

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי *

מאת

ד"ר א. מ. ראבילו

I. מבוא

במקורות המשפט הרומי אנו מוצאים רק לעיתים רחוקות הגדרות בעלות אופי כללי. לרוב אנו יכולים למצוא אחת מן השתיים: פתרונות למקרים מעשיים, או כללים לפתרונם. אף-על-פי-כן ניתן ללמוד מהמקורות הללו את העקרון שעליו מושתת פתרונו של המשפט הרומי, וכן יכולים אנו לנסות להבין את השיטה הרומית דרך לימוד ההבדלים שהיו קיימים בין המשפטים בתקופות השונות.

מהמקורות לומדים אנו כי המשפטים הרומיים דרשו את קיומם של כמה יסודות כדי שהחוב יהא בר תוקף. בין אלה נדרש שאוביקט החוב¹ יהיה אפשרי, מותר, מחלט (או לפחות ניתן לקביעה) ובעל ערך כספי².

ברשימה זו מתכוונים אנו לבדוק מחדש את המקורות בקשר לתכונה הראשונה של אוביקט החוב: עיקר הבדיקה מכוון לנבצרות ההתחלתית, בהתהוות החוזה, אך בעית התנאי הבלתי אפשרי³ חורגת מתחום מחקרנו.

* רשימת קיצורים מופיעה בסוף המאמר.

1 אנו משתמשים כאן במילה "אוביקט" גם כשם גרדף למילה לועזית *prestazione* (איטלקית), *préstacion* (צרפתית), *prestacion* (ספרדית) – (מהלטינית *praestare* המציין את התנהגות החייב), *Leistung* (גרמנית). לא נעלם מאתנו כי נקודה זו שרויה במחלוקת, אשר לא כאן המקום להכנס לתוכה: בין המזהים את ה"*prestazione*" עם אוביקט החוזה, ר' גרוסו, עמ' 1 ואילך, עמ' 39 הערה 2; *L'oggetto dell'obbligazione* ב' Mengoni, 1952, עמ' 156 ואילך. Santoro-Passarelli: *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1966; "nei rapporti obbligatori l'oggetto immediato è dato dal comportamento del soggetto passivo... il comportamento assume il nome tecnico di prestazione" (עמ' 81). "ביחסי חוב האוביקט הישיר ניתן על-ידי התנהגות החייב... התנהגות זו מכונה במונח הטכני *prestazione*". וראה גם A. Torrente: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1968, p. 370, ולאחרונה ביוני II, עמ' 37.

2 על הצורך בתכונה זו נחלקו המלומדים: במיוחד יהיינו ניסה להוכיח שאין צורך באלמנט זה: אין אנו מסכימים על כך ורואים צורך גם בתכונה זו.

3 הכוונה לנבצרות פיזית ומשפטית לביצוע התנאי בחוזה. על התנאי הבלתי אפשרי, ר' לאחרונה M. Kaser, *Condicio iuris und condicio impossibilis*, *Symbolae Taubenschlag*, I, 421-438; C. Cosentini: *Condicio impossibilis*, Milano, 1952.

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

II. חוזה נבצר הביצוע

1. "אין התחייבות כדבר שהוא נבצר ביצוע"

impossibilium nulla obligatio est (דיג', 50.17.185): משפטני יוסטיניאנוס מצאו כלל זה בספר השמיני של הדיגסטטה של קלסוס — Celsus — משפטן בן המאה השנייה לספירה) מקום שם נדון חוזה המכר (*emptio-venditio*): יתכן שהמשפטן הביא את הכלל האמור פחות-דעת לגבי מקרה מסוים.⁴

ניתן היה לחשוב כי הכלל מושתת על אי-רצון הצדדים להגשים דבר שאינו ניתן להתגשמת, כגון מסירת חפץ שלא היה קיים או שאינו קיים יותר. ואולם הצדדים יכולים גם לא לדעת על כך ובכל זאת החיוב לא נוצר. מוטב אפוא לחשוב כי המשפט לא רצה להגן על מה שנראה בלתי הגיוני. אכן אין זה הגיוני לקיים חיוב כאשר הינו נבצר ביצוע. יחד עם זאת ישנם כמה סייגים המגבילים את תוקפו של הכלל. יש להבחין קודם כל בין נבצרות התחלתית ובין זו המתהווה רק לאחר השלמת החוזה. לעקרון *impossibilium nulla obligatio* אופי כללי רק כלפי נבצרות התחלתית; נראה להלן כי במקרה השני החיוב היה פטור רק אם אין ליחס את הנבצרות לרשלנותו או לכל סיבה אחרת הנובעת ממנו. אחרת ההתחייבות מתקיימת וגוררת את כל התוצאות של אי-מילוי החיוב.

2. נבצרות סוביקטיבית ואוביקטיבית

נבצרות סוביקטיבית, או יחסית, היא זו הנובעת מנסיבות התלויות בחיוב. בניגוד לכך, נבצרות אוביקטיבית, או מוחלטת, קשורה לביצוע החיוב, ולכן היא בעלת אופי כללי.

בקטע של המשפטן ונוליוס (*Venuleius*) (דיג', 45.1.137,4-5) נשאלת השאלה: האם פוקע החיוב, או לפחות נרדם, כאשר החיוב אינו יכול לכת (*dare*) את הסכום שהתחייב למסור, היות ואין הוא ברשותו ואף אין מי שילווה לו? תשובת המשפטן היא: כל זה שייך לאחריות החיוב עצמו. יקשה עליו לשלם את חובו, כמו במקרה שהתחייב למסור עבד מסויים שאדונו אינו רוצה למכרו, אך בקושי זה אין משום נבצרות אוביקטיבית.⁵

4 על התפתחות הכלל ר' Rabel, *Origine de la règle "impossibilium nulla obligatio est," Mélanges Gérardin*, עמ' 473 ואילך; בספר Rabel, "Unmöglichkeit der Leistung," *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, Weimar, 1907 E. I. (קובץ מאמרים לכבוד Bekker) עמ' 193 ואילך; *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse — Beiträge zum Obligationenrecht*, Vol. I, Braunschweig, 1854. על זה, לאחרונה, גרוסו. על החוזה הבלתי אפשרי במג'לה, במשפט האנגלי והישראלי, ר' ג. טדסקי, "על החוזה אשר נבצר ביצוע", מחקרים במשפטנו הפרטי, ירושלים תשי"ח, עמ' 30 ואילך. במיוחד בעמ' 40-41 עומד המחבר על השפעת המשפט הרומי על התפתחות המשפט האנגלי בתחום זה. על מספר הערות במשפט השוואתי, ר' בטי, *Droit Civil Comparé des obligations*, Université du Caire, 1957-58, p. 41 sq.

5 F. Stella-Maranca: *Intorno ai Frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 56, no. 73 ר' להלן — סטלה-מרנקה.

6 ר' גם דיג', 18.1.28, *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest* אין ספק כי יכול משהו למכור נכס של אחר: יען כי מקח הוא זה והממכר: אך הנכס יכול להינטל מאת הקונה.

אותו דין חל לגבי התחייבות לעשות (facere) דבר שהחייב אינו מסוגל לעשות, אולם אחרים מסוגלים. "סבינוס סובר שהחייב נעשה כדין" (iure factam obligationem) (Sabinus scribit): לדוגמה: סבל מתחייב להעביר לרכבת מזוודות שאינו יכול להזיזן. היה עליו שלא להתחייב, אך אם בכל זאת התחייב, עליו לשאת בתוצאות. כמו כן האמן שהתחייב לבצע יצירה אומנותית לא יוכל לטעון שחסרה לו השראה.⁷

המשפט הרומי הבחין היטב בין נבצרות (impossibilitas) לבין קושי הביצוע (difficultas). ההוכחה הטובה ביותר לכך מצויה בכלל כי החייב למסירת דבר השייך לאחר הוא תקף, וזאת למרות שהבעלים מסרבים למכור. המשפטים תמימי דעים כי "קושי הביצוע אינו גורם לבטול ה-stipulatio" (sed non facit inutile stipulationem difficultas praestationis, Paulus)

דיג', 45.1.2.2.⁸

במקרים מסויימים גם יסוד הזמן יכול להיות גורם המבדיל בין האפשרות לבין הנבצרות של אובייקט החייב. אם שמעון מתחייב בירושלים לתת (dare) דבר מה לראובן ברומי, ה-stipulatio כוללת בתוכה (לפי סברתו של יוליאנוס) גם דרישת זמן סביר כדי להגיע לרומי. לכן בהתחשב בתנאי התחבורה דאז, בוודאי היתה ההתחייבות לתת לראובן בו ביום ברומי חסרת תוקף היות ואי אפשר היה להגיע לשם מירושלים באותו יום; בתנאי התחבורה של ימינו בוודאי היו באים למסקנה שונה מזו.

קיימים גם מקרי גבול. לפי דעתו של המלומד האיטלקי פריני, לדוגמה, אין תוקף להתחייבות למכור אובייקט שאינו קיים, אך יש תוקף להתחייבות להעניק זכות שעדיין אינה קיימת (דיג' 12.2.74.3; 18.4.4-5). אך גם לפי פריני אין אדם יכול לצוות לזרשו שיעניק לאדם שלישי legatum⁹ שעדיין אינו קיים.¹⁰

חילוקי דעות לא חסרו גם בין המשפטנים הרומיים עצמם (ר' דיג' 31.49.2). אולם לבסוף נתקבל כי רק נבצרות אובייקטיבית, שאינה תלויה בחייב, גורמת לאפסות התווה. עם זאת, בגדר נבצרות אובייקטיבית נכנסת גם זו הנובעת מנסיבות התלויות בנושה, (אם אין החייב אחראי לנבצרות זו). לדוגמה: אם אין למקבל ההבטחה כושר לסחור

הקטע נחשב, ובצדק, כמשורבב: ר' בזלר, פריני, 8, עמ' 228. ודאובה, קובץ מאמרים לכבוד ארנג'ירוואיץ, עמ' 186 ואילך: "Generalisation in D.18.I de contrahenda emptione", אך גם בעיני מלומדים אלה בעל תוקף חוזה מכר של נכסים השייכים לזולת: על נקודה זו ראה ארנג'ירוואיץ, עמ' 134. נציין שלפי בטי הטרימיולוגיה: "אי אפשרות אבסולוטית ויחסית" אינה נכונה.

7 ר' פסק דין של בית המשפט בפריז (4.7.1865) ב-Dalloz, *Recueil périodique et critique*, 1865, 2, עמ' 201; על אי אפשרות סובייקטיבית ואובייקטיבית ר' F. Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1951, pp. 171-173, 179-180.

8 "אך אין קושי הביצוע עושה את ה-stipulatio לבלתי מועילה". ר' גם, במשפט המודרני: Scarlata-Fazio: *Appunti esegetici in tema di vendita di cosa altrui*, 1939, 14, עמ' 126 ואילך. במשפט הצרפתי המשפטים, בהסתמך על חס' 1599 על "קובץ החוקים האזרחיים" (Code civil) קבעו כי "la vente de la chose d'autrui est frappé d'une nullité relative", "מכירה נכס השייך לאחר ניתנת לביטול (בטלות יחסית)". ר' Dalloz, *Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit Civil*, Tome I, 1951, עמ' 1005, סעיף 51 (להלן מצוטט: Dalloz).

9 legatum: מענק בצוואה, למישהוא זולת היורש (heres).

9 פריני, עמ' 448, הערה 2.

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

(commercium) בחפץ המהווה את אובייקט החוזה, ה-stipulatio אינה קיימת. הנבצרות נחשבת אובייקטיבית בניגוד למקרה ההפוך שבו אין למבטיח commercium. כאן הנבצרות היא סובייקטיבית, בהיותה מוגבלת לאישיותו של החייב (דיג' 45.1.34 של Ulpianus).

3. נבצרות פיסיית ומשפטית

נבצרות יכולה להיות פיסיית או משפטית. אם טוליוס מבטיח למסור סוס מעופף או לנגוע בשמים באצבע¹⁰, החיוב אינו ניתן לביצוע מבחינה פיסיית. אך אם הוא מבטיח להעביר את הבעלות על res sacra או res religiosa¹⁰ ב חלה נבצרות משפטית, יען כי המשפט קובע שדברים אלו נמצאים מחוץ למסחר (res extra commercium, גיוס 3,97¹¹). מכאן נובע שאין תוקף אף ל-stipulatio פלילית שעשויה להיות נספחת לחוזה. לדוגמה: קיקרו מתחייב להעביר לסמפרוניוס את עבדו שברגע ההסכם כבר אינו בחיים. כמו כן קיקרו התחייב לשלם קנס של 100 ססטרטיים במקרה של אי-מילוי החוזה. אין תוקף משפטי לאף חלק מההסכם ואף לא להתחייבות לשלם את הקנס שכן ה-stipulatio הפלילית טפלה לחוזה!

4. קניית חפץ אשר עדיין לא בא לעולם

למרות הכלל nulla venditio sine re quae veneat ("אין מכר ללא חפץ שימכר") ראו המשפטנים הרומיים אפשרות למכור חפץ אשר עדיין לא בא לעולם (res futura), והצדדים חשבוהו לכונה¹². המלומדים הבחינו במקורות בין שני מקרים של קניית res שעוד לא באה לעולם.

א) קניית דבר מיוחל (emptio rei speratae);

ב) קניית התקוה (emptio spei).

בקניית דבר מיוחל נחשב החוזה כבעל תוקף רק אם הדבר יתקיים באמת. לדוגמה: אם האדון מוכר את וולד השפחה (partus ancillae) החוזה יהיה תקף רק אם השפחה חלה.

אם איכר מוכר יכול אשר עדיין אינו קיים, המחיר יקבע, בדרך כלל, ביחס ליחידת מדידה מסוימת והמכר יתקיים יחסית ליכול. לדוגמה, על הקונה לשלם עבור כל טונת

10 דוגמאות מתוך גיוס, 98, 97a, 3.

10A res sacrae: נכסים שהוקדשו לאלים בטקס דתי לפי דרישת הדינים.

10B res religiosae: נכסים הנמצאים במרות אילי השאול כגון אדמות קברים.

11 יש לציין שבמספר מקורות נראה כאילו ניתן להעביר את הבעלות על res religiosa (כגון בית קברות): הסתירה, כביכול, הוסברה על-ידי דה פישר בספרו "Le droit de tombeaux romains," Milano, 1963, p. 72: "L'inalienabilité des tombeaux se réduit donc à un simple corollaire de la fonction indélébilement sepulcrale du tombeau" "הגיבצרות החוקית להעביר קברות, היא, איפוא, בסופו של דבר, תוצאה פשוטה של התפקיד הקבוע של הקבר, הלא הוא קבורת המת. לכן יהיו בעלי תוקף מכירות או מתנות שתשמרנה על אופיים המיוחד של מקומות אלו".

12 וסלי, F. Vassalli: La vendita dell'eredità e la dottrina dell'emptio spei 1913,

ב-Annali Perugia, עמ' 216 ואילך; דה פישר "La vente des choses futures et la théorie

du risque contractuel, Bruxelles, 1914 (לא ראיתי); אראנג'ירוואץ, עמ' 117 ואילך;

U. Brasiello, Novissimo Digesto Italiano, בערך Emptio spei

יכול החטים של שדה האיכר 200 דיגרים. המלומדים נוטים לדבר במקרה זה על מכירה על תנאי. גם אם קיימים ספקות לגבי הטיב הדוגמטי של דוקטרינה זו, עלינו להודות שהסדר המובא בטקסט הבסיס של הדיגסטה זהה לזה של העיסקאות על תנאי.

דיג' 18.1.8 רישא:

(Pomponius, libro nono ad Sabinum) Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiat, ex empto agi posse.¹³

יתכן שכוונת הקטע היתה לקבוע הסדר דומה לזה הנמצא בטקסטים אחרים¹⁴ לפיהם חוזה על תנאי נחשב כבעל תוקף רק עם קיום התנאי. אם ניתן לייחס את אי-קיום ה-res לאשמת המוכר, זה האחרון יהיה אחראי כלפי הקונה. התביעה תהיה חוזה (actio ex empto) למרות העובדה שהחוזה בטל. יתכן שהמשפטים רצו להעניק לקונה בצורה זו פיצוי על הנזק שניגרם לו על ידי אי-קיום התנאי.¹⁵

"קניית תקוה" (emptio spei) קיימת כאשר אובייקט החוזה אינו res אלא תקוה, כלומר הצפייה לכך שה-res תיוצר בכמות כלשהי. הדוגמאות הניתנות בדיגסטה הפכו לדוגמאות טיפוסיות בדוקטרינה של קניית הפץ שעדיין לא בא לעולם. דיג' 18.1.8.1: Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit cum captum piscium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.¹⁶

13 "אי אפשר להבין לא 'מקח' ולא 'ממכר' ללא הפץ אשר נמכר. ואולם פירות וזולדות עתידים נקנים במתאים, כך, שכאשר הומלט הוולד, תיחשב המכירה כעשויה כבר מרגע בו נקשרה העיסקה. אך אם המוכר עשה זאת, שלא יוולדו או יהוו, אפשר לתבוע עפ"י חוזה המקח (ex empto)". רבים חושבים את הקטע למשורבב. על ההשקפות של בולר, דונטוטי (Dona-tuti) פרינגסהיים (Pringsheim), ר' אראנג'ירוואיץ, עמ' 118–119.

14 ר' בדיקת הטקסטים בוסלי, כיד"ר, 27, 1915, עמ' 192 ואילך.

15 ר' אראנג'ירוואיץ, עמ' 118 והערה 5; על הבעיה בכללותה ראה להלן.

16 "לפעמים מובנת מכירה אף ללא נכס, לדוגמא כאשר כאילו נקנית (הטלת) קובייה. דבר זה מתרחש כאשר נקנה השלל של דגים או של ציפורים או של חפצים) מושלכים, יען כי חוזה המקח נקשר גם אם לא יתרחש דבר, היות וזאת היא קניית תקוה. ואם מה שנתפס במקרה כזה בתור "חפצים מושלכים" ניטל (לאחר מכן מאת הקונה), אין נקשרת התחייבות כלשהי בשל כך לפי המיקח, היות ומבינים כי זאת עשר" (כלומר, על מנת כן הסכימו מה שהסכימו), למרות הביקורת הקשה מצד מספר מלומדים, נוטים אנו לראות כקלסית גם הדוגמא האחרונה ורואים אנו כמשורבב רק את סוף הקטע. זאת בהתאם לסברתו של וסלי: ר' בדיקת המקורות והספרות אצל אראנג'ירוואיץ, עמ' 120. שולץ, (Schulz), Classical Roman Law 1951, כותב: "The bold idea of an emptio spei..." (ההדגשה שלנו): אין אנו רואים את הרעיון כ"נרעז". וקל וחומר אין אנו מסכימים עם ק. לונגו, הסובר שלפנינו "מקרה יוצא דופן" שעלינו להתעלם ממנו בקשר לסידורי המכר" (anomalia che va ignorata nel descrivere "il regime della vendita"), וזאת בשל העובדה שהחוזה יהיה בר תוקף ומחייב את הקונה גם כשיתברר שאין אובייקט. כפי שכבר ציינו אובייקט החוזה אינו החפץ, אלא התקוה עצמה, ומקרים דומים לא חסרים, כפי שמדגיש אראנג'ירוואיץ (עמ' 121).

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

מהדייג או הצייד קונים כל מה שימצא ברשתם. מהעובדה שאובייקט העיסקה היא תקות, נובע כי גם אם לא העלה הדייג דבר ברשתו, הקונה יהא חייב לשלם את המחיר המוסכם. הדוגמה השלישית היא אופיינית יותר לרומאים. מדובר שם על *iactans missilium*, השלכת מטבעות לציבור על ידי הקיסרים. ה"מוכר" יעביר לקונה את כל המטבעות שיצליח לאסוף, והקונה מתחייב מצידו, לשלם בכל מקרה את המחיר המוסכם. היו גם מקרי גבול שבהם קשה היה לקבוע אם מדובר בקניית דבר מיוחד או בקניית תקות, כמו שמתברר בקטע של יוליאנוס: דיג' 18.1.39.¹⁷ על סמך טקסט זה ניסו המלומדים במאה הקודמת להגיע לקריטריון כללי. הם קבעו כי מכירת הפץ שעדיין לא בא לעולם יוצרת מדגם משפטי של קניית הפץ המיוחד או קניית תקות כהתאם לרצון הצדדים (*quaestio voluntatis*)^{18, 19}.

5. תוצאות הנבצרות של אובייקט החוזה

אם אובייקט החוזה הוא נבצר באופן מוחלט בעת כריתת החוזה, החיוב לא התהווה. לכן אפשר לדבר על אפסות המכר או ה-*stipulatio*.

במקרה של חוזה דו צדדי, הדרוש התחייבות שני הצדדים, נבצרות של אובייקט אחד גורמת לביטול החוזה, ולכן גם ההתחייבות השניה פוקעת.

החוזה אינו מתהווה, אפילו אם הנבצרות עשויה לחלוף, ואפשר יהיה להניח שהחוזה תלוי ועומד (*in pendent*), (אינסט' 13.19.2; דיג' 45.1.83.5). לדוגמה: אם קיקרו מבטיח לתת את ביתו של גיוס, והבית נמצא מקודש לאלים (*res sacra*), או אם הוא התחייב למסור אדם בן חורין, החוזה בטל מעיקרו, זאת אומרת החוזה אינו שב לתוקפו אם ה-*res* מאבדת את אופיה הסקרלי, או אם בן החורין הופך לעבד. לו היה שב לתקפו, כי אז היינו מדברים על עכוב התוצאות הרגילות של העיסקה, או על חוזה "גרדם" או על חוזה על תנאי, אך בשום פנים לא על אפסות החוזה. המקורות עצמם (דיג' 45.1.83.5; 46.3.98.8) מראים לנו שהיו פה ושם חילוקי דעות

17 ר' Vangerow, *Pandekten*, 3 סעיף 632. על כל הסוגיה אראנג'ורואיץ, עמ' 121.
18 בעית מכירת הפץ שלא בא עדיין לעולם תופסת מקום גם במשפט העברי. בתוספתא נדרים ו', ז' ובתלמוד בבלי (בבא מציעא ט"ז א') נקבע כי אם אמר "מה שתעלה מצודתי מכור לך, לא אמר כלום". החכמים נחלקו בקשר לאמירה: "מה שתעלה מצודתי היום מכור לך" ולבסוף קבעו כי דבריו מתקיימים "משום כדי חייו", דעתו של ר' יוחנן (שם, עמ' ב'). בבבא מציעא ל"ב ב' הובאה גם דעתו של ר' מאיר: אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם הדבר עשוי שיבוא, כגון פירות אילן. על "דבר שלא בא לעולם" ר' בהרבה באנצקלופדיה תלמודית ז', עמ' ל' ואילך. רעיון גם א. גולאק: יסודי המשפט העברי, I, עמ' 90 (בקשר לתכונות נשוא הקנין) ו-II עמ' 60 (בקשר לנתינתו).

19 גם במשפטים מודרניים מוכרת מכירתו של הפץ (או זכות), אשר עדיין לא בא לעולם. במשפט הצרפתי נקבע כי *Les "choses futures peuvent faire l'objet d'une convention* (Code Civil, art. II 30, Ier). Ainsi on peut vendre la récolte de l'an prochain, le croît futur de son troupeau; on peut assurer les récoltes de plusieurs années," — Dalloz, p. 1008, §70, 72 — "דברים עתידיים עשויים להיות אובייקט הסכם: לכן ניתן למכור היבול של השנה הקרובה, החלדות העתידיים של עדרי. ניתן אף להתחייב עבור היבולים של שנים אחדות". במשפט האיטלקי קיימת ההבחנה הרומית, ר' Biondi, *Novissimo Digesto Italiano* (Cosa futura), IV, p. 1021-22; Perlingieri, *I negozi su beni futuri: la J. Morris*. *compravendita di cosa futura*. על המשפט האנגלי: בקלנד I, עמ' 212 ואילך; Chitty on Contracts, London, 1968, Vol. II, סעיפים 1466, 1531.

בין המשפטנים, (ראה להלן, "נבצרות שלאחר המעשה"). אך לבסוף נתקבל הכלל לפיו הנבצרות מונעת את עצם התהוות החוזה, ואין מתחשבים בעובדה שהנבצרות יכולה לחלוף בעתיד.²⁰

6. נבצרות חלקית

בעיות מיוחדות מתעוררות בקשר לנבצרות חלקית. לדוגמה: גיוס מתחייב למסור לקיקרו אחוזה שחלק ממנה הוא מקום מקודש או *religiosus* (דיג' 18.1.22,24). לפי הכללים אין התחייבות אם ההתנהגות המהווה את אובייקט החיוב אינה ניתנת לביצוע. על השופט יהיה לדון בכל מקרה אם בכלל נוצר חיוב כל שהוא, אם לאו.²¹

7. נבצרות שלאחר המעשה²²

מה דינה של הבטחה (*stipulatio*) למסור לקונה עבד השייך לאדם שלישי, כאשר האדם השלישי משחרר את העבד לאחר מתן ההבטחה? אם השחרור נעשה ללא כל התערבות מצד החייב, החוזה פוקע ואין הוא חוזר לתוקפו גם אם לאחר מכן שב המשוחרר ומשתעבד; כלל זה מובא על ידי פאולוס (דיג' 45.1.83.5), אך פאולוס עצמו מעיד, בקטע אחר של הדיגסטא (דיג' 46.3.98.8) כי המשפטן קלסוס (*Celsus*) סבר בדיוק ההפך וטען כי אפשר לדרוש מחדש את המשועבד. קלסוס מבסס את טענתו בעזרת דוגמה אחרת. אם קיקרו מתחייב למסור לסמפרוניוס את האוניה של גיוס וזה האחרון מפרק אותה ובונה אותה מחדש מאותן לוחות עץ, והיה קיקרו אחראי כלפי סמפרוניוס? קלסוס משיב בחיוב לשאלה ומכאן הוא לומד, בדרך האנלוגיה, את הדין למקרה הראשון. גם מקטע אחר של קלסוס (דיג' 32.79.2), ניתן להסיק כי המשפטן אינו מבדיל בין פקיעה סופית לבין פקיעה זמנית. לדעת קלסוס אובדן האובייקט גורם בכל מקרה לפקיעת החוזה אשר *dari non potest* "אינו יכול להנתן"; במקביל לכך בניה חדשה או השתעבדות מחודשת גוררים בכל מקרה "יכולת להנתן" (*dari potest*) וגורמים להתיאת החיוב: אין אובייקט, אין חיוב; אם האובייקט חוזר לגדר האפשרות (פיסית), כמו במקרה של האוניה, משפטית כמו במקרה של העבד, גם ההתחייבות שבה לתוקפה.

שונה היא נקודת מבטו של פאולוס. במקרה של האוניה הוא סובר כי קיקרו חייב כלפי סמפרוניוס אך ורק אם גיוס חשב לבנות את האוניה מחדש. במקרה זה, לפי דעתו, מדובר על אותה אוניה שקיקרו הבטיח למסור (*hic enim eadem navis est*) ולכן החיוב הופסק, אך לא פקע.

אינני גורס, כמו פרופ' גרוסו, כי "למעשה האוניה לא הושמדה ולכן אין מה לדבר על אי-מציאות הדבר המובטח"²³. למעשה איני רואה שום הבדל בין המקרה שבעל האוניה

20 ר' גרוסו, עמ' 48 ואילך.

21 בקשר לאחריות נציין שבמיוחד ב-*bonae fidei iudicia* התביעה יכלה לדרוש סנקציה משפטית (דיג' 18.1.57 משורבב; דיג' 18.1.2.24). על "משפטים המבוססים על תום לב", ר' ברגר, עמ' 520, ולהלן, הערה 62.

22 ר' על זה לאחרונה קנטה, עמ' 63 ואילך. נדון כאן רק במספר בעיות הקשורות עם נושא זה. 23 גרוסו, עמ' 50: "In realtà la nave non è distrutta, quindi non si può parlare di inesistenza della cosa promessa che è appunto l'ipotesi in cui qui si indicherebbe l'impossibilità".

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

ח ש ב מלכתחילה לבנות את האוניה מחדש ובין זה שסבר אחרת וחזר בו ובנה מחדש את האוניה (מקרה הגורם לביטול החוזה).

המשפטן יכול היה להגיע לפתרון הבעיה רק על-ידי פיקציה מסויימת. "גדמה שהאוניה לא פורקה אף פעם" (*nondum intercedisse navis videtur*), וזאת אך ורק על בסיס כוונותיו של בעל האוניה. פאולוס, לכן, מבסס את דעתו על שני עקרונות:

(א) על זהות האובייקט,

(ב) על ההבדל בין נבצרות תמידית, הגורמת לאפסות החוזה (*extingui*) לבין נבצרות זמנית בלבד, הגורמת לשיתוק ארעי (*cessat*): הנושה לא יהיה רשאי לדרוש את הבצוע כל עוד הדבר אינו אפשרי מיידית. דעתו של פאולוס נתקבלה על-ידי משפטני יוסטיניאנוס ועברה אף לחקיקות החדשות.²⁴

קיימת בעיה נוספת המתעוררת ביחס לקביעתה או לזמניותה של הנבצרות. מהמקורות ניתן להסיק שנבצרות בשל גורם משפטי לעולם נחשבת קבועה ועומדת. הסיבה לכך ניתנת לנו על-ידי פאולוס עצמו באומרו שלא יהיה זה לא מהוגן (*civile*) ולא טבעי (*naturale*) לחכות שאדם בן חורין יהפך לעבד (*et casum adversamque fortunam spectari*), (דיג' 45.1.83.5) : קיים כאן אינטרס ציבורי למניעת תקוה (*spes*) להחזרת ה-*res* למצב הקודם, בניגוד למצב החוקי הקיים. בקשר לנבצרות הנובעת מאבדן האובייקט, יכולים אנו להבדיל בין אבדן מוחלט (כמו מות העבד)²⁵ הגורם לפקיעת החוזה, לבין אבדן המאפשר קיום מחדש של האובייקט. בכגון זה יש לבדוק כל מקרה ומקרה בפני עצמו. לעיתים הנבצרות תהיה זמנית בלבד, אך יהיו גם מקרים שבהם היא תהיה תמידית כגון הריסת בנין או פירוק האוניה אם הבעלים רצו לפרקה אחת ולתמיד (דיג' 45.1.83.5).

מקרה מיוחד של נבצרות לאחר המעשה הוא כשהחפץ המהווה את אובייקט החוזה הגיע בדרך אחרת לנושה. לדוגמה: קיקרו מתחייב להעביר לסמפרוניוס את הבעלות על שדהו של גיוס, גיוס מת ובצוואתו הוא משאיר את השדה לסמפרוניוס.²⁷

24 על השפעת המשפט הרומי בנקודה זו, ובאופן כללי יותר כתחום חווי, ר' בין היתר: ביונדי II במיוחד עמ' 37 ואילך; Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, 1956; Torrente, *Manuale di diritto privato*, 1968, pp. 401, 482; Code Civil, art. 1302; G. Cornil, *Les codes modernes et le droit romain*, Bull. Acad. Royale de Belgique, Cl. Lettres, 1912, pp. 284 sqq.; E. R. מאמרים לכבוד אראנג'ירוויי, 2, עמ' 405 ואילך; § 265 BGB (1896): ר' בטי: *Elguera, Influencia del Derecho Romano en el Codigo Civil Argentino Sistema du*; Code Civil Allemand, Université d'Air Charms, Lé Caire, 1965, pp. 63 sqq.; בקשר למשפט האנגלי, עם הפנייה למקורות הרומיים, ר' טדסקי, "על החוזה אשר נבצר ביצועו", עמ' 75 הערה 134. ר' גם בקלנד I, עמ' 160 ואילך. W. L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New York 1938, pp. 402 sqq.; J. Morris, *Chitty and Contracts*, I, art. 1205, II, art. 1265

25 צורת ההנמקה נראית כביזנטית לבולר (צ"ש, 45, 1925, עמ' 451), אך אני מסכים עם קנטה הסבור שניתן לייחס לפחות את התוכן לפאולוס. באופן חיאורטי ניתן היה גם כאן לדבר על קניית דבר שלא בא לעולם, אך, כפי שצויין, גבר העקרון של *impossibilium nulla obligatio* בשל ענין ציבורי, דהי או מוסרי, ר' אראנג'ירוויי, עמ' 122 והערה 1.

26 ר' לאחרונה: פסטורי, עמ' 173 ואילך; T. Mayer-Maly, *Perpetuatio obligationis*, ביורה, 7, 1956, עמ' 7 ואילך.

27 על קניית נכס השייך לקונה, ר' להלן.

הנבצרות כשלעצמה אינה פשוטה את החייב מאחריותה הוא יהיה פטור אך ורק אם הנבצרות לא הייתה תלויה באיות שצנא מעשה מצידו. בייטוי זה הוכן על ידי המשפטים הרומיים במובן צר למדי. לדוגמה: אם תחייב לא דינא את עבדו שהובטח מצדו הוא לא יהיה אחראי. פאולוס מצדיק זאת (דיג' 45.1.31, רישא) בכותבו שאובייקט החיוב היה ב־"dare (לתת), ולא ב־"facere (לעשות), זאת אומרת לבצע פעולות היצאות מגדר הרגיל, כגון דיפרי שבתקופה ההיא היה יקר מאוד. מובן שהחייב יהיה אחראי בכל מקרה אם הוא מפגור (mora) במילוי החובה. לכן אם קיקרו כבר היה צריך למסור את עבדו, יהיה אחראי אפילו אם העבד נהרג או מת כתוצאה מאונס. במקרה של mora (פיגור) החייב תמיד נושא באחריותו.²⁸

III. ידיעת הצדדים על הנבצרות ושאלת אחריותם²⁹

בדרך כלל לגבי תוקף החוזה אין חשיבות לעובדה שהצדדים ידעו שאובייקט החוזה הוא נבצר ביצוע מבחינה פיסית או משפטית. אין במשפט הרומי שום כלל המקיים את החוזה אם הנבצרות התחלתית נובעת מסיבה שניתן לייחסה לחייב. לדוגמה: חוזה אינו נוצר אם גיוס מבטיח להעביר את הבעלות על ביתו הכפרי וברגע פגישת הרצונות נשרף הבית, ללא ידיעת הצדדים, אך החוזה אינו מתהווה גם אם גיוס התחייב למכור את ולד השפחה הידועה לו כעקרה, או להעביר את הבעלות על res שידע כי היא extra commercium.

לא יהיה זה הגיוני להחיל על הנבצרות התחלתית את הכללים הדנים בנבצרות שלאחר המעשה. במקרה האחרון כאשר האובייקט הפך נבצר, כבר היה קיים יחס חווי (ר' דיג', 45.1.35).

במשפט הקלטי ניתן להבדיל בין עסקאות *stricti iuris* (של ה־*ius* הקדוני) לבין אלו *bonae fidei*, המבוססות על תום לב. במקרה הראשון (למשל ב־*stipulatio*) המקור רות אינם מספקים לנו הוכחה ברורה על אחריות הצדדים, בניגוד למקרה השני. התווים המבוססים על תום לב במשפט הרומי הם: *emptio venditio* (מכר), *locatio-conductio* (שכירות), *mandatum* (שליחות), *pignus* (משכון), *commodatum* (השאלה), *societas* (שותפות) ו־*fiducia* (נאמנות). העובדה שעסקאות אלה נשענות על תום לב אפשרה לשופט לקחת בחשבון לא רק את היחסים הנובעים מהחוזה עצמו (מילוי — או אי־מילוי), אלא גם את התנהגות הצדדים ברגע התהוות החוזה. כדי לברר את הענין נבדוק כמה מקורות הדנים במיוחד במכירת אדם בן חורין ובמכירת *res sacrae, religiosae, publicae*.

1. מכירת אדם בן חורין

מכירתו של אדם בן חורין נחשבת כבעלת תוקף כשהקונה לא ידע על מעמדו המשפטי של האדם שנמכר לו. הסיבה לכך היא ש"קשה להבדיל בין אדם בן חורין ועבד" (Paulus דיג', 18.1.15 — *quia difficile dinosci potest liber homo a servo*)³⁰. למרות

28 ר' ברגר, עמ' 587.

29 נוכח כן את המחקרים העיקריים, בתחום המשפט הרומי (לפי הסדר הכרונולוגי): ג. לונגו, ביזנטי, אלברטאריו, ווצי, סרג'יני, אראנג'ורואיז, שטיי, גרוסו.

30 גם קטע זה חשוד כמשורבב בעיני כולר (צפ"ש, 56, 1956, עמ' 64). הוא סובר כי הסיבה

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

העובדה שהקטע של המשפטן מביא רק הנמקה לכלל האמור, סביר להניח כי לא בכל מקרה של אי-ידיעת הקונה, החוזה נחשב קיים: לשם כך היה צריך להיות קושי בידיעה אם האדם הקנוי הוא אמנם עבד: *vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt* (החוק עוזר לערים, ולא לישנים). לא בכל מקרה אפשר היה להכיר בקלות אם אדם מסויים הוא בן חורין או לאו. לדוגמה: אם האב הפקיד את בנו, האדם שגידל אותו יכול באופן מעשי להתנהג כלפיו כאל עבד ולכן גם לעשותו נשוא התחייבות. בכל זאת אדם זה נשאר בן חורין. נוסף לכך המסחר בעבדים היה מפותח מאוד. מצב זה היה כה נפוץ, עד כי המשפטנים חשו בצורך ליצור שם מיוחד *liber homo bona fide serviens* (אדם בן חורין המשרת בתום לב בתור עבד), ורבים הטקסטים הדנים עליו.³¹ המלומד היימן סבר שהטקסטים שורבבו ושעקרון זה לא היה קיים בתקופה הקלסית; גרוסו, מצידו, כותב שיתכן שהעקרון הגיע לידינו לאחר חילוקי דעות ושהקטעים שורבבו. בכל זאת הוא רואה בזה עקרון קלסי³². גם בעיני הכלל הוא פרי המשפטנים הקלסיים וחלו שרבוים רבים. אני רואה את ההוכחה הברורה ביותר בדיג' 18.1.70 (Rufinus):

*Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique extimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens esse emerit, nulla emptio contrahitur.*³³

הקטע מעיד שהמשפטנים הקלסיים דגו בבעיה ושהיו חילוקי דעות. אם "הרוב סבר כי... ברור כי היה קיים גם מיעוט שסבר את ההיפך. קשה להניח שמשפטני יוסטיניאנוס הגיעו עד כדי זיוף המחלוקת ועוד יותר קשה לחשוב שהם, הדוגלים בהעדפת החרות (*favor libertatis*) הכניסו לראשונה כלל זה, כמו שטובר היימן.

המשפטנים הרומיים מצדיקים את הכלל בדבר מכירת אדם בן חורין בגלל קשיי ההבדלה בין אדם בן חורין לבין עבד. אך אין זה מספיק. עלינו לזכור את אופי חוזה המכר בתקופה הקלסית. מול התחייבות הקונה, שהיא להקנות למוכר את הבעלות על סכום כסף, עומדת התחייבות המוכר: דיג' 19.4.1 רישא:

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx... Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare pos-

גיתנה על-ידי המשפטנים הכיזנטינים. אין אני רואה ספק זה כמוצדק (ר') גם אראנג'י רואיץ, עמ' 130).

31 על בעיות הקשורות עם אדם בן חורין המשרת בתום לב בתור עבד, ר' לאחרונה מחקרו של רזי ואת הביקורת על ספרו, *Labeo*, 6, 1960, עמ' 410 ואילך (על-ידי G. Franciosi).

32 גרוסו, עמ' 55: "Può essere che il principio si sia affermato, nel modo in cui è giunto a noi, attraverso divergenze di opinioni e dispute della giurisprudenza, e che i passi relativi risentano della cancellazione dell'eco di questa..." (הדגשה שלי). כפי שאני מסביר בטקסט, ספק זה אינו מוצדק בעיני.

33 דיג' 18.1.70: "רבים סברו כי יכול להקשר (חוזה) מכר של אדם חופשי, אם הוא מתהווה בין שאינם יודעים על כך. אותו דבר נראה גם אם המוכר ידע והקונה לא ידע. אך אם הקונה בידעין קנה, לא מתקשר המימקח."

sessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, sit evicta res non sit, nihil debet . . .³⁴

כלומר המוכר אינו חייב להעביר את הבעלות, אלא רק את החזקה (vacua possessio) על החפץ. התוצאה היא שאפילו אם התברר לקונה שלא קיבל את הבעלות על החפץ, לא יהיה רשאי לפנות בתביעה נגד המוכר, חוץ ממקרה גישול (evictio)³⁵. במשפט הרומי אפשר היה להחזיק באדם בן חורין שנחשב בתום לב כעבד (גיוס, 2,86), ולכן ניתן למוכרו על-ידי חוזה מכר (emptio); הקונה מוגן כלפי המוכר על-ידי התביעה החוזית ex emptio (תביעת המימחה) — (דיג' 6-18.1.4; 18.1.34,2; 18.1.70; 21.2.39.3; 40.13.4). קיימת כאן, לפי אראנג'ו-רואיץ מכירה פוטטיבית³⁶. כדאי להזכיר גם שהפרי-טור לא העניק את האפשרות לצאת לחופשי (vindicatio in libertatem) למי שבידעין הסכים להמכר לעבד³⁷.

בניגוד לכך, החוזה בטל, אם הקונה ידע (או גם, לפי דעתו, יכול היה לדעת בקלות) כי האדם שהוא עומד לקנות הוא בן-חורין.

באופן עקבי נקבעה במפורש אפסות ה-stipulatio של "נחנית" (datio) אדם בן חורין. אי אפשר היה להעביר את הבעלות על אותו אדם (דיג' 45.1.103). בגיוס 3.97 אנו קוראים:

Si id, quod dari stipulamur, tale sit ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.³⁸

2. מכירת res extra commercium

המקרה השני שברצוננו לדון בו נוגע בבעיית תוקף מכירת res extra commercium למשל מכירת קרקע שבה נמצא קבר (res religiosa) או בית מקודש לאלים (res sacra). למרות העובדה שמקרים מסוג זה היו נדירים יותר מאשר מכירת אדם בן חורין, הם העסיקו את המשפטנים לא מעט.

הטקסטים של הדיגסטטה הדנים בסוגיה אינם ברורים. סתירות פנימיות מטשטשות את התמונה. מובן מאליו כי המלומדים, שהיו יחסית תמימי דעים בקשר למכירת אדם בן חורין, נחלקו ביניהם ויצרו תיאוריות רבות הנוגדות זו את זו. הצד השווה שבהן הוא שימוש רחב למדי בשיטת האינטרפולציה (שירבוב) כדי להתאים את הטקסטים הנוגדים את התיאוריה שבחרו בה. בדרך כלל כשהמלומדים נמצאים במצבים מעין

34 דיג' 19.4.1 רישא: "כשם שדבר אחד הוא למכור, דבר אחר לקנות, אחר הקונה, אחר המוכר, כך דבר אחד הוא המחיר, אחר סחורה . . . כי הקונה, אם לא העביר בעלות במטבעות למקבל, צפוי לתביעה ע"ח המכר; מספיק שהמוכר יתחייב בשל גישול, ימסור חזקה ויהיה נקי מתרמית. לכן, אם לא הוצא החפץ (מיד הקונה), אין הוא (המוכר) חייב דבר . . .".

35 אראנג'ו-רואיץ, עמ' 149 ואילך; ברגר, עמ' 3-452, 457.

36 עמ' 130 "verrebbe fatto di parlare di compravendita putativa".

37 ברגר, עמ' 647 ועמ' 760, בערך "praetor de liberalibus causis".

38 גיוס 3.97: "אם חפץ שהובטח כי יינתן לנו הוא כזה שאין הוא יכול להנתן, אין ה-stipulatio מועילה. כגון אם מישוהו קיבל הבטחה שיינתן לו אדם בן חורין שהאמין כי הוא עבד, או אדם מת שהאמין כי הוא חי, או מקום קדוש או מקום קבורה אשר היה סבור כי הוא בגדר דיני האדם".

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

אלה הם מנסים למצוא א.ז. המפתח בשרידי הספרים הקלסיים שהגיעו לידינו, במיוחד באינסטיטוציות של גיוס. אך רוב המלומדים לא השתמשו, הפעם, בדרך זו, למרות שהיא הבטחה ביותר.

המלומדים, רובם ככולם, יוצאים מתוך ההנחה כי לא ניתן להחזיק בתום לב ב־res extra commercium, בניגוד למקרה של אדם בן חורין. קשה לשרש את הדעות הקדומות שהשתרשו: עובדה היא שבמשך שלושים השנים שחלפו מאז כתב ווצי את ספרו על הטעות במשפט הרומי, לא מצאנו זכר³⁹ לקטע של גיוס המראה בדיוק את ההיפך. (גיוס 48–2,45):

45. Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia. 46. Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt. 47. (Item olim) mulieris quae in agnatorum tutela erat res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent; id ita lege XII tabularum cautum erat. 48. Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.⁴⁰

גיוס קובע כי אפילו יחזיק מישהו במידה רבה ביותר של תום לב בנכס הזולת, הרי אין מתהווה usucapio⁴⁰ א לטובתו (2,45); בתור דוגמה הוא מסביר כי ברור לכל שלא ניתן להגיע ל־usucapio של בני חורין ושל res sacra ו־religiosa; מובן שלא ניתן להיות בעלים של אדם בן חורין. לו כן היה הדבר, אדם זה היה הופך לעבד, בניגוד לחוק הקובע במפורש את דרכי העבדות. אותו דין חל גם לגבי נכסים שהם מחוץ למסחר, השייכים לאלים של מעלה (res sacra) או של מטה (res religiosa) ואף אחד לא היה יכול להיות בעלים עליהם. זה המובן הראשון של הקטע. מתוך לאו אתה שומע הן, שגם לגבי res sacrae או religiosae היתה קיימת אפשרות של possessio באותה מידה שראינו בקשר לאדם בן חורין. אחרת אין אנו מבינים מה ההגיון בטענה שלא היתה שום אפשרות להגיע ל־usucapio של נכסים אלו. הרי usucapio ללא possessio לא היתה יכולה לעלות על הדעת! הכלל מופיע גם בקטע אחר של הדיגסטא, שאף הוא אינו מצוטט על־ידי המלומדים (והפעם אף לא על־ידי ווצי). דיג' 41.3.9 (של גיוס):

39 ליתר דיוק הוזכר את הטקסטים, המצוטטים להלן, רג'י, אך בדונו באדם בן חורין המשרת בתום לב: על גיוס II, 48, לא דנים אף דה־זולטה ודויד־גלסון בפירושיהם לגיוס.

40 גיוס II, 48–45. II, 45: "אך לפעמים, אפילו יחזיק מישהו במידה רבה ביותר של תום לב בנכס הזולת אפילו הכי אין usucapio מתהווה לטובתו, כגון אם מישהו החזיק נכס גנוב, או (נכס) שהחזיק בכוח; כי את הגנוב אוסר חוק שנים עשר הלוחות מלהירכש ב־usucapio, את שהחזיק ה־lex Iulia et Plautia. 46: כמו כן גם קרקעות פרובינציאליות אינם מקבלים usucapio. 47: (כמו כן לפנים) res mancipi של אשה שהיתה נתונה לאפיטרופוסות של השארים לא יכלו להרכש ב־usucapio אלא אם כן נמסרו על ידיה (בהסכמת) האפיטרופוס; וכך נקבע בחוק שנים עשר הלוחות. 48: כמו כן גלוי לעין כי אין יכולים להרכש ב־usucapio אנשים חופשים, נכסים מוקדשים לאלים ונכסי קברים".

על מספר בעיות הקשורות עם גיוס 45, ר' ירון, מחקרים במשפט רומי, ירושלים תשכ"ח, עמ' 105 ואילך.

usucapio 440: רכישת בעלות על נכס שמתחילה היה פגם ברכישתו וכאשר על השליטה המעשית מצטרף יסוד הזמן.

Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.⁴¹

פעם נוספת רואים אנו כי מדובר על נבצרות של usucapio בנוגע ל-res extra commercium ושל אדם בן חורין.

כדי להבין היטב את רקע הטקסט עלינו לזכור כי במשפט הקלסי השם bona fide possessor (המחזיק בתום לב), מגדיר שתי התנהגויות שונות: אחת כללית יותר, והשנייה מצומצמת יותר.

מחזיק בתום לב באופן כללי הוא אדם שאינו יודע שעל-ידי כך הוא פוגע בבעלים האמיתיים של הנכס. במקרה של איבוד הנכס באופן מקרי, לא תהיה למחזיק הגנה כל שהיא.

במובן צר יותר מחזיק בתום לב הוא האדם שברשותו כל הגתונים כדי להגיע ל-usucapio של הנכס, זאת אומרת כדי להיות במרוצת הזמן הבעלים האמיתיים. נוסף לתום לב דרושים כאן גם iusta causa (סיבה טובה) והעדר פגמים. למחזיק זה הוענקה actio Publiciana להגנת החזקה, גם במקרה של איבוד החפץ, ואף נגד הבעלים.⁴² משני הקטעים של גיוס, באינסטיטוציות ובדיגסטא, מסיקים שהן במקרה של אדם בן חורין⁴³ והן במקרה של res extra commercium אנו נמצאים בתחום הראשון, הכללי יותר, של מחזיק בתום לב. הוא לא יוכל לרכוש בעלות על האדם או על הנכס.

עלינו לדון עוד בדיג' 41.2.30.1:

Possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus: namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contempnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum.⁴⁴

מדובר כאן על הנבצרות להחזיק מקום religiosus אם המחזיק עושה זאת בחוסר תום לב. אדם לא דתי לא יוכל לטעון שאין הוא מאמין ולכן הוא רצה להחזיק במקום בו הוא בעצמו קבר את המת. על-ידי הקבורה הוא איבד אוטומטית את החזקה על המקום (שנהפך להיות religiosus). אין כאן טענה של תום לב, ואין מחשבתו של המחזיק רלבנטית. המחזיק בתום לב ב-res extra commercium או באדם בן חורין מפסיד את החזקה עליהם ברגע ידיעתו את מהות הנכס או ברגע שה"עבד" יזכר כבן חורין, בניגוד לכלל mala fides superveniens non nocet ("חוסר תום לב במאוחר – אינו מוזיק") החל באופן סדיר במקרה של possessio בדרך ל-usucapio.⁴⁵

לאור עובדות אלה נעבור לבדיקה נוספת של המקורות שבדיגסטא, המדברים על מכירתו של res extra commercium. אך אנו לא נייחס הסיבות לקטעים דיג' 6-18.1.4:

41 את usucapio מקבלים בעיקר נכסים מוחשיים, להוציא נכסים מקודשים (res sacrae, sanctae), נכסים ציבוריים של העם הרומי והמדינות, וכמו כן אנשים חופשיים.

42 ברג', עמ' 344.

43 רג', עמ' 147 ואילך.

44 דיג' 41.2.30.1: "אנו מאבדים את החזקה באופנים רבים, כגון אם אנו מכניסים גופת מת לאותו מקום בו אנו מחזיקים. כי אין אנו יכולים להחזיק מקום קבר או מקודש, אפילו אנו מזולזלים בדת ומתייחסים אל הקרקע כפרטית, כגון אדם חופשי".

45 דיג' 41.1.48.1; 41.3.10; 41.3.15.3 רישא;

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

השירבוב נראה לעין ומסכים אני עם לגל, פרניצ'ה ושלויה הסוברים שלפנינו טקסטים הדנים אך ורק במכירת אדם חופשי, ובתוכם יש זכר למחלוקת בין המשפטנים הקודמים (ראה דיג' 18.1.70).⁴⁶ הרבה לא ניתן ללמוד מדיג' 11.7.8.1; כולם מסכימים כי הקטע משורבב בהחלט. מחד גיסא רבים הפגמים הפורמליים גרידא; מאידך גיסא גם מבהינה עיניינית אין זכר באף טקסט אחר ל-*actio in factum* בקשר למכירת *res religiosae*⁴⁷ והיו מלומדים שייחסו את הקטע למקרה יזל חילול הקבר על-ידי הקונה בתום לב⁴⁸. אני מסכים עם שטיין:

Our conclusion therefore on D. 11.7.8.1, is that in classical law it did not specifically contemplate an action by the buyer against the seller. The Compilers misunderstood the *actio in factum* as being for the buyer's benefit, erased the reference to fraud and added the part from *quae actio* to the end.⁴⁹

דיג' 18.1.62.1

Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.

מצד אחד הטקסט קובע שהמכירה אינה בעלת תוקף. מצד אחר הוא מעניק תביעה חוזית נגד המוכר, ורבים חשו בניגוד הפנימי: אם אין חוזה, אין תביעה חוזית. הטקסט מראה לנו שהמשפטנים הגו באופן עקבי על הקונה בתום לב, שלא ידע, או (אפשר להניח זאת למרות שתיקת המקורות) שקשה היה לו לדעת מה מעמדו המשפטי של ה-*res*⁵⁰. במקרה זה מעניק המשפטן הקלטי את התביעה החוזית. המשפט *licet emptio non teneat* הוא משורבב על-ידי משפטני יוסטיניאנוס. הם התכוונו לעובדה שהמכירה לא יכולה בשום פנים ואופן ליצור את התוצאה הרגילה, את העברת הבעלות.⁵¹

46 ר' ספרות אצל סטלה-מרנקה: עמ' 56 מס' 74; אראנג'ו-רואיז, עמ' 131 ואילך; שטיין, עמ' 63 ואילך, 76 ואילך.

47 עף-על-פייכן מתבססים מלומדים רבים, וביניהם אראנג'ו-רואיז, על טקסט זה לתיאוריה של *actio in factum* נתינת

48 כך הולדריך, עמ' 19, ובעקבותיו, במידה מסויימת, גם גרוסו, עמ' 59. ראה ספרות ודיון אצל שטיין, עמ' 68 ואילך.

49 שטיין, עמ' 75: "לכן מסקנתי על דיג' 11.7.8.1 היא כדלקמן: המשפט הקלטי לא התכוון במפורש לתת תביעה לקונה נגד המוכר. משפטני יוסטיניאן הבינו – בצורה לא נכונה – את ה-*actio in factum* כתביעה לטובת הקונה ומחקו זיכורו של *dolus* והוסיפו את חלק הקטע מ-*quae actio* עד הסוף".

50 לפי דעתי לא קיים הבדל מהותי בין דיג' 18.1.62.1 רישא ואינסט. 3,23.5 כמו שמנסה לטעון גרוסו, עמ' 58, תרגום דיג' 18.1.62.1: "מי שקנה בלי יודעין מקומות קדושים או מקומות קבורה או ציבוריים בתור פרטיים, הגם שהקניה אינה תופסת, בכל זאת מתדיין *ex empto* (מכוח המיקח) נגד המוכר, למען להשיג (פיצוי) ככל שהיה לו אינטרו לבל ירומה". אינסט. 3.23.5: "מקומות קדושים או דתיים או ציבוריים, למשל, את הפלטיא ואת הבטיליקי, אין אדם יכול לקנות מדעת; אבל אם קנה אותם מידי המוכר מתוך שחשב אותם לנכסים פרטיים (*privata*) או לנכסי-הדיוט (*profana*), יש לו – הרואיל ואינו יכול לקבל את עצם החפץ – תביעה מחמת הקנייה (*actio ex empto*) לשם קבלת-פיצוי ולשם מניעת-אונאה. והוא הדיון גבי מי שקנה אדם בן-חורין מתוך שחשב אותו לעבד" (תרגום אינושטדט).
51 פרניצ'ה (Pernice): *2 Labeo* (Helb, 1895) עמ' 379 הערה 2; ווצ'י I, עמ' 154, 163.

בסיכום גם בקשר למכירת *res extra commercium* כמו במכירת אדם בן חורין, מסיקים אנו כי המכירה תופסת רק אם הקונה לא ידע על מעמד המשפטי של ה-*res*. לפנינו מקרה יוצא דופן: באופן עקרוני אפשר היה, אולי, לחשוב, (וזה חל גם על מכירת אדם בן חורין) שגם במקרה של אי ידיעת הקונה החוזה יהיה בטל. אחרת לא היינו מבינים איך מכירת אדם בן חורין בידיעת הצדדים על מצבו, גורמת לאפסות החוזה. תוקף החוזה, במקרה זה, הוא חריג לכלל הקובע את אפסות החוזה לכל מקרה אחר.⁵²

אין צורך לומר שאין תוקף ל-*stipulatio* של *res extra commercium*: הקטע של גיוס (3,97) שהבאנו לעיל, ברור מאוד.⁵³ לפנינו מקרה של נבצרות משפטית של אובייקט החוזה.

3. אחריות בכריתת החוזה

לאור נתונים אלה נבדוק את מידת האחריות שהמשפט הרומי מייחס לצד שביודעין, או שלא ביודעין, גרם לאפסות החוזה. בשנת 1881 יצר המלומד הגרמני יהרינג את התיאוריה של *culpa in contrahendo* (אשמה בעשיית החוזה).⁵⁴

אם נוצר חוזה ללא תוקף ועל אחד הצדדים היה לדעת על כך, או שהיה עליו למנוע את אי-תקפות החוזה, הצד שכנגד רשאי לדרוש את פיצוי הנזק שנגרם לו על-ידי אי-יצירת החוזה. זאת עד גבול האינטרס השלילי.⁵⁵

מספר דברים אופייניים לאחריות בכריתת החוזה:

1. מדובר באחריות חוזית והתביעות הנובעות ממנה הן חוזיות. האדם הבא בדברים עם חברו כדי ליצור חוזה, נכנס על-ידי כך לתחום החוזי וחובותיו יהיו פוזיטיביות ולא רק שליליות, בניגוד לתחום הלא-חוזי (לא לפגוע בבעלות של... לא להפריע את השעבוד של...).

2. מדובר כאן על אחריות לרשלנות. הצד הבא ליצור יחס חוזי חייב לבדוק היטב אם אמנם קיימים התנאים הדרושים ליצירת חוזה, או שעליו ליצור אותם ככל שזה תלוי בו. בהקשר זה העדיף יהרינג לדבר על אשמה בהתקשרות החוזית (*culpa in contrahendo*).

52 מעניין גם המקרה של קניית נכס השייך בין כה וכה לקונה (*sua res*): בעוד שדיג' 18.1.16 רישא קובע שהיא איננה בעלת תוקף (*suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi*), נקבע בקטע אחר כי המכר יכול להיות בעל תוקף אם הצדדים רצו להעביר לקונה את ה-*possessio* על הנכס, (דיג' 18.1.34.4). נגד Perozzi הסובר כי לפנינו כלל ביוזוני (*Istituzioni*, 2, עמ' 275 הערה 1) ראה אראנג'ורואיץ הדוגל, בצדק לפי דעתי, בקלסיות הכלל. ר' גם דיג' 18.1.61. הסבר מיוחד נותן יהרינג: *Esprit du Droit Romain*, IV עמ' 64 ואילך.

53 ר' דה זולוטה: *The Institutes of Gaius*, 1953, חלק II, עמ' 158 ואילך.

54 ר' גם את הקיצורים של וצ' II ושטיין.

55 קוראים בשם "אינטרס שלילי" (*interesse negativo; negatives Vertragsinteresse*) את העניין של אחד הצדדים לא להתחיל בניהול משא ומתן שיגרום להפסד זמן ולהוצאות, ולמניעת רווחים אחרים, (*id quod interest contractum initum non fuisse; quod interfuit emptoris*).
(*ne deciperetur*)

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

כדי שתוטל אחריות על רשלנות בהתקשרות נדרש כי אפסות החוזה תנבע בין היתר מ" :

- א. נבצרות משפטית של אובייקט החיוב. הדוגמאות הניתנות על-ידי ירינג הן מכירת אדם בן חורין או נכס *extra commercium* ;
- ב. נבצרות פיסיית של אובייקט החיוב. לדוגמה: מכירת ירושה או זכות שאינה קיימת.

התיאוריה של ירינג השפיעה במידה ניכרת על המשפט הגרמני בפרט⁵⁶ ועל המשפט הקונטיננטלי בכלל; וכיום קובעים מספר קודקסים מפורשות את האחריות בשעת קשירת החוזה⁵⁷.

ההיסטוריון של המשפט אינו קרוא לפסוק אם תיאוריה טובה היא אם לאו. עליו לבדוק אם התיאוריה מתאימה למקורות. בכל זאת ניתן לומר ללא ספק כי ירינג הבין היטב את רוחו של המשפט הרומי⁵⁸ וגם כיום מחקר רציני על אחריות *in contrahendo* אינו יכול להתעלם מדעתו.

מבדיקת המקורות ניתן להסיק:

1. קיימת במשפט הרומי אחריות בקשירת החוזה ואחריות זו נחשבת עצמה כחוזית. מספיקה העובדה שהמשפטנים מכירים במקרים אלו בתביעה חוזית! לפי ירינג השלמת החוזה גורמת לחיוב הביצוע או, אם דבר זה אינו ניתן, לתשלום הפיצוי. הביטוי "אפסות החוזה" מציין את מניעת התוצאות הרגילות של החוזה, אך לא של כל תוצאה שהיא⁵⁹.

2. ראינו כי מכירת אדם בן חורין או *res extra commercium* היא בעלת תוקף כשהקונה הסכים בתום לב לעיסקה. לכן לא ניתן לדבר במקרים אלה על אחריות בכריתת החוזה, שהיא נחשבת כטרומ-חוזית, אלא על אחריות חוזית. אפשר היה לדבר על אחריות בכריתת החוזה בקשר ל-*stipulatio* של נכסים אלו. אך על כך אין רמז במקורות.

גם כשמדובר על נבצרות פיסיית מבדילים בין חוזה מכר ו-*stipulatio*. בסיס ההבחנה שונה הפעם מזה שבמקרה הקודם: שם (*emptio-venditio*) הבדלנו בין אפשרות של *possessio* ונבצרות של *datio* (נתינה); כאן (*stipulatio*) ההבדל נובע משוני בסדרי הדיון. במקרה של חוזה מכר (*emptio-venditio*) מדובר על משפט *bonae fidei*, המבוסס על תום לב. המשפט של ה-*stipulatio* לעומת זאת מבוסס כולו על ה-*ius strictum*). לכן הצד אשר שתק בידועין ביחס לאי-קיומו הפיסי של אובייקט החוזה לא יהיה אחראי ב-*stipulatio*, אך יהיה אחראי ב-*emptio-venditio*. אחריות זאת מצטמק

56 במשפט האורחי הגרמני נשארת בסיסית הפעולה של *Enneccerus* שהשתתף גם בעבודות להכנת הקודקס האורחי הגרמני (B.G.B.): *Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, I, p. 190. note 2 ראה גם, *K. Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts*, München, I, 1965, pp. 64 sq.

57 על נקודה זו, ראה להלן.

58 אחד מהספרים המפורסמים ביותר של ירינג הוא: "Der Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung" (מהדורה שמינית, 3 כרכים, Leipzig, 1926-28), תרגום צרפתי: "L'Esprit de Droit Romain" (Paris, 1886-88).
59 ר' גם חצי II, וטרנטי: נקודה זו חשובה גם לגבי הדוגמטיקה של ימינו אנו.

צמת לגזק שנגרם בשל אי-מילוי החוזה (אינטרס שלילי). הדוגמאות במקורות הן אלה: מכירת נכס מוחשי, אשראי וירושה. מן האמור לעיל ניתן להסיק כי הכלל לפיו נבצרות האובייקט גורמת לאפסותו של החוזה (ולכן גם של חוזה המכר) בעינו עומד. בכל זאת תרמית המוכר, המנסה לעשוק את הקונה שאינו יודע, גוררת לא רק את החזרת הכסף שנלקח, אלא גם תביעה לפיצוי הגזק. לשם כך ניתן להפעיל את התביעה החוזית⁶⁰. במשפט הרומי הקלסי ניתן, איפוא, לדבר על *dolus* במקום על *culpa in con-trahendo*; אין עקרון כללי בדבר אחריות בכריתת החוזה; אחריות זאת נובעת מעקרון תום הלב (*bona fides*) שעליו מבוסס חוזה המכר. מקורותינו אינם אומרים אם ניתן להפעיל אותם הכללים גם לעסקות אחרות המבוססות על תום לב. גם בתחום זה לא חסרה, התערבותו של הפריטור (תביעות *ficticiae, in factum doli* אך אין זה המקום לדון בהן)⁶¹.

4. התיאוריה של הדרך והפרכתה; השלכותיה על המשפט המודרני

בדין על אחריות מקשירת החוזה במשפט הקלסי רצוי לזכור את נסיגו של הדרך. הוא סבור כי במשפט הקלסי ניתנה רק ה-*actio doli* נגד הצד שרצה לרמות את הצד השני. משפטני יוסטיניאנוס שירבבו את כל הטקסטים המזכירים את ה-*actio doli* ובמקומה הכניסו את התביעה החוזית, כדי להעניש הן על התרמית והן על הרשלנות בקשירת החוזה. אם מחד גיסא המשפטנים הביזנטיים הגנו יותר על הצד הנפגע, הרי מאידך גיסא החדוש אינו מוצלח מבחינה דוגמטית. הם מכירים בתביעה חוזית במקום שאין חוזה, בהיותו אפסי *licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur* ("הגם שהקניה אינה תופסת, בכל זאת מתדיין (הקונה) *ex empto* (מכוח המיקח) נגד המוכר").

הדרך רוצה למצוא הוכחה נוספת לטובת התיאוריה שלו גם בקטע של קיקרו, ב-*de officiis*: מסופר שם על אביר רומי, גיוס, שרצה לקנות וילה בסירקוזה, שבסיציליה, כדי להזמין ידידים ולהיות בשלום, רחוק מאנשים מטרידים. בנקאי אחד בסירקוזה, פיטיוס שמו, אמר לגיוס שאין לו וילות למכירה, אך הוא רוצה לקזמין לו וילה שלו ומבקש ממנו שירגיש כמו בביתו. הוא גם הזמין למחרת לארוחת ערב וגיוס גענה להזמנה. הבנקאי, שהיה מוכר היטב בעיר, קרא לכל דייגי הסביבה וביקש מהם שיבואו למחרת לדוג דווקא לפני הווילה שלו והדרך אותם. בשעה שנקבעה הגיע גיוס לביתו של פיטיוס. הסעודה היתה כיד המלך; לפני עיני הסועדים מספר גדול של ספינות דייג וכל דייג היה זורק את הדגים לרגלי פיטיוס. שאל גיוס מאין באים כל הדגים האלה, כל הספינות, ופיטיוס השיב: "מה הפלא? במקום זה נמצאת כל הדגה של סירקוזה, כאן באים כולם לקחת מים; הדייגים לא יכלו לחיות ללא וילה זאת". גיוס מתפתה ומבקש בכל לבו לקנות את הווילה. פיטיוס מסרב תחילה ומסכים לבסוף. גיוס קנה את החילה עם כל הריהוט והסכים לשלם את המחיר הדרוש; החוזה נשלם באופן חגיגי: *nomina facit, negotium conficit*. למחרת היום מזמין גיוס את ידידו. אין אף ספינה: הוא

60 וצ' II, עמ' 368 ואילך.

61 ר' על זה וצ' II, ברגר, עמ' 343 ועמ' 346. A. Watson: *Actio de dolo and actiones in factum*, צט"ש, 91, 1961, עמ' 392 ואילך.

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

שאל אם במקרה היה זה יום חופש לדייגים, אך מספרים לו שבדרך כלל לא רואים בסביבות אלו אף דייג, לכן התפלאו על מה שקרה ביום אתמול. גיוס היה מלא כעס "אך מה לעשות? עמיתי וידידי גיוס אקוילייס עוד לא הוציא את חוקיו נגד התרמית", (formula de dolo malo); עד כאן דברי קיקרו. הלדריק סובר, כפי שרמזנו, כי לפנינו ההוכחה החותכת שהתביעה היחידה למקרים אלה הייתה ה-actio doli; אחרת איך לא יכול היה גיוס למצוא איזו דרך אחרת כדי לפעול נגד הבנקאי הרמאי? אך לא כן הדבר; לפנינו מקרה של transcriptio a re in personam. על-ידי כך גיוס הופך לחייב של התחייבות פורמלית, חגיגית, שאינה תלויה יותר בסיבה לחוזה⁶². מכאן כי הפתרון היחיד היה יכול להיות לאפשר הגשת actio doli שמאפשרים, כידוע, רק באין סעד כלשהו אחר^{63, 64}. גם אנו מסכימים, כפי שהסברנו קודם, שאין ביסוס לתיאוריה של הלדריק, ומעניין לציין שאחד מתומכיו, פרופ' גרוסו⁶⁵, שוכנע לאחרונה בכך. אין אף טקסט התומך בנתינת actio doli בכל זאת הזכרנו תיאוריה זו בהרחבה. זאת לא רק עקב חשיבות תומכיה⁶⁶, אלא בעיקר בשל העובדה שגם היום נשמעות טענות דומות לאלו של הלדריק. "אם אין חוזה, אין אף אחריות חוזית". כך לדוגמה במשפט האיטלקי (שבו המלומדים הקדישו תשומת לב מיוחדת לבעיה) מקדיש החוק סעיף מיוחד ל"גיהול משאוֹמתן ואחריות טרם-חוזית", (קודקס אזרחי ס' 1337). רוב הסופרים סוברים כי מדובר על אחריות לא חוזית (גוזיקית או אקוילינית) וטענתם העיקרית היא שלפני קיום החוזה לא ניתן לדבר על אחריות חוזית⁶⁷. אך, מאידך, מספר מלומדים העירו, לפי דעתי

62 על nomina transcripticia ר' ברגר, עמ' 597; דאובה Novation of Obligations giving a Bonae Fidei Iudicium, צט"ש, 66, 1948, עמ' 91 ואילך (במיוחד 93 ואילך). ר' לאחרונה גרוסו: Spunti e riflessioni su Cic. Pro Q., Roscio Com. e sui Iudicia Legitima, 5.15 da Cicerone a Gaio e sull'origine dei Bonae Fidei Iudicia. (St. A. Segni, II, 483 ss.); Carcaterra: Intorno ai Bonae Fidei Iudicia, Napoli, 1964

63 עיין B. Albanese; 1937, G. Longo: Contributi alla dottrina del dolo, Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo, 1961, 28, עמ' 173 ואילך.

64 במקרים מסוג זה המשפט העברי פיתח את התיאוריה של גילוי הדעת ושל דברים שבלב. על גילוי הדעת, ר' אנציקלופדיה תלמודית, ו', פ"ו ואילך. גולאק: יסודי המשפט העברי I, 76 ואילך, המזכיר (הערה 2) גם את המשפט הרומי. על דברים שבלב: אנציקלופדיה תלמודית, ו', ק"ע, ואילך; גולאק: יסודי המשפט העברי, עמ' 76 ואילך; מ. זילברג, כך ררכו של תלמוד, ירושלים, תשכ"ד, עמ' 114-117. ר' גם פסק דינו של בית המשפט העליון לישראל, כרך ו', תשי"ב-תשי"ג: עמל בע"מ נ. יהושע שינדלר, ודברי זילברג, עמ' 714-717.

65 ר' המהדורה השנייה של ספרו של גרוסו (Obbligazioni) המצוטט על-ידי שטיין, והמהדורה השלישית (עמ' 61): "non resterebbe che pensare all'actio doli... e si può rilevare che il caso ben poteva rientrare nell'applicazione dell'actio doli... Ma tutto questo ragionamento postula un presupposto: che il giurista romano escludesse ogni spettanza dell'actio ex empto" doli: אפשר להעיר כי המקרה יכול להכנס בתחום תחולה של actio doli... אולם כל הגירסא הזאת מבוססת על הנחה מוקדמת, והיא כי המשפטן הרומי היה שולל כל שייכות ל-"actio ex empto".

66 בעקבות הלדריק ר' גם בין היתר אלברטאריו, סיבר, ובתקופה מסוימת, גרוסו. Messineo: Teoria dell'errore ostativo, Roma, 1915, pp. 298 sqq.; Rubino: La 67

בצדק, כי מדובר באחריות חוזית. היחס, אמנם נקרא "טרומ-חוזי", אך הוא למעשה חוזי. ממנו נובעת התחייבות הצדדים להודיע, התחייבות התלויה בטבע החוזי של ההתנהגות. קם כאן *dovere preconstituito* המצביע על הטבע החוזי של האחריות. אין כאן המקום לדון בכל הנימוקים האחרים שלפי דעתי מצדיקים את התיאוריה.⁶⁸ רצוי רק לציין שההבדל בגישה הדוגמטית מהוה גם הבדל בתוצאות המשפטיות, שהחשובה בהן היא בתחום דיני הראיות (*onus probandi*). לא חוסר אפשרויות או העדר כלים מתאימים במשפט הרומי הקלטי גרם לשימוש בתביעה חוזית, אלא החלטה ברורה של המשפטנים שראו לא רק את היתרונות המעיישם אלא אף את ההצדקה הדוגמטית של הפתרון. דבר זה מסביר את מידת השפעתו של המשפט הרומי על המשפט המודרני גם בתחום זה.⁶⁹

אפשרות של אי ביצוע החיוב

לעומת הנבצרות קיימת ההכרחיות, דהיינו אי-האפשרות שלא לבצע. אם אין אפשרות שלא למלא את החיוב, אין בסיס להתחייבות. אין התחייבות לבצע דבר שכבר צריך להתבצע. הצורך באלמנט זה של ההתחייבות הורגש לראשונה על-ידי המלומד

fattispecie preliminare, pp. 1314 sqq; Messineo: *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 79; Mirabelli: *Dei Contratti in generale*, Milano 1958; Sacco: *Culpa in contrahendo ed errore inexcusabile*, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, 1948, p. 69; Sacco: *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana culpa in eligendo e apparenze*, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1951, p. 287; Osti: *Novissimo Digesto Italiano*, s.v. "contratto"; Torrente, *Manuale di Diritto privato*, Milano, 1968, p. 452.

Messineo: *Il contratto in genere*, Milano, 1968, "Senonchè, una **עמ' 360** ואילך, **68** recente indagine ha dimostrato che, in realtà, si tratta di responsabilità contrattuale (quindi, nè aquiliana, nè, a rigore, precontrattuale)...ma, anche, perché il rapporto (sebbene detto precontrattuale) è contrattuale, in quanto impone doveri di comunicazione e di informazione, i quali dipendono dalla natura contrattuale del comportamento della parte in mala fede (oggettiva); vi ha un dovere precostituito, il quale è indizio sicuro della natura contrattuale della responsabilità. Un dovere contrattuale e la sua inosservanza sono, dunque, alla base della responsabilità in discorso (**עמ' 365**).

"אולם מחקר חדש הוכיח כי למעשה המדובר הוא באחריות חוזית (לכן לא אקוילינית, ולא באופן דווקני, טרום-חוזית... גם משום שהיחס, גם אם הוא מכונה טרום-חוזי, הוא חוזי במידה והוא מטיל חובות של גילוי אינפורמציה, (חובות) הנובעים מהאופי החוזי של התנהגות של המתקשר הפועל בחוסר תום לם (אוביקטיבית); קיימת חובה מוקדמת, המצביעה באופן ברור על הטיב החוזי של האחריות. מכאן כי ביסוד האחריות הנדונה, מצויה הפרה של חובה חוזית". באותו כיוון, כבר: Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1956, 365; Messineo: *Contratto*, *Enciclopedia del diritto*, 9,847 הצרפתי ר': C. Marty & Roubier: *La responsabilité précontractuelle*, Lyon, 1911; P. Raynaud, *Droit civil. I, II, Les obligations*, Paris, 1962, **עמ' 194** ואילך. על הטקסט הסקוטי, ר' שטיין.

69 בקשר לאחריות בכריתת חוזה במשפט העברי, ר' גולאק: *יסודי המשפט העברי*, א', **עמ' 119**—**130**, ב', **עמ' 153**.

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

Allara בספרו הכללי על המשפט הפרטי⁷⁰ ונתקבל, בין חוקרי המשפט הרומי, על-ידי גרוסו⁷¹. ואמנם מוצאים אנו בדיג' 21.2.31 רמו לכך; אם פלוני מבטיח להימנע מפעולה בלתי אפשרית, אין כל התחייבות (frustra est); אין התחייבות אם אני מתחייב לא לנגוע בשמים באצבע או לא למסור סוס מעופף, או לא לערוך stipulatio על res extra commercium. נציין כי לעיתים לא הבדילו כראוי בין הנבצרות ואי-החוקיות של התנהגות מסויימת.

הכנסת דרישה נוספת לקיום החוזה במשפט הרומי, מראה לנו שלפעמים גם ההיסטוריונים של המשפט הרומי גיזקקים למשפט המודרני כדי להבין היטב את המקור-רות הרומיים. זו הוכחה נוספת כי המשפטן המודרני וההיסטוריון של המשפט זקוקים זה לזה וכי התרומה אינה חד סטריית^{72, 73}.

70 M. Allara: *Nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino 1953, מהדורה רביעית, 1953, עמ' 265 ואילך; *Corso delle obbligazioni*, 1938–39, עמ' 99 ואילך.

71 גרוסו, עמ' 91 ואילך.

72 רק לאחר שהמאמר נמסר לדפוס הגיע לידי הספר החדש של פרופ' וצ'י "Le Obbligazioni Romane, Milano, 1969". בספר זה דן המחבר בעמודים 125–170 בנושא שלנו (Presta-) "zione Possibile": במקרים מסויימים הוא מגיע למסקנות שונות מאלו שהבאתי במאמר זה ושהמחבר עצמו הגיע אליהן בעבר. לצערי לא אוכל לדון כאן על דעות אלו, אך נדמה לי שהפעם בניגוד לפעמים הקודמות, פרופ' וצ'י לא לקח בחשבון מספר מקורות חשובים מאוד. בעמ' 166–170 מביא בפנינו המחבר סקירה כללית של התיאוריות השונות על בעיה זו.

73 תודתי נתונה בזה למורי, פרופ' ראובן ירון, שקרא את מאמרי בעיון, והעירני הערות חשובות.

רשימת קיצורים של כתבי עת עיקריים

Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja."	ביד"ר
Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.	טר"ג
IURA. Rivista internazionale di diritto romano e antico.	יורה
Labeo. Rassegna di diritto romano.	לביו
Law Quarterly Review.	לק"ר
Studia et documenta historiae et iuris.	סודה"י
Pauly-Wissowa, Real-Encyclopädie.	פיון
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.	צטי"ש
Revue internationale des droits de l'antiquité.	ריד"א
Rivista italiana per le scienze giuridiche.	ריטי"ג

קיצורים וספרות המצוטטת בקיצור

1. Institutiones Iustiniani	.1 אינסט.
2. E. Albertario In tema di responsabilità in contrahendo (1926), Studi di diritto romano, Milano (1936), III, 368-372.	.2 אלברטאריו
3. V. Arangio-Ruiz La compravendita in diritto romano, Napoli (1956)	.3 ארנווירואיז
4. G. Beseler Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Tübingen (1910-11).	.4 בזלר
5. Betti	.5 בטי
6. B. Biondi La vendita di cose fuori di commercio (1934). Scritti Giuridici, Milano, (1965), III, 309-367	.6 ביונדי I
7. B. Biondi Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno (Sistemazione, Definizione, Requisiti), I, Scritti Messineo, 1959, pp. 12 sqq.	.7 ביונדי II
8. W. W. Buckland — A. McNair Roman Law and Common Law, Cambridge, 2° 1952.	.8 בקלנד I
9. W. W. Buckland Culpa and bona fides in the actio ex empto, Law Quarterly Review (1932), 217 ss.	.9 בקלנד II
10. A. Berger Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1953.	.10 ברגר
11. Gai Institutiones	.11 גיס
12. G. Grosso Obbligazioni. 3° (Torino, 1966).	.12 גרוסו

על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי

13. **Digesta Iustiniani** דיג' 13
14. **D. Daube** דאובה 14
15. **F. Haymann** היימן 15
Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache,
Vol. I, Berlin, 1912.
16. **K. Heldrich** הלדריך 16
Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht
und in der späteren Rechtsentwicklung. Leipziger Rechtswissenschaftliche
Studien, 1924.
17. **P. Voci** וצ'י I 17
L'errore nel diritto romano. Milano, 1937.
18. **P. Voci** וצ'י II 18
L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico.
Scritti Beatificazione Ferrini, Milano (1948), II, 361–383.
19. **F. De Zulueta** זולואטה דה 19
The Roman Law of Sale. 1945.
20. **R. Von Jhering** יהרינג 20
Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zu
Perfection gelangten Verträgen, Jahrbuch für die Dogmatik des Privat-
rechts, 4, (1861) 1–112, Gesammelte Aufsätze, I, Jena, 1881, 327, ss.
21. **G. Longo** לונגו ג' 21
Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli.
Studi Bonfante, III (1930), 365–386.
22. **M. Sargenti** סרגינטי 22
Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita.
Studi Arangio-Ruiz, II, 233–249.
23. **C. Fadda** פדה 23
Le res religiosae nel diritto romano. Atti della Reale Accademia di scienze
Moralì e Politiche di Napoli, (1900), 257 ss.
24. **C. Ferrini** פריני 24
Manuale di Pandette. 4°, Milano, 1953.
25. **De Visscher** דה וישר 25
26. **C. A. Cannata** קנטה 26
Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbliga-
zioni da 'stipulatio in dando'. "Studia et Documenta Historiae et Iuris"
32, 1966, 63–113.
27. **R. Reggi** רג'י 27
Liber homo bona fide serviens. Milano 1958.
28. **P. Stein** שטיין 28
Fault in the Formation of Contract in Roman and Scots Law.
Edinburgh, 1958.