

1. טענה אפשרית של ראובן, היא באשר לפסלותו של החוזה עקב היותו חוזה אסור על פי המשפט העברי. בחוזה בינו לבין ד"ר זהבי דובר על תשלום נוסף מעבר למחיר הרגיל של הניתוח, עקב הקדמת הניתוח. תוספת זו היא ריבית האסורה מהתורה. ריבית יכולה להינתן או ב"דרך הלואה" או ב"דרך מקח וממכר".
- במאמרו של מ' זילברג¹, נדונה השאלה מהו תוקפו של חוזה שנעשה באיסור. האם האיסור שבדבר משליך על תוקפו של החוזה שנכרת או לא. הסוגיה המרכזית בנושא זה מצויה במסכת תמורה שם הובאה מחלוקת אביי ורבא:
- "אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד עביד מהני... רבא אמר לא מהני מידי"².**
- ראובן יטען כי רבא שהלכה כמותו בדרך כלל במחלוקתו עם אביי, וכן פסק גם הרא"ש³, סובר כי חוזה כזה שנעשה באיסור ריבית אינו תקף, ועל כן אין עליו לשלם כלום לד"ר.
- ראיה נוספת לדבריו של אביי ניתן לראות במסכת בבא קמא לגבי גנב ומכר בשבת:
- "והתניא פטור, אמר רמי בר חמא כי תניא ההיא באומר לו עקוץ תאינה מתאינתי ותיקני לי גניבותיך. אמרי וכיון דכי תבע ליה קמן בדינא לא אמרינן ליה זיל שלים דמחייב בנפשו, הא מכירה נמי לאו מכירה היא"⁴.**
- בסוגיה זו דובר על מי שגנב ומכר בשבת, והמסקנה העולה מן הדברים היא כי המכירה אינה מכירה מכיון שהמוכר עבר על איסור שבת שעונשו מיתה, ופעולה של מכירה שנעשתה אגב איסור שבת אינה תקפה. אמנם לעיל תובא עמדת רבא שסובר בהקשר לסוגיה זו כי המכירה תקפה, אך עמדה זו מקובלת על שאר האמוראים שם וביניהם רב פפא.
- חלק מן הפוסקים סבורים כי הלכה נפסקה כאביי ועל כן יש לתת תוקף לחוזה אסור, וחלק סבורים שהלכה נפסקה כרבא ולפיכך אין לתת תוקף לחוזה פסול, אך יחד עם זאת קיימים תנאים בהם ניתן לתת תוקף גם לחוזה פסול.
- מנגד טען ד"ר זהבי כי מצינו דעה שונה, במסכת בבא מציעא הובאה מחלוקת נוספת בין אביי לרבא:
- "ואמר אביי ההיא מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב ליה גלימא בגוויהו, כי מפקינן מיניה - ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה. רבא אמר גלימא מפקינן, מאי טעמא כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דריביתא הוא"⁵.**
- ממחלוקת זו אנו למדים כי בין לאביי ובין לרבא המקח של הגלימה אכן קיים, רק שלפי רבא מחזירים את הגלימה ללווה מפני החשד. אבל מעיקר הדין, יש לקיים את המקח על אף שנעשה באיסור. דוגמא נוספת לכך יש לראות בגמרא נוספת אף היא בבא מציעא:

¹ מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (ירושלים, תשכ"א), 75-88.

² תמורה, דף ד', עמוד ב'.

³ שו"ת הרא"ש, כלל ז', סימן ד'.

⁴ בבא קמא, דף ע', עמוד ב'.

⁵ בבא מציעא, דף ס"ה, עמוד א'.

"אמר אביי האי מאן דמסיק זוזי דריביתא בחבריה וקא אזלי חיטי ארבעה גריוי בזוזא בשוקא ויהיב ליה איהו חמישה, כי מפקינן מיניה ארבעה מפקינן מיניה אידך אוזולי הוא דקא מוזיל גביה. רבא אמר חמישה מפקינן מיניה, דמעיקרא בתורת ריביתא אתאי לידיה"⁶.

למעשה לפי המשפט העברי, ברוב המקרים, אין קשר בין האיסור שנעשה אגב הפעולה לבין תוצאותיה המשפטיות של הפעולה. כך פסק הרמב"ם לעניין מכירה בשבת:
"המוכר או הנותן בשבת ואין צריך לומר ביום טוב, אע"פ שמכין אותו מעשיו קיימין וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבין לאחר השבת ונותנין"⁷.

על מנת ליישב מסקנה זו עם דברי רבא בתמורה, נטענו שתי טענות שאפשר ליישמן גם במקרה דנן. טענה שהובאה במאמרו של ורהפטיג⁸, גורסת כי יש לחלק בין איסור שהוא במהות הפעולה, לבין איסור שהוא בנסיבות חיצוניות לפעולה עצמה, ואותה פעולה יכולה היתה להיעשות בהיתר. ד"ר זהבי טען כי ניתן לחלק בין התשלום על הניתוח עצמו לבין התשלום על הקדמת הניתוח. האיסור אינו בעצם הניתוח אלא בתשלום שסוכם על הקדמת הניתוח, ומשכך יש לראות בו נסיבה חיצונית שאינה פוגמת בעצם החוזה על הניתוח עצמו והתשלום עליו. טענה נוספת שהובאה שם, מחלקת בין דבר מסוים- אותו יש להשיב, לבין דבר שאינו מסוים- אותו אין להשיב והמקח קיים וישיב דמיו. כן כתב המגיד משנה בשם הרמב"ן⁹. במקרה דנן מדובר בדבר שאינו מסוים, ועל כל פנים בודאי שלא ניתן להשיב את הניתוח שכבר התבצע ועל כן יש לקיים את החוזה ולחייב את ראובן לשלם. אם כן ניתן לטעון כי על אף האיסור שקיים בחוזה, אין זה מבטל את תוקפו של החוזה שנכרת בין ראובן לד"ר זהבי.

יחד עם זאת, על פי המשפט העברי יש להשיב את הסכום שניתן בריבית. מהמקרים שראינו לעיל עולה כי המחלוקת היא באשר לתוספת הריבית, אך את הריבית עצמה לכולי עלמא יש להשיב. וכל שכן שלא ניתן לתבוע את הסכום שנקבע כריבית לפני ששולם. אם כן ראובן לא יצטרך לשלם לד"ר זהבי את הסכום הנוסף של "דמי השתיקה".
כך פסק במפורש השולחן ערוך:

"מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר, ונתקיים בקניין או באחד מדרכי ההקנאות המקח קיים וייתן כשער של היתר ואין אחד מהם יכול לבטל המקח"¹⁰.

⁶ בבא מציעא, דף ס"ה, עמוד א'.

⁷ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ל', הלכה ז'. דברים אלו מבוססים על דברי הירושלמי: "וכלן שעשו בין אנוסים בין שוגגין בין מוטעין בין מזידין, מה שעשה עשוי בשבת ואין צריך לומר ביום טוב".

⁸ ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים, תשל"ד), 187.

⁹ מגיד משנה, הלכות מלוה ולוה, פרק ח', הלכה ט"ו.

¹⁰ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ר"ח, סעיף א'.