

תנאי ומעשה: פורמליזם משפטי – האומנם?

יצחק ברנד

א. הקדמה – משפטי התנאים ופשרם

דיני החוזים המודרניים משקפים, בדרך-כלל, את תפיסת האוטונומיה של הרצון, והם נחשבים לביטוי מובהק של חירות הפרט.¹ מערכים אלו נגזר, שהצדדים לחוזה יכולים לנסחו באופן חופשי, כאוות נפשם.² לא כך הדבר ב"משפטי התנאים"³ שבמשפט התלמודי ובספרות הפוסקים.

המשפט התלמודי קושר על רגליו של צד לחוזה משקולות כבדות המצרות את צעדיו. משפטי התנאים אינם מאפשרים לצד לחוזה להתנסח באופן חופשי. נוסחת התניות, על פניה, היא נוקשה ומוקפדת. עליה להתאים לתבנית של "תנאי בני גר ובני

- 1 עמנואל קאנט ביסס את תפיסת החוזה על רעיון האוטונומיה של הרצון. ראו B. SHARON, דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א, 17-18 (התשנ"א). על הזיקה שבין החוזה לבין חירות הפרט וביטוייה בעקרון חופש החוזים, ראו בהרחבה: P. S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979); פרידמן וכהן, שם, בעמ' 19; גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 47 (התשס"ה).
- 2 על עקרון "חופש הצורה" של החוזה ראו פרידמן וכהן, שם, בעמ' 387-388; שלו, שם, בעמ' 377. על חופש ההתנאה ראו שלו, שם, בעמ' 471.
- 3 המונח "משפטי התנאים" – כתיאור לדרישות הצורניות של התנאי – מופיע ברמב"ם בהקשרים שונים. ראו משנה תורה, גירושין, פרק ח, הלכה א; פרק ט, הלכה א; פרק ט, הלכה ד; מכירה, פרק יא, הלכה א. לכאורה, המונח "משפטי תנאים" נטבע בידי רב האי גאון ככותרת לספרו (מודפס לאחר ספרו של רב האי, המקח והממכר, וינה התק"ס). ברם, הספר המיוחס לרב האי גאון, כנראה, אינו שלו. ראו שרגא אברמסון עניינות בספרות הגאונים בעמ' 132, 235 (התשל"ד). על פי דבריו של אברמסון (שם, בעמ' 234-235), ייחוס חיבור זה לרב האי גאון נובע מחילוף עם ספר התנאים, אותו חיבר רב האי גאון לפי עדותו (בספר המקח והממכר, שער יז, וינה תק"ס, דף מ, ע"ב: "וענין התנאים ומשפט ביאורם אין זה מקומו להאריך עד שנפרשם בחבור התנאים"). מכל מקום, מתוכנו של חיבור זה עולה, שהכותרת "משפטי תנאים" עוסקת בדיני התנאים בכלל, ואינה מתייחסת לדרישות הצורניות של התנאי.

ראובן",⁴ וחריגה מן התבנית גוררת את בטלותן של התניות. כך, למשל, נקבע שהתניות צריכות להיות מנוסחות באופן כפול – לחיוב ולשלילה – "אם... ואם לא..." ("תנאי כפול"),⁵ ובסדר הזה דווקא – הן קודם ללאו.⁶ לפי דרישה צורנית אחרת, רכיב ההתנאה ("התנאי") צריך להקדים את רכיב הפעולה המשפטית ("המעשה"),⁷ דהיינו: "אם ירד גשם, המכירה תבצע". שינוי סדר הרכיבים ("מעשה קודם לתנאי") – פוסל את התניה. המשפט התלמודי מציג שלל דרישות צורניות נוספות, ולא נאריך בהן כאן.

הנוקשות הזאת מעוררת תמיהה, והיא אינה הולמת את רוחם של דיני הממונות בכלל,⁸ ואת אופיים של דיני החוזים בפרט.⁹ הוצעו לה הסברים שונים:

4 כך במשנה, קידושין ג, ד ע"פ במדבר לב 1-33, בפרשה זו מתקיים משא ומתן ארוך ומפורט בין משה לבין בני גד ובני ראובן בדבר זכותם בעבר הירדן המזרחי ובדבר התחייבותם לעבור חלוץ לפני בני ישראל בכיבוש ארץ כנען. ההצעות להסכם מופיעות בשני שלבים (שם, 17-25; 28-32). על אף השינויים הקלים שבין השלבים, התבנית החוזית דומה. ראו שמואל אפרים ליונשטם "מסורת סיפור התנחלותם של בני גד ובני ראובן" תרביץ מב 13, 19-23 (התשל"ג). הרכיבים הבולטים של התבנית הם התשתית ל"תנאי בני גד ובני ראובן". ראה להלן בה"ש 65.

5 המונח "תנאי כפול" מקורו בתוספתא, גיטין ה, ו (מהדורת ליברמן 266); שם, קידושין ג, ב (מהדורת ליברמן 286). הבבלי צעד בעקבות התוספתא בכמה מקומות, ראו למשל: בבלי, גיטין עה, ע"א; תוספתא, קידושין סא, א. למשמעותו הלשונית והלוגית של התנאי הכפול ראו משה אור לשונות התחייבות במקרא ובמשנה 118-122 (התשמ"א); עדינה עבאדי "מעמדו הלוגי ותפקידו של משפט תנאי כפול רישא בהשוואה לתנאי כפול" דברי הקונגרס העולמי למדעי היהדות י חטיבה ד (א) 141-148 (התשמ"ט).

6 בבלי, גיטין עה, ע"ב. סוגיית גיטין היא המקור העיקרי למשפטי התנאים, משום שהיא מבליטה את חשיבות הדיוק בנוסחת התנאי, בשונה מרוב-רובו של התלמוד. ראו תוספות הרא"ש, גיטין עה, ע"א: "בכולהו תנאי דמתני' לא דק, וכיון דדקדק על תנאי דהכא מכח קושיא דפריך מרישא לסיפא, ופרש לך דין התנאים, מהכא אית לך למילף בכל דוכתא דאדכר תנאי בתלמודא"; רמב"ם, משנה תורה, אישות, פרק ו, הלכה ב; זכיה ומתנה, פרק ג, הלכה ז; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמה, סעיף ה.

7 בבלי, גיטין עה, ע"א; בבא מציעא דד, ע"א; רמב"ם שם ושם; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לח, סעיף ב. וראו זאב פלק "התנאי במשפט המקראי" תרביץ לח 318-321 (התשכ"ט).

8 דיני ממונות הם, על פי רוב, וולונטאריים, ותלויים ברצונו ובדעתו של אדם. ערכי החירות והאוטונומיה, שביסוד דיני הממונות, נוגדים את הדרישות הפורמאליות הנוקשות של משפטי התנאים. מן הטעם הזה יש מי שהגבילו את משפטי התנאים לתחום האיסור וההיתר, ויש שהגבילו אותם אף לגיטין ולקידושין בלבד. ראו רשב"ם (בבלי, בבא בתרא קלו, ע"ב, ד"ה "ואם לאו"): "לענין גיטין וקידושין הוא דבעינן תנאי כפול, לכתחלה לרווחא דמילתא, דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, מיהא לגבי דיני ממונות לא בעינן תנאי כפול אלא גלויי דעתא בעלמא [...] דהא אפילו היכא דלא פירש כלום ואיכא למיתלי באומדן דעתא, אזלינן בתר אומדן דעתא [...] גבי דינים הרבה..." (הדגשות שלי, י"ב).

9 הקפדה על משפטי התנאים יוצרת חוזה פיקטיבי, השונה מהותית מן החוזה המקורי. ראו

יש האומרים שמקורה של נוקשות זו הוא בדרישת גמירת הדעת.¹⁰ דעה זו מניחה, שגמירת הדעת של הצדדים לחוזה מתגבשת בהנחיה ובהכוונה של משפטי התנאים, או, באופן אחר, כך דרכם של בני-אדם להתנסח בכואם לערוך הסכם ביניהם.¹¹ לפי דעה אחרת, מציאות משפטית הכפופה לתנאים היא מעורפלת ומורכבת, ועל כן המחוקק מסתייג ממנה.¹² הדרישות הרוקניות לצורה מסוימת של חוזה הן מחסום

- שלמה זלמן אויערבך (מנחת שלמה, חלק א, סימן פ, אות ח): "אף אם לא התנה כ"כ ברור, הרי אנן שהדי דאילו היה יודע שאין ערך לתנאו שהוא מתנה, לא הי' מוותר כלל על התנאי, והיה רוצה ודאי בכיטול המעשה ולעשותו מחדש ע"י תנאי מפורש וברור, וכיון שכן מ"ט אמרינן שהמעשה קיים ותנאו לגמרי בטל?!". יתר על כן, הנוקשות של משפטי התנאים עלולה להביא לאכיפת עסקאות בניגוד לרצונו של המתנה. ראו ראב"ד, זכיה ומתנה, פרק ג, הלכה ח: "ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו, ואומר: 'איני נותנו או מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך', ונוציא אותו מידו, ולא עשה בו מה שהתנה עליו?".
- 10 שלום אלבק ("התנאים בדיני התלמוד" משפטים ד 81-99 (התשל"ב)), גורס שדרישת הסף בחוזים ובקניין היא גמירת-דעת של הצדדים, והיא נבחנת במבחן אובייקטיבי. משפטי התנאים צריכים להתחשב אפוא בדעת הצדדים, כפי שהיא באה לביטוי בדעת רוב בני-האדם.
- 11 כך טוען אלבק, שם, בעמ' 91. אלבק מייחס לבעלי התוספות, ובכללם לספר יראים, את הקביעה "שתנאי כפול ושאר משפטי תנאי בני גד ובני ראובן נוהגים, לפי שזו הדרך שבה נוהגים בני אדם להתנות". ליפשיץ דוחה את דבריו של אלבק (ראו ברכיהו ליפשיץ, "היסוד העיוני של התנאי במשפט העברי" משפטים ד 636-638 (התשל"ב)).
- 12 כך מציע מאיר ליכטנשטיין שיטות הגאונים ודיוני הראשונים על תנאי כפול בדיני ממונות 34 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במדעי הרוח", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למדעי הרוח, התשס"ג). לדבריו, מעמד הפעולה המשפטית בתקופת הביניים – משעת ההתנאה ועד שיתקיים התנאי – אינו ברור, והוא בעייתי במיוחד בענייני המעמד האישי. ראו הפנייתו למשנה גיטין ז, ד, שם נחלקו התנאים אם בגירושין על-תנאי, האישה היא "כאשת איש לכל דבריה" או שהיא "מגורשת ואינה מגורשת". ראו גם: תוספתא, גיטין ה, ד (מהדרת ליברמן 264): "ימים שבינתיים".
- למחלוקת משפטית דומה ראו דניאל פרידמן "הערה למשמעות המושג 'חוזה על תנאי' שבסעיף 27 לחוק החוזים" עיוני משפט ח 579 (התשמ"ב); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 1, כרך ג, בעמ' 33-34. לדעת פרידמן, חוזה על תנאי הוא חוזה שלם, אלא שקיומו מותנה בתנאי. לעומתו, טדסקי סבור שהתנאי גורע מכוחו של החוזה המותנה, ועל כן יש לראותו בגדר של "ציפייה" (ראו ג' טדסקי "חוזה שלביצועו דרושה הסכמת אדם שלישי ודמי תיווך" הפרקליט לב 303 (התשל"ט)); *ibid On the Efficacy of a Conditional Contract*, 18 Isr. Law Rev. 11-12 (1983).
- לגופם של דברים: הצעתו של ליכטנשטיין דרושה עיון. ההלכה התנאית, בהקשרים שונים, מודעת לקשיים שיוצר גט על-תנאי, ובכל זאת היא קובעת שאין לחשוש להם. ראו למשל: תוספתא, גיטין ד, י (מהדרת ליברמן 262): "הרי זה גיטיך על מנת שלא תבעל לפלני הרי זה גט, ואינו חושש שמא תלך ותבעל", וכן שם, גיטין ה, יא (מהדרת ליברמן 267-268): "על מנת שלא תלכי לבית איבך מיכן ועד שלשים יום, על מנת שלא תשתי יין מיכן ועד שלשים יום הרי זה גט, ואינו חושש שמא תלך ושמא תשתה".

מכוון, אותו מציב המחוקק כדי להגביל ולצמצם את תופעת החוזה המותנה.¹³ דעה שלישית גורסת שהתבנית המוקפדת של התנאי חלה רק בתחומי משפט מסוימים – בגירושין ובקידושין.¹⁴ בתחומים אלו, פעולות משפטיות נעשות בסערת רגשות, לטוב ולמוטב, ועל כן, כדי להבטיח הכרעות משפטיות שקולות, אדם נדרש להקפיד על נוסחאות לשון מדויקות. המשמעת והמשפוט עשויים לנטרל את הרגשות ולכוון את ההסכם אל יעדיו באופן מבוקר ומושכל.¹⁵

לצד שלושת ההסברים הללו, רווחת תיאוריה המפקפקת בעצם ההיתכנות של התנאי. לפי תיאוריה זו, משנעשתה פעולה משפטית לפי דין תורה, היא תקפה ולא ניתן להתנותה, אלא אם יאפשר זאת הדין.¹⁶ ההנחה שבבסיס התיאוריה היא שהחוק הוא הריבון, גם בתחום דיני החוזים, ולכן אדם אינו יכול לסייג פעולה משפטית או לעצבה כרצונו באמצעות תנאי שבו יבחר. רק החוק יכול לקבוע את צורת התנאי ואת נוסחאותיו

- 13 ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 34-35: "אחת הדרכים להתמודד עם בעיה זו הוא למזער את קיומם של מצבים בהם קיים סטטוס לא ברור". הדבר נעשה באמצעות "מדיניות הלכתית המבקשת למנוע ערפול של סטטוס הלכתי...".
- 14 מקורה של דעה זו בדברי רב סעדיה גאון, המובאים בדיני התנאים של רב שמואל בן חופני גאון. ראו מאיר ליכטנשטיין "שיטות הגאונים בסוגיית תנאי כפול" גנזי קדם ט 171-172 (התשע"ג). ראשונים שונים אימצו דעה זו. ראו למשל, רשב"ם, לעיל ה"ש 8.
- 15 ראו ראב"ד, הלכות זכיה ומתנה פרק ג, הלכה ח: "גיטין וקדושין אומדן דעתא הוא, מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש, אינו אלא כמפליג בדברים, וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרוב, אא"כ חזקו בכפילו ובכל העניינים שנתפרשו בו, כי כולם חזוק התנאי הם...". ראו גם הרב איסר זלמן מלצר, אבן האזל, הלכות זכיה ומתנה, פרק ג, הלכה ח (כרך ג התרצ"ה): "אבל בתנאי ממון דאומדן דעתא הוא שוראי מקפיד, אין אנו צריכים דוקא האופנים של תנאי דבני גד, כיון דברור לן הקפידא על תנאו ע"י האומדנא".
- 16 ראו דברי ר"י הזקן מדמפיר (תוספות, כתובות נו, ע"א, ד"ה "הריי"): "ראי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, ה"א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף – המעשה קיים". ראו גם שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ט: "דמתנאי בני גד ובני ראובן ילפינן שיש כח בתנאי לבטל המעשה, ואף אם לא יתקיים התנאי יהיה המעשה קיים [...]. דחידוש הוא, ואין לך בו אלא חידושו. וכיון שכן הוא, שהמעשה הוא בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום התנאי, אלא דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן... (הדגשות שלי, י"ב); שו"ת הרא"ש, כלל מה, סימן כד: "דמן הדין אין בשום תנאי כח לבטל המעשה, אלא דאשכחן תנאי בני גד ובני ראובן וילפינן מיניה, ומשום הכי בעינן דוקא כיוצא בו" (הדגשות שלי, י"ב).

המדויקות.¹⁷ למעשה, המחוקק משתמש בדרישות הפורמאליות ככלי להחלת ריבונות ולהטלת מרות, גם במתחם הדיספוזיטיבי.¹⁸

כפיפותו של התנאי לחוק ניתנת לפרשנות באופנים שונים, ועל כך ידובר בהמשך. מכל מקום, אחד האופנים מניח, שפעולה משפטית הנעשית לפי דין תורה, כמוה כמעשה פיזי הנעשה בעולם הטבע.¹⁹ כשם שמעשה פיזי הוא חלוט, ולא ניתן לסייג או לדחות את תחולתו באמצעות תנאי, כך הם הדברים גם ביחס לפעולה משפטית. התנאה כשלעצמה אינה אפוא חופשית ומובנת מאליה. היא תיתכן רק בגבולות "משפטי התנאים", ובאופן שבו התנאי ניצב ברור ואי־תן כנגד הפעולה המשפטית, כדי לבלום אותה, או, לכל הפחות, כדי לסייג אותה.²⁰

הפרשנות האחרונה של התיאוריה נתפסת כ"נטורליסטית" או כ"אוטולוגית", ובדרך המשגה זו היא הולמת את הלמדנות הישיבתית העיונית המודרנית.²¹ בה בעת, נראית פרשנות זו תלושה לחלוטין מן המקורות התלמודיים שאליהם היא מתייחסת. מאמר זה הוא הזמנה לבחינה מחודשת וביקורתית של הנחה זו. במהלך הדברים נעייץ במקורות התנאיים ובפרשנות שניתנה להם, וננסה להראות שהפרשנות החז"לית מבית מדרשם של תנאים ואמוראים משתלבת בפרשנות הישיבתית הליטאית של המאה העשרים.

17 לפי הנחה זו, פעולה משפטית היא חלוטה, ולא ניתנת להתנאה, אלא לפי דין. מבחינה זו, כל תנאי הוא, כשלעצמו, מעין מתנה על מה שכתוב בתורה. קו מחשבה זה מאפיין את שיטתו של רבי מאיר. מצד אחד, לדעת רבי מאיר, אדם אינו יכול כלל להתנות על מה שכתוב בתורה, גם לא בדבר שבממון (ראו בבלי, כתובות נו, ע"א; שם, בבא מציעא צד, ע"א; ירושלמי, קידושין א, ב (נט, ג)). וראו שמעון יהודה שקאפ **שערי ישר** שער ז, פרק טז רנח (ניו יורק תש"ך): "ורבי מאיר סובר [...] דהוי כמתנה על מנת שכתוב בתורה, דע"י תחבולת התנאי הוא עוקר דין של תורה". מצד אחר, רבי מאיר הוא המעצב העיקרי של משפטי התנאים (משנה, קידושין ג, ד: 'ר' מאיר א' כל תניי שאינו כתני בני גד ובני ראובן אינו תניי"; משנה, בבא מציעא צד, א [משום רבי מאיר... תנאי קורם למעשה]).

18 על תפקיד הפורמאליזם בהקשרן של חובת הציות וריבונות המחוקק, ראו יאיר לורברבוים "הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל 'גזירת הכתוב'" **מחקרי משפט** כט 370-374 (התשע"ד); CARL SCHMITT, *POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS ON THE* ; CONCEPT OF SOVEREIGNTY 16-35 (2005); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 529 (התשנ"ג). ראו גם בה"ש 80.

19 ראו להלן בפרק ו.

20 ראו להלן בפרק ו ובנספח.

21 ראו להלן בפרק ו ובה"ש 76.

ב. משנה: תנאי שלאחר מעשה

יסודם של "משפטי התנאים" – במשנה (קדומה?),²² וכך נאמר בה:

כל המתנה על הכתוב שבתורה – תניו בטל, וכל תניי שהוא מעשה מתחילתו²³ – תניו בטל, וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והיתנה עליו מתחילתו – תנאו קיים.²⁴

המשנה ניתנת לקריאה בשתי דרכים – דרך אנליטית ודרך סינתטית-הרמוניסטית. הדרך הראשונה מניחה, שלפנינו שלוש הלכות נפרדות, שהמכנה המשותף להן הוא השתייכותן למשפטי התנאים. מסתבר, שהתלמוד הבבלי הלך בדרך זו, ועל כן הוא קובע שמדובר כאן בהלכות נבדלות, אף כי לא סותרות, הבאות ממשנתם של תנאים שונים.²⁵ לפי הבבלי, ההלכה הראשונה קובעת שתנאי הנוגד את דין התורה – בטל, ולפי

22 למשנה שלפנינו סממנים שונים של משנה קדומה:

(א) ההלכות מנוסחות ככללים חתוכים, והן אינן קוואיסיטיות. השוו נחמן קרוכמל מורה נבוכי הזמן רח (מהדורת ראבידוביץ התשע"א); יעקב נחום אפשטיין מבואות לספרות התנאים (התשי"ז): "רמזים-כללים של ספר דינים עתיק".

(ב) ההלכות מנוסחות בסגנון קצוב וקצר, ניסוחן רחב ומופשט ודורש הסבר. כך למשל בתוספתא (קידושין ג, ז-ח (מהדורת ליברמן 287)): "כיצד?". לסממן קדמות זה ראו זכריה פרנקל דרכי המשנה 12 (התרפ"ג); קרוכמל, שם.

(ג) ההלכות שבמשנה הן קובץ הכולל משפטי תנאים, והוא מופיע לצד קובץ של הלכות שומרים (שאחת מהן עוסקת בתנאים). נראה שקובץ ההלכות ידוע, ומובא לכאן ממקורו הקדום, בשל נקודת ההשקה שבין הקבצים. לדוגמה קרובה ראו דוד הנשקה שמחת הרגל בתלמודם של תנאים 12-13 (התשס"ז) וה"ש 47; שם, בעמ' 90-91.

ראוי להעיר שהקבצים, על פניהם, אינם עשויים מעור אחד. ההלכה הפותחת את הקובץ: "המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל" (משנה, בבא מציעא ז, יא (על פי כתב יד קויפמן)) סותרת, לכאורה, את הלכת תנאי שומרים, שמחמתה הובא לכאן הקובץ. התלמוד (בבלי, בבא מציעא צד, ע"א) דן בסתירה זו, ומציע לה פתרון משפטי. ברם, דומה שאכן המקורות נוקטים עמדות סותרות, והפתרון להבאתם יחד הוא ספרותי-אסוציאטיבי: הקובץ העוסק במשפטי התנאים הובא לכאן אגב הלכת התנאים בשומר. ההלכה המחברת בין הקבצים היא הלכת מתנה על מה שכתוב בתורה, אף שבשני הקבצים ההכרעה בשאלה זו הפוכה.

23 משנה כתב יד לפי מסורת תימן (כתב יד ירושלים 1336): "שיש מעשה בתחלתו". ראו גם נוסח התוספתא (לעיל, להלן, בסמוך לה"ש 37-38).

24 משנה, בבא מציעא ז, יא (על פי כתב יד קויפמן).

25 ראו ליכטנשטיין, עבודת מוסמך, לעיל בה"ש 12, בעמ' 38.

התלמוד, רבי מאיר (או רבי יהודה) שנאה.²⁶ ההלכה השנייה מיוחסת לרבי מאיר,²⁷ והיא מתפרשת באופנים שונים: יש שפירשו שמדובר בתנאי שהתנו הצדדים, לאחר שהפעולה המשפטית בוצעה כבר, ללא תנאים.²⁸ לפי פירוש אחר, הלכת המשנה מתייחסת לנוסחת החוזה ולסדר הרכיבים שבה. נדרש שרכיב "התנאי" יוצג בנוסחת החוזה לפני רכיב "המעשה".²⁹ ההלכה השלישית שנויה על ידי רבי יהודה בן תימא, ועניינה היתכנות קיומו של התנאי. רק תנאי שניתן פיזית לקיימו הוא תנאי תקף. תנאי שאינו בר-קיום מבחינה פיזית-ריאלית – הריהו בטל.

לפי קריאה אחרת של המשנה, שלוש הלכותיה הן מערך הרמוני אחד.³⁰ מערך זה בנוי בשתי צלעות כפולות, סימטריות וניגודיות:

26 בבלי, בבא מציעא צד, ע"א (על פי כתב יד המבורג 165): "כל המתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל, אתאן לרבי מאיר. הא לא קשיא בדבר שאינו של ממון ורבי יהודה היא".

27 "כל תנאי שיש מעשה בתחילתו – תנאו בטל. אתאן לרבי מאיר. דתנאי: אבא חלפתא איש כפר חנניא אומר משום רבי מאיר: אם תנאי קודם למעשה – הרי זה תנאי, מעשה קודם לתנאי – אין זה תנאי" (שם).

28 רמב"ם, פירוש המשנה, בבא מציעא ז, יא; משנה תורה, אישות ו, ד; מגיד משנה, בבא מציעא ו, ב; המיוחס לחידושי הריטב"א, בבא מציעא צד, ע"ב: "והלשון מוכיח כדבריו"; חנוך אלבק בבא מציעא 96 (התשי"ט), ובהשלמות בעמ' 427-428, סבור שכך מוכח מן התוספתא, המובאת להלן, בסמוך לה"ש 37: "כל תנאי שיש בו מעשה מתחלתו – תנאו בטל. כיצד? הריני חולצך על מנת שירצה אבא [...] הריני בועלך על מנת שירצה אבא..." (הדגשות שלי, י"ב). הדגש בתוספתא, להבנת אלבק, אינו על סדר המרכיבים שבנוסחת התנאי, אלא על קדימה פיזית של החליצה ושל הבעילה, לתנאי. דברי אלבק אינם הכרחיים: "הריני חולצך" ו"הריני בועלך", משמעו הפשוט, שמעשים אלו טרם נעשו והם מתוכננים להיעשות בעתיד.

29 רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה "כל תנאי שיש בו מעשה מתחילתו"; ראב"ד, אישות ו, ד. שאול ליברמן סבור, בניגוד לדעת אלבק (שם), שכך מפרשת התוספתא הנ"ל את המשנה. ראו שאול ליברמן תוספתא כפשוטה, קידושין, בעמ' 946. לעומתו, אלבק (שם, בעמ' 428) סבור, שהדרישה לסדר הרכיבים בנוסחת החוזה היא חידוש עצמאי של רבא, ואינה מן המשנה: "שנראה שזהו חידושו של רבא, ולפיכך אין הוא סומך את דבריו על משנתנו [...] אלא הוא דן מעצמו..."

30 ייתכן שמקורה של קריאה זו בירושלמי (בבא מציעא ז, י; יא, ג (מהדורת האקדמיה ללשון עברית 1233)). בירושלמי מובאת ברייתא, המצמידה בין ההלכות, הראשונה והשלישית, שבמשנה: "תני כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאי ממון תנאו קיים. תנאי שאינו של ממון תנאו בטל. כיצד? [...] זה הכלל, שהיה רבי יהודה בן תימא אומר: כל דבר שאיפשר להתקיים והתנה עמה, לא נתכוון אלא להפליגה..." (שם, על פי כתב יד ליידין)). אפטייין התלבט באשר למשמעה של הצמדת ההלכות: "ועדיין הדבר בספק, אם הירושלמי כיוון (כדעת כמה מן הראשונים [...]) לקשר את הכלל האחרון, וכל שאיפשר וכו', עם הכלל הראשון, כל המתנה וכו', או שהם כללים כללים, ומילי מילי קתני, ולא כיוון הירושלמי

כל המתנה על הכתוב שבתורה – תניו בטל, וכל תניי שהוא מעשה מתחילתו – תניו בטל וכל שאפשר לו לקיימו בסופו, והיתנה עליו מתחילתו – תניו קיים.

הצלע הראשונה קובעת, שתנאי בניגוד לדין, שבשל כך לא ניתן לקיימו בסופו,³¹ וכן תנאי שהתנו אותו לאחר מעשה – בטלים. הצלע השנייה מציגה תניות, שהן התשליל

לפרש כך משנת ב"מ" (ראו יעקב נחום אפשטיין **מבוא לנוסח המשנה** 1215 (התשכ"ד)). לא ברור לאילו ראשונים רומז אפשטיין. ייתכן שכוונתו לרשב"א (כתובות נו ע"א) המנמק את הלכת "מתנה על מה שכתוב בתורה", באמצעות הנימוק של ההלכה האחרונה ("שלא נתכוון אלא להפליגה"), על רקע דברי הירושלמי ("וכן מצאתיה מפורשת בירושלמי..."). ליכטנשטיין (לעיל ה"ש 12, **עבודת מוסמך**, הערה 133 בעמ' 39), סבור שהתלבטותו של אפשטיין מוכרעת על פי הנוסח הירושלמי שבכתב יד אסקוריאל המקדים ב"תני" את ההלכה השלישית (ראו שאול ליברמן **ירושלמי נזיקין** 71 שורה 51 (מהדורת א"ש רוזנטל, התשמ"ד)). זהו גם הנוסח העומד בפני כמה ראשונים (ראו יצחק בן משה אור זרוע כרך ג רצח (התרכ"ב-התר"נ)); רשב"א, שם; שו"ת תשב"ץ, חלק ב, סימן יז. על פי נוסח זה, מסתבר, שהברייתא שבירושלמי היא תצרף של שתי הלכות שונות מן התוספתא, שהירושלמי בחר להצמידן למשנה: ההלכה הראשונה הלקוחה מתוספתא, קידושין ג, ג-ח שלהלן, ה"ש 40, 41 וסביבן; והשנייה מתוספתא, גיטין ה, יב (מהדורת ליברמן 268). ראו יעקב נחום אפשטיין **מבוא לנוסח המשנה** 801 (התשכ"ד); אלעזר שמשון רוזנטל "המורה" *PROCEEDINGS OF THE AMERICAN ACADEMY FOR JEWISH RESEARCH* 31 (חלק עברי) נג-נד (1963); יעקב זוסמן "רשוב לירושלמי נזיקין" **מחקרי תלמוד א** 83 הערה 131 (התש"ן); שם, בעמ' 125 ד"ה "ואכן". מכל מקום, ליכטנשטיין שם, מסיק מנוסח זה ("תני"), ששתי ההלכות נבדלות, ואינן קשורות. דבריו צריכים לעיון, מתוך דברי הרשב"א (שם), הגורס ג"כ "תניא" כהקדמה להלכה השלישית, ובכל זאת, משלב בין ההלכות, כנ"ל.

הגדרת מעשה הנוגד את הדין כ"דבר שאי אפשר לקיימו בסופו" שנויה במחלוקת בבבלי (גיטין פד, ע"א). לדעת אביו, אכילת בשר חזיר היא דבר שאי אפשר לקיימו. רבא חולק על כך, משום ש"אפשר אכלה ולקיא". עם זאת, גם לדעת רבא "התנה על האשה בשעת קידושין או בשעת גירושין שתיבעל לאביה ולאחיה או לבנה וכיוצא בזה, הרי זה כמי שהתנה עליה שתעלה לרקיע או שתרד לתהום ותנאו בטל, שאין בידה שיעברו אחרים ויבאו על הערוה, ונמצא שהתנה בדבר שאין בידה לקיימו" (הדגשות שלי, י"ב). ראו רמב"ם, אישות, פרק ו, הלכה יא, על פי הבבלי, גיטין, שם. ראו גם שו"ת אשר לשלמה, סימן מט; ראו עוד תוספות (בבלי, בבא מציעא צד, ע"א ד"ה "אמר רב נחמן בר יצחק": "דכל תנאי שאפשר לקיימו בסופו דוקא הוי תנאי קיים, אבל מתנה על מה שכתוב בתורה, שאי אפשר לו לקיימו – תנאו בטל..."); רמב"ן, בבא בתרא קכו, ע"ב, ד"ה "וניחא ליה"; בצלאל אשכנזי, שיטה מקובצת, בבא מציעא צד, ע"א: "מדריה טעמא למתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, משום דבעינן תנאי שהיה אפשר להתקיים בסופו... דהוא יותר אי אפשר להתקיים מצד הענין עצמו, ממה שאפשר להתקיים מצד עצמו, אלא שמצד הדת אי אפשר להתקיים" (הדגשות שלי, י"ב).

לא לו שבצלע הראשונה: תנאי התואם את הדין, ועל כן ניתן לקיימו בסופו, ונוסף על כך, תנאי שהותנה טרם נעשה המעשה – התנאי קיים.³²

ההבדל הבולט בין שתי הקריאות מתמקד בהלכת הסיפא "וכל שאפשר לו לקיימו בסופו": לפי הקריאה האנליטית, ההלכה מתפרשת מבחינה לשונית, כפשוטה, ומכאן שנושא ההלכה הוא ההיתכנות הפיזית של קיום התנאי. לעומת זאת, לפי הקריאה הסינתטית, הלכת הסיפא נוגדת את הלכת המתנה על מה שכתוב בתורה שברישא. מכאן, שההלכה עוסקת בהיתכנות הנורמטיבית של קיום התנאי.

הבדל נוסף בין הקריאות נוגע לפרשנות הרישא – "תניי שהוא מעשה מתחילתו". בקריאה האנליטית הרישא עשויה להתפרש גם ביחס לנוסחת החוזה. לפי הקריאה ההרמונית "תניי שהוא מעשה מתחילתו" הוא היפוכו של "והיתנה עליו מתחילתו", ומשמעו: "לא היתנה עליו מתחילתו". הווה אומר: הרישא מתייחסת לנסיבות שבהן צד לא התנה כלל מתחילתו, אלא עשה מעשה מתחילתו.³³

הקריאה האנליטית מעוררת שתי בעיות:

(א) לפי קריאה זו, שתי ההלכות הראשונות במשנה מנוסחות באופן שלילי ("תניו בטל"), לעומת ההלכה השלישית שמנוסחת באופן חיובי ("תניו קיים").

(ב) לפי הקריאה האנליטית לא ברור מדוע ההלכה השלישית צריכה לחזור ולפרש "והיתנה עליו מתחילתו". והלא, הלכה זו לא באה אלא כדי לדרוש את היתכנותו הפיזית של התנאי.³⁴

בעיות אלו אינן עולות לפי הקריאה ההרמונית-סינתטית. קריאה זו מציבה ניגוד בין שתי ההלכות שברישא לבין אלו שבסיפא. הניגוד הוא בין תניות שאינן תקפות (ברישא) לבין תניות תקפות (בסיפא). זאת ועוד, הואיל והסיפא מציבה תמונת ראי הפוכה לרישא, עליה להתייחס הן להיתכנות התניה ("וכל שאפשר לו לקיימו בסופו") והן למועד ההתניה ("והיתנה עליו מתחילתו") – כמקבילה מלאה לרישא.

מסתבר, שהקריאה ההרמונית-סינתטית הולמת יותר את המשנה, הן מבחינה לשונית והן מבחינה צורנית-אסתטית. ניתן לומר אפוא, שלפי קריאה מועדפת של המשנה,

32 אלבק, שם, עמ' 96: "שזה הכלל: כל תנאי שאפשר לקיימו, שאינו עוקר דבר מן התורה, ואף בידו של אדם לקיימו, והתנה עליו לפני עשיית המעשה" ובהערה בעמ' 509 הוסיף: "פירשתי 'וכל' כמו: 'שכל', והריהו כמו: 'שזה הכלל', הכולל את הנשנה ברישא".

33 ראו תוספות, הנ"ל בה"ש 31: "והתנה עליו מתחילתו נמי קאי ארישא, דתני: וכל שיש בו מעשה מתחילתו תנאו בטל, דוקא התנה עליו מתחילתו תנאו קיים, שהתנאי קודם למעשה"; אלבק הנ"ל בה"ש 32; ליכטנשטיין, עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 48.

34 ראו יעקב גזונדהייט תפארת יעקב, גיטין פד, ע"א (ד"ה "בגמרא כלל"): "לשון זה קשה להולמו, דמה סופו ומה תחילתו שייד כאן, ומה הוא הכוונה שהתנה מתחילתו? פשיטא שהתנה, דאי לא התנה על מה אנו דנין?!"

הדרישה ל"תנאי שהוא מעשה מתחילתו" אינה מתייחסת לנוסחת התנאי, אלא לסדר הכרונולוגי הראוי של הליך התנאי, לפיו יש להקדים את התנאי לפעולה המשפטית (שהתנאי מתייחס אליה). את הדרישה ל"תנאי שאפשר לקיימו בסופו", יש לקרוא לפי פשוטה של משנה, כמתייחסת להיתכנות הנורמטיבית וללגיטימיות של התנאי.

דרישת התנאי והמעשה שבמשנה, לפי משמעה, היא אפוא בסיסית ופשוטה: פעולה משפטית, משנעשתה ללא תנאי, הרי היא חלוטה, ולפיכך אינה ניתנת עוד להתנאה.³⁵ מכאן, שתנאי יהיה בר־תוקף רק אם יטרים את הפעולה המשפטית.³⁶

ג. תוספתא: כוחו של תנאי כנגד מעשה

הלכת התנאי והמעשה מוצגת גם בתוספתא, אולם כאן היא מקבלת פנים חדשות. ההלכה נידונה במסכת קידושין, במסגרת דיון בתניות שונות של קידושין. במהלך הדיון מובא קובץ הלכות, שתבניתו דומה לתבנית המשנה שנידונה לעיל:

כל תניי שיש בו מעשה מתחלתו – תנאו בטל.

כיצד? הריני חולצך על מנת שירצה אבא, אע"פ שלא רצה האב והרי זו

מגורשת; הריני בועלך על מנת שירצה אבא אף על פי שלא רצה האב³⁷

מקודשת.

35 ראו נימוקי יוסף, נדרים ב ע"ב – ג ע"א (מדפי הרי"ף), ד"ה הא דאמר לחולין: "דכיון שהקדים מקנה ההקנאה קודם לתנאי, אמרינן בלא שום תנאי רצה להקנותה לו, ותנאה לאו כלום הוא"; רבנו חיים הלוי על הרמב"ם (משנה תורה, אישות, פרק ו, הלכה ד): "הוא דין בחלות ההתנאה, דאמרינן דכיון דכבר נעשה המעשה, ע"כ לא חייל בו דין תנאי עוד".

36 פשוטות הלכת המשנה מעוררת שאלה באשר לנחיצותה. ראו אבן העזר, סימן לח: "ולא נהירא, דמילתא דפשיטא היא שאם נתן בידה בלא תנאי, שהיא מקודשת בלא תנאי". ובפרישה שם, ס"ק ו: "ולא היה צריך המשנה לאשמועינן דין זה, שאם [קדם] מעשה [...] וא"כ התנה דלא הוי תנאי". כניסיון להיחלץ מקושי זה, הוצע להגביל את הלכת הרמב"ם לנסיבות בהן המעשה המוקדם נעשה בסמוך לתנאי המאוחר: "כיון דדברים אחרים הם בלי הפסק, ראש דבריו אסיפא סמיך" (ראו בית יוסף, אבן העזר, שם). בנסיבות כאלו, רואים את התנאי המאוחר כפרשנות וכמהלך משלים למעשה המוקדם. ראו ישראל זאב גוסטמאן קונטרסי שיעורים נדרים, קעט ע"א (התשנ"ז). ברוח דברים אלה, עיינו להלן בדיון בעניין "תנאי שיש בו מעשה מתחילתו" (סביב ה"ש 54-55).

37 הפסקה שבסוגריים הועתקה על ידי ליברמן מדפוס ראשון, ואינה מופיעה בכתב יד וינה. בכתב יד ערפורט, מצוי בדומה לפסקה זו: "הרי זו מקודשת הריני בועליך על מנת שירצה אבא אף על פי שלא רצה האב הרי זו מקודשת". בקטע גניזה: "אף על פי שלא רצה האב הרי זו חלוצה. רבי שמעון בן לעזר... וראה ביאורו של ליברמן, תוספתא כפשוטה, קידושין, בעמ' 946.

ר' שמעון בן לעזר אומ' משם ר' מאיר: רצה האב מקודשת לא רצה אינה מקודשת, שלא היתה בעילה אלא מחמת קידושין הראשונים.³⁸ כלל אמ' ר' שמעון בן לעזר: כל תנאי שאיפשר ליעשות³⁹ בה ובשלוחה והתנה עמה – תנאו קיים, וכל תנאי שאי אפשר ליעשות אלא בגופה והתנה עמה – תנאו בטל.

כיצד?

הריני מגרשך על מנת שירצה אבא – רצה האב מגורשת, לא רצה אינה מגורשת.

הריני מקדשך על מנת שירצה אבא – רצה האב מקודשת, לא רצה אינה מקודשת.

על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם – הרי זו מקודשת ובטל תנאו, שהתנה על מה שכת' בתורה וכל המתנה על מה שכת' בתורה תנאו בטל. על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה – הרי זו מקודשת ותנאו בטל.⁴⁰ זה הכלל: כל המתנה על מה שכת' בתורה – בדבר של ממון תנאו קיים, בדבר שאינו של ממון תנאו בטל⁴¹ (הדגשות שלי, י"ב).

לפנינו שלושה כללים במסגרת משפטי התנאים: הראשון – "כל תנאי שיש בו מעשה מתחלתו", השני – "כל תנאי שאפשר ליעשות בה ובשלוחה..." והשלישי – "כל המתנה על מה שכתוב בתורה". הכלל הראשון והכלל השלישי מקבילים לשתיים מהלכות המשנה.⁴² לכלל השני אין מקבילה במשנה, אולם הוא מנוסח בדומה להלכת המשנה

38 בכתב יד ערפורט: "ר' שמע' בן יהודה אומ' משום ר' שמעון רצה האב מקודשת, שלא היתה בעילה אלא על תנאו הראשון". נוסח זה מפקיע את זיקתו של רבי מאיר להלכה זו, שפירושה עשוי להיות, שתנאי תקף גם אם בא לאחר מעשה, בניגוד לשיטת רבי מאיר, לפי הבבלי (להלן בה"ש 63). שתנאי צריך להקדים את המעשה (ליברמן, שם). ייתכן, שלפנינו נוסח מתוקן של כתב יד ערפורט, שנועד להתאימו לבבלי הנ"ל. ראו יעקב זוסמן "ירושלמי כתב-יד אשכנזי" וספר ירושלמי" תרביץ סה 61 הערה 166 (התשנ"ו); עדיאל שרמר "למסורת נוסח התוספתא: עיון ראשוני בעקבות שאול ליברמן" JSIJ 11, 14-15 (2002), ניתן לצפייה ב: www.biu.ac.il/JS/JSIJ/1-2002/Schremer.pdf.

39 בכתב יד ערפורט: "כל תנאי שאיפשר לה לעשותה".

40 בכתב יד ערפורט: "ותנאו קיים".

41 תוספתא, קידושין ג, ז-ח (מהדורת ליברמן 287).

42 על הקבלה זו עמד ליברמן (לעיל ה"ש 29 בעמ' 947): "נראה יותר שלפני מסדר התוספתא היתה כאן משנה מעין משנת בבא מציעא [...] ומפרש מתחילה כיצד תנאו בטל בתנאי שיש בו מעשה מתחלתו, וכאן מפרש כיצד המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל".

"תנאי שאפשר לקיימו בסופו" (הדרישה לתנאי בר-ביצוע, על ידי שליח, מקבילה לדרישה לתנאי בר-קיום).⁴³

קובץ כללים זה הוא חריג ביחס לנוף הפרק בו הוא מופיע בתוספתא. הלכות הפרק – שלפני הקובץ ושלאחרי – עוסקות במקרים פרטיים של תניות ופרשנותן. מסתבר, שהקובץ הוא יחידה ספרותית נבדלת, המבוססת על המשנה, והיא מעין פירוש לה.

מהו אפוא פירושה של התוספתא למשנה? הלכת "מתנה על מה שכתוב בתורה" מתייחסת, בדומה למשנה, לתנאי הנוגד את הדין. אלו הם גירושין בתנאי החותר תחת דין הייבום: "הריני מגרשך"⁴⁴ על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם"; לחלופין, אלו קידושין הנערכים תחת תניות-פטור מחיוביו של האיש כלפי אשתו: "הריני מקדשך על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה".

נראה שהחידוש שבתוספתא לעומת המשנה מתמקד בעיקר בהלכת "תנאי שיש בו מעשה מתחילתו". כאמור, במשנה הלכה זו עשויה להתפרש בשני פנים: האחד דורש, שבעולם המעשה התנאי עצמו יהיה קודם בזמן לפעולה המשפטית. האחר מתייחס לעולמו של החוזה, והוא קובע שבנוסחת התניה, רכיב התנאי (שבחוזה) צריך להופיע לפני רכיב המעשה (שבחוזה). הדוגמאות שמוכאות בתוספתא כדי לכאור הלכה זו אינן מתיישבות עם שני פירושים אלה:

כיצד? הריני חולצך על מנת שירצה אבא, אף על פי שלא רצה האב
 [הרי זו מגורשת; הריני בועלך על מנת שירצה אבא אף על פי שלא רצה
 האב] מקודשת.

הפירוש הראשון⁴⁵ בעייתי, משום שבשתי הדוגמאות הללו נראה, שהתנאי קודם בזמן למעשה, ואין זה "תנאי שיש בו מעשה מתחילתו": החליצה או הבעילה נעשו לאחר

43 ליברמן (שם), סבור ששתי אמרותיו של רבי שמעון בן אלעזר הן עצמאיות, ואין קשר ביניהן. עם זאת, מעבר לדמיון הצורני שבין המימרות, ישנה ביניהן גם קירבה שבתוכן: הכלל שברברי רבי שמעון בן אלעזר ("תניי שאפשר ליעשות בה ובשלוחה") מוצג כהמשך לדבריו, החולקים על הכלל "כל תניי שיש בו מעשה מתחלתו" (הדגשות שלי, י"ב). מכאן, ש"תניי שאפשר ליעשות בה ובשלוחה" מקביל ל"תניי שאין בו מעשה מתחלתו" או "תנאי שיש בו מעשה בסופו" (הדגשות שלי, י"ב). ראו עוד להלן בה"ש 52 וסביבה.

44 הלכה זו מוצגת בתבנית כפולה וניגודית, כקודמותיה: [תניי שיש בו מעשה מתחלתו] "הריני חולצך [...] הריני בועלך"; [תניי שאיפשר ליעשות] "הריני מגרשך [...] הריני מקדשך...". לפיכך גם כאן: "הריני מגרשך [...] הריני מקדשך" (הדגשות שלי, י"ב). ראו גם במקבילה ירושלמי, בבא מציעא ז, י (יא, ג, 1233 (מהדורת האקדמיה ללשון עברית)): "שאם מתי [...] הרי זו מגורשת, ותנאו בטל" (הדגשות שלי, י"ב). ברם, ראו ליברמן, לעיל ה"ש 29, הערה 27.

45 ראו אלבק, הנ"ל בה"ש 28.

שהתנאי הותנה. אין בתוספתא כל אזכור לכך שהתנאי הותנה לאחר החליצה או הבעילה, ואם לכך מכוונת התוספתא, הרי שהעיקר חסר מן הספר.⁴⁶

הפירוש השני, על פניו, הולם את הדוגמאות, משום שבשתייהן רכיב המעשה קודם לרכיב התנאי: "הריני חולצך/בועלך", ולאחר מכן "על מנת שירצה אבא".⁴⁷ עם זאת, זו גם תבניתן של תניות אחרות הנזכרות בתוספתא, ואין עוררין על תקפותן. כך, למשל: "הרי את מקודשת לי, על מנת שאדבר עליך לשלטון [...] הרי זו מקודשת...";⁴⁸ "הרי את מקודשת לי, על מנת שאני יוסף ונמצא יוסף ושמעון [...] הרי זו מקודשת".⁴⁹ מתניות אלו ודומותיהן ניכר שלפי התוספתא אין חשיבות לסדר הרכיבים שבנוסחת התניה.⁵⁰

זאת ועוד, אם אכן הבעיה הנידונה בתוספתא היא הקדמת המעשה לתנאי, כיצד תתפרש עמדתו החולקת של רבי שמעון בן אלעזר ("רצה האב מקודשת לא רצה אינה מקודשת, שלא היתה בעילה אלא מחמת קידושין הראשונים")?⁵¹ וכי זיקתה של הבעילה לקידושין הראשונים פותרת את בעיית הקדמת המעשה (הבעילה) לתנאי (רצון האב)? הקושי בהבנת דבריו הראשונים של רבי שמעון בן אלעזר מתחזק בעקבות דבריו האחרונים, הסמוכים להם: "כלל אמ' ר' שמעון בן אלעזר: כל תניי שאיפשר ליעשות בה ובשלוחה...". לכאורה, אין כל קשר בין הכלל ("כל תניי...") לבין הקדמת מעשה לתנאי.⁵²

פירושה של התוספתא להלכת "תנאי שיש בו מעשה מתחילתו", אינו הולם אפוא את הלכת המשנה המקבילה כפי שנתפרשה עד כה. מסתבר, שהתוספתא מציעה למשנה פירוש חדש, המתמקד בהוראת המילה "מתחילתו". בספרות התנאים "מתחילתו" עשויה

- 46 ראו ליכטנשטיין, **עבודת מוסמך**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 44.
- 47 אכן, ליברמן (לעיל ה"ש 29, בעמ' 946), סבור ש"זו פשוטה של לשון". בדרך זו פירשו כמה מפרשני התוספתא (ראו דוד פאדרו **חסדי דוד רעא** (התשנ"ד)); יחזקאל אברמסקי **חזון יחזקאל, תוספתא 38** (התשס"ג).
- 48 תוספתא, קידושין ג, ב.
- 49 שם, קידושין ב, ב.
- 50 ראו ליכטנשטיין, **עבודת מוסמך**, לעיל ה"ש 12.
- 51 תוספתא, קידושין ג, ח.
- 52 ליברמן (לעיל ה"ש 29 בעמ' 947), סבור שהכלל של רבי שמעון בן אלעזר אינו קשור לדבריו הקודמים, "והיא הלכה בפני עצמה". גם לדעת חזון יחזקאל (לעיל ה"ש 47, בעמ' 38-39), אין זיקה מהותית בין שני הכללים. עם זאת, לפי הצעתו, דבריו האחרונים של רבי שמעון בן אלעזר משלימים את דבריו הראשונים, במחלוקת עם תנא קמא בשאלה אם ניתן להתנות חליצה וייבום. תנא קמא סבור שניתן להתנותם ("הריני חולצך [...] הריני בועלך"...) – מקודשת למרות התנאי, רק מחמת המגבלה הפורמאלית של הקדמת רכיב המעשה לרכיב התנאי. רבי שמעון בן אלעזר חולק על כך: לדעתו, בדבריו הראשונים, בעילה ניתנת להתנאה, רק כשהיא במסגרת הליך של קידושין. בדבריו האחרונים הוא מוסיף שגם חליצה אינה ניתנת להתנאה, משום שאינה ניתנת לשליחות.

להתפרש כמילתי-יחס המציינת קדימה בזמן, ולחלופין, כמתארת תהליך רציף ומתמשך.⁵³ במשנה "והיתנה עליו מתחילתו" משמע, שהתנאי קודם בזמן למעשה (לפי ההוראה הראשונה).⁵⁴ לעומת זאת, בתוספתא נעשה שימוש בהוראה השנייה. לפי התוספתא, המעשה והתנאי הם תהליך מתמשך, שראשיתו בתנאי והמשכו במעשה. הפעולה המשפטית המותנית ("תנאי") מתייחסת מתחילתה למעשה העתידי שיבוא לאחר מכן ("מעשה"), וזהו "תנאי שיש בו מעשה מתחילתו".

כך משתמע מדבריו החולקים של רבי שמעון בן אלעזר: "תנאי שיש בו מעשה מתחילתו – תנאו קיים [...] שלא היתה בעילה אלא מחמת קידושין הראשונים". הנמקה זו מתייחסת להלכה שברישא: "הריני בועלך על מנת שירצה אבא". נראה אפוא שמדובר בקידושין, שבשעה שנערכו הוכהר שיעשו בביאה, ובתנאי שירצה אבא.⁵⁵ התנאי הוצג בעת עריכת הקידושין, אולם הוא מתייחס לביאה המאוחרת. השאלה העומדת לדיון היא לאילו מן המוקדים עלינו לייחס את התנאי – האם ל"קידושין הראשונים" או שמא לבעילה שלבסוף?⁵⁶

53 להוראה הראשונה קדימה בזמן (ראו למשל, משנה, כלאים ג, ב (על פי כתב יד קויפמן)): "מין ירק גובל שהוא גבוה טפח ומתמעט כשר, שהיה כשר מתחילתו" (לפני שנתמעט); משנה, עבודה זרה ב, ג (על פי כתב יד קויפמן): "היין והחומץ שלגוים שהיה מתחילתו יין" (לפני שנעשה חומץ).

להוראה השנייה – תהליך מתמשך (ראו תוספתא, תרומות א, א (מהדורת ליברמן 107)): "איזה הוא חרש כל שהיה חרש מתחילתו אבל פיקח ונתחרש..."; תוספתא, מקוואות א, טו (מהדורת צוקרמנדל 653): "ואינו מטהר בזוחלין אלא עד מקום שיכול להלך מתחלתו" (מתמשך במרחב).

54 להצעת פירוש זו, ראו ברכיהו ליפשיץ אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי 126 (התשמ"ח).

55 תוספתא, קידושין ג, ז. קידושי ביאה תחילתם – באמירה ("הרי את מקודשת לי [...] בבעילה זו"), והמשכם – בייחוד בפני עדים ובבעילה, "וכשיגמור ביאתו תהיה מקודשת" (ראו רמב"ם, משנה תורה, אישות, פרק ג, הלכה ה).

56 לפי הצעתנו כאן, המונח "קידושין הראשונים" מופיע כאן במקומו, ושלא בדרך השגרה. זאת בניגוד לעמדת ליברמן (לעיל ה"ש 30, בעמ' 946). הצעתנו מסתברת, הן על פי הקשרה כאן, והן עפ"י המקבילות (ראו משנה, קידושין ב, ו (על פי כתב יד קויפמן)): "המקדש שתי נשים בשווה פרוטה או אשה אחת בפחות משה פרוטה אף על פי ששילח סבלונות לאחר מיכן אינה מקודשת שמחמת קדוש הראשון (בכתב יד פארמה: קידושין הראשונים) שילח" (הדגשות שלי, י"ב). לפי הלכת המשנה, לא ניתן לרפא את הפגם שבקידושין באמצעות הסבלונות, משום "שכוונתם על הקדושין הראשונים העיקריים, והם בטלים" (פירוש המשנה לרמב"ם, קידושין, פרק ב, הלכה ה (מהדורת קאפח ג, רא)). לעומת זאת, לפי הבריייתא שבירושלמי (קידושין ב, ו (סב, ד, 1165 מהדורת האקדמיה ללשון עברית)): "וכולן שבעלו קנו, שלא היתה בעילתו אלא לשום קידושין הראשונים" (הדגשות שלי, י"ב).

לדעת תנא קמא, עיקרו של ההליך הוא הביאה, והתנאי אמור להתלות את הביאה. אולם, אין בכוחו של תנאי לעשות כן, גם אם קדם למעשה. הביאה היא פעולת אישות טבעית וריאלית ("מעשה"). היא פועלת במציאות ומשנה אותה. לדעת תנא קמא, תנאי אינו יכול למנוע את תחולתו של מעשה ריאלי, המשנה את המציאות. זהו "תנאי שיש בו מעשה (פעולה טבעית) מתחילתו", ולכן התנאי נדחה מפני המעשה, והוא בטל. רבי שמעון בן אלעזר חולק על תנא קמא, והוא סבור שלא הביאה עיקר, אלא הקידושין – "שלא היתה בעילה אלא מחמת קידושין הראשונים". התנאי מתייחס אפוא לקידושין, שאינם מעשה המשנה את המציאות, אלא פעולה משפטית סמלית,⁵⁷ ועליה יכול תנאי לגבור.

בדרך זו יש להבין את דברי ההמשך של רבי שמעון בן אלעזר: ההבחנה בין פעולה טבעית המשנה מציאות (ביאה) לבין פעולה משפטית סמלית (קידושין), נתמכת באמצעות כלל, המבחין בין פעולות שניתן לעשותן באמצעות שליח ("תנאי שאיפשר ליעשות בה ובשלוחה") לבין פעולות שיש הכרח שיתבצעו על ידי בעל הדבר בעצמו ("תנאי שאי אפשר ליעשות אלא בגופה").⁵⁸ הדוגמאות לפעולות מן הסוג האחרון הן

כך עולה גם מן ההקשרים שבהם מופיעה הלכת התוספתא בתלמודים, ובמיוחד בבבלי (כתובות עג, ע"ב). בסוגיה שם נידון מעמדו של תנאי בקידושין שלאחריו בעילה סתם (ללא תנאי). במקור דיון זה עומדת שאלת היחס בין התנאי לבין המעשה, על רקע שאלת הזיקה שבין הקידושין המוקדמים לבין הבעילה המאוחרת. ראו חידושי הרשב"א שם, ד"ה "ואקשינן תו": "דבתוספתא תנאי [...] ובהדיא תני בגווה, דבפלוגתא דעל תנאו הראשון בועל או לא פליגי [...] דתנאי דההיא ברייתא ודאי פליגי בההיא פלוגתא, אבל לא היתה שנויה בבית המדרש..." (הדגשות שלי, י"ב); ראו גם ליברמן, לעיל ה"ש 30; ירושלמי, שם.

57 הבחנה קרובה לכך היא ההבחנה שבין קידושין באמצעות כסף או שטר, לבין קידושין באמצעות ביאה. הקידושין האחרונים הם "טבעיים" ולפיכך הם תקפים בכני נח. לעומתם, הקידושין הראשונים הם "סמליים", ולכן אינם חלים על בני נח אלא רק בישראל (ראו חיים שפירא "נישואי בני נח בהלכה התלמודית – בין טבע למשפט" דיני ישראל כט 26-33 (התשע"ג)). להבחנה דומה ראו איסר זלמן מלצר, אבן האזל, הלכות אישות, פרק ד, הלכה טז (כרך ז, התרצ"ה): "דקנין ביאה הוא שונה מקנין כסף ושטר, דכסף ושטר הוא מגדרי מעשה קנין, אבל ביאה אינה מעשה קנין אלא דביאת אישות קונה, והוא עצם הקנין ולא סיבה להקנין"; שמעון גרשון רוננברג (שג"ר) זאת בריתי 186-188 (התשע"ב); יאיר לורנברום "ריאליזם הלכתי", שנתון המשפט העברי כו 61 (התשע"ב-התשע"ג).

58 ראו, במקביל, כתובות ער, ע"א (על פי כתב יד סט. פטרסבורג RNL Evt. I 187): "תנאה דאיפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם הוי תנאי[ה] תנאה, ודלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם לא הוי תנאי תנאה. והרי ביאה, דלא איפשר[ו] לקיומיה על ידי שליח כי התם, [ו] הוי תנאה. שאני התם דכת' [יב] והיתה ואיתקוש הויות להרדי".

על ההבחנה שבין הפעולה המשפטית-הסמלית לבין הפעולה הטבעית-הריאלית בהקשר זה, עמד רבי איסר זלמן מלצר (בעקבות דבריו הנ"ל בה"ש הקודמת). ראו אבן האזל, הלכות אישות, פרק ו, הלכה א; ובדומה, שם, הלכות ייבום וחליצה, פרק ד, הלכה כד; "ובארנו דקנין ביאה אינו מעשה קנין כמו כסף ושטר אלא דביאת אישות הוי עצם הקנין [...] ולכן

חליצה ובעילה ("הריני חולצך [...] הריני בוועלך...").⁵⁹ הדוגמאות המקבילות לפעולות מן הסוג הראשון הן גירושין המפקיעים קשר אישות – במקביל לחליצה, וקידושין המכוננים קשר כזה – במקביל לבעילה ("הריני מגרשך [...] הריני מקדשך").⁶⁰ למעשה, זוהי ההבחנה שבין מעשים טבעיים-ריאליים לבין פעולות סמליות-משפטיות.

על פי הצעתנו, עצם ההבחנה הזו אינה שנויה במחלוקת. הכלל "כל תניי שיש בו מעשה מתחלתו – תנאו בטל" מוסכם על הכול, והוא מתפרש כך: "מעשה". בהקשרו של הכלל, מדובר בפעולה ריאלית משנה מציאות, להבדיל מפעולה משפטית סמלית, שאינה

שפיר דמקשה בגמ' ביאה כיון דא"ע"י שליח, והיינו דאף דבעיקר הקנין מהני שליחות, מ"מ כיון דביאה הוי גדר אחר, דהוא גוף אישות, ול"ש שיעשה זה ע"י שליח, לכן לא שייך גם שיעשה בזה תנאי" (הדגשות שלי, י"ב). ראו בדומה לכך, שו"ת חתם סופר, אורח חיים, חלק א, סימן רא: "דלא שייך שליחו כמותו במילי דעלמא [מעשה "טבעי"...] אלא בקיום מצוות או בעובר עבירה או בקנין ומכירה..." [פעולה משפטית "סמלית"]. והשוו תוספות רי"ד, קידושין מב, ע"ב: "שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו, היאך יפטר הוא על ידי שלוחו, והוא לא יעשה כלום".

בין הראשונים זכתה הבחנה זו לניסוח פורמאלי. עיין בפירושו של רבי עזריאל בן יחיאל, תלמיד המהר"ם מרוטנבורג (פרושי ונמוקי רבנו עזריאל (מהדורת רבי ניסן זק"ש כא התש"ך)). ראו גם אפרים אלימלך אורבך בעלי התוספות 463 הערה 24 (התשכ"ח); בצלאל אשכנזי, לעיל ה"ש 31, נזיר יא, ע"א (= "ודוקא גבי מעשה בידים הוא כגון קנין חליצה [...] דהתם ודאי אם אי אפשר לקיים על ידי אחר אלא על ידי עצמו, אלים המעשה, ואפילו לא נתקיים התנאי לא נתבטל המעשה...") (הדגשות שלי, י"ב); חידושי הריטב"א, כתובות עד, ע"א, ד"ה "ופריק ליה": "דסברא הוא דכיון דמעשה אלים כולי האי, דליתיה על ידי שליח, דלא חייל ביה תנאי" (מן הכיוון ההפוך, ראו שו"ת חתם סופר, אבן העזר ב, חלק ד, סימן צ: "דע"י שליח לא מקרי אלא דבור' בעלמא, ואתי דבור ומבטל דבור"). ראו גם: ליפשיץ, לעיל ה"ש 54, בעמ' 128, וקודם לכן: ליפשיץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 649-650.

59 החלת הקטגוריה של פעולה טבעית על בעילה מובנת (ראו לעיל בה"ש 57). החלת הקטגוריה על חליצה דורשת ביאור. יש שהציעו, שהייבום והחליצה אינם מעשי אדם, אלא מעשי שמים ראו משנה, נדרים, י ו ("אשה שהקנו לו מן השמים"); שמעון יהודה שקאפ, לעיל ה"ש 17 ("בחליצה שההתרה לשוק הוא ממילא ולא הוא מתירה"); קובץ הערות וביאורים, יבמות, סימן עו, ז ("שהדין חל מאליו ע"י המעשה"); "חליצה" אנציקלופדיה תלמודית כרך טו טור תרנז (התש"ז). החליצה היא אפוא הנעה אנושית המאפשרת תחולה שמימית מטפיזית, בדומה לקידוש בשבת ולהקדש בכור. ראו אהרון ליכטנשטיין מבקשי פניך 118-122 (התשע"א). התחולה המטפיזית אינה בידי אדם, ולכן אינה ניתנת להתנאה, וגם לא לשליחות.

60 ההקבלה בולטת ברישא: "הריני חולצך [...] הריני בוועלך [...] הריני מגרשך [...] הריני מקדשך [...] הריני מקדשך" (ראו תוספתא, קידושין ג, ח). תיאור תקפות החליצה באמצעות מונח של גירושין מעורר קושי, וייתכן שהוא נועד להבליט את ההקבלה. (הדגשות שלי, י"ב).

כזו.⁶¹ "מעשה", במשמעותו זו, אינו ניתן להתנאה. ה"מעשה" קובע עובדה, והתנאי אינו יכול לעצבה או לשנותה. ביאה אינה ניתנת אפוא להתנאה, לכל הדעות. המחלוקת שבין תנא קמא לבין רבי שמעון בן אלעזר נוגעת להליך מורכב שתחילתו קידושין על-תנאי, וסופו ביאה: תנא קמא מתמקד בהליך המתמשך שסופו ביאה, ועל כן לפנינו "תנאי שיש בו מעשה (בעילה) מתחלתו (של ההליך)", והתנאי בטל. לעומתו, רבי שמעון בן אלעזר סבור, שבשעת התנאי יש כאן קידושין, ואין כאן "מעשה" (בעילה), ולפיכך התנאי חל.

ד. תנאי שיש מעשה בתחילתו – בין המשנה לבין התוספתא

הפגם בתנאי "שיש בו מעשה בתחילתו" מתפרש אפוא באופן שונה לחלוטין במשנה ובתוספתא. במשנה, לפי פשוטה, הפגם מתייחס לתנאי שהותנה לאחר ביצועה של פעולה משפטית. הביצוע הכלתי מותנה יוצר מציאות חלוטה, שלא ניתן לחזור ולהתנותה. הפגם שבתוספתא מנוסח אמנם באופן זהה לנוסח הפגם שבמשנה, אולם משמעותו שונה מהותית. תנאי "שיש בו מעשה בתחילתו" בתוספתא, הוא תנאי שהותנה בה-בעת עם הפעולה המשפטית, ועל אף שעדיין אין בפנינו מציאות חלוטה, התנאי בטל. בטלות התנאי נובעת מחולשתו, כאשר הוא מתלה פעולה משפטית ריאלי-טבעית. פעולה כזו יוצרת מציאות, ותנאי אינו יכול להתגבר עליה או לשנותה, גם אם חל במקביל לה.⁶² ניתן לומר, שהתוספתא, בהשוואה למשנה, מעצימה את המעשה לעומת התנאי. לפי המשנה, מעשה רוחה תנאי רק לאחר שנעשה, כאשר הוא כבר עובדה חלוטה. עם זאת, בעת שהמעשה נעשה – ניתן להתנותו, בין אם זו פעולה משפטית ובין אם זהו מעשה טבעי. במקביל, מוסד התנאי המשנאי מניח, שהאדם הוא ריבון לעצב את המעשה המשפטי הוולונטארי כרצונו. התוספתא גורסת, שלא כמשנה, שמעשה עשוי לדחות תנאי, גם בתחילת עשייתו ובטרם היה לעובדה, אם מדובר במעשה טבעי.

61 ליפשיץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 126-127. ייתכן, ש"מעשה" כאן הוא במשמעות של "קיום". ראו גם: ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה – מונחי חיוב וקניין במשפט העברי 194 (התשס"ב).

62 מבחינה לשונית ניתן לתלות את ההבדל שבין המשנה לבין התוספתא בהוראה של "מעשה": במשנה מתפרש "מעשה" כפעולה משפטית שבוצעה. בתוספתא – "מעשה" משמעו פעולה משפטית שהיא טבעית-ריאלית ומחוללת שינוי בעולם המעשה. לא ניתן לפרש את התוספתא לפי הוראת "מעשה" שבמשנה. ראו ה"ש 45 וסביבה. כמו כן, דחוק לפרש את המשנה לפי הוראת "מעשה" שבתוספתא, משום שהמשנה סותמת ואינה מבחינה בין פעולה משפטית סמלית לבין פעולה משפטית טבעית. יתר על כן, הלכת תנאי ומעשה שבמשנה מופיעה לצד קובץ הלכות שומרים (ראו הנ"ל בה"ש 22), והפעולה המשפטית שבשומרים היא סמלית ולא טבעית.

ה. תלמוד: תנאי קודם למעשה – כתנאי בני גד ובני ראובן

הכבלי מציע הצעה נוספת – שלישית – לכיאורה של המשנה, אגב ניסיונו של התלמוד להתחקות אחר זהותו של התנא ששנה את הלכותיה של המשנה:

מתנה שומר חנם וכו'. מני? ר' יהודה היא, דאמ' בדבר שבממון תנאו קיים...
אימא אידך: כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, אתאן לר' מאיר.
הא לא קשיא. בדבר שאינו של ממון, ור' יהודה היא.
אימא סופא: כל תנאי שיש מעשה בתחלתו תנאו בטל, אתאן לר' מאיר,
דתנאי, אבא חלפתא איש כפר חנניה או' משום ר' מאיר:
אם תנאי קודם למעשה – הרי זה תנאי. מעשה קודם לתנאי – אין זה תנאי.
אפלו תימא ר' מאיר, ושאי הכא דמעיקרא לא שעביד נפשיה.⁶³

התלמוד שבסוגיית בבא מציעא מציע ל"מעשה" פירוש חדש, שאינו מתייחס לפעולה המשפטית גופה, אלא לפעולה המשפטית כמרכיב בנוסחת התניה. לפי פירוש זה, שכבר הוזכר לעיל, דרישת המשנה "תנאי קודם למעשה" היא פורמאלית: בנוסחת התנאי יש להקדים את רכיב התנאי לרכיב הפעולה המשפטית ("מעשה"): "תנאי קודם למעשה – הרי זה תנאי".⁶⁴

מסתבר, שסתם התלמוד שואב פרשנות זו מתוך קובץ מימרות של רבא, המשמש כבסיס לעיצוב נוסחת התנאי שבחזוה. ברקע הקובץ ניצבת פרשת תנאי בני גד ובני

63 משנה, בבא מציעא צד, א (על פי כתב יד המבורג 165). חילופי נוסח עיקריים: בתחלתו – כך גם בכתב יד קימברידג' ובכתב יד וטיקן 117. אבל בכתב יד אסקוריאל: מתחלתו; בכתבי היד פירנצה, מינכן, וטיקן 115: מתחילתו. אתאן לר' מאיר – בכתבי היד אסקוריאל, מינכן, וטיקן 115 וטיקן 117: מאן שמעת ליה דאית ליה האי סברא ר' מאיר. תנאי קודם למעשה... מעשה קודם לתנאי – בכתב יד וטיקן 117: תנאו קודם למעשה [...]. מעשה קודם לתנאו... אפלו תימא ר' מאיר – בכתב יד אסקוריאל: אלא כולה ר' מאיר. דמעיקרא – קימברידג': דמעיקבא.

64 כך הבינו רוב הראשונים את המשנה, בעיני התלמוד ראו, למשל, רש"י וראב"ד, הנ"ל בה"ש 29; אור זרוע, פסקי בבא מציעא, סימן רצח; פסקי רי"ד, בבא מציעא צד, ע"א; חידושי הריטב"א, בבא מציעא שם, ד"ה "אימא סיפא"; המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא שם, ד"ה "תנאי" וד"ה "ראי קשיא". כפי שנראה להלן ובסמוך, הבנה זו עולה מדברי רבא שבסוגיית גיטין. (ראו גיטין, עח, א (על פי כתב יד וטיקן) (להלן בה"ש 68 וסביבה)). פירוש זה עשוי להשתמע גם מן הברייתא. "תנאי קודם למעשה" שבברייתא זהה למימרת רבא, והוא כעין "הן קודם ללאו". אין חולק שהתבנית האחרונה ומימרת רבא מתייחסות לנוסחה המילולית של התנאי. עם זאת, מלשון הברייתא כשלעצמה, ייתכן ש"תנאי קודם למעשה" משמעו כפשט המשנה, תנאי המטרים את ביצוע הפעולה המשפטית עצמה. ראו את דבריו המסויגים של אלבק, השלמות, הנ"ל בה"ש 29, בעמ' 428 ("אפשר להכניס את חידושו של רבא לתוך לשון הברייתא...") (הדגשות שלי, י"ב).

ראובן. בפרשה זו (במדבר לב 1-32) נערך הסכם משולש בין משה, שבטי גד וראובן ויתר עשרת השבטים. עיון בהסכם מלמד על כך, שנעשה בקפדנות רבה ובוזהירות יתירה.⁶⁵ מכאן למד רבא בסוגיית גיטין את המתכונת לנוסחת התניה החוזית בכלל:⁶⁶

מתקיף לה רבא [...] מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן להו מתנאי בני גד ובני ראובן, מה התם תנאי קודם למעש(ת)הו,⁶⁷ לאפוקי הכא דמעשה קודם לתנאי, אלא אמר רבא: משום דהוה מעשה קודם לתנאי.⁶⁸

כשם שבנוסחת תנאי בני גד ובני ראובן הוקדם רכיב התנאי לרכיב המעשה, כך בכל תניה נדרש שהיא תנוסח באופן שבו תנאי קודם למעשה. אמנם, רבא אינו מייחס דרישה צורנית זו למשנה.⁶⁹ עם זאת, לאחר שרבא מאמץ את העיקרון שלפיו נוסחת התנאי משועבדת לנוסחת תנאי בני גד ובני ראובן, סתם התלמוד שבסוגיית בבא מציעא מבקש לחזק את העיקרון באמצעות הצמדתו למשנה.

בעקבות ההצמדה למשנה נתחדש חידוש גדול. אם במשנה ובתוספתא הוכפף התנאי למעשה הריאלי, הרי שהבבלי צועד צעד נוסף ומרחיק-לכת: לא די בכך, שהתנאי מטרים את המעשה הריאלי. הקדימה של התנאי למעשה צריכה להתקיים גם ברמה המילולית. לכאורה, הבבלי מפרש את המשנה שלא כפשוטה, והלכת התנאי שלו שונה מהותית מהלכת התנאים שבמשנה (לפי פשוטה) ושבתוספתא. הלכת התנאים היא ברורה, והכפפת התנאי למעשה הריאלי היא טבעית. לעומת זאת, בטלות תנאי שהותנה לפני הפעולה המשפטית, רק משום מקומו המאוחר בנוסחת התנאי – אינה ברורה מאליה. מהו אפוא פשר הקפדנות על סדר הרכיבים בנוסחת התנאי – תנאי ואחר כך מעשה?

65 ההסכם נערך בשלבים. הוא מתחיל בהצעה של בני גד ובני ראובן (במדבר לב 16-19) ותגובתו של משה להצעה זו (שם, 20-24), באמצעות נוסחה כפולה: "אם תַעֲשׂוּן אֶת הַדָּבָר הַזֶּה [...] וְאִם לֹא תַעֲשׂוּן כֵּן...". לאחר מכן, בא הקיבול של בני גד ובני ראובן להצעה המתוקנת של משה (שם, 25-27). בשלב הבא, משתכלל ההסכם באמצעות שיתופה של ההנהגה הלאומית העתידית – אלעזר הכהן ויהושע בן נון, ושל ההנהגה השבטית (ראשי אבות המטות). גם כאן – הנוסחה כפולה (שם, 28-30): "אִם יַעֲבְרוּ [...] וְאִם לֹא יַעֲבְרוּ...". ובעקבות ההצעה בא הקיבול מצד בני גד ובני ראובן (שם, 31-32). ראו ליונשטם, הנ"ל בה"ש 4. מן המקראות בולטים הקפדנות והדיוק, הן ביחס להליך המשא ומתן והן ביחס לניסוח ההסכם.

66 הצמדת נוסחת התנאי ומשפטי התנאים לתנאי בני גד ובני ראובן נעשית, כנראה, בהשראת המשנה, קידושין ג, ד (ראו הנ"ל בה"ש 4 וסביבה).

67 בכתב יד וטיקן 140 נוסף כאן: "אף כל תנאי קודם למעשה".

68 בבלי, גיטין עה, ע"א (על פי כתב יד וטיקן 130). לנוסח קטע הגניזה כאן, ראו ליכטנשטיין, עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 50.

69 ראו אלבק, השלמות, שם: "...שנראה שזהו חידושו של רבא, ולפיכך אין הוא סומך את דבריו על משנתנו [...] אלא הוא דן מעצמו [...] מתנאי בני גד ובני ראובן...".

המענה לשאלה זו עשוי להיות טכני ולא מהותי, וייתכן שמקורו בשילוב שבין פרקטיקה לבין פורמליזם: הואיל והפרקטיקה מחייבת את הקדמת התנאי למעשה הריאלי, והואיל והפורמליזם מחייב נוסחה קבועה ודווקנית, עלינו לבחור בין נוסחה המקדימה את התנאי לבין נוסחה המקדימה את המעשה. אנו מעדיפים אפוא נוסחה המשקפת את הפרקטיקה, שבה התנאי קודם למעשה.

ברם, סדר הרכיבים המוקפד עשוי לנבוע מתפיסה עקרונית את התנאי, את המעשה ואת היחסים שביניהם. לפי התפיסה הרווחת, התנאי משקף את רצונו של המתנה, ועל כן נורמות ופעולות משפטיות שהן דיספוזיטיביות כפופות לתנאיו של המתנה. הריבון הוא אפוא המתנה, ובמדרג הנורמטיבי גדול כוח התנאי מכוח המעשה. לפי תפיסה כזו, אין חשיבות מיוחדת לסדר הרכיבים של התניה, כל עוד רצונו של המתנה ברור.⁷⁰ לפי תפיסה אחרת, הריבון הוא החוק, והחוק שולט במחוקקו, קל וחומר בנתיניו.⁷¹ הנורמה המשפטית או המעשה אינם כפופים אפוא לרצון האדם. הם קבועים ומוחלטים. מוסד התנאי הוא כוח שמעניק המחוקק לאדם לעצב את הנורמה המשפטית.⁷² למעשה, בשעת התנאי המתנה "כותב מחדש" את הנורמה.⁷³ נורמה או פעולה משפטית הפותחות

70 ראו הנ"ל בה"ש 1, 2, 8, 9 וסביבן.

71 זו תמצית עקרון שלטון החוק. ראו TOM BINGHAM, THE RULE OF LAW 3-9 (2011); BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 7-31, 91-126 (2004); GEORGE P. FLETCHER, THE BASIC CONCEPTS OF LEGAL THOUGHT 11-19 (1996). בהקשר ההלכתי, ראו משה זילברג "כך דרכו של תלמוד" כתיבי משה זילברג 506 (התשנ"ח): "גם הקדוש-ברוך-הוא, בכבודו ובעצמו [...] נשמע ומציית לחוקיו הוא". בהמשך, שם, זילברג מכנה רעיון זה: "שליטת התורה על נותנה", וכן "שלטון החוק במחוקק" (שם, 508).

72 ראו הנ"ל בה"ש 16, 17 וסביבן.

73 גישה מעין זו מציע החוק הצרפתי. סעיף 1134 של הקוד סיויל מקנה להסכם, שנעשה כדין, מעמד של חוק כלפי הצדדים להסכם. ראו Georges Roughtte, "The Obligatory Force of Contract in French Law", in: Harris and Tallon, *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford 1989, p. 38. בהלכת חז"ל ניתן לעמוד על תפיסת התנאי כיצירה של חוק, מתוך הזיקה ההדוקה שבין התחייבות מותנית לבין נדר ושבועה. הזיקה יסודה בקשר סיבתי-היסטורי. הנדר והשבועה הם המקור הקמאי של ההתחייבות החוזית. ראו OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW (Boston, 1881); 247 (1991). ראו עוד: י' פוקרובסקי תולדות המשפט הרומאי 308 (התרפ"ה); אשר גולאק תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, החיוב ושעבודיו 14 (התרצ"ט): "מצינו בדיני רומא שהתפתחה בהם ההתקשרות בדברים (stipulatio) מתוך שבועה שהיה לה ערך דתי (sponsio)". לזיקה ההיסטורית יש גם ביטוי פורמאלי-לשוני. נוסחת התנאי היא צורה מקראית בסיסית של נדר ושבועה. באשר לנדר – ראו מנחם הרן אנציקלופדיה מקראית ה, ערך "נדר" 786 (התשל"ח); באשר לשבועה – ראו שמואל אפרים ליונטסם אנציקלופדיה מקראית ז, ערך "שבועה", 481 (התשמ"א). ראו עוד: רמב"ן, בראשית כא, כג: "מלת א'ם' בכל מקום מספקת [...] והיא באה ברוב מקומות השבועה [...] כלומר: אם

בתנאי, הן הצהרה מצדו של המתנה על כך שאין מדובר כאן בנורמה הכתובה, אלא בתבנית חדשה שעיצב התנאי, והמעשה כפוף לתבנית זו, ומקבל את צורתה. נוסחה הפוכה של "מעשה" הקודם ל"תנאי" מאמצת את הנורמה הכתובה, ובכך נחסמת ברירת ההתנאה. ה"מעשה" שבנוסחת התנאי שקול אפוא ל"מעשה" הריאלי. כשם שלאחר שנעשתה הפעולה המשפטית היא עובדה שלא ניתן להתנותה, כך גם נוסחת תנאי שפותחת ב"מעשה". נוסחה כזו מקבלת את עולה של הנורמה הכתובה, שאף היא חוק קבוע שלא ניתן להתנותו.

לפי הסבר זה, פירושו של הבבלי למשנה אינו סוטה מהלכות המשנה והתוספתא, והוא בגדר הרחבה להן. כל שלושת הפירושים קובעים, שתנאי לא יכול לגבור על "מעשה", משום שהמעשה קובע עובדה מוחלטת, ומי יוכל לבוא אחריו ולהתנותו. ההבדל בין הפירושים נוגע להגדרת "מעשה", וההגדרה עוברת הליך של הפשטה: המשנה, לפי פשוטה, מתייחסת לעובדה – לפעולה המשפטית לאחר שנעשתה. בתוספתא אמנם לא מדובר בעובדה, אבל לרידה "מעשה" הוא פעולה משפטית, שאופייה הוא טבעי-ריאלי, והתנאי קודם לה ומתלה אותה. הבבלי, לעומת ספרות התנאים, חורג מן הריאלי אל הנורמטיבי. בבבלי ה"מעשה" הוא הנורמה המותנית, שהיא רכיב בנוסחת התנאי. ה"מעשה", כמצע משותף, מזהה נורמה עם עובדה. ההתייחסות לנורמה מופשטת כעובדה היא פרי מחשבת הריאליזם ההלכתי.⁷⁴ מכאן צומחת הדרישה להקדים את התנאי למעשה, לא רק במישור העובדתי או הריאלי, כי אם גם במישור הנורמטיבי. מעתה, גם בנוסחת התניה ראוי שרכיב ה"תנאי" יהיה קודם לרכיב ה"מעשה".⁷⁵

יהיה כן, אין דברי אמת, וכיוצא בזה שלא ירצה לפרש התנאי, והכתוב יכנה ויקצר בהן". לזיקה ההיסטורית והלשונית עשוי להיות גם קשר של משמעות. נדר ושבועה יוצרים נורמה חדשה ומרחיבים את דין התורה. ראו ר"ן, נדרים כב, א: "הנדר כאילו בנה כמה [...] ונראה בעיני דלהכי מדמינן לה לבונה כמה [...] דנהי דרחמנא אזהריה לאקרובי קרבנות בפנים אזהריה דלא לוסף עלה לבנות כמה ולהקריב בחוץ הכא נמי נהי דרחמנא אסר עליה דברים האסורים כי מוסף איהו אמאי דאסר רחמנא – פשע, כענין שאמרו בירושלמי... לא דיך מה שאסרה לך התורה, אלא שאתה מבקש לאסור עליך דברים אחרים" (ירושלמי, נדרים ט, ד; (דף מא, ב, 1043 מהדורת האקדמיה ללשון העברית)). ייתכן אפוא שגם פעולה משפטית שיסודה בהתחייבות מותנית היא עיצוב מחדש של הנורמה (המצויה בזיקה עם הפעולה). ראו לורברבוים ריאליזם הלכתי, לעיל ה"ש 61, בעמ' 68: הריאליזם ההלכתי, להבדיל מריאליזם מוסרי וממשפט טבעי, מדבר על "ממשויות", גם אם מופשטות, המתנהגות כישויות פיזיות נטוראליות. לורברבוים מבחין שם, בעמ' 98-99, בין ריאליזם חוץ-הלכתי לבין ריאליזם פנים-הלכתי: הראשון מתייחס ל"ישויות" שכללי ההלכה מבוססים עליהן או נגזרים מהן, ואתן "ישויות" הן אפקטיביות ופועלות על העולם. לעומתו, האחרון מתמקד בהשלכה נטוראלית המתקיימת במרחב ההלכתי בלבד. בדברים שלהלן, נתייחס לריאליזם הפנים-הלכתי.

74

הריאליזם המוצג כאן, מקורו בדברי רבא. ייתכן שהוא כרוך בתפיסתו הכללית של רבא ביחס לריאליזם הלכתי. ראו שמואל אטלס נתיבים למשפט העברי 262 (התשל"ח): "תכונה זו

75

ו. תנאי ומעשה – בין פוזיטיביזם לבין נטורליזם

הניסיון לקשור את ההליך הפרשני של הלכת תנאי ומעשה בריאליזם ההלכתי, אין לו סימוכין בלשון חכמים. ברם, קשר כזה נידון בפירוט בישיבות ליטא, במפנה המאות התשע-עשרה והעשרים, באמצעות המתודה מושגית-אנליטית של עיון בסוגיות התלמוד.⁷⁶ סוגיית משפטי התנאים בכללה, ובעיית היחס בין התנאי לבין המעשה במיוחד, זכו לדיון נרחב במסגרת מתודה זו.⁷⁷ בבסיס הדיון רווחת הדעה, שפעולה משפטית, על אף שהיא מותנית, אמורה לחול מיד לאחר שבוצעה. דעה זו מציבה קושי משמעותי בפני מוסד התנאי, והיא מחייבת הסבר לדרך פעולתו ותחולתו של התנאי.

האחרונים שדנו בשאלות אלו הציעו להן פתרונות שונים, וההבדלים ביניהם מתמקדים הן בתיאור הקושי שבתנאי והן בניסיון להסביר כיצד ניתן להתגבר על הקושי. בהקשר זה ניתן להבחין בין שתי אסכולות עיקריות:

הבולטת בשיטתו של רבא [...] דרך המשפט הוא עצמאי ליצור ריאליות חדשה" (הדגשות שלי, י"ב). אטלס מדגים את דבריו בכמה הלכות, בהן רבא קובע את הדין באמצעות קונסטרוקציות משפטיות, שאינן משקפות את המציאות הקיימת, אלא מעצבות תחתיה מציאות חדשה ("יאוש שלא מדעת הוא יאוש"; עיצוב עדות מחדש באמצעות "פלגינן דיבורא", ועוד).

לדוגמאות נוספות, ראו בבלי, שבת פ, ע"א ("נעשה כמי שקלטה וכלב"), אע"פ שהניחה; בבלי, בבא מציעא לד, ע"א ("נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו", אף על פי שלא הקנה לו את פרתו); בבלי, נדה מו, ע"א: "קטנה שהגיע לכלל שנותיה – אינה צריכה בדיקה, חזקה הביאה סימנין!" (מסתבר שזו חזקה משפטית, משום שאם היא חזקה עובדתית והיא ניתנת לבדיקה – הריהי צריכה בדיקה. ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך יג "חזקה ב (רמעיקרא)" תקמה. הדרישה לבדיקה נסמכת על העיקרון שרוב עדיף מחזקה. ראו שם. עיקרון זה מקורו בהלכת רבא. ראו בבלי, יבמות קיט, ע"ב: "וחזקה לא עדיף כי רובא").

סממנים נוספים של ריאליזם הלכתי ניתן למצוא גם בהלכות נוספות של רבא: תחולת הדין בטבע – בבלי, בכורות נט, ע"א: "עשירי מאליו הוא קרוש"; שם כמהות ריאלית: בבלי, בבא קמא צו, ע"א: "דמעיקרא לוליבא מיקרי והשתא הוצי"; בבלי, בבא קמא קי, ע"א: "גזל הגר שהחזירו בלילה – לא יצא [...] אשם קרייה רחמנא".

76 ראו, למשל: NORMAN SOLOMON, THE ANALYTIC MOVEMENT: HAYIM SOLOVEITCHIK AND HIS CIRCLE 85-239 (1993); מרדכי ברויאר אהלי תורה – הישיבה תבניתה ותולדותיה 206-214 (התשס"ד); שלמה טיקוצינסקי דרכי הלימוד בישיבות ליטא במאה התשע-עשרה 53-69 (עבודת גמר לתואר "מוסמך בחוג להיסטוריה של עם ישראל", האוניברסיטה העברית בירושלים, התשס"ד) ("דרך ההבנה"); Mosheh Likhtenshtain, *What hath Brisk wrought: the Brisker derekh revisited*, TORAH U-MADDA JOURNAL 9 1 (2000).

77 ראו Chaim Saiman, *Legal Theology: The Turn to Conceptualism in Nineteenth Century Jewish Law*, 21 J.L. & RELIG. 39, 60-62 (2005-2006).

אסכולה אחת נוקטת גישה פורמאליסטית-פוזיטיביסטית. רבי חיים סולוביצ'יק, מראשי האסכולה הזו, גורס שפעולה משפטית הנעשית לפי כל הדרישות המשפטיות, אכן אמורה לחול מידית.⁷⁸ עם זאת, כאשר אדם מתנה את הפעולה, קיום התנאי הופך להיות דרישה משפטית, שאם לא תיענה – הפעולה המשפטית לא תחול. לפי הדברים האלה, התנאי אינו תוצר של רצונו החופשי של האדם בלבד. התנאי, בהיותו רכיב מהותי של הפעולה המשפטית,⁷⁹ כפוף גם למרות הדין, ולכן הדין הוא המוסמך להיות הנִסָּח הפורמאלי של התנאי.⁸⁰ מכאן נגזרים משפטי התנאים בכלל, ותנאי בני גדר ובני ראובן בפרט:

דגורת הכתוב הוא בכל התנאים, דאיהו עביד המעשה הגירושין מיד, ורק דיכול לתלות המעשה בתנאי, דהתנאי יהא גומרה... הרי המעשה עושה לגמרי, אלא תולה בתנאי שיהא התנאי גומר את המעשה, ודבר זה לא מצינו בשום מקום שיוכל לתלות גמר מעשה בדבר אחר שאינו שייך למעשה זו, כמו שתולה גט בנתינת מאתים זו... והרי מאתים זו לא שייכי כלל לגירושין, אלא דדבר זה הוא מגזירת הכתוב דבני גדר ובני ראובן [...] על כן בעינן משפטי התנאים.⁸¹

- 78 רבי חיים סולוביצ'יק, כדרכו, תולה את דבריו בדברי ראשונים. לדרכו זאת, ראו טיקוצינסקי, לעיל ה"ש 76, בעמ' 65-66. אכן, הרעיון שפעולה משפטית שנעשית כדין, ראוי שתחול מידית, גם אם היא מותנית, מקורו בבעלי התוספות וברא"ש. ראו לעיל ה"ש 16.
- 79 התפיסה הרואה את התנאי כרכיב של הפעולה המשפטית היא חידוש של רבי חיים סולוביצ'יק, והיא מנוגדת לתפיסתו של הרא"ש (שהובאה לעיל בה"ש 16): "וכיון שכן הוא, שהמעשה הוא בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום התנאי [...] אם כן יכול הוא לבטל התנאי, שהוא מעשה בפני עצמו ואין קיום המעשה תלוי בו, דדיבור בעלמא הוא, ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור של התנאי, ונשאר המעשה קיים..." (הדגשות שלי, י"ב). מדברי הרא"ש, מתברר שהתנאי אינו נתפס כרכיב של הפעולה המשפטית, אלא הוא עומד לצידה ("מעשה בפני עצמו, ואין קיום המעשה תלוי בו"), ועל כן, אין לראותו כ"מעשה", אלא כ"דיבור בעלמא".
- 80 התערבותו של הדין נעשית בשני שלבים: ראשית, עצם ההתערבות, הנובע משיקולים של החלת ריבונות והטלת מרות. ראו הנ"ל בה"ש 18 וסביבה; ושנית, אופן ההתערבות, דהיינו, משפטי התנאים עצמם. משפטי התנאים נגזרים מן התפיסה, שהתנאי הוא בלם של הפעולה המשפטית. ראו להלן בנספח, סעיף 4 (מפורמליזם ומפרקטיקה למהות).
- 81 חידושי הגר"ח השלם, בבא מציעא, תשנ"ה, בעמ' קצה.
- רבי חיים סולוביצ'יק בחיבורו לרמב"ם מציג אמנם ניסוח דומה של הדברים, אולם נראה שהצעתו שם שונה בתכלית: "דזהו עיקר יסוד הדין של תנאים שגומר המעשה בקניינו, ואך שהתנאי מעכבו מלהיגמר [...] דסבירא ליה להרמב"ם דכל עיקר הך מילתא של התנאת המעשה הוא דין עשיית המעשה מה שגומר בדיבורו, וזהו דהוי בכלל גוף התנאי [...] דחלות המעשה שעל ידו גמר דעתו זהו ג"כ מעצם מעשה התנאי..." (הדגשות שלי, י"ב) (חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, אישות, פרק ו, הלכה ד). גם כאן מתואר התנאי,

אסכולה אחרת נוקטת גישה נטורליסטית-ריאליסטית. לפי גישה זו, נורמות החוק הן כחוקי טבע. קביעותיהן של הנורמות הן עובדות ריאליות, ותחולתן – דטרמיניסטית. הרב יוסף יהודה לייב בלוך, איש טלז, גוזר מן הגישה הנטורליסטית,⁸² שפעולה משפטית שנעשתה כדוין, חלה באופן אוטומטי, ממש כשם שבאירוע פיזיקלי, סיבה מסוימת גוררת תוצאה ידועה.⁸³ האפשרות להתנות פעולה משפטית ולדחות את תחולתה נוגדת אפוא את חוק הסיבתיות הפיזי-הלכתי:

דחוק התורה הוא, שבעשיית מעשה קניין כזה בהכוונה הדרושה לזה, פועל שיצא הדבר מרשות זה וייכנס לרשות אחר... ומשום הכי, אי לאו חידוש דין תנאי, הוה אמינא דכיון שיש כאן מעשה וכוונה, שע"פ חוקי התורה יכולים לפעול את החלות, אין בכוחו לומר שבאופן ולא תתקיים

לשיטת הרמב"ם, כרכיב מהותי של הפעולה המשפטית, אולם הרקע לכך הוא היות התנאי ביטוי לגמר דעתו של האדם, וגמר הדעת הוא הרכיב של הפעולה המשפטית. קיים אפוא ניגוד בין הניסוח הקוגניטיבי של התנאי בחידושים לש"ס לבין הניסוח הדיספוזיטיבי-וולונטארי בחידושים לרמב"ם.

82 לסקירה היסטורית על ישיבת טלז, ראו הרב מרדכי גיפטער (ראש ישיבת טלז בשנים 1979-2001) "ישיבת טלז" מוסדות תורה באירופה בכנינים ובחורבנם 169-188 (שמואל ק' מירסקי עורך, התשט"ז); שאול שטמפפר הישיבה הליטאית בהתהוותה 252-292 (התשס"ה). על הרב בלוך ועל דרכו, ראו גיפטער, שם, בעמ' 171-175; SOLOMON, "הנ"ל בה"ש" 76, בעמ' 54-58; שטמפפר, שם, בעמ' 278, 291-292; שמעון גרשון רוזנברג – שג"ר בתורתו יגה 99-103 (התשס"ט).

83 הרב יוסף יהודה לייב בלוך עצמו מציג בחיבורו "שעורי הלכה" גישה נוספת שהיא, בעיקרה, פורמאליסטית. לפי דבריו שם, היחס בין תנאי לבין מעשה תלוי בנוסחת התנאי. לדבריו, כשפעולה משפטית מותנית בנוסחת "מעכשיו" נוצרת מציאות דואלית הכורכת שתי אפשרויות ברזומנית: תקפות (הפעולה המשפטית אם יתקיים התנאי) ואי-תקפות (הפעולה המשפטית אם לא יתקיים התנאי). במציאות מורכבת כזו התנאי והמעשה שלובים זה בזה, והתנאי מוגדר כרכיב של הפעולה המשפטית עצמה. לעומת זאת, כשנוסחת התנאי היא "אם", המציאות היא מונוליתית: הפעולה המשפטית אינה תקפה והיא נדחית עד התקיים התנאי. כאן התנאי אינו רכיב של הפעולה המשפטית, והוא חיצוני לה. מהבחינה זו בין נוסחאות התנאי גוזר הרב בלוך את ההסבר לכך שמשפטי התנאים חלים רק ביחס לנוסחת "אם". הוא מניח, שהבעיה המרכזית של התנאי היא פורמאלית: דיבור אינו יכול לבטל מעשה. בעיה זו קיימת ביחס לנוסחת "אם", משום שכאן התנאי הוא דיבור, והוא מבטל את תחולת הפעולה המשפטית שהייתה אמורה לחול מידית. האנומליות של התנאי מחייבת אפוא הסדרה מן הדין באמצעות משפטי התנאים. לעומת זאת, בנוסחת "מעכשיו" התנאי הוא מעשה (ולא דיבור), ועל כן אין כל קושי בתופעת התנאי. לכן, לא נדרשת כאן התערבות של הדין להסדרה של התנאי, ומשפטי התנאים אינם חלים ביחס לנוסחה זו. ראו הרב יוסף יהודה לייב בלוך שעורי הלכה בעמ' קנד-קנה (התשנ"ה).

התנאי לא יפעלו את החלות, דהוי כזורע ומתנה, שאם לא תתקיים תנאו

כרצונו – לא יגרל...⁸⁴

האנומליה של התנאי ניתנת לתיאור בשני אופנים: באופן אחד – הפעולה המשפטית אמורה לחול אוטומטית, והתנאי הוא פעולה נגדית המבטלת את החלות האוטומטית. באופן אחר – הפעולה המשפטית אינה מבטלת אלא היא מתקיימת בשני ערוצים בו-זמנית: ערוץ של קיום שיושלם בהתקיים התנאי, וערוץ של ביטול שיצא לפועל אם לא יתקיים התנאי.⁸⁵ בשני האופנים התנאי הוא אנומלי, ולפיכך מסגרת התנאי מוכתבת שרירותית מכוח הדין:

ולפי זה, ודאי כל שעושה על תנאי, אי אפשר שתחסר בפעולתו אלא ברצונו כמה תפעול פעולתו, והגבלה כזו אין לה כח אף בתנאי, אי לאו חידוש התורה. אולם אחרי שחידשה לנו התורה דין תנאי, יש לומר בתרי אנפי: חדא, דאין המעשה נגרע מערכו כלום, אלא דחדשה תורה דיכול ברצונו זה להעמיד פעולה המבטלת את המעשה, והיינו ע"י משפטי התנאים. והשנית, דמכיון שחדשה תורה דין תנאי, השתא יכול הוא לעשות חלות על אופנים, דבאופן אחד תהיה כאן מעשה ובאופן אחר אין כאן מעשה, ואף שמצד הסברה לא היה יכול לעשות כן, [...] זהו חידוש תנאי דבני גד ובני ראובן.⁸⁶

כאמור, לשתי האסכולות – זו של ר' חיים סולוביצ'יק וזו של הרב בלוך – הנחת-יסוד משותפת, שלפיה תחולתה של הפעולה המשפטית, משנעשתה כדין, היא אוטומטית.⁸⁷

84 **שיעורי רבי אליהו מאיר על מסכת יבמות בעמ' לה (התשנ"ג)** (בשם אביו הרב יוסף יהודה ליב בלוך). לניסוח דומה ראו הרב שמעון יהודה שקופ **שערי ישר**, שער ז, פרק ח: "אי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, לא היה מהני שום תנאי לבטל את המעשה, דכמו דלא שייך תנאי פעולת ידים, לחפור בור על תנאי וכדומה, כמו כן לא שייך תנאי על גירושין וקדושין וכדומה..." (הדגשות שלי, י"ב). על תפיסתו הנטוראליסטית של הרב שקופ, ראו הרב שמעון גרשון רוזנברג – שג"ר, בתורתו יהגה, בעמ' 98-99 (התשס"ט); שי עקביא וזונר, **חשיבה משפטית בישיבות ליטא: עיונים במשנתו של הרב שמעון שקופ בעמ' 127-98 (התשע"ו)**.

זיקתו של הרב שמעון שקופ לאסכולת טלז מבוססת על תקופת הוראה ממושכת (-1903 1884) בישיבת טלז, במקביל לרב אליעזר גורדון ולרב יוסף יהודה לייב בלוך (מהרי"ל בלוך). ראו וזונר שם, בעמ' 15-16 (זאת לבד מקשרי משפחה בין הרב שקופ לבין הרב גורדון, שהיה דוד אשתו).

85 לתחולת הברירה הכפולה של התנאי, ראו **שעורי הלכה**, לעיל ה"ש 83, בעמ' קנד.

86 **שיעורי רבי אליהו מאיר**, לעיל ה"ש 84.

87 לורברבוים **ריאליזם הלכתי**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 104-105, עומד על כך שפעמים ריאליזם פנים-הלכתי ופורמליזם הלכתי עשויים להגיע לתוצאות הלכתיות זהות.

שתי האסכולות גוזרות מכאן, באופן דומה, את הבעייתיות שבתנאי: אם חלות הפעולה היא אוטומטית, כיצד דוחה אותה התנאי.

מכאן ואילך, נפרדות דרכיהן של האסכולות. כל אחת מהן מציעה תפיסה אחרת של התנאי ביחס למעשה. האסכולה הפוזיטיביסטית מניחה שהתנאי הוא רכיב פנימי של הפעולה המשפטית כשאר כל רכיביה. כך, למשל, אם מדובר בגירושין מותנים, כשם שהגט והליך הנתינה שלו הם רכיבים של הגירושין, כך גם התנאי הוא אחד מרכיבי הגירושין עצמם. מן הטעם הזה, הפעולה המשפטית תהיה תקפה רק לאחר שיתקיים התנאי. לפי האסכולה האחרונה, החידוש שבמוסד התנאי הוא בכך, שהתנאי יכול להיות רכיב של המעשה, אף שאין כל קשר מהותי בין התנאי לבין המעשה:

הרי המעשה עושה לגמרי, אלא תולה בתנאי שיהא התנאי גומר את המעשה, ודבר זה לא מצינו בשום מקום שיוכל לתלות גמר מעשה בדבר אחר שאינו שייך למעשה זו, כמו שתולה גט בנתינת מאתים וזו... והרי מאתים זו לא שייכי כלל לגירושין...⁸⁸

חידוש כזה הולם את נקודת המבט הפוזיטיביסטית. הפוזיטיביזם רואה את המשפט כמכונן הבלעדי של הנורמה, ועל כן, גם פרטים או רכיבים של הנורמה הנוגדים אותה, כמו התנאי, יהיו תקפים, רק אם יהיו חלק מן המשפט.

האסכולה הנטורליסטית מתקשה לקבל עמדה המכילה בתוך נורמה משפטית כוחות וגורמים זרים המתנגדים לה. אם הנורמה המשפטית היא כחוק טבע, ואם קיימת סיבתיות ברורה בין פעולה לבין תוצאה, התנאי שמערער את הסיבתיות, אינו יכול להיות חלק מן המעשה. התנאי הוא אפוא גורם חיצוני וזר, ובכוחו לבטל את המעשה או לדחות אותו:

ודאי כל שעושה על תנאי, אי אפשר שתחסר בפעולתו אלא ברצונו כמה תפעול פעולתו... דאין המעשה נגרע מערכו כלום, אלא דחדשה תורה, דיכול ברצונו זה להעמיד פעולה המבטלת את המעשה.⁸⁹

88 ר' חיים מבריסק, לעיל ה"ש 81.

89 שיעורי רבי אליהו מאיר, לעיל ה"ש 84. לניסוח דומה אצל רבי שמעון שקופ, ראו שערי ישר, לעיל ה"ש 84: "ובע"כ עלינו לומר דמחמת התנאי אין המתנה רוצה שיגרע עכשיו כח המעשה כלום, דא"כ לא יועילו מעשיו כלום אף אם יקוים התנאי, אלא שרוצה בכך שאף שעשה מעשה המועיל, להועיל בהחלט ובלי שום גרעון וחסרון כלל, מ"מ רוצה שאם לא יקוים התנאי שיתבטל תכלית הענין, וענין זה אין בכח האדם לעשות, אי לאו דגלתה תורה ענין זה בתנאי דבני גד ובני ראובן" (הדגשות שלי, י"ב).

ז. כמפטיר

לפי הנחות-היסוד המקובלות, הן בעולם האקדמי והן בעולם הישיבות, הר גבוה מכדיל בין המחקר התלמודי לבין העיון האנליטי-ישיבתי בתלמוד.⁹⁰ אכן, המתודות שבשני העולמות שונות ואף נוגדות.⁹¹ עם זאת, הן גם עשויות להשלים זו את זו.⁹² המחקר התלמודי כוחו רב בקביעת הממצאים ובהעמדת העובדות על דיוקן. ברם, פעמים רבות, בתום הדיון המחקרי, העובדות אינן מדברות בעד עצמן. הטקסטים עומדים בסך, שותקים, ומצפים למדוכב. מתורת העיון האנליטי עשויה למלא תפקיד זה בהצלחה.

כמהלך הדברים שלעיל, עקבנו אחר הלכת תנאי ומעשה החז"לית, לגלגוליה השונים. הצד השווה לכל הגלגולים הללו הוא הנחת-היסוד, ש"מעשה" עשוי לבטל את ה"תנאי". עם זאת, משמעו של ה"מעשה" משתנה בין רבדיה השונים של ספרות חז"ל – מעובדה פיזית (במשנה) לפעולה משפטית טבעית (בתוספתא), ומשם – לרכיב בנוסחה המילולית שבתלמוד. אלו הם הממצאים ה"יבשים", אך מהו פשרם? כיצד תופסת ההלכה את היחס בין החוק, האדם והמציאות כמוקדי הכוח והסמכות שברקע פעולה משפטית מותנית? המחקר התלמודי קצרה ירו מלהשיב לשאלות אלה. לכן, נעשה כאן ניסיון להתמודד עם שאלות אלה, באמצעות הגישה העיונית האנליטית, שבמקרה זה תחילתה – בבית מדרשו הפרובנסאלי של ראב"ד,⁹³ והמשכה – בישיבות ליטא בעת החדשה.

90 ראו מנחם כהנא "מחקר התלמוד באוניברסיטה והלימוד המסורתי בישיבה" בחבלי מסורת ותמורה, 113 (מנחם כהנא עורך, התש"ן). כהנא התייחס בעיקר להבדלים המתודולוגיים. ראו, כיוצא בזה, דניאל שפרבר "בין לימוד ישיבתי ללימוד מדעי" מים מדליו 343 (התשנ"ה). על המתח האמוני-תיאולוגי שבין העולמות, ראו אברהם וולפיש "בית המדרש ועולם המחקר – סקירה" שנה בשנה 373 (התשנ"ו); נריה משה גוטל "רבדים ב'רבדים': שיקולי הוראה וחינוך בדרך הוראת התלמוד – בין עולם המחקר ועולם הישיבה" בד"ד – בכל דרכיך דעהו 15, בעמ' 17, 21 (התשס"ד).

91 כהנא ושפרבר, שם.

92 ראו כהנא, הנ"ל בה"ש 90, בעמ' 136: "עיון דיאלקטי, מבפנים ומבחוץ לסירוגין, תוך שילוב בחינות צורניות ותוכניות, יסייע ללומד להבין הבנה מלאה יותר את גופי נושאייה של תורה...". כהנא סבור שהשילוב בין הגישות עשוי לתרום גם במישורים נוספים: מנטאלי (בעמ' 122, 128), תרבותי (בעמ' 129) ולאומי (בעמ' 137). על ההשלמה ההדרית בין המתודות, ראו גם: אברהם ולפיש "בית המדרש ועולם המחקר – סקירה (חלק ב)" שנה בשנה 428-433 (התשנ"ז).

93 ראו נספח.

נספח

ראב"ד: "התנאי סותר מעשה"

1. רקע

בנספח זה נבקש להראות, שהריאליזם ההלכתי של התלמוד הבבלי בסוגיית התנאי והמעשה, מודגש ומובלט בספרות הראשונים, ובמיוחד בחיבוריו של ראב"ד מפוסקוויר. נתמקד במיוחד בתשובת ראב"ד, המציעה תאוריה יסודית של התנאי, ואת השלכותיה על משפטי התנאים.

ברקע התשובה עומדות התייחסויות קודמות למשפטי התנאים, הן של גאונים וראשונים והן משל ראב"ד עצמו. הגאונים חתרו לצמצם את תחולת משפטי התנאים, מחמת הקשיים שהם מעוררים. לדברי חלק מן הגאונים, משפטי התנאים חלים דווקא בגיטין ובקידושין, ואינם חלים בדני ממונות.⁹⁴ גאונים אלו אמנם סמכו את דבריהם על התלמוד, אולם הם לא סיפקו הסבר בעל משמעות להבדל שבין גיטין וקידושין לבין דיני ממונות. זהו האתגר הראשון שעמד בפני ראב"ד.

האתגר השני קשור בהגבלה אחרת של משפטי התנאים לנוסחת התנאי "אם", להבדיל מנוסחת התנאי "על מנת". הגבלה זו שנויה במחלוקת שבין הרי"ף לבין רבנו תם: הרי"ף גורס שמשפטי התנאים חלים רק על נוסחת התנאי "אם". נוסחת התנאי "על מנת" היא נוסחה המשוחררת מדרישות התנאי הכפול, התנאי הקודם למעשה, ועוד כהנה.⁹⁵ רבנו תם חלק על כך, ולדעתו שתי הנוסחות – "אם" ו"על מנת" – כפופות למשפטי התנאים. שתי הנוסחות על פניהן – דומות במשמעותן, ולכן, לכאורה, אין סיבה לכך שישתנה דינן.⁹⁶

ראב"ד מתייחס לדברי קודמיו – הגאונים, הרי"ף ורבנו תם, ומגיב לאתגרים שהם הציבו בפניו.⁹⁷ תגובותיו של ראב"ד פזורות בחיבוריו השונים – מן המוקדמים ועד למאוחרים

94 ראו ליכטנשטיין שיטות הגאונים, לעיל ה"ש 14. לפי דבריו שם, יש מן הגאונים שהגבילו את משפטי התנאים לגט שכיב מרע בלבד. ראו שם בעמ' 170-181.

95 ראו, בהרחבה: ליכטנשטיין עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 95-99.

96 הרב יוסף קאפח תשובות רבנו יעקב מרומרוג [רבינו תם] קבץ על יד, סדרה חדשה ז, 87 (התשכ"ח). רבנו תם מתעמת בעיקר עם שיטת אחיו – רשב"ם – הדומה לשיטת הרי"ף (וכפי הנראה, אינה מתבססת עליה). ראו ליכטנשטיין עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106-114). לבד מן הקושי הנ"ל, רבנו תם מצביע על מקורות שונים, המחילים את משפטי התנאים גם מעבר למסגרת גיטין וקידושין (מתנה על מנת להחזיר; הדוגמאות השונות המופיעות בבבלי, שבועות לו, ע"ב).

97 ראב"ד מתייחס בעיקר לדבריו של רבנו תם. על זיקתו המיוחדת של ראב"ד לרבנו תם, ראו ישראל משה תא-שמע הספרות הפרשנית לתלמוד כרך א 203 (התש"ס) (ראב"ד הלך

שבהם.⁹⁸ כפי שנראה להלן, התגובות אינן אחידות, וניתן להבחין בהן בהתפתחות מעמדה פורמאליסטית-פוזיטיביסטית בתקופת הנעורים ועד לעמדה מהותית-ערכית לעת שיבה.

2. פורמליזם (השגות)

מתקופת הנערות מצויה בידנו השגתו של ראב"ד על הרי"ף.⁹⁹ ראב"ד כורך בהשגתו בין שתי מגבלות שונות למשפטי התנאים: הגבלתם לתחום האיסורא (להבדיל מממונא) ולנוסחת התנאי "אם" (להבדיל מנוסחת התנאי "על מנת"):

ואם יטעון טוען ויאמר: היינו טעמא דבממונא [לא] בעינן תנאי כפול,
משום דתנאי ממון הוא; הא אמרי': 'כל דאי לא קני'. מאי איכא דאמרי
מעכשיו, ומעכשיו לא בעינן כפול, דתנאי בני גר ובני ראובן לא הוה
מעכשיו...¹⁰⁰

ראב"ד בוחן את שתי נוסחאות התנאי המצויות – "אם" ו"על מנת", ומראה שבתחום הממונא שתייהן אינן כפופות למשפטי התנאים: נוסחת "אם" אינה תקפה מעיקרה, משום שהיא, למעשה, אסמכתא ("כל דאי לא קני"), ואסמכתא לא קניא. נוסחת "על מנת" אמנם תקפה, אך היא משוחררת ממשפטי התנאים, משום שמקורם בתנאי בני גר ובני ראובן, ונוסחת התנאי שלהם היא "אם". התוצאה היא אפוא שמשפטי התנאים אינם חלים בממונא.¹⁰¹

לפי הדברים האלה, הטעם להגבלת משפטי התנאים לאיסורא בלבד, אינו מהותי אלא פורמאלי. ההגבלה כרוכה בנוסחאות התנאי, ואינה נובעת מאופיים ומטיבם של ענייני איסור והיתר, ומהבדל יסודי שבינם לבין דיני הממונות.

- בדרכו של רבנו תם "עד כדי כך שניתן לכנותו 'רבנו תם הפרובנסאלי'".
- 98 לדעת חוקרי ראב"ד, חיבוריו של ראב"ד נכתבו בשלבים שונים של חייו, מנעוריו ועד זקנתו, ועל כן יש בהם שינויים, תיקונים וחזרות. ראו ISADORE TWERSKY, *RABAD OF POSQUIERES: A TWELFTH-CENTURY TALMUDIST* (Philadelphia, 1980) 68-127; תא-שמע, לעיל ה"ש 97, בעמ' 207.
- 99 בנימין זאב בנדיקט "טשרנוביץ ח., תולדות הפוסקים" קרית ספר כה 171 (התש"ט), הערה 9; טברסקי, שם, עמ' 117-121; ליכטנשטיין *עבודת מוסמך*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 129.
- 100 השגות הראב"ד על הרי"ף, גיטין, פרק ז, דף לז, ע"ב מדפי הרי"ף. המילה "לא" שבסוגריים המרובעים נוספה על ידי המגיה של ההשגות שבדפוס וילנה. ראו ליכטנשטיין *עבודת מוסמך*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 130, הערה 175.
- 101 במסקנת דבריו ראב"ד דוחה את הצעתו: "איברא מעשה בני גר ובני ראובן מעכשיו הוה דהא כתיב: ויתן להם משה לבני גר ולבני ראובן וגו'. ויתן משה את הגלעד למכיר וגו'. ונ"ל דההיא מימרא לאו [דסמכא] היא", ראו שם.

3. מפורמליזם לפרקטיקה (תשובה)

גם בחיבוריו הבוגרים ראב"ד מוטרד מהגבלת משפטי התנאים לגיטיין ולקידושין בלבד, אולם בשלב זה ההנמקה לכך חורגת מן הפורמליזם. הטענה עתה היא, שדיני הממונות מופקעים ממשפטי התנאים, מטעם פרקטי ועקרוני:

ומתוך זה העניין אנו יכולין ללמוד טעם, למה כתב (דלא) בעי תנאי כפול בגיטיין אבל בממונא לא, מאי טעמא? כל אקניתא דממונא על ידי קנין ניהו, דקיימי לן שטר הקנאה לא צריך מהיום [...] הילכך כיון דרוב הקנאות ממון לחבירו, אינן אלא בקנין, וקנין הוה לי' כמהיום, משום הכי לא בעי' תנאי כפול בהקנאת ממון, כדאמרי' בע"מ דלא בעינן תנאי כפול, משום דעל מנת כמעכשיו דמי, וכ"ש קנין דמעכשיו.¹⁰²

ראב"ד מניח, שרוב ההתחייבויות הממוניות ("אקניתא", "הקנאות ממון") מלוות ב"קניין" (קנו מידו),¹⁰³ ועל כן תחולתן מידית – מעכשיו.¹⁰⁴ באופן זה פעולות אלו הן בדמותן של פעולות שהותנו בנוסחת "על מנת", ועל כן הן משוחררות מתנאי בני גר

102 תשובה המיוחסת לראב"ד על ידי אפרים אלימלך אורבך "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבייד וברפוסים" שנתון המשפט העברי ב 1, 50 (התשל"ה), (בדבר ייחוס התשובה לראב"ד, ראו אורבך, שם, בעמ' 49, הערה 96; ליכטנשטיין עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 132-133 והערה 195). באשר לזמנה של התשובה: יש קווי-דמיון ברורים בהנמקה של ראב"ד את הגבלת משפטי התנאים לגיטיין ולקידושין בלבד (על רקע הזיקה שבין ממונא לבין נוסחת "על מנת" השקולה ל"מעכשיו"). כפי שנראה להלן, הנמקה זו משתנה בהמשך. מסתבר אפוא שהתשובה היא בת-זמנה של ההשגה. ראו ליכטנשטיין עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 134. אמנם אין הוכחה ברורה לכך שתשובה זו מאוחרת להשגה על הרי"ף. עם זאת, התשובה מכילה מידע משמעותי, שאינו מוזכר בהשגה, ויש להניח שהיה מוזכר בה, לו היה ידוע בזמן שנכתבה: התייחסות לתשובת הרי"ף (אורבך שם, בעמ' 49, הערה 96); קשיים שונים בדברי הרי"ף שהועלו ע"י "בני דורנו"; הצעת טעם להלכת הרי"ף (הטעם המוצע בהשגה – נדחה. ראו שם, בהערה 97).

103 ראו בבלי, בבא בתרא קלו, ע"א: "בהקנאה אינו צריך" (לכתוב "מהיום"), ותחולת השטר מידית, גם אם לא כתב כך. ראו עוד רש"י, בבא מציעא יג, ע"א, ד"ה "בשטרי הקנאה: שמקנה לו נכסיו מהיום...".

104 לפי דין התלמוד, "קנו מידו" או "מעכשיו" הם תרופה לבעיית אסמכתא שבהתחייבויות לקניין עתידי. ראו בבלי, בבא מציעא טו, ע"ב. כך נוקט גם ראב"ד בהקשרים שונים. ראו, למשל: השגות ראב"ד, חמץ ומצה, פרק ד, הלכה ה והלכות מלוה ולוה פרק ז, הלכה ז; יוסף קאפח תשובות ופסקים קפז (התשמ"ה): "והאסמכתא [...] אינה עושה את המכר אסמכתא, שהרי נעשה מעכשיו [...] ובקנין".

ובני ראובן.¹⁰⁵ בדבריו אלו מנתק ראב"ד את דבריו מנוסחת התנאי, והוא קושר אותם בפרקטיקה הנוהגת.¹⁰⁶

בחידושו לתלמוד צועד ראב"ד צעד נוסף למתן פשר מהותי לתחולתם של משפטי התנאים בתחום האיסור וההיתר בלבד:

כתב הראב"ד ז"ל: מהא שמעינן דלא בעינן תנאי כפול בדיני ממונות, אלא בגטין וקדושין בלחוד, דאמרינן דברים שבלב אינן דברים, הא אי הוו דברים – בטל מקח, ואע"פ שאין כאן תנאי כפול.¹⁰⁷

בעקבות בעלי התוספות,¹⁰⁸ ראב"ד מעמיד את משפטי התנאים במבחן כוונת הצדדים, שהוא מן היסודות המרכזיים בדיני ממונות. לפי מבחן זה, אין מתחשבים בכוונה נסתרת – "דברים שבלב אינם דברים",¹⁰⁹ אולם כאשר הכוונה גלויה וברורה – מתחשבים בה: "דברים שבלבו ובלב כל אדם – הוי דברים".¹¹⁰ לפי כלל תלמודי דומה, כאשר כוונת

105 ראב"ד בתשובתו זאת, בשונה מהשגתו לרי"ף (ראו ה"ש 110), אינו מסביר מדוע משפטי התנאים אינם חלים על נוסחת "על מנת".

106 ביאורו של ראב"ד כאן הוא, למעשה, מעין המשך לדבריו בשלב הקודם: "אסמכתא" ו"אקניתא" הן שתי התחייבויות נוגדות. הראשונה היא התחייבות עתידית, שמחמת כן אינה תקפה. האחרונה, באמצעות הקניין היא התחייבות עכשווית שבהיותה כזו היא תקפה (השוו לאמור בספר משפטי התנאים. ראו ה"ש 3). בשלב הקודם קבע ראב"ד שהתחייבות בנוסחת "אם" אינה תקפה משום שהיא אסמכתא, וכאן קובע ראב"ד שיינתן לה תוקף רק אם תהיה בגדר אקניתא. התוצאה – בשני השלבים – זהה: תנאי בממונות יחול רק אם הוא בנוסחת "על מנת" או בדומה לכך (אקניתא), ובנסיבות אלו דרישות בני גד ובני ראובן – אינן רלבנטיות.

107 חידושי הרמב"ן, קידושין נ, ע"א, ד"ה "דברים שבלב". כיצא בזה, הביא רמב"ן (בשם ראב"ד) בספר הזכות, גיטין לז, ע"ב מדפי הרי"ף: "וכבר ראיתי לה"ר אברהם עצמו ז"ל, שכתב כן בפי' מסכת קידושין שלו, בההוא גברא דזבניהו לנכסיה דבעי למיסק לא"י ובעידנא דזבין לא אמר. ואיסתפק לן בגמ' דברים שבלב אי הוי דברים אי לא, ש"מ דאי הוו דברים – בטל מקח, ואע"פ שאין כאן תנאי כפול, דלא בעינן תנאי כפול בד"מ אלא בגיטין וקידושין, אלו דבריו ז"ל" (הדגשות שלי, י"ב).

108 דברי ראב"ד נאמרים בעקבות בעלי התוספות – רשב"ם ור"י. ראו רשב"ם, הנ"ל בה"ש 8; תוספות, קידושין מט, ב ד"ה "דברים שבלב" (ר"י). ראו בדומה: תוספות, גיטין עה, א ד"ה "לאפוקי"; קידושין שם; חיים משה יהודה הכהן בלוי שיטת הקדמונים על מסכת קידושין קטט (מהדרות מ"י בלוי, התש"ל). על זיקתו של ראב"ד לבעלי התוספות, ראו תא-שמע, הנ"ל בה"ש 101, בעמ' 202-203; הנ"ל בה"ש 97.

109 "דברים שבלב" אנציקלופדיה תלמודית כרך ז קע-קעב (התש"ז).

110 כך מנסח ריטב"א את הדברים בכמה מקומות: חידושי הריטב"א, עירובין נב, ע"א, ד"ה "והראב"ד" (כנגד ראב"ד!); שם, כתובות ג, ע"א, ד"ה "כל דמקדש"; שם, כתובות מג, ע"ב, ד"ה "ולטעמין"; שם, כתובות עה, ע"ב, ד"ה "כתבתינהו"; שם, קידושין נ, ע"א, ד"ה "הא דאמרינן" ועוד.

הצדדים מוכחת ומסתברת ("אומדנא דמוכח") – הדין ייקבע על פיה. תוקפן של פעולות משפטיות שבדיני ממונות תלוי אפוא בכוונת הצדדים. לכן, גם אם הכוונה נוסחה שלא על-פי משפטי התנאים, הכוונה עיקר: "הא אי הוו דברים – בטל מקח, ואע"פ שאין כאן תנאי כפול". במילים אחרות: משפטי התנאים אינם חלים בדיני הממונות; הכוונה גוברת על הפורמליזם.¹¹¹

4. מפורמליזם ומפרקטיקה למהות

גם בשלב הבוגר של חייו, עדיין רואה ראב"ד את משפטי התנאים כדרישות פורמליות, שכוונת הצדדים עדיפה מהם. רק בערוב ימיו, ראב"ד פונה להסבר רציונאלי של משפטי התנאים. כפי שמעיד ראב"ד בתשובה, הגורם למהפך בתפיסתו הוא הבנה חדשה של נוסחאות התנאי – "אם" ו"על מנת" – על רקע הנהרת היחס שבין התנאי לבין המעשה.

אמר אברהם: הרב ר' יצחק אלפסי ז"ל כתב בהלכותיו... דבעינן תנאי כפול דוקא ב"אם", אבל בע"מ [= "על מנת"] לא, דקי"ל כר"מ דאמר כל האומר ע"מ כאומר מעכשו דמי. והרב צרפתי האחרון הקשה על דבריו [...] דאדרבה כיון דכמעכשו דמי הגט קיים והתנאי בטל, וזו הקושיא היינו מקשים אותה מנעורינו... ובאמת וברור (היו) כי כח נערוהו, כי האמת והצדק עמהם...¹¹²

בנעוריו סבור היה ראב"ד כרכנו תם, שנוסחת "על מנת" אינה מעכבת את חלות המעשה ("כל האומר על מנת כאומר מעכשו דמי"). הווה אומר: "על מנת" היא תניה חלשה, ועל כן, המעשה קיים והתנאי בטל. לעומתה, נוסחת "אם" – מעכבת את חלות המעשה, ומכאן שהיא תניה חזקה. על רקע זה, השיגו רבנו תם וראב"ד על הרי"ף, שהגביל את משפטי התנאים לנוסחת "אם" בלבד. לכאורה, נובע מכך, שנוסחת "על מנת" משוחררת ממשפטי התנאים, כך שהתניה שבה מתקיימת, ללא מגבלות. בדרך זו הופכת אפוא "על מנת" לתניה חזקה!

בבגרותו שינה ראב"ד את טעמו. אם לפי הבנתו בנעוריו, משפטי התנאים הם דרישה פורמאלית וחסרת משמעות: בהתקיים הדרישה – התניה נחלשת, ובהיעדרה – התניה מתחזקת; לפי הבנתו הבוגרת, למשפטי התנאים נודעות משמעות ותכלית. הם נועדו להעצים את התניה, ולהעמיד את התנאי ככלם וכמשקל-נגד למעשה:

111 הצעה דומה הציג ראב"ד בתשובתו, יוסף קאפח תשובות ופסקים לראב"ד תשובה כה, פח (התשכ"ד): "דבמונא לא בעי אלא גלויי דעתא, אבל לענין גיטין וקידושין דאיסורא, לא מתבטל מעשה אלא ככולהו דיני דתנאי". באשר לזיהויה של תשובה זו כתשובת ראב"ד, ראו ליכטנשטיין עבודת מוסמך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 134-135.

112 תשובות ופסקים לראב"ד תשובה כו, פח.

...שהתנאי שהוא ב'אם', שאין הגט עושה מעשה עד שיתקיים התנאי, ואם נקרע או נשרף או אבד אינו כלום, ... צריך התנאי הזה חזק לבטלו ולסתור נתינת הגט, ואינו חזק עד שיכפלו, ויהיה הן קודם ללאו... ויהיה התנאי מדבר אחר, כדי שלא יהיה התנאי חזרת המעשה, מפני שהוא כחוכא וטללא; ועוד שיהיה... התנאי קודם למעשה, כי כל אלה נראין חזוק התנאי. ואף על פי כי הן קודם ללאו אין בו חזוק תנאי, אפ"ה... סברא הוא, שאין תנאי נופל אלא על מעשה, ומי שאינו עושה כלום ואין נותנים לו כלום איך יחול עליו... תנאי, וכיון שהוא (בו) [בא] לסתור מעשה מעיקרו ולעקרו לגמרי – צריך לחזקו הרבה. עוד אמר, שאין תנאי... נופל אלא על דבר שאיפשר לעשותו ע"י שליח, כגון נתינת גט וקידושיין והקנאת ממון, שהמעשה חלוש... ויכול התנאי לבטלו, אבל מעשה שא"א לעשותו ע"י שליח, כגון חליצה – אין תנאי חל עליו כדי לבטלו, ... מפני שעשאו הוא בעצמו, והוא חזק, ואין תנאי עוד מבטלו כלל. ... אבל ל'מעכשו' ולע"מ [= ו'לעל מנת'] הדומה לו, שהמעשה כבר נתקיים אפילו עד שלא נתקיים התנאי, ... שהרי נתקרע הגט או אבד – הרי היא מגורשת והיא תתן, ואין התנאי סותר המעשה והיא נתינת הגט, שכבר... הוא נתון ומקובל, ואין צריך למעשה אחר כי אם קיום התנאי, וכשיתקיים כבר הוא הגט גט משעת נתינה; ... ואף על פי שאין עכשו קיים, אין צריך לתנאי הזה לפוסלו ולחזקו, לפי שאינו בא לסתור את המעשה אלא... למלאתו, מ"מ צריך לקיימו, זהו הטעם לרבואתא ז"ל, והוא טעם יפה וראוי לסמוך עליו.¹¹³

ראב"ד מבאר את תפקידם של משפטי התנאים על רקע הבנתו את היחס שבין התנאי לבין המעשה (הפעולה המשפטית). יחס זה משתנה בהתאם לנוסחת התנאי: נוסחת "אם" דוחה את תחולת הפעולה המשפטית עד לאחר התקיים התנאי (שורה 1). לעומתה, נוסחת "על מנת" אינה דוחה תחולה (שורה 10). היא מעכבת את ביצוע הפעולה המשפטית, בכפוף לביצוע התנאי (שורה 12). הנפקות בין שתי הנוסחאות היא במקרה של אירועי אובדן או כילוי (קריעה או שריפה) של גט על תנאי, בטווח הזמן שבין ההתנאה לבין קיום התנאי: בנוסחת "אם" תחולת הגט תלויה בקיום התנאי, ועל כן, אם הגט נקרע או נשרף – הוא בטל, שהרי בעת קיום התנאי – אין הגט מצוי (שורה 1). לעומת זאת, בנוסחת "על מנת" תחולת הגט היא מידית – בעת ההתנאה, בשעה שהגט עדיין מצוי, ועל כן – הגט תקף (שורה 11).¹¹⁴

113 תשובות ופסקים שם, בעמ' פח-פט.

114 מקור הנפקות בתוספתא, גיטין ה, ה (מהדורת ליברמן 265): "הרי זה גיטיך על מנת שתתני לי מאתים זוז, ונתקרע הגט או שאבד – הרי זה גט, שהאומ' על מנת כאומ' מעכשיו דמי, ולא תינשא עד שעה שתתן. לכשתתני לי מאתים זוז ונתקרע הגט או שאבד, אם נתנה – הרי

לפי תיאור זה, התנאי נועד ליצור משקל נגד למעשה. עקרונית, על אף התנאי, התוצאה המשפטית אמורה לחול באופן טבעי משעת ביצוע הפעולה המשפטית הגורמת אותה.¹¹⁵ התחולה המידית עשויה לנבוע מגישה דטרמיניסטית, לפיה הנורמות הן צווי הא-ל, ועל כן הן מוחלטות, ורצון האדם – המתבטא בתנאי – נדחה מפניהן. ניתן להסביר את התחולה המידית גם באופן אחר ומנוגד, לפי תפיסת משפט הטבע.¹¹⁶ לפי תפיסה זו, הנורמות הן כחוקי טבע שתחולתם טבועה וקבועה, ללא תלות במעשי האדם או ברצונותיו. לכן, אם ניתן לאשה גט – היא מגורשת, ללא תלות בתנאי של המגרש. התנאי משמש אפוא כמנגנון שהיה או ככלם – כנגד המעשה. מייעודו זה של התנאי נגזרים משפטי התנאים, ותפקידם, כאמור, הוא להעצים את התנאי: "וכיון שהוא [בא] לסתור מעשה מעיקרו ולעקרו לגמרי – צריך לחזקו הרבה" (שורה 6 בציטוט שלעיל). בנקודה זו מְשַׁנֶּה ראב"ד את השיח סביב משפטי התנאים – משיח פורמאלי לשיח מהותי: לפי הדעה הרווחת בין הראשונים, משפטי התנאים הם דרישות פורמליסטיות הנגזרות באופן אקראי מנוסחאותיו של הסכם מקראי קדום (תנאי בני גד ובני ראובן).¹¹⁷ ראב"ד סוטה מדרך זו, ומנסה לתת פשר למשפטי התנאים, לפי עקרון ההעצמה של התנאי כנגד המעשה, "והוא טעם יפה וראוי לסמוך עליו":

התנאי הכפול מבהיר את התנאי במדויק ובאופן חד-משמעי, ובכך מעצים אותו ("ואינו חזק עד שיכפולנו" – שורה 2 בציטוט שלעיל).

הקדמת התנאי למעשה והדרישה לשונות בין התנאי לבין המעשה (תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר) נועדו לעמת ביניהם, ולהבליט את עדיפותו הברורה של התנאי על פני המעשה ("כי כל אלה נראין חזוק התנאי" – שורות 3-4 בציטוט שלעיל).

ראב"ד מרחיב את עקרון חיזוק התנאי גם לסייג, הצדדי יחסית,¹¹⁸ הקובע שתנאי חל רק על "דבר שאפשר לעשותו ע"י שליח". לפי ביאורו, אחד המבחנים המובהקים לתוקפו ולחוסנו של מעשה הוא בכך, שלא ניתן לעשותו ע"י שליח, והכרח שיעשה

זה גט, אם לאו – אינו גט". ראו בדומה לכך, בבבלי, גיטין עד, ע"א: "שנתקדע הגט או שאבד"; בבבלי, קידושין ס, ע"ב; רמב"ם, משנה תורה, גירושין, פרק ט, הלכה ה. להבחנה קטגורית דומה בידיני החוזים, ראו פרידמן וכהן חוזים כרך ג, בעמ' 38: "כאשר התנאי הוא מתלה, הרי כל עוד לא התממש – אין חוזה. לעומת זאת, כאשר התנאי הוא מפיסק, נקשר חוזה, ורק אם מתקיים התנאי החוזה פוקע..." (הדגשות שלי, י"ב).
115 הנ"ל בה"ש 16.

116 על תפיסת משפט הטבע, בהקשרם של תנאי ומעשה, ראו לעיל סביב ה"ש 82-84.

117 ראו דברי הרא"ש, הנ"ל בה"ש 16.

118 הרמב"ם מזכיר את כל משפטי התנאים, למעט סייג זה. על השמטה זו ועל סיבותיה, ראו כסף משנה, אישות, פרק ו, הלכה א; מגיד משנה, אישות, פרק ו, הלכה א; שער המלך, הלכות אישות, פרק ו, הלכה ב; מרכבת המשנה, שם; חתם סופר, אבן העזר ב, חלק ד, סימן צ, ד"ה "וראיתי"; שמעון יהודה שקאפ, שערי ישר, שער ז, פרק ח, ד"ה "ונראה".

אותו האדם בגופו ("מעשה שא"א לעשותו ע"י שליח... מפני שעשאו הוא בעצמו, והוא חזק"). ממבחן זה נגזר היפוכו: מעשה שניתן לעשותו גם ע"י שליח הוא "מעשה חלוש". תנאי יכול אפוא לגבור רק על מעשה חלש ("דבר שאפשר לעשותו ע"י שליח"), ואינו יכול לגבור על מעשה חזק.

משפטי התנאים חיוניים אפוא לנוסחת התנאי "אם", שנועדה לבטל, לסתור (שורה 2) או לעקור את המעשה (שורה 6). לעומתה, נוסחת "על מנת" משוחררת ממשפטי התנאים, משום שאינה רוחה תחולה, "ואין התנאי סותר המעשה... שכבר הוא נתון ומקובל". על כן, "אין צריך לתנאי הזה לפוסלו ולחזקו, לפי שאינו בא לסתור את המעשה אלא למלאתו".

5. מתנאי ומעשה לאיסורא וממונא

תפיסתו של ראב"ד את תפקיד התנאי והבנתו את משפטי התנאים מביאים אותו לעצב מחדש את גבולותיהם של משפט התנאים:

אנן לא נקיטנין מינה לעובדא אלא לענין איסורא, אבל לענין אפוקי ממונא כיון דגלי דעתיה דלא מקני ליה אלא אדעתא דהכי והכי, אנן לא מפקינן ליה מיניה [...] וסברא מעליאתא היא טובא, והשכל נותנה והדעת מקבלה.¹¹⁹

משפטי התנאים לא יחולו בממונא, כאשר מדובר בהוצאת ממון מידי בעליו ("אפוקי ממונא"). אין להוציא ממון מבעליו בניגוד לדעתו. לכן, בעל ממון שפעל פעולה משפטית מותנית, לא ייתכן שנבטל את תנאיו בגין משפטי התנאים ונקיים את הפעולה בניגוד לרצונו: "לענין אפוקי ממונא, כיון דגלי דעתיה דלא מקני ליה אלא אדעתא דהכי והכי, אנן לא מפקינן ליה מיניה...".

לדעת ראב"ד, משפטי התנאים עשויים לחול אפוא גם בתחום דיני הממונות, אם לא מדובר בהוצאת ממון. למעשה, זו מסגרת הנסיבות שבה הוצג הבסיס למשפטי התנאים – תנאי בני גד ובני ראובן:

וא"ת תנאי בני ראובן ובני גד ממונא הוא, ומיניה גמרינן! התם לאו לאפוקי ממונא הוא, דאינהו נמי זכותא הוה להו בגוה, וחליפין בעלמא עברו בהדיהו, והחליפו ארץ טמאה בקדושה, אלא שהיו להוטים אחר מקניהם וקניינם, וזכות היתה להם לשאר השבטים בכחירתם בארץ היא, שאלמלא כן היו השבטים מחוצים בחלקיהם חלק כאן וחלק כאן, הילכך לאו אפוקי ממונא הוא, וכגיטין וקידושין דמיא...¹²⁰

119 תשובות ופסקים לראב"ד תשובה כו, פט-צ (התשכ"ד).

120 שם, בעמ' צ.

תנאי בני גד ובני ראובן, על פניהם, הם חלק מעסקת מקרקעין. אמנם מדובר בדיני ממונות, אלא שאין כאן הפקעת ממון מידי בעליו. בני גד ובני ראובן הם עצמם הבעלים בנחלתם שבעבר הירדן המזרחי, יחד עם שאר שבטי ישראל ("דאינהו נמי זכותא הוה להו בגוה"). העסקה לה הם שותפים אינה מוציאה מקרקעין מיד בעליהם ליד אחר. זו עסקת חליפין, שבה מוותרים בני גד ובני ראובן על חלקם בעבר הירדן המערבי, בתמורה לחלקם של שאר שבטי ישראל בעבר הירדן המזרחי.

זאת ועוד: בעסקת בני גד ובני ראובן הצד הזוכה אינו בהכרח הצד המרוויח. בני גד ובני ראובן מוותרים, מתוך להט יצרי, על חלקם בארץ קדושה, ו"זוכים" בארץ טמאה. מאידך גיסא, שאר השבטים אמנם מוותרים על חלקם בעבר הירדן, אולם הם זוכים בארץ כנען למרחב קיומי המאפשר גם רצף טריטוריאלי ("כך שלא יהיו השבטים מחוצים בחלקיהם, חלק כאן וחלק כאן").

לדעת ראב"ד, משפטי התנאים חלים אפוא גם בתחום דיני הממונות, אם אין בהם הוצאת ממון: "הילכך לאו אפוקי ממונא הוא, וכגיטין וקידושין דמיא". עמדה זו שונה משיטתם המקורית של הגאונים, שצמצמה את משפטי התנאים לגיטין ולקידושין בלבד. עמדה מאוחרת זו של ראב"ד היא בגדר חידוש גם ביחס לדבריו המוקדמים, שלפיהם אין משפטי התנאים חלים כלל על דיני הממונות. עם זאת, ניתן לראות את יסודותיה של עמדתו המאוחרת בעיקרון מוקדם, שהוצע על ידי ראב"ד בתקופת הביניים שלו – בחידושו לתלמוד. בדבריו שם נטען, שדיני הממונות כפופים לכוונת הצדדים, ולכן לא ניתן להחיל את משפטי התנאים על דיני הממונות, בניגוד לכוונת הצדדים.¹²¹ בהמשך לעיקרון זה כתב ראב"ד בתשובתו, הנידונה כאן: "לענין אפוקי ממונא, כיון דגלי דעתיה דלא מקני ליה אלא אדעתא דהכי והכי, אנן לא מפקינן ליה מיניה..." (הדגשות שלי, י"ב).

שני חלקיה של תשובת ראב"ד מתארים אפוא שני גורמים ניגודיים, המעצבים את מסגרת התנאי שבדיני הממונות: גורם פעיל ומניע – כוונת הצדדים (המתואר בחלק השני של התשובה), וגורם סביל וכולם – משפטי התנאים (המתואר בחלק הראשון של התשובה). מצד אחד, התרחשות פעילה בדיני ממונות מתחוללת מכוח רצונם וכוונתם של הצדדים. מצד שני, משפטי התנאים משמשים ככלם או כחסם של פעולות משפטיות. הניגודיות שבין משפטי התנאים לבין הכוונה והרצון גוזרת את היותם חלופיים זה לזה: במקום שיש בו כוונת צדדים גלויה וברורה, ניתן יהיה להוציא ממון, ושם – משפטי התנאים לא יחולו. ולהפך: משפטי התנאים יחולו במקום שבו כוונת הצדדים אינה "שקופה", ובנסיבות כאלה, ובעטיין, לא יתאפשר להוציא ממון.

תשובת ראב"ד מעניקה אפוא פשר למשפטי התנאים, ומגדירה מחדש את מסגרת התחולה שלהם. הנחת היסוד של מהלך מורכב זה, מבוססת על תפיסת התנאי ככוח

ניגודי למעשה. המעשה, בהקשר זה, הוא חלוט. הווה אומר: פעולה משפטית הנעשית כדין, על אף היותה מותנית, גוררת מידית את תחולתה. כך, למשל, איש הנותן גט על-תנאי לאישה – האישה אמורה להיות בהיבט מגורשת. זאת, על אף שהגירושין תלויים ברצונו של המגרש, ורצונו תלוי בקיום התנאי. תפיסת התחולה האוטומטית של המעשה, אליבא דראב"ד, ממשיכה אפוא את תפיסת יחסי תנאי ומעשה של התלמוד. כזכור, התלמוד – בניגוד לספרות התנאים – מתייחס לנורמה טרם נעשתה כמעשה שכבר נעשה, ועל כן גם בנוסחת התנאי, נדרש "תנאי קודם למעשה".

התפיסה התלמודית המשתמעת והמוגבלת לדין אחד שבדיני התנאים, הופכת – בתשובת ראב"ד – לשורשם של משפטי התנאים כולם.

