

המהריב"ל[278] מכיר בהתחייבות של אחים לתת נכסים שעתידים ליפול בחלקם בירושה או במתנה. הרמ"א בתשובותיו[279] דן באריכות בחוזה זה ומכיר בתוקפו, בניגוד לדעת המערערים, שרצו לבטלו מדין דבר שלא בא לעולם. מדובר בשני אנשים שהסכימו לפשרה שהוצעה להם ביחס לנכסי קרובתם היתומה, ונאמר בה שאם תמות קודם שתינשא, "יחלקו נכסי עזבונה שוה בשוה... וקיימו וקבלו עליהם... בק"ס [=בקניין סודר]... שכל אחד מהצדדים מחויב לסלק ולפצות את חבירו בפיצוי בקניין

[275] נימוקו של הרמב"ן, "כמי שרוצה למחול זכותו", אינו ברור, שהרי אין כאן מחילה ולא מתנה, אלא חוזה הדורש פעולה עתידית. וצריך לפרש את דבריו על דרך דברי הר"ן (וכשהר"ן שם מביא תירוץ זה בשם הרמב"ן בשם רבו – הוא היש מפרשים שברמב"ן – נשמטה תוספת זו: "כמי שרוצה" וכו'), וכ"ה בשו"ת הריב"ש, סי' סד, קב, רז. אמנם בסי' רז, שם (נג ע"ב), הוסיף: "וגם בזה יש לדון". עוד נציין כאן שבית מאיר, על אה"ע, סי' סט (הובא גם בפתחי תשובה, שם, ס"ק ג), אומר רעיון זה על פי תשובת הרשב"א (הערה 273). אולם הוא הסתמך על הב"י, אה"ע, ס"ס קיח, המביא את התשובה בקיצור. אך המעיין במקור (ח"א, סי' אלף קמב) ימצא שם את ההבחנה שהובאה לעיל, בהערה 273.

[276] על הרי"ף לכתובות שם, סוף ד"ה ולענין הלכה (מב ע"א בדפי הרי"ף). וראה גם שו"ת הרא"ש פז, א.

[277] בתשובותיו, אה"ע, סי' ז.

[278] בתשובותיו, ח"ב, סי' לח. וראה גם סי' כג, ל.

[279] הוצאת זיו, סי' עח. וראה עוד דרכי משה, חו"מ, סי' רט, ס"ק ח, בשם הגהות מרדכי, ב"ב, סי' תרסג; הגהות רמ"א, שם, סעיף ח (לעיל, הערה 270). נציין שבתשובתו, סי' כא, מכיר הרמ"א בהתחייבות היורש לקיים את צוואת המוריש, ולפיה עליו להיטיב ולתת סכום כסף לקרוביו. והשווה גם שו"ת הריב"ש, סי' רז (לעיל, הערה 275). יתר על כן, הרמ"א אומר שייתכן שאף בלא לשון חיוב ושעבוד, החוזה תופס, ואינו קניין דברים, כי ודאי התכוון להתחייב ולשעבד את גופו. כאן אנו נכנסים לשאלת "קניין אתן", אך אין כאן מקום לדון בה. וראה לעיל, הערה 74.

סודר גמור ומוחלט מכל הערעורים". אחד הצדדים חזר בו, והשיג פסק דין המבטל את ההסכם שבא להפקיע ירושה דאורייתא. פסק הדין מתריע גם נגד מחשבת ההמון שהקניין מועיל לכל דבר, "כמרגלא בפומא דאינשי בבואם לידי פשר מילין, אין אומר ואין דברים (ע"פ תהלים יט, ד), רק נקבל קניין, ותו ליכא... בראש בראשון שום ק"ס לא יועיל, ולא יחול על דבר שלא בא לידו, ולא זכה בה עדיין", ומשום כך הסכם הפשרה בטל.

כאמור, דן הרמ"א באריכות בפסק דין זה וסתר אותו[280]. נביא כאן את נימוקו הראשון, המבחין בין הקנאה ובין התחייבות. לאחר שהביא חלק מן המקורות שנזכרו לעיל, המלמדים שאפשר להתחייב על דבר שלא בא לעולם, הוא אומר: "ולכן ג"כ בנידון דידן, ודאי יוכל... לשעבד עצמו לפצות את... מכל ערעורים. כי אין זה כמוכר דבר שלא בא לעולם, רק משעבד עצמו בדבר שלא בא לעולם, דמהני, כמו שכתבתי... ולא הוי בזה משום קניין דברים ולא משום מקנה דבר שלבל"ע, הואיל והשעבוד חל על גופו, והחיוב אקרקפתא דגברא מונח".

באותה תשובה התעוררה גם בעיה עקרונית, אם רצוי ונכון להפקיע ירושה דאורייתא. החכם שביטל את הסכם הפשרה ציין גם כי "הפשרנים שבקשו להעביר נחלה, אין רוח חכמים נוחה מהם, ואינם בכלל בני אדם חשובים, כמו שכתוב בטור, חו"מ, סי' רפב". ובמילים אחרות, כמו שמביא הרמ"א בשמו: "אין רוח חכמים נוחה במי שגורם שיורש יפשר עם אחרים או מוחל לגמרי על ירושתו". ואף על כך עונה הרמ"א בתוקף: "ובאמת שזה החכם אין רוחי נוחה הימנו, במה שנתחלף לו בין יורש למוריש, כי אמרו[281]... הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, מה שעשה עשוי, אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו... כל זה במוריש אמרו, שאסור להעביר נחלה, אבל יורש עצמו, שרוצה למחול על ירושתו, שלא יהא בזה רוח חכמים נוחה הימנו, בזה לא שמענו. והנה מצינו ליעקב אבינו שפתה לעשו שימחול לו חלק ירושתו[282], וחלילה לנו לומר שאין רוח חכמים נוחה הימנו. ויש לנו אב זקן לחוס על כבודו".

[280] על מידת הענווה של הרמ"א, אפשר ללמוד מסירובו להזכיר את שם החכם המרבה לחלוק עליו. וזה לשונו: "הנה לא אזכיר שם החכמים המתנגדים, ובל אשא את שמותם על שפתי (על פי תהלים טז, ד), כי לדעתי המתנגדים להם לא יהיה להם לכבוד" וכו'. והשווה לעיל, פרק רביעי, הערה 171.

[281] ב"ב קלג ע"ב.

[282] הבעיה המשפטית של מכירת הבכורה ליעקב כבר הציקה לראשונים, שהרי אין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם: יש אומרים שהקניין חל מכוח השבועה של עשו, ויש אומרים שלפני מתן תורה עדיין לא הייתה הגבלה בקניין של דבר שלא בא לעולם (ראה שו"ת הריב"ש, סי' שכח). קצות החושן, סי' רעח, ס"ק יג, מסביר שהמכירה תקפה מדין סילוק. מדברי הרמ"א ניתן לכאורה לתרץ שיש לקיים את החוזה מכוח התחייבות, בניגוד להקנאה. אמנם אפשר גם שהרמ"א סובר שיש לקיים את החוזה מכוח השבועה, משום שהכיר בנידונו בהסכם הפשרה גם מכוח השבועה ולא רק מכוח של ההתחייבות. בין כך ובין כך, הרמ"א כאן מתייחס לשאלת המדיניות בעניין הסכם על ירושה עתידית, ולא לשאלת היסוד של חלות הסכם יעקב ועשיו. עוד יש לדון בשאלה אם הרמ"א מתכוון למכירת נכס מסוים, כפי שמציע המוציא לאור שם

הארכתי בעניין זה, מפני שלאחרונה התפרסם פסק דין ישראלי[283] שעוסק באותו עניין, ואף בו נתגלעו חילוקי דעות דומים. שם נידונה התחייבות של בנות למכור לאדם בית הרשום על שם אמן חולת הנפש, כשיגיע הבית לידן הן בדרך ירושה הן בכל דרך אחרת. עיקר הדיון עסק בסעיף 8(א) לחוק הירושה, התשכ"ה־1965, האומר: "הסכם בדבר ירושתו של אדם וויתור על ירושתו שנעשו בחייו של אותו אדם — בטלים". בית המשפט המחוזי פסל את החוזה על סמך סעיף זה, ופירש את הסעיף כבא לקבוע שהסכמים בדבר ירושה עתידית אינם מתיישבים עם ההשקפה המוסרית הרווחת בציבור, והם נוגדים את טובתו. בית המשפט העליון דחה את פסק הדין, ופירש את סעיף 8(א) המגביל את חופש החוזים, על דרך הצמצום: רק הסכם הבא לשלול או להעניק זכות ירושה הוא בטל, אך לא הסכם הנוגע לנכסי העיזבון. במילים אחרות: התחייבותו של ראובן למכור לשמעון את נכסיו של לוי תופסת, ואין נפקא מינה אם לוי הוא אדם זר או מורישו של ראובן. שופטי בית המשפט העליון בדקו גם את תקנת הציבור ואת השקפתו המוסרית בהתאם למסורת המשפט העברי, והם קובעים כי אין בהסכם זה פגם מוסרי, כאמור לעיל. ואמנם ראינו בדברי הרמ"א שיש להם על מה שיסמוכו. אשר לתוקפו המשפטי של החוזה לפי המשפט העברי, אומר השופט קיסטר[284] שיש להכיר בו על סמך ההבחנה שהזכרנו בין הקנאה ובין ההתחייבות בדבר שלא בא לעולם[285]. למעשה ראינו כי יש מקורות מפורשים המכירים בתקפות התחייבות היורש להקנות לאחרים נכסים העתידים ליפול לו בירושה.

10. גישת הרמב"ם וסיעתו

אף כי התקבלה ההלכה בדבר התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם כדבר פשוט, ונפסקה להלכה, כאמור לעיל, יש לשאול ולברר: האם היא מוסכמת על הכול?

כבר ציינו שדין זה אינו מוזכר בגמרא. אדרבה, המפרשים התלבטו בביאור כמה סוגיות, שלכאורה אינן עולות בקנה אחד עם אפשרות ההתחייבות בדבר שלא בא

על פי דברי הגמרא בסוטה יג ע"א, היינו שעשו מכר ליעקב את חלקת קברו במערת המכפלה, או שמא הוא מתכוון לזכות ירושה כללית, של זכות הבכורה, כפי שמסופר בתורה. גם לפי האפשרות השנייה, נראה שהחוזה חל על נכסי העיזבון, ולא על "זכות הירושה", שהיא בבחינת דבר שאין בו ממש.

[283] ע"א 286/47, יקותיאל נ' ברגמן, פד"י כט(2), עמ' 757.

[284] השופט קיסטר (בעמ' 775) מסתמך על דברי השו"ע, חו"מ, סי' ס, סע' ו (לעיל, הערה 252). שופט אחר (עמ' 765) רומז שיש להכיר בהתחייבות זו, בניגוד להקנאה, על פי הרמב"ם, הלכות מכירה, כב, טו. ראייה זו אינה עומדת במבחן הביקורת, משום שהרמב"ם מדבר שם על התחייבות לצדקה דווקא, שהיא תופסת מדין נדר. שיטת הרמב"ם בשאלת ההתחייבות בדבר שלא בא לעולם תידון בסמוך.

[285] עוד נציין שהשופטים (בעמ' 765, 774) מסתמכים גם על שיטת רבנו תם, שהובאה בהגהות הרמ"א, חו"מ, סי' ריא, סע' א, המבחינה בין מכירת נכס מסוים למכירת כל נכסי הירושה, אך אין כאן מקום לדון בה.

לעולם[286]. אולם אם מדברי הגמרא אין להביא ראייה ניצחת לכאן או לכאן[287], הרי כבר ראינו בפרק הקודם כי לרי״ף, ר״י מיגאש ורמב״ם יש גישה שונה ביחס להתחייבות. לא נכפול כאן את הדברים, ונזכיר את דעותיהם רק בקצרה. באשר לרי״ף, אם כי מדבריו בתחילת פרק יב בכתובות, נראה בפשטות שהוא מכיר בהתחייבות לתשלום, הרי יש שמסבירים שהוא מדין הודאה. כמו כן ציינו לעיל, בסעיף ב של פרק זה, שאינו מזכיר התחייבות להקנאת דבר מסוים. באשר לר״י מיגאש, אפשר שסתם התחייבות לתשלום אינה מוכרת אם לא נעשתה בדרך הודאה[288].

אף עמדנו על אי־הבהירות בשיטת הרמב״ם. עוד יש להעיר שבמקום העיקרי שהרמב״ם עוסק בקניין סודר ובשימושיו[289], הוא אינו מזכיר שאפשר להתחייב בקניין. עד כאן באשר להתחייבות להקנאת דבר מסוים. אך באשר לדבר שלא בא לעולם, נראה שהרמב״ם וסיעתו אינם מבחינים בין הקניין ובין ההתחייבות, כפי שעולה מדברינו בפרק הקודם.

יש כמה רמזים בדברי האחרונים שהם נוטים לעמדה זו בדעת הרמב״ם וסיעתו[290], והם מסתמכים בעיקר על דברי הרמב״ם בעניין שותפות, הפוסק שאי אפשר לערוך חוזה על השתתפות ברווחים עתידיים, כפי שנבאר עוד להלן. אולם רוב האחרונים מקבלים את ההבחנה בין ההקנאה ובין ההתחייבות כדין פשוט ומוסכם, ואינם סוברים שהרמב״ם חולק עליה[291].

אף אם נאמר שהרי״ף, הר״י מיגאש והרמב״ם סוברים אחרת, עדיין יש מקום להבחין בין חוב הבא כתגמול להתחייבות, כמוסבר בפרק הקודם. בשאלה זו, נעסוק בסמוך.

ד. חיוב פירעון בדבר מסוים ובדבר שלא בא לעולם

עד כה עסקנו בהתחייבות שמקבל האדם על עצמו להעביר לחברו בעלות על נכס מסוים, בין בא לעולם ובין שלא בא לעולם. אמרנו שהגמרא לא עסקה במפורש בשאלה זו, אולם מצאנו בגמרא ובמפרשים דיון בעסקאות ריאליות, שבהן צד אחד מקבל על עצמו חיוב מסוים בתמורה למה שקיבל, כגון פירעון של דמי מיקח או דמי שכירות או שכר עבודה.

[286] ראה לעיל, פרק שלישי, הערה 14.

[287] ראה שם, הערה 15.

[288] מדובר בסתם התחייבות, להוציא התחייבות מיוחדת, כגון ערבות או פסיקתא.

[289] הלכות מכירה, פרק ה.

[290] ראה: לעיל, פרק רביעי, סעיף ה, 3; שו״ת מהריב״ל המובא בהערה הסמוכה; ט״ז, חו״מ, סי׳ רז, סע׳ טז; חוקת משפט, הלכות מכירה, קונטרס אחרון, עמ׳ רעא.

[291] ראה: שו״ת מהריב״ל, ח״ב, סי׳ כג, לז, לח (לעיל, הערה 255), שהתלבט בשיטת הרמב״ם מכוח דבריו בעניין הסכם שותפות.

1. הבחנה בין פירעון חוב לבין התחייבות

כבר הזכרנו את דברי הגמרא במסכת בבא מציעא[292], שאם משך הקונה את המיקח, שהוא חייב לשלם את הכסף כפי שהתנה; ואם התנה על מטבעות חדשים, ישלם חדשים דווקא. וכתב בעל נימוקי יוסף (כז ע"א, בדפי הרי"ף): "ודכוותיה במטלטלין. שמי שמשך חפץ מחבירו, והתנה ליתן לו כור חטים חדשים, חייב ליתן לו כמו שפסק".

לפי האמור עד כה, יש לפרש בפשטות שהאדם יכול להתחייב על דבר מסוים, ואפילו בדבר שלא בא לעולם. וכשאומרת הגמרא במסכת בבא מציעא שם, כי בקניין דמים, בניגוד לחליפין, "נתחייב גברא", ולא נקנה החפץ, הרי הוא מתחייב בדמים, גם אם אינם ברשותו[293]. כמו כן, יכול הקונה להתחייב לפרוע בדבר מסוים, ואפילו אינו בעולם או שאינו ברשותו[294].

אמנם לפי ההבחנה בין חוב ובין התחייבות, שנזכרה בפרק הקודם[295], אין קשר הכרחי בין השניים, שכן אפילו אם יכול הקונה להתחייב לשלם בדבר שלא בא לעולם, אין מכאן ראייה בהכרח שיכול אדם להתחייב להקנות לחברו דבר שלא בא לעולם. בחוזה ריאלי של מיקח וממכר, קבלת נשוא המיקח מחייבת פירעון. במסגרת זו, יכול אפוא הלוקח להתחייב לשלם באופן מסוים, ואפילו בדבר שלא בא לעולם. אך התחייבות חדשה בדבר שלא בא לעולם, הצריכה להיות בנויה אך ורק על הסכמתו של המתחייב, ייתכן ואינה תופסת. מכאן שאפילו לדעת הרי"ף וסיעתו, שאין להתחייב על הקנאת דבר שלא בא לעולם, ייתכן שאפשר להתחייב לפרוע חוב באופן כזה. כיוצא בזה ראינו בשיטת הרמב"ם ביחס לדבר שאינו קצוב, שיש המבחינים בין התחייבות ובין חוב של פירעון[296].

רמז להבחנה בין חוב הנובע מחוזה ריאלי לבין התחייבות מצינו גם בדברי הראשונים, כפי שהזכרנו לעיל בשם "תמים דעים" ותלמידי ר' יונה[297]. יתר על כן, בפרק הבא נראה כי אף ביחס להתחייבות לעשייה או להימנעות מעשייה — שלרוב הדעות אינה תופסת — יש המבחינים בין התחייבות לבין חוב של פירעון[298]. מכאן עולה לכאורה שהכול מסכימים לדבריו של נימוקי יוסף, הנזכרים לעיל. אולם המפרשים עוררו שאלה קשה מהלכה הנוגדת לכאורה הלכה זו הנוגעת לשכר עבודה.

[292] מה ע"ב. ראה לעיל, פרק שלישי, הערה 3. וכן נפסק להלכה: רמב"ם, הלכות מכירה, ו, ד; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רג, סע' ד.

[293] ראה הרי"ף, ב"מ כז ע"א (בדפי הרי"ף), והמאירי לב"מ שם.

[294] נציין שדין זה לא נזכר בטור ובשו"ע, אך הביאוהו מחנה אפרים, הלכות דבר שלא בא לעולם, סי' ג, ונתיבות המשפט שם, סי' רג, ס"ק ז, ושם מדובר גם בחפץ מסוים, ולא רק בסוג מסוים, כגון כור חיטים.

[295] ראה פרק רביעי, ליד ציון הערה 99.

[296] ראה שם, ליד ציון הערה 134.

[297] ראה לעיל, הערות 244, 247. אמנם הם רואים גם בהתחייבות שנעשתה בקניין סודר התחייבות שבאה בתמורה. עיין שם.

[298] ראה פרק שישי, ליד הערות 44, 184.

2. פירעון שכר עבודה בדבר מסוים

הגמרא בעבודה זרה אומרת שדין אתנן זונה (פסול קרבן של טלה שניתן לזונה כאתנן) חל רק אם זכתה הזונה בטלה לפני הביאה. הגמרא מקשה על דין זה מן הברייתא האומרת: "ורמינהו. בא עליה ואח"כ נתן לה... אתננה, אסור". והיא מתרצת שדין זה נאמר בשאמר "התבעלי לי בטלה זה", ואז קדמה הנתינה לביאה, אף אם למעשה מסרו לה לאחר הביאה. והגמרא שואלת: כיצד זכתה הזונה בטלה קודם? "הא מחסר משיכה". והיא מתרצת מה שמתרצת[299]. ומתקשים הראשונים בדברי הגמרא, שלכאורה עולה מהם שיש צורך במשיכה: הרי נותן לה את הטלה בשכר פעולת הביאה, ולמה צריך משיכה? ומדוע לא יהא קנוי לה הטלה כשכר הביאה? מכאן מוכיח רבנו תם[300] שהתחייבות מי ששכר פועל לשלם לפועל את שכרו בדבר מסוים דווקא, אינה תופסת. וכך אומר שם הרא"ש[301]: "קשה לן. הא שכר פעולה לא בעי קניין, דפועל העושה עם בעה"ב, קנה שכרו, וביאה דבר שנותנים עליו שכר הוא, ואמאי לא נקנה לה הטלה בביאה? מכאן נ"ל לדקדק, דהאומר לפועל: עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ זה בשכרך, יכול ליתן לו דמי החפץ בשכרו, ודאי נתחייב לו החפץ או הדמים, אבל גוף החפץ א"א לו לקנות אלא במשיכה".

יתר על כן, הר"ן (על הרי"ף, ע"ז ל ע"ב, בדפי הרי"ף) אומר שגם אם לא התחייב לדבר מסוים, אלא לסוג מסוים, כגון שישלם חיטים, יכול לחזור בו ולשלם כסף, אף על פי שגם הר"ן מוסיף: "אבל מ"מ נראה שחייב ליתן לו דמיו, שאעפ"י שגוף הדבר לא נקנה, מ"מ הרי מתחייב השוכר בשווי ששוויו בכלל עצמו הוא, והרי הוא לענין זה כשאר כל השוכרין שפסקו דמים"[302]. אם כי מהר"ם ברבי ברוך מרוטנבורג נוטה להסתייג מדין זה, כמובא להלן, הרי הוא הובא להלכה על ידי הרמ"א[303].

מכאן נובע לכאורה, שהחיוב לשלם בחפץ ידוע אינו תופס. ואם אמנם כן הוא, יש לפנינו הוכחה נוספת לחולשת ההתחייבות. מלבד אפשרות הקנאת חפץ, ההתחייבות אפשרית רק על ידי שעבוד נכסים. אין להתחייב על הקנאת חפץ מסוים. ואם נרצה לבסס התחייבות זו על הסכמת המתחייב כשלעצמה, הרי יש בזה משום קניין דברים. אולם כבר ראינו שהתחייבות זו מוכרת כמעט על דעת הכול[304], ויש לחפש הסבר אחר

[299] עבודה זרה סג ע"א. תירוץ הגמרא הוא: מדובר בזונה נכרית, שקניינה הוא בכסף, ובנידון דידן בשכר הביאה; או מדובר בישראלית, והטלה היה מונח בחצרה כאפותיקי, ונחלט לה לאחר הביאה.

[300] הובא בשו"ת מהר"ם בר' ברוך, דפוס פראג, סי' קסה. וכן היא דעת הרבה מן הראשונים על הגמרא שם. ראה: ראב"ד, רשב"א, ריטב"א, מאירי, נימוקי יוסף. וכן הוא בחידושי הריטב"א החדשים לב"מ מח ע"א.

[301] פרק ה, אות ב.

[302] ומסיים שם הר"ן: "וזה נראה עיקר, אע"פ שהרשב"א מספק בדבר". ראה להלן, הערה 311.

[303] חו"מ, סי' שלב, סע' ד.

[304] ראה לעיל, ליד ציון הערה 81 ואילך. מכאן ברור שאם היה השוכר מתחייב בקניין במפורש לפרוע בחפץ מסוים, הייתה התחייבותו מועילה, ואינה פחותה מסתם התחייבות בקניין לתת חפץ לפלוני. בעל משאת משה, חו"מ, סי' כה, דן בהתחייבות בלשון זו, ועל סמך דברי מהר"ש

לביסוסה של זו. האחרונים עמדו על הסתירה בין שתי ההלכות, ומצינו שלוש גישות ביישוב הסתירה:

א. העקרון הראשון, של נימוקי יוסף, הוא הנכון. היינו, ההתחייבות לפרוע בחפץ תופסת, ויש לדחות את דברי הרא״ש וסיעתו. כבר הזכרנו שמהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג חולק על דעה זו, והוא דוחה את הראייה מן הגמרא בעבודה זרה[305]. לכאורה אפשר לומר שלעולם ההתחייבות תופסת, אלא שכדי שיחול דין אתנן על הטלה, לא די בחיוב למסור את הטלה, ולא זכתה בגוף הטלה עד שמסר אותו לה אחרי הביאה[306]. ואולי אפשר לומר שאף הרא״ש וסיעתו סוברים שהתחייבות מפורשת להקנות נכס תמורת עבודה מועלת, אלא שבסתם הסכם עבודה, השוכר מתכוון להקנות את החפץ לפועל, ולא להתחייב[307].

ב. יש דעה חריגה, הפוכה לזו, ולפיה העיקרון של הרא״ש וסיעתו הוא הנכון. כך גם ביחס למיקח — החיוב לשלם בחפץ ידוע אינו חל, ודלא כדעת נימוקי יוסף הנזכרת בסעיף הקודם. אשר לראיה מן הגמרא בבבא מציעא, שערי תירוצים לא ננעלו[308].

הלוי (הערה 260) ומקורות נוספים שניתן להתווכח עליהם, אינו מסתפק בסתם התחייבות בקניין לפרוע. עיין שם.

[305] ראה תשובתו (לעיל, הערה 300). דחיית המהר״ם אינה ברורה כל צורכה, וכבר עמד על כך קצות החושן, סי׳ שלב, ס״ק ד. אחד מן האחרונים, ר׳ דוד פאפו, בתשובותיו, פני דוד, חו״מ, סי׳ כב, טוען שיש עוד מן הראשונים המסכימים לדעת המהר״ם, ואף פוסק למעשה כמותם. יתר על כן, הוא אומר שאף על פי שעבודת הפועל נחשבת ככסף, כמבואר בסמוך, יש לפנינו מקרה חריג, שבו לא גזרו גזרת חכמים, וחל דין תורה, שהכסף קונה מיטלטלין, ואם כן החפץ קנוי לו לפועל. עיין שם. ועדיין יש לדון בהסתמכותו על הראשונים (ראייתו מרש״י, ב״מ קיח ע״א, ד״ה אין, אינה מוכחת — ראה ר״ן על הרי״ף, ע״ז ל ע״ב, בדפי הרי״ף). ואכמ״ל.

[306] בסוף פרק זה נעסוק במשמעות ההתחייבות להקנות דבר מסוים, ונראה אם יש בה ״חפציות״ ומה מידת ה״חפציות״ שבחיוב. אך בין כך נראה מן הגמרא שם (ראה לעיל, הערה 299) שאף שאין צורך בקניין ממש, ודי בזכות אפותיקי שלה כדי שייחשב הטלה כאתנן, שהדברים אמורים רק כשהוא מצוי ברשותה (ראה רש״י, שם, ד״ה ואי. אולם עיין בתוספות, ב״ק ע ע״ב, ד״ה אילו. וצריך עיון). ועיין עוד בדברי הגמרא, ע״ז סג ע״ב: ״כיון דלא מייחד שעבודיה, לא מיתסר״. ראה רשב״א ומאירי שם. הסבר הריטב״א שם נרמז להלן (ליד ציון הערה 316). אף משו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ שב, משמע שההתחייבות תופסת, אלא שאם לא זכתה בטלה, אין בדבר איסור משום אתנן, אך לא ברור מדברי הרשב״א אם חייב למסור לה אותו טלה דווקא אם לאו.

[307] וכן נראה לי לפרש את תשובת המהרי״ט, ח״ב, חו״מ, סי׳ כג. אמנם קצות החושן מפרשה באופן אחר. ראה להלן, הערה 311. וראה עוד פד״ר ט, 16, 37.

[308] מחנה אפרים (לעיל, הערה 294) מביא דעה הדוחה את הראיה מב״מ מה ע״ב בדוחק רב. עיין שם. אולי יש לדחות את דבריו ולומר שהתחייבות הקונה מחייבת רק ביחס לסוגים שונים של כסף, אך לא ביחס לסוג החפץ, ובעיקר לא בחפץ מסוים, משום שאז יש צורך בהקנאה. וראה עוד בחוות דעת, יו״ד, סי׳ קסא, חידושים, ס״ק א, הנוטה שלא לקבל את דברי נימוקי יוסף, אם כי בספרו נתיבות משפט לחו״מ, הוא מקבל את דבריו, כנזכר לעיל (הערה 294). נציין עוד שהסבר זה מתרץ את דברי נימוקי יוסף (ראה לעיל, הערה 300), הסותר את עצמו.

ג. הגישה המקובלת על דעת האחרונים[309] היא ששני העקרונות נכונים, אך יש להבחין ביניהם. כלומר, לעולם צודק נימוקי יוסף באמרו שמשיכת הקונה את החפץ מחייבת אותו לשלם, כפי שהתנה, אלא שהרא״ש אינו מדבר במשיכת חפץ אלא בשכר פעולה. פעולת השכיר נידונית כמתן כסף, והרי זה כאילו שילם העובד כסף לשוכרו, ומכיוון שהכסף אינו קונה מיטלטלין, יכול השוכר לחזור בו ממתן החפץ המוסכם[310].

הסבר זה מעורר הרבה קשיים. מה משמעות הסכם שכר הפעולה? לכאורה אפשר לומר שהכסף אינו קונה, ולפיכך לא נוצר חוזה. כלומר, השוכר יכול לחזור בו מן החוזה מכול וכול. אין זה אומר שהוא פטור מלשלם את שכר הפעולה, שהרי בחוזה שנתבטל יש להחזיר את מה שקיבל; וכאן, כשקיבל שירות או עבודה, עליו להחזיר את השיווי, ובוודאי לא גרע הפועל מן היורד לשדה חברו ברשות, והוא זכאי לשכר המקובל בשוק. לפי זה, לא ישלם את דמי החפץ המובטח, כי אם שכר ראוי[311]. אולם כבר הראה בעל קצות החושן[312] שהרא״ש והר״ן והרמ״א אינם הולכים בדרך זו, שכן הם אומרים כי השוכר משלם את שיווי החפץ שהסכים לתת. מכאן שהחוזה תקף, וצריך אפוא להסביר שיש לפנינו חוזה מיוחד. כלומר, הסכם השכירות מחייב אמנם לשלם את הערך המוסכם, אך לאו דווקא בחפץ המוסכם, משום שאנו רואים את הפעולה כמתן דמים (כסף), ולא כהקנאת מיקח המחייבת לתת את התמורה המוסכמת דווקא[313].

אם אמנם נחשבת הפעולה כמתן מעות, נוטים האחרונים לומר שאם יחזור בו השוכר ממתן החפץ המוסכם, יקבל ״מי שפרע״[314], אלא שדבר זה דחוק, ואין לכך רמז

[309] ראה: תרומת הדשן, שו״ת, סי׳ שיא; קצות החושן; נתיבות המשפט; מחנה אפרים (נזכרים לעיל, הערות 294, 305). להלן נעמוד על ההבדלים בין הסבריהם. וראה עוד הריטב״א (מובא להלן, הערה 316).

[310] לפי זה, נראה שהוא הדין לפירעון הלוואה בחפץ מוסכם. וכן עולה מראיית הריטב״א מן הגמרא בב״מ מח ע״א, המדמה שכר שכיר לפירעון הלוואה.

[311] אם כי הרשב״א מהסס בחידושיו לע״ז שם (וראה עוד לעיל, הערה 302), הוא נוטה לקבל דעה זו, וכן הוא במאירי. קצות החושן, סי׳ שלב, ס״ק ד, הבין כך את תשובת המהרי״ט, ח״ב, חו״מ, סי׳ כג, אולם לעיל פירשתי את דבריו באופן אחר (הערה 307). ואם כן, ייתכן שחייב לשלם שיוויו של החפץ. נציין עוד שהרשב״א מוסיף שיש להתחשב גם בטרחתו של הפועל. עיין שם.

[312] ראה בהערה הקודמת.

[313] ייחודו של חוזה זה מתבטא לדעת קצות החושן שם גם בעובדה שהשוכר יכול לכפות את הפועל לקבל דווקא את אותו החפץ בשכרו. נראה שקצות החושן לא ראה את דברי הרשב״א, האומר ששניהם יכולים לחזור בהם. אמנם עדיין טוען בעל ראשי בשמים, סי׳ פה, כי כשהפועל חוזר בו, לא יקבל אלא שכר ראוי. אך נראה לי שהדבר אינו מוכרע. וכן משמע מ״פני דוד״ (נזכר לעיל, הערה 305) שאין הבדל בין השוכר ובין הפועל. עיין שם. מאידך גיסא, קצות החושן נוטה לומר שהחפץ הוא באחריות השוכר, ולא ייפטר מאחריות זו אם נשרף החפץ או אבד. אך נתיבות המשפט, סי׳ שלב, ס״ק ה, טוען שהוא כאפותיקי מפורש, ואם נשרף — פטור. וראה עוד נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סי׳ כח.

[314] ראה קצות החושן, נתיבות המשפט ומחנה אפרים (לעיל, הערה 294). האריך בשאלה זו בעל

בראשונים שהזכרנו. ועוד, מה הדין אם החפץ המוסכם הוא קרקע, שנקנית בכסף? בעל "ערוך השולחן"[315] מצדד לומר שאכן תקָנה הקרקע, ואף זו הלכה מחודשת, שלא נזכרה בראשונים.

אולם לגופו של עניין, נראה לי שיש קושי בראיית הפעולה כמתן דמים ותו לא. במיקח וממכר יש מוכר וקונה, ונשוא המיקח עומד במרכז, וכנגדו מתחייב הקונה לשלם דמים. ביחס לשוכר ולפועל, מסתבר שהשוכר עומד במקום הקונה והפועל במקום המוכר, שהרי הוא מוכר את תוצרת עבודתו. נשוא החוזה הוא השירות או העבודה, וכנגדו מתחייב השוכר בדמים. אם כן, קשה לראות את הפועל כמשלם דמים תמורת דמים. כבר ראינו בדברי הרא"ש, ונחזור לדון בהם להלן, ששכירות פועלים מחייבת אף בלא קניין. נראה אפוא שהעבודה היא כמיקח שהועבר לקונה, והיא מחייבת שיתן השוכר תמורתה.

ייתכן שבשאלת האתנן, נחלקו הראשונים. הריטב"א[316] סבור ש"הטלה הוא הנקנה, ובעי משיכה, ואין הביאה אלא כדמים". נראה שדעת הריטב"א תואמת את הסבר האחרונים שהזכרנו, שהביאה ופעולת השכיר הן כמתן דמים, ותו לא. ואכן הריטב"א מסביר שם כי במקרה הפוך, משיכת מיקח מחייבת לשלם באופן המוסכם דווקא.

לעומת זאת, המאירי[317] סבור כי "האתנן הוא הדמים, והוא נקנה בביאה, ואין הביאה נקנית בו". מכאן נראה גם שהפעולה היא המיקח והיא מחייבת בדמים. ואם כן, חוזרת השאלה: מה בין זה לבין משיכת מיקח המחייבת לשלם באופן המוסכם דווקא? יתר על כן, התחייבות לתשלום יכולה להיווצר על ידי קניין או שטר, כמבואר בפרק הקודם, אך ודאי שהיא נוצרת גם על ידי קבלת הלוואה[318]. אם כן, מדוע התחייבות לשלם בחפץ, היכולה להיווצר על ידי קניין, אינה יכולה להיווצר על ידי קבלת התמורה, אם שירות אם עבודה[319]? סוף דבר, הלכה זו טעונה בירור נוסף, אך על כל פנים היא מעידה לכאורה על חולשתו של חוזה העבודה, כפי שנביא עוד להלן, בפרק השביעי[320].

ראשי בשמים, סי' פד. נתיבות המשפט, שם, נדחק לומר שהלכת הרמ"א עוסקת בשוכר שרק הבטיח לתת, "דאתן לאו קניין הוא", ואם כן אין כאן דין "מי שפרע", אך הבחנה זו אינה עולה מפשט דברי הראשונים בסוגיית ע"ז שם.

[315] חו"מ, סי' שלב, אות יג. עיין שם.

[316] בחידושיו לע"ז סג ע"ב, ד"ה כתב.

[317] בית הבחירה, ע"ז סג ע"א, ד"ה נתן לה. וראה שם בהערת המו"ל, האומר שכך סבר לומר החתם סופר בחידושיו לע"ז שם.

[318] ראה: מאירי, כתובות קא ע"ב, ור"ן על הרי"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הרי"ף). וראה עוד פד"ר ו, 248.

[319] ראה: חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סי' ט, ס"ק א-ד; טבעת החושן על קצות החושן, סי' רג, ס"ק ד; ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 124.

[320] לסיכום העניין, ראה עוד: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, תל־אביב תשכ"ט, עמ' 373.

3. תשלום דמי חכירה בפירות עתידיים

שאלה דומה קיימת גם ביחס להסכמי חכירת שדה. ההלכה מבחינה בין האריס — המקבל את השדה למחצה, לשליש ולרביע — לבין החוכר, שמשלם שכר קצוב; ואף כאן יש להבחין בין השוכר, שמשלם במעות, לבין החוכר, המשלם בפירות[321]. על החוזה של החוכר, נשאלת השאלה: כיצד הוא חל על פירות מסוג מסוים, ואפילו לא באו לעולם או שלא באו לרשותו[322]?

בעל קצות החושן[323] אומר שחוזה החכירה חל מדין התחייבות שחלה אף על דבר שלא בא לעולם, כאמור לעיל. מכאן הוא מוכיח שהתחייבות זו היא מוחלטת, ואינה ניתנת לחזרה. זאת בניגוד לדעת נתיבות המשפט, המובאת להלן, בסוף הפרק. לפי זה, נראה לי שיש מכאן ראיה לדין שפסק נימוקי יוסף בדבר חוזה לפרוע בדבר מסוים[324]. אף כאן מסתבר שאין התחייבות מפורשת. כלומר, לא היה קניין על דרך הפירעון, אלא קבלת השדה בחכירות מחייבת לשלם באופן המוסכם.

אמנם יש לזכור שלפי ההבחנה בין חוב הנובע מחוזה ריאלי לבין התחייבות[325], שנזכרה לעיל, אין מכאן ראיה לאפשרות של התחייבות בדבר שלא בא לעולם, וייתכן שאף קושיית קצות החושן על נתיבות המשפט מתורצת.

נציין עוד שהחזון איש[326] דן בעוד שני הסברים אפשריים לחוזה זה, דהיינו חכירות על תנאי ושיור בחכירות. עיין שם.

עניין אחר שיש בו לכאורה התחייבות חוזית לצד עסקה ריאלית הוא שכירות סתם, היינו: השכרת חפץ מסוג מסוים, כשתנאי מכללא ביניהם, שאם ייפגע נשוא השכירות העכשווי, המשכיר חייב להעמיד לשוכר תחליף. משום אריכות הדברים, נייחד לעניין זה את נספח א שבסוף הספר.

ה. למשמעותה המשפטית של ההתחייבות

לאחר שההתחייבות להקנאה, חיוב ושעבוד הגוף שמקבל אדם על עצמו להקנות זכויות בנכסים לחברו, הפכה למוסד משפטי מוכר ומקובל, ואף ביחס לדבר שלא בא לעולם, התעוררו הרבה שאלות באשר למשמעותה המשפטית של התחייבות זו. לפנינו מוסד משפטי העומד בין הבטחה שיש לה רק תוקף מוסרי לבין הקנאה ממש: מחד גיסא, קם חוזה, יש "יצור משפטי"; ומאידך גיסא, הוא לא נגמר, והוא דורש המשך וביצוע.

[321] ראה: משנה, ב"מ ט, א-י; רמב"ם, הלכות שכירות, ח, א.
[322] ראה משנה, ב"מ ט, ז (קו ע"ב).
[323] משובב נתיבות, סי' ס, ס"ק י.
[324] ראה לעיל, ליד ציון הערה 292.
[325] ראה לעיל, הערה 295.
[326] חו"מ, ליקוטים, סי' כ, ב"מ קו ע"ב.

מה הן זכויות הצדדים וחובותיהם בינתיים? ברור שיש להבחין בין התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם ולרשותו לבין דבר שקיים ברשותו, וכן יש להבחין בין דבר מסוים רק במינו (כ"בית סתם") לבין דבר פרטי ידוע (כ"בית זה"). נציג כעת את השאלות שנדון בהן בהמשך הפרק.

א. אפשרות חזרה. שאלה זו קיימת רק ביחס לדבר שלא בא לעולם. האם החוזה חל מיד על גופו ונכסיו? או שמא עד שלא הגיע לידו מושא התחייבות, יכול הוא לחזור בו?

ב. ירושת החיוב. מה הדין אם מת המתחייב לפני הביצוע? האם חייבים בניו? והאם יש להבחין בזה בין דבר שלא בא לעולם לבין דבר שברשותו?

ג. אחריות אונסין (סיכול). האם אחראי המתחייב לביצוע ההתחייבות שסוכלה על ידי פגיעת אונס בנשוא ההתחייבות? נניח שנשוא ההקנאה הוא פירות דקל, ואותו הדקל לא יצמיח את הפירות שהתחייב המקנה לספקם, האם משועבדים נכסי המתחייב להקנאת פירות אחרים או דמיהם? שאלה זו קיימת גם ביחס לנשוא התחייבות שברשותו, שאבד באונס, כגון שהתחייב למכור את ביתו, ונפל הבית.

ד. ביצוע החוזה והפרתו. האם מוטלת על המתחייב חובת ביצוע? אם נאמר שאינו יכול לחזור בו, האם הוא חייב לרכוש אותו דבר שאינו בעולם, או שדי בציפייה שיגיע הדבר לידו? וביחס לדבר שברשותו, האם כופים אותו לקיים את החוזה? ומה הדין אם הפר אפשרות הביצוע, כגון שהתחייב למכור את ביתו לפלוני, ומכרו לאחר או השמיד את נשוא ההתחייבות?

וכרוכה בזה גם השאלה: מה הן זכויות הצדדים בחפץ נשוא החוזה בינתיים? מי הם בעליו? ביחס לקידושי אישה, לאיסור חמץ וכיוצא בזה. להלן, בנספח ה, נעמוד על השפעת תשובתנו לעניין ריבית. מכיוון שבגמרא לא נזכר במפורש מוסד זה, חוץ מן ההתחייבות לתשלום, כאמור, ואדרבה, סוגיית קניין דברים מצמצמת את אפשרותו של האדם לחייב את עצמו במעשה עתידי — לא נמצא בגמרא דיונים בשאלות אלו, כי אם ביחס להסכם עבודה שיש לו אופי משלו, כמבואר להלן, בפרק השביעי. הדיון מתחיל אצל הראשונים, אך הם הניחו מקום רב לאחרונים להתגדר בו, וכבר עמדנו על העובדה שהתחייבויות מעין אלו החלו להיות נפוצות בסוף תקופת הראשונים. מחוסר מקורות ברורים בעניין זה, נאמרו בו הרבה סברות, וקיימים חילוקי דעות מהותיים בעניין, וקשה לנו לקבוע בו עמדה ברורה ומוסכמת. השאלה המרכזית, שמסתעפות ממנה חלק מהתשובות, היא שאלת הזיקה החפצית: האם יש לפנינו חיוב אישי "טהור"? או שמא יש גם זיקה חפצית, אם בשעבוד הנכסים ואם לנשוא ההתחייבות עצמו?

1. שעבוד נכסים בהתחייבות

מדברי הרבה מן הראשונים, משתמע שיש תלות בין התחייבות הגוף ושעבוד הנכסים, כפי שעולה בפשטות מסוגיית קניין דברים. ההתחייבות צריכה לחול על דבר ממשי,

נשוא החוזה או שעבוד הנכסים, ולא להיבנות אך ורק על הבטחת המתחייב. נפתח בדברי הראשונים, שנזכרו לעיל.

התוספות בכתובות, בתחילת פרק חמישי[327], דנים בהתחייבות החתן לשלם סכום שאין לו, ואומרים שהחתן "משעבד גופו לזה החוב מעתה, ולכשיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה, ואין זה קניין דברים". כאמור בפרק הקודם, ניתן להבין שאין כאן שעבוד הגוף בלבד, אלא ההתחייבות חלה על גופו ועל נכסיו שיבואו לרשותו. אמנם ראינו שם כי יש שהבינו שכוונת התוספות היא לחיוב הגוף בלבד, אלא שממילא משתעבדים הנכסים.

וכבר האריך הרמ"ה בעניין ההתחייבות בתחילת מסכת בבא בתרא[328], ונצטט שוב חלק מדבריו. מסוגיית קניין דברים בתחילת בבא בתרא, הוא מסיק: "דלא מהני קניין אלא היכא דקנו מיניה אגופא דממונא. אבל היכא דקנו מיניה למעבד הקנאה... לא משתעבד לאקנויי, דהוה ליה קניין דברים". ובהמשך דבריו: "קנו מידו שחייב לתת כך וכך או לבנות או לזון, מסתברא דלאו קניין דברים... לאו אנתינה גופא קנו מיניה, אלא גופא דממונא דמחייב למיתב ליה כך וכך ממון. ועוד, דכיון דקנייה לממונא גביה, איחייב למיתביה ניהלה... לאפוקי קניין להקנות או לחלק, שאין הדבר מתקיים בקניין זה עד שיחלוק או עד שיקנה לו בהקנאה אחרת". כלומר, רק חוזה שמקנה לצד השני זכות בגוף הממון מעכשיו חל, אך לא חוזה אישי שמחייב להקנות בעתיד. ועדיין לא ברור מהי בדיוק זכותו של הצד השני עתה, פרט לקבלת הבטחה. אולם בהמשך דבריו הוא מזכיר לא רק "קא מחייב נפשיה", אלא גם "דשעביד נכסי להכי".

הרמב"ן מדבר בתשובותיו[329] על שתי דרכים, הקנאה והתחייבות, ואומר על ההתחייבות: "שהאדם משעבד לחברו נכסיו בחוב... וכותב לו: מחייב אני לך עצמי במנה זו, ובזה כל נכסיו משועבדים". ואם שם מדובר בהתחייבות לתשלום, הרי במקום אחר[330], כשהוא דן בחוזה להקנאת דבר שלא בא לעולם, הוא אומר: "והנותן או מוכר מה שעתיד לקנות, וקבל על נכסיו אחריות להעמידה בידו, חייב להעמיד; ואם לאו, גובה מהן מדין האחריות. והוא שכתב: דאקנה באחריות... שיכול אדם לחייב עצמו באחריות שאינו חייב בה". משמע שקבלת האחריות על נכסיו הופכת את העסקה להתחייבות שחלה על גופו ועל נכסיו שיהיו אחראים לביצועה[331].

[327] נד ע"ב. נזכר לעיל, פרק רביעי, הערה 33. ועיין שם, הערה 37.

[328] יד רמה, ב"ב, פרק א, אות כו (לעיל, הערות 7, 40, 81).

[329] סי' ט (לעיל, פרק רביעי, הערה 63).

[330] סי' לח (נידון לעיל, סוף פרק רביעי, הערה 159; פרק זה, הערה 234).

[331] דברי הרמב"ן, "גובה מהן מדין האחריות", ניתנים להתפרש בשתי דרכים. האחת, הכוונה לנשוא ההתחייבות שקנאו לאחר עריכת החוזה, ולפי זה חל השעבוד על נשוא ההתחייבות עצמו, ואפילו מוכר אותו לאחר, יוציאו ממנו. אלא שבנידונו, שנשוא ההתחייבות לא היה דבר קצוב ("מה שעתיד לקנות"), ייתכן שלא יגבה מן הלקוחות. עיין שם בסוף התשובה.
אפשרות שנייה היא שהכוונה לנכסים המשועבדים (ולכן נאמר בלשון רבים, "גובה מהן", בניגוד ללשון יחיד, "להעמידה", ביחס לנשוא ההתחייבות), שיגבה מהם אם לא יבצע את ההתחייבות (וראה פרישה, חו"מ, סי' ס, ס"ק י: "אחריות נקרא כשמשעבד כל נכסיו על קיום החוב"). ולפי

אף הרשב״א, בתשובתו הידועה[332] על אפשרות ההתחייבות בדבר שלא בא לעולם, דן במי ״שחייב עצמו ליתן לחבירו כל מה שירוח... ושעבד לו בקניין גמור כל נכסיו״. במקום אחר דן הרשב״א במי שרוצה להקנות נכסים לא מסוימים לבניו, מהיום ולאחר מיתה, ואומר: ״ואין לו תקנה בזה, אלא בחיובין... שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו ולאחר פטירה״[333].

כיוצא בזה מצינו ביחס ל״שכירות סתם״. וכך אומר הרשב״א[334] ביחס למשכיר חמור להובלה, ומת החמור באמצע הדרך, שהוא חייב להשכיר לו חמור אחר: ״הרי זה כאילו נשתעבד בכך מחמת אחריות להעמיד לו חמור אחר... כך משעבד עצמו בחמור סתם באחריות על כל נכסיו״[335].

וכעין זה מצינו ברא״ש שם[336]: ״במשיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד אותו מקום״. שוב מדובר כאן בשעבוד נכסים ולא בשעבוד הגוף בלבד. בעניין אחר, כשהרא״ש מזכיר את ההלכה ״מתנה שומר חנם להיות כשואל״ (ב״מ צד ע״א), הוא אומר[337]: ״ולא דמי שומר חנם שמתנה להיות כשואל... ויכול הוא לשעבד נכסיו ולחייב עצמו בשמירה כדין שואל״. משמע שהחוזה חל על שעבוד הנכסים לחוב, ולא על פעולת השמירה כשלעצמה[338]. התבטאות דומה, אך מפורשת יותר בכיוון זה,

זה, גם בהמשך מדובר בגבייה מלקוחות שקנו את הנכסים המשועבדים, ולא בנשוא ההתחייבות עצמו. ועיין בנודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סי׳ כה-כח, מה שכתבו המחבר וחתנו בביאור תשובת הרמב״ן. אולם ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 165, מה שהבאנו בשם פרופ׳ ב׳ ליפשיץ בהסבר שיטת הרמב״ן.

[332] ח״ג, סי׳ סה (לעיל, הערה 239).

[333] בתשובותיו, ח״ג, סי׳ קיח. נזכר להלן פרק עשירי הערה 119. וראה עוד ח״א, סי׳ תתקע, ביחס להתחייבות למזונות: ״והקנה לו עצמו ונכסיו״.

[334] שיטה מקובצת, בשמו, ב״מ עח ע״א. ראה להלן, נספח א, ליד ציון הערה 15.

[335] הרשב״א מבחין שם בין ״חמור זה״, שהוא כאפותיקי מפורש, לבין ״חמור סתם״, שהוא כאפותיקי סתם, ומשום כך חייב להעמיד לו חמור אחר מדין האחריות. ייתכן לומר כי מכיוון שמדובר כאן בעסקה ראלית של שכירות, רואה הרשב״א את הצד החוזי כנובע מאחריות הנכסים שקיבל עליו. אבל לעולם ייתכן גם חוזה אישי, התחייבות הגוף, להשכיר חמור, בלא תלות בשעבוד נכסים (ועיין בשאלת הרשב״א, בנספח א, הערה 19; וכן משמע בחזון איש, בנספח שם, הערה 22; עיין שם). אך אפשר לפרש בכוונת הרשב״א שכל חוזה להעמיד לו דבר שאינו בעולם זקוק לשעבוד נכסים. וכן נראה מפירוש תלמיד הרשב״א, שיובא להלן, ליד ציון הערה 340.

[336] בפסקיו, ב״מ, פרק ו, אות י; להלן, נספח א, הערה 16. וראה עוד בתשובותיו, כלל פ, סי׳ ח: ״כל תנאי שבממון, קיים. כי כל מה שאדם מקבל עליו ועל ממונו צריך לקיים״.

[337] בתשובותיו, כלל פח, סי׳ ב. וראה עוד רש״י, ב״מ נח ע״א, ד״ה בשקנו מידו (לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 28).

[338] וכן יש לפרש את כוונת התוספות, ב״ב ג ע״א, ד״ה קנין דברים. וכן הוא בתוספות בכתובות (הנזכר לעיל, הערה 327), אלא ששם מחדשים התוספות כי לא צריך שיהיו לו כבר עכשיו נכסים. אולם ראה שיטה מקובצת, בשם תלמיד רבנו פרץ, ב״מ צד ע״א, שמדמה את השומר לפועל. ואכן לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 37, הבאנו דרך שנייה להבנת התוספות, שהשעבוד חל על גופו בלבד. וראה להלן פרק שמיני.

נמצא בדברי הר״ן בסוף מסכת בבא מציעא בעניין ״עלייה סתם״. לאחר שהוא מסביר שהקניין יכול לחול על עלייה הנמצאת ברשותו דווקא, הוא אומר שאם אין לו עלייה, ״לא מצי לאישתעבודי, שאין אדם מקנה מה שאינו שלו, אלא אם כן שעבד נכסיו בפירוש״[339]. משמע שכל חוזה להקנאת דבר שלא בא לעולם, תלוי בשעבוד נכסים.

וכן הוא הדבר בפירוש תלמיד הרשב״א[340], המסביר את שיטת הרשב״א ביחס לשכירות ״חמור סתם״: ״ונראה שדעתם לומר שנכסיו הוא שמשעבד לו, שיהא חייב לקנות לו חמור, ועל נכסיו הוא שחל השעבוד״.

הרשב״ש[341] דן בעניין בעל שקיבל על עצמו שאם יעתיק את דירתו בלא הסכמת אשתו, יפרע לה את כתובתה נוסף על בגדיה שעליה. לאחר שהוא עוסק בשאלת ״קניין אתן״, הוא אומר: ״הלשון המחוור... שעבד עצמו ונכסיו בקניין גמור מעכשיו לפרוע״.

בפרק הבא, כשנדון בהתחייבות לעשייה, נראה שבדרך כלל אין הראשונים מכירים בהתחייבות לעשייה אם אין בה שעבוד נכסים.

מבין האחרונים, יש להביא תחילה את דברי המהרי״ט. אגב דיונו בהתחייבות אב להקנות לבנו את נכסיו שעדיין לא באו לעולם, הוא אומר[342]: ״וכדי שיחול החיוב על גופו, צריך לומר דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה, שיהיו באחריותו עד שיתנם. ואם אבדו, פורע לו ממקום אחר... שאם אי אתה אומר כן, אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבואו לעולם, ולא יהיו באחריותו, אם כן לא חל חיוב על גופו, והוה ליה כקניין דברים״. זאת אומרת, שנכסי המתחייב אחראים למילוי ההתחייבות, והם משועבדים כבר מעתה לצורך זה.

שניים מגדולי האחרונים נחלקו בשאלה זו: בעל קצות החושן[343] מסכים לדעת המהרי״ט, והוא מסביר באריכות שכל התחייבות כזו תלויה באחריות נכסים לביצועה; ואילו בעל נתיבות המשפט[344] חולק עליו, והוא סובר שזו התחייבות הגוף בלבד בלא

[339] חידושי הר״ן, ב״מ קטז ע״א (מובא להלן, נספח ראשון, ליד ציון הערה 33). יתר על כן, מדברי הר״ן משמע שצריך שיזכיר במפורש שעבוד נכסים, והוא אינו מזכיר אפשרות התחייבות הגוף בלא שעבוד נכסים. על כל פנים, ייתכן שדי להזכיר לשון התחייבות, שהוא נראה כשעבוד נכסים לשם ביצוע ההתחייבות. ועיין לעיל, ליד ציון הערה 18 ואילך. עוד נציין לאידך גיסא, שמדברי הר״ן משמע שדי בהזכרת שעבוד הנכסים כדי לראות בחוזה זה התחייבות, ולא מתעוררת שאלת ״מנה אין כאן, שעבוד אין כאן״. ואף מכאן יש ראיה לפירושנו בתשובת הרמב״ן (לעיל, הערה 330), שנידונה לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 166.

[340] ב״מ עט ע״א (מובא להלן, נספח א, הערה 15). אמנם בדברי ר״י מלוניל שם (שם הערה 21) לא נזכר שעבוד נכסים.

[341] בתשובותיו, סי׳ קיח. וראה שם, סי׳ קכב, ביחס להתחייבות למזונות: ״צריך שישעבד עצמו ונכסיו לזה״.

[342] בתשובותיו, ח״ב, חו״מ, סי׳ פא.

[343] ראה: חו״מ, סי׳ ס, ס״ק ז. וראה: משובב נתיבות, סי׳ ס, ס״ק י; קצות החושן: סי׳ רג, ס״ק ב; סי׳ רו, ס״ק א. ועיין אמרי בינה, הלוואה, סי׳ נא, שהביא ראיה מדברי יד רמה (לעיל, הערה 328) לשיטת קצות החושן.

[344] ראה חו״מ: סי׳ לט, ס״ק יז; סי׳ ס, ס״ק י; סי׳ רג, ס״ק ו; סי׳ רו, ס״ק א.

זיקה לשעבוד נכסים. בהמשך דברינו נבחן את הזיקה הקניינית לנשוא ההתחייבות עצמו, ונביא ביתר פירוט את דבריהם, כשנתייחס לשאלות שנתפרטו בראש הסעיף.

2. אפשרות חזרה

לכאורה עצם קיומה של ההתחייבות אומר שאי אפשר לחזור ממנה. בכל זאת יש דעות האומרות שמהתחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם, אפשר לחזור כל זמן שלא הגיע הדבר לרשות המתחייב. מה ההסבר לכך?

כזכור, יש המבססים את מוסד ההתחייבות על שעבוד "דאיקני"[345], היינו האפשרות שיש ללווה לשעבד לחובו נכסים שיקנה בעתיד. ביחס לדין דאיקני, נחלקו הדעות אם יכול החייב לחזור בו לפני שרכש את הנכסים מאחר[346]. ואם כך, אומר בעל "כנסת הגדולה"[347], שבמחלוקת זו תלויה גם השאלה: האם המתחייב יכול לחזור בו? מדברי נתיבות המשפט[348] משמע שהוא יכול לחזור בו.

שיטת נתיבות המשפט היא שאין אדם יכול להתחייב לרכוש לחברו דבר שאינו ברשותו — אלא אם כן הוא דמים או דבר המצוי בשוק — ומשמעות ההתחייבות היא כי לכשיבוא הדבר לרשותו יתן אותו לחברו. אם כן, בינתיים לא חל עליו חיוב, והוא יכול לחזור בו[349]. אף לדעה זו, אפשר שאם יאמר שהוא מתחייב "מעכשיו", לא יוכל לחזור בו[350].

[345] ראה: ספר התרומות, שער סד, ח"ב (לעיל, הערה 169).

[346] ראה: הגהת הרמ"א, חו"מ, סי' קיב, סע' א ונושאי הכלים. הדעה הראשונה (רשב"א) מדמה את שעבוד דאיקני להקנאת דבר שלא בא לעולם לפי ר' מאיר, ולר' מאיר יכול לחזור בו כל זמן שלא בא לעולם. ראה ב"מ סו ע"ב. וראה לעיל, ליד ציון הערה 153.

[347] חו"מ, סי' ס, הגהות בית יוסף, אות ס.

[348] סי' ס, ס"ק י; סי' שי, ס"ק ד. וראה עוד: ישועות ישראל (לר"י מקוטנא), חו"מ, סי' ס, עין משפט, ס"ק י, המסביר כי גרע כחה של התחייבות, כי בשעבוד דאיקני החוב עצמו הרי קיים, מה שאינו כן בהתחייבות, שיכול לחזור מעצם ההתחייבות (ואולי זו גם דעת נתיבות המשפט, סי' רט, ס"ק ד, שאין חוזר בשעבוד דאיקני).

[349] ועדיין צריך לעיין בדבר. אפשר להבין את סברת הרשב"א (לעיל, הערה 346) ששעבוד דאיקני הוא מעין הקנאה תלויה ועומדת, והיא ניתנת לחזרה. אך נשאלת השאלה: מה משמעות התחייבות זו? הרי עצם מושג ההתחייבות מורה על שעבוד הגוף, ואיזו משמעות יש לחזרה? ואולי יש לומר בדוחק שזו נתפסת כהתחייבות על תנאי — אם יבוא אותו דבר לרשותי, בלא שאחזור בי (התחייבות דומה נראה להלן, פרק עשירי, ביחס לצוואה, שהמצווה מתחייב לתת, אם לא יחזור בו עד מותו). אך לא נמצא רמז להסבר זה בדברי נתיבות המשפט, וגם מסברה יש לשאול: מדוע הוא מתנה כן ומניין לנו זאת? אכן מהר"א אלגזי, בעל שמחת יום טוב, סי' כב, סבור שאי אפשר לחזור משעבוד הגוף, אלא שכל מתחייב מתכוון בסתמא כי כשיבוא הנכס נשוא ההתחייבות לרשותו, יהא משועבד לחברו, ומשעבוד זה יכול הוא לחזור בו, כמו שראינו ביחס לשעבוד דאיקני. במקרה זה, תישאר התחייבות אישית בלא שעבוד אותו נכס, אף כשיבוא לעולם ולרשותו.

[350] ראה הגהות אמרי ברוך על הרמ"א, חו"מ, סי' קיב, סע' א (לעיל, סעיף ג, 3) כי זו דעת הרשב"א (שצוין לעיל, הערה 152), בניגוד לדעת התוספות, ב"מ טז ע"א (ד"ה קנויה), ביחס למקנה דבר

בעל קצות החושן ורוב האחרונים חולקים על דעה זו, והם אומרים בפשטות להפך, שהחיוב עדיף מן הקניין[351]. קצות החושן[352] אומר שהחיוב חל על גופו מיד, כמו שעולה מדברי התוספות בכתובות[353] ביחס להתחייבות החתן לתוספת כתובה. קצות החושן אינו מבחין בין התחייבות כספית (כתוספת כתובה) לבין התחייבות להקנאה, כפי שיבואר עוד להלן: בשתיהן החיוב בנוי על שעבוד הגוף והנכסים, אף אם אין לחייב נכסים עתה, ואי אפשר לחזור מן השעבוד.

3. ירושת החיוב

בהתחייבות לתשלום, משתעבדים הנכסים, ולכן גובים גם מן היתומים, כפי שראינו לעיל, בפרק השני. אף המתחייב בתשלום חדש דינו כלווה[354], אלא אם כן התחייב בנסיבות מיוחדות, ולא התכוון לחייב את יורשיו בכל חיוביו[355]. אמנם גם אם לא נשארו לו נכסים משועבדים, מצווה על היתומים לפרוע את חוב אביהם מדין מצוות כיבוד אב ואם, אך אין כופין מצווה זו[356].

בנידון שלנו נעסוק בהתחייבות להקנאה, והשאלה המרכזית היא: האם יש שעבוד נכסים, והחיוב אינו פוקע במות המתחייב? או שמא החיוב הוא אישי, ואינו עובר בירושה[357]? ושוב נחלקו הדעות: יש אומרים שהחיוב מותנה בשעבוד נכסים, וגובים מן היורשים שזכו בנכסים המשועבדים. וכך אומר קצות החושן שפשוט הוא שמי שהתחייב לתת דבר שלא בא לעולם, כמו חתן עני שהתחייב בכתובת אשתו על מאה ליטרות זהב, שגובים מיורשיו מן הנכסים שירשו. והוא הדין במי שהתחייב לתת פירות דקל לכשיבואו לעולם, ולא באו, ומת — שגובים את דמיהם מן היורשים[358]. לעומתו, נתיבות המשפט סבור שההתחייבות אינה חלה כל זמן שלא באו הפירות לידו, שכן

שלא בא לעולם לפי ר' מאיר. ואם כן גם ביחס לשעבוד דאיקני ההלכה כן. ועדיין צריך לעיין ביחס להתחייבות, אם נאמר כי כשהוסיף "מעכשיו" יש חיוב הגוף. ראה בהערה הקודמת ובנתיבות המשפט, סי' ריא, ס"ק ב. ועדיין הדברים צריכים עיון.

[351] וכן משמע מן הרמ"א, חו"מ, סי' רט, סע' ד. ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פ"ל ס"ה.

[352] סי' ס, ס"ק ז; משובב נתיבות, שם.

[353] לעיל, הערה 327.

[354] ראה: כתובות קא ע"ב ("מתו... היא ניזונית מנכסים משועבדים, מפני שהיא כבעלת חוב"); רמ"א, אה"ע, סי' נ, סע' ו; שו"ע, חו"מ, סי' ס, סע' ד; בית שמואל, אה"ע, סי' קיד ס"ק ז; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' מ.

[355] ראה למשל: רמ"א, אה"ע, סי' נא, סע' א; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כג; שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' לב.

[356] ראה: כתובות צא ע"ב; תוספות שם, פו ע"א, ד"ה פריעת (לעיל, פרק שני, א, 5).

[357] יש שמותו של המתחייב נידון כאונס לעניין ביצוע ההתחייבות. ראה: שו"ת ר"י מיגאש, סי' עג; רמ"א, אה"ע, סי' נ, סע' ו; להלן, הערה 364.

[358] סי' ס, ס"ק ז; משובב נתיבות, שם, ס"ק ז. ועיין עוד: פתחי חושן, קניינים, פרק יח, הערה לח (בשם משפט שלום, סי' רט); עמק המשפט, ח"א, תשובות קצרות, סי' ב.

אין הפירות מצויים בשוק, ואין בידו להביאם, וממילא אם מת קודם, פטורים היורשים[359].

אך גם כשבאו הפירות לעולם, או שהתחייב מלכתחילה על הקנאת נכסים שבעולם וברשותו, מצינו מחלוקת בפוסקים. אם התחייב לתת דבר מסוים וידוע, לדעת קצות החושן (להלן, הערה 367), ההתחייבות אינה תופסת כלל. אך אם החיוב אינו כה מסוים, וקיבל עליו אחריות נכסים, כגון שהתחייב למכור בית באחריות — שאם לא בית זה יתן את דמיו — אם מת, חייבים היורשים לקיים את החיוב, שכן הנכסים השתעבדו. אך לדעת נתיבות המשפט (שם) וסיעתו, אין חיוב זה משעבד נכסים, כמובא בהמשך דבריו. ואולם עדיין ניתן לומר — אף בדבר מסוים — שאותו הנכס, נשוא ההתחייבות, משועבד למקבל ההתחייבות. להלן נידונה שאלה זו בהקשר של הפרה — מכירת הנכס המשועבד לאחר. על כל פנים, בנידון דידן, יש אומרים שנשוא ההתחייבות עצמו ממשיך להיות משועבד ביד הבנים, והם חייבים להקנותו. כך עולה מדברי בעל "שמחת יו"ט" (לעיל, הערה 349) שאם התחייב להקנות דבר שלא בא לעולם, "אם באו לעולם בחייו, אף דלא הספיק המקבל לזכות עד שמת הנותן, ודאי חייבים היורשים ליתן, וה"ט דכיון דעיקר החיוב הוא על פירות אלו, תיכף שבאו לעולם חל השעבוד עליהם, אף דבשאר נכסיו לא חל שעבודא, דסתם מתחייב הוה ליה כמפרש דמשעבד הפירות כשיבואו לעולם לחיוב המוטל על גופו". וכן הוא הדין כשמתחייב על דבר שברשותו[360]. אמנם יש אומרים שחיוב על דבר מסוים הוא חיוב אישי, והוא אינו עובר בירושה. לפי זה, המתחייב למכור מכונית זו ומת, בנו אינו מחויב למכרה[361]. לעיל ראינו שיטה זו ביחס ל"קניין אתן" (לעיל, הערה 63). וראה להלן, פרק אחד־עשר, סימן ב, על חיוב אישי מכוח שבועה, שאינו עובר בירושה.

מאידך גיסא, יש אומרים שגם חיוב כזה עובר בירושה. אחד מן האחרונים[362] דן בעניין אישה שהתחייבה שלא לבנות בחצר יותר ממה שבנוי כבר, ונשאל: האם חייבים היורשים לממש את התחייבותה? המשיב סבור כדעה האומרת שבלשון חיוב אפשר להתחייב גם להימנעות מעשייה ובלשונו: גם בדבר שאין בו ממש, שכן הוא כאילו

[359] סי' ס, ס"ק י; כנסת הגדולה, חו"מ, סי' ס, הגהות בית יוסף, אות ס (לעיל, הערה 347); אה"ע, סי' נא, הגה"ט, אות א. אדרבה, אומר שם "כנסת הגדולה", שאף לדעה שבשעבוד דאיקני אינו חוזר, בירושה יודה שהחיוב פקע. בעל "שמחת יום טוב" (לעיל, הערה 349), מסביר לשיטתו שחיוב אישי בלא שעבוד נכסים אינו עובר בירושה.

[360] ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רמח (ושם: "שעבד עצמו ונכסיו"); שו"ת המבי"ט, ח"ב, סי' ריח; שו"ת תורת אמת (למהר"א ששון), סי' קלג; חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ל, סע' ד, ה. ואולי גם לדעת נתיבות המשפט, הסבור שהחיוב הוא אישי, היורש חייב. ראה להלן, הערה 362 והערה 374.

[361] ראה: שו"ת חוות יאיר, סי' צא (דבריו הובאו בפתחי תשובה, חו"מ, סי' רז, ס"ק יא). פתח הבית, סי' לח, סוף ענף א, הסתפק בדבר. המהרש"ך, ח"ב סי' לב, אומר כי כשהחיוב אינו מוחלט, כמו בשטר הטבה, שתלוי בצד השני, יש להניח כי המתחייב לא התכוון לשעבד נכסיו בסתמא, וע"ע אנציקלופדיה תלמודית, ע' יורש (ב), כרך כג, עמ' תריז.

[362] ראה שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ט.

מקנה לחברו את האוויר של חצרו, כך שהוא עצמו לא יוכל לבנות שם (ראה דיון בעניין בפרק הבא), ועונה: "שחייבים היורשים בכל אותו החיוב שנתחייב המתחייב מצד שעבוד הנכסים שנשתעבדו בגררת גופו והנם קיימים...". והוא מסיק: "העולה מן האמור... שהתחייבה... על דבר שאין בו ממש גם היורשים ובאי כוחם חייבים מאותו חיוב, כיון שחל על הגוף המתחייב ועל נכסיו בגררת גופו". דבריו צריכים עיון נוסף, משום שנשאלת השאלה: כיצד התחייבות שלילית, למי שסובר שחלה על גופו, משעבדת נכסים? ובדוחק יש לומר שאנו מתרגמים את השיווי הכספי של ההימנעות, ואומרים: בשיעור זה השתעבדו נכסיו. ואולי יש להפעיל לדעה זו את הכלל של "בן במקום אביו קאי", אם כי עדיין צריך לנכסי ירושה, כמבואר לעיל, פרק שני א, 5. ועדיין הדברים צריכים עיון.

4. אחריות אונסין (סיכול)

במונח זה, אין אנו מתכוונים לאונס שקרה למתחייב וסיכל את אפשרותו לבצע את ההתחייבות, כגון שחלה, כי דוגמה זו שייכת לדיני אונסין הכלליים, ואין כאן מקומה. הדיון כאן הוא רק באונס שפגע בנשוא ההתחייבות, וזאת משום שאנו מבקשים לבדוק אם יש לחיוב אופי חפצי.

תחילה יש להבחין בין דבר מסוים במינו לבין דבר פרטי ידוע. כשאדם מתחייב להקנות כור חיטים סתם, בין יש לו חיטים במחסן ובין אין לו, לא חלה ההתחייבות על חיטים מסוימות. אם כן, בדומה לדין שכירות סתם (לעיל, הערה 334), אם נשדפו החיטים שברשותו, יתן חיטים אחרות. בחוזה מעין זה, אין לחברו כל זיקה לחיטים שברשותו. ובדומה לזה, אומר אחד מן האחרונים[363] שבהתחייבות למכור חמץ לחברו, אין חברו עובר על איסור שהיית חמץ בפסח.

השאלה מתעוררת במתחייב למכור דבר מסוים, ואף כאן יש לחלק בין ישנו בעולם ובין אינו בעולם. תחילה נעסוק בדבר שאינו בעולם, כגון פירות דקל זה לכשיצמחו. וכבר הבאנו את המחלוקת בין האחרונים בעניין זה. נתיבות המשפט סבור שזו התחייבות הגוף בלבד, ואם סוכלה אפשרות הביצוע, כגון שלא צמחו הפירות או אם נאנסו תכף כשיצאו מהדקל, פקעה התחייבותו[364]; ואילו קצות החושן[365] סבור, על פי תשובת המהרי"ט הנזכרת לעיל, שהתחייבות במשמעות זו היא בגדר קניין דברים, כי אין התחייבות הגוף בלא אחריות נכסים. אך בדבר שאינו מסויים, אם אין לו אותן חיטים שהתחייב לספקן, "נשתעבדו נכסיו לשלם דמי חטין".

מחלוקת דומה מצינו ביחס לדבר שברשותו. אם, למשל, נפל הבית שהתחייב למכרו, יש אומרים[366] שהוא פטור מלמכור לו בית אחר; ואילו לדעת השיטה השנייה, יעמיד

[363] בית שלמה, חו"מ, סי' פד (לעיל, פרק חמישי, הערה 226), ושם הסתמך על שערי תשובה, או"ח, סי' תמח, ס"ק ח, שמתווכח עם פנים מאירות, ח"א, סי' מו. עיין שם.

[364] ראה בעיקר סי' ס, ס"ק י.

[365] ראה שם סי' ס, ס"ק ז.

[366] לחם רב, סי' רח, וכן הוא לפי נתיבות המשפט הנ"ל. אמנם נתיבות המשפט כותב שם ביחס

לו בית אחר. אלא שכאן מחדש קצות החושן[367], שאם לא קיבל עליו אחריות, החיוב אינו חל כלל. בשאלה זו נעסוק להלן, כשנדון בזיקה החפצית לנשוא ההתחייבות עצמו.

5. ביצוע החוזה והפרתו

ביחס לדבר שלא בא לעולם, מתעוררת השאלה: האם חייב המתחייב לרכוש את הדבר? או שמא הוא חייב להקנותו לו רק אם יגיע לידו?

לדעת נתיבות המשפט[368], אי אפשר להתחייב על דבר שאינו בידו. כך אין ערך להתחייבות להקנות נכס שביד אחר, אלא אם כן הוא מתחייב על דמים או על דבר המצוי בשוק. אחד מן האחרונים אף שואל: "אטו מי כייפינן ליה לקנות? וכי יכול אדם לשעבד גופו לעבוד ולשרת?"[369] שאלה זו נוגעת גם בשאלת התחייבות לעשייה, ואנו נעסוק בה בפרק הבא.

קצות החושן חולק על נתיבות המשפט, והוא מבסס התחייבות זו על שעבוד הנכסים. אמנם אם התנה שיחויב רק אם יבוא אותו דבר לרשותו, ודאי שאינו חייב לרכשו; אך הוא יכול להתחייב גם לרכוש את הדבר, ונכסיו אחראים לביצוע ההתחייבות[370]. בעצם נאמר כך גם ביחס להסכם לבנות וכן לשכירות סתם, שנכסיו משתעבדים להתחייבותו לבנות בית אחר או לשכור בית אחר ולהעמידו לרשות השוכר[371]. כן גם ראינו לעיל את שיטת רב נסים גאון ביחס ל"דבר המצוי בשוק", שכופין אותו לרכוש את נשוא ההתחייבות כדי להעמיד את המיקח[372]. אך כבר אמרנו שם כי אותה הלכה אינה חייבת להתפרש על דרך ההתחייבות דווקא.

מובן שמתעוררת השאלה: מה הוא היקף אפשרות הביצוע? יש שהמתחייב טוען לאונס, למשל, שפלוני, בעל הבית נשוא ההתחייבות, מסרב למכרו לו או מבקש מחיר מופרז תמורתו. טענה זו יש לה מקום בדיני אונסין הכלליים, ואין כאן מקומה[373].

לדבר שלא בא לעולם: "אי נאנסו הפירות תיכף כשיצאו מהדקל". ייתכן שאם החזיקם בידו, והתרשל למסרם מיד, ואחר כך נאנסו, ייחשב כמפר בידיים, ודינו שונה, כמבואר להלן.

[367] סי' רג, ס"ק ב; סי' רו, ס"ק א.

[368] סי' ס, ס"ק י. נתיבות משפט מסתמך גם על שו"ת הראנ"ח, ח"א, סי' סו. אמנם הראנ"ח עצמו חזר בו. ראה שם, ח"ב, סי' לז. עיין שם.

[369] פתח הבית, סי' לח, ענף א. יתר על כן, הוא אומר כן גם ביחס לדבר המצוי בשוק, שהחיוב חל רק כשיבוא לידו.

[370] סי' ס, ס"ק ז; משובב נתיבות, שם, ס"ק י. וכן הוא במהרי"ט (לעיל, הערה 342).

[371] לעיל, ליד ציוני הערות 334, 335, 336, 339.

[372] לעיל, ליד ציון הערה 174, ולכך יסכים אף נתיבות המשפט. ראה לעיל, ליד ציון הערה 349.

[373] ביחס לשכירות סתם, אומר הריטב"א, ב"מ קג ע"א (הובא גם בנימוקי יוסף, ב"מ ס ע"א, בדפי הרי"ף), בשם רבו, שישכור בית אחר ויתן לו, "כל היכא משכח בשכר הגון. ואי לא משכח, הא אניס, ופטור".
גם בסוגיית ארעא ודיקלי, שהריטב"א פירשה כעוסקת בהתחייבות (ב"ב סט ע"ב. נזכר לעיל, ליד ציון הערה 199) הוא אומר: "וכיון שהוא דבר המצוי למכר, יכול להתחייב לו בזה". ייתכן לפרש שאם דקלים אינם מצויים, הוא אנוס. אמנם נתיבות המשפט יפרש לשיטתו שאם אינו

(א) שלוש גישות

עד כאן באשר לדבר שלא בא לעולם; אך כשהדבר ישנו בעולם, מתעוררות שאלות אחרות: האם כופין אותו לבצע את החוזה? מה הדין אם הפר בידיים את אפשרות הביצוע, כגון שהשמיד את נשוא ההתחייבות או מכרו לאחר? כאן עולה השאלה: האם יש זיקה חפצית של המקבל כלפי נכסי המתחייב? מצינו שלוש גישות בנידון:

א. לגישת נתיבות המשפט, חל כאן רק חיוב הגוף בלא שעבוד נכסים. הוא חייב להקנות את נשוא ההתחייבות כפי שקיבל עליו[374]. אם נשרף הדבר באונס, הוא פטור[375]; ואם במזיד, הוא חייב. וזה לשונו[376]:

> ויש הפרש בין קניין לחיוב. דבקניין נקנה לו גוף החפץ, ויכול לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות; אבל כשמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני, אין לו קניין בגוף החפץ, רק שהחיוב חל אגברא, ויכולין הבית דין לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו ולהקנותו במשיכה... ואפילו תפס החפץ שנתחייב לו הלה, וקידש בו אשה קודם גביית ב״ד, אינה מקודשת. ואם המחוייב קידש אשה בחפץ שנתחייב בו, מקודשת. וכן אם מכרו, מכור, דשלו הוא, רק שהב״ד כופין אותו לשלם דמי שיווי החפץ שנתחייב, כיון שקלקל החיוב.

כאן, לדעתי, קרובה תפיסתו של נתיבות המשפט לתפיסה החוזית המקובלת בימינו במשפט הישראלי. החוזה קם, והוא מחייב ביצוע בלא זיקה חפצית של ממש לנשוא החוזה, שהוא שייך בינתיים למתחייב, ולא למקבל ההתחייבות. הוא אינו יכול להשתמט מחובתו, וכופין אותו להקנות את החפץ לשני. אין כאן שאלה של ביצוע בעין, היינו אם כופין את מפר החוזה לבצע את מה שהותנה, ולא להסתפק בפיצויים.

מצוי, החיוב אינו חל בכלל. בשאלה זו של אונס בביצוע החוזה, כשהוא תלוי ברצונו של אחר ראה עוד: שו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ תשעא; ח״ב, סי׳ לב; ריטב״א, סי׳ קמו; ריב״ש, סי׳ צט, רנ; ראנ״ח, ח״א, סי׳ סו; פתחי חושן, קניינים, פרק יח, יח, הערה לח.

[374] וכן הוא בנודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סי׳ כז (בתשובה של חתן המחבר). אמנם הוא מוסיף שהצד השני זכאי לקבל אותו דבר אף לאחר מות המתחייב. וכן משמע מנתיבות המשפט, סי׳ ס, ס״ק י׳. מכאן שאף בלא שעבוד נכסים, אין החיוב פוקע במות המתחייב, שכן יש שעבוד מסוים על נשוא ההתחייבות עצמו, או שלעניין זה ״בן במקום אביו קאי״. הנודע ביהודה עצמו (בסי׳ כח שם) סובר שהמתחייב יכול לתת את דמי נשוא ההתחייבות כדין אפותיקי מפורש. בינתיים הדבר רק משועבד לצד השני, כך ששעבוד קודם של נכסי החייב לנושה מוקדם עדיף מן השעבוד העכשווי. אף נתיבות המשפט, סי׳ רג, ס״ק ו, אומר שאם אמר הקונה ״לא יהי׳ לך פרעון אלא מזה״, יכול לפרוע בדמים; אך בהתחייבות למכור נכס מסוים, חייב למכור אותו דווקא, כאמור בפנים. ואולי גם הנודע ביהודה מסכים שייתכן להתנות שתחול ההתחייבות דווקא על אותו נשוא התחייבות, ולא על אחר. וצריך לעיין בכוונתו. אולם ראה ״הגהות הגדול ממינסק״, שנדפסו בסוף ח״א של שו״ת נודע ביהודה שהבין כי נתיבות המשפט חולק על הנודע ביהודה. וראה עוד: להלן, דברי המהר״א ששון; להלן, נספח שני.

[375] ראה לעיל, הערה 366; נודע ביהודה, שם, סי׳ כז, כח.

[376] סי׳ לט, ס״ק יז.

אין זה אומר שבכל מקרה קיים ביצוע בעין. ייתכן שיש חריגים לכפייה זו או יש סיבות מוצדקות להיענות לבקשת המתחייב שלא לבצע את החוזה, אלא לפצות את הצד השני בדרך אחרת[377].

על כל פנים, ביצוע בעין הוא התרופה הראשונית, אך למעשה אינו בבחינת תרופה להפרת החוזה. החוזה לא הופר, ויש להגשימו[378]. ובלשון נתיבות המשפט: "יכולין הבית דין לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו". אם קלקל את אפשרות הביצוע, חייב לשלם את דמי החפץ. חיוב זה דומה לחיוב פיצויים, והוא נובע מהפרת החוזה, כמקובל בימינו. ואם כי נתיבות המשפט מדבר על תשלום "דמי שיווי החפץ", לא ברור לפי איזה תאריך יש להעריך שיווי זה. אך מסתבר שהזמן הוא שעת ההפרה. אין זה בגדר תשלום נזק רגיל, אלא יש בתשלום זה אלמנט חוזי, כאילו אמר המתחייב שמקרה של הפרה יידון כ"חפץ סתם", שבו מעמיד לו חפץ אחר או דמיו. אמנם נראה גם שתשלום זה אינו כולל דמי מניעת הרווח. נאריך בעניין זה להלן, בנספח השני.

ב. לדעת קצות החושן, אם אין אחריות נכסים לאבדן נשוא ההתחייבות, אין ההתחייבות תופסת. בלא זיקה חפצית, החיוב יכול להתבסס רק על הבטחה. אם אין לקניין על מה לחול, הרי הוא בגדר קניין דברים. מכאן מסיק קצות החושן[379] שחוזה להקנאת דבר מסוים, ואין בו אחריות נכסים, נחות מחוזה להקנאת דבר שלא בא לעולם. זוהי מסקנה מרחיקת לכת, והיא נוגדת את דעת הרבה מן הפוסקים, כפי שראינו בפרק זה, וכפי שנהגו בעניין הטבות, כנזכר לעיל, סעיף ב. אמנם אם ראובן, המתחייב, קיבל עליו אחריות, משמע מדברי קצות החושן[380] כי גם אותו חפץ, נשוא ההתחייבות, משועבד; ואם מכרו לשלישי, השני מוציא מידו. אך לא ברור די הצורך בשיטת קצות החושן. האם תיתכן אחריות נכסים בנכס מסוים? וראה להלן, בנספח השני.

ג. יש מן האחרונים — כמובא להלן — שאומרים שיש לשמעון זיקה חפצית ישירה לנכס. לכאורה, תהא נפקא מינה כשמת המתחייב, אך אין זה מוכרח, כאמור לעיל לעניין יורש. אך הנפקות שעוסקים בה האחרונים היא כשהתחייב ראובן למכור בית לשמעון, והקדים ומכרו ללוי: האם יכול שמעון להוציאו מידו בטענה שזכותו עדיפה?[381]

[377] ראה להלן, פרק שישי, ליד ציון הערה 36.

[378] אם התנו הצדדים מראש על קנס מוסכם על הפרה, עסקו הפוסקים בשאלה: האם רשאי אחד מן הצדדים לחזור בו לשלם את הקנס? ראה: שו"ע, חו"מ, סי' יב, סע' ט, ונושאי הכלים שם; רמ"א, אה"ע, סי' נ, סע' ו ונושאי הכלים שם; ט"ז, חו"מ, סי' שכא, סעי' ח.

[379] סי' רג, ס"ק ב; סי' רו, ס"ק א. וכן צריך לומר בדעת המהרש"ך, ח"ב, סי' פד (לעיל, הערה 91) לעומת ח"ב, סי' ט, כז (לעיל, הערה 259).

[380] ראה סי' רו, ס"ק א.

[381] אף המשפט האנגלוסקסי התלבט בשאלה זו, וטבע את המונח "זכות שביושר" או "קניין שביושר" לציון זיקה חפצית מסוימת שיש לשמעון כלפי אותו נכס. על משמעות זכות זו ויישומה במשפט הישראלי, ראה: ע"א 309/54, נאמן נ' עירית תל־אביב, פ"ד י, עמ' 1942, 1958; י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969 — מגמות והישגים, עמ' 11.

(ב) הקדים ומכר לאחר

הדיון בשאלה זו נסוב על סוגיה במסכת עבודה זרה, האומרת:

"ההוא גברא דאמר ליה לחבריה: אי מזבנינא לה להא ארעא, מזבנינא לך במאה זוזי. אזל זבנה לאיניש אחרינא במאה ועשרין. אמר רב כהנא: קנה קמא. מתקיף לה רב יעקב מנהר פקוד: האי זוזי אנסוהו. והלכתא כרב יעקב מנהר פקוד" (ע"ז עב ע"א).

אין מעניינו לברר כאן את טענת האונס, אך מסיפור זה נובע שאילו מכר לשני במחיר שהתחייב למכור לראשון, קנה הראשון. וכן נפסק להלכה[382]. יתר על כן, אומרים הראשונים שם[383], שאילו אמר במפורש לראשון שימכור דווקא לו במחיר מסוים, ולא ימכור לאחר אפילו במחיר גבוה יותר, לא יוכל לטעון שהיה אנוס.

עניינו כאן בשאלת טיבו של חוזה זה. רש"י אומר שקנו מידו על מכירתו לראשון[384]. ואם כי רק הבטיח שאם ימכור, ימכור לו, צריך לומר ש"קניין אתן" תופס[385], ומכאן גם משמע ש"קניין אתן" חל על גוף הממון כבר מעתה. יש לראשון זכות חפצית, שהוא מוציא מכוחה מיד השני, "קנה קמא" בלשון הגמרא. אולם כבר רב האי גאון סובר, ובעקבותיו כמעט כל הראשונים[386], שהייתה כאן הקנאה ממש "מעכשיו", שהקנה לו את הקרקע מעכשיו כשירצה למכרה. לכן מובן שהקונה הראשון עדיף מן השני[387].

מדוע צריך הקנאה ב"מעכשיו"? הראשונים אומרים שהצורך הוא בגלל בעיית קניין דברים[388]. בפשטות יש לפרש כי אף שקנו מידו שימכור, הוא עדיין בגדר קניין דברים. ואמנם ראינו שהגאונים והרי"ף ואחרים אכן אינם מכירים ב"קניין אתן"[389]. ונשאלת

[382] רמב"ם, הלכות מכירה, ח, ז; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רו, סע' א. וכן משמע מסיפור דומה המובא בגמרא שם בראש העמוד.

[383] הרמב"ן, הרשב"א ואחרים.

[384] רש"י, ע"ז שם (ד"ה קנה). וכן הוא ברא"ש שם, פרק ה, סי' כג.

[385] כך אומר הגר"א, חו"מ, סי' רמה, ס"ק ה (לעיל, סוף הערה 29), שבשאלה זו נחלקו רש"י והרי"ף שמובא בהערה הבאה. אולם ראה להלן, הערה 388. אף נימוקי יוסף, ב"ב ב ע"א (בדפי הרי"ף), מסביר את הרי"ף לשיטתו, ש"קניין אתן" אינו מועיל. והוא כהסברו הראשון של בית שמואל, סי' נא, ס"ק י (לעיל, ליד ציון הערה 61), וכבר עמד על כך אמרי בינה, הלוואה, סי' נא.

[386] ראה: ספר מקח וממכר לרב האי גאון, שער לז (ושם הצריך גם שיהא נשוא המיקח ביד הקונה); רי"ף, ב"ב נא ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, ח, ז; הראב"ד, הרשב"א, הריטב"א, המאירי, הר"ן ונימוקי יוסף בחידושיהם לע"ז שם; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רו.

[387] יתר על כן, הריטב"א מפרש כך אף את רש"י. וראה לעיל, הערה 386.

[388] ריטב"א והר"ן לע"ז שם; בית יוסף, חו"מ, סי' רו. אמנם העיטור, תנאי, אחד־עשר, לט ע"ב, הביא נימוק אחר של אסמכתא, ודחה אותו. דבריו הובאו בבית יוסף. אף לבית חדש יש נימוק אחר ("כלתה קנינו"). עיין שם.

[389] ראה ליד ציון הערה 25 ואילך. קושי מתעורר בדעת הרשב"א, המכיר מחד גיסא, ב"קניין אתן", ומאידך גיסא מצריך כאן "מעכשיו" כדי להינצל מקניין דברים. וכבר עמדנו על כך לעיל (הערות

השאלה: מה הדין אם התחייב למכור לראשון ומכר לשני? הראשונים לא הביאו אפשרות זו. כבר אמרנו לעיל בדעת הרי"ף וסיעתו שייתכן שהוא לא הכיר בהתחייבות זו[390]. האחרונים עסקו בשאלה זו, ונחלקו דעותיהם מן הקצה אל הקצה.

בעל קצות החושן, לשיטתו הנזכרת לעיל[391], סובר שהתחייבות זו אינה תקפה. זוהי התחייבות למכור דבר מסוים, בלא אחריות נכסים, ולכן היא בטלה. משום כך מובן כי הראשונים לא העמידו את הגמרא בעבודה זרה בדרך של התחייבות.

נתיבות המשפט סבור לשיטתו[392] שהתחייבות זו תופסת, אלא שהיא התחייבות אישית, והיא אינה מעניקה זכות חפצית לראשון. משום כך, אם חזר ומכר לאחר, קנה השני, אלא שיחויב המתחייב לשלם את דמי הנכס, מכיוון "שקלקל החיוב", כאמור לעיל. זהו גדר חדש של זיקה לנכס, ואינו בגדר שעבוד הנכס. סתם שעבוד בא להבטיח פירעון חוב. כאן אי אפשר "לפדות" את השעבוד בתשלום, אך מאידך גיסא אין שעבוד קנייני של הנכס. וראה עוד להלן: נספח שני, לעניין אפותיקי מפורש; נספח חמישי, לעניין ריבית.

את השיטה השלישית, שמענו מדברי המהר"א ששון[393]. לדעתו, יש לראשון זיקה חפצית ישירה כלפי הנכס נשוא ההתחייבות, ולכן הוא מוציא את הנכס מיד השני שקנהו[394]. שיטה זו מחודשת היא, ועדיין לא ברורה מידת היקפה. לא מסתבר, למשל, שיוכל הראשון, מקבל ההתחייבות, לקדש אישה בנכס נשוא ההתחייבות; אך נשאלת השאלה: האם הוא חייב לבערו לפני הפסח, אם נשוא החוזה הוא בקבוק בירה מסוים?[395] ומאידך גיסא: האם יוכל המתחייב לקדש בו אישה? האם נפגמה בעלותו על הנכס, בניגוד לדעת נתיבות המשפט? ואולי יש להקישו להסכמים אחרים, שבהם הבעלים מעניקים זכות חפצית מסוימת לאחר, כגון שכירות[396]?

58, 59). ועיין עוד: הרב א' שך, אבי עזרי, הלכות שכנים, ב, יד, מהדורה שלישית, שסלל לו דרך משלו ביישוב הרשב"א, בהבחינו בין דבר מסוים ושאינו מסוים. אולם ראה הערה 42.

390 ראה לעיל, הערות 82-83.

391 ראה לעיל, הערה 379.

392 ראה לעיל, הערה 376, וכן היא דעת המשנה למלך על הרמב"ם שם (לעיל, הערה 382).

393 שו"ת תורת אמת, סי' קלג. המחבר נוטה שם לחדש שהראשונים לא פירשו את הגמרא במסכת עבודה זרה על דרך ההתחייבות, כי היא עדיפה מהקנאה, ואפילו מכר לשני ביוקר, לא יוכל לטעון לאונס. ולא ידעתי מפני מה ההתחייבות עדיפה מן ההקנאה.

394 השווה לאמור לעיל, הערה 360, בעניין ירושה. אפשר שראיה לשיטה זו יש להביא מתשובת הרמב"ן, סי' לח, לפי הסברנו הראשון, לעיל, הערה 331. וראה עוד: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ל, סע' ג.

395 מדברי שערי תשובה (לעיל, הערה 363) עולה שחייב לבער. וראה גם שו"ע, או"ח, סי' תנ, סע' ב ובאור הלכה שם, בענין לווה נכרי שהתחייב לשלם רבית בככרות לחם. אולם שם לא נידונה במפורש התחייבות לפרוע בחמץ מסוים. והשוה לדין יחוד כלי, ב"מ מח ע"א. בין כך ובין כך אין ראייה לנ"ד, שכן לענין חובת ביעור בפסח אין צורך בזיקה קנינית דווקא, ואכמ"ל.

396 לשאלת ביצוע בעין בחוזים, ראה עוד: אמו"ר ז' ורהפטיג, "ביצוע בעין במשפט העברי והישראלי", סיני מד (תשי"ט), עמ' קלג; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, פרק טו.

ו. סיכום

יש כמה אפשרויות של הקנאה, היינו העברת זכות קניינית בחפץ לאחר. ואולם ההתחייבות להקנאה מעוררת בעיות באשר לדרך עשייתה ואף בעצם תוקפה. לכאורה יש כאן רק הבטחה להקנות בעתיד. מנקודת מבט זו, החוזה נחשב כקניין דברים, כי אין לו על מה לחול. הבטחה להקנות, אף אם נעשתה בקניין, אינה תופסת, כפי שעולה מסוגיית קניין דברים בראש מסכת בבא בתרא. מכאן שכל התחייבות, כגון התחייבות לתשלום, חלה על סמך שעבוד הנכסים, שמוציא אותה מגדר הבטחה ומקרב אותה לעולם הקניין. אך מה באשר להתחייבות להקנות? התשובה היא שהתחייבות זו עדיין היא התחייבות ממונית. ההתחייבות עוסקת בהעברת זכות קניין בחפצא.

מכאן שאפשר לתת לה תוקף, אם לא נתייחס אליה כהבטחה בעלמא, ונאמר כי כבר עתה יש למקבל ההתחייבות זכות ממון מסוימת. החוזה חל על "גופא דממונא", כלשון הרמ"ה במסכת בבא בתרא. זכות ממון זו אפשר למצוא בשעבוד הנכסים שבא להבטיח את קיום החוזה, דהיינו נכסיו של המתחייב משועבדים בערך הממון, נשוא החוזה, או גם בחפצא, נשוא החוזה עצמו.

על רקע זה, ראינו שבניגוד לר"י מיגאש, ואולי גם הרי"ף, שאינם מכירים בהתחייבות זו, הרי רוב הראשונים מכירים בהתחייבות להקנות. יתר על כן, יש גם התחייבויות מסוימות לעשייה שאפשר לראות בהן התחייבויות להעברת ממון. כך אומרים בעלי התוספות והרא"ש במסכת בבא בתרא שגם התחייבות לבנייה תופסת, משום שהמתחייב משעבד את נכסיו להוצאות הבנייה.

על רקע זה של התפתחות מוסד ההתחייבות, אפשר להסביר את מחלוקת הראשונים ביחס ל"קניין אתן". מושג זה אינו מופיע בגמרא, וחידשוהו הגאונים. כשקנו מיד פלוני שיתן בעתיד דבר לחברו, הרי יש בזה הבטחה להקנות, והיא בגדר קניין דברים. בשיטה זו הולכים לא רק הרי"ף והר"י מיגאש, ואולי גם הרמב"ם, אלא אף מקצת מחכמי ההלכה המכירים בהתחייבות להקנות, כהרמב"ן ועוד, שהרי ב"קניין אתן" אינו מזכיר לשון חיוב. מאידך גיסא, הרשב"א ואחרים טוענים שמתוך נטייתנו לתת תוקף לחוזה שיש בו פגם פורמלי, כגון ניסוח לא מוצלח וכדומה, יש לראות גם ב"קניין אתן" התחייבות לתת. מחלוקת זו קיימת להלכה עד היום, והשפעותיה ניכרות בעיקר ביחס לחוזי שידוכין, שבהם המחותנים מבטיחים שיתנו לבני הזוג כסף, דירה, רהיטים וכו', אם כי הנטייה כיום לומר שהצדדים נוהגים ומתכוונים להתחייב. כל זה, כאמור, כשלא הזכיר לשון חיוב. אך אם הזכיר לשון חיוב, הרי לדעת רוב המפרשים ההתחייבות תופסת, בין בחפץ סתם בין בחפץ מסוים. כדוגמה היסטורית, הבאנו את נוהג ההטבות שנהג בעיקר בארצות המזרח בדורו של הבית יוסף, ופורש על דרך ההתחייבות — התחייבות לוקח בית למכור את הבית למוכר, לכשימציא לו הלה את מעותיו.

אף אם נאמר שעדיין ההתחייבות צריכה "חפצא", כדי שתחול עליו, הרי המרכיב האישי בהתחייבות משחרר אותה מתנאי הקנאה. משום כך אומרים רוב הראשונים

שהיא חלה גם ביחס לדבר שלא בא לעולם. הלכה זו לא נזכרה בגמרא, אך יש ראיות עקיפות מכמה סוגיות לכאן ולכאן. כדי להתחקות אחר שורשה של ההלכה, עמדנו על מחלוקת ר׳ מאיר וחכמים בעצם הדין וטעמו, וסקרנו כמה מן החריגים לדין דבר שלא בא לעולם, כגון ״דאיקני״, ובעיקר עמדנו על דינו של רב נסים גאון בעניין ״דבר המצוי בשוק״, על מקורו ועל טעמו. ראינו כי יש סוגיות בגמרא שיכולות להתפרש על דרך חריג זה, כגון ״ארעא ודיקלי״ או ״פוסק על שער שבשוק״. עם זאת, דינו של רב נסים גאון כשלעצמו אינו מוסבר על דרך ההתחייבות. זהו דין מיוחד, הקנאה תלויה ועומדת עד שיבוא החפץ לידי המוכר, ואפשר שהוא בנוי על תקנת השוק, ויש בו משורשי המשפט המסחרי.

בכל אופן, רוב הראשונים — למעט הר״י מיגאש וסיעתו — מבחינים בין הקנאה ובין התחייבות בדבר שלא בא לעולם. הלכה זו התקבלה כדין פשוט ומוסכם בטור ובשו״ע ובנושאי כליהם, ובאחרונים כמעט לא נמצא לה עוררין. משום כך מכירים החכמים הללו בחוזי אספקה של סחורה עתידית, בהסכמים בדבר ירושה עתידית וכדומה. מכאן עברנו להבחנה בין התחייבות לחוב פירעון. אמרנו כי חוב פירעון אינו בנוי רק על רצונו של המתחייב, אלא בעיקר על קבלת תמורה המחייבת תשלום מחירה. בדרך כלל הפירעון הוא חלק מחוזה ריאלי כחובת הקונה לפרוע את דמי המיקח וחובת הלווה לפרוע את חובו. מכאן מובן יותר שאפשר להתחייב לפרוע בדבר מסוים, ואפילו אם לא בא לעולם. כדוגמה הזכרנו את התחייבות החוכר לפרוע שכר קצוב בפירות השדה שעדיין לא צמחו. מאידך גיסא, עמדנו על הקושי שבהלכה שחידשו כמה מן הראשונים (הרא״ש ועוד) שהתחייבות המעביד לפרוע שכר עבודה בחפץ מסוים אינה מחייבת אותו, והוא יכול לתת את דמי החפץ במקום החפץ עצמו.

לאחר שעמדנו על אפשרות קיומה של התחייבות להקנות חפץ, עסקנו במשמעותה המשפטית. ראינו שלדעת הרבה מן הראשונים, עדיין יש צורך בשעבוד נכסים, היינו שהמתחייב משעבד את גופו ואת ממונו לצורך קיום החוזה. באחרונים כבר מצינו מחלוקת בשאלת התחייבות בלא שעבוד נכסים, ואפשר שהיא חלה על גופו בלבד. על משמעות הדבר נעמוד בפרק הבא ובפרק הסיכום. מכאן פתח לפתרון כמה שאלות בדבר הזכויות והחובות הנוצרות עם ההתחייבות. התעכבנו על ארבעה עניינים.

א. אפשרות חזרה בחוזה ביחס לדבר שלא בא לעולם. לדעת האחרונים (קצות החושן ועוד), המזקיקים שעבוד נכסים, המתחייב להקנות דבר שלא בא לעולם משעבד את גופו ואת נכסיו מעתה, והוא אינו יכול לחזור בו. מאידך, לדעת אחרונים אחרים (נתיבות המשפט ועוד) ההתחייבות חלה רק על גופו. לדעתם, רק ברגע שיגיעו ״פירות דקל״ לידו, יחויב להקנות, ובינתיים הוא יכול לחזור בו.

ב. ירושת החיוב. לפי קצות החושן, ירשו היתומים נכסים המשועבדים לחיובו של האב לקיים את החוזה; ואילו לפי נתיבות המשפט, אפשר לומר שפקע החיוב הבנוי על בסיס אישי עם מות המתחייב. כך הוא בוודאי ביחס לדבר שלא בא לעולם, כי עד שלא הגיע נשוא החוזה לידי המתחייב, הוא יכול לחזור בו, כאמור, ומותו

מפקיע את החיוב. אם נשוא החוזה ישנו בעולם, נחלקו הדעות, ויש המבחינים בין דבר מסוים לדבר שאינו מסוים.

ג. אחריות אונסין. לדעת קצות החושן וסיעתו, אם נפגע נשוא החוזה, הנכסים אחראים להעמדת "תחליף"; אך לדעת נתיבות המשפט, אם לא "קלקל החייב" בפשיעתו, הוא פטור מחיובו האישי.

ד. ביצוע החוזה והפרתו. לדעת קצות החושן, אי אפשר להפר חוזה ועל ידי כך לבטלו, שהרי יורדים לנכסים; אך לדעת נתיבות המשפט, כופין אותו לקיים את חיובו, ואם קלקל את אפשרות הביצוע, יחויב בפיצויים.

ואם עמדנו עד כה על אחריות הנכסים לקיום החוזה, הרי יש מקום לדבר גם על זיקה חפצית לנשוא החוזה עצמו: קצות החושן סבור שאם התחייב להקנות דבר מסוים, ולא קיבל עליו שעבוד נכסים, ההתחייבות אינה תופסת משום שהיא קניין דברים; ואילו נתיבות המשפט סבור שחל עליו חיוב אישי למכור, אלא שאם הקנה את נשוא החוזה לצד שלישי, קנהו השלישי, כי זכותו הקנינית עדיפה, אם כי המתחייב ישלם פיצויים לשני על ש"קלקל החיוב", כאמור. לעומתם סבור המהר"א ששון שיש לשני זיקה חפצית לנשוא החוזה עצמו, עד כדי כך שהוא מוציא את החפץ מיד שלישי שקנהו מן המתחייב. עמדנו על הקושי בהגדרת זיקה חפצית זו, שיש לה השפעות רבות בהלכות שונות, כמבואר לעיל ולהלן, נספחים ב, ה.

לשאלת ההתחייבות בלא שעבוד נכסים נפקא מינה באשר להתחייבות שאינה ממונית, דהיינו לעשות פעולה או להימנע מעשייתה. בעניין זה, נעסוק בפרק הבא.

למעשה, ההתחייבות התקבלה והתפשטה, כפי שמוכח מתשובות רבות של האחרונים[397], [398]. וכך כותב הרב הרצוג[399]: "ואולם העיקרון של ההתחייבות תופס מקום בכל המקרים של מו"מ ונתקבל בישראל, ודנים על פיו. והנראה שהונהג כך שלא לנעול דלת, והיינו כדי לסול את המסילה למו"מ בישראל, וקיבל תוקף של מנהג בהסכמת בתי הדין, ונעשה כדין תורה"[400].

[397] קצתם נזכרו לעיל, בהערות 255-260, 278-279 (בדבר שלא בא לעולם) ובהערות 18, 106, 226-227 (ביחס לדבר שברשותו), ועוד הרבה כיוצא בזה. ועיין עוד משובב נתיבות, סי' ס, ס"ק י: "ומעשים בכל יום שמחייב אדם עצמו... פירות, ואע"ג דלא נגמרו... וה"ה... ליתן בית פלוני".

[398] דיון ממצה בעניין התחייבות למכור, ראה: הרב ש' רוזנברג, דבר למשפט, בני־ברק תשמ"ז, סי' ה; עמק המשפט (לרב יעקב א' כהן), ח"א, תשובות וביאורים, סי' ב. בעת האחרונה העמיק בזה הרב צ' בן־יעקב בספרו משפטיך ליעקב, ח"ב, סי' ט. ליישום מעשי של עריכת חוזי מכר בימינו, ראה הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", בתוך: מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה, חלק ראשון, בהוצאת מכון כתר, ליד ישיבת קדומים.

[399] פסקים וכתבים, שו"ת, כרך ט, חו"מ, סי' כו, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"א. וראה עוד שם, סי' קיא-קיב.

[400] אולם ראה פד"ר יד, 334 (=תחומין יב [תשנ"א], עמ' 279). שם פקפק בית הדין בתוקפה של התחייבות למכור, מכוח שיטת קצות החושן. וראה גם פד"ר יח, 29.

פרק שישי

התחייבות לעשייה או להימנע מעשייה

התוכן

מבוא – קניין דברים 191

א. סקירת דוגמאות 192

ב. הסכמי נישואין, גירושין וחליצה 194

ג. התחייבות להימנע מפעולה 201

ד. דבר שאין בו ממש 206
1. כללי 206
2. מצוות מילה 210
3. הסכם מגורים של בני זוג 212

ה. התחייבות להשתדלות ופיוס 216

ו. הסכם לחריגה מסדרי דין 219
1. הסכם לקבלת פשרה 219
2. קבלת קרוב או פסול כעד או כדיין 220
3. הסכם לפנות לערכאות של גויים 222

ז. ויתור על זכות מצרנות 225
1. אין לקניין כל משמעות 227
2. הקניין מחזק את המחילה 227
3. קניין על העברת הזכות 227
4. זכות קנייניות הניתנת להעברה 228

ח. סיכום 229

פרק שישי

התחייבות לעשייה או להימנע מעשייה

מבוא – קניין דברים

עד כה עסקנו בהתחייבות להקנאה שיש בה נשוא ממון ממשי, חפץ מסוים או שעבוד נכסים. אך כבר ציינו כי המבחן לחפציות החיוב נעוץ בעיקר בהתחייבות לעשייה או להימנע מעשייה שאין בה הקנאת ממון, ואם כן גם לא שעבוד נכסים. נזכיר כמה דוגמאות: התחייבות להינשא או להתגרש, להישבע, למחול על החוב, לגור במקום מסוים, להימנע מפתיחת עסק וכדומה. כאן עולה ביתר שאת בעיית קניין דברים, כפי שראינו לעיל ביחס להתחייבות שותפים לחלוק את חצרם. כללית יש לומר כי משמעותו המגבילה של מושג זה הלכה ונצטמצמה ככל שהלך והתקבל מוסד ההתחייבות. לתהליך זה כמה דרכים:

א. מבחינה עיונית, יש סוגי התחייבות שעומדים על הגבול בין הקנאה לעשייה, ואפשר בדוחק "למצוא" בהם שעבוד נכסים ובכך להציל את החוזה. דוגמאות כאלו, כהתחייבות לבנות, נידונו בפרק הקודם.

ב. יש שהסמיכו חוזה עשייה לחוזה עבודה, שיש לו מעמד מיוחד, כמבואר להלן.

ג. יש התחייבויות לעשייה שהוכרו בהיותן חלק מחוזה אחר, אם כפירעון לקבלת תמורה אם כתנאי, וכן יש התחייבויות בעלות אופי מיוחד כנאמנות או מצרנות, כמבואר להלן.

ד. יש מן האחרונים, כאמור בשלהי הפרק הקודם, שמבססים את ההתחייבות על שעבוד הגוף בלבד, והם מכירים בהתחייבות שאין בה שעבוד נכסים.

ה. מבחינה מעשית, יש שהמעשה קדם. לפני חכמי ההלכה עמדו סוגי חוזים שעוררו את שאלת קניין דברים, ובנוסף לדרך העיונית הם הכירו גם בחוזים כאלו מכוח מנהג.

תחילה נדון באופן כללי במספר דוגמאות שנפסלו בהן חוזים משום היותם בגדר קניין דברים, ונראה אם "הוכשרו" וכיצד "הוכשרו". אחר כך נדון בסוגי חוזים מסוימים שמפרשים שונים עוררו בהם בעיה זו. אגב דיונים אלו נראה את המעבר שעברה ההתחייבות מכיוון חפצי לכיוון אישי.

א. סקירת דוגמאות

על מקור דין קניין דברים במסכת בבא בתרא, עמדנו בפרק הקודם[1]. כזכור עוסקת שם הגמרא בחוזה של שותפים לחלוק את חצרם שאין בה דין חלוקה, וכבר הזכרנו את הוכחת הרמ"ה כי גם אם נעשה חוזה על דרך ההתחייבות, אין לו תוקף[2]. זו התחייבות לעשייה – חלוקת נכס – ומשום כך אין בה שעבוד נכסים ואין לחוזה על מה לחול.

הראשונים שם מביאים עוד דוגמאות של קניין על דברים בעלמא. הרמב"ם[3], למשל, מציין: "וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני... או שישתתפו שניהם באומנות". בדוגמה זו של שותפות נעסוק להלן.

גם בספרות השו"ת התעוררו שאלות בתחום זה.

הרשב"א[4] אומר כי אף ש"קניין אתן" מועיל, כיוון שהוא נחשב כהתחייבות, הרי קניין לעשיית שטר מחילה על חוב, "קניין דברים בעלמא הוא, שאין מחילה אלא סלוק שעבוד". מכאן משמע גם כי אף התחייבות מפורשת כזו לא תועיל[5].

הרא"ש דן בראובן שהקנה את ביתו לשמעון, אך לא הסכים שיכתבו לו העדים שטר ראייה. הרא"ש אומר בתשובתו כי אפילו קנו מידו שיכתוב שטר ראייה, יכול לחזור בו, כיוון שיש כאן קניין דברים, ובלשונו[6]: "אין דבר זה נתפס בקניין, דאין זה שעבוד נכסים... הלכך נראה לי שאין תקנה שלא יוכל לחזור בו עד שיביא השטר ליד הלוקח או ליד מקבל המתנה". ומכאן גם משמע כי אף לשון חיוב לא תועיל[7]. כיוצא בזה אומר הרא"ש במקום אחר[8] כי מי שהתחייב בקנס שידוכין על מנת שימסרו את שטר החוב ביד שליש, אפילו קנו מידו שימסור לו, יכול לחזור בו ממסירת השטר, וכתוצאה מכך לבטל את ההתחייבות, כי הוא קניין דברים.

[1] פרק חמישי, הערה 2.

[2] יד רמה, ב"ב פרק א, אות כו. נזכר לעיל, פרק חמישי, הערה 7.

[3] הלכות מכירה, ה, יד.

[4] בתשובותיו, ח"א, סי' אלף לג. וכן פסק הרמ"א, חו"מ, סי' רג, סע' א (לעיל, פרק חמישי, הערה 54). וראה עוד: שו"ת הרשב"ש, סי' רכד.

[5] וכן מוכח משו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' קפ, שיידון להלן, ליד ציון הערה 79.

[6] בתשובותיו, כלל סו, סי' א. וכן נפסק בטור ושו"ע, חו"מ, סי' רמג, סע' י. וראה שם, טור, אות י, בשם ר' יונה. וכתב הפרישה שם: "שכל קנין שאין בו תועלת לגרום שעבוד נכסים יותר, מיקרי קנין דברים".

[7] וראה עוד: שו"ע, חו"מ, סי' לט, סע' ד; ביאור הגר"א, שם, ס"ק כא. בחידושי ר' עקיבא איגר, שם, על סע' יז, כתב שאם קנו מידו של הלווה שיכתוב שטר שהוא משעבד את נכסיו, הרי זה תלוי במחלוקת בשאלה אם "קניין אתן" מועיל. ואם כן הוא, הרי לשון חיוב יועיל (לפי דברי ר' עקיבא איגר, שם, דברי חכמת שלמה, בסי' רמג, י, אינם מוכרחים. עיין שם). על כל פנים, כאן מדבר הרא"ש בכתיבת שטר ראייה, שאין בו שעבוד נכסים, כאמור, ולכן אף לשון חיוב לא יועיל.

[8] בתשובותיו, כלל לד, סי' ג. ועיין רמ"א: אה"ע, סי' נ, סע' ו; חו"מ, סי' רמג, סע' ז ונושאי הכלים.

וכן אומר הרשב״א[9] כי חוזה של שליש להחזיר את השטר לאחד מן הצדדים הוא קניין דברים, ואינו תופס. במקום אחר אומר הרשב״א[10] כי חוזה בין ראובן לשכנו שיסתום את הפתח שיש לו למבוי אינו כלום, ״דקניין דברים בעלמא הוא, שהוא לא חייב עצמו בשום דבר אם לא יסתום״. מכאן גם נשמע שיש דרך להתגבר על מגבלת קניין דברים, דהיינו על ידי תלית המעשה או אי־המעשה בחיוב ממון[11]. נחזור לדון בעניין זה בפרק האחד־עשר. הר״ן[12] אומר כי קניין של יבם להקנות נכסים שיזכה בהם לאחר הייבום הוא קניין דברים.

האחרונים דנו בהתחייבות להישבע. יש נכסים, כשטרות וקרקעות, שאינם בכלל דיני שומרים האמורים בתורה. נפסק להלכה[13] כי ״אם קנו מידו שיתחייב בדין השומרים — חייב״. הבית יוסף[14] אומר כי אין מדובר אלא בחיוב ממון, אבל לא בחיוב שבועה של שומר חינם, כי הוא קניין דברים בעלמא. הרמ״א, בדרכי משה (חו״מ, סי׳ סו, ס״ק יד), תמה עליו, ״דהא אף השומר חנם יכול להתנות ולהקנות שישבע או ישלם״. אולם הש״ך[15] מצדיק את הבית יוסף, ומסביר שזו התחייבות לעשייה, ומוסיף[16] שאפילו התחייבות לא תועיל.

נראה לי שיש לפנינו מחלוקת בין האחרונים על חוזה עשייה בדרך התחייבות: הרמ״א, בניגוד לש״ך, אכן סובר כי די בהתחייבות הגוף להישבע, ואין צורך בשעבוד נכסים[17]. כך משמע בפשטות גם מתשובתו בעניין ירושה עתידית, שהובאה בפרק

[9] בתשובותיו, ח״ג, סי׳ עו.

[10] בתשובותיו, ח״ב, סי׳ מא (מז ע״ב).

[11] לפי זה תוסבר גם תשובת הרשב״א, חלק א, סי׳ אלף קכט, שמשמע ממנה שחוזה לסתימת חלון תופס, והתקשו בה האחרונים. ראה שו״ת פרח מטה אהרן, חלק א, סי׳ ז-ח, אלא ששם נאמר: ״שחייב עצמו... וששעבד נכסיו לכך״. ונראה שהכוונה שהתחייב בממון, אם לא יסתום. אמנם ייתכן גם לפרש שם שהיא כעין התחייבות לבנייה, ושעבד את נכסיו לצורך הוצאת ממון עבור הבנייה. ראה לעיל, פרק חמישי, הערות 18-20, וכן תירץ ר׳ חסדאי הכהן (שו״ת פרח מטה אהרן, חלק א, סי׳ ח). כיוצא בזה הוא מסביר את שו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ אלף קלה, שהקניין חל על הוצאות סילוק המים. עיין שם.

[12] על הגמרא בכתובות פא ע״ב (מ ע״א בדפי הרי״ף). ולכאורה אפשר להתחייב להקנותם לכשיבואו לידו, כפי שאומר הר״ן ביחס לירושה עתידית. ראה לעיל, פרק חמישי, הערה 276. וצריך עיון.

[13] רמב״ם, הלכות שכירות, ב, א; שו״ע, חו״מ, סי׳ סו, סע׳ מ, על פי ב״מ נח ע״א (לעיל, פרק שלישי, ליד ציון הערה 22).

[14] ב״י, חו״מ, סי׳ סו, מחודשות לו, וכן הוא בכסף משנה על הרמב״ם, שם.

[15] שם, ס״ק קכח. וראה עוד פרק חמישי, הערות 314-315.

[16] תוספת זו נכתבה משום מה בסוגריים. הש״ך מסתמך שם על ב״ב ג ע״א, ולא ראה שכבר הקדימו הרמ״ה (לעיל הערה 2).

[17] אמנם בעל הגהות אמרי ברוך (לר׳ ברוך פרנקל, מחבר הספר ברוך טעם) על שו״ע שם מסביר כי כוונת הרמ״א שהקניין חל על התשלומים, וממילא אם הוא רוצה להיפטר — יישבע. אך אין זה משמע מפשט לשון דרכי משה, ולדעתי אין צורך לזה, כאמור בפנים. על כל פנים,

הקודם[18], כיוון שהוא מזכיר שם רק חיוב הגוף ולא שעבוד נכסים. וכן משמע מתשובה אחרת שלו בעניין חתן שקיבל עליו לקיים את צוואת חותנו־מורישו, כיוון שההתחייבות מתגברת על בעיית קניין דברים[19]. ולהלן נביא עוד דעות כמה מן האחרונים שהולכים באותה דרך.

ב. הסכמי נישואין, גירושין וחליצה

הסכמי נישואין, גירושין וחליצה הם הסכמי עשייה בלא שעבוד נכסים. נעקוב אחר השינויים שעברו חוזים אלו.

הסכם נישואין. הר״י מיגאש[20] נשאל בעניין ראובן שקנו מידו שישא את בת דודו, והוא עונה: ״הקניין... אינו קניין כפי שורת הדין להיותו קניין על פעולה שיעשה אותה. והוא נקרא קניין דברים, שאינו קניין, לפי שהקניין אינו מועיל אלא בכל דבר שיש בו עצם, לא[21] בפעולות שהם מקרים ואין להם עצם״. הרי לנו הוכחה כי קניין על פעולת עשייה אינו חל. ואם ביחס לר״י מיגאש העלינו לעיל ספק אם הוא מכיר בהתחייבות

בסברה זו של אמרי ברוך, מסתייע חכמת שלמה על השו״ע, שם, כדי לתרץ את הסתירה מן השו״ע, חו״מ, סי׳ כב, סע׳ ג, שעמד עליה מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי׳ כב. עיין שם.

[18] סי׳ עח (לעיל, פרק חמישי, הערה 279). ושם נאמר: ״וכ״כ מוהר״ם בתשובה, והיא במרדכי פ״ק דמציעא (סי׳ רמז), לענין שמעון שקבל עליו שבנו ישא בת ראובן... שב׳ הצדדים מקבלים עליהם שהזוג ישא זה את זו, דכל אחד מחויב לקיים עליו מה שקיבל... והשעבוד חל על גופו. והחיוב אקרקפתא דגברא מונח״. ובסוף תשובת הרמ״א שם נאמר: ״הפשרה (ההסכם) קיימת. ונתקיים, אם כמר משה רוצה להיות יהודי ולעמוד בדבורו שקבל עליו בקניין סודר ובתוקף השטרות״. בפשטות משמע שזו חובה אישית, לעמוד בדיבורו שקיבל עליו. אמנם בתשובת המהר״ם שם מדובר בחיוב קנס. ועיין עוד רמ״א, חו״מ, סי׳ רמג, סע׳ ז, ואף שם לא הקפיד הרמ״א בציטוט הדברים, ודן בהתחייבות להינשא בלא להזכיר חיוב ממון. וכבר עמד על זה הסמ״ע, שם, ס״ק יב. וראה עוד רמ״א, אה״ע, סי׳ קלד, סע׳ ה, ותמיהת בית שמואל, ס״ק ז, והגר״א, ס״ק יב עליו שם. אמנם הרמ״א סובר שאפשר להתחייב להתגרש. ועוד נדון בשאלה זו בסמוך.

[19] סי׳ כא. בתחילה נוטה הרמ״א לומר שהוא קניין דברים, ״שהרי לא שיעבד נפשיה למאומה״. משום כך, בדומה לפסק הרמ״א ביחס למחילה עתידית (לעיל, הערה 4), אף החוזה של החתן אינו אלא סילוק בעלמא. אך לבסוף נוטה הרמ״א לומר שהתכוון להתחייב, ״הואיל וקנו (מידו), ודאי דעתיה בענין דמהני הקנייה, והיינו דמשעבד נפשיה לעשות הצוואה״.

[20] בתשובותיו, סי׳ קלה.

[21] בדפוס שלפנינו ״או״ במקום ״לא״, והוא טעות סופר. ואמנם מצאנו את הגרסה ״לא״ בכ״י ששון 593, עמ׳ 238 (ראה פרק רביעי, הערה 89), ובתשובת הר״י מיגאש, שהובאה בפירוש ״שמרו משפט״ לר׳ אברהם אשכנזי לספר ״חוקות הדיינים״ (הוצאת מכון הרי פישל, ירושלים תשל״ב), סי׳ קפג.

בכלל[22], הרי ברור שביחס לעשייה, גם לשון התחייבות לא יועיל. המאירי[23] מביא קניין על נישואין כדוגמה לקניין דברים.

הרשב״ץ[24] דן בעניין בעל שקיבל עליו[25] בקניין שלא לישא אישה על אשתו, ואומר שחוזה כזה אינו כלום, ״שאין זה ממון שתזכה בו האשה בקניין סודר חליפין. ואפילו בממון, היכא דהוי קניין דברים לא הוי קניין... כל שכן הכא, שאין עכובו מלישא אשה זכות ממון לה שתזכה בו בקניין סודר״[26]. אמנם מדובר פה בהתחייבות שלילית, שלא לישא אישה — בחוזים אלו נעסוק בסמוך — אך מדברי הרשב״ץ משמע שגם אם קיבל עליו להינשא, אינו כלום, ״שאין זה ממון שתזכה בו״.

הרמ״א[27] מביא את תשובת הרא״ש הנזכרת לעיל[28] בעניין כוחו של מקנה או מתחייב למחות בכתיבת השטר, וכותב: ״וה״ה בשנים שעשו קניין שישאו זה את זו, ואמרו ע״מ שיכתבו השטרות, ואח״כ חזר האחד״. מדברי הרמ״א אפשר להבין שההתחייבות לנישואין תופסת[29]. אך הסמ״ע[30] שם מעיר: ״שם בתשובת הרא״ש ליתא כן, אלא שעשו קנסות... וכה״ג [וכהאי גוונא] דוקא מצינו דחל הקניין, שהוא דבר שבממון ומקנה לו ממונו שיהיה משועבד (כצ״ל) לו ממנו הסך ממון אם לא יקיים... אבל קניין על חיוב שישאו זא״ז גרידא... לא מצינו, דה״ל כקניין דברים, ומשום הכי נראה דרגילין לכתוב בהתנאים ערבים בעד הקנס... דאלו ערבים לישא זא״ז לא חל הקניין עליו״.

בניגוד למקורות אלו, ובמיוחד לדעת התשב״ץ הנזכרת לעיל, אומר ר׳ יעקב חגיז[31] שהתחייבות הבעל שלא לישא אישה על אשתו תופסת, כי החיוב חל על גופו. הרי שהוא מכיר בהתחייבות הגוף בלא זיקה לשעבוד נכסים, ואפילו בהתחייבות שלילית, להימנע מפעולה.

האחרונים דנו בעניין מפתה בחורה ומבטיח לשאתה לאישה. לא נדון כאן בחיובי ממון, אלא רק בשאלה של תוקף התחייבותו לישא אותה.

[22] ראה פרק רביעי, ליד ציון הערה 82.

[23] ב״ב ג ע״א.

[24] תשב״ץ, ח״א, סי׳ צד. הסכם זה היה כעין תחליף לחרם דרבנו גרשום, שלא ישא אדם שתי נשים, שהיה נהוג באשכנז. וראה עוד להלן, פרק אחד־עשר, הערה 24; הערת מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, עמ׳ 524.

[25] בעל דברי גאונים, כלל מא, סעיף טז, מוכיח משו״ת הרשב״ש, סי׳ רמג, שלשון ״קיבל עליו״ הוא לשון המבטא התחייבות.

[26] הרשב״ץ אומר בהמשך דבריו: ״ואין בזה אלא משום והין צדק, שיהא הן שלך צדק, דשארית ישראל לא יעשו עולה וכו׳. אבל אם לא רצה להיות מהכשרים, לא תוכל למחות בידו״. מכאן למדנו שיש תוקף מוסרי לחוזה. וראה להלן, פרק אחד־עשר, הערה 21.

[27] חו״מ, סי׳ רמג, סעיף ז.

[28] כלל לד, סי׳ ג, הנזכר לעיל, הערה 8.

[29] ראה לעיל, הערה 18.

[30] ס״ק יב. וראה עוד בדבריו, שם, סי׳ רמה, ס״ק א, שנידונו לעיל, פרק חמישי.

[31] שו״ת הלכות קטנות, חלק א, סי׳ כג. וראה גיליוני הש״ס (לר״י ענגיל), ב״ב ג ע״א.

מדברי המהרי"ק[32] הבינו הפוסקים כי אין כופין אותו לשאתה[33]. אולם המהרי"ק אינו עוסק בתוקפה של התחייבות לנישואין. ה"בית מאיר"[34] דן במפורש בשאלה זו, ואומר: "הא למה זה דומה? להאומר לחבירו: שמור לי ואשמור לך. דבמה שחבירו שומר לו היום נשתעבד גופו לשמור למחר, והוי שומר שכר מההוא טעמא, וכדקי"ל בח"מ סי' שטו שכל תנאי דשכירות אין צריך קניין". בהמשך דבריו הוא מביא את דברי הסמ"ע שהזכרנו לעיל, שחוזה נישואין אינו חל, ומפרש שהסיבה לכך היא משום שעדיין אינם רוצים לשעבד את גופם, כדי שיוכלו לחזור בהם[35], "אבל בתנאי שכירות, שממילא ע"י שחבירו עושה מה שמצוה נתחייב הוא במה שמבטיחו... נשתעבד גופו לקיים, וא"כ יהא מחויב לישאנה". אולם לאור האמור לעיל, נראה בפשטות כי הסמ"ע שולל את עצם ההתחייבות, והוא רואה בה קניין דברים, אלא שה"בית מאיר" מכיר כנראה בהתחייבות הגוף בלא זיקה ממונית, ומשום כך נדחק להוציא את דברי הסמ"ע מידי פשוטם.

אך גם לשיטתו, שהתחייבות כזו מוכרת, השאלה היא אם כופין את קיומה. לפי משפט המדינה, חוזה בעל אופי אישי מובהק אינו ניתן לאכיפה[36]. אף בהלכה, גם אם לא מצינו הגבלה בנוסח שכזה, הרי קיים קושי בחוזה נישואין התלוי ברצון הצדדים: אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, וכיצד נכריח אדם להתחתן עם אישה רק מפני שהתחייב לשאתה? כך יש להבין את דברי חתם סופר[37], "שאי אפשר לשום קניין שיחול על אדם שיתחייב לישא אשה פלונית, ומשום הכי הצריכו קדמונינו לתקן חרמות וקנסות בתנאים של שדוכין, משום שאין שום קניין וחיוב חל על נשואי אשה". כיוצא בזה נראה בסמוך כי אף לדעה המכירה בהתחייבות אישה לקבל גט, אין כופין אותה לקבלו. אף ה"בית מאיר" מסכים שחוזה זה אינו ניתן לאכיפה, אם כי מנימוקים אחרים[38].

[32] שורש קכט.

[33] ראה: בית שמואל, אה"ע, סי' קעז, ס"ק א; שו"ת מהר"ם די בוטון, סי' כו.

[34] אה"ע, סי' קעז, ס"ק א.

[35] כמו שכתב הסמ"ע, חו"מ, סי' רמה, ס"ק ב, ביחס ל"קניין אתן" בשידוכין. וראה פרק חמישי, הערה 75.

[36] ראה: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 2(3).

[37] בתשובותיו, אה"ע, ח"ב, סי' קה.

[38] ואלו נימוקיו. ראשית, "מפני שאף אחר שנשא, היא בידו מד"ת [=מדין תורה] לחזור ולגרשה". וקשה לי, הרי מכוח חרם דרבנו גרשום אינו יכול לגרשה. ועוד, אם הוא מחויב לשאתה לאישה, הרי בהתחייבות זו כלולה גם התחייבותו שלא לגרשה מיד. וראה עוד פד"ר ז, עמ' 65, 70. שנית, "אי נמי משום דהוה כמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב". נימוק זה תופס רק לשיטת הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז. שלישית, בהתחייבות לשאת, בלא שבא עליה, "אפשר יוכל לטעון: משטה הייתי בך, כמו הפוסק לשדכן שבחו"מ, סי' רס"ד". אף נימוק זה קשה בעיניי, שהרי שם מדובר רק בעניין שיעור השכר המגיע לשדכן. ואולי יש לומר שהתחייבותו לשאתה היא חיוב מופרז, ויחויב רק בדמים, ובכך אנו מתקרבים להסברנו שבפנים, שאי אפשר לכפות נישואין. ועוד קשה (שמעתי מהרב א' סמט) לפי המבואר שם – חו"מ, סי' רסד, סע' ז, סמ"ע,

גם חתם סופר עוסק בשאלה זו בכמה מתשובותיו, אך עמדתו אינה ברורה כל צורכה. הוא אינו פוסל את החוזה מעיקרו משום היותו קניין דברים. ייתכן אפוא שהוא תופס, אך אין לבצעו, כנזכר לעיל. במקום אחד[39] נראה מדבריו שפטור מלישא אותה, כיוון שמחלה, ועיקר כוונתה הייתה לשם זנות[40]. במקום אחר[41] הוא שולל חוזה כזה על פי ההלכה הנזכרת לעיל[42] כי חיוב פירעון שכר עבודה בחפץ מוסכם אינו מחייב, ואם כן הוא הדין בהבטחה לישא אותה תמורת הביאה, אלא שהוא רשאי לשלם דמים. אך לפי זה נראה כי התחייבות מפורשת בקניין לישא את המפותה תתפוס, אם כי אין כופין על ביצועה, כנזכר לעיל[43]. עוד יש לציין כי מבחינת המגבלה של קניין דברים ייתכן שיש להבחין בין סתם התחייבות לשאת אישה לבין התחייבות נישואין הבאה בתמורה לביאה. כמו שהבחנו בפרק הקודם בין התחייבות חדשה לחיוב פירעון בדבר שלא בא לעולם[44], כך אולי יש להבחין גם ביחס לקניין דברים. חיובו לשאתה אינו נובע רק מהסכמתו, אלא מחובתו לתת תמורה למה שקיבל. סברה דומה נראה בסמוך בעניין חליצה.

בעיית חוזה לנישואין עלתה גם בימינו, ובית הדין הרבני[45] פסק שההתחייבות אינה מועילה. לסיכום, יש לומר כי המגמה הכללית היא שלא להכיר בחוזה זה, אך גם אם נמצא דרך להכיר בו אין כופין על ביצועו, ובדרך כלל יחויב המתחייב בדמים.

הסכם גירושין. בעל "תרומת הדשן"[46] אומר כי חוזה של הבעל להתגרש מאשתו הוא קניין דברים[47]. וכבר ציין אחד מן האחרונים[48] שאין נפקא מינה אם נעשה החוזה

ס"ק כ; קצות החושן, ס"ק ב — שצייד שביטל את מצודתו כדי להעבירו, נותן לצייד כל מה שהתנה עמו, הרי כאן הפסידה עבורו, ואם כן יתן לה מה שהתנה עמה.

[39] בתשובותיו, אה"ע, ח"א, סי' קכה. וכן הוא בערוך השולחן, אה"ע, סי' קעז, כט.

[40] כך הם הבינו בדברי מהרי"ק (לעיל, הערה 32). אמנם המהרי"ק הביא שם נימוק מחילה רק כדי לפטרו מממון, ותו לא.

[41] בחידושיו למסכת ע"ז סג ע"א.

[42] פרק חמישי, ליד ציון הערה 301.

[43] וראה עוד: שו"ת חתם סופר, אה"ע, חלק ב, סי' קס; פתחי תשובה, אה"ע, סי' קעז, ס"ק א; א' שוחטמן, מעשה הבא בעבירה, עמ' 219. שוחטמן שואל גם: שמא קידושין שנעשו עקב כפיית ביצוע התחייבות אינם תופסים, בדומה לגט מעושה? ראה לעניין זה: פתחי תשובה, אה"ע, סי' נ, ס"ק ח.

[44] פרק חמישי סעיף ד, 1. וראה עוד להלן, הערה 98.

[45] פד"ר, ד, עמ' 374, 377.

[46] פסקים, סי' קעג, כשהוא מסתמך על הרמב"ם, הלכות מכירה, ה, יא.

[47] דברי תרומת הדשן הובאו בשני מקומות: בשו"ת הרדב"ז, ח"ו, סי' ב אלפים שט; סמ"ע, חו"מ, סי' קצה, ס"ק טז. מדברי הרמ"א, אה"ע, סי' קלד, סע' ה, משמע שעצם הקניין תופס, וכבר תפסוהו: בית שמואל, שם, ס"ק ז; הגר"א, ס"ק יב. בעל ערוך השולחן, שם, ס"ק ל, יישבו בדוחק. אולם ראה לעיל, הערה 18.

[48] אמרי יושר (לר' מאיר אריק, אב"ד יאזלביץ, בעל מנחת פתים על שו"ע), ח"א, סי' ו.

על דרך התחייבות אם לאו, בהסתמכו על תשובת הרא"ש הנזכרת לעיל[49] בעניין חוזה לכתיבת שטר, שאינו תופס כי אין בו שעבוד נכסים.

אולם אחד מן האחרונים, בעל "קול אריה"[50], דן באישה שהתחייבה לקבל גט אם לא תלד תוך תקופה מסוימת, ואומר כי אף שקבלת קניין להתגרש היא בגדר קניין דברים, ההתחייבות מועילה. אמנם הוא מוסיף ביחס לביצוע החוזה כי אם אינה רוצה לקבל גט, לא יוכל הבעל לגרשה בעל כורחה בניגוד לחרם דרבנו גרשום, אבל הפרת החוזה פוטרת את הבעל מחיובי שאר וכסות ועונה, וממילא במקרה כזה מתירים לו לשאת אישה שנייה. ייתכן גם לומר כי הפרת החוזה מאפשרת לבעל להתנהג באופן כזה שבלא הפרת החוזה היה נחשב מורד[51]. ולפי זה תהא נפקא מינה גם להפרת ההתחייבות של הבעל לגרש את אשתו.

שאלות של הסכם גירושין אינן דבר נדיר בימינו, והן נזכרו כמה פעמים בפסיקת בתי הדין הרבניים. בדרך כלל המגמה היא שלא להכיר בהם, להיותם קניין דברים[52]. בית הדין הרבני דן[53] בעניין בחור שהסכים לשאת פנויה שהתעברה ממנו רק אחרי שהתחייבה לקבל גט לאחר הלידה. כשסירבה האישה לקבל גט, ובאו לדין, התעוררה בין היתר שאלת תוקף החוזה. בית הדין מביא את המקורות שהזכרנו לעיל, האומרים כי הוא קניין דברים, אך מאידך הוא דן בדעת ה"קול אריה" הנזכרת לעיל, ומתאמץ להכיר בחוזה זה. נזכיר כאן כמה נקודות הלכתיות העולות בפסק הדין.

א. יש לראות בהתחייבות האישה משום מחילה על חובותיו כלפיה, ואם נפטר משאר מכסות ומעונה, הרי הוא רשאי לשאת אישה שנייה, כנזכר לעיל. ולפי זה יש להבחין בין התחייבות של האישה, שמועילה כאמור מדין מחילה, לבין התחייבות הבעל לתת גט, שאינה תופסת. בדרך זו עוקף בית הדין את בעיית קניין דברים, ומגיע לאותה תוצאה של "קול אריה". בעל "קול אריה" לא הלך בדרך זו: הוא סובר שההתחייבות תופסת אלא שאין לאוכפה. אך בית הדין מייחס את סברתו גם לדעת "קול אריה". כלומר, סתם מחילה לא תועיל לדעת הר"ן[54], האומר כי אין אישה מוחלת על חרם דרבנו גרשום, אבל התחייבות תועיל מדין מחילה. אולם לדעתי סברה זו אינה מוכרחת: אם ההתחייבות אינה תקפה, קשה לראות בה משום מחילה על חיוביו כלפיה[55]. כמו כן יש לפקפק אם אפשר לעקוף את חרם דרבנו גרשום באופן זה. הר"ן אומר: "שמא חרם זה לא לתקנת הנשים בלבד נעשה, אלא אף לתקנת האנשים, כדי

[49] כלל סו, סי' א (לעיל, הערה 6), שהובא בטור, חו"מ, סי' רמג, אות יד; סמ"ע, שם, ס"ק יט.

[50] שו"ת קול אריה, אה"ע, סי' פה.

[51] על דין "מורד", ראה: ב' שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, ירושלים תשכ"ז, עמ' 179.

[52] ראה: פד"ר א 257, 262; פד"ר ב 289, 290; פד"ר ד 353, 354; פד"ר ד 374, 376; פד"ר ח 179.

[53] פד"ר ז 353.

[54] שו"ת הר"ן, סי' מח.

[55] ראה: פד"ר ה 214, 217.

שלא יכניסו מריבה בתוך ביתם... ולא עוד אלא אפי׳ נאמר שלתקנת האשה בלבד נעשה, אפשר שהרב ז״ל (רבנו גרשום) חשש שמתוך שהנשים כפופות לבעליהן אם יספיק נתינת רשות שלה... שמא יקניטנה בעלה עד שתרצה״. ואם כן, אין נראה לחלק בין מחילה והסכמה לקבל גט לבין התחייבות כזו, שנתפסת כמחילה. על כל פנים, מוסיף בית הדין כי באותו עניין האישה גם מחלה במפורש על חובותיו כלפיה[56], ולפי יסודו של ״קול אריה״ הרי מתירים לו לשאת אישה שנייה.

ב. הנישואין נעשו בתנאי מגביל, היינו בלא חובות של הבעל כלפי אשתו, וממילא נפקע חרם דרבנו גרשום, כנזכר לעיל[57].

הסכם חליצה. יש שהאישה חוששת כי אם תיפול לייבום — וביתר דיוק, לחליצה, לאחר שזו הפכה להיות הדרך היחידה להתירה לשוק — יסרבו האחים לחלוץ לה, או שיבקשו כסף רב תמורת החליצה. משום כך בתחילת תקופת האחרונים אנו פוגשים בספרות ההלכה של אשכנז במנהג של שטר חליצה. בשעת עריכת הנישואין כותבים האחים לאישה שטר חליצה, ובו נאמר כי בבוא העת יחלצו לה חינם[58]. ״בית שמואל״, לאחר שהביא את דברי תרומת הדשן ביחס להתחייבות גירושין, טוען: ״לפ״ז אין חל הקניין שעושים על החליצה... ואין לומר הקניין שנוהגים תחת החופה קאי על הממון — דאין רוצין ממון אחיהם. אם כן למה לי קניין? דהא מחילה אין צריכה

[56] בית הדין מעורר את שאלת מחילה בדבר שלא בא לעולם, שהרי מחלה לפני הנישואין (ראה: רמ״א, חו״מ, סי׳ רט, סע׳ ד; לעיל, פרק חמישי, הערה 270), ואומר שיש לדמות זאת לקניין בדבר שלא בא לעולם, שמועילה בו תפיסה לאחר שבא לעולם, ואפילו תפיסה של שטר על העסקה (שו״ע שם). ואם כן, גם כאן, שההסכם בכתב נשאר בידי הבעל לאחר הנישואין, הרי זה כתפיסה. לדעתי, יש לפקפק בהשוואה זו. רעיון התפיסה מבוסס על דבר שהתחדש לאחר שהגיע נשוא העסקה לעולם, היינו תפיסה שיש בה משום מחילה (ראה נושאי הכלים שם לגישותיהם). אבל במחילה על דבר שלא בא לעולם, לא נתחדש דבר, ובמיוחד שהמחילה אינה צריכה לא קניין ולא שטר. ואם לא תאמר כן, נמצאת מבטל דין מחילה בדבר שלא בא לעולם, שהרי לאחר היווצרות החוב, או הנישואין בנידון דידן, אין החייב צריך להוציא מן המוחל, אלא להיפטר מחובו. אם כן, לעולם הוא בחזקת תופס. וראה להלן עמ׳ 524.

[57] לעניין ״תנאי מגביל״, מסתמך בית הדין על חידושו של ר׳ עקיבא איגר בכתובות נו ע״א ועל פד״ר א 289, 304-309. וראה להלן, ליד ציון הערות 96, 145. עוד מוסיף בית הדין בעניינו, שייתכן שאי־הכרה בהתחייבות האישה תביא לביטול הקידושין מדין טעות. עיין שם.

[58] ראה: רמ״א, אה״ע, סי׳ קסה, סע׳ ד, על פי שו״ת מהר״ם מפדואה, סי׳ כג. וראה עוד בספרי השטרות: תיקון סופרים (לר״ש יפה, שנת תל״ג), סי׳ ג; נחלת שבעה, סי׳ כב. בשני מקורות אלו נאמר שההתחייבות לוותה בשבועה. וראה להלן, נימוקו הראשון של בעל ״שבות יעקב״.

קניין"[59]. מכאן שלחוזה חליצה אין תוקף משפטי בהיותו קניין דברים. אולם בעל "שבות יעקב"[60] (ר' יעקב ריישר) דוחה את דבריו, והוא מכיר בחוזה זה, ואלו נימוקיו.

א. בשטר זה נאמר גם שמקבל על עצמו בחרם לחלוץ לה. להלן נעסוק בהתחייבות מכוח חרם ושבועה.

ב. "כיון שעל תנאי זה נשאה לו, לפי שהשתעבד אחיו לחלוץ לה בחנם, וכיון שע"פ דבורו ושעבודו נשאת לאחיו, גמר ומשעבד נפשו, הן הן הדברים הנקנים באמירה". הסבר זה עדיין צריך ביאור. לא נראה לי ששייך כאן דין "דברים הנקנים באמירה", הנזכר לעיל[61], שהרי אין כאן הנאת חיתון של האח. וצריך לפרש שזוהי כעין התחייבות פירעון שבאה כתמורה לנישואיה לאח. ולפי זה יוצא שהתחייבות לעשייה תקפה כשהיא באה כפירעון לקבלת גמול[62]. ואולי יש לפרש כי התחייבות זו דומה להתחייבות מדין ערב, כיוון שסמכה עליהם, והסכימה להינשא רק בגלל הבטחתם[63].

ג. "כיון שהוא משעבד לה לחלוץ לה המנעול (המנעל), דהוי עבדות ודבר שיש בו ממש, חל הקניין, ורמז לדבר: 'ולקיים כל דבר שלף איש נעלו' (רות ד, ז)". משמע שזהו חוזה עבודה, שנעסוק בו להלן. אף טעם זה צריך בירור: וכי יש לראות בהסכם חליצה משום שכירות פועל[64]?

ד. סוף דבר, המשיב מסיים כי השטר מועיל מכוח מנהג, "פוק חזי מאי עמא דבר בענין שטר חליצה שנהגו ונתפשט בקרב כל ישראל לכופו על החליצה מכוח שטר". בהתחייבות מכוח המנהג, נעסוק בפרק אחד־עשר.

[59] אה"ע, סי' קלד, ס"ק ז (בסי' קסה, סוף ס"ק יא, צ"ל: "ועיין לעיל סי' קלד..."). דברי "בית שמואל" ביחס לממון דחוקים בעיניי משני טעמים: ראשית, הרי זו מחילה על חוב עתידי, והיא אינה חלה, כנזכר לעיל, הערה 56; שנית, והוא עיקר, אין כאן חוב כלל, שהרי האח לא יחויב בממון, אלא יש כאן לכל היותר התחייבות מצדם שלא לתבוע את המגיע להם. זוהי התחייבות שלילית, והיא נחשבת קניין דברים לרוב הדעות, כאמור להלן. אף לגופו של עניין, לא נרוויח הרבה מהכרה בהתחייבות על הממון, כי עדיין יוכלו האחים לסרב לחלוץ בכלל, והרי אנו מעוניינים לתת תוקף להתחייבות לחלוץ לה.

[60] בתשובותיו, ח"ב, סי' קל.

[61] פרק רביעי, סעיף ד, 2.

[62] ראה לעיל, ליד ציון הערה 44. וראה עוד: שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' קכה, ולהלן הערה 98.

[63] על חיוב זה, נעמוד להלן, פרק שנים־עשר, סעיף ב.

[64] אמנם רש"י אומר ביבמות קו ע"א (ד"ה הב), שהחליצה מחייבת את היבמה לשלם את התמורה המוסכמת מדין שכירות, אבל שם מדובר לאחר מעשה; ואילו בנידון דידן נשמע שאפשר להתחייב לחלוץ מדין שכירות פועל גם לפני המעשה. חוזה עבודה גם מעורר את השאלה: האם המתחייב יכול לחזור בו? כמבואר להלן, פרק שביעי; פרק תשיעי, סעיף ב.

ג. התחייבות שלילית להימנע מפעולה

שאלת קניין דברים התעוררה גם ביחס להתחייבות שלילית — להסתלק או להימנע מפעולה מסוימת. בעיקר מדובר ביחסים שבין שכנים או שותפים, כשאחד הצדדים מתחייב שלא לבנות בחצר או שלא להתחרות בחברו. כבר הראשונים עסקו בחוזים כאלו וראו בהם דוגמה קלסית לקניין דברים. באחרונים כבר נמצא חילוקי דעות, ויש מהם האומרים שחוזה כזה שנעשה על דרך ההתחייבות הוא תקף. נפתח בסקירת המקורות.

הרמ״ה[65] דן בעניין ראובן שקנו מידו שלא יהא לו רשות לפתוח חלון הכותל המשותף עם שכנו, ואומר כי ״כל כלשון הזה, קניין דברים בעלמא הוא. למה זה דומה? למי שקנו מידו שלא יהא לו רשות לבנות ביתו או לגדור חצרו או להטיח גגו, שאינו משתעבד לכך״. מדברי הרמ״ה משמע כי אף לשון חיוב לא יועיל, כי אין לו לחיוב על מה לחול. דעת הרשב״א על חוזה הימנעות תובא בסמוך.

מהר״ח אור זרוע[66] דן בעניין אדם שקיבל קניין, ונדר בתקיעת כף שלא למכור קרקע מסוימת תוך שלוש שנים. בתשובתו הוא אומר ביחס לקניין שאינו כלום, כי הוא קניין דברים. הזכרנו לעיל את תשובת הרשב״ץ[67] שאינה מכירה בקבלת הבעל על עצמו שלא לישא אישה על אשתו. במקום אחר הוא אומר[68] כי קבלת קניין על אי־סילוק האפוטרופוס על ידי מי שמינהו היא בגדר קניין דברים. הרשב״ש[69] אומר שקבלת קניין על אי־ביטול הרשאה בטלה משום קניין דברים.

מבין האחרונים עוסק המהרשד״ם[70] בעניין שניים שקנו בתים, והסכימו ביניהם שלא יוכל אחד מהם להשכיר את ביתו בלא רשות חברו ולא למכור לאחר, אם יבקש חברו לקנותו. המשיב אומר כי הוא קניין דברים, וכל שכן כאן שההסכם הוא בשלילה[71], ומשמע שאין הבדל אם נקטו לשון חיוב אם לאו, שהרי אין לחוזה על מה לחול. כמה מן האחרונים דנו בהסכם חילוק מְחיות, ולפיו מתחייבים שני שכנים או בעלי עסק שלא להתחרות זה במחייתו של זה. יש שציינו כי מצד הדין אין ההתחייבות תופסת,

[65] בתשובותיו, סי׳ רעח.
[66] בתשובותיו, סי׳ רנא.
[67] ראה לעיל, הערה 24.
[68] תשב״ץ, ח״ג, סי׳ רנג.
[69] בתשובותיו, סי׳ שצד.
[70] בתשובותיו, חו״מ, סי׳ רעד. אולם ראה להלן, פרק תשיעי, סעיף א.
[71] אמנם מהרשד״ם מציין שהמהרי״ק סובר אחרת. ראה להלן, פרק תשיעי, ליד ציון הערה 29.

אם כי יש שהכירו בה מנימוקים אחרים, כמבואר להלן[72]. לסיכום, לדעת הרבה מן האחרונים, התחייבות שלילית, להימנע מפעולה, אינה תופסת[73].

כנגד זה יש מן האחרונים הסוברים כי חוזה כזה בדרך של התחייבות תופס, כי החיוב חל על גופו, להימנע מלעשות את הפעולה. כך משמע מתשובה אחרת של המהרשד"ם[74], אולם דבריו צריכים בירור. שם נידון תוקפו של חוזה פטור ממסים שנתנו הקהל לבן קהילתם, וחזרו בהם. המשיב אומר כי יש לקיים חוזה זה משני טעמים: ראשית, יש כאן סילוק ומחילה על חובות מסיו, כולל מסים עתידיים, ואין לומר כי זו מחילה בדבר שלא בא לעולם, כי זה דומה להסתלקות ארוס מזכויותיו העתידיות בנכסי אשתו[75]; שנית, יש כאן התחייבות שלא לתבוע ממנו מסים, והתחייבות כזו תופסת, כמו שראינו ביחס להתחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם. מכאן מסיק אחד מן האחרונים[76] כי "המחייב עצמו בדבר שלילה, כגון שלא ליקח מחבירו הקנס או הריוח או שלא אירש את אבא... מהני".

כאמור, אין דברי מהרשד"ם נקיים מספקות. בין היתר הוא מסתמך על דברי הרשב"א[77], ולי נראה להביא הוכחה הפוכה מתשובה אחרת של הרשב"א. חוזה פטור ממס הפך למנהג, ובענייני מסים בכלל אומר הרשב"א בכמה מקומות שהמנהג הוא

[72] ראה: תועפות ראם, לר' אהרן משה טויבש, חו"מ, סי' ו, שמשמע ממנו שהתחייבות למניעת מעשה פחותה מהתחייבות לעשייה ויש להבחין בין שהחזיקו כבר במחיה בין לא החזיקו בה; עטרת חכמים לר' ברוך פרנקל, בעל ברוך טעם, חו"מ, סי' כא (בהשמטות), ושם נאמר שאין להכיר בהסכם זה אלא במקרה של הסכם או תקנת ציבור, כמבואר להלן, פרק אחד־עשר; דברי חיים (לר' חיים מצאנז, חתנו של בעל ברוך טעם), ח"א, חו"מ, סי' לא, המכיר בהסכם רק מכוח המנהג; תשורת ש"י, חלק א, סי' תקפב, שם נפסלה התחייבות אופה שלא למכור מעשה אופה לבני כפר שעוזרו מכר שם ברשותו; פד"ר ג 336, המובא להלן, ליד ציון הערה 93. וראה עוד סיכומי הדברים בספרו של ד"ר ש' ורהפטיג, דיני מסחר במשפט העברי, ירושלים תש"ן, עמ' 211.

[73] מלבד המקורות שנזכרו לעיל, ראה: שו"ת המבי"ט, ח"ג, סי' לא; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' כד (בהשמטות); שו"ת תורת חסד (לר' חסדאי הכהן פרחייא), סי' רכב, ושם נאמר שקניין על אי־בנייה אינו תקף, אפילו נעשה בדרך התחייבות, כי לא חייבו את עצמם בשום אחריות. אולם ראה: להלן, הערה 91; "חבל יעקב" (להרב אבא יעקב ברוכוב), סי' ט-יא. ושם, בסי' יב, הסכים לזה גם הרב יצחק אלחנן ספקטור. אולם בנחל יצחק, סי' ס, ס"ק ג, כתב הרב ספקטור שההתחייבות מועילה בדבר שאין בו ממש, ועדיין צריך עיון; ערך שי, חו"מ, סי' רה, ד"ה אם מסר; שו"ת אמרי יושר, הנזכר לעיל (הערה 48); שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' יח. אולם ראה להלן, הערה 92; ערוך השולחן, חו"מ, סי' ס, סע' יא ועוד.

[74] חו"מ, סי' שע. וראה להלן עמ' 524.

[75] ראה לעיל, פרק חמישי, הערה 270. אם כי שאלת הסילוק דורשת דיון נפרד, אציין כאן רק שאיני מבין את דמיון הקהל לארוס, שהרי אין מדובר כאן בוויתור על זכות העתידה ליפול לידי הקהל. אם כן, כיצד הם יכולים למחול על חוב שעדיין לא נוצר? וראה: שו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' קפ (יידון להלן); שו"ת הר"ן, סי' כג; רמ"א, חו"מ, סי' רט, סע' ד.

[76] דברי גאונים (לר' חיים אריה כהנא), כלל מא, ז.

[77] כפי שהובאו בבית יוסף, חו"מ, סי' קסג.

הקובע[78], כך שאין ראיה מתשובה שמשתמע ממנה שחוזה כזה תופס. אדרבה, במקום אחד[79] דן הרשב״א בתוקפו של החוזה מדין תורה, והוא שולל את תוקפו. תחילה אומר הרשב״א שהקהל אינו נושה של אותו אדם שקיבל את הפטור, אלא הם חייבים משותפים, ואין מחילה במקום שאין חוב. אך אף אם תאמר שהקהל פרע למלך, ויש להם תביעה עליו שפרעו בשבילו כערב, והם מוחלים לו, הרי קונסטרוקציה זו יכולה להועיל רק על חוב קיים, אך לא על מס עתידי, ״שאם פטרוהו מכל מה שיתבע המלך כשיפרעו הם בשבילו, אין בדבריהם כלום. לפי שאין אדם מוחל ופוטר דבר שלא בא לעולם, ולפיכך אין בדבריהם כלום, אלא אם כן יתחייבו הצבור את עצמן ונכסיהן לו בכל מה שיגיע לחלקו לפרוע במס המלך, דעכשיו מועיל מדין חיוב ושעבוד שנשתעבדו לו״. הרי שאף בדרך התחייבות אינם יכולים כי אם להתחייב ולשעבד נכסיהם כי ישלמו את סכום המס שהוא יחויב בו[80], כי אז החיוב חל על שעבוד הנכסים, אך לא להתחייב שלא לתבעו. מכאן שאין להתגבר על בעיית מחילה על דבר שלא בא לעולם על ידי התחייבות למחול. כיוצא בזה ראינו לעיל ביחס לקניין על עשיית שטר מחילה[81], וביחס למחילת ירושה עתידית, כי אפשר רק להתחייב להחזיר את הירושה[82].

נראה לי להביא ראיה נוספת מעניין דומה שעוררו הראשונים. מכיוון שהמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו — מחול[83], דנו הראשונים בשאלה אם יש תקנה מראש למנוע מחילתו[84]. במקום אחד אף אומר הרשב״א[85]: ״ואיני מוצא לו שום תקנה״. יתר על כן, בעל העיטור אומר[86] כי אף אם התנה המוכר עם הלוקח שאינו יכול למחול, אין התנאי מועיל. ואולי יש להסביר כי הוא בגדר קניין דברים[87].

במקום אחד דן הרשב״א בהסכם בין שניים להשתתף ברווחים, ואומר[88] כי הרשות ביד כל אחד מהם לחזור בו כדין פועל. והוא מסיים: ״ואם רצו שלא לחזור בו אחד מהם, אין להם תקנה אלא בחיוב ובקניין גמור, כגון שיכתבו שכל החוזר בו יתחייב לחבירו כך וכך״. הרי שהתחייבות להימנע מפעולה — שלא לחזור בו — אינה תופסת,

[78] ראה בתשובותיו: ח״ד, סי׳ רס; ח״ה, סי׳ קפ ועוד.

[79] ח״ה, סי׳ קפ.

[80] ואף זה, אומר הרשב״א, שלא כדעת הרמב״ם, הלכות מכירה, יא, טז, ביחס לדבר שאינו קצוב.

[81] ראה לעיל, הערה 4.

[82] ראה פרק חמישי, ליד ציון הערה 276. ברמב״ן, כתובות פג ע״א, נאמר: ״אינו מתנה שלא יירשנה אלא יורשה, ומתנה על הבעל להחזיר הממון ליורשיה״.

[83] כתובות פו ע״א.

[84] ראה: שו״ת הרשב״א, ח״ג, סי׳ כ; שם, ח״ו, סי׳ רל; שו״ת הר״ן, סי׳ סד.

[85] ח״ו, סי׳ רל. וראה עוד: תוספות, ב״ק פט ע״א, ד״ה כל (בסופו).

[86] העיטור, אות מ, מחילה (נה, א), שהובא להלכה בטור ושו״ע, חו״מ, סי׳ סו, סע׳ כג.

[87] בית יוסף אומר שם: ״דאי אפשר לו להתנות שלא יוכל לעשות מה שיוכל לעשות״. ועיין שם בש״ך, ס״ק עח, והוא לא כדעת הב״ח והסמ״ע שם, ס״ק נז.

[88] ח״ב, סי׳ פז. בהסכם שותפות נדון עוד להלן, פרק תשיעי, סעיף א.

אלא יש לפרשה כהתחייבות ממונית. וכן מוכח מדברי הרשב"א[89] כי הסכם בין שניים שלא לעשות אינו תופס: "אבל במניעות, כמו שהתנו שלא יעשה זה ביומו של זה, הא ודאי לא שייך בשותפין... דבמה נשתעבדו שלא לעשות"[90].

אולם יש מן האחרונים, כאמור, שסוברים כי חוזה שנעשה בדרך של התחייבות מועיל, כי החיוב חל על גופו, להימנע מלעשות אותה פעולה. מלבד המהרשד"ם, אומר כך במפורש ר' חסדאי הכהן פרחייא[91]. הוא דן בחוזה של אדם שלא יירש את אביו, ואומר כי אף שהראשונים הסבירו שאינו יכול למחול, כי אם להתחייב להחזיר את הירושה שיקבל (לעיל, הערה 82), מכל מקום גם בדרך של סילוק ושלילה — שלא יירש, יועיל לשון התחייבות, "לפי שכשהוא מחייב עצמו ומשעבד אותו באותו דבר, אע"פ שהיה ע"י סלוק ושלילה, יש מקום לקניין לחול, שהוא עצמות האדם שמשתעבד לכך". וכן היא דעת כמה מן האחרונים[92].

בעיה כזו עלתה גם בפני בית הדין הרבני[93]. שותפים לחנות עופות הגיעו להסכם פירוק השותפות, ולפיו נאסר על מי שיצא מן השותפות לפתוח חנות בסביבה הקרובה. אחד השותפים הפר הסכם זה ונתבע לשלם נזקים שנגרמו לשותפיו בגלל הפרת ההסכם. בית הדין דן בתוקף ההסכם שלא לפתוח חנות, והוא מצדד בדעת האחרונים שאילו היה ההסכם נעשה בלשון התחייבות, לא היה בגדר קניין דברים. אמנם באותו הסכם לא נכלל לשון התחייבות, אך בכל זאת מוצא בית הדין הרבני שתי דרכים לחייב את השותף שפתח את החנות:

א. אחד מן האחרונים[94] שדן בשאלה של התחייבות שלילית — שלא לבנות בחצרו

[89] בבא בתרא ט ע"א. הרשב"א מסביר שם שסיפור הגמרא על "הנהו טבחי" עוסק בתנאי של כל בני האומנות, לא בתנאי של יחידים, וכן הובא ברמ"א, חו"מ, סי' רלא, סע' כח. מכאן מוכיח בעל עטרת חכמים (לעיל, הערה 72), שקניין על הימנעות הוא קניין דברים.

[90] כיוצא בזה יש לומר ביחס לחוזה של אישה למחול לבעלה על חובת עונה. בעל באר היטב, אה"ע, סי' סט, ס"ק ד, טוען שלפי דברי הסמ"ע, חו"מ, סי' כב, ס"ק טו, תועיל מחילה בקניין. דברי הסמ"ע שם ביחס למתנה על מה שכתוב בתורה צריכים בירור, אך אין כאן מקום להאריך. לעצם העניין טוען בית מאיר לאה"ע שם (הובא בפתחי תשובה, שם, ס"ק ג) שקניין מחילה כזה בטל משום קניין דברים; אם אין למחול על חובת עונה — כי אינה דבר שבממון — אין גם למחול על ידי קניין או התחייבות. אין כאן מקום לדון בשאלה: האם יש דרך אחרת למחול על חובת עונה? וראה להלן, פרק שביעי, הערה 304.

[91] שו"ת תורת חסד, סי' רכח. וכבר העיר בעל דברי גאונים, כלל מא, ז וכלל פז, נט, שהוא סותר לתשובה אחרת שלו בסי' רכב (לעיל, הערה 73).

[92] קצת משמע כן משו"ת מהר"ם מלובלין, סי' קח. וכן הוא מפורש בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח-ט. אולם ראה שם, ח"ב, סי' ד. נעיר שסי' ח הוא של ר' חסדאי הכהן, ושם נאמר: "הדעת נותן והשכל מחייב דבלשון חיוב חל קנין... דאין לך דבר שאינו נתפס בקנין בלשון חיוב". יש אומרים שבעיה זו היא מחלוקת אחרונים. ראה דברי גאונים: כלל מא, ז וכלל פז, נט ו־סז; וראה שו"ת מהרש"ם, ח"א, סי' רכו; ח"ב סי' יח, קכה; פתחי חושן, בדיני קניינים, פרק יח, כא. וראה להלן עמ' 524.

[93] פד"ר ג 336.

[94] פרח מטה אהרן, חלק א, סי' יד (תשובת ר' שמואל גאון). ועיין שו"ת מנחת יצחק, ח"ו, סי' קעו (יח).

— אומר שאם נעשה חוזה זה כתנאי בשעה ששניים קנו או חילקו קרקע ביניהם, אין צריך קניין, ואין כאן חסרון של קניין דברים, כי על דעת כן חילקו. מכאן הוא משיג על המהרשד״ם, שדן בשניים שקנו בתים והסכימו שלא יוכל כל אחד מהם להקנות לאחר בלא הסכמת חברו, ובכל זאת אומר המהרשד״ם כי הוא קניין דברים[95]. בית הדין אומר כי גם בנידון דידיה התנאי נעשה בשעת פירוק השותפות, ועל דעת כך חילקו, שלא יפתח חנות מתחרה בסביבה, ולפי דברי אותו אחרון אין כאן חסרון של קניין דברים.

לדעתי, עדיין יש מקום להבחין בין אותה תשובה שבספר ״פרח מטה אהרן״ לבין הנידון דידן. מסתבר שאין כוונתו שהחלוקה תלויה בתנאי עד כדי כך שאם יבנה בניגוד לתנאי תתבטל החלוקה למפרע, אלא זהו תנאי מגביל, היינו שהסכימו לחלק את הנכס בכפוף להגבלה של אי־בנייה. לעיל ראינו סברה דומה ביחס לנישואין שנעשו בתנאי מגביל[96]. כל זה אמור בחוזה היוצר זכויות וחובות, כשצד אחד מגביל את הזכויות האמורות להגיע לו לפי החוזה, כגון באותו עניין, שכל אחד זוכה בקרקע בכפוף להגבלה שקיבל על עצמו, שהוא כעין שיור בקרקע. אבל בנידון דידן, אין השותף מקבל שום נכס, אף שמקבל כסף על חלקו בשותפות. הוא מתחייב שלא לפתוח חנות, התחייבות חיצונית לפירוק השותפות; ואם כן, מאי נפקא מינה בדבר שהתחייב בשעת פירוק השותפות? ואם כן, עדיין יש לדון בשאלת קניין דברים[97].

מדברי כמה מן האחרונים עולה שאפשר להתחייב בשלילה כפירעון חוב למה שנתקבל[98]; ואם כן, ייתכן שגם בנידון דידן יכול השותף לשלם באי־פתיחת חנות בתמורה לכסף שקיבל עם פירוק השותפות.

ב. אף אם נאמר שההסכם אינו תופס, אם לא עמד בדבריו וגרם לירידת ערך החנות, חייב לשלם. עם הפירוק שילם לו שותפו כסף גם עבור אי־פתיחת חנות, ואם פתח — עליו להחזיר חלק מהכסף שקיבל. עיין שם.

[95] חו״מ, סי׳ רעד (לעיל, הערה 70). אמנם אפשר לומר בדוחק ששם לא קנו בתים בשותפות וחילקום, ואם כן ההגבלה שקיבלו עליהם לא באה כתנאי לקנייתם.

[96] ליד הערה 57, ביחס לשאר לכסות ולעונה. וראה עוד להלן, הערה 148.

[97] וראה עוד: שו״ת דברי חיים, ח״א, חו״מ, סי׳ לא; דברי גאונים, כלל קיג, לז; מנחת פתים, חו״מ, סי׳ רמא, יב.

[98] ראה שו״ת חתם סופר, יו״ד, סי׳ ט (שוליה של שוחט שהתחייב לא להשיג גבול מורו שנתן לו תעודה). דבריו הובאו בשו״ת מנחת יצחק (לעיל, הערה 94) ופתחי חושן (לעיל, הערה 92); ומאמרו של מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, ״הגדרת דתי בחוזה״, תחומין יח (תשנ״ח), עמ׳ 181. וע״ע הערה 62.

ד. דבר שאין בו ממש

1. כללי

המושג "דבר שאין בו ממש" לקוח מדיני מיקח וממכר, אלא שהראשונים קושרים אותו למושג "קניין דברים", כמובא להלן.

הגמרא (ב"ב קמז ע"ב) אומרת: "אמר רבא, אמר רב נחמן: שכיב מרע שאמר: ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה – לא אמר כלום, עד שיאמר: תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו". בגמרא מבואר שחוזה זה בטל לא רק כשנעשה על ידי בריא, אלא גם כשנעשה על ידי שכיב מרע, שיש הרבה הקלות אחרות ביחס לקנייניו. ונשאלת השאלה: מהו הפגם בחוזה זה? רוב המפרשים אומרים שפעולת הדיור היא דבר שאין בו ממש, ומשום כך אינה יכולה להיות נשוא הקנאה, ויש צורך להקנות את הבית לשם דירה[99]. אמנם יש שאינם מקבלים הסבר זה. הראב"ד, למשל, טוען שלא נתפרש בסוגיה טעם זה, והוא אינו נזכר כלל בתלמוד[100], ומשום כך הוא נותן טעם אחר[101], וכן משמע כבר בדברי אחד מן הגאונים[102]. אולם רוב המפרשים מסבירים, כאמור, שיש לפנינו מגבלה בדיני הקנאה, דומה לדין דבר שלא בא בעולם, וכן נפסק להלכה, כמובא להלן.

אף על פי שדין זה לא נזכר במפורש בבבלי, הוא משתמע מן הירושלמי[103]. וזה לשונו[104]: "רבי אבהו בשם רשב"ל: המוכר מעשרות שדהו לחבירו, לא עשה כלום, ולד שפחתו... עובר בהמתו... אויר חרבתו... לא עשה כלום... והיך אפשר לו לאדם

[99] ראה בראשונים שם. ביחס לאכילת פירות, אומרים רוב הראשונים שהוא מאותו הטעם, אולם הרשב"ם מפרש שם (ד"ה פירות), שהוא משום דבר שלא בא לעולם. וראה בית יוסף וסמ"ע, חו"מ, סי' ריב, ס"ק א. ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל־אביב תשל"ו, עמ' 311, סבור שהטעם הוא משום העדר גמירות דעת. זאת בהתאם לשיטתו הכללית בדבר תחולת עקרון גמירת הדעת בדיני חוזים. ראה להלן, נספח עשירי.

[100] המושג "דבר שאין בו ממש" נזכר ביחס לנדר. כלומר: הנדר – שהוא איסור חפצא, להבדיל מן השבועה, שהיא איסור גברא – אינו חל על דבר שאין בו ממש. ראה: תוספתא נדרים א, י; בבלי נדרים יג ע"ב.

[101] מובא בשיטה מקובצת שם. וראה גם בר"י מלוניל שם הנותן הסבר משלו.

[102] ראה העיטור: מאמר ב, קניין (י ע"א); אות מ, מתנת שכיב מרע (סא ע"ג), שהובא במקורות אלו: הגהות מרדכי, סוף ב"ב, סי' תרעא; הגהות מימוניות, הלכות זכייה ומתנה, י, טו. וראה: שו"ת רשב"ש, סי' שכב; רמ"א, חו"מ, סי' ריב, סע' א ונושאי הכלים שם. וראה שו"ת המבי"ט, ח"ב, סי' שכט, ומהר"ם אלשיך, סי' פז, שנזכרו על ידי הש"ך, שם, ס"ק א.

[103] ראה: העיטור שם, מאמר ב, קניין. לאחר שהביא את דעת רב נחשון גאון, המפרש את הבבלי באופן אחר, הוא אומר: "מיהו דיקינן לה מהא דגרסינן בירושלמי".

[104] קידושין א, ד. וראה גם: ירושלמי דמאי ו, ב; בבא בתרא ג, א. הרא"ש, ב"ב פרק ד, אות ז, מביא הלכה זו בשם התוספתא, אך כבר ציין בעל מראה הפנים על הירושלמי ב"ב פ"ג, שהיא אינה מופיעה בתוספתא. ולפי זה, המקור הראשון הידוע לנו להלכה זו הוא דברי האמורא ריש לקיש המובאים בירושלמי. אולם ראה: ר"נ אפשטיין, מבואות לספרות האמוראים, עמ' 284.

למכור אויר חורבתו לחבירו? תיפתר באומר לו: תלוש מן החורבה הזו, שתקנה אחד מעשר שבה"[105]. ביחס לאוויר חורבתו, מסבירים המפרשים שם שהאוויר הוא דבר שאין בו ממש, ואין לקניין על מה לחול, אלא שאם הוא רוצה להקנות לשכנו את אוויר חצרו, כדי שיוכל להוציא לשם זיזין וגזוזטראות, עליו למכור לו את גוף הקרקע לצורך אווירה. וכך אומר רב האי גאון ב"ספר המקח והממכר"[106]:

"אין מכר מתקיים אלא בדבר שיש בו מששא, דומיא דגוף האדם שיש בו ארך ורחב ועומק. ושלשה יסודות הללו אתה מוצא בכל דבר שיש בו מששא. אבל כל דבר שאין בו מששא, אין מכר מתקיים בו, כגון שאמר: מכור לי עמידה, מכור לי ישיבה... אין המכר מתקיים, עד שיאמר: מכור לי מקום עמידה".

וכן הובא להלכה, כמעט בלא עוררין[107]. וזה לשון הרמב"ם[108]: "אין אדם מקנה לא במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש... כיצד? אין אדם מקנה ריח התפוח הזה או טעם הדבש או עין הבדולח הזה, וכן כל כיוצא בזה. לפיכך המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה או דירת בית זה, לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו". וכן נפסק בטור ושו"ע[109].

המפרשים נטו לצמצם הגבלה זו בדיני הקניין. כפי שראינו כבר בתלמודים, אפשר להקנות את גוף הדבר לצורך דבר שאין בו ממש שבו. וכך אומר הרשב"א[110] שבכל עסקה שנזכר בה קניין כראוי יש לראות הקנאת הגוף לצורך אותו דבר שאין בו ממש. ויש שנקטו גישה זו גם כשלא היה גוף ממשי שאפשר לייחס לו את הקניין[111]. ככל שהתרבו צורות המשא־ומתן והתפתחו, אנו רואים שהיו מוכרחים ללכת בדרך זו כדי להתגבר על בעיית דבר שאין בו ממש. כך, למשל, הייתכן לומר שקונה כרטיס להצגה, "עין הבדולח", כלשון הרמב"ם, אין לו שום זכות כנגד המוכר? בעצם, מצאנו כבר בראשית תקופת התנאים שהלל היה משלם כסף כדי לזכות באישור כניסה לבית המדרש[112]. ייתכן שהעסקה נתפסה כהקנאת חלק בבית לשם זכות שמיעה או ראייה

[105] "אחד מעשר" לאו דווקא, ונכתב אגב עניין המעשר. ראה: פני משה, קידושין א, ד. אכן במקבילה, ירושלמי דמאי ו, ב, נאמר: "שתיקנה לך אוירה".

[106] שער ב, הדרך הראשון.

[107] ראה הערות 102-103.

[108] הלכות מכירה, כב, יג-יד.

[109] חו"מ, סי' ריב, סע' א.

[110] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' סז, שהובא להלכה ברמ"א, חו"מ, שם, (לעיל, פרק חמישי, הערה 55). וראה עוד: שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקז — ביחס לשותפים שחילקו נכס משותף, והקנו זה לזה שלא לעכב תשמיש בחלק מסוים. הרשב"א אומר שכל אחד מהם הקנה אותו חלק לחברו לתשמיש. אולם ראה שו"ת הריטב"א, סי' רה (עמ' רמא).

[111] כך הוא, למשל, ביחס לזכות גביית מס. ראה: שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' ריג; תשובות חכמי פרובינציא (יצא לאור בידי א' סופר, ירושלים תשכ"ז), חו"מ, סי' יז-כ. וראה עוד: שו"ת הרא"ש, כלל קב, סי' י, בשם ר' יחיאל, על הקנאת "בן למילה" (להלן, ליד ציון הערה 128).

[112] יומא לה ע"א.

וכדומה[113]. אמנם אפשר לראות בחוזים אלו מעין חוזי עבודה, שבהם נשכר מציג ההצגה לקונה הכרטיס או השומר להלל. לא מצאתי דיונים מפורטים בשאלות אלו.

נזכיר כאן כמה סוגים של חוזים מעין אלו, העוסקים בזכויות לא ממשיות, שנידונו במפרשים גם מנקודת מבט של דבר שאין בו ממש. כבר בתורה נרמז[114] שהכוהנים הסכימו ביניהם על מכירת חלקם בעבודת הקרבנות זה לזה, וזה יסוד חלוקתם למשמרות במשך השנה.

בתלמוד[115] יש דיונים בנושא טובת הנאה, היינו הזכות בחפץ מסוים שאדם מחזיק בו, והוא חייב לתתו לאחר, אך יש לו זכות לבחור את המקבל מקבוצה מסוימת של בני אדם. כך, למשל, תורם התרומה רשאי לבחור את הכוהן שהוא רוצה לתת לו את תרומתו. ועולה השאלה: אם טובת הנאה חשובה כממון? האם אפשר להקנותה לאחר או להורישה ועוד? מגמת רוב הפוסקים לומר שטובת הנאה אינה חשובה כממון בדומה לדבר שאין בו ממש[116].

בתקופה שלאחר התלמוד, התעוררו שאלות שונות בקשר לזכויות שהעניקו מונופולין מסוים ליהודי זה או אחר, כגון ביחס לזכות חכירת מס שקנה יהודי מן השלטון בכסף, שהקנתה לו את הזכות לגבות את מסי אנשי הקהל[117]. בדומה לכך יש להזכיר את חזקת האורנדי [=חכירה], שהעניקה ליהודי את הזכות לנהל נכסים שונים או לגבות מסים ומכסים וכדומה; וכן את חזקת השכירות, שאסרה על יהודי לשכור בית שיהודי אחר מוחזק בו, אפילו זמן מה לאחר שפינהו וכיוצא בזה. חזקות אלו נידונו בעיקר בקשר לאיסור השגת גבול, אך עוררו בהן גם שאלות של הקנאה או ירושה או חזקה וכיוצא בזה. רוב הפוסקים נוטים לומר שזכויות אלו נחשבות ממון שאפשר לירשו ולהעבירו, אם כי הם התלבטו בביסוס המשפטי של הלכתם וההתגברות על שאלת דבר שאין בו ממש. בדרך כלל ביססו את פסק ההלכה על מנהג או תקנה או על הכלל "דינא דמלכותא דינא"[118].

[113] וראה מגילה כו ע"א. ושם נאמר בברייתא שלדעת ר' אלעזר בר צדוק אין משכירין מיטות בירושלים, משום שלא נתחלקה לשבטים. והתוספות מסבירים שם (ד"ה אף): "דכיון שהקרקע מקום המטות לא היה מיוחד לבעלים, לא היה כח בידם להשכירם שכירות שלם". וכן הוא בתוספות ישנים, יומא יב ע"א. נראה שהתוספות הבינו שהשכרת השימוש במיטה היא דבר שאין בו ממש, וצריך להשכיר את מקום המיטה לשם שימוש.

[114] "לבד ממכריו על האבות" (דברים יח, ח). ונאמר שם בספרי, פיס' קסט: "מה מכרו אבות זה לזה? אתה שבתך ואני שבתי", והובא ברש"י שם. אשר להסבר תוקף החוזה, ראה: תשב"ץ, ח"ג, סי' קנו; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סי' כז; פד"ר ו 173, 179 (להלן, הערה 121).

[115] ראה ב"מ יא ע"ב. על העברת זכויות שבשטר, ראה: ב"ב קנ ע"ב; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' ז; שו"ת הריטב"א, סי' קלט.

[116] ראה: רמ"א, חו"מ, סי' רג, סע' א ונושאי הכלים שם; סי' רעו, סע' ו ונושאי הכלים שם.

[117] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל יג, סי' כ, הדן בשאלה מצד דבר שלא בא לעולם, והוא מכיר בו מכוח המנהג. וראה גם: שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' ריג; שו"ת הריטב"א, סי' מד; תשובות חכמי פרובינציא, חו"מ, סי' טו-כ (לעיל, הערה 111).

[118] נזכיר כמה מקורות בעניינים אלו: שו"ת המבי"ט, ח"ג, סי' רכה; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ,

בתקופה יותר מאוחרת עלתה בעיית זכויות היוצרים. אחד מן האחרונים טוען שאין בגנבת דברים משום גזל, משום שהוא דבר שאין בו ממש, אף כי גנבה זו אסורה מסיבות אחרות[119]. שאלות התעוררו גם ביחס למצוות ולשכרן. ידוע הוא המנהג לקנות עלייה לתורה או חזקה במצווה, כגון גלילת ספר תורה וכיוצא בזה; ונשאלת השאלה: האין כאן דבר שאין בו ממש?[120] בהמשך דברינו נדון בחוזה בעניין מצווה, שנידון בתשובת הרא״ש ובתשובת הנצי״ב[121].

ועדיין השאלות הללו דורשות עיון ומחקר[122], אך בעיקרו של דבר הן שייכות לדיני הקנאה, כאמור לעיל, ואין כאן מקומן, אלא ששאלת דבר שאין בו ממש פולשת גם לתחום ההתחייבות. יש חוזים ביחס לדבר שאין בו ממש שאין הכרח להסבירם כהקנאה, אלא ייתכן לראותם כהתחייבות. אמנם אם אין למכור אוויר בית, גם אין משמעות להתחייבות למכרו. ברם, ביחס להסכם בין בעל ואישה על מקום מגורים, למשל, גם אם תאמר שאין כאן הקנאה של זכות הדיור, יש כאן לכאורה התחייבות לגור במקום מסוים. כיוצא בזה יש לומר ביחס לחוזים על זכויות, שנזכרו לעיל. כך, למשל, בעל זכות אורנדי על בית מזיגה אינו מוכר את הזכות, אלא מעבירה בפועל לאחר, ומתחייב שלא ישתמש בה, ואולי אף שלא יתחרה בו. על דרך זו, גם אם אין אדם מוכר את המצווה השייכת לו כביכול, כגון מילת בנו, אולי הוא יכול להתחייב להרשות לחברו לעשותה.

כאן עולה שאלת קניין דברים, כי התחייבויות לעשייה או להימנעות מעשייה, אין בהן משום הוצאת ממון, והמפרשים דנו בהן במשולב, הן מבחינת קניין דברים הן מבחינת דבר שאין ממש. יתר על כן, הסבירו כמה מן הראשונים את עצם הדין של קניין דברים מדין דבר שאין בו ממש. ושוב אנו חוזרים לשאלת אופיו החפצי של החוזה. כבר ראינו בסוגיית קניין דברים, במסכת בבא בתרא, ביחס לחלוקת חצר, שהראשונים מסבירים את בטלות החוזה בנימוק שאין לקניין על מה לחול (ראה לעיל,

סי׳ ל; שו״ת מהרש״ל, סי׳ לו; שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו״מ, סי׳ מא; בית שלמה, חו״מ, סי׳ ק-קא; נאות דשא, סי׳ קיג; פתחי תשובה, חו״מ, סי׳ ריב, ס״ק א-ב; כסף הקדשים, שם; חוקת משפט, הלכות מכירה, ו, כא. בעת האחרונה דנו בעניין: אמו״ר ז׳ ורהפטיג, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד, עמ׳ 246, 252; ש׳ שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל״ה, עמ׳ 418-420.

[119] ראה: שו״ת מהר״ם שיק, יו״ד, סי׳ קנו; נ׳ רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ״א, שער ראשון, פרק רביעי.

[120] ראה: שו״ת רמ״ץ, או״ח, סי׳ יב; פד״ר ו עמ׳ 173, 179, המסתמכים על דין ״דבר הנעשה לרבים״. דיון בדין זה יובא להלן, סוף פרק אחד־עשר.

[121] למקורות נוספים על חוזים ביחס למצוות, ראה: שו״ת מהר״ם אלשקר, סי׳ קא; מחנה חיים, ח״ה, סי׳ ב; דברי גאונים, כלל כד, כט; הרב י״מ מרגליות, ״מסחר וקניין במצוות ועברות״, ספר היובל הפרדס, ניו־יורק תשי״א, עמ׳ 153.

[122] מחקר ממצה בעניין דבר שאין בו ממש, בעיקר בתורתן של הגאונים, כתב י׳ ברנד, ״עיסקה בדבר שאין בו ממש — מפילוסופיה למשפט״, שנתון המשפט העברי, כא (תשנ״ח־תש״ס), עמ׳ 71.

תחילת פרק חמישי). במילים אחרות, יש אומרים שזהו דבר שאין בו ממש: חוזה שהצדדים מסכימים בו לחלק את חצרם הוא בגדר הבטחה בעלמא, כיוון שאינו חל על דבר ממשי.

וכך אומר הרמב"ם[123]: "הדברים שאין בהם ממש, אין הקניין מועיל בהן. כיצד? הרי שכתב בשטר: וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני או שיחלקו השדה... הרי זה קניין דברים, ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסוים וידוע, לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע"[124]. וכן מצינו להפך בסוגיית דבר שאין בו ממש ביחס לזכות דיור, שהר"י מיגאש[125] מפרש שדבר שאין בו ממש הוא כקניין דברים. מכאן שכל חוזה צריך להיבדק גם מנקודת מבט של דבר שאין בו ממש. נעסוק כעת בשני סוגי חוזים בדבר שאין בו ממש, שנידון בהם גם האספקט החוזי־חיובי: האחד ביחס למצווה, והשני ביחס לזכות דירה.

2. מצוות מילה

יש מצוות השייכות כביכול לפלוני. במילים אחרות: יש זכות קדימה לפלוני על פני אחרים. כך הוא ביחס למצוות מילה, שהיא מוטלת על האב, ולמצוות כיסוי דם חיה ועוף, שהיא מוטלת על השוחט. האם יכול בעל הזכות למכור אותה לאחר? בדרך כלל האב אינו יודע למול, ולכן הוא מסמיך את המוהל למול את בנו. הרא"ש[126] דן בתקפות של חוזה שעשה אב עם מוהל שימול את בנו העתיד להיוולד לו. מלבד בעיית דבר שלא בא לעולם, אם עדיין לא נולד הבן, ואפילו הוא כבר עובר, אומר הרא"ש: "אפילו כבר נולד הבן, והקנה לו בקניין שיהיה בעל ברית, יכול לחזור בו, דקניין דברים בעלמא הוא... שהקנה לו לעשות מצות אחת... והכי איתא בב"ב (קמז ע"ב): שכיב מרע שאמר, ידור פלוני בבית זה". הרי שאי אפשר למכור מצווה, וגם לא להתחייב על מסירתה, משום שהיא דבר שאין בו ממש, והרי היא קניין דברים בעלמא.

ר' יחיאל חולק על הרא"ש, והוא סבור[127]: "דאינו קניין דברים, דדמי לאומר: תנו דקל לפלוני שיאכל פירותיו... גם כאן נעשה כאילו הקנה לו הילד להיות שלו עד שיתקיים מצות המילה". הרי שהוא רואה גם במקרה זה מכירת "דקל לפירותיו" בדומה לבית לשם דירה. הרא"ש דוחה טיעון מרחיק לכת זה, ואומר: "דבר תימה הוא... כאילו הקנה לו הילד. וכי אדם יכול להקנות בנו לאחר? מכירת בנו ובתו לא שמענו". ברור אם כן, שלדעת הרא"ש חוזה זה אינו תופס[128], ואין נפקא מינה אם נעשה בדרך של

[123] הלכות מכירה, ה, יד.

[124] אולי המילים האחרונות באות לומר שבניגוד לבית לשם דירה, אין כאן גוף שאפשר להקנות לפירותיו. ועיין שם בכסף משנה.

[125] מובא בשיטה מקובצת שם.

[126] בתשובותיו: כלל יב, סי' ב-ג; כלל קב, סי' י.

[127] ראה שו"ת הרא"ש, כלל קב, סי' י.

[128] וכן פסק הרמ"א, יו"ד, סי' רסד, סע' א. אמנם בתשובת הרא"ש ובנושאי הכלים לרמ"א שם

התחייבות אם לאו. זוהי התחייבות לעשייה שאין בה שעבוד נכסים, ומשום כך אינה תקפה, משום שהיא בגדר קניין דברים ובגדר דבר שאין בו ממש[129].

הנצי״ב[130] דן באדם שמכר לחברו שכר מצוותיו לעולם הבא, וחזר בו הקונה כשהתברר לו, לדבריו, שהמוכר אינו אלא כאחד מישראל. בין היתר שולל הנצי״ב את תוקפו של החוזה מכוח תשובת הרא״ש, מן הטעם שזהו דבר שאין בו ממש. אולם בדבריו הוא מעורר גם את בעיית ההתחייבות וקניין דברים. התלמוד, במסכת חולין[131], מביא ברייתא האומרת שהשוחט חיה ועוף חייב בכיסוי הדם, ״ומעשה באחד ששחט, וקדם חבירו וכסה, וחייבו רבן גמליאל ליתן לו י׳ זהובים״. כיוצא בזה משמע מן התלמוד, במסכת בבא קמא[132], שהחוטף שור שעומד להריגה והורגו או קוצץ אילן העומד לקציצה, אם מחמת סכנה או סיבה אחרת — חייב לשלם דמים לבעל השור או האילן, דמי חטיפת מצווה.

הראשונים בב״ק שם דנו בשאלה: האם חיוב זה הוא בגדר ממון או קנס[133]? על כל פנים, ברור שיש כאן ״שייכות״ מסוימת של המצווה לפלוני — השוחט או בעל השור והאילן בדוגמאות שהזכרנו. כיוצא בזה ראינו שיש לאב ״שייכות״ למילת בנו. אולם מה משמעותה של ״שייכות״ זו מלבד ערכה הכספי במקרה של חטיפת המצווה[134]? הרא״ש[135] דן בעניין אב שאמר לפלוני למול את בנו, ובא אחר וקדמו. ועולה השאלה: האם החוטף חייב לשלם לאותו פלוני? הרא״ש אומר שאם ויתר האב על זכותו, כל ישראל חייבים למולו, ״ובדבור שאמר האב למוהל לא זכה למצווה לחייב לאחר, אם קדמו״. דברים אלו יכולים להשתלב בתשובת הרא״ש, שמכירת מצווה היא דבר שאין בו ממש, ומשום כך אינה מקנה כל זכות לקונה. אולם אחד מראשוני האחרונים, ר׳ יהושע בועז, בעל שלטי הגיבורים[136], לאחר שהוא מסיק שחיוב החוטף הוא חיוב ממון, ולא קנס, אומר: ״דאדם יכול למכור המצוות שלו, ויעלו לאיש הקונה, דהא יש להם ערך י׳ זהובים לאחר״. הרי שהמכירה מועילה, אם כי הכוונה היא למכירת המצווה לפני עשייתה, ולא למכירת שכרה לאחר עשייתה.

לפי זה, נראה שבעל שלטי הגיבורים חולק על הרא״ש, ונותן תוקף למכירת

נידונה שאלת תוקף החוזה גם מכוח המנהג (להלן, פרק אחד־עשר, סעיף ב), ומצד היותו מחוסר אמנה (להלן, פרק שנים־עשר, סעיף א).

[129] וראה לעיל, הערה 6. אמנם בעל חוקת משפט, הלכות מכירה, קונטרס אחרון, עמ׳ רעא, סובר אחרת בשיטת הרא״ש. עיין שם.

[130] שו״ת משיב דבר, ח״ג, סי׳ יד.

[131] פז ע״א.

[132] צא ע״ב.

[133] ראה ר״ח, ב״ק שם (קנס) ורי״ף, ב״ק לב ע״ב, בדפי הרי״ף (ממון), והבאים בעקבותיהם. והאריך בזה הש״ך, חו״מ, סי׳ שפב, ס״ק א.

[134] בזכות הקדימה של האב כלולה גם חובה של מצווה. יתר על כן, הש״ך, חו״מ, סי׳ שפב, ס״ק ד, מתריע כנגד אב היודע למול, אך מוסר את המצווה לאחר.

[135] חולין, פרק ו, אות ח.

[136] ב״ק לב ע״ב (בדפי הרי״ף).

מצוות המילה. ונשאלות השאלות: מהי משמעות מכירה זו? כיצד היא מתגברת על בעיית דבר שאין בו ממש וקניין דברים? הנצי"ב אומר שגם לדעה זו "יכול המוכר לחזור בו, שאינו אלא קניין דברים, אלא דסבירא ליה דכל זמן שלא חזר בו המוכר הוי קניין, אע"ג דלא נתפס הקניין". הרי שהנצי"ב קובע, לדעה זו, משמעות אחרת למושג קניין דברים: לא שהחוזה בטל מעיקרו, אלא שהוא קיים כל זמן שאין המקנה חוזר בו. הנצי"ב טוען שאותה דעה קיימת גם ביחס להקנאת דבר שלא בא לעולם. מכאן שהאב יכול לחזור בו, אך כל זמן שלא חזר בו, וקדם אחר ומל את הבן, ישלם עשרה זהובים למי שקנה את המצווה.

הארכתי בעניין זה, משום שהנצי"ב, לדעת שלטי הגיבורים, מגדיר בדרך חדשה את המושג "קניין דברים", אך אני מפקפק אם יש הכרח לקבל הגדרה זו. בעל שלטי הגיבורים אינו מתייחס כלל לשאלת קניין דברים. הוא רק אומר כי אילו היה חיוב החוטף בגדר קנס, הרי שהחוטף לא הרוויח דבר. אבל אם יש למצווה ערך ממוני המחייב לשלם עבור "חטיפתה", הרי מכאן משמע גם שזכה החוטף בשכר המצווה, ולכן עליו לשלם ל"בעליה"; ואם כן, אפשר גם מראש להעביר את המצווה לאחר תמורת אותו תשלום. אין זה אומר שהמצווה שייכת לו, אלא שאם יעשנה, יזכה בשכרה, ולא יצטרך לשלם ל"בעלים", שהרי שילם לו מראש, ואולי הגיע אתו להסדר על קנייה בתשלום מועט או אף בחינם. אם כן, ייתכן לומר שלא יחויב חוטף המצווה לשלם את דמי חטיפתה לקונה, שהרי עצם הקנייה הוא בגדר דבר שאין בו ממש, ולפי זה אין כלל מחלוקת בין הרא"ש ובעל שלטי הגיבורים[137].

3. הסכם מגוריים של בני זוג

מקום מגוריהם של בני הזוג נקבע בהלכה, בתלמוד ובפוסקים[138]. ממקורות אלו משמע שיש התחשבות בכוונתם המשוערת של הצדדים. ההנחה היא שאם לא התנו אחרת, הסכימו כי מקום מגוריו של הבעל או המקום שהוא בוחר בו, הוא הקובע, ועל כל פנים הסכם מפורש ביניהם ודאי תופס[139]. הסכמים מעין אלו שכיחים, והם נידונו כמה פעמים בפסיקת בתי הדין הרבניים. השאלה היא: האם אין לראות בהסכם זה דבר שאין בו ממש, כמו שראינו לעיל בעניין דירת בית? ואם כן, מדוע הדבר כן?

[137] בכך יובן גם מדוע בעל שלטי הגיבורים, חולין כט ע"א (בדפי הרי"ף), מביא את דברי הרא"ש בלא ערעור.

[138] ראה: משנה כתובות יג, י-יא; תוספתא כתובות יב, יא-יב; בבלי כתובות קי ע"א; טור ושו"ע, אה"ע, סי' עה. וראה גם: ב' שרשבסקי, דיני משפחה, עמ' 142. ההנחה היא שאם לא התנו אחרת, הסכימו בני הזוג מראש כי מקום מגוריו או המקום שהוא בוחר בו, הוא הקובע. לעניינו של הסכם זה, ראה עוד מאמרי, "הסכם מגורים בין בני זוג: לבעיית דבר שאין בו ממש", שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל"ו־תשל"ז), עמ' 377.

[139] דוגמה להסכמים מעין אלה יש: בשו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), סי' קפה (ושם נעשה ההסכם בקניין); בתשב"ץ, ח"ג, סי' פו, קנז (ושם מובאים דיונים מפורטים בשאלה זו). לפי רוב ההסברים שיובאו להלן, אין נראה לחלק בין הסכם שנעשה לפני הנישואין להסכם שנעשה לאחריהם. וראה עוד: שו"ת תורת חיים (למהרח"ש=הרב חיים שבתי), ח"א, סי' עט. וצריך בירור.

במקום אחד[140] נידון הסכם שנאמר בו: "האשה היא בעלת הדירה... היא רשאית לגור בה לבד או להשכיר אותה". בית הדין פוסק שהאישה לא רכשה את הדירה בהסכם זה, משום שהבעל לא הקנה לה את גוף הבית כדי שתגור בו. אמנם בית הדין לא דן בשאלה אם יש לראות בהסכם משום התחייבות הבעל להרשות שתגור אשתו בדירה, ולא הוא. במקום אחר[141] נידון באריכות הסכם שקבע שבני הזוג יגורו בדירת האישה, ואחר כך חזר בו הבעל, ודרש ממנה שתעבור לגור בביתו. בית הדין מתאמץ להכיר בחוזה, ומשתדל להסביר כיצד ניתן להתגבר על בעיית דבר שאין בו ממש. ואלו נימוקיו בקצרה:

א. אין להקנות דבר שאין בו ממש, אבל אפשר להתחייב עליו. סמך לזה מצינו בדברי הראב"ד[142], המסביר שהשותפים יכולים לשעבד את עצמם זה לזה ביחס לרווחיהם העתידים שעדיין לא באו לעולם. ואולם לדעתי אין ראייה מדברי הראב"ד. הראב"ד רואה את השותפים כשכירים זה לזה, ועל כן יש לראות בחוזה ביניהם חוזה עבודה שיש לו ייחוד משלו, כמבואר להלן, בפרק השביעי ובפרק התשיעי. אין ללמוד מכאן על חוזה בדבר שאין בו ממש וקניין דברים בעניין שאינו חוזה עבודה, אלא אם כן נאמר בדוחק שגם בני זוג דומים לשותפים הנשכרים זה לזה. אם אין כאן חוזה עבודה, כבר אמרנו בתחילת הפרק כי מדברי הראשונים נראה שקניין דברים אינו תופס, אף אם נעשה בדרך של התחייבות. אין כאן שעבוד נכסים, ואין לקניין על מה לחול. אמנם בדברי האחרונים ראינו מחלוקת אם אפשר להתחייב בלא זיקה לשעבוד נכסים[143], וכך להתגבר על בעיית קניין דברים. מכל מקום, בנידון דידן לא הוזכרה לשון התחייבות.

ב. אם נעשה ההסכם על דרך תנאי בנישואין, הוא אינו כפוף למגבלות החוזיות הכלליות כדבר שאין בו ממש. אמנם אין לומר שהבעל או האישה התכוונו לתלות את עצם קיום הנישואין בתנאי המגורים, אלא אלו נישואין בתנאי מגביל. עניין תנאי מגביל כבר נזכר לעיל[144], אך נחזור כאן על דברי בית הדין הרבני, האומר[145]: "שכל מעשה שבחלותה היא מטילה זכויות וחובות לטובת הצדדים, יש בכוח הצדדים... להתנות עליה ולהגבילה שלא תטיל זכות או חובה מסוימת, וכדוגמת על מנת שאין לך עלי שאר וכסות". כך יש לפרש את כוונת בית הדין בנידון דידן, והדברים מובהרים יותר בפסק דין רבני אחר, שנאמר[146] בו תנאי שאינו אלא שיור והגבלה בחיובי הנישואין; ויש שהתנאי מוסיף על חיובי הנישואין הרגילים, כגון בעל המתחייב שלא לישא אישה

[140] פד"ר ב 109.
[141] פד"ר ח 47.
[142] הלכות שלוחין ושותפין, ד, ב.
[143] ראה לעיל, הערות 73, 93.
[144] ראה לעיל, ליד ציון הערות 57, 96.
[145] פד"ר א 289, 306. וראה עוד: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 333-340.
[146] פד"ר ט 60, 62.

על אשתו אף במקום שהדבר מותר מן הדין, וכן הוא בעניין שלנו, כשהבעל מתחייב לגור במקום מסוים דווקא.

לדעתי, הסבר זה אינו נקי מספקות. ייתכן שהחידוש של תנאי מגביל אמור רק ביחס להגבלת זכויות וחובות הנובעות מן המעשה, ובענייננו — מן הנישואין. אך מה פשר התנאי על חיובים נוספים שאינם עולים מן הנישואין, כשחיובים אלו הם בגדר דבר שאין בו ממש וקניין דברים? משום מה יהיו תקפים? כך יש לשאול גם בנידון דידן. אפשר להבין שהבעל מוותר על קביעת מקום מגוריו כמקום הנישואין, אך מדוע תתפוס התחייבותו לגור בדירתה שלה[147]? אמנם ייתכן שיש להכיר בתנאי בנישואין מכוח הסבר אחר, כמובא להלן. על כל פנים, גם ביחס להתחייבות הבעל שלא לישא אישה על אשתו, כבר ראינו שהתשב"ץ אינו מכיר בה, ואומר שיש בה משום קניין דברים[148]. בין כך ובין כך יש לזכור שבנידון דידן לא נעשה ההסכם בשעת הנישואין, אלא לאחריהם.

ג. יש להכיר בהסכם זה מכוח המנהג. בשאלת המנהג, נעסוק בפרק האחד־עשר.

ד. לקביעת מקום המגורים יש השפעות ממוניות, כגון ביחס לדין מורדת, ואם כן לפנינו התחייבות ממונית — למזונות ולכתובה — הנובעת מן ההתחייבות לגור במקום מסוים. אולם לדעתי אין בטעם זה כדי לפתור את בעייתנו, שהרי הקדמנו את המאוחר למוקדם: מאחר שההסכם תקף, יש לו השפעות ממוניות, אך עדיין לא הסברנו מדוע הוא תקף. יתר על כן, כמעט כל הסכם ביחס לדבר שאין בו ממש יש בו עניין ממוני: אם קונה בית זוכה במיקחו, הוא יכול לסלק אדם אחר הגר שם, וייתכן גם שיוכל להשכיר את זכותו לאחר וכיוצא בזה; אם ההתחייבות להינשא תקפה, הרי היא מחייבת לכתוב כתובה ועוד. נמצאנו מבטלים בדרך זו כמעט כל דין דבר שאין בו ממש וקניין דברים. להלן נשתדל לומר הסבר דומה באופן אחר.

עד כאן נימוקי בית הדין הרבני להכרה בהסכם. אך בסיום דבריו בא מפנה מפתיע: הוא מביא תשובה של התשב"ץ שהוא מסיק בה שהסכם מגורים הוא בטל. וכך פוסק גם בית הדין הרבני, בלי להסביר מפנה זה, ובלי לומר כיצד הוא מתיישב עם המקורות המכירים בהסכם מגורים ובנימוקיהם.

לגופו של עניין, נראה לי שאין ראיה מדברי התשב"ץ, האומר[149]: "אלמנה אחת היתה לה בת שהניח לה בעלה שיש לה ממנו בן ובת, ונשאת לאיש אחר, והתנית עמו שידור באותה דירה עד שיגדלו הבנים... ועמדו כך שלום בינו לבינה ה' שנים. ועכשיו נכנסה ביניהם מריבה ורוח תזזית, ויצא הוא מהדירה, וכופה אותה לצאת משם... והיא אינה רוצה לצאת מדירתה, לפי שבתה היא בוגרת ועומדת להנשא, והוא דרך גנות לה שתצא לבית בעלה". התשב"ץ אומר שבדרך כלל ידו של האיש על העליונה בקביעת מקום המגורים, אלא שכאן יש לה טענה, ולכן ידה על העליונה. בית הדין מסיק מכאן

[147] כיוצא בזה התקשינו בפסק דין רבני אחר. ראה לעיל, ליד ציון הערה 97.

[148] ח"א, סי' צד (לעיל, הערה 24).

[149] ח"ג, סי' רמג.

שבדרך כלל שומעים לאיש, אף אם יש הסכם ביניהם שיגורו בדירתה, ומכאן שהסכם המגורים אינו תופס. על כך יש להשיב שהתשב״ץ לא התייחס כלל לעניין ההסכם. משום כך נראה לי ששם כבר עבר זמנו של ההסכם: כבר עברו חמש שנים, גדלו הילדים, והיא כבר בוגרת. משום כך מובן שאפילו האישה לא עוררה את שאלת ההסכם, אלא השתמשה בנימוק אחר. מכאן עולה שאין כל ראיה מדברי התשב״ץ.

לעצם העניין, מדוע אין הסכם מגורים בטל משום דבר שאין בו ממש? מלבד הנימוקים שהזכרנו מפסק הדין, נראה שיש מקום להכיר בהסכם שנעשה כתנאי בנישואין בגלל הנאת החיתון. הסבר זה יובא להלן, בפרק האחד־עשר, בדיון על משמעות המושג ״בהיא הנאה״. כאן אנסה להציע הסבר אחר, ולפיו יש לראות בהסכם זה בין בני זוג הסכם מיוחד. להלן, בדיון על קבלת נאמנות של קרוב או פסול לעדות או דיינות, נעמוד על העובדה שיש הסכם שאינו אלא סעיף במערכת אחרת שיש בה באותו סעיף ערך להסכמה[150]. אין הסכם זה נחשב כחוזה רגיל, ואף אם הוא צריך קניין, הוא אינו בא אלא לחזק את ההסכמה שלא יוכל לטעון: ״משטה הייתי בך״[151]. בכפוף לזהירות המתבקשת בהיקש לדין חריג, אפשר אולי לומר שהסכם מגורים בין בני זוג אינו הסכם רגיל, אלא סעיף במערכת הנישואין. כאשר בני זוג מתחתנים, הם צריכים לגור במקום מסוים. הפורש מן הדירה שבני הזוג צריכים לגור בה, מפר את שלום הבית, והוא יכול להיחשב מורד, ויש לכך השפעה הן ביחס למזונות הן ביחס לגירושין[152]. כשההלכה קובעת את מקום המגורים, היא מתחשבת בהסכם שנעשה בין הצדדים. גם אם יש צורך שייעשה הסכם בקניין, צורך זה בא כדי לדחות את האפשרות לטעון: ״משטה הייתי בך״, כאמור לעיל. על כל פנים, לפנינו דין מדיני הנישואין, כאמור, והוא אינו כפוף לכללי דיני החוזים. מכוח דיני הנישואין יש תוקף להסכם המגורים, ושני בני הזוג חייבים לגור במקום המוסכם ביניהם, אלא אם כן יוכיח אחד מהם, שלשם שלום בית, יש לשנות את המקום המוסכם.

לאור דברים אלה, נראה שיש להבחין בין הסכם מגורים בין בני זוג לבין התחייבות של אדם לחברו לגור במקום פלוני. בעוד שהתחייבות בין אדם לחברו לא תתפוס, משום שהיא בגדר דבר שאין בו ממש וקניין דברים[153], הרי אם המתחייבים הם בעל ואישה, יהיה ההסכם תקף בשל האופי המיוחד של דיני הנישואין, שבמסגרתם חיוני להכיר בתוקפו של הסכם מגורים בין בני זוג.

[150] כך אפשר לומר על פי נימוקי יוסף, סנהדרין ד ע״ב, בדפי הרי״ף (להלן, הערה 181), שקבלת קרוב לעד אינה חלק מדיני חוזים, אלא חלק מהלכות סדרי דין. מערכת סדרי הדין והראיות כוללת הוראות רבות ומורכבות, וחלק מהן ניתן לשינוי בהסכמת הצדדים. ראה להלן הערה 196.

[151] השווה: רש״י, ב״מ קח ע״א, ד״ה נהרדעי אמרי, בעניין מצרנות.

[152] ראה: ב׳ שרשבסקי, דיני משפחה, עמ׳ 148. לעניין מורד ומורדת, ראה שם, עמ׳ 179 ואילך.

[153] ראה: שו״ת תורת חיים, למהרח״ש, ח״א, סי׳ צח.

ה. התחייבות להשתדלות ולפיוס

יש שאדם מתחייב לעשות לחברו דבר שאינו בידו. בהרבה מקרים ביצועה של ההתחייבות תלוי ברצונו של צד שלישי ובהסכמתו. כך יש שאדם מתחייב להקנות לחברו דבר הנמצא בידי אחר, להשיג לו טובת הנאה או רווח, להשתדל עבורו אצל השלטונות, לסלק עיכוב של צד שלישי שמפריע לו, להשיא את בנו או בתו הגדולים וכיוצא בזה — בכל החוזים הללו, הוא מתחייב, אם במפורש אם מכללא, להשתדל ולפייס אדם אחר כדי שיבוצע החוזה. ונשאלת השאלה: האם זו התחייבות לעשייה שהיא בגדר קניין דברים[154]? כבר עסקנו בחוזה זה לעיל, בדיוננו בהתחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם או דבר שביד פלוני. כזכור, בעל נתיבות המשפט[155] אינו מכיר בחוזה המחייב את האדם לרכוש דבר מפלוני עבור חברו. אמנם הוא אינו אומר שזהו קניין דברים, אלא שהחיוב אינו חל בדבר שאינו בידו לגמרי. קצות החושן[156] וסיעתו נותנים תוקף לחוזה זה, והם מבססים אותו על שעבוד נכסים כערב לביצוע ההתחייבות. כך אומרים הראשונים ביחס ל"שכירות סתם", שהמשכיר משעבד את נכסיו להתחייבותו שישכיר בית או חמור אחר, אם ייפגע המושכר העכשווי[157].

עד כאן ביחס לחוזה להקנאת ממון שיש בו שעבוד נכסים. ועתה נעסוק בחוזה השתדלות שאין בו שעבוד נכסים או על כל פנים אין בו שעבוד נכסים ישיר: יש הרואים בו הבטחה בעלמא, שהיא בגדר קניין דברים; יש המכירים בו ו"מוצאים" בו שעבוד נכסים; יש המכירים בו בלא צורך בשעבוד נכסים; ויש הרואים בו מעין חוזה עבודה, שיש לו מעמד שונה, כמבואר להלן.

מהר"ם אלשיך[158] דן בעניין אדם שהתחייב לפייס את בעל חובו של פלוני עד שיפטרנו הלה מחובו, ואומר שהתחייבותו היא בגדר קניין דברים. כיוצא בזה אומר ר"מ גלנטי[159] שהתחייבותו של אדם "שיעשה עם ראובן שיסכים מה שיגזרו עליו" דיינים בסכסוך בינו ובין פלוני, אינה ולא כלום, ואם נעשתה בקניין, הרי היא בגדר קניין דברים.

המהרשד"ם דן בעניין מוכר בית שנפל לו בירושה, אך מכיוון שהבית היה משועבד

[154] לכאורה כבר בשו"ת הרמב"ם, סי' קז, נזכר חוזה זה. שותף מת, ועשו בניו הגדולים נאמנות ליתר השותפים לפטרם מן השבועה, וכמו כן קיבלו על עצמם אחריות לאחיהם הקטנים על חיוב בנאמנות. הרמב"ם אומר שהתחייבותם היא קניין דברים. לכאורה אפשר לומר שזהו חוזה פיוס, ובו הם מחייבים עצמם אם לא יפייסו את האחים. אולם נראה למעשה שקטנים אינם בני מחילה או עשיית נאמנות, ואם כן אין כל משמעות לחוזה של הגדולים, והוא חוזה שנבצר ביצועו.

[155] חו"מ, סי' ס, ס"ק י, הנזכר לעיל, פרק חמישי, ליד ציון הערה 339.

[156] משובב נתיבות, שם, ס"ק י, הנזכר לעיל, פרק חמישי ליד ציון הערה 341.

[157] ראה להלן, נספח ראשון, הערה 20.

[158] בתשובותיו, סי' טז. אמנם אם נשבע, חייב לפייס כדי לקיים את שבועתו. בעניין השבועה, נדון בפרק אחד־עשר.

[159] בתשובותיו, סי' סא.

לכתובת אמו, התחייב לפייסה כדי שתסכים למכירה, ואומר שיש כאן קניין דברים בעלמא, משום שהדבר תלוי באחר, ואינו בידו[160]. אמנם המהרשד"ם מביא דעות המחייבות אותו להשתדל לרצות את אמו, אלא שאם לא תתרצה, הוא נחשב כאנוס. כיוצא בזה אומר ר' ברוך קלעי[161] בעניין דומה, שההתחייבות היא להוציא דמים בסכום סביר כדי לפייס את אמו, והרי זו התחייבות ממונית שיש בה שעבוד נכסים[162]. עצם הרעיון שהתחייבות ממונית התלויה ברצונו של אחר מחייבת להשתדל באופן סביר, ואם לא הצליח נחשב כאנוס, יש לו שורשים בתלמוד[163], וכבר עמדו ראשונים על הדבר[164], אלא שחידוש המהרשד"ם וסיעתו הוא, שגם התחייבות להשתדל, שהיא לכאורה התחייבות לעשייה, דינה כהתחייבות ממונית – להוציא ממון לשם פיוסו של פלוני. בכיוון זה הולך גם בעל "חוות יאיר"[165]. הוא דן בעניין ראובן שתבע את גיסו על הפרת התחייבותו להשתדל להשיג עבורו על חשבונו חזקת־יישוב[166] במקומה של אשתו (טריר). בין היתר טען הנתבע שהתחייבותו הייתה בדבר שאינו בידו. המשיב דוחה טיעון זה, ואומר שיש בהתחייבות זו הוצאת ממון, ואם כן "מה שמן הראוי מחוייב לעשות. ואם לא תתרצה השררה בשום פנים, אז יפטור בטענת אונס דפטר רחמנא". וכן המתחייב בדבר שאינו בידו לגמרי, כגון לקנות לחברו יין במקום פלוני, חייב לקיים את התחייבותו כפי יכלתו. ואולם אם התחייב לשלם קנס, אם יפר את החוזה, מתעוררת בעיה של אסמכתא, אך לא נדון בה כאן. יתר על כן, בעל "חוות יאיר" אומר שהשתדלות זו היא דבר שבידו, "דמי שרוצה להוציא ממון, הכח בידו להשתדל בחזקת ישוב". ובסיום התשובה הוא אומר: "ואין לפקפק ולומר דקניין זה

[160] חו"מ, סי' רסה. המשיב מסתמך על שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף לג, שנאמר בו שקבלת קניין על ידי פלוני שתמחל אשתו אינה ולא כלום. אולם, לדעתי, אין בכך משום ראיה. ברור שאין אדם יכול להתחייב במה שיעשה אחר, וראה גם נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כה. אך השאלה אינה אם האחר מחויב, אלא אם המתחייב חייב לפייס את האחר. ואולי כוונת מהרשד"ם היא שהרשב"א אינו מזכיר אפשרות לפייס את אשתו למחול.

[161] מקור ברוך, סי' מג.

[162] נראה לי שאף המהרשד"ם יסכים לעקרון זה. במקום אחד (חו"מ, סי' תיא) הוא מכיר בהתחייבות אדם להעמיד לאחר בית הנמצא ביד פלוני לשם השכרה. וכבר עמד בעל "דברי גאונים", כלל מא, ג, על הסתירה שבדברי מהרשד"ם. וצריך לומר ששם הוא התחייב להקנות לחברו נכס הנמצא ביד צד שלישי, ואם כן ודאי הוא משעבד את נכסיו להתחייבותו, כמו שאמרו בעניין שכירות סתם (להלן, נספח ראשון). אבל בתשובה הקודמת מדובר באדם המתחייב באופן ישיר לפייס את פלוני, ואין במשמעות חוזה זה התחייבות להוצאת ממון.

[163] גיטין ל ע"א.

[164] הגמרא שם עוסקת בגט, אך הראשונים יישמו זאת לגבי התחייבות ממון התלויה בפיוס של אחר. ראה: רמב"ן, גיטין שם, ור"ן על הרי"ף, גיטין טו ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תשעא; ריטב"א, סי' קמו; ריב"ש, סי' צט, רנ (סז ע"א); הגהות הרמ"א, אה"ע, סי' נ, סע' ד, ונושאי הכלים שם.

[165] סי' קכח.

[166] על חזקת יישוב, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך חזקת ישוב, כרך יד, עמ' יז; אמו"ר ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי, עמ' 253.

הוי רק קניין דברים בעלמא... דקניין דברים לא הוי רק דבר קל[167], ואין בו חסרון כיס כלל". יוצא מדבריו שכל התחייבות לעשייה שיש בה הוצאת ממון (חסרון כיס) היא תקפה.

אולם יש הסבר אחר לחוזה זה, בלא זיקה לשעבוד נכסים, בדברי ה"נודע ביהודה"[168]. הוא דן בעניין הסכם בין אחד מחשובי (קציני) העיר ליורשים עשירים, ולפיו התחייב הלה, תמורת שכר קצוב, להשתדל להביא לידי גוביינא שטרות שבידם. מעניין לציין כאן אחת מטענות המתחייב: "ומה שכתב... שלשון אובליגורט אין פתרונו התחייבות, רק פתרונו פר שפרעכט, שהוא לשון הבטחה, במחילה מכבודו, כי לא דרש אפילו לשון הדיוט. כי כל המדבר בלשון לעז יודע שלשון אובליגורט הוא לשון חיוב גמור, ואין בלשונם לשון שיסביר לשון חיוב יותר מן מלת אובליגורט, וכל שטרי חובות נקראים אצלם אובליגאליציאן".

לעצם העניין, נטען שמכיוון שיש ספק אם אפשר לבצע את החוזה, ומכיוון שהוא תלוי בדעת אחרים, מתעוררות בעיות של אסמכתא ושל דבר שאינו בעולם וברשותו. על כך עונה המשיב שאין זו התחייבות ממון הכפופה להגבלות כאסמכתא, כי לא "התחייב להפסיד איזה דבר משלו או דבר גוזמא... לא נתחייב רק עבודת גופו, דבר שבידו לעשות, דהיינו שמחוייב להתאמץ ולהשתדל ולהוציא הוצאות הנצרכים... אבל לא נתרצה שמחוייב עכ"פ לפעול שירצה... רק הוא יעשה את שלו לבקש להתחנן אצל הק"פ ד"ל ואצל יועציו, ואם יקבלו דבריו מה טוב, ואם לא יקבלו אין עליו שום התחייבות". הרי שה"נודע ביהודה" מבחין בין התחייבות ממון להתחייבות עבודה, כי עבודת הגוף להשתדל "אין ענינו לסימן מ' (בשו"ע חו"מ), רק זה ענינו לדין פועל שמשכיר עצמו אצל בעה"ב לעבוד עבודתו".

אמנם אם עברנו לתחום דיני עבודה, תעלה שאלת אפשרות חזרה של העובד מהסכמתו לעבוד, אלא שהמשיב אומר שקבלן שעשה קניין סודר אינו רשאי לחזור בו (שיטת רבנו תם). על חוזה עבודה ומשמעותו, נדון בפרק הבא, וכאן נציין רק שיש לשים לב לקושי בהבחנה בין התחייבות ממונית להתחייבות לעבודה. הנודע ביהודה עצמו מציין, על סמך תשובת תרומת הדשן[169], כפי שהוא הבין אותה, שהתחייבות למכור נכס הנמצא ביד צד שלישי אינה ולא כלום, כי הנכס הוא דבר שאינו בידו, אבל התחייבות להשתדל אצל צד שלישי למכור את הנכס היא חוזה עבודה תקף[170].

[167] ועדיין הביטוי "דבר קל" צריך בירור: וכי התחייבות להינשא, למשל, היא דבר קל? ולכאורה, המבחן הוא אם יש הוצאת ממון אם לאו. ואולי ביטוי זה בא להבחין בין התחייבות לעשייה לבין התחייבות ממונית, כי עשייה שיש בה חסרון כיס יכולה להיחשב התחייבות ממונית. וראה להלן, דברי הנודע ביהודה. ועוד נשוב לדון בעניין זה, בסוף פרק תשיעי.

[168] מהדורא קמא, חו"מ, סי' ל.

[169] תרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ.

[170] מנקודת מבט של התחייבות ממונית, אמרנו לעיל, בהערה 162, סברה הפוכה. היינו: שבהתחייבות למכור נכס שביד פלוני יש גם שעבוד נכסים לביצוע החוזה; ואילו בהתחייבות ישירה לפייס את פלוני, אין כוונה לשעבד נכסים לביצועה.

כך ראינו ביחס להתחייבות להשתדל בעניין חזקת־היישוב, ש״חוות יאיר״ רואה אותה כהתחייבות ממונית, ולכאורה היה מקום לראותה כחוזה עבודה, בדומה לשדכן לסרסור ולשתדלן לסוגיהם[171]. בהבחנות אלו, נדון גם להלן, בסוף הפרק התשיעי.

ו. הסכם לחריגה מסדרי דין

התלמוד דן בכמה מקומות בעניין צד למשפט המקבל עליו לחרוג מסדרי הדין המקובלים. הדוגמה הבולטת היא קבלת נאמנות של בעל דין או עד או דיין. אדם מקבל עליו להאמין לטענות בעל דינו, להעביר אליו את זכות השבועה שלו וכדומה[172]. אף יש שאדם מקבל עליו קרוב או פסול לעד או לדיין. ויש שבעלי הדין מסכימים לעשות פשרה במקום דין.

בכל המקרים הללו מתעוררות השאלות: מה טיבה של קבלה זו? האם חוזה רגיל לפנינו, התחייבות צד למשפט שלא יחזור בו מהסכמתו לחרוג מסדרי הדין? כיצד מועיל חוזה זה? האם הוא נתפס בקניין? יש ראשונים שעוררו בהקשר זה את שאלת קניין דברים, שהרי אין להתחייבות שלא לחזור בו על מה לחול. נסקור בקצרה את טיבם של הסכמים אלו.

1. הסכם לקבלת פשרה

הגמרא בסנהדרין[173] מסיקה שהפשרה צריכה קניין. כלומר, הן הסכמת הצדדים מראש להתפשר והן הסכמתם לבצע את פסק הפשרה לאחר נתינתו טעונות מעשה קניין, כדי שלא יוכלו הצדדים לחזור בהם[174]. מה טיבו של קניין זה, וכיצד הוא מתגבר על בעיית קניין דברים? המרדכי אומר[175]: ״החפץ[176] צריך לקנות, כדי שלא יהא קניין דברים בעלמא״. כלומר, הקניין אינו מתייחס לאי־חזרתו מהסכמתו להתפשר, אלא לממון,

[171] וראה עוד: ש׳ ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ׳ 24.

[172] ראה בעיקר: משנה, כתובות ט, ה; בבלי, כתובות פו ע״ב ו־פח ע״ב; משנה, סנהדרין ג, ב; בבלי, סנהדרין כד ע״א; בבא בתרא קכח ע״א; שבועות מב ע״א.

[173] ו ע״א.

[174] ראה: תוספות, שם, ד״ה צריכה; טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ יב, סע׳ ז.

[175] סנהדרין, פרק א, סי׳ תרפ.

[176] בית יוסף, שם, סי׳ יב, ס״ק ז-ח, מביא את דברי ה״מרדכי״ בלשון: ״והחפץ״. וכן גרס נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סוף סי׳ לא (ושם בהמשך: ״צריך להקנות״). על כל פנים, מדובר בחפץ שהוא נשוא המשפט. הגהת הב״ח על המרדכי שם תמוהה, וכבר עמד על כך בית הדין הרבני, פד״ר ד 346, 347.

שהוא נשוא הסכסוך המשפטי בין הצדדים. וכן מביא הרמ"א[177]: "י"א כשמקבל קניין על הפשרה, צריך להקנות לו החפץ, שלא יהא קניין דברים".

הסבר זה דחוק. בפשטות אין משמע שהקניין מתייחס לנשוא הסכסוך המשפטי, אלא לעצם ההסכם, ומלבד המרדכי לא מצאתי שהראשונים עוררו כאן בעיית קניין דברים. אף הבית יוסף, שהביא את דברי המרדכי, לא חזר על דבריו בשו"ע. בהמשך הפרק נראה שיש לדבר הסבר אחר.

2. קבלת קרוב או פסול כעד או כדיין

המשנה בסנהדרין[178] מציינת אפשרות שיקבל עליו אחד מן הצדדים קרוב כדיין או עד. הגמרא שם מסיקה שצד זה אינו יכול לחזור בו לאחר גמר הדין, ואף לא לפני גמר דין, אם קנו מידו. אף כאן מעורר הראב"ן, אחד מראשוני חכמי אשכנז, את שאלת קניין דברים[179]: "והיכא דקבל קרוב... ומצאתי בתלמידי רבינו הלוי זצ"ל[180] דאקשה, קניין דברים הוא. ומדקשי לה הכי, הבנתי כי פירושו וקנו מידו, שהקנה שלא לחזור בו, וזהו קניין דברים. ואני אומר, וקנו מידו הוא, שהקנה לעשות כאשר ידין או יעיד הן לחיוב והן לפטור, דלאו קניין דברים הוא, אלא ממון". הרי שהקניין מתייחס לחיוב הממוני הנובע מדברי אותו קרוב, ולא לאי־חזרתו מהסכמתו.

אולם לעומת דברי הראב"ן, עומדים לפנינו דברי נימוקי יוסף. אף הוא נזקק לשאלה זו, אך הוא פותר אותה בדרך אחרת[181]: "כיון שקנו מידו מתחלה שלא יוכל לחזור, שוב אינו חוזר בו, ואע"ג דמיחזי כקניין דברים, אפ"ה אשכחן בקניין שמחזק הדברים, כדאמרי גבי דיני דבר מצרא[182] וגבי משכנתא באתרא דלא מסלקי[183]". נברר את דעת נימוקי יוסף בסמוך, וכאן נציין רק שלדעתו הקניין מתייחס אמנם לאי־חזרתו, ובכל זאת אינו קניין דברים.

[177] חו"מ, סי' יב, סע' ז. ומפרש הסמ"ע, ס"ק יט, שהחפץ צריך להקנות ובכסף צריך להתחייב. וראה שם בנושאי הכלים פרטים שונים באופן הקניין.

[178] ג, ב; בבלי, כד ע"א-ע"ב.

[179] ספר אבן העזר להראב"ן, מסכת שבועות לט ע"א, סוף ד"ה אם אמר אינו נשבע, שהובא בש"ך, חו"מ, סי' כב, ס"ק ד. כשיטת הראב"ן משמע קצת גם מאור זרוע, חלק השו"ת, סי' תשנב. וראה גם שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף קמב.

[180] הרב ש"ז עהרנרייך, בהגהותיו לראב"ן "אבן שלמה" שם, אות יד, מציין כי הוא רבנו יעקב ב"ר יצחק הלוי, הנזכר גם בסי' כד שם, ונקרא רבנו יעב"ץ, כנזכר בסי' עט שם ובשו"ת מהרש"ל, סי' כט. אולם ר' אברהם אשכנזי, בפירושו "שמרו משפט" לספר חוקות הדיינים, סי' קיג, מצטט מהראב"ן: "ומצאנו בתלמידי הריב"א הלוי". וראה עוד תוספות ריב"א, סנהדרין כד ע"ב (הוצאת מכון הרי פישל, ירושלים תשכ"ב), הערה 103.

[181] על הרי"ף, סנהדרין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), שהובא בש"ך הנזכר לעיל, הערה 179. הש"ך הוסיף שמשמע כן ברש"י סנהדרין כד ע"ב, ד"ה וקנו מידו, המפרש: "מתחלה שלא יחזור".

[182] ב"מ קח ע"א. דיון בקניין זה מובא להלן, סעיף ז.

[183] ב"מ סז ע"ב, ושם נאמר שמלווה שירד לשדה הממושכנת לו, והסכים עם הלווה בקניין, שיוכל הלווה לסלקו בדמים בתוך תקופת ההלוואה, בניגוד למנהג המקום, אינו יכול לחזור בו.

מכאן נראה שיש לפנינו שתי שיטות, וכן הבינו כמה מן האחרונים[184]. שיטה אחת, המיוצגת על ידי כמה מחכמי אשכנז — ראב״ן ומרדכי — רואה בהסכם זה הסכם רגיל, וכדי להינצל משאלת קניין דברים, הם מפרשים שזהו חוזה ממוני, המתייחס לנשוא הסכסוך המשפטי. עדיין לא ברור אם לפי גישה זו צריך לומר כן במפורש, או שסתם קניין בנסיבות אלו מתפרש כחל על הממון[185]. לפי זה מסתבר שכל זה אינו אמור בפשרה או נאמנות בסכסוך שאינו ממוני[186], כגון במשפט גירושין. דוגמה מעין זו תובא בסמוך. שיטה שנייה — של נימוקי יוסף — אינה רואה בהסכם זה חוזה רגיל, אלא חוזה מיוחד שאינו כפוף לדוקטרינות חוזיות כגון קניין דברים.

להלכה אין הכרעה פסוקה. יש הפוסקים כשיטת הראב״ן, ואף מצריכים שיאמר שהקניין מתייחס לממון, וכן פסק בית הדין הרבני הגדול[187]. לעומת זאת, יש המקבלים את דעת נימוקי יוסף. כך הכריע בית הדין הרבני האזורי[188], כשדן בהסכמת אישה לקבל עדות קרוב בדיון בתביעת בעלה לגרשה על סמך התנהגותה[189]. אלא מכיוון שבאותו מקרה מדובר בתביעת גירושין, ולא בסכסוך ממוני, אומר בית הדין שתוקפו של החוזה תלוי עדיין במחלוקת ראשונים: האם קבלה זו מועילה מדין נאמנות, והיא תופסת גם בעניין שאינו ממוני[190]? או שמא היא מטעם התחייבות, והיא מועילה רק בדין ממון ולא בעניין עילות לגט?

קיומה של מחלוקת ראשונים זו עדיין טעון בירור[191], אך בפשטות נראה שלשיטת

[184] ראה: חידושי אנשי שם על הרי״ף, שם, אות ב (והוא מפי מהר״ם טיקטין); תומים, סי׳ כב, אורים, ס״ק ז; פד״ר ד 66, 70. וכן משמע כבר בש״ך הנזכר לעיל, בהערה 181.

[185] יש אומרים שבנאמנות קרוב — בניגוד להסכם לפשרה — די בסתם קניין, וכך מתרצים מדוע הרמ״א אינו מזכיר בסי׳ כב את בעיית קניין דברים. ראה: קובץ הפוסקים לשו״ע, חו״מ, ניו־יורק תשכ״ט, ח״א, סי׳ יב, עמ׳ רה, בשם דברי משפט, סי׳ יב, ס״ק ב; שם, ח״ב, סי׳ כב, עמ׳ קיט, בשם מאזניים למשפט, חו״מ, סי׳ כב. אולם בית הדין הרבני, פד״ר ד, בעמ׳ 70, פסל הסכם נאמנות, משום שלא נאמר בו שהקניין מתייחס לממון. עיין שם.

[186] כך אומר בעל מנחת שי, ח״ב, סי׳ מה (קובץ הפוסקים הנ״ל, ח״ב, בהשמטות, עמ׳ רסג) ששכנים שעשו פשרה בקניין שלא ישתמשו בשביל שבין בתיהם, אין הפשרה מחייבת אותם, משום שהיא התחייבות בשלילה, ואינה בת קניין, כפי שנזכר לעיל, הערה 24.

[187] ראה לעיל, הערה 185.

[188] פד״ר ד 346. אמנם בית הדין טוען שם — בניגוד לאמור ליד ציון הערה 184 — שלא נחלקו המרדכי ונימוקי יוסף. והרמ״א סובר כשניהם. כלומר, גם המרדכי יסכים שקבלת נאמנות היא דין מיוחד.

[189] בית הדין מסתמך שם על דברי הרא״ה שהובאו בנימוקי יוסף, אך לא הבנתי את ראייתו. המעיין שם יראה שדברי הרא״ה ניתנים להתפרש על פי שיטת הראב״ן. דרך אגב, נציין ביחס לשאלת התקדים המחייב שבית הדין הרבני האזורי חולק על בית הדין הגדול, אלא אם כן נניח שלא ראה את דבריו.

[190] גם לפי הסבר זה, אין מדובר בעדות בדיני נפשות או בקידושין וגיטין (״דבר שבערווה״), שבהם יש צורך בשני עדים כשרים, ואינם עניין לקבלת נאמנות על ידי בעל דין.

[191] בית הדין מוצא מחלוקת בין הרשב״ם בב״ב קכח ע״א, המפרש שקבלת קרוב מועילה מצד נאמנות, לבין יתר הראשונים, הסוברים שהיא מצד התחייבות. איני יודע איפה מצא בית הדין

נימוקי יוסף, אין מפרשים את הקניין על קבלת הקרוב כהתחייבות ממונית. אם כן, הוא יכול להועיל גם בעניין עילות גט. כאן אנו מגיעים לשאלה: מהי בעצם סברת נימוקי יוסף? או במילים אחרות: מדוע יש דין מיוחד לפנינו, כדברי בית הדין הרבני האזורי? החזון איש[192] מפרש שהדבר הוא "קניין הודאה, והקניין מאלם את סמיכת דעתו". לפי זה, גם נימוקי יוסף מעביר את מרכז הכובד לצד הממוני, אלא שאין כאן התחייבות להקנאה, שמשעבדת את נכסיו, אלא הודאת חיוב ממון. כבר עמדנו על דין הודאה ואודיתא לעיל, בפרק הרביעי, סעיף ב; וראה עוד להלן, פרק עשירי. לפי זה, נראה שוב שאין מדובר אלא במשפט ממון, ולא במשפט גירושין שעוסק בעילות לגט. לי נראה שעדיין יש דוחק בהסבר זה, כי בפשטות משמע מדברי נימוקי יוסף שהקניין מתייחס לאי־חזרתו מקבלתו, ותו לא.

אנסה להציע הסבר אחר. כבר עמדנו על העובדה שהחוזה אינו מופיע בתחילה כמוסד משפטי כללי. בתלמוד נזכרו כמה סוגי חוזים, והראשונים — בעלי התוספות ואחרים[193] — באים מן הפרטים אל הכלל, ומתארים מוסד של חוזה שמתחלק לכמה סוגים. אולם עדיין ייתכנו סוגי חוזים מיוחדים שאינם כפופים לדוקטרינות הכלליות של חוזה רגיל. במילים אחרות, קבלת קרוב אינה חלק מדיני החוזים, אלא חלק מדיני סדרי הדין. מערכת סדרי הדין והראיות כוללת הוראות רבות ומורכבות, ובחלקן הן ניתנות לשינוי בהסכמת הצדדים. הסכמה זו אינה נחשבת כחוזה רגיל. אף הקניין שבו אינו בא אלא לחזק את ההסכמה, כדי שלא יוכל לטעון: "משטה הייתי בך"[194]. בקצרה, אין כאן סתם התחייבות שלא לחזור בו מדבריו, אלא דין מדיני סדרי הדין המאפשר לאחד מן הצדדים להסכים לקבל עד או דיין פסול; ואם גמר דעתו בקניין, הוא מנוע מלחזור בו אפילו לפני גמר הדין[195]. סברה דומה נראה להלן ביחס למצרנות, ובכיוון זה ניסיתי להסביר לעיל הסכם מגורים בין בני זוג[196]. לפי זה, הקניין מתייחס אמנם לעצם אי־החזרה; ואם כן, הוא נוהג גם במשפט גירושין, כנזכר לעיל, כי אותו צד קיבל עליו שלא לחזור בו מקבלתו את הפסול.

3. הסכם לפנות לערכאות של גויים

בעיה מיוחדת קיימת בעניין הסכם פנייה לערכאות, לאור תשובת הרי"ף. מכיוון

מחלוקת כזו, פרט למחלוקת הראב"ן והמרדכי עם נימוקי יוסף, שנידונה לעיל. וראה עוד: חזון איש, חו"מ, סנהדרין, סי' יז (ד), המפרש שלדעת הרשב"ם הוא משום הודאה בממון, כמובא בסמוך.

[192] חו"מ, סנהדרין, סי' יז (יא).

[193] ראה לעיל: פרק רביעי, הערות 34, 64; פרק חמישי, ליד ציון הערה 232.

[194] השווה: רש"י, ב"מ קח ע"א, ד"ה נהרדעי אמרי, המובא להלן, בהערה 207.

[195] לכאורה יש להבין בדרך זו את דברי בית הדין על שיטת נימוקי יוסף, שהוא "קניין מיוחד". כלומר, קבלת קניין זו מועילה מדין נאמנות, אולם בית הדין אומר את הדבר רק בדעת הרשב"ם. ראה לעיל, הערה 191. ועדיין הדברים צריכים בירור.

[196] ליד ציון הערה 151. וראה עוד להלן, פרק שביעי, סעיף ז, בהסבר דעת הריטב"א.

שההלכה אוסרת לפנות לערכאות של גויים, כמובא להלן, הרי בהסכם זה מתעוררת, נוסף לשאלת קניין דברים, גם שאלת חוזה אסור ותוקפו.

וכך מביא ספר התרומות[197] בשם תשובת הרי"ף:

> המקבל על עצמו בקניין לילך ולדון עם בעל דינו לשופט של ישמעאל... כך ראינו כי זה יכול לחזור, ואינו חייב, ואינו רשאי לילך עם בעל דינו אל הע"א [=עובד אלילים]. ולא מיבעיא כי האי גוונא, דקא עקר מצווה, וכדאמר רבי טרפון (גיטין פח ע"ב), אלא אפילו לדבר הרשות, מאי דקנו מאיניש במילתא דעבוד, קניין דברים בעלמא הוא, ואית ליה למיהדר. אבל וודאי אי מקבל עלויה סהדותיה דע"א, וקנו מיניה, לאו דברים בעלמא הוא, כדאמרינן: נאמן עלי אבא[198].

ויש להבין: מהו הפסול בחוזה? ומה בין קבלת גוי כדיין לבין קבלתו כעד? נראה שיש שתי גישות עיקריות בהסבר תשובת הרי"ף.

א. הטור[199] מביא את דברי "בעל התרומות" בלשון אחר, ונראה שהוא מסכם את דבריו לפי הבנתו אותם. הטור מפרש שלעולם אף קבלת דיין גוי יכולה להועיל, אלא שהדבר תלוי בשאלה: האם יש נפקא מינה בדבר שהגוי יהא הדיין ולא ישראל? אם אין נפקא מינה מבחינת הדין, הרי שאין כל משמעות לקניין, והוא בגדר קניין דברים; אבל אם יש נפקא מינה, כגון שעברה שנת השמיטה, ובדיני גויים יכול המלווה לגבות, הרי שהקניין חל על אותה זכות ממון שיש לפי דיני הגויים, ואם כן אינו קניין דברים. ומסביר "בית יוסף" שם שהוא "כמשעבד נכסיו לפרוע אותו זכות שזוכה בדיניהם, ולפיכך מועיל הקניין". לפי זה, יש להסביר שבקבלת עד פסול יש נפקא מינה בעדותו לעניין ממון. אך בקבלת דיין פסול, תלוי אם יש נפקא מינה אם לאו. על כל פנים, משמעות קבלת פסול היא התחייבות ממונית. או במילים אחרות: שעבוד נכסים להוצאה הממונית הנובעת מקבלה זו, בדומה לשיטת הראב"ן והמרדכי, שנזכרה לעיל. אמנם נראה שאין צורך שיזכיר במפורש שהקניין חל על הממון, אלא זוהי משמעות כל קבלת פסול.

בגישה זו מחזיק גם הסמ"ע[200], אולם הרבה מן האחרונים התקשו בה, כמובא להלן. ראשית, יש לשאול: האיסור על הפנייה לערכאות להיכן הלך? יתר על כן, מדברי

---

[197] שער סב, ח"א, ד, שהובא בבית יוסף על הטור, חו"מ, סי' כו. עוד נשאל שם הרי"ף: "אם קבל על עצמו בקנין בעדים, שאם לא ילך לפניהם... שיהא עליו לעניים או לבית הכנסת כך וכך...". שאלה זו עוסקת בעיקר בנדר וצדקה. ואכמ"ל.

[198] וראה עוד: שו"ת הריב"ש, סי' תצ. וייתכן שכאן הוא מקור דברי השו"ע, חו"מ, סי' כב, סע' ב, ולא בדברי המרדכי, כמו שאומר הש"ך, ס"ק טו, והתקשה בזה. וראה גם: בדק הבית, חו"מ, סי' כב, מחודש, אות א.

[199] חו"מ, סי' כו.

[200] סי' כב, ס"ק טו; סי' כו, ס"ק יא.

הרי״ף עצמו, השולל את החוזה, משמע שדי בטעם האיסור, והוא לא נזקק לטעם קניין דברים אלא במקום שאין איסור[201].

שנית, מדוע אין נפקא מינה ביחס לדיין כשאין הבדל בדין? הרי דין ״נאמן עלי אבא״ אמור גם ביחס לדיין, אף שהוא פוסק לפי דין תורה כמו דיין כשר, ועל כורחך תאמר שיש נפקא מינה בשאלה מי הוא הדיין. לא הרי דיין זה כדיין זה. כשם שדעות בני אדם שונות כך פסקיהם שונים, והצדדים הסכימו על דיין פלוני דווקא, ולא על אחר. אותו דבר יש לומר גם ביחס לדיין גוי: אפילו אם אין הבדל בדין, ייתכן שיפסוק הדיין הגוי שלא כדיין ישראל.

ב. כמה מן האחרונים[202] מבארים שהקניין על הליכה לערכאות הוא מעשה בעלמא, וזוהי כוונת הרי״ף באמרו: ״מאי דקנו מאניש במילתא דעבוד״. היינו, קניין על עשייה הוא קניין דברים. אבל כשמקבל עליו עדות גוי או לקיים דינו של גוי, הקניין חל, כמו באומר: ״נאמן עלי אבא״. אמנם במקרה האחרון, אינו רשאי לקיים את הדין מפני איסור הפנייה לערכאות. לפי זה יוצא, כאמור, כי קבלה מפורשת לקבל דין גוי מועילה, אם כי היא אסורה; וביחס לשאלת קניין דברים, עלינו לחזור למה שנידון לעיל ביחס לקבלת קרוב כעד או כדיין.

ועדיין הסבר זה דחוק בעיניי: וכי הקניין הוא רק על פעולת ההליכה ולא על קבלת הדין? ובכלל, מה טעם להפריד בין הליכה לערכאות לבין קבלת ערכאות? ועוד, מלשון הרי״ף, האומר שקבלת עדות גוי ״לאו דברים בעלמא הוא״, משמע שיש הבדל בין

[201] ראה: שו״ת תורת אמת (למהר״א ששון), סי׳ סב; שו״ת לחם רב, סי׳ פט; ט״ז, סי׳ כו, שם. בשאלת תוקף הסכם להתדיין בערכאות קיימת אי־בהירות מסוימת. יש ראשונים הסבורים שההסכם אינו מחייב, ראה: פירוש הרמב״ן על התורה, שמות כא, א; שו״ת הרשב״א, ח״ו, סי׳ רנד; שו״ת הר״ן, סי׳ עג; תשב״ץ ח״ב, סי׳ רצ. אולם יש ספק באשר לדעת הרא״ש, בתשובותיו, כלל יח, סי׳ ד-ה, וכלל סח, סי׳ יג, ראה: טור, שם, סמ״ע, שם, ס״ק יא; ט״ז, שם; גידולי תרומה על ספר התרומות הנ״ל (הערה 197); שו״ת תורת אמת הנ״ל; שו״ת מהר״ם אלשיך, סי׳ כו (בש״ך, שם סי׳ כו, ס״ק ה נדפס בטעות: סי׳ פו). כן דנים האחרונים בדברי המרדכי, סנהדרין, סי׳ תרפו. ראה: שו״ע ורמ״א, שם, סי׳ כב, סע׳ ב; ש״ך, שם, ס״ק טו; מ״אור זרוע״, הנזכר לעיל, הערה 179, משמע שההסכם תופס. וראה עוד: שו״ת רשב״ש, סי׳ קצח, שלא, המכיר בהסכם זה (ונ״ל שיש שם טעות סופר, וצ״ל: ״אין קנין״ במקום ״יש קנין״), וכבר עמד על כך ברכי יוסף, סי׳ כו, אות ח, ונראה שלא ראה את שו״ת הרשב״ש, סי׳ תריב (קכד ע״ב). וזה לשונו: ״כתבו המחברים דאדם יכול לקבל עליו גוי, ואפילו לדין, ולא עלוי יראתם יש, דלאו ערכאות הוא״. נראה שכוונתו להבחין בין קבלת גוי כ״ערכאות״ לבין קבלת גוי מסוים על בסיס אישי. בדרך זו מחלק הש״ך בסי׳ כב בדברי המרדכי הנ״ל. אף הסמ״ע, סי׳ כב, ס״ק טו, מנסה להתגבר על בעיית האיסור, אך דבריו אינם מובנים. ראה תומים, סי׳ כו, ס״ק ד.

שאלת החוזה האסור ותוקפו בכלל וביחס לאיסור פנייה לערכאות בפרט, דורשת דיון נפרד. וראה עוד: א׳ שוחטמן, מעשה הבא בעבירה, ירושלים תשמ״א, עמ׳ 184.

[202] ראה: לחם רב, סי׳ פט; גידולי תרומה על ספר התרומות, שער סב, ח״א, ד; חידושי הפלאה על שו״ע, חו״מ, סי׳ כב, ב.

קבלתו כדיין לבין קבלתו כעד[203]. המהר"א ששון[204] מביא את שו"ת הרי"ף בנוסח אחר, על פי תשובות הגאונים. וזה לשון תשובת הרי"ף: "יכול לחזור בו, וגם אינו רשאי לילך בדין העכו"ם, דקא עקר מצווה, אע"פ שבאותו הדין דנין בדיני ישראל... לענין עדות... אינו יכול לחזור בו". לפי זה, הוא מפרש שההבדל בין עדות ודיינות הוא שבדיינות יש איסור, מה שאין כן בעדות, ונימוק קניין דברים אינו מוזכר בתשובתו כלל. ספק בעיניי אם קובץ שו"ת הגאונים זה הוא נוסח מקורי, ואפשר שהוא קיצור של התשובה המקורית או עיבודה[205]. סוף דבר, תשובת הרי"ף עדיין צריכה תלמוד.

ז. ויתור על זכות מצרנות

הראשונים עוררו את בעיית קניין דברים גם בעניין מצרנות. דין מצרנות, שמקורו בנורמה מוסרית ("ועשית הישר והטוב"), נותן למצרן זכות קדימה לקנות נכס הנמכר על ידי שכנו, ולוקח שקדמו נחשב כשלוחו של המצרן. היקפו ומשמעותו של דין זה אינם מעניינו, פרט להלכה אחת ביחס לוויתור המצרן על זכותו. וכך הגמרא אומרת[206]: "אתא (הלוקח) אימליך ביה (במצרן). אמר ליה: איזיל איזבין? ואמר ליה: זיל זבון... צריך למיקנא מיניה".

כלומר, לוקח פוטנציאלי שבא לבקש מהמצרן הסכמה מראש לקנייתו שלו צריך לקנות מן המצרן, כדי שלא יוכל המצרן לחזור בו. ומסביר רש"י שם[207], שאם לא קנו מידו של המצרן, עדיין יוכל לטעון כלפי הלוקח: "משטה הייתי בך, כדי להעמידה על דמים הראויין לה. שאם באתי אני אצל הבעלים, היה מעלה לי בדמים בשביל שחביבה עלי". ברור שיכול המצרן לוותר על זכותו, ולאחר שקנה הלוקח, די בהוכחה

[203] ראה שו"ת מהר"א ששון, הנזכר לעיל, הערה 201, שהתקשה בזה.

[204] ראה בהערה הקודמת. כוונתו לשו"ת הגאונים "הקצרות" (רבינוביץ), סי' קסו. תשובה זו הובאה באוצר הגאונים לסנהדרין כד ע"א, אות תא, ולא העיר המו"ל על ייחוסה לרי"ף.

[205] אם בכל זאת נרצה לצרף לנוסח זה גם את הנימוק של קניין דברים, נראה לי ההסבר הבא: בנידון דידן יש קשר בין טעם האיסור לטעם קניין דברים. אמרנו שקבלת נאמנות של קרוב ופסול היא דין מיוחד, סעיף מדיני סדרי דין. כל זה אמור ביחס לקבלת קרוב ופסול כעד או כדיין או ביחס לקבלת גוי כעד. אך ביחס לקבלת גוי כדיין, שיש איסור בדבר, אין לומר שקבלתו כדיין היא חלק מדיני סדרי הדין, כי אין ההלכה מכירה בקבלת עכו"ם כדיין. ואם תרצה לבוא מדיני חוזים הרגילים, הרי מלבד בעיית חוזה אסור, תתעורר שוב בעיית קניין דברים, משום שזוהי התחייבות לעשייה, ואין לקניין על מה לחול. ייתכן שאפשר להסביר בזה את שיטת השו"ע, שנראה מדבריו, בסי' כו, סע' ג (וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ח) שהוא מסכים לשני הטעמים – קניין דברים ואיסור – ואינו מזכיר שקבלת הקניין נעשתה על ההליכה, אלא שקיבל עליו "לידון עם חבירו לפני עכו"ם".

[206] ב"מ קח ע"א.

[207] ד"ה נהרדעי אמרי.

קלה שהשלים המצרן עם המיקח כדי להניח שמחל[208], אלא שלפני המיקח לא די במחילה סתמית, אלא יש צורך בקניין כדי שיוכל מי שאינו מצרן לקנות כדין עבור עצמו, ולא ייחשב כשליח המצרן. מה טיבו של קניין זה? על מה הוא חל? שוב נראה שתי שיטות עיקריות בהתייחסות לשאלת קניין דברים.

המרדכי, בשם רבנו שמחה[209], אומר שקניין שעשה המצרן, בין עם הלוקח בין עם המוכר[210], אינו ולא כלום, משום שהוא קניין דברים, "כי מה יש למצרן בקרקע, אם לא קנה שיחול עליו הקניין"? את כוונת הגמרא על הצורך בקניין, הוא נדחק לפרש כי לאחר שקנה הלוקח, והרי הוא כשליחו של המצרן, אם עדיין המצרן עומד בהסכמתו לוותר על זכותו, צריך הלוקח לקנות ממנו את הקרקע. הרי שרבנו שמחה, וכנראה גם המרדכי, ממשיכים במסורת האשכנזית, כפי שראינו בדברי הראב"ן והמרדכי לעיל ביחס לקניין על פשרה וקבלת נאמנות, ורואים כל קבלת קניין ככפופה לדיני החוזים הרגילים, והקניין חייב אפוא לחול על דבר ממשי.

לעומתם, הרא"ש ונימוקי יוסף רואים בחוזה זה סוג מיוחד שאינו כפוף לדין קניין דברים, וכבר ראינו שנימוקי יוסף[211] מדמה מבחינה זו קניין בקבלת נאמנות לקניין במצרנות. הרא"ש[212] עוסק בשאלה אגב דיונו בעניין אחר. הוא דן במקרה שיש כמה מצרנים, ואומר שאם קנה לוקח מאחד המצרנים את זכותו, לא זכה הקונה ביחס למצרנים האחרים. הוא נותן שני נימוקים לפסקו. נימוקו השני הוא: "דקניין המצרן אינו אלא סלוק ומחילה, שמוחל ללוקח זכות שתקנו לו חכמים משום ועשית היושר והטוב. ולא מהני הך קניין לגבי מצרני אחריני, וקניין דברים לא הוי, כי זכות יש לו בסמיכות המצר, ואותו זכות הוא מסלק בקניין". הרי שהרא"ש חולק עקרונית על רבנו שמחה, ואומר שהקניין נעשה ומועיל כבר לפני שקנה הלוקח, אם כי הוא מועיל רק ביחס למצרן שמכרו, אך לא ביחס למצרנים אחרים.

לפני שנדון בגישת הרא"ש בשאלת קניין דברים, נזכיר שגם נימוקי יוסף[213] הולך באותה שיטה, אלא שהוא מוסיף: "דחשבינן ליה לבר מצרא כאילו יש לו קניין קצת בגופו של קרקע. ומיהו כי קנו מיניה, סגי, אע"פ דהוי כעין קניין דברים". כדי להבין את השיטות השונות במשמעות הקניין, עלינו לעסוק גם בשאלת מהות זכות המצרנות. נראה לי להציע ארבע אפשרויות להסברת מהות זו, כולן עולות מדברי הראשונים.

[208] ראה: רמב"ם, הלכות שכנים, יד, ב; מגיד משנה, שם, בשם הגאונים; טור ושו"ע, חו"מ, סי' קעה, סע' ל, לב ונושאי הכלים. אמנם הרשב"ש בתשובותיו, סי' עט, מצריך קניין אף לאחר המכירה ללוקח, וראה בהערה 221. ואף לפי שיטת ר' שמחה, שתוזכר להלן, יש צורך בקניין, ואין די במחילה. ראה ש"ך, שם, ס"ק כה.

[209] ב"מ, שם, סי' שצג.

[210] אולם הרבה מן הראשונים סוברים שהסכם עם המוכר מועיל אף בלא קניין. ראה: טור ושו"ע, חו"מ, סי' קעה, סע' לא ונושאי הכלים; שו"ת אבקת רוכל, סי' קכג. וראה עוד בשו"ת הרשב"ש, סי' עט, המציע בנידונו הסבר של שליחות, היינו שהמוכר הוא שלוחו של המצרן.

[211] הערה 181.

[212] פסקי הרא"ש, ב"מ, שם, אות כג.

[213] על הרי"ף, ב"מ סד ע"א (בדפי הרי"ף). מקורו בחידושי הר"ן, שם.

1. אין לקניין כל משמעות

למצרן יש זכות קדימה לקנות את הנכס, והיא זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, וכל חוזה ביחס אליה הוא בבחינת דבר שאין בו ממש וקניין דברים. אמנם ברור שהוא יכול למחול על זכותו, אלא שכאן יש מצב מיוחד. בדרך כלל המחילה אינה צריכה קניין[214], ודי באמירה בעלמא. כל זה אמור במחילת זכות שיש למוחל כלפי אחר שחייב לו, והוא כאילו אומר לו: "החזק את החוב בידך". במצרנות מדובר בזכות מיוחדת (פריווילגיה), כעין חסד שהעניקו חכמים למצרן, ואין כנגדו חייב שאפשר למחול לו על חובו. משום כך אין די באמירה סתמית. ייתכן אפוא לומר שמשום שאין "מקבל" למחילה, עדיין יוכל המצרן לטעון שלא התכוון ברצינות למחול. אלא שאם החסרון הוא בחוסר גמירת דעת באמירת המחילה, בטענת "משטה הייתי בך", שאפשר לטעון אותה אפילו לאחר שקנה הלוקח, שמא אפשר לחזק את המחילה על ידי קניין? על כן אומר רבנו שמחה שקניין זה אינו ולא כלום. קבלת קניין כאן נידונית כקבלת קניין בכל חוזה, והיא בגדר קניין דברים, ואין לקניין על מה לחול.

מאידך ברור שאין לכפות על אדם זכות אם אינו רוצה בה, והוא יכול להסתלק ממנה בדרך אחרת, שלא על ידי קניין. כך, למשל, אומר רבנו שמחה[215] שאם יאמר המצרן ללוקח במפורש שיקנה לעצמו, מכיוון שאינו מעוניין בקרקע, יש כאן מחילה, משום שהלוקח אינו נעשה שלוחו של המצרן בעל כורחו.

2. הקניין מחזק את המחילה

ייתכן שרש"י[216] מסכים עקרונית לגישה זו, היינו שזכות המצרנות היא זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, אך ביחס למחילה הוא חולק עליה, וסובר שיש מקום לחזק מחילה זו על ידי קניין. הקניין במקרה זה אינו קניין רגיל, אלא קניין מיוחד הבא לחזק את אמירת מחילתו, להביא גמירת דעת, כדי שלא יוכל לטעון: "משטה הייתי בך". במיוחד אמור הדבר משום שבמחילה זו, כאמור, לא הועברה שום זכות לאחר, אלא שאין יותר מצרן. לפי זה, לכאורה, יוכל כל אדם מן השוק לרוץ ולקנות את הנכס; או שמא נאמר שיתערבו חכמים בדבר, ויאמרו כי עשיית הטוב והישר דורשת שהלוקח, שטרח ו"השיג" את מחילת המצרן, יש לו זכות קדימה לקנות את הנכס ביחס ללוקחים אחרים מן השוק?

3. קניין על העברת הזכות

מדברי הרא"ש משמע שהקניין חל על זכות המצרנות עצמה. אמנם הרא"ש אומר שבעצם יש כאן מחילה, אלא שזו מחילה לטובת הלוקח, ואין כאן קניין דברים, "כי

[214] ראה שו"ע, חו"מ, סי' יב, סע' ח.

[215] מרדכי, שם, סי' שצג, שהובא ברמ"א, חו"מ, שם, סי' קעה, סע' כט.

[216] הערה 207. אמנם רש"י מדבר שם רק על המצב בלא קניין, ואם כן ייתכן שאת משמעות הקניין הוא מבין באופן אחר. כך נימוקי יוסף (לעיל, הערה 213) לא נמנע מלהביא את דברי רש"י.

זכות יש לו בסמיכות המיצר". לא נראה לי להסביר שיש למצרן זכות קניינית כלשהי, ומשום כך לא ברורה לי בדיוק מהותה של הזכות, ומדוע אינה בגדר דבר שאין בו ממש? ייתכן שזהו דין מיוחד במצרנות[217]. מדברי ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק[218], נראה שהבין את דברי הרא"ש לאו דווקא ביחס למצרנות. הוא מתקשה בדברי לאה ליעקב, "כי שכר שכרתיך בדודאי בני", ומסביר על פי הרא"ש שהיא שכרה מרחל את זכויותיה ביעקב. לדברים אלו יש חשיבות ביחס לבעיית דבר שאין בו ממש בכלל, שנידונה לעיל. ועדיין הדבר צריך תלמוד.

4. זכות קניינית הניתנת להעברה

מדברי נימוקי יוסף אפשר להבין גישה אחרת. אמנם אפשר שאין הוא חולק על הרא"ש, ולא התכוון אלא לתוספת ביאור[219], אבל מפשטות לשונו אפשר גם להבין שיש למצרן זכות קניינית מסוימת בנכס, והוא יכול להעבירה בקניין[220]. ברור שזכות קניינית זו מוגבלת מאוד, והיא מעניקה לו רק זכות קדימה לקנות את הנכס, אם ירצה המוכר למכרו, אלא שמכיוון שהיא מעוגנת בקרקע, היא גם ניתנת להעברה. כך משמע גם משו"ת הרשב"ש, המסביר שהלוקח נחשב כשליחו של המצרן שקנה עבורו את הנכס, והוא מסתמך על הצורך בקניין מן המצרן, האמור בגמרא, וזה לשונו: "ואי לית ליה חזקה וקניין בקרקע זו, למה צריך לקנות ממנו, כשאומר לו: לך וקנה?"[221], משמע שהקניין חל על גוף הקרקע. ייתכן ששיטה זו חולקת על דעת הרא"ש, באמרה שהלוקח עומד במקום המצרן גם ביחס למצרנים האחרים, והוא יהא כאחד מן המצרנים שקדם וקנה, שזכה בו[222].

[217] נוכל ליישב בדוחק את דברי הרא"ש (הערה 212) עם ההסבר השני בשיטת רש"י, שנזכרה לעיל.

[218] משך חכמה, בראשית ל, טז. זהו פירוש על התורה, לבעל אור־שמח.

[219] וכן הוא בחזון איש, אה"ע, סי' עז, יג, אם כי לא הביא כלל את הרא"ש, וצירף את נימוקי יוסף להסברו ברש"י. ושם הוא אומר: "אבל אין זה סברה דזכות בר מצרא חשיב כדבר שבעין, אלא שלא יהא כקנין דברים, שאין כאן רק איסור על הלוקחים, לזה אמרינן דהאיסור של הלוקחים חשיב כזכות בדבר שיש בו ממש, ושייך בו קנין, כמו דשייך קנין במחילה אף שא"צ קנין. ואף דל' נ"י לא משמע כן, מ"מ סוף דברי הנ"י מראין שאין כונתו שחשיב כדבר שבעין, דא"כ ודאי לא חשיב כ"קנין דברים".

[220] וכך הבין ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 418. אך עדיין צריך לעיין בהסבר זה בדימוי נימוקי יוסף את המצרנות לנאמנות. ראה לעיל, ליד ציון הערה 182.

[221] סי' עט. ונראה שאמנם הרשב"ש סובר לשיטתו, שאף לאחר שקנה הלוקח, אין די במחילת המצרן, אלא יש לקנות ממנו, משום שהמצרן אינו יכול להעביר את זכותו הקניינית במחילה. וראה לעיל, הערה 208.

[222] ראה: רמב"ם, הלכות שכנים, יב, ב. להלכה נפסק כדעת הרא"ש, שהמצרנים האחרים יכולים לסלק את הלוקח. ראה טור ושו"ע, שם, סע' לה. אמנם ייתכן כי אף נימוקי יוסף יסכים שאין משום עשיית הישר והטוב בהעדפת הלוקח על המצרנים האחרים. ראה סמ"ע, שם, ס"ק כא.

ח. סיכום

בפרק זה עסקנו בהתחייבות שאינה ממונית — לעשות פעולה או להימנע מעשיית פעולה — שאינה משעבדת את נכסי המתחייב. השאלה העיקרית ביחס להתחייבות זו היא עצם קיומה: האם ההתחייבות בטלה משום קניין דברים, משום שאינה משעבדת את נכסי החייב, ואין לה על מה לחול? או שמא ההתחייבות בנויה על יסוד אישי בלבד, על גמירת דעתו להתחייב, והיא אינה זקוקה לשעבוד נכסים? נזכיר כמה חוזים שעלתה בהם הבעיה: התחייבות להינשא, להתגרש, לחלוץ, להישבע, למחול על חוב, לגור במקום מסוים, לא לפתוח עסק מתחרה ועוד. אם כי לא מצינו שהראשונים עוררו את השאלה באופן מפורש, הרי מכמה התבטאויות שלהם, נראה שהם הצריכו שעבוד נכסים לשם קיומו של החוזה. באחרונים כבר מצינו מחלוקת מפורשת בנידון. כך, למשל, על הסכם להינשא, אומרים הר״י מיגאש והמאירי שהוא בגדר קניין דברים. כיוצא בזה אומר התשב״ץ ביחס להתחייבות הבעל שלא לישא אישה על אשתו. אולם בקרב האחרונים מצינו דעות שהתחייבות זו תקפה, והיא תופסת את גופו של המתחייב.

בעיה דומה קיימת ביחס להתחייבות שלילית, היינו להימנע מעשייה. חוזה כזה שכיח בין שכנים או שותפים לעסק, המתחייבים זה לזה שלא לבנות בחצר או שלא לפתוח חנות מתחרה. כאן נחלקו האחרונים בעיקר בשאלה: האם ההתחייבות תופסת אם לאו?

גם לדעת הסוברים שהחוזה אינו תופס, נמצאו בדרך כלל דרכים אחרות כדי לקיים את החוזה, אם בנסיבות של תנאי מגביל אם בפירוש ההתחייבות כהתחייבות ממונית, אם מכוח מנהג אם כמחיר פירעון למה שנתקבל, ועוד.

יש מן הראשונים שקשרו את דין קניין דברים לדין דבר שאין בו ממש. מושג משפטי זה מופיע כמגבלה בדיני הקניין, והוא קובע שאין אדם מקנה לחברו את אוויר ביתו ואף לא זכות דיור בביתו, אלא הוא יכול להקנות את ביתו לצורך אווירו או לצורך דיור. כלומר, יש צורך שגוף ממשי — ״חפצא״ — יהא נשוא ההקנאה. כאמור, יש שאמרו שגם חוזה הנחשב כקניין דברים, שהוא דבר שאין בו ממש, כלומר שהקניין אינו יכול לחול על דברים בעלמא. מכאן עולה בעיית מכירתן של זכויות לא־רכושיות או הורשתן, כגון: זכות חכירת מס, חזקת שכירות, חזקת אורנדי, זכות יוצרים, חזקה במצווה וכדומה. נטיית רוב הפוסקים להכיר בהן מכוח תקנה או מכוח המנהג. כך, למשל, התחייבות האב למסור את בנו למילה למוהל מסוים מחייבת, לכמה דעות, מכוח המנהג.

מכאן עברנו לדון בחוזה שקיומו תלוי באחרים. אם כי לכאורה זהו חוזה שנבצר ביצועו, הרי יש שהחוזה כולל; או שהוא מתפרש כהתחייבות ממונית לשדל ולפייס את פלוני; או שהוא נתפס כהתחייבות פועל לעשות מלאכה למי ששכר אותו.

יש חוזים בעלי אופי מיוחד שאין בהם יסוד חפצי. דוגמה לכך יש לראות בהסכם חריגה מסדרי הדין והראיות. כך, למשל, יכולים בעלי הדין להסכים בקניין שקרוב או

פסול יהיה עד או דיין ביניהם. הראשונים התלבטו בשאלה: מדוע אין הסכם זה נחשב קניין דברים? יש שניסו לראות בו הסכם ממוני המשעבד את נכסי המתחייב להוצאות הנובעות מדברי העד או מפסק הדיין. אך יש שראו בו הסכם מיוחד, כאמור, השייך בעיקרו למערכת סדרי הדין והראיות – המתחשבת בהסכמת הצדדים – ולא לדיני החוזים הרגילים. לפי זה, הקניין נועד לחזק את ההסכמה, כדי שלא יוכל לטעון: "משטה הייתי בך". כיוצא בזה אפשר לומר ביחס להסכם בעניין מצרנות, ולפיו יכול המצרן להסכים בקניין שהוא מוותר על זכותו לקנות את הנכס ראשון, ובכך הוא סולל את הדרך ללוקח זר לקנות את הנכס בלא ערעור. אף כאן התלבטו המפרשים במשמעות הסכם זה: האם יש לראות בו הסכם מיוחד? או שמא יש בו צד קנייני? על טעמו של דין קניין דברים, נעמוד בפרק הסיכום.

ועוד הערה לסוגיית "דבר שאין בו ממש". הכלכלה המודרנית עוסקת ברובה ב"דבר שאין בו ממש". חברה בע"מ קמה כמעט ללא נכסים ומנפיקה מניות במחיר גבוה. יש והיא מוכרת עצמה או רוכשת את חברתה בסכומי עתק. הבעיה היא לאו דווקא בדרך הקניין שיכולה להעשות ברישומי מחשבים בלבד, אלא בגוף הדבר המועבר, ולאו דווקא בדרך של מכר. לא רק שטרות חוב או מכר נמכרים, אלא גם סיכויים וסיכונים של חברה להיות רווחית בעתיד.

לעיל, בסעיף ד, ראינו שיש המכירים במכירת "דבר שאין בו ממש" משום ראיית העיסקה כמכירת "גוף לפירותיו". אך בנידון דידן אין "גוף" כלל.

השאלה מתעוררת לא רק לגבי תוקף העיסקה, אלא גם לגבי השלכותיה, כמו אונאה, שאינה נוהגת ב"דבר שאין גופו ממון".

כדי לפרוש את רשת ההלכה גם על "שוק פורח" זה, יש ליתן את הדעת על אחת משתי ההצעות הבאות: א. מנהג, כאמור לעיל (סעיף ד) דנו הפוסקים אם מנהג תקף גם בעיסקה של "דבר שאין בו ממש". ואולי יש מקום לתקן או להנהיג כי עיסקאות כאלו יוכרו ואף ייחשבו כ"דבר שיש בו ממש".

ב. "דבר המצוי בשוק". בפרק חמישי (סעיף ג, 5) עסקנו במושג זה כחריג לדין דבר שלא בא לעולם, ואולי יש להרחיב משמעות מושג זה ככולל בזמננו גם "דבר שאין בו ממש". ולא באתי עתה כי אם לעורר לב המעיינים.

פרק שביעי

למהותו של חוזה עבודה

התוכן

מבוא 233

א. חזרת המעביד 236
1. חיוב נזיקי — שיטת התוספות 236
2. "דבר האבד" — דין ערבות 237
3. חיוב חוזי — שיטת הרמב"ן 238
4. ההבדל בין חיוב נזיקי לחיוב חוזי 240
5. חזר בו והוקרה המלאכה או הוזלה 240
6. הכרעת השולחן ערוך 241

ב. עובד שנשכר בקניין — שיטת רבנו תם 242
1. משמעות הקניין ביחס למעביד 242
2. אם יש הבדל בין "קניין" ל"תחילת מלאכה" 243

ג. חזרת העובד 245
1. כללי 245
2. חיוב ב"דבר האבד" 247
(א) "שוכר עליהן או מטען" 247
(ב) "כשבאת חבילה לידו" של המעביד 249
(ג) יסוד החיוב 250
(ד) האם חיוב מותנה בכך שהיה עובד חלופי? 251
(ה) חיוב חוזי — שיטת הגהות אשרי 253
(ו) פשר ההטעייה 254

ד. חזרת עובד כשאין "דבר אבד" — פועל (שכיר) וקבלן 256
1. חזרת קבלן — "ידו על התחתונה" 256
2. חזרת פועל — "ידו על העליונה" 263

ה. חזרת קבלן שנשכר בקניין — שיטת רבנו תם 265

ו. חוזה עבודה — חיוב או קניין 268
1. עבד עברי — גופו קנוי 268
2. פועל — האם גופו קנוי? 271

3. היחס בין פועל לעבד עברי 272
4. ריבית בשכר פועלים 280
5. האם יש הבדל בין פועל לקבלן? 281
6. שעבוד פועל וקניין דברים 283
ז. פועל שנשכר בקניין — שיטת הריטב"א 285
1. הסבר השיטה 287
2. היחס בין שיטות רבנו תם והריטב"א 291
ח. אכיפת ההסכם 292
1. אכיפת העובד לפי רבנו תם ולפי הריטב"א 293
2. אכיפת ההסכם ב"דבר האבד" 294
3. הגבלת זכויות העובד 295
ט. סיכום 296
נספח: הבחנה בין שילם לפני הסכסוך לבין לא שילם 299

פרק שביעי

למהותו של חוזה עבודה

מבוא

עד כה עסקנו בהתחייבות חד־צדדית של האדם לשלם לחברו, להקנות לו או לעשות לו דבר מה. בפרקים הבאים נעסוק בהסכם, חוזה בין שני צדדים, בדבר עשיית עבודה או שמירה או שותפות בעסק, ונבחן את טיבו לאור האמור לעיל. נפתח בחוזה עבודה.

מהו הקשר המשפטי הנוצר בין הצדדים? האם קם הסכם אכיף? ואם כן, מהי דרך עשייתו? היש צורך בקניין? מה טיבו של חוזה זה? האם לפנינו התחייבויות הדדיות — זה לעבוד וזה לשלם? ואם כן, כיצד נתגבר על בעיית "קניין דברים" כאשר הפועל מתחייב לעבוד? או שמא נוצרו יחסי קניין, כאשר העובד "קנוי" באופן כלשהו למעביד? רמז לאפשרות השנייה עולה לכאורה מן המקורות, שהרי חוזה עבודה אינו מופיע בהם במסגרת דיני החוזים, אלא בדיני השכירות, בסמוך לשכירות בתים וחפצים[1].

לא נסקור כאן את כל פרטי הדינים, אלא את הנוגעים לנידון דידן — יחסי חיוב או קניין בין הצדדים. מענין לציין כי הגמרא כמעט אינה עוסקת בשאלות אלו. היא מרבה לדון ביחסי העבודה כשהם כבר קיימים, והיא הניחה לראשונים מקום להתגדר בו באשר לשאלה של אופן יצירת חוזה עבודה ומהותו.

לכאורה חוזה עבודה, כיתר החוזים, אינו נקשר בדברים בעלמא, וכדי שיהא מחייב, יש צורך בקניין, אקט פורמלי המביא את הצדדים לגמור את דעתם לקיום החוזה. עם זאת מצינו לכאורה כי יחסי עבודה נקשרים בלא קניין.

כבר נשאל רב האי גאון בעניין ראובן שהבטיח לסרסור שכר טרחה, אם יתווך בינו לבין שמעון כדי שיקנה שמעון נכס שלו. לאחר שהצליח הסרסור בעבודתו, חזר בו ראובן מהבטחתו, וטען שלא היה קניין ביניהם. ותשובתו: "שראובן חייב לשלם ללוי שכרו משלם, שהרי קיבל לו שכרו. ודאמרת לא הוה בקניין, דברים בטלים הם. אטו

[1] המשנה והגמרא במסכת בבא מציעא פרקים ו-י עוסקות בדיני שכירות פועלים, חפצים, בתים ושדות. וכן הוא בפוסקים: דיני שכירות פועלים מובאים ברמב"ם, הלכות שכירות, פ"ט; בטור, שו"ע, חו"מ, הלכות שכירות פועלים, סי' שלא-שלט, לאחר דיני שכירות חפצים.

כל פועלים דעלמא וכל סרסורים בעו קניין? אלא בההיא הנאה, שהוא הולך ובא בצרכו, גמר ומשעבד נפשיה" (חמדה גנוזה, סי' קלה).

וכן כותב הרא"ש: "שכר פעולה לא בעי קניין, דפועל העושה עם בעל הבית קנה שכרו"[2]. כל זה אמור ביחס לעובד שכבר סיים את מלאכתו, ואם כן ברור שהוא זכאי לשכרו. התמורה שקיבל השוכר מחייבת אותו לשלם את השכר. אפילו ביחס ליורד לשדה חברו ונטעה שלא ברשות, קובעת ההלכה שלא ייהנה בעל השדה בחינם, וישלם ליורד לפחות דמי הוצאותיו (ב"מ קא ע"א). ואם כן, כשירד על פי הסכם, ישלם שכרו כפי שהתנה. וכבר עמדנו כמה פעמים[3] על ההבחנה בין התחייבות חדשה לבין חיוב הנובע מקבלת תמורה, שאינו מבוסס רק על רצונו של המתחייב אלא גם על התמורה שנתקבלה. חיוב כזה מצינו לאו דווקא בעבודה ממש, אלא כל שירות או פעולה שנעשית לבקשת מי שיש לו עניין בהם, מחייבים לשלם את השכר המוסכם. וכך אומר רש"י ביבמות (קו ע"א, ד"ה הב ליה) שחליצה שנעשתה בשכר מחייבת את היבמה לשלם לחולץ מה שהבטיחה לו מדין שכירות בלא צורך בקניין.

אך מה ביחס לחוזה עבודה שנעשה מראש, לפני שבוצע, האם הוא מחייב? במשנה (קידושין א, ב) נאמר שעבד עברי נקנה בכסף. בפוסקים מבואר כי גם בפועל תופסים קניינים, כגון כסף או קניין סודר או התחלת מלאכה, כמבואר להלן[4]. אך מה פשר הקניין? הגמרא (ב"מ י ע"ב) אומרת שהפועל רשאי לחזור בו באמצע היום. אך כנגד עובד קבלן, וכן מעביד, שחזרו בם, מוטלות סנקציות ממוניות כמבואר להלן.

אכן, דומה שעל אופיו המיוחד של חוזה זה אפשר לעמוד בעיקר מדיני החזרה. מה דינו של החוזר בו, ברצון או באונס, ובלשון ימינו — המפר את ההסכם או מסכלו? וברור שלא יימלט העוסק בדין חזרה מליגע גם בשאלת מהות ההסכם. וכמו שיש שאנו מכירים אדם דווקא מתוך חסרונו והעדרו מחיינו, כך אפשר להכיר את החוזה דווקא מתוך הפרתו וביטולו. נעסוק כעת בהפרה, ובמועד אחר, בע"ה — בסיכול. וכדי להבהיר את הדברים נפתח בהגדרות אחדות.

סוגי עובדים — פועל וקבלן

דיברנו על שני צדדים להסכם: מעביד או בעל הבית בלשון המשנה (ב"מ ו, א) ועובד. ואשר לעובד, יש שני סוגים: האחד, פועל או שכיר, מי שעובד לפי זמן, כלומר שזמנו משועבד לבעל הבית; והשני, קבלן או אומן בלשון המשנה (שם)[5] — עובד עצמאי

[2] פסקי הרא"ש, עבודה זרה, פ"ה, אות ב. וראה עוד: שו"ת הרא"ש, כלל א, סי' ה; הגהות מרדכי, קידושין, סי' תקמב, בשם המהר"ם; שו"ת מהר"ח או"ז, סי' ג; שו"ת הריב"ש, סי' תעו; טור ושו"ע, חו"מ, סי' שטו, סע' ד, ונושאי הכלים שם. וראה עוד להלן, פרק שנים עשר, הערה 70.

[3] ראה לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 98.

[4] ראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך א, פרק חמישי.

[5] אין ספק כי ה"אומן" הוא קבלן, אלא שהתוספות, ב"מ עה ע"ב, ד"ה השוכר, טוענים שהמונח "אומן" כולל גם שכיר. וראה עוד: חידושי הריטב"א החדשים, שם (להלן: ריטב"א). על ההבדל בין פועל ובין קבלן, ראה: רמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' ה; ביאור הגר"א, שם, ס"ק לג; ש"ך, שם, ס"ק כ; ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך א, פרק שלישי.

הצריך לבצע בזמנו החופשי עבודה מוסכמת לבעל הבית. אין כאן מקום לדון בפרטי ההבחנה ביניהם. אף לא נדון בשאלת הזיקה בין אומן המקבל כלי לתקנו ובין הכלי.

סוג אחר של עובד הוא עבד עברי, הנמכר בגנבתו או מוכר את עצמו לשש שנים, שבהן הוא משועבד לאדונו. לעבד יש מעמד מיוחד החורג מן התחום הממוני, שכן — בניגוד לכל אדם מישראל — הוא מותר בשפחה כנענית של רבו, והוא צריך שטר שחרור כדי לצאת לחופשי. עם זאת הוא שונה לגמרי מעבד כנעני, וקרוב יותר ל"פועל". לא נעסוק כאן בדינו אלא כשניזקק להשוותו לפועל. בין כך ובין כך דינו אינו נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג (קידושין סט ע"א).

ביטול החוזה

כאמור, החוזה יכול להיפסק מסיבות שונות — הפרתו על ידי אחד הצדדים או סיכולו, כלומר אי־אפשרות לקיימו או חזרה מביצועו עקב אונס וכיוצא בזה. כאמור לעיל, אנו נדון בעיקר בהפרה חד־צדדית, כשהצד הנפגע מגיש תביעה לבית הדין. ביחס לחזרת המעביד, הפסד העובד מתבטא בכסף, ונשאלת השאלה: האם ישלם המעביד לעובד פיצוי? ואם כן, כמה ישלם?

ביחס לחזרת העובד, השאלה היא האם ישלם למעביד פיצוי? ואם כן כמה ישלם לו? ושמא הוא חייב לעבוד דווקא? שכן המעביד זקוק לעבודה, ואף הפיצוי הכספי חשוב בעיניו כדי לקבל באמצעותו את העבודה.

שלב החזרה

גם אם לא נעסוק עתה במהות ההסכם, אי אפשר להתעלם משאלת תוקפו, שכן דין החזרה תלוי גם בשלב שנעשתה חזרה זו. כאן יש להבחין בין שני שלבים: האחד, הסכם בעל פה בין הצדדים בלא מעשה קניין ובלא התחלת עבודה; והשני, כשכבר התחיל העובד לעבוד, ובאמצע העבודה חזר בו אחד מן הצדדים. אפשרות אחרת היא, מקבילה או שונה, כמבואר להלן, שנעשה מעשה קניין על העבודה ועדיין לא נתבצעה, ונשאלת השאלה: האם יש לקניין משמעות הלכתית?

בשלב הראשון, כשאין חוזה מחייב, אין לנפגע מן ההפרה טענת ממון על החוזר בו, כי אם "תרעומת"[6], אלא אם מדובר ב"דבר אבד", כמוסבר להלן. בשלב השני, כשחזר בו אחד מן הצדדים באמצע העבודה או לאחר שנעשה מעשה קניין, נדון בהמשך דברינו.

עבודה חליפית

ועדיין יש לבחון נסיבות עובדתיות: האם הייתה לצד הנפגע אפשרות אחרת בזמן עריכת החוזה ועתה הפסיד אותה? האם כעת יש לנפגע אפשרות, תחליף לצד שחזר בו, כלומר מעביד אחר או עובד אחר בהתאם? לטענת נזק של הנפגע, הפסד ממון עקב ההפרה, יש חשיבות לבירור עובדות אלו, כמוסבר להלן. מובן שכעת באה

[6] ב"מ עו ע"ב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' א. אמנם גם "תרעומת" היא מושג משפטי. ראה להלן, פרק שנים־עשר, סעיף א; ובהערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 525.

בחשבון רק עבודה חלופית דומה, ועל כל פנים שאינה קשה מזו שהוסכם עליה. שאלה זו חורגת מתחום נושאנו, ולא נדון בה אלא לפי צורכנו.

א. חזרת המעביד

נפתח בחזרת המעביד. שני מקורות עיקריים עוסקים בדיני חזרה:

האחד, משנה (ב"מ ו, א; עה ע"ב), האומרת: "השוכר את האומנין וחזרו בהן, ידם על התחתונה. אם בעל הבית חזר בו, ידו על התחתונה". מה פירושו של דבר? סתמה המשנה, ואף הגמרא לא ביארה, והניחה מקום לראשונים להתגדר בו, תוך השוואה למקור השני המובא בסמוך. על כל פנים, ברור שהחוזר בו מפסיד, ועלינו להשוות את מצבו למקרה שבו לא הוא חזר בו.

השני, הברייתא (ב"מ עו ע"ב)[7], שהיא מפורטת יותר מן המשנה. בחלקה הראשון, היא עוסקת בחזרת המעביד: "השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותן, אין להם זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים? שלא הלכו. אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה, פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה — נותן להם שכרן משלם. אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, עושה מלאכה ליושב בטל". כלומר, אם כבר הלכו הפועלים, יש חיוב ממון על המעביד שחזר בו, לשלם להם שכרם המובטח בניכוי, ההפרש שבין שכר פועל בטל לשכר פועל שעובד (מכאן ואילך בניכוי כ"פועל בטל").

כאן יש לעמוד על שתי שאלות: מהו בסיס חיובו של המעביד? מה בין הלכו לבין לא הלכו, ומהי סיבת החיוב ב"הלכו"? לפנינו שתי שיטות — ואולי שלוש, כמוסבר להלן — עיקריות בראשונים, ויש שמצרפים אותן כמשלימות זו את זו.

1. חיוב נזיקי — שיטת התוספות

בעלי התוספות (ב"מ עו ע"ב) סבורים שהמעביד חייב כמזיק. אין זה בגדר "גרמא" בלבד, כי אם בגדר "גרמי", שהמעביד חייב בו כמזיק על אף שהנזק אינו ישיר. אמנם התלבטו המפרשים בשאלה: מה בין זה למבטל כיסו של חברו[8], שהוא בחינת גרמא ופטור? שהרי אף כאן מנע המעביד מהפועל רק רווח. יש אומרים שמניעת רווח של האדם בגופו — בניגוד למניעת רווח מממונו — נחשבת "שבת", אחד מחמשת החיובים של חובל בחברו[9], יש אומרים שהחיוב הוא מדרבנן[10]; ויש אומרים[11] שכאשר ההפסד

[7] לברייתא זו מקבילות בתוספתא, ב"מ, ז, א; ובירושלמי, ב"מ ו, א. על שינויי נוסח ביניהם, ראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך ב, עמ' 599; ש' פרידמן, תלמוד ערוך — פרק השוכר את האומנין, הפירושים, הוצאת ביהמ"ד לרבנים באמריקה, תשנ"א, עמ' 57.

[8] ראה: שו"ת מהר"ם, דפוס פראג, סי' תתכא; קצות החושן, סי' שלג, ס"ק ב.

[9] ראה: קצות החושן, שם; ערוך השולחן, שם, אות ב; שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' מב.

ברור, יש שגם המבטל כיס חייב. אם כן, כאן, כשהפסיד מקום עבודה בגלל ההפרה, הרי זה הפסד ברור. לכך יש להוסיף שרווח מעבודה הוא צורך חיוני לאדם, ככתוב: ״אדם לעמל יולד״ (איוב ה, ז), ולכן אמדו חכמים הפסד זה כהפסד ברור[12].

על כל פנים, חיוב נזיקי מותנה בשני התנאים שנזכרו לעיל: העובד יכול היה לעבוד במקום אחר בעת עשיית ההסכם, והוא אינו מוצא כעת מקום עבודה אחר[13]. רק בצירוף שני תנאים אלו, הוא יכול לטעון לנזק שנגרם לו על ידי הפרת המעביד. לפי זה, אין הבדל עקרוני־משפטי בין ״הלכו״ לבין ״לא הלכו״. אלא שבדרך כלל, כל עוד לא הלכו לעבודה, הם יכולים להשיג מעביד אחר; אך אם כבר הלכו, ועבר קצת זמן מהיום, כבר הפסידו מקום עבודה חלופי.

2. ״דבר האבד״ — דין ערבות

המושג ״דבר האבד״ מופיע במשנה (ב״מ ו, א), בהקשר הפוך — ביחס לפועל החוזר בו בנסיבות מסוימות, כשיש צורך חיוני בהמשך העבודה, כמובא להלן. אולם הרמב״ן וכמה מן הראשונים[14] אומרים כן אף בנידון דידן. כאשר המעביד חוזר בו וגורם הפסד לפועל, הרי זה כ״דבר האבד״ להם. אך מהו פשר החיוב? הסמ״ע[15] אומר שהוא דין גרמי האמור לעיל, אך מן הריטב״א[16] ניתן להבין שהוא חיוב מיוחד הבנוי על דין

אמנם קצות החושן שם מסיק כי גרמי בשבת פטור. ועיין עוד נתיבות המשפט, שם, ס״ק ג, שדחה את הדמיון לשבת מטעמים אחרים.

[10] ראה נתיבות המשפט, שם, שהסביר כן בכוונת התוספות, ולדעתו זו גם כוונת השו״ע, שחייב מדין ״דבר האבד״. ראה להלן, הערה 15.

[11] ראה: פלפולא חריפתא, על הרא״ש כאן, אות ד; אוצר מפרשי התלמוד, ב״מ עו ע״ב, עמ׳ תקצו, ליד ציון הערה 81. לשאלת מבטל כיסו של חברו במקום שההפסד ברור, ראה עוד: רמ״א, חו״מ, סי׳ רצב, סע׳ ז; שו״ת חתם סופר, חו״מ, סי׳ קעח; נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, הוצאת משרד המשפטים, ירושלים תשמ״ח, שער חמישי.

[12] בשו״ת דברי חיים הנ״ל דחה את השגת קצות החושן על חיובו מטעם שבת על פי דברי הרמב״ן ב״דיני דגרמי״ (קונטרס דינא דגרמי), משום ש״פועלים שמנעם מלהשתכר אצל אחרים, הוי היזק בגופן, דגופן ראוי להשתכר בכך״ (לא מצאתי קטע זה בקונטרס דינא דגרמי שלפנינו, וצריך עיון). מכאן נלמד שיש התייחסות מיוחדת למניעת עבודה מן הפועלים.

[13] לעניות דעתי, פשוט הוא הדבר שאין המעביד יכול לדרוש מן הפועלים עבודה חלופית, כי אם שיעבדו אצלו בעבודה שהוא זקוק לה, או אצל אחר הזקוק לה כדי למנוע את נזקם הממוני, ובכך ייפטר מחיובו. ואני תמה על פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק י, הערה י, שהביא דעה האומרת שהמעביד רשאי לדרוש מהם ללמוד בבית המדרש או לומר תהלים בזמן שנתפנה להם. וראה הערת מו״ר רז״נ גולדברג, להלן עמ׳ 525.

[14] ראה: חידושי הרמב״ן, ב״מ עו ע״ב, ד״ה והא דקתני; חידושי הריטב״א, שם עה ע״ב, ד״ה השוכר; שם עו ע״א, ד״ה ואם; נימוקי יוסף על המשנה עה ע״ב (מו ע״ב בדפי הרי״ף); מרדכי, ב״מ, אות שמב, בשם מהר״ם; טור, חו״מ, ס״ס שיא; טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ב.

[15] חו״מ, סי׳ שלג, ס״ק ח. נתיבות המשפט הנזכר לעיל (הערה 10) מסביר שהיא תקנת חכמים.

[16] ב״מ עה ע״ב, ד״ה השוכר, וב״ה שזכיתי לכוון לדעתו של קהילות יעקב, ב״מ, סי׳ לח. עיין שם, ובהערת מו״ר רז״נ גולדברג, להלן עמ׳ 525.

ערבות. וזה לשונו: "והטעם בתשלומין אלו (של חזרה) הוא ממה שאמרנו למעלה (עג ע"ב), דכל שהבטיח לחברו, וסמך חברו עליו, ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד, חייב לשלם לו, אם פשע בדבר. דאלו כשנאנס פטור הוא". וקודם לכן, בלשונו, למעלה (עג ע"ב) הסביר הריטב"א שהחיוב בנוי על דין ערבות: "דבההיא הנאה דסמיך עליה... משתעבד לה מדין ערב, וזה ענין שכירות פועלים... שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו. וזה דין גדול". בלשון המקובלת היום אפשר לומר: זהו חיוב חוזי לשלם נזקים שייגרמו מהפרת האמון שניתן בו[17].

לפי זה, ניתן לומר שלעולם אין כאן חיוב נזיקי שכן הוא בגדר גרמא, כאמור לעיל, אלא יש כאן חיוב "דבר האבד". אמנם באשר להבדל בין "הלכו" לבין "לא הלכו", עדיין אפשר לומר שההבדל הוא עובדתי, ולא משפטי: כי אם "הלכו", כבר אי אפשר להשיג מקום עבודה חליפי, והוא "דבר אבד" להם, כאמור לעיל[18].

3. חיוב חוזי – שיטת הרמב"ן

הרמב"ן[19] מסביר באופן אחר את ההבדל בין "הלכו" ובין "לא הלכו": "הלכו" הוא תחילת מלאכה, ותחילת מלאכה היא דרך קניין מיוחדת להסכם עבודה. בהסבר זה יש חידוש כפול: ראשית, דרך קניין חדשה, לצד דרכי הקניין האחרות, כקניין סודר ועוד; שנית, השפעות קניין זה בעניין שכירות פועלים. מעשה הקניין הוא דבר נחוץ בכריתת חוזה. בדרך כלל מדובר בגמרא על חוזים ריאליים, כגון מכר. אמנם יש גם חוזה אובליגטורי, כגון התחייבות האדם בקניין לשלם לרעהו סכום כסף. בנידון דידן, בפשטות אין מדובר בחוזה ריאלי. שני הצדדים עדיין לא קיימו את חיוביהם, אלא רק התחייבו לקיימם. העובד התחייב בקניין לעבוד, והמעביד התחייב לשלם לו שכר תמורת עבודתו. אם כן, כשחזר בו המעביד לפני העבודה, מדוע הוא חייב לשלם לעובד את שכרו המובטח (בניכוי, כ"פועל בטל")? ומהו מקור חיוב זה? לכאורה, הסכם עבודה דומה להסכם מכר שעדיין לא בוצע, כאשר הקונה מתחייב לקנות, היינו לשלם תמורת הסחורה. אם חזר בו הקונה לפני הקנאת הסחורה, מה דינו[20]? הגמרא אינה

[17] נראה שכן יש לפרש את כוונת הרמב"ן, שם עו ע"ב, ד"ה והוי יודע, ביחס לחיוב פועלים בדבר האבד: "ואע"פ... אין כאן אלא דברים, חייבין לשלם עד כדי שכרן ולא יותר, דסמכא דעתייהו מעיקרא, ואין כאן דרך לקניין". על חיוב זה של ערבות, ראה להלן, פרק שנים־עשר, סעיף ב.

[18] לכאורה ניתן היה לפרש שיש הבדל משפטי, שכן אם החיוב בנוי על הסתמכות על דיבורו, אפשר שרק אם "הלכו", כלומר התחילו במלאכה, סמכה דעתם על הבטחתו, אך לפני כן לא סמכה דעתם. והשווה לדברי הגמרא, ב"מ מט ע"א, שנאמרו בהקשר אחר: "התחילו במלאכה, ודאי סמכה דעתייהו", אך לא מצאתי חבר לפירוש זה.

[19] ב"מ עו ע"ב, ד"ה והא דקתני. וכן מסביר השיטה מקובצת, שם, ד"ה ורש"י כתב, שהיא שיטת רש"י. אולם לאחרונה ראיתי כי הרב אליקים קרומביין, "לפשרם של דיני שכירות פועלים", עלון שבות, גל' 152 (חשון תשנ"ט), עמ' 33, ביירר שיש לרש"י שיטה משלו, ובהזדמנות אחרת, בע"ה, אדון בהרחבה בדבריו.

[20] וכבר עמד על השוואה זו נתיבות המשפט (לעיל, הערה 10), ופשוט לו שהקונה פטור, אף שגרם

עוסקת בדבר זה, אך כאן מתפרש לנו שאם המעביד חוזר בו, ואינו רוצה את ה"סחורה", היינו את העבודה, עליו לשלם בכל זאת את התמורה שהבטיח. חיוב זה אפשר שייקרא בשפה המשפטית המקובלת כפיצוי. אך מה יסוד החיוב? אולי יש כאן "תנאי מכללא", שכך כיוונו הצדדים מראש, כי המעביד יחויב בתשלום המובטח (א"כ בניכוי) — כעין קנס — אם יחזור בו[21].

דרך אחרת היא לומר שיש יסוד קנייני בחוזה זה. בניגוד להתחייבות למכר, הרי במכר ממש, כאשר הסחורה הועברה באופן משפטי לבעלות הקונה, אין ערך לסירובו לקבל את המכר, שכן כבר קם חיובו בתשלום המחיר. אם כן, אף כאן, כשחל קניין בין המעביד והעובד, "זכה" המעביד בעבודה, ואם כעת אינו רוצה לקבלה, הפסיד לעצמו, שכן כבר התחייב במחיר (אם כי בניכוי, כ"פועל בטל"). אמנם יש להבין את משמעות ה"זכייה" בעבודה: האם זו "זכייה" בגוף הפועל? או שמא זכה בכוח העבודה שבו? היש להשוות שכירות פועל לשכירות חפץ, שהוא משלם "בין ידור ובין לא ידור" (רשב"א, ח"א, סי' אלף כח. אולם ראה רמ"א, חו"מ, שלד, א ונושאי הכלים שם)? אמנם עדיין ניתן לומר כי יש כאן התחייבות בקניין של המעביד לשלם, כמוסכם, גם אם יחזור בו לפני גמר העבודה. אך נראה לנו דוחק לומר שהליכת העובד היא התחייבות של המעביד. נחזור לשאלה זו להלן, כשנדון בטיבו של חוזה עבודה.

יהא ההסבר אשר יהא, מסתבר לומר שהתוספות הנ"ל, שביארו את הגמרא מדין גרמי, אינם מכירים בחיוב חוזי זה[22]. מאידך, המהר"ם, שאינו מסכים לחיוב הנזיקי, (כאמור בהערה 8), מכיר על כורחנו בחיוב חוזי[23]. כלומר, ייתכן שהמחלוקת היא

הפסד למוכר הסחורה, ולכן הוא מפרש שהחיוב כאן הוא מתקנת חכמים. עיין שם. אמנם נתיבות המשפט מזכיר כי "לא קנו מידו", ולא הזכיר את דעת הרמב"ן, שיש כאן קניין. לשיטת נתיבות המשפט ביחס להתחייבות וקניין, נשוב עוד להלן. וראה הערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 526.

[21] כך עולה מדברי מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ד, שהוא מחייב מטעם קנס, אך כתב כך בהסבר דעת הרא"ש והטור, אך לא בהסבר הרמב"ן המזכיר במפורש "קניין". אולם נראה שהרא"ש (להלן, הערה 24), והטור והשו"ע (לעיל, הערה 14) הולכים בעקבות הרמב"ן, הסובר ש"הלכו" הוא מעשה קניין, ולא חידשו חיוב חדש.

[22] ואכן יש אחרונים שהולכים בדרך זו, ראה מחנה אפרים (הנזכר בהערה הקודמת), שהביא את דעת כמה מן הראשונים הסוברים כן, ויש מקום לדון בראיותיו. ואכמ"ל. וראה הערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 526.

[23] ראה קצות החושן, סי' שלג, ס"ק ב, ולכן החיוב הוא רק לאחר קניין או תחילת מלאכה. עיין שם. גם מרש"י (לעיל, הערה 19) ניתן להבין שאינו מכיר בחיוב נזיקי בלא מעשה קניין. קצות החושן שם מסתמך על דברי המהר"ם להלכה ("וידוע דנפיש חיליה דמהר"ם להוציא ממון נגדו"). אולם בס"ק ג עמד על סתירה בשיטת המהר"ם, משום שממקום אחר עולה שהוא מסכים לשיטת ר"י בתוספות, ב"מ עו ע"ב, ד"ה אין, שגם לפני התחלת מלאכה יכול להתחייב. וראה עוד שו"ת מהר"ם, הוצאת בלוך: דפוס ברלין, כי"א, סי' סב, רלד; דפוס פראג, סי' תקמז; דפוס קרימונה, סי' קכה (ויש לתקן שם "ר"י" במקום "רש"י"). וראה שו"ת מאת ר"י בעל או"ז ומן המהר"ם, שהוציא הרב י"ז כהנא, ירושלים תש"ג, סי' תקד (ומשם משמע שאף הפרת הבטחה לשכור בית שגרמה הפסד דמי שכירות היא עילה לחיוב בגרמי. וראה עוד: ערך ש"י, חו"מ, ראש סי' שלג, שהובא בפתחי חושן, הלכות שכירות, פרק י', הערה י) ועוד.

קוטבית: התוספות מפרשים את הברייתא על דרך חיוב נזיקי דווקא, והמהר״ם (על פי קצות החושן) על דרך חיוב חוזי דווקא. אכן, קבוצה מרכזית של ראשונים ופוסקים — הרמב״ן, הרא״ש[24], הטור ושו״ע — מכירה בשני החיובים, גם הנזיקי[25] גם החוזי.

4. ההבדל בין חיוב נזיקי לחיוב חוזי

אמנם גם החיוב החוזי תלוי בעובדה שאין לעובד כעת מקום עבודה חליפי. כן הוכיחו הרמב״ן וסיעתו בראיות ברורות[26], ויש לומר שלא התחייב על דעת כך[27]. ואם כן, תחזור שוב השאלה: מה בין ״הלכו״ לבין ״לא הלכו״? ובמילים אחרות, מה מוסיף החיוב החוזי? אם יש נזק, כי אין לו עבודה חלופית, יש כאן שני החיובים; ואם יש לו עבודה חלופית, אין כאן שום חיוב? בא הרמב״ן ומונה שני הבדלים: האחד, כאשר גם בתחילה, בעת עריכת החוזה, לא היה אפשר להשיג מקום עבודה אחר — אמנם חיוב נזק אין, אך יש חיוב חוזי; והשני, כאשר בתחילה התחייב המעביד בשכר גבוה מן הרגיל, וכעת, כשחזר בו, ייקבע החיוב החוזי בהתאם לשכר שנקב בו, ואילו החיוב הנזיקי ייקבע לפי השיעור המקובל בשוק.

5. כשחזר בו והוקרה המלאכה או הוזלה

הברייתא מדברת בחזרה לאחר ״תחילת מלאכה״ כאמור. למעשה הפועל רק הלך

ובאשר לסתירה, הרי הובאר בעת האחרונה שחטיבה גדולה משו״ת מהר״ם, דפוס פראג, סי׳ תתיד-תתסב, מיוחסת לרגמ״ה ולר׳ יהודה הכהן. ראה: א׳ גרוסמן, חכמי אשכנז הראשונים, ירושלים תשמ״א, עמ׳ 24, 208. ואם כן, אף סי׳ תתכא הנ״ל אינו של המהר״ם. נמצא שהמהר״ם אינו חולק על התוספות. וראה עוד: פתחי חושן, שם, פרק י, הערה י.

[24] ב״מ, פרק שישי, אות ב. ועיין במחנה אפרים (לעיל, הערה 21), שעמד על השאלה: מדוע לא הסביר הרא״ש את הברייתא בדף עו ע״ב רק בגדרי החיוב הנזיקי, כשיטת התוספות שם?

[25] אמנם הרמב״ן והטור ושו״ע אינם מדברים על ״גרמי״, כי אם על ״דבר האבד״, ולעיל הבחנו ביניהם. ראה לעיל, ליד ציון הערה 16. וראה: חידושי רע״א, ב״מ עו ע״א, המבחין ביניהם ביחס להוזלת המלאכה.

[26] ראה: רמב״ן, שם עו ע״ב, ד״ה הא; חידושי הר״ן, שם, ד״ה נותן להם; נימוקי יוסף (לעיל, הערה 14). בדברי הרמב״ן וסיעתו לא מצינו הבדל בסיבת החזרה של המעביד. אולם קצות החושן, סי׳ שטז ס״ק א, נוטה להבחין בין חזרה ללא סיבה, לבין המקרה של ״מצאו שדה שהיא לחה״ כבסוגיין, שאז חייב במלוא הסכום, ולא רק כפועל בטל. אך זו דעה חריגה כאמור, וראה אולם המשפט, חו״מ, סי׳ שלה ס״ק א, שהשיג על קצות החושן.

[27] הרמב״ן (הנזכר בהערה הקודמת) מדמה את חיוב בעל הבית לחיוב הפועלים בדבר האבד, שנאמר לגביו במפורש בברייתא (ב״מ עו ע״ב), שאם יש שם פועלים לשכור, אינם חייבים. כך גם להפך, כשיש כעת מעביד אחר, אין זה דבר האבד, וברור שלא התחייב על דעת כך. מכאן מוכח במפורש שאין לפועלים אפשרות שלא לעבוד, ולקבל שכר רק כפועל בטל, והוא הדין בעבודה זולה יותר, שעליהם לעבוד, וישלים להם שכרם המובטח. וכן מוכח מראיות הרמב״ן. עיין שם. והוא כדעת הש״ך, סי׳ שלג, ס״ק ט, ודלא כב״ח. עיין שם. ועיין ברמ״א, סי׳ שלג, סע׳ ב, שהביא מחלוקת בשאלה: האם צריכים לעבוד עבודה קשה יותר ברווח גדול יותר, כשאין עבודה אחרת, לפני שיתבעו את דמי הפסדם?

לעבודה, ועדיין לא הספיק לעבוד, ולא הביא כל תועלת למעביד. אולם ברור הוא שאותו דין יהא אם חזר בו המעביד באמצע העבודה, לאחר שכבר עשה העובד חלק ממנה, אלא שכאן יקבל העובד שכר תמורת מה שעשה, ועל יתרת העבודה יקבל את שכרו המובטח — כפועל בטל. אמנם יש שהפועל יכול למצוא עבודה אחרת, אך לא באותו מחיר: אם הוקרה המלאכה, אין לו הפסד[28]; אך אם הוזלה, הוא נמצא מפסיד את ההפרש בין העבודה שהובטחה לו ובין העבודה שמצא. הפסד זה נגרם על ידי המעביד, והוא חייב לשלמו לעובד, הן בעילה נזיקית הן בעילה חוזית. אמנם דין זה עולה מן הברייתא, אך בעצם מתפרשת כן גם המשנה (ב״מ ו, א), שהיא המקור הראשון העוסק בדיני חזרה: ״השוכר את האומנין... אם בעל הבית חוזר בו, ידו על התחתונה״. ומסביר רש״י: ״יתן להם לפי מה שעשו, ואם הוזלה מלאכת פועלים על כרחו יתן להם כמה שפסק, חוץ ממה שצריך להוצאות בהשלמתה״. ומסביר הריטב״א שם שזהו שיעור הפסדם — הפרש הרווח בין השכר המובטח לבין מה שיקבלו מן המעביד החליפי. הפסד זה הוא בבחינת ״דבר האבד להם״[29], שכן אינם יכולים להשיגו כעת[30].

6. הכרעת השולחן ערוך

סיכום לכל האמור עד כה ניתן למצוא בפסק השו״ע, ההולך בעקבות הרמב״ן הרא״ש והטור, כאמור לעיל. וזה לשונו[31]: ״בד״א? שאין להם (לפועלים) עליו אלא תרעומת בשלא הלכו, דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעה״ב זה. אבל אם היו נשכרים אמש, ועכשיו אינם נשכרים כלל, ה״ז כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל (על פי הברייתא, ב״מ עו ע״ב); ואם נשכרים בפחות, משלם הפחת (על פי המשנה שם ב״מ ו, א), ואם הלכו, אע״פ שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש נותן להם שכרם כפועל בטל, והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל (חיוב חוזי). אבל

[28] במקרה זה פשוט שיקבל דמי מה שעשה, ותו לא. אמנם השיטה מקובצת, ב״מ עו ע״א, בשם תוספות שאנץ, אומר שיקבל דמי מה שעשה לפי שער היוקר של עכשיו. וכבר תמהו התוספות, ב״מ עו ע״א, ד״ה השוכר: ״אין זה סברה. כי למה יתן להם בעה״ב יותר ממה שהתנה עמהם? כיון שאין מפסידים בחזרת בעה״ב, ואדרבה יותר מרויחים, שעתה ימצאו שיתנו להם (יותר)...״. ואולי יש לפרש שיטה זו לפי הראב״ד (להלן, הערה 119), שהצד המופר רשאי לבטל את החוזה מעיקרו, ומקבל מה שעשה ״כיורד שלא ברשות״ לפי הערך העכשווי.

[29] וכן הוא בחידושי הרמב״ן (לעיל, הערה 26): ״מתני׳ בשמוצאין להשכיר עצמן בקבלנות אחרת, ואינן מפסידין אלא בין יוקרא בשעת שכירות לזולא דהשתא, והא קא יהיב להו״.

[30] כאן אין מנכה להם כ״פועל בטל״, שכן אינן בטלים, אלא עובדים. וראה ש״ך, שם, ס״ק י׳. לכאורה כן הדין גם אם שכרם כעת הוא פחות מדמי ״פועל בטל״. אך אולי לפי הסמ״ע, שם ס״ק י׳, ״דמי פועל בטל״ הוא המקסימום שישלם. ראה ש״ך שם, וקצות החושן, שם, ס״ק ד, שהתקשו בדבריו. על דעה שונה מזו של רש״י, ראה מאמרי ״חוזה עבודה — מהותו ובטולו״, תחומין ז (תשמ״ו), עמ׳ 427, 446 (גישת ר״י לפי החקרי לב, חו״מ, ח״ג, סי׳ עז).

[31] שו״ע, חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ב. אמנם השו״ע מדבר על ״דבר האבד״, ואינו מזכיר ״גרמי״. ראה לעיל, הערה 25.

אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומת... ואם אינם מוצאים להיות נשכרים אלא בפחות, משלם להם הפחת".

ב. עובד שנשכר בקניין – שיטת רבנו תם

מקור נוסף בנידון דידן הוא ברייתא שלא נזכרה בסוגייתנו, אלא הובאה אגב עניין אחר, המחדשת לנו, לפי אחד מבעלי התוספות, חידוש גדול שלא שמענוהו עד כה. הגמרא, ב"מ מח ע"א, עוסקת במחלוקת אמוראים בשאלת דרך קניין מיטלטלין מן התורה: כסף או משיכה. והגמרא אומרת שאדם שנתן בטעות מעות הקדש לספר כדי שיספרנו, לא מעל בהקדש עד שימשוך המסתפר את כלי העבודה מן הספר. יש קשר בין דין מעילה לבין כריתת ההסכם, שכן רק כשנגמר החוזה, ואין הצדדים רשאים לחזור בהם, יצא הכסף לחולין, והשוכר מתחייב בדין מעילה.

לצורך עניינו יוצא שמשיכת כלי התספורת על ידי המסתפר, המעביד, גומרת את החוזה. מה משמעות הדבר? אומרים בעלי התוספות שם[32]: "מכאן אומר רבנו תם דהסופר שהשכיר עצמו, אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו, אין יכולין שוב לחזור בהם". הפוסקים הבינו כי לדעת רבנו תם קניין בהסכם עבודה מחייב את הצדדים[33], ואינם רשאים לחזור בהם. וכך פוסק הרמ"א: "וי"א דאם משך בעה"ב כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעה"ב יכול לחזור בו, ולא הפועל, אם הוא קבלן" (חו"מ, סי' שלג, סע' א), "וכן עיקר" (ש"ך שם, ס"ק ב). כלומר, לא רק שהחוזר בו ידו על התחתונה, כמו שאמרנו לעיל ביחס לתחילת מלאכה, אלא שאין כלל אפשרות חזרה. עיקר החידוש הוא ביחס לעובד, הקבלן, שאינו רשאי לחזור בו ולשלם ממון, אלא חייב לבצע את העבודה או לדאוג שתיעשה, כמבואר להלן.

1. משמעות הקניין ביחס למעביד

אך השאלה היא: האם יש נפקא מינה בקניין זה גם ביחס לחזרת בעל הבית, המעביד? לדעת הרמב"ן וסיעתו, ייתכן שאין הבדל, ודינו כחוזר בו באמצע המלאכה. אף שם חוזר בו לאחר קניין, שכן "תחילת מלאכה" היא קניין, ולא נאמר שם שאינו יכול לחזור בו, אלא ש"ידו על התחתונה", וישלם דמי הפסדו. אין זה אומר שמותר לבעל

[32] תוספות, ב"מ מח ע"א, ד"ה והא בעי. אמנם הרבה מן הראשונים חולקים ומסבירים שאין מדובר כי אם בסנקציה ממונית של המעביד כלפי העובד, ובלשון נימוקי יוסף, ב"מ כט ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הרשב"א והר"ן: "שהוא יכול לעכב המספרים עד שיספרנו, שהמספרים קנוים לו. וה"ה לסופר, שהקולמוס קנוי לו. אבל סופר עצמו, יכול לחזור בו". ונראה שכן היא גם דעת השו"ע, שלא הביא את חידושו של רבנו תם.

[33] ראה: הגהות אשרי, ב"מ, פרק שישי, על הרא"ש, אות ו; ש"ך, חו"מ, סי' שלג, ס"ק ד; פתחי תשובה, שם, ס"ק ב.

הבית, המעביד, לחזור בו לכתחילה ולשלם, שכן אף אם אינו גורם הפסד — כגון שיכול העובד למצוא מעביד חלופי — סוף סוף יש לעובד "תרעומת" (שו"ע, שם, סע' א); ואם יש הפסד — שאין למצוא מעביד חלופי — סוף סוף לא יקבל הפועל כי אם דמי "פועל בטל". ובכלל, ייתכן לומר שאסור לאף צד בחוזה להפר אותו ולשלם את דמי הפסד הצד השני[34]. על כל פנים, מבחינה משפטית, אם חזר בו, אין עליו אלא תביעת תשלום השכר המובטח, בניכוי "פועל בטל", כאמור לעיל. אם כן, נראה שהוא הדין בכל קניין אחר[35].

גם מסברה נראה כן, שהרי כבר אמרנו שכל עניינו של הפועל הוא השכר[36]. ואם מקבל הוא את שכרו, מה לו כי ילין? ולא מסתבר לומר שבשל ההפסד של ניכוי "פועל בטל" לעומת פועל העובד ומקבל את כל שכרו, רשאי העובד לדרוש כי יעבוד דווקא כפי שסוכם עמו בקניין, שכן אין ניכוי זה נחשב בגדר הפסד[37]. אם כן, אפשר שגם רבנו תם יסכים לזה.

2. אם יש הבדל בין "קניין" ל"תחילת מלאכה"

אולם יש מי שמוצא נפקא מינה בחזרת המעביד לאחר מעשה קניין: חיובו של המעביד גם כשאפשר למצוא מעביד אחר. כלומר, דינו של מעשה קניין, כקניין סודר, שונה

[34] דיון כללי בשאלה זו, ראה בשו"ע, סי' יב, סע' ט, ונושאי הכלים שם. וראה בהערה הסמוכה.

[35] אמנם ערוך השולחן, חו"מ, סי' שלג, ח — יש לו שיטה משלו, שכן הוא סבור ש"תחילת מלאכה" אינו משעבד את הצדדים, והביטוי "קניין" מופיע בפוסקים כ"שם מושאל", ולכן נאמר בגמרא רק "ידו על התחתונה", היינו שמותר לחזור בו ולשלם, ואם נשכר בקניין, גם לפי רבנו תם, חוזר בו וידו על התחתונה (שם, אות יא-יב). וראה עוד: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק י', הערה טז; להלן, הערות 246, 321.

[36] ראה: קצות החושן, סי' שלג, ס"ק ג.

[37] אולם ראה ב"מ לא ע"ב, בעניין השבת אבדה: "אם אין שם בי"ד, בפני מי יתנה? שלו קודם", וכן נפסק בטור ושו"ע, חו"מ, סי' רסה. לכאורה מבואר כאן שזכאי אדם שלא להסתפק בשכר בטלה, כמו שאומר שם הסמ"ע, ס"ק ה: "כי לא ניחא ליה להיות פועל בטל, כי צריך לפרנס בני ביתו לטרוח ולקבל עליה שכר הרבה". בנידוננו, הפרת ההסכם, יש להבחין. אם אין אפשרות כעת לעבוד, "מצאו שדה לחה" בדוגמת הברייתא (ב"מ עו ע"ב), הרי בדיעבד לא הפסיד כשקיבל רק שכר בטלה; אך אם המעביד מפטרו, כשאפשר להמשיך בעבודה, יש להסתפק בשאלה: האם יש לקניין, מצד המעביד, רק משמעות כספית, כאמור, או שמא הקניין גם מחייב את המעביד לאפשר לעובד להמשיך בעבודתו כשהוא רוצה לעבוד ולהרוויח יותר משכר בטלתו. וראה: תוספתא, ב"מ ז, ג; מצפה שמואל, שם, סוף ס"ק ל. אולם לפי פירוש "תוספתא כפשוטה" שם אין ראיה לזה. על כל פנים, אין הקניין מחייב את המעביד לשלם לו אף כשיש עבודה חלופית, כאמור בפנים. וראה: ר"ח העליר, לחקרי הלכות, כרך א, סי' ב (דבריו הובאו אצל: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 617), שמחדש שהקניין מחייב, כך שאין הפועלים צריכים לטרוח ולחפש מעביד אחר; אלא שאם המעביד מזמן להם מעביד אחר הרוצה לשוכרם, יכול הוא לחזור בו מטעם "זה נהנה וזה לא חסר", ואף "תרעומת" אין להם. עיין שם, שיישב בזה סתירה בעניין "תרעומת" (וראה עוד ש"ך, סי' שלג, ס"ק ל), אך עצם הסברה אינה מוכרחת. ואכמ"ל.

מדין קניין התחלת מלאכה[38]. בקניין התחלת מלאכה למדנו שכשיש מקום עבודה חלופי, המעביד פטור; ואילו בשאר הקניינים, המעביד חייב בתשלום אף כשאפשר למצוא עבודה חלופית. הפועל "קנה" זכותו בעבודה זו, ורשאי לסרב לקבל עבודה חלופית. וכך קבע בית הדין הרבני[39], בהסתמכו על דברי שניים מן האחרונים. נעיין אפוא בדבריהם.

רע"א אומר כי קניין תחילת מלאכה הוא "קצת קניין"[40], ואילו נתיבות המשפט אומר כי קניין תחילת מלאכה הוא קניין דרבנן, תקנת חכמים בפועל[41]. בית הדין הרבני דן בעניין אישה ששכרה טוען רבני לשם תביעת מזונות מבעלה, והקדימה לו מקצת שכרו. לאחר שהחל הלה את מלאכתו, השלימה האישה עם בעלה. שני הצדדים — האישה והטוען הרבני — הגישו תביעות כספיות זה כנגד זה, להחזרת השכר או להשלמתו בהתאם. אומר בית הדין, כי אף על פי שהייתה לטוען אפשרות להשיג עבודה אחרת, מאחר שלא רק התחיל במלאכה, אלא גם נעשה קניין (קניין כסף), האישה חייבת לשלם לו את כל שכרו.

לעניות דעתי, אין ראייה מדברי נתיבות המשפט, ואף הראייה מדברי רע"א אינה הכרחית, כפי שציינתי בהערות 40-41. אבל לגופו של עניין, מסתבר שפטור בעל הבית, כשיש עבודה חלופית, בנוי על אומדנא ("תנאי מכללא" בלשון המשפט בימינו), משום שעל דעת כן לא התחייב, כאמור לעיל. ואם כן, הוא הדין כשנעשה קניין. ובעזרת ה' מצאתי מפורש כן באחד הראשונים, מהר"ח אור זרוע, והוא מביא ראייה לדבריו מן הגמרא בב"מ[42] ביחס לשוכר ספינה להעברת משא ממקום למקום וחזר בו השוכר, המעביד, בחצי הדרך. הגמרא אומרת בפשטות שאם בעל הספינה מוצא שוכר אחר,

[38] כלומר, במקביל להבדל שבין קניין תחילת מלאכה לסתם קניין ביחס לחזרת פועל, שנזכר לעיל ליד ציון הערה 33, ויידון עוד להלן, יש הבדל מסוג אחר גם ביחס לחזרת המעביד.

[39] פד"ר ו 182, 185. וראה הערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 526.

[40] בחידושיו לב"מ עט ע"א. ר' עקיבא איגר מתייחס לקושיית התוספות ביחס לחזרת בעל הבית בעניין אונס. באחד מתירוציו הוא מחלק בין "תחילת מלאכה", דהווי רק מקצת קניין, ויכול לחזור בו, וידו על התחתונה, לבין קניין ממש. ויש להבין לשיטתו את המושג "מקצת קניין". על כל פנים אין מכאן ראיה להבדל גם ביחס לאפשרות למצוא עבודה חלופית. אדרבה, ר' עקיבא איגר מדבר שם על שוכר ספינה שעשה קניין משיכה בספינה, ומשמע שכל הסוגיה שם עוסקת בשוכר ספינה ומשכה. ומכאן מוכיח אחד מן הראשונים להפך, שגם בקניין אין המעביד חייב כשיש עבודה חלופית (ראה להלן, הערה 45).

[41] בביאוריו לשו"ע, חו"מ, סי' שלג, ס"ק ד. ויש לדחות את הראייה, משום שנתיבות המשפט כלל לא דיבר על קניין בפועל לפי הרמב"ן וסיעתו, כי אם על חיוב של "גרמי" ו"דבר האבד", כפי שציין לפני כן (ראה לעיל, הערות 10, 15). אבל כשנעשה קניין, וקם חיוב חוזי, אפשר שגם בקניין דאורייתא יש אומדנא שלא יתחייב אם אפשר להשיג עבודה אחרת. וגם אם שוכר בית "קנה אותו, וחייב בשכר מדינא, ולא קנה אותו לענין שיהא יכול להשכירו לאחר שבני ביתו מרובין", אין ללמוד מכאן על משמעות קניין פועל ביחס לעקרון החילוף, שכן האומדנא היא שונה, כאמור לעיל.

[42] עט ע"ב.

אין לו תביעת ממון על השוכר שחזר בו. זו אחת ההוכחות של הרמב״ן[43], האומר שכשיש עבודה חלופית אין חיוב ממון, ומשמע מן התוספות שם[44] שמדובר גם בשוכר שמשך את הספינה ועשה בה קניין. מכאן מוכיח מהר״ח אור זרוע[45], כי גם כשנעשה קניין, המעביד שחזר בו פטור מלפצות את העובד, כשיש עבודה חלופית. על עקרון החילוף עמדתי במקום אחר, ואין כאן מקומו[46].

עד כאן באשר לחזרת המעביד. אך כבר אמרנו שעיקר חידושו של רבנו תם נוגע לחזרת העובד. לפני שנעמוד על דבריו, נאמר מילים אחדות על דיני חזרת העובד בכלל.

ג. חזרת העובד

כללי

סוגי עובדים — פועל וקבלן

אם ביחס לחזרת המעביד ראינו שכמעט אין הבדל בין פועל (שכיר) לבין קבלן[47], הרי ביחס לחזרת העובד יש הבדל ברור ביניהם. לא הרי חזרת זה כחזרתו של זה. הגמרא בכמה מקומות מביאה את דברי רב האומר שיש לפועל מעמד מיוחד, והוא רשאי לחזור בו אפילו בחצי היום, והטעם: ״דכתיב: כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם (ויקרא כה, נה), ולא עבדים לעבדים״ (ב״מ י ע״א). בברייתא, ב״מ עו ע״ב, כפי שפורשה בגמרא, ב״מ עז ע״ב, מבואר שנחלקו התנאים בעניין זה. לדעת רבנן, כל פועל — בין שכיר בין קבלן — רשאי לחזור בו, ״ויד פועל על העליונה״; ואילו לדעת ר׳ דוסא, יש הבדל בין שכיר ובין קבלן, ורק השכיר רשאי לחזור בו. וכך סובר גם רב[48], וכן הלכה, כמובא להלן.

כאן לפנינו רעיון גדול, כאשר המשפט מתערב בחופש החוזים — ולהלן נראה עד כמה התערבות זו מגיעה — וקובע כי חוזה בין מעביד ובין פועל־שכיר ניתן לביטול על ידי הפועל. ״חופש״ הפרט עדיף מ״חופש״ החוזים. במילים אחרות, מרותו של אדון הכול קודמת למרותו של אדון זה, המעביד. אין כאן המקום להאריך בעניינו של רעיון נשגב זה. על כל פנים, עלינו לדון בנפרד בחזרת הפועל ובחזרת הקבלן.

סוג אחר של עובד הוא עבד עברי, הנמכר לשש שנים לאדונו, שהוא רשאי לפדות את עצמו בתוך תקופת עבדותו אף בעל כורחו של האדון על ידי גירעון כסף — השבת

[43] ראה הערה 26.

[44] תוספות, ב״מ עט ע״א, ד״ה אלא בספינה.

[45] בתשובותיו, סי׳ רכה.

[46] ראה מאמרי, ״חוזה עבודה — מהותו ובטולו״, תחומין ז (תשמ״ו), עמ׳ 427, 436, ודנתי שם בשאלה: האם יש הבדל בעניין זה בין שכיר וקבלן?

[47] ראה בהערה הקודמת.

[48] ללשון אחת בגמרא, שם עז ע״ב, לדעת ר׳ דוסא, גם הפועל אינו רשאי לחזור בו, ״וידו על התחתונה״, אלא שרב אינו סובר כמותו ביחס לפועל. וכן הלכה.

דמי שיווי קנייתו על ידי אדונו בניכוי דמי השנים שעבד את אדונו. לא נעסוק בדינו אלא כשנזדקק להשוותו לפועל.

הפסד המעביד ותרופתו

ביחס לחזרת המעביד, אמרנו שהפסד העובד מתבטא באי־קבלת השכר שציפה לו. אך ביחס לחזרת העובד, המצב יותר מורכב: מהו הפסדו של בעל הבית, המעביד[49]? כאן יש קשת של אפשרויות: יש שאין לו הפסד ממון, שכן המשך העבודה יכול להידחות למועד אחר; יש שאכפת לו שתמשך העבודה בלא הפסקה, בעיקר מפני חששו ליוקר עתידי; ויש שאם לא תימשך העבודה עתה, יהא לו הפסד ממשי מיידי, בלשון המשנה[50] "דבר האבד". והוא מתחלק לשני סוגים. האחד, הפסד ממון, כאשר לא רק העבודה שנעשתה תלך לטמיון[51], אלא גם ייפסד הרכוש שנעשתה בו העבודה. כך, למשל, השוכר פועלים להעלות פשתן מן המים, וחזרו בהם באמצע העבודה, אם לא תימשך העבודה מיד, יתקלקל הפשתן לגמרי. השני, הפסד רצון, בלשון הריטב"א[52]. תכלית העבודה אינה ניתנת לדחייה. המשך העבודה חיוני עתה[53], ואינו ניתן לתיקון מאוחר יותר, אלא שאם לא תימשך העבודה לא יהא למעביד הפסד ממון, כי אם הפסד עניין חיוני לו שלמענו נשכר הפועל. כך, למשל, השוכר חמר להביא כלי תזמורת לשמחת חתן וכלה, וחזר בו הפועל לפני החתונה.

ב"דבר אבד", גם הפועל אינו רשאי לחזור בו[54], כפי שיובא להלן. על כל פנים, מאחר שבחזרת העובד אין מדובר בהפסד ממון דווקא, כי אם ב"הפסד מלאכה", גם הסנקציה — תרופתו של המעביד — שונה מן הסנקציה הננקטת כלפי מעביד שחזר בו. כלומר, אפשר שיחויב העובד לאו דווקא בתשלום דמי הפסד, כי אם בחיוב ממון מיוחד, ובנסיבות מסוימות אף בהמשכת העבודה, "אכיפת החוזה" בלשון המשפט בימינו, כמבואר להלן.

שלב החזרה ונסיבותיה

גם כאן, כמו בחזרת המעביד, יש לבחון את שלב החזרה: אם החזרה באה לפני שנעשה קניין או לפני תחילת מלאכה, או שהיא באה לאחר מכן. כמו כן יש לבדוק אם — הן בשעת עריכת ההסכם הן עם החזרה — אפשר למצוא עובד חלופי היכול לעבוד באותו מחיר או במחיר זול או במחיר יקר יותר.

[49] מדובר בשאין עובד חלופי, שהרי כשיש פועל חלופי הוא אינו נפסד, כמובא להלן.
[50] ב"מ, ראש פרק שישי.
[51] ברור שעל עבודה כזו לא יקבל העובד שכר, כאשר הפסיד לו במקום להועיל לו.
[52] בחידושיו לב"מ עה ע"ב, ד"ה להביא פרייפרין.
[53] "שעתה זמנן הוא לעשות", כלשון התוספות, ב"מ עה ע"ב, ד"ה פרייפרין.
[54] ראה: ב"מ עז ע"ב; רש"י, שם, ד"ה אמר ר"נ בר יצחק; רא"ש, שם, אות ו; שו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ה; ביאור הגר"א, שם, ס"ק כ. פלפולא חריפתא, על הרא"ש, שם, ס"ק צ, נתן טעם לדבר.

גם פה לא נדון בסיבת החזרה, כי אם במצב שבו העובד נחשב כמפר החוזה, אפילו אם לא היה מזיד, והדוגמה הקלסית היא חזרת העובד באמצע המלאכה.

2. חיוב ב"דבר האבד"

נדון תחילה במעביד שנגרם לו הפסד ממשי מן החזרה, היינו "דבר אבד", כפי שנתבאר לעיל. שני המקורות שנזכרו לעיל ביחס לחזרת המעביד עוסקים גם בחזרת העובד, היינו המשנה (ב"מ ו, א; עה ע"ב) והברייתא המובאת בגמרא (ב"מ עו ע"ב). וכך נאמר במשנה: "שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת, ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד, וחזרו בהם — מקום שאין שם אדם, שוכר עליהם או מטען". ומעין זה גם בברייתא, אלא ששם נוסף הסבר: "כיצד מטען? אומר להם: סלע קצצתי לכם, בואו וטלו שתים. ועד כמה שוכר עליהן? עד ארבעים וחמשים זוז". הגמרא (ב"מ עח ע"א) מסבירה, שב"שוכר עליהן" יש שני מצבים: האחד, סתם חזרה, "שוכר עליהן עד כדי שכרן"; השני, "כשבאת חבילה לידו". ופירש רש"י: "אם יש בידו משלהן הרבה, כדרך האומנין המקבלין עליהן מלאכה, מביאין כלי אומנות לבית בעל הבית" — "שוכר עליהן עד ארבעים וחמשים זוז".

כל זה כשאכן נפסד המעביד, משום שאי אפשר למצוא פועל חלופי: בלשון המשנה "אין שם אדם"; ובלשון הברייתא, "במה דברים אמורים? בזמן שאין שם פועלים לשכור. אבל יש פועלים לשכור, ואמר[55]: צא ושכור מאלו, אין לו עליהן אלא תרעומת".

הרי לפנינו סנקציה ממונית מיוחדת כנגד הפועלים שחזרו בהם[56]. מהי משמעות סנקציה זו?

(א) "שוכר עליהן או מטען"

במצב הראשון, המעביד רשאי להטעות את העובד ולהבטיח לו פי שניים[57] משכרו המוסכם, ולאחר העבודה לשלם לו רק את שכרו המוסכם. עניינה של הטעיה זו יובהר להלן. אם אינו יכול להטעותן[58], שוכר פועל אחר יקר יותר על חשבון הראשון, "עד כדי שכרן"[59]. כלומר, יש על העובד חיוב ממון מוגבל, כדי שלא יפסיד המעביד.

[55] י"ג: ואמרו. ראה דקדוקי סופרים.

[56] כאמור, מדובר בחזרה של הפרה. בחזרה מחמת אונס, שלא היה עליהם להעלות על דעתם, לא יחויבו, ויקבלו שכר על מה שעשו. ראה טור ושו"ע, שם, סעיף ה.

[57] זו היא הדוגמה בברייתא, ב"מ עו ע"ב; וברמב"ם, הלכות שכירות, ט, ד. המאירי, בפירושו למשנה, בראש הפרק, אומר: "מגזם להוסיף בשכירותם כמו שירצו".

[58] מן הטור, סי' שלג, סע' ג, משמע שקודם מנסה להטעותם, ואם אינו יכול להטעותם, שוכר עליהן. ועמד על כך ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך ב, עמ' 704. אמנם ברמב"ם ובשו"ע אין רמז לזה. אדרבה, במשנה נאמר קודם "שוכר עליהן" (אם כי הברייתא מסבירה אחר כך "כיצד מטען" תחילה, אפשר שפתחה בהסבר מה שסיימה). גם הטור עצמו, קיצור פסקי הרא"ש, שם, פ"ו, אות ג, כתב: "מטען... או שוכר". ועוד, לפי ההסבר השני המובא להלן, שהטעיה זו היא מדיני "שוכר עליהן", לא מסתבר שהיא קודמת לה. ועדיין צריך עיון.

אם לא ניצל המעביד את זכותו, ולא שכר פועל אחר, יש אומרים שהפסיד, ואינו זכאי לקבל מן העובד את דמי הפסדו[60]. הוא זכאי רק להימנע מהפסד על חשבון העובד, אך לא לקבל דמי הפסד לאחר שכבר הפסיד.

אמנם יש אומרים כי כל זה ב"הפסד רצון", כתזמורת לחתונה בדוגמה שהבאנו לעיל, שבו אין העובד משלם פיצוי לשעבר. אך במקרה של "הפסד ממון", דוגמת הפשתן, ישלם גם דמי הפסד מוגבלים[61]. ויש אומרים שישלם את כל הפסדו[62]. בדברי הרמ"א יש מבוכה בעניין זה, משום שלכאורה, הוא מביא את שתי הדעות[63,64].

[59] ב"מ עח ע"א. לדעת רוב הראשונים, הפירוש הוא עד כדי כפל שכרו. דהיינו: אפשר שלא רק שלא יזכה הפועל בשכרו, אלא אף יחויב לשלם מכיסו עד כדי שכרו (אמנם רש"י, שם, ד"ה עד, פירש: עד מה שהמעביד תפוס משכרן, ולא ישלמו מכיסם). ראה: טור ושו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ו, ונושאי הכלים שם.

[60] ראה רמב"ן, בחידושיו לב"מ עה ע"ב, ד"ה והוי יודע: "ומי', אם לא שכר עליהן, אלא הפסיד בהמתנתן, אינן משלמין, שהרי לא קבלו עליהן לשלם". וכן הוא בחידושי הר"ן, ב"מ עו ע"ב, ד"ה בד"א; נימוקי יוסף, ב"מ מו ע"ב (בדפי הרי"ף); רמ"א, סי' שלג, סע' ד.

[61] ראה ריטב"א, ב"מ עה ע"ב, ד"ה השוכר: "ומיהו כל שלא שכר עליהן ולא הטען, בסיפא דאיכא הפסד ממון, משתלם מהן כדי שכרן או כדי החבילה שבאת לידו. אבל באידך, דליכא אלא הפסד רצון, אין לדבר תשלומין". וכן משמע מחזון איש, ב"ק, סי' כג, אות כב. וראה להלן, הערה 63.

[62] הגהות אשרי על הרא"ש, שם, פרק שישי, אות ב, ד"ה ואם. וכן פסק תרומת הדשן בתשובותיו, סי' שכט.

[63] הרמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' ו, פותח בדברי הרמב"ן (לעיל, הערה 60), ובאותה הגהה עצמה מסיים בדברי הגהות אשרי (לעיל, הערה 62). הגר"א, שם, ס"ק מ, עמד על הסתירה, והוא מסביר שהרמ"א לא התכוון לפסוק כרמב"ן כי אם במקרה של "הפסד רצון", אך לא במקרה של הפסד ממון. הש"ך, ס"ק לט, אומר שאף הרמב"ן מודה בשלא היה סיפק בידו לשכור אחרים, שחייב בדמי ההיזק מדין "גרמי". וראה להלן, הערה 101. חזון איש, שם, אות כה, דוחה את פרשנות הש"ך, ומכריע דלא כרמ"א. עיין שם.

[64] אפשרות אחרת של "דבר אבד" היא כשיש דחיפות בהמשכת העבודה כדי למנוע הפסד רווח צפוי, כמכירת המוצר ביום השוק וכיוצא בזה. חזון איש, ב"ק, סי' כג, ס"ק כב, כה, אומר שיש כאן "שוכר עליהן או מטען", והביא ראיה מדברי הגהות אשרי, ב"מ, פ"ג, אות ו. אמנם פתחי חושן (להרב י' בלוי), הלכות שכירות, פרק יא, הערה לז, סבור שר' עקיבא איגר בחידושיו לשו"ע, חו"מ, שלג, ו, חולק עליו, אך לעניות דעתי, אין ראיה משם, משום שאין מדובר בהזדמנות חד־פעמית, ויכול לשרות פשתן אחר ולמכרו באותו רווח. עיין שם.
מאידך גיסא, אומר החזון איש שאם לא שכר אחר, לא יחויבו העובדים בדמי הפסד, אף אם לא היה סיפק בידו לשכור. ואף לדעת "הגהות אשרי" (לעיל, הערה 62) יש לחלק בין נשוא העבודה המתקלקל (הפשתן השרוי) לבין מניעת הרווח. אולם מדברי שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סי' י (הובא בדברי גאונים, ראש כלל קה; ובפתחי חושן, שם, הערה לח), נראה שיחויבו בהפסד זה.
לכאורה ניתן להביא ראייה לדעה זו מדברי הריטב"א, ב"מ עג ע"ב. אדם שנשלח לקנות יין בזול בזולשפט (שם מקום), התרשל ולא קנה, והגמרא דנה באפשרות לחייבו בדמי הפסד למשלחו. ומסביר הריטב"א שהוא בגדר פועל ב"דבר אבד", משום שהמשלחו סמך עליו, ונפסד כעת. אמנם הרא"ש, ב"מ, פרק ה, סי' סט, חולק עליו, ומפרש שהיה חיוב חוזי מפורש של

(ב) "כשבאת חבילה לידו" של המעביד

המצב השני הוא, "כשבאת חבילה" ליד המעביד. במקרה זה מוטל חיוב ממון גבוה יותר על העובד, ובלשון הרמב"ם[65] והשו"ע[66]: "שוכר להשלים המלאכה עד ארבעים או חמשים זוז בכל יום לכל פועל, אע"פ ששכר הפועל בשלושה[67] או ארבעה"[68].

בהסבר חיוב זה, אומר הרמב"ן[69]: "דקנה אותם (צ"ל אותה) להשתלם ממנה שכירותו". והריטב"א אומר[70]: "דכי יהבוה ניהליה, מסתמא אדעתא דהכי יהבוה ניהליה, שתהא משועבדת וקנויה לו עד כנגדה לתשלומי הפסדו". ובהמשך דבריו, הריטב"א מעלה שתי אפשרויות: שהחבילה[71] ניתנת כמשכון[72] "שהקנו לו בגופה של

השליח. יתר על כן, אומר החזון איש, שאף לדעת הריטב"א יש להבחין בין שני המקרים: "דשאני התם שלא הודיעו כלל; והכא, בפועלים העובדים אצל בעה"ב, ובעה"ב ידע שהניחו מלאכתם, ובדרך הרגיל מוצאים פועלים ביוקר, סתמא דמילתא לשכור עליהם קיבלו עליהם, לשלם הפסד לא קיבלו עליהם".

אמנם לפי זה, ייתכן שהעניין נתון לשיקול דעת בית דין, ואם אכן ידעו הפועלים שלא ניתן כמעט לשכור עליהם, אף ביוקר, אולי היה בדעתם בכל זאת להתחייב גם בהפסד ממון. דוגמה לדבר מצינו בחידושי ר' עקיבא איגר. הרמ"א, סי' שלג, סע' ה, פוסק שסופר שכיר שהפסיק לכתוב ספר תורה באמצע הכתיבה הוא בגדר "דבר האבד". ומסביר הסמ"ע, שם, ס"ק כ, שספר תורה הכתוב בידי שני סופרים נחשב מקולקל. שואל ר' עקיבא איגר שם: אם כן, מאי נפקא מינה בדבר? הרי אינו יכול לשכור אחר. ובתירוצו השני, הוא עונה: "דאולי כיון שידוע שאי אפשר לתקן, הו"ל כאילו קיבל עליו לשלם גוף הדבר שנאבד. וצ"ע לדינא".

[65] הלכות שכירות, ט, ד.

[66] חו"מ, סי' שלג, סע' ו.

[67] תלמיד הרשב"א, לב"מ עו ע"ב (שיטת הקדמונים לב"מ, מהדורת הרב בלוי, הנזכר ליד ציון הערה 91), גרס ברמב"ם: "ארבעה או חמשה", והסביר: "כלומר, שאע"פ שלא היה שכרן של אלו אלא שלושה זוזים או ארבעה בכל יום, מתיקר הוא בשכירות אחרים, ונותן להם ארבעה זוזים או חמשה בכל יום". ניתן להבין זאת לפי פירוש רש"י ביחס ל"כדי שכרן" (לעיל, הערה 59), כי בחבילתו בידו מוסיף על כדי שכרן. לא מצאתי סיוע לגרסה זו, לא בגמרא (לפי "דקדוקי סופרים") ולא ברמב"ם. אמנם ברמב"ם, דפוס רומי ר"ם, נדפס (בטעות): "ארבעים וחמישה זוז". ועיין מה שכתב אמו"ר, ד"ר ז' ורהפטיג, זריחת השני, ב"מ, ח"ב, עו ע"ב.

[68] המגיד משנה על הרמב"ם, שם, מסביר: "דרך גוזמא אחזו". על כל פנים, המעביד אינו מוגבל כי אם בשיווי החבילה. וכן הוא: בריטב"א, שם עו ע"ב, ד"ה ועד כמה; ובב"י, חו"מ, סי' שלג, ד"ה ואם אינו יכול להטעותן. אך מן הרמב"ן שם משמע שהוא מוגבל גם בשיעור השכירות המקובל: "ומיהו אם שכרן במנה, אינו משתלם ממנה (נראה לי כי המי"ם השנייה מנוקדת בסגול), שאין זו שכירות" (הכוונה: דרך שכירות). ובחידושי הר"ן, שם (לעיל, הערה 60): "שדרכן של ב"ה [=בעלי הבתים] לשכור כן בדבר האבד. אבל יותר מזה לא, שאין זו שכירות". וכן פירשו: הסמ"ע, שם, ס"ק כו; הש"ך, שם, ס"ק לה, אף בדעת הרמב"ם והשו"ע. אמנם הריטב"א שם תמה מה הטעם בשיעור זה דווקא? ואולי סובר הרמב"ן שאכן השיעור משתנה לפי המקובל בכל זמן ובכל מקום. ראה סמ"ע, שם.

[69] ראה בהערה הקודמת. וראה עוד בר"ן שנזכר שם.

[70] בחידושיו לב"מ עח ע"א, ד"ה כשבאת חבילה לידו.

[71] "חבילה" היא מלשון "חבול תחבול" שבמקרא (שמות כב, כה). וראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך ב, עמ' 714.

חבילה כדי דמיה מעכשיו, אם יחזרו בהם בדבר האבד". כלומר, יש כאן חיוב בדרך של משכון או הקנייה בתנאי של אותה חבילה[73].

לפי זה, נראה שמדובר בחבילה שניתנה על דעת כן, וכן מפורש בדברי המרדכי בשם מהר"ם[74], והובא להלכה ברמ"א[75]. אבל הש"ך שם[76] הוכיח כי הרמב"ם, ובעקבותיו השו"ע, ועוד כמה מן הראשונים, אומרים שהוא הדין בכל ממון של העובד שהגיע ליד המעביד. דעה זו צריכה הסבר: אם לא ניתן אותו ממון על דעת כן, אין כאן חיוב חוזי של העובד; ואם מדובר רק על עשיית דין עצמית של המעביד — תפיסת ממון של העובד כמשכון לשם מימוש חיובו — הרי חיוב זה מוגבל רק "עד כדי שכרו", ולא יותר[77]. אם כן, מניין צמחה זכותו של המעביד לחייב את העובד בסכום גבוה יותר[78]?

אמנם אם נסביר דין "דבר אבד" כתקנת חכמים, כמובא להלן, אין מקום לשאלה זו, שכן כך תיקנו[79].

(ג) יסוד החיוב

מה פשר חיוב "דבר האבד"? כבר עמדנו על כך בקצרה לעיל[80], אגב דיוננו בחזרת המעביד, וכאן נרחיב ונאמר שיש כמה שיטות בנידון זה:

א. דין "גרמי". יש אומרים[81] שחיוב "דבר האבד" הוא חיוב נזיקי מדין גרמי. לעיל, ביחס לחזרת המעביד, כבר עמדנו על הקושי שבהסבר החיוב מדין "גרמי". אמנם שם דובר במניעת הרווח, וכאן מדובר בהפסד ממון הפשתן שהולך לאיבוד, אך עדיין קשה מן הדוגמה של "הפסד רצון" — כהפסד תזמורת לחתונה, מדוע יחויב

[72] על הקושי שבהסבר זה, עמד הריטב"א עצמו. עיין שם. וראה עוד: תוספות, קידושין ח ע"ב, ד"ה מנה אין כאן.

[73] וכפי שאומר שם הריטב"א: "על דעת כן משך בע"ה את החבילה. ואע"פ שלא פירש, כמי שפירש דמי. דמילתא ידיעא היא דסתם נותני חבילה להכי הוא דיהבי ליה".

[74] מרדכי, ב"מ, פרק שישי, אות שמט. ובלשונו: "בשחבילתו בידו, הני מילי בכלי אומנתו, דסמכא דעתו טפי שלא יעשו מלאכה במקום אחר כיון שנתנו כלי אומנותם בידו... וכ"ש לפי' רבינו חננאל דפי'... וא"ל: הרי ערבוני עמך, שאין אני חוזר בי, וקבל בעה"ב החבילה, וסמכה דעתיה שזה עושה מלאכתו, ופטר פועלים אחרים".

[75] חו"מ, סי' שלג, סע' ו.

[76] ס"ק לד. לשון הרמב"ם הוא: "אם היה להם ממון תחת ידו". וכנראה פירש הרמב"ם חבילה, אגודה של כלים וכיו"ב, כמובנה היום. וכן פירש ספר הנר, ב"מ עח ע"א, בשם רב האי גאון (נדפס בשיטת קדמונים לב"מ בהוצאת הרב בלוי). ולעצם העניין, יש לרב האי גאון פירוש מקורי משלו, שהפועל מעכב בידו את החבילה של בעל הבית ואינו עושה בה מלאכתו. עיין שם.

[77] ראה: ש"ך, שם, ס"ק לח.

[78] ואולי יש לומר בדוחק שעדיין יש חיוב חוזי — אומדנא שהעובד מסכים בשעת עריכת החוזה שיתפוס המעביד כל ממון שבא לידו לצורך מימוש זכותו בשיווי מה שתפס.

[79] עיין: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ג, שהובא לעיל, הערה 10; ולהלן, הערה 85.

[80] ליד ציון הערה 14.

[81] ראה: סמ"ע, חו"מ, סי' שלג, ס"ק ח. וכן משמע מביאור הגר"א, שם, ס"ק לד.

הפועל בדין של ״גרמי״? מאידך גיסא הראשונים מתקשים בשאלה: מדוע מוגבל החיוב בשיעורו, ״עד כדי שכרן״, ותו לא? מדוע לא ישלם הפועל את כל דמי ההפסד? יתר על כן, לשיטת הרמב״ן[82] אמרנו שהפועל משלם מראש רק למנוע הפסד. אך אם לא שכר המעביד פועל אחר, הפועל פטור. אם כן, מדוע אינו חייב מדין ״גרמי״?

ב. על יסוד ערבות. מדברי הרמב״ן והריטב״א, שהובאו לעיל[83], עולה שיש יסוד חוזי בחיוב זה, והוא נלמד מדין ערבות, כמו שאומר הריטב״א: ״דכל שהבטיח לחברו, וסמך חברו עליו, ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד — חייב לשלם לו, אם פשע בדבר״. כלומר, יש כאן התחייבות מכללא לשלם דמי הפסד שיגרום הפועל בחזרתו. ומסביר הריטב״א לפי זה[84] גם את הגבלת שיעור החיוב, ״עד כדי שכרן״. ובלשונו: ״דמסתמא היינו דאסיקו אדעתייהו, שאם לא יוכלו לעשות שימצא לעולם פועלים בכפל שכרן, דעל זה בלבד הבטיחוהו״. היינו, יש כאן חיוב חוזי לשלם דמי הפסד בשיעור מוגבל.

ג. תקנת חכמים. בעל נתיבות המשפט[85] עומד על הקושי בהסברת החיוב מדין ״גרמי״, ואומר כי ״דבר האבד״ בנוי על תקנת חכמים. גם לפי זה, ברור כי אין לשאול על הגבלת החיוב, שכן כך תיקנו[86].

לפי הסברים אלו, קם החיוב של העובד בלא מעשה קניין ואף לפני תחילת מלאכה. ואכן כך מפורש בראב״ד ואחרים[87]. משום כך חיוב זה אמור גם ביחס לפועל (כנזכר לעיל, הערה 10), שלגביו אין הקניין תופס כבקבלן, כי החיוב אינו תלוי בקניין[88].

(ד) האם חיוב מותנה בכך שהיה עובד חלופי?

אמנם במקביל למה שלמדנו ביחס לחזרת המעביד, שחיובו כמזיק מותנה באפשרות

[82] ראה הערה 60. וראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי׳ ו, שכתב שהרמב״ן אינו מכיר בחיוב הפועל מדין ״גרמי״.

[83] ראה הערות 14, 16.

[84] ב״מ עה ע״ב, ד״ה להביא פרייפרין. וכן הוא ברמב״ן, שם עו ע״ב, ד״ה והוי יודע: ״חייבין לשלם עד כדי שכרן ולא יותר, דסמכא דעתייהו מעיקרא, ואין כאן דרך לקניין״.

[85] לעיל, הערה 79.

[86] וראה עוד שו״ת מהרי״ק, שורש קלג, שכתב על דין זה שהוא ״מדינא או מקנסא״. נראה ש״קנסא״ זה הוא בגדר חיוב משפטי גמור, עם שעבוד נכסים, לכן גובים אותו גם מן היורשים. ראה: חזון איש, ב״ק, סי׳ כג, ס״ק לו, שהובא בפתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה לה.

[87] הראב״ד הובא בשיטה מקובצת, ב״מ עו ע״ב, סוף ד״ה בד״א; וברא״ש, שם, אות ב. וכן הוא ברמב״ן (לעיל, הערה 84): ״ואין כאן דרך לקניין״; הריטב״א, ב״מ עו ע״ב, ד״ה אבל; נמוקי יוסף, ב״מ מו ע״ב (בדפי הרי״ף), ד״ה בדבר שאינו אבד; טור, חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ג; ש״ך, שם, ס״ק כט (ולא כמו שכתב פתחי חושן, שם, הערה לד).

[88] נראה שבהסבר החיוב תלוי ספקו של ר׳ עקיבא איגר בחידושיו על שו״ע, שם, סע׳ ו. רק אם יש יסוד חוזי בחיוב (ערבות), ובדוחק אולי גם אם הוא מכוח תקנת חכמים, יש מקום לומר שעדיין ״שוכר עליהן עד כדי שכרן״.

שבעת עריכת החוזה יכול היה העובד להשיג מעביד חלופי[89], אומר הרשב"א[90] כי גם חיובו של העובד ב"דבר האבד" מותנה באפשרות שבשעת עריכת ההסכם יכול המעביד להשיג עובד חלופי, ורק במקרה זה גרם העובד נזק בחזרתו. אך אם בשעת עריכת ההסכם לא היה בנמצא עובד אחר, יכול העובד לטעון ולומר שהמעביד היה נפסד בין כך ובין כך, ולא הוא גרם להפסדו בחזרתו[91]. תנאי זה אמור לא רק לפי ההסבר מדין "גרמי", אלא גם לפי ההסבר ש"דבר האבד" הוא חיוב מיוחד הבנוי על ערבות, שכן גם לפי הסבר זה, החיוב בנוי על הפסדו של המעביד שנגרם מהסתמכותו על הבטחת העובד. כלומר, הייתה לו אופציה אחרת, והוא ויתר עליה עקב הבטחת העובד[92].

אמנם תנאי זה אינו מופיע אצל כל הראשונים, ואף לא מצאתיו ברמב"ן שלפנינו. אדרבה, בית יוסף בשם הרמב"ן[93] אינו מצריך תנאי זה, ונימוקו עמו: לעולם יכול המעביד לטעון שהיה מוצא עובד אחר, אף אם טענה זו לא תתקבל כשהעובד הוא המתלונן[94]. אפשר להסביר את ההבדל בעובדה שקל למצוא עובד מלמצוא מעביד. "אדם לעמל יולד" כפשוטו, ובעבודה תלויה פרנסתו. עובדה היא שבדרך כלל רבים העובדים מן המעבידים, וכן כיוונו חז"ל באמרם, "השוכר את הפועלים" — מעביד אחד לכמה עובדים[95].

[89] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ב (לעיל, הערה 31).

[90] מובא בשיטה מקובצת, ב"מ עו ע"א, ד"ה חזרו. וכן הוא: בריטב"א, ב"מ עה ע"ב, ד"ה השוכר; טור ושו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ה.

[91] סברה זו מובנת כשיש למעביד פשתן מושרה, והוא מבקש מן הפועל להוציאו (עיין הגהות אשרי על הרא"ש, ב"מ, פרק שישי, אות ב); או שיש לו פשתן שעומד להתקלקל, והוא מבקש מן הפועל לשרותו ולהוציאו. אך ספק בעיניי מה הדין כשיש לו פשתן שיכול לעמוד ימים רבים, ועל סמך הבטחת עובד השרהו במים, וכעת עומד להיפסד אם לא יוציאוהו מן המים. אפשר שכאן גרם העובד לנזק, אף כשלא היו עובדים אחרים בנמצא. ותודה לא־ל מצאתי כן בחידושי תלמיד הרשב"א לב"מ עו ע"ב (שיטת הקדמונים לב"מ, הוצאת הרב בלוי, שנזכר לעיל, ליד ציון הערה 67). וזה לשונו: "אבל אם התחילו במלאכה, ומחמת התחלתן נעשה דבר האבד, אצ"ל ששוכר עליהן או מטען. אלא אפילו נאבדה מלאכתן מחמת שלא מצאו פועלים אחרים (אף שגם בהתחלה לא היו פועלים אחרים. עיין שם), חייבין לשלם לו הכל כמזיקין ממש".

[92] לכן גם הריטב"א, המסביר את חיוב העובד מדין ערבות, מצריך תנאי כזה, כמוזכר בהערה 90. ונראה כי גם לפי הסבר נתיבות המשפט (לעיל, הערה 79), לא תיקנו חז"ל, אלא אם גרם העובד הפסד למעביד בחזרתו.

[93] בית יוסף, חו"מ, סי' שלג, סע' ג, אומר: "בשיטת תלמידי הרשב"א כתוב בשם הרמב"ן".

[94] בית יוסף בשם הרמב"ן מבחין שם בין מעביד לבין עובד, כמוסבר להלן, אם כי הוא מביא דעה שאינה מבחינה ביניהם, אך לא מצאתי לה הדים בפוסקים. ראה לעיל, הערה 89.

[95] אמנם מן הרמב"ן עצמו, כפי שמובא בבית יוסף, נראה שההבדל מוסבר באופן קצת שונה. וזה לשונו: "משום דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק, ומסתמא טרח בתר פועלים. ואי טרח ומטפי לה אאגרייהו קצת, ודאי משכח. ומיהו היכא שהפועלים לא היו מוצאים לשכור, אינו חייב... דליכא למימר גבי פועלים: אנא טרחנא ומיתגרנא, דאיפשר שיטרח כל היום ולא יוכל להשתכר". נראה שאין כוונת הרמב"ן לומר ש"הכסף יענה את הכל", גם פועל חלופי, אלא כי הפסדו של המעביד כאן הוא ממשי יותר מהפסד הרווח של הפועל, והנלחץ מתאמץ ומשיג יותר. אמנם הסתפקתי במצב שיש הפרש בין מחיר הפועל החלופי בזמנו למחיר הפועל הנוכחי — אם

(ה) חיוב חוזי – שיטת הגהות אשרי

לעניות דעתי, יש לבעל "הגהות אשרי"[96], שיטה אחרת, ולפיה חיוב "דבר אבד" שנאמר במשנה הוא חיוב חוזי מכוח מעשה קניין או מכוח תחילת מלאכה, שהיא נחשבת כקניין. בעל "הגהות אשרי" התקשה אף הוא בפשר הגבלת החיוב, "עד כדי שכרן", ותו לא, והסביר שיש לפנינו שני חיובים – נזיקי וחוזי. רק החיוב החוזי מוגבל, שכן קיבל על עצמו רק חיוב בשיעור מוגבל. כלומר, במקביל לשני החיובים של המעביד שחזר בו, חיוב נזיקי וחיוב חוזי שקם כתוצאה מתחילת המלאכה לפי הרמב"ן וסיעתו[97], כך יש לומר גם ביחס לחזרת העובד. יש חיוב נזיקי מדין "גרמי" שאינו מוגבל בשיעורו, אלא שחיוב זה מותנה, כאמור, באפשרות המעביד להעסיק עובד אחר בעת עריכת ההסכם. אך לאחר תחילת המלאכה, "כיון שנשכרו לו כבר" בלשון "הגהות האשרי", קם חיוב חוזי[98], שהוא מוגבל אך אינו מותנה בתנאי שהזכרנו. הוא מוגבל בשיעורו, "עד כדי שכרן"; אך במקביל לחיוב החוזי של המעביד שחזר בו, הוא אינו מותנה בקיום אופציה חליפית למעביד בשעת עריכת ההסכם.

להלכה, השו"ע מביא את דעת הרשב"א, שחיוב "דבר האבד" מותנה בעובדת קיום אופציה חלופית[99]. הש"ך מביא את הדעות החולקות של תלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן ו"הגהות אשרי", ונראה שהוא חושש לדעתם. אמנם לעניות דעתי אין טעמיהם שווים: תלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן מסכימים עקרונית עם הרשב"א שיש צורך בתנאי זה, אלא שהוא מתקיים, כי לעולם אפשר למצוא עובד אחר, כאמור לעיל. ואילו לפי "הגהות אשרי", אין צורך בתנאי זה בכלל, כי בחיוב חוזי מכוח תחילת המלאכה, התחייב העובד לפצות את המעביד בלא תלות בקיומה של אופציה זו, כמו שלמדנו ביחס לחזרת המעביד[100].

להלן נדון בשאלה: האם הרשב"א וסיעתו מכירים גם בחיוב החוזי מכוח תחילת מלאכה? על כל פנים, דין "דבר האבד" שבמשנה מתפרש לשיטתם, כאמור, בלא תלות

ב"שטרח ומטפי להו", כדברי הרמב"ן, ואם כשהפועל הנוכחי מוזיל מן השכר המקובל: האם מחיובו עתה, כשחזר בו, דהיינו כפל שכרו, יש לנכות הפרש השכר בין שני העובדים? שכן העובד כעת טוען כי כדי הפרש זה בין כך היה המעביד מפסיד. וצריך עיון.

96 על הרא"ש, ב"מ, פרק שישי, אות ב. וראה הערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 527.

97 ראה לעיל, ליד ציון הערה 19.

98 ראה: אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ עה ע"ב, עמ' תקנ, הערה 11, שהביא כמה מן האחרונים המפרשים כך את כוונת "הגהות אשרי". אף קצות החושן, סי' שלג, ס"ק ב, מפרש כך דין "דבר האבד". יתר על כן, הוא אומר שלפי המהר"ם אין כאן חיוב נזיקי (ראה לעיל, הערה 8) כי אם חוזי. אמנם בס"ק ג הוא מעלה אפשרות שחיוב "דבר האבד" של הפועל הוא חיוב נזיקי גם בלא תחילת מלאכה. עיין שם.

99 חו"מ, סי' שלג, סע' ה. הש"ך שם, ס"ק כח, והגר"א, בס"ק לד – הביאו את הדעות החולקות.

100 לפי זה, אין מקום לקושיית ר' עקיבא איגר, בחידושיו לשו"ע, סע' ב. כי החיוב הנזיקי או חיוב דבר האבד – בניגוד לחיוב החוזי – מותנה בשהיה מעביד חלופי אף לדעת "הגהות אשרי". ולדעת תלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן, יש הבדל בין השגת עובד חלופי, להשגת מעביד חלופי, כאמור בהערה 93. וראה: פתחי תשובה, שם, ס"ק יא.

בתחילת מלאכה או במעשה קניין, אלא שהוא מוגבל בשיעורו[101] והוא מותנה, כאמור, כשם שחיובו הנזיקי של המעביד שחזר בו מותנה בקיום אופציה אחרת בשעת עריכת החוזה.

(ו) פשר ההטעייה

"שוכר עליהן או מטען" מטיל חיוב ממוני על הפועלים, כאמור. אך עניינה של הטעיה זו צריך הסבר. וכך כותב הרמב"ם[102]: "כיצד מטען? אומר להם: סלע קצצתי לכם, באו וטלו שתים, עד שיגמרו מלאכתן. ולא יתן להם אלא מה שפסק תחילה, ואפילו נתן להם השתים, מחזיר מהן התוספת". על סמך מה יכול לחזור בו מהתחייבותו? נראה שניתן להסביר זאת בשתי דרכים:

1. אונס ממון. התחייבותו לא ניתנה מרצון, כי אם מאונס ממון, ולכן היא בטלה. בדומה לכך אומרת הגמרא: "הרי שהיה בורח מבית האסורים, והיתה מעברא [=ספינת מעבורת] לפניו, ואמר ליה: טול דינר [סכום גבוה מהמקובל] והעבירני, אין לו אלא שכרו" (יבמות קו ע"א). ומסבירים שם הראשונים[103] שהוא כעין אנוס. על הסבר זה אפשר לשאול שלוש שאלות: ראשית, וכי קל לשקר במקום הפסד ממון[104]? שנית, הרי כלל בידינו שמכירה באונס תקפה, שכן "אגב זוזי גמר ומקני"[105], וכאן קיבל המעביד תמורה לכספו? ויש לחלק ולומר: שם קיבל את מלוא התמורה, אך כאן קיבל פחות ממה שהסכים לשלם בעל כורחו. אך מה יהא הדין כשהוזיל העובד את שכרו מראש [והיו אחרים שהוזילו], וכעת – כש"הדבר אבד" – העובד תובע שני סלעים, שהם המחיר המקובל, שכן פה המעביד מקבל את מלוא התמורה? שלישית, בעניין הבורח מבית האסורים, נפסק שאם כבר שילם אנו מניחים שמחל על אונסו, וגמר ומקני[106]. אם כן, מניין לרמב"ם ולשו"ע שבנידון דידן, אפילו כבר שילם, גובה את התוספת חזרה[107]?

ויש לומר שמותר לשקר למי שעושה עוולה כדי להינצל ממנה, בחינת "עם חסיד תתחסד... ועם עקש תתפל" (שמואל ב' כב, כו)[108], והוא מעין "עביד איניש דינא

[101] "עד כפל שכרן" (כנזכר לעיל, הערה 59). ואם לא שכר המעביד עובד אחר, ראה לעיל, הערה 63. אמנם כשחזר בו המעביד, חיובו אינו מוגבל (אם כי ישלם בניכוי, כפועל בטל). ראה: קצות החושן, סי' שלג, ס"ק ג.

[102] הלכות שכירות, ט, ד. וכן נפסק בשו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ה.

[103] ראה הרמב"ן והרשב"א ביבמות שם.

[104] עיין: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה ל, שהתקשה בזה.

[105] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' רה, סע' א. וראה הערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 527.

[106] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' רסד, סע' ח.

[107] ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, סי' קלה. דבריו הובאו בפתחי חושן, שם, הערה לא.

[108] ראה ב"ב קכג ע"א, דרשת הפסוק בבראשית כט, יב (על יעקב אבינו): "כי אחי אביה הוא... אחיו אני ברמאות... עם נבר תתבר...". דוגמאות נוספות לכך מצינו בעוד מקומות: ביבמות קו ע"א, התירו להבטיח תשלום ליבם שאינו הגון אם יחלוץ ליבמתו, שלא על מנת לקיים; ביומא פג ע"ב, מסופר שר' יהודה ור' יוסי הוציאו בתחבולת מרמה את ארנקם מיד אשת שומר שכפר בפיקדון; בנדרים כז ע"ב, מתירה המשנה להטעות את הליסטים ולהעמיד פנים כאילו הפירות

לנפשיה״ (עשיית דין עצמית), כדי להציל עשוק מיד עושקו. ואם כן כאן, שסמך עליו המעביד, רשאי להטעותו, כדי שלא ייפסד[109].

לכן, אפילו הוזיל העובד תחילה, וביקש פחות מן המחיר המקובל, מכיוון שסמך עליו המעביד, מילתו מחייבת. כלומר, הבסיס למחיר העבודה אינו המקובל בשוק, אלא המחיר שסמך עליו המעביד. יתר על כן, התנהגות העובד חמורה מהתנהגות בעל המעבורת, המנצל את מצוקת הצרכן [האסיר הבורח]. לכן מניחים הראשונים שכששילם הצרכן — ולא רק הבטיח לשלם — גמר בדעתו לשלם כפי שנדרש. אך בענייננו, כשלא עמד העובד בדיבורו, וגרם הפסד למעביד, אין יסוד לאומדנה שהעובד שילם בלב שלם. לפי זה נראה לכאורה כי כל שקר מותר כדי לגרום לעובד לסיים את עבודתו[110].

2. מדין ״שוכר עליהן״. מדברי אחד האחרונים, אנו למדים הסבר שונה. הרב אברהם דובער שפירא מקובנה[111] מסביר שהגמרא לא באה להשמיענו דרך הטעיה, אלא כי רק באופן האמור מותר להטעות. כך, למשל, לא יאמר המעביד לעובד: השדה אינה גדולה כל כך, או: המרחק לשם אינו כה רב כפי שאתה חושש — והוא שקר, אלא יתייחס אליו כאילו הוא עובד אחר שנשכר על חשבון הראשון. לכן מעיקר הדין באמת צריך לתת לו שני סלעים, כפי שהבטיח, ורק אחר כך ידרוש סלע אחד חזרה, שהרי אותו סלע חייב העובד מדין ״שוכר עליהן״, כמוסבר לעיל, אלא ש״אפוכי מטרתא [=תשלום שחוזר למשלם] למה לי״? לכן נותן לו כבר מתחילה רק סלע אחד. משום כך מסביר הרא״ש[112] כי כשאפשר למצוא פועל חלופי באותו מחיר, לא יטעה את הפועלים, שכן אם אינו רשאי לשכור עליהן, אינו רשאי להטעותן. וכך מסביר הרב מקובנה את הוספת הרמב״ם על דברי הגמרא: ״ואפילו נתן להם השתים, מחזיר מהן

הם של תרומה, ״אע״פ שאינם תרומה״; בב״ב מו ע״ב, רב אשי מתיר להטעות את רמאי פומבדיתא כדי להוציא את ממונו מידם.

וראה עוד: רמ״א, חו״מ, סי׳ רכח, סע׳ א; באר הגולה, שם, אות ה: ״אם הונה אותך, גם אתה מותר להונותו״. ואפשר שדווקא המתאנה רשאי, ולא כמו שהבין הסמ״ע, שם, ס״ק ד, באותה שיטה. ועיין מאמרו של הרב י״מ לאו, ״אמת ואי אמת — מפני דרכי שלום״, תורה שבעל פה, כא (תש״ם), עמ׳ פח, שליקט מקורות אלו (ברובן), והביא סיבות נוספות להתרת שקר.

[109] וראה: ערוך השולחן, חו״מ, סי׳ שלג, אות יט, האומר ששכר הגבוה מהמוסכם שקיבל העובד הוא גזל גמור.

[110] אולם בשו״ת הרשב״א, ח״ג, סי׳ פא, נאמר שאסור לטעון טענות שקר כדי לעשות דין לעצמו, וחילו מן הגמרא בשבועות לא ע״א. עיין שם. לכאורה היה מקום לחלק בין טענות שקר לעדות שקר (הרב י״מ לאו מרחיב את האיסור לכל שקר הכרוך בסדרי דין לפי הדוגמאות שבגמרא שבועות שם). אולם הרשב״א לא חילק בזה. ואולי יש להבחין בין שקר להטעיה, כהבטחה שלא תקוים או תחבולה, כדברי רב אשי בב״ב שם. הבחנה דומה בין שקר ללשון דו־משמעית קיימת בהקשר אחר. ראה: פסחים ד ע״א, רש״י ד״ה אייבו, והמפרשים שם. ועיין עוד: בית שמואל, אה״ע, סי׳ סה, ס״ק ב. ולפי זה, גם בסיפור המובא ביומא פג ע״ב, אפשר שלא שיקרו ממש. ועדיין צריך עיון. וראה הערת מו״ר רז״נ גולדברג, להלן עמ׳ 527.

[111] מחבר הספר דבר אברהם. ראה: סיני, א, עמ׳ שעא; והערת מו״ר רז״נ גולדברג, להלן עמ׳ 527.

[112] ב״מ, פרק שישי, סוף אות ב. אמנם גם להסבר הראשון, ניתן לומר כי כשאינו עומד להפסיד, לא יטעם, שכן אינו אנוס.

התוספת", שכן זו משמעות ההטעיה, נתינה וגבייה חזרה. אלא שלפי זה הוא מחדש שהוא רשאי להבטיח להם דווקא כדי שכרן, ותו לא[113]. אך אם יבטיח ארבעה סלעים במקום סלע, לא יחזור ויגבה כי אם כדי שכרן[114]. ואם עדיין לא שילם, יש לדון כאן בדין "אם באת חבילה לידו"[115].

על חיובו של העובד מדין שומר, היינו כשלקח את החפץ נשוא העבודה אליו כדי לעבוד בו, כתבתי בקצרה במקום אחר[116], ועוד אשוב לדון בו בהרחבה, בעזרת השם.

ד. חזרת עובד כשאין "דבר אבד" – פועל (שכיר) וקבלן

מה הדין כשהפסיק העובד את מלאכתו באמצע העבודה, אך אינה בגדר "דבר האבד"? כאן, כאמור, הגמרא (ב"מ עז ע"ב) מבחינה בין פועל שכיר לבין קבלן: הפועל רשאי לחזור בו, ויקבל שכרו על מה שעשה; ואילו על הקבלן, נאמר שם במשנה (ב"מ עה ע"ב) ש"ידו על התחתונה". כיוצא בזה אומר ר' דוסא בברייתא (ב"מ עו ע"ב): "בד"א? שלא התחילו במלאכה. אבל התחילו במלאכה, שמין להם מה שעשו. כיצד? קבלו קמה לקצור בשני סלעים [=שמונה דינרים], קצרו חציה והניחו חציה; בגד לארוג בשני סלעים, ארגו חציו והניחו חציו – שמין להם את מה שעשו... ר' דוסא אומר: שמין להם מה שעתיד להעשות. היה יפה ששה דינרים, נותן להם שקל [=שני דינרים], או יגמרו מלאכתן ויטלו ב' סלעים". כאמור, הגמרא מבארת שר' דוסא מדבר בקבלן. נראה מה דינו של הקבלן.

1. חזרת קבלן – "ידו על התחתונה"

מה פשר הפסדו של הקבלן, "ידו על התחתונה" בלשון המשנה? הברייתא מסבירה שבוחנים את ההפסד העתידי הצפוי למעביד: "שמין להם מה שעתיד להעשות". נמצא שאם יש עובד חלופי באותו מחיר, אין לו למעביד הפסד פרט לתרעומת, כמו

[113] נראה שהוא תלוי בהסבר "כדי שכרן". ראה לעיל, הערה 59.

[114] אולם ראה דברי המאירי, שהובאו לעיל, הערה 57 (וראה גם פתחי חושן, שם, הנזכר לעיל, הערה 104). ואם נקבל את הדברים כפשוטם, יש להסבירם לפי הדרך הראשונה, שהוא מטעם אונס.

[115] הרב מקובנה תולה שאלה זו במחלוקת הרמב"ן והרמב"ם, הנזכרים לעיל, ליד הערה 76, שכן כסף זה לא בא לידו מהם על דעת שיגבה את ממונו, אך לדעת הרמב"ם, סוף סוף הוא מחזיק בידו ממון שלהם, והוא רשאי לעכבו.
בהמשך דבריו מביא הרב מקובנה נפקא מינה נוספת מהסבר זה – ביחס לפועלת, שהשכר לבעלה, אך לא חיוביה. ואם כי יש מקום לדון בדבריו, נלאיתי להאריך.

[116] ראה מאמרי "חוזה עבודה – מהותו ובטולו", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 203, 213. וראה עוד: שו"ע, חו"מ, סי' שו, סע' א, ונושאי הכלים שם.

שהברייתא עצמה אומרת. אך כאשר אין עובד חלופי, או שאפשר למצוא עובד במחיר גבוה יותר, יש לדון אם הקבלן נושא בהפסד זה, ועד כמה הוא חייב לשאת.

הוקרה המלאכה

הדוגמה בברייתא להפסד היא: הוסכם על מלאכה בשיווי שמונה דינרים, ובאמצע העבודה חזר בו הקבלן. הוקרה המלאכה והקבלן השני דורש שישה דינרים לסיום החצי הנותר, ונמצא המעביד מפסיד שני דינרים — ינכה אותם משכרו של הקבלן הראשון. וכן נפסק להלכה[117]. וכן אם הוקרה המלאכה, וחציה שווה כעת שמונה דינרים — ינכה משכר הראשון, ולא ישלם לו כלום. אולם אם נתייקרה מאוד, ואין בניכוי מהראשון כדי לשלמו — לא ישלם הראשון מכיסו כלום. אם כי אין הדבר מפורש בברייתא, הוא מוסכם על הראשונים על אתר[118].

להלן נדון בשאלות: מדוע אין העובד משלם הפסד זה? והאם יש סנקציות נוספות נגד קבלן שחזר בו?

הוזלה המלאכה

אם הוזלה המלאכה באמצע, נדיר שיחזור בו העובד, שכן יקבל אצל מעביד אחר פחות ממה שהוא מקבל עתה. אך אם עשה כן מסיבה כלשהי, לא ישלם לו המעביד כי אם מה שעשה. אף שהמעביד מרוויח כעת את הפרש השכר, אין לתת לעובד יותר ממה שהובטח לו. כך בדוגמה דלעיל, אם העובד השני מקבל כעת שני דינרים, לא יקבל הראשון כי אם ארבעה. כך פוסק השו"ע, אם כי יש מי שחולק עליו[119].

(א) הסבר החיוב

כאמור, הסבר חיובו של העובד צריך עיון. ראשית, במה שונה חזרת העובד מחזרת המעביד? אם המעביד משלם לפועל את הפסדו, שכרו המובטח, מדוע לא ישלם העובד מכיסו את ההפסד שגרם למעביד בשכרו פועל אחר לגמור את המלאכה? ואם אינו חייב, כשאין הדבר אבד, מדוע מנכים משכרו? שנית, האם מדובר כאן בעובד שנשכר בקניין אם לאו? האם תחילת המלאכה היא קניין גם ביחס לעובד?

כזכור, הברייתא אומרת: "בד"א? שלא התחילו במלאכה. אבל התחילו במלאכה,

[117] טור ושו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ד. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק טז.

[118] ראה: רמב"ן, ב"מ עו ע"ב, ד"ה והוי יודע; שיטה מקובצת, בשם הרשב"א, שם, ד"ה כללא דנקטינן; רא"ש, שם, אות ב; נימוקי יוסף, שם (מו ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה בד"א; טור, חו"מ, סי' שלג, סע' ב. דבריו הובאו בש"ך, שם, ס"ק כא. וכתב בית יוסף: "ופשוט הוא".

[119] שו"ע, שם, סע' ד. הש"ך, שם, ס"ק כב, סבור שהראב"ד, בהשגותיו לרמב"ם, הלכות שכירות, ט, ד, חולק ואומר כי גם אם הוזלה המלאכה, ישלם לעובד רק שני דינרים. נראה שהש"ך הבין כי כעת, כשהפר העובד את החוזה, לא ישלם לו המעביד על פי החוזה, אלא כדי חצי העבודה לפי הערך של עכשיו, אולי מדין יורד שלא ברשות, דהיינו ב' דינרים. אך השו"ע סבור שישלם כפי המוסכם למה שעשה. ובייחוד יש לומר כן אם העובד חייב להמשיך לעבוד כשהדבר אינו אבד, כמבואר להלן. מדברי הש"ך נראה שהוא נוטה לפרש כן את דעת השו"ע אף במקרה שהפועל נשכר מראש ביוקר, ולא כדעת פתחי חושן, שם (לעיל, הערה 104), הערה טז.

שמין". כלומר, התחלת המלאכה היא סיבת חיוב הממון. אך אפשר שאין כאן הבדל עקרוני, אלא: לפני שהתחיל, אין ממה לנכות לו משכרו; ורק כשעשה חלק מן המלאכה, מנכים לו ממה שעשה. בשאלות אלו נאמרו דברים הרבה, וננסה לפלס את דרכנו במבוך הדברים, בעזרת ה'.

יש שתי דרכים אפשריות בהסבר חיובו של הקבלן:

1. "מעין דבר האבד". כבר אמרנו שיש הבדל בין הפסד המעביד להפסד העובד. הפסד העובד באי־קבלת שכרו המובטח מוגדר כדבר האבד בשבילו[120], אך בהפסד המעביד יש לבחון את המצב. כאשר אין מדובר בדבר אבד, אומר הסמ"ע[121]: "פי' שאינו צורך שעה, כי אף שיחזור בו הפועל, ולא ימצא פועל אחר לשכור כי אם בדמים יקרים הרבה, יכול להמתין עד שימצא פועלים לשכור לפי דרך שכירות הפועלים או מעט יותר"[122]. אם כן, אומר הפועל למעביד: לא ייגרם לך נזק, אם תמתין ותמשיך את העבודה כשתמצא פועל אחר. ואכן רבנן בברייתא (ב"מ עו ע"ב) סוברים שהעובד אינו חייב כלום. אך ר' דוסא סובר, שמכיוון שכבר התחיל בגוף המלאכה, הרי זה "מעין דבר האבד", ובלשון הריטב"א[123]: "שאין אדם רוצה שתהא מלאכתו מותחלת, אע"פ שהוא יכול להמתין". אפשר שזהו חיוב מדרבנן על שגרם לו נזק "מעין דבר האבד". על כל פנים, לפי זה מובן שהחיוב הוא מוגבל, ניכוי משכרו, ולא חייבוהו לשלם מכיסו. וכך משמע גם מדברי הטור, האומר[124]: "לפיכך אם [לא][125] התחיל במלאכה, וחזר בו, אע"פ שהלך, דהוי כמו התחילו במלאכה ונתייקרה, אין מפסיד אלא טורח הליכתו, כיון שאינו תופס משלו[126], והוא אינו צריך ליתן מכיסו כלום". כלומר, אין כאן חיוב הבנוי על תחילת מלאכה כקניין[127], אלא כנראה כפיצוי על מעין נזק, כאמור לעיל.

לפי זה מובן חידושו של הרשב"א[128] שאין העובד־הקבלן חייב כי אם כשהיה עובד חלופי בשעת עריכת ההסכם; ואם לא כן, הרי לא גרם למעביד נזק בחזרתו[129].

[120] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ב.

[121] שם, ס"ק יז.

[122] אם לא תועיל ההמתנה, כגון שאי אפשר למלאכה להסתיים על ידי אחר, שוב הוא בגדר "דבר האבד". ראה לעיל, הערה 64.

[123] ב"מ עו ע"ב, ד"ה בד"א.

[124] חו"מ, סי' שלג, סע' ג-ד.

[125] כן הוא בטור שלפנינו לפי ס"א [ספרים אחרים]. וכן הובא בש"ך, שם, ס"ק כא. וראה פרישה, שם.

[126] נחלקו הב"י והב"ח בפשר פסקה זו. ראה ש"ך, שם, ס"ק כא.

[127] כמו כן יש לפרש גם את שיטת ר"י בתוספות, ב"מ עו ע"ב, שנזכר לעיל (ליד ציון הערה 8), ולפיה גם למעביד שחזר בו חייב רק חיוב נזיקי, ולא חיוב חוזי. וכן הופניתי (על ידי אחד מתלמידיי) לרש"י, ב"מ עז ע"ב, ד"ה נותן, האומר שהחיוב הוא משום קנס.

[128] ליד ציון הערה 90.

[129] אמנם עדיין ייתכן לומר שסברת הרשב"א אמורה רק ביחס לדבר האבד. וכן הובא גם בשו"ע, שם, סע' ה. אבל ביחס לניכוי משכרו, שמבוסס על סברת מעין דבר האבד, כאמור בריטב"א הנ"ל, טוען המעביד כי אף שלא היה עובד חלופי, אילולא הבטחתו של העובד לא היה כלל

2. חיוב חוזי. אפשר לומר, שבמקביל לחיוב החוזי של המעביד, שקם עם תחילת המלאכה[130], קם גם חיוב חוזי על הקבלן באותה שעה. כלומר, ההבדל בין התחילו במלאכה לבין לא התחילו במלאכה, שנאמר בברייתא ביחס לחזרת העובדים (ב"מ עו ע"ב), הוא הבדל עקרוני. אם התחילו, נעשה מעשה קניין המחייב את המעביד ואת העובד כאחת. אפשר שלדעת הסוברים כן, בדבר שאינו אבד אין חיוב נזיקי כי אם חיוב חוזי.

אמנם עדיין יש לבחון את משמעות הקניין. לא נאמר שהקניין מחייבו לעבוד בלא אפשרות חזרה מהתחייבותו[131], כי אם מחייבו בתשלום דמי הפסד, ואף זה רק באופן מוגבל — ניכוי משכרו ולא תשלום מכיסו. וצריך לומר שמכיוון שאין מדובר בהפסד גמור, כאמור, אנו אומדים — ואולי כן הוא מכוח תקנת חז"ל[132] — שלא התכוון להתחייב יותר מניכוי משכרו.

לפי זה מסתבר, שבניגוד לדעת הרשב"א — אף אם לא היה עובד חלופי בשעת עריכת ההסכם — העובד חייב, שכן אף אם לא גרם נזק, התחייב לכסות את הפסדו של המעביד. מצינו שיטה זו בדברי "הגהות אשרי"[133]. אמנם הוא דיבר על דין דבר האבד הנזכר במשנה, אך מסתבר שהוא הדין בדבר שאינו אבד. היינו, חיובו של העובד בניכוי משכרו קם עם תחילת המלאכה כקניין, בלא קשר לקיום עובד חלופי בשעת הקניין. על כל פנים, גם לפי שיטה זו, משמעות הקניין של תחילת מלאכה אינה שווה כלפי שני הצדדים: ביחס למעביד, סבור הרמב"ן[134], נוצר קניין המחייבו כבר מעתה לשלם את שכר העובד; ואילו ביחס לעובד, אף להסבר זה, אין הקניין מחייבו אלא לשלם דמי הפסד על ידי ניכוי משכרו עבור המלאכה שיעשה. במילים אחרות, אין הקניין מחייבו לעבוד. יתר על כן, אפילו יעשה העובד קניין מפורש על העבודה, אפשר שלא יועיל משום קניין זה, שהוא קניין דברים[135]. ואכן הש"ך התקשה בזה לאותן שיטות שמכירות בקניין פועל לעבודה, כמובא להלן.

(ב) כשבאו כלי אומנותו ליד המעביד

כאמור, הגמרא מציינת רק את הסנקציה של "ידו על תחתונה". כאן, כשאין דבר אבד,

מתחיל במלאכה, ולא היה נשאר תקוע באמצע. אולם מלשון הרשב"א, כפי שמובא בשיטה מקובצת (הערה 90): "אבל אם לא היה מוצא לשכור אחר, אין לו עליהם אלא תרעומת", משמע כי גם אין לו תביעת ניכוי משכרם.

[130] הרמב"ן. ראה לעיל, הערה 19.

[131] ודוחק לומר שהגמרא עוסקת רק בחיוב ממון, ולא בחיוב עבודה. גם המפרשים כאן לא הזכירו בהקשר זה חיוב עבודה.

[132] השווה לדברי נתיבות המשפט, שם, ס"ק ג, בהסבר חיוב דבר האבד: "וע"כ הוא מצד תקנת חז"ל, או שאמדו חז"ל דעתם שבכך מחייבין עצמן".

[133] הערה 96.

[134] הערה 130.

[135] קניין על פעולה שאין בה חיוב ממון, כמוסבר באריכות לעיל, פרק שישי. וראה להלן, הערה 287.

לא נזכרו הסנקציות הקודמות: "שוכר עליהן או מטען"; "כשבאת חבילה לידו". עם זאת יש מן הראשונים שהתייחסו גם לאלו, כמבואר להלן. יש אומרים[136] שאם באו כלי האומנות של העובד לידו של המעביד, שוכר עליהם עובד אחר, כמבואר לעיל ביחס לדבר האבד[137]. אמנם יש הבדל בשיעור השכירות. כאן לא ישכור עד "מ' ונ' זוז", כאמור לעיל בדבר האבד, אלא "כדי שכר של עכשיו, ואפילו נתייקרה המלאכה... אבל לשכור ביוקר ביותר ממה שאין הפועלים משתכרים באותו יום, לא"[138]. כלומר, יש גבול לשכירותו מכלי האומנות: התעריף היקר ביותר של שכירות פועלים המקובל באותו יום, ותו לא, שהרי הוא יכול להמתין.

אולם יש שנראה מדבריהם, ששוכר עליהם עד כדי שכרו המוסכם של העובד[139]. אמנם "כדי שכרו" יכול לשכור על חשבון העובד גם בלי שבאו כלי האומנות בידו. אך כאן נאמר דבר חדש, שאף כשלא התחיל הקבלן לעבוד, ואין ממה לנכות לו, ואף בפועל־שכיר, שרשאי לחזור בו — שוכר המעביד עובד אחר מכלי האומנות שבידו עד כדי שכרו[140].

האחרונים נחלקו בשאלה: האם גם בממון של העובד שבא ליד המעביד, המעביד רשאי לשכור עובד אחר על חשבונו[141]?

(ג) הטעיית הקבלן

אם לא הגיעו כליו של העובד לידי המעביד, לכאורה אינו רשאי לשכור עליו יותר מניכוי משכרו המגיע לו, היינו "ידו על התחתונה", ולא להטעותו.

אולם שמענו חידוש מתשובת הרא"ש[142]: "ראובן שקיבל משמעון בגד לארוג ה' אמות בזהוב, וכאשר התחיל במלאכה אמר שהמטוה היה גרוע... ומפני השינוי הזה

[136] ראה: רמב"ן, שיטה מקובצת בשם רשב"א ונימוקי יוסף, שנזכרו לעיל, בהערה 118; מגיד משנה, הלכות שכירות, ט, ד, בשם הרמב"ן והרשב"א; בית יוסף, חו"מ, סי' שלג, סע' א, בשם תלמידי הרשב"א.

[137] ליד הערה 65.

[138] שיטה מקובצת בשם הרשב"א, ב"מ עו ע"ב. כיוצא בזה יש לפרש את כוונת הרמב"ן שם "בדמי שכירות של אותה שעה... בשווין של הפועלים"; וכעין זה בבית יוסף בשם תלמידי הרשב"א שם: "בזול... היינו בנוהג שבעולם... לא יוסף על שכר הראוי להם". וכן נראה לי לפרש את כוונת המגיד משנה שם: "עד כדי שכר המלאכה", היינו כשכר המקובל באותו יום. וכן הוא בפתחי חושן (לעיל, הערה 104), שם, הערה יח, בשם חזון איש (הש"ך, ס"ק ה, מצטט מדברי המגיד משנה — "עד כדי החבילה" במקום "עד כדי שכר המלאכה", ונראה שהוא טעות סופר, ובש"ך, ס"ק, כא, מצוטט כלפנינו).

[139] בנימוקי יוסף (לעיל, הערה 118), נוסף ביאור בסוגריים [פירוש בכדי שכרו], משמע עד כדי שכרו המוסכם של העובד. וכן כותב הגר"א, על שו"ע, שם, ס"ק ב.

[140] וראה להלן, הערה 159.

[141] ביחס לדבר האבד, ראה לעיל, ליד ציון הערה 74. בנידון דידן, לדעת הסמ"ע, חו"מ, סי' שלג, ס"ק טז, הוא הדין ממון אחר, ונראה שכן היא דעת הבית יוסף (לעיל, הערה 126); ואילו הש"ך, ס"ק כא, חולק עליו.

[142] כלל קד, סי' ב.

נדר לתת לו זהוב בד' אמות... תשובה. כיון דקבלן לא מצי מהדר, וידו על תחתונה... אף אם היה מוצא אחר, היה יכול להטעותו[143]. ודוקא לענין שוכר עליהן, אם באת חבילה לידו, היינו דוקא אם אינו מוצא פועל אחר. אבל להטעותו כדי לגמור מלאכתו כמו שהוא חייב לגומרה, שהרי מן הדין אינו יכול לחזור אף אם היה מוצא פועל אחר, ואף אם אינו אבד, יפה עשה שהטעהו".

לא ברור היכן מצא הרא"ש חידוש זה[144]? גם בסברה יש לשאול: המעביד אינו עומד להפסיד, והוא יכול להמתין עד שימצא פועל אחר שימשיך את העבודה במחיר דומה. אמנם אם המשך העבודה הוא חיוני, והמתנה לא תועיל, שכן המחיר יותר ממה שמנכה לו מכדי שכרו, לכאורה עומד המעביד בלא סנקציה. ואולי כן הוא בנידון דידן. המעביד לא יוכל למצוא פועל אחר, שכן אין אדם נכנס למלאכת חברו, כאמור בשאלה שם[145]. נמצא שהמתנתו לא תועיל, ויפסיד את רכושו כשבידו בד תפור במקצתו. בכגון זה, המעביד רשאי להטעות את העובד כדי שלא יפסיד, לא רכושו ולא כספו, מעבר למה שהוסכם עליו, בדומה לדין "דבר האבד"[146]. אולם מפשטות לשון הרא"ש משמע שיש לפנינו קביעה עקרונית, שהמעביד רשאי להטעות את העובד אף "כשאין הדבר אבד"[147].

להלכה אין הדין ברור. כאמור, הטור הזכיר את דברי הרא"ש, אם כי בהסתייגות: שאין פועל חלופי. אך השו"ע לא הזכיר כלל אפשרות הטעיה בדבר שאינו אבד.

אמנם במקום שהמעביד רשאי לנכות משכר הפועל, נראה שהוא רשאי גם להטעותו. למשל, כששכר פועלים בשמונה דינרים, וחזרו בהם לאחר שעשו חצי המלאכה. במקום לשכור פועל אחר בשמונה דינרים, ולא ישלם לראשונים כלום, ישכור אותם בשמונה דינרים על חצי המלאכה, וישלם להם שמונה על המלאכה כולה. אבל אם נתייקרה

[143] פסקה זו קשה ביותר, לא רק מבחינת הסברה, שכן אין המעביד נפסד כשיש פועל חלופי, אלא היא סותרת גם את דברי הרא"ש בפסקיו, ב"מ, פרק שישי, אות ב. הש"ך, שם, ס"ק ל, מחלק לדעת הרא"ש בין מצב שבו הפועל יודע על קיומו של עובד חלופי ומפנה את המעביד אליו לבין מצב שבו אינו יודע מכך. אמנם הטור, שם סי' שלג, הביא את תשובת הרא"ש, וציין שמדובר בשאינו מוצא פועל אחר. וכתב הבית יוסף ב"בדק הבית", שהכריע כרא"ש בפסקיו. וכן פסק הרמ"א, שם, סע' ה.

[144] ראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק י: "כיוון דלא תני במשנה ומטען בזה, מה"ת לחדש מדעתינו דין שלא נזכר במשנה?".

[145] ראה עוד: טור, חו"מ, שם; קצות החושן, שם, ס"ק יב.

[146] ראה לעיל, הערה 122.

[147] משום כך נראה לי שגם תירוצו של נתיבות המשפט (לעיל, הערה 144) דחוק, שמדובר בעובד שנשכר בקניין דווקא, והקניין מחייבו שלא יחזור בו, כמובא להלן. אמנם הש"ך, ס"ק כט, למד מדברי הרא"ש שהוא רשאי להטעותו אף שלא התחיל במלאכה. וכבר הכה קצות החושן שם, ס"ק יא, על קודקודו, שכן מה מחייבו לעמוד באותו מחיר? והרא"ש מדבר בשהתחיל כבר במלאכה. על כל פנים, אין משמע מן הרא"ש שהיה כאן קניין הקושר אותו יותר מדין "ידו על התחתונה".

המלאכה, ויש לשלם עבורה כעת עשרה דינרים, לא יטעה אותם עד כדי כך[148]. כמו כן, אם לא התחילו במלאכה, אפשר שאינו יכול לשכור עליהם ולא להטעותם. ועדיין צריך עיון.

(ד) היכול קבלן לחזור בו?

עוד יש לדון בשאלה: האם יכול קבלן לחזור בו? כשיש עובד חלופי, ולא נגרם נזק ממון, אין למעביד כי אם תרעומת, כאמור, על כל פנים רשאי לחזור בו בנסיבות מסוימות אף בלא תרעומת[149]. אך אם נגרם למעביד הפסד: וכשצריך להשלים לאחר מכיסו או להמתין עד שימצא עובד אחר באותו מחיר; או שאין אפשרות להמתין, אלא שמראש לא היה פועל אחר, ושוב אין זה בגדר "דבר אבד"[150] — ייתכנו שתי אפשרויות[151]:

א. בפשטות נראה כי כמו שהפועל יכול לחזור בו אף הקבלן יכול להסתלק, אלא שהוא מפסיד את שכרו כנגד מה שעשה ("ידו על התחתונה"), אם מטעם נזיקי אם מטעם חוזי, כמבואר לעיל[152].

ב. הקבלן — בניגוד לפועל — אינו יכול לחזור בו, כפי שיובא להלן בשם רבנו תם[153].

לחקירה זו יש השפעה מעשית על שאלת עיכוב שכרו. אחד מן האחרונים[154] מדייק מדברי הרא"ש כי כשחזר הקבלן באמצע המלאכה, המעביד רשאי לעכב את שכרו על מה שעשה עד שיגמור מלאכתו על ידו או על ידי אחרים. "ידו על התחתונה" היינו לבסוף, לאחר שתיגמר המלאכה על ידי אחרים, או כשהוא מסכים לשלם לו כעת מרצונו. אמנם לצד הראשון, שיכול הקבלן להסתלק כשהוא מוותר על שכרו כנגד מה שעשה, אין סברה לעכב את שכרו. ושוב עולה הקושי שעמדנו עליו לעיל: מהי תרופתו של המעביד כנגד חזרת הקבלן (וכל שכן פועל, ש"ידו על העליונה", כנאמר להלן) מהסכם עבודה שערך עמו כמקובל — בקניין או בתחילת מלאכה — ולא די לו בסנקציה של "ידו על התחתונה", אם מפני שהניכוי מועט או לפני שהחל לעבוד?

[148] אם הבטיח להם עשרה דינרים, יש לדון אם ישלם להם כל העשרה או רק שמונה. גם אם נאמר שישלם רק שמונה, אפשר שלכתחילה אסור לו להטעותם בעשרה, שהוא יותר מן הסכום שרשאי להוציא מהם בערמה. וראה לעיל, סעיף ג, 2(ו).

[149] ראה: סמ"ע, ש"ך וקצות החושן, חו"מ, ראש סי' שלג.

[150] ראה ליד ציון הערה 90.

[151] ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ד-ה, שתלה שאלה זו במחלוקת ראשונים.

[152] ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סי' שלג, ו, יא. וראה עוד הערה 35.

[153] ראה מחנה אפרים (לעיל, הערה 151), הסבור בדעת הרא"ש (לעיל, הערה 142) והריב"ש, סי' תעו, שתחילת מלאכה היא קניין גמור, כמעשה קניין לפי רבנו תם, שיידון להלן (ליד ציון הערה 169). ומה שנאמר בקבלן "ידו על התחתונה" הוא כשאין המעביד יכול לדון עמו, או שיש פועל אחר, יקר יותר. אך הרמ"א והש"ך אינם סבורים כן, והם מחלקים בין מעשה קניין לבין תחילת מלאכה. ראה להלן, הערות 172, 270.

[154] ראה: מחנה אפרים, שם, סי' ה. דבריו הובאו בפתחי חושן (לעיל, הערה 104), שם, הערה יג.

להלן נעמוד על אפשרות "חיזוק" ההסכם על ידי קניין (לפי רבנו תם או הריטב"א) או תנאי מגביל.

2. חזרת פועל — "ידו על העליונה"

כבר אמרנו במבוא שהפועל — בניגוד לקבלן — רשאי לחזור בו באמצע היום; ואם חזר בו, "ידו על העליונה". כלומר, לא יפסיד כלום — "שמין לו מה שעשה ונוטל" בלשון השו"ע[155]. ואף שהוקרה המלאכה, בדוגמה דלעיל שהוסכם בה על מלאכה תמורת שמונה דינרים, וכעת ייאלץ המעביד לשלם עבור חציה שישה דינרים, לא ינכה משכרו של הפועל, ומשלם לו ארבעה דינרים כמוסכם עבור חצי מלאכה.

יתר על כן, הטור סבור[156] שלא רק שהפועל אינו מפסיד, אלא יש שהוא מרוויח. כך הוא הדבר אם הוזלה המלאכה, וחציה השני ייגמר עתה בשני דינרים: ישלם המעביד שישה דינרים לפועל הראשון, שכן הפועל מקבל את כל שכרו המוסכם, חוץ ממה שצריך המעביד לשלם לעובד החלופי, בתנאי שאינו פחות מכדי מה שעשה. רוב הפוסקים חולקים עליו[157], והם סוברים שלא יקבל הפועל יותר ממה שעשה, היינו ארבעה דינרים, דמי מחצית המלאכה. אמנם יש בכל זאת הגבלות אחדות ביחס לחזרת הפועל גם בדבר שאינו אבד.

(א) כשבאו כלי אומנותו לידי המעביד

אם באו כלי אומנותו לידי המעביד, הרמ"א פוסק[158] ששוכר עליהם המעביד פועל אחר, כמו שלמדנו לעיל ביחס לקבלן. יש לפרש שאם נתן הפועל כלי אומנותו למעביד, התכוון להקנותם לו לצורך זה — שכירות פועל חלופי אם יחזור בו. אך הש"ך[159] מפקפק בזה.

[155] חו"מ, סי' שלג, סע' ד. האם רשאי לחזור בו לכתחלה? בסע' א שם, לעניין תרעומת, לכאורה גם פועל בכלל. ואם כן מסתבר שגם פועל שחוזר בו לאחר שהתחיל במלאכה, בכלל זה (ראה להלן, עמ' 525, הערת מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א). יש אומרים שיש בחזרתו משום "שארית ישראל לא יעשו עוולה". ראה: שו"ת הרי"ף, מהדורת לייטר, סי' רכג; נימוקי יוסף, ב"מ נד ע"ב (בדפי הרי"ף), כי אם קיבל עליו לעשות מלאכה (ראה להלן, הערה 285), יש לו דין "בעליו עמו", שכן "שארית ישראל לא יעשו עוולה"; ועיין עוד "דיני ממונות" (להרב ע' בצרי), ח"ג, שער ראשון, פ"ב, סעיף ה, שכתב בשם הב"ח בתחילת סי' שלג, וחקרי לב, יו"ד, ח"ג, סי' פ (עמ' סט), שלכתחילה לא יחזור בו, משום שנחשב מחוסר אמנה. ולענ"ד מן הב"ח אין ראייה לדבריו. ומתשובת "ושב הכהן", המובאת בפתחי תשובה, שם, ס"ק יא, נראה שרשאי לחזור לכתחלה. ואולי תלוי הדבר בנסיבות החזרה.

[156] חו"מ, סי' שלג, סע' ב.

[157] ראה: רמ"א, שם, סע' ד; ש"ך, ס"ק יט; ביאור הגר"א, שם, ס"ק טו. וראה להלן, הערה 218, שקצות החושן מסביר את דעת הטור בדרך משלו.

[158] חו"מ, סי' שלג, סע' א.

[159] הש"ך, שם, ס"ק ה, תולה שאלה זו במחלוקת הראשונים בביאור הגמרא בב"מ מח ע"א, שתובא להלן, ליד ציון הערה 167. לשיטת התוספות והרא"ש — בניגוד לשיטת הרמב"ן והרשב"א — אין ראייה לזה, ולכן הוא אומר שראוי שיחמיר ירא שמים על עצמו להחזיר את כלי האומנות לפועל.

(ב) חזרת הפועל משום יוקר

בנסיבות מסוימות, לא הותר לפועל לחזור בו. הטור מחדש בשם ר״י, שמכיוון שזכות הפועל לחזור בו בנויה על הרעיון ״עבדי הם ולא עבדים לעבדים״, העובד רשאי לעשות כן רק כדי להסיר מעליו עול בשר ודם. אם אינו חוזר בו מסיבה זו, אלא מסיבת יוקר, היינו שהוא רוצה להרוויח יותר, הוא אינו רשאי לעשות כן, והביא הרמ״א את דבריו להלכה[160]. מכאן יש אומרים שהוא הדין בפועל שחזר בו, ונשכר לאחר, שהרי מוכח ממעשהו שעדיין הוא חפץ בעבדות. אך יש חולקים עליהם ואומרים שאין הדבר כן, שהרי גם אצל המעביד השני יכול לחזור בו לכשירצה. אם כן, עדיין הוא חופשי (ראה פתחי תשובה, סי׳ שלג, ס״ק ד).

נראה שאין דעת ר״י מוסכמת על הכול, ועל כל פנים, יש לפרשה בדרך הצמצום, כמבואר להלן. אפשר שמקורו של ר״י הוא בסוגיית הבבלי (ב״מ עז ע״א). על דברי הברייתא שם (ב״מ עו ע״ב) ביחס לפועלים שחזרו בהם באמצע ״או יגמרו מלאכתם ויטלו שני סלעים״ (כמוסכם), אומרת הגמרא: ״פשיטא. לא צריכא, דאייקר עבידתא ואימרו פועלים, ואזל בעה״ב ופייסינהו. מהו דתימא... אדעתא דטפת לן אאגרא, קמ״ל... אדעתא דטרחנא לכו באכילה ושתיה״. אומר השיטה מקובצת בשם הרא״ש שם: ״לא שיכולים לחזור בם אם נתייקרה המלאכה, אלא לא היו עושין מלאכתם בפנים יפות, ופייסנהו בעל הבית״. משמע בפשטות שגם הפועל אינו רשאי לחזור בו משום יוקר המלאכה. אולם השיטה מקובצת אומר שם בשם הרשב״א, כי אילו היה קוצץ בעל הבית במפורש שכר גבוה יותר, היה חייב לשלמו, ״שאין כאן דרך להטעאה, שהרי יכולין הן לחזור בהם״. ומשמע מדבריו דלא כהרא״ש[161].

ואכן בפשטות נראה מן הדוגמה של המשנה (ב״מ ו, א) ושל הברייתא (ב״מ עו ע״ב) שהפועל חוזר בו מחמת יוקר המלאכה. וכן כתב הטור, בסי׳ שלג, בדין חזרת פועל: ״יכול לחזור... ושמין... מה שעשה, ונוטל, אפילו אם נתייקרה המלאכה״. יתר על כן, כזכור מפרש ר״י כי ״בעה״ב החוזר בו ידו על התחתונה״ אמור לא בשהוזלה המלאכה כי אם בשהוקרה המלאכה[162]. ומתקשה שם הריטב״א בשם ר״י (ב״מ עו ע״א, ד״ה ואם): ״וכ״ת, והלא אינו מצוי שיחזור בו בעה״ב כשהוקרו פועלים, והיכי קתני מתני׳ משום מילתא דלא שכיחא? וי״ל דאגב רישא נקט ליה... והיינו דמתניתא דפלוגתא דר׳ דוסא ורבנן (ב״מ עו ע״ב) לא הוזכר אלא חזרת פועלים״. ומשמע שחזרת העובד מובנת, משום שרצה להרוויח מחמת היוקר, ועל כך נאמר שבפועל — בניגוד

[160] טור, חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ב; וכן היא דעת הב״ח, שם, ודעת הרמ״א, שם, סע׳ ד. יש שהבינו שאינו יכול לחזור בו כלל. אך הרבה מן האחרונים אומרים שהפסיד רק דין ״ידו על העליונה״. ראה: פתחי תשובה, שם, ס״ק ד; ערוך השולחן, שם, אות יז; פד״ר ב 332.

[161] ראה: שו״ת אמרי אש, יו״ד, סי׳ צג, שעמד על מחלוקת ראשונים זו, ופסק להלכה שהפועל רשאי לומר ״קים לי״ כרשב״א. נחל יצחק, סי׳ עד, מגביל דין זה למי שקיבל שכרו מראש, ואין לו להחזיר, כמובא בסע׳ ו בשו״ע שם. עיין שם, שתלה זאת במקור דין חזרת פועל, המובא להלן.

[162] ראה ב״מ, תחילת פרק שישי; בריטב״א, שם, בשם ר״י.

לקבלן — אין ידו על תחתונה[163]. ובדוחק יש לומר כי שאלה זו היא של הריטב"א, ולא של ר"י, ובדעת הטור בשם ר"י נפרש שהעובד חזר בו לפני שנתייקרה המלאכה, או שהוא מוכיח שחזר בו שלא מכוח היוקר. בעל ה"פרישה" על הטור מחלק שם בין אמר שהוא חוזר בו מחמת היוקר ובין לא אמר כן[164].

עוד נראה לי לצמצם את משמעות דברי הטור בשם ר"י, על פי הסברו של הרב א' שפירא שליט"א[165], שלא דיבר ר"י כי אם בפועל התובע תוספת שכר בלא הצדקה אובייקטיבית, אך לא כשהוקר שכר העבודה בכלל. ואם כי קצת דוחק הוא לפרש כן בלשון הטור, "חוזר בו מחמת היוקר", הרי מסברה יש לומר שחזרה זו נלקחת מראש בחשבון. כיום דואג הפועל לעצמו על ידי הצמדת השכר למדד. אם כן, זכות חזרתו מבטיחה את אפשרות "הצמדה" זו. זאת בניגוד לחזרה שרירותית, המצמצמת במידה רבה את משמעות קביעת השכר מראש. ואם כנים אנו בדברינו, אפשר שגם הריטב"א בשם ר"י מסכים לדבר, ואינו סותר את דברי הטור בשם הר"י.

יש אומרים שפועל שנשכר בקניין אינו רשאי לחזור בו. לשאלה זו, יוקדש סעיף נפרד בהמשך דברינו.

ה. חזרת קבלן שנשכר בקניין — שיטת רבנו תם

מן הסוגיה בגמרא (ב"מ עו ע"ב), לא שמענו ששכירות פועל בקניין מחייבת אותו לעבוד, אבל יש מן הראשונים שלמדו כן מסוגיה אחרת בגמרא (ב"מ מח ע"א). אין זו תופעה נדירה שחידוש כה עקרוני אינו מופיע במקומו, כי אם אגב עניין אחר. כבר הזכרנו לעיל (סעיף ב) סוגיה זו בעניין חזרת המעביד, ונחזור עליה כעת לצורך עניינו — חזרת העובד. הסוגיה דנה בשאלת הקניין המועיל במיטלטלין — כסף או משיכה — והיא מביאה ברייתא בעניין מעילה[166], ביחס למי ששילם לספר בכסף של הקדש כדי שיספר אותו. הגמרא מבארת שלא מעל, אם לא משך השוכר, המסתפר, את כלי

[163] וכן משמע מחידושי תלמיד הרשב"א, ב"מ עו ע"ב (מודפס בתוך שיטת הקדמונים בהוצאת הרב י' בלוי, ליד ציון הערה 4 שם), וזה לשונו: "חזרו בהן הפועלים... הרשות בידם לחזור, ואע"פ שנתייקרו פועלים, מאחר שאינו דבר האבד, שנאמר כי לי... ". ועיין עוד: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ז, שהוכיח כי כן היא דעת הריטב"א ורבו בחידושיו, בדף עז ע"א, ד"ה אדעתא; שו"ת זרע אמת, ח"ב, יו"ד, סי' צז, שהביא דעות חולקות על ר"י.

[164] אמנם המהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' נ, אינו מחלק בזה. וכן משמע בשיטה מקובצת, ב"מ עז ע"א, בשם הרא"ש.

[165] הרב א' שפירא, "יחסי עבודה, שביתת פועלים ותוספת יוקר לאור ההלכה", שבילין (אייר, תשד"ם), מוקדש לזכרו של הרב טכורש ז"ל, עמ' נט ואילך, ונזכר בתחומין ה (תשד"מ), עמ' 297. וראה עוד: פתחי חושן (לעיל, הערה 104), שם הערות ה, ו; קובץ פסקי דין של בית הדין לממונות בקריית־ארבע, תשנ"א, עמ' 92.

[166] כלומר, מי שמוציא כסף של הקדש בטעות לחולין, נחשב כמועל בקדשים, וחייב קרבן ותשלום קרן וחומש להקדש.

התספורת מן הספר. לפני כן — אף לאחר נתינת הכסף — רשאים הצדדים לחזור בהם, ומכאן ראייה שהמשיכה קונה במיטלטלין. על כל פנים, לענייננו יש לשאול: מה נקנה כאן במשיכה? בעניין זה יש שתי שיטות עיקריות בראשונים.

א. יש אומרים[167] שקנה את כלי התספורת, אך אין הכוונה שקנאם ממש כלוקח רגיל, אלא קנאם כשוכר, ונראה שהשוכר רשאי להשתמש באותן כלים כשוכר לשם תספורתו. בדומה לזה יש אומרים[168] שקנה את כלי התספורת כעין משכון, "שיכול לעכב המספרים עד שיספרנו, שהמספריים קנויים לו". על כל פנים, כלי האומנות הם נשוא הקניין.

ב. רבנו תם מחדש חידוש גדול, שהקניין מחייב את הפועל עצמו, והובאו דבריו בתוספות[169]: "מכאן אומר ר"ת דהסופר שהשכיר עצמו, אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו, אין יכולין שוב לחזור בהם". כאן נשמע לראשונה כי פרט לסנקציה ממונית על החוזר בו, יש שהסכם העבודה אינו ניתן לביטול כלל. עולה אפוא השאלה של מהות ההסכם ואכיפתו: מדוע אינו בגדר קניין דברים — קניין שאין לו על מה לחול? אמנם יש מי שפירש את דברי רבנו תם בדרך הצמצום, ולפיהם עדיין מדובר רק בסנקציה ממונית[170], אך בעל "הגהות אשרי"[171] אומר: "בדברי ר"ת משמע דלגמרי לא יכול לחזור בו, בשום ממון", וכן היא דעת הרמ"א והש"ך[172]. יש מן הראשונים שהתנגדו בחריפות לחידוש זה מנימוקים שונים, אך תחילה יש לסייג את חידושו של רבנו תם.

1. נפתח בשאלת מהות הקניין. הריטב"א (ב"מ מח ע"א) אומר: "והקשו עליו, דהאי הלכתא בלא טעמא. כי היאך זכה באופן שלא יחזור בו במשיכת כלי אומנותו?... זה

[167] ראה: חידושי הרמב"ן לב"מ, שם; ריטב"א, שם.

[168] ראה רשב"א בשם ר"י בעל התוספות; ר"ן, שם, ונימוקי יוסף, ב"מ כט ע"א (בדפי הרי"ף). הרשב"א מביא גם את פירוש הרמב"ן, וניתן להבין מדבריו שלדעת הרמב"ן — בניגוד לדעת ר"י — יכול להשתמש בכלים, ולא רק לעכבם. אמנם מדברי נימוקי יוסף נראה שאין מחלוקת ביניהם. וצריך עיון. (מדברי נתיבות המשפט, סי' שלג, ס"ק ב, נראה שיכול להשכיר את הכלים ולשכור בדמי השכירות ספר שיספרנו, אבל לא למכרם. עיין שם).

[169] תוספות, ב"מ מח ע"א, ד"ה והא; וכן הוא ברא"ש, שם, אות ט; וכן הוא בטור, חו"מ, סי' שלג, סע' א; רמ"א, שם, סע' א.

[170] שיטה מקובצת, ב"מ מח ע"א, בשם הר"ש די וידש, אומר שאף לדעת רבנו תם, קנה את הכלים בשכירות: "והאי דקאמר אינו יכול לחזור בו, סירכיה היא דנקט, ואינו אלא לומר שאינו יכול לומר שלא נגמר ענין השכירות, כיון שלא התחיל עדיין... נגמר ענין השכירות בין לשיוכל לעכבם כדברי הר"ן או לשיקרא עובר על דבריו או במקום שיש להם תקנה שמי שיתחיל במלאכות כאלו לא יוכל לחזור בו או שאם יחזור ישכור עליו או מטעהו". חזון איש, ב"ק, סי' כג, סוף אות ג, מדייק מדברי הרשב"א ב"מ עו ע"ב, כדברי רבנו תם, שמשיכת כלי האומנות היא כקניין התחלת מלאכה, אם כי כאן, שחזרו בם, שוכר עליהם גם מכיסם. אמנם רוב המפרשים רואים בדברי רבנו תם חידוש עקרוני, כאמור להלן. ועיין עוד חידושי ר' עקיבא איגר על הש"ך, ס"ק ד, שדחה את הבנת הדרישה בשיטת רבנו תם.

[171] על הרא"ש, ב"מ, פרק שישי, אות ו.

[172] רמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' א; ש"ך, שם, ס"ק ד (לעיל, הערה 33).

אין הדעת סובלו"[173]. יתר על כן, יש לשאול: לכאורה, לא רק שהסוגיה בפרק השישי בב"מ מתעלמת מחידוש זה, אלא אף סותרת אותו, שכן גם שם מדובר בשכירות פועל בקניין, "קניין תחילת מלאכה" בדברי הרמב"ן[174], ובכל זאת לא מצינו שם כי אם חיוב ממון על מי שחזר בו, ותו לא[175]. בעל "הגהות אשרי" עונה על קושייתו, ואומר: "שמא אע"ג שהתחיל במלאכה, לא חשיב קניין[176], אלא במשיכת כליו או בקניין סודר"[177]. ודבריו טעונים הסבר.

2. עוד יש לשאול: הרי למדנו שאין לפועל אפילו סנקציה ממונית, והוא רשאי לחזור בו מטעם "כי עבדי הם" וכו'. ובלשון הריטב"א שם: "וגדולה מזו אמרו (ב"מ

[173] הריטב"א מביא ראיה לדבריו מסוגיית ב"מ עח ע"א, שנידונה לעיל, וממנה משמע ש"משבאת חבילה לידו", אין מוטלת על העובד כי אם סנקציה ממונית, ותו לא.
על ראיה זו, עונה המרדכי, ב"מ, פרק שישי, אות שמח, בשם רבנו ברוך, ב"ספר החכמה", בשם רבנו תם, שאין מדובר שם באומן שהביא את כלי אומנותו למעבידו, אלא בסתם פיקדון של העובד המצוי בידי המעביד.
אמנם הריטב"א סבור לשיטתו שמדובר דווקא בכלי אומנותו ממש, שניתנו למעביד (ראה לעיל, הערה 70). לשיטה זו עונה הש"ך, חו"מ, סי' שלג, ס"ק לד, שאכן העובד מחויב לעבוד בלא אפשרות חזרה, אלא שאם הוא חוזר בו בניגוד לרצון המעביד, כשאין בידו לכופו לעבוד, בגלל שאין כאן בית דין וכדומה (ראה להלן, ליד ציון הערה 324), הרשות בידו לשכור פועל אחר על אותם כלי אומנות, כאמור (עוד מוסיף הש"ך נפקא מינה בדין זה ביחס לפועל, שאצלו אין הקניין תופס, אך דין "משבאת חבילה לידו" נוהג בו, ראה הערות 158-159. אמנם הש"ך, בס"ק ה, הנזכר בהערה שם, אומר כי לשיטת רבנו תם אין דין זה נוהג בפועל, ונמצא הש"ך סותר את עצמו. וצריך עיון). לעניות דעתי דוחק הוא לומר שהגמרא, בפרק שישי, מתעלמת מהקניין המחייב שבא על ידי מסירת כלי האומנות, ומדברת רק על תרופת המעביד, כשאין כאן בית דין לכופו. אמנם ר' עקיבא איגר, בחידושיו על הש"ך, שם, מיישב בפשטות ש"באת חבילה לידו" דן בכלי אומנות שבאו לידו בסתם, שלא בדרך קניין. עיין שם.

[174] ב"מ עו ע"ב, ד"ה והא דקתני (לעיל, הערה 19).

[175] אמנם על הרמב"ן עצמו לא קשה, שכן הוא אינו מקבל את חידושו של רבנו תם (לעיל, הערה 169). מאידך, ביחס לרבנו תם עצמו לא מצינו במפורש שהוא מקבל את דעת הרמב"ן שתחילת מלאכה היא קניין, והסוגיה בפרק שישי ניתנת להתפרש על בסיס נזיקי (כאמור לעיל, הערה 127). אמנם הקושי קיים לפי הרא"ש והטור, הסוברים כרמב"ן, כי תחילת מלאכה היא קניין (ראה לעיל, הערה 24), ולפי "הגהות אשרי", אמרנו שגם על העובד מוטל חיוב מכוח קניינו (ראה לעיל, הערה 96). מאידך גיסא, הם מביאים את דעת רבנו תם, שמשיכת כלי אומנות קונה לגמרי (שיטת רבנו תם אינה מובאת בשו"ע, ואולי אינו מסכים לה). ועיין: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ד, המעלה סברה שתחילת מלאכה היא קניין דווקא בפועל, אך לא בקבלן ש"בדידיה טרח".

[176] אפשר שאין הכוונה שלא חל קניין כלל (ראה בהערה הקודמת), אלא שאינו נחשב כקניין בעל תקף כקניין סודר. ואכן ר' עקיבא איגר, בחידושיו לב"מ (לעיל, הערה 40), מבחין בין "קצת קניין" לקניין ממש. ועיין עוד: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ה.

[177] וכן הסכימו הרמ"א והש"ך (כאמור לעיל, הערה 172). וזה לשון הש"ך שם בהסבר דעת "הגהות אשרי": "דאף על גב דאם התחיל במלאכ' יכול לחזור בו, ויהי' ידו על התחתונה... הכא לא מהני, אפי' אם ירצה להיות ידו על התחתונה. דהתם לא חשיב קניין. אבל הכא, כיון שמשך הכלי או הקנה בקניין סודר, לא מהני שום ממון, וצריך לעשות מלאכה, אם ירצה הבעל הבית".

י ע״א): פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום״. על כך השיבו כבר התוספות, לאחר שהביאו את דברי רבנו תם, שאינו מדבר אלא בקבלן, ולא בפועל, ולגבי קבלן לא נאמר ״עבדי הם״. נמצא שאף שהקניין מועיל בהסכם עבודה, בפועל יש עקרון משפטי עדיף, שמכוחו הוא רשאי לחזור בו מקניין שעשה. להלן תובא שיטת הריטב״א, ולפיה גם הפועל, אם נשכר בקניין (קניין סודר או כסף, ולא במשיכת כלי אומנות), אינו רשאי לחזור בו.

ו. חוזה עבודה — חיוב או קניין

עלינו לדון אפוא במשמעות מעשה הקניין בפועלים, ובכוחו לחייב את הצדדים לבצעו בלא אפשרות חזרה. ברם, תחילה עלינו לברר את השאלה היסודית של מהות הקשר המשפטי שבין העובד והמעביד: האם זהו יחס של קניין — גופו של הפועל קנוי? או שמא הוא יחס של חיוב, או אף קשר משפטי שאינו מחייב המשך, כמו שולח ושליח?

כפי שמקובל בהרבה סוגיות הלכתיות, עלינו ללכת בדרך האינדוקטיבית, מן הפרטים אל הכלל, ומשם נוכל לחזור לפרטים נוספים, שאינם כתובים. כבר כאן נעיר, שבסופו של התהליך קשה יהיה לנו להגיע למסקנה מוחלטת. חילוקי הדעות שיובאו להלן, יוכיחו זאת. נסקור בקצרה את הראיות השונות לכאן ולכאן, ולאחר מכן נשוב לחידושיהם של רבנו תם והריטב״א.

1. עבד עברי — גופו קנוי

כפי שניווכח בסמוך, ציר מרכזי בדיון הוא: האם ניתן לדמות את הפועל לעבד עברי, ועד כמה אנו יכולים לעשות זאת? נחזור תחילה לדינו של עבד עברי.

כבר הזכרנו שעבד עברי הוא סוג של פועל שנמכר לשש שנים, על ידי עצמו או על ידי בית דין, כדי לשלם דמי מה שגנב, ודמיו משולמים מראש. בתקופה זו הוא משועבד לרבו לצורך מלאכתו, אם כי יכול הוא לצאת ברצונו בגירעון כסף, היינו אם ישלם את דמי עצמו — בהתאם לסכום המכירה — עבור השנים שנותרו לו לעבוד. למרות הדמיון, ברור שהוא שונה מן הפועל. ההבדל בולט בתחום האיסורי: עבד עברי מותר בשפחה כנענית, וילדיה לאדוניה, מה שאינו כן בפועל. מאידך גיסא, דווקא מחשש לניצול עבד עברי כעבד ממש (כנעני), יש לו זכויות מיוחדות שאין לפועל: אסור להעבידו בפרך בעבודת עבד, מה שאינו כן בפועל[178]; האדון חייב להשוות את עבדו לעצמו במאכל ובמשתה ובכסות ובמדור[179], וכמו כן חייב רבו במזונות אשתו ובניו[180], מה שאינו כן בפועל. מהי אפוא מהות קניינו של האדון בעבד עברי?

[178] ראה: רמב״ם, הלכות עבדים, א, ו-ז.
[179] רמב״ם, שם א, ט.
[180] רמב״ם, שם ג, א.

בגמרא מבואר שמדובר בקניין, העבד קנוי לאדוניו. הגמרא (קידושין טז ע״א)[181] אומרת בשם רבא שהאדון אינו יכול לשחרר את עבדו העברי על ידי מחילת חובו — דמי מכירתו בהתאם למה שעדיין לא עבד, ״גירעונו״ בלשון הגמרא — באמירה בעלמא, משום ש״עבד עברי — גופו קנוי״, וניתן למחול על חוב, אך אי אפשר למחול על קניין[182], ולכן צריך לכתוב לעבד גט שחרור. במקום אחר אומרת הגמרא[183] שיציאת עבד עברי מגוי שקנהו בלא שהושבו דמי מכירתו לגוי כדין, היא בגדר גזלה, שכן גופו קנוי, ואינה בגדר הפקעת הלוואתו גרידא. במקום נוסף[184] אומרת הגמרא שהאומר לחברו: הישבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי, אין זו טענת ממון שיש בה מקום לשבועה, שכן ״עבד עברי גופו קנוי״, והרי זו טענת קרקע, ואינה מחייבת שבועה.

ועדיין יש לעיין בגדרו של קניין זה. המאירי (קידושין טז ע״א) מגדיר: ״גופו קנוי למלאכתו, כעין דקל לפירותיו״. הראשונים התקשו ממקומות אחרים שנאמר בהם שעבד עברי אינו דומה לעבד כנעני בזיקתו הקניינית לאדונו[185]. במשנה, במסכת בבא מציעא[186], מבואר שמציאת עבד עברי — בניגוד לעבד כנעני — היא לעצמו, משום שידו אינה כיד בעליו. ובגמרא (ב״מ צח ע״ב) נאמר שאם שלח המשאיל את הפרה השאולה ביד עבדו, בהסכמת השואל, השואל מתחייב באחריותה מיד כשיצאה מרשות המשאיל. והגמרא שואלת: מדוע חייב השואל באחריותה? הרי ״יד עבד כיד רבו״. והוא עונה: ״אמר שמואל: בעבד עברי, דלא קני ליה גופיה״.

על כורחנו יש לומר שקניין זה אינו קניין גמור, ולכן השפעותיו הן בהתאם לנושא הדיון. כך מבאר התוספות בב״מ שם[187] את הגמרא בקידושין: ״גופו קנוי — היינו לענין שאין גרעונו מחול, אם מחל בע״פ״, אבל לא לכל דבר. הרמב״ן ותלמידיו[188] מבארים שאף לעניין מחילה אין זה אלא בגלל קניין האיסור שבו, שכן הוא מותר בשפחה כנענית של רבו, אך בלא זה, ניתן למחול על קניין מעשה ידיו. כך, למשל, אומר הרשב״א: ״לפי דברי רבינו [=הרמב״ן] נראה מוכר עצמו שאין רבו מוסר לו שפחה כנענית, אין צריך שטר שחרור, אלא במחילת גרעונו סגי ליה״[189]. כיוצא בזה

[181] בסעיף זה נעזרתי בספרו של פרופ׳ ב׳ ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשנ״ד. אמנם במסקנותיי סטיתי מדרכו, כמבואר להלן.

[182] ראה: שו״ע, חו״מ, סי׳ רמא, סע׳ ב, ונושאי הכלים שם.

[183] ב״ק קיג ע״ב.

[184] קידושין כח ע״א.

[185] עבד כנעני נחשב כקניינו הגמור (״כספו הוא״; שמות כא, כב), עובד לעולם ועובר בירושה לבן אדונו (ויקרא כה, מו), אם כי הוא גם אדם, וההורגו נהרג (שמות שם). אך אין כאן מקום לדון בגדרו וזיקתו לאדוניו.

[186] א, ה; יב ע״א.

[187] צט ע״א, ד״ה אומר. ועיין עוד: תוספות, יבמות ע ע״ב, ד״ה אלמא.

[188] ראה: חידושי הרמב״ן, הרשב״א והריטב״א לקידושין טז ע״א.

[189] הרשב״א עצמו תמה, שכן לא שמענו על חידוש זה. אמנם הריטב״א לקידושין טו ע״א, סבור שהוא מותר בשפחה כנענית, אלא שאין רבו כופה אותו, כמו במי שנמכר על ידי בית דין, ואם כן עדיין יש בו קניין איסור.

אומר הריטב"א ביחס לאמה עברייה שאסורה בעבד כנעני: "אע"ג דעבד עברי לא סגי ליה במחילה, אמה העבריה במחילה סגי לה, דהא לית בה קניין איסור"[190].

אמנם שם, בסוגיית ייעוד, שמענו הגדרה חדשה לזיקתו של עבד עברי לאדוניו. "אמר רבא אמר רב נחמן, המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדרבי יוסי ברבי יהודה" (קידושין יט ע"א), שכן לדעתו האדון שקנה אמה עברייה מייעד אותה, כלומר מקדש אותה לפני שחרורה במחילת חוב עבודתה כלפיו. לכאורה הוא מקדשה במלווה, במחילת חובה לעבוד כנגד מה ששילם לאביה, ועדיין לא הספיקה לעבוד, אלא "היא גופא משכון היא", והוא נחשב כמוחל על חוב שיש עליו משכון. אמנם גם במחילה על משכון, נחלקו הדעות אם יש צורך במעשה קניין או לא[191]. על כל פנים, המאירי מביא מכוח סוגיה זו דעה אחרת האומרת שעבד עברי "קנוי כעין משכון".

נמצא שביחס למחילת גירעונו של עבד עברי, מצינו שלוש דעות: האחת, לעולם צריך שטר שחרור; השנייה, לקניין מעשה ידיו, כמו באמה עברייה שאין לו בה קניין איסור או במוכר עצמו בניגוד למי שמכרוהו בית דין, לפי הדעה שאין בו קניין איסור, מועילה מחילה בעל פה; והשלישית, "שאין מחילתו אלא בקניין או בחזרת משכון", ואפשר שהחזרת משכון אינה דווקא בשטר[192].

לסיכום, נראה שלדעת רוב רובם של הראשונים[193] "גופו קנוי" כפשט הגמרא. וכך כותב רב האי גאון: "אין מכר מתקיים אלא בדבר שיש בו משהא, דומיא דגוף האדם שיש בו אורך ורוחב ועומק... ואם נפשך להקשות 'כי ימכר לך אחיך העברי', שאין לך בגופו שום קניה, הא גרסינן ואמרינן: עבד עברי גופו קנוי" (ספר המקח והממכר, שער שני). אלא שמכוח הקושיות שהובאו לעיל, אומרים הראשונים "שאין גופו קנוי במוחלט" (לשון המאירי בקידושין שם)[194].

[190] בחידושיו לקידושין יט ע"א, ד"ה אמר רבא אמר ר"נ אומר.

[191] לכאורה עולה מן הגמרא, בעניין ייעוד, שאין צריך קניין, אך הריטב"א אומר: "הכא, שהמשכון בידה [היא תפוסה בעצמה], מכיון שמחיל לה שעבודו – חזרת משכון איכא". ועיין: הגהת הרמ"א, חו"מ, סי' רמא, סע' ב, ונושאי הכלים.

[192] כך, למשל, אמה עברייה אינה צריכה שטר לשחרורה. ראה בהערה הקודמת.

[193] יש אומרים שדעת רבא בקידושין שם אינה מוסכמת על הכול. ראה: תוספות, שם, ד"ה אמר רבא, שהביא דעה זו ודחה אותה. ואולם דעה זו מובאת במאירי שם, וכן כתב שיטה מקובצת, ב"ק קיג ע"ב, בשם הרמ"ה. ויש אף שגורסים בגמרא ב"מ יב ע"ב: "לאפוקי דרבא", ומפרשים שהכוונה לרבא, שאמר שגוף עבד עברי קנוי. עיין רבנו חננאל ודקדוקי סופרים שם. לפנינו הגרסה "לאפוקי דרבה", והיא אינה עניין לנידוננו. וראה עוד: ב' ליפשיץ (לעיל, הערה 181), עמ' 61, המביא את המקורות לשיטה זו. בין כך ובין כך, זו דעת מיעוט, ולא בא זכרה בפוסקים: הרמב"ם, הטור ושו"ע.

[194] ב' ליפשיץ, עובד וקבלן (לעיל, הערה 181), עמ' 81, סבור שנחלקו הראשונים בעצם ההגדרה של עבד עברי, והרמב"ן ותלמידיו דוגלים ב"שיטת החיוב", ולפיה אין לאדון זכות קניינית בעבד, אלא העבד חייב לעבוד, ותו לא, כעין החיוב של הלווה לפרוע את חובו. אמנם הוא עצמו העיר על לשון הראשונים הנ"ל שמדברים על שני קניינים – קניין ממון וקניין איסור. ושם, בעמ' 23, הביא את תשובת הרשב"א, ח"ג, סי' יד, המבחין בין מחילה על חוב שיש עליו משכון של מקרקעין, "דעיקר ממונא הוא דאית ליה עליה", והוא ניתן למחילה בעל פה,

2. פועל — האם גופו קנוי?

מכאן נעבור לפועל. אין גמרא הדנה בשאלה זו במפורש. עם זאת נזכיר שתי סוגיות השייכות לענייננו, ואחרי כן נדון בדברי הראשונים, בעיקר בשאלת הדמיון בין הפועל ובין העבד.

(א) יד פועל כיד בעל הבית

בגמרא[195] מקשה רבא על רב נחמן, הסבור שהמגביה מציאה לחברו, לא קנה[196]: מדוע מציאת פועל — שאמר לו בעל הבית: עשה עמי מלאכה היום — היא של בעל הבית? ועונה רב נחמן:

> שאני פועל דידו כיד בעל הבית הוא. והאמר רב: פועל יכול לחזור בו אפי׳ בחצי היום? אמר ליה: כל כמה דלא הדר ביה, כיד בעה״ב הדר; כי הדר ביה, טעמא אחרינא הוא. דכתיב: ״כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם״, ולא עבדי לעבדים.

יש שהבינו שגם גוף הפועל קנוי, כמו העבד, ואם כן ידו נחשבת כידו של בעל הבית. כלומר, אין צריך שיתכוון הפועל לזכות לאחר, אלא מה שזכה בו, ממילא זכה בו בעל הבית, כאילו היה בחצרו. כך אפשר לפרש את דברי הריטב״א על קושיית הגמרא מדברי רב:

> פי׳ ואי ידו כיד בעה״ב חשיב, הא קנייה קניה אלימתא ליומיה, כדאמרינן (קידושין כג ע״ב) גבי עבד כנעני שידו כיד רבו, והיאך יכול לחזור בו? ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה, טעמא אחרינא הוא, ולאו משום דאין קנינו קניין גמור, אלא גזירת הכתוב, משום ״כי לי״... הא כל כמה דלא הדר ביה, ידו כיד בעה״ב.

מכאן עולה שגוף הפועל קנוי. אלא שיש להסבר זה שני קשיים: ראשית, כבר ראינו לעיל, שאפילו גוף עבד עברי אינו קנוי ממש, וידו אינה כיד רבו[197]. אם כן, כיצד ייתכן לומר שהפועל דומה לעבד כנעני[198]? שנית, הגמרא[199] אומרת שאפילו עבד כנעני אינו נחשב כחצרו של אדוניו, שכן הוא בגדר ״חצר המהלכת״. אם כן, למה יד הפועל

לבין עבד עברי שגופו קנוי, ״דמכירה ליומיה הוא כעבד [כנעני] בעלמא... שאין לאדון עליו שום ממון, אלא עבודת שש, הריהו כמקח של גופו, ובעי גט שחרור״. ועוד, מדברי הרשב״א והריטב״א, שיובאו להלן, עולה שאפילו בפועל יש קניין גוף מסוים, וכל שכן בעבד. לכן נראה שגם לדעתם יש קניין, אלא שהוא בעוצמה פחותה — קניין מעשה ידיו, וניתן למחול עליו בעל פה, כשאין קניין איסור, (וצריך עיון אם זו דעת הרשב״א, בתשובה הנ״ל, ח״ג, סי׳ יד).

[195] ב״מ י ע״א.

[196] הטעם הוא שהוא בגדר תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים. עיין שם.

[197] ראה ליד ציון הערה 187.

[198] הריטב״א סותר את עצמו במקומות אחרים, וכבר עמדו על סתירה זאת האחרונים. ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי׳ א, ולהלן ניזקק לדבריו.

[199] גיטין עח ע״א.

נחשבת כחצרו? אמנם לדעת רש"י[200], יש ליישב שהיד פועלת כשליח, ולא כחצר, אך לדעת התוספות[201], הסבורים שהתופס לבעל חוב לא קנה גם כשהוא שליח, עדיין קשה. אכן יש מפרשים[202] את הגמרא בדרכים אחרות, המנטרלות את הראייה לנידון דידן.

אולם לאור דברינו לעיל, עדיין ניתן לאמץ באופן עקרוני את הפירוש שגופו קנוי, אלא שאין הכוונה שהוא נחשב כחצר, אלא כל מה שידו עושה, שייך לבעל הבית. האדון קנה את יד עבדו למלאכתו[203], ולכן כל מעשה ידיו של הפועל – כולל הגבהת המציאה, שהיא בכלל מעשה ידיו – שייך לבעל הבית, ולא סתם כלי שהגיע לידיו[204].

(ב) יקדשו ידיך לעושיהן

הגמרא[205] מסבירה אפשרות של הבעל להקדיש מעשי ידי אשתו, למרות שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כשהוא אומר לה: "יקדשו ידיך לעושיהן". כלומר, זכותו במעשה ידיה נתפסת כאילו ידיה קנויות לו למעשה ידיו. בהמשך הסוגיה מבואר גם שהיא עצמה יכולה לומר: "יקדשו ידי לעושיהם, וידים איתנהו בעולם". כלומר, יש בעלות על הגוף לצורך הרווח מפעולתן של הידיים. אמנם זכותו במעשי ידיה תלויה בחובתו למזונות, וזכותה כפופה לשעבודה לו, ולכן לא ניתן להקדישן תמיד[206]. על כל פנים, לענייננו יש הלמדים מכאן שלפעמים יכול האדם לרכוש זכות בגופו של אחר, כגון יד הפועל, למעשה ידיו. בסמוך נביא את דברי הראשונים בנידון.

3. היחס בין פועל לעבד עברי

כשעסקו הראשונים בהלכות פועלים, ובייחוד בהלכות מלמדים, יש שלמדו סתום מן המפורש – פועל מעבד עברי. בעיקר יש לציין שהמהר"ם מרוטנבורג נוטה לדמות את הפועל לעבד. אך יש שחלקו עליו, כמבואר בסמוך. כמו כן נבחן מה אפשר ללמוד מדבריהם ביחס לחזרת הפועל ואכיפת ההסכם עליו. דיוננו מתמקד, כאמור, במלמד, בהנחה שהוא נחשב פועל – שכיר – ונעסוק להלן בזכות חזרתו מהסכם העבודה עמו. נסקור כמה הלכות המשוות את הפועל לעבד.

[200] ב"מ י ע"א, ד"ה לא קנה.

[201] ב"מ י ע"א, ד"ה תופס.

[202] ראה: נתיבות המשפט, סי' קפג, ס"ק א, שביאר שבעל הבית נחשב כמגביה בגרמא על ידי הפועל. ועיין עוד אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ י ע"א.

[203] ראה אור שמח, על הרמב"ם, הלכות שכירות, ט, יא: "דמשכיר את ידו בכל הזכותים [=הזכויות] שיזכה, והוי כאילו הקנה ידו למעשה ידיו ולמציאותיו... כדקל לפירותיו". ועיין עוד, נחלת דוד, ב"מ שם.

[204] ובזה מתורצת קושיית נתיבות המשפט מן הגמרא, גיטין עח ע"א, שכן אין ידו חצר בעלמא.

[205] כתובות נח ע"ב.

[206] ראה: שו"ע, אה"ע, סי' פא, סע' א ונושאי הכלים.

(א) איסור השכרת עצמו

האם מותר לפועל להשכיר את עצמו לאחר ולשעבד לו את זמנו? הרעיון "כי עבדי הם" אומר שהפועל יכול לחזור בו. אך השאלה היא: האם מותר לו להשכיר את עצמו לכתחילה? ביחס לעבד, נדרש ב"תורת כהנים"[207] שאין אדם רשאי למכור את עצמו לעבד אלא אם כן העני; ואילו ביחס לפועל, אומרים בעלי התוספות[208] כי אף על פי שגם לגביו נאמר הפסוק "עבדי הם", כאמור, "מ"מ מותר אדם להשכיר עצמו, דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו, ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור, עובר משום עבדי הם". הרי שדין הפועל שונה מדין העבד.

אולם בעל "הגהות מרדכי" בשם המהר"ם עוסק באותו עניין[209], והוא מבחין בין פועל לפועל, ואומר: "יש ליזהר למלמד או לסופר או שאר מלאכות מלהשכיר עצמו להיות בבית בעה"ב בקבע עמו ולהיות סמוך על שולחנו בלי הפסק יותר מג' שנים, דכל טפי מג' שנים, נפקא ליה מתורת שכיר (על פי הפסוק: "כי משנה שכר שכיר עבדך שש שנים"; דברים טו, יח), ועבד גמור לא הוי לכל הלכותיו. מ"מ, כיון דנפקא ליה מתורת שכיר, קא עבר על 'לי בני ישראל עבדים'". הרי לפנינו מושג של מקצת עבד, המגביל את הפועל בתנאי שכירותו, והובאו הדברים להלכה ברמ"א[210].

(ב) מחילת השעבוד

הזכרנו כבר שגוף עבד עברי קנוי, ואינו יוצא באמירה בעלמא, "לך מעמדי", בלא שטר שחרור. לעומת זאת, בפועל, שאין בו אלא שעבוד ממון, לכאורה יכול בעל הבית למחול לו על חובו כלפיו באמירה בעלמא. וכך פסק הרמ"א[211]: "בשאר פועל, אם אמר לו בפני שנים: לך מעמדי, פטור בלא מחילה". אמנם במלמד יש דין שונה, כמובא שם ברמ"א, אך זאת מטעמים אחרים, כמבואר בש"ך שם[212]. אולם מדברי המהר"ם ניתן להבין שהוא הדין בכל פועל, שדינו דומה לעבד בעניין השחרור, אם כי הש"ך אומר שגם המהר"ם לא הסתמך על טעם זה כי אם כסניף בעלמא לטעמים אחרים. לבירור דעת המהר"ם, נשוב עוד להלן.

[207] על ויקרא כה, כה. וראה שם, פ"א, א.

[208] ב"מ י ע"א, ד"ה כי.

[209] הגהות מרדכי לב"מ, מהדורא בתרא, אות תנט-תס. התשובה מובאת בשו"ת מהר"ם, דפוס פראג, סי' עב.

[210] חו"מ, סי' שלג, סע' ג. והש"ך, ס"ק יז, והגר"א, ס"ק יב, אומרים שם שהוא בניגוד לדעת התוספות הנזכר לעיל, הערה 208. ועיין ש"ך ופתחי תשובה שם, ס"ק ו.

[211] חו"מ, סי' שלג, סע' ח.

[212] הש"ך, שם, ס"ק מז, הביא תשובת המהר"ם, דפוס פראג, סי' עז, שנדפסה גם בשו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתעג, ובמרדכי, ב"מ, אות שמו, שם מבוארים כאמור טעמים אחרים. ראשית, המלמד התחייב לבן, ואין האב יכול למחול על זכות בנו. טעם זה הובא ברמ"א שם. שנית (בשם רבנו יואל והראבי"ה), חזרת המלמד נחשבת כדבר האבד, והפועל אינו רשאי לחזור בו בדבר האבד (ונראה שיש לתקן בדפוס פראג שם "כדבר האבד" במקום "עבד"). ועיין עוד: הגהות אמרי ברוך, שם, שמבחין אף לדעת מהר"ם בין פועל ובין עבד עברי.

(ג) חלה בתוך הזמן

ביחס לעבד עברי, הגמרא (קידושין יז ע"א) דורשת מפסוק, שאם חלה בתוך הזמן, עד שלוש שנים, הוא אינו חייב להשלים את שנות עבדותו. ונשאלת השאלה: מה דין פועל שחלה חצי זמן שכירותו? אומרים בעלי התוספות[213] שם שאין לדמות את הפועל, כגון מלמד תינוקות, לעבד, שכן מן התלמוד (בב"מ עז ע"א) מוכח שאם נאנס הפועל בחצי היום, לא יקבל שכר על מה שלא עשה. וההסבר הוא: "דאין לדמותם כלל לעבד עברי, דעבד עברי גופו קנוי לאדונו. הילכך: חלה שלוש, אינו חייב להשלים, דאין יכול לעשות מלאכה יותר מיכולתו. אבל מלמד אין גופו קנוי, אלא שכר עצמו ללמוד עד הזמן, וכשאינו יכול להשלים, לא יטול אלא מה שהרויח". שוב אנו רואים שמחומרו של העבד – שגופו קנוי – יוצא קולו: קבלת שכר עבור ימי מחלתו, מה שאינו כן בפועל.

אולם הדעה שהתוספות מבקשים לשלול היא דעת המהר"ם[214], הסבור שאם קולא זו ישנה בעבד שגופו קנוי, כל שכן שהיא קיימת בשכיר. ובאשר לקושי מסוגיית ב"מ עז ע"א, שערי תירוצים לא ננעלו[215]. להלכה, הביא הרמ"א (סעיף ה) את התירוצים הללו, אך הש"ך שם מאריך לחלוק, כשהוא צועד בעקבות התוספות בקידושין[216].

[213] קידושין יז ע"א, ד"ה חלה שלש. וראה להלן, הערה 240.

[214] ראה: שו"ת המהר"ם, דפוס פראג, סי' פה, שפה; תשובות מימוניות, לספר קניין לרמב"ם, סי' ל-לא; מרדכי, ב"מ, אות שמו.

[215] המהר"ם (תשובות מימוניות, שם, סי' לא) מחלק בין הקדים לפועל את שכרו לבין לא הקדים לו את שכרו. טעם החילוק אינו ברור, כפי שהעיר הש"ך, סי' שלג, ס"ק כה. וראה להלן, הערה 244. הרא"ש, ב"מ, פרק שישי, אות ו, הביא הסבר זה, והוסיף עוד חילוק משלו, בין חלה לבסוף לבין חלה מתחילה, ואחר כך קיבלו רבו למלאכתו בשתיקה, שאז: "מסתמא מחל לו". מדברי הרא"ש, ניתן להבין, שגם בעבד הדין בנוי על חזקת מחילה, ולא על סברת "גופו קנוי", כפי שעולה מדברי המהר"ם. אמנם להלכה, הביא הרמ"א שני החילוקים, וצריך לעיין בכוונתו.

[216] בסוף דברי הש"ך, ס"ק כה, עולה שאלה של מצב ביניים בין הפועל ובין העבד: ראשית, הש"ך מביא את דברי הריטב"א בקידושין המחלק כמו התוספות בין העבד לפועל. וזה לשונו: "דאלו פועל או קבלן השכירו בעל הבית למלאכה זו על דבר ידוע... אבל עבד עברי... נשתעבד לו שיכפוהו למלאכתו, לו' [=לומר] שכל מלאכתו תהא לרבו. ולפיכך, אם חלה ולא עשה כלום, נסתחפה שדהו של אדון זה".

ומה הדין בפועל שהשכיר את עצמו לכל המלאכות? הש"ך עצמו אומר שאף לדעת הריטב"א נראה שעדיין הוא פועל, ואינו עבד, "כיון דאין גופו קנוי". ולא כן כתב המחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' א-ב, והסתמך עוד על הריטב"א, יבמות מו ע"א. אך ייתכן שיש לדחות את ראייתו, שכן שם הוא דין מיוחד מגדרי "דינא דמלכותא", ראה טור ושו"ע, יו"ד, סי' רסז, סע' יד ונושאי הכלים שם. אמנם סיום דברי הש"ך גם כן מעורר קושי, שכן הוא מוסיף: "שהרי לא נקנה לו בכסף ושטר וחזקה כקניין העבדים". ואם כן מה הדין אם ישכיר הפועל עצמו בכסף? ונראה שכוונת הש"ך לומר, שבזמן שדין עבד עברי נוהג, ייתכן שיהא קושי להבחין אם מדובר בעבד או בפועל שהשכיר עצמו לכל המלאכות, ובנסיבות אלו דרך הקניין יכולה לסייע בידינו.

והלום ראיתי כי כבר עמד על זה חזון איש, חו"מ, ב"ק, סי' כג (ז), ונראה שהבין שלדעת הש"ך גם בזמן הזה פועל שהשכיר עצמו בכסף ושטר דינו כעבד עברי, ואם חלה יפסיד בעל

(ד) הערכת דמיו לטובתו

עוד קולא יש בעבד עברי, והיא: כאשר הוא פודה את עצמו ב"גירעון כסף", ונשתנה ערכו ממה שהיה בשעה שנמכר, "מחשבין לו להקל עליו. כיצד? הרי שנמכר במאה והרי הוא עתה שוה מאתים, אינו מחשב עם אדוניו אלא לפי מאה. נמכר במאתים, והרי הוא שוה עתה מאה, מחשב עמו על פי השנים הנותרות לפי מאה"[217].

אם כי בפועל אין חל דין "גירעון כסף", המצב דומה כאשר הוא חוזר בו באמצע המלאכה, ומקבל את שכרו עבור מה שעשה. אך מה הדין אם כעת שווי המלאכה שונה משוויה בעת שנשכר? אומר בעל קצות החושן, כי לפי המהר"ם, המדמה את הפועל לעבד, גם הפועל נשכר. ולפי זה תוסבר שיטת אחד הראשונים האומר שבהוזלת המלאכה משמונה דינרים לשישה דינרים, יקבל כעת הפועל עבור העבודה שהפסיק באמצע, שישה דינרים, ולא רק ארבעה, שכן מחשבים לו את שכרו לטובתו, לפי הזמן שנותר לו לפי שווי העבודה עתה[218]. אולם להלכה, נראה שאין אנו פוסקים כמהר"ם, כפי שיבורר להלן. אם כן, גם בנידון זה, קשה להסתמך על דמיון הפועל לעבד, ולתת לפועל שישה דינרים, יותר מכפי מה שעשה, כפי שציין אחד הדיינים בימינו[219].

(ה) אונאה בפועל

דין אונאה קיים כשאדם מוכר חפץ במחיר שונה מן המקובל בהפרש של שתות ויותר. יש דברים שאין בהם אונאה, כגון קרקעות ועבדים (כנענים). מאידך, יש אונאה לא רק במכר, אלא גם בשכירות[220]. עם זאת אומר הרמב"ם[221] שאין אונאה בשכירות פועלים, ונימוקו: "מפני שהוא קונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה". זאת בניגוד לפועל־קבלן שיש בו דין אונאה. לכאורה משמע מדברי הרמב"ם שהוא סבור כמהר"ם, שיש בפועל־שכיר קניין גוף כמו בעבד עברי[222], ובשניהם אין אונאה כמו בעבד כנעני. אמנם ייתכן היה לומר שאף אם אנו מדמים את הפועל לעבד עברי, בשניהם יש דין

הבית, וחזון איש עצמו מצדד לחלוק. אך כאמור, ייתכן שאף הש"ך לא התכוון לזמן הזה. וכן משמע מקצות החושן, שם ס"ק י. ועיין עוד: טוב ראיה (לרב קוק), קידושין טז ע"א; פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה נא.

[217] רמב"ם, הלכות עבדים, ב, ט.

[218] ראה: קצות החושן, סי' שלג, ס"ק ח, שמיישב בדרך זו את תמיהת הש"ך שם, בס"ק יט, על הטור שם, כשהוא מסתמך על המהר"ם הנזכר לעיל, שהובא בתשובות מימוניות לספר קניין (לעיל, הערה 214).

[219] ראה מאמרו של הרב שמואל ברוך ורנר, "ברורי הלכות בזכויות עובד ומעביד, שכיר וקבלן", קובץ תורה שבעל פה, כרך יט (תשל"ז), עמ' מה, מז.

[220] ראה ב"מ נו ע"ב.

[221] הלכות מכירה, יג, טו; וביחס לקבלן — שם, הלכה יח.

[222] כך עולה לכאורה מהסבר תרומת הדשן (להלן, הערה 261). ואכן מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' א, הבין כן בדעת הרמב"ם גם ביחס לשאלת פועל שהוקדם שכרו וחזר בו בלא תשלום, המובאת בסמוך. אולם לאור האמור בפנים, אין ראייה מהרמב"ם. וראה להלן, הערה 231.

אונאה[223], כי אין לדמות עבד עברי לעבד כנעני, ורק בעבד כנעני אין אונאה, משום שהוקש לקרקע, כאמור בגמרא במסכת בבא מציעא[224].

אך גם לעצם ההשוואה של הרמב"ם, ספק בעיניי אם אכן כוונתו לדמות את הפועל לעבד עברי לכל דיניו. אפשר שכוונתו לומר שיש בפועל צד דמיון לעבד כנעני, כיוון שזמנו אינו בידו, ואין ללמוד מכאן בהכרח על קניין הגוף בפועל[225]. מאידך גיסא, הריטב"א[226] כותב שאין אונאה בשכירות פועלים, משום שאינו כמכר. מחנה אפרים הוכיח מכאן שאין גופו קנוי, והתקשה בזה[227]. אך ניתן לדחות את הראייה, שכן אף על פי שגופו קנוי, בכל זאת דין אונאה התחדש במכר גמור של רכוש דווקא, ולא בעסקה הדומה למכר.

(ו) חזרת פועל שהוקדם שכרו

בגמרא[228] נאמר שהפועל חוזר בו בחצי היום משום "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים". אולם המהר"ם[229] מתבטא שחזרת הפועל נלמדת מחזרת העבד. כשם שעבד עברי יוצא בגירעון כסף, הוא הדין בפועל. ואפשר שיש להשוואה זו השפעות מעשיות. מחנה אפרים[230] דן בעניין פועל שהוקדם שכרו מראש, והוא רוצה לחזור בו, ואין לו כעת דמי שכרו, והוא תולה בתחילת דבריו את הדין במחלוקת ראשונים: למהר"ם ולסיעתו[231], שגופו של הפועל קנוי, הוא אינו רשאי לחזור בו בלא שישלם את שכרו שקיבל, בדומה לעבד עברי; אבל לדעת התוספות בקידושין[232] וסיעתו[233], שאין גופו

[223] בכך יש ליישב את תשובת המהר"ם, דפוס פראג, סי' תשמט, ממנה משמע שיש אונאה בשכירות פועלים. עיין שם.

[224] ב"מ נו ע"ב. המפרשים נחלקו בשאלה: האם הוקשו עבד עברי ואדם לקרקע? ראה: רש"י ותוספות, קידושין ז ע"א, ד"ה אם; ש"ך, חו"מ, סי' צה, ס"ק יח; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך "אדם". בנידון דידן, הסביר הסמ"ע, סי' רכז, ס"ק נט, כי אף פועל בכלל ההיקש לקרקע. אך המשנה למלך, הלכות טוען ונטען, ה, ב, כתב שאין מכאן ראייה שהוקש אדם לקרקע, אלא רק לעבד בשעבודו לזמן. עיין שם.

[225] ספק בעיניי אם עצם המושג "קניין הגוף" בפועל מקובל לדעת הרמב"ם. ראה: ש"ך, סי' שלג, ס"ק יד (להלן, הערה 231).

[226] בחידושיו לב"מ נו ע"ב. וכן כתב הרשב"א שם.

[227] הלכות שכירות פועלים, סי' א. וראה לעיל, הערה 216.

[228] ב"מ י ע"א, ובגליון שם צוינו המקבילות.

[229] בתשובותיו, דפוס פראג, סי' עב, פה; תשובות מימוניות לספר קניין סי' לא (לעיל, הערה 214).

[230] ראה הערה 222.

[231] מחנה אפרים מצרף למהר"ם את הרא"ש (להלן, הערה 236) והרמב"ם. ביחס לרמב"ם, כבר אמרתי לעיל (ליד ציון הערה 225) שלעניות דעתי אין הכרח ללמוד על גישתו מדין אונאה. וראיה לכך ניתן להביא מהשו"ע, שמחד גיסא פוסק כרמב"ם לעניין אונאה (חו"מ, סי' רכז, סע' לג), ומאידך גיסא פוסק כתוספות בקידושין, המבחין בין פועל ובין העבד (להלן, הערה 234). כיוצא בזה יש להשוות את דברי הש"ך, סי' רכז, ס"ק י, לדבריו בסי' שלג, ס"ק כה.

[232] יז ע"א, ד"ה אם (לעיל, הערה 213).

[233] מחנה אפרים מפנה עוד לרשב"א, ביחס לאונאה, ולעניות דעתי אין ראיה משם. ראה ליד ציון הערה 226; וכן ביחס לריבית, ראה להלן, הערות 255-256. בסוף דבריו מחנה אפרים תולה

קנוי, יכול לחזור בו, והמעות הן חוב עליו. כדעה האחרונה, נפסק בשו״ע[234], וכבר עמד בעל קצות החושן על העובדה שפסק זה אינו תואם את שיטת המהר״ם, המדמה את הפועל לעבד[235].

(ז) אם לווה משכיר עצמו לפירעון חובו

מדברי הרא״ש[236], נראה שהוא הולך בעקבות רבו, המהר״ם, המדמה את הפועל לעבד. הוא נשאל: האם לווה שאין לו לשלם, חייב להשכיר את עצמו כדי להרוויח כסף לפירעון חובו? הרא״ש עונה בשלילה, משום שלא מצינו סנקציה זו בדרכי גביית חוב, והוא מוסיף:

> וכן כתב רבינו תם בתשובה[237], כי היכי דדרשינן בגנבתו ולא בזממו ולא בכפילו[238], הכי נמי דרשינן: ולא בפרעון חובו ולא במזונות אשתו[239]. והמשכיר עצמו נקרא מכירה, כדאמרינן (ב״מ נו ע״ב): שכירות דיומא כמכירה דמיא, והויא מכירה, ועבד עברי הנמכר לשש קרייה רחמנא שכיר (קידושין ד ע״א)[240].

אמנם עצם הדין נכון גם אם נאמר שאין גופו קנוי, כמו שאומר הרא״ש בתחילת דבריו. התורה הקפידה על כבוד האדם, ואסרה על המלווה להיכנס לביתו של הלווה כדי ליטול ממנו את המשכון בעל כורחו, ״כל שכן שלא ישלחו בית דין יד בגופו לכופו להשתעבד ולפרוע חובו״. רק אם יש לו ממון, והוא מסרב לשלמו, כופין אותו, שכן: פריעת בעל חוב — מצווה (כתובות פו ע״א). אכן, מלשון הרא״ש, בהמשך תשובתו שהובאה לעיל, משמע בפשטות שהוא רואה בהשכרתו למלאכה — מכירת גופו כעבד.

שאלה זו במחלוקת אחרת, מקור לימוד חזרת הפועל: לפי המהר״ם, נלמד הדבר מעבד עברי, ולכן דינו כעבד; ולפי הרשב״א, בתשובותיו, ח״ב, סי׳ עב, אינו נלמד מעבד עברי, ויכול לחזור בו גם כשאין לו כסף. עיין שם.

[234] חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ג, על פי המהרי״ק, שורש קפא.

[235] שם, ס״ק ו. ואולם עדיין יש לעיין בדבר משום שבס״ק ח, הסתמך קצות החושן להלכה על המהר״ם. עיין לעיל, הערות 218-219.

[236] בתשובותיו, כלל עח, סי׳ ב. דבריו הובאו להלכה בטור ושו״ע, חו״מ, סי׳ צז, סע׳ טו.

[237] ראה: הגהות מימוניות, הלכות אישות, פרק ב, ס״ק ח.

[238] ראה: קידושין יח ע״א. שם מבואר שהגנב נמכר כדי לשלם את דמי גנבתו, אך לא את דמי כפלו או זממו, אם היה עד זומם על גנבה.

[239] במזונות אשתו נחלקו ראשונים, כמובא בתוספות, כתובות סג ע״א, ד״ה באומר. וראה להלן, הערה 287. לדיון מפורט בנושא זה, ראה: מ׳ אלון, חירות הפרט בדרכי גביית החוב במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד, פרק חמישי.

[240] כבר קדם לרא״ש שו״ת המהר״ם, דפוס פראג, סי׳ שפה-שפז (לעיל, הערה 214), ושם התשובה מיוחסת לר״ש משאנץ. אמנם יש מי שחולק על השוואת השכיר לעבד. ראה שו״ת מהר״ם, דפוס לבוב, סי׳ קנז, בשם ר׳ חיים פלטיאל, ושם: ״שכיר אינו נקרא עבד. אי נקרא עבד, יהא מותר בשפחה. ועוד, יצטרך שטר לשחררו. ועוד, דדריש קרא דפועל יכול לחזור בו מ׳כי לי׳...׳ ואם איתא דשכיר ועבד שוין, מה צריך קרא? והא כבר כתוב ׳והפדה׳, שמגרעה פדיונה... עבד גופו קנוי... פועל אין גופו דמי״. והוא כדעת התוספות, קידושין יז ע״א (לעיל, הערה 213).

(ח) הענקה

השוואה אחרת בין הפועל לעבד למדנו מדברי "ספר החינוך"[241]. לאחר שהוא מביא את דין ההענקה בעבד עברי, הוא אומר: "שאין דין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג... ומ"מ אף בזה"ז ישמע חכם ויוסיף לקח, שאם שכר אחד מבני ישראל ועבדו זמן מרובה או אפילו זמן מועט, שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השם". דברים אלו, אף שלא הובאו בשו"ע, נזכרו לאחרונה כמקור הנוהג לתת פיצויי פיטורין[242], ונראה שאינם אלא בגדר עצה טובה, ואין בהם כדי ללמדנו על שאלת קניין הגוף של פועל.

(ט) שיטת המהר"ם והרמ"א

לסיכום שאלת היחס בין הפועל ובין עבד עברי, נראה שיש שתי שיטות עיקריות: רוב הפוסקים מבחינים ביניהם, וסוברים שהפועל – בניגוד לעבד – אין גופו קנוי[243]; וכנגדם ניצבת שיטת המהר"ם המדמה את הפועל לעבד. אמנם לא ברור עד כמה דמיון זה מגיע. כמו כן יש לעיין אם הרמ"א מאמץ את שיטתו להלכה.

ברור שדיני עבד עברי אינם חלים על הפועל, אך בכמה עניינים שנזכרו לעיל, המהר"ם סבור שגופו של הפועל קנוי כגוף העבד העברי. ביחס לאיסור השכרת עצמו (לעיל, סעיף א), אין ראיה לדמיון גמור. אף המהר"ם עצמו אומר כי "עבד גמור לא הוי", ולכן אין ראיה מהרמ"א שמביא את דבריו להלכה, שהוא מסכים למהר"ם ביתר העניינים. אדרבה, בעניין מחילת השעבוד (לעיל, סעיף ב), סבור הרמ"א שלא כמהר"ם, ובסתם פועל די במחילה כדי לשחררו מהתחייבותו, אלא שהש"ך סבור כי אף המהר"ם – בעניין מלמד – לא הסתמך על ההשוואה לעבד כי אם לסניף בעלמא. אף ביחס לפועל שחלה (לעיל, סעיף ג), שיטת המהר"ם אינה ברורה, שכן חילוקו בין הקדים שכרו לבין לא הקדים שכרו אינו מוסבר[244]. הרמ"א הוסיף את הסבר הרא"ש (לעיל,

[241] מצווה תפב (מצווה תנ בהוצאת מוסד הרב קוק).

[242] ראה: פד"ר ג 287, ד 129; ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, פרק יח, סימן ג (עמ' 643). ועיין עוד תוס' ר"י הזקן לקידושין טו ע"א.

[243] ראה: תוספות, ב"מ י ע"א, ד"ה כי לי; תוספות, קידושין יז ע"א, ד"ה חלה; ש"ך, חו"מ, סי' שלג, ס"ק יז, כה, מז; נקודות הכסף, יו"ד, סי' קעו; ביאור הגר"א, חו"מ, שם, ס"ק יב, טו, כה, מו; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ו.

[244] מפי מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א שמעתי את ההסבר הבא: מן הגמרא בב"מ סה ע"א, נראה שאחד המאפיינים המבחינים בין מכר ושכירות הוא: במכר עוברת הבעלות, והוא משתלם מיד; ואילו השכירות משתלמת רק בסוף, ואין בה העברת הבעלות. אם כן, ייתכן שביחס לשכירות פועל, שאלה זו עצמה – אם גופו קנוי, כמכר, בדומה לעבד עברי, או שאין גופו קנוי, כשכירות – תלויה בהקדמת השכר. אם הוקדם שכרו מראש, הרי גופו קנוי. והלום ראיתי שכבר כתב כן הגר"א וסרמן בקובץ הערות, סי' נג, אות ב (בהשמטות). עיין שם. אך מו"ר עצמו התקשה בסברתו, משום שביתר ההלכות ששנינו לעיל (בעניין מחילת השעבוד, זכות חזרתו וחזרתו כשאין לו והוקדם שכרו) משמע כי לדעת המהר"ם, סתם פועל דומה לעבד, ולאו דווקא אם הוקדם שכרו מראש. עצם ההבחנה בין שילם מראש, אם לא, לעניין שכירות, הובאה בנתיבות המשפט, סי' שיב, ס"ק יג. אולם רבים החולקים על זאת. ראה שו"ת מהרי"א הלוי,

הערה 215), ולפיו נראה שהפועל אינו זוכה בשכרו עבור ימי מחלתו, משום שגופו קנוי, אלא על סמך אומדן דעת המעביד. מדין אונאה, מאי־השכרת הלווה לפירעון חובו, ומדין הענקה (לעיל, סעיפים ה, ז, ח), אמרנו שאין ראייה. מלימודו של המהר״ם את זכות חזרת פועל מדין ״גירעון כסף״ של עבד עברי, נראה שפועל שהוקדם שכרו אינו רשאי לחזור בו, כשאין לו כעת לשלם (לעיל, סעיף ו), אך לא כן פסק השו״ע, ונראה שאף הרמ״א מסכים עמו. מכאן גם אמרנו שאף אם נניח כי דין ״מחשבין עמו להקל״ נוהג בפועל שחזר בו, והוזלה מלאכתו לדעת המהר״ם, אין ראיה שכך יסברו גם הטור והרמ״א (לעיל, סעיף ד).

(י) ראיית נתיבות המשפט מן הירושלמי

נתיבות המשפט סבור שיש בירושלמי מחלוקת בשאלת מהות הקניין של הפועל. על המשנה (ב״מ ו, א), האומרת שבהסכם עבודה, ״החוזר בו — ידו על התחתונה״, אומר הירושלמי:

רב אמר: ״כי לי בני ישראל עבדים״ — אין ישראל קונין זה את זה. א״ר יוחנן: עבד עברי הוא מתני׳. על דעתיה דרב, בין פועל בין בעל הבית יכול לחזור בו. על דעתיה דרבי יוחנן, פועל יכול לחזור בו ולא בעה״ב.

פירושים שונים נאמרו בזה[245]. ברם, נתיבות המשפט[246] סבור שרב ור׳ יוחנן נחלקו בשאלת מהות הקניין. לדעת רב, אין גופו קנוי משום הרעיון ״כי לי בני ישראל עבדים״, ולכן לא נוצר חוזה מחייב, אלא ״שידו של החוזר בו על התחתונה״, משום נזיקין (גרמי) וכיוצא בזה, כמוסבר לעיל[247]. ואילו לדעת ר׳ יוחנן, גופו קנוי, כעבד עברי, ולכן הקניין חל ביחס לבעל הבית (המעביד)[248], אלא שהפועל רשאי לחזור בו, שכן אינו פחות מגירעון כסף של עבד, שמשלם דמי גירעונו ויוצא. בתלמוד הבבלי פסקו כרב, שהפועל חוזר בו, דהיינו בלא שהוא משלם דמי גרעונו, ואף אם הוקדמו לו מעות, הרי הן חוב עליו[249]. לפי זה יוצא שהפועל שונה מן העבד, וכן כותב נתיבות המשפט: ״וכן כמה פעמים מסיק הש״ך בסי׳ זה כי אין לבעל הבית קניין בגוף הפועל״[250]. ניתן להבין מדבריו שאין כל חוזה מחייב, כי אם הבטחה לעבוד. נחזור לשאלה זו להלן, בדיון על היחס בין שעבוד הפועל וקניין דברים.

ח״ב, סי׳ נה. והאריך בזה מיכאל ויגודה, שכירות ושאילה, בסדרת חוק לישראל, בעריכת פרופ׳ נ׳ רקובר, ירושלים תשנ״ח, עמ׳ 266.

245 מלבד מפרשי הירושלמי שם, ראה עוד: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי׳ א; שו״ת אבני נזר, חו״מ, סי׳ נב; ולאחרונה: ש״י פרידמן, תלמוד ערוך — השוכר את האומנין, עמ׳ 85. וראה עוד מה שכתבתי בתחומין, ח (לעיל, הערה 116), עמ׳ 223.

246 סי׳ שלג, ס״ק ז.

247 ראה סעיף ד, 1(א).

248 על מעמדו של המעביד, ראה לעיל, סעיף ב, 1.

249 וכן פסק השו״ע, שם, סי׳ שלג, סע׳ ג. ראה לעיל, הערה 234.

250 אלא שעדיין קשה לי מלשון נתיבות המשפט לעיל, כי אף שאין גופו קנוי, חל עליו חיוב לעבוד, חיוב זה מניין? ראה להלן, הערה 280.

4. ריבית בשכר פועלים

לשאלת מהות הקשר המשפטי יכולה להיות השפעה גם לעניין הריבית. הגמרא[251] מדמה את המכר לשכירות הפועל. הכלל במכר הוא שאסור להקדים מעות בזול לפני העברת הבעלות, שכן המחיר משתלם רק עם ההקנאה, והקדמת המעות היא בגדר הלוואה של הקונה למוכר, ועקב המתנת מעותיו הקונה מקבל את הסחורה בזול. לגבי פועל, הגמרא אומרת שמותר להקדים לו את מעותיו, אלא שאם אינו מתחיל לעבוד מיד, "מיחזי כריבית", ואסור. אך באופן עקרוני, הגמרא מסבירה שמותר להקדים לו את שכרו, משום ש"זלזול בשכירות – מי אסור?". הרשב"ם יש לו פירוש משלו[252], אך הרשב"א מפרש כך:

> "פי' מורי ז"ל, דכיון שגוף הפועל בעולם, הרי הוא כמוכר לו חפץ בפחות מכדי דמיו למסור לו החפץ לאחר ל' יום. דכיון שהחפץ בידו, כזלזולי בדמיו הוא, ושרי... וכן ודאי נראה כדבריו... שישנו לחפץ בעולם וכן גופו של פועל".

כלומר, כבר עכשיו השכירות נתפסת על גופו של הפועל, ולכן התשלום הוא תשלום של השכירות, והוא אינו בגדר הקדמת מעות, והרי זה דומה לשכירות חפץ, שנאמר בו: "מרבין על השכר, ואין מרבין על המכר"[253]. בפשטות, כוונת הרשב"א לומר שגוף הפועל קנוי כבר מעכשיו, אלא שאם אינו מתחיל לעבוד מיד, "מיחזי כריבית". ומסביר הרשב"א שסיבת הדבר מכיוון שהוא יכול לחזור בו[254], "הואיל ולא משתעבד פועל לגמרי מהשתא". נראה שיש לבאר את כוונתו על דרך דברי הריטב"א: "דמ"מ גופו, שהוא מצוי בעולם, משכיר ועליו חלים דבריהם", אלא שאם אינו עובד מיד, אסור משום "מראית העין".

אכן יש שהוכיחו מן הסיפא ("מיחזי כריבית") להפך, שאין גופו קנוי, בגלל אפשרות החזרה[255]. ההוכחה אינה מעצם זכות החזרה של הפועל, שהיא גמרא ערוכה בלא עוררין, אלא מן ההלכה שהפועל יכול לחזור בו, למרות שהוקדם שכרו, והמעות הם

[251] ב"ב פו ע"ב.

[252] הרשב"ם, ב"ב פז ע"א, ד"ה ותסברא, אומר שאין מחיר בשכירות פועלים, כיוון שדרך הפועלים להשכיר את עצמם בכל מחיר, ולכן אין גם אונאה בפועל, ולענייננו – אין לומר שהוזיל לו את המחיר. וראה גם ר"י מיגאש, ב"ב שם, ויד רמה, ב"ב, פרק ה, סי' קיב.

[253] ב"מ סה ע"א. השכירות משתלמת הן בסוף הן בתחילה, שכן השוכר רוכש זכויות במושכר מיד, בניגוד למכר, בו רק העברת הבעלות מחייבת את המחיר כאמור לעיל.

[254] משום כך סבור הרשב"א, שבשכירות חפץ או בית מותר אף שלא נכנס לגור מיד, כי אינו יכול לחזור בו. וכן נפסק בנקודות הכסף, יו"ד, סי' קעו. זאת בניגוד לדעת התוספות, ב"ב שם, ד"ה דינר ליום.

[255] ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' א; נקודות הכסף, יו"ד, סי' קעו. וראה עוד: פד"ר ו 182, 191. דבריהם יובאו להלן, ליד ציון הערה 267. לסיכום השיטות ראה: ב' ליפשיץ, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות, עמ' 75 ואילך.

בגדר חוב עליו[256]. אולם מלשון הרשב״א והריטב״א אין נראה כן, כאמור. וכן כותב השיטה מקובצת שם: ״וא״ת: והלא בשכירות, אפילו שהתחיל עמו במלאכה, לא קנאו להשתעבד בו... יכול לחזור בו... התם לא משום דלא חיילא שכירות, אלא משום דכתיב: כי לי בני ישראל עבדים... וכל זמן שאינו חוזר בו, הרי הוא נשכר בכסף שנתן לו, ואע״פ שלא התחיל עמו במלאכה, וכשוכר בית לדור בו לאחר חדש... אלא חומרא היא דאחמור רבנן, דכיון דלא עביד בהדיה, מתחזי כאגר נטר ליה, משום דפועל יכול לחזור בו, ודמי להו לאינשי כהלואה״.

אמנם לטעמו של הרשב״א, ל״מיחזי כריבית״ — אפשרות החזרה — יכולה להיות השפעה כשאין לעובד זכות חזרה. וכך כותב הריטב״א במפורש, ביחס לפועל שנשכר בקניין[257], כפי שיטתו שתוסבר להלן. השאלה היא: האם יש נפקא מינה זו ביחס לקבלן[258]? אולם נבחן תחילה אם יש הבדל בין הפועל ובין הקבלן בהקשר זה של מהות הקשר המשפטי.

5. האם יש הבדל בין פועל לקבלן?

כבר הזכרנו את ההבדל בין הפועל לקבלן ביחס לזכות החזרה, המופיעה בתלמוד (ב״מ עו ע״ב). והשאלה היא: האם שני אלה שונים גם בנידון דידן — מהות החוזה בינם לבין המעביד?

ב׳ ליפשיץ[259] דן בנושא זה באריכות, והוא מתייחס גם לשאלה זו, ואסכם את דעתו בקצרה. לשיטת הגאונים והרמב״ם[260], בפועל, כמו בעבד עברי, יש קניין הגוף. אין אונאה בפועל, כי גופו קנוי לזמן, כעבד עברי, ואין אונאה בעבדים. דין מיוחד מאפשר לפועל לחזור בו, כפי שנדרש מן הפסוק ״כי לי בני ישראל עבדים״ (ויקרא כה, נה), כדי שלא יהא עבד ממש. לעומת זאת, הקבלן אין גופו קנוי, ואין מצדו כי אם הבטחה לעבוד, שהיא בגדר קניין דברים, ויכול לחזור בו, אלא ש״ידו על התחתונה״ מצד עילה נזיקית. לגאוני ספרד, החל ברמב״ן והרשב״א, יש שיטה אחרת, ולפיה אין קניין הגוף כי אם חיוב הגוף לעבוד, הן בפועל הן בקבלן. וכמו שהתחדש בזמנם שיכול אדם להתחייב להקנות דבר שלא בא לעולם (ראה תוספות, כתובות נד ע״ב, ד״ה אע״פ), כן יכול אדם להתחייב לעבוד, אם כי הוא רשאי לחזור בו, כפי שנדרש מן

[256] ראה לעיל, ליד ציון הערה 230. אך במסקנת דבריו, מחנה אפרים חוזר בו מהוכחה זו. ראה לעיל, הערה 233.

[257] ראה: חידושי הריטב״א לב״ב פז ע״א, דבריו הובאו גם בנימוקי יוסף, ב״ב מג ע״ב (בדפי הרי״ף). דבריו הובאו להלכה גם בספרם של הרב מ׳ הרשלר והרב א׳ היישריק, תורת רבית, ירושלים תשמ״ט, פרק יד, טז. וראה עוד: ר״מ ריסנר, מבוא שערים, בני־ברק תשנ״ב, סי׳ י.

[258] אם נשכר בקניין, אף לדעת רבנו תם בתוספות, ב״מ מח ע״א (ד״ה והא), והרמ״א, חו״מ, שלג, א, והש״ך, סי׳ שלג, ס״ק ד, אינו יכול לחזור בו. וראה: תורת רבית, הנזכר בהערה הקודמת (הערה לח), הדן בצורות הקניין למיניהם. אם נשכר שלא בקניין, ראה להלן, הערה 271.

[259] ב׳ ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, פרקים ד-ה.

[260] רמב״ם, הלכות מכירה, יג, טו. ראה שם, עמ׳ 35.

הפסוק "כי לי בני ישראל עבדים". לפי זה, ההבחנה בין הפועל, העובד לפי זמן, לבין הקבלן, שעובד לעצמו, אינה ברורה די צורכה. עד כאן תוכן דבריו.

ההבחנה החדה בין שיטת הגאונים והרמב"ם לבין שיטת ראשוני ספרד ובירור זיקת השיטה הראשונה לדין אסמכתא, לדעתו של פרופ' ליפשיץ, טעונה עיון נוסף. אעמוד על כך בקצרה להלן, בנספח י, ואין כאן מקום לדיון זה. נפנה עתה להבחנה בין הפועל ובין הקבלן לפי השיטה הראשונה.

הראייה החזקה להבחנה בין הפועל ובין הקבלן היא מדין אונאה, וכבר עמד על כך בעל תרומת הדשן[261]. לעניות דעתי, הראיה משם אינה הכרחית[262]. על כל פנים, קשה להבין מדוע יש אונאה בקבלן, שהרי אין כל חוזה מחייב בין הצדדים[263]. אמנם עצם ההבחנה בין הפועל לקבלן קיימת בהקשרים נוספים, מלבד עניין החזרה, וכבר הזכרנו כמה מהם[264], אך זו אינה בנויה דווקא על השאלה אם גופו קנוי אם לאו. אדרבה, בעניין אחד מצינו סברה הפוכה. אחד ההבדלים בין הפועל לקבלן – לפי כמה דעות – הוא ביחס לצורך העובד להיזקק לעבודה חלופית, אם המעביד חוזר בו[265]. אמנם יש מי שמסביר חילוק זה בהבדל בין "עבד" (פועל שכיר) לבין מי שאינו עבד (קבלן)[266]. אך בית הדין הרבני[267] נזקק להבחנה זו בעובד שקיבל תשלום מראש, ובקבלן – לעומת הפועל – אינו חייב להיזקק לעבודה חלופית, והטעם הוא: "בשכירות חלה השכירות מיד כששכר, שהרי אין המשכיר[268] יכול לחזור בו... אבל בפועל, הרי אין עליו חלות שם פועל, שהרי יכול לחזור בו אפילו בחצי היום עד לאחר שעבד... כל זמן שלא עבד, אינו פועל".

לכאורה נשמע מכאן כי שם קבלן חל מיד, וזכה בשכרו בלא צורך להיזקק לעבודה חלופית. לפי זה, היה מקום לומר כי גם לעניין ריבית, בקבלן אין איסור להקדים מעות, כי חל עליו מיד שם קבלן, ולא "מיחזי כריבית", על דרך דברי הריטב"א ביחס לפועל

[261] בתשובותיו, סי' שיח. דבריו הובאו במשנה למלך על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה יח. וזה לשון תרומת הדשן שם: "משום דלגבי פועל אמר (ב"מ עז ע"א), דיכול לחזור בו, מהאי טעמא, דכתיב: כי לי בנ"י עבדים... וקבלן אינו יכול לחזור מהאי טעמא. אלמא, פועל דמי לעבד ולא קבלן". וראה עוד נתיבות המשפט, סי' קעו, ס"ק ס, שהפועל – בניגוד לקבלן – נחשב כעבד, ודינו כקרקע, ואין דיני שמירה כלפיו.

[262] ראה לעיל, הערות 225, 231.

[263] ראה מגיד משנה, הלכות מכירה, שם. המהרי"ט בתשובותיו, ח"ב, חו"מ, סי' יט, נדחק לומר שמדובר דווקא בקבלן שעובד בכלי המעביד, אף על פי שלדעת הרמב"ם, הלכות שכירות, י, ד, אין אומן קונה בשבח כלי. אולם לאבן האזל יש הסבר אחר, ולפיו נראה שמדובר בכל קבלן. עיין שם.

[264] ראה לעיל: סעיף ה (שיטת רבנו תם); חידושי ר' עקיבא איגר, ב"מ עט ע"א (ביחס לתשלום שכר באונס); מאמרי בתחומין ז (לעיל, הערה 46), ביחס לעקרון החילוף.

[265] ראה: מאמרי בתחומין ז (לעיל, הערה 46), עמ' 436.

[266] ראה: הגהות אשרי על הרא"ש, ב"מ פרק ו, אות ה; דבריו הובאו במאמרי ב"תחומין" ז (לעיל, הערה 46), עמ' 442.

[267] פד"ר ו 182.

[268] הכוונה היא לקבלן שמשכיר את עצמו.

שנשכר בקניין[269]. אמנם נראה לי שקשה להרחיק לכת עד כדי כך, שכן בעצם גם הקבלן יכול לחזור בו, אלא "שידו על התחתונה", כפי שנתבאר בסעיפים הקודמים[270]. אין זה דומה לשיטת רבנו תם והריטב"א, האומרת שאינו יכול לחזור בו[271].

מאידך גיסא, אין די ראיות להכריע לכיוון השני, שהקבלן שונה מן הפועל באופן כה מהותי, אלא בשניהם אפשר לומר שגופם קנוי ואפשר לומר שאינו קנוי. ההבדל הוא בשאלת הזמן — אם זמנו בידו — עם כל הקושי שיש בהגדרה.

6. שעבוד פועל וקניין דברים

העלינו אפוא שלוש אפשרויות להסבר מעמדו המשפטי של העובד: יחס של קניין — גופו קנוי; יחס של חיוב, אבל אין גופו קנוי[272]; הבטחה לעבוד, שאינה מחייבת, אלא שכנגד קבלן החוזר בו — בניגוד לפועל — יש סנקציה ממונית ("ידו על התחתונה"), כפי שהסברנו בתחילת הפרק.

הדרך השנייה, המיוחסת לכמה מן האחרונים, כאמור, מעוררת קושי: מה פשר החיוב לעבוד? מדוע אין זה בגדר קניין דברים? להלן נראה שהש"ך העלה קושי זה על שיטת הריטב"א, השוללת אפשרות חזרה בחוזה שנעשה בקניין. אך כעת אנו דנים על כל חוזה עבודה, והשאלה היא: מה פשר חיובו?

נראה לי שכמה מן הראשונים הרגישו בקושי זה, והם עדיין מייחסים לפועל קניין מסוים, גם אם אין "גופו קנוי" כעבד. הם עסקו בשאלה זו בהקשר לבעיית "דבר שלא בא לעולם", שהיא קרובה לשאלת "קניין דברים", כפי שראינו בפרקים הקודמים, שהרי אף כאן אין לקניין על מה לחול עתה. הראב"ד עסק בשאלה זו בקשר להסכם אומנים להשתתף בשווה ברווחי עבודתם. בפרק התשיעי נאריך בעניין זה, אך כאן נציין בקצרה, שעל דברי הרמב"ם[273], השולל הסכם בקניין מעין זה, משום שהוא בגדר דבר שלא בא לעולם, משיג הראב"ד: "רבותי הורו שהאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין העבדים. וכשם שמצינו באמירת: יקדשו ידי לעושיהן (כתובות נט ע"א)".

[269] ראה ליד ציון הערה 257.

[270] ראה הערות 153, 172. וראה: אבן האזל על הרמב"ם שם, שהקשה כן על תרומת הדשן (לעיל, הערה 261) מדברי הרמב"ם מהלכות שכירות, פרק ט, שעולה מהם "דלענין חזרה פועל וקבלן חדא הוא", מכוח דרשה הפסוק "כי לי בני ישראל עבדים".

[271] ואכן בספר תורת ריבית (לעיל, הערה 257), פרק יד, יח, נאמר כי שו"ע הרב, יו"ד, הלכות רבית, סעיף טו, השווה בעניין זה בין קבלן לפועל, ובשניהם אם לא התחיל מיד — כשלא נעשה קניין — אסור. בעל "תורת ריבית" אומר כי די שיתחיל לעבוד מיד, אפילו לא יעבוד ברציפות. אך אולי אפשר להרחיק לכת ולומר, כי בקבלן די שלפי ההסכם מזומן הוא לעבוד מיד, אך למעשה הרי זמנו בידו. וצריך עיון.

[272] בשיטה זו הולכים כמה מן האחרונים. ראה הערה 243. וכן כותב נתיבות המשפט, סי' שלג, ס"ק ו: "וכן כמה פעמים מסיק הש"ך בסי' זה דאין לבעה"ב קניין הגוף בפועל". ובסי' רג, ס"ק ז: "אבל פועל אין גופו קנוי והקניין שמועיל בפועל אינו רק על התחייבות שהפועל התחייב עצמו לעשות מלאכה בקניין".

[273] הלכות שלוחין ושותפין, ב, ד.

כבר הבאנו לעיל דברים אלו[274], ומהם לומד הראב"ד שיכול אדם להקנות את גופו למלאכה.

בכיוון מחשבה זו צועד גם הרשב"א[275], שנשאל בעניין "אשה מעוברת שהקנתה גופה לראובן להניק לו בן משתלד". והשיב כי אף שאין זה בגדר קניין הגוף של עבד, שבין כך אינו נוהג בזמן הזה (קידושין סט ע"א), בכל זאת אין החלב בגדר דבר שלא בא לעולם. ונימוקו הוא: "אין אומרים בשכירותו דבר שלא בא לעולם, שגוף השכיר הוא שמשועבד למה שנשכר, כשוכר שדה או כרם מחבירו, שהפירות הבאים לשוכר", אף על פי שהאישה יכולה לחזור בה ככל פועל. ומסכם הרשב"א: "אין כאן קניית גופה קניין גמור, אלא קניין כל דהו, כדי שיוכל לקנות ע"י כן החלב... כענין דקל לפרותיו... וכדאמרינן (כתובות נט ע"א): יקדשו ידי לעושיהן, דידים איתנהו בעולם".

לפי זה נראה כי גם אם אין "גופו קנוי", לעניין מחילה בעל פה[276] ולעניין חלה תוך הזמן ועוד, בכל זאת יש בפועל "קניין כלשהו" שמתגבר על בעיית דבר שלא בא לעולם ועל בעיית קניין דברים, כי יש לקניין על מה לחול. אמנם אין זה דומה להתחייבות ממונית, שהיא חלה על הגוף והנכסים, ואינה הדירה [=בת חזרה]; ואילו התחייבות לעבודה, שחלה על גופו בלבד, היא הדירה. דווקא מפני שהחיוב חל על גופו, וביצוע החוזה תלוי בו, ולא בממונו, הקלה התורה עמו, והרשתה לו לחזור בו, כפי שיבואר עוד בהרחבה בפרק הסיכום. כך מבחין הנודע ביהודה[277] בין הפועל לבין מתחייב ממון: "הן אמת, שכל גוף הדמיון... למה שנתבאר בחו"מ, סי' מ, שאדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב — אין הנדון דומה. ששם מיירי במחייב עצמו איזה התחייבות ממון, אבל כאן נתחייב ר' וועלף בעבודת הגוף, שמחוייב להשתדל עבורם ולעשות השתדלות, וזה אין עניינו לסי' מ, רק זה עניינו לדין פועל שמשכיר עצמו אצל בעה"ב לעבוד עבודתו, שיכול לחזור בו".

אמנם הרשב"א, בתשובה אחרת[278], אינו מבחין בין "מי שחייב עצמו ליתן כל מה שירויח מכאן ועד ל' יום" לבין השכרת גופו ללקט מציאות. וצריך לומר כי אין כוונתו אלא לומר שבשניהם תופסת ההתחייבות. אבל יש הבדל ביניהם: התחייבות להקנאת מה שירוויח היא התחייבות ממון, ואינה הדירה, וחלה גם על רווח שיבוא ממילא, כמו ירושה; ואילו התחייבות הפועל חלה רק על פרי עבודתו, והיא הדירה, ולכן נראה שאינה חלה למשל על רווחי ירושה, משום שאין בהם שום פעולה.

ועדיין יש לעיין בהיקפה של התחייבות הפועל. הרמב"ן[279] מסכים שקניין אומנין ברווחי עבודתם מועיל, שכן הם נחשבים שכירים זה לזה. אבל שותפות על מיקח שיקנו בעתיד, "במה קנאו הלה"? הרי אין זה פרי עבודתו. אבל הרשב"א (ב"ב ט

[274] ליד ציון הערה 205.
[275] בתשובותיו, ח"ב, סי' עב.
[276] ראה שיטת הרשב"א לעיל, הערות 188, 194.
[277] מהדורא קמא, חו"מ, סי' ל, ס"ק ח.
[278] ח"ג, סי' סה.
[279] בחידושיו לב"ב ט ע"א.

ע״א) חולק עליו: ״ואני אומר, דדין פועל ודין השותפין אחד הוא בכל דבר שיש בו מעשה, כגון שנשתתפו בין במה שיקנו או שירויחו או במציאותיהן״. כלומר, לפי הרשב״א, יכול הוא להשכיר את עצמו גם למה שיקנה בעתיד. אמנם ״הני מילי בכל דבר שיש בו מעשה... אבל במניעות, כמו שהתנו שלא יעשה זה ביומו של זה, הא ודאי לא שייך בשותפין... דבמה נשתעבדו שלא לעשות?״. לאור האמור לעיל, ייתכן גם שיש להבחין בין ליקוט מציאה לבין מציאה שהגיעה אליו בלא טרחה, כגון שזיכו לו על ידי אחר, שאינה בכלל שכירותו.

עד כאן ניסינו להציג את גישתם של כמה מן הראשונים באשר לחוזה עבודה. אך בדברי כמה מן האחרונים[280], מיטשטש ההבדל בין התחייבות לעבוד לבין התחייבות להקנות ממון. חוזה עבודה נתפס כחיוב לעבוד, כשאין גופו קנוי, והוא מתבאר על פי חידושו של התוספות בשם ר׳ אליהו[281], שיכול החתן לחייב את עצמו בממון שאין לו, כי החיוב חל על גופו, ואם כן יכול גם לחייב את עצמו לעבוד. כבר הזכרנו כי לפי גישה זו, אנו מצמצמים את דין קניין דברים, ואין הוא חל אלא בהקנאה; אבל התחייבות אישית, שחלה על גופו על המתחייב, אינה בכלל קניין דברים[282]. אמנם לפי גישה זו, יקשה עניין החזרה: אם אין שום ״קניין הגוף״, מה בין מתחייב ממון למתחייב עבודה? ודוחק לומר שפועל שינקוט לשון חיוב, דינו ככל מתחייב ממון, אלא שסתם פועל אינו אומר זאת. שאם תאמר כן, מניין נובע חיובו לעבוד? וצריך עיון.

ז. פועל שנשכר בקניין — שיטת הריטב״א

עד כה ראינו שיש לפועל זכות חזרה, אפילו אם נשכר בקניין. גם לדעת רבנו תם, האומר שהקניין קושר את הצדדים יותר מחיוב ממון גרידא, אין הדברים אמורים כי אם בקבלן, כפי שהסבירו התוספות לעיל[283]. אך באשר לשכיר, הרי מפורש בגמרא שהפועל חוזר בו באמצע היום מכוח רעיון חירות האדם מאדם.

והנה בא אחד מן הראשונים, הריטב״א, בשם רבו, ומחדש שאין הגמרא מדברת אלא בסתם שכירות שהסכימו עליה הצדדים. אבל אם נשכר הפועל בקניין, אין הוא רשאי לחזור בו. וזה לשון הריטב״א:

[280] ראה הערה 272. דוגמה לקושי זה עולה מהשוואת דברי נתיבות המשפט, שהובאו בהערה שם, לעומת דבריו שהובאו ליד ציון הערה 246.

[281] תוספות, כתובות נד ע״ב, ד״ה אע״פ. וראה: ב׳ ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, עמ׳ 52, שהביא מקורות נוספים מן האחרונים שהולכים בדרך זו, ולדעתו זו היא שיטת גאוני ספרד והרמב״ן והרשב״א וסיעתם כאמור לעיל.

[282] וראה תוספות, כתובות שם, שמשווה אותו חתן לשומר שמתחייב לחרוג מדינו, ומה שכתבנו בזה לעיל פרק רביעי.

[283] עיין ב״מ מח ע״א, ד״ה והא. וכן הוא ברא״ש שם, אות ט. ראה לעיל, ליד ציון הערה 169.

ודעת מורי הרב[284] שאין כל דיני משנתנו וגמרא דעלה אלא במי ששכר פועלים באמירה בלא קניין[285]. שאם נתחייבו פועלים בקניין, הרי המלאכה מוטלת עליהן. ואפילו אם נאנסו, חייבין להשלימה על ידן או ע"י אחרים או לשלם מה שהפסיד בעל הבית. וה"ה כשקבלו כבר כל שכרן.

וכן כתב בתשובותיו, בשם רבו[286]:

שלא אמרו שהפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה כדין פועל של תורה. אבל כל שמשתעבד בקניין, לטפויי מילתא אתא [=להוסיף דבר בא], שלא יוכל לחזור בו.

חידוש זה לא נמצא לו חבר בראשונים במפורש[287]. אדרבה, יש מהם שאומרים להפך, כפי שעולה מדברי הריב"ש[288] והרשב"א[289]. האחרונים נחלקו אם לקבל את דברי הריטב"א להלכה[290].

אך לגופו של עניין, תמה הש"ך, והוא מעלה שתי השגות: ראשית, מה פשר קניין

[284] בחידושיו לב"מ עה ע"ב, סוף ד"ה להביא פרייפרין. וראה הערה 286.

[285] ראה ב"מ צד ע"ב — "בעלים באמירה". אך בריטב"א שם מבואר שהכוונה לאמירה שקדמה לתחילת מלאכה דווקא, והוא דומה להליכה שקדמה לתחילת מלאכה. ראה: רמב"ן, ב"מ עו ע"ב. וכן נפסק בשו"ע, חו"מ, סי' שמו, סע' ג.

[286] שו"ת הריטב"א, סי' קיז, ושם נזכר שהכוונה לרא"ה בשם רבותיו. והנה הריטב"א, ב"מ עח ע"א, בד"ה כשבאת חבילה לידו (בסיכום דיני מלמדים), אומר חידוש זה בשם רבו בשם הרמב"ן. אמנם ברמב"ן שלפנינו אין רמז לחידוש זה, ואדרבה, מחידושיו לב"מ ט ע"א משמע בפשטות, על כל פנים כשנשכר בכסף, שהפועל רשאי לחזור בו.

[287] מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ב, אומר שר' אליהו (תוספות, כתובות סג ע"א, ד"ה ממלאכה), האומר שהבעל חייב לעבוד כדי לפרנס אשתו, שכן התחייב בכתובתה; וכן הרא"ש (בתשובותיו כלל עח, סי' ב), הדן בדבריו — הולכים בשיטת הריטב"א (וראה רמ"א, אה"ע, סי' ע, סע' ג ונושאי הכלים שם). וקשה לי, שכן מהרא"ש, ב"מ, פרק רביעי (לעיל, הערה 283) משמע שהוא חולק על הריטב"א, והפועל יכול לחזור בו. וצריך עיון.
ועיין בחזון איש, חו"מ, ב"ק, סי' כג (כח) (דבריו הובאו בפד"ר ב 65, 86), האומר, שר' אליהו דיבר רק במזונות אישה, שהוא חוב אישות, ולא חוב ממוני גרידא, ואם כן אין ראיה משם לנידון דידן. וזה לשונו: "כשאר חוב... דאף אם ישתעבד בהדיא להשכיר עצמו, לא מהני, דהוי קניין דברים בעלמא, ולדעת רבינו אליהו... דדוקא למזונות אשתו. דשעבוד אישות אפשר דישנו גם בגופו, כמו עונתה. והכי נמי בשארה וכסותה". ובמקום אחר (אבן העזר, סי' קח (י)) הוא מסביר שחכמים חייבוהו לעבוד. עיין שם. יש אומרים שהראב"ד סבור כריטב"א. ועוד נדון בזה להלן, פרק תשיעי, ליד ציון הערה 68.

[288] שו"ת הריב"ש, סי' תעו, שהובא בש"ך, חו"מ, סי' שלג, ס"ק יד. וראה גם בריב"ש, סי' תפד.

[289] ראה: שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' עב, פז; חידושיו לב"ב ט ע"א. וראה עוד: אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ עז ע"א, עמ' תרכז, הערה 158.

[290] ראה: ש"ך הנזכר לעיל (הערה 288); ט"ז, שם, סע' ב; פתחי תשובה, שם, ס"ק ד. שיטת הריטב"א הובאה בב"י, חו"מ, סי' שלג, סוף ס"ק א. אך מאחר שלא חזר על הדברים בשו"ע, נראה שהש"ך מצדד שם לומר שלא קיבלם להלכה. וכן הוכיח קצות החושן, ס"ק ה, מדברי

זה? הרי הוא בגדר קניין דברים[291]; שנית, הרי הגמרא אומרת שיש לפועל זכות מיוחדת המאפשרת לו לחזור בו משום ״עבדי הם״, ואם כן מה טעם ישתנה דינו כשנשכר בקניין? יתר על כן, אפילו עבד עברי יוצא בגירעון כסף בעל כורחו של אדוניו, והייתכן שהפועל גרוע ממנו? ובכלל, יש להבין, מניין לריטב״א חידוש זה, שאין לו זכר בגמרא? יש כמה גישות בהסבר שיטה זו, כמבואר להלן.

1. הסבר השיטה

(א) קניין הגוף השולל גם זכות החזרה

על השאלה הראשונה של הש״ך, עונה קצות החושן[292] כי הפועל שעבד את גופו, וכך יצאנו מגדר קניין דברים[293]. אשר לשאלה השנייה (״עבדי הם״), מסביר אחד מן האחרונים[294] שהפועל רשאי לשעבד את גופו יותר מעבד עברי, ולכן לא יוכל לחזור בו. כלומר, דווקא בעבד עברי, מתוך חומרו בא קולו[295]. כיוון שהוא עבד, הרי מתחילה כאילו הוסכם שיש לו זכות לצאת בגירעון כסף. מה שאינו כן בפועל שכיר, שבסתם יש לו זכות לחזור, אך כשנשכר בקניין הוא משעבד את גופו בלא זכות חזרה[296].

השו״ע, שם, סע׳ ג. וראה עוד: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה ג; דיני ממונות, להרב ע׳ בצרי, ח״ג, שער ראשון, פ״ב, ו.

[291] סי׳ שלג, ס״ק יד. וקשה לי לפי זה, מדוע מסכים הש״ך (שם, ס״ק ד; לעיל, הערה 172) לרבנו תם שהפועל־הקבלן שנשכר בקניין אינו יכול לחזור בו? ייתכן שהש״ך סבור שהעובד יכול לשעבד את גופו לעבודה, ראה להלן, הערה 316, בהסבר דברי רבנו תם. אך לריטב״א יש כאן — להבנת הש״ך — קניין על התחייבות שלילית, שלא לחזור בו, והתחייבות זו אינה מועילה לדעתו אף כששעבד גופו, כך אפשר להבין מדברי הראי״ה קוק בספרו, אורח משפט, סי׳ כא. ועדיין צריך עיון.

[292] סי׳ שלג, ס״ק ה.

[293] המבי״ט, בתשובותיו, ח״ב, סי׳ קלב, דן בהסכם שנעשה בקניין על צביעת בגדים, והוא מאריך להסביר שאינו בגדר קניין דברים. זאת בעיקר משני טעמים:
א. משמעות הקניין היא הקנאת הבגדים לצורך צביעה, בדומה להקנאת בית לדירה. אך לא ברור לי מניין לו זאת. ועוד, כיצד נסביר הסכם עבודה שאין בו הקנאה, כגון תכנון בית על ידי אדריכל?
ב. לפי הריטב״א, פועל שנשכר בקניין אינו יכול לחזור בו, ואם כן כמו שבמכר, משיכת הקונה מחייבת את שני הצדדים, כך גם כאן, המעביד אינו יכול לחזור בו. אך דמיון זה טעון הסבר — מה כאן הדבר הנקנה? ועוד, ״ערבך ערבא צריך״, שהרי עצם חידושו של הריטב״א ביחס לפועל מעורר שאלה של קניין דברים, כאמור בש״ך. ועוד, האם המבי״ט סבור שחוזה עבודה בלא קניין הוא בגדר קניין דברים, ואינו מחויב מעבר לעילה הנזיקית במקרה של הפרה? וצריך עיון.
בסוף תשובת המבי״ט, מובאת הסכמת הרדב״ז, המסביר כדברי קצות החושן, המובאים בסמוך, שהקניין חל על גוף השוכר והמשכיר, ״ויש בהם ממש, והקניין משעבדן״.

[294] שו״ת שבות יעקב, ח״ב, סי׳ קפד.

[295] השווה למה שנאמר לעיל, הערה 178, לעניין העבדתו בפרך.

[296] ״שבות יעקב״ מוסיף שכל זה אמור בקניין כסף או שטר שנקנה בהם גם עבד עברי; אך בקניין

כמו כן יש לומר, שהפועל שעבד את גופו גם למקרה של אונס. יש להסביר שטענת האונס מתקבלת בהתחייבות, היינו חוזה שמתחיל ויש לו המשך ביצוע, ובאונס הוא פטור, אך לא בחוזה ריאלי, כגון המכר. הקונה בית אינו יכול לטעון כנגד המוכר, אם נשרף הבית מיד לאחר גמר המיקח. אם כן, גם בנידון דידן, יש צד הקנאה, וכבר "זכה" המעביד באותו קניין גוף גם במקרה של אונס. ואם תאמר לאידך גיסא, "נסתחפה שדהו", ודינו כמי שקנה בית ונשרף, כמו שאמרנו לעיל לעניין עבד עברי, שאין מנכים לו משכרו ימי חוליו[297], אין הדבר כן, משום שהעבד גופו קנוי במידה גדולה יותר (אם כי אינו כקניין בית ממש); ואילו דין הפועל, שנשכר בקניין, דומה לשכירות בית, היינו יש בו גם יסוד חוזי לצד היסוד הקנייני. משום כך, לא רק שאין המעביד משלם לו עבור ימי מחלתו, אלא שהעובד חייב להשלימם. במילים אחרות, מצד היסוד החוזי כשלעצמו, פועל — בלא קניין — פטור מביצוע החוזה כשנאנס. מצד היסוד הקנייני כשלעצמו, אף כאן מפסיד המעביד, כמו במקרה של עבד עברי. ודווקא השילוב בין שני היסודות מסביר את החיוב של פועל שנשכר בקניין. ועדיין יש להשוות את דינו לדין השוכר בית ונפל, ובעזרת ה' עוד נשוב לדון בעניין זה במקום אחר.

(ב) שעבוד הגוף והנכסים

יש מן האחרונים שהבינו שכוונת הריטב"א היא שעל ידי הקניין הפועל מקבל עליו את העבודה כחוב, והוא משעבד את עצמו ואת ממונו לפרוע חוב זה[298]. הגמרא עסקה בסתם שכירות פועל, אך אם מדובר בחיוב ממון, הרי חיוב זה אינו ניתן לחזרה[299]. לפי זה, אין הקניין מגביל אותו כפועל שזמנו משועבד למעביד, אלא הקניין חל על המרכיב הממוני שבעשיית המלאכה. וזהו שכתב הריטב"א בחידושיו: "הרי המלאכה

משיכה או סודר, אין גופו נקנה, והוא בגדר קניין דברים. ואם כן, אין ראיה מן הרא"ש (לעיל, הערה 283) והריב"ש (לעיל, הערה 288) שהם חולקים על הריטב"א. בכך גם יוסבר שהריטב"א החולק על רבנו תם ביחס לקבלן (לעיל, הערה 173), אינו סותר את עצמו, שכן מעשי הקניין שונים. אולם דבריו קשים בעיניי משלושה טעמים. ראשית, הריטב"א מדבר ב"קניין", וסתם קניין הוא קניין סודר. מאידך גיסא, מן הריב"ש שם, משמע כי בכל קניין חוזר בו. שנית, אם בקניין סודר או במשיכה גופו אינו נקנה, מדוע הוא מועיל בפועל־קבלן, לפי רבנו תם, שלא יוכל לחזור בו, כפי שנפסק ברמ"א, שם, סע' א, ובש"ך, ס"ק ד (לעיל, הערה 291)? שלישית, "קניין דברים" עוסק בשאלה המהותית של תוכן הקניין: על מה הוא חל, ומה עניין דרך הקניין לכך?

[297] ראה ליד ציון הערה 213.

[298] ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סי' ב (אמנם בתוך דבריו הוא אומר גם שהוא משעבד את עצמו כעבד עברי, הנוהג לדעת הריטב"א גם בימינו, בלא הצד האיסורי); שו"ת מהריא"ז ענזיל, סי' טו; חזון איש, חו"מ, ב"ק, סי' כא (כט). אלא שחזון איש כותב שכן הוא בקניין סודר, אבל בקניין משיכה או כסף אין משמעות של שעבוד נכסים, ולכן אין ראיה מדברי הרא"ש (לעיל, הערה 283) שהוא חולק על הריטב"א. וקשה לי על דבריו, שכן מהריטב"א (לעיל, הערה 284) בחידושיו מוכח שקניין כסף דומה לקניין סודר. עיין שם.

[299] השווה לדברי התוספות, ב"ב ג ע"א, ד"ה כי רצו, שיכול אדם לשעבד את עצמו ואת נכסיו לבנות ביתו של חברו.

מוטלת עליהן... על ידן או ע״י אחרים או לשלם מה שהפסיד בעל הבית״, וניתן לפרש זאת כחיוב ממון. כך ניתן להסביר גם את חיובו אף כשנאנס, שהחיוב הממוני אינו מוטל על גופו דווקא[300].

הסבר זה מתאים לאמור בדברי הריטב״א בחידושיו, אך יש מן הדוחק להסביר כן את תשובתו. הריטב״א עצמו מסיים לכאורה את תשובתו באפשרות של שעבוד הגוף והנכסים שהיא מועילה לדעת הכול, אף לדעת התוספות, החולק עליו[301], ומשמע בפשטות כי עד כה לא עסק הריטב״א בשעבוד נכסים[302]. לכן נראה לי להציע הסבר אחר, כמבואר להלן.

(ג) ויתור על זכות

לפי ההסברים שנאמרו עד כה, חוזה עם קניין הוא חוזה מסוג אחר, שהקניין חל על הגוף או הנכסים. אולם אפשר שאין כוונת הריטב״א להרחיק לכת עד כדי כך, ולפנינו חוזה אחד המלווה על ידי החוק (התורה) בזכויות שונות שניתן לוותר עליהן. ואם כן, באנו לסוגיית ״מתנה על מה שכתוב בתורה״. הכלל אומר שב״דבר שבממון״ האדם רשאי להתקשר בהסכם האמור בתורה גם לא לפי תנאי התורה. כך יכולה אישה להינשא בלא זכויות למזונות או לכסות[303]. אם כן, גם הפועל יכול לוותר על זכות החזרה שיש לו מן הדין. ואם תאמר שזכות זו אינה בגדר דבר של ממון, משום שהיא נוגעת לחירותו האישית, הרי בעניין דומה מצינו מחלוקת בראשונים בעניין משמעות המושג ״דבר שבממון״: האם ויתור האישה על ״שאר כסות ועונה״ חל גם על העונה אם לאו. הריטב״א, כמובא בסמוך, סובר שכן, אף שיש בוויתור על העונה ״צער הגוף״. זאת בניגוד לרש״י ורוב הפוסקים, הסוברים שהאישה אינה יכולה למחול על עונתה[304]. אם כן, לריטב״א, גם בנידון דידן, הפועל יכול לוותר על זכות חזרתו. אמנם עדיין יש הבדל בין ויתור זה לוויתורה של אישה שנישאת בלא זכויות. בדרך כלל, בשעת עריכת הסכם, כגון קידושי אישה, יכול אחד הצדדים להסכם לשנות את תנאי ההסכם, כולל ויתור על זכויותיו, בלי קניין מיוחד על הוויתור, שכן ההסכם עצמו נעשה בקניין על

[300] בניגוד להסבר הקודם, אומר החזון איש שקניין הגוף אינו חל על אונס, ומכאן מוכיח שכוונת הריטב״א היא לשעבוד נכסים, כאמור לעיל.

[301] נראה לי שכוונת הריטב״א היא לדברי התוספות, קידושין יז ע״א, ד״ה חלה. עיין שם.

[302] אמנם חזון איש הבין שם שחידושו של הריטב״א הוא, שבסתם קניין, אף שלא אמר כן, התכוון הפועל לשעבד את נכסיו. אולם הריטב״א חוזר על חידושו בב״ב פז ע״א (לעיל, הערה 257). וזה לשונו: ״שאילו שעבד עצמו בקניין לפעולה ההיא בענין שלא יוכל לחזור בו״ (ועיין עוד נימוקי יוסף, ב״ב מג ע״ב, בדפי הרי״ף), ומשמע שהוא צריך לפרש את ויתורו על זכות החזרה בשעת הקניין. וכן מוכח מן העובדה שאסור להקדים מעות בלא קניין לפני העבודה, משום ריבית (ראה לעיל, הערה 251), אם כן מדוע אין בהקדמת המעות משום קניין כסף? על כורחך נמצאת אומר שלא התכוונו לקניין בלא זכות חזרה.

[303] ראה כתובות נו ע״א.

[304] ראה: רש״י, כתובות, שם, ד״ה בדבר שבממון; טור ושו״ע, אה״ע, סי׳ סט, סע׳ ו (בית שמואל, שם, ס״ק ה, הביא דעה אחרת). וראה: שו״ת הריב״ש, סי׳ תפד, שאכן לשיטתו הסמיך את שני הדינים, היינו שהתנאי אינו מועיל על עונה, כמו שאינו מועיל בפועל, שלא יוכל לחזור בו.

יסוד התנאים שהוסכם עליהם[305]. אולם בשכירות פועל לא די שיסכימו שני הצדדים על ויתור בשעת עריכת ההסכם או בתחילת המלאכה, אלא תנאי זה צריך להיות מלווה בפעולת קניין. כיוון שסתם שכירות נקשרת בלא מעשה קניין, אלא בתחילת מלאכה, כאמור, ייתכן שאין די בדיבור בעלמא על ויתור על זכות החזרה בלא מעשה קניין[306].

לכשנתבונן, נמצא שהדברים כתובים בתשובת הריטב"א עצמה: "אבל כל שנשתעבד בקניין, לטפויי מילתא אתא, שלא יוכל לחזור בו, וכל כי האי גוונא תנאי שבממון הוא, שהוא קיים, כמתנה על שאר כסות ועונה. דאפי' עונה דבר שבממון הוא, כפי הפירוש הנכון וכפי הירושלמי (ב"מ ז, ז), וכל הנאה שבגוף כדבר שבממון חשוב[307], כמו שאמרו בירושלמי: איזהו דבר שאינו של ממון? שלא תצטרכי גט, שלא תהיה זקוקה ליבם. וכליה פרקין [=וכל הפרק] דהשוכר את הפועלים, דהיינו בפועל שנשכר בדברים, כל כי האי גוונא חדוש היא, ואין לנו בו אלא חדושו[308]. ועל דא אנא סמיך". לפי זה, אין לנו כאן עניין לקניין גוף או ממון מיוחד, אלא לסתם פועל המוותר בקניין על זכות חזרתו.

נראה שבדרך זו הולך אחד מן האחרונים – "זרע אמת"[309] – בהסבר הריטב"א. יתר על כן, הוא מוסיף כי אף התוספות בב"מ[310], המתיר לפועל להשכיר את עצמו בגלל אפשרות החזרה שלו, סבור כריטב"א, שכן כוונתו לומר שהפועל – בניגוד לעבד עברי – אין גופו קנוי, אף אם הוא מתנה שלא יוכל לחזור בו[311]. הסבר זה עולה יפה לדברי הריטב"א בתשובותיו[312], אך בחידושיו הוא אומר גם שהפועל חייב להשלים

[305] אולם ראה ריטב"א, ב"מ צד ע"א, ד"ה במאי בדברים. אמנם שם מדובר בחיוב שמקבל אדם על עצמו ומשעבד נכסיו יותר מדינו, אך בוויתור על זכות אפשר, כי בדרך כלל אין צורך בקניין, כאמור לעיל.

[306] ועדיין יש לעיין אם ויתור כזה אפשרי גם בעבד עברי, היינו שיקנה את עצמו לשש שנים בלא זכות גירעון כסף. ונראה שמתוך חומרו (לעיל, הערה 295), הקפידה התורה שתהא לו אפשרות חזרה. ראה שו"ת שבות יעקב (לעיל, הערה 296).

[307] וכן הוא בשיטה מקובצת, כתובות, שם, בשם הריטב"א.

[308] בפשטות יש לומר שהחידוש הוא שהפועל נשכר בלא קניין. אך שמא יש לפרש שהחידוש הוא שיש לפועל זכות חזרה, וחידוש זה יש לצמצמו רק לשכירות הרגילה של הדין, כשלא עשו קניין על השכירות.

[309] ח"ב, יו"ד, סי' צז. וניתן לומר גם שהריטב"א לשיטתו (ליד ציון הערה 198), שגופו קנוי, אלא שיש לו זכות מיוחדת של ביטול, הוא יכול לוותר עליה, כאמור לעיל.

[310] ב"מ י ע"א, ד"ה כי לי.

[311] לעניות דעתי אין הכרח לזה, ואפשר כי התוספות, וכל שכן הרמ"א, סי' שלג, סע' ג, האוסר לפועל להשכיר את עצמו יותר משלוש שנים בבית מעבידו, סבורים גם שהתנאה לא תועיל. זאת בייחוד לפי ההסבר הראשון שהזכרנו, שהקניין משעבד את גופו של הפועל. ובדוחק ניתן לומר שדי בהבחנה הנזכרת לעיל, לעניין אונס (ליד ציון הערה 297), כדי להצדיק אפשרות הפועל לשלול מעצמו זכות החזרה.

אמנם עדיין ייתכן שהם יסבירו את דברי הריטב"א כהסבר השני, כהתחייבות ממונית.

[312] לפי זה לכאורה היה נראה לומר כי לרוב הפוסקים, שוויתור האישה על עונתה אינו תופס, כאמור, אף ויתור הפועל על זכות חזרתו אינו תופס, כדברי הריב"ש. אולם באחרונים לא מצאתי

את המלאכה אף כשנאנס. ונצטרך לפרש בדוחק שמשמעות הקניין אינה רק ויתור על זכות החזרה, אלא גם התחייבות נוספת שאינה מצויה בפועל רגיל — להשלים את המלאכה אף אם ייאנס[313]. ושוב נסתבך בשאלה: האם תנאי זה אינו בגדר קניין דברים? אלא אם כן ניתן תוכן ממוני להתחייבות, היינו כעין קניין לבנות[314]. ואם כן, חזרנו להסבר השני שאמרנו, שמשעבד את נכסיו להשלמת המלאכה. סוף דבר, דברי הריטב״א בחידושיו — בניגוד לתשובתו — מתפרשים באופן נוח יותר דווקא לפי אחד ההסברים הקודמים.

2. היחס בין שיטות רבנו תם והריטב״א

לאור האמור עד כה, נשוב לשיטת רבנו תם[315], ונבחן את יחסה לשיטת הריטב״א. כזכור, סבור רבנו תם, שבקבלן שנשכר בקניין, אין הצדדים רשאים לחזור בהם. ניתן להסביר את שיטתו בשני אופנים.

א. שעבוד הגוף. רבנו תם סבור כריטב״א, לפי ההסבר הראשון בדבריו, שהעובד הקבלן משעבד את גופו למלאכה בלא אפשרות חזרה, אלא שבפועל יש עקרון־על — ״כי לי בני ישראל עבדים״ — הגובר על דיני החוזים, והוא מאפשר לפועל לחזור בו[316]. לפי זה, נראה שרבנו תם יסבור כריטב״א, שגם באונס חייב הקבלן להשלים את המלאכה[317]. אמנם ייתכן ששיטת הריטב״א ביחס לאונס מוסברת דווקא לפי ההסבר

מי שקשר בין שתי הלכות אלו. לא רק שהרבה מן האחרונים הסכימו לדעת הריטב״א, אלא גם הש״ך (לעיל, הערה 291) וסיעתו, שהתנגדו לדבריו, לא הסתמכו על דין עונה. אפשר שרוב האחרונים הבינו את דברי הריטב״א כמו אחד ההסברים הקודמים, ולפי זה אין כאן עניין להתנאה, אלא זהו חוזה מסוג אחר, שבו לא ניתנה כלל זכות חזרה. בין כך ובין כך, ייתכן שאין תלות בין שתי ההלכות הללו, ולשני הכיוונים: מחד גיסא, גם אם נסבור כריטב״א בעניין עונה, שהיא ניתנת למחילה, עדיין ייתכן לומר כי בעניינו אין שאלה של ״צער הגוף״, שלרש״י (לעיל, הערה 304) וסיעתו אין בו מחילה בלב שלם, אלא בעקרון של ״עבדי הם, ולא עבדים לעבדים״, שאינו ניתן למחילה. ואפשר שזו סברת הש״ך החולק על הריטב״א. מאידך גיסא, ייתכן כי אף לרש״י וסיעתו, שאין להתנות על עונה, ניתן להתנות על אי־חזרה של הפועל, שכן יש בזה פחות צער מהעדר עונה. ואפשר שזו היא סברת בעל ״זרע אמת״ הנ״ל (בהמשך דבריו הוא אומר כי אף לריב״ש, התנאה מפורשת תועיל. אך נראה שלא ראה את תשובת הריב״ש, סי׳ תפד; לעיל, הערה 304).

[313] לפי זה, אפשר שלשם כך יש צורך בקניין דווקא. ראה ליד ציון הערה 305.

[314] ראה: תוספות, ב״ב ג ע״א, ד״ה כי רצו (לעיל, הערה 299).

[315] ראה שיטת רבנו תם, לעיל, סעיף ה, לפי הבנת הש״ך, הערות 170, 172.

[316] כך עולה משו״ת ״שבות יעקב״ (לעיל, הערה 296. לפי זה, רבנו תם מדבר בקניין כסף או שטר. ועדיין צריך לעיין בדבריו, שהרי רבנו תם מדבר בקניין סודר. ראה: ש״ך, חו״מ, סי׳ שלג, ס״ק ד). וכך אומר חזון איש, ב״ק, סי׳ כג (כח), בדעת רבנו תם.

[317] אמנם טענת אונס אינה שכיחה בקבלן, כיוון שזמנו אינו משועבד. אך ייתכן שכלל אינו יכול להמשיך לעבוד, ועליו לדאוג להשלמת המלאכה.

השני בדבריו, ששעבד את נכסיו. ולפי זה, אם לפי רבנו תם שעבד רק את גופו, אינו חייב להשלים את המלאכה אם נאנס[318].

ב. שעבוד נכסים. גם לדעת רבנו תם, יש לומר ששעבד העובד את נכסיו, ואם חזר בו, גובים מנכסיו כדי לשלם לעובד אחר. זאת בניגוד לעובד בלא קניין, שאין גובים מנכסיו, כשחזר בו, אלא "ידו על התחתונה"[319]. ונראה שהוא הדין באונס. אמנם הפועל — בניגוד לדעת הריטב"א — יכול לחזור בו. להסבר זה יש השפעה גם על שאלת האכיפה, כמובא בסמוך. על כל פנים, אין להסביר את דברי רבנו תם בדרך ההסבר השלישי בריטב"א[320], היינו התנאה על ויתור על זכות החזרה. וראיה לכך ניתן להביא מדברי רבנו תם, ששני הצדדים — הן הקבלן הן המעביד — אינם רשאים לחזור בהם. ואילו להסבר זה בדעת הריטב"א, נראה שרק העובד מנוע מלהפר את ההסכם, ואילו המעביד נשאר בדין "ידו על התחתונה".

ח. אכיפת ההסכם

לפי שיטת רבנו תם והריטב"א, שהקניין קושר את הצדדים בלא אפשרות חזרה, עולה השאלה של אכיפת ההסכם על מי שחוזר בו. אשר למעביד, אין מדובר אלא בחיוב ממון, תשלום שכרו המוסכם של העובד, אם כי כפועל בטל. מסברה נראה היה לומר שאין העובד יכול לכפותו להעבידו דווקא כדי לקבל את מלוא שכרו המוסכם[321]. אמנם ביחס למלמד תינוקות, יש דעה ששוכרו אינו רשאי לסלקו באמצע, אף אם ישלם לו כל שכרו[322]. אך עיקר הבעיה עולה ביחס לעובד שחזר בו: האם כופין אותו לעבוד? ואם כן, כיצד כופין אותו?

[318] כך אומר בעל דברי משפט, חו"מ, סי' שלג. דבריו הובאו בפתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה ג. וראה עוד לעיל, הערה 300.

[319] ראה: שו"ת מהריא"ז ענזיל, סי' טו (לעיל, הערה 298).

[320] ראה לעיל, ליד ציון הערה 303.

[321] כן נאמר בשו"ת מהריא"ז ענזיל, סי' טו: "ממונו היא דאשתעבד, אבל לא לגופו". בהמשך דבריו הוא אומר: "גבי בעה"ב אין חילוק בין הי' שם קניין ובין התחיל במלאכה בלחוד". אמנם גם אם נאמר שיש חילוק (ראה לעיל, ליד ציון הערה 35), מבחינה אכיפת ההסכם, אין חילוק, כאמור לעיל.

[322] ראה שו"ת מכתם לדוד (לר' דוד פארדו), חו"מ, סי' יז. ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 122, הביא דעה זו כחולקת על דעת מהריא"ז ענזיל המובאת בהערה הקודמת. אולם מעיון בתשובה נראה שאין מדובר כי אם במלמד שעוסק במצווה. ואף שמצד אחד, הוא מקבל את כל שכרו, ולא רק שכרו כפועל בטל, משום שנוח לו ללמד מלהתבטל (ראה שו"ע, חו"מ, סי' שלד, סע' ד), סבור "מכתם לדוד" שסברה זו כוחה יפה גם לכפות את השוכר להמשיך ולהעסיק את המלמד. בין כך ובין כך, דין זה אמור גם במלמד שהתחיל ללמד בלא מעשה קניין, ואינו תלוי בחידושו של רבנו תם. וראה להלן, הערה 340, שבמלמד שחזר בו, יש גדר של "דבר האבד".

1. אכיפת העובד לפי רבנו תם ולפי הריטב״א

הש״ך[323] אומר: ״וצריך לעשות המלאכה, אם ירצה הבעל בית״. מה משמעות הדבר? לפי רבנו תם, שמדובר בקבלן, ולא בפועל, הרי יש למעביד תביעה כלפי התוצאה, כגון צביעת הבגד, כשאין לו פיקוח על דרך ביצוע העבודה ומשכו. ואם כן, מסתבר שהעובד יכול להעסיק עובד מחליף במקומו, ובלבד שתבוצע העבודה כמוסכם. אם אין העובד מסכים לדאוג לביצוע העבודה, אומר הש״ך[324] שאם יש בית דין במקום ״כופין אותו בעל כרחו״. כלומר, כופין אותו לדאוג לביצוע העבודה, אם על ידו אם על ידי אחר. כיצד? בפשטות נראה שכפייה בממון עדיפה מכפייה בגוף. כך עולה מדברי אחד מן הראשונים[325], ההולך כנראה בשיטת רבנו תם, ואומר: ״על כרחו חייב לעשות מה שקיבל עליו. שאם אינו רוצה לעשות, בית דין שוכרין פועל אחר משלו, ואע״ג דאייקור״. אמנם מדברי הש״ך, עולה לכאורה שכאשר אי אפשר לכפותו על ידי בית דין, אין שוכרין אחר על חשבונו[326].

כל זה מובן לפי ההסבר שהעובד בקניין משעבד את נכסיו[327]. אבל לפי ההסבר שהוא משעבד את גופו בלא אפשרות חזרה, נשאלת השאלה: האם כופין אותו בגופו? החזון איש אומר שדינו כעבד שברח (קידושין טז ע״ב), שחייב להשלים את שנות עבדותו, ״ואפשר דבפועל לא שייך השלמה, דלא נקנה אלא למלאכה זו ביום זה [ומ״מ נראה דחייב להחזיר שכרו, אם הקדים לו שכרו]״. אפשר גם שיחויב לשלם הפסד שגרם מדין גרמי. על כל פנים, אין כופין אותו בגופו למלאכה[328].

אולם לפי המחנה אפרים, שאומר כי ר׳ אליהו, מבעלי התוספות, הולך בדרך הריטב״א[329], לכאורה, כמו שכופין את הבעל לעשות מלאכה למזונות אשתו, כך אפשר שכופין את הפועל לעבוד כפי שהתחייב. אמנם ברור שאם אפשר להגיע לתוצאה הרצויה על ידי שכירת אחר — לא רק בקבלן, אלא גם בפועל — לא יכפוהו בגופו[330]. והרי הפועל עצמו יכול להעמיד אחר במקומו, כפי שעולה מן הגמרא, אם כי יש

[323] ש״ך, חו״מ, סי׳ שלג, ס״ק ד. ראה לעיל, ליד ציון הערה 172.

[324] ש״ך, חו״מ, סי׳ שלג, ס״ק לד.

[325] ראה הפירוש המיוחס לריטב״א, ב״מ מח ע״א, ד״ה הא.

[326] ראה: ש״ך, שם, ס״ק לד; חידושי ר׳ עקיבא איגר על הש״ך, ס״ק ד; פתחי תשובה, שם, ס״ק ב, בשם רע״א, שנשאר בצריך עיון.

[327] וכן כותב במפורש מהריא״ז ענזיל, (לעיל, הערה 321): ״שיורדין לנכסיו להשלים לבעה״ב כל מה שיוסיף לאחרים... אבל לא עלה על הדעת לומר שכופין אותו בגופו ע״י נדוי ושוטים, דלא גרע מנוטל ממון חבירו שלא כדין, דאמרינן: אם ממון נתחייב לך, נדוי מי נתחייב לך? כדאיתא פ׳ אלו מגלחין״ (מו״ק יז ע״א). הדמיון הוא לשיטתו, שאף הפועל נתחייב לו רק ממון.

[328] ראה: חזון איש, ב״ק, סי׳ כא (כח); סי׳ כג (ו).

[329] ראה לעיל, הערה 287.

[330] ראה הפירוש המיוחס לריטב״א, ב״מ מח ע״א, ד״ה הא: ״ואם אינו רוצה לעשות, ב״ד שוכרין אחר במקומו״. ש׳ ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ׳ 126, הביא מקורות נוספים בנידון זה.

למעביד "תרעומת"[331] עליו. אם כן, גם פועל בקניין יעמיד אחר במקומו, וישלם את ההפרש, אם נתייקר השני. אך עדיין יש לעיין בשכירות בעלת אופי אישי, כגון שכירת זמר לשיר או סופר ידוע לכתוב ספר תורה וכדומה, שהתחייב לעבוד הוא עצמו, שמא אינו רשאי להמיר את "כבודו" באחר.

לכאורה מקור קרוב לענייננו הם דברי התוספתא (ב"מ יא, יג): "מי שהיה בלן לרבים, ספר לרבים, נחתום לרבים... ואין שם אחר אלא הוא, והגיע שעת הרגל, ומבקש לילך לביתו – יכולים לעכב על ידיו עד שיעמיד אחר תחתיו". אחד מן ההאחרונים[332] התקשה בדין זה: כפייה זו מניין? הרי אף בדבר האבד, שנידון לעיל, נאמרה רק סנקציה ממונית, "שוכר עליהן או מטען", אך אין כופין את הפועל לעבוד[333]. אולם מדברי המהר"ם[334] נראה שהלכה זו שייכת לתחום אחר – זכויות היחיד והציבור, ולא מערכת יחסי עבודה. המהר"ם למד מכאן, שעשרה בני אדם הזקוקים למניין רשאים לעכב את אחד מהם הרוצה לפרוש מהם בימים נוראים. גם ליחסי עבודה בין יחיד וציבור מעמד שונה[335]. הרשב"ש[336] דן בעניין מלמד תינוקות שהוא גם שליח ציבור שחזר בו באמצע שנתו, ובכך עלול היה לגרום נזק רב לקהילה, ש"נשארו כצאן אשר אין להם רועה". משום כך אוסר עליו הרשב"ש לחזור בו, והוא מבחין בין חוזה עבודה עם הפרט לחוזה עבודה עם הציבור, שכן "כח ציבור אלים, כתקנת חכמים", ויש בכוחם למנעו מלחזור בו.

יש שהציבור קיבל עליו תקנה בדבר כפיית פועל הרוצה לחזור בו לעשות את מלאכתו באמצעים שונים[337]. ורמז לדבר מצינו כבר בדברי שיטה מקובצת[338].

2. אכיפת ההסכם ב"דבר האבד"

מקרה נוסף שמצינו בו שאין העובד – ואף הפועל – רשאי לחזור בו, הוא בדבר האבד. לעיל אמרנו כי ב"דבר האבד" יש רק סנקציה ממונית כלפי הפועל שחזר בו – "שוכר עליהן או מטען"[339]. במילים אחרות, איננו יכולים למנוע את חזרת הפועל, אף אם נניח שאינו רשאי לעשות כן, אלא לכל היותר לפגוע בכיסו. ובאופן דומה: אם

[331] ראה: ב"מ עו ע"ב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' שלג, סע' ז. ש' ורהפטיג, שם, עמ' 191, דן באפשרות החלפת פועל במשרות ציבוריות שיש בהן שררה. עיין שם.

[332] שער אפרים, סי' קלח.

[333] ראה להלן, הערה 343.

[334] שו"ת מהר"ם, דפוס פראג, סי' תתריו. וכבר עמד על כך אמו"ר ז' ורהפטיג, בספרו, מחקרים במשפט העברי, תשמ"ה, עמ' 42.

[335] שוני אחר הוא, שבחוזה עם ציבור אין צריך קניין. ראה להלן, פרק אחד־עשר, בסופו.

[336] בתשובותיו, סי' קיב. נזכר בספרו של ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 129.

[337] ראה ש' ורהפטיג, שם, עמ' 130.

[338] הערה 170, ושם: "או במקום שיש להם תקנה, שמי שיתחיל במלאכות כאלו לא יוכל לחזור בו".

[339] ראה: ב"מ עו ע"ב; לעיל סעיף ג, 1.

נפסק שמלמד החוזר בו דינו כפועל החוזר בו בדבר האבד[340], עדיין אין זה אומר שניתן לכופו להמשיך לעבוד. אמנם שמענו לעיל חידוש מפי המהר"ם בשם רבנו יואל והראבי"ה, שיש לדין דבר האבד בנסיבות אלו השפעה על דין מחילת שעבודו של המלמד[341], אך עדיין אפשרי הסבר זה: אם המלמד אינו רשאי לחזור בו, לא נאמר שהמעביד שמחל על שעבודו נתפס על דבריו, אלא רשאי הוא להתחרט כדי למנוע מעצמו דבר האבד[342]. וכן כותב הש"ך שבדבר האבד "אין יכולין להשתעבד בו בשביל כך"[343].

אולם מדברי כמה מן הפוסקים נראה שהם צועדים צעד נוסף, והם אומרים כי בדבר האבד נוכל גם לכופו להמשיך בעבודתו. כך עולה מדברי הרשב"ש[344] שדן במלמד תינוקות שהוא גם שליח ציבור, שחזר בו ורצה לעזוב את קהילתו כצאן אשר אין להן רועה. אמנם נראה ששם לא הייתה אפשרות להערמה, "שוכר עליהן או מטען", ולכן אוסר עליו הרשב"ש לחזור בו, תוך שהוא מסתמך גם על כוחו של הציבור, כאמור לעיל. המהרי"ט כותב כן במפורש[345]. הוא מביא את תשובת המהר"ם, שלא נמחל שעבודו של המלמד באמירה בעלמא בגלל שהוא דבר האבד, ומסביר: "דכיון דאיכא פסידא, חשיב גופו קנוי, ואינו נמחל שעבודו בדברים". בהמשך דבריו מתייחס המהרי"ט לגמרא בעניין דבר אבד (ב"מ עו ע"ב): "ולא אמרו שוכר עליהן או מטען אלא לפי שאינו יכול לכופו. שאם הי' מוצא ב"ד, היו כופין אותו בע"כ"[346]. אמנם אפשר כי אף לדעת המהרי"ט, בית הדין יחליט בדבר האבד אם לנקוט סנקציה ממונית של "שוכר עליהן או מטען..." או לכפות את הפועל להמשיך במלאכתו. בין כך ובין כך, נראה ששיטה זו אפשרית רק לדעת המהר"ם, המדמה את הפועל לעבד, שגופו קנוי.

3. הגבלת זכויות העובד

למעשה, בימינו, אם המעביד מעוניין להגביל את זכויות הפועל ולשלול ממנו את זכות חזרתו, יש לו דרך פשוטה: לדעת רבנו תם, בקבלן די בחוזה שנעשה בקניין; ולדעת הריטב"א כן הדבר אף בפועל[347]. אך אף לפי מי שחולק על הריטב"א ורבנו תם, נראה שיש בידו שלוש אפשרויות נוספות:

[340] ראה: רמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' ה, מקורותיו ונושאי כליו.

[341] ראה לעיל, הערה 212.

[342] השווה למה שפסק הרמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' ח, שאם מחל לו דרך כעס, אין הפועל פטור.

[343] חו"מ, סי' שלג, ס"ק טו. ועיין עוד: שער אפרים, סי' קלח (לעיל, הערה 332).

[344] סי' קיב (לעיל, הערה 336).

[345] בתשובותיו, חלק ב, יו"ד, סי' נ.

[346] יתר על כן, הוא אומר שם שאף שבועתו לחזור בו אינה חלה כלל. עיין שם.

[347] אמנם חוות יאיר, סי' קמ, אומר שגם לפי הריטב"א, אינו יכול להשכיר את עצמו ליותר משלוש שנים בלא חזרה, אך לא ידעתי מניין לו זאת. מאידך גיסא, ראה הערה 291, מה שכותב הרב קוק בדעת הש"ך.

לדרוש שיתחייב הפועל בקנס, אם יחזור בו[348]; להתנות עם הפועל שבכל מקרה תיחשב החזרה כחזרת דבר האבד, אלא אם כן יישבע הפועל שאין זה דבר האבד[349]; להשביע את הפועל שלא יחזור בו[350].

שאלה אחרת היא, וכבר נגענו בה לעיל: האם מותר לפועל להסכים מראש לדרישות אלו? בין כך ובין כך, כיום, כשרוב הפועלים מאוגדים באיגודים מקצועיים וכדומה, יש בידם כוח לחץ להימנע מחוזים המגבילים את זכויותיהם יתר על המידה.

ט. סיכום

בפרק זה עסקנו בטיבו של חוזה עבודה: חיוב, קניין או יחס משפטי בלא חובת ביצוע. השאלה נבחנה בעיקר לאור דיני חזרת אחד הצדדים.

מעביד החוזר בו, או שהוא נחשב כמפר את החוזה מסיבה אחרת, חייב לשלם לעובד את שכרו המובטח, פרט לדמי מה שעשה, אם כי בניכוי, כפועל בטל, שכן אינו דומה מי שעובד למי שיושב בטל, אף שהתבטל שלא מרצונו. החיוב נובע מהפסדו של העובד, שהוא נותר עתה בלא שכר העבודה שציפה לו, ואין לו אפשרות להשיג עתה עבודה חלופית דומה, או שהפסיד את הפרש הרווח, כשמצא עבודה זולה יותר מזו שהובטחה לו קודם. יש אומרים שהוא חייב מדין "גרמי", ויש אומרים שהוא חייב מדין "דבר האבד". חיוב זה הוסבר על יסוד דין ערבות, מכיוון שסמך העובד על המעביד, ונמצא כעת מפסיד. כל זאת אף כשלא נעשה מעשה קניין בהסכם עם הפועל, ואף על פי שעדיין לא התחיל לעבוד. יש אומרים שאם נעשה מעשה קניין, או שהתחיל הפועל לעבוד — ותחילת מלאכה נחשבת כקניין — קם חיוב חוזי לתשלום השכר המובטח (בניכוי, כפועל בטל). החיוב חל גם כשאין המעביד חייב מדין מזיק ("גרמי", כנזכר לעיל), כגון שבשעת עריכת ההסכם עם הפועל, הפועל אינו יכול להשיג עבודה אחרת. כמו כן יש שהוסכם על מחיר גבוה, ולפיו נקבע החיוב בחוזה, והוא שונה מן המחיר המקובל, שהוא המודד לחיוב מזיק. יש המבחינים בין נעשה קניין לבין לא נעשה קניין (שיטת רבנו תם), ולדעתם מעשה קניין שונה מהתחלת מלאכה כקניין.

דין חזרת העובד מורכב יותר מדין חזרת המעביד, והוא מעורר שאלות יסוד באשר

[348] ראה שו"ע, חו"מ, סי' רז, סע' טז, ונושאי הכלים שם. אולם נראה שכל זה כשיש הפסד למעביד, ואפשר שההפסד שנגרם לו מחזרת פועל־קבלן, וכמו כן פועל ש"ידו על העליונה", בכלל. אבל כשאין לו הפסד, כגון שיש פועל אחר באותו מחיר, חוששים לדין אסמכתא. ואולי גם ניתן להתנות שלא ידרוש העובד העמדת עובד חלופי, ואי־ניצול זכות אינו בגדר אסמכתא. ועדיין צריך עיון. על תנאי הפוך, שבו מתנה העובד עם המעביד על המשך העסקתו אם תתבטל העבודה המוסכמת, ראה תוספתא, ב"מ ז, ג.

[349] כעין התנאי הקיים ב"היתר עסקה". ואכמ"ל.

[350] ראה: זרע אמת (לעיל, הערה 309); חוות יאיר, סי' קמ (ביחס לתקיעת כף); ערוך השולחן, חו"מ, סי' שלג, סע' ו, ועוד.

למהות חוזה העבודה. בניגוד לעובד, המצפה לכסף, המעביד מצפה להשלמת העבודה, ואין בהכרח נזק בהמתנה, אפילו אם לא ימצא עובד חלופי מיד. עם זאת יש שהוא נפסד עתה — כאשר הרכוש, נשוא העבודה שהותחלה בה המלאכה, יירד לטמיון, אם לא תימשך המלאכה מיד (הפסד ממון); או כאשר יוחמץ אינטרס חיוני שלו (הפסד רצון), כגון בעל תזמורת החוזר בו ערב החתונה. אלו נכללים בדין "דבר האבד", ובהם לא רק שאין העובד רשאי לחזור בו, אלא מוטלת עליו סנקציה ממונית, "שוכר עליהן או מטען". היינו המעביד שוכר פועל אחר, ביוקר, על חשבון הפועלים שחזרו בהם, עד כדי שכרם המוסכם; ואם באו כלי אומנותם ליד המעביד, שוכר עליהם בסכום גבוה יותר, כמקובל בשוק הפועלים; או מטעה את הפועלים שחזרו בהם — מבטיח להם את הסכום שביקשו, ואינו משלם — אם מגדר "הצלת עשוק מיד עושקו" אם מגדר "שוכר עליהן". עמדנו של טיבו של חיוב זה, וראינו שאינו תלוי בקניין. אמנם מן העובדה ששיעור החיוב הוא מוגבל, נראה שאינו בגדר מזיק רגיל (גרמי), אלא: זהו חיוב נזיקי מיוחד שיש בו יסוד חוזי, לפצות את מי שהסתמך עליהם ונפסד; או שהוא בגדר תקנת חכמים. יש מי שמתנה חיוב זה באפשרות שהייתה לעובד אפשרות למצוא עובד חלופי בעת עריכת ההסכם, וכעת הפסידה, ויש חולקים על זה. אם כבר נערך קניין או החל העובד במלאכה, כבר נקשר ביניהם קשר חוזי שאינו תלוי בשאלת קיום עובד חלופי בעת עריכת החוזה.

כאשר אין מדובר ב"דבר אבד", יש להבחין בין הקבלן, המפיק תוצר מוסכם בזמנו החופשי, לבין הפועל, שכיר לפי זמן. נחל בראשון: אם יש עובד חלופי, העובד רשאי לחזור בו, כפוף לדין "תרעומת"; אם אין עובד חלופי, אין דורשים מן המעביד להמתין, אלא רשאי הוא לשכור עובד אחר, ביוקר, ולנכות את ה"עודף" על המוסכם משכרו של הראשון, אך לא ישלם העובד את ההפסד מכיסו. זו משמעות "ידו על התחתונה". זהו חיוב נזיקי מיוחד, "מעין דבר האבד", כי אין אדם רוצה להשאיר את מלאכתו באמצעה; או שזהו חיוב חוזי מוגבל, לאחר קניין או תחילת מלאכה כקניין. הפוסקים דנו בשאלה אם קיימות כאן סנקציות ממוניות נוספות, משכון כלי אומנות שבאו לידי המעביד; או הטעיית הקבלן, הבטחה לתוספת שלא על מנת לקיים.

ואשר לפועל, "ידו על העליונה". כלומר, שמורה לו זכות מיוחדת המאפשרת לו לחזור בו מן החוזה באופן חד־צדדי. זהו שיקול ערכי — חירות האדם — המתגבר על חופש החוזים. דווקא מתוך חומרו של פועל, לעומת הקבלן, שכן הוא משועבד בזמנו למעביד, אתה בא לידי קולו. אמנם גבול יש לזכות זו (מלבד "תרעומת" במישור המוסרי). יש אומרים כי כשבאו כלי האומנות ליד המעביד, הוא רשאי לשכור עליהן פועל מחליף, אם כי יש המפקפקים בכך. יש אומרים שהפועל אינו רשאי לחזור בו משום יוקר, ויש החולקים עליהם. נטינו לצמצם את כוחו של חידוש זה למקרה של חזרה שרירותית.

העולה מן האמור לעיל, שיש "חולשה" בחוזה עבודה, לפחות מבחינתו של העובד. למרות הסייגים שהזכרנו, עקרונית רשאי הפועל לחזור בו בלא הפסד, ואף כלפי

הקבלן, החוזר בו, יש רק סנקציה ממונית מוגבלת: גם אם אסור לחזור בו, על כל פנים הוא יכול לעשות כן.

יש מן הראשונים המורים על אפשרות "חיזוק" החוזה כדי לשלול אפשרות חזרה: רבנו תם מחדש שהקבלן שנשכר בקניין אינו רשאי לחזור בו; והריטב"א סבור כי אף הפועל אינו רשאי לחזור בו מחוזה זה, ולא חל עליו הכלל "כי לי בני ישראל עבדים". כדי לעמוד על פשר דבריהם, עסקנו בשאלת מהותו של חוזה העבודה. בעבד עברי, הדעה המקובלת היא ש"גופו קנוי" (קידושין טז ע"א). אך מה באשר לפועל? ראינו כי בגמרא אין דיון מפורש בנידון זה. יש הלמדים משתי סוגיות — "יד פועל כיד בעל הבית" (ב"מ י ע"א), "יקדשו ידיך לעושיהם" (כתובות נז ע"ב) — כי גם בפועל יש קניין גוף מסוים, אך הראיות אינן הכרחיות.

מבין הראשונים, בולט המהר"ם, המדמה את הפועל לעבד עברי. מכאן נובע חיזוק כוחו של המעביד. לכן: בתנאים מסוימים אסור לאדם להשכיר את עצמו; אין הפועל "משתחרר" במחילה על פה בלבד; פועל ששולם לו שכרו מראש, אינו יכול לחזור בו, אם לא ישיב את דמי שכרו; אין אונאה בפועל, משום שהוא דומה לעבד. מאידך גיסא, יש שמתוך חומרו — גופו קנוי — אתה בא לידי קולו: חלה תוך הזמן, אינו חייב להשלים כדי לקבל כל שכרו; חזר בו באמצע, "מחשבין לו להקל עליו", כשנשתנה השער, בדומה לעבד. אמנם למעשה ראינו כי אף הרמ"א, ההולך לעתים בעקבות המהר"ם, אינו משווה אותם ממש, ועל כל פנים לא על סמך הנימוק "גופו קנוי כעבד". ואכן, לדעת רוב המפרשים, גוף הפועל — אינו קנוי. יש הלמדים כן מדברי הירושלמי, שזו סברת רב, שהפועל חוזר בו באמצע היום (נתיבות המשפט). ראינו שאפשר שיש השפעה לשאלת מהות החוזה על דין ריבית בהקדמת המעות לפועל. נטינו לדעה שאין בשאלה זו הבדל בין הפועל לקבלן.

אמנם אם נגיע למסקנה שגופו של הפועל אינו קנוי, עדיין ייתכנו שתי אפשרויות: לא נוצר חוזה מחייב, ויש סנקציה על החוזר בו ("ידו על התחתונה") מעילה נזקית; נוצר חוזה אישי לפעולה, לעבוד, על דרך חידוש הראשונים ביחס להתחייבות בדבר שלא בא לעולם, כפי שנתבאר בפרק החמישי. התקשינו בהסבר זה, שכן התחייבות כזו היא לכאורה בלתי הדירה, מה שאינו כן בהתחייבות הפועל.

לכן נראה לומר שיש בפועל קניין גוף מסוים. גם אם אין דינו כעבד עברי, הקניין חל על גופו, אלא שניתן לחזור ממנו. לאור זאת, חזרנו לשיטת רבנו תם והריטב"א, וראינו שיש המסבירים שהם דיברו על חוזה עבודה אחר (שאינו נזכר בסוגיית ב"מ עו ע"ב), ובו העובד משעבד את גופו או נכסיו, ואינו יכול לחזור בו, ולדעת הריטב"א כן הדבר כן אף באונס ואף בפועל. ועדיין לא ברור אם מסכים עמו רבנו תם, ועד כמה הוא מסכים עמו, מלבד מחלוקתו ביחס לחזרת פועל. העלינו את האפשרות שלדעת הריטב"א אין מדובר אלא על התנאת ויתור על זכות החזרה. בהקשר זה ראינו דרכים נוספות לחיזוק כוחם של המעבידים על ידי התניות שונות ועל ידי שבועה.

אפשר שיש לשיטת רבנו תם והריטב״א השפעה גם על אכיפת ההסכם, אם כי הנטייה היא להעדיף כפייה בממון, ולא כפייה בגוף, שיש השוללים אותה לגמרי.

מכאן נחזור למה שפתחנו בו. אמרנו כי חוזה עבודה ניצב בין החוזה לבין השכירות. אפשר לתאר את תוקפו בהתאם לשאלה זו, בכפוף לשלבי ההתקשרות. להסכם דברים בלבד, בלא תחילת מלאכה, אין תוקף משפטי (רק ״תרעומת״), פרט ל״דבר האבד״. אמנם מצב זה עובר למישור הנזיקי. חוזה עבודה שנקשר בתחילת המלאכה הוא החוזה שעוסקת בו הסוגיה בפרק שישי במסכת בבא מציעא. לחוזה זה תוקף משפטי מחייב, אך אינו קושר את הצדדים ככל חוזה: לא רק הפועל אלא אף הקבלן, יכול לחזור בו בכפוף לסנקציה ממונית מוגבלת. השלב הבא, לכמה דעות, הוא חוזה שנעשה בקניין, המונע אפשרות חזרה: לדעת רבנו תם, בקבלן; ולדעת הריטב״א, אף בפועל. כאן שוב קם הדמיון לשכירות. העובד נתפס כמשכיר גופו למלאכה. חוזה זה לא רק שאינו ניתן לחזרה, אלא שהיסוד הקנייני שבו אומר גם שהוא מחייב גם באונס, משום שכביכול נמכר כאן ״משהו״ החייב לעבור לצד השני, המעביד, בכל מקרה.

כך נשמר העיקרון של חירות האדם, כאשר למעשה יש בידי המעביד והעובד אפשרות להבטיח שלא יפסידו בגלל חזרת הצד השני.

נספח: הבחנה בין שילם לפני הסכסוך לבין לא שילם

לעיל, בהערה 215, הובא חילוק בין הוקדם שכרו של הפועל ללא הוקדם שכרו, לעניין עובד שחלה. הבדל זה מופיע בהקשרים שונים, ונתעכב על אחד מהם, שקשור להבדל שבין קניין להתחייבות.

כך שנינו בעניין אונס בחוזים. ביבמות קו ע״א מבואר כי הבורח מבית האסורים והגיע לשפת הנהר, וניצל בעל המעבורת את דוחקו, וביקש שכר מופרז, רשאי הבורח לבטל הסכמתו (=״משטה הייתי בך״), שהוא כעין אונס (רשב״א שם). עם זאת נפסק בשו״ע, חו״מ, סי׳ רסד, ח: ״במה דברים אמורים? בשלא נתן לו. אבל אם נתן לו, בכל אלו הדברים אינו יכול להוציא מידו״.

אם כבר שילם, גמר דעתו לשלם למרות הפגם שבחוזה[351].

כיוצא בזה מצינו ביחס לאסמכתא. התוספות, סנהדרין כד ע״ב, ד״ה כל, אומרים בסוף דבריהם כי במשחק בקוביא קני, ואין בו אסמכתא: ״שמעות שניהם על פי הדף, לפי שהדף והמקום קנוי לאותו שירויח כדי לקנות המעות אשר עליו״, לעומת משחק באמנה[352].

[351] וראה עוד רמ״א, חו״מ, סי׳ שלד, א; פתחי תשובה, חו״מ, סי׳ רכז, ס״ק ב.

[352] ראה רמ״א, חו״מ, סי׳ רז, יג. אמנם יש המסבירים את ההבדל בעובדה שבלא שימת הכסף על הדף, ההתחייבות היא בלא קניין, ולכן אינה תופסת. ראה שם בסמ״ע, ס״ק לג, וביאור הגר״א, ס״ק לד. ואכמ״ל.

שוב הבדל בין כבר שילם לבין לא שילם.

ויש לחקור, האם דין זה בנוי על מחילה כשלעצמה, שמשתמעת מעובדת התשלום מראש או שהוא נעוץ בפער שבין התחייבות לקניין. אם עוד לא שילם אותו בורח, ואותו משחק בקוביא רק התחייב לשלם, וכעת הוא טוען לאונס או חוסר גמירות דעת, ההתחייבות ניתנת לביטול. ההתחייבות בונה קשר משפטי לא גמור, שדורש המשך, ואין אדם גומר דעתו להמשיך בנסיבות אלו. אבל אם כבר שילם, נוצר יחס של קניין[353], הוא אינו נדרש עוד לכלום, ואינו מתכוון כעת לשנות את הקיים ולהחזיר המצב לקדמותו. בדעתו השלים עם המצב כפי שהוא[354]. נפקא מינה בחקירה הנ"ל, אם שילם לפי דרישת המשחק השני או בעל המעבורת, שלא הסכים להעבירו בלא תשלום מראש. ולהלכה צריך עיון.

[353] הבדל כזה ראינו ביחס "לתליוהו וזבין" לעומת "תליוהו להתחייב". ראה שו"ת חמדת שלמה, חו"מ, סי' יג, שדבריו הובאו בפתחי תשובה, חו"מ, סי' רה, ס"ק ה; נספח ד, הערה 17.

[354] וראה עוד חולין פט ע"א: "קשה גזל הנאכל... אין יכולין להחזירו...", ומהרש"א שם.

פרק שמיני

שומרים — התחייבות וקניין

התוכן

מבוא 303

א. דרך קבלת השמירה 304
1. שיטת הראב״ד והרמב״ם 304
2. שיטת הרא״ש 306
3. שיטת התוספות 306

ב. יסוד חיובו של השואל באונסין 307
1. התחייבות 307
2. חיוב מכוח קניין החפץ 308

ג. זכות חזרה של המשאיל 310

ד. יסוד חיובו של שומר חינם ושל שומר שכר 311

ה. זכות חזרה של השומר ושל המפקיד 314

ו. ייחודו של שומר חינם 317

ז. למהותו של חוזה השמירה 318
1. התחייבות ממונית 318
2. פועל 319
3. מעין פועל 320
4. מיקח וממכר 321
5. מעין מזיק 322

ח. התחייבות שומר לחרוג מדינו בתורה 322
1. שומר קרקעות 323
2. ״מתנה שומר חנם להיות כשואל״ 324
3. שומר נכס של נכרי 326

פרק שמיני

שומרים — התחייבות וקניין

מבוא

"ארבעה שומרים הם: שומר חינם והשואל, נושא שכר והשוכר" (משנה ב"מ ז, ח; צג ע"א)[1]. השמירה היא חוזה מיוחד בין בעליו של חפץ לבין השומר. לשומר יש חיוב אחריות על נזק או אבדן במקרים מסוימים. לחלק מן השומרים, השואל והשוכר, יש גם זכויות — זכות שימוש בנשוא השמירה. שומר שכר זכאי לשכר עבור שמירתו. לא נעסוק כאן בדיני השומרים, כי אם בשאלת מהות החוזה ביניהם — חוזה שמחייב באחריות ואינו מאפשר חזרה חד־צדדית. כיצד נוצר מצב משפטי זה של שומר? ומתי הוא נוצר? ובמילים אחרות, מהי דרך קבלת השמירה? האם די בהסכמה בעל פה? בהצעה ובקבלה בלשון המשפטית המקובלת בימינו? או שמא יש צורך במעשה, מעשה קניין, כמקובל בחוזים אחרים או מעשה ייחודי לשומר? האם הזמן הרלוואנטי הוא שעת ההסכמה בין הבעלים והשומר, התחלת השמירה בפועל, קבלת נשוא השמירה (במשיכה וכיוצא בזה) או תחילת השימוש בו (בשואל ושוכר)[2]? כרוכה בזה השאלה: מהו תוכן החוזה, פעולת השמירה או חיוב ממוני של תשלום כשאינו יכול להשיב?

נעיר כבר כאן, שייתכן שהתשובה אינה חד־משמעית, כיוון ש"מעמד" השומר מתקדם בהדרגה — שלב א לעניין אחד ושלב ב לעניין אחר. כן ניווכח להלן, שיש מבחינים בין השומרים לסוגיהם — לא הרי שומר חינם כשואל ועוד.

[1] לאחרונה פורסם ספר "שומרים", מאת ברוך כהנא, מתוך סדרת "חוק לישראל", הוצאת מורשת המשפט בישראל, תשנ"ט, בעריכת פרופ' נ' רקובר. הספר מקיף ביותר "וכל רז לא אניס ליה". אפילו את מאמרי "קניין בשומרים" ספר הזכרון לגר"י נסים, ירושלים, תשמ"ה, שהוא מעין מהדורא קמא של פרק זה, ציין מספר פעמים בספרו. יותר ממה שהפניתי אליו כתוב שם.

[2] לכאורה קיים זמן מאוחר יותר, שעת הנזק. בכתובות לד ע"ב, מובאות שתי דעות, אם השואל מתחייב משעת השאילה או משעת האונסין (=הנזק). השו"ע, חו"מ, סי' שמא, סע' ד, בעקבות הרבה מן הראשונים (חוץ מהרמב"ם, הלכות שאילה ופיקדון, א, ה), פוסק כדעה השנייה. אולם להלן (בהערה 84) ניווכח שהבעיה שם היא ביחס לזמן שעבוד הנכסים (וראה לעיל, פרק ב, סעיף ג, 3) ולא לגבי עצם החיוב.

א. דרך קבלת השמירה

לכאורה יש לפנינו שני מקורות סותרים, וכל אחד מהם טעון עיון לכשעצמו. מחד־גיסא, המשנה אומרת: "שמור לי ואמר לו: הנח לפני — שומר חנם" (ב"מ ו, ו), משמע הצעה של המפקיד, וקבלה בעל פה מצד הנפקד. ומרגע שהניח המפקיד את החפץ לפניו, הוא מתחייב כשומר חינם בלא כל קניין, והוא אחראי על החפץ נשוא השמירה, אם פשע בשמירתו[3]. מאידך גיסא, הגמרא אומרת בשם ר' אלעזר: "כדרך שתקנו משיכה בלקוחות, כך תקנו משיכה בשומרין" (ב"ק עט ע"א; ב"מ צט ע"א). ורב יימר מוכיח במסכת בבא קמא כן לאמימר מן המשנה שם. מכאן יוצא שצריך דווקא משיכה כדי להתחייב בדיני שומרים. וכן עולה גם מלשון הגמרא: "פרה במשיכה ובעלים באמירה" (ב"מ צד ע"ב). משמע שהשומר אינו מתחייב לפני המשיכה[4].

אמנם בסוגיית הגמרא במסכת בבא מציעא מופיע חיוב השואל בעוד כמה הקשרים. ראשית, הגמרא (ב"מ צט ע"א) אומרת כי יש מי שחולק על ר' אלעזר, ומפרש רש"י שרב הונא שנזכר שם חולק עליו, וסובר שרק תחילת השימוש קונה בשואל. שנית, נאמר במשנה: "השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו... אמר לו השואל: שלחה לי... ומתה חייב" (ב"מ צח ע"ב). מכאן עולה שדי בעובדה שהשואל מסכים שישלח המשאיל את החפץ ביד בנו, כדי שיתחייב השואל באונסין. אמנם במשנה יש המבארים שהבן נחשב כשליחו של השואל, כמובא להלן. אך בגמרא סבור רב שדי שיאמר השואל: "הכישה במקל, והיא תבוא" (ב"מ צט ע"א), כדי שיתחייב השואל אחר שהכישה, ונחלקו הראשונים[5] בשאלה: האם שמואל חולק על רב, והלכה כמותו? או שמא אינו חולק עליו, ודינו של רב נפסק להלכה?

נדון תחילה בסתירה בין "הנח לפניי" לבין "משיכה בשומרין". הגמרא כלל לא התייחסה לשאלה זו, ואין לנו אלא לעקוב אחר דברי הראשונים בנידון.

1. שיטת הראב"ד והרמב"ם

"משיכה בשומרין" היא עיקר. אין כלום בלא מעשה קניין. בדיבור לבד לא נוצר הסכם

[3] ובגמרא, ב"מ פא ע"ב, יש דיון באומר "הנח" סתם, בלא תוספת "לפניי"; האם התכוון לשמור אם לא?!

[4] בב"מ צא ע"א, נאמר גם "פרה במשיכה" ביחס לשעת חיובו של השומר במזונות הפרה, נשוא השמירה. אמנם שם כוונת הגמרא לומר שחיובו קודם לשעת החסימה. וראה לחם משנה, הלכות שכירות, ב, ח.

[5] רמב"ם, הלכות שאילה ופיקדון, ג, ב; ושו"ע, חו"מ, סי' שמ, סע' ז כדעה הראשונה, לעומת הרא"ש, ב"מ, פרק ח, סי' יב, שפוסק כדעה השנייה. ועיין בש"ך ס"ק י, ובגר"א, ס"ק טז. נתיבות המשפט, שם, ס"ק יב, הסביר בדעת הרמ"א שם, כי ב"הכישה במקל", שאין יכול לשמרה, אין קבלת שמירה, והוא פחות מ"הנח לפניי". וראה ספר "שומרים" עמ' 23.

מחייב[6]. במיקח ובממכר יש צורך בקניין משיכה, אך לאו דווקא משיכה, ואפשר לקנות גם בקניין אחר, והוא הדין בשומרים. אם כן, ב"הנח לפניי" יש קניין, והוא: מדובר בקניין ארבע אמות בסמטה שהוא דומה לקניין חצר[7]; או המשנה מחדשת שהנחה בסמטה חשובה כמשיכה. וכן יש לפרש בעניין "הכישה במקל, והיא תבוא" (ב"מ צט ע"א), שמדובר בסמטה, ונחשב כקניין במשיכה. ויש כאן חידוש, שהמשאיל יכול למשוך בשליחות השואל[8]. עוד יש לשאול: ראשית, מהו חידוש המשנה במסכת בבא מציעא? ואם יש חידוש בדיני הקניינים בכלל, מה מקום להשמיעו בדיני השומרים? שנית, אם מדובר בסמטה דווקא, מדוע לא אמרה זאת המשנה? יתר על כן: הגמרא במסכת בבא מציעא (פא ע"ב) דנה ב"הנח" סתם, בלא המילה "לפניי", ומשמע שמדובר בשוק, ולאו דווקא בסמטה. על כל פנים, לשיטה זו, לעולם צריך קניין כדי להתחייב[9]. כשיטה זו, עולה בפשטות מן המשנה ומסוגיית הגמרא (ב"ק ז, ו; עט ע"א)[10], ובייחוד בירושלמי ב"ק שם: "א"ר יוחנן: ארבעה שומרין הן, ואין חייבין אלא דרך קניין".

אמנם באשר לרב הונא, מבואר בגמרא (ב"מ צט ע"א) שהוא מפצל בין חיוב האחריות, שמתחיל במשיכת השואל, לבין זכות המשאיל לחזור בו, ששמורה לו עד תחילת השימוש. אך לדעת ר' אלעזר (והלכה כמותו)[11], נראה שהבינה הגמרא שהמשיכה קונה לכול, גם לעניין זכות חזרה. כך הוא על כל פנים ביחס לשואל, כמבואר להלן.

לעצם תקנת המשיכה, הראב"ד מבאר (ב"ק עט ע"א) שר' אלעזר בא לבטל את הסברה שהשומר מתחייב באמירה (קבלת השמירה) בלבד. לפי זה, אפשר לומר שמעיקר הדין די באמירה[12], ורק מתקנת חכמים יש צורך בקניין[13].

[6] ראה ב"מ: נח ע"א; צד ע"א.

[7] ראה: ב"מ י ע"א. אין כאן מקום לעמוד על היחס בין קניין ארבע אמות לקניין חצר.

[8] ראה: שיטה מקובצת, בשם הראב"ד, ב"מ פ ע"ב. וכך יש לפרש את דבריו בשיטה מקובצת, המובאים בב"מ צח ע"ב. עיין שם. ואכן הריטב"א, ב"מ צט ע"א, דוחה חידוש זה ביחס למשיכה. לפשר קניין זה, ראה מה שכתב מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, במאמרו, "אופני הקנינים המחייבים בשמירה", בתוך: כבוד חכמים, לרגל יובל השמונים של האדמו"ר מלובביטש, ירושלים תשמ"ב, עמ' רלח.

[9] מגיד משנה, הלכות שכירות, ב, ח, וטור, חו"מ, סי' רצא סע' ו, הבינו שכן היא דעת הרמב"ם שם. וכן מוכח מפירוש המשנה לרמב"ם, ב"ק ז, ו: "שארבעה שומרין אינן קונים אותו דבר לענין חיוב שמירתו... אלא אחר שיתקיים להם באותן מטלטלין דרך מן הדרכים שהמטלטלין נקנין בהם במקח וממכר". השלטי הגבורים, ב"מ, פרק שישי (נ ע"ב בדפי הרי"ף) פקפק בהבנת שיטת הרמב"ם, למרות שהביא דבריו בפיה"מ, ואולי הסתפק שמא חזר בו הרמב"ם בחיבורו, וצריך עיון.

[10] וכן כתב רש"י שם (ד"ה תיקנו). וראה: ש"ך, חו"מ, סי' רצא, ס"ק יג. אמנם מן המשנה עצמה אין ראייה מוכרחת. עיין: תוספות, שם, ד"ה תיקנו; ביאור הגר"א, שם, ס"ק יד.

[11] ראה: טור ושו"ע, חו"מ, סי' שמא, סע' א, ה.

[12] וכן משמע מרש"י בב"ק עט ע"א (ד"ה תיקנו). אמנם בב"מ צט ע"א (ד"ה נעשה), מסביר רש"י

2. שיטת הרא״ש

יש הבחנה בין שלבים שונים. ״הנח לפניי״ אינו קניין, ובאמת בהסכמת השומר, לאחר סילוק הבעלים, הוא מתחייב באחריות; המשיכה היא שלב שני בשואל ושוכר דווקא, לעניין זכות חזרה. כלומר, לעניין חיוב באחריות, כל שומר כדינו, די בסילוק הבעלים והסכמת השואל, אך בשואל עדיין יש זכות חזרה לבעלים: לדעת רב הונא, עד תחילת השימוש; ולדעת ר׳ אלעזר — רק עד שימשוך. תקנת המשיכה בשומרים באה אפוא להוציא מדברי רב הונא, ולומר שאין צורך בשימוש, אלא די במשיכה לעניין זכות החזרה. וזה לשון הרא״ש (ב״מ, פרק שמיני, אות טו): ״וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה ברשות בעלים קיימא, כ״ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה במו״מ. אבל לעניין חיוב אונסין מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה... קמה לה ברשות השומר לשומרה״. להלן נעסוק בהסבר הדברים.

3. שיטת התוספות

בדומה לרא״ש, התוספות סוברים שיש להבחין בין החיובים השונים, אך ההבחנה היא בין השומרים לסוגיהם: בשומר חינם ובשומר שכר, די באמירת ״הנח לפניי״, בלא משיכה; אך בשואל, שמתחייב באונסין, יש צורך במשיכה מן התורה[14].

בזכות החזרה יש מחלוקת: לדעת רב הונא, תחילת שימוש, ולדעת ר׳ אלעזר, משיכה, שהיא רק מכוח תקנה[15]. נמצא שנחלקו התוספות והרא״ש בשאלה: מתי מתחיל חיוב אחריות השואל? מחלוקתם מתבטאת גם בהסברת דברי רב: ״הכישה במקל והיא תבוא״. לדעת התוספות, יש כאן משיכה, ומדובר בסמטה[16], כדעת הראב״ד

כי ב״הכישה במקל, והיא תבוא״, מתחייב בלא קניין, ״דשעביד נפשיה משתצא מרשותו״, וצריך לומר שכן פירש רק לפי רב, אך לדעת שמואל צריך קניין, כדעת הרמב״ם (לעיל, בהערה 5).

[13] לפי זה, נראה לי להציע ליישב את הסתירה בין שני המקורות הללו באופן אחר. המשנה האומרת ״הנח לפניי״ באמת מסתפקת באמירה, ומדובר גם בהניח ברשות הרבים, כפשטות הסוגיה. אף דינו של רב, ״הכישה במקל, והיא תבוא״, עוסק ברשות הרבים, והשומר מתחייב באמירתו אף בלא קניין. רק בזמן האמוראים אנו שומעים מר׳ אלעזר (תלמידו של ר׳ יוחנן) על תקנה הקובעת שרק המשיכה קונה בשומרים, כמו שתיקנו בלקוחות. לכן הגמרא כלל לא עימתה את המשנה עם דברי ר׳ אלעזר (מ״דקדוקי סופרים״, ב״מ צט ע״א, עולה שיש שאינם גורסים את ה״תניא נמי הכי״ שבגמרא). יתר על כן, ייתכן לומר כי כשהגמרא אומרת ״ופליגא דר׳ אלעזר...״, אין כוונתה לרב הונא (שהרי גם לרב הונא המשיכה קונה להתחייב באונסין, כאמור), אלא לרב, שמסתפק באמירה, ואינו מצריך קניין כדי להתחייב באונסין. אמנם הגמרא בב״ק עט ע״א מביאה ראייה לר׳ אלעזר מן המשנה שם. אך אפשר שלסוגיה בב״מ הראיה אינו מוכרחת, ראה הערה 10.

[14] אמנם מן התוספות, לא ברור אם השואל מתחייב בפשיעה, גנבה ואבדה בלא קניין, כשומר חינם ושומר שכר, או אינו מתחייב כלום לפני המשיכה. וראה להלן, הערות 19, 25, וספר ״שומרים״ עמ׳ 637-638.

[15] התוספות, ב״ק עט ע״א, ד״ה תקנו, אומרים שיש לרב אמי (ב״מ צט ע״א) דעה שלישית, ולפיה המשיכה קונה מדאורייתא, אף לעניין חזרה. עיין שם.

[16] ראה תוספות, ב״מ צט ע״א, ד״ה כיון. אך בהסברו השני יש הבחנה בין קניין בשומר לקניין במקח.

(הערה 8); ואילו לדעת הרא״ש, זהו סילוק הבעלים והסכמת השואל, כנזכר לעיל[17]. להלכה, הביאו הטור והשולחן ערוך גם את דעת הראב״ד והרמב״ם וגם את דעת התוספות והרא״ש[18].

ב. יסוד חיובו של השואל באונסין

מה הם טעמי הדעות השונות? נפתח בשואל. כאמור, יש מחלוקת בגמרא לעניין זכות החזרה של המשאיל, ויש מחלוקת בראשונים לעניין חיוב באונסין (הרמב״ם וכן התוספות כנגד הרא״ש). לעניין אחריות אונסין, יש לדון בשאלה: מדוע אמרה התורה שהשואל חייב באונסין? אפשר להעלות שתי הצעות.

1. התחייבות

חיוב השואל בא מכוח התחייבות שקיבל על עצמו. אין הבדל עקרוני בין שומר חינם ושומר שכר ובין שואל, שכן כל השומרים מתחייבים מכוח מה שקיבלו על עצמם. אלא שהשואל, שנהנה, קיבל על עצמו יותר, להתחייב גם באונסין. למעשה הוא דומה לחברת ביטוח המתחייבת מכוח חוזה לשלם כל נזק, אלא שבמקום דמי פרמיה הוא מקבל זכות שימוש. נראה שזוהי שיטת הרא״ש, ולכן מתחייב כל שומר, כולל השואל, ב״הנח לפנייך״ וב״הכישה במקל, והיא תבוא״. להלן נעמוד על השאלה: כיצד מתחייבים בלא מעשה קניין? בדעת בעלי התוספות אפשר לומר שהם מסכימים עקרונית. אך ביחס לחיוב באונסין, לא נראה לבעלי התוספות לומר שהשואל אכן קיבל על עצמו חיוב באחריות אונסין עם סילוק הבעלים, אלא רק לאחר מעשה קניין, ולכן החיוב מתחיל עם משיכת הפרה[19].

הסבר אפשרי אחר הוא: התחייבות השומר אינה התחייבות ממונית גרידא, אלא הוא מתחייב לשמור כפועל, כפי שנבאר להלן. אך לדעת התוספות, דוחק לומר כן

[17] אמנם מסוגיית ב״ק עט ע״א משמע בפשטות שתקנת המשיכה בשומרים נאמרה בכל השומרים, אך התוספות מפרשים שם שהדיון בגמרא נסוב רק על השואל והשוכר. בין כך ובין כך, התוספות, ובייחוד הרא״ש, סותרים את עצמם, באמרם שחיוב אחריות השומרים מתחיל במשיכת השומר. עיין שם בשלטי הגבורים (לעיל, הערה 9) ובפלפולא חריפתא על הרא״ש, ובביאור הגר״א, סי׳ רצא, ס״ק יג. הדרישה על הטור, סי׳ שז, אומר שהתוספות והרא״ש התכוונו להקדים את החיוב לשעת מלאכה, ומשיכה לאו דווקא, כמבואר בדבריהם בב״מ צט ע״א. ועיין עוד ספר ״שומרים״ עמ׳ 626, 637.

[18] ראה: טור ושו״ע, חו״מ: סי׳ רצא, סע׳ ה; סי׳ שג, סע׳ א (וסמ״ע שם, ס״ק א); סי׳ שז, סע׳ ב; סי׳ שמ, סע׳ ד-ז. ולעניין השואל, משמע מן הרמ״א, סי׳ שמ, סע׳ ד, שפסק כרא״ש ולא כתוס׳. אולם ראה לעיל, הערה 5.

[19] לפי זה נראה שאכן בפשיעה, גנבה ואבדה יחויב אף השואל ב״הנח לפנייך״, בלא משיכה. ראה לעיל, הערה 14.

בשואל [ובשוכר], שכן אינו מתכוון לשמור את החפץ עבור הבעלים, אלא להשתמש בו לצורכו[20].

להלן נראה שאפשר שגם לדעת הרמב"ם, המשיכה פועלת כמעשה קניין על ההתחייבות.

2. חיוב מכוח קניין החפץ

אין להניח שאדם מקבל על עצמו אחריות אונסין, והחיוב באונסין נובע מזכותו הקניינית של השואל[21]. לשואל יש קניין מסוים בנשוא השאלה, ומכאן חובתו להשיב אותו או את דמיו. כשם שהקונה חפץ אינו יכול לסרב לשלם בתמורתו בטענה שהמיקח נשרף לאחר שקנהו, כך השואל אינו יכול שלא לשלם את דמי נשוא השאלה, אף שניזוק באונס. בעניין זה, מצינו התבטאויות של כמה מן הראשונים במקומות שונים. לעניין זכות חזרת המשאיל, פוסק הרמב"ם (הלכות שאילה ופיקדון, א, ה) כי בשאילה לזמן קצוב, אין המשאיל יכול לחזור בו, כי "השואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב". הוא מדמה את השואל למקבל מתנה, כי אף שאינם נותנים דמים, אין הנותן והמשאיל יכולים לחזור בהם לאחר שקנו מהם. כיוצא בזה לעניין זכות ירושה. בשולחן ערוך נפסק[22]: "הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשים בה כל ימי שאלתה". ובסמ"ע שם (ס"ק ו): "דכל ימי השאלה הוא כקנוי לו... ומשום הכי בניו יורשין אותו".

אפשר כי בעניין זה של הסברת חיוב השואל באונסין, כבר נחלקו האמוראים לפי פירוש התוספות. הגמרא אומרת: "אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין" (ב"ק יא ע"א), ובשואל יש מחלוקת. פירושים שונים נמצא בראשונים למשמעות שומה זו. בעלי התוספות (ד"ה אין) מפרשים שהגנב והגזלן משיבים כסף או דבר שלם, ואילו המזיק יכול לשלם גם בשווה כסף ובשברי כלים. לעניין השואל, למאן דאמר אין שמין, מסבירים התוספות את דמיונו לגנב ולגזלן: "כיון דחייב באונסין, נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים, והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן". ואדרבה, מכאן משמע שחיוב אונסין משמש ראייה שיש לשואל זכות קניין בנשוא השאלה. ייתכן אפוא שגם מי שסובר ששמין, יסכים לכך, אלא שדין "אין שמין" נדרש מהפסוק רק לעניין גנב או לגזלן, ואינו תלוי בזכות קניינם דווקא. הסבר אפשרי אחר הוא שזכות קניינו של השואל אינה זהה לזו של הגנב, כעולה מדברי התוספות במקום אחר[23], שהגנב והגזלן

[20] ראה מאמרו של מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א (לעיל הערה 8), שהביא ראייה מדעת רש"י, ב"מ פא ע"א (ד"ה שמירה), שבדין השאילני ואשאילך, אין נחשב כשמירה כבעלים, שאין השואל מתחייב לעשות מלאכה למשאיל. עיין טור ושו"ע, חו"מ, סי' שה, סע' ו.

[21] ראה: מחנה אפרים, הלכות שאלה, סי' א, שהאריך בחקירה זו בגדר חיוב שואל בסגנון קצת שונה, אם זהו חיוב חוזי או חיוב מן התורה בגלל שנהנה.

[22] חו"מ, סי' שמא, סע' ג. כדברי הסמ"ע משמע מן הריטב"א והמאירי בכתובות לד ע"ב. אולם ראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד.

[23] ב"מ צו ע"ב, ד"ה זיל שלים. וראה: מ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאילה (ירושלים, תשנ"ט), עמ' 7, 546.

קונים לגמרי את החפץ בשעה שניזוק, משום שהשינוי קונה, מה שאינו כן בשואל, אף שניזוק ברשותו[24].

על כל פנים, יש להבין כן מדברי הרמב"ם והתוספות המצריכים משיכה, שחיוב השואל באונסין מבוסס על זכות הקניין שלו. וכן עולה מלשון המאירי (ב"מ לו ע"ב). בגמרא מובאת סברה ששומר שפשע בבהמה ויצאה לאגם ומתה כדרכה — פטור, שכן "מלאך המוות — מה לי הכא ומה לי התם", ובין כך ובין כך הייתה מתה. שואל המאירי: אם כן, מדוע השואל חייב אף באונס במתה כדרכה? "והלא אף בבית משאיל היה כן". והוא מתרץ: "אף כשמתה, הוא נתחייב בה, שכבר קנאה ונתחייב בה לבעלים". אפשר שזוהי גם שיטת התוספות — בניגוד לרא"ש — שאין השואל מתחייב באונסין[25] אלא כשמשך את הפרה וקנאה.

אמנם יש להעיר שאין לבסס את חיובו של השואל אך ורק על זכות הקניין, שכן אף השוכר קונה גוף לפירותיו, אלא שמשלם דמים[26], והוא אינו משלם באונס. על כורחך יש לצרף כאן את התחייבותו של השואל, שכיוון "שכל הנאה שלו", התחייב להשיב את החפץ או את דמיו אף באונסין, בניגוד לשוכר שמשלם דמי שימוש.

הסבר חיובו של השוכר דורש עיון לעצמו. באופן כללי אפשר לומר שהוא דומה לשואל, אך לא נעמוד כאן על ההבדלים ביניהם.

[24] מהות זכותו הקניינית של השואל, וכן של השוכר, צריכה עיון, אלא שאין כאן מקומו. נציין רק, שלהלכה נפסק שאין לשואל ולשוכר זכות קניינית ממש. כך, בניגוד לקונה גוף לפירותיו, אין השואל או השוכר רשאי להשאיל. ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, כג, ח. כך מצינו לעניין שעת הערכת התשלום, שבניגוד לגזלן, שמשלם כשעת הגזלה, הרי כל השומרים משלמים כשעת הנזק (ראה: קצות החושן, סי' רצא ס"ק א), ומסביר ערוך השולחן, חו"מ, סי' רצא, יח, כי "עיקר החפץ הוא של בעה"ב, ויכול למוכרו ולהקדישו". וראה עוד: שיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, ד"ה כסבורין שהיא של אביהם, בשם הראב"ד והרמב"ן; הרמב"ן והריטב"א, ב"מ מג ע"א. כך גם נפסק שאין להשאיל ולהשכיר בהמה לגוי לשבת, שכן המשכיר הוא בעל הבהמה והוא מצווה על שביתתה. ראה: ע"ז טו ע"א; ובתוספות, שם, ד"ה והשתא; טור ושו"ע, או"ח, סי' רמו, סע' ג, ונושאי הכלים שם. וראה עוד: תוספות, נידה נח ע"א, ד"ה ולענין דינא; משנה ברורה, סי' תקפו, שער הציון, ס"ק כה. וצריך לומר שאף שאינו שלו ממש, לעניין חיובו באונסין נחשב כשלו: ראה: רש"י, ע"ז טו ע"א, ד"ה שאלה קנייה. ועיין עוד: שו"ת הרא"ש, כלל לה, סי' ב; שו"ע, אה"ע, סי' כח, סע' יט. ולעניין חיובו של שומר ב"בל יראה", יש שיטה בתוספות, ב"מ פב ע"ב, ד"ה אימור, שאינו מתחייב אלא כשקיבל עליו אחריות אונסין, שנחשב כאילו קנהו.

[25] לעניין פשיעה, גנבה ואבדה, ייתכן שיתחייב עם סילוק הבעלים משום התחייבותו, כדעת הרא"ש. ראה לעיל, הערות 14, 19. ולפי זה נאמר שחיובו של השואל מתקדם בשלבים — משעת המשיכה מתחייב באונסין משום קניינו. מאידך גיסא, שמא נאמר כי בעיני השואל נתפסת העסקה כחוזה קנייני, ולא התכוון להתחייב כלל לפני שמשך? וראה: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי' ז. וראה בשאלה זו דעות שונות בספר "שומרים", עמ' 245.

[26] ראה: רמב"ם, הלכות שאילה ופיקדון, א, ה (לעיל, ליד ציון הערה 21).

ג. זכות חזרה של המשאיל

נשוב למחלוקת האמוראים לעניין זכות החזרה של המשאיל. לדעת ר׳ אלעזר, כיוון שמשך השואל, קנה את הפרה לפירותיה, ואין המשאיל יכול לחזור בו. אך מה סברת רב הונא שדורש תחילת שימוש? בעלי התוספות (ב״ק עט ע״א) מציינים למסכת קידושין (מז ע״ב), שמובאת שם מחלוקת בשאלה: האם יכול המלווה לחזור בו, כל זמן שלא הוציא הלווה את דמי ההלוואה. אך רב הונא סובר כי בשאילה, בניגוד למלווה, כשנשוא השאילה עצמו חוזר, לדעת הכול יש למשאיל זכות חזרה עד תחילת השימוש, אם כי ביחס לאונסין משמע גם שם כי לכולי עלמא אין חיובו של השואל תלוי בתחילת השימוש.

ועדיין סברת רב הונא צריכה עיון, כפי ששואל הריטב״א בקידושין: ״כיון דלא מיקני במשיכה, אמאי מיקני בביקוע (תחילת שימוש בקרדום)? שלא מצינו קניין זה בשום מקום שיהא כלי נקנה בתחילת מלאכה״. מסביר הריטב״א שם בשם מורו (הרא״ה), שלדעת רב הונא אין השאילה בגדר קניין הגוף לפירותיו[27], אלא קניין תשמישין, ועל כן לא שייך בה משיכה[28], ומעיקר הדין יש לפנינו נתינת רשות, הניתנת לחזרה, אלא שתיקנו חז״ל שלא יחזור בו המשאיל לאחר תחילת השימוש, כדי שלא ״יפסיד פעולתו, כדתקינו בפועלים שהתחילו במלאכה (ב״מ עו ע״ב)״.

הסבר אפשרי אחר בדעת רב הונא הוא: לעולם המשיכה קונה לחיוב אונסין, כדעת ר׳ אלעזר לפי הסבר התוספות, אלא שזכות החזרה היא שיור בקניין שמשייר לעצמו המשאיל עד תחילת השימוש[29].

אמנם ההלכה היא כר׳ אלעזר. אך אף לדעתו, מעיקר הדין אין המשיכה מועילה בשאילה כי אם מתקנת חכמים. וכבר ראינו שיש אומרים שהתקנה באה כדי לאחר את חיוב האחריות (הראב״ד וסיעתו), ויש אומרים שהתקנה באה להקדים את מועד אי־החזרה (התוספות והרא״ש). נמצא שלשיטת התוספות במסכת בבא מציעא, המשיכה קונה לכל דבר — לאונסין ולחזרה[30] — ואפשר שהיא באה למנוע פיצול החוזה לשלבים שונים; ואילו לדעת הרא״ש — בין כך החוזה מפוצל, שכן חיוב באונסין מתחיל לפני

[27] אמנם הריטב״א מחלק שם בין מיטלטלין לקרקע. עיין שם.

[28] מדברי הריטב״א משמע, בניגוד לאמור לעיל בשיטת התוספות, שחיוב האונסין אינו תלוי בקניין. אדרבה, אילו היה לשואל קניין בחפץ, היה פטור באונסין, משום שקניינו נאנס. אמנם כבר נזהרנו בזה, ואמרנו שיש לצרף כאן את התחייבותו להשיב. ברם, מן הריטב״א נראה שחיובו באונסין נובע מהתחייבותו כשלעצמה. ואם כן, נראה שהוא כדעת הרא״ש, שהוא מתחייב כבר לפני המשיכה.

[29] וכעין זה מובא באוצר מפרשי התלמוד, ב״ק עט ע״א, הערה 129, בשם החזון איש, חו״מ, ליקוטים, סי׳ יז, ס״ק ט. ועיין שם בפירושים נוספים בהסבר דעות רב הונא ור׳ אלעזר.

[30] כך עולה גם מדברי שיטה מקובצת לב״ק שם, בשם הגאון, שהובאו דבריו באוצר הגאונים, ב״ק שם. אפשר שזו גם דעת הרמב״ם, ראה: הלכות שכירות, ב, ח ומגיד משנה שם; סמ״ע, ראש סי׳ שז. אלא שלדעת הרמב״ם, כן הוא גם בחיובי שומר חינם ושומר שכר.

המשיכה — ויש לומר שכשתיקנו משיכה במכר (עיין ב״מ מז ע״ב), תיקנו גם בשאילה ובשכירות[31].

ועדיין יש לדון בתוקפם של קניינים אחרים בשמירה, ככסף או חצר[32].

מבחינה רעיונית יש מקום לדון אם חוזה השאלה הוא חוזה אחד עם תנאים מיוחדים, או שמא הוא מורכב משני חוזים: שמירה ושימוש. דברי הרא״ש מטים לצד השני; חוזה שמירה עם סלוק הבעלים, וחוזה שימוש, עם המשיכה.

ד. יסוד חיובו של שומר חינם ושל שומר שכר

מכאן נעבור למחלוקת הראב״ד והרמב״ם על התוספות והרא״ש ביתר השומרים. דעת הרמב״ם פשוטה יותר: אין חיוב הנובע מחוזה בלא מעשה קניין[33], לכן גם ב״הנח לפניי״ יש ״לחפש״ מעשה קניין. לדעת התוספות והרא״ש, השומר מתחייב עם סילוק הבעלים בלא מעשה קניין. מה ההסבר להלכה זו? האחרונים העלו כמה הצעות.

א. ר׳ אפרים נבון, בספרו מחנה אפרים[34], מעלה סברה לחייב מדין ערבות: כיוון שהמפקיד סומך עליו ומסתלק מן החפץ על אמונתו, קיבל עליו השומר להתחייב כמו שהערב מתחייב. חיוב זה של ערבות יוסבר בהרחבה להלן, בפרק השנים־עשר. בינתיים נציין רק שרעיון הערבות בחיובי שומרים מופיע כבר בראשונים: הריטב״א והר״ן על המשנה במסכת בבא מציעא (צח ע״ב) התקשו לפרש את חיוב השואל מדין שליחות, ופירשו שהוא מדין ערבות, ״שכיון שא״ל להוציא פרה מרשותו ולשלחה ביד עבדו, נתחייב מדין ערב, ככל מוציא ממון מרשותו ע״פ חברו, נתחייב לו חברו כדין

[31] ראה: אוצר מפרשי התלמוד, ב״ק עט ע״א, הערה 130.

[32] ראה: טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ שז, סע׳ ב (האומר: ״שימשוך או שיעשה א׳ מדרכי הקנין״). וראה: נימוקי יוסף, ב״ק כט ע״א (בדפי הרי״ף), שמדבריו עולה כי קבלת הכסף על ידי שומר שכר אינה נחשבת כקניין (וצריך לעיין בהסברו לבעיית הגמרא שם). וראה עוד: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי׳ ז; אוצר מפרשי התלמוד, לב״ק שם, הערות 118, 119, 127 (לעניין חצר); ספר ״שומרים״ עמ׳ 22, 23, 633, 640.

[33] יש לציין כי דווקא הרמב״ם, במקום אחר, אומר לכאורה שאפשר להתחייב בלא קניין, אלא באמירת נוסח מסוים של התחייבות בפני עדים. ראה: הלכות מכירה, יא, טו. אמנם קצות החושן, סי׳ מ, ס״ק א, הבין שזוהי הודאה (אודיתא), ולא התחייבות, אך יש שפירשו שהרמב״ם התכוון להתחייבות; ראה לעיל, פרק רביעי, סע׳ א-ב. ואכן מדברי הר״ן על הרי״ף, כתובות סא ע״א (בדפי הרי״ף), סוף ד״ה והכא במאי, ניתן להבין שגם השומר יכול להתחייב באמירת אותו נוסח בלא קניין. ואילו הש״ך, חו״מ: סי׳ מ, ס״ק ב; סי׳ שא, ס״ק ז — סבור ששומר שחיובו מותנה באירוע עתידי, לא יתחייב בלא קניין, עיי״ש. וראה עוד הערה 9. ומשמע בפשטות מן הרמב״ם כי אין השומר מתחייב בלא קניין. ועל כרחך יש להבחין בין שומר של תורה לבין מי שמקבל עליו התחייבות כשומר, ראה להלן סעיף ח.

[34] הלכות שומרים, סי׳ ז; הלכות ערב, סי׳ א. ועיין עוד: שו״ת שואל ומשיב, מהדורא תנייא, ח״ב, סי׳ כח, וספר ״שומרים״ עמ׳ 6, 639.

ערב, והכי מוכח פ״ק בקדושין (ז ע״א)״[35]. אמנם ברא״ש אין רמז להסבר זה. יתר על כן, בעל מחנה אפרים עצמו דוחה אותו, שכן לדעת הרא״ש אין דין ערב כי אם כשמסר הנותן לבן־דעת, ולא די בעשיית מעשה על פי הערב[36].

ב. בעל קצות החושן[37] מסביר שהוא חייב מדין תחילת מלאכה. קניין זה מועיל בפועל[38], ולכן יועיל גם בשומר. עצם סברת ״תחילת מלאכה״ בשומר מצויה כבר בראשונים, כמובא להלן[39]. לפי זה, צריך לומר שיש כאן קניין, ומדובר בשהניח המפקיד את החפץ לפני השומר, כך שהוא מתחיל בשמירתו. על כל פנים, יש לפנינו חידוש עקרוני: חוזה השמירה אינו רק בגדר התחייבות ממונית, אלא גם חוזה עבודה — לשמור. ראה דיון בעניין זה, להלן.

לגישה זו יש כמה קשיים: ראשית, מלשון הרא״ש לא משמע שאכן השומר מתחיל לשמור, ובעיקר קשה לומר כן ב״הכישה במקל, והיא תבוא״, שהשומר אינו מצוי במקום[40]; שנית, לפי הרא״ש, שגם השואל נחשב כפועל עם סילוק הבעלים, מה טעם יכול המשאיל לחזור בו עד המשיכה? הרי אין המעביד יכול לחזור בו לאחר תחילת מלאכתו של פועל? שלישית, בשואל קצת קשה בסברה לראות בו, כשהוא המעוניין בחוזה, פועל של הבעלים[41].

ג. יש המסבירים את החיוב כחיוב נזיקי הנובע מחיוב השמירה שעליו. בנסיבות אלו — שהמפקיד סמך על השומר — מחדל אי־השמירה נחשב כ״גרמי״[42]. לפי זה, אפשר גם להבין שאין צורך בקניין, כי מזמן סילוק הבעלים מוטל עליו לשמרו. להלן נדון ברעיון זה ביחס לפשיעה המחייבת שומר חינם, אך לא פשוט לייחס רעיון זה

[35] לשון נימוקי יוסף, ב״מ נז ע״א (בדפי הרי״ף), והוא לקוח מחידושי הר״ן, ב״מ צט ע״א.

[36] בפסקיו לקידושין, פרק א, סי׳ יג. אולם ראה: משנה למלך, הלכות שכירות, ב, ח. ואף לדעת הרמב״ן, קידושין ח ע״ב, החולק על הרא״ש — אומר מחנה אפרים — צריך המתחייב לומר שהוא מתחייב.

[37] סי׳ שז, ס״ק א [נ״ל שיש לתקן שם — רנב״ר (הר״ן) במקום רמב״ן]. וראה ספר ״שומרים״ עמ׳ 22, 638.

[38] ראה: ב״מ עו ע״ב; חידושי הרמב״ן, שם; לעיל, פרק שביעי, סעיף א, 3.

[39] ראה ליד ציוני הערות 59, 80.

[40] ראה: שו״ע, חו״מ, סי׳ רצא, סע׳ ה; סמ״ע, ס״ק ח, בהסברו הראשון. אמנם נתיבות המשפט טוען כי ב״הנח לפניי״ — בניגוד ל״הכישה במקל והיא תבוא״ — הוא מתחיל לשמור. ראה לעיל, הערה 5. אכן לדעת התוספות — שחיוב השואל מתחיל במשיכה, וכן ״הכישה במקל, והיא תבוא״ אינו להלכה, ועל כל פנים מדובר בסמטה — הדברים מוסברים יותר.

[41] ראה לעיל, ליד ציון הערה 20, שייתכן שזו סברת התוספות, החולק על הרא״ש. עוד נראה לי שקצות החושן, המצריך כאן קניין התחלת מלאכה, סותר את דבריו בסי׳ שמ, ס״ק א. ראה להלן, הערה 55. וראה עוד ספר ״שומרים״ עמ׳ 635, שעמד על הקשיים בגישת קצות החושן.

[42] ראה: קהילות יעקב, ב״מ, סי׳ לד. הוא מסתמך על הגמרא בב״ק ד ע״ב, שקוראת לחיובם של שומרים ״נזקי גופו״. אך נראה לי שאין הכוונה אלא להבחינם מ״נזקי ממונו״, אך אין בזה משום הגדרת החיוב. גם עצם הכללת השומרים באבות נזיקין (ב״ק שם) אין משמעו אלא שזהו חיוב האמור בתורה, ונפקא מינה לחיובו ב״מיטב״. אמנם להלן נבחין בין חיוב מן התורה לבין חיוב חוזי לגמרי, ביחס למעשה הקניין. וראה עוד ספר ״שומרים״ עמ׳ 5, 596.

לגנבה ואבדה, שחייב בהן חייב שומר שכר. וודאי גם שאין בזה כדי להסביר את חיוב השואל באונסין, לפי הרא״ש. מחנה אפרים[43] דוחה הסבר זה, שכן השומר חייב להישבע שלא פשע, ואם לא נשבע, חייב, ומדוע, ״כיון דלא משום שומר אתה מחייבו״?

ועוד קשה לי להסבר זה של מזיק, מניין חיובו במזונותיה של הבהמה עם סילוק הבעלים (רמ״א, חו״מ, סי׳ שמ, סע׳ ד)[44]? אמנם שאלה זו אפשר לשאול גם לפי ההסברים הקודמים של ערב ופועל, אלא יש לומר כי מאחר ונתחייב בשמירה, חלים עליו דיני שומר של תורה, שכוללים חובת מזונות. אם כן אפשר לומר, שהוא מחיל על עצמו דין שומר של תורה, ללא מעשה קנין מקובל, כמבואר בסמוך.

ד. לענ״ד נראה שלדעת התוספות והרא״ש אין צריך לחפש קניין, ואכן השומר מתחייב בלא מעשה קניין.

יש לברר: האם השמירה נתפסת כחוזה במסגרת חופש החוזים? או שמא זהו חיוב מן הדין האמור בתורה (ראה לעיל, הערה 21)? לצד הראשון יש לומר שהתורה רק הציעה ארבעה מודלים של שמירה — שומר חינם, שומר שכר, שואל ושוכר — שדיניהם שונים, אך חיובם נובע מקבלת השומר להתחייב באופן זה, והוא יכול להתחייב גם באופן אחר[45]. לצד השני, אין פירוש הדבר שזהו חיוב מצד הדין, כנזיקין, שכן אותו אדם נעשה שומר מרצונו, אלא שאם הסכים להיות שומר, החוק (התורה) מטיל עליו לא רק את תנאי השמירה בהתאם לסוגה, אלא גם את עצם החיוב[46]. בהכללתו של חוזה זה בתורה, התכוונה התורה לומר: הסכמת להיות שומר — תתחייב, אף בלא קניין. אמנם אין די בהסכמה הדדית, ויש צורך בסילוק הבעלים, שכן רק מאותו רגע מקבל עליו השומר את חובת השמירה[47], והוא מתחייב אף בלא מעשה

[43] הלכות שומרים, סי׳ ז.

[44] ראה בית יוסף, בדק הבית, ופרישה על הטור, חו״מ, סי׳ שמ, סעיף ח. אמנם לדעת קהילות יעקב (לעיל, הערה 42), יש לומר שלא התכוון לחיוב נזיקי ממש, אלא שהחיוב אינו חוזי גרידא (קבלת אחריות), אך מפני שלא עמד בתנאי שמירתו, מעין פועל, חייבתו התורה כעין מזיק.

[45] ראה: תוספות, כתובות נו ע״א, ד״ה הרי זו, בסופו. התוספות מסבירים שם כי דין שומרים אינו כל כך נוקשה, כמו קידושין למשל, ולכן גם לדעת ר׳ מאיר, שאין להתנות על חיובי ממון של קידושין, ניתן להתנות על חיובי השומרים. דיון ממצה בשאלה זו, אם זהו חיוב חוזי או חיוב של תורה, ראה בספר ״שומרים״ עמ׳ 594-595.

[46] ראה: חזון איש, חו״מ, ליקוטים, סי׳ יב (יח), שהשומר אינו חיוב חוזי אלא חיוב מן התורה. וראה עוד שו״ת הריטב״א, סי׳ קצט: ״שהתורה חייבה שומרים בפשיעה, מפני שסמך עליהם...״.

[47] אף באשר ללשון ההסכם, יש שהאדם מסכים רק לקבל הפיקדון לרשותו בלא אחריות של שומר, ויש דיון בהלכה על הלשון המביעה את הסכמתו להיות שומר. ראה, למשל: ב״מ מט ע״ב — ״ביתא קמך״; ב״מ פא ע״ב — ״הנח לפניי״ או הנח סתם. וראה עוד: שו״ת הרשב״א, ח״ה, סי׳ קסו; תוספות, ב״ק צג ע״א, ד״ה ורמינהו; שו״ע, חו״מ, סי׳ רצא סע׳ א-ב; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי׳ א-ו; ספר ״שומרים״ עמ׳ 13.

קניין[48]. אין פירושו של דבר שהשומר נעשה פועל, כהבנת קצות החושן, אלא שמצב השומר הוא מעמד לעצמו, המתחיל עם סילוק הבעלים בהסכמת השומר.

כל זה בשומר הנזכר בתורה, אך השומר רשאי לסטות מן הכתוב ולהתחייב בתנאים אחרים, או אף במצבים בהם אין דין שמירה בתורה, אלא שאז יצטרך קניין כמבואר להלן בסוף הפרק. אמנם ניתן להטעים כי אין דין תורה חל באופן שרירותי, כגזירת הכתוב, אלא הגיון יש בדבר. השומר גם נהנה, וכל שנהנה יותר, מתחייב יותר.

כך עולה מדברי הרשב"א. בתשובתו[49] הוא מסביר כי יש מצב של שומר "בלי הזכרה", כלומר, בלי הסכם דברים, כגון, אומן, כי יש לו הנאה משמירת החפץ כבטחון לפרעון שכרו; ויש ונעשה שומר בדברים ללא קניין. ובמקום אחר[50] הוא מסביר: "שלא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו בהלואה או שנעשה לו שומר שכר או שואל שהנאה שלו... ואי נמי בקניין...".

אין כוונתי לומר כי שומר שכר ושואל מתחייבים "בההיא הנאה" גרידא, שהרי שומר שכר של קרקעות אינו מתחייב ללא קנין, כמובא להלן. וגם בסברה קשה לומר שהוא נהנה כשהוא רק מסכים או מתחיל לשמור. על כרחך יש לבאר כי משהסכים לשמור, התורה מחייבתו, וחל עליו שם שומר. עובדת הנאתו היא רק טעם לחיוב התורה, ולכן בשומר חינם שלא נהנה, מחפש הרשב"א טעם אחר כמובא להלן (ליד ציון הערה 70)[51].

ה. זכות חזרה של השומר ושל המפקיד

כאמור ביחס לשואל, שהוא המעוניין והנהנה מן החוזה, עלתה השאלה: האם יכול המשאיל לחזור בו? ואם כן, עד מתי יכול לחזור בו?[52]. לעניין שומר חינם, השאלה היא הפוכה, משום שהמפקיד הוא המעוניין בחזרה, והשאלה היא: האם השומר יכול לחזור בו באמצע הזמן המוסכם? בשומר שכר, שההנאה היא הדדית, השאלה היא לעניין המפקיד ולעניין השומר כאחת. נושא זה נידון בפוסקים, ואנו נבחן אותו בקצרה לאור האמור לעיל על הקניין בשומרים.

[48] וכבר עסקנו בשאלה: האם די בסילוק הבעלים, או שצריך גם תחילת שמירה בפועל? ראה לעיל, הערה 40.

[49] ח"ה סי' קסו. לפני התשובה כתוב [כנראה הוא מדברי ר"ח פלג'י, בעל הגהות רחמים לחיים על שו"ת הרשב"א]: "השאלה והתשובה הוא לשון הר"ז הלוי ז"ל... וכתבתיה כאן לפי שכתוב בה סברת הרשב"א ז"ל". בגוף השאלה מוזכר ר' שלמה קורקוס, דוד המשיב, כשואל השאלה [ואולי יש לתקן בשו"ת חקקי לב, יו"ד, סי' מח; ששאל מהר"ש קורקוס במקום שנשאל...].

[50] שיטה מקובצת בשם הרשב"א, ב"מ צג ע"א.

[51] וראה עוד תוספות, כתובות נו ע"א, ד"ה הרי זו (בסופו), נזכר לעיל, הערה 45.

[52] אשר לזכות החזרה של השוכר והשואל, ראה: ר"ן, ב"מ צט ע"א, ונימוקי יוסף, ב"מ נז ע"א (בדפי הרי"ף), על דברי הגמרא "תיקנו משיכה בשומרין"; ערוך השולחן, חו"מ, סי' רצא, יט.

נפתח בגישת הרמב"ם והראב"ד, המובאת לעיל, שתיקנו משיכה בכל השומרים, גם בשומר חינם ובשומר שכר. לפי גישה זו, תיקנו שהמשיכה תקנה כדרך שהמיטלטלין נקנים. אם כן, נראה שאין לשומרים, ואף לא למפקיד, זכות חזרה עד תום הזמן המוסכם. מאידך גיסא, אפשר שאין לתפוס את הקניין כי אם כדרך קניין, אך מהות השמירה נתפסת כהסכם עבודה, וחלים עליה דיני פועל, או שהיא נתפסת כהתחייבות ממונית, כמובא להלן.

לגישת התוספות והרא"ש, אמרנו שאין המשיכה אמורה כי אם לגבי שואל ושוכר, שכן "מיד שמשכו... אין בעלים יכולים עוד לחזור". ומשמע שבשומר חינם ושומר שכר אין למשיכה כל משמעות. הם מתחייבים בהסכמתם עם סילוק הבעלים, ומאז חל עליהם דין שומר, לכאורה, כל זמן שלא חזרו בהם. אך עדיין ייתכן לומר שהמשיכה או אף קבלת השמירה, כפי שהוסבר לעיל, פועלת לא כקניין על גוף נשוא השמירה, אלא כקניין על התחייבות ממונית של השומר או מעמדו כפועל או כשומר, כמובא להלן. מה אומרים הפוסקים בעניין זה?

יש אומרים שאין השומר רשאי לחזור בו באמצע הזמן המוסכם[53]. כאמור, דין זה מוסבר לשיטת הרמב"ם, ולהלן נדון בשאלת משמעות הקניין. אך קצות החושן[54] מסביר זאת גם לשיטת התוספות והרא"ש, שיש כאן התחייבות ממונית, כי עד תום הזמן המוסכם, ישלם — כל שומר כדינו — אם נגרם נזק לנשוא השמירה, והתחייבות ממונית המשעבדת נכסים היא בלתי הדירה[55].

לפי זה, נראה שגם המפקיד — בשומר שכר[56] — אינו יכול לחזור בו, שכן החוזה מחייב את שני הצדדים. גם אם התחייבות ממונית לפנינו, מסתבר שגם המפקיד התחייב לשלם לשומר את שכרו עד תום הזמן המוסכם[57].

לאותה תוצאה אפשר להגיע, גם אם נראה את השומר כפועל העובד למען המפקיד. כמו שאין בעל הבית יכול לחזור בו באמצע העבודה[58], כן אין המפקיד רשאי לקפח את השומר משכרו המוסכם, ומשיכת הכלי או הסתלקות הבעלים משמירתו נחשבת

[53] ראב"ד, המובא ברמב"ן ובריטב"א, קידושין יג ע"א (וברשב"א שם הוא בשם הר"א אב ב"ד); מגיד משנה, הלכות שאילה ופיקדון, ז, יא, ועיין משנה למלך שם; שו"ע, חו"מ, סי' רצג, סע' א, וביאור הגר"א שם, ס"ק ג.

[54] חו"מ: סי' עד, ס"ק א; סי' רצג, ס"ק ב. וראה עוד ספר "שומרים" עמ' 496-501.

[55] על הסבר זה קשה לי משני טעמים: ראשית, לכאורה קצות החושן כאן סותר את דבריו בסי' שז, ס"ק א (לעיל, הערה 37) שהשומר נידון כפועל (לפי הרא"ש) ולא כמתחייב ממון (ועיין להלן, הערות 63, 66). שנית, הרי ההתחייבות הממונית מתחילה עם קבלת השמירה, לפני המשיכה; ואילו שלילת זכות החזרה מתחילה, על כל פנים בשואל, מן המשיכה, כאמור? ובדוחק יש לומר שהמפקיד רשאי לחזור בו עד המשיכה (ויש אומרים שאינו יכול לחזור בו בכלל. ראה להלן); ואילו השומר כבר התחייב קודם לכן. וצריך עיון.

[56] בשומר חינם, כשהחוזה נעשה רק לטובת המפקיד, ברור שהמפקיד רשאי לחזור בו בכל עת.

[57] כך כותב ערוך השולחן, חו"מ, סי' רצא, יט: "והבעלים ודאי דיכולים לחזור בהם, וגם בשומר שכר, אם משלם לו שכרו עד הזמן שקבע".

[58] ראה: לעיל, הערה 38; פרק שביעי, סעיף א. אמנם יש לדון במי שחזר בו באמצע הזמן, אם

כתחילת מלאכה של הפועל[59]. אלא שלפי תפיסה זו, יש לדון בחזרתו של השומר. יש אומרים[60] שלשומר, ככל פועל, שמורה הזכות לחזור בו, שכן "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים"[61]. ויש חולקים: אם מפני שהשומר אינו טורח במלאכה ואינו נחשב כ"עבד"[62] או משום שהשומר בכלל אינו נחשב כפועל[63]. יש מי שמחלק בין שומר חינם לשומר שכר, ודווקא שומר שכר שטורח יותר נחשב כ"עבד", ויכול לחזור בו, בניגוד לשומר חינם[64]. אך לעניות דעתי יש מקום לסברה הפוכה, שכן אף בפועל עצמו העובד בחינם, אומר הרמ"א[65] שהוא רשאי לחזור בו, אפילו ב"דבר האבד", ובכלל קשה לראות בשומר חינם פועל של המפקיד. על ייחודו של שומר חינם, ראה עוד להלן.

יש מן האחרונים הרואים את השומר הן כפועל והן כמתחייב ממון. ואם כן, אף אם הוא רשאי לחזור מטורח השמירה, אינו יכול לחזור בו מהתחייבותו הממונית[66].

כנגד זה, יש אומרים[67] ששני הצדדים רשאים לחזור בהם, שכן לשיטת התוספות והרא"ש אין המשיכה אמורה כי אם בשואל ובשוכר, כאמור לעיל, אך אין לה כל משמעות ביחס לשומר חינם ושומר שכר, "שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי, ליכא למימר דתקנה להם משיכה, שהיאך יתחייב בעה"ב בשכרו [של שומר] מפני משיכה של שומר, שלא יכול לחזור בו"[68]. לפי זה, גם השומר רשאי להפסיק את שמירתו שלא ברצון בעל הבית, המפקיד, שהרי לא נוצר ביניהם חוזה מחייב להמשיך את השמירה[69].

ישלם לו שכרו בניכוי — כפועל בטל, כמו בפועל, או שבשומר שאינו עובד ממש, אין מנכים משכרו? וצריך עיון.

[59] ראה נימוקי יוסף, ב"מ צט ע"א (נז ע"א בדפי הרי"ף), בשם הר"ן: "שומר שכר הרי הוא כפועל של בעה"ב, ומשיכת הכלי, שהוא נעשה שומר עליו, הרי הוא כהתחלת מלאכה".

[60] הרשב"א, קידושין יג ע"א.

[61] ראה ב"מ י ע"א.

[62] ראה ערוך השולחן שם (לעיל, הערה 57), כלומר הוא פועל בלא זכות חזרה. וכן כתב נחל יצחק, הלכות הלוואה, סי' עד, אות (ב), על פי דברי הגמרא בב"מ צג ע"א: "משמר לאו כעושה מעשה דמי". וראה עוד: קהילות יעקב, ב"מ, סי' לד, שהסביר בדרך משלו.

[63] כך עולה מדברי קצות החושן, סי' עד, ס"ק א: "דשמירה אינו ענין לפועל" (וראה לעיל, הערה 55).

[64] ראה מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי' יח. ועיין ערוך השולחן, שם, שדוחה את דבריו.

[65] ראה: רמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' ה; ביאור הגר"א, שם, ס"ק לו.

[66] ראה: הגהות חתם סופר, חו"מ, סי' רצג, סע' א; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' נז (ושם מסביר מדוע אינו רשאי שלא לשמור ולשלם, כי המפקיד רוצה בחפץ שלו ולא בדמיו); קובץ שיעורים, קידושין יג ע"א (אות צב), והוא מבאר בדעת הרשב"א (הערה 60) שהוא רק חיוב פועל, ומתוך כך בא חיוב הממון, וכן יש לומר בדעת ר' עקיבא איגר. ראה להלן, ליד ציון הערה 87.

[67] ראה מחנה אפרים, שם, שדייק כן מדברי התוספות, ב"ק עט ע"א. וכן מוכח מדברי נימוקי יוסף, ב"מ שם, המובאים בסמוך.

[68] לשון נימוקי יוסף, ב"מ צט ע"א (נז ע"א בדפי הרי"ף). וראה עוד ספר "שומרים" עמ' 538.

[69] ואם תאמר: מדוע אין אפשרות לומר שהם התחייבו שלא לחזור בהם? שמא ניתן לומר שיש שאלה של מעשה קניין מתאים, ואכן קניין סודר — בניגוד למשיכה — יועיל. אך יותר נראה לי

ו. ייחודו של שומר חינם

ראינו בעיקר הבחנה בין שומר חינם ובין שומר שכר מחד גיסא, לבין השואל והשוכר מאידך גיסא. אך ייתכן שאפשר להעמיד את השומר חינם מול יתר השומרים[70]. לכל השומרים יש הנאה בשמירה, חוץ משומר חינם, שאינו נהנה. הרשב״א[71] התקשה בפשר חיובו, ומסביר: ״שכיון שקבל על עצמו, וזה נשען על שמירתו, ונאבד בפשיעתו, הרי זה קרוב למזיק״. כלומר, אף שהתרשלות שמירה היא לכאורה בגדר גרמא בנזיקין, כיוון שהסכים להיות שומר, וסמכו עליו, חייב אף על אבדן הנכס שנגרם בפשיעתו.

עצם הרעיון שהפשיעה נידונית כמזיק מצוי ברמב״ם[72] ביחס לאחריותו של שומר קרקעות ושטרות, שהתמעטו מפרשת שומרים שבתורה[73]. כלומר, שומר הקרקע יחויב כמזיק עקב פשיעתו. אך בנידון דידן, הרשב״א מחדש כן אף בשומר מן הדין. ושוב יש לשאול: אם כן, מדוע חייב, כשאין ידוע שפשע, ולא נשבע לפטור עצמו? על כורחך יש לומר שעדיין יש גם התחייבות חוזית — להיות שומר הנזכר בתורה, אלא שהיא בנויה על סברת נזק[74].

לפי זה, אפשר לתרץ את הסתירה במסכת בבא מציעא בין סוגיית ״הנח לפנייי״ (פ ע״ב) לסוגיית משיכה בשומרים (צט ע״א), שנידונה לעיל. ״הנח לפנייי״ נאמר דווקא בשומר חינם, שכן שומר חינם מתחייב עם סילוק הבעלים על פשיעתו, כעין מזיק; אך יתר השומרים, ובכללם שומר שכר, אינם מתחייבים בלא קניין[75].

שמבחינת התוכן, חוזה זה הוא בגדר קניין דברים, ואינו תופס (ראה: ב״ב ג ע״א; לעיל, פרק שישי, סעיף א). בין כך ובין כך, סתם שמירה אינה כוללת התחייבות כזו.

[70] זאת מלבד ההבחנה ביחס לזכות החזרה, שנידונה לעיל.

[71] ראה: שיטה מקובצת, ב״מ צד ע״א, בשם הרשב״א; שו״ת הרשב״א, ח״ה, סי׳ קסו. כעין זה כותב המאירי, פסחים ה ע״ב, בדחותו את הדעה ששומר חינם של חמץ גוי עובר ב״בל יראה״, שכן ״חיוב פשיעה כעין היזק הוא, ואין חיובו מתורת שמירה גמורה״. וראה עוד דרוש וחידוש לרע״א, ב״מ מח ע״א.

[72] הלכות שכירות, ב, ג. הראב״ד שם חולק. שתי הדעות הובאו בטור, חו״מ, סי׳ סו, סע׳ מ.

[73] מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי׳ ח, אומר שגם לפי החולקים על הרמב״ם, אם התנה במפורש, אף בלא קניין, שאם יפשע, ישלם — חייב, שכן קיבל עליו מראש לשלם גרמא בנזיקין.

[74] ראה לעיל, הערה 44.

[75] אמנם לרשב״א אמרתי לעיל, שכל השומרים אין צריכים קניין (ליד ציון הערה 49). אך הסבר זה יתכן למי שמצריך קניין, ותודה לאל שמצאתי סברה זו בערוך השולחן, חו״מ, סי׳ רצא, טו; ובקובץ שיעורים, פסחים ה ע״א (אות יח). ערוך השולחן רוצה לומר כן אף בדעת הרמב״ם, אך מלשון הרמב״ם בפירוש המשנה (לעיל, הערה 9), נראה בפשטות שאף שומר חינם צריך קניין. אף ערוך השולחן שם מציין כי מהבית יוסף נראה שלא הבין כדבריו בדעת הרמב״ם. וראה עוד ספר ״שומרים״ עמ׳ 628.

ז. למהותו של חוזה השמירה — מעין סיכום

מלבד השאלה: כיצד מתחיל חוזה זה המכונה שמירה, היש צורך בקניין אם לאו? יש לשאול: האם השמירה היא מתחום דיני ההתחייבויות או הקניינים או הפועלים? כאן עולה השאלה בדבר מהותו של חוזה השמירה ויחסו לחוזים אחרים. נבחן אם יש לדיון בדבר הצורך בקניין השפעה גם על עניינה של מהות השמירה. כבר כאן נעיר באופן כללי, כי לשיטת התוספות נראה להפריד בין השומרים — שומר חינם ושומר שכר — שהם בתחום החיובים או הפועלים, לעומת השואל והשוכר הקרובים לתחום הקניינים. לדעת הרמב"ם, עולה לכאורה שאין הבדל בין השומרים, ובכולם מדובר בקניין. שיטת הרא"ש היא בעייתית, שלכאורה אינה מפרידה בין השומרים, אך מחלקת את קניינם של השואל והשוכר לשני שלבים: חיוב עם סילוק הבעלים וקניין בשעת המשיכה.

נציג כעת אפשרויות שונות בהסבר עניינו של השומר.

1. התחייבות ממונית

אפשר שאין לראות בחוזה השמירה כי אם התחייבות ממונית מצד השומר לשלם את דמי נזק החפץ, נשוא השמירה, אם לא ישמור כפי שקיבל עליו. בשומר שכר, המפקיד מתחייב לשלם שכר בתמורה. בשואל, מעבר להתחייבות הממונית, יש לו גם זכות שימוש, ואפשר שהוא שכר שניתן לו עבור התחייבותו לשלם אף באונס. לפי זה, ייתכן לומר שאין השומר חייב לשמור, אלא לשלם, אם לא ישמור. הסבר זה יסיר מאתנו קושי אחר, שכן התחייבות לשמור, אם לא נראה את השומר כפועל, מעוררת שאלה של "קניין דברים" — התחייבות שאינה ממונית[76]. לפי זה, יש אומרים שהצדדים יכולים לחזור בהם, שכן אין חוזה המחייב אותם להמשיך בשמירה, והרי זה כאילו אמר השומר: אני מתחייב לשלם נזק החפץ כל זמן שאני שומר עליו, כעין התחייבות חברת ביטוח. אמנם אין הדמיון גמור. חברת ביטוח פטורה משמירה, ואילו השומר חייב לשמור, להציל ואף לטפל בפקדון[77]. ברם, עדיין יתכן שלא קיבל עליו לשמור, אלא לשלם, אם לא ישמור. אפשר שגישה זו תואמת את דעת נימוקי יוסף (לעיל, הערה 68).

אמנם בעל קצות החושן, כשהוא מסביר את השולחן ערוך[78], מגיע למסקנה הפוכה בדרך זו, ואומר שהתחייבות ממונית אינה ניתנת לחזרה, שכן השומר קיבל עליו אחריות עד לתום הזמן הקצוב, ואחריותו הממונית אינה פוקעת כשלא ירצה לשמור.

[76] ראה לעיל, הערה 69.

[77] ראה שו"ע, חו"מ, סי' שג, סע' ח; סי' רצב, סע' יז, כא; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי' לה; מגן אברהם, או"ח, סי' תמג, ס"ק ה. דיון בשאלה אם ומדוע חייב השומר לשמור, ראה עוד בספר "שומרים" עמ' 591.

[78] סי' רצג, ס"ק ב (לעיל, הערה 54).

לפי זה, נראה שההתחייבות הממונית היא הדדית, וגם המפקיד ביד שומר שכר אינו יכול לחזור בו ממתן שכרו המובטח[79].

אמנם כל זה אמור בשומר חינם ובשומר שכר. אך בשואל, בשלב שני (לפי הרא״ש) עם משיכת נשוא השמירה, ויש אומרים מתחילת השימוש בו (לרב הונא או אף לר׳ אלעזר, לפני התקנה), יש כאן קניין מסוים בגוף הדבר, והוא אינו מאפשר חזרה מזכות השימוש. כלומר, חוזה השאילה משנה את אופיו. לדעת התוספות, הסובר שבשואל הכול תלוי במשיכה, אפשר שרצו לתת לחוזה אופי אחיד, הקניין (משיכה), שמכוחו מתחייב באונסין ומותר בשימוש, נתפש מכוח התקנה כקניין מסוים בגוף החפץ, ואינו מאפשר חזרה.

2. פועל

יש אומרים שהשומר נחשב כפועל, שכן גופו משועבד לשמור, כפועל ששעבד את גופו לעבוד. עצם הרעיון נמצא כבר בראשונים[80], ונביא כעת עוד דברי שניים מגדולי האחרונים, שהסבירו בדרך זו את דברי התוספות בכתובות[81]. מן הברייתא: ״מתנה שומר חנם להיות כשואל״ (ב״מ צד ע״א), אם קנו מידו, מוכיחים התוספות, לפי המהרש״א ור׳ עקיבא איגר בכתובות שם, שניתן להתחייב בשעבוד הגוף בלבד כשאין נכסים לשעבדם. ולכן יכול חתן עני להתחייב על תוספת כתובה גבוהה, בסכום שאין לו.

זאת מניין? בגמרא, כתובות לד ע״ב נחלקו אמוראים ממתי משתעבדים נכסי השומר לחיובו — משעת המשיכה או משעת הנזק. רוב הפוסקים נוקטים באפשרות השניה[82]. נשאלת השאלה: הרי ״כלתה קנינו״[83]? כלומר, כיצד מועיל מעשה הקניין של השומר עתה, כשהחיוב חל רק בעתיד? אלא על כרחך יש לומר כי כבר עכשיו גופו משועבד לשמור, אף ששעבוד הנכסים בא מאוחר יותר[84,85]. מכאן בנה גם קצות החושן חידושו, כי השומר נחשב כפועל עם תחילת השמירה[86].

[79] ערוך השולחן, חו״מ, סי׳ רצא, יט, ויש חולקים עליו. ראה לעיל, הערות 57, 67.

[80] ראה חידושי הר״ן, ב״מ צט ע״א (לעיל, הערה 59).

[81] נד ע״ב, ד״ה אף על פי. ראה לעיל, פרק רביעי, סעיף ד, 1.

[82] כדעת רב פפא בכתובות לד ע״ב; וכן פסק השו״ע, חו״מ, סי׳ שמא, סע׳ ד (שלא כרמב״ם, הלכות שאילה ופיקדון, א, ה). עיין שם בנושאי הכלים.

[83] ראה פרק חמישי, סעיף ג, 2.

[84] ראה דרוש וחידוש לר׳ עקיבא איגר, כתובות שם, שהביא בשם הש״ך, חו״מ, סי׳ רצא, ס״ק מד: ״אף למ״ד משעת מיתה איתחייב לה (רב פפא), מ״מ על גופו השעבוד מיד, רק שעבוד נכסים הוא רק ממיתה״.

[85] לעצם הסבר התוספות בכתובות שם, קשה לי: מה הראיה מהתחייבות שומר שגם התחייבות ממונית של חתן עני בנויה על שעבוד הגוף, הרי שם (בחתן) אינו שומר ואינו פועל של כלתו, וודאי אינו יכול לחזור בו? ונראה שאין כוונת התוספות לראייה דווקנית, אלא לדמיון לעצם הרעיון של שעבוד הגוף.
אמנם מדברי הרא״ש בכתובות שם, פרק ה, סי׳ א, נראה, שלא כדברי ר׳ עקיבא איגר, ואף

בדרך זו מסביר הר״ן (ראה לעיל, הערה 80) את אי־חזרת המפקיד (בשומר שכר), כמו שמעביד אינו יכול לחזור בו. אלא שאנו מסתבכים בשאלת חזרת השומר, שכן לפועל יש זכות מיוחדת המאפשרת לו חזרה מן החוזה (״כי לי בני ישראל עבדים״). אכן, יש אומרים שהוא באמת רשאי לחזור בו (רשב״א, לעיל, הערה 60). אך את פסק השו״ע (לעיל, הערה 53), השולל אפשרות חזרה, מסבירים בעובדה שלשומר, שאינו טורח כפועל, אין זכות זו; או שעל כל פנים, שומר חינם אינו דומה לפועל, והוא מנוע מחזרה. וכבר עמדנו על הדוחק בהסבר זה.

כמו כן ראינו שתפיסת השומר כפועל אינה חולקת בהכרח על התפיסה של התחייבות ממונית, וייתכן שהיא מצטרפת אליה (דעת חתם סופר), אלא שיש הבדל ביניהן: לדעת החתם סופר, יש שתי התחייבויות במקביל, והן אינן תלויות זו בזו; ואילו לדעת ר׳ עקיבא איגר, חיוב הממון נובע מתוך חיובו לשמור[87]. בין כך ובין כך, נראה שכל זה בשומר חינם או בשומר שכר; אבל השואל, וכן השוכר, אינו נחשב כפועל, כי אם כקונה חפץ עם המשיכה, כאמור. אלא שקשה להסביר את דעת הרא״ש לפי דרך זו. שכן, מדוע חייב באונסין משעת סילוק הבעלים? אמנם קצות החושן טוען שהוא נחשב כפועל מאז, וכבר עמדנו על הקשיים שבשיטתו.

3. מעין פועל

דומה שנצליח להימלט מן הקשיים הללו, אם לא נסתפק בהתחייבות ממונית גרידא. ואכן, חוזה השמירה מטיל על השומר גם חיובי שמירה, אלא שאין צורך לראות את השומר כפועל, אלא כנכנס למעמד של שומר. משעת סילוק הבעלים, או אף מתחילת השמירה למעשה[88], נוצרים יחסי מפקיד — שומר, והם מחייבים את השומרים באחריות לנזק, כל שומר כדינו, ואינם מאפשרים חזרה. לדעת כמה מן הראשונים, התקנה שינתה את מועד קבלת השמירה[89]. בהסבר זה, נבין מדוע אין צריך קניין[90] מחד־גיסא, וכן: מדוע לפי השולחן ערוך, אין אפשרות חזרה מאידך גיסא? משום שהצדדים נכנסו למעין שותפות, שיש בה עניין לכל אחד מהם, ואין צד אחד רשאי לחזור בו באופן חד־צדדי[91].

שעבוד הנכסים מתחיל מיד כשיבואו לרשותו, עוד לפני שעת הנזק. לפי דבריו אכן מדובר בהתחייבות חוזית — אף שאין לו כעת נכסים לשעבדם — ומכאן ראיה לשעבוד הגוף של חתן עני, שאין לו עתה נכסים.

[86] קצות החושן, סי׳ שז ס״ק א, נזכר לעיל הערה 37. אלא שהוסיף כי לרמב״ם, שמשעת משיכה משתעבד, אין קושי בכך שמתחייב ע״י קניין משיכה.

[87] ראה לעיל, הערה 66.

[88] ראה לעיל ליד ציוני הערות 48, 40.

[89] כך יש לפרש בדעת רש״י והראב״ד, שהתקנה איחרה את קבלת השמירה עד למשיכה. ראה ליד ציון הערה 12. ואילו לדעת התוספות והרא״ש, המעמד מתחיל עם סילוק הבעלים, כאמור, והתקנה נוגעת רק לשואל ושוכר, כאמור להלן.

[90] כפי שהסברנו לעיל ליד ציון הערה 48.

[91] להוציא חזרת המפקיד אצל שומר חינם, שאין לו, לשומר, עניין לשמור, כנזכר לעיל.

לפי זה דברי ר׳ עקיבא איגר[92] מקבלים משמעות שונה. אין כוונתו לפועל דווקא אלא למעמד של שומר[93]. יתר על כן, מעמד זה של שומר מטיל עליו — לפי הש״ך (לעיל, הערה 84) — חיוב השבה עם תחילת השמירה, ולכן בספק אם פשע השומר ונוצר חיוב או לא פשע, הרי זה ״כאיני יודע אם פרעתיך״, וחייב[94]. כך עולה מדברי נתיבות המשפט[95], שחל על השומר מעתה חיוב השבה של הפקדון כשהוא בעין (שיבוצע בסוף השמירה), ועל חיוב חל שעבודא דר׳ נתן[96].

כך הדין בשומר חינם ובשומר שכר[97]. בשואל, אפשר לומר כי לפי הרא״ש, בשעת המשיכה נוספה לו זכות קניין[98], ולפי התוספות כעת מתחיל קניין השואל וחיוביו. אך אם אכן יש כאן חוזה מיוחד (מעמד של שומר), אפשר אולי לומר שלעולם אין לשואל זכות קניינית, כי אם זכות שימוש; אך כשם שהשומר אינו יכול לחזור בו ממעמדו כשומר, כך אין המשאיל, משעת המשיכה, יכול לחזור בו מהתחייבותו לאפשר לשואל זכות שימוש בתוך הזמן הקצוב.

4. מיקח וממכר

לשון הגמרא ״כשם שתיקנו משיכה בלקוחות״, ובייחוד לשון הרמב״ם בפירוש המשנה (לעיל הערה 9), מורה לכאורה שהתייחסו לשומר כקונה חפץ. הדברים אמורים לשיטת הרמב״ם, שכל השומרים מתחייבים רק משעת המשיכה. קל להבין זאת ביחס לשואל ולשוכר, הקונים גוף לפירותיו, כאמור לעיל (ליד ציון הערה 21). אך קשה להסביר זאת ביחס לשומר חינם ולשומר שכר. אמנם אין הכרח לומר שמעשה הקניין מצביע על אופי הקניין, ואם כן ייתכן שאף לדעת הרמב״ם, השומר — בניגוד לשואל — אינו מתחייב אלא לפי הדרכים הקודמות שנתבארו עד כה[99]. אך אולי יש לומר שאכן התייחסו לחפץ, נשוא השמירה, כקניינו של השומר לשם שמירה או שכר. גם אם נתקשה לתת הסבר לזכות קניין זו, יש לזכור שמדובר בדרבנן — תקנת משיכה. ושוב אפשר לומר כי זו גופה משמעות התקנה, שיש כאן כעין קניין בנשוא השמירה, ולפי זה אין הצדדים רשאים לחזור בהם עד תום הזמן הקצוב.

[92] ראה לעיל הערה 84.

[93] וראה עוד ספר ״שומרים״ עמ׳ 636, אות ח (בשם מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א).

[94] זאת בניגוד לדעת הנמוקי יוסף בב״ק לט ע״א (בדפי הרי״ף), המובא בש״ך שם. הרחבת דברים בשאלת זמן החיוב, ראה בספר ״שומרים״ עמ׳ 1056-1061.

[95] סי׳ פו, ס״ק א.

[96] בניגוד לדעת קצות החושן, סי׳ פו ס״ק ד, וסי׳ שמ ס״ק ד. ואולי קצות החושן לשיטתו כי השומר הוא פועל (סי׳ שז) ובפועל — וה״ה במתחייב ממון, לפי קצות החושן, סי׳ עד — לא מצינו חיובי השבה.

[97] רק כאשר השומר רוצה לשנות מדין התורה, צריך קניין, ראה להלן, סעיף ח.

[98] נצטרך לומר שאף שחוזה השמירה החל משעת סילוק הבעלים, ואין המפקיד רשאי לחזור בו מהתחייבותו לשלם שכר לשומר שכר, הענקת הזכות להשתמש בחפץ בלא חזרה אינה ניתנת לשואל לפני המשיכה.

[99] כך משמע מדברי קצות החושן, סי׳ שז, ס״ק א, בהסבר דעת הרמב״ם. ראה לעיל הערה 86.

5. מעין מזיק

בדינו של שומר חינם, שחייב רק בפשיעה, עמדנו לעיל (הערה 71) על האפשרות לראות בו כעין מזיק, שכן כשהבעלים סומכים עליו, הוא מתחייב בגרמא, כשלא שמר כראוי. לפי זה, הוא אינו צריך קניין, ואפשר שאין עליו חיובים נוספים, והוא רשאי לחזור בו מהסכמתו לשמור[100].

ח. התחייבות שומר לחרוג מדינו בתורה

עד כה עסקנו בחוזה שמירה לפי התורה, שלהרבה דעות אינו חוזה רגיל, אלא התורה מחייבתו.

אך כאמור לעיל, יש שהשומר מתחייב בתנאים אחרים או אף במצבים בהם אין דין שמירה בתורה. לכאורה לפנינו התחייבות לשמור, שתידון לפי דיני החוזים הרגילים. נבחן התחייבויות אלו, לאור השאלה של הצורך בקניין, וכן יחסן לחוזה שמירה של תורה.

שתי סוגיות בגמרא עוסקות בזה. האחת: שומר שמקבל עליו שעבוד נוסף[101] על האמור בדין: "מתנה שומר חינם להיות כשואל" (ב"מ צד ע"א). הגמרא שואלת כיצד הוא מתחייב בדברים, ועונה: "אמר שמואל, בשקנו מידו, ור' יוחנן אמר, אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה". וכן נפסק להלכה (שו"ע, חו"מ, סי' רצא, סע' כז)[102].

הסוגיה השניה: שומר קרקעות, שטרות והקדשות, שהתמעטו מדיני שמירה, אינו מתחייב לפי ר' יוחנן, אלא "בשקנו מידו" (ב"מ נח ע"א; שו"ע, חו"מ, סי' סו סע' מ; סי' שא, סע' ד). הראשונים התקשו, מדוע לא מתחייב גם כאן בהנאת המהימנות, ללא קניין?

תרוצים שונים נאמרו בעניין[103]. אך נתעכב כאן על אחד התירוצים, שהובא

[100] אך בדעת השו"ע, חו"מ, סי' רצג, סע' א, שאינו רשאי לחזור בו, על כורחנו יש לומר שאין כאן רק חיוב מזיק, כי אם גם חיוב חוזי או מעמד של שומר, כמוסבר לעיל.

[101] אם מקבל עליו תנאי של פטור, אין צריך קניין, שכן המפקיד מוחל על החיוב כלפיו, ומחילה אינה צריכה קניין; ראה סמ"ע, חו"מ, סי' שא, ס"ק ז. אולם ראה הערה הבאה.

[102] הרמב"ם, הלכות שכירות, ב, ט, ובעקבותיו, השו"ע, חו"מ, סי' רצו סע' ה וסי' שדמ סע' א, אינם מזכירים את הנאת המהימנות, אלא את אפשרות חופש ההתנאה, ואינם מבחינים בין תנאי של פטור לתנאי של חיוב. אך המפרשים הבחינו ביניהם כאמור, ראה סמ"ע (הערה הקודמת), ופתחי תשובה, חו"מ סי' שה ס"ק ב.

[103] יש אומרים שעצמת המהימנות שונה (תוספות, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמר, בתירוצו השני); יש אומרים כי במתנה להיות כשואל דוקא, הוא דומה לאומר: הריני כאילו התקבלתי, מה שאין כן בקרקע, שגם שואל פטור (ש"ך, חו"מ, סי' סו ס"ק קכט); ויש אומרים, שאכן אין הבדל בין המקרים, ו"קנו מידו" לאו דוקא (שיטה מקובצת, ב"מ נח ע"א, ד"ה א"ר יוחנן); ויש מי

בפוסקים, וממנו פנה ויתד למשמעות התחייבויות אלו. בסוגיה הראשונה השומר פועל במסגרת שמירה של תורה, ורק מרחיב אחריותו. הרחבה זו נעשית בהנאת המהימנות בלבד. אבל הסוגיה השנייה עוסקת בהתחייבות חדשה, שאינה עניין לשמירה של תורה, ולכן צריך קניין, ככל התחייבות אחרת[104].

1. שומר קרקעות

להסבר זה השפעה בכמה עניינים: א) שומר של תורה, נכלל באבות נזיקין, לעניין זה שיחוייב לשלם מ"מיטב", עידית מנכסיו[105]. אך חיוב שנובע מחוזה רגיל, נחשב כחוזה הלוואה, ואם כן אותו שומר קרקעות ישלם רק מבינונית או זיבורית של קרקעותיו[106].

ב) בהתחייבות זו לא עולה השאלה ממתי מתחייב השומר – משעת הקניין או משעת הנזק – שכן זו התחייבות ממונית רגילה, שחלה עליו ועל נכסיו מיד[107].

יתר על כן, בפשטות נראה שזו התחייבות לשלם אם לא ישמור, ואין הוא מוגדר כפועל או שומר, שהתחייב לשמור. וכן מורה גם לשון השו"ע: "כל אלו אם קנו מידם להתחייב באחריותם, חייבים" (סי' שא, סע' ד), משמע שהתחייב לשלם, ותו לא.

וכך עולה גם מדברי הר"ן, האומר שלפי הרמב"ם שאפשר להתחייב בפני עדים, ללא קניין[108], אף בשומר דנן – קניין לאו דוקא[109]. כך הוא הדין בהתחייבות ממונית, אבל כדי להיות שומר של תורה, לפי ההסברים שהובאו לעיל, וודאי לפי הרמב"ם שמצריך במפורש מעשה קניין[110], לא תספיק אמירה בפני עדים.

מאידך גיסא, כיון שהתחייבות חוזית לפנינו, נראה שאין צורך בהתחלת שמירה או סילוק הבעלים, ומעשה קניין יועיל אם מסכים הוא להתחייב, עוד טרם הגיע אותו דבר הקדש, למשל, לידו.

אמנם אין משמעות הדברים בהכרח, שהוא משמש רק כחברת ביטוח, שאינו חייב לשמור. כך, למשל, נפסק כי שומר חמץ של גוי, חייב לבערו לפני פסח, כי אחריותו

שמבחין בין קרקעות להקדשות, ראה שיטה מקובצת שם. על ההשפעות להלכה של התרוצים השונים, ראה: חידושי רע"א, חו"מ, סי' רצא, סע' כז, וספר "שומרים" עמ' 583.

[104] ראה: נימוקי יוסף, ב"מ צד ע"א (נד ע"א בדפי הרי"ף); סמ"ע (לעיל, הערה 101); וכן יש לבאר כוונת תוספות, ב"מ נח ע"א, ד"ה אמר, בתירוצו הראשון. קרוב לזה מתרץ קצות החושן, סי' שמ, ס"ק א. תוספות, כתובות (לעיל, הערה 45) אומר שכוונה התורה לדעת השומרים, ואם כן – אומר קצות החושן – יכול השומר להוסיף על חיובו מדעתו, למעט שומר קרקע שבו קבעה תורה שאינו בדיני שמירה כלל, ואין די בגילוי דעתו, ללא קניין.

[105] ראה: ב"ק ד ע"ב; ש"ך, חו"מ, סי' רצא, ס"ק ב (ופלא בעיני שדין זה לא הובא בשו"ע).

[106] ראה מנחת חינוך, מצוה נז, ולשונו תובא להלן, הערה 114.

[107] כך משמע מדברי רש"י, ב"מ נח ע"א, ד"ה בשקנו מידו: "שאם יקלקל שמירתו ישלם... שהרי הוריד עצמו לכך ושיעבד נכסיו", וראה ספר "שומרים" עמ' 587.

[108] ראה לעיל הערה 33.

[109] הש"ך (הנזכר בהערה 33) מצריך קניין, משום שהוא חיוב על תנאי, ודומה לאסמכתא, עיין שם.

[110] ראה לעיל, הערה 9.

לשלם, במקרה של אבדן הנכס, מחשיבה את החמץ כאילו הוא ברשותו. כל זאת, למרות שאינו שומר של תורה — כי גוי התמעט מדיני שמירה — אלא שומר מכח התחייבות בקניין[111].

ג) עוד הבדלים בין שומר של תורה לבין מתחייב לשמור, באשר להוכחת חיובו, ובאשר לשומת הנזק, יובאו להלן.

אם פשע השומר בשמירתו, יש אומרים, שדי בהתחייבות על פה, ללא קניין, כדי לחייבו[112], ולדעת הרמב"ם, חייב, אף ללא שהתנה כן, כי "פושע מזיק הוא"[113].

2. "מתנה שומר חינם להיות כשואל"

יותר בעייתית היא התחייבות זו. כאן כאמור אין צורך בקניין, ודי בהנאת המהימנות. האם אותו שומר עדיין מצוי בגדרי שומרים, גם ביחס לאונסין? לכאורה, דינו כסתם שואל. ואם כן ישלם ממיטב[114], ונכסיו משתעבדים רק משעת הנזק כדינו של כל שומר[115].

עוד הבדל יתכן באשר לחישוב ערך התשלום. כל השומרים משלמים לפי ערך החפץ בשעת הנזק, גם אם התייקר או הוזל מאז תחילת השמירה[116]. אולם בהתחייבות חוזית אפשר שאותו שומר קרקע קיבל עליו לשלם את שווי הקרקע, אם ייפסד, כפי ערכו היום. כן, על כל פנים, נראה לומר לפי הרמב"ם הסובר שאי אפשר להתחייב על דבר שאינו קצוב[117], ואם כן, כיצד מתחייב עתה לשלם לפי שווי שיתברר רק בשעת הנזק? ומסתבר אם כן שמתחייב כפי השווי עתה.

עוד הבדל ייתכן בדיני ראיות. שומר שטוען כי לא פשע בשמירתו צריך להשבע. אך במתחייב ממון, אם כופר בחיובו משום ששמר כראוי, אינו חייב להשבע ופטור

[111] ראה שו"ע, או"ח, סי' תמ, סע' א, וחי' רע"א שם.

[112] ראה: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי' ח (הובאו דבריו בחי' רע"א, הנזכר בהערה 111; לעיל הערה 73; להלן, פרק יב, סעיף ג, 7.

[113] ראה לעיל, הערה 72.

[114] ראה מנחת חינוך (לעיל, הערה 106). וז"ל: "שומר חינם התנה... צריך ג"כ לשלם בעידית, לפי מה שכתבו תוספות (כתובות נו, ב), דהתורה ירדה לסוף דעתן של שומרים... במתנה שומר חנם להיות כשואל, כיוון דרוצה לחייב עצמו יותר, התורה חייבה אותו, על כן מתחייב בדברים בעלמא... קצות החושן סי' שמ ס"ק א כתב כן... אם כן לגמרי דינו כשואל ומשלם ג"כ מעידית. אבל בקרקעות... התורה פטרתו, על כן לא מהני תנאי, כי מה תוסיף תת כח האמירה... על כן בעי קניין דהוי ליה חיוב חדש, כמו המחייב עצמו בדבר שאינו חייב... א"כ אינו משלם מעידית, וה"ל דינו כמו כל בעל חוב...".

[115] ראה סמ"ע, חו"מ, סי' רצא, ס"ק נא (בשם רבנו ירוחם, מישרים, נתיב ל, ח"א); חידושי ר' עקיבא איגר, שנזכר לעיל, הערה 84. אולם לא כן עולה מדברי הרא"ש בכתובות (לעיל, הערה 85), וראה ספר "שומרים" עמ' 1392.

[116] עיין קצות החושן, סי' רצא, ס"ק א, שכתב כן, אף לדעת הרמב"ם, ששומר מתחייב משעת משיכה, כי בכל זאת הוא חיוב שמותנה בנזק עתידי. וראה לעיל, הערה 24.

[117] הל' מכירה, יא, טז. נידון לעיל, פרק רביעי, סעיף ג.

על טענת ספק של המפקיד. אכן כך יש אומרים ביחס לשומר קרקעות[118]. אבל ביחס ל"מתנה שומר חנם..." הדברים אינם פשוטים. קצות החושן[119] אומר שאם יקבל עליו במפורש כל דיני שומר שכר או שואל, קיבל עליו גם שלא יפטר ללא שבועה. אך בקיבל עליו חיובי גניבה ואבידה, לא יחוייב ללא עדים שלא שמר כמוסכם.

ויש לי להשיב בשתיים: ראשית, הרי כבר אמרנו שאי אפשר להתחייב להשבע, אלא מתחייב הוא ממון, אם לא ישבע[120]. אם כן, גם שומר קרקעות יכול להתחייב כן. שנית, אם "מתנה שומר חנם..." אינו בכלל דיני החוזים הרגילים, אלא מכליל עצמו בדיני שומרים, הרי ממילא חובת שבועה חלה עליו, ואין צריך להזכיר במפורש שמקבל עליו דיני שומר[121].

ואפשר כי קצות החושן לשיטתו, כי השומר נחשב כמתחייב ממון או כמתחיל לעבוד כפועל, ואינו בגדר מעמד של שומר, סבור כי תוספת אחריות שקיבל על עצמו, אמנם אינה צריכה קניין כאמור, אך יש לבוחנה לפי אומדן כוונתו. אך לדברינו שאותו שומר חנם, למשל, מכליל עצמו במעמד של שואל, ממילא חייב הוא להשבע כדין שואל. אמנם בסברה קשה להבין שומר חנם שהופך להיות שואל, אך כבר ראינו דמיון לזה – מי שמקבל על עצמו עדות קרוב או פסול, ושינה בזה דיני הראיות כלפי עצמו[122]. כך, אותו שומר חנם יידון מעתה לפי דיני השומרים שהחיל על עצמו.

עוד ראייה כי המתנה להוסיף בשמירתו, נכלל בפרשת השומרים, יש להביא מדברי אחד הראשונים[123] ששואל: "ואם תאמר על מה חל הקניין, קנין דברים בעלמא הוא? ויש לומר דחל הקניין על גופו, דגופו משועבד להיות שואל". וכבר אמרנו לעיל כמה פעמים, כי רעיון זה של שעבוד הגוף של פועל ושל השומר "מציל" אותנו מבעיית "קניין דברים". אלא שכאן נלמד שגם אותו שומר חינם שמתנה להיות כשואל, כולל עצמו במעמד של שומר.

עד כה הלכנו בדרך המפרידה החלטית בין שני סוגי השומרים החורגים מדין תורה, אך לפי התירוצים האחרים ביחס למעשה הקניין[124], ייתכן שגם "מתנה שומר חנם...". נתפס כהתחייבות חוזית גרידא. וכן נראה לומר לפי דעת הרא"ש שהובאה לעיל[125].

[118] ראה קצות החושן, סי' סו ס"ק מז.
[119] סי' שא ס"ק ג.
[120] ראה פרק שישי, הערה 17.
[121] עוד יש להעיר כי ב"מתנה שומר חנם..." שהוא בין כך שומר החייב בשבועה, יגלגלו עליו גם שבועות אחרות של שומרים בהתאם להתחייבותו. אולם גלגול שבועה אינו מעניינו כאן ולא נדון בו כעת.
[122] ראה לעיל, פרק שישי, סעיף ו, 2.
[123] ראה שיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א, בשם תלמיד הר"פ (=רבנו פרץ).
[124] ראה הערה 103.
[125] ראה הערה 84.

3. שומר נכס של נכרי

אף נכרי התמעט מדיני שומרים שבתורה[126], ולכן שומר חפץ של נכרי נזקק להתחייבות בקניין כדי שיתחייב כלפי המפקיד הנכרי.

השאלה עלתה ביחס לביעור חמץ. שומר חמץ של נכרי חייב לבערו לפני הפסח, ונחלקו הפוסקים[127] אם מדובר בשואל, שומר שכר או אף שומר חינם שחייב רק בפשיעה. והרי אין שמירה בנכרי, אלא שקנו מידו שישמור (לעיל, הערה 111).

כבר הזכרנו כי ביחס לפשיעה, לרמב"ם, גם בלא שמירה של תורה, חייב כמזיק[128]. והמחנה אפרים[129] מוסיף כי אף מי שחולק על הרמב"ם יסכים כי די בהתחייבות בעל פה כדי שיחויב בפשיעה.

בין כך ובין כך, מדובר בשקנו מידו שישלם, אם לא ישמור, או שקיבל עליו בעל פה לשלם אם יפשע בשמירה.

נראה לי שכל זה אמור בשומר חינם או בשומר שכר, שהוא עושה טובה למפקיד, אבל בשואל, שהמפקיד עושה לו טובה, די בעצם קבלת נשוא השאלה כדי שיתחייב בפשיעה, שכן ודאי כלולה בשאלה התחייבות מכללא לשלם אם יפשע. ואולי במשיכת השואל יש גם קניין על תשלום במקרה זה. להלן, בפרק שנים־עשר, סעיף ג, נעמוד על חיוב מדין ערב בנסיבות דומות. וגם בנידון דידן סמך עליו המפקיד שלא ישמור פחות מדרך הבעלים להשגיח על חפציהם.

לכאורה יש להקשות מדין אחר שנפסק בשו"ע[130]: "תקע בשופר של עבודת כוכבים של ישראל, לא יצא, שאינה בטלה עולמית, וכתותי מיכתת שעוריה. אבל בשל עבודת עכו"ם של עכו"ם... אם תקע בו, יצא", שכן הוא יכול לבטלה מעבודה זרה. ומסביר המשנה ברורה שם (ס"ק יב): "כגון שמצא שופר של ע"ז של נכרי, או ששאל אותה ממנו", ובשער הציון, שם, ס"ק כה, הוא מסביר: "ואף דע"י שאילה הוא חייב באחריות, על כרחך דעי"ז אינו נחשב כשלו, שלא יהא מהני ליה בטול, או כמו שכתב הדגול מרבבה, דכיון דאין לעכו"ם דין שומרים, ממילא אינו חייב הישראל באחריות". ולכאורה, לדברינו הרי חייב השואל בפשיעה, גם אם לא התחייב במפורש. וצריך לומר כי לעניין ביטול עבודה זרה, גם אם לתירוץ זה השואל נחשב כבעלים, השואל, שחייב רק בפשיעה, אינו נחשב כבעלים, ועדיין יכול לבטל את השופר מעבודה זרה שדבקה בו.

[126] ראה מכילתא, משפטים, פרשה קנג; תוספות, שבועות מד ע"א, סוף ד"ה שומר; רמב"ם, הלכות שכירות, ב, א; טור ושו"ע, חו"מ, סי' שא, סע' א. וראה ספר "שומרים", עמ' 1323-1327.

[127] ראה שו"ע, או"ח, סי' תמ, סע' א, ונושאי הכלים שם.

[128] לעיל, הערה 113. וראה עוד מחצית השקל על מגן אברהם, או"ח, סי' תמ, ס"ק א.

[129] לעיל, הערה 112. ועיין בחק יעקב, או"ח, סי' תמ, ס"ק א, שמחייבו בגלל שחייב באחריות מדין המלכות.

[130] שו"ע, או"ח, סי' תקפו, סע' ג.

פרק תשיעי

שותפות — התחייבות וקניין

התוכן

מבוא 329

א. שותפות עסקית ברווחים עתידיים — מחלוקת ראשונים 330
1. הנאה הדדית 331
2. שכירות 334
3. התחייבות 335
4. חזרת שותף מן ההסכם 336
5. סיכום דעות הפוסקים 340

ב. חוזי עשייה, עבודה וממון — היחס ביניהם 341
1. חוזה אריסות 341
2. היחס בין חוזה עשייה לבין חוזה עבודה 342
3. החזקת ילדים 344

ג. סיכום 345

פרק תשיעי

שותפות — התחייבות וקניין

מבוא

שותפות ברכוש בין אחים או בין שכנים נידונה הרבה בתלמוד, אך עניינו כאן הוא שותפות בין סוחרים או אומנים וכיוצא בזה שנועדה להפקת רווחים שיחולקו ביניהם. מכאן שיש להבחין בין שותפות בנכסים לבין שותפות עסקית. וכך כותב גולאק[1]: "השותפות בקניין היא יחס של שותפות בשייכות החפץ, והשותפות בתור עסק היא בעיקרה השתתפות הפעולה של אנשים למטרת הריוח". אולם גם השותפות העסקית זוקקת ביסודה לנכסים, כפי שאומר גולאק בהמשך דבריו: "בשביל שהמשפט העברי אינו מכיר את קניין הדברים... לכן כל ערך השותפות נראה בו כמו קניין משותף בחפצים ידועים, וגם השותפות בתור חיוב ועסק מתהוה על ידי השותפות בקניין חפצים ידועים או ממון". לפי זה, רואים את השותפים כיחידים שעושים פעולת קניין ברכוש או בממון, והם מסכימים להתחלק ברווחים שיפיקו מן השותפות[2].

שותפות מעין זו נזכרת בתלמוד[3] ומובאת ברמב"ם. אך ההתפתחות הכלכלית דרשה הכרה בשותפות עסקית שאינה מבוססת על רכוש משותף דווקא אלא על פעילות משותפת. כבר הגאונים נשאלו על שותפות עסקית, בייחוד של אומנים, שמטרתה להתחלק ברווחים עתידיים, ואפילו במציאה שתפול ליד אחד מהם. הנכיר בחוזה זה? הנצריך מעשה קניין ומהו? או שמא נפסול את החוזה משום קניין דברים או משום הקנאת דבר שלא בא לעולם? שאלות אלו העסיקו רבות את חכמי ההלכה כבר בימי הגאונים, והן העמידו בספק את עצם קיומה של השותפות העסקית ברווחים עתידיים. אולם דומה שהצורך והרצון לפתור את הבעיות שהתעוררו למעשה הצמיחו רעיונות מקוריים ופוריים ששורשם נעוץ בתלמוד. במבט כללי אפשר לומר גם פה שהשותפות עוברת מקניין לחוזה, כפי שנראה להלן[4].

[1] יסודי המשפט העברי, ח"א, עמ' 135. וראה גם: ח"ב, עמ' 192.

[2] סוג שונה של שותפות המכונה "עסקה" — שאחד השותפים משקיע רכוש והשני משקיע עבודה — מעורר בעיקר בעיות של שליחות וריבית, ואין כאן מקום לדון בו.

[3] משנה, כתובות י, ד; בבלי צג ע"א.

[4] בפרק זה נעזרתי בעבודת הדוקטור של ד"ר ש"ד רויטל, יסודות השותפות במשפט העברי, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"א, עמ' 61 ואילך, אלא שאין בית מדרש בלא חידוש.

א. שותפות עסקית ברווחים עתידיים — מחלוקת ראשונים

בכמה מקורות[5] מופיעה שאלה זו:

> ראובן ושמעון נשתתפו, ואתנו דלא ליפרשו אלא באנפוהי[6], וגם כת׳ ביה תנאה דכל מה שמרחמין מן השמים, בין שכר בממון זה בין שכר בממון אחר, ואפי׳ מציאה הבאה לידו, השכר לאמצע...[7]. והשיב: ההיא לאו תנאי הוי ולא שוי שום מידעם, דהלכה רווחת היא בישראל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם[8].

זו היא תשובת הגאון. אמנם הוא מוסיף ששמע שיש לרב מתתיה גאון דעה אחרת[9], אך הוא שולל אותה מכול וכול.

יש שראו בהסכם זה משום קניין דברים, דהיינו קניין על הקנאת רווחים בעתיד, שאינו תופס[10]. וכך מספר בעל העיטור[11], לאחר שהוא מביא את דין קניין דברים

[5] שערי צדק, ח״ד, שער ח, סי׳ א; אור זרוע, ב״מ, סי׳ רסו; תשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת, מהדורת א׳ קופפר, ירושלים תשל״ג, סי׳ צ, עמ׳ 148. הציטוט דלהלן הוא מן המקור האחרון. אשר לזהות המשיבים, ראה הערתו של קופפר שם, שהוא נוטה לייחסה לרב צמח גאון.

[6] אין ללמוד מכאן על אפשרות של התחייבות שלילית, שהרי מסוף התשובה נראה שהייתה זו התחייבות לתשלום ממון, אם יפרו את התנאי שקיבלו עליהם. והשווה לעיל, פרק שישי, ליד ציון הערה 11.

[7] הסכם מעין זה, שבו אמנם השקיעו הצדדים רכוש משותף, אך התנו ביניהם על חלוקת רווחים אף בלא זיקה לאותו רכוש, מופיע בשטרות שותפות קדומים. ראה עוד: ספר העיטור, שיתוף (מג ע״א); ספר השטרות לר״י ברצלוני, שטר סד; מחזור ויטרי, סי׳ תקעב ועוד; ספרו של S.D. Goitein, A Mediterranean Society, I, Berkeley – Los Angeles, 1967, p. 174. ונחלקו הגאונים אם להכיר בתנאי זה. מלבד רב מתתיה גאון בתשובה שלפנינו, הכיר בו גם רב נטרונאי גאון (שערי צדק, שם, סי׳ ג; ובנוסח מתוקן יותר, תשובות רב נטרונאי גאון, מהדורת י׳ ברודי, מכון אופק, ירושלים תשנ״ד, סי׳ שסא. ולא העיר המהדיר שרוב הגאונים נחלקו על המשיב, כנזכר להלן), אך נימוקיהם אינם מפורטים דיים. מתוך ויכוחו של המשיב לפנינו עם רב מתתיה, נראה שרב מתתיה הסתמך על דין ״מתנה על מה שכתוב בתורה, תנאו קיים״, ולא ברור מה עניין תנאי להתחייבות שותפים בעניננו? ואולי כוונתם לומר שהרי זה כהתחייבות לדבר שלא בא לעולם? ולדעתם היא חלה, כשאלת המגיה בשערי צדק שם. העיטור, שם, מב ע״א, מזכיר את מחלוקת הגאונים, ומביא בשם הראשונים טעמים אחרים לדעה שהחוזה תופס, כמובא בסמוך. וראה עוד להלן, הערה 9.

[8] הגאון מסתמך גם על תשובה קודמת של מר רב חנינאי גאון, ואומר: ״ומר רב חנינא בהדי דרי הר גבוה היה, וסמכינן עליה״.

[9] ראה לעיל, הערה 7. בשאלה זו ביחס לחוזה שותפות, נחלקו גם חכמי פרובנס (בזמן הרשב״א), ר׳ יצחק בן ר׳ מרדכי קמחי ור׳ יחיאל בן הנשא ר׳ משה איש חיל. ראה: תשובות חכמי פרובינציא, מהדורת א׳ סופר, ירושלים תשכ״ז, חו״מ, סי׳ טו, יח.

[10] והשווה הדיון על ״קניין אתן״, לעיל, פרק חמישי, סעיף א, 5. לקשר בין קניין דברים ודבר שלא בא לעולם, ראה עוד: שו״ת הר״י מיגאש, סי׳ קצו, הדן בשותפים שהתנו שיוציאו נדוניה לבנותיהם לכשייפטרו מן העולם, והשיב: ״והנה זה קנין דברים במה שהתנה לו שיתן לבנותיו מהריוח מהפירות, לפי שהוא דבר בלתי מצוי״. וראה דברי הרמב״ם שבסמוך ודברי הראב״ד ביחס לירושה, פרק חמישי, הערה 271.

שבמסכת בבא בתרא ג ע״א: ״וכגון תגרי דאתנו אהדדי בקניין: כי זביננא להההיא מידי, ליהוי בשותפתא ביננא. ואזל אידך וזבן, לית ליה לאידך למיבעי ליה מידי, דקניין דברים הוא. והכין שדרין גאוני מתא מחסיא בתיובתא (צ״ל: במתיבתא)״.

אף הרי״ף[12] ממשיך בכיוון זה, והוא מצריך הטלת כסף השותפות לכיס. וכך אומר גם הרמב״ם[13]: ״כשירצו השותפין להשתתף, במה יקנה כל אחד מהן ממון חבירו להשתתף בו? אם במעות נשתתפו, יביא זה מעותיו ויביא זה מעותיו ויטילו אותן לכיס אחד... כללו של דבר. בכל הדברים שקונה הלוקח, באותן הדרכים עצמן קונין השותפין זה מזה בממון המוטל ביניהם להשתתף בו. האומנין שנשתתפו באומנות, אע״פ שקנו מידם... שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה, אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם״. ואם כאן מעלה הרמב״ם את בעיית דבר שלא בא לעולם, הרי במקום אחר הוא מעורר את שאלת קניין דברים[14]: ״הדברים שאין בהם ממש אין הקניין מועיל בהן. כיצד? הרי שכתב בשטר וקנינו מפלוני... או שישתתפו שניהם באומנות, וכיוצא בדברים אלו כולן, הרי זה קניין דברים, ואינו מועיל כלום״. אולם, כאמור, הראשונים מצאו דרכים לנתק את השותפות מאופיה החפצי, היינו שלא יהא צורך בהטלה לכיס או שיתוף בממון מסוים, אלא הכירו באפשרות של הסכם על חלוקת רווחים עתידיים, שמתגבר על בעיית קניין דברים ודבר שלא בא לעולם. מה הן דרכים אלו?

1. הנאה הדדית

כבר השם ״שותפות״ מורה שכל אחד מן הצדדים פועל עבור חברו, כשם שחברו פועל למענו. עובדה זו אינה חייבת להיות בעלת משמעות משפטית. בדוגמה של הגמרא, בתחילת בבא בתרא, על קניין דברים, מדובר בשותפים שהתחייבו זה לזה לחלוק בחצרם, ולא מצינו שהדדיות זו ״מצילה״ את החוזה[15].

אמנם כבר בגמרא מצינו שלפעמים יסוד ההדדיות מתגבר על בעיית חוסר מעשה קניין. כך נאמר[16] ביחס לקניין גורל בין אחים שחלקו נכסי ירושה, וכן ראינו לעיל[17] ביחס לדין פסיקתא, שמשום הנאת חיתונם ההדדית ״גמרו ומקני להדדי״. אין להסיק

[11] אות שני, קניין (י ע״ג). וראה להלן, הערה 19. נראה שמקור התשובה הוא בתשובת רב יהודאי גאון שנדפסה בשערי צדק, ח״ד, שער ח, סי׳ י. וראה עוד: שו״ת מהר״ם אלשקר, סי׳ פ, בשם תשובת ראשונים. ואולי הכוונה לאותה תשובה.

[12] הובא בספר העיטור, שיתוף (מב ע״א).

[13] הלכות שלוחין ושותפין, ד, א-ב.

[14] הלכות מכירה, ה, יד.

[15] בעל שו״ת פרח מטה אהרן, ח״א, סי׳ יג, אומר ששם השתתפו כדי להיפרד [=לחלוק], ולא כדי לקדם את מצבם הממוני. אולם ראה תשובת המהרי״ק, המובאת להלן, הערה 23. וצריך עיון.

[16] ב״ב קו ע״א.

[17] פרק רביעי, ליד ציון הערה 39.

מכאן שכל חוזה הדדי אינו מצריך קניין, כפי שנעמוד על כך להלן, בפרק האחד־עשר. על כל פנים, יש המתחשבים בשיקול זה, כאמור. התחשבות ביסוד ההדדיות מצאנו ביחס לשאלת אסמכתא. כך אומר רבנו תם[18] שבחוזה התערבות שבין שניים, כמשחק בקוביה, והוא הדין בקנס שידוכין, אין משום אסמכתא, כי כל צד מעוניין להרוויח מחברו, ותמורת זאת הוא גומר בדעתו להסכים גם לאפשרות שיפסיד לחברו. הצורך בקניין ודין אסמכתא באים כדי להביא גמירות דעת מושלמת של הצדדים לחוזה, ומשום כך אפשר להבין שלפעמים הנאתם ההדדית מרפאת פגם בגמירות הדעת.

אולם אחד מראשוני אשכנז מביא רעיון זה גם ביחס לדבר שלא בא לעולם בנידון דידן. כך מסופר בספר "העיטור"[19] על רבנו משולם בר קלונימוס מלוקא[20], שהשיב לבית דין שבארלדי בעניין שלושה אחים שהתנו זה לזה בקניין, שכל מי שיקבל מתנה מאחותם יחלק אותה בשווה ביניהם, ואמר: "אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בההיא הנאה דקא סמכי להדדי, כדאמר באחין שחלקו... ובפסיקתא (כצ"ל) אמרינן: בההיא הנאה דקא מיחתנו... הלכך, כל תנאה מהני בשיתוף, בין מציאה בין דורון, משום האי טעמא, דקא משתתפי אהדדי, גמרי ומקנו". נראה כי לדעת רבנו משולם, "דבר שלא בא לעולם" הוא פגם אך ורק בגמירות הדעת[21], ומשום כך הוא מחדש שיסוד ההדדיות מרפא אותו. כך יכולים השותפים להקנות איש לרעהו מציאה או מתנה שתגיע לידם.

[18] תוספות, סנהדרין כד ע"ב, ד"ה כל: "דכיון דשנים הם, כל אחד ואחד מקני לחבריה, מגו דאי מרווח בעי איהו למקני, בההיא הנאה גמר ומקני לחבריה. ולפ"ז, כל שידוכין לא הויא אסמכתא...".

[19] אות שני, שיתוף (מב ע"א). העיטור מסכים לסברת רבנו משולם, והוא סותר את מה שכתב במקום אחר בשם הגאונים (הערה 11). וכבר עמדו על כך: בית חדש, חו"מ, תחילת סי' קעו; שאלת דוד (לר' דוד פרידמן מקרלין), ח"ב, חו"מ, סי' א. לי נראה לתרץ שהציטוט דלעיל (ליד ציון הערה 11) הוא קטוע, והמילים "והכין שדרין גאוני מתא מחסיא..." הן פתיחה לתשובה שבאה לאחריהן. כן מוכח מתשובות חכמי פרובינציא הנ"ל, סי' יח. ובאותה תשובה מובאת מחלוקת "ביני רבוותא" בשאלה: האם הסכם שותפים לחלוק בכל מה שיפול לידם תופס? המכירים בו מסתמכים על הנאתם ההדדית. לפי זה נראה שהעיטור מסכים לדעה זו. אף המהרי"ק, שורש קפא (הוצאת מכון אורייתא, ירושלים תשמ"ח), פוסק כן, ומצרף לשיטה זו את רבנו תם והעיטור. עיין שם.

[20] מגדולי הרבנים באיטליה ואשכנז במאה הי'. היה בקשר עם גאוני בבל ועם רבני אשכנז ("בדורו של רבי שרירא גאון" — שו"ת חכמי פרובינציא, הנזכר בהערה הקודמת, סי' יח). ספק בעיניי אם יש מגאוני בבל שקיבלו חידוש זה. ראה: שו"ת חכמי פרובינציא (לעיל, הערה 9); להלן, פרק יא, ליד הערה 29. על כל פנים, ר' יצחק קמחי, בתשובתו (סי' יח; וראה עוד: א' גרוסמן, חכמי אשכנז הראשונים, הוצאת מגנס, ירושלים תשמ"א, עמ' 49), שנזכרה לעיל, בהערה 9, אומר: "לא הודו לו (לר' משולם) חכמי דורו".

[21] ראה: פרק חמישי, הערה 115. נראה שאין כאן רק התחייבות להקנות נכס עתידי, אלא הקנאה שתתפוס אותו נכס מוסכם לכשיבוא ליד אחד השותפים. והשווה לדינו של רב נסים גאון, לעיל, פרק חמישי, ליד ציון הערה 172.

המהר״ם[22] ממשיך בכיוון זה, ומוסיף שגם אין צורך בקניין. ואמנם כבר ראינו שיסוד ההדדיות יכול להתגבר על הצורך בקניין. יתר על כן, המהרי״ק מכיר אף בהתחייבות שלילית מכוח הדדיות ההסכם, ומשום כך הוא נותן תוקף להסכם בין שניים שהחזיקו רכוש משותף, והתנו זה עם זה שלא למכרו לאחר בלא רשות חברו[23]. המהר״ם מסתמך על התוספתא הידועה בסוף מסכת בבא מציעא[24], המביאה הסכמים שונים של בני העיר או בני האומנות, האומרת: ״ורשאין הצמרין והצבעין לומר: כל מקח שיבא לעיר נהא כולנו שותפין בו״. ואומר המהר״ם שהוא הדין בכל מה שהשותפין מתנים ביניהם, ואף בלא קניין, בניגוד לדעת הרמב״ם שהזכרנו לעיל. חלק מן התוספתא ביחס לסמכויות בני העיר לסידור ענייניהם מובא גם במסכת בבא בתרא[25]: ״הנהו בי תרי[26] טבחי דעבדי עניינא [=תנאי] בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה, נקרעוה למשכיה״. היינו: הסכם בין טבחים לקרוע עור בהמתו של מי ששוחט שלא ביומו, שהוא הסכם קבוע למניעת תחרות פרועה ביניהם. כל ההלכות האלו עוסקות, כאמור, בתקנות כלליות של בני העיר או בני אומנות, והן מתחום המשפט הציבורי. מוזכרות שם סמכויות כפייה והטלת עונשין על בני העיר, ואין הכרח להקיש מדברים אלה על חוזה פרטי של שותפים. כך מבחין הרמב״ן[27] במפורש בין תנאי של כל בני האומנות לבין תנאי של שניים או שלושה אומנים. וכך כותב הרשב״א באחת מתשובותיו[28]: ״הסכמת הרבים יפה, שאין היחיד יכול לבטלה״. על משמעות הסכם של רבים נעמוד להלן, פרק אחד־עשר, סעיף ב, 4. על כל פנים, המהר״ם מפרש את הסוגיא במסגרת המשפט הפרטי. וכבר עמד המהרי״ק[29] על מחלוקת ראשונים זו, בשאלה: האם יש להסביר הלכות אלו מדין הנאתם ההדדית של השותפין? או שמא יש לפרשן מכוח הסכמת הרבים?

חידוש זה של הסכם על יסוד הנאתם ההדדית, אף בלא קניין, אינו נזכר אצל הראשונים הספרדים, והם השתמשו בדרכים אחרות, כמובא להלן.

[22] הובא במרדכי, ב״ק, סי׳ קעו. אמנם בתשובה אחרת, דפוס פראג, סי׳ שכה, מבסס המהר״ם את תוקף ההסכם על דין שכירות, האמור להלן בשם הראב״ד, ולא על הדדיות ההסכם, אלא שלדעת מהר״ם, שותף־שכיר אינו יכול לחזור בו, כמבואר בסעיף הבא (ליד ציון הערה 67), כך שאין נפקא מינה בין דרך ההנאה ההדדית לבין דרך השכירות. ראה: י׳ קפלן, ״אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי״, משפטים כה (סיוון תשנ״ה), עמ׳ 396.

[23] מהרי״ק, שורש כ. וראה לעיל, פרק שישי, הערה 71.

[24] יא, יב.

[25] בבלי: ח ע״ב; ט ע״א.

[26] יש שאינם גורסים ״בי תרי״, ראה: דקדוקי סופרים, ולהלן, הערה 29.

[27] בחידושיו לב״ב ט ע״א, ד״ה הא. וראה עוד: תשובות חכמי פרובינציא (לעיל, הערה 9), סי׳ כ.

[28] מיוחסות, סי׳ סה. וראה לעיל, פרק שישי, הערה 89. אמנם במקום אחר (ח״ג, סי׳ קלד) מסביר הרשב״א שהוא מדין שכירות, האמור להלן.

[29] שורש קפא. המהרי״ק תולה את מחלוקתם גם בגרסה. ראה לעיל, הערה 26. יש לציין שמדברי המהר״ם במקום אחר — הגהות מרדכי, ב״מ, סי׳ תנז-תנח — משמע שפירש את התוספתא מכוח הסכם של רבים ולא מכוח הדדיות ההסכם. וראה לעיל, הערה 22.

לסיכום, יש לומר שהבעיה ביסודה היא בשאלת משמעות המושג "בההיא הנאה": האם הוא בא רק כתחליף למעשה קניין? או שמא הוא משפיע גם על תוכן החוזה, כמו שראינו ביחס לדבר שלא בא לעולם וקניין דברים? נדון בשאלה זו גם בפרק האחד־עשר, סעיף א[30].

2. שכירות

יש שראו את השותפים כשכירים זה לזה, וכך נכנסת השותפות למסגרת דיני עבודה. כל שותף נחשב כעובד המרוויח למען חברו. לפי זה, אין כאן בעיה של הקנאת דבר שלא בא לעולם, אלא זוהי שכירות של הפועל להרוויח למען חברו. החולשה העיקרית של הסבר זה היא, שהיא מאפשרת לכאורה לכל צד לחזור בו, כדין פועל שחוזר בו בחצי היום. מקורו של פתרון זה הוא בתורתם של חכמי פרובאנס.

העיטור[31] דן בהסכם לשיתוף במציאה שתפול לידו של אחד מן הצדדים לחוזה, ולפני שהוא מביא את דעת רבנו משולם, הוא מביא דרך אחרת להתגבר על בעיית דבר שלא בא לעולם:

> וכתב הרב החסיד: טעמא דכל חד וחד נעשה שכיר ופועל לחבירו. ודמיא להא דאמר ששכרו ללקט מציאות (ב"מ י ע"ב).

הרב החסיד הוא הראב"י אב"ד, כפי שכתוב בתשובתו[32], ומעניין שבסיום דבריו הוא אומר: "אין לנו ראיה אחרת, אבל זה נזרק מפי חבורתינו[33] ע"י מעשה בנרבונה". רעיון זה חוזר בדברי הראב"ד, המשיג על הרמב"ם בהלכות שותפין, ואומר[34]: "ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין עבדים, וכשם שמצינו באומרת: יקדשו ידי לעושיהן (כתובות נט ע"א)"[35]. להלן נשוב לשיטת הראב"ד בהקשר לשאלת החזרה. דימוי השותף־השכיר לעבד לשם מעשה ידיו אף מסביר את מהותו של חוזה

[30] גם אם אין לחוזה תוקף משפטי, יש לו תוקף מוסרי, המחייב אדם לעמוד בדיבורו. ראה: תשובת הגאונים, הובאה בתשובות חכמי פרובינציא (לעיל, הערה 19), סוף סי' יח; שו"ת הגאונים "הקצרות" (רבינוביץ), סי' צה; הגהות מרדכי, ב"מ, סי' תנא. לעניינו של החיוב המוסרי, ראה להלן, פרק שנים־עשר.

[31] לעיל, הערה 19.

[32] ר' אברהם ב"ר יצחק, אב"ד בנרבונה, בעל ספר האשכול, חותנו של הראב"ד הידוע, בעל ההשגות. ראה בספר תשובותיו (מהדורת קאפח), סי' ריט. תשובה זו מופיעה בקובץ שאלות ששאל המחבר מרבו הרב יוסף בר יהודה בן פלאת. ועיין עוד: שם, סי' קכז; תשובות חכמי צרפת ולותיר (מהדורת מילר), סי' מח. בהגהות מימוניות על הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין ד, ב, מובא רעיון השכירות בשם הגאונים, ואולי הכוונה לראשונים הללו. והשווה תשובת ר' יצחק קמחי, בתשובות חכמי פרובינציא, סי' כ (לעיל, הערה 20). וצריך עיון.

[33] על פי פסחים סד ע"א.

[34] הלכות שלוחין ושותפין, ד, ב (לעיל, פרק שביעי, הערה 273).

[35] וראה עוד: השגות הראב"ד, הלכות מכירה, ה, יד, ולחם משנה שם. המהרי"ק, שורש קפא, מביא את דברי הראב"י בשם הראב"ד בתשובה. ואמנם תשובה כזו מיוחסת להראב"ד בכ"י ירושלים

עבודה עצמו, כפי שעמדנו עליו לעיל[36]. אולם עיקר החידוש הוא, שרואים את השותפים כשכירים.

רעיון זה של ראיית השותף כשכיר כבש את לב הספרדים החל מן הרמב״ן ואילך. הרמב״ן[37] מקבל אותו ביחס לאומנין בעלי עיסוק מקצועי, אך לא ביחס לסתם שותפים שהתנו על חלוקת רווח עתידי שיזדמן להם. אך הרשב״א[38] טוען שאין להבחין ביניהם. חידוש זה נזכר עוד בכמה תשובות של הרשב״א[39], וכן בראּ״ש[40], בטור[41], בר״ן[42], בריב״ש[43] ועוד[44]. ר׳ שם טוב גאון[45] אף הנהיג לכתוב בשטר השותפות שהם משעבדים את עצמם זה לזה. מקורות אלו מדמים את השותף לשכיר ממש, ואין צורך בקניין, אלא התחלת המלאכה היא הקניין, ומאידך יכולים השותפים לחזור בהם באמצע[46]. וכבר ציינו לעיל את תשובת הרשב״א[47], האומר שאין שום תקנה להסכמה מראש שלא יחזרו בהם כי אם על ידי חיוב ממון.

היסודות הללו של הנאה הדדית ושכירות הובאו להלכה, כמובא להלן. יש הסכמי שותפות שהוכרו מכוח המנהג או מכוח שבועה. דרכים אלו אינן מיוחדות להסכם שותפות, ונדון בהן בפרק האחד־עשר.

3. התחייבות

לכאורה היה מקום להכיר בהסכם השותפות מכוח התחייבות. כבר למדנו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל יכול הוא להתחייב להקנות לחברו דבר שלא בא לעולם[48]. אם כן, נאמר גם שכל שותף מתחייב להקנות לחברו רווח עתידי שיגיע לידו. דרך זו זוקקת אמנם מעשה קניין, כקניין סודר או שטר, ואף שימוש בלשון התחייבות.

של שו״ת הרא״ש, נדפס ע״י א׳ אורבך, שנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), עמ׳ 64. אולם כפי שראינו, מקורה של התשובה הוא בחבורת הראב״י בנרבונה.

[36] ראה: קצות החושן, סי׳ שלג, ס״ק ה (לעיל, פרק שביעי, הערה 292).

[37] בחידושיו לב״ב ט ע״א, ד״ה הא. הטור, חו״מ, סי׳ קעו, סעיף ד, מביא את הרמב״ן ואומר שהוא מסכים לדעת הרמב״ם, שחוזה האומנין אינו תופס, בניגוד לדברי הרמב״ן המפורשים בחידושיו. וכבר עמדו על כך הב״ח והדרישה שם. ועדיין צריך עיון.

[38] בחידושיו שם. וכן נפסק להלכה. ראה: ש״ך, חו״מ, סי׳ קעו, ס״ק ח.

[39] ח״א, סי׳ אלף נז; ח״ב, סי׳ פז, קנז; ח״ג, סי׳ קלד; ח״ה, סי׳ קפו.

[40] בתשובותיו, כלל פט, סי׳ יג. וראה בטור, הנזכר בהערה הבאה.

[41] חו״מ, סי׳ קעו, סעיף ד.

[42] בחידושיו לב״ב ט ע״א.

[43] סי׳ עא, תעו (ד״ה והרמב״ן).

[44] תשב״ץ, ח״א, סי׳ לה, וח״ג, סי׳ קמז; רשב״ש, סי׳ שח; נימוקי יוסף, ב״ב ו ע״ב (בדפי הרי״ף). ונפלא בעיניי שחידוש זה אינו נזכר בתשובות חכמי פרובינציא (לעיל, הערה 9).

[45] מגדל עז על הרמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, ד, ב.

[46] ראה: הרמב״ן הרשב״א והריב״ש (לעיל, הערות 37, 38, 43).

[47] ח״ב, סי׳ פז. ראה פרק שישי, הערה 88.

[48] לעיל, פרק חמישי, סעיף ג, 8.

אך יתרונה הגדול הוא שאינה מאפשרת חזרה. אין זו התחייבות פועל, אלא התחייבות ממונית. ואם היא חלה על נכסי המתחייב, היא גם עוברת בירושה, בניגוד לשבועה[49].

יש מן האחרונים[50] שציינו דרך זו, אך היא אינה מוזכרת בראשונים. אפשר להבין מדוע המהר״ם לא נזקק לה, שהרי הוא מכיר בחוזה מכוח ההדדיות, ואף בלא קניין. אך מה לגבי יתר הראשונים, ובייחוד ביחס לרמב״ם השולל את תוקף החוזה מכול וכול? לכן נוטה המהריב״ל[51] לומר שהרמב״ם, וכן הרמב״ן שמזוהה על ידי הטור עם הרמב״ם[52], לא הכירו באפשרות של התחייבות בדבר שלא בא לעולם.

לי נראה לומר על דרך המליצה: לא קרב זה (הרמב״ם) אל זה (הרמב״ן) כלל ועיקר. ביחס לרמב״ם, כבר ציינתי לעיל שיש לקבל את טענת המהריב״ל שאין להבחין בין קניין ובין התחייבות בדבר שלא בא לעולם[53]. אולם באשר לרמב״ן, הרי ראינו לעיל שהוא מכיר בהתחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם[54]. בהסבר שיטת הרמב״ן נראה שיש להבחין בין סתם התחייבות להקנאת חפץ לבין שותפות עסקית. כבר ציינו בתחילת פרק זה, שהשותפות העסקית היא חוזה שדורש התעסקות לשם רווח. כך ברור שתועיל התחייבות חד־צדדית להקנאת רווח עתידי מסוים, והרי תשובת הרשב״א הידועה בעניין התחייבות[55] עוסקת באדם שהתחייב להקנות לחברו מה שירוויח תוך שלושים יום. אבל בעניין שלנו מדובר בשותפים שאינם מתכוונים להקנות, אלא לעבוד ולפעול למען רווחים משותפים. משום כך פותרים הרמב״ן והרשב״א את בעיית דבר שלא בא לעולם בדרך שכירות, ולא בדרך התחייבות.

4. חזרת שותף מן ההסכם

האם רשאי אחד השותפים לחזור בו מן ההסכם? ביחס לעבר, אם ההסכם תופס, בניגוד לדעת הרמב״ם[56], הרי כבר זכו השותפים ברווח. אך השאלה מתעוררת ביחס לרווחים שירוויחו מכאן ולהבא. כך, למשל, מה דין הרואה שהוא מרוויח יותר מרעהו, והוא רוצה לחזור בו מן השותפות?

[49] ראה: פרק חמישי, ליד ציון הערה 354; פרק אחד־עשר, ליד ציון הערה 58.

[50] ראה: שו״ת מהריב״ל, ח״ב, סי׳ לז-לח; שו״ת מהר״ש הלוי, חו״מ, סי׳ ז; ט״ז, חו״מ, סי׳ קעו, סעיף א ועוד. ריכוז של מקורות נמצא אצל רויטל (לעיל, הערה 4), עמ׳ 36 ואילך, אך הוא לא הבחין בין התחייבות ובין שבועה. וראה עוד: פתחי חושן, הלכות שותפים ומצרנות, פ״א, ב.

[51] נזכר בהערה הקודמת. וראה עוד: לחם שלמה (לר׳ שלמה בולא), קונטרס קניין סודר, סי׳ נו.

[52] אמנם כבר ראינו (לעיל, הערה 37) שהרמב״ן מזכיר את דרך השכירות, אך הוא אינו מזכיר את דרך ההתחייבות.

[53] ראה פרק חמישי, סעיף ג, 10. וכן מוכח עוד מהבנת התשב״ץ (ח״א, סי׳ לה) את הרמב״ם, והתלבט בכך פד״ר ה, 315. עיין שם.

[54] ראה: בתשובותיו, סי׳ ז, ט, לח, שנזכרו לעיל, פרק חמישי, הערה 233; בחידושיו לכתובות פג ע״א, ביחס לירושה, הנזכר שם, ליד ציון הערה 275.

[55] ח״ג, סי׳ סה (לעיל, פרק חמישי, הערה 239).

[56] לעיל, הערה 13.

לכאורה, לאור האמור לעיל, אם השותפות בנויה על הנאה הדדית[57] או על התחייבות[58], אי אפשר לבטלה, ורק אם היא בנויה על שכירות פועלים אפשרי הדבר. אך להלן ניווכח שאין זה הכרחי.

תחילה עלינו להבחין בין שותפות ברכוש לבין שותפות עסקית. בשותפות ברכוש, פוסק הרמב"ם[59] שאי אפשר לחזור תוך הזמן הקצוב, משום שהממון שייך לשניהם, ואין צד אחד יכול לחזור בו לאחר שהעביר זכות ממון ברכושו לאחר. אמנם אין זו הקנאת ממון רגילה[60], שכן הממון ניתן כדי לעבוד בו ולהוציא ממנו רווחים. כלומר, יש גם יסוד של עבודה בהסכם השותפות[61]. ואכן נימוקי יוסף מדמה אף שותף זה ברכוש לפועל[62]: "אמר המחבר: מהכא משמע דהני בי תרי דעבדי שותפות, אע"ג דקבעי זמן, לא מעכבי הדדי למיפלג. ונ"ל טעמא, משום דלא גרע מפועל, שיכול לחזור בו. ואם הוא אינו משתעבד, נכסוהי לא משתעבדי טפי, דמכחו קאתי..."[63]. אולם רוב המפרשים פוסקים כהרמב"ם, ואחד מן האחרונים[64] מבחין בין עסקה שזוקקת רק לטרחה ועבודה לבין שותפות ברכוש: "דאיכא לפלוגי. דבשלמא גבי מקבל עסקא, דאין לו באותה עסקא קרן כלל ועיקר, כי אם טרחו ועמלו לישא וליתן בנכסי הנותן ולחלוק בריוח. וכיון שכן, כיון שאין לו שעבוד נכסים, כי אם שעבוד גופו, יכול לחזור כדין פועל. אמנם שותף המשתעבד (צ"ל: המשעבד) נכסיו לזכות השותפות... לאו כל כמיניה להפקיע שעבוד נכסיו. אם כן אפשר לומר ג"כ שלא יוכל להפקיע שעבוד גופו...".

נמצא שנחלקו נימוקי יוסף ורוב הפוסקים בשאלת יסוד השותפות. לפי נימוקי יוסף,

[57] ראה שיטת המהר"ם (לעיל, הערה 22). המהרי"ק פסק כן למעשה ביחס להסכם בין רופאים (לעיל, הערה 19). ושם הוסיף שאם אותו רופא לא היה מוצלח בתחילתו, ועתה, הודות לשותפות, עלה לגדולה, יש עוד נימוק לאי־חזרתו (דהיינו, ערבות). עיין שם.

[58] יש לעיין בדבר: לשיטת נתיבות המשפט, סי' ס, ס"ק י (לעיל, פרק חמישי, הערה 348), האומר שעד שבא הדבר לעולם יכול לחזור בו, לכאורה גם כאן יחזור. אלא ששם הוא מוסיף: חוץ מהתחייבות ממונית או דבר המצוי בשוק. ואם כן, כאן הרי האפשרות להרוויח, כגון על ידי תפירת חליפות, בידו היא, ואינה נחותה מדבר המצוי בשוק.

[59] הלכות שלוחין ושותפין, ד, ד. וכן פסק שו"ע, חו"מ, סי' קעו, סע' טו: "השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל א' מהם מעכב על חבירו, ואין יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות...".

[60] לכאורה ניתן להוכיח כן מן העובדה שהשותפות מוגבלת בזמן. אך אין די בזה, שכן לדעת הרמב"ם, הלכות מכירה, כג, ה, ניתן להקנות דבר לזמן.

[61] ראה דברי התוספות, ב"מ קה ע"א, ד"ה הני בי תרי, ביחס לעסקה שבה נותן אדם לחברו סכום כסף, חציו במלווה וחציו בפיקדון: "גם פלגא דפקדון נתן לו זכות, והשליטו להשתכר בו עד הזמן", ואינו יכול לחזור בו. אמנם לפי הרמב"ם אין כאן פיקדון משועבד להשתכר בו, אלא הקנאה, אך עדיין זו הקנאה לצורך עשיית רווחים.

[62] ב"מ קה ע"א (סג ע"א בדפי הרי"ף).

[63] בית יוסף על הטור, חו"מ, סי' קעו, אות כג, סבור שגם התוספות והרא"ש סבורים כ"נימוקי יוסף". אך הב"ח ואחרים דחו את דבריו. ועיין עוד: שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' קמ.

[64] שו"ת תורת אמת (למהר"א ששון), סי' קיג.

יסוד השותפות הוא בדיני פועל, ושעבוד הנכס המשותף נובע משעבוד גוף הפועל. ואילו לרוב הפוסקים, זו היא שותפות ברכוש, שמתחילה בנכסים, וגם אם כרוכה בזה טרחה, אין כאן חוזה עבודה[65].

עד כאן באשר לשותפות ברכוש. אך באשר לשותפות של אומנים או שותפות לחלוקת רווחים, כבר ראינו את דברי הרמב"ן והרשב"א[66] שהיא נתפסת כשכירות פועלים, והיא ניתנת לחזרה. אך יש אומרים שיש כאן סברה לשלול אפשרות חזרה, שכן אם זכות זו מתבססת על הכלל "כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים", בשותפים היחס אינו של בעל בית ועבד, כיוון ששניהם משועבדים זה לזה[67].

סברה נוספת לשלול חזרה עולה מדברי הראב"ד[68]:

> שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין העבדים, וכשם שמצינו באומרת: יקדשו ידי לעושיהן (כתובות נט ע"א).

אפשר להבין את דברי הראב"ד בשתי דרכים:

הדרך האחת. הראב"ד מתכוון למוסד שכירות פועלים, ותו לא, כפי שהוא מציין גם בתשובתו הנזכרת[69]. אלא שמוסד חוזה עבודה עצמו טעון ביאור, וכאן מצא הראב"ד מקום להסביר שיש דמיון בין הפועל לבין העבד, כפי שנתברר בפרק הקודם[70]. הראב"ד אינו עוסק כאן בשאלת החזרה, ועדיין ניתן לומר שהשותף יכול לחזור בו, כשיטת הרמב"ן והרשב"א, או שאי אפשר לעשות כן עקב סברת הדדיות השעבודים[71].

[65] בדרך זו מבחין דרכי משה שם, ס"ק יא, בין מקבל עסקה, דהיינו עובד בממון שקיבל מאחר, שיכול לחזור בו כפועל (סע' לג בשו"ע שם); לבין שותפין, ואומר: "אבל ב' שותפין, כל א' נותן לחבירו, הוי כנותן עיסקא, דלא מצי הדר ביה. וכדברי הרמב"ם...". אבל הסמ"ע, שם, ס"ק מד, כתב טעם אחר לאי־חזרת פועל, וטעמו אמור גם ביחס לשני אומנים, כמובא בסמוך, ואין צורך בו ביחס לשותפות ברכוש.

[66] ראה לעיל, הערה 46. וכן כתב כנסת הגדולה, חו"מ, סי' קעו, הגהות בית יוסף, אות קנא, שבשותפות ברכוש מודה הרשב"א לרמב"ם שאין לחזור. ועיין: חזון איש, ב"ק, סי' כא, ס"ק כה-כז.

[67] ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש קפא; ש"ך, סי' שלג, ס"ק יד; סמ"ע, סי' קעו, ס"ק מד (לעיל, הערה 65). המהרי"ל, בשו"ת מהרי"ל החדשות, סי' קמד, אומר סברה זו גם בדעת המהר"ם, שבמקום אחד (עיין מרדכי, ב"ק, סי' קעו) משמע מדבריו שהוא מתייחס לשותפים כשכירים זה לזה, ובכל זאת אינם חוזרים בהם, כיוון שה"שותף לא חשוב עבד". אך לפי זה, אפשר שדינו כקבלן, שעדיין יכול לחזור בו, אלא ש"ידו על התחתונה"? ויש לברר משמעות חזרה זו לנידון דידן. חזון איש (נזכר בהערה הקודמת) מביא שהדרישה מסביר את דעת הרמב"ם, שהוא קבלן, והקשה, והרי גם קבלן חוזר בו. אך כבר אמרנו כי לדעת הרמב"ם זוהי שותפות ממון, ואינה בת חזרה לפי תנאם.

[68] השגת הראב"ד על הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, ד, ב (לעיל, הערה 34).

[69] ראה לעיל, הערה 35.

[70] ראה לעיל, הערה 36.

[71] ראה ש"ך, חו"מ, סי' שלג, ס"ק יד (לעיל, הערה 67), ואפשר להבין כן גם מדברי קצות החושן, שם, ס"ק ה.

הדרך השנייה. מדברי המהרי״ק (שורש קפא), נראה שהבין שהראב״ד מבחין בין שני סוגי שותפויות: שותפות של פועלים, שמתחילה בהתחלת מלאכה, והיא ניתנת לחזרה; שותפות של עבדים, שנעשית בקניין, והיא אינה מאפשרת חזרה. ההסבר להלכה זו הוא: העבד גופו קנוי ממש, וזכה כל אחד מהם בגוף חברו לצורך מעשה ידיו. כך מיישב המהרי״ק סתירה (לדעתו) בין הראב״ד בהשגותיו (שהתכוון לעבד על ידי קניין) לבין הראב״ד בתשובתו (ראה לעיל, הערה 35) (שהתכוון לפועל על ידי תחילת מלאכה).

הדימוי לעבד ממש מעורר קושי. לא רק שעבד עברי אינו נוהג בזמן הזה (קידושין סט ע״א), אלא שהוא יכול לחזור בו בגירעון כסף, כפי שהמהרי״ק עצמו מציין שם[72]. וכבר דננו באריכות בפרק שביעי, סעיף ו, 3, בשיטת המהר״ם המדמה את הפועל לעבד, אך בין כך ובין כך דמיון זה אינו שולל אפשרות חזרה. קצות החושן[73] מבין ששיטת הראב״ד היא כשיטת הריטב״א[74], שהפועל בקניין אינו יכול לחזור בו, וכבר עמדנו לעיל על הקשיים בשיטה זו. וצריך לומר כי קצות החושן סבור כהסבר הראשון האמור שם, שקניין הגוף הבא על ידי מעשה קניין מונע אפשרות חזרה. ואולי יש לומר לשיטה זו, שכוונת הראב״ד היא לעבד כנעני[75], שגופו קנוי ממש, ואם כן גם אותו שותף מקנה את ידיו למלאכתו לחברו, ״וכשם שמצינו: יקדשו ידי לעושיהן״.

דרך זו בהבנת הראב״ד נראית לי קשה, שהרי כבר עמדנו על הרעיון הנשגב של חזרת פועל הנסמכת על הפסוק ״כי לי בני ישראל עבדים״, וקשה להניח שניתן לעקוף דין חזרה על ידי מכירת עצמו או ידיו כעבד. ועיין בשו״ת הרשב״א[76] ביחס לאישה מעוברת ״שהקנתה גופה לראובן להניק לו בן משתלד ואילך״. ואומר הרשב״א: ״קניין גוף זה לא ידעתי מה טיבו. אם הקנתה גופה לו כקניית העבדים העבריים.. אין עבד עברי נוהג... ואם מפני החלב שאינו מצוי עתה... ישכור, ואין אומרים בשכירות דבר שלא בא לעולם, שגוף השכיר הוא שמשועבד למה שנשכר, כשוכר שדה או כרם מחבירו, שהפירות הבאים לשוכר... ואם נתכוין בקניין זו כדי שלא תוכל לחזור בה תוך הזמן, גם זה אינו, דבין בקניין בין בשכירות יכולה היא לחזור בה, דאפילו עבד עברי... מגרעין פדיונה ויוצאין... והשכיר נמי חוזר... כי לי בני ישראל עבדים...״. ולבסוף מציין הרשב״א, שאין זה קניין גמור, אלא ״קניין כל דהו, כדי שיוכל לקנות ע״י כן החלב שלא בא לעולם, כענין דקל לפירותיו... דגוף האשה לחלבה ולמעשה ידיה כדקל לפרותיו, וכדאמרינן (כתובות נט ע״א): יקדשו ידי לעושיהן. דידים איתנהו

[72] אף שיש הבדל מסוים בין חזרת פועל לחזרת עבד (ראה: מהרי״ק, שם; שו״ע, חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ג; קצות החושן, שם, ס״ק ו), הבדל זה אינו רלוונטי ביחס בשותפות.

[73] סי׳ שלג, ס״ק ו.

[74] ראה לעיל, פרק שביעי, סעיף ח.

[75] כך משמע מביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ קעו, ס״ק טו. בשיטה זו בדעת הראב״ד, הולך גם נתיבות המשפט, סי׳ קעו, ס״ק ה. וראה עוד פתחי חושן, הלכות שותפים ומצרנות, פ״א, ט, הערה כא.

[76] ח״ב, סי׳ עב.

בעולם". הרי שקניין גוף זה אינו מונע חזרה[77], ואילו הייתה לראב"ד שיטה אחרת, על סמך הגמרא בכתובות, מסתבר שהרשב"א לא היה נמנע מלהביאה. ועל כורחנו יש לומר שלמרות הדמיון לדקל לפירותיו, יש הבדל בין דקל לגוף האדם, שכן באדם יש עקרון־על המאפשר חזרה. ואם אנו מתקשים בהבנת דברי הריטב"א, כנזכר לעיל, מדוע נסתבך גם בשיטת הראב"ד, ואף נאמר שהוא סותר את עצמו, מהשגתו לתשובתו? ועוד, מן הדוחק לומר שהראב"ד שתק בדיני פועל, ואילו דווקא בדיני שותף, שלדעת הרמב"ם אינו אף פועל, הפליג הראב"ד וקבע שהוא משועבד יותר מפועל רגיל[78]. לכן נראה כי אף לדעת הראב"ד, אין לשותף כי אם דין פועל, כדרך הראשונה בהבנתו, שנתבארה לעיל.

5. סיכום דעות הפוסקים

הדעות השונות שהובאו עד כה ביחס לשותפות אומנים או שותפות לחלוקת רווחים הובאו להלכה.

השו"ע[79] פוסק כדעת הרמב"ם, שאומנים שנשתתפו, "אע"פ שקנו מידם, אינם שותפים... שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". הרמ"א משיג עליו ומביא שלוש דעות:

"וי"א דיכולין להקנות זה לזה אפי' בדבר שלא בא לעולם", והיא שיטת הראב"ד הנ"ל[80]; ו"י"א דאפי' קניין אינם צריכין. אלא כל מה שמתנין זה עם זה מתקיים אפי' באמירה בעלמא, ואינן יכולין לחזור בהן כל זמן השותפות שהתנו", והיא שיטת המהר"ם[81]; "ויש חולקין ואומרים שיכולין לחזור בהם לענין מה שירויחו אח"כ, אבל לא לענין מה שהרויחו כבר", והיא שיטת הרמב"ן והרשב"א[82].

אם כן: מצד אחד, ניצבת שיטת הרמב"ם, שהחוזה לא חל; מצד שני, עומדת שיטת המהר"ם, שהחוזה חל בלא אפשרות חזרה (ויש אומרים שגם לדעת הראב"ד אינו חוזר, אם עשו קניין); ושיטת ביניים האומרת שהחוזה חל עם אפשרות חזרה כפועל. לכל זה יש להוסיף את דרך ההתחייבות והשבועה והמנהג, שנזכרו בפוסקים, כפי שצוין לעיל.

לא נדון כאן בהכרעת האחרונים להלכה[83], אך יש לדברים הללו חשיבות מעשית

[77] וראה עוד לעיל, הערה 47.

[78] ודוחק לומר שדווקא שותפים, ששניהם משועבדים זה לזה, כנזכר לעיל, נחותים מן הפועלים, והם קנויים כעבדים.

[79] חו"מ, סי' קעו, סע' ג. וראה עוד לעיל, הערה 59.

[80] ראה סמ"ע, ס"ק ט, ובאור הגר"א שם, ס"ק טו.

[81] ראה ש"ך, ס"ק ו, ובאור הגר"א שם, ס"ק טז. ועיין עוד ברמ"א, חו"מ, סי' רט, סע' ח.

[82] הש"ך, ס"ק ח, מדייק מלשון הרמ"א ואחרים שלא קיבלו את חילוק הרמב"ן (לעיל, הערה 37) בין אומנים לשותפים.

[83] ראה: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה (ולכאורה לא הבחין בין שותפות ברכוש לבין שותפות ברווחים עתידיים, כשכל אחד מהם עובד ברכושו. וצריך עיון); פתחי תשובה, ס"ק ב-ג.

רבה ביחס להסכמי שותפות של חברי קיבוץ, למשל, או של הסכמי ביטוח של בני איגוד מקצועי למיניהם, וקצרים העט והעת מלהאריך בהם.

ב. חוזי עשייה, עבודה וממון — היחס ביניהם

בפרקים הקודמים ראינו כי אף על פי שסתם חוזה עשייה אינו חל, משום שהוא בגדר קניין דברים, יש חוזי עשייה תקפים, כחוזה עבודה או שמירה או שותפות[84].

אפשרות אחרת "להציל" חלק מחוזי העשייה היא בראייתם כחוזה ממוני, שבו האדם משעבד את נכסיו לרעהו לצורך מסוים, כאמור בפרק החמישי, סעיף א, ביחס לקניין לבנות. מכאן ששאלת סיווגו של החוזה עשויה לקבוע את גורלו: בטל, תקף או תקף עם אפשרות חזרה (כדין פועל).

על שתי דוגמאות שעוררו חילוקי דעות, עמדנו לעיל. ביחס לחוזה שותפות ברווחים עתידיים, ראינו בפרק זה כי לרמב"ם[85] וסיעתו זהו קניין דברים, ואילו לראב"ד וסיעתו זהו חוזה עבודה תקף. ביחס לחוזה השתדלות, כבר הבאנו את דברי הנודע ביהודה[86] המבחין בין חוזה להוצאת ממון לבין חוזה עבודה. בחוזה עבודה, אין בעיה של אסמכתא ודבר שלא בא לעולם, אך מתעוררת שאלה של חזרה. מצד שני, יש הרואים בזה קניין דברים, שכן זהו חוזה עשייה[87], אלא שהם פותרים את הקושי על ידי החשבתו כחוזה ממון, להוציא כסף על פיוס[88].

1. חוזה אריסות

בשאלת היחס בין חוזה ממוני לחוזה עבודה עסקנו לעיל, בפרק השמיני, בנוגע לחוזה שמירה: האם זהו חוזה ממוני, כעין חברת ביטוח שמתחייבת לשלם אם יארע דבר לנשוא השמירה? או שמא זהו חוזה עבודה שמחייב את השומר לשמור? כיוצא בזה יש לדון בחוזה אריסות של שדה. יש ואדם שוכר שדה תמורת סכום קבוע, אם בכסף (=שוכר) ואם בפירות (=חוכר). זהו חוזה שכירות לכל דבר, והוא אינו ניתן לחזרה. אך יש והוא אריס (הנקרא גם מקבל) שמשלם חלק יחסי מהיבול — למחצה לשליש ולרביע — ואז הוא נדרש לעבוד, שכן בזה תלוי גודל היבול. ולכן הוא כותב "אם

[84] בפרקים הקודמים עמדנו על זיקתם של שמירה ושותפות לחוזה עבודה.

[85] הלכות שלוחין ושותפין, ד, ב (לעיל, הערה 13).

[86] לעיל, פרק שישי, הערה 168.

[87] ראה דברי המהרשד"ם (לעיל, פרק שישי, הערה 160).

[88] ראה שו"ת חוות יאיר, סי' קכח (לעיל, פרק שישי, הערה 165). גם ביחס לשטר חליצה, יש שרואים בו קניין דברים; ואילו שבות יעקב, באחד מהסבריו, רואה בו חוזה עבודה. ראה לעיל, פרק שישי, ליד ציון הערה 64.

אוביר ולא אעביד אשלם...״ (ב״מ קד ע״א): האם זהו חוזה ממוני ככל חוזה שכירות, או שזהו חוזה עבודה שמחייב לעבוד?

נראה שנחלקו בזה הדעות. מדברי כמה מן האחרונים עולה שזהו חוזה עבודה, ולכן גם לאחר שהתחיל במלאכה, יכול לחזור בו. אולם מכיוון שהוא קבלן — ולא פועל — שכיר לפי זמן — ידו על התחתונה, כאמור בתלמוד (ב״מ עו ע״ב). ואם היה קניין — קניין סודר או שטר — אין הצדדים יכולים לחזור בהם, כי בחוזה עבודה בקניין, על כל פנים בקבלן לפי רבנו תם, אין אפשרות לחזור בו[89]. משום כך יש אומרים שהבעלים יכול להכריח את האריס לעבוד, ולנסות את כוחו שוב, גם אם לא הצליחה הזריעה תחילה[90].

אך יש אומרים שהאריס כלל אינו חייב לעבוד, אלא עליו לשלם את מה שהוסכם, אם לא יעבוד: ״אם מתחילה אינו רוצה לעבוד כלל, ולומר אני אשלם לך חלקך, מי ימחה בידו... אין עליו חיוב אחר אלא זה (לשלם)״[91]. לפי זה, נראה לי שאין ראייה כי שכירות פועלים נקנית בשטר, ושבקניין אינו יכול לחזור בו, כשיטת רבנו תם הנזכרת לעיל, שכן אין כאן חוזה עבודה כלל, אלא חוזה ממון.

2. היחס בין חוזה עשייה לבין חוזה עבודה

לפני שנדון בדוגמה נוספת, נתעכב בקצרה על ההבדל בין החוזים הללו. שאלת הגבול בין חוזה עבודה לחוזה ממון עולה במישור המעשי, אם ניתן לראות בחוזה מסוים, כמו בהתחייבות לפיוס, חוזה ממון. אך ההבדל בין חוזה עבודה לחוזה עשייה מעורר שאלה עקרונית.

לאחר שביררנו בפרק הקודם את מעמדו של חוזה עבודה, כשמחד גיסא הוא אינו בנוי על שעבוד ממון, ומאידך גיסא אינו בגדר הבטחה בעלמא, אלא ביסודו הוא חוזה שכירות, שכירות הגוף לצורך מלאכתו, נשאלת השאלה: מה בין חוזה זה לחוזה עשייה שהוא בגדר קניין דברים? אכן, כפי שראינו לעיל, בפרק השישי, יש המכירים בכל התחייבות מכוח סברה זו, היינו שהקניין חל על גופו. אך מה נאמר לרוב הדעות השוללות תוקפן של חוזי עשייה? מדוע התחייבות להישבע, למשל, אינה חלה על גופו?

קצת תמוה בעיני שכמעט אין דיונים בשאלה זו. חוות יאיר[92], בתשובתו על התחייבות להשתדלות, מכיר בה כחוזה ממון, ואומר: ״ואין לפקפק ולומר דקניין זה הוא רק קניין דברים בעלמא... דקניין דברים לא הוי רק דבר קל, ואין בו חסרון כיס כלל״.

[89] ראה שו״ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סי׳ ל (ח), על פי הרמ״א, חו״מ, סי׳ שכ, סעיף ב. ועיין ערוך השולחן, שם, סע׳ ג, שבלא קניין, אפשר לחזור.

[90] רמ״א, חו״מ, סי׳ שכב, סע׳ א; סמ״ע, שם, ס״ק ח.

[91] ט״ז, חו״מ, סי׳ שכב, סע׳ ב. אולם מלשון הרמב״ן, ב״ב קסז ע״ב (״כופין את המקבל לעובדה כראוי לה״), אין נראה כן. וצריך עיון.

[92] ראה לעיל, הערה 88.

מבחן זה מסביר את ההבדל בין קניין דברים לבין חיוב ממון. אך באשר להבדל בין התחייבות להתחייבות לעשייה, עדיין הדבר צריך בירור: מדוע התחייבות להינשא או להתגרש היא "דבר קל"? ואולי יש לומר שבחוזה עבודה "מוכר" הפועל "כוח עבודה" שיש בו, אבל בקניין דברים מדובר ב"דבר קל" שאינו דורש מאמץ פיזי[93], ובעיקר כשמדובר בהתחייבות שלילית. אך עדיין אין די נחת בזה: האם להינשא או לסתום פתח[94] אינו דורש פעולה פיזית?

ואשר להתחייבות להינשא, נראה לומר שזו פעולה משפטית הזוקקת לרצון, ואי אפשר לשעבד את הרצון. בפרק הסיכום נדון ברעיון בהרחבה, אך כעת נסתפק בציטוט קצר מדברי ר' שמעון שקופ[95]: "דגדרי הקנינים הוא להחליף ולחדש כח השליטה של האדם על החפץ. אבל אם יצטרך עוד לרצון הבעלים הקודמים, לא נעשה קיום הדבר ע"י קניין, ומשום הכי קניין אתן או קנו לחלוק הוי קניין דברים, דעדיין צריך שיהי' הרצון ממנו להקנות...". אמנם מסתבר שגם קניין לבקר את פלוני בביתו — שאינו פעולה משפטית — הוא "דבר קל", והוא בגדר "קניין דברים".

ועדיין יש לדון בהבחנה שבין התחייבות ממון לבין קנין דברים, לפי חידושו של תוספות בכתובות נד ע"ב ד"ה אע"פ. תוספות מחדש כי יתכן שעבוד הגוף ללא נכסים, ולכן יכול חתן עני להתחייב בתוספת כתובה של מאה ליטרין שאין לו, ומביא ראיה מחוזה שמירה שבו השומר משעבד גופו מיד למרות שהנכסים משתעבדים רק בשעת הנזק (ראה לעיל, פרק רביעי, סעיף ד, 1, בהסברנו השני). תוספות מוסיפים שאין זה דומה לקניין דברים ולא בארו כוונתם. אמנם הדמיון לשומר מעביר אותנו לדיני פועלים, ובפועל כבר אמרנו שהוא "מוכר" את גופו למלאכתו, ולכן אינו קניין דברים. אלא שהדמיון לפועל מעורר קושי, האם החתן הוא פועל של אשתו? ועוד, הרי פועל יכול לחזור בו, מה שאין כן מי שמתחייב ממון לפלוני? וכבר עמדנו על קושי זה בפרק רביעי שם, וכן בפרק שמיני, סעיף ז, 2 (הערה 85).

ונראה להסביר כי בשעבוד גופו יש שתי אפשרויות: הפועל משעבד גופו למלאכה, כאשר המעביד רוכש זכות זו, כעין עיסקת מכר. אך אין זה מכר רגיל שנגמר עם העברת הבעלות, אלא יש בו גם המשך בעתיד, ביצוע העבודה למעשה. מביצוע החוזה הזה הוא יכול לחזור בו, "כי עבדי הם, ולא עבדים לעבדים". אבל המתחייב ממון קבע בהסכמה מחיר לכח העבודה שלו, כגון אותו חתן שהתחייב במאה ליטרין. אם כן, כח עבודה זה כבר "נמכר". כעת זה עניין של עבר, ואין פה דרישה להמשך בעתיד, ואין ממה לחזור בו. אנו נזקקים לכח עבודה זה כדי שיהא לקניין על מה לחול, ותו

[93] וכן אומר גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"ב, עמ' 62, שקניין דברים עוסק בחיוב עשייה שאין בה ערך לכוח הפעולה של האדם. החיוב הוא העשייה, שאין בה ממש, כשם שאין ממש באמירה, הימנעות מפעולה וכיוצא בזה.

[94] ראה לעיל, פרק שישי, הערה 10.

[95] שערי יושר, שער ה, פ"ב. עיקר דבריו הובא לעיל, פרק שני, סעיף ג, 2, ונשוב לדבריו בפרק הסיכום.

לא. הסבר זה נראה לי לאור דברי מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, המובאים להלן עמ׳ 528-530.

אמנם גם בפועל יש אפשרות לשעבד גופו ללא זכות חזרה, כפי שאמרנו בפרק שביעי; לפי רבנו תם (קבלן בקניין) ולפי הריטב״א (אף פועל בקניין), וכבר הסברנו דבריהם לעיל (פרק שביעי, סעיף ז), ולאור באורנו עתה הדברים מטים להסבר של שעבוד נכסים המובא שם, ועדיין צריך עיון ולימוד.

3. החזקת ילדים

שאלת הסיווג בין שלוש האפשרויות — קניין דברים או חוזה עבודה או חוזה ממון — לצד אפשרות פיצול החוזה למרכיבים שונים, עלתה בקשר לחוזה החזקת ילדים או נזקקים למיניהם.

בשני פסקי דין, נידון הסכם הכרוך בגט, שבו קיבלה האישה על עצמה להחזיק את הילדים על חשבונה. האישה חזרה בה, ובין היתר טענה שדינה כפועל שיכול לחזור בו. אמנם ברור שזוהי התחייבות ממונית לפרנס את הילדים, אלא שהאישה רצתה לפצל את החוזה לשני חלקים: הצד הממוני — לפרנסם; חוזה העבודה — לטפל בהם. בית הדין הגדול[96] דוחה את טענתה ורואה בחוזה מקשה אחת, חוזה ממוני ״להחזיק ולכלכל״ את הילדים כאחת. ברור, אם כן, שאינה יכולה לחזור בה.

אבל בפסק דין אחר[97], בית הדין מפצל את החוזה, ואומר שעצם ההחזקה, להבדיל מהוצאות ההחזקה, היא כהתחייבות פועל שניתנת לחזרה. בית הדין דן בפרטי דין חזרה, שאינם מעניינו כאן, ומסיק שמספק (אם יכולה לחזור) אין לחייבה להחזיק את הילדים, והחיוב חוזר אל האב[98]. כיוצא בזה דן בית הדין הרבני במקום אחר[99] בעניין בית אבות שקיבל אישה מפגרת, ורצה לחזור בו כדין פועל. ושוב מפצל בית הדין בין שכירות החדר שמקנה לה זכות דיור לבין הטיפול והשירותים שהתחייב המוסד להעניק לה. ביחס לזה הוא דן בפרטי דין חזרה, וקובע שהמוסד דינו כקבלן שהתחייב בקניין לעבוד, ואינו יכול לחזור בו, במיוחד לאור העובדה שהוא בגדר ״דבר האבד״ לאישה.

לדעתי, גישה זו של פיצול מעוררת קשיים. אם בנפרד מן ההתחייבות הממונית לפרנס את הילדים נראה את האישה כמתחייבת להחזיק את הילדים חינם, מדוע נראה זאת כחוזה עבודה ולא כחוזה עשייה שהוא בגדר קניין דברים? וכי האישה היא עובדת של הבעל? האם אדם שהסכים בקניין לארח את ילדי קרובו לשבוע נחשב כעובד של קרובו? בייחוד אם הוא עושה זאת חינם[100]. אם כל מי שמבטיח לעשות טובה לחברו

[96] פד״ר ג 170, 172.

[97] פד״ר ב 328, 330.

[98] ועדיין נראה לי שצריך לעיין בדבר, שהרי לכאורה מספק יש להשאיר את המצב בחזקתו כמו לפני החזרה, ואם כן היא ממשיכה בחיובה.

[99] פד״ר ו 158, 162.

[100] וראה שו״ע, חו״מ, סי׳ שלג, סע׳ ה ונושאי הכלים שם, באשר לשאלה: האם עובד בחינם נחשב עובד?

או עושה טובה לחברו נחשב עובד, מהו קניין דברים? קיצורו של דבר, ההבחנה בין חוזה עבודה לקניין דברים צריכה בירור נוסף. לגופו של עניין, החזקת הילדים, נראית לי דעתו של בית הדין הרבני הגדול שאין לפצל את החוזה. התחייבות האישה היא ממונית, והיא כוללת את החזקת הילדים אצלה. כך, למשל, למדנו שחוזה בנייה תופס, משום שהוא משעבד את עצמו, וגם נכסיו משתעבדים לכך[101]. היוכל אותו אדם להפריד בין הצד הממוני ובין הבנייה ולומר: איני רוצה לבנות כפי שהסכמנו, אלא באופן אחר, כי הבנייה כשלעצמה היא בגדר קניין דברים או חוזה עבודה? ברור שנכסיו השתעבדו לצורך ביצוע החוזה כמוסכם. כך יש לומר גם בהחזקת הילדים, ואם האישה אינה רוצה לטפל בהם אישית[102], תדאג לטיפולם מכספה.

ג. סיכום

פרק זה מורכב משני חלקים. בחלק הראשון, עסקנו בסוג נוסף של חוזה, שלכאורה הוא חוזה לעשייה — שותפות עסקית ברווחים עתידיים. הרמב"ם אינו מכיר בו, ברם כמה מן הראשונים מצאו דרכים להכיר בו.

יש שנתנו לו תוקף מכוח ההנאה ההדדית ("בההיא הנאה"). ראינו שמושג זה, שבא בגמרא לכאורה כתחליף למעשה קניין, מקבל משמעות חדשה, והוא מתגבר גם על בעיות מהותיות, כגון דבר שלא בא לעולם. דרך אחרת של שכירות, שהוצעה בעיקר על ידי ראשוני ספרד, קושרת אותנו לחוזה עבודה. עמדנו על שאלת החזרה, שכן הפועל יכול לחזור בו בחצי היום, וראינו דעות שונות בעניין שותפים, והתעכבנו בעיקר על שיטת הראב"ד בנידון. משום מה, נזכרה דרך ההתחייבות אצל הפוסקים כאן בצנעה, ולא תפסה מקום מרכזי כהסבר לחוזה שותפות.

בחלק השני של הפרק עסקנו בשאלת היחס שבין חוזי עשייה, עבודה וממון. השאלה היא כפולה: ההבדל במישור העקרוני, ומיון החוזה הבא לפנינו במישור המעשי. באשר למישור העקרוני הבחנו בין חוזי עשייה (קניין דברים) לבין חוזה עבודה מחד גיסא. בחוזה עבודה הפועל משעבד גופו למלאכה, כאילו מוכר את כח העבודה שבו. ואילו בקניין דברים מדובר ב"דבר קל" שאינו דורש כח עבודה. ועוד, בדרך כלל מדובר בקניין על רצון, והוא דבר שאינו ניתן להקנות. מאידך גיסא ההבדל שבין קניין דברים לבין התחייבות ממונית הוא, שבהתחייבות יש לקניין על מה לחול — על שעבוד הנכסים. גם לפי חידושם של בעלי התוספות (כתובות נד ע"ב ד"ה אע"פ) וסיעתם, הקניין חל על גופו למלאכה, ובניגוד לפועל אינו יכול לחזור בו, שכן קבעו כבר מחיר לכח העבודה שנקנה, ואין המתחייב נדרש לעבוד.

[101] ראה פרק שישי, הערה 11.

[102] אף אם התחייבה שהיא תטפל בהם, ואין ביצוע בעין בחוזה עבודה (ראה פרק שביעי, סעיף ח) — לא תיפטר מחיובה, אלא רכושה משועבד לביצוע החוזה על ידי אחר.

במישור המעשי עסקנו בשאלת מיון חוזים מסויימים, כחוזה ממון או חוזה עבודה או שמא כקניין דברים שאינו תקף, וראינו מחלוקת בנידון ביחס לחוזה אריסות.

כמו כן עסקנו בחוזה מורכב שיש בו יסודות של עשייה או עבודה או ממון: האם אפשר לפצל את המרכיבים השונים ולדון בכל אחד מהם בנפרד? או שמא יש להתייחס לחוזה כמקשה אחת בהתאם ליסוד הדומיננטי שבו? נושא זה טעון עיון נוסף, ואנו הסתפקנו כאן בדיון קצר בחוזה החזקת ילדים.

פרק עשירי

הודאה ו"אודיתא" ויחסן להתחייבות

התוכן

א. הודאת בעל דין 349
1. הודאה כראייה 349
2. גדרה של ההודאה — נאמנות או התחייבות 350
ב. ה"אודיתא" ומשמעותה 351
1. הקנאה חדשה 351
2. שכיב מרע 353
3. נאמנות ובירור 354
4. ההבדלים בין השיטות 355
(א) הודאת שקר 355
(ב) באיסורים 356
(ג) דברים שאין קניין מועיל בהם 356
(ד) הודאה בתנאי 357
(ה) מחילה במכירת שטר חוב על ידי "אודיתא" 358
(ו) המשך שמירת הפיקדון 359
(ז) הודאת שכיב מרע — אם עמד, חוזר 359
5. נאמנות כהוכחה היוצרת חיוב 360
ג. יישומה של ה"אודיתא" 363
1. הרשאות 363
2. צוואות 366
(א) הודאה — שטר חצי זכר 368
(ב) התחייבות 370
ד. סיכום 372

פרק עשירי

הודאה ו"אודיתא" ויחסן להתחייבות

בפרק זה נעסוק בגדרן של הודאת בעל דין ואודיתא, וניווכח לראות כיצד מושג ראייתי ביסודו הופך במידה ידועה לכלי משפטי הממלא פונקציה חוזית, שקשה היה לקיים אותה פונקציה בדרך החוזית הרגילה. אחר כך נביא דוגמאות מן השימוש שנעשה בכלי זה בעסקאות שונות, ונציב דרך זו לעומת דרך ההתחייבות.

א. הודאת בעל דין

1. הודאה כראייה

ההודאה היא אחת מדרכי הראיות, אך כפי שנראה להלן, היא נוגעת גם לתחומנו — התחייבות והקנאה.

בתלמוד נזכר בכמה מקומות שהודאת בעל דין "כמאה עדים דמי", ואפילו היא עדיפה ומתגברת על עדים המכחישים אותה[1]. מדובר בהודאה ממונית — הן בחוב הן בהקנאה[2] — כלומר, אדם שהודה שהוא חייב ממון לחברו, דבריו מתקבלים כעדות גמורה, והוא אינו יכול לחזור בו[3].

להודאה זו יש כללים משלה, ונציין את העיקריים שבהם. לא רק שהיא צריכה להיאמר בפני עדים, אלא צריך לומר להם: "אתם עדי"; שאם לא כן, יכול המודה לומר: "משטה הייתי בך"[4]. אין ההודאה מועילה במקום שחב על ידי כך לאחרים[5].

ההודאה צריכה להיאמר בלשון הודאה, כגון: "אני מודה שיש לך בידי..." או: "יש לך בידי..."; "נתתי לך כך וכך"[6], "אני חייב לך כך וכך" — אך לא בלשון: "אני מתחייב לך כך וכך"[7].

[1] ראה: גיטין מ ע"ב, סד ע"א; קידושין סה ע"ב; ב"מ ג ע"ב; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ח, עמ' תד, ערך הודאת בעל דין.

[2] ראה: גיטין מ ע"ב; רש"י, שם, ד"ה אמר ר"י; הר"ן, שם; רמ"א, חו"מ, סי' רמה, סע' א.

[3] נימוקי יוסף על ב"מ ג ע"ב (ב ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה מהא שמעינן.

[4] סנהדרין כט ע"ב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' פא, סע' ו.

[5] ראה: קידושין סה ע"ב; טור ושו"ע, חו"מ, סי' מז, סע' א.

[6] ראה: רמ"א, חו"מ, סי' רמה, סע' א; פתחי תשובה, שם, ס"ק א; רמ"א, חו"מ, סי' ס, סע' ו.

[7] ראה: קצות החושן, סי' מ, ס"ק א. גם הלשון "רוצה אני שיהיו מטלטלין אלו לשמעון" אינו לשון הודאה. ראה: שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' נ; רמ"א, חו"מ, סי' רנ, סע' ג.

2. גדרה של ההודאה – נאמנות או התחייבות

כוחה של ראייה זו מעורר קושי: מדוע נאמן בעל דין בהודאתו, ואף נגד עדים? הרי סוף סוף הוא עד אחד וקרוב לעצמו, ומדוע לא יוכל לחזור בו? באחרונים מצינו שתי שיטות עיקריות בגדרה של הודאה זו:

א. נאמנות. קצות החושן[8] מסביר שזוהי נאמנות מיוחדת הנלמדת מן הכתוב[9], שהתורה העניקה כוח נאמנות מיוחד להודאת בעל דין[10].

ב. התחייבות. מכוח הקושי הנזכר לעיל, סבור המהריב"ל[11] שההודאה פועלת כהתחייבות, משום שהוא רשאי להפסיד לעצמו בממונו.

האחרונים[12] הקשו על מהריב"ל מסוגיות שונות, אך לעצם העניין יש לשאול: כיצד ההודאה הופכת להתחייבות? וכיצד היא מועילה בלא קניין ככל התחייבות הזוקקת למעשה קניין? אחד מן האחרונים אומר שאנו מפרשים את דבריו כאילו אמר בלשון המועיל, וכבר ראינו בפרק הרביעי שיש אופן שהתחייבות בפני עדים תופסת בלא קניין לפי הרמב"ם[13]. בלשון ימינו נאמר שזוהי פיקציה משפטית, ולפיה רואים את המודה כמתחייב.

ועדיין קשה לי: איך ההודאה פועלת בהקנאת חפץ? הרי מתנה בוודאי צריכה מעשה

[8] סי' לד, ס"ק ד. לדיון מפורט בעניין זה ראה מאמרו המקיף של הרב אורי לביא, "הודאת בעל דין וקנין אודיתא", שעלי דעת, שנתון ישיבת שעלבים, כרך ז (תש"ן), עמ' 158.

[9] קצות החושן מדייק כן מדברי רש"י בקידושין סה ע"ב (ד"ה הודאת), על מקור דין זה: "דכתיב: 'אשר יאמר כי הוא זה' (שמות כה, ח), הרי שסמך על מקצת הודאתו". ועיין עוד ברשב"א שם. מפי מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א שמעתי מקור נוסף, על פי הגמרא בשבועות לג ע"ב, המפרשת את הפסוק "והוא עד או ראה או ידע" (ויקרא ה, א), ידיעה בלא ראייה, היינו העד מעיד על הודאת בעל דין, ובזה נכלל גם שההודאה תופסת, ואינו יכול לחזור בו. ועיין: אמרי בינה, חו"מ, דיני עדות, סי' ב.

[10] התשב"ץ, ח"א, סי' עד, מביא סברה נוספת, שיש להאמינו במיגו "דאי בעי יהיב", כלומר שבידו לתת לו עתה. עיין שם.

[11] שו"ת מהר"י בן לב, ח"א, כלל ג, סי' יט. יש המבחינים בין הודאה בפני בית דין (נאמנות) לבין הודאה בפני עדים (התחייבות). ראה פני יהושע, כתובות קב ע"א. תרומת הכרי, סי' א, סבור שבמקרה השני (בפני עדים) הוא מדין "שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא" (כעין נדר). יד המלך, הלכות אישות, פרק ט, מבחין בין מודה מכוח תביעה לבין מודה מעצמו.

[12] ראה: קצות החושן הנ"ל; קובץ שיעורים (לר"א וסרמן), ב"ב, סי' תקלז; קובץ ביאורים לגיטין, סי' כא.

[13] ראה שערי תורה (לר' בנימין וולף לעוו, שנת תקפ"א), ח"א, כלל א(א): "כיון שהודה... שחייב לחבירו ממון, א"כ חזינן שרוצה לחייב את עצמו... אנן סהדי אילו הי' יודע שלא יועיל לשון הודאה נגד העדים, הי' אומר בפירוש בתורת חיוב... על מכאן ולהבא...". ובהמשך דבריו מבואר כי זה מתאים לשיטת הרי"ף והרמב"ם (להבנת הר"ן) בסוגיית "חייב אני לך מנה בשטר" (לעיל, פרק רביעי, הערה 7). אבל הרמב"ן והרשב"א (המובאים במגיד משנה, הלכות מכירה, יא, טו) הסבורים שאין להתחייב בדברים, כי אם בקניין, אינם סוברים כמהריב"ל. וכן לדעת קצות החושן, שמפרש את הרמב"ם בגדרי אודיתא (לעיל, פרק רביעי, הערה 17), אין התחייבות בדברים, אלא שלדבריו ניתן לפרש את כוונת המהריב"ל שלא כשערי תורה, כאמור להלן.

קניין. ונראה לפרש את דברי המהריב״ל שכוונתו לשיטת הרמב״ם כפי שביארו שם קצות החושן, שהוא מדין קניין אודיתא, כמבואר להלן.

יש הבדל בין שתי הגישות באשר לשאלה: ממתי ההודאה פועלת. לפי קצות החושן, לשעבר, בהתאם לסיפור; ולפי המהריב״ל, היא פועלת מעכשיו[14]. במסכת בבא בתרא (לג ע״א), נחלקו האמוראים בעניין מי שהחזיק בקרקע של ירושה בטענה שהוא היורש, ואחר כך הודה שחברו קרוב יותר: האם מוציאים ממנו גם את הפירות שאכל עד שהודה? מפירוש הרשב״ם שם, נראה שנחלקו חכמים בגדרה של ההודאה. לפי הדעה שאין מוציאין, הרי זה כהתחייבות (״וזה שמודה עכשיו, הרי הוא כנותן לך עכשיו״ — רשב״ם שם, ד״ה אהאי); ולפי הדעה השנייה, זו נאמנות, וישלם את מה שאכל בעבר. וכן הלכה[15].

כיוצא בזה נחלקו בעניין תנאי בקידושין — המקדש אישה על מנת שיש לו ביד פלוני סך מסוים. לכששאלו את אותו פלוני, הודה בחוב — שאם יש כאן התחייבות, חייב מכאן ואילך, ואיננו יודעים אם היה חייב בשעת הקידושין; אך אם הודאה זו היא נאמנות, יש לחוש לקידושין[16].

ב. ה״אודיתא״ ומשמעותה

אף על פי שגישת המהריב״ל היא מחודשת, הוא מסתמך על סוגיה אחרת שהגמרא משתמשת בה בהודאה — אודיתא בלשון הגמרא — כדי להסביר אפשרות של אדם להקנות נכס לחברו. במסכת בבא בתרא (קמט ע״א), מסופר על גר ושמו איסור גיורא שחיפש לפני מותו דרך להקנות לרב מרי מעות שהפקיד ביד אחר (שהיה בנו, אך מאחר שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, מן הדין אינו יורשו). מאחר שהכסף אינו נקנה בחליפין, יעצו לו שיַקנה לו באודיתא, וכן עשה.

הראשונים נחלקו בשאלת פשר האודיתא.

1. הקנאה חדשה

קשה להסביר את האודיתא כנאמנות גרידא, שכן איסור גיורא חיפש דרך להקנות את רכושו לאחר. אנו מוחזקים שהרכוש הוא שלו, וכעת מציעים לו להודות שאינו שלו.

[14] ראה ״שערי תורה״ הנזכר בהערה הקודמת, והוסיף כי גם לתשב״ץ (לעיל, הערה 10) נאמן רק מכאן ולהבא. עיין שם.

[15] שו״ע, חו״מ, סי׳ קלט, סע׳ ד. וצריך לומר שהמהריב״ל יפרש את הסוגיה באופן אחר. עיין שם בראשונים.

[16] ראה: בית שמואל, אה״ע, סי׳ לח, ס״ק לא; חלקת מחוקק, שם, ס״ק כב; אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 1), עמ׳ תו. מדברי אור שמח, הלכות נחלות, ד, ג, עולה עוד נפקא מינה ביחס לחזרה תוך כדי דיבור: אם הוא חייב מעכשיו יכול לחזור בו; אך לא כן הדבר אם הוא נאמנות על לשעבר. וראה עוד מה שכתב בעניין זה נחל יצחק, סי׳ פא, ס״ק ד.

על כורחנו צריכים אנו לומר שלמרות בסיסה הראייתי, הודאה זו משמשת כדרך קניין, והיא יוצרת עתה זכות חדשה. להלן נבחן אם עדיין אנו כפופים לכללי הודאת בעל דין. הבנה זו עולה גם מלשון הסוגיה, שכן שפתי הגמרא ברור מיללו: "וליקנינהו[17] באודיתא".

וכן מצינו בדברי הראשונים. בעל ספר התרומות כותב[18]: "ומכאן למדו הראשונים, דמאן דאודי בפני שנים באתם עדיי, לא שנא דאודי במידי דמיחייב ביה ולא שנא דאודי במידי דלא מיחייב ביה, אלא שרצונו להקנות לו אותו דבר שקונה ותפוס... לפיכך כתבו[19] הודאה בחבוריהם באחד מדרכי ההקנאות".

אותה שיטה מסתמכת גם על הסוגיה בכתובות (פרק יב), שנידונה לעיל[20]. כזכור נחלקו הראשונים בביאור האמירה "חייב אני לך מנה בשטר": יש אומרים שזו היא הודאת בעל דין (רש"י); אך הרי"ף והרמב"ם אומרים שמדובר בחוב חדש. ואולם עדיין נחלקו האחרונים, אם הוא מטעם התחייבות או מטעם הודאה. לדעה השנייה, אמירה זו פועלת כהודאה היוצרת קניין: "אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום" (רמב"ם, הלכות מכירה יא, טו)[21]. בעל ספר התרומות, בשם הראשונים, הולך באותה דרך.

נראה שבדרך זו הולכים גם בעלי התוספות במסכת בבא בתרא שם[22], בשם י"מ, שהסוגיה חידשה לנו שאפשר להקנות באודיתא באמירה בעלמא. לפי זה, איננו מצפים שתהא ההודאה אמתית, אלא זוהי מעין פיקציה המשמשת כדרך קניין.

יש מן האחרונים שאימצו דרך זו, והשתמשו בה כדי לפתור קשיים שונים, כמובא להלן. כך, למשל, נעזר בה קצות החושן[23] במכירת חמץ לנכרי.

אמנם מכיוון שקניין זה בנוי על פיקציה של הודאה, עדיין אנו כפופים לכמה מכללי

[17] לשון הגמרא הוא: "היכי ניקנינהו רב מרי... וליקנינהו באודיתא". אמנם בכ"י פירנצה (הוצאת מקור, תשל"ב, ח"ג, עמ' 97) חסרה המילה "וליקנינהו". ועיין במהרש"א שם, שדייק מן התוספות, ד"ה שכיב מרע, שלא גרסו כן בגמרא. אולם בין כך ובין כך אפשר לפרש שהמילה "וליקנינהו" מבטאת את התוצאה שזכה הלה בפיקדון או שיזכה בפיקדון, ותו לא. וראה להלן, הערה 67.

[18] שער מב, ח"ד, ג. הדברים לקוחים מספר העיטור, הודאה, עב ע"ב.

[19] בספר העיטור שם: "וכן דעת הגאון שכתב דהודאה באחד משאר הקנאות...". אם הכוונה לרב האי גאון, הרי בספרו מקח וממכר, שער יג, לא מנה את אודיתא כאחד הקניינים. אולם ב' ליפשיץ, אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 264, מפנה לדברי רב האי גאון בשער הראשון, דרך רביעי. אולם ראה להלן, ליד ציון הערה 82.

[20] פרק רביעי, סעיף א.

[21] לפי זה, אף הרי"ף, הר"י מיגאש (שצוין בפרק רביעי, הערה 16) והרמב"ם מכירים באודיתא כדרך קניין. וכן כתב המיוחס לריטב"א, ב"מ מו ע"א, בביאור סוגיית כתובות: "והכא הודאת שקר היא, ואפילו הכי חייב, שהרי לא הי' לו מלוה עלה שבשבילה יהא זן בתה... וכן נראה מדברי רב אלפס שם". אולם להלן נבאר את שיטת הר"י מיגאש באופן שונה.

[22] ב"ב קמט ע"א, ד"ה שכ"מ. וראה מהרש"א שם. ובפירוש התוספות בשם ר"י שם נחלקו הדעות. ראה להלן, הערה 66.

[23] סי' קצד, ס"ק ג.

הודאת בעל דין: היא צריכה להיאמר בפני עדים ובאמירת ״אתם עדיי״ דווקא[24]; וכן יכול הוא לומר בלשון עבר או בינוני, אך לא בלשון עתיד[25], וכשאינו חב לאחרים[26]. מאידך גיסא, כיוון שהודאה זו פועלת כקניין, אין כוחה יפה מדרך קניין אחרת, ודבר שאינו נקנה, כגון דבר שלא בא לעולם, אינו נקנה באודיתא, כמבואר להלן.

לכאורה אכן יש מכאן ראיה לשיטת המהריב״ל שההודאה פועלת כהתחייבות או קניין — ולא היא. גם קצות החושן, החולק בהודאת בעל דין, מסכים באודיתא. כלומר, הודאת בעל דין היא נאמנות מיוחדת, כנזכר לעיל, אלא שהיא יכולה לשמש גם כדרך קניין. חז״ל תיקנו שגם הודאה שאינה נכונה תפעל כקניין[27].

אחד מן האחרונים[28] מסביר שמכיוון שהמודה יודע שלא יוכל לחזור בו מהודאתו, המתקבלת כראייה, אנו אומדים את דעתו שהתכוון להתחייב או להקנות. ויש שדי בגמירת דעת מוכחת, בלא מעשה קניין. אך עדיין אין הסבר זה מספיק להודאה שקרית מראש (על פי הודאת המודה), שאין בה נאמנות כי אם קניין, ועל כורחנו נודה שהיא תקנה הבנויה על פיקציה משפטית[29].

2. שכיב מרע

יש מן הראשונים שאין דעתם נוחה מן העובדה שהודאה שקרית מקבלת תוקף משפטי, והם מצמצמים את תחולתה של הלכה זו.

כך יש אומרים שחידוש זה נאמר רק בשכיב מרע, ולא בבריא[30]. שכיב מרע הוא חולה הנוטה למות, ולגביו מצינו הקלות שונות בדיני הקניינים: ״דברי שכיב מרע

[24] ראה: קצות החושן, סי׳ מ, ס״ק א; משובב נתיבות, שם. וכבר קדם לו המיוחס לריטב״א, ב״מ מו ע״א, וכן היא דעת המהרש״א ומהר״ם בגיטין יג ע״א. אמנם יש חולקים על דעה זו, והם סבורים שהוא ככל קניין שאין צריך לעדים. ראה פני יהושע, גיטין יג ע״ב, ד״ה גופא; נתיבות המשפט, סי׳ מ, ס״ק א.

[25] ראה לעיל, הערות 6, 7.

[26] ראה: קצות החושן, סי׳ צט, ס״ק ב; לעיל, הערה 5.

[27] ראה קצות החושן, סי׳ קצה, ס״ק ד, המסתמך על התוספות, ב״ק קד ע״ב, ד״ה אגב. וכן ראה: מחנה אפרים, הלכות מכירה, קנין משיכה, סי׳ ב.

[28] ראה: קובץ שיעורים (לר״א וסרמן), ב״ב, סי׳ תקלז, המסתמך על התוספות, כתובות קב ע״א, ד״ה אליבא: ״דהיכא דגמר ומקני, נקנה באמירה״. וראה לעיל, הערה 13. וכן כתב הגרש״ז אויערבך, מעדני ארץ, סי׳ יט. לשאלת הצורך בקניין בכלל, ראה להלן, פרק אחד־עשר, סעיף א.

[29] אמנם בנתיבות המשפט, סי׳ ס, ס״ק יז, מבואר שהוא קניין מן התורה. וכן כתב החתם סופר בתשובותיו, יו״ד, סי׳ שיד, אך לא ידעתי את מקורו, ויותר נראה לייחס פיקציה זו לחז״ל. וכך כותב בעל ישועות ישראל, סי׳ ס, ס״ק יב: ״כיון דמדין תורה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, תקנו חכמים גם במקום שמשקר דמהני מטעם קנין״. ועיין חידושי ר״ש שקופ, ב״ב, סי׳ כו.

[30] ראה: העיטור, ח״א, הודאה (עב ע״ב); דעת איכא מאן דאמר בספר התרומות, שער נא, ח״ח, א; אור זרוע, סי׳ תשנב, אות ד; תוספות הרא״ש (מובא בשיטה מקובצת, ב״ב קמט ע״א); תשב״ץ, ח״א, סי׳ קנב; שם, ח״ג, סי׳ שיט, שכה; שאילת יעב״ץ, ח״ב, סי׳ כב. וכן משמע מפירושו השני של הר״י מיגאש לשאלת הגמרא, בחידושיו, ב״ב קמט ע״א.

ככתובים וכמסורים דמי", ומתנתו אינה זקוקה למעשה קניין. מחשש שמא תיטרף דעתו, אם תיתקל בקשתו בקשיים, הקלו חכמים בדינו, ואין כאן מקום לפרט את דבריהם[31]. על כל פנים, לשיטה זו הקלו גם בנושא מהותי, נוסף על שאלת הצורך בקניין, ואפשרו לו, ורק לו, להתחייב או להקנות נכס על ידי הודאה פיקטיבית. על כל פנים, רוב הפוסקים אינם מסכימים לגישה זו, ואינם מבחינים בזה בין שכיב מרע לבריא[32].

3. נאמנות וברור

יש אומרים שזוהי נאמנות, שכן איננו בטוחים שההודאה היא שקרית. אמנם קודם סברנו שהפיקדון הוא של איסור גיורא, אך הוא נאמן לומר שאין הדבר כן. ואף על פי שאנו מניחים שההודאה היא פיקטיבית, כל זמן שיש אפשרות שהיא אמת, אנו פועלים לפיה, אך לא כשברור שהיא שקר גמור. מכאן נובעים הבדלים בין שיטה זו לבין השיטה הראשונה, כמובא להלן.

וזה לשון הרשב"א[33]:

> יש מי שמדקדק מההיא דאיסור (ב"ב קמט ע"א), שהודאה... אחד מדרכי ההקנאות. אלא שאני תמה... במה יקנה... ולא מצינו בשום מקום שתהא קנייתן בהודאה. וההיא דאיסור, כשהודה... של רב מארי הן. ואעפ"י שאנו מוחזקים בו שאין לו לרב מארי בידו כלום, כל שהודה הוא נאמן יותר ממאה עדים... ותדע, דהא... איבעיא להו (ב"ב קעה ע"א) שכ"מ [=שכיב מרע] שהודה מהו, צריך לומר: אתם עדי... ופשיטנא דאינו צריך, לפי שאין אדם משטה בשעת מיתה. אלמא הודאתו לאו משום הקנאה היא, דבהקנאה אין צ"ל אתם עדי[34], אלא הודאתו הודאה היא, כהודאות בעלמא היא... והלכך, אם בריא הוא, ואמר: מטלטלי אלו של פלוני הם, צ"ל: אתם עדי. ואם שניהם מודים שלא היו של שמעון, אלא שראובן בא להקנותם לו בהודאה זו, לא קנה, שאין המטלטלין נקנים בהודאה גרידא.

כיוצא בזה כותב הראב"ד[35]: "האומר: נתתי כך וכך לפלוני, הודאה היא ולא הקנאה. ומה שהודה על עצמו שנתן, אין בודקין אחריו איך נתן".

כך מובא במיוחס לריטב"א (ב"מ מו ע"א) בשם יש מתרצים: "דלא מהני אודיתא,

[31] ראה: ב"ב קמז ע"ב, קנו ע"א; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, עמ' קיד, ערך דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים.

[32] ראה: ש"ך, חו"מ, סי' ס, ס"ק לב.

[33] בתשובותיו, ח"ד, סי' נ (=ח"ג, סי' סז). דבריו הובאו בבית יוסף, חו"מ, סי' רנב, מחודש, ס"ק ג.

[34] ראייה זו אינה מוכרחת לפי קצות החושן (לעיל, הערה 24). עיין שם.

[35] מובא בספר התרומות, שער סד, ח"ב, ד. וראה עוד תשובת הראב"ד בעניין הרשאה, שפורסמה בתשובות ופסקים שלו, מהדורת ר"י קאפח, מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ד, סי' קמא. ושם, עמ' קפט: "דאודיתא לאו הקנאה היא, אלא חזרת ממון לבעליו" (לעניין אודיתא במלווה).

אלא הודאת אמת, כשמוד׳ של פלוני הוא, והוא אמת. אבל הכא (ב״מ מו ע״א ועוד) אודיתא של שקר, שלא היו של חברו, דשלו הי׳, ולא מצי מקנה באודיתא. וההיא דאיסור (ב״ב קמט ע״א) אפשר שהיו של רב מרי בריה, ואפילו הכי הי׳ מתיירא שמא יזכה בהם רבא, כיון שבאו לידו מחמת איסור שהוא גר...״[36].

וכך כותב נימוקי יוסף[37]: ״שהודה, לאו למימרא שמקנה בהודאה, דהודאה לאו קניין הוא... אלא... מהימנן ליה״.

4. ההבדלים בין השיטות

מאי נפקא מינה בין שתי השיטות, אם יש לפנינו הקנאה או נאמנות, מלבד שאלת זמן תחולת ההודאה, שעמדנו עליה לעיל? נעמוד על כמה עניינים שמתפרשים ומיושמים באופן שונה בהתאם לתפיסת היסוד.

(א) הודאת שקר

לשיטה הראשונה, כבר הזכרנו[38] את דברי הרמב״ם שההודאה פועלת אף על פי ששניהם מודים באי־נכונותה. אך הרשב״א שולל זאת במפורש, כאמור בתשובתו.

יתר על כן, הר״ן[39] שואל: אם ידע רב מארי שאין ההודאה אמת, כיצד הוא הוציא מרבא ממון שאינו שלו? והוא מתרץ, כיוון שלרבא היה ספק בנכונות ההודאה, לא רצה לזכות בפיקדון כשמת איסור הגר, ״וכי אתו לרשותא דרב מרי, בדין היה זוכה בהם״[40].

במילים אחרות, אף על פי שבית הדין מפקפק באמתות הראיה, הוא חייב לקבלה, והוא אינו יכול למנוע מן המקבל להוציא את הממון.

אמנם אם רק המקבל מודה שהחפץ אינו שלו, עדיין ייתכן שההודאה היא אמת. כך אומר הראב״ד[41] ביחס להודאה של ראובן, שהודה שמעות פיקדון ביד אחר של שמעון הם: ״הלכך, אע״ג דלא הלוה לו כלום, ולא הפקיד אצלו כלום... ושמעון הזוכה

[36] אמנם המיוחס לריטב״א דוחה שיטה זו מכוח הבנתו בסוגיית כתובות, הנזכרת לעיל, הערות 20-21.

[37] ב״ב שם (סט ע״ב בדפי הרי״ף), וקודם הביא את דברי חכמי פרובינציא והריטב״א בשם רבו: ״דכל שמחייב עצמו בל׳ הודאה מהניא, אע״ג דידעינן דלא היה מחויב ליה מעיקרא...״. קצות החושן, סי׳ קצד, ס״ק ג, הוכיח מכאן לשיטתו שזו הקנאה. אך לפי זה, נמצאים דברי נימוקי יוסף סותרים אלו את אלו. לכן נראה שהביטוי ״אע״ג דידעינן״ פירושו: מוחזקים אנו, אך הוא נאמן לסתור חזקה זו.

[38] ליד ציון הערה 21.

[39] הר״ן על הרי״ף בב״ב שם (מכ״י, יצא על ידי מכון פרדס, בני־ברק תשנ״ג).

[40] הר״י מקוטנא, בהגהותיו לשו״ת הרשב״א שם, כיוון לסברתו בלא שראהו. וזה לשונו: ״ובדוחק י״ל כעין הא דקאמר רבא, ב״ב קמב א, שאני הכא דרפוי מרפיה, דע״י הודאת איסור לא יתכוין רבא לקנות...״.

[41] דבריו הובאו בספר התרומות, שער מב, ח״ד, ג. וראה לעיל: ליד ציון הערה 35; תשובות ופסקים לראב״ד, מהדורת הרב קאפח, סי׳ קמא.

מודה עצמו בכך, חייב ראובן ליתנם לו... איניש אחרינא יהביניהו לשמעון וזכינהו ניהליה ע"י ראובן. דהא ראובן אודי דהלין זוזי משמעון נינהו, ואפשר דאינהו ידע אמאי אודי, ושמעון לא ידע, כדאמרינן בגטין (מ ע"ב), חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר[42]...".

אם כן, רק הודאת הנותן בשקר שבה תפגום בה לפי שיטה זו, ואין די בהודאת המקבל לפסלה.

(ב) באיסורים

קצות החושן[43], לשיטתו, סבור שניתן למכור חמץ לגוי על ידי אודיתא. היינו, במקום שהאיסור הוא מדרבנן[44], די שיודה ישראל שהחמץ הוא של הגוי.

ברור שלפי השיטה השנייה, מכירה זו לא תועיל, שכן אנו סומכים על נאמנות זו בממון, ולא באיסור. וזה לשון הט"ז[45]: "דודאי לגבי ממון אמרי' דאדם נאמן על עצמו לחובתו... אבל זה ודאי אינו מועיל לאפקועי איסור' בשביל שקר שלו...".

(ג) דברים שאין קניין מועיל בהם

יש דברים שאינם בני קניין, כגון דבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש. כאן ניתקל בנפקא מינה הפוכה, כאשר דווקא לשיטה השנייה יועיל כוחה של האודיתא.

נחלקו הראשונים אם מלווה על פה נקנה באודיתא. השוללים קניית מלווה באודיתא אומרים[46] שהאודיתא כקניין אינה מועילה במקום שקניין אחר אינו מועיל.

ואשר למחייבים[47], נראה שהם סוברים שההודאה מתקבלת כנאמנות. כן ניתן להבין מדברי היד רמה במסכת בבא בתרא: "וכיון דהודאה היא, ולא מתנה היא, הוי[48] ליה כהודאת בריא... וה"ה [=והוא הדין] נמי לענין מילי דלא מיקנו במתנה, כגון דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו, כגון מלוה וגזל[49] וכיוצ"ב, אע"ג דלא מיקנו במתנה, מיקנו בהודאה. וכן הלכתא"[50].

[42] כלומר, ייתכן שהמודה זיכה לו על ידי אחר בלא שידע, ושם מובאת עוד סברה על פי הגמרא בב"מ סד ע"א, שמא פרע המודה בזה חוב של אחר לבקשתו. עיין שם.

[43] סי' קצד, ס"ק ג, והוא מסתמך גם על התוספות, ב"מ מו ע"א, ד"ה וניקנינהו, שמדבריו נראה שאודיתא מועילה ביחס לחילול מעשר שני. כיוצא בזה, נעזר הגרש"ז אויערבך בקניין אודיתא בעניין "היתר מכירה" בשביעית. עיין מעדני ארץ, סי' יט.

[44] ועיין שם לסיבת היות האיסור רק מדרבנן, ואין כאן מקומו של דיון זה.

[45] יו"ד, סי' קסח, ס"ק יד.

[46] כך מסביר קצות החושן, סי' קצד, את שיטת העיטור, מאמר שני, קניין, י ע"א. ועיין גם במרדכי, ב"ב, אות תרכ, בשם מהר"ם, שהסתפק בשאלה זו. וראה מה שכתב שם קצות החושן בדעת הרמב"ם.

[47] ראה: תוספות, ב"ב קמח ע"א, ד"ה שכיב מרע.

[48] אין מכאן ראיה שההודאה מתקבלת כנאמנות, כי אין כוונתו אלא לומר שאין זו מתנת שכיב מרע, כי אם הודאה, כהודאת בריא, בלי לקבוע כיצד פועלת ההודאה.

[49] קצות החושן מסביר שהתוספות (לעיל, הערה 47) סבורים כדעת אחד הראשונים, שמלווה על פה נחשב כדבר שברשותו, והוא ניתן להקנאה. על כל פנים, אין לומר כן ביחס לגזל, שוודאי

כלומר, נאמנים דברי המודה שאותו רכוש שאינו ברשותו, של פלוני הוא. אמנם יש לומר כי יש גבול לנאמנות זו. היד רמה עצמו אומר במקום אחר[51] שההודאה אינה מועילה בקניין דברים: ״דלא מהניא הודאה במילתא דלא הוי׳ מיחייב ביה, אלא היכא דהוה יכול לאקנויי או לחיוביה נפשיה. כדאמרינן (כתובות קא ע״ב)...״. וצריך לומר כי קניין דברים או דבר שאין בו ממש נחות מדבר שאינו בעולם[52] או ברשותו, ואינו עניין אף לנאמנות.

אולם אחד מן האחרונים[53] הדוגלים בשיטת ההקנאה (״הוא הקניין הגדול שבכל הקניינים״) סבור עם זאת: ״אפילו דבר שאינו נקנה בשום קניין, נקנה בהודאה, ונכסי איסור יוכיחו״. אפשר שניתן להביא ראיה לדבריו מדברי ר״י מיגאש[54], שעולה מהם שהאודיתא מועילה ״במידי דלאו בר הקנאה, כגון דבר שאין לו גוף וכיוצ״ב״, ולכאורה גם הנאמנות אינה שייכת לכאן. אפשר שיש תשובה לדבר בסעיף הבא, הדן בתנאים.

(ד) הודאה בתנאי

לכאורה יש עוד נפקא מינה בין שתי השיטות ביחס להודאה בתנאי. אם האודיתא פועלת כקניין, היה מקום לומר שאפשר להודות בתנאי כמו במעשה קניין אחר[55], אך אפשר שעדיין אנו כפופים לתנאי הודאת בעל דין כנאמנות, שהיא נקודת המוצא שלנו, כמו שאמרנו לעיל ביחס לצורך בעדים. על כל פנים, לשיטה השנייה פשוט יותר לומר שהנאמנות מציינת עובדה, ולעובדה אין תנאים.

בשאלה זו נחלקו כמה מן הראשונים בביאור סוגיה בגמרא (נדרים כז ע״א), כפי שמובא בפסק דין רבני שפורסם לאחרונה[56].

אולם הר״י מיגאש[57] מוצא דרך לתלות את ההודאה בתנאי על ידי ייחוסו לחוב מעיקרו, ״ואם היה רוצה לתלות הודאה זו בתנאי, אופן הקיום הוא שיפרש שסך זה אינו מתחייב בו מעיקרו אלא על תנאי כך וכך. ואופן שצריך לכתוב בזה הוא, שיאמר:

אינו ברשותו. והשווה: הגהת הרמ״א, חו״מ, סי׳ רעח, סע׳ י; ביאור הגר״א, שם, ס״ק כ; שו״ת הראב״ד (לעיל, הערה 35).

[50] ראה: יד רמה, ב״ב קמט ע״א (צז); אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ׳ קטז, ערך אודיתא, הערה 11.

[51] יד רמה, ב״ב ג ע״א (כו).

[52] גם על דבר שאינו בעולם, יש לשאול: מה ערך יש לנאמנות שנכס עתידי שייך לפלוני? ויש לומר בדוחק שכוונת הרמ״ה היא למלווה, שהזכיר שם כדוגמה לדבריו. חזון איש, ב״ק, סי׳ יח, ו, מסביר: ״היינו כגון שהודה שזה אחיו, וממילא יורש עמו בנכסי אביו״.

[53] שו״ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סי׳ ל (ז).

[54] בפירושו הראשון לסוגיה בב״ב קמט ע״א. וכן כתב המאירי שם שאודיתא מועילה בדבר שאין בו ממש.

[55] כך עולה מדברי הגרש״ז אויערבאך, מעדני ארץ, סי׳ יט.

[56] פד״ר יז, עמ׳ 355. והוכיחו שם כי לדעת הרמ״א, הודאה בתנאי מועילה. וראה מה שכתב מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א ביחס לצוואה בתנאי, בספר שורת הדין, מאמרים ופסקים, מכון שער המשפט, כרך ב, ירושלים תשנ״ד, עמ׳ שס.

[57] בתשובותיו, סי׳ קסח, הובא בברכי יוסף, חו״מ, סי׳ מ (להלן, הערה 66). וראה גם סי׳ צז.

העיד אותנו ראובן על עצמו שיש לשמעון אצלו סך ידוע כך וכך: ואם יהי' כך וכך, הרי החוב הנז' מחול לו, לפי שעל זה הדרך הי' עיקר חיוב בסך הנז' אצלו לפלוני זה; ואם לאו, יהיה קיים החוב הנז' לפלוני זה אצלו מההודאה הנז'...".

לפי זה יש להבין גם את דברי הר"י מיגאש בעניין דבר שאין בו ממש, שהתקשינו בהם לעיל, שכן אנו נעזרים באודיתא כדי לעקוף קשיים בדיני חוזים. כך, למשל, כאשר אדם רוצה לתת לרעהו זכות מגורים בבית, שהיא דבר שאין בו ממש (ב"ב קמז ע"ב), הוא יכול להיעזר בדרך זו. יש אפשרות רחוקה של בעלות בדבר שאין בו ממש, כגון על ידי שיור (מכר ביתו ושייר לעצמו אותה זכות). אם כן, ייתכן שאותה זכות מגורים היא שיור ששייר המקבל בעת שמכר את ביתו למי שמודה כעת שהיא שלו (של המקבל). במילים אחרות, אם הסיפור אפשרי, אף בדרך רחוקה, הוא נאמן בהודאתו.

ועדיין יש לבחון עד כמה ניתן ללכת בדרך זו. כך, למשל, מה שייך להודות שפירות עץ שלא צמחו או מכונית שעדיין לא יוצרה הם של פלוני? אלא אם נאמר שהתחייב ליתנם, והודאתו אכן תתקבל כחיוב, ותו לא.

ואולי אף נרחיק לכת ונאמר כעת, כשהפירות הם בעולם, שכבר היו בעולם בשעה שהודה, למרות שאנו מוחזקים שלא היו. מכיוון שהסיפור אפשרי, הוא מתקבל גם באופן זה. עניין דומה ראינו ביחס לחתן שמתחייב לתת נכסים שאינם בידו, לפי ההסבר השני בתוספות (כתובות נד ע"ב). וצריך עיון. ועוד נחזור לעניין זה להלן, בדיון בצוואה.

(ה) מחילה במכירת שטר חוב על ידי "אודיתא"

נפסק בשולחן ערוך[58], שלוי שהלווה בשטר לשמעון, והודה שהמלווה האמתי היה ראובן, והוא פעל כשליחו – הודאתו מתקבלת, וחייב שמעון לשלם לראובן, ואינו יכול לומר: "לאו בעל דברים דידי את". לוי אף אינו יכול למחול לשמעון על חובו.

בעל התרומות מביא מחלוקת בשאלה זו[59], והטור והשולחן ערוך פסקו, כאמור, כדעה השנייה, שהוא נאמן. האחרונים התקשו בפשר הדעה הראשונה[60]. אפשר להבין שכאשר אנו מוחזקים בשקרותה של ההודאה, עולה השאלה אם היא פועלת כקניין, כאמור. אך כאן, לכאורה, איננו יודעים דבר. ואם כן מדוע שלא נאמין ללוי שאכן פעל כשלוחו?

לכן סבור נתיבות המשפט שלא נחלקו אלא כשאנו מוחזקים שלא פעל כשלוחו של ראובן, ולכן אין כאן נאמנות. אלא שהדעה השנייה שהובאה בשו"ע היא שההודאה פועלת כקניין. אלא שלפי זה קשה מסוף ההלכה האומרת: "ואם בא לוי למחול

[58] חו"מ, סי' ס, סעיף ח.

[59] שער נא, חלק ח.

[60] ראה קצות החושן, ס"ק ט, ונתיבות המשפט, ס"ק יז, שם. אמנם בספר התרומות עצמו מבוססת דעה זו על ההנחה שהאודיתא פועלת רק בשכיב מרע (ראה לעיל, הערה 30). אך לדעת הש"ך, שם, ס"ק לב, כן הוא אף לדעת רוב הפוסקים, הסבורים שהאודיתא פועלת גם בבריא. ועדיין צריך לברר מדוע אינו נאמן.

לשמעון, אינו מחול״. במה שונה דינו מדין כל מי שמקנה שטר חוב לחברו, שאם חזר ומחלו, מחול?

וצריך לפרש בדוחק, שמכיוון שהקנאה זו בנויה על נאמנות פיקטיבית, עדיין אנו מתייחסים אליה במידת מה כנאמנות, ואם אכן החוב היה מעיקרו של ראובן, אין ללוי מעמד למחלו[61].

אולם המעיין בספר התרומות עצמו יראה שאדרבה, שיטה זו בנויה על נאמנות, ולא על הקנאה, וזו הסיבה שאינו יכול למחול. וזה לשונו: ״שלא הצריכו כתיבה ומסירה (דרך הקניין להעברת שטר חוב) אלא למי שבא לזכות ממנו לאחר שלא היה לו עד עתה שום זכות. אבל כאן, כיון שזה מודה... בודאי יש לנו להאמינו, ואין זה צריך להקנאה אחרת... ולא עוד, אלא שעל דרך זה אינו יכול למחול, אם בא למוחלו ללוה. דכיון דאיכא מסירה והודאה, בודאי זכה בשלו.... אבל הודאה אין ענינה הקנאה, אלא ענין הבא על מה שכבר היה, שמגלה האמת...״.

אם כן: אם ההודאה פועלת כקניין, הרי המוכר יכול למחול[62]; ואם היא כנאמנות, אינו יכול למחול.

(ו) המשך שמירת הפיקדון

עוד דוגמה לחומרה לצד של נאמנות עולה מדברי אחד מן האחרונים[63]. מדובר בהודאה על פיקדון ביד אחר, שהוא שייך לאדם שלישי, כמקרהו של איסור גיורא: אם ההודאה היא דרך קניין, הרי הנפקד ממשיך להיות בעל כורחו שומר על הפיקדון עבור הזוכה; אבל אם היא נאמנות, הרי מתברר שמעולם לא היה הפיקדון של המפקיד־המודה, ויכול הנפקד לומר שמעולם לא קיבל שמירה עבור הזוכה, ואינו רוצה להמשיך בשמירה.

(ז) הודאת שכיב מרע — אם עמד, חוזר

התוספות בשם ר״י[64] פירשו את בעיית הגמרא בסוגיית אודיתא כך: ״שכיב מרע... שהודה שיש לפלוני מנה בידו, אע״פ שאנו מוחזקים בו שאין לו, מי אמרינן: דקנו במתנת שכ״מ, ואם עמד חוזר[65]? או דלמא קנו לגמרי, ואם עמד אינו חוזר?״. הגמרא מתרצת כצד השני, שהיא הודאה, ואינה מתנה, ודינה כהודאת בריא, ואם עמד אינו חוזר. נשאלת השאלה: לפי הצד השני של חקירתנו, הרי גם הודאה נחשבת כהקנאה, אם כן מדוע אם עמד אינו חוזר? אכן ברכי יוסף[66] הביא מחלוקת בין האחרונים בהבנת

[61] אמנם לעניין עדים, לא הצריך נתיבות המשפט שיודה בפניהם (לעיל, הערה 24). כלומר, ההודאה אינה פועלת כנאמנות. וצריך עיון.

[62] ראה קצות החושן, שם, אלא שלדבריו השו״ע מדבר בהודאה שאינה שקרית, שפועלת כנאמנות, ולכן אינו יכול למחול.

[63] ראה: קרני ראם על המהרש״א, גיטין יג ע״ב. וראה ספר ״שומרים״, עמ׳ 1367.

[64] תוספות, ב״ב קמט ע״א (ד״ה שכיב). וכן ביארו: הר״י מיגאש ב״ב שם, בפירושו הראשון; יד רמה שם, סי׳ צז, ורא״ש, ב״ב, פ״ט סי׳ כד. וראה טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ רנ, סע׳ ג.

[65] ראה ב״ב קמו ע״ב. והוא מדיני שכיב מרע ובנוי על אומדנה, שאם היה יודע שיחיה מחוליו, לא היה נותן כל רכושו במתנה.

[66] חו״מ, סי׳ מ, א.

התוספות: יש סבורים שאכן דעת התוספות שהאודיתא היא נאמנות, ולכן אינו יכול לחזור בו מהודאתו[67]; אבל לשיטה השנייה, שהיא הקנאה, אכן יכול לחזור בו[68]. אמנם יש שאינם מבחינים בזה, ושוב יש לומר שעדיין אנו שומרים אמונים לנקודת המוצא של נאמנות, ואין זו הקנאה רגילה, ולכן גם כשעמד אינו חוזר[69].

5. נאמנות כהוכחה היוצרת חיוב

עד כה עמדנו על שתי גישות עקרוניות בפשר האודיתא:

הדרך האחת, מעשה קניין להתחייבות או הקנאה. לדעת מהריב"ל, זהו גם גדרה של הודאת בעל דין; ואילו לדעת קצות החושן, הודאה לחוד (נאמנות) ואודיתא לחוד (מעשה קניין). יש אומרים שדרך קניין זו מועילה רק בשכיב מרע.

הדרך השנייה, אין זו הקנאה כי אם נאמנות. גם אם אנו מוחזקים באי־נכונותה של ההודאה, עדיין אנו נתלים גם באפשרות רחוקה שיש אמת בפיו של המודה, ואנו פועלים על פיה. ונראה לפי זה, שאין זו דרך שלכתחילה, אלא שאם הודה, מקבלים את דבריו (הרשב"א והר"ן).

אך יש דרך ביניים בגרסאות שונות. קשה לראות באודיתא דרך קניין. כפי שנראה להלן, בפרק האחד־עשר, תפקידו של מעשה הקניין הוא להביא את הצדדים לגמירות דעת מושלמת, משום שההסכמה יוצאת מכלל דיבורים ומגיעה לכדי מעשה, והאודיתא אינה אלא דיבור בעלמא[70]. ובכלל, מה עניין הודאה להקנאה? מאידך גיסא, השתמשו בחיי המעשה הרבה בהודאה, כפי שניווכח בסמוך, וקשה לראות בה רק עניין

[67] וכן משמע מלשון הרא"ש שם, פ"ט, סי' כד: "מי אמרינן שלו היו מקודם לכן, ואע"פ שמוחזקין ועומדין הנכסים בחזקת שכיב מרע עד היום הזה, מכל מקום בתר הודאתו אזלינן... והרי הודה שהיה שלו. ואם עמד, אינו חוזר".
לפי זה, יש לפרש בדוחק גם בלשון התוספות בהסבר צד זה של השאלה, "קני לגמרי", שהכוונה לתוצאה שקנה כך שאף אם עמד אינו חוזר. אולם ראה מהרש"א, שם, ד"ה וכן משמע מתוך פר"ח. וצריך עיון.

[68] אם אכן גם הרמב"ם הולך בדרך זו, כרבו הר"י מיגאש (לעיל, הערה 64; ראה מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, ט, ט), תהיה עוד נפקא מינה לשיטתו. כי הרמב"ם (בהלכות זכייה ומתנה שם) פוסק שדין מתנת שכיב מרע אינו נוהג בגוי, אבל הודאתו נוהגת. ולכאורה צריך להסביר שההודאה פועלת כנאמנות. וכן כותב חמדת שלמה, אה"ע, סי' ס, אות ט, אם כי בדרך אחרת. עיין שם.
אמנם אין זה מתאים לאמור לעיל (הערה 21), שהאודיתא פועלת כקניין. וראה להלן, הערות 72-73.

[69] וכן כתב הסמ"ע, סי' רנ, ס"ק ח, שכעת הוא מקנה את נכסיו, אלא שנקט לשון הודאה, "כדי שלא יהיה יכול לחזור בו". כלומר, שיש לקניין בדרך הודאה דין שונה מקניין אחר. ולפי זה, גם הר"י מיגאש והרמב"ם יכולים להסכים שזו הקנאה, כנזכר בהערה הקודמת. ועיין שו"ת חמדת שלמה, אה"ע, סי' ס-סב, הנזכר בהערה 68, שהאריך בזה.

[70] והשווה שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ב-ג, שהמנהג לקנות בדיבור הוא מנהג גרוע.

שבדיעבד. גם פשט הסוגיה של איסור גיורא (ב״ב קמט ע״א) מורה על דרך שלכתחילה.

לכן יש המסבירים שלעולם יש לפנינו נאמנות, אלא שאנו משתמשים בה כדי ליצור מצב משפטי חדש. זוהי פיקציה משפטית, שהאדם נאמן בדיבורו גם כשידוע לנו שהוא משקר, כדי לשנות על ידי כך את המצב המשפטי[71]. כך אפשר להסביר את שיטת הר״י מיגאש[72] והרמב״ם[73] בהסבר סוגיית כתובות, ״חייב אני לך מנה בשטר״, שמשמעו: אני יוצר חיוב חדש בעל פה על ידי הודאה בקיומו.

זו אינה גישת הרשב״א, שכן לפי הסבר זה ההודאה היא לגיטימית למרות השקר שבה. ומאידך גיסא, זו אינה גישת קצות החושן, שכן היא פועלת גם למפרע, בהתאם לסיפור העובדות[74], וחלה אף על דבר שאינו ברשותו.

וכך כותב החזון איש[75]: ״נראה דהודאה מהני אפי׳ בדבר שאינו ברשותו[76], דהודאה אינו קניין, אלא כח הדין לדון ע״פ הודאתו כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו, וממילא כל התוצאות קובע הדין כפי הודאתו, וזהו שקראוהו הפוסקים קניין אודיתא, וא״כ הדין נותן דמהני אפילו בדבר שאינו ברשותו...״. ובהמשך דבריו הוא אומר שלהודאה כזו אין משמעות בדבר שלא בא לעולם[77], וכן ״לא יועיל, שיחול קניין אודיתא לאחר ל׳״[78] (כגון באמירה ״אני מודה שחפץ זה שלך לאחר ל׳״).

לכאורה, תועיל דרך זו גם באיסורים, שכן על ידי אודיתא החמץ חדל להיות של המודה. אך יש אומרים שההודאה יוצרת רק חיוב, ולא הקנאה. המודה העמיד את עצמו במצב חדש, שהוא חייב לפלוני, אם כסף ואם רכוש מסוים, אך עדיין הוא צריך להקנות את הרכוש לחברו.

[71] ראה: ש׳ אטינגר, ״הודאת בעל דין במשפט העברי״, בתוך: מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל — מוגשים לכבוד הרב פרופ׳ מ״ע רקמן, אוניברסיטת בר־אילן, תשנ״ג, עמ׳ 143, 149. ושם דימה הודאה זו לכלל המשפטי של ״השתק״ (=מניעות) במשפט הישראלי, ולפיו מי שהציג בפני זולתו מצב עובדתי מסוים, מנוע מלהתכחש לדברים שאמר, ועליו לשאת בתוצאות הנובעות מהם. אמנם שם יש גם צורך ב״שינוי מצב לרעה״, אך גם דרישה זו נחלשה במשך הזמן.

[72] כזכור, הר״י מיגאש (שצוין בפרק רביעי, הערה 16) מפרש את סוגיית כתובות בדרך של הודאה, שהיא יוצרת חיוב, ומאידך לא משמע מדבריו שזו דרך קניין, שכן בסוגיית ב״ב פירש שאם הודה שכיב מרע, ועמד, אינו חוזר בו, ומשמע שהוא מכוח נאמנות. ראה לעיל, הערה 68.

[73] הלכות מכירה, יא, טו. כבר עמדו על כך שהרמב״ם אינו מונה את ההודאה בין דרכי הקניין, ובהלכות מכירה, פרק א, הלכה א, הוא כותב שאין המיקח נקנה בדברים. ראה: תשב״ץ, ח״א, סי׳ קנג; שם, ח״ג, סי׳ שכה; קצות החושן, סי׳ קצד, ס״ק ג; אמרי בינה, הלוואה, סי׳ טז; לעיל, הערה 68.

[74] ראה: שו״ת הר״י מיגאש, סי׳ צז.

[75] חושן משפט, ב״ק, סי׳ יח, ו. דבריו הובאו במאמרו של הרב א׳ לביא (לעיל, הערה 8).

[76] בהמשך דבריו הוא מסתמך גם על הרמ״ה, שנזכר לעיל, ליד ציון הערה 49.

[77] וראה לעיל, הערה 52.

[78] לפי הבנת קצות החושן, שהוא דרך קניין, יש לעיין אם יועיל קניין אודיתא לאחר שלושים יום, כי ניתן לדמות את ההודאה לקניין סודר, בניגוד לקניין כסף, שכן ההודאה כבר אינה קיימת, ״וכלתה קניינו״. ראה לעיל, פרק חמישי, סעיף ג, 2. וצריך עיון.

כך מצינו בדברי הראשונים. התוספות (ב"מ מו ע"א, ד"ה ונקנינהו) שואלים: מדוע האדם שחיפש דרך להקנות לרעהו כסף כדי שיחלל אותו על מעשר שני שלו בלא חומש, לא עשה כן בדרך של אודיתא? ועונה על כן המיוחס לריטב"א שם[79]: "דהודאה לא מהני רק שיכול להוציא מידו, דהודאת בע"ד [=בעל דין] כק' עדים דמי, מיהו כל כמה דלא הוציאה, לא יכול לחלל עליהם, דבמאי קנו להו?"[80]. וכן כתבו כמה מן האחרונים[81]. לפי זה, גם בסיפור איסור גיורא, עדיין לא זכה רב מרי בפיקדון, אלא שהיה יכול להוציאו מיד הנפקד.

אפשר שכך יש להסביר את שיטת רב האי גאון. כאמור לעיל, אין הוא מונה את האודיתא בין דרכי ההקנאה[82], אבל בראש ספרו "מקח וממכר", הוא מונה את סוגי המכר, ומבחין בין מכר בין משכון ובין שכירות, ואחר כך כותב: "הדרך הרביעי אתה מוצא, שאדם מוכר חפץ והלוקח אינו עמו, וקנה הלוקח את החפץ, כגון שמעיד מוכר מעצמו ואומר כך וכך נטלתי מפלוני בחפץ זה, דהא שעביד נפשיה. כדגרסינן: כותבים שטר ללוה[83], אע"פ שאין מלוה עמו... ואוקמה ר' אסי (ב"מ יג ע"ב) בשטרי אקנייתא, דהא שעביד נפשיה".

כבר עסקנו בשטר הקנאה לעיל, בפרק השלישי. בפשטות זוהי התחייבות בקניין, שבה משעבד האדם את נכסיו לאחר. אך נראה שרב האי גאון מפרש שזו נעשית שלא בקניין, אלא באודיתא[84]. ביאור זה צריך עיון בסוגיה שם, אך נשאל בנידון דידו: מה בין הדרך הרביעית לדרך הראשונה? מה לי מכר חפץ בקניין אודיתא או בקניין אחר? אך לאור האמור, האודיתא אינה מקנה, אלא רק יוצרת חיוב כלפי השני.

יתר על כן, ניתן אולי לומר שעדיין לא נוצר אף חיוב של ממש, ונכסיו אינם משועבדים, אלא שיש לשני זכות תביעה בלבד. כלומר, עדיין אנו בתחום הראיות, אלא שהמודה שינה את מאזן הראיות לחובתו, משום שיש בידי רעהו הוכחה בלתי ניתנת לסתירה לזכותו בממונו של המודה. לכשיתבע את המגיע לו, יתברר שהממון, אף רכוש מסוים, הוא שלו מקודם. אך עליו לנצל אפשרות זו.

עניין דומה ראינו לעיל[85] ביחס לכוחו של אחד מן הצדדים למשפט לקבל על עצמו עד פסול או דיין פסול. לפי אחד ההסברים, הוא משנה את המצב המשפטי בדיני

[79] דברי המיוחס לריטב"א, ב"מ שם, שהובאו באמרי בינה שם (הערה 73). בדרך זו הסביר אמרי בינה את דעת ר' משה כהן שנזכר בריטב"א שם.

[80] ואולי כן יש לפרש את דעת התוספות, ב"ק קד ע"ב, ד"ה אגב, המתרץ את הקושיה הנ"ל, שהאודיתא אינה מועילה מדאורייתא. ולכאורה, עדיין היה מקום לדון אם קניין דרבנן מועיל לדאורייתא (חילול מעשר שני), אלא שכוונת התוספות היא שלעולם יש לו זכות לגבות, אך אינו שלו עד שיגבה. עיין שם.

[81] ראה: פני יהושע בחידושיו על הטור, חו"מ, סי' מ, ובחידושיו לכתובות קב ע"א; שערי תורה (לעיל, הערה 13). דבריו הובאו במאמרו של הרב א' לביא (לעיל, הערה 8).

[82] ראה לעיל, הערה 19.

[83] ראה שם בהגהות זר זהב, שצ"ל: "למוכר אע"פ שאין לוקח עמו", והוא במסכת ב"ב קסז ע"ב.

[84] וראה פסקי הרא"ש, ב"מ, פרק א, אות לו (לעיל, פרק שלישי, הערה 45).

[85] פרק שישי, סעיף ו, 2.

ראיות או סדרי הדין בלבד, כשהוא מאפשר לצד השני להיעזר בראיות פסולות מן הדין.

דברים אלו נשמעים יותר לשיטת הרשב"א, ולפיה עדיין אנו דנים בתחום הראיות. אמנם לא מצאתי הסבר זה בפוסקים, ואף דברי המיוחס לריטב"א, המבחין בין חיוב ובין הקנאה, נחלת מיעוט הם, ולרוב הדעות על ידי האודיתא עוברת גם הבעלות ברכוש. אלא שכאמור יש לפנינו שלוש שיטות בהסבר הדבר – דרך קניין, נאמנות, ונאמנות פיקטיבית היוצרת מצב משפטי חדש.

ג. יישומה של ה"אודיתא"

שטרי הודאה מצויים היו כבר בימים קדמונים[86], וכבר בגמרא נזכר בכמה מקומות (סנהדרין ב ע"ב ועוד) הצמד "הודאות והלוואות". אלא שזו הודאה אמתית, ואין כאן מקום לדון בתולדותיה ובדיניה.

נסקור כאן את יישומה של האודיתא במספר מקרים, כשאנו מוחזקים באי־נכונותה, והיא באה כדי להתגבר על קשיים בדיני החוזים. יש שהקושי הוא בדרך הקניין, כמו שהיה אצל איסור גיורא. יש שהקושי הוא במגבלות אחרות, כגון דבר שאינו נקנה בקניין או דבר שלא בא לעולם, והאודיתא עוקפת את הבעיה, כמובא להלן בעניין צוואות, ויש שהודאה בקיומה של עובדה מסוימת "מצילה" את העסקה כולה.

כך, למשל, עלתה הבעיה במקום שהוצרך אדם להקנות מיטלטלין או מעות אגב קרקע, ואין לו קרקע. בגמרא נזכר בכמה מקומות שיש שהוא מנוע מלעשות כן, מפני שאין לו קרקע[87]. אך בתקופות מאוחרות יותר נמצא שלמעשה לא התחשבו במגבלה זו, ומקובל היה לכתוב בשטרות: "והקניתי לו אגב ארבע אמות בחצרי...", בלי לבחון אם יש לו קרקע אם לאו.

כך מצינו לעניין הרשאות[88], כאשר אדם מקנה את זכותו הממונית כלפי בעל חובו לאדם אחר אגב קרקע. כך מצינו ביחס לחייב, שיכול לשעבד את מיטלטליו אגב קרקע[89].

1. הרשאות

בעניין ההרשאות, חיפשו הפוסקים דרכים לתת תוקף לנוהג הקיים של הקנאה אגב קרקע, בלא בחינת השאלה אם יש לו קרקע: בתקופת הגאונים, יש שאמרו שיש לכל

[86] ראה: א' גולאק, אוצר השטרות, ירושלים תרפ"ו, עמ' 112 (שטר רכ ואילך).

[87] ראה: ב"מ מו ע"א; ב"ב מד ע"ב.

[88] ההרשאה היא: "נתינת כח לשליח לדון עם חברו ולהוציא ממנו מה שחייב לו, כאילו דן ומוציא לעצמו" (אנציקלופדיה תלמודית, כרך יא, עמ' טו, ערך הרשאה). השימוש בהודאה יוסבר להלן.

[89] ראה: תוספות, ב"ב מד ע"ב, ד"ה דלא; טור ושו"ע, חו"מ, סי' קיג, סע' ב.

אדם ארבע אמות בארץ־ישראל; ובתקופת הראשונים, יש שנעזרו במוסד ההודאה. וכך מסכם נ' רקובר[90] את סקירתו המאלפת בנידון:

> בעוד שבתקופת התלמוד, מי שאין לו קרקע לא יכול להקנות אגב קרקע, הרי כבר בראשית תקופת הגאונים, הורו הגאונים שאפשר לכתוב הרשאה אגב ד' אמות שיש לכל יהודי בארץ ישראל... לאחר תקופת הגאונים הולכת ומצטמצמת האפשרות [הזו][91]... אף באשכנז ובצרפת הולכות ומתמעטות הדעות המסתמכות על ד' אמות בא"י, אלא שכאן כנראה נגרם הדבר בגלל הדרך החדשה שהציעו החכמים כדי להתגבר על העדר קרקע. הראב"ן[92]... לצדה של דרך זו [ארבע אמות בארץ־ישראל] מצביע גם על אפשרות אחרת, והיא ההודאה... לאחר מכן אנו שומעים 'שגם טעם זה אינו כ"כ הגון למבין'[93], אך מ"מ הולך טעם זה וכובש לו מקום ראשי... אלא שיש מי שמצמצם אותו רק למקום שאין אנו יודעים שיש לו, ויש מי שמרחיבו אף למקום שאנו יודעים שאין לו... בתקופה שלאחר הרמב"ם מאמצים חכמי ספרד, ובראשם הרמב"ן, את הגישה החדשה [של הודאה]... ומוסיף דרכים חדשות [אגב חלקם בבית הכנסת או בבית הקברות]... השו"ע... בהל' שעבוד מטלטלין [חו"מ, סי' קיג] מביא את האפשרות של הודאה...

לאור דברינו לעיל, דומה שהדרך המרחיבה (=גם כשידוע שאין לו) תואמת את השיטה שהאודיתא פועלת כקניין או כנאמנות יוצרת; ואילו הדרך המצמצמת תואמת את השיטה שאודיתא היא נאמנות גרידא, ואינה מתנגשת חזיתית בשקר.

הדרך הראשונה מיוצגת על ידי רבנו תם, כפי שכותבים התוספות בעניין הרשאות[94]: "ונראה לר"ת דהיינו טעמא, כיוון שמודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו, שהרי ע"י קרקע מקנה לחבירו, אפי' יש כמה עדים שמכחישים אותו, הרי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ולא חיישינן למיחזי כשיקרא, כדאשכחנא (ב"ב קמט ע"א) גבי איסור גיורא דנפק אודיתא מפי איסור, ואע"ג שהי' איסור משקר".

כיוצא בזה כותבים התוספות במקום אחר[95], ביחס לשאלה: כיצד יכול חתן עני להתחייב בתוספת כתובה גדולה כשאין לו?: "וי"מ דכיון דכותב סתמא שיהיו כל נכסיו אחראין, למה לא נתחייב? הרי הודה שיש לו נכסים. ואע"פ שאנו יודעים שאין

[90] בספרו: השליחות וההרשאה במשפט העברי, מוסד הרב קוק, ירושלים תשל"ב, עמ' 306. ההדגשות הן שלי.

[91] הגלגולים השונים שעברה שאלה זו לצד פתרונות נוספים אינם מעניינו כעת, והתמקדנו רק בדרך ההודאה.

[92] ספר אבן העזר, ב"ק קצא ע"א. וראה בספרו של פרופ' נ' רקובר, שם, עמ' 278, שהסתפק בכוונת הראב"ן, אם מדובר במקום שאין אנו יודעים שאין לו קרקע, או אפילו במקום שאנו יודעים שאין לנותן קרקע. על כל פנים, בדברי רבנו תם, המובא להלן, נמצא בבירור את האפשרות השנייה.

[93] ביטוי זה לקוח מדברי הסמ"ג, עשין פב.

[94] תוספות, ב"ב מד ע"ב, ד"ה דלא.

[95] תוספות, כתובות נד ע"ב, ד"ה אע"פ.

לו, הודאת בע״ד [=בעל דין] כק׳ עדים דמי״. הרא״ש בכתובות[96] מביא אותה דעה, ומוסיף: ״אע״פ שאנו יודעים בבירור שאין לו... מידי דהוה אמה שאנו כותבים בשטרות: והקניתי לו... אע״ג דאנו יודעים בבירור שאין לו קרקע...״.

כנגד זה יש המסתייגים, והולכים כנראה לפי השיטה השנייה בהסבר אודיתא, כאמור. וכך ממשיך הרא״ש בכתובות: ״ונ״ל שאין טעם זה מספיק לנכסים הידועים שלא היו לו באותה שעה״. אמנם במקום אחר[97] הוא כותב: ״האידנא נהיגי עלמא למיכתב: ונתתי לו ד׳ אמות קרקע בחצרי, אע״ג דידעינן דלית ליה קרקע... ונראה שפשט המנהג שלא לדקדק אם יש לו קרקע, לפי שרוב המקנין מקנין לחובותיהם ליתן או לשעבד נכסיהן, וסמכינן אהודאתם, שהן מודים לחובתן, ואין בודקים אחריו. אבל בימי חכמי הגמרא היו רגילין לדקדק״.

כשנדקדק בדברי הרא״ש, נראה שהוא חיפש דרך להצדיק נוהג קיים, ואם כי בתחילה כתב: ״אע״ג דידעינן דלית ליה״, בסוף דבריו ציין רק שאין בודקין אחריו[98], כך שקשה לומר כי הרא״ש מצדד בדרך זו לכתחילה.

אף הרשב״א, הדוגל בשיטה השנייה, הולך בקו זה. בחידושיו למסכת בבא בתרא (מד ע״ב), הוא כותב: ״ומה שנהגו לכתוב בכל אדם, לפי שהוא מעיד על עצמו, ונאמן הוא על עצמו... לחייבו... ודבר מצוי הוא לכל שיש להם קרקע הראוי להקנות עליו, שהרי מקנין על הקרקע שכור ושאול, כההיא דר״ג וזקנים (ב״מ יא ע״א)״. משמע מדבריו שאנו מאמינים שההודאה היא אמתית, כי ״מצוי היא״.

כיוצא בזה הוא כותב בתשובה[99]: ״ואפילו לא נודע לנו שהיה לו קרקע מעולם, כל שאין אנו רגילין אצלו תמיד לדעת מה מעשיו ומה שיש לו, מן הסתם אנו אומרין קרקע יש לו שקנה או שנתן לו ונפל לו בירושה, ולא ידענוהו. אלא שאם אנו רגילין אצלו תדיר, אנו אומרין: חזקה אין לו. שאילו היה לו, אנו היינו מרגישין״.

בזה הרשב״א מסביר את דברי הגמרא, ש״אין לו קרקע״ (ב״ב מד ע״ב), אלא שהוא אומר כי גם ביחס למקרה ש״ידעי ביה דלא הוי ליה קרקע מעולם. ואפילו הכי, היכא דכתב ליה דלא כטפסי דשטרי, קנה. דאיהו מסהיד אנפשיה דאית ליה, דדוקא אקני ליה, ולא כטופסי דשטרא הכותבין ליפוי בעלמא מה שאינו. ואדם נאמן על עצמו לחייב וליתן ולשעבד״.

ועדיין ייתכן לומר שאנו מאמינים לו נגד המוחזק בידינו, אבל לא מתקבלת ביודעין הודאה שקרית[100].

[96] פסקי הרא״ש, כתובות, פ״ה, אות א.

[97] פסקי הרא״ש, ב״מ, פ״ד, אות ג.

[98] ראה עוד: שו״ת הרא״ש, כלל לו, סי׳ ח; תוספות הרא״ש, ב״מ מו ע״א. דיון בדעת הרא״ש מובא אצל נ׳ רקובר (לעיל, הערה 90), עמ׳ 192.

[99] שו״ת הרשב״א, ח״ג, סי׳ קיד. דבריו הובאו בבית יוסף, חו״מ, סי׳ רב, מחודש א, וכן בהגהת רמ״א, שם, סע׳ ז.

[100] דיון בדברי הרשב״א ראה עוד אצל נ׳ רקובר (לעיל, הערה 90), עמ׳ 299.

אף בהבנת השולחן ערוך[101], אין הדברים ברורים. נאמר בשו"ע שם ביחס לשעבוד מיטלטלי אגב קרקע: "ואם אין קרקע גם למלוה, יכתוב: הקניתי לו ד' אמות בחצרי... ואע"פ שאין אנו יודעין לו קרקע, הודאת בעל דין...".

הסמ"ע (ס"ק יב) אומר שם שכשאין אנו מוחזקים בו שאין לו קרקע, יכתוב בסתם: "הקניתי מטלטלין אגב קרקע. ואמרינן: ודאי יש לו קרקע. אבל כשאנו מוחזקים בו דלית ליה קרקע, לא סגי בהכי... אא"כ הקנה לו בפי' בפנינו, ושאלו העדים את פיו אם יש לו או כתב כן בשטר... הקניתי לו ד' אמות קרקע, ואז אמרינן כיון דידע דצריך הקנאה אינו משקר, ובודאי יש לו קרקע, אף שאין אנו יודעין בה".

כיוצא בזה כותב הסמ"ע במקום אחר, אלא שהוא מבחין בין עובדה רלוונטית בעצם קיומה, ואז אין להודות בשקר ידוע, לבין עובדה רלוונטית כדי לגלות את גמירות הדעת, שאז יש בעצם ההודאה גמירות דעת מתקנת. כך הוא ביחס להתחייבות שיש בה אסמכתא (=התחייבות על תנאי שיש בה מעין קנס, שהמתחייב בטוח שלא יתקיים התנאי). מקובל לומר שזו בטלה משום שיש פגם בגמירות הדעת. אך אם נעשתה ההתחייבות בבית דין חשוב, רצינות המעמד מרפאת את הפגם. וכך פוסק הרמ"א[102]: "ואם ציווה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אע"ג דלא קנה, מהני. דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי". וכותב הסמ"ע (ס"ק מב): "אע"ג דידעינן דבודאי לא קנה בבית דין חשוב, מהני הודאתו. והטעם, דכיוון דהודה ואמר שקנה, הוה לה כאילו ידענו שגמר והקנה. משום הכי מהני כאן טפי מהמקנה באגב קרקע, דמוכח בסוף סימן קיג דאם ידענו בודאי שאין לו קרקע, דלא מהני הודאתו שהקנה אג"ק [=אגב קרקע]. דשאני התם, כיון דאין לו קרקע, במה יקנה? אבל כאן תלוי בגמר ומקנה, והרי הודה... וה"ל כאנן סהדי, דגמר והקנה..."[103].

אולם מדברי הגר"א שם (ס"ק ט) (ביחס למשעבד מיטלטלי אגב קרקע), שהביא את דברי רבנו תם, "אע"ג שהיה איסור משקר", משמע שמועיל בכל עניין.

סוף דבר, למעשה ההרשאה בנוסח זה — "הקניתי לו אגב קרקע" — מקובלת, אך לאו דווקא על סמך הודאה, כאמור.

2. צוואות

כאן נמצא התמודדות מעניינת בין שתי הדרכים — הודאה והתחייבות — באיזו מהן להשתמש כדי להתגבר על מגבלות חוזיות בכתיבת צוואה? אך תחילה עלינו להבהיר את הרקע לצורך בפתרונות האמורים.

[101] חו"מ, סי' קיג, סע' ב.

[102] חו"מ, סי' רז, סע' טו.

[103] בהמשך דבריו מסביר הסמ"ע באותו אופן את הגהת הרמ"א בסעיף יט, ולפיה יכול אדם להודות שקיבל עליו בחרם או שבועה. וזה לשון הסמ"ע: "אע"ג דידענו דלא קיבל עליו... אפילו הכי מהני. דכיון שציוה לכתוב עליו בחומר הזה, הרי ראינו שגמר והקנה". אמנם יש שם ברמ"א דעה חולקת (על פי שו"ת הריב"ש, סי' שפז), ומסביר הסמ"ע, שם, ס"ק נה: "דבכי האי גוונא לא מיקרי שבועה".

עם מותו של אדם, עוברים נכסיו ממילא ליורשיו. בניגוד למשפט המערבי, המאפשר לאדם לצוות על דרך חלוקת רכושו לאחר מותו, אין ההלכה מכירה באפשרות זו, שכן הירושה אינה בגדר חוזה, כאמור, אלא סדר נחלות שקבע המחוקק (=התורה). יתר על כן, לא רק בדרך הורשה, אלא גם בדרך מתנה, אין אדם שליט על נכסיו לאחר מותו[104].

אם כן, האמנם אין האדם יכול לקבוע את גורל נכסיו לאחר פטירתו? התשובה היא שיש שלוש אפשרויות שבהן מצווה האדם על רכושו שלא לפי סדר הירושה, והן: צוואת שכיב מרע[105]; מצווה לקיים דברי המת[106]; מתנת בריא. השכיחה ביותר היא מתנת בריא, ולפיה האדם נותן את רכושו (או מקצת רכושו) במתנה בקניין בחייו למי שהוא חפץ ביקרו. אלא שיש כמה קשיים בדרך זו.

א. האדם רוצה לשמור לעצמו בחייו זכות שימוש בנכסיו עד מותו, ואיך יתנם לאחר בחייו? התשובה היא לכאורה שיעשה קניין היום, ויאמר שהמתנה תחול שעה לפני מותו. אלא שכאן אנו נכנסים לבעיית ״קניין לאחר שלושים״, ובקניין סודר המצוי, אין לקניין תוקף משום החסרון של ״כלתה קניינו״. ובשטר — שחל במקרקעין ולא במיטלטלין — צריך שיהא השטר קיים בשעת חלותו, כלומר שעה לפני מותו[107].

והנה כבר בגמרא[108] מובאת דרך אחרת — היינו שכותבים ״מהיום ולאחר מיתה״[109] — והכוונה היא: קניין גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. אם המצווה רוצה לשמור לעצמו זכות חזרה, ובדרך כלל כן הוא הדבר, עליו להתנות ולכתוב: ״אם לא אחזור בי״[110]. כך מתפרשת לשון הגמרא שמתנה הניתנת ״מהיום לאחר מיתה״ היא ״כמתנת שכיב

[104] ראה: רשב״ם, ב״ב קלה ע״ב, ד״ה ואיזו. רבים נכשלים בזה, שכותבים צוואה שאינה תקפה להלכה. ראה מאמרו של הרב ח׳ שאנן, ״צוואה כהלכה״, תחומין יג (תשנ״ב), עמ׳ 317. ושם: ״הפסול השכיח ביותר הוא הנוסח בו כותב המצווה: אני נותן/מחלק/מצוה כי לאחר מותי..., או: לאחר מותי אני מצוה, יקבל..., או: פלוני ופלוני ירשו/יקבלו, וכיוצא״.

[105] בשכיב מרע, חולה הנוטה למות, הקלו בדרך הקנאת נכסיו לאחרים. ראה לעיל, הערה 31. כמו כן פוסק השו״ע, חו״מ, סי׳ רפא, כי שכיב מרע יכול לשנות את סדר הירושה בין בניו הראויים ליורשו. ואכמ״ל.

[106] ראה טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ רנב, סע׳ ב. אך גם לדרך זו יש מגבלות שונות: השו״ע פוסק שכן הוא רק אם הופקדו הנכסים ביד שליש לפני מותו; קצות החושן שם, ס״ק ג, דן בשאלה אם הוא רק מצווה או שכופין את היורשים. עיין שם.

[107] ראה לעיל, פרק חמישי, סעיף ג, 2.

[108] ראה ב״ב קלו ע״א. לדעת ר׳ יוסי — והלכה כמותו — גם אם לא כתב ״מהיום״, זמנו של השטר מוכיח עליו, שהקנה מהיום. ראה טור ושו״ע, חו״מ: סי׳ רנז, סע׳ א; סי׳ רנח, סע׳ א.

[109] הרמ״א, חו״מ, סי׳ רנח, סע׳ ב, מבחין בין לשון ״לאחר מיתה״ לבין ״לאחר שלושים״, שבלשון האחרון ״אין אומרים זמן של שטר מוכיח עליו, ולכן אם מת נותן או המקבל תוך שלושים יום בטלה המתנה. וה״ה הנותן, יכול לחזור תוך ל׳״. וראה סמ״ע, ס״ק ה, וש״ך, ס״ק ב, שם. קצות החושן, שם, ס״ק ב, אומר כי לדעת התוספות, קידושין סג ע״א (ד״ה כגון) — וכן הלכה — מכיוון שלא הזכיר ״לאחר מיתה״, ״שיורא הוי״, כדעת ר׳ יוחנן. כלומר, זוהי הקנאה הדרגתית (ראה פרק חמישי, הערה 131), שניתנת לחזרה.

[110] הרב ע׳ בצרי בספרו דיני ממונות, ח״ג, עמ׳ קפח, כותב נוסח של שיור ולא של תנאי [על ההבדל בין שיור ובין תנאי, ראה מאמרו של מו״ר הגרז״נ גולדברג, ״תנאי ושיור בהסכמים״,

מרע, דלא קני אלא לאחר מיתה" (ב"ב קלה ע"ב). כלומר, הוא יכול לחזור בו עד שעת מיתה. אלא שמוסיף רבנו תם: "ומיירי כגון שפירש בפירוש: מהיום אם לא יחזור בו עד לאחר מיתה" (שם בתוספות). וכך נפסק בטור ובשו"ע[111].

אולם עדיין קיימת שאלה באשר לנכסים שאינם בני הקנאה. אדם מעוניין לצוות את כל רכושו או מקצתו לפלוני, ונשאלת השאלה: ומה יהא על נכסיו העתידיים שירכוש עד מותו? והרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ועוד, מה דינם של כספים או חובות שקשה להקנותם בקניינים הרגילים?

מכיוון שמדובר בחוזה עתידי, הפתרון הוא להיעזר בדרך ההתחייבות או ההודאה. נפתח בדרך השנייה.

(א) הודאה – שטר חצי זכר

ההסדר הידוע ביותר בהקשר זה הוא "שטר חצי זכר". הרוצה לתת לבתו חלק בירושה כאחד מבניו או כחצי חלק אחד מבניו, אין די שיקנה לה חלק זה, שכן קניין זה לא יחול, כאמור, על נכסים עתידיים. ואף על נכסיו שבידו, לא כל קניין חל על כסף. ובאשר לחובות שחייבים לו: אם בכתב, צריך כתיבה ומסירה; ואם בעל פה, צריך מעמד שלושתן.

לכן נסתייעו חכמים באמצעי ההודאה בחוב כדי להגיע לתוצאה הרצויה. אמנם אין להודות על נכסים עתידיים, אלא שנקטו תחבולה: האב מודה בפני עדים שהוא חייב לבתו סך גדול, שזמן פירעונו הוא שעה לפני מותו, אך הוא מתנה עם בתו שבבוא

תחומין ז (תשמ"ו), עמ' 368]. ועדיין נראה לי שצריך עיון, אם תיתכן מתנה כשהנותן משייר לעצמו זכות חזרה ממנה.

[111] ראה: תוספות, ב"ב קלה ע"ב, ד"ה כל; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רנז, סע' ז (ועיין בפתחי תשובה, שם, ס"ק ה, בשם נודע ביהודה, שאם מכר איזה דבר, המכירה היא החזרה). לי נראה שהכוונה היא שיש להוסיף למילים "מהיום ולאחר מיתה" את המילים "אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה". כלומר: "מהיום – אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה – ולאחר מיתה". או שיבוא לשון התנאי כולו בתחילה, בהתאם למשפטי התנאים. אבל הרב מ' בלייכר, במאמרו "צוואה – עריכתה, נסוחה", שפורסם בספר "שורת הדין" (לעיל, הערה 56), כרך ב, עמ' שנג, כותב: "ומקנה מהיום, אם לא אחזור בי עד למיתתי", ותו לא. כנראה שכך הבין בכוונת השו"ע. והקדימו בנוסח מעין זה בעל מנחת יצחק, ח"ז, סי' קלב: "אם לא אהדרי בי במשך כל ימי חיי, תהיינה המתנות מעתה ומעכשיו עד שעה אחת קודם פטירתי". ויש לעיין בדבר. לכאורה, המילים "עד לאחר מיתה" מתייחסות לתנאי של חזרה (וכן משמע מדברי מנחת יצחק, ח"ח, סי' קמ), ולא לנתינה "מהיום", שכן רק לשון "מהיום ולאחר מיתה" מתפרש כגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, כנזכר לעיל (ראה ב"ב קלו ע"א ורשב"ם שם, ד"ה הכותב), אך לא לשון "מהיום עד לאחר מיתה" (והשווה ללשון "מהיום עד לאחר שלושים", שהוא לדעת התוספות הקנאה בהדרגה, כמובא לעיל, בהערה 109). ואולי אפשר להשמיט בלשון התנאי את המילים "עד לאחר מיתה", ודי שיאמר "אם לא אחזור בי". וצריך עיון בזה.
ועיין בפירוש המיוחס לרבנו גרשום, ב"ב קלה ע"ב: "כל שכתוב בה מהיום יתחיל מתנה זו שיהא ברשותך ומגמר לא תגמר אלא לאחר מיתה". וצריך לברר אם כוונתו לשיטת ר' יוחנן בקידושין ס ע"א, שהוא קניין הדרגתי, כנזכר לעיל, או שמא כוונתו רק לציין שמכיוון שהפירות קנויים לאחר מיתה, הרי רק אז הוא גמר הדבר.

מועד הפירעון תהיה בררה ביד הבנים לפרוע לה את החוב או לתת לה תמורתו חלק בנחלה כשל זכר (או כשל חצי זכר) מכל נכסי הירושה שיחולקו בין היורשים. משמעות הודאה זו היא שהוא מודה שקיבל ממנה מעות והוא חייב להחזירן, אלא שהם התנו מראש שאם תקבל מאחיה חלק בירושה, נתונים לו המעות במתנה, או שהחוב מחול.

ברור שהודאה זו היא פיקטיבית, והיא באה רק לתת לבת חלק בנכסים שיהיו לאב בשעת המיתה. דרך זו מופיעה אצל חכמי אשכנז, בסוף תקופת הראשונים, והיא נפסקה ברמ״א[112], ונוסחה המלא מופיע בספר השטרות הידוע בשם ״נחלת שבעה״ (במאה הט״ז למניינם), שטר כא. וכך נהגו הלכה למעשה, אם כי קשה לדעת עד כמה[113]. לאחרונה נשמעו קריאות לחידושו של שטר זה בארצנו[114].

אולם עקב קשיים בדרך זו, יש שהעדיפו את דרך ההתחייבות. לאחרונה כתב אחד מחכמי זמננו קונטרס בנידון זה[115], ובמכתב נוסף[116] הוא מסביר מדוע נטה מדרך ההודאה: לפי התשב״ץ, האודיתא מועילה רק בשכיב מרע[117]; ומדברי המהרש״ל נראה שהוא מסתייג מהסדר משפטי שהמקנה בו אומר דברי שקר[118].

יש להוסיף שגם הרשב״א, שהובאה שיטתו לעיל, היה ודאי מסתייג מדרך זו, שכן הרשב״א מסביר את האודיתא בדרך הנאמנות, ואינו רואה בה דרך קניין. די לנו בקושי

[112] ראה רמ״א: חו״מ, סי׳ רפא, סע׳ ז; אה״ע, סי׳ קח, סע׳ ג.

[113] על תולדותיה והיקפה של דרך זו, ראה: ש׳ אסף, ״לשאלת הירושה של הבת״, ספר היובל לי׳ פריימאן, ברלין תרצ״ז, עמ׳ 8; הרב י״א הרצוג, תחוקה לישראל על־פי התורה, ח״ב, ירושלים תשמ״ט, פרק ה, ונספחות א, ג, ו, ז, ח, ט; י׳ ריבלין, ״שטר חצי זכר״, דיני ישראל יז (תשנ״ג־תשנ״ד), הוצאת אוניברסיטת תל־אביב, עמ׳ קנה.

[114] ראה: הרב י״ד כהן, ״הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים״, התורה והמדינה ב (תש״י), עמ׳ יח; הרב ז״נ גולדברג, ירושת הבת (לחידוש מנהג של חצי זכר), תחומין ד (תשמ״ג), עמ׳ 342.

[115] הרב ש״פ כהן, מדור לדור, תשמ״ז. וראה עוד מה שכתבו בנידון זה בספר ״תחוקה לישראל״ (לעיל, הערה 113): הרב י״א הרצוג, בעמ׳ 181; הרב נ׳ אוחנה, בעמ׳ 199; הרב ב׳ רבינוביץ־תאומים, בעמ׳ 221.

[116] פורסם במאמרו של הרב מ׳ בלייכר (לעיל, הערה 111), עמ׳ שמ.

[117] תשב״ץ, ח״א, סי׳ קנב. דבריו הובאו לעיל, הערה 30. אולם מו״ר הגרז״נ גולדברג, בהערותיו למאמרו של הרב מ׳ בלייכר (הערה 116), כותב: ״אכן נראה שכיון שפשט מנהג זה של שטר חצי זכר בישראל, הרי נתקבלה הלכה שמועיל קנין אודיתא, אף שבספר ׳אמרי בינה׳ [דיני הלואה, סי׳ טז] הרבה להוכיח שהרבה פוסקים חולקים על קנין אודיתא, מ״מ כל שנהגו כן הרבה דורות, ולא שמענו מי שפקפק... אין לטעון קים לי כתשב״ץ״.

[118] ראה חכמת שלמה, גיטין יג ע״ב, שהסביר בדעת התוספות, מדוע הוצרכו לתקן מעמד שלושתן, ולא סמכו על קניין אודיתא? כי לא רצו להרגיל בקניין שיסודו בשקר, כפי שנאמר: ״דובר שקרים לא יכון לנגד עיני״. דבריו הובאו במאמרו של הגרז״נ גולדברג (לעיל, הערה 114), עמ׳ 346.

וראה עוד שו״ת מנחת יצחק, ח״ח, סי׳ קמא, הכותב: ״אבל לעשות כן לכתחילה (שטר חצי זכר) היכא דליכא ענין של מצוה וצדקה, אני חוכך בזה, לפמ״ש בשו״ת חת״ס [אה״ע, ח״א, סי׳ קמז]. וז״ל: דדבר ידוע הוא שהחוב הוא הודאה של שקר, ולא הנהיגו חכמים כן אלא כדי לחבב האשה על בעלה, לומר כבן אני חשוב אצל חמי, שמוריש את בתו חצי חלק זכר״.

של סיפור איסור גיורא (ב"ב קמט ע"א), כמובא לעיל, ואין ללמוד משם להנהיג לכתחילה דרך הבנויה על הודאת שקר.

ואכן, במקרה שנידון לפניו, נקט הרשב"א בדרך ההתחייבות. באחת מתשובותיו[119], הוא דן בעניין אדם שרצה לחלק את נכסיו בחייו "כדי לסלק מבין יורשיו מחלוקת", ואומר שהוא צריך לתת את רכושו במתנת בריא "מהיום ולאחר מיתה", שפירושו: גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ואינו יכול לחזור בו, אלא אם כן התנה שיכול לחזור בו.

וביחס לדבר שאין להקנותו, כותב המשיב: "ומ"מ, אם יש לו עסק או סחורה או מטלטלין שאינן מסויימין[120], ורוצה לחלקן ביניהן ולרבות לאחד ולמעט לאחר, איני יודע לו דרך שיוכל לזכותם להם במתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה... אלא בחיובין. רצוני לומר שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו ולאחר פטירה לכל אחד ואחד כפי מה שירצה, למעט או לרבות".

תשובה זו הובאה ברמ"א[121], ואיני יודע מדוע סטה ממנה, ואמר: "בריא שרוצה לחלוק נכסיו אחרי מותו שלא יריבו יורשיו אחריו... צריך להקנות... ואפי' קניין אינו מהני, אם רוצה ליתן להן דבר שאינו בידו אז, דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, ואין מהני אלא דרך הודאה, שמודה שחייב לכל אחד מהן כפי מה שירצה. וע"ל, סי' ס, סעיף ו". והרי גם בהפניה של הרמ"א לסימן ס מדובר בהתחייבות, ומדוע כתב הרמ"א בתוך דבריו "דרך הודאה"[122]?

ואפשר לומר בדוחק: הרמ"א לא התכוון אלא לומר שלא תמיד ההקנאה מועילה, ולא דק להבחין בהקשר זה בין התחייבות להודאה; או שהרמ"א עצמו מעדיף את דרך ההודאה, ולכן שינה בזה מדברי הרשב"א.

(ב) התחייבות

בדרך זו כמה אופנים. אופן אחד הוא ישיר, בלא עקיפה: האב מתחייב לתת לבתו סכום שיעלה לחלק של יורש זכר (או חצי מאותו סכום, אם כך רצונו) ערב מותו, ושעת הפירעון היא שעה לפני מותו. ההתחייבות חלה גם על דבר שלא בא לעולם, כמוסבר באריכות לעיל, בפרק החמישי.

אלא שכאן באנו לשאלת "דבר שאינו קצוב", שלפי הרמב"ם היא מבטלת את ההתחייבות. אמנם השו"ע ורוב הראשונים חלקו עליו[123], אך אולי זו הסיבה שבשטר חצי זכר נקטו דרך אחרת[124].

הרב שרגא פ' כהן[125] מציע להשתמש בהתחייבות באופן אחר: במקום להודות

[119] ח"ג, סי' קיח. דבריו הובאו גם בבית יוסף, חו"מ, סי' רנ, מחודש טז.

[120] לא ברור שהכוונה לדבר שאינו בעולם. וראה מה שכתב בעניין זה באריכות, שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' עט. על כל פנים, הרמ"א דלהלן מביא את דבריו בלשון אחר: דבר שאינו בידו.

[121] חו"מ, סי' רנז, סע' ז.

[122] ועיין בביאור הגר"א, שם, ס"ק יז, המפנה לסוגיית אודיתא בב"ב קמט ע"א.

[123] ראה שו"ע, חו"מ, סי' ס, סע' ב. דבריו הובאו לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 120 ואילך.

[124] ראה במאמרו של מו"ר הגרז"נ גולדברג (לעיל, הערה 114), עמ' 346.

[125] לעיל, הערה 115.

בסכום גדול וקצוב בתנאי, אם לא יתנו לה היורשים חלק בירושה, יתחייב על סכום זה, בתנאי האמור.

הגרז״נ גולדברג (לעיל, הערה 114) מסביר מדוע לא נקטו הפוסקים דרך זו: ״אולי חששו שבאופן זה יש כאן אסמכתא, שסומך שיתנו לה ולא תטול הסכום הגדול, שהרי אינו רוצה שתחול ההתחייבות שלו על סכום הגבוה; אבל כשעושים הקניין באודיתא, אין דין אסמכתא, וכמו שכתב הר״ן נדרים כז, א, סוף ד״ה שאני הכא״[126].

אפשר גם שחששו שבהתחייבות אפשר שיטעו באופן הקניין, אבל בהודאה איננו חוקרים, כאמור, כיצד נעשה הדבר, ומקבלים את דבריו שהכול נעשה כדין[127].

אחד מפוסקי זמננו מעלה קושי נוסף בעניין דרך ההתחייבות, שכן זו לא תחול אם מת המתחייב קודם שבאו הנכסים לעולם, לפי דעת ״כנסת הגדולה״, שהובאה לעיל[128]. אולם כבר השיבו[129] על טענה זו, ששם מדובר במתחייב על נכס מסוים שהגיע לידו לאחר מותו. אך בהתחייבות ממונית בשיעור מסוים, כגון התחייבות חתן עני בתוספת כתובה, אין בעיה זו. לפי זה, יש להקפיד בניסוח ההתחייבות ולומר שהוא מתחייב על ערך כספי מסוים ולא על חלק בנכסים.

יש עוד בעיה בהתחייבות כלפי מי שלא בא לעולם, שכן יש שהאדם רוצה לתת מרכושו לנכד העתיד להיוולד לו, ובגמרא[130] מבואר שאין אדם מתחייב למי שאינו בעולם. אך בעיה זו קיימת גם באודיתא, ולא נעסוק כאן בפתרונות שניתנו לה[131].

למעשה, יש המציעים לנקוט את שתי הדרכים במשולב[132].

[126] ראה דיון בעניין זה במאמרו של הרב מ׳ בלייכר (לעיל, הערה 111), עמ׳ שמא. ואכמ״ל. אפנה רק לדברי התוספות, כתובות מז ע״ב, ד״ה שלא, ביחס למיקח טעות, ״כי אינו חושש במה שאירע אחריו (אחר מותו)״, ולכאורה הוא הדין גם ביחס לאסמכתא. ויותר קשה לי על מנחת יצחק, ח״ח, סי׳ קמ, השולל את דרך התחייבות לתת חלק מנכסיו משום אסמכתא, בגלל התנאי שבאפשרות חזרה. וכי כל תנאי הוא בגדר אסמכתא? ועוד, בשטר חצי זכר אין הוא מסביר שאין בו אסמכתא בגלל שהוא נעשה בלשון הודאה, אלא בגלל שהחיוב אינו מותנה. ולפי זה, נראה שבשטר חצי זכר, אין תנאי חזרה. וראה עוד שם, ח״ז, סי׳ קלב. ואולי דווקא בנותן לבתו אין תנאי חזרה, שהרי גם אסרו להערים על ידי הברחת נכסיו. ראה שו״ע, אה״ע, סי׳ קח. אך בנותן לאחר, אפשר שיש תנאי חזרה. וצריך עיון.

[127] ראה לעיל, הערה 102.

[128] שו״ת מנחת יצחק, ח״ז, סי׳ קלד (עיין לעיל, פרק חמישי, הערה 359). ולפי דעת קצות החושן, המובאת שם (פרק חמישי, הערה 367), כלל אין ניתן להתחייב על נכס מסוים.

[129] ראה: הרב בלייכר (לעיל, הערה 111), עמ׳ שמ.

[130] גיטין יג ע״ב. וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יא, ערך התחייבות, עמ׳ רנה.

[131] הרב ש״פ כהן מציע שיתחייבו לאדם אחר כאפוטרופוס עבור הנולדים. עיין במאמרו של הרב בלייכר (לעיל, הערה 111), עמ׳ שלט, שמא. ואכמ״ל.

[132] כך, למשל, שו״ת מנחת יצחק, ח״ז, סי׳ קלב, והרב ע׳ בצרי (לעיל, הערה 110), בעמ׳ קפו — מזכירים גם לשון הודאה וגם לשון חיוב לתת את הנכסים העתידיים.
י׳ ריבלין (לעיל, הערה 113) מציע לנקוט לשון התחייבות לא מותנית, כדי להימנע מהודאת שקר, והבת מוחלת אם תקבל חלק בירושה (כעין ״תיקון חכמי ספרד״; שו״ע, חו״מ, סי׳ רז, סע׳ טו). אחר כך יכתוב האב שטר חצי זכר (או זכר שלם) בדרך אודיתא, וכדי למנוע תביעה

סוג אחר של צוואה — מתנה או התחייבות מחיים — עולה בימינו באשר לבן מאומץ, כדי להבטיח לו מעמד של מעין יורש. לנושא זה מוקדש נספח ו.

ד. סיכום

בפרק זה ראינו כיצד כלל ראייתי, "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי", הופך לכלל מהותי בדיני החוזים. כבר בהודאה רגילה של בעל דין, נחלקו אחרונים אם היא נתפסת כנאמנות מיוחדת (קצות החושן) או כהתחייבות (מהריב"ל). אך בגמרא (ב"ב קמט ע"א), מופיע המושג אודיתא כאמצעי להעברת נכסים. לכן גם קצות החושן סבור שהאודיתא היא דרך קניין שהותקנה על בסיס הנאמנות כפיקציה. ועדיין יש שרואים גם באודיתא נאמנות הנמתחת עד קצה גבול היכולת של אפשרות אמתות ההודאה (הרשב"א).

עמדנו על ההבדלים בין הגישות השונות, וניסינו לפלס דרך ביניים, כלומר: נאמנות פיקטיבית היוצרת מצב משפטי חדש.

למעשה, האודיתא נתקבלה כדרך לגיטימית בדיני החוזים, באשר היא מתגברת על מגבלות שונות, כגון דבר שלא בא לעולם, הודאה במציאות פיקטיבית שמקיימת את החוזה (בעלות בקרקע לצורך קניין אגב, בית דין חשוב כמונע "אסמכתא"). סקרנו את דרכי יישומה של האודיתא בשתי סוגיות: הרשאות — מודה שיש לו קרקע; וצוואות — מודה בחוב למי שהוא מעוניין שיירשנו.

יש המסתייגים מנקיטת דרך זו, שכן השומע מתרשם שמקיימים חוזה על יסודות של שקר. אכן באיסורים אין דרך זו מקובלת. ביחס למכירת חמץ לגוי, ה"משנה ברורה" (סי' תמח) מנה את כל הדרכים האפשריות של דרך הקניין הראויה, ושתיקתו הרועמת ביחס לאודיתא אומרת דרשני. על כל פנים, בממונות אי אפשר להתעלם מקיומה של תחרות מסוימת בין דרך זו לבין דרך ההתחייבות, כפי שראינו בנושא הצוואות.

כפולה מצד הבת, יש להדגיש שהאודיתא מבטלת את ההתחייבות. אך לא ברור לי מה הועילו חכמים בתקנתן, אם בין כך ובין כך, צריך להסביר לאב שהאודיתא היא בעצם התחייבות, אפשר להסביר זאת גם בלא כתיבת שטר התחייבות.

פרק אחד־עשר

תוכן וצורה ביצירת התחייבות

התוכן

מבוא 375

א. מעשה קניין ו"בההיא הנאה" 375

1. הצורך במעשה קניין 376
2. "בההיא הנאה" — חיוב מזונות בבן מאומץ 378
3. השפעותיו של המושג "בההיא הנאה" 380

ב. דרכים ונסיבות העוקפות הגבלות חוזיות 384

1. תליית מעשה או מניעתו בחיוב ממון 384
2. התחייבות על ידי שבועה 386
   (א) נדר לעני 392
   (ב) קבלת מצווה בהבטחת ממון 394
3. התחייבות מכוח המנהג 394
4. דבר הנעשה ברבים 399

ג. סיכום 404

נספח: הרחקה משבועה 406

פרק אחד־עשר

תוכן וצורה ביצירת התחייבות

מבוא

עד כה עסקנו בעיקר בתוכנה ובמהותה של ההתחייבות — חוזה בלשון ימינו. עמדנו על הגבלות שונות, כגון דבר שלא בא לעולם או קניין דברים, הנובעות ממהותו החפצית של החוזה. כמעט שלא עסקנו בצורת עריכת החוזה ובנסיבות שנעשה בהן. אולם לפעמים יש לצורה השפעה על התוכן. במילים אחרות: יש שהצורה "מתגברת" על הגבלות שונות בדיני החוזים או עוקפת אותן, כגון דבר שלא בא לעולם או קניין דברים, שנזכרו לעיל.

בחלק הראשון של הפרק נעסוק בדרך עשיית החוזה: האם יש צורך במעשה קניין? ואם כן, מה משמעותו? ובמיוחד מה משמעותו של המושג "בההיא הנאה" שבא כתחליף למעשה קניין והשפעותיו המשפטיות? בחלק השני נעסוק בדרכים מיוחדות לעקוף מגבלות שונות בדיני החוזים. נבחן גם את השאלה: האם יש קשר בין התוכן והצורה? כבר כאן נעיר באופן כללי כי אם מבחינת תוכנו בנוי החוזה על יסוד גמירת דעת בלבד, קל יותר להבין כי יש שהצורה מביאה את הצדדים לגמירת דעת מושלמת, והיא "מכשירה" חוזים שונים, שבלא אותה צורה היו בטלים בגלל פגם בגמירת הדעת. לעומת זאת, אם נאמר שיש לחוזה גם תוכן חפצי, נוסף על גמירת הדעת, יש לתת הסבר אחר לכל המקרים המובאים להלן, שבהן חוזים מוכרים על אף שאין בהם יסוד חפצי.

א. מעשה קניין ו"בההיא הנאה"

כל שיטת משפט מתמודדת עם השאלה: מתי הצעה או הבטחה הופכת לחוזה מחייב? במשפט הרומי הצריכו עילה (קאוזה), ובמשפט האנגלי דורשים תמורה כדי לתת תוקף לחוזה. כיום קיימת נטייה להשתחרר מדרישות אלו. חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, קובע שחוזה נקשר בדרך של הצעה וקבלה, כאשר הצדדים גמרו בדעתם להתקשרות משפטית. כללית ניתן לומר שאין זו גישת המשפט העברי.

כבר ציינו בפרק המבוא שבדרך כלל כל חוזה, הן חוזה ריאלי (הקנאה) הן חוזה אובליגאטורי (התחייבות), זוקק מעשה קניין. כך מציינת הגמרא כי חוזה אינו נקשר בדברים בלבד, בלא קניין[1]. אמנם יש שהגמרא מסבירה את תוקפם של חוזים מסוימים בלא קניין על יסוד טובת הנאה — "בההיא הנאה" בלשון חז"ל — שהגיעה למקנה או למתחייב[2].

1. הצורך במעשה קניין

מה משמעות הצורך בקניין? האם הוא רק עניין שבצורה, דרך עשיית החוזה? או שהוא גם מבטא את אופיו ומהותו של החוזה? בקרב החוקרים מצויות שתי גישות עיקריות באשר לשאלה: האם הצורך במעשה קניין מהווה יסוד נוסף לגמירת דעת הצדדים? או שמא הוא הגומר את דעתם?

גולאק אומר שה"קניין", או "בההיא הנאה" שבא במקומו, מבטא את אופיו המיוחד של החוזה במשפט העברי לעומת החוזה הרומי. בעוד שבמשפט הרומי בנוי החיוב החוזי על רצון הצדדים ותו לא, הרי במשפט העברי בנוי החיוב על יסוד אובייקטיבי של קבלה ונתינה, קבלת שיווי ממון כנגד נתינת שיווי ממון. אמנם אין צורך בקבלת שיווי ממשי, ודי בשיווי סמלי, דהיינו קניין סודר הנובע מקניין חליפין, כאמור במבוא, או בטובת הנאה ("בההיא הנאה") הנחשבת כקבלת שיווי ממון[3].

במקור המקראי לקניין סודר (רות ד, ז), אין לנו תשובה ברורה לשאלה זו. שם מסופר על חוזה בין בועז והגואל שנקשר בנתינת נעל. בגמרא (בבלי ב"מ מז ע"א; ירושלמי קידושין, א, ה) נחלקו האמוראים בשאלה: מי נתן למי? אך גם לדעה שהגואל (=המוכר) שלף את נעלו ונתן אותה לקונה, מבואר בגמרא (בבבלי שם) שקיבל טובת הנאה מקבלתו של בועז. אם כן, ניתן לומר שאכן קבלת שיווי ממון היא יסוד הקניין[4].

סיוע לדברי גולאק אפשר להביא מדברי הרשב"א, האומר: "שלא מצינו שיתחייב

[1] ראה: בבא מציעא מט ע"א; רמב"ם, הלכות, מכירה א, א; שו"ע, חו"מ, סי' קפט, וביאור הגר"א שם (ביחס להקנאה); ב"מ נח ע"א; צד ע"א; ב"ב ג ע"א (ביחס להתחייבות); לעיל, פרק ראשון (מבוא), הערה 14.

[2] כגון: ערבות (ב"ב קעג ע"ב); הסכם על חריגה מתנאי השומרים (ב"מ צד ע"א); העברת חוב במעמד שלושתן (גיטין יד ע"א); פסיקתא בין משודכים (כתובות קב ע"ב); הסכם לחלוקת נכסי שותפות (ב"ב קו ע"ב) ועוד.

[3] יסודי המשפט העברי, ח"ב, עמ' 35-42. ואלו דברי גולאק שם (עמ' 37): "החיובים בתורת משפטנו אינם נובעים מתוך הסכמת הנושאים והנותנים בלבד, ומקורם הוא לא רק ברצון המתחייבים, כי יש בה לחיובים מקור גלוי ונראה לעין בעולם המציאות ובתנועת סבוב הדברים, שיווי הכסף מאדם לאדם. כל חיוב של התקשרות מתהוה בדיננו ע"י מסירת חפץ או מתן שיווי. משום כך היסוד הכללי להתהוות חיובים אלה הוא שיווי כנגד שיווי, ולחיוב הנגמר ובא מתאימה תדיר העברת שיווי ממשי מאדם לחבירו... שהיא היא סבתו הכלכלית של החיוב". וראה עוד דבריו המובאים להלן, פרק שלושה־עשר, הערה 26.

[4] בירושלמי קידושין שם מתוארים גלגוליו של מעשה הקניין, ולאחר שמובא המקור מספר רות, נאמר: "חזרו להיות קונים בקצצה...". פירושים שונים נאמרו בפשר "קצצה" זו. יש שראו בה

אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו בהלואה, או שנעשה לו שומר שכר או שואל... או שהתנה (אולי צ"ל: שההנה) לאחר על פיו כקבלן וערב... ואי נמי בקניין, שהוא כחליפין"[5]. כיוצא בזה כותב שם הריטב"א (ב"מ צד ע"א; וכעין זה במיוחס לריטב"א שם), בהסבר הצורך בקניין של שומר המתחייב להיות כשואל: "דהכא חיוב הוא שמחייב עצמו ומשעבד נכסיו יותר מדינו, שאין אדם מתחייב במה שהוא פטור מן הדין, אלא בקניין או בכסף או בהנאה".

ועוד אומר גולאק שבין משפטי העמים קרובה אלינו בנושא זה גישת המשפט האנגלי, שיש לו גישה מעשית יותר, והוא דורש תמורה לשם היווצרות החוזה, ואינו מסתפק בהבעת רצון הצדדים בלבד. אם כי אני מסכים לעיקר דבריו של גולאק, שיש אצלנו אהדה לרעיון התמורה, נראה לי שלא דק פורתא. אשר למשפט האנגלי, הרי אין הוא דורש תמורה בפועל, והוא מסתפק בהבטחה לתמורה, שכן במשפט האנגלי רואים בחוזה הבטחה שניתן לתבוע מכוחה. מכאן שה"תמורה" האנגלית לא באה אלא כדי להביא את הצדדים לגמירת דעת ותו לא. לעומת זאת, אצלנו מדובר בקבלת שיווי ממשי, אפילו סמלי, או טובת הנאה, כמוסבר לעיל, ולא די בסתם הבטחה. כך נפסק שהמיקח אינו נקנה בדברים, אף על פי שהקונה והמוכר הגיעו להסכם מלא ביניהם, והבטיחו זה לקנות וזה למכור, כמובא בהערה 1. יתר על כן, לכאורה לא רק שצריך קבלת שיווי ממון כדי להקים את החוזה, אלא כנגד קבלה זו עומדת נתינת שיווי ממון, התחייבות שיש בה יסוד חפצי מסוים – גוף ממון או שעבוד נכסים או אף שעבוד גופו לעבודה, כאמור בפרקים הקודמים. מכאן שהחוזה קרוב לקניין, והוא בנוי על החלפת שיווי ממון בין הצדדים.

בגמרא ובפוסקים רבו הדיונים על דרכי הקניינים השונים[6]; אופן עשייתו של כל קניין; חלוקתם לפי נשוא העסקה, מיטלטלין או מקרקעין; ואפילו לפי הצדדים לעסקה, יהודי או גוי; הצורך בכוונה לקניין ועוד. לכאורה כל זה מורה שאכן מעשה הקניין הוא יסוד נוסף הכרחי לגמירת הדעת[7]. אולם כשנתבונן בדבר, ניווכח שאין תיאור זה מדויק. לא כל חוזה בנוי על קבלה ונתינה. יש שאפשר ליצור התחייבות חדשה בלא

קניין מנהגי, ראה המקורות המובאים להלן, הערה 89. על כל פנים, בעל "עלי תמר" על הירושלמי שם מבאר כי גם קצצה זו היא בעצם קניין סודר.

[5] שיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א. הרשב"א שם מתקשה בהסבר חיובו של שומר חינם בפשיעה, למרות שאינו מקבל כל תמורה, ונוטה לבאר שאותו שומר קרוב למזיק, כמובא לעיל, פרק שמיני, סעיף ד. וראה עוד שו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' קסו. על דברי הרשב"א, כבר עמדו הרב הרצוג בספרו האנגלי הנזכר לעיל (פרק ראשון, הערה 17), עמ' 9; ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 118; ש"י פרידמן, "הנאה וקנינים בתלמוד", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 115, 120.

[6] יש אומרים שמעשה הקניין מבטא שליטה על נשוא החוזה. ראה: קהילות יעקב, ב"ב, סי' כה, ומכאן השוני בין דרכי הקניין.

[7] ראה מנחת אשר (להרב א' ווייס), סי' לג. והוסיף עוד כי בדרך כלל מעשה הקניין נעשה דווקא על ידי הקונה, ואם הוא צריך להוכיח "גמירת דעת" של המקנה ("גמר ומקנה"), מדוע אין מעשה הקניין נעשה על ידו?

קבלת תמורה. כך ראינו לעיל שאפשר להתחייב בשטר[8], ואף בעל פה לפי כמה דעות[9], וכן על ידי קניין מנהגי (סיטומתא)[10]. אפילו בקניין כסף, נחלקו האחרונים אם הוא כסף שיווי או כסף קניין (ראה סמ״ע, חו״מ, סי׳ קצ, ס״ק א; וט״ז שם). ניתן אפוא לומר שלמעשה הקניין (סתם קניין — קניין סודר) אפשר לייחס משמעות שנייה. אם ביסודו של דבר הוא מבטא את הצורך בתמורה, קבלת שיווי ממון, כאמור, נוסף על גמירת דעת הצדדים לחוזה, הרי בסופו של דבר אפשר לראותו כמביא את גמירת דעת הצדדים בלבד[11]. ניסוחים שונים נאמרו להסברת תפקידו של מעשה הקניין, שהוא מוכיח או מביא או מבטא את גמירת הדעת וכיוצא בזה, ולא באנו לפרט במקום שהאריכו בו החוקרים, המסתמכים בעיקר על דברי רבותינו האחרונים[12].

2. ״בההיא הנאה״ — חיוב מזונות בבן מאומץ

שאלה דומה קיימת ביחס למשמעותו של המושג ״בההיא הנאה״. המפרשים דנים בשאלה: האם ״בההיא הנאה״ הוא מעין מעשה קניין, קניין כסף או חליפין, ואז נחזור

[8] ראה: תוספות, כתובות קב ע״א, ד״ה אליבא, בשם רבנו תם (ושם: ״הואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה״); הרמב״ן והרשב״א שם (לעיל, פרק רביעי, ליד ציוני הערות 5-6). מכאן קשה על הרשב״א (לעיל, הערה 5). ועיין הסבר הרשב״א, ב״ב עו ע״ב, לקניין שטר. וצריך עיון.

[9] ראה: רמב״ם, הלכות מכירה, יא, טו. אמנם יש המסבירים שהוא משום אודיתא. ראה לעיל, פרק רביעי, ליד ציון הערה 20. יש דעה המבחינה בין התחייבות להקנאה: בהתחייבות, שרק משעבד את גופו, אין צריך קניין, ראה מנחת אשר שם (לעיל, הערה 7), ומאמרו של ס׳ דויטש, ״גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי״, שנתון המשפט העברי ו־ז (תשל״ט־תש״ם), עמ׳ 71. אך דבריהם אינם מוכרחים, והרב א׳ וייס עצמו מפקפק בחידושו. אולם ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 10, שם מובא כי לפי הרמב״ם, לפי הבנת הש״ך, יש מקום להבחנה זו.

[10] ראה: ב״מ עד ע״א. ואם כי שם מדובר בקניינים, הוא הדין בהתחייבויות, כמבואר להלן, בדיון על המנהג.

[11] ראה ציונים לתורה (לגר״י ענגיל), כלל לט; פד״ר ד, 289. ושם, בעמ׳ 303: ״שהרי גדרו של קנין תלוי בגמירת דעת הקונה והמקנה״; חזון איש, חו״מ, ב״ק, סי׳ כב, מפי אביו; דיני ממונות (הגדרת סוגיהם), להרב י׳ אברמסקי, עמ׳ 9; פסקים וכתבים (שו״ת הרב י״א הרצוג), חו״מ, סי׳ קיא; הרב י״מ טיקוצינסקי, ״השקפה יסודית על תורת הקנינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים״, נדפס בסוף ספר תחוקת העבודה, להרב פינדלינג, ירושלים תש״ה, עמ׳ קלד, ובהערה הסמוכה. האריך בהסבר זה ש׳ אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ׳ 211 ואילך. וראה עוד להלן, הערה 18.

[12] ראה: פרק ראשון, הערה 17. נפנה רק למאמרו של הרב א׳ וינגורט, ״תפיסה פורמליסטית ו׳מעשה קנין׳״, דיני ישראל יז (תשנ״ג־תשנ״ד), עמ׳ קיט. ושם נכתב: ״הקנין... מודד עבורנו את מדת גמירות הדעת, את עומק ההחלטה הפנימית. אם היא מובילה למעשה היא משקפת החלטה פנימית מוחלטת״, והסתמך על הסברו של הרב י״י וינברג, בדעת הרמב״ם, בגדרו של איסור ״לא תחמוד״. וראה עוד: הרב מ׳ ברקוביץ, ״מעשה ורצון בקנינים״, מגל יא (תשנ״ה), שסיכם את דברי האחרונים בשאלת היחס בין מעשה הקניין וגמירות הדעת.

למה שאמרנו לעיל ביחס למעשה קניין? או שמא "בההיא הנאה" אינו אלא מביא את הצדדים לגמור דעתם ובא במקום מעשה קניין[13].

לפי זה, יש המעלים סברה[14] שכאשר המקנה או המתחייב מקבל תמורה של הנאה המוכיחה גמירת דעת, אין צורך בקניין. יש אף התבטאויות של ראשונים המסירים קשיים בש"ס בדרך זו[15]. אך אין דברים מפורשים בנידון. הרב י"א הרצוג[16] אסף הרבה דוגמאות לחריגים שבהם החוזה תופס בלא קניין, ואומר שאין ראיה מכאן לכלל גורף שגמירת דעת חזקה, היא לבדה יוצרת חוזה.

אחת השאלות בהקשר זה היא: האם רשימת המקרים של "בההיא הנאה" המופיעה בגמרא היא רשימה סגורה אם לאו? במילים אחרות: האם המקרים הללו ללמד על עצמם יצאו או על הכלל כולו? כך, למשל, בעניין פסיקתא הבנוי על "בההיא הנאה" של המחותנים (כתובות קב ע"ב), סבור אחד מן האחרונים[17] שזו תקנת חכמים בעניינה ולא אומד חכמים. עם זאת, בעניינים אחרים אומר ה"חזון איש": "הנאה שאמרו חכמים — גטין יד, א, ב"מ טז, א, צד, א, ב"ב קעו, ב — היא קניין דאורייתא", אלא שהוא מסיים את דבריו במילים: "מיהו אין לנו בזה אלא מה שנאמר בגמ', בין בקניין הנאה בין קניין של גמירת דעת, שאין אנו בקיאין בהכרעת דברים אלו"[18].

עם זאת יש שיישמו את הדברים הללו גם במצבים חדשים שלא נזכרו בש"ס, והכירו בהתחייבות בלא קניין ואף בלא אמירה מפורשת. כך הוא בעניין האימוץ. בטופס האימוץ שחותמים עליו ההורים אין נזכרת התחייבות לזון את הילד, וודאי לא מעשה קניין. עם זאת, חכמי זמננו ניסו להכיר בדרכים שונות בחיובו של המאמץ (מלבד הדיון בעניין "דינא דמלכותא" — וראה עוד להלן, נספח שישי). ההנחה הכללית היא שהמאמצים מקבלים תמורה שיש בה הנאה. ואם כן, בטוחים אנו בגמירת דעתם

[13] האריך בעניין זה נחל יצחק (לר' יצחק אלחנן ספקטור), סי' מ, ובעיקר ענפים ג-ד שם. אף החוקרים שנזכרו לעיל (פרק ראשון, הערות 26-27) עסקו בשאלות אלו, ורובם מצדדים בדעה השנייה, ש"בההיא הנאה" מביא את הצדדים לגמור בדעתם לקיים את הדברים. ראה שם בעיקר דברי אמו"ר ז' ורהפטיג שליט"א וכן ש' אלבק. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 28.

[14] ראה: שו"ת רע"א, סי' לז; שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' רכד; הרב ב"מ אזרחי, "גדרי התחייבות באימוץ ילדים", נועם ד (תשכ"א), עמ' צד, קיא.

[15] ראה: תוספות, בכורות יח ע"ב, ד"ה אקנויי, בהסברו הראשון; רש"ש שם; חידושי הרשב"א, ב"ק קב ע"ב, ד"ה הא דאמר; ר"ן על הרי"ף, קידושין ח ע"ב (ד ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה ת"ר התקדשי; אבני מילואים, סי' ל, ס"ק ג (גמירת דעת בדבר מצוה).

[16] פסקים וכתבים, שו"ת, חו"מ, סי' קיא.

[17] נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כז-כח, בניגוד לדעת חתנו האומר שזהו אומד חכמים.

[18] חזון איש, ב"ק, סי' כא, ה, ודוק גם בלשונו המפורסמת בשם אביו (לעיל, הערה 11): "כלל גדול יהי' לך בקנינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל...".

להחזיק את הילד כאילו היה בנם, ולכן גמרו בדעתם להתחייב בלא מעשה קניין ואף בלא אמירה מפורשת[19].

דוגמה אחרת אפשר להביא מצוואה בערכאות. יש המקיימים צוואה מסוג זה, אף על פי שהיא נעשית שלא לפי דרכי הקניינים, ובין היתר נזכרת הסברה שיש כאן גמירת דעת חזקה, כי המצַווה יודע שתבוצע הצוואה ב"דינא דמלכותא", ואין צורך בקניין[20].

3. השפעותיו של המושג "בההיא הנאה"

נחזור להשפעותיו של המושג "בההיא הנאה". בפרק התשיעי, סעיף א, ראינו כי לדעת כמה מחכמי אשכנז, חוזה שותפות נקשר בלא קניין, ואף ביחס לדבר שלא בא לעולם. כך יכולים השותפים להסכים בעל פה על חלוקת רווחי השותפות העתידיים על סמך הנאתם ההדדית. יתר על כן, יש הפוסקים שחוזה כזה מתגבר אף על בעיית קניין דברים. כך מכיר המהרי"ק[21] בהתחייבות שלילית על סמך הדדיות החיובים, ומכאן הוא נותן תוקף להסכם בין שניים שהחזיקו בנכס משותף, והתנו זה עם זה שלא למכרו לאחר בלא רשות שניהם.

אפשר אולי להביא דוגמה נוספת מהתחייבות שלילית אחרת שנזכרה לעיל, דהיינו התחייבות הבעל שלא לשאת אישה על אשתו[22]. בארצות המזרח, שבהן לא נתקבל חרם דרבנו גרשום האוסר ריבוי נשים, היה נהוג שהבעל מקבל על עצמו בשעת הנישואין שלא ישא אישה על אשתו, ואם ישא אישה אחרת, יפטור את אשתו הראשונה בגט ובכתובה. עדויות לכך מצויות למכביר בתעודות הגניזה[23], ובהרבה מתשובות הראשונים הספרדים הוזכר תנאי מעין זה שנעשה בשעת הנישואין ונידון מצדדים שונים[24]. במרבית התשובות הללו אין דיון בשאלה: כיצד תופס תנאי זה? אולם

[19] ראה: פד"ר ג, 109; הרב ש' דיכובסקי, "חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים", תחומין טו (תשנ"ה), עמ' 278; ע' דיבון, "חובת אב מאמץ למזונות בן מאומץ מדין התחייבות", דיני ישראל ט (תשל"ח־תש"ם), עמ' קפג, קצט. הרב דיכובסקי, עמ' 283, מרחיק לכת, והוא רואה את הילד כתמורה ממשית, כאילו קנו המאמצים נכס או שכרו פועל, והם מתחייבים בתשלום בלא קניין על המחיר, והמחיר הוא חיובם במזונות.

[20] ראה: שו"ת איגרות משה, אה"ע, ח"א, סי' קד-קה; הרב ח' שאנן, "צוואה כהלכה", תחומין יג (תשנ"ב), עמ' 317; ס' דויטש, "תוקף צוואה בערכאות", דיני ישראל יב (תשד"מ־תשמ"ה), עמ' קצז, ריט. וראה עוד שו"ת אחיעזר, ח"ד, סי' סו, שהסביר את הנוהג לקיים צוואה בערכאות מצד "מצווה לקיים דברי המת". מכיוון שהמקבל מוחזק על פי דינא דמלכותא, ודאי גמר דעתו בלב שלם, ואין צורך בהשלשת הרכוש המצווה, כדעת רבנו תם. ראה שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' רכד, ומה שכתב ר"מ שווארץ, מוריה כא (טבת תשנ"ז), עמ' קיח.

[21] פרק תשיעי, הערה 23.

[22] ראה: פרק שישי, ליד ציון הערה 24.

[23] ראה על כך, מ"ע פרידמן: "ריבוי נשים במסמכי הגניזה", תרביץ מ (תשל"א), עמ' 320; "פוליגאמיה — תעודות ותשובות מן הגניזה", תרביץ מג (תשל"ד), עמ' 166.

[24] ראה: שו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), סי' קכ; שו"ת הר"י מיגאש, סי' קכט; שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סי' מה, עא, רב, רלד; שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רסז, רפ; שו"ת הרא"ש, כלל ח, סי' ז

לאחרונה פרסם מ"ע פרידמן[25] תשובה של גאון שנשאל על כך, והוא מסביר את תוקפו של התנאי במילים אלה:

> וששאלתם: הכותב[ת] תנוי (=תנאי) על בעלה, כל זמן שנושא עליה אשה אחרת יוצא (=תצא) בכתובתה, מועיל לה תנאה או לא? הכין חזינא, שמועיל לה תנאה, דהוה ליה תנוי שבממון. וקימא לן כל דבר שבממון, תנאי קיים. וכיון שלא נשאה לו אלא בתנוי זה, בההיא הנאה דקא מינסביא לה גאמר ומשעביד נפשיה. ועוד, הוא כד מתני עלה שאין ליך [ע]לי שאר ולא כסות, מי לא תנוי קיים הוא? אף היא כד מתניא עליה כהדין תנאה, תנאה קיים.

מה פשר הסברו של הגאון? תחילה הוא מזכיר את ההלכה הכללית האומרת שתנאי שבממון הוא תנאי קיים, אך נראה שאינו מסתפק בזה. אין זה תנאי של מחילה ואף לא של התחייבות ממון, אלא תנאי של הימנעות מפעולה, ולפיו מקבל עליו הבעל התחייבות שלילית, שלא לישא אישה על אשתו. אם כן, לא די לומר שבדבר שבממון יכול אדם להתנות כרצונו[26]. ואכן, הגאון עצמו מוסיף שההתחייבות תופסת מכוח הנאת החיתון.

על משמעותו המיוחדת של המושג "בההיא הנאה" בהקשר של נישואין, עמדנו לעיל, בפרק הרביעי, בעניין פסיקתא שבין משודכים. ראינו שיש גאונים וראשונים הסוברים כי משום הנאת החיתון, לא רק שהפסיקתא אינה צריכה קניין, אלא שהיא מתגברת גם על בעיית דבר שלא בא לעולם ובעיית אסמכתא. כלומר, יכול אותו אב לתת לבני הזוג גם דבר שאינו כעת בעולם, ואף בלשון תנאי, שבהקשר אחר היה נחשב כאסמכתא. מדברי הרי"ף והר"י מיגאש[27] נראה שהסכם מעין זה נספח לתנאי כתובה, ואם כן יש לו מעמד של תנאי בית דין. משום כך לא חלות עליו מגבלות תנאי הקנאה. יש המסבירים את דין פסיקתא מכוח תקנת חכמים (לעיל, הערה 17). אמנם מדברי רבנו תם[28] משמע שההסכם מועיל מדאורייתא, כי משום הנאת החיתון גמרו הצדדים דעתם בלא קניין. בכל זה יש כדי להסביר מדוע אנו מקילים בתנאי ההקנאה. אך עדיין — גם לדעת רבנו תם — אין הכרח לומר כי הסכם כזה מתגבר על בעיית קניין דברים. סוף סוף, אין מה להקנות בתמורה להנאת החיתון, אם כן מניין תוקפה של התחייבות

(בראשו), וכלל לג, סי' א; שו"ת הריב"ש, סי' צח, שצה; תשב"ץ, ח"א, סי' צד, וח"ב, סי' כב; שו"ת הרשב"ש, סי' קיג, שלד; טור ושו"ע, אה"ע, סי' א, סע' ט, יא, וסי' עו, סע' ח, וסי' קיח, סע' יד-טו. בחלק ממקורות אלו נעשה התנאי בדרך של שבועה וקבלת חרם על עצמו.

[25] תרביץ מג (לעיל, הערה 23), עמ' 170. וראה הסברו של פרופ' פרידמן, שם, עמ' 168-169. תשובת גאון זו נכתבה כנראה במאה הי"א למניינם. ראה שם, עמ' 167-168.

[26] יש אמנם רמזים לגישה מעין זו, המכירה בכל התחייבות ממונית מכוח הכלל "כל תנאי שבממון קיים". ראה פרק תשיעי, הערה 7.

[27] שו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), סי' יד; שו"ת הר"י מיגאש, סי' קלה (לעיל, פרק רביעי, הערות 56, 77, 83).

[28] תוספות, כתובות קב ע"א, ד"ה אליבא. וראה עוד: נחל יצחק (לעיל, הערה 13), ענף ד; פד"ר ה 124, 126; לעיל, פרק רביעי, סעיף ג.

הבעל שלא לשאת אישה על אשתו?[29] מדברי הגאון קשה להוציא תשובה ברורה. על כל פנים, בהמשך לאמור לעיל על חוזה שותפות, ייתכן שלדעת הגאון כל מה שקיבל עליו הבעל מחייב מכוח הנאת החיתון[30].

ייתכן שלאור האמור לעיל, יש לבאר את אחד מהסבריו של בעל "שבות יעקב" בעניין תוקפה של התחייבות אחים לחלוץ לגיסתם, כמבואר לעיל[31].

עד כה ראינו שני כיוונים בהרחבת משמעות המושג "בההיא הנאה" בתלמוד. ראשית, יש מפרשים שלא ראו ברשימת החוזים שבתלמוד המוסברים על ידי המושג "בההיא הנאה" רשימה סגורה, והוסיפו לה דוגמאות, כמו: חוזה שותפות, הסכם הבעל שלא לשאת אישה על אשתו ועוד. שנית, המושג "בההיא הנאה" אינו נתפס רק כעניין

[29] בשאלה זו, היקף תחולת "בההיא הנאה", נחלקו שני ראשונים מחכמי פרובינציא, שדבריהם הובאו לעיל בדיון על חוזה שותפות (פרק תשיעי, הערה 9): ר' יחיאל בן ר' משה איש חיל (סי' יט) סובר כמהר"ם (המובא במרדכי, ב"ק, סי' קעו) וסיעתו, שחוזה שותפות חל אף על רווח שלא בא לעולם, מכוח הנאתם ההדדית; ואילו ר' יצחק בן מרדכי עונה כנגדו (סי' כ): "נראה שעלה בדעתך דהדין טעמא דבההיא הנאה מהני אפי' להקנות מה שאין בו ממש... או מה שאינו בעולם... ואין הדבר כן, שהטעם ההוא מועיל על שני פנים, לעשות ההקנאה והזכיה גמורי' בלא קנין על הדברים שהקנין מועיל בהם, או לעשות השעבוד גמור ושלם, ואע"פ שמעקר עניננו הוא חסר... ומהשתא יתבאר אמאי לא אמרי' בהשותפין שרצו (ב"ב ג ע"א) או במי שרצו להשתתף באומנות או בהליכה לסחורה, בההיא הנאה דצייתי אהדדי. דהא ענינא דהנאה דצייתי... לא מהני... משום דלאו דבר שיש בו ממש, ולא שבא לעולם הוא".

[30] לפי זה, ייתכן כי גם התחייבות הבעל לגור עם אשתו במקום מסוים תופסת, אם נעשית כתנאי בנישואין. וראה לעיל, פרק שישי, ליד ציון הערה 139. אמנם אפשר לפרש את דברי הגאון באופן אחר: אין כאן התחייבות הבעל שלא לשאת אישה אחרת, אלא התחייבות לשלם לה את כל כתובתה אם ישא אישה על אשתו. מכאן שזו התחייבות ממונית המותנית במעשה של נשיאת אישה אחרת. סיוע מה להסבר זה יש למצוא בנימוקו השני של הגאון, המשווה את תנאו עמה שלא יהא לה שאר וכסות לתנאי שלה עמו, והרי תנאי שאר וכסות הוא דבר שבממון, שכן היא מוחלת על זכות ממון שלה. ואם כן, ייתכן שגם במקרה המושווה לו בדברי הגאון, דהיינו התחייבות הבעל, מדובר על תנאי ממון. אף בנוסח השאלה לגאון, נראה שהוא מחייב את הבעל לשלם את כתובתה, אם ישא אחרת.

אם בתשובת הגאון הדברים אינם ברורים די צורכם, הרי כבר הבאנו לעיל (פרק שישי, ליד ציון הערה 149) את תשובת הרשב"ץ, שבמפורש אינו מכיר בהתחייבות שלילית, ומפרש את ההסכם כהתחייבות ממונית מותנית במעשה נשיאת אישה אחרת. ושוב יצוין כאן כי לפי זה, ניתן להסביר את הסכם המגורים בין בני זוג הנזכר לעיל. ייתכן שיש כאן התחייבות ממונית מכללא. ואף שלא אמר הבעל במפורש, הרי הוא התכוון שאם לא יגור בבית, יזון אותה אף אם לא תגור עמו בביתו, ולא יראה אותה כמורדת. זאת למרות שבדרך כלל, אם האישה אינה גרה עמו, אינה זכאית למזונות. במילים אחרות: המגורים בביתה הם, בלשון הרשב"ץ, המעשה, והתנאי הוא תנאי ממון המיוחס לו מכללא. בכך אנו מתקרבים להסבר הרביעי של בית הדין, שהובא לעיל פרק שישי, סעיף ד, 3, בתוספת ביאור.

[31] ראה: פרק שישי, הערה 62. בהמשך לקו מחשבה זה, יש אומרים שהתחייבות שלילית שבאה כתמורה לקבלת טובה מחייבת מדין שכירות. ראה שו"ת הריב"ש, סי' רפ. ברם, המשנה למלך, הלכות שבועות, ו, ו-ז, ושו"ת תשורת שי, סי' תקפב, תקצח, חולקים על הסבר זה.

שבצורה, תחליף למעשה קניין, אלא הוא משפיע גם על תוכן החוזה. כלומר, השימוש בו מתגבר גם על בעיית דבר שלא בא לעולם, ולכמה דעות, כמהרי"ק ועוד, גם על בעיית קניין דברים. מכאן משמע כי כאשר המתחייב קיבל הנאה ("בההיא הנאה"), גם התחייבות שלילית תופסת. ובמילים אחרות, במקרה כזה ייתכן חוזה מחייב בלא יסוד חפצי.

ברם, נראה שיש להיזהר מהפרזה. אם נמשיך בקו מחשבה זה, כמעט נמצאים אנו מבטלים את דיני דרכי הקניין ומגבלותיו. כך, למשל, שואל נתיבות המשפט[32], לאור חידושו של המהר"ם וסיעתו על חוזה שותפות הנזכר לעיל: מה הדין בשניים שהסכימו להחליף פרה בחמור? האם נאמר כי די בהסכם בעל פה לגמור את העסקה על סמך הדדיות ההבטחות? וכי נאמר כי "בההיא הנאה" שמובטח לאחד מהם חמור, הקנה את פרתו או התחייב לתתה? וכן להפך. בעל נתיבות המשפט עצמו רוצה לצמצם את חידוש המהר"ם וסיעתו רק לחוזה ביחס לדבר שלא בא לעולם, התופס מכוח הדדיות החיובים, אך הוא מודה שלדעת המהרי"ק אין להבחין בזה, ולעולם החוזה תופס[33].

תוצאה זו נראית דחוקה, שהרי ראינו כי אין המיקח נקנה או מחייב בדברים בלבד, ואם כן אין הבטחה מחייבת מפני שיש הבטחה נגדית. נראה לי כי את דעת המהר"ם וסיעתו — כולל המהרי"ק — יש לצמצם לחוזה שותפות דווקא, שבו שני הצדדים מסכימים על אותו דבר, כגון להתחלק ברווח עתידי או אף להימנע מפעולה מסוימת[34]. אולם כשאחד מבטיח לחברו חפץ אחד תמורת הבטחה לקבל חפץ אחר או תשלום, הרי זה הסכם רגיל הזוקק למעשה קניין, והוא כפוף למגבלות קנייניות, כגון דבר שלא בא לעולם או קניין דברים. ראייה לכך נמצא בתשובת ר' יצחק בר מרדכי, מחכמי פרובינציא, שנזכרה לעיל[35]. לאחר שהוא מסתייג מחידושו של ר' משולם ומהר"ם על חוזה שותפות (לעיל, פרק תשיעי, סעיף א), הוא אומר: "מ"מ כולי עלמ' לא פליגי דתגרי דלאו שותפי נינהו, אין בתנאי זה שום ממש בעולם".

על השפעה נוספת של המושג "בההיא הנאה" ומוסד הערבות הקשור בו, ראה בפרק הבא.

[32] חו"מ, סי' קעו, ס"ק ג.

[33] וראה עוד: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' קפו; פד"ר א 289, 299. אמנם חתם סופר מצמצם חידוש זה רק למקרה שבו הסכמת הצדדים הובעה בשטר אחד ובקניין אחד.

[34] ועדיין יש לשאול מסוגיית קניין דברים (ב"ב ג ע"א), שבו הדדיות החיובים לעשות מחיצה אינה "מצילה" את החוזה. וכבר התקשה בזה ר' יחיאל בן ר' משה איש חיל (לעיל, הערה 29). והשיב: "התם היינו טעמ', דליכא למימ': בההיא הנאה דקא מהימן כו'". ואף מכאן נשמע צמצום משמעות "בההיא הנאה" אפילו בין שותפים. וראה עוד לעיל, פרק תשיעי, סעיף א, 1.

[35] ראה הערה 29. הציטוט דלהלן הוא מסי' יח. וראה עוד שם, סי' כ.

ב. דרכים ונסיבות העוקפות הגבלות חוזיות

נוסף על שאלת מעשה הקניין, יש דרכים כלליות העוקפות מגבלות חוזיות: יש שמדובר באמצעים מכוונים מראש לעקוף את הבעיה, ויש שמדובר בנסיבות מסוימות שבהן לא עולה הבעיה.

נחלק פרק זה לתיאור קצר של ארבע דרכי עקיפה: תליית ההתחייבות בחיוב ממון; חיזוק ההתחייבות על ידי שבועה; מתן תוקף להתחייבות מכוח המנהג; דבר הנעשה ברבים.

אף בדרכים אלו יש לבחון את משמעות התגברות ה"צורה" על התוכן, דהיינו: האם הוא עניין שבגמירת דעת בלבד המושגת על ידי ה"צורה"? או שמא יש לתת לה הסבר אחר? כמבואר להלן.

1. תליית מעשה או מניעתו בחיוב ממון

תופעה מקובלת היא שאחד הצדדים לחוזה מחזק את אשר קיבל עליו על ידי התחייבות לקנס מוסכם מראש. אולם יש שבעיות שונות ביחס לעצם תוקפו של החוזה, כגון התחייבות לעשייה, יכולות להיפתר על ידי תלייתה בהתחייבות ממונית, אם כי במקרה זה, שחיוב הממון הוא מותנה, יש לעשותו באופן שלא יהא בו חשש אסמכתא[36]. ואכן מצאנו כי הפוסקים השתמשו בדרך זו באופנים שונים כדי לתת תוקף משפטי לחוזים מסוימים.

בתשובת הגאונים בעניין הסכם שותפות, שנידונה לעיל בפרק התשיעי[37], מסופר שהשותפים התנו שלא יפעל אף אחד מהם בעניין השותפות בלא רשות חברו, וכבר ציינו שם (הערה 6) שאין להסיק מכאן שהתחייבות שלילית תופסת, כי מסוף התשובה מתברר שהייתה זו התחייבות לתשלום ממון, אם יפרו את התנאי שקיבלו עליהם. בעניין של השותפים, הבאנו לעיל את דברי הרשב"א[38], הרואה אותם כפועלים ושכירים זה לזה, ומשום כך הם יכולים לחזור בהם, אלא ש"אם רצו שלא לחזור בו אחד מהם, אין להם תקנה אלא בחיוב גמור ובקניין גמור, כגון שיכתבו שכל החוזר בו מתחייב לחבירו כך וכך". התחייבות של אדם שלא לחזור בו היא קניין דברים. אם כן, העצה היא להתחייב בממון, אם יחזור בו.

כיוצא בזה מסביר אחד מן האחרונים שהדיון בעניין הצבעים — המובא בתוספתא — שהסכימו שישתתפו במיקח שיבוא לעיר, עוסק בהתחייבות ממונית המותנית בהפרת ההסכם[39].

[36] אף בעניין אסמכתא עצמו, ידוע תיקון חכמי ספרד ההופך התחייבות מותנית לקנס להתחייבות ממון סתמית ומחילה מותנית כנגדה, כדי להתגבר על פגם אסמכתא. ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יח. ויש עוד דרכים. ואכמ"ל.

[37] אור זרוע, ב"מ, סי' רסו. וראה לעיל, פרק תשיעי, הערה 5.

[38] בתשובותיו, ח"ב, סי' פז. וראה לעיל, פרק תשיעי, הערה 47.

[39] כך מסביר בעל שאילת דוד, חו"מ, סי' א, את התוספתא, ב"מ, יא, יב.

יש שהאדם מקבל על עצמו מעשה ותנאי חיוב ממון, ומתעוררת השאלה: מהו המעשה ומהו התנאי? הרשב"ץ[40] דן בעניין בעל שקיבל עליו שלא לישא אישה על אשתו, אם יתברר שהיא עקרה. ואם יעבור על דבריו, יפטור את אשתו בגט ובכתובה. השואל הבין שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי הוא מונע את עצמו מפרייה ורבייה, ועל כן תנאו בטל. וענה המשיב שאין לומר שהתחייב הבעל שלא ישא אישה אחרת, כי התחייבות זו נחותה מקניין דברים, אלא התחייב לשלם לה אם ישא אישה אחרת, וזו היא התחייבות ממונית תקפה[41].

להלן, בנספח השמיני, מובאת דוגמה של ערבות לגוף, כשאדם מבטיח שאם לא יביא את החייב, ישלם.

הדוגמה הבולטת בנידון דידן היא חוזה שידוכין. חיובי הקנס של המשודכים הם ה"מצילים" את החוזה. וכך אומר הסמ"ע[42]: "אבל קניין על חיוב שישאו זא"ז גרידא... לא מצינו, דהוה ליה כקניין דברים, ומשום הכי נראה דרגילים לכתוב בהתנאים ערבים בעד הקנס פלוני ופלוני, דאילו ערבים לישא זא"ז לא חל הקניין עליו".

כן מצינו גם בדברי נתיבות המשפט, שהזכרנו לעיל, ביחס לביצוע חוזה שאינו בידו. הוא סבור שהמתחייב למכור לחברו דבר שאינו בידו, כגון ביתו של אחר, אינו חייב לרכשו מן האחר. אלא שהוא מוסיף: "ואם אמר: הריני מתחייב לך במנה, אם לא אקנה לך בית פלוני – ודאי שנתחייב, רק צריך שיהיה באופן שלא יהיה בו אסמכתא"[43].

לסיכום, יש לומר שאפשר להתגבר על בעיית קניין דברים על ידי תליית המעשה או ההימנעות מעשייתו בחיוב ממון[44].

דוגמה ליישומו של אמצעי זה בימינו יש לראות בהתחייבות למזונות הבאה לפתור את בעיית סרבני גט. ההתחייבות לגרש את האישה היא בגדר קניין דברים, כאמור לעיל, בפרק השישי. לכן אם אנו מעוניינים ליצור מצב שבו יחייב האדם את עצמו לגרש לפי החלטת בית דין, ואין בידינו לכופו, העצה היא לכאורה שיחייב את עצמו בקנס, אם לא יגרש כהבטחתו. אלא שכאן אנו נתקלים בבעיית "גט מעושה", גט שניתן בכפייה, שהוא פסול, ודנו הפוסקים אם גם כפיית ממון מעין זו בכלל (ראה שו"ע, אה"ע, סי' קלד, סע' ד), וניתנו לה פתרונות שונים. לאחרונה פורסמה הצעתו של

[40] בתשובותיו, ח"א, סי' צד (לעיל, פרק שישי, הערה 24).

[41] דוגמה אחרת להתחייבות כזו, ראה לעיל, הערה 30.

[42] סמ"ע, חו"מ, סי' רמג, ס"ק יב (לעיל, פרק שישי, הערה 30).

[43] נתיבות המשפט, חו"מ, סי' ס, ס"ק י (לעיל פרק חמישי, הערה 368). כיוצא בזה יש מבארים את דעת דרכי משה, חו"מ, סו, ס"ק יד, על קניין שומר חינם להישבע או לשלם, גם אם לא פשע, כי הכוונה היא: לשלם, אם לא יישבע. ראה: הגהות אמרי ברוך על הש"ך, חו"מ, סי' סו, ס"ק קכח.

[44] לא עולה כאן השאלה אם הוא רשאי להיפטר מהתחייבותו בתשלום הקנס – כנזכר לעיל, פרק חמישי, הערה 378 – שהרי כאן ההתחייבות עצמה אינה חלה כלל, כאמור.

הגרז״נ גולדברג שליט״א בדבר התחייבות למזונות בלי קשר לגט[45], שעשויה להביא את המתחייב לתת גט לפי ראות עיני בית הדין. וזה נוסח ההצעה:

> אני הח״מ מתחייב לזון ולפרנס את אשתי מרת _____ כהלכת גוברין יהודאין, דזנים ומפרנסים נשותיהם בקושטא. ואם חס וחלילה לא מיתדר לנו לקבוע דירתנו הקבועה ביחד בדירה אחת מאיזה טעם שיהיה, אני מתחייב לה מעכשיו לשלם לה עבור כל יום סכום השווה למחיר יום אירוח במלון ממוצע עבור מזונותיה ופרנסתה כל זמן היותנו נשואים כדת משה וישראל; וחיוב מזונות ופרנסה בסך הנ״ל יהיה בתוקפו, גם אם יש לאשתי פרנסה ו/או הכנסה ממקור אחר; ואני מוחל לה על כל הזכויות והחיובים שזוכה בהם אדם כשנושא אישה מתשמיש ומעשי ידיה, בזמן שחיוב סך הנ״ל בתוקפו. ואני מודה שהמחילה נעשתה בין האירוסין לנישואין. אולם אם אזמין אותה לדין תורה בנידון הפירוד בבי״ד, והיא תסרב להופיע לדין תורה; או שהיא תבוא לבי״ד, והיא לא תקיים את פסק בית הדין — ייפסק חיוב זה למפרע.
> ואני מודה שההתחייבות שבשטר זה נעשתה בקניין המועיל בדין תורה ומעכשיו וכחומר כל השטרות בבי״ד חשוב, והתנאים נעשו כחומר כל התנאים
> ולראיה באתי על החתום ביום... פה
> והכל שריר וקיים.

התגלגל לידי נוסח מעין זה, ובו גם התחייבות האישה בזה הלשון:

> אני מתחייבת לתמוך בבעלי ולפרנסו בסך (...) לחודש לפרנסה. אם אכן נחיה בשלום, אז הבעל מוחל, ומסכים להתפרנס ממעשה ידיו כפי הנהוג. אבל אם לא נדור בשלום, ואני לא אזמין אותו לדין; או שאזמין אותו, והבעל לא יעבור על פסק של בית הדין, אז חיובי במקומו עומד ע״י ללא התחשבות בהכנסותיו של הבעל, בין ממשכורת, שכר, רכוש או כל מקור אחר. ואני מודה שהתחייבתי כל זה בקניין המועיל בבית דין חשוב, מעכשיו.

2. התחייבות על ידי שבועה

שבועות ונדרים מחייבים את האדם שהוציאם מפיו, שנאמר: ״ככל היוצא מפיו יעשה״ (במדבר ל, ג). דיני שבועות, נדרים וחרמות שייכים בעיקרם לחלק ה״דתי״ של ההלכה, ליחס שבין אדם למקום, שכן הם מכוונים כלפי שמיא, כפי שיבואר עוד להלן. פרטי דיניהם רוכזו בטור ובשו״ע בחלק יורה דעה, העוסק בענייני איסור והיתר. אך יש שאדם נשבע כלפי חברו, ואז אנו פולשים גם לעניינים שבין אדם לחברו. השבועה

[45] ראה: הרב יועזר אריאל, תורת המשפט, קריית־ארבע תשנ״ז, עמ׳ 391, ושם נידון העניין מצדדים שונים. והוסיף המחבר בשם הגרז״נ גולדברג שיש להתחייבות זו שורשים בספר נחלת שבעה, סי׳ ט, דיני תנאים אחרונים. למען הסר ספק הוספתי את המלה — למפרע.

בהקשר זה של בין אדם לחברו משמשת בעיקר כאמצעי הוכחה, כאשר יש שצד למשפט — בעיקר הנתבע — נאמן על טענתו רק בשבועה, כגון שבועת השומרים.

אולם השבועה מופיעה גם בהקשר לכריתת חוזים. בזמן העתיק נכרתו בריתות (הכינוי התנכ״י לחוזה) בשבועה הן בין עמים הן בין יחידים. כך מצינו אצל: אברהם ואבימלך (בראשית כא), אברהם ואליעזר (שם כד), יעקב ועשו (שם כה), יצחק ואבימלך (שם כו), יעקב ולבן (שם לא), יעקב ויוסף (שם מז), יוסף ואחיו (שם נ), רחב והמרגלים (יהושע ב), יהושע והגבעונים (שם ט), דוד ויונתן (שמואל א כ), דוד והנער המצרי (שם ל), שלמה ואדוניהו (מלכים א א), צדקיהו וירמיהו (ירמיהו לח), שלא לדבר על שבועת ה׳ לישראל על ארץ־ישראל (שמות יג). לפי רש״י, רות ג, יג, בפירושו הראשון, נשבע בועז לרות שיישאנה לאישה, אם לא יחפוץ הגואל לשאתה.

אצל חז״ל ניכרת יותר הפרדה בין שבועה לבין חוזה (קניין או התחייבות) שלא בשבועה. אולם מכיוון שיש לשבועה כללים משלה, שאין להם קשר לדיני החוזים, יש אפשרות להתגבר על מגבלות החוזה על ידי חיזוק כוחו בשבועה. כך, למשל, מסופר במשנה (בבא בתרא קעג ע״ב) כי כשהבעל נדרש להתחייב שלא לשאת את גרושתו — ״ידירנה הנאה״. גם שם לא נזכרת שבועה ממש, ואין כאן מקום להסביר את ההבדל בין נדר לשבועה (ראה גיטין לד ע״ב). כיוצא בזה אומרת המשנה שכהן ״הנושא נשים בעבירה, פסול עד שידירנה הנאה״ (בכורות פרק ז, ז), ואז הוא רשאי לעבוד, ואחר כך יגרש. על כל פנים, מימות הראשונים, בשלהי ימי־הביניים, נמצא כי בהרבה שטרות נכתב שקיבל עליו עושה השטר את כל האמור בשטר, בשבועה וחרם וכיוצא בזה[46].

גולאק[47] עומד על העובדה שנדר או שבועה או חרם היו בכלל האמצעים השכיחים בחיים המשפטיים של עמי אירופה בימי־הביניים. את השימוש הנפוץ באמצעים אלו להעמדת חיובים במשפט העברי, הוא מסביר על רקע ביטול המרכז ההגמוני בבבל וביסוס הקהילה הבודדת במערב. מחוסר סמכות מרכזית, היה הכרח לחזק את אשיות המשפט ביסודי הדת. הקהילות הבודדות לא יכלו לתקן תקנות ונוהלי דין שיהיו מקובלים על כל העם, ומשום כך חיזקו הקהילות את תקנותיהן וסדריהן על ידי שבועה וחרם, ומהשימוש בהם בחיים הצבוריים, עברו להשתמש בהם גם בחיים הפרטיים. כך חיזקו קניינים והתחייבויות באמצעים אלה.

לי נראה שבעיית קניין דברים, ובכלל ״חולשתו״ של החוזה, הייתה גם היא גורם מסוים בתהליך הזה. במשך חקלאי לא גדול, כשמגוון השטרות והחוזים הוא מצומצם, לא התעוררו בעיות רבות באשר לתוקפם של החוזים. אולם עם המעבר למשק מסחרי ומוניטרי, פיתוח וריבוי צורות המשא ומתן, ובעיקר עסקות עתידיות, התעוררו בעיות

[46] ראה: א׳ גולאק, אוצר השטרות, מבוא, עמ׳ 40.

[47] יסודי המשפט העברי, ח״ב, עמ׳ 52. על יחסי הגומלין בין ״דת״ ומשפט בכלל, ראה גם מ׳ אלון, המשפט העברי, עמ׳ 151 ואילך.

חוזיות של קניין דברים או דבר שלא בא לעולם או אסמכתא, ואחת התשובות לבעיות אלו הייתה חיזוק כוחו של החוזה בשבועה.

כך הזכרנו ביחס לחוזה שותפות שעורר בעיות של דבר שלא בא לעולם או קניין דברים, כנזכר לעיל, שהיו שהשתמשו בשבועה כדי לתת להסכם תוקף[48]. בעניין התחייבות אב למסור את בנו למוהל מסוים למול אותו, אומר הרא״ש שיש לחזק את החוזה בתקיעת כף או קבלת חרם[49]. מהר״ח אור־זרוע[50] דן בעניין אדם שקיבל קניין ונדר בתקיעת כף שלא למכור קרקע מסוימת, והוא שולל את הקניין ומקיים את תקיעת הכף.

לעיל הובאה התחייבות הבעל שלא לשאת אישה על אשתו שלא ברצונה, שהייתה נהוגה בקהילות ספרד, והזכרנו שהיו שנהגו ליתן תוקף להתחייבות זו על ידי שבועה או חרם (לעיל, הערה 24). עד היום נהוג לכתוב בכתובות ספרדיות שקיבל עליו החתן כל האמור לעיל בשבועה, כשהכוונה היא בעיקר להגבלה של נשיאת אישה שנייה[51].

בכמה טופסי שטרות של מכירת בהמה אנו מוצאים התחייבות של הקונה בשבועה, שלא יערער על המיקח בטענת מומים[52].

מהר״ם אלשייך אומר שהתחייבות האדם לפייס את בעל חובו של פלוני עד שיפטרנו מחובו הוא בגדר קניין דברים. אך אם נשבע לעשות זאת, הוא חייב לקיים את התחייבותו מכוח שבועתו[53].

המשנה למלך (הלכות מכירה, יא, טז) כותב בשם המהרש״ך (ח״ג, סי׳ מח), שגם לדעת הרמב״ם, שאין להתחייב על דבר שאינו קצוב, אם נשבע — חייב לקיים את התחייבותו מכוח שבועתו.

[48] ראה: שו״ת הרשב״א, ח״ה, סי׳ קפו; שו״ת הריב״ש, סי׳ עא; שו״ת הרשב״ש, סי׳ שח; שו״ת מהר״ם אלשקר, סי׳ פ; לבוש על חו״מ, סי׳ קעו, סעיף א, שהובא בסמ״ע, שם, ס״ק ד; רויטל (לעיל, פרק תשיעי, הערה 3), עמ׳ 36, 47, 58.

[49] בתשובותיו, כלל יב, סי׳ ב-ג, וכן הוא ברמ״א, יו״ד, סי׳ רסד, סע׳ א. לתקיעת כף יש מעמד דומה לשבועה לכמה דעות, ואין כאן מקום לדון בזה. ראה: שו״ע, חו״מ, סי׳ רז, סע׳ יט, ונושאי הכלים.

[50] בתשובותיו, סי׳ רנא (לעיל, פרק שישי, הערה 66). וראה תוספות, ב״ק פט ע״א, ד״ה כל (בסופו), על התחייבות אישה שלא למחול לבעלה חוב כתובתה שמכרה לאחרים על ידי קנס (משכונות או ערבים) או על ידי שבועה.

[51] ראה: שו״ת תעלומות לב, ח״ב, אה״ע, סי׳ ה; שו״ת שבט בנימין, סי׳ שא. בשו״ת יביע אומר, ח״ז, סי׳ ב (אותיות ב-ג), נידונו תוקפה של השבועה והיקפה. וראה בספר טופס כתובות, להרב יצחק רצאבי, הוצאת מכון פעולת צדיק, תשנ״ה, שער א(יז), שעסק בשאלה שדנו רבים ״אם ראוי הדבר שילכד בעוון המר הזה, אם יעבור על אחד מהפרטים שהתחייב, ובפרט דברים המצויים, כגון אם לא יכבדנה...״. וכן שמעתי ממו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, שראוי היה לבטל שבועה זו.

[52] ראה: עט סופר, קובץ שטרות שנדפס בכרם חמד, ח״ב, שטר מכירת חמור וכל בהמה; א׳ גולאק, אוצר השטרות, עמ׳ 172. ושם: ״וקבלתי על עצמי אמונה בדת אלקי ישר׳ שלא אחזירנה לו עולמית... ואנו עדים שמענו שבועת פלוני זה...״.

[53] בתשובותיו, סי׳ טז (לעיל, פרק שישי, הערה 158). וראה עוד: שו״ת מהריב״ל, ח״א, סי׳ מא.

לעיל עמדנו על רופפתו של חוזה עבודה, שכן הפועל יכול לחזור בו, אבל שבועה ותקיעת כף מחייבת, כנזכר שם[54].

כמו כן ראינו שקניין להתגרש הוא קניין דברים. אך אם נשבע, יגרש מכוח שבועתו[55]. יש המציעים להיעזר ב"מוסד" זה כדי לפתור את בעיית סרבני הגט[56].

שבועה גם יכולה להבטיח שלא יבטל תנאו, בקדושין או בגרושין (פתחי תשובה, אה"ע סי' קנז, ס"ק ט בשם רע"א).

אמצעי השבועה, כדרך להתגבר על הגבלות חוזיות, מוזכר בשו"ע כמה פעמים[57], ולהלן נביא דוגמאות ביחס לדבר שלא בא לעולם או אסמכתא ועוד. השאלה היסודית שנעסוק בה כעת היא: מה פשר צירוף שני המוסדות המשפטיים הללו? האם השבועה מחזקת את כוחו של החוזה, ויש לפנינו חוזה שמתגבר על מגבלות מסוימות? או שמא השבועה אינה מרפאת את המגבלות, אלא מחייבת מכוח עצמה? הריב"ש[58] מונה כמה הבדלים בין שתי האפשרויות.

א. ירושת החיוב. חיוב חוזי ממוני עובר בירושה באמצעות הנכסים המשועבדים, מה שאין כן חיוב שבועה, שהוא אישי, ואינו עובר בירושה (ראה רמ"א, חו"מ: סי' רט, סע' ד; סי' רנב, סע' ב).

ב. דרך הכפייה. כיוצא בזה בחיוב ממון, יורדים לנכסי החייב כדי לגבות את החוב, מה שאין כן בשבועה: אם מתרשל לקיים שבועתו, בית דין משמתין אותו, אך אינם יורדים לנכסיו (ראה ט"ז, חו"מ, סי' רט, סע' ד).

ג. על שבועה אפשר להישאל ולבקש התרה, ולא כן בחוזה (רמ"א, חו"מ שם).

ד. כפירת החיוב. מי שכופר בעובדה שנשבע לתת דבר לחברו, אין זו תביעת ממון, ואינו נשבע על כפירתו, "שגם אם יודה שנשבע, אין מחייבין אותו לשלם"[59]. שאלה זו, כיצד פועלת השבועה, התעוררה ביחס לבעיית דבר שלא בא לעולם או

[54] ראה: פתחי תשובה, חו"מ, סי' שלג, ס"ק ד; לעיל, פרק שביעי, הערה 350.

[55] ראה שו"ע, אה"ע: סי' קלד, סע' ד; סי' קנד, סע' כג-כד.

[56] ראה: שבט מיהודה, שו"ת, ח"ב, להרא"י אונטרמן, אה"ע, סי' לט; א' שוחטמן, "לתקנתם של הסכמי גרושין", שנתון המשפט העברי יח־יט (תשנ"ב־תשנ"ד), עמ' 455.

[57] ראה שו"ע, חו"מ: סי' עג, סע' ח; סי' צז, סע' טו, ל; סי' קכט, סע' ה; סי' רז, סע' יט; סי' רט, סע' ד. אמנם למעשה נזהרו אף משבועות אמת — ראה שו"ע, או"ח, סי' קנו; שו"ת ציץ אליעזר, ח"ח, סי' ח.

[58] בתשובותיו, סי' עא, שלה. וראה עוד הבדלים: סמ"ע, חו"מ, סי' קכט, ס"ק טז; נתיבות המשפט, סי' רז, ס"ק כ; דברי גאונים, כלל קג, סע' ו, ט-יב.

[59] שו"ת הריב"ש, סי' שדמ, וכן כתב הש"ך, חו"מ, סי' פז, ס"ק פא. ושם: "והשבועה אינה כמו שעבוד או קניין להתחייב, רק שיתחייב מצד שבועה, ואין שייך להשביעו על זה". וכן כתב תוי"ט, שבועות, ד, ח, מדעתו ביחס לנדר לעני. אך בעני הש"ך בסי' פז ס"ק נא חולק. אמנם נראה שקצות החושן, שם, ס"ק ל, חולק על סברה זו, שכן הוא שואל: מה בין שבועה לחיוב השבת ריבית, שגם הוא אינו אלא חיוב אישי בלא שעבוד נכסים (ראה פרק שני, הערה 61)? ומחלק החזון איש, חו"מ, סי' י, ס"ק כ, כי חיוב השבת רבית הוא לטובת הלווה, ויש לו זכות תביעה כלפי המלוה, גם בלי שעבוד נכסים, "אבל זה שנשבע, ההוא גברא רמי חיובא אכתפי בינו לבין יוצרו, ואין המקבל בע"ד כלל". אולם יש מקורות שתומכים בדעת קצות החושן, ראה:

אסמכתא. הרא״ש[60] דן בעניין חייט שהסכים בשבועה עם שוליה שילמד ויעבוד אצלו, והוא יחלק עמו את רווחיו במשך חמש שנים. המשיב אומר: ״מכר הוא, ודבר שלא בא לעולם הוא, אלא שמחמת השבועה, צריך לקיים״. אך עדיין לא שמענו כיצד מועילה השבועה, כאמור, וזאת מלמדנו הטור בשם הרא״ש אביו בעניין אחר. ידועה השאלה על מכירת הבכורה של עשו ליעקב, שנזכרה לעיל, בפרק החמישי (הערה 282): אם מכר את מעלת הבכורה, הרי זה דבר שאין בו ממש; ואם מכר את חלקו כבכור בנכסי הירושה, הרי זה דבר שלא בא לעולם. בעל הטורים, בפירושו הארוך לתורה, מביא בין היתר הסבר אחד הנוגע לענייננו (בראשית כה, לא):

> וא״א הרא״ש ז״ל מדקדק מכאן: מי שמוכר לחבירו דבר שאין הקניין חל עליו, כגון מה שאירש מאבא; או מי שמוכר מלוה על פה שיש לו על אחרים, שאינה נמכרת, ונשבע עליו, שהמכר חל מכוח השבועה, לא מיבעיא שכופין אותו לקיימו בשביל שבועתו, אלא אפילו שם מכר [חל] עליו כדחזינא הכא דקרי ליה מכר בשביל השבועה.

משמע מכאן שהשבועה מסלקת את החסרון של דבר שלא בא לעולם, ויש לפנינו מכר תקף. ייתכן שהרא״ש סובר שדין דבר שלא בא לעולם הוא רק חסרון בגמירת הדעת, ופגם זה מתרפא על ידי שבועה, המעידה על גמירת דעת מושלמת של הצדדים לעסקה[61]. הנצי״ב[62] מסביר לדעה זו כי בעצם מיקח בדבר שלא בא לעולם חל, אלא שאפשר לחזור ממנו עד הביצוע. אך אם נשבע, ואינו רשאי לחזור בו, חל כאן מיקח גמור מיד.

הריב״ש[63] חולק בתוקף על תפיסה זו, וסובר שהשבועה קיימת מכוח עצמה, ואינה מרפאת את הפגם שבקניין. על השאלה ממכירת הבכורה, הוא עונה באופן אחר, ואף מפקפק באותנטיות של דברי הטור בשם הרא״ש, שהשבועה נותנת תוקף למכר[64]. מלבד

סמ״ע, חו״מ, סי׳ רמא, ס״ק יז; חידושים לחו״מ סי׳ רמא, ״הנשבע ליתן חפץ לחבירו אם יש בזה חיוב ממוני״ מאת הרב נ׳ נוסבוים והרב א״צ סופר, מקבציאל, גליון י׳ (תשמ״ו־תשמ״ז), עמ׳ קמג.

וראה עוד שו״ת הרשב״א, ח״ג, סי׳ רחץ, כי הנודר ממון לעניים, אינו יכול לחזור בו, אך יכול לדחות כל עני, כי הוא ממון שאין לו תובעין. וקצת משמע שאם נדר לעני פלוני, אין יכול לדחותו. אך עדיין יתכן לומר שב״ד כופין אותו, ולא העני, וצ״ע.

וראה עוד הרב ב״מ אטינגר, משפט החוב, אשדוד תשנ״ב, ב״מ, סי׳ ד.

[60] בתשובותיו, כלל יח, סי׳ ח.

[61] ראה: הרב כרמל, ״מכירת הבכורה בהלכה״, המעיין י׳, גיליון ב (תש״ל), עמ׳ 75. בשאלת טעם הדין, עסקנו לעיל, פרק חמישי, ליד ציון הערה 115. וראה שם, הערה 116. ועדיין עמדת הרא״ש צריכה עיון.

[62] שו״ת משיב דבר, ח״ג, סי׳ יד (לעיל, פרק שישי, הערה 130).

[63] סי׳ עא, שלה, שמא, שדמ, שפז.

[64] סי׳ שכח. וביחס לדברי הטור, הוא אומר: ״לאו הרא״ש ז״ל, ולא הרב רבינו יעקב [=בעל הטורים], חתימי עלה. ואיני רואה לתלות בגברי רברבי כוותייהו סברה זו, שאין לה על מה

בעיית דבר שלא בא לעולם, הוא עוסק גם בבעיית אסמכתא, שאף היא נפתרת במקום שיש שבועה, ואף בזה הוא מפרש שהשבועה קיימת מכוח עצמה, ואינה מרפאת את החוזה. להלכה נפסק כשיטת הריב״ש[65].

עד כאן ביחס לדבר שלא בא לעולם ואסמכתא. אך אפילו הרא״ש, לפי עדות הטור בפירושו לתורה, יסכים כי לא כל פגם בחוזה נרפא על ידי שבועה[66]. ונראה לי שכך יש לומר ביחס לקניין דברים, היינו שאין השבועה נותנת תוקף להתחייבות כזו, אלא מחייבת רק מכוחה היא. כך ראינו לעיל שהנצי״ב[67] מביא מחלוקת בין הרא״ש ושלטי הגיבורים ביחס למכירת מצווה. כזכור, הוא מפרש שלדעת שלטי הגיבורים, קניין דברים חל, אלא שיכול המתחייב לחזור בו, כדרך שראינו ביחס לדבר שלא בא לעולם[68]. על כל פנים, הרא״ש חולק עליו, וסובר שהחוזה הוא דבר שאין בו ממש, ומשום כך אין שום ערך למכירת המצווה, ומשמע שהשבועה לא תרפא פגם זה. במילים אחרות: אב שהבטיח לחברו שהוא ימול את בנו, אף שנשבע האב, וקיבל עליו בחרם, אינו חייב לקיים את דבריו מכוח החוזה, אלא מכוח השבועה. ההגבלה של קניין דברים יורדת לשורשו של החוזה, כאמור, ואינה רק עניין לחוסר גמירת דעת, ולכן אף שבועה לא תציל את החוזה. לפי זה ברור, למשל, שאם מת האב, אין כופין את בנו (הגדול) למסור את הרך הנימול למוהל המובטח[69].

שתסמוך״. אולם במהדורת שו״ת הריב״ש, הוצאת מכון ירושלים, תשנ״ג, הביאו בהערה ראיות נוספות לדברי הטור שלפנינו, וכן הביאו תשובה של מר יוסף גאון, שנדפסה בסוף שו״ת הרי״ף (בילגורי, תרצ״ה), סי׳ ד, שכתב להפך מן הריב״ש. עיין שם.

[65] רמ״א, חו״מ, סי׳ רט, סע׳ ד, ביחס לדבר שלא בא לעולם. אמנם ביחס לאסמכתא טוען הסמ״ע, סי׳ רז, ס״ק נג, שהשבועה מרפאת את הקניין, אך הב״ח, ש״ך, ס״ק כז, וט״ז שם חולקים עליו. וראה עוד פד״ר טו, 211, שדנו שם בעניין בעל שנשבע על כתובה בסך מאתיים וארבעים מיליון ש״ח, שהוא דבר שאי אפשר לקיימו, ונחלקו הפוסקים (יו״ד, סי׳ רלב, סע׳ ה) בתוקפה של השבועה.

[66] כך, למשל, נפסק (שו״ע, חו״מ, סי׳ צז, סע׳ טו) שאין תוקף להתחייבות לווה להשתעבד בגופו למלווה, אם לא יפרע את חובו, אולם השבועה תועיל (רמ״א שם ע״פ שו״ת הריב״ש, סי׳ תפד). ברור שאין השבועה מרפאת את ההתחייבות. זוהי התחייבות אסורה, ובלשון הרא״ש (עי׳ שנתון המשפט העברי ב [תשל״ה], עמ׳ 112; וכעין זה בתשובותיו, כלל סח, סי׳ יח): ״דאין תנאי מועיל להיות בן־ברית שליט על חבירו להכותו ולפוצעו ולבעוט בגופו״, ואינה עניין לחוסר גמירות דעת. אולם ראה: שו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ אלף סט; לעיל, פרק שישי, הערה 201 — ביחס לאיסור ערכאות. ועדיין צריך עיון.

[67] פרק שישי, ליד ציון הערה 130. אולם ראה לעיל, פרק שישי, הערה 98, שיש שהתחייבות שלילית מוכרת מסיבה אחרת.

[68] ראה הערה 62. ייתכן, אם כן, כי לדעת שלטי הגיבורים — לפי הבנת הנצי״ב — גם שבועה בקניין דברים מרפאת את הפגם שבהתחייבות.

[69] אמנם ייתכן שאף אם נתן תוקף להתחייבות — ראה דעתו של שלטי הגיבורים — עדיין זו התחייבות אישית, ואינה עוברת בירושה, אך תישאר נפקא מינה ביחס לשאלה. כלומר, אפשר להישאל על שבועה, אך אם התחייב כעת כדין בלא שיכול לחזור בו בגלל שבועתו, השאלה שישאל אחר כך לא תבטל את ההתחייבות.

(א) נדר לעני

בשולי סעיף זה, כדאי להעיר על הסתעפות אחת של התחייבות מכוח שבועה או נדר ביחס לצדקה, המבטאת רעיון מוסרי ייחודי למשפט העברי. דיני הצדקה תופסים מקום חשוב בהלכה, ואין כאן מקומם. לצורך עניינו נעיר רק שבחוזים בענייני הצדקה מצינו כמה הקלות לעומת החוזה הפרטי שבין אדם לחברו, והן נלמדות מדיני הקדש, כמבואר להלן.

ידועה ההלכה "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט", היינו שאין צורך במעשה קניין, ודי באמירתו של אדם על נתינה לצדקה כדי שייתפס באמירתו[70]. כיוצא בזה מצינו ביחס לאסמכתא[71] וביחס לדבר שלא בא לעולם. וזו לשון הרמב"ם[72]: "יֵראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אם אמר: הרי עלי להקדישו, הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו; ואם לא הקדיש, הרי זה עובר משום בל תאחר, ולא יחל דברו, ומשום ככל היוצא מפיו יעשה, כשאר הנדרים. כיצד? האומר... הרי עלי ליתן לעניים פירות שתוציא שדה זו... הרי זה חייב ליתן ולעשות בהן מה שאמר, כשיבואו לידו... וזה וכיוצ"ב בכלל נדרים הוא...". במקום אחר (הלכות מכירה, כב, יז), הרמב"ם מתווכח עם החולקים עליו, ומסביר: "שאין אדם מצווה להקנות, והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר". וכן נפסק להלכה (טור ושו"ע, חו"מ, סי' ריב, סע' ז-ט). יתר על כן, אין מדובר רק באדם שמבטא את רצונו לתת צדקה, אלא די בהבטחה סתמית לתת, אם הוא מבטיח לעני, כדי לחייבו מדין נדר. מקור הלכה זו הוא בירושלמי, והובא בפוסקים[73]. יישום של הלכה זו בימינו יש לראות בחיוב מאמצים במזונות ילדיהם. בית הדין הרבני[74] טוען שבקבלת האימוץ, יש גם גדר של נדרי צדקה לפרנס את הילד.

כאן יש לעמוד על הצד הרעיוני של נדרי צדקה. מוסד השבועה והנדר הוא מוסד מוכר וידוע במשפט העתיק, כפי שאמרנו בתחילת פרק זה. הוא אינו שייך לדיני החוזים הרגילים, ועוד לפני שהוכר החוזה המשפטי, היה לשבועה כוח דתי מחייב[75]. אולם

[70] קידושין כח ע"ב; שו"ע, יו"ד, סי' רנח, סע' יג. כלומר, הדין האמור בהקדש חל גם בצדקה. אמנם לא תמיד השוו צדקה להקדש, ויש חילוקי דעות גם בזה. עיין: גיליון מהרש"א, שם; קצות החושן, סי' רמג, ס"ק א; סמ"ע, סי' רכז, ס"ק מט. כמו כן נחלקו הפוסקים, אם נדר לעני עושה קניין כמו נדר להקדש, אם לאו. ראה שו"ע, חו"מ, סי' ריב, סע' ז; סי' רנב, סע' ב ונושאי הכלים שם. ואכמ"ל.

[71] ראה: טור ושו"ע, יו"ד, סי' רנח, סע' י; רמ"א, חו"מ, סי' רז, סע' יט.

[72] הלכות ערכין וחרמין ו, לא-לב.

[73] ירושלמי, ב"מ ד, ב, שהובא ברי"ף, ב"מ, פרק רביעי (כט ע"ב בדפי הרי"ף); רא"ש שם (אות יב); טור ושו"ע, חו"מ, סי' קכה, סע' ה; שם, סי' רמג, סע' ב; יו"ד, סי' רנח, סע' יד; רמ"א, אה"ע, סי' נא.

[74] פד"ר ג, 109, 116. וכן חזר על כך לאחרונה הרב ש' דיכובסקי, "חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים", תחומין טו (תשנ"ה), עמ' 278, 288. וראה עוד לעיל, הערה 19.

[75] ראה שו"ת אבני נזר, יו"ד, סי' שו, המסביר את תוקפה של השבועה לפני מתן תורה מכוח סברה.

השבועה והנדר דורשים נוסחה מסוימת, נקיטת לשון שמבטאת את היסוד הדתי שבחיוב. צריך לומר לשון שבועה או לשון קרובה לזו כדי להבחין בינה לסתם אמירה או הבטחה. כל זה בשבועה שבין אדם לחברו. אבל בהתחייבות להקדש, אין צורך בנקיטת לשון שבועה או נדר דווקא. די בהבטחה לגבוה, להקדש, כדי שהיא תחייב מדין נדר. עד כאן מקובל הדבר גם במשפט הרומי[76]. אולם הייחוד של המשפט העברי בהקשר זה הוא דימוי הצדקה להקדש. בהלכה, אלו שני מוסדות קרובים, והרבה פעמים הם נידונים במשותף[77].

העולה מן האמור הוא שיש לצדקה מימד דתי: הנותן צדקה לעני הוא כמקדיש לגבוה[78]. מכאן נבין מדוע הבטחה לעני מתגברת על מגבלות החוזה הפרטי הרגיל. הבסיס המשפטי הוא שונה. כבר אמרנו שההתחייבות החוזית אינה בנויה על הבטחה בעלמא. היא צריכה לחול על דבר ממשי, ובדרך כלל היא זוקקת שעבוד נכסים. לעצם ההבטחה יש רק משמעות מוסרית — "מחוסר אמנה" בנסיבות המתאימות — ולא משמעות משפטית. אדם המבטיח לתת דבר מה לחברו, אינו נקשר אליו בחוזה. לעומת זאת, הבטחה לעני נתפסת כנדר או שבועה, וזו אכן בנויה על ההבטחה כשלעצמה[79]. יש כאן מימד דתי המחייב את האדם לעמוד בדיבורו. החיוב הוא לכאורה כלפי הקב"ה[80], אך הוא בגדר מצווה, וכופין עליה. כבר עמדנו על ההבדלים שבין השבועה לבין ההתחייבות, וראינו שגם בדרך הכפייה יש הבדל. אין יורדין לנכסיו של הנשבע, אך כופין אותו כשם שכופין על מצוות אחרות.

כדי להדגים את ההבדל, נביא אחת מתשובות הרשב"ש[81]. אדם הבטיח לתת לבת אחותו סכום כסף לצורכי נישואיה. לפי דיני החוזים, אומר הרשב"ש כי הבטחה זו היא בגדר קניין דברים. הבטחה לתת אינה יוצרת חוזה מחייב. אמנם אם מדובר בסכום קטן ("מתנה מועטת"), אם יחזור בו, יהא בגדר מחוסר אמנה, אולם זוהי סנקציה מוסרית, ולא משפטית, כנזכר לעיל. לעומת זאת, אם הנערה היא ענייה, נהפכת הקערה על פיה: אנו עוברים מדיני החוזים לדיני צדקה ונדר. ההבטחה לתת נתפסת כנדר,

[76] ראה: י' פוקרובסקי, תולדות המשפט הרומאי (עברית א' ליטאי), ירושלים תרפ"ה, עמ' 306.

[77] ראה: בבלי ראש השנה ד ע"א, ו ע"א.

[78] כידוע, כבר הנביאים דימו, ובנסיבות ידועות אף העדיפו מתן צדקה על הקרבת קרבנות.

[79] "לא יחל דברו, ככל היוצא מפיו יעשה" (במדבר ל, ג); "לא תאחר... מוצא שפתיך תשמר..." (דברים כג, כב-כד). וראה עוד: רמב"ם (לעיל, ליד ציון הערה 72).

[80] רעיון זה, כאילו הקב"ה עומד לצדו של העני, משתקף בהרבה מאמרי חז"ל. ראה למשל: "אדם נותן פרוטה לעני, זוכה ומקבל פני שכינה. שנאמר: אני בצדק אחזה פניך..." (ב"ב י ע"א); "העני הזה עומד על פתחך, והקב"ה עומד על ימינו..." (ויקרא רבה לד, ט). על זכותו של העני כלפי הנשבע או המבטיח לעני, ראה לעיל הערה 59. על עדיפות עני לעומת עשיר שנשבעו לו, ראה ש"ך, יו"ד, סי' רנח, ס"ק כה.

[81] סי' שלו. הובא בב"י ורמ"א, אה"ע, סי' נא (לעיל, פרק חמישי, הערה 47).

והוא אינו רשאי לחזור בו. חלה עליו מצווה בת כפייה לעמוד בדיבורו, "ככל היוצא מפיו יעשה"[82].

(ב) קבלת מצווה בהבטחת ממון

יש עוד מקרה נוסף שהבטחת ממון מחייבת בו – כאשר קיומה של ההבטחה הוא בגדר מצווה. עשיית מצווה שמקבל אדם על עצמו היא בגדר נדר, כפי שנפסק ברמ"א (יו"ד, סי' ריג, סע' ב). לפי זה, דן ה"חפץ חיים" בספרו "אהבת חסד" (פרק א, אות יא) בהבטחת ממון שהיא בגדר מצווה המחייבת אותו לעמוד בדיבורו. לדעתו כן הוא הדבר במי שמבטיח להלוות לעני ואף לעשיר לזמן מועט, ואולי גם במבטיח להשאיל כלי לעני. ואם אין בזה מצווה מיוחדת, על כל פנים הוא בגדר מחוסר אמנה, שכן הוא נחשב כ"מתנה מועטת", שהמקבל סומך עליה (ראה להלן, פרק שנים־עשר)[83].

בפרק הסיכום עוד נעמוד על כוחו של הדיבור בנדרים ובחוזים.

3. התחייבות מכוח המנהג

עיקר כוחו של המנהג הוא בדיני ממונות הניתנים להתנאה ומחילה[84]. במיוחד אמורים הדברים ביחס לדרכי הקניין. וכך כותב מ' אלון: "השפעה מכרעת נועדה למנהג בפיתוח דרכי הקניין וההתחייבות במשפט העברי, שטח שרגיש הוא במיוחד לתנודות השונות שבחיי המסחר... יש במשפט העברי דרכים מוגדרות להעברת בעלות ולהעמדת התחייבות. דרכים אלו דרשו, בדרך כלל... פורמליות, כגון קניין משיכה... פורמליות זו לא הלמה את צורכי המסחר המתפתחים... חלק ניכר של היענות לדרישות אלה של צורכי המסחר בא בראש וראשונה באמצעות המנהג..." (המשפט העברי, עמ' 741).

המקור לדברים אלו הוא בגמרא במסכת בבא מציעא, האומרת ביחס לסיטומתא[85], שבמקום שנהגו לקנות בו, קנה[86]. וכן נפסק להלכה[87]. מקובל לומר שדרכי הקניין באות כדי להביא את גמירת דעת הצדדים לחוזה, כאמור לעיל[88], ואם כן אף דרך הקניין

[82] דוגמה נוספת מובאת בקצות החושן, סי' רסד, ס"ק ד: בורח מבית האסורים שהתחייב כסף רב לבעל מעבורת להעבירו בנהר, יכול לומר לו: "משטה אני בך"; אבל בעני, חייב מדין נדר.

[83] דבריו של החפץ חיים ומקורות נוספים בנידון, הובאו בפתחי חושן, הלכות הלוואה, פרק א, טז. וראה עוד אבני מילואים (לעיל, הערה 15). ולפי זה נראה כי חברת גמ"ח המבטיחה הלוואה או השאלת שמלה לחופה, אם היא בגדר מצווה, נתפסת ההבטחה כנדר, ואין החברה יכולה לחזור בה. וראה: הרב ש' בן־שמעון, "תקפה של הבטחה למתן גמ"ח", מוריה (סיוון תשנ"ח), עמ' רנ-רנב, שלא עמד על דברי "החפץ חיים". לכן מן הראוי הוא שכדי להימנע ממכשול, תודיע אותה חברת גמ"ח במפורש כי היא מבטיחה בלי נדר.

[84] על המנהג בכלל ובדיני ממונות בפרט, ראה: מ' אלון, המשפט העברי, ב, פרק כא.

[85] עד ע"א. על הפירושים השונים ל"סיטומתא", ראה בראשונים שם.

[86] לריטב"א שם יש פירוש אחר, ולפיו אין ראיה שהמנהג בא במקום דרך קניין הראויה מן הדין. וראה: מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 742, הערה 70.

[87] טור ושו"ע, חו"מ, סי' רא.

[88] ראה לעיל, הערה 11.

הנהוגה בין הסוחרים יכולה להביא גמירת דעת זו. מכאן נבין שיש האומרים שהמנהג עדיף מדרך קניין שתיקנו חכמים, והוא מועיל מדאורייתא[89]. השאלה היא: האם הלכה זו נאמרת רק ביחס לדרך הקניין או גם ביחס לבעיות ומגבלות אחרות בדיני החוזים? האם המנהג מתגבר על בעיות כגון אסמכתא או דבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש? מה מקומו של המנהג בהתחייבות? האם התחייבות בטלה בהיותה בגדר קניין דברים — כהתחייבות לעשייה בלא שעבוד נכסים — תקבל תוקף אם נהגו כך?

כבר הראשונים נחלקו בשאלה זו ביחס לדבר שלא בא לעולם. עיקר המחלוקת בעניין האב שהבטיח לחברו שימסור לו את בנו למולו, כנזכר לעיל[90]. מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנברג סובר שהבטחתו מחייבת, אפילו עדיין לא נולד בנו, ״אע״ג דהוי דבר שלא בא לעולם, יש לנו לילך אחר המנהג״[91]. אמנם הרא״ש חולק עליו, אך סברתו היא שהמנהג לקנות בדיבור הוא מנהג גרוע[92]; ובעניין אחר — העברת זכות חכירות מס — הוא מסכים שהמנהג מתגבר על בעיית דבר שלא בא לעולם[93]. וכן הסכימו הרבה מן האחרונים[94]. לעומתם סובר רבנו יחיאל בעניין המילה, שאם עדיין לא נולד התינוק, החוזה אינו ולא כלום, ״דהוי דבר שלא בא לעולם, דלא דמיא לסיטומתא. דהתם בא לעולם, ומועיל בה קניין... אבל דבר שלא יועיל קניין, כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקניין גמור״[95]. וכן הסכימו כמה מן האחרונים[96].

יש מפרשים שהמחלוקת תלויה בטעם החסרון של דבר שלא בא לעולם[97]: אם הוא מטעם חוסר גמירת דעת, הרי המנהג מעיד כי גמרו דעתם, והמיקח חל; אבל אם החסרון הוא מהותי, כי אין לקניין על מה לחול, הרי סיטומתא לא תועיל, כי אינה

[89] ראה: שו״ת הרשב״א המיוחסות, סי׳ רכה; שו״ת חתם סופר, יו״ד, סי׳ שיד; חו״מ, סי׳ יב — בניגוד לדעת נתיבות המשפט, חו״מ, סי׳ רא, ס״ק א. וראה עוד: דבר אברהם, ח״א, סי׳ א, ענף א.

[90] שו״ת הרא״ש, כלל יב, סי׳ ב-ג, כלל קב, סי׳ י; לעיל, פרק שישי, ליד ציון הערה 127.

[91] ראה: שו״ת הרא״ש, כלל יב, סי׳ ב-ג; הגהות מרדכי, שבת, סי׳ תעב. להלן עוד נחזור להסבר שיטת המהר״ם.

[92] שו״ת הרא״ש שם. נימוק נוסף הוא שהמנהג אינו מבורר. וראה עוד להלן, הערה 108.

[93] שו״ת הרא״ש, כלל יג, סי׳ כ. וראה עוד: שו״ת הריב״ש, סי׳ שמה. ושם מבואר עוד שהמנהג מתגבר על בעיית ״דבר שאינו מסוים״, לפי הרמב״ם, הלכות זכייה ומתנה, ג, ה.

[94] נזכרו בספר חוקת משפט, לרב ב׳ רבינוביץ־תאומים, הלכות מכירה, פרק ו, סע׳ כא. וכן נזכר בכמה פסקי דין רבניים. ראה: פד״ר ג 363; ד 193, 198; ה 259, 264 (בעניין אסמכתא); ו 315, 323.

[95] הגהות מרדכי, שבת: סי׳ תעג, בשם תשב״ץ (תלמיד המהר״ם); סי׳ שצח, על פי הגהת רבנו פרץ. אגב, נאמר כאן שאף במעוברת לא קנה; ואילו בשו״ת הרא״ש, כלל קב, סי׳ י, נאמר בשם ר׳ יחיאל שהעובר נחשב כבא לעולם. וצריך עיון.

[96] שו״ת הרדב״ז, ח״א, סי׳ רעח; קצות החושן, סי׳ רא, ס״ק א; שו״ת רע״א, סי׳ קלד. לסיכום המחלוקת, ראה: פתחי תשובה, חו״מ, סי׳ רא, ס״ק ב; חוקת משפט (לעיל, הערה 94); פד״ר ו 315, 323.

[97] ראה: לעיל, פרק חמישי, ליד ציון הערה 115.

עדיפה מקניין גמור[98]. לפי זה, נבין כי ביחס לדבר שאין בו ממש, שבו החסרון לרוב הדעות הוא שאין גוף ממשי שיחול עליו הקניין, אומר בית הדין הרבני במקום אחד, שלדעת הכול, אין המנהג מתגבר על בעיה זו[99]. אך גם בעניין זה רבו האחרונים הסוברים שהמנהג מועיל[100]. להלן נדון במשמעות המנהג בהקשר זה.

ומה ביחס להתחייבות? תחילה יש לשאול: על איזו בעיה אנו באים להתגבר באמצעות המנהג? אם מדובר בחוסר מעשה קניין, אין סיבה שלא יתגבר המנהג על זאת, כמו שראינו ביחס להקנאות. וכך פוסק בית הדין הרבני[101] שהתחייבות לתשלום שנעשתה על ידי חתימה בכתב יד, כנהוג, תופסת.

אך האם המנהג מתגבר גם על בעיית קניין דברים? כך, למשל, ראובן מתחייב לשאת אישה או לחלק שדה משותפת או לא להפריע את מנוחת שכניו בצהריים — האם נאמר שבמקום שנהגו לערוך חוזים כאלו, ההתחייבות מועילה? לשאלה זו יש חשיבות מעשית רבה כיום, כשמגוון החוזים הנהוגים הוא רב, והוא כולל חוזים שלפי ההלכה הם בגדר קניין דברים. לא מצאתי דיון מפורש בשאלה זו. אמנם ביחס להסכם שותפות שמעורר בעיות של דבר שלא בא לעולם או קניין דברים, כנזכר לעיל[102], יש שמכירים בו באמצעות המנהג[103]. אולם כבר ראינו שם שהסכם השותפות אינו נידון בדרך כלל מנקודת מבט של התחייבות. הבעיה היותר בולטת הייתה הקנאת רווחים או סחורה עתידיים, וחזרנו לשאלת המנהג בדבר שלא בא לעולם. לכאורה מצינו תשובה בעניין מסירת הבן למילה, שהיא בגדר קניין דברים, כאמור בתשובת הרא״ש הנזכרת[104]. אולם משמעות המנהג בהקשר זה איננה נקייה מספקות. הראשונים עסקו בשתי בעיות: ראשית, כשעדיין לא נולד התינוק, עולה בעיית דבר שלא בא לעולם, ובזה נחלקו המהר״ם ורבנו יחיאל, כאמור; שנית, אף כשנולד התינוק, מה משמעות חוזה על מסירת הבן למילה? הרי הוא דבר שאין בו ממש וקניין דברים, כטענת הרא״ש. והנה, אף רבנו יחיאל, הנותן תוקף לחוזה, אינו מבססו על מנהג, אלא רואה

[98] ראה: קצות החושן, סי׳ קכו, ס״ק ג; חידושי ר׳ עקיבא איגר, חו״מ, סי׳ רא; פד״ר ד 193; פד״ר ו 315, 323.

[99] פד״ר ב 109, 112.

[100] ראה: שו״ת מהרש״ל, סי׳ לו; נאות דשא, סי׳ קיג (לעיל, פרק שישי, הערה 118); חוקת משפט (לעיל, הערה 94); פד״ר ה, 310, 316; פד״ר ח 47.

[101] פד״ר ג 363, 368. בית הדין מסתמך שם על הגהות ר׳ ברוך פרנקל (אמרי ברוך), חו״מ, סי׳ רא, שהוכיח מן השו״ע, חו״מ, סי׳ קכה, סע׳ ה. עיין שם.

[102] ראה לעיל, פרק תשיעי, סעיף א.

[103] ראה: שו״ת רדב״ז, ח״א, סי׳ שפ; רויטל (לעיל, פרק תשיעי, הערה 4), עמ׳ 44 ואילך. בהרבה מקורות שם אף נאמר שדי בהסכם על פה, אם נהוג כן. מעניין לציין שלמרות שבעיית הסכם שותפות הייתה אקטואלית כבר מימי הגאונים, כאמור לעיל, הרי בחיבורים הלכתיים שנכתבו במשך מאות שנים — עד זמנו של הרדב״ז, לפני כארבע מאות שנה — לא מצאתי שהוכר ההסכם מכוח המנהג.

[104] הערה 90.

אותו כהקנאת דקל לפירותיו, כנזכר לעיל[105]. אף המהר״ם מבססו במקום אחר[106] על חיוב מוסרי־משפטי של מחוסר אמנה, שיוסבר בפרק הבא[107], ולא על המנהג כשלעצמו. אמנם מדברי הרמ״א משמע שהבין שהמהר״ם אכן מבסס את החוזה על שני הטעמים בנפרד, מנהג וחיוב של מחוסר אמנה[108]. ולפי זה משמע שאכן המנהג יכול להתגבר על בעיית קניין דברים[109]. אף בעניין חלוקת מִחיות, שנזכרה לעיל, ראינו שיש המבססים חוזה הימנעות זה על המנהג[110].

בין כך ובין כך יש להבין כיצד המנהג מועיל בחוזים כאלו? ראינו כי ביחס לדבר שלא בא לעולם, מסבירים כי הוא חסרון בגמירת דעת שמתרפא על ידי המנהג[111]. ייתכן שדבר דומה אפשר לומר ביחס לדבר שאין בו ממש. כלומר, המנהג רק מחשיב את נשוא החוזה כדבר שיש בו ממש, וממילא הוא בר הקנאה. אם בני אדם נוהגים, למשל, למכור מצווה דוגמת גלילת ספר תורה וכיוצא בזה, הרי הם מחשיבים אותו כדבר שיש בו ממש. לפי זה, מסתבר לומר כי דין דבר שאין בו ממש הוא פגם בגמירת הדעת, ומשום כך המנהג מרפא פגם זה. אולי אפשר להמשיך בדרך זו גם ביחס לקניין דברים, ולומר שאף הוא חסרון בגמירת הדעת. היינו, אין בני אדם גומרים בדעתם לעשות חוזים על דברים בעלמא, שאינם ממשיים. אך אם נהגו לעשות כן, הרי גמרו בדעתם. במיוחד אמורים הדברים לפי הדעה שהתחייבות אישית מתגברת על בעיית קניין דברים[112]. כלומר, בעיית קניין דברים קיימת רק במקום שלא נזכר לשון חיוב. כך שאם אמנם אפשר לערוך חוזה עשייה בדרך התחייבות, ייתכן לומר כי אף אם לא השתמש בדרך התחייבות, יתפוס החוזה מכוח המנהג, כי אכן גמר בדעתו לעשות את אשר אמר.

להלן, בפרק הסיכום, נעמוד על טעם הדין של דבר שאין בו ממש או קניין דברים. על כל פנים, ברור לקורא שאנו ייחסנו משקל רב לדעה הרואה בהם מגבלות מהותיות בדיני החוזים. ואם בשאלת דבר שלא בא לעולם, מצינו עוד בראשונים את הטעם של

[105] פרק שישי, ליד ציון הערה 127.

[106] שו״ת המהר״ם, דפוס פראג, סי׳ תתקמט, שהובא בבית יוסף, יו״ד, סי׳ רסד. וכן נזכר במרדכי, גיטין, סי׳ שסד.

[107] ראה פרק שנים־עשר, ליד ציוני הערות 46, 59.

[108] דרכי משה על הטור, יו״ד, שם, ס״ק ד. אמנם הרמ״א, יו״ד, רסד, א, פוסק כמהר״ם רק מהטעם השני; ואילו ביחס לטעם המנהג, הוא פוסק כרא״ש, אך כבר ראינו שגם הרא״ש אינו שולל עקרונית שימוש במנהג, כאמור לעיל, ליד ציון הערה 92. אולם ראה בהערה הבאה.

[109] מתשובת הרדב״ז, ח״א, סי׳ רעח, משמע שהוא מצרף את שני הטעמים, היינו שבגלל המנהג המוהל אכן סומך עליו, ולכן מוטל על האב לקיים את דבריו. עיין שם. וקרוב לזה כותב גם מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א במאמרו, ״תוקף ההתחייבות למכור ב״זכרון דברים״, תחומין יב (תשנ״א), עמ׳ 288, 279.

[110] ראה לעיל, פרק שישי, הערה 72.

[111] ראה ליד ציון הערה 97.

[112] ראה פרק שישי, הערה 92.

חוסר גמירת דעת[113], קשה לומר כן ביחס לדבר שאין בו ממש או קניין דברים. תנאי יסודי במיקח הוא שיהא נשוא המיקח דבר שיש בו גוף, ואין פה רק עניין של חוסר גמירת דעת. כיוצא בזה יש לומר ביחס לקניין דברים. אף ההתחייבות צריכה להתייחס לנכס ממש או לפחות לשעבוד נכסים. זהו דין מהותי היורד לשורשו של החוזה. כך ראינו בדברי הראשונים והאחרונים, שאפילו התחייבות מפורשת אינה מתגברת על שאלת קניין דברים[114]. אם כן הוא, האם בכל זאת אפשר לומר שהמנהג מועיל? סוף סוף מה קנה אותו לוקח דירת בית או מצוות גלילה, ובמה זכה אותו מוהל שהסכים על מילת בן חברו[115]?

משום כך, נראה לי שאם נאמר שהמנהג מועיל, אין הוא מחזק את החוזה, אלא מועיל מכוחו הוא, כפי שאמרנו ביחס לשבועה[116]. המנהג הוא מקור משפטי תקף, והוא מתקרב במובן זה למשמעות של תקנה. זוהי נורמה מחייבת שהנהיג הציבור. כלומר, אם הציבור נוהג שאמירת אב למוהל שימסור לו את בנו למולו מחייבת, עצם המנהג מחייב את האב שלא לחזור בו. לא שהמנהג מעיד כי האב גמר בדעתו, ולכן נקשר בחוזה, שהרי לא די בגמירת הדעת, כאמור, אלא שהמנהג מחייב מכוחו הוא[117]. וכמו שראינו ביחס לשבועה, אף כאן תהא נפקא מינה, אם, למשל, כעבור זמן יוכרז המנהג כבטל מסיבה כלשהי. אם קיימת התחייבות שקמה עם גמירת דעתו של האב, היא אינה בטלה; אך אם חיוב האב לעמוד בדיבורו הוא מכוח מנהג, הרי המנהג בטל עתה, אלא אם כן נאמר ששעת ההתחייבות קובעת את תוקפו של המנהג. באותה דרך אפשר ללכת אף ביחס לדבר שלא בא לעולם. ראובן התחייב למכור בתחילת העונה את יבול שדהו, כנהוג: אם יש התחייבות, היא עוברת בירושה, והיא מאפשרת ירידה לנכסים במקרה של הפרה; אם יש לפנינו מנהג, ייתכן שכוחו דומה לשבועה, כך שאין יורדים לנכסי המוכר לביצוע החוזה, ואין בנו חייב לקיימו, אם מת.

לסיכום, נאמר שהשאלה חורגת במקצת מתחום מחקרנו, משום שהיא נוגעת במהותו של המנהג ובמקור תוקפו.

[113] ראה פרק חמישי, הערה 115.

[114] ראה פרק שישי, סע׳ א-ג, ובעיקר בהערה 73.

[115] שו״ת דברי חיים, ח״ב, סי׳ כו, התלבט בשאלה זו ביחס לדבר שלא בא לעולם — לפי הטעם שאין לקניין על מה לחול — ובין היתר הציע הסבר שהמנהג יוצר רק התחייבות, ולהתחייב אפשר רק על דבר שלא בא לעולם. אולם יש מן האחרונים החולקים עליו. ראה חוקת משפט, הלכות מכירה, פ״ו, סעיף כא (בביאורים). על כל פנים, אין בדבר כדי לענות על בעיית דבר שאין בו ממש ועל קניין דברים שבו גם התחייבות אינה מועילה, כאמור.

[116] לעיל, ליד ציון הערה 63.

[117] וראה עוד: שו״ת דברי חיים, ח״א, חו״מ, סי׳ לא (לעיל, פרק שישי, הערה 72), האומר: ״אין בתנאי זה ממש. אך מחמת המנהג שנהגו כל אנשי מדינתנו כן בתנאי חלוק המחיות, הוי כמו יכולין החמרין להתנות נגד הדין (תוספתא, ב״מ יא, יב)״. משמע שהמנהג נחשב כעין תקנת ציבור.

4. דבר הנעשה ברבים

מדברי כמה מן הראשונים עולה שחוזה שאחד מן הצדדים לו הוא ציבור או אף איש ציבור, אינו כפוף להלכות הרגילות של דיני החוזים. לא רק שאין בו צורך במעשה קניין, אלא שאין בו מגבלות של דבר שלא בא לעולם, אסמכתא, ואפילו לא של קניין דברים ודבר שאין בו ממש.

מה מייחד את הציבור? במקורות התלמודיים מצינו סמכות חקיקה הנתונה לציבור לשם ניהול ענייני בני העיר, אף בדרך של כפייה, לקנוס ולהעניש את העובר על תקנתם[118]. הראשונים עמדו על ייחודה של תקנת הקהל בהיותה משוחררת מן המגבלות של המשפט הפרטי. יתר על כן, הם העניקו כוח זה, כאמור, גם לחוזה פרטי שנעשה בין הציבור ובין היחיד, כמבואר להלן[119].

כך נאמר בהגהות מרדכי[120], שרבים ששכרו מלמד — אף בלא קניין — אינם יכולים לחזור בהם, לפי "שכל דבר הנעשה ברבים, אין צריך קניין במקום שיחיד צריך קניין... די בג' טובי העיר...". וכך אומר הרא"ש[121], תלמיד המהר"ם: "מנהג פשוט הוא מה שטובי הקהל מסכימים לעשות, שריר וקיים הוא בלא קניין, ובכל תקנות הקהל שמתקנין על יחידים ועל רבים ומסיעין על קיצותם, כל דבריהם ככתובים וכמסורים דמו"[122].

יתר על כן, הלכה זו אמורה גם במקום שאין הקניין מועיל ביחיד, כמו בעניין דבר שלא בא לעולם[123] או אסמכתא[124] או דבר שאינו קצוב (לדעת הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז)[125]. מעמדו העדיף של הציבור הובא גם בשולחן ערוך[126].

[118] ראה בעיקר: תוספתא, ב"מ יא, יב; בבלי, ב"ב ח ע"ב-ט ע"א. על סמכות חקיקה של ציבור בכלל, ראה: מ' אלון, המשפט העברי, ב, עמ' 558 ואילך.

[119] ראה י' קפלן, "אי־כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי", משפטים כה (תשנ"ה), עמ' 377, שדן באריכות בעניין זה.

[120] ב"מ, סי' תנז-תנח, והיא תשובת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג. וכן הוא: בשו"ת מים עמוקים לראנ"ח, סי' מט, בשם המהר"ם, תשובות; ברכי יוסף, חו"מ, סי' יב(יב); כנסת הגדולה, מהדורא בתרא, חו"מ, סי' כב, הגהות בית יוסף, אות ב. אמנם י' קפלן (לעיל, הערה 119) מפקפק בייחוס תשובה זו למהר"ם. עיין שם.

[121] בתשובותיו, כלל ו, סי' יט, כא. וראה עוד: שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' סה.

[122] בשו"ת תורת חסד (לר' חסדאי הכהן פרחייא), סי' קצח, הסביר שהרא"ש מדמה את כוח הציבור לכוחו של שכיב מרע, שדבריו "ככתובים וכמסורים דמי" בלא קניין, ומשמע שהוא בגדר תקנת חכמים. וראה עוד שו"ת ציץ אליעזר, חט"ז, סי' נ.

[123] ראה: שו"ת מהר"ח אור זרוע, סי' סד; תשב"ץ, ח"ג, סי' עג; שו"ת רשב"ש, סי' קיב, תטז, תקסו; שו"ת מהרי"ק, שורש קעט, על פי המרדכי, ב"ק, סי' קעט; שו"ת המבי"ט, ח"ג, סי' קנג. שו"ת הריב"ש, סי' תעו, אומר שציבור שהעניק ליחיד פטור ממס אינו יכול לטעון: "משטה הייתי בך". ברשב"ש, שם, סי' תקסו, נאמר גם שאין אונאה בציבור.

[124] מבי"ט, ח"ג, סי' רכח.

[125] שו"ת מים עמוקים להראנ"ח, ח"ב, סי' סג. וראה: י' קפלן (לעיל, הערה 119), עמ' 419.

[126] ראה: שו"ע, חו"מ, סי' רד, סע' ט. וראה: הגהות הרמ"א: חו"מ, סי' כב, סע' א; סי' פא, סע' א; סי' קסג, סע' ו.

חידוש זה נידון באריכות בפסק דין רבני[127] אף בהקשר לבעיית קניין דברים. מעשה שהיה כך היה. נציגי המפלגות הדתיות ברחובות, המפד״ל ואגודת־ישראל, הקימו חזית דתית לבחירות המקומיות, והסכימו ביניהם שאם ייבחרו לעירייה רק שני המועמדים הראשונים, חברי המפד״ל, יתפטר נציג המפד״ל לטובת המועמד השלישי, נציג אגודת־ישראל. כשנבחרו רק שני מועמדים, התעוררה שאלת תוקף ההסכם. הנתבעים טענו שאין להסכם תוקף מדין דבר שלא בא לעולם ומדין אסמכתא. על כך עונה בית הדין שהסכם של ציבור או של נציגי ציבור אינו כפוף למגבלות אלו, כאמור. אולם בית הדין הגדול מעיר עוד כי התחייבות זו היא בגדר קניין דברים, שהמתחייב להתפטר דומה לבעל חוב שמתחייב לכתוב שטר מחילה ללווה, שהוא בגדר קניין דברים, כנזכר לעיל[128]. יתר על כן, כאן הוא נחות אף מקניין דברים, כי עצם העניין אינו בר־קניין. אין כאן חסרון בגמירת דעת ובתנאי הקנאה[129], שאפשר להתגבר עליהם, כשנאמר שכוח הציבור מקנה אותו. התפטרות מתפקיד ציבורי אינה שייכת לתחום הקניינים כלל. אין כאן זכויות וחובות שהקניינים חלים עליהן. אם כן מהי עדיפות הציבור? בית הדין מוכיח כי גם בדבר שאין בו ממש, כחזקה במצוות ועבודת הקודש, יש מעמד מיוחד לציבור[130], ומשום כך גם התחייבות להתפטר תופסת. עד כאן סיכום פסק הדין הרבני.

ושוב נשאל: מהו הבסיס המשפטי של דין דבר הנעשה ברבים? האם הוא מחזק את החוזה? או שמא הוא בחינת ״חי הנושא את עצמו״? כפי שאמרנו ביחס לשבועה, ואולי אף ביחס למנהג בחלקים קודמים של פרק זה. מדברי בית הדין עצמו נראה שביחס לדבר שלא בא לעולם עוד יכולים היינו ללכת בדרך הראשונה, ולומר שהוא חסרון בגמירת הדעת, שמתרפא במקום שיש גמירת דעת של רבים. אבל אין לומר כן ביחס להתפטרות, כי אינה בת קניין כלל, והיא נחותה מקניין דברים.

לכשנתבונן במקורות הראשונים הללו[131], נראה שיש אי־בהירות מסוימת בהסברת

[127] פד״ר ו, 166. ושם בעמ׳ 173, מובא פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול שדן בערעור על פסק הדין של בית הדין האזורי.

[128] ראה: שו״ת הרשב״א, חלק א, סי׳ אלף לג; רמ״א, חו״מ, סי׳ רג, סע׳ א; לעיל, פרק שישי, הערה 6.

[129] בית הדין הרבני הגדול (בעמ׳ 178) מבחין בין ״קניין דברים״ שהוא חסרון בתנאי הקניין, משום שמדובר בעסקי ממון, אלא שהקניין לא נעשה על גוף הממון, כי אם על מעשה ביחס אליו, לבין דבר שאינו בר־קניין כלל, כי עצם העניין אינו ממון ואין בו זכויות וחובות ששייך בהן קניין. וראה עוד: תשב״ץ, ח״א, סי׳ צד (לעיל, פרק שישי, הערה 24), האומר שהתחייבות שלא לישא אישה נחותה מקניין דברים. אולם למעשה זוהי הרחבה של דין קניין דברים. כבר ראינו לעיל, פרק שישי, כי דין קניין דברים מתקשר לדין דבר שאין בו ממש, ואף דנו במספר דוגמאות של חוזי עשייה או הימנעות מפעולה המעוררים בעיה של קניין דברים או דבר שאין בו ממש, וביניהם אף כאלו שאינם עסקי ממון.

[130] בית הדין מסתמך על: שו״ת הרמ״ץ, או״ח, סי׳ יב; שו״ת מהר״ם שיק, חו״מ, סי׳ כז. עיין שם.

[131] הערות 120-126.

כוחו העדיף של הסכם הציבור. חלק מן המקורות קשור לתוספתא בבא מציעא[132], שנאמר בה שהאומנים, כגון צמרין וצבעין, רשאים להתנות שישתתפו בכל מיקח שיבוא לעיר. כבר הזכרנו לעיל את דברי המהר״ם[133], האומר שבהסכמים כאלו אין צורך במעשה קניין בגלל הנאתם ההדדית של המתנים, וכן הוא הדין בכל מה שהשותפים מתנים, אף כשהוא דבר שלא בא לעולם. לפי זה, עדיין אנו עוסקים בתחום המשפט הפרטי, כשהמייחד הסכמים אלו של בני העיר או בני אותה אומנות — איגוד מקצועי בלשוננו — הוא הנאתם ההדדית של המתנים. יתר על כן, כבר הזכרנו לעיל שהמהרי״ק[134] טוען שחוזה מעין זה מתגבר גם על בעיית קניין דברים או דבר שאין בו ממש, כך שאף התחייבות שלילית הדדית, כהתחייבות השותפים שלא למכור נכס משותף לאחר, תופסת בגלל הדדיות החיובים.

האם תועיל סברה זו בנידון דידן, חוזה התפטרות? היש כאן הנאה הדדית, כשכל אחד כאילו אומר לשני, אם איבחר בנסיבות מסוימות אתפטר למענך? ואפילו נאמר שיש הנאה הדדית, היש להבחין בין אי־מכירת נכס משותף לבין התפטרות, שכלל אינה עניין לקניינים, כאמור? לכאורה גם הימנעות ממכירה אינה בת קניין, אלא שגמירת דעת מוחלטת מחייבת את המתחייב לעמוד בדיבורו; ואם כן, יש לומר כך גם ביחס להסכם התפטרות.

עד כאן לא הבחנו בין הסכם של רבים לבין שותפים. אולם המעיין בתוספתא בבא מציעא, ייווכח לדעת שקשה להתעלם מכוח הרבים. מדובר שם גם בתקנות בנות כפייה של בני העיר, ומסתבר שכל ההסכמים המובאים שם מיוסדים על המשפט הציבורי, ולא על המשפט הפרטי. ואמנם המהר״ם עצמו מציין במקום אחר[135] את כוח הרבים בניגוד ליחיד, שאינו צריך קניין. נימוקיו שם אינם ברורים די צורכם[136]. אולם הראשונים הספרדים הסבירו את תוקף ההסכמים הללו על יסוד תקנת הקהל, שכוחה יפה כתקנת בית דין.

כבר הרמב״ן, בחידושיו למסכת בבא בתרא[137], מבחין בין הסכם של רבים להסכם של שותפים. אף הרשב״א אומר שם שהסכם של מניעות, כגון טבחים שהתנו שלא ישחט זה ביומו של זה, אינו קיים אלא בהסכם של כל אומני העיר. כמו כן הוא אומר באחת מתשובותיו[138]: ״הסכמת הרבים יפה, שאין היחיד יכול לבטלה״. הרשב״א מבסס שם ובעוד מקומות[139] את כוח הציבור להתקין תקנות, והוא מדמה את הציבור לבית

[132] לעיל, הערה 118.

[133] מרדכי, ב״ק, סי׳ קעו (לעיל, פרק שישי, הערה 22). וראה עוד מרדכי, ב״ב, סי׳ תפא.

[134] שורש כ. ראה לעיל, הערה 21.

[135] ראה לעיל, הערה 120.

[136] נראה שהמנהג קדם, והמהר״ם מתאמץ לתת לו תוקף משפטי. ראה מה שכתב על נימוקיו, מ׳ אלון, המשפט העברי, עמ׳ 572, הערה 59. וראה עוד להלן, הערה 145.

[137] ט ע״א. הרמב״ן מסתמך גם על ר״י ברצלוני.

[138] לעיל, הערה 121. וראה עוד פרק שישי, הערה 89.

[139] ראה בתשובותיו: ח״א, סי׳ תשכט, אלף רו; ח״ב, סי׳ רסח (רב 1); ח״ג, סי׳ תיא, תיז; ח״ד, סי׳ קמב; ח״ה, סי׳ קכה, קכו; מיוחסות, סי׳ רפ. וראה עוד מ׳ אלון, המשפט העברי, עמ׳ 569.

דין. בדרך זו ממשיכים גם הרשב״ץ והרשב״ש[140], והם מסבירים מדוע הסכם של ציבור אינו כפוף לדין דבר שלא בא לעולם. נצטט מתשובה אחת של הרשב״ש ביחס למכירת דבר שלא בא לעולם[141]: ״דאלים כוח דציבורא בלא קניין כיחיד בקניין... דמשום הפקר ב״ד נגעו בה... ודין הציבור על קהלם כדין ב״ד לכל העולם... ואם באנו לבטל מכירתם, אם כן מה כוח ב״ד יפה?״. לפי זה, אנו חורגים מתחום המשפט הפרטי, ורואים בכל חוזה של קהל מעין תקנה. אין כאן מקום לדון בתוקף תקנת בית דין או תקנת ציבור. על כל פנים, ברור שהיא משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי.

עוד ייתכן לומר שגם מבחינה מוסרית־ציבורית יש תוקף מיוחד להבטחת הציבור או נציגיו. וכך מסביר המהרי״ק[142] את כוחו של הסכם הרבים: ״שהסכמת הרבים דרכי ה׳[143] דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום. לכך אמרו שיהא דבריהם קיימין, בזמן שכלם היו בהסכמה ובאגודה אחת, ולא יוכל אחד מהם לחזור בו ולהרוס מצב האמת והשלום״. אף בית הדין הרבני מסיים את דבריו ברוח זו[144]: ״כי פרנסי ציבור בשליחותם בעניני ציבור, אל להם להשתמש בטענות שההתחייבויות אשר הם מקבלים עליהם אינן מחייבות... דבור והתחייבות, ובעניני ציבור במיוחד, הם דברים שבקדושה... בל יחל דברו... ועי׳ בתשובת הרשב״ש, בסימן תקסו... צא וראה בכל קהילות הקדש איך הם מתנהגים בעניין זה, שלעולם אינם חוזרים.... ועוד שגנאי הוא לציבור לומר: מוטעים היינו״[145].

נציין שבית הדין אינו מבחין בין חוזה שהוא במסגרת סמכותו או מעמדו המיוחד של הציבור לבין חוזה פרטי רגיל שאחד הצדדים לו הוא ציבור, אך יש המקבלים הבחנה זו[146].

אכן יש ליזהר מהפרזה בשימוש בכלל זה בנוגע לרבים. בייחוד בימינו, שהרבה מן

[140] לעיל, הערה 123.

[141] סי׳ תקסו.

[142] שו״ת מהרי״ק, הוצאת מכון אורייתא, תשמ״ח, שורש קפא. וראה עוד שו״ת מהר״ם שיק, או״ח, סי׳ לד.

[143] אולי צ״ל: דרכיה או דרכיה׳ (=דרכיהם).

[144] פד״ר ו, 181.

[145] יש לציין כי אף הגהות המרדכי (לעיל, הערה 120) מסתמך גם על דין ״מתנה מועטת״ (ב״מ מט ע״א; יידון להלן, פרק שנים־עשר, ליד ציון הערה 49). והתקשה בדבר מ׳ אלון (לעיל, הערה 136), שהרי אין בזה כי אם משום ״מחוסר אמנה״, ולא דין ממש. אך לאור הסבר המהרי״ק, יש לומר כי ״מחוסר אמנה״ בציבור הופך להיות דין. אף בשו״ע, חו״מ, סי׳ רד, סע׳ ט, מובא דין זה של ״מתנה״ בציבור כדין ממש, על כל פנים לפי הבנת הגר״א, ולא רק כחיוב מוסרי של ״מחוסר אמנה״. עיין שם בסמ״ע, ס״ק יד, שכתב: ״מפני שבזה סמכה דעתו דלא יחזרו בם הרבים, גם מפני שאינו מגיע על כל א׳ כי אם דבר מועט״. אך הגר״א שם, ס״ק יא, כתב כי ״דברי הקהל א״צ קניין״, עיין ערוך השולחן שם, אות ט.

[146] ראה שו״ת תורת חסד, סי׳ קצח (הובא במשא חיים [לר״ח פאלאג׳י], מסים, מערכת ז), המצמצם, מכוח סתירה בדברי הרא״ש, את הדין הזה להסכם שנעשה לצורך קידום ענין ציבורי. אבל משא מלך (לר׳ יוסף בן עזרא), ח״ה, שער א, משפט ה, יישב את הסתירה בהבחנה בין התחייבות שעשה הציבור עם היחיד לזו שעשה היחיד עם הציבור. תשובות אלו וכיוצא בהן

החוזים נעשים כשלפחות צד אחד לחוזה הוא רבים, שותפות או חברה. האם כל אלו משוחררים ממגבלות חוזיות? נתיבות המשפט תמה: מדוע לא הובא בהלכות פועלים "דג' ששכרו פועל אינם יכולים לחזור?"[147]. הוא משיב: "ואפשר דדין זה אינו רק במלמד, שהוא דבר מצוה, ודמי קצת לנדר שהודר ברבים ועל דעת רבים". נראה מדבריו שהוא מדמה דין זה לדיני שבועות ונדרים. המקורות הנזכרים לעיל לא הזכירו במפורש אפשרות זו, אך לא נשללת האפשרות שהוא מעין נדר[148]. על כל פנים, נראה לצמצם דין זה לחוזה בעל עניין ציבורי, כנזכר לעיל. כך נראה לי להבחין בין גוף ציבורי המשרת את הציבור, כעירייה או בית כנסת, לבין גוף עסקי־רווחי. זאת בייחוד לאור האמור לעיל[149], שהמעמד המיוחד של "רבים" הוא מגדרי המשפט הציבורי: יש לציבור כוח כפייה כבית דין, מה שאין לומר כן על חברה ציבורית עסקית[150].

הובאו במאמרו של י' קפלן (לעיל, הערה 119), עמ' 419. וראה עוד: נחל יצחק, סי' כב; אמו"ר ז' ורהפטיג, "לתורת התמורה או העילה בחוזה העברי", בתוך ספרו: מחקרים במשפט העברי, הוצאת אוניברסיטת בר־אילן, תשמ"ה, עמ' 94.

147 ראה: נתיבות המשפט, סי' שלג, ס"ק א.

148 רמז לדבר ניתן אולי למצוא כבר בתורה. בפרשת בני גד וראובן, לאחר שמשה מוכיחם, והם מודיעים על נכונותם לצאת חלוצים לפני העם, מסכם משה: "בנו לכם ערים... והיֹצא מפיכם תעשו" (במדבר לב, כד). רש"י אומר: "לגבוה, שקבלתם עליכם לעבור למלחמה עד כיבוש וחילוק, שמשה לא ביקש מהם אלא: ונכבשה... ואחר תשובו (פסוק כב), והם קיבלו עליהם: עד התנחל (פסוק יח), הרי הוסיפו להתעכב שבע שחלקו. וכן עשו". כלומר, בעצם יכלו לשוב לביתם לאחר שבע שנות כיבוש הארץ, אך משום שאמרו "עד התנחל", נשארו בארץ גם בשבע שנות חלוקה.

נשאלת השאלה: מה חייב אותם להישאר? הרי לא אמרו בלשון שבועה או נדר, אלא כהבטחה בעלמא. ואף אם היו עושים קניין, אין זה אלא קניין דברים. וכך כותב בעל ספר החינוך, מצווה תז: "שנמנענו שלא לשנות בדיבור... ואלה הם הנדרים... מין פלוני של פירות אסורין עליו... אבל בענינים אחרים, כגון הנודר לחבירו דבר או האומר דבר פלוני אעשה או לא אעשה, שלא בלשון נדר ואיסר וקונמות, אע"פ שהוא מכוער, ולא יעשו כן רק פחותי הנפש בבני אדם, אינו עובר ב'לא יחל' אלא כענין שכתבנו. ואמנם על הכל נאמר בתורה 'מדבר שקר תרחק' (שמות כג, ז)". אם כן, מובן שהם מעצמם רצו שלא לנהוג מנהג מכוער. אך מלשונו של משה משמע כאילו הם חייבים לעמוד בדיבורם. ונשאלת השאלה: מה מקור החיוב? הרא"ם (מזרחי על התורה שם) מסביר את כוונת רש"י, ואומר: "לגבוה... הוא נחשב לנדר, כאדם שנודר להתענות, שאינו לתועלת שום אדם אלא לשם שמים בלבד, ונקרא נדר גבוה...". וקשה להבין, מה עניין עינוי לכאן? ועוד, הרי לא אמרו לשון נדר? אלא יש לומר שמכיוון שאמרו בציבור, קבל עם ועדה, נחשב דיבורם כשבועה או נדר מצווה. ועיין תוספות, ר"ה ו ע"א, ד"ה זו [להסבר אחר לחיובם של בני גד וראובן, ראה משך חכמה על במדבר לב, טז, ד"ה ובאופן אחר].

ואולי יש להסביר בדרך זו את הגמרא בבכורות מו ע"א, כי כהן שמטמא למתים יקבל עליו שלא יעשה כן וימשיך לעבוד. וברמב"ם, הלכות ביאת מקדש ו, ט: "יקבל עליו בב"ד". ניתן לבאר שהוא כעין דבר הנעשה ברבים, שקרוב להיות נדר, אם כי, אינו נדר ממש, כמבואר בסוגיא בבכורות שם.

149 ראה לעיל, הערות 137-141.

150 וכן מבחין מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, בפד"ר יד, 351 (=תחומין יב [תשמ"ט], עמ' 279) בין ז' טובי העיר, שהם כבית דין או כמלך, לבין גבאי ישיבה. עיין שם. אולם ראה פד"ר ו

במקום אחר, מצמצם בית הדין הרבני[151] דין זה להסכם שנעשה על פי הכללים שקבעו הציבור. כך, למשל, הסכם של חברי מפלגה לתמוך במינוי פלוני לתפקיד ציבורי, כשלא אושר על ידי מועצת הסניף, כנדרש בתקנון, אינו מחייב.

בשולי פרק זה, יש להעיר כי כשמדובר בציבור, יש נטייה מסוימת להשתחרר מהגבלות המשפט הפרטי, במיוחד בתחום החוזי. מלבד האמור בפרק זה, מצינו כך גם בעניין איסור ריבית[152]. השאלה המתעוררת היא: מה הבסיס לנטייה זו? היש כאן שאיפה להתפתחות משקית־כלכלית המבקשת להשתחרר ממגבלות המשפט הפרטי? האם זו מגמה רצויה? שם, בעניין ריבית, ראינו מגמה להקל בציבור, ואילו בנידון דידן — חוזה של רבים — המגמה היא להחמיר, כאמור לעיל. וכבר הערנו על כך לעיל, סוף פרק שני. היש עוד הבדלים בין מעמדו של הציבור לעומת מעמד היחיד[153]? אלו הן שאלות החורגות מתחום דיוננו, ועדיין הן מצפות לגואל.

ג. סיכום

בפרק זה עסקנו בשאלת דרך עשיית החוזה. בפשטות נראה שאין די בגמירת דעת, ויש צורך גם במעשה קניין מתאים או בהנאה מוגדרת שמקבל המתחייב, הבאה במקום מעשה קניין. עמדנו על השאלה: האם הקניין, וכן "בההיא הנאה" הבא במקומו, משמש כיסוד נוסף, חיוני, לתוקפו של החוזה, או שמא אינו בא אלא להביא את הצדדים לגמירת דעת או לבטא את גמירת הדעת? לפי אפשרות זו, השנייה, קל יותר להכיר בחריגים שבהם גמירת דעת מוחלטת מספיקה כדי ליצור חוזה.

ראינו דוגמה מעשית בימינו להלכה זו בנושא האימוץ: ההורים נחשבים כמתחייבים לזון את ילדם, אף על פי שלא עשו קניין, ואף לא התחייבו במפורש לזונם. עוד ראינו שהשימוש במוסד המשפטי של "בההיא הנאה" אף עדיף לעתים ממעשה קניין, והוא מתגבר על מגבלות חוזיות שונות, כגון דבר שלא בא לעולם. ושוב נוח יותר להסביר זאת אם באופן עקרוני די בגמירת דעת כדי ליצור חוזה.

בחלק השני של הפרק, ראינו דרכים אחרות העוקפות מגבלות חוזיות. דרך פשוטה

315, 323, שהכירו בתוקף חוזה של קונה דירה מחברה ציבורית לשיכון ופיתוח מכוח דין "רבים". וצריך עיון.

[151] ראה פד"ר יח, עמ' 108, 115. אמנם עדיין נאמר בפסק הדין שיש בזה משום "מחוסר אמנה" (ראה להלן, פרק שנים־עשר, סעיף א), אם חזרו בהם.

[152] ראה: שו"ת איגרות משה, יו"ד, ח"ב, סי' סג; חלקת יעקב (להרב מ"י ברייש), ח"ג, סי' קצ-קצא; הרב ר' קצנלבוגן, "מסביב לבעית הרבית", נועם יב (תשכ"ט), עמ' שכב. דבריהם הובאו לעיל, סוף פרק שני.

[153] לציבור יש גם דין שונה ביחס לפיקוח נפש בשבת. ראה, למשל, משנה ברורה, סי' שלד, ס"ק לד. מכאן השפעה על שאלת עבודת המשטרה בשבת. ראה: הרב א' דסברג והרב י' רוזן, תחומין ב (תשמ"א), עמ' 66.

היא לתלות את ההבטחה שאינה בת־קניין בחיוב ממון (בלא אסמכתא)[154]. דרך נוספת היא שבועה שיש בה יסוד אישי, ולא קנייני, ולכן אינה כפופה למגבלות הקניין. אלא שעמדנו על השאלה: האם השבועה מחזקת את החוזה, בייחוד אם היא ראיה לגמירת הדעת? או שמא היא פועלת מכוחה היא?

כיוצא בזה שאלנו ביחס למנהג ה"מרפא" התחייבות אב למסור את בנו למוהל מסוים, לכמה דעות: האם זו התחייבות מחוזקת? או שמא המנהג פועל מכוחו של תוקף המנהג כשלעצמו? סיימנו בכלל שנמצא בראשונים אודות חוזה של רבים, נציגי הקהל, שאינו כפוף למגבלות דיני הקניין, וההסבר המקובל לתקפתו הוא שאנו נמצאים בשולי המשפט הציבורי. אמנם דומה שעדיין כלל זה דורש עיון ומחקר באשר להיקפו ולמידת השימוש בו.

[154] דרך דומה מצינו ביחס לנדרים. הנדר הוא איסור חפצא (נדרים ב ע"ב), ולכן אין אדם יכול לאסור על עצמו פעולה או מחדל בדרך נדר, אלא שהנודר אומר: ייאסרו עליי פירות אלו, אם אעשה כך וכך.

נספח: הרחקה משבועה

בהערה 57 הבאתי מקורות המזהירים גם משבועת אמת. לכאורה, נחלקו הרמב״ם (הלכות שבועות, יא, א; וספר המצוות, עשין ז), והרמב״ן (השגות לספר המצוות, שם) אם מצוה להישבע או שהוא רק רשות, ונדרשים תנאים מיוחדים, כדברי הרמב״ן שם.

אך נראה שאף הרמב״ם לא דיבר כי אם בשבועת הדיינים, שהיא שבועה ראייתית על העבר בפני בית דין. אבל שונה הדבר באשר לשבועה על העתיד, שיעשה כך וכך, חוץ משבועה על קיום מצוה ״כדי לזרז עצמו״, לעשות דבר שחייב בו ממילא (רמב״ם שם, הלכה ג).

כך כותב הרמב״ם (הלכות שבועות, יב, ז): ״צריך להזהר בקטנים הרבה וללַמד לשונם דברי אמת בלא שבועה, כדי שלא יהיו רגילין להשבע תמיד כגוים. וזה הדבר כמו חובה על אבותיהם ועל מלמדי תינוקות״.

קטנים אינם נתבעים בבית דין, וודאי מדובר כאן בהבטחה בשבועה לחברו לעשות דבר בעתיד (ועיין סוכה מו ע״ב ומהר״ץ חיות שם). ונשמע מכאן כי בזמן הרמב״ם נהגו הגויים לחזק הבטחותיהם על ידי שבועה, ואין זו דרכם של ישראל. כיום גם הגויים אינם נשבעים, והם מוצאים פתרונם למריבותיהם במסגרת דיני החוזים למיניהם. אם כן, קל וחומר שאנו, שנזהרים מאוד בשבועות, צריכים להימנע מכך ככל האפשר. אמנם בגדולים לא די ״ללמד לשונם דברי אמת״, ויש צורך באמצעים אחרים לחיזוק כוחה של הבטחה שאינה נכנסת לדיני החוזים, כמו תלייתה בחיוב ממון (לעיל, סעיף ב, 1), ולא להיזקק לשבועה, ובייחוד לא שבועה על עשייה עתידית, שקשה לדייק בביצועה. ראה לעיל, הערה 51.

פרק שנים־עשר

החובה לשאת ולתת באמונה

התוכן

א. בין מוסר למשפט 409
1. מי שפרע 410
2. מחוסר אמנה 411
3. תרעומת 412
4. מידת חסידות 414
5. משמעות משפטית למחוסר אמנה 415
6. דוגמה לחיוב — ה״חותמים״ לקנות ספרים לפני הדפסתם 417

ב. חיוב מכוח הסתמכות על הבטחה — ערבות 419
1. ״בההיא הנאה״ 421
2. ערבות 422
(א) הסבר הדין 422
(ב) מחלוקת הרמב״ן והרשב״א 423

ג. חיוב מכוח הסתמכות — דוגמאות לחיוב 426
1. הבטחה לשלם קנס או פיצויים על הפסד 426
2. שיטת הריטב״א: התחייבות מדין ערב 429
3. הפרת הבטחת עבודה 430
4. קבלת אחריות על ידי השומר בלא קניין 431
5. דין ערב בשליח 433
6. היקף החיוב ויחסו לנזיקין 435
7. התחייבות שלא לגרום נזק 437

ד. חיוב מכוח הסתמכות במקום שחוזה עם קניין אינו תקף 438
1. הבטחה בדבר שלא בא לעולם 438
2. הסתמכות הלוקח על דברי המוכר 440
3. הבטחה ב״קניין דברים״ 443

ה. סיכום והשוואה 445
1. בין מוסר למשפט 445

2. השפעת החיוב על התפיסה החוזית בכללה 446
3. השוואה למשפט הנוהג 447
נספח: החינוך למידת האמת 451

פרק שנים־עשר

החובה לשאת ולתת באמונה

א. בין מוסר למשפט

החובה לשאת ולתת באמונה היא ערך יסוד במשפט העברי, והיא באה לידי ביטוי במקרא ובמדרשי חז״ל[1]. כמה פנים לחובה זו: בשעת כריתת החוזה אסור לו לאדם להונות את חברו (איסור אונאה), לזייף את משקלותיו, לגנוב את דעתו[2] ועוד כיוצא בזה. אולם חובה זו משמעה גם שבמשא ומתן מוקדם לקראת גמר העסקה, הצדדים חייבים לשאת ולתת באמונה.

מתוך חובת התנהגות זו, נעסוק בחובתו של האדם לעמוד בדיבורו ולא לחזור בו. כלומר, במשא ומתן בין צדדים שלא הגיע לכלל חוזה משפטי בר־תוקף, אם משום שעדיין לא נעשה מעשה קניין, ואפילו נעשה קניין אלא שזהו חוזה עתידי שאינו מחייב, או אף שנעשה בדרך התחייבות אך אין בו יסוד חפצי והוא בגדר קניין דברים (כהתחייבות להינשא), כמתואר בפרקים הקודמים — קיימת בכל זאת חובה על האדם לעמוד בדיבורו. מה משמעה של חובה זו? האם אינה אלא חובה מוסרית גרידא? או שמא יש לה, לפחות בנסיבות מסוימות, אף משמעות משפטית?[3] עיקר הדיון בעניין זה מצוי בגמרא במסכת בבא מציעא. שם נאמר כי במסגרת משא ומתן בין צדדים, לפני שמלאו התנאים לגמר העסקה, קיימים שלבים מוקדמים בעלי תוקף מוסרי, בדרגות שונות. נסקור אותם להלן בקצרה מן החמור אל הקל[4]. כפי שנראה להלן, יש

[1] ראה: מכילתא פרשת בשלח, פר׳ טו, כו על הפסוק ״והישר בעיניו תעשה״; שבת לא ע״א; בבא מציעא מט ע״א. מקורות אלו ואחרים לוקטו ונידונו על־ידי ד״ר ש׳ ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ׳ 16 ואילך.

[2] כגון, אי־גילוי מום בנשוא המיקח; ראה: רמב״ם, הלכות מכירה, יח.

[3] לעיל פרק שני סעיף ב, בדיון על ״פריעת בעל־חוב מצווה״, ראינו כי יש אומרים שאין זו אלא חובה דתית. אולם שם מדובר בחוזה תקף — חוזה הלואה שנגמר עם קבלת המעות — והחובה לפרוע היא בת־כפיה כמוסבר שם, ואילו כאן אנו עוסקים בחובה ״לא מושלמת״, כאמור.

[4] לא ניכנס כאן לשאלת היחס בין משפט ומוסר. ראה מה שכתבו בעניין זה: הרב הרצוג, בספרו על המשפט העברי (לעיל, פרק ראשון, הערה 17), עמ׳ 381; מ׳ זילברג, כך דרכו של תלמוד, פרקים ו-ז; מ׳ אלון, המשפט העברי, עמ׳ 171. נציין רק, כי ריבוי השלבים המוסריים

שהחובה האישית־מוסרית כשלעצמה — חובת האדם לעמוד בדיבורו — מקבלת משמעות משפטית, ואף זו אחת הדרכים שהורחב בהן מעגל ההתחייבויות ואף התחזק.

1. מי שפרע

המשנה אומרת: "נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות, יכול לחזור בו, אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו" (ב"מ ד, א). בגמרא שם[5] נחלקו האמוראים אם מתן מעות מהווה קניין במיטלטלין מן התורה. להלכה הכול מודים שקניין מעות אינו מהווה קניין במיטלטלין. אולם מכיוון שהיה כאן דיבור מלווה במעשה, מטילים נזיפת קללה על החוזר בו. הגמרא[6] מסבירה שאין איסור לקללו, שהרי הוא נחשב כמי שאינו "עושה מעשה עמך", ומסביר רש"י שם: "דכתיב: 'שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב' (צפניה ג, יג)"[7].

פרטי ההלכה מבוארים שם בגמרא ובפוסקים[8]. על כל פנים, יש לזכור כי זו סנקציה מוסרית, שבחברה שומרת מצוות יש לה ערך מעשי רב. אם כי בית דין לא יכפה את החוזר בו לעמוד בדיבורו, לא ירצה אותו אדם להתקלל קללת "מי שפרע". לעסקה זו של מתן מעות בלא משיכה יש גם משמעות משפטית מסוימת. זכות החזרה של הצדדים אינה אומרת בהכרח שאין לעסקה שום תוקף משפטי. הדברים אמורים בעיקר לדעת ר' יוחנן[9] — והלכה כמותו[10] — שהמעות קונות מן התורה, ורק רבנן תיקנו קניין משיכה במקום מעות. כך הוא ביחס לכסף שניתן למוכר. עד שאחד הצדדים חוזר בו, הכסף נחשב כשלו. ויש נפקא מזה לעניין קידושי אישה[11], שימוש במעות ואחריות המוכר אף להפסד אונסין[12].

ביחס לנשוא המיקח, הרי הוא ברשותו של המוכר כדי שיצילנו בשעת דלקה. עם זאת, דעת מיעוט היא שכל זמן שלא חזר בו הלוקח, המיקח חל, והמוכר אינו אחראי

והשלכותיהם, כמבואר להלן, מטשטשים במידת־מה את ההבדל בין מוסר ומשפט, והדברים ארוכים.

[5] מז ע"ב.

[6] מח ע"ב.

[7] ד"ה בעושה. פסוק זה נדרש בגמרא בכמה עניינים לומר כי אין אדם חוזר בו מדיבורו, ראה: פסחים צא ע"ב ובמקבילות שצויינו בגליון שם.

[8] רמב"ם, הלכות מכירה, ז, א; טור ושו"ע, חו"מ, סי' רד.

[9] ראה לעיל ליד ציון הערה 5.

[10] טור, שו"ע, חו"מ, סי' קצח, סעיף א.

[11] ראה: רש"י, ב"מ מח ע"א, ד"ה קאי באבל; סמ"ע, סי' קצח, ס"ק ג; נתיבות המשפט (באורים), ס"ק ב. וראה עוד: רמב"ם, הלכות מעשר, ה, א, בעניין קביעות למעשר.

[12] ראה: רי"ף, ב"מ ל ע"א (בדפי הרי"ף); תוספות, ב"מ מג ע"א, ד"ה מאי; טור ושו"ע, חו"מ, סי' קצח, סע' טו ובנושאי הכלים. אמנם עניינים אלו יכולים להתפרש אף אם נאמר שהקניין בטל לגמרי אלא שהכסף הוא כמעות מלווה ביד המוכר; ראה: כסף הקדשים, חו"מ, סי' קצח, סעיף א; דברי ירוחם (לסבי ר' ירוחם אשר ורהפטיג ז"ל) סי' טז. בסי' יז שם, נידונה השאלה, אם לכשמשך הלוקח חל המיקח למפרע משעת מתן מעות.

לאונסין של נשוא המיקח[13]. גם בעניין אחר, איסור ריבית, יש אומרים שהמיקח נחשב כבר ברשותו של הלוקח, מפני שדין "מי שפרע" מבטיח שלא יחזרו בהם[14].

עוד נציין שכבר הראשונים דנו בשאלה: האם אין דין "מי שפרע" נוהג אלא בקניין כסף שקונה מן התורה? או שמא הוא קונה בעוד דיבורים המלווים במעשים? וכן האם הוא נוהג במקום שאף קניין גמור לא היה תקף, כמיקח בדבר שלא בא לעולם[15]?

2. מחוסר אמנה

אם היה רק דיבור על משא ומתן, בלא מעשה, כגון שהסכימו המוכר והלוקח בדיבור בלבד על עריכת מיקח ביניהם, ועתה אחד מהם חוזר בו, הרי הוא נחשב מחוסר אמנה. שנינו: "כל המטלטלין נקנים במשיכה, וכל המקיים את דברו רוח חכמים נוחה הימנו" (שביעית י, ט). הבחנה זו נתבארה יותר בברייתא המובאת במסכת בבא מציעא[16]: "אין דינר זהב קונה טלית, מ"מ כך הלכה, אבל אמרו: מי שפרע.... והנושא ונותן בדברים, לא קנה; והחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו". בגמרא שם מובאת מחלוקת בין רב ור' יוחנן אם דברים יש בהם משום מחוסר אמנה, והגמרא מביאה ראייה מברייתא זו לשיטת ר' יוחנן[17]. אין מדובר רק במיקח וממכר, אלא אף במתנה, אם כי לא במתנה מרובה, אלא מועטת, שבהם סומכת דעתו של המקבל על הבטחתו של הנותן. מכאן שמחוסר אמנה הוא במקום שסמכו הצדדים זה על זה[18]. במיקח וממכר, כשאחד הצדדים חוזר בו מסיבות כלכליות, כגון שינוי השער, נחלקו הראשונים בשאלה אם הוא נחשב מחוסר אמנה אם לאו, והרמ"א פסק כאפשרות הראשונה[19]. אף כאן נחלקו הדעות אם מחוסר אמנה נוהג במקום שאף קניין גמור לא היה מועיל, כגון בעניין דבר שלא בא לעולם או קניין דברים[20].

[13] ראה: בעל המאור על הרי"ף, ב"מ כח ע"ב (בדפי הרי"ף); ב"י, חו"מ, קצח, ס"ק יג.

[14] ראה: ב"מ סב ע"ב; תוספות, שם ד"ה אע"פ.

[15] ראה: שיטה מקובצת, ב"מ מז ע"א, בשם הר"י מיגאש ובשם הרשב"א; נימוקי יוסף, ב"מ כח ע"ב (בדפי הרי"ף); ב"י, חו"מ, סי' רד, ס"ק ה; קצות החושן, שם, ס"ק ב. וכבר עסקנו בשאלה זו לעיל, פרק חמישי, ליד ציון הערה 225.

[16] מח ע"א, מט ע"א (ראה: רש"י שם מט ע"א, ד"ה אבל אמרו; דקדוקי סופרים שם).

[17] לפי זה, "מחוסר אמנה" עומד בדרגה שווה ל"אין רוח חכמים נוחה הימנו". מכאן קשה על הר"ש בשביעית, שם, שמבחין ביניהם, וכבר עמדו על זה: הראנ"ח, בתשובותיו, ח"א, סי' קיח, ובעל העמק שאלה על השאילתות, פרשת ויחי, שאילתא לו, אות א. וראה עוד אוצר מפרשי התלמוד, ב"ק עט ע"ב (להלן, הערה 59).

[18] רמב"ן, מלחמות ה', ב"מ כט ע"ב (בדפי הרי"ף). מכאן גם שבדברים על מיקח וממכר, יש צורך בפיסוק דמים. ראה: פי' ריבמ"ץ לשביעית שם; אוסף פד"ר (ורהפטיג), עמ' סד; חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ראשון, סעיף ד.

[19] חו"מ, סי' רד, סע' יא, וכ"ה דעת המחבר — ראה סמ"ע, שם, ס"ק יב. אולם ראה: ביאור הגר"א, שם ס"ק יח; ערוך השולחן, אות ח.

[20] לדעת הרא"ש, בתשובותיו, כלל קב סי' י, כל שאינו יכול לקנותו בקניין, כגון דבר שלא בא לעולם או קניין דברים, אין בו משום מחוסר אמנה, ולכן הוא אומר כי החוזר בו מהבטחה

לדעת כמה מן המפרשים, המקור לדין מחוסר אמנה הוא בדרשת הגמרא על הפסוק "הן צדק" — "שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק"[21] (ב"מ מט ע"א). אך לדעת הרבה מן הראשונים, דרשה זו אומרת "שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב", כמובא שם, אך אין כאן מקור לאסור חזרה מדבריו לאחר שאמרם[22]. על כל פנים, לפנינו שלב נמוך יותר מ"מי שפרע", שאין בצדו סנקציה של קללה, אלא רק קריאת שם של "מחוסר אמנה". במפרשים מבואר שמכריזים עליו בבית דין או בציבור, ומוכיחים אותו על שאינו עומד בדיבורו[23]. לפני שנדון בשאלה אם יש משמעות משפטית למושג זה, נזכיר שלבים נוספים במישור המוסרי הנזכר לעיל.

3. תרעומת

בכמה מקומות בתלמוד נאמר שהחוזר בו מעסקה שעדיין לא קיבלה תוקף משפטי, אין לצד השני תביעה ממונית כלפיו כי אם תרעומת[24]. "תרעומת" הוא מושג משפטי האומר כי לצד לעסקה שנפגע יש זכות להתרעם על המפר, ובכמה מקומות בגמרא[25] נידונה שאלת קיומה של זכות זו. התרעומת מצויה הרבה בהסכמי עבודה. כך, למשל, נאמר בברייתא: "השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותם, אין להם זה על זה אלא תרעומת" (ב"מ עו ע"ב). הכוונה היא למקרה שאחד הצדדים חזר בו לפני שהחלה המלאכה, ועדיין לא היה ביניהם הסכם תקף, וכפי שנראה להלן, גם לא נגרמו הפסדים לצד השני. מהי סיבת התרעומת? האם היא תלויה בדין מחוסר אמנה? האם החוזר בו נחשב למחוסר אמנה? הסמ"ע[26] טוען שכשיש סיבה לחזרה, השאלה תלויה במחלוקת הראשונים הנזכרת לעיל[27], ביחס לחוזר בו ממשא ומתן שבא לידי הסכם דברים, בטרם נעשה מעשה קניין, משום שינוי השער. אלא שאף לדעת

למוהל שימול את בנו, אינו מחוסר אמנה. אמנם המהר"ם חולק — ראה בתשובותיו, דפוס פראג, סי' תתקמט, וכן נפסק להלכה. ראה: בית יוסף ודרכי משה, ס"ק ד, על טור יו"ד, סי' רסד; הגהות הרמ"א שם, ס"א; ש"ך, ס"ק טז, ט"ז, ס"ק ה, גר"א, ס"ק יב-יג, ויד אברהם שם; ולעיל, פרק חמישי, הערות 194-193, וצ"ע בדעת הרא"ש שלכאורה סותר את עצמו. וכן משמע בתשב"ץ ח"א סי' צד (נזכר לעיל, פרק שישי, הערה 26) כי יש בזה משום "הין צדק" שיעמוד בדיבורו.

[21] ראה: בעל המאור על הרי"ף, ב"מ כט ע"ב (בדפי הרי"ף); סמ"ע, חו"מ, סי' רד, ס"ק יב.

[22] ראה: רמב"ן (הערה 18) ורשב"א ב"מ שם; אנציקלופדיה תלמודית, ערך הן צדק, כרך ט, עמ' תסג.

[23] מהר"ם מינץ סי' קא. וראה גם הגהות מרדכי, ב"מ, פ"ד סי' תנא; בית יוסף, חו"מ סי' קפג, מחודש ד, בשם העיטור, שלישות ממון, דף מד ע"א, כי מודיעים לו עונשו. נימוקי יוסף בסוגיית ב"מ שם כט ע"א (בדפי הרי"ף), אומר שאף הוא נחשב — "לאו עושה מעשה עמך", וכן הוא במהר"ם מינץ הנזכר לעיל.

[24] אמנם ה"תרעומת" מופיעה לא רק אצל החוזר בו מדיבורו, אלא גם במקרים אחרים של אי־הגינות עסקית. ראה, למשל: ב"מ מט ע"א; עו ע"א; עו ע"ב; ירושלמי ב"מ ה, ג.

[25] ב"מ עו ע"א, עט ע"א-ע"ב. וראה עוד מה שכתב רש"י, ב"מ נב ע"ב, ד"ה אם לחסיד, על משמעות דין תרעומת.

[26] חו"מ, סי' שלג, ס"ק א, ועיין בב"ח שם.

[27] ראה ליד הערה 19.

הסוברים שאינו נחשב מחוסר אמנה, יש לו לצד השני תרעומת משום הטורח להחליף פועל או בעל בית, כמובא בדברי הראשונים לסוגיית בבא מציעא[28,29]. הש"ך מסיק מסקנה מעשית מנימוק זה, ואומר שבמקום שאין טרחה אין תרעומת[30]. מדברי הרמב"ן שם[31] משמע שאין בהחלפה זו כדי תרעומת, אלא שבמקום שאין הפסד לפועלים, כי לא היה מעביד אחר, והוא הדין להפך — יש להם תרעומת משום אכזבתם[32]. נימוק בעל משמעות רחבה לתרעומת נמצא בחידושי הריטב"א[33], והש"ך כנראה לא ראה את דבריו: "איכא תרעומת, או משום דמחזי כחוכא (צחוק); או משום דקפדי על שינוי דעתא כשנשכרין לאחרים, כדאמרינן בגמרא גבי ספינה[34]; או משום לזות שפתיים, שסבורין העולם דעילה מצאו זה בזה". לפי זה, נראה שכמעט בכל חזרה יכולה להיות עילה לתרעומת.

אף במקום שהחוזר בו נקרא מחוסר אמנה, יש אומרים שאין לו לצד השני אלא תרעומת, וכוונתם לומר שיש לו רק תרעומת, ולא תביעה ממונית. כך נמצא בגמרא[35] ביחס לישראל שהבטיח מעשר לבן לוי, וחזר בו ונתנו לבן לוי אחר. מכאן גם

[28] ראה רש"י (ד"ה אין), תוספות (ד"ה אין), ורא"ש, ב"מ, פ"ו, סי' ב, וטור, חו"מ, סי' שלג, שם.

[29] לדעתי, אין הכרח לתלות את השאלה של מחוסר אמנה במחלוקת הראשונים הנ"ל. הגמרא במסכת בבא מציעא, ביחס להסכמי עבודה, אינה מזכירה כלל דין מחוסר אמנה. דין מחוסר אמנה מבוסס על העובדה שהצד השני סומך על דבריו (ראה ליד ציון הערה 18). כך הוא המצב בהסכם דברים על מו"מ, אך לא כן בהסכם עבודה. השיטה מקובצת, ב"מ עו ע"ב, בשם הראב"ד והרשב"א אומר: "אם לא הלכו חמרים ופועלים למקום המלאכה, וגם הוא לא קרא אותם, דומה דלא סמכא דעתייהו אהדדי, ומשום הכי אין להם זע"ז אלא תרעומת". נראה שביחסי עבודה קל ואף מצוי להחליף פועל או מעביד, ואין צד אחד סומך על השני לאחר דיבור בעלמא, וייתכן שהחוזר בו לא ייחשב מחוסר אמנה. "קולו" של הסכם עבודה ניכר גם מדברי בעל ערוך השולחן, חו"מ, סי' שלג, אות א, הסובר שאם בעה"ב חוזר בו כי אינו זקוק למלאכה עוד או ששמע שהפועל אינו מתאים, וכן להפך מצד הפועל, אין בהם משום תרעומת.

[30] ש"ך, חו"מ, סי' שלג, ס"ק א.

[31] ב"מ עו ע"ב, ד"ה והא דקתני. וראה גם נימוקי יוסף, ב"מ מז ע"א (בדפי הרי"ף), בשם רמב"ן, שהובא על ידי הש"ך הנ"ל.

[32] הש"ך הנ"ל משתדל ליישב בין הרמב"ן ונימוקי יוסף לבין התוס' והרא"ש הנ"ל (הערה 28), ואינו מציג דבריהם כשתי שיטות. אמנם דברי הרמב"ן ונמוקי יוסף צריכים בירור, כיוון שלכאורה סותרים את עצמם, ביחס לשאלה אם טורח הוא סיבה לתרעומת. אף שיטת הרא"ש טעונה עיון, כי הטור (חו"מ סי' שלג; וכן קצור פסקי הרא"ש, ב"מ, פרק ו, אות ב) מבין שהרא"ש חולק על פירוש "תרעומת" לפי דעת הרמב"ן, אך מן השו"ע, שם, סעיף ב, משמע שהבין כי הרא"ש מקבל גם פירוש זה ל"תרעומת". וראה עוד תוס' הרא"ש, ב"מ שם, והערת המוציא לאור שם.

[33] חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ עה ע"ב, הובא גם בשיטה מקובצת שם.

[34] ב"מ עט ע"ב. אשר לראיה זו, ראה מה שכתבו הרמב"ן והש"ך (לעיל, הערות 31-30) וקצות החושן, שם, ס"ק א. נראה שהריטב"א הבין שלאחר תירוץ הגמרא שם, "משום שינוי דעתא", הורחבה מסגרת התרעומת לכל או כמעט לכל חזרה.

[35] ב"מ מט ע"א, ונחזור לדון בסוגיית הגמרא להלן.

שה״תרעומת״ אינה דווקא שלב נמוך מ״מחוסר אמנה״, אלא מושג המבטא את זכותו של הנפגע ולא את מעמדו המוסרי של החוזר בו[36].

4. מידת חסידות

מידת חסידות מבטאת התנהגות מוסרית שהיא מעבר לדין, והיא קרובה למושג ״לפנים משורת הדין״[37], ומצינוה בכמה ענייני ממון בין אדם לחברו[38].

בעניין שלנו — עמידתו של אדם בדיבורו — מצינוה בתלמוד הירושלמי בסוף מסכת שביעית[39]. מסופר שם כי רב לא היה חוזר בו ממתנה שאמר ליתן לפלוני. על כך מקשה הגמרא ממקום אחר שבו מסופר כי רב אמר למוכר בדברים שרשאי לחזור בו משום שהתייקרה הסחורה[40]. והגמרא עונה כי לפי מידת הדין יכול לחזור בו, אלא שרב נהג במידת חסידות. הרי לפנינו כי אפילו לדעת רב, שבדברים אין משום מחוסר אמנה, כלומר אין נורמה כללית המחייבת את האדם לעמוד בדיבורו בעסקי משא ומתן, מידת חסידות היא שלא לחזור בו. אמנם אין מכאן ראיה לשלב מוסרי נמוך יותר ממחוסר אמנה, כי ייתכן של״מחוסר אמנה״ של ר׳ יוחנן קורא רב ״מידת חסידות״[41]. אך ייתכן שדברי רב מכוונים בעיקר לחסידים ויראי ה׳, שראוי להם לעמוד בכל דיבור שלהם, ואולי אף במחשבתם. כך מצינו כי הגמרא במסכת בבא בתרא[42] אומרת כי ירא שמים שגומר בלבו לקנות ירק, קנאו בנסיבות שאחר לא קנאו, ונתחייב במעשר. וכך אומר המאירי בסוגיית הבבלי[43]: ״ומכל מקום דרכם של חסידים לקיים דבורם בכל מה שהם מתנים. וקצת חסידים נאמר עליהם שאף במה שגמרו בתוך לבם, שלא הוציאו בפה, היו מקימים... והוא שאמרו[44]: ׳ודובר אמת בלבבו׳ (תהלים טו, ב), כגון רב ספרא״[45].

[36] הש״ך, חו״מ סי׳ שלג ס״ק א (לעיל, הערה 30), וסי׳ שלב, ס״ק כב, טרח למצוא נפקא מינה מעשית בדין תרעומת, היינו כמשפיע על פרשנות חוזה בין בעל הבית והפועלים. בשיטה מקובצת, ב״מ צד ע״א, בשם הראב״ד, מבואר, כי דין ״תרעומת״ משפיע על דין ״בעליו עמו״, ביחס למי שנשאל עם פרתו לפלוני בלא קניין, שמכיוון שוודאי לא יחזור בו משום ״תרעומת״, נחשב כנשאל לשואל. וראה עוד לעיל, הערה 25.

[37] ראה: רמב״ם, הלכות דעות, א, ה; מורה נבוכים, ח״ג פנ״ג.

[38] ראה: ב״מ נב ע״ב; שבת קכ ע״א; חולין קל ע״ב — ובכולם הוא בשם רב חסדא!

[39] י׳, ט.

[40] השווה לבבלי, ב״מ מח ע״ב ומט ע״א.

[41] כך משמע מדברי הגר״א ב״שנות אליהו״ על המשנה בשביעית שם. וראה עוד: שו״ת אגרות משה, חו״מ, ח״ב, סי׳ נח.

[42] פח ע״א.

[43] מאירי, ב״מ מט ע״א. וכן משמע מן הרמב״ם, הלכות דעות, ה, יג (אולם ראה גירסה אחרת בכסף משנה שם), וכל הפרק שם מוקדש להנהגת תלמיד חכם. וראה עוד: מ׳ זילברג (לעיל, הערה 4), עמ׳ 123, ושם בהערה 107.

[44] ב״ב שם. ושם נדרש על רב ספרא כי לא היה משנה מן המחיר שגמר בלבו, אף שהצד השני לא ידע על כך, והציע להוסיף עליו. יצוין עוד, כי הגמרא בשבת (לעיל, הערה 38) מבחינה בין חסיד וירא שמים, עיין שם.

[45] וראה עוד: גליון הש״ס לירושלמי שם שמפנה לתוספות, ב״מ מז ע״ב, ד״ה או, האומר שצדיקים,

5. משמעות משפטית למחוסר אמנה

כבר אמרנו כי דין "מחוסר אמנה" הוא סנקציה מוסרית פחותה מן "מי שפרע". ואף על פי שאינו צריך לקבל עליו קללת בית דין, מכריזים עליו בבית דין או בציבור, כאמור לעיל[46]. אולם אין כופין אותו לעמוד בדיבורו או לשלם פיצויים, ומכאן שאין מוציאים פסק דין נגדו, וודאי שאין יורדים לנכסיו[47]. עם זאת, בכמה מקומות בתלמוד ובראשונים מצינו שמחוסר אמנה אינו נתפס רק כמושג השייך לתחום המוסרי, אלא שיש לו משמעות אף במישור המשפטי, כמבואר להלן[48].

בסוף סוגיית בבא מציעא[49] בעניין מחוסר אמנה, מביאה הגמרא ראיה מדברי ר' יוחנן במקום אחר, שבמתנה מועטת יש משום מחוסר אמנה: "ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי, בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. אי אמרת בשלמא, לא מצי למיהדר ביה, משום הכי רשאי. אלא אי אמרת, מצי למיהדר ביה, אמאי רשאי? אישתכח דקא אכיל טבלים". ומסביר רש"י: "משום הכי רשאי, שיש לו לסמוך על מה שכתוב (צפניה ג, יג): 'שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב', ולא יתננו ללוי אחר...". ומתקשים המפרשים: והרי אף על פי שאינו רשאי לעשות כן, ואם יחזור בו יהא מחוסר אמנה, אין כור המעשר קנוי לבן הלוי, אלא רק מובטח לו, כפי שהגמרא עצמה אומרת שם, שאם חזר ונתנו לאחר, אין לבן הלוי אלא תרעומת[50]. לפי חלק מהתירוצים שנאמרו בעניין, נשמע שזהו דין מיוחד בעניין המעשרות, אך יש שהסיקו מכאן על המשמעות המשפטית של מחוסר אמנה בכלל[51]. על כל פנים, לפנינו דוגמה האומרת שיש לדין מחוסר אמנה משמעות משפטית, ולא רק מוסרית.

אף בלא תקנת מי שפרע, לא יחזרו בם לעולם; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' סט. להלן עוד נעמוד על חובת האדם לעמוד בדיבורו. וראה לפי שעה: שו"ת הרי"ף (לייטר), סי' רכג; שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' פא, קלה; ח"ה, סי' סז. בשו"ע הרב, הלכות מכירה ומתנה, סע' א, נאמר: "וכן כל כיוצ"ב (כסיפור רב ספרא הנ"ל) בשאר דברים שבין אדם לחבירו יש לו לקיים מחשבות לבו, אם גמר בלבו לעשות איזה טובה לחבירו ויש בידו לעשותה. אבל צרכי עצמו, כל שאין בהם סרך מצוה, אין צריך לקיים אפילו מוצא שפתיו". תמצית דבריו הובאה בפתחי חושן, הלואה, פ"ב, סע' טז. אבל המעיין בראש דבריו של שו"ע הרב שם ייווכח שזו הדרכה לירא שמים דווקא, ולוואי שנזכה לכך.

[46] ראה לעיל, הערה 23.

[47] ראה: מרדכי, ב"מ, פ"ד, סי' שיב; תשב"ץ ומהר"ם מינץ (לעיל, הערות 20, 23); אוסף פד"ר (ורהפטיג) עמ' סד.

[48] הלכה אחת ביחס לשבועת היסת למי שחזר בו מצויה בשלטי הגבורים, ב"מ א ע"ב (בדפי הרי"ף), אך הש"ך, חו"מ, סי' רד, ס"ק א, דוחה את דבריו.

[49] מט ע"א.

[50] בשאלה זו עסקו בעיקר האחרונים: קצות החושן, סי' רד, ס"ק ג; רע"א ורש"ש בסוגיה כאן, ועוד. קצת קשה לי, שמכל הראשונים לא מצאתי מי שהתקשה בזה, כי אם תוספות הרא"ש (הובא גם בשיטה מקובצת) כאן בשם מהר"ם.

[51] ראה דברי המפרשים שנזכרו בהערה הקודמת. אמנם מדברי התוספות, ב"ב קכג ע"ב, ד"ה הכא במכירי כהונה, נראה שיש למתנה מועטת דין של "מוחזק" ביחס לבכור, אך אינו קניין. מתירוץ

סוגיה אחרת בעניין זה מצויה בדברי הירושלמי בסוף מסכת שביעית הנזכרת לעיל[52]. שם נאמר כי רב חולק על ר׳ יוחנן, וכשאמר ליתן מתנה לאחר, לא היה חוזר בו, כי החוזר בו נחשב כמחוסר אמנה[53]. ומקשה הירושלמי: ״מתניתא פליגא על רב. אימתי אמרו המטלטלין נקנין במשיכה? ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם... ברשות המוכר לא קנה עד שיגביה... מה עבד לה רב?״. ומסביר ״פני משה״ שם את השאלה: אם לא קנה הלוקח עד שיגביה, מכל שכן שלא זכה מקבל המתנה בדיבור לחוד. אם כן, מדוע לא חזר בו רב? וקשה, אמנם לא זכה במתנה, אך אם חזר בו המבטיח, הוא נחשב מחוסר אמנה. על כל פנים, גם מכאן נשמע שיש למחוסר אמנה משמעות משפטית[54].

התבטאות בכיוון זה נמצא גם בדברי הראשונים. בסוגיית ״חייב אני לך מנה בשטר״, מסביר רבנו תם[55] שמדובר בהתחייבות חדשה, שנגבית בשטר, ועל כך הוא שואל: ״ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר... דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטר, גמר ומשעבד נפשיה... ועוד, דשמעינן ליה לרבי יוחנן בהזהב, הנותן מתנה מועטת לחבירו, קנה. אף על פי שלא הגיע לידו, גמר ומקני״. והדבר תמוה, הרי שם לא קנה, אלא שהחוזר בו נחשב מחוסר אמנה (ראה רש״ש שם).

מקור אחר נמצא בשו״ת הרשב״ש, שנשאל בעניין ״מי שנדר (הבטיח) לתת לבת אחותו... מתנה מרובה — אם חוזר בו, אם יכולים ב״ד לכופו...״. והשיב שהבטחה זו אינה ולא כלום, ״אלא שנראה דזהו במתנה מרובה... אבל במתנה מועטת, דאמרינן התם (ב״מ מט ע״א) דיש בה משום מחוסרי אמנה, נראה דקנה. וצ״ע״[56]. משמע מדבריו שאין כאן רק ציון שם של מחוסר אמנה, אלא שקנתה, ובית דין יכול לכופו לתת לה את המתנה[57].

כן הזכרנו בפרק הקודם את דברי הגהות המרדכי[58], המסתמך בין היתר על דין מחוסר אמנה, באמרו שהציבור אינם יכולים לחזור בהם מהסכם בעל פה שעשו עם

קצות החושן והרש״ש משמע כקביעה כללית, כי לדבר המובטח מעמד של הפקר ביחס למקבל. ועיין: הרב י״ז גראוס, הברי ושמא, סי׳ ט.

[52] י׳, ט.

[53] בירושלמי לא נזכר הביטוי ״מחוסר אמנה״, אלא ״אין רוח חכמים נוחה הימנו״, וכן הדרשה על הפסוק ״הין צדק״ הנ״ל.

[54] ראה פירוש ״מיכל המים״ על הירושלמי שם. אמנם למסקנת הסוגיה שם, רב נהג כן משום מידת חסידות, כנזכר לעיל.

[55] תוספות, כתובות קב ע״א, ד״ה אליבא.

[56] סי׳ שלו. וצ״ל ״דקנתה״ במקום ״דקנה״, וכן הוא בבית יוסף. ראה הערה הסמוכה.

[57] תשובה זו הובאה בבית יוסף, אה״ע, סי׳ נא. והנה כשהרמ״א שם הביא הלכה זו (בציון המקורות שם צ״ל: ״ב״י בשם הרשב״ש״ במקום ״ב״י בשם הרשב״א״) הוא כותב: ״וכן בעשיר מתנה מועטת אית ביה משום מחוסרי אמנה אם חוזר בו״. אמנם הב״י שם, בהביאו את תשובת הרשב״ש, לא הביא את לשון השאלה אם יכולים בית דין לכופו, ואם כן ייתכן שייחס הרמ״א למילה ״קנתה״, שבסוף התשובה, רק משמעות של אי־מוסריות בחזרה. ייתכן שבשאלה זו גופה נסתפק הרשב״ש, וזהו פשר המילים ״צ״ע״ שבדבריו.

[58] הגהות מרדכי, ב״מ, סי׳ תנח (לעיל, פרק אחד־עשר הערה 120. אמנם בהערה 145 שם מבואר כי ״מחוסר אמנה״ בציבור הופך להיות דין).

מלמד תינוקות[59]. לכל זה יש להוסיף את דברי רש״י בכתובות הנזכר לעיל[60], שדרשת הפסוק ״הין צדק״, המשמשת לכאורה מקור לדין מחוסר אמנה, משמשת למעשה מקור לחיוב משפטי בר־כפייה של פריעת בעל חוב, כפי שהוסבר לעיל.

עד כה העלינו קושיות בדברי הגמרא והראשונים, וכל אחת מהן ניתנת לתירוץ בעניינה. אולם סך כל הקושיות מורה לכאורה על חיזוק משמעותו של דין מחוסר אמנה לכיוון משפטי, ולא רק מוסרי. חיוב מפורש בהקשר זה, דהיינו שדיבורו של אדם גורם הפסד לחברו, שסמך עליו, יידון בהמשך דברינו.

הסתעפות נוספת מדין מחוסר אמנה היא חזקה שנקבעה על סמך ההנחה שהמבטיח לא יחזור בו, וזאת על סמך הפסוק ״שארית ישראל לא יעשו עולה״ (צפניה ג, יג). כך, למשל, אומרת הגמרא בפסחים צא ע״א שמותר לשחוט קרבן פסח בשביל אסיר שהבטיחו לו סוהריו היהודים שישחררו אותו באותו היום, כי ודאי יעמדו בדיבורם.

הר״ן אומר בעניין מי ששלח שליח לקנות לו חפץ מסוים, שכיוון שהוא מנהג הרמאים לקנות לעצמן (קידושין נט ע״ב), אינו נאמן לומר לאחר שקנה, שקנה לעצמו[61].

6. דוגמה לחיוב — ה״חותמים״ לקנות ספרים לפני הדפסתם

על כוחה של הבטחה בלא מעשה קניין, שמענו בעניינה של השגת גבול בהדפסת ספרים. אנשים השקיעו כסף בהדפסת ש״ס וספרי קודש נוספים, וביקשו ״הסכמות״ מרבנים שיאסרו על מדפיסים אחרים להתחרות בהם באופן שיגרמו להם הפסד. עניין זה נידון במסגרת ״זכות יוצרים״, ואנו נביא כאן רק קטע ממנו הנוגע לענייננו[62].

לעתים חשש מדפיס מקומי מהצפת השוק בספרים דומים, שיובאו ממקום אחר, ולהגנתו הטילו הרבנים איסור על הקונים לרכוש אותם ספרים. כן עשו חכמי ורשה בהסכמה שנתנו לש״ס שנדפס בעירם בשנת תרי״ט. יש שחיזקו תיקון זה בפנייה מיוחדת אל החותמים על קניית הש״ס, שהיו מעין ״מנויים״ ששילמו מראש, וכעת רצו לחזור בהם ולרכוש ש״ס זול יותר שיובא מברלין. כנגד אלו באו הרבנים בטיעונים מן הדין. יש מי שבא בעילה נזיקית[63], ״חל עליהם עיקר הדין לסלק להמדפיסים כל

[59] וראה עוד: נימוקי יוסף, ב״ב א ע״ב (בדפי הרי״ף), ד״ה ליהדרו בהו; זריחת השני, לאמו״ר ד״ר ז׳ ורהפטיג, ב״ב שם. אולם לבי אומר לי, שחסרה בנימוקי יוסף תיבת ״אלא״ לאחר ״ליכא״. כיו״ב אפשר שחסרה תיבת ״אלא״ לאחר ״אין בהם״ ברש״י, ב״מ פג ע״א, ד״ה עד שלא התחיל במלאכה. אולם ראה רש״י, ב״ק עט ע״ב, ד״ה בני שטרא נינהו, ואוצר מפרשי התלמוד שם (עמ׳ תתסב).

[60] פו ע״א, ד״ה פריעת בע״ח מצוה. וראה לעיל פרק שני סעיף ב, 4, דיון בדברי רש״י.

[61] ר״ן על הרי״ף, קידושין כב ע״ב (בדפי הרי״ף). וכן פוסק הרמ״א, חו״מ, סי׳ קפג, סע׳ ב, ע״פ הר״ן. וראה עוד: שו״ע, אה״ע, סי׳ לז, סע׳ טו; מאמרו של מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, ״תוקפה המשפטי של הבטחה״, תחומין יג (תשנ״ב־תשנ״ג), עמ׳ 371.

[62] ראה: נ׳ רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ״א. בסמוך נביא מדבריו שם, שער שני, פרק עשירי.

[63] הסכמתו של ר׳ יצחק אייזיק בהר״ד מוויטעפסק, הובאה בספרו של נ׳ רקובר (לעיל, הערה 62),

ההיזק שיהיה להם, כשפסק הרא״ש בתשובה (קד, ו) והובא להלכה בחו״מ, סי׳ שלג (ח)״[64]. אמנם היו מקרים שאמרו בהם שאין בזה אלא חיוב מוסרי, בגדר ״מי שפרע״[65].

אך אחד מן האחרונים[66] מאריך לבסס את חיובם של החותמים על פי הבטחתם שהסתמכו המדפיסים עליה:

> והנה כל אשר עיניים לו יחזה ברור בתורה ונביאים וכתובים ובדברי חז״ל במקומות אין מספר עוצם החיוב בדבר, שמבטיח איש לרעהו ומסמיכו ברור ע״ז באיזה דבר הנהוג. הגידו נא, איה מקור העונש תקיעת כף החמור, שצוח יחזקאל הנביא ככרוכיא: ״והנה נתן ידו [וכל אלה עשה] לא ימלט״ [יחזקאל יז, יח], והחמירו בה כל הפוסקים כשבועה, וקצתם יותר משבועה, האם היא מצוה מחודשה? הלא אין נביא רשאי לחדש דבר! ועוד יקשה, למה יחמיר הנביא כ״כ בעונשה? הלא אין עונשין אא״כ מזהירין! ומה היא הכריתת ברית המוזכרת במקומות אין מספר, ונהגה גם לפני מתן תורה, והיא איננה ממצות בני נח, ולא עוד אלא שכל משפטי תוה״ק [=תורתנו הקדושה] אפילו החמורות שבחמורות לא נתאוששו יסודותיהן בישראל כי אם בעברם בברית, ומה תועיל הכריתות ברית באין תורה. ואם כן, הדבר תלוי בעצמו, ומה יתנו ומה יוסיפו בתרי העגל בירמי׳ (לט) [לד, יט] יותר על מצות ה׳? הלא בהכרח יודה כל משכיל כי עניין ההאמנה והבטחה היא חותם טבעת בורא עולמו לעבודתו, ובלעדה לא תכון שום מצוה לאזהרה. לכן לא תבוא במספר המצות לבני נח ולישראל כמו מצות אמונת השי״ת ותורתו... וחידוש מצות הנדרים ושבועות היא רק בעבר או לעתיד בדברים אשר אין חפץ בם לה׳ ולאנשים.... אבל הבטחת האדם לעשות רצון אחרים כל שהסמיכהו בקיום דבר הנהוג בדבור או במעשה הוא חיוב קדום מיום ברוא אדם בארץ (עי׳ סנהדרין לח, ב, ובמ״ר [=במדרש רבה] סוף פ׳ ויקרא)[67]... וממנה יצמח לנו חיוב קיום ״דינא דמלכותא״ ותוקף כח המנהג בד״מ [=בדיני ממונות], שעיקר הלכה בכ״מ [=בכל

עמ׳ 410. וראה עוד הסכמתו של ר׳ אברהם שמחה (מחבר הס׳ בנין של שמחה) שהובאה שם, בעמ׳ 412.

[64] וזה לשון השו״ע שם: ״אמר לאומן עשה לי דבר פלוני, ואקחנו ממך, ועשאו האומן ואח״כ אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד, חייב״. ועיין בביאור הגר״א שם, ס״ק מא, שהוא מדינא דגרמי.

[65] ראה אצל נ׳ רקובר (הערה 62), עמ׳ 413, מה שכתב בשם ר׳ שמואל אביגדור תוספאה ור׳ מרדכי זאב איטינגא.

[66] ר׳ אלעזר משה הלוי הורביץ, הובאו דבריו בספרו של נ׳ רקובר (הערה 62), עמ׳ 414. וציין שם, כי דבריו הודפסו גם בספרו אהל משה, ח״ב, סי׳ קלח, והובאו בקצרה בחזון איש, חו״מ, ב״ק, סי׳ כב.

[67] שם מדובר על שבועה, וכבר אמרנו לעיל פרק אחד־עשר, סעיף ב, שבזמן התנ״ך הבריתות נעשו בשבועה, אך אין מכאן ראיה לכוחו המשפטי – להבדיל מן המוסרי – של חוזה ללא שבועה, וצריך לצרף את היסוד שלפעמים אדם גומר דעתו להתחייב ללא קניין, כפי שהבאנו בפרק הקודם, סעיף א. ושם הובאו דברי החזון איש שנזכרו בהערה הקודמת. חיוב מקובל יותר במקרה של הסתמכות על הדיבור, יובא להלן על יסוד דין ערבות.

מקום] ושיעבוד חיוב הגוף אפילו על דבר שלא חל קניין, וחיזוק דברי הקהל בלא קניין ושיעבוד השותפין ובעלי אומנות, בדגמרי ומקני אהדדי ומשעבדי נפשייהו, אין ספורות בבבלי וירושלמי וכה״פ [=וכל הפוסקים] לענינים כאלה, דכל היכא דגמרי ומקני, הוי חיוב גמור.

מכאן מגיע ר׳ אלעזר משה לנידון המדפיסים:

והנה בענין הזה אשר אנחנו עסוקים בו, היש הבטחה והסכמה ושיעבוד הגוף יותר מזה? ועליכם תמכו המדפיסים יסודותיהם.

בדרך דומה אומר אחד מן הרבנים המסכימים[68] שאין החותמים יכולים לחזור בהם, אף על פי שלא היה קניין:

אחרי אשר עיקר הסמך מה שמדפיסים הוא כפי ראות הפערנומאראנטין [=החותמים, המנויים]... אין למצוא שום צד זכות להחוזרים, אף אם יקבלו עליהם ״מי שפרע״, כמו שמבואר ברמ״א ז״ל (חו״מ, סי׳ קצח, ה), דאף לבתר תקנת רבנן דכסף לא מהני, מ״מ התנו מהני[69]... וא״כ בנידון דידן, דכל עיקר התחלת הדפוס הוא רק על הסמך הפערנומאראנטין, ואם הי׳ בידם לחזור אחר קבלת ״מי שפרע״, בוודאי לא היו סומכים לפזר סך עצום על זה. וא״כ הוי כאילו התנו.

ומוסיף המחבר שיש שגמירות דעת מוחלטת מועילה בלא קניין (ראה לעיל, פרק אחד־עשר, סעיף א):

וכמו שמבואר בראשונים ז״ל, דהיכא דדעתו ורצונו להקנות, מהני אף בלא קניין דמן התורה (כמ״ש בבכורות יח, ב, תוס׳ ד״ה אקנויי), ובחי׳ הרשב״א ז״ל ב״ק דף קב לענין כל המקדיש... וכן דאזלינן בתר אומדנה, לומר דהוי כאילו התנו בפירוש, ובנ״ד אין לך אומדנה גדול מזה.

אם כן יש מצבים שבהם גם הבטחה, או אף אומדנה כאילו הבטיחו, מחייבת. וכבר עסקנו בזה בפרק הקודם בעניין אימוץ ילדים. חיוב כזה, הנובע מהסתמכות על הבטחה, אף בלא קניין ואף בלא כסף, מופיע בראשונים על סמך דין ערבות, כמבואר להלן.

ב. חיוב מכוח הסתמכות על הבטחה — ערבות

עד כה עסקנו בחיוב מוסרי ביסודו. אך יש שהמשא ומתן בין הצדדים הגיע לשלב מתקדם, שהצד השני סומך על הבטחת רעהו, ופועל לפיה, ונמצא מפסיד כעת

[68] הרב יוסף במוהרי״ץ, אב״ד טעלז, מחבר שו״ת פורת יוסף, דבריו הובאו בספרו של נ׳ רקובר (הערה 62), עמ׳ 415.

[69] ועיין בש״ך, חו״מ, סי׳ קצח ס״ק י׳, שחולק על הרמ״א.

מאי־עמידתו של חברו בדיבורו. כאן, כאמור, יש שייחסו תוקף משפטי לאותו דיבור — מעבר לציון של מחוסר אמנה — וחייבו את אומרו בפיצוי על ההפסד שגרם.

יש נסיבות דומות, שבהן חיוב כזה קם מכוח שכירות[70] או מדיני נזיקין[71], אך בנידון דידן הכוונה לחיוב חוזי שהאדם מקבל על עצמו. כלומר, יש שהאדם מבטיח לחברו פעולה עתידית, בלא קניין, ואף על פי שאינו חייב לעשות כן, יחויב בפיצוי על ההפסד שגרם לחברו, שסמך עליו. מבחינה זו, נשמע חידוש שיש חיוב חוזי רק לגבי פיצויים, ולא לגבי ביצוע בעין.

חיוב כזה מופיע בתלמוד ובראשונים במקרים שונים על סמך המושג "בההיא הנאה", ובעיקר על יסוד דין ערבות. אך יש מן האחרונים שראו בו שילוב חוזי־נזיקי,

[70] היינו, כאשר ההנה אדם את חברו לבקשתו. אין מדובר דווקא בפועל שעושה עבודה עבור בעל הבית (ראה לעיל, פרק שביעי, הערה 2), אלא גם בסתם אדם שעושה פעולה כלשהי למען הזולת לבקשתו. ראה: יבמות קו ע"א, ורש"י, שם, ד"ה הב ליה, רמב"ן, רשב"א, ר"ש בפסקיו שם, פרק יב, סי' טז, ועוד. ואפילו אין זו פעולה שרגילים לקחת עליה שכר, עליו לעמוד בדיבורו. דוגמה כזו מצינו כבר בגמרא, ב"ב קמא ע"ב, לפי אחד הפירושים: "המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי, אם זכר יטול מנה...", ויש מי שמסביר שהוא נוטל שכר אמירת הבשורה. ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי' טו בשם תשובות מיימוניות, לספר נזיקין, סי' כב. אמנם לא כן משמע משו"ת הרא"ש כלל סד, סי' ג, שם נאמר — בניגוד לפסקיו ביבמות שם — כי אם הוא דבר שאין נוהגים לקחת שכר עבורו, אינו מתחייב באמירה ללא קניין, וכן הובא ברמ"א, חו"מ, סי' קכט, סע' כב. וראה עוד: חכמת שלמה, חו"מ, סי' רסד, סע' ז; קצות החושן, סי' קכט, ס"ק ח-ט. דוגמה בימינו לעצם החיוב, ראה בשו"ת אגרות משה, ח"א, חו"מ, סי' לז. מנהל שפיטר מורה הבטיח שישלם לו הוצאות העברתו למקום אחר בתנאי שהלה לא יתבענו לדין. המנהל חויב לשלם מדין שכירות, כאמור ברש"י ביבמות שם, אם כי המשיב מסביר שאין זו שכירות ממש, אלא קבלת תמורה עבור ההבטחה המחייבת תשלום. אמנם מדברי האחרונים נראה שאין דין שכירות פועלים בהמנעות מפעולה, ראה פתחי תשובה, חו"מ, סי' קעו, ס"ק ד, ופסק דינו של הרב נ' נוסבוים, פורסם בקובץ מקבציאל, גל' יד (תשמ"ט), עמ' קפא.
דוגמא אחרת מובאת בקצות החושן, סי' רמג, ס"ק ו. הגמרא, ביבמות קיג ע"א, אומרת שלמרות שאין נישואין לשוטה, אם נשא פיקח שוטה, כתובתה קיימת "מפני שרצה ליזוק מנכסיו". קצות החושן מסביר שאין הכוונה לסתם התחייבות שהיא בעייתית ביחס לשוטה, אלא לשכר פעולה "כמו שכר שפחה לשמשו". לפי זה שמעתי ממו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א שיש סברה לחייב אדם מזונות אשתו מנישואין אזרחיים, גם אם אינו בגדר חיוב מזונות מן הדין.

[71] אם אדם לא עשה שירות עבור הזולת על פי דיבורו, אלא עשה או נמנע מלעשות דבר לעצמו והפסיד, יש אומרים שיש מקום לחיוב נזיקי מדין גרמי. דוגמה כזו מובאת בגמרא, ב"ק צט ע"ב, ביחס למראה דינר לשולחני (לדעת אם טוב הוא, ויקבלנו מחברו — רש"י שם, ד"ה המראה) ונמצא רע. ודוגמה זו יושמה גם במקרים אחרים; ראה: שו"ת מהרי"ל, סי' פ, בעניין האומר לחברו: הלווה לפלוני כי בטוח הוא, הובא ברמ"א, חו"מ, סי' קכט, סע' ב, ומשמע שם בביאור הגר"א, ס"ק ה, שהחיוב הוא מדין גרמי בדומה לחיוב אותו שולחני. וראה עוד לעיל, הערה 64. על פי מקורות אלה, כתב פרופ' מ' אלון לזכותו של עולה חדש, שהסתמך על דבר הרשויות בהשקיעו כספים בבניין מפעל תעשייתי, ואחר כך התברר שחוות דעתם לא היתה נכונה, ונמצא מפסיד — ראה ע"א 68/67 עמידר נ' א' אהרן, פ"ד לב(2) 350. על כל פנים, אנו עוסקים כאן לא בדיבור מטעה אלא במי שחזר בו מדיבורו, וכאן לרוב הדעות, החיוב הוא חוזי, כמבואר להלן.

כאמור להלן. לפני שנביא דוגמאות לחיוב, נדון בקצרה במושגים "בההיא הנאה" ו"ערבות", שהם מקור אותו חיוב.

1. "בההיא הנאה"

מושג זה מופיע כמה פעמים בש"ס כתחליף למעשה קניין, כאמור לעיל[72], ועניינו הוא, שבעקבות ההנאה שקיבל אותו אדם, הוא גומר בדעתו להתחייב או להקנות. כאן מתעוררות שאלות מספר באשר למהותו של מושג זה ולהיקפו. אשר למהותו, נשאלת השאלה: האם הוא משמש כמעשה קניין, כלומר האם קבלת ההנאה נחשבת כקניין כסף או כקניין סודר[73]? או שמא אותה הנאה באה במקום מעשה קניין[74]? כלומר, קבלת ההנאה היא אמצעי אחר להביא גמירת דעת מושלמת של המתחייב או המקנה? ואשר להיקפו של מושג זה, יש לשאול: מתי האדם נחשב כמקבל הנאה? היש קו מנחה בעניין זה? מן המקרים בגמרא קשה להוציא תשובה ברורה. מדוגמה אחת עולה שדי בקבלה של הצד השני, כדי שייחשב הנותן כנהנה[75].

אך דוגמה אחרת עוסקת בענייננו, והיא מלמדת שהנאת האמון יכולה גם כן לשמש יסוד מספיק לחיוב. הגמרא, במסכת בבא מציעא צד ע"א, אומרת שיכול שומר חינם לקבל עליו חיובי שואל, היינו שישלם גם עבור אונס. ומסבירה הגמרא שההתחייבות תופסת אף בלא קניין, כי "בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא, גמר ומשעבד נפשיה".

על פי זה מסביר אחד מן הראשונים חיוב אחר המופיע בגמרא[76], שמי שנותן לחברו מעות לקנות לו יין בשעת הזול, והתרשל הלה ולא קנה, שמשלם לו לבעל המעות דמי הפסדו. בסוגיה עולה בעיית האסמכתא, שכן לא ידע אם ימכרו לו מאותו יין. אך נוסף לשאלה זו, שואלים הראשונים, אם מדובר בהתחייבות עם קניין, אם לאו? ואומר המיוחס לריטב"א כי מקבל המעות התנה עמו שישלם לו, "ואע"פ שאינו אלא דברים בעלמא, כיון שנותן המעות, ומאמין אותו שיעשה מה שאמר לו. דבההיא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה. כדאמרי' גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל...". לפנינו דוגמה לחיוב הנובע מהנאה שבאה בעקבות העובדה שהשני סומך עליו, פועל על פי הבטחתו, ונמצא מפסיד. דוגמה יסודית לחיוב מעין זה היא הערבות, שבה המלווה מוציא מעות, ומסתכן בהפסד על סמך אמונתו בערב. ובלשון המשנה: "שעל

[72] ראה פרק אחד־עשר, סעיף א. שם נידון המושג מהיבט של "קנין", וכאן — מהיבט ערבות והסתמכות.

[73] ראה רמב"ן וריטב"א, קידושין ז ע"א (קניין כסף), לעומת הר"ח שהובא בדבריהם (קניין סודר); ואילו הרשב"א שם סבור כי "בההיא הנאה" יכול להיחשב הן ככסף והן כסודר.

[74] ראה תוספות, כתובות קב ע"א, ד"ה אליבא, בשם ר"ת. והאריך בזה הרב יצחק אלחנן ספקטור, נחל יצחק, חו"מ, סי' מ. וראה עוד לעיל פרק אחד־עשר, הערה 13.

[75] ראה קידושין ז ע"א — האישה מתקדשת בהנאתה מן העובדה שאדם חשוב מקבל מתנה ממנה. וראה עוד ב"מ מז ע"א.

[76] ב"מ עג ע"ב. ולהלן נשוב לדון בעניין זה.

אמונתו הלוהו״ (ב״ב קעה ע״ב). ואכן, עיון בחיוב הערב יכול לקדמנו בהבנת היקפו של חיוב זה ובטעמו.

2. ערבות

הגמרא, בסוף מסכת בבא בתרא[77], שואלת: מניין שהערב משתעבד? ומסביר הרשב״ם (שם, ד״ה מנין) שהשאלה היא: מניין שמשתעבד בלא קניין? הגמרא מביאה פסוק ממשלי, ואחר כך מובאת דעה שאין הערב משתעבד בגלל חסרון אסמכתא, כי הוא מקווה שתנאו לא ימומש. בסופו של הדיון, אומרת הגמרא שהערב מתחייב, כי: ״בההיא הנאה דמהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה״. הגמרא מסיקה שם בסוף המסכת, שערב בשעת מתן מעות ללווה ״לא בעי קניין״, וכן מי שנעשה ערב בבית דין אינו זקוק למעשה קניין, מתוך אותו עקרון של הנאת האמון, שהרי אין לך מהימנות גדולה מזו הניתנת לערב בבית הדין עצמו.

(א) הסבר הדין

מצאנו חמישה הסברים ביסוד דין ערבות, ואנו נתרכז בעיקר בשני הראשונים, והם הנוגעים לענייננו, אך נזכיר בקצרה גם את יתר ההסברים.

1. ״בההיא הנאה״. הערב מתחייב בהנאת האמון שנתן בו המלווה. זהו ההסבר המקובל לשעבודו של הערב בשעת מתן מעות בלא קניין, אם כי הוא לא נזכר במפורש בהקשר זה. כך נשמע גם בפשטות מן המשנה במסכת בבא בתרא, הנזכרת לעיל: ״שכן על אמונתו הלוהו״. ומסביר רשב״ם (ד״ה אמר): ״על אמונתו והבטחתו של ערב זה הלוהו״, ובהנאת אותו אמון, הוא מתחייב[78].

2. לווה שני. יש אומרים שאין כאן סתם הנאה, אלא צריך קבלת דבר על ידי

[77] ב״ב קעג ע״ב. בהיבטים אחרים של הערבות עסקנו לעיל, פרקים: ג, סעיף ב; יא, סעיף א. לדיון ממצה במוסד הערבות בכלל, ראה בספרו המקיף של ברוך כהנא, חוק לישראל: ערבות, הוצאת ספרית המשפט העברי שליד משרד המשפטים, ירושלים, תשנ״ב, ובעמ׳ 3-8 על עניין זה.

[78] ראה: העיטור, אות ע׳ ערב, יב ע״א; המיוחס לריטב״א, קידושין ז ע״א; ר״ן על הרי״ף ריש פרק יב בכתובות, ועוד. מערב למדנו שגם הנאת אמון, שאין בה לכאורה ערך כספי, נחשבת כהנאה מחייבת. כך יש להבין דברי המהר״ם, שלכאורה אינו מצריך הנאה, שכן בעניינו של אותו שומר חינם שהתנה להתחייב כשואל (ב״מ צד ע״א) אומר המרדכי, ב״מ, אות שע, בשם מהר״ם: ״כל תנאי שהתנה עליו בתחלתו בשעת מעשה תנאו קיים בלא קנין ומשתעבד מדין ערב... מדאשכחן ליהודה שנשתעבד בדברים אע״ג דלא מטא הנאה לידיה... אפילו למ״ד אסמכתא לא קניא, משתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה וכו׳ ולא אמרינן אסמכתא היא... דשאני הכא, דמעיקרא בתחילת מסירתו עליה סומך והימוני הימניה ובההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה... וראי׳ בפרק המקבל (קד ע״א), אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא... והתם בלא קנין...״. אין כוונת המהר״ם שלא נהנה, אלא שגם הנאת אמון הנאה היא, כאמור. על סמך תשובה זו פסק המהרי״ק, שורש קפא, בעניין ארבעה רופאים שהסכימו על שותפות ברווחיהם, והצעיר שבהם, שנהנה מהשותפות, רצה לחזור בו, כי מכיוון שהם סמכו עליו שבעתיד ייהנו ממנו כפי שהוא עתה נהנה מחברתם, הרי השתעבד מדין ערב. וראה עוד שו״ת דבר יהושע, להרי״מ אהרנברג, ח״ג, חו״מ, סוף סי׳ צג.

הערב כדי שיתחייב, וקבלת הכסף על ידי הלווה על סמך אמונתו נחשבת כקבלה על ידו. הערב נחשב כלווה שני, ומכאן הבסיס לחיובו[79]. להלן נדון בשאלה: האם הסבר זה מנותק מן ההסבר הקודם, ועניין ב"ההיא הנאה" נזכר בבבא בתרא שם כדי לסלק דין אסמכתא[80]? או שמא עדיין הוא מבוסס עליו, ומכוחו רואים את הערב כמשתתף בקבלתו של הלווה?

3. התחייבות. מדברי הרמב"ם במקום אחד עולה בפשטות שהערבות נתפסת כסתם התחייבות בעל פה. יתר על כן, היא המקור לדין ההתחייבות, ומכאן אנו למדים שיכול אדם להתחייב בעל פה, בלא קניין. וזו לשון הרמב"ם[81]: "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אע"פ שלא היה חייב לו כלום, ה"ז חייב... שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב". ורבו הדיונים בדברים אלה[82]. בין היתר, קשה להבין כיצד אישה מתקדשת מדין ערב, כנזכר לעיל, אם הערבות בנויה אך ורק על התחייבות[83].

4. נזיקין. שיטה מרחיקת לכת מסבירה שחיוב הערב בשעת מתן מעות בנוי על דין גרמי: "שהרי זה הלווהו על פיו, ואין לו ממה לגבות... דלא גרע ערב בשעת מתן מעות מהמראה דינר לחנוני ונמצא רע..."[84].

5. התחייבות לשלם הפסד. התחייבות חוזית לשלם נזק תופסת אף בלא קניין, וכך הערב מתחייב לשלם את הפסדו של המלווה. ועוד נשוב להלן להסבר זה.

(ב) מחלוקת הרמב"ן והרשב"א

נחזור לענייננו. לפי הגישה הראשונה, הערבות היא דוגמה להתחייבות הבנויה על

[79] ראה פי' תלמיד הרשב"א, קידושין ז ע"א, ד"ה תן מנה, שעל הגמ' שם "תן מנה לפלוני ואקדש לך, מקודשת מדין ערב" הוא אומר בשם הראב"ד: "כיון שאותו פלוני נתנם לו בצואתיה, הרי הוא כאילו היא עצמה קבלה אותם". ועיין ברשב"א, שם ח ע"ב, שיידון להלן. וראה עוד כתובות קב ע"ב, שם מבחינה הגמרא בין התחייבות לערבות "דשייך ליה בשעבודא דאורייתא", ומסביר המאירי שם שהערב מצטרף לשעבוד הלווה, ומשמע שהוא כלווה שני, הובאו דבריו לעיל פרק שלישי, סעיף ד, 7. כיו"ב יש להסביר בדעת הרשב"ם, ב"ב קעג ע"ב, ד"ה גמר, "ושליחותא דערב קעביד מלווה כאילו הוא (הערב) עצמו הלווה", וראה קהילות יעקב, קידושין, סי' י.

[80] כך משמע ממחנה אפרים, הלכות ריבית, סי' יא, ולפי זה הוא מוצא נפקא מינה ביחס לדין ריבית. הרחיב חקר בנושא זה הרב ד"ר ח' סולובייצ'יק, "ערב בריבית", ציון לז (תשל"ב) עמ' 1, 9, ביחס לשאלה של ערב לגוי, אם נראה בערב לווה האסור בריבית או לא. ולפי ההסבר של לווה שני הנזכר לעיל הוא אומר, שמקור דין ערבות נדרש מהפסוק בספר משלי, כ, טז, המובא בב"ב קעג ע"ב, וכן יש לומר לפי ההסברים המובאים להלן. אולם ראה להלן הערה 92.

[81] הלכות מכירה, יא, טו.

[82] ראה: ראשונים לסוגיית "מנה אני חייב לך" ריש פי"ב בכתובות; טור ושו"ע, חו"מ, סי' מ, סע' א ונושאי הכלים. נציין רק, שבעל קצות החושן, שם, ס"ק א, מפרש שכוונת הרמב"ם הוא לדין אודיתא ולא להתחייבות. אך לפי זה אין הדמיון לערבות עולה יפה, בין כך קשה מדוע ערב שלא בשעת מתן מעות צריך קניין, וכבר עסקנו בזה לעיל, פרק רביעי, סעיף ב, ואכמ"ל.

[83] ראה: מחנה אפרים, הלכות ערב, סי' א.

[84] ראה: מרכבת המשנה על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, כה, ז, הובא אצל: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ספרית המשפט העברי, ירושלים, תשמ"ח, עמ' 233.

"קבלת הנאה". לפי הגישה השנייה, היא דין מיוחד בנסיבות מסוימות, שבהן אדם אחר קיבל ממון על סמך דיבורו של המבטיח. נפקא מינה בין שתי הגישות[85] יש לראות במחלוקת הראשונים באשר לדין "זרוק מנה לים, ואתחייב אני לך". הרמב"ן והריטב"א[86] מחייבים, כי "אחר הוציא ממון על פיו"; ואילו הרשב"א, המאירי, וכן נוטה דעת הרא"ש (קידושין, פרק א, סי' יג), פוטרים, שכן אין כאן קבלה על ידי אחר, וכלשון הרשב"א שם: "דאין דין ערבות אלא במי שנותן לבר זכי' על דבור', לפי שהערב אינו מתחייב אלא מפני זכיית הלווה".

בירושלמי[87] נאמר במפורש שאינו מתחייב, אלא שהרמב"ן טוען שהבבלי חולק על הירושלמי בזה. יתר על כן, נראה שהוא הבין שלדעת הירושלמי דין "תן מנה לפלוני, ואתקדש אני לך" אינו בנוי על ערבות כלל, אלא על העובדה שפלוני זוכה תחילה עבור האישה — ובכך היא מתקדשת — ואחר כך זוכה לעצמו. אך הרשב"א מסתמך על הירושלמי, ומסביר כאמור שאף לבבלי "עשאוהו כזוכה לאשה כדין לוה שזוכה לחייב בקבלתו את הערב, כטעמא דגמרין (קידושין ז ע"א)". לכאורה, מסביר הרשב"א את דין ערבות כהסבר השני הנזכר לעיל, הרואה את הערב כמי שקיבל או כמשתתף בקבלה שהגיעה לאחר על פיו בלא זיקה לדין "בההיא הנאה"[88]. אך קשה לומר כן, שכן הרשב"א עצמו מסביר שם: "דמשאמרה: תן מנה לפ'... מתקדשת בו באותה הנאה הבאה לאותו בן זכי' בדבור'". וכן בעניין קידושי אישה מדין ערב[89], מסביר שהאישה מתקדשת בהנאה, ולא בגוף הממון שהגיע לאחר[90].

על כן נראה לי שדין ערב עדיין בנוי על "בההיא הנאה", וצריך לומר — על כל פנים ביחס לדין ערבות — שרק כשקיבל בן דעת ממון על פי הערב בהלוואה או על פי האישה בקידושין[91], נהנה אותו ערב — וכן אותה אישה — מקבלה זו, כאילו הוא קיבל[92].

[85] על נפקא מינה אחרת, כבר רמזנו לעיל, הערה 80. נפקא מינה עולה גם מדברי התוס' רי"ד בקידושין ח ע"ב, כי "תנהו לפלוני ואתגרש לך" מועיל אף בגט. אך אף להסבר השני, עד כה דיברנו רק על קניין כסף והתחייבות, ואכן התקשו האחרונים בחידושו של התוס' רי"ד — ראה אבני מילואים, סי' לז, ס"ק ג.

[86] קידושין ח ע"ב. מחלוקת הראשונים מתמקדת סביב הגמרא שם, עיין שם. שתי הדעות הובאו ברמ"א, חו"מ, סי' שפ, סע' א; באה"ע, סי' ל, סע' יא.

[87] קידושין ב, א.

[88] ראה לעיל, הערה 79.

[89] קידושין ז ע"א, וראה: שו"ע, אה"ע, סי' כט, סע' ב; ביאור הגר"א שם, ס"ק ה.

[90] וראה עוד: תשובת הרשב"א, ח"א, סי' אלף טז; שיטה מקובצת, ב"מ קיח ע"א, בשם הרשב"א; נזכרים להלן הערות 152, 159.

[91] שאלה דומה שואל המחנה אפרים, הלכות ערב, סי' א, על הריטב"א, עיין שם. בדברי הריטב"א המובאים שם נשמע עוד — בניגוד לרשב"א — כי דין הרמב"ן ביחס ל"זרוק מנה לים ואתחייב לך", יכול להתיישב עם ההסבר הדורש קבלת דבר, היינו כאילו הוא קיבל את המנה וחזר וזרקו לים. עיין חידושי הריטב"א (החדשים), ב"מ סט ע"ב.

[92] מכאן שהמחלוקת בדבר "זרוק מנה לים..." אינה תלויה בבסיס המשפטי של דין ערבות כאמור

מכאן יש לעמוד על שורש המחלוקת בין הרמב״ן והרשב״א בהיקף דין ערבות. כאמור, הרמב״ן סבור שדי בהוצאת ממון על סמך אמונתו בדברי המבטיח, כדי שייחשב המבטיח כנהנה, ואין חשיבות לשאלה: מה נעשה באותו ממון? ואילו הרשב״א סבור שלא די בהוצאת הממון, אלא יש צורך גם בקבלת ממון על ידי פלוני, כדי שייחשב כנהנה. עצם העובדה שהאמון מעניק הנאה נזכר בגמרא במפורש בקשר לערב בפני בית דין[93], ובקשר לשומר חינם שמקבל עליו באמירה חיובי שואל[94], ונראה שמכאן למד הרמב״ן שהוא הדין לסתם ערב. אך הרשב״א מבחין בין קול שיוצא כלפי חוץ, שהוא אדם מהימן, לבין סתם ערבות, שבה המלווה מאמין למבטיח, אך עדיין לא קיבל ״שם״ מהימן[95]. את טעמו של הרשב״א, נראה להסביר בשני אופנים:

(א) אפשר להעמיד סימן שאלה ביחס לעצם ההנאה, שכן הייתכן להעמיד את המסובב לפני הסיבה? אם עצם ההבטחה אינו מחייב, משום שנעשתה בלא קניין, מה איכפת לנו שהאחר פועל על פיה? מדוע האמין? ואם האמין, עשה כן על אחריותו. במילים אחרות, כאילו מראש היה מובן שאם יסמוך על ההבטחה, יטול סיכון על עצמו, שלא ישתלם לו לבסוף, ולא יוכל לחייב את המבטיח. משום כך צריך דבר מה נוסף לעצם האמון, היינו שיקבל מישהו כסף על סמך אמון זה, והמבטיח נהנה מקבלת האחר על פי דברו.

על טענה זו, יכול הרמב״ן לענות שהאמון מתחיל אמנם באופן חברי, כאשר השני סומך ופועל על פי הבטחת הראשון, אך מאחר שהמבטיח נהנה במישור החברי־מוסרי, הנאה זו משמשת יסוד לחיוב משפטי, משום שבעקבות ההנאה, הסכים בלבו שלא להפר את האמון, וכבר יש כאן גמירת דעת ״משפטית״, לשלם לו את הפסדו אם יפר את האמון[96].

(ב) אפשר גם שהרשב״א מסכים עקרונית לטיעון זה, שהמבטיח נהנה, אלא שאין די בהנאת האמון כשלעצמה כדי ליצור חיוב, על סמך הכלל ״בההיא הנאה״, המוכר

לעיל, וכן יש לומר ביחס למחלוקת בדבר ערבות לגוי הנזכרת לעיל. כלומר, גם כשהבסיס המשפטי לערבות הוא ״בההיא הנאה״, נחלקו ראשונים בשאלה: האם יש לראות בערב שותף לקבלת אותו דבר שקיבל פלוני על פי ציוויו.

[93] ב״ב קעו ע״ב.

[94] ב״מ צד ע״א.

[95] ייתכן שמחלוקת זו תלויה בשאלת גרסה. לפנינו נאמר בב״מ שם: ״בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא״, אך יש גורסים ״דקא מהימן ליה״ — ראה דק״ס ובמיוחס לריטב״א (לעיל, ליד ציון הערה 76). בין כך ובין כך, לגירסתנו יש עדיין להסביר מה בין זה לערב, ומדוע יוצא עליו קול ״דאיניש מהימנא הוא״. וראה עוד להלן, הערה 139.

[96] רעיון דומה מצינו בדין ״הבא במחתרת״. הגנב לא בא להרוג, אלא כיוון שיודע הוא כי טבע האדם לעמוד על ממונו, עד כדי הריגת הגנב, הוא גומר בדעתו להרוג את הבא להורגו, וגמירת דעת ״טבעית״ זו, הופכת לגמירת דעת ״משפטית״ שמעניקה לו שם ״רודף״ — ראה סנהדרין עב ע״א וחי׳ הר״ן שם. גם בנידון דידן, גמירת דעת ״טבעית״ — לשמור על שמו הטוב כתגובה לטבע האדם לסמוך על הבטחתו, הופכת לגמירת דעת ״משפטית״.

לנו ממקומות אחרים[97]. משום כך, רק משעת קבלת דבר על ידי פלוני שהמבטיח חפץ ביקרו, הוא נהנה כאילו הוא עצמו קיבל. נמצא לפי זה, שנחלקו הרמב"ן והרשב"א ב"רמת ההנאה" הדרושה כדי להתחייב. עוד אפשר לומר ששניהם דורשים אותה רמה, והשאלה היא: איזו "רמת הנאה" מתקבלת בעקבות האמון שנתן במבטיח אותו, שמוציא ממון על פי ההבטחה[98]?

ג. חיוב מכוח הסתמכות – דוגמאות לחיוב

נשוב ונראה דוגמאות לחיובו של מי שלא עמד בדיבורו, וגרם הפסד למי שהסתמך עליו, המופיעות בגמרא ובראשונים, שהוסברו בעיקר על יסוד "בההיא הנאה" וערבות.

1. הבטחה לשלם קנס או פיצויים על הפסד

כבר הזכרנו את הגמרא בבבא מציעא, בעניין מי שקיבל מעות מחברו לקנות לו יין, ולא קנה לו. ומסביר אחד מן הראשונים את חיובו בלא קניין, כיוון שהבטיח לפצות את חברו אם יגרום לו הפסד (לעיל, הערה 76). וכן משמע מדברי המרדכי בשם ר' יקיר[99], שמפרש באותו עניין שאינו חייב מדין גרמי, אלא "שקיבל עליו בפירוש: אם לא אקנה לך, אשלם... ומכאן אתה למד לכל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם, אם יגרום לו הפסד, שהוא חייב...". כיוצא בזה משיב המהר"ם[100]: "על ראובן שאמר

[97] ייתכן שהרשב"א לשיטתו, כפי שמובא בשיטה מקובצת, ב"מ צד ע"א, שבדרך כלל ביסוד כל חוזה עומדת קבלת דבר כתמורה להתחייבות, ואם כן גם את מושג "בההיא הנאה" יש "לקרב" לקבלה ממשית יותר, ובעיקר אם נאמר כי "בההיא הנאה" הוא תחליף לקניין כסף או חליפין, ראה לעיל ליד ציון הערה 73. בעניינו של הקניין בכלל ושיטת הרשב"א בזה בפרט, עסקנו לעיל, פרק אחד־עשר, סעיף א.

[98] אפשר שלאור האמור, יש להסביר תשובה אחת ברשב"א, שהתקשו בה הפוסקים. בתשובותיו, ח"א, סי' אלף רכה, פסק שהאישה אינה מתקדשת בהרווחת זמן לחייב, מדין ערב. וכן הובא בב"י וברמ"א, אה"ע, סי' כט, סע' ב. והתקשו נושאי הכלים שם: סוף סוף היא נהנית, ומה גרע ממקדש בהנאת מחילת מלווה? אלא שכאן מדובר בהנאת האשה (והוא הדין לערב), ולא בהנאת הלווה, ומבחינתם אין כאן הנאה מספקת, כיוון שהאחר לא קיבל דבר ממשי, כי אם הארכת זמן, ובעניין זה ייתכן כי אף הרמב"ן יסכים. ראה אבני מילואים שם, ס"ק ז [אולם מלשון השואל בשו"ת הרשב"א שם, עולה שהוא הדין כשהאישה היא הלווה? אם כן, עדיין הדבר צ"ע]. וראה עוד שו"ת הרשב"ש, סי' קעח, שהביא מחלוקת בין הרמב"ן ובין הרשב"א ביחס למוכר ששומר את החפץ עבור הקונה, ולשונו סתומה שם. ואולי יש לגרוס בדברי הרשב"ש: "שלא הוציא ממון לפלוני" במקום "על פיו". [אמנם לאור האמור בהערה 153, ייתכן שאין הרשב"ש חולק על חיוב שומר מדין ערב].

[99] מרדכי, ב"ק, סי' קיד-קטו. אמנם בדברי ר' יקיר לא נזכר שהחיוב מבוסס על קבלת הנאה או ערבות, ואפשר שיש בו שילוב חוזי־נזקי, כמבואר להלן הערה 170.

[100] שו"ת המהר"ם, דפוס קרימונה, סי' רג.

לשמעון: צא מעירך לדור בעיר פלוני, ואני אסייעך בכך וכך; או אמר לו: קנה חפץ זה, ואני מסייעך... היכא דמפסיד ליה, נותן לו כל מה שהתנה עמו". על פי שתי תשובות אלו, מסכם "מחנה אפרים" ואומר[101]: "ילפינן מכל האמור דכל שחבירו הפסיד על פי דיבורו, אף שלא עשה לו שום מלאכה, הרי זה משלם לו כל מה שהתנה עמו".

אמנם כאן לא נאמר שהחיוב בנוי על דין ערבות דווקא, אך דוגמה אחרת, המצויה כבר במשנה, נתפרשה על ידי אחד מן הראשונים על בסיס דין ערבות. וזה לשון המשנה: "המקבל שדה מחבירו והובירה, שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו, שכך כתב לו: אם אוביר ולא אעביד, אשלם במיטבא"[102]. הגמרא שם אומרת שנתחדש במשנה חיוב, מעבר לדין הרגיל, בגלל שדורשין לשון הדיוט, ומסבירים את דיבורו על פי המנהג בשוק. כמו כן מציינת הגמרא שאין כאן פגם אסמכתא, לפי שלא קיבל על עצמו חיוב מוגזם, אלא דמי ההפסד, לפי מה שצפוי היה להיות חלקו של בעל השדה, אילו עבד האריס כרגיל. בסוגיה זו התלבטו הראשונים, ונחלקו ביסוד חיובו של האריס ובבעיית הצורך במעשה קניין, ולא נזכיר מדבריהם אלא את הנוגע לענייננו. יש מי שהבין שאף בלא שהתנה היה מתחייב בשיעור נמוך, ודרישת לשון הדיוט מעלה את גובה החיוב, היינו את דמי הרווח הצפוי, כנזכר לעיל. כך אומר הרמב"ן שם, שכיוון שקיבל עליו לעבוד, אף בלא שהתנה לשלם, יחויב בדמי פחת הקרקע. והשאלה היא: על יסוד מה הוא מתחייב? הר"ן אומר שם: "חייב הוא בכל היזק שהוא בשדה מחמת בטול מלאכה כשומר...". אך הר"ן דוחה פירוש זה, שכן אין שמירה לקרקעות. ואם תאמר שיש כאן חיוב חוזי, מכוח תנאי מכללא, אם כן שישלם גם דמי הפסד הרווח, ולא רק פחת. ועל כורחך חייב אתה לומר שאין כאן תנאי מכללא לשלם.

אולם מדברי אחד מן הראשונים אפשר להבין שיש אחריות מיוחדת לפועל או אומן שקיבל עליו לעבוד, ולא עשה כן[103]. ואולי יש להסביר חיוב זה מדין ערבות, כיוון שסמך עליו בעל השדה והפסיד, על דרך שיטת הריטב"א דלהלן. אמנם יש המפרשים כי דרישת לשון הדיוט באה לומר שאף על פי שלא כתב, כמי שכתב דמי, שכן נהגו לעשות[104]. אך כשכתב, מדוע חייב? אפשר לומר שהתחייב בשטר, ואף השטר הוא דרך קניין[105]. אך לענייננו חשובה דעת אחד מן הראשונים, שהוא חייב מדין ערב[106].

[101] הלכות שכירות, סי' יח.

[102] ב"מ ט, ג; בבלי קד ע"א.

[103] ראה פירוש תלמידי הרשב"א שהובא בבית יוסף, חו"מ, סי' שכח. ראה עוד פסקי הרא"ש, ב"ק, פ"ט, אות יז, ביחס לאומן שקלקל בצביעה, "דכיון שנותן לו לצבוע, כל מה שהיה עתיד להשביח חשוב כאילו כבר השביח, ואומן שפשע ושינה, חייב לשלם לו הכל". אמנם שם משלם גם דמי מניעת הרווח, אך מדובר באופן שקלקל בידיים. אך בנידון דידן, שרק נמנע מלעבוד, חייב רק בדמי נזק.

[104] ראה תוספות (ד"ה היה) ושיטה מקובצת כאן.

[105] ראה באור הגר"א, חו"מ, סי' רז, ס"ק נז. קצות החושן, שם, ס"ק ז, הוסיף עוד הסבר על פי הנימוקי יוסף, ב"מ סא ע"ב (בדפי הרי"ף), דהוא תנאי בית דין, עיין שם. אפשר גם להסביר, שאם עשה קניין בשדה כאריס, הרי הוא מתחייב בכל התנאים שקיבל עליו כמו כל קונה חפץ שאינו צריך קניין מיוחד לחיוב ביחס למחיר המוסכם. כך משמע בעיקר לפי אלה שגורסים

כיוצא בזה, יש המסבירים התחייבות לקנס על הפרת שידוכין בלא קניין. בהקשר זה התלבטו המפרשים בשאלת אסמכתא, שהרי ההתחייבות ניתנה על תנאי של הפרה[107]. אולם קודם כל יש לשאול: האם התחייבו הצדדים בקניין לשלם במקרה של הפרה? האחרונים נחלקו בדעותיהם. לעומת הרמ״א[108], המצריך קניין, סובר הש״ך[109] שאין צריך קניין. הש״ך מסתמך על התוספות (קידושין ח ע״ב, ד״ה משכון) ופוסקים שהלכו בעקבותיהם, המסבירים שאין כאן אסמכתא, ״כיון שכשהאחד חוזר בו, השני מתבייש בדבר״. ואם כן, הוא משלם דמי הפסד ראויים, ואין בכך משום קנס[110]. הש״ך טוען שסברה זו מועילה לא רק לסלק חשש אסמכתא, אלא לסלק גם את בעיית חוסר קניין תקף. כלומר, גם אמירתו כשלעצמה מחייבת אותו לשלם את ההפסד שגרם לחברו. כיוצא בזה אומר הש״ך שמלמד שהתחייב לשלם קנס, אם יחזור בו מהסכמתו ללמד, עליו לשלם את הקנס, אף אם לא התחייב בקניין[111]. וכן הוא מסביר שסוגיית הגמרא על אריס שהתחייב לשלם הפסדי מחדליו עוסקת בהתחייבות בלא מעשה קניין, כאמור לעיל.

במשנה ״משזכה בה, הובירה״ — ראה דק״ס כאן. כיו״ב אומר השיטה מקובצת, ב״מ צד ע״א, בשם הראב״ד: ״כל תנאי שהוא בשעת המעשה מתקיים ללא קניין״. אמנם השיטה מקובצת, בשם ראשונים, שם, דחה את דבריו, אך ייתכן שיש להם מקום בנידון דידן, כאשר מדובר על מחיר של האריס תמורת הקרקע שקיבל, ולא על חיוב נוסף, שאינו בגדר מחיר. וכך יש לפרש דבריו של היד רמה, ב״ב, פרק א, אות כו, כי חיוב האריס נובע ממעמדו של האריס כשוכר המשלם דמי שכירות.

[106] ראה: מרדכי בשם מהר״ם (לעיל, הערה 78); מחנה אפרים (לעיל, הערה 101, ולהלן, הערה 170), ש״ך, חו״מ, סי׳ רז, ס״ק כד; נתיבות המשפט, חו״מ, סי׳ שו ס״ק ו. בש״ך שם לא מוסבר טעם החיוב ללא קניין.

[107] ראה: טור ושו״ע, אה״ע, סי׳ נ, סע׳ ו-ז; חו״מ, סי׳ רז, סע׳ טז, מקורותיהם ונושאי כליהם.

[108] חו״מ, סי׳ רז, שם. והסכימו עמו הגר״א, שם, ס״ק נז; קצות החושן, שם, ס״ק ז-ח; דרישה, אה״ע, שם, ס״ק ו, וחלקת מחוקק, שם, ס״ק כג. אמנם אם נהגו לשלם, הרי שיש כאן קניין מכוח מנהג (סיטומתא), ראה באור הגר״א הנ״ל. שאלה זו נידונה לאחרונה בפד״ר ג, 57, 60.

[109] לעיל, הערה 106. שתי הדעות משוקעות כבר בדברי הראשונים. הבית יוסף, חו״מ, שם, ס״ק כא, מביא מקורות סותרים. ממרדכי, סנהדרין, פרק ג, סי׳ תרצא, משמע שאין צריך קניין; ואילו מן המרדכי, ב״מ, פרק ה, סי׳ שכג, עולה שהוא מצריך קניין. מלבד ראיות הב״י יש להוסיף את התוספות, קידושין ח ע״ב, ד״ה מנה, שמסביר באחד מתירוציו, שמשכון שנתנו פועלים לבעה״ב (ב״מ עח ע״א) אין בו משום ״מנה אין כאן משכון אין כאן״ כי גרמו לו הפסד. כיו״ב משכון שניתן על הפרת שידוכין, מחייב לשלם דמי ביוש, משמע שהחיוב קם ללא מעשה קניין, ומשום כך גם המשכון תופס; ראה: ביאור הגר״א, אה״ע, סי׳ נ, ס״ק כד; ברכת אליהו, להרב רקובר, שם. אולם בתוספות הרא״ש שם מבואר להיפך, כי החיוב קם ע״י קנין סודר, וכן מבואר בתוספות הרא״ש, סנהדרין כד ע״א, סוף ד״ה כל, עיין שם.

[110] ראה תוספות, ב״מ סו ע״א, ד״ה ומניומי. יתר על כן, המהרי״ק, שורש כט, אומר כי אפילו לא התנו על קנס, ״קרוב אני לומר שאפילו ממון נתחייב לו מפני בושתו״. והובאו דבריו בבית שמואל, אה״ע, סי׳ נ ס״ק יד, אך נראה שלדעת המהרי״ק החיוב הוא נזיקי מדין בושת, עיין שם בהמשך דבריו ובדברי קצות החושן (לעיל בהערה 105).

[111] כן הוא בהגהות מרדכי, ב״מ סי׳ תנח, בשם הסמ״ג.

2. שיטת הריטב״א: התחייבות מדין ערב

עד כה עסקנו בהתחייבות מפורשת לשלם, אם כי בלא קניין. אך יש שהחיוב קם אף בלא שאמר שישלם. כך מסביר הריטב״א בשם מורו (הרא״ה או הרשב״א) את חיובו של החוזר בו מהבטחתו, וזאת על פי דין ערבות, הנזכר לעיל.

כזכור, בעניין מי שנמנע לקנות יין לחברו בשעת הזול, מתלבטים המפרשים בשאלת מקור החיוב[112]. והריטב״א אומר שם[113]:

> ומורי הרב תירץ... כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא היה לוקח ע״י עצמו או ע״י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו, ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה מדין ערב, וזה ענין שכירות פועלים... דכיון שסמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו. וזה דין גדול[114].

אין כאן מקום להאריך בשאלה: האם נתקבל דין זה על ידי הפוסקים[115]? נזכיר רק דוגמה אחת. הרמ״א פסק[116]: ״מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: לך, ואני אבוא אחריך. והלך, והשני לא הלך אחריו — צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו״. מקור הלכה זו הוא במרדכי בשם המהר״ם[117], האומר: ״אע״פ שלא נדר

[112] רוב הראשונים שם מתרצים שהתנה במפורש, שאם לא יקנה — ישלם. ראה ריטב״א בשם ר״י, רשב״א, רא״ש, פרק ה, סי׳ סט, חידושי הר״ן ונימוקי יוסף שם מד ע״א (בדפי הרי״ף), אמנם לא הזכירו אם היה קניין או לא — ראה לעיל, ליד ציון הערה 76.

[113] חידושי הריטב״א החדשים, ב״מ עג ע״ב (הובא גם בשיטה מקובצת, שם). על עיקר חידושו חוזר הריטב״א בשם מורו גם בדף עה ע״ב (הובא גם בשיטה מקובצת שם), ובכך מסביר מדוע אין המעביד שוכר עליהן אלא עד כדי שכרן, וזה לשונו: ״י״ל, דמסתמא היינו דאסיקו אדעתייהו... ועל זה הבטיחוהו...״.

[114] ראה עוד חידושי ר׳ עקיבא איגר, ב״מ עו ע״א, בסוד״ה חזרו, שכיוון מעצמו לחידוש זה, וכנראה שלא ראה דברי הריטב״א.

[115] הקושי העיקרי של דין זה הוא בסתרו את הירושלמי, ב״מ ה, ג, האומר כי המבטל כיסו של חברו פטור, וכן הובא להלכה בטור ובשו״ע, חו״מ, סי׳ קפג, סע׳ א. משום כך יש מן האחרונים שדחו את שיטת הריטב״א, ראה: מראה הפנים על הירושלמי שם; משפט שלום למהרש״ם, חו״מ, סי׳ קעו, סי״ד. אמנם יש אחרונים שמחלקים בין הפסד ברור או לא, כמו שהירושלמי עצמו מחלק בין ביטול כיס לביטול שדה; ראה: שו״ת חתם סופר, חו״מ, סי׳ קעה; נתיבות המשפט, חו״מ, סי׳ שו, ס״ק ו; נחלת צבי על חו״מ, סי׳ רצב, ס״ז. לסיכום הדעות בשאלה זו עיין: הרב ע׳ בצרי, דיני ממונות, ח״ב, שער שלישי, פ״ג, עמ׳ רמב; נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי (לעיל, הערה 84), שער חמישי, פרק ראשון. נראה שעיקר הקושי נוגע לבעיית היחס בין מניעת רווח (ביטול כיס) והפסד (ראה למשל, קצות החושן, סי׳ שלג ס״ק ג), כשלא היתה אמירה מפורשת של התחייבות, אך אין אותה התנגדות לקבלת הרעיון שאפשר לראות בדיבורו של אדם, שהשני סומך או פועל לפיו, התחייבות מדין ערבות לתשלום הפסד ממש. אף דינו של המהר״ם, שיובא בסמוך, עוסק בתשלום על הפסד הוצאות, ולא במניעת רווח.

[116] רמ״א, חו״מ, סי׳ יד, סע׳ ה.

[117] מרדכי, סנהדרין, פרק ג, סי׳ תשז.

לו, ולא שייך למימר... משטה אני בך בדבר זה. וכמה דברים יש שאין צריכין קניין". והתלבטו המפרשים בביסוסו המשפטי של חיוב זה, אם הוא מדין נזיקין (גרמי) או לאו דווקא. ודן בכך לאחרונה בית הדין הרבני[118], ובין היתר הוא מעלה את האפשרות שהחיוב הוא חוזי, בהסתמכו על הריטב"א הנזכר לעיל, שהוא מדין ערבות[119].

יש המסבירים את דין הגמרא[120] ביחס להסכם בין בעלי אומניות, שיעבוד כל אחד ביומו דווקא, שהוא מדין ערב[121], כי כשהוא נמנע מלעבוד ביום אחר, הוא מפסיד על פי הבטחת חברו[122].

3. הפרת הבטחת עבודה

דוגמה נוספת לחיוב רק על יסוד הפרת הבטחה מצינו בהפרת הסכם בין בעל הבית והפועלים. דוגמה זו הובאה לעיל, בפרק השביעי, ונביא אותה עתה בקצרה בהקשר לחיוב מכוח ערבות. במסכת בבא מציעא מובאת ברייתא[123]: "השוכר את האומנין, והטעו את בעל הבית, או בעה"ב הטעה אותן — אין להם זה על זה אלא תרעומת. במה דברים אמורים? שלא הלכו. אבל הלכו חמרים, ולא מצאו תבואה... נותן להם שכרם משלם. אבל אינו דומה... ליושב בטל". לעיל למדנו על ההבדל בין הלכו לבין לא הלכו[124]. על כל פנים, כשלא הלכו, לא נוצר חוזה משפטי מחייב, ואין להם זה על זה אלא תרעומת. אך בכל זאת, אם הפסידו את האפשרות להשכיר את עצמם למעביד אחר, יש אומרים שחייב מדין דבר האבד.

דין דבר האבד נאמר שם במשנה בראש הפרק (עה ע"ב), ביחס לפועל שחוזר בו בנסיבות שצפוי בהן לבעל הבית הפסד רב, כשאין לו אפשרות לשכור פועל אחר. על

[118] פד"ר ג 18, 30.

[119] לדוגמאות נוספות לחיוב פיצויים בלא חוזה תקף, ראה: שו"ת הרא"ש, כלל קב, סי' א, שהובא ברמ"א, חו"מ, סי' ר, סע' ז, וראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק יג; שו"ת הרא"ש, כלל קד, סי' ז, שהובא להלכה בטור ושו"ע, סי' שלג, סע' ח, וראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק טו; שו"ת ר' עקיבא איגר, סי' קלד; סמ"ע, חו"מ, סי' לט, ס"ק מו (והובאו דבריהם בספרו של ד"ר ש' ורהפטיג הנ"ל בהערה 1, עמ' 28 ואילך). אמנם בהלכות אלו נאמר כי החיוב היא מדין גרמי, וצריך עיון אם אפשר להסבירם גם מדין חוזי, כפי שהוסבר עד כה, כי צד אחד סומך על דיבורו של חברו ומפסיד, ומדובר בהפסד ממשי ולא במניעת רווח, ראה הערה 115. והנה בהלכה אחת של הרמב"ם — הלכות זכיה ומתנה, ו, כד — שעוסקת בהפסד סעודת שידוכין שגרמה הכלה המיועדת לחתנה המיועד, מסביר אבן האזל שם, שהיא "חייבת מדין גורם היזק בצירוף דין ערבות", כיוון שהוציא הוצאות על פי הבטחתה שתינשא לו; עיין שם.

[120] ב"ב ט ע"א.

[121] שו"ת צמח צדק, חו"מ סי' כז, אות א.

[122] הרחבת דברים ב"התחייבות מדין ערב", ראה ברוך כהנא, "ערבות", עמ' 78, 515.

[123] עו ע"ב.

[124] ראה פרק שביעי, סעיף א. הרמב"ן ועוד מסבירים ש"הלכו" הוא התחלת מלאכה, שהיא אחת מדרכי הקניינים בשכירות פועלים. מדברי התוספות שם (ד"ה אין), משמע, שכבר בשעה שהלכו נגרם להם נזק, כיוון שלא ימצאו עבודה, והחיוב הוא מדין גרמי.

כך אומרת המשנה: "שוכר עליהן או מטען"[125]. מהו הבסיס לחיוב בדבר האבד? הסמ"ע[126] אומר שהכוונה לדין גרמי הנזכר לעיל[127], אולם כבר התלבטו המפרשים בחיוב זה, מדין גרמי, כפי שהובא לעיל, בפרק השביעי[128].

משום כך, נתיבות המשפט אומר[129]: "ע"כ לאו דינא דאורייתא הוא, וע"כ [=ועל כורחך] הוא מצד תקנת חז"ל, או שאמדו חז"ל דעתן, שבכך מחייבין עצמן זה לזה להשלים עד כדי שכרן. ועל תקנת חכמים ואומדנה שלהם אין להקשות כלל...".

אולם מדברי הרמב"ן עצמו משמע לכאורה שהחיוב בנוי ביסודו על הבטחת המפר, שהשני סמך עליה. וזה לשונו[130]: "ואע"פ... אין כאן אלא דברים, חייבים לשלם עד כדי שכרן, ולא יותר, דסמכא דעתייהו מעיקרא, ואין כאן דרך לקניין". אין כאן הסכם מחייב, ובכל זאת רואים אותם כמי שהסכימו לשלם את ההפסד[131]. לכן אינם משלמים את כל ההפסד, אלא עד כדי שכרן[132], כי עד כדי כך הסכימו לשלם, אם יחזרו בהם.

ייתכן שיש לשלב את דברי הרמב"ן עם דברי נתיבות המשפט הנזכרים לעיל, כי אף שלא היה הסכם מפורש, חכמים ראו בהתחייבות זו חוזה מצד החוזר בו לשלם הפסדים בשיעור מסוים. אמנם כבר ראינו את דעת הריטב"א, המחייב מדין ערב, ואולי יש להסביר לאור דבריו גם את דברי הרמב"ן.

4. קבלת אחריות על ידי השומר בלא קניין

גם בשומרים מצאנו התחייבות תקפה בלא קניין על סמך "בההיא הנאה" וערבות. כבר הזכרנו לעיל[133] את התחייבותו של שומר חינם להיות כשואל מדין "בההיא הנאה" (ב"מ צד ע"א).

יש מקרים שהוסבר בהם חיובו של השומר מדין ערבות. לעיל, בפרק השמיני, עסקנו בחיובו של השומר בכלל, וכאן נזכיר רק את הנוגע לענייננו. המשנה במסכת בבא

[125] לפשר סנקציה זו ראה לעיל, פרק שביעי, סעיף ג, 1.

[126] סמ"ע, שלג, ס"ק ח.

[127] ראה לעיל, הערה 124.

[128] ראה שם סעיף א, ו; ג, 1(ג).

[129] על שו"ע, חו"מ שם, ס"ק ג, וכעין זה כתב גם ר' עקיבא איגר, בחידושיו לב"מ עו ע"א, ד"ה חזרו, וראה גם קצות החושן, שם, ס"ק ג.

[130] ב"מ, שם, ד"ה והווי יודע. וראה פתחי חושן, הלכות שכירות, פ"ח, א (ד), שכתב לפי דעת שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סי' רה, שרק אם היתה מזומנת לו מלאכה אחרת והפסידה, יחויב בעה"ב מדין ערבות.

[131] נראה לי שאין צורך לומר כי הרמב"ן חולק על הרשב"א והראב"ד (לעיל, הערה 29). לא היתה סמיכות דעת שלא יחזרו בהם, אך אם הגיעו לשלב כזה שנגרם הפסד מהחזרה, היתה סמיכות דעת לשלם את ההפסד.

[132] ראה ב"מ עח ע"א. וכן מובנים דברי הרמ"א, חו"מ, סי' שלג, סע' ו (על פי נימוקי יוסף, ב"מ מו ע"ב, בדפי הרי"ף), שאם לא שכר עליהם המעביד פועלים אחרים, אין הם משלמים לו דמי נזקו כיוון שלא קיבלו עליהם הפסד זה.

[133] ראה פרק אחד־עשר, סעיף א, ופרק זה, לעיל, סעיף ב, 1.

מציעא[134] אומרת: "השואל את הפרה... אמר לו השואל: שלחה לי... ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך... ומתה — חייב". ונשאלת השאלה: מדוע חייב השואל באחריות בלא קניין? בראשונים מובאים כמה הסברים, ואחד מהם הוא דין ערב. וזה לשון "נימוקי יוסף" שם: "...שכיון שא"ל להוציא פרתו מרשותו ולשלחה ביד עבדו, נתחייב מדין ערב. דכל מוציא ממון מרשותו ע"פ חברו, נתחייב לו חברו מדין ערב, והכי מוכח פרק קמא בקדושין"[135].

כמו כן מובאת שם בגמרא (צט ע"א) דעת רב, שהשואל פרה, ואמר למשאיל: "הכישה במקל, והיא תבוא", השומר מתחייב מיד כשהכישה. וכן פסק גם הרא"ש (פרק ח, סי' יב). יש מסבירים את דעת רב שהוא מדין ערבות[136]. אך להלכה לא נפסק כן[137], משני טעמים: כי בנסיבות אלו צריך אמירה מפורשת, "ואתחייב לך"; או מפני שאין כאן איבוד ממון, המחייב את הערב, שכן פרה שיוצאת לרשות הרבים על ידי הכשה במקל אינה הולכת לאיבוד בהכרח — בניגוד ל"זרוק מנה לים"[138] — ולכן אין כאן הנאת אמון ברמה המספקת ליצירת חיוב[139].

עוד מצינו שיש המסבירים את שיטת הרא"ש דלהלן מדין ערבות. בהסבר המשנה: "שמור לי, ואמר לו: הנח לפני — שומר חנם" (ב"מ ו, ו; פ ע"ב) נחלקו הרמב"ם ואחרים מן הראשונים עם התוספות והרא"ש. הרמב"ם וסיעתו מצריכים קניין כדי שיתחייב השומר, והם מסתמכים על דברי הגמרא, האומרת: "כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים" (ב"מ צט ע"א)[140]. לעומתם, התוספות והרא"ש סוברים שהשומר מתחייב בלא משיכה[141], לפי פשט דברי המשנה: "ואמר לו: הנח לפני". וכך כותב הרא"ש: "לענין חיוב אונסין (בשואל), מיד שסילק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת שומר, קמה לה ברשות השומר לשומרה". האמנם היא עוברת לאחריות השומר בלא קניין לגמרי? יש המסבירים שגם הרא"ש דורש קניין[142]; אך יש

[134] ח, ג; בבלי צח ע"ב.

[135] ראה פרק שמיני, הערה 35.

[136] ראה חידושי הריטב"א החדשים (=הוצאת מוסד הרב קוק) וחידושי הר"ן, ב"מ שם.

[137] ראה שו"ע, חו"מ, סי' שמ, סע' ז, ולעיל, פרק שמיני, הערה 5.

[138] ראה הערה 86.

[139] ראה נימוקי יוסף, ב"מ נז ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הר"ן. וקשה לי, לפי זה: מדוע דין השולח פרה שאולה ע"י שלוחו, הנזכר לעיל, מתפרש כן על סמך ערבות? הר"ן בחידושיו מחלק בין דינו של רב (הכישה במקל) לבין דין המשנה: "דהני כיון דאזלי בהדי פרה, סמכא דעתיה דעבד ושליח מנטרו ליה, ומיחייב מדין ערב. אבל אמר לו הכישה במקל, לא סמכה דעתיה". אבל מאידך גיסא, ברור כי אין הפרה הולכת לאיבוד ביד השליח, כמו בהכישה, ויכול להחזירה, אם כן לכאורה אין ערבות, כמו בהכישה במקל, וצריך עיון. וראה להלן, הערה 164.

[140] להסבר הקניין, ראה מגיד משנה, הלכות שכירות, ב, ח; ולעיל, פרק שמיני, ליד ציון הערה 7.

[141] ראה תוספות, ב"מ צט ע"א, ד"ה כך תיקנו; רא"ש, ב"מ, פרק ח, סי' טו. ברא"ש מבואר שהוא הדין בחיובי אונסין של שואל — עיין שם.

[142] ראה קצות החושן, סי' שמ, ס"ק א, שיש כאן קניין התחלת מלאכה, כמו בפועל. ראה לעיל פרק שמיני, הערה 37.

האומרים שגם בלא מעשה קניין, השומר מתחייב על יסוד דין ערבות[143], שכן בהנאת האמון שיש לבעלים כלפי השומר, השומר מתחייב.

אך מלבד הקשיים שנזכרו לעיל בהסבר זה ביחס ל"הכישה במקל", יש קושי בעניינו בייחוס הסבר זה לרא"ש. כבר הזכרנו את המחלוקת בין הראשונים בשאלה: האם די בהוצאת ממון על פי דיבור האדם כדי שיתחייב? או שמא יש צורך בקבלת ממון על ידי אחר[144]? ודווקא הרא"ש (קידושין, פרק א, סי' יג) הוא הסובר כדעה האחרונה, שיש צורך שיקבל בן דעת אחר ממון על פי המתחייב, כדי שתתפוס ההתחייבות מדין ערב. ואם כן, בנידון דידן, אין כאן צד שלישי מקבל, וקשה לבסס את חיובו של השומר על דין ערב[145].

אמנם אחד מן האחרונים טוען שהשומר הוא חריג לצורך זה: "ואולי דין השומרים שאני להתחייב כל שעל פיו עשה מעשה, אע"פ שלא מסרו לבן דעת". ועדיין הדברים טעונים ביאור[146].

5. דין ערב בשליח

עוד מצינו דין ערבות במצבים אחדים בשליחות. השליחות אינה צריכה קניין, והאדם מתמנה כשליח אף בדיבור בעלמא. מאידך גיסא, שני הצדדים, השולח והשליח, רשאים לחזור בהם בדיבור בעלמא, אך כל זמן שלא הודיעו על ביטול השליחות, היא קיימת, ורואים את השליח כפועל עבור שולחו.

הרשב"א[147] נשאל בעניין מי שביקש מחברו לקנות בגדים עבור שניהם בשותפות, ולאחר שקנה הלה את הבגדים, התכחש השולח לדבריו, והוא אינו רוצה לשלם את חלקו, והוא אומר: "על כרחו יפרע חלקו, דשליח שוייה. ואי זה דבר עשה לו, עד שיאמר לו: משטה הייתי בך?". משמע בפשטות שרואים את הנתבע כשולח, שאינו יכול לחזור בו לאחר שנעשתה השליחות עבורו. וכן פסק הרמ"א[148]. אך הרשב"א אומר שם בהמשך דבריו: "דהוי כערב בשעת מתן מעות, דלא בעי קנין, ואינו יכול לומר:

[143] ראה מחנה אפרים, הלכות ערב, סי' א, שכן סבר לומר בתחילת דבריו.

[144] ראה לעיל ליד הערות 78-79.

[145] ראה מחנה אפרים, הלכות ערב, סי' א. הוא מביא ראיה נוספת מתשובת הרא"ש, כלל סו, סי' ט, שהובאה בטור, חו"מ סי' רז, סע' כד, לפיה מוכר פרה שהסכים לשחטה, לאחר שהקונה, ללא קניין, הבטיח לו שאם תימצא טריפה ישלם לו מחיר מסוים, הפסיד בתביעתו נגד הקונה שחזר בו. ומתקשה הבית יוסף על הטור, שם: מדוע לא יתחייב מדין ערב? אך לשיטת הרא"ש הנ"ל אין בהוצאת ממון כשלעצמה כדי לחייב מדין ערבות. כיו"ב מבאר חזון איש, ב"ק, סי' ז (יח), כי חיובו של טבח בשכר שניבל את הבהמה (שו"ע, חו"מ, סי' שו, סע' ד) כשומר שכר, אף ללא קניין, הוא מדין ערבות. אך הוא דוחה את דבריו לפי הרשב"א, שכן הוא כ"זרוק מנה לים". ועיין פתחי חושן, הלכות שכירות, פי"ג, הערה לא.

[146] משנה למלך, הלכות שכירות, ח, ח. וראה להלן ליד הערה 153.

[147] בתשובותיו, ח"א, סי' אלף ו.

[148] חו"מ: סי' קפב, סע' א; סי' קפג, סע' ד.

משטה הייתי בך, כשאמר לו: תן לו, ואני ערב". מה עניינה של הערבות לכאן[149]? שמא כוונת הרשב"א לומר שמשני צדדים איננו מקבלים את טענת הנתבע: ראשית, הוא חייב לשלם לשליח את מחיר חלקו בבגדים, כיוון שנרכשו עבורו מדין שליחות; שנית, הוא חייב לשלם לשליח את מה שהוציא הלה מדין ערבות, שכן הוציא את הממון על פיו. נפקא מינה תהא כאשר חזר בו השולח בפני עדים לפני הקנייה, בלא שהודיע לשליח, שכן אין כאן שליחות, אך יש כאן ערבות. כך עולה מדברי אחד מן האחרונים, אף כי לא הזכיר את תשובת הרשב"א, הנזכרת לעיל[150].

אמנם יש קושי בייחוס סברה זו לרשב"א, שכן ראינו לעיל שלדעתו יש צורך בקבלת ממון על ידי אחר לשם חיוב מדין ערבות[151]; ואילו כאן, בתשובה, משמע שדי בעובדה שאחר עושה מעשה על פיו. וכן משמע מתשובה נוספת, שבה הוא קובע כלל: "כל שעושה מעשה ע"פ אחר, אותו אחר חייב מדין ערבות"[152]. ואולי אין הרשב"א חולק אלא ב"זרוק מנה לים", שאז הממון הולך לאיבוד, על פי ההסברים שהובאו לעיל. אך כשהשני מוציא אותו ממון לצורכו, אף כשאין אחר שמקבל על פי דבריו, יש דין ערבות. ועדיין הדבר צריך בירור[153].

עד כאן עסקנו בדין ערבות בשליחות, אך שאלה אחרת היא דין שליחות בערבות. בפשטות, אין צורך בשליחות. כבר ראינו שדין ערבות בנוי על יסוד קבלת הנאה ("בההיא הנאה") או על העובדה שקיבל אחר ממון עבורו. אמנם, לפי ההסבר השני, אפשר שנראה את הלווה או את האחר כשלוחו של המתחייב. אך יש מן הראשונים שאמרו שרואים את המלווה או מוציא הממון כשליחו של הערב, היינו המתחייב, שסמכו עליו[154]. ושאלה היא: מה עניין השליחות לכאן, ומה צורך בה? ואכן, יש מן האחרונים[155] שאומרים כי שליחות לאו דווקא, והכוונה להסבר השני, הנזכר לעיל, בשם הרשב"א, שכן רואים את המלווה כפועל בשם הערב. היינו: הכסף הגיע לידו,

[149] תשובת הרשב"א מובאת בב"י, חו"מ, סי' קפג, מחודש ד (ובדרכי משה שם, ס"ק ב, יש לתקן את ציון הרשב"א, ולכתוב — אלף ו או אלף טז, ראה להלן הערה 152) ובדרכי משה, סי' קפב, ס"ק ב, ושם נזכר רק הנימוק של שליחות. אך הגר"א, סי' קפב, ס"ק ו, מציין דין ערבות, אם כי בסי' קפג, ס"ק יט, הוא מסביר מדין שליחות, היינו השליח קנה עבור משלחו — עיין שם.

[150] ראה נתיבות המשפט, סי' קפב, ס"ק ג. וראה עוד נתיבות המשפט, סי' קפג, ס"ק ב.

[151] ראה ליד ציון הערה 86.

[152] ח"א, סי' אלף טז. שם שותף לחוב אמר לחברו: "פרע חובנו אף בלא קבלת השובר", ואח"כ נזקק האחר לפרעו שנית, ודחה הרשב"א את טענתו כי רק עצה השיא לחברו, שכן חברו הוציא ממון על פיו.

[153] ואולי כן יש לומר גם ביחס לשומר — ראה לעיל הערה 146.

[154] רשב"ם, ב"ב קעג ע"ב (ד"ה גמר), וכן מבואר כבר ברש"י, ע"ז סג ע"ב (ד"ה מדין) — עיין שם.

[155] ראה קהילות יעקב, קידושין, סי' י. וראה עוד פירוש הרא"ש, נדרים מג ע"א, המסביר את המשנה שמתירה לאדם לומר לחנווני שפלוני המודר הנאה ממנו זקוק לאוכל, משום שאין האומר מתחייב בכך לשלם לחנווני, "שהרי לא אמר לו שיתן, דאם היה חייב לשלם לו על פי הדברים שאמר לו... כיון שהוציא ממון מידו על פי דבורו חייב לשלם לו, אם כן, היה אסור החנווני ליתן לו בשליחות המדיר".

והוא הלווהו לפלוני, והערב מתחייב כאילו הוא קיבל את הכסף. ועדיין הדבר צריך בירור[156].

6. היקף החיוב ויחסו לנזיקין

ראינו שבדברי כמה מן הראשונים מובא כלל האומר: "כי כל העושה מעשה על פי אחר, מתחייב (האחר) מדין ערב"[157]. לשם הבנת כלל זה, עמדנו על יסוד הערבות והסבריו השונים. ומאחר שהשיטה הדומיננטית מבססת את דין הערבות על יסוד "בההיא הנאה", עמדנו על עניינו של מושג זה הבא כתחליף למעשה קניין. מכאן יוצא שההסבר המקובל לחיוב הוא, שזהו חיוב חוזי: המתחייב מקבל על עצמו לשלם דמי הפסד, וקבלתו בנויה על יסוד הנאתו, שעשה אחר מעשה על פיו.

כאן עולות כמה שאלות:

ראשית, באיזה מעשה מדובר? המצב הפשוט הוא, כמו בערב עצמו, שהשני (המלווה) משלם לצד השלישי (הלווה) על פי דברי המתחייב (הערב), כשהאחרון מקבל על עצמו לשלם (לערוב) לשני, אם הצד השלישי (הלווה) לא ישלם (יפרע) לו[158]. האם די בהנאת המתחייב, שאחר עושה מעשה על פיו ומפסיד? או שיש צורך גם שייהנה פלוני ויקבל את מה שהוציא השני, כמו שהוא בעניינו של הערב? הראשונים נחלקו, כאמור לעיל, בעניין זרוק מנה לים, ואשלם לך: הרמב"ן דוגל באפשרות הראשונה, והרשב"א בשנייה.

לגישת הרשב"א, דין ערבות מצומצם רק למקרה של קבלת ממון על ידי צד שלישי. מכאן אפשר לומר שדין ערבות מנותק כליל מן המושג "בההיא הנאה", והוא מבוסס על העובדה שהערב נחשב כלווה שני, כאילו קיבל פלוני את הממון עבורו. אך אמרנו שאפשר להבין בדעת הרשב"א שעדיין יש צורך בקבלת הנאה, אם כי זו מוגבלת למקרה שקיבל צד שלישי, ונהנה מן הממון שהוצא[159]. אמנם מתוך סתירות בדברי הרשב"א, הוספנו שאפשר שיהא חייב גם כשהוציא השני ממון לצורכו, אף בלא שנהנה פלוני על פי המתחייב, ובלבד שאין מדובר באיבוד ממון. כך ייתכן שמשאיל השולח

[156] ראה ירושלמי קידושין א, ב (לעיל, הערה 87), שם משמע, כי אלו שני הסברים שונים, היינו, אם רואים את המקבל כשליח המתחייב? או שמא רואים את המלווה כשלוחו של הערב המתחייב? וכן משמע שם כי מדובר בשליח ממש, לאפוקי מי שאינו בן דעת, וצריך עיון.

[157] ראה לעיל, הערות 99-101.

[158] המקרה היותר פשוט הוא כשאדם מתחייב לשלם לחברו את הוצאותיו בלא תנאי, שכן בגלל תנאי זה עולה בעיית אסמכתא שנפתרת על ידי המושג "בההיא הנאה" כנזכר לעיל.

[159] ראה לעיל, ליד ציון הערה 92. ראייה נוספת ניתן להביא מדברי שיטה מקובצת, ב"מ קיח ע"א, בשם הרשב"א, ביחס למי ששכר פועל, והראהו לעבוד בשל חברו, שחייב לשלם לו שכרו. וזה לשונו: "שכרו סתם, והראהו בשל חברו, דחייב... הרי ההנה פועל איניש דעלמא על ידו של זה, ועל מה שנשכר זה אצלו, ולפיכך חייב כאילו הוא נהנה ממנו... והוה ליה כעין דין ערב...".

את פרתו ביד בנו על סמך דברי השואל, מחייב את השואל מדין ערב, שכן לא התכוון המשאיל לאבד את ממונו. ועדיין סברה זו צריכה בירור[160].

עד כה דובר בפלוני שהוציא ממון והפסיד. אך יש שפלוני רק נמנע ממעשה בסמכו על הבטחת אחר. יש שמניעה זו גורמת לו הפסד ממש, כאותו בעל בית שנמנע מלהזמין פועל אחר על סמך הבטחת הפועל שלפניו. יתר על כן, יש שבהימנעות זו רק מנע מעצמו רווח צפוי, כאותו אדם שלא קנה יין בזול בסמכו על הבטחת חברו שיקנה לו יין[161]. אף במקרים אלו, הריטב״א מחדש בשם רבו חיוב מדין ערבות[162]. אמנם עיקר החידוש הוא שהחבר מתחייב אף בלא שקיבל על עצמו לשלם, אם לא יקנה.

כאן אנו באים לשאלה אחרת: היש צורך בהבטחה מפורשת לשלם? או שמא די בהתחייבות מכללא? לכאורה, הר״ן סבור שצריך אמירה מפורשת, שכן ביחס לשומר האומר לבעל הפרה: ״הכישה במקל, והיא תבוא״ (ב״מ צט ע״א), שנזכר לעיל, הוא מסביר שלהלכה אינו חייב מדין ערב, כיוון שלא אמר: ״ואתחייב לך״[163]. אך נראה כי אמירה זו אינה תנאי בל יעבור, אלא היא תלויה בנסיבות העניין, שכן ככל שהתועלת המגיעה למתחייב פחותה יותר, יש צורך בהוכחה מפורשת יותר שאכן גמר בדעתו להתחייב. כך, למשל, ב״זרוק מנה לים״, ברור שצריך אמירה מפורשת, כדי שלא נאמר שהיה משטה בו בזורק. ומשום כך גם כאן, כשהשומר מסתכן באיבוד הפרה, אינו גומר בדעתו להתחייב, אלא אם כן אמר זאת במפורש. אך במקרים אחרים, כגון שומר שאמר לבעל הפרה: ״שלחה ביד בנך״ או: ״הנח לפני״, הוא מתחייב מדין ערב אף בלא אמירה מפורשת[164].

אמנם הריטב״א, כאמור, מחדש — בניגוד לרוב הראשונים — שאף בהימנעות מפעולה ואף במניעת רווח, גם כשלא התחייב במפורש לשלם דמי הפסד, יש התחייבות

[160] ראה לעיל, ליד ציון הערה 153. אולם עיין גם הערות 91, 146.

[161] וכן יש לומר ביחס למחכיר שדה, שסומך על החוכר שיעבדה וישתתף עמו ברווחים, והחוכר הוביר (ב״מ קד ע״א), אם נאמר שחיובו של החוכר הוא מדין ערבות, כפי שאומר נתיבות המשפט, סי׳ שו, ס״ק ו (לעיל, הערה 106). בשאלה דומה דן מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי׳ יח, וזה לשונו: ״ראובן שאמר לו לשמעון, הכבד היום בביתך ואני אתן לך חלק מכמה שארויח בסרסרות...״. המחבר שם דן בחיובו מצד שכירות, או גרמי או על בסיס חוזי, על פי דברי המרדכי בשם ר׳ יקיר (לעיל, הערה 99). אך לבסוף נוטה לפוטרו, כי ההפסד אינו ברור. יתר על כן, אם ברור שהאחר הפסיד על פי דיבורו, סבור מחנה אפרים, שם, שאינו חייב לשלם כל מה שהתנה יותר מדמי ההפסד. וראה עוד דרישה, חו״מ, סי׳ רז, ס״ק כד. על כל פנים, את הריטב״א לא הזכיר, אך אפשר שגם לדעתו פטור, כשההפסד אינו ברור, כאמור בסמוך.

[162] ראה לעיל, ליד ציון הערה 113.

[163] חידושי הר״ן, ב״מ צט ע״א (ד״ה באומר). ראה לעיל, ליד ציון הערה 137.

[164] ראה חידושי הריטב״א החדשים וחידושי הר״ן, ב״מ צט ע״א, ובכך מתורצת שאלת מחנה אפרים, הלכות שומרים, סי׳ ז (לעיל, הערה 139). מדבריו בהלכות ערב, סי׳ א (לעיל, הערה 145), נראה שחזר בו, ומסכים שאפשר לחייבו מדין ערב בלא אמירה מפורשת.

מכללא לשלם מדין ערבות. ונראה שצירוף זה של נסיבות הוא שהביא את הריטב״א להכתיר את חידושו בתואר ״דין גדול״[165].

חידושו של הריטב״א מעורר שאלה בדבר היחס בין דיני חוזים ובין נזיקין. כבר עמדנו לעיל על הקושי בחידוש זה מצד דברי הירושלמי, שהמבטל כיסו של חברו — פטור[166]. אמרנו שיש להבדיל בין הפסד שאינו ברור להפסד ברור, שאז יש מקום לחיוב חוזי של ערבות. מאידך גיסא, יש מצבים שבהם ההפסד ברור, ובכל זאת מצינו חיוב נזיקי דווקא, ולא חיוב חוזי. כך נאמר ביחס ל״מראה דינר לשלחני, ונמצא רע״, הנזכר לעיל, ומדוע לא נחייב שם מדין ערבות? ומה בין זה לבין שליח שנמנע לקנות יין, או פועל שחזר בו בדבר האבד[167]? נראה שיש להבחין בין ״דיבור מטעה״, הנגמר עם אמירתו, לבין הבטחה המכוונת לעתיד. שכן במקרה הראשון, השולחני אומר כעת ״דיבור מטעה״, וקמה עילת חיובו כמזיק. מאידך גיסא, בנידון דידן, השליח לקנות יין רק הבטיח שיקנה, וייתכן שבאמת התכוון לקנות, ואם כן עדיין אי אפשר לראותו כגורם נזק, אלא שאחר כך לא קנה. כאן קשה לחייבו מצד מזיק, כשנמנע מלקנות, שכן הוא רק בגדר גרמא. מאידך גיסא, יש מקום להניח שכבר בדיבורו הראשון, המכוון לעתיד, גמר בדעתו לפצות את הסומך עליו ומפסיד, אם יפר את הבטחתו.

7. התחייבות שלא לגרום נזק

מדברי כמה מן האחרונים, עולה שאפשר להסביר חיוב זה בדמי הפסד למי שפעל על פי דברי המתחייב בלא זיקה לגדרי ״בההיא הנאה״ או ערבות כלל. סתם אמירה לשלם אינה תופסת, אך אמירה שלא לגרום נזק תופסת. מבחינה נזיקית כשלעצמה, גרמא בנזיקין אסור[168], אבל פטור, כאמור[169]. אך מבחינה חוזית, כיוון שמדובר בגרימת הפסד, גמר בדעתו להתחייב, אף בלא קניין, כדי שלא יגרום נזק לחברו. כך יש שהבינו

[165] שמא מותר לנו לחטט בנפשו של אותו ערב, הנהנה מן האמון שניתן לו, כדי לבאר את מחלוקת הריטב״א והראשונים. לריטב״א, אין מדובר ב״הנאה״ במובן הרגיל של קבלת סיפוק, אלא ברגש אחריות של האדם — אף בינו לבין עצמו — שלא להפר אמון שנתנו בו. מכאן, שעצם ההפסד הצפוי לסומך על האדם עומד במרכז תודעתו בשעת הבטחתו. משום כך יש בהבטחתו לפעול בעתיד משום התחייבות מכללא שלא להפסיד את הסומך עליו. אך לדעת הראשונים האחרים, מדובר בקבלת סיפוק ותחושת כבוד הבאה מכך שהזולת מאמין בו. רק בשלב שני, באה גמירת הדעת להתחייב לפצותו, אם יפר את האמון שנתן בו. משום כך, ככל שההפסד פחות ברור, גמירת דעת זו צריכה להיאמר במפורש, כדי שתתפוס מקום מספיק בתודעת המבטיח ותגיע ל״רמה״ הנדרשת לחיוב משפטי.

[166] ראה לעיל, הערה 115.

[167] אמנם אמרנו לעיל, שיש המחייבים גם בדבר האבד מדין נזיקין של גרמי, ראה לעיל, הערה 126. יתר על כן, יש המחייבים את הערב עצמו מדין נזיקין, ראה הערה 84.

[168] ב״ב כא ע״ב.

[169] אמנם ר׳ אליעזר דון יחיא, בשו״ת אבן שתיה, סי׳ עט, מעלה רעיון כי בנסיבות אלו שסמך הנפסד על ההבטחה, הגרמא ״הופך״ לגרמי — עיין שם.

את דברי המרדכי בשם ר׳ יקיר, הנזכר לעיל[170]. יתר על כן, יש שהבינו כן את עצם חיובו של סתם ערב. היינו, התחייבות הערב לשלם לזה שמוציא ממון על פיו והפסיד תופסת בלא זיקה לגדרי ״בההיא הנאה״[171].

בניגוד לאמור לעיל, אפשר לפי זה שהחיוב תופס אף בלא שפעל הצד השני על פי דברי המתחייב והפסיד. כך, למשל, המבטיח לחברו שאם יפתח את דלת חצרו הנעולה, ישלם לו נזקי בהמתו, אם תברח. בלא ההבטחה, אם היה פותח את הדלת, היה פטור מדין גרמא (ב״ק נה ע״ב), אך הבטחתו נתפסת כהתחייבות תקפה[172].

ד. חיוב מכוח הסתמכות במקום שחוזה עם קניין אינו תקף

עד כה עסקנו בהתחייבות לתשלום, מפורשת או מכללא, כשהבעיה היא חוסר קניין. אך מה הדין כשדיבור עם מעשה קניין אינו תקף בגלל מגבלות בדיני חוזים, כדבר שלא בא לעולם או קניין דברים? האם יש בכל זאת ערך משפטי להבטחה שהשני סומך עליה?

1. הבטחה בדבר שלא בא לעולם

המוכר לחברו פירות דקל שעדיין לא צמחו, והלה משלם לו עבורם, כיוון שהוא סומך עליו שהם כבר ברשותו, ולאחר שהובררו לו שאינם ברשותו, טוען הקונה שיצא נפסד, שכן היה יכול לקנות במקום אחר, היוכל להיעזר בחיוב הנזכר, ולומר שעל המוכר לעמוד בדיבורו, ולכן בכל זאת המיקח תקף? היינו, לכשיבואו אותם פירות לרשות המוכר, הם מכורים לקונה? יתר על כן, שמא אף נחייב את המוכר לרכוש את הפירות כדי לקיים את המיקח?

נשתדל תחילה ליישם את האמור לעיל לענייננו. אם החיוב הנזכר הוא מדין ״גרמי״,

[170] ליד ציון הערה 99. ראה: שו״ת תשורת שי, סי׳ תקפב; שו״ת אבן שתיה, סי׳ עט, שנזכר לעיל (ושם — אינו רוצה להיקרא רשע). אפשר שכך גם הבין מחנה אפרים, הלכות שכירות, סי׳ יח (לעיל, הערות 101, 106), וראה עוד מחנה אפרים, הלכות שומרים סי׳ יח. הלכה אחרת המובאת בשו״ע, חו״מ, סי׳ קלא, סע׳ ז, בדבר חיובו של מי שהכניס את חברו להיות ערב לגוי, לפצותו על כל נזקיו, שהתקשו בה האחרונים באשר לביסוסה המשפטי (ראה סיכום הדעות בספרו של פרופ׳ נ׳ רקובר [לעיל, הערה 84], עמ׳ 240 ואילך, ובספר ״ערבות״, עמ׳ 273) מתפרשת אף היא — לדעת מחנה אפרים, הלכות גביית חוב, סי׳ ד — על־פי הסבר זה, של התחייבות שלא לגרום הפסד. יתר על כן, שם, אף ללא התחייבות מפורשת, יש התחייבות מכללא לשלם הפסד שייגרם לערב. וראה עוד שו״ת דברי חיים, ח״א, חו״מ, סי׳ מא-מג; ח״ב, סי׳ כח.

[171] ראה: נימוקי יוסף, ב״ב קעד ע״א (פא ע״א בדפי הרי״ף), ד״ה אמר רב הונא; קהילות יעקב, קידושין, סי׳ י.

[172] ונראה שבעל תשורת שי הרגיש בחידוש שבחיוב זה, ומשום כך הציע עוד שני הסברים לחיוב המובא במרדכי — תקנת חכמים או גדר של נדרי צדקה. עיין שם.

יש מקום לחייבו בתשלום פיצוי על נזק, אך לא לתת תוקף למיקח. כלומר, ייתכן שבנידון דידן, אם יוכח שנגרם הפסד ברור לקונה, מכיוון שסמך על המוכר, וכעת התייקרה הסחורה, נשוא המיקח, יתחייב המוכר בנזיקין. על כל פנים, העסקה הנידונה בטלה. לעומת זאת, אם החיוב מבוסס על חוזה, גמירת דעת להתחייב, ייתכן שהתשובה לשאלות הללו תלויה בטעמו של דין דבר שלא בא לעולם[173]. אם הטעם הוא חסרון בגמירת דעת, אפשר שכאן אין חסרון זה, כיוון שגמר המוכר בדעתו למכור את הנכס בגלל הנאת האמון או כדי שלא לגרום הפסד לחברו, כמוסבר לעיל, ואף גמר בדעתו לרכוש את הסחורה עבור הקונה. מאידך גיסא, אם דין דבר שלא בא לעולם מבוסס על חסרון מהותי, שאין לקניין על מה לחול, לא ניוושע מהנחתנו שגמר המוכר בדעתו למכור, שכן סוף־סוף המיקח אינו יכול לחול על דבר שלא בא לעולם, אלא אם כן נייחס למוכר כוונה להתחייב למכור, וההתחייבות תופסת בדבר שלא בא לעולם[174]; או שניעזר ביסוד חוץ־חוזי, יסוד ראייתי, ולפיו המוכר נתפס על הודאתו שהמיקח בידו, כמובא בסמוך.

נפנה כעת למקורות שעסקו בשאלה זו.

שנינו בתוספתא בבא מציעא[175]: "המוכר פירות לחבירו בחזקת שיש לו, ונמצא שאין לו, לא כל הימנו לאבד זכותו של זה".

ושאלה היא: מה טיבו של דין זה, המופיע כחריג לדין דבר שלא בא לעולם? אפשר להסבירו לפי דברי רב נסים גאון, שהובאו אצל כמה מהראשונים[176]. לדעתו, המיקח חל בדבר שלא בא לעולם, אם הדבר מצוי בשוק ואפשר לקנותו כל שעה. וכך נאמר בשו"ת הר"י מיגאש: "אמנם רב ניסים ז"ל איהו סובר שכל זה הוא במי שמכר לחבירו סחורה שאינה מצויה אצלו. אבל אם נמצאת בשוק, שהוא מחויב לקנות אותו לו, ויכול להכריח אותו על כך. והביא ראיה לדבריו מהתוספתא...". אך כבר הרי"ף (לגרסה שבפנינו), הר"י מיגאש ואחרים דחו את דבריו. הר"י מיגאש שם אף אומר שאין לסמוך

[173] ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, עמ' לא, ערך דבר שלא בא לעולם; לעיל פרק ה, סע' ג.

[174] ראה לעיל, פרק ה, סע' ג. המהרי"ט בתשובותיו, חלק ב, חו"מ, סי' סט, הולך בכיוון זה, ואומר, בעיקר ביחס למוכר תלמיד חכם, שודאי לא התכוון להטעותו, וגמר דעתו להתחייב למכור, וז"ל: "כיון שהמוכר הזה ת"ח הוא, ויודע שדבר שלא בא לעולם אינו נקנה ומסתמא לא היה מאנהו ומטעהו לקחת דמים מאת הקונה, ועוד שהוא יודע שעל סמך זה עושה, הולך ומתחייב בהם לסוחרים העכו"ם... אלא חזקה עליו שנתחייב ונשתעבד גופו לתתם... בלא טעמא דגברא רבה. כיון שידע שאין המקח קיים, לאו כל כמיניה לומר הטעתיו, דאין אדם משים עצמו רשע...".

[175] ב"מ ד, א, וראה: תוספתא כפשוטה שם, שהאריך בביאור התוספתא ומקבילתה בירושלמי תרומות ו, ב; לעיל פרק חמישי, סעיף ג, 5.

[176] ראה: רי"ף ב"ב פ"ד (לו ע"ב, בדפי הרי"ף), אות תשעז (בסוגיית ארעא ודיקלי, סט ע"ב); שו"ת הר"י מיגאש סי' קח (התשובה נדפסה גם בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב); מרדכי, ב"ב, פרק ד, סי' תקס, ועוד.

על תוספתא זו, שלא הובאה בבבלי. גם ה״בית יוסף״ מדייק מדברי כמה מן הראשונים שלא הסכימו עם רב נסים גאון, וחידושו נתון במחלוקת הפוסקים[177].

2. הסתמכות הלוקח על דברי המוכר

אולם הלכה דומה הובאה בטור[178] בשם העיטור, ונחלקו האחרונים אם כוונתו לדברי רב נסים גאון, אם לאו. וזה לשון הטור:

> כתב בעל העיטור דלא חשוב דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות האילן וכיוצ״ב, ששניהם יודעין ומתנין בדבר שלב״ל [=שלא בא לעולם]. אבל אם המוכר מתנה בדשב״ל, כגון שהמוכר מתנה ליתן לו דבר פלוני, והוא בעולם, אלא שאינו ברשותו, חייב לקיים לו תנאו, שעל מנת כן נתן לו הלוקח מעותיו. ואין דעת א״א הרא״ש ז״ל כן[179].

דברי בעל העיטור הובאו בהרחבה ב״בית יוסף״ שם עם הראיה מהתוספתא, ולא ברור אם בעל העיטור עצמו מסכים להלכה זו, או שהוא מביאה בשם רב נסים גאון, אך אינו מסכים עמו[180].

לעצם ביאור הדברים, יש שהבינו[181] שבעל העיטור התכוון לדינו של רב נסים גאון, ומדובר בדבר המצוי בשוק. אך יש שהבינו[182] שיש לפנינו דין חדש, שאינו בנוי על ההנחה שהדבר נחשב כאילו הוא ברשותו, אלא על הטעיית הלוקח. כלומר, הלוקח לא ידע, וסמך לתומו על דברי המוכר שנשוא המיקח ברשותו, ומשום כך חובה על המוכר לקיים את המיקח. וכך אפשר להבין מפשטות לשון התוספתא הנזכרת לעיל: ״לא כל הימנו לאבד זכותו של זה״. דין זה שונה מדין דבר המצוי בשוק משני טעמים: מחד גיסא, הוא חל גם על דבר שאינו מצוי בשוק[183]; ומאידך גיסא, ״אם גם הלוקח ידע שאין לו, אינו חייב להעמיד לו מקחו, כמו בדבר שלא בא לעולם״[184].

[177] ראה בית יוסף, חו״מ, סי׳ רט אות ו. דינו של רב נסים גאון נתבאר לעיל פרק חמישי, סעיף ג, 5.

[178] חו״מ, סי׳ רט, אות ו, ובספר העיטור הוא באות מ, מכירת קרקעות (סז ע״א), הובא (בנוסח מתוקן יותר) בבית יוסף שם. וראה עוד בספר מאה שערים לבעל העיטור, ב״ב לו ע״ב.

[179] הראייה היא מפסקי הרא״ש, ב״ב, פרק ד, סי׳ יב, שפירש את סוגיית הגמרא בעניין ארעא ודיקלי (סט ע״ב) כפירוש הרשב״ם שם (ד״ה זבין), שיש רק תוקף מוסרי לחוזה, מדין מחוסר אמנה, ולא פירש שיש תוקף משפטי.

[180] ראה דרישה, שם, ס״ק ו.

[181] ראה: שו״ת רשב״ש, סי׳ עא; ב״ח על הטור שם; שו״ת מהר״ש צרור (תשב״ץ, החוט המשולש, טור ב), סי׳ יג, ועוד. להלן, ליד ציון הערה 203, נראה שאף חידושי הרשב״א, ב״ב סט ע״ב, נוטה לדעה זו, וכן משמע גם מדברי בית יוסף, חו״מ, סי׳ ריא, אות ה, שהביא את דברי רב נסים גאון גם מספר העיטור והסביר כי נחשב כדבר שברשותו, ולפי זה לא קשה על הבית יוסף הערתו של ר׳ עקיבא איגר, בתשובותיו, סי׳ קלד.

[182] ראה: דרישה על הטור שם; שו״ת ר׳ עקיבא איגר, סי׳ קלד; שו״ת שארית יוסף, סי׳ ד.

[183] אם כי ייתכן שהוא קיים רק בדבר שבא לעולם, אלא שאינו ברשותו, ראה לשון הטור והב״י, סי׳ רט (לעיל, הערה 178). אמנם בספר העיטור עצמו נזכר ״דבר שלא בא לעולם״.

[184] לשון ר׳ עקיבא איגר (לעיל, הערה 182). אם אמנם מדברי העיטור שמענו דין חדש, אפשר

נראה שיש לפנינו מעין חיוב חוזי־נזיקי כפי שנתבאר לעיל. אמנם אין כאן התחייבות מפורשת של המוכר לקנות את נשוא המיקח כדי לקיימו, אבל מכיוון ששילם לו הלוקח, וסמך עליו, מוטלת חובה על המוכר לעמוד בדיבורו. ייתכן אף שהמוכר לא פעל במרמה, והתכוון באמת לרכוש את נשוא המיקח עבור הקונה. לעיל אמנם דובר על תשלום פיצוי עבור ההפסד, לאחר ה"הפרה", וכאן ייתכן שמדובר על חובה לקיים את החוזה כדי למנוע מראש הפסד למי ששילם כסף לתומו עבור מיקח שהיה סבור שהוא תקף. כלומר, ייתכן שחיוב זה קם מיד, בלא שהלוקח יכול להצביע על הפסד ממשי, אלא די שנתן את מעותיו, כאמור בספר העיטור.

אשר למקורו של החיוב, מלשון העיטור נראה שהחיוב אינו חוזי על סמך גמירת דעתו של המוכר, ולא נזיקי מדין גרמי, אלא זהו חיוב מיוחד, אולי עקב הסתמכותו של הקונה, מיסודו של דין ערבות, כפי שנתבאר לעיל. ואפשר להעלות שתי הצעות אחרות להסבר: החיוב בנוי על דין הודאה, דהיינו המוכר נתפס על הודאתו שנשוא המיקח ברשותו, והמיקח חל[185]; החוזה תקף מכוח תקנה המכוונת נגד המוכר שלא התנהג כשורה או לטובת הלוקח התמים, שמטרתה תיקון חיי המסחר[186]. ובאשר לאופיו של החוזה, אפשר שהדין רואה במוכר כמי שנתחייב לקיים את החוזה, או אפשר שרואים בעסקה זו הקנאה תלויה ועומדת, וברגע שירכוש המוכר את נשוא העסקה, זכה בו הקונה[187].

אולם הלכת העיטור נסתרת לכאורה מסוגיית הגמרא במסכת בבא מציעא. הגמרא

שאין ראייה מהרא"ש ושאר הפוסקים בסוגיית ב"ב סט ע"ב שנחלקו עליו, כי לא נראה להם להעמיד את הגמרא שם בלוקח שלא ידע שאין למוכר דקלים. אמנם הטור והב"י הבינו שהרא"ש והפוסקים חולקים — ומשום כך לא הביא הב"י את דברי העיטור להלכה בשו"ע — אם משום שהם מזהים את דברי בעל העיטור עם דברי רב נסים גאון, ואם משום שהבינו כי הרא"ש יכול היה לפרש את הגמרא בלוקח שלא ידע, ראה דרישה, שם, ס"ק ו. לר' עקיבא איגר שם דרך אחרת — על פי דברי הר"ש שיובאו בסמוך, בהערה 195 — לפיה יש מקום לקבל את חידוש העיטור במיטלטלין, ולא במקרקעין, עיין שם. וראה עוד שו"ע, חו"מ, סי' רט, סע' ו, בעניין הפוסק על שער שבשוק, ונחלקו אחרונים בביאורו, כפי שהובא לעיל בפרק חמישי, סעיף ג, 7.

[185] כך מבאר בעל מגן אברהם בפירושו לתוספתא שם, ב"מ ד, א. הודאה זו חורגת מתחום דיני הראיות, שכן היא מטילה עליו חיוב לרכוש אותו מיקח עבור הלוקח, ואולי היא מעין מניעות, שממילא מחייבת את המוכר לקיים את המיקח. אם יודה המוכר במפורש שהפירות בידו, והם מכורים לקונה, ייתכן שחל כאן קניין אודיתא, כיוון שאינו נאמן להתכחש להודאתו; ראה מהרי"ט הנ"ל (לעיל, הערה 174), ולעיל פרק עשירי.

[186] אף דינו של רב נסים גאון, ביחס לדבר המצוי בשוק ייתכן שבנוי על יסוד תקנות השוק. ראה מרומי שדה לנצי"ב, ב"ב פ ע"א. וראה א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"א, עמ' 90.

[187] והשווה דינו של רב נסים גאון, כפי שהובא בשו"ת הר"י מיגאש (לעיל, הערה 176). על כל פנים, לפי זה, שניהם — הן המוכר והן הקונה — אינם יכולים לחזור בהם, בעוד שלפי הדרך הראשונה, של התחייבות, כמובא בשם המהרי"ט לעיל, מעמדו של הלוקח הוא בעייתי. האם גם אותו נראה כמתחייב לקנות? וראה: מהר"ש צרור שם (הערה 181); נתיבות המשפט, חו"מ, סי' רח, ס"ק ד; להלן, נספח רביעי.

שם[188] דנה בגזלן שמכר שדה שאינה שלו, וחזר וקנאה מן הנגזל, ואומרת: "בעא מיניה שמואל מרב: חזר ולקחה מבעלים הראשונים (הנגזל), מהו? אמר ליה: מה מכר ראשון לשני? כל זכות שתבוא לידו. מאי טעמא... ניחא ליה דליקו בהמנותיה". כלומר, אנו מניחים שהמוכר מעוניין להיחשב כאדם מהימן, ולכן בקנותו עתה, קם המיקח הראשון עם הלוקח[189]. הלכה זו מוגבלת כבר בגמרא שם בכמה סייגים. היינו, רק אם טרח המוכר, וחזר לקנותה מן הנגזל, קיימת חזקה שקנה עבור הלוקח כדי שיוחזק כמהימן. כך, למשל, אם נפלה לו השדה בירושה מהנגזל, או אם הקנה אותה הגזלן לאחר, אין חזקה זו.

דין זה הובא להלכה[190], ונחלקו המפרשים באשר להיקפו ולמגבלותיו: יש אומרים שהוא חל רק בגזלן, שבו נשוא המיקח מוחזק בידו, והעבירו ללוקח[191]; ויש החולקים עליהם. כך נובע מדברי בעל תרומת הדשן[192], שדן במיקח של מרגליות שלא היו ביד המוכר בשעת המיקח, ובכל זאת הוא פוסק, שאם קנאן המוכר אחר כך בגלל המיקח, חייב לקיים תנאו. דבריו הובאו להלכה על ידי הרמ"א[193]. יש אומרים שדין זה נוהג רק כשלא ידע הלוקח שנשוא המיקח אינו ברשותו של המוכר, שאז קיימת הסברה שהמוכר אינו רוצה להתגלות כבלתי מהימן[194], ואחרים אינם מקיימים הבחנה זו[195]. ויש האומרים, שכל זה דווקא בחפץ ידוע, כגון מרגליות, אבל בתבואה וכיוצא בזה, שדרך הבריות לסחור בהם, אין לומר שטרח לקנות על דעת קיום המיקח[196].

על כל פנים, כל הדיון הוא רק משעה שטרח המוכר לקנות את נשוא המיקח. קודם לכן לא נוצר חוזה, ולא מוזכרת שום חובה על המוכר לקנות את נשוא החוזה כדי לקיימו. ואם כן, שואל הרשב"א[197] על דינו של העיטור, מניין נובעת חובת המוכר

[188] טו ע"ב.

[189] לא ניכנס כאן לדיון כיצד קם המיקח. ראה במפרשים לב"מ שם, ובספר חוקת משפט — הלכות מכירה, פרק ששי, סעיף יב.

[190] רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, ט, ט-יג; טור ושו"ע, חו"מ, סי' שעד, סע' א-ד.

[191] ראה: שיטה מקובצת, ב"מ טז ע"א, בשם גיליון תוספות; ריטב"א, מהרש"א ומהר"ם שם; חוקת משפט, הלכות מכירה, שם, מקורות, אות כה.

[192] בחלק השו"ת, סי' שכ.

[193] חו"מ, סי' רט, סע' ה. וראה שם: סמ"ע ס"ק כב; ביאור הגר"א, ס"ק יט; ט"ז שם. אמנם מדברי תרומת הדשן עצמו קצת משמע שהוא רק בגדר מחוסר אמנה, ולא שיש חיוב משפטי, וצריך בירור.

[194] ראה: ריטב"א בשיטה מקובצת, ב"מ טו ע"ב, בשם רי"ף וגאונים; תוספות, ב"מ, שם, ד"ה חזר, נימוקי יוסף, ב"מ ט ע"א (בדפי הרי"ף); מגיד משנה על הרמב"ם, שם. והובאו דבריהם ברמ"א, חו"מ, סי' שעד, סע' ב, ובט"ז שם, סי' רט, סע' ה, אך הוא מוסיף: "אא"כ הבטיחו במפורש". הש"ך שם, ס"ק ט ונתיבות המשפט, שם חידושים, ס"ק יט, מוסיפים, כי הוא הדין אם לא ידע המוכר, שאין דין זה נוהג.

[195] ראה: ר"ש תרומות, ו, ג; ביאור הגר"א, חו"מ, סי' שעד, ס"ק ד; חוקת משפט, הלכות מכירה, שם (לעיל, הערה 189), מקורות, אות כו.

[196] נתיבות המשפט, חו"מ, סי' רט, שם.

[197] בחידושיו לבבא בתרא סט ע"ב.

לקנות את נשוא החוזה כדי לקיים את המיקח[198]? המפרשים ניסו ליישב את הקושיה בדרכים שונות:

א. הר״ש[199] נוטה לחלק בין מקרקעין ובין מיטלטלין. כלומר, במיטלטלין דווקא קיימת חובה על המוכר לקנות את נשוא החוזה כדי לקיימו. סברה זו מחודשת היא, וייתכן שהר״ש למד אותה מן הירושלמי[200]. על כל פנים, מדברי תרומת הדשן והרמ״א הנזכרים לעיל[201], משמע שאין הבדל ביניהם, ואף במיטלטלין אינו חייב לקנותם.

ב. אולי אפשר לומר בדוחק שגם העיטור לא התכוון אלא למקרה שטרח המוכר וקנה את נשוא החוזה, שאז חייב לקיים את תנאו, אך אין לפרש כך את התוספתא הנזכרת.

ג. עוד אפשר לומר בדוחק שלא נתכוון העיטור אלא לחובה מוסרית המוטלת על המוכר לקיים את המיקח מדין ״מחוסר אמנה״[202].

ד. הרשב״א עצמו מתאמץ לפרש את העיטור, שאינו עוסק אלא בדבר המצוי לקנותו. ולפי זה, נראה שאין נפקא מינה בין ידע הלוקח לבין לא ידע, ואנו חוזרים לדין דבר המצוי בשוק, הנזכר לעיל[203].

3. הבטחה ב״קניין דברים״

דין קניין דברים קובע שחוזה לעשיית פעולה או להימנעות מעשייה, אף שנעשה בקניין, אינו תקף; ולהרבה שיטות, כן הוא הדבר אף אם נקט לשון חיוב, שכן אינו חוזה ממוני, כגון התחייבות להינשא או להתגרש, להישבע, לגור או שלא לגור במקום זה או אחר, שלא לפתוח עסק מתחרה ועוד. אפשר שהפגם בחוזה זה הוא בגמירת הדעת, שאין אדם גומר דעתו לעשייה בעלמא בלא שעבוד ממון; או אפשר שהחסרון הוא מהותי, שכן אין לו לחוזה על מה לחול, וחוזה אינו מבוסס על הסכמה בעלמא[204].

מה הדין כאשר סמך הצד השני על הבטחת אדם שיעשה דבר מה או לא יעשה אותו, וכעת נמצא מפסיד מהפרת ההבטחה? כך, למשל, מעביד או שותף ששילם

[198] ועיין נתיבות המשפט, חו״מ, סי׳ רט, ביאורים, ס״ק ז.

[199] תרומות, ו, ג, הובאו דבריו בשו״ת ר׳ עקיבא איגר, סי׳ קלד, עיין שם.

[200] ראה: ירושלמי תרומות ו, ב; מראה הפנים שם, ד״ה למוכר חפץ; ערוך השולחן, חו״מ, סי׳ שעד, אות ט.

[201] ראה לעיל הערות 192-193. עוד יש לציין כי בתוספתא ב״מ, ד, א — ממנה הקשה הר״ש — המרדכי, ב״ב, פ״ד, סי׳ תקס, גורס ״בית״ ולא ״פירות״, ואם כן שוב אין להבחין בין מקרקעין ומיטלטלין.

[202] ראה הגהות האדר״ת (ר׳ אליהו דוד רבינוביץ תאומים) על הטור, חו״מ, סי׳ רז, אות יא, ולעיל הערה 126. ולפי זה גם אותו גזלן (ב״מ טו ע״ב) צריך מבחינה מוסרית לטרוח ולקנות מן הבעלים, ועיין ב״מ עב ע״ב.

[203] נראה לי שכן יש לפרש גם את תירוצו של רבנו ירוחם, מישרים, נתיב יז. ועיין דברי אמת, קונטרס ז, ב.

[204] ראה ב״ב ג ע״א ובמפרשים שם, והארכתי בזה לעיל, פרק שישי.

לעובד או לשותפו שפרש ממנו, והתנה עמו שלא יפתח עסק מתחרה בסביבה הקרובה, והלה לא עמד בהתחייבותו. יש שללא הוצאת כסף הוא מפסיד בגלל שישב ונמנע מהשקעה בעסק ובפיתוחו, מתוך אמונתו שהאחר לא יתחרה עמו כדבריו. הנוכל למצוא מזור לשברו בחיוב החוזי הנזכר לעיל? ושוב, אפשר לומר — אם כי אין הכרח — שאם החסרון של קניין דברים הוא בגמירת הדעת, הרי שבנידון דידן, עקב הנאת האמון או כדי שלא לגרום נזק לחברו, גמר המתחייב בדעתו שלא להתחרות עמו. אך אם החסרון הוא מהותי, שאין לחוזה על מה לחול, לא נסתפק בגמירת דעת, והחוזה אינו תקף.

נפנה לדברי הפוסקים. ר׳ חיים מצאנז נשאל בעניין אדם[205]: ש״מכר פלאטץ (מגרש) אחורי ביתו לבנותו, והתנה בפונטקין (בתנאי החוזה) שעשה (בתרגום מגרמנית לעברית): שאסור לקונה בהחלט לפתוח שם בית מרזח...״. והשיב שהתחייבות זו היא בגדר קניין דברים, ואינה תופסת. עם זאת, הביא מחלוקת אמוראים בין רב הונא לרב הונא בריה דרב יהושע (ב״ב כא ע״ב), בשאלה אם מותר לאדם לפתוח חנות בצד חנותו של חברו. והוא אומר כי אף שהלכה כרב הונא בריה דרב יהושע, שאינו יכול למחות בחברו המתחרה עמו, ״עכ״פ, באם נתחייב שלא לעשות, אסור לו לעשות. וכעין שמבואר במרדכי, פ׳ הגוזל, סי׳ קטו, דנהי דלא פסקינן דינא דגרמי. מ״מ אם מחייב עצמו חייב, כן י״ל, כיון דלרב הונא אסור... א״כ בנתחייב עצמו בפירוש שלא לעשות... לכו״ע [=לכולי עלמא] אסור לעשות״.

הרי שבעל דברי חיים מעתיק את חידושו של המרדכי בדבר חיוב חוזי־נזיקי, הנזכר לעיל (ליד ציון הערה 99), גם על הבטחה לאי־עשייה. והדבר מעורר שני קשיים.

ראשית, האיסור לפתוח חנות מתחרה מנא לן? הרי הלכה כרב הונא בריה דרב יהושע האומר שמותר לעשות כן? בית הדין הרבני[206] מתייחס לשאלה זו, ומעלה שתי אפשרויות להבנת דעת רב הונא בריה דרב יהושע: האחת, שפתיחת החנות אינה מוגדרת כנזק כלל; והשנייה, שפתיחת החנות מוגדרת כנזק, אלא שהראשון לא קנה זכות האוסרת על השני להזיקו. לאור זאת, מסביר בית הדין שבעל דברי חיים סובר כאפשרות השנייה. לכן כשקיבל עליו הקונה שלא לפתוח חנות, הסכים שיש לראשון זכות קודמת, ואסור לו להזיקו. שנית, גם לפי הסבר זה, קשה להבין מה משמעות יש להסכמתו, הרי כעת הוא חוזר בו, ואין החוזה כי אם בגדר קניין דברים, כאמור. בית הדין הרבני לא התייחס לשאלה זו, ואולי צריך לומר כי הבין שחסרון קניין דברים הוא בגמירת הדעת, ואז ניתן לומר שכדי שלא להזיק את חברו, גמר בדעתו לאשר הבטיח, כאמור, ובייחוד אם הוציא חברו כסף וסמך עליו שיעמוד בדיבורו. ואכן, בנידון בית הדין, מדובר היה בשותפים לחנות עופות שפירקו את השותפות, ושילם האחד לחברו עבור חלקו בחנות, והתנה עמו שלא יפתח חנות משלו בסביבה הקרובה.

[205] דברי חיים, ח״א, חו״מ, סי׳ לא. הובאו דבריו לעיל פרק שישי הערה 97.

[206] פד״ר ג, 336.

כאן התובע הוציא כסף, וסמך על חברו, ואם כן אפשר שהחוזה תופס משום הנאת האמון, כאמור[207].

אמנם בעל תשורת שי[208] אינו מקבל את חידושו של הרבי מצאנז, והוא טוען שאין לדמות חיוב תשלומין לחיוב אי־עשייה, והוא סובר כנראה כטעם השני, שאין לו לחוזה על מה לחול, ואין משמעות משפטית לחוזה על אי־פתיחת חנות.

לעיל, בפרק השישי[209], העלינו הסבר אפשרי נוסף, והוא: התחייבות השותף שלא לפתוח חנות היא התחייבות מכללא לשלם פיצויים, אם יגרום נזק לצד השני, הסומך על דבריו.

עוד הזכרנו באותו פרק את תשובת אחד מן האחרונים, ולפיה עולה לכאורה שיש מקום להתחייבות של מניעת ממעשה, כמחיר פירעון. וצריך עיון[210].

ה. סיכום והשוואה

בכל שיטת משפט קיים מתח בין התחום המוסרי ובין התחום המשפטי. כך הוא גם בנידון דידן, חובת האדם לעמוד בדיבורו. למתח זה יש אופי מיוחד במשפט העברי, כאמור בקצרה בתחילת הפרק. לא רק שהמגמה היא לצמצם את הפער בין שני התחומים, אלא שלפעמים ריבוי השלבים המוסריים מטשטש את ההבחנה ביניהם. דוגמה לכך קיימת בנידון דידן. חובת האדם לעמוד בדיבורו נתפסת בדרך כלל כחובה מוסרית, כל זמן שלא גמר בדעתו — לפי מבחני כל שיטה — ליצור יחסים משפטיים. עם זאת, ראינו כיצד התחום המשפטי מתרחב על חשבון התחום המוסרי באופנים שונים.

1. בין מוסר למשפט

בסעיף הראשון עמדנו על שלבים שונים במישור המוסרי. פתחנו ב"כבד" ועברנו ל"קל": בראש "מי שפרע", שיש הרואים בו סממני קניין, ואחריו — מחוסר אמנה, תרעומת ומידת חסידות, שיש להם לכאורה רק משמעות מוסרית בעצמות שונות. עם זאת, ראינו כיצד "הפרה מוסרית" של החוזר בו מדיבורו ("מחוסר אמנה") מקבלת לעתים משמעות משפטית, כאשר רואים את ההבטחה כאילו נעשתה כבר, כי "שארית ישראל... לא ידברו כזב". בסעיפים השני והשלישי נוכחנו לדעת שגם אם לא קם חיוב חוזי רגיל — אם מחמת חוסר קניין או משום שלא הייתה התחייבות מפורשת — אם סמך הצד השני על המבטיח, והפסיד בגללו, יתחייב החוזר בו מדבריו בתשלום דמי

[207] ועיין שם בפסק־הדין, שמבסס את החוזה גם מצדדים נוספים.
[208] לעיל, הערה 170.
[209] ראה פרק שישי, סעיף ד (בסופו).
[210] ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' ט (לעיל, פרק שישי, הערה 98).

ההפסד. המפרשים מסבירים חיוב זה בדרכים שונות, ובעיקר בדרך החוזית, היינו בהרחבת משמעות מושג ה"ערבות". יש המכירים בתוקף התחייבות בעל פה של אדם שלא לגרום הפסד לחברו. עמדנו על דוגמאות מספר, ונזכיר כמה מהן בקצרה: הפועל או בעל הבית החוזרים בהם מהבטחתם זה לזה, כשהדבר גורם הפסד לצד הנפגע ("דבר האבד"); הבטחת האדם לפעול למען רעהו, כהבטחת השליח לקנות יין לשולחו ביום השוק, כשזה סומך עליו ונמנע מלעשות פעולה; אריס המקבל שדה לעבדה, והובירה; האומר לחברו: "לך דור במקום פלוני, ואני מסייעך", והלך הלה והוציא ממון, וסירב המבטיח לסייעו; שומר האומר למפקיד, לפני שמשך את נשוא השמירה: "שלח פרתך ביד בנך", ואבדה הפרה בדרך ועוד. אמנם קשה לומר, שחיוב זה, בכל היקפו, סלל לו נתיב מרכזי בעולמה של הלכה. אדרבה, קבלתו – כולו או חלקו – תלויה בין היתר בדעות השונות שנידונו לעיל (שיטת הריטב"א ועוד). על כל פנים, מכאן נמצא פתח המאפשר לפוסקים להרחיב את מעגל החיובים, בחינת "ברצותו מרחיב וברצותו מקצר"[211].

בסעיף הרביעי, ראינו שאפילו בחוזים שאינם בני קניין, יש ערך משפטי להבטחה לקיימם, לדעות שונות. כך הוא ביחס למוכר דבר שאינו ברשותו בחזקת שהוא קיים ברשותו, וכך הוא ביחס למי שמבטיח לחברו שלא להתחרות עמו ושלא לגרום לו הפסד.

2. השפעת החיוב על התפיסה החוזית בכללה

למגמת הרחבה זו, יש משמעות ביחס לתפיסה החוזית בכלל, נוסף על שאלת היחס בין המשפט ובין המוסר. מקובל לומר שהחיוב החוזי במשפט העברי הוא "חלש"[212]. בדרך כלל הוא אינו תופס בלא קניין, ויש בו כמה מגבלות, כגון דבר שלא בא לעולם

[211] דוגמה אחת ניתן למצוא בחיוב אב עקר במזונות ילד שנולד לאשתו מהזרעה מלאכותית מתורם זר בהסכמתו. בית הדין הרבני בחיפה חייב את האב מדין ערב. יתר על כן, האב חויב במזונות גבוהים מן הרגיל, שכן הילד שנולד היה מפגר, ויש לו הוצאות מיוחדות. פסק הדין הובא במאמרו של י' גרין, אסיא ה (תשמ"ו), עמ' 125, 133. המחבר הביא שם גם פסק דין דומה של בית המשפט העליון, ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779, שבו ראו בהתנהגות האב התחייבות מכללא לפרנס את הילד. אמנם לפי ההלכה יש קושי בזה, שכן לא הייתה התחייבות מפורשת ולא היה מעשה קניין. קשה לדמות זאת לאימוץ שיש הרואים בו התחייבות למזונות, כמובא להלן, נספח שישי, שכן באימוץ יש כמעט התחייבות מפורשת. וראה מאמרו של י' אינדיג, "מזונות הנולד מהזרעה מלאכותית", דיני ישראל ב (תשל"א), עמ' 87, 111.
דוגמה נוספת "נועזת", ראה משפטי עוזיאל, אה"ע, סי' ד, הדן בחיוב של הבא על הנכרית והוליד ממנה בן, שלפי ההלכה אינו בנו, שאפשר שהאם סמכה עליו, למשל כשהפסיקה את עבודתה בהנחה שיזון אותה ואת בנה. אמנם להלכה יש גם שיקולים אחרים, שפוטרים במקרה זה. וראה שו"ת הרב י"א הרצוג, פסקים וכתבים, ז, אבן העזר, סי' פח (=היכל יצחק, אה"ע, חלק א, סי' כב).

[212] ראה: גולאק, החיוב ושעבודיו, ירושלים, תרצ"ט, פרק ראשון.

או קניין דברים. דומה שפרק זה מוכיח שהתיאור לוקה בחסר: יש חוזים שאינם "תקפים", אך יש להם תוקף ביחס לפיצויים.

בהקשר זה יש להעיר על מהותו של החוזה במשפט העברי בכלל. תפקידו של החוזה — כ"יצירה משפטית" — בדרך כלל הוא כפול: לכפות על אחד מן הצדדים לחוזה לקיים את מה שהתחייב לחברו ולפצות את הנפגע על נזקים שנגרמו לו בגלל הפרת החוזה. המטרה הראשונה צופה פני עתיד, והשנייה — פני עבר. החוזה עצמו נוצר על ידי הסכם הדדי, כשהצדדים גמרו בדעתם ליצור ביניהם יחסים משפטיים. לפני כן, אף שהיה משא ומתן לקראת החוזה, לא נוצר דבר. אם אין חוזה, אין פיצוי, שהרי עיקרו של החוזה בא להכיר בתביעה לפיצוי, כאמור. זו היא גישת המשפט האנגלי. המשפט הקונטיננטלי הכניס חידוש ("אשם בהתקשרות" כדברי ייהרינג), ולפיו ייתכן פיצוי בלא חוזה. המחוקק הישראלי, בחוק החוזים החדש משנת תשל"ג, אימץ חידוש זה, כמובא להלן.

לפני שנדון בחידוש זה, נעמוד בקצרה על גישת ההלכה. התפקיד של אכיפת החוזה הוא אמנם בעייתי עקב סוגיית קניין דברים. אך השאלה כאן אינה אם לאכוף את החוזה וכיצד לאכפו; אלא: האם החוזה תופס? ואיזה סוג חוזה תופס? לדעת הרבה מן הפוסקים, רק חוזה ממוני תופס. אך כשהחוזה תופס, כמעט תמיד הוא ניתן לאכיפה. ייתכן שהדבר הוא כך עקב שעבוד הנכסים המלווה אותו ומקרב אותו לעולם הקניין, כפי שנתבאר לעיל, וכפי שנבהיר להלן, בפרק הסיכום. חוזה שאינו ממוני, שתוכנו הוא לעשות דבר מה או שלא לעשות דבר מה, למעט חוזה עבודה, שמובנו בעייתי, לרוב הדעות אינו תופס כלל.

גם חוזה ממוני, בדרך כלל אינו תופס בלא מעשה קניין, וההסבר המקובל לכך הוא, שאין האדם גומר בדעתו להתחייב בלא קניין. אלא שכאן תוכן החוזה הוא תשלום ממון, ואפשר שיתחייב האדם בפיצוי על ההפסד שגרם לחברו. אם כי יש דעות, ולפיהן קם חיוב כזה במישור הנזיקי ("גרמי"), הרי הדרך המקובלת יותר היא החוזית, כאמור. דהיינו, אנו מייחסים לאדם גמירת דעת לשלם פיצויים למי שסמך על הבטחתו, והפסיד בגללו, וזאת אף אם אין "גמירת דעת" כדי לחייבו לבצע את מה שהבטיח. כך בעניין הפועל שחזר בו בדבר האבד, שאפשר שלא גמר בדעתו לעבוד, אך גמר בדעתו לשלם דמי הפסד למעביד שהפסיד בגללו. לפי זה, אפשר אמנם לומר שאין כאן חיוב בפיצויים כתחליף לאכיפה, אלא שהפיצוי הוא בעצם אכיפת החוזה. לעניין זה, שהפיצוי נובע מהתחייבות מכללא, נשוב עוד להלן. חיוב בפיצויים על הפרת חוזה בכלל והבחנתו מהחיוב בפיצויים במשפט הישראלי, דורש עיון נוסף נפרד, ואין כאן מקומו.

3. השוואה למשפט הנוהג

מכאן נעבור למצב המשפטי בארץ בשאלה: האם חייב אדם לעמוד בדיבורו, אף שאין בו משום כריתת חוזה?

מחד גיסא, כבר אמרנו שחוזה נגמר ביתר קלות מן המקובל בהלכה. כלומר, לפי החוק די בגמירת דעת הצדדים, בלא מעשה קניין, כדי ליצור חוזה (סעיף 2 לחוק החוזים, חלק כללי, התשל"ג־1973). החוזה אינו צריך להיות ממוני דווקא, כך שאינו מוגבל מבחינת תוכנו (סעיף 24 שם). אך עדיין נשאר תחום רחב של מקרים שבהם לא נכתב חוזה, ואז לכאורה אנו דנים בעניינים מתחום המוסר, חובת האדם לעמוד בדיבורו. בחוק שאינו דתי, אין ערך רב לחובה מוסרית־מצפונית[213], חובת אדם כלפי מצפונו. עם זאת, ניווכח לדעת שגם בחוק הישראלי יש מצבים שיש בהם ערך משפטי לחובת האדם לעמוד בדיבורו אף על פי שלא נכרת חוזה (סוגיית ההסתמכות נידונה בהרחבה במשפט האמריקני, אך אנו נדון כאן רק במשפט הישראלי).

מצב אחד הוא, כאשר החוק אינו מסתפק בהסכם בעל פה, ודורש מעין מעשה קניין כדי שיתפוס החוזה. סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, דורש מסמך כתוב בכל עסקה במקרקעין. הפסיקה קבעה שקיומו של מסמך כתוב הוא דרישה מהותית שאינה ניתנת לוויתור[214]. ונשאלת השאלה: מה הדין כשלא התמלאה הדרישה, אך הצד השני סמך על הבטחת חברו, פעל לפיה והפסיד — האין לו תרופה? כאן עולה טענת השתק. אדם שילם חלק מן הכסף שנתחייב תמורת דירה שקנה, וקיבל קבלה על הסכום ואת מפתחות הדירה[215]. הקונה מכר את דירתו, ונכנס לדירה לאחר ששיפצה. המוכר חזר בו מן המכר, וטען שאין מסמך כתוב בעניין זה. כמו כן טען הקונה להשתק שבהבטחה (promissory estoppel), ו"לפיה בית־המשפט יכוף כיבוד הבטחה אשר ניתנה, כאשר למבטיח היה יסוד להניח כי על־פי הבטחה זו יפעל הצד האחר, ועל־ידי פעולה זו הוא שינה מצבו לרעה".

לא ניכנס כאן לניתוח מושג זה, שהרי בין כך ובין כך, השופט בייסקי נוטה לדעה שטענה זו יכולה לשמש טענת הגנה, כגון הגנה בתביעה לסילוק יד, אך לא כטענה שיש בה כוח להקמת עילת תביעה, ואין לוותר על סעיף 8, הדורש שיהא מסמך כתוב כדי לקיים את ההתחייבות[216].

יש לציין שמצינו עניין דומה בהלכה. המוכר דבר שאינו ברשותו בחזקת שהוא דבר שברשותו: יש אומרים שהמיקח קיים, כפי שנוכחנו בסעיף הקודם; ויש אומרים שהאדם נתפס על הודאתו, והוא אינו יכול להתכחש לה עתה, והרי זה כעין השתק,

[213] ראה לעניין זה, לעיל, הערה 4.

[214] ראה: ע"א 156/27 פסטרנק נ' יוסף לוי פ"ת בע"מ ואח', פ"ד כח (1) 617; ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. ואח' נ' מנהלי עזבון בידרמן ואח', פ"ד כו(2) 781; ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדו, פ"ד ל(1) 800; ע"א 91/77 ביסקר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73.

[215] ראה ע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804. על "שינוי מצב לרעה" כטענת הגנה בהקשרים נוספים, ראה ספרו של ד"ר ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל־אביב, תש"ל, עמ' 313.

[216] עם זאת, חייב בית־המשפט את המוכר בהוצאות הקונה או דמי נזק שנגרמו לו בעטיה של התנהגות המוכר. אולם אין מוסברת שם עילת החיוב. נראה שמדובר בעילה נזקית, אולי על סמך מצג שווא.

ולא ניתן לו להעלות טענה, כי אין לו החפץ[217]. כאן מדובר בהשתק באשר לקיום נשוא החוזה. אך בעניין אחר, אדם נתפס על הודאתו באשר לקיום עובדה הנוגעת לתוקף החוזה, בדומה לצורך במסמך כתוב, כנזכר לעיל. אחד מן הראשונים אומר ביחס להרשאה שנהגו לכתוב בה שהמרשה מקנה את חובו אגב ארבע אמות קרקע שיש לו, ואף אם יתברר שאין לו קרקע, הרי הודה שיש לו, וחייב את עצמו[218]. סוגיה זו של אודיתא — שהיא חלק מדיני החוזים והראיות — חורגת מתחום נושאנו, שכן אין מדובר כאן בחובת האדם לעמוד בדיבורו בעתיד, אלא בתוקף החוזה שעשה על סמך הודאתו, ונידונה לעיל, פרק עשירי.

מצב שני הוא באשר לחידושו של המחוקק הישראלי בנושא של דרישת תום לב, כפי שקובע סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, וזו לשונו:

> (א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.
>
> (ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת, ולא בתום לב, חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה.

אין הסעיף מכוון דווקא למי שחוזר בו מדיבורו במשא ומתן לקראת חוזה. אך נראה שאף הוא יכול להימנות עם הנושאים ונותנים שלא בתום לב[219]. מקורו של הסעיף כבר צוין לעיל. במבוא להצעת החוק, התש"ל־1970, נאמר: "הוראה זו באה להכניס בארץ את תורת 'ההפרה תוך כדי התקשרות' (culpa in contrahendo) של המשפט הרומאי והקונטיננטלי". בהמשך נאמר, שרעיון זה גלום גם בהלכה העברית בעיקרון "שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק". המלומדים נחלקו בדעותיהם, אם פרשנות החוק צריכה להתבסס על מקורו הקונטיננטלי, או שעתה הוא עצמאי, ומתפרש מתוך עצמו[220].

אשר לאופיו ולהיקפו, נידונה בהרחבה השאלה: האם החיוב הוא נזיקי או חוזי? ואם כך הדבר, כיצד "מקרין" חוזה שעדיין לא נכרת מכוחו על דברים שקרו כבר? כן נידונה שאלת היחס בין "תום לב" ו"דרך מקובלת", וכן השאלה אם "תום הלב"

[217] ראה לעיל, הערה 185.

[218] ראה דברי רבנו תם, בתוספות, ב"ב מד ע"ב, ד"ה דלא, ומקורו הוא בגמרא, ב"ב קמט ע"א, בעניין אודיתא, עיין שם. עניין זה נידון באריכות לעיל פרק עשירי, סעיף ג, 1.

[219] ראה המ' (ת"א) 2282/78, ת"א (ת"א) 320/78 ע' אבן־חן נ' בית הלחמי, פסקים (מחוזיים) תשל"ח 2, 348.

[220] ראה מאמרו של השופט י' זוסמן, "'תום לב' בדיני חוזים — הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו (תשל"ח־תשל"ט), עמ' 486, הדוגל בגישה הראשונה. לעומתו השופט מ' אלון, בע"א 148/77 רוט נ' ישפה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, נוקט בדעה השנייה, ומכאן מנסה להסתמך על המשפט העברי בפרשנות החוק, ואת המושג "תום לב" הוא מנסה ליישב עם המושג העברי "ועשית הישר והטוב".

מתפרש בדרך סובייקטיבית או אובייקטיבית[221]. ג׳ שלו דוגלת בגישה הסובייקטיבית, ואף בית המשפט העליון אימץ את דעתה[222]. כך הורחב תחום הוראת החוק, והתנהגותו המוסרית של המפר היא הקובעת.

אף כאן יש לפנינו פלישה של המשפט לתחום המוסר, כאשר מי שמפר את הבטחתו עלול להתחייב בתשלום פיצויים. עם זאת, נראה לי שיש הבדל בין גישת ההלכה לגישת המשפט הישראלי. ב״פלישה״ זו של המשפט למוסר, אפשר לעמוד על שתי דרכים:

א. מבחינה משפטית חוזית, אין לו לנפגע תרופה נגד מי שחזר בו מהבטחתו; אלא מכיוון שהמפר התנהג בצורה לא־הוגנת, המשפט מטיל עליו סנקציה מיוחדת, חיוב מטעם החוק על התנהגות לא־מוסרית. חיוב זה הוא נזיקי בעיקרו. הנפגע שינה את מצבו לרעה על סמך דברי המפר. זו גישת המשפט הישראלי, לפי הפרשנות המקובלת, שתוארה לעיל[223, 224].

ב. אפשר להרחיב את תחום המשפטי החוזי ולכלול בו חלקים מן התחום המוסרי. זו הגישה הדומיננטית במשפט העברי, האומר שבנסיבות אלו, כאשר סמך הצד השני על כוונותיו כפי שהציגן בעת המשא ומתן, חל עליו חיוב חוזי, שכן גמר בדעתו לפצות את מי שסמך עליו והפסיד[225].

לסיום, ראוי להעיר שחבל שכאשר בא המחוקק הישראלי לחוקק חוק חוזים חדש המבקש להשתחרר מן הזיקה למשפט האנגלי, הוא נתפס למושגים הלקוחים ממשפט זר, כשהוא עצמו מציין את מקורו במשפט הרומי־קונטיננטלי. יתר על כן, כפי שראינו, נשיא בית המשפט העליון אף מפרש את החוק לפי המשפט הגרמני! אין מדובר כאן בתחום חדש או בהוראה חדשה שאין לה מקבילה במקורותינו, אלא, כפי שהשתדלנו

[221] ראה: ג׳ שלו, ״סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן״, משפטים ז (תשל״ו־תשל״ז), עמ׳ 118; מ׳ ראבילו, פרקים בדיני חיובים, עמ׳ 231; ד׳ אבן, Culpa in Contrahendo, עיוני משפט, א (תשל״א), עמ׳ 328.

[222] ראה ע״א 838/74 ספקטור נ׳ צרפתי, פ״ד לב(1) 231, 248 (השופט י׳ כהן).

[223] אף במשפט העברי יש הוראות מיוחדות נגד המתנהגים שלא בהגינות — ראה למשל ב״מ לט ע״ב (בעל דין אלם). חריגים אלו דורשים דיון נפרד, ואין כאן מקום להאריך.

[224] בשנים האחרונות מסתמנת מגמה של התערבות בית המשפט בפרשנות החוזה, בכיוון של הקלה בכניסה לחבות, גם על סמך סעיף ״תום הלב״ האמור לעיל. מכאן ההיחלשות בדרישות הפורמליות של כתב במקרקעין ומסוימות בחוזה, ראה: ע״א 579/83 זוננשיין נ׳ גפסו, פ״ד מב(2) 278 (השופט א׳ ברק); ע״א 986/93 קלמר נ׳ גיא, פ״ד נ(1) 185; ע״א 1049/94 דור אנג׳ר נ׳ חמדן, פ״ד נ(5) 820. לניתוח והערכה של הנושא, ראה: ש׳ רנר, ״דיני חוזים — מגמות והערכה״, משפטים כא (תשנ״א), עמ׳ 33; נ׳ כהן, ״דפוס החוזים ו׳תום לב׳״, הפרקליט לז (תשמ״ח), עמ׳ 13. על המגמה להתערב גם בתוכן החוזה, ראה לפי שעה, ע״א 294/91 חברת קדישא ״קהילת ירושלים״ נ׳ קסטנבוים, פ״ד מו(2) 464, ואין כאן מקומו של דיון זה.

[225] אפשר שכן הוא, משום שבמשפט העברי, שמקורו דתי, גמירת הדעת אינה נבחנת רק לפי המקובל, אלא גם לפי מה שצריך להיות מקובל.

להראות, יש בה ובעניינה עושר רב ומגוון במשפט העברי, ולמה נתכחש לעברנו ולמורשתנו, ונלך לרעות בשדות זרים[226]?

לפחות עתה, יש לפנות מתחילה למקורות המשפט העברי, כשיש צורך בפרשנות הסעיף הזה בחוק החוזים, ולא לפנות לשיטות משפט אחרות. "תום לב" בחוזים יתפרש על פי המושג ההלכתי של משא ומתן באמונה. זהו מושג עברי מקורי, הכולל בתוכו הגינות במשא ומתן, חובת האדם לעמוד בדיבורו וכיוצא באלה, שיש לו גם השפעה משפטית, כגון החיוב בפיצויים, כפי שראינו לעיל.

נספח: החינוך למידת האמת

בסעיף א עמדנו על החיוב המוסרי של הבטחת האדם לתת דבר לחברו. בנספח זה נעיר על חינוכו של אדם מקטנותו להיות נאמן בדיבורו ולהחזיק במידת האמת.

הגמרא בסוכה מו ע"ב אומרת: "וא"ר זירא: לא לימא איניש לינוקא, דיהיבנא לך מידי, ולא יהיב ליה, משום דאתי לאגמוריה שיקרא, שנאמר: למדו לשונם דבֶּר שקר" (ירמיהו ט, ד). ויש לשאול: לכאורה הוא מדין חינוך, שלא יעשה בקטנותו מה שאסור לו בגדלותו, והרי בגדלותו, אומרת המשנה בשבועות פרק רביעי (לה ע"א): "משביע אני עליכם... ותעידוני שאמר איש פלוני ליתן לי מאתים זוז, ולא נתן – הרי אלו פטורים" מקרבן שבועת העדות, משום "שאין חבירו חייב בו כלום בשביל אמירה זו" (רע"ב שם). אם כן, אמירה שיתן אינה מחייבת.

ויש ליישב בשני אופנים: ראשית, אין חיוב משפטי, אבל איסור שקר יש. יתר על כן, המבטיח לרעהו "מתנה מועטת", ולא קיים, נחשב כמחוסר אמנה (ב"מ מט ע"א). ניתן לומר כי הבטחת מתנה לקטן היא בגדר "מתנה מועטת", שכן הקטן סומך על הגדול שיעמוד בהבטחתו.

שנית, אכן לא ברור אם יש איסור שקר בדבר, ואיזה איסור יש בו, ובמיוחד שכאן מדובר בהבטחה לעתיד, וייתכן שבאותה שעה אמת בפיו, ואחר כך חזר בו (ראה רש"י שבועות שם, ד"ה אלא). ועיין ספר החינוך, מצוה תז, שמבחין בין נדרי איסור לבין סתם הבטחות: "כגון, הנודר לחבירו דבר או האומר דבר פלוני אעשה או לא אעשה שלא בלשון נדר ואיסר וקונמות, אע"פ שהוא מכוער, ולא יעשו כן רק פחותי הנפש בבני אדם, אינו עובר בבל יחל... ואמנם על הכל נאמר בתורה: מדבר שקר תרחק". לא ברור מדבריו אם כוונתו להבטחה שקרית מלכתחילה או גם למקרה שהבטיח באמת וחזר בו. על כל פנים, גם אם אין איסור מוגדר בדבר, יש בזה מידה מגונה. ויש להיזהר במיוחד בנערים שלא ירכשו מידות מגונות בקטנותם, "גם כי יזקין לא יסור ממנה".

כך נוכל לתרץ את קושיית הערוך לנר בסוכה שם: "למה ליה למימר הטעם משום שמלמד שקר לתינוק, ולא קאמר דעובר אעשה שבתורה: מדבר שקר תרחק"? אלא

[226] וראה ירמיהו ב, ח.

שגם אם אין איסור גמור, ובייחוד כשהבטיח וחזר בו, כאמור, יש כאן מידה רעה, שעלול הילד לסגל לעצמו[227]. ועיין עוד רמב״ם, הלכות דעות ה, יג.

וראה שערי תשובה לרבנו יונה גירונדי, שער שלישי, אות קפג, שמדבר בגנות השקר, ובין היתר מונה את: ״המבטיח את חבירו להיטיב עמו, וישקר דבריו, וישים לאַל מלתו...״. והוא מציין שם שאם נקט לשון הבטחה[228], הרי הוא כאומר לתת לחברו מתנה מועטת בלא לשון הבטחה, שההוא סומך עליו, והוא נחשב כמחוסר אמנה. וכן המתפאר בפני רבים לתת מתנה לאדם, הרי זה כהבטחה[229].

ושם, באות קפד: ״ונתחייבנו על גדרי האמת, כי הוא מיסודי הנפש״.

[227] ועיין בבאור הגר״א על הפסוק: ״שוא ודבר כזב הרחק ממני״ (משלי ל, ח): ״שוא — הוא דבר השקר מעיקרו, שבשעה שמבטיח הדבר היה בלבו לשנותו. וכזב — הוא שבעת שאמר הדבר, היה בלבו לעשות את זה, ואחר כך שינה ולא עשה, כמו שנאמר: אשר לא יכזבו מימיו (ישעיהו נח, יא). ועל שני אלו ביקש מה׳ יתברך שירחיק ממנו״. ועיין עוד איגרת הגר״א, עד כמה הזהיר על ההרחקה מקללה ומשבועה ומכזב של הבנים.

[228] לא ידעתי מקור להבחנה זו בין מי שנוקט לשון הבטחה לבין מי שאינו נוקט. ועיין פסחים צא ע״א.

[229] והשווה לעיל, פרק אחד־עשר, הערה 148.

פרק שלושה־עשר

סיכום

התוכן

א. גלגוליו של החוזה 455
1. סקירת סוגיות התלמוד 455
2. סקירת החידושים מן הגאונים ואילך 457
ב. המעבר מחוזה חפצי לחוזה אישי 461
1. המנהג קדם לדין 462
2. פרשנות מרחיבה 463
(א) הרחבת משמעותם של מושגים משפטיים 463
(ב) באור סוגיות בדרך ההתחייבות 465
(ג) הימנעות מלהסתמך על תקנה 465
ג. ההיבט הרעיוני שבחפציות החוזה 466
1. "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" 466
2. שבועה לעומת התחייבות 467
3. היסוד הדתי שבמשפט העברי 468
4. הגבלת חופש הרצון 469
5. דעה מחודשת בביסוס ההתחייבות 471

פרק שלושה־עשר

סיכום

עניינה של ההתחייבות — חוזה אובליגטורי בלשון ימינו — הוא בעייתי מאוד. עצם קיומו של חוזה זה כמוסד נפרד מחוזה הקנאה אינו פשוט, והוא עבר גלגולים שונים.

א. גלגוליו של החוזה

1. סקירת סוגיות התלמוד

במקורות חז״ל — במשנה ובתלמוד — לא מצינו את החוזה האובליגטורי כמוסד משפטי מקובל ושכיח בנפרד מן ההקנאה. אין כלל מפורש האומר שסתם התחייבות של האדם לחברו, אף שנעשתה בקניין, יוצרת חוזה בר־תוקף הניתן לאכיפה בבית דין. במקורות יש עיסוק רב בהלכות קניינים ודרכי ההקנאה. כשלב מוקדם להקנאה עצמה מדובר על סנקציות מוסריות כנגד החוזר בו מהסכם שנעשה בלא קניין, כגון ״מי שפרע״ ו״מחוסר אמנה״, אך לא מופיעה במפורש התחייבות להקנות (ב״מ מט ע״א). אמנם מדובר על חיובים, ואף מובאת הבחנה בין חיוב לקניין (ב״מ מה ע״ב), כשחלק מחיובים אלו הם חיובים חוזיים ובתוכם תופס מקום מרכזי חוזה הלוואה, אך על כל פנים אין ללמוד מכאן על סתם התחייבות. חיוב הלווה לפרוע את חובו בא בעקבות קבלת ההלוואה, וצמוד לו שעבוד נכסים, שיש בו יסוד קנייני הבא לידי ביטוי בטריפה מן הלקוחות ובדין קדימה לבעל חוב מאוחר. מכאן שאף חוזה הלוואה אינו חוזה אובליגטורי טהור. אמנם יש דעה בגמרא ששעבוד נכסים אינו מן התורה, אלא בגדר תקנה. אך מלבד העובדה שזו תקנה עתיקה הנזכרת במשנה (ב״ב ט, ח), הרי אף לדעה זו אמרנו לעיל, בפרק השני, שייתכן שעל נכסי החייב שבידו מוטל שעבוד מסוים מן הדין. כלומר, אף שאין כאן יסוד קנייני במובן הרגיל, אין זה חיוב אישי טהור, אלא יש למלווה זכות ממון בנכסיו של הלווה. אין זה רק עניין של גביית חוב, מעין הוצאה לפועל בלשוננו, אלא החיוב בנוי מיסודו על זיקה זו לנכסי החייב. בהמשך דברינו עוד נחזור לצד הרעיוני של זיקה זו.

עד כאן באשר להלוואה. ברם יש הבדל, כאמור, בין חיוב שבא כגמול לבין התחייבות חדשה (פרק רביעי, סעיף ה, 2; פרק חמישי, סעיף ד, 1). הראשון הוא חלק

מחוזה ריאלי, והוא אינו בנוי דווקא על הבטחתו על החיוב. קבלת הגמול מחייבת לשלם את מחירה. אולם בהתחייבות חדשה, השאלה היא: האם היא מחייבת? ואם כן, מהו יסוד החיוב בה?

בדיון על ההתחייבות, עסקנו בחלוקתה לסוגים שונים. כך הבחנו בין התחייבות לתשלום ממון, התחייבות להקנאת נכסים או זכויות בנכסים, התחייבות לעשייה או להימנעות מעשייה, התחייבות העובד לעבוד או לשמור או להשתתף ברווחים. להלן נעמוד על הצד השווה בסוגים אלו והצד השונה בהם.

אשר להתחייבות לתשלום, בתלמוד מופיעה בכמה מקומות התחייבות האדם לשלם ממון לחברו. יש שבהקשר זה מופיע הביטוי "קנו מידו". היינו: הדיבור, ההבטחה, היה מלווה במעשה קניין המביא את גמירות הדעת להתחייב. כך הוא בעניין הערבות (ב"ב קעו ע"ב), התחייבות השומר לחרוג מדין השומרים האמור בתורה (ב"מ נח ע"א, צד ע"א), אחריות המוכר לפצות את הלוקח על הפסדיו (ב"מ טו ע"א) ועוד.

במקום אחד מופיעה לכאורה הלכה כללית, שיכול האדם לחייב את עצמו בחוב שאינו חייב בו (כתובות קא ע"ב). יתר על כן, נאמר שם כי אף אין צורך בקניין, ודי בשטר או אף בהתחייבות בעל פה, לדעת כמה מן החכמים, כאמור בתחילת פרק רביעי. אך עדיין אין להסיק מכאן על קיומו של חוזה באופן כללי. יש מפרשים שהסוגיה בכתובות עוסקת בהודאה. דהיינו, לא שהוא מתחייב לשלם, אלא הוא מודה שהוא חייב כבר קודם (פרק רביעי, סעיף ב; פרק עשירי). אמנם יש המפרשים שמדובר בהתחייבות חדשה, אך אפילו כך ייתכן שעדיין ההתחייבות בנויה על שעבוד נכסים, היינו כי המתחייב משעבד לחברו את נכסיו בשיעור הסכום שהתחייב לו, ושוב אין כאן חוזה אישי טהור הבנוי אך ורק על גמירת דעתו להתחייב. במילים אחרות, עדיין יש לבחון אם ההתחייבות לתשלום כפופה לתנאי ההקנאה כדין דבר שלא בא לעולם. אם כן הדבר, ייתכן שעני שאין לו נכסים לא יוכל להתחייב לחברו, שהרי אין לו נכסים שיחול עליהם השעבוד. הדים לגישה זו מצינו בדברי כמה מן הראשונים (שאלת ר"י בתוספות כתובות, ריש פרק ה). ואף אם מצאנו סוגי חוזים שאינם כפופים לתנאי ההקנאה, כפסיקתא (חוזה משודכים; ראה פרק רביעי, סעיף ד, 2) ועוד, הרי אין ללמוד מן הפרט המיוחד על הכלל. הבעיה קשה יותר כשאנו עוברים להתחייבות להקנאת חפץ. כבר הזכרנו שבמקום שהיינו מצפים להופעתה (ב"מ מז ע"ב — מט ע"א), לא מצינוה. אמנם בכמה סוגיות נחלקו הראשונים אם לפרשן על דרך התחייבות להקנאה או באופן אחר (ב"מ סה ע"ב — ראה פרק חמישי, סעיף ב; ב"ב סט ע"ב — ראה פרק חמישי, סעיף ג, 6; ע"ז עב ע"א — פרק חמישי, סעיף ה, 5; ירושלמי ב"מ פ"ה ה"ב — ראה פרק חמישי, סעיף ג, 7). תיארנו תמונה לא בהירה שיכולה להתקבל מן התלמוד, אולם "לא ראינו אינה ראיה". ראייה לאי־קיומו של החוזה האובליגטורי מצינו לכאורה בסוגיית קניין דברים (ב"ב ג ע"א). כאן נאמר כי חוזה של שותפים לחלוק את חצרם אינו תופס משום שהוא בגדר "קניין דברים בעלמא". ומסבירים הראשונים שם (רש"י, הרא"ש ואחרים) כי אין לקניין — שבא לתת תוקף לדברי

המתחייב — על מה לחול. כלומר, בכל חוזה צריך להיות צד ריאלי, התייחסות ל"חפצא" או שעבוד נכסים. משום כך, התחייבות לעשות משהו אינה תופסת, משום שאינה יכולה להיבנות אך ורק על הבטחתו של האדם.

הגישה החפצית, המחפשת "חפצא" בכל חוזה, ניכרת גם בדיני הקניינים. אף שם מצינו מגבלות המתפרשות על דרך זו, כגון הכלל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ויש המסבירים שסיבת הדבר היא משום שאין לקניין על מה לחול (פרק ה, סעיף ג, 1). כמו כן אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש. מכאן עמדנו על הבעייתיות בהעברת זכויות שאינן ממשיות (פרק שישי, סעיף ד). אולם החידוש של דין קניין דברים לעומת מגבלות אלו הוא, שאף בחוזה אובליגטורי, שלכאורה רק מחייב את האדם לפעול בעתיד, ועדיין אינו מקנה, יש צורך בצד ריאלי מסוים, כאמור, ואין די בסתם הבטחה. אולם לעומת סוגיית קניין דברים, ראוי לציין את הראייה הנגדית העולה מסוגיית חוזה עבודה. דיני עבודה תופסים מקום חשוב בתלמוד, ואילו בעצם הקשר המשפטי בין הפועל ומעבידו יש לכאורה חוזה בלא שעבוד נכסים (פרק שביעי). לאור כל זאת, לא נחרוץ משפט על תפיסת ההתחייבות בעיני חכמי התלמוד, אלא כפי שנתבארה על ידי המפרשים, מן הגאונים עד האחרונים.

כללית יש לומר כי ככל שאנו מתקרבים לזמננו, ניכרת מגמה לתת תוקף לחוזה אובליגטורי — התחייבות אישית — ולהחליש את היסודות החפציים ואף להתנתק מהם[1]. כך, לא רק שהכירו בחוזה לתשלום ממון, ואף בחוזה להקנאת חפץ, כמעט על דעת הכול, אלא יש נטייה להכיר אף בחוזה לעשייה, אם לא באופן ישיר, לפחות בדרכים עקיפות, שיוזכרו להלן.

2. סקירת החידושים מן הגאונים ואילך

נפתח את הסקירה בתקופת הגאונים. בספרות הגאונים לא מצאנו חומר המספיק לגיבוש עמדה מוחלטת בעניין זה. אולם ייתכן שמיעוט החומר אומר דרשני. בצד עיסוקם של הגאונים במגבלות קנייניות, כגון "דבר שלא בא לעולם" או "אין מטבע נקנית בחליפין", אין מוזכרת אפשרות להתגבר על הבעיה באמצעות ההתחייבות[2]. חומר רב, יחסית, מתקופת הגאונים, מצינו בעניין הסכם שותפות, ואם כי ראינו דעות מסוימות שמכירות בחוזה לחלוקת רווחים עתידיים — כשהבסיס המשפטי אינו ברור כל צורכו — הרי בולטות יותר הדעות הפוסלות הסכם זה מדין דבר שלא בא לעולם או מדין

[1] וכבר עמדו על כך: א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"ב, עמ' 4, הערה 1, ועמ' 58; מ' אלון, המשפט העברי, כרך א, עמ' 130 ואילך, כרך ב, עמ' 482 ואילך. וראה עוד: ט' אריאלי, "התפיסה הסטטית והתפיסה הדינמית במשפט העברי", דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות, כרך א, עמ' 175. אמו"ר ד"ר ז' ורהפטיג, במאמרו: "למקורותיו של חוזה ההתחייבות במשפט העברי", מתוך ספרו מחקרים במשפט העברי, עמ' 87, מצביע על שתי שיטות — השיטה החפצית והשיטה האישית — החל מן המחלוקת שבגמרא אם שיעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

[2] ראה למשל, תשובות הגאונים (הרכבי), סי' קצט, ר.

קניין דברים (פרק תשיעי). בספרו המקיף של רב האי גאון, "מקח וממכר", לא מצאנו התייחסות להתחייבות[3]. את המובא בגמרא במסכת עבודה זרה (עב ע"א) על הבטחה למכר, מפרש רב האי גאון כמכר ריאלי על תנאי ("מעכשיו אם"), כמובא לעיל, בסוף הפרק החמישי. רב האי גאון הבליט בספרו את בעיית "דבר שאין בו ממש", ואף טבע מונח זה (כאמור לעיל, פרק שישי, סעיף ד)[4].

אצל הראשונים ההתחייבות תופסת מקום חשוב. הם מגדירים אותה ומבחינים בינה לבין ההקנאה. האסכולה הספרדית הקדומה — הרי"ף, הר"י מיגאש והרמב"ם — אינה מרבה לעסוק בהתחייבות, ולעתים אף מתעלמת ממוסד זה. הרושם העולה מדבריהם הוא, שההתחייבות, ככל שהיא קיימת, קרובה לעולם הקניין (פרק רביעי, סעיף ה). קביעה זו בולטת בדברי הר"י מיגאש, שמסופקני אם הוא מכיר במוסד ההתחייבות אף ביחס לתשלום ממון. מתשובותיו נראה שאין האדם מתחייב — אף בקניין — לשלם לחברו, כי כל התחייבות לעשות משהו בעתיד היא בגדר קניין דברים. האדם יכול להודות בחוב, אך עליו לומר "חייב אני לך", ולא לומר "מתחייב אני לך".

אפילו אם נאמר שאין לרי"ף ולרמב"ם דעה כה מרחיקת לכת, הרי מאידך גיסא לא מצינו שהרמב"ם — שכל משנתו סדורה לפנינו — מבחין בין ההקנאה ובין ההתחייבות ביחס לדבר שלא בא לעולם. אדרבה, הבאנו ראיות הפוכות בדעתו, כלומר שההתחייבות כפופה לדין דבר שלא בא לעולם, ומכאן שצריך הדבר להיות ברשותו של מי שהתחייב להקנותו. גם ראינו שהתחייבות למזונות אינה תופסת לדעת אסכולה זו, אם כי הרמב"ם נותן לה טעם מיוחד, דהיינו משום היותה דבר שאינו קצוב. וכן הוא גם ביחס להסכם שותפות, שהם רואים אותו כהסכם קנייני גרידא (פרק תשיעי). אם אמנם הרי"ף, הר"י מיגאש והרמב"ם מייצגים את הגישה החפצית לחוזה, הרי פריצת דרך חשובה לכיוון הגישה האישית יש בדברי התוספות בכתובות נד ע"ב. מדובר שם בהתחייבות החתן לתת תוספת כתובה לאשתו, ור"י, בקושייתו, הבין שחתן עני אינו יכול להתחייב על סכום שאין לו, כי אין לו נכסים שהוא יכול לשעבדם, ושעבוד עתידי הוא בגדר דבר שלא בא לעולם.

ר' אליהו, בתשובתו, מבשר את המפנה בהבחינו בין התחייבות (חוזה אובליגטורי) להקנאה. האדם יכול להתחייב לשלם אף כשאין לו, והחיוב תלוי ועומד עד שיהיו לו נכסים. בעקבות זאת מצינו עוד כמה מן הראשונים — הרמב"ן, הרשב"א, ה"עיטור" ואחרים — המחדדים את ההבחנה בין הקניין ובין ההתחייבות. בעיקר בולטים דברי "בעל התרומות" והבאים בעקבותיו, כי אף שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הרי הוא מתחייב להקנותו. הלכה זו נתקבלה על ידי הטור, השו"ע והפוסקים כמעט בלא

[3] והשווה לספר חוקת משפט, הלכות מכירה, שהופיע בימינו, ובו הוקדש פרק שלם להתחייבות למכר — פרק ל. כיוצא בזה, הרב י' בלוי, בספרו, פתחי חושן, בדיני קנינים, מקדיש פרק גדול להתחייבויות — פרק יח.

[4] מאידך, נפלא בעיניי שלא מצאתי בספרו של רב האי גאון את דין קניין דברים. אמנם לשיטתו של פרופ' ב' ליפשיץ (ראה נספח עשירי), קניין דברים נכלל באסמכתא, אלא ש"קניין דברים" אף לא נזכר שם בשער יז העוסק באסמכתא. וצריך עיון.

עוררים (פרק חמישי, סעיף ג). במידה מסוימת, יש לראות תהליך זה גם ביחס ל"קניין אתן" (פרק חמישי, סעיף א, 5). הגאונים — הרי"ף, הר"י מיגאש, הרמ"ה והרמב"ן — מחשיבים אותו כ"קניין דברים"; ואילו הרשב"א וסיעתו כבר נותנים תוקף ל"קניין אתן", כיוון שהם רואים בו התחייבות לתת. אמנם בשאלה זו עדיין קיימת מחלוקת להלכה עד היום, שהרי אין מוזכרת במפורש לשון התחייבות.

עדיין נותרה שאלת היחס בין ההתחייבות האישית לדין קניין דברים. מדברי הרבה מן הראשונים עולה שעדיין ההתחייבות זקוקה ל"חפצא", אם נשוא החוזה עצמו או שעבוד נכסים, כדי להינצל מדין קניין דברים (פרק חמישי, סעיף ה), אלא שזיקה חפצית זו נעשית קלושה, כמבואר להלן. לפי זה, יש אומרים שכל חוזה שיש בו העברת שיווי ממון לאחר, יהא תקף אם נעשה על דרך התחייבות, לפחות באמצעות שעבוד הנכסים העומד מאחוריו. המתחייב לחברו לבנות לו בית משעבד את נכסיו לצורך בניית הבית (פרק חמישי, סעיף א, 4). משום כך תופסת גם התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם, כיוון שנכסיו משועבדים לביצוע ההתחייבות. החידוש של התוספות בכתובות הוא שאין צורך שיהיו לו נכסים עתה, ודי שיהיו לו בעתיד. בעייה מיוחדת קיימת כשלא שעבד את נכסיו, כגון שהתחייב להקנות נכס מסוים שאין לו "תחליף". ואכן נחלקו האחרונים אם חוזה זה הוא בגדר קניין דברים (קצות החושן ונתיבות המשפט; ראה פרק חמישי, סעיף ה). אם נשוא החוזה נמצא ברשות המתחייב, יש אומרים שקיימת זיקה חפצית ישירה המעניקה לצד השני מעין "קניין שבישר" בנשוא החוזה (מהר"א ששון; פרק חמישי, סעיף ה, 6). אכן יש שהבינו שהתוספות בכתובות מתכוונים לומר שהחיוב חל על גופו של המתחייב, ולא על הנכסים, אלא שממילא גובים מהם לכשיבואו לרשותו. ועדיין שאלה היא אם מדובר בחוזה ממוני דווקא אם לאו (פרק רביעי, סעיף ד).

לאור כל זאת, עמדנו על משמעותה של ההתחייבות להקנאה בכלל: אפשרות החזרה מהתחייבות לדבר שלא בא לעולם, כפיית ביצועה של ההתחייבות, אחריות לאונסי נשוא החוזה וירושת החיוב. שאלות אלו תלויות גם, אם לא בעיקר, בזיקתה של ההתחייבות לשעבוד נכסים (סוף פרק חמישי).

ומכאן השפעה על תוקפו של חוזה לעשייה או לאי־עשייה שאין בה שעבוד נכסים. כאן עולה באופן בולט בעיית קניין דברים. במסגרת זו עסקנו בהתחייבות להינשא או להתגרש, להישבע, לכתוב שטר ראייה, לפייס צד שלישי, להימנע מפעולה וכדומה. כאמור, לדעתי, מדברי רוב הראשונים נראה שהתחייבויות כאלו אינן תופסות. אין להתחייבות זו על מה לחול, והיא אינה יכולה להיבנות על הבטחתו של האדם, אף שנעשתה בקניין. אולם בדברי האחרונים מצינו מחלוקת, וכאן לדעתי נקודת המפנה השנייה, בשאלה: האם יש צורך בשעבוד נכסים או זיקה חפצית כלשהי? או שמא ההתחייבות היא מוסד משפטי נפרד חסר כל זיקה לשעבוד נכסים? יש מן האחרונים

— וכאמור לדעתי הם מיעוט — ההולכים בדרך השנייה, והם מכירים גם בהתחייבות לעשייה או להימנעות שאין בהן יסוד חפצי (פרק שישי, סעיפים ב-ג)[5].

קשה לי למקד מפנה זה במקור מפורש. דעה זו לא עלתה כ״בשורת חידוש״. האחרונים המחזיקים בה לא ראו את עצמם חולקים על הראשונים, אלא שלי נראה שאין לדעה זו מקור מפורש בראשונים. מן האחרונים המחזיקים בדעה זו, נזכיר כאן את הרמ״א, בעל שו״ת ״הלכות קטנות״ ובעל שו״ת ״תורת חסד״, שדבריו יובאו להלן. האחרונים הקרובים לדורנו כבר מביאים שאלה זו כמחלוקת בין הפוסקים (דברי הגאונים, מהרש״ם, ״חוקת משפט״, ופסקי דין רבניים אחדים. ראה פרק שישי, סעיף ג).

עד כאן באשר לחוזי עשייה בכלל. אך עמדנו גם על חוזים מסוימים שהוכרו, אף שלכאורה הם חוזי עשייה בלא שעבוד נכסים. בראש ובראשונה יש להזכיר את חוזה העבודה, שכבר התלמוד עוסק בו, כאמור. עמדנו על מקומו של הקניין בחוזה זה, וראינו שיש לחוזה זה מעמד מיוחד, שכן העובד משכיר את גופו לצורך המלאכה, ושוב יש בחוזה צד ריאלי מסוים. מאידך, מתוך ייחודו זה — המקנה כביכול זכות בגופו של השכיר — נובעת חולשתו של החוזה המאפשר חזרת הפועל באמצע המלאכה בלא שיפסיד משכרו עבור מה שעשה (פרק שביעי).

מתקופת הגאונים ואילך אנו מוצאים בעייתיות בהסכם שותפות (פרק תשיעי). ראינו כיצד הוא הופך מקניין לחוזה בדרכים שונות שנקטו הראשונים: הדדיות החוזה (רבנו משולם), שכירות השותפים זה לזה (ראב״ד), ואצל האחרונים מצינו גם התחייבות. כל זה נוסף על דרכי השבועה והמנהג, שיוזכרו בהמשך.

בהקשר זה יש לעמוד על פריצת דרך, צדדית במידת מה, שיש לה השפעה ישירה על החוזה בכלל. כבר שניים מן הראשונים, ר׳ משולם מלוקא, ובייחוד המהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, ניצלו את הדדיות החיובים של השותפים, הסתמכו על המושג ״בההיא הנאה״ הנזכר בתלמוד, והרחיבו באופן ניכר את גבולותיו של החוזה. אם מצינו כמה פעמים בתלמוד כי ״בההיא הנאה״ בא במקום מעשה קניין, הרי הראשונים הללו סוברים שבכל חוזה של שותפים יש הנאה כזו. החידוש העיקרי אינו שחוזה שותפות אינו צריך קניין, אלא שהוא מתגבר על בעיית דבר שלא בא לעולם וקניין דברים. כלומר, יש ש״הצורה״, דרך עשיית החוזה, מתגברת על מגבלות חוזיות. משום כך הם סבורים שחוזה השותפים לחלוק ברווחים עתידיים, תופס (פרק תשיעי). מכאן נפתח הפתח להכרה בכל חוזה — כולל חוזה עשייה או הימנעות מעשייה — במקום שהחוזה הוא הדדי (מהרי״ק, המובא בפרק התשיעי). אך יש המצמצמים חידוש זה, היכול לפרוץ את המסגרות המקובלות יתר על המידה, והם מקיימים אותו רק בחוזה של שותפים, ולא בסתם שני אנשים שמתחייבים זה לזה (פרק אחד־עשר, סעיף א).

כיוון אחר המרחיב את מעגל החוזים יש במוסד ההודאה. כבר בגמרא נזכרת

[5] אמנם יש ה״מוצאים״ את ה״חפצא״ בגופו של המתחייב. ועדיין צריך ביאור, אם אין זה אלא ביטוי סמנטי או שהוא בגדר דברים של ממש. ראה להלן סעיף ג.

ה״אודיתא״ לכאורה כדרך קניין. מכאן מתחדשת לנו אפשרות של שימוש בכללי הראיות כדרך ליצירת חוזה. עמדנו על פשרה של דרך זו, וראינו דוגמאות לשימוש בה לאחר תקופת התלמוד, בהרשאות ובצוואות. עד היום קיים מתח סמוי בין השימוש בהתחייבות ובין השימוש בהודאה (פרק עשירי).

על חיזוק כוחו של החוזה מכיוון אחר, עמדנו בפרק האחרון. אין ספק שחובה מוסרית מוטלת על האדם לעמוד בדיבורו, אפילו במקום שאין דיבורו יוצר חוזה מחייב. אך ראינו כי יש שחובה זו, כאשר השני מסתמך עליה, מקבלת תוקף משפטי מדין ערב, ולדעת הריטב״א, אף אם לא התנה לשלם. בכך הוא מסביר את דין המשנה על ״דבר האבד״ (ב״מ ו, א). הבאנו דוגמאות שונות לכלל זה, אם כי לא ברור עד כמה הוא מקובל על הפוסקים. את עצם החיוב, הסברנו כמבוסס על יסוד חוזי ויסוד נזקי כאחד (פרק שנים־עשר, סעיף ג).

כן עמדנו על הסכמים מסוימים שלמעשה אינם שייכים בעצם לדיני החוזים, אלא הם משתלבים במערכת אחרת, שיש בה חשיבות להסכמת האדם שנעשתה בקניין. כך אמרנו ביחס להסכם קבלת נאמנות של פסולים, ויתור על זכות מצרנות (פרק שישי, סעיף ז), ואולי אף ביחס להסכם מגורים בין בני זוג (פרק שישי, סעיף ד).

תיארנו את החוזה על קשייו מבחינתו העיונית. אך מן הבחינה המעשית, אין הגבלה המכבידה על חופש החוזים[6]. הקושי הוא בחוזה לעשייה או להימנעות מעשייה כשאין בו שעבוד נכסים ואינו נופל למסגרת חוזה עבודה או שותפות או חריג אחר, כגון קבלת קרוב לעד או דיין ועוד (ראה פרק שישי). בהרבה חוזים אפשר למצוא — ולו בדוחק — צד שעבוד נכסים. מלבד זאת עמדנו בפרק האחד־עשר על כמה אמצעים לעקוף את בעיית קניין דברים: תליית המעשה או אי־המעשה בהתחייבות לקנס, כנהוג בחוזה שידוכין; שבועה הבאה כחיזוק להתחייבות, כפי שמצינו בהרבה טופסי שטרות החל מן הראשונים. כן עמדנו שם על חוזים שנעשו בנסיבות שנפתרה בהן בעיית קניין דברים. כך הוא הדבר בחוזה המוכר מכוח המנהג ובחוזה שנעשה ברבים, דהיינו שאחד הצדדים בחוזה הוא הציבור או נציגו.

ב. המעבר מחוזה חפצי לחוזה אישי

התמונה הכללית המתקבלת ממה שנאמר עד כה היא שהחוזה משנה את אופיו ומהותו, מחוזה שהוא חפצי בעיקרו לחוזה שהוא אישי בעיקרו. אין ספק שתהליך זה תואם את שינוי תנאי החיים החברתיים־כלכליים, כפי שהזכרנו בעבודתנו. כעת נתעכב על

[6] יצוין, אגב, שתופעה זו אינה נדירה. היינו, כי לבעיה עיונית קשה נמצאים פתרונות שונים במישור המעשי. במיוחד ידועים הדברים בדיני משפחה, ואין כאן מקום לדון בזה.

השאלה: באילו דרכים משפטיות בוצע תהליך זה? באילו מקורות משפטיים נעזרו חכמי ההלכה[7]?

שתי נקודות בולטות בתהליך זה.

1. המנהג קדם לדין

למעשה נהגו לערוך חוזים שעוררו בעיות בגלל חוסר ה"חפציות" שבהם. חכמי ההלכה נשאלו בעניין זה, והתמודדו עם בעיות אלו, ויש שהכירו באותם חוזים מכוח המנהג כשלעצמו. נזכיר דוגמאות אחדות. ביחס לחוזה על דבר שאינו בעולם, אומרים בעלי התוספות כי "עכשיו נהגו" שהחתן כותב לכלה תוספת כתובה מרובה, אף שאין לו נכסים כדי הסכום שהתחייב לו (פרק רביעי, סעיף ד, 1). הגאונים והראשונים הספרדים דנים בתוקפה של "מתנה לחוד" במעות, שנהגו הבעלים לכתוב לנשותיהם, גם כשלא היו להם מעות בעין (פרק רביעי, סעיף ד, 3). שטרי שידוכין נהגו כבר בזמן חז"ל. הראשונים נסתפקו באשר לתוקפם של כמה שטרי שידוכין. הרשב"א דן בשאלת "קניין אתן", והוא אומר[8]: "וכך אנו עושין מעשה בכל יום בפסקי הנדוני', שקונין מפלוני שיתן לפלוני כך וכך זהובים בנדונית בתו" (פרק חמישי, סעיף א, 5).

שאלות רבות הופנו לחכמי המזרח בדורו של "בית יוסף" (לפני כארבע מאות שנה) ביחס לחוזי אספקה של סחורה עתידית, וחכמי ההלכה התבקשו לבסס את תוקפם של חוזים אלו ולאשרם (פרק חמישי, סעיף ג, 8). באותה תקופה ואחריה עסקו חכמי המזרח בשאלת טיבם ותוקפם של שטרי הטבה, שנהגו קוני בתים לתת למוכריהם (פרק חמישי, סעיף ב, 1).

כבר בתקופת התלמוד הירושלמי, נהגו לערוך הסכמים על ירושה עתידית, והמפרשים התלבטו אם אפשר לבסס אותם על דרך התחייבות וכיצד לעשות זאת (פרק חמישי, סעיף ג, 9). אף ביחס להסכם שותפות, שהיה מקובל עוד בתקופת חז"ל, ראינו כי בתקופת הגאונים לא תמיד נוסד ההסכם על ידי הטלת מעות לכיס, והגאונים התלבטו בבעיית דבר שלא בא לעולם וקניין דברים (פרק תשיעי). מאוחר יותר יש שהכירו בו מכוח המנהג כשלעצמו[9].

אף ביחס לדבר שאין בו ממש — כגון העברת חזקת שכירות, חזקת אורנדי, זכות יוצרים וכדומה — התבססו חכמי ההלכה בעיקר על המנהג ועל הכלל "דינא דמלכותא דינא" (פרק שישי, סעיף ד, 1). כמו כן, ביחס להתחייבות בדבר שאין בו ממש, עוסקים האחרונים בחוזה חילוק מחיות, תחומי עיסוק, שבו מתחייבים בעלי עסק שלא להתחרות זה בזה, ויש המבססים את תוקפו על המנהג (פרק שישי, סעיף ג).

[7] על המקורות המשפטיים של המשפט העברי, ראה מ' אלון, המשפט העברי, כרך א, עמ' 221 ואילך. שם נמנים המקורות הבאים: קבלה, מדרש (פרשנות), תקנה וגזרה, מנהג, מעשה, סברה. על דרכי יישומם של מקורות אלו בהשתלשלותה של הלכה, ראה: מ' אלון, חרות הפרט, עמ' 261 ואילך; המשפט העברי, כרך שני.

[8] בתשובותיו, ח"א, אלף לג (לעיל, פרק חמישי, הערה 52).

[9] שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' שפ. ראה פרק אחד־עשר, הערה 103.

כמה חוזים מעין אלו נהגו בתחום דיני משפחה. כבר בסוף תקופת הגאונים מצינו שנהג הבעל להתחייב לאשתו שלא ישא עליה אישה אחרת (פרק שישי, סעיף ב). האחרונים דנים בתוקפה של התחייבות אחים לחלוץ לגיסתם, אם תיפול לייבום, ו"שבות יעקב" מכיר בה גם מכוח המנהג (פרק שישי, סעיף ב). כיום, יש שבית הדין הרבני דן בהסכם גירושין בין בני זוג המעורר בעיה של קניין דברים (פרק שישי, סעיף ב).

לאחרונה נזכיר את הדין בעניין חוזה הנעשה ברבים. מתשובות הראשונים — המהר"ם, הרא"ש והרשב"ש — משמע כי כך נהגו, שדבר הנעשה ברבים אינו צריך קניין, והם מחפשים דרך לבסס זאת (פרק אחד־עשר, סעיף ב, 4)[10].

2. פרשנות מרחיבה

הדרך העיקרית שהוכרו בה חוזים אלו וכיוצא בהם היא דרך המדרש — פרשנות מרחיבה שהכניסה חוזים אלו ל"היכל", כאילו היו מוכרים מאז ומעולם. הרחבה זו זוקקת לשימוש מירבי בדרכי הפרשנות. כושר הניתוח וההבחנה מאפשר לבאר מושגים משפטיים וסוגיות תלמודיות באופן שונה מהמקובל ולתת להם משמעות חדשה[11].

(א) הרחבת משמעותם של מושגים משפטיים

נפנה לדוגמאות המרכזיות. היסוד החפצי הדרוש בכל חוזה, כפי שעולה מסוגיית קניין דברים, פושט צורה ולובש צורה. התחייבות להקנאת דבר שלא בא לעולם תופסת כיוון שהמתחייב משעבד את גופו, וגופו הרי קיים בעולם. הצורך ב"חפצא", דבר שיחול עליו הקניין (=התחייבות), מתקיים בגוף המתחייב (פרק רביעי, סעיף ד, 1; פרק חמישי, סעיף ג, 8). מכאן המסקנה שהמגבלה של "דבר שלא בא לעולם" נאמרה רק בקניינים ולא בהתחייבויות. אין הלכה זו מובאת בראשונים (התוספות, "בעל התרומות" ואחרים) כהתפתחות בהלכה. בגמרא לא נזכר במפורש אם יש להבחין בעניין זה בין הקניין ובין ההתחייבות אם לאו, והסוגיות התלמודיות בעניין זה ניתנות להתפרש לכאן ולכאן.

ואם בשלב זה עדיין אפשר לצרף את שעבוד הנכסים, גם עתידיים, כדי לבסס את ההתחייבות, הרי באים כמה מן האחרונים ואומרים שכל התחייבות שהיא, אפילו בדבר שאין בו ממש, תופסת, כיוון שהיא חלה על גופו של המתחייב, והרי הוא לפנינו (פרק שישי, סעיף א-ג). הרעיון המשפטי שההתחייבות חלה על גופו של המתחייב מצוי כבר בהסכם העבודה, שהרי הפועל משכיר את גופו לצורך מלאכתו, ומכאן הוא הועתק גם להסכמים אחרים. וכך אומר הראב"ד שהסכם השותפים לחלוק את רווחיהם העתידיים נתפס כהסכם של שכירים המשתעבדים זה לזה (פרק תשיעי, סעיף א).

[10] וראה עוד מ' אלון, המשפט העברי, כרך ב, עמ' 572, הערה 59.

[11] דרך זו באה לידי ביטוי בכמה מאמרי חז"ל המשקפים את רעיון הפלורליזם בהלכה ושילוב החדש והחריג בישן ובמקובל. לא כאן המקום לדון בזה, וראה עוד מ' אלון, המשפט העברי, כרך ב, עמ' 239, 323, וכרך ג, עמ' 870.

ממילא יש לשאול עד כמה יש להחיל על הסכם זה את דיני שכירות פועלים, כאפשרות חזרה ועוד (שם)?

השימוש במושג "שעבוד נכסים" הורחב כמעט עד בלי הכר, כגון שראו בהתחייבות לעשייה שיש בה הוצאת ממון שעבוד נכסים לצורך אותה עשייה. כך, למשל, ההתחייבות לבנות מוכרת, כיוון שהחייב משעבד את נכסיו להוצאות הבנייה. יתר על כן, יש אומרים שאין צורך להזכיר שעבוד נכסים, לפי שהוא כלול ממילא בתוך ההתחייבות (פרק חמישי, סעיף א, 3-4). ההתחייבות למכור, בין שנשוא החוזה כבר בא לעולם ובין עדיין לא בא לעולם, מבוססת לדעת בעל קצות החושן על שעבוד נכסים, ה"מציל" אותה מדין קניין דברים (פרק חמישי, סעיף ה). אף לדעת הסוברים ששעבודא לאו דאורייתא, אפשר שעדיין יש שעבוד נכסים מסוים, דהיינו שעבוד נכסי החייב עצמו (פרק שני, סעיף ב).

השימוש במעשה הקניין "צובר כוח" מעבר למקובל. כבר בגמרא נאמר ששימוש בקניין מרפא עסקה פגומה (כתובות פג ע"א), ובדרך זו מסתייעים כמה מן הראשונים גם ביחס להתחייבות. כך, למשל, סובר הרשב"א ש"קניין אתן" תופס כיוון שאנו רואים בו התחייבות לתת, אף בלא נקיטת לשון חיוב (פרק חמישי, סעיף א, 5). בכך מורחב מעגל ההתחייבויות על חשבון הקניינים. אף ביחס לדבר שאין בו ממש, שימוש במעשה קניין בנסיבות מסוימות מורה כי התכוון המקנה להקנות "גוף לפירותיו", ובכך ניצל החוזה (פרק שישי, סעיף ד).

הריטב"א סבור שפועל שהתחייב בקניין לעבוד אינו יכול לחזור בו, כי דין חזרת פועל לא נאמר בהסכם שנעשה בקניין (פרק שביעי, סעיף ז).

המושג "בההיא הנאה", הבא בתלמוד כתחליף למעשה קניין, "פורש כנפיים" ומבטל, לכמה דעות, את המגבלות החפציות של החוזה. כבר הגאונים והרי"ף נעזרו במושג זה כדי "להכשיר" חוזים שנעשו בהקשר של נישואין, אף ביחס לדבר שלא בא לעולם (פרק רביעי, סעיף ה, 1). ואם הרי"ף וסיעתו מסתמכים גם על הרחבת המושג של תנאי כתובה ותנאי בית דין, הרי יותר מאוחר אומרים כמה מן הראשונים האשכנזיים (ר' משולם מלוקא, המהר"ם), שהסכם השותפים אינו צריך קניין, והוא חל אף על דבר שלא בא לעולם, בגלל הנאתם ההדדית של השותפים (פרק תשיעי). יתר על כן, יש האומרים כי אף התחייבות לעשייה או הימנעות מעשייה תקפה כשהחיובים הם הדדיים (פרק תשיעי; פרק אחד־עשר, סעיף א).

אף המושג "ערב" מקבל משמעות חדשה. כדי להסביר את פשרו של חיוב האדם לפצות את חברו על הפסד שנגרם לו בגלל שסמך עליו, מרחיב הריטב"א את דין חיוב הערב. אמנם הריטב"א מציין כי "זהו דין גדול", אך אינו אומר שהוא מחדש הלכה, אלא מסביר בדרך זו את דין המשנה על "דבר האבד" (פרק שנים־עשר, סעיף ג, 2-3).

הכוח של הציבור לתקן תקנות והסדרים כיצד לנהוג בחיי הקהילה הוחל גם על חוזה פרטי בין הציבור והחייב, וכך "שוחרר" חוזה זה ממגבלות קנייניות. אף בימינו,

המשיך בית הדין הרבני בדרך זו, כשקבע שהתחייבות של נציג הציבור להתפטר מחייבת אותו, למרות היותה לכאורה בגדר קניין דברים (פרק אחד־עשר, סעיף ב, 4).

האודיתא המובאת בגמרא כסיפור מקומי מקבלת משמעות מרחיקת לכת כמעשה קניין המועיל אף באיסורים לכמה דעות (פרק עשירי).

(ב) באור סוגיות בדרך ההתחייבות

מכאן נעבור לסוגיות תלמודיות המתבארות באופן שונה מן המקובל, תוך הסתייעות במוסד ההתחייבות. סוגיית "חייב אני לך מנה בשטר" (כתובות קא ע"ב) נתפרשה כבר על ידי הרבה ראשונים כעוסקת בהתחייבות חדשה (פרק רביעי, סעיף א). סוגיית "דאיקני" (ב"ב קנז ע"א) נתפרשה על ידי "בעל התרומות" כבסיס להבחנה בין הקניין להתחייבות ביחס לדבר שלא בא לעולם (פרק חמישי, סעיף ג, 4). סוגיית "יטול מנה" (ב"ב קמ ע"ב) נתבארה על ידי הטור, בניגוד לר"י מיגאש, כעוסקת בהתחייבות ולא בהקנאה (פרק רביעי, סעיף ו). דין "הפוסק על שער שבשוק" (ב"מ סב ע"ב) נתבאר על ידי הרשב"א וכמה מן האחרונים על דרך ההתחייבות (פרק חמישי, סעיף ג, 7). סוגיית "ארעא ודיקלי" (ב"ב סט ע"ב) נתפרשה על ידי הריטב"א כעוסקת בהתחייבות להקנות דבר שלא בא לעולם (פרק חמישי, סעיף ג, 6). סוגיית הגמרא על מכר חוזר (ב"מ סה ע"ב) מתפרשת על ידי כמה מן האחרונים על דרך ההתחייבות, ולא על דרך תנאי במכר (פרק חמישי, סעיף ב). סוגיית הירושלמי על מוכר דבר שאין לו, נתפרשה אף היא כהתחייבות (פרק חמישי, סעיף 7).

לעומת זאת, יש מן האחרונים האומרים שדברי הגמרא על הבטחה למכור (ע"ז עב ע"א) אינם עוסקים בהתחייבות, ומכאן הם למדים שיש למקבל ההתחייבות כעין "זכות שבישור" בנשוא החוזה (פרק חמישי, סעיף ה, 6).

"שכירות סתם" של חמור, בית ועלייה (ב"מ עט ע"א; קג ע"א; קטז ע"א) נתפרשה על ידי כמה מן הראשונים כעוסקת בהתחייבות של המשכיר להעמיד לשוכר תחליף, ובכך הם מתגברים על בעיית דבר שלא בא לעולם (נספח ראשון)[12].

עד כה עסקנו בדרך המדרש והפרשנות המרחיבה הנזקקת גם להיגיון וסברה. אך יש מן האחרונים המסתמכים על הסברה כשלעצמה כמקור משפטי. כך, כשעמדה בפני ר' חסדאי שאלה בדבר התחייבות שלילית, להימנע מפעולה, הוא כותב[13]: "הדעת נותן והשכל מחייב... דאין לך דבר שאינו נתפס בקניין בלשון חיוב".

(ג) הימנעות מלהסתמך על תקנה

בתהליך שתואר עד כה בולט בהעדרו השימוש בתקנה[14]. אף השימוש במנהג כמקור משפטי מועט הוא. רוב השינויים משתלבים, כאמור, בהלכה הקיימת כבר. נראה שיש

[12] אף סוגיית "בית בבתי אני מוכר לך" (מנחות קח ע"ב) פורשה ע"י חכמי זמננו על דרך ההתחייבות, כדי לתרץ שיטת הרמב"ם — ראה נספח ראשון, הערה 40.

[13] תשובתו נדפסה בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח (לעיל פרק שישי, הערה 92).

[14] שימוש בתקנה מצינו בתקופת התלמוד. עצם דין שעבוד נכסים הוא תקנת חכמים לדעת כמה מן האמוראים (פרק שני, סעיף א, 1). כן ראינו כי לדעת כמה מן האחרונים, מוסד ההתחייבות

להסביר את הדבר בעובדה שבעיות יסוד מרכזיות של החוזה אינן צריכות להיפתר בדרך של תקנה. כאן דרושה התמודדות עיונית ביחס למהותו של החוזה: האפשר להתחייב על דבר שלא בא לעולם או לא? האם ההתחייבות "זקוקה" לשעבוד נכסים אם לאו? מה הן הזכויות והחובות שההתחייבות יוצרת? היש ביצוע בעין? מה הדין במקרה של סיכול או הפרה וכדומה. כל השאלות האלו נפתרות בדרך הפרשנות, בעזרת הסברה וההיגיון, תוך ניתוח ראיות, לא רבות, מדברי הגמרא והראשונים, והיקש לסוגי חוזים אחרים, כגון הלוואה או כתובה וכדומה.

אמנם ככל שאנו פונים מן המרכז אל השוליים, יש מקום להיעזר בתקנה ובמנהג. כך יש לומר על הסכמים מיוחדים בתחום מסוים, כגון מסירת בן למילה (פרק שישי, סעיף ד, 2), חילוק מחיות (פרק שישי, סעיף ג), העברת זכות יוצרים, חזקת שכירות וכדומה (פרק שישי, סעיף ד, 1), ולכמה דעות אף ביחס להסכם שותפות (פרק תשיעי).

ג. ההיבט הרעיוני שבחפציות החוזה

כפי שראינו עד כה, תכונתו החפצית של החוזה ניכרת בעיקר בדין קניין דברים. מהו טעמו של דין זה? אין הגמרא, ואף לא הראשונים, מרבים לעסוק בטעמי הלכות. בגמרא נקבעים כללים, והראשונים מגדירים אותם ומיישבים אותם בהתאמה לכללים אחרים, כדי שלא יסתרו זה את זה. כך נאמר בגמרא שקניין דברים אינו חל, והראשונים אומרים שאין לקניין על מה לחול. אך לנו מותר לשאול: מהו טעמו של הדין, מהו הרעיון שביסודו? מדוע אין החוזה קם על בסיס אישי בלבד? (ראה רמב"ם, סוף הלכות תמורה).

1. "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים"

בפרק הרביעי התעכבנו על חולשת ההתחייבות, כדברי גולאק. כך מצינו ביחס להסכם עבודה שהפועל יכול לחזור בו בחצי היום, משום "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים". ואם ביחס לפועל אין זה רק טעם, אלא אפשרות חזרתו היא חלק מהותי של החוזה, עד כדי כך שאין להתנות עליו[15], בנידון דידן — קניין דברים — נאמר רק שהרעיון "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" הוא טעם ההלכה המונח ביסודו. כל התחייבות קושרת את האדם. החוזה האובליגטורי הוא יצור משפטי הפותח מצב, ואינו מסיים מצב. חל שינוי בעולם המשפט, אך תופעה משפטית זו מעצם טיבה דורשת המשך וביצוע. האדם מחויב לבצע עבור חברו את ההתחייבות שקיבל עליו. אם כן, ההתחייבות משעבדת

קיים רק מדרבנן (פרק שלישי, סעיף ה). על כל פנים, בתקופה הבתר־תלמודית לא מצינו שימוש בתקנה בשאלות העקרוניות כי אם בהסכמים שוליים, כגון חזקת שכירות, כאמור בפנים.

[15] שו"ת ריב"ש, סי' תפד, אולם הריטב"א בתשובותיו, סי' קיז, חולק עליו. וראה לעיל, פרק שביעי, סעיף ז.

במידת מה את חירותו של החייב. רעיון זה של חירות האדם בולט גם באי־שעבוד גופו של החייב, כי אם רכושו, בניגוד למשפט הרומי הקדום, כפי שראינו לעיל בתחילת הפרק השני. אך בענייננו הרעיון חודר לעומק, לשורשו של החוזה. אין פה רק עניין של דרך ביצוע החוזה, הוצאה לפועל של החיוב, אלא עצם יצירת החוזה אינה יכולה להיות בנויה אך ורק על יסוד רצונו והבטחתו של המתחייב. הצד השני אינו יכול לטעון "הבטחת לי", אלא עליו לומר "יש לי משהו בידך", אף ש"משהו" זה אינו רכוש מסוים דווקא אלא זכות ממון, שכן במקרה זה אנו קרובים לעולם הקניין הבנוי על הקנאת דברים ממשיים, לא על הבטחות בלבד. אין כאן תביעה אישית "טהורה" שיעמוד המתחייב בדיבורו, שיבצע את אשר גמר בדעתו להתחייב לו, אלא יש כאן תביעה אישית הפונה לרכושו של החייב. מידת הזיקה החפצית תלויה בדעות שונות ובמצבים שונים. להלכה נפסק כי שעבודא דאורייתא, ומכאן נובע שיש לבעל החוב זיקה חפצית לנכסי החייב, שמתבטאת בזכות לטרוף מן הלקוחות ובדין קדימה על בעל חוב מאוחר (פרק שני). זיקה חפצית מובהקת במובן אחר מצינו, לכמה דעות, בהתחייבות להקנות לפלוני חפץ מסוים, המעניקה לאותו פלוני מעין "קניין שביושר" על אותו חפץ, וזכותו עדיפה על הקונה אחריו (מהר"א ששון — ראה סוף פרק חמישי). יתר על כן, גם לדעת הסוברים "שעבודא לאו דאורייתא", אמנם אין לדבר על זכות חפצית במובנה המקובל — היינו, שכוחה יפה כלפי צד שלישי — אך בכל זאת אמרנו שיש זיקה חפצית כלשהי כלפי נכסי החייב עצמו (פרק שני, סעיף ב).

זיקה חפצית פחותה קיימת גם ביחס להתחייבות בדבר שלא בא לעולם. להרבה דעות, החיוב בנוי על שעבוד הנכסים (פרק חמישי, סעיף ה). אמנם אף אם אין למתחייב רכוש, חל החוזה (תוספות, כתובות נד ע"ב), אך עדיין יש לדבר על זיקה חפצית, כי יש לצד השני זכות ממון ביחס לנכסי המתחייב, כשיבואו לידו. התוספות בכתובות אינם אומרים שהוא חייב לקיים את דיבורו, אלא הם אומרים כי כ"שיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה". החוזה קיים היום כי הוא מתייחס לרכושו של המתחייב, אף אם יבוא לידו מאוחר יותר. אף לפי הסברנו השני שם (פרק רביעי, סעיף ד, 1) בואר העניין בגדרי פועלים, שהמתחייב מקנה את כח העבודה שבו המחיר מוסכם (פרק תשיעי, סעיף ב, 2). וכן אמרנו באשר לחוזה עבודה, כי אין זה חוזה אישי הבנוי על גמירות דעת בלבד, אלא מעין חוזה שכירות, כאשר הפועל משכיר את גופו לשם מלאכתו, ושוב יש כאן יסוד חפצי מסוים (פרק שביעי, סעיף ו).

2. שבועה לעומת התחייבות

ואם תשאל, הרי דווקא בעולמה של הלכה ידוע כי יש לפה כוח רב? כך הוא לא רק במישור הדתי — תפילה, לשון הרע ועוד — אלא גם במישור המשפטי שבין אדם לחברו. לנדר ולשבועה יש משמעות משפטית מרחיקת לכת. האדם יכול לאסור הנאת עצמו מחברו, והוא קשור בנדרו או בשבועתו כל זמן שלא התירם כדין, כמו שנאמר: "לא יחל דברו, ככל היוצא מפיו יעשה" (במדבר ל, ג). מדוע אפוא אין תוקף משפטי

להבטחתו של אדם — שנעשית בקניין — כי יעשה משהו עבור חברו? מדוע קניין דברים אינו תופס?

אלא נראה לומר שהיא הנותנת. הנדר והשבועה הם "מוסדות" דתיים, המסדירים יחסים שבין אדם למקום. האדם קושר את עצמו להקב"ה לקיים את דבריו, אם כי ייתכן שתוכן דבריו מעוגן ביחסים שבין אדם לחברו. כשם שחייב אדם לקיים את שבועתו שיקנה תפילין מהודרות, למשל, כך הוא חייב לקיים את שבועתו שישא את פלונית. השאלה אם יש לאישה זכות במקרה זה היא בעייתית. לעיל, בפרק אחד־עשר, ראינו כי אף בהתחייבות ממונית שקמה מכוח השבועה, קובע הריב"ש שאין לצד השני, מקבל השבועה כביכול, לא זכות שעבוד נכסים ולא זכות כלפי יורשי הנשבע. יש חובה אישית — בדרך כלל בת־כפייה — המוטלת על הנשבע לעמוד בדיבורו.

כל זה בנדר ובשבועה, מה שאין כן בהתחייבות האדם לחברו שלא נעשתה בדרך של נדר או שבועה. כאן המצב הוא שונה. התחייבות זו מעוגנת במישור המשפטי שבין אדם לחברו, אם כי יש לה משמעות גם כלפי שמיא. כלומר, ודאי שהאדם צריך לעמוד בדיבורו, "שיהא הן שלך צדק, ולאו שלך צדק" (ב"מ מט ע"א). התורה אומרת "מדבר שקר תרחק" (שמות כג, ז), והנביא חוזר וקורא "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב" (צפניה ג, יג). הוראות אלו ודומיהן עוסקות גם באדם שהבטיח דבר לחברו שלא על דרך חוזה תקף בקניין. אולם כל זה הוא במישור הדתי־מוסרי. כל זמן שדיבורו לא לבש צורה של נדר או שבועה או חרם, לא נתנה ההלכה לדיבור זה תוקף מחייב בר־כפייה. על סנקציות מוסריות דוגמת "מי שפרע", או "מחוסר אמנה" ועוד, עמדנו בפרק השנים־עשר. אמנם ראינו, כיוצא מן הכלל, כי בנסיבות מסוימות — כשהצד השני סומך על ההבטחה — יש גם מקום לחייב את המבטיח בתשלום דמי הפסד או הוצאות. אולם חיוב חוזי־נזיקי זה, כפי שבואר לעיל (בסוף הפרק השנים־עשר), עוסק בעיקר — ואולי רק — בחיוב ממון ולא בחיוב עשייה; ואף חיוב זה בא לאחר מעשה, לאחר שנגרמו הפסד או הוצאות, ואין הוא מורה בהכרח על קשר חוזי מראש. על כל פנים, במישור המשפטי שבין אדם לחברו, אין לדיבור כשלעצמו תוקף. אין האדם קושר את עצמו לחברו רק מכוח הבטחתו לו. האדם הוא בן חורין, והוא אינו משתעבד לחברו רק מפני שהבטיח — אף בקניין — לפעול עבורו. ההבטחה צריכה לחול על דבר ממשי, כדי שנתקרב לעולם הקניין.

3. היסוד הדתי שבמשפט העברי

נראה לי שכאן בולט היסוד הדתי של המשפט העברי. המשפט החילוני רואה צורך ליצור שעבוד חוזי של האדם לחברו. ההסכמה מחייבת ("Pacta sunt servanda"=הסכם צריך לקיים, כלשון המשפט הרומי). במשפט הדתי יכול האדם להתחייב לחברו מכוח הסכמתו כשלעצמה, אם זו נעשתה במעשה דתי — נדר או שבועה — ואז החיוב הוא בעצם כלפי הקב"ה[16]. כמו כן יכול האדם להקנות לחברו זכות ממונית, דהיינו כלפי

[16] ואמנם אמרנו בפרק אחד־עשר כי למן סוף תקופת הראשונים החלו לחזק חוזים שונים על ידי שימוש בשבועה וחרם.

רכושו, אך אינו יכול לשעבד רצונו לחברו. הייתי אף מוסיף כי אדרבה, בגלל אפשרות האדם, ולעתים אף חובתו, לקשור את עצמו להקב״ה, הוא אינו קושר את עצמו לחברו. קשר כזה — אילו היה מוכר — היה מפריע לקשר שבין האדם לבין קונו. יש באדם שני כוחות סותרים — כוח השעבוד והתלות וכוח העצמאות[17]. שימוש יתר באחד מהם בא על חשבון האחר. כשלוחצים גוף בנקודה מסוימת, נרפה הלחץ בנקודה אחרת. לו היינו ״לוחצים״ ביחסים שבין אדם לחברו, ומכירים בהתחייבות אישית ״טהורה״, היה זה על חשבון ההתחייבות כלפי שמיא[18]. כאן טמון רעיון פסיכולוגי עמוק. המשפט העברי, שכאמור הוא דתי ביסודו, ניתן מאת הקב״ה. יוצר האדם מכיר את האדם ואת כוחותיו — ״כי אתה הוא יוצרם, ואתה יודע יצרם״ — והוא נטע באדם כוח של התקשרות ושעבוד. כוח זה צריך להיות מכוון כלפי שמיא. משום כך מובן שאין ההלכה מכירה בשעבוד כזה במישור המשפטי, ביחסים שבין אדם לחברו[19].

4. הגבלת חופש הרצון

אפשר אולי לנסח את הטעם האמור לדין קניין דברים באופן אחר. יש בהלכה רגישות לחוזה של אדם המגביל את זכויותיו בעניינים שאינם ממוניים. אין האדם מתנה על מה שכתוב בתורה חוץ מדבר שבממון (כתובות נו ע״א). אך משמעות ״ממון״ בהקשר זה ניתנת לצמצום. כך ראינו לעיל, כי לרוב הדעות מחילת אישה על זכות עונתה אינה תופסת[20]. כך הוא גם ביחס למחילת האדם על נזקי גופו. גם אם נאמר כי המזיק ברשות פטור מתשלומים, הרי החוזה כשלעצמו הוא אסור[21]. כך מצינו גם ביחס לזכויות המגינות על חירותו של האדם ועל כבודו ולאו דווקא על גופו. אין הלווה מוחל על זכויותיו כלפי המלווה, ומכאן נפסק כי התחייבותו להיאסר או לעבוד למען המלווה עד שיפרע חובו אינה תופסת[22]. מכאן אומר הריב״ש ביחס למי שערב כי יקבל כל עונש שיוטל על עציר שישוחרר אם יברח: ״אין אדם יכול לשעבד עצמו במה שאינו

[17] ראה מאמרי ״גדול ת״ת יותר מכיבוד אב ואם״, סיני ק (ספר היובל), עמ׳ תיב, תכד.

[18] ארשה לעצמי להוסיף כי גם שעבוד לרצון הרוב, העומד במוקד המדינה הדמוקרטית, שגם הוא שעבוד לאדם, אם כי לא לאדם בודד, בא לעתים על חשבון השעבוד להקב״ה. ראה הקדמת רבינו בחיי לפרשת בלק.

[19] רעיון כזה נמצא ביחס לשלילת העבדות בעניין עבד נרצע (שמות כא, ו) — ראה קידושין כב ע״ב, שהובא ברש״י על התורה שם, ובלשון הירושלמי, קידושין פ״א סוף ה״ב: ״אמר להם (רבי יוחנן בן זכאי): אוזן ששמעה מהר סיני, ׳לא יהיה לך אלהים אחרים על פני׳, ופרקה מעליה עול מלכות שמים, וקבלה עליה עול בשר ודם... תירצע״.

[20] ראה: שו״ע, אה״ע, סי׳ סט, סע׳ ו; לעיל, פרק שישי, הערה 227.

[21] ראה ב״ק צג ע״א והראשונים שם. וכתב הרא״ש בתשובותיו (כלל סח, סי׳ י) כי לדעת הכול, ״לכתחלה אין התנאי מועיל שיהא מותר לכוף גוף חבירו ולעשות לו שום צער בגופו״.

[22] שו״ת הרא״ש, כלל סח, סי׳ י ו־יג; שו״ע, חו״מ, סי׳ צז, סע׳ טו. בין כך יש נטייה לפרש חוזים כאלו על דרך הצמצום, דהיינו שלא התכוון הלווה להגביל את זכותו — ראה שו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ אלף סט.

מחויב אלא בדבר שבממון, אבל לא בחיוב נפש״[23]. וכך גם ראינו לעיל דעות שהפועל אינו רשאי למחול על זכות חזרתו (ראה הערה 15).

לפי זה, ייתכן לומר כי בכל התחייבות לעשייה או להימנעות מעשייה, שהיא בגדר קניין דברים, יש הגבלה כלשהי של חירותו האדם. המתחייב חייב כעת לעשות או לרצות לעשות — כשמדובר בפעולה משפטית הזוקקת כוונה לשם חלותה — רק משום שמקודם התחייב לכך[24]. קל לנו להבין שאין לחייב אדם לשאת את פלונית רק מפני שהתחייב לכך (ראה פרק שישי, סעיף ב), והוא הדין בגט[25]. אם כן, אפשר שהוא הדין והטעם בכל עשייה שהיא. אין להגביל את חופש הרצון והמעשה בגלל התחייבות לאחר[26].

[23] סי׳ רלו.

[24] וראה עוד דברי ר״ש שקופ, שערי ישר, שער ה, פרק ב (עיקר דבריו הובא לעיל, פרק שני, סעיף ג, 2, ופרק תשיעי, סעיף ב, 2): ״ועיקר היסוד בזה לענ״ד הוא מש״כ הרמ״ה ז״ל [יד רמה, ב״ב, פ״א, סי׳ כו] דבעינן שע״י הקנין יהי׳ קיום הדבר, הוא דגדרי הקנינים הוא להחליף ולחדש כח השליטה של האדם על החפץ. אבל אם יצטרך עוד לרצון הבעלים הקודמים, לא נעשה קיום הדבר ע״י הקנין, ומשו״ה קנין אתן או קנו לחלוק הוי קנין דברים, דעדיין צריך שיהי׳ הרצון ממנו להקנות, דבלי רצון לא יתהוה בשום פנים ההקנאה הצריכה. ולפ״ז בקנין של חיוב ממון, בע״כ נמצא בזה הענין שמתקיים הדבר ע״י הקנין, שכבר יכול לזכות בסך הממון גם בלי רצון המתחייב. דאם לא יזכה בממון רק ע״י הקנאת המתחייב, הוי קנין דברים״.

[25] וראה עוד ריטב״א, ב״מ סא ע״א: ״וכן הנשבע לתת מתנה לחברו, ובשעת המתנה מוסר מודעה כי מפני חיוב השבועה הוא שעושה, קרוב הדבר שאין מתנתו כלום, שזה כמסירת מודעה וגלויי דעתא, שנותן באונס. ואצ״ל דבגט כיוצ״ב פסול״.

[26] חיזוק לעצם הרעיון של חולשת הרצון לכשעצמו ביצירת חוזה, תוך כדי השוואה למשפט הרומי, מצוי במאמרו המאלף של א׳ גולאק, השוואה כללית בין רוח דיני ממונות העבריים ורוח דיני ממונות הרומאים, מדעי היהדות ו (תרפ״ו), עמ׳ 45.

משום שהדברים משתלבים יפה בדברינו, ומשום שהמאמר קשה להשגה, אסכם את דבריו בקצרה: במשפט הרומי שולט כוח הרצון, הן במשפט הציבורי, בו השלטון מחוקק חוקים כאוות נפשו, הן במשפט הפרטי, בו הפרטים יוצרים יחסים משפטיים על פי רצונם בלבד. רואים כאן את התכונה הבולטת של העם הרומי: הערצת השלטון. לעומת זאת, במשפטנו שלנו, אין הרצון לבדו יוצר יחסים משפטיים, אלא הם ״נוצרים על ידי עובדות אוביקטיביות... מתוך סבובם של דברים שווי כסף בתנועת המשא ומתן... הולכים וצומחים ונולדים יחסי משפט״.

הבדל זה ניכר בתורת החיוב. במשפט הרומי אפשר להעמיד חיוב בדברים המביעים רצון, ונוצר יחס אישי־משפטי בין הצדדים. לעומת זאת, אצלנו החיוב זוקק כמעט תמיד למעשה קניין. היסוד המעמיד את החיוב הוא לא הרצון הסובייקטיבי, אלא עובדה מעשית שאיזה דבר שיש לו שיווי או גם איזו טובת הנאה, עברו בפועל מאדם אחד לחברו.

במשפט הרומי החיוב מתחלק לשלושה סוגים: dare, התחייבות האדם ליתן לחברו דבר שיש בו ממש; facere, התחייבות האדם לעשות לחברו פעולה שיש לה ערך ממון או מניעת פעולה; praestre, שהאדם משכיר את כוח פעולתו לחברו.

אצלנו החיוב בנוי על שני יסודות: יחס אישי ויחס חפצי. ובלשון המקורות: ״שעבוד הגוף ושעבוד נכסים״, וזה השני הוא החזק יותר. משום כך ניתן להעמיד את החיוב מן הסוג הראשון משלושת הסוגים שנזכרו לעיל, שכן ״בעל החוב דורש לו מיד זכות ושעבוד בדבר ממשי בנכסי

5. דעה מחודשת בביסוס ההתחייבות

עד כאן תיאור מוסד ההתחייבות על רקע דין קניין דברים, לפי תפיסת הרבה מן הראשונים והאחרונים, כמבואר לעיל. אולם ראינו שיש לחלק מן האחרונים תפיסה אחרת, דהיינו הכרה בהתחייבות האישית כמוסד משפטי נפרד שאינו קשור להקנאה כלל. כך יכול האדם להתחייב לעשות דבר מה או להימנע מעשיית דבר מה עבור חברו, כיוון ששעבד את גופו לכך. וכך אומר אחד מן האחרונים ביחס להתחייבות להימנע מפעולה[27]: "דאין לך דבר שאינו נתפס בקניין בלשון חיוב".

גישה זו קרובה לתפיסת החוזה האובליגטורי המקובלת כיום, דהיינו החוזה בנוי על יסוד גמירת הדעת בלבד. אולם מה באשר לסוגיית קניין דברים והסבר הראשונים שם, כי מכיוון שאין לקניין על מה לחול, החוזה אינו תופס? יש מן האחרונים שנעזרים בגדרו של חוזה עבודה שבו הפועל משכיר את גופו למעביד, ואומרים כי בחוזה עשייה הקניין חל על גופו של המתחייב. וכך אמר אחד מן האחרונים[28]: "לפי שכשהוא מחייב עצמו... יש מקום לקניין לחול, שהוא עצמות האדם שמשתעבד לכך". יש מי שמדמה שבועה להתחייבות, ואומר שכמו שאפשר להישבע על דבר שאין בו ממש, כיוון שהשבועה חלה על גופו, כך הוא גם ביחס להתחייבות. ואלה דבריו[29]: "שהיות השבועה משום שחל על גופו, אף על גב דהוי בדבר שאין בו ממש, חייב לקיים דברו. וה"ה נמי בכל חיוב של הדיוט, אף על גב דהוי דבר שאין בו ממש, חייב, כיון שחל על גופו".

הסבר זה של חלות הקניין על גוף האדם אינו ברור לי די הצורך. קשה לומר כי כל מתחייב נחשב כעובד של חברו. אין המתחייב להינשא או שלא להתחרות בחברו נחשב פועל של חברו. חוזה עבודה הוא דין מיוחד, ובו הפועל משכיר את גופו לצורך מלאכתו, ואף בו יש משום רעיון החירות, שהרי הוא ניתן לחזרה. אין צורך בלשון התחייבות של הפועל. אמנם יש מסבירים שם את האפשרות של התחייבות ממון, ללא נכסים, בגדרי פועלים, אך ללא זכות חזרה. אך עדיין מדובר בכח עבודה שהוערך בכסף, כמוסבר לעיל, סעיף ג, 1. אך אנו עוסקים כאן בהתחייבות אישית, לעשות פעולה או להימנע מעשיית פעולה. אם כן, מה משמעות הקביעה שהחוזה חל על גופו, ואף בלא זכות חזרה? לפי גישה זו, הדיבור מחייב. גמירת הדעת להתחייב היא הבסיס הבלעדי לחוזה, ואנו משלמים מעין מס שפתיים לכלל הקובע שהחוזה צריך לחול על דבר ממשי, כשאנו מוצאים את אותו דבר ממשי בגוף המתחייב.

החייב". אבל חיובי עשייה או מניעתה, "אפשר להעמיד בקושי ובדרך של עקיפין". וכן חיובי שכירות אדם רפים הם בדינינו.

עד כאן תוכן דבריו, של א' גולאק, ואם כי אנו הרחבנו כאן את היריעה, ועמדנו על דעות שונות (ראה בהמשך דברינו כאן), על גלגוליו של החוזה במשך הדורות ועל כוחו של הרצון בנדרים ושבועות, הרי הדברים ביסודם נכונים ומשקפים את רוח דינינו. ודברי פי חכם חן.

[27] פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח (תשובה לר' חסדאי הכהן; לעיל, הערה 13).

[28] ראה שו"ת תורת חסד, סי' רכח (לעיל, פרק שישי, ליד ציון הערה 91).

[29] פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ט.

מכלל החוקרים, מייצג גישה זו בצורה בהירה פרופ׳ ש׳ אלבק[30]. לדעתו, כל ענייני החוזים תלויים אך ורק בעקרון גמירת הדעת. כל התחייבות — כולל התחייבות לעשייה או להימנעות מפעולה — תופסת אם הייתה גמירת הדעת להתחייב. גם הלכות דבר שאין בו ממש וקניין דברים מוסברות בעובדה שבני אדם אינם גומרים בדעתם בעניינים אלו.

פרופ׳ אלבק אינו אומר שהחיוב חל על גופו, כיוון שהוא אינו מקבל את הסבר הראשונים הנזכר לעיל לדין קניין דברים, דהיינו שאם אין לקניין על מה לחול, הוא אינו תופס. בכך מוסבר גם קיומו של חוזה עבודה הבנוי על גמירת דעתו של הפועל להתחייב, וכן מובנת הדעה האומרת שהמנהג גובר על בעיית דבר שאין בו ממש ובעיית קניין דברים, כפי שראינו בפרק האחד־עשר.

לאמתו של דבר, הרי גם לגישה הדומיננטית יותר, כפי שניסיתי להסבירה, אפשר לומר כי לא רק שאין ״חפצא״ אלא אין גם גמירת דעת בחוזה ביחס לדבר שאין בו ממש וקניין דברים. אולם השאלה היא: מדוע אין גמירת דעת כזו? כיצד נקבעת גמירת דעת זו? וכאן, לדעתי, יש לומר כי זו אינה נקבעת רק ״מלמטה״, לפי תנאי החיים הכלכליים־חברתיים, אלא יש שההלכה קובעת מתי בני אדם גומרים בדעתם להתחייב, ובאיזה אופן, על פי שיקולים ערכיים[31] ואחרים[32]. ואם כן, לא די שנאמר כי אין בני אדם גומרים בדעתם בקניין דברים. עדיין נשאלת השאלה: מדוע אין הדבר כן? מדוע אין אותם שותפים — בסוגיית קניין דברים שבתחילת בבא בתרא — יכולים לעשות קניין כדי לחלק את נכסם המשותף? משום כך מסבירים הראשונים, שהחסרון הוא שאין לקניין על מה לחול[33]. את ההסבר הזה, היורד למהותו של החוזה, ניסיתי לקשור לרעיון חירות האדם[34].

[30] דיני הממונות בתלמוד, עמ׳ 22, 311.

[31] ראה מאמרי, ״ערכי משפט״, עיוני משפט ד (סיוון תשל״ה), עמ׳ 451.

[32] ראה מאמרי, ״אומדן דעת ונפש בני אדם במשפט העברי״, בדד, חוברת 6, חורף תשנ״ח, אוניברסיטת בר־אילן, עמ׳ 69.

[33] על דרך המליצה, אפשר לומר שיש קשר בין שני המובנים של ״חפץ״: החפץ (רצון) צריך ״חפצא״.

[34] וראה עוד מה שכתב פרופ׳ ב׳ ליפשיץ, בעניין זה, מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה, משפטים כה (תשנ״ה), עמ׳ 161, לעניות דעתי ברוח דומה.

נספחים

התוכן

נספח ראשון: התחייבות בשכירות שאינה מסויימת 475
א. חמור סתם 476
ב. בית סתם 479
ג. עלייה סתם 481
ד. התחייבות במכר סתם 481

נספח שני: התחייבות ואפותיקי מפורש 484
א. אכיפת חוזה למכירת דירה 484
ב. התחייבות לעומת הלוואה עם אפותיקי 486

נספח שלישי: התחייבות להלוות 488
א. מחלוקת רמב"ן ורשב"א 488
ב. התחייבות לעומת מחיר פרעון 490
ג. התחייבות לזכות 491

נספח רביעי: התחייבות לקנות 492
א. האם היא נכללת בהתחייבות המוכר 492
ב. חיובים הדדיים 494

נספח חמישי: ריבית בהתחייבות למכירת דירה 496
א. שימוש המוכר בדירה לפני קבלת הכסף 496
ב. "קניין אתן" 499

נספח שישי: שטר התחייבות לילד מאומץ 500
שטר התחייבות 503

נספח שביעי: שעבוד נכסים לפני שעבוד הגוף 504
א. שעבוד נכסי השואל 504
ב. שעבוד נכסי המזיק 505
ג. שעבוד נכסים לפדיון הבן 505
ד. הסבר הפער שבין זמן השעבוד לזמן החיוב 506
1. שעבוד נכסים קודם 506

2. חיוב לאחר מיתה 507
3. חיוב למפרע 508

נספח שמיני: התחייבות בערבות לגוף 509
א. מחלוקת רמב״ם וראב״ד 509
ב. ערבות יהודה לבנימין 511

נספח תשיעי: ביאור סוגיית הירושלמי, קידושין ב, ה 512
א. מוכר לעומת לוקח 512
ב. היתר ריבית ללא חיוב משפטי 513
ג. חוב הבא מחמת מכר 513
ד. חוב שהוברר כקניין מעות 515

נספח עשירי: דעות חוקרים 516
א. שלום אלבק 516
ב. ברכיהו ליפשיץ 517

נספח אחד־עשר: היבט השוואתי 519
א. המשפט העברי לעומת שיטות משפט אחרות 519
ב. שימוש במושגים מן המשפט המוסלמי 520

נספח שנים־עשר: קבלה בפני בית דין 522

הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג 523

נספח ראשון

התחייבות שבשכירות

(לפרק חמישי, סעיף ד, 3)

בפרק החמישי (סעיף ד, 3) רמזנו על אפשרות של התחייבות חוזית לצד עסקה ריאלית, והיא — שכירות סתם, היינו השכרת חפץ לא מסוים, שמובנה הוא שאם נשוא השכירות העכשווי ייפגע בלא תקנה, יש על המשכיר להעמיד לו תחליף. ויש מסבירים זאת מדין התחייבות, כמבואר להלן. אפשר שלהסבר זה השפעה על הרחבת מעגל התחייבויות גם בימינו, כמובא להלן.

שלוש סוגיות במסכת בבא מציעא עוסקות בשכירות שנפסקה באמצע התקופה או הדרך המוסכמת, על ידי חורבנו הפיזי של נשוא השכירות:

הראשונה — בשכירות חמור שמת באמצע הדרך[1];

השנייה — בשכירות בית שנפל בתוך הזמן[2];

השלישית — בשכירות עלייה שנפחתה בתוך הזמן[3];

הגמרא מבחינה בין שכירות "חמור זה", "בית זה" ו"עלייה זו" לבין שכירות "חמור סתם", "בית סתם" ו"עלייה סתם".

במקרה הראשון, יד המשכיר על העליונה, כי אין למשכיר חובות פרט לנשוא השכירות, מה שאין כן במקרה השני, שנעסוק בו עתה. במשנה עצמה אין חילוק כזה, ורק הגמרא מבחינה ביניהם במילים ספורות.

ביחס לדברי הגמרא על חמור שמת באמצע הדרך, ואין המשכיר חייב לו כלום, אלא מקבל שכר חצי הדרך, שואלת הגמרא: "אי דא"ל חמור סתם, הא חייב להעמיד לו חמור אחר" (שם עט ע"א), וכן נזכר במשנה (שם עח ע"א). ביחס לדברי המשנה, שהמשכיר בית לחברו ונפל, לא יעמיד לו בית שונה ממנו, שואלת הגמרא: "אי דא"ל בית סתם, אחד, אמאי לא יעשנו שנים..." (ב"מ קג ע"א). וביחס לדברי המשנה על זכותו של שוכר העלייה שנפחתה לדור בבית עד שיתקן לו המשכיר את העלייה, שואלת הגמרא: "דאמר ליה עלייה סתם, לוגר ליה אחריתי" (שם קטז ע"ב).

זאת אומרת, מוטלת חובה על המשכיר להעמיד לשוכר תחליף לנשוא השכירות,

[1] בבא מציעא עח ע"א, עט ע"א.

[2] שם קג ע"א.

[3] שם קטז ע"ב.

שאיננו קיים עוד, אלא שתחליף זה אינו צריך להיות דומה לנשוא השכירות הראשון, והמשכיר רשאי להעמיד לו אחר, ולא לתקן את זה שאיננו עוד.

מהו מקור חיוב זה? מה תוקפו ומה משמעותו? הראשונים הרבו לדון בשאלות אלו. נראה מהי הבעיה שעוררו ומה הם פתרונותיהם. נחלק את הדיון בהתאם לשלוש הדוגמאות הנ"ל, ותוך כדי דיון נראה שכל דוגמה מלמדת על חברתה.

א. חמור סתם

השאלה שהציקה לראשונים היא: מניין לו לשוכר זכות בחמור אחר? ובלשון הרמב"ן שם: "דבמאי קני דליחייב ליה"? מכאן שהעסקה נתפסת כעסקה קניינית. השוכר משלם כסף עבור חמור, שאמנם אינו מוקנה לו, אלא מושכר לו, ו"שכירות – מכר ליומיה הוא"[4]. אין צורך לדון במסגרת זו בשאלת גדר זכותו של השוכר בנשוא השכירות. על כל פנים, ברור שיש לשוכר זכויות – לפחות זכות שימוש – בחמור שמשך. עסקה זו, ככל עסקה, נעשית בקניין. מהי דרך הקניין? בשכירות של "חמור זה" מובן שהעסקה נעשית במשיכה, אך ב"חמור סתם" אין לשוכר זכות בחמור מסוים דווקא. אם כן, אפשר להבין כי בחמור הראשון שמשך יש לו זכות קניינית של שכירות. אך עתה, שמת החמור, מניין לו זכות בחמור אחר שלא משכו? איזה מעשה קניין היה ביחס לחמור אחר? יש כמה שיטות בדבר.

1. הראב"ד

הראב"ד[5] מפרש שאכן היה מעשה קניין מועיל. ומהו? אין לומר שדמי השכירות מהווים קניין כסף, שהרי כסף אינו קונה מיטלטלין[6], לא במכר ולא בשכירות[7], כי אם לענין "מי שפרע". וכאן אף אין "מי שפרע", שהרי מסר חמור, אלא שהוא מת. משום כך צריך להסביר שהיה מעשה קניין מפורש על סתם חמור (וסתם קניין הוא קניין סודר). כלומר, בעת עריכת הסכם השכירות לא הסתפקו הצדדים במשיכת החמור ותשלום מחירו, אלא המשכיר עשה גם מעשה קניין (קיבל סודר) על חמור סתם, שיועיל במקרה שהחמור הנמסר ימות. להלן נדון בשאלה: האם קניין זה חל על חמור שאינו ברשותו של המשכיר? ובכלל מה טיבו של חוזה זה?

[4] ב"מ נו ע"ב.

[5] מובא במיוחס לריטב"א, שם עח ע"א; שיטה מקובצת, שם, בשם הרשב"א; מאירי, שם; מגיד משנה, הלכות שכירות, ה, ב; טור, חו"מ, סי' שי.

[6] אמנם ביחס ל"בית סתם", יש לפרש שהיה קניין כסף. ראה: מיוחס לריטב"א, שם; שיטה מקובצת בשם הרשב"א, שם.

[7] אמנם הר"ן בחידושיו, נימוקי יוסף (מח ע"ב בדפי הרי"ף) ותלמיד הרשב"א, מביאים שם דעה שהכסף קונה בשכירות מיטלטלין. וראה: שו"ע, חו"מ, סי' קצח, סע' ו, ופתחי תשובה שם, ס"ק ח.

2. הרמב״ן

בפירוש הראב״ד יש מן הדוחק, כי הגמרא אינה מזכירה כלל מעשה קניין. משום כך מסביר הרמב״ן[8], שלעולם אין המשכיר חייב להעמיד לו חמור אחר, אלא שבמקרה זה יפסיד את דמי השכירות, אפילו של חצי הדרך[9]. נראה להסביר, כי היה בכוונת הצדדים מעין תנאי מכללא, שאם לא יספק המשכיר חמור אחר, לא ישולמו לו דמי השכירות, שהרי העסקה לא בוצעה כמוסכם[10].

3. הרמב״ם

לרמב״ם[11] גישה מחודשת, והתקשו בה המפרשים. לעולם אין לשוכר זכות בחמור אחר של המשכיר, אלא כמו שאומרת הגמרא ביחס ל״חמור זה״, כך יש לומר גם ביחס ל״חמור סתם״. דהיינו, בלשון הרמב״ם: ״אם לא העמיד לו חמור אחר, יש לשוכר למכור הבהמה (המתה) וליקח בה בהמה אחרת או שוכר בהמה בדמיה״. נראה שיש להסביר באופן הבא. השכירות היא בסתם, ואם כן הוא חייב על פי דבריו להעמיד לשוכר חמור אחר. אך מכיוון שלא היה קניין מועיל, ואין לשוכר זכות קניינית בחמור אחר, מלבד זה שמשך, אין לו אלא לנצל את זכותו באותו חמור, בין בחייו בין במותו, כדי לקבל חמור שיגיענו למקום שפסק לפי הסכם השכירות. אם אין בנבלת החמור כדי לקנות חמור אחר או לשוכרו, יש אומרים שיפסיד המשכיר כל שכרו, כדעת הרמב״ן הנ״ל[12]; ויש אומרים שעל השוכר לשלם עבור חצי הדרך שנהנה ממנה[13].

כאמור, התלבטו המפרשים מניין לו לרמב״ם חידוש זה, שאינו מוזכר בגמרא, על זכותו של השוכר בנבלה בשכירות ״חמור סתם״? ועוד, לפי שיטת הרמב״ם, מה בין ״חמור זה״ ל״חמור סתם״[14]? לא נעסוק כאן בשאלות אלו, החורגות משאלת משמעות ההסכם.

[8] בחידושיו כאן, עט ע״א. דבריו הובאו בלא הזכרת שמו גם במיוחס לריטב״א, נימוקי יוסף ומגיד משנה שנזכרו לעיל.

[9] ראה במגיד משנה, שם.

[10] מדברי המפרשים נראה, כי אף הראב״ד מודה לרמב״ן שאין המשכיר זכאי לשכרו, אלא שהוא מוסיף שהיה מעשה קניין. ראה: נימוקי יוסף על המשנה (עח ע״א); פרישה, חו״מ, סי׳ שי, ס״ק ב; חידושי ר׳ עקיבא איגר שם. ובכך מתורצת קושיית הרשב״א (בשיטה מקובצת) והלחם משנה (שם, סוף ה״ב) על הראב״ד מהגמרא עט ע״א. עיין שם.

[11] הלכות שכירות, ה, ב. וכן נפסק בשו״ע, חו״מ, סי׳ שי, סע׳ א-ב.

[12] משנה למלך ולחם משנה שם. וראה עוד: פירוש תלמיד הרשב״א שם; ביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ שי, ס״ק ט.

[13] נתיבות המשפט, חו״מ, סי׳ שי, ס״ק ו; ערוך השולחן, שם, אות ה.

[14] אמנם ביחס ל״חמור זה״, מקל הרמב״ם עם המשכיר, והוא מבחין בין חמור למשא או לרכיבה. עיין שם. עוד יש לציין כי ב״חמור זה״, אין הרמב״ם מזכיר כלל חובה לתת חמור אחר. וראה עוד: ביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ שי, ס״ק ט; ערוך השולחן, שם, אות ה; חזון איש, חו״מ, ליקוטים, טו, א.

4. הרשב״א[15] והרא״ש[16]

הרשב״א מביא את דברי הראב״ד, ואינו מסכים עמו. מלבד הדוחק הנ״ל, שלא הוזכר קניין, הוא שואל עוד: מה יועיל קניין, אם אין לו חמור ברשותו[17]? והרשב״א מוכיח כי מדובר גם בשאין לו חמור אחר[18]. משום כך הוא מפרש כי אין מדובר כאן בעסקה קניינית גרידא, אלא בעסקה שיש בה גם התחייבות: המשכיר מתחייב בשעת השכירות להעמיד לו חמור שיגיענו למקום שפסק. מהו מעשה הקניין לעסקה זו? התשובה היא, כי במשיכת החמור הראשון ״כבר נתקיים מעשה ביניהם״. כלומר, משיכה זו מועילה גם ליצור את ההתחייבות המוטלת על המשכיר לספק חמור כמוסכם. ובלשונו: ״הרי זה כאילו נשתעבד לו בכך מחמת אחריות להעמיד לו חמור אחר״. אם רואים את העסקה כהתחייבות, הרי מובן שאפשר להתחייב על דבר שלא בא לעולם[19].

כיוצא בזה אומר הרא״ש[20]: ״דבמשיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד אותו מקום״. מכאן שההתחייבות משעבדת את נכסי החייב, כמבואר לעיל, בפרק החמישי. וכן מפרש גם הריטב״א, שמדובר בהתחייבות להעמיד לו חמור אחר, הנגמרת עם משיכת החמור[21].

[15] מובא בשיטה מקובצת, שם עח ע״א; פי׳ תלמיד הרשב״א, שם עט ע״א; נימוקי יוסף, שם. וראה עוד: מ׳ ויגודה, שכירות ושאילה, בתוך סדרת ״חוק לישראל״, בעריכת נ׳ רקובר, ירושלים, תשנ״ח, עמ׳ 39-49.

[16] בפסקיו כאן, אות י; הובא על ידי הטור, חו״מ, סי׳ שי, אות ב.

[17] כיוצא בזה הקשה תלמיד הרשב״א: ״שהרי זה כמקנה דבר שלא בא לעולם״.

[18] בניגוד לגרסתנו בגמרא עט ע״א: ״הא חייב להעמיד לו חמור אחר״, גורס הרשב״א: ״לוגר ליה חמור אחר״. וכן הוא בכ״י מינכן, ובכמה ראשונים, ראה דקדוקי סופרים שם. ומפרש הרשב״א כי הגמרא שואלת שישכור חמור אחר ויתן לו.

[19] כבר בשאלת הרשב״א על הראב״ד הוא מעלה אפשרות זו של התחייבות, אלא שהוא שואל: ״ואם במחייב עצמו בקנין להעמיד לו חמור, כל שכן שהיה לו לתנא לפרש״. על שיטת הרשב״א ביחס להתחייבות בדבר שלא בא לעולם, ראה בתשובתו, ח״ג, סי׳ סה (לעיל, פרק חמישי, הערה 239).

[20] וכן ציינו: בית יוסף, חו״מ, סי׳ שי, אות ב, והגר״א, שם, ס״ק ח — כי הרא״ש סובר כרשב״א. וראה בהערה הסמוכה.

[21] ראה חידושי הריטב״א החדשים, שם, עח ע״א ושיטה מקובצת, שם, בשמו [ומוסיף הריטב״א הסבר כי המשכיר מקבל הנאה מן השכירות שמבטיחה לו שכרו בלא אפשרות חזרה]. וכבר ציין המגיד משנה הנ״ל, כי כן פירש הר״י מלוניל, וכן נראה מהרי״ף, ומכאן פלא על נימוקי יוסף (עט ע״א), האומר כי הרשב״א הוא יחיד בשיטתו (ועמד בזה חזון איש, חו״מ, ליקוטים טו, א). דרכי משה, על הטור, שם, סי׳ שי, ס״ק א, שואל לאידך גיסא על בית יוסף, שסטה מדרכו, ופסק כרמב״ם נגד הרי״ף (כפי שהבינו מגיד משנה הנ״ל) והרא״ש. אמנם דעת הרי״ף אינה ברורה, כיוון שהוא רק חוזר על דברי הגמרא, ולעיל, פרק רביעי, כבר ציינתי שלעניות דעתי הרי״ף אינו מכיר בהתחייבות בדבר שלא בא לעולם, ולפי זה לא סטה בית יוסף מדרכו. מאידך קשה לי על דרכי משה, שלא חזר על השגתו בשו״ע. וראה שו״ת חקרי לב, חו״מ, ח״ב, סי׳ סג, שמשער כי נשמטה בדפוסים הגהת הרמ״א בשו״ע, שהוא פוסק בה כרא״ש, ולפי זה הוא מסביר את דברי הסמ״ע, שם, ס״ק ו. הדברים הובאו אצל: מ׳ ויגודה (הערה 15), עמ׳ 43. עוד יש להעיר כי מ׳ ויגודה, שם (עמ׳ 48) מבחין לפי הריטב״א בין מקרקעין לבין מיטלטלין. ואולי

יתר על כן, גם את דברי הראב״ד, שהיה מעשה קניין בנוסף למשיכה, מפרשים שהקניין היה על התחייבותו להעמיד לו חמור אחר. ואם כן, הוא חל גם על חמור שלא היה בעולם או ברשותו[22].

ב. בית סתם

אף בשכירות ״בית סתם״, עולה השאלה: מניין לו לשוכר זכות בבית אחר? לא כל הראשונים הנ״ל דנו בשאלה זו, ואולי סמכו על דבריהם בעניין ״חמור סתם״. אמנם הרמ״ה עוסק בשאלה, ודבריו הובאו על ידי הטור, שהתקשה בהם. נסכם את דברי הראשונים שבידינו.

1. הראב״ד

כבר ציינו לעיל[23] כי בבית, בניגוד לחמור, הכסף קונה. אם כן, אותם דמי שכירות מועילים ככסף קניין גם עבור בית אחר[24].

2. הרמ״ה

אין בידינו פירוש הרמ״ה לבבא מציעא, ולא ידועה לנו דעתו בעניין ״חמור סתם״, אבל בענייננו הטור מביא את דבריו וחולק עליו[25]. הרמ״ה הולך לכאורה בדרך הרמב״ן בעניין ״חמור סתם״. לעולם אין לכוף את המשכיר לשכור או לבנות בית אחר. אלא שאם לא יעשה כן, יפסיד המשכיר את דמי השכירות, אפילו עבור הזמן שעד נפילת הבית. וזה לשונו: ״להכי קאמר שחייב להעמיד לו בית, שאם קבל כל השכירות שחייב להחזירו לו עד שיתן לו בית...״.

אולם החידוש בדברי הרמ״ה הוא, כי אפילו היה מעשה קניין הוא אינו חל, אלא אם כן היה לו למשכיר בית אחר בשעת השכירות: ״דאע״ג דקנו מיניה שישכור לו או לבנות לו, לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין... מיהו אם היה למשכיר בית אחר שלא היה משועבד בשעת השכירות לאדם אחר, חל הקנין עליו...״. בהסבר דברי הרמ״ה, יש לומר כי אף שהמשכיר מזכיר שהבית האחר אינו בעולם, אין כאן רק שאלה של

סמך לזה נמצא בשו״ת הרשב״א, ח״ג סי׳ קיד, שממנה משמע כי השכרת בית סתם, היא עסקה קניינית ולא חוזית, כמו מכר דבר שאינו מסוים (וראה הערה 37), ואילו ב״חמור סתם״ ראינו כי לרשב״א זו עסקה חוזית.

[22] ראה פירוש תלמיד הרשב״א הנ״ל; וכן הוא בדרישה, חו״מ, סי׳ שיב, ס״ק יח. חזון איש, שם, אות ב, אומר כי לדעת הראב״ד היא התחייבות גברא בלא שעבוד נכסים. ולא ברור לי זאת מניין, והרי הוא עצמו ממשיך שם כי לדעת הרשב״א והרא״ש דלעיל, הוא משעבד את נכסיו לצורך חמור אחר. ראה לעיל, הערה 20.

[23] ראה לעיל, הערה 6.

[24] לפי המבואר לעיל, ליד ציון הערה 22, יש בקניין זה גם משום התחייבות שתועיל אף ביחס לבית שאינו ברשותו. וראה להלן הדיון בשיטת הרמ״ה.

[25] טור, חו״מ, סי׳ שיב, אות יח.

מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי קנו מידו שיבנה או ישכור בית אחר, אלא שגם חוזה זה אינו תופס.

כבר ראינו לעיל כי הרמ"ה אינו מכיר ב"קניין אתן"[26]. זוהי הבטחה בקניין, והיא בגדר קניין דברים. הוא הדין כשקנו מידו לבנות לו בית אחר או לשכור לו בית אחר. וכן מצינו גם בפירוש הריטב"א בשם רבו כאן[27], שמעשה קניין לא יועיל משום היותו בגדר קניין דברים. ושוב נשמע על קשר בין דין "דבר שלא בא לעולם" לדין "קניין דברים", כפי שראינו לעיל, בדברי הראב"ד ביחס להסכם על ירושה עתידית[28]. אך לגופו של עניין, כבר התקשו האחרונים[29] בדברי הרמ"ה, שהרי הלכה ידועה כי אף שאין להקנות, אפשר להתחייב על דבר שלא בא לעולם, כפי שנתבאר באריכות לעיל, בפרק החמישי. אף הריטב"א הנ"ל אומר כי אם "נתחייב בקנין כראוי, שקבל עליו להעמיד לו בית", התחייבותו תופסת.

יש מי שאומר שהרמ"ה אינו מבחין בין קניין ובין התחייבות בדבר שלא בא לעולם[30]. אך נראה שיש להסביר את הרמ"ה על דרך דברי הריטב"א, היינו כי התחייבות מפורשת תופסת. כזכור, הרמ"ה מבחין בין "קניין אתן" לבין התחייבות לתת או התחייבות לבנות ולזון. ואם כי אין הרמ"ה מדבר במפורש על התחייבות לתת דבר שלא בא לעולם, מסתבר שגם התחייבות כזו מוכרת על ידו. אלא שבסתם שכירות, אף שעושים קניין לקיומה, אין המשכיר מתחייב במפורש להעמיד בית אחר אם הבית שהשכיר לו יפול. זהו קניין לבנות או לשכור, ולא התחייבות (בקניין) לבנות או לשכור[31], ולכן אינו תופס.

3. הטור

הטור חולק על הרמ"ה, והוא סובר כי לאור דברי הרשב"א והרא"ש ביחס ל"חמור סתם", אף כאן אפשר לפרש שהמשכיר התחייב להעמיד לו חמור אחר ושעבד את נכסיו לכך, והתחייבות זו תופסת גם כשאין לו חמור אחר ברשותו[32].

[26] ראה רמ"ה, ב"ב, פרק א, אות כו, שנידון באריכות לעיל, פרק חמישי, ליד ציוני הערות 7, 40, 81. וראה עוד לחם שלמה (לר' שלמה בולא), קונטרס קניין סודר, סי' נז.

[27] הובא גם בנימוקי יוסף, ב"מ ס ע"א (בדפי הרי"ף).

[28] לעיל, פרק חמישי, הערה 271. לאור האמור, מתורצות קושיות הב"ח והדרישה, שם, ס"ק יח: מדוע לא הזכיר הרמ"ה את הנימוק של "קניין דברים"?

[29] בית יוסף ודרישה שם, וחידושי ר' עקיבא איגר, סוף ב"מ.

[30] ראה תשובת הראנ"ח, ח"א, סי' סו. אולם מח"ב, סי' לז, נראה שחזר בו. עיין שם. אף מדברי הב"ח שם נראה שההתחייבות אינה תופסת. שיטת הב"ח טעונה עוד בירור, אך אין כאן מקומו.

[31] בדומה לזה פירש חזון איש (לעיל, הערה 22), אות ב, את דברי הרמ"ה. עיין שם. על כל פנים, מדברי הרמ"ה עולה שאפשר להשכיר נכס לא מסוים. ונראה לי כי הוא בניגוד לדעת הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ג, ה (ראה פרק רביעי, הערה 59).

[32] אמנם בדברי הטור יש קושי מסוים, כי בדברי הרא"ש הנ"ל נאמר שאין צורך במעשה קניין, ודי במשיכת החמור; ואילו הטור בכל זאת מזכיר שהיה מעשה קניין (קניין סודר). ונראה שהטור

ג. עלייה סתם

אף כאן תישאל השאלה: מניין לו לשוכר זכות בעלייה אחרת? ושוב יש לומר כי הראשונים סמכו על דבריהם בעניין חמור ובית. אך מצינו שהר״ן בחידושיו[33] מתייחס לשאלה זו, והולך בדרכו של הרמ״ה בעניין ״בית סתם״. הר״ן מסביר שיש לשוכר זכות בעלייה אחרת שברשות המשכיר, אם נעשה קניין או שקיבל המשכיר דמי שכירות, שהרי כסף קונה בקרקע[34]; ואם לא היה מעשה קניין, או אפילו היה אלא שאין לו למשכיר עלייה אחרת, הקניין אינו חל על עלייה שאינה ברשותו, אלא שאם לא יעמיד לו אחרת, לא יזכה בשכרו[35].

אולם הר״ן מוסיף שאם אין לו ״לא מצי לאישתעבודי, שאין אדם מקנה מה שאינו שלו, אלא א״כ שעבד לו נכסיו בפירוש״. למדנו מדבריו שני דברים: מחד גיסא, סתם מעשה קניין אין בו התחייבות מפורשת ביחס לדבר שאינו ברשותו; ומאידך גיסא, התחייבות מפורשת מועילה על ידי שעבוד נכסיו לקיום העסקה.

ד. התחייבות במכר סתם

עד כה ראינו חבל של ראשונים המסבירים כי לחוזה השכירות מלווה התחייבות להעמיד ״תחליף״, אם ייפגע נשוא השכירות העכשווי. על משמעות ההתחייבות להקנאת זכות בנכסים, עמדנו בסוף הפרק החמישי. אך לאור האמור ב״שכירות סתם״, אפשר שיש מקום להרחיב את מעגל ההתחייבות בימינו גם במכר סתם.

כך, למשל, אדם מזמין ספה בחנות. אם לאחר שקנה אותה, והביאה לביתו, הוא מוצא בה פגם, ובדרך כלל הפגם אינו במכוון, הוא רשאי לבטל את המיקח מדין מיקח טעות. כיום מקובל שבעל החנות מחליף את הסחורה הפגומה באחרת. אך בדינינו יש קושי בדבר, שכן מדיני ״מיקח טעות״, רשאי הקונה, המתאנה, לבטל את המיקח, ותו לא (שו״ע, חו״מ, סי׳ רלב). ואם בינתיים עלה המחיר, רשאי המוכר לסרב לתת לו סחורה אחרת, אלא אם כן קיבל עליו אחריות. אבל לאור האמור, אולי נאמר כי במכר סתם — כשאין הקונה מעוניין ב״ספה זו״ דווקא, אלא בספה כעין זו (=ספה סתם),

ציין זאת בעקבות דברי הרמ״ה, ולעולם גם קניין החזקה על הבית יועיל. וקרוב לזה פירש הב״ח שם. וראה להלן, הערה 34.

[33] וראה גם נימוקי יוסף (שצוין בהערה 27) בשם הריטב״א.

[34] השווה לעיל, הערה 6. אמנם בדברי הרמ״ה ביחס לבית, מתקשה ר׳ עקיבא איגר שם (לעיל, הערה 29), מדוע צריך קניין, ולא די בכסף או בחזקת הבית. ונראה לי שהרמ״ה יסכים, אלא שלרבותא נקט קניין, לומר שאף סתם קניין שבא בנוסף לכסף ולחזקת הבית, אין בו משום התחייבות.

[35] וראה עוד בפרישה, חו״מ, סי׳ שיב, ס״ק יט, המסביר על דרך זו את עניין ״עלייה סתם״, לפי שיטת הרמ״ה הנ״ל. נראה שכך יש לפרש גם את רש״י, ב״מ קטז ע״ב, ד״ה לוגר לו אחריתי, האומר: ״אם יש לו״.

שיש בדומה לה רבות — יש גם משום התחייבות לתת "תחליף", אם יתברר שהממכר פגום. אפשר שבזמנים קדומים לא היה מצוי שמוצר מיוצר בצורה אחידה ("שטנץ"), זהה לאלפים; ורק בשכירות, כשאדם שוכר דבר לצורך מוגדר לזמן קצוב, הוא מוכן לקבל מושכר אחר, מה שאין כן במכר. אבל כיום נראה שגם במכר בנסיבות האמורות לא אכפת לו לקבל תחליף, וממילא ניתן להניח שהצדדים התכוונו לכלול במכר גם התחייבות[36].

אמנם עדיין ניתן לחלק בין מכר לשכירות[37], שכן בשכירות מוטלים חיובים שונים על המשכיר, כחובת תיקון כשיתקלקל המושכר וכיוצא בזה, ואם כן גם חובת העמדת תחליף, מה שאינו כן במכר. אבל ניתן לומר גם, כי חיוב העמדת תחליף בנוי על אומדנת כוונת הצדדים, וכיום אומדנה זו נוהגת במכר מוצר סטנדרטי, כאמור.

אפשר שבדרך זו ניתן להסביר קטע מוקשה בירושלמי נדרים ה, ג, הובא בר"ן על נדרים מז ע"א. וז"ל הר"ן: "והכי איתא בירושלמי, ביתך זה משום מה אתה תופסו, משום ביתך זה, נפל ובני הא לית הוא. ושמעינן מן הדא, האומר ליורשיו תנו בית חתנות לבני או בית ארמלות לבתי ונפל היורשים חייבים לבנותו. בית זה ונפל אין חייבים לבנותו". הדיון שם הוא במשמעות הלשון של "ביתך זה", אבל לצורך עניינו נשאל, מדוע במתנת בית סתם ("בית חתנות לבני") חייבים היורשים לתת כשנפל? על כרחך

[36] גם אם לא נסתמך על הרשב"א וסיעתו בעניין "שכירות סתם" לאחר המכר, כדאי לציין לפני המכר שהמוכר גם מתחייב להעמיד תחליף במקרה של מיקח טעות, ועכ"פ לבקש קבלת אחריות. אפשר להגביל תוספת זו בזמן.

[37] על היחס בין מכר לשכירות עמד הריטב"א, נדרים נו ע"א, השואל: מדוע במוכר בית סתם ונפל אומרת הגמרא שמראהו נפול; ואילו בשכירות סתם ונפל, חייב להעמיד לו בית אחר? והוא מתרץ בשם מורו [הרא"ה או הרשב"א], שאין הבדל עקרוני בין מכר ושכירות, אלא לשון "בית מבתי" גרעה ממכר בית סתם. אולם בשם הרמב"ן הוא מתרץ שיש הבדל ביניהם: "שכירות שאני, דכיון דלא זכי שוכר בגופא דארעא, אלא דירה בלחוד דאית ליה, כי אגר בית סתם לאו גופא דביתא אגר, אלא דירה... אבל מוכר... דזכי בגופה דזביני, מיד חיילי זביני אחד מבתי". לפי זה, לכאורה במכר אין שום התחייבות, אבל עדיין יש לחלק בין אונס שקרה לאחר המכר לבין מיקח טעות שבטל מעיקרו, שבזה אפשר — ובייחוד לרשב"א — שטמונה גם התחייבות לקיים את המכר.
השוואת מכר לשכירות תלויה לכאורה גם בשאלה: כיצד נגדיר שכירות סתם — אם יש בה אלמנט קנייני לצד יסוד חוזי (ולרמ"ה — הערה 25 — ייתכן שיש בה רק קניין) או שזו התחייבות ללא קניין? דן בזה מ' ויגודה (לעיל הערה 21), ובין היתר תלה את הדבר במחלוקת האחרונים — ש"ך חו"מ סי' שיב ס"ק יט, וט"ז שם. עכ"פ, לפי הצד השני אין ראייה משכירות סתם למכר. לכאורה זו היא שיטת הרמב"ן הנזכר לעיל. אך לאור האמור שם יש מקום לחלק, והרמב"ן יודה שבנידון דידן, יש גם התחייבות לקיים את המכר.
עוד דוגמה מציגו ביחס לשכירות "חמור זה" (ב"מ עח ע"א) שבוודאי יש בה יסוד קנייני, ומתלווה התחייבות. כך מסביר הרשב"א מדוע אם מת החמור, משכיר השוכר את הנבלה לצורך קיום השכירות. לפי הרשב"א זכות זו נובעת מהתחייבות המשכיר לצד עצם השכירות. וזה לשונו: "וכדרך שהוא משעבד לו הנבלה בחמור זה, כך משעבד עצמו בחמור סתם באחריות על כל נכסיו... וזה כללו של דבר: בחמור זה אחריות עליו, אע"פ שהוא עצמו אינו ראוי למלאכה כגון שמת... והרי הוא כאפותיקי מפורש. ובחמור סתם כאפותיקי סתם" (שיטה מקובצת בשם הרשב"א, שם).

יש לומר, שגם בהקנאה, כמתנה של בית סתם, כלולה התחייבות לתת תחליף כשנפל. אמנם נראה שהבית היה מקולקל מעיקרו, או שעוד לא הספיק המקבל לשבת בבית[38], שכן בדרך כלל מתנה או מכר אינם בטלים בעקבות אירוע שקרה לאחר ההקנאה.

והלום ראיתי שבעל ספר נתיב יושר[39] הגיע לאותה תוצאה, והביא ראיה מן התלמוד, ב״ב צב ע״א. לעניות דעתי, ניתן לדחות הראייה, שכן שם הסכים לקבל מיקח אחר, ואכמ״ל. והוסיף המחבר שם, שכן כתב הרב י׳ בלוי בעל פתחי חושן, ושכן הוא המנהג, והתקשה בטעם הדבר. והנה לאור דברינו לעיל מוסבר הטעם, כי המכר כולל התחייבות[40].

[38] ובדעת הרמב״ן (לעיל, הערה 37) או שנחלק כאמור שם, או שהיה לו פירוש שונה או גירסה אחרת בירושלמי שם — עיין בירושלמי שלפנינו.

[39] ספר נתיב יושר (הלכות והליכות מקח וממכר) לר״י איטח, ירושלים, תשנ״ב, עמ׳ קמד.

[40] עצם הרעיון שמכר כולל התחייבות מצוי בספר יד דוד (קרלין), ח״ב, קא ע״ג (הגהה ט); ספר משנת רבי אהרן (לר״א קוטלר), הל׳ שכנים, סי׳ ב (ט); ספר שערי חיים (לר״ח שמואלביץ), גיטין, סי׳ כט, ענף ב, אות ט. ברם, אני לא אמרתי כן אלא במכר תקף מעיקרו, שהוברר אח״כ כמקח טעות, ואילו הם אומרים כן אף במכר שלא חל מעיקרו, דהיינו מכר דבר שאינו מסוים, כדי לתרץ, על פי דרכם, את שיטת הרמב״ם, שמבחין בין מכר לבין מתנה, ואכמ״ל. תודתי נתונה לר׳ ברוך כהנא שהפנה אותי למקורות הנ״ל.

נספח שני

התחייבות ואפותיקי מפורש

(לפרק חמישי, הערה 374)

בפרק החמישי הארכנו לבסס את דברי נתיבות המשפט, שהתחייבות להקנאת חפץ מסוים תופסת. אך הבאנו שם, בהערה 374, דעה אחרת של הנודע ביהודה, ולפיה המתחייב יכול לסלק את התחייבותו בדמים כדין אפותיקי מפורש. אפשרות זו ממעטת במידה רבה מכוחה של ההתחייבות, שכן אין כנגד המפר תרופה של "ביצוע בעין" ("Specific performance"). אמנם הוספנו כי ייתכן שהנודע ביהודה יסכים שיועיל תנאי מפורש של אי־סילוק בדמים.

א. אכיפת חוזה למכירת דירה

לשאלה זו נזקק הרב י"ד בלייך[1]. אף הוא שולל את התרופה של "ביצוע בעין" (אלא שהוא אינו מזכיר את הנודע ביהודה). חלק מדבריו הובאו לעיל, בסוף הפרק השני, ואנו נדון כאן בדבריו ביחס לתוקפו של החוזה. הרב בלייך דן באריכות במושג "שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף", ואכן, בסוף הפרק השני, נטינו לדעתו, שלא ניתן לשעבד נכסים בלא חיוב אישי. כאשר יש חיוב אישי, יכול החייב להתנות שישלם באופן מסוים דווקא, ואם כן גם מנכס מסוים דווקא, כאפותיקי מפורש. אם יאבד אותו נכס, ייפטר. אך זה אינו אומר כי לא היה שעבוד אישי, ולכן קשה לסמוך על המושג "שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף" כדי להתיר ריבית של חברה בע"מ, כפי שנתבאר לעיל, בסוף הפרק השני. המבחן לכך ש"אפותיקי מפורש" אינו קם בלא חיוב אישי, הוא, כפי שהראשונים אומרים, שהחייב יכול לסלקו לנושה בזוזי (בכסף). כלומר, שעדיין הוא בחזקת חייב. מכאן טוען הרב בלייך, שהתחייבות למכור דירה היא בגדר "שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף", כיוון שאותו אדם מתחייב למכור בית זה דווקא, ואם יפול, אין לו תחליף. לפיכך אין כאן שעבוד נכסים כללי לחוב, אלא שעבוד נכס מסוים בלבד.

אמנם הוא מביא את מחלוקת קצות החושן ונתיבות המשפט, בסי' רג, שנידונה

[1] במאמרו, "ביצוע בעין ותשלומי רבית ע"י חברה בע"מ", אור המזרח, תשנ"ג, עמ' 136.

לעיל, בפרק החמישי (ליד ציון הערה 343), אלא שהוא סבור כי אף לדעת נתיבות המשפט אי אפשר לדרוש את אכיפת החוזה (״ביצוע בעין״), שכן בסי׳ רג, ס״ק ו, הוא מבחין בין שני סוגי ייחוד מעות בקניין. הסוג האחד — ראובן קנה חמור, ואמר למוכר: הנה צרור מעות, מכור לי באלו. בזה לא קנה, כי אין כאן שום חיוב, כי אם הקנאה. אם כן, הרי זה חליפין, ואין מטבע נקנה בחליפין. הסוג השני — אמר לו: לא יהא לך פירעון אלא מאלו המעות. בזה קנה, שכן דינו כאפותיקי מפורש, ויש כאן חיוב, והוא יכול לסלקו בזוזי. ובלשונו של נתיבות המשפט: ״דבכל מוכר בתורת דמים צריך שיהיה על הלוקח שום ענין חיוב, וכשייחד לו המעות, ואמר לו: מכור באילו, משמע שלא יהי׳ על הלוקח שום חיוב לענין אבידה ושום דבר... עינינו רואות שזה חליפין... אבל אם קנה סתם במעות, וייחד לו דמים, ואמר לו בפירוש שמתחייב עצמו ליפרע דוקא מדמים אלו...יש עליו חיוב הגוף לפרוע, ויכול ג״כ לסלק אותו בזוזי אחריני כמו באפותיקי מפורש, ולכן קנה״.

הרי לפנינו כי אף לדעת נתיבות המשפט, שיש שעבוד הגוף, דינו כאפותיקי מפורש. וכן יש לפרש את דבריו בסי׳ ס, שיכול להתחייב בדבר ידוע, אף כשאינו בעולם, אבל דינו כאפותיקי מפורש, שיכול לסלקו בזוזי. וכן יש לפרש את דברי הרשב״א (ח״ג, סי׳ סה), שנידונו לעיל, בפרק החמישי, אם כי מדברי שו״ת תורת[2] אמת, סי׳ קלג, לא משמע כן. לפי זה, אם מתחייב למכור דירה תוך חצי שנה, ויכול לסלק את חיובו בכסף, איזה ערך יש לחוזה? אלא יש לו תוקף בייחס לעליית ערך הבית, שכן הוא מתחייב למכור בית או דמיו בשווי של זמן המכירה[3]. עד כאן תוכן דבריו. ועתה נדון בהם.

[2] כן צריך לומר, ולא — זרע אמת, כפי שנדפס בטעות במאמר. ועיין לעיל, פרק חמישי, הערה 393.

[3] בספר דבר למשפט, לר׳ שריאל רוזנברג, סי׳ ה, אות ח, ביאר בסברה זו כי אף לפי קצות החושן תועיל התחייבות למכור, היינו כשקבעו סכום קצוב, שכן אז יש עליו חיוב אחריות לתת את דמי החפץ, נשוא ההתחייבות, כפי שהיה ערכו בשעת ההפרה. לפי זה, אם נקבל גם את הבנת הרב י״ד בלייך בדעת נתיבות המשפט, לא נחלקו קצות החושן ונתיבות המשפט! וראה גם בספר עמק המשפט, ח״א, תשובות וביאורים, סי׳ ב (לעיל, פרק חמישי, הערה 398), הדוחה הבנה זו בדעת קצות החושן מכוח דבריו בסי׳ רו. [דוגמה אחרת של אחריות, שעשויה ל״הציל״ את החוזה, ראה להלן, הערה 5].
אך לאור האמור לעיל, בפרק החמישי, סברת קצות החושן לשלול התחייבות למכור דבר מסוים אינה בגלל שאין נפקא מינה במקרה של הפרה, אלא בגלל שאין אחריות על חפץ מסוים דווקא, שכן אם ייאנס, כגון שיפול אותו בית, אין לו תמורה. הצד השני מעוניין בבית זה דווקא, ולא באפשרות של רווח עתידי, אם יעלה ערכו, שיכול גם להתברר כהפסד, אם ירד ערכו. וממילא ייחוד אותו בית דווקא אינו אלא בגדר הבטחה, והוא קניין דברים.
אמנם לכאורה קצות החושן סותר את עצמו, שכן בסי׳ ס, ס״ק ז, ובעיקר במשובב נתיבות, הוא כותב שאפשר להתחייב ליתן כך וכך מידות חיטין, פירות דקל שיצמחו, ואף בית פלוני שביד אחר, כיוון שהגוף משתעבד. והיכן האחריות? בפשטות מדובר גם בהתחייבות למכור (״מעשים בכל יום״ בלשון משובב נתיבות שם, ודאי הכוונה למכר). אלא שיש לבאר שתועיל אחריות מפורשת. אם כן, שם (בסי׳ ס), כנראה לא הקפידו הצדדים על חפץ פרטי מסוים דווקא, וקיבל

ב. התחייבות לעומת הלוואה עם אפותיקי

ביחס לשיטת נתיבות המשפט, נראה שנשמטו ממנו דבריו בסי׳ לט, ס״ק יז, שנידונו לעיל באריכות (פרק חמישי, ליד ציון הערה 376). ושם הבאנו עוד מקורות המורים כי יכול אדם להתחייב להקנות גם דבר מסוים (כמו בשטר הטבה), ולא נכפול כאן את הדברים. גם הדעה השוללת — דעת קצות החושן — בנויה על סברה כמעט הפוכה. כלומר, לא משום שיש כאן ״שעבוד נכסים בלא שעבוד גוף״, אלא כי יש כאן ״שעבוד גוף בלא שעבוד נכסים״, היינו הבטחה אישית, והיא בגדר קניין דברים.

מכאן נעבור למשמעות החוזה. הסברו של הרב בלייך מעורר קושי. אדם המתחייב למכור את ביתו תוך חצי שנה, וקיבל מאה אלף דולר תמורת הבית. כעבור חצי שנה הבית שווה מאה ועשרים אלף דולר. אם המתחייב רשאי לחזור בו, ולתת כסף במקום בית, הרי הכסף התקבל כהלוואה, ואם ישלם כעת מאה ועשרים אלף דולר, נמצא משלם ריבית. במילים אחרות, תמורת הכסף שקיבל הוא מתחייב לשלם כסף, כשהבית הוא ״אפותיקי מפורש״ לתשלום. אם כן: כיצד הוא רשאי להתחייב לשלם יותר? אף שספק אם יעלה ערכו, הרי זו הלוואה בריבית[4].

על כורחנו נמצאנו אומרים שאין כאן עסקה של הלוואה עם אפותיקי אלא עסקה אחרת. אין כאן חיוב לשלם, דוגמת חיוב הקונה לשלם עבור מה שקנה, שנידון בנתיבות המשפט, סי׳ רו, אלא חיוב חדש — למכור נכס זה דווקא, ואין צורך ״למצוא״ את שעבוד הגוף ביכולת לסלק בזוזי דווקא. די לנו בעצם חובתו לבצע את ההתחייבות, כפי שאומר נתיבות המשפט: ״אבל כשמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פ׳, אין לו (לשני) קנין בגוף החפץ, רק שהחיוב חל אגברא, ויכולין הבית דין לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו ולהקנותו במשיכה...״ (סי׳ לט, ס״ק יז). אפשר גם להוסיף שהמתחייב נושא בנטל הפסד העסקה במקרה של סיכול (אונס שקרה לחפץ), כפי שרמז נתיבות המשפט, סי׳ רו (״חיוב לענין אבדה״), שכן יחויב להשיב את דמי הקנייה

עליו אחריות ליתן לו תחליף (בית אחר, ונפקא מינה למקבל ההתחייבות היא שמירת הערך או גם מניעת הטרחה). וספק בעיניי, במתחייב למכור ביתו והצד השני מעוניין באותו בית דווקא, אם לדעת קצות החושן, תועיל ההתחייבות באחריות מפורשת, שכן אין משמעות לאחריות כזו, אלא אם תיעשה בדרך של קנס כספי, אם לא ימכור. וצריך עיון.

[4] אמנם בחוזה דומה ראינו שאין איסור ריבית, דהיינו ״פוסק על שער שבשוק״ (לעיל, פרק חמישי, סעיף ג, 7). אך שם מדובר בעסקת מכר פירות עתידיים, שלמרות האפשרות של התייקרות, אין בזה ריבית, כי ״ברשותו״ של הקונה התייקרו הפירות. אולם בנידון דידן — ראיית הבית כ״אפותיקי מפורש״ מעבירה אותנו לדיני הלוואה, וחוזר הקושי האמור בפנים. אכן לפי דרכנו, שמדובר בהתחייבות למכור, ניתן לדמות זאת להלכת ״פוסק על שער שבשוק״ לפי ביאור ״בית שלמה״ (פרק חמישי, הערה 226), שכן גם שם מדובר בהתחייבות למכור.
לעניין שאלת הריבית, ראה עוד להלן, נספח חמישי.

שקיבל[5]. אם כן, ודאי שעדיין שעבוד הגוף מוטל עליו, ואינו יכול "לקלקל את החיוב", גם לא על ידי סילוקו במעות[6].

כעת מובן גם כי במקרה של הפרה ישלם את שוויו העכשוי של הנכס, שכן זהו קיום החוזה[7].

[5] בספר דבר למשפט ובספר עמק המשפט שנזכרו לעיל (הערה 3) נאמר, שמכוח סברה זו, גם לדעת קצות החושן תועיל ההתחייבות, כיוון שיש עליו אחריות להחזיר את הכסף שקיבל. ברם, לענ"ד, משום שההתחייבות בטלה צריך להחזיר את הכסף, ולא נהפוך את חובת ההשבה כ"מכשיר" להצלת החוזה. ראה הערה 3.

[6] וראה מאמרו של מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים", תחומין יב (תשנ"א), עמ' 279. ושם, בעמ' 284, הסביר כי לדעת נתיבות המשפט צריך שיהיה איזה חיוב חל על גופו: "אכן בנתחייב למכור, בזה נתחייב לנתה"מ, אף שלא נראה שיכול לסלקו בזוזי".

[7] וראה עוד חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ל, סעיף א, הערה ג: "ונפק"מ [בתשלום דמי שוויו] כשמכר בזול או נתיקר". אמנם אם ירד ערך הבית, אין לחשוש שיפר המתחייב את החוזה, כגון שימכור לאחר (שיקנה ממנו ביותר מערכו בשוק), וישלם למוכר בזול, שכן הלה ידרוש במקרה זה את ביטול החוזה והשבת המכר, ולא את קיום החוזה.

נספח שלישי

התחייבות להלוות

האם התחייבות בקניין להלוות סכום כסף לאחר תופסת? ר׳ שריאל רוזנברג, בספרו דבר למשפט, סי׳ ה, דן בהתחייבויות שונות, ובין היתר מוכיח מדברי כמה מן האחרונים[1] שהתחייבות זו תופסת.

א. מחלוקת רמב״ן ורשב״א

דברי האחרונים נסבו על דברי הטור והשו״ע, חו״מ, סי׳ לט, סע׳ יז. שם מובאת מחלוקת בעניין מי שהתנדב להלוות לחברו סכום כסף, ובא ״הלווה לב״ד בשטר חוב שבידו לכפות את המלוה להלוותו עד זמן שקבע, אפילו נתברר שמדעת הלווה נכתב, יכול לחזור בו״ (שו״ע על־פי חידושי הרשב״א, ב״ב קסז ע״ב); ואילו לדעת הרמב״ן (מובא בטור שם), אינו יכול לחזור בו.

סברת הרמב״ן היא: ״הואיל ונשתעבדו לו נכסי שמעון מעכשיו, חייב (ראובן) להלוותו״. האחרונים[2] מסבירים שהלווה שעבד את נכסיו כדין[3], ואם כן המתנדב להלוות נחשב כמי שקנה סחורה שעליו לשלם את מחירה, והמחיר המוסכם כאן (״קציצת שכר״ בלשון דבר למשפט, שם) הוא ההלוואה המובטחת. ובלשון נתיבות המשפט, שם, ס״ק יז: ״זכה המלוה בהשעבוד נכסים תיכף על השטר... וכיון שקנה המלוה השעבוד, נתחייב בדמי השעבוד כמו בקנה חפץ שנתחייב הקונה בדמים״.

שני חידושים שמענו כאן.

האחד — שעבוד נכסים נחשב כמכירת פירות שמחייבת תשלום מחיר. כבר כאן אפשר לחלוק עליו ולהסביר את דעת הרשב״א, שכן שעבוד הנכסים נתפס כמחיר ולא

[1] ראה: כסף הקדשים, חו״מ, סי׳ לט, סע׳ יז; פתחי תשובה, חו״מ, סי׳ לט, ס״ק יד, בשם מהר״ם, בעל תפארת למשה, על השו״ע; פתחי חושן, הלכות הלוואה ואבדה, פרק א, סע׳ טז.

[2] ראה: ש״ך, שם, ס״ק מט; קצות החושן, ס״ק ח; נתיבות המשפט, ס״ק יז.

[3] נתיבות המשפט שם אומר שמדובר בשטר הקנאה (עיין ב״מ יג ע״א), היינו הלווה שעבד נכסיו ללווה על ידי קניין, והוא אינו יכול לחזור בו. אמנם נראה שאותה שאלה קיימת כאשר השתעבד על ידי מסירת שטר חוב לאותו מתנדב.

כפירות[4]. המלווה דומה למוכר, שנותן דבר ממשי, והלווה כנגדו מתחייב במחיר, פרעון ההלואה; ואם הקדים הקונה ושילם מעות, אין זה מחייב את המוכר, כמבואר עוד להלן[5].

השני — התחייבות לפרוע באופן מסוים דווקא, תופסת. וכבר הבאנו לעיל[6] את דברי הנימוקי יוסף ביחס לקונה שמתחייב לשלם מטבע מסוג מסוים דווקא. אם לא תאמר כן, יאמר אותו מתנדב להלוות: אפרע לך חובי בחוב ממון, היינו שעבוד נכסים נגדי, ואז שני השעבודים יקזזו זה את זה. אלא על כורחך שחייב לפרוע חובו במתן כסף ההלוואה דווקא, כפי שהסכים מראש. כבר מכאן מוכיח בעל דבר למשפט, כי התחייבות להלוות תופסת, ורק משום כן רואים את המתנדב כמתחייב מחיר של הלוואה דווקא.

אמנם לעיל[7] ראינו שניתן להבחין בין פרעון חוב, כחוב קונה לשלם, לבין התחייבות חדשה. הפרעון אינו בנוי אך ורק על רצונו של המתחייב, אלא על העובדה האובייקטיבית של קבלת שיווי ממון שמחייבת מתן מחירה, והתחייבותו היא בגדר ברירת המחיר, מה שאין כן בהתחייבות להקנות דבר מסוים, שכולה בנויה על רצונו של המתחייב, ואפשר שכוחה גרע. עם זאת נראה לי שכאן יש מקום לסברה הפוכה, כלומר להעדיף את דרך ההתחייבות על דרך הפרעון, כפי שיבואר להלן.

האחרונים הנוקטים בדעת הרמב״ן מתמודדים עם ראיות הרשב״א לשיטתו, ונתמקד כעת בראייה שמביא הש״ך שם. בגמרא, ב״מ צט ע״א, אומר רב הונא שהשואל קרדום מחברו, ביקע בו קנאו, לא ביקע בו לא קנאו, ויכול המשאיל לחזור בו. אמנם הלכה כר׳ אלעזר, הסובר שתיקנו משיכה בשומרים, ומשעת משיכה קנה את הקרדום לשאלתו. על כל פנים מדברי רב הונא נלמד, כי אף שהשואל מצדו התחייב כדין עם המשיכה, ושעבד נכסיו למקרה של אונסין[8], עדיין המשאיל יכול לחזור בו. הרי לפנינו, כי קבלת שעבוד נכסים אינה מחייבת במחיר המוסכם. הש״ך דוחה את הראייה. לעולם אין המשאיל יכול לחזור בו, אלא שהמשאיל יכול לומר: לא אתן קרדום זה אלא אחר, שכן לא התחייב לקרדום זה דווקא. נתיבות המשפט מסביר לשיטתו, שנידונה לעיל בסוף פרק חמישי, כי לעולם הוא חייב לתת קרדום זה, שכן עליו התחייב, אלא שעדיין אין הקרדום קנוי לשואל, ובלשונו: ״מחוייב הוא בחיוב גברא ליתן קרדום זה, וכשמכרו מחויב ליתן קרדום אחר או שווי דמי השאלה״.

[4] הגמרא, ב״מ מה ע״ב, דנה בהחלפת זהב בכסף, מה נחשב פירות ומה נחשב מטבע, שכן משיכת הפירות דווקא מחייבת בתשלום המטבע כמחיר, ולא להפך.

[5] נתיבות המשפט שם מסביר בדעת הרשב״א, שהשעבוד אינו דומה לקניין [=הקנאה], מכיוון שבעל חוב ״מכאן ולהבא הוא גובה״ (פסחים ל ע״א), ושעבוד הנכסים הוא בגדר דבר שאינו ברשותו של המלווה.

[6] פרק חמישי, ליד ציון הערה 292.

[7] פרק רביעי, ליד ציון הערה 99; פרק חמישי, ליד ציון הערה 295.

[8] מצב דומה, אומר הש״ך שם, קיים אף להלכה, כאשר השומר משעבד את נכסיו משעת סילוק הבעלים (לפי התוספות והרא״ש), ורק משיכה — אף כשהיא מאוחרת לסילוק — קונה לעניין חזרה. ראה לעיל, פרק שמיני, סעיף א.

וראה כמה דחוקים הדברים, כמו שכותב הש"ך עצמו, שכן נראה בפשטות שהמשאיל יכול לחזור בו לגמרי[9]. על כל פנים, בדרך זו דן הש"ך שם בתשובת המבי"ט (חלק ב, סי' ר וסי' ריג): "במי שמכר צמר לחבירו בסך פלוני וכתב לו שטר על הסך, ומת הלה שלקחו, ותפס בעל חוב של הלוקח הצמר מרשות המוכר, שכתב המבי"ט דאפי' הרשב"א מודה במטלטלי... והחולקין כתבו דאפי' הרמב"ן מודה במטלטלי... ונ"ל כהחולקין, דהיינו שאינו מחוייב ליתן לו אותן המטלטלין, אף להרמב"ן, רק איזה מטלטלין שירצה... ואם כן... שלא כדין תפס". כל הדיון הזה מוקשה בעיניי. הרי כסף אינו קונה מטלטלין כי אם ל"מי שפרע" (ב"מ מד ע"א). אם כן, כיצד כסף או שטר חוב (שהוא שלב מוקדם לכסף עצמו) מחייב את המוכר ליתן את הצמר המוסכם[10]?

ב. התחייבות לעומת מחיר פרעון

לכן נראה לומר, שלעולם לא כסף ולא שעבוד נכסים נחשבים כמתן פירות שמחייב מחיר, וכמו שאמרנו לעיל בדעת הרשב"א. אלא כאן יש, לדעת הרמב"ן, התחייבות של אותו מתנדב להלוות, כהבנת בעל כסף הקדשים, שהובא בהערה 1.

אמנם יש דיון באחרונים אם מתן שטר חוב נחשב כנתינת כסף או לא. קצות החושן שם (ס"ק ח) מוכיח, כי לדעת הרמב"ן והרשב"א בביאור סוגיית "מנה אין כאן משכון אין כאן" (קידושין ח ע"א), אין דינו ככסף (וראה לעיל פרק שלישי, סע' ד, 10). אך כל זה אמור ביחס לחוזה שזוקק לקניין כסף, כמו קידושי אשה או קניין קרקע ועבדים. אך לצורך התחייבותו של אותו מתנדב, די בקניין כסף[11] או אף בשעבוד נכסים שהתקבל מהצד השני, כדי שתתפוס גם התחייבותו שלו. כלומר, על־ידי קבלת שעבוד הנכסים, התחייב המתנדב להלוות, ואינו יכול לחזור בו.

כל זה דווקא כאן, שהמתנדב אכן התכוון להתחייבות ע"י קבלת שעבוד הנכסים. אבל במוכר צמר וקיבל כסף, לא התכוון המוכר להתחייב כלל, כי אם להקנות, וכסף אינו קונה מיטלטלין. אמנם אם יאמר המוכר במפורש שהוא מתחייב למכור תמורת הכסף, מסתבר שיועיל. וכבר ציינתי לעיל[12] כי יש נסיבות שבהן נראה מוכר סחורה

[9] ועיין עוד קצות החושן ואמרי ברוך, שם, שדחו ראייה זאת באופנים אחרים.

[10] ועיין שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' כ [דבריו הובאו בפתחי תשובה, חו"מ, סי' קצ, ס"ק ב], שהאריך בעניין שטר התחייבות, ובין היתר הוא מחלק בין שעבוד נכסים להלוואה, לבין מוכר צמר תמורת שטר חוב, שכן בזה השני, "לא עשה שום קנין בצמר, רק שנתן לו שטר חוב על המעות, ובשטר לא נזכר צמר כלל... קנין אין כאן, שטר אין כאן". עיין שם.

[11] וזה שלא כדעת מחנה אפרים, הלכות דבר שלא בא לעולם, סי' ג (דבריו הובאו לעיל, פרק חמישי, הערה 183), האומר שקניין כסף מועיל רק ל"מי שפרע", כמו הקנאת מיטלטלין על ידי קניין כסף. מחנה אפרים עצמו אומר שם כי אפשר שלרמב"ן בתשובותיו [=שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן] (סי' רכה) דעה אחרת, והכסף אכן מחייב. עיין שם.

[12] לעיל, נספח ראשון, ליד ציון הערה 36.

גם כמתחייב לספק את חליפיה, אם יתברר שהיא פגומה. לפי זה לא קשה מהראייה של "שואל קרדום", שכן שם ודאי לא התכוון בעל הקרדום להתחייב להשאיל, אלא השאיל בפועל, ועתה הוא חוזר בו. כמובן שכתוצאה מכך יתבטל גם שעבוד הנכסים של השואל.

לדברים אלו השפעה על עניינה של התחייבות קונה לקנות כתוצאה מהתחייבות המוכר, כמבואר בנספח הבא.

ג. התחייבות לזכות

לאור האמור, ודאי שגם התחייבות מפורשת בקניין להלוות, תופסת. בעל דבר למשפט, שנזכר בראש דברינו, מוסיף שהוא הדין בהתחייבות להשכיר, להשאיל ולמשכן חפץ פלוני. אלו התחייבויות ממוניות, שבהן אותו אדם מתחייב להקנות מממונו לאחר. אבל התחייבות לשאול חפץ או ללוות או לקבל מתנה אינה תופסת, שכן "אין בה צד חובה, אלא כולה זכות, וכל ענין ההתחייבות הרי הוא במי שבא לחוב עצמו, אך לא בדבר שהוא זכות לו, וצ"ע".

נראה לי לנסח את הדברים קצת אחרת, שכן אלו אינן התחייבויות ממוניות שמשעבדות את הגוף והנכסים[13], ולכן אינן תופסות. על כל פנים, יש להביא ראייה לזה מדברי כסף הקדשים הנ"ל, האומר שאין משמעות להתחייבות להפקיד "כי הפקדון... אין בו זכות לנפקד", והתחייבות צריכה ליצור חיוב ממוני על המתחייב וזכות ממונית למקבל ההתחייבות. בלא זה, שוב הוא בגדר קניין דברים.

[13] אמנם לדעת האחרונים האומרים שחיוב הגוף אינו זוקק כלל לשעבוד נכסים, ואף התחייבות שלילית תופסת, כפי שהובא לעיל, פרק שישי, שמא גם התחייבות זו, שאין בה חובה לעצמו, תופסת על סמך הבטחתו. וצריך עיון.

נספח רביעי

התחייבות לקנות

התחייבות לקנות היא גם התחייבות ממונית, וכמו שהמוכר מתחייב להקנות נכס, כן הקונה מתחייב לקנות ולשלם את מחיר הנכס. אמנם לפי קצות החושן[1], שהתחייבות למכור חפץ פרטי ידוע אינה חלה, שכן אין בה אחריות נכסים, לכאורה הוא הדין גם בהתחייבות לקנות אותו נכס, אלא אם כן נחלק ונאמר כי זוהי בעצם התחייבות לשלם, בתנאי שיקבל תמורה, וממילא נכסיו משועבדים לחוב זה. אך מסתבר יותר, שאין הקונה מתכוון להתחייב אם התחייבות המוכר אינה חלה[2]. בין כך ובין כך ראינו, כי לרוב הדעות גם התחייבות על חפץ פרטי ידוע חלה.

א. האם היא נכללת בהתחייבות המוכר

השאלה שנדון בה היא: האם בחוזה רגיל שבו מתחייב המוכר למכור, כלולה גם התחייבות לקנות? או שמא כל אחד צריך להתחייב בנפרד?

לשאלה זו מתייחס הרב שריאל רוזנברג[3], האומר:

> לשון הרשב"א (מובא בב"י, חו"מ, סי' רו) משמע, דבעי' שזה יתחייב כראוי למכור וזה יתחייב לקנות, אך ההתחייבות למכור לבד אינה מחייבת את הקונה... ואפשר דהכל תלוי לפי הענין, דבמקום שההתחייבות היא לטובת הקונה, כמו בהטבות דראובן הקונה מתחייב להחזיר את הקרקע לשמעון המוכר כשיביא מעות, בזה הרי פשוט דאין שום חיוב על שמעון לקנות, אלא כל החיוב הוא על ראובן להחזיר את הקרקע לכשירצה שמעון. אך אם הי' זה התחייבות בדרך מו"מ... שם י"ל דכך היא האומדנה, דזה מתחייב למכור וזה מתחייב לקנות...

אך המחבר מציין כי מדברי נתיבות המשפט[4] לא משמע כן, אלא כל אחד צריך

[1] סי' רג ס"ק ב; סי' רו ס"ק א (נידון לעיל פרק חמישי, ליד ציון הערה 379).

[2] ראה: שו"ת מהריב"ל, ח"ב סי' לז; שו"ת משאת משה, להרב משה ישראל, חו"מ, סי' נח (בקטע הפותח במלים "עוד יש לי להשיב") ולהלן, בנספח זה — על הדדיות החיובים.

[3] דבר למשפט, סי' ה אות יב.

[4] סי' רח ס"ק ד.

להתחייב בנפרד, אלא אם כן נחלק, ששם כבר נתן מעות, וא״כ לא התחייב בכלום[5]. אחרונים אחרים מסתמכים על הרשב״א ונתה״מ, ודורשים מן הקונה התחייבות נפרדת[6].

לעומת זאת, מדברי משאת משה[7] אין נראה כן. כלומר, אם שניהם נתרצו לחוזה זה, הרי גם הקונה מחויב לקנות. נמצא שנחלקו אחרונים אם התחייבות המוכר מחייבת גם את הקונה לקנות.

ועדיין יש להבין לפי הדעה השנייה, כיצד מתחייב הקונה ללא מעשה קניין? בעל דבר למשפט עונה על־פי דברי המהרי״ט[8], המסביר כי עצם קנין החליפין מחייב את הקונה בדמים, אף שהמוכר הוא זה שעשה את מעשה הקניין, ולא הקונה, ואם כן אין הכרח שהקונה יעשה מעשה קניין. עד כאן תוכן דבריו של דבר למשפט.

לי נראה שאין לדמות התחייבות לחליפין, שכן בחליפין על־ידי זכיית המוכר בסודר, זכה הקונה בנשוא המיקח, וממילא נתחייב בדמיו. ואין לנו ראייה למקרה שלא זכה עדיין במיקח.

ואולי יש לדמות את הדבר למשיכת חמור בשכירות סתם, שלפי הרשב״א[9] מועילה גם כקניין על התחייבות להעמיד חמור אחר במקרה של אונס. אלא ששם מדובר באותו אדם, כשמעשה קניין אחד ממלא את שתי הפונקציות, ואילו בנידון דידן השאלה היא: האם מעשה קניין של המתחייב למכור מועיל גם לצד השני, כהתחייבות לקנות.

ייתכן להביא ראייה ממקום אחר, בעניין התחייבות שואל בשמירה. במשנה (ב״מ צח ע״ב) מבואר, שאם שלח המשאיל את הפרה על־ידי אחר לבקשת השואל, מתחייב השואל באונסיה. הראשונים מתקשים: האם ובאיזה מעשה קניין מתחייב השואל? ועונה אחד הראשונים כי הנחה בסימטה חשובה כמשיכה, וכן מבואר שם (צט ע״א) בעניין ״הכישה במקל והיא תבוא״. ולפי זה מתחדש לנו שהמשאיל יכול למשוך בשליחות השואל[10]. לפי זה, נאמר גם, שהמתחייב למכור יכול לעשות מעשה קניין גם עבור הקונה, ועדיין צריך עיון.

דרך פשוטה יותר עולה מדברי כמה מן האחרונים. בנספח הקודם ראינו כי שעבוד הנכסים של שמעון, שרוצה ללוות, כלפי ראובן, שמסכים להלוותו, מחייב את ראובן להלוות לפי הרמב״ן (טור, חו״מ, סי׳ לט, סעיף יז). אם כן גם בנידוננו, התחייב ראובן למכור, ושעבד את נכסיו לשם כך לשמעון החפץ לקנות. אם כן, קבלת שעבוד הנכסים על

[5] לי נראה להיפך, כי מתן כסף פועל כדרך קניין להתחייבות. ראה: מחנה אפרים, הלכות דבר שלא בא לעולם, סי׳ ג; קצות החושן סי׳ רג ס״ק ד. דבריו הובאו לעיל, פרק חמישי, הערה 183, ולעיל, נספח שלישי, הערה 11.

[6] ראה משפט שלום (למהרש״ם), חו״מ סי׳ רט סע׳ ו, שהוכיח כן משו״ת פרח מטה אהרן ח״ב סי׳ ח. ולכן מצריך שגם הלוקח יחתום על החוזה, ומסתפק אם יועיל — בלי חתימה — מדין סיטומתא. לדיון בדבריו, ראה ספר עמק המשפט, ח״א, תשובות קצרות, סי׳ ב.

[7] נזכר לעיל, הערה 2, בקטע הפותח במלים: שוב מצאתי. ובסמוך נביא דעות נוספת הצועדות בדרך זו.

[8] בחידושיו לקדושין (בחי׳ על הרי״ף ג ע״א) בבאור דעת התוס׳ רי״ד, עיין שם.

[9] בחידושיו לב״מ עח ע״א, ראה נספח ראשון, הערה 15.

[10] ראה שיטה מקובצת, ב״מ פ ע״ב, בשם הראב״ד, דבריו הובאו לעיל פרק שמיני, הערה 8.

ידי שמעון מחייבת אותו לשלם את המחיר המוסכם בלא אפשרות חזרה[11]. גם להסברנו שם, שקבלת שעבוד נכסים לכשעצמה אינה נתפסת כמכירת פירות שמחייבת תשלום מחירו, אלא היא נתפסת כתשלום כסף היוצר התחייבות של המלווה להלוות, ניתן לומר גם בענייננו, שקבלת שעבוד הנכסים על ידי הקונה, יוצרת התחייבות שלו לקנות.

אמנם לכאורה, כל זה בהתחייבות בדבר שאינו מסוים, שיש בה שעבוד נכסים, אך בהתחייבות למכור דבר מסוים, לשיטת נתיבות המשפט וסיעתו (ראה לעיל, פרק חמישי, סעיף ה), שאין בה שעבוד נכסים, עדיין יש לעיין בזיקתו של המקבל לנשוא הנכס; האם זיקה זו, שלפי המהר"א ששון שוללת את אפשרות מכירתו (פרק חמישי, סעיף ה), ואף לפי נתיבות המשפט, ייתכן שהיא מחייבת את יורשי המתחייב (פרק חמישי, סעיף ה), יכולה להיחשב כעין קבלת כסף, שמחייבת את הקונה, או שאין בה די כדי להיחשב כקניין כסף?

ב. חיובים הדדיים

לכאורה, למחלוקת אחרונים זו השפעה על משמעותו של חוזה לעומת ההתחייבות. השאלה היא: האם חוזה למכר, למשל, הוא בעצם צרוף של התחייבויות הדדיות או שמא הוא בגדר יצירה משפטית נפרדת?

המשפט הישראלי נוטה לצד השני. החוזה נוצר ממפגש רצונות שבו לכל צד חיוב משלו. התחייבות חד־צדדית כמעט ואינה נידונית בחוק[12]. אדרבה, בחוק המתנה, התשכ"ח־1968, סעיף 5, נקבע במפורש כי התחייבות לתת מתנה ניתנת לחזרה, אלא אם כן הסתמך עליה הצד השני.

לעומת זאת בדינינו, שתי דעות: לדעת נתיבות המשפט, לפנינו שתי התחייבויות כאשר כל צד צריך להתחייב בנפרד. ואילו לדעת המשאת משה, לפנינו חוזה, ולא רק התחייבויות הדדיות, ולכן די במעשה קניין אחד.

אולם אין הכרח לילך בדרך זו, וגם לדעת המשאת משה ניתן לומר שלפנינו ההתחייבויות הדדיות, אלא שמעשה הקניין של המתחייב למכור מועיל גם למתחייב לקנות, כפי שבואר לעיל.

נמצא כי התחייבות חד צדדית תופסת; היא חלה מיד, ולא ניתנת לחזרה, אלא אם כן יש פגם בגמירת הדעת (כגון טעות או אסמכתא), או שהיא מותנית באירוע עתידי,

[11] ראה ערך שי, חו"מ, סי' ס, סעיף ו, ד"ה בלשון חיוב. וכן משמע ממנחת פתים, חו"מ, סי' יט, סע' ו, ולא הזכיר את מחלוקת הרמב"ן והרשב"א, כי די בקבלת השטר או בדרך אחרת שתוכיח שהתרצה הקונה להתחייבות. ועיין בספר עמק המשפט (לעיל, הערה 6), שדן בדבריהם.

[12] ראה ספרם של ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים, ירושלים תשנ"א, כרך א, עמ' 25, 29, 145. בעמ' 29 מסבירים המחברים כי המשפט מתערב רק כשמעשה האדם קשור לזולתו, כאשר האחד סומך על השני, ולכן אין מקום להתערבות המשפט בהתחייבות רצונית חד צדדית גרידא. אולם אפשר לצרף גם את הנימוק המובא להלן, בדיון על ההבדל שבין שתי השיטות.

ואז יש לדון, אם ומתי ניתן לחזור ממנה עד לקיום התנאי, ואין כאן מקום להאריך. כך עסקנו לעיל בהתחייבות למזונות (פרק רביעי, סעיף ה, 5); בצוואה שנעשית בדרך התחייבות (לעיל, פרק עשירי, סעיף ג, 2), וראינו כי ללא תנאי מפורש, היא אינה ניתנת לחזרה[13].

אכן, אם ההתחייבויות הם הדדיות, ההדדיות משפיעה על פרשנות החוזה. כך, נייחס לצדדים תנאי מכללא, כי כאשר צד אחד מיפר את חיובו הצד השני נפטר מחיובו הוא. כך מצינו, בעניינה של שבועה הדדית[14], וממנו למדו גם לענייננו של חוזה[15].

כמו כן יש וההדיות החיובים מסייעת להתגבר על מגבלות חוזיות שונות[16].

אפשר שהבדל זה בין שתי שיטות המשפט נובע מן השוני בתפיסת היסוד. לפי המשפט הישראלי, החוזה בנוי על מפגש רצונות, ולכן יש להניח כי הרצון להתחייב של צד אחד מתגבש לכדי חיוב חוזי, כשיש רצון להתחייב כנגדו, מעין רעיון התמורה שבמשפט האנגלי, אף שאין התמורה נזכרת כתנאי לקיומו של החוזה.

אך אצלנו מדובר בקניין. במעשה הקנין הרגיל, קניין סודר, הצד השני, המקבל, מקנה סודר באופן סמלי וכנגד זה מתחייב המתחייב. אך גם במעשה קניין של שטר או בעל פה (ראה לעיל, פרק רביעי, סעיף א) אין החיוב בנוי על רצון בלבד, אלא הצד השני "קונה" דבר — את שעבוד הנכסים או "משהו", בגופו של המתחייב, כגון בחוזה עבודה, כפי שנתבאר בספר זה באריכות, ולכן גם התחייבות חד־צדדית תופסת, שכן יש בה מימד של הקנאה.

אכן, במדה וזו התחייבות חד־צדדית גרידא, היא דומה למתנה (ראה רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו), ויש בה מ"קולי" מתנה לעומת מכר. כך, יש אומרים שהתחייבות שניתנה מחמת אונס דומה למתנה שניתנה באונס, והיא בטלה[17]. כמו כן קל יותר לבטל התחייבות כזו על סמך טעות[18] ואומדנות שונות[19].

[13] לפי החוק הישראלי, צוואה ניתנת לביטול, גם ללא התנאה מראש, ראה סעיף 36 לחוק הירושה, התשכ"ה־1965. וראה גם חוק המתנה, התשכ"ח־1968, סעיף 5.

[14] ראה: טור ושו"ע, יו"ד, סי' רלו, סעיף ו.

[15] ראה: ט"ז שם ס"ק יג; נקודות הכסף (לש"ך) שם, וש"ך, חו"מ, סי' כא ס"ק ג; ספרו של ד"ר ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, פרק יז, עמ' 359.

[16] כך, ראינו כי פסיקתא תופסת ללא קניין עקב ההנאה שבאה מחמת הדדיות החיובים (לעיל, פרק שלישי, סעיף ח, וראה עוד לעיל, פרק תשיעי, סעיף א, 1, לעניין השותפות). הדדיות החיובים יכולה לרפא גם את פגם האסמכתא, ראה: הגהת הרמ"א, חו"מ, סי' רז, סעיף יג.

[17] ראה: סמ"ע, חו"מ, סי' רה, ס"ק כח; אנציקלופדיה תלמודית, ערך התחייבות, כרך יא, עמ' רנד.

[18] ראה: תוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא כתב לה.

[19] ראה: הגהת הרמ"א, חו"מ, סי' רז סעיף ד. ואם כי שם דובר במתנה, נראה שהוא הדין בהתחייבות חד־צדדית, ראה: ט"ז, אה"ע, סי' קיד ס"ק ב (לעניין התחייבות למזונות ונתייקרו ביוקר לא שכיח, ואפשר שגם האבני מלואים שם ס"ק ב, אינו חולק על העקרון כי אם על יישומו באותו נידון).

נספח חמישי

ריבית בהתחייבות למכירת דירה

כאשר יש פער בזמן בין גמר המיקח לבין תשלום מחירו, עולות שאלות של ריבית — הן באשר להפרש המחירים, כמבואר להלן, הן באשר לשימוש בנשוא המיקח עד לגמר התשלום.

א. שימוש המוכר בדירה לפני קבלת הכסף

אשר למכירת מקרקעין, הגמרא דנה בעניין זה במסכת בבא מציעא סה ע"ב. לצורך עניינו נביא פרט אחד. המכירה כבר חלה, אך עדיין לא שילם הקונה את מלוא המחיר, והוא בגדר לווה המאחר לפרוע את חובו. בינתיים, עולה מן הגמרא, אסור למוכר לדור בבית המכור, כי השימוש בבית הוא בגדר ריבית שהוא מקבל תמורת המתנת המעות המגיעות לו עם המכירה. וכך נאמר בספר "תורת ריבית"[1]: "מכר דירה והעבירה בטאבו ע"ש הקונה, ועדיין לא שילם הקונה את כל תמורת הדירה, אסור למוכר לגור בדירה". ומוסבר שם בהערה: "שהרי קנה הקונה לגמרי את הדירה, ונמצא שבזה שנשאר חייב כסף למוכר, נחשב המוכר למלוה, ואסור לו להשתמש בנכסי הלוה...".

אך המשך הדברים באותו סעיף צריך לדעתי עיון נוסף. וזה לשונו:

> ואם כתבו חוזה כפי הנהוג בזמננו בעת המכירה, יש מקום לאסור על המוכר להמשיך לגור בדירה, אף אם עדיין לא העבירה בטאבו, כל זמן שהקונה עדיין חייב כסף.

ומוסבר שם בהערה:

> כיון שהחוזה מחייב ע"פ חוק, וכן ע"פ ד"ת, וכמבואר בבירור הלכה, אות ג, נמצא שאין המוכר יכול לחזור בו, וחייב למכור הדירה לקונה, וכן הקונה מחויב לקנות, הרי אף שלא שילם עדיין כל הכסף, נחשבת הדירה כקנויה לקונה. ובודאי שלא גרע מהנותן מעות מראש, שחל הקנין לענין מי שפרע, שנחשב הדבר ברשות הקונה

[1] תורת ריבית, מאת הרב משה הרשלר והרב אליהו ר' היישריק, הוצאת מכון רגנשבורג, ירושלים תשמ"ט, פרק יב, סעיף יא.

לענין רבית. ולפיכך יש מקום לאסור על המוכר להמשיך לגור בדירה מיד ברגע חתימת החוזה. וזה בכל חוזה בימינו[2].

ונחזי אנן. ב"בירור הלכה" בספר "תורת ריבית", שם, מבואר כי חוזה מכירת דירה בימינו יוצר התחייבות, ונאמר בחוזה במפורש "אני מתחייב למכור", והבעלות עוברת או על ידי העברת החזקה או על ידי מתן כל הכסף או על ידי העברה בטאבו, ואין כאן המקום לדיון זה.

לצורך ענייננו, שמענו כאן חידוש גדול, שההתחייבות פועלת כאן לרעת המוכר, שכן כבר קיבל הקונה זכויות בדירה, והמוכר אינו רשאי לגור בדירה כל זמן שלא קיבל את כל כספו. והראייה היא מדין פוסק על שער שבשוק – שנידון לעיל, בפרק חמישי, סעיף ג, 7 – שמכיוון שחלה הקנייה לעניין "מי שפרע", נחשבים הפירות, נשוא העסקה, ברשות הקונה לעניין הריבית.

וקשה לי, שהרי שם נאמר הדבר לקולא – להרשות פער מחירים, כאשר הקונה משלם מראש במחיר של היום, ומבטיח לעצמו את הסחורה בעתיד, אף אם תתייקר, שכן "ברשותו" התייקרה. לשיטת הרשב"א, על פי שו"ת "בית שלמה"[3], מדובר בהתחייבות ממש, המאפשרת לקונה להקדים תשלום מראש, אך לא שמענו שהסחורה שוב אינה שייכת למוכר. והרי כבר ראינו את דברי נתיבות המשפט[4], לעיל, שנשוא ההתחייבות של המוכר הוא, ולא של הקונה. הוא, המתחייב, יכול לקדש בו אישה, והוא נושא באחריות אונסין של נשוא ההתחייבות.

ראייה כי גם לעניין ריבית, נשוא ההתחייבות של המתחייב הוא, ניתן להביא מסוגיית שטר הטבה, שנידונה לעיל, פרק חמישי, סעיף ב, 1. כזכור, בית יוסף, מהריט"ץ ואחרים[5] מסבירים בדעת הרמב"ם, כי לאחר שקנה הקונה את הבית ונגמרה העסקה הראשונה, הוא שב ומתחייב למכור את הבית למי שמכר לו, כשיביא לו הלה מעות, ובינתיים מותר לו לגור בבית, לאכול את פירות הבית, שכן הוא משתמש בשלו.

יתר על כן, לולא דמסתפינא, הייתי מעלה אפשרות כי במקרה כזה, אף יש מקום להתיר לציין שני מחירים. לאמור, בכל מוכר ב"אמנה" כ"פוסק על שער שבשוק" יש קולא לעומת מוכר בהקפה. בזה האחרון, לא רק שאסור להציג שני מחירים – המחיר העכשווי, שהוא המחיר האמתי שיש לשלמו עם הקנייה, ומחיר עתידי, שכן המחיר השני הוא גבוה יותר עקב המתנת המעות – אלא שאם המחיר ידוע כעת, אסור אף להציג מחיר עתידי בלבד, שכן ברור לכול שהוא גבוה יותר עקב ההמתנה.

לעומת זאת, במקרה ההפוך של "פוסק", הקונה מקדים מעות לפני הקנייה עצמה, ונמצא הקונה "מלווה" כעת למוכר כסף ונהנה מהנחה, שכן הבטיח לעצמו

[2] ורק אם הוזכר בחוזה שרשאי המוכר לגור בדירה – מותר, והוא או מדין שיור ששייר לעצמו זכות לגור, או שזהו בכלל מחיר הדירה. וכן נהוג לכתוב בחוזים בימינו. עיין שם בסעיף יב.

[3] ראה פרק חמישי, סע' ג, 7, ליד ציון הערה 227.

[4] סי' לט, ס"ק יז (לעיל, פרק חמישי, הערה 376).

[5] ראה פרק חמישי, הערות 107-110.

כעת את המחיר, אף אם תתייקר הסחורה בעת שיקנה אותה. כאן יש היתר אם יצא השער או "יש לו", כנזכר לעיל, פרק חמישי, סעיף ג, 7. וזה לשון "תורת ריבית"[6]: "אם 'יש לו' למוכר הסחורה או המוצרים שרוצה למכור בחנות או במחסנים שלו בשעה שמקבל כסף... רשאי המוכר להוזיל כמה שירצה, כשמקבל 'תשלום מראש'... אף שאת הסחורה יקבל בזמן מאוחר יותר". ומוסבר בהערה שם: "כיון דהמעות קנו, שמי שירצה לחזור יעבור ב'מי שפרע', הרי זה כמקח, שאין כאן הקדמה לענין רבית... אף שהסחורה עצמה עדיין אינה של הקונה".

יש אומרים שמותר אף להציג שני מחירים: העכשווי הזול, והעתידי היקר יותר. אך רבנו ישעיה מחמיר בדבר, שכן ניכר שמוזיל לו בשביל הקדמת המעות. וכן פסק הרמ"א, יו"ד, סי' קעג, סע' ז. לפי זה, אסור להזכיר במפורש הנחה עבור תשלום מראש. ושם, בהערה, שואלים מחברי ספר "תורת ריבית":

וצריך בירור מהמשנה (ב"מ סה ע"ב) דמרבין על השכר, דמותר למשכיר לומר אם מעכשיו בי' ואם בכל חדש ביב', והיינו הקדמת מעות, ומוזיל לו. ואף שמפרש, בכ"ז מותר. וע"כ הטעם משום ד"יש לו'. ובגדולי תרומה, שער מו, ח"ד... דחה מכח זה את ר' ישעיה [בטור, יו"ד, סי' קעג]. ונראה שיש לחלק ע"פ מה שהק' הראשונים, ב"ב פו ע"ב, בדין השוכר את הפועל, דמבואר שם דאסור להקדים מעות לפועל ולקבוע בשל כך מחיר זול לעבודה שתהא בזמן היוקר, אא"כ מתחיל לעבוד מיד. ובתוס', שם ד"ה דינר ליום, הקשה מהמשנה דמרבין על השכר, והעמיד דאיירי שנכנס מיד לגור. ובנמו"י שם חילק דבפועל שיכול לחזור בו מיקרי הלוואה, אך בשכירות הרי יש קנין, ואינו יכול לחזור. ולתירוץ הנמו"י, נראה שההיתר משום שיש קנין גמור, ובזה לא אסרו חז"ל ברבית דרך מקח, ולפיכך מותר להוזיל. ואף לדעת התוס'... ועי' 'הלכה וכספים', עמ' שכב-ג.

והנה, לתירוץ נימוקי יוסף יש לעיין בעניין מי שמתחייב למכור, שכן כבר אינו יכול לחזור בו. ואם כן, לכאורה הדבר דומה לשכירות, שמותר להציג שני מחירים. ואין לדחות ולומר שבשכירות יש קניין של שכירות כבר עתה, שהוא עדיף מהתחייבות, שהרי בנימוקי יוסף, ב"ב שם (מג ע"ב בדפי הרי"ף), מבואר בשם הריטב"א, כי אף בפועלים, "אם שעבד עצמו בענין שלא יוכל לחזור בו[7], הרי הוא כמוכר כלי או כשכירות קרקע", שמותר להציג שני מחירים. אם כן העיקר הוא אם יכול לחזור בו אם לאו[8]. ויש מקום לחלק בין "מי שפרע" — שאסור, אך יכול לחזור בו, לבין התחייבות שאינו יכול לחזור בו[9]. וטעם יש בדבר — המוכר מציג מחיר אחד עבור ההתחייבות, שכן הקונה "קונה" כבר זכות של אי־חזרה, ומחיר אחר עבור גוף המיקח.

[6] פרק תשיעי, סע' א.

[7] זו היא שיטת הריטב"א שנתבארה לעיל, פרק שביעי, סעיף ז. וראה עוד הערה 257 שם.

[8] הש"ך, נקודות הכסף, יו"ד, סי' קעו, אומר כי השו"ע פוסק כנימוקי יוסף, ולא כתוספות.

[9] כל זה לשיטת רוב הראשונים, הסוברים שדין "פוסק על שער שבשוק" בנוי על דין "מי שפרע", אך לא לשיטת "בית שלמה" (לעיל, הערה 3), שגם שם מדובר בהתחייבות.

סוף דבר, דומה שהזיקה בין התחייבות לריבית עדיין לא נתלבנה כראוי.

כל זה אמרתי להלכה, לא למעשה, ובייחוד שכיום נהוג שהקונה רושם "הערת אזהרה", כלומר שזיקתו הקניינית כלפי הבית מתחזקת, אולי כמשכון, כך שלמעשה יש לנהוג כאמור לעיל בהערה 2.

ב. "קניין אתן"

לאחרונה יצא הספר "מחקרים בכלכלה ומשפט ע"פ ההלכה", על ידי מכון כת"ר, ליד ישיבת קדומים. בחלק הראשון – חוזים על פי דיני התורה, שנכתב על ידי הרב דוד בס, הוקדש מקום רב גם לשאלת הריבית בחוזי מכר דירות. בנוגע לנידוננו – שימוש המוכר בדירה לפני שקיבל את כל הכסף, הוא מביא את דעת תורת ריבית הנ"ל (בעמ' 47, הערה 54), ואומר שחידושו אינו מוכח.

בעמ' 223 מובא הסברו של מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, שהדבר תלוי במחלוקת בעניין "קניין אתן": לדעה שאינו חל, המוכר גר בשלו, ואין כאן ריבית; לדעה שהקניין חל, יש אומרים שזו רק התחייבות, ולא הקנאה, ואף כאן הוא גר בשלו; ואילו לדעה שהקניין חל מיד, "אם מתנה במפורש שלא יקנה מיד, שוב אין המקח שלו (של הקונה)". ויש להעיר שתיים: ראשית, התנאה זו מה טיבה[10]? לכאורה, זהו קניין לאחר שלושים, ובקניין כסף אין קושי מצד "כלתה קניינו" (ראה לעיל, פרק חמישי, סעיף ג, 2), אלא שאז ניתן לחזור, ואם יאמר "מעכשיו ולכשתביא המעות" שוב יש כאן ריבית (ב"מ סה ע"ב). וצריך לומר שמקנה גוף מהיום, ופירות לכשיביא לו את כל המעות (ראה פרק חמישי, סעיף ב, 1). שנית, כאשר נכתבה בחוזה במפורש התחייבות למכור, קיימת רק הדעה האמצעית, שזו היא התחייבות תקפה, שאינה מעבירה את הבעלות מיד (ורק לדעת קצות החושן, שאי אפשר למכור נכס מסוים, יש קושי בדבר). ראה דיון מפורט בעניין זה, לעיל, פרק חמישי[11], סעיף א, 5 וסעיף ה.

[10] ראה בספר תורת ריבית, פרק יב, סעיף כ, האוסר משום שנראה כריבית. ובספר של מכון כת"ר, עמ' 88, הערה 177, נאמר שתנאי כזה מותר ככל תנאי שבממון.

[11] בספר של מכון כת"ר, בעמ' 87, מובאת דרך נוספת: "הצדדים יקבעו כי הבעלות עוברת לשיעורים. כלומר, תמורת כל תשלום מקבל הקונה חלק פרופורציוני מן הבעלות על הדירה" (בהצעת נוסח של חוזה מכר, בעמ' 203, מובאת הדרך של "היתר עיסקא"). דרך זו פותרת גם את בעיית קנס פיגורים (ראה שם, עמ' 91); ואת בעיית הקבלן המוכר דירה שלא נבנתה עדיין, ובינתיים יש לו רק הקרקע, שבה לכאורה חסר ההיתר של "יש לו" או "יצא השער", אלא אם כן נאמר כי ההתחייבות עדיפה על פוסק על שער שבשוק, כמובא לעיל. אלא שדרך זו מעוררת קושי מכיוון אחר, והוא במקרה של אונסין, כמו שרפה של הבית, שאז גם הקונה נושא בנזק, ולכן הוא היה מעדיף את דרך ההתחייבות, שאז כל הסיכון בנזקים נופל על המוכר.

נספח שישי

שטר התחייבות לילד מאומץ

לסוגיית האימוץ הסדר חוקי, ולפיו ההורים המאמצים מתייחסים לילדיהם המאומצים כאילו היו ילדיהם הטבעיים. לפי ההלכה אין הדבר אפשרי, אך אפשר להסדיר את הזכויות הממוניות של הילדים על ידי התחייבות. כך ניתן להבטיח חיוב מזונות וירושה.

לא מצאתי דיונים רבים בשאלה זו, אף על פי שיש זוגות רבים של שומרי מצוות שמאמצים ילדים. לאחרונה דן בית הדין הרבני (תיק נג/172) בשאלת חיוב האב במזונות, אף על פי שלא התחייב להם במפורש, כי בטופס האימוץ לא נזכרת התחייבות זו. ראה לעיל, פרק יא, סעיף א, 2.

בשולי פסק הדין מביא הרב ש׳ דיכובסקי נוסח של התחייבות בשם הר״א גולדשמידט ז״ל בתיק מס׳ 3901 / תשי״ח[1], ואני מביא את עיקרי הנוסח הנ״ל (מודפס בהזחה) בתוספת הערותי:

> א. הריני מקנה בזה בקניין גמור, מהיום ושעה אחת לפני מיתתי, את כל רכושי — נכסי דניידי ודלא ניידי — הנמצא ברשותי, ושיהיה ברשותי שעה אחת לפני מיתתי לילדים וכו׳.

ויש לעיין בשאלה: כיצד הוא מקנה דבר שלא בא לעולם.

> ב. הריני מתחייב מעכשיו בשעבוד הגוף, בקניין גמור כדין, לתת לילדים הנ״ל בחלקים שווים את כל הרכוש, הן בנכסי דניידי והן בנכסי דלא ניידי, שיהיה לי שעה אחת לפני מיתתי.

כאן עולות שתי בעיות. ראשית, נכסים שיפלו לו לאחר מותו אינם בכלל, הן משום שלא כללם בהתחייבות, הן לפי דעת ״כנסת הגדולה״, שאין התחייבות על נכס מסוים חלה, אם נפל לו לאחר מותו[2].

שנית, לפי קצות החושן שאלה היא אם ניתן להתחייב על נכס מסוים[3]. לכן העצה היא להתחייב על ערך כספי, כאמור בסעיף ג, ולפי זה נראה שסעיפים א-ב מיותרים.

[1] פסק הדין של הרב ש׳ דיכובסקי, לאחר עיבודו כמאמר, ״חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים״, פורסם בתחומין טו (תשנ״ה), עמ׳ 278. נוסח התחייבות הנ״ל נמצא שם בעמ׳ 291. הנוסח הנ״ל פורסם גם בספרה של גב׳ נילי מימון, אימוץ ילדים, ירושלים, תשנ״ד, עמ׳ 657.

[2] ראה: לעיל, פרק חמישי, הערה 359; ופרק עשירי, הערה 128.

[3] ראה לעיל, פרק חמישי, הערה 367, ואם כי נוכחנו לראות כי רבו החולקים בעניין זה, הרי לכתחילה יש להעדיף נוסח אחר.

ג. הריני מתחייב בקניין לילדים הנ״ל, בחלקים שווים, בסכום כסף השווה בערך כל הנכסים שיהיו לי שעה אחת לפני מיתתי, מעות, מיטלטלין וקרקע, ולרבות חובות מהלוואות וכל חובות אחרים שיהיו חייבים לי אז, ולרבות נכסים שיפלו לי בירושה לאחר מיתתי.

אני מציע נוסח סטנדרטי לכל ילד בנפרד, ולשנות בהתאם: ״הריני מתחייב מעכשיו בשעבוד הגוף בקניין גמור כדין[4] לילד המאומץ סכום כסף בערך המגיע לחלק זכר שלם, מכלל הנכסים שיהיו לי וכו׳ (כנ״ל), ושעת הפירעון היא שעה לפני מיתתי״.

ד. הריני משאיר לעצמי את הזכות למכור לשאת ולתת ברכושי כל ימי חיי כפי רצוני, מבלי שהילדים הנ״ל יוכלו לעכב בעדי.

אם סעיף זה מכוון לנאמר בסעיף א, הרי בין כך ובין כך המתנה ניתנת כ״גוף מהיום ופירות לאחר מיתה״[5], ואין הבן יכול למכור את הרכוש ולסלק האב, אלא שאז גם האב אינו יכול למכור את הרכוש, אלא להשתמש בו, ולכן משאיר הוא לעצמו אפשרות זו. אך כבר אמרנו שעדיף לעשות כן כתנאי ולא כשיור[6].

אם הסעיף המשייר מכוון לנאמר בסעיפים ב-ג, לכאורה די לומר ששעת הפירעון היא שעה לפני מותו, לפי הנכסים שיהיו לו אז, ואם כן יכול בינתיים לעשות בהם כרצונו. אלא שכבר שנינו[7] ביחס לשטר חצי זכר, כי אסור להערים ולמעט את הרכוש שעתיד המקבל לקבל, ולכן יש להבטיח מראש אפשרות זו.

ה. הריני מתחייב לזון ולפרנס ולכלכל את הילדים הנ״ל לכל צרכיהם, לרבות הוצאות חינוך. התחייבות זו היא לכל אחד מהילדים הנ״ל עד שיתחתן[8]. התחייבות זו היא לכל זמן שהילדים... אצלי...

[4] מעיקר הדין מספיק לומר: ״הריני מתחייב...״ וכו׳, וממילא חייב מעכשיו בשעבוד הגוף והנכסים, וצריך לעשות קניין, ובין כך נאמר בסוף הנוסח שהוא מודה שעשה קניין, ראה להלן, ואין נוהגים להוסיף תוספות אלו אלא לרווחא דמילתא. מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א אכן הציע נוסח שיעקוף אפשרות ערעור על ההתחייבות, ע״י הודאה: ״אני הח״מ מודה בהודאה גמורה שהתחייבתי לפלוני סך בגודל חצי מהסכום (או כפי שירצה) שישאר לאחר פטירתי, ואני מודה שהתחייבתי בקניין המועיל בדין תורה מעכשיו. אכן זמן הפרעון הוא שעה אחת קודם פטירתי. וכל זה התחייבתי בכל חומר קניין ושטר...״
אכן כדי למנוע גם אפשרות ערעור על ההודאה, השארתי הנוסח דלהלן — גם נוסח התחייבות (סעיף א) וגם סעיף הודאה (בסוף השטר).

[5] וביתר דיוק, שעה לפני המיתה. אמנם בגמרא, בבא בתרא קלו ע״א, נאמר כי הפירות נקנות לאחר מיתה. וראה הערת מו״ר רז״נ גולדברג, להלן עמ׳ 528.

[6] ראה פרק עשירי, הערה 110. ואולי הזכות למכור ולשאת ולתת אינה סותרת ממש את המתנה, כמו הזכות לחזור בו, ואם כן ניתן לשיירה.

[7] ראה שו״ע, אה״ע, סימן קח, סעיף ג. סעיף זה בא למנוע גם אפשרות של בעל חוב לעכב את החייב מלהבריח נכסיו וכיוצא בזה — ראה שו״ע, חו״מ, סימן עג, סעיף י.

[8] ואם לא יתחתן? או שמא יתחתן בגיל 40? ומדוע לא יתחייב עד גיל 18, כמקובל לגבי בן

אני מציע להוסיף אחרי המילים "לרבות הוצאות חינוך" את המילים "כאילו היה בני", שאם לא כן יש מקום לחששו של ר' יוחנן בן מתיא (בבא מציעא פג ע"א)[9] בדבר שיעור החיוב.

ו. הריני מתחייב לחתן את הילדים הנ"ל, כאילו היו הילדים שלי.

התחייבות לחתן היא קניין דברים, ראה לעיל פרק שישי, סעיף ב, ויש להתחייב לשלם את הוצאות החתונה.

סעיפים ז-ח עוסקים בהליך המוקדם להליך האימוץ, כאשר הילדים נמסרים להורים המאמצים בינתיים במעמד של משפחה אומנת. סעיפים אלו יובאו בנוסח המתוקן להלן (סעיף ה).

על טופס ההתחייבות חתומה גם האם. לפי דין תורה, האם אינה חייבת במזונות ילדיה, אך היא רשאית להתחייב אם היא רוצה בכך. בזמן הנישואים אנו נכנסים לשאלת אחריות הבעל לחובות אשתו, ואין כאן המקום לדון בזה. אמנם אם יתגרשו או תתאלמן, תחויב גם היא במזונות הילדים, ויחול כאן דין של שניים שלוו (שו"ע, חו"מ, סימן עז).

עוד יש להעיר, כי לכאורה אפשר היה להציע כאן נוסח של שטר חצי זכר, שהובא בפרק עשירי לעיל, ולו רק כדי להתגבר על בעיית התחייבות בדבר שאינו קצוב, שלפי הרמב"ם (הלכות מכירה, יא, טז) אינה תופסת, כמובא לעיל בפרק רביעי. אלא ששתי תשובות בדבר: יש אומרים שאם יש תמורה, הרמב"ם מודה שההתחייבות חלה[10], וקבלת הבן המאומץ נחשבת כתמורה[11]; יכתוב המתחייב שהוא מקבל עליו את דעת הפוסק המקיים התחייבות זו[12].

מאידך גיסא, בשטר חצי זכר מתחלקים בירושה יורשים מן הדין ובת שאינה יורשת; ואילו בנידוננו אין צד שני המקבל חלק בירושה, אלא הילד המאומץ מקבל את הכול, ואין כאן צד שני להתנות עמו. אמנם אם יש גם ילד טבעי ניתן להסדיר את עניין הירושה בדרך של שטר זכר שלם, כפי שבואר לעיל בפרק עשירי, בעניין צוואות.

לאור האמור אני מציע את הנוסח המתוקן הבא:

טבעי? ואם כי בהלכה רבו הדיונים עד איזה גיל חייבים כיום, לאור תקנת הרבנות הראשית בנידון, אבל בהתחייבות יכול לקבל עליו כרצונו. ואיני רואה טעם לחייבו יותר מאשר בבן טבעי.

[9] גם לרשב"ג, החולק ואומר שהכול כמנהג המדינה, אין מנהג ברור באשר לרמת המזונות בסתם. אך כשמשווה אותו לבן שלו, יש כבר במה להיאחז.

[10] ראה משנה למלך על הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז, הובאו דבריו לעיל, פ"ד סעיף ה, 4 (הערה 135). וראה הערת מו"ר רז"נ גולדברג, להלן עמ' 528.

[11] ראה: פד"ר ג, 117; תחומין טו (תשנ"ה), עמ' 283.

[12] ראה הרב ע' בצרי, דיני ממונות, חלק שלישי, עמ' קפא. אמנם מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א אומר שיש לנסח קבלה כזו בלשון של התחייבות ממונית, כדי להמלט מבעיית קניין דברים. כלומר — "אני מתחייב לשלם כפי דעת הפוסק המקיים התחייבות זו", זולת אם נגדירו כאומר "נאמן עלי אבא", עיי"ש. ראה: הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", בתוך "מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה", ח"א, הוצאת מכון כת"ר, קדומים, תשנ"ו, עמ' 214.

שטר התחייבות

א. הריני מתחייב מעכשיו בקניין לילדי המאומץ סכום כסף בערך המגיע לבן זכר מכל הנכסים שיהיו לי שעה אחת לפני מיתתי, מעות, מיטלטלין וקרקע, ולרבות חובות מהלוואות וכל חובות אחרים שיהיו חייבים לי אז, ולרבות נכסים כנ״ל שיפלו לי בירושה לאחר מיתתי, ושעת הפירעון היא שעה לפני מיתתי.

ב. הריני משאיר לעצמי את הזכות למכור לשאת ולתת ברכושי כל ימי חיי כפי רצוני, מבלי שהילד הנ״ל יוכל לעכב בעדי.

ג. הריני מתחייב לזון, לפרנס ולכלכל את הילד הנ״ל לכל צרכיו, לרבות הוצאות חינוך, כאילו היה הילד שלי. התחייבות זו היא עד גיל 18. התחייבות זו תקפה כל זמן שהילד יהא אצלי או אצל אשתי/בעלי או בכל מקום אחר בהסכמתי.

ד. הריני מתחייב לשאת בהוצאות החתונה של הילד הנ״ל, כאילו היה הילד שלי.

ה. אם יישאר הילד אצלי על פי צו בית הדין עד שימלאו לו 18 שנה, ולא יינתן עד אותו הזמן צו בית הדין להוציא אותו מרשותי, ואם יינתן צו אימוץ על ידי בית הדין בתוך התקופה הזאת — אז אני מתחייב בהתחייבויות הנ״ל כלפיו. אולם אם יוצא הילד מרשותי על פי צו בית הדין בתוך התקופה הנ״ל, או שלא יינתן על ידי בית הדין צו אימוץ על הילד הנ״ל — אז איני מתחייב בהתחייבויות הנ״ל כלפיו.

הריני מתחייב לשלם כפי דעת הפוסק המקיים שטר התחייבות זה.

הריני מודה בזה שקיבלתי עליי בקניין, בדין המועיל, על כל אחד ואחד מארבעת סעיפי ההתחייבויות הנ״ל לחוד.

תאריך: _____

חתימת הבעל: _____

חתימת האישה: _____

נספח שביעי

שעבוד נכסים לפני שעבוד הגוף

(לפרק שני, סעיף ג, 3)

בפרק שני, סעיף ג, 3, הזכרנו אפשרות שעבוד נכסים לפני שעבוד הגוף. אפשרות זו באה ליישב כמה קשיים בסוגיות אחדות. נסקור סוגיות אלו, ונבחן אם חידוש זה הכרחי ליישוב הקשיים.

א. שעבוד נכסי השואל

בכתובות לד ע״ב מובאות שתי דעות באשר לזמן חלות שעבוד נכסי השואל. לאמור, השואל מחויב לשלם את דמי החפץ השאול, אם יאבד החפץ או ייאנס ולא יוכל להשיבו. ממתי משתעבדים הנכסים? רב פפא סבור שמשעת האונס הם משתעבדים, ולא קודם לכן. אך יש מי שחולק עליו, וסבור כי כבר משעת השאילה משתעבדים הנכסים לחיוב ההשבה.

הגמרא מביאה שתי מסקנות מחקירה זו: האחת, הייתה לו פרה שאולה וטבחה בשבת. אם נאמר כי החיוב של שואל, עליו ועל נכסיו, חל משעת אבדן הנכס השאול, היינו הטביחה, ולא קודם לכן, הרי הוא פטור, משום שבאותו מעשה של טביחה נתחייב גם מיתה, כמחלל שבת, ו״קם ליה בדרבה מיניה״[1]. אך אם נאמר כי החיוב חל משעת השאילה, הרי נשתעבדו הנכסים כבר לפני חיובו במיתה.

השנייה, שאל פרה ומת, והמשיכו בניו להשתמש בפרה בלא שידעו שהיא שאולה. מתה הפרה באונס — אין לבנים דין שואל, והם פטורים מדמי הפרה, שכן הם לא שאלו אותה. אך אם הניח להם אביהם קרקע — לדעה אחת גובים ממנה, כי הקרקע משתעבדת משעת משיכה כבר בחיי השואל; ולדעת רב פפא אין גובים ממנה, כי שעבוד הנכסים מתחיל משעת האונס, ואז כבר מת השואל.

הרבה מן הראשונים[2] פוסקים כדעת רב פפא, שרק משעת האונסין משתעבדים הנכסים. אך בדעת הרמב״ם יש סתירה: לעניין שואל שהחליט לגנוב את הפרה בשבת

[1] פירושו: אין מחייבין ממון מי שנתחייב מאותה עילת חיוב גם מיתה.

[2] ראה טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ שמא, סע׳ ד, ונושאי הכלים שם.

וטבחה, פסק כרב פפא[3], שהוא פטור. כלומר, רק משעת האונסין של הפרה (=הטביחה) נשתעבד, ואם כן נפטר מדין "קם ליה בדרבה מיניה". ואילו לעניין חיוב היורשים, פסק שלא כרב פפא[4], שהיורשים חייבים לשלם את הקרקע שירשו, כיוון שמשעת משיכה נשתעבד.

הכסף משנה (בהלכות שאלה ופיקדון שם) מתרץ כי לרמב"ם הייתה גרסה שונה בגמרא[5], שלא תלתה את שתי המסקנות הללו זו בזו. בסברה הוא מבחין בין חיוב בכוח, משעת המשיכה, שדי בו לעניין תחולת שעבוד הנכסים, לבין חיוב בפועל, שהוא הקובע לעניין "קם ליה בדרבה מיניה". ועדיין הדברים צריכים ביאור. אולם קודם לכן נביא עוד שתי סוגיות שמעוררות קושי דומה.

ב. שעבוד נכסי המזיק

הנימוקי יוסף אומר[6] כי מי שזרק חץ ומת לפני שפגע החץ בניזק, נשתעבדו הנכסים כבר בחייו, והניזק גובה מן היורשים. וקשה, הרי בשעת הנזק כבר מת המזיק[7]?

ג. שעבוד נכסים בפדיון הבן

קושי דומה קיים בעניין פדיון הבן, לפי הרמב"ם[8], מת האב בתוך שלושים יום מיום לידת הבן – משישלמו לבן שלושים יום, גובים חמישה סלעים מנכסי האב. והרי ביום החיוב מת מכבר?

נביא כעת שלושה הסברים, שהראשון שמהם נוגע לענייננו.

[3] הלכות גנבה, ג, ד.

[4] הלכות שאלה ופיקדון, א, ה.

[5] עיין דקדוקי סופרים השלם (הוצאת מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים תשל"ב) לכתובות שם. לבירור גרסה זו, ראה עוד: רא"ש רוזנטל, "עיונים בתולדות הנוסח של התלמוד הבבלי", ספר היובל לרב מ' ברויאר, ירושלים תשנ"ב, עמ' 571; ב' ליפשיץ, "מנוסחאות הגאונים ומפירושיהם", ספר היובל לרי"ד סולובייצ'יק, מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ד, עמ' תתרלו.

[6] ב"ק, פרק שני (דף י ע"א בדפי הרי"ף).

[7] קובץ שיעורים, לר' אלחנן וסרמן, ח"ב, סי' יא, מזכיר בהקשר זה דוגמה יותר מעשית: "מלשין שמסר חבירו לעכו"ם, והעכו"ם הפסיד להניזק אחר מיתת המסור... דחיובא דמסור הוא על שעת דיבורו".

[8] הלכות ביכורים, יא, כ.

ד. הסבר הפער שבין השעבוד לחיוב

1. שעבוד נכסים קודם

יש לחקור אם שעבוד הנכסים בא כתולדה משעבוד הגוף (החיוב האישי) או במקביל לו, כלומר שאותה סיבת חיוב מטילה את שני השעבודים כאחת. לפי גישה זו, ששעבוד הנכסים אינו תולדה, אפשר להוסיף ולומר שיש ששעבוד הנכסים אף יקדם לשעבוד הגוף. כך מסביר אחד מן האחרונים, ר׳ אלחנן וסרמן[9], את הסוגיות שנידונו לעיל. לפי הרמב״ם, משעת משיכת הפרה על ידי השואל, נשתעבדו הנכסים, ולכן ישלם מהם היורש, אף שהשואל מת לפני האונס. אבל שעבוד הגוף מתחיל רק משעת האונס, לכן הטובח את הפרה בשבת, פטור, כי בזמן חלות החיוב האישי נתחייב מיתה, ו״קם ליה בדרבה מיניה״[10].

כיוצא בזה לעניין מזיק. שעבוד הנכסים מתחיל עם פעולת הנזק, הלוא היא זריקת החץ, אבל שעבוד הגוף בא רק בשעת הנזק. וכן לעניין פדיון הבן, שעבוד הנכסים מתחיל מיד כשנולד הבן, אבל שעבוד הגוף חל רק אחר שיחיה הבן שלושים יום.

על הסבר זה יש לשאול: ראשית, כיצד זה נוצר שעבוד נכסים בלא חיוב אישי? ובפשטות יש לומר להפך — שהנכסים ערבים לחוב קיים, כנזכר לעיל[11]. כלומר, שעבוד הנכסים בא כתולדה משעבוד הגוף. ואם כי ראינו לעיל אפשרות להסביר את השעבוד מדין קניין לחצאין, ויש אומרים שנחלקו בזה אמוראים, על כל פנים, להלכה אין הכרח לראות בזה מחלוקת ביסודו של שעבוד הנכסים, שכן בגמרא ראיית שעבוד הנכסים כערב מופיעה — מפי רבא — בלא עוררין (ראה פרק שני, סעיף א, 4). אמנם לכאורה יש דעה כי שעבוד נכסים אינו בא כתולדה משעבוד הגוף, אלא במקביל לו, כדי להסביר את שעבוד ״דאיקני״ (ראה לעיל פרק חמישי, הערה 168) היינו כי מעיקר הדין שעבוד הנכסים מתחדש גם לאחר יצירת החיוב[12]. אולם יתכן לומר שגם שעבוד הגוף מתחדש, ושעבוד הנכסים בא כתולדה ממנו.

שנית, גם אם נקבל שיש מחלוקת בזה, מה טעם לומר ששעבוד הנכסים קודם לשעבוד הגוף? אם חיובו של השואל לא חל לפני האונסין, חיובו של המזיק לא חל לפני הנזק וחיובו של האב לא חל לפני מלאות לבן שלושים יום — מדוע שעבוד הנכסים חל בכל אלו?

שלישית, כיצד חל שעבוד הגוף? והלוא האדם כבר מת, ולכאורה יש כאן שעבוד נכסים בלא חיוב אישי כלל.

[9] קובץ שיעורים, ח״א, ב״ב, אות שפא.

[10] נראה שעדיין קרוב הוא לדרכו של הכסף משנה הנ״ל, שמבחין בין חיוב בכוח לבין חיוב בפועל.

[11] ראה בכורות מח ע״א, ולעיל פרק שני, סעיף א, 4.

[12] כך עולה מדברי המאירי, ב״ב קנז ע״א, ד״ה זה שאמרו במלוה. ראה גם תוס׳ בכורות מט ע״ב ד״ה ודידיה, ביחס לשעבוד נכסים של פדיון הבן: ״דכל שעתא ושעתא רכיב עליה חיוב פדיון״.

2. חיוב לאחר מיתה

על כורחך יש להוסיף ביאור המובא בדברי הר״א וסרמן (לעיל, הערה 7). אנו אמונים על הדעה כי ״במתים חופשי״ — מת פטור מן המצוות, ואין כל חובות או זכויות מיוחסות אליו. אבל לכמה מן האחרונים יש דעה אחרת בנידון: המת פטור מן המצוות ומן העברות, אבל אין לשלול ממנו לגמרי קניינים[13] וחיובים. ביחס לקניינים, הנה מצינו כי אף שעובר אינו יורש, כשנולד לאחר מות המוריש, הוא מוציא את הנכסים מידי מי שמחזיק בהם לכאורה כדין[14], ״וע״כ הענין דכיון דאיכא כבר סיבה בעולם דאפשר שירשו אותו בניו, נשארו למת הנכסים באופן שלא יזכו אחרים בהם זכו׳ גמורה״[15]. כלומר, עדיין המת שולט בנכסים במידה מסוימת.

וכן הוא הדבר לעניין חיובים. אם סיבת החיוב, ה״חיוב בכוח״ כלשון הכסף משנה (ליד ציון הערה 5), הייתה בחייו, כמו הזורק חץ ומת לפני שנפגע הניזק (ליד ציון הערה 6), הרי ״בשעה שנעשה ההיזק לאחר שמת, חל החיוב עליו ונתחייבו הנכסים״[16]. וכן לעניין פדיון הבן (ליד ציון הערה 8), כשמת האב תוך שלושים יום לבן, בהגיע יום השלושים, ״חשובין הנכסים עדיין בחזקת אביהם לענין שיחול עליהם שעבוד הבעל חוב״ (אבני נזר שם). וכן הוא לעניין השואל הפרה ומת (ליד ציון הערה 1), ״בהגיע האונס חל חיוב על האב שישתעבדו הנכסים״ (אבני נזר, שם), אם כי שוב צריך לומר כי לעניין ״קם ליה בדרבה מיניה״, החיוב בפועל קובע.

אמנם, אם נקבל הנחה זו, שאפשר בנסיבות כאלו להטיל חיובים על מת, אינני רואה צורך לחידוש שבהסבר הקודם, ששעבוד הנכסים אינו תולדת החיוב, אלא מקביל לחיוב הגוף ואף קודם לחיוב בפועל. אפשר לומר כי רק בשעת החיוב בפועל משתעבדים נכסי המת לחובו. בזה מובן יותר שיש הבדל בין יורש הנכס לבין לוקח (=קונה הנכס מחיים), שכן החיוב מוטל על נכסי המת כאילו הוא חי, וזה נוגע ליורש ולא ללוקח.

גם על הסבר זה יש להעיר שתי הערות: ראשית, קשה בסברה להבין כיצד אפשר להחיל חיוב אישי על מת; שנית, הסבר זה אינו תואם את דברי הר״ן[17], האומר שבמות החייב פקע גם החיוב האישי[18].

[13] אחד האחרונים, ר״י עטלינגר, שו״ת בניין ציון, סי׳ קע, טוען כי אסור להשתמש באיברי המת גם מדין גזלן. כלומר, יש למת בעלות בגופו לעניין ביזיונו!

[14] עיין: יבמות סז ע״א, ב״ב קמב ע״ב; טור ושו״ע, חו״מ, סי׳ רעו סע׳ ה וסי׳ רעז, סע׳ ה.

[15] ראה חידושי ר״ש שקופ, ב״ק, סי׳ א. ראייה זו הובאה גם בדברי האבני נזר וקובץ שיעורים, המובאים להלן. עוד מסביר בעל קובץ שעורים בדרך זו חיובו של קנס (כאונס ומפתה) המוטל על היורשים, אפילו מת החייב קודם העמדה בדין — עיין שם.

[16] ראה שו״ת אבני נזר, או״ח, סי׳ מח, אות י. ולשונו של קובץ שיעורים, שם: ״לו יצוייר שהמת עצמו יצטרך לנכסיו, הוא קודם לכל העומד במקומו, ומשו״ה בזרק חץ ומת גובין מהיורשין שצורך המת הוא לפרוע חובו״, ובתוך דבריו שם הוא מוסיף, כי אם יקום המת לתחייה, יטול נכסיו ממי שזכה בהם. וצריך עוד עיון. ואכמ״ל.

[17] ראה פרק שני, הערה 162.

[18] האבני נזר הרגיש בקושי זה, אלא שהוא טוען כי לרא״ש בכתובות, פ״ט, סי׳ י׳, דעה אחרת,

3. חיוב למפרע

בפשטות יש להסביר כי החיוב חל מחיים, ובתנאי שיקרה האירוע שקרה לאחר מות החייב. בשעת האירוע מתברר שהחיוב חל למפרע[19]. כלומר, משפגע החץ, נתחייב הזורק אותו, ונשתעבדו נכסיו למפרע, מעת זריקת החץ; וכן הוא לגבי חיוב האב בפדיון בנו. ויש להוסיף כי לדעת רוב הראשונים אין שום חיוב על האב לפדות את בנו לפני שלושים יום, ולכן האומר לכהן בתוך שלושים יום: הא לך חמישה סלעים לפדיון בני "מעכשיו ולאחר שלושים", אין בנו פדוי גם לא לאחר שלושים[20]. אמנם לדעת הרמב"ם, ל"תוך הזמן" יש מעמד ביניים. משנולד הבן כבר יש מעין חיוב בכוח, אך לא בפועל, ולכן "מעכשיו ולאחר שלושים" אינו ולא כלום. אבל נתן "עכשיו" בתוך שלושים, ואמר "לאחר שלושים", חל הפדיון לאחר שלושים, אף אם נתאכלו המעות בינתיים, כדעת רב, ולא כדעת שמואל המתייחס לזה "כדבר שלא בא לעולם"[21]. על כורחך נמצאת אומר שיש חיוב בכוח בעולם. לכן, גם אם מת האב בתוך שלושים, נשתעבדו הנכסים כאילו אמר "לאחר שלושים", שאז חל עליהם החיוב למפרע.

אמנם דווקא הקושי מן השואל פרה ומת עדיין אינו מיושב כל צורכו. שוב צריך לצעוד בדרכו של הכסף משנה, ולומר כי כאשר נאנסה הפרה לאחר מות השואל, הוברר למפרע שהחיוב "בכוח" של השואל חל משעת משיכה, ונשתעבדו הנכסים[22]. אך אם כן, מדוע לא נאמר כך גם ביחס לשואל שטבח את הפרה בשבת, היינו שכעת הוברר שהחיוב שהיה "בכוח" כבר התחיל בשעה המשיכה, ויתחייב גם בשבת? ובדוחק יש לומר, כי אותו חיוב בכוח די בו כדי לשעבד נכסים, לכשיתברר החיוב ולמפרע, אך אין די בו כדי להטיל חיוב במקום שיש "קם ליה בדרבה מיניה" בשעת ה"חיוב בפועל".

על שעת החיוב של השומר ושל נכסיו, ראה עוד לעיל, פרק שמיני.

ולפיה חיוב הגוף לא פקע, וכן פסק השו"ע, אה"ע, סי' קה, סע' ו; ש"ך, חו"מ, סי' סו, ס"ק פב – עיין שם. אף קובץ שיעורים, ח"ב, סי' יא, הרגיש בקושי זה, והוא מיישב את הר"ן לשיטתו, שלא כהבנת קצות החושן, סי' סו (נזכר בפרק שני, הערה 165) – עיין שם.

[19] דוגמה לחיוב "בכוח" שקיים עוד לפני הנזק, ראה בב"ק כו ע"ב – "מנא תבירא תבר". וראה עוד תוספות, ב"ק לג ע"ב, ד"ה איכא, ביחס לחיובו של שור תם, כי החיוב בשעת הנזק יחול למפרע לאחר העמדה לדין.

[20] ראה טור ושו"ע, יו"ד, סי' שה, סע' יג, ונושאי הכלים שם.

[21] ראה: רמב"ם, הלכות ביכורים, יא, כ; שו"ע, שם, סע' יג. אכן הרמ"א שם חולק על כך, ופוסק כשמואל, שכן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

[22] ראה ריטב"א, ב"מ צז ע"ב, ד"ה ש"מ, שמסביר בדרך זו את הדעה שמשעת משיכה משתעבד השומר. ולפ"ז הוא אומר כי ספק בחיוב הוא בגדר "איני יודע אם נתחייבתי ופטור", הובאו דבריו בקצות החושן, סי' שם, ס"ק ד. אמנם לעיל, פרק שמיני, סעיף ז, 3, ראינו כי יש חולקים וסבורים כי הוא בגדר "איני יודע אם פרעתיך", וחייב.

נספח שמיני

התחייבות בערבות לגוף

(לפרק שלישי, סעיף ב, 7)

בפרק השלישי הבאנו את הערבות כדוגמה להתחייבות. אולם ערבות מסוג מיוחד, ערבות לגוף — להתייצבות החייב בפני בעל דינו — עוררה קושי, וננסה להסבירה בגדרי התחייבות שומרים.

ערבות לגוף הייתה מוסד ידוע בזמן הקדום, והיא נזכרת כבר בתלמוד. הגמרא, ב״ב קעג ע״ב, הבינה תחילה את המשנה שם, שהתחייבות הערב היא בגדר ״גברא אשלימית לי גברא אשלימי לך״. ומסביר רשב״ם (ד״ה מאי): ״דלא מהני ערבות אלא להכי, שאם מת לוה או ברח, אז יפרע מן הערב. אך אם הלוה בפנינו בשעה שתובע מלוה את חובו, כיון שהעמידו ערב ללוה בפנינו, פטור״. אמנם הגמרא דוחה פרשנות זו, ומסביר רשב״ם (ד״ה דלא): ״שגם זה דבר שאינו הגון הוא לומר שלא יפרע מן הערב כלל. א״כ, מאי אהני ערבות? אלא ודאי להכי נכנס בערבות, שאם אין נכסים ללוה, שישלם לו ערב תחתיו את הממון״.

א. מחלוקת רמב״ם וראב״ד

עם זאת, מוסד זה של ערבות לגוף היה נפוץ בזמן הגאונים[1], ומשם הגיע אל הרמב״ם, אלא שבדרך כלל הוא התפרש כחיוב ממון, אם לא יצליח הערב להביא את החייב בפניו.

וזה לשון הרמב״ם, הלכות מלווה ולווה, כה, יד:

> מי שאמר לחבירו הלוהו ואני ערב לגופו של לוה הזה, לא ערב לעצמו של ממון, אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך. וכן אם אמר לו אחר שהלוהו ותבעו, הניחהו וכל זמן שתתבע אותו אביאנו לך, וקנו מידו על זה — אם לא יביא זה הלוה, יש מן הגאונים שהורה שהוא חייב לשלם, ויש מי שהורה שאפילו התנה עליו, ואמר אם

[1] ראה: ג׳ ליבזון, ״ערבות לגוף בספר הערבות לרשב״ח, בתשובות הגאונים, ברמב״ם ובספרות המוסלמית המקבילה״, שנתון המשפט העברי יג (תשמ״ז), עמ׳ 121.

לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם, הרי זה אסמכתא, ולא נשתעבד. ולזה דעתי נוטה.

הבעיה שהרמב"ם מתמודד עמה היא אם יש בחיוב זה אסמכתא אם לאו. אך גם בלא אסמכתא ברור שלא התחייב כי אם ממון, אף שלא נזכרה במפורש התחייבות לשלם. וזה לשון המגיד משנה: "אפילו לא אמר אם לא אביאנו אהיה חייב לשלם, סתמו כפירושו. והטעם, לפי שאין אדם מוציא דבריו לבטלה, ואם לא נתכוון לכך, מה היה הערבות ובמה יכריחנו מלוה להביאו? וכן מורה לשון רבינו"[2].

אלא שהשגת הראב"ד כאן צריכה עיון. וזה לשונו:

א"א דל (=טול) אסמכתא מהכא, שהרי סלקו אותה בגמרא, אלא אם אמר לו בשעת מתן מעות, הלוהו ואני ערב לך להביא בידך את גופו, ואם לא אוכל להביאו אשלם, לית ולית דיין שהוא חייב לשלם. ואם לא אמר לו כן, למה יתחייב ממון? אבל יש לומר שיביא גוף תחת גוף עד שיתפשר עמו.

אפשר להבין שהראב"ד אינו מקבל את סברת המגיד משנה, ש"סתמו כפירושו". אבל מה פשר ערבות לגוף? וכן שואל המגיד משנה: "ומה יעשה גוף הערב בב"ד? ולכשיהיה בב"ד ויאמר, איני יכול להביא הלוה, איזו כפיה יכפוהו ב"ד אם לא בתשלומין? היתפשו אותו ערב שיתפשר עם המלוה או יעמד שם לעולם? והיכן מצינו כפיה כזו?"

וכבר ראינו שאין אוסרין לווה שאין לו, וכמו שכתב המגיד משנה, הלכות מלווה ולווה, ב, א: "שלא מצינו בשום מקום חיוב גוף מחמת ממון". ואפילו קניין מפורש שייחבש בבית סוהר וכדומה, לרוב הדעות אינו מועיל[3].

בעל שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, ח"א, סי' מה, מקשה עוד, הרי התחייבות כזו היא בגדר קניין דברים: "לפמ"ש המהרי"ט (חו"מ, סי' פ), דחיוב על גופו בלי שעבוד נכסים הו"ל רק קנין דברים, ואם כן בנעשה ערב לגופו של לוה לבד שיביאנו, ואם לא יביאנו יהי' נפשו תחת נפשו, א"כ לא שייך בזה שום אחריות, דמה ישלם בעד הנפש של חבירו? וא"כ לא שייך שעבוד הגוף בלי אחריות...". ולכן הוא נדחק לומר שגם הראב"ד התכוון לשעבוד ממון, אם לא יביאנו, וזה רמוז במילים "עד שיתפשר עמו".

[2] וראה חידושי הריטב"א, ב"ב קעג ע"ב, על סוגיית הגמרא שהובאה לעיל: "ומ"מ נראה לכאורה שאם ערב לחבירו שיעמידנו בדין חייב בכך דאשתעבד, אבל לא כתב כך הרמב"ם והגאונים, שהיאך יכול לשעבד עצמו בדבר זה שאינו חיוב ממון?"

[3] ראה לעיל פרק שביעי, ליד ציון הערה 239. ואפילו אם יש מי שחולק על זאת, מדובר בהתחייבות לעבוד, אך לא בהתחייבות להיאסר.

ב. ערבות יהודה לבנימין

אלא שהוא מקשה מן הגמרא, ב״ב קעג ע״ב, ביחס לערבות של יהודה. לאחר שלמדנו בתחילת הסוגיה שם שאין ערבות לגוף כאמור, שואלת הגמרא: ״מנין לערב דמשתעבד? דכתיב: אנכי אערבנו מידי תבקשנו (בראשית מג, ט)״. וקשה, שהרי יהודה לא ערב לשלם, כי אם להחזיר את בנימין בשלום, ומה תוקף ערבות זו?

הגמרא דוחה מקור זה, שאין זו ערבות כי אם קבלנות, ולגרסת השאילתות[4] הדחייה היא, שיהודה עצמו הוא הלווה, ואינו ערב לאחר. אך עדיין קשה: מה פשר ערבות או התחייבות לגוף?

פירושים שונים נאמרו בזה[5], ונראה לי להציע, לפי גרסת השאלתות, שיש לפנינו חוזה שמירה: יהודה מתחייב לשמור על בנימין ולהשיבו לאביו. וזו כוונת הגמרא, שיהודה הוא כלווה המתחייב להשיב (הנער), ואין כאן עניין לערבות. ואם תאמר, היכן מצינו שמירה באדם בן חורין? דוגמה לדבר מצינו בתלמוד: ״השוכר את הפועל לשמור על הפרה [אדומה], לשמור על התינוק [שלא יטמא]״ (ב״מ נח ע״א).

המפרשים דנים בשאלה אם כל אדם הוקש לקרקע כמו עבד כנעני, ואין שמירה בקרקעות[6]. אבל כותב בעל פתחי חושן כי בשמירה על בן חורין, שאין בו צד עבדות, יש דיני שמירה לדעת רוב הפוסקים: ״וע״כ נראה שהשומר של האדם (כגון זקן או חולה) או על התינוק והוזק, חייב כשומר״[7]. וגם אם אין בו דיני שמירה שבתורה, הרי יכול אדם להתחייב בקניין לשמור, כמובא במסכת בבא מציעא, שם, ביחס להקדשות. וראה לעיל, סוף פרק שמיני.

דוגמה בפוסקים לאדם שמשמש נשוא השמירה מצינו בדיני שואל: ״מי ששולח חבירו בעסקיו ונתפס — י״א דאם הלך בשבילו בחנם, חייב לפדותו, דהוי ליה עליו כשואל, שחייב באונסין; ויש חולקין״ (רמ״א, חו״מ, סי׳ קעו, סע׳ מח).

אם כן, יהודה התחייב לשמור על בנימין, שנחשב כנער בעיני אביו. וכבר ראינו לעיל, פרק שמיני, כי להרבה דעות חוזה שמירה אינו רק חוזה ממון לשלם דמי נזק (כעין ביטוח), אלא גם מחייב לשמור. אם כן, גם אם יעקב לא היה חפץ בכסף במקרה של אבדן ״הפיקדון״, די היה לו בהתחייבות שקיבל עליו יהודה לשמרו. וכידוע, לפי חז״ל (מובא ברש״י על התורה שם), יהודה חיזק את דבריו כשנידה את עצמו משני עולמות, אם לא יביאנו הביתה[8].

[4] שאילתות, שאילתא לא, מובאת בגיליון על הש״ס שם.

[5] ראה ספרו של הרב ברוך כהנא, ערבות, בתוך סדרת ספרי חוק לישראל, בעריכת פרופ׳ נ׳ רקובר, ספרית המשפט העברי, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 432.

[6] עיין: ש״ך, חו״מ, סי׳ צה, ס״ק יח; קצות החושן, שם, ס״ק ו.

[7] פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק א, סע׳ כא (מט).

[8] ללא חיזוק זה, אפשר שיהודה היה נופל בגדר פועל בחנם, שיכול לחזור בו, לפי הרמ״א, חו״מ, סי׳ שלג, סעיף ה.

נספח תשיעי

ביאור ירושלמי בקידושין

(לפרק חמישי, סעיף ג, 7)

בפרק החמישי, סעיף ג, 7, עמדנו על דברי הירושלמי במסכת בבא מציעא (ה, א), בעניין "פוסק על שער שבשוק", ואמרנו כי דברי הירושלמי בקידושין צריכים בירור נפרד.

וזה לשון הירושלמי (קידושין ב, ה):

> רבי חייה בשם רבי יוחנן: בקידושי מלוה לחומרין ובקרקעות לא קנה, ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע. ביקש להעמיד לו מקחו, נישמעיניה מן הדא, והרי לך אצלי בהן יין ויין אין לו, הא אם יש לו יין הרי זה חייב. תני רבי חייא: אם יש לו יין, חייב ליתן לו.

בתחילה אומר הירושלמי כי מחילת מלווה אינה כמתן כסף, ולכן הקונה קרקע במלווה לא קנה, ובמיטלטלין אין דין "מי שפרע", ורק בקידושין החמירו, כי יש לחשוש לקידושי כסף[1].

השאלה אם ניתן להתייחס למחילת מלווה כמתן מעות נידונה בבבלי בסוגיות אחדות, כמבואר להלן. אך יש מן הראשונים שהביאו ראיה מירושלמי זה, שהמלווה אינו ככסף[2].

אולם המשך הירושלמי מעורר קושי, שכן לכאורה הוא סותר את האמור קודם. מתוך ראיית הירושלמי מהמשנה הראשונה של פרק איזהו נשך (בבא מציעא, פרק ה), נראה שהוא סובר כי מי שקונה מחברו יין ומשלם במחילת חוב חיטים, קנה את היין. משמע שאפשר לקנות במחילת חוב, בניגוד לאמור לעיל.

א. מוכר לעומת לוקח

הרשב"א, קידושין מז ע"ב, נזקק לשאלה זו, והוא מחלק בין מוכר ללוקח: הלוקח

[1] בבבלי, קידושין ו ע"ב, נאמר כי המקדש במלווה אינה מקודשת, וכן נפסק בשו"ע, אה"ע, סי' כח, סע' ז, ולא הובאה כלל דעת הירושלמי.

[2] ראה רמב"ן ורשב"א, קידושין מז ע"ב.

יכול לחזור בו בלא דין "מי שפרע"; אך המוכר אינו יכול לחזור בו כלל, ו"מלוה עדיפא מנתינת מעות, דלקנות במלוה מילתא דלא שכיחא היא, ומילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן"[3]. אלא שהוא עצמו מתקשה בפשר ההבחנה בין המוכר והלוקח, ונשאר בלא הסבר.

בין כך ובין כך סברה זו אמורה רק בדעת הירושלמי, והיא לא הובאה בבבלי, כך שגם לדעת הרשב"א אינה להלכה, ולעולם במלווה לא קנה, לא המוכר ולא הלוקח[4].

ב. היתר ריבית ללא חיוב משפטי

הר"ש ליברמן[5] מציע דרך אחרת. החלק השני שבירושלמי אינו עוסק בשאלת התוקף המשפטי של העסקה, כי אם בשאלת היתר העסקה משום ריבית. המשפט "הא אם יש לו יין הרי זה חייב", אינו מתפרש כחיוב לתת לו יין, אלא כהיתר: אם יתן לו, אין בזה ריבית[6].

הסבר זה דחוק בעיניי. ראשית, הסוגיה אינה עוסקת בריבית כלל, ובפשטות מדובר בקונה סחורה מיד תמורת מחילת המלווה. אם כן, מניין צצה שאלת הריבית? שנית, מה פשר דברי הברייתא בהמשך: "תני רבי חייא... חייב ליתן לו"? ודוחק לומר כי "חייב" משמעו "מותר".

ג. חוב הבא מחמת מכר

דרך שלישית עולה מדברי אחד ממפרשי הירושלמי. הראשונים מבחינים בין מלווה רגיל לבין חוב הבא מחמת מכר. מקור ההבחנה הוא בסוגיית התלמוד, ב"מ מו ע"ב, שנאמר בה כי ראובן קנה משמעון שור במשיכה ונתחייב במעות. אחר כך הסכימו שניהם שימכור ראובן לשמעון פרה בחובו. חוב זה, הבא מחמת מכר, אינו שכיח, ולכן קנה שמעון את הפרה, ואינם יכולים לחזור בם. כזכור, הרמב"ם למד מכאן שהמלווה דינו ככסף, ובמיטלטלין קנה ל"מי שפרע"; ומלווה מחמת מכר, שאינו שכיח, קונה

[3] לא ברור אם כוונת הרשב"א לכל מלווה או ל"מלווה מחמת מכר" (ראה להלן). מראה הפנים על הירושלמי שם מסביר את הרשב"א לפי האופן השני, ועדיין הדברים צריכים עיון.

[4] ראה רשב"א, ב"מ מח ע"א, ד"ה הא דאמר, כי מעות הלוואה אינן קונות. בהמשך דבריו שם הביא רק את הרישא של הירושלמי בקידושין, שהמלווה אינו קונה, גם לא ל"מי שפרע".

[5] ראה: מאמרו בספר יד רא"ם (קובץ לזכר א"מ ליפשיץ הי"ד, ירושלים, תשל"ה), עמ' 222; תוספתא כפשוטה לב"מ, ראש פרק ה; מבואו לירושלמי נזיקין, ע"פ כ"י אסקוריאל, שהו"ל פרופ' א"ש רוזנטל, עמ' כט.

[6] ראה לעיל, פרק חמישי, הערה 207, שכן סבור הראב"ד כי אין קשר בין תוקף העסקה לבין שאלת הריבית.

לגמרי[7]. הרמב"ן והרשב"א, הסבורים שהמלווה אינו קונה, מסבירים כי מדובר שם בהנאת מחילת מלווה, שדינה ככסף, וכשזה בא מחמת מכר, קנה לגמרי[8]. אם כן, אומר בעל "שיירי הקרבן" על הירושלמי, בקידושין שם, כי גם בנידוננו מדובר בחוב הבא מחמת מכר, שכן הקונה אינו משלם מעות עבור היין, אלא מוחל על חוב החיטים עבור היין, ובחוב הבא מחמת מכר, קנה. נמצא כי סתם מלווה אינה קונה אף ל"מי שפרע". אך חוב הבא מחמת מכר, קנה לגמרי.

גם על דרך זו יש לשאול: הסבר זה ניתן להיאמר ביחס ליין, אך מה לגבי החיטים עצמן, מדוע חייב להעמיד לו חיטים? הרי בב"מ סג ע"א מבואר כי גם את החיטים לקח בהלוואתו, והרי הלוואה זו לא באה מחמת מכר? בעל "שיירי הקרבן" אומר כי אכן את החיטים אינו חייב להעמיד לו, אך כשהמיר את החיטים ביין, הפכה זו למלווה מחמת מכר, שאינו דבר שכיח, וקנה.

ובעיניי הוא פלא משלושה טעמים: ראשית, אם עסקת היסוד לא תפסה כלל, ואינו חייב לו חיטים כלל, כיצד בהבל פה של המרת חיטים ליין, קנה את היין? על כורחך נמצאת אומר שהירושלמי יפרש, בניגוד לאמור בבבלי[9], כי את החיטים לא לקח בהלוואתו, כי אם בכסף. ואכן, ביחס לחיטים, ייתכן שאין לו, אלא שיצא השער, וניתן להשיגן. על כל פנים, לפי זה יוצא כי לירושלמי, בסתם מלווה אין לפסוק על פירות, אפילו כשיש לו, כי בסתם מלווה אין אפילו "מי שפרע".

שנית, "חוב הבא מחמת מכר" הוא כשראובן, הקונה, משך שור, והוא מתחייב במעות לשמעון, וכעת שמעון "משלם" בחוב זה עבור פרה. המגיד משנה[10] מטעים כי כעת יוצא לנו שחזור של קניין חליפין, כאשר משיכת השור מזכה את שמעון בפרה. אך בנידוננו לא משך הקונה דבר, כי אם שילם עבור חיטים, וכעת המוכר ממיר את החיטים ביין, והסבר המגיד משנה אינו שייך כאן. כמו כן קשה לראות בזה חוב שאינו שכיח.

שלישית, דין "חוב הבא מחמת מכר" בנוי על שתי הנחות. האחת, חוב קונה לעניין "מי שפרע", והשניה, אם אינו שכיח, קונה לגמרי. כך עולה מסוגיית ב"מ מו ע"ב, וזהו מקורו של הרמב"ם שהמלווה קונה לעניין "מי שפרע" כאמור לעיל. (הראשונים, החולקים, בין היתר על סמך הירושלמי בקידושין, וסבורים שהמלווה אינו כמעות כלל, מסבירים כי במסכת בבא מציעא שם מדובר בהנאת מחילת מלווה, שנחשבת ככסף).

[7] הלכות מכירה, ה, ד ו־ז, ד ומגיד משנה שם (לעיל, פרק חמישי, הערה 210).

[8] בחידושיהם לב"מ שם. דבריהם הובאו במגיד משנה על הרמב"ם, הלכות מכירה, ה, ד, הנזכר בהערה הקודמת.

[9] אכן רש"י, ב"מ סג ע"א, ד"ה ומאי, אומר כי גם הבבלי לא התכוון לפרש את המשנה בשלקח חיטים בהלוואתו, אלא במעות ממש. וכן יש מסבירים את דברי הירושלמי בב"מ, ה, א, כי שילם כסף על החיטים. ראה מהר"א פולדא, ורידב"ז על הירושלמי שם, ויפה עיניים לב"מ סב ע"ב, וכן דייקו מפירוש המשנה לרמב"ם, ב"מ, ה, א.

[10] המגיד משנה, בהלכות מכירה, ה, ד, מסביר כי כאשר אדם מוחל לחברו, מתברר שכאילו עסקת חליפין לפנינו, ומשיכת השור נחשבת עתה כחליפי קניין הפרה.

אבל כאן, בנידוננו, אין מדובר בהנאת מחילת מלווה, ואם כן כיצד ניתן לדלג על שלב, ולומר כי במלווה לא קנה כלל, ובחוב מחמת מכר, קנה. הרי אם מחילת חוב אינו כמתן מעות, מה נשתנה אם חוב זה בא מחמת מכר[11]?

ד. חוב שהוברר כקניין מעות

לכן נראה לי להציע דרך אחרת בביאור הירושלמי. הירושלמי קבע כי מחילת המלווה אינה כמתן כסף. אך הסתפק בנידון המשנה, שיש בו מצב מיוחד. ראובן שילם בעבור חיטים ולא קיבלן. כעת שמעון חייב לו חיטים, והוא מוכר לו בחוב זה יין. כאמור, אין זה "חוב מחמת מכר" רגיל, אך בכל זאת זהו חוב מיוחד. כאן העסקה התחילה במעות מכר, וכעת יש בה מימד של חוב, חוב חיטים של המוכר לקונה. האם כעת יש לפנינו חוב, ואינו קונה כלל? או שמא אפשר לומר שהמעות הראשונות שולמו עבור היין? אמנם המעות הראשונות הוצאו כביכול על חיטים, ולכן לא שייך לומר שיכול היה המוכר להשיג בהם יין. אך מאידך גיסא, אם יש לו יין, ניתן כעת לראות אותו כקנוי תמורת המעות. ותשובת הגמרא היא, שבמצב מיוחד זה, אכן קנה, אם כי עדיין יש לומר שקנה רק ל"מי שפרע", שכן סוף סוף יש כאן מתן מעות, ותו לא.

יתר על כן, נראה לומר שהירושלמי סבור כברייתא המובאת בבבלי (ב"מ סב ע"ב) כי במלווה אין היתר פסיקה, גם כשיש לו, ולכן רק משום שגם ביחס ליין קונות המעות הראשונות, על כל פנים ל"מי שפרע", יש היתר פסיקה, ואין בזה ריבית.

וראה זה מצאתי כי בשאלה זו של דרך קניין היין כאן, אומר הגר"א[12] שנחלק רש"י כנגד הרשב"א ועוד כמה מן הראשונים. לרש"י (ב"מ סג ע"א, ד"ה ומאי), הוא קונה את היין במלווה, אלא ש"מעמידין מלוה ע"ג פירות" (ב"מ שם) כשיש לו; ואילו לרשב"א[13], אין זה נחשב כמלווה, אלא אם כן זקף את חוב החיטים בהלוואה, ואחר כך רוצה לקנות בה יין, אך כשלא זקף בהלוואה יכול לפסוק גם כשאין לו, וכן פסק הרמ"א[14].

[11] אמנם בית יוסף, חו"מ, סי' קצט, מפרש בדרך זו את דעת הרא"ש, קידושין, פ"א, סי' ה (והב"ח שם דוחה דבריו). על כל פנים, גם לדעת בית יוסף, אין הדברים אמורים כי אם ב"חוב הבא מחמת מכר" ממש, שבו שייכת סברת המגיד משנה הנזכרת לעיל.

[12] בהגהותיו: לב"מ סב ע"ב; לשו"ע, יו"ד, סי' קעה, ס"ק י.

[13] אמנם הירושלמי עצמו, שמעמיד את המשנה באופן שאינו מלווה כאמור, סבור כי כשאין לו, אסור.

[14] יו"ד, סי' קעה, סעיף ו.

נספח עשירי

דעות חוקרים

ניתן לומר כי שאלת חפציותו של החיוב עומדת במרכז עיונם של הראשונים והאחרונים ושל מרבית החוקרים, כפי שנוכח לדעת הקורא בספר זה. ברם, נציין כאן בקצרה שני חוקרים שיש להם גישות מקוריות יוצאות דופן.

א. שלום אלבק

ש׳ אלבק כותב בהקדמה לספרו המסכם את גישתו[1], כי הנה ״נסתיים המחקר שהתחלתי בו בספרי הקודמים, שמטרתו היא ליתן ביאור מדעי מלא לכל דיני הממונות בתלמוד״.

בנידון דידן הוא עומד על הקושי שיש באי־הופעת המושג ״חוזה״ בדינינו, והוא מקדיש פרק שלם להצגת דעתו. ונצטט מדבריו שם:

> כל תנאי שבממון קיים, וכל התחייבות שאדם מתחייב מרצונו קיימת... מפני מה אין המושג ׳חוזה׳ ידוע במקורות המשפט התלמודי? התשובה האמיתית היא... איננה שהמושג הוא רחב מדי וחכמי התלמוד לא הגיעו לידי הכללה והפשטה כזאת, אלא שמושג זה של חוזה נכלל בתוך מושג כולל יותר... ׳קניין׳. (פרק ה, סעיף א).

וביאור הדברים הוא: אין אדם רוכש מרצונו זכות כלשהי, אלא אם כן עשה מעשה קניין. מעשה הקניין מביא את האדם לידי גמירות דעת, שהוא המושג המרכזי בדיני חוזים. אלא שאותו מעשה קניין מביא לגמירת דעת הן להקנאת חפצים הן לקביעת חיובים שהאדם מחייב את עצמו. ועוד אומר אלבק:

> נמצינו למדים שכל דיני החוזים הם חלק בלתי נפרד משאר הדינים של שינוי, קביעה או ביטול של זכויות מרצון, בין זכויות שבחיוב ובין זכויות בגוף הנכסים, וכולם מיוסדים על העקרון של גמירת הדעת האוביקטיבית... (פרק ה, סעיף ה).

[1] יסודות בדיני הממונות בתלמוד, הוצאת אוניברסיטת בר־אילן, תשנ״ד.

לכן החלוקה היסודית היא בין הדינים הנוגעים לשינוי המצב המשפטי על ידי קניין וגמירת דעת לבין תוכנן של הזכויות שבחיוב כשהן עומדות בלא שינוי, ששם חשוב הוא מושג הרשות (חזקה, פוסקיה). עד כאן תוכן דבריו.

ואולם עדיין שאלתנו שבפרק המבוא במקומה עומדת: מדוע אין בספרות ההלכתית דיון מרוכז בתוכנן של הזכויות שבחיוב כשהן עומדות בלא שינוי ובדרך עשייתן? אך בעיקר יש להשיג על הקביעה הגורפת שכל התחייבות תקפה, שכן קביעה זו עומדת לכאורה בסתירה לדין "קניין דברים", שנזכר לעיל. במקום אחר[2] מפרש אלבק את סוגיית קניין דברים באופן אחר: רוב בני האדם אינם גומרים דעתם האובייקטיבית לחלוקת חצר, אף שקיבלו על עצמם בקניין לעשות כן, ולכן החוזה בטל. ולא ידעתי, זאת מניין? ומדוע אין גומרים דעתם לחלוק חצר, האם זהו עניין היסטורי, מקומי?

אמנם בדורות האחרונים, כפי שרואה הקורא בין בתרי הספר, יש דעות המכירות בכוחה של התחייבות בכל דבר, כדברי אלבק, אם כי עדיין הן מסבירות שהחיוב אינו בנוי על הרצון בלבד, אלא הוא חל על גופו של המתחייב, כמבואר באריכות בפרק הסיכום.

ב. ברכיהו ליפשיץ

ב' ליפשיץ זיכה אותנו בספרים ומאמרים מיוחדים בנושא החיוב והקניין[3]. בעניין ההתחייבות הוא מצביע על שתי גישות שונות: האחת, מיוחסת לגאונים עד הרמב"ם; והשנייה, העומדת במרכזו של ספר זה, מקובלת אצל הראשונים מהרמב"ן ובעלי התוספות. והנה מקצת מדבריו[4]:

> הבטחה לעשיית מעשה בעתיד איננה בת־אכיפה במשפט העברי. "לעשיית מעשה" — כל מעשה, ואף מתן של כסף בכלל מעשה הוא. על שני מסלולים נפרדים נעה לה הלכה זו בתורתם של האמוראים, של הגאונים ושל הראשונים, והשוני שבדרך הוביל ליעדים נבדלים.
>
> דעתו של רבא היא, וכמותו פסקו הגאונים והרמב"ם, שהבטחה אינה בת־תוקף בגלל היותה מעשה קניין, המכוון לחולל תוצאות קנייניות בעתיד, ולא לסיום הפעולה המשפטית מיד בהווה. הטעם לכך איננו נעוץ בהעדרה של סמיכות הדעת הנחוצה לעריכתה של עיסקה עתידית, אלא בעמדה עקרונית של השיטה המשפטית, שקשה לדעת טעמיה...

[2] בספרו: דיני הממונות בתלמוד, תל־אביב, תשל"ו, עמ' 314.

[3] ראה ספריו: אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי; עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות; ומאמריו: "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", שנתון המשפט העברי, יג (תשמ"ז) עמ' 185; "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה", משפטים כה (תשנ"ה), עמ' 161.

[4] עובד וקבלן, בין קניין לבין התחייבות, עמ' 24.

כיצד מתגברים על קושי ניכר זה? על־ידי עיגונה של העיסקה בהווה. אין העיסקה צריכה להשתכלל כולה בהווה, ובלבד שתהיה לה התחלה על־ידי עריכתה "מעכשיו". כך הוא בעיסקה שתכליתה קניינית, שבה אפשר להתחיל כבר עתה אף שסיומה יהא "לאחר זמן", בין שזמן זה קצוב מראש ובין שהוא תלוי במעשה אחר. ואילו להתחייבות לשלם סכום של כסף אפשר לתת תוקף על־ידי העשותו של המתחייב ל"חייב" כבר עכשיו. "מעמד" זה, כביכול, של "היות חייב" מחולל את התוצאה של חובת פרעון החוב.

הדרך להעשות ל"חייב" היא על־ידי שהאדם "משעבד עצמו". המאפיין את השיעבוד הוא בהיותו מיידי, ובכך הוא עונה על הדרישה שהמעשה יהיה "מעכשיו".

בהמשך דבריו הוא מסביר כי שעבוד זה יכול להיעשות בדרכים שונות — שטר, הודאה בפני עדים, קניין סודר או במקרים מיוחדים של קבלת הנאה ("בההיא הנאה"). ברם, אף בקניין סודר, שהוא הקניין המצוי, אין תוקף להתחייבות עתידית, שכן זו עדיין בגדר הבטחה בעלמא. גם כשאדם משעבד את עצמו עכשיו, יש הגבלה, והיא שתהיה אפשרית גם דרך הקניין הרגילה להשגת אותה תוצאה, לכן אי־אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, גם לא בדרך השעבוד. גם סוגיית קניין דברים מתפרשת לא כקניין על דברים אלא כקניין שהוא דברים, הבטחה, והוא עניינו של אסמכתא.

עד כאן תוכן דבריו. לפי זה המושגים קניין דברים ואסמכתא הם חופפים. לחפיפה זו אין רמז בגמרא וצריך ראיות טובות כדי לאששה. אף אנו, לעיל, בפרק הרביעי, הצבענו על העובדה שלרי"ף וסיעתו יש שיטה נפרדת מזו של רוב הראשונים, השוללת התחייבות עתידית, אך לא ירדנו לסוף דעתה. ב' ליפשיץ דן באריכות בשיטה זו, מקורותיה וגלגוליה מן הגמרא ודרך הגאונים, וקושר אותה למושג אסמכתא, כאמור.

אמנם הוא מודה ששיטה זו נדחתה מפני השנייה, המקובלת אצל הראשונים החל ברמב"ן ובעלי התוספות, המכירה בהתחייבות אישית עתידית. אני מקווה שבע"ה אדון בדבריו בהזדמנות אחרת. אכן ידיו רב לו גם בהצגת השיטה השנייה, ואמנם נעזרתי בדבריו, כפי שיראה המעיין.

לסיכום, נציין כי במוקד דיונם של שני החוקרים הללו עומד התלמוד, כפי הבנתם; ואילו במוקד ספרי זה עומד התלמוד כפי שנתבאר על ידי ע"י הראשונים, האחרונים והפוסקים, שהם נציגיה המוסמכים של גישת המשפט העברי.

נספח אחד־עשר

היבט השוואתי

א. המשפט העברי לעומת הגישות המקובלות

מחקר השוואתי בין שיטות משפט שונות הוא עניין נכבד לעצמו, ולא ארשה לעצמי אלא הערה אחת כללית. בשיטת המשפט הרומית ואחר כך גם האנגלית, אנו מוצאים תהליך של מעבר מחוזים לחוזה. מן הפרטים — סוגי חוזים שונים — התפתח במשך הזמן הכלל Pacta sunt servanda (הסכמה היא חובה)[1]. במשפט האנגלי נקבע כי מפגש הרצונות יוצר חוזה[2]. מכאן שההסכמה, הרצון להתחייב, היא הבסיס הבלעדי של החוזה, אם כי יש צורך שהסכמה זו תובע באופן שתוכח גמירת דעת שלמה להתחייב. כך, למשל, המשפט הרומי דורש "קאוזה", והמשפט האנגלי דורש תמורה שתעיד על רצינות ההסכמה. אף המשפט הישראלי כיום[3] הולך בדרך זו, והוא מבסס את החוזה על גמירת דעת להתחייב, אם כי אינו מצריך תמורה. העולה מן האמור הוא, שהחוזה מבטא יחס אישי הבנוי על רצון הצדדים בלבד.

לא כך היא דרכו של המשפט המוסלמי, שיש לו גישה חפצית לחוזה. עובדה זו ניכרת אפילו במג'לה העוסקת בחוזים שונים, ולא בסתם חוזה. סעיף 64 לחוק הפרוצדורה העותומנית בא למלא "חלל" זה, ולאפשר למשל עריכת חוזה על דבר שלא בא לעולם. ספק אם המשפט המוסלמי מכיר בכלל בהבחנה בין חיוב וזכות אובליגטוריים לזכות קניינית[4].

כפי שראינו במהלך דברינו, המשפט העברי עומד בתווך בין שתי הגישות הללו. אולם אפשר לראות חילוקי דעות בראשונים הנוטים — כל אחד לשיטתו — לאחד מכיוונים אלו.

[1] ראה ספרו של פרופ' פוקרובסקי, המשפט הרומאי, בתרגומו של א' ליטאי, ירושלים תרפ"ח, פרק ח, ושם בעמ' 328. וראה עוד לעיל, פרק שלושה־עשר, הערה 26.

[2] על התפתחות החוזה במשפט האנגלי, ראה: Cheshire, Fifoot's and Furmston's Law of Contract, 13th ed., London, 1996, chap. 1.

[3] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיפים 1, 2, 5.

[4] ראה בהוצאה החדשה של האנציקלופדיה של האיסלאם, במהדורה האנגלית, כרך ב, 1965, ערך Dhimma, הובא במאמרו של ד"ר י' מירון, "נקודות מגע בין המשפט העברי לבין המשפט המוסלמי", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 343, 348.

ניתן לומר כי אצל הגאונים, הרי״ף, הר״י מיגאש והרמב״ם, שחיו בצל עולם מוסלמי, יש ראיות לגישה החפצית; ואילו חכמי המערב, בעלי התוספות ואחר כך גם הרמב״ן ותלמידיו, קרובים יותר לגישה האישית, כנזכר לעיל (ראה בעיקר בפרק הרביעי).

ב. שימוש במושגים מן המשפט המוסלמי

נעמוד כעת על הדמיון למשפט המוסלמי. על נקודות מגע בין המשפט העברי והמשפט המוסלמי עמד ד״ר י׳ מירון[5], ונצטט כאן מדבריו ביחס לחוזים: ״אפילו תורת החוזה המוסלמית... מתקרבת לעניות דעתי אל תורת החוזה העברית על־ידי האובייקטיביזם שלה. החיוב מתבצע ישירות בנכסיו של החייב, כעקרון. קביעה זו המתייחסת לחיוב במשפט המוסלמי, נכונה באותה מידה גם ביחס לחיוב במשפט העברי, כי הן במשפט העברי והן במשפט המוסלמי, האדם הנושא בעול החיוב הוא רק גורם משני״.

מחבר המאמר מסתמך גם על אי־מאסר החייב במשפט העברי, ועמדנו על כך לעיל, בפרק השני. בהמשך דבריו הוא עומד גם על מחלוקת הרמב״ם והראב״ד ביחס להתחייבות למזונות שנידונה בפרק הרביעי. כזכור, הרמב״ם פוסק — על פי רבותיו, הרי״ף והר״י מיגאש — שאין להתחייבות תוקף; ואילו הראב״ד ורוב חכמי ההלכה חולקים עליו. אומר ד״ר מירון: ״הכלל המשפטי המובא ע״י הרמב״ם בשם רבותיו משקף ללא ספק נוהג נפוץ במזרח המוסלמי, בפרט בעיראק. המשפט המוסלמי מוכיח זאת. אין לצפות מיהודים בצרפת כמו הראב״ד ורבי וידאל מטולוז (=המגיד משנה) שיכירו נוהג משפטי בארץ כה רחוקה״.

עד כאן דבריו של ד״ר מירון. על כך יש להעיר, למען הדיוק, כי אין השוואה זו תופסת ביחס למשפט העברי בכלל, אלא ביחס לאסכולה הספרדית בלבד. ואכן הוא מסתמך על הגאונים, הרי״ף, הר״י מיגאש והרמב״ם. אך תמונה שונה מתקבלת מדברי ראשונים אחרים, בעיקר אשכנזים, וכן מדברי אחרונים, כפי שעולה מדברינו עד כה. על כל פנים, ביחס לאותה אסכולה ספרדית קדומה של הרי״ף וסיעתו, אפשר להביא חיזוק לדמיון השיטות מדברי אותם ראשונים עצמם ביחס למגבלות חוזיות שעמדו במרכז דיוננו.

הרי״ף[6] מסביר מדוע אין לתת דבר שאין בו ממש, כדירת בית, כפי שהבאנוהו בפרק השישי, סעיף ד, וזה לשונו (בתרגום לעברית): ״אבל אם נתן לה דירה [סתם], ולא נתן לה בית שתדור בו, לא מהני מידי, לפי שהדירה היא מקרה מן המקרים, ועל ידי

[5] ראה בהערה הקודמת.

[6] תשובות גאונים (הרכבי), סי׳ תפט, עמ׳ 333, המוסגר שם. וכבר העיר הרכבי שם, שהפסקה המצוטטת כאן נשמטה מאותה תשובה שנדפסה בשו״ת הרי״ף (מהדורת לייטר), סי׳ יד.

המקרים לא נקנה במתנה העצם שהמקרים חלים עליו". כיוצא בזה מסביר הרי"ף[7] את טעם הגמרא, מדוע אין מטבע נקנה בחליפין (ב"מ מה ע"ב), "דדעתיה אצורתא, וצורתא עבידא דבטלא". כמה הסברים נאמרו בזה. אבל הרי"ף אומר: "מפני שהצורה לא יתכן להקנותה, כי נטילתה אינה אפשרית אלא עם בטולה, שכן הצורה בדינר [היא] "מקרה" ב"עצם", ולא תתכן העברתה ממנו אלא בבטולה".

המושגים "מקרה" ו"עצם" לקוחים מן המשפט המוסלמי[8], כפי שעולה מדברי הר"י מיגאש. וכך מסביר הר"י מיגאש[9] אותו עניין של בטלות מתנת דירת בית: "דבר שאין בו ממש ואין לו גוף מצוי בעולם הוא, דהוה ליה כקנין דברים, שהרי הקנין לא היה בגוף הבית, ולא בגוף הדקל... והאכילה והדירה מעשה הם, ואינם דבר שיש להם ממש ולא גוף מצוי בעולם כדי שיהו בתורת הקנאה. וזהו שמחלקין בו חכמי האומות בין אל גוה"ר ואל ער"ץ כי הוא חשבון העצם והמקרה...". כיוצא בזה אומר הר"י מיגאש בתשובה[10] על חוזה נישואין שהוא קניין דברים, "לפי שהקנין אינו מועיל אלא בכל דבר שיש בו עצם, לא (כצ"ל) בפעולות שהם מקרים ואין להם עצם". וכן אומר בעל פירוש קדמון לבבא בתרא בסוגיית דבר שאין בו ממש[11]: "שאין כאן גוף מצוי כלל, והגופות הוא שנקנין, אבל המאורעות אינן נקנין, ובלשון ישמעאל קורין לעצם אל גוהר ולמאורע אל ערץ".

העולה מן האמור עד כה, כי לא רק דמיון לפנינו, אלא המפרשים הספרדים נעזרו במושגים משפטיים מוסלמיים כדי להסביר את דין הגמרא על דבר שאין בו ממש וקניין דברים[12].

מאידך, התוספות בכתובות (נד ע"ב) וסיעתם קרובים יותר לגישה המערבית העוברת מחוזים לחוזה, כאמור. עדיין אין זה אומר שההסכמה היא בסיסו הבלעדי של החוזה, אך אצל האחרונים נמצא כבר דעות הרואות את החוזה כמיוסד על בסיס אישי כאשר ניתן להתחייב על כל דבר, כאמור לעיל (ראה בעיקר בפרק השישי ובפרק התשיעי).

[7] ראה שו"ת הרי"ף מכי"ק, הוצאת הרב ד"צ רוטשטיין, סי' טז והערותיו שם.

[8] המושגים עצם ומקרה מופיעים לרוב בספרות הפילוסופית של ימי הבינים. ראה מורה נבוכים לרמב"ם, ח"א פרק עג, ובדברי המתרגמים והמהדירים השונים (מהדורת אבן־שמואל, ירושלים, תשמ"ו; מהדורת ר"י קאפח, ירושלים, תשנ"ו; מהדורת מ' שוורץ, ת"א, תשנ"ז). ומן הפילוסופיה הועברו המושגים לעולם המשפט, ואין כאן המקום להאריך. וראה עוד מאמרו של י' ברנד, "עיסקה בדבר שאין בו ממש – מפילוסופיה למשפט", שנתון המשפט העברי כא (תשנ"ח־תש"ס).

[9] שיטה מקובצת, בבא בתרא קמז ע"ב (בשיור שטמ"ק), ד"ה אמר הכא.

[10] סי' קלה, לפי כ"י ששון 593, עמ' 238. ראה לעיל, פרק שישי, הערה 21.

[11] פירוש קדמון לבבא בתרא, הוצאת ר"מ הרשלר, ירושלים תשל"א, קמז ע"ב. בשנת תשמ"ט חזר והדפיס פירוש זה על שם רבינו ישמעאל בן חכמון, מחכמי מצרים, כנראה מבית מדרשו של הרמב"ם. עיין שם בהקדמת המו"ל.

[12] ברור שאין כוונתי למצות את השווה והשונה. כך, למשל, אין להשוות את היחס לעבדות בין שתי השיטות, ואין כאן מקום לדון בזה.

נספח שנים־עשר

קבלה בפני בית דין

בפרק אחד־עשר, סעיף ב, 4, הבאנו את דין "דבר הנעשה ברבים". לאמר, דברי הקהל אינם צריכים קניין, שכן אנו מדמים את הקהל לבית דין, ולכן החלטת טובי העיר מחייבת כמו פסק דין. הרמ"א מזכיר חידוש זה בסי' כב, בעניין קבלת קרוב או פסול לעד או לדיין. על דברי השו"ע שם, בסע' א: "נגמר הדין, אינו יכול לחזור בו, והוא שלא נודע שטעו", מוסיף הרמ"א: "מיהו אם היו... טובי העיר, לא יכול לחזור בו, כי כן נוהגים שכל שאדם מקבל לפני ראשי העיר, שלא יוכל לחזור בו". ומסביר שם הסמ"ע, ס"ק יב, שכן הוא הדבר הן ביחס לטעות הן ביחס לאי־הצורך בקניין. אך דברי הש"ך שם ס"ק יב, צ"ע: "וה"ה דא"צ קניין... שכל דבר הנעשה בפני ג' טובי בעיר א"צ קניין... ולפ"ז אפילו קודם גמ"ד אינו יכול לחזור בו... ודוקא ג' טובי העיר. אבל ג' דיינים לא, וכמ"ש לעיל ס"ק א, בפני ב"ד לא מהני עד שיגמר הדין". וקשה, אם כוח שלושה טובי העיר נובע ממעמדם כבית דין, מדוע בית דין עצמו פחות מהם?

ואולי יש ליישב ולומר, כי בסי' כב מדובר באותו עניין שדנו בו בית דין, ואז הקבלה בפניו אינה סופית בדעת הצדדים לסכסוך, כל זמן שלא נגמר הדין או נעשה קניין. אבל בית דין קבוע בעיר יכול לתפקד גם כסמכות מחוקקת או מבצעת ברמה מסוימת כמו טובי העיר, ואם יקבלו בפניהם הצדדים לסכסוך קרוב כדיין או כעד בבית דין אחר, לא יוכלו לחזור בהם. ואולם בטובי העיר מדובר בהסכם שעשה היחיד עמם, לא בקבלת קרוב או פסול. אך ייתכן שאפילו אם קיבל עליו את טובי העיר שהם קרוביו ככשרים, שיועיל הדבר. דווקא מתוך החידוש שבמעמדם, כוחם כבית דין, אין הפרדה בשאלת תפקודם, ולכן נחשבת קבלתם ככשרים לדון כקבלה בפני רבים בלא זכות חזרה, בניגוד לקבלת בית דין. בקצרה, אין לקהל מעמד של שופט בלבד, שכן כוחו לדון נובע מסמכות השררה שבו, ואילו בית דין יכול להופיע הן כבית דין שופט הן כבית דין בעל סמכות ציבורית במידה ידועה, כאמור.

המרדכי, בסוף ב"מ (סי' תנח), שנטלנו ממנו את דין "דבר הנעשה ברבים", מסתמך בין היתר על ערב בבית דין אפילו לאחר מתן מעות, שאינו צריך קניין (ב"ב קעו ע"ב). ואפשר שהוא חולק על הרמב"ם, הלכות מלוה ולווה כה, א, המצמצם דין זה למקרה שרצו בית דין לגבות החוב, וסמכו עליו[1]. אך לפי המרדכי די בקבלה בפני בית דין, וכן משמע מדבריו בב"מ סי' שלד. אולם הרמ"א, חו"מ, סי' קכט, סע' א, לא העיר דבר על השו"ע שם ההולך בעקבות הרמב"ם. והדברים צריכים עיון.

[1] אמנם גם לרמב"ם יש ערך לקבלה בפני בית דין, אך לא במשמעות של תחליף לקניין. ראה הלכות ביאת המקדש ו, ט. דבריו הובאו לעיל, פרק יא, הערה 148.

הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג[1]

הערות לפרק שני

עמ׳ 19, הערה 16: ״ולדעת רבא מכאן ולהבא הוא גובה ורק בשעת הגבייה קא קני״ וכו׳. נראה שיש להביא כאן מה שכתבו התוספות, ב״ב עו ע״ב, ד״ה קני, וז״ל: ״וי״ל דכמו שאינו יכול להקדישו, כדמוכח בפרק כל שעה, כיון שהקרקעות אינם ברשותו, כך אינו יכול להקנותן מן התורה״. והטעם שהשעבוד אינו ברשותו הוא משום שביד הלווה לשלם חובו, ויפקיע שעבודו על הקרקע, וכל שאין אפשרות לאדם לקבל את שלו נחשב אינו ברשותו, והרי זה כגזלו מאדם קרקע, ואין לו אפשרות להוציאה בדיינים, כגון שאין לו עדות, אינו יכול להקדישה, שכן אינה ברשותו (ב״מ ז ע״א). ולפי זה נראה שאביי, שסובר למפרע הוא גובה, אין כוונתו שנהיה השדה של המלוה משעת הלואה, שא״כ איך הלווה אוכל פירות. אלא שסובר אביי שכל שבסוף לא שילם הלווה, וגבה המלוה השדה המשועבדת לו, איגלאי מילתא שהיה יכול למכור השעבוד שיש למלוה על הקרקע. ואף שיש ללווה אפשרות לסלק המלוה, מ״מ נחשב ברשותו, ויכול להקדישו ולמוכרו. וגם רבא מודה לאביי בנכס שאין הלווה יכול לסלקו במעות. עיין קצות החושן, סי׳ רמא, ס״ק ט, גבי מתנה ע״מ להחזיר, אם לא התנה תנאי כפול.

עמ׳ 20: ״אך אף לדעה השנייה, יש כאמור שיעבוד דרבנן בחיובים שיש להם קול כמלוה בשטר״. האמת, שגם במלוה ע״פ יש תקנת חכמים לגבות מיורשים, כדי שלא תנעול דלת בפני לווין. אכן, מה שגובין מיורשים, לדעה זו, אינו מכח שעבוד דרבנן, אלא שחכמים תקנו שכמו שהלווה עצמו משלם מחמת המצוה, כך מצוה על היורשים לשלם חובת אביהם, ולא מטעם שעבוד. ולכן סובר רב פפא שיתומים קטנים, כיון שהם פטורים מהמצוות, אינם חייבין לשלם חובות אביהם. ודעת רב הונא בריה דר״י בערכין כב ע״א, שיש שעבוד על היורשים. ויש אומרים שסובר שעבודא דאורייתא, והש״ך, בסי׳ לט, ס״ק ב, דעתו, שלרב הונא שעבוד דרבנן, עיין שם בש״ך ובקצות החושן ס״ק א ובנתיבות המשפט ס״ק ב.

עמ׳ 22, הערה 29: הביא דעת קצות החושן, שמן התורה מיטלטלים משתעבדים. קשה מהגמרא, ב״מ קטו ע״א, שלכן לוקחים משכון, כדי שלא ייעשו מיטלטלין אצל בניו. ושם באו ליישב למה לוקחין משכון מן התורה[2]. ואולי עיקר התירוץ שם הוא מה שנאמר קודם לכן, שלוקחין משכון כדי שלא ישמיטנו שביעית, ומה שהוסיפו גם שלא ייעשו מיטלטלים אצל בניו, זה אמרו לאחר תקנת חכמים.

[1] הוספתי הערות הבהרה ספורות בתחתית הדף — א״ו.

[2] ראה מנחת חינוך, שנזכר בפרק שני, הערה 32.

הערות לפרק שישי

עמ׳ 195: ״מדברי התשב״ץ משמע שגם אם קיבל עליו להינשא, אינו כלום, ׳שאין זה ממון שתזכה בו׳״. יש לעיין למה לא ייחשב הקניין או אפילו הבטחה בלי קניין, שלא ישא אשה על אשתו, כמקום אשר אין נוהגים לישא שתי נשים, שאז מהדין אסור לישא אשה אחרת, כחמר ונעשה גמל. וראה שו״ע, אה״ע, סי׳ עו, ה ובב״ש שם ס״ק ח. וצ״ע.

עמ׳ 199, הערה 56: ״ואם לא תאמר כן, נמצאת מבטל דין מחילה בדבר שלא בא לעולם, שהרי לאחר היווצרות החוב, או הנישואין בנידון דידן, אין החייב צריך להוציא מן המוחל, אלא להיפטר מחובו. אם כן, לעולם הוא בחזקת תופס״. ואינו מוכרח, שמדובר שמוחל דבר שלא בא לעולם, וחזר בו מהמחילה עוד לפני שחל החוב, כגון מוחל קנס לפני שעמד בדין, שהביא הר״ן כתובות יד ע״א בדפי הרי״ף, גבי מפותה ויתומה. אבל אם בא לחזור אחר שחל החוב, אינו יכול לחזור בו. ועיין בתוספות כתובות נו ע״ב, שהקשו למה קרע כסותי והיפטר פטור, הרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה. ותירצו, שהוא מוחל לו על מה שיתחייב מדין מזיק. וקשה, הרי מחל על דבר שלא בא לעולם, ובהכרח כיוון שלא חזר בו עד אחר שקרע, לכן מועיל מחילתו. אמנם יש לדחות, שקושיית התוספות על כורחנו היא לר׳ מאיר, שהרי לר׳ יהודה מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים. וממילא תירוצם שמחל הוא גם כן לר׳ מאיר, ור׳ מאיר הרי סובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אמנם נראה, שאם מחלה האשה על חיובי בעלה לאחר ג׳ חודשים מהנישואין, בזה יש לומר שהחיוב הבעל עוד לא הגיע, ואם כן יכולה לחזור בה. אמנם ניתן לפרש שמרגע הנישואין מתחייב מזונות לעולם, ולכן יכולה למחול על מזונות שלעתיד. ויש לי בזה אריכות דברים.

עמ׳ 202: ״יש מן האחרונים הסוברים, כי חוזה כזה בדרך של התחייבות תופס, כי החיוב חל על גופו, להימנע מלעשות את הפעולה״. בתשובת חתם סופר ביורה דעה, הלכות שחיטה, סי׳ ט, כתב בנידון אחד שלימד שחיטה לתלמיד, והתלמיד התחייב שלא לשחוט בעיר ששם שוחט המלמד, וכתב שמועיל, שזה שכרו. ולענ״ד קשה לומר ששייך שכר במניעת פעולה. וצריך עיון בזה. ונראה לי עצה, שהמלמד יתנה עם התלמיד כך שיקבע שכר לימוד גבוה הרבה, ויתנה שאם לא ישחוט בעירו ילמדנו בהנחה בשכר לימוד נמוך, ואין בזה עניין אסמכתא, שאין התלמיד מתחייב קנס, אלא שכך הוא שכר הלימוד.

עמ׳ 204: ״לפי שכשהוא מחייב עצמו... אע״פ שהיה ע״י סלוק ושלילה, יש מקום לקניין לחול, שהוא עצמות האדם שמשתעבד לכך״. קשה להבין, שאם כן למה לא חל קניין לחלוק החצר? וזה קשה גם לשיטה שהביא קצות החושן, סי׳ רמה, ס״ק א, שמועיל קניין אתן, שחייב ליתן רק שלא קנה, וא״כ גם בחלוקת חצר נאמר כן? ואולי באמת חייב, רק קושיית הגמרא, ב״ב ג ע״א, הוא על מה שאומרת המשנה, כי השותפין שרצו לחלוק כופין אותם לבנות הכותל באמצע. וקשה, שיחזור בו, ואף שקניין מהני שאינו יכול לחזור, מ״מ קשה להגמרא, שנראה שכופין לבנות הכותל, והרי עדיין לא

נעשתה חלוקה. ואמת שניתן לכוף אותם לחלוק, ואז נחייבם לבנות, אבל אין אפשרות לכוף אותם מיד לבנות, לפני שכפינו לחלוק.

הערות לפרק שביעי

עמ׳ 235: ״בשלב הראשון, כשאין חוזה מחייב, אין לנפגע מן ההפרה, טענת ממון על החוזר בו, כי אם תרעומת״. כך מבואר בשו״ע, חו״מ, סי׳ שלג, ס״א. וצריך עיון, אם הדין שפועל יכול לחזור ואפילו באמצע היום, מכל מקום תרעומת יש עליו, קל וחומר מחוזר לפני שהתחיל במלאכה. וכמדומני שאינו מבואר בפוסקים. וצ״ע[3].

עמ׳ 237: ״על כל פנים, חיוב נזיקי מותנה בשני התנאים שנזכרו לעיל. העובד יכול היה לעבוד במקום אחר... והוא אינו מוצא כעת מקום עבודה אחר. רק בצירוף שני תנאים אלו יכול לטעון לנזק. ולפי זה, אין הבדל עקרוני בין הלכו לבין לא הלכו״ וכו׳. לכאורה נראה לענ״ד שבהלכו חייב המעביד גם באופן שהעובד לא היה יכול לעבוד במקום אחר, שחיוב המעביד הוא, משום שהלכו נחשב להתחלת מלאכה, ואינו יכול לחזור, משום שהתחלת מלאכה הוא כקנין. ואחר כך ראיתי שבהערה 19 הביא מהרמב״ן כך.

שם, הערה 13: הביא דעה האומרת, שהמעביד רשאי לדרוש מהפועלים ללמוד בבית המדרש או לומר תהילים, ותמה על זה. ומסברא יש לומר, שכיוון שהפועלים קנויים לעבודתו, אם כן גם עבודה זו, לומר תהילים, נחשבת לעבודה, וכל שכן כשלא התחילו במלאכה, שחיובו הוא משום שגרם להם נזק, ואם נותן להם עבודה לומר תהלים, הרי סיפק להם עבודה. אכן, אם אמר אדם לחברו: אמור תהילים ואשלם לך, אם חייב לשלם, מצינו בשו״ע, חו״מ, סי׳ פא, סע׳ ז, באומר לחברו ״למד עם בנך, ואני אשלם״, שפטור מלשלם. עיין שם בנתיבות, ס״ק ה. ויש לומר, ששם הסברא שאדם חייב ללמוד עם בנו, אבל אם אומר תהילים — אם נניח שאדם חייב לומר תהילים, אם כן אין האומר חייב לשלם. על כל פנים כאן, שחייב לשלם, אולי יכול לתבוע שיאמרו תהילים.

שם, הערה 16: הביא דברי הריטב״א, ב״מ עה ע״ב, ד״ה השוכר, שחיובו מדין ערב. ולכאורה יש לומר, שכל שאומר: בואו לעבודה, הרי זה כאומר לפועלים: ״אל תשכירו עצמכם במקום אחר, ואני אשלם לכם ההפסד״, שזה דומה לאומר לחברו: ״זרוק מנה לים, ואשלם לך״, שיש מחייבין מדין ערב. אבל אין נראה כך, שדווקא באומר: ״ואשלם לך״. אבל האומר: ״זרוק מנה לים״, וזרק — אינו חייב לשלם.

עמ׳ 238: הסביר שתחילת מלאכה גורם שהבעלים זכו בגוף הפועל לעבודה, וממילא נתחייב בתשלומים, וכשבעה״ב חוזר, הרי זה כמוכר שאינו רוצה לקבל הסחורה שקנה בקנין, שחייב לשלם, ודן אם יש קנין בפועל כמו שוכר חפץ אחר. לענ״ד נראה, שקניין שכירות שיש לבעלים בפועל, הרי הוא כקניין שכירות שיש לשוכר חפץ אחר. תדע, שהרי אמרו ב״מ י ע״א: יד פועל כיד בעה״ב, אף שפועל יכול לחזור, מ״מ כל שלא חזר בו ידו כיד בעל הבית. הרי שאפשרות חזרה אינה נובעת מחוסר

[3] עיין לעיל, פרק שביעי, הערה 155.

קניין שיש לבעלים בפועל, אלא הטעם הוא, שגזרת הכתוב היא, שאף שזכה, מכל מקום יכול לחזור בו. אבל בעל הבית אינו יכול לחזור בו[4].

עמ׳ 239: ״מסתבר לומר, שהתוספות, ב״מ עו ע״ב, שביארו את הגמרא מדין גרמי, אינם מכירים בחיוב חוזי זה״. לענ״ד, אין מפורש בתוספות, שהטעם בהלכו הפועלים שחיוב בעל הבית לשלם הוא מדינא דגרמי. ואפשר שגם התוספות סוברים כהרמב״ן, שהחיוב הוא מדין התחלת מלאכה, רק שהקשו, שגם בלא התחילו במלאכה ניתן לחייב את בעל הבית מדין גרמי, ולמה דווקא בהלכו? ועל זה תירצו, שבלא הלכו, בדרך כלל ניתן למצוא מלאכה אחרת. אבל בהלכו, בדרך כלל אין מוצאין מלאכה, ואילו היו מוצאים מלאכה אחרת, בעל הבית פטור גם בהתחילו. ואם כן היה לגמרא לחלק בין יש למצוא מלאכה לבין אין למצוא. אמנם החילוק שיש להרמב״ן בין התחילו ולא התחילו בפועלים, שגם אילו לא היה שוכרם לא היו מוצאים מלאכה אחרת, ייתכן שגם לתוספות כך. אלא שלא העלו אפשרות כזאת, משום שמסתמא היו הפועלים מוצאים להשכיר עצמם. ועיין להלן, אחר הערה 26.

עמ׳ 244: דן באשה ששכרה טוען רבני וחזרה בה אחר שכבר שילמה לו קצת כסף. לענ״ד קשה לומר שיש מציאות שהטוען הרבני יכול להשיג עבודה אחרת, שבדרך כלל מקבל הרבה תיקים, ויש לו זמן לכולם, ואם כן מה יאמרו: ״קח תיק אחר״? הרי גם אם האישה לא הייתה חוזרת, היה מקבל את התיק האחר[5].

שם: ״מסתבר שפטור בעל הבית כשיש עבודה חלופית, בנוי על אומדנא, שעל דעת כן לא התחייב״. לענ״ד נראה, שהטעם שפטור הוא משום שכששוכר פועל, קנהו לעשות בו מלאכה, ויכול ליתן לו מלאכה אחרת. אכן, יש לעיין ממה שאמרו בגמרא, ב״מ עט ע״א, בשוכר ספינה ואמר לו להביא יין זה, אינו יכול להביא יין אחר, ומאי שנא מפועל? וגם על הסברה שכתב הרב העורך קשה: נאמר שיש אומדנא שיכול להביא יין אחר? אכן בשו״ע, חו״מ, סי׳ שיא, סע׳ ו, והוא מגמרא ב״מ עו ע״ב, כתוב, שהשוכר ספינה וירד באמצע הדרך, אם יש למצוא שוכר אחר, פטור. ועיין שם בקצות החושן, ס״ק א, אימתי יכול לשנות למלאכה אחרת. ואם כן הוא הדין במוצא הפועל מלאכה אצל אחר, שפטור הבעה״ב. ובהמשך הביא גמרא זו.

עמ׳ 254: ״שנית [קשה על הדין שמטעה את הפועלים ומבטיח להם שכר הרבה], הרי כלל בידינו שמכירה באונס תקפה, שכן אגב זוזי גמר ומקני, וכאן קיבל המעביד תמורה לכספו? ויש לחלק, ולומר: שם קיבל את מלוא התמורה, אך כאן קיבל פחות ממה שהסכים לשלם בעל כורחו. אך מה יהא הדין כשהוזיל העובד את שכרו מראש [והיו אחרים שהוזילו], וכעת — כש״הדבר אבד״ — העובד תובע שני סלעים וכו׳״. לענ״ד תליוה וזבין, היינו שהכריחו למוכר להסכים למכור לקונה, ולקח הקונה החפץ ועשה קניין משיכה או הגבהה או חצר, ושילם התמורה, בזה המיקח קיים. אבל בענייננו, לא קיבל בעל הבית התמורה, שהרי הפועל חייב לגמור העבודה במחיר

[4] ראה פרק שביעי, הערה 35.

[5] ראה נתיבות המשפט, סי׳ שלג, ס״ק ז. ועיין לעיל, פרק שביעי, הערה 41.

שנקבע תחילה. והדבר דומה למי שקנה שדה במחיר, והלך הקונה והכריח את המוכר שיתן לו החפץ וימחול לו על המחיר שקבעו, ושיתן לו במחיר נמוך יותר.

הערה 96. הביא סברת הגהות אשרי, שלכן שוכר עליהן, שהפועל חייב לעשות המלאכה, שקנהו בעל הבית מדין התחלת מלאכה, רק שהדין שפועל יכול לחזור. אבל בדבר האבד אין קיים דין זה, וממילא חייב לגמור מלאכתו. ואם יכוף הפועל לבעל הבית להוסיף על שכרו, הרי כופהו ליתן לו מתנה. ויש לעיין לסברה זו, שהפועל חייב לבעל הבית לגמור מלאכתו, אם כן למה שוכר רק עד כדי דמיהן? והרי חייב לו המלאכה, והרי זה כמשלם עבור חפץ והחפץ נתייקר, שחייב לשלם כל שוויו של החפץ. וצ״ע.

הערה 110: הקשה, איך מותר לשקר לפועל שיתן לו יותר, והרי אסור לשקר כדי להשיג מה שמגיע לו בדין, כמו בגמרא שבועות לא ע״א, והביאו הש״ך, ריש סי׳ עה. ולענ״ד, איסור זה מצינו רק בתביעות שקר שתובע בבית דין או כופר בבית דין, כגון שתובעין ממנו מאתיים, והאמת שחייב מנה, ואם יודה על האמת, יצטרך שבועת מודה במקצת, ולכן רוצה לכפור הכל בבית דין ולשלם חוץ לבית דין מנה — זה אסור. או שרוצה לתבוע מחברו בשקר מאתיים, והאמת שחייב רק מנה, כדי שחברו יודה במקצת, ויגלגל עליו על תביעות אחרות — זה אסור. אבל להשתמש בתחבולות שקר חוץ לבית דין, לא מצינו שאסור. ונראה שעיקר טעם האיסור הוא, שהוא גורם שבית דין יפסוק שלא כדין, וכמו שמצינו בתוספות, גיטין ד ע״א, ד״ה מודה, שלכן פסלו חכמים גט שנמסר בעדי מסירה כשרים ועדי חתימה פסולים, שמא יסמכו על עדים פסולים ויתירו אותה לינשא. ואף שהדבר אמת, אין לעשות אלא בעדות כשרה. וכן אסור לילך להעיד בערכאות שמוציאין ממון על פי עד אחד, אף שהוא יודע שכן הוא האמת, וכמו שנפסק בשו״ע, חו״מ, סי׳ כח, סע׳ ג.

עמ׳ 255: הביא מה״דבר אברהם״, שאסור להטעות את הפועל ולומר לו שהשדה קטנה בשטח. ולענ״ד, אולי כוונתו לומר, שזה שחייב הפועל הוא מדין גרמי, וחייב את מה שהפסיד בעל הבית, שהיה צריך לשלם יותר, וזה הפועל חייב לשלם. ולכן כשמטעה הפועל ומבטיח לו שכר מרובה, באמת מתחייב הוא בכך, אלא שלעומת זה חייב הפועל לשלם לבעל הבית מדין גרמי. אבל כשמטעה אותו בגודל השדה אסור, שהרי אסרה תורה לרמות במשקלות ובמדידה. ולכן גם במקום שהפועלים חייבים משום גרמי, לא הותר האיסור לרמות במשקלות ולעשות עוול במדידה. ולפי זה, בראובן שחייב לשמעון חוב ואינו מחזיר לו, יש לדון אם מותר לשמעון למכור לראובן במידה חסֵרה כדי שעל ידי כך ישתלם לו החוב. וייתכן שמותר, ורק כאן אסור, שאין הפועל חייב רק מה שגרם לבעל הבית לשלם יותר. אבל אם מטעהו במידה, הרי עדיין לא הפסיד בעל הבית. ויש לדון, בראובן שחייב לשמעון חוב, או פועל שחזר בדבר האבד, אם מותר לשמעון ולבעל הבית להלוות ממון לראובן בריבית, עד שסכום הריבית יעלה כגודל החוב שחייב לו. ואף שהאיסור ריבית הוא גם על הלווה, מכל מקום אם האמת שחייב לשלם, אף שהוא נותן בתורת ריבית אין כאן איסור, רק שמכשילו, שמתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה.

הערות לפרק תשיעי

עמ׳ 341: ״חוזי עשייה, עבודה וממון — היחס ביניהם״. עניין זה נידון בתוס׳, ויש לבארו בהרחבה.

בתוספות, כתובות ריש אע״פ (נד ע״ב, ד״ה אע״פ) הקשו, איך חתן עני יכול להתחייב לשלם תוספת כתובה מאה זקוקים, והרי אין לו נכסים לשעבדם, ונמצא שאינו אלא הבטחה, ואין קניין מחייב לקיים הבטחה, שזה קניין דברים. והיינו, אין מצוה בתורה לקיים קניין, וכוח של קניין הוא שמעביר בעלות שיש לבעל החפץ על חפצו לשמעון, וכל שעושה קניין נתקיים רצונו של בעל החפץ, ונעשה החפץ של המקבל, ואם אחר הקניין יחזיקנו לעצמו, הרי עבר על איסור לא תגזול. וכן המתחייב והוא עשיר, גם בזה יש בקניין העברת בעלות למקבל, שיקבל זכות בנכסיו, דהיינו שעבוד, שיכול לגבות סכום מעות מהנכסים. אבל עני אין לו מה להעביר, ואין כאן אלא הבטחה, והרי זה קניין דברים.

ותירצו התוספות שמשעבד גופו, והיינו שנותן זכות בגופו למקבל, לגבות ממנו הסכום שנתחייב. ויש לעיין, הנה קיימא לן שאין מחייבים אדם שחייב כסף לחברו לעבוד, וכמו שנפסק בחו״מ, סי׳ צז, סע׳ טו. והטעם כתב השער משפט שם, שנלמד מקרא ״ונמכר בגנבתו״, ולא בחובו. והגמרא, ב״מ י ע״א, אומרת שהפועל יכול לחזור ואפילו באמצע היום, שנאמר ״כי לי בני ישראל עבדים״, ולא עבדים לעבדים. ואם נחייב לווה שאין לו לשלם לעבוד, נמצא שהוא עבד, שהרי אינו יכול לחזור בו. והנה הגמרא, ב״מ יב ע״ב, אומרת שהפועל ידו כיד בעל הבית, ולכן אם שכר פועל ללקט מציאות, זכה לבעל הבית, אף שהמגביה מציאה לחברו לא קנה. אבל פועל שידו כיד בעל הבית קנה. ומה שיכול לחזור בו אינו משום שהבעל הבית לא זכה זכות בגופו של פועל, אלא מטעם שנאמר: ״כי לי בני ישראל עבדים״, ולא עבדים לעבדים. היינו, זו גזרת הכתוב, שאף שהבעלים זכו בגופו של פועל, מכל מקום נתנה תורה רשות לחזור בו. ומעתה כל התחייבות חלה על גופו של המתחייב, ולכן אינו קניין דברים. וגם אם יחזור בו, מכל מקום צריך לשלם המעות, וכמו פועל שחזר בו צריך להחזיר את המעות, אם כבר שילמו לו[6]. תוספות הוכיחו ששייך לשעבד גופו ממה שמצינו שמתנה שומר חינם להיות כשואל. והקשו, למה אינו קניין דברים? אלא ראיה שיכול לשעבד גופו. ומקשה המהרש״א, מה ראיה היא זו? הרי ייתכן שמדובר בשומר עשיר ומשעבד נכסיו. ותירץ רע״א, שלמאן דאמר ששומר משעת מיתה משתעבד, ולא משעת משיכה, לא ייתכן שישעבד אדם לנכסיו שיגבו ממנו כשואל, שהרי נמצא שמשעבד נכסיו משעת מיתת הבהמה, ואין אפשרות להתחייב בקנין סודר אלא מעכשיו, ולא לאחר זמן, שסודר ״כלתה קנינו״. ובהכרח שמשעבד גופו לשמור כשואל. ואחר שנתחייב לשמור, שוב חייבה תורה לשלם כדין שואל, ומזה ראיה שיכול לשעבד גופו. והנה שעבוד לשמור, היינו פועל רגיל. ומעתה יש לעיין, אם כן למה קניין של שותפין לחלוק חצר אינו חל, משום שהוא קניין דברים, נאמר גם כן שמשעבד גופו שיחלוק

[6] ראה לעיל, עמ׳ 343.

לו החצר? ונראה שאי אפשר לשעבד גופו של אדם אלא לעשות מלאכה, שזה נעשה בכוחו של האדם, וכוח הוא דבר שניתן להקנותו, שהקונה זוכה בכוחו של המקנה. אבל דבר שאינו נעשה בכוח, אלא ברצון בלבד, כמו לחלוק חצר, שאין החלוקה נעשית באיזה פעולה, ואינה פועלת אלא ברצון, שכל שרוצה אחד שיזכה השני בחלק מהחצר, זוכה, אין הרצון חפץ שניתן להעבירו לאחר, ולכן זה קניין דברים.

הנאת מחילת מלווה כעין קניין דברים

ובזה יש להסביר מה שכתב הרמב"ם שהפירוש שפירשו רבותיו, שיכול אדם לקדש אשה בהנאת מחילת מלוה, אין ראוי לשמוע (הלכות אישות ה, טו). והקשה הר"ן, קידושין ב ע"ב בדפי הרי"ף, מאי שנא מרקוד לפניי ואדבר לך לשלטון, שמקודשת, ולמה גרעה הנאה שמקבלת האשה ממחילת מלוה?

ונראה לתרץ שרקוד לפניי ואדבר לך לשלטון הם דברים הנעשים בכוחו של המקדש, נמצא שהמקדש נתן מכוחו, והאשה קיבלה אותו בחושים, שנהנים מהרקידה. אבל הנאה שבאה ממחילה אינה באה מכוחו של המקדש, אלא מרצונו, וכל שלא נתן לה מכוחו או ממונו אינה מקודשת.

זכות אכילת מעשר שני אינה ממון

וראיה לדבר ממה ששנינו בקידושין נב ע"ב, שהמקדש אשה במעשר שני, למאן דאמר ממון גבוה, אינה מקודשת. והקשו בתוספות, ד"ה המקדש, מאי שנא ממקדש בשחוק לפניי או אדבר לשלטון, שמקודשת אף על פי שלא נתן לה כלום, אלא שעשה לה הנאה [וכוונתם שאף שמעשר שני וקדשים הם ממון גבוה, מכל מקום אין אחר יכול לאכול מעשר שני אלא ברשות בעל המעשר שני]. ותירצו דלא דמי, דהתם, ברקוד לפניי, יכול ליטול שכר מדיבורו, והרי זה כאילו נתן לה פרוטה, "אבל הכא טובת הנאה אינה משלו, דהא ממון גבוה הוא, ואינו יכול ליקח ממון מהנאה שעשה לה". עכ"ל. ודבריהם צריכים ביאור, והרי גם במעשר שני יכול לבקש ממון ממי שנותן לו רשות לאכול המעשר שני.

ונראה שכך כוונתם, שברקוד לפניי, אם יתנה לפני הרקידה שירקוד, וישלמו לו כך כך, בוודאי חייבין לשלם ככל מכירה, שצריך לשלם מחירו, מה שאין כן מעשר שני, שאם יתן לאחד מעשר שני, ויפסוק עמו שישלם כך וכך, אינו צריך לשלם. המקבל לא קיבל כלום משל הנותן, אלא רק שהסכים ברצונו שיאכל דבר שאינו שלו אלא של גבוה. בלי הסכמתו לא היה לו היתר לאכול, ואין תשלום עבור רצון. אמנם בידו לבקש שיתנו לו ממון לפני שיתרצה להסכים שיאכל המשלם מעשר שני, אבל אין הממון ממון של מחיר המעשר שני, אלא שהממון הוא מתנה שמתרצה הנותן עבורה. ולכן צריך לקבל הממון קודם.

כסף קדושין אינו מחיר

ומטעם זה מובן מה שאמרה הגמ׳ בקידושין ח ע״א: התקדשי לי במנה ונתן לה דינר מקודשת וישלים, מאי טעמא כיון דאמר לה התקדשי לי במנה ונתן דינר הרי זה כאומר התקדשי לי בדינר ע״מ שאתן לך דינר, וכל האומר ע״מ כאומר מעכשיו. ודעת החלקת מחוקק בסי׳ כט סק״ז, שאם לא נתן לה המנה אינה מקודשת. וקשה, הרי נראה פשוט שהקונה בית במנה ונתן דינר, קנה הבית וחייב ליתן המנה, שזה מחיר הבית, ואינו יכול לומר איני נותן המנה, שאין כאן מכירה בתנאי אלא חייב דמי המכר, ולמה בקידושין אנו מפרשין שזה תנאי? תשובה לדבר, שאין אפשרות לבקש מחיר עבור קידושי אשה, שאינה חפץ הנמכר, ולכן אין לה אפשרות לקבל מנה רק אם תתנה בתנאי, שאם לא יתן המנה אינה מתרצה בקידושין. וכך גם במעשר שני, שיתנה: אני מרשה ומסכים שתאכל בתנאי שתתן לי כך וכך מעות. אם לבסוף לא יתן יתגלה למפרע שאכל מעשר שני של חבירו בלי רשותו של בעל המעשר.

הערות לנספח שישי

עמ׳ 501. ״הריני משאיר לעצמי את הזכות וכו׳״. נראה, שאם התחייב סכום כסף אינו צריך לזה, שכל לווה יכול למכור כאות נפשו ומלוה על פה אינו גובה ממשעבדי. ואם מדובר שהקנה חפץ, נראה שצריך לעשות תנאי, ולא להשאיר זכות לעצמו. אכן מלשון המשנה ברורה, סי׳ לב ס״ק כו, שהוא לקוח משו״ת רע״א סימן ב׳, נראה שיכול גם לשון זה להתפרש כתנאי. וצ״ע.

שם. ״הריני מתחייב לזון ולפרנס את הילדים... ׳כאילו היה בני׳״. יש לעיין, אם בזה יתחייב מזונות לאחר גיל שש שחיובו מדין צדקה[7].

עמ׳ 502. ״עוד יש להעיר, כי לכאורה אפשר היה להציע כאן נוסח של שטר חצי זכר, שהובא בפרק עשירי לעיל, ולו רק כדי להתגבר על בעיית התחייבות בדבר שאינו קצוב, שלפי הרמב״ם אינה תופסת״. להלכה קיימל״ן דלא כרמב״ם, ואם באנו לחשוש אפשר להתחייב סכום רב מאוד שהוא בודאי יותר מכל הירושה, ואם רוצה להתחייב לשניים, יכול להתחייב לכל אחד סכום גדול וממילא יחלקו ביניהם את הירושה. אלא שאם רוצה ליתן לאחד חצי, ולשני רבע, בזה אם יתחייב לאחד חצי מליון ולשני רבע מליון, להלכה יתחלקו בשוה (ראה שו״ע, חו״מ, סי׳ קעו, סע׳ ה). אכן לפי המנהג שכתב התשורת שי יתחלקו אחרת; לזה כפול מזה. אך לא ברור אם המנהג הוא גם בהתחייבות ולא רק בהלואה גמורה.

[7] נראה שיש לחייב משני טעמים:
א. לאחר שהרבנות הראשית תקנה שחייב אב במזונות בניו גם מעל גיל שש, לפנינו חיוב ולא רק גדר של צדקה. וראה עוד תחומין טז (תשנ״ו), עמ׳ 85.
ב. גם אם הוא גדר צדקה, כיון שנהוג כן, הרי על דעת המנהג התחייב. והשווה לפירוש הרמב״ן עה״ת (שמות כא, ג), שהתורה חייבה את האדון לזון את אשתו ובניו של עבדו העברי, כפי שנהוג אצל אב.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

רשימה ביבליוגרפית

מפתח העניינים

אגב, קניין אגב 363
אודיתא (ראה: הודאת בעל דין)
אונאה
בהתחייבות עתידית 156
בחוזה עבודה 275 280 282
בחוזה של ציבור 399
בקניית עבד 276
אחריות 21
"אחריות טעות סופר" 72
אחריות נכסים 18 110 174
אימוץ ילדים
התחייבות לבן מאומץ 500
תוקפו, ללא קניין 379 392 446
איסור גברא או חפצא 3
אמת ושקר
באודיתא 355 364
חינוך לאמת 451
שקר כלפי מפר חוזה 254 527
אסמכתא 61 63 93 103 123 132 300 332 495
בהודאת בעל דין 366 371
בחוזה של ציבור 399
במקום שבועה 391
בערבות לגוף 510
בצדקה והקדש 392
בקנס על הפרת חוזה 296
בקנס על הפרת שידוכין 96 385 428
בצוואות 371
בקניין דברים 518 524
"תיקון חכמי ספרד" 371 384
אפותיקי (ראה: מלוה)
אריס (ראה: חוזה, חוזה אריסות)
ארץ ישראל
ד' אמות לכל יהודי 364
אתן (ראה: קניין, קניין אתן)
"אתנן זונה" 168

בא במחתרת 425
"בההיא הנאה" (ראה גם: קניין) 60 88 378 421 464
באימוץ ילדים 379
בדין ערב 422 435
בהסכם מגורים בין בני זוג 382
בהפרת חוזה עבודה 429
בהתחייבות בעל שלא יישא אישה שנייה 381
בהתחייבות שבשכירות 478
בחוזה שותפות 331 380 460
בחוזה שמירה 322 431
בקידושי אישה 426
בשטר חליצה 382
בכורה, מכירתו 164 390

גוי (ראה: נכרי)
גירושין
חוזה בענייני גירושין 197 315 385
ע"י שבועה 388 389 470
גמירות דעת 5 84 103 300 360 418 450 516
באודיתא 353 366
באימוץ ילדים 380
בדבר שאינו קצוב 102
בדבר שלא בא לעולם 137 206
בחוזה ללא קניין 84 376 378 394
בהסכם שותפות 332
טבעית ומשפטית 425 450
בצוואה הנעשית בערכאות 380
בקבלת מצווה 379
גר
הבאת קרבנו לאחר מותו 52
גרמי 248

דבר שאין בו ממש 206 463 520
באודיתא 356
גוף לפירותיו 207 210
בשכירות פועלים 287
במכירת בכורה 389
במכירת מצוה 391
במקום שנהגו 230 395
דבר שאינו מסוים 91 113 370 395 480 483

דבר שאינו קצוב 101 196 370 388 503 530
בחוזה של קהל 399
דבר שאינו ברשותו 69 136 145 440 523
בשעבוד נכסים 19 25
דברים הנקנים באמירה (ראה: קניין)
דבר שלא בא לעולם
באודיתא 356
דבר המצוי בשוק 70 146 149 154 337 439 443
בהסכם הדדי 330 382
בהתחייבות 57 69 86 92 102 167 463 478 500
בחוזה עבודה 284
בחוזה של ציבור 399
טעם הדין 136 390 395 439
במוכר שהטעה את הקונה 440
מחוסר אמנה 411
במחילה 162 199 203
למי שלא בא לעולם 137
במכירת בכורה 389
במקום שנהגו 395
בפדיון הבן 508
בצדקה והקדש 392
בשותפים (ראה: שותפים)
בתנאי כתובה 91
דבר הנעשה ברבים 398 416
הגדרת הרבים 401
בכהן שפורש מעברה 403
במקום אסמתכא 399
קבלה בפני בית דין 522
בקניין דברים 399
בתנאי בני גד וראובן 403
דורשין לשון הדיוט 427
דינא דמלכותא 208 274 380 418

הבטחה, תוקפה 123 393 414 417 418 451
ההיא הנאה (ראה: "בההיא הנאה")
הודאת בעל דין
אודיתא
גדרה 82 97 351 360 465
בדבר שאין בו ממש 357
בדבר שלא בא לעולם או לרשותו 356 361 370
בחרם או שבועה 366
לשונה 83 352
במחילת שטרות 358
במכירת חמץ 352 356 361 372
מקורה 353
בקניין לאחר שלושים 361
בשכיב מרע 353 359
בשקר 355 364 369
בתנאי 357 367
גדרה 350 360
דרך עשייתה 349
בהרשאות 363
שיש לו קרקע 363 364
לשון ההודאה 161 349
במוכר דבר בחזקת שיש לו 441
מקורה 350
בצוואות 366
בקבלת קרוב כדיין 222
הוצאות משפט 429
החזקת ילדים 343 344
"הטבה" 133
הלוואה (ראה: מלווה)
"הן צדק" 20 37 71 195 412 417 449
הסכמות (ראה: זכות יוצרים)
הענקה לעובד 278
הפקר, שעבוד בנכסים שהפקיר 22
הקדש
בדבר שלא בא לעולם 101 392
ידיים לעושיהן 284 272 338
הרשאה
דרך עשייתה 362
הודאה שיש לו קרקע 364
על מה 6
התחייבות
באונס ממון 254 495
באונס שבועה 470
באימוץ (ראה: אימוץ)
ביצוע החוזה וסיכולו 180 196 484 500
גדרה 57 79 84 86 92 93 111 148 174 182 447 456 494 516
בדבר שלא בא לעולם 57 69 88 92 102 136 151 156 178 336 370 463 478 500
מדין ערב 200 419 464
דרך עשייתה 64 83 84 376
ע"י מסירת משכון 50 108
ע"י שבועה 164 387 467 471
בעל פה 81 89 423
קניין כסף 148 490
קניין של המתחייב עבור רעהו 493
שטר 84 378
הבחנתה מחוב פירעון 70 72 98 104 166 234 455 489
הבחנתה מקניין 84 105 157 182 378
בהודאת בעל דין 350
הפרתה ופיצוייה 61 184 200 243 430 447 487
ביטול חיובי המוכר 495
בחוזה נישואין 96 194 198

להקנאת נכסים 58 117 173 193
להעמיד תחליף בחוזה שסוכל 478 482
התחייבות אסורה 155 223 391 469
בחוזה אריסות 61 172 341 427
התחייבות מכללא
בהסכמת קונה להתחייבות המוכר 492
למנוע הפסד 436 445
בחפץ מסוים 131 135 168 175 197 371
484 489 492 500
ביורשים 73 178 195
לשון ההתחייבות 95 97 101 110 119
123 160 218
אובליגורט 218
במגורי בני זוג 212 382
במזונות 60 75 98 101 104 520
לבן מאומץ 502
אכיפתה 286
כאמצעי לכפיית גט 385
למי שלא בא לעולם 66 106 137 146 371
מקורה 64 71 72 146 423
"משטה הייתי בך" 196 222 225 254
399 433
משמעות המושג 10
בעובדים (ראה: פועלים)
בענייני נישואין 85 194 213 343
לעשייה (ראה גם: קניין — קניין
דברים) 58 119 132 191 470
לבנות 121 125 344 480
לגרש אישה 385
החזקת ילדים 344
להלוות 488
להישבע 193 325 385
להשתדל 216 342 388
להתפטר 399
להשכיר או להפקיד 491
לזכות 491
לחלוץ 200 382
לכתוב שטר 192
לסתום פתח 127 193 343
תלייתה בחיוב ממוני 121 193 214 217
341 382 384 510
לאי־עשייה (ראה גם: קניין — קניין
דברים) 58 205־201
כפייתה 196
לא לפתוח עסק 201 444 524
כמחיר פירעון 197 205 382
בענייני נישואין 200־194 381 385
תלייתה בחיוב ממוני 330 445
בפדיון הבן 68
בפועלים (ראה גם: פועלים) 58
שכר בדבר מסוים 169 197
בצוואות 369
הצורך בקניין 7 311 376 495
הבחנה בין התחייבות להקנאה 81 378
בהתחייבות שלא לגרום נזק 437
בהתחייבות מותנית 81 311
בקנס שידוכין 96 428
בתנאי בשעת הקניין 427
של ציבור (ראה: דבר הנעשה ברבים)
לקבלת ערכאות 222
לקבלת פשרה 219
לקבלת קרוב כעד 220
לקנות 441 492
בשומרים (ראה: שומרים)
בשותפין (ראה: שותפים)
תולדותיה 11 455
לתשלום ממון 58 80 95 100 119

זכות יוצרים
הגנתה, "הסכמות" 209 417
"זרוק מנה לים" (ראה: ערבות, "זרוק מנה
לים")

חברה בע"מ 48 484
חוב (ראה גם: חיוב)
משמעות המושג 9
חוזה (ראה גם: התחייבות; חיוב)
אופיו 6 375 446 494
אכיפה ופיצויים 447
החזקת ילדים 343
חוזה אריסות 61 171 341 427
על ירושה עתידית 161
מחקרים בעניינו 8
במשפט זר 11 377 470 519
במשפט הישראלי 114 165 183 361 375
420 448 494 519
"תום לב" 449
משמעות המושג 10
בענייני נישואין 85 94 381
"תנאים" בשידוכין 129
תוקף חוזה למכירת דירה 497
חיוב
הבחנתו מקניין 3 55 85 92 106 157
166 458
הדדיות החיובים 494
חיוב אסור 195 469
חיוב גברא 56 70 479
חיוב מוסרי 34 38 334 409 445 451
468
ירושתו 45 128 130 161
כפייתו 31 416
מחילתו 56

מקורו 34 39
משמעות המושג 9
חליפין 158
חליצה 199
חמץ
ביעורו או מכירתו 185 326 356
חפץ 472
משמעות המושג 9
חרם (ראה גם: שבועה)
לחלוץ 200
חרם דרבנו גרשם 194 198 524

יושר, קניין שביושר 318 465
ייבום, מחילת יבמה ליבם 199
ירושה
בבן מאומץ 501
"ברא כרעא דאבוה" 26 45
הסתלקות מירושה 40
הפקעת ירושה 164
בזכויות 73
בחובות 26 43 45 52 128 130 178 507
חוזה על ירושה עתידית 161
ירושת הבת 369
במנהג 398
בשבועה 74 389 391
ירושלים
קניין בה 208

כיבוד אב
בקיום חיובי החוב 27
כפיה
סמכות לכפות 32
בפריעת חוב 27 32 40
ב"קניין אתן" 128
כפרה
בקיום חובות המת 52
כתובה
תוספת כתובה 60 86 94 96 99
תנאי ירושה 163
תנאי כתובה 91
תנאי ריבוי נשים 380
תקנת טוליטולה 163

מוסר ומשפט (ראה: חיוב)
מזונות
בבן מאומץ 501
מזונות אשה, אכיפתם 286
בהתחייבות 60 75 98 104
מחוסר אמנה 37 59 150 263 266 393
394 397 403 411 413 415 442 443
451

מחילה
בדבר שלא בא לעולם 162 199 203 524
בחוב וקניין 44 56
על חוב במשכון 270
בחיובי נישואין 198 204 289 524
על חיובי שומר 322
של יבמה ליבם 199
על מִלווה, כקניין כסף 67 153 512
במכירת שטרות 45 203 358
במסים 202
של מפותה 197
במצרנות 225 277
סילוק 162 164 202
על זכות חזרת פועל 290
על עבודת הפועל 273 295
בשחרור עבדים 269
"מי שפרע" 68 147 152 170 410 476
490 496 512
מידת חסידות 263 414
מדרכי חכמי ההלכה 111 164
מדרש ופרשנות 463
מיטלטלין (ראה: מקרקעין ומיטלטלין)
מילה, הבטחה לפלוני למול בנו 211
שבועה בהתחייבות בה 388
מיקח טעות 482
מכר
אחריות במיקח טעות 482
דבר שאינו שלו 442
התחייבות להעמדת המכר 481
מכירת בכורה 164 390
מכר חוזר ("הטבה") 133
ריבית בחוזה למכירת בית 134 486 496
תוקף חוזה למכירת דירה 497
מלווה
אפותיקי 47 170 175 182 484
גבייתו (ראה גם: פריעת חוב)
"מיניה" 35
קדימה בגבייה 36 72
הבחנתו מהתחייבות 27 73
זקיפתו 68
חוב הבא מחמת מכר 513
מחילתו, כקניין כסף 67 153 512
מכירתו (ראה גם: שטרות) 7 356
בשוטה 36
תפיסה 36
"מנה אין כאן, משכון אין כאן" 49 68
107 428 490
מנהג 418
באודיתא 369
בהבטחה לפלוני למול בנו 211
בדבר שאין בו ממש 208 230 396

בדבר שלא בא לעולם 395
בהסכם שותפות 396
בהפרת שידוכין 428
בהרשאות, קיומן 365
בהתחייבות 188 394
בחלוקת כספי התחייבות 530
בחליצה 199
בירושה 398
במכירת מצוה 539
מנהג מבטל הלכה 135
במסים 202
במקום מגורי בני זוג 214
סיטומתא 50 377 394 493
מנהג בתי הדין 188
מנהג קודם לדין 462
בצוואות 369
בקניין דברים 396
בריבוי נשים 524
לתת תחליף במיקח טעות 482
בתוספת כתובה 94
מניעת רווח, חיוב עליה 248
מסים
חוזה פטור 202
מצוה
דתית או משפטית 32 38 468
כפייתה 31
מכירתה 391
מצווה לקיים דברי המת 367 380
פריעת חוב (ראה: פריעת חוב)
קבלתה בנדר 394
מצרנות
ויתור על הזכות 225 227
"מקרה" ו"עצם" 520
מקרקעין ומיטלטלין 21 29 37 441 443 490
בשכירות סתם 478
מת
חיובו וקניינו 507
מתנה (ראה גם: צוואות)
התחייבות למתנה 482 494
"יטול מנה" 105 109
"מהיום ולאחר שלושים" 367
"מתנה לחוד" 90
מתנה מועטת, הבטחתה 415
מתנת שכיב מרע 105 367
"שווה מנה" 91 106 109 113

נדר
בדבר שאין בו ממש 206
בדבר שלא בא לעולם 101
בחוזה של ציבור 403 452
לעני 392 394
קבלת מצוה כנדר 394
נוסחאות, ושינוֹן 65 69 110 206 270 306 314 333 352 425 428 443 478 505
בגאונים 332
בטור על התורה 390
בירושלמי 482
בסמ"ע 84
ברמב"ם 100 249
בראשונים 84 97 124 194 219 224 239 273 416 417 426
ברי"ף 94 123 150 225
ברמ"א 478
בש"ך 260
נזיקין
גרמי 248
כשהפסיד על פי דיבורו 420 430 439
בדין ערבות 423 435
בהפרת חוזה עבודה 236 248
בהפרת שידוכין 478
הוצאות משפט 429
חיוב ב"כח" לפני הנזק 508
מבטל כיסו של חברו 236 429
מזיק שעבודו של חברו 56
שומר כמזיק 312 317 321 323
שכיחותו 7
שעת החיוב 505
נישואין
חוזה בענייני נישואין 85 194 213
שבועה בענייני נישואין 389
נכרי (ראה גם: ערכאות של נכרים)
דרכו להישבע 406
הסיכון במכירת דירה לו 61
ערב לנכרי, סיכונו 423 438
קבלתו כדיין או עד 223
בשכיב מרע שהודה לו 360
בשמירה 326

סברא כמקור משפטי 34 392
סדרי דין
הסכם לשינוֹיָם 215 219
קבלת קרוב כעד 222 362 522
ריחוק משקר 255
סודר, קניין 128 158
סיטומתא (ראה: מנהג)
סילוק (ראה: מחילה)

עבד כנעני 269 339
עבד עברי
אונאה בקנייתו 276
אם גופו קנוי 268

"גרעון כסף", חישובו 67 275
שותף כעבד 338
עובדים (ראה: פועלים)
עונה, תנאי בה 289
עצם (ראה: מקרה)
ערבות 40 62 422 464
התחייבות מדין ערב 200 419 426
הבטחה לפצות על הפסד 426
"זרוק מנה לים" 424 433 526
בחוזה אריסות 427
בחוזה עבודה 238 251 428 430 435
בחיוב שומרים 311 326 431
יהודה לבנימין 422 511
במוכר בהמה ונטרפה 433
מזונות לילד שנולד בסיבתו 446
לנכרי 423 438
ערבות בפני ב"ד 522
ערבות לגוף 509
בקנס שידוכין 428
בשליחות לקנות 433
בשעבוד נכסים 23
ערכאות של נכרים 222
בצוואה 380
עשיית דין עצמית
באמצעי שקר 254
כלפי עובד שהפר חוזה 254

פדיון הבן
בשטר התחייבות 68
שעבוד נכסים, ממתי 505
פועלים, חוזה עבודה
אונאה 275 280 282
אכיפתו 292 342
ב"דבר האבד" 294
בזמר מסוים 294
במלמד תינוקות 292
גדרו 233 342 525
דרך עשייתו 342
החזקת ילדים 344
הענקה בסיום העבודה 278
הקדשת מעשה ידי העובד 272 284
להשתדל עבור אחר 218
השכרת עצמו לזמן ארוך 273 290 295
השכרת עצמו לכל מלאכה 274
התחייבות לחלוץ 200
בחוזה של ציבור 294 402
חזרת המעביד 236
כשהיה אונס 244
כשהיה קניין 242 292
חיובו כמזיק 236 526
חיובו כערב 237
כשיש עבודה חלופית 240 244 526
סיבת החזרה 240
שכר בטלה 241 243
חזרת העובד 245
ב"דבר האבד" 247 258 294 430
הוקרה או הוזלה המלאכה 257 264 275
הטעיית עובד קבלן 247 552 260 527
המותר לשקר? 254 527
חיוב חוזי 253 259
חיובו כמזיק 248 250
חיובו במניעת הרווח 248
חיובו כערב 251
כשיש עובד חלופי 246 252 255
מחלה או אונס 247 254 274 288 291 527
מחוסר אמנה 263 266
כשממונו בידי המעביד 249 256 260 266 263
עיכוב שכרו 262
יד פועל כיד בעל הבית 271
פיצויי פטורין 278
הצורך בקניין, משמעותו 233 242 261 265 285 298 344
סוג הקניין 267 274 287 288 289 291
קניין בגוף העובד 239 268 277 279 281 283 287 343 526
ריבית בשכר עבודה 280 282 528
שכיר לעומת קבלן 234 245 256 262 281
אם רשאי שכיר לחזור בו 263 525
בשותפים (ראה: שותפים)
שכר עבודה
בדבר מסוים 168
הקדמת השכר 264 274 276 278 289 300
ללא קניין 233
פועל בחינם 344 511
שכר להימנעות מעבודה 420
שכר מזונות בנישואין אזרחיים 420
"תחילת מלאכה" כקניין 238 243 262 267 525
תרעומת 235 243 263 412
בחוזה של ציבור 402
בשותפים (ראה: שותפים)
פיצויי פיטורין 278
פיקציה משפטית
בהודאת בעל דין 350 361 369
פסיקה על שער שבשוק 70 151-156 515
פסיקתא (ראה: דברים הנקנים באמירה)
פריעת חוב
באימוץ ילדים 380

בדבר מסוים 168 197
בהתחייבות שלילית 197 200 205
אם חייב להשכיר עצמו 17 277 286
כקניין כסף 171
פריעת בעל חוב מצוה 26 31 37 72
שעבוד גופו לחוב 13 510
של האב (ראה: ירושה) 26 31 37

צדקה
באימוץ ילדים 392
הבטחה, ללא קניין 392
צוואה
דרך עשייתה 366
אודיתא 368
התחייבות 369
מצווה לקיים דברי המת 367 380
בערכאות 380
פסול בצוואה 367
"שטר חצי זכר" 368
תנאים בצוואה 367 371
ציבור ויחיד 51 404
חוזה של ציבור 294 333 399 400 464
עיכוב יחיד לצורך מניין 294

קבלן (ראה: פועלים)
קידושין
בהנאת מחילת מלוה 426 529
כסף קידושין אינו מחיר 530
במשכון 49 68 107 108
קידושי ייעוד 270
בשטר התחייבות 67
קניין
"ארעא ודיקלי" 149 154 181 440
גוף לפירותיו 141 207 210 502
"בההיא הנאה" (ראה גם: "בההיא הנאה") 88 446
אופיו והיקפו 378 460
בדבר שאין בו ממש (ראה גם: דבר שאין בו ממש) 207
בדבר שאינו מסוים (ראה גם: דבר שאינו מסוים) 91
בדבר שלא בא לעולם (ראה גם: דבר שלא בא לעולם) 330 389
בדבר המצוי בשוק 146 230 439
"דברים הנקנים באמירה" 60 62 64 88 94 99 200 379 495
הבחנתו מחיוב 1 92
בזכויות 208
"כלתה קניינו" (ראה: קניין — "לאחר זמן")
"לאחר זמן" 123 132 138 367 499
מחילתו 56
מחילת חוב, כקניין כסף 67 153 512
"מעכשיו ולאחר שלושים" 139 184 367
במצוות 209 210
משמעות המושג 9
כמתקן פגמים בחוזה 126 464
סוג הקניין 138
סיטומתא 50 377 394 493
הצורך בקניין 7 376 464
קניין אגב כשמוחזק שאין לו קרקע 363
"קניין אתן" 74 122 132 171 184 192 464 480 499
"אמכור" 127
"אשלם" 128
להחזיר זכויות 126
"יטול" 125
בדבר מסוים 125 129 185
בקניין סודר או שטר 128
בשידוכין 129
קניין דברים 7 33 39 49 55 86 107 118 123 127 132 159 174 183 192 209 212 217 317 330 382 384 459 480 485 503 525
בהתחייבות הדדית 380
בחוזה של ציבור 399
טעמו 342 397 444 466 517 528
מחוסר אמנה 411
במקום שבועה 391
כמחיר פירעון 197 200 205 382 445
לעבוד 259 283 287
בערבות לגוף 510
"קניין שביושר" 318 465
קניין כסף במיטלטלין 69 169 410
קניין סודר וחליפין 158
קניין צד א' עבור רעהו 305
"שווה מנה", הקנאתו 84 91 106 109 113
שיור בקניין 140 172 310 367 497 502
בשומרים (ראה: שומרים)
בשותפים (ראה: שותפים)

רבים (ראה: דבר הנעשה ברבים; ציבור)
רודף
בא במחתרת 425
ריבית 135 151 513
השבת ריבית 32 35
בחברה בע"מ 48
בחוזה למכירת בית 134 486 496
בערב לגוי 423
בפוסק מעות על המיקח 151 411 486 497
בשכירות פועל או בית 280 282 498 528

שבועה
הרחקה משבועה 406 451
בהתחייבות
אופיה 389 418 468
בברית מילה 388
בדבר שאינו קצוב 388
בדבר שלא בא לעולם 164 390
בהסכם עבודה 296 389
בהסכם שותפות 388
ע"י הודאת בעל דין 366
התחייבות להישבע 325
זכות המקבל 389 393
ירושת החיוב 74 389
כפייתה 389
בכתובה ספרדית 381 388
בענייני גירושין 389
בענייני נישואין 388
בקניין דברים 391
שעבוד גופו לחוב 391
בניגוד לדין 295 391
שואל (ראה: שומרים)
שוטה 36
שומרים
חוזה שמירה 303
דרך עשייתו 304 311 320 324
כהתחייבות ממונית 318
חזרה מהשמירה 305 310 314 320
חיוב השבה 321
חיוב במזונות בהמה 313
חיובו במיטב 312 323 324
חיובו כמזיק 312 317 321
חיובו כערב 311 326 431
חריגה מדין תורה 61 311 322 422
לשון החוזה 313
ספק בחיוב 321 324 508
שומר כפועל 307 312 315 319
קניין בחפץ 321
שמירה על אדם 511
שעת החיוב 87 303 309 319 323 324 504 508
תנאי בחוזה 322 324
בנכרי 323 326
בקרקע 323
שואל
חזרתו מהשאלה 310
חיובו באונסין 307
קניינו בחפץ 308 321 326
שומר חינם
הסבר חיובו 317 322 325 377
שותפים
שותפות עסקית, תוקפה 213 284 310
בדבר שלא בא לעולם 330 384
"בההיא הנאה" 331 340 380 422
כהתחייבות ממונית 335
חזרה מהשותפות 336
מכוח מנהג 396
הצורך בקניין 333 340
קניין הגוף 339
כשכירים זה לזה 334 340
שטרות
אקנייתא 65 112 362
למוכ"ז 66
מכירתן 36 44
ממרנ"י 66
שטר התחייבות, ככסף 67 68 490
שטר הטבה 134 497
שטר חליצה 199
שטר חצי זכר 368 503
שטר מכירת בהמה 388
שטר שותפות 330 335
שידוכין
"תנאים" ו"תנאים שניים" 130
קנס על הפרה 96 385 428
ב"קניין אתן" 129
שיור בקניין (ראה: קניין, שיור בקניין)
שכיב מרע
הודאתו 353 359
מתנתו 105 367
בנכרי 360
שכירות
שכירות "סתם" או "זה" 175 477 482
דרך הקניין 476
התחייבות שבשכירות 487
כשנפל או מת 475
שליחות
במצרנות 227
ערבות בשליחות 433
שמיטת חובות 72
שעבוד
הבחנתו מהתחייבות 70
ביורשים 26 523
משמעות המושג 10 31
שעבוד אישות 286
שעבוד אישי (ראה: שעבוד הגוף)
שעבוד הגוף 17 31 56
ללא שעבוד נכסים 41 46 319 343 479 528
מקורו ואופיו 31 33 41 71 87 469
שעבוד נכסים
אופיו 6 17 23 28 43 51 56 108 145 158 173 178 455 464 506 523
הבחנתו משכירות 24
בהתחייבות להקנאת נכסים 173
כמכירת "פירות" 488 493

ללא שעבוד גוף 47 111 484
"דאיקני" 30 86 145 177
בחוזה עבודה 288
במיטלטלין 21 523
מכאן ולהבא או למפרע 19 523
מקורו 18 23 39 71
בנכסים שהפקיר 22
שעבוד נשוא ההתחייבות 183
קודם לשעבוד הגוף 506
תולדותיו 17
שקר (ראה: אמת ושקר)

תום לב 449
תחרות מסחרית 444
תנאי
בני גד ובני ראובן 403
בהתחייבות 158
לשון התנאי 530
תנאי מגביל 199 205 213
תנאי מכללא 130 244
בשומרים 324
"מתנה על מה שכתוב בתורה" 289 330 381
בחזרת פועל 289
במצות עונה 289
תנאי בית דין 381 427
תנאים בשידוכין 129 130
תנ"ך
כמקור להלכה 66 101
תפיסה 36 199 270
תקיעת כף 388 418
תקנת חכמים
אימתי 466
"דברים הנקנים באמירה" 379
בהתחייבות 71
בהפרת הסכם עבודה 236 251 259 431
במכר דבר המצוי בשוק 441
משיכה בשומרים 305 310
בשעבוד נכסים 18 145
במוכר דבר בחזקת שיש לו 441
תקנת גאונים בשעבוד מיטלטלין 22
תקנת טוליטולה 163
תרעומת 243 412 525

מפתח המקורות

מקרא

בראשית ב, ז 30
יד, יט 9
כא 387
כד 387
כה 387
כו 387
כט, יב 254
לא 13 387
לג, יט 9
לד, יט 9
לו, ו 9
לח 13
מג, ט 63 511
מז 387
נ 387
שמות יג 387
כא, ו 469
כא, יח 67
כא, יט 13
כא, כב 269
כא, לז 13
כב 61
כב, ה 13
כב, יד 10
כב, כב 13
כב, כד 13
כב, כה 249
כג, ז 403 468
כה, ח 350
ויקרא ה, א 350
ה, כג 39
יט, לו 37
כה, כט 134
כה, מו 269
כה, נה 245 281־283
במדבר ל, ג 386 393 467
לב, יח 403
לב, כב 403
לב, כד 403
דברים טו, יח 273
יח, ח 208
כג, כב־כד 393
כד, י 13
כד, יא 13 23 39 40 43 71
יהושע ב 387
ט 387
שמואל א׳ א, ז 66
כ 387
ל 387
שמואל ב׳ כב, כו 254
מלכים א׳ א 387
ישעיהו כח, טו 10
נד, יב 9
נח, ג 9
ירמיהו ב, ח 451
ט, ד 451
לב, יד 11
לד, יט 418
לח 387
יחזקאל יז, יח 418
יח, ז 10
צפניה ג, יג 410 415 417 468
תהלים טז, ד 164
יט, ד 164
קז, ל 10
קמו, ו 9
משלי ח, יא 9
כ, טז 423
כב, ז 25 44
איוב ה, ז 237
קהלת ג, א 10
רות ד, ה 30
ד, ז 200 376

משנה

שביעית י, ה 46
י, ט 411
מעשרות ב, ז 20
כתובות ה, א 60 85 86
ו, ב 61
ט, א 161
ט, ה 219
י, ד 329
יא, א 60
יג, ה 60
יג, י־יא 212

גיטין ד 18
ד, א 18
ה 18
ה, א 23
קידושין א, ב 234
ג, א 138
ב״ק ז, ו 305
ב״מ א, ה 269
ד, א 55 410
ה, א 154 512
ה, ז 70 117
ו, א 234 236 237 241 246 247 264 279 461
ו, ו 304 432
ז, ח 303
ח, ג 432
ט, א־י 172
ט, ג 427
ט, ד 61
ט, ז 172
ט, יג 24 32
ב״ב ט, ב 105 124
ט, ח 455
י, ב 18
י, ח 32
סנהדרין ג, ב 219 220
ג, ח 11
שבועות ד, ח 107 123
בכורות ז, ז 387

תוספתא

כתובות י, ו 42
יב, יא־יב 212
נדרים א, י 206
ו, ז 161
ב״מ ד, א 69 70 147 154 439 443
ד, ג 134
ו, ג 152
ז, א 236
ז, ג 243 296
ח, ב 13
יא, יב 333 384 398 399 401
יא, יג 294

מדרשים

מכילתא
בשלח, פרשה טו, כו 409
משפטים, פרשה קנג 326
תורת כהנים
פ״א, א 273
על ויקרא כה, כה 273
ספרי, דברים, פיסקא קסט 208
ויקרא רבה
פרשה ו 418
לד, ט 393

תלמוד ירושלמי

פאה א, א 9
דמאי ו, ב 206 207
שביעית י, ט 414 416
תרומות ו, ב 439 443
ו, ג 69 147
חגיגה א, א 27
כתובות ד, יא 91
ה, א 60 62 86 94 104
ו, ב 73 74
ט, א 161 162
יב, א 60 73 74 104
נדרים ה, ג 482
קידושין א, ב 435 469
א, ד 206 207
א, ה 376
ב, א 424
ב, ה 68 154 512־515
ב״ק ז, ו 305
ב״מ ד, ב 69 88 147 156 392
ה, א 154 512 514
ה, ב 456
ה, ג 412 429 437
ו, א 236 279
ז, ז 290
ב״ב ג, א 206

תלמוד בבלי

שבת לא, א 409
קכ, א 414
עירובין ע, ב 29
פסחים ד, א 255
ל, א 489
ל, ב 24 19
לא, א 45
סד, א 334
צא, א 417
צא, ב 410
יומא לה, א 207
פג, ב 254 255
סוכה מו, ב 406 451
ראש השנה ד, א 393
ו, א 3 393
מגילה כו, א 208
מו״ק יז, א 293
יח, ב 88
יבמות סז, א 507
קו, א 254 299 420
קיג, א 420
כתובות לד, ב 87 303 319 504 505
מד, א 42
מט, א 75
נד, ב 60 91
נו, א 42 289 469
נח, ב 272
נט, א 283 284 334 338 339
סו, א 61
פב, א 138 139 141 142
פב, ב 18

מפתח המקורות

פג, א 56 161 464
פג, ב 161
פד, א 161
פו, א 26 31 34 35 37 39 43 44 71 203 277
פו, ב 139־142 219
פח, ב 219
צא, ב 27 28 178
צב, א 28
צג, א 329
צד, א 62
קא, ב 39 60 64 71 79 80 83 92 97 100 109
157 178 352 355 357 361 456 465
קב, א 64 65 68
קב, ב 62 81 84 85 88 91 155 376 379 423
קח, ב 60
קי, א 212
נדרים ב, ב 3 9 405
יג, ב 206
כז, א 357
כז, ב 254
לח, א 75
מח, ב 138
סוטה יג, א 165
גיטין יג, ב 33 66 371
יד, א 7 25 75 89 376 379
כט, א 6
ל, א 47 217
לד, ב 387
לז, א 21
מ, ב 25 125 128 129 349 349 356
מא, א 47
מח, ב 18 20 23
נ, א 20
סד, א 349
סו, א 105
עד, א 73
עח, א 271 272
פח, ב 5 223
קידושין ד, א 277
ה, א 67
ו, ב 67 512
ז, א 63 312 421 424 432
ח, א 49 68 490
ח, ב 69 107 424
ט, ב 88
יג, ב 18 26 29 43 52
יד, ב 67
טז, א 67 71 269
טז, ב 293
יז, א 274
יח, א 17 67 277
יט, א 270
כב, ב 469
כג, ב 271
כו, א 21
כח, א 269
כח, ב 101 392
מז, א 68
מז, ב 310
נח, ב 138
נט, א 138
נט, ב 139 140 417
ס, א 140 142 368
סג, א 143
סה, ב 349
סט, א 235 284 339
עח, ב 59
ב״ק ד, ב 312 323
יא, א 308
יא, ב 35
כו, ב 508
לג, ב 56
מט, ב 42
נה, ב 438
סט, א 25
עט, א 304־307 321
פג, ב 13
פד, ב 5
צ, א 25
צא, ב 211
צג, א 469
צד, ב 28
צט, ב 420
קיג, ב 269
קיד, א 61
ב״מ ג, ב 349
ד, ב 21 42
ז, א 523
י, א 245 268 271 276 305 316 526
י, ב 234 334
יא, א 365
יא, ב 208
יב, א 269
יב, ב 65 270
יג, א 10 31 111 488
יג, ב 362
יד, א 41
טו, א 31 456
טו, ב 25 442 443
טז, א 137 161 379
טז, ב 65 143
טז מ״ב 151
לא, ב 243
לד, א 139 141
לט, ב 450
מד, א 55 490
מה, ב 3 55 56 70 167 169 455 489 521
מו, א 57 355 363
מו, ב 513 514
מז, א 376 421
מז, ב 311 410 456
מח, א 170 185 242 263 265 411
מח, ב 59 410 414
מט, א 37 59 72 238 376 402 409 411־416 451
455 456 468
מט, ב 313

נב, ב 414
נו, ב 275־277 476
נח, א 7 61 62 81 193 305 322 376 456 511
נח, ב 9
סב, ב 59 70 154 411 465 515
סג, א 153 514 515
סג, ב 152
סד, א 356
סה, א 278 280
סה, ב 133־135 456 465 496 498 499
סו, ב 144 177
סז, ב 220
ע, א 28
עב, ב 70 152 443
עג, ב 421 426
עד, א 378 394
עד, ב 148 152
עה, ב 236 247 256 430 431
עו, א 412
עו, ב 235 236 240 241 243 245 247 256־259 264 265 281 294 295 310 312 412 430 526
עז, א 264 274 282
עז, ב 68 245 246 256
עח, א 59 247 267 428 431 475 482
עט, א 412 465 475 477 478 526
עט, ב 244 412 413
פ, ב 317 432
פא, ב 304־306 313
פג, א 502
צא, א 304
צג, א 303 316
צד, א 7 81 86 89 120 159 175 305 322 376 379 421 422 425 456
צד, ב 286 304 431
צח, ב 269 304 432 493
צט, א 304־306 314 317 432 436 489 493
קא, א 234
קא, ב 70
קג, א 465 475
קד, א 61 342 422 427 436
קו, ב 172
קח, א 220 225 226
קטו, א 22 523
קטז, א 465
קטז, ב 475
ב״ב ג, א 7 49 55 86 118־120 159 192 193 209 317 331 376 382 383 443 456 525
ח, ב 333 399
ט, א 204 333 399 430
י, א 393
כא, ב 437 444
לג, א 351
מד, ב 22 363 365
מו, ב 255
נא, ב 90
סט, ב 59 70 149 151 439 440 441 456 465
פו, ב 280
פח, א 414
צב, א 483
קו, א 331
קו, ב 376
קכג, א 254
קכד, א 40
קכד, ב 21
קכח, א 219
קלא, א 91
קלג, ב 164
קלה, ב 368
קלו, א 141 367 368 501
קמ, ב 79 105 124 465
קמא, ב 59 105 420
קמב, א 355
קמב, ב 137 507
קמו, ב 359
קמז, ב 206 210 354 358
קמט, א 59 82 83 351 352 354 355 361 364 370 449
קנ, ב 208
קנו, א 354
קנז, א 22 27 28 30 35 59 86 145 146 465
קסז, ב 362
קסט, ב 42
קעא, ב 25
קעב, א 66
קעג, ב 62 63 89 376 387 422 423 509 511
קעד, א 23 24 26 27 31 40 43 45
קעה, א 18 26 354
קעה, ב 18 19 21־23 26 27 422
קעו, א 26 28 29 71
קעו, ב 63 64 81 379 425 456 522
סנהדרין ב, ב 363
ו, א 219
יט, ב 67
כד, א 219 220
כד, ב 220
כט, ב 349
ל, ב 25
לח, ב 418
עב, א 425
שבועות לא, א 255 527
לג, ב 350
לה, א 107 123 451
לז, ב 21
לח, ב 9
לט, ב 84 91
מב, א 219
ע״ז טו, א 309
סג, א 168 169
סג, ב 169
עב, א 119 133 135 184 185 456 458
זבחים ה, א 52
מנחות קח, ב 113 465
חולין פז, א 211
פט, א 300

קל, ב 414
בכורות מו, א 403
מח, א 19 23 50 506
ערכין ו, ב 21
כב, א 26־29 31 42 523
כב, ב 31

גאונים

אוצר הגאונים
כתובות, חלק התשובות, אות תא 60
אות תקכז־תקלז (סט ע"ב) 22
ב"ק עט, א 310
סנהדרין כד, א, אות תא 225
רב האי גאון, ס' המקח והממכר
שער א, דרך רביעית 352 362
שער ב 270
שער ב, הדרך הראשון 207
שער יג 352 362
שער יז 458
שער לז 184
שער מג 155
רב האי גאון
בחמדה גנוזה, סי' קלה 233 234
בספר הנר, ב"מ עח, א 250
בטור, חו"מ, סי' רח 155
הלכות גדולות
בר"ש, כתובות, פ"ט, סי' א 161
רב חנינאי גאון, בתשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז
וצרפת (מהד' קופפר), סי' צ, עמ' 148 330
רב יהודאי גאון, בשערי צדק, ח"ד, שער ח, סי' י 331
מר יוסף גאון
בסוף שו"ת הרי"ף (בילגורי), סי' ד 391
רב מתתיה גאון
בשערי צדק, ח"ד, שער ח, סי' א 330
רב נחשון גאון, בעיטור, מאמר ב, קניין 206
רב נטרונאי גאון, תשובות (מהד' ברודי)
סי' שסא 330
רב נטרונאי גאון
בשערי צדק, ח"ד, שער ח, סי' ג 330
רב צמח גאון, בתשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז
וצרפת (מהד' קופפר), סי' צ, עמ' 148 330
שאילתות, שאילתא לא 65 511
רב שרירא גאון, בשו"ת הרשב"א, ח"ז, סי' תקלט 52
תיקון השטרות למר יוסף גאון, המשפט העברי ד
(תרצ"ג), עמ' 129 90
תשובות הגאונים, חמדה גנוזה, סי' סה 22
תשובות הגאונים, מהד' הרכבי
סי' פד 123
סי' קצט 457
סי' ר 457
סי' תס־תסא 95 123 131 132
סי' תפט 95 123
סי' תקד 123 132
סי' תקיג 106 107
סי' תקכג, עמ' 259 90
תשובות הגאונים "הקצרות" (רבינוביץ)
סי' צה 334
סי' קסו 225
תשובות הגאונים, שערי צדק
ח"ד, סי' ב, יב 134
ח"ד, שער ח, סי' א 330
גאון; גאונים (מובאות)
בעיטור, מאמר שני, קניין (י ע"ד) 122 184
באור זרוע, ב"מ, סי' רסו 384
בתשובות חכמי פרובינציא, חו"מ, סי' יח 334
בחידושי הריטב"א, כתובות קב, א 89 94
בריטב"א, בשיטה מקובצת, ב"מ טו, ב 442
במגיד משנה, הלכות שכנים, יד, ב 226
בשו"ת הריב"ש, סי' שמה 89
בשיטה מקובצת, ב"ק עט, א 310
בתרביץ מג (תשל"ד), עמ' 170 381 382

ראשונים

אור זרוע
שו"ת, סי' תשנב 220 224
אות ד 353
ב"מ, אות קמב 91 92
אות רסו 330 384
ר' אליהו מפריס, בתוספות
כתובות נד, ב, ד"ה אע"פ 85 86 88 285 458
כתובות סג, א, ד"ה ממלאכה 286 293
רבנו בחיי, פירוש לתורה
פרשת בלק, הקדמה 469
בית הבחירה
פסחים ה, ב 317
ל, ב 19
כתובות לד, ב 308
נד, ב 86
פב, א 143
פו, א 31
פו, ב 139
קא, ב 102 171
קב, א 60 65
קב, ב 423
נדרים מו, א 24 25
קידושין ח, ב 107 424
ט, ב 89
יג, ב 20
טז, א 269 270
ב"ק ח, א 29
ב"מ לד, א 139
לו, ב 309
מה, ב 167
מו, א 158
מט, א 414
סה, ב 135
עד, ב 147
עה, ב 247 256
עח, א 476
ב"ב ב, א 121
ג, א 195
סט, ב 147 150
קמ, ב 106
קמט, א 357

מפתח המקורות

קנז, א 28 29 145 146 506
קעה, ב 21 23
שבועות לה, א 107
ע״ז סג, א 168 171
סג, ב 169 170
עב, א 184
בעל הטורים (ראה: טור)
בעל המאור (ראה: [ה]מאור הגדול)
רבנו ברוך, ספר החכמה
במרדכי, ב״מ, אות שמח 267
ברצלוני (ראה: ר״י ברצלוני)
גיליון תוספות, בשיטה מקובצת, ב״מ טז, א 442
רבנו גרשום, פירוש לתלמוד, ב״ב
ג, א 118
קלה, ב 368
קעד, א 32 33
קעה, ב 25 44
הגהות אשרי
כתובות, פ״ט, אות יד 27
ב״מ, פ״ג, אות ו 248
פ״ה, סי׳ כו 134
פ״ו, אות ב 248 252 253 259 267 527
פ״ו, אות ה 282
פ״ו, אות ו 242 266 267
הגהות מיימוניות, על הרמב״ם
הלכות אישות, ב, אות ח 277
כג, אות ח 89
הלכות זכייה ומתנה, י, טו 206
הלכות שלוחין ושותפין ד, ב 334
הלכות מלווה ולווה, כב, א 24
דפוס קושטא, הלכות מכירה, פרק ג 147
הגהות מרדכי (ראה: מרדכי)
ס׳ ההשלמה, ב״ב סט, ב 150
וייל (ראה: מהר״י וייל)
ס׳ הזכות (ראה: רמב״ן)
ר׳ זרחיה הלוי (ראה גם: [ה]מאור הגדול)
בשו״ת הרשב״א, ח״ה סי׳ קסו 314
חוקות הדיינים (ראה גם: שמרו משפט)
סי׳ סז 124
סי׳ קסא 111
סי׳ קפג 109 111 125
ר׳ חיים פלטיאל
בשו״ת מהר״ם, דפוס לבוב, סי׳ קנז 277
ס׳ החינוך
מצווה תז 403 451
מצווה תפב (מצווה תנ במהד׳ שאוועל) 278
רבנו חננאל, פירוש לתלמוד
ב״ק צא, ב 211
ב״מ יב, ב 270
רבנו חננאל
בספר המכריע, סי׳ נב 81
בחידושי הרמב״ן, כתובות פו, א 28
קידושין ז, א 421
בר״ש, כתובות, פ״ט, סי׳ א 161 162
בהגהות אשרי, ב״מ, פ״ה, סי׳ כו 134
בחידושי הריטב״א, כתובות פו, א 32
במרדכי, ב״מ, אות שמט 250
טור
או״ח, סי׳ רמו, ג 309
יו״ד, סי׳ קסא, ה־ו 35
סי׳ רכא, ז־ז 24
סי׳ רלו, ו 495
סי׳ רנח, י 392
סי׳ רסז, יד 274
סי׳ שה, יג 508
אהע״ז, סי׳ א, ט 381
סי׳ א, יא 381
סי׳ לח, ה 161
סי׳ מ, א 138
סי׳ נ, ו־ז 428
סי׳ נא 88 89 99
סי׳ נב 61
סי׳ סו, ח 60
סי׳ סט 161
סי׳ סט, ו 161 289
סי׳ עה 212
סי׳ עו, ח 381
סי׳ צב 161
סי׳ קיח 163
סי׳ קיח, יד־טו 381
חו״מ, סי׳ יב, ז 219
סי׳ כו 223 224
סי׳ לט, יז 488
סי׳ מ 39
סי׳ מ, א 64 80 423
סי׳ מז, א 349
סי׳ ס 111 358
סי׳ ס, א 22
סי׳ ס, ב 102
סי׳ ס, ו 83 84 107 109 131
סי׳ ס, י 157 159־161
סי׳ ס, יא 108
סי׳ סא, ד 66
סי׳ סו, כג 203
סי׳ סו, מ 317
סי׳ עג, ה 40
סי׳ פא, ו 349
סי׳ פח, לח 20 21
סי׳ צז, טו 40 277
סי׳ קא 22
סי׳ קד, א 21 22
סי׳ קד, יג 21
סי׳ קז, א 22 40 41
סי׳ קז, ה 22
סי׳ קז, טו 28
סי׳ קח, א 42
סי׳ קיב, א 30 145
סי׳ קיג 22
סי׳ קיג, ב 363
סי׳ קיג, ג 22
סי׳ קיז, א 47
סי׳ קכה, ה 392
סי׳ קנז 160
סי׳ קנז, א 118

טור, חו״מ (המשך)
סי׳ קנז, כ 122 125 128
סי׳ קעג, ב 118 124 125
סי׳ קעה, ל 226
סי׳ קעה, לא 226
סי׳ קעה, לב 226
סי׳ קעה, לה 228
סי׳ קעו, ד 335
סי׳ קפג, א 429
סי׳ קצה, ה 138
סי׳ קצח, א 410
סי׳ קצח, טו 410
סי׳ רא 394
סי׳ רג, א 118
סי׳ רג, ד 167
סי׳ רד 37 410
סי׳ רו, א 184
סי׳ רז, ב 132
סי׳ רז, יא 134
סי׳ רז, טז 96 428
סי׳ רז, כא 102
סי׳ רז, כד 433
סי׳ רח 155
סי׳ רט, ד 136
סי׳ רט, ו 147 150 440 441
סי׳ רי, א 136
סי׳ ריא, א 136
סי׳ ריא, ה 153
סי׳ ריב, א 207
סי׳ ריב, ז־ט 392
סי׳ רטז, ה 150
סי׳ רמא, ד 91
סי׳ רמג, ב 392
סי׳ רמג, י 192
סי׳ רמג, יד 198
סי׳ רמה 160
סי׳ רמה, א 125
סי׳ רמה, ד 127 128
סי׳ רמה, ה 127
סי׳ רנ, ג 359
סי׳ רנב, ב 367
סי׳ רנג 105
סי׳ רנג, מב 79 106 107
סי׳ רנז, א 367
סי׳ רנז, ז 368
סי׳ רנח, א 367
סי׳ רסה 243
סי׳ רעה 42
סי׳ רעו, ה 507
סי׳ רעז, ה 507
סי׳ רעח, יא 29
סי׳ רעח, יא 32 40
סי׳ רפב 164
סי׳ רצא, ה 307
סי׳ רצא, ו 305
סי׳ שא, א 326
סי׳ שג, א 307
סי׳ שה, ו 308
סי׳ שז, ב 307 311
סי׳ שי 476
סי׳ שי, ב 478
סי׳ שיא 237
סי׳ שיב, יח 479 480
סי׳ שטו, ד 234
סי׳ שלג 261 275 413
סי׳ שלג, א 235 266
סי׳ שלג, ב 237 239־241 257 263־265 267
סי׳ שלג, ג 247 251 258
סי׳ שלג, ד 257 258
סי׳ שלג, ה 247 252
סי׳ שלג, ו 248
סי׳ שלג, ז 294
סי׳ שלג, ח 430
סי׳ שמ, ד־ז 307
סי׳ שמא, א 305
סי׳ שמא, ד 504
סי׳ שמא, ה 305
סי׳ שסג, ז 29
סי׳ שעד, א־ד 442
טור, הפירוש הארוך על התורה
בראשית כה, לא 390 391
יד רמה, ב״ב (ראה גם: רמ״ה)
פ״א, אות יט 121
אות כה 121
אות כו 119 121 122 124־126 129 131 174
176 192 193 357 428 470 480
פ״ד, אות כו 125
פ״ה, אות קיב 280
פ״ט, אות ג 106
פ״ט, אות צד 125
אות צז 356 357 361 359
פ״י, אות קלג 21 32 44
אות קמד 18 19 24
אות קמח 23
אות רא 65
רבנו יואל
במהר״ם, שו״ת, דפוס פראג, סי׳ עז 273 295
רבנו יונה (ראה גם: עליות דרבנו יונה)
בטור, חו״מ, סי׳ רמג, י 192
ר׳ יונתן מלוניל, פירוש לרי״ף
ב״מ עט, א 176
ב״ב קמז, ב 206
ר׳ יונתן מלוניל
במגיד משנה, הלכות שכירות, ה, ב 478
בשיטה מקובצת, ב״ב קעד, א 26
ר׳ יוסף בן יחיא, בשו״ת הריב״ש, סי׳ שמה 89
ר׳ יוסף הלוי ן׳ מיגאש, חידושים לתלמוד
ב״ב ג, א 120
סט, ב 150
פו, ב 280
קמ, ב 106 124
קמט, א 353 357 359־361

מפתח המקורות

שבועות לה, א 107 123 124
ר׳ יוסף הלוי ן׳ מיגאש, שו״ת
סי׳ עא 98 104 105 120
סי׳ עג 97 178
סי׳ צז 82 83 97 357 361
סי׳ קו 82 83 96 97 352 361
סי׳ קח 146־148 150 151 154 439
סי׳ קיט 97
סי׳ קכט 380
סי׳ קלה 89 96 98 194 381
סי׳ קלה, לפי כ״י ששון 593, עמ׳ 238 521
סי׳ קנג 82 97
סי׳ קסח 81 82 357 358
סי׳ קצו 124 330
ר׳ יוסף הלוי ן׳ מיגאש
בחי׳ הרמב״ן, גיטין ח, ב 113
בטור, חו״מ, סי׳ רעח, יא 29 40 41
בשיטה מקובצת, כתובות נה, א 94 96 100 120 131
ב״מ מז, א 411
ב״ב קמז, ב 210
ב״ב קמז, ב (בשיור שטמ״ק), ד״ה אמר הכא 521
ר׳ יחיאל
בשו״ת הרא״ש, כלל קב, סי׳ י 207 210 395 396
בהגהות מרדכי, שבת, סי׳ תעג 395
ר׳ יחיאל בן הנשא ר׳ משה איש חיל, בתשובות חכמי פרובינציא, חו״מ
סי׳ טו, יח 330
סי׳ יט 382 383
רבנו יעב״ץ, בראב״ן, סי׳ עט 220
רבנו יעקב ב״ר יצחק הלוי
בראב״ן, סי׳ כד 220
בראב״ן, שבועות לט, א 220
ר׳ יצחק בן ר׳ מרדכי קמחי, בתשובות חכמי פרובינציא, חו״מ
סי׳ טו 330
סי׳ יח 330 332 383
סי׳ כ 334 382 383
ר׳ יקיר, במרדכי, ב״ק, סי׳ קיד־קטו 426 436 438
רבנו ירוחם (ראה: מישרים)
ר׳ ישמעאל בן חכמון (״פירוש קדמון״), ב״ב
סט, ב 150
קמ, ב 106
קמז, ב 521
רבנו ישעיה, בטור, יו״ד, סי׳ קעג 498
ס׳ הישר לרבנו תם
בנימוקי יוסף, ב״מ לז, ב (בדפי הרי״ף) 136
מאה שערים (לבעל העיטור), ב״ב לו, ב 440
המאור הגדול (בדפי הרי״ף)
כתובות מב, א 161
ב״מ כח, ב 411
כט, ב 37 412
המאירי (ראה: בית הבחירה)
מגיד משנה, על הרמב״ם
אישות, כג, טז 60 61
ז, יב 142
גירושין, ט, א 142
גזלה ואבדה, ט, ט־יג 442
מכירה, ב, ט 139 142
ה, ד 68 153 514 515
ז, ד 153
יא, טז 102
יג, יח 282
כב, ב־ג 154
כד, ג 150
זכייה ומתנה, ח, ה 106
ח, ו 106 129
ט, ג 124
ט, ט 360
יא, י 124
שכנים, יד, ב 226
שכירות, ב, ח 305 310 432
ה, ב 476־478
ט, ד 249 260
שאילה ופיקדון, ז, יא 315
מלווה ולווה, ב, א 510
יא, ח 27
יח, ג 41
כה, יד 510
מהר״ח אור זרוע, שו״ת
סי׳ ג 234
סי׳ סד 399
סי׳ רכה 244 245
סי׳ רנא 201 388
מהר״י וייל, שו״ת
סי׳ צה 129
סי׳ קמג 127־130
מהרי״ל, שו״ת, סי׳ פ 420
מהרי״ל, שו״ת החדשות, סי׳ קמד 338
מהרי״ק, שו״ת
שורש כ 331 333 380 383 401
שורש כט 428
שורש קכט 196 197
שורש קלג 251
שורש קעט 399
שורש קפא 201 277 332־334 337־339 402 422
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת
דפוס ברלין, הוצ׳ בלוך, כי״א, סי׳ סב 239
סי׳ רלד 239
דפוס לבוב, סי׳ קנז 277
דפוס פראג, סי׳ עב 273 276 278 279
סי׳ עז 273 295
סי׳ פה 274 276 339
סי׳ קסה 168 169
סי׳ רנח 28
סי׳ שכה 333
סי׳ שפה 274 277
סי׳ שפו־שפז 277
סי׳ תקמז 239
סי׳ תשמט 276
סי׳ תתיד־תתסב 240
סי׳ תתכא 236 239 240 253
סי׳ תתקמט 397 412
סי׳ תתריו 294

מפתח המקורות

דפוס קרימונה, סי׳ קכה 239
סי׳ רג 426 427
שו״ת ר״י או״ז ומהר״ם, מהד׳ כהנא, סי׳ תקד 239
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג
במרדכי, ב״ק, סי׳ קעו 333 336־338 340 382 383 401
ב״מ, סי׳ רמז 194
ב״מ, סי׳ שמב 237
ב״מ, סי׳ שמט 250
ב״מ, סי׳ שע 422 428
ב״ב, סי׳ תרכ 356
סנהדרין, סי׳ תשז 429 430
בהגהות מרדכי, קידושין, סי׳ תקמב 234
ב״מ, סי׳ תנז־תנח 333 399 401
בשו״ת הרא״ש, כלל יב, סי׳ ב־ג 395
בתוספות הרא״ש, ב״מ מט, א 415
מהר״ם מינץ, שו״ת, סי׳ קא 412 415
מחזור ויטרי, סי׳ תקעב 330
ס׳ מישרים
נתיב יז 159 443
נתיב ל, ח״א 324
ס׳ המכריע, סי׳ נב 81
מרדכי
כתובות, סי׳ רכב 39
סי׳ רסג 89
גיטין, סי׳ שסד 397
ב״ק, סי׳ קיד 426 436 438
סי׳ קטו 426 436 438 444
סי׳ קעו 333 338 401
סי׳ קעט 399
ב״מ, סי׳ רמז 194
סי׳ שיב 415
סי׳ שכג 428
סי׳ שלד 522
סי׳ שמב 237
סי׳ שמו 273 274
סי׳ שמח 267
סי׳ שמט 250
סי׳ שע 422 428
סי׳ שצג 226 227
סי׳ תנח 522
ב״ב, סי׳ תפא 401
סי׳ תקס 69 147 149 439 443
סי׳ תרכ 356
סנהדרין, סי׳ תרפ 219־223 226
סי׳ תרפו 224
סי׳ תרצא 428
סי׳ תשז 429 430
הגהות מרדכי
שבת, סי׳ שצח 395
סי׳ תעב 395
סי׳ תעג 395
קידושין, סי׳ תקמב 234
ב״מ, סי׳ תנא 334 412
סי׳ תנז־תנח 333 399 402
סי׳ תנח 416 428
מהדורא בתרא, סי׳ תנט־תס 273
ב״ב, סי׳ תרסג 163
סי׳ תרעא 206
ר׳ משה כהן, בחידושי הריטב״א (הישן), ב״מ מו, א 362
ר׳ משולם בר קלונימוס, בעיטור, שיתוף (מב ע״א) 332 383
נימוקי יוסף, על הרי״ף (בדפי הרי״ף; כתובות וע״ז — בדפי התלמוד)
כתובות פו, א 35
ב״ק י, א 505
כט, א 311
לט, א 321
ב״מ ב, א 349
ו, א 75
ט, א 442
כז, א 167 169 170 172
כח, ב 411
כט, א 242 266 412
כט, ב 38
לז, ב 136
מד, א 429
מו, ב 237 240 248 251 257 260 431
מז, א 413
מח, ב 476־478
נד, א 323
נד, ב 263
נז, א 311 312 314 316 318 432
ס, א 181 480 481
סא, ב 427
סג, א 337
סד, א 226־228
ב״ב א, ב 417
ב, א 121 122 184
ו, ב 335
מג, ב 281 289 498
סט, ב 83 355
פא, א 438
פב, ב 22 23
סנהדרין ד, ב 215 220־222 226
ע״ז סג, א 168 169
עב, א 184
רב נסים גאון, מגילת סתרים 146
רב נסים גאון, בשו״ת ר״י מיגאש סי׳ קח 146־151
154־156 160 181 332 439־441
ס׳ הנר, ב״מ עח, א 250
סמ״ג, עשה פב 364
סמ״ג, בהגהות מרדכי, ב״מ, סי׳ תנח 428
ר׳ עובדיה מברטנורא, פירוש למשנה
שבועות, ד 451
שבועות ד, ח 107
ס׳ העיטור (מהד׳ ר׳ מאיר יונה)
מאמר שני, קניין 206
מאמר שני, קניין (י ע״א) 89 206 356
מאמר שני, קניין (י ע״ב) 75 89 107 110 111 156
מאמר שני, קניין (י ע״ג) 330־332
מאמר שני, קניין (י ע״ד) 122 126

מפתח המקורות

ערב (יב ע״א) 422
עיסקא וחוב (טו ע״ב) 27
תנאי (ח) 162
תנאי, אחד עשר (לט ע״ב) 184
שיתוף (מב ע״א) 330־332 334
שיתוף (מג ע״א) 330
שלישות ממון (מד ע״א) 412
מחילה (נה ע״א) 203
מתנת שכיב מרע (סא ע״ג) 206
פסיקתא (סו ע״ב) 89
מכירת קרקעות (סז ע״א) 147 149 150 440 441 443
הודאה (עב ע״ב) 352 353
עליות דרבנו יונה, בבא בתרא
ג, א 118
קעד, א 26
ערוך השלם, ערך שייך 65
פירוש קדמון (ראה: ר׳ ישמעאל בן חכמון) רבנו פרץ
בהגהות מרדכי, שבת, סי׳ שצח 395
במוריה, שבט תשנ״ה 94
קיצור פסקי הרא״ש, ב״מ, פ״ו
אות ב 413
אות ג 247
רבנו קרשקש, חידושים לתלמוד
גיטין עד, א 73
ראב״ד, השגות על הרי״ף
כתובות מב, א (בדפי הרי״ף) 161 162
ראב״ד, השגות על הרמב״ם
הלכות אישות, יב, ט 162
כג, ז 162 330 480
הלכות מכירה, ב, ט 139
ה, יד 334
ז, ד 152 153 513
יא, טז 102 520
הלכות שלוחין ושותפין, ב, ד 283 284
ד, ב 213 333 334 338־341
הלכות שכירות, ב, ג 317
ט, ד 241 257
הלכות מלווה ולווה, כה, יד 510
ראב״ד, חידושים לתלמוד
ב״ק עט, א 305־307 310 311 314 315 320
ע״ז סג, א 168
עב, א 184
ראב״ד, תשובות ופסקים (מהד׳ קאפח)
סי׳ קמא 354 355 357
ראב״ד
בחידושי הרמב״ן, קידושין יג, א 315
בספר התרומות, שער מב, ח״ד, ג 355 356
שער סד, ח״ב, ד 354
בשו״ת הרא״ש, כת״י, שנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), עמ׳ 64 335 338 339
בחידושי הריטב״א (הישן), ב״מ עח, א 476־479
בחידושי תלמיד הרשב״א, קידושין ז, א 423
בר״ן על הרי״ף, קידושין ד, ב (בדפי הרי״ף) 49 69 108
בשיטה מקובצת
כתובות לד, ב 309
ב״מ מט, א 38
ב״מ עו, ב 251 413 431
ב״מ פ, ב 305 493
ב״מ צד, א 414 428
ב״מ צח, ב 305
ב״ב קמז, ב 206
ב״ב קנז, א 145
ב״ב קעד, א 26 31
ב״ב קעה, ב 36
ראב״ד אב״ד, שו״ת (מהד׳ קאפח)
סי׳ קכז 334
סי׳ ריט 334
ראב״ד אב״ד, בחידושי הרשב״א, קידושין יג, א 315
ראבי״ה
באור זרוע, ב״מ, אות קמב 91
בשו״ת מהר״ם, דפוס פראג, סי׳ עז 273 295
ראב״ן (מהד׳ ערנרייך)
תשובות, סי׳ סח 18 26־28
ב״ק קצא ע״א 364
שבועות לט, א 220־223 226
רא״ה, חידושים לתלמוד
כתובות פו, א 31
רא״ה
בחידושי הר״ן, ב״ב סט, ב 149
בחידושי הריטב״א, כתובות צב, א 68
קידושין מז, ב 310
ב״ב סט, ב 151
ב״ב קעה, ב 28 32
בשו״ת הריטב״א, סי׳ קיז 286
בנימוקי יוסף, סנהדרין ד, ב (בדפי הרי״ף) 221
בשיטה מקובצת, כתובות פו, א 37
רא״ם (מזרחי), במדבר לב, כד 403
רא״ש, פירוש לתלמוד
נדרים לח, א 75
נדרים מג, א 434
רא״ש, פסקים
יבמות, פ״ז, סי׳ ד 106
פי״ב, סי׳ טז 420
כתובות, פ״ד, סי׳ ד 73
פ״ה, סי׳ א 86 109 111 118 319 324 365
פ״ט, סי׳ א 161
פ״ט, סי׳ י 507
פ״ט, סי׳ יג 43
פי״ב, סי׳ ב 84 85
פי״ג, סי׳ ג 61
נדרים, פ״ד, סי׳ ד 75
גיטין, פ״ד, סי׳ כט 67
קידושין, פ״א, סי׳ ה 515
פ״א, סי׳ י 49 50 69 108
פ״א, סי׳ יג 312 424 433
ב״ק, פ״א, סי׳ ו 29
פ״ט, סי׳ יז 427
ב״מ, פ״א, סי׳ לו 66 362
פ״א, סי׳ לט 47
פ״א, סי׳ מ 136
פ״ד, סי׳ ג 365
פ״ד, סי׳ ט 266 285 286 288
פ״ד, סי׳ יב 38 392

מפתח המקורות

פ״ה, סי׳ ב 251
פ״ה, סי׳ כט 47
פ״ה, סי׳ סט 248 429
פ״ו, סי׳ ב 239־241 255 257 261 267 413
פ״ו, סי׳ ו 246 274 278
פ״ו, סי׳ י 175 478־480
פ״ח, סי׳ יב 304 432
פ״ח, סי׳ טו 306 307 309־313 315 316 318 320 321 432 433 489
פ״ט, סי׳ כג 226־228
פ״ט, סי׳ מו 32
ב״ב, פ״א, סי׳ ג 7 121 122 125 118
פ״ד, סי׳ ז 206
פ״ד, סי׳ יב 150 154 440 441
פ״ט, סי׳ כד 359 360
פ״י, סי׳ מט 19 42 35 43 46
שבועות, פ״ה, סי׳ ג 21
ע״ז, פ״ה, סי׳ ב 168־171 234
פ״ה, סי׳ כג 126 184
חולין, פ״ו, סי׳ ח 211 212 391
רא״ש, שו״ת
כלל א, סי׳ ה 234
כלל ו, סי׳ יט 399
כלל ו, סי׳ כא 399
כלל ח, סי׳ ז 380
כלל יב, סי׳ ב־ג 210 211 360 388 395־397
כלל יג, סי׳ כ 136 208 395
כלל יח, סי׳ ד־ה 224
כלל יח, סי׳ ח 390
כלל לג, סי׳ א 381
כלל לד, סי׳ ג 192 195
כלל לה, סי׳ ב 309
כלל לו, סי׳ ח 93 108 365
כלל סד, סי׳ ג 420
כלל סו, סי׳ א 192 198
כלל סו, סי׳ ט 433
כלל סח, סי׳ ט 66 71
כלל סח, סי׳ י 17 469
כלל סח, סי׳ יג 224 469
כלל סח, סי׳ יח 391
כלל עח, סי׳ ב 25 276 277 286
כלל פ, סי׳ ח 175
כלל פז, סי׳ א 163
כלל פח, סי׳ ב 175
כלל פט, סי׳ יג 335
כלל קב, סי׳ א 430
כלל קב, סי׳ י 207 210 211 395־397 411 412
כלל קד, סי׳ ב 260־262
כלל קד, סי׳ ו 418
כלל קד, סי׳ ז 430
רא״ש, תוספות על התלמוד
כתובות נד, ב 43־46
קב, א 85
קידושין ח, ב 428
יג, ב 18 34
ב״מ מו, א 365
מט, א 415
עו, ב 413
ב״ב קמב, ב (בשיטה מקובצת) 137
סנהדרין כד, א, ד״ה כל 428
רא״ש
בבעל הטורים, הפירוש הארוך, בראשית כה, לא 390 391
בשיטה מקובצת, ב״מ עז, א 264 265
ב״ב קמט, א 353
ב״ב קעה, ב 24 32
במשא מלך (לר׳ יוסף בן עזרא), ח״ה, שער א, משפט ה 402
בשנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), עמ׳ 112 391
רד״ק, ישעיהו כח, טו 10
ר״י
בתוספות, כתובות נד, ב, ד״ה אע״פ 85 86 456 458
ב״מ עו, ב, ד״ה אין 239 258
ב״ב קמט, א, ד״ה שכיב 359
בחידושי הרשב״א, ב״מ מח, א 266
בחידושי הריטב״א החדשים, ב״מ עג, ב 429
בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סי׳ רנח 28
בראי״ש, כתובות, פ״ט, סי׳ א 161
בטור, חו״מ, סי׳ שלג, ב 264 265
ר״י ברצלוני, ליקוטי ספר הדין, במדעי היהדות ב, סי׳ קיח 90
ר״י ברצלוני, ס׳ השטרות
שטר סד 330
שטר עב 96
ר״י ברצלוני, בחידושי הרמב״ן, ב״ב ט, א 401
ר״י מיגאש (ראה: ר׳ יוסף הלוי)
ר״י מקורביל, בשיטה מקובצת, כתובות פו, א 38
ריב״א, תוספות לתלמוד
סנהדרין כד, ב, הערה 103 220
ריב״א
בתמים דעים, סי׳ קנח 158
ריב״א הלוי
בראב״ן, שבועות לט, א 220
ריבמ״ץ, פירוש למשנה
שביעית, י, ט 411
ריב״ש, שו״ת
סי׳ סד 163
סי׳ עא 335 388־390
סי׳ צח 381
סי׳ צט 182 217
סי׳ קב 163
סי׳ רז 163
סי׳ רלו 469 470
סי׳ רנ 182 217
סי׳ רפ 382
סי׳ שכח 164 390 391
סי׳ שלה 389 390
סי׳ שמא 390
סי׳ שמד 389 390
סי׳ שמה 89 91־93 95 102 103 109 110 149 395
סי׳ שפז 366 390
סי׳ שצה 381
סי׳ תעו 234 262 286 288 335 399

סי׳ תפא 158
סי׳ תפד 40 286 289־291 391 466
סי׳ תצ 223
רי״ד, תוספות על התלמוד, קידושין
ח, ב 424
יג, ב 18
טז, א 67
רי״ד, תוספות
במהרי״ט, בחידושיו לקידושין, חידושים על הרי״ף ג, א 493
ריטב״א, חידושים לתלמוד
יבמות מו, א 274
כתובות לד, ב 308
נד, א 93
נד, ב 60
סו, א 74
פב, א 139
פה, ב 45
פו, א 32 37
צב, א 68
צה, א 73
קא, ב 74 104
קב, א 89
נדרים נו, א 482
גיטין סו, א 105
קידושין ז, א 421 422
ח, א 69 108 111
ח, ב 424
יג, ב 19
טו, א 269
טז, א 67־69 269
יג, א 315
יג, ב 26־28 31 32 40 43
יז, א 274
יט, א 270
מז, ב 310
ב״מ (החדשים) י, א 271 290
טז, א 442
מג, א 309
מח, א 168 266 267
נו, ב 276
סא, א 470
סט, ב 424
עג, ב 238 248 249 427 429־431 436 437 464
עד, א 394
עה, ב 222 237 238 246 248 251 252 285־293 295 339 340 413 429 498 525
עו, א 234 237 241 249 251 258 264 265
עז, א 265
עז, ב 68
עח, א 249 250 286 478
עט, א 480
צד, א 290 377
צז, ב 508
צח, ב 311
צט, א 305 432 436
קג, א 181
ב״מ (המיוחסים)
מו, א 158 352־355 362 363
מח, א 293
עג, ב 421
עח, א 476 477
צד, א 377 425
ב״ב סט, ב 149 151 158 181
פו, ב 280 282 283
פז, א 281 289
קמ, ב 105
קעג, ב 510
קעד, א 31 40
קעה, א 64
קעה, ב 28
ע״ז סג, א 168
סג, ב 169־171
עב, א 184
ריטב״א, על הרי״ף
נדרים יט, א (בדפי הרי״ף) 114
ריטב״א, שו״ת
סי׳ יא 97
סי׳ מא 91־93 110 114 158
סי׳ מד 208
סי׳ קיז 286 289־291 466
סי׳ קלט 208
סי׳ קמו 182 217
סי׳ קעז 75
סי׳ קצט 313
סי׳ רה 74 207
ריטב״א
בנימוקי יוסף, ב״ב מג, ב (בדפי הרי״ף) 498
ב״ב סט, ב (בדפי הרי״ף) 83 355
בשיטה מקובצת, כתובות נו, א 290
רי״ף (בדפי הרי״ף)
כתובות מב, א 161 162
מו, א 40
נ, א 27
סא, א 60 80־82 84 93 104 166
350 352
גיטין ב, ב 113
ב״ק לב, ב 211
ב״מ ו, א 65 66 111
ט, א 136
כז, א 158 159 167
כט, ב 38 392
ל, א 410
מח, ב 478
ב״ב ב, א 118
לו, ב 147 149־151 439
נא, ב 123 184
סו, א 106 124
פב, ב 20
פג, א 19 26 42 43 46
רי״ף, שו״ת
מהד׳ לייטר, סי׳ יד 89 90 94־96 104 105 123 135 184 381 520
סי׳ ק 123 134

מפתח המקורות

סי׳ קכ 380
סי׳ קפה 212
סי׳ רכג 263 415
סי׳ רפו 134
מהד׳ בילגורי, סי׳ פג 91 94 101
סי׳ פד 91
סי׳ פו 90 91 94
סי׳ קסח 107 109־111
סי׳ קעג 91
מהד׳ רוטשטיין, סי׳ טז 521
ר״ף
בתשובות הגאונים, מהד׳ הרכבי, סי׳ פד 123
סי׳ תס־תסא 95 123 131 132
סי׳ תפט 95
סי׳ תפט, עמ׳ 333 520
סי׳ תקד 132
סי׳ תקיג 107
בתשובות הגאונים ״הקצרות״ (רבינוביץ), סי׳
קסו 225
בס׳ התרומות, שער סב, ח״א, ד 223־225
בס׳ העיטור, שיתוף (מב ע״א) 331
ברייטב״א, בשיטה מקובצת, ב״מ טו, ב 442
במדעי היהדות ב, סי׳ קיח 90
בכ״י ניו־יורק (הוצ׳ מקור, ירושלים תשל״ד), ב״ב
סט, ב 150
רמב״ם, מורה נבוכים
ח״א, פרק עג 521
ח״ג, פרק נג 414
רמב״ם, משנה תורה
דעות, א, ה 414
ה, יג 414 452
אישות, ז, יב 140 142
יב, ט 161
טז, ז 22
יז, ב 72
כג, ו 161
כג, יג 88
כג, יד 133
כג, יז 102
גירושין, ט, א 139 142
ט, ב 139 142
ט, ג 139 142
ט, יד 142
איסורי ביאה, יג, ה 52
שבועות, יא, א 406
יא, ג 406
יב, ז 406
ערכין וחרמין, ו, לא 101 392 393
ו, לב 392 393
ביכורים, יא, כ 505 508
ביאת מקדש ו, ט 403 522
תמורה, ד, יג 466
נזקי ממון, ח, יב 22
גנבה, ג, ד 505
גזלה ואבדה, ט, ט־יג 442
חובל ומזיק א, ו 13
מעשר, ה, א 410
מכירה, א, א 361 376
ב, ח 124
ב, ט 139 142
ה 166
ה, ד 68 153 513 514
ה, יא 197
ה, יד 118 192 210 331
ו, ד 167
ז, א 410
ז, ד 153 514
ח, ז 135 184
יא, ג 132
יא, ו 124 132
יא, יא 133־135 497
יא, טו 63 64 72 80־84 100 103 157 311 323
350־352 355 361 378 423 495
יא, טז 101־103 167 196 203 324 370 399 502
520 528
יא, יז 102
יא, יח 384
יג, טו 275 276 281
יג, יח 275
יח 409
כב, א 136
כב, ב־ג 153־155
כב, ה 136
כב, ט 21
כב, י 136
כב, יג־יד 207
כב, טו 165
כב, יז 392
כג, ח 309
כד, יג 150 154 155
כג, ה 337
זכייה ומתנה, ג, ה 91 113 114 395 465 480 483
ד, יא 124 125
ו, יז 88־90 99 102
ו, כד 430
ח, ה 106
ח, ו 106 124
ט, ג 124
ט, ט 360
פרק יא 114
יא, י 124
שכנים, ב, י 118 124
יב, ב 228
יד, ב 226
שלוחין ושותפין, ב, ד 283
ד, א 331 333
ד, ב 331 333 335 336 340 341
ד, ד 337 338
עבדים, א, ו־ז 268
א, ט 268
ב, ט 275
ג, א 268
שכירות, ב, א 193 326
ב, ג 317 324 326

מפתח המקורות

ב, ח 305 307 310 311 314 315 318 321 432
ב, ט 322
ה, ב 477
ח, א 172
ט 283
ט, ד 247 249 250 254־256
י, ד 282
יג, ו־ז 13
שאילה ופיקדון, א, ה 303 308 309 319 320 324 505 506
ג, ב 304 306
ה, ו 82
מלווה ולווה, ב, ד 40
יא, ד 20 32
יא, ז 22
יא, ח 27
יא, יא 22
יח, א 23 24 145
יח, ג 41
כב, א 23 24
כה, יג 102־104
כה, יד 509 510
רמב"ם, ס' המצוות, עשה ז 406
רמב"ם, פירוש המשנה
שביעית, י, ט 37
ב"ק, ז, ו 305 317
ב"מ, ה, א 514
רמב"ם, שו"ת (מהד' בלאו)
סי' ז 151
סי' מה 380
סי' מט 101
סי' נה 161
סי' עא 101 380
סי' פה 100
סי' פח 100 101
סי' פט 101
סי' קז 216
סי' קצט 101
סי' רב 380
סי' רלד 380
סי' רלז 100
סי' רפא 101
סי' שעז 103
סי' שפו 101
סי' שפז 101
סי' תב 134
סי' תיג 100
סי' תכב 100
סי' תכד 161 162
סי' תכז 109
רמב"ם, שו"ת (מהד' פריימן), סי' שטז 100
רמב"ן, השגות לס' המצוות לרמב"ם
עשה ז 406
רמב"ן, חידושים לתלמוד
יבמות קו, א 254 420
כתובות פג, א 203 336
פג, ב 161־163
פד, א 162
פו, א 27 28
פו, ב 141
קא, ב 81 93
קב, א 378
גיטין ח, ב 113
ל, א 217
קידושין ז, א 421
ח, א 49 50 68 108
ח, ב 312 424־426 435
יג, א 315
טז, א 269
מז, ב 512 514
נט, ב 140 141 143
ב"מ ט, א 286
מג, א 309
מו, ב 514
מח, א 263 266
עה, ב 248 251
עו, ב 237־242 244 245 249 251 253 256 257 259 260 267 286 312 413 430 431 525 526
עט, א 476 477 479
קד, א 427
ב"ב ט, א 284 333 335 336 338 340 401
קמח, ב 124 125
קסז, ב 342
קסח, ב 123־125 132
קעד, א 40
קעה, ב 23 31 32 37
קעו, א 43
קעו, ב 64
ע"ז עב, א 184
רמב"ן, מלחמות ה' (בדפי הרי"ף)
כתובות מב, א 161 162
גיטין לז, ב 141
ב"מ כט, ב 411 412
רמב"ן, ס' הזכות
גיטין כב, א (בדפי הרי"ף) 47
רמב"ן, פירוש על התורה
שמות כא, א 224
שמות, כא, ג 528
רמב"ן, קונטרס דינא דגרמי 237
רמב"ן, שו"ת
סי' ז 92 93 120 336
סי' ט 75 89 92 93 99 100 110 157 174 175 336
סי' לח 108־111 157 174 176 185 336
סי' סד 89 99 110
רמב"ן
בחידושי הרשב"א, קידושין סג, א 144 145
במגיד משנה, הלכות מכירה, ה, ד 153
בראש"ש, יבמות, פ"ז, סי' ד 106
בטור, חו"מ, סי' לט, יז 488 490 493 494
בחידושי הריטב"א, ב"מ עח, א 286
נדרים נו, א 482
בשיטה מקובצת, כתובות לד, ב, ד"ה כסבורין 309
בבית יוסף, חו"מ, סי' שלג, ג 252 253

מפתח המקורות

רמ״ה, שו״ת
סי׳ רמט 125
סי׳ רעח 201
רמ״ה (ראה גם: יד רמה)
בר״ש, כתובות, פרק יג אות ג 61
בטור, חו״מ, סי׳ רמה, ד־ה 127
סי׳ שיב, יח 479־482
בשו״ת הריטב״א, סי׳ מא 92
בשיטה מקובצת, ב״ק קיג, ב 270
רמ״ך
בשיטה מקובצת, ב״מ מז, ב 152 153
ר״ן, חידושים לתלמוד
ב״מ מח, א 266
עג, ב 429
עו, ב 240 248 249
עח, א 476
עט, א 481
צח, ב 311
צט, א 312 314 319 320 432 436
קד, א 427
קח, ב 226
קטז, א 175 176
ב״ב ב, ב 121
ט, א 335
סט, ב 149 150
קמב, ב 106
סנהדרין עב, א 425
ע״ז עב, א 184
ר״ן, פירוש לתלמוד, נדרים
כז, א 371
מו, ב 24
מז, א 482
מח, ב 138
ר״ן, פירוש על הרי״ף (בדפי הרי״ף; ב״ב לפי דפי התלמוד)
כתובות יד, א 524
מ, א 193
מב, א 161־163
מד, ב 45 507 508
מה, ב 139 141 143
מו, א 142
נ, א 27 28 32
סא, א 42 70 81 93 171 311 323 350 422
גיטין טו, א 217
כא, ב 349
קידושין ד, ב 379
כב, ב 417
כד, ב 141
ב״ב קמט, א 355 360
שבועות יז, ב 36
עבודה זרה ל, ב 168־170
ר״ן, שו״ת
סי׳ כג 202
סי׳ מח 198 199
סי׳ סד 203
סי׳ עג 224
ר״ן, בנימוקי יוסף, ב״מ (בדפי הרי״ף)
כט, א 242
נז, א 316
ר״ש די וידש, בשיטה מקובצת, ב״מ מח, א 266 294
רשב״א, חידושים לתלמוד
יבמות קו, א 254 299 420
כתובות פב, א 141
פג, ב 161
קב, א 378
גיטין ח, ב 113
ל, א 47
נ, א 20 29
קידושין ה, א 69
ז, א 421 424
ח, א 49 50 68 108
ח, ב 423־426 433־435
יג, א 315 316 320
יג, ב 20 21 31
טז, א 68 269 284
מז, ב 512־514
נט, ב 141
סג, א 144 177
סה, ב 350
ב״ק יד, ב 22 23
מט, ב 42
קב, ב 419
קב, ב, ד״ה הא דאמר 379
ב״מ מו, ב 514 515
מז, ב 69
מח, א 263 266 513
מט, א 412
נו, ב 276
סו, ב 136
עג, ב 429
עח, א 493
ב״ב ג, א 118 121 122
ט, א 204 284־286 335 338 340 401
מד, ב 365
סט, ב 149 440 442 443
עו, ב 378
פו, ב 280 281
קמ, ב 126
קמא, ב 106
קנז, ב 177
קסז, ב 488־490 494
קעד, א 28 31
קעה, ב 28 32 37
שבועות לט, ב 91
ע״ז סג, א 168
סג, ב 169 170
עב, א 184
רשב״א, שו״ת
ח״א, סי׳ שב 169
סי׳ תרסט 48
סי׳ תשכט 401
סי׳ תשעא 217 182
סי׳ תתעג 273
סי׳ תתקז 126 207
סי׳ תתקלד 92
סי׳ תתקנב 100

מפתח המקורות

סי׳ תתקע 175
סי׳ תתקפה 75
סי׳ אלף ו 433 434
סי׳ אלף טז 424 434
סי׳ אלף כח 239
סי׳ אלף לג 122 124 126 128 129 184 185 192
217 400 462
סי׳ אלף נד 127
סי׳ אלף נז 335
סי׳ אלף סט 391 469
סי׳ אלף קכט 193
סי׳ אלף קלה 193
סי׳ אלף קמב 127 129 131 162 163 220
סי׳ אלף רו 401
סי׳ אלף רכה 426
ח״ב, סי׳ לב 182
סי׳ מא 127 193
סי׳ עב 158 277 284 286 339 340
סי׳ פז 203 286 335 384
סי׳ קיא 134
סי׳ קכ 100
סי׳ קנז 335
סי׳ קנח 127
סי׳ קפח 134
סי׳ קצד 110
סי׳ ריג 207 208
סי׳ רכט 134
סי׳ רסח 401
סי׳ שכו 91 92
סי׳ תה 84 91 92 106 109 111 113
ח״ג, סי׳ יד 270 271 284
סי׳ כ 203
סי׳ כו 75
סי׳ מד 28
סי׳ מה 28
סי׳ נו 32 40
סי׳ סה 146 151 155 157 158 175 284 336
478 485 497
סי׳ סז 354
סי׳ עו 193
סי׳ פא 255 415
סי׳ קיד 28 40 365 479
סי׳ קיח 175 370
סי׳ קלד 333 335
סי׳ קלה 415
סי׳ קצד 162 163
סי׳ רצח 390
סי׳ תיא 401
סי׳ תיז 401
סי׳ תלה 134
ח״ד, סי׳ נ 82 349 354 360 361 363 369
סי׳ סג 48
סי׳ קכט 91
סי׳ קמב 401
סי׳ קנב 22 28 42
סי׳ קעז 134
סי׳ רב 139
סי׳ רלג 92 111
סי׳ רמח 74
סי׳ רס 203
סי׳ רסז 380
סי׳ רפ 380
ח״ה, סי׳ סז 415
סי׳ קכה 401
סי׳ קכו 401
סי׳ קסו 313 314 317 377
סי׳ קפ 110 192 202 203
סי׳ קפב 134
סי׳ קפו 335 388
ח״ו, סי׳ קיא 126
סי׳ רל 203
סי׳ רנד 224
ח״ז, סי׳ תקלט 52
רשב״א, שו״ת המיוחסות לרמב״ן, סי׳ ז 208
סי׳ סב 91
סי׳ סה 333 399 401
סי׳ סז 110 126 207
סי׳ רכה 395 490
סי׳ רפ 401
רשב״א
במגיד משנה, הלכות אישות, כג, טז 60
הלכות מכירה, ה, ד 153
הלכות מכירה, יא, טו 350
הלכות זכייה ומתנה, ח, ה־ו 106
בנימוקי יוסף, ב״מ כט, א (בדפי הרי״ף) 242
בשיטה מקובצת, כתובות קא, ב 81
ב״מ מז, א 411
ב״מ עו, א 252 253 258 259
ב״מ עו, ב 257 260 266 413 431
ב״מ עז, א 264
ב״מ עח, א 175 476־479 482
ב״מ צג, א 314
ב״מ צד, א 317 377 378 426
ב״מ קיח, א 424 435
ב״ב קכד, א 40
בטור, חו״מ, סי׳ רעח, יא 40 41
בב״י, יו״ד, סי׳ קעד, ב 134
חו״מ, סי׳ קסג 202
חו״מ, סי׳ רו, מחודש ב 127 133 135 492 493
רשב״ם, פירוש לתלמוד, ב״ב
לג, א, ד״ה אהאי 351
מט, ב, ד״ה מקחו בטל 25
סט, ב, ד״ה זבין 150 440
פז, א, ד״ה ותסברא 280
קכח, א 221 222
קלה, ב, ד״ה ואיזו 367
קלו, א, ד״ה הכותב 368
קמ, ב 105
קמא, א, ד״ה לענין 30
קמב, ב, ד״ה קרובה 137
קמז, ב, ד״ה פירות 206
קנז, א 145
קעג, ב, ד״ה גמר 423 434
קעג, ב, ד״ה דלא 509

מפתח המקורות

קעג, ב, ד״ה מאי 509
קעג, ב, ד״ה מנין 62 422
קעד, א 26 32
קעה, ב, ד״ה אמר 422
קעה, ב, ד״ה שעבודא דאורייתא 22 23 71
רשב״ם
בתוספות, כתובות קט, א, ד״ה חשב 61
רשב״ש, שו״ת
סי׳ יב 134
סי׳ עא 154 440
סי׳ עט 226 228
סי׳ קיב 294 295 399 402
סי׳ קיג 381
סי׳ קיד (ה) 106
סי׳ קיד (ו) 125
סי׳ קיח 125 176
סי׳ קכב 176
סי׳ קעח 426
סי׳ קצח 224
סי׳ רכד 192
סי׳ רמג 195
סי׳ רפא 158
סי׳ רפד 122 125
סי׳ רפט 162
סי׳ שח 335 388
סי׳ שכב 206
סי׳ שלא 224
סי׳ שלד 381
סי׳ שלו 125 127 393 416
סי׳ שלח 125
סי׳ שצד 201
סי׳ תטז 399 402
סי׳ תנה 125
סי׳ תקסו 399 402
סי׳ תריב 224
רש״י, פירוש למקרא
בראשית יד, יט 9
מג, ט 511
שמות כא, ו 469
במדבר לב, כד 403
דברים יח, ח 208
ישעיהו כח, טו 10
רות ג, יג 387
קהלת ג, א 10
רש״י, פירוש לתלמוד
פסחים ד, א, ד״ה אייבו 255
ל, ב, ד״ה כולי 19 25 46
יבמות קו, א, ד״ה הב 200 234 420
כתובות נו, א, ד״ה בדבר שבממון 289 291
פב, ב, ד״ה ולא 18
פו, א, ד״ה פריעת 37־39 71 72 417
צא, ב, ד״ה מצוה 27
קא, ב 352
קא, ב, ד״ה אתם 80
קב, א, ד״ה אליבא 64 71
גיטין ט, א, ד״ה עד 113
מ, ב, ד״ה אמר ר״י 349
מ, ב, ד״ה וחכמים 125
נ, א, ד״ה גובה 20
סו, א, ד״ה כדי 105
קידושין ה, א, ד״ה שטר 67 69
ז, א, ד״ה אם 276
יג, ב, ד״ה והוא 52
יג, ב, ד״ה לאו 20 21 23
כו, א, ד״ה שיש 21
נט, ב, ד״ה לשמואל 140 143
ס, א, ד״ה גיטא 140
סה, ב, ד״ה הודאת 350
ב״ק עט, א, ד״ה תיקנו 305 320
עט, ב, ד״ה בני שטרא 417
צט, ב, ד״ה המראה 420
ב״מ י, א, ד״ה לא קנה 272
יג, א, ד״ה בשטרי 66 111
טז, ב, ד״ה שטר הקנאה 66
לד, א, ד״ה א״נ 139
מה, ב, ד״ה הזהב קונה 56 158
מח, א, ד״ה קאי באבל 410
מח, ב, ד״ה בעושה 410
מט, א, ד״ה אבל אמרו 411
נב, ב, ד״ה אם לחסיד 412
נח, א, ד״ה בשקנו 62 175 323
סג, א, ד״ה ומאי 514 515
סג, א, ד״ה יש לו 155
סה, ב 134
סז, ב, ד״ה אין 22 23
עו, א, ד״ה ואם 241
עו, ב, ד״ה אין 238 239 413
עז, ב, ד״ה אמר ר״נ בר יצחק 246
עז, ב, ד״ה נותן 258
עח, א 249
עח, א, ד״ה עד 248
עח, א, ד״ה שבאת 247
פא, א, ד״ה שמירה 308
פג, א, ד״ה עד שלא 417
צט, א, ד״ה ופליגא 304
צט, א, ד״ה נעשה 305
קח, א, ד״ה נהרדעי אמרי 215 222 225 227 228
קטז, ב, ד״ה לוגר לו אחריתי 481
קיח, א, ד״ה אין 169
ב״ב ג, א 456
ג, א, ד״ה קנין 7 55 118 119 523
סנהדרין כד, ב, ד״ה וקנו מידו 220
שבועות לה, א, ד״ה אלא 451
ע״ז טו, א, ד״ה שאלה קנייה 309
סג, א, ד״ה ואי 169
סג, ב, ד״ה מדין 434
עב, א, ד״ה קנה 123 126 184
ס׳ השטרות (ראה: ר״י ברצלוני)
שיטה מקובצת
כתובות לד, ב 309
נד, א 93
נד, ב 158
נה, א 89 96
נו, א 290

מפתח המקורות

פב, ב 18
פג, ב 161
פו, א 35 37 38
קא, ב 81
ב״ק עט, א 310
קיג, ב 270
ב״מ טו, ב 25 442
טז, א 442
מז, א 411
מז, ב 146 152 439
מח, א 266 294
מט, א 38 415
נח, א 322 323
עג, ב 429
עה, ב 413 429
עו, א 241 252 259
עו, ב 238 251 257 260 413
עז, א 264 265
עח, א 175 476 477 478
פ, ב 305 493
צג, א 314
צד, א 88 175 317 325 414 426 428
צח, ב 305
קד, א 427
קיח, א 424 435
ב״ב פו, ב 281
קכד, א 40
קמב, ב 137
קמז, ב 206
קמט, א 353
קנז, א 145
קעד, א 26 31
קעה, ב 24 32 36
ר׳ שלמה קורקוס
בשו״ת הרשב״א, ח״ה, סי׳ קסו 314
ר׳ שמחה, במרדכי, ב״מ, סי׳ שצג 226 227
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ, פירוש למשנה
שביעית, י, ט 411
תרומות, ו, ג 441־443
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ, תוספות שאנץ
בשיטה מקובצת, ב״מ עו, א 241
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ
בשו״ת מהר״ם, דפוס פראג, סי׳ שפה־שפז 277
שערי תשובה (ר׳ יונה)
שער ג, אות קפג־קפד 452
תוספות ישנים, יומא יב, א 208
תוספות על התלמוד
ר״ה ו, א, ד״ה זו 403
מגילה כו, א, ד״ה אף 208
יבמות ע, ב, ד״ה אלמא 269
צג, א, ד״ה קנויה 139־141 143 144
כתובות ז, ב, ד״ה המזכה 137
לב, א, ד״ה ואי 32
מז, ב, ד״ה שלא 371 495
נד, ב, ד״ה אע״פ 42 46 72 86 87 93 94 96 99־102 111 119 120 145 151 156 158 159 174 175 178 281 285 319 343 345 358 364 365 456 458 467 521
נה, א, ד״ה ולשביעית 72
נו, א, ד״ה הרי 34 42 313 314 323 324 524
סג, א, ד״ה באומר 277
סג, א, ד״ה ממלאכה 286
פב, ב, ד״ה בתחלה 18
פו, א, ד״ה אמר 35
פו, א, ד״ה פריעת 27 29 178
קב, א, ד״ה אליבא 81 84 353 378 381 416 421
קט, א, ד״ה חשב 61
נדרים לח, א, ד״ה וזן 75
גיטין ד, א, ד״ה מודה 527
לז, א, ד״ה שטר 21
מ, ב, ד״ה הקדש 25
מח, ב, ד״ה אין 23
נ, א, ד״ה כיון 19 20
סו, א, ד״ה כדי 105
קידושין ז, א, ד״ה אם 276
ח, ב, ד״ה מנה אין כאן 250 428
ח, ב, ד״ה משכון 428
יג, ב, ד״ה אמר 19
יג, ב, ד״ה מלוה 26 34
טז, א, ד״ה אמר רבא 270
יז, א, ד״ה אם 276
יז, א, ד״ה חלה שלש 274 276־278 289
נט, ב, ד״ה איכא 139
ס, א, ד״ה כל 140
סג, א, ד״ה כגון 140 141 143 367 368
ב״ק יא, א, ד״ה אין 308
לג, ב, ד״ה איכא 508
ע, ב, ד״ה אילו 169
עט, א, ד״ה תיקנו 305־307 310 316 489
פט, א, ד״ה כל 203 388
צג, א, ד״ה ורמינהו 313
קד, ב, ד״ה אגב 353 362
ב״מ ד, ב, ד״ה אין 7 21 36 42
י, א, ד״ה כי 273 278 290
י, א, ד״ה תופס 272
טו, א, ד״ה בעל חוב 29
טו, ב, ד״ה חזר 442
טו, ב, ד״ה כגון 47
טז, א, ד״ה קנויה 143 144 177
מג, א, ד״ה מאי 410
מה, ב, ד״ה מאי 56
מו, א, ד״ה וניקנינהו 356 362
מז, ב, ד״ה או 414
מח, א, ד״ה והא בעי 242 263 268 281 285
נח, א, ד״ה אמר ר״י 62 322 323
סב, ב, ד״ה אע״פ 155 411
סב, ב, ד״ה הרי 153
סד, ב, ד״ה האי 152
סו, א, ד״ה ומניומי 428
עג, ב, ד״ה משתעבדי 17
עה, ב, ד״ה השוכר 234
עה, ב, ד״ה פרייפרין 246
עו, א, ד״ה השוכר 241
עו, ב, ד״ה אין 236 237 239 240 258 413 430 526
עט, א 244

מפתח המקורות

עט, א, ד״ה אלא בספינה 245
פב, ב, ד״ה אימור 309
צו, ב, ד״ה זיל שלים 308
צט, א, ד״ה אומר 269
צט, א, ד״ה כיון 306
צט, א, ד״ה כך 307 309־313 315 316 318־321 432
קד, א, ד״ה היה 427
קה, א, ד״ה הני 337
ב״ב ג, א, ד״ה כי רצו 120 121 159 288 291
ג, א, ד״ה קניין דברים 120 159 175
מד, ב, ד״ה דלא 363 364 449
עו, ב, ד״ה קני 523
פו, ב, ד״ה דינר ליום 280 498
קכג, ב, ד״ה הכא במכירי 415
קלה, ב, ד״ה כל 368
קמח, א, ד״ה שכיב מרע 356
קמט, א, ד״ה שכיב מרע 352 359 360
קנז, א, ד״ה דאיקני 145
קעד, א, ד״ה ואם 31
קעה, ב, ד״ה דבר תורה 19
קעו, א, ד״ה גובה 26
קעו, א, ד״ה והלכה 64
סנהדרין ו, א, ד״ה צריכה 219
כד, ב, ד״ה כל 299 332
שבועות לז, ב, ד״ה ואין 21
מד, א, ד״ה שומר 326
ע״ז טו, א, ד״ה והשתא 309
זבחים ה, א, ד״ה מצינו 52
בכורות יח, ב, ד״ה אקנויי 379 419
מח, א, ד״ה מלווה 34
מט, ב, ד״ה ודידיה 146 506
נב, א, ד״ה ולא בראוי 22
תמורה לב, ב, ד״ה והאמר עולא 71
נידה נח, א, ד״ה ולענין דינא 309
תלמיד רבנו פרץ, בשיטה מקובצת, ב״מ
טו, ב 25
צד, א 88 175 325
תלמיד הרשב״א, חידושים לתלמוד
קידושין ז, א 423
ב״מ עו, ב 249 252 253 265
עח, א 476 477
עט, א 175 176 478 479
תלמידי הרשב״א, בבית יוסף, חו״מ
סי׳ שכח 427
סי׳ שלג, א 260
תלמידי רבנו יונה, בשיטה מקובצת, כתובות
נד, ב 158 159 167
פו, א 35
רבנו תם
בתוספות, כתובות קב, א, ד״ה אליבא 81 84 85 89 100 106 378 381 416 421
ב״מ מח, א, ד״ה והא 242 245 262 266־268 281־283 287 288 291־293 295
ב״ב מד, ב, ד״ה דלא 364 366 449
ב״ב קלה, ב, ד״ה כל 368
סנהדרין כד, ב, ד״ה כל 332
בשו״ת מהר״ם בר׳ ברוך, דפוס פראג, סי׳ קסה 168
בחידושי הריטב״א, קידושין יג, ב 26
במרדכי, ב״מ, אות שמח 267
בר״ן על הרי״ף, כתובות מד, ב (בדפי הרי״ף) 6 36 43־45 85
ברא״ש, כתובות, פ״ט, סי׳ א 161
בשו״ת הרא״ש, כלל עח, סי׳ ב 277
בפירוש הרא״ש, נדרים לח, א 75
ברמ״א, חו״מ, סי׳ ריא, א 165
תמים דעים
סי׳ קנח 158
סי׳ קס 158 159 167
ס׳ התרומות
שער יד, ח״א, א 44
שער מב, ח״א, ט 83
שער מב, ח״ד, ג 83 352
שער מג, ח״ד 110 157
שער מג, ח״ד, ו 108
שער מו, ח״ד, ס״ב 152 153
שער נא, ח״ח 358 359
שער נא, ח״ח, א 353
שער סא, ח״ב 32
שער סב, ח״א, ד 223
שער סד, ח״א 102
שער סד, ח״ב 146 177
שער סד, ח״ב, א 157 158
שער סד, ח״ב, ב 83 84
שער סד, ח״ב, ג 107
שער סד, ח״ב, ד 354
שער סד, ח״ד, ג 84
תרומת הדשן
תשובות, סי׳ שיא 170
סי׳ שיח 275 282 283
סי׳ שכ 150 154 218 442 443
סי׳ שכט 248
פסקים, סי׳ קעג 197 199
תשב״ץ (דוראן)
ח״א, סי׳ לה 335 336
סי׳ עד 350 351
סי׳ צד 195 201 214 381 385 400 412 415 524
סי׳ קנב 353 369
סי׳ קנג 361
ח״ב, סי׳ כב 381
סי׳ רצ 224
סי׳ רצב (ו) 90
ח״ג, סי׳ עג 399 402
סי׳ פו 212
סי׳ קמז 335
סי׳ קנו 208
סי׳ קנז 212
סי׳ קסו 60
סי׳ רמג 214 215 382
סי׳ רנג 201
סי׳ שא 86 87 94
סי׳ שיט 353
סי׳ שכה 353 361

תשב״ץ (תלמיד המהר״ם)
בהגהות מרדכי, שבת, סי׳ תעג 395
תשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת (קופפר)
סי׳ צ, עמ׳ 148 330
תשובות חכמי פרובינציא, חו״מ
סי׳ טו 208 330 335
סי׳ טז 208
סי׳ יז 208
סי׳ יח 208 330 332 334 335 383
סי׳ יט 208 382
סי׳ כ 207 333 382 383
תשובות חכמי צרפת ולותיר
סי׳ מח 334
תשובות מיימוניות
ספר נזיקין, סי׳ כב 420
ספר קניין, סי׳ ל 274 275
סי׳ לא 274־278

אחרונים

אבי עזרי, על הרמב״ם
הלכות שכנים, ב, יד, מהדורה שלישית 125 185
אבן האוזל, על הרמב״ם
מכירה, פרק יג, יח 282 283
זכייה ומתנה, ו, כד 430
אבן שלמה, על ראב״ן, שבועות לט, א, אות יד 220
אבן שתיה, שו״ת, סי׳ עט 437 438
אבני מילואים, אהע״ז
סי׳ כט, ס״ק ז 426
סי׳ כט, ס״ק י 50
סי׳ ל, ס״ק ג 379 394
סי׳ לז, ס״ק ג 424
סי׳ קיד, ס״ק ב 495
אבני נזר, שו״ת
או״ח, סי׳ מח, אות י 507
יו״ד, סי׳ שו 34 392
חו״מ, סי׳ נב 279
אבקת רוכל, שו״ת, סי׳ קכג 226
ר׳ אברהם שמחה אב״ד אמטשיסלאוו
הסכמה לש״ס וילנא תרכ״ב 418
אדר״ת, הגהות על הטור, חו״מ, סי׳ רז, אות יא 443
אהבת חסד, פרק א, אות יא 394
אוהל משה, שו״ת, ח״ב, סי׳ קלח 418 419
אולם המשפט, סי׳ שלה, ס״ק א 240
אוצר מפרשי התלמוד
ב״ק עט, א, הערות 118, 119, 127 311
עט, א, הערה 129 310
עט, א, הערה 130 311
עט, ב 411 417
ב״מ י, א 272
יב, ב 66
סג, ב 152
עב, ב 153
עה, ב 253
עו, ב 237
עז, א 286
אור גדול, על המשנה
כתובות יג, ה 61
אור שמח, חידושים לירושלמי
ב״מ, ד, ב 156
אור שמח, על הרמב״ם
הלכות מכירה, כב, ב־ג 156
הלכות שכירות, ט, יא 272
הלכות נחלות, ד, ג 351
אורח משפט (קוק), שו״ת
סי׳ כא 287 295
אורים ותומים, על חו״מ
אורים, סי׳ כב, ס״ק ז 221
תומים, סי׳ כו, ס״ק ד 224
סי׳ לט 20
סי׳ לט, ס״ק ב 43
סי׳ ס, ס״ק יד 84
סי׳ סו, ס״ק מג 45
אחיעזר, ח״ד, סי׳ סו 380
איגרות משה, שו״ת
יו״ד, ח״ב, סי׳ סב 48 49
סי׳ סג 48 49 404
אהע״ז, ח״א, סי׳ קד־קה 380
חו״מ, ח״א, סי׳ לז 420
חו״מ, ח״ב, סי׳ נח 414
איטינגא, ר׳ מרדכי זאב, בספר זכות היוצרים במקורות היהודיים, עמ׳ 413 418
אישים ושיטות (רש״י זוין), עמ׳ 48 3
אמרי אש, שו״ת
יו״ד, סי׳ צג 264
אמרי בינה, חו״מ
דיני הלוואה
סי׳ א 71 73
סי׳ ב 20 22
סי׳ ב, ד״ה וכן 43 44
סי׳ ג 32 41
סי׳ טו 71 82 83
סי׳ טז 98 361 362 369
סי׳ נא 161 176 184
דיני עדות, סי׳ ב 350
אמרי ברוך, הגהות על חו״מ
סי׳ לט, על ש״ך, ס״ק מט 490
סי׳ סו, מ 193 194
סי׳ סו, על ש״ך, ס״ק קכח 385
סי׳ קיב, א 177
סי׳ שלג, ח 273
סי׳ רא 396
אמרי יושר, שו״ת
ח״א, סי׳ ו 197 202
ח״ב, סי׳ נה 131
אנציקלופדיה תלמודית
ע׳ אדם, כרך א 276
ע׳ אודיתא, כרך א, עמ׳ קטז, הערה 11 357
ע׳ אפותיקי, כרך ב, עמ׳ קלא 47
ע׳ דבר שלא בא לעולם, כרך ז, עמ׳ לא 137 439
ע׳ דברי שכ״מ, כרך ז, עמ׳ קיד 354
ע׳ הודאת בעל דין, כרך ח, עמ׳ תד 349
עמ׳ תו 351
ע׳ הן צדק, כרך ט, עמ׳ תסג 412
ע׳ הרשאה, כרך יא, עמ׳ טו 363

מפתח המקורות

ע׳ התחייבות, כרך יא, עמ׳ רמה 57
עמ׳ רנא 71 73
עמ׳ רנד 495
עמ׳ רנה 371
ע׳ חזקת ישוב, כרך יד, עמ׳ יז 217
ע׳ יורש (א), כרך כג, עמ׳ תקיג ואילך 29
עמ׳ תקטז 44
עמ׳ תקכט 44
עמ׳ תקלא 29
עמ׳ תקלח 44
עמ׳ תקנט 73
ע׳ יורש (ב), כרך כג, עמ׳ תריב 74
עמ׳ תריד 74
עמ׳ תריז 74 179
הערות 119־118 74
אשכנזי, ר׳ בצלאל, שו״ת, סי׳ יא 160
באר הגולה, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רטז, אות מ 150
סי׳ רכח, אות ה 255
באר היטב, על שו״ע
אהע״ז, סי׳ סט, ס״ק ד 204
בדק הבית, על הטור
חו״מ, סי׳ כב, מחודש א 223
סי׳ שלג 261
סי׳ שמ, ח 313
סי׳ רט, ו 155
ב״ח, הגהות על המרדכי
סנהדרין, סי׳ תרפ 219
ב״ח, הגהות על הרי״ף
ב״ב לו, ב (בדפי הרי״ף) 149
ב״ח, על הטור
אהע״ז, סי׳ נא 89
חו״מ, סי׳ ס, טו 114
סי׳ סו, כג 203
סי׳ קעג, ב 118
סי׳ קעו, א 332
סי׳ קעו, ה 335
סי׳ קעו, כג 337
סי׳ קצט 515
סי׳ רו 184
סי׳ רז 391
סי׳ רט 154
סי׳ רט, ו 440
סי׳ רמה, א 122 129 130
סי׳ רנג, יב 106
סי׳ שיב, יח 480 481
סי׳ שלג 240 412
סי׳ שלג, א 263
סי׳ שלג, ב 264
סי׳ שלג, ג־ד 258
ב״ח, שו״ת (הישנות)
סי׳ יד 131
סי׳ מח 131
סי׳ קמט 69
ביאור הלכה (במשנה ברורה), או״ח
סי׳ תנ, ב 185
בירור הלכה, קידושין מז, א 68
בית אפרים, שו״ת, חו״מ
סי׳ ד 156
סי׳ כ 490
סי׳ כד (בהשמטות) 202
בית יוסף, על הטור
יו״ד, סי׳ קעד, ב 134
סי׳ רסד 397 412
אהע״ז, סי׳ כט, ב 426
סי׳ נא 125 127 128 393 416
סי׳ קיח 163
חו״מ, סי׳ יב, ז־ח 219
סי׳ כו 223
סי׳ ס, ו 84
סי׳ ס, יא 108 110
סי׳ ס, יב 91
סי׳ ס, טו 109 111 158
סי׳ ס, מחודש טו 110
סי׳ סו, כג 203
סי׳ סו, מחודש לו 193
סי׳ סו, מחודש לח 110
סי׳ סז, ד 72
סי׳ קא, יב 41
סי׳ קז, א 28 40 41
סי׳ קנז, כ 122
סי׳ קסג 202
סי׳ קעג, ב 118
סי׳ קעו, כג 337
סי׳ קפג, מחודש ד 412 434
סי׳ קצה, ה 141
סי׳ קצה, יא 142
סי׳ קצה, מחודש יג־יד 128
סי׳ קצה, מחודש טז 147
סי׳ קצה, מחודש כ 127
סי׳ קצה, מחודש כב 126
סי׳ קצח, יג 411
סי׳ קצט 515
סי׳ רב, מחודש א 365
סי׳ רד, ה 411
סי׳ רו 184 492
סי׳ רו, מחודש ב 127 133
סי׳ רז, ט 124
סי׳ רז, יא 134 135 497
סי׳ רז, כ 96
סי׳ רז, כא 428
סי׳ רז, כו 103
סי׳ רז, כד 433
סי׳ רט, ו 150 440 441
סי׳ רי, ג 106
סי׳ רי, ו 159
סי׳ ריא, ה 147 154 155 440
סי׳ ריב 206
סי׳ ריב, א 126
סי׳ רמה, א 125 128
סי׳ רמה, ב 128
סי׳ רנ, מחודש טז 370
סי׳ רנב, מחודש ג 354
סי׳ רנג, מחודש ו־ז 126

מפתח המקורות

סי׳ שי, ב 478
סי׳ שיב, יח 480
סי׳ שכח 427
סי׳ שלג, א 260 286
סי׳ שלג, ב 257
סי׳ שלג, ג 252 258 260
סי׳ שלג, ד 258 260
סי׳ שלג, ד״ה ואם אינו יכול 249
סי׳ שמ, ח 313
בית יעקב (מליסא), כתובות פו, א 35 43 44
בית מאיר, אהע״ז
סי׳ נא, סוף 128
סי׳ סט 163 204
סי׳ קעז, ס״ק א 196
בית שלמה (דרימר), שו״ת, חו״מ
סי׳ פד 148 155 156 180 486 497 498
סי׳ פה 151 155 156 486 497 498
סי׳ ק־קא 209
בית שמואל, על שו״ע, אהע״ז
סי׳ לח, ס״ק לא 351
סי׳ נ, ס״ק יד 428
סי׳ נא, ס״ק ב 74
סי׳ נא, ס״ק ד 89 102 103
סי׳ נא, ס״ק י 127־130 184
סי׳ סה, ס״ק ב 255
סי׳ סט, ס״ק ה 289
סי׳ עו, ס״ק ח 524
סי׳ קיד, ס״ק ז 178
סי׳ קלד, ס״ק ז 194 197 199 200
סי׳ קמו, ס״ק א 142
סי׳ קסה, ס״ק יא 200
סי׳ קעז, ס״ק א 196
בניין ציון, שו״ת, סי׳ קע 507
בסאן, ר׳ יחיאל, שו״ת, סי׳ יח 136
ברכי יוסף, על שו״ע, חו״מ
סי׳ יב (יב) 399
סי׳ כו, אות ח 224
סי׳ מ 82 357
סי׳ מ, א 60 359
סי׳ מ, ב 81
הברי ושמא (רי״ז גראוס), סי׳ ט 416
ברכת אליהו, על ביאור הגר״א, אהע״ז
סי׳ נ, ס״ק כד 428
סי׳ סו, ס״ק לב 89
גאויזון (ראה: מהר״ם גאויזון)
גאון, ר׳ שמואל
בשו״ת פרח מטה אהרן, סי׳ יד 204 205
גידולי תרומה, על ספר התרומות
שער מב, ח״ד, אות ג 83
שער מג, ח״ד 110
שער מו, ח״ד 498
שער מו, ח״ד, ב 154
שער סב, ח״א, ד 127 224
גיליון מהרש״א, על שו״ע (נדפס בגליון השו״ע)
יו״ד, סי׳ רנח, יג 392
גיליון הש״ס (רי״ש נתנזון), על תלמוד ירושלמי
שביעית י, ט 414
גיליון הש״ס (ר״ע איגר), על תלמוד בבלי
כתובות צד, א 62
גיליוני הש״ס (ענגיל), ב״ב ג, א 195
גלנטי, ר׳ משה, שו״ת, סי׳ סא 216
הגר״א, ביאור לשו״ע
יו״ד, סי׳ קעד, ס״ק ח 134
סי׳ קעה, ס״ק י 515
סי׳ רסד, ס״ק יב־יג 412
אהע״ז, סי׳ כט, ס״ק ה 424
סי׳ כט, ס״ק יד 67
סי׳ מ, ס״ק ו 142
סי׳ נ, ס״ק כד 428
סי׳ סו, ס״ק לב 89
סי׳ קלד, ס״ק יב 194 197
חו״מ, סי׳ כו, ס״ק ח 225
סי׳ לט, ס״ק כא 192
סי׳ מ 81
סי׳ מ, ס״ק א 83
סי׳ ס, ס״ק י 104
סי׳ ס, ס״ק ל 108
סי׳ ס, ס״ק לא 146
סי׳ ס, ס״ק לג 160
סי׳ קז, ס״ק א 29
סי׳ קיא, ס״ק ד 42
סי׳ קיג, ס״ק ט 366
סי׳ קכג, ס״ק טז 6
סי׳ קכט, ס״ק ה 420
סי׳ קעו, ס״ק טו 339 340
סי׳ קעו, ס״ק טז 340
סי׳ קפב, ס״ק ו 434
סי׳ קפג, ס״ק יט 434
סי׳ קפט 376
סי׳ קפט, ס״ק ה 56
סי׳ קצא, ס״ק י 142
סי׳ קצז, ס״ק כ 142
סי׳ רג, ס״ק ח 129
סי׳ רד, ס״ק יא 402
סי׳ רד, ס״ק יח 411
סי׳ רז, ס״ק לד 299
סי׳ רז, ס״ק נז 427 428
סי׳ רט, ס״ק יב 137
סי׳ רט, ס״ק יט 442
סי׳ רטז, ס״ק ח 149
סי׳ רמא, ס״ק ד 56
סי׳ רמה, ס״ק ה 123 126 184
סי׳ רנג, ס״ק ז 124
סי׳ רנז, ס״ק יז 370
סי׳ רעח, ס״ק כ 357
סי׳ רצא, ס״ק יג 307
סי׳ רצא, ס״ק יד 305
סי׳ רצג, ס״ק ג 315
סי׳ שי, ס״ק ח 478
סי׳ שי, ס״ק ט 477
סי׳ שלג, ס״ק ב 260
סי׳ שלג, ס״ק יב 278
סי׳ שלג, ס״ק יג 273
סי׳ שלג, ס״ק טו 263 278

מפתח המקורות

סי׳ שלג, ס״ק כ 246
סי׳ שלג, ס״ק כה 278
סי׳ שלג, ס״ק לג 234
סי׳ שלג, ס״ק לד 250 253
סי׳ שלג, ס״ק לו 316
סי׳ שלג, ס״ק מ 248
סי׳ שלג, ס״ק מא 418
סי׳ שלג, ס״ק מו 278
סי׳ שמ, ס״ק טז 304
סי׳ שעד, ס״ק ד 442
הגר״א, הגהות לתלמוד, ב״מ סב, ב 153 515
דבר אברהם, חלק א
סי׳ א, ענף א 395
סי׳ לט, ענף ב (י) 68
דבר יהושע, שו״ת
ח״ג, חו״מ, סי׳ צג 422
דבר למשפט (רוזנברג)
סי׳ ה 188 488 491 493
סי׳ ה, אות ח 485 487
סי׳ ה, אות יב 492
דברי אמת, קונטרס ז, סי׳ ב 110 154 155 160 443
דברי גאונים
כלל כד, כט 209
כלל מא, ג 217
כלל מא, ז 202 204
כלל מא, טז 101 195
כלל מא, יז 101
כלל פז, נט 204
כלל פז, סז 204
כלל קג, ו 389
כלל קג, ט־יב 389
כלל קה 248
כלל קיג, לז 205
דברי חיים (צאנז), שו״ת
ח״א, חו״מ, סי׳ לא 202 205 398 444
סי׳ מא 438
סי׳ מב 236 237 438
סי׳ מג 438
ח״ב, סי׳ כו 398
סי׳ כח 438
דברי ירוחם, סי׳ טז־יז 410
דברי משפט, חו״מ
סי׳ יב, ס״ק ב 221
סי׳ לט, א 36
סי׳ שלג 292
דברי ריבות, שו״ת
סי׳ עד 160
סי׳ קח 154 160
סי׳ שיט 160
דגול מרבבה, חו״מ, סי׳ קצה 143
דיני ממונות (בצרי)
ח״ב, עמ׳ מח 139
שער שלישי, פ״ג, עמ׳ רמב 429
ח״ג, שער ראשון, פ״ב, ה 263
שער ראשון, פ״ב, ו 287
עמ׳ קפא 502
עמ׳ קפו 371
עמ׳ קפח 367
דיני ממונות (אברמסקי) 8
עמ׳ 9 378
דעת מקרא
ישעיהו כח, טו 10 11
איוב ח, יז 11
דקדוקי סופרים
כתובות צד, א 62
ב״מ יב, ב 270
מט, א 411
עו, ב 247
עט, א 478
צד, א 425
צט, א 306
קד, א 428
ב״ב ט, א 333
דקדוקי סופרים השלם (יד הרב הרצוג)
כתובות לד, ב 505
כתובות קב, א 65
דרוש וחידוש (ראה: ר׳ עקיבא איגר)
דרישה ופרישה, על הטור
דרישה, אהע״ז, נ, ו 428
חו״מ, סי׳ מ, ג 84
סי׳ קעו 338
סי׳ קעו, ד 335
סי׳ רג, ג 111
סי׳ רז, כד 436
סי׳ רז, יא 135
סי׳ רח 155
סי׳ רט 154
סי׳ רט, ו 440 441
סי׳ רנג, ג 124
סי׳ שז, א 307
סי׳ שיב, יח 479 480
סי׳ שלג 266
פרישה
אהע״ז, סי׳ נא, ב 89
חו״מ, סי׳ ס, ו 84
סי׳ ס, י 71 174
סי׳ קז, ג 29
סי׳ קעג, ב 118 124־126
סי׳ רמג, י 192
סי׳ שי, ב 477
סי׳ שיב, יט 481
סי׳ שלג, ב 265
סי׳ שלג, ג־ד 258
סי׳ שמ, ח 313
דרכי משה, על הטור
יו״ד, סי׳ רסד, ס״ק ד 397 412
אהע״ז, סי׳ נא, ס״ק ב 130
חו״מ, סי׳ סו, ס״ק יד 193 385
סי׳ קז, ס״ק א 28
סי׳ קעו, ס״ק יא 338
סי׳ קפב, ס״ק ב 434
סי׳ קפג, ס״ק ב 434
סי׳ רט, ס״ק ח 163
סי׳ רמה, ס״ק ב 130

מפתח המקורות

סי׳ שי, ס״ק א 478
הגהות והערות, במהד׳ הטור השלם, חו״מ
סי׳ קז, אות א 41
סי׳ רעח, אות מד 41
הגהות מאלפסי ישן על הרי״ף
ב״ב ב ע״א (בדפי הרי״ף) 118
הורביץ, ר׳ אלעזר משה הלוי
בספר זכות היוצרים במקורות היהודיים, עמ׳
414 418
הסכמה לש״ס וילנא תרכ״ב 419
היכל יצחק, שו״ת
אהע״ז, חלק א, סי׳ כב 446
הלכה ברורה, קידושין מז, א 68
הלכה וכספים, עמ׳ שכב־שכג 498
הלכות קטנות, שו״ת, ח״א, סי׳ כג 195
העמק שאלה, על השאילתות
שאילתא לא, אות ו 65
שאילתא לו, אות א 411
הפלאה, כתובות פד, א (ראה גם: חידושי הפלאה)
ד״ה שכולן 71 39
הר הכרמל, שו״ת, חו״מ, סי׳ י 248
הר צבי, שו״ת, יו״ד, סי׳ קכו 48
הרצוג, ר׳ יצחק אייזיק הלוי, פסקים וכתבים, שו״ת
כרך ז, אהע״ז, סי׳ פח 446
כרך ט, חו״מ, סי׳ כו 188
סי׳ קיא 8 188 378 379
סי׳ קיב 8 57 71 188
ושב הכהן, שו״ת, סי׳ יג 263
זכות היוצרים במקורות היהודיים
שער ראשון, פרק רביעי 209
שער שני, פרק עשירי, עמ׳ 410 417
עמ׳ 412 418
עמ׳ 413 418
עמ׳ 414 418 419
עמ׳ 415 419
זר זהב, על ס׳ מקח וממכר, שער א, דרך רביעית 362
זריחת השני
ב״מ עו, ב 249
ב״ב ג, א 417
זרע אמת, שו״ת, ח״ב
יו״ד, סי׳ צז 265 290 291 296
חבל יעקב (ברוכוב), שו״ת
סי׳ ט־יב 202
חוות דעת, יו״ד
סי׳ קסא, חידושים, ס״ק א 169
חוות יאיר, שו״ת
סי׳ צא 179
סי׳ קכח 217־219 341 342
סי׳ קמ 295 296
חוקת משפט (ר״ב רבינוביץ־תאומים)
הלכות ירושה ועיזבון, פרק א, ט 162
הלכות מכירה, פרק א, ד 411
פרק ו, יב 442
פרק ו, כא 209 395 396 398
פרק ו, מקורות, אות כה 442
פרק ו, מקורות, אות כו 442
פרק כז, ביאורים, הערה סו 132
פרק ל 458
פרק ל, א, הערה ג 487
פרק ל, ב 149
פרק ל, ג 185
פרק ל, ד 179
פרק ל, ה 178 179
פרק ל, יא 156
קונטרס אחרון, עמ׳ רעא 166 211
חזון איש
אהע״ז, סי׳ עז, יג 228
סי׳ קח, י 286
כתובות, סי׳ עא, כז 144
חו״מ, סי׳ י, ס״ק כ 389
ב״ק, סי׳ ז, יח 433
ב״ק, סי׳ יג, כב 248 249
ב״ק, סי׳ יג, כה 248 249
ב״ק, סי׳ טו, יג 20
ב״ק, סי׳ יח, ו 357 361
ב״ק, סי׳ כא, ה 379
ב״ק, סי׳ כא, כה־כז 338
ב״ק, סי׳ כא, כח 293
ב״ק, סי׳ כא, כט 288 289
ב״ק, סי׳ כב 378 379 418
ב״ק, סי׳ כג, ג 266
ב״ק, סי׳ כג, ו 293
ב״ק, סי׳ כג, ז 274 275
ב״ק, סי׳ כג, כב 248
ב״ק, סי׳ כג, כה 248
ב״ק, סי׳ כג, כח 286 291
ב״ק, סי׳ כג, לו 251
סנהדרין, סי׳ יז, א 222
סנהדרין, סי׳ יז, ד 222
ליקוטים, סי׳ ט, א־ד 171
ליקוטים, סי׳ יב, יח 313
ליקוטים, סי׳ טו, א 175 477 478
ליקוטים, סי׳ טו, ב 479 480
ליקוטים, סי׳ יז, ט 310
ליקוטים, סי׳ כ, ב״מ קו, ב 172
חזון איש בפתחי חושן, הלכות שכירות פועלים, פרק
יא, הערה יח 260
חידושי אנשי שם, על הרי״ף
סנהדרין ד, ב (בדפי הרי״ף), אות ב 221
חידושי הפלאה, על שו״ע (ראה גם: הפלאה)
חו״מ, סי׳ כב, ב 224
רבנו חיים הלוי, חידושים על הרמב״ם
הלכות שבועות פ״ח הי״ג 21
חכמת שלמה (מהרש״ל), גיטין יג, ב 369
חכמת שלמה (קלוגר), חו״מ
סי׳ סו, מ 194
סי׳ רמג, י 192
סי׳ רסד, ז 420
חלקת יעקב (ברייש), שו״ת
ח״ג, סי׳ קצ־קצא 404
חלקת מחוקק, אהע״ז
סי׳ לח, ס״ק כב 351
סי׳ נ, ס״ק כג 428
סי׳ נא, ס״ק ג 89 102

מפתח המקורות

סי׳ נא, ס״ק יב 130
חמדת שלמה, שו״ת
אהע״ז, סי׳ ס, אות ט 360
סי׳ ס־סב 360
חו״מ, סי׳ יג 300
חק יעקב, תמ, ס״ק א 326
חקקי לב, שו״ת, יו״ד, סי׳ מח 314
חקרי לב (חזן)
יו״ד, ח״ג, סי׳ פ 263
חו״מ, סי׳ פב 74
סי׳ קלה 254
ח״ב, סי׳ סג 478
ח״ג, סי׳ עז 241
חתם סופר, הגהות לשו״ע
חו״מ, סי׳ רצג, סע׳ א 316 320
חתם סופר, חידושים לתלמוד
כתובות נד, ב 86
ע״ז סג, א 171 197
חתם סופר, שו״ת
יו״ד, סי׳ ט 205 524
סי׳ שיד 353 395
אהע״ז, ח״א, סי׳ קכה 197
ח״א, סי׳ קמז 30 369
ח״ב, סי׳ קה 196
ח״ב, סי׳ קס 197
חו״מ, סי׳ ט 445
סי׳ יב 395
סי׳ נז 316
סי׳ קעה 429
סי׳ קעח 237
סי׳ קפו 383
טבעת החושן, על קצות החושן
סי׳ רג, ס״ק ד 171
טוב ראיה (ראי״ה קוק)
קידושין טז, א 275
טופס כתובות (רצאבי), שער א (יז) 388
ט״ז, על שו״ע
יו״ד, סי׳ קסח, ס״ק יד 356
סי׳ רלו, ס״ק יג 495
סי׳ רסד, ס״ק ה 412
אהע״ז, סי׳ קיד, ס״ק ב 495
סי׳ קיד, ס״ק ז 73 74
חו״מ, סי׳ כו 224
סי׳ קעו, א 336
סי׳ קצ, ב 378
סי׳ קצה, ה 141
סי׳ רג, א 126 128
סי׳ רז, טז 111 166
סי׳ רז, יט 391
סי׳ רט, ד 137 389
סי׳ רט, ה 442
סי׳ רטז, ה 154
סי׳ שיב 482
סי׳ שכא, ח 183
סי׳ שכב, ב 342
סי׳ שלג, ב 286
סי׳ רמה, י 22
יביע אומר, שו״ת
ח״ה, חו״מ, סי׳ ה 128
ח״ז, סי׳ ב, אותיות ב־ג 388
יד אברהם, יו״ד, סי׳ רסד, א 412
יד דוד (קרלין), ח״ב, דף קא ע״ג (הגהה ט) 483
יד המלך (לנדא), על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ט 350
ר׳ יהושע מקוטנא (ראה גם: ישועות ישראל)
הגהות לשו״ת הרשב״א, ח״ד, סי׳ נ 355
ר׳ יוסף במוהרי״ץ רייזן, אב״ד טעלז, הסכמה לש״ס
וילנא תרכ״ב 419
ילקוט יוסף, שובע שמחות, ח״א, תשנ״ח, עמ׳ שב 48
יפה עיניים, ב״מ סב, ב 514
ר׳ יצחק אייזיק בהר״ד מוויטעפסק, הסכמה לש״ס
וורשה תרי״ט 417
ישועות ישראל, חו״מ
סי׳ ס, ס״ק יב 353
סי׳ ס, עין משפט, ס״ק י 177
הכהן, ר׳ חסדאי, בשו״ת פרח מטה אהרן, סי׳ ח 471
כנסת הגדולה
אהע״ז, סי׳ נא, הגה״ט, אות א 179
חו״מ, סי׳ ס, הגה״ט, אות לו 161
סי׳ ס, הגהב״י, אות ס 177 179 371 500
סי׳ קעו, הגהב״י, אות קנא 338
מהדורא בתרא, סי׳ כב, הגהב״י, אות ב 399
כסף משנה, על הרמב״ם
דעות, ה, יג 414
אישות, ז, יב 140 142
כג, יז 102
מכירה, ב, ט 142
ה, יד 210
יא, יא 134
יא, טו 83
יא, יח 96
כב, ב־ג 154 155
כד, ג 150
זכייה ומתנה, ד, יא 124
שכירות, ב, א 193
שאילה ופיקדון, א, ה 505־508
כסף הקדשים, חו״מ
סי׳ לט, יז 488 490 491
סי׳ קצח, א 410
סי׳ ריב 209
כרם חמד, ח״ב, עט סופר, קובץ שטרות
שטר מכירת חמור וכל בהמה 388
לבוש, חו״מ
סי׳ קעו, א 388
סי׳ רז, טז 96
סי׳ רט, ד 136
לחם משנה, על הרמב״ם
מכירה, ב, ט 142
ה, ד 68
ה, יד 334
זכייה ומתנה, ח, יב 106
שכירות, ב, ח 304
ה, ב 477
מלווה ולווה, כה, יג 104

מפתח המקורות

לחם רב, שו״ת
סי׳ פט 224
סי׳ קמז 127 135
סי׳ קנח 110
סי׳ רח 127 135 180
סי׳ רי 127 135
סי׳ ריח 127 135
לחם שלמה (בולא), קונטרס קניין סודר
סי׳ כח 124
סי׳ נו 336
סי׳ נז 480
לחקרי הלכות (העליר), סי׳ ב 243
ליקוטי הלכות על שו״ע (ר׳ נתן מברסלב), חו״מ
הלכות גביית חוב מהיתומים 30
מאזניים למשפט, חו״מ, סי׳ כב 221
מבוא שערים (ריסנר), סי׳ י 281
מבי״ט, שו״ת
ח״א, סי׳ רעא 134
ח״ב, סי׳ כו 160
סי׳ קלב 287
סי׳ קצה 134
סי׳ ר 490
סי׳ ריג 490
סי׳ ריח 134 179
סי׳ שכט 206
ח״ג, סי׳ לא 202
סי׳ פ 134
סי׳ קנג 399
סי׳ רכה 208
סי׳ רכח 399
מגדל עוז, על הרמב״ם
הלכות שלוחין ושותפין, ד, ב 335
מגן אברהם, על שו״ע, או״ח
סי׳ תמג, ס״ק ה 318
מגן אברהם, על התוספתא
ב״מ ד, א 147 441
מדור לדור (רש״פ כהן) 369 370
מהר״א פולדא, פירוש לירושלמי
ב״מ ה, א 514
מהרח״ש, שו״ת (ראה גם: תורת חיים)
אהע״ז, סי׳ ז 163
מהר״י בן לב, שו״ת
ח״א, סי׳ יט 350 351 353 360
סי׳ מא 388
סי׳ קטז 104
ח״ב, סי׳ כג 160 163 166
סי׳ ל 163
סי׳ לז 160 166 336 492
סי׳ לח 163 166 336
מהרי״א הלוי, שו״ת, ח״ב, סי׳ נה 278
מהריא״ז ענזיל, שו״ת
סי׳ טו 288 292 293
מהריב״ל (ראה: מהר״י בן לב)
מהרי״ט, חידושים לקידושין
חידושים על הרי״ף ג, א 493
מהרי״ט, שו״ת
ח״א, סי׳ קמ 337
ח״ב, יו״ד, סי׳ נ 295
חו״מ, סי׳ יט 282
סי׳ כג 146 169 170
סי׳ ל 208
סי׳ לה 41
סי׳ מ 178
סי׳ נ 265
סי׳ סט 160 415 439 441
סי׳ פ 510
סי׳ פא 59 71 160 176 181
מהרי״ט אלגזי, חידושים על הלכות בכורות להרמב״ן
אות סט 19 23
מהריט״ץ, שו״ת, סי׳ קפז 135 497
מהר״ם אלשיך, שו״ת
סי׳ טז 216 388
סי׳ כו 224
סי׳ פז 206
מהר״ם אלשקר, שו״ת
סי׳ פ 331 388
סי׳ קא 209
מהר״ם גאויזון, שו״ת, סי׳ ל 127 135
מהר״ם די בוטון, שו״ת, סי׳ כו 196
מהר״ם טיקטין, בחידושי אנשי שם על הרי״ף, סנהדרין
ד, ב (בדפי הרי״ף), אות ב 221
מהר״ם לובלין, חידושים לתלמוד
גיטין יג, א 353
ב״מ טז, א 442
מהר״ם לובלין, שו״ת, סי׳ קח 204
מהר״ם פדואה, שו״ת, סי׳ כג 199
מהר״ם שיף, חידושים לתלמוד
כתובות נד, ב 87
מהר״ם שיק, שו״ת
או״ח, סי׳ לד 402
יו״ד, סי׳ קנו 209
חו״מ, סי׳ כז 208 400
מהר״ץ חיות, הגהות לתלמוד
סוכה מו, ב 406
מהר״ש הלוי, שו״ת, חו״מ
סי׳ ה 160 161 169
סי׳ ז 336
מהר״ש צרור, שו״ת (תשב״ץ, ח״ד, החוט המשולש,
טור ב)
סי׳ יג 136 149 150 154 440 441
מהרש״א, חידושים לתלמוד
כתובות נד, ב 87 319
גיטין יג, א 353
ב״מ טז, א 442
ב״ב קמט, א 352 360
חולין פט, א 300
מהרש״ג, שו״ת, ח״ד, יו״ד, סי׳ לט 48 49
מהרשד״ם, שו״ת
יו״ד, סי׳ רה 431
חו״מ, סי׳ כח 111 160
סי׳ סב 111 160
סי׳ רמח 135 179
סי׳ רסה 216 217 341
סי׳ רעד 201 205

מפתח המקורות

סי׳ רפח 111
סי׳ שע 202 204
סי׳ תיא 217
מהרש״ך, שו״ת
ח״ב, סי׳ ט 160 183
סי׳ כז 160 183
סי׳ לב 178 179
סי׳ פד 183
ח״ג, סי׳ מח 388
סי׳ פד 127 133 135
מהרש״ל, שו״ת
סי׳ כט 220
סי׳ לו 209 396
מהרש״ם, שו״ת
ח״א, סי׳ רכו 204
ח״ב, סי׳ יח 202 204
סי׳ קכה 200 204
סי׳ רכד 379 380
מחנה אפרים
מכירה, קניין משיכה, סי׳ ב 353
מכירה, קניין מעות, סי׳ ה 67־69
דבר שלא בא לעולם, סי׳ ג 148 167 169 170 490 493
זכייה ומתנה, סי׳ א 113
סי׳ כב 74
שומרים, סי׳ א־ו 313
סי׳ ז 309 311־313 436
סי׳ ח 317 324 326
סי׳ יח 316 438
סי׳ כב 194
סי׳ לה 318
שאילה, סי׳ א 308
שכירות, סי׳ טו 420
סי׳ יח 427 428 436 438
שכירות פועלים, סי׳ א 271 274־276 279־281
סי׳ ב 274 286 288 293
סי׳ ד 239 240 262 267
סי׳ ה 262 267
סי׳ ו 251
סי׳ ז 265
ריבית, סי׳ יא 423
גביית חוב, סי׳ ד 438
ערב, סי׳ א 63 311 423 424 433 436
על הרמב״ם, הלכות מכירה, יא, ג 132
מחנה חיים, שו״ת, ח״ה, סי׳ ב 209
מחצית השקל, או״ח, תמ, ס״ק א 326
המידות לחקר ההלכה (הרב עמיאל)
ח״א, מידה א, כה 44
מידה ז, כז 44
ח״ב, מידה יא, ג־ז 34
מיכל המים, על הירושלמי
שביעית י, ט 416
מים עמוקים (ראה: ראנ״ח)
מכתם לדוד (פארדו), שו״ת
חו״מ, סי׳ יז 292
מלוא הרועים, חלק א, אות ש
שעבודא דאורייתא, אות ד ואות לג 36
מנחת אשר (וייס), סי׳ לג 377 378
מנחת חינוך, על ס׳ החינוך
מצווה נז 323 324
מצווה רכח 39
מצווה רנט 38
מצווה תקפה 22 524
מנחת יצחק, שו״ת
ח״ו, סי׳ קעו (יח) 204 205
ח״ז, סי׳ קלב 368 371
סי׳ קלד 371
ח״ח, סי׳ קמ 368 371
סי׳ קמא 369
מנחת פתים (אריק), חו״מ
סי׳ יט, ו 494
סי׳ רד, יא 38
סי׳ רמא, יב 205
מנחת שי, שו״ת, ח״ב, סי׳ מה 221
מסורת הש״ס, כתובות קב, ב 62
המסחר במשפט העברי (רקובר)
שער חמישי 237
שער חמישי, פרק ראשון 429
עמ׳ 233 423
עמ׳ 240 ואילך 438
מעדני ארץ, סי׳ יט 353 356 357
מצפה שמואל, על התוספתא,
ב״מ ז, ג, ס״ק ל 243
מקור ברוך (קלעי), שו״ת
סי׳ מג 217
ס׳ המקנה (הורוביץ)
קונטרס אחרון, אהע״ז, סי׳ נא 90
מראה הפנים, על הירושלמי
תרומות ו, ב, ד״ה למוכר חפץ 443
קידושין ב, ה 513
ב״מ ה, ג 429
ב״ב ג, א 206
מרומי שדה, ב״ב
ג, א 118
פ, א 441
מרכבת המשנה, על הרמב״ם
הלכות מלווה ולווה, כה, ז 423
משא חיים (פאלאג׳י), מערכת ז 402
משא מלך (ר׳ יוסף בן עזרא)
ח״ה, שער א, משפט ה 402
משאת משה (ישראל), שו״ת, חו״מ
סי׳ כה 168
סי׳ נח 492־494
משובב נתיבות
סי׳ לג, ס״ק ב 46
סי׳ מ, ס״ק א 353
סי׳ ס, ס״ק ז 178 485
סי׳ ס, ס״ק י 172 176 181 188 216
סי׳ סו, ס״ק כג 71
משיב דבר, שו״ת
ח״ג, סי׳ יד 211 212 390 391
משך חכמה, על התורה
בראשית ל, טז 228
במדבר לב, טז, ד״ה ובאופן אחר 403

משכנות יעקב, חו״מ, סי׳ נד 83
משנה ברורה, על או״ח
סי׳ לב, ס״ק כו 528
סי׳ שלד, ס״ק לד 404
סי׳ תמח 372
סי׳ תקפו, ס״ק יב 326
משנה למלך, על הרמב״ם
שבועות, ו, ו־ז 382
מכירה, ב, ט 139
ח, ז 185
יא, ב 102
יא, טז 104 388 502
יג, יח 282
כב, ח 111
שכירות, ב, ח 312
ה, ב 477
ח, ח 433
שאילה ופיקדון, ז, יא 315
טוען ונטען, ה, ב 276
משנת רבי אהרן (קוטלר)
הלכות שכנים, סי׳ ב (ט) 483
משפט החוב (אטינגר), ב״מ, סי׳ ד 390
משפט שלום (מהרש״ם), על שו״ע, חו״מ
סי׳ קעו, יד 429
סי׳ רט 178
סי׳ רט, ו 493
משפטי עוזיאל, שו״ת, אהע״ז, סי׳ ד 446
משפטי שמואל, שו״ת, סי׳ לו 160
משפטיך ליעקב (בן יעקב), ח״ב, סי׳ ט 127 188
נאות דשא, שו״ת, סי׳ קיג 209 396
נודע ביהודה, שו״ת
מהדורא קמא, חו״מ
סי׳ כג 178
סי׳ כה 59 161 175 217
סי׳ כו 59 161 175
סי׳ כז 89 111 175 182 379
סי׳ כח 89 170 175 182 379
סי׳ ל 218 341
סי׳ ל (ז) 357
סי׳ ל (ח) 284 342
סי׳ לא 219
מהדורא תניינא, אהע״ז, סי׳ נד, אות יב 137
חו״מ, סי׳ מא 209
סי׳ מז 139
נחל יצחק, על חו״מ
סי׳ כב 403
סי׳ לט 25
סי׳ לט, ענף א 46
סי׳ מ 89 379 421
סי׳ מ, ענף ג 89 379
סי׳ מ, ענף ד 379 381
סי׳ ס, אות ג 71 202
סי׳ עד 264
סי׳ עד, אות (ב) 316
סי׳ פא, ס״ק ד 351
נחלת דוד, ב״מ י, א 272
נחלת צבי, חו״מ, סי׳ רצב, ז 429
נחלת שבעה
סי׳ ט, דיני תנאים אחרונים 386
סי׳ ט, סע׳ ב־ה 130
סי׳ כב 199
שטר כא 369
נקודות הכסף, על שו״ע, יו״ד
סי׳ קעו 278 280 498
סי׳ רלו 495
נתיב יושר, הלכות והליכות מקח וממכר (ר״י איטח)
עמ׳ קמד 483
נתיבות המשפט, על שו״ע, חו״מ
סי׳ לז, ס״ק יג 19
סי׳ לט, ס״ק ב 36 523
סי׳ לט, ס״ק יז 176 182 183 185 486 488 489
494 497
סי׳ מ, ס״ק א 353 359
סי׳ ס, ס״ק י 176 177 179־182 216 337 385 485
סי׳ ס, ס״ק יג 160
סי׳ ס, ס״ק יז 353 358
סי׳ סו, ס״ק כג 71
סי׳ פא, ס״ק ה 525
סי׳ פו, ס״ק א 321
סי׳ קעו, ס״ק ג 383
סי׳ קעו, ס״ק ה 339 340
סי׳ קעו, ס״ק ס 282
סי׳ קפב, ס״ק ג 434
סי׳ קפג, ס״ק א 272
סי׳ קפג, ס״ק ב 434
סי׳ קצז, ס״ק ב 139
סי׳ קצז, ס״ק ה 142 143
סי׳ קצח, ס״ק ב 410
סי׳ ר, ס״ק יג 430
סי׳ רא, ס״ק א 395
סי׳ רג, ס״ק ו 176 182 484 485
סי׳ רג, ס״ק ז 167 169־171 283
סי׳ רד, ס״ק א 69
סי׳ רו, ס״ק א 176 486 487
סי׳ רו, ס״ק ב 127
סי׳ רז, ס״ק ב 124 132
סי׳ רז, ס״ק יט 96
סי׳ רז, ס״ק כ 389
סי׳ רז, חידושים, ס״ק טו 135
סי׳ רח 155
סי׳ רח, ס״ק ד 149 441 492 493
סי׳ רט, ס״ק ד 177
סי׳ רט, ס״ק ז 443
סי׳ רט, ס״ק ט 154 155
סי׳ רט, חידושים, ס״ק יט 442
סי׳ ריא, ס״ק ב 178
סי׳ רצא, ס״ק יב 312
סי׳ שו, ס״ק ו 428 429 436
סי׳ שי, ס״ק ד 177
סי׳ שי, ס״ק ו 477
סי׳ שיב, ס״ק יג 278
סי׳ שלב, ס״ק ה 170
סי׳ שלג, ס״ק א 403
סי׳ שלג, ס״ק ב 266

סי׳ שלג, ס״ק ג 237־239 250־252 259 431
סי׳ שלג, ס״ק ד 244 526
סי׳ שלג, ס״ק ו 278 283 285
סי׳ שלג, ס״ק ז 279 285
סי׳ שלג, ס״ק י 261
סי׳ שלג, ס״ק טו 430
סי׳ שמ, ס״ק יב 304
סי׳ שמא, ס״ק ד 308
סמ״ע, על שו״ע, חו״מ
סי׳ יב, ס״ק יט 220
סי׳ כב, ס״ק יב 522
סי׳ כב, ס״ק טו 204 223 224
סי׳ כו, ס״ק יא 223 224
סי׳ לט, ס״ק מו 430
סי׳ ס, ס״ק ג 22
סי׳ ס, ס״ק יח 131 161
סי׳ סו, ס״ק נז 203
סי׳ סז, ס״ק כו 72
סי׳ פח, ס״ק נא 21
סי׳ צז, ס״ק כט 17
סי׳ קז, ס״ק א 27 29
סי׳ קיא, ס״ק לא 28
סי׳ קיג, ס״ק יב 366
סי׳ קכט, ס״ק טז 32 389
סי׳ קלא, ס״ק כה 102
סי׳ קעה, ס״ק כא 228
סי׳ קעו, ס״ק ד 388
סי׳ קעו, ס״ק ט 340
סי׳ קעו, ס״ק מד 338
סי׳ קפט, ס״ק א 56
סי׳ קצ, ס״ק א 378
סי׳ קצה, ס״ק טו 143
סי׳ קצה, ס״ק טז 197
סי׳ קצח, ס״ק ג 410
סי׳ רד, ס״ק יב 411 412
סי׳ רד, ס״ק יד 402
סי׳ רה, ס״ק כח 495
סי׳ רז, ס״ק ב 132
סי׳ רז, ס״ק לג 299
סי׳ רז, ס״ק מב 366
סי׳ רז, ס״ק מו 96
סי׳ רז, ס״ק נג 391
סי׳ רז, ס״ק נה 366
סי׳ רז, ס״ק ס 102
סי׳ רט, ס״ק כב 442
סי׳ רט, ס״ק כג 154־156
סי׳ ריב, ס״ק א 206
סי׳ רכז, ס״ק מט 392
סי׳ רכז, ס״ק נט 276
סי׳ רכח, ס״ק ד 255
סי׳ רמא, ס״ק ו 56
סי׳ רמא, ס״ק יז 389
סי׳ רמג, ס״ק יב 194־196 385
סי׳ רמג, ס״ק יט 198
סי׳ רמה, ס״ק א 195
סי׳ רמה, ס״ק ב 128 130 196
סי׳ רמה, ס״ק יד 56
סי׳ רמה, ס״ק יח 22
סי׳ רנ, ס״ק ח 360
סי׳ רנב, ס״ק ו 22
סי׳ רנח, ס״ק ה 367
סי׳ רסד, ס״ק כ 196
סי׳ רסה, ס״ק ה 243
סי׳ רעח, ס״ק כט 41
סי׳ רצא, ס״ק ח 312
סי׳ רצא, ס״ק נא 324
סי׳ שא, ס״ק ז 322 323
סי׳ שג, ס״ק א 307
סי׳ שז, ס״ק א 310
סי׳ שי, ס״ק ו 478
סי׳ שכב, ס״ק ח 342
סי׳ שלג, ס״ק א 262 412
סי׳ שלג, ס״ק ח 237 250 431
סי׳ שלג, ס״ק י 241
סי׳ שלג, ס״ק טז 257 260
סי׳ שלג, ס״ק יז 258
סי׳ שלג, ס״ק כ 249
סי׳ שלג, ס״ק כו 249
סי׳ שמא, ס״ק ו 308
ספקטור, רב יצחק אלחנן (ראה גם: נחל יצחק)
בשו״ת חבל יעקב (ברוכוב), סי׳ יב 202
עדות ביעקב (ביטון), שו״ת, סי׳ קנ 125 127 135
עט סופר, קובץ שטרות, בכרם חמד, ח״ב, שטר מכירת חמור וכל בהמה 388
עטרת חכמים (פרנקל), חו״מ, סי׳ כא (בהשמטות) 202 204
עלי תמר, על הירושלמי קידושין א, ה 377
עמק המשפט (רי״א כהן), ח״א תשובות וביאורים, סי׳ ב 188 485 487
תשובות קצרות, סי׳ ב 178 493 494
ר׳ עקיבא איגר, דרוש וחידוש כתובות לד, ב 319 324
נד, ב 319־321
גיטין מח, ב, ד״ה המוציא 20
ב״מ מח, א 317
סב, ב 153
ר׳ עקיבא איגר, הגהות על מחנה אפרים הלכות מכירה, קניין מעות, סי׳ ה 69
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לשו״ע או״ח, סי׳ תמ, א 324
חו״מ, סי׳ לט, יז 192
סי׳ קז, א 27
סי׳ רא 396
סי׳ רצא, כז 323
סי׳ שלג, ב 253
סי׳ שלג, ה 249
סי׳ שלג, ו 248 251
סי׳ שלג, על ש״ך, ס״ק ד 266 293
סי׳ שלג, על ש״ך, ס״ק לד 267
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לתלמוד כתובות נד, ב 87
נו, א 199
ב״מ מט, א 415
עו, א 240 429 431
עח, א 477

מפתח המקורות

עט, א 244 267 282
סוף ב״מ 480 481
ר׳ עקיבא איגר, חידושים על הרמב״ם
הלכות מלווה ולווה, כא, א, למשנה למלך, ד״ה
אך 29
ר׳ עקיבא איגר, שו״ת
סי׳ ב 528
סי׳ לז 379
סי׳ קלד 154 395 430 440 441 443
ר׳ עקיבא איגר, תוספות
משנה שבועות, פ״ו, אות לח 36
ערוך השולחן
אהע״ז, סי׳ קלד, ל 197
סי׳ קעז, כט 197
חו״מ, סי׳ לט, ב 20
סי׳ ס, יא 202
סי׳ קצא, ז 139
סי׳ רד, ח 411
סי׳ רד, ט 402
סי׳ רז, מה 96
סי׳ רט, ו 136
סי׳ רמה, ג 131
סי׳ רצא, טו 317
סי׳ רצא, יח 309
סי׳ רצא, יט 314־316 319
סי׳ שי, ה 477
סי׳ שכ, ג 342
סי׳ שלב, יג 171
סי׳ שלג, א 413
סי׳ שלג, ב 236
סי׳ שלג, ו 262 296
סי׳ שלג, ח 243
סי׳ שלג, יא 243 262
סי׳ שלג, יב 243
סי׳ שלג, יז 264
סי׳ שלג, יט 255
סי׳ שעד, ט 443
ערוך לנר, סוכה מו, ב 451
ערך ש״י, חו״מ
סי׳ ס, ו, ד״ה בלשון חיוב 494
סי׳ רה, ד״ה אם מסר 202
סי׳ שלג, ראש 239
פאלאג׳י, ר״ח (ראה גם: חקקי לב; משא חיים)
בהערה לשו״ת הרשב״א, ח״ה סי׳ קסו 314
פלפולא חריפתא, על הרא״ש, ב״מ
פ״ו, אות ד 237
פ״ו, אות ו, ס״ק צ 246
פ״ח, אות טו 307
פני דוד, שו״ת
חו״מ, סי׳ כב 169 170
פני יהושע
כתובות נד, ב 87 88
קב, א 350 362
קונטרס אחרון, סי׳ רמט 94 104
גיטין יג, ב 353
נ, א 19
קידושין יג, ב 20 21
חידושים על הטור, חו״מ, סי׳ לט 44
סי׳ מ 362
פני משה (בנבנשתי), שו״ת
ח״א, סי׳ סו 110
ח״ב, סי׳ יד 110
פני משה (מרגלית), על הירושלמי
שביעית י׳, ט 416
קידושין א, ד 207
פנים מאירות, שו״ת
ח״א, סי׳ מו 180
ח״ב, סי׳ ח 156
פרח מטה אהרן, שו״ת
ח״א, סי׳ ז 119 193
סי׳ ח 193 204 465
סי׳ ט 179 180 204 471
סי׳ יג 331
סי׳ יד 204
סי׳ עט 370
ח״ב, סי׳ ד 204
סי׳ ח 493
פרישה (ראה: דרישה ופרישה)
פרלא, ר׳ ירוחם, ביאור לספר המצוות לרס״ג
עשין כב 38
פרלמן, ר׳ ירוחם יהודה (הגדול ממינסק) (ראה: אור גדול)
הגהות, סוף ח״א של שו״ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו״מ, סי׳ כח 182
פתח הבית
סי׳ כב, ענף ד 132
ענף ה 96
סי׳ לח, ענף א 179 181
פתחי חושן
הלכות הלוואה ואבדה, פ״א, טז 394 488
פ״ב, טז 415
הלכות פיקדון ושאלה, פ״א, כא (מט) 511
הלכות שכירות
פ״ח, א (ד) 431
פ״י, הערה י 237 239 240
פ״י, הערה טז 243
פי״א, הערה ג 287 292
פי״א, הערה ה, ו 265
פי״א, הערה יג 262
פי״א, הערה טז 257
פי״א, הערה יח 260
פי״א, הערה ל 254 256
פי״א, הערה לא 254
פי״א, הערה לד 251
פי״א, הערה לה 251
פי״א, הערה לז 248
פי״א, הערה לח 248
פי״א, הערה נא 275
פי״ג, הערה לא 433
הלכות שותפים ומצרנות, פ״א, ב 336
פ״א, ט, הערה כא 339
בדיני קניינים, פי״ח 458
פי״ח, הערה יב 84
פי״ח, יח, הערה לח 178 182

מפתח המקורות

פי״ח, כא 204 205
פתחי תשובה, על שו״ע
אהע״ז, סי׳ נ, ס״ק ח 197
סי׳ סט, ס״ק ג 163 204
סי׳ קנז, ס״ק ט 389
סי׳ קעז, ס״ק א 197
חו״מ, סי׳ לט, ס״ק יד 488
סי׳ ס, ס״ק י 110
סי׳ ס, ס״ק יג 161
סי׳ צז, ס״ק ד 38
סי׳ קעו, ס״ק ב־ג 340
סי׳ קעו, ס״ק ד 420
סי׳ קצ, ס״ק ב 69 490
סי׳ קצה, ס״ק ד 143
סי׳ קצח, ס״ק ח 476
סי׳ רא, ס״ק ב 395
סי׳ רה, ס״ק ה 300
סי׳ רז, ס״ק יא 179
סי׳ רט, ס״ק יא 155 156
סי׳ רט, ס״ק יב 154
סי׳ ריב, ס״ק א־ב 209
סי׳ רכז, ס״ק ב 299
סי׳ רכז, ס״ק ז 156
סי׳ רמה, ס״ק א 349
סי׳ רנז, ס״ק ה 368
סי׳ שה, ס״ק ב 322
סי׳ שלג, ס״ק ב 242 293
סי׳ שלג, ס״ק ד 264 286 389
סי׳ שלג, ס״ק ו 273
סי׳ שלג, ס״ק יא 253 263
ציונים לתורה (ענגיל), כלל לט 378
ציץ אליעזר, שו״ת
ח״ח, סי׳ ח 389
חט״ז, סי׳ נ 399
צמח צדק (ליובביץ׳), שו״ת
חו״מ, סי׳ כז, אות א 430
קהילות יעקב (קנייבסקי)
נדרים, סי׳ ג 101
קידושין, סי׳ י 423 434 438
ב״מ, סי׳ לד 312 313 316
סי׳ לח 237
ב״ב, סי׳ כה 377
קובץ ביאורים (וסרמן)
גיטין, סי׳ כא 350
קובץ הערות (וסרמן)
סי׳ נג, אות ב (בהשמטות) 278
קובץ הפוסקים, חו״מ
סי׳ יב, עמ׳ רה 221
סי׳ כב, עמ׳ קיט 221
ח״ב, בהשמטות, עמ׳ רסג 221
קובץ שיעורים (וסרמן)
פסחים, סי׳ יח 317
סי׳ קמו 37
כתובות, סי׳ קס 33־35
סי׳ רצג 144
סי׳ שיב 39
כתובות נד, ב 86 94
קידושין, סי׳ צב 316
ב״ב, סי׳ שפא 506
סי׳ שצא 22
סי׳ תקלז 350 353
סי׳ תקע 32
סי׳ תרסח 32־35
ח״ב, סי׳ יא 505 507 508
קול אריה, שו״ת
אהע״ז, סי׳ פה 198 199
קצות החושן, על שו״ע, חו״מ
סי׳ ג, ס״ק א 32
סי׳ לד, ס״ק ד 350 351 353 360 361
סי׳ לז, ס״ק ו 162
סי׳ לט, ס״ק א 19 20 22 33 36 41 523
סי׳ לט, ס״ק ה 69
סי׳ לט, ס״ק ח 488 490
סי׳ מ, ס״ק א 81־84 93 100 311 349 353 354 423
סי׳ ס, ס״ק ב 102 103
סי׳ ס, ס״ק ו 108 111
סי׳ ס, ס״ק ז 176 178 180 181 485
סי׳ ס, ס״ק ח 160
סי׳ ס, ס״ק ט 358 359
סי׳ סא, ס״ק ג 66
סי׳ סו, ס״ק כו 45 46 508
סי׳ סו, ס״ק מז 325
סי׳ עד, ס״ק א 315 316 321
סי׳ פו, ס״ק ד 321
סי׳ פז, ס״ק ל 389
סי׳ צה, ס״ק ו 511
סי׳ צט, ס״ק ב 353
סי׳ קיב, ס״ק א 20 145 146
סי׳ קכו, ס״ק ג 396
סי׳ קכט, ס״ק ח־ט 420
סי׳ קצ, ס״ק ו 68 108
סי׳ קצד, ס״ק ג 352 355 356 361
סי׳ קצה, ס״ק ד 353
סי׳ קצה, ס״ק ה 143
סי׳ קצז, ס״ק ג 141
סי׳ רא, ס״ק א 395
סי׳ רג, ס״ק ב 176 179 181 183 185 371 484־487 492 499 500
סי׳ רג, ס״ק ד 148 493
סי׳ רד, ס״ק ב 411
סי׳ רד, ס״ק ג 415 416
סי׳ רו, ס״ק א 133 176 179 181 183 485 492
סי׳ רז, ס״ק ז 427 428
סי׳ רז, ס״ק ח 428
סי׳ רז, ס״ק ט 74
סי׳ רט, ס״ק ז 137
סי׳ רט, ס״ק ט 155
סי׳ רמא, ס״ק ט 523
סי׳ רמג, ס״ק א 392
סי׳ רמג, ס״ק ו 420
סי׳ רמה, ס״ק א 128 129 525
סי׳ רמה, ס״ק ב 22
סי׳ רנב, ס״ק ג 367

סי׳ רנח, ס״ק ב 367
סי׳ רסד, ס״ק ב 196
סי׳ רסד, ס״ק ד 394
סי׳ רעח, ס״ק יג 164
סי׳ רצ, ס״ק ג 41
סי׳ רצא, ס״ק א 309 324
סי׳ רצג, ס״ק ב 315 318
סי׳ שא, ס״ק ג 325
סי׳ שז, ס״ק א 312־315 320 321
סי׳ שיא, ס״ק א 526
סי׳ שטז, ס״ק א 240
סי׳ שלב, ס״ק ד 169 170
סי׳ שלג, ס״ק א 262 413
סי׳ שלג, ס״ק ב 236 237 239 240 253
סי׳ שלג, ס״ק ג 239 243 253 254 429 431
סי׳ שלג, ס״ק ד 241
סי׳ שלג, ס״ק ה 286 287 335 338
סי׳ שלג, ס״ק ו 277 339
סי׳ שלג, ס״ק ח 263 275 277
סי׳ שלג, ס״ק י 275
סי׳ שלג, ס״ק יא 261
סי׳ שלג, ס״ק יב 261
סי׳ שמ, ס״ק א 312 323 324 432
סי׳ שמ, ס״ק ד 321 508
קרבן נתנאל, על הרא״ש
כתובות, פ״ט, אות יג, אות כ 43
קרבן העדה, על הירושלמי
כתובות ה, א 60
קרני ראם (אנקווא), שו״ת, סי׳ קפו 135
קרני ראם (טויבש), על מהרש״א
כתובות פו, א 35
גיטין יג, ב 359
ראנ״ח, שו״ת
ח״א, סי׳ סו 181 182 480
סי׳ קיח 411
ח״ב (מים עמוקים), סי׳ לז 181 480
סי׳ מט 399
סי׳ סג 399
ראשי בשמים, שו״ת
סי׳ פד 171
סי׳ פה 170
רדב״ז, שו״ת
ח״א, סי׳ רעח 395 397
סי׳ שפ 396 462
ח״ב, סי׳ תרי 39
ח״ו, סי׳ ב אלפים שט 197
רדב״ז, בשו״ת המבי״ט, ח״ב, סי׳ קלב 287
רידב״ז, פירוש על הירושלמי
ב״מ ה, א 154 514
רמ״א, הגהות לשו״ע
או״ח, סי׳ תרנו 34
יו״ד, סי׳ קעג, ז 498
סי׳ קעה, ו 515
סי׳ ריג, ב 394
סי׳ רסד, א 210 388 397 412
סי׳ שה, יג 508
אהע״ז, סי׳ כט, ב 426
סי׳ כט, ו 68
סי׳ ל, יא 424
סי׳ נ, ד 217
סי׳ נ, ו 178 183 192
סי׳ נא 128 130 392 393 416
סי׳ נא, א 178
סי׳ ע, ג 286
סי׳ צב, ז 163
סי׳ קח, ג 369
סי׳ קלד, ה 194 197
סי׳ קסה, ד 199
חו״מ, סי׳ יב, ז 220
סי׳ יד, ה 429
סי׳ כב 221
סי׳ כב, א 399 522
סי׳ כב, ב 224
סי׳ נ 67
סי׳ ס, ו 349
סי׳ סו, א 67
סי׳ פא, א 399
סי׳ צז, טו 391
סי׳ קיב, א 177
סי׳ קכט, א 522
סי׳ קכט, ב 420
סי׳ קכט, כב 420
סי׳ קנז, ד 122 128
סי׳ קסג, ו 399
סי׳ קעה, כט 227
סי׳ קעו, ג 340
סי׳ קעו, מח 511
סי׳ קפב, א 433
סי׳ קפג, ב 417
סי׳ קפג, ד 433
סי׳ קפט 56
סי׳ קצא, ד 138 139
סי׳ קצה, ב 138
סי׳ קצח, ה 69 419
סי׳ ר, ז 430
סי׳ רב, ז 365
סי׳ רג, א 126 128 192 194 208 400
סי׳ רד, יא 411
סי׳ רו, ד 127 128
סי׳ רז, ד 495
סי׳ רז, יג 299 495
סי׳ רז, טו 366
סי׳ רז, טז 428
סי׳ רז, יט 366 392
סי׳ רט, ד 137 159 162 178 199 202 389 391
סי׳ רט, ה 442 443
סי׳ רט, ח 158 162 340 163
סי׳ ריא, א 165
סי׳ ריב, א 206 207
סי׳ רכח, א 255
סי׳ רלא, כח 204
סי׳ רמא, ב 270
סי׳ רמג, ז 192 194 195
סי׳ רמה, א 128 349
סי׳ רמה, ב 128 130
סי׳ רנ, ג 349

מפתח המקורות

סי׳ רנב, ב 389
סי׳ רנז, ז 370
סי׳ רנח, ב 367
סי׳ רעו, ו 208
סי׳ רעח, י 357
סי׳ רפא, ז 369
סי׳ רצב, ז 237
סי׳ שכ, ב 342
סי׳ שכב, א 342
סי׳ שלב, ד 168 170 171
סי׳ שלג, א 242 262 263 266 267 281 288
סי׳ שלג, ב 240 431
סי׳ שלג, ג 273 278 290
סי׳ שלג, ד 248 263 264
סי׳ שלג, ה 234 249 261 274 295 316 511
סי׳ שלג, ו 248 250
סי׳ שלג, ח 273 278 295
סי׳ שלד, א 239 299
סי׳ שמ, ד 307 313
סי׳ שמ, ז 304
סי׳ שעד, ב 442
סי׳ שפ, א 424
רמ״א, שו״ת
סי׳ כא 163 194
סי׳ עח 163 164 194
רמ״ק, שו״ת
או״ח, סי׳ יב 209 400
רש״ש, הגהות לתלמוד
כתובות קב, א 416
קידושין סג, א 140 144 145
ב״מ מט, א 415 416
ב״ב קעה, ב 18
בכורות יח, ב 379
שאלת דוד (פרידמן), שו״ת
חו״מ, סי׳ א 332 384
שאלת יעבץ, שו״ת, ח״ב, סי׳ כב 353
שארית יוסף, שו״ת, סי׳ ד 440
שבות יעקב, שו״ת, ח״ב
סי׳ קל 199 200 341 382
סי׳ קפד 287 288 290 291
שבט בנימין, סי׳ שא 388
שבט מיהודה, שו״ת
ח״ב, אהע״ז, סי׳ לט 389
שואל ומשיב, שו״ת
מהדורא תניינא, ח״ב, סי׳ כח 311
מהדורא רביעאה, ח״א, סי׳ מה 510 511
שולחן ערוך
או״ח, סי׳ קנו 389
סי׳ רמו, ג 309
סי׳ תמ, א 324 326
סי׳ תנ, ב 185
סי׳ תרכא, ו 52
יו״ד, סי׳ קסא, ה־ו 35
סי׳ קעג, יג 152
סי׳ קעד, ב 134
סי׳ רכא, ו־ז 24
סי׳ רלב, ה 391
סי׳ רלו, ו 495
סי׳ רנח, י 392
סי׳ רנח, יג 392
סי׳ רנח, יד 392
סי׳ רסז, יד 274
סי׳ רסז, טו־טז 17
סי׳ שה, יג 508
אהע״ז, סי׳ א, ט 381
סי׳ א, יא 381
סי׳ כח, ז 512
סי׳ כח, יט 309
סי׳ כט, ב 424
סי׳ לז, טו 417
סי׳ לח, ה 161
סי׳ מ, א 138 142
סי׳ מ, ב־ד 142
סי׳ נ, ו־ז 428
סי׳ נא 88 89 99
סי׳ נב, א 61
סי׳ סו, ח 60
סי׳ סט, ו 161 289 469
סי׳ עה 212
סי׳ עו, ה 524
סי׳ עו, ח 381
סי׳ פא, א 272
סי׳ קה, ו 508
סי׳ קח 371
סי׳ קח, ג 501
סי׳ קיד, ה 73
סי׳ קיח, יד־טו 381
סי׳ קלד, ד 385 389
סי׳ קמג, ג 73
סי׳ קמו, א־ב 142
סי׳ קנד, כג־כד 389
חו״מ, סי׳ יב, ז 219
סי׳ יב, ח 227
סי׳ יב, ט 183 243
סי׳ כב, א 522
סי׳ כב, ב 223 224
סי׳ כב, ג 194
סי׳ כו, ג 225
סי׳ כח, ג 527
סי׳ לט, א 20
סי׳ לט, ד 192
סי׳ לט, יז 127 488
סי׳ מ 39 160 218 284
סי׳ מ, א 64 80 423
סי׳ מז, א 349
סי׳ מט, י 23
סי׳ ס, א 22
סי׳ ס, ב 102 370
סי׳ ס, ד 178
סי׳ ס, ו 84 89 103 107 109 131 159 165 370
סי׳ ס, ח 358 359
סי׳ סא, ד 66
סי׳ סו, כג 203
סי׳ סו, כו 67

שולחן ערוך, חו״מ (המשך)
סי׳ סו, מ 193 322
סי׳ סז, ט 72
סי׳ עג, ה 40
סי׳ עג, ח 389
סי׳ עג, י 501
סי׳ עז 502
סי׳ פא, ו 349
סי׳ פא, ז 525
סי׳ פח, כח 21
סי׳ צז, ב 17
סי׳ צז, ה 17
סי׳ צז, טו 17 40 277 389 391 469
סי׳ צז, ל 389
סי׳ קא 22
סי׳ קד, א 21 22
סי׳ קד, יג 21
סי׳ קז, א 21 22 28 40
סי׳ קז, ה 22
סי׳ קח, א 42
סי׳ קיא, א 42
סי׳ קיא, כ 28
סי׳ קיב, א 30 145
סי׳ קיג 22
סי׳ קיג, ב 363 364 366
סי׳ קיג, ג 22
סי׳ קיז, א 47
סי׳ קכג, ב 6
סי׳ קכה, ה 392 396
סי׳ קכט, ה 389
סי׳ קלא, א 127
סי׳ קלא, ז 438
סי׳ קלא, י 96
סי׳ קלט, ד 351
סי׳ קנז, א 118
סי׳ קנז, ד 118
סי׳ קעה, ל 226
סי׳ קעה, לא 226
סי׳ קעה, לב 226
סי׳ קעה, לה 228
סי׳ קעו, ג 340
סי׳ קעו, ה 528
סי׳ קעו, טו 337
סי׳ קעו, לג 338
סי׳ קפג, א 429
סי׳ קפט 376
סי׳ קצה, ה 138 141־143
סי׳ קצז, ו 124
סי׳ קצז, ז 139 142
סי׳ קצח, א 410
סי׳ קצח, ו 476
סי׳ קצח, טו 410
סי׳ רא 394
סי׳ רג, א 118
סי׳ רג, ד 167
סי׳ רד 37 410
סי׳ רד, ט 399 402
סי׳ רד, יא 38 411
סי׳ רה, א 254
סי׳ רו, א 184
סי׳ רז, ב 132
סי׳ רז, טו 371
סי׳ רז, טז 96 296 428
סי׳ רז, יט 388 389
סי׳ רז, כא 102
סי׳ רח 155
סי׳ רט, ד 136 137 199 389
סי׳ רט, ה 136 153־155
סי׳ רט, ו 153־155 441
סי׳ רי, א 136
סי׳ ריא, א 136
סי׳ ריב, א 207
סי׳ ריב, ז 392
סי׳ ריב, ח־ט 392
סי׳ רטז, ה 150
סי׳ רכז, לג 276
סי׳ רלב 481
סי׳ רמא, ב 56 269
סי׳ רמא, ד 91
סי׳ רמג, ב 392
סי׳ רמג, י 192
סי׳ רמה, א 125 128
סי׳ רמה, ב 128
סי׳ רמה, ט 56
סי׳ רמה, י 22
סי׳ רנ, ג 359
סי׳ רנב, ב 367 392
סי׳ רנג 105
סי׳ רנג, יג 105
סי׳ רנג, יח־יט 105
סי׳ רנז, א 367
סי׳ רנז, ז 368
סי׳ רנח, א 367
סי׳ רסד, א 34
סי׳ רסד, ז 196
סי׳ רסד, ח 254 299
סי׳ רסה 243
סי׳ רעה, לא 42 46
סי׳ רעו, ה 507
סי׳ רעז, ה 507
סי׳ רפא 367
סי׳ רצא, א־ב 313
סי׳ רצא, ה 307 312
סי׳ רצא, כז 322
סי׳ רצב, יז 318
סי׳ רצב, כא 318
סי׳ רצג, א 315 318 320 322
סי׳ רצו, ה 322
סי׳ שא, א 326
סי׳ שא, ד 322 323
סי׳ שג, א 307
סי׳ שג, ח 318
סי׳ שה, ו 308
סי׳ שו, א 256

סי׳ שו, ד 433
סי׳ שז, ב 307 311
סי׳ שי, א־ב 477
סי׳ שיא, ו 526
סי׳ שטו, ד 234
סי׳ שלג, א 243 235 263 525
סי׳ שלג, ב 237 239־241 252 258 413
סי׳ שלג, ג 276 277 279 286 339
סי׳ שלג, ד 257 263
סי׳ שלג, ה 246 247 252־254 258 344
סי׳ שלג, ו 248 249 264
סי׳ שלג, ז 294
סי׳ שלג, ח 418 430
סי׳ שלד, ד 292
סי׳ שמ, ד־ו 307
סי׳ שמ, ז 304 307 432
סי׳ שמא, א 305
סי׳ שמא, ג 308
סי׳ שמא, ד 87 303 319 504
סי׳ שמא, ה 305
סי׳ שמד, א 322
סי׳ שמו, ג 286
סי׳ שסג, ז 29
סי׳ שסט, יא 17
סי׳ שעד, א־ד 442
שולחן ערוך הרב
יו״ד, הלכות ריבית, סע׳ טו 283
חו״מ, הלכות מכירה ומתנה, סע׳ א 415
שיירי קרבן, על הירושלמי
קידושין ב, ה 514
ש״ך, על שו״ע
יו״ד, סי׳ קעה, ס״ק א 152
סי׳ רנח, ס״ק כה 393
סי׳ רסד, ס״ק ז 412
חו״מ, סי׳ כא, ס״ק ג 495
סי׳ כב, ס״ק ד 220 221
סי׳ כב, ס״ק יב 522
סי׳ כב, ס״ק טו 223 224
סי׳ כו, ס״ק ה 224
סי׳ לט, ס״ק ב 20 33 43 523
סי׳ לט, ס״ק מט 488־490
סי׳ מ, ס״ק ב 311 323
סי׳ מ, ס״ק ג־ד 81 378
סי׳ נ, ס״ק ט 67
סי׳ ס, ס״ק יח 159
סי׳ ס, ס״ק כא 110
סי׳ ס, ס״ק כד 131
סי׳ ס, ס״ק כה 131
סי׳ ס, ס״ק כו 84 160
סי׳ ס, ס״ק לב 354 358
סי׳ סו, ס״ק י 67
סי׳ סו, ס״ק עח 203
סי׳ סו, ס״ק פב 508
סי׳ סו, ס״ק קכח 119 193
סי׳ סו, ס״ק קכט 322
סי׳ עה, ס״ק א 527
סי׳ פז, ס״ק פא 389
סי׳ צה, ס״ק יח 276 511
סי׳ קז, ס״ק א 27
סי׳ קטז, ס״ק ה 71
סי׳ קיז, ס״ק ב 47
סי׳ קעה, ס״ק כה 226
סי׳ קעו, ס״ק ו 340
סי׳ קעו, ס״ק ח 335 340
סי׳ קצ, ס״ק א 68
סי׳ קצא, ס״ק ה 139
סי׳ קצה, ס״ק ח 142 143
סי׳ קצח, ס״ק ט 69
סי׳ קצח, ס״ק י 419
סי׳ רד, ס״ק א 415
סי׳ רז, ס״ק כד 428
סי׳ רז, ס״ק כז 391
סי׳ רט, ס״ק ח 145
סי׳ רט, ס״ק ט 442
סי׳ רט, ס״ק יג 154־156
סי׳ ריא, ס״ק א 106
סי׳ ריב, ס״ק א 206
סי׳ רכז, ס״ק י 276
סי׳ רלב, ס״ק ב 33
סי׳ רמה, ס״ק ב 127 128
סי׳ רנב, ס״ק ו 22
סי׳ רנח, ס״ק ב 367
סי׳ רצא, ס״ק ב 323
סי׳ רצא, ס״ק יג 305
סי׳ רצא, ס״ק מד 319־321
סי׳ שא, ס״ק ז 311 323
סי׳ שיב, ס״ק יט 482
סי׳ שלב, ס״ק כב 414
סי׳ שלג, ס״ק א 262 413 414
סי׳ שלג, ס״ק ב 242
סי׳ שלג, ס״ק ד 242 262 266 267 281 287 288 291 293
סי׳ שלג, ס״ק ה 260 263 267
סי׳ שלג, ס״ק ט 240
סי׳ שלג, ס״ק י 241
סי׳ שלג, ס״ק יד 276 286 287 291 338
סי׳ שלג, ס״ק טו 295
סי׳ שלג, ס״ק יז 273 278
סי׳ שלג, ס״ק יט 263 275
סי׳ שלג, ס״ק כ 234
סי׳ שלג, ס״ק כא 257 258 260
סי׳ שלג, ס״ק כב 257
סי׳ שלג, ס״ק כה 274 276 278
סי׳ שלג, ס״ק כח 253
סי׳ שלג, ס״ק כט 251 261
סי׳ שלג, ס״ק ל 243 261
סי׳ שלג, ס״ק לד 250 267 293
סי׳ שלג, ס״ק לה 249
סי׳ שלג, ס״ק לח 250
סי׳ שלג, ס״ק לט 248
סי׳ שלג, ס״ק מז 273 278
סי׳ שמ, ס״ק י 304
סי׳ שפב, ס״ק א 211
סי׳ שפב, ס״ק ד 211

סי׳ תיט, ס״ק ה 22
שלטי הגיבורים
ב״ק לב, ב (בדפי הרי״ף) 211 212 391
ב״מ א, ב (בדפי הרי״ף) 415
נ, ב (בדפי הרי״ף) 305 307
חולין כט, א (בדפי הרי״ף) 212
השליחות וההרשאה במשפט העברי
עמ׳ 192 365
עמ׳ 278 364
עמ׳ 299 365
עמ׳ 306 364
שם הגדולים (חיד״א), ערך רמב״ם 82
שמחת יום טוב (אלגזי), שו״ת
סי׳ כב 177 179
סי׳ לא, ב 74
שמרו משפט, על חוקות דיינים
סי׳ סז 127
סי׳ קיג 220
סי׳ קפג 109 111 194
שנות אליהו, על המשנה
שביעית י, ט 414
שער משפט, על שו״ע, חו״מ
סי׳ לט, סעיף א 73
סי׳ מ, סעיף א 72
שער אפרים, שו״ת, סי׳ קלח 294 295
שער הציון, תקפו, ס״ק כה 326
שערי חיים (שמואלביץ)
גיטין, סי׳ כט, ענף ב, אות ט 483
שערי ישר, שער ה
פרק א 33־35 37 38 42
פרק ב 33 343 470
שערי ציון (סופר)
סי׳ ד 139
סי׳ יא 125 128
שערי תורה (לעוו)
ח״א, כלל א(א) 350 351 362
שערי תשובה, על שו״ע
או״ח, סי׳ תמח, ס״ק ח 180 185
שפירא, רא״ד, סיני, א, עמ׳ שעא 255 256
שקאפ, ר׳ שמעון יהודה הכהן, חידושים תלמוד
קידושין, סי׳ יז 49 50 108
ב״ק, סי׳ א 507
ב״ב, סי׳ כו 353
תומים (ראה: אורים ותומים)
תומת ישרים
הגהות לרי״ף ב״ב (צב ע״ג) 149 150
תוספאה, ר׳ שמואל אביגדור, בספר זכות היוצרים
במקורות היהודיים, עמ׳ 413 418
תוספות יום טוב, על המשנה
שביעית י, ט 38
שבועות ד, ח 389
תוספתא כפשוטה, ב״מ
ד, א 69 147 150 439
ה, א 513
ז, ג 243
תועפות ראם (טויבש), שו״ת
חו״מ, סי׳ ו 202
תורת אמת (ששון), שו״ת
סי׳ סב 224 225
סי׳ קיג 337
סי׳ קלג 119 127 133 160 179 182 185 485 494
תורת חיים (מהרח״ש), שו״ת
ח״א, סי׳ עט 212
סי׳ צח 215
תורת חיים (שור), ב״ב קעג, ב 63
תורת חסד (פרחייא)
סי׳ קצח 399 402
סי׳ רכב 202 204
סי׳ רכח 204 471
סי׳ רלז 110
תורת המשפט (אריאל), עמ׳ 391 386
תורת ריבית (הרשלר־היישריק)
פרק ט, א 498
פרק יב, יא 496 497
פרק יב, כ 499
פרק יד, טז, והערה לח 281
פרק יד, יח 283
תחוקה לישראל על פי התורה (רי״א הרצוג), ח״ב
פרק ה, ונספחות א, ג, ו, ז, ח, ט 369
עמ׳ 181 369
תיקון סופרים (ר״ש יפה), סי׳ ג 199
תעלומות לב, שו״ת
ח״ב, אהע״ז, סי׳ ה 388
התקנות בישראל (שציפנסקי), ח״ג, עמ׳ רנה 22
תרומת הכרי, סי׳ א 350
תשורת ש״י, שו״ת
סי׳ תקפב 202 382 438 445
סי׳ תקצח 382

פסקי דין רבניים

כרך א עמ׳ 257, 262 198
עמ׳ 289, 299 383
עמ׳ 289, 304־309 199
עמ׳ 289, 306 213
כרך ב עמ׳ 65, 86 286
עמ׳ 109 213
עמ׳ 109, 112 396
עמ׳ 289, 290 198
עמ׳ 332 264
עמ׳ 328, 330 344
כרך ג עמ׳ 18, 30 430
עמ׳ 57, 60 428
עמ׳ 109 380
עמ׳ 109, 116 392
עמ׳ 117 502
עמ׳ 170, 172 344
עמ׳ 287 278
עמ׳ 336 202 204 205 444 445
עמ׳ 363 395
עמ׳ 363, 365־366 83
עמ׳ 363, 368 396
כרך ד עמ׳ 66, 70 221
עמ׳ 129 278

עמ׳ 193, 198 395 396
עמ׳ 275 128
עמ׳ 289, 303 378
עמ׳ 346 221 222
עמ׳ 346, 347 219
עמ׳ 353, 354 198
עמ׳ 374, 376 198
עמ׳ 374, 377 197
כרך ה עמ׳ 124, 126 381
עמ׳ 214, 217 198
עמ׳ 259, 264 395
עמ׳ 315 336
עמ׳ 310, 316 396
כרך ו עמ׳ 158, 162 344
עמ׳ 166, 173, 178 400
עמ׳ 173, 179 208 209
עמ׳ 181 402
עמ׳ 182 282
עמ׳ 182, 185 244
עמ׳ 182, 191 280
עמ׳ 248 171
עמ׳ 315, 322 49 50
עמ׳ 315, 323 395 396 403
כרך ז עמ׳ 65, 70 196
עמ׳ 353 198 199
כרך ח עמ׳ 47 213־215 382 396
עמ׳ 179 198
כרך ט עמ׳ 16 169
עמ׳ 37 169
עמ׳ 60, 62 213
כרך י עמ׳ 363 128
כרך יא עמ׳ 131 128
כרך יד עמ׳ 334 128 188
עמ׳ 351 403
כרך טו עמ׳ 211 391
כרך יז עמ׳ 355 357
כרך יח עמ׳ 108, 115 404
אוסף פד״ר (ורהפטיג), עמ׳ סד 411 415
פסק בית הדין הרבני בחיפה, אצל י׳ גרין, אסיא ה (תשמ״ו), עמ׳ 125, 133 446
קובץ פסקי דין של בית הדין לממונות בקרית ארבע, עמ׳ 92 265

חקיקה

הצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש״ל־1970, מבוא 449
חוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג־1973 375
סעיפים 1, 2, 5 519
סעיף 2 114 448
סעיף 12 449
סעיף 24 448
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל״א־1970, סעיף 2(3) 196
חוק הירושה, התשכ״ה־1965, סעיף 8(א) 165
סעיף 36 495
חוק המקרקעין, התשכ״ט־1969, סעיף 8 448
חוק המתנה, התשכ״ח־1968, סעיף 5 494
חוק הפרוצדורה העותומנית, סעיף 46 519

פסיקה

המ׳ (ת״א) 2282/78, ת״א (ת״א) 320/78 ע׳ אבן־חן נ׳ בית הלחמי, פסקים (מחוזיים) תשל״ח 2, 348 449
ע״א 91/77 ביסקר נ׳ ״עמידר״, פ״ד לב(1) 73 448
ע״א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. ואח׳ נ׳ מנהלי עזבון בידרמן ואח׳, פ״ד כו(2) 781 448
ע״א 1049/94 דור אנג׳ר נ׳ חמדן, פ״ד נ(5) 820 450
ע״א 579/83 זוננשיין נ׳ גפסו, פ״ד מב(2) 278 450
ע״א 285/75 זינגר נ׳ קימלמן, פ״ד ל(1) 804 448
ע״א 294/91 חברת קדישא ״קהילת ירושלים״ נ׳ קסטנבוים, פ״ד מו(2) 464 450
ע״א 286/47 יקותיאל נ׳ ברגמן, פ״ד כט (2), עמ׳ 757, 765, 774 775 165
ע״א 309/54 נאמן נ׳ עירית תל־אביב, פ״ד י, עמ׳ 1942, 1958 183
ע״א 449/79 סלמה נ׳ סלמה, פ״ד לד(2) 779 446
ע״א 838/74 ספקטור נ׳ צרפתי, פ״ד לב(1) 231, 248 450
ע״א 68/67 עמידר נ׳ א׳ אהרן, פ״ד לב(2) 350 420
ע״א 156/27 פסטרנק נ׳ יוסף לוי פ״ת בע״מ ואח׳, פ״ד כח (1) 617 448
ע״א 235/75 קאדרי נ׳ מסדר האחיות צ׳רלס הקדו, פ״ד ל(1) 800 448
ע״א 986/93 קלמר נ׳ גיא, פ״ד נ(1) 185 450
ע״א 148/77 רוט נ׳ ישפה (בניה) בע״מ, פ״ד לג(1) 617 449

רשימה ביבליוגרפית

אדרעי, א׳, אחריות היורשים לחובותיו של המוריש במשפט העברי (דיסרטציה), האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ״ג
אוחנה, ר״נ, בתוך: תחוקה לישראל על פי התורה, ח״ב, עמ׳ 199
אורבך, א״א, בעלי התוספות, ירושלים תשכ״ח
אורבך, א״א, חז״ל — פרקי אמונות ודעות, ירושלים תשכ״ט
אזרחי, רב״מ, ״גדרי התחייבות באימוץ ילדים״, נעם ד (תשכ״א), עמ׳ צד
אטינגר, ב״מ, משפט החוב, אשדוד תשנ״ב
אטינגר, ש׳, ״הודאת בעל דין במשפט העברי״, בתוך: מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל, מוגשים לכבוד הרב פרופ׳ מ״ע רקמן, אוניברסיטת בר־אילן, תשנ״ג
אלבק, ש׳, דיני הממונות בתלמוד, תל־אביב תשל״ו
אלבק, ש׳, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, אוניברסיטת בר־אילן, תשנ״ד
אלון, מ׳, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים תשל״ג
אלון, מ׳, חירות הפרט בדרכי גביית החוב במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד
אליאש, ב״צ, ״שורשיה הרעיוניים של ההלכה — פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד״, שנתון המשפט העברי ה (תשל״ח), עמ׳ 7
אסף, ש׳, ״לשאלת הירושה של הבת״, ספר היובל לי׳ פריימאן, ברלין תרצ״ז, עמ׳ 8
אפשטיין, י׳, ״שטר המתנה לחוד והצדאק״, המשפט העברי ד (תרצ״ג), עמ׳ 125
אריאלי, ט׳, ״התפיסה הסטטית והתפיסה הדינמית במשפט העברי״, דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות, כרך א, עמ׳ 175
בלייך, ר״ד, ״ביצוע בעין ותשלומי ריבית ע״י חברה בע״מ״, אור המזרח (תשנ״ג), עמ׳ 136
בלייכר, ר״מ, ״צוואה — עריכתה, נסוחה״, שורת הדין ב (תשנ״ד), עמ׳ שלז
בן־שמעון, ר״ש, ״תקפה של הבטחה למתן גמ״ח״, מוריה (סיוון תשנ״ח), עמ׳ רנ־רנב
בס, ד׳, ״חוזים על פי דיני התורה״, בתוך: מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה, א (תשנ״ו), עמ׳ 19
ברנד, י׳, ״עיסקה בדבר שאין בו ממש — מפילוסופיה למשפט״, שנתון המשפט העברי כא (תשנ״ח־תש״ס), עמ׳ 71
גולאק, א׳, אוצר השטרות, ירושלים תרפ״ו
גולאק, א׳, ״השוואה כללית בין רוח דיני ממונות העבריים ורוח דיני ממונות הרומאים״, מדעי היהדות ו (תרפ״ו), עמ׳ 45
גולאק, א׳, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ״ט
גולאק, א׳, יסודי המשפט העברי, ירושלים תרפ״ג
גולדברג, רז״נ, ״אופני הקנינים המחייבים בשמירה״, כבוד חכמים, לרגל יובל השמונים של האדמו״ר מלובביטש, ירושלים תשמ״ב, עמ׳ רלח
גולדברג, רז״נ, ״הגדרת דתי בחוזה״, תחומין יח (תשנ״ח), עמ׳ 181
גולדברג, רז״נ, ״ירושת הבת (לחידוש מנהג של חצי זכר)״, תחומין ד (תשמ״ג), עמ׳ 342
גולדברג, רז״נ, ״תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים״, תחומין יב (תשנ״א), עמ׳ 279
גולדברג, רז״נ, ״תוקפה המשפטי של הבטחה״, תחומין יג (תשנ״ב־תשנ״ג), עמ׳ 371
גולדברג, רז״נ, הערות, שורת הדין ב (תשנ״ד), עמ׳ שנט
גרוסמן, א׳, חכמי אשכנז הראשונים, הוצאת מגנס, ירושלים תשמ״א
דויטש, ס׳, ״גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי״, שנתון המשפט העברי ו־ז (תשל״ט־תש״ם), עמ׳ 71

דיבון, ע׳, ״חובת אב מאמץ למזונות בן מאומץ מדין התחייבות״, דיני ישראל ט (תשל״ח־תש״ם), עמ׳ קפג
דיכובסקי, ר״ש, ״חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים״, תחומין טו (תשנ״ה), עמ׳ 278
ויגודה, מ׳, שכירות ושאילה, בסדרת חוק לישראל, בעריכת פרופ׳ נ׳ רקובר, ירושלים תשנ״ח
וינגורט, א׳, ״תפיסה פורמליסטית ו׳מעשה קנין׳״, דיני ישראל יז (תשנ״ג־תשנ״ד), עמ׳ קיט
ויסמן, י׳, דיני קניין, חלק כללי, ירושלים תשנ״ג
ויסמן, י׳, חוק המקרקעין, תשכ״ט־1969 — מגמות והישגים, ירושלים תש״ל
ורהפטיג, א׳, ״אומדן דעת ונפש בני אדם במשפט העברי״, בדד 6 (חורף תשנ״ח), עמ׳ 69
ורהפטיג, א׳, ״גדול ת״ת יותר מכיבוד אב ואם״, סיני ק (ספר היובל), עמ׳ תיב
ורהפטיג, א׳, ״הסכם מגורים בין בני זוג: לבעיית דבר שאין בו ממש״, שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל״ו־תשל״ז), עמ׳ 377
ורהפטיג, א׳, ״חוזה עבודה — מהותו ובטולו״, תחומין ז (תשמ״ו), עמ׳ 427; תחומין ח (תשמ״ז), עמ׳ 203
ורהפטיג, א׳, ״ירושת חיובים״, תחומין כא (תשס״א)
ורהפטיג, א׳, ״ערכי משפט״, עיוני משפט ד (סיוון תשל״ה), עמ׳ 451
ורהפטיג, א׳, ״שטר הטבה — מכר חוזר״, שנתון המשפט העברי יח־יט (תשנ״ב־תשנ״ד), עמ׳ 215
ורהפטיג, ז׳, ״למקורותיו של חוזה ההתחייבות במשפט העברי״, בתוך: מחקרים במשפט העברי, עמ׳ 87
ורהפטיג, ז׳, ״לתורת התמורה או העילה בחוזה העברי״, בתוך: מחקרים במשפט העברי, עמ׳ 94
ורהפטיג, ז׳, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד
ורהפטיג, ש׳, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל״ד
ורהפטיג, ש׳, דיני מסחר במשפט העברי, ירושלים תש״ן
ורהפטיג, ש׳, דיני עבודה במשפט העברי, תל־אביב תשכ״ט
ורנר, רש״ב, ״ברורי הלכות בזכויות עובד ומעביד, שכיר וקבלן״, תורה שבעל פה יט (תשל״ז), עמ׳ מה
זילברג, מ׳, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ״ד
כהן, רש״פ, שורת הדין ב (תשנ״ד), עמ׳ שמ
כהנא, ב׳, ערבות, בסדרת חוק לישראל, בעריכת פרופ׳ נחום רקובר, ירושלים תשנ״ב
כהנא, ב׳, שומרים, בסדרת חוק לישראל, בעריכת פרופ׳ נחום רקובר, ירושלים תשנ״ט
לאו, ר״מ, ״אמת ואי אמת — מפני דרכי שלום״, תורה שבעל פה כא (תש״ם), עמ׳ פח
לביא, ר״א, ״הודאת בעל דין וקנין אודיתא״, שעלי דעת ז (תש״ן), עמ׳ 158
ליברמן, ש׳, בספר יד רא״ם (לזכר א״מ ליפשיץ), עמ׳ 222
ליברמן, ש׳, מבוא לירושלמי נזיקין, ע״פ כ״י אסקוריאל (בהוצאת א״ש רוזנטל), עמ׳ כט
ליפשיץ, ב׳, ״׳מתנה לחוד׳ — בין קניין לבין התחייבות״, דיני ישראל יב (תשמ״ד־תשמ״ה), עמ׳ קכה
ליפשיץ, ב׳, ״מנוסחאות הגאונים ומפירושיהם״, ספר היובל לרי״ד סולובייצ׳יק, עמ׳ תתרלו
ליפשיץ, ב׳, ״על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות״, שנתון המשפט העברי יג (תשמ״ז), עמ׳ 185
ליפשיץ, ב׳, ״׳שעבודא דאורייתא׳ — בין חיוב והבטחה״, עיונים במשפט העברי ובהלכה, בעריכת פרופ׳ א׳ אנקר ופרופ׳ ס׳ דויטש, תשנ״ט, עמ׳ 205
ליפשיץ, ב׳, אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח
ליפשיץ, ב׳, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד
מימון, נ׳, אימוץ ילדים, ירושלים תשנ״ד
מירון, י׳, ״נקודות מגע בין המשפט העברי לבין המשפט המוסלמי״, שנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), עמ׳ 343
נוסבוים, ר״נ, ורא״צ סופר, ״הנשבע ליתן חפץ לחבירו אם יש בזה חיוב ממוני״, מקבציאל י (תשמ״ו־תשמ״ז), עמ׳ קמג
נוסבוים, ר״נ, מקבציאל יד (תשמ״ט), עמ׳ קפא
סולובייצ׳יק, ח׳, ״ערב בריבית״, ציון לז (תשל״ב), עמ׳ 1
פוברסקי, ח׳, יסודות שעבוד הגוף והנכסים (דיסרטציה), תל־אביב תשמ״ו

פוקרובסקי, י׳, הפרובלמות של המשפט האזרחי (תרגום א׳ ליטאי), ירושלים תרפ״ג
פוקרובסקי, י׳, תולדות המשפט הרומאי (תרגום א׳ ליטאי), ירושלים תרפ״ח
פרידמן, ד׳, ונ׳ כהן, חוזים, כרך א
פרידמן, מ״ע, ״פוליגאמיה — תעודות ותשובות מן הגניזה״, תרביץ מג (תשל״ד), עמ׳ 166־170
פרידמן, מ״ע, ״ריבוי נשים במסמכי הגניזה״, תרביץ מ (תשל״א), עמ׳ 320
פרידמן, ש״י, ״הנאה וקניינים בתלמוד״, דיני ישראל ג (תשל״ב), עמ׳ 115
פרידמן, ש״י, תלמוד ערוך — פרק השוכר את האומנין, הפירושים, תשנ״א
פרנצוס, י׳, ״׳מתנה לחוד׳ בתקופת הגאונים והראשונים״, שנתון המשפט העברי ו־ז (תשל״ט־תש״ם), עמ׳ 243
צורי, י״ש, ההיפותקי, לונדון תש״ד
קפלן, י׳, ״אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי״, משפטים כה (סיוון תשנ״ה), עמ׳ 377
ראבילו, מ׳, פרקים בדיני חיובים
רבינוביץ־תאומים, ר״ב, ״קונטרס על ירושת הבת״, בתוך: הרב י״א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ח״ב, עמ׳ 203
רוזנטל, א״ש, ״עיונים בתולדות הנוסח של התלמוד הבבלי״, ספר היובל לרב מ׳ ברויאר, עמ׳ 571
רויטל, ש״ד, יסודות השותפות במשפט העברי (דיסרטציה), האוניברסיטה העברית בירושלים תשל״א
ריבלין, י׳, ״שטר ׳מתנה לחוד׳״, אסופות יא (תשנ״ח), עמ׳ קסז
ריבלין, י׳, ״שטר חצי זכר״, דיני ישראל יז (תשנ״ג־תשנ״ד), עמ׳ קנה
רנר, ש׳, ״דיני חוזים — מגמות והערכה״, משפטים כא (תשנ״א), עמ׳ 33
רקובר, נ׳, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל״ב
רקובר, נ׳, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ״א
שאנן, ר״ח, ״צוואה כהלכה״, תחומין יג (תשנ״ב), עמ׳ 317
שוחטמן, א׳, ״לתקנתם של הסכמי גירושין״, שנתון המשפט העברי יח־יט (תשנ״ב־תשנ״ד), עמ׳ 455
שוחטמן, א׳, מעשה הבא בעברה, ירושלים תשמ״א
שילה, ש׳, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל״ה
שלו, ג׳, דיני חוזים, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ״ה
שלו, ג׳, ״סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן״, משפטים ז (תשל״ו־תשל״ז), עמ׳ 118
שפירא, ר״א, ״יחסי עבודה, שביתת פועלים ותוספת יוקר לאור ההלכה״, שבילין (אייר, תשד״ם), עמ׳ נט
שרשבסקי, ב׳, דיני משפחה, מהדורה ב, ירושלים תשכ״ז

Cheshire, Fifoot's and Furmston's Law of Contract, 13th ed., London, 1996
Elon, M., "Contract," Encyclopedia Judaica, Vol. 5, p. 923 (= The Principles of Jewish Law, p. 246)
Herzog, R. Isaac, The Main Institutions of Jewish Law, Vol. 2, The Law of Obligations
Zimmermann, R., The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co. Ltd., 1990

CONTENTS

Preface ה
Table of Contents ז

Chapter One Introduction 1
Chapter Two Encumbrances of Person and of Property 15
Chapter Three Undertaking – Definition, Source and Types 53
Chapter Four Undertaking to Make Payment 77
Chapter Five Undertaking to Convey Property 115
Chapter Six Undertaking to Perform Act or Refrain from Act 189
Chapter Seven Essence of Labor Contract 231
Chapter Eight Undertaking Regarding Bailees 301
Chapter Nine Agreement for Sharing Future Profits – its Validity and Essence 327
Chapter Ten Admission and its Relation to Undertaking 347
Chapter Eleven Content and Form of Undertaking 373
Chapter Twelve The Duty to Deal in Good Faith 407
Chapter Thirteen Summary and Conclusion 453

Appendixes 473
Annotations of HaRav Zalman N. Goldberg 523
Indexes 531

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice

The Jewish Legal Heritage Society

Editor

Nahum Rakover

This book was published
in cooperation with
The Institute for Research of Jewish Law
Hebrew University of Jerusalem

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

©

The Jewish Legal Heritage Society

P.O.Box 7483 Jerusalem 91074

Printed in Israel 2001

Itamar Warhaftig

UNDERTAKING IN JEWISH LAW

ITS VALIDITY, CHARACTER AND TYPES

The Library of Jewish Law

UNDERTAKING IN JEWISH LAW