



אוניברסיטת בר-אילן

תואר שני, MA
הפקולטה למשפטים

מחברת הקורס:

דיני ממונות

המרצה:

דר' שמשון אטינגר

תוכן עניינים

3	מבוא
5	החלוקה הספרותית
5	המשנה
5	התלמוד
6	פירושים
6	פוסקים
6	שו"ת
7	ספרו של הרמב"ם - משנה תורה
8	חלוקת התקופה המקבילה
8	התנאים
8	האמוראים
8	הגאונים
8	הראשונים
10	חוק הערבות
10	מהות התחייבות הערב
10	חייבים נפרדים
10	השיטה הקוריאלית - חייבים משותפים
11	אסמכתא
12	הלכות מכירה פרק יא - הרמב"ם
13	סעיף 8 - אחריות הערב
14	סעיף 18 - תחולה
17	סעיף 8 - אחריות הערב
17	סעיף 19 - ערב יחיד
17	סעיף 19 - ערב מוגן
18	סעיף 32 - אי התנאה
18	סעיף 1(ב) - מהות הערבות
19	סעיף 2 - סייג לערבות
22	סעיף 16 - שיפוי
23	פקיד שומה חיפה נ' גולשטיין
24	ערבות מכוח הדין
25	עשיית עושר
26	חוק עשיית עושר ולא במשפט
26	סעיף 1 - חובת ההשבה
26	סעיף 4 - דין הפורע חוב הזולת
27	מסכת כתובת, פרק יג'
28	דעת התלמוד הבבלי
29	דעת התלמוד הירושלמי
30	השבת אבידה
30	הרחקת מזיק
31	דעתו של רבנו תם
32	דעתו של בעל ערוך השולחן
32	ערב אשר פורע חובו של חברו
33	דעתו של הרמב"ם
33	דעתו של הראב"ד
33	דעתו של שולחן ערוך
34	פעולות למען הזולת - יורד לשדה חברו
34	דעת המשפט אנגלי
35	חוק עשיית עושר ולא במשפט
35	דעת המשפט העברי
38	פעולות למען הזולת - יורד לשדה חברו בטעות
38	דעת המשפט האנגלי
38	דעת המשפט העברי
38	הנוטל מחברו
39	מסכת בבא קמא דף כ'
39	מקרה I - זה לא נהנה וזה לא חסר, פטור
40	מקרה II - זה נהנה וזה לא חסר, פטור
41	חוק עשיית עושר
42	כופין על מידת סדום
42	מקרה I - חלוקת נכס בין יורשים - הרמב"ם הלכות שכנים פרק יב'
42	מקרה II - חלונות - הרמב"ם הלכות שכנים פרק יז'
43	מקרה III - אבני ריחיים - הרמב"ם הלכות שכירות, סוף פרק שביעי
43	ניתוח מוסרי
44	ניתוח כלכלי
45	חוזה בלתי חוקי - העושה דין לעצמו
45	חוזה בלתי חוקי במובן החזק
45	חוזה בלתי חוקי במובן החלש
46	בבא מציעא סה' עמ' א'
47	סעיף 30 לחוק החוזים - חוזה פסול
48	מבנה הבחינה

מבוא

תחום המשפט העברי ועצם העיסוק בו משתרע על פני סוגיות רבות מעבר לעניין והחלוקה הטכנית שמציג, ועיקר הסיבה לכך היא מכיוון שהביטוי משפט עברי הוא ביטוי טעון, ולא במקרה מעורר התנגדות מכיוונים שונים.

הביטוי משפט עברי, בא לומר כי אנו מציגים חלוקה מסוימת בתוך מסגרת ההלכה. חלוקה זו קובעת, כי בתוך ההלכה ישנן נורמות משפטיות שנכון לכנותן בשם "משפט". ולעומתן, ישנם תחומים אחרים במסגרת ההלכה, שאינם פרי המשפט. תחומים אלו הם מעוף משפטי, אך אין זה נכון לכנותם "משפט".

גם את המונח הלכה ניתן להגדיר בצורות שונות, אך אנו נוטים לשייך את המונח "הלכה" לחלק הנורמטיבי של התורה – התורה הכתובה והתורה שבעל-פה, כאשר זו האחרונה תופשת מקום רב יותר מאשר התורה שבכתב. וכאשר אנו אומרים "נורמטיבי", הרי שהכוונה היא לנורמה – כלל התנהגות, אותו חלק הקובע כללי התנהגות וצווים של עשה ואל תעשה. ומה איננו נכלל במסגרת ההלכה? כל מה שהוא איננו נורמטיבי, כמו למשל "אגדה".

הטענה העיקרית לענייננו, היא שחלוקה זו בין ההלכה ובין המשפט, איננה מוצדקת מנקדת מבט פנימית-הלכתית. כלומר, **ההלכה עצמה איננה מכירה בטענת החלוקה בין מה שהוא משפט ובין מה שאיננו משפט**. לדעת ההלכה, או שהכל משפט או שהכל איננו משפט. כלומר, החלוקה המוצגת לעיל איננה עומדת במבחנים פנימיים של ההלכה, אלא היא באה מבחוץ.

בראש המתנגדים לטענת החלוקה, והחשוב והחריף מבניהם הוא **פרופ' יצחק אנגלרד**, שכיהן כשופט ביהמ"ש העליון עד לפני כמה שנים. פרופ' אנגלרד כתב מאמר מקיף ומעמיק על נושא זה על דרך מחקרו של המשפט העברי, והוא פרסם את דבריו בכתב העת משפטים, כרך ז'. כאמור, בתוך החלק הנורמטיבי של ההלכה, אנו תוחמים את מה שהוא משפט ומה שהוא אינו. כלומר, יש חלק שנכון לקרוא לו "משפט", ויש חלק שלא נכון לכנותו ככזה. בעוד שטענתו של אנגלרד גורסת כי **חלוקה זו היא זרה להלכה עצמה**. אנגלרד מכוון לכך **שהכל דתי**. כלומר, החלוקה בין נורמה שהיא משפט ובין נורמה אחרת שאיננה משפט היא לא מוכרת להלכה עצמה.

מי שעומד מול טענתו של אנגלרד, הוא **פרופ' מנחם אילון**, גם הוא שופט ביהמ"ש העליון לשעבר. ושניהם התנצחו בשאלה זו שנים ארוכות.

השאלה העיקרית מתייחסת לנושא "מהו משפט". ותשובתו של אילון לשאלה זו נמצאה בעייתית ומתנגדת לטענתו של אנגלרד. אילון אומר לעניין זה, כי מה שהוא משפט הוא כל אותם **תחומים שנמצאים בהלכה וגם בשיטות אחרות**. וישנן דוגמאות שונות לעניין זה, לדוגמא דיני נזיקין, דיני נישואין וגירושין ועוד. את שני סוגי דינים אלו, ניתן למצוא במרבית תחומי המשפט ולכן הם מהווים דינים משפטיים. בעוד שתחומים אחרים, כגון מצוות שבין אדם למקום (שמירת שבת, לדוגמא), אינם נחשבים משפט משום שהם אינם נמצאים בכל תחומי המשפט.

נראה כי דר' אטינגר (מרצנו המלומד), גורס כי אף אחד מהשניים צודק בטענתו, אלא שאנגלרד טועה יותר.

ההבחנה בין משפט ובין מה שאיננו משפט, הוא הבחנה פנימית של ההלכה. היא נמצאת בה ויש לה מקורות וביטויים לא מעטים לאורך כל תקופות ההלכה, החל מדברי חז"ל במדרשים ובתלמוד וגם אצל חכמים מאוחרים יותר. **ההבחנה היא איננה חיצונית, ואיננה תלויה במה שיש בשיטות משפט אחרות כלל.** ומהו המשפט לפי חז"ל? **כל מה שמתחייב מן ההכרעה והתודעה, מן הדעת והתפישה האנושית ומה שהכרחי לקיום החברה, הוא המשפט.** וכל אותם עניינים אחרים שאינם הכרחיים לעניין זה, כמו הדת או ההלכה הדתית, אין הם משפט.

בפשטות ניתן לקבוע, כי **המשפט הוא בין אדם לחברו** והוא כולל את ההגדרה שהוזכרה לעיל. ובעוד שכך, הדת היא בין אדם למקום, וזו היא לעולם איננה משפט. וכבר מדברי חז"ל, כבר אצל חכמים קדומים, לא ראו את המצוות שבין אדם למקום כמשפט. אך עם זאת, ייתכן בהחלט כי גם **עניינים מסוימים שבין אדם לחברו לא יהיו חלק מהמשפט** אלא תפישה דתית כלשהי לפי ההלכה, כמו למשל דיני נישואין וגירושין.

וכאן ההבדל הגדול בין דעתו של הפרופ' ובין דעתו של אילון – דיני נישואין וגירושין לטענת אילון הוא משפט שכן הוא נמצא בכל שיטות המשפט השונות, בעוד שלפי הגדרתו של הפרופ' לא ניתן להתעלם מהתכנים הספציפיים שניתנו לדברים, ומי שיעיין בהלכות אלו ימצא בהן עניין חברתי-דתי.

המבחן הוא מבחן פנימי, החלוקה היא איננה שרירותית ואיננה כפויה מבחוץ ובוודאי שאיננה תלויה בהגדרה של מה שיש או אין בשיטות משפט אחרות.

אך השאלה המתבקשת היא מה **הנפקות**, ומה זה משנה האם נגדיר כך ולא אחרת, שהרי ברור שיש לויכוח זה השלכות. כמו למשל, השלכות על דרך **המחקר** – אם אנו טוענים שזהו משפט, וטוענים שההלכה מסכימה לעניין, אזי יש מקום להשוות את הדינים לדינים המתקיימים במקומות אחרים. נוסף על כך מחלקות זו משפיעה רבות על **שאלת היישום וקליטת המשפט העברי במשפט המדינה.**

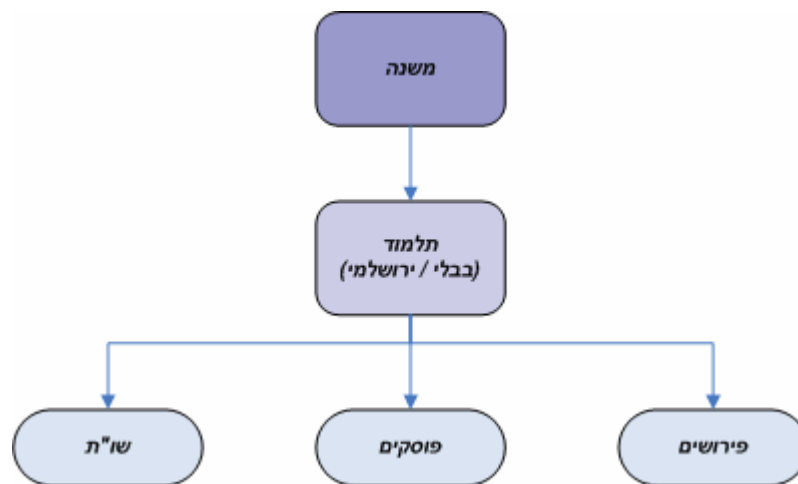
אילון, בקו המחשבה שלו, דוגל ותומך בשילוב המשפט במשפט המדינה, עד כמה שאפשרי הדבר. ובעוד שכך, אנגלרד מבטל זאת לחלוטין, ולא רואה בכך ערך או צידוק להכניס אותם למשפט.

הנקודה החשובה במיוחד, היא שמחד, קיימת ההבחנה ומאידך קיימים יחסי גומלין והשפעה בין החלקים, וזו אחת הטענות המועלות ע"א אנגלרד, ועל כך לטענתו – אין מחלקות. יש השפעה וישנם מכנים משותפים בין הצד הדתי של ההלכה ובין הצד המשפטי. החלקים אינם עומדים באופן מבודד בין עצמם והם שייכים לאותה מסגרת המכונה הלכה. פירוש הדבר, שבראש ובראשונה ישנה השפעה מהדת, כלומר מצד ההלכה על המשפט שלנו. ההלכה היא חלק מהתורה והיא מסגרת דתית ולעניין משמעות גם לגבי המשפט היהודי העברי.

מחד, משפט ומאידך אופי ייחודי שבא לידי ביטוי במקומות רבים והוא מצביע על אופי המשפט. הדוגמא הבולטת לכך, היא דיני הנזיקין. לכל הדעות והתומכים בטענה זו, דיני הנזיקין הם חלק מהמשפט השייך להלכה, כלומר מצוות שבין אדם לחברו, מה שמחויב לצורך קיום החברה. והנה, בנזיקין אנו מוצאים נורמה ייחודית מאוד, מעניינת ולא מקובלת, והמשפט המפורסם הקובע **פטור בדיני אדם, חייב בדיני שמיים.** רוצה לומר, ישנם מצבים מסוימים, בהם פטור אדם על מעשה מזק שעשה מכיוון שעל-פי ההגדרה המשפטית הפורמאלית, הנזק נחשב לנזק

עקיף, ואין הוא מספיק קרוב או ישיר לתוצאה שנגרמה באופן בו קשה להוכיח את הקשר הסיבתי. אלא שמשום שלהלכה יש הגדרות משלה, היא קובעת כי ישנם מעשים מסוימים בו הזיק אדם, ולמרות שהנזק נחשב עקיף והוא פטור ממנו בדיני אדם, עדיין יהיה חייב האדם בדיני שמיים, כלומר – כלפי שמיים חייב לשלם. ואילו **את החיוב בדיני שמיים רואה ההלכה כחיוב משפטי ולא כחיוב הלכתי.**

החלוקה הספרותית



המשנה

נקודת המוצא שלנו היא **המשנה** והוא הצעד הראשוני של קיבוץ, עריכה וסידור. המשנה נערכה ע"י רבי יהודה הנשיא, בשנת 200 לספירה, שקיבץ את כל ההלכות שהיו והתגבשו לפניו, מי מהן שהיו מפוזרות, ומי מהן שהיו ערוכות בעריכות חלקיות אחרות, אצל חכמים שקדמו לו. הוא כינס וסידר את הדברים בצורה שיטתית ומסודרת, וחילק את המשנה לשישה חלקים; שישה סדרי משנה. כל סדר, מחולק למסכתות וכל מסכת לחלקים. מה בדיוק עשה רבי יהודה הנשיא, לא ברור לנו עד היום, וחוקרי התלמוד עדין מתפלפלים בעניין; האם רק כינס, האם גם שינה ושכתב וניסח מחדש את הדברים, האם פסק הלכה או סתם איגד אנציקלופדיה? ותשובות רבות בנושא, לכאן ולכאן. ישנם ביטויים שונים, אך בין השאר יש להבין מה הכוונה בביטויים אלו, וגם הם אינם ברורים ורבי משמעות. הספר המכונה משנה, הוא ה"ספר" המקובל, וממשנה סתם הפך להיות למשנתנו – המשנה שלנו, מתנתיין.

התלמוד

מתוך הדיון שהתרחש סביב המשנה, נוצר חיבור חדש, גדול ורחב היקף הרבה יותר, והוא התלמוד. **התלמוד הוא פרשנות המשנה**, במובן הרחב ביותר שניתן להעלות על הדעת. התלמוד הוא פירוש המהווה תוצאה של דיון וניתוח מעמיק, תוך הבאת שאלות חדשות. חשוב

להבין, שהכל התחיל במשנה – אך לא נגמר בה. ההלכה עד ימנו מתבססת גם על התלמוד, ונראה את כל זאת בהמשך.

אנו מכירים שני סוגי תלמודים – התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי. התלמוד העיקרי והגדול, הוא דווקא התלמוד הבבלי והוא חובר בבבל, ע"י חכמים גדולים בישיבות בבל. במקביל, חובר התלמוד הירושלמי, שהוא דומה במידה מסוימת לתלמוד הבבלי, והוא חובר בארץ ישראל, אם כי לא בירושלים וכונה כך רק משום הכבוד לעיר (באותה התקופה, בעקבות שני החורבנות – חורבן הבית שלב א' וחורבן הבית בשלב ב' שבא לידי ביטוי במלחמת בר-כוכבא, בשנת 132 לספירה – ירושלים כלל לא הייתה על המפה). מבחינה הלכתית, עניינית ומדעית, התלמוד הבבלי עולה על התלמוד הירושלמי, בהיקפו, בעומק ניתוחו, בסידורו והיותו קריא ומובן הרבה יותר. לאחר כתיבת התלמוד הבבלי, ישבו ראשי הישיבות – גאוני בבל, והפיצו את התלמוד הבבלי, פרשו אותו ונתנו לו אכיפה, עד שהפך הוא למכריע בקר הפוסקים.

פירושים

סביב התלמוד הבבלי נוצרה יצירה חדשה המכונה **פירושים** – התלמוד הוא ספר קשה, ויש צורך לפרשו. ופה לשם, נוצרת ספרות רחבה של פירושים, שאינם פירושים במובן הצר בלבד. הקלאסי והחשוב מבין נותני הפירושים הוא **רש"י**, אשר מפעלו העיקרי והגדול היה למעשה פירוש התלמוד.

נוסף על רש"י, קמו פרשנים רבים אחרים, רובם מפרשים במובן הרחב, משווים, מתפלפלים, מקשים קושיות, וכך נוצרת ספרות רחבה שהיא ספרות של **חידושים ולא פירושים בלבד**. כמובן, שתוך כדי כך הם מפרשים את הדברים, וכל אחד עושה זאת לפי דרכו, אך נראה כי בסופו של עניין הפירושים הפכו חידוש של ממש.

פוסקים

בעקבות הפירושים הללו, נוצרת ספרות נוספת והיא הפסיקה – הפוסקים. למעשה, על סמך הפירושים והחידושים נוצרה הפסיקה שפירושה היה **לתת מסקנות הלכה למעשה – חקיקה**. ממש כמו סעיפי חוק, אך באופן פחות מדויק. החשוב מבין הפוסקים הוא **הרמב"ם**. ספרו של הרמב"ם המכונה **משנה תורה**, הוא הספר החשוב ביותר בספרות הפוסקים, ולא רק שם אלא גם בכל הספרות שקמה לאחר התלמוד.

שו"ת

סוג זה, דן במידה מסוימת גם בשניים האחרים. מדובר כאן על שאלות ותשובות שהן **פסיקה באירוע נקודתי**, במקרה מסוים שהובא אצל הפוסק. אין מדובר כאן בשאלה תיאורטית, שתקפה לכל המקרים, אלא בסיפור אמיתי, אירוע מסוים, שהתרחש בנסיבות מסוימות במקום מסוים, וכעת שואלים לחוות דעתו של הפוסק. והקשר לשניים האחרונים, הוא בכך שהפסיקה הנקודתית, הלכה למעשה, מסתמכת על הפירושים ופוסקים. למעשה, לוקחים את הרמב"ם ומיישמים אותו על המקרה המובא. נראה כי השו"ת מקביל למעשה לפסיקת בתי המשפט, למקרה הקונקרטי שבא לפני הפוסק.

לספרי השו"ת חשיבות רבה לצורך הבנת התפתחות ההלכה, באופן בו אנו מבינים כיצד השתמשו ויישמו דברי הפוסקים לאורך הדורות השונים.

ספרו של הרמב"ם – משנה תורה

הרמב"ם נולד בספרד, בתקופת המחצית השנייה של המאה ה-12. משם הוא עבר למרוקו, ונאלץ לברוח משם בלחץ הקנאים לתקופה קצרה של שהייה בישראל. משפחתו של הרמב"ם לא החזיקה מעמד בישראל מטעמים כלכליים ומשם הם החליטו לעבור למצריים. ומשנפטר שם נקבר כמעט בוודאות ברורה בטבריה.

מרבית כתביו של הרמב"ם נכתבו במצריים. הרמב"ם בחיבוריו, יוצר מהפכה בעולם הספרות הרבנית, לעומת כל מה שקדם לו ואפילו מה שלאחריו – לא הייתה ואין עד ימנו אנו, יצירה כזו. מכיוון שיצירתו המכונה משנה תורה מקיפה את כל עולם ההלכה על כל נושאים, הוא כותב באופן שיטתי ומוגדר, בעריכה חדשה, בסגנון עברי חדש, וכל אלו לא היו קיימים קודם לכן. הרמב"ם הצליח להקיף את כל מה שדרוש לפוסק כדי לקיים את מצוות ההלכה בכל התחומים, כולל אפילו התחום הפילוסופי.

אחד המאפיינים הבולטים של ספר זה, שגרמו להתנגדות גדולה בעולם הרבני לאחר חיבורו, היה העובדה שמרבית פסיקתו של הרמב"ם צריכה להיות בהתאם לתלמוד, מכיוון שגם מבחינה כרונולוגית, תקופתו הייתה מיד לאחר תקופת התלמוד. אלא שהרמב"ם איננו מציין מאיפה הוא החליט לפסוק הלכה מסוימת כזו או אחרת. ושאלות נוקבות רבות מתעוררות ביחס לעניין זה; איך למדת, מאיפה השגת, מהיכן זה בא? הרמב"ם נתן לספרו מעמד עצמאי, מנותק מן התלמוד, העומד בפני עצמו והוא איננו מזכיר, אפילו לא בניסוחו, מהיכן ועל בסיס מה נשענים דבריו.

הרמב"ם הואשם בכך שהוא גרם לכך שאנשים לא יוסיפו עוד להסתכל בתלמוד. ואפילו השם שנתן הרמב"ם לספרו – משנה תורה, קרי **מספר שניים לתורה**. הוא יוצא ואומר מפורשות, כי הוא קרא לספרו משנה תורה, משום שאדם שקורא את התורה שבכתב (את חמשת חומשי התורה) ואז קורא בספר זה, לא צריך עוד דבר מלבדו, ואיננו צריך עוד ספר ביניהם או אחריהם. עם כל זאת, הספר לא דחק את התלמוד. הרמב"ם איננו עומד בפני עצמו, אלא עומד בצידו של התלמוד, הוא לא משנה לתורה אלא הוא משנה לתלמוד. וחכמי הדורות לא הסכימו שיהיה כזה **[ראה, זה כי הם חכמים! (יניר שביט)].**

ומה שעושים החכמים עד היום, הוא לחפש את המקורות.

והדבר המוזר מבין כל אלו, הוא שבאף מקום לא מצוין שמו של הספר "משנה תורה", אלא מצוין עליו – "ספרו של הרמב"ם". ונוסף לשם זה, קיבל השם לאורך השנים את הכינוי "היד החזקה". ושם זה הוא מאוד יפה ואף בעל משמעות עמוקה; יד = י' = 14 – 14 ספרים להם מחולק הספר. ונוסף לכך פירוש אחר – הביטוי "היד החזקה" לקוח מן התורה – והוא מצוין בפסק האחרון בתורה, בספר דברים המסתיים במילים; "ולכל היד החזקה אשר עשה משה לעיני כל ישראל".

אם כן, בין ספרות הפוסקים, הרמב"ם הוא הראשון, אך בוודאי אין הוא האחרון. לאחריו באים ספרים נוספים, המחברים בהשפעתו בתקופות מאוחרות יותר, וראוי להזכיר תחת הפוסקים, שניים חשובים נוספים והם; **ספר הטורים**, שחובר בספרד במאה ה-14, ו- **שולחן ערוך**, שחובר ע"י רבי יוסף קארו שחי בצרפת לשם הגיעו בילדתו לאחר הגירוש מספרד.

שולחן ערוך, הפך להיות הספר המקובל המחייב, אך גם לו קמו מתנגדים רבים חריגים; הרבה זלזלו בו וסרבו לקבל את השיטה. בסופו של עניין התקבל הספר והתפשט הלאה. נשוב לדיוננו ברמב"ם, ונציין כי שולחן ערוך משקף אותו במידה רבה, באופן בו חלק גדול מפסיקת שולחן ערוך היא מן הרמב"ם, ולפעמים אף מביאה אחד לאחד את לשונו המילולית. בכתבתו משקף הרמב"ם את שלושת הסוגים; פירושים, פוסקים ושו"ת.

חלוקת התקופה המקבילה

התנאים

תקופת **המשנה**, היא תקופתם של **התנאים** – חכמי המשנה, שחיו עד שנת 200 לספירה, עד רבי יהודה הנשיא. חתימת המשנה פתחה תקופה חדשה ולא רק מבחינה ספרותית, אלא גם מבחינת חתימת התקופות כשלעצמה – תקופת האמוראים.

האמוראים

תקופת **התלמוד**, היא תקופתם של **האמוראים** – חכמי התלמוד, שחיו כ- 300 שנה לאחר מכן, עד לשנת 500 לספירה.

הגאונים

ראשי ישיבות בבל, שחיו לאחר תקופת התלמוד, משך 400-500 שנה. אליהם נשלחו שאלות רבות, מה שהפך את התלמוד הבבלי לגורם הפסיקה המרכזי. תקופת הגאונים התאפיינה במרכז אחד והוא בבל, וחכמים אחרים שנמצאים בה, פרשו את סמכותם ההלכתית על כל התפוצה בכל המקומות בעולם, ולא רק בבבל. הסמכות ההלכתית שלהם מקובלת ונחשבת, גם בארץ ישראל, גם בספרד, בצפון אמריקה, ומכל העולם שולחים להם שאלות והם עונים תשובות. תקופת הגאונים היא השלב האחרון המאופיין במרכז תורני אחד, שסמכותו פרושה על כל חלקי הארץ ובשלב זה הסיפור מסתיים. בתקופה שאחרי הגאונים, כבר לא קיים מרכז אחד כזה של חכמים המקובל על הכל, ובמובן זה ההלכה מתפוררת. מכאן ואילך ישנם גאונים פזורים בעולם; חכמי ארץ ישראל, חכמי ספרד, צפון אמריקה, גרמניה, צרפת ומאוחר יותר גם בפולין ובמזרח אירופה.

הראשונים

החל מהמאה ה-11 ואילך, תקופת הראשונים. ראשוני הראשונים הם בני המאה ה-11, וסיימו תקופתם עם מותו של רבי יוסף קארו, באמצע המאה ה-13, שהיה אחרון הראשונים או ראשון האחרונים. החיבור יוצר מעבר, עד למאה ה-16.

חשוב להבין את החלוקה הזו, משום שהיא יוצרת גם הבדל משמעותי בספרות עצמה, גם מבחינת הז'אנר, גם מבחינת אופי הדברים וגם מבחינת הפסיקה והגישה עצמה.

ספרות ההלכה על כל סוגיה, משמשת בסיס לעיון וללימוד כאחד. ואילו בדורות האחרונים גם לפרסום המחקר המדעי; בכל האוניברסיטאות, מכוני המחקר, בארץ ובעולם, מתרחש ומתחולל דיון מקרי מדעי סביב הספרות ההלכתית התלמודית.

ונשאלת השאלה מהו ההבדל העקרוני הבסיסי בין שתי שיטות הלימוד; הביטוי העיקרי להבדל, הוא בלימוד התלמוד – הלימוד המסורתי הישיבתי של התלמוד תופש אותו כספר אחיד כחיבור אחד. וזו נקודת המוצא וההשקפה – מחבר אחד כתב אותו וזו גם הסיבה שלומדים את התלמוד ברצף כחיבור אחיד. ואם יש קושיות מתמודדים איתן, ואם יש סתירות מחפשים את התשובה. והתשובה היא, לאורך כל הדורות, משפטית ורציונאלית – חיפוש אחר ההיגיון. בחינה מה אומרת סוגיה א' ומה אומרת אחרת, מה היו המסקנות, והכל מתוך ניתוח ענייני של תוכן הדברים, שימוש בסברה, תוכן הגיוני, אבחון שפירושו חלוקה, הבחנה בין אירועים שונים ובין דעות שונות. בעוד שכך, נקודת המוצא של הלימוד המחקרי של החוק, היא הפוכה – התלמוד הוא איננו ספר אחד, וזו הנחת העבודה הבסיסית. החוק טוען כי יש כאן פאזל – ישנם קשיים וסתירות, ודברים רבים שאינם מתיישבים האחד עם השני. ותפקידנו כחוקרים, הוא להפריד את הפאזל – לפרק את התלמוד ואת הסוגיות השונות, ולמצוא את חלקי הפאזל תוך הרכבתו מחדש. מה היה החלק הראשון, ומה התחבר אליו, כיצד הוא התחבר, באיזו תקופה, מתוך אילו עקרונות וכן הלאה. במקום איחוד, מדובר כאן על הפרדה, ולאחר מכן איחוד מחדש. וזו הפעולה העיקרית של המחקר. כמובן שביחד עם זאת קמה הביקורת על הנוסח, שכן ישנם נוסחים שונים, אך זו עיקר הפעולה.

ומתוך כך אנו מגיעים למסקנה, כי ספרו של הרמב"ם מאוד מושך, מסיבה נוספת היא מעט פרדוקסאלית – הספר מלא קשיים, אין כמעט הלכה אחת שלא מעוררת קושי או בעיה. ובישיבה, בבית המדרש, עושים כמו בתלמוד – מחפשים את התשובה, מנסים ליישב את הקושי, תחת שיטת השלילה, הסקת הסברה, חיפוש אחר תשובה עניינית.

החוקר לא מחפש את התשובה – הוא מחפש את השיטה. המחקר המדעי מנסה לחפש את שיטתו של הרמב"ם וסבור כי יש כאן משהו בסיסי יותר, בשיטת הכתיבה, שאם נפענח אותה ונמצא את הנוסחא הנכונה, היא תבאר עבורנו סדרה שלמה של קשיים.

חוק הערבות

הערבות היא סוגיה שנעסוק בה בהרחבה, והיא מדגימה יפה את האופי המשפטי של ההלכה. הערבות היא הדוגמא הקלאסית של משפט בתוך מסגרת ההלכה ובמסגרת סוגיה זו, אנו נבחן כיצד ההלכה מיושמת, בהשוואה לחוק הישראלי.

חוק הערבות, הוא אחד מחוקי הכנסת, הוא איננו חוק עות'מאני או פקודה מנדטורית, אלא חוק ישראלי לגמרי – מתחילתו ועד סופו. הוא חלק מדיני החוזים, בהיותו סוג של התחייבות. הערבות היא סוג של חוזה, והסכם בעל אופי מיוחד ויוצא דופן.

הערבות לעומת התחייבות רגילה, שונה בכך שאנו עוסקים בשלושה מוקדים שונים – הערבות היא מוסד משולש בעל שלושה קודקודים הכוללת; **נושה, חייב וערב.**

המיוחד בהתחייבות הערב, הוא בכך שהוא מתחייב לקיים את חובו של החייב. גם ב' וגם ג' – שניהם חייבים כלפי א'. אלא, שקיים הבדל בין החייב ובין הערב – בעוד שהחייב מתחייב לקיים את התחייבותו שלו, הערב לעומת זאת מתחייב כלפי הנושה, לקיים את חובו של החייב. אני כערב, לא מתחייב לקיים את החיוב שלי עצמי – אלא את חיובו של אדם אחר.

מהות התחייבות הערב

התופעה הייחודית הזו מעלה שאלות רבות, והראשונה שבהן היא מהות התחייבות הערב. מהו אופי וטיב ההתחייבות של הערב. והשאלה נשאלת מכיוון בו הערב מתכוון לקיים את חיובו של החייב ולא את חיובו שלו. במילים אחרות – **מהו היחס בין ב' ובין ג'.** חייבת להיות זיקה כלשהי בין השניים, אחרת אין סיבה שיהיה ערב לו. ברמה העקרונית עומדות כאן שתי שיטות:

חיובים נפרדים

שיטה זו רואה את **שני החיובים הללו חיובים נפרדים**, בכפוף לתנאים המיוחדים של החיוב. ברור שיש קשר זיקה בין השניים, אך בסופו של עניין באופן עקרוני, מדובר על שתי התחייבויות ושני חיובים נפרדים – החייב חייב והערב חייב, וכל אחד עומד על רגליו העצמאיות.

השיטה הקוריאלית – חיובים משותפים

שיטה זו רואה בהתחייבות הערב כמתמזגת ביחד עם החיוב של החייב – בחיוב אחד. שיטה זו מכונה השיטה הקוריאלית, והיא משקפת תפישה שהתגבשה במשפט הרומי, והשפיעה בגלגולים שונים על המשפט הקונטיננטאלי. הגישה קובעת, כי מה שקורה בסופו של עניין הוא **חיוב משותף**, ואנו מכירים את המשפט הזה מדיני החוזים, כאשר **שניים מקבלים על עצמם חיוב משותף**. שני אנשים לווים ביחד. הניתוח התיאורטי של מהות החיוב, הוא בעל משמעות משפטית והשלכה משפטית על פרשנות החוק, לגבי תוצאות שונות המתחייבות ומתבקשות מתפישה כזו או אחרת. כך לדוגמא, ביטוי מעניין לתפישה הקוריאלית הוא הצעת חוק; כאשר היא נעשית מטעם הממשלה, היא מוגשת לדיון בועדות הכנסת, והיא מכונה הצעה כחולה (משום שהיא מודפסת על דפים כחולים). אך יש הבדל בין ההצעה ובין הניסוח הסופי של החוק, המשתנה בעקבות הדיונים בכנסת וחקיקת סעיפי החוק השונים.

ואילו בהצעת חוק הערבות, כפי שהוגשה ע"ג הדפים הכחולים, הובא סעיף 6(א) לחוק וקבע;
"לעולם אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו".

בשום פנים ואופן, לא יהיה חייב יותר ממה שחייב החייב ולא חיוב חמור יותר והמשך קובע;
"ואפילו אם נתערב כך למעשה".

משתקפת כאן תפישה קוריאלית – כיוון שהחיוב הוא אחד, לא ייתכן שערב הערב יותר מהחייב.

אלא שבחוק, הדברים האמורים השתנו וכעת הם מובאים תחת סעיף 4(א) המנוסח באופן הבא;
"אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב, ולא בחמור ממנו".

במילים אחרות, התפישה הקוריאלית לא נתקבלה מהצעת החוק לחוק עד סופה.
הדיספוזיטיויות נשללה מסעיף זה, והמחוקק ריכך את התפישה ולא הלך איתה באופן קיצוני.
הוא הותיר את הרעיון הבסיסי, אך נטל חלק מן העוקץ בכך שהוא מותיר חלק גדול להסכמת הצדדים.

אסמכתא

המונח אסמכתא הוא מונח מקדים נוסף שנעסוק בו טרם הכניסה לסוגיית החוק, והוא מונח מפתח המטיל צילו על כל דיני החיובים בהלכה.

כדי ש**חיוב יהיה בר תוקף** לפי תפישת ההלכה, אנו חייבים להניח בוודאות שהייתה **גמירות דעת**, כלומר הסכמה מלאה ואמיתית להתחייב. למעשה, מה שעומד מאחורי מונח החיוב הוא מונח גמירות הדעת וההתחייבות בהלכה עומדת כולה על עיקרון גמירות הדעת. ואם יש מקום לחשוב שלא הייתה כאן התחייבות רצינית ואמיתית, הרי שלא תהיה לה להתחייבות אסמכתא ולכן היא איננה תקפה.

הדוגמא הבסיסית והפשוטה של היעדר גמירות הדעת, לפי הרמב"ם – היא **התחייבות על תנאי**. התחייבות על תנאי, פירושה שמתנה ותולה אדם את התחייבותו בדבר שעתיד לקרות. כלומר, הוא מתחייב לבצע מעשה רק אם יתרחש מקרה אחר. ולדעת הרמב"ם, התחייבות שכזו אין לה תוקף, ואילו המילה "אם", שמוסיף אדם להתחייבותו מסכלת את החיוב עצמו. כך למשל התחייבות שקובעת; "אם אזכה בהגרלת הפיס, אתן לך 10% מזכייתי" **[זכיתי. תקבל? פייטה תקבלי!]** (דר' שמשון אטינגר), איננה תקפה משום שאיננה מעידה על גמירות הדעת של המתחייב בה.

הלכות מכירה פרק יא – הרמב"ם

[יש לכם בבית את הרמב"ם? (דר' שמשון אטינגר)]

"בטח!!!" (הכיתה כולה)

"אתם שקרנים! עוד לא עורכי-דין וכבר שקרנים!" (דר' שמשון אטינגר, שלאחר ההשמצות מספר שתי בדיחות על עורכי-דין),
"חברה, אני אומר לכם – אם יש ספר שצריך שיהיה לכל אחד בבית, זה הרמב"ם! באמת! אני לא צוחק! אחד זה התנ"ך,

השני זה הרמב"ם! ומה הספר השלישי, אתם יודעים?" (דר' שמשון אטינגר)

"הארי פוטר" (ניר שביט)]

וכן מי שפרע מקצת חובו, והשליש את השטר ואמר לו אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני, תן לו את שטרו, והגיע זמן, ולא נתן – לא ייתן השליש את השטר, שזו אסמכתא היא.

אדם לווה מחברו, וכנגד המלווה מסר לחברו שטר התחייבויות בו מצוין כי כעת הלווה חייב למלווה סכום של X שקלים. וכעת פרע הלווה מעט מן ההלוואה. מי יחזיק בשטר כעת? הרי אם השטר יישאר ביד המלווה, חשש הלווה כי מחר יבקש הוא לפרוע את הסכום כולו. ואם ידרוש הלווה את השטר מן המלווה, חשש המלווה הוא לשחרר את השטר פן לא יקבל את מלוא הסכום הנותר לתשלום.

ולכן, הפתרון היחיד הנראה, הוא להפקיד את השטר בידי אדם שלישי, המכונה בפי הרמב"ם שלישי, והוא נאמן לשני הצדדים. ואילו החייב מתנה ומכריז בפני השליש, כל זאת בנוכחות המלווה, שאם לא יפרע את חובו עד יום מסוים עליו הוחלט מראש, יחזיר השליש את שטר ההתחייבות לנושה, קרי למלווה, והרי שכאן יש סיכון שכעת ילווה המלווה את מלוא הסכום, אף כי מחציתו כבר שולם. ומדוע מעוניין לבצע הלווה הפקדה זו בידי השליש, אף כי קיים החשש כי הסכום כולו ייפרע מידיו בשנית? הכל כדי שיסכים המלווה למתן ההלוואה.

במונחים של ימנו, פירעון השטר במלואו, מכונה קנס. ולמעשה, אדם מסתכן לשלם קנס, למקרה שלא יעמוד בהתחייבותו. ברור הדבר שהחייב איננו מעוניין לשלם כפול, אלא מטרתו היא **לרצות את המלווה כדי שיסכים להלוות** עבורו את סכום הכסף הדרוש.

ואילו בהמשך הדברים נאמר, כי גם אם הגיע יום התשלום, ולא שילם הלווה את חובו כפי שסוכם מראש, **אסור לשליש למלא אחר ההצהרה שניתנה**, ומדוע? **משום היותה אסמכתא**.

הביטוי אסמכתא פירושו, **הסתמכות על משהו, מתוך תקווה ומחשבה שאותו מקרה לא יקרה**, ואילו התוצאה המשפטית היא שההתחייבות הזו לא נעשתה בגמירות דעת **ועל כן איננה תקפה**.

ננסה לפתח קו מחשבה זה של הרמב"ם הלאה, תוך שאנו מיישמים את המושג ובוחנים את התחייבותו של הערב. מה באשר לערב מן השוק שחותם על משכנתא בעבור חייב אחר? האם יש לו גמירות דעת? בוודאי שלא! שום ערב לא מתכוון אמת לשלם. כל ערב סומך בליבו, ובוטח באפשרות שלא יבוא היום בו יאלץ לממש את התחייבותו של המחייב. אם כן, ברור הדבר שלערב סטנדרטי, רגיל מן השוק, אין כל מחשבה אמיתית להתחייב, ולפי שורת הדין ומונח זה – דינה של הערבות הוא חוסר תקפות.

בוחר התלמוד את הדברים ושואל; יש כאן סתירה מעניינת בין הפרקטיקה ההלכתית ובין תיאורית החיובים. לפי התיאוריה, כאשר מדובר על אסמכתא, הרי שלפי התיאור המובא לעיל, היא איננה תקפה. אלא שלפי הדברים יוצא, שגם ערבותו של ערב היא איננה תקפה. ואילו אנו מכירים במושג הערבות כמושג עתיק יומין, שהוזכר עוד בתקופת המשנה, אשר חכמי ההלכה יודעים ומכירים בו כתקף. וכאשר הגמרא מנסה למצוא את הכיוון לכך שלערב יש טובת הנאה מן העסקה, ועל כן הערבות היא תקפה, היא איננה מצליחה לתת לכך תוקף.

סעיף 8 – אחריות הערב

הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד, אולם אין הנושה רשאי לדרוש מן הערב מילוי ערבותו בלי שדרש תחילה מן החייב קיום חיובו, אלא באחת הנסיבות האלה:

- (1) הערב ויתר על הדרישה מן החייב;
- (2) ניתן נגד החייב צו קבלת נכסים או צו פירוק;
- (3) החייב מת או נמצא מחוץ לישראל או שמתן הדרישה כרוך בקשיים מיוחדים.

השאלה המרכזית הנשאלת, היא באיזה מצב יכול הנושה לרדת ולתבוע את הערב. ראשית, כמתואר בסעיף, **יש למצות את החייב עד הסוף – או לתבוע את הערב מיידית.** אפשרות אחת, היא הגנה על הערב; לא לאפשר תביעה בשלב הראשון כלפי הערב, אלא לדרוש מן הנושה לתבוע קודם כל את החייב. ורק אז, אם התביעה איננה מצליחה להביא את עצמה לידי מיצוי, לתבוע את הערב.

סעיף זה, מבטא את הסוגיה הבעייתית בדיני הערבות, מפני שישנם שיקולים חזקים לכאן ולכאן, וכל אופציה היא בעלת משקל כבד כשלעצמה; יחד ולחוד, כלומר לאפשר לנושה תביעה מיידית, בעוד שמנגד עומדת האפשרות של תביעה נפרדת קודם את החייב ורק לאחר מכן את הערב.

בסעיף זה באות לידי ביטוי של הגישות אותן הכרנו לעיל; הגישה הקוריאלית קובעת; יחד ולחוד – היא רואה את שני החייבים כחייבים משותפים, ולכן לא מתעוררת בעיה וניתן לתבוע משניהם. החייבים בעיני גישה זו, התמזגו להיות חייב אחד, ומכיוון שיש כאן חיוב אחד, הרי שהנושה יכול לתבוע ממי שירצה. הגישה המפרידה קובעת; הפרדה בין הערב ובין החייב – היא רואה את שני החייבים כחייבים שונים, ואין הכרח רעיוני תיאורטי לאפשר לנושה לתבוע את הערב.

היבט נוסף של ההלכה במונח "**נעילת הדלת בפני לוויין**" מוכיח כי הדיכוטומיה איננה תהומית. הביטוי הוא ביטוי תלמודי, ופירושו של דבר, כי במצבים מסוימים, אם חייב עושה צרות לנושה בהחזר חובו, התוצאה תהיה בסופו של דבר על הלווה שיבקש ללוות ממנו מחר. למעשה, האינסטינקט הראשוני הוא חשש מפני פגיעה בנושה, אך בחשיבה מעמיקה אנו מוצאים כי הפגיעה היא דווקא בלווה, אותו אחד שירצה הלווה ולא יזכה לקבלה.

ואילו **במשפט העברי**, המצב גם הוא מעניין וכלל איננו פשוט כפי שנדמה במבט ראשון. **ההלכה הבסיסית** בנושא זה היא פשוטה ומוסכמת וקובעת כי – **לא יתבע ערב תחילה**. זוהו ציטוט מלשון הגמרא. כלומר, **הנושה לא יכול לתבוע את הערב מיידית**. ההלכה מחייבת, באופן הברור ביותר, ראשית לתבוע את החייב – עד תום. ורק אם התביעה כושלת, ורק אז, יוכל הוא לצאת בהליכי תביעה כלפני הערב.

לכאורה נשמע פשוט, אך בפועל העסק איננו פשוט כל כך, שהרי החוק הקובע "יחד ולחוד", סותר לגמרי את ההלכה המשקפת את המשפט העברי. רבים הצרו על הניגוד המוצג כאן, ובראשם היה השופט אילון. השופט אילון היה שותף להכנת החוק, בעת שעבד כאיש משפט עברי במשרד המשפטים. ושם השמיע את טענותיו כי יש להגן על הערב ולא על הנושה, ודרש להשמיע טענה זו גם במשפט המודרני.

אך אם נעמיק להסתכל באופן פרטני יותר על סעיף 8 לחוק הערבות, נמצא כי אין הוא סותר בהכרח את המשפט העברי. ואם ייקבע שסותר, הרי שעושה זאת באופן חלקי. תמונה מלאה ומדויקת יותר של העניין תביא למסקנות אחרות, והבחינה היא מעניינת כשלעצמה. ההלכה מכירה בסוג ערבות נוסף המכונה **ערב-קבלן**. ערב זה משקף סוג מיוחד של ערבות שמקבל אדם על עצמו ומכאן המונח "קבלן" – כזה שקיבל על עצמו. הערבות היא איננה רגילה או סתמית כשם שהכרנו את הערבות עד כה שקובעת – לא יתבע ערב תחילה ומשקפת את התפישה המפרידה. בסוג ערבות כזה, ערב-קבלן יהיה חייב ביחד ולחוד, כלומר הוא מקבל על עצמו להיכנס לנעליו של החייב. סוג כזה של ערבות, משקף את הגישה הקוריאלית.

סעיף 18 – תחולה

הוראות פרק זה יחולו על ערבות שנתן ערב יחיד לנושה, יהא כינויה אשר יהא, לרבות התחייבות לשיפוי.

אפשרות זו של ערב-קבלן מתאפשרת לפי סעיף 18 לחוק, הקובע כי כל הוראות החוק **כפופות להסכמת הצדדים**. אם לא ירצה הערב להיות ערב-קבלן, עליו לבצע הסכם אחר. הערב הרגיל – ערב סתם, אשר בערבותו משקף את התפישה המפרידה, הוא ברירת המחדל של החוק.

במקרה זה יש לקחת גורם נוסף בחשבון שאינו נמצא בתמונה בהסתכלות שטחית רגילה, והוא שאלת ההתנאה. **התנאה** פירושה **הסכמת הצדדים בניגוד לדין**, כלומר **ההסכמה בין הצדדים לשינוי החוק** וליצירת הסכם שונה. והשאלה היא, האם שני צדדים לעסקה כלכלית-ממונית יכולים להסכים ביניהם על הסדר שונה מזה הקבוע בחוק. באופן כללי, התשובה היא כי הדין הפרטי, קרי דיני הממונות, בדרך כלל כפוף להתנאה, כלומר – **להסמכת הצדדים**. מכאן שהצדדים יכולים להסכים לתנאים אחרים, מעצם היות החוק האזרחי כולל בחובו כללים דיספוזיטיביים.

שאלת ההתנאה עולה באופן מפורש מדברי המשנה במסכת הבבא בתרא, המחולקת לשלושה שערים ובה מרוכזים רוב דיני הממונות. בסוף הפרק העשירי לבבא בתרא, מצויה הסוגיה המכונה דיני הערבות, הכוללת שני סעיפים עיקריים; סעיף 1 – לא יתבע הערב תחילה, סעיף 2 – על מנת שאפרע ממי שארצה. סעיף 2 מציג את סוגית ההתנאה הקובעת כי המלווה יכול ליצור תנאי ולקבוע – אני מלווה לך הלווה, אך בתנאי אחד שאקבל את הכסף ממי שארצה – או ממך או מן הערב, בהסכמת הערב כמובן.

אם כן, שאלת ההגנה על הערב תלויה באפשרויות הדין השונות, והסוגיה היא סוגיה מסובכת בהלכה וביסודה עומדת המחלוקת בין התלמוד הבבלי לתלמוד הירושלמי;

[”חבריה, אני מבקש, תתרכזו – משפט עברי לומדים בהנאה או לא לומדים בכלל” (דר' שמשון אטינגר)]

[”כמו חומס” (איל פלד, ר.ר. פה אחד)]

המשנה כפשוטה אומרת: **לא ייפרע מן הערב תחילה, אבל אם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה, ייפרע ממי שירצה**. כלומר, בבסיס התפישה היא שאין להיפרע מן הערב תחילה. אבל אם כן הוסיף ואמר את הכתוב לעיל, יכול הוא להיפרע מן הערב.

בתלמוד הבבלי מצטמצמת משמעות ההתנאה עד מאוד, שם נקבע – לא כך הדבר. הרישא של הדברים נכונה, אל כל זאת בתנאי אחד, והוא מוסיף את הסיפא: **כאשר אין נכסים ללווה**. והמשמעות המעשית היא, שלתנאי אין תוקף והוא כלל איננו משנה את המצב. מפני שאם בין אם עשית תנאי ובין אם לא עשית תנאי, הרי שאתה נמצא באותו המצב. כאשר התלמוד הבבלי מגיעה למסקנה בסופו של דיון כי **ייפרע מן הערב בתנאי אחד – שאין נכסים לחייב**, הרי שהתוצאה המעשית היא – אם אין נכסים או אם יש נכסים, יש לתבוע בביהמ”ש לשם קבלת הכספים מן הערב. התוצאה המתבקשת, לטענת נוסח התלמוד הבבלי היא שיש לתקן ולשכתב את המשנה.

לעומתו, **התלמוד הירושלמי** קובע על אותה נקודה ממש דברים שאינם מתיישבים עם דברי המשנה ואומר כי: **ייפרע מן הערב – אפילו יש נכסים ללווה**, קרי לחייב. למעשה מדובר כאן על סעיף 2, הלא הוא סעיף ההתנאה.

המוזר במחלוקת המוצגת בגרסאות התלמוד השונות, הוא עובדה ששני התלמודים התבססו על אותו חכם והוא רבי יוחנן, שהיה מראשוני וגדולי האמוראים בארץ ישראל. כאשר בכל אחד מהתלמודים הוא קובע דבר והיפוכו.

כמובן שמבחינה היסטורית נראה כי רבי יוחנן אמר רק דבר אחד ולא שניים ובוודאי לא כאלו שהם סותרים והפוכים האחד מן השני. אך השאלה היא מתבקשת וחשובה ואיננה מופרכת. וכנראה **שהתלמוד הירושלמי הוא הנכון מבין השניים**, ולכך שתי הנמקות; האחת, מפני שרבי יוחנן חי בארץ ישראל, וסביר להניח שהתלמוד הירושלמי, שנכתב בארץ ישראל, הוא המשקף את הנוסח המקורי של רבי יוחנן. וכיצד עברו הדברים בעבר? בעל פה מהאחד לשני, ויכול להיות שעד שהגיעו לאוזני מחברי התלמוד הבבלי הם שובשו מעט בדרך. הנמקה שנייה נעוצה בדבריו של רבי יוחנן כפי שהם מובאים בתלמוד הירושלמי, ובעבודה שהם מביאים למסקנה פשוטה ונכונה הרבה יותר מבחינת היחס למשנה. התלמוד הבבלי נאלץ, בגלל מה שהוא גרס בדברי יוחנן, להפוך את המשנה ולנסח אותה מחדש. ואילו התלמוד הירושלמי פטור מכך, מפני שהדברים המובאים מתיישבים עם דברי המשנה, והכל בא על מקומו בשלום.

אלא שעם כל זאת, **מבחינה הלכתית אין לכך חשיבות כלל**. ההלכה **לא רואה בכך טעות אלא שתי מסורות שונות**. נראה כי דבריו של רבי יוחנן נמסרו בשתי מסורות שונות, ואין אחת עדיפה על השנייה ואין אחת נחשבת לטעות בעוד השנייה לנכונה. היסטוריה לחוד ומשפט לחוד, אין סתירה ואין כל קשר בין שתי האמיתות הללו.

ומה הפסיקה להלכה?

הפסיקה המעניינת היא של הרמב"ם, וברור שפסיקתו היא בהסתמך לתלמוד הבבלי ואנו מכירים זאת עוד מפסיקות בסוגיות אחרות. והבעיה בכך, היא שבמקומות רבים יוצא שהרמב"ם פוסק הפוך לכתוב בתלמוד הירושלמי ועל כן יש סתירה בהלכה של הרמב"ם. השאלה המרכזית, היא **האם ההתנאה מועילה רק כאשר יש נכסים ללווה או אפילו אין נכסים ללווה.**

אך עם כל זאת, וכאמור בעבר, זמן קצר לאחר מותו של הרמב"ם אנו מוצאים סתירות בכתביו. ואם אנו מנסים להשוות מבחינה טכנית את הדברים, לא סביר שהייתה כאן טעות סופר, ונראה כי התשובה המתבקשת היא **שהרמב"ם חזר ושינה את דעתו.** והיכן אנו מוצאים זאת? ומאין ההוכחות? בדברי הרמב"ם עצמו, ישנן תשובות העוסקות ביחס שלו בנוגע לכמה הלכות, והנה שואלים אותו תלמידי חכמים על הלכה מסוימת, והוא עונה מפורשות: **יש לתקן, שיניתי ואילו הנוסח בידכם איננו נכון.** נוסף לתשובות אלו, ישנן **עדויות של בנו – רבי אברהם, שהיה אף הוא תלמיד חכם, והעיד בכמה סוגיות שנעשה שינוי ותיקון.** ואילו המקור השלישי המוכיח, הוא **בדיקת כתבי היד,** אשר מעידים פעמים רבות בבירור מוחלט על אפשרות סבירה בהחלט שנעשה תיקון.

אין ספק שהרמב"ם חזר ושינה את דעתו במקרים שונים, ומה שעשה בהתאם לשינוי בדעתו הוא לתקן את נוסח כתביו, אף לאחר פרסום הנוסח הישן. ולאחר מכן, פורסם והתפשט הנוסח החדש, והגיע לידי רבים אחרים. והשאלה היא מאיפה להיכן, ומי מהנוסחים מהווה הגרסא המאוחרת יותר. ההנחה היא שהתפישה הראשונה של הרמב"ם קיבלה ביטוי בתלמוד הבבלי. ורק אז משהבין הרמב"ם שתפישתו בעייתית גם מצד השוואתה למשנה, הוא החליט לשנות את הנוסח הכתוב, ופסק בסופו של דבר אחרת. גרסא זו התפשטה וכנראה קיבלה ביטוי בתלמוד הירושלמי.

לאחר הבאת הדברים הללו, מן הראוי לציין גם את דעתו של מלומדינו, דר' שמשון אטינגר, אשר לדבריו דווקא עמדתו של התלמוד הבבלי היא נכונה יותר. נראה כי הוא דווקא איננו מרוצה מן העמדה הסופית שהתקבלה בהלכה. מה שעשה התלמוד הבבלי הוא – למנוע את אפשרות ההתנאה. כאשר אנו אומרים – רק אם אין נכסים ללווה, הרי שהכוונה היא לצמצום כמעט מוחלט את אפשרות ההתנאה, ואם כך הרי שהתנאי הוא כמעט חסר משמעות.

ובהנחה שנקודת המוצא העקרונית היא **הגנה על הערב** באופן בו המלווה לא יוכל לפנות אליו תחילה, הרי **שיש הכרח לבטל את אפשרות ההתנאה.** ברגע שאנו מאפשרים התנאה על הערב, הרי שהיא פיקטיבית, איננה ריאלית ולא אמיתית. אם אנו רוצים להגן על הערב, יש הכרח לחסום את האפשרות שהמלווה מתנה את האופציה – אפרע ממי שארצה.

תפישה זו לא התקבלה לדעת הרוב, מפני שהיא סותרת את התפישה המקובלת בדיני הממונות, על פיה הכלל הוא דיספוזיטיבי. בדיני הממונות בדרך כלל ההתנאה היא אפשרית. ואילו דיני הערבות הם חלק מדיני הממונות עצמם, ועל כן, נראה שזה אחד הדברים שהפריעו לרמב"ם וגם לפוסקים אחרים. מלומדינו חולק על דעה זו וקובע כי לא במקרה הזה. ישנם מקומות בהם ראוי, גם בדיני ממונות, למנוע ולחסום את אפשרות ההתנאה. והדבר מקובל עד מאוד גם במשפט של היום.

סעיף 8 – אחריות הערב

הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד, אולם אין הנושה רשאי לדרוש מן הערב מילוי ערבותו בלי שדרש תחילה מן החייב קיום חיובו, אלא באחת הנסיבות האלה:

- (1) הערב ויתר על הדרישה מן החייב;
- (2) ניתן נגד החייב צו קבלת נכסים או צו פירוק;
- (3) החייב מת או נמצא מחוץ לישראל או שמתן הדרישה כרוך בקשיים מיוחדים.

סעיף זה מעדיף את ההגנה על הנושה (המלווה) ועל קובע **ביחד או לחד**. הסעיף לא בוטל, והוא עדיין בתוקף עד ימנו, אך יש בו שינוי משמעותי ביחס לערבים מסוימים, המובא בתוספת הנמצאת תחת **פרק ב' לחוק – ערבות של ערב יחיד**.

סעיף 19 – ערב יחיד

ערבות של יחיד היא מצב כלשהו הכולל תנאים מסוימים, בהם ערבותו של יחיד מוגנת מפני תביעה מיידית ע"י הנושה. והחוק מגדיר מהי ערבות יחיד;

“ערב יחיד” – מי שאינו תאגיד, ולמעט בן זוג של החייב או שותפו של החייב, בין בשותפות רשומה ובין בשותפות שאינה רשומה; היה החייב תאגיד, לא ייחשב כערב יחיד גם מי שהוא בעל ענין בתאגיד; לענין זה, “בעל ענין בתאגיד” – כהגדרת “בעל ענין” בתאגיד, בחוק ניירות ערך, תשכ”ח–1968;

מיהו ערב יחיד?

1. אדם פרטי ולא אישיות משפטית
2. איננו בן זוגו של החייב או שותפו
3. איננו בעל ענין בתאגיד

סעיף 19 – ערב מוגן

“ערב מוגן” – אחד מאלה:

- (1) ערב יחיד, שבחווה הערבות בינו לבין הנושה נקוב סכום שאינו עולה על 60,000 שקלים חדשים;
- (2) ערב יחיד, שבחווה הערבות בינו לבין הנושה נקוב סכום שאינו עולה על 500,000 שקלים חדשים, ובלבד שהחייב הנערב נועד לרכישת זכויות בדירה המיועדת למגורי החייב, ילדיו הבגירים או הוריו.

ערב מוגן הוא ערב יחיד, בהתאם להגדרה שלעיל, ובנוסף לכך יש לו הגבלה של סכום ערבות כפי הקבוע בחוק. במקרה של ערב מוגן – **לא יוכל הנושה לתבוע אותו מיד במצב של אי פירעון, אלא רק לאחר שיצאה תביעה משפטית ופסק דין כנגד החייב**.

המחוקק בסעיף זה, הלך עד הסוף ומנע את אפשרות ההתנאה. הוא הבין, ובצדק, שאם תיוותר אפשרות ההתנאה, הרי שהיא פיקטיבית. שכן כל התנאה היא פיקטיבית. ומה זה משנה מה כתוב בחוק, אם אתה מאפשר התנאה. ולכן קובע סעיף 32 לחוק ביטול אפשרות ההתנאה, כפי המובא להלן;

סעיף 32 – אי התנאה

על אף האמור בכל דין, בערבות לפי פרק זה, התניה על הוראות הפרק ועל סעיפים 5, 6, 7, 11 ו-12 שאינה לטובת ערב יחיד – בטלה.

ההתנאה איננה מותרת.

סעיף 1(ב) – מהות הערבות

הערבות יכול שתהיה לחיוב כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב.

סעיף זה עוסק בחיוב וקובע כי הערב יכול להיות ערב לחיובו של א', ב', או ג'. הסיטואציות והדגמים השונים של החיוב מתייחסים לחיובו שח החיוב ולא לחיובו של הערב. הערב יכול להיות ערב לחיוב מסוגים שונים, ואין זה משנה.

הערבות הסטנדרטית היא ערבות על פיה הערב חותם לפני שמתגשם החיוב של החיוב, כלומר – לפני שהחיוב קיבל את ההלוואה, ועל סמך הערבות שנותן הערב, החיוב יקבל את ההלוואה מן המלווה.

אלא שהמלווה, יכול לדרוש גם ערבות על הלוואה שכבר ניתנה, או בהתאם ללשון הסעיף על חיוב שהתחדש – חיוב שנעצר והתחדש, ובמילים אחרות אוברדרפט. וגם על חיוב מותנה, שהוא חיוב שתלוי בתנאים מסוימים, והוא איננו תקף עד התרחשותו של אירוע מסוים שעתידי לקרות.

ומה לגבי המשפט העברי? [שתיקה] [מה אתם מסתכלים עליו כמו תרנגולות?! (דר' שמשון אטינגר)]

לפי המשפט העברי, חיוב מותנה הוא חיוב שתלוי בתנאי מסויים, כלומר חיוב שיש בו אסמכתא, ואילו חיוב שכזה, כבר נוכחנו לראות – איננו תקף.

עוד קובע הסעיף, כי חיובו של החיוב יכול שיהיה קצוב או בלתי קצוב בסכום. כלומר, ערבות לחיוב שהוא מוגבל בסכום מסוים, או ערבות לחיוב שאיננו מוגבל בסכום. חיוב שאיננו מוגבל בסכום מקבל ביטוי בדוגמא הבאה; נניח שלאדם בן סטודנט בארה"ב, וכספו עומד להיגמר. ולאותו איש גם אח עשיר שחי אף הוא בארה"ב, והוא מבקש אותו לתת לבנו כספים, כמה שירצה – הוא ידאג להחזיר את החוב. זהו חיוב בלתי קצוב, מפני שאין כל דרך לדעת באיזה סכום יסתכם וכמה כספים יבקש הבן. בשונה מכך, יכול להיות גם במקרה בו החיוב קצוב אך הערבות איננה. והוא המקרה בו החיוב הוא הבן (ולא האב שמתחייב להחזיר את הכספים), ואילו האב ערב לחיובו. מדובר כאן על עסקה אחרת לגמרי – שכן כאן אומר האב לדוד – תן לו, אני ערב לכך שהוא יחזיר. אבל הוא זה שיחזיר. אם כן, בעיני החיוב, הבן, החיוב הוא קצוב, מפני שכל עת שהוא "מושך" כספים מדודו, הוא יודע בדיוק כמה משך. בעוד שבעיני האב, הערבות היא איננה קצובה, מפני שהוא איננו יודע כמה כספים מבקש הבן מן הדוד.

ושבו אנו מסתבכים בהלכה;

לפי הרמב"ם התחייבות שאיננה קצובה מהווה אסמכתא ועל כן איננה תקפה.

סעיף 1 לחוק הערבות, דן בערבות לחיוב שאיננו קצוב. חשוב להבין – החוק מחייב על החיוב של החייב ולא על הערבות. כל הסעיף **דן בחייב**. ובמקרה זה ישנן חולקים, ולא הכל מסכימים לדעתו של הרמב"ם. לפי הדעה המקובלת בהלכה, הערבות תקפה גם אם איננה קצובה ואיננה נחשבת לאסמכתא, וזו הדעה ההפוכה להרמב"ם. דרך האמצע קובעת כי העברות תקפה עד גובה מסוים, שניתן להעריך שאליו התכוון הערב.

סעיף 2 – סייג לערבות

אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף.

במקרה כזה של חיוב בלתי קצוב, הגדרת הערבות היא **ערבות לחיוב שאיננו בר-תוקף**. במקרה כזה, הערב ערב למישהו עבור חיוב שאיננו תקף. ואילו סעיף זה קובע – אין ערבות לחיוב בר-תוקף. והעניין הוא מובן, ויש האומרים מובן מאליו, ואולי אף מיותר. ברור לחלוטין, שאם החייב איננו חייב הרי שגם הערב איננו חייב. ומה המשמעות לחיוב שאיננו בר-תוקף? שהחייב איננו חייב, קרי – שחיובו פקע. וממילא, גם אוטומאטית חיובו של הערב פקע.

התמונה במשפט העברי מעניינת ומורכבת.

בפשטם של הדברים, על פי רוב הדעות המקובלות, ברור שההלכה מקובלת ומוסכמת במשפט העברי. אלא כפי שנראה, ייתכן מאוד שלא כולם מסכימים לעמדה זו, ובוודאי שלא באופן גורף. החוקים שלנו מנוסחים בצורה מופשטת וכללית, כמו ניסוח זה; "אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף", והרי שיתכן ומדובר במקרים רבים ומגוונים.

לעומת זאת, בהלכה הדברים אינם מנוסחים כך. ההלכה בדרך כלל איננה מנוסחת באופן כללי ומופשט, לא אצל הפוסקים ובוודאי שלא בתלמוד. ההלכה מנוסחת כמקרים מסוימים עליהם נסב הדיון. התלמוד משקף דיון ויכוח המתנהל בין חכמים שיושבים בצוותא. אומר הדבר, שעלינו לפרש את המקרה, את האירוע, באופן כזה שנוכל לחלץ ממנו את ההלכה הכללית המופשטת. שהרי אנו מחפשים קביעה שתהיה נכונה גם למקרים שיקרו בעתיד. אם כן, העניין דורש פרשנות של האירוע, של המקרה.

הביטוי המשמש אותנו היום הוא הפסיקה. שהרי הפסיקה היא קביעה בנושא מסוים, אירוע מסוים, מקרה מסוים בו דן ביהמ"ש. ואנו יודעים לומר שההלכה הנקבעת בביהמ"ש העליון, קרי התקדים, הוא מחייב. אך מהי ההלכה המחייבת? שהרי מחר יהיה סיפור שונה. ואנו מפרשים את התקדים, את הפסיקה, ומבקשים לחלץ ממנו את הרציו, את העיקר – העיקרון הכללי. ומה שאיננו המהות הוא האוביטר, שהוביל לאותה החלטה.

זהו הדין בפרשנות התלמודית. כאשר אנו עוסקים בפסיקה בתלמוד, אנו עומדים בדיוק לפני אותה משימה לקבוע את הרציו – מעבר לעובדות הקונקרטיות של אותו מקרה. ונראה בהקשרנו דוגמא יפה, כי אין בהלכה כלל כזה שקובע כי אין ערבות אלא לחיוב שהוא בר-תוקף. ההלכה קשורה בסוגיה התלמודית המופיעה במסכת בכורות דף מח', ועוסקת בשני יוסף בן-שמעון, שחיו בעיר אחת.

זהו רקע מפורסם למקרה בתלמוד, בו שני אנשים בעלי אותו שם ושניהם מאותה העיר, וכעת נוצרת בעיית זיהוי. מיהו המזיק, מיהו הסוחר, מיהו הקונה, כל זאת לפי כל האפשרויות הרחבות הפתוחות בפנינו.

והסיפור מספר על יוסף בן-שמעון אחד, שלוו הכספים, והוא חייב לפלוני. והנושה מחזיק בידיו שטר חוב מידי החייב. אך הנושה התרשל, ולא השגיח על השטר, והחתים את יוסף בן-שמעון בעיר רמלה, ויש שניים כאלו. והוא בא ליוסף בן-שמעון א' ומבקש ממנו את הכסף, וזה אומר – לא אני אלא האחר. והוא ניגש ליוסף בן-שמעון ב' ומבקש ממנו את הכסף, וזה אומר – לא אני אלא האחר.

באופן אובייקטיבי, הנושה איננו יכול להוכיח מיהו החייב ועל כן הוא מנוע מלתבוע את חובו ולהוציאו אל הפועל ולהשיג תביעה. אומרת הגמרא, הנושה שיש לו שטר איננו יכול לממש את חובו.

וקרה המקרה, ושני יוסף בן-שמעון הללו, בשלב מסוים קנו נכס במשותף וכעת הם שותפים בקרקע. אומר **רבי ירמיה**, הרי הושגה המטרה ויש מוצא. מכיוון שכעת, במצב הזה, הנכס נמצא בבעלות שניהם בחלקים שאינם מסוימים, שכן הם שותפים בכל, יכול הנושה לגבות את חובו מן הנכס – עד חמישים אחוז, קרי עד מחצית מן הנכס ועד לגובה החוב. ואם א' הוא החייב הרי שלקח את חלקו, ואם ב' הוא החייב אז את חלקו לקח. והם – שיסדרו ביניהם.

חולק רבא על דעתו של רבי ירמיה, וקובע – לא ייתכן. המהלך הוא שגוי ויש כאן כשל משפטי. טענתו של רבא היא שלנושה אין תביעה כלפי הנכס, והנכס לא חייב לו דבר. התביעה של הנושה, היא אך ורק כלפי החייב. וכדי להגיע לנכס, צריך לעבור נגד החייב, כלומר – להוציא פסק דין נגדו. ומלביש רבא דבריו על הערבות וקובע כי **הנכס הוא במעמד של ערב**. הנכס מהווה בטוחה, הוא איננו החייב אלא הביטחון לחוב. ולפי דיני הערבות – **לא יתבע ערב תחילה**. ונראה שהעימות בין רבא לרבי ירמיה מייצג את שתי התפישות שקיימות בנייתוח המשפטי בכללותו.

רבי ירמיה מחפש את **הפתרון הפרקטי**, את הצדק – פתרון לבעיית הנושה. בעוד שטיעונו של **רבא** הוא **טיעון משפטי פורמאלי** בטענה שיש חוק.

מתקש רבי ירמיה ואומר – אם א' הוא החייב, הרי שאנו תובעים ממנו. בעוד שאם ב' הוא החייב, אנו תובעים ממנו. וגם במקרה זה, לפי דיני השעבודים, הנכס שהיה קודם בידי א' משועבד לבעל החוב, שכן החוב קדם לעסקה. ולכן, יש לטענתו שיעבוד אוטומאטי על כל נכסי המקרקעין, ולכן הנושה יכול לתבוע גם מידי צד ג'. ולכן, אומר רבי ירמיה, הנושה בעל החוב, יכול להוציא את הנכס עד לגבול החוב **כנכס משועבד**.

רבא ממשיך וחולק על דבריו וקובע – לא ניתן. יש כאן כשל משפטי. מכיוון שהנכס כמוהו כערב, לא ניתן לתבוע אותו. בשני המקרים גם יחד, הנושה איננו יכול לגבות מן הנכס מפני שהוא מוגן מעצם היותו ערב.

נשאלת השאלה, האם הלכתו של רבא מכסה את סעיף 2 לחוק העוסק בחיוב שאיננו בתוקף. רבא מדבר על מקרה בו החיוב בתוקף, והמקרים הם שניים שונים. כנראה שהתשובה לכך היא **קל וחומר**. המקרה הספציפי עוסק במצב בו החיוב איננו ניתן לזיהוי. אלא שרבא טוען, כי מדובר על **דין הערבות** והוא עוסק בחיוב **בר תוקף**.

מהרש"ך מספר סיפור על ראובן ושמעון שהיו שותפים בעסק. דרכיהם של השניים נפרדו לאחר תקופה ארוכה, והנה הם צריכים להגיע ביניהם לכדי סיכום בנוגע לחיובים הדדיים. והסיכום הוא שראובן נותר חייב סכום כסף כלשהו לשמעון. והשניים חותמים על חיוב זה בהסכם, ברוח טובה, לפירעון בתשלומים.

וכעבור זמן, שמעון שהוא הנושא מבקש לחזור בו מן ההסכם. הוא מבקש הסכם חדש, תנאים אחרים, תשלומים שונים ועוד. החייב מסרב, ואומר שאיננו מוכן לשינוי ההסכם ובעיניו ההסכם הוא בר תוקף. שמעון שהיה בעל קשרים בחוק הנכרי, מאיים על ראובן מכוח קשריו, שאם לא ישנה את ההסכם לפי דרישתו הוא ידאג להכניסו לכלא. ועל כן, ראובן בלית ברירה נאלץ להסכים מכוח האיום שמופנה כלפיו.

שמעון מתלהב, וכעת לא רק שמעוניין בשינוי ההסכם, אלא גם דורש ערב, שוב מכוח האיומים. והחייב המסכן, שרואה את מר גורלו, פונה לקרובו לוי בתחתונים שיחתום לו כערב.

ישנה טכניקה הלכתית לביטול חוזה שנכרת באיום והיא מכונה **מסירת מודעה**.

באופן כזה, החייב שנאלץ לחתום על ההסכם באיום, יכול, **בטרם חתימת ההסכם לכתוב תצהיר בפני שני עדים ולהודיע בו כי הוא חותם על ההסכם מכוח איום בנסיבות שיפורטו**.

כוחה של המודעה הוא במובן בו כעבור זמן יכול להביא החייב את המודעה בפני בית הדין. ואם זה האחרון יכיר בעובדות, הוא ידאג לבטל את ההסכם. ולכן, ההסכם הוא איננו חסר תוקף – אלא הסכם שניתן לביטול. ומה באשר הערב?

אומר המהרש"ך, באופן חד-משמעי – **הערבות בטלה**. והוא מסתמך מפורשות על סיפוריהם של יוסף ושמעון. לא ניתן לתבוע את החייב ועל כן קל וחומר שלא ניתן יהיה לתבוע את הערב. ההלכה לכאורה נראית פשוטה ומקובלת, אך לא לגמרי;

הרשב"א, רבי שלמה בן אדרת, מספר את הסיפור הבא העוסק בהשאלה, ולא בהסכם עסקי; והוא מדבר על השואל ועל המשאיל, כאשר הושאל קיבל חפץ כדי להשתמש בו ולהחזירו ללא תשלום. זוהי עסקת טובה, עסקת חסד והיא איננה מהווה עסקה כלכלית. אם כן, ראובן שאל משמעון כלי עבודה, שהוא בעל ערך כלשהו. אלא שראובן הסכים להשאיל בתנאי מסוים, והוא – אם לא ישיב שמעון את החפץ בתוך שבוע, הוא לא יקבלו בחזרה אלא יהיה על שמעון לקנות אותו ולשם בעדו את שווי. משמעות התנאי היא שהמשאיל איננו רוצה להשאיל. שכן בעסקה שאיננה כלכלית, לא מקובל שיהיו בה תנאים. ולא די בכך, דורש המשאיל ערב. ולוי חותם ערבות לראובן, ואם ראובן יצטרך לשלם את המחיר כפי שסוכם ולא יהיה בידו הסכום לתשלום, אזי לוי יהיה ערב לסכום כמו כל ערבות אחרת. ומה דינה של התחייבות השואל?
אסמכתא. זוהי התחייבות לקנס ואין לה תוקף. ולכן קובע הרשב"א, אם השואל איננו חייב ולחיובו אין תוקף, הרי שגם הערב איננו חייב.

התשובה איננה קלה לניתוח, וכמה מהמחברים שטיפלו בנושא דנו בשאלה ופירשו אותה בדרכים שונות. תשובתו של הרשב"א המובאת לפנינו, הינה תמצית של התשובה המקורית. ואילו הנמקתו היא קצרה למדי, וקובעת; בוודאי שהוא יודע ומכיר את סעיף ההלכה הקובע **לא יתבע הערב תחילה**, ואומר – נכון שדיני הערבות כך קובעים, כלומר בראש ובראשונה יש לתבוע את החייב ורק לאחר מכן את הערב. ובמה דברים אמורים? כאשר הערב והחייב שניהם מתחייבים. ואם כך, יש סדר קדימויות – ראשית החייב ורק אח"כ הערב. אלא שהערב איננו ערב למעשה, אלא התחייב התחייבות עצמאית נפרדת ובלתי תלויה, כאשר ידע או אמור היה לדעת שהחייב איננו חייב.

היום אנו קוראים להתחייבות כזו שהיא התחייבות עצמאית – **ערבות בנקאית** והיא מצויה בסעיף החוק הבא;

סעיף 16 – שיפוי

התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי-קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשהתחייבות אינה בבחינת ערבות, יחולו עליה סעיפים 3, 9, 11 ו-12, בשינויים המחוייבים לפי הענין.

התחייבות לשיפוי **היא איננה ערבות**. היא ערבות במירכאות. היא איננה ערבות לא במהותה ולא בהגדרתה המשפטית. הנפקות העיקרית של ערבות שכזו, האי בכך שהיא איננה תלויה בחיובו החייב. החייב יכול להיות פטור משפטית והערב חייב. דוגמא פשוטה לכך היא קבלן אשר פטור לפי דיני החוזים, במקרה של כוח עליו.

אותו ערב, אומר הרשב"א איננו ערב. זוהי התחייבות לשיפוי, משום שהחייב פטור. ואילו ההתחייבות, מפורשת על ידו כהתחייבות נפרדת עצמאית.

המהרש"ך, מדבר על אונס ואילוץ ולדבריו ההתחייבות פוקעת בגלל האילוץ, בעוד שהרשב"א טוען לאסמכתא. המקרים אמנם שונים, בשל הנסיבות, אבל ההיגיון בשני המקרים הוא זהה.

זכות החזרה של הערב כלפי החייב

זכות החזרה של הערב, לפי פשוטם של דברים ולפי סעיף 9 לחוק **הערב יכול לחזור** מול החייב, ולתבוע ממנו את מה שהוא שילם בעבורו. בהגדרה המשפטית של זכות זו ישנה חשיבות רבה ונשאלת השאלה מה מהות הזכות, כלומר – מכוח מה תובע הערב את החייב?

נראה **שהערב תובע את הזכות שהייתה קודם אצל הנושה**. הערב כעת תובע את הזכות המקורית, כאשר החוב של הנושה עובר אליו. אפשרות שנייה לתבוע את החוב היא פשוטה יותר והיא מתייחסת להסכם בינו ובין החייב. אפשרות שנייה זו, איננה מתייחסת לנושה אלא **להסכם מכללא**. הסכם שהוא מיוחד, נפרד, בין החייב ובין הערב. העסקה כוללת שלושה חיובים; החיוב המקורי – החייב כלפי הנושה, התחייבות הערב לנושה והתחייבות החייב לערב, שהיא התחייבות מובלעת אך מוסכמת.

אם כן, אמרנו שזכות החזרה של הערב ניתנת לביסוס על שתי תפישות, ושאלנו מה מהות הזכות, שמכוחה תובע הערב את החייב (נכנס לנעלי הנושה או חוזה מכללא). אלא שניתוח או דיון מסוג זה יש לו נפקויות, והשאלה מהן הנפקויות.

נפקות מעניינת מובאת באחד מפסקי הדין הישנים שניתן מפי השופט שמגר, והוא עוסק דווקא בדיני מיסים;

פקיד שומה חיפה נ' גולשטיין

מר גולשטיין חתם ערבות אישית לחברה שהייתה בבעלותו. באופן נסיבות, כפי שהתגלגל, החברה פשטה את הרגל, ומר גולשטיין נאלץ לשלם לנושה שהיה חתום אישי כערב. באותה שנה, הגיש גולשטיין דו"ח למס הכנסה, המציג רווחי הון שחייבים במס מנכסים שהשכיר. ובאופן טבעי, ביקש גולשטיין לקזז מן הרווחים שהיו לו את הפסד ההון שנגרם לו עקב תשלום הערבות. ופקיד השומה מסרב לבקשתו **"נו, מה ציפתם?"** (דר' אטינגר).

טענתו הראשונה של המערער, היא שאין הערבות נחשב נכס לפי הגדרתו בפקודה, שכן היא איננה אלא התחייבות כליפי הנושה. ואין התחייבות שכזו יכולה להצמיח רווח הון, הגדרתה בפקודת מס הכנסה, וממילא אי אפשר להכיר בה כהפסד הון. בקיצור – זהו איננו נכס, אלא התחייבות כלפי פלוני. והתחייבות שכזו לא תצמיח לא רווח ולא הפסד.

טענתו השנייה של המערער, היא זכות השיפוי. זכות כזו, אף אם תיחשב כנכס, לעולם לא תצמיח רווח הון. זכות השיפוי, פירושה לקבל מה שנתתי, ומטבע הדברים, אין כאן אפשרות להכיר בה כהפסד, שכן היא איננה יכולה להצמיח רווחי או הפסדי הון.

השופט שמגר איננו מקבל את דבריו של פקיד השומה, וערעורו נדחה. לטענתו טיעוניו של פקיד השומה מקיפים תפישה אחת מתוך השתיים שהזכרנו קודם לכן בעניין זכות החזרה של הערב והיא **חוזה מכללא**. פקיד השומה קובע, כי ההסכם הוא **זכות שיפוי**, לפיכך ממשיך ואומר, זכות השיפוי הזו, אין בה אפשרות לרווח או להפסד.

אלא שאומר שמגר, אין זה נכון. **התפישה האמיתית היא דווקא תפישה א' של זכות הנושה**. כלומר, הערב איננו תובע את הזכות שיש לו בנפרד, עצמאית כלפי החייב, אלא הוא תובע את זכותו של הנושה. וכאן אנו צריכים לבדוק האם יש רווחי הון או אין כאלו.

המקרה הבא, הוא פסק דינו של הרשב"א, שחי בברצלונה במאה ה-13, היה תלמידו של הרשב"ן.

לפי המקרה, היה ראובן ערב לחובו של שמעון כלפי נוכרי. והוכרח ראובן לפרוע את החוב לנוכרי מכוח שלטונות הנוכרים. ואכן כך עשה. כעת תובע ראובן את שמעון בשיפוי להשבת החוב שהוא שילם בשמו לנוכרי.

ושמעון פונה אליו ואומר – אינך מתבייש? אתה תובע חוב בשנת שמיטה?

אם אנו רואים את תביעת הערב מכוח הסכם מכללא, הרי שהחוב אכן מתבטל מכוח השמיטה. אבל אם אנו רואים בכך את תביעת זכותו של הנושה, והנושה הוא נוכרי, הרי שאין הוא כפוף לחוקי השמיטה.

ערבות מכוח הדין

בדרך כלל הערבות היא תוצאה של הסכם, שהיא התחייבות מפורשת בין הערב ובין הגורמים האחרים – הנושה והחייב. אבל ישנן פעמים בהן הערבות איננה הסכם אלא נקבעת מכוח הדין.

לפי ההלכה מהם דינם של שניים שלקחו על עצמם חיוב משותף?

כאשר שני אנשים חייבים חיוב אחד, הם באים אל הנושה ומבקשים הלוואה במשותף, הנושה יכול לתבוע בשתי אפשרויות; האחת, כל אחד חייב בכל – הנושה יכול לתבוע את מאה אחוז החוב ממי מהם שירצה. השנייה, חלוקה של הסכום בין השניים – כאשר הנושה בא לתבוע את החוב הוא לא יכול לתבוע את מאה אחוז החוב, אלא כל אחד מהם חייב במחצית בלבד.

הגישה השנייה, נובעת מכוח המציאות, שהרי באופן מעשי לא קיבל כל אחד מן החייבים את מלוא הסכום. נכון שבאו ביחד, אבל בפועל ההלוואה התחלקה בין שניהם בצורה כלשהי. אך אין ספק לכך שהתפישה המקובלת בהלכה מתעלמת מגורם השותפות. ותשובתם של פוסקים שונים קובעת כי גורם השותפות נעלם לטובת הערבות. **כל אחד מהם חייב במחצית, אך הוא ערב למחצית החוב של חברו**, מכוח השותפות ביניהם.

והמשמעות, כפי שאמרנו, היא שהנושה יכול לתבוע רק חצי ובהמשך הוא צריך לתבוע את המחצית השנייה מן השותף השני. ורק אם זה לא יחזיר, הוא ישוב ל- א' כערב, ויתבע ממנו את מחצית החוב השנייה.

לאור דברים אלו, המקרה הבא;

במקרה של שני ערבים לחייב אחד, האם נכון והגיוני יהיה להחיל את התוצאה הקודמת גם על מקרה זה?

במבט ראשון נראים המקרים זהים. אלא שבהסתכלות מעמיקה יותר, הדברים הם מעט אחרת. הרציו של החלוקה בין שני החייבים, בא משיקול כלכלי-ריאלי, כאשר כל אחד מהם קיבל מחצית מן הסכום, בסופו של עניין. בעוד שכך, הרציו הזה איננו נכון לגבי הערבים, שכן הם לא קיבלו דבר. אז מדוע לחלק? הערבים הם ביטחון, הם מתחייבים כבטוחה, לא על פי מה שקיבלו. ואם נקודת המוצא היא ביטחון, הרי שיש לבחון את הדברים מנקודת מבט הנושה. יש להניח שהנושה לא התכוון לכל אחד מן הערבים כמחצית מן הביטחון, אלא דווקא רמז לכפל ביטחון. שני הערבים באים לחזק את דרישות הביטחון של הנושה, ואפשרויות הגבייה שלו. ולכן, אומרים מרבית הפוסקים, לא נכון יהיה לחלק ביניהם.

לגבי ערבים, **כל אחד ערב לסכום כולו**, והנושה יכול לתבוע מאה אחוז מאיזה מהם שירצה. אף על פי כן, יש מן הפוסקים, שמזהים את שני המקרים וקובעים כי אותו הגיון חל בשניהם, וכל אחד מהם ערב למחצית מן הסכום בלבד. אלא מה, שכל ערב **ערב למחצית ערבותו לש חברו**. בהתייחסות זו, ישנה ערבות כפולה – כל אחד ערב לנושה לחיובו של החייב, וגם ערב לנושה לערבותו של הערב השני.

עשיית עושר

סוגיה של עשיית עושר, עוסקת באותם מקרים בהם מקבל אדם טובת הנאה ומתעשר על חשבון עושר משכונן מראש למישהו אחר. והשאלה המתעוררת במקרים הללו, היא **שאלת ההשבה**. האם יש מקום להשיב לאותו אדם ממנו התקבלה ההנאה, את אותה התעשרות. החלוקה למקורות החיוב כוללת שלושה מקורות קלאסיים; חז"ים, נזיקין וחייבים מכוח הדין. בעוד שכך, אותם מקרים העוסקים בעשיית עושר, אינם משתלבים לא בחז"ים ולא בנזיקין. כך למשל, אם הפקיד אדם סכום כסף מסוים בחשבוננו של אדם אחר, השאלה האם קיימת חובת השבה, מעלה אינטואיטיבית את התשובה שכן, אבל בבחינה מעמיקה אין כאן חוזה ולא נזק. ומשום שמקרים שכאלו הם רבים כל כך, נוצרה קטגוריה רביעית בחלוקת החייבים המכונה עשיית עושר. ובנושא זה מתלבטות כל שיטות המשפט, בשאלת ההשבה של היתרון שהתקבל מן האחר.

במשפט האנגלי, שהוא מאוד קרוב למשפט שלנו, לפי תפישתו של הלורד מנספילד, נפסק כי אם **מכוח כללי הצדק הטבעי מוטלת חובת ההשבה**, אזי החוק יאמץ כלל זה ויחייב את **ההשבה כאילו היה מדובר בחוזה**. גם ארה"ב אמצה תפישה זו.

כנגד התפישה הזו, קמה תפישה אנגלית אחרת, שעסקה **בחוזה מכללא** והיא מצמצמת את האמירה הכללית של הצדק הטבעי. תפישה זו מבקשת לעגן את **כל המקרים בשאלת החוזה**. האם אפשר להניח, לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, שהיה חוזה בין הצדדים – חוזה מכללא, בלתי מפורש אבל מוסכם. אכן הבוחן היא האם ניתן להניח שהייתה הסכמה בין הצדדים להשבה. תפישה זו רווחה מאוד באנגליה, והשליכה על פתרונות רבים שנתן המשפט האנגלי לנושא ושאלות שהתעוררו בעניין ההשבה, כפי שנראה בהמשך.

הנושא הכללי עומד על היחס בין הרעיון הכללי ובין המקרה הספציפי. השאלה היא, עד כמה אנו מחילים את שיקול ההשבה על המקרה שלפנינו. ובארץ, בעקבות אנגליה, עיקרון ההשבה מכוח הצדק היה מאוד מקובל, אלא שפעמים רבות התעוררה גם תפישה מצומצמת יותר המתבקשת לכאורה מן הדין הכללי.

משך שנים, זכה המקצוע לכותרות שונות כמו; דיני השבה, התעשרות שלא כדין ועוד. ובסופו של דבר, התקבל הביטוי היפה של "עשיית עושר ולא במשפט". הביטוי הוטבע ע"י השופט חשין, והוא נלקח מן התנ"ך, ספר ירמיה, פרק י"א; "קורא דגר ולא ילד עושה עושר ולא במשפט". הקורא הוא שם של עוף, המחפש ביצים עזובות של ציפורים ודוגר עליהם. ומן הדגירה בוקעים האפרוחים, והאפרוחים אינם שלו. ואם ייקח אותם, הרי שהוא עושה עושר ולא במשפט. בסופו של הספק, מסופר כי החיות יכירו בפועלו של העוף ויכנו אותו נבל.

חוק עשיית עושר ולא במשפט

סעיף 1 – חובת ההשבה

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

זהו העיקרון הכללי, שהוא גלגול של דבריו של הלורד מנספילד, ומופיע אצלנו בחוק; ישנה **חובת השבה על כל התעשרות כזו שבאה לאדם מאת אדם אחר**. העיקרון הכללי, כוחו

יפה לכסות סוגים שונים של מקרים. השאלה היא, מה דינם של המקרים הספציפיים.

במשפט האנגלי לדוגמא, ישנו הבדל גדול בין העיקרון של הלורד מנספילד לביצוע המעשי במקרה הפרטי, והכוונה בעיקר לסוג אחד של מקרים בו נעסוק; מי שעושה פעולה במכוון וביודעין למען מישהו אחר, והביא לו יתרון באופן בו הוא שיפר מצבו, נכסיו, הביא להתעשרותו, האם הוא זכאי בהשבה או לא.

על כך **המשפט האנגלי** אומר באופן חד-משמעי – מי שפעל למען מישהו אחר **איננו זכאי להשבה**. אדם כזה נחשב כמתנדב, כמי שעשה טובה, ועל כן איננו זכאי לשום השבה. המקרה שיעסיק אותנו והוא המקרה הקלאסי והחשוב ביותר בעניין זה, נמצא בסעיף 4 לחוק;

סעיף 4 – דין הפורע חוב הזולת

מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא הייתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפירעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפירעון החוב.

זהו מקרה מעניין ואיננו פשוט.

אדם יודע שמצב חברו קשה, הנושים יורדים לחייב, השוק האפור מתדפק על דלתו. והוא, כאדם טוב ועשיר, פורע את חובו. ניגש לנושה באופן אישי, ומסר לו את הכספים שהיה חייב לו החייב. ורצה הקדוש ברוך הוא, והתהפך הגלגל לטובה. וכעת החייב הפך להיות עשיר, ואותו אחד שפרע את חובו, מבקש לתבוע את החוב. קרי, את ההשבה. על כך אומר המשפט האנגלי – לא זכאי להשבה. ההנחה היא שהוא מתנדב, ובתור שכזה אין הוא זכאי להשבה.

ומבחינה זו, סטה החוק הישראלי מן המשפט האנגלי וקבע – ככלל ישנה חובת השבה. מתי לא תקום חובה שכזו? אם לזוכה, קרי החייב, הייתה סיבה סבירה להתנגד לפירעון החוב. סיבה אמיתית משפטית להתנגדות פירעון החוב; קיזוז, טענות על פי החוזה, תביעות מול הנושה וכיו"ב. אך למעט מקרים אלו, המקרה הרגיל בו אדם פרע חובו של אדם אחר, מאפשר השבת החוב לפורע.

השאלה היא קשה והתמונה איננה פשוטה. ישנם שיקולים לכאן ולכאן, והתשובה איננה מתבקשת מאליה, וקשה לבטל לגמרי כלאחר יד את עמדתו של המשפט האנגלי.

מחד, חוש הצדק הטבעי אומר – נהנית, התעשרת, נתתי לך כשהזמנים היו קשים? כעת הגיע הזמן לשלם, אז שלם. בעוד שכך, גם הטיעון הנגדי איננו חסר משמעות בהקשר זה. הטיעון קובע, לא ביקשתי את עזרתך ולכן אל תתערב. טיעון זה הוא חזק ואיננו טיעון של מה בכך. העובדה המעניינת היא, שגם בהלכה וגם במשפט העברי יש התלבטות לא קלה סביב שאלה זו, של פורע חובו של חברו. והסוגיה מעלה מחלוקות רבות בין הפוסקים.

בסוגיה זו בהלכה אנו מוצאים טיעונים משלושה סוגים;

1. **טיעונים פורמאליים** – בהלכה אנו מוצאים פעמים רבות את הטענה שהנאה מסוג כזה, כמו פורע חובו של חברו, היא **הנאה עקיפה**. זו איננה התעשרות ישירה, אלא טובת הנאה שבאה לאדם בעקיפין. הוא לא שילם לאדם, לא נתן לו כסף, אלא שילם לאדם אחר כדי שהוא לא יתבע אותו. והנאה עקיפה כזו איננה נחשבת לקבל. לא קיבל אדם ישירות ממנו, ועל כן זוהי הנאה עקיפה. טענת ההנאה העקיפה מזכירה מעט את מה שמכונה בדיני הנזיקין – ריחוק הנזק ומבחן הנסיבותיות. יש כאן מעין גורם רחוק, עקיף. והנראה שכזו, איננה נחשבת ואיננה מחייבת השבה, כאמור – לפי שיטות מסוימות בהלכה.

2. **טיעונים משפטיים-ענייניים-פנימיים** – טיעון כזה מיוחס למה שמכונה **חזה מכללא**. אם יש הסכמה או אין הסכמה. לפי גישה זו, אנו צריכים לבחון את כוונת הצדדים – פורע ונפרע שהוא הזוכה והנהנה מן הפעולה. המשפט האנגלי הולך בכיוון הזה, כאשר הוא בא להכריע בשאלה זו. חלק מהפרשנים מתכוונים לומר שהפורע, בזמן ששילם, התכוון לעשות טובה ולא כיוון לפעולה עסקית שיש בצידה תמורה. ועל כן, כוונתו לא הייתה לפירעון החוב. הוא תפקד כמתנדב, וככזה איננו זכאי להשבה מעצם הגדרתו.

3. **טיעונים ערכיים של צדק** – עמדה זו היא לא פחות חשובה, ואולי אף העיקרית מבין השלוש. עמדה זו בוחנת מהי התוצאה הנכונה ביותר מבחינת הצדק. וחשוב להבין שגם שיקולים אלו של צדק הם רלוונטיים ונחשבים במשפט העברי, אם כי הם אינם נאמרים פעמים רבות מפורשות.

בתלמוד אנו מוצאים בעיקר את הגישה הפורמליסטית, הקובעת **הנאה עקיפה**. הנאה כזו **איננה מחייבת תשלום או השבה**. וכידוע, המשנה והתלמוד עוסקים במקרים מסוימים קונקרטיים ולא במושגים מופשטים. וגם במקרה שלנו, מוצגת סוגיה כלשהי שאיננה בהכרח עוסקת על פורע חובו של חברו.

מסכת כתובת, פרק יג'

דנה המשנה במי ששילם מזונות לאשת חברו.

אדם נמצא במרחקים רבים במדינת הים, ואיננו מצליח לשוב הביתה לאשתו. והיא, מסכנה ומחוסרת פרנסה, ואדם טוב נותן לה כסף למחייתה. במפתיע, או שלא במפתיע, שב הבעל מן המרחק, וכעת השכן הטוב מבקש השבה. בהקשר זה, פרע השכן את חובו של הבעל, שכן הבעל מחויב במזונות לאשתו.

ובמשנה הדעות חלוקות;

דעת התלמוד הבבלי

דעה אחת, עוסקת בתנאים קדומים מתקופת בית המקדש ונקבעת ע"י **חנן – איבד את מאותיו**. קרי, **אין לו זכות השבה**. התלמוד מנמק את עמדתו של חנן באופן פורמאלי, וכך גם ההלכה. ובעוד שכך בני כוהנים רבים ותלמידי חכמים חולקים על דעתו וקובעים – **ישבע כמה ששילם וייטול**.

אך נראה כי על פי רוב הפוסקים, איננו זכאי השכן להשבה במקרה זה של הפורע חובו של חברו למזונות האישה.

כאמור, עמדתו של המשפט האנגלי מורכבת משני נדבכים;

הבסיס העקרוני הוא התפישה הכללית העקרונית, שאדם לא יתערב בענייני זולתי. על כך, מליבש המשפט האנגלי את ההנמקה הנוספת של הכוונה. המשפט האנגלי, תולה על הבסיס הראשון את הטיעון שאדם שפועל למען זולתו **מתכוון בדרך כלל לעשות טובה**, ואין הוא מתכוון לפעולה בעלת משמעות משפטית, כספית, חושית. וכאשר מתכוון אדם לפעול לשם **צדקה, עשיית חסד וטובה אין מקום לתבוע השבה**.

השאלה הראשונה, כפי שראינו בסוגיות קודמות, היא שאלת פרשנות המקרה, והיא המעסיקה אותנו ואת הפרשנות ההלכתית. שכן המשנה במקרה זה, איננה עוסקת בפורע חובו של חברו, אלא בנסיבות מיוחדות יותר – מי ששילם מזונות אישה בשעת מצוקה. והשאלה היא האם יש מקום להבחנה בין שני המקרים הללו, או לא.

בטיעונים ההלכתיים שעונים בשאלה זו, אנו מבחינים בין שלושה סוגי טיעונים אותם מנינו כבר בעבר (ראה עמ' 27). אלא שהטיעונים הללו, נמצאים בדרך כלל מאחורי הקלעים ואינם, על פי רוב, נאמרים מפורשות. ואילו על פי דעת המשנה, ופרשנותה, הסוגיה איננה מצטמצמת רק למזונות אישה, אלא משתרעת ומתפשטת על כל החוב.

ולפי תפישתו של **חנן, אין זכות השבה**. וכך נראה גם מעמדת הגמרא. וזאת לא רק ביחס למזונות אישה, אלא ביחס **לכל מי שפרע חובו של חברו**.

הנמקת הגמרא, היא מאוד פורמליסטית, וממנה משתמע כי מי שפרע חובו של חברו **ביצע טובת הנאה שנעשתה בעקיפין**, ולא במישרין. כלומר, לא הלוואה אדם כסף לאדם אחר, אלא נתן אותו למישהו אחר אשר הלווה את הכספים. בעקיפין, גם החבר נהנה, באופן כזה שהמלווה יורד מגבו ואיננו תובע אותו להשבת הסכום. התוצאה עצמה משליכה גם על החבר, אבל טובת ההנאה הזו, כך יוצא מן הגמרא, היא טובת הנאה שאין צורך לשלם עליה.

ומשווה הגמרא את המקרה שלנו, של פורע חובו של חברו, לעניין אחר לגמרי המופיע במשנה במסכת נדרים;

נדר פירושו של דבר, הוא אדם אשר מקבל על עצמו כהתחייבות לפעול פעולה מסוימת – לביצוע דבר מסוים או להימנע ממנו. ולפי ההלכה, אדם אשר מקבל על עצמו התחייבות כזו בלשון נדר, הוא מחויב לו באופן חד משמעי, חריף, דתי, קיצוני. אחד מסוגי הנדרים המוכרים לנו, הוא שאדם נודר על פעולה מסוימת, ביחס לחברו – ביחס למישהו אחר. כך למשל, יכול אדם לנדוד ולאסור על חברו ליהנות ממנו הנאה כלשהי. ובלשון המשנה, מכונה נדר זה **מודר הנאה מחברו**. יש כאן איסור בזיקה שבין א' ל-ב'.

ולמרות האמור לעיל, ולמרות שאסור לחברו ליהנות ממנו, מותר ל-א' לפרוע את חובו של ב', משום שזוהי חובת הנאה עקיפה. כלומר, ב' איננו נהנה באופן ישיר מ-א', מעצם פירעון החוב. ולמעשה, מי שפרע חובו של חברו ומודר הנאה, הם זהים ברציו. שכן מי שסובר כי ב' יכול ליהנות מ-א', הוא אותו אחד הסובר שפורע חובו של חברו איננו זכאי להשבה. זוהי תפישת התלמוד הבבלי, אשר מרחיב את חילוקי הדעות בין חנן ובין כוהנים אחרים, לכל חוב ולא רק בנוגע למזונות אישה.

דעת התלמוד הירושלמי

בעוד שכן, התלמוד הירושלמי מציג במובן מסוים דעה קיצונית מאשר זו המוצגת בתלמוד הבבלי;

גם התלמוד הירושלמי, מחפש את היחס בין ההלכה שלנו העוסקת במזונות אישה ובין חובות אחרים. אך לפי הפרשנות הירושלמית, ההלכה בנוגע לחובות אחרים, לסתם חובות, היא קיצונית יותר מאשר במזונות.

לפי התלמוד הירושלמי, כאשר מדובר בחוב רגיל גם בני הכוהנים מסכימים עם חנן שאין זכות השבה. אך יש כאן כיוון שהוא קיצוני יותר ועוסק ב**שלילת ההשבה**, בהיבט הפרשני. ואילו הפרשנות וההנמקה איננה פורמליסטית, אלא מחפשת את הטיעון הענייני-ריאלי וקובעת; החייב, זה שנפרע חובו, רשאי לומר לתובע, זה ששילם את חובו, **הייתי מפיס את המלווה והיה מוחל לי**. לא שלא נהנה החייב מן הטובה שעשה לו חברה, ולא מדובר כאן על הנאה שבאה בעקיפין, או על נדר, אלא הטיעון עצמו, והוא מזכיר במידה מסוימת את **המשפט האנגלי**, אומר **אל תתערב**, לא עשית לי טובה, ואם היית שואל אותי ודאי לא הייתי מסכים. כלל לא התכוונתי לשלם מראש, אלא להיות פטור.

החוק שלנו מדבר על סיבה סבירה שהייתה לחייב להתנגד לתשלום החוב. ונשאלת השאלה האם הטיעון הירושלמי תואם את החוק. אם כן, האפשרות הזו, היא נראית רחוקה מן החוק, והאמתלה נשמעת לא מספיק משכנעת. אלא שכנראה לפי התלמוד הירושלמי היא מספיקה. גם בתלמוד, וגם בין הראשונים, מנסים חכמים לעמת את ההלה שלפנינו עם הלכות אחרות בתלמוד. ובמקרים אחרים, כך נטען, במצבים שנראים דומים למדי, בהם אדם פעל לטובתו של אדם אחר, נמצאה בכל זאת זכות שיפוי, קרי – זכות ההשבה. והשאלה שחכמים מתלבטים בה, היא מה בין אלה ובין ההלכה שהובאה כעת ביחס למי שפרע חובו של חברו.

השבת אבידה

השבת אבידה היא הדוגמא הקלאסית, בה מחויב אדם כלפי חברו, והיא מתארת מצב בו נוטל אדם אבידה ומשיב אותה לבעליה. וכאשר מוצא האבידה הוציא הוצאות לצורך השבת האבידה, הריהו **זכאי להחזר על הוצאות אלו**.

כך לדוגמא, נתקל אדם בטיול במקום מרוחק בנגב במכונית עזובה, והיא לא איזו טרנטה, ולא הגיוני להעלות על הדעת שמישהו עזב אותה סתם כך. והוא מסיק את המסקנה המתבקשת ומזמין גרר כדי להביא אותה למקום יישוב בעיר הקרובה, ובגין הגרר היו הוצאות, הוא זכאי לתבוע את השבת ההוצאות שהוציא לצורך השבת האבידה לבעליה.

הרחקת מזיק

גם היא דוגמא קלאסית על פיה מחויב אדם לפעול לצורך מניעת נזק, ובמקרה כזה יהיה **זכאי להחזר על הוצאות שהוציא לצורך מניעת הנזק**.

כך למשל, אדם נמצא בנסיבות בהן התפוצץ צינור מים גדול במרחק מסוים מביתו של אדם, ואותה זרימת מים עשויה להגיע לביתו של השכן ולהציף את כולו במים. והשכן איננו במקום כדי להגן על ביתו ומחליט לתפוס אדם שני פועלים שעובדים באזור שייסעו לו בעצירת השיטפון. ועל עזרתם הוא משלם כסף. לפי ההלכה, אותו אחד אשר מנע את הנזק, זכאי לשיפוי מבחרו במידה והוציא הוצאה כלשהי לצורך מניעת הנזק.

ושאלים הראשונים, ובמידת מה של צדק; **מה בין זה ובין פורע חובו של חברו?** אם זכאי אדם להשבה כאשר מנע נזק, שבא ועמד להתחולל, או כאשר הוא משיב אבידה והיו מקרים אלו כרוכים בהוצאה כספית, מדוע לא יהיה זכאי הוא כאשר הוא פורע חובו של חברו? ההנמקה של התלמוד הירושלמי, העוסקת בפיוס איננה רלוונטית במקרה זה, שכן לא ייתכן שאדם יאמר – לא רציתי שתסייע לי, לא רציתי שתשיב לי את האבידה או לא רציתי שתמנע ממני את הנזק.

אם כן, ההבדל בין השניים הוא בכמה מישורים; מישור ההנאה – במקרה של השבת אבידה או מניעת נזק, ההנאה היא ישירה ולא עקיפה, כפי שהצגנו אותה במקרה של פורע חובו של חברו.

מישור ההנמקה מכלל – אילו היינו שואלים אותו האם הוא מעוניין שנציל את ביתו או נשיב לו את מכוניתו, סביר הוא שהיה עונה בחיוב, ולא יוכל להתחמק בתשובה לפיה לא היה מעוניין בעזרה.

מעניין הוא שהתוספות המובאות במסכת כתובות ועוסקות בסוגיה של השבת אבידה והרחקת נכס, מציגות מצב של תקנה מיוחדת הקובעת זכות השבה למי שהוציא את ההוצאות הללו. נראה, שכחמים מצאו לנכון לתקן תקנה מיוחדת ביחס למקרים הללו ולקבוע בהם את חובת השיפוי, ופירושו של דבר שהתפישה הבסיסית של התוספות כנראה קובעת כמו במשפט האנגלי – שבבסיס הדברים אין זכות השבה באף אחד מהמקרים של פורע חובו של חברו. ואילו במקרים של השבת אבידה ומניעת נזק, נכון לסטות מן הכלל ולקבוע את ההשבה.

דעתו של רבנו תם

דעתו של רבנו תם היא החריגה לשאר הדעות והפוסקים, אשר טענו כי המחלוקת משתרעת על כל חוב ולא רק על מזונות אישה, וההלכה היא שאין זכות השבה.

המהלך הפרשנו הוא מעניין מאוד, שכן הוא פוסק כמו חנן, המביא את עמדת הגמרא לה מסכים רבנו תם הסכמה מוחלטת. הוא טוען, כי חנן צודק אלא שדעתו תקפה רק באשר למזונות אישה, ואין דעתו נכונה ואמורה ביחס לחובות אחרים. כלומר, רבנו תם **מפרש פירוש מצמצם** את המחלוקת, וקובע כי מדובר רק במקרה של מזונות אישה. באשר

פרשנותו של רבנו תם היא פרשנות קלאסית לתקדים. אלא שאנו מחפשים את הרציו של הפסיקה, ואילו רבנו תם אומר וזאת בניגוד לאחרים, הרציו הוא דווקא במזונות אישה. דווקא שם, אמר חנן – אין זכות, מפני שיכול היה לטעון הבעל מפורשות כי לאשתו דרכים אחרות להתפרנס. היא בעלת מקצוע, היא עורכת דין. היא מעולם לא השתמשה במקצועה, מפני שתמיד הוא זה שהביא ממון בשפע. אלא שכעת, כאשר אין ברירה, הייתה יכולה אשתו לצאת לעבוד.

הפרשנות היא מדהימה, מרחיקת לכת, נועזת ובעלת שיקולים ערכיים. כנראה שהתוצאה אליה הגיעו פוסקים אחרים, נראתה לרבנו תם לא צודקת. הוא מונחה משיקולים ערכיים, הוא איננו מרוצה מן התוצאה ולא יכול לחיות איתה. לשלול זכות השבה ממי שפרע חובו של חברו – אין זה צודק. ולכן, במהלך פרשנו מאוד רדיקאלי הוא הופך את הסוגיה ואת החלטת הגמרא

לסיכום;

הרמב"ם ובעקבותיו גם שולחן ערוך, פסקו שאין זכות השבה לפורע חובו של חברו, כפי שעולה מסוגיית התלמוד הבבלי והירושלמי (פורע מזונות אישה), וההנמקה שנותנים השניים היא דווקא זו של הירושלמי באימוץ הטיעון – הייתי מפיס את המלווה והיה מוחל לי. באשר לאחרונים, הרי שהם נחלקים בדעתם; יש מי מהם שפסקו כרבנו תם – יש זכות השבה. אלא שמרביתם, באופן עקבי ושיטתי פסקו לפי פסיקתו של הרמב"ם ושאר פוסקים וקיבלו את העמדה לפיה אין זכות השבה.

וכאן מתרחש דבר מעניין, כאשר חלק מן האחרונים נאחזים בהנמקה המובאת אצל הרמב"ם ובשולחן הערוך על פיה הלווה היה מפיס את המלווה והיה מוחל לו. אלא שהם ראו בהנמקה זו הנמקה משפטית, פירושו של דבר שניתן להשתמש בטיעון זה ביישום ההלכה ובפרשנותה. וחלקם שואלים, מה יהיה הדין כאשר המלווה מחזיק בידיו משכון? הלווה נתן חפץ כמשכון בידי המלווה והמלווה מחזיק בחפץ בעל ערך של הלווה. האם גם במקרה כזה ניתן לומר – הייתי מפיס אותו והיה מוחל לי? חלק מן הפוסקים טוענים שלא כך, ואילו מחזיק המשכון היה בוחר לממש אותו.

דעתו של בעל ערוך השולחן

שואל הרב אפשטיין, הידוע בכינויו – בעל ערוך השולחן, שחי בתחילת המאה ה-20 והיה אחד מן הפוסקים החשובים בתקופתו, **מה דינו של לווה שאיננו עני**. במקרה כזה בו הלווה יכול לשלם את חובו, שיש בכוחו לשלם, **אין מקום לטענה – הייתי מפיס והיה מוחל לי**. טיעון זה, הוא ריאלי בעיניו וסביר רק כאשר מדובר בלווה שאיננו יכול לשלם, שהוא נזקק ועני. אבל כאשר מדובר באדם אשר עובד, ויכול לפרוע את חובו, מה פתאום שיימחל לו? ולכן, במקרה שכזה, **ישנה זכות השבת החוב**. קביעתו הופכת את ההלכה על פיה, שכן על הדברים האמורים הרי **שאי חובת ההשבה היא המקרה החריג**, בעוד שבמקרה הרגיל והשגרתי ישנה חובת השבה, כלומר – הוא חותר לכיוון פסיקתו של רבנו תם.

ערב אשר פורע חובו של חברו

כל הנושא של פורע חובו של חברו, הוא נכון ורלוונטי גם ביחס לערבות, כאשר מדובר על ערב אשר פורע חוב לו היה ערב.

חוק הערבות מדבר על מקרה אחד, על פיו ערב שהתחייב ונעשה ערב שלא בהסכמת החייב לא יהיה זכאי להשבת תשלום החוב. אם כן, החוק מדבר על מקרה שהוא מיוחד מאוד לנסיבות הערבות. כך למשל, ייתכן ומדובר על לווה במצב דחוף אשר זקוק לעזרה, ובאופן טבעי אף אחד לא מעוניין להלוות לו מתוך חשש לפירעון החוב. בא יהודי טוב אל המלווה ומבקש ממנו להלוות לעני, כאשר הוא ערב לחובו. ערב שכזה, הוא ערב שלא בהסכמת החייב. ובסיפור שלנו, כמובן שהגיע הרגע, ובו הערב נאלץ גם לשלם. וכעת נניח שהשתנה המצב לטובה, והערב פונה אל החייב ומבקש ממנו לפרוע את החוב ששילם. ועונה לו החייב – כלל לא דעתי על קיומך, מהיכן באת? לא אפרע את חובך.

אם כן, בהתאם לסעיף 9 לחוק הערבות – במקרה כזה איננו זכאי הערב להשבה. אלא שנראה כי ישנה סתירה רעיונית בין חוק הערבות ובין חוק עשיית עושר. ובעוד שחוק הערבות קובע – איננו זכאי, חוק עשיית עושר קובע – מי שפרע חובו של חברו, שכאי להשבה. ואם להשוות בין המקרים, נראה דווקא שהערב זכאי עוד יותר להשבה מבחינת הצד וההיגיון, מאשר אותו אחד הפורע חובו של חברו ובו במטרה לעשות צדקה. ואכן, בחוק דיני הממונות החדש, סעיף 9 לחוק הערבות תוקן, ושם מצוין כי הערב זכאי להשבה בהתאם לסעיף 4 לחוק עשיית עושר.

חוק הערבות מדבר על מקרה אחד בלבד – על ערב שנעשה ערב ללא הסכמת החייב. ואילו המשפט העברי, גם הוא מדבר על מקרה שכזה ובנוסף לו מעלה גם מקרה נוסף והוא – ערב שהתחייב בהסכמה, אך שילם שלא בהסכמה.

על פי ההלכה – לא יתבע ערב תחילה. באופן כזה, למרות היותו של אדם ערב, הוא איננו חייב לפרוע את החוב בפני הלווה. שכן אם תבע את הערב בטרם תביעת החייב, לא יפרע. רק אם החייב לא ישלם, אז יפרע הערב. ומה קורה אם בכל זאת שילם הערב, מבלי לשלוח את הלווה לחייב? פירושו של דבר – תשלום שאיננו בהסכמה החייב, שלא על פי דין ואיננו מכוח חובה, אלא – בהתנדבות.

דעתו של הרמב"ם

אומר הרמב"ם, בשני המקרים הללו – ערב שהתחייב ותשלום שאיננו בהסכמה – **לא זכאי לתבוע השבה**. ניתן לראות, כי הרמב"ם ממשיך באופן עיקש וקובע – כמו פורע חובו של חברו, גם זה לא יהיה זכאי.

דעתו של הראב"ד

מתנגדו הגדול של הרמב"ם, אשר גם כאן חולק עליו בחריפות ואומר; "אלו דברים שאין הדעת מקבלתן ואין השכל סובלן".

נשאלת השאלה מה כל כך מפריע לראב"ד, אשר גורם לו להגיב בחריפות שכזו. וכנראה שמדובר על העניין שדיברנו עליו קודם לכן; העובדה שהרמב"ם מתעלם מן הנסיבות המיוחדות של הערב. נכון הדבר, שלגבי פורע חובו של חברו ניתן לומר לו – אל תתערב. אבל אין זה נכון ביחס לערב, שכן הוא איננו גורם מתערב, איננו גורם זה שהתערב בענייני שלא לו. הרי הוא היה בתמונה למן הרגע הראשון, והוא זה שבזכותו קיבלנו את ההלוואה. לא ניתן לומר לו כעת, לאחר שפרע את החוב – מי אתה. הרי הוא העיקר בכל הסיפור! גם הוא התחייב כלפי הנושה.

דעתו של שולחן ערוך

בצורה נדירה למדי, מביא שולחן ערוך את שתי הדעות ואיננו קובע נחרצות מי בעיניו היא הצודקת. והדבר אכן נדיר, שכן במרבית המקרים מנסח שולחן ערוך את שתי הדעות בלשון שונה, אשר מתוך הדברים ניתן לזהות את מי מהשתיים הוא מעדיף, ובדרך כלל תהיה זו דעתו של הרמב"ם העדיפה. דווקא במקרה הזה, הביא שולחן ערוך את דעתו של הרמב"ם לצד דעתו של הראב"ד באופן די שקול ודומה, וכנראה שהוא נמנע מלקבוע דעה.

פעולות למען הזולת – יורד לשדה חברו

אחת הדוגמאות האופייניות לפעולות שעושה אדם למען זולתו, היא כניסה בלא רשות לנכס של אדם אחר ועשייה בו פעולה מסוימת שמשמעה **שיפור המצב ושינוי לטובה, עליית ערך ביחס לנכס**. כלומר, **פעולה של השבחה שנעשית לטובת נכס הזולת**. כמובן שבאותה מידה, כשם שמדובר בנכס ייתכן ומדובר בשירות.

למשל, נכנס חקלאי שיודע ומבין בחרישת שדות, והנה הגיע עונת החרישה, והוא חורש את השדה שלו. ורואה את שדה חברו שאיננו חרוש, כי ידו איננה משגת, או אולי נמצא בחו"ל ומתמהה לשוב ["אההה...!!! ולחו"ל ידו משגת?!" (רפי קרצ'מר)].

או למשל, קנה השכן מכונית חדשה, יקרה ומבריקה, אלא שלמרבית הפלא הוא איננו משגיח עליה והיא מלוכלכת בצורה מעוררת פליאה. והוא שוטף את מכוניתו ומתנדב ושוטף גם את מכונית חברו. ובסיומה של פעולה, גם מגיש לו את החשבון. אנא, שלם.

האם במקרים הללו, זכאי המיטיב להשבה?

מחד, מדובר על פעולה שמשמעה הטבה, יש לה משמעות כלכלית. אלא שמאידך, מי ביקש ממך? מי אתה, והיכן באת?

הנושא מתחלק לשניים; פעולות שמשמען שירות, כמו הדוגמא של רחיצת המכונית. ופעולות נוספות, ואלו הן המעניינות אותנו וגם את ההלכה, והן פעולות שאינן מסתכמות בשירות, אלא **בהשבחה ריאלית של נכס**. כלומר, העלאה בפועל מעשי וריאלי של ערך הנכס. והדוגמא הקלאסית לכך, היא של אדם אשר יורד לשדה של חברו ונוטע בה נטעות, באופן המעלה את ערך הקרקע בצורה משמעותית. והוא הדין, כיוצא בזה לפעולה של בנייה.

דעת המשפט אנגלי

המשפט האנגלי **איננו מכיר בזכות** אשר קמה לאדם שפעל בנכס של חברו בנטיעה או בבנייה, או בפעולות דומות אחרות. פירושו של דבר, לא רק **שלא יקבל החזר הוצאות, גם לא יקבל בחזרה את המבנה**. כל זכות שיפוי לאדם שפעל למען חברו, הן בדרך של שיפור ובנייה והן בדרך של נטיעה, איננו זכאי.

וכאן, לדעת המשפט האנגלי, עוד יותר מהמקרה הקודם שראינו – של זה הפורע חובו של חברו, נחשב הוא כמי שפועל באופן וולונטרי ולא למען השגת רווח או שיפוי.

חוק עשיית עושר ולא במשפט

מטפל במקרים הללו באופן חלקי בלבד.

סעיף 5 לחוק הערבות – דין הפועל לשמירת עניין הזולת

(א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין.

החוק איננו עוסק במקרים אותם הזכרנו לעיל, כלומר – בפעולות חיוביות שאינן פעולות מניעה, אלא דווקא פעולות של השבחה ותוספת, כגון נטיעה ובנייה.

סעיף 21 לחוק המקרקעין – בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

(א) הקים אדם מבנה או נטע נטיעות, במקרקעין של חברו, בלי שהיה זכאי לכך לפי דין או לפי הסכם, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו או לדרוש במי שהקים אותם שיסכם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם.

(ב) בחר בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם, או את שוויים בשעת השימוש.

ככל שמדובר במקרקעין, ישנה התייחסות בפרק ד' לחוק המקרקעין, ביחס לשאלת ההשבחה של נכסי מקרקעין. ובמקרה כזה, הברירה היא בידי הבעלים אשר רשאי לקיים את המבנה בידו, או רשאי לומר – קח את האבנים ולך, והשב את המצב לקדמותו. ואם ביקש בעל המקרקעין להשאיר את המצב ולא לסלק את אותה תופסת שנעשתה – הבנייה, או הנטיעה, עליו לשפות את הבונה קרי את המיטיב, על הוצאותיו.

דעת המשפט העברי

המשפט העברי עוסק בסוגיה זו ב-בבא מציעה, דף קא' עמוד א', שם מוצגת הסוגיה החשובה של יורד לשדה חברו שלא ברשות ונטעה. הסוגיה עוסקת במישרין בנטיעה, אלא שכידוע לנו, וכפי הנהוג בהלכה, הדברים יכולים להשתרע גם לתחומים אחרים. הסוגיה העסיקה את הפרשנים הראשונים והאחרונים, ועוסקת במי שנכנס לשדה חברו ונטע בו, אך מבדילה הבדלה בסיסית חשובה; בין **שדה העומדת לנטיעה** – כלומר, כזו שעומדת לנטיעה ומיועדת לנטיעה, ובין **שדה שאיננה עומדת לנטיעה**, שזהו לא יעודה. החלוקה משתמעת מסוגית הגמרא, ויש חשיבות רבה להבדל בין השתיים. ההנחה היא שבשני המקרים מדובר על פעולה שמשמעה שיפור, הטבה, השבחה ועליית ערך של נכס. אך מטבע הדברים ומאופיים, התוצאה ההלכתית בין שני המקרים שונה. אך לא באופן עקרוני, אלא באופן פרקטי-מעשי.

מסוגית הגמרא, עולה ההלכה והיא מוסכמת לחלוטין על כל הפוסקים – **נוטע בשדה של חברו זכאי להשבה בשני המקרים.**

אלא שיש הבדל בנוסחת ההשבה ובחישוב השיפוי, בין שני המקרים. במקרה הראשון, בו מדובר **בשדה העומדת לנטיעה** וזהו ייעודה האמיתי, כלכלי של השדה, יהיה הנוטע **זכאי להשבה ביד רחבה**, קרי בעין יפה, כאשר הנוסחה היא מרחיבה, בכפוף למנהג המקובל. כלומר, לא רק להוצאות שכר וטרחה, אלא גם לאחוז מן היבול שיופרש לו כמו שניתן לאריס.

לעומת זאת, במקרה השני, בו מדובר **בשדה שאיננה מיועדת לנטיעה**, אלא ליבולים שונים, הנוסחה **מצומצמת יותר ויהיה זכאי רק להשבה של שכר הטרחה וההוצאות.**

עמדת ההלכה בנושא זה עומדת על שלושה מרכיבים;

1. **הנאה כלכלית ודאית** – חד משמעית לבעל הנכס.
2. **בעל הנכס מסכים** – ההנחה היא שבעל הנכס מסכים להנאה שניתנה לו, ולפחות בדיעבד. כלומר, מדובר כאן על הסכמה מכללא, והנחת הדין היא שהדבר בסופו של דבר היה לרצונם של הבעלים.
3. **הנוטע המיטיב לא פעל באופן וולונטארי** – להבדיל מתפישת המשפט האנגלי, ההנחה הזו עוסקת בכך שהנוטע לא פעל בעל באופן התנדבותי גרידא ולא התכוון לעשות טובה סתם, אלא בהכרח רצה לעשות מעשה כדי לקבל את השיפוי והתמורה בגין מעשיו.

ומעל לשלושת מרכיבים אלו, עומדת התפישה העקרונית הרחבה, אשר משליכה על הנושא והמקרים כולם; המשפט העברי, בניגוד למשפט האנגלי, מתייחס באופן חיובי לפעולה שכזו. אנו לא רואים את האיש כמי שעשה דבר מה רע, אלא דווקא כמי שעשה מעשה טוב ועל למען זולתו כדי להיטיב עמו ולא כדי לתחמן אותו או לסדר אותו.

אין להתעלם מן העבודה שמדובר כאן בהתנגשות שיקולים והשקפות סותרות; האחד הוא הכיוון המיטיב – מי שעשה את הפעולה, רצה להיטיב עם חברו. בעוד שהשני עוסק בבעל הקרקע וקובע – מדוע חדרת לתחומו שלא ברשותו. ולכן, אי אפשר לכפות על הבעלים את ההטבה, בטענה שהייתה זו טובה במטרה להיטיב. לא ניתן להתעלם מן הבעלים, שפלוש לתחומו ללא רשות. ההלכה ערה להתנגשות זו, והיא איננה מתעלמת ממנה, ודווקא מנסה לאזן בין שני הקטבים הללו בצורות שונות.

חלק מן הראשונים, פרשו את ההלכה שלפנינו, והעמידו אותה במקרה הזה ובנסיבות הללו על כך **שידע הבעלים על פעולת המיטיב.** נכון הוא **שלא ניתנה הסכמה מראש**, אך עם זאת הייתה ידעה. ולכן, אם לא מחה הבעלים מראש ובחר שלא להתנגד הרי שזו **הסכמה מכללא.** אחרים מן הראשונים, טוענים – לא בהכרח. מי אמר שידעו על הנעשה בקרקע באותה השעה? אך אף על פי שקובעים הם כי ייתכן ולא ידעו, עדיין יוצאים אותם ראשונים מתוך הנחה **שלפחות בדיעבד מסכימים הבעלים.** כלומר, **לאחר מעשה הסכימו לפעולה שנעשתה.** אם כן, זו עמדת ההלכה באופן כללי על מה שנאמר עד כה.

נשאלת השאלה, ומה בין כך ובין המקרה של היורד לשדה חברו? בו ציינו כי באופן כללי לדעת כל הפוסקים יהיה זכאי הוא לשיפוי, ובין הפורע חובו של חברו שאיננו זכאי לשיפוי? ביחס לפורע חובו של חברו הגישה היא מאוד פורמליסטית. וההלכה קובעת כי לא הייתה כאן נתינה לאדם במישרין, אלא תשלום למישהו אחר. ולמעשה, החבר ניהנה כתוצאה מהעובדה שפלוני אחר קיבל את שלו. אלא שגישה זו המוזכרת בגמרא איננה נכונה באשר לנטיעה. בנטיעה מדובר על השבחה ריאלית-פיזית של הנכס.

הנמקתו של הרמב"ם היא שביחס לפורע חובו של חברו יש אלמנט של התערבות ביחסים בין שני אנשים, ומה לו לאדם אחר להיכנס באמצע ביניהם. "הייתי מפייס אותו והיה מוחל לי". אלא שטענה זו אין לה מקום להישמע במקרה של היורד לשדה חברו, והיא איננה עניינת ביחס למקרה זה, מפני שלא מדובר כאן בהתערבות עם גורם אחר ואין עניין של פיוס ומחילה.

אין קושי רב בהבחנה שההלכה עושה בין שני המקרים הללו. והשאלה העיקרית אשר מתעוררת במקרה הזה, היא יותר מעשית, ואנושית והיא עוסקת בתגובתו של בעל הקרקע. האם בעל הקרקע, רשאי לומר לאחר מעשה – קח את העצים ולך הביתה? ובכך הפוסקים חלוקים;

לדעת חלק מן הראשונים, השאלה תלויה בהבחנה הבסיסית שהזכרנו קודם לכן בסוגיה בין שדה העומדת לנטיעה ובין שדה שאיננה עומדת לנטיעה. בראש הראשונים עומד הרמב"ן וטוען, כי בשדה המיועדת לפי טיבה לפעולה זו, בעל הקרקע לא רשאי לומר – קח ולך.

לעומת זאת, הרא"ש אשר עומד בראש הראשונים האחרים (ביחד עם הר"ף ושולחן ערוך), טוען כי יש לקבל את טענת בעל הקרקע והוא המילה האחרון. כלומר, בעל הקרקע רשאי לסרב ולהתעקש – קח עציך ולך, גם בשדה המיועדת לנטיעה.

מחלוקת זו, מבטאת הבדלי השקפה עקרונית; תפישתו של הרא"ש קובעת כי בעל הקרקע זכאי לסרב להטבה ולדרוש השבה, קרי – עקירת הנטיעות. ותפישתו דומה ומזכירה את תפישת המשפט האנגלי – לא ניתן לכפות על הבעלים. הרמב"ן לעומת זאת, דווקא בוחר להטות את הכף לצד הנוטע, המשפר אשר משביח, ואיננו מוכן לקבל את טיעון בעל הקרקע לסירוב. באופן שרירותי, טענה שכזו לא תישמע. אלא, שאם יבוא בעל הקרקע ויטען טענה אמיתית, לדוגמה – הנטיעה איננה טובה לי, התכוונתי לנטוע נטיעות אחרות, או לחילופין, למרות שהשדה מיועדת לנטיעה, אני התכוונתי להותיר אותה כך משום שאין לי את האמצעים להחזיק מטע שלם. אזי טיעונים שכאלו יועלו בפני בין הדין ומשום שיחשבו בעיניו כטיעונים עניינים, יהיו קבלים ויוכל בעל הקרקע לדרוש השבת המצב לקדמותו.

פעולות למען הזולת – יורד לשדה חברו בטעות

נשאלת השאלה מה דינו של מי שנטע בשדה חברו בטעות, מתוך מחשבה שמדובר בשדה שלו.

דעת המשפט האנגלי

לפי המשפט האנגלי **מצבו של הטועה טוב יותר ממי שנטע בכוונה.**

דעת המשפט העברי

לפי המשפט העברי **מצבו של המיטיב המתכוון טוב יותר ממצבו של הטועה.** דווקא כאשר עשה זאת בכוונה, למען הזולת, הרי שעל כך מגיע לו שיפוי לפי הנוסחא המרחיבה. ואם פעל בטעות, הרי שהתכוון לעשות לעצמו, ולכן התוצאה כאן היא **הנוסחא המצומצמת – הוצאות בלבד**, ולא מן היבול כאריס.

כל העקרונות שהעלנו ביחס ליזכות השיפוי במקום של יורד לשדה חברו, וזה שעושה זאת בטעות, **תקפים גם לגבי שירות למען הזולת.** כך למשל, מדברים הפוסקים על קציר, שקשור בזמן – עובר הזמן, הלכה התבואה. והנה רואה אדם ששכנו מתמהמה עם הקציר, וקצר את תבואתו. במקרה כזה, זכאי הוא לשיפורים שכן מדובר כאן על שכר עבודה. ומה באשר למכונית? זו נחשבת כפעולה שיכול אדם לעשות למען חברו סתם. כאשר עוסקים הפוסקים ביזכות השיפוי על פעולות שירות, הם מדברים על **פעולות שיש להן משמעות כלכלית הן ביחס להוצאה והן ביחס לתוצאה.**

הנוטל מחברו

כאן לא מדובר בפעולה למען הזולת, אלא **בפעולה ברכושו של הזולת** אשר איננה בהכרח מיטיבה עמו. השאלה שמתלבטת בה ההלכה, קשורה בשאלה האם **בעל הנכס חסר**. כלומר, האם טובת ההנאה שהפיק אדם בנכסו של האחר, כרוכה בחיסרון כלשהו אצל בעל הנכס עצמו.

הגמרא מדברת על אדם שנכנס לגור בדירת שכנו, מתוך צרכים מסוימים המיוחסים למצוקה של אותו אדם ולא עוסקת בפגיעה בנכס. השאלה היא שאלת השיפוי, קרי ההשבה. והאם אדם צריך לשלם על טובת ההנאה שכזו, שבאו לו מנכסו של חברו.

נקודה נוספת היא ההקשר שבו מעלה הגמרא את הסוגיה, והיחס בין המשנה לתלמוד. הגמרא ממשיכה ומקשרת את הדיון ההלכתי שלה עם מה שנאמר במשנה על הלכה מסוימת. המשנה עוסקת במסבכת בבא קמא, ומציגה סיפור על בהמה שהזיקה בשעת הליכתה כאשר הייתה ברשות הרבים. והבהמה הלכה בדרך, ונתקלה בדרכה בסל של פירות ואכלה את הפירות. לפי ההלכה בעליה של הבהמה היה **פטור על הנזק**, שכן לבהמה יש רשות לטייל ברחוב, ואם עשתה נזק אין זה באשמתו, אך **ישלם על ההנאה**. ומהי אותה הנאה במקרה זה? סכום הכסף שחסך לארוחת הערב.

השאלה הקלאסית אשר עולה בכל דיון בסוגית הגמרא, היא העובדה שהיא איננה מספרת על סוגיות מופשטות, אלא על מקרים אמיתיים שקרו. והנה שוב היא מספרת על אדם שנכנס לגור בנכסו של חברו ושואלת – האם חייב בתשלום דמי שכירות, או פטור מהם. השאלה תלויה בשני מרכיבים; האחד, **האם בעל הנכס חסר** – האם הפסיד מן העובדה שגר אדם אחר בנכסו. והשני, **האם המתגורר בנכס הפיק רווח כלכלי** מן המגורים בדירתו של האחר.

מסכת בבא קמא דף כ'

הסוגיה במסכת זו, עוסקת באדם שנכנס לגור בדירת חברו, או בכנס מקרקעין אחר בבעלותו. רואה אדם דירה ריקה, שאיננה בשימוש, והוא זקוק לה מתוך צורך מסוים, ונכנס לגור בה לתקופה מסוימת. האם יהיה חייב בתשלום או לא?

הגמרא מציגה את הבעיה המופשטת ותולה את השאלה בשני מרכיבים; הנאה וחסרון. הנאה מיוחסת למידת ההנאה של הפולש הדייר שנכנס לגור בדירה, והחסרון מיוחס לחסרונו של בעל הנכס.

ההנאה מיוחסת **להנאה כלכלית**. אין כאן שאלה אם נהנה או לא, שכן אם ישן שם בלילה במקום לישון ברחוב ודאי שנהנה. הרעיון הוא לכמת את ההנאה במובנה הכלכלי כספי – האם הרוויח כסף מעצם כך שגר אצלו בבית. וכדי לענות על כך, יש לבחון האם הייתה לו אלטרנטיבה, ואם כן, מהי. אילו הייתה לו דירה אחרת באזור, או שבן-דודו גר בקרבת מקום, הרי שהוא יכול לגור שם ופירושו של דבר שלא הרוויח כספית משינה דווקא בדירה זו. לעומת זאת, אם לא הייתה לו אפשרות אחרת לגור בחינם בנסיבות הללו, והאלטרנטיבה היא לשכור חדר במלון או דירה אחרת, בוודאי שהרוויח.

החסרון מדובר על הפסד של בעל הדירה. גר אדם שבוע בדירתו, לא פגע בקיר, לא שבר שמשא ולא כלום. אין כאן שאלה של דיני הנזיקין, אלא שאלה עסקית על השיפוי ועצם המגורים. וכדי לענות על כך, יש לבחון למה הדירה מיועדת. אילו הדירה עמדה להשכרה, ובעליה חיכה לדייר שיבוא וישלם בגין המגורים בה, בוודאי שהפסיד ובכך נגרם חיסרון. בעוד שאם הדירה לא הייתה מיועדת להשכרה, וסתם עמדה לה ריקה, הרי שהעובדה שגר בה אדם שבוע או חודש ימים, לא גרמה לכל הפסד.

שני המשתנים הללו, הם הקובעים את השאלה האם תהיה או לא תהיה השבה.

מקרה I – זה לא נהנה וזה לא חסר, פטור

כאשר הדייר לא זקוק לדירה, מפני שיש לו אחרת לגור בה בחינם, הרי שהוא איננו מרוויח רווח כספי מן המגורים בדירה הריקה. וכאשר בעל הדירה איננו מעמיד את הדירה להשכרה, הרי שהוא איננו מפסיד מהעובדה שזה גר בה.

מקרה II – זה נהנה וזה לא חסר, פטור

הדייר צריך אך הדירה איננה עומדת להשכרה.

ההנאה שהגיע לדייר, לא התבטאה אצל בעל הדירה בשום חסר. האם במקרה כזה צריך לשלם? הגמרא מעלה נימוקים לכאן ולכאן, והשיקולים הללו הם כבדים וחזקים; מחד, נהנית? שלם, למה לא? הרווחת כסף למה שלא תשפה? ומאידך, למה שישלם אם אתה לא חסר? למה שתקבל על דבר שלא מהווה מבחינתך שום חסר?

והגמרא רואה בכך שאלה קשה, ועל כן פותחת בסיפור;

שני אמוראים נפגשים; הרב חיסדא ורמי בר-חמא. ואומר הרב חיסדא לרמי בר-חמא; "אתמול היה מפגש, היכן היית? הייתה שאלה חשובה והיית חסר". ורמי בר-חמא מתעניין על מה שוחחו, והרב חיסדא מספר לו את הסיפור. רמי בר-חמא איננו מתבלבל, ועונה לו את התשובה, כי הוא חייב.

הנימוקים הם מסוגים שונים ובעלי אופי מגוון, כפי שראינו גם בנושאים הקודמים בהם דנו. ומרבית הפוסקים חולקים על תשובתו של רמי בר-חמא, ופוסקים כי זה נהנה וזה לא חסר, פטור;

1. **הנמקה חזית** – יש מן האחרונים, ועוד יותר בין החוקרים, שהולכים בכיוון ההסכמי חזוי. כלומר, ההלכה מבוססת לדעתם על ההלכה שאנשים במקרה שכזה, **מוותרים ומוחלים**. לדעת הגמרא יש להניח, כי דעתו של האדם הסביר היא לא לקבל כסף בתמורה על מקרה שכזה, כל עוד לא נגרם כל חיסרון. והרי שזוהי **הסכמה מכללא**. כל הסוגיות הללו עומדות ומיוחסות לכוונת הצדדים במקרים כאלו ואחרים. וכנראה, לדעת הגמרא, זוהי כוונתם.
2. **ניתוח פורמאלי** – אם נהנה אדם או הרוויח, אך לא היה הדבר כרוך בחיסרון אצל האחר, פירושו של דבר **לא התקבלה הנאה**. למעשה התקבלה כאן **טובת הנאה**, אך אין היא מיוחסת אל האחר – לא קיבל אתה ממנו.
3. **הנאה ערטילאית** – גישה זו, לעומת הגישה השנייה, אומרת להיפך – קיבל אדם, בוודאי שההנאה הזו באה מאדם אחר. אבל, הנאה כזו, שאין בה חיסרון, היא הנאה ערטילאית-מופשטת. **אין בה ממש**. הגישה מציגה משל יפה בהקשר זה, על אדם שמדליק נר מנר חברו. הרי שקיבל ממנו טובת הנאה בבחינת זה נהנה וזה לא חסר. אבל טובת ההנאה הזו, אין בה ממש, היא מופשטת, ובוודאי שלא יצטרך לשלם עליה.

לשלוש גישות אלו, מכנה משותף עקרוני-רעיוני; הגישה האחרת עוסקת בחוזה, הסכמה ומחילה, השנייה קובעת כי ההנאה איננה מאדם אחר ואין כאן חיסרון, והשלישית קובע אין בה ממש.

המכנה המשותף בין כולן, מדבר על **טובת הנאה גרידא כשלעצמה איננה מחייבת תשלום**. אך נראה כי ישנה גישה נוספת, רביעית והיא המעניינת מבין כולן, וכנראה גם נכונה. והגישה יוצאת מנקודת מוצא הפוכה;

לפי הגישה הרביעית יש כאן **שיקולי מוסר**. הכלל של הגישה הוא **שהנאה מחייבת השבה**. הרווחת מאדם אחר? השב לו. אבל, ההמשך קובע, **כאשר האחר איננו חסר – אסור לו להתעקש על הזכות שלו, ועליו לוותר**.

פוסקים שונים ופרשנים אחרים בהלכה, משתמשים בניתוח הגישה, בצורה אחרת מצורתה המקורית כפי שמובאת כאן. והם קובעים; אם נגרם נזק כלשהו, ואפילו היה זה נזק קטן בדירה, יהיה **חייב את הכל**. לא רק את הנזק, אלא גם **את ההנאה**. מחד זה נראה מוזר, מה הקשר להנאה? אך מכיוון שההלכה מדברת על הטיעון המוסרי, וברגע שנגרם נזק הרי שהסיפור והנסיבות הן שונות.

הרב חיסדא נדהם מתשובתו של רמי בר-חמא, וזה האחרון איננו מבין את הקושי שמוצא הרב חיסדא בתשובה שנתן. מתפלא הרב חיסדא ושואל את רמי בר-חמא. וזה האחרון אומר לו כי לא ישיב לו תשובה, אלא אם יעשה בעבורו משהו.

והגמרא מספרת, כי הרב חיסדא לקח את מעילו של רמי בר-חמא והלביש לו אותו. ורמי בר-חמא עונה לו ואומר כי במשנה הזו ובסוגיה הזו כתוב הדבר, ומביא את סיפור הבהמה המובא בגמרא, וטוען כי פטור על הנזק וחייב על ההנאה. והרב חיסדא המום ונותר נדהם. והגמרא מתפלא על הדבר החריף שאמר רמי בר-חמי וכיצד זה הרב חיסדא שתק. הרי תשובתו של רמי בר-חמא איננה נכונה בעליל, יתרה מכך – לא קשורה למקרה המובא כאן. שהרי אנו מדברים על זה נהנה וזה לא חסר, בעוד שכאשר הבהמה אכל האת הפירות – בעל הפירות ודאי שחסר. וזו הסיבה שמשלם בעל הבהמה על ההנאה.

רמי בר-חמא מבטא בתשובתו עמדה חולקת וחולק על ההלכה שניתנה עד כה. סבור הוא כי טובת ההנאה מחייבת גם אם לא היה הבעלים חסר. נהנית? חייב. ופשר העניין טמון עם הלבשת המעיל – גרמת לי הנאה בעניין מסוים, הלבשת עבורי את המעיל – כעת אני חייב לך תשובה.

חוק עשיית עושר

סעיף 1 – חובת ההשבה

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן -הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה.

(ב) אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

סעיף 2 – פטור מהשבה

בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראו נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

העמדה הכללית המשתמעת מסעיף 1 היא, שאדם שקיבל טובת הנאה כזו או אחרת מאדם אחר, **חייב להשיב את ההנאה** או את שווייה. סעיף 2 לעומת זאת, עוסק **בהיבט המוסרי**, על פיו נאמר כי **ביהמ"ש יכול לפטור** בנסיבות מסוימות את הזוכה מלהשיב למזכה, במקרה שההשבה איננה צודקת.

כופין על מידת סדום

זהו הצד השני של המטבע.

בסיפור של זה נהנה זה לא חסר, עוסקת הגמרא בחכמה **שלאחר מעשה**, במצב בדיעבד. מדובר באדם שנכנס לדירת חברו, שלא ברשות, ולאחר תקופת המגורים אנו עוסקים בשאלה האם חייב או פטור.

לעומת זאת, בסוגיה הנוכחית, אנו עוסקים בכל אותם מקרים בהם ההלכה מדברת על מצב של לכתחילה, מראש – נכפה על אדם התנהגות מסוימת, וזאת בניגוד לזכויות המקובלות, ולא מתוך שיקולים מוסריים. והסוגיה עוסקת במצב בו לא רק בדיעבד נקבע חייב או פטור, אלא אבל יש מקרים שההלכה מדברת מלכתחילה, מראש, כופה על אדם התנהגות מסוימת. בניגוד לזכויות המקובלות, שלא מתוך שיקולים מוסריים. וזהו הביטוי הידוע בהלכה, שכופין על מידת סדום. והגמרא מביאה שלושה מקרים שונים העוסקים בסוגיה זו;

מקרה I – חלוקת נכס בין יורשים – הרמב"ם הלכות שכנים פרק יב'

שלושה אחרים יורשים קרקע מאביהם המנוח, והקרקע צריכה בחלוקה.

עוד בחיי האב, אחד הבנים היה מצרן, קרי – נמצא על הגבול. השדה שהחזיק בה, שלא מתוקף הירושה, הייתה שדה מצרנית ונשקה על גבול השדה השכן, של אביו. וכעת, משבאים האחים לחלק את הקרקע ביניהם, מבקש האח המצרן לקבל את החלק הצמוד לו. שהרי אם יקבל חלקה הצמודה לחלקתו שלו, יהיה לו יתרון ברור בכך. ובאופן שאיננו מפתיע – מתנגדים האחים. ולא די בכך שמתנגדים, מנסים הם להרוויח על חשבוננו ומצבים לו תנאי תשלום לקבלת החלק בקרקע בו הוא חפץ.

העניין הוא, שאם הקרקע שווה, ואין הבדל בין החלקים השונים (קרבה למקור מים, טיב הקרקע ועוד), הרי **שסירוב האחים הוא שרירותי ומוגדר כמידת סדום**. ובמקרה כזה יש לכפות על מידת סדום. כלומר, לכפות על האחים לתת את החלק בקרקע שביקש האח, מבלי לדרוש בגינו תשלום נוסף.

מקרה II – חלונות – הרמב"ם הלכות שכנים פרק יז'

חלונות ביתו של אדם נמצאים למטה בכותלי ביתו.

אדם אחר מבקש לבוא ולבנות בניין ממול. בעל הבית מעכב את הבנייה, בהתאם לחוקי הבנייה, בטענה שהמבנה החדש שעתיד לקום מולו גבוה מביתו שלו, ומכיוון שחלונות הבית נמוכים, הרי שהדבר יחשיך את האזור.

מציע לו הקבלן שעתיד לבנות את הבניין, כי הוא על חשבוננו יסגור את החלונות שלמטה, ויעלה אותם למעלה. והכל בא על מקומו בשלום. וכמובן – לא תשלם. בעל הבית מוסיף ומתנגד באומרו, כי בעת שיפתח את החלונות למטה, תרעיד את הכותל ותערער אותו.

מציע הקבלן חלופה, שישכור לו בית שיגור בו עד שידאג לבצע את התיקון בחלונות. וכל זאת, שוב על חשבוננו, ובעל הבית לא ישלם דבר. יבנה הקבלן כותל חדש, שלא יתערער בו היסודות ובינתיים בעל הבית יגור במלון על חשבון הקבלן. ושוב בעל הבית מתנגד. ואומר הרמב"ם, כי זכותו לעשות כאן, אם אומר הוא שאין רוצה להיטלטל ממקום למקום.

לפיכך, וכאן העיקר, שאם לא היה טורח כלל ולא היה עליו לפנות את ביתו, ולא היו מתערערים כותלי ביתו, הרי שיש לכפות עליו שיאפשר לקבלן לסתום את החלון מטה, ויעשה לו חלון מעלה. שכן זו מידת סדום. סירוב במקרה שכזה, הוא איננו מוצדק אלא שרירותי, ולכן אין סיבה לסירובו של בעל הבית.

מקרה III – אבני ריחיים – הרמב"ם הלכות שכירות, סוף פרק שביעי

אדם שוכר אבני ריחיים מחברו, ודמי השכירות היו לפי הסכם שירות – דמי עבודה, שאינם במזומן. ההסכם בין השניים היה שהתשלום יהיה בטחינה של 20 סאה בכל חודש. אבל הנה, אשתו נוסעת עם העגלה והסוסים לעיר הגדולה וקונה לעצמה קמח טחון. וכעת דורש המשכיר תשלום במזומן. טחן כמה שאתה רוצה למי שאתה רוצה, אומר לשוכר, אבל לי הבא את הכסף, כמה שאתה מקבל תמורת מה שביקשתי. ואומר לו השוכר כי איננו רוצה. כך נקבע מראש וכך ייעשה.

ואם לשוכר יש די סאה לטחון לאחרים, כלומר – ש לו מספיק קליינטים ולא חסר, כי הוא היחיד בכל הכפר, הרי שכמו שהוא טחון למשכיר הוא יכול לטחון לכל אחד אחר. ולכן, במקרה זה, כופים עליו לתת לו לבעלים את הכסף המזומן, שהרי זו מידת סדום.

ניתוח מוסרי

המכנה המשותף של שלושת המקרים שראינו לעיל, הוא **מידת סדום** וכוונתה, **זה נהנה זה לא חסר**. הגדרת מידת סדום היא **התנהגות במצב בו השני נהנה ואתה לא חסר**. ובמקרה שכזה, הסירוב של אותו אדם מוגדר כמידת סדום. שהרי הוא שרירותי ואין לו סיבה ממשית. ובמקרה כזה, **כופים עליו** ולא לאחר מעשה אלא **לכתחילה**; לתת את חלקת השדה, לתת אפשרות לסדר את החלונות, לטחון את השעורים וכך הלאה.

וכאשר אנו אומרים – **מידת סדום וכופים עליו לוותר**, הרי שהוא מוותר על **הזכות המשפטית** שעומדת לרשותו. וזו הנקודה המעניינת;

לא מבקשים מאדם לוותר על מה שאין לו או מה שלא מגיע לו. ההיפך הוא הנכון! מבקשים ממנו **לוותר על מה שמגיע לו**, מפני שההתעקשות על הזכות היא איננה לגיטימית והיא מידת סדום.

היורשים, מתעקשים על זכות הקניין – זה שלי כמו שזה שלך. ועל אף שזה שווה 10 אגורות אני רוצה למכור את זה בשלושה שקלים. רוצה? קח ושלם. לא רוצה? לא חייב. בעל הבית, מתעקש על זכות הבעלות – הקיר שלי, הבניין שלי, החלון שלי. אל תיגע בו. טחון הסאה, מתעקש על זכות חזית – בינו ובין המשכיר נעשה חוזה, ואין לשנותו.

ההסבר שלעיל מחזיר אותנו לאדם שגר בנכס חברו. נכון הדבר שלחברו מגיע תשלום. אך הטיעון הוא מוסרי – מכיוון שאתה לא חסר, וותר. הנורמה המוסרית של כופין על מידת סדום הפכה עם הזמן להיות נורמה משפטית. והיא חורגת במידה מסוימת, מעשיית עושר במובנה הרגיל. מדובר כאן על משהו שהוא מעבר לעשיית העושר, מכיוון שמדובר כאן על זיהוי של הויתור על הזכות מלכתחילה, ולא על אדם שהתעשר מנכס של חברו.

ניתוח כלכלי

גם הוא ניתוח לסוגיית הנושאים הללו. כאשר התלמוד קובע שיפוי למי שיורד לשרה חברו, ייתכן שמדובר על השפעה כלכלית-היסטורית-ריאלית. בחברה חקלאית, יכול להיות שזהו הדין המתבקש וייתכן שלא כך היה בנסיבות ומצבים אחרים.

אך התשובה להשערה זו מתחלקת לשניים; ראשית, מדובר בספקולציה והיא מחייב הוכחה שאכן הגורמים הכלכליים הם אלו שגרמו להתנגשות ההלכה. שנית, ייתכן שהייתה זו נורמה אשר הייתה המקובלת בימי הביניים בתקופה החקלאית. אך מה באשר לעמדתם של האחרונים אפילו בימנו? הרי שאם זה היסוד, ההלכה אמורה לקבל צורה אחרת במהלך הדורות. וכבר ראינו שההנמקות לכך הן שונות, וכלל לא מתייחסות להיבט הכלכלי אלא דווקא לעניין המוסרי של עשיית עושר.

אף על פי כן, לא ניתן להתעלם לגמרי מההיבט הכלכלי, שהרי הוא הגיוני, נכון וסביר, במיוחד בנושא האחרון של כופין על מידת סדום.

פרופ' יהושע ליברמן, אשר עסק הרבה ביחסים שבין כלכלה והלכה, כתב מאמר מעניין מאוד על נושא זה של כופין על מידת סדום, בו הוא טוען לגישה הכלכלית. ואכן ההיבט הוא במקום ורלוונטי לעניין. פירושה של הגישה הכלכלית לפי פרופ' ליברמן היא כדלהלן;

"בשפה המקצועית של הכלכלנים, עיקרון היסוד קרוי עיקרון המקסימיזציה – למצות ככל האפשר את תוצאות הפעולה, רווחים, לפירמה עסקית, לרווחיו של אדם פרטי או לכלכלה". בעוד שכך, טיעונו של המרצה, היא שבסוגיית היורשים, אכן יש היבט כלכלי. היורשים רוצים לפגוע בניצול האופטימאלי של נכס מסוג זה. טיעונו של פרופ' ליברמן, הוא שבכל השאלות הללו יש היבט שהוא בעיקרו כלכלי (לצד ההיבט המוסרי), שכן לא ייתכן בעיניו, שירצה אדם לפגוע באדם אחר ללא היבט כלכלי והסתכלות על עיקרון המקסימיזציה.

שאלת השאלות, שמתלבטת בה ההלכה, היא עד כמה רחוק אפשר ללכת עם הרעיון של כופין על מידת סדום.

כנראה, שיש לבחון כל מקרה לגופו, כאשר הנוסחא היא טיב הפגיעה ומהותה בזכות הבעלות. במקרים הללו בהם עסקנו, דיברנו על פגיעה בזכות הבעלות, אבל לא דיברנו על השתלטות, נטילת נכס, דחיקת רגלי הבעלים ממנו (כך למשל יהיה בהשתלטות על מגרש שאיננו בשימוש, שימוש בחנייה של שכן בבניין שאיננו בעל רכב). ובמקרה של הדוגמאות בהן משתלט אדם על נכס אחר, תגבר זכות הבעלות על הטיעון המוסרי. במקרים אחרים, ייתכן והפגיעה תהיה מסוג אחר, קלה יותר, וכאן יגבר הטיעון המוסרי.

חזוה בלתי חוקי – העושה דין לעצמו

בנושא העושה דין לעצמו מתעוררת שאלה חשובה והיא **זכות היחיד למול תקנת הציבור**. שאלה זו היא שאלה קלאסית, אשר כל שיטת משפט מתמודדת עמה במצבים ובהקשרים רבים. כך למשל, האם מן הראוי לפרסם שמו של אדם החשוד בעבירה, כבר בשלב הראשון בו המשטרה פותחת בחקירה? מנקודת מבט הפריט היחיד, החשוד במקרה שלפנינו, ודאי וודאי שראוי ונכון להגן עליו, שכן הוא בסך הכל בחזקת חשוד, ורחוק מאוד מלהיות נאשם. לעומת זאת, המתנגדים דוגלים בשיטת ההרתעה – פרסום שמו ברבים ירתיע את שאר העבריינים.

חזוה בלתי חוקי במובן החזק

חזוה שמטרתו **ביצוע עבירה**. עושה אדם חזוה עם אדם אחר ובו הוא מבקש לבצע עבירה. זו למעשה שליחות לדבר עבירה והחזוה בא לידי ביטוי בתמורה שיקבל על ביצוע העבירה.

חזוה בלתי חוקי במובן החלש

חזוה רגיל, כשר, מקובל וסטנדרטי, אשר **טמונה בו עבירה מסוימת** בנקודה ספציפית. העבירה מכונה **עבירה אינצידינטאלית – משנית, שולית**. היא איננה בעיקר ולא במטרה, אלא נמצאת בשוליים.

דוגמא קלאסית לעבירה שכזו, היא עבירות מס. הקבלן חוסך מס הכנסה, הקונה חוסך מס רכישה, כולם שמחים וטובי לבב. ובעוד שכך, מטרת החזוה הכללית היא כשרה – מותק לקנות דירה מהקבלן ומותר למכור דירה לרוצה בה. דוגמא נוספת היא מכירה בדולרים, שהייתה עבירה בשנות ה-80 כאשר חל איסור על החזקת מטבע זר.

במקרה של עבירה אינצידינטאלית, נשאלת השאלה **באיזו מידה** משפיעה העובדה שיש בחזוה זה עבירה, על שאר חלקי החזוה. האם כל אותם חלקים בהם אין עבירות ממשיכים להתקיים, בנטרול אלמנט העבירה? או שמא כל החזוה בטל.

אנחנו נתמקד כעת בסוג השני של העבירה – העבירה האינצידינטאלית; לפני שנחקק בארץ חוק החוזים, החוק התקף בעניין זה היה חוק המשפט האנגלי. אלא שבאופן לא מקובל, המשפט האנגלי אימץ את המשפט הרומי, אף שהוא בדרך כלל לא מושפע ממנו.

והמשפט הרומי קבע כלל ידוע ומפורסם – **מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה**. פירושו של דבר, הוא שבכל מקרה בו באה לפני ביהמ"ש שאלה, תביעה או סכסוך, על בסיס חזוה בלתי חוקי – התובע תמיד יפסיד, והנתבע – ידו על העליונה.

נשוב לדוגמת הקבלן; הקבלן לא מסר את הדירה. הקונה מגיש תביעה ודורש ביצוע החזוה. תביעתו מתבססת על החזוה הכתוב, ובלי בושה מגן על עצמו הקבלן ואומר – הכל טוב ויפה, אבל החזוה בלתי חוקי מפני שיש בו סעיף של העלמת מס. במקרה כזה, ימשוך ביהמ"ש את ידו מן התיק. הפסיד הקונה גם את הכסף וגם את הדירה, ואין לו על מה להתבסס אלא על החזוה, שביהמ"ש איננו מעוניין להתמודד איתו.

ומדוע קובע המשפט הרומי, עמדה כה קיצונית בעניין זה? הוא רואה בכך **הרתעה – לא ליצור חוזים בלתי חוקיים**. והנה כאן, אנו עדים לעימות – **זכות היחיד מול תקנת הציבור**.

הלורד מנספילד, מגדולי השופטים באנגליה של סוף המאה ה-18 (תחילת ה-19), טען כי **הטענה שהחזקה הוא בלתי מוסרי ובלתי חוקי צורמת את האזון כאשר היא יוצאת מפי הנתבע**. ברם, לא כדי להיטיב עם הנתבע הוא, שאנו מרשים את השמעת הטענה. אלא יסודו של דבר **בעקרונות מדיניות כלליים**, אשר הנתבע דרך מרקה מפיק תועלת מהם כלפי התובע בניגוד לצד האמיתי. זאת למה, העיקרון של טובת הציבור הוא שאומר – **שום בית משפט לא יושיט עזרה לאדם הסומך תביעתו על פעולה בלתי מוסרית או בלתי חוקית**.

כלומר, **המשפט האנגלי מסתמך על המשפט המקובל** המתפתח סביב הפסיקה. ובחלק גדול מהמקרים, לא מסוגלים השופטים להסכים לתוצאה הזו שהיא כל כך מקוממת, ולכן השופט נבון ומנסה להתמודד לצורך שינוי הפסיקה. ואכן נוצרו ניסיונות רבים כדי לעקוף את המסקנה המתבקשת. וגם בארץ, מקום שהשופטים ראו שאין להם ברירה – הם **התעלמו מן העבירה**. היזו את הראש ולא ראו, מפני שהם אינם יכולים להסכים עם התוצאה העגומה¹. תפישה זו השתנתה עם חקיקת חוק החוזים הישראלי.

חוק החוזים – חלק כללי, שנכנס לתוקף בשנת 1973 שינה את הדין שינוי משמעותי. **בסעיף 30 לחוק החוזים נקבע כי חוזה שכריתתו בלתי חוקית או מוסרית – בטל**. ובטל משמע **השבה**. כלומר, החזרת המצב לקדמותו (ולא "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"). לפי המשפט העברי, חוזה בלתי חוקי תקף – בניכוי העבירה.

כך למשל, המקור העברי לחוזה כזה, הוא חוזה שיש בו ריבית. לפי ההלכה – ריבית היא אסורה בחוזה ואם יתווסף סעיף ריבית לחוזה, תראה בכך ההלכה עבירה אינצידינטאלית, בעוד שכל החוזה עצמו הוא כשר ואף רצוי שכן מדובר על הלוואה, ומתן הלוואה מהווה מצווה. בהלכה ישנה הבחנה בין ריבית שאסור מן התורה – דאורייתא, ובין ריבית שאסורה מרבנן – מתוקף תקנת חכמים. ריבית מדאורייתא היא מה שמכונה במקורות **ריבית קצוצה** – ריבית **קצובה**, שאיננה תלויה בגורמים משתנים. ואם קיבל המלווה ריבית כזו **חייב להשיב אותה ללווה**, ואם הלווה יתבע כעבור זמן בטענה ששילם ריבית, בית הדין יצווה את השבתה.

בבא מציעא סה' עמ' א'

מספר אביי, שהיה חברו של רבא, אחד האמוראים הבולטים בתלמוד הבבלי, את הסיפור הבא; אדם נושה בחברו ארבעה זוזים של ריבית. בעסקת הלוואה, שולמה הקרן ונותר בין השניים חוב ריבית של ארבעה זוזים, אותו תובע הנושה. בעוד שכן, ללווה אין כסף בכיסו, ולכן במקום הזוזים נותן לו מעילו.

וכעת ניגש הלווה ותובע את הריבית בבית הדין, אשר מצווה להשיבה. שאלת הגמרא בעניין זה, מה על הנושה להשיב? **את המעיל או את הזוזים?**

בפשוטם של דברים, היינו אומרים – קיבלת מעיל, השב המעיל. אבל הנושה לא מעוניין להשיבו, כולם אומרים מאוד יפה לו, מאוד מתאים לו, שנים שהוא מחפש כזה מעיל. למה שיחזיר? ומבקש לתת כסף במקום.

אומר **אביי**, כאשר הוא מתחייב על פי צו בית הדין להשיב את הריבית הקצוצה, אין הוא משיב את הבגד אלא **מחזיר ארבעה זוזים תמורתו** ואת הבגד יכול להשאיר את ברשותו. ומדוע?

¹ השופט משה זילברג מדבר על נושא זה בהרחבה בספרו "כך דרכו של תלמוד", בפרק העוסק במשפט ומוסר

לטענת האמוראים, התחוללה כאן עסקה חדשה, כמוה כעסקת מכר – המעיל נמכר תמורת ארבעה זוזים. ואילו עבירת הריבית עצמה איננה מבטלת את עסקת המכר. מכרת את הבגד? העסקה תקפה. אלא שעדיין, הריבית עצמה – חייבת בהשבה.

דוגמא נוספת, שהיא של אדם אשר מוכר מכוניתו בשלב – קיבל את הכסף מידי הקונה, תמו עסקה. אך נותר חוב קטן של כמה אחוזים, והתשלום בגינם נדחה בשבוע עד לרגע בו יבדוק הקונה את הרכב. סיים הקונה את ביצוע הבדיקה, ומתחמק מתשלום היתרה. מגיש המוכר תביעה בבית הדין הרבני באומרו – מכרתי את הרכב, ולא קיבלתי התמורה המלאה. ורואה בית הדין, כי מכר את הרכב בשבת. והרי לא יעלה על הדעת כי ייתן בית הדין יד לעסקת מכר שנעשתה בשבת. אבל העסקה עצמה, איננה בטלה.

אם כן, בעימות בו פתחו – בין זכות היחיד ובין תקנת הציבור – נראה כי המשפט מכריע באופן חד-משמעי לטובת היחיד. אלא שהשאלה קשה הרבה יותר, כאשר מדובר בחוזה שעיקרו עבירה. והשאלה המתעוררת כאשר בוצעה העבירה, היא האם העסקה תקפה או לא. ובאופן מפתיע, ההלכה היא עקבית, וקובעת כי יש לשלם על העסקה, אם הייתה התחייבות לתשלום. אך ההלכה איננה מתעלמת מן הקושי ומציגה דרך התמודדות משלה;

הסיפור המועלה בגמרא, במסכת ראש השנה – עוסק בעדים שנשכרו להעיד עדות שקר על כך שראו את הלבנה בקידושה. ומראש שולמו לכל אחד מהעדים – 200 זוזים. והובטחו להם מאתיים זוזים נוספים, לאחר מתן העדות. ואחד העדים משתנקר, ומספר לבית הדין כי התנדב לעסקה כדי שיוכל לגלות את האמת. ואמרו לו חכמים – ישר כוחר וכל הכבוד לך, ומאתיים זוז הם שלך. אך כיצד? הרי שעליו להשיב את הכסף מפני שהחוזה איננו קיים. אך בכל זאת אומרים חכמים בניגוד לכלל – הכסף שלו. ופירוש הדברים, **שבית הדין רשאי לפעול לפי שיקול דעתו** להפעיל סנקציה עונית במקרים אלו, או לא. וזאת בניגוד לדין החוזה. כי הדין החוזה, גרס כי יש חוזה תקף, והוא איננו משתנה למרות העבירה. בעוד שכך, במקרים מיוחדים, לבית הדין הסמכות להפעיל שיקולים עונשים וסנקציה כנגד העברייני, במיוחד כאשר מדובר בחוזה כזה שמטרתו ביצוע עבירה. במקרה כזה – יש לבית הדין סמכות טבועה לשלוש את ההשבה.

סעיף 30 לחוק החוזים – חוזה פסול

חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל.

סעיף זה קובע – חוזה חוקי, בטל.

סעיף 31 – תחולת הוראות

הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו.

בסעיף זה נקבע כי ביהמ"ש רשאי, משיקולים של צדק, לפטור צד מחובת ההשבה. ובמקרה בו צד אחד ביצע את חיובו כלפי החוזה, רשאי ביהמ"ש לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו וזאת על אף שנאמר בסעיף 30 שהחוזה בטל. וכאן ישנה מחלוקת פרשנית מעניינת בין החכמים; היכן העיקר והיכן התפל? מי מהסעיפים ראשוני ומי מהם משני? האם חוזה בטל הוא העיקר, וסעיף 31 הוא התפל, או להיפך ואולי יש לשים את הדגש על קיום החוזה.

פלוגתא בין השופט אילון ובין השופטת בן-פורת בעניין זה;

אומר אילון – שאיפת ביהמ"ש לקיים את החוזה לכתחילה, מושך לכיוון המשפט העברי. אומרת בן-פורת ומתקוממת בחריפות תוך שהיא מושכת לכיוון גישת המשפט האנגלי – גישתו של אילון הופכת את הקערה על פיה. סעיף 30 הוא העיקר, חוזה בטל הוא העיקר. ועוד אומרת, מה יהיה על מטרת ההרתעה? החוק עוסק בביטול מפני שהוא רואה לנגד עיניו את מטרת ההרתעה, ואם כעת אנו חותרים לקיום החוזה, הרי שאנו מתעלמים מרעיון ההרתעה.

מבנה הבחינה

שאלה אחת חובה.

שלוש שאלות לבחירה מתוך ארבע.

בשאלות יש לבצע ניתוח, להראות את שיקול הדעת, השוואות למקרים שלמדנו, הסקות מתוך המקרים שלמדו. יש תמיד להראות את הדעות השונות, ולא להתמקד דווקא בדעה המקובלת.

הבחינה תיערך בחומר סגור, אבל עם ראש פתוח ☺

בהצלחה.