

הקדמה

בימים שעברו היו העסקאות שקשרו בני אדם עסקאות שהסתיימו על-אתר. גם כשהיתה בהן התחשבות במה שיקרה בעתיד, או שבהערכת שווין נלקח בחשבון תזרים המשאבים העשוי לבוא בעתיד, כשהיו אלה התקשרויות ארוכות-טווח (כמו הסכמי עבודה, משכנתאות וכדומה) – גם בכל אלה עיצובן המשפטי של העסקאות היה כעסקאות שנגמרו על-אתר. להבטחות לעשות מעשה בעתיד לא נתן המשפט תוקף והוא לא אכף אותן. מובן, שעל ידי כך נוצר פער בין המציאות הכלכלית לבין המציאות המשפטית. כך, למשל, "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא (כלומר: להקנות על ידי הבטחה, בי"ל), כך היו עושים: קונני מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין, ואחר שחייב עצמו קונני מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך, או שיעשה כך, הרי החוב הזה מחול לו מעכשיו. ואם לא יהיה, או לא יעשה, הריני תובע בממון שחייב עצמו בו. ועל דרך זה היינו עושין בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומין להם" (רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יח). בעיני הצדדים היו העסקות העיקריות ההקנאה או שידוכין, אלא שאת אכיפתן אי-אפשר היה להבטיח ישירות. מן הבחינה המשפטית אלה לא נחשבו עסקות כלל. לפיכך נזקקו להתחייבות המיידית, שהיא בבחינת עסקה שעל-אתר, ועל-כן היא תקפה מן הבחינה המשפטית, אף שמן הבחינה הכלכלית היא לא היתה עיקר בעיני הצדדים, אלא שימשה כבטוחה בלבד.

לימים גברה נקודת-המבט הכלכלית, והמשפט החל לתת לעסקות אלה תוקף באופן ישיר ובלי להשתמש בדרכי עקיפין; לאחר שנבנה הבניין לא היה עוד צורך בפיגום. להבטחות ניתן תוקף, והאדם הפך להיות הערב לעצמו. על ידי שיעבוד העתיד התאפשר שימוש במשאבים העתידיים כנשוא לעסקות. עד כדי כך הפכה שיטה זו לנוהגת, עד שגם עסקות היכולות להחשב כעסקות שעל-אתר, ונחשבו כאלה דורות הרבה, החלו להיתפס כעסקות חוזיות, הכוללות בתוכן קיומה של הבטחה. כך במשפט הכללי.

במשפט העברי נותר הפער הזה על מכונו. אדרבה, הוא נראה רחב מן הפער שהיה בשיטות האחרות, משום שחכמים דווקא עודדו מאד קיומן של ההבטחות, אף שנמנעו בעקביות מלאוכפן, והיו להם טעמים חשובים לעשות כן. אכן, היו מן הראשונים שלשיטתם פער זה מצומצם יותר, כי הם קבעו שלסוג מסויים של הבטחות יש תוקף, אך עדיין אין בכך פתרון מלא לבעיה.

המשפט הנוהג במדינת-ישראל מכיר, כמובן, בתוקפם של חוזים, ואילו המשפט העברי איננו מעניק, כאמור, תוקף להבטחות. הפער בין השיטות אינו יכול

* הקדמה זו נכתבה ע"י פרופ' ברכיהו ליפשיץ, דיקן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

להצטמצם, הואיל והמשפט העברי אינו יכול להשוות עצמו באופן גורף למשפט המדינה, ובוודאי שלא יעשה כן באחד מן התחומים שבהם יש לו ייחוד מהותי, ואשר יהיה לו בו עניין רב לשמרו כמות שהוא תוך השקעת מאמץ רב בכך.

החיבור שבפנינו הוא תולדות השניות שבחיי-המשפט שבמדינת ישראל, שניות בה חיים מי שמחוייבים להלכה, מחד גיסא, אך שרויים בחיקה של שיטת המשפט הישראלי, מאידך גיסא. יש להעריך את המאמץ האינטלקטואלי הגדול שנעשה בחיבור זה כדי להגדיש את אי-הווייתור של המשפט העברי לטובת הנוחות שמספקת השיטה חוזית, הנוהגת בפועל במדינת-ישראל, יחד עם הניסיון המוצלח להשיג את מירב התוצאות שמבטיחה השיטה החוזית גם לפי שיטת ההלכה.

אכן, בסופו של דבר, עיקרו של ההסכם כאן הוא קבלה רחבה למדי של הדין הישראלי. ההנחה היא, שקבלה זו טובה בעיני ההלכה, וכי גם אם יידון הדבר לפני בורר המחוייב להלכה הוא יפסוק לפי דיני מדינת ישראל (סעיפים 16 ו-17 להסכם המופיע בנספח ג'). מתברר, והדבר מובן מטבעם של הדברים, שאין דרך לשלב את שיטת החיוב האובליגטורי עם שיטת הזכות הקניינית, והן מוציאות זו את זו. לפיכך, השנייה קמה רק אם הראשונה אין לה תוקף. כך גם באשר להצעתו של המחבר להקנאה בשיעורים (כדי להתגבר על איסור הריבית, היכול להיות כרוך בעיסקא) בלא רישום בלישכת רישום המקרקעין: היא תהיה תקפה על פי המשפט הישראלי כהתחייבות למכור, אך תוקפה לפי ההלכה מותנה בעמדתו של בית-הדין כלפי דיני הקניין של מדינת ישראל ותוקפם.

בין כך ובין כך עולה מנוסח ההסכם, שיש אפשרות לפעול על פי ההלכה גם בתחום שבו עוסקים דיני החוזים. הקושי הכרוך בכך הוא מבורך, משום שהוא מביא לתודעתם של המשתמשים בהסכם זה את עמדת ההלכה ואין הם עושים עוד את החוזה כלאחר-יד ומתוך הרגל. כך נעשית התודעה להלכה ערה ודרוכה.

על ניסוחה של ההלכה למעשה ראויים העושים במלאכה לכל הברכות, כדי שלא תהא הלכה דוממת דווקא בשטח התוסס של דיני הממונות, שבו יש כר נרחב לפעולתה ולפיתוחה.

פרופ' ברכיהו ליפשיץ

הפקולטה למשפטים

האוניברסיטה העברית בירושלים

