

מהותו של תנאי במשפט העברי*

א. השאלות הבסיסיות

1. קיומו של מקח מותנה אינו דבר מובן מאליה בעולמה של הלכה. זהו חידוש שחידשה התורה, והוא נלמד מן התנאי שהתנה משה עם בני גד ובני ראובן (במדבר, פרק לב' פסוקים כ'-כג'). ומכיוון שמדובר בחידוש הרי שאין לך בו אלא חידושו עד כי במסכת קידושין דף סא' ע"א מצאנו: "ר' מאיר אומר, כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי". כלומר, כל תנאי שאינו ערוך בדיוק במתכונת התנאי שערך משה עם בני גד ובני ראובן - אינו תופס, והמקח חל באופן בלתי מותנה.

2. בהתאם לכך מצינו במסכת כתובות דף ע"ד ע"א כי לא ניתן לערוך חליצה מותנית, מכיוון שחליצה לא ניתן לבצע ע"י שליח, ואילו התנאי בענין בני גד ובני ראובן התייחס למעשה שנעשה ע"י שליח. זהו הכלל הידוע "כ"מילתא דליתא בשליחות - ליתא בתנאי". הדברים מבוארים ברש"י שם, ד"ה "ע"י שליח" -
 "שהרי משה ציווה ליהושע לתת להם את הארץ, שהיה שלוחו של משה, ונתנה להם - אבל חליצה אי אפשר לקיימה ע"י שליח... הלכך לאו תנאה הוא לבטל החליצה".

נמצאנו למדים כי מכיוון שבתנאי בני גד ובני ראובן בוצע התנאי במעשה שניתן לעשותו ע"י שליח, הרי שכל מעשה שהינו שונה מן המקרה של בני גד ובני ראובן ואשר אין אפשרות לבצעו ע"י שליח - אינו נכלל בגדר גזירת הכתוב שממנה נלמדים דיני התנאים, וממילא אין אפשרות לעשותו באופן מותנה.

כלל זה ממחיש עד כמה מדובר בגזירת הכתוב, שחידשה את דיני התנאים, שהרי אין כל קשר סיבתי בין האפשרות לבצע פעולה ע"י שליח לבין האפשרות לבצעה באופן מותנה, ואלו שני נושאים שאינם תלויים זה בזה. ראייה לכך, שאין קשר סיבתי בין היכולת להתנות לבין היכולת למנות שליח, מצינו בקידושי ביאה, שאין כמובן כל אפשרות לבצען ע"י שליח, ובכל זאת ניתן להתנות עליהם, לנוכח קיומו של מקור להלכות תנאים

* פורסם ב"מג"ל", המכון הגבוה לתורה, אוניברסיטת בר-אילן, חוברת לשנת תשנ"ו.

גם ביחס לקידושי ביאה, מכח היקש בין מעשי הקדושין השונים ("אתקוש הוויות להדדי").

3. בהתאם לעקרון זה פוסק הרמב"ם בהלכות אישות פרק ו' הלכה ב', כי קיימים ארבעה כללים דווקניים, שבלעדיהם לא יסכון תנאי, שכן כללים אלו איפיינו את התנאי שנעשה ע"י בני גר ובני ראובן: "ואלו הן הארבעה דברים של כל תנאי: שיהיה תנאי כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד (מן הכללים), הרי התנאי בטל וכאילו אין שם תנאי כלל, אלא תהיה זו מקודשת או מגורשת ויתקיים המקח או המתנה מייד וכאילו לא התנה כלל, הואיל וחסר התנאי אחד מן הארבעה"¹. כלומר, מכיוון שעל התנאי להיות שווה בכל היבטיו למקרה של בני גר ובני ראובן שממנו נלמדים הלכות התנאים, הרי שאם הוא שונה במשהו ממתכונת התנאי האמורה, אין הוא תופס. בהתאם לכך, אם רוכש אדם נכס ומתנה מפורשות כי הוא רוכש אותו "אך ורק אם בבדיקה יימצא שהנכס חדש ותקין", אך בדבריו לא צויין הלאו - קרי האמירה כי אם הנכס יימצא משומש או לא תקין - לא יחול המקח, או מקום שבו יש פגם באלמנט אחר מארבעת הכללים שצויינו, הרי שהתנאי לא חל. ואולם, תוצאה זו היא לכאורה תמוהה ביותר, שכן אותו רוכש, שהתנה מפורשות כי אין ברצונו לרכוש נכס שאינו תקין, ייאלץ לרכוש את הנכס האמור ולשלם בגינו, על אף שהוא נמצא פגום ומשומש. היתכן?

4. ואכן, במקרה מעין זה המצוין בדוגמא האמורה, אין צורך בהלכות תנאים, ואף בלי החידוש של תנאי, לא יתקיים המקח מחמת הכלל של: מקח טעות. לאמור, אם הנכס אינו מסוג הנכסים שביקש הרוכש לקנות, אין גמירות דעת לקנותו. ואולם, אם כך הוא הדבר, הרי שנשאלת השאלה, לשם מה נחוץ לנו חידוש התורה כמקור להלכות תנאים, על כל הכללים הדווקניים הנובעים מכך, והרי כל מקח שאינו תואם לדעת הקונה אינו חל מכח הכלל בדבר "מקח טעות"?

1 הרמב"ם אינו כולל בדיני התנאים את הכלל לפיו "מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי", שהרי כלל זה מתייחס למעשים שעליהם לא חל התנאי, ואילו הרמב"ם מתייחס בהלכה זו לצורתו של התנאי עצמו. עם זאת, קיים קושי שרבים עומדים עליו, מדוע אין הרמב"ם פוסק בהלכות חליצה, כי אין אפשרות לבצעה באופן מותנה, מחמת הכלל ש"מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי".

אימתי בטל המעשה מחמת העדר גמירות דעת, ואימתי נאמר כי יש גמירות דעת - על אף אי קיום התנאי, והמקח יחול רק מכיוון שהתנאי לא עמד באחד מארבעת דיני התנאים המפורטים בפסקו של הרמב"ם?

5. שאלה זו יורדת לשורש הלכות מקח וממכר, שהרי בחזון איש, חושן משפט סימן כב' מצינו כי מהותו של מעשה קניין היא כדלקמן:-

"כלל גדול יהיה לך בקניינים, 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 הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה, והפוך בה וכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כך".

ואם כל מהותו של מעשה קניין הינה יצירת גמירת דעת לרכוש את הנכס, הרי שבמקום שבו נעשה מקח מותנה, הרי שבפנינו גמירות דעת מסוייגת, הקיימת רק ביחס להיכי תימצי מסויימת, ושאינה קיימת - כשהתנאי לא מתקיים.

מדוע נחוץ אפוא מקרא מפורש כדי ללמוד ממנו את הלכות תנאים, עד כי אין לך בו אלא חידושו וללא עמידה בכל דיני התנאים המקח קיים, על אף שהתנאי לא התקיים?

6. השאלה מתעצמת לנוכח קביעת הרמב"ם בהלכות אישות פרק ו' הלכה יז: "כל האומר מעכשיו אינו צריך לכפול תנאי ולא להקדים התנאי למעשה, אלא אע"פ שהקדים המעשה - תנאי קיים... וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו, ואינו צריך לכפול התנאי ולא להקדימו למעשה".

ההבחנה בין תנאי בלשון "אם" לבין תנאי בלשון "על מנת" מבוארת שם בהלכה טו:-

"המקדש על תנאי, כשיתקיים התנאי תהיה מקודשת משעה שנתקיים התנאי, לא משעה שנתקדשה. כיצד, האומר לאישה אם אתן לך מאתיים זוז בשנה זו, הרי את מקודשת לי בדינר זה, ואם לא אתן לך לא תהיי מקודשת, ונתן הדינר לידה בניסן ונתן לה המאתיים זוז שהתנה עימה באלול, הרי זו מקודשת מאלול. לפיכך, אם קידשה שני קודם שנתקיים התנאי של הראשון, הרי זו מקודשת לשני".

לעומת זאת, אם התנאי הוא בלשון "מעכשיו" או "על מנת" הרי שתחילת המקח היא מלמפרע - מעת עשיית מעשה הקניין.

מהלכה זו עולה לכאורה כי דחיית המועד לקיום המקח היא המחייבת בהקפדה על הלכות תנאים, ואילו אם המקח חל מלמפרע לאחר קיום

התנאי, אין עוד צורך שהתנאי ייערך במתכונת שנקבעה בתנאי של בני גד ובני ראובן. וכי יש מקור שונה ללמוד הימנו את דבר תחולתו של תנאי, שנוסח בלשון "על מנת"? לכאורה, מהי הנפקות אם לשון התנאי היא "אם" או "על מנת" ואם מועד תחולת המקח הוא מעת קיום התנאי או למפרע מעת עשיית מעשה המקח, הרי עצם המציאות של מקח מותנה נלמדת מתנאי בני גד ובני ראובן, ואין לך בו אלא חידוש, תהא לשון התנאי אשר תהיה?

ב. הסברו של הגר"ח

7. בחידושי הגאון ר' חיים הלוי סולובייצ'יק על מסכת יבמות, דף ק"ו ע"א מובהרות כמה וכמה משאלות יסוד אלו, בהתייחס לסוגיית חליצה שנעשתה בטעות, וזהו הסברו:-

"והביאור הוא דבתנאי דמעכשיו אין בו דין תנאי כלל, דהא לא אשכחן תנאי בלא דיני תנאים, ומשום הך טעמא דלא בעינן במעכשיו דיני התנאים והוא משום דלא דמי לתנאי בני גד ובני ראובן, משום הך טעמא גופא לא הווי מדין תנאים לגמרי, והא דמהני תנאי דמעכשיו צריך לומר דמדין גילוי דעת וטעות אתינן עלה ולא מדין תנאי, ולפי זה לא בעינן בתנאי דמעכשיו לטעמא דליחא בשליחות כיוון דלא משום תנאי הוא דמהני, אלא משום טעות, וכיוון דמדין טעות אתינן עלה ובחליצה הרי לא שייך שיתבטל ע"י טעות² דטעות אינו מבטל גוף המעשה אלא החלות, וכיוון דאת החלות בחליצה אינו עושה החולץ אין לחליצה להתבטל ע"י טעות".

8. לאמור, בתנאי של "מעכשיו" לא נחוצים הלכות תנאים, מכיוון שבמקרה זה המקח מתבטל כתוצאה מן הדין של "מקח טעות". הצורך בחידוש הכתוב בדבר האפשרות לעשות מקח מותנה, כשהתנאי

2 בענין זה ראה מגיד משנה על הרמב"ם בהלכות חליצה, פרק ד' הלכה כ"ד, המביא ירושלמי לפיו: -

"חלץ לה וטעה שע"י כך כונסה הרי זו חליצה מוטעית ופסולה, אבל אם חלץ לה וטעה שתהא מותרת לו להנשא ע"י חליצה, אין זו חליצה מוטעית. ומבאר ר' חיים באותו סימן: "והבאור הוא פשוט, דהיכא דנתכוון דע"י זה הוא כונסה הרי אינו מתכוון להתירה לשוק, אבל היכא דטעה וחשב שתהא מותרת להנשא לו הרי הוא מתכוון להתירה לשוק אף שלא ידע שיחד עם ההיתר לשוק הוא עושה איסור לעצמו וה לא שייך לכוונת חליצה".

עומד בארבעת הדרישות של דיני תנאים, קיים רק כאשר מדובר בתנאי שתכליתו לדחות את תחולתו של מעשה הקניין עד למועד שבו יתבררו תוצאות ההתנאה. החידוש שלשמו זקוקים אנו למקור התורני של "תנאי בני גר ובני ראובן" מתיחס אך ורק לתנאי בלשון "אם" שבו המקח חל רק ממועד קיום התנאי, ולא ממועד עשית מעשה הקניין.

מהות התנאי, להבדיל ממקח טעות, היא איפא: דחיית מועד תחולתו של המקח, והעברת הסיכון בדבר אי התרחשות התנאי מצד אחד להתקשרות של רעהו.

כאשר קיימת עובדה חיצונית להסכם, שעשויה להיות לה השפעה על התחייבות הצדדים, יכולים הצדדים לדחות את ההתקשרות ביניהם למועד מאוחר, שבו יתברר להם אם אכן התרחשה העובדה הגמורה ומה השפעתה על זכויות הצדדים וחובותיהם.

אולם, בדרך זו טמונים סיכונים וצפונה חוסר ודאות, לא רק לגבי התרחשות הארוע החיצוני, אלא גם לגבי מידת הנאמנות שהצדדים חבים זה לזה עוד לפני שנכרת ביניהם חוזה מחייב. בנסיבות כאלה, שבהן הצדדים מעוניינים להתקשר זה עם זה על אתר, אולם להתנות את ההתקשרות בהתרחשות חיצונית מאוחרת, נעשה מקח מותנה. על פי פתרון חדשני זה, קשורים הצדדים בהסכם מיידית, אולם חובותיהם וזכויותיהם מותנות בהתרחשות התנאי בעתיד. באמצעות המושג של מקח על תנאי מועבר הסיכון של אי התרחשות התנאי מצד אחד למישנהו.

משום כך, בתנאי של "על מנת" אין צורך בעמידה מדוקדקת במרכיבים של תנאי בני גר ובני ראובן, שהרי אם התנאי לא יתקיים, יתבטל המקח מדין "מקח טעות".

9. ואולם, אם מקח טעות ודיני התנאים הם מושגים חופפים, לכך מכך שתנאי גם דוחה את מועד חלות המקח, הרי שבמקום שבו התנאי אינו עומד בדרישות של דיני התנאים, הרי שדחיית המקח היא שנכשלה, אך הדין של מקח טעות נשאר, ואם כן מדוע פסק הרמב"ם כי במקרה שכזה המקח חל והתנאי בטל? מדוע אין המקח בטל כתוצאה מהדין של מקח טעות? בהכרח נמצאת למד, כי המקח המותנה שונה הוא מדין מקח טעות בדברים נוספים לכד מדחיית מועד תחילתו של המקח. אך אם כך הדבר, כיצד נסביר כי בתנאי בלשון "על מנת" אין צורך בדיני התנאים?

ג. הסברו של ר' עקיבא איגר

10. ר' עקיבא איגר בשו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא תנינה, סימן נ"א מבהיר את מהותו של תנאי, באופן שונה לחלוטין. לשיטתו, תנאי אינו יכול ליפול לגדר מקח טעות, שהרי התנייתו של מקח בארוע עתידי, משמעה כי בעת עשיית המקח – לא חלה טעות כלשהי. אכן, עושה המקח מצוי בהתלבטות ובחוסר ודאות מסויימים, אך אין לומר כי הוא עשה את מעשהו רק מחמת הנחה מוטעית. ארוע עתידי לא יכול להחשב לגורם של "מקח טעות". ויובהר, טעות היא פער הנוצר בין המצב כפי שמדמה אותו צד להסכם לבין המצב לאשורו. מעצם טיבה מתייחסת טעות למצב הקיים בהווה או בעבר, שכן כשמדובר בעובדות קיימות בהווה ובארועים שהתרחשו בעבר, ניתנת האמת להקבע בוודאות ויכול להיווצר פער בין סברתו המוטעית של הצד להסכם לבין המצב לאשורו.

פער כזה אינו יכול להיווצר באשר לעתיד, כי בעת עשיית ההסכם לא יכלה להתקיים כל ודאות לגביו. אמונה לגבי העתיד אינה בגדר טעות אלא תוחלת שנכזבה או תקווה שנתבדתה. משל למה הדבר דומה: לאדם הרוכש ניירות ערך מתוך אמונה ששערן של ניירות אלה יוסיף לעלות. מובן כי התבדותה של אמונה זו, איננה טעות במקח אלא ציפיה שנכזבה.³

משום כך רק "תנאי לשעבר", כלומר תנאי המתייחס לארוע שכבר ארע ואשר עושה המקח טעה ביחס לתוצאותיו, עשוי בהחלט להחשב ל"מקח טעות", אם מדובר בהנחה מוטעית שעל בסיסה נערך המקח. בהתאם לכך, בתנאי לשעבר, לא נחוצים לכאורה ארבע הדרישות הצורניות של דיני התנאים המפורטים ברמב"ם פרק ו' מהלכות אישות הלכה ב', ואף

3 לעומת זאת ראה תוספות במסכת בבא קמא דף ק" ע"ב, דיבור המתחיל "דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה". בסוגיה שם מובהר כי אישה שהתקדשה לבעל, והלה מת בלא בנים והיא נפלה ליבום בפני מוכה שחין, אין האישה זקוקה לחליצה "דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה". מקשה תוספות "ואם תאמר, אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה?" ומתרץ תוספות: "ויש לומר, דהתם (בכל מקח) לאו בלוקח לחוריה תליא מילתא, אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר אקני ליה אדעתא דהכי. אבל הכא בקידושין, ברדיה קיימא, והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש...". מכאן עולה לכאורה כי מקום בו תלוי המקח בצד אחד, מתבטל המקח מדין מקח טעות גם אם ארוע עתידי מגלה כי התנאי לא התקיים. בתוספות במסכת כתובות דף מז' ע"ב, דיבור המתחיל "שלא" משמע כי הוא הדין ביחס למי שמתנה על המקח והצד השני שותק.

בלעדיהן היה מן הדין כי המקח יתבטל אם לא התקיים התנאי מכח הדין של "מקח טעות".

ועם זאת, מצינו במשנה למלך, על הרמב"ם בהלכה האמורה, בפרק ו' מהלכות אישות, הלכה ב', כי גם בתנאי לשעבר (כגון "על מנת שאין לך מומין או נדרים") נחוצים כל ארבעת האלמנטים הצורניים של דיני התנאים. הכיצד?

מכאן מסיק ר' עקיבא איגר, כי גם הדין של "מקח טעות" אינו בגדר כלל עצמאי בדבר בטלותו של מקח, אלא הוא גופו נלמד מגזירת הכתוב של "תנאי בני גד ובני ראובן", שבו התחדש הדין של תנאי כעילה לביטול מקח.

11. ר' עקיבא איגר מבהיר אם כן כי "מקח טעות" אינו אלא ענף של הכלל האמור הנלמד מתנאי בני גד ובני ראובן, לפיו ניתן להתנות על המקח. המונח "מקח טעות" מבוסס על כן על ההנחה כי בכל מקח יש תנאי מובנה בגוף המקח – לפיו הוא יחול רק בתנאי שלא היתה כל טעות בהנחות היסוד ביחס לטיב הממכר.

ועם זאת, הכלל בדבר "מקח טעות" חל אף בלא שהתקיימו ארבעת הדרישות הצורניות של הלכות תנאים, בדבר תנאי כפול, הן קודם ללאו וכיו"ב, שכן כלל זה חל אף בלא כל אמירה, שכן הוא בגדר ההתניות הברורות מאליהן – עד כי אין כלל צורך לפרט. ומכיוון שאין צורך בביטוי התנאי האמור, והוא חל מאליה מכח אומדנא דמוכח בדבר דעתם של רוב בני האדם, הרי שאין גם הכרח לבטא את התנאי עפ"י הכללים שנקבעו לעניין זה בתנאי של בני גד ובני ראובן. ועל אף שבתנאי של בני גד ובני ראובן הדברים מפורשים היו, ופה הם נלמדים מאומדנא דמוכח, ההנחה היא כי כשאנו מייחסים לצד למקח כי על אף שלא אמר דבר, הוא התנה על המקח, הרי שאנו מייחסים לו התניה עפ"י כל דיני התנאים, המקיימת את כל ארבעת הדרישות הצורניות הנחוצות כדי ליתן תוקף לתנאי.

לעומת זאת, מקום שבו הדברים אינם ברורים מאליהם, הרי שאין המקרה נופל לגדר "מקח טעות" ויש לחזור אל הכלל הרחב של דיני התנאים הקיים בכל מקום שבו נחוץ לבטא תנאי בשפה מפורשת, שאז מן ההכרח לאומרו עפ"י כל הכללים שנקבעו לכך, והנובעים מן העובדה שתנאי הוא חידוש שנלמד מן המקרה של בני גד ובני ראובן, ועליו להיות זהה למה שהתחדש באותו מקרה ספציפי.

12. ודוק, לפי שיטתו של הגר"ח כל תנאי הוא מקח טעות, ועל כן נדרש חידוש התורה בענין זה רק ביחס לתנאי שנקטו בו בלשון "אם" וזאת כדי לרחות

את מועד תחולת המקח ממועד ביצוע מעשה הקניין למועד ביצוע התנאי. לגישתו, קיימת חפיפה מלאה בין תנאי לבין מקח טעות, מכיוון שכל תנאי הוא גם מקח טעות, והכלל בדבר בטלות המקח עקב טעות הוא מושכל יסודי, שאינו זקוק לחידוש ממקור בכתובים. לעומת זאת, לפי שיטת ר' עקיבא איגר, כל מקח טעות הוא תנאי מכלל קיימת אם כן גם לשיטתו חפיפה בין מקח טעות לבין תנאי, כאשר מקח טעות אינו אלא תנאי שאין צורך לפרטו באמירה מפורשת. עם זאת, לגישתו החפיפה אינה מלאה והמונח תנאי מתפרש גם על פני ארועים שאינם בגדר טעות, ואשר יש צורך לבטאם בבירור כדי שהמקח יהיה מותנה. לפי שיטת ר' עקיבא איגר, הכלל בדבר בטלות המקח עקב טעות אינו מושכל יסודי וגם הוא זקוק לחידוש ולמקור תורני, והוא אכן נלמד מתנאי בני גר ובני ראובן.

13. דברים אלו מצינו גם בחידושי הר"ן על מסכת גיטין דף מו' עמ' א': "ויש לומר, דכי בעינן תנאי גמור, הני מילי בדבר (בתנאי) שאפשר לקיימו או לבטלו, כתנאי בני גר ובני ראובן. אבל מגרש על דעת מה שעבר, בגילוי דעתא בלחוד מיפסיד". (וראה "אבני מילואים" סימן לח' אות ד').

14. גישתו של ר' עקיבא איגר היא אם כן, כי לא ניתן לבטל מקח גם מחמת "טעות" בסיסית, ונחוצו לשם כך חידוש התורה בהלכות תנאים, כשהדין של "מקח טעות" הוא אך יישום של הלכות התנאים, בלא צורך לפרט את התנאי בדיבור מפורש. והדברים תמוהים ביותר: מדוע נחוצה גזירת הכתוב כדי לחדש את הדין של מקח טעות? הכיצד יתכן, כי בלא חידוש התורה, היה המקח חל על אף שנשוא המקח התברר להיות שונה לחלוטין ממה שהרוכש ביקש לרכוש? והרי ברור כי במקרה של "מקח טעות" – אין גמירות דעת לקנות. מדוע נחוצו איפא גם במקרה זה החידוש התורני של "בני גר ובני ראובן" כדי לבטל את המקח?

15. גישותיהם של ר' עקיבא איגר והגר"ח הן איפא גישות קוטביות בשונותן זו מזו. ואולם, לפי שתי השיטות נדרש החידוש של הלכות תנאים גם בסיטואציה המוגדרת כ"מקח טעות". והשאלה הנשאלת היא: מדוע נחוצה גזירת הכתוב כדי ללמדנו שהמקח בטל, מקום שבו בפנינו טעות בסיסית השוללת את קיומה של גמירות דעת לבצע את המקח? והלא ברור הדבר כי בלא גמירות דעת אין קניין?

ד. הסברו של הגר"ש רוזובסקי

16. ר' שמואל רוזובסקי ("זכרון שמואל", סימן מ"ו) נוקט בגישת ביניים בין שתי הגישות הקוטביות האמורות של ר' עקיבא איגר והגר"ח סולובייצ'יק. לדירו של הגר"ש רוזובסקי, מקח טעות מתיחס אך ורק לטעות או מום בגוף המקח. אדם שרכש חפץ מסוג א' וקיבל חפץ מסוג ב' – טעה במקחו. לעומת זאת, אדם הרוכש חפץ מסוג א' וקיבל חפץ מסוג א' – אלא שהתנה כי המקח יחול רק אם יתברר שהנסיבות הן כאלו שחפץ שכזה נחוץ לו, ולבסוף התברר שחפץ שכזה אינו נחוץ לו, לא טעה בגוף המקח וממילא אין כאן מקח טעות. במקרה שכזה בפנינו גמירות דעת לקנות מימכר מסויים, ולא חל כל שינוי ביחס להנחות הקונה בדבר תכונותיו של המימכר. השינוי שחל, הוא בנסיבות חיצוניות בלבד, כגון כדאיות המקח. כדי שנסיבות אלו תוכלנה להפקיע את ההתקשרות צריך גזירת הכתוב, וממילא נחוצים ארבעת הדרישות הצורניות שנקבעו ביחס לתנאים, כתוצאה מהלימוד מתנאי בני גר ובני ראובן. זהו איפא ההבדל בין "מקח טעות" לבין "תנאי".

17. לפתחו של הגר"ש רוזובסקי הזדקרה השאלה, מדוע פסק המשנה למלך בהלכות אישות פרק ו' הלכה ב' כי יש צורך בארבעת הדרישות הצורניות של דיני התנאים ביחס למקרה שבו מתנה אדם עם אישה, כי הוא מקדשה "על מנת שאין בה מומים". והרי לכאורה מום גופני הוא פגם בגוף האישה, ובמקום שבו הפגם הוא בגוף המקח, בפנינו מקח טעות ואין צורך בחידוש של דיני התנאים?

על שאלה זו משיב הגר"ש רוזובסקי, כי אכן אלמלא התנה הבעל, תנאי מפורש כי לאישה לא ימצאו מומין, והיה מקדש באופן סתמי, היינו גורסים כי הקידושין פוקעים מאליהם ואינם ברי תוקף מלכתחילה, אם מתברר שלאישה יש מומין, וזאת מחמת הכלל של "מקח טעות". במקרה זה חלה טעות בהנחת היסוד של הבעל לגבי האישה שאותה ביקש לשאת. ואולם, דווקא מכיוון שהבעל מצא לנכון לציין כתנאי מפורש שהוא מקדש רק על דעת כן שלאישה אין כל מומין, הרי שהוא גילה דעתו כי יש לו מקום לספק בשאלה: האם נקיה האישה הנישאת לו מפגם מהותי זה.

בסיטואציה שכזו, לא ניתן לומר כי הוא מקדש את האישה כשהוא יוצא מנקודת הנחה ברורה לפיה אין לאישה זו כל מומין, עד כי נוכל לומר כי אם נמצא מום, הרי שהנחת היסוד התבדתה. מקום שבו אדם מוצא לנכון להתנות תנאי מפורש, אות הוא כי קיימים ספקות בליבו, וממילא לא ניתן לדבר על הנחות יסוד ברורות מאליהן שהתברר, וכדי לבטל את המקח –

נחוץ תנאי העומד בגדר דיני התנאים. לפי גישה זו, המונח "מקח טעות" מיוחד למקרה שבו הנחת היסוד של הרוכש היא בגדר דבר המוכן מאליו ולא בגדר דבר שיש לו ספק אם יארע, ואשר הוא רוצה לקוות כי אכן כך יהא. רצונו זה שלא לעשות את המקח, אם תתברר עובדה מסויימת, הוא לגיטימי, אך לכך נחוצים דיני התנאים וגזירת הכתוב.

18. ואולם, גם לפי הסבר זה של הגר"ש רוזובסקי נשאלת השאלה:

מדוע נחוצה גזירת הכתוב שממנה יילמדו דיני התנאים?

כשם שבטעות בגוף הדבר המהווה נשוא המקח אין צורך בגזירת הכתוב, והמקח בטל מחמת העדר גמירות דעת, כך היה מן הדין כי המקח יתבטל מחמת חוסר גמירות דעת גם במקרה שהקונה מתנה תנאי והתנאי לא קויים? והדברים תמוהים במיוחד, ביחס לאישה שהיתנו כי לא יהיו לה מומין, ונמצאה שיש לה מומים. כאן בפנינו מקרה מובהק, של פגם בגוף הדבר שהוא נשוא המקח הגורם לכאורה להעדר גמירות דעת לבצע מקח זה? גם אם מקבלים אנו את הסברו של הגר"ש רוזובסקי להבחנה שבין מקח טעות לתנאי, עדיין נחוצה לנו איפא הבהרה, מדוע נזקקים אנו לגזירת הכתוב כדי שניתן יהא לבצע מקח מותנה, ואין למדים דין זה מסברה, לפיה מקח שלא התקיים התנאי לתחולתו, בטל מחמת העדר גמירות דעת לבצע את הקניין?

ה. שיטת התוספות והרא"ש

19. בגמרא במסכת כתובות דף נו' ע"א מצאנו כי המתנה על מה שכתוב בתורה, התנאי בטל והמעשה קיים.

לכאורה, כאשר אדם עושה מקח או מקדש אישה, ומתנה תנאי מסוים למעשהו, הרי שבמקום שבו לא ניתן לבצע את התנאי – כגון כאשר זוהי התנאה על מה שכתוב בתורה, היה מן הדין כי המעשה יתבטל – בהעדר גמירות דעת.

מדוע נקבע איפא כי המעשה קיים והתנאי בטל, באופן שאותו אדם ימצא עצמו עם מקח שהוא אינו חפץ בו?

שאלה יסודית זו מצויה בתוספות, שם, בדיבור המתחיל "הרי זו מקודשת ותנאי בטל", המשיב על כך כדלקמן:-

ואומר ר"י, דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן הווא אמינא דשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף – המעשה קיים.

והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדווקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה, דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן, שלא היתנו על מה שכתוב בתורה".

לאמור, מעשה שנעשה - אין להשיבו - מקח על תנאי אינו מעשה מסוייג, אלא מעשה גמור עם תוצאות בלתי הדידות. חידוש התורה הוא כי אף על פי כן, עשוי התנאי לסכל את התוצאות של מעשה שכבר נעשה. ואולם, חידוש זה התחדש בתנאי של בני גד ובני ראובן ואין לך בו אלא חידושו. משום כך, תנאי הסוטה מן המתכונת שנקבעה בתנאי בני גד ובני ראובן, כגון תנאי הסותר למה שכתוב בתורה, אינו נכלל בחידוש האמור ואין בו כדי לסכל את תוצאותיו של מעשה שכבר נעשה.

20. כדי לרדת לשורשו ולהמשגתו של הסבר זה, נשתמש בדוגמא. הרמח"ל בספרו "מסילת ישרים" מציין בפרק ג' כי התשובה היא חסד שעשה הקב"ה עם ברואיו, לפנים משורת הדין, וחתירה שנחתרה תחת כסא הכבוד. וכל כך מדוע?

"כי הנה באמת איך יתקן האדם את אשר עיוות, והחטא כבר נעשה? הרי שרצח אדם את חבירו, הרי שנאף, איך יוכל לתקן הדבר הזה, היוכל להסיר המעשה העשוי מן המציאות? אמנם, מידת הרחמים היא הנותנת הפך השלושה דברים שזכרנו... שהתשובה תנתן לחוטאים בחסד גמור, שתחשב עקירת הרצון כעקירת המעשה".

הנה כי כן, נפש שניטלה אינה חוזרת, וממזר שנולד מן הערווה אינו מתפוגג, וחידוש יוצא דופן הוא, שניתן לעקור מעשה עשוי ע"י עקירת הרצון. באותה מידה, מעשה קידושין יוצר קידושין ואינו מתפוגג. אדם העושה מעשה קידושין יוצר תוצאות בלתי נמנעות. עד כדי כך, שאף בקידושי שחוק, כשיש שמץ חשש לגמירות דעת יש כבר צורך במתן גט. (לענין זה ראה בהרחבה: אוצר הפוסקים, אבן העזר סימן מב' סעיף א' אות ד').

אדם העושה מעשה קדושין - אינו יכול איפוא לחזור בו ממעשה שעשה, ורק גזירת הכתוב של הלכות תנאים, היא שהועילה לקבוע כי ע"י דיבור של תנאי ניתן לבטל תוצאותיו של מעשה עשוי.

21. ודוק, מעשה מותנה אינו מעשה מסוייג, שתחולתו תלויה ועומדת, אלא מעשה גמור היוצר קדושין - בכל מקרה. כך למשל המקדש אישה על מנת שהיא עשירה, אינו עושה מעשה קידושין המועיל רק לנשים עשירות.

גם אין לומר כי בפנינו גמירות דעת מסוייגת, אלא אחת מהשתיים: או שהיתה גמירות דעת, ואזי בפנינו מעשה קידושין, או שלא היתה גמירות דעת בעת מעשה הקידושין, מכיוון שהמקדש טרם סיים את ברוריו ביחס לאישה המקודשת וטרם החליט אם לקדשה, ואזי אין בפנינו מעשה קידושין כלל ועיקר.

ואולם, לא ניתן לעשות מעשה, ולהחליט בשאלה האם רוצים לבצע את המקח באמצעותו, רק במועד מאוחר יותר, ועפ"י תוצאותיו של מאורע עתידי.

אשר על כן, כדי שתנאי יבטל תוצאותיו של מעשה, מובן כי דרושה לנו גזירת הכתוב, של תנאי בני גד ובני ראובן.

22. דומה כי סברה זו מכוונת לדבריו של הגר"ש שקופף, בחידושים שנדפסו בספר הזכרון לר' חיים שמואלביץ, עמ' תר"ג ("סוגיא דמשפטי התנאים בנדר ותנאי קיום או ביטול") המבאר:-

"משום הכי סבירא ליה להתוספות דאין שייך מעשה הקנין על תנאי, כמו שאין שייך חפירת בור ועשיית כלים על תנאי, וכן בכוונה ג"כ דהוה עבודת המח אין שייך על תנאי, והוי כמו מעשה וכמבואר בעונג יו"ט באריכות גבי חליצה... ומשום הכי תנאי בכל מקום הוא חידוש וילפינן מתנאי בני גד, ולכן צריכים כל גדרי התנאי כמו התם, ובעינן נמי שיהא אפשר לקיים ע"י שליח ע"ש, אבל בנדרים כיוון שהדיבור הוא רק התגלות הרצון, ועיקר הפועל הוא התורה. וכיוון שברצון שייך ב' תנאי בעל דבר זה אינו רוצה, לכן התורה ג"כ פועלת על תנאי, ונמצא דמה דתנאי מבטל נדר סברה הוא, לכך לא בעינן כל גדרי התנאים".

23. בדומה לכך מצינו בשו"ת הרא"ש, כלל ל"ה, אות ט':

"ואף על גב דעיקר מעשה עשה על תנאי וכפל התנאי שאם לא יתקיים התנאי שיהיה המעשה בטל, אפילו הכי יוכל לבטל התנאי וישאר המעשה במקומו, משום דמתנאי בני גד ובני ראובן ילפינן שיש כח בתנאי לבטל המעשה, ואף אם לא יתקיים התנאי יהיה המעשה קיים, ואפילו אי כפליה לתנאיה.

ולחכי בעיא שיהא התנאי לגמרי כתנאי בני גד ובני ראובן, תנאי כפול ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי ומעשה בדבר אחד ושאפשר לעשותו ע"י שליח, דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידוש.

וכיוון שכך הוא, שהמעשה הוא בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום התנאי, אלא דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, אם כן יכול הוא לבטל התנאי, שהוא

מעשה בפני עצמו ואין קיום המעשה תלוי בו, דדיבור בעלמא הוא, ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור של התנאי, ונשאר המעשה קיים".
נבהיר דברים אלו כסדרם.

24. הרא"ש מתייחס להלכה הפסוקה ברמב"ם הלכות אישות פרק ז' הלכה כג' לפיה:-

"המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שביטלו בינו לבינה שלא בפני עדים - בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם".

(הראב"ד שם לעומת זאת נוקט:

"אמר אברהם, אינו כן. אלא אם כן כנסה סתם בעדים, דהוה ליה, כמו שביטל תנאי בעדים").

לכאורה, קידושין שנעשו בתנאי - הם קידושין מסוייגים, החלים רק ביחס להיכי תימצי מסויימת. הכיצד ניתן איפא לבטל את התנאי אף בלא צורך במעשה קדושין חדש ובלתי מסוייג בפני עדים?

לכך משיב הרא"ש כי אין כדבר הזה - מעשה מסוייג. המעשה הוא מעשה עשוי ובלתי מסוייג, ותוצאותיו אינן הדירות בכל מקרה. אכן, כתוצאה מחידוש התורה בתנאי בני גר ובני ראובן, נקבע כי יש בכוחו של תנאי לסכל את תוצאות המעשה ולחתור תחתיו. אך התנאי אינו מסייג את המעשה ואינו משולב בו כלל. אין בתנאי כדי לשנות מאופיו וממהותו הבלתי מסוייגת של המעשה, והוא מהווה גורם חיצוני הנוצר מול המעשה וחותר להשתלט עליו ולבטלו. ובלשונו של ר' ברוך דב ליבוביץ, "ברכת שמואל" על מסכת קידושין, סימן כ"ג, בשם הגר"ש סולובייצ'יק "תנאי מילתא אחריתא" דהיינו התנאי אינו מסייג את המעשה ואינו משפיע על מהותו, אלא ניצב מולו כדרך לביטול המעשה.

בהתאם לכך מובן כי ניתן לבטל את התנאי ע"י דיבור בעלמא ואין צורך במעשה קידושין חדש בעדים, שהרי גם הקידושין המותנים היוו מעשה בלתי מסוייג, וכל שניצב מולם הינו - התנאי. תנאי אינו אלא דיבור וממילא ניתן לבטלו ע"י אמירה והסכמה נוגדת, ובלשון הרא"ש "דאתי (בא) דיבור ומבטל דיבור".

אילו היה התנאי סייג למעשה - לא היה ניתן לבטלו ע"י דיבור, אך לא כך הם פני הדברים.

25. הסבר זה מבסס הרא"ש על הצורך בעמידה דווקנית בדיני התנאים ובמתכונת שנקבעה בתנאי בני גר ובני ראובן, כדי שהתנאי יהא בר-תוקף. הרא"ש, בדומה לתוספות, מבהיר כי הצורך בעמידה בכללים דווקניים אלו, נובע

מכך שמעשה שנעשה אין להשיב. גם לא ניתן לסייג גמירות דעת בהתאם לתוצאותיו של מאורע עתידי כלשהו, ואם קיימת גמירות דעת לבצע מקח באמצעות מעשה קניין או מעשה קדושין, הרי שהתוצאות הן בלתי הרירות. בהקשר זה יש להבין כי למעשה הסכם אינו אלא דרך מוסכמת להטלת סיכונים על הצדדים לו. משום כך, אין להטיל את דיני הטעות על סיכון שהצדדים קבעו מראש כי הוא יחול על צד מסוים. לאמור, בכל הסכם קובעים הצדדים כי המקח יחול, תוך שהם מודעים לכך שתנאי השוק עשויים להשתנות והעיסקה עלולה להתברר כבלתי כדאית לאחר מהם. שמורה להם כמובן האפשרות להמתין עם ביצוע ההתקשרות עד שיתברר מה עלה בגורלו של הסיכון האמור. ואולם, אם הם לא עשו כן, והחליטו להתקשר בהסכם עוד קודם שהתברר מה עלה בגורלו של סיכון מסחרי זה, הרי שבכך הם נטלו על עצמם באופן מודע את הסיכון האמור, והטילו אותו על שכמו של צד מסוים, תוך שהם קובעים כי העסקה תצא לפועל – בכל מקרה.

כל המהות של המושג "תנאי" עומדת איפוא בסתירה גלויה לקביעה זו, שהרי משמעותו של תנאי היא, שהעסקה תחול רק אם יתברר שהסיכון האמור לא התרחש, וזאת על אף שהצדדים החליטו לכרות את ההסכם עוד בטרם ברור הסיכון שאותו נטלו על עצמם.

דברים אלו מסייעים בהבנת גישתם של תוספות והרא"ש (וראה שו"ת הרא"ש, כלל ארבעים ושישה, באות ג'). לפי גישה זו המקח חל בכל מקרה ואינו מסויג, ואף גמירות הדעת קיימת, גם אם העתיד יוכיח שהסיכון התממש. התנאי עומד איפא מול ההסכם שכבר נכרת ומצליח לעקור את תוצאותיו מן השורש מכח חידוש התורה בענין זה. רק חידוש התורה במקרה של בני גר ובני ראובן הוא שאיפשר לבטל תוצאות אלו לאחר זמן ע"י תנאי. ומכיוון שכך, מן ההכרח הוא שהתנאי יהא במתכונת זהה לזו שהתחדשה בתנאי בני גר ובני ראובן ומכאן נובעים דיני התנאים.

הסבר זה מקנה לנו הבנה בדבר מהותו של תנאי, ויש בו כדי להשיב על חלק מן השאלות הבסיסיות שהועלו לעיל, וכפי שיפורט להלן.

26. בהקשר זה יצוינו גם דברי המאירי במסכת קדושין דף ס"א ע"א (על המשנה שם) המבאר:–

"ומכל מקום, רוב הגאונים מסכימים שלא הוצרכו דינים אלו אלא באם לחודיה, שכל שהוא באם הרי התנאי בא לסתור המעשה לגמרי שלא יהא חל עכשיו כלל, עד שאם אמר הרי זה גיטך אם תעשי כך וכך אין הגט חל כלל מעכשיו אלא משעת קיום התנאי.. ומאחר והתנאי בא לבטל המעשה

מכל וכל צריך להיותו חזק, והוא שיכפלו... אבל מעכשיו ועל מנת אין התנאי עוקר המעשה לגמרי שהרי אינו מונעו מלחול, שהרי כל שיתקיים התנאי המעשה קיים מעכשיו... ומאחר שאינו סותר התנאי לגמרי אין צורך לכפלו ולחזקו בדברים אלו..."

המאירי מבאר בהתאם לכך את הגיונו של כל אחד מדיני התנאים, ולגבי תנאי כפול הוא מבאר: 1-

"שמאחר שלא כפל לומר שאם לא יעשה כך לא יהיה המעשה קיים, לא התנה דרך דיוק וכוונה גמורה אלא דרך הערה ואזהרה, ומתוך כך הוצרך רבן של נביאים לכפול את התנאי בבני גר ובני ראובן".

ו. השאלות הבסיסיות – לאור שיטת התוספות והרא"ש

27. השאלות הבסיסיות שהועלו לעיל, היו שלוש במספר:-

- א. מדוע נחוץ חידוש מגזירת הכתוב לצורך לימוד על האפשרות להתנות על מקח, הרי אין גמירות דעת במקום שבו לא התקיים התנאי?
- ב. מדוע נחוץ הדין של "תנאי" ואין משתמשים בדין של "מקח טעות"?
- ג. מה ההבדל בין תנאי בלשון "אם" לבין תנאי בלשון "על מנת" וכי לשון התנאי משנה משהו מן הצורך בגמירות דעת?

28. שיטת הרא"ש והתוספות משיבה באופן ברור וחד על השאלה הראשונה. לדבריהם אין כדבר הזה מקח מסוייג ואין גמירות דעת מסוייגת, ואדם צריך להחליט בדעתו, האם ברצונו ליטול סיכון ולכצע מקח, יהיו התוצאות אשר יהיו, או שאין בדעתו לעשות כן. משום כך, משנעשה מקח בפנינו מעשה עשוי בלא סייג, המלווה בגמירות דעת מוחלטת. הלכות תנאים נחוצים על כך כדי לחדש, כי על אף שכך נעשה, ניתן לעקור את תחולת המעשה, אם לא התקיים התנאי.

29. הקושי השני בנוגע למקח טעות יושב לעיל, ע"י הסברו של הגר"ש רוזובסקי, בכך שמקח טעות משמעו כי יש פגם בגוף המקח, המשנה את החפץ הנרכש או את האישה המתקדשת, מאלו שנחזו להיות בעת ביצוע המקח. דבר פגום לא רכשו ולא ביקשו לרכוש מעולם. לעומת זאת, דיני תנאים נחוצים לנו מקום שבו אין כל שינוי בגוף המקח, ורק הנסיבות החיצוניות הן שהשתנו. ביחס למקרה זה, אומרים אנו כי היה על הרוכש לגמור בדעתו, האם הוא נוטל סיכון ומבצע את המעשה או שהוא בוחר להמתין ואינו עושה דבר עד

שיתבררו הנסיבות. אם בכל זאת בחר הוא לעשות מעשה, הרי שבכך הוא גמר בדעתו בלא סייג לבצע פעולת קניין, תהיינה התוצאות החיצוניות אשר תהיינה. מכיוון שכך, ברור כי כדי לבטל תוצאותיו של מעשה בלתי מסוייג שכזה, נחוץ חידוש התורה כדי לקבוע כי גם מקח שכזה – ניתן לבטל.

30. נותר לנו אם כן לבחון כיצד משתלבת בהסבר זה, ההבחנה בין תנאי בלשון "על מנת" שבו המקח חל לאלתר, ואשר בו אין צורך בדיני התנאים, לבין תנאי הנוקב בלשון "אם", שבו המקח מושהה עד לבירור תוצאות התנאי, ואשר לגביו בלבד נחוצים דיני התנאים הנלמדים מתנאי בני גר ובני ראובן. לכאורה, מקום שבו המקח חל לאלתר, קשה עוד יותר לבטלו ע"י תנאי ולעקור את תחולת המעשה – לאחר שלכאורה כבר יצא אל הפועל? והנה, דווקא בתנאי בלשון "על מנת" החל מעת ביצוע המקח, מצינו כי לא נחוצים דיני התנאים הנלמדים מתנאי בני גר ובני ראובן.

31. ואכן, בשיטה זו גורס הרמב"ן בספרו מלחמות ה', מסכת ביצה, פרק שני בדף י' ע"א מדפי הרי"ף, המציין כדלקמן:–

"ברם נראין, דכרי רבינו רבי אברהם ברכי דוד ז"ל שהשיב כך:

אמר אברהם... אם אמר זה האיש תנו לפלוני מאתיים זוז אם ישא את בתי, כיוון שהמעשה קודם לתנאי יטול המאתיים זוז ולא ישא את הבת? על כן יצא משפט מעוקל ח"ו ולא תהא כזאת בישראל.

עתה אגלה את הסוד הנעלם מבני אדם שהראשונים לא פירשוהו, כי כל מה שאמרו חכמים בתנאי כפול ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי ומעשה בדבר אחד כדאיתא "במי שאחזו", ומעשה דאפשר לקיומיה ע"י שליח כדאיתא בכתובות בענין חליצה מוטעית, כל אלו לא נאמרו אלא כשמעשה נעשה מייד, כעין נתינת הגט וחליצת היכס, שאין התנאי מבטל המעשה למפרע, אלא א"כ נעשה כראוי ובחוזק כעין תנאי בני גר שהיו מבקשים ממשה שיתן להם נחלתם מייד, וע"כ הוצרך משה לכפול התנאים, שאם לא יקיימו אותם יטלו אותה הנחלה מידם, וכן דקדק בתנאי קודם למעשה... מכל מקום אין ספק בדבר שלא נעשה בו שום מעשה, כגון זה שאמר תנו לפלוני מאתיים זוז, אם יקח ביתו, לית דין ולית דיין שאם לא יקח לא יטול והוא האמת".⁴

4 מאידך ראה את ניתוח הסוגיה ע"י הרב שלמה פישר, בספרו "בית ישי" סימן לה': "והיינו שהתורה נתנה כח לאדם ליצור יחד עם חלות הקניין שהוא מחדש, גם כח משחית לבטלו. והואיל וכח משחית זה מוגבל כהו לפעול השחתה זו רק כל עוד שחלות הקניין

32. נאמנים לשיטתנו נראה ברעת הרא"ש, כי הוא ממשיך לגרוס אף ביחס להלכה זו ברמב"ם כי גם בתנאי בלשון "על מנת" אין המדובר במעשה מסוייג, וכי גם ביחס לתנאי זה נחוץ חידוש התורה של "תנאי בני גד ובני ראובן" כדי לעקור מעשה מוחלט זה. הדבר היחיד השונה בתנאי בלשון "על מנת" הינו שאין צורך לנקוט בו במתכונת התנאים שננקטה בתנאי של בני גד ובני ראובן. מסקנה זו עולה בבירור מניתוח הסוגיה של ביטול תנאי, כפי שנראה להלן.

ז. ביטול תנאי – ניתוח ומסקנות

33. כאמור, לשיטת הרמב"ם (רמב"ם הלכות אישות פרק ז' הלכה כג') ניתן לבטל תנאי ע"י דיבור והסכמה בין שני הצדדים ואין צורך לשם כך לבצע מעשה קידושין או מקח חדש. ובלשונו:
 "המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שביטלו בינו לבינה שלא בפני עדים – בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם".
 הראב"ד שם חולק על קביעה זו מכל וכל ובלשונו:-
 "אמר אברהם, אינו כן. אלא אם כן כנסה סתם בעדים, דהוה ליה כמו שביטל תנאו בעדים".
 כלומר, לא ניתן לבטל את התנאי ע"י דיבור בעלמא ונחוצים עדים כדי לבטלו. המחלוקת בין הרמב"ם לבין הראב"ד, היא לכאורה זו:
 לפי הרמב"ם החידוש של תנאי הוא כי מדובר בדיבור נפרד מן המעשה המצליח לסכל את חלותו. מכיוון שמדובר בגורם נפרד, שאינו אלא דיבור של תנאי, הרי שיש בכחו של דיבור אחר והסכמה אחרת המושגת בין הצדדים כדי לבטל את התנאי, וכדי להותיר את מעשה הקדושין על מכונו. הראב"ד לעומת זאת גורס כי מעשה מותנה דומה למעשה מסוייג, והעדים רואים לנגד עיניהם מעשה קידושין מסוייג בתנאי. משום כך צריך עדים גם כדי לבטל את התנאי כפי שבכל דבר שבערוה צריך שני עדים, שהרי העדים פועלים עתה את פועלם כדי להסיר את הסייג ממעשה הקידושין.
 וראה לעומת זאת ר' ברוך דב ליבוביץ בספרו "ברכת שמואל", על מסכת קידושין סימן כ"ג: "ונראה דבזה תלוי הפלוגתא אם ביטול התנאי צריך

לא חלה עור בפועל וזה ידעינן מסברא, הנה זה גופא מונע שעדיין לא ייצא הקניין לפועל, אע"פ שמעשה הקניין כבר נגמר וכנ"ל, שאם לא כך לא תהא מציאות לכה משחית זה שחידשה התורה בפרשת תנאים, ודוק".

עדים לעיכובא, דלשיטת הרמב"ם דאין זה דין מחודש ורק אומדן דעתו, אם כן הרי כמו שאין צריך עדים על קיום התנאי דאינו אלא גילוי דעת דאדעתא דהכי לא פנתה, כמו כן שאין צריך עדים על ביטול התנאי ומחילתו, דאינו רק בירור שאדעתא דהכי לא התנה ונשארה המעשה דמעיקרא והתנאי בטל למפרע. אמנם להראב"ד דהוא דין מחודש דמהני מחילה והביטול מכאן ולהבא, אם כן הרי יש כאן מעשה דחלה בלא תנאים וצריך עדים. עד כאן דברי מורי ורבי (הגר"ח)."]

34. בשיטה קיצונית עוד יותר אוחז הר"ן במסכת כתובות דף ע"ג המבהיר כי ניתן לבטל תנאי בדבר שבממון כפי שניתן למחול על הכסף, והדבר נחשב למילוי וקיום התנאי, שהרי המחילה כמוה כקבלת הכספים והחזרתם מיד לאחר מכן למשלם. כמו כן, בכל הנוגע לדברים שבגוף המקח, כגון "המקדש אישה על מנת שאין לה נדרים, התנאי ניתן לביטול מחמת סיבה אחרת שהיא: -

"תנאי שהוא להנאתו אין דעתו שיתקיים אלא אם הוא מקפיד, אבל כל שאינו מקפיד דעתו שיהא המעשה קיים אפילו לא יתקיים התנאי". כלומר, אדם מתנה מראש ומסייג את המעשה, רק ביחס למקרה שבו לא יחפוץ במעשה בלא קיום התנאי. אך באמירתו טמונה גם ההנחה כי המעשה אינו מסוייג, אם בעת שנבחרה לקיום התנאי, הוא אינו רוצה עוד בקיומו. ביחס למקרה זה, אומרים אנו כי מלכתחילה לא היה בדעתו להגביל את תחולת המעשה. וכמאן, שבפנינו מעשה, שלא היה מותנה מעולם. מדעת הר"ן עולה איפא, כי מקום שבו קיים תנאי ואין אפשרות להתייחס אליו כפי שהתקיים או כמי שמלכתחילה לא נאמר ביחס להיכי תימצא מסויימת, הרי שאין אפשרות לבטלו. לדידו של הר"ן התנאי מהווה איפא סייג למעשה, ומעשה מסוייג לא הופך בשום מקרה לבלתי מסוייג.

35. לפי שיטת הר"ן נמצא כי בתנאי שאין אפשרות לפרשו כמי שלא נועד לחול מקום שבו לא יהיה צורך בקיומו, כגון תנאי מן הסוג של "לציעורא קא מכווין" (ראה מסכת גיטין דף ע"ד ע"ב) כלומר תנאי שמטרתו אינה עניינית והנובע מגישה אישית שלילית כלפי הצד השני למקח, ולא מצרכים אובייקטיביים כלשהם, אין אפשרות לבטלו. וזאת מכיוון שמעשה מסוייג - לא הופך לבלתי מסוייג לעולם, ותנאי שמניעיו אינם ענייניים לא ניתן לפרש כמי שאינו חל כאשר אין בו צורך ענייני, שהרי לא היה בו צורך ענייני מלכתחילה ועל אף זאת התנו את המקח בקיומו. לעומת זאת, לפי שיטת הרמב"ם - כל תנאי, לרבות תנאי ש"לציעורא קא

מכווין" – ניתן לבטל, שהרי המעשה הוא בין כך בלתי מסוייג והעדים ראו לנגד עיניהם מעשה קידושין מוחלט החל בכל מקרה. התנאי רק הצליח לעקור מעשה מוחלט שכזה, על אף היותו גורם חיצוני למעשה. ממילא, ניתן לבטל את התנאי ע"י דיבור בעלמא, המשקף הסכמה חדשה בין הצדדים ואין שום הבדל באיזה תנאי קא עסקינן.

36. ואכן, כך מוצאים אנו הלכה פסוקה ברמב"ם בהלכות גרושין פרק ח' הלכה כ"ג:-

"הרי זה גיטך על מנת שתתני לי כלי פלוני או בגד פלוני ואבד אותו כלי או אותו בגד או נגנב, אע"פ שנתנה לו אלף בדמיו – אינו גט, עד שתתן אותו כלי או אותו בגד עצמו או שיבטל התנאי".

ומכאן, שאף תנאי שנעשה ביחס לגרושין, ולא מטעמים ענייניים ואשר אין אפשרות לקיימו ע"י תחליף כספי, שכן מהותו אינה עניינית, אלא "לציעורא קא מכווין" – ניתן לבטלו ע"י אמירה אחרת. זאת להבדיל מהותרת התנאי על כנו תוך נסיון למלא אחר התנאי ע"י מחילה, שזהו דבר שאי אפשר לבצעו בתנאי שלציעורא קא מכווין. לענין זה ראה ברמב"ם שם, בהלכה כ"א, ובשות' הרא"ש כלל ארבעים ושישה באות ב':

"הרי שכתב הרמב"ם שאף במקום שאין נתינת הדמים מועלת – ולא מחילה כיוון דלציעורא קא מכווין, אפילו הכי ביטול התנאי מועיל, דמילתא דפשיטא הוא דדיבור מבטל דיבור לקיים המעשה".

37. ודוק, הלכה זו של הרמב"ם מתייחסת לתנאי הנאמר בלשון "על מנת" ואילו היינו אומרים כי בתנאי שכזה אין צורך בדיני התנאים, שכן מדובר במעשה שתחולתו סוייגה מלכתחילה, הרי שברור כי גם לשיטת הרמב"ם היה עלינו לגרוס כפי שגורס הר"ן, כי תנאי שכזה לא ניתן לביטול. מעצם העובדה כי הרמב"ם גורס שגם בתנאי הננקט בלשון "על מנת" ניתן לבטל את התנאי, אות הוא שגם בתנאי שכזה, שבו לא נאמרו הכללים הצורניים הנלמדים מתנאי בני גר ובני ראובן, מדובר בתנאי שהינו חיצוני למעשה ואשר יש בו כדי לעקור את המעשה מתחילתו, על אף שהמעשה אינו מסוייג. דבר שכזה ייתכן, רק מכח גזירת הכתוב, ומכח החידוש של תנאים בתורה בפרשת בני גר ובני ראובן. (ואכן, בשיטה זו אווז הרב הגרש"ז אורבך זצ"ל בספרו "מנחת שלמה" בסימן פ'). הנה כי כן, גם ביחס לסיטואציה של תנאי בלשון "על מנת" עלינו להזקק לחידוש הכתוב שתנאי יכול לעקור מעשה גמור ובלתי מסוייג. ואכן, הרא"ש בכלל ארבעים ושש לתשובותיו מבאר, ביחס לרמב"ם בהלכה זו (הלכות גיטין פרק ח' הלכה כ"ג), הנוגע לתנאי הננקט בלשון "על מנת"

כי מדובר "בדיבור המבטל דיבור לקיים המעשה", כלומר בתנאי שאינו חלק מובנה של המעשה, אלא חיצוני לו, וכמבואר לעיל.

ח. תנאי בלשון "על מנת"

38. בהתאם לגישה זו נותרה בפנינו השאלה: אם גם בתנאי בלשון "על מנת" נחוץ חידוש של תנאי בני גר ובני ראובן, מדוע פסק הרמב"ם כי בתנאי הנוקט בלשון "על מנת" אין צורך לקיים את ארבעת הכללים הדווקניים שנקבעו בהלכות תנאים כתוצאה מלימוד דיני התנאים מפרשת בני גר ובני ראובן?

39. בהקשר זה מבהיר ר' משה פיינשטיין זצ"ל בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א' סימן קע"ט כי כאשר אדם אינו דוחה את המקח למועד מאוחר יותר שבו יתקיים התנאי, (כפי שנקבע ביחס לתנאי בלשון "על מנת"), הרי שבהכרח אין התנאי מהווה חלק מן העשיה היוצרת את המקח, אלא משהו חיצוני למקח, שהרי הקניין יחול מלמפרע אם רק יתקיים התנאי, ויתייחס אף למועד שבו טרם נעשה המעשה שבו הותנה המקח. לעומת זאת, מקום שבו המקח נדחה עד למועד קיום התנאי (וזה מה שקורה בתנאי של "אם" ולהבדיל מתנאי בלשון "על מנת"), הרי שהמקח תלוי בשני מעשים, האחד הוא מעשה הקניין, והשני הוא המעשה שהתנאי היתלה את המקח בעשייתו. דבר זה הוא שאינו אפשרי, שכן קידושין למשל לא ניתן לחולל ע"י עשיה נוספת, מלבד "כסף, שטר וביאה". משום כך נחוצה גזירת הכתוב של תנאי בני גר ובני ראובן בתנאי של "אם" שבו נמצא המקח תלוי גם במעשה חיצוני, וגזירת כתוב זו אינה נחוצה בתנאי של "על מנת" שבו המקח אינו מותנה במעשה כאמור. ובלשונו: "כשתולה במעשה נמצא שעשה מעשה קידושין שיועילו לא כפי כח הקידושין אלא כרצונו היינו שלא במעשה הקידושין תתקדש לו אלא גם בעוד מעשה שהיא או אחרים יעשו וזה אין יכולין אלא צריכין למעשה תנאי לבטל מעשה הקידושין שלמעשה זו צריך להלכות תנאי כדבארתי. וא"כ לא שייך זה אלא בלכשתתן אבל במעכשיו, שאם תתן מקודשת מעכשיו, הרי אי אפשר לומר שמעשיה בנתינת המאתים וזו היא עוד מעשה בענין עשיית הקידושין דא"כ לא היתה מתקדשת מעכשיו שעדיין לא נתנה אלא היתה מתקדשת לכשתתן, שנגמר גם מעשה ידה ובע"כ אין שייך מעשיה למעשה הקידושין".

40. בניגוד מוחלט לכך עומד הסברו של הגר"ש שקופף זצ"ל, שם בעמ' תר"צ, המבהיר ביחס לתנאי בלשון "מעכשיו":

"דהתנאי דאח"כ נמי פועל הוא בהצטרפות עם המעשה הקודמת את החלות, ולא היה הקיום בתנאי סימן".

להרחבה בסוגיה זו ראה גם: ר' שמעון הכהן שקאפף, חידושי ר' שמעון יהודה הכהן על הש"ס, מסכת גיטין, סימן ו': "קונטרס בענייני תנאי בקידושין, בגרושין ובכר שבממון". הגר"ש שקופף מבאר שם: -

"דעניין תנאי בקניינים ובקדושין אינו כפי פשוטו שאנו רגילים לפרש, שהוא ברור המציאות בעבר, היינו שבקיום התנאי אנו יודעים שכבר נתקיים המעשה וכשלא נתקיים התנאי הוא התגלות בעבר שלא חל מעולם - אלא כיוון שרוצה שאם יקויים התנאי תהיה מקודשת מעכשיו ולהפך תהיה כפנויה, הרי רוצה שיהיה מעכשיו עד קיום התנאי בספק מקודשת ומגורשת, וכל היכי שעושה מתחילה על צד הספק הוא קניין וזכות או עשיית איסור באופן שיהיה מעשה כזה על צד הספק, באופן דלפי זה עניין התנאי שעושה קדושין או גירושין שיהיה מעכשיו רק קדושין וגירושין קלושין כדין הספק וכשיקויים התנאי אז יגמרו לגמרי, וכשלא יקויים יבטלו לגמרי, ונמצא דאף אם יקויים התנאי מכל מקום מעיקרא לא היה בזה רק קידושין קלושים, ורק מקום התנאי ואילך נגמרו הקידושין לגמרי".

41. ודוק, בהסברו של הגרש"ז אוירבך ניתן לאחוז, רק אם נוקטים בשיטת הגר"ח סולוביצ'ק לפיה בתנאי של "מעכשיו" אין צורך בלימוד מגירת הכתוב של תנאי בני גד ובני ראובן, ובטלות המקח נובעת מדין "מקח טעות". אם לעומת זאת גורסים כי גם בתנאי של "מעכשיו", מקור הדין הוא מתנאי בני גד ובני ראובן, כפי שהבהרנו, הרי שאין לכאורה אפשרות, להחיל את הלכות תנאים, ולהזקק לגזירת הכתוב, בלא שנזקק למלא אחר הכללים הפורמליים שהתקיימו בתנאי של בני גד ובני ראובן, ואין לכאורה הסבר לכך שדווקא במקום שבו המעשה טרם פעל את חלותו, צריך למלא אחר הכללים הפורמליים, ובמקום שהמעשה כבר פעל את תוצאתו, כללים פורמליים אלו אינם נחוצים. מהו איפא ההסבר בשיטת הרמב"ם עפ"י באורו של הרא"ש בסוגיה זו?

42. ואולם נראה, כי ההנחה לפיה בתנאי של "אם" טרם ארע משהו שיש צורך לעקרו - אינה נכונה כלל ועיקר. זאת מכיון שהרמב"ם פוסק בהלכות גרושין פרק ט' הלכה א':

"המגרש את אשתו לאחר זמן קבוע, הרי זו מגורשת כשיגיע הזמן שקבע. והרי זה דומה לתנאי ואינו תנאי דומה לתנאי, שהיא מתגרשת כשיגיע הזמן שיקבע, ואינו תנאי שהמגרש על תנאי הרי גירש, וזה עדיין לא גירש עד שיגיע אותו זמן.

לפיכך המגרש על תנאי צריך לכפול תנאו, וזה אינו צריך לכפול דברו ולא לשאר משפטי התנאין שבארנו".

43. וברומה לכך שם, בהלכה ה':-

"ומה בין המגרש על תנאי לזה שקבע זמן לגירושין או תלאן במעשה, שהמגרש על תנאי יש שם גירושין ואינן גומדין עד שיתקיים התנאי. לפיכך, כשיתקיים התנאי נתגרשה אם היה הגט קיים אע"פ שאינו ברשותה ואינה צריכה לחזור וליטלו או להיותו ברשותה אחרי שנתקיים התנאי, שהרי הגיע לידה תחילה בתורת גרושין. ואם נישאת - קודם שנתקיים התנאי לא תצא כפי שבארנו. אבל, התולה גרושין בזמן או במעשה, לא הגיע גט לידה בתורת גרושין אלא בתורת פיקדון עד הזמן שקבע או שתעשה המעשה. לפיכך, כשיגיע הזמן צריכה להיות הגט ברשותה או תחזור ותיטלנו..."

44. כלומר, קיימת הבחנה ברורה ומהותית בין גירושין על תנאי, לבין גרושין לאחר זמן. גרושין לאחר זמן, משמעם כי הגט הופקד כפקדון בידי האישה, ועד לזמן שנקבע אין כאן מעשה גירושין. לעומת זאת, גירושין על תנאי הם מעשה גרושין ולכן אין צורך שבהתקיים התנאי יהיה הגט ברשות האישה. ואולם, על אף שנעשה מעשה גרושין גמור, האישה אינה מגורשת והגרושין יחולו רק לאחר זמן. כלומר, בפנינו מצב שבו נעשה מעשה, שיש לו חלויות ואם יאבד הגט מידי האישה (אך יהא קיים בעולם) היא תהיה מגורשת בהתקיים התנאי. ועם זאת בכל התקופה שעד לקיום התנאי מושהות התוצאות מחמת התנאי.

45. וכאן יש להבהיר דבר יסודי ביותר. בהסכם על תנאי חפצים הצדדים ליצור ביניהם מסגרת מחייבת, עם חובות אמון ברורות, ורק - ההתחייבות העקרית והמקח - הם שיכנסו לתוקפם בהתקיים התנאי. יש כאן העברת הסיכון מן הצד האחד למקח אל הצד השני לו, אך המסגרת הכוללת קיימת. לעומת זאת בתנאי של "אם" שבו נדחה המקח עד למועד קיום התנאי, בפנינו מקרה שבו אין שום נפקות למקח בתקופת הביניים, והצדדים יכולים להתעלם מן ההסכם שנכרת ביניהם ולפעול בניגוד לו. משום כך נפסק ברמב"ם בהלכות אישות פרק ו' הלכה טו' כי האישה שקידשוה על תנאי בלשון "אם", יכולה

בתקופת הביניים להנשא לאחר והקידושין לשני יתפסו.
 ונראה משנה למלך שם המציין: "כתב מהר" באסאן בתשובה כתב יד
 (סימן כט') דמי שקידש אישה על תנאי אין עליו חיוב לקיים תנאי ואפילו
 תתעגן כל ימיה הרי זה כאילו פירש בשעת הקידושין שהיא תמתין ותתעגן
 עד אשר נראה אם יתקיים התנאי, ואדעתא דהכי נתקדשה".
 לפנינו איפא מעשה מקח גמור, שאין לו שום תוצאות, כשהמעשה נחשב
 למעשה גמור, הפועל חלויות לאלתר, עד כי בגירושין אין עוד צורך
 שהאישה תשמור בידיה את הגט. ובכל זאת – המעשה הזה מושהה ובתקופת
 הביניים אינו יוצר כל חבויות כלפי מי שעשהו. זהו דבר יוצא דופן, ומובן
 כי להשהות חץ שכבר נורה והחל במעופו, קשה עוד יותר, מאשר להגביל
 את המעשה באופן שאם התנאי לא יחול – נשלול את תוצאותיו.

46. אכן, גם תנאי בלשון "על מנת" ובלשון "מעכשיו" מהווים חידוש, שמחמתו
 למדים אנו כי מעשה בלתי מסוייג שחל עשוי להגדע אם לא יקויים התנאי.
 משום כך נחוץ גם שם לימוד מגזירת הכתוב שיתכן כדבר הזה, והדברים
 נלמדים מתנאי בני גד ובני ראובן. ואולם, במקרה זה, המעשה יוצר חלות
 לאלתר, והצדדים מחויבים על פי ההסכם שכרתו. המסגרת קיימת, והמימכר
 לא ניתן להקניה לאחר בתקופת הביניים שעד למועד הקבוע לקיום התנאי.
 אין איפוא מקום להשוות חידוש זה עם תנאי בלשון "אם", שבו החידוש
 רב בעשרות מונים, כשבפנינו מעשה גמור, עם חלויות, ובכל זאת הצדדים
 חופשיים לעשות כרצונם, מכח התנאי הדוחה את מועד החלות לשעת קיום
 התנאי. משום כך מובן כי יש ליישם את הכללים הפורמליים של "תנאי
 כפול" וכיו"ב, במקום שבו החידוש הוא רב ובלעדיו המעשה יפעל מיידי.
 דיני התנאים חלים על כן דווקא בתנאי של "אם" ולא בתנאי בלשון "על
 מנת" ובלשון "מעכשיו".

47. דברים אלו מוצאים ביטוי ברור בדברי הראב"ד המובאים ברא"ש במסכת
 גיטין פרק ו' סימן ט':

"וכן כתב הרמב"ם ז"ל (פרק ו' מהלכות אישות) כל האומר מעכשיו אינו
 צריך לכפול תנאו... וכן כתב הגאון בתשובה, שעל מנת כמו שאמר מעכשיו,
 כל שכן במעכשיו, והראב"ד ז"ל נתן טעם לדבריהם, דתנאי בעל מנת או
 של מעכשיו, כיון דמהשתא חייל המעשה בתנאי הוא דחייל, דהשתא
 מתנה עימו, אבל על תנאי דאם, כיוון שהתנאי בא לבטל המעשה לא הוי
 תנאי אם לא שכפל אותו".
 ומבהיר "הקרבן נתנאל" שם:

"כיוון דמהשתא חייל המעשה בתנאי הוא דחייל - רצה לומר, דלכשיתקיים התנאי, הקידושין והגרושין למפרע מעכשיו חיילין, ואם כן התנאי אין מבטל המעשה מעכשיו.
כיוון דהתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול מעתה - רצה לומר, דבתנאי דאם אין המעשה קיים אלא לאחר קיום התנאי".

48. כלומר, "ביטול המעשה" הוא מצב שבו המעשה נעשה ועל אף כן השלכותיו מושהות עד לאחר זמן. לעומת זאת, ביטול מלמפרע אינו חידוש ואינו נחשב ל"ביטול המעשה", שכן מונח זה מיוחד למעשה שנעשה ותוצאותיו הושהו.

ט. סיכום

49. המונח "תנאי" נתפס בכמה צורות ואופנים ע"י הראשונים. חלקם ראו בו חיסרון בגמירות הדעת, ומקבילה למונח "מקח טעות". חלקם ראו בו דחייה גרידא של מועד החלות של המקח, וחלקם ראו בו, אלמנט חיצוני למעשה, שיש בו כדי להעביר את הסיכון מצד אחד של המקח על רעהו, תוך הפקעת ההתקשרות במקרה שלא מתקיים התנאי.

50. את שיטת הרמב"ם הבהרנו בהתאם לשיטת הרא"ש, לפיה כאשר נעשה מעשה על תנאי, אין לראות בכך חוסר גמירות דעת, שכן אם אדם עדיין לא גמר בדעתו לבצע מקח ישב נא ואל יעשה דבר. בכל התקשרות יש סיכונים וסיכויים וכל מי שעושה מקח, נוטל על עצמו סיכון זה, מתוך מטרה להשיג את הסיכוי הטמון במעשהו.

ההחלטה לבצע מעשה היא איפא אות לקיומה של גמירות דעת מוחלטת של אדם המוכן לשאת בכל תוצאות המעשה שעשה. ומכיוון שהמעשה מוחלט הוא, נחוץ חידוש התורה לפיו ניתן לבצע מקח מותנה. עפ"י חידוש זה משמעות התנאי היא, כי שני הצדדים מסכימים להעביר את הסיכון הכלכלי על שכם אחד מהם, כך שאם עובדות מסוימות לא תתגשמה, לא יחול המקח, על אף ביצוע המעשה הבלתי מסוייג.

51. החידוש של תנאי מבואר ע"י חלק מן המפרשים כסייג לגוף המעשה. דהיינו המקדש אישה על מנת שהיא עשירה, ביצע מעשה קידושין המועיל לקדש רק נשים עשירות. מובן כי ברורה היא הרבה יותר הגישה לפיה מכיוון שגמירות הדעת הינה בלתי מסוייגת אף המעשה לא יכול להיות מסוייג. זהו

מעשה קידושין הפועל חלויות ביחס לכל מקרה שהוא. התנאי הוא איפא גורם חיצוני למעשה המקח, וגזירת הכתוב היא כי יש אפשרות ע"י תנאי שכזה לעקור את תוקפו של המעשה.

52. בהקשר זה ראינו כי על פי טבע הדברים, מעשה שנעשה אין להשיבו, ודינים שחלו אינם מתבטלים. הכח לבצע מקח גמור ובלתי מסוייג, עם גמירות דעת ברורה ומוחלטת, ולבטל לאחר מכן את תוצאות המקח שנעשה באמצעות דיבור של תנאי, הוא חידוש שנלמד מגזירת הכתוב. בהתאם להבנה זו מובן כי ניתן לבטל את התנאי, אף בלא צורך בעריכת מעשה קניין חדש ובלתי מותנה, שהרי המשמעות של התנאי אינה ביצוע מעשה מסוייג. המעשה הוא מוחלט והתנאי מהווה גורם חיצוני למעשה, המסכל את חלותו. תנאי זה אינו אלא – דיבור, וממילא די בהסכמה אחרת, ובדיבור אחר, כדי לבטל את התנאי, ואזי בפנינו מעשה בלתי מסוייג – בלא שיהא תנאי שיסכלו. בהתאם לגישה זו, החידוש של דיני תנאים מצוי בכך, שמדובר בדיבור, שאינו משקף פגם כלשהו או סייג כלשהו בגמירת הדעת, ואף אינו משקף סייג כלשהו במעשה, ועל אף זאת, יש בו כדי לסכל כשלעצמו את חלות הקניין שנעשה, תוך העברת הסיכון שבהסכם מצד אחד אל משנהו שהסכים לכך.

53. החידוש מתעצם עת שאנו מוצאים ברמב"ם כי מחד גיסא המעשה המותנה יוצר חלויות באופן מידי, וגם אם הגט אינו נמצא בידי האישה בעת חלות התנאי לא נגרע מאומה מן המקח, ומאידך גיסא מוצאים אנו ברמב"ם כי במקח המותנה בתנאי הנוקט בלשון "אם" מושהה תוקפו של המעשה עד למועד קיום התנאי.

בתנאי הנוקט בלשון "אם" נחוצים על כן הכללים הפורמליים שהתקיימו גם במקרה של "בני גר ובני ראובן" מכיוון ששם מתחוללת תופעה יוצאת דופן במיוחד, לפיה לא רק שהמקח עשוי לפקוע אם התנאי לא יתקיים, אלא שרואים בו מקח גמור לאלתר – ועם זאת עד למועד קיום התנאי אין ההסכם מחייב איש וניתן לסכל את ההסכם ע"י התקשרות עם גורם אחר. לאמור, לא רק הסיכון הוא שעבר אל הצד השני לחוזה, אלא שיש הסכמה כי ההתקשרות כולה – שלמעשה הסתיימה עד כי אין צורך במעשה נוסף בעת קיום התנאי – לא תחשב כמחייבת את הצדדים, לכל עניין שהוא, ותושהה עד למועד קיום התנאי. זוהי אם כן מהותו של תנאי הנוקט בלשון "אם" ואשר בו נדרשת עמידה דווקנית בארבעת הדרישות הצורניות של דיני התנאים, הן קודם ללאו וכיו"ב.