

# עוד על הפרשה

עורך: אלישי בן-יצחק, ע"ד  
עורכת לשונית: עינב פלק

פרשת השבוע, תולדות, תשע"ה, גיליון מס' 2  
בהוצאת לשכת עורכי הדין בישראל

## "מכרה כיום את בכורתך לי" גמירת דעת במשפט העברי

אלישי בן-יצחק\*

במקורות המשפט העברי הגדרה למושג "גמירת דעת", ואפשר לעמוד עליו מתוך עיון ומחקר במקורות ראשונים ובדברי הפוסקים.<sup>7</sup> במשפט העברי דרים בכפיפה אחת גמירת הדעת והקניין, ובין שני אלו הקניין אינו אלא הצד המעשי והחיצוני של גמירת הדעת, שהיא הלך הרוח הפנימי של האדם.<sup>8</sup> כך משמיענו רבנו יונה גירונדי (המאה ה-13, ספרד), הקובע ש"כל עיקר קנין בא לגמור הדבר ולחזקו".<sup>9</sup> על עיקרון זה חזר ר' אברהם ישעיהו קרליץ, מגדולי הפוסקים במאה ה-20, בקביעתו זו:<sup>10</sup> "כלל גדול יהיה לך בקניינים דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו, ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו רק על ידי הקניינים במפורשים מהתורה או מחז"ל".

על חשיבותה של גמירת הדעת אנו מוצאים בדברי המשנה במסכת בבא בתרא:<sup>11</sup>

אדם, שעל פיו צריכה לבוא העברת איזה שווי של ממון מאחד לחבירו" (אשר גולאק **יסודות המשפט העברי** תורת החיוב 3 (תשכ"ז)). לשיטתו של פרופ' שלום אלבק, ממקורות התלמוד עולה כי יש הכרה בתוקפה של התחייבות חוזית, ובשאלה מדוע אין "חזקה" במשפט התלמודי סבור אלבק כי "המושג של חזקה נכלל בתוך מושג כולל יותר ומקיף יותר והוא מושג הקניין" (שלום אלבק **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** 186-187 (תשנ"ד)). לגישה שונה ראו ברכיהו ליפשיץ **עובד וקבלן – בין קנין לבין התחייבות** 24 (תשנ"ד); ברכיהו ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה" **משפטים** כה 161 (תשנ"ה). על דיני החוזים וההתחייבות ראו שילם ורהפטיג **דיני חוזים במשפט העברי** (תשל"ד); שלום אלבק **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** (תשנ"ד); איתמר ורהפטיג **התחייבות** (תשס"א).

<sup>7</sup> סיני דויטש "גמירת דעת בהתחייבויות במשפט העברי" **דיני ישראל** ג 207 (תשל"ב).

<sup>8</sup> ראו אברמסקי, הערה 5 לעיל (עמ' 10): "כל עיקרו של מעשה הקנין אינו אלא שהוא סימן חיצוני של אותה רצון פנימי. וביטוי וגמר דעת של המוכר והקונה הנותן והמקבל מהכח אל הפועל".

<sup>9</sup> עליות דרבינו יונה, בבא בתרא, דף מ, דב"ה "קנין בפני".

<sup>10</sup> החזון איש, חושן משפט, סימן כב.

<sup>11</sup> משנה, בבא בתרא ה, ו.

### אקדמות מילין

פרשתנו מתארת עסקת מכר בין יעקב לעשיו שעניינה זכות הבכורה ופרטיה הם העברת הבכורה מעשיו ליעקב.<sup>1</sup>

סוגיית מכירת הבכורה בכללה העסיקה רבות את פרשני המקרא, אך כאן אתמקד בשני פסוקים המופיעים בפרשה ומבטאים את עמדתו של עשיו על מכירת הבכורה. הראשון מופיע כחלק מהליך העסקה והוא "ויבז עשו את הבכורה"; אפשר ללמוד ממנו כי עשיו לא ייחס חשיבות לבכורה. הפסוק השני מופיע בהמשך, כשיעקב נוטל את ברכות יצחק במקום עשיו; כאן עשיו מגיב אחרת לעסקה באמרו "את בכורת לקח".<sup>2</sup> שני פסוקים אלו מובילים לדיון בנושא גמירת הדעת<sup>3</sup> וכוונת הצדדים כדרישה ליצירת חוזים.

### חשיבותה של גמירת הדעת

גמירת הדעת<sup>4</sup> היא דרישה מהותית<sup>5</sup> בדיני הקניין ובחוזי ההתחייבות<sup>6</sup> במשפט העברי. עם זאת אין

\*ע"ד אלישי בן-יצחק מוסמך במשפטים מהאוניברסיטה העברית, בעל משרד עורכי דין ומרצה מן החוג במרכז האקדמי שערי משפט.

<sup>1</sup> בראשית כה לא-לד.

<sup>2</sup> בראשית כז לו.

<sup>3</sup> על גמירת דעת במשפט העברי נכתב רבות. ראו למשל אשר גולאק **יסודי המשפט העברי** שער ראשון 55-85 (תשכ"ז); שלום אלבק **דיני הממונות בתלמוד** 112-178 (1983).

<sup>4</sup> את המושג "גמירת דעת" ששורשו הרעיוני במשפט העברי קשה לתרגם כראוי לשפה אחרת. ראו מנחם אלון **המשפט העברי** 1574 (תשמ"ח). הרב יוסף מראזין, הרוגוצ'ובי, זיהה במושג דעת שלושה סוגים: רוצה, מסכים, אינו מוחה (יוסף מראזין, המפענח צפונות, פרק יג, סימן ג).

<sup>5</sup> ראו את דבריו אלה של הרב אברמסקי: "כל ההלכות הסדורות בחושן משפט בדברים שבני אדם גומרים ביניהם מדעת עצמם והסכמתם ההדדית, אינן אלא ברור הכוונה והרצון של בעלי הריב על יסוד המשא ומתן המדבר ביניהם בגמר העניין. והדין מתבסס על הכרת החפץ של שני הצדדים בשעת החזקה" (יחזקאל אברמסקי **דיני ממונות הגדרת סוגיהם** 6 (תרצ"ט)).

<sup>6</sup> במקורות המשפט העברי לא נמצא המונח "חזקה", ותחתיו רווחת "התחייבות". אשר גולאק מגדיר את החיוב כך: "יחס משפטי בין בני

לשיטת הרמב"ם, תכליתו של הקניין בדיני החוזים היא לבטא את רצינות הצדדים בעסקה כדי שמי מהם לא יתכחש לקיומה. כלומר, הקניין אינו אלא ביטוי חיצוני לכוונתם הפנימית של הצדדים. באופן זה אפשר להוכיח גמירת דעת גם באמצעות כתב או בעדים,<sup>17</sup> בלא כל צורך במעשה קניין.<sup>18</sup> ייחודיותה של ההתחייבות החוזית טמונה ביכולת להוכיח, וקיומה אינו תלוי במעשה או ברשימה פורמלית כלשהם. פרופ' סיני דויטש למד שגמירת הדעת נבדקת בקריטריונים אובייקטיביים,<sup>19</sup> ולכן נדרשות הוכחות חיצוניות כדי להעיד על קיומה. לפיכך אפשר להוסיף למעשה הקניין מבחני משנה אחרים, כגון: טובת הנאה, כתב, חזקה בנכס, התחייבות פומבית ומנהג הסוחרים.<sup>20</sup>

### סוף דבר

הדרישה לגמירת דעת כתנאי לקיומו של חוזה אינה נחלת המשפט העברי ואוצרותיו; היא אומצה אל החוק הישראלי הדורש גמירת דעת מן המציע ומן הניצע בהצעה<sup>21</sup> ובקבלה.<sup>22</sup> כמו המשפט העברי גם החוק אינו מגדיר או מבאר את המושג "גמירת דעת". פרשנותו מסורה לבית המשפט, וזה גם מבקש לצקת תוכן ולתת פרשנות ללשון החוק.<sup>23</sup> פרשנות למונחים ששורשיהם במשפט העברי יכולה להתחיל דווקא במקורות מורשת ישראל והמשפט העברי, שאוצרותיו רבים מספור ועקרונותיו יש בהם כדי לשמש קרקע לפרשנות ולהרחבה למערכת המשפט הישראלית.

"ארבע מדות במוכרין מוכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו רעות ונמצאו יפות מוכר יכול לחזור בו רעות ונמצאו רעות יפות ונמצאו יפות אין אחד מהם יכול לחזור בו שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, שניהם יכולין לחזור בהן".

בעיקר עוסקת המשנה במקרים שהצדדים לעסקה התכוונו לדבר אחד אך בפועל קיבלו דבר אחר, ובלשונונו אנו – סוגיות אי התאמה. במקרים אלו קובעת המשנה כי אדם שלא גמר בדעתו להתחייב בעסקה, וזאת מטעמים שמקורם בטעות מהותית אובייקטיבית, עומדת לו הזכות לחזור בו. על תפקידו של הקניין במערכת החוזית ובדיני ההתחייבות פוסק הרמב"ם כך: "המקח אינו נקנה בדברים, ואפילו העידו עליהם עדים".<sup>12</sup> עם קביעה זו היה הרמב"ם ער למצבים שאינם צריכים קניין:<sup>13</sup> "יש דברים הרבה שאינם צריכים קניין ואין לקניין בהם טעם, כגון... עושה שליח, או המוסר מודעה, או המבטל מודעה, או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו, וכל כיוצא בדברים אלו. נהגו רוב המקומות להקנות למקצת אלו הדברים או כיוצא באלו, ואומרים וקנינו מפלוני שעשה פלוני שליח, או שמחל לפלוני חוב שיש לו אצלו, או שבטל המודעה שמסר על גט זה וכיוצא באלו, אף על פי שאינו צריך".<sup>14</sup>

מלשון הרמב"ם עולה שהדרישה העיקרית בהתחייבות היא גמירת דעת, ואין צורך במעשה קניין; במקרים אלו של התחייבויות אין אקט הקניין אלא בחינת מנהג שהתפשט ורווח בחיי המעשה והמסחר.<sup>15</sup> בהמשך עומד הרמב"ם על טיבו של הקניין בדיני החוזים וקובע כך:<sup>16</sup>

"קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום, אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר, לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרת לעשות דבר זה אין צריך דבר אחר כלל".

<sup>17</sup> ראו למשל משנה תורה, הלכות מכירה יא, טו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מ, סעיף א.

<sup>18</sup> דעה שונה משמיענו רבי ישעיה בן אליה די טראני, הרי"א ז' (ר') ישעיה אחרון ז"ל, המאה ה-12, איטליה). לשיטתו, אדם לא יכול לשכלל התחייבות ללא קניין. ראו שלטי הגיבורים, הרי"ף כתובות סא, א וכן שפתי כהן, חושן משפט, סימן מ, ס"ק ג.

<sup>19</sup> גולאק קובע את המבחן הסובייקטיבי לצורך בירור יסוד גמירת הדעת (הערה 6 לעיל, עמ' 102).

<sup>20</sup> סיני דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי" **שנתון המשפט העברי** ו-1, 71-95 (תשל"ט-תש"ם).

<sup>21</sup> סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; ובסעיף 165 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011.

<sup>22</sup> סעיף 5 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; ובסעיף 168 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011.

<sup>23</sup> על הקשר שבין המושג "גמירת דעת" למשפט העברי עמד השופט שמגר בע"א 440/75 **זנדבנק נגד דנצינגר**, פ"ד ל' (2), 262.

<sup>12</sup> משנה תורה, הלכות מכירה א, א. בדרך דומה פסק גם ר' יוסף קארו בספרו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפט, סעיף א.

<sup>13</sup> משנה תורה, הלכות מכירה ה, יא-יב.

<sup>14</sup> לדיון בחריגים ראו יצחק הלוי הרצוג **פסקים וכתבים** ט, חושן משפט, סימן קיא; זרח ורפהטיג "לתורת התמורה או העילה בחוזה העברי" **מחקרים במשפט העברי** 94-115 (תשמ"ה).

<sup>15</sup> ראו ה"ן על הרי"ף כתובות סא, א, דב"ה "והכא", הסבור שמעשה הקניין בהתחייבות נוהג אך משום שהיה הדרך השכיחה והמצויה שאומצה על ידי צדדים לעסקה.

<sup>16</sup> משנה תורה, הלכות מכירה ה, יג.