

היסוד העיוני של התנאי במשפט העברי

מאת

ברכיהו ליפשיץ *

א

לאחרונה, היתה לאכסניה זו ההודמנות לארח את הפרופ' שלום אלבק ולפרסם את מאמרו "התנאים בדיני-התלמוד"¹. במאמר זה, עם שהוא פורש לפנינו, כיד הבקראות הטובה עליו, יריעה רחבה של הנושא ופורט את דיני-התנאים לפרטיהם, מנסה המחבר לגלות מהו הצד השווה שבכל הדינים הללו. כלומר, מהו היסוד המשותף עליו נבנו כל הלכות התנאים, ממנו נסתעפו פרטיהם ושסביבו נחלקו חכמי-ההלכה. עקרון היסוד, העומד מאחורי כל דיני-התנאים הוא, לדעתו של פרופ' אלבק, דעתם של בני אדם וכיצד נחגים הם להביע דעה זו בדבורם.

אף אם ניתן לחלוק על גישה², המבקשת ליתן טעם אחד לקבוצת-הלכות, הגם שהיא משתייכת לתחום-אחד, מכוסם שלא תמיד באות הן לידי התאמה כשהן נקלעות אל תחת קורת גג-אחד, הנה יש להודות כי גישה כזאת מתבקשת בדיני-התנאים, מן הטעם שהתלמוד עצמו קובע את התנאי שערך משה עם בני-גד ובני-ראובן כמקורם של דיני התנאים כולם³. המצאותו של מקור-משותף היא לכאורה, ערובה לתוצאות בעלות מגמה אחידה ותכונה שווה.

אך, דווקא הדרשותו של התלמוד לתנאי בני-גד ובני-ראובן מלמדת על כך, כי בנוסף לאחידותן של הלכות אלו יש לחפש גם את ייחודיותן, כקובעות מקום לעצמן. העקרון שמציע פרופ' אלבק, שהכל הלוי בדעתם של בני-אדם, הוא כללי ומקיף ביותר ואין הוא מיוחד לדיני-התנאים דווקא. ועוד, ממהותו של כלל זה הוא, שאין הוא קובע עקרונות נוקשים, אלא הוא מתיר את השהנת הסיבות הגורמות להוצרותה של תוצאה הלכתית-משפטית מסוימת, ותולה אותן בדעתם של בני אדם, כפי שהיא משתנה מזמן לזמן. ההפנייה אל תנאי בני-גד ובני-ראובן, כמקור לדיני התנאים, והשימוש הנעשה בכללים הנלמדים ממנו, מראים דווקא על נטייה לדקדקנות ולפורמליות בנושא זה. נטייה זו אינה מתייבשת עם ההשקפה, כי דינים אלה הם רק פרט וסניף של אותו כלל-על, התולה דברים מסוימים בדעתם של בני אדם.

* תלמיד השנה השניה בפקולטה למשפטים.

- 1 משפטים, כרך ד', חוברת 1, עמ' 77-105. לסקירת הלכות-תנאים, ראה גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"א, עמ' 77-85.
- 2 כפי שנוקט בה פרופ' אלבק בספרו ובמאמריו, כראו אור בפרסומים שונים.
- 3 משנה, קידושין, פ"ג מ"ד, ובבלי, גיטין, ע"ה, א': "מכדי כל-תנאי מהיכא גמרינן להו, מתנאי בני-גד ובני-ראובן".

נוכח, בקצרה, כמה הלכות המאפיינות את הנטיה הנוכרת.

1. לא הכל מאמצים את תנאי בני-גד ובני-ראובן כדגם מחייב לצורת התנאי ואפשרות עריכתו. בשני מקורות נמצא את המדות הדרושות ליצירת-התנאי: במשנה במסכת קידושין (פ"ג מ"ד) מצינו מחלוקת בין ר' מאיר לר' חנינא בן גמליאל, אם יש לנו ללמוד מתנאי בני-גד ובני-ראובן שכל-תנאי צריך שיהיה כפול דווקא. ובגמרא (גיטין, ע"ה א—ב) מובאות הדרישות הללו: תנאי קודם למעשה, הצורך שה"הן יקדם ללאו והאסור, שהתנאי והמעשה יהיו בדבר אחד.⁴ ונחלקו הראשונים אם המחלוקת בענין הצורך בכפל-התנאי ללמד על עצמה בלבד יצאה או, שמא, על הכלל כולו יצאה ללמד. רש"י סבור כצד הראשון⁵: "ר' חנינא אתנאי כפול לחודיה פליג למימר דאין צורך לכפול... וזאת, מן הטעם המובא במשנה, (וכפי שנחברר ונתפרש בדברי הגמרא על משנה זו, קידושין, ס"א א—ב) שהיה צורך מיוחד בהכפלתו של התנאי שנעשה עם בני-גד ובני-ראובן. אבל התוספות ורוב הראשונים⁶ סוברים כצד-השני, כלומר, כשם שנחלקו בענין תנאי כפול, כן נחלקו בדבר שאר דיני-התנאים. והוכחתם מדברי הגמרא במסכת בבא-מציעא (צ"ד, א), המצטטת ברייתא המייחסת את הדרישה שהתנאי יקדם למעשה לר' מאיר בלבד. משמע, חכמים חולקים עליו אף בענין זה.

יש מן הקושי להסביר מחלוקת כוללת כזאת, המציבה את שני הצדדים בעמדות מנוגדות לחלוטין, כסובבת סביב השאלה, האם כך היא דרכם של בני-אדם, מהו סוף דעתם ומהו סגנון הלשון הנקוט בפייהם. וכפל-קושי יש בתליית שינוי המסורות שבין התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי, בענין דעתו של ר' מאיר, בשינוי המנהגים ודרכי הבטוי בין ארץ-ישראל לבבל.⁷ מוסרי המסורות הללו מביאים את הדברים כהלכה סתמית, מקשים על הדברים ומפרקים את קושיותיהם, מבארים את ההלכה ומסייגים אותה.⁸ ואם אמנם היו אלה שאלות שהזמן או המקום גרמו להן, מהו שקשה להם, יצאו ויאוינו ללשון העם והיאך הוא נוהג, ומתוך שלא עשו כך משמע, כי שאלה עיונית עמדה בפניהם ובסברה נחלקו.

2. במסכת כתובות (ע"ד, א) דנה הגמרא באפשרות הטלתו של תנאי במעשה חליצה. ואומרת שם הגמרא: "מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן, מתנאי בני-גד ובני-ראובן. תנאה דאפשר לקיומיה ע"י שליח, כי התם, הוי תנאיה תנאה, דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם לא הוי תנאה?" וממשיכה הגמרא ושואלת "והא ביאה דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה?" ומתרצת: "התם, משום דאיתקוש הוויות להדדי". כלומר,

4 הדרישה, שהתנאי יהיה בדבר שאפשר לעשותו על-ידי שליח, אינה מן המדות הללו. דרישה זו היא במעשה עליו מופעל התנאי ולא בתנאי עצמו. וכך, למעשה, גם הדרישה שהתנאי והמעשה לא ייעשו בדבר אחד, אף היא אינה ענין ליצירת התנאי. ועיין על כך בהרחבה לקמן.

5 קידושין, ס"א א, ד"ה "ר' יוחנן אומר", וכן גיטין, ע"ה א, ד"ה "משום דהוה ליה".

6 גיטין, ע"ה א, ד"ה "לאפוקי", קידושין, ס"א א, ד"ה "כל תנאי", ב"מ, צ"ד א, ד"ה "אימא". ועיין בחידושי הרשב"א לקידושין, ס"א א, ד"ה "כל תנאי", המבחין בין ר' חנינא לחכמים, שר' חנינא אמנם מסכים עם ר' מאיר בכל מלבד ההלכה של תנאי כפול, ואילו חכמים חולקים בכל.

7 עיין במאמרו, עמ' 94.

8 שבעות, ל"ו א"ב, ועיין בראשונים שם, ובמקבילות שבירושלמי קידושין פ"ג ה"ג, ועירובין, פ"ג ה"ה.

אף שקידושי ביאה אי אפשר להם שיועשו ע"י שליח, למרות זאת מועיל בהם תנאי משום שהקישת התורה "כל הוויות קידושין, כסף שטר וביאה, כי היכי דמהגי תנאי בקידושין בכסף ובשטר דאפשר לקיזמיה ע"י שליח, מהגי נמי בביאה"⁹.

החלה "מכניסות" זו של דיני-התנאי, ובאמצעות כלי-ההקש, אפשרית ומסתברת רק אם אנו מניחים שלהלכות התנאים יש משמעות מוגדרת יותר מאשר דרך הביטוי המילולית של כוונות הצדדים.

3. כיוצא בזה, סוגית הגמרא במסכת גיטין (ע"ו, א') המשתמשת בכלי המדרש ובכלליו בעת שהיא דגה בסוגיא זו: "רשב"ג אומר, אין לך תנאי שבכתובים שאינו כפול. איכא דאמרי לר' מאיר קאמר ליה, ואיכא דאמרי לרבנן קאמר להו. איכא דאמרי לר' מאיר קאמר ליה והכי קאמר ליה: אין לך תנאי בכתובים שאינו כפול והווי להו שני כתובים הבאין כאחד, וכל שני כתובים הבאין כאחד אין מלמדין. איכא דאמרי, לרבנן קאמר להו והכי קאמר להו, אין לך תנאי בכתובים שאינו כפול וגמרינן מינייהו"¹⁰.

4. וכמו כן יקשה: אם לגילוי דעת בלבד אנו צריכים, מדוע יש להשתמש בנוסחאות הקבועות לעשייתו של תנאי גם אם הוא נעשה ביסטר ג', והרי שטר הוא "מגלה דעת" מאין כמותו ?!

ב

1. המדות הדרושות ליצירת תנאי

אני מבקש להניח, כי אם אמנם בתחילת היווצרותו של מושג התנאי, אכן היו המידות שנוכרו לעיל בטוי לרצונו של המתנה, משום שבסגנון זה ובנוסח זה ולא אחר נהגו אנשים להביע את רצונם, הנה עם התפתחות המשפט אברו הנוסחאות הללו את משמעותן ותוכנן ניטל מהן. במשך הזמן הפכה הכוונה הממשית לכוונה משוערת, שאינה ניתנת לסתירה, ומשלב זה באו אל המשיק לו, כאשר הדברים הם כהלכתא בלא טעמא: אם ברצונך להתנות, עשה כך וכך ויצלח בידך. הפכת את הסדר או שינית בו משהו ונכשלת, משום שכך רצונו של החוק. או, אפשר, שמצא לו מחוקק מאוחר קבוצות-קבוצות של הסדרים חלקיים, זעיר פה זעיר שם, ובבקשו לחבר צו לצו כדי ליצור מוסד בעל גוון אחיד, השתמש באבני הבנין הקיימות ולא יצר יש מאין, אף אם מהותו של ההסדר החדש שביקש ליצור שונה ביסודה מזו של קודמיו. אך הוא לא השאיר את האבנים הללו במקום בו היו קבועות, אלא שבצן על פי התכנית החדשה שערך. רק ההיסטוריון והמשחזר של המשפט יכירו בין האבנים, המשמשות כיום ככרכוכ בבנין, את אלה שהיו פעם מיסודותיו של הדין. תוכנן הקודם ניטל מהן ותוכן חדש ניתן בהן.

סבור אני, בעניות דעתי, שדיני התנאים, כפי שהתגבשו בתלמוד, נושאים כבר את

9 רש"י, שם, ד"ה "דאיתקוש הוויות".

10 ועיין שם גם בדברי התוספות ד"ה "וגמרינן מינייהו".

11 נמצא הרבה בתשובות הראשונים ובנוסחאות השטרות. ועיין גם בגיטין ע"ה ב', תקנתו של שמואל בגט שכיב מרע.

היסוד העיוני של התנאי במשפט העברי

חותם הגיבוש המאוחר ושוב אינם סדרת הלכות רופפת העשויה להשתנות מזמן לזמן וממקום למקום.

2. תנאי ומעשה

גביש זה של הלכות התנאים מתרכז סביב הגדרה אחת היורדת לשורשו של מושג התנאי והמבחינה את היחס שבין המעשה ובין התנאי.

כוונתנו בעת שאנו אומרים "מעשה", היא לפעולה במישור המשפטי והיוצרת חיובים וזכויות בין אדם לחברו (מכר, קנין, קידושין וגירושין, הודאה בקיומו של חוב וכדומה) או בין אדם למקום (הקדש, הפרשת תרומות ומעשרות, שבועה, נדר וכדומה). הצד השווה שבכולם הוא, שחל שינוי כלשהו במצב החובות והזכויות מכפי שהיה לפני ביצועו של האקט שגרם לאותו מצב להשתנות. אקט זה יכול להיות מעשה (משיכה, מתן טבעת וכדומה) ויכול הוא להיות גם דבור (כמו בהקדש, נדר וכדומה).

ובאשר לתנאי, הדעה המקובלת היא, שבעת שמתנה אדם את היווצרותה של תוצאה משפטית כלשהי ("מעשה") בתנאי כלשהו, הוא עושה אקט אחד בלבד המכוון כלפי תוצאה משפטית אחת, והיא "המעשה המונה". אותה תלות במאורע, שהוא התנאי, נספחת ונלווית אל המעשה העיקרי. אותו אדם רצה ליצור מעשה שהוא אפשרי הבטול. אף זו היא יצירה במישור המשפטי.

אך יתכן לראות את הדברים מנקודת מבט אחרת; לא אקט אחד בלבד עושה אותו אדם אלא שנים. האחד גורר אחריו תוצאות משפטיות מושלמות של המעשה, ואלו השני יוצר גוף משפטי בפני עצמו והוא "התנאי". גוף משפטי חדש זה "כוונת" הוא שלילי, דהיינו, כוחו הוא להרוס ולבטל את התוצאות המשפטיות אשר נוצרו ע"י האקט הראשון. הוא עצמאי ושואב את חיותו מכח אקט נפרד מזה של המעשה העיקרי.

את יסודה של הגדרה זו אפשר למצוא בדברי התוספות. ההלכה היא שאם נעשה התנאי שלא כדינו או, אף שנעשה ככל משפטו וחוקתו, אם היה זה תנאי על מה שכתוב בתורה, התנאי בטל והמעשה קיים, כאלו לא היה תנאי כלל. ותמהו התוספות¹²: "ותימה, אם כן אמאי היא מקודשת, הרי התנה בפירוש שאם יהא לה עליו שאר, כסות ועונה שאינה מקודשת? ! ואומר ר' יצחק, דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן הוה אמינא דשום תנאי אינו מבטל את המעשה¹³, ואפילו לא יתקיים בסוף, המעשה קיים. והשתא, דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל את המעשה, אמרינן, דדווקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן שלא התנו על מה שכתוב בתורה". בשאלתם סברו בעלי התוספות, שכל ענינו של תנאי אינו אלא גילוי כוונתו ורצונו של עושה המעשה, ומשלא התממשה כוונתו, תמהו, מדוע יהא המעשה קיים. ובתירוץ סברו והסבירו, שהמעשה קיים בכל ענין וללא מגבלה, אלא שלידו אנו יוצרים כח מבטל. והתורה לא תתן למעשה להיות אפקטיבי כנגד רצונה שלה¹⁴.

12 כתובות ג"ז א', ד"ה "הרי זו מקודשת". בדברי משוקעים דבריו של מ"ר ר"ש פ"ש שליט"א.

13 ועיין גם לטונות הראשונים: "לא אתי דבור ומבטל מעשה". ועיין קובץ הערות לר' אלהן וסרמן, סימנים תקצ"ד-תקצ"ח.

14 אין זה דומה למעשה הבא בעבירה, ששם עצם המעשה ותכונתו מתאימים לרצון התורה ורק האמצעי להשיגו מתנגד לו.

נוכל לסקל את דרכנו מאחת מאבני הנגף שהצבנו, אם נקבל את ההנחה, כי חכמים, החולקים על ר' מאיר, נוטים לראות את התנאי לא כמעשה בפני עצמו, אלא כמגביל את המעשה העיקרי ונלווה אליו, וכפי הדעה הראשונה שהוצגה לעיל. המעשה כולו מושלם לפי המידות והגדרים המיוחדים לו והתנאי נשאר במישור הכוונה בלבד. וכוונה זו, הוכחתה וגילוייה ייעשו אצל עם ועם כלשונו ובאורח דיבורו המיוחד לו ואין לנו לקבוע גדרים וסייגים מיוחדים לכך, שהרי רק לגלות את מחשבתו אנו מתכוונים. אך לשיטת ר' מאיר, ש"מעשה" מיוחד לפנינו, הייפלא אם ידרשו גדרים ומידות מיוחדים לשם התהוותו? גדרים אלה הן הן ההלכות הנלמדות מתנאי בני-גד ובני-ראובן, והם נצרכים בין אם נעשה התנאי בעל-פה ובין אם נעשה בשטר. אופיו של התנאי, ככה הבא לאחר המעשה לבטלו, מתבלט גם לאור מחלוקתם של גאונים ראשונים ואחרונים, כפי שהציגה הרמב"ם (הלכות אישות, פ"ז הי"ד): "יש מקצת גאונים אחרונים שאמרו שאין צריך אדם לכפול תנאו אלא בגיטין וקידושין בלבד, אבל בדיני ממון אינו צריך לכפול. ואין ראוי לסמוך על דבר זה, שכפילת התנאי עם כאר הארבעה דברים, מתנאי בני-גד ובני-ראובן למדו אותן חכמים... ותנאי זה לא היה לא בגיטין ולא בקידושין. וכזה הורו גדולי הגאונים הראשונים, וכן ראוי לעשות".

את סברתם של ה"גאונים-האחרונים" הסביר בעל "העמק שאליה" 15 בכך שבנייני ממון יש אפשרות לחזור בתוך כדי דבור, וכמילא פשוט הוא שאף תנאי יועיל בהם, מן הסבה שיש בו חזרה מן המעשה, או, ביתר דיוק, גריעה ממלוא תוצאותיו הנובעות ממנו בדרך כלל. אבל בגיטין וקידושין, שחזרה בתוך כדי דבור אינה מועילה בהם, והמעשה נשלם מיד עם עשייתו בלא אפשרות חזרה, יש צורך בטכניקה-המיוחדת של דיני התנאים, שהיא בלבד הותרה על ידי התורה, כדי ליצור את האפשרות לבטל את המעשה לאחר כבר מושלם.

באור זה יש לראות גם את טעם-המחלוקת שהוכרכו בתלמודים (עיין לעיל, הערות 7, 8) בענין היקף חלוקתה של הלכת ר' מאיר בענין משפטי-התנאים: אם דווקא בעריות (גיטין וקידושין) או גם באיסורים שיש להם תוצאה ממונית או מעין-ממונית. מעתה נראה, כי הלכות-התנאים ייפרדו לשלושה ראשים. הראש האחד, הוא הסובב את תחום צורתו ודרכי פעולתו ויעילותו של התנאי ובו דובר לעיל. השני, הוא סובב את תחומי פעולתו ויעילותו של התנאי; דהיינו, אימתי נצרכים לתנאי ואימתי אין צריכים לו, ואימתי, גם אם יש צורך בו, הוא עקר ואין בו כח לפעול. שם נמצא את הלכות התנאי המגביל, התנאי הדוחה והתנאי המבטל, את הדרישה שהמעשה יוכל להעשות ע"י שליח, פסילת ההתנאה על מה שכתוב בתורה, את הדרישה שהתנאי והמעשה לא ייעשו בדבר אחד, ואת דבר היחס שבין גילוי-הדעת לבין התנאי. הראש השלישי הוא, ורק הוא, עוסק בברור כוונתו של המתנה, ואימתי תנאי הנחנה כתקף וכיעיל אינו כזה מן הסיבה שהמתנה לא התכוון לכך. נפתח בו, לפי שהוא קודם בענין.

15 שאילות דרב אחאי גאון, שאילתא קל"ח.

התנאי – גמירות הדעת וגילוי הדעת

הגבלה ראשונית על תוקפו של תנאי ואפשרותו לפעול היא, שהמתנה אכן התכוון להתנות. אם משטה הוא בלבד, או התכוון לדבר אחר זולת התנאי, פשוט הוא שאין כל תועלת בתנאי, אף אם נעשה כדיניו.

בכמה מקומות מסביר התלמוד (או, ניתן להסיק זאת במפורש מדבריו) טעמן של הלכות הפוסלות תנאי בכך, שמלכתחילה לא התכוון המתנה לדברים שאמר ואין להתחשב בהם כלל.

1. פטומי מילי

במסכת בבא מציעא (ס"ה ב', ס"ו א') מביא התלמוד שני מקרים הנוגעים לענינו. הראשון הוא במוכר שמכר קרקע לחברו שלא באחריות. ראהו המוכר לקונה שהוא עצוב והבטיחו שאם יטרפו ממנו את הקרקע, יחזיר לו המוכר את השבב שישבחו ואת הפירות שיצמיח. "אמר אמימר, פטומי מילי בעלמא הוא. אמר ליה רב אשי לאמימר, טעמא מאי, כיון דלוקח בעי (= צריך) אתגויי והכא מוכר קא מתניי". כלומר, תנאי הנעשה לטובתו של הזולת אינו תקף משום שלא מסתבר הוא שאדם יתנה לטובת חברו. התנאי צריך להעשות ע"י זה שיפיק את התועלת מן התנאי.

המקרה השני הוא בשכיב-מרע, שכתב גט לאשתו כדי לפטרה מן היבום אם ימות. כתב ונאנת. שאלה אותו אשתו, מה לך נאנת, אם תקום מחליך, אשוב ואנשא לך. משמע, התנתה שלא תנשא לאחר. ופוסק התלמוד, שמיד כשתקבל גיטה, תוכל להנשא לאחר. התנאי שהתנתה "פטומי מילי בעלמא הוא"¹⁶.

במקרה הראשון הטעם לשלילת תוקפו של התנאי הוא אומדן דעת כללי, שאין אדם מתנה לטובת המתקשר אתו. אך יש להסתפק באשר למבחן שנוקט במקרה השני, אם הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי. על כל פנים, נעשה כאן נסיון לתת מבחן כלשהו לרדת לסוף דעתם של בני אדם במצבים מסוימים.

2. תנאי שאי אפשר לקיימו

בברייתא (המובאת בגמין, פ"ד א') אנו שונים: "הרי זה גטך על-מנת שתעלי לרקיע, על-מנת שתרדי לתהום, על-מנת שתבלעי קנה של ד' אמות, על מנת שתביאי לי קנה בן ק' אמה, על-מנת שתעברי את הים-הגדול ברגליך, אינו גט, ר' יהודה בן תימא אומר, כזה גט. כלל אמר ר' יהודה בן תימא: כל תנאי שאי-אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו, אינו אלא כמפליגה בדברים וכשר". ונחלקו אבני ורבא, שם בהמשך הסוגיא, מהו גדר המקרים אשר ייחשבו כהפלגה בדברים גרידא.

ר' יהודה בן תימא פירש טעמו, חכמים לא פירשו. בא רב ופירש טעמם (ב"מ, צ"ד א'): "חכמים אומרים, אעפ"י שאי-אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו, תנאו קיים". וזאת, על-פי הגירסא בברייתא כפי שהיא מובאת בב"מ (שם): "הרי זה גטך על-מנת שתעלי לרקיע... נתקיים התנאי הרי זה גט, לא

16 ועיינו שם בתוס' ד"ה "קמ"ל".

נתקיים התנאי, אינו גט¹⁷. כנגד המעשה ניצב תנאי, ומשאי אפשר לקיימו, בטל המעשה. רב לא אמר, שטעם בטול הגט הוא משום שבודאי התכוון להתל במעשה. לא כן, המעשה מעשה, אך כך גם התנאי. בא ר' יהודה בן תימא לחלוק ולומר, שכלל לא היתה כאן כוונה לתנאי.

על אופיה המקדמי של דרישה זו נוכל לעמוד גם מתוך הלכת הרמב"ם¹⁸: "כל האומר מעכשיו לא יצטרך לכפול תנאו, ולא להקדים התנאי על המעשה, אלא אעפ"י שהקדים המעשה, תנאו קיים. אבל צריך להתנות בדבר שאפשר לקיימו, ואם התנה שאי אפשר לקיימו, הרי זה מפליג בדברים ואין שם תנאי". דהיינו, אף שאין אנו צריכים לכלדיני התנאי (כפי שיוכח לקמן), להוכיח כוונתו צריכים אנו.

3. תנאי ואסמכתא

סוגיא מצרנית היא זו שבדבר ה"אסמכתא". שנינו (ב"ב, קס"ח א'): "מי שפרע מקצת חובו והטליש את שטרו ואמר לו (לשליש), אם לא אתן לך עד יום פלוני, תן לו (למלוה) שטרו. הגיע זמן ולא נתן, ר' יוסי אומר, יתן, ור' יהודה אומר, לא יתן". והגמרא (שם) מסבירה, שהולקים הם אם "אסמכתא קניא" (לדעת ר' יוסי) או, לא קניא (לר' יהודה). "אסמכתא" — היא "הבטחת גוזמא שאדם מבטיח את חבירו לסמוך עליו, שאם לא יקיים תנאי, יתן כך וכך" (רש"י, ב"ב, מ"ח ב', ד"ה "אסמכתא"). בפסקה הלכה כר' יהודה הסבור שאסמכתא לא קניא, וזאת משום שמסתבר שלא גשלם כאן היסוד של גמירות הדעת. קבלת ההתחייבות (המעשה), לא היתה מתוך שרצונו לקיימה, אלא בגלל שרצה לחזק את התנאי. כלומר, עיקר הפך לטפל. שאם, בדרך-כלל, רצונו של אדם בקיום המעשה והתנאי הוא רק האפשרות לקיומו, הגה כאן התנאי הוא עיקר והמעשה בא רק לחזקו ולהבטיחו.

וכבר הציעו ראשונים ואחרונים מבחנים שונים להבדיל בין תנאי שהוא תקף לבין אסמכתא שהיא בטלה, וכן הציעו דרכים אהדות כיצד לתת תוקף למעשה גם אם הוא נחזה להיות רק כמבטיח את התנאי¹⁹. גם הם מכוונים כלפי גילוי גמירות הדעת, להיכן היא נוטה ומה מדת תוקפה.

17 ועיין בתוספות לגיטין פ"ד א', ד"ה "על מנת", בדבר האפשרות המעשית לקיום התנאי. ושם המשיכו לכתוב: "... וקשה...". דהוה לן למילף מתנאי בניגוד ובני-ראובן שיכול לקיימו, אבל היכא שלא יוכל לקיימו הוה לן למימר דאע"ג דתנאי בטל, מעשה קיים, כי היכי דילפינן דבעינן שיוכל לעשות על-ידי שליח. ויש לומר, דהתם לא ילפינן אלא שהמעשה יכול לעשות על-ידי שליח, אבל תנאי אין לחוש אם לא יוכל לעשות על-ידי שליח, ואינו יכול לעשות כלל". דבריהם מוסברים היטב על-פי העקרון שקבענו. אך עיין בסמ"ע, שד"ץ ח"ט סי' כ"ז סק"א, החולק על דברי התוספות הללו.

18 הלכות אישות, פ"ו הלכה י"ז.

19 אין כאן המקום להאריך בדיני אסמכתא. עיין אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אסמכתא" (ב). לענין מעשה התלוי בקיומו של תנאי (ולא רק באי-קיומו של תנאי), עיין רמב"ם, הלכות מכירה פ"א, ה"ג; סמ"ע שד"ץ, סי' ר"ז ס"י ותיבות המשפט, שם, סק"ה (חידושים).

4. תנאי גילוי דעת

שאלה נכבדה היא זו המתעוררת עקב כלל שכללו התוספות²⁰: "שלושה ענינים יש – דיש מקומות דבעינן תנאי גמור ולר' מאיר תנאי כפול, ויש מקומות דלא בעינן אלא גילוי דעת ("דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד") ויש מקומות דאפילו גילוי-הדעת לא בעינן ("לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו")²¹, ואם די בגילוי-דעת, האין בתנאי הנעשה כדינו, מלבד בפרט אחד, כדי גילוי-דעת המספיק לבטול המעשה אם לא יתקיים התנאי, ומדוע נפסק שהתנאי בטל והמעשה קיים?

השאלה מופנית יותר כלפי דעתו של ר' מאיר, כי לשיטתם של חכמים כל הבעיה היא במישור גילוי-הכוונה ויש שהכוונה חייבת להיות גלויה יותר, ע"י דבור מפורש, ויש שגילוי-דעת באופן כלשהו, גם הוא יספיק²². הקושי יוקל מעלינו אם נבחין בתוצאות השונות שמביא התנאי לעומת אלו שמביא אליהן גילוי-הדעת הסתמי.

הרמב"ם (הל' מכירה, פ"א ה"ח) פוסק, כי: "מי שמכר חצירו או שדהו ופירש בשעת-המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני... הרי זה כמוכר על תנאי... לפיכך אם נמנע הצרך לילך לאותה הארץ... הרי זה מחזיר אותן דמים ותחזור לו הקרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בהן". ופירש בעל ה"מגיד משנה": "ודוקא כשהמונעים אינם מחמת רצונו. אבל לא היה שם מונע, אלא שהוא אינו רוצה לעשות, קנה הלה. שאין זה כדין תנאי גמור, כמי שאמר שדי מכורה לך אם אעלה לארץ-ישראל או אלך למקום פלוני, שאם אינו רוצה לעלות או לילך, שהמכר בטל. דהכא דוקא בשיש מונע, ולזה נתכוון המחבר"²³.

נמצאנו למדים, שהתנאי מקנה כוח למתנה לבטל את המעשה שעשה, והדבר תלוי ברצונו בלבד, בעוד שגילוי הדעת גרידא אינו מעניק זכות כזאת, ובטול-המעשה יקרה רק אם המאורע הקובע יקרה לאונסו ונגד רצונו של העושה. הלכת זו מסתברת היטב לפי ההסבר המוצע במהותו של התנאי.

עתה נסתייע בדברי בעל ספר יראים²⁴: "וראיה לדבר, שאפילו ברור שחשב לבטל משמעות דברי פיו, מאחר שלשון דיבורו לפי מנהג ולשון העולם משונה ממשכבת לבבו, אין בדברים שבלבו כלום... שהרי תנאי שלא נעשה כדינו, מטעם שאינו כפול, או מעשה קודם לתנאי, או לאו קודם להן, שלא נעשה כתנאי בגיגד ובני-ראובן, אינו מבטל מעשה... אעפ"י שברור לנו ומוכיח הדבר שלדעת

20 גימין, ע"ה א', ד"ה "לאפוקי" וקודרשין, מ"ט ב', ד"ה "דברים שבלב".

21 יש להודות, כי מה שאמרו התוספות: "... ולר' מאיר בעינן תנאי כפול" מראה, לכאורה, על שיתוף הטעם בין ר' מאיר לחכמים, אבל, לפי ההסבר שיובא להלן בדבר הצורך בשימוש בתנאי דווקא, יובן אף דבר זה.

22 וכן מפורש בדברי הרמב"ן בחידושו לגיטין, ע"ה ב': "דאי אתני בפירוש כתנאי גמור, לא אמרינן ליה "קום סליק" (כלומר שיקיים תנאו), שאין בעל התנאי הייב לקיים התנאי, אלא, אדרבא, אם רצה הוא עצמו מבטלו כדי שיבטל המעשה... אלא בשלא התנה, אלא אמר סתם וכדי לעלות לארץ-ישראל אני מוכר ומשום הכי אמרינן ליה עדין דעתך עלה... ומכל מקום, תנאי קיים במקצת דבור, ואינו צריך כפל בדברי ר' מאיר...".

23 ספר יראים השלם, מהדורת ר"א שיף, סי' ז'. הביאם במלואם פרופ' אלבק במאמרו, עמ' 91.

התנאי דיבר, מאחר שקידש כדרך המקדשים ושינה מדרך תורת התנאי, אין מחשבתו כלום.²⁴

מדקדוק דבריו עולה, כי האובייקטיביות של דיני-התנאים הפכה כבר ל"תורת תנאי", והדבר ידוע ומקובל, שכל המתנה משתמש בלשון זו דווקא, ואם שינה מן הנוסחה-המקובל, אפילו גילוי-דעת אין כאן. שהרי, הוא התכוון להתנות, וזאת עלה בידו, ולא לגלות דעתו, ואין בדברים שבלבו כלום. תנאי אין כאן, אף גילוי-דעת אין כאן.²⁴

ד

התנאי והמעשה

1. תנאי מגביל ותנאי מבטל

כבר עמדו ראשונים ואחרונים על ההבדל שבין שני סוגים אלה של תנאי.²⁵ הראשון הוא, למעשה, סיור חלק ממכלול-הזכויות העוברות, בדרך כלל, בכל מעשה קנין, התחייבות וכיוצא בהם. יכול אדם להעביר את כל זכויותיו שבחפץ, ויכול הוא שישיר חלק מהן בידיו, הכל כפי שיבחר. אם יבחר לשמור חלק מזכויותיו, יעשה זאת ע"י התנאי המגביל.

התנאי המבטל, לעומת זאת, אין כוונתו להגדיר את תחומי הפעולה-המשפטית והוצאותיה. לפי ההגדרה הרגילה של תנאי, יש גם בתנאי המבטל סיור של זכות, והיא אפשרות התבטלותו של המעשה. שהרי, בדרך כלל, גשלים המעשה ואין אפשרות להתחילו משעשה האקט היוצרו, וע"י התנאה נשמרת לעושה אפשרות הבטול. אך, לפי ההגדרה האחרת מתבלט היטב ההבדל: לא שיוור-זכויות יש כאן, אלא יצירת מערכת נפרדת, המזכה ומחייבת, ומאפשרת את בטול המעשה לא בעורת סיכה הנמצאת בו עצמו, אלא מכה סיכה חיצונית לו.

על כן ברור מדוע ידרוש התנאי המבטל גדרים משלו בעוד התנאי המגביל חופשי מהם. התנאי המגביל אינו אלא מקרה-אחד מתוך רבוי האפשרויות שיתכנו בהעברת זכויות שבנכס. משנקבע, כי העברה זו נעשית בדרך מסוימת, אין עוד צורך בדרכים שונות לשם העברת כל הזכויות או לשם העברת חלק מהן בלבד. אך לשם יצירת "מעשה" התנאי, יש ויש צורך בהלכות מיוחדות. כשם שתקנו דרכים בקנין, כך תקנו את משפטי-התנאים ל"תנאי".

2. תנאי דוחה ותנאי מבטל

אם בדרך זו נדרוך, נבין גם את יסוד המחלוקת בענין הצורך בשמוש במשפטי-התנאים בשני סוגים אלה של תנאי.

24 ועיין בדברי בעלי-המאור, ביצה, דף כ' עמ' א': "ולי נראה דשאני היכא דהוציא התנאי בשפתיו ממי שלא הוציא בשפתיו וגלה בדעתו. שנה שגלה בו דעתו יש לומר, אם היה מוציא בשפתיו היה מוציא כהלכה, וזה הוציא בשפתיו ולא הוציא כהלכה כמו שאנו למדין מתנאי בני-גד וכני-ראובן, אין הנאו כלום והמעשה מקיים והתנאי בטל".

25 הביא מהם פרופ' אלבק במאמרו, עמ' 79. ויש להוסיף את שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' ק"מ. ועיין תיק מספר 4992/תשי"ד, פד"י א', 289.

יכול אדם לקבוע את הלותו של המעשה בזמן מסויים בעתיד, בין שזמן זה מוגדר ע"י עצמו ובין שהוא מוגדר ע"י מאורע-עתיד כלשהו. קביעה כזו נכונה בשם תנאי מסוג "לאחר" או, לעת עתה, "אם". ויכול הוא לקבוע את תחולתו של מעשהו מיד עם עשייתו. אלא, מוסיף הוא ומתנה, שיתבטל המעשה למפרע עם יקרה, או לא יקרה, מאורע מסויים בעתיד. תנאי זה נכונה בלשון "על-מנת".

דבר ברור הוא, לכאורה, שחכמי ארץ-ישראל סבורים, כי בתנאי מסוג "על-מנת" יש צורך בשמוש במשפטי-התנאים²⁶. כדי להסיק מהי דעתם בתנאי מסוג "אם", עלינו להקדים את דברי הראב"ד²⁷: "עתה אגלה לך הסוד הגעלם מבני אדם, שהראשונים לא פרשוהו. כי כל מה שאמרו חכמים בתנאי כפול, ובתנאי קודם למעשה, והן קודם ללאו ותנאי ומעשה בדבר אחד... ומעשה שאפשר לקיימו ע"י שליח... כל אלה לא נאמרו אלא כשהמעשה נעשה מיד, כעין גתנינת גט וחליצת יבם, שאין התנאי מבטל המעשה למפרע אלא אם כן נעשה בתנאי ראוי ובהחזק, כעין תנאי בני-גד ובני-ראובן, שהיו מבקשים משה שיתן להם בנחלתם מיד, ועל-כן הוצרך משה לכפול התנאים, שאם לא יקיימו אותם התנאים יטלו אותה גהלה מידם... מעתה, כל תנאים שבעולם שהם באים לעקור המעשה, כגון נתינת גט לידה, או קידושין וחליצת יבם שנעשו מיד, או בנתינת ממון, שהוא ניתן מיד... אם לא דקדק בעניני התנאים אינו תנאי...". ולהוסיף עליהם את דברי הרמב"ן²⁸: "... אבל מצאתי עוד בירושלמי ראייה לדבריו (של הראב"ד), דתנו: האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שירדו גשמים, וירדו גשמים, מקודשת. ואם לאו, אינה מקודשת. ר' מאיר אומר, בין ירדו, בין לא ירדו, אינה מקודשת עד שיכפול תנאו. הכל מודים שאם אומר "לאחר" שירדו גשמים, ירדו גשמים, מקודשת, ואם לאו, אינה מקודשת... ר' חגי בעא קומי ר' יוסי: והן "אם" (זה האמור בתנאי בני-גד ובני-ראובן) לא כ"לאחר"? אמר ליה, שניא היא, שהיתה הארץ לפנייהם והוא מבקש להוציאה מידם. ופירושו ברור (אומר הרמב"ן), שבני ארץ-ישראל סבורין באומר לאשה, הרי את מקודשת לאחר שירדו גשמים שאינו צריך לכפול תנאו, לפי שלא חלו הקידושין עכשיו וכאילו לא נעשה בו כל מעשה, והקשו, וזה ה"אם" של תנאי בני-גד ובני-ראובן, דכתיב "אם יעברו", לאו כ"לאחר" הוא, ואעפ"כ הוצרך הכתוב לכפול תנאו. ותירץ, שאני התם, שהיתה הארץ לפנייהם והם מהזיקים בה מעכשיו, לפיכך כפל משה תנאו... וכן בקידושין, כיוון שהגיעו קידושין לידה, אין במשמע ה"אם" לבטל הקידושין עד שיכפול, אלא התנאי בטל והקידושין חלין מעכשיו, אבל במפרש "לאחר", אינו צריך כפל...".

המלים המודגשות מראות על שתי אפשרויות במעשה בכלל, כשהמדובר בקטע זה הוא בקידושין. האחת, "כשהגיעו קידושין לידה" ש"אין במשמע ה'אם' לבטל הקידושין עד שיכפול", השניה, כ"שמפרש 'לאחר', שאינו צריך לכפול", וזאת, "לפי שלא חלו הקידושין מעכשיו, וכאילו לא נעשה בו כל מעשה". כלומר, לא כל "אם" הריהו כ"לאחר". הגורם המכריע הוא ביצועו של מעשה כלשהו, שהוא המכריח

26 ירושלמי, קידושין, פ"ג ה"ג.

27 השגות הראב"ד, ביצה, כ' א'.

28 מלחמות, ביצה, כ' א'.

שכל דיני-התנאי יתקיימו כדי שאפשר יהיה לבטלו. וכן מוכח מלשון הירושלמי, שבקשיתו סבר שבחלוקת הארץ לא היה עדיין כל בצוע של מעשה, אך בתירושו סבר שנעשה מעשה ואעפ"כ הרי נאמר התנאי בלשון "אם" ונצרכו בו כל משפטי-התנאים! משמע, לא הלשון עיקר אלא המעשה.

מעתה, צריכים אנו להפריד בין תנאי של "אם" לבין תנאי של "לאחר", כאשר דיניו של הראשון משתנים: פעם הרי הם כדיני תנאי של "על-מנת", כשהמעשה חל מעכשיו, ופעם כ"לאחר", אם לא נעשה מעשה מעכשיו.

בכך מתחזקת הדעה הרואה בתנאי כח הבא לשלול את תוצאותיו המושלמות כבר של המעשה. "לאחר" אינו תנאי, אלא הוא רק קובע את הזמן לתחולתו של המעשה ובכך דומה הוא לתנאי מגביל, ומשום שאין הוא בא לבטלו, אינו נצרך למשפטי התנאים.

הדברים יתבהרו מלשונו של הרמב"ם (הלכות גירושין, פרק ט', הלכה א'): "המגרש את אשתו לאחר זמן קבוע, הרי זו מגורשת כשיגיע הזמן שקבע, והרי זה דומה לתנאי ואינו תנאי. דומה לתנאי, שהיא מתגרשת כשיגיע הזמן שקבע, ואינו תנאי, שהמגרש על-תנאי הרי זה גירש, וזה עדיין לא גירש עד שיגיע אותו זמן. לפיכך, המגרש על-תנאי צריך לכפול תנאי וזה אינו צריך לכפול דברו ולא לשאר משפטי התנאים שבארנו". ושם, (בהלכה ה'): "ומה בין המגרש על תנאי לזה שקבע זמן לגירושין או תלאן במעשה. שהמגרש על תנאי יש שם גירושין ואינן גומרין עד שיתקיים התנאי... אבל התולה גירושין בזמן או במעשה, לא הגיע גט לידה בתורת גירושין אלא בתורת פקדון עד הזמן שקבע או עד שתעשה המעשה...". והדברים מתבלטים על רקע דבריו הקודמים (הלכות אישות פ"ו, הלכה ט"ו): "המקדש על תנאי, כשיתקיים התנאי תהיה מקודשת משעה שנתקיים התנאי, לא משעה שנתקדשה. כיצד, האומר לאשה, אם אתן לך מאתים וזו בשנה זו הרי את מקודשת לי בדינר זה, ואם לא אתן לך, לא תהיי מקודשת, ונתן הדינר לידה בניסן ונתן לה המאתים וזו שהתנה עמה באלול, הרי זו מקודשת מאלול...".²⁹

יש להוסיף: כשם שנחלקו חכמים אם "האומר על-מנת, כאומר מעכשיו דמי"³⁰, תתכן גם מחלוקת אם "האומר אם", כאומר "לאחר" דמי"³¹. וכן יש להדגיש, כי אף הסובר ש"האומר על-מנת, לאו כאומר מעכשיו דמי", יסבור, על כל פנים, כי "האומר על-מנת" כאומר "אם דמי" (ולא "לאחר"). משום כך יש להסתפק מהי דעתו של הירושלמי בענין תנאי מסוג "מעכשיו" (או, "על מנת", לסובר ש"האומר על מנת, כאומר מעכשיו דמי"), אם יש בו צורך במשפטי התנאים, אם לאו. שאף שנאמר

29 ההלכות הללו ראויות לתשומת-לב שכן המשפטן המצוי אצל השיטה האנגלית התודע אל ה"condition precedent", שהוא מקביל לתנאי מסוג "לאחר", ואל ה"condition subsequent", שהוא המקביל לתנאי מסוג של "על-מנת", אך אין הוא מכיר את התנאי מסוג "אם", שיש בו מן הממוצע שבין שני-הסוגים הקודמים, בכך שהוא מתחיל מעכשיו, אך תוצאותיו אינן באות לידי ממוש עד שיתקיים התנאי, וכפי שביאר הרמב"ם.

30 גיטין, ע"ד א'.

31 עין שו"ת המהר"ם, ח"ב, חו"מ, סי' מ"ח.

בירושלמי³² "האומר לאשה, הרי את מקודשת לי על מנת שירדו גשמים... ר' מאיר אומר: בין ירדו, בין לא ירדו אינה מקודשת עד שיכפול תנאו". יכולים אנו להסתפק, שמא אין זה משום ש"האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי" אלא כאומר "אם" דמי. אמנם פרופ' אלבק העמידנו על כך, שבמקורות הארץ-ישראליים נראה כי הכל סבורים ש"האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי", אך אין בכך כדי להכריע³³. חשיבותה של הבעיה מתבררת כשאנו באים לדון בשיטתו של התלמוד הבבלי.

נחלקו הראשונים³⁴ אם בשיטת התלמוד הבבלי יש הבחנה בין תנאי דוחה לתנאי מבטל, שבראשון צריכים אנו למשפטי-התנאים ובשני אין אנו צריכים להם, או שאין אנו מבחינים ביניהם, ובכדי לתת תוקף להם חייב המתנה להתנות לפי כל משפטי התנאים³⁵.

גם בסוגיה זו יהיה לנו הרמב"ם לפת³⁶: "כל האומר מעכשיו לא יצטרך לכפול תנאו ולא להקדים התנאי על המעשה, אלא אף על פי שהקדים המעשה, תנאו קיים... וכל האומר על-מנת, כאומר מעכשיו, ואינו צריך לכפול התנאי ולא להקדימו למעשה... כיצד, האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שתתני לי מאתים זוז... ונתקדשה... והיא נתן המאתים זוז, ואם לא נתנה, לא תהיה זו מקודשת... ואע"פ שלא כפל תנאו ואע"פ שהקדים המעשה לתנאי ונתן הקדושין... שהרי כשיתקיים התנאי... תתקדש משעה ראשונה שבה נעשה המעשה, כאלו לא היה שם תנאי כלל".

והוסיף הראב"ד בהסבר הדברים³⁷: "דתנאי ד"על-מנת" או "מעכשיו", כיון דמהשתא חל המעשה, בתנאי חאיל, דהשתא מתנה עמו הוא, אבל על תנאי ד"אם" כיון שהתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול עתה, אין בו כח לבטל המעשה אלא אם כן כפל אותו". ונראה, שביאור דבריו כך הוא: בתנאי "על מנת", חל המעשה בתנאי, ולא המעשה לחוד והתנאי לחוד וזה מתנגש בזה, כפי שהוא בתנאי מסוג "אם". בכך מצטרף התנאי של "על מנת" אל התנאי המגביל, שמהותו ופעולתו הוגדרו לעיל. וכפי שנאמר, אפשר להשתמש באותו אקט הנדרש לעשיית המעשה בשלימותו, גם לעשייתו בחלקו. והם הם הדברים שכתב הרמב"ם: "... שהרי כשיתקיים התנאי... תתקדש משעה ראשונה שבה נעשה המעשה כאילו לא היה שם תנאי כלל". ואילו הראשונים האחרים אינם רואים להבדיל בין שני סוגים אלה של תנאי.

3. המתנה על מה שכתוב בתורה

בשאלה זו נחלקו תנאים: "האומר לאשה, הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי ר' מאיר. ר' יהודה אומר, בדבר

32 כפי שצוטט לעיל בדברי הרמב"ן (הערה 28).

33 עיין בהגהות-מיימניות, הל' אישות, פ"ו אות ח'.

34 עיין בראשונים לגיטין, ע"ה ב'.

35 כאשר לתנאי מסוג "לאחר" אומר אב"י (בגיטין, ע"ו ב'): "הכל מודים היכא דאמר לכשתצא תמה מנרתיקה, לכי נפקא קאמר ליה...". ומשמע שהתחולה היא בעת שתצא התמה בלבד.

36 הלכות אישות, פרק ו', הל' י"ו-י"ח.

37 דבריו הובאו בחידושי הרמב"ם לגיטין ע"ה ב', ד"ה "רב אשי", וכן במגיד-משנה על הרמב"ם, שם.

שבממון תנאו קיים"³⁸. כלומר, הכל מודים שבדבר שאינו של ממון אין תנאו קיים, והסיבה לכך היא, על פי דברי התוספות שצוטטו לעיל, שהתורה לא תכיר באפקטיביות של תנאי הבא לבטל את ההוראות שהיא עצמה קבעה.

טעמו של ר' יהודה, הסבור כי תנאי שבממון קיים, נתגלה לנו דווקא מן החריגים לשיטתו המובאים בגמרא, שבהם אין התנאי קיים, אף שהוא תנאי שבממון.

הראשון הוא במסכת בבא מציעא (ב"א, א'): "האומר לחברו, על מנת שאין לך עלי אונאה, רב אמר יש לו עליו אונאה, ושמאל אמר אין לו עליו אונאה. לימא רב דאמר כר' מאיר ושמאל דאמר כר' יהודה (שנחלקו אם בדבר שבממון תנאו קיים)... אמר לך רב: אנא דאמרי אפילו לר' יהודה, עד כאן לא קאמר ר' יהודה התם, אלא דידיעה וקא מחלה, אבל הכא מי ידע דמחיל?"

ובמסכת בבא בתרא שנינו (קכ"ו, ב'): "האומר, איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים... לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה". ושואלת שם הגמרא: "לימא מתניתין דלא כר' יהודה, דאי ר' יהודה, האמר בדבר שבממון תנאו קיים... אפילו תימא ר' יהודה, התם ידעת וקא מחלה, הכא לא קמחיל". נראה קשר הדוק, שלכאורה אין לו פשר, בין המחילה לבין אפשרות ההתנאה. ויש לפרש ולומר, שמשמעותה של אפשרות המחילה על זכויות שהוקנו לו ע"י התורה היא, שהתורה לא הקפידה על תחולתם המוחלטת והמדויקת של המעשים הללו. בדבר שאינו של ממון, אין כל אפשרות למחילה, ועל כן אין מועיל בהם גם תנאי.³⁹

וראיה לכך שתוקפו של תנאי תלוי כאן ברצונה של התורה ולא ברצון המתנה, יש להביא מן המחלוקת האחרת שבין ר' מאיר לר' יהודה בענין המתנה על הכתובה, שר' מאיר סבור שאפשר להתנות עליה ור' יהודה חולק. ומסבירה זאת הגמרא, ש"סבר ר' יהודה כתובה דרבנן, וחכמים עשו חזוק לדבריהם יותר משל תורה". ופירושו, שאף שהתורה מוותרת על רצונה בענין היקף חלותו של מעשה כלשהו בדיני ממונות, הנה חכמים אינם מוותרים על כך וכופים את רצונם על זה של המתנה.⁴⁰

ויש עוד שני פתחים להתיר התנאה על מה שכתוב בתורה. האחד הוא, שאין התנאי בטל, אלא אם כן יש ודאות שאכן יבטל התנאי את המעשה.^{40א}. בהמשכה של

38 פתובת, נ"ו א'. דבר הלמד מאליו הוא, שחולקים הם מה הן ההוראות שהן בבחינת Jus Cogens ומה הן אלה שהן בבחינת Jus Dispositivum.

39 וייתכן להוסיף הסבר במחלוקתם הנוכרת של רב ושמאל: שמואל סבור שדי באפשרות המחילה, הקיימת בכח ואין אנו זקוקים למחילה בפועל כדי שהמעשה יהיה ניתן להתנאה. ואילו רב סבור שהמחילה בפועל היא הקובעת ורק היא הפותחת, כביכול, את הדרך לפני התנאי שיחול. לפי זה יש לומר שהתירוץ בגמרא בבבא בתרא (קכ"ו, ב') הוא רק לפי רב, ולשמאל אכן המשנה היא כר' מאיר. ברור הוא, כי לשם שיעור-קיומה של מחילה נשתמש במבחנים שונים לאומדן דעתם של בני אדם, אך אין לכך כל קשר לכונתו של המתנה באשר לתנאו. הוא היה מעוניין להחילו, אלא שהוא מעוכב על-ידי התורה.

40 לענין בטולו של תנאי עקב מדיניות שנקטו חכמים כלפי מוסד מסויים, עיין, מ. אלון, "הערב, החייב העקרי ועקרון הפשיה-ההתנאה בדיני ערבות במשפט העברי", דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי-היהדות, כרך א', עמוד 197, בעמ' 198, פסקה ג'. כונתו שם היא, שרשב"ג ראה צורך בהגנה על מוסד הערבות ועל כן שלל תוקפם של תנאים הבאים לשנות במהותו של המוסד. ועיין שם בהערה 12.

40א ראה רמב"ם, הלכות מכירה פרק י"ג ה"ג ובלחם משנה ובהירושלמי ר"ח מברייסק, שם.

הסוגיה בבבא מציעא (נ"א, א-ב) שהובאה לעיל נאמר: "...ושמואל אמר (הסובר שהתנאה על אי קיום אונאה קיים) אנא דאמרי אפילו לר' מאיר. עד כאן לא קאמר ר' מאיר התם, אלא דודאי עקר, אבל הכא מי יימר דקא עקר מידי", ("שמא לא יהא בו אונאה" – רש"י). וכן בגיטין (פ"ד, ב'): "אלא אמר רבינא, כי אמרינן מתנה על-מה שכתוב בתורה תנאו בטל, כגון שארה כסותה ועונתה דודאי קא עקר, אבל הכא, מי קאמר לה, לא סגיא דלא אכלה, לא תיכול ולא תיגרש". טעם זה הוא בין לר' מאיר ובין לר' יהודה, שהרי שם מדובר בתנאי שאינו של ממון ("אם תאכלי בשר חזיר").

הפתח השני הוא, כשהתורה עצמה נתנה אפשרות לשנות מן המעשה ולא עמדה על אופן אחד של עשייתו. אף לכך שני מקורות בגמרא.

במשנה בבבא מציעא (צ"ד, א) נאמר ש"מתנה שומר חנים להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם...". ושואלת הגמרא: "אמאי, מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל?" ולאחר דיון מסכמת הגמרא: "אלא כולה ר' מאיר היא, ושאיני הכא דמעיקרא לא שעבדי נפשיה". ופירשו מן הראשונים⁴¹: "הפירוש הנכון בזה, דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על-מה שכתוב בתורה, דבכולהו אידך אזהר רחמנא בהדיא, דבאונאה כתיב 'אל תוננו', ובשביעית כתיב 'לא תגוש', ובשאר וכסות כתיב 'לא יגרע'. הלכך, כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא, ולא אזהר עליו שלא יפטר מדיני שומרים. אלא, שגור הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם, מה יהא דינם. אבל, כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד רחמנא כלל, וכשמתנה לגרוע מחיובו, או להוסיף, אינו מתנה על דין תורה".

והדוגמא השניה היא במסכת קידושין (י"ט, ב'): "המוכר את בתו על-מנת שלא לייעד, נתקיים התנאי, דברי ר' מאיר... ולר' מאיר תנאו קיים?... שאני הכא דאמר קרא 'לאמה', פעמים שאינו מוכרה אלא לאמה בלבד"⁴², כלומר, לא הקפידה התורה שבכל מכירת בת לאמה יקויים בה גם דין הייעוד, ולכן אף תנאי על-כך יועיל.

4. מעשה שאפשר לעשותו על ידי שליח יכול אדם לעצב תנאי ככל דיניו ואעפ"כ לא יהיה התנאי אפקטיבי משום שהמעשה עליו אמור התנאי לפעול, אי-אפשר לעשותו ע"י שליח.

מקורה של מדה זו הוא במסכת כתובות (ע"ד, א'): "מכרי כל-תנאי מהיכא גמרינן, מתנאי בני-גד ובני-ראובן, תנאי דאפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם הוי תנאיה תנאה, דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח כי התם, לא הוי תנאה".

ובעלי התוספות הסבירו טעמו של דבר⁴³: "ואם תאמר, ומה סברא יש כאן, דלא גמרינן מהתם אלא לענין מה שהוא סברא, דהא לא ילפינן מהתם דלא מהני תנאי

41 ש"מ"ק, ב"מ צ"ד א', ד"ה "אפילו תימא" (הוצ' ציוני, עמ' תחק"ב).

42 וכן היא משמעות דברי הירושלמי (קידושין, פ"א ה"ב) על הברייתא הנוכרת: "ולית ליה לר' מאיר כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל? אית ליה תניי איפשר לו לקיימו בסופו, וזה אפשר לו לקיימו בסופו".

43 כתובות, ע"ד א', ד"ה "תנאי".

אלא בנתינת קרקע. ויש לומר, דהיינו טעמא דהואיל והמעשה כל-כך בידו שיכול לקיימו ע"י שליח, סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשוויי ביה תנאה. אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח, לא הוי בידו גמי למירמי בה תנאה. ואפילו לא יתקיים התנאי, יהיה המעשה קיים, ומשום הך סברא מודו כולי עלמא דבעינן שאפשר לקיימו ע"י שליח...⁴⁴

העקרון העולה מדברי התוספות משתלב יפה בין שאר העקרונות של דיני התנאים. הכח לבטל המעשה שעשה, תלוי במידת השליטה שיש לאדם על המעשה. יש מעשים, ששליטתו בהם מוחלטת: יכול הוא להעביר את הכח לעשותם גם לאחר. בעלות מושלמת כזאת מאפשרת לו גם ליצור ולהטיל תנאים כדי להשיג גם את בטולו של המעשה. אם השליטה היא מוגבלת, והמבחן שנקבע לכך הוא האפשרות למנות שליח לעשות המעשה⁴⁵, אין הוא יכול גם ליצור ולהטיל תנאי במעשה.

ההדגשה במשפטים האחרונים היתה על יצירת והטלת תנאים, משום שהתוספות הבהירו שגם חכמים, למרות שהם חולקים על ר' מאיר בענין שאר דיני התנאים, מקבלים את הדרישה לאפשרות ביצועו של המעשה ע"י שליח, כדרישה מוקדמת המאפשרת הטלת תנאי (שהוא הבטוי המתאים לשיטתם של חכמים, כפי שהוסבר לעיל). ואכן, כך מחייב ההגיון, כי מה לי ביטולו של המעשה בדרך זו, מה לי ביטולו בדרך זו. שתי הדרכים באות לשנות מה שאין ברשותך לשנות⁴⁶. ממילא תובהר גם ההלכה האומרת, ששליח המתמנה בתנאי מסויים, אין התנאי צריך להעשות לפי כל דיני התנאים⁴⁷, שהרי שליטת המשלח על שלוחו היא מוחלטת, והוא יכול לבטלו בכל עת שירצה.

כנזכר לעיל⁴⁸, לא מנה הרמב"ם דרישה זו בין הדרישות המוקדמות לקיומו של תנאי, משום שהיא מופנית לא כלפי התנאי, אלא כלפי המעשה אשר אותו מבקשים לבטל. את ההלכה עצמה הוא מקבל, כשהוא פוסק בענין חליצה מותנית, שהיא תקפה אף אם לא התקיים התנאי⁴⁹.

44 ועיין תירוצם לשאלה זו בניטין, ע"ה א', ד"ה "לאפוקי".

45 אחד המבחנים לעצם האפשרות לעשיית שליח, טרם שנלמדה מן הפסוק, היא האפשרות לעשות את המעשה בעל כרחו של מקבל המעשה (גט). ע"י בבלי, קידושין, מ"א א'. בשער המלך, הלכות אישות פ"ו, ד"ה "ודע", כתב: "והכא לא שייך לומר תנאי שאפשר לקיימו על-ידי שליח, דדוקא גבי מעשה בידים, כגון קנין, חליצה, גט וקדושין וכיוצא בהם, דתתם ודאי, אם אי אפשר לקיימו על-ידי שליח אלא על-ידי עצמו, אלים המעשה, ואפילו לא נתקיים התנאי, לא נתבטל המעשה. אבל גדר ונוירות, דאין צריך מעשה לא אלים שיתקיים אם לא יתקיים התנאי".

46 דברי רבינא (יבמות, נ"ג א'), הסבור כי "לכולי עלמא יש תנאי בחליצה" (אעפ"י שזהו מעשה שאינו אפשרי על-ידי שליח) תמוהים לפי פשוטם. ועיין בהמשך דברי התוספות (כתובות, ע"ד א', ד"ה "תנאי"), וכן בדברי הרמב"ן כפלהמותיו (ביצה, דף כ' א') ובחידושיו לגיטין ע"ה ב', ד"ה "אתקין שמואל".

47 עיין בחידושי הרמב"ן לגיטין, ע"ה ב', ד"ה "אתקין שמואל", ובשאלות דרב אחאי גאון, שאילתא קל"ח, שהעלה הלכה אחרת ביחס שבין תנאי לשליחות, ובהעמק שאלה, שם, אות ז'.

48 הערה 4.

49 הלכות ייבום וחליצה, פ"ד הכ"ד. ועיין במגיד משנה ולחם משנה, הלכות אישות, פ"ז ה"א.

5. תנאי ומעשה בדבר אחר

מקורה במסכת גמין (ע"ה, א'): "...מתקיף לה רב אדא בר אבהה... מכדי כל-תנאי מהיכא גמרינן להו, מתנאי בני-גד ובני-ראובן. מה התם תנאי בדבר אחד (לעבור את הירדן) ומעשה בדבר אחר (נחלת עבר הירדן מזרחת), אף כל, לאפוקי הכא דתנאי ומעשה בדבר אחד."

האם דרישה זו היא טכנית-פרוצדוראלית, הנצרכת לשם יצירת התנאי, או שמא דרישה מהותית היא? אומר בעל ה"לחם-משנה"⁵⁰: "אלא שיש לומר דסובר רבינו (הרמב"ם), דהא דאהני "מעכשיו" (לכך שאין צורך במשפטי התנאים) היינו היכא דאיכות התנאי שייך בו, אלא שלא הוציאו בלשון גאות, או שהקדים המעשה לו, או מועיל "מעכשיו" כאילו הוציאו בלשון הראוי והנאות... אבל בתנאי דלא מהני משום איכות התנאי, כמו תנאי ומעשה בדבר אחד, רוצה לומר, דהוי טעמא משום גריעות התנאי ולא גרם דבר האמירה..."

מדברים אלה מתבקש מאליו ההבדל שהעמדתי עליו, בין דרישה מהותית לדרישה טכנית גרידא. המניעה שהתנאי והמעשה יהיו בדבר אחד היא מן הסוג הראשון. טעמו של רב אדא ברי-אבה, לפי החסבר המוצע בזה, הוא שאין אובייקט אחר יכול לשמש נושא לשני אקטים הסותרים זה את זה. הרי זה כאילו אמר: בחפץ זה יעשה כך וגם לא יעשה בו כך – ולא ידורו שני הפכים בנושא אחד. אמנם, כל זה הוא לשיטת ר' מאיר. אבל להכמים החולקים וסוברים שכל-תנאי הוא רק הגבלת המעשה, אין כאן סתירה כלל, ולשיטתם תקף תנאי הנעשה עם המעשה בדבר אחד. זוהי משמעות תירוצם של בעלי התוספות⁵¹, המעמידים על ניגוד בין הלכתו של רב אדא ברי-אבה לבין הלכה מסוימת של רבא, ואומרים שדבריו של רבא הם לפי שיטת הכמים דוקא.

אבל, גם בלא תירוץ זה אפשר לפתוח פתח רחב לאבחנות שונות באשר למידת הסתירה שיש בין המעשה לתנאי, וזוהי משמעות שאר תירוצי התוספות שם.

ה

העיון במקורות הביאנו בסוד הצמצום של הלכות התנאים. המבקש לתלות תוצאה מסוימת במאורע כלשהו, להשהותה עד זמן מסוים וכיוצא באלו המגבלות, אינו משועבד תמיד למשפטי התנאים, ויכול הוא להשיג את התוצאה המבוקשת גם בלעדי השימוש בתנאי במשמעותו המצומצמת. לא תמיד יעיל אף התנאי, ולעתים, גם גילוי דעת יספיק. נתברר לנו תוקפו של המעשה, השואב את כוחו מאומדן דעתם וכוונתם של בני אדם בכלל מצד אחד, ומרצון התורה והלכותיה, מן הצד השני. תוקף זה מכריע את רצונו של היחיד אשר בחר לעשות את המעשה. הוצעו לפניו דרכים אחדות כדי להתגבר על הכוונה הנחזית מעצם הפעולה. תנאי הוא אחת מן הדרכים האלה, והוא מתאים ונצרך רק במקרים ובמצבים מסוימים.

50 הלכות אישות, פ"ו ה"א.

51 בבא בתרא, קל"ז ב', סוף ד"ה "לא תחזירי": "...אי נמי, התם כר' מאיר והכא כרבנן".

ההנחה שהנחתי ביסודם של הדברים היא, שיש יסוד עיוני דוקא להלכות התנאי שבעזרתו ניתן להסביר את ההלכות הללו ואת המחלוקות שיש בהן. סבור הייתי שיש להצדיק הנחה מעין זו, אם אין מבססים אותה בעזרת פלפול-עקר ומלאכותיות נוקשה, משום שיש להעדיף את המהותי, שהוא קבוע, על פני ההזדמנותי, שהוא רעוע. הראשון גתון לביקורת ויכול אתה, אם אין ראיות מכריעות נגדך, להקיש ממנו על העבר ומה שחשוב, אולי, יותר, היא היכולת להטילו על העתיד, מה שאין כן אם עסקך הוא ב"חקר דעת-הקהל".

זו היתה מטרתך, ואין אני יודע אם עלתה בידי. ובדברים שסכם הרמב"ן את הלוכו במבוך הדעות שבעניני-התנאים, אסיים גם אני: "וצריך אני לעשות לי רב בזו".