

מקח כפוי

1. משנה מסכת גיטין דף נ"ה ע"ב:
לא היה סיקריקון ביהודה בהרוגי מלחמה
(רש"י — "סיקריקון — עובד כוכבים רוצח, שנותן לו ישראל קרקע כפדיון נפשו
ואומר לו: שא קרקע זו ואל תמיתני")
"מהרוגי מלחמה ואילך — יש בה סיקריקון"
(רש"י: "הרוגי מלחמה — מלחמת טיטוס שהיתה בירושלים וביהודה")
מקשה הגמרא:
"השתא בהרוגי מלחמה לא היה בה סיקריקון, מהרוגי מלחמה ואילך יש בה
סיקריקון"
(כלומר, מטבע הדברים הוא, כי מעשי אלימות ושווד מתרחשים יותר בעת מלחמה
מאשר לאחריה) ומישבת הגמרא:
"אמר רב יהודה — לא דנו בה דין סיקריקון קאמר"
(דהיינו, תופעות אלימות — היו גם היו. ואולם, הדין לפיו המקח בטל, ומי שקנה מן
הגויים את הנכס האמור לא רכש מאומה, נקבע לכן ביחס לתקופה של "מהרוגי
מלחמה ואילך")
"דאמר רב אסי ג' גזירות גזרו" (הרומים — ו.א.): —
גזירא קמייתא — "כל דלא קטיל לקטלוהו" (כלומר, גוי שנתקל ביהודי ואינו הורגו
— מתחייב בנפשו)
"מציעתא — כל דקטיל לייטי ארבע זוזי" (כלומר, גוי ההורג יהודי, יתנו לו פרס
כספי. אין זו חובה להרוג, אך עדיין רואים זאת בעין יפה)
"בתרייתא — כל דקטיל ליקטלוהו" (כלומר, משנהרסה יהודה ודוכאה, הפכו
היהודים לנתינים רומים, וככאלו נקבע כי המתנכל להם — חייב מיתה, כדין כל
רוצח).
"הילכך, קמייתא ומציעתא כיון דקטלי — אגב אונסיה גמר ומקני".
(לאמור, בעת שתי הגזירות הראשונות, כשדם יהודים היה הפקר, וצל המוות ריחף על
ראשו של אותו יהודי שאיימו להרגו, הרי שהוא היקנה בלב שלם את קרקעו לשווד,

ושמא אף הודה בליבו, על כי שפר מזלו, וחייו לא ניטלו. כאשר קיים איום מוחשי ואמיתי על חייו של אדם, הוא מוכן איפא בלב שלם להקנות נכס — כדי להנצל. הדברים שונים כמוכן, כאשר האיום אינו גמור.

”בתרייתא אמרי — האידינא לישקיל, למחר תבענה ליה בדינא” (בעת שהשלטון תקין, חושב אותו אדם בליבו, כי משיוסר האיום, הוא יפנה בשעת הכושר הראשונה לרשויות וינסה לקבל חזרה את הקרקע. וממילא אין בכוונתו להקנות בלב שלם).

מסיבה זו נמצאת למד, כי כאשר מדובר באונס ממשי ואמיתי, הנגזל אכן מתכוון למכור את שדהו — המקח קיים, ומשום כך כאשר מכר הגוי את הקרקע לאחר, ודמיה עברו לבעלים הראשונים — יש בכך כדי ליצור קניין גמור. והשאלה הנשאלת היא, הכיצד? האם יתכן לומר כי מקום שבו המקח בוצע בכפייה, יש אכן גמירת דעת המועילה ליצירת קניין? והרי ברור כי בהעדר רצון מצד המוכר למכור אין מקח. האם “רצון” שהושג באיום מהווה רצון?

2. דיון בשאלה זו מצינו במסכת בבא בתרא דף מ"ז ע"ב: —

”אמר רב הונא, תלוהו וזבין זביניה זביני”

(רשב"ם: “מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר, וקיבל הדמים ואומר רוצה אני.” “זביניה זביני — ולא יוכל לחזור בו”).

”מאי טעמא? כל דמזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה זביני”.

(רשב"ם: רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו, שאדם מוכר, אי לאו דאניס ודחיק במעות, לא היה מזבין, ואפילו הכי הוה זביניה זביני בעל כרחו, ואפילו לא גמר ומקני, שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכים לו ומכרן, לדברים שאין צריכין לו, אלא כולהו קנה לוקח. והכי נמי, אע"ג דאניס מוכר, קנה לוקח, הואיל וקיבל דמים אע"ג דלא גמר ומקני” — ההדגשות הוספו).

כלומר, זוהי דרכו של מכר, שהבעלים נוקט בו ברוב המקרים, כתוצאה מאילוץ כלכלי, ואילו היו בידו דמים מספיקים — היה נמנע מלמכור. ואעפ"כ אם קיבל דמים — הוא מתרצה ומוכר. המניעים של המוכר אינם מובאים אף פעם בחשבון. ואין חילוק בין סוגי הממכר השונים, ואף מכר של נכס בעל ערך סנטימנטלי וכיו"ב, נחשב למכר — אם התכוונו ברצינות למכור אותו. הוא הדין אם כן, כאשר קיים אילוץ פיסי המכריח את הבעלים למכור. המניעים והשיקולים אינם נלקחים בחשבון. וכל שאנו בוחנים הוא: האם התכוון המוכר ברצינות למכור את הנכס.

וכאשר מאיימים באיום חמור על חייו של אדם, הוא אכן מוכן ברצינות למכור את הנכס, ועל כן — המכר חל.

3. דברים אלו נקבעו גם במסקנת הסוגיא ונלמדו מסברה: —

”סברה הוא, אגב אונסיה גמר ומקני”.

ומבאר הרשב"ם: “דמתוך יסורים גמר בליבו ומקני, הואיל ואיכא תרתי: יסורין ומתן מעות, דלא מפסיד מידי” (ההדגשה הוספה)

מדברים אלו עולה, כי אין סתירה בין הכפייה, לבין הרצינות של המוכר, ומחמת האונס

אדם מוכן למכור את הנכס במכירה גמורה שהוא מסכים לה ומבצע אותה באופן רציני ואמיתי.

ואולם מדברי הרשב"ם עולה, כי הכפיה בכל זאת פוגמת במידת מה ברצינות המוכר בכוונותיו למכור, ונחוץ גם מתן מעות, כדי שהמוכר יסכים למכירה.

הדברים מפורשים בתוספות שם, ד"ה "אמר רבא": —

"ודוקא מכר, אבל מתנה תליוהו ויהיב — לא הויא מתנה".

כלומר, בהעדר מעות — אין מקח כפוי נחשב למקח.

ונשאלת השאלה: אם קיימת גמירת דעת מצד המוכר להנצל מן הייסוריין ויהי מה, והוא מקנה את הנכס בלב שלם וברצינות, מהי הנפקות האם ניתנו לו מעות בתמורה למקח, אם לאו?

והרי לא המעות הן ששכנעו אותו למכור, אלא הכפיה הפיסית. מדוע קיים אם כן הבדל, בין מצב שבו לאחר מעשה נתן לו האנס פיצוי כספי, לבין מצב שבו לא עשה כן? מדוע נקבע אם כן כי "תליוהו וביין זביניה זביני" ואילו תליוהו ויהיב — לא הויא מתנה?"

4. שאלה זו, ויישוב בצידה מצינו בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן שקופ, על מסכת בבא בתרא סימן כז', באות ב': —

"דבפשוטו הוא קשה להבין, דנימא דבמתנה לא גמר ומקנה, והלא ודאי איכא אומדנא דנח לו להנצל מאונס מיתה ויסורים בשביל דבר שנותן... אלא נראה דבאמת חשיב התרצותו כרצון. והלא מתרצה ברצון מוחלט ליתן הדבר שכופין אותו עליו כדי להנצל מהייסורים?

אכן, התרצות כזו אינה חשובה כרצון מוחלט, דאם נח לו לסכול היזק קטן יותר, מהיזק גדול, אין זה נחשב לרצון, דמכל מקום ליבו דוי ומתאונן על הפסדו. וענין הרצון הוא שיהיה נחשב כדעתו שטוב הדבר לפניו באמת. אבל מה שנח לו נזק קטן מנזק גדול אין זה רצון גמור, דשניהם רעים לו. ומשום הכי, במתנה אף דניחא ליה, עדיין רעה והפסד לו שמפסיד חפצו בלא כל תשלום עליה, אבל במכירה שנותנים לו כל דמי החפץ, שאינו מפסיד כלום, אז אף שבלא הכפיה לא היה מתרצה למכור, מכל מקום עכשיו כדי להנצל מהאונס נחשב כרצון מוחלט דאינו מפסיד כלום".

5. כדי להבין את ההבחנה המוצעת ע"י ר' שמעון שקופ בין תליוהו וביין לבין תליוהו ויהיב, נשתמש במושכלות יסוד ידועים, לפיהם יש לאדם רצון תודעתי ורציה, שאינה בהכרח תודעתית, ועל פי רוב היא ייצרית. כך למשל אנשים רוצים לדעת, ומבינים בתודעתם כי כדי לדעת יש צורך ללמוד, ואולם, הרצון — התודעתי — ללמוד, אינו מתבטא תמיד גם ברציה, והפעילות היום יומית מושפעת גם מגורמים לא תודעתיים. לא תמיד מושפעת הרציה מן הרצון התודעתי, ולא הרי הרציה כהרי הרצון¹. בדרך

1. הבחנה זו מושרשת בתורתו של עמנואל קנט, המבחין בין רצון (Voluntas) לבין רציה (Arbitrium). הרציה היא שימוש מעשי ברצון. הרצון צומח מן התודעה. "מתוך תבונה טהורה אדם יודע, ומתוך תבונה שימושית הוא רוצה". ו"כשם שהרצון צומח מן התבונה, כך הרציה צומחת מן הרצון". אלא,

- כלל, הרציה משתקפת בעת מעשה, ברגע הפעולה. הרצון לעומת זאת, מתבהר דווקא ברגע שאחרי הפעולה, כאשר מתפזר ערפל הרגשות ובא לידי ביטוי מה שטוב בעיני אותו אדם, ורצוי בעיניו — באמת.
6. בהתאם למושכלות יסוד אלו תובן האבחנה המוצעת ע"י הרב שקופ כדלקמן: הכפיה יוצרת רציה להעביר את הנכס לרשות האנס. כאשר אדם נאלץ לבחור בין יסורין או מות לבין נכס מנכסיו — הוא מחליט באופן ברור ורציני להעדיף את חייו על פני הבעלות בנכס, והעברת הנכס נעשית מתוך רציה ברורה. בענין זה אין הבדל בין מכר לבין מתנה.
- ואולם, האם רציה זו גם משקפת רצון? האם ברגע שאחרי, כשתשכח עוצמת האיום וכאב היסורין, לא יהא ליבו של בעל הנכס דווי עליו? האם הוא אכן משלים עם מכירת הנכס או נתינתו, ורוצה בכך?
- כאן יש הבדל בין מכר לבין מתנה. במתנה מוצא עצמו הבעלים ברגע שאחרי, בלא נכס ובלא דמין. במקרה זה גם אם היתה רציה בעת הפעולה, לאור נסיבותיה, הרי שליבו דוי, וברגע שאחרי מתברר כי רצון אין כאן. בכדי שתהיה גמירות דעת לא די ברציה, ונחוץ גם רצון. ובלשון הרב שקופ: — "וענין הרצון הוא שיהיה נחשב בדעתו שטוב הדבר לפניו באמת". לעומת זאת, כאשר מדובר במכר, הרי שברגע שאחרי, מוצא עצמו הבעלים בלי נכס — אך עם דמיו. ואדם מוכן לעשות הרכה, ומתפייס באובדן — כשבסוף היום מעות מפצות אותו על כך. גם במקרה של שוד, שהבעלים ניסה למנעו בכל דרך, משפיעה הביטוח בפיצוי כספי מלא, לא יחפץ בדרך כלל הבעלים, כי תמצא הסחורה וכי חלף הפיצוי הכספי של חב' הביטוח הסחורה תוחזר. ומכאן כי ברגע שאחרי, עת שנובט הרצון האמיתי, הפיצוי הכספי מפיס את דעתו של הבעלים והוא משלים עם הקניית החפץ — ורוצה בכך. משום כך, במכר, להבדיל ממתנה, הרציה משקפת גם רצון והמקח קיים.
7. רעיון זה מאפשר לנו להבין גם את המושג המופלא של "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". הגמרא במסכת בבא בתרא, דף מח' ע"א, מביאה ברייתא לפיה מכיון שנח לו לאדם לשמוע לדברי חכמים, הרי שכאשר כופין אותו בית הדין ליתן גט, אין הדבר נחשב לגט כפוי ("גט המעושה") שהינו פסול. ההלכה היא כי לא ניתן לכפות אדם ליתן גט ויש צורך ברצונו. ובדין הוא כי "גט המעושה" (דהיינו גט שניתן בהעדר עשייה רצונית של הבעל) פסול, ואזי האישה נותרת אשת איש. נישואיה לאחרים הם בגדר איסור חמור, וילדיה מאחרים יהיו ממזרים. הדרך ל"התגבר" על דין מפורש זה, במקום שבו מן הדין שהבעל יתן גט (כגון בעל שהינו מוכה שחין, והאישה אינה

שלא תמיד הרצון מוביל לרציה, וכאן באה לידי ביטוי תורת המידות. יסודות אלו מצויים גם בהררי קודש, כגון פרקים ב' ו' ב"מסילת ישרים". לבחינת תורתו של קנט ראה: Kant Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785) עמנואל קנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (תרגום מ. שפט, ירושלים תרצ"ג).

יכולה לחיות במחיצתו — כתובות דף עז' ע"א) נמצאה באמצעות: "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". והדברים הם לפלא, האם אמירה זו מבטאת רצון? האם ע"י אמירת "רוצה אני" שהושגה בכפיה הוסר המכשול החמור של "גט המעושה"?

תוספות שם, בדיבור המתחיל "אילימא" מבהיר, כי על אף שלכאורה מתן גט דומה מבחינת מהותו למתנה כפויה, שהרי אין לנותן הגט כל תמורה, יש כאן רצון שכן "כל דבר שהוא מחויב לעשות הוא כמכר".

ולכאורה, אדרבה, ככל שהדברים נעשים מתוך חובה, שהביאה את בית הדין לנקוט באמצעי הכפיה, כן מתמעט עוד יותר הרצון העצמי לעשות פעולה זו. במה מקילה החובה שבדבר, מן הכפיה שקדמה לאמירת "רוצה אני"?

8. שאלה זו ויישובה מצינו ברמב"ם, הלכות גרושין פרק ב' הלכה כ': — "מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו, ולא רצה לגרש, בית הדין של ישראל בכל מקום ובכל זמן, מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר... ולמה לא בטל גט זה, שהרי הוא אנוס...?"

שאינן אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו, כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן, אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצווה, או לעשות עבירה, והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו, או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו, אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה: לפיכך, זה שאינו רוצה לגרש, מאחר שהוא רוצה להיות מישראל, רוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות, וייצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני — כבר גרש לרצונו".

והדברים קשים כגידים. האם אכן תשש יצרו הרע של אדם באמצעות מקל החובלים? אכן, ההתעקשות שלא ליתן גט, בנסיבות שמן הדין לתיתו ובניגוד לדעת בית הדין מלמדת כי בעל זה שבוי בדעות ובמידות שאינן מהוגנות. כנגד כך יש מה לעשות ושערי תשובה לא ננעלו. ואולם, כיצד ניתן לשנות דעות ותכונות אלו באמצעות כפיה ליתן גט?

ובכלל, פעולה שמדין תורה היא תקפה רק כשהיא נעשית באופן וולנטרי ומרצון הייתכן להכשירה כשהיא נעשית בלא שישונה המערך התודעתי של אותו אדם, ותוך אמירת "רוצה אני" שאינה משקפת רצון חופשי, ואשר הושגה בכפיה? הכך תותר אשת איש זו לעלמא?

9. ואולם, בהתאם להסברו האמור של הרב שקופ, כפי שפורט והובהר לעיל, ניתן להבהיר את הסברו של הרמב"ם לתמיהות האמורות. כאמור, יש רציה ויש רצון. ובמקום שבו יש כפיה — מושגת רציה. בכך אין הבדל בין מכר, מתנה, ומתן גט. דא עקע, שנחוצו רצון ולא דין ברציה. בענין זה מבהיר הרמב"ם כי מקום שבו מוטלת חובה מוסרית על אדם, הרי שהוא רוצה כל העת, בתוך תוכו, למלא את חיוביו אלו. רצון זה נובע מרצונו להיות בן-ישראל, המקובל בחברה והפועל על פי הנורמות המוסריות החלות עליה. במישור הרצון — לא היה קושי מעולם. דא עקא, שרצון זה היה תודעתי ולכלל רציה לא הגיע, כאשר הרציה היא לא תודעתי, והיצרים משפיעים

עליה אף יותר מן התודעה. יצרים אלו הם שחוללו נתק בין הרצון הקיים לבין הרצייה שהיא שנעדרה. משום כך מועילה כפיה בגט, ומועילה כפיה בכל דבר הנעשה מתוך קיום חובה מוסרית, שהרי הכפיה מועילה לחולל רציה, ורק רצון — אין להשיג באמצעי כפיה. מקום שבו יש רצון ורק הרציה נעדרת — מועילה הכפיה, ואכן, אם נפנה לבעל זה, ברגע שאחרי, משישקוט הסער הרגשי, נגלה כי הוא שלם עם מעשהו, וחש כי עשה את הדבר הנכון. נח לו כי כפוהו ליתן הגט ולקיים חובתו המוסרית. ומכאן כי רצון פעם בו — בלא כל קשר לכפיה. הכפיה חוללה בו רק — את הרציה. הגט ניתן איפא כשאמירת "רוצה אני" משקפת השלמה פנימית תודעתית עם הפעולה.

10. באור זה נתקל לכאורה בקושי, לאור סוגיית הגמרא, במסכת בבא בתרא דף מח' ע"ב: — "ואמר אמימר תליוה וקדיש — קידושיו קידושין".
ורשב"ם: "קיבלה קידושין (בכפיה — ו.א.) קידושה קידושין, דדמי לזביני שמוכרת עצמה לזה".

"מר בר רב אשי אמר, באשה ודאי קידושין לא הוו, הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עימו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושה מינה".
ורשב"ם: "במכר מודינא דהוו זבינא. אבל גבי אישה תקון רבנן דלא ליהוו קידושין, דהוא עשה שלא כהוגן שהכריחה, לפיכך נעשה עימו שלא כהוגן — שלא כדין, דאע"ג דמן התורה ליהוו קידושין, רבנן עקרינהו..") נמצאת למד, כי גם ביחס לקידושין נאמר הדין של "תליוהו וחבין זביניה זביני" והחולקים הסוברים כי הקידושין לא חלים נזקקים לשם כך לתקנת חכמים.
ונשאלת השאלה: האם גם אישה שאנסו אותה להתקדש לפלוני רוצה בכך ברגע שאחרי? האם היא מתפייסת ומתרצה בפרוטת הקידושין? כיצד מתיישבת סוגיא זו עם באורו של הרב שקופ, לפיו כדי שיחול מקת, אין זה מספיק להתרצות, ואם הלוי דוי אין קנין שכן "ענין הרצון הוא שיהיה נחשב בדעתו שטוב הדבר לפניו באמת". האמנם טוב הדבר לפני אישה זו באמת — להיות נשואה למי שהיא אינה חפצה בו כלל ועיקר ואשר אנס אותה להנשא לו?

11. ואולם דומה כי הבאור לכך מצוי בדברי הרשב"ם (שהובאו לעיל) בבא בתרא דף מז' ע"ב, דיבור המתחיל "דכל דמזבין איניש" המבאר: "שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכים לו ומכרן, לדברים שאין צריכין לו..."
לאמור, ביחס לדיני הקניינים נקבעו כללים אחידים לבחינת גמירות הדעת, ולא נעשית כל הבחנה בין נשוא הקניין. אם לא היה נעשה כן, הרי שהיינו צריכים להבחין בין נכסים בני ערך סנטימנטלי, ונכסים שאינם כאלו, וכיו"ב אין ספור הבחנות, שביקשו להמנע מהן וליצור כלל אחיד. ממילא משנקבע כלל אחיד לפיו "תליוהו וחבין זביניה זביני", הרי שגם כאשר נשוא הקנין — הינו האישה עצמה, אין מקום להבחנה, והמכר חל — לנוכח קיומה של גמירות דעת, בדרך כלל לגבי מכר שניתנת בו תמורה. מעתה מובן כי — כדי להוציא קידושי אישה מכלל זה, נזקקו איפא — לתקנת חכמים, לדעת מר בר רב אשי.

12. הבהרה זו מובילה אותנו לבחינת זוית נוספת של המקח הכפוי, הלא היא הסוגיה העוסקת ברכש כפוי.
- ראינו כי "תליוהו וזבין — זביניה זביני", ולעומת זאת "תליוהו ויהיב — לא הויא מתנה", והבהרנו את ההבדל בין השניים. מהו דינו של: רכש כפוי ("תליוהו וקני")? ומכיון שראינו כי אחד הוא דינם של המימכרים השונים — ואף קידושין בכלל זה, הרי ששאלה זו מתיחסת גם למקרה של "תליוהו וקדיש", דהיינו כשכפו על הבעל לקדש אישה.
13. ברמב"ם בהלכות אישות, פרק ד' הלכה א' נפסק: —
- "אין האישה מתקדשת אלא לרצונה, והמקדש אישה בעל כרחה אינה מקודשת, אבל, האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחה הרי זו מקודשת". ההבדל בין המקרה שבו כפו על הבעל לקדש, לבין המקרה שבו כפו על האישה להתקדש הובהר ב"מגיד משנה" שם: —
- "והטעם, דעד כאן לא אפקעינהו רבנן אלא כשנאנסה האישה מפני שאם היו הקדושין קידושין לא היתה יכולה להפקיע עצמה ממנו אלא ברצונו, אבל האיש הרי הוא יכול לגרשה בעל כרחה, והילכך הרי היא מקודשת". לאמור, באישה שאין ביכולתה להתגרש עפ"י רצונה, תיקנו חכמים כי הקידושין שנכפו עליה — לא יחולו. ואילו באיש שיכול לגרש מרצונו, לא נעשתה תקנת חכמים זו, ומשום כך נדון דין זה ככל שאר דיני הקנינים, ולדעת הרמב"ם "תליוהו וקני — מקחו מקח".
14. לעומת זאת בחידושי הרשב"א על מסכת קידושין דף ב' ע"ב מצינו: — "והאיש שאנסוהו לקדש, כתב הרמב"ם ז"ל קידושיו קידושין. והרב בכל העיטור ז"ל (מהדורת רמ"י ח"ב עמוד מא) כתב שאין קידושיו קידושין, דתלוהו וזבין אמרו, תלוהו וקני — לא אמרו. ונראין דברי הרמב"ם דאי אגב אונסיה גמר וזבין, כל שכן דגמר וקני". לאמור, הרשב"א מבאר כי מחלוקת הרמב"ם ובעל העיטור נעוצה בשאלה: האם תליוהו וקני — המקח קיים, אם לאו. לדעת הרמב"ם המקח קיים — ומשום כך קידושיו קידושין.
- לדעת העיטור — המקח לא קיים — ומשום כך קידושיו אינם קידושין.
15. והנה הרמ"א בהגהתו לשולחן ערוך חושן משפט סימן כ"ה סעיף י"ב פוסק כי על אף שתליוהו וזבין זביניה זביני: —
- "כל זה מיירי באנסוהו למכור, דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה, אבל אנסוהו לקנות, אינו קניין (בית יוסף בשם עיטור). דהיינו, הרמ"א פוסק כבעל העיטור, ולא כרמב"ם, וגורס כפי "תליוהו וקני" — לא קנה. בהתאם לכך היה צריך להיות הדין כי גם תליוהו וקדיש — אין קדושיו קידושין.
- דא עקא, שבשולחן ערוך אבן העזר סימן מ"ב, סעיף א' מובאת מחלוקת האם קידושין כפויים תופסים אם לאו, ומבאר החלקת מחוקק כי המחלוקת היא, האם תקנת חכמים לפיה מפקיעים קדושין אלו נוהגת רק לגבי כפית אישה להתקדש ולא כלפי כפית הבעל (כשיטת הרמב"ם), או שתקנת חכמים זו נוהגת ככלל בקדושין, בין שכפו את האישה ובין שכפו את האיש. ואולם, הרמ"א אינו פוסק חד משמעית כי, בין אם כן

נבין אם כך, הקידושין לא חלים, שכן תליהו וקני — לא קנה". והוא שותק בענין זה. הכיצד?

שאלה זו מוצאים אנו בחלקת מחוקק שם בסוף ס"ק (א'): —

"אני תמה מה שכתב הרב בהג"ה בחושן משפט סימן כ"ה סוף הסימן, אבל אנסוהו לקנות אינו קניין, והוא מדברי בעל העיטור, והדברים תמוהים דכאן משמע דאין חילוק בין קונה למקנה?"

כמו כן, שיטת הרמ"א לפיה "תליהו וקני — לא קנה" טעונה באור כשלעצמה, שהרי לכאורה במקח זה לא מוצא עצמו הקונה ברגע שאחרי כשהוא נטול כל, ויש בידו נכס — השווה כסף, ואשר ניתן בדרך כלל גם להמירו חזרה לכסף, ואם כן יש בידו במה להתפייס, והדברים מקבילים לכאורה למכר, ולא למתנה. מדוע אם כן פסק הרמ"א כי תליהו וקני — לא קנה?

16. האבני מילואים בסימן מ"ב ס"ק א', עוסק בסוגיה זו, ומציע יישוב לסתירה שמצינו בפסקיו של הרמ"א, וכדלקמן: —

"מיהו, לולי דברי הרשב"א נראה לענ"ד דאפילו נימא תליוה וקני לא קנה, היינו משום דלקנות בעי רצון טפי, וכל שבעל כרחו לא קנה, אבל קידושי אישה אינו קנין לגבי בעל דנימא דלא קנה וכמו שכתב הרשב"א פרק קמא דקידושין (דף ו') גבי המקדש בהנאת מלווה....

וכיון דאין גופה קנוי לבעל ואין בקידושין ככי אם שנאסרה על ידו לכל העולם, וכל כהאי גוונא אפי' ע"י אונס מהני... ומשום תליוה וקני לית ביה כיון דאין אישה בתורת קנין לגבי בעל...."

לאמור, על אף שתליוהו וקני — אין המקח חל, הרי שבקדושין יחול המקח, מכיון שבסתם מקח צריך רצון רב יותר לקנות מאשר למכור, ומשום כך "תליוהו וקני — לא קנה", אבל באישה הדבר שונה, שהרי לא מדובר ממש במקח, אלא ביחוד האישה לבעלה. ואיסור לכל העולם הנעשה באמצעות מעשה קנין, בלא שבפועל גופה היא קנוי לבעל, ובסוג כזה של קנין אין צורך ברצון רב יותר לקנות, ואין הבדל בין קניה לבין מכירה, מבחינת טיב גמירות הדעת הנחוצה.

17. והדברים תמוהים "אין יוצא ואין בא", מכמה וכמה בחינות:

א. מדוע נחוץ יותר רצון בקניה מאשר במכירה?

עד כה הנחנו כי אין הבדל בין סוגי המקח השונים, מבחינת גמירות הדעת הנדרשת בהן, ובחנו את מידת ההשלמה עם המעשה, לאור נסיבותיו. בכך מצאנו הבחנה בין מכר לבין מתנה. ואולם בניגוד לרשב"א, ההרי שבאבני מילואים מוצאים אנו כי בקניה נחוץ מלכתחילה יותר רצון מאשר במכר, ואף אם בקניה ובמכירה יש את אותה מידת רצון ורציה, רצון זה יעלה כדי גמירות דעת במכר, ולא יעלה כדי גמירות דעת בקניה. ונשאלת השאלה מהו ההגיון בכך?

ב. כמו כן, מה הנפקות של העובדה כי גוף האישה אינו קנוי לבעל? אם צריך גמירות דעת יתירה בקנין, כדי לקנות משהו, כמה משתנה דין זה, כאשר גוף האישה אינו נקנה לבעלה?

- ג. הרי ראינו לעיל, כי אין נפקות מהו נשוא הקניין, ויש זהות בין דיני הקנינים לבין הדין ביחס לקדושין כפויים, וכדי לחרוג מכך יש צורך בתקנת חכמים. אם אין תקנה זו נוהגת לגבי כפית הבעל לקדש, הרי שהדין הוא כי אין הבדל מבחינת גמירות הדעת בין תליוהו וקני לבין תליוהו וקדיש, כיצד מחלק איפא האבני מילואים בין השניים? בטרם שנפנה ליישב קושי זה, מן הראוי לשים אל לב לדין גוסף שנפסק בסוגיה זו.
18. בטור חושן משפט סימן ר"ה נפסק כדלקמן: "מי שאנסוהו למכור, ומכר וקיבל הדמים הרי זה מכר, בין במקרקעי ובין במטלטלין, דאגב אונסיה גמר ומקנה, אלא שהרב יונה חילק דבקרקע אפילו לא נתן לו כל שוויו, לפי שאין אונאה לקרקע, אבל מטלטלין, כיון שיש בו אונאה או כדי ביטול מקח, אין כאן תורת מקח..."
- לאמור, הטור מביא להלכה את שיטת ר' יונה, המחלק בנשואי המקח הכפוי ומבחיין בין מקרקעין למטלטלין. למטלטלין יש שווי שוק הנקבע ע"י היצע וביקוש כוללים, ומכיון שכך יש בהם דין "אונאה" והמקח בטל אם המוכר לא היה מודע למחיר השוק ומכר בפחות מאחוז מסוים (1/6) ממחיר זה. לעומת זאת בקרקע אין שווי שוק ושוויה הינו ענין סובייקטיבי יותר, וממילא אין בה דין של "אונאה". כתוצאה מכך מסיק הר' יונה כי בקרקע יכול המקח הכפוי להתקיים גם אם הדמים שניתנו ע"י הגזלן לבעלים נופלים משוויה של הקרקע ביותר מ-1/6, שהרי בניגוד למטלטלין, בקרקע אין דין אונאה.
19. והדברים תמוהים ביותר. דין אונאה נאמר ביחס למצב שבו היתה גמירות דעת למכור את הנכס, והשאלה היא האם גמירות דעת זו אינה נפקעת, כתוצאה מן הטעות שהתגלתה לאחר מכן בשווי העיסקה, ואשר לא היתה ידועה בעת ביצוע העיסקה. ואולם, ביחס למקח כפוי, הרי שהדברים ידועים כבר בעת ביצוע העיסקה. השאלה במקרה זה אינה האם נפקעת גמירת הדעת למכור, כתוצאה מגילוי הטעות. אלא האם נוצרה מלכתחילה גמירות דעת. מחמת ההשלמה עם הכפיה שאותה משיגים באמצעות התשלום. בנסיבות אלו, כדי ש"ברגע שאחרי" ישלים אדם עם המכר וירצה בו, עליו לקבל תמורה הוגנת, שתפיס את דעתו. אם מדובר בסכום שאינו עומד בשום יחס לשווי הנכס, הרי שאף אם אין דין אונאה בקרקעות ולא מפקיעים גמירת דעת כתוצאה מטעות בשווי, הרי שמכל מקום שאין אפשרות לומר כי הסכום הזעיר ששולם יצר גמירות דעת וכי הבעלים רוצה בדיעבד במקח. כשאין סכום הוגן שניתן להניח באמצעותו את דעת המוכר — כיצד נוצר מלכתחילה הרצון במקח כפוי? ודוק, בהעדר אונאה בקרקע חל לכאורה המקח לדברי הר' יונה אף אם הגזלן נטל קרקע בשווי רב ושלם עליה בשווה פרוטה. בהתאם להסברו של הרב שקופ, כיצד נומר ביחס למצב זה, כי קיים רצון וכי "נחשב דעתו שטוב הדבר לפניו באמת"? וכי יתכן לומר כי ברגע שאחרי רצה אדם באמת במקח שכזה, בו ניטל ממנו נכס יקר וניתנו לו בתמורה פרוטות אחדות?
- כמו כן יש לתמוה: אם התשלום הוא היוצר את המקח, ואת ההתרצות למכור, מהי הנפקות בין מקרקעין למטלטלין, במה שונה היא ההתרצות בזה מבוה?
20. כדי להבין סוגיה זו, מן הראוי להידרש למושכלות היסוד ביחס למרכיביו של המקח.

ב"חזון איש" חושן משפט סימן כ"ב, מוצאים אנו בשם אביו של החזון איש כדלקמן: —
 "כלל גדול יהיה לך בקנינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר
 לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא
 גומר בליבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בליבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן
 התורה או מחז"ל. ודוק היטב בזה והפוך בה, דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא
 כן".

לאמור, כל משמעותו של מעשה הקניין הינה להראות בעלות על הנכס. אדם הנוהג
 מנהג בעלים בנכס בנוכחות הבעלים הקודמים, יוצר באמצעות מעשה זה גמירות דעת
 להקנות את הנכס.

ובאמת, כל תכליתו של מעשה הקנין הדרוש כדי לחולל מקח, הינו ליצור גמירות
 דעת של הבעלים למכור. ואין במעשה הקנין דבר לבד מיצירת גמירות דעת של
 הבעלים למכור. משום כך, מקום שבו קיימת גמירות דעת אף בלא מעשה קנין (כגון
 ביחס לממון המובטח ע"י בני זוג במסגרת קידושיהן, אשר לגביו מצינו במסכת
 קידושין דף ט' ע"ב: "הן הן הדברים הנקנים באמירה") — אין צורך במעשה קנין כדי
 ליצור את המקח.²

21. ואולם, מסקנה זו של ה"חזון איש" אינה מקובלת על אחרונים רבים³ והיא נסתרת
 לכאורה מכמה וכמה סוגיות בש"ס. כך למשל מן הסוגיה במסכת בכורות דף י"ג ע"ב
 בו מובאת דעתו של ר' יוחנן (שגם נפסקה להלכה) לפיה: —
 "דבר תורה מעות קונות, משיכה לא אהני. "לעמיתך" (וכי תמכרו ממכר
 לעמיתך, ויקרא כ"ה — מא) — לעמיתך בכסף, לעובד כוכבים במשיכה. כלומר,
 קיימת גזירת הכתוב, לפיה עכו"ם קונה נכס רק במשיכה, וישראל קונה נכס זה רק
 באמצעות כסף.

2 וראה ש. אלבק, דיני ממונות בתלמוד (דברי תשל"ו) פרק שלישי, עמ' 114: "גמירות דעת בלבד בלי
 מעשה קנין גומרת את הקנין, ואילו מעשה בלי גמירות דעת אינו מועיל ואינו גומר את הקנין". לדבריו
 אין מעשה הקנין מסמל את גמירות דעת הצדדים, אלא עשייתו היא שגומרת את דעתם שלא יחזרו
 בהם". כמו כן ראה אברמסקי: דיני ממונות (הגדרת סוגיהם) (לונדון תרצ"ט) לעומת זאת ראה דעתו של
 ד"ר ש. ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, (מכון הרי פישל ירושלים, תשל"ז) עמ' 2, לפיה "גמירת
 הדעת אינה שלמה ומוגמרת בהסכמת הצדדים בלבד, אלא אם היא באה לידי גילוי נוסף ע"י פעולת
 הקנין. הקנין הוא חלק אינטגרלי של גמירות הדעת". בדומה לכך ראה: ש. פרידמן "הנאה וקנינים
 בתלמוד" דיני ישראל כרך ג' (תשל"ב) עמ' 115-145, ולעומתו ראה את גולאק, יסודי המשפט העברי,
 שער ראשון (דברי תשכ"ז) 56-85. וראה גישתו של פרופ' ס. דויטש המבדיל בין קנינים לבין התחייבות,
 כאשר בהתחייבות די ביסוד ההסכמה היא גמירת הדעת, בעוד שבקנינים יש צורך גם ביסוד פיזי (צורה)
 של "מעשה קנין" ראה: ס. דויטש, גמירת דעת בהתחייבויות במשפט העברי, דיני ישראל ג' (תשל"ב)
 207; ס. דויטש, גמירת דעת, שנתון המשפט העברי, כרך ו-ז (תשל"ט תשמ"א) 71.

3 כך למשל ב"מערכת הקנינים" לרב שמעון שקופ סימן ב' ד"ה "אבל אף להרשב"א", בכל הנוגע לקנין
 "מעכשיו ולאחר ל" הרב שקופ מבאר כי מעשה הקנין נדון כיחידה בפני עצמה, הפועלת את פועלה אף
 בטרם שיוחל תקפו של המקח. בסוגיה זו מוצאים אנו כי מעשה קנין יכול להסתיים אף לפני שנשוא
 הקנין הגיע לבעלות המוכר, וכאשר מעשה הקנין בודאי שלא שווה במנהג בעלות בנכס, ומשמעותו של
 מעשה קנין המתחיל לחול רק לאחר ל' יום, חורגת ממעשה היוצר גמירות דעת בלבד. ומאכן כי יש
 משמעות למעשה הקנין — כשלעצמו, כחלק מן המקח.

והנה, אם אין משמעות כלשהי למעשה הקנין כשלעצמו, לבד מיצירת גמירות דעת, מהי הנפקות בין ישראל לבין עכו"ם?
וכי שונים הם הנהגים בעולם העסקים והדרכים המקובלות בו בכל ענף וענף לשם יצירת גמירות דעת, בין מקרה שבו המוכר הוא יהודי לבין מקרה שבו המוכר הוא עכו"ם?

22. מגזירת כתוב זו, ומסוגיה זו ככלל עולה לכאורה בבירור, כי המקח מורכב משני גורמים נפרדים.

המרכיב האחד הוא: מעשה המקח.

ומרכיב השני הוא: גמירות הדעת.

באשר למעשה המקח יש נפקות אף מעבר לצורך ליצור גמירות דעת. ומשום כך גם במקום שבו נוצרה גמירות דעת, אם נעשתה פעולה שאינה עולה כדי מעשה קנין הראוי לאותו נכס ולאותו מקנה — לא נוצר מקח. גמירות הדעת אינה תחליף למעשה קנין ואלה שני גורמים נפרדים, המצטברים יחדיו ליצירת המקח. והצורך במעשה קנין הינו פרי גזירת הכתוב, ומשום כך יש הבדל בין ישראל לבין עכו"ם.

23. הבחנה זו בין גמירות הדעת, שאין בילתה לשם יצירת מקח, לבין מעשה קנין המהווה מרכיב נפרד הנחוץ כגורם בפני עצמו לשם יצירת המקח, ואשר בלעדיו לא יכון המקח גם במקום שבו יש גמירות דעת, עשויה לסייע בידינו להבין את משמעות דבריו של רבינו יונה בטור חושן משפט סימן כ"ה וכדלקמן:

רבינו יונה לא התייחס כלל ועיקר למישור גמירות הדעת. ביחס למישור זה, נאמנים אנו לביאורו של הגר"ש שקופ, לפיו נחוצים דמים בשיעור מספיק כדי שברגע שאחרי המקח הכפוי יוצר רצון לקיום המקח. מדברי רבינו יונה אין להסיק איפא את החידוש המופלג כי אף קרקע השווה הון רב אשר ניטלה בכפיה תוך תשלום של שווה פרוטה בגינה, נקנית לגזלן. אם אין שווי שדי בו כדי שהמוכר יתרצה ברגע שאחרי, אין רצון, ובהעדר גמירות דעת — אין מקח⁴

ואולם רבינו יונה מתייחס למישור השני של המקח — לפיו נחוץ מעשה קנין ולא די בגמירות דעת. משום כך, אף כאשר ניתנו דמים בשווי מספיק כדי שברגע שאחרי הבעלים יתפס וישלים עם המקח, כך שנוצר רצון וקיימת גמירות דעת, עדין אין לנו מעשה קנין. שהרי כדי לקנות את הנכס נחוצה פעולת הקניה של דמים — בערך מקביל לשווי הנכס ("כסף שיווי"), וכאשר אין תשלום מלא של דמים בשיעור השווי של הנכס, הרי שלכאורה אין כאן מעשה קנין ומשום כך המקח בטל. מקרה זה מתייחס איפא למצב שבו שולמו די דמים כדי ליצור גמירות דעת ברגע

4 ויושם אל לב, אף במקום שבו יש שווי שוק לנכס, ברור כי הבעלים רשאי למכור את הנכס בפחות משיעור אונאה — כאשר הוא מודע לשווי השוק, ומחליט מטעמיו הוא למכור בזול. הרצון אינו בהכרח תוצאה מתשלום דמים — בשווי השוק.

במקרה דנא התעורר הדין של אונאה רק ביחס לשאלה, האם במצב של מקח כפוי ניתן לומר כי היה מעשה קניין — אף כאשר לא ניתנו דמים בשווי השוק של הנכס. ואולם גמירות דעת והתפיסות בדמים — עשויה להתרחש אף בפחות מדמי אונאה.

שאחרי, אך הדמים ששולמו חורגים משיעור אונאה, ואם כן אין כאן די דמים ליצור מקח באמצעותם. ביחס לכך מבדיל רבינו יונה בין קרקע לבין מטלטלין, כאשר במטלטלין אכן הדמים הם דמי שיווי ואם ניתנו כספים בשיעור החורג מדין אונאה, אין מעשה קנין והמקח לא חל. לעומת זאת, בקרקע שבה אין דין אונאה, והדמים אינם "כסף שיווי" המקח קיים אף אם מעשה המקח נעשה באמצעות תשלום דמים החורגים משיעור אונאה.

24. הבהרה זו פותחת צוהר חדש להבנת פסקו של הרמ"א, המבחין בין "תליוהו וזבין" לבין "תליוהו וקני", ועם זאת מבחין בין "תליוהו וקני" לבין "תליוהו וקדיש" כאשר לכאורה השוני היחיד ביניהם הוא בנשוא המקח — דבר שאינו מהווה מרכיב היוצר שוני בסוגיא דנא. ואכן, מן הזווית של גמירות דעת, אין להבחין בין תליוהו וזבין לבין תליוהו וקני, וכמו כן אין מתחשבים בנשוא המקח. בכל המקרים הללו, יש בידינו תכנית אשר במסגרתה נוצר רצון ברגע שאחרי, ביחס לרוב נשואי המקח השונים. העובדה כי במקרה הספיציפי הנדון מדובר בקידושי אישה או בנכס סנטימנטלי, או בנכס שכפו על אדם לקנותו ואין אפשרות להמירו בנכס אחר או בשווה כסף, אינה יכולה לשנות מן הכלל הקבוע בענין זה בדיני הקניינים, שכן "לא נתנה תורה חילוק במקח וממכר" (וכלשון הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף מ"ז ע"ב).

25. ואולם במישור מעשה, הקניין, הרי שהמציאות עצמה גוזרת קיומו של הבדל מהותי ברור, וכדלקמן:

במכר כפוי, הגזלן נוטל בכפיה את הנכס, ואולם אח"כ כאשר הוא משלם לבעלים את דמי הנכס, הבעלים נוטל את הכסף ברצון גמור. במקרה זה יש בפנינו מעשה קנין רצוני, כאשר המקח נוצר באמצעות קבלת דמי הנכס. השאלה היחידה שהתעוררה היתה על כן במישור גמירות הדעת.

לעומת זאת, ברכש כפוי, הגזלן נוטל את הכסף מן הנגזל — בניגוד גמור לרצונו של הנגזל. ולאחר מכן הוא "מפצה" את הנגזל בכך שהוא נותן לו נכס מסוים — שאף בו אין הנגזל רוצה, שכן זהו נכס שאינו נחוץ לו ואינו רצוי בעיניו. במקרה זה, אין לנו ולוא פעולה אחת הנעשית כאקט רצוני של הנגזל ואשר באמצעותה נוכל לומר כי נעשה כאן מעשה קנין.

ביחס ל"תליוהו וקני" מתעורר על כן קושי, לא רק ביחס למישור גמירות הדעת, (שלגביו ניתן לומר כי ברגע שאחרי מצוי בידי "הקונה" נכס שהוא מתרצה בו והיוצר בליבו רצון וגמירת דעת), אלא גם ביחס למישור של קיום מעשה קנין.

משום כך, פוסק הרמ"א כי אף ש"תליוהו וזבין" זביניה זביני הרי שתליוהו וקני — לא הוי קנין — בהעדר מעשה קנין⁵.

5 הרמ"א פוסק בענין זה כבעל העיטור, ובניגוד לדעת הרמב"ם והרשב"א. אלו גורסים ככל הנראה כשיטת ה"חזון איש" לפיה אין במעשה הקנין דבר לבד מיצירת גמירות הדעת. ומשום כך, מכיון שבהקשר של גמירות הדעת אין לחלק בין סוגי התמורה שבידיו (כסף או נכס) "הרי שאין חילוק בין תליוהו וזבין ותליוהו וקני. כשני המקרים יש רצון ברגע שאחרי, היוצר גמירות דעת — וכך די, ואין צורך במעשה קנין כגורם בפני עצמו.

29. לעומת זאת, שונים הם לחלוטין פני הדברים ביחס לקידושי אישה. בקידושי אישה אין הפרוטה הניתנת לה מהוה כסף שווי, ולמעשה מדובר בייחוד של האישה לבעלה ואיסורה לכולי עלמא הנעשה בדרך של מעשה קנין. ואולם, ברור כי האישה אינה קנייה לבעלה וממילא הכסף הניתן לה אינו כסף שיווי. ומכיון שכן אין צורך במעשה קנין במוכנו הרגיל של מונח זה, ודי בגמירת הדעת. ודוק, הבעל שעליו כפו את קידושי האישה האמורה, גם אינו מתנגד למתן שווה הפרוטה, אלא — לעצם הקדושי. וממילא לא ניתן לומר כי הפרוטה נלקחה ממנו בכפיה, בדומה לתליוהו וקני וכי אין בפנינו מעשה קניין. משום כך, אף אם במישור גמירות הדעת אין לחלק בין מושאי הקניין השונים, הרי שבמקרה של קידושי אישה קיים הבדל מעשי במישור מעשה הקניין שבפנינו, הן ביחס למהותו והן ביחס לעצם קיומו בתליוהו וקדיש. מכיון שכך פוסק הרמ"א כי על אף שתליוהו וקני — אינו קניין בהעדר מעשה קנין רצוני, הרי שתליוהו וקדיש — מקודשת, באשר במקרה זה לא קיימת הבעיה האמורה⁶. בכך מתיישבת אמ-כן תמיהת ה"חלקת מחוקק" באבן העזר סימן מ"ב סעיף א' ס"ק (א) על שיטת הרמ"א⁷.

30. המורם מן האמור לעיל הינו כדלקמן: —

שניים הם מרכיבי המקח: המעשה וגמירות הדעת. כדי ליצור מקח צריך לפחות מעשה רצוני אחד, בשעת מעשה. לעומת זאת גמירת הדעת משקפת השלמה עם המקח. במישור גמירות הדעת קיים רצון, וקיימת רציה. הרציה היא החלק חושי והמעשי של הרצון, הפועל בשעת מעשה. הרצון לעומת זאת, הוא תודעתי, והוא בא לידי ביטוי דווקא ברגע שאחרי. להבחנות אלו השלכות רבות בסוגיית המקח הכפוי, וכדלקמן:

1. הכפיה מועילה ליצור יצירה חושית בשעת מעשה. בכך אין הבדל בין תליוהו וזבין לבין תליוהו ויהיב.

ואולם, כדי ליצור רצון — ברגע שאחרי, מן ההכרח שיהיה לנגזל במה להתפייס. אם הוא מקבל ממון — נוצר רצון ברגע שאחרי. ואם לאו — אין רצון. משום כך "תליוהו וזבין" — זביניה וזביניה, ותליוהו ויהיב — לא היו מתנה.

2. מקום שבו מוטלת על אדם חובה מוסרית, הרי שבמישור התודעתי ובתוך תוכו — מפעם הרצון כל העת, מכיון שאדם חפץ למלא את חובותיו המוסריים

6 עם זאת, קשה לומר כי זוהי אכן כוונת האבני מילואים עצמו, בסימן מ"ב ליישוב פסקיו של הרמ"א, שהרי האבני מילואים בסימן כ"ט ס"ק (ב) גורס כי אף כסף הקניין בקידושי אישה מהווה כסף שיווי (דבר מופלא שלעצמו). ואולם, דומה כי אף אם מדובר בכסף שיווי, מכיון שברור כי אין המדובר במעשה קנין ככל הקנינים, שהרי המעשה אינו פועל מקח, אלא מחיל דינים, יתכן לומר כי די בגמירות דעת אף שאין מעשה רצוני כלל. ושמה לכך מכוונים דברי האבני מילואים בסימן מ"ב בהתייחסו לרמ"א. כמו כן ראה בענין זה גם דברי הסמ"ע והט"ז המובאים ע"י האבני מילואים בסימן כ"ט.

7 וראה הסברו של הרב י. ז. גוסטמן "קונטרס שיעורים" סימן ג', הנוקט בגישה שונה לגמרי ומבאר את דברי הרמ"א בהתאם לשיטת המאירי בקידושין דף ב' ע"ב.

ולפעול עפ"י הנורמות המקובלות. ואולם, רצון תודעתי זה לא בא בכל מקרה לידי רציה חושית. במישור הרציה, להבדיל ממישור הרצון, מועילה הכפיה. משום כך כאשר יש מצווה לגרש, מועילה כפיית בית דין" עד שיאמר רוצה אני", שהרי הרצון לא נוצר באמצעי כפיה אלא היה קיים כל העת, והכפיה רק יצרה רציה שתהא זהה לרצון, תוך שהיא משחררת את האדם האמור מכבלים המונעים ממנו להביא את רצונו לידי רציה. משום כך מובן מדוע גט שניתן בנסיבות אלה אינו "גט המעושה".

3. במישור גמירות הדעת אין להבחין בין מושאי המקח השונים. ומשום כך תליוהו וזבין וזביניה וזביני — גם כשהנכס הינו בעל ערך סנטימנטלי. היציבות והאחידות מחייבים כי בכל מקום שבו פעל המקח בהתאם לתבנית מסוימת, חל הקנין. משום כך מובן כי כדי לקבוע כי בקדושי אישה שנעשו תוך כפייתה להתקדש, לא חל הכלל בדבר תליוהו וזבין, נחוצה תקנת חכמים.

4. המחלוקת האם תליוהו וקני חל המקח אם לאו, נובעת מן השאלה האם במקום שבו קיימת גמירות דעת ניתן לוותר כליל על פעולה רצונית שתעלה כדי מעשה קנין, אם לאו. אכן, במישור גמירות הדעת אין להבדיל בין תליוהו וזבין ותליוהו וקני, שהרי ברגע שאחרי מצוי בידי הנגזל חפץ או דמים שבהם יוכל להתפייס, ואנו לא מבחינים בין סוגי התמורה, כפי שאין מבחינים בין מושאי הקנין השונים. התבנית שבה נוצרת גמירות דעת — קיימת בשני המקרים, ואולם, בעוד שבתליוהו וזבין נעשתה פעולת קבלת המעות ע"י הנגזל — מרצון חופשי וגמור בשעת מעשה, הרי שבתליוהו וקני אין ולוא פעולה אחת בשעת מעשה, שנעשתה מרצון חופשי ובלא כפיה. מעשה קניין כגורם העומד בפני עצמו במקח — אין בנסיבות אלו. (משום כך גורס העיטור וכמותו פוסק הרמ"א, כי המקח לא חל בתליוהו וקני). הרמב"ם והרשב"א חולקים באשר לדעתם די בגמירות הדעת שנוצרה ברגע שאחרי. שיטה זו מובנת לפי הסברו של החזון-איש, כי אין במעשה הקנין אלא יצירת גמירת הדעת.

5. בהתאם לשיטת העיטור והרמ"א לפיה נחוץ מעשה קנין רצוני — מלבד גמירת הדעת שנוצרת ברגע שאחרי, מובנת היא גישתו של רבינו יונה המובא בטור, חושן משפט סימן כ"ה.

מקום שבו נחוצים דמים בשווי הנכס כדי ליצור באמצעותם מעשה קנין, הרי שאף אם ניתנו דמים בשיעור המספיק ליצור גמירת דעת ברגע שאחרי המקח הכפוי, הרי שהמקח לא יחול, מחמת פגם במעשה הקנין — אם ניתנו דמים בשיעור החורג מדין אונאה, זהו על כן הדין ביחס למקח כפוי במטלטלין. לעומת זאת במקרקעין שבהן אין דין אונאה, הטעם לכך הוא בהעדר שווי שוק לקרקע, אין למצוא חסרון במעשה הקנין מן הטעם שהוא חורג מכסף שיווי, וכל סכום מהווה כסף שיווי. משום כך, חל המקח אף שניתנו דמים בשיעור החורג מדין אונאה — ובלבד שמדובר בכספים בשיעור המספיק ליצור רצון ברגע שאחרי.

6. כאשר כופין את האישי לקדש, הרי שאף הרמ"א אינו חולק כי ה"מקח" קיים והקידושין חלו, וזאת בניגוד לגישתו ביחס לתליוהו וקני, וזאת מכיון שבקידושי אישה הכסף אינו מבטא את שווי האישה. ככלל, אין זה מעשה האמור ליצור מקח אלא מעשה המחיל דינים שונים. במקרה שכזה לא חלים הכללים המחייבים לשיטת הרמ"א מעשה קניין כגורם העומד בפני עצמו, וכפעולה רצונית החייבת להתקיים בשעת המקח. ממילא, אין לפסול את המקח הכפוי מפאת החיסרון במעשה הקניין המתבטא בעת מתן הפרוטה לאישה. מה עוד, שאת הפרוטה מוכן המקדש ליתן אף מרצונו, וכל התנגדותו היא לתוצאות המעשה. דבר המעיד כי מדובר במעשה רצוני העולה כדי מעשה קניין וכל הגדון הוא: גמירות הדעת. וכיחס לגמירת הדעת הכלל הוא שאין להבדיל בין מושאי הקניין השונים, ונוצרת רציה ברגע שאחרי מקום שבו יש תמורה. זהו איפא ההבדל בין תליוהו וקני לבין תליוהו וקדיש, בהתאם לשיטת הרמ"א.

