

חוזה שיש בו עושק ומחשבות על ההשוואה במשפט

ברכיהו ליפשיץ*

א. מבוא

מעמדה של ההבטחה במשפט העברי וגבולות החובה לקיימה הוא נושא שאני חוזר לדון בו בהקשרים שונים. הואיל וסוגיית ההבטחה היא סוגיה כה חשובה ומרכזית, קשה מאוד להניח שלא יהיו לה השלכות גם בסוגיות שמקובל לראותן כמשתייכות לתחומים אחרים. לכן, מדי פעם בפעם, כדי לא להיפטר מן המלאכה הזאת ולהטיל את השלמתה על אחרים, אני מנסה לבחון עוד ועוד סוגיות שבתלמוד מנקודת המבט של מה שעלה במחקרי "אסמכתא" וכמה שנוסף עליו מאז.¹ לטענתי, יש במשנה ובתלמוד מחלוקת באשר למעמדה המשפטי של ההבטחה: רבי יוסי סבר שיש לה תוקף, ואילו רבי יהודה שלל את תוקפה.² להלן נראה שיש עמדה נוספת, זו של רב פפא, שכביכול עושה שלום

* אני מודה לד"ר אפי צמח על סיועו בתחום דיני החוזים, וכן לד"ר שי וזנר ממערכת דיני ישראל, ולשני הקוראים האנונימיים מטעם המערכת על הערותיהם הטובות, שסייעו בהנהרת הדברים.

1 ברכיהו ליפשיץ **אסמכתא: חיוב וקניין במשפט העברי** (1988) (להלן: **אסמכתא**); ברכיהו ליפשיץ **עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות** (1993); ברכיהו ליפשיץ "גבייה מן הערב כשאי-אפשר לגבות מן החייב" **שנתון המשפט העברי טז-יז**, 243-288 (1990-1991); ברכיהו ליפשיץ, "תיקנו משיכה בשומרים" **ספר היובל לשופט אליקים רובינשטיין** (בדפוס). לסיכום הדברים, להשלמות ולתגובה לדעות אחרות ראו ברכיהו ליפשיץ "מהותה של ההבטחה במשפט העברי" **עיונים בתורת החוזה – ספר שלו** (יהודה אדר ואח' עורכים, עתיד להתפרסם בשנת 2019). ראו לאחרונה גם ברכיהו ליפשיץ **החיוב ושעבודי הנכסים – בין קניין לבין התחייבות ובטוחה** (2018).

2 עמדותיהם נוסחו בגמרא בארמית בלשון "אסמכתא קניא" ו"אסמכתא לא קניא", בהתאמה. המילה "אסמכתא" היא מקבילתה הארמית של "הבטחה" העברית, כעולה באופן פשוט מן השויון סמך = בטח, וזיהוי זה עולה גם מן המקרא גם מדבריהם של הגאונים והרי"ף בכמה וכמה מקורות. ראו **אסמכתא**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37 ואילך. הואיל והדברים כבר התבארו שם בהרחבה, לא אביא אלא את מסקנתם הפשוטה, והרוצה להעמיק בהם, ייקחם משם. ההבטחה מצוינת במשנה ובתלמוד גם במונח "דברים" ובמונח "אמנה", וכן רבים נוספים,

בין שתי העמדות הקיצוניות הללו.³

נראה שהמחלוקת המקורית של התנאים הללו הייתה באשר לעצם תוקפה המהותי של ההבטחה כשלעצמה, ולא בשל פגם מפגמי סמיכות הדעת שיכולים להיקשר אליה. ההיסטוריה של דרכי הקניין, כפי שמספרת אותה ההלכה, שונה מהתיאור ההיסטורי של דיני החוזים המערביים,⁴ ומן הרעיון הכוללני יותר של Henry Maine, שלפיו התפתח המשפט "מסטטוס לחוזה".⁵ לפי המסורת של ההלכה, הבאה בתלמוד ובמדרש, בראשונה היו קונים במעשה סמלי מסוים ("שליפת המנעל"),⁶ אחר כך חזרו, כלומר: החלו להיות קונים בהסכמה סתם ("קצצה"),⁷ ואחר כך חזרו להיות קונים בדרכי הקניין הידועות יותר – כסף, שטר וחזקה.⁸ השאלה שבמחלוקת התנאים הנזכרת היא, ככל הנראה, אם דרך הקניין של ההסכמה בוטלה לחלוטין עם עלייתן של דרכי הקניין האחרות, או שגם היא נותרה לצד חברותיה, כדרך ששליפת המנעל – היא קניין הסודר – נותרה לצידם

ראו ברכיהו ליפשיץ **משפט ופעולה – מונחי חיוב וקניין במשפט העברי** (2001) (להלן: **משפט ופעולה**), בערכים "דבר", "אמן". מבט חטוף במפתח המושגים שהובא בחיבור זה מלמד על כך, שהמונחים המציינים הסכמה והבטחה היו מרובים ונפוצים מאוד, ולכן יש להסיק מכך, שההבטחה הייתה מוכרת כמכשיר משפטי נפוץ.

ראו להלן, ליד ה"ש 13.

3
4
במשפט האמריקאי ראו MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860 160 ff. (1977); GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974); ROY KREITNER, CALCULATING PROMISES: THE EMERGENCE OF MODERN AMERICAN CONTRACT DOCTRINE (2007); LAWRENCE FRIEDMAN, CONTRACT LAW IN AMERICA (1965); DAVID W. SLAWSON, BINDING PROMISES: THE LATE 20TH CENTURY REFORMATION OF CONTRACT LAW 12-16 (1996); PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979). וראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א, 32-43 (1991); איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 169-179 (1990); מנחם מאוטנר "פרסאוס ושלוש הנשים הזקנות של דיני החוזים" עיוני משפט לא 489, 491 (2009); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 443-429 (2019).

5 HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW 100 (1861)

6 ראו רות ד 7: "וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה לקדם כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו". זהו "קניין הסודר", או "חליפין", או "קניין" סתם. על מקורותיו, על משמעות שמותיו השונים ועל דרך פעולתו של קניין הסודר ראו אסמכתא, לעיל ה"ש 1, עמ' 280 ואילך. דבר זה אינו מענייננו כאן.

7 "קצצה" אף היא משמעה "הסכמה", ראו **משפט ופעולה**, לעיל ה"ש 2, בערך "קצץ".
8 משנה, קידושין א, ב-ו. ראוי להדגיש ולהזכיר שההבטחה נתפסת כאן כדרך קניין, ככל דרכי הקניין האחרות, הנזכרות בברייתא, שעליהן יש להוסיף גם משיכה, הגבהה ומסירה, הנמנות במשניות של פרק ראשון במסכת קידושין. על ידי ההבטחה ייקנה הנכס, או תושלם ההתחייבות, בבוא המועד שנקבע לכך.

של הכסף, השטר והחזקה ולא נדחתה מפני דרכי הקניין הללו, ה"מוחשיות" והממשיות יותר שבאו לאחריה.⁹

כללי הפסיקה של ההלכה קובעים, שבמחלוקת שבין רבי יוסי לרבי יהודה ההלכה היא כרבי יוסי,¹⁰ כלומר שאסמכתא, היא ההבטחה, קונה. ואומנם כך גם הייתה ההלכה הנוהגת עד למהפך שהנהיגו רבא ורב נחמן, כשקבעו – מטעמים שלא נתגלו במפורש – שההלכה תהיה כרבי יהודה, כלומר שאסמכתא לא קניא, דהיינו שההבטחה אינה בת תוקף.¹¹ כאן התגלעה מחלוקת נוספת: היו שאמרו, שהיקף ההלכה של רבי יהודה הוא רחב, וכל אסמכתא אינה קונה. היו שאמרו שרק הבטחה התלויה בתנאי איננה קונה, והיו שאמרו שאסמכתא קונה כשנסיבות נתינתה מראות שיש למבטיח סמיכות הדעת המספקת להתחייב, ואילו כשהנסיבות מצביעות על כך שסמיכות דעת כזאת איננה מצויה אצל המבטיח – אזי האסמכתא לא תקנה.¹² החכם שנקט את הדעה האחרונה הוא האמורא רב פפא שאמר (בבא מציעא טו, ע"ב): "האי אסמכתא – זימנין קניא וזימנין לא קניא" [= זו האסמכתא – לעיתים היא קונה ולעיתים אין היא קונה]. רב פפא מציין נסיבות שונות, שמהן יש המגלות סמיכות דעת מספקת לעשות את העסקה, ויש אחרות שאינן מגלות סמיכות דעת כזאת. מובן שבכך הוא פסק, עקרונית, שההבטחה קונה ככל הקניינים המופרים, כדעתו של רבי יוסי, אלא שבמקרים של היעדר סמיכות הדעת אין היא תקפה. אבל רב פפא באמת לא הגדיר בכך דבר, שהרי פשיטא שגם כל מעשה משפטי מופר אחר כלשהו שלא נעשה בסמיכות הדעת המספקת אין לתת לו תוקף; והבטחה הרי אינה שונה מכל מעשה משפטי אחר.¹³

- 9 ראו בבלי, קידושין כב, ע"ב: "תניא: אף בחליפין", כלומר, שקניין הסודר נותר במקומו והוא נוסף על הדרכים האחרות.
- 10 ראו בבלי, עירובין מו, ע"ב: "אמר רבי יעקב בר אידי אמר רבי יוחנן: ... – הלכה כרבי יוסי". ואף שאין זה כלל גורף, כמוכח שם בסוגיית הגמרא, מכל מקום, כאמור לעיל, עמדתו של רבי יוסי בוודאי משקפת שלב מוקדם בעניין תוקפה של ההבטחה. וכך באמת היה בעולם העתיק – הבטחות צריך היה לקיים, ראו ברכיהו ליפשיץ "הבטחה – בין דין התלמוד לבין הדין הפרסי" JLA, 19, 183 (2011); ספר היובל לפרופ' ניל הכט (החלק העברי).
- 11 ראו ברכיהו ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה?" משפטים כה 161-179 (1994).
- 12 ראו סיכום קצר במאמרי, "מהותה של ההבטחה", לעיל ה"ש 1.
- 13 רב פפא איננו מנסה להסביר כלל כיצד יכולה להיות מחלוקת קוטבית בין רבי יוסי לבין רבי יהודה בכל אותם מצבים המתוארים כאסמכתא, ומדוע יש בכלל מחלוקת בעניין פשוט כל כך, שלכאורה על הכול להסכים עליו והוא מצוי בכל עסקה שהיא. גם לאחר שעמדנו נדחית בתקיפות בציטוט דעתו הגורפת של רבא, נותרה דעתו חיה וקיימת, כפי שנראה עוד להלן. וראו להלן ה"ש 53, שבמקרים מסוימים גם רבא, הסבור שהלכה כרבי יהודה שאסמכתא אינה קונה, יעלה את הטענות של היעדר סמיכות הדעת, כפי שראוי לעשות במקרים המתאימים.

בדרך כלשהי, שהתבארה בחיבורי אסמכתא, גברה למעשה הדרך האחרונה, הסבורה שאסמכתא קניא, אף על פי שמן הבחינה הטכנית נקרא הדין הזה אצל רוב הפוסקים דווקא "אסמכתא לא קניא"! זוהי אפוא פסיקה בעלת אופי "חתרני", הבאה לכבוש את המלכה בביתה. כל הפרשה הזאת יצרה מבוכה רבתי בסוגיה זו, ומשמשות בה כל הדעות וכל העמדות והכול מנסים ליישב את אלו עם אלו; כך נוצרו יצורי כלאיים רבים, שקשה מאוד להסבירם.

בין כך ובין כך, (כמעט) הכול ממשיכים לסבור גם כיום שהפגם שיש באסמכתא הוא פגם מפגמי סמיכות הדעת, הקשור בהבטחות שנעשו בנסיבות מסוימות הגורמות לפגם זה. מן הבחינה העיונית, נסיבות אלה הן בעלות חשיבות משנית טפלה בלבד, וכמותן יש, כמובן, גם נסיבות רבות נוספות. מטעם זה אין פרשת האסמכתא נבחנת עוד מן הפן העיוני המהותי האפשרי שלה, כי לשיטה זו אין עוד טעם מהותי כזה; וגם אין הדין בסוגיות הנראות ללומדים כעוסקות בפגמים אחרים של הדעת נקשר בפרשת האסמכתא, והן נקשרות לנסיבות שונות המחוללות אפשרות לפגמים מפגמי הדעת. אך נראה שדווקא מטעם זה גופו סוגיות שיש בהן הנמקה שמתחום היעדר סמיכות הדעת ראויות לבחינה מחודשת לאורן של מסקנותיי שלי בסוגיית האסמכתא, שמא בדרך בחינה זו, וכשהן מוארות באור זה דווקא, יתגלו אף בהן פנים חדשות ומקוריות. זהו עיקר תכליתם של הדברים הבאים.

לרשימה זו יש גם מטרה נוספת, צנועה יותר, והיא להעלות גם את שאלת היחס שבין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי בסוגיית העושק, כמו גם בשאלה הכללית הנוגעת ליחס זה ולערכים ולתפיסות היסוד העומדים ביסודם של דיני החוזים בכלל ושל הלכות העושק בפרט, ואת דרך ההשוואה במשפט. שאלה זו תידון בסוף המאמר, לאחר שתתברר במלואה יריעת מה שנחשב כחווה העושק במשפט העברי.

ב. המשפט העברי

המשפט העברי אינו דן בסוגיית העושק, כפי שהיא מוגדרת בחוק הישראלי בכל פרטיו, וכפי שהדבר יתפרש עוד להלן. כרגיל, יש כמה סוגיות הדנות בנושאים משיקים, שבמידה מסוימת יכולים להיות דומים לחלק מן הפנים שבסוגיית העושק, דהיינו במקרים שבהם עומד אדם בפני נזק לגופו ולמומו והוא מתקשר עם אחר בהסכם להציל את גופו את מומו, המעניק לאחר יותר ממה שיוכל לקבל עבור מעשה זה בנסיבות שאינן של מצוקה. גם סוגיות התלמוד עוסקות בכך.

כדי לחשוף את עמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו, כמו גם בכל סוגיה אחרת, אנו נאלצים לעמוד כדי לרדת אל השיתין של סוגיות התלמוד, אך אף שהתהליך איננו קל, זו אומנות ששכרה בצידה. נעבור אפוא לעיון במקורות עצמם.

1. טענת השטאה

I סוגיית בבא קמא קטז ע"א

המשנה מלמדת:

זה בא בחביתו של יין וזה בא בכרו של דבש; נסדקה חבית של דבש, ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו – אין לו אלא שכרו.¹⁴

14 בשאלה מהו השכר הנזכר כאן ראו משנה, בבא מציעא ב, ט: "היה בטל מסלע, לא יאמר: תן לי סלע, אלא נותן לו שכרו כפועל בטל. אם יש שם בית דין – מתנה בפני בית דין. אם אין שם בית דין – בפני מי יתנה? – שלו קודם". יש שגרסו "כפועל" בלבד, אבל הברייתא שהובאה שם (לא, ע"ב) גרסה "כפועל בטל". וראו השלמותיו של ר"ח אלבק, שם, בעמ' 419-420, ובדברי שאול ליברמן **תוספתא כפשוטה** בבא מציעא 168 (תשמ"ח): "אתה משתתף עמו ומשלם לו שכר בעד הטעינה, ולא כפועל בטל, אלא שכר גמור כפועל", והפנה לפרישה בטור חושן משפט, סימן רסו סק"ג: "דצריך ליתן שכר הראוי ... למעבירו בנהר כיון שעשה לו מלאכה מדמך בני אדם לשכור עליו פועלים וליתן להם שכרן". ובסימן רסד, סק"ב כתב בעל הפרישה: "אין לו אלא שכרו כפי מה שנותנים לפועל בטל להציל חמור". ובטור, שם, כתב: "הניח אבירתו והחזיר של חבירו – אין לו אלא שכרו הראוי לו". האם אפשר לזהות "שכר ראוי" עם שכר כפועל בטל? וראו תשובת רבנו גרשם שהובאה בשיטה מקובצת לבבלי, בבא קמא קטז, ע"ב, ד"ה "וכתב ה"ר גרשם ז"ל": "ואי איכא דקשיא ליה הא דתנן גבי השב אבידה... אלא נותן לו שכרו כפועל בטל, דמשמע דאין משלם לו דמי יינו אלא שכרו בלבד"; לכאורה זיהה בין "שכרו כפועל בטל" לבין "שכרו", ו"בטל" הוא לשון פירוש. וראו גם משנה בבא מציעא ה, ד: "אין מושיבין חנוני למחצית שכר... אלא אם כן נותן לו שכרו כפועל". ואילו בתוספתא, שם, ד י"א (מהדרות ליברמן 83): "המושיב את חבירו בחנות למחצית שכר, הרי זה נותן לו שכרו כפועל בטל, דברי רבי מאיר... רבי שמעון אומר: נותן לו שכרו משלם" וראו **תוספתא כפשוטה**, שם, בעמ' 199-200: "ובבבלי (בבא מציעא) סח ע"א (הסוגיה שם דנה לעניין ריבית): תנא כפועל בטל. ובכמה נוסחאות מפורש במשנתנו: כפועל בטל", ובציוניו הנוספים, שם. כאן מתבקש פירוש זה, שהרי רבי שמעון מפרש "שכרו משלם" (שהוא ניסוח, הבא בכמה וכמה מקומות לציין את השכר המלא. אם כן, "שכרו" יכול להתפרש לכאן ולכאן לפי ההקשר). וראו שיטה מקובצת לבבלי, בבא מציעא סח, ע"א בשם רבנו ברוך: "ושכרו כפועל" – לא דווקא, אלא אפילו דבר מועט, רק שלשם שכר ייתן לו, ומותר דתניא: כמה הוא שכרו? בין מרובה בין מועט, דברי רבי מאיר וכו'. בין רבי מאיר ורבי יהודה אין ביניהם אלא לשם שכר". רבנו ברוך יכול היה לפרש כך משום שגרס "ושכרו כפועל" סתם. כלומר, הדגש איננו על גובה השכר אלא על היותו כפועל. וראו שו"ת הרי"ף, סימן קטע, ורש"י לבבא מציעא סח, ע"ב, ד"ה "רבי יהודה". וראו תוספות ד"ה "ונותן", שם (ובמהר"ם ש"ף על דבריהם). וראו גם שמא י' פרידמן **תלמוד ערוך: פרק השוכר את האומנין: הפירושים** 61-63 (1990).

בתוספתא, בבא קמא י', כו (מהדרות ליברמן 56) שנינו: "פורק זה עציו והציל פשתנו – נותן לו שכרו דמי השבת אבידה. ואם אמר לו על מנת שאטול דמי שלי מתוך שלך – חייב ליתן לו". שאול ליברמן **תוספתא כפשוטה** בבא קמא 127 (תשמ"ח), כתב: "במשנתנו הנ"ל: אין לו אלא שכרו, ומפרשת התוספתא ששכרו כאן פירושו שכר משיב אבדה, והוא כפועל

ואם אמר: אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי – חייב ליתן לו.
שטף נחל חמורו וחמורו חבירו, שלו יפה מנה [=מאה] ושל חבירו מאתים,
והניח זה את שלו והציל את של חבירו – אין לו אלא שכרו.

ואם אמר לו: אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי – חייב ליתן לו.¹⁵

הנסיבות המתוארות במשנה הן ללא ספק כאלה שבהן הניזוק נתון בדחק מפני ההפסד הכספי הגדול שיכול להיגרם לו ולכן נתון הבעלים במצוקה,¹⁶ אלא שיש לשאול איך משפיעות נסיבות אלה על העסקה ובאיזו דרך. דבר זה אינו בא לידי ביטוי בהלכות שנקבעו במקרים השונים המצוינים במשנה. סוגיית הגמרא עוסקת בפירושה של המשנה:

1. "אם אמר לו אציל את שלך" וכו': אמאי? ונימא ליה [=ולמה יתחייב לשלם לפי התחייבות? יאמר לו (בעל הדבש או בעל החמור היקר יותר)]: "משטה אני בך"!
2. מי לא תניא [=האם אין היא שנויה]: הרי שהיה בורח מבית האסורין, והיתה מעבורת לפניו. אמר לו [הבורח לבעל המעבורת]: תול דינר והעבירני – אין לו אלא שכרו, אלמא אמר ליה [=משמע שרשאי הבורח לומר לו] משטה אני בך, הכא נמי לימא

בטל. ובח"ד (=חסדי דוד) מגיה: שכרו ודמי השב אבדה. ואין להגיה". הרי שפירשו את "בשכרו" לפי העניין. וראו רא"ש לבבא מציעא פ"ב, סימן כח: "אם הוא עסוק במלאכה, והניח מלאכתו – שמין כמה אדם רוצה לפחות משכרו ויניח מלאכתו לטרוח בהשבת אבדה זו ובפריקה, ונותנין לו עד כדי דמי אבידה". דבריו נראים להיות פירוש לדברי התוספתא: "שכרו דמי השבת אבידה", כלומר, "נותנין לו שכרו [עד כדי דמי השבת אבידה]". וראו להלן בנוסח הברייתא שבאה בסוגייתנו. על מי שהתבקש לדון דין בין שניים ודרש מהם דמי בטלתו המוכחת, ראו בבלי, כתובות קה, ע"א. וראו פירוש המשנה לרמב"ם בכורות ד, ו: "ואם נוטל הדיין את השכר משני בעלי הדין כאחד, בידיעת הרבים, ונוטל שיעור מה שמבטלים אותו ממלאכתו בלי תוספת, והדבר גלוי ומוכח... הרי זה מותר ורשאים לעשות כך" ראו גם דבריו של הרמב"ם במשנה תורה, הלכות סנהדרין פרק כג, הלכה ה: "כל דיין שנטל שכרו לדון – דינו בטלים, והוא שלא יהיה שכר הניכר. אבל אם היה עוסק במלאכתו ובאו לפניו שניים לדין ואמר להם: תנו לי מי שיעשה תחתי עד שאדון לכם, או תנו לי שכר בטילתי – הרי זה מותר. והוא שיהיה הדבר ניכר שהוא שכר הבטלה בלבד בלא יותר". פשיטא שהעניין שם שונה מזה שלפנינו בטעמו, אבל מבנה הדברים שווה: אין ליטול יותר משכר הבטלה מכיוון שהדבר אסור או שאין לו בסיס משפטי. במשנה זו יש, לכאורה, הבחנה ברורה בין "אין לו אלא שכרו" לבין "נוטל שכרו משלם", שהוא גבוה מ"שכרו" סתם. בהמשך הדברים תוצע אפשרות פירוש נוסף לכך. ראו גם הגהות מיימוניות, תשובות השייכות לספר נזיקין, הלכות גזילה פ"ב ה"ז (מהדורת פרנקל קצו), דיון בשאלה מה גובה שכרו של שדכן או של מתווך אחר: אם הדבר דומה לספן שולה הדגים או לספן הרגיל. ונראה שהרוכב הסכימו שהדבר תלוי בנוהג באשר לגובה השכר של מומחים שונים. וראו שם דיון גם בעניין בעיית האסמכתא.

15 משנה, בבא קמא י, ד.

16 החוקרים שניסו לדמות את סוגיית הגמרא לחוזה העושק שבחוק הישראלי (ראו להלן), התעלמו מן התנאים הנוספים הבאים בסעיף ושלכאורה אינם באים בסוגיית התלמוד.

- ליה משטה אני כך [כאן גם כן יאמר לו] (בעל הרבש או בעל החמור למציל) "משטה אני כך"?
3. הא לא דמי אלא לסיפא [=אין זה דומה אלא לסיפא של אותה ברייתא]: ואם אמר לו [הבורח לבעל המעבורת]: טול דינר זה בשכרך והעבירני – נותן לו שכרו משלם.
4. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא [=מה שונה הרישא (שפטור) ומה שונה הסיפא (שחייב)]?
5. אמר רמי בר חמא: [=בסיפא מדברים] בצייד השולה דגים מן הים, ואמר ליה: אפסדתני כוורי בזוזא [=אמר לו] (בעל המעבורת, העוסק בדייג): הפסדת לי דגים בזוז.¹⁷
- לאחר מכן עוברת הסוגיה להסביר את הצורך במתן שתי הדוגמאות שבאו במשנה, הזהות לכאורה זו לזו, והיא מיישבת את הקושי.¹⁸
- אנו נעסוק באותו חלק של הסוגיה החשוב לענייננו.
- בנייתה של הסוגיה נעשית על ידי (1) הצגת התמיהה כלפי הדין השני שבחלקה הראשון של המשנה, דהיינו, זה הקובע שאם הייתה הסכמה לשלם למציל את הפסדו הממשי, ולא רק את שכרו הרגיל, הפחות מזה, על המתחייב לשלם בשיעור שבו התחייב. והתמיהה היא מדוע לא יוכל המתחייב לטעון טענת "משטה הייתי כך" ולא התכוונתי להתחייב בהתחייבות גבוהה זו וכל מה שרציתי היה שתציל את הרבש שלי בתמורה לשכר המתקבל על ידי מי שמקבל על עצמו מלאכה זו בדרך כלל. לאלה שהעלו אותה בסוגיית הגמרא טענה זו נראית פשוטה וכמעט מובנת מאליה; בנסיבות של מתן ההבטחה המופרזת מצויה הנחה אפשרית התומכת בטענת השטאה.

17 בבלי, בבא קמא קטז, ע"א.

18 וצריכא [=וצריך להשמיענו את הדין הזה בשני המקרים]: דאי אשמעינן קמייתא [=אם היה התנא משמיענו רק את הדוגמה הראשונה, העוסקת ביין וברבש] – התם הוא דכי פירש יהיב ליה דמי כוליה משום דבידים קא פסיד [=שם, כשפירש, נותן לו דמי הכול כי שבר המציל בידיו את כרו כדי להציל את הרבש], אבל הכא [=בסיפא] דממילא [=שממילא טבע חמורו, כלומר – שלא על ידי מעשה של בעל החמור] – נימא [=נאמר ש] אין לו אלא שכרו. ואי אשמעינן סיפא [=ואם היה משמיענו רק את הסיפא] – הכא הוא דבסתמא [=כשלא אמר דבר] אין לו אלא שכרו משום דממילא, אבל התם [=שם] דבידים – אימא – אפילו בסתמא יהיב ליה דמי כולה [=אמור, שאפילו בסתם נותן לו דמי כל החבית]. צריכא. סתם התלמוד מעלה הבחנות אפשריות שונות בין המקרים, שאולי היה לסבור שיש לקבוע באמצעותן הוראות שונות באותן נסיבות, והוא סבור שציון שני המקרים בא כדי לשלול אפשרות זו. אכן, הטעם האפשרי לשלול פיצוי מלא במקרה של חמור שטבע כשלא אמרו דבר, כי מותו של החמור בא ממילא, או האפשרות שאפילו בפירש יוכל בעל החמור הניצול לשלם רק את שכרו, אלו דברים שאינם ברורים דים, והם מלמדים על סיבוך אפשרי. מכל מקום, בסופו של דבר הדין דומה בשני המקרים, ולתנא מותר גם לְשנות שתי דוגמאות להלכתו גם בלי להירדש למצוא חידוש שיש בכל אחת מהן.

לתמיכה לכאורה בקבילותה של טענה זו הובאה ברייתא (2), שברישא שלה היא פוטרת את מי שברח מבית הסוהר והבטיח לבעל המעבורת שפגש לשלם לו דינר בעד העברתו את הנהר. הסכום שהובטח גבוה מן השכר הרגיל לשירות זה, והבורח פטור מלשלם אותו כי הוא יכול לטעון טענת "משטה הייתי כך".

אך ההיסק בדבר טענת ההשטאה שעולה בפסקה (1) איננו מובן מאליו כלל וכלל, וגם האפשרות להעלות טענה זו אינה עולה באופן פשוט מן הברייתא (2), שאיננה מנמקת במפורש את הפטור מן התשלום שניתן לבורח. הנסיבות הנמסרות לנו על ידי הברייתא והמשנה הן מינימליות. אין אנו שומעים על מידת הסכנה שנתון בה הבורח, איננו יודעים אם היה משא ומתן בין הבורח לבין בעל המעבורת שבעקבותיו התחייב הבורח מבית האסורים בסכום גבוה מן השכר הרגיל של בעל המעבורת להעברת הנהר (או משא ומתן של בעל הדבש ובעל היין שבמשנה), וכדומה. תפיסה מינימליסטית ראויה של דברי הברייתא תנקוט שמה שנמסר לנו על ידיה הוא מכוון, ואפילו היו נסיבות נוספות שהביאו למתן ההבטחה המופרזת – די כמה שנמסר לנו כדי להבין מדוע יתחייב אדם לסכום שהוא גבוה מן הדרוש, ובכך גם די כדי לקבוע מה דינה של ההתחייבות הזאת. כל השאר הוא תוספת פירוש על דין המשנה ועל דין הברייתא, ולכן מותר להציע להן גם פירושים אחרים, וכך ייעשה להלן.

יתר על כן: אפילו נניח את ההנחה הקיצונית יותר, דהיינו שהבורח היה נואש מאוד, ובעל הסירה ניצל את מצוקתו, מדוע נניח שהבורח שיטה בו? והלא עור בעד עור, וכל אשר לאיש ייתן בעד נפשו? כך הוא הכלל שנקבע בגמרא, ש"תליוהו וזבין – זביניה זביני"¹⁹, כלומר מי שתלו אותו עד שהסכים למכור את שדהו – ממכרו ממכר, ואין אנו אומרים ששיטה באַנס במכירתו; אדרבה, אנו סבורים שבשל אונסו ובשל המעות שקיבל גמר והקנה בדעת המספיקה לחולל קניין תקף; ואפילו סימנים מסוימים שהיו יכולים ללמד על היעדר סמיכות הדעת אינם מספיקים לכך.²⁰ מדוע אפוא לא יהול הכלל הזה גם בענייננו? האם יש חשיבות לשאלה כיצד נגרם האונס, כלומר הנסיבות העוללות לגרום לו הפסד כספי או גופני? האם יש חשיבות לכך שהאונס בא מידי אדם,

19 כבלי, בבא בתרא מז, ע"ב; מח, ע"ב.

20 כבלי, בבא בתרא מח, ע"ב. ראו Benjamin Porat, *Coercion and the Principle of Justice in Contract Law: A Philosophical-Legal Study in the Subject of talyuhu vezabin'*, 22 DINE ISRAEL 49 (2003); הנ"ל, בנימין פורת "חוזים בכפייה וצדק מהותי: עיון בספרות השו"ת" **משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם** 89 (2016). כך אנו אומרים גם כמי שכוּפּים אותו לגרש את אשתו, שאפילו מלקים אותו "עד שיאמר רוצה אני", ראו על כך מאמרי, ברכיהו ליפשיץ "סוגיות בטיב גיטין וקידושין" **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון** 527 (אריה אדרעי ואח' עורכים, 2018). יצוין, שטענת השטאה יכולה לעלות בנסיבות רבות ושונות היכולות להצדיק אותה, גם במקרה של מי שתובע את חברו והאחרון מודה בטענתו, כביכול. ראו עוד להלן.

או מתאונה, או אפילו ממעשיו שלו? לכאורה, אין מקום להבדיל בין המקרים; רצונו להינצל צריך להכתיב לו את הסכמתו אם יקבל את התמורה לכך.²¹

אומנם לטיעון זה אפשר להתנגד ולומר, שטענת השטאה יפה רק כנגד עסקה שטרם הושלמה. בסוגיית כבא בתרא הנוכרת, שבה הושלם המקח, אכן אין אנו שועים לטענת אונס, ובוודאי שלא נשעה לטענת השטאה, וזאת מן הטעם שהשלמת העסקה מלמדת גם על השלמת סמיכות הדעת הנדרשת לכך.²² ואילו בסוגיית הבורח מבית האסורים, אף שהעסקה תקפה, ובעל המעבורת כבר מילא את חלקו וכעת על הבורח לשלם לו את שכרו, מכל מקום העסקה עדיין לא הושלמה לחלוטין מצידו של הבורח על ידי מתן המעות בשכרו של בעל המעבורת, ולכן יכול הוא להעלות כעת טענה זו;²³ אילו היה גם משלם כמובטח – טענת ההשטאה לא הייתה נשמעת עוד וכספו לא היה מושב לו.

21 אך ראו להלן, דברי הר"י מיגאש, שבסמוך לה"ש 29.

22 ראו דברי המאירי בחידושי על אתר, ד"ה "מי שהיה": "ואם פרעו קודם שיעבור, אף הראשונה אין כופין אותו להחזיר לו כלום. ויש פוסקים, שאם רצה זה – תובעו לדין ומחזיר כל שיש שם יתר על שכרו". ראו גם דברי רבנו יהונתן, שהובאו בשיטה מקובצת, שם, ד"ה "מי לא תניא": "שאם נתן לו מידו לידו קודם שייכנס במעבורת דינר זהב, שוב אינו יכול לומר לו משטה אני כך כיוון שפרעו. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא: כלומר, מפני שזכה בדינר זה מיד לא יוכל לערער עליו, והלא נתאנה ולמה לא יחזור בוז ומשני [=ותירץ], דאין שם אונאה כלל". [ההשוואה לדין האונאה מלמדת על כך שרבנו יהונתן מוכן להחיל את הדין הזה גם כשהייתה ידיעה של המתאנה בדבר ההפרש שבין מחיר השוק לבין זה שהוא נדרש לשלמו (או לקבלו)]. ראו בנימין פורת "דין הונאת מחיר: יסודותיו, עקרונותיו וערכיו" כתר ד' 281 (תשס"ד). החכם הפרובנסאלי, בעל החידושים המיוחסים לריטב"א לקידושיין ח, ע"ב, ד"ה "ושמעין", כתב: "ומכאן ללוקח סמנין הרבה בדמים יקרים מפני חולי הדוחק, דלא מחייב אלא בדמיהן, וכן כל כיוצא בהן", וכאן כבר נגמר המקח וכבר ניתנו הדמים. ושם בד"ה "לעולם" כתב במפורש (ודבריו הובאו בקצות החושן, סימן רסד סק"א, ובנתיבות המשפט, שם, ס"ק ח): "הא ודאי קציעה [=הסכמה] מתוך הדחק לא שמה קציעה, ואפילו נתן לו הדמים – חוזר וגובה אותם ממנו, והכי מוכח ביבמות". אבל בסוגיית החליצה בבבלי, יבמות קו, ע"א אין המדובר בהחזרת הדמים שכבר ניתנו, אלא על אי נתינת הדמים שהובטחו, ונראה שהראיה משם היא רק על עצם האפשרות לטעון טענת השטאה; ההיסק וההכללה המתבקשות נעשו. ראו גם בית הבחירה למאירי, בבלי, יבמות קו, ע"א, ד"ה "אף לענין", שנקט גם הוא לשון זו, שכנראה הייתה לשון המהלכת בפרובאנס.

לפי סעיף 61ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הוראות החוק חלות גם על פעולות משפטיות שאינן חווה. מכאן שסעיף העושק יחול גם על עסקות שהושלמו. וראו דויטש, להלן ה"ש 75; שחר ליפשיץ "Oppressive-Exploitative Contracts", להלן ה"ש 75, בעמ' 436, הע' 44.

23 זוהי עסקה של "מכר בלתי מושלם". להבחנה בין עסקה כזאת לבין עסקה ריאליית שכבר הושלמה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א' 7-8, 12 (1991).

ייתכן למצוא בסיס לטיעון זה בלשון הברייתא עצמה. הרישא אומרת: "אמר לו: טול דינר והעבירני – אין לו אלא שכרו", ואילו הסיפא נוקטת לשון זו: "ואם אמר לו טול דינר זה בשכרך והעבירני – נותן לו שכרו משלם". האם הלשון "דינר זה", שבסיפא,²⁴ בהבדל מ"דינר" סתם שברישא, יכולה להתפרש כאומרת שהוא נותן לו מייד את הדינר המסוים ("זה") בשכרו המוסכם, ולכן זו עסקה שהסתיימה ואי אפשר עוד לערער עליה, בעוד ברישא אין זו אלא הבטחה לשלם לאחר ההעברה? הלשון "טול" יכולה, כמובן, להתפרש כמציינת הן זמן הווה והן זמן עתיד.²⁵

ההבחנה בין עסקה גמורה לבין זו שאיננה גמורה היא הבחנה אפשרית, ואף על פי כן היא הבחנה חיצונית, שאיננה אוצרת כוח להסביר מהו ההבדל המהותי שיש בין המקרים. סוף סוף, הרי העסקה נגמרה שלא ברצון. הנסיבה הזאת של השלמת המקח איננה עולה בסוגיית בבא בתרא מז, ע"ב, הנזכרת כטעם לתקפותה של עסקת מכר שנגמרה באונס, ולכאורה די באונס ובקבלת המעות כדי להוכיח את מידת הרצון הנדרשת לכך.²⁶ ומאידך גיסא, מתנה גמורה שניתנה באונס ניתנת לביטול על אף שהעסקה הסתיימה. כדי לבטל את העסקה המוגמרת דרושה "מודעא", שהיא הודעתו של המוכר בפני עדים המכירים באונסו והיודעים שרק בשל כך "הסכים" לעסקה.²⁷ מדוע לא נניח זאת גם במקרה של

24 כבכל כתבי היד. בכ"י בודפשט יש רווח במקום "זה". כפי שנראה להלן, נראה אומנם שלא זו הסיבה להבדל שיש בין הרישא לבין הסיפא.

25 ראו מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כג: "אם אמר לו הצל את שלי ואני אתן לך שכרך, דאם לא הציל אינו נותן לו כלום, שהרי גילה דעתו דלא יתיב אלא לאחר שיציל". הכותב מדבר במי שנקט לשון ברורה של עתיד, והדברים יפים גם לעניין הלשון הננקטת בברייתא. ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רסד סעיף ה: "ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חברו, הואיל והבעלים אומרים לשלם לו" (בשם הרא"ש). והשוו תוספתא, דמאי ה, יד (מהדרות ליברמן 89): "אומר אדם לחבירו ולפועליו, צאו ואכלו בדינר זה, צאו ושתו בדינר זה, ואינו חושש לא משם מעשרות, ולא משם שביעית ולא משם יין נסך. אבל אם אמר, צאו ואכלו את הככר, ואני אתן את דמיה, צאו ושתו רביעית ואני נותן דמיו, הרי זה חושש משם שביעית ומשם מעשרות ומשם יין נסך", וראו במקבילות שציין ר"ש ליברמן, שם, ובתוספתא כפשוטה, זרעים 256. כשאומר "דינר זה" משמע ש"נתן להם מעות, ומה שירצו יעשו בהן" (ר"ש ליברמן, הביאור הקצר, שם). כאן ההבחנה היא באמת זו שבין עסקה גמורה לבין התחייבות לתת (הלשונות "ואני אתן" ו"אני נותן" מתחלפות, ראו חיה"נ, שם).

26 על השאלה מה ייחשב נתינת מעות, אם מייד או אף לאחר זמן, ראו חירושי ר' יוסף מיגאש לבבא בתרא מח, ע"ב, ד"ה "ואיכא נוסחי". על גובה הסכום במכר ובקידושיין ראו מה שדן הרשב"א בחידושו, שם, ד"ה "דהא אשה".

27 ראו בבבלי, בבא בתרא מ, ע"א. וראו לאחרונה ניר ורגון **מודעה וביטול מודעה והשתקפותם בשטרות** (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר אילן – המחלקה לתלמוד, תשע"ח).

הבורח?²⁸ דבריו הבאים של ר"י מיגאש שם מקשים יותר על ההבחנה בין המקרים:

לעניין זבוניה האי ארעא – אונסא דנפשיה הוא, ולא אכפת לן אי גמר לאקנוי או לא. כדאמרינן: 'שאני אונסא דנפשיה', דאלמא אונסא דאחריני הוא דבעינן עד דגמר ומקני, אבל אונסא דנפשיה לא איכפת לן אי גמר ומקני או לא, ואף על גב דאניס – זביניה זביני [=לעניין מכירת קרקע זו – אונס של עצמו הוא, ולא אכפת לנו אם גמר בדעתו להקנות אם לא. כמו שאנו אומרים... שבאונס שעל ידי אחרים אנו צריכים שיגמור בדעתו ויקנה, אבל באונס שעל ידי עצמו לא אכפת לנו... ואף על גב שהוא אונס – ממכרו ממכר].²⁹

כלומר, באונס שנגרם לו על ידי עצמו ולא בידי אחרים – די לנו בהסכמה הנאמרת והנעשית כלפי חוץ כדי לתת תוקף לעסקה, ואין אנו צריכים לרצונו הפנימי המלא! האם אין זה כך גם בענייננו?³⁰

ולצד שני: אם יש מקום לטענת השטאה ברישא של הברייתא הנ"ל ("טול דינר והעבירני"), מדוע אין היא יפה במקרה שבסיפא ("טול דינר זה בשכרך")? ומה יש בשינוי בלשון – "דינר זה בשכרך" – כדי לכטל את טענת השטאה? ומה יש בהפסדו של בעל חבית היין, שהיה נוצר בכל מקרה, כדי לחייב את בעל חבית הדבש לשאת בהפסד זה ואין הוא יכול להעלות נגד חיובו טענת השטאה?³¹ בכך נעסוק להלן.

28 פגמי סמיכות הדעת השונים וההבחנות ביניהם ראויים לדין נפרד. הראשונים התקשו בהבדל שבין סוגיית בבא בתרא הנוכרת לבין סוגיית "סיקריקון" (בבלי, גיטין נה, ע"ב; בבא בתרא מז, ע"ב), שבה לא תמיד המקח שנעשה באילוץ קיים. וראו חידושי ר' יוסף אבן מיגאש לסוגיית בבא בתרא מח, ע"ב, ד"ה "ובשרה זו", "ואיכא נוסחי", ובמה שהובא בשיטה מקובצת, שם. ושם בסוגייה הבחינו בין "אונסא דנפשיה" ובין "אונסא דאחריני", כלומר, בין אונס הנגרם בידי עצמו לבין זה הנגרם לו בידי אחרים. האם נוכל לומר שבמקרה של הבורח זהו אונס שאחרים אנסוהו להתחייב בסכום הגבוה? הרי בריחתו מבית הסוהר היא שגרמה לו, ובוודאי לא בעל המעבורת הוא שגרם. גם סוגיית "דברים שבלב אינם דברים" (בבלי, קידושין מט, ע"ב; קידושין נ, ע"א) קשורה לענייננו: הרי כוונת השטאה הייתה צפונה בליבו של המבטיח, ולכן היא בגדר "דברים שבלב" בלבד. מדוע, אם כן, אפשר להתחשב בה?

29 בבלי, בבא בתרא מח, ע"ב, סוד"ה "ואיכא".

30 והשוו בבלי, נדרים כח, ע"א: "באומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם. ואע"ג דסבירא לן דברים שבלב אינן דברים – לגבי אונסין שאני". זהו באונס שעל ידי אחרים.

31 טענת השטאה באה בסוגיות נוספות שבתלמוד. בסוגיה בבבלי, גיטין עח, ע"ב, בא מקרה שבו אומר נושה לחייב שיוכל לזרוק את המעות לתשלום החוב לחצרו ולהיפטר מן החוב, וזאת אף שאין הנושה יכול לשמור עליהן. הסוגיה מפרשת מה באה הלכה זו לחדש, והיא אומרת שהיינו סבורים שיוכל הנושה לטעון "משטה הייתי כך", ולכן משמיעים לנו שאין הדבר כן, והחייב נפטר מאחריותו אם נהג כדברי הנושה. סביר לומר, שגם מה שנאמר שיוכל

II סוגיית יבמות קו ע"א

בסוגיה אחת שבמסכת יבמות נוצר קשר ישיר בין סוגייתנו לבין המקרה שנדון שם:

חליצה מוטעת כשירה. אי זו היא חליצה מוטעת? כל שאומרים [לו]:
חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז...

בת חמוה דרב פפא נפלה לפני יבם שאין הגון לה. אתא לקמיה דאביי
| = בא לפני אביי, אמר ליה: חלוץ לה ובכך אתה כונסה. אמר ליה רב
פפא: לא סבר לה מר להא דאמר רבי יוחנן | האם אין אתה סבור כרבי
יוחנן שאמר (שחליצה שניתנה בעקבות אמירה מטעה כזאת פסולה)?
| אמר לו אביי לרב פפא: ואלא היכי אימא ליה | = ואלא איך אומר לו?
אמר ליה | רב פפא, אמור לו: חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז.

לבתר | = לאחר | דחליץ לה, אמר ליה | לו אביי לרב פפא: זיל הב ליה,
דהא קבילת עלך | = לך תן לו מאתים זוז, שהרי קיבלת זאת על עצמך.³²

היה לעלות על דעתנו לא היה באמת עולה על דעתנו, ומכל מקום – סופו של הטיועון
שהוא נדחה והיה כלא היה. בסוגיית סנהדרין כט ע"א, מדובר בהודאת אדם לטענת אדם
אחר שהוא חייב לו סכום כסף. הואיל והנטען איננו חייב להודות – יכול הוא לטעון טענת
השטאה, וכאילו הודה בלשון הפרזה "בוודאי שאני חייב לך". במקרה זה יש אפשרות גם
לפרש כך את דבריו, ואין סתירה בין כוונתו לבין מה שאמר בפיו.

32

בבלי, יבמות קו, ע"א. ופירש רש"י: "ואע"ג דחליצה בהכי לא מיפסלה, מיהו איחייבא
לקיומי תנאה מדינא, כשאר שכירות דעלמא | = ואע"ג שהחליצה איננה נפסלת בכך, מכל
מקום התחייבת לקיים את התנאי שהתנה, כשאר שכירות {פועל} בעלמא. | יש להבדיל בין
תנאי במוכנו החזק, המבטל או הדוחה, לבין תנאי כהתחייבות. | ההבדל בין שתי דרכי
ההטעיה מתפרש שבמקרה השני זוהי התנאה. להלכה אין תנאי בחליצה, והיא תקפה גם
אם לא התקיים התנאי, ראו בבלי, כתובות עד, ע"א. וראו פירוש ר"ח ליבמות קו, ע"א,
באוצר הגאונים ליבמות, עמ' 328: "והיכא שאמר לה על מנת שתתן לו מאתים זוז ולא
נתנה לו כלום, אי נמי על תנאי אחר, ולא נתקיים התנאי – הרי זו חליצה כשרה ופקעה
הזיקה לגמרי". וראו גם במיוחס לריטב"א, קידושין ח, ע"א, ד"ה "לעולם": "אע"ג דבכל
תנאים דעלמא, בנותן גט או מוכר דבר על תנאי אין כופין אתו לקיים תנאו, אלא אם קיים
הוי גט והוי מוכר, ואם לאו – אינו גט ואינו מוכר... הא שאני, דכיוון שאין תנאי בחליצה לא
חשיב הא כתנאי אלא כשכירות ששוכרת אותו שיחלוץ לה בשכר מאתים זוז". ובחידושו
לבבלי, יבמות קו, ע"א, ד"ה "בתר", הביא את פירוש רש"י שהתחייבות היא מדין שכירות
פועלים, שיבח את פירושו, אך הוסיף וכתב: "עדיין צריך להוסיף בזה ובהיא דמעבורת,
כי אע"פ שקצץ עמו שכירות ועשה פועל מלאכתו על פי השכירות ההיא, ובעלמא כי האי
גוונא אינו יכול לחזור בו ויחייב לתת מה שפסק עמו משלם, שאני הכא כי מתוך האונס
פסק. ובהא דהכא, דיבם שאינו הגון לה היה, וכדי שלא תתענג עמו. וכן במעבורת – אנוס
היה, ומחמת האונס פסק, וקציצה באונס כמאן דליתא דמיא ואין לו אלא שכרו". הצורך
בשני הטעמים קשה, ועניין האונס לא נזכר כלל בסוגיה. בבית הבחירה למאירי, יבמות,
שם, ד"ה "ולענין ביאור", שהביא את השאלה הרי ליבם שיחלוץ יש הפסד ש"מפסיד את

אמר ליה [רב פפא]: "משטה אני בכך" עבדה ליה [=עשתה לו].³³ מי לא תנאי [=האם לא שנינו בברייתא]: הרי שהיה בורה מבית האסורין והיתה מעברא לפניו ואמר ליה: טול דינר והעבירני – אין לו אלא שכרו? אלמא אמר ליה "משטה אני בכך", הכא נמי משטה אני בכך [=משמע שיכול לומר לו משטה אני בכך, כך גם כאן (יכולה היא לומר לו) "משטה אני בכך"].

רש"י טרח והוסיף הסבר על הדברים האחרונים:

היבמה", והביא בשם גדולי הדורות (=הרמב"ן), "שאלו היה הגון לה היינו מחייבין אותה מדין שכירות, [שהרי אינה אנוסה, ואינו דומה לבורח]. אלא שאם אין [הגון לה] – החליצה מכל מקום קיימת (שהרי אינה אנוסה, ואינו דומה לבורח), אלא מאחר שאינו הגון לה מצוה עליו לחלוץ והיא נעשית כעין אנוסה, ואין פסידא אצלו, הואיל ואינו ראוי לה, ומתוך כך פטורה אף מדין שכירות". [תיקנתי את הנוסח לפי הנראה מן העניין]. המעיין בחידושי הרמב"ן ליבמות, שם, ד"ה "וראמרין", יראה שאין הוא משתמש באונס כטעם לדברים אלא בדרך אגב לעניין חולה הרוכש תרופות ביותר מכדי שוויין. וראו בדברי הרמב"ן, שם, ד"ה "הא דאמר", שבתנאי רגיל אין התחייבות לתשלום, ואם ירצה ישלם ויתקיים המעשה, ואם לא ירצה ולא ישלם – יתבטל המעשה; זו נחשבת הכפייה במקרה של התנאה, אף על פי שאילו הייתה זו התחייבות שלא בתנאי היא הייתה תקפה וניתנת לאכיפה. והרמב"ן מסביר מדוע בתנאי אין ההתחייבות תקפה: "דבמה נתחייבה היא, שהרי לא נגמר מעשה שביניהם שתתחייב?".

והנה, בעוד בסוגיית הבבלי דידן נוסח התנאי הוא: "חלוץ על מנת שתתן לך מאתים זוז", בסוגיה המקבילה שבירושלמי, יבמות יב, ו (יג, ע"א), יש הבחנה בין שני ניסוחים להתחייבות: "אי זו היא חליצה מוטעת? על דעתיה דרבי יוחנן: כל שאומר[ים] לו: חלוץ, והיא נותנת לך מאה מנה. אמר רבי מנא: אם אמ' על מנת – נותנת". ההבחנה היא בין התחייבות בנוסח סתמי, לבין התחייבות בנוסח תנאי בלשון "על מנת". לדעת רבי מנא, שלא כדברי הבבלי ושלא כהסכמת הראשונים, בניסוח שמן הסוג השני היבמה שחלצו לה חייבת לשלם כפי מה שהבטיחה. לפי מה שהתבאר באסמכתא, לעיל ה"ש 1, בפרק "תנאי ואמנה", המונח "על מנת" משמעו "על אמנת", דהיינו, על הבטחת, וגם על הסתמכות על עניין זה. המעשה כולל מתן גט וגם התחייבות לתת. כמו כן יש בכך תנאי משתמע, שאם לא יינתן התשלום במועד יתבטל המעשה, ככל עסקת מכר. לפירוט ראו גם רמב"ם, משנה תורה, הלכות גירושין, פרק ט, הלכות א-ה. וראו גם מאמרי, ברכיהו ליפשיץ "סוגיות בטיב גיטין וקידושין", לעיל ה"ש 20. ראו גם להלן, בדיון בדברי הגאונים.

יש כאן עירוב לשונות, בין פנייה לרב פפא בלשון זכר לבין הצדקה לטענת "משטה אני בכך" בפי האישה, בלשון נקבה, וראו חילופי הנוסחאות הרבים שצוינו בדקדוקי סופרים השלם לסוגייתנו. וראו בירושלמי, יבמות יב, ו (יג ע"א): "כל שאומר[ים] לו חלוץ והיא נותנת לך מאה מנה" (ראו על כך עוד בהערה הקודמת). וראו סנהדרין כט, ע"א, על טענת "משטה אני בכך". שם המדובר בהודאה ראייתית ולא בהודאה ("אודיאת"). היוצרת חיוב. ראו דברי בעל התרומות ורב סעדיה גאון, שהובאו באסמכתא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264–265. נראה שמשמע זה לא נזכרה סוגיית סנהדרין בסוגייתנו.

כיון דחליצה כשרה היא – משום דינא נמי לית ליה, דכיון דעליה רמי למיעבד ולא בעי, משטה אני בכ עברה ליה [=מכיוון שהחליצה כשרה גם אם נעשתה בהטעיה, גם מן הדין אין לחולץ זכות לקבל את מה שהוכטח לו; מכיוון שמוטל עליו לחלוץ ואין הוא רוצה לעשות כן – יכולה היא לטעון טענת משטה אני בכ].³⁴

רש"י ראה צורך להוסיף טעם לקבלת טענת ההשטאה, והוא שעל היבם מוטלת החובה מן הדין לחלוץ לשומרת היבם, ובגלל שאין הוא רוצה לעשות כן הרי שההתחייבות לתשלום ניתנה תמורת דבר הצריך להיעשות בחינם. אלמלי טעם זה, לא הייתה הטענה מתקבלת. הדברים אינם ברורים: אף אם נניח שהחולץ צריך לחלוץ ללא תשלום, מכל מקום ההתחייבות של האישה היא בלתי תלויה בחיובו של החולץ, והיא באה להוסיף לו זכות לקבל תשלום על קיום החיוב. למה נדרשים אנו לומר שיש חובת עשייה בחינם כדי לשמש בסיס לטענת השטאה, ולא די לנו במצוקה שהיבמה נתונה בה, שאיננה שונה, אולי, אלא בעוצמתה מזו של בעל חבית הדבש, או של הבורח מבית האסורים? האם ניתן את דברינו לשיעורין?

מכל מקום, הואיל ורב פפא מבסס את קבלת טענת ההשטאה על הברייתא של הבורח מבית האסורים, לכאורה צריך למצוא – לשיטה זו – טעם להצדקת טענת ההשטאה, כגון שגם במקרה זה מוטלת על בעל המעבורת חובה להסיע ולהציל את הבורח ללא תשלום. אומנם רש"י בסוגיית בבא קמא קטז, ע"א, העוסקת בבורח, לא פירש דבר בכיוון זה, אבל מצאנו מי שאמרו כעין זאת:

דמצי למימר [=יכול לומר] בעל הדבש: אתה משום מצווה נתכוונת, ולפנים משורת הדין עשית... ושכר מצוות בהאי עלמא ליתא [=ושכר מצוות אין בעולם הזה]. אבל אם הודיעו שלא רצה לעשות לפנים משורת הדין – אלא יקוב הדין את ההר ואבידתו קודמת, ואם ייתן לו דמי יינו – ישפוך יינו, ואם לאו, לא ישפוך – רשאי.³⁵

וכן כתבו חכמי אשכנז:

34 בבלי, יבמות קו, ע"א, ד"ה "הב ליה": "אמר ליה".

35 חידושי רבנו יהונתן לבבא קמא קטז, ע"ב, ד"ה "זה בא בחביתו". וראו עוד בהמשך דבריו. גם המאירי בחידושי לבבלי, בית הבחירה, בבא קמא קטז, ע"א, ד"ה "אמר המאירי", הזכיר את טענת עשיית לפנים משורת הדין. וראו גם בית הבחירה למאירי, יבמות קו, ע"א, ד"ה "מקצת", שדן בשאלה שעלתה בקשר למכירת תרופות ביוקר לחולה שזקוק להן, ונדרשו לה גם הרמב"ן והרשב"א ואחרים בקשר לסוגיית הבורח והיבמה, וטען שאם התחייב החולה לקנותן במחיר הגבוה ממחירן הרגיל עליו לקיים את התחייבותו, "שלא נאמר [הפטור] אלא במי שמצווה עליו בכך מצד גופו, אבל מכל מקום אין אדם מצווה להוציא את שלו לצורך אחרים שמה אף הוא יצטרך להם ונמצא קרח. ועוד, שהרי דברים אלה תלויים בדין ואונאה, שהסממנין כשאר מיני סחורות הן".

השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמוסקין (מאכל כלשהו) לחולה – נותן לו שכרו משלם ככל אשר התנה, מאחר שעשה שליחותו. פירש הרב ר' חזקיה, דדווקא אם היה עוסק במלאכה שהפסיד לו כל כך – אז נותן לו שכרו משלם, אפילו יותר מכדי טרחו הרבה. אבל אם לאו הכי – לא יתן לו רק שכר טרחו, דדמי לבורה מבית האסורין דמצי אמר ליה [=שיכול לומר לו] משטה אני כך. וטעמא, דהוא מסוכן וחייב להצילו וליטול שכר טורחו, והכא נמי מצווה להביא רפואה לחולה. אבל שאר מלאכות [ורוצה לומר, שאינה של מצווה] – חייב לתת לו כל אשר התנה לו.³⁶

יש להעיר על כך שהרב ר' חזקיה נאלץ לומר, שהמצווה להציל היא בתמורה לשכר הרגיל, וזאת בלי ראייה אחרת לכך מלבד מה שמוכח, לשיטתו, מסוגייתנו וממה שמתבקש לפי פירושו.³⁷ לפי זה צריך היה לומר כך גם בסוגיית החליצה המוטעית (יבמות קו, ע"א הנ"ל), ולקבוע שיש לשלם לחולץ הסרבן לפחות את השכר הרגיל, או לפצותו ולו במשהו, ורק על היתר לומר "משטה אני כך". לא כך עולה מסוגיית יבמות. קושייה זו יפה, כמובן, גם על רב פפא עצמו שהשווה בין הסוגיות.³⁸

שחר ליפשיץ "Oppressive-Exploitation Contract" להלן ה"ש 75, בעמ' 439 ואילך, מכנה עמדה זו "עמדה מוסרית", וסבור שהיא מיישבת היטב את הקשיים הנותרים קשים לפי ההסברים האחרים, ובמאמרו "למען נחדל", שצוין בה"ש 75 להלן, מעדיף עמדה זו וממליץ לקבל אותה כבסיס לסעיף העושק שבחוק החוזים הישראלי. ספק אם אומנם כך הוא, וספק אם בדרך זו של ברירת שיטות ראוי לקבוע מהי "עמדתו" של המשפט העברי בסוגיה מסוימת. וראו להלן, בסוף המאמר.

36 מרדכי לבבא קמא, פרק עשירי, סימן קעד. ראו גם הגהות מיימוניות להלכות שכירות, אות ל; שו"ת הרדב"ז, ח"ג, סימן תקנ"ו; ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן שלו סק"א.

37 אך ראו את האמור לעיל בה"ש 14.

38 ועוד יש להעיר על כך, שאם יש מצווה להשיב אבידה, ואבידת גופו גם היא כמשמע (ראו בבלי, סנהדרין עג, ע"א), כי אז אין מקום לחייב את הניצול בתשלום כלל, שהרי אמרו "מה אני בחינם אף אתם בחינם". ראו משנה, בבא מציעא ב, י: "מצוה מן התורה לפרוק, אבל לא לטעון. רבי שמעון אומר: אף לטעון". סוגיית התלמוד, בבלי, בבא מציעא לב, ע"א, הסבירה, שאף שמצווה גם לטעון נחלקו תנאים בכך: "אלא מצוה מן התורה לפרוק בחינם ולא לטעון בחינם אלא בשכר. רבי שמעון אומר: אף לטעון בחינם", והביאה ברייתא השונה כך במפורש, ובדומה בתוספתא, בבא מציעא א, כח (מהדרות ליברמן 71-72). וראו תוספתא כפשוטה, שם, בעמ' 167-168. ואף שבבבלי, בבא מציעא לב, ע"ב, העלו את האפשרות שגם בטעינה ייתכנו נסיבות שבהן יהיה חסרון כיס לבעל הבהמה אם היא לא תיטען, פשוטם של דברים הוא שבטעינה אין משום השבת אבידה ולכן לרבנן יש לשלם שכר לטעון. וראו דברי ר"ח אלבק בהשלמות ותוספות למשנה זו, בעמ' 420, שיש מן התנאים מי שסובר שרק הפריקה היא מן התורה ואילו הטעינה היא מדברי סופרים. וראו דברי הרא"ש לבבא מציעא פרק ב, סימן כח: "חכמים תיקנו ליטול שכר על השבת אבידה כדי שיניח אדם מלאכתו וישיב אבידה. אבל אם הבעלים עומדים שם, לא הוצרכו לתקן

הרמב"ן הביא את דברי בעלי דעה זו, וקושייתו עליהם חשובה:

ויש מי שמפרשים, דטעמא דמתניתין [שטעם המשנה בבבא קמא] משום שחייב הוא להציל משום השבת אבירה, ומשום הכי אין לו אלא שכרו כפועל בטל... ולא מסתברא, דמדמינן לה לחליצה בשמעתין ויבמות קו, ע"א, דהא מכל מקום ליכא עליה [=היבם] חיובא ממש למיחלץ. ולישנא דמשטה אני בכך נמי דיקא הכי כדפרישית [=והלשון "משטה אני בכך" גם כן מדויקת כפי שפירשתי].

כדי להבין את הדבר יש להביא את תחילת הדברים, שם:

קשיא לי [=קשה לי], והא אמרינן התם [והלא אמרנו שם, בבא קמא קטז, ע"א]: "ואם אמר לו טול דינר זה בשכרך והעבירני – חייב ליתן לו, שאמר ליה אפסדתן מיהא" [=מכל מקום], הכא נמי הא אית ליה זכות בנכסים ובגופה של אשה, ואמר ליה: אפסדתן מיהא [=כך גם כאן, הלא יש לו זכות בנכסי האישה ובגופה ויכול לומר: הפסדתני מכל מקום]!

ויש לומר, דווקא ביבם שאינו ראוי לה קאמרינן, דכיוון דמצווה מן התורה בחליצה, דכתיב "ודברו אליו", ורמיא עליה למיחלץ, לא מפסדא מיניה כלום ממאי דחזוי ליה [=ומוטל עליו לחלוץ, מכיוון שאין הוא ראוי לה, היא לא מפסידה לו כלום ממה שראוי לו], הלכך כשהתנית עליו – כיותר מן הראוי לו דמי, ופטורה.³⁹

כיוון שיכול להתנות, ואם לא התנה – הפסיד ולא ייטול שכר על השבתה, אלא כפועל בטל לגמרי יטול, דאנן סהדי דניחא להו לבעלים בהכי". אכן, עדיין צריך עיון, אם השכר הוא רק כפועל בטל, מה הועילו חכמים בתקנתם? הראשונים דנו בכך. בעלי התוספות לכתובות קו, ע"ב, ד"ה "חנן", לדוגמה, כתבו: "ואם תאמר: והא דנתן בהגזול בתרא (בבא קמא קטז, ע"ב) 'שטף נהר חמורו וחמורו חבירו, שלו שווה יפה מנה ושל חבירו שווה מאתיים, והניח זה את שלו והציל את של חבירו – אין לו אלא שכרו'. ואמאי? דמי חמורו היה לו לשלם? והיה רבי רוצה לומר, דמשום הכי אין לו אלא שכרו דמיירי כגון שבעל החמור בפניו, וכי עשו חכמים תקנה. הני מילי שלא בפניו, אבל בפניו – לא. וקשה... על כן נראה לרבי... שלא תיקנו חכמים שיהא חייב לשלם אלא מה שהוא מהנה אותן, ואינו מהנה אותן אלא כדי שכרו, שהרי גם הוא היה מוצא להציל בכדי שכרו. דעל כורחך מיירי שיכול להציל שלא יזכה אותו מן ההפקר". ריבוי הנחות והשערות יש כאן.

חידושי הרמב"ן ליבמות קו, ע"א, ד"ה "ודאמרינן". וראו חידושי הרשב"א ליבמות קו, ע"א, ד"ה "בתר": "ואיהו נמי לא פסיד מידי, דהא לא חזי ליה מינה מידי, והלכך לא יבבה ליה מידי, דכל מה דאתנתיה בהדיה [=שהתנתה עימו] – יותר מן הראוי לו התנתה ופטורה". הרשב"א איננו סבור שליבם יש זכות באישה ובנכסיה, ולכן אין הוא צריך להוסיף דברים כרמב"ן. המעייץ בדברי הרשב"א שם בכל דבריו, יראה שאין הוא מזכיר כלל את טענת ההשטאה, שלא כרמב"ן. ראו עוד להלן.

כלומר, אף שהמצווה לחלוץ כוחה יפה לקבל טענת השטאה, אין היא מצווה גמורה כמו השבת אבדה, שבהתקיים הנסיבות המקימות מצווה זו אין צורך בטענת השטאה. ועוד יש לתהות ולומר: טענת ההשטאה שעלתה בדברי סתם הגמרא בסוגיית בבא קמא קטז הנ"ל באה, ככל הנראה, בהשפעת הדברים המפורשים של רב פפא בסוגיית יבמות,⁴⁰ אבל לשיטת המפרשים שנזכרו הרי שהעיקר – המצווה – חסר מן הספר, הן בסוגיית יבמות הן בסוגיית בבא קמא; לא נזכר בהן דבר באשר למצווה המשמשת, כביכול, בסיס לפטור מתשלום השכר.⁴¹ המפרשים הוסיפו גורם הכרחי זה, לשיטתם, בשתי הסוגיות כדי להסבירן, אך הגמרא עצמה שתקה ולא אמרה דבר בעניין זה. כאמור, טענת ההשטאה באה מחידושו של רב פפא, ואין היא נזכרת במשנה ובברייתא עצמן. כך גם באשר לטענה של קיום המצווה של הצלה, שלכאורה אמורה לפטור את הניצול מכל תשלום. טיעון זה של שתיקת המקורות התנאיים והאמוראיים ממתן הסבר להלכה שאין לו אלא שכרו יפה גם כלפי ההסבר לכך שאין למציל יותר מכדי שכרו, שהואיל והתוספת היא כאונאת מחיר, והמתאנה יכול לחזור ממנה ולא לתת את ההפרש במחיר למאנה, טיעון שהועלה בידי כמה מפרשים,⁴² וכטענתו הנכוחה של בעל נתיבות המשפט, "יש להקשות בהא דכתבו (=בזו שכתבו) הפוסקים... הטעם ב'טול דינר' (שפטור, שהוא

40 ייתכן שהסוגיה המקורית נסובה על שני חלקי הברייתא לצורך מתן פשר להבדל שביניהם, והיא נבנתה בסמוך למשנת בבא קמא כדי להסביר גם אותה באותה דרך שבה הוסברה הברייתא.

41 ראו לעיל ה"ש 36, מדברי המרדכי לבבא קמא, ומה שהביא נתיבות המשפט, הביאורים, סימן רסד, סק"ח, ודינונו בכך. אבל ראו מרדכי לבבא קמא, סימן קטו: "והיינו טעמא דקאמר 'טול דינר והעבידני' אם הוא צד דגים וגורם להפסד – הואיל וקיבל עליו לשלם דינר – חייב". המרדכי דן שם בכל המקרים שאדם גרם הפסד לחברו ב"גרמא" וקיבל עליו לשאת בנזק זה אף על פי שאין הוא חייב עליו מן הדין. וראו קצות החושן, סימן רסד סק"ב, ברמיזה בעלמא: יש להשוות דין זה עם ההלכה ש"זה נהנה וזה לא חסר – פטור", אבל אם הנהנה גרם נזק כלשהו – מגלגלים עליו את הכול. לדיון בכך ראו גם ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – ז'כ"יה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?" הפרקליט לז, 203–218 (1986). וראו גם מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יח, שקבע שאם יש למציל הפסד מלהרוויח על פי הבטחתו של בעל האבידה אין אפשרות להעלות עוד טענת השטאה. המפרשים דנים בשאלה, אם גם כאן יחול הכלל שיש במי שזה נהנה וזה חסר שמשלם את כל דמי השכירות, אפילו היה הנזק נמוך מכך. ראו מחנה אפרים; קצות החושן, סימן רסד סק"ב (והכרעתו מסופקת); נתיבות המשפט, שם, ס"ק ו. על טענת השטאה בין טוען לנטען ראו הפירוט בערוך השולחן, חושן משפט, סימן פא; שם, סימן קכו, טו. ראו גם שם, סימן קעה, יח.

42 ראו שיטה מקובצת, לסוגיית בבא קמא, קטז.

משום אונאה, הא בש"ס אמרו בהדיא [=במפורש] משום שיכול לומר משטה אני כך".⁴³ הרי לך, שגם הוא הבין שטעמו של רב פפא כשלעצמו די בו. הנה כי כן, המפרשים את הברייתא, החל מרב פפא – שגם הוא רק מפרש אותה – וכלה בראשונים ובאחרונים, נלאו למצוא את הפתח לפירושה של הברייתא, והניחו מקום לבחון את הדברים מנקודות מבט נוספות ולפרש אותה בדרכים אחרות גם כן.

2. הצעות פירוש נוספות

I רמי בר חמא

כזכור, בסוגיית בבא קמא קטז, ע"א הובאה ברייתא על שני חלקיה, ורמי בר חמא הסביר את ההבדל בין הרישא לסיפא. נחזור על הדברים:

הרי שהיה בורח מבית האסורין, והיתה מעבורת לפניו. אמר לו (הבורח לבעל המעבורת): טול דינר והעבירני – אין לו אלא שכרו.

טול דינר זה בשכרך והעבירני – נותן לו שכרו משלם.

מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא?

אמר רמי בר חמא: [=כסיפא מדברים] בצייד השולה דגים מן הים, ואמר ליה: אפסדתני כוורי בזווא [=אמר לו] (בעל המעבורת, העוסק בדייג): הפסדת לי דגים בזווא.

מן הציטוט של הסוגיה המקורית הושמטו כאן דברי הקישור למשנת בבא קמא שנידונה שם בקשר עם טענת השטאה. באופן זה בולט הדבר שזו פרשנות של הברייתא שהיא עומדת לעצמה, המבקשת באופן מפורש להבין מהו ההבדל שבין ההלכה שברישא לבין זו שבסיפא. האוקימתא של רמי בר חמא, "בצייד השולה דגים מן הים" וטעמה, הם הפשר להבדל זה. הוא איננו פשר התלוי בדבריו של רב פפא, המעלה את טענת ההשטאה, אלא הוא פשר העומד בפני עצמו, וכך יש לפרשו ולהבין אותו. הבה ננסה ללכת בדרך זו.

כאמור, סוגיית מעמדה של ההבטחה בהלכה נדונה בכמה וכמה מקומות בתלמוד. גם סוגיית בבא קמא קטז וגם סוגיית יבמות קו דנות, בסופו של דבר, בהבטחות ובתוקפן.

נקודת המוצא לדיון הבא תהיה שיטתו הנזכרת בראש הדברים של רבי יהודה, כפי שהתקבלה על רבא, רב נחמן, הגאונים והרמב"ם, שאסמכתא לא קניא, כלומר שהבטחות כשלעצמן אינן בנות תוקף.⁴⁴ המחלוקת היא בעניינה של ההבטחה כמקור הבלעדי של

43 נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח. ראו שם את ניסיונו המפולפל ליישב בין הדברים, שאינו עולה יפה.

44 להגדרה מדויקת של ההבטחה ודרך פעולתה ראו ברכיהו ליפשיץ "תוקפה של ההבטחה במשפט העברי", לעיל ה"ש 1. ראו גם שם על עמדתו המדויקת של הרמב"ם. לצורכנו

החיוב שבו מדובר. הלוואה, למשל, איננה מחייבת – שלא כמקובל בימינו, כשתפיסת החזוה השתלטה ומחקה את קיומם של מוסדות ותיקים שקדמו לחזוה האובליגטורי – בגלל שהלווה מבטיח להשיב את מה שקיבל מן המלווה. הוא חייב בגלל שמתן הכסף מתוך הסכמה להחזירו במועד מסוים הופך את מקבל המעות ל"לווה", ל"חייב", ולפי הדין בעל "תואר" זה מצוי, כביכול, ב"סטטוס" של מי שחייב בהשבה, וכן הלאה; תורת החזוה-כהבטחה טרם השתלטה במשפט העברי גם על העסקות הריאליות, שבאשר לתוקפן ההלכתי אין כל מחלוקת. אם יש תשתית של עסקה ריאלית, ההבטחה לעשות את מה שהתשתית הריאלית מחייבת בין כך ובין כך – אינה מעלה ואינה מורידה. המחלוקת היא אפוא באשר לתוקפה של ההבטחה הערטילאית בלבד, שאינה חופפת ואינה נסמכת על עסקה ריאלית. עיון קל בכל סוגיות התלמוד הדנות באסמכתא יגלה שאלה הם פני הדברים.

הסוגיות שלהלן, הבאות בתלמוד הבבלי, ושדומה שמשום מה הן לא הובאו אל הדין בסוגיית העושק, מרגימות את האמור בדבר הבטחה הכוללת חיוב למה שהמתחייב יהיה חייב בו גם ללא התחייבותו לבין מה שההבטחה כוללת חיוב שמעבר לכך. כאן נבקש להדגיש את הדמיון בין הסוגיות הללו לבין סוגיות "חזוי העושק" שאנו דנים בהן. וזו לשון הסוגיה הראשונה:

ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה. אמר: אי מוברנא לה – ייהבנא לך אלפא זוזי. אוכיר תילתא | = אותו אדם שקיבל קרקע (באריסות) מחברו. אמר לו: אם אוכיר אותה – אתן לך אלף זוזי. הוכיר שלישי מן הקרקע]. אמרי נהרדעי: דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא | = אמרו בני נהרדעא: דין הוא שיתן לו שלוש מאות שלושים ושלושה זוזים {כלומר: שלישי מן האלף שהתחייב}.

רבא אמר: אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא.

ולרבא, מאי שנא מהא דתנן "אם אוכיר ולא אעביד – אשלם במיטבא" | = ולרבא, במה שונה עניין זה ממה ששנינו: אם אוכיר ולא אעביד – אשלם מן המיטב (בבא מציעא פ"ט מ"ג)? – התם לא קא גזים. הכא, כיון דקאמר מילתא יתירתא – גוזמא בעלמא הוא דקגזים | = שם, במשנה הנזכרת, לא הגזים בהבטחתו. כאן, מכיוון שאמר לו דברים יתרים, הרי זו גוזמה בעלמא שהגזים].⁴⁵

הנוק הממשי של הוכרת כל השרה לאורך כל זמן החכירה הוא בשיעור הפחות מאלף זוז. אך אנשי נהרדעא, הסבורים שאסמכתא קניא, חייבו את האריס בשלישי ממלוא התחייבותו.

כאן אין הדברים נדרשים.

בפועל.⁴⁶ רבא, שעמדתו החד-משמעית והבלתי מתפשרת היא שאסמכתא אינה קונה,⁴⁷ חולק ופוטר את האריס מלקיים את הבטחתו. הרי"ף, הנוקט עמדה זו של רבא,⁴⁸ פירש את דברי רבא שהאריס ישלם עד גובה הנזק הממשי שנגרם בשל ההוברנה.⁴⁹ כאמור, ראשונים רבים מאוד סבורים, שהטעם שאסמכתא אינה קונה הוא בגלל פגם בסמיכות הדעת שיש בעסקה, ולכן פירש הרא"ש שכל ההתחייבות בטלה הואיל וההגזמה שבה מלמדת על היעדר סמיכות הדעת להתחייב בה בכלל, ולכן פטור האריס מן הכול.⁵⁰

הקטע האחרון הוא רב עניין. התלמוד מעלה קושיה לדברי רבא מן המשנה האומרת שהתחייבות לשלם מן המיטב תקפה, והרי גם חיוב זה גופו הוא למעלה מן הצורך, ולמה אין ההתחייבות לשלם יותר מן הנזק תקפה גם היא כמוהו? התירוץ שבא בגמרא

46 ראו **אסמכתא**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16-17, על עמדתם של אנשי נהרדעא ביחס לתוקפה של האסמכתא. ראו חידושי מהר"ץ חיות לכבא קמא פ, ע"א, שהביא מאגרת רב שרידא גאון, שבנהרדעא היו ישיבות קדומות מתקופת גלות יכניה והיו בידיהם משניות קדומות, והיו בקיאים בחוכמה גם קודם שבא רב לבבל. מכאן שהם יכולים היו להישאר בהלכה הקדומה שאסמכתא קניא, ראו לעיל ה"ש 10.

אנשי נהרדעא לא הפחיתו את הקנס שהטיל האריס על עצמו לפי סמכות הדומה לזו שיש לבית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים אם הם מופרזים לפי סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. הם נתנו להתחייבות האריס את מלוא משמעותה, וחייבוהו בסכום הגבוה מן הנזק שגרמה ההוברנה החלקית של השרדה. אומנם הסכום שהיה על האריס לשלם נמוך מן הסכום שקבע בהתחייבותו, אלף זוז, אבל זאת משום שהם פירשו את ההסכם באופן שכוונת הצדדים הייתה שהתשלום יהיה יחסי לשטח שנותר בור, וכי הסכום שנגנב בהתחייבות ישולם רק אם השרדה כולו יושאר בור. לאמצעי דומה שנקט בית המשפט הישראלי ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – **התרופות: לקראת קודרפיקציה של המשפט הישראלי** 508 (2009). וראו שם, בעמ' 486 ואילך, לדיון במכלול השאלות שעולות בסעיף זה בכללו. יש להניח, שאם יתקיימו בהסכם הפיצוי המוסכם גם יתר התנאים של סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, כי אז אפשר יהיה להפעיל את עילת הביטול באשר לסעיף 15 דנן. ראו ע"א 5086/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח(5) 193 (2004). יצוין, שלפי שיטת בני נהרדעא החיוב מבוסס בחלקו על הנזק שנגרם ובחלק על ההבטחה (אלא אם כן לא נגרם כל נזק, שאז החיוב כולו מבוסס על ההבטחה בלבד). הן אנשי נהרדעא והן החוק הישראלי סבורים שבאופן עקרוני יש לכבד את הסמכת הצדדים (שם, בעמ' 504), ואנשי נהרדעא אף עלו בכך על החוק.

47 בבלי, בבא מציעא טו, ע"ב.

48 **אסמכתא**, לעיל ה"ש 1, עמ' 77 ואילך.

49 רי"ף, בבא מציעא, סימן תקמז, דף סא ע"ב. הדברים הובאו גם בידי הרא"ש, בבא מציעא ט, ז. בעל נימוקי יוסף על הרי"ף, שם, ד"ה "ההוא גברא", הסביר בדעת הרי"ף שהחיוב בשיעור הנזק תקף כי "שעבודי משעבד נפשיה וגמר ומקני" (=שעבד עצמו והקנה), וכוונתו, כנראה, לומר שבכך יש סמיכות דעת מספקת. אך דעת הרי"ף איננה כזאת, וההתחייבות תקפה רק בשל כך שהיא חופפת את גובה הנזק, וכדלהלן.

50 פסקי הרא"ש לכבא מציעא ט, ז.

לשאלה זו הוא, שההתחייבות שבמשנה אינה מוגזמת ואילו כאן זו התחייבות מוגזמת. עמדה זו מובנת לדעת מי שסבורים שהפגם שבאסמכתא הוא, כאמור, בהיעדר סמיכות הדעת; הגזמה היא נסיבה המגלה זאת. אך דבריו של גאון אחד בעניין זה חשובים להבנת הדברים לשיטתם הנוגדת של הגאונים, שאיננה תולה את הפגם שבהבטחה בהיעדר סמיכות דעת מספקת:

אך אם התנה תנאי שאינו מחוייב בו כשלא התנה אותו על עצמו, אז יהיה התנאי האמור בלשון אסמכתא – בטל, כמו שאמרו רז"ל: "אי מוכירנא לה יחיבנא לך אלפא זוזי | =אם אוכיר את השדה אני נותן לך אלף זוז, ואינו מחוייב בתנאי זה בשלא יתנה [=בלא שיתנה] אותו על עצמו, ולפי שאינו מחוייב בו בלא תנאי – בטל בלשון אסמכתא ולא נתקיים בו התנאי.

וזהו פירוש מה שאמרו בפירוק הקושיא שהקשו בעניין זה: "התם לא קאמר מילתא יתירתא". פירוש, בדבר שיש בו אם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטבא כלל (?), שאין בו תנאי יותר על מה שהוא מחוייב בו אילו לא התנה אותו על עצמו. אבל הכא קאמר מלתא יתירתא בעלמא הוא, מפני שהתנה תנאי שאינו מחוייב בו אילו לא התנה אותו והוסיף על חיובו, והיה בלשון "אם" – בטל התנאי כאסמכתא. ואילו לא היה שם לשון "אם", היה התנאי קיים.⁵¹

המילים "גוזמא בעלמא" הבאות בנוסח התלמוד אינן נזכרות כלל בדברי הגאון! בנוסח

51 ספר משפטי התנאים, הנדפס בסוף ספר המקח והממכר לרב האי גאון. החיבור איננו של רב האי, ראו אסמכתא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 61, הע' 238. סוף הדברים מלמד על כך, שרק תנאי שנוסח בלשון "אם" ייחשב כאסמכתא, אבל אם הוא נוסח בלשון אחרת – הוא היה תקף ויש לכבדו. אבל אם היעדר סמיכות הדעת בשל הגזמה יש כאן, מה ההבדל בין הניסוחים? נראה שהגאון מתכוון לניסוח התנאי בלשון "על מנת", המוציאה את ההתחייבות מלהיות התחייבות עתידית ועושה אותה לחיוב מעכשיו, כלומר – לעסקה שאיננה אסמכתא, הבטחה. ראו בהרחבה באסמכתא, לעיל ה"ש 1, בפרק "תנאי ואמנה", בעמ' 118 ואילך, הראשונים שהבינו שהפגם באסמכתא הוא בשל היעדר סמיכות סברו שכך הוא גם כאשר להתחייבות התלויה בתנאי, ולכן נבוכו כאשר לטיבו של תנאי שנוסח בלשון "על מנת", שבו ההתחייבות תקפה, שהרי מה עניינו של הניסוח שנוקט לסמיכות הדעת? לכן נאלצו לפרש, שבאותם מקרים הייתה, משום מה, סמיכות הדעת. כך הוא גם כאשר להבחנה שנוכרה לעיל (בסמוך לה"ש 17) בין התחייבות שטרם קוימה, שאפשר לטעון כלפיה טענת השטאה, לבין מעשה גמור, שכלפיו אי אפשר להעלות טענה זו. גם כאן אין להבדיל בין המקרים לפי מידת סמיכות הדעת או היעדרה. לפי שיטת הגאונים הדבר פשוט: התחייבות היא בגדר אסמכתא, ומטעם זה אין היא תקפה, ולא בשל היעדר סמיכות הדעת הנדרשת; ואילו מעשה גמור הרי איננו בגדר אסמכתא ואין כל סיבה שלא לתת לו תוקף. מי שראו בסמיכות הדעת את חזות הכול, וראו את ההבחנה בין המקרים

זה של הגאון אין הדברים טעונים במשמעות של הפרזה העולה כדי נימוק להיעדר סמיכות הדעת הנשמעת לנו מן המילים "גוזמה בעלמא". הפגם הוא בשל היות ההבטחה כוללת יותר ממה שהיה האריס מתחייב בו בלא התנאי שהתנה, ובכך היא אסמכתא, דברים בעלמא, שאין לה תוקף. מי שהוסיף את המילים "גוזמא בעלמא" ו"קגזים" אל הטקסט נתן הסבר אחר לביטוי "מילתא יתירתא" שהיה בטקסט הראשון, והסב אותו לעניין הגוזמה.⁵² וניסה בכך לייחס גם לרבא את הטעם להיעדר תוקף לאסמכתא בהיעדר סמיכות הדעת, דבר שרבא התנגד לו בכל תוקף ואמר "כל דאי אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא" (בבא מציעא סו, ע"ב).⁵³ אסמכתא, שהיא הבטחה לעשות מעשה בעתיד, אינה

במקורות, נאלצו, לשיטתם, לומר ו"להסביר" שבמעשה גמור יש סמיכות דעת רבה יותר ולכן אין הוא בטל בטענת השטאה!

52 בחלק מעדויות הנוסח (ראו דקדוקי סופרים לבבא מציעא קד, ע"ב, אות ה) יש רק: "התם לא קגזים, הכא קגזים". בהלכות גדולות, הלכות בבא מציעא, חלק ב (מהדורת הילדסהיימר 425): "הכא כיון דקא אמר אמר מילתא יתירתא – גוזמא בעלמא הוא". ברי"ף בהלכותיו על אתר, סא ע"ב בדפי הרי"ף: "התם לא קאמר מילתא יתירתא. הכא גוזמא בעלמא". ובכ"י המבורג: "התם לא אמר מילתא יתירתא, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא – גוזמא בעלמא הוא". ובעיטור, אות תי"ו, תנאי, מהד' רמא"י לח ע"ד, הנוסח הוא: "התם לא אמר מילתא יתירתא, הכא אמר מילתא יתירתא. אלמא היכא דלא אמר מילתא יתירתא, אע"ג דאמר בלשון אם, לאו אסמכתא היא", בלי להזכיר לשון גוזמה. [אצל בעל העיטור אי אמירת "מילתא יתירתא" היא עיקרון יסודי בתורת האסמכתא, וכתב (שם): "ומסתברא, דלא מיקרי אסמכתא אלא היכא דקאמר מילתא יתירתא". וכן להלן, לט ע"א: "ואסמכתא היא דקא משעבר נפשיה במידי דלא מיחייב"!] בכ"י וטיקן 115א (הוא כ"י רומי א אצל בעל דקדוקי סופרים): התם[לא] גזים הכא קא גזים] (לא קא' מילת' יתירא אבל הכא) כיון דא' מילתא יתירא גוזמא בעלמ' הוא [דקא גזים]. האמור בסוגריים עגולים הוא בהגהת גיליון. כפל המסורות של הנוסחאות ותולדותיהן ניכר, והרי זו זירת קרב נוספת בין הנוקטים את העמדה שהיעדר סמיכות הדעת הוא הפגם שבאסמכתא לבין אלה הנוקטים שהקניין העתידי הוא הפוגם. לאחר מכן השווו כבר את המידות, ואיחדו את הנוסחאות והמלכה נכבשה בכיתה.

53 כך עשה רב פפא במפורש בסוגיית בבא מציעא סו, ע"ב, ראו אסמכתא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10-11. בסוגיה אחרת עולה, שגם לרבא ייתכנו נסיבות המלמדות שאין סמיכות דעת בהתחייבות מסוימת, אף שהיא נעשית בלשון על מנת. המשנה, בבא קמא ז, ח, קובעת: "האומר: סמא את עיני, קטע את ידי, שבר את רגלי – חייב. על מנת לפטור – חייב. קרע את כסותי, שבר את כדי – חייב. על מנת לפטור – פטור. עשה כן לאיש פלוני על מנת לפטור – חייב בין בגופו בין בממונו". ובגמרא, שם, צג ע"א: "אמר ליה רב אסי בר חמא לרבא: מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר ליה: רישא לפי שאין אדם מוחל על ראשי אברים. אמר ליה: וכי אדם מוחל על צער? דתניא: הכני פצעני על מנת לפטור – פטור. אישתיק. אמר: מידי שמיע לך בהא? אמר ליה: הכי אמר רב ששת, משום פגם משפחה. איתמר: ר' אושעיא אמר: משום פגם משפחה. רבא אמר: משום שאין אדם מוחל על ראשי אברים שלו. רבי יוחנן אמר: יש הן שהוא כלאו, ויש לאו שהוא כהן. תניא נמי הכי: הכני פצעני. על מנת לפטור? ואמר לו: הן – הרי יש הן שהוא כלאו. קרע את כסותי. על מנת

בת־תוקף גם בלא שיש שמץ של גוזמה בדברים.⁵⁴

סוגיה דומה היא הסוגיה הבאה:

ההוא שתלא דאמר להו: אי מפסדינא – מס[ת]לקנא. אפסיד [=אם אני מפסיד את השדה, אסתלק ממנו. הפסיד את השדה].
אמר רב יהודה: מסתלק בלא שבחא. רב כהנא אמר: מסתלק ושקיל שבחא [=מסתלק ונוטל את השבח שהשביח].

לפטור? ואמר לו: לאו, הרי לאו שהוא פְּהֵן". האומר סתם: סמא עיני וכדומה, העושה כן חייב, כי ההתחייבות לא נעשתה כראוי. אם אמר את ההתחייבות בלשון "על מנת", המחייבת בדרך כלל, היא אומנם מחייבת בממון ובגרימת צער. בקטיעת ראשי איברים אין היא פוטרת את הקוטע ואת המסמא או משום שחזקה ברורה היא שאין אדם מוחל על ראשי איברים שלו, או משום גנם משפחה המבטל את ההתחייבות התקפה. רבי יוחנן מוסיף ומברר את הפירוש של אמירות שונות בנסיבות שונות. לשון הדומה ללשון "השטאה" היא "פטומי מילי בעלמא". ראו בבלי, בבא מציעא סה, ע"ב-סו ע"א: "ההוא גברא דזבין ליה ארעא לחבריה שלא באחריות. חזייה דהוה קא עציב, אמר ליה: אמאי עציבת? אי טרפו לה מינך – מגבינא לך שופרא שבחא ופירי. אמר אמימר: פטומי מילי בעלמא הוא. אמר ליה רב אשי לאמימר: טעמא מאי? כיון דלוקח בעי לאתנויי, והכא מוכר קא מתני אמרת פטומי מילי בעלמא הוא, אלא מתניתא דקתני לכשיהו לך מעות אחזיר לך מותר, דמוכר הוא דבעי לאתנויי, מוכר לא אתני ולוקח קא מתני? ואמרינן: מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? ואמר רבא: סיפא דאמר ליה מדעתיה. טעמא דאמר ליה מדעתיה, הא לא אמר ליה מדעתיה – לא אמרינן פטומי מילי בעלמא הוא. אמר ליה: נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה אתמר". בנסיבות מיוחדות אלה הן אמימר, הנמנה על בני נהרדעא וסבור שאסמכתא קניא, הן רבא ורב אשי, החולקים על כך, נתלים בנסיבות החריגות של ההבטחה כדי לקבוע שאין בה ממש. וראו תוספות, שם, סו, ע"א, ד"ה "פטומי מילי", שכתבו: "דווקא הכא, שכבר עמדו על סף לקנות שלא באחריות, והיה מצטער הלוקח שלא היה מתרצה המוכר למוכרה באחריות, והוא לא היה רוצה להניח מלקנותה בשביל כך, ולהכי הווי פטומי מילי בעלמא. אבל אם בתחילת הדברים פתח המוכר: קני לך שדי דאי טרפי לך ... – לא הווי פטומי מילי, אלא תנאי [=התחייבות] גמור, כי בוודאי לא נתכוון ללוקחו אלא באחריות כמו שפתח לו המוכר".

ייתכן שהשתלשלות הדברים סבוכה מעט יותר. ל"גזים" (גם בלשון האמוראים, ראו במדבר רבה יד, ומשם אצל הרבה מהראשונים) משמעותה גם לאַיִים, ואיננה רק במשמעות השגורה של הפרזה. ראו **משפט ופעולה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77-78. "איום" – מלשון "אם". "אם תעשה כך וכך, כי אז..." בכך באמת האיום דומה במבנהו להבטחה רגילה, ולכן התלבטו רבים בשאלה, מהו ההבדל המהותי ביניהם, ראו **משפט ופעולה**, שם, הע' 1. אם כך הוא, ייתכן שבסוגייתנו אכן באה המילה "גוזמה" במשמעות של הבטחה רגילה, ולשון החיתוך שבה רגילה היא במונחי כריתת הברית ועוד ועוד, ובכך היא מתאימה לדברי הגאון, ויש כאן כפל נוסחאות שהפכו לאחת. ואומנם, בתשובת גאון אחרת (תשובות הגאונים הרכבי, סימן רכו), מסיים הגאון באומרו: "אבל תנוי [=תנאי] דליתיה עיקר מן דינא... גוזמא הוא ולא מחייבין ביה", כלומר: הבטחה היא, אסמכתא היא, ואין מחייבים בה.

ומודה רב כהנא דאי אמר: אי פסידנא מסתלקנא בלא שבחא]=שאם אמר: אם אפסיד את השדה אסתלק בלא שאקבל את השבח[– מסתלק בלא שבחא.

רבא אמר: אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא.

ולרבא, מאי שנא מהא דתנן "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא"?

התם מאי דאפסיד משלם, הכא מאי דאפסיד מנכינן ליה, ואידך יהבינן ליה]=שם – מה שהפסיד – משלם. כאן – מה שהפסיד מנכים לו, ואת השאר נותנים לו].⁵⁵

גם כאן אפשר היה לפרש, כצפוי, וכפי שבאמת פירשו רבים, שההתחייבות להסתלק בלא לקבל את השבח כלל איננה התחייבות רצינית, ולכן נצמצם את תוקפה רק לתחום הנזק, שעליו יש סמיכות הדעת לשלמו ולנכות אותו מדמי השבח המגיעים לו. אך, כאמור, לא כך פירשו הגאונים.⁵⁶ בין כך ובין כך, גם בסוגיות אלה אפשר להסביר את היעדר התוקף להבטחה באחת משתי הדרכים: בהסבר המהותי – באשר הן הבטחות, או בהסבר התולה זאת בהיעדר סמיכות הדעת העולה מנסיבות מתן ההתחייבות הללו.

יש להוסיף כאן נתון להבהרת העניין: חיובם של האריס ושל השתל בגובה הנזק מבוסס על המשנה המפירה בתוקפיה של התנאי "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא". לכאורה, אף תנאי זה הוא בגדר אסמכתא, כי ספק רב אם דיני הנזיקין הרגילים היו יכולים להביא לחיוב כזה, ואיך הכירו בתוקפה של התחייבות זו? ובאמת, שיטת הגאונים בעניין זה היא שתוקפה הוא רק מכוח תנאי בית דין, כלומר תקנה של בית הדין, המחייבת את האריס שהוביר לשלם את הפסדו של המחכיר.⁵⁷ רק מכוח התקנה אפשר לחייבו בכך:

55 בבלי, בבא מציעא קט, ע"א.

56 ראו החומר שהובא בהרחבה באסמכתא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15, ובעמ' 58 ואילך (הניסוח בעמ' 16, שם, צריך היה להיות מתון יותר, וכפי שהוא נוסח כאן).

57 ראו תשובות הגאונים הרכבי, סימן רכו: "הא מתניתין דתנן 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא', ליכא למגמר מינה לדבר אחר... דהא מתניתין כתנאי בית דין דמיא, דאף על פי שלא כתב כמי שכתב דאמי... ודקאמר 'שכך כותב לו...' כמאן דאמר שכך התנו בית דין... אבל תנאי דהוא אסמכתא, דליתיה עיקר מן דינא ולא דאמי לתנאי בית דין – גוזמא הוא ולא מחייבין ביה". וכן הביא הרמב"ן בשם רב האי בחדושו לבבא מציעא עג, ע"ב, ד"ה "ולרבא". וראו חידושי הרשב"א לבבא מציעא עג, ע"ב, ד"ה "משלם", שפירש את המשנה משום שהוא "מנהג הדיוטות", והסביר שיש להבחין בין מקום שתיקנו לבין מקרים שבהם לא תיקנו לפי נסיבותיהם, כגון שאם הדבר בידו, כמו באריס – תיקנו, ואם אין הדבר בידו – לא תיקנו, וכן במקרה של גוזמה לא תיקנו, וסיים שכך פירש רב האי גאון, אף על פי שבתשובתו הנזכרת, תשובות הגאונים הרכבי, סימן רכו, כתב במפורש: "הכין חזינא, דהא מתניתין דתנן 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא', ליכא למיגמר מינה לדבר אחר ולמימר הכא בידו והכא ליכא בידו", הפוך מדברי הרשב"א. הדבר בא מעמדותיהם השונות

לא מכוח ההבטחה, שהרי זו איננה מחייבת, וגם לא מדיני הנזיקין, שאינם מטילים אחריות במקרה כזה.⁵⁸

כעת אפשר להבחין בקלות בדמיון הענייני והמבני שיש בין סוגיית החוכר הנזכרת לבין סוגיית הבורח מבית האסורים והסוגיות הדומות לה שבאו לעיל. גם בסוגיית החוכר יכולים אנו להניח, שהתחייבויותיו המפליגות של החוכר כְּאוֹת כדי לשכנע את בעל השדה לתת לו את זכות החכירה בתחרות שיש לו עם אריסים אחרים, או שהוא זקוק לאריסות באופן נואש; אחרת למה יתחייב בהתחייבויות מופרזות כאלה? גם זה הוא סוג של "אונס", אף שאין הוא חמור כזה של הבורח מבית האסורים. כאמור, מעולם לא נעשתה הבחנה בין רמות הסיכונים השונים. לכן, גם מקרה זה יכול היה ליפול אף הוא למסגרת זו של הדיון בסוגיית בבא קמא קטז, אבל לא כך היה. הגאונים דנו בכך במסגרת דיני האסמכתא, שלשיטתם אינם מתחשבים בהנחה של סמיכות הדעת או של היעדרה; לדעתם, כל עוד אין נסיבות מוכיחות, ולא די בהשערות גרידא, שהמתחייב לא התכוון להתחייב כראוי, ההתחייבות תקפה אלמלי דין האסמכתא, השולל את תוקפה של ההתחייבות מטעם כלשהו.⁵⁹ גם טעמים "ערכיים", כגון קיומה של מצווה, הצלת גופו של הזולת והשבת אבידתו, כל אלה אינם מובאים בחשבון. כפי שהסביר הגאון, קנה המידה היחיד הוא הבחינה אם גם אלמלי ההתחייבות היה בסיס חוקי אחר לחיוב, או שהחיוב החל מעכשיו, ובכך יצא מכלל התחייבות עתידית. רק במקרים אלה יש תוקף להתחייבות.

אם נבחן כעת באור זה את סוגיית בבא קמא קטז נראה, שגם בה הבעיה שהתעוררה היא בשל כך שההתחייבות של הבורח הייתה מעבר לשכר הראוי למשיב אבירה, או לשכר פעולתו הסביר של בעל מעבורת הנותן את השירות המסוים של חציית האגם. לפי הצעתו של רמי בר חמא, שני חלקי הברייתא בעניין הבורח מבית האסורים מובנים אפוא כעת היטב: ברישא ההתנאה היא התנאה ערטילאית, לשלם דינר תמורת ההעברה, ולכן אין לבעל המעבורת אלא שכרו הרגיל, שלו יש בסיס לחיוב. את הסיפא מעמיד רמי בר חמא בדייג שיכול לומר שבגלל העברת הבורח את האגם הוא הפסיד סכום כסף גדול יותר מן השכר הרגיל. לדעת רמי בר חמא, כאשר הבורח אומר: "טול דינר זה בשכרך והעברני", הוא מתחייב לשלם את השכר הממשי, שכרך שלך, את מה שהוא

בשאלת האסמכתא: רב האי סבור שהפגם שבה הוא עניין מהותי, ואילו הרשב"א סבור שהוא עניין שבסמיכות הדעת, ולכן ניסה "להסביר" את דברי רב האי לפי לשיטתו שלו. ראו גם יצחק ברנד "הנושא ונותן בדברים" – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית" מחקרי משפט כד 1, 5-57, 42-47 (2008).

59 לטעמים אפשריים לכך ראו אסמכתא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415 ואילך, וכן במאמריי שצוינו בה"ש 9 ו"10, לעיל.

משתכר ומרוויח,⁶⁰ והוא מביא דוגמה לכך – המפרשת את "בשכרך" – שאם היה בעל המעבורת, למשל, דָּיָג המרוויח בְּדֵיג והפסיד אותו.

לכן יש בסיס אחר, בעל תוקף, לתשלום בשיעור זה. לא ההתחייבות היא הבסיס לכך; אילו היא הייתה מקור החיוב – לא היה לה תוקף, ממש כמו ברישא.⁶¹

האוקימתא של רמי בר חמא היא השוואה של הנתונים האפשריים במקרה של הברייתא של הבורח לאלה שבמשנה ובתוספתא: מה שם המציל שובר את כדו או מפקיד את חמורו ומפסיד אותו כדי להציל את הדבש או את החמור היקר יותר, כך גם כאן – הדייג נוטש את עבודתו שהוא עסוק בה ומפסיד את שכרו ממנה כדי להציל את הבורח.

כאמור, הטעם שניתן לברייתא (בסוגיית בבא קמא קטז, ע"א ובמקור בסוגיית יבמות קו, ע"א) – "משטה אני בכך", ניתן בידי רב פפא! הוא זה שסבור באמת שאסמכתא קניא, ורק כשאינן סמיכות הדעת הנדרשת לעסקה – ההבטחה בטלה,⁶² הוא איננו מקבל את עמדתו של רבא, שהיא "עמדת הגאונים". לשיטתו, גם מה שמעבר לחיובים המבוססים על חיוב תקף כלשהו, או אלה הקבועים בתנאי בית דין, צריכים להיות מחייבים שהרי אסמכתא קניא. לכן הוא משתמש, כרגיל, בהסבר של היעדר סמיכות הדעת, וקובע שברישא פטור משום שיכול לטעון "משטה אני בכך", ולכן ההתחייבות בת תוקף, ואילו בסיפא אין הוא יכול לטעון כך, שהרי הפסיד לבעל המעבורת, ולכן ההתחייבות תקפה. כל המפרשים העוסקים בסוגיה נוקטים כבר את הטעם של היעדר היסוד הנפשי הנדרש לעסקה כטעם להיעדר תוקף להבטחה, ולכן נגררו אחרי פירושו של רב פפא. בשל כך הם נחשפו לקשיים הרבים שיש בנימוק זה, וכפי שראינו – לפעמים הוא כבר גם לא נדרש להם לחלוטין במהלכיהם בהסבר הסוגיה; ואכן, כך הוא!

גם סוגיית בבא קמא קטז נוצרה בידי מי שסבורים כרב פפא, ואף היא פרק נוסף במאבק על מעמדה של האסמכתא שהתנהל בין בעלי עמדתו של רבא ובין אלה שנקטו כדעתו של רב פפא.⁶³ רמי בר חמא נקט כעמדתו של רבא, והבדיל בין הרישא לבין הסיפא של הברייתא לפי העקרונות המקובלים עליהם. בעל סתם הגמרא צירף את דבריו

60 כלומר, רווח שאינו מחמת שכר פעולה דווקא, כגון "יש מראה נגעו לכהן ונשכר, ויש מראה ומפסיד" (משנה, נגעים ח, י); "והמשתכר אל ישתכר יותר משתות" (בבלי, מנחות עז, ע"א), ועוד הרבה.

61 כאמור לעיל, ייתכן שהברייתא התכוונה לומר שאין זו קבלנות, הנחשבת כהבטחה, אלא כשכירות על אתר. לעניין שלילת האסמכתא העיקרון שווה, אף שהדרכים להגיע לכך שונות.

62 בבלי, בבא מציעא ו, ע"ב, ראו שם בסוגיה המלמדת מתוך עצמה עד כמה אין הנסיבות יכולות ללמד דבר בוודאות.

63 לדיון טיפוסי בסוגיית ההבטחות המוגזמות, בעיקר בהתחייבות לכתובה מופרזת, ראו את פסק הדין שניתן בתיק (אזורי צפת) 876394/7 פלונית נ' פלוני (התשע"ז) ובמקורות שהובאו בו. ראו גם ערעור (גדול) 861543/6 (התשע"ח).

של רמי בר חמא לדברי רב פפא והסוברים כמוהו, וגם כאן הצליח להעביר את רמי בר חמא אל דעתו, כפי שעשה בסוגיות אחרות.⁶⁴

יש להדגיש את העובדה, הרגילה במשפט, של מעבר מטעם חתוך וגורף הניתן לכלל משפטי אל טעם שאפשר לראותו כטעם יחסי וגמיש, כגון סמיכות הדעת. הטעם היחסי מאפשר בחינה של כל מקרה לגופו, ומסירת ההכרעה בו לידי השופט. ברגע שרב פפא כפר בכך שכל אסמכתא איננה קונה, וטעם הפסול שבאסמכתא הוא היעדר סמיכות הדעת הנדרשת לעשיית מעשה משפטי, טעם זה יכול להתיישב בקלות רבה עם כל התקדימים ולפעול יפה. וכל זאת אם אין שמים לב, כמוכן, לעובדה הלא חשובה, שמשתמשים כאן בשיטה שבה מסמנים את העיגול רק אחרי שנורה החץ ונתקע בלוח המטרה. [טענת השטאה וטענת "אסמכתא לא קניא" הן אפוא טענות מתחרות זו עם זו ונוגדות זו את זו.

האם הסברו של רמי בר חמא עולה יפה עם לשון הברייתא? זהו עניין של דרגה ושל טעמו של הלומד. ויותר נראה שפירוש זה לדברי רמי בר חמא פירוש תקף הוא, ויש לו גם אחיזה של ממש בלשון הברייתא.

II תנאי מסוג "על מנת"

החיוב לשלם למשיב אבידה נדון גם בתוספתא:

שפך זה יינו והציל דבשו של חבירו – נותן לו שכרו, דמי הֶשֶׁב אבידה.⁶⁵
 ואם אמר לו: על מנת שאטול דמי שלי מתוך שלך – חייב ליתן לו.
 פורק זה את עציו והציל פשתנו [של חברו] – נותן לו שכרו, דמי הֶשֶׁב אבידה. ואם אמר לו [המציל]: על מנת שאטול דמי שלי מתוך שלך – חייב ליתן לו.

רבי יוחנן בן ברוקה אומר: תניי בית דין הוא, שיהא זה שופך יינו ומציל דבשו של חבירו ונוטל דמי יינו מתוך דבשו של חבירו; ושיהא זה מפרק עציו ומציל פשתנו של חבירו ונוטל דמי עצו מתוך פשתנו של חבירו.⁶⁶

64 רמי בר חמא היה חברו של רבא ולמד איתו לפני רב חסדא, רבם. אכן, נכדו היה אמימר, שכזכור היה איש נהרדעא שסברו שאסמכתא קניא, אבל נראה שהשפעתו של רבא בסוגיה זו הייתה גדולה יותר, ולכן העמיד רמי בר חמא את משנתנו כרבי יהודה, הסבור שאסמכתא לא קניא, וחילק בין חלקיה לפי הבחנה אפשרית לשיטתו: הבטחה או בסיס אחר לחיוב.

65 ראו לעיל, ליד ה"ש 14.

66 תוספתא, בבא קמא י, כו (מהדורת ליברמן 56).

רבי ישמעאל ברבי יוחנן בן ברוקה אומר: תניי בית דין הוא, שיהא זה קוצץ את הסכה ומציל את נחילו (של הדבורים) ונוטל דמים, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ.

שנים שהיו במדבר, ביד זה חבית של מים וביד זה חבית של דבש, תניי בית דין הוא שיהא זה שופך את דבשו ומציל מימיו של חברו, וכשיגיע ליישוב נותן לו דמי דבשו, שהמים מחיה במדבר ואין הדבש מחיה במדבר.⁶⁷

נראה להציע, שהתוספתא קובעת, שהבסיס הרגיל לתשלום הוא "שכר דמי השב אברה", והוא שכרו הרגיל, המינימלי, כשכרו של פועל בטל.⁶⁸ אם רוצה המציל לקבוע שכר גבוה מכך, עליו להתנות זאת בלשון "על מנת" דווקא, כפי שנאמר במפורש בתוספתא: "על מנת שאטול", המוציאה את ההתחייבות מכלל אסמכתא והופכת אותה לחיוב מעכשיו, כי הכלל הוא, שכל האומר "על מנת" הרי הוא כאומר "מעכשיו", ואין כאן אסמכתא כלל.⁶⁹ ייתכן אפוא שהתוספתא מפרשת שהתנאי המועיל הנזכר במשנה נעשה באופן השולל את פגם האסמכתא מעיקרו, בהיותו מעשה על-אתר, אלא שהמשנה לא הרחיבה בדרך עשייתו של התנאי באופן המועיל לכך.

האפשרות הנוספת, המוצגת בתוספתא על ידי רבי יוחנן בן ברוקה ועל ידי רבי ישמעאל בנו, היא שיש תקנת חכמים הקובעת חובה לתשלום במקרה זה, ואין צורך בהתנאה מפורשת של מציל ובהסכמת הניצול. המבנה הזה דומה בדיוק לזה שהציעו, כאמור לעיל, הגאונים בעניין האריס, המתחייב לשלם בתנאי של "אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא": הבסיס במקרה האחד הוא מה שגרם הנאה לחברו ובמקרה האחר במה שגרם נזק לחברו. החיובים בגין שני אלה אינם תלויים בהתחייבות העושה, אלא בדין או בתקנת בית דין. תוקפה של ההתחייבות במה שמעבר לכך תלוי בשאלה הכללית בדבר תוקפה של הבטחה; לכל התחייבות למה שמעבר ליסודות אלה, הבסיס לחיוב יכול להיות רק ההתחייבות של הבורח או של המציל את דבשו של חברו, והתחייבות ערטילאית זו איננה בת תוקף בהיותה אסמכתא, הבטחה, שאינה קונה. לפי התוספתא, איננו צריכים אפוא להנחות שונות שאינן נזכרות בדברים המפורשים במקורות התנאים, והן יוצרות קשיים כשהן נוספות על הטקסט הקיים.

67 שם, ז-ח. וראו תוספתא כפשוטה, שם, בעמ' 127-128.

68 ראו לעיל ה"ש 11.

69 ראו לעיל ה"ש 32. כך יש להסביר גם בהלכת התוספתא, בבא קמא י, ג: "משכן לו בית, משכן, לו שדה, וראה דליקה ממשמשת ובאה בתוך שלו, אמר לו [החייב, הבעלים של הנכס, לנושה]: בוא והציל את אילו [במקום החוב] שאני חייב לך, אם קיבל [הנושה] עליו – פטור [החייב מחובו], ואם לאו – [עדיין הוא] חייב". גם כאן יש לפרש, שההתחייבות נעשתה כראוי.

III פועל וקבלן

דרך אחרת, פשוטה מקודמותיה, אך דומה בעיקרון הניצב מאחוריה – שהוא ההבחנה בין מעשה שמתקיים על אתר לבין הבטחה לעשותו בעתיד – היא לומר שהרישא של הברייתא ("טול דינר והעבירני") עוסקת בקבלן, שהוא מי שמתחייב לעבוד,⁷⁰ ואילו הסיפא ("טול דינר זה בשכרך והעבירני") מדברת בפועל, שגופו קנוי למלאכתו של בעל הבית.⁷¹ במקום אחר הרחבתי את הדיון בשאלת ההבדל בין עובד לקבלן,⁷² ושם הוכח שזוהי שיטת התלמוד וכך הם הובנו בידי הרמב"ם. לשיטתו של הרמב"ם, קבלן יכול לחזור בו מהבטחתו, כמו שיכול כל אדם לחזור מהבטחותיו שאינן מחייבות, ואין הוא צריך לפטור המיוחד הניתן לפועל שהוא יכול לחזור בו בחצי היום מדרשת פסוק ("עבדי הם ולא עבדים לעבדים") דווקא. הפועל גופו קנוי, ואלמלי ההיתר המיוחד הזה הוא לא יוכל לחזור בו ממש כמו שאי אפשר לחזור מכל עסקה קניינית אחרת לאֲחֵר שהסתיימה. הקבלן מוכר את המוצר המוגמר למזמין, ועל המכירה יחולו דיני האונאה, מה שאין כן בפועל.

הרישא עוסקת אפוא במקרה של הבטחה לשלם, ואילו הסיפא מתארת עסקה של קניין מעכשיו. כאשר מדגישה הברייתא "טול דינר זה בשכרך", פירוש הדברים שבכך אתה נשכר, כפועל, למלאכת ההעברה. כפי שהוסבר לעיל, במקרה הנזכר ברישא של הברייתא, רק החלק היתר על השכר הראוי הוא בגדר הבטחה, ולכן ממנה אפשר לחזור, ואילו את השכר הראוי יש כמוכר לשלם. ובסיפא, שהכול הוא כתמורה לעסקה שעל-אתר, יש לשלם את כל הסכום שסוכם עליו, והרי אפשר להסכים על גובה השכר.⁷³

ו. עילת העושי במשפט הישראלי ובמשפט המשווה

המהלך שהוצע בעניין מה שאירע בסוגיה זו במשפט העברי, מתאר מעבר מן העמדות המהותיות בדבר תוקפה של ההבטחה או היעדר תוקפה המהותיים אל עבר הסברים

70 ראו נתיבות המשפט, חושן משפט, סימן רסד, ס"ק ח: "טול דינר והעבירני – קבלן הוא".

71 לשיטת הגאונים הפועל משעבר עצמו, ובכך הוא נקנה למלאכתו, ראו אסמכתא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 276.

72 עובד וקבלן, לעיל ה"ש 1.

73 ראו נתיבות המשפט, חושן משפט, שם וקצות החושן, שם, ס"ק ד, שדנו בשאלת היחס שבין טענת השטאה לבין טענת אונאה. אכן, כפי שעולה מדיוננו, טענת השטאה היא טענה חלופית לטענת "אסמכתא לא קניא". רק הסבת העניין לשיטת רב פפא הביאה להסמכתן זו לזו ולצורך לבחון את היחס שביניהן. אם הדברים מופרדים, או אז אין מקום עוד לתהות בשאלה זו. שאלת ההטעיה של פועלים שחזרו בהם מן ההסכמה ושאפשר להטעות אותם או לשכור אחרים במקומם אינה עניין לכאן.

המתבססים על היעדר סמיכות דעתו של המתקשר או על פגיעה בערכים ראויים, המצדיקים את ביטול ההסכם או את צמצומו. כך נוצרו סדקים ואי-התאמה בין המקורות השונים, המבוססים מעכשיו על עקרונות שונים ומגובבים, ועל גביהם נבנו שכבות של הסברים שאינם מספיקים להסתיר את הסדקים ולכן סופם שיקרסו, או שיתעלמו מחלקם. על פני הדברים, ומבחינה חיצונית לפחות, כזה הוא המצב גם במשפט הישראלי ובשיטות המשפט המערביות הנידונות בפסקי הדין ובספרות המחקר.

התהיות בדבר סיבותיו והנמקותיו הסותרות או המצטברות של הדין המיוחד של חוזה העושה מעוררות את השאלה, הנראית מסקרנת, אם אפשר לטעון שגם לגבי דיני העושה הכלליים אפשר לשער קיומו של תהליך דומה, שיסודו בשאלת עצם תוקפו של החוזה וסופו בעיצובם של דיני העושה על הסבך הכרוך בהם. ההשוואה במשפט נעשית, בדרך כלל, בין הוראות דומות, תוכנן, ההנמקות הניתנות להן ותוצאותיהן במשפט. כאן יוצע להשתמש באלו לא במטרה ללמד משהו על תוכנם של הכללים לגופם, אלא לשם שחזור ההליך שהביא לעיצובן הנוכחי והבעייתי משהו של הוראות אלו ושל השאלות העיוניות המתעוררות בהקשרן. אכן, מקובל לומר בהקשר דיני החוזים המערביים כי הם מורכבים מאוסף של כללים מפוצלים, שהתפתחו בהדרגה, ושהחוט המרכזי המקשר ביניהם הוא בעיקרו היסטורי.⁷⁴ אם כך הדבר, חשוב לנסות להסיק משהו גם על תחילתו של ההליך ההיסטורי, שייתכן שהביא לעיצובן הנוכחי של הוראות החוק.

הכוח לביטול החוזה הנתון למי שנעשה על ידי הצד האחר לחוזה קבוע בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שזו לשונו:

מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית, או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל – רשאי לבטל את החוזה.

הסעיף הזה בא בין סעיפים אחרים העוסקים בפגמים שהיו בכריתתו (סעיפים 14-17 לחוק). הפגמים שצוינו בסעיפים שבאו קודם לסעיף דנן הם פגמים בדעת וברצון: טעות והטעיה, טעות סופר וכפייה. האם גם סעיף 18 קובע שעילת הביטול היא בשל פגם ברצון, כעולה ממיקומו של הסעיף? אם כך, יש לברר מהו הפגם שיש בכריתתו של חוזה, שאלו תנאיו ואלו נסיבות כריתתו. יש לשאול, מהו הגורם שבגללו ניתן הכוח לבטל את

74 ראו למשל Nathan B. Oman, *The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages*, 64 WASH. & LEE L. REV. 829, 831 (2007) ("... the law we have represents, at best, a collection of essentially random and disconnected choices resulting from a series of historical accidents").

Robert W. Gordon, *Using History in Teaching Contracts: The Case of Britton v. BRIAN H. BIX, CONTRACT LAW: RULES, והשוו. Turner*, 26 HAWAII L. REV. 423 (2004). THEORY AND CONTEXT 149 (2012).

החווה? האומנם יש פגם כלשהו ברצון המתקשר? הרי בנסיבות אחרות לא היה נחשב כפגם המעניק כוח לבטל את ההתקשרות, שהרי אנו צריכים להניח שמי שנמצא במצוקה, או שהוא חלש שכלית או גופנית או חסר ניסיון, יכול להתקשר בחווה "רגיל", וגם חווה שיש בו עושק תקף, אף שהוא ניתן לביטול. האם העובדה שתנאי החווה הגרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל מעצימה את הפגם הקלוש ברצון עד כדי כך שבמקרה זה יש לו גם הכוח לבטל את החווה? או שמא הפגם ברצון אין בו די, ורק הפגם המוסרי שבניצול היתר הוא המכריע? ומה הבעיה במי שמתקשר בחווה רע מחמת מצוקתו? הרי מתקשר הנמצא במצוקה יסכים לעתים להתקשר גם בעסקה רעה מן המקובל ובלבד שיינצל ממצוקתו; הוא יודע היטב שהצד שכנגד מנצל את המצוקה לטובתו, ואפילו במידה בלתי סבירה מן המקובל, אבל אין לו ברירה אלא להסכים לתנאים אלה. האם רצונו פגום? האם תנאי החווה הגרועים כל כך מוכיחים שהסך הנדרש לרצון כדי לתת תוקף לחווה לא הושג במקרים אלה? האם הניצול של הנסיבות הוא בגדר פגם מוסרי והיעדר צדק חברתי, העולה עד כדי פגיעה בתקנת הציבור, כפי שהוא במשפט הגרמני? או שמא הפגם שהתהווה ברצון של הנעשק הוא העיקר, והפגם המוסרי שיש בחווה גם הוא אלא נסיבה מן הנסיבות המגלה זאת? או שמא שני הגורמים משמשים פה בערבוביה? בשאלות אלה נחלקו המלומדים והשופטים. מהם שנטו להדגיש את הרכיב האחד ומהם שהדגישו את האחר. אין כאן המקום להרחיב בסוגיה זו, אלא לסמן אותה בקוויה הכללים בלבד כדי שאפשר יהיה לדון ביחס שבינה לבין ההסברים השונים שניתנו במשפט העברי לעילת העושק.⁷⁵ לדיון קצר בסוגיות אלה נפנה עתה.

75 ראו סיני דויטש "הוראת העושק בחוק החוזים" מחקרי משפט ב 1, 44-1 (1982); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 969-1006 (1992) ואילך (המדגישים את המתח שבין תיאוריית הרצון לבין הרעיון של הגינות החווה ואת היחסים שבין הגורמים הללו); גבריאלה שלו דיני חוזים 247-253 (מהדורה שנייה, 1995), (המעמידה במרכז את הפגם המוסרי); איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים עמ' 43 ואילך (1996) (המעמיד על הבעייתיות שיש בפסיקה בתנועתה בין הדרישות השונות); איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7 (2016); שלו רצמח דיני חוזים 429-443, 406 (2019) (המעמידים במרכז את הפגם המוסרי); מרדכי א' ראבילו "על מתנה ועושק", מחקרי משפט י, 183 (1990). וראו מאמריו של שחר ליפשיץ, Shahar Lifshitz, *Distress Exploitation Contracts in the Shadow of No Duty to Rescue*, 86(2) N.C.L. Rev. 315 (2008); Shahar Lifshitz, *Oppressive-Exploitative Contracts: A Jewish Law Perspective*, 23 J.L. & RELIG. 425 (2007). בקיצור רב באים הדברים גם במאמרו שחר ליפשיץ "למען נחלל מעושק ידנו" – על חוזים עושקים ועל הערכים שבבסיס המשפט העברי" *עלון המשפט העברי* 12, 1-5 (2016), וכעת בהרחבה, "חוזים עשוקים – השראה אפשרית מן המשפט העברי" ספר טירקל – פרקי הגות, עיון ומשפט 155-182 (2019) (המדגיש את הערך המוסרי שיש באחת השיטות שבמשפט העברי). וראו על כך לעיל. ראו גם מיכאל ויגורה "על העושק בדיני חוזים" פרשת השבוע 97 (תשס"ג), ובמה שצוין בכל המאמרים הללו. המקרים השונים המועלים בידי המחברים הללו, והשיקולים לכאן

עילת העושק במשפט הישראלי איננה מוגדרת דיה: אין זה ברור מהו היסוד העיקרי שבעילה זו – יסוד המצוקה או שמא הגינות תנאי החוזה? ומהו היחס שבין הגורמים השונים המרכיבים את עילת העושק? ומהו סוד הצירופים והמשקולות שלהם, שרק בהצטרפם יחד יכול החוזה להתבטל? כאמור, יש שנטו לכאן ויש שנטו לכאן. כך הוא גם במשפט העברי המאוחר; אין בו הסבר ממצה אחד לסוגיה זו, ואין די אף לא באחד מן המרכיבים כדי להסביר את המקורות השונים. על שתי השיטות שוררת, לכאורה, העננה של פגם מפגמי סמיכות הדעת, ואף על פי כן נוטים המפרשים להציע הצעות נוספות, שאינן מתאימות לא אלו עם אלו ולא עם המקורות. זו היא נקודת הדמיון המהותית שיש בין שתי השיטות, וזוהי תרומתה העמוקה למשפט המשווה.

הסיבה שכך הוא במשפט העברי היא, כאמור, המחלוקת שהייתה בשאלת ההכרה בתוקפו של החוזה האובליגטורי. במשפט הגרמני מקורה של עילת העושק הוא בדין הפלילי, הקובע התנהגות כזאת כעבירה פלילית, ומשם הועברו הדברים אל המשפט האזרחי גם כן. אכן, בגרמניה חשו שהמעשה הזה, הבא בעבירה, אינו ראוי לקבל תוקף חוקי, ולכן הדגישו שם את הפן המוסרי השלילי שיש בו, והוא זה הנותן את הכוח לביטולו.⁷⁶ הנסיבות שהוצעו למקרה הטיפוסי באות כדי להעצים את הפן המוסרי.

במשפט המקובל, הכלל הוא כי "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה".⁷⁷ חוזה כזה לא יזכה להגנת בתי המשפט, שימשכו את ידיהם מלדון בו. הוא איננו חוזה הניתן לביטול. אין צורך בכך. נראה אפוא שעילת העושק אין יסודה ב"עוולה", ולכן היא צריכה להישען על בסיס של פגם רצון; ובזה ניתנו בו סימנים רבים, שרק בהיקרותם כאחד יכול החוזה להתבטל, ובכך הם מגבילים את שיקול הדעת של בית המשפט. כך גם בישראל, שחוק החוזים שלה קובע שהסכם בלתי חוקי – בטל.⁷⁸ בתקופה הרחוקה, שיטת המשפט המקובל לא הכירה בתוקפם של הסכמים, וחוזה שיש בו עושק לא יצא, כמובן, מכלל זה. רק כאשר הוכר תוקפם של חוזים, התעוררה תחושה של אי נחת מהכרה גם בתוקפו של חוזה העושק והוצעו לשם החרגתו הצעות שונות. אלה לא תאמו תמיד זו את זו, והשופטים

ולכאן המוצעים על ידיהם, מלמדים על היעדר תשובה ברורה לזהותו של היסוד המכונן את החוק, והם מניחים את הדילמה לפני בתי המשפט להכרעה. נימוקיהם של השופטים אינם מתירים את הסבר, אלא אך מוסיפים עליו (ראו דברי איל זמיר, במאמריו הנזכרים בהערה הקודמת).

76 גבריאלה שלו, לעיל ה"ש 75. ראו גם פסקי-הדין בע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו (1), 762; ע"א 2041/05 מחקשווילי נ' מיכקשווילי (פורסם בנבו).

77 ראו ע"א 110/53 ג'ייקובס נ' קרטוז, פ"ד ט 1401 (1955); אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה: תוצאותיה של אי חוקיות במשפט העברי (1981); ע"א 105/69 רידר נ' מורגנשטרן, פ"ד כג (2) 95 (1969); איתמר ורהפטיג "איסור החוזה האסור והשלכותיו" משפטים ב 632 (1970).

78 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

קבעו אותן לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מצד אחד, היה צורך במתן הכרה בחווה העושק כבכל חווה אחר, שהרי באמת לפי הכללים הרגילים לא היה מקום לפוסלו, אבל מן הצד האחר לא היו השופטים יכולים להעלים את עיניהם מן העוול שגרם העושק ולכן ביטלו את החווה במקרים מסוימים. צירוף ההנמקות וגיבובן בחוק הישראלי, ולא רק בו, משקף את המצב של כן ולא ורפוי הדבר בידי של החוק ושל השופט. היחסיות של הפגם המוסרי או הפגם ברצון בולטת אל מול המוחלטות של הוראות חתוכות כגון הפסילה של כל התחייבות חוזית (כמו במשפט העברי), או של חווה בלתי חוקי (במשפט האנגלי והישראלי). המשפט העברי איננו פוסל חווה הבא בעבירה ואיננו פוסל חוזה אונס ועושק שנעשו בתמורה ראויה. טענת השטאה היא אפוא חידוש גדול שאינו מתאים למקורות, אבל העלאתה מלמדת על הנטייה הכללית במשפט לעשות כן.⁷⁹

כאמור, לביסוסה של השערה זו, או לביטולה, אנו נדרשים עוד למחקר היסטורי מפורט ומדוקדק של תולדות עילת העושק. ההשוואה מעוררת גם את הצורך בהרהורים בדבר היחס שבין ההליך לבין תוצאותיו; ביחס שבין המקור לבין השינוי ברצף של הדין ועד להשערות על העתיד. ההשוואה מלמדת על טיבן ואיכותן של ההנמקות היוצאות מעטם של שופטים ושל חוקרים, ועל דרך בנייתם ונפילתם של מוסדות משפטיים.

*

לעיתים, תפיסות משפטיות הן ככוכבים: הן גדלות והולכות, הן משנות את צבעיהן, עד שהן קורסות אל תוך עצמן. למזלנו, בסוגייתנו ניתנה לנו האפשרות להציץ אל תוך החור השחור שנוצר ולבחון את שרידיו; שרידים אלה הם הדעות המרובות, הסותרות זו את זו ואינן מתיישבות עם פשוטם של המקורות, והן משקפות את המאבק שבין הגמוניה להרמוניה.

79 בהמשך סוגיית בבלי, יבמות קו, ע"א הנ"ל, לאחר תשובותיו הניצחות של רב פפא, מדווחת התנהלות בלתי מוסברת של אביי: " אמר ליה [אביי לרב פפא]: אבוך היכא [=אביך היכן]? אמר לו: במתא [=בעיר]. אימך היכא? אמר ליה: במתא. יהיב בהו עיניה ושכיבן [=נתן בהם [אביי] את עינו, ומתו אביו ואמו של רב פפא]". מה גרם לאביי להביא למותם של אביו ואמו של רב פפא? רש"י, וכן אחרים, פירשו כך: "כלומר, כמדומה אני שיש לך אב ואם סמוכין לך לספק צרכיך, לפיכך קא מחדדן שמעתין [=חריפות הלכותיך]" (רש"י, שם, ד"ה "אבוך היכא". ר' יעקב עמדין בחידושו, שם, כתב: "כלומר, על ידי שאמר לו כך והיה הדבר גדול בעיניו שזכה רב פפא לכך, שלטה בהם עינו... לא שהוא נתכוון להמיתם חס וחלילה!". כלומר, אביי התפעל מחריפותו של רב פפא ותלה זאת בהיעדר הצורך שלו לדאוג לפרנסתו, כי הוא סמוך על שולחן הוריו הדואגים לכל מחסורו, ולכן שמועותיו מחודרות. אך אין זה ברור כלל מהי החריפות היתרה שגילה כאן רב פפא? האין זו סברה שיכולה הייתה להיאמר בפשטות על ידי כל אחד, גם יתום מאב ומאם, כאביי? האם לא ייתכן, שביקורת חריפה הייתה כאן מצידו של אביי על חידושו של רב פפא בפירוש הברייתא שבא מן האין, בלא אב ואם, ועל שיבוש המסורת, טשטוש קווי החידים של החוק, פריעת הסדר ויצירת הכאוס בפרשנות ההלכתית? את תולדותיו של הכאוס ראינו כאן.

