

קובץ
משפטי ארץ

|

|

—

—

—

—

|

|

קובץ
משפטי ארץ
כרך ג

קניין ומסחר

הרב עדו רכניץ
עורך ראשי
הרב עו"ד ירון אונגר
הרב דניאל כ"ץ
עורך עורך

עפרה, תש"ע



בתמיכת הקרן לחיי קהילה על-פי ההלכה
ע"ש ד"ר עזריאל ושושנה מרצבך ז"ל

כל הזכויות שמורות © תש"ע – 2010
למכון משפטי ארץ (ע"ר), עפרה
אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו לשימוש מסחרי
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני
לרבות צילום והקלטה, ללא אישור בכתב מהמוציא
מסת"ב: 978-965-90719-2-0 ISBN:

Printed in Israel

להזמנות, הארות והערות:
www.dintora.org | info@dintora.org
02-9973888

עיצוב והפקה: דוד הלל, רשימו

תוכן העניינים

7	הסכמות שנתקבלו לקובץ "משפטי ארץ" כרך ב – טענות וראיות
13	הרב אברהם גיסר ♦ ישא ברכה
15	הקדמת העורך
17	הרב ד"ר מיכאל בריס ♦ מבוא לדיני הקניין: אישיות, תועלת ואפסות
31	תקצירי המאמרים
IX	Rabbi Michael Baris ♦ Introduction
XXI	Synopsis of Articles

א. עיוני קניין

43	הרב דוב ליאור ♦ מעמדם ההלכתי של המנהג והחוק במסחר
48	הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין ♦ הגדרת כסף
74	הרב ד"ר ברוך כהנא ♦ מחילה מטעם הודאה? – עיון בשיטת הגאונים
89	הרב ד"ר רון ש' קליינמן ♦ יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין
107	הרב דניאל כ"ץ ♦ סיטומתא – כוחו של המנהג בדיני הקניין
122	הרב עדו רכניץ ♦ פיצול וצמצום הבעלות

ב. תורת האישים

145	הרב חיים יואל בלוך ♦ הקטין בדיני הקניין
179	הרב פרופ' בן ציון רחנפלד ♦ בעלות ציבורית במשנת הרמב"ם
187	הרב מיכאל יומטוביאן ♦ מסחר בינלאומי בין יהודי ונכרי

ג. עסקות מקרקעין

207	הרב יועזר אריאל ♦ העברת בעלות על מקרקעין בימינו
	הרב ד"ר מיכאל בריס ♦ הרהורים אודות מעמד מרשם המקרקעין על פי
222	ההלכה
237	הרב חיים וידאל ♦ מעשה קניין ברכישת דירות
257	ד"ר מיכאל ויגודה ♦ שעבוד צף על נכסי יחיד
263	הרב נתן חי ♦ "בר-רשות" – מעמדו ההלכתי וויתור עליו
270	הרב סיני לוי ♦ מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה

ד. עסקות מטלטלין

287	הרב שלמה אישון ♦ אחריותו של הנוטל ממכר לבדיקה
301	הרב דרור טוויל ♦ קניית חפץ לא מסוים בכרטיס אשראי
323	הרב איתי אליצור ♦ קנייה אוטומטית

ה. אונאה ומיקח טעות

335	הרב זלמן נחמיה גולדברג ♦ דין אונאה בזמן הזה
340	הרב אשר זעליג וייס ♦ דין אונאה בזמן הזה
345	הרב צבי יהודה בן יעקב ♦ ביטול עסקת חליפין
365	הרב עובדיה אחיטוב ♦ מחלוקת על מהותו של מוצר שהוזמן
380	הרב יהודה זולדן ♦ סחורה שנפסלה לשיווק עקב צו של משרד הבריאות

ו. אתיקה עסקית

	הרב אברהם גיסר ♦ נשאת ונתת באמונה? האתיקה בתורת ישראל
399	כתשתית למסחר ולקניין
412	הרב יוסף גטנו זצ"ל ♦ מגבלות על תחרות חופשית
424	הרב ד"ר משה בארי ♦ הטעיה בכדאיות העסקה
	ד"ר אביעד הכהן ♦ אתיקה ומוסר בחברות עסקיות – עקרונות יסוד מעולמו
443	של המשפט העברי
	הרב שמואל פולצ'ק והרב אריה וולדנדר ♦ איסור השתתפות בפירמיה
476	ושר"ש (שיווק רב שכבתי) והשלכותיה הממוניות

ז. חוזים על פי ההלכה

495	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ חוזה מכר דירה
508	הרב הלל גפן ♦ חוזה מכר רכב
527	הרב עדו רכניץ ♦ חוזה שכירות של נכס

ח. פנימיות המשפט

	הרב יהודה יפרח ♦ הבטה בהפקר – עניינה הפנימי של גמירות הדעת
541	במעשי הקניין
556	הרב יעקב בנימין ♦ איסור רמאות במסחר על פי פנימיות התורה

הסכמות שנתקבלו לקובץ "משפטי ארץ" כרך ב – טענות וראיות ומודפסות כאן ברשות כותביהן

הרב אברהם שפירא

[הרב הראשי לישראל]
ראש ישיבת מרכז הרב

בס"ד

אלול תשס"ד

מכתב ברכה

הזבא לפני כרכים מקובץ "משפטי ארץ", הכולל בתוכו מפרי עמלם של אברכי
הכולל בעפרה. סביב נושאים בחושן משפט, בדיני עדות וראיות וכד', ומן המקצת
שראיתי, הרי זכה הכולל לשמש אכסניה לת"ח חשובים, העוסקים בליבון הלכות
למעשה, ע"ס מקורות ראשונים ואחרונים, בהוספת ציצים ופרחים לתורה, שו"ט
בגמ' ובסברא נכונה עד לפסקי ההלכה האחרונים, ערוך בשפה ברורה ונעימה,
נחמד למראה. ולא באתי אלא לברך את ראשי הכולל, הרב מיכאל בריס
שליט"א, הרב חיים בלוך שליט"א, הרב הלל גפן שליט"א והרב אברהם גיסר
שליט"א, הרבנים ואברכי המכון, שיזכו בעז"ה לברך על המוגמר, ולהוסיף כהנה
וכהנה במעלה של תורה ובזיכוי הרבים ותרבה הדעת כמים לים מכסים, ונתבשר
כולנו בבשורות טובות.

בברכה נאמנה לשנה טובה ומאושרת,

הרב אברהם שפירא

זלמן נחמיה גולדברג

חבר בית הדין הרבני הגדול

ראש כולל "דעת משה" - סדיגורה

כ"ה יום כ"ג אלול תשס"ז

הנני בזה לספר בשבחם של הרבנים החשובים הרב חיים בלוך שליט"א והרב מיכאל בריס שליט"א בנוסף שהם בעצמם ת"ח מובהקין וגדולים בבקיות ובהבנה ישרה מאד להבין דברי תורה בעיון ובעומק עוד זאת הקימו כולל אברכים מצוינים שעוסקים בלימוד חושן משפט בעיון נמרץ ובידיעת ההלכות בהיקף רחב. וכעת אספו חידושי תורה בעניינים שלמדו מחברי הכולל ואתם העורכים הרב ירון אונגר שליט"א והרב עדו רכניץ ערכו ספר שלם רב הכמות ורב האיכות בהלכות עדות. יתן הקב"ה שיצליחו במעשיהם להוציא ספר מפואר לתועלת כלל ישראל וימשיכו בהרבצת התורה.

דדנית כמקרה ומעמדה שוקה

לזמן נחמיה גולדברג

משרד הרבנות רמת-גן



בס"ד

לשכת הרב הראשי
הרב יעקב אריאל

משפטי ארץ

קיימת זהות בין המשפט לבין אלוקי המשפט בישראל. לכשתמצי לומר מקופל הרעיון בעצם המלה: **א-ל-ה-י-ם**, שהיא דו-משמעותית. במשמעות קודש היא אחד משמותיו הקדושים של ה' ומיוחסת למידת הדין, ובמשמעות חול פירושה שופט ודיין (עין תחילת סנהדרין ב, ב-ג, ב), והא בהא תליא. השופט האנושי יונק את ערכיו המוסריים, הגיונו וסמכותו משופט כל הארץ, בורא העולם ויוצר האדם בצלמו לשם חיים של חסד משפט וצדקה בארץ. מכאן חשיבותם של חיי חברה תקינים לפי התורה. ר"ע אומר "ואהבת לרעך כמוך" – זה כלל גדול בתורה (ספרא, קדושים). והלל הסכים לגייר את אותו גר על רגל אחת באומרו לו, מאי דעלך סני לחברך לא תעביד, **זו כל התורה כולה** ואידך פירושא הוא, זיל גמור (שבת לא, א), ולא פתחה התורה את מצוותיה מיד אחרי עשרת הדברות אלא ב"ואלה המשפטים" (בתוספת ו"ו) להדגיש ולומר מה עליונים מסיני אף תחתונים מסיני (מכילתא, תחילת משפטים). להוציא מליבם של תועים, שהמשפט מקורו בשכל האנושי גרידא, ותפקידו להסדיר את נוחיות החיים החברתיים ויעילותם בלבד. ולא היא. לחיי חברה ישראליים יש **יעוד אלקי וסדר אלקי**. מידת הצדק האלקית היא המשערת בשיעור חכמתה העליון את הגבול של זכויותיו, חובותיו ובעלותו הממונית של כל אדם ואדם, ואת צורת הענישה לחורגים ופוגעים בגבול זה. כל סטיה משיעורה המדויק של חכמת האל יתברך, יש בה משום גזל וחמס, המסכנים את קיומה של החברה. ולא נחתם דינם אלא על הגזל (סנהדרין קח, א ורש"י פרשת נח, פרק ו' פס' י"ג), ובצעם בראש כולם (עמוס פ"ט). ולכן אמרו במשנה (אבות פ"א) שהדין הוא אחד מהעמודים עליהם העולם מתקיים. וכל הדין דין אמת לאמתו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית (שבת י, א). ר"ל הדין המכוין לדעת הקב"ה ומיישם את הצדק האלקי בחיי המעשה נעשה לו שותף ממש כביכול. והדברים עמוקים ונוקבים עד השיתין.

מדינת ישראל, כמדינתו של העם היהודי, מן הראוי שישלוט בה המשפט העברי המקורי לדורותיו. כשם שאין להעלות על הדעת אפשרות של מדינה עברית ללא השפה העברית, כשפה הרשמית, ולוח עברי, על שבתותיו ומועדיו, כלוח הרשמי, וזיקה רשמית מפורשת לעם ישראל כך לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי.

עם הקמת המדינה הופחה רוח תקוה בקרב שוחרי המשפט העברי שיקום בה הכתוב ואשיבה שופטך כבראשונה ויועצך כבתחילה. ותבא עדנה למשפט העברי.

האכזבה הייתה קשה ומרה כשהתברר במשך הזמן שהמשפט העברי הולך ונדחק לקרן זוית דוקא במדינת ישראל. אומנם בנושא המעמד האישי ניתנה לביה"ד הרבני סמכות בלעדית,

משרד הרבנות רמת-גן



לשכת הרב הראשי
הרב יעקב אריאל

בס"ד

אולם לצערנו סמכות זו הולכת ומתכרסמת. הנושאים הממוניים המשפחתיים הוצאו ממערכת בתי הדין והועברו לבתי הדין לדיני משפחה, פסק בג"ץ תקדימי אסר על בה"ד האזורי להוציא כתב סירוב כנגד נתבע שסרב לרדת לדין לפניו ועוד ועוד.

הסכנה הגדולה ביותר האורבת למערכת משפט היא הפיכתה לתיאורטית בלבד. אם לא משתמשים בה למעשה היא עלולה להתנתק ברבות הימים מהמציאות הדינאמית ולהישאר חנוטה חלילה בגוויליה. מערכת משפט חייבת להיות חיה ופעילה.

ב"ה שלא נטש ה' את עמו ונחלתו לא עזב. עדים אנו לפריחתם של בתי הדין לדיני ממונות בישראל. משפט התורה חי וקיים! יותר ויותר מתדיינים פונים לבתי הדין האלו. התברר שהם מהירים וחולים יותר מבתי המשפט הרגילים וכשהדיינים מנוסים ופקחים הם גם יעילים יותר. רבים וטובים מצורבי הישיבות מתמחים בנושאי חושן משפט. מתוך מאגר רב כמות ואיכות זה יצמח לנו אי"ה דור של דיינים וחוקרי המשפט העברי שיצעידו אותנו קדימה.

ותקוותי היא שלכל פסיקה של בתי המשפט הכלליים ינתן פסק דין מקביל מאורה של תורה. לא ל"משפט צללים" אנו זקוקים אלא ל"משפט אורות" שיציג את עמדת המשפט העברי במלוא זהרו אל מול המשפטים האחרים.

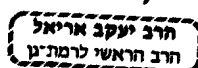
מכון משפטי ארץ בעפרה נטל על עצמו את האחריות לשאת במשא זה. וב"ה שזכינו לראות בהוצאה לאור של ספר חשוב זה "משפטי ארץ" הדן בסוגיות עמוקות ובבעיות משפטיות סבוכות בשפה ברורה ובנעימה. חלק מהמאמרים עיוניים וחלק מעשיים וזה בלא זה אי אפשר. אין מעשה ללא עיון. רק העמקה עיונית בחכמת המשפט יכולה להצמיח גם פרות מעשיים. חלקם של גדולי הדור כגון הגר"ש ישראל ויבל"א הרז"נ גולדברג שליט"א, חלקם של דיינים, ר"מים וראשי כוללים וחלקם של צורבים צעירים שממאמריהם ניכר הסיכוי לצמיחה לגאון ולתפארת.

ויה"ר שבזכות הצדק והמשפט ישב ישראל לבטח בארצו וארמון על משפטו ישב. וכדברי הכתוב:

צֶדֶק צֶדֶק תִּרְדֹּף לְמַעַן תִּחְיֶה וְיִרְשֶׁת אֶת הָאָרֶץ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ:

בברכת התורה והארץ

הרב יעקב אריאל
הרב הראשי לרמת-גן



אשר זעליג וייס

כגן 8
ירושלים ת"ו

....

ר"ה באלול ה'תש"ו

בס"ד

הן ראיתי את הקובץ החשוב "משפטי ארץ" בדיני הראיות שחובר ע"י לומדי
הכולל לחשן משפט בעפרה. על אף שלא היה סיפק בידי לעיין במאמרים רבים,
מן המעט שראיתי נוכחתי לדעת שלומדי בית מדרש זה לנים בעומקה של הלכה
ועלה בידם משנה סדורה בטוב טעם ודעת ובסברא עמוקה בסוגיות קשות
ומורכבות.
ברבתי לראשי הכולל הרבנים הגאונים הרב מיכאל בריס והרב חיים בלור
שליט"א ולכל הלומדים החשובים שזכו להגדיל תורה ולהאדירה, שיפוצו
מעניותיהם, ויזכו לקדש ש"ש.

הנאמנים בלשון הכולל הירקנים האנשים יוסף מיכאל בריס ורבי חיים בלור ורבי
הנאמנים בלשון הכולל הירקנים האנשים יוסף מיכאל בריס ורבי חיים בלור ורבי

כ"א אלול ה'תש"ו

אשר זעליג וייס

חבר אשר וייס
רב קרית טשכנוב רמות
ראש ישיבת חוג חת"ס
אב"ד ביחיד לממונות
ירושלים

ישיא ברכה

נגיל ונשיש בזאת התורה כי טוב סחרה מכל סחורה. זאת תורת "משפטי ארץ", משפט התורה לקניין ולסחורה אשר עליה נאמר:

כִּי טוֹב סַחְרָה מִסָּחָר כֶּסֶף וּמִחֲרוֹץ תְּבוּאָתָהּ; יִקְרָה הִיא מִפְּנִינִים וְכָל חֶפְצֶיךָ לֹא יִשְׁוּוּ בָּהּ; אֲרֶךְ יָמִים בְּיָמֶינָהּ בְּשִׂמְאוּלָּהּ עֵשֶׂר וְכְבוֹד; דְּרָכֶיהָ דְּרָכֵי נֶעֱם וְכָל נְתִיבֹתֶיהָ שְׁלוֹם; עַץ חַיִּים הִיא לַמַּחְזִיקִים בָּהּ וְתִמְכִּיָּהּ מֵאֲשֶׁר (משלי ג, יד-יח).

טוב סחרה של תורה מסחר כסף, וטוב פריה של תורה מן הזהב. והוסיף רש"י (שם, יד): "כל חלופין שאדם מחליף בסחורה – זה נוטל זה, וזה נוטל זה. אבל האומר לחבירו שנה לי פרקן ואני אשנה לך פרקי – נמצאו שניהם ביד כל אחד ואחד".

הנה כי כן, בסחורה של תורה בא שכרה בכפליים. והנה יש לברך על הוצאת הספר השלישי הזה, המצטרף לשני קודמיו, פעמיים כי טוב, כך ג' בסדרת "משפטי ארץ" מאמרים ומחקרים בהלכות שולחן ערוך "חושן משפט" חלק ג' (לפי סדר בחינות הדיינות).

כרך זה העוסק בסוגיות כלכליות ומסחריות מלמדנו כפל משמעות במה שנאמר (דברים ל, יב-יג): "לֹא בְשָׂמִים הָיָה... וְלֹא מִעֵבֶר לָיִם הָיָה...". לא בשמים היא – התורה מורה אותנו ומנחה את דרכנו בשאלות הארציות העדכניות ביותר; דיני קניין ונזיקין, מקח וממכר, הונאה ואתיקה, אינטרנט וטכנולוגיה עילית. ולא מעבר לים היא כמאמרם ז"ל (עירובין נה, א): "לֹא תִמְצָא לֹא בִּסְחָרִים" המפליגים וממריאים לארצות הים "ולא בתגרים" העוסקים בעסקים חובקי עולם.

"כִּי קָרוֹב אֵלֶיךָ הַדָּבָר מֵאֹד בְּפִיךָ וּבִלְבָבְךָ לַעֲשׂוֹתוֹ" (דברים ל, יד) – התורה הזו העוסקת בשאלות הארציות ביותר והשאלות העדכניות ביותר אינה מצויה מעבר לים; מצויה היא כאן בבית המדרש בהישג ידו של כל תלמיד חכמים, אלא שהיא דורשת את כל הלב ואת כל ההתמסרות ברוח ובחומר כדי לרכוש אותה וכדי לסחור בה בכישרון היצירה והכתיבה. בלימודנו ובסברתנו בדיני ממונות ובסוגיות קניין ומסחר, חושים ושעבודים, יש לשים לנגד עינינו את דברי בעל ספר "שערי יושר" הגאון רבי שמעון שקופ זצ"ל:

ולענ"ד דענין שעבוד הגוף בכל חיובי ממון הוא דין משפטי שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסיו כך וכך, שחוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצוות התורה. כשם שסוגי הקניינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי גם בלי אזהרת לא תגזול...ואף שבהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה, איזה הכרח וחיוב על האדם יהיה לעשות דבר בלי ציווי ואזהרת התורה? אבל כשנעמיק בענין היטב יש להבין ענין זה, שהרי גם החיוב וההכרח לעבודת ה' ולמלאות רצנו ית' הוא גם כן ענין חיוב והכרח על פי משפט השכל וההכרח, כמו כן הוא חיוב ושעבוד ממון הוא חיוב משפטי שנתחייב על פי דרכי קניינים.

מעבר לחידוש ולניסוח החד והבהיר של אופי היחסים בין משפט והלכה בדיני הממונות, עוד הפליא הגאון המחבר בדוגמא שהביא לעניין חיוב עבודת ה' והשעבוד לתורתו בבחינת "בא ללמד ונמצא למד". הרי זה דומה לסוגיה בדיני נפשות בהיקש שבין דיני רוצח לדיני אנס (סנהדרין עד, א):

"כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה" ... הרי זה בא ללמד ונמצא למד ... אף רוצח – ניתן להצילו בנפשו [=של הרוצח] ... רוצח גופיה מנא לך? – סברא הוא!

הרי לנו שמקור הערכים ומקור החיובים עד כדי מסירת חייו להריגה יסודם בסברה ישרה. קל וחומר דיני שעבוד וממונות וכיו"ב שיסודם בסברה ישרה. קל וחומר אמרנו? אך הדבר לא פשוט, שהרי "יש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו – לך נאמר בכל מאדך" (שם).

הא למדנו שדרך החשיבה הלוגית-משפטית היא המופת לחיוב עבודת ה' ולאהבתו. היא קיום העולם, והיא שורש חורבנו. שהרי כתוב (בראשית ו, יא): "וַתִּשָּׁחַת הָאָרֶץ לִפְנֵי הָאֱלֹהִים וַתִּמְלֵא הָאָרֶץ חָמָס". החמס הוא המשחית וביטול המידה, המשקל, הבעלות וכל יחסי הממון ההגונים הם מחריבי הארץ. על כן יצרה התורה קשר מוחלט בין המשקל והמידה – גם מידות טובות וגם משא ומתן באמונה – לבין ירושת הארץ (דברים כה, טו):

אֲבֵן שְׁלֹמֹה וְצֶדֶק יְהוָה לֶךְ אִיפֹה שְׁלֹמֹה וְצֶדֶק יְהוָה לֶךְ לְמַעַן יֵאָרִיכוּ יְמֶיךָ עַל הָאֲדָמָה אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ.

ישר חילם של אברכי המכון, ובראשם הרבנים ראשי המכון הרב חיים בלוך, הרב עדו רכניץ, הרב ד"ר איתמר ורהפטיג הרב ד"ר מיכאל בריס, והשותפים בעריכת ספר זה הרב דניאל כ"ץ והרב עו"ד ירון אונגר. רבנן ותלמידיהם אשר תורתם חביבה עליהם מגופם והם עוסקים בה בהתמדה ובחשק גדול, ללמוד ולהורות בסברה ישרה לסחור סחרה של תורה ביצירה מפוארה.

"מֶלֶךְ בְּמִשְׁפַּט יַעֲמִיד אֶרֶץ" (משלי כט, ד), גואל ישראל, יזכנו מהרה להעמיד את מדינת ישראל, על מכוני המשפט והצדקה בבנין ציון ומקדש א-ל.

הרב אברהם גיסר

יו"ר המכון

הקדמת העורך

המחזיר חוב בשביעית רוח חכמים נוחה הימנו. כי אין תכלית השמיטה של החוב מניעת הפירעון ונטיית המשקל בענייני הרכוש, שיסוד התורה במשפטיה הוא הגבלת הרכוש והעמדת הצדק בקניין כל אחד מבני אדם במה שהוא שלו. אלא שעם הגבלת הקניין צריך שתשפע רוח הנדיבות, עד שתשלול את צדדי החיסרון הבאים ממנו, אם כן עיקר התכלית היא מניעת הנגיסה. זכירת השמיטה מצד ההכרה כי יש תכלית נשגבה וקניינים יותר נשגבים ויקרים לאדם מקנייני הרכוש, שהם קנייני החכמה והצדק, שכדי לקנותם צריך שייכנעו לפניהם גם כן קנייני הרכוש.

(הראי"ה קוק עין איה פאה, יד)

שנת השמיטה מסתיימת בשמיטת חובות (משנה שביעית י, א; שולחן ערוך חו"מ סז, ל) למרות זאת נאמר (משנה שביעית י, ט) ש"רוח חכמים נוחה" ממני שמחזיר את חובו חרף השמיטה. הראי"ה קוק ראה בהלכות אלו את המפתח להתייחסות הנכונה אל הקניין הפרטי. כאשר מחד גיסא, בדרך כלל התורה מגינה על הקניין הפרטי ורואה בו זכות טבעית ויסודית, ומאידך גיסא, פוגעת בזכות זו באופן מכוון בשמיטת הכספים כדי שלא להפוך אותה ל"זכות קדושה" כפי שמקובל בתרבויות מסוימות.

הראי"ה מדגיש שישנו סולם ערכים ברור שבו "קנייני החכמה והצדק" עולים על קנייני הרכוש, ומגבילים אותם במקרה הצורך.

ספר זה העוסק ב"קנייני החכמה והצדק" של עולם הקניין והמסחר, ומהווה חוליה שלישית בסדרת "משפטי ארץ". כאשר הכרך הראשון עסק בסמכות הדיינים ובסדרי הדין, משם המשכנו בכרך השני לעסוק בדיני הראיות – העדויות והטענות, וכעת זכינו לעסוק ב"דין המהותי" של הקניין והמסחר.

כרך זה ממשיך את המגמה, להיות במה לאוהבי משפט התורה וללומדיו באשר הם, אברכים, רבנים, דיינים וחוקרים, זאת, נוסף על ראשי המכון, חוקריו ואברכיו. בעריכת כרך זה נעשה מאמץ להגיש את דברי התורה בשפה ברורה ונעימה שמובנת גם למי שאיננו מחובשי ספסלי בית המדרש, ובכלי נאה המרחיב דעתו של הקורא. אגב כך, יש להעיר כי העריכה האינטנסיבית של המאמרים השונים שינתה במידת מה את סגנונם המקורי של המאמרים.

דרכו של מכון משפטי ארץ לעסוק במשפט התורה החל מהיסודות העיוניים, ואף המופשטים, ועד לפסיקת הלכה למעשה. רוח זו שרויה על כל הספרים בסדרת "משפטי ארץ", אולם, היא קיבלה משנה תוקף בכרך זה, בו מופיעים לראשונה מאמרים העוסקים

בפנימיות תורת המשפט, המשך בעיונים בתורת המשפט, עבור דרך פסיקת המשפט וכלה בהצעת חזים על פי ההלכה.

ספר זה הוא פרי מאמץ משולב של רבים ולהם שלוחה תודתנו. ראשית כל, תודתנו לכותבים הרבים על מגוון הנושאים, עומק הדיון, ועל הנכונות לקבל את עריכתנו ברצון. יבואו על הברכה הרב דניאל כ"ץ והרב עו"ד ירון אונגר שנשאנו בנטל העריכה הכבד בשמחה ובזריזות. כמו גם העורך הלשוני הרב אב"י ונגרובר, בוגר המכון, אשר לא נמנע מלסייע גם בעריכת התוכן; לצידו דוד הלל אשר עיצב את הספר בטוב טעם והביא אותו לדפוס; ואף לעו"ד יונתן דוידסון על תרגום תקצירי המאמרים לאנגלית.

תודה מיוחדת שלוחה לראשי כולל משפטי ארץ, עפרה, לרב ד"ר מיכאל בריס שליט"א, הוגה סדרת "משפטי ארץ" ומי שהתווה את דרכה; לרב חיים בלוח שליט"א, שסייע בעצה, תושייה והכוונה; ולרב ד"ר איתמר ורהפטיג חבר צוות המחקר במכון שחלק עמנו את ניסיונו העשיר.

אחרונים חביבים יבורכו חברי הנהלת המכון, הרב אברהם גיסר שליט"א, יו"ר המכון שדחף ועודד במשך כל הדרך הארוכה; מר דן תור מנהל המכון הנמרץ והמסור; ומר משה בטיש השוקד, לצד עיסוקיו הרבים, על קיומו והתפתחותו של המכון.

בשבח והודאה לבורא עולם, אנו מגישים לפני הציבור את הספר, ומתוך תפילה שיהיה בו כדי להמשיך את המגמה המתגברת, של תחיית משפט התורה והפיכתו למערכת משפט פעילה ורלבנטית.

עדו רכניץ

מבוא לדיני הקניין: אישיות, תועלת ואפסות

הרב ד"ר מיכאל בריס

א. פתיחה

- ב. קנייני מטלטלין: שליטה ואישיות
ג. מקרקעין ובני אדם: מגבלות הקניין
ד. קניינו של האדם וקניינו של הבורא

א. פתיחה

חמשה קניינים קנה הקדוש ברוך הוא בעולמו ואלו הן: תורה
קניין אחד, שמים וארץ קניין אחד, אברהם קניין אחד, ישראל
קניין אחד, בית המקדש קניין אחד. (אבות ו, י)
רבי אלעזר איש ברתותא אומר, תן לו משלו שאתה ושלך
שלו, וכן בדוד הוא אומר (דהי"א כט, יד) "כי ממך הכל,
ומידך נתנו לך". (שם ג, ח)

דיני הקניין הם יסודיים ברוב – אם לא בכל – החברות האנושות. גם שלילת הקניין הפרטי
בחברות הקומוניסטיות, או בכחות אוטוריות בהיסטוריה ובהווה, מציגה את שאלת הקניין
במוקד העניין הנורמטיבי. אף ההלכה מעידה על חשיבות זו. אלמלא זכות הקניין הפרטי לא
היו בני נוח מצטווים על הגזל, ובמובן מסוים – אם נרחיב מבט זה גם אל דיני האישות – אף
לא על דיני הניאוף.¹

תופעה רחבה זו, הנראית לעתים מובנת מאליה, ראויה לעיון נוסף, בייחוד בפתח העיסוק
ההלכתי המפורט בדיני הקניין. לאמור: מניין נובעת זכות זו? ואף מה מהותה, ומה
מגבלותיה העקרוניות?

* הרב מיכאל בריס, ראש כולל, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. סנהדרין נב, ושם נח, א: "ודבק... באשתו – ולא באשת חבירו". ראה גם רמב"ם מלכים ומלחמות ט, א:
"אף על פי שכולן קבלה הן בידינו ממש רבינו והדעת נוטה להן, מכלל דברי התורה יראה שעל אלו
נצטוו".

לעניין מהותה של מצוות "דינים" ומידת הפירוט שבה ראה שם, יד ("לדון בשש מצוות אלו"); רמב"ן
בראשית לד, יג: "ציווה אותם בדיני גנבה ואונאה ועושה ושכר שכיר ודיני השומרים ואונס ומפתה ואבות
נוזקין ובחובל בחבירו ודיני מלווה ולווה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהן, כעניין הדינין שנצטוו ישראל".

יתרה מזו, בין אם הסדרי חלוקת הנכסים בעולמנו הם תוצר של כוחנות או של כשרונות, בין אם נובעים הם משיקולים של צדק חלוקתי ובין אם הם מבטאים את אישיותו של האדם העמל והיוצר, בוקעת ועולה השאלה שהיא בעיניי היסודית ביותר: האם קיימת משמעות לקניין האנושי בעולמו של הקב"ה, שהוא "קונה שמים וארץ"? הלא "לה' הארץ ומלאה, תבל ויושבי בה!" ומיהו האדם המכריז על חבל ארץ זה או אחר, או על חלקים ממלואה של תבל זה כי הם "שלו"? הדברים להלן ינסו להתחקות אחר מקצת ההיבטים של תהיות אלה דרך הצוהר של דיני מעשה הקניין שהורו לנו חז"ל.

ב. קנייני מטלטלין: שליטה ואישיות

דרכי הקניין במטלטלין מבטאות שליטה: הגבהה, משיכה, מסירה – על פי רמות השליטה האפשריות של האדם.² הן קשורות קשר אמין עם מרחב שליטתו של האדם הפרטי. ככל שביטוי השליטה שבמעשה הקניין חלש יותר, כך הוא דורש ייחודיות גבוהה יותר המתבטאת ברשות בה הוא מתבצע –

מסירה אינה קונה אלא ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהם, ומשיכה אינה קונה אלא בסימטא או בחצר של שניהם והגבהה קונה בכל מקום.³

וכדברי הריטב"א הנודעים:

ושלושה קניינים הן: גדולה שבכולם, הגבהה שקונה בכל מקום... ואף על פי שאין חיוב הגבהה אלא בדברים שדרכן להגביה, לפי שהוא קניין חשוב קונה אף בכל דבר הנקנה במשיכה או במסירה, ואין לך שום דבר שאינו נקנה בהגבהה. והקניין השני משיכה, והוא קונה בסימטא ובחצר של שניהם שמושך אותה מרשות הבעלים לרשותו, אבל אינה קונה ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהם, דהא לא אתיא לרשותיה ואין כאן דין משיכה, והיא קונה בדברים בינוניים שאין דרכן להגביה ואפשר למשכם, אבל לא בדברים קלים דהנהו הגבהה בעו, ואין קניין השפל גומר במקום שתקנו בו קניין עליון ממנו אבל העליון גומר בתחתון במקום שגומר השפל ממנו.

2. משיכה במה שאין דרכו להגביה, מסירה בדבר "שיש במשיכתו טורח גדול ואינו נמשך אלא לרבים", ראה: **רמב"ם** מכירה ג, א-ג; **שולחן ערוך** חו"מ קצח, ז, ושם ד: "דברים שאין דרכם להגביהה אי אגבהיהו קנה".
3. **רמב"ם** שם ד, ג; **שולחן ערוך** חו"מ שם, ט; ראה גם שם קצו, ב. מדברי הרמב"ם והשולחן ערוך שמסירה אינה מועילה כאשר הנקנה עומד בסימטא או ברשות של שניהם, **מגיד משנה** מכירה ג, ג; **שולחן ערוך** חו"מ קצח, ט. משום כך אין לקשור בין עצמת השליטה במסירה ובהגבהה לבין הרשויות – אלא כל אחת מבטאת שליטה בנכס ביחס למקום המתאים ביותר, השווה **שולחן ערוך** שם, יג, שיש אומרים שספינה אינה נקנית במשיכה אלא "כדרך משיכתה, כגון שמונחת במים... אבל אם היתה ביבשה אינו קניין עד שיגביהנה". לעומתם, הגבהה קונה בכל מקום והיא מבטאת שליטה מוחלטת בחפץ. כעמדתם גם סבור **הרשב"ם** בבא בתרא ע"ב ד"ה לא קשיא; שם ע"א תוד"ה ספינה. אולם רבינו תם שם חלוק עליו, שם: "וכי משיכה ומסירה מצוות הן שאין לעשות אלא מן המובחר". ר"י שם הסיק כרשב"ם.

והקניין השלישי מסירה, והיא במקום שאין משיכה קונה שם... שחכמים תקנו קניין בכל רשות, וכיוון דלא שייכא בהו משיכה תקנו שם מסירה, והיא הפחותה שבכולם...⁴

דרכי הקניין הללו משקפות את מעבר השליטה בחפץ מן המוכר אל הקונה, מבעל זכות נוכחי לבעל זכות שיבוא אחריו, וחלקן מתאימות גם לזכייה מן ההפקר.⁵

אולם מושג הקניין מתחיל עוד קודם לכן – בהיווצרות הנכס עצמו. משום כך בניין-אב לקנייני המטלטלין כולם הוא קניינו של האדם היוצר או המפיק דבר-מה. זכותו של חקלאי בפירות שדותיו אינה תלויה בתחולת דיני קניין חצר. הם שלו משום שהם נוצרו מכוח עציו; קניין הפירות הוא מרכיב של זכות הקניין עצמו.⁶

זכות קניינו של אומן היוצר דבר חדש אינה מוטלת בספק – אף שנחלקו בהלכה אם "אומן קונה בשבח כלי",⁷ כאשר הוא טיפל בכליו של אדם אחר. הרעיון שעצם התיקון שלו בכליו של הזולת עשוי להעניק לו זכויות קניין מצביע אף הוא על המרכזיות של היצירה של האדם בזכות הקניין שלו, כדברי הגאון רבי שמעון שקאפ:

כיוון שתיקן הכלי ונשתנה איכות הדבר נעשה שותף בכלי, שהעצם היה של בעל הבית ונשתנה העצם באיכותו ונעשה שותף לפי ערך השבח והעילוי שנעשה על ידי אומנותו.⁸

קניינו של האומן נגזר מהטבעת רצונו על המציאות הגולמית. פועל זכאי לשכרו באופן יסודי גם כן, ושניהם – האומן והפועל – רשאים משום כך לעכב את פועל ידם אצלם כעירבון על מנת להבטיח את התשלום עבור זכויותיהם.⁹

4. **ריטב"א** קידושין כה, ב ד"ה בהמה גסה נקנית במסירה. וראה בהמשך דבריו (שם, "והא דתנן"), "דלמאן דאמר משיכה מפורשת מן התורה הרי היא עיקר... ומינה איתרבו מסירה והגבהה והווי להו כתולדות דידה". אולם להלכה, דקיימא לן כרבי יוחנן שקבע כי "דבר תורה – מעות קונות", הרי ש"עיקר התקנה משיכה היא שהביאה לרשותו ויצא מידי טענת 'נשרפו חטיף'".

5. **רמב"ם**, גזילה ואבידה יז, א; **שולחן ערוך** חו"מ רסח, א: "כל מציאה שאמרנו שהיא של מוצאה אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו, אבל אם ראה את המציאה, אפילו נפל לו עליה, ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה".

וראה **מגיד משנה** ו**כסף משנה** על הרמב"ם שם, ו**רמ"א** בשולחן ערוך שם, לגבי מקום שד' אמותיו של אדם קונות לו. לעומת זאת, אחיזה במוסרה, דוגמת קניין מסירה, אינה קונה "עד שימשוך או ינהיג", **רמב"ם** שם ו. אך השווה **רמב"ם** מכירה ב, ה-ו, שגם במכירת בהמה נדרשת משיכתה או הנהגתה ואין די במסירה. השווה גם דיון ב**בבא מציעא** קיח, א אם "הבטה בהפקר קניא".

6. אף לדברי ריש לקיש, ש"קניין פירות לאו כקניין הגוף דמי", **גיטין** מח, א, הרי שדבריו מתייחסים למצב בו זכות זו עומדת לבדה, במנותק מקניין הגוף. אולם לית מאן דפליג שבמצב הבסיסי, קניין הפירות נגזר מקניין הגוף. לפי ריש לקיש, ניתוקה של זכות זו אינה מעניקה זכות בגוף הדבר וגם אינה פוגעת בזכותו של בעל הזכות בגוף הנכס. ראה גם **תוספות** שם, ד"ה אי לאו, לגבי היקף הכרעת ההלכה כריש לקיש.

7. **שולחן ערוך** חו"מ שו, ב, ובש"ך ג כתב שהוא ספיקא דדינא.

8. **חידושי רבי שמעון הכהן (שקאפ)** בבא בתרא, ד.

9. **בבא מציעא** פב, ב; שילם ורפהטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, עמ' 404-408 (ירושלים, תשמ"ב). ובדומה לכך גם היבט מסוים של קנייני גניבה וגזילה: "הגחל עצים ועשן כלים, צמר ועשן בגדים" קונה את החפץ הנגזל, ומשלם כשעת הגזילה, **בבא קמא** צג, ב. למעשיו של הגולן השפעה על תהליך שינוי זה,

חצרו של האדם היא הרחבה של אישיותו של האדם עצמו – "חצרו משום ידו אתרביא"¹⁰ – וככזו, היא מטילה את אישיותו ואת שליטתו על כל הנמצא בחצרו לפיכך חצרו של אדם קונה לו.

אף כיבושו של מלך קונה – ארצות שלמות וכל הנמצא בהן. השליטה המעשית, דה פקטו, אינה נזקקת להעברה מרצון על מנת להעניק זכות קניין. לא הסכם הכניעה הפורמאלי, כשיש כזה, מקנה נכסים מדין כיבוש. קניין זה הוא חריג אפוא לדיני העברת זכויות הקניין, המושתתים בדרך כלל על רצון וגמירות דעת של המקנה.¹¹

ההלכה המכירה בתוקפן של מכירות שנעשו תחת כפייה, "תליוהו וזבין וזבינה וזבינא"¹², מבוססת על הנחה שלא נפגמה מידת רצונו של הקונה עד כדי ביטול המיקח.¹³ למעשה, אין כאן שני רעיונות שונים העומדים בבסיס זכות הקניין במטלטלין – שליטה לחוד ורצון לחוד – אלא רעיון אחד: בשליטתו, האדם כופה את רצונו על הנשלט.

זכות הקניין של האדם במטלטלין נובעת מהטלת רצונו ומרותו של האדם על חפצים, ובכך הוא מרחיב את אישיותו כך שמעתה הם כלולים בה. החפצים הם "שלו". אולי משום כך חזר יעקב אבינו גם על פכים קטנים, ו"צדיקים ממונם חביב עליהם יותר מגופם".¹⁴ זאת, משום שהרחבה כזו של האישיות טומנת בחובה גם אחריות על כל מה שחוסה תחת כנפיו של האדם, ורכושו בכלל –

בתור "שני מעשה", אולם עצם הקניין אינו תלוי בדרך זו בלבד. גם כאשר השינוי מתרחש לבד, כגון "גנב טלה ונעשה איל, עגל ונעשה שור" הרי שהחפץ נקנה לגזלן, שם סה, ב – וקניין השינוי אינו תלוי במעשיו של הגנב או הגזלן אלא "אם כעין שגנב יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי", שם סו, א. מעשה מצידו של הגזלן עשוי להחשב כגזילה מחודשת, שם סה, א.

10. **בבא מציעא י, ב, יא, א**; לעניין זה הדבר מוסכם, וייתכן שנחלקו בתחולת עקרון זה לגבי דיני מציאה, לפחות לגבי מציאתו של קטן במובחן מקטנה. לגבי גט, הכללת דיני חצר מכוח דין יד היא הבסיס לשליטת עולא "והיא שעומדת בצד ביתה ובצד חצרה" – "כידה, מה ידה בסמוך לה אף חצרה בסמוך לה", **גיטין עז, ב**.

11. השווה **חזון איש חו"מ סי' כב**: "כלל גדול יהיה לך בקניינים דעיקר הקניין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחברו יסמוך דעתו עליו".

12. **בבא בתרא מז, ב**.

13. "כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה וזבינא", **בבא בתרא מז, ב**. זאת, במובחן ממתנה כפויה שהיא בטלה, **רשב"ם שם מח, א ד"ה מודה שמואל**.

14. **חולין צא, א**, "לפי שאין פושטין ידיהן בגזל". ראה גם **דרשות הר"ן**, הדרוש הששי –

וראו עניין הכוונה מהו, כי מי שכוונתו דבקות בשם יתברך, גם כשהוא מתעסק בדברים המוניים, בענייני העסקים והקניינים, הוא עובד השם יתברך עבודה גמורה, ומי שאין כוונתו דבקה בשם יתברך, גם כשהוא חושב לעבוד את השם הוא ממרה אותו...

וזהו הדבר המטעה ההמוני, וזה הטעות הוא נמשך בכל הכוונות, כי ההמוני, כשרואה האנשים הטובים והחסידים מתעסקים בענייני העולם, כמו שאנו רואים האבות שהיו עושים עיקר מהזריעות והמקנה, ואמרו רבותינו ז"ל (חולין צא, א) ויותר יעקב לבדו (**בראשית לב, כה**), שנשתייר על פכים קטנים, וכשההמוני רואה זה אומר בלבו אעשה כן גם אני, ואוי להם לבריות רואות ואינן יודעות מה רואות, כי אינן רואים רק חיצוניות הדברים, לא פנימיותם, כי הצדיקים עושים כל דבריהם לתכלית טובה ובראוי, ויתר האנשים תכליתם ללא דבר.

וראה להלן הערה 47 בשם רבי שמחה בונים מפשיסחא והיהודי הקדוש.

אין רחוק הוא הרעיון שכל המתייחס לאדם בכל אופן שהוא, ממאכליו ומשקיו, מכליו ותנועותיו, ומכל רכוש, הכל יש לו יחס עצמי למהותו האמיתי... בכל דבר יש גלוי יש, וכל יש, חי הוא באיזה אופן ויש בו איזה צד הכרה. הננו מוקפים מחיים מכל עברים, ברוממותנו הכל מתרומם, ובשפלותנו הכל נשפל. כשהיש העצמי שלנו מתעלה, מתעלים כל גילויי החיים שלנו בכל מקום שהם, וכל מה שנה[ה]תרוממות היא יותר מקורית, היא יותר מתרחבת על יחסים יותר רחוקים.¹⁵

אור הקודש מתפשט בתחילה על כח הדיבור... ואחר כך מתעלה גם כן חוש שמיעה... ואחר כך האור מתפשט על חוש הראיה... ואחר כך כל תנועה, וכל רגש וועזוע נעשה מלא חן וכבוד עליון עד המידה העליונה של הופעת אור קודש גם על כל קניינו, על כל מה שמשמש בהם, מקלו, חמורו, וכל אשר לו.¹⁶

ג. מקרקעין ובני אדם: מגבלות הקניין

עם כל זאת, דרכי קניין מרכזיות בהלכה מצביעות דווקא על הבעייתיות של מושג הקניין עצמו: כיצד ניתן להחיל את דיני הקניין גם על דברים הנראים בעינינו כעומדים מחוץ לקטגוריה של רכוש ונכסים, קרי – על בני אדם? התורה אכן מלמדת אותנו דיני עבדים, הכלולים במשנה תורה בספר הקניין. אולם גם דיני קידושין, שהם אושיות היסוד של הבית היהודי, בנויים על "מעשה קניין" – גם אם בהסכמה. ולמרות ייחודו של מעשה קניין זה, והמשמעות שלו במושגים של קדושה,¹⁷ מעשה הקידושין נידון כפעולה קניינית.¹⁸ יתרה מזו, המשניות בתחילת מסכת קידושין מסווגות את "קניין" האשה יחד עם קניין העבד וקניין נכסים אחרים. מה פשר הדבר?

דומה, שעיון באותן משניות מצביע הן על הבעייתיות והן על דרכם העמוקה של חז"ל בסוגיה זו, החושפת בפנינו תובנה חדשה אודות מוסד הקניין עצמו. נשים נא לב אל הדמיון בין המשניות בהן שאלה זו עולה:

משנה קידושין א, א	שם א, ב	שם א, ג	שם א, ד
האשה נקנית בשלש דרכים בכסף, בשטר ובביאה	עבד עברי נקנה בכסף ובשטר	עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה	נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה

15. מרן הראי"ה זצ"ל, שמונה קבצים, קובץ ב, עא; ערפלי טוהר, עמ' ל, התיקון הוא שלי.

16. שם, קובץ ו, קלו; אורות הקודש ב, עמ' שא.

17. השוה ברכת שמואל, ריש קידושין.

18. [הערת עורך: ראו עוד הרב מיכאל אדרעי, "אופי שעבוד הבעל והאשה למעשה ידיים ולעונה", חמדת הארץ ב', ירושלים תשס"ב, עמ' 121. ע.ר.]

לעומת זאת, משניות פרק זה קובעות את קנייני המטלטלין על פי הדרכים שראינו לעיל: הגבהה, משיכה, מסירה, ואף קניין אגב מקרקעין. הבחנה זו בין מקרקעין למטלטלין מצביעה על ההבדל המהותי בין משמעות הקניין לגביהם. לא ראי קניין מטלטלין, שניתן לשלוט בהם שליטה מלאה, כראי הקניינים האחרים, שבהם לא קיימת שליטה כזו. אדם יכול לשאת את מטלטליו למקום אחר. הוא יכול ליהנות ממטלטליו בלי מגבלה (קניינית) עד כלותם. אולם האדם אינו יכול "להעלים" את אדמתו. גם אם ישחית את פניה, הרי שהארץ לעולם עומדת.¹⁹ במקרה הטוב הקרקע היא זו שתקלוט את האדם לאחר חייו – כי עפר אתה ואל עפר תשוב.²⁰

משמעות הקניין האנושי באדמתו מתממשת בשלושה היבטים: ראשית, במוסכמה החברתית שחלקת אדמה זו היא "שלו", ואין לאחר עמו; שנית, בזכות שלו ליהנות מן האדמה מבלי לחלוק הנאה זו עם אחרים, ולבסוף בזכותו להמיר הצהרות והנאות אלה בערכים אחרים, ולכמת אפשרות זו בכסף עובר לסוחר.

אלה הם שלושת היסודות של דרכי הקניין שקבעו חז"ל לקניין מקרקעין – "נכסים שיש להם אחריות" – כסף, שטר וחזקה. **השטר** מבטא את המוסכמה החברתית, את הפומבי אשר ניתן לזכות הבעלות ליחיד המקובלת על כל.²¹ שטר זה אינו חייב לעמוד "ימים רבים"²² – והוא עשוי להיכתב גם על דבר שאינו עמיד ועשוי להימחק.²³ אולם ברגע היווצרות הבעלות השטר משקף באופן מוחשי את ההצהרה של בעל הזכות הראשון שזכויותיו במקרקעין עוברות מעתה לשני.

אף **החזקה** המופיעה במשניות אלה אינה תפיסת המקרקעין אלא עבודה בה, השקעה מוחשית המבטאת את השימוש. נדרש מן הקונה להראות יחס יציב של השקעה במקרקעין עבור השימוש המיוחל – "נעל, גדר ופרץ",²⁴ ונחלקו הפוסקים אם די באכילת פירות בלבד.²⁵ קניין **הכסף** משקף כמובן את הערך של השימוש בנכס הנקנה.²⁶

19. קהלת א, ד.

20. **בראשית** ג, יט.

21. האחרונים נחלקו ביסוד דין שטר קניין, אם זו "התפסת ראייה" או סיפור דברים, ותלו זאת במחלוקת רבי אלעזר ורבי מאיר האם "עדי מסירה כרתי" או "עדי חתימה כרתי". ראה, למשל, הגרי"ד סולובייצ'יק, "קונטרס בענייני שטרות", **יבול היוכלות** – קובץ חידושי תורה לרגל **יובל המאה של ישיבת רבינו יצחק אלחנן, תרמ"ו** – **תשמ"ו** (נוא יארק, תשמ"ו), עמ' 217; וכן הרב צבי שכטר (בשמו של הגרי"ד ס), **ארץ הצבי**, ס' כג, עמ' קנה: "דגדר שטר קניין היינו – שעל ידי התפסת שטר ראייה על הקניין ביד הקונה, מתהווה הקניין", שם עמ' 225 [=עמ' קסא].

22. השווה **ירמיה** לב, יד; **גיטין** כב,ב; **בבא בתרא** כט,א – "עצה טובה קא משמע לך".

23. **רמב"ם** מכירה א, ז; **שולחן ערוך** חו"מ קצא, א; **סמ"ע** שם ס"ק א; **ט"ז** שם.

24. **רמב"ם** שם, ח: "והוא שיועיל במעשיו", וכן שם י-יג; **שולחן ערוך** חו"מ קצב, א ג-ו.

25. **רמב"ם** שם, טו-טז; **ראב"ד** שם; **שולחן ערוך** שם, ח-יא, וברמ"א שם.

26. ידועה מחלוקתם של **הסמ"ע** ו**הט"ז** חו"מ ריש קצ, אם כסף הקניין הוא חלק מתמורת הנכס, או שהוא אינו כלול בו, והוא משמש מכשיר קניין נפרד משווי זה. אחת מראיות הט"ז היא אכן מקידושי אשה, "וזה פשוט דבאישה קונה אותה דרך נתינה לחוד לא בתורת שווי מה שהיא שווה". ועדיין אפשר לראות במעשה הנתינה של קניין כסף את הרעיון של העברת תמורה לשווי המיוחל של הנכס, "דאישה בפחות משווה פרוטה לא מיקניא נפשה", **קידושין** ג,ב.

רעיון זה עצמו משתקף גם בקנייני עבדים. אין אפשרות לאדם לקנות קניין מוחלט את זולתו. העבד נמסר לאדון – בחברה המכירה ביחסים כאלה – עבור זכות העבודה בו. זכות זו אינה פוקעת בנקל, דוגמת פועל שיכול לחזור בו בחצי היום,²⁷ ובמובן זה דנו חז"ל אם גופו של העבד קנוי לאדון.²⁸ אולם חייו של העבד אינם נתונים לחסדיו של האדון, ובפגיעה בהם הבעלים עלול "להינקם" על ידי בית הדין בגזר דין מוות,²⁹ ופגיעה בראשי איברים משחררת את העבד מעבדותו.³⁰

דרכי הקניין שבמשנה משקפים את הרעיון שקניינו מוסב על זכות העבודה בלבד – השטר נותן פומבי למוסכמה זו, החזקה היא תחילת העבודה של העבד,³¹ אך מבטאת גם את שליטתו המעשית של האדון בעבדו,³² והכסף מתרגם עבודה זו לשווי העובר לסוחר.

שלושה מרכיבים אלה קיימים גם ביחסים המשפטיים השוררים בין בני זוג. קידושי שטר מבטאים את הפן החברתי – בשטר ניתן פומבי המודיע לעולם על ייחודיות הקשר בין איש ואשתו. **הביאה** היא המעשה הראשון של תופעה אישית זו – והיא דומה אפוא לחזקה, לשימוש, ובלשון חז"ל היא מכונה אפוא "תשמיש המיטה". זהו המישור בו איש ואשה משועבדים זה לזו וזו לזה.³³ קידושי כסף מעוררים אצלנו קושי מסוים – כלום אפשר "לרכוש" בכך את האשה? אך כפי שראינו, במובן פורמלי קניין זה אינו משקף את רכישת האשה, אלא את ההסכמה הנוגעת למישור האישיות שביניהם, ואת ההנאה הכרוכה ביחסים קבועים אלה. קרקע אינה של האדם – "כי לי הארץ"; אדם אינו "רוכש" את זולתו, אלא את התועלת שבפעולתו של זה. אשה אינה רכוש של בעלה, אלא מסכימה למסד יחסי אישות, ולשנות בכך את הסטטוס האישי שלה. חז"ל ראו במעשי קניין אלו את הייחודיות של יחסים אלה.³⁴

דרכי קניין קלאסיות אלה – כסף, שטר וחזקה – משקפות אפוא דווקא את מגבלות הקניין. הן מצביעות על כך שהאדם יכול לרכוש את התועלת היוצאת מן העולם, והוא יכול לקבוע הסדרים חברתיים שנועדו למנוע תודו ובוהו אנושי. אך "הדברים עצמם" אינם שלו – קניינו קניין שימוש ולא קניין מהות. רעיון זה משתקף היטב בדברי הירושלמי הנודעים אודות השתלשלות דרכי הקניין –

27. **בבא מציעא** ע"א.

28. **קידושין** טז, א.

29. **שמות** כא, כ; **סנהדרין** נב, ב.

30. **שמות** שם, כו-כז; **קידושין** כד, א.

31. אך לא בעבד עברי, **קידושין** טז, א. לגבי חליפין בעבד עברי ראה **תוספות** שם ח, א ד"ה ומאי ניהו; **משנה למלך** עבדים ב, א.

32. שכן נקנה גם במשיכה, **רמב"ם**, עבדים ה, א.

33. נצי"ב, **העמק שאלה**, שאילתא ס: "מיהו עונה לא צריכא קרא... הסברא נותנת שעל זה נשתעבד, והכל יודעין למה כלה נכנסה לחופה, וגם כי נאסרה על ידי בעלה להשיג הנאה זו ממקום אחר ואם כן הוא גזול הנאתה ממנה..."

34. ידועה מחלוקת רש"י ורבותיו לגבי מעמד קידושי כסף, רש"י גיטין לג, א ד"ה בעילת זנות; ופשוט שכדברי רבותיו של רש"י כך **ברמב"ם** אישות א, ב.

בראשונה היו קונין בשליפת המנעל הדא היא דכתיב "וזאת לפני ישראל על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו וגו'" (רות ד, ז)...

חזרו להיות קונים בקצצה. מהו בקצצה, בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברין לפני התינוקות והתינוקות מלקטין ואומרים נקצץ פלוני מאחוזתו. ובשעה שהיה מחזירה לו היו עושין כך ואומרים חזר פלוני לאחוזתו.

אמר רבי יוסה בי רבי אף מי שהוא נושא אשה שאינה הוגנת לו היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברין לפני התינוקות והתינוקות מלקטין ואומרים נקצץ פלוני ממשפחתו, ובשעה שהוא מגרשה היו עושין כן ואומרים חזר פלוני למשפחתו. חזרו להיות קונים בכסף ובשטר ובחזקה.³⁵

האנלוגיה שעושה הירושלמי בין קרקע לנישואין בולטת. בשניהם, עיני הקהילה נשואות להשלכות החברתיות והערכיות שבמעשים אלו. התנתקות מנחלת אבות כמוה כנשיאת אשה "שאינה הגונה לו", וכן להיפך – התנתקות ממנה כשיבה אל נחלת אבות. אולם עיקר ההשוואה היא בתחום התודעתי-הקהילתי. מעשה ה"קצצה" נותן פומבי לשינוי הסטטוס הערכי שבמעשה, ומשום כך הוא נחשב מעשה קניין, אף שאינו פועל דבר בגוף החפץ או בין המוכר לקונה. מעשה זה נועד לקבע את תודעה ש"קרה משהו", שדברים אינם כתמול שלשום – ותודעה זו היא שמחוללת את השינוי הקנייני עצמו. הרי אומר, הקניין הוא עניין תודעתי-הכרתי.³⁶

גם חליצת הנעל, אשר נהגה "לפנים בישראל", אינו מעשה שנעשה ביחידות. מעשה שליפת הנעל שנעשה בין בועז לגואל התרחש "נגד היושבים ונגד זקני עמי",³⁷ לאחר שבועז לקח "עשרה אנשים מזקני העיר" והושיב אותם בשער.³⁸ בועז מעיד את הזקנים "וכל העם"³⁹ – "ויאמרו כל העם אשר בשער והזקנים עדים".⁴⁰ להלכה, קניין חליפין אינו מצריך עדים⁴¹ – אך אין בכך כדי לשלול את המשמעות החברתית של מעשה קניין זה. אף קניין הכסף, בו רכש אברהם את מערת שדה המכפלה, נעשה "לעיני בני חת בכל באי שער עיר".⁴²

35. ירושלמי קידושין פרק א הלכה ה [נח,א].

36. השווה רמב"ם, טוען ונטען יא, א: "כל הקרקעות הידועות לבעליהן..."

37. רות ד, ז.

38. שם, ב.

39. שם, ט.

40. שם, יא.

41. על אף שמפשטות דברי הגמרא בבא בתרא מ,א משמע שכן נדרשים עדים: "קניין בפני שנים ואינו צריך לומר כתובו"; תוספות שם, ד"ה קניין, "ואומר רבינו תם דלא אתא למעוטי שלא יהא חשוב קניין כשנעשה שלא בפני שנים דהא אמרינן... דלא איברו סהדי אלא לשקרי", ראה ראיותיו מקידושין סה,ב; בבא מציעא מו,א. רמב"ם מכירה ה, ט; שולחן ערוך חו"מ קצה, א. אולם ראה ראב"ד, מכירה שם: "אין הכל מודים בקניין" [=אלא צריכים עדים]. במקורות וציונים ברמב"ם פרנקל שם מפנים לתרגום רות ד, ז: "והכין נהגין למקני בית ישראל מן חבריה קדם סהדיא".

42. בראשית כג, יח; והשווה רשב"ם, שם ד; רבי יוסף בבור שור שם, ט-כ; רמב"ן שם, יא.

מנגד, קידושי אשה מחייבים את נוכחותם של שני עדים – "עדי קיום" – על מנת לתת תוקף למעשה הקניין.⁴³ הסוגיה משווה בין דיני קידושין לממונות, ומכאן הצורך בשני עדים, ומאידך גם מבדילה ביניהם – שכן בממונות "לא איברו סהדי אלא לשקרי" ו"הכא קא חב לאחריני". על פי פשוטם של דברים, דרישת העדות בקידושין נגזרת מהאופי הייחודי של מעשה קניין זה, שנועד לתת פומבי ליחסים המיוחדים והמיוחדים בין איש לאשתו שאינם דומים לקשרי מסחר או לכל קשר אחר בעולם. נמצא שבתחומים מרכזיים אלה, מקרקעין, יחסי אישות ועבודה – מעשה הקניין מבטא דווקא את **מגבלות** הקניין האנושי והוא פועל בתחום של האינטרסים והתודעה החברתיים.

ד. קניינו של האדם וקניינו של הבורא

בפנינו אפוא שני רעיונות יסוד בדיני הקניינים הנראים במבט ראשון כמנוגדים זה לזה. מחד, האדם מבטא את שליטתו, את רצונו ואת אישיותו באמצעות קניין. קניינו במיטלטלין הוא מוחלט. מאידך, הוא עומד חסר אונים מול המציאות שהיא גדולה ממנו, והקניין במקרקעין ובדומיו משקף רק ערך מעשי ותודעתי. מעשה הקניין בתחומים אלה משקף שינוי תודעתי, שינוי של מוסכמות, שינוי פרגמטי – ואת חוסר האפשרות לקנות את הדבר עצמו. שני רעיונות אלה מאפיינים את יחסו של האדם אל המציאות בעולמו, שכן הם משקפים את יחסו של האדם אל מעשה ה' בכללותו. הגמרא עומדת על יחס כפול זה כאשר היא מציגה את תפקידן של ברכות הנהנין –

רבי לוי רמי, כתיב "לה' הארץ ומלואה"⁴⁴ וכתוב "השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם".⁴⁵ לא קשיא, כאן קודם ברכה כאן לאחר ברכה.⁴⁶

אכן מקראות אלה מציינים הערכות הפוכות בתכלית למצבו של האדם בעולמו של הבורא. "לה' הארץ ומלואה" אינו מותיר לאדם מקום עצמאי בתבל או קניין כלשהו ליושבי בה.

43. **קידושין** סה, א-ב. **ריטב"א** שם ד"ה איתמר: "דגזירת הכתוב הוא דאיסור ערוה אינו בפחות משנים על ידי עדות", ועיין עוד שם ד"ה התם לא מחייב לאחריני, לגבי שטר קידושין שהוא בכתב ידו. אולם ראה ספר **שיעורי דעת** לרבי יוסף יהודה לייב בלאך, ג עמ' 39, "קדושת התורה", שמבאר את יסוד דין עדי קיום בקידושין בעקרון של גמירות דעת, בביאורו לדברי **הרשב"א**, קידושין ה, ב:

שכדי לפעול קניין וחלות הקידושין צריכים גמירת דעת והחלטה גמורה מצד פועל הקניין, והמתבונן בכוחות נפשו של האדם הצפונים ירגיש שאינה דומה מדת תוקף החלטת האדם כשעושה הדבר בפני עדים ויודע שהעדים רואים את הדבר, למדת ההחלטה שנמצאת כשעושה דבר זה בינו לבין עצמו שלא בפני עדים, וכדי לפעול חלוקת קדושין שיערה התורה שאינה מספקת מדת גמירת דעת כזו הנמצאת בקניין שלא בפני עדים, ומטעם זה צריכים עדות לקיום הדבר.

לדברינו, אפשר לבאר את העיקרון מנקודת מבט חיצונית – נדרשת ציבוריות שרק עדים יכולים לתת, ואין הכרח לעני' לפרש את המקורות שמביא הגריי"ל בלאך זצ"ל מחינה סובייקטיבית, כקובעת את מידת גמירת הדעת של הבעל.

44. **תהלים** כד, א.

45. שם קטו, טז.

46. **ברכות** לה, א-ב.

לעומתו, המקרא כי הארץ ניתנה לבני אדם יוצר עבורו מרחב שליטה וקניין. לברכה תפקיד הכרתי מרכזי בגישור בין שני מצבים אלה. עמד על כך רבי צדוק הכהן מלובלין:

וכך המשפט, מי שתולה בזכות עצמו – תולין לו בזכות אחרים, כמו שאמרו בברכות (י,ב), והיינו דאם הוא מחשיב השתדלותו לכלום (=למשהו) אם כן הוא נפרד עדיין מה' יתברך, וכל זמן שלא הגיע לדביקות הגמור אין השתדלותו כלום עדיין על האמת, וה' יתברך מראה לו דהכל ממנו.

ועל דרך ששמעתי על מה שאמרו בריש פרק כיצד מברכין (שם לה,א) כתיב לה' הארץ ומלואה וכו' כאן קודם ברכה וכו' דהברכה הוא הכרת האדם שהכל מה' יתברך וקודם שיכיר זה וסבור שהוא שלו אז ה' יתברך אומר הכל שלי. אבל משמכיר ומוסר הכל לה' יתברך אז ה' יתברך מוסר הכל לו והארץ נתן לבני אדם.⁴⁷

47. ספר **מחשבות חרוץ** – אות ח. השווה גם הנ"ל, ספר **ליקוטי אמרים** – אות ט, ושם טז: "והוא על ידי הברכה לה' על כל עניני עולם הזה דמכיר שהכל מה' יתברך ומעלה הכל למעלה דלה' הארץ ומלואה ואז אחר כך הארץ נתן לבני אדם שכבר נכבשה לפנייהם וכמו שאמרו בריש פרק כיצד מברכין כאן לאחר ברכה"; ושם ספר יהושע פרק א; וספר **צדקת הצדיק** קפד, ועוד. ומקורו של רבי צדוק, כפי שהוא מעיד "על דרך ששמעתי", ברבו בעל **מי השילוח**, ח"א פרשת תרומה, אך בשינוי מסוים:

ויקחו לי תרומה. הוא ע"פ מה שפרשנו בפסוק (משלי טו, כד) אורח חיים למעלה למשכיל. הינו שזה העיקר והראשית בכל דבר ליתן על לבו שאורח חיים למעלה, היינו השם יתברך שהוא נותן חיים ורכוש לכל אדם הוא למעלה כמו דבר המונח למעלה, וזה ג"כ ויקחו לי תרומה היינו שישאל יקחו אותו יתברך מרומום וראשית בכל דבר... הענין הוא כמו דאיתא במסכת ברכות דכתיב לה' הארץ ומלואה וכו', וכתיב והארץ נתן לבני אדם, כאן קודם ברכה כאן לאחר ברכה, כי ענין ברכה מורה שמכיר שיש לו אדון ומאתו בא לו ההשפעה, ואם אתה מכיר זאת אז תוכל לומר ברוך אתה לנוח השם יתברך, ועל זה נאמר והארץ נתן לבני אדם.

ובענין דבריו אלה, לגבי "ויקחו לי תרומה" השווה הנוסחאות השונות של רעיון זה במסורת פשיסחה-קאצק, והביאורים השונים שנאמרו לדבריו – ראה ספר **קול מבשר** ח"ב סוטה, על פי **פרי צדיק** פסח, לו,ב.

וכאן שאמר, צדיקים ממונם חביב עליהם יותר מגופן, לפי שאין פושטין ידיהם בגזל (סוטה יב,א), היינו, שלא לוקחים מה שאינו מגיע להם מהשי"ת. על דבר מה שנאמר, "לחם חוקי", היינו, שנחלק ונקצב מהשי"ת לחלקו. וקרי ליה "גזל", על דרך מה שכתוב (ברכות לה,ב), כאילו גזל להקב"ה וכנסת ישראל, כי לה' הארץ ומלואה. ומה שלא נברא בשבילם, היה אצלם כגזל, ואין פושטין ידיהם ליקח. ומפני זה, ממונם שמיוחד להם, שנברא בשבילם, חביב עליהם כל כך, עד שמסר יעקב אבינו ע"ה את נפשו עליהם. על דרך מה שסיפר רבינו הקדוש [האיז'ביצער] **זצוק"ל ששמוע מרבינו ר"ב מפשיסחא זצוק"ל, שאמר בשם היהודי הקדוש זצוקללה"ה**, שדבר שיש לו שייכות לצדיק – מחוייב ליהנות ממנו אף במסירות נפש. ולכן, יעקב אבינו ע"ה שידע שהפכים קטנים הם שלו ושייכים לנפשו, ונבראו בשבילו – מסר נפשו להעבירם. וכן ענין כל כסף וזהב שהוציאו ממצרים, היה, מה שרצו להוציא הקדושה שהיה כבושה בתוכם.

וראה לעיל הערה 14. וראה גם **קול שמחה**, פרשת תרומה: "ידוע כי בעת עסק התורה ותפלה צריך להיות מובדל ומופרש להשי"ת ולא יהיה מעורב ח"ו עם שום דבר גשמי ופנייה ח"ו. והוא שנאמר ויקחו לי תרומה כפרש"י לי לשמי. ולשון תרומה היא הפרשה והוא קודש ומובדל מחולין... (ואמר בלשון אשכנז עטף זאלט נעמין צו מיר איין אפשיידונג [=צריכים לקחת אלי דבר נבדל, מ"ב]) וכן יהיה ממש התורה והתפילה שאתם לוקחים עצמכם ונפשכם לי, תהיו מופרשים על כל פנים לי שיהיה לשמי, ולא ילך לקדושה בלב מלא תאוות ומקושר לעולם הגשמי הזה...".

אמנם מסורת אחרת של אמירה זו מדברת על לקיחת "אותי" כביכול באופן נבדל – **אהל תורה**, פרשת תרומה: "פירש רש"י ז"ל לי לשמי, והיינו "עטף זאלט מיר נעמין נבדלדיק" והוא לשמי". וראה שם הערת

דהיינו, כל זמן שאדם רואה את מאמציו כעצמאיים ונפרדים מבורא עולם, מראים לו שמאמציו אינם מועילים בכלל. אולם, ברגע שאדם מבין שכוחו והישגיו הם מאת ה', אזי באמת הקב"ה נותן בידיו את הכוח להצליח. רבי אלעזר איש ברתותא קבע רעיון זה על סמך דברי דוד המלך –

רבי אלעזר איש ברתותא אומר תן לו משלו שאתה ושלך שלו וכן בדוד הוא אומר "כי ממך הכל ומידך נתנו לך" (דברי הימים א כט, יד).⁴⁸

תודעת הנתינה הנכונה היא שאתה נותן לו משלו, והיא גם תודעת הקניין הנכונה – מפני "שאתה ושלך שלו". נמצא ששני רעיונות אלה אודות הקניין האנושי משקפים שתי תנועות בנפש – יצירה וכיבוש מחד, בטלות ואפסות מאידך. והתנאי לתודעת היצירה היא תודעת הבטלות – "רדו" ו"כבשוה"⁴⁹ באים מכוח הצו הא-לוהי, הקובע גם מה יאכל האדם מכל מעשיו של הבורא (פרי העץ, עשב השדה, בשר – אם כי לא בנפשו דמו). כל בריותיו של הבורא ניזונים רק מכח מה שהבורא סיפק להם.

בשנת השמיטה חוזרים כולם, האדם וחיות השדה, לסעוד בשווה על שולחנו של מקום, תוך בטול מעמדות מוחלט – "והיתה שבת הארץ לכם לאכלה לך ולעבדך ולאמתך, ולשכירך ולתושבך הגרים עמך; ולבהמתך ולחיה אשר בארצך".⁵⁰ משנסתיימה אכילת המנה המונחת בפני אלה, אף האחרים מסתלקים מן "השולחן", ומבערים פירות שביעית בכל מקום – "כל זמן שחיה אוכלת מן השדה האכל לבהמה שבבית כלה לחיה אשר בשדה כלה לבהמתך מן הבית".⁵¹

יתכן ורעיונות אלה פותחים צוהר להבנת קניינו של הקב"ה בעולמו –

המהדיר על פי רש"ב מפארשיסחה בספר רמתיים צופים (כדברים שהובאו בספר קול שמחה הנ"ל); **משענת משה**, פרשת תרומה ("בשם האדמו"ר הרה"ק מ' מנחם מענדל ז"ל מקאצק א' בלשון דייטש 'איהר זאלט מיר נעמין נבדליק'"). ושם ביאר "נ"ל כי העיקר לקרב את עצמו להש"ת... אבל צריך לידע גדלות הש"ת והשפלות שלנו ויש הבדל גדול בין הש"ת לבינינו ע"כ צריך לקרב את עצמו בפחד גדול, או היה כוונתו שאי אפשר להתקרב אל ד' רק אם נבדל מגשמיות והבלי עוה"ז כפי אשר יתרחק מהגשמיות כן יתקרב אל ד' כנודע"). רעיונות אלה דומים גם הם לצורך במודעות מתמדת של הכרת הבורא – אלא שהכרה זו צריכה להיות מופנית לא רק כלפי לעיסוק החומרי בקניינים והנאות אלא גם כלפי עבודת הבורא. וראה גם מרן הראי"ה קוק זצ"ל, עין איה, ברכות, פרק ששי, אות ה, על הסוגיה הנ"ל: "בהיותו יודע להוקיר את הצד הרוחני שיש בכל הנאה גשמית... אז לא זו [בלבד] שלא יעיקו ההרחבות הגשמיות להשלמה הרוחנית כ"א יוסיפו לה אונים" (התוספת של המהדיר). ושם ינקו כולם, מרן הרב זצ"ל ובית מדרשו של הרש"ב מפשיסחא, את ההדגשה התודעתית הזו מדברי המהר"ל, נתיבות עולם, נתיב העבודה, פרק יד: "אבל יש עיון בדבר איך הברכה מוציא הפרי לחולין... ומפני שכל העולם אל הש"י, שהוא ברא את הכל וכל דבר שהוא להקב"ה הוא קודש כמו כל קדשים... כאשר ברא הכל לכבודו והוא מכיר את הש"י מפועל ידיו שהרי נותן הודאה על הפרי שנבראו, הנה דבר זה הוא כבוד הש"י ג"כ".

48. **אבות ג**, יז.

49. **בראשית א**, כח.

50. **ויקרא כה**, יז-יז.

51. **פסחים נב**, ב. ונראים הדברים שמשום כך השמיט הרמב"ם את מצוות הביעור ממניין המצוות, שכן זו נגזרת מדיני האכילה, ואינה מצווה בפני עצמה.

חמשה קנינים קנה הקדוש ברוך הוא בעולמו ואלו הן תורה קניין אחד, שמים וארץ קניין אחד, אברהם קניין אחד, ישראל קניין אחד, בית המקדש קניין אחד.⁵²

התורה, הקניין הראשון ברשימה, היא הרצון הא-לוהי בעצמו. **ושמים וארץ**, הם הבריאה כולה, אשר נעשו ברצונו וכדי למלא את רצונו זו. "אם לא בריתי יומם ולילה חוקות שמים וארץ לא שמתני".⁵³ **אברהם וישראל** הם אלה שעושים את רצונו של מקום ומביאים את העולמות שברא אל תכליתם – "כרצונו וכרצון יראיו" – אל השראת השכינה **בבית המקדש**. המקראות שהובאו כאסמכתא בברייתא זו מבטאים אף הם רעיון זה של הטלת הרצון הא-לוהי על העולם.⁵⁴ אולם אסמכתא אחת מעוררת תמיהה –

אברהם קניין אחד מנין דכתיב "ויברכהו ויאמר ברוך אברם לא-ל עליון קונה שמים וארץ" (בראשית יד, יט).⁵⁵

פשוטו ואף מדרשו של מקרא הוא חד משמעי: הקב"ה הוא קונה שמים וארץ, לא אברהם. אך אין זכר לכך שאברהם הוא קניינו של א-ל עליון. כיצד אפוא מקרא זה תומך בקניין האמור בברייתא בפרקי אבות?

דומה שהרעיון העולה מכאן קשור להבנת שתי המשמעויות של הקניין האנושי שתיארנו לעיל. אף קניינו של הקב"ה מתבטא בשני הממדים האמורים – הרצון והתודעה. **הרצון** של הבורא שולט בעולם ומלוואו בלי מצרים. אולם הוא גם הגביל את ההכרה במעשיו, על מנת לאפשר את הבחירה החופשית שהוא העניק לאדם, ואת פועלו המתבקש על ידה.

קניין-בתור-תודעה צריך לבוא מצד הזולת, שלא הכיר בו עד כה. זהו תפקידו של אברהם. הוא המודיע לעמי העולם שה' הוא אשר קונה שמים וארץ, והוא מנהיג את הבירה. רק במימוש מימד זה נשלם קניינו של הבורא בעולמו. אברהם מכונן את התודעה האנושית של הקב"ה כבורא העולם, ובכך הוא משלים את קניינו של הבורא. אברהם הוא איפה גם ה"מקנה" את העולם כביכול לברוא, וככזה הוא "קניינו" של הבורא, מעין "אפסרא דארעא"⁵⁶ דלילה.

עיון נוסף חושף משמעות זו גם אצל ישראל והמקדש עצמו, לא בכדי מסיימת ברייתא זו כך:

52. **אבות ו, י.**

53. **ירמיהו לג, כה.**

54. "תורה קניין אחד מנין? דכתיב 'ה' קני ראשית דרכו קדם מפעליו מאז" (**משלי ח, א**); שמים וארץ קניין אחד מנין? שנאמר "כה אמר ה' השמים כסאי והארץ הדום רגלי איזה בית אשר תבנו לי ואיזה מקום מנוחתי" (**ישעיה סו, א**); ואומר "מה רבו מעשיך ה' כולם בחכמה עשית מלאה הארץ קנייך" (**תהלים קד, כד**); אברהם קניין אחד מנין? דכתיב "ויברכהו ויאמר ברוך אברם לאל עליון קונה שמים וארץ" (**בראשית יד, יט**); ישראל קניין אחד מנין? דכתיב "עד יעבור עמך ה' עד יעבור עם זו קנתי" (**שמות טו, יח**), ואומר "לקדושים אשר בארץ המה ואדירי כל חפצי בם" (**תהלים טז, ג**); בית המקדש קניין אחד מנין שנאמר "מקדש אדני כוננו ידיך" (**שמות טו, יז**); ואומר "ויביאם אל גבול הר קדשו הר זה קנתה ימינו" (**תהלים עח, נד**).

55. **אבות ו, י.**

56. **בבא בתרא נג, ב.**

כל מה שברא הקדוש ברוך הוא בעולמו לא ברא אלא לכבודו שנאמר "כל הנקרא בשמי ולכבודי בראתיו יצרתיו אף עשיתיו" (ישעיה מג, ז), ואומר "ה' ימלוך לעולם ועד" (שמות טו, יח).⁵⁷

הבריאה היא "של" הבורא, לא רק בקשר סיבתי או "כוחני", כי הוא ברא שמים וארץ, אלא בקשר "מטרתי" – כדי להגדיל את הכרתנו בו. זהו כבודו של שם שמים, וזו מלכותו. מהרה נמליך אותה עלינו ובכך תתגלה.

תקצירי המאמרים

א. עיוני קניין

מעמד ההלכתי של המנהג והחוק במסחר

הפעילות המסחרית מתרחשת בסביבה שבה שורר חוק ומנהג, ומשום כך היא מושפעת מהם. הרב דוב ליאור דן במעמד ההלכתי של המנהג ביחס לקניין ופוסק שלמעשה קניין שמקובל בשוק, יש תוקף הלכתי מדאורייתא, גם כאשר מדובר בדיבור בלבד, כגון במסירת מספר כרטיס האשראי. כמו כן קובע הרב כי הכלל "דינא דמלכותא – דינא" חל גם על חוקי מדינת ישראל, ולכן, כל חוק בענייני ממון שאינו נוגד את ההלכה ושנועד להסדיר את חיי המסחר וניהולם התקין לטובת הציבור, הינו בעל תוקף הלכתי.

הגדרת כסף

לכסף נועד שימוש נרחב בחיי המסחר ובהלכה. אולם דווקא מעורבותו הרבה של הכסף בהליכים השונים מקשה על הניסיון להגדיר את מהותו. לשאלה זו נדרש הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין והוא מעלה שתי הגדרות עיקריות לכסף – האחת על פי זהותו של החפץ, דוגמת מטבע, והשנייה על פי תפקודו בהליך. הגדרות אלה עולות מהעיון בהלכות קניין, חליפין, ופדיון מעשר שני, ומתבאר שהראשונים נחלקו ביניהם בשאלת הגורם המכריע בהגדרת הכסף.

מחילה היא מטעם הודאה? – עיון מחודש בשיטת הגאונים

בכוחו של אדם למחול לחייבים לו, על חובם. בגמרא מובא שאם אדם מכר שטר חוב לאחר, ואחר כך מחל לחייב על החוב – החוב מחול. הרב ד"ר ברוך כהנא בוחן את שיטת הגאונים בדיון זה, ומראה שניתן להסיק ממנה על תפיסה מחודשת של הגאונים בהבנת המושג "מחילה". על פי תפיסה זו, מחילה מבוססת על הודאה, כלומר על יצירת ראייה שהחוב איננו קיים ולא על מחיקת החוב באופן מהותי.

יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין

העברת בעלות זקקת מעשה קניין וגמירות דעת של הצדדים לעסקה. הרב ד"ר רון ש' קליינמן עוסק בשאלה האם מעשה הקניין מבטא או יוצר את גמירות הדעת שעל ידה עוברת הבעלות, וממילא אם יתברר לנו שיש גמירות דעת גם ללא מעשה הקניין, יהיה די

בכך כדי להעביר את הבעלות, או שמא מעשה הקניין נדרש **כיסוד עצמאי** להעברת הבעלות ללא קשר למידת גמירות הדעת הגלומה בו, ורק דרכו ניתן להעביר בעלות. המחבר מראה שהאפשרות הראשונה היא הגישה המקובלת בראשונים ובאחרונים.

סיטומתא – כוחו של המנהג בדיני הקניין

במערכת הקניינים בולט הוא קניין סיטומתא – מעשה הקניין המקובל בין סוחרים, שמחייב אותם גם לפי ההלכה. **הרב דניאל כ"ץ** מביא את דעות הראשונים בהבנת תוקפו של קניין זה, ומראה שהשיטה המרכזית היא שסיטומתא מבטאת את ההכרה **בתוקפו של המנהג** המקובל בעולם המסחר כדבר המחייב את הצדדים. מלבד שיטה זו יש מהראשונים שהסבירו את סיטומתא כתקנת חכמים מיוחדת או אף כקניין חליפין המוכר והמקובל. ישנן השלכות רבות להגדרת סיטומתא, ביניהן השאלה האם יש תוקף למנהג לקנות מיטלטלין בכסף, למרות שחכמים ביטלו אופן זה שנקבע בתורה.

פיצול וצמצום בבעלות

במקרים רבים ישנו צורך או רצון לחלק את הבעלות באופנים שונים בין אנשים שונים. חלוקות אלה מעוררות את השאלה הבסיסית, מהי בעלות? בשאלה זו דן **הרב עדו רכניץ** תוך התייחסות לשני סוגים של חלוקה – חלוקה על ציר הזמן וחלוקת זכויות. ביחס לחלוקה על ציר הזמן נחלקו ראשונים ואחרונים, האם זכות שמוגבלת בזמן היא בגדר בעלות. גם ביחס לחלוקת זכויות נחלקו הפוסקים האם זכות מוגבלת היא בגדר בעלות. לשאלות עיוניות אלה נפקויות מעשיות, כך למשל, שאלת חלוקת הזכויות עולה באשר להצעה להגן על זכויות יוצרים על ידי שיור זכות ההעתקה אצל המוכר.

ב. תורת האישים

הקטין בדיני הקניין

החרמת חפצי תלמידים בבית ספר לצורכי ענישה עולה מדי פעם על שולחן הפוסקים. **הרב חיים יואל בלוך** בודק במאמרו את שאלת הבעלות על אותם חפצים. מעמדם ההלכתי של קטינים אינו מאפשר להם לבצע פעולות קנייניות רגילות בעלות תוקף, אך במאמר נבדקות דרכים רבות נוספות שעל ידם קטין יזכה בחפצים ויהפוך להיות בעלים גמורים שלהם. הן משום "סיטומתא", הן על פי חוקי המדינה, הן באמצעות מתווכים כמו אפוטרופוס והן כשכר עבודה או ירושה.

בעלות ציבורית במשנת הרמב"ם

במקום בו ישנה בעלות ישנם גם בעלים. כאשר מדובר בקניין פרטי בדרך כלל קל להגדיר מיהם הבעלים, אולם, כאשר מדובר ברכוש ציבורי יש בכך קושי. **הרב פרופ' בן ציון**

רוזנפלד דן במאמרו, בבעלות הציבורית במשנת הרמב"ם, ומבחין בין שני סוגים שונים באופן מהותי של בעלות: האחת, היא **שותפות** של ציבור בבעלות על רכוש, והשנייה היא **בעלות של כלל האומה** כישות עצמאית.

כאשר מדובר על שותפות תיתכן שליטה בנכס והעברת בעלות על ידי נציגי הציבור. שליטה כזו אינה מבטלת את הזכויות האישיות של כל אחד מהפרטים המרכיבים את הציבור. לעומת זאת, בעלות לאומית אינה מכירה בזכויות אישיות, ומשמעותה זיקה קניינית אל האומה כגוף אחד.

מסחר בינלאומי בין יהודי ונכרי

עולם המסחר מפגיש בין מוכרים וקונים, ובכלל זה בין יהודים ונכרים. **הרב מיכאל יומטוביאן** בוחן במאמרו כמה היבטים של מסחר בין יהודי ונכרי, ובהם אילו מעשי קניין תקפים בין יהודים ונכרים, וכן האם מעשי קניין שתוקפם מדרבנן תוקנו אך ורק לצורכי מסחר בין יהודים או שמא גם במסחר עם נכרים? מהמאמר עולה שאמנם גזל הנכרי אסור, אבל כללי ההגינות המיוחדים להלכה מחייבים אך ורק במסחר בין יהודים. לסיכום, נבחנה השפעת המקום בו נכרתה העסקה על הדינים החלים עליה. המסקנה היא שככל הנראה יש לדון על פי החוק הנוהג במקום בו נכרתה העסקה.

ג. עסקות מקרקעין

העברת בעלות על מקרקעין בימינו

קניית דירה היא תהליך ארוך ורב-שלבי. על רקע זה נזקק **הרב יעזר אריאל** לשאלה באיזה שלב עוברת הבעלות, זאת בהקשר לשתי תביעות שנדונו בבית דינו: האחת ביחס למכירת דירה שהתבטלה ולאחר מכן קוימה, ובה נפסק ששטר המכירה והתשלום לא סיימו את הליך הקנייה ללא הרישום בטאבו. במקרה אחר, נבנתה תוספת לבניין, ואחד השכנים נתבע להשתתף בהוצאות. מסקנת בית הדין היא שכיוון שההרחבה לא נרשמה בטאבו, הרי שלא ניתן לחייב את השכן על עצם הבנייה, אלא רק על חלק ההרחבה בו הוא משתמש.

הרהורים אודות מעמד מרשם המקרקעין על פי ההלכה

הרב ד"ר מיכאל בריס מבקש במאמרו לחזק את התפיסה שלרישום קרקע ברשם המקרקעין (טאבו) יש תוקף של מכר דירה מבחינת ההלכה ללא צורך בהזדקקות לדיני סטומתא. יתירה מזו, ללא רישום בטאבו המכירה לא חלה, גם לדעת פוסקי ההלכה שכתבו שהרישום איננו הכרחי, כיוון שלאחר שכתבו את הדברים, החוק השתנה.

מעשה קניין במכירת דירה

תהליך מכירת דירה כולל מספר שלבים, מה שמקשה על קביעת הרגע המדויק של העברת הבעלות על הדירה מהמוכר לקונה. הרב חיים וידאל דן במעמדם ההלכתי של השלבים השונים ומבחין בין מועד ההתחייבות למכירת הדירה לבין מועד העברת הבעלות. לטענתו, בתנאים מסוימים, העברת החזקה בדירה יכולה להיות מעשה קניין. הרישום בטאבו גם הוא יכול לשמש כמעשה קניין, ולכל הפחות להוות תנאי שיעכב את העברת הבעלות, כאשר הצדדים גילו את רצונם בכך במפורש.

שעבוד צף על נכסי יחיד

מושג משפטי מוכר במשפט הישראלי הוא "שעבוד צף" המאפשר הטלת שעבוד על נכסי החייב, כולל אלו שעוד לא הגיעו לרשותו ומאידך אינו חל על אלו שיצאו מרשותו לפני הטלת השעבוד. ד"ר מיכאל ויגודה סוקר את קיומו של מושג כזה של "שעבוד" במשפט העברי, ומסיק ממנו למשפט הישראלי שנמצא במבוכה ביחס ליכולת ליצור מושג שכזה כאשר לא מדובר בחברה. לצורך כך נבחנת בעיקר סוגיית שעבוד "דאיקני" – שעבוד על נכסים שהחייב יקנה – ויסודותיה בתלמוד ובראשונים.

"בר רשות" – מעמדו ההלכתי וויתור עליו

דיני המקרקעין יוצרים סוגים שונים של בעלויות וקניינים, ובהם גם הסדר "בר רשות", שנהוג בעיקר ביישובים חקלאיים וביישובי יהודה ושומרון. הרב נתן חי עוסק בפסק דין במעמדו ההלכתי של "בר רשות", ומסקנתו, לאחר עיון הלכתי ומשפטי שמדובר בזכות קניינית על פי ההלכה. לאור זאת, נידונה שאלת ויתור על זכות זו בשיחה שבעל-פה. אגב כך, מוצע להקפיד על נהלים ומסמכים שימנעו עמימות וסכסוכים ממוניים.

מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה

אחד השלבים החשובים במהלך קניית דירה הוא רישום הערת אזהרה על הנכס לטובת הקונה, זאת כדי לוודא שהדירה לא תימכר לאדם אחר. הרב סיני לוי מציע במאמרו מספר אפשרויות להגדיר את משמעותה של הערת אזהרה על פי ההלכה. אם כחוק שמתקבל גם על הפוסקים משום שנועד לתקנת הציבור ואם כשעבוד המוטל על נכסי המוכר לצורך מכירת הנכס. בעקבות כך נבחנים מספר מקרים כגון מכירת דירה שטרם נבנתה ("על הנייר") וכן דיון במקרה סבוך של עסקת קומבינציה בה קבלן רשם הערות אזהרה לטובת מספר רוכשים, ולבסוף נעלם והותיר את הקונים בעימות מול בעלי הקרקע.

ד. עסקות מיטלטלין

אחריותו של קונה הנוטל חפץ לבדיקה

הרב שלמה אישון דן בשאלת אחריותם של הקונים לנוזק או אובדן שאירעו לסחורה במהלך תהליך הקנייה. הוא מראה שישנם כמה גורמים המשפיעים על פסיקת ההלכה בתחום זה: א. האם המחיר של החפץ קצוב. ב. האם החפץ חביב על הלוקח או על המוכר. ג. האם הקונה נטל חפץ מסוים לבדיקה, או שהוא נטל כמה חפצים כדי לבחור אחד מהם.

קנייה חפץ לא-מסוים בכרטיס אשראי

אחד האמצעים ששינו את פני המסחר ללא ספק הוא כרטיסי האשראי. **הרב דרור טוויל** נטל על עצמו לבדוק באופן יסודי את ההשלכות ההלכתיות של ביצוע עסקה על ידי תשלום באשראי, ובמיוחד את סוג העסקות הנפוץ שבו נקנה חפץ מסוג מסוים בלי שהקונה ייחד אותו לעצמו. הכותב בוחן, האם מדובר בקניין או בהתחייבות, וכן האם גם כשאינן חלות משפטיות יש חובה מוסרית לקיים את העסקה ובאילו נסיבות הצדדים פטורים אף ממנה.

קניה אוטומטית

בימי קדם התנהלו המכירות בין בני אדם באופן ישיר. **הרב איתי אליצור** דן בשאלת רגע העברת הבעלות במקרים בהם העסקה נעשית בין קונה לבין מכונה, כגון, תדלוק עצמי בתחנת דלק, קניית מזון ממכונה, והזמנת מוצר באינטרנט, והספקתו בדואר. כמו כן, נדונה שאלת החובה המוסרית לקיים את העסקה במקרים אלו, על פי דין "מי שפרע".

ה. אונאה ומיקח טעות

דין אונאה בזמן הזה

על פי דיני אונאה יש איסור למכור במחיר השונה ממחיר השוק, וכאשר הפער בין המחיר ששולם למחיר השוק הוא יותר משישית – העסקה בטלה. כיום, בגלל המבנה המורכב של השוק, קיים קושי לקבוע את מחיר השוק ונשאלת השאלה מה נחשב לאונאה. בשאלה זו עוסק **הרב זלמן נחמיה גולדברג** שקובע כי ניתן להגדיר מחיר שוק גם כאשר אותו מוצר נמכר במחירים שונים. לדבריו, המחיר נקבע על פי **רוב החנויות** אך לעיתים מצטרפים שיקולים נוספים כמו היות החנות "חנות יוקרה" או מכירת מוצרי יסוד שמחירם שווה בכל מקום. במקרים כאלו דרך קביעת המחיר תהיה כמובן שונה.

דין אונאה בזמן הזה

ביחס לשאלת קביעת מחיר שוק בימינו **הרב אשר זעליג וויס** טוען במאמרו שהיכולת לקנות ולמכור מקצות העולם בקלות רבה, יוצרת מצב בו **אין מחיר שוק**, ומהווה כעין הסכמה של הצדדים לעסקה לוותר על דיני אונאת ממון. זאת, פרט למוצרים הנתונים לפיקוח, בהם ישנו "מחיר שוק" על פיו חלים דיני אונאה.

ביטול עסקת חליפין

ביטול עסקאות בעקבות פגם בסחורה מעורר שאלות רבות. **הרב צבי יהודה בן יעקב** דן בעסקת חליפין של רכב באופנוע, כאשר הרכב נתגלה כפגום ולאחר שנעשו בו ניסיונות תיקון רבים. לאחר דיון ארוך בשאלת דיני אונאה בחליפין מגיע המחבר למסקנה שביטול מיקח מחמת מום מפקיע לכל הדעות את המכירה, גם כאשר מדובר בעסקת חליפין (ברטר). בנוסף לכך הוא דן בשאלה האם יש מקום לחייב בתשלומים את קונה האופנוע על השימוש באופנוע עד לביטול העסקה. הוא מחדש שבמקרה של "חליפין שוה בשוה" החזרת האופנוע היא כתשלום בשוה-כסף ולא כהחזרת החפץ לבעליו המקוריים, ממילא אין מקום לחייב בתשלום על השימוש. אגב כך נדונה שאלת חיוב נזיקין בעקבות עצה רעה.

מחלוקת על מהותו של מוצר שהוזמן

בין שני צדדים בעסקה נופלת לעיתים מחלוקת על מהותו וטיבו של המוצר שהוזמן. **הרב עובדיה אחיטוב** עסק באירוע שכזה כשהחפץ שהגיע לא תאם את ציפיות המזמינים. השאלה שעלתה הייתה: מי נושא באחריות במצב כזה? הכותב בוחן כללים שונים לפרשנות עסקה: באופן המצומצם ביותר, על פי גובה התשלום שסוכם, על פי הפרשנות המקובלת (רוב), ובהתאם לשאלה מיהו המוחזק. בנוסף לכך נדונו שאלות נוספות הנוגעות לביטול מיקח בעקבות מום, כגון חובת הלוקח לבדוק את החפץ ועוד.

סחורה שנפסלה לשיווק עקב צו של משרד הבריאות

אחת הבעיות המשמעותיות בעולם המסחר החקלאי היא מעמדה של סחורה שהתקלקלה במהלך המעבר מהמגדל אל המשווקים. שאלה זו עמדה בפני **הרב יהודה זולדן** בשבתו בהרכב בית הדין בגוש קטיף. מרכיב מיוחד במקרה שהובא לפניו הוא מעורבות של המדינה שערכה את השיווק מסיבות בריאותיות. בפסק דין מנומק הוא מטיל את מרב האחריות של קלקול הסחורה על כתפי המגדל. לדבריו, מעורבות כזו של המדינה היא חיובית, והיא חלק מהסיכונים שאינם באחריות הקונים. מכיוון שרגליים לדבר שהסחורה הייתה מקולקלת קודם להעברתה למשווק הרי שהמיקח נעשה בטעות וניתן לבטלו, ועל המגדל לשאת בנזק. המגדל ערער על פסק הדין, ובפסק דין נוסף התברר שהייתה גם רשלנות של המשווקים באחסון הסחורה. כיוון שהיה קושי להכריע מה מידת ההשפעה של הרשלנות על הנזק לסחורה, הוחלט לפשר בין הצדדים ולחייב את המשווק בשליש מהתמורה לה התחייב.

ו. אתיקה עסקית

נשאת ונתת באמונה? האתיקה בתורת ישראל כתשתית למסחר ולקניין

הגינות היא אחד התנאים לקיומו של שוק כלכלי משגשג, אולם, למרות המאמצים הכבירים שום מערכת משפט אינה מסוגלת לכפות על הפועלים בשוק להתנהג בהגינות. **הרב אברהם גיסר** עומד במאמרו של חשיבותם של ההגינות והיושר במסחר גם, ואולי דווקא, כאשר לא ניתן לקבל סעד משפטי. המאמר מתמקד באותן הפרות אמון הנמצאות מתחת לסף האכיפה המשפטי – מחוסר אמונה, ומי שחלה עליו קללת "מי שפרע". טענתו העיקרית היא שיושר במסחר הוא תנאי לקיומו של שוק מפותח, ויותר מכך לקיומה של החברה האנושית בכלל.

מגבלות על תחרות חופשית

האם יש מקום להגן על עסקים קטנים מפני רשתות גדולות? שאלה זו הובאה לפתחו של **הרב יוסף גטנו** זצ"ל כאשר בעלי חנויות ביקשו מבית הדין למנוע פתיחת מרכז מסחרי גדול באזור. בפסק הדין נידונו שאלות הנוגעות לרווחת התושבים שהזלת המחיר תיטיב עימם, וכן לאיסור הסגת גבול, תוך התמקדות בשיטת ה"אביאסף" שאסר פתיחת חנויות דומות באותו רחוב. אולם, כפי הנראה שיטה זו לא נפסקה להלכה, וגם אם התחשבו בה, היה זה ביחס למקרים שונים מהמקרה הנידון.

הטעיה בכדאיות העסקה

פעמים רבות, במהלך ביצוע עסקות, מציגים הצדדים מצג שווא ביחס לכדאיות העסקה. **הרב ד"ר משה בארי** בוחן את עמדת ההלכה בעניין, ומסיק שכאשר יכולים שני הצדדים לברר את הכדאיות, אזי לצד שהפסיד אין זכות לבטל את העסקה. אולם, במקרים שבהם אחד הצדדים לעסקה איננו יכול לעמוד על כדאיות העסקה ללא קבלת מידע מהצד השני, אזי ההטעיה מהווה עילה מספקת לביטול העסקה.

אתיקה ומוסר בחברות עסקיות

יצור חדש של הכלכלה המודרנית הוא חברה בע"מ. **ד"ר אביעד כהן** מעלה במאמרו את השאלה האם ניתן לפי ההלכה להפוך את החברה למסווה לעבירות ושחיתות, שכן לכאורה אין איש שאחראי באופן ממשי לפעולות החברה. הוא מוצא מספר מקורות הלכתיים ואחרים שמחייבים את בעלי החברות לעמוד בצווים מוסריים והלכתיים. בעקבות כך נידונות שאלות נוקבות של מוסר החברות כגון מכירת נשק למדינות שאינן נוהגות באופן מוסרי, נתינת שוחד על ידי חברות, העסקת עובדים בתנאים שאינם הולמים ועוד.

איסור השתתפות בפירמידה ובשר"ש (שיווק רב שכבתי) והשלכותיה הממוניות

לפרקים עולה לדיון המודל העסקי של הפירמידה והשיווק הרב שכבתי, כאשר מובטח למצטרפים רווח גדול שלעתים מתגלה כהבטחת שווא. בעקבות זאת, **הרב אריה וולהנדרלר** והרב **שמואל פולצ'ק** מבררים ביסודיות את הבעיות ההלכתיות הכרוכות במסחר מעין זה ומדבריהם עולה שיש להבחין בין מקרה שמדובר על פרנסה ממכירת מוצר, לבין מקרה שהרווחים נובעים מצירוף מצטרפים חדשים. לדבריהם, במקרה השני ישנן בהחלט בעיות הלכתיות של ממש על פי דיני אונאה ומיקח טעות וכן בהכשלת המצטרפים התמימים שמתפתים לחשוב שלפניהם עסק של ממש. מלבד זאת עולה הנושא של עיסוק ביישובו של עולם כהדרכה הלכתית-מוסרית שמטילה צל כבד על העיסוק בתחום זה.

ז. חוזים על פי ההלכה

חוזה מכר דירה

על מנת להשתית את אורחות החיים על אדני משפט התורה מציע **הרב ד"ר איתמר ורהפטיג**, חוזה מכר דירה. מסמך כזה נדרש כדי שתהליך מכירת הדירה יעשה באופן שיש בו תוקף הלכתי, וללא איסור ריבית. החוזה מציע אמצעי אכיפה, מענה הלכתי לשאלות קשות של מומים במיקח, וקובע כי הבורר במקרה של סכסוך יהיה בית דין.

חוזה מכר רכב

קניית רכב מסתיימת במקרים רבים מאד בתביעה בבית הדין. על מנת למנוע זאת מציע **הרב הלל גפן** חוזה למכירת רכב על פי ההלכה. הבעיות אותן פותר החוזה הן, שאלת הגדרת מועד העברת הבעלות, חשש ריבית, תוקפה ההלכתי של התחייבות למכור, גילוי פגמים לאחר המכר ועוד. בכל הנושאים הללו מעלה המחבר את הקשיים ואת הפתרונות האפשריים ובסוף המאמר מוגש נוסח חוזה מתוקן ומסודר.

חוזה שכירות נכס

מכון משפטי ארץ שם לעצמו מטרה לבנות מערכת מקיפה של שירותים הלכתיים העונים לצורכי החברה, ובמרכזם הטמעת המודעות לחתימה על חוזים לפי ההלכה. הצעד הראשון במהלך זה היה עריכת חוזה שכירות-דירה על ידי **הרב עדו רכניץ** העונה הן על הצרכים ההלכתיים והן על הצרכים המשפטיים הנדרשים בעסקה כזו.

ח. פנימיות המשפט

הבטה בהפקר – עניינה הפנימי של גמירות הדעת במעשי הקניין

בדרך כלל כדי לקנות יש צורך במעשה קניין, ובכל זאת, בגמרא נדונה האפשרות לקנות מהפקר בהבטה בלבד. הרב יהודה יפרח מביא את דעות הראשונים בעניין ומראה שיש הדרגתיות בשיטות, החל מהשיטה שראייה בלבד מספיקה, המשך בזו שמצריכה מעשה קטן וכלה בפסיקה המעשית המקובלת שמחייבת מעשה של ממש לצורך הקניין. עיקר המאמר מוקדש לניתוח שיטות אלו לאור פנימיות התורה והחסידות. זאת, על פי שיעור של הרב יצחק גינזבורג, שהקביל בין הדעות השונות בסוגיה זו לעולמות המזכירים בקבלה, ולמשמעותו של רצון ללא מעשה בכל אחד מהם.

איסור רמאות במסחר על פי פנימיות התורה

בתורה ישנה התייחסות נרחבת לאיסור החמור לרמות במסחר, שמכונה אף בכינוי "תועבה". הרב יעקב בנימין בוחן את האיסור על פי פנימיות התורה ומציע שחומרתו נובעת מכך שמידתו של ה' היא מידת האמת, ומכך שהכוח לרמות במסחר מקורו בחכמה המיוחדת שיש בארץ ישראל, שמיועדת ללימוד התורה שבעל-פה. כהשלמה, מובא שמסחר באמונה חשוב במיוחד בגלל שהוא מברר את ניצוצות הקדושה שנפלו בשבירת הכלים.

עיוני קניין

מעמדם ההלכתי של המנהג והחוק במסחר

הרב דוב ליאור

- א. מנהג במסחר
ב. דינא דמלכותא דינא במדינת ישראל
ג. התחייבות למכור
ד. התחייבות למכור דירה שטרם נכנתה
ה. התחייבות לשלם במסירת מספר
ו. חברה בע"מ
ז. כרטיס אשראי

א. מנהג במסחר

כיצד מתייחסת ההלכה לדרכים ולמנהגים השונים בחיי המסחר שאין להם יסוד בדברי חז"ל? חכמים כבר קבעו כלל: כל מנהג שאינו נוגד את ההלכה יש לו תוקף. המקור לכך הוא מהמשנה:

השוכר את הפועלין ואמר להן להשכים ולהעריב מקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב אינו יכול לכופן מקום שנהגו לזון יזון לספק מתיקה יספק הכל כמנהג המדינה.¹

וביארנו בתלמוד הירושלמי:

אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה.²

על פי זה נפסק שקניין שנהגו בו הסוחרים מועיל:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? ... ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.³

האחרונים נחלקו בשאלת תוקפו של קניין סיטומתא: הרמ"א⁴ ודעימיה⁵ כתבו שקונה רק מדרבנן, והחתם-סופר כתב שתוקפו מדאורייתא:

לפי עניות דעתי, סיטומתא הוא קניין דאורייתא ממש... כל שהנהיגו הסוחרים הוה ליה כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים מן התורה.⁶

*. רבה של קריית ארבע-חברון, ואב"ד לממונות.

1. מושנה בבא מציעא ז, א.

2. ירושלמי בבא מציעא ז, א.

3. בבא מציעא עד, א.

4. שו"ת רמ"א, פז.

5. שו"ת יהודה יעלה א – יו"ד, ד, שמו; שו"ת בנין ציון החדשות סימן טו; נתיבות המשפט רא, א.

וכך מוכח מדברי הרדב"ז:

כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דלהוי קנין, אית להו דינא דאורייתא, דעל סמך זה נושאים ונותנים בני העולם ולא גרע מהמנהג.⁷
אולם, למנהג הנוגד את ההלכה אין כל תוקף, וכן כתב המהריט"ץ:
חלילה שיהיה מנהג זה לעבור על דברי תורה דדווקא מנהג כי ההיא דסיטומתא שאין בה עבירה מהני, אבל להיות גזלנין וחומסין אין שומעין למנהגם.⁸

ב. דינא דמלכותא דינא במדינת ישראל

נחלקו ראשונים בשאלה, האם הכלל "דינא דמלכותא – דינא" חל גם על מלכי ישראל. דעת הרמב"ם היא שכלל זה נכון לגבי כל מלך:

...מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שלישי או רביע או דבר קצוב, והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך, ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא עובר המבריח ממכס זה, מפני שהוא גזל מנת המלך, בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל.⁹
בניגוד לכך הר"ן סבר שסמכות זו אינה מוקנית למלכי ישראל:

וכתבו בתוספות דדווקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא – דינא, מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ אבל במלכי ישראל לא לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה.¹⁰

כלומר, סמכות המלך נובעת מהבעלות שלו על הקרקעות, ומכיוון שמלכי ישראל אינם הבעלים על הארץ – לא חל עליהם הכלל "דינא דמלכותא – דינא".

הכרעת הטור,¹¹ הבית יוסף¹² והשולחן ערוך¹³ היא שדינא דמלכותא דינא גם במלכי ישראל. כך נקטו להלכה למעשה בבתי דין רבניים:

ואם כן על סמך הדעות הנ"ל "דינא דמלכותא – דינא" הוא גם במלכות ישראל... וזוהי דעת מארי דהלכה דמפיהם אנו חיים, ודאי דיש מקום גדול להסתמך על כך.¹⁴

לפיכך, כל חוק בענייני ממון שאינו נוגד את ההלכה ושנועד להסדיר את חיי המסחר וניהולם התקין לטובת הציבור, הינו שריר וקיים גם במדינת ישראל. הדברים אמורים

6. שו"ת חתם סופר חלק ב (יו"ד) סימן שיד; וכן חתם סופר עבודה זרה סג,א, ד"ה והא.

7. שו"ת רדב"ז א, תקג; הובאו דבריו על ידי המהרש"ם משפט שלום חו"מ רא, א, ד"ה הג"ה בסופו.

8. שו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן מד.

9. רמב"ם גולה ה, יא; וכן רבנו עובדיה מברטנורא נדרים ג, ד, ד"ה ולמוכסין.

10. ר"ן נדרים דף כח,א, ד"ה במוכס; הובא גם ברשב"א שם, ד"ה גמרא, ועוד.

11. טור חו"מ, שסט.

12. בית יוסף חו"מ שסט.

13. שולחן ערוך חו"מ שסט, ו.

14. פסקי דין רבניים חלק א עמוד 285; וכן כתבו: הרב עובדיה הדאיה, פד"ר ה, עמ' 269; הרב יצחק ניסים, הרב יוסף שלום אלישיב, הרב בצלאל זולטי, פד"ר ו, עמ' 383.

בוודאי על פי השיטה ש"דינא דמלכותא – דינא" מדאורייתא,¹⁵ ואף לאלה הסוברים שתוקפו מדרבנן.¹⁶ נוכל לסכם, שלכל קניין שנהגו, ובוודאי קניין שקיבל תוקף מצד "דינא דמלכותא", יש תוקף, ייתכן אף מדאורייתא. עתה נדון בכמה מקרים שכיחים, על פי עיקרון זה.

ג. התחייבות למכור

בדרך כלל נהוג במכירת דירה שהצדדים חותמים על חוזה, שבו הם מתחייבים למכור ולקנות. תוקפה של התחייבות זו שנוי במחלוקת אחרונים. קצות החושן סבר שלא ניתן להתחייב למכור נכס מסוים:

היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוא חיוב כלל.¹⁷ בעל נתיבות המשפט חלק עליו.¹⁸ למעשה נראה, שהואיל וכך נהגו בחיי המסחר יש מקום לומר שזה מחייב לכל השיטות.¹⁹

ד. התחייבות למכור דירה שטרם נבנתה

כאשר אדם קונה דירה מקבלן, במקרים רבים החוזה נחתם כשהדירה אינה בנויה, ואף הקרקע לא תמיד רשומה על שמו של הקבלן. מבחינה הלכתית ייתכן שלחוזה אין כל תוקף, כיוון שהוא בא למכור דבר שלא בא לעולם, מה שאינו אפשרי לפי ההלכה. אלא שכאן מתעוררת שאלה, שמא בגלל שכך נהוג לעשות ולהתחייב, יהיה לחוזה כזה תוקף גם על פי ההלכה.

בעניין זה נחלקו ראשונים. המהר"ם מרוטנבורג סבר שכיוון שזהו המנהג יש לכך תוקף: מהר"ם אמר: אדם הנודר לחבירו ליתן לו בנו למול או להיות בעל ברית (=סנדק) – שצריך לקיים לו. ואף על גב דאמרינן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בכאן שהוא מנהג בני אדם... יש לקיים. כדאיתא בבבא מציעא (עד, א) האי סיטומתא קני פירוש רושם של חביות וכו' ובאתרא דנהיגי למקני ממש קנין. כלומר הסיטומתא בשביל שהוא מנהג.²⁰

לעומת זאת, רבנו יחיאל מפריס סבר שאין תוקף לסיטומתא במקרה כזה:

15. אבני מילואים אה"ע כח, ב; שו"ת חתם סופר ב (יו"ד), שיד; ה (חו"מ), סב; שם, קפז.

16. בית שמואל כח, ג.

17. קצות החושן רג, ב.

18. נתיבות המשפט רג, ו.

19. וראה מה שכתב הדיין המצוין, הרב צבי יהודה בן יעקב, בספר משפטיך ליעקב ב, ט, שדן באריכות במהות התחייבות למכור.

20. תשב"ץ קטן סימן שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

רבינו יחיאל מפרי"ש היה אומר... בדברים שלא יועיל קנין לא הוי מנהג. ולא דמי לסיטומתא דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור. אבל בדבר שלא היה מועיל בו קנין, כגון דבר שלא בא לעולם לא מצינו שמועיל המנהג.²¹

למעשה נראה שיש להורות כמהר"ם מרוטנבורג, כיוון שכך פסקו גדולי הפוסקים האחרונים²² אודות קניין סיטומתא או מנהג הסוחרים, שאם זה מנהג קבוע, הרי שהוא מועיל לדבר שלא בא לעולם או לדבר שאין בו ממש או לדבר שאינו ברשותו. מה גם שעל פי החוק יש תוקף להתחייבות למכור דירה.

ה. התחייבות לשלם במסירת מספר כרטיס אשראי

כיום מקובל להזמין מוצרים בטלפון על ידי מסירת מספר כרטיס אשראי, האם הזמנה כזו מהווה מעשה קניין?²³

הרא"ש כתב שסיטומתא אינה מועילה ללא מעשה:

דסיטומתא היינו דווקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ורבנו חננאל ז"ל פירש: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח... אבל דיבור בעלמא, לא; אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה.²⁴

אולם הרדב"ז חלק עליו:

לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצווה על ידי דיבור בעלמא וכבר ידעת כי המנהג עיקר גדול בכל כיוצא בדברים אלו. ראייה מהא דאמרין במציעא: האי סיטומתא... קניא.²⁵

למעשה נראה שיתכן קניין ללא מעשה, שהרי אנו רואים שלפעמים דיבור יכול להיחשב כמעשה, ובמקרים מסוימים די במחשבה, כגון בהפרשת תרומה.²⁶ בנידון דידן, כיוון שברגע שאדם מוסר את מספר כרטיס האשראי, הספק יכול לקבל את כספו, נראה שנחשב שעשה מעשה והקונה גומר בדעתו לקנות.

21. שם.

22. ערוך השלחן חו"מ רא, ג.

23. [הערת עורך: ראה פסקי דין – ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ח, עמ' רעז, שדן באדם שהזמין כרטיס טיסה בטלפון וחזר בו, ופסקו שדיבור לא מהני. ע.ר.]

24. שו"ת הרא"ש יב, ג.

25. שו"ת רדב"ז א, רעח.

26. תוספות קידושין דף נט עמוד ב, ד"ה מיד: "דמחשבה דתרומה היה יודע דכמעשה דמי".

ו. חברה בע"מ

נחלקו דייני בית הדין הרבני הגדול²⁷ בשאלת מעמדה ההלכתי של חברה בע"מ: הרב שלמה דיכובסקי סבר שיש לראות בחברה בע"מ "אישיות משפטית" המנותקת מבעלי המניות, כפי שמקובל בעולם המסחר ובדיני החברות הנהוגים בכל העולם. לעומתו, סבר הרב חיים גדליה צימבליסט שחברה בע"מ היא רכוש של בעלי המניות, ככל רכוש אחר.

בנושא זה קשה לי לקבוע עמדה חד משמעית. אולם, נראה לענ"ד שאפילו אם נצא מנקודת-מוצא, שעל פי ההלכה גם בחברה בע"מ אמורה להיות אחריות אישית של בעלי המניות והמנהלים כלפי הלקוחות; בכל זאת, אם מפורסם וידוע מראש שכל מי שנושא ונותן עם חברה בע"מ אין לו תביעת אחריות כלפי בעלי המניות, הרי זה כאילו הלקוחות פטרו אותם מאחריות, כמו שומר שכר או שואל שפטרו אותם מאחריות. לפיכך, גם אם ייגרם הפסד או נזק מצד החברה, לא ניתן יהיה לתבוע את בעלי המניות או את מנהלי החברה.

הגדרת כסף

הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין

- א. פתיחה
1. המובנים השונים של כסף בהלכה
 2. יישום מובני הכסף בתחומים הלכתיים שונים
 - ב. מאפייני הכסף
 1. "כסף" מוגדר על פי החומר ממנו הוא עשוי
 2. כסף מוגדר על פי הסחירות שלו
 3. גיבוי חוקי
 4. סחירות מול חשיבות
 - ג. כסף – זהות ותפקוד
 1. מחלוקת ביחס למעמדו של מטבע זהב במסחר
 2. זהות או תפקוד
 3. כסף במסחר ובפדיון מעשר שני
- ד. פדיון מעשר שני – המרה או קניין
1. שביעית תופסת דמיה
 2. פדיון מעשר שני
 - ה. עיון בסוגיות של פדיון מעשר שני
 1. מטבע היוצא
 2. היכן המטבע יוצא?
 3. חילול כסף על כסף
 4. מחלוקת הראשונים לגבי חילול כסף על כסף
 5. קניית אוכל במעות מעשר שני
 - ו. סיכום

א. פתיחה

1. המובנים השונים של כסף בהלכה
- למושג כסף יש משמעויות שונות בהלכה, לפיכך נפתח בסקירת המובנים השונים של כסף בהלכה:
- א. כסף כמתכת – כחומר מסוים.
 - ב. כסף כסוג של מעשה קניין – למשל, "האישה נקנית בכסף"¹. פדיון הקדשות הוא בכסף², קרקע נקנית בכסף³ וכדומה.

* הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון, אלון שבות.
המאמר מעובד מתוך שיעוריו של הרב שסוכמו על ידי שמעוני גרטי. המאמר נערך על ידי הרב דניאל וולף.

1. משנה קידושין א, א.
2. משנה קידושין א, ו.
3. משנה קידושין א, ה.

בהקשר זה מרפאים בדרך כלל גם שווה כסף, דהיינו ניתן לבצע קניין כסף לא רק במטבע אלא בכל חפץ בעל ערך.⁴ הראשונים נחלקו בשאלה מניין למדו חכמים ששווה כסף דינו בכסף בהקשר של מעשה קניין. לדעת בעלי התוספות,⁵ באופן עקרוני נדרש לימוד מפסוק המרבה שווה כסף. לעומתם, הרמב"ן⁶ ועימו ראשוני ספרד,⁷ סבורים שככלל אין צורך בלימוד מיוחד לשם כך. לשיטתם, בכל עסקה הקשורה לכסף ונשענת על דעת הצדדים, אין צורך בלימוד מיוחד שיאפשר לבצע את הקניין בשווה כסף.

את שיטת הרמב"ן והסוברים כמוהו ניתן לפרש בשתי דרכים:

דרך אחת – בכל סוגי העסקאות הללו אין צורך בכסף אלא בשווה ערך, ולכן ברור שגם שווה כסף יועיל.

דרך שנייה – אמנם יש צורך במטבע, אולם גמירות דעתם של הצדדים מסוגלת להפוך שווה כסף לכסף.

ג. **כסף כאמצעי תשלום** – למשל, כאשר דנים בחיובי תשלום המוטלים על מעסיק כלפי הפועל שלו. יש הסוברים שהוא חייב לשלם לו בכסף.⁸

ד. **כסף כניגוד לסחורה** – במסגרת חלוקת התפקידים הפנימית בעסקה כלשהי. דהיינו, לפעמים יש נפקות הלכתית לשאלה מהי הסחורה בעסקה מסוימת ומהו התשלום (במיוחד בהמרת מטבעות), בלשון הגמרא נקרא כסף במובן זה בשם "טיבעא",⁹ והסחורה מכונה "פירא".

מובן זה שונה מן המובנים שקדמו לו. ייתכנו מצבים שבהם תהיינה לחפץ מסוים תכונות מובהקות של כסף בכל אחד מהאספקטים שצוינו לעיל, ובכל זאת בעסקה מסוימת הוא יתפקד כסחורה ולא בכסף. לדוגמה, לדעת רבי חיים מבריסק¹⁰ כאשר פודים הקדשות תמיד מוגדר ההקדש כסחורה והחולין ככסף, כפי שיבואר בהמשך. לפיכך אם אדם פודה בפירות מעות של הקדש, המעות מוגדרות כסחורה, חרף העובדה שהן עשויות ממטבע שהוא כסף טהור ומזוקק.

2. יישום מובני הכסף בתחומים הלכתיים שונים

עסקנו באופן כללי במובנים השונים של המונח "כסף". נוכל לבחון את המובנים הללו בתחומים ההלכתיים השונים שבהם נדרש כסף. נסקור בקצרה את התחומים שבהם יש צורך דווקא בכסף, ולא די בשווה כסף.

4. לדוגמה: לגבי הקדש – משנה ערכין ח, א. לגבי קידושין – משנה קידושין א, א. פדיון עבד – קידושין טז, א.
5. תוספות קידושין ב, א, ד"ה בפרוטה.
6. רמב"ן קידושין ב, א, ד"ה בדינר.
7. לדוגמה, רשב"א שם, ד"ה בדינר; ריטב"א שם, ד"ה בכסף.
8. תוספות בבא קמא ט, א, ד"ה רב הונא.
9. בבא מציעא מד, א.
10. חידושי הגר"ח (מבריסק), הלכות מעשר שני ח, ז, ד"ה ואשר (הראשון).

א. איסור ריבית – מדרבנן, אסור ללוות סאה בסאה,¹¹ דהיינו אסור לקבל סחורה על מנת להשיב סחורה (כיוון שיתכן שערכה יעלה). אלא יש ללוות בכסף, בהקשר זה הכוונה היא שיש לשום את ערכה של הסחורה ולהשיב סחורה בשווי דומה.

ב. פדיון מעשר שני – מעשר שני נפדה מדאורייתא רק בכסף.¹² בתחומים מקבילים של פדיון הקדשות, למשל בהקדש של בדק הבית, מועיל גם שווה כסף.¹³ זאת למרות שעל פי פשט הפסוקים יש דרישה לכסף גם ביחס להקדש. בנושא זה ניגע בהרחבה בהמשך.

ג. קניין סודר – בגמרא נחלקו אמוראים האם "מטבע נעשה חליפין",¹⁴ כלומר, האם ניתן לעשות קניין סודר במטבע. ייתכן שהגדרת מטבע בהקשר זה קשורה להגדרת כסף. אמנם אין הכרח בקישור זה, ובפשטות השאלה אם יש לקשר בין המושגים תלויה במחלוקת בעל המאור והרמב"ם שתידון לקמן (ליד הערה 72).

ד. גרעון כסף בעבד עברי הנמכר לעכו"ם – עבד עברי יכול לשלם לאדון עבור השנים שעוד נותרו לו לעבוד ולצאת לחופשי. הרמב"ם מחדש, בניגוד לדעת רוב הראשונים,¹⁵ שעבד עברי שנמכר לעכו"ם אינו יכול לפדות את עצמו בשווה כסף, אלא בכסף בלבד:

...וכן הנמכר לעכו"ם מחשב הדמים לפי השנים הנשארות עד שנת היובל... וגורע

הדמים ומשיב השאר כסף – לא תבואה ולא כלים – שנאמר "כסף ממכרו", בכסף

הוא נגאל מיד העכו"ם ואינו נגאל בשוה כסף.¹⁶

ה. פדיון מחצית השקל – מחצית השקל נפדית דווקא בכסף,¹⁷ וגם ביחס למצוות מחצית השקל כתב בספר מנחת חינוך¹⁸ שיש לתת מטבע שיש בו צורה.

ו. פירעון חובות – לפי רבנו תם ניתן לשלם לפועל בכסף בלבד, ולא בשווה כסף, שיטה זו מובאת על ידי התוספות¹⁹ במספר מקומות, ואף בספר הישר לרבנו תם.²⁰

לדעתו, מעסיק מחוייב בתשלום כסף לפועל שלו (אלא אם כן הפועל מוותר), ואף אם אין למעסיק כסף הוא מחוייב למכור את רכושו ולהשיג כסף. מקור הדין במשנה²¹ שקובעת

11. בבא מציעא מד, ב.

12. בבא מציעא מז, ב.

13. משנה ערכין ח, א.

14. בבא מציעא מה, ב, וכמו כן נחלקו שם האם מטבע נקנה בחליפין, כלומר, האם כסף יכול להיות המושא של קנין סודר שנעשה בכלי גמור.

15. קידושין ח, א, "ואינו נקנה בתבואה וכלים"; רש"י שם, ד"ה מכסף; ובשאר הראשונים שם.

16. רמב"ם הלכות עבדים ב, ח; כפי פשט ספרא בהר פרשה ו, פרק ח, ד; וייתכן שכך הרמב"ם הבין דעה הראשונה בירושלמי קידושין א, ד.

17. רש"י בכורות נא, א, ד"ה מצרפין.

18. מנחת חינוך מצווה קה, ד; כך משמע גם מדברי הרמב"ם שקלים א, ה, בניגוד למה שעולה מדברי ספר החינוך שם.

19. תוספות כתובות פו, א, ד"ה לבעל; בבא קמא ט, א, ד"ה רב הונא

20. ספר הישר, תרד.

21. בבא מציעא קיח, א.

שלא ניתן לשלם לתת לפועל בתמורה לעבודתו את פירות העבודה, אלא צריך לתת לו כסף. רש"י ביאר זאת כך:

אע"ג דבכל דוכתי אית ליה שוה כסף ככסף, הכא גבי פועל – "בל תלין שכרו" כתיב, מאי דאתני בהדיה משמע.²²

דהיינו, למרות שבדרך כלל אין צורך דווקא במטבע ודי ברכוש בעל ערך, לגבי שכר פועל ישנה חובה לשלם לפועל כפי שסוכם איתו, כלומר, בכסף.

רבנו תם הסיק מכאן שלפועל יש לשלם כסף, ואף אם אין לבעל הבית כסף הוא חייב למכור מנכסיו כדי להשיג כסף כתשלומים לפועל. לעומת זאת, לגבי הלוואה כתב רבנו תם שאמנם יש לפרועה בכסף, אולם, אם ללווה אין כסף הוא יכול לפרוע בנכסים.

תופעה מקבילה קיימת בתשלומי נזיקין. בתורה נאמר שמזיק צריך לשלם "מיטב שדהו":

כי יבער איש שדה או כרם ושלח את בעירה (קרי: בְּעִירוֹ) ובער בשדה אחר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם.²³

בגמרא הוסבר שכל רכוש מיטלטל בעל ערך הוא בגדר "מיטב" – "כל מילי מיטב הוא... לבר מארעא",²⁴ לעומת זאת, במקום אחר מובא בגמרא לגבי תשלום עבור נזק:

רב הונא אמר: או כסף או מיטב. איתיביה רב נחמן לרב הונא: "ישיב" – לרבות שוה כסף, אפילו סובין! הכא במאי עסקינן – בדלית ליה.²⁵

הראשונים נחלקו בהבנת היחס בין הסוגיות. לדעת הרמ"ה מבטאות הסוגיות את ההבדל בין הרצוי והמצוי:

וכתב הרמ"ה ז"ל – הא דמצוי יהיב ליה אפילו סובין הני מילי היכא דלית ליה למזיק זוזי, אבל היכא דאית ליה למזיק זוזי – לא מצי דחי ליה לניזק אלא בזוזי, והוא הדין לבעל חוב.²⁶

דהיינו, כאשר יש למזיק כסף עליו לתת אותו לניזק, אולם כשאין לו כסף הוא יכול לפצות את הניזק בשווה כסף.

יש מקום לבחון עד כמה דיני פירעון החוב לפועל ולבעל חוב קשורים להגדרת כסף. ייתכן שהחובה לפרוע הלוואה דווקא בכסף, נובעת מכך שזה מה שהלווה קיבל,²⁷ ואין פה הלכה עקרונית שמחייבת כסף מפאת תכונותיו המיוחדות.²⁸

22. רש"י בבא מציעא קיח, א, ד"ה אין.

23. שמואל כב, ד.

24. בבא קמא ז, ב.

25. בבא קמא ט, א.

26. נימוקי יוסף ג, א בדפי הרי"ף.

27. לפי סברה זו, בחוב שנוצר בעקבות מכר או בעקבות הלוואת מוצרים, ניתן יהיה לפרוע באמצעי תשלום אחרים.

28. הערת הרב דניאל וולף: יש מקום להדגיש שמעמדו של הכסף שונה כיום מכפי שהיה בזמן התלמוד. בזמן התלמוד היה מחסור מסוים של מטבע עקב מחסור במתכות יקרות, ולא ניתן היה לבסס את הכלכלה על מטבע בלבד מצב זה חייב ביצוע עסקאות רבות בהחלפת טובין.

גם בפירעון החוב לפועל ולניזק מסתבר שנדרש לכתחילה תשלום בדבר שהוא עובר לסוחר. לפועל למשל, נחוץ אמצעי קנייה כלומר כסף, או ליתר דיוק מטבעות. ניתן לבסס את הדרישה לתשלום כסף על סיכום והבנה בינו לבין המעסיק שהשכר ישולם בכסף, ובזק ייתכן שהסיבה לכך היא כדי לאפשר לניזק לשלם בכסף עבור השלמת חסרונו.²⁹ על כל פנים, ייתכן שדינים אלו אינם נובעים מההגדרה של כסף, אלא מהצורך באמצעי קנייה. כמובן, אמירה זו מחייבת להגדיר את מהותו של הכסף.

ב. מאפייני הכסף

ניתן להציע כמה מאפיינים אפשריים לכסף. להלן נדון בהם, במקורותיהם ובסברה שמאחוריהם.

1. "כסף" מוגדר על פי החומר ממנו הוא עשוי

המאפיין הראשון שניתן להעלות על הדעת הוא הגדרת הכסף על פי החומר ממנו הוא עשוי. באופן כללי, האפשרות שכסף כמושג הלכתי הוא המתכת כסף (Silver), עולה במחלוקת תנאים המובאת בגמרא:

מחללין מעשר שני על אסימון – דברי רבי דוסא, וחכמים אומרים אין מחללין.³⁰

מדוע סובר רבי דוסא שניתן לחלל מעשר שני על אסימון, דהיינו, על מטבע לא-טבוע? ניתן להבין שאף רבי דוסא סובר שיש לחלל מעשר שני על מטבע, אלא שלדעתו גם אסימון הוא בגדר מטבע. על פי הבנה זו, אין מחלוקת שיש צורך במטבע על מנת לחלל מעשר שני, אולם המחלוקת היא בשאלה האם להרחיב את הגדרת המטבע ולכלול בה גם אסימון. אפשר שהמחלוקת בין התנאים חריפה יותר. לדעת חכמים יש לחלל מעשר שני על מטבע, ולכן לא די באסימון. בניגוד לכך, סבר רבי דוסא שאין צורך במטבע כדי לחלל מעשר שני. אם כך, יש לשאול מהו הדבר עליו ניתן לחלל מעשר שני לדעת רבי דוסא? כאן אפשר להעלות אפשרויות שונות, כפי שמובא בירושלמי:

מה טעמא דרבי דוסא?

"וצרת הכסף" – דבר שהוא נצרר מחבירו ויש לו צורה ויוצא על גב צורתו.

רבי יוסי בשם רבי יוחנן: דברי רבי דוסא מחללין מעשר על ליטרא של כסף. אילו אמר כסף הוין אמרין כשם שאמר כסף כך אמר זהב... הוין ליטרא של כסף? על אסימון.³¹

רק לאחר שכלכלות העולם עברו להדפסת כסף שאין בו עצמו שום ערך, היה מספיק כסף כדי לתמוך בכלכלה שכולה בנויה על כסף, ועסקאות החלפת טובין נדחו לקרן זוית. לפיכך, כיום לא עולה על הדעת לשלם חוב בבגדים משומשים, למרות שלדעת רוב הפוסקים "כל מילי מיטב, אפילו סובין". לאור זאת, יש מקום לשקול האם השינוי הכלכלי הזה מביא לשוני הלכתי – שיחייב תשלום בכסף דווקא. לא ידוע לי על דיון בנושא בפוסקי זמננו.

29. מהראב"ד טוען ונטען ה, ב, משמע שבתנאים מסוימים הניזק יכול לתבוע את תיקון הנזק.

30. בבא מציעא מז, ב.

לפי הדעה הראשונה בירושלמי רבי דוסא מודה לחולקים עליו שלשם פדיון מעשר שני יש צורך ב"דבר שהוא נצרר מחבירו", דהיינו מטבע, אלא שלשיתו גם אסימון הוא בגדר מטבע, בניגוד לדעת חכמים. אבל לדעת רבי יוסי בשם רבי יוחנן, מה שנחוץ לחילול מעשר שני לדעת רבי דוסא הוא המתכת כסף בלבד, ובכלל זה גם נתך כסף ("ליטרא של כסף"). כך משמע גם מהתלמוד הבבלי על פי פירוש של הרמב"ם. הרמב"ם פסק בניגוד לדעת רבי דוסא:

אין פודין פירות מעשר אלא בכסף... ואם פדה בלשון של כסף וכיוצא בו והוא הנקרא אסימון – לא עשה כלום.³²

הרמב"ם מגדיר אסימון כ"לשון של כסף", כלומר, כנתך של כסף, ופוסק שלא ניתן לפדות מעשר שני באסימון. מדבריו מובן שלדעת רבי דוסא שסבר שניתן לפדות באסימון, אפשר לפדות ב"לשון של כסף", כפי שעלה גם מדברי הירושלמי.³³ בתלמוד הבבלי לא הוגדר אסימון כ"לשון של כסף", אלא כ"פולסא", כלומר מטבע לא-טבוע.³⁴ אולם גם בדברי ראשונים אחרים ניתן למצוא הד להגדרת כסף על פי סוג המתכת, רש"י ביאר שאסימון הוא – "מחוסר צורה, וקורין לו פלדון".³⁵ אולם, רבנו תם הקשה על דבריו:

פירש רש"י – "שאינן בו צורה כלל". וקשה לרבינו תם דבפרק במה אשה (שבת סה,א) אמרו: "יוצאין בסלע שעל גבי הצינית... אי משום צורתא? ליעביד ליה פולסא". משמע פולסא יש עליו צורה... ור"ת מפרש דאסימון יש בה צורה ואינה יוצאה בהוצאה.³⁶

רבנו תם הקשה מהגמרא במסכת שבת ששאלה מדוע יש צורך דווקא במטבע (סלע) והרי גם בפולסא (הוא אסימון) יש צורה? בעקבות זאת ביאר רבנו תם שאסימון הוא מטבע שאינו עובר לסוחר.

ריטב"א הביא את דברי רבנו תם באופן אחר:

31. ירושלמי מעשר שני א, א.

32. רמב"ם מעשר שני ד, ט.

33. אמנם, בתלמוד הבבלי (בבא מציעא מז,ב) רבי דוסא מסכים שלא ניתן לחלל על מעות הניתנות בבית המרחץ. מעות בית המרחץ מתקבלות רק בבית המרחץ ואינן מוכרות כאמצעי תשלום אוניברסליים ואפילו בעל בית המרחץ אינו צריך לקבלם לתשלום חוב אחר, פרט לרחיצה עצמה.

34. בבא מציעא מז,ב.

הערת הרב דניאל וולף: לא ברור האם בפולסא או בנתך הייתה כמות מוגדרת ומקובלת של כסף, מה שהיקל על היכולת להשתמש בהם כאמצעי תשלום.

35. רש"י שם, ד"ה פולסא.

36. תוספות בבא מציעא מד, א ד"ה אסימון.

ורבנו תם תירץ דהיכא שהוא של נחשת קרי ליה פולסא לפי שאין לו צורה, והתם שהוא של עץ קרי ליה פולסא אף על פי שיש עליו צורה, דכפולסא דמי – כי המטבע הוא של מתכת ושיהא עליו צורה, וכשחסר אחד מהם – נקרא פולסא.³⁷

כלומר, בהגדרת מטבע חוברים יחדיו שני מרכיבים:

מרכיב אחד – סוג החומר – מתכת.

מרכיב שני – צורה שטבועה בחומר.

המונח "פולסא" מתאר מטבע שחסר את אחד המרכיבים האמורים: פולסא עשוי להיות מטבע עם צורה שאינו ממתכת, ובכך עוסקת הגמרא במסכת שבת, לחילופין, פולסא יכול להיות מטבע לא-טבוע ממתכת, כפי שמבאר רש"י במסכת בבא מציעא.

אמנם יש לבחון האם הגדרת החומר היא חלק אימננטי מהפיכת חפץ לכסף, או שמא זהו רק תיאור של הנוהג המקובל שלפיו נוצרו ונוצקו מטבעות, ואין כאן הגדרה הלכתית.³⁸

נסכם שהגדרת כסף לפי חלק מהדעות תלויה בסוג החומר. ראינו זאת באופן בולט בדעת רבי דוסא לפי אחת ההבנות בירושלמי, ואף לפי פירושו של הרמב"ם במסגרת סוגיית הבבלי. ראינו את הדבר גם במסגרת דברי רבנו תם המובאים בריטב"א, ביחס להגדרת אסימון.

לאחר שראינו דרישה אצל חלק מהמפרשים למטבע העשויה מתכת, יש להבין מדוע יש משמעות לחומר כחלק מהגדרת כסף. ייתכן שהדבר קשור לעמידות של המתכת, מתוך הנחה שאחד המרכיבים המרכזיים בהגדרת כסף הוא עמידותו (בניגוד, למשל, לפירות שהולכים ונרקבים).³⁹

2. כסף מוגדר על פי הסחירות שלו

אחד המאפיינים החשובים בהגדרת כסף הוא בהיותו עובר לסוחר,⁴⁰ ובלשון חז"ל: יוצא בהוצאה. כלומר, נכונות של הסוחרים לקבל כסף כתשלום עבור מוצר. נכונות זו נובעת ממעמדו הכלכלי של הכסף וכן מהסמכות הריבונית שעומדת מאחורי הטבעת המטבע, באפיון זה נדון בהמשך.

37. ריטב"א שם, ד"ה אסימון.

38. יש לציין שהחומר המוזכר בריטב"א אינו המתכת כסף אלא מתכת סתם, ובציטוט של ר"ת כפי שהוא מופיע בריטב"א נאמר שמדובר במטבע העשויה מנחושת.

39. הערת הרב דניאל וולף: סביר שהגדרת כסף כמתכת נובעת מכך שמדובר בחומר שיש בו ערך גבוה גם במשקלים נמוכים, כמו גם אפשרות להתיך אותו וליצור ממנו יחידות זהות וקטנות יחסית ולהטביע ממנו מטבעות בערכים שונים. גמישות זאת מאפשרת הטבעת מטבעות בערכים קבועים ובניית מערכת של מטבעות שמאפשרת מסחר. כמו כן יחסית קל להטביע אותם עם סמל הממשל.

אמנם, יהלומים ואבנים יקרות ויקרות-למחצה הם בעלי ערך גם במשקל נמוך, אבל אי אפשר ליצור מהם יחידות בעלות ערכים קבועים, כיוון שלכל אבן יקרה יש שווי אחר התלוי בגורמים שונים מלבד משקלה. בנוסף אי אפשר לבנות מערכת וסולם של מטבעות, ולהטביע עליהם את סמל הממשל. חומרים אחרים, כמו עץ וחוכית אינם נדירים מספיק ולכן ערכם נמוך מדי במשקל נמוך, ממילא הם אינם עוברים לסוחר.

40. ראו עוד ליד הערה 65.

יש להדגיש שאלו שני מאפיינים נפרדים במהותם. אף שלמעשה במקרים רבים קיימת חפיפה בין שניהם, אולם ישנם מקרים בהם אין חפיפה בין המעמד הכלכלי והחוקי של המטבע. לדוגמה, באירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה היה מחסור בסיגריות וחוסר אמון בממשלות, ובמקומות רבים שימשו סיגריות ככסף. אם מגדירים ככסף מה שעובר לסוחר באופן מוחלט, הרי שהיה ניתן להגדיר באותה תקופה סיגריות ככסף. זאת, חרף העובדה שסיגריות אינן עומדות בדרישה של חומר (מתכת) או גיבוי ממשלתי.⁴¹ הרי"ץ גיאת⁴² אכן מעלה אפשרות קיצונית להגדיר כסף על פי היותו עובר לסוחר בלבד. לפי גישה זו גם חיטה תוכל להיות כסף, אם היא תהיה בגדר עובר לסוחר. פסול "מטבע שאינו יוצא" מוזכר כאחת הדרישות הבסיסיות במשנה לגבי פדיון מעשר שני: "...אין מחללין מעשר שני על אסימון, ולא על המטבע שאינו יוצא, ולא על המעות שאינן ברשותו."⁴³

המשנה עוסקת במטבעות בהם לא ניתן לפדות מעשר שני. ניתן להסיק מדברי המשנה שלוש דרישות למטבע כדי שזה יהיה כשר לפדיון מעשר שני:
א. מטבע טובע (למעט אסימון).
ב. מטבע היוצא.
ג. מטבע שנמצא ברשות המחלל.

שתי הדרישות הראשונות קשורות להגדרת כסף, הדרישה השלישית, לכאורה אינה קשורה להגדרת כסף, אלא לתהליך הפדיון של מעשר שני, והיא מעוגנת בגזירת הכתוב מיוחדת: "...מתיב רבא: אין מחללין על מעות שאינן ברשותו... אמר רבה: שאני לענין מעשר, דבעינן מצוי בידך, דרחמנא אמר 'וצרת הכסף בידך' – וליכא..."⁴⁴

יש להעיר שהצגת ראשית דברי המשנה כשתי דרישות: האחת, שלא לפדות באסימון, והשנייה לפדות במטבע היוצא, תלויה במחלוקת הראשונים שהוזכרה לעיל. כאמור רש"י⁴⁵ הגדיר אסימון כמטבע לא-טבוע, על פי פירושו אין קשר בין המגרעת של האסימון למגרעת של מטבע שאינו יוצא, ומדובר אם כן בשתי דרישות נפרדות. בניגוד לרש"י, רבנו תם⁴⁶ ביאר שאסימון הוא מטבע טבוע שאינו יוצא, ולכן לשיטתו אסימון ומטבע שאינו יוצא מבטאים דרישה אחת בלבד.

אמנם ר"ת מגדיר אסימון כדבר שאינו יוצא, אך בתוספות מבואר שמדובר במטבע "שיוצאת בדוחק".⁴⁷ לדברי התוספות ייתכן שהרחבת הדין לתחומים הלכתיים נוספים מעבר להלכות מעשר שני, תלויה במידת הסחירות של המטבע. לאמור, אם מדובר במטבע שאינו יוצא

41. ייתכן שסברה כזו עומדת מאחורי שיטת רבי דוסא.

42. פירוש ר"י אבן גיאת על בבא מציעא (מהדורת רמ"י הכהן בלוי) מד, א ד"ה תניא.

43. משנה מעשר שני א, ב.

44. בבא קמא צח, א.

45. רש"י בבא מציעא מז, ב, ד"ה פולסא.

46. תוספות בבא מציעא מד, א, ד"ה אסימון.

47. תוספות שם, ד"ה הזהב.

כלל, הוא לא יוגדר ככסף בכל התחומים שבתורה כולם. אולם אם המטבע יוצא בדוחק, ניתן לראות בפסילתו גזירת הכתוב המיוחדת למעשר שני, ובתחומים אחרים ייחשב מטבע כזה לכסף.

גם אם נגדיר את ההלכות של המשנה במעשר שני כייחודיות לפדיון מעשר שני, ניתן לפרש אותן באחת משתי צורות:

א. חלק מהגדרת כסף בתורה כולה – העקרונות של הגדרת כסף בהלכה הם אחידים, אלא שבהלכות פדיון מעשר שני ישנה הקצנה של אותם עקרונות, ולכן אפילו מטבע שיוצא בדוחק פסול.

ב. דרישה ייחודית להלכות מעשר שני – הגדרת כסף לצורך פדיון מעשר שני, שונה מהגדרת כסף בשאר חלקי התורה. לפיכך, למרות שמטבע שיוצא בדוחק מוגדר ככסף בדרך כלל, בכל זאת הוא פסול לפדיון מעשר שני.

הרמב"ם הביא מקור לכך שיש צורך במטבע עובר לסוחר:

ונאסר חילול מעשר שני על מטבע שאינו יוצא, שהרי אמר ה' – "ונתת הכסף בכל אשר תאווה נפשך" (דברים יד, כו) – צריך שיהא כסף שאפשר להוציאו בכל מאכל שירצה.⁴⁸

הרמב"ם התייחס למטבע שאינו יוצא, אולם ניתן לראות בפסוק מקור גם לשיטת רבנו תם שפסל מטבע שיוצא בדוחק. בדברי רבנו תם המובאים בתוספות אין זכר לכך, אולם בספר הישר נאמרים דברים בנימה הקרובה לזו של הרמב"ם:

ומכל מקום, לית ליה (=לאסימון) אותה צורה דהויא מטבע לשאת ולתת במקומו, הילכך אין מחללין עליה מעשר שני, דמידי בצורה תליא מילתא אם לא יוכל לתיתו בירושלם בכל אשר תאווה נפשו!⁴⁹

בדברי ר"ת מודגשת נקודה נוספת. רבנו תם דורש, מלבד היכולת לקנות בירושלים את כל אשר תאווה הנפש, גם את היכולת "לשאת ולתת במקומו". דרישה זו אינה מופיעה בדברי הרמב"ם האמורים, ואם היינו נסמכים אך ורק על הפסוק שהוא מצטט לא היינו מעלים אותה. שהרי כדי לקיים את היכולת לקנות "כל אשר תאווה נפשך" אין צורך בכך שיהיה אפשר לשאת ולתת עם המטבע במקומו של הפודה, אלא בירושלים בלבד.

אמנם, במקום אחר, כאשר מביא הרמב"ם את הדרישה של מטבע היוצא להלכה, משמע שיש צורך במטבע היוצא במקומו:

אין פודין במטבע שאינו יוצא באותו זמן ובאותו מקום שנאמר "ונתת הכסף בכל אשר תאווה נפשך" עד שיהיה ראוי להוצאה.⁵⁰

48. פירוש המשנה לרמב"ם מעשר שני א, ב.

49. ספר הישר לר"ת, סימן תקפח.

50. רמב"ם מעשר שני ונטע רבעי ד, י.

כלומר מטבע כשר לפדיון מעשר שני רק אם הוא יוצא "באותו המקום" בו נעשה הפדיון. אמנם גם בהלכות הוא מצטט את הפסוק "בכל אשר תאוו נפשך", המתייחס לקנייה בירושלים, ויש לעיין בדבר.

3. גיבוי חוקי

ביחס לסמכות הממשלתית העומדת מאחורי המטבע, יש לברר האם המטבע תלוי בגיבוי השלטוני, או להפך, סמכות השלטון תלויה בעבירות של המטבעות שלו? מהירושלמי משמע כמו האפשרות הראשונה: "מטבע שמרד, כגון בן כוזיבא, אינו מחלל (=מעשר שני)."⁵¹ מדובר כנראה בתקופת מרד בר-כוכבא, דהיינו, בתקופה שבה מטבעות אלו הוטבעו ויצאו בשוק.⁵² למרות זאת, קובע הירושלמי שלא ניתן לחלל מעות מעשר שני על מטבעות של בן כוזיבא. זאת, בעקבות הגדרת בן כוזיבא כמורד, ולא כמלכות רשמית. כלומר הגדרת מטבע ככסף תלויה בהיותו זוכה לגיבוי שלטוני רשמי.

מהרמב"ם משמע בדיוק להפך – הגדרת המלכות תלויה בכך שהמטבע שהיא מטביעה עובר לסוחר. הרמב"ם דן בזכות העקרונית של המלך לשלוח מוכסים, בהקשר של דיני גזל:

במה דברים אמורים? במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ... אבל אם אין מטבעו יוצא – הרי הוא כגזלן בעל זרוע...⁵³

רוצה לומר, הגדרת אדם כמלך תלויה בכך שהמטבע שטבע התקבל בשוק, או שקבלת המטבע היא סימן לכך שנתניו קיבלו אותו כסמכות.

שאלה נוספת עליה יש לתת את הדעת היא, איזו סמכות שלטונית נדרשת כדי להגדיר כסף. בגמרא מובאת דוגמה לאסימון שפסול לפדיון מעשר שני: "מאי אסימון? אמר רב: מעות הניתנות בסימן לבית המרחץ".⁵⁴ וביאר רש"י שבעל בית המרחץ –

מקבל סימנין מיד הנמנין לרחוץ בבית המרחץ, לדעת כמה הם, ולפיהם יחם המים ויכין אלונטיאות, ונותנין לו מעות פחותות ורעות בסימן.⁵⁵

כלומר מדובר במטבעות פסולות המשמשות לספירת הנכנסים לבית המרחץ. במקרה זה מדובר בסמכות מוגבלת של בעל בית המרחץ שמטביע מעות משלו, ככרטיס כניסה לבית המרחץ.

בעקבות זאת צריך לברר מה דינו של מטבע המונפק על ידי רשות כלשהי, דוגמת אסימון שמפעיל טלפון ציבורי,⁵⁶ או אסימונים של רכבת, האם אלו יועילו לפדיון מעשר שני? שהרי

51. ירושלמי מעשר שני א, א.

52. אם לא כך, מה החידוש בכך שעל מטבע כזה לא ניתן לחלל מעשר שני?

53. רמב"ם גזילה ואבידה ה, יח.

54. בבא מציעא מז, ב.

55. רש"י בבא מציעא מז, ב, ד"ה הנותנין.

56. [הערת עורך: הדברים אמורים בתקופה בה שירותי הטלפון ניתנו על ידי גוף ממשלתי בתמורה לאסימון מתכת. כיום השירותים ניתנים על ידי חברה פרטית ומופעלים על ידי כרטיס מגנטי.]

מחד גיסא הם הונפקו על ידי גורם ציבורי, ומאידך גיסא אין חובה חוקית לקבל אותם לשום צורך חוץ מאשר לצורך קבלת שירות מסוים.

בירושלמי ראינו שאין די בסמכות שלטונית כמו זו של בן כוזיבא, להגדרת כסף. ייתכן שהדבר תלוי במידת ההישענות, בהקשר זה, על הכלל דינא דמלכותא דינא: ⁵⁷ אם הגדרתו של כסף מותנית בכך שהוא מוטבע על ידי שלטון שדינו דין, ⁵⁸ הרי שאין משמעות לרשויות שאינן מתיימרות לשלוט כמו הדואר, הרכבת ודומיהם. לעומת זאת, אם הגדרת כסף אינה תלויה בשלטון שדינו דין, אזי יש מקום לדון האם מטבע של רשות הדואר ודומיה יוגדר ככסף.

הדרישה להנפקת כסף על ידי גוף שלטוני, מעלה את השאלה האם די במאפיין זה כדי להגדיר כסף? השאלה אמורה בעיקר ביחס למאפיין של מטבע כ"עובר לסוחר", כלומר, האם מטבע שנטבע על ידי המלך, אבל אינו עובר לסוחר מועיל לפדיון מעשר שני, או לכל תחום אחר שבו נדרש כסף?

עניין זה נדון בשני התלמודים ביחס למטבעות של מלכים הראשונים שמלכותם כבר הסתיימה, ומטבעם אינו יוצא עוד. בירושלמי נאמר שלא ניתן לפדות מעשר שני במטבע שאינו יוצא:

רבי חייה בשם רבי יונתן כמטבע של מלכים הראשונים נימר אם היה יוצא על גב צורתו מחלל ואם לאו אינו מחלל. ⁵⁹

כך גם בבבלי:

אין מחללין על המעות שאינם יוצאות, כיצד? היו לו מעות כוזביות, ירושלמיות או של מלכים הראשונים – אין מחללין. ⁶⁰

4. סחירות מול חשיבות

אחד ממעשי הקניין שחותמים עסקת מיטלטלין הוא משיכת הסחורה על ידי הקונה, בעוד שנתנית כסף למוכר אינה עושה כן. ⁶¹ הגמרא ⁶² דנה באריכות במקרים של החלפת מטבעות שונים, כאשר השאלה היא מה מוגדר בכל מקרה כ"מטבע" (טיבעא) ומה מוגדר כ"סחורה" (פירי). ⁶³

57. גיטין י, ב.

58. [ראו עוד: שו"ת חתם סופר ב (י"ד), קלד. ע"ר.]

59. ירושלמי מעשר שני א, א.

60. בבא קמא צ"ב.

61. בבא מציעא מז"ב; קידושין כו, א; ועוד.

62. בבא מציעא מד, א והלאה.

63. לצד העיסוק בהגדרת כסף וסחורה, יש לדון בשאלה האם ניתן להשוות בין כסף במסחר לכסף בתחומים אחרים? לדוגמה הגמרא לומדת שזהב הוא "כסף" מברייתא העוסקת בפדיון הבן (בבא מציעא מד, ב). יש לבחון היטב את טיבו של ההיקש מתחום זה, שהרי מסברה צרופה היינו אומרים שכאשר דנים בשיעורי פדיון הבן אין עיסוק בהגדרות של כסף (טיבעא) וסחורה (פירי) כפי שיש לגבי כסף במסחר. במסחר, "כסף" משמעו ערך או שווי, בזמן שלגבי פדיון הבן יש צורך בכמות מסוימת של מתכת כסף או זהב, אם כך,

בהקשר זה מעלה הגמרא⁶⁴ את המושגים חריף וחשוב, כהגדרות לכסף. רש"י מבאר: "דחריף – יוצא בהוצאה ועובר לסוחר", כלומר סחיר.⁶⁵ חשיבות מוזכרת⁶⁶ בהקשר של המרת מטבע זהב במטבע כסף, כאשר יש סוברים שבגלל שמטבע זהב חשוב יותר ממטבע כסף, הוא המוגדר כ"כסף" ולא כ"סחורה".

סחירות וחשיבות⁶⁷ מוזכרות כדרישת מינימום (דרישה אבסולוטית) להגדרת כסף. כמו כן, הן מוזכרות כסיבה להגדיר מטבע מסוים כ"כסף" בהשוואה בין שני מטבעות שהוחלפו, כאשר המטבע שנחשב סחיר יותר או חשוב יותר הוא ה"כסף". במסגרת השוואה זו, ייתכן שיש להבחין בין חריפות לבין חשיבות, כפי שניתן להסיק מדברי הגמרא והראשונים. הגמרא מתלבטת בשאלת היחס בין מטבע זהב לבין מטבע כסף.⁶⁸ לכאורה, יש להקשות על עצם ההתלבטות לאור מעמדו השנוי במחלוקת של מטבע זהב בפדיון מעשר שני.⁶⁹ שהרי ניתן לפדות מעשר שני על מטבע כסף, ולא ברור אם ניתן לעשות כך על מטבע זהב. אם כך, מדוע מתלבטת הגמרא מהו הכסף ומהי הסחורה בהמרת מטבע כסף במטבע זהב, הרי ברור שמטבע כסף עדיף?

שאלה דומה מתעוררת ביחס לראשונים⁷⁰ שדנים בשאלת מעמדו של מטבע זהב ביחס למטבע נחושת. גם כאן היה מקום לדחות את השאלה מעיקרה, ולהגדיר את מטבע הנחושת ככסף. שהרי על מטבע נחושת מחללים מעשר שני בלי ספק, וביחס למטבע זהב יש מחלוקת.

ייתכן שהתשובה לשאלות אלו נעוצה בהבחנה שבין סחיר לבין חשוב. נקודת המוצא של הדיון היא שיש עדיפות לסחירות על פני חשיבות. סחירות היא דרישת בסיס, שהרי כסף הוא אמצעי תשלום עובר לסוחר. בזמן שסחירות היא תכונה הכרחית להגדרת כסף, חשיבות היא תכונה רצויה אך לא הכרחית.

כאשר דנים בשאלה האם מטבע זהב הוא בגדר כסף ביחס למוצרים או פירות, נמצא שיש מחלוקת בדבר. אולם מחלוקת כזו איננה קיימת ביחס למטבע כסף ולמטבע נחושת. אבל לאחר שקובעים את מעמדו של מטבע זהב ככסף, ובאים לדון, במעמדו ביחס למטבעות אחרים, ייתכן שהוא מקבל מעמד עדיף בגין היותו חשוב.

לכאורה יש קושי ללמוד מפדיון הבן על מסחר. בהמשך אותה סוגיה משולבים תחומים שונים שקשורים להגדרת כסף כחלק מהדיון בנושא כסף במסחר. התחום המרכזי ממנו לומדים הוא דיני מעשר שני.

64. **בבא מציעא** מד, א.

65. **רש"י** בבא מציעא מד, ב, ד"ה דחריף.

66. **בבא מציעא** מד, א.

67. **הערת הרב דניאל וולף**: באופן פרדוקסלי אף שחשיבות וסחירות מאפיינות את המטבע, בכלכלה רב-מטבעית תכונות אלה יאפיינו מטבעות שונים, וזהו תמצית של חוק גרישם. הסיבה לכך היא שאנשים תמיד יעדיפו לשמור אצלם את המטבע החשוב, מה שיהפוך את זה הפחות חשוב למטבע הסחיר יותר.

68. **בבא מציעא** מד, א.

69. שם.

70. **רמב"ן** בבא מציעא מד, ב, ד"ה כילדוניה, ועוד.

לפיכך, חרף העובדה שיש להסתפק ביחס לעצם מעמדו של מטבע זהב (כפי שמשתקף הדבר בדיון בנוגע למעשר שני), הרי שלאחר קביעת מעמדו של מטבע זהב ככסף ובבואנו לדון בעסקאות שבהן מטבע זהב מעורב עם מטבע כסף או עם מטבע נחושת – בהחלט ייתכן שדווקא מטבע הזהב הוא שיוגדר ככסף ביחס למטבעות האחרים. עניין זה מבליט נקודה, שנרחיב בה בהמשך, ביחס לאופי השאלה של הגדרת כסף. הנקודה החשובה היא שיש להפריד בין שתי שאלות מרכזיות בהגדרת כסף, במסגרת סוגייתנו: שאלת הזהות – מהו מעמדו האובייקטיבי של דבר מסוים – האם הוא מוגדר ככסף? שאלה התפקוד – מהו מעמדו התפקודי בתוך עסקה מסוימת – האם בעסקה המדוברת הוא מוגדר כ"כסף"?

ג. כסף – זהות ותפקוד

כהמשך לדיון הכללי בהגדרת כסף, נרצה לדון בשאלת מפתח הקשורה לנושא. שאלה זו מתבלטת לה מתוך מחלוקת הראשונים ביחס למעמדו של מטבע זהב במיקח וממכר.

1. מחלוקת ביחס למעמדו של מטבע זהב במסחר

הרי"ף פוסק שלהלכה ניתן לפדות מעשר שני בכל סוגי המטבעות (זהב, כסף ונחושת). באופן דומה, כולם משמשים כטיבעא במיקח וממכר, כאשר עוסקים בתהליך הרגיל של קניין פירות.

...דדהבא – אע"ג דלגבי כספא פירא הוי – לגבי פירי ושאר מטלטלי טיבעא הוי, בין לענין מיקח וממכר בין לענין מתנה דלא מיקני בחליפין...⁷¹

רבנו זרחיה הלוי, בספרו המאור הגדול, חולק על הרי"ף בנקודה זו. אמנם הוא מסכים עם הרי"ף שזהב נחשב "כסף" לענין פדיון פירות מעשר שני, אולם לטענתו אין להקיש ממעשר שני למיקח וממכר, ובמיקח וממכר הזהב – גם לעומת פירות – כסחורה (פירא) ולא כטיבעא:

מה שכתב הרי"ף ז"ל דלענין פירי ומטלטלי דהבא (=זהב) טיבעא הוי, וגמר לה למילתא ממעשר (=שני) – לא נראו לי דבריו... אלא ודאי שמענין מהכא שאין דין מעשר ודין מיקח וממכר שוין זה לזה, ובמיקח וממכר כולי עלמא לא פליגי דדהבא פירא... וטעמייהו דבית הלל לענין מעשר משום ד"הכסף כסף ריבה" ואפילו זהב טיבעא... והיינו טעמיה דרבינו האי גאון ז"ל...⁷²

בעל המאור מסכים שניתן לפדות מעשר שני במטבע זהב כיוון שהוא מוגדר כ"כסף" לענין זה. אלא שלדעתו הדבר נובע מריבוי מיוחד בפסוק (שנלמד מהוספת ה' הידוע למילה "כסף" בפסוק) המיוחד למעשר שני, ואין ללמוד משם למיקח וממכר. הוא מוסיף שזו גם דעת רב האי גאון.

71. רי"ף בבא מציעא כו,ב.

72. המאור הגדול בבא מציעא כו,א-ב בדפי הרי"ף.

הרמב"ן, במהלך השגתו הארוכה על בעל המאור, כותב כך:

...ועוד נסתייעו דברי רבינו הגדול ז"ל (=הרי"ף) מלישנא בתרא, דמרינא דהבא משום דכתיב "כסף הכסף ריבה", ואי סלקא דעתך פירא הוי לכל מילי, היכי אתרבי מ"כסף הכסף"? והלא אין שם כסף עליו...⁷³

לטענת הרמב"ן גזירת הכתוב הקובעת שמטבע זהב דינו כ"כסף" והוא מועיל לפדיון מעשר שני, נשענת על יסוד בסיסי קודם. ראשית יש לקבוע שזהב מוגדר כ"כסף" באופן כללי, ובין השאר בדיני מיקח וממכר. רק לאחר מכן אנו עשויים להבין שכאשר מתרבה סוג נוסף של "כסף" בתחום של מעשר שני, הכוונה היא למטבע זהב.

הרמב"ן מקשה על שיטת בעל המאור: אם זהב אינו מוגדר כ"כסף" אלא כסחורה, כיצד אם כן כולל הריבוי המיוחד של "כסף הכסף" שנאמר במעשר שני, מטבע זהב?

הרשב"א מביא את קושית הרמב"ן, והוא דוחה אותה מכמה וכמה סיבות. להלן אחת מהן: ...ועוד, דודאי ליכא מאן דאמר דלא להוי דהבא טבעא חשיב קצת משום צורתייה, דאי לא, בכדי לא טרחי ביה ולא טבעי ליה, והילכך כסף מקרי משום דדמי למטבע, דחשיב משום צורתייה...⁷⁴

דהיינו, אין חולק על כך שמטבע זהב הוא חשוב במידה מסוימת ולכן הוא מוגדר ככסף לעניין פדיון מעשר שני, אולם ככל הנראה לא די בכך כדי להגדיר אותו ככסף במסחר. כדי לבאר את דבריו נבחן שתי דרכים להגדיר כסף.

2. זהות או תפקוד

כאשר דנים בתחומים שיש בהם משמעות למושג "כסף" ניתן לדבר על שני מונחים שונים: מונח אחד – כסף כהגדרת זהות של חפץ.

מונח שני – כסף כהגדרת תפקוד.

מהו "תפקידו" של הכסף? יש מקרים שבהם אין לכסף תפקיד מיוחד. במקרים כאלו לא ניתן לדבר על המונח השני של כסף ככפוף לייעודו. אבל יש תחומים בהם הכסף מנותב ליעד ספציפי.

למשל, בתחום של מיקח וממכר קיימים מעשי קניין שונים. ישנם מעשי קניין שמעוגנים בהשתלטות פיסית, כגון הגבהה, משיכה ודומיהם. קניין כסף שונה מהותית מכל הקניינים הללו. בקניין כסף קונים תמורת ערכו של החפץ הנקנה. לשם יצירת מערכת כזו שבה מצד אחד יש סחורה שנקנית ומצד שני מוצב ערכה, יש לקבוע במסגרת העסקה מהי ה"סחורה" ומהו ה"כסף" (טיבעא).

כאשר נפתח קביעה כזו, נתייחס לכסף במובן השני שהצגנו, כסף כתפקוד. ייתכן בהחלט שברוב המקרים נגדיר את התפקוד של משהו ככסף על פי הגדרת זהותו. לאמור, אם אדם משלם במטבעות תמורת תפוזים, נגדיר את התפוזים כסחורה ואת המטבעות ככסף, היות

73. מלחמות ה', בבא מציעא כו,א בדפי הרי"ף.

74. רשב"א בבא מציעא מה,א, ד"ה וראיתי.

שזהותם של מטבעות היא כסף (ובמילים אחרות, הן כסף בחפצא). אבל אין הכרח בהצמדה כזו, וגם כאשר היא קיימת אין זה ביטוי לחפיפה אוטומטית בין שני המונחים.⁷⁵ קיימים כמובן תחומים בהם ההגדרה התפקודית של כסף אינה רלבנטית. למשל, לדעת הרמ"ה חייב המזיק לשלם בכסף, אם יש לו גם כסף וגם מיטלטלין. תשלום זה ודאי אינו קשור לתפקוד בכסף, אלא לזהות של כסף. באופן דומה כאשר דנים בפירעון הלוואה בכסף, מתייחסים לשאלת הזהות בלבד ולא להגדרה תפקודית כלשהי.

אלו דוגמאות להגדרת כסף על פי זהות ולא על פי תפקוד מיוחד הקשור להלכות כסף. ניתן לחשוב גם על מצב הפוך, הוי אומר – חפץ שיתפקד כ"כסף", חרף העובדה שזהותו אינה של כסף. מועמד טבעי למשבצת כזו הוא "שווה כסף" באותם תחומים שבהם דינו של שווה כסף בכסף.

למשל, בקידושי אשה על ידי כסף ניתן להשתמש גם בשווה כסף. קידושין הם דוגמה מובהקת לתחום שבו נחוץ היסוד התפקודי של הכסף. אף על פי כן, אפשר לקדש אשה על ידי שווה כסף, שיתפקד בכסף חרף העובדה שזהותו אינה כסף.

על רקע זה נבחן את הגדרת הכסף בתחום של מיקח וממכר. מסיבות שונות יש צורך להגדיר מהו ה"כסף" ומהי הסחורה בעסקה. באופן טבעי, מוגדר דבר שהוא כסף בזהותו, ככזה שמתפקד כ"כסף" בעסקה, ולעומתו, מוגדר החפץ כ"סחורה".

אבל לעתים אין בהגדרה זו תועלת. לדוגמה, כאשר מדובר על המרת מטבעות, לשני הצדדים יש זהות של כסף. במקרה כזה יש צורך לחפש אלמנט אחר כדי לקבוע איזה מטבע **מתפקד** כ"כסף" ואיזה מטבע מתפקד כ"סחורה".

על כל פנים, מיקח וממכר הוא תחום שבו זקוקים להגדרה התפקודית של הכסף, גם אם ניתן לומר שהמגדיר העיקרי בהקשר זה הוא הזהות של הכסף.

3. כסף במסחר ובמדיון מעשר שני

לטענת הרי"ף כל חפץ שהוא כסף בזהותו יתפקד כ"כסף" כאשר הוא ניתן בתמורה לפירות. באותו האופן נבאר את דברי הרמב"ן והרשב"א. כאמור לעיל, הרמב"ן הקשה על בעל המאור, כיצד ניתן לרבות מטבע זהב על ידי "כסף הכסף ריבה", אם לשיטתו מטבע זהב אינו מוגדר "כסף".

להבנת הרמב"ן גזירת הכתוב הזו מגדירה את הזהות של מטבע הזהב כ"כסף". התורה הרחיבה את הגדרת כסף וריבתה גם זהב תחת הגדרה זו. לפיכך שומה עלינו להסיק, שלדעת הרמב"ן זהב **מתפקד** ככסף גם במיקח וממכר, שהרי כבר נקבעה זהותו ככסף.

בניגוד לכך בעל המאור ורב האי גאון סוברים שיתכן שדבר מסוים (כמו מטבע זהב) יוגדר ככסף בזהותו ואף על פי כן לפעמים הוא יתפקד כסחורה, למשל, במיקח וממכר.

75. שהרי לעניין קניין כסף, "שווה כסף ככסף", וממילא ניתן להשתמש בכל מיטלטלין כ"כסף", למרות שהמיטלטלין אינם מוגדרים ככסף מבחינת זהותם ומעמדם.

אפשר להבין את בעל המאור באופן שונה: לעיל הוזכרו תחומים שבהם יש משמעות לכסף רק על פי זהותו ולא על פי תפקודו, לדוגמה, בפירעון הלוואה. לעומת התחומים הללו, קיימים תחומים שבהם המצב הפוך.

מה מגדיר כסף ביחס לפדיון מעשר שני? לגאון רבי חיים מבריסק (הגר"ח) יש דעה נחרצת בנושא, והוא קובע שבמעשר שני ובפדיון הקדשות יש משמעות לכסף כפונקציה תפקודית בלבד! ואלו דבריו:

בקנין הקדש ומעשר שני... אמרינן דלעולם החולין הם דחשיבי כספא, שקונין את ההקדש ומחללין אותו, וגוף הדבר המקודש מיקרי פירי וגוף הדבר הנקנה.⁷⁶

לדעת הגר"ח, כאשר עוסקים בפדיון הקדש ומעשר שני מוגדרים התפקידים של "כסף" וסחורה ללא כל קשר לזהות החפץ. ההקדש או המעשר מוגדר תמיד כפירות, והחולין עליהם מחללים את הקדושה, מוגדרים תמיד ככסף. זאת, הן במקרה שהחולין הם כסף בזהותם, וההקדש או המעשר הם פירות; והן במקרה ההפוך, בו החולין הם פירות וההקדש הוא מטבעות בעל זהות של כסף.

אם כן, לדעת הגר"ח נוכל להציג את הגדרת "כסף" לצורך פירעון הלוואה, מול פדיון מעשר שני כשני קטבים. בפירעון הלוואה – "כסף" מוגדר רק לפי זהות, ואילו בפדיון הקדש ומעשר שני "כסף" מוגדר רק לפי תפקוד.

ד. פדיון מעשר שני – המרה או קניין

לפחות ביחס למעשר שני, ניתן לסטות מהקביעה הקיצונית של הגר"ח. הגר"ח הבין שבפדיון מעשר שני מתחולל תהליך קנייני הדומה למיקח וממכר, כשאדם קונה את פירות המעשר השני ומשלם עליהם בדמי הפדיון, אלא שבניגוד למיקח וממכר של כסף מול סחורה של חולין, במעשר שני תמיד החולין מוגדרים כ"כסף" והמעשר הוא הפירות.

באופן מתון יותר ניתן להבין שהתהליך של פדיון מעשר שני איננו תהליך קנייני הדומה למיקח וממכר. ייתכן שבפדיון מעשר שני מתרחש תהליך של המרה, בו עוברת קדושת הפירות אל ה"כסף" (במובן של זהות) ללא תהליך קנייני רגיל.

1. שביעית תופסת דמיה

לפני שנבאר את מהותו של התהליך ביחס למעשר שני, נבחן מודל דומה ביחס לשביעית. נקדים ונציין שברוב התחומים ההלכתיים, כאשר מחללים חפץ בעל מעמד מיוחד (כגון פירות מעשר שני) בחפץ אחר, המעמד המיוחד עובר מהחפץ הראשון לשני, ומעמדו המיוחד של החפץ הראשון מתבטל.

בעבודה זרה ובשביעית אין זה כך. כאשר מחליפים חפץ של עבודה זרה בחפץ אחר נאסרים שניהם. החלפה של חפצים רבים אוסרת את כולם.⁷⁷ בשביעית רק הפרי הראשון והחפץ

76. חידושי רבי חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות מעשר שני ח, ז, ד"ה ואשר (הראשון).

77. רמב"ם עבודת כוכבים ז, ט.

האחרון בשרשרת ההחלפות מתקדשים.⁷⁸ דהיינו פירות השביעית נשארים בקדושתם גם לאחר חילול, אבל הפרי השני שחיללו עליו יכול לצאת לחולין אם יחולל שוב. יוצא שבשביעית ובעבודה זרה **מתפשט** המעמד המיוחד מהסחורה גם אל הכסף, ובשאר התחומים מתקיים תהליך של **העברת** המעמד המיוחד מהסחורה אל הכסף.

נחלקו אמוראים בגמרא באופי חילול פירות שביעית:

אמר רבי אלעזר – אין שביעית מתחללת אלא דרך מיקח. ורבי יוחנן אמר – בין דרך מיקח בין דרך חילול.⁷⁹

לדעת רבי אלעזר ניתן לחלל קדושת שביעית רק ב"דרך מיקח". אבל לדעת רבי יוחנן קיים גם ערוץ של "דרך חילול". לאחר מכן הגמרא מביאה ברייתא המסייעת לרבי יוחנן ובה נאמר שאף במעשר שני קיים הערוץ של "דרך חילול". אולם בהמשך הסוגיה⁸⁰ רב אשי מגביל את המחלוקת ל"פרי שני", שחיללו עליו פירות השביעית, אבל ב"פרי הראשון", קרי בחילול פירות השביעית עצמם, רבי יוחנן מודה לרבי אלעזר שחילול הוא רק בדרך מיקח.⁸¹ יש לציין, שפדיון מעשר שני ב"דרך חילול", הוא חידוש גדול יותר מ"דרך חילול" בשביעית. שהרי בפדיון מעשר שני הרושם הוא שמדובר בתהליך של מעין מכירה. כך עולה לדעת רבי מאיר שסובר מעשר שני "ממון גבוה הוא",⁸² כלומר שיש רשות מסוימת שמעשר שני שייך לה.

על פי השיטה שפדיון מעשר שני נעשה ב"דרך מיקח", זהו חידוש בשיטת רבי יהודה הסובר מעשר שני ממון הדיוט הוא, לשיטתו צריך לומר כי קדושת מעשר שני מפקיעה בצורה חלקית את הבעלות, אמנם, הפקעה זאת אינה שלימה והפירות נשארים שייכים באופן חלקי לבעלים.

מושגים כאלו אינם קיימים בשביעית שהרי פירות הקדושים בקדושת שביעית לכל הדעות אינם "ממון גבוה". אשר על כן, בשביעית נוח יותר להגדיר את חילול הפירות כ"דרך חילול" ולא כ"דרך מיקח". למרות כל זאת, הגמרא⁸³ אינה מבחינה בין מעשר שני ובין פירות שביעית (לפחות לגבי "פרי שני") וקובעת ששניהם מתחללים ב"דרך חילול".

78. **רמב"ם** שמיטה ויובל ו, ו.

79. **סוכה** מ, ב.

80. שם מא, א.

81. להלכה פוסק **הרמב"ם** (שמיטה ויובל ו, ח) כדעת רבי יוחנן על פי פירושו של רב אשי, שפרי ראשון מתחלל רק דרך מיקח ופרי שני מתחלל בין דרך מיקח ובין דרך חילול.

82. **בבא מציעא** צ, א, ועוד.

83. **סוכה** מא, א.

2. פדיון מעשר שני

לאור זאת ניתן להסביר את דברי בעל המאור שהבחין בין פדיון מעשר שני ומכירה. פדיון מעשר שני אינו תהליך של מכירה, אלא תהליך של המרה והחלפה בו עוברת הקדושה מהפירות אל הכסף. לשם חילול כזה דורשת התורה כסף במובן של "זהות".⁸⁴ אילו פדיון מעשר שני היה זהה לתהליך מכירה רגיל, לא היה מנוס מלקבל את קושיית הרמב"ן, כמו כן הגדרת כסף ביחס לפדיון מעשר שני הייתה זהה להגדרתו במיקח וממכר, שהרי פדיון הוא סוג של מיקח וממכר. לשיטה זו, לא ייתכן שזהב יוגדר כ"סחורה" במיקח וממכר, בו בזמן שהוא מוגדר כ"כסף" ונלמד מהדרשה של הפסוק "כסף הכסף".

אולם לאור ההבנה שפדיון מעשר שני אינו בגדר מיקח וממכר, אלא בגדר המרה והחלפה של חפץ בחפץ, הרי שניתן לפצל בין הגדרת זהב בפדיון מעשר שני לבין הגדרתו במיקח וממכר. בהמשך לכך ניתן לומר, כפי שכתב הרשב"א, שמצד התפקוד מטבע זהב מוגדר כסחורה כשהוא מוחלף במטבע כסף. אף על פי כן כאשר מדובר בפדיון מעשר שני מטבע זהב יוגדר כ"כסף", כיוון שבתחום זה לא התפקוד הוא העיקר אלא הזהות, וזהותו של כל מטבע היא של "כסף".

את שאלת אופי פדיון מעשר שני, האם מדובר במעין מיקח וממכר או שמא מדובר בתהליך של חילול, נבחן דרך שתי הלכות נוספות: מטבע היוצא וחילול כסף על כסף.

ה. עיון בסוגיות של פדיון מעשר שני

1. מטבע היוצא

במעשר שני נחזק "מטבע היוצא", וכך נאמר בתוספתא:

אין מחללין אותו לא על מטבע מרוד ולא על מטבע שאינו יוצא ולא על המעות שאין ברשותו.⁸⁵

לעיל (ליד הערה 43) עסקנו מעט במטבע שאינו יוצא במעשר שני, בעיקר על רקע יישומו בתחומים אחרים שבהם הוא אינו מועיל. חקרנו האם מדובר בדין מקומי במעשר שני או בפרט מתוך דין כללי בהגדרת כסף, והעלינו אפשרות לדרג תחומים שונים בצורה שונה ביחס למידת הפסלות של המטבע.

את החיסרון של מטבע שאינו יוצא ניתן לבחון לאור שתי ההגדרות של כסף שהוזכרו לעיל – תפקוד וזהות:

על פי הגדרת הזהות – ייתכן שלמטבע שאינו יוצא אין זהות של כסף.

84. ניתן לעגן חידוש זה בפשט לשון הפסוקים. על פי החלוקה הברורה בלשון בין לתת ב... (=נתינה פיסית, השמה) לבין לתת ל... (=נתינה ממונית) ניתן לבחון את פסוקי מעשר שני. ואכן, לשון התורה הוא "ונתת בכסף" (דברים יד, כה), וכך גם בתהליך ההפוך של חילול מעות מעשר שני על פירות בירושלים נאמרה נתינה ב... – "ונתת הכסף בכל אשר תאודה נפשך" (דברים יד, כו).

85. תוספתא מעשר שני א, ה.

על פי הגדרת התפקוד – מטבע שאינו יוצא אינו מתפקד ככסף ללא קשר להגדרת זהותו. ניתן גם לחלק בין רמות שונות של "מטבע שאינו יוצא". כאשר מטבע יוצא בחלק מהמקומות הוא כבר בעל זהות של כסף, ובכל זאת מבחינת התפקוד שלו הוא חסר, מפאת אותם מקומות שבהם הוא לא יוצא. לעומת זאת, כאשר מטבע לא יוצא כלל נוכל לומר שהוא איבד את זהותו ככסף.

2. היכן המטבע יוצא?

בשלב זה ניתן לציין גורם נוסף שקשור להגדרת מטבע כ"יוצא". מהגמרא⁸⁶ עולה שהגדרת "מטבע היוצא" היא פונקציה של המקום שבו נמצא המטבע. כך אכן מדייק הראב"ד:

אמר אברהם: מן הגמרא שלנו הכל בהיפך, ואין קפידא על עמידתו, אי זה מקום שיעמוד בו, אלא על מקום המעות – אם יוצאים שם במקום חילולם אם לא... ושל בבל והם בבבל מחוללין אע"פ שאין מעות בבל יוצאין בירושלים...⁸⁷

כלומר מטבע מוגדר כ"יוצא" אם במקום בו נמצא המטבע הוא יוצא. אבל הרמב"ם חולק על הראב"ד, ולדעתו הדבר תלוי במקומו של האדם הפודה את המעשר:

מי שהיה עומד בטבריא ויש לו מעות בבל בבבל – אינו מחלל עליהם. היו לו מעות ממטבע טבריא בבבל – מחלל עליהם, וכן כל כיוצא בזה.⁸⁸

הכסף משנה טוען שלרמב"ם היתה גרסה שונה בגמרא, אולם אנו נדון בסברה של דברי הרמב"ם,⁸⁹ ומחלוקתו עם הראב"ד.

מתוך דבריהם עולה מחלוקת כפולה: ראשית ביחס לאדם הפודה בטבריא מעשר שני במעות בבליות הנמצאות בבבל, פוסק הראב"ד שהדבר אפשרי, שהרי הכול הולך אחר מיקום המטבע. לעומת זאת הרמב"ם טוען שפדיון כזה בלתי אפשרי, שהרי המעות בבליות ואילו האדם נמצא בטבריא.

86. בבא קמא צז,ב.

87. השגת הראב"ד הלכות מעשר שני ד, יד.

88. רמב"ם מעשר שני ד, יד.

89. הערת הרב דניאל וולף: החזון איש (מעשרות ז, כג) שינה את גרסת הרמב"ם מפני הקושי בדברי הרמב"ם. אבל אין זו דרכו של רבנו, הרב אהרן ליכטנשטיין, לתרץ רמב"ם קשה על ידי מחיקתו. מה גם שגרסתנו במשנה תורה נמצאת בפני כל הראשונים ואחרונים.

ראו עוד בתוספתא מעשר שני א, ד, ובתוספתא כפשוטה שם, שהביא שבספר כפתור ופרח (פרק מ) גרס בתוספתא: "אין מחללין אותו לא על מעות שבמדי ולא על מעות שנבבל, אלא אם היה כן[א]ן והיו לו מעות בבבל מחללין אותו עליהם". בסיפא לא מפורש האם המעות שבבבל הם מעות של בבל או מעות של המקום בו האדם נמצא. אולם ככל הנראה הרמב"ם הבין שברישא של התוספתא נפסלו מעות של בבל גם אם הן נמצאות בבבל כשהאדם נמצא "כאן". ממילא בסיפא כשמדובר שהאדם נמצא "כאן" והיו לו מעות בבבל, בהכרח מדובר במעות של "כאן" הנמצאות בבבל. עדיין לא ברור למה הרמב"ם העדיף לפסוק כתוספתא נגד הבבלי.

שנית, במקרה של פדיון על מעות טבריה הנמצאות בבבל על ידי אדם הנמצא בטבריה, פוסל הראב"ד את תהליך הפדיון, שהרי מצד מיקום **המטבע** אין משמעות למעות טבריה בבבל. אולם לדעת הרמב"ם במקרה זה הפדיון חל, שהרי **האדם** המחלל עומד בטבריה.

מה פשר המחלוקת הזו? ייתכן שהיא תלויה בהגדרת תפקידו של המטבע בפדיון מעשר שני, על רקע האפשרויות שהעלינו. אם העיקר הוא הגדרת **הזהות** של המטבע כ"כסף", סביר להניח שאין קשר למקומו של האדם והכול ייקבע לפי מקום **המטבע**. כך לדוגמה, בתורכיה ייחשבו דולרים כסחורה ולא ככסף, כאשר מקומו של האדם הסוחר בהם אינו מעלה או מוריד.

אבל אם ננקוט שהעיקר הוא **תפקודו** של המטבע ככסף או סחורה, אזי הכול נקבע לפי **האדם** הסוחר במטבע. תורכי שסוחר בדולרים מתייחס אליהם כסחורה, ואילו אמריקאי שסוחר בהם רואה בהם כסף, אף שהוא נמצא באותה שעה מחוץ לארה"ב. אין זה אומר שהדבר נובע מההתייחסות של האדם, אלא שהגדרת המטבע תלויה במרכז עולמו הכלכלי של האדם.

לאור זאת ניתן לומר שהראב"ד סבור שהדרישה של כסף בפדיון מעשר שני היא דבר שיש לו זהות של כסף, והרמב"ם על פי תפקודו. ניתן להוסיף ולומר שראשונים אלה חלוקים גם בהבנת תהליך הפדיון. לפי הרמב"ם מדובר בתהליך של מכירה, ועל כן הגדרת כסף לעניין פדיון היא כהגדרתו לעניין מיקח וממכר, דהיינו, על פי תפקודו. לעומת זאת, לדעת הראב"ד מדובר ב"דרך חילול" שאינו "דרך מיקח", ועל כן חשובה זהות הכסף.

מסתבר לומר שלפי הרמב"ם כסף מוגדר אך ורק על פי תפקודו, ולהגדרת הזהות שלו אין כל משמעות. אם הייתה גם לזהות משמעות בעיניו, היה על הרמב"ם להחמיר לשני הכיוונים. כלומר לפסול מטבע טבריה בבבל בכל מקרה, ולפסול מעות בבליים בבבל כאשר בעל המעות אינו בבבל. נראה שעמדה זו של הרמב"ם מיוחדת למעשר שני בלבד, וממילא אין להקיש מעמדת הרמב"ם כאן להגדרה כללית של כסף.

3. חילול כסף על כסף

תחום נוסף שדרכו ניתן לבחון את אופי פדיון מעשר שני, הוא ההלכה של חילול כסף על כסף, כלומר העברת קדושת מעשר שני ממעות שעליהם נפדו הפירות, למעות אחרים. הגמרא מעלה אפשרות כזו:

...ולמאן דאמר סלעין על דינרין מחלוקת, אדמיפלגי בסלעין על דינרין – לפלגי בסלעין על סלעין! אי אפלגי בסלעין על סלעין, הוה אמינא הני מילי בסלעין על סלעין, אבל סלעין על דינרין מודו להו בית הלל לבית שמאי... קמ"ל.⁹⁰

מהגמרא עולה שנחלקו בית שמאי ובית הלל בשאלת חילול סלעים על סלעים (דהיינו מטבע על מטבע אחר מאותו הסוג). אולם ממקורות אחרים עולה שאין אפשרות לחלל כסף

על כסף. למשל במשנה במסכת דמאי מובא הדבר כאופציה, אבל מדובר באופציה הנשענת על קולא מיוחדת בדיני דמאי:

הדמאי... ומחללים אותו כסף על כסף נחשת על נחשת כסף על נחשת ונחושת על הפירות...⁹¹

במשנה במסכת מעשר שני מובא הדבר כמחלוקת תנאים:

...רבי מאיר אומר: אין מחללין כסף ופירות על הכסף, וחכמים מתירין.⁹²

גם לדעת חכמים המאפשרים חילול מעין זה, אי אפשר לחלל כסף על כסף ממש אלא רק תערובת של כסף ופירות על כסף. בדומה לכך מובאת במשנה אפשרות לחלל מעות ופירות על מעות:

סלע של מעשר שני ושל חולין שנתערבו – מביא בסלע מעות ואומר: "סלע של מעשר שני בכל מקום שהיא מחוללת על המעות האלו", ובורר את היפה שבה ומחללין עליה. מפני שאמרו: מחללין כסף על נחשת מדוחק ולא שיתקיים כן אלא חוזר ומחללם על הכסף.⁹³

המשנה עוסקת בתערובת של מעשר שני וחולין, והיא מצריכה מעות נחושת כדי לחלל עליהם את התערובת הזו. גם הפתרון של מעות נחושת נאמר רק מתוך הדוחק, ומכאן אפשר לדייק שחילול תערובת כזו על מעות של כסף אינו אפשרי אפילו בדוחק.

4. מחלוקת הראשונים לגבי חילול כסף על כסף

הראשונים מעלים אפשרויות שונות ביחס למשנה זו. נטייתו של הר"ש במספר מקומות לומר שכסף על כסף מתחלל מדאורייתא, אבל מדרבנן נשללה אפשרות זו, כיוון שאין זה דרך חילול:

...ועוד יש לפרש, דנהי דמדאורייתא מחללים כסף על כסף, מדרבנן – לאו דרך חילול הוא, ואפילו מדוחק לא...⁹⁴

בדברי התוספות⁹⁵ עולה אפשרות שיכולת החילול של כסף על כסף תלויה במחלוקת רבי מאיר וחכמים. אמנם כבר הערנו שגם לפי חכמים אפשר לחלל לכאורה רק תערובת של כסף ופירות על כסף.

אפשרות נוספת עולה בדברי הר"ש במסכת דמאי:

כגון בסלעים דשני מלכים, שיכול לחלל זה על זה אם השני חריף, אבל של מלך אחד לא, דלאו דרך חילול הוא, ובדמאי שרי.⁹⁶

91. משנה דמאי א, ב.

92. משנה מעשר שני ב, ח.

93. משנה מעשר שני ב, ו, מובא בגמרא בבא מציעא נה, ב.

94. פירוש הר"ש למשנה מעשר שני ב, ו.

95. תוספות בבא מציעא מה, א, ד"ה לפלגי.

כלומר ניתן לחלל מעות של מלך אחד על מעות של מלך אחר, אם המטבע של המלך השני חריף יותר.

אפשרות זו עולה אף היא בתוספות,⁹⁷ וגם הראב"ד מעלה אותה:

...וכסף על כסף ונחשת על נחשת דקאמר, בשני מטבעות קאמר, אבל סלע על סלע

ואיסר על איסר ופרוטה על פרוטה לא, משום דהוי מחלל הקדש שלא לצורך...⁹⁸

מדברי הראב"ד משמע שהטעם לאי היכולת לחלל כשאין הבדל בחריפות הוא שאין מחללים "שלא לצורך", הסבר זה רומז לכך שזוהי תקנה דרבנן. לעומת זאת אפשר להבין שבאותן סוגיות שבהן נאמר שאי אפשר לחלל כסף על כסף מדובר באיסור דאורייתא.⁹⁹ בעניין זה כתב הרמב"ם:

אין מחללין מעות מעשר שני על מעות אחרות, בין שהיו אלו ואלו כסף, או אלו ואלו נחושת, [או הראשונות כסף והשניות נחשת, או] הראשונות נחושת והשניות כסף, ואם עבר וחילל הרי אלו מחוללין.¹⁰⁰

לדעת הרמב"ם אין לחלל מטבע על מטבע בין אם מדובר במטבעות זהים ובין אם מדובר במטבעות שונים. בכל מקרה בדיעבד החילול מועיל, ומכאן שזהו איסור דרבנן בלבד. בניגוד לראב"ד, הרמב"ם איננו דורש חילול על מטבעות חריפות יותר.

יש לציין, שישנו קושי בדברי הרמב"ם, שהרי מדין חילול על מטבע בארץ זרה (מעות טבריה) הסקנו שהרמב"ם סבור שפדיון מעשר שני הוא תהליך של מיקח וממכר ותפקוד הכסף עומד במרכז ולא זהותו. אם כן, היה מקום להניח שאין פודים מן התורה דווקא כסף על כסף, כיוון שבמקרה כזה אין שוני בין התפקוד של שני המטבעות. בניגוד לכך הרמב"ם הרחיב את האיסור של חילול כסף על כסף גם למעות נחושת על כסף, ונוסף לכך פסק שכל המגבלה היא רק לכתחילה ולכאורה רק מדרבנן.

על פי הדברים שהעלינו לעיל, נוכל לתלות את שאלת פדיון כסף על כסף בהבנות האפשרויות של אופי פדיון מעשר שני: אם תהליך הפדיון הוא תהליך של חילול והמרה, ודאי שנאפשר חילול של כסף על כסף. אבל אם מדברים על תהליך של מיקח וממכר בהחלט ייתכן שנחוץ כסף מצד אחד וסחורה מן הצד השני.¹⁰¹

96. פירוש הר"ש דמאי א, ב. יש מקום להתלבט האם הצורך במטבע שונה לצורך חילול הוא מדאורייתא או מדרבנן.

97. תוספות בבא מציעא מה, א, ד"ה לפלגי.

98. שיטה מקובצת בבא מציעא נה, ב, ד"ה וזה לשון הראב"ד.

99. זאת בעיקר אם נדחה את דברי הירושלמי מעשר שני (פרק ב הלכה ג) שבדיעבד ואף לכתחילה מדוחק, כסף על כסף מחולל.

100. רמב"ם מעשר שני ד, ה.

101. הערת הרב דניאל וולף: נפקות לשאלה זו תהיה בחילול כסף על כסף בימינו כשלא ניתן לאכול מעשר שני בירושלים. בעניין זה כתב הרמב"ם (מאכלות אסורות י, יז; וראו גם רמב"ם ערכין ז, ח):

כיצד פודין פירות נטע רבעי בזמן הזה, אחר שאוסף אותן מברך, בא"י אמ"ה אקב"ו על פדיון נטע רבעי, ואחר כך פודה את כולו ואפילו בפרוטה אחת ואומר הרי אלו פדיון בפרוטה זו ומשליך אותה פרוטה לים המלח.

כמובן לפי הקו של הגר"ח אין זה רלבנטי, שהרי לשיטתו תמיד כאשר יש מפגש בין הקדש או מעשר שני לבין כסף או סחורה, החולין יוגדר כ"כסף" וההקדש או המעשר יוגדרו כ"סחורה".

אבל אם לא נקבל את הקו של הגר"ח, ונאמר שגם בתהליכי פדיון מעשר שני יש הכרח לפדות סחורה על "כסף" בזהותו, נוכל להסביר מדוע אין לחלל כסף על כסף, שהרי בכסף על כסף אין משהו שנוכל להגדירו כסחורה.

זאת כאמור אם מבינים שתהליך פדיון מעשר שני הוא תהליך של מיקח וממכר, ותהליך כזה זוקק הגדרות של כסף וסחורה. אולם, אם מבינים שמדובר בתהליך של **חילול**, ואין נחיצות בהגדרות של סחורה וכסף, לא תהיה בעיה בחילול מטבע על מטבע.

סברה זו מתיישבת היטב עם החלוקה של הר"ש במסכת דמאי. כאמור טענתו היא, ששלילת פדיון כסף על כסף אמורה רק כשמדובר בשני מטבעות באותה רמה בדיק. האזכורים של חילול כסף על כסף עוסקים בשני מטבעות שנמצאים בדרגה שונה של חריפות.

על פי דברי הר"ש, חריפות שונה כבר מאפשרת הגדרה של כסף (לדבר החריף יותר) לעומת סחורה (לדבר החריף פחות). זהו בדיוק הדבר החסר כאשר מדברים על מטבעות באותה דרגת חריפות.

5. קניית אוכל במעות מעשר שני

לסיום, נחזור לקו שהציג הגר"ח. כזכור, לטענת הגר"ח החולין מוגדר תמיד ככסף, ואילו המעשר שני או ההקדש מוגדרים תמיד כפירות. אכן ישנן ראיות התומכות בדברי הגר"ח ביחס להקדש, אבל ביחס למעשר שני ישנן כמה קושיות על דבריו, ופה ייתכן שיש למתן את הדברים.

אמנם הגר"א (יו"ד רצד, כ) חולק וסובר שהיכולת לחלל על פרוטה ייחודית להקדש ואינה נוהגת במעשר שני, אבל הרמב"ם פוסק אחרת ומשמע שאפילו הראב"ד אינו חולק על נקודה זו. ביחס לחילול כסף על כסף בימינו כתב בספר **כפתור ופרח** (פרק מ' ד"ה המנהג בזמן הראשונים) שניתן לחלל מטבע על מטבע:

ומנהגו היום בארץ הצבי לייחד בתיבה או בכיס חתיכה אחת כסף ממטבע היוצא ונחלל על שוה פרוטה ממנה, וכשאנו אומדים שהיא כבר טענה משאה ניקח לה פרוטה ונחלל החתיכה ההיא עליה ונשליכה באחת הבורות לאיבוד, ועתה תצא החתיכה לחולין והפרוטה תהיה פדיון המעשר, עוד נחזיר החתיכה למקומה וחזר חלילה לעולם.

אמנם לא מפורש בדבריו שמדובר במטבעות מאותה מתכת, אבל לשיטת הרמב"ם שהזכרנו אין שוני בין חילול כסף על נחושת ובין חילול כסף על כסף. לעומת זאת, **החזון איש** (דמאי ג'), אוסר זאת: וכן להחליף כסף על כסף אסור אף בזמן הזה, דזה דאסרו חכמים משום שאין כאן חילול, וזה אין חילוק בין בזמן הבית לזמן הזה.

מסתבר שהמחלוקת נובעת מהשאלה האם הבעיה בחילול כסף על כסף היא בעיה מהותית כיוון שאין זה דרך מיקח וממכר, ואז הדבר אסור גם בימינו. או שמא, חילול כסף על כסף אסור מסיבה צדדית, ולכן בזמן הזה, שמעשר שני אינו מיועד לאכילה בירושלים, חילול כזה מותר.

בגמרא¹⁰² נאמר שלא מחללים מטבעות שנפדו עליהם פירות מעשר שני על פירות. אבל למעשה ישנם שני מסלולים הפוכים במעשר שני: מחוץ לירושלים אדם מחלל את הפירות על הכסף, ואין מחללים מטבע על פרי. בתוך ירושלים קיים מסלול הפוך, כשניתן לחלל את את הכסף בחזרה על פירות אבל לא ניתן לפדות את הפירות על כסף. הירושלמי עומד על ניגודיות זו:

תני בן ביבי: "ונתת את הכסף" בריחוק מקום אתה פודה, בקירוב מקום אין אתה פודה. "ונתת הכסף" בקירוב מקום אתה מחללו ואי אתה מחללו בריחוק מקום...¹⁰³ בירושלמי מכונים שני המסלולים הללו בשמות שונים. לתהליך פדיון פירות מעשר שני בכסף על מנת שיהיה נוח להעלותו לירושלים קורא הירושלמי פדיון. את התהליך ההפוך שבו קונים בכסף המעשר אוכל בירושלים מכנה הירושלמי חילול. הבחנה זו עולה גם מדברי הרמב"ם ביחס למעשר שני:

הרצה לפדות פירות מעשר שני פודה אותן בדמיהן ואומר הרי המעות האלו תחת הפירות האלו או הפירות האלו מחוללות על המעות האלו...
וכן אם רצה לחלל פירות המעשר על פירות אחרות, יעלו הפירות השניות ויאכלו בירושלים.¹⁰⁴

אמנם הראב"ד חלק וסבר שלא ניתן לחלל על פירות:

...ולעולם פירות הראשונים של מעשר אינם מתחללין אלא על הכסף.
שיטת הרמב"ם באה לידי ביטוי גם בכך שייחד שתי ברכות שונות לפדיון ולחילול:
הפודה מעשר שני מברך אקב"ו על פדיון מעשר שני, ואם חיללן על פירות אחרות או שחילל מעות על הפירות מברך על חילול מעשר שני.¹⁰⁵
כך משמע גם מההלכה הבאה העוסקת בפדיון נטע רבעי:
כיצד פודין פירות נטע רבעי בזמן הזה, אחר שאוסף אותן מברך, ברוך אתה ה' אלוקינו מלך העולם אשר קדשנו במצוותיו וציוונו על פדיון נטע רבעי, ואחר כך פודה את כולן ואפילו בפרוטה אחת... או מחללן על שוה פרוטה מפירות אחרות.
גם כאן הראב"ד השיג וכתב:

זהו תימה דהא ילפינן קדש קדש ממעשר שני ומה להלן כסף אף כאן כסף.¹⁰⁶
אמנם הראב"ד טוען שמהגמרא משמע שפודים דווקא על כסף, אבל הדבר אינו קשה על הרמב"ם שדייק בלשונו והבחין בין פדיון וחילול. פדיון נעשה אך ורק על כסף, ובכך עסקה הגמרא, וחילול נעשה גם על פירות.

102. בבא מציעא מז, א.

103. ירושלמי מעשר שני א, ג.

104. רמב"ם מעשר שני ונטע רבעי ד, א-ב.

105. רמב"ם שם, ג.

106. רמב"ם מאכלות אסורות פרק י, יז; וכן רמב"ם מעשר שני ד, ב; שם ב, ג והשגת הראב"ד שם ב, ב.

דיברנו על פדיון של כסף על כסף במסלול הראשון שבו פודים את הפירות בכסף. מה בנוגע לפדיון כסף על כסף במסלול השני, שבו אדם נמצא בירושלים וברצונו לקנות בכסף מעשר שני אוכל? כאן לכאורה אין בעיה, ואם אדם רוצה לפרוט כסף על מנת להשיג בעזרתו פירות לאכילה בירושלים הוא ודאי יכול לעשות כך, וכן משמע מהרמב"ם שצוין לעיל.¹⁰⁷ ייתכן שבהלכה זו משתקפת העובדה שבתוך ירושלים אין בעיה של סחורה מול כסף. לפיכך את מהלך הגר"ח נצמצם למסלול הראשון שמתבצע מחוץ לירושלים. במסלול זה נוכל לומר שאדם תמיד מעוניין לרכוש מעשר שני ולפדות אותו מהקדושה שבו, ולכן המעשר השני תמיד יוגדר כסחורה ותמורתו תמיד תוגדר כ"כסף". בניגוד לכך המסלול השני שמתבצע בירושלים, איננו בגדר של **רכישת** מעשר שני, אלא בגדר של **אכילת** מעשר שני, ולכן כאן אין מקום לומר שהתשלום הוא תמיד כסף והתמורה היא תמיד סחורה.

המאירי כתב דברים דומים, ואף הציע הצעה מרחיקת לכת:

הסכימו חכמי הגאונים שדברים אלו לא נאמרו אלא חוץ לירושלם אבל בירושלם הואיל ולצורך אכילה הוא עושה ככל מה שרואה שהוא צריך לו לצורך הוצאתו בכל ענין ואין כאן בית מיחוש... וכן יראה לי שאף **חוץ לירושלם** דוקא נאסר כל שנעשה שלא לצורך הוצאה שבירושלם אלא דרך משא ומתן או לאיו סבה אחרת ואנו מדקדקין בחלול מטבע על הפירות ופירות על המטבע ופרי על פרי ומטבע על מטבע על הדרך האמור למעלה הא כל מה שנעשה לצורך אכילת ירושלם או דרך הקל המשא להביאו לירושלם עושה בכל מקום ואין כאן בית מיחוש.¹⁰⁸

כלומר המאירי הרחיב היריעה וקבע שכל מה שנעשה לצורך אכילה בירושלים, גם אם התבצע מחוץ לגבולות ירושלים, דינו כחילול בירושלים ולא חלים עליו הדינים המחמירים בחילול לצורך הבאה לירושלים.

ו. סיכום

המאמר סוקר את השימוש במונח "כסף" בהקשרים ההלכתיים השונים ובוחר האם כסף מוגדר על פי החומר ממנו הוא עשוי (מתכת) או על פי הסחירות שלו (יוצא בהוצאה, "חריף"), או על פי הגיבוי החוקי שניתן לו (הילך חוקי).

כמו כן נדונו שתי הבחנות יסוד:

האם כסף מוגדר על פי **זהותו** ללא קשר לתפקידו בהליך, או על פי **תפקוד** בהליך מסוים. האם יש לראות פדיון מעשר שני **כמכירה** של הפירות מהקודש לחול או כתהליך של **חילול** בו עוברת הקדושה מפירות אל מטבעות. אם מדובר במכירה, אזי הגדרת כסף לעניין פדיון מעשר שני תהיה זהה להגדרתו במסחר, ואם מדובר בחילול אזי יש מקום להבחנה בין השניים.

107. רמב"ם מאכלות אסורות פרק י, יז.

108. בית הבחירה בבא מציעא דף נה, ב, ד"ה הסכימו.

בעקבות שתי ההבחנות הוצע כי לדעת הרי"ף והרמב"ן כסף מוגדר על פי זהותו ללא קשר לשאלת תפקידו ולהליך בו הוא משתתף. לפיכך, כיוון שמטבע זהב מוגדר ככסף לגבי פדיון מעשר שני, זו תהיה גם זהותו במסחר. לדעתם, פדיון מעשר שני הוא בגדר מכירה, ולכן אותה הגדרה שתקפה לגבי מעשר שני תקפה גם לגבי מסחר.

לעומת זאת לדעת בעל המאור שונה מסחר מפדיון מעשר שני, כיוון שהאחרון הוא בגדר חילול ולא בגדר מכירה. לפיכך הכסף בפדיון מעשר שני יוגדר על פי זהותו, ובהקשר זה גם מטבע זהב הוא כסף. לעומת זאת במסחר הגדרת כסף היא על פי תפקידו בהליך, ועל פי הגדרה זו מטבע זהב אינו מתפקד ככסף אלא כסחורה.

הוצע שמחלוקת זו היא הבסיס למחלוקת הראשונים הבאה: הרמב"ם שסבר שצריך שהמטבע עליו פודים מעשר שני יהיה סחיר במקומו של האדם הפודה, התייחס להיבט התפקודי של הכסף. לעומתו הראב"ד דרש שהמטבע יהיה סחיר במקום שבו המטבע נמצא, ככל הנראה כיוון שסבר כדעת הרמב"ן שיש להתייחס לזהותו ככסף ללא תלות בתפקידו.

בניגוד לכך הגר"ח מבריסק סבר כי דווקא בפדיון מעשר שני מוגדר כסף על פי התפקיד בפדיון, ולכן החולין הם תמיד בגדר כסף, וההקדש או המעשר השני הם בגדר סחורה. אמנם, ייתכן שכאשר מדובר בקניית אוכל בירושלים מכספי המעשר השני יודה הגר"ח שניתן לחרוג מההגדרות שהציע כיוון שמדובר בחילול ולא במכירה.

מחילה מטעם הודאה? – עיון בשיטת הגאונים

הרב ד"ר ברוך כהנא

מבוא	4. בעניין מחילת חוב בשטר (שלא נמכר)
1. דברי הגאונים בעניין מוכר שטר חוב ומחלו	5. לעניין כל מחילה
2. קושיות על פירוש הגאונים	6. נפקיות למעשה
3. תירוצים לקושיות	סיכום

מבוא

מחילה היא ויתור של אדם על חוב. בדברי האחרונים אנו מוצאים שלוש שיטות בהגדרת מחילה, היינו, כיצד היא פועלת לפטור את החייב מחיובו:

א. "הפקעה" או "סילוק". לפי שיטה זו, כאשר הנושה מוחל על החיוב, הוא פשוט מסתלק מן החוב (או מזכותו לקיום החוב), הוא מפקיע ומוחק את החוב, והיה בלא היה.

ב. "הקנאה" – משמעותה של המחילה היא שהנושה מקנה את החוב (את ערכו הממוני) לחייב, וכך החייב נפטר מחיובו לפרוע את החוב לנושה.

ג. "פירעון" או "קבלה" – כאשר הנושה מוחל על החיוב, רואים כאילו החייב פרע את חובו לנושה והנושה קיבל את הפירעון, ולכן החייב נפטר מלקיים את חיובו.

השיטות השונות נובעות, בין היתר, מתפיסות שונות של מהות החיוב. כמו כן, יש נפקיות אחדות בין השיטות השונות, באשר לתקפותה של מחילה במצבים שונים.¹

מאמר זה בא להציע הגדרה שונה למחילה על פי דברי הגאונים, והיא, שהמחילה פועלת כחלק מדיני הראיות, כאשר הנושה מודה שהחוב בטל. הדברים עולים מתוך דברי הגאונים בנוגע למחילת שטר חוב שנמכר, כפי שיבואר להלן.

1. דברי הגאונים בעניין מוכר שטר חוב ומחלו

בתלמוד קבע שמואל: "המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו – מחול",² דהיינו, אם נושה מכר את החוב לאחר, וחזר ומחל לחייב על החוב – החוב בטל, וזה שקנה את החוב הפסיד.

* הרב ד"ר ברוך כהנא, עורך ב"מכון הלכה ברורה ובירור הלכה", וב"מורשת המשפט בישראל".

1. הרחבתי את הדיבור על כל זה בעבודת דוקטור, "המחילה במשפט העברי", ירושלים תשס"ז, שער ראשון.

2. כתובות פה"ב.

מצאנו במקורות אחדים דעה של גאונים, המבססת דין זה על הודאת המוכר-המלווה שהלווה אינו חייב לו. נדון בדבריהם, ומתוך כך תיבחן הבנה חדשה של מהות המחילה. בתשובות הגאונים כתוב בשם רב צמח:

מוכר שטר חוב ומחלו – מחול, דאמר ליה מוכר שטר ללוקח: 'חזיתי בחושבני ועיינית ולא פש לי על מרי שטרא מידי, ואחילתיה לוותיה'.³ כלומר, הנושה מודה שהחייב פרע לו, כפי שהתברר לו מתוך פנקסו.⁴ גם בליקוטי פירוש רבנו חננאל כתב: פירוש, הני מילי⁵ בדאמר 'עיינית חושבני ולא פש לי גבי' ולא מידי, או 'מספקא לי, ומספיקא לא מפקינן ממונא'.⁷

הרי"ף הביא את הדברים בשם "רבוותא":

וחזינא למקצת רבוותא דאמרי, היינו טעמא דמוכר שטר חוב לחבירו דיכול למוחלו בין הוא בין יורש, משום דיכול למימר 'עיינית בחושבני ולא פש לי גביה ולא מידי', אי נמי, 'אסתפקא לי מילתא אי פריע אי לא פריע', ומספיקא לא מגבינן שטרא.⁸ ובאופן דומה כתב המרדכי בשם רב צמח גאון:

המוכר שטר חוב לחבירו, אפילו יורש מוחל – רב צמח גאון פירש, משום דיכול לומר 'עיינית בכתב חושבנא ולא פש ליה גבאי',⁹ אי נמי, 'מספקא לי אם פרוע הוא'.¹⁰ כך מובא גם בראב"ן:

כפירוש הגאונים דאמרי 'עיינתי בחושבני ולא פש לי גביה ולא מידי', והוא דאמר דהודאת בעל דין כמאה עדים.¹¹ להבדלים הקלים בניסוח בין המקורות השונים יש משמעות, כפי שנראה בהמשך.

3. תשובות הגאונים, שערי צדק ד, שער ג, ג.

4. אין פירושם של דברים שהנושה מודה שהוא חב ללווה שלו והחובות מתקזזים, משום שעל פי הדין הודאת המוכר לא יכולה להפקיע את זכותו של הקונה, כפי שפוסק שולחן ערוך חו"מ פה, ו, שאם יש שני חובות הדדיים שווים, ואחד הנושים מכר את חובו, הקונה גובה מהלווה.

5. ייתכן שצ"ל: "היינו טעמא", כבמקורות האחרים; והשיבוש נבע מהחלפת ראשי התיבות "ה"ט" ב"ה"מ".

6. צ"ל: גביה.

7. ליקוטי פירוש רבנו חננאל כתובות פה, ב. קטע זה אינו מלוקט מחיבור מאוחר, אלא הוא מקורי מכ"י בריטיש מוזיאום, ונדפס גם בגנוי קדם ח"ב עמ' 33. רבנו חננאל מסביר על פי טעם זה מדוע יורשו של שכיב מרע שנתן חוב במתנה, אינו יכול למחול – מפני ששכיב מרע מדייק כשהוא נותן, ויש להניח שווידא שהלווה לא פרע. לכאורה יש להקשות על סיום דבריו, שתינתן טענת ספק פרעתי, הרי בספק האם פרע, הוא חייב, בגדר "איני יודע אם החזרתי לך" (בבא קמא קיח, א).

8. רי"ף כתובות מד, ב.

9. צ"ל: לי גביה.

10. מרדכי כתובות ריח.

11. ראב"ן שו"ת מח (לו, ד). זו תשובה של חתנו, רבי שמואל בר נטרוניא.

2. קושיות על פירוש הגאונים

פירוש זה לדין "מוכר שטר ומחלו" מעורר קשיים רבים.

(א) קושיה אחת מקשה הרמב"ן¹² מסברה, ולדעתי היא קשה במיוחד: כיצד הנושה נאמן בהודאת בעל דין לומר: "החייב פרע לי", הרי בהודאתו הוא פוגע באדם שקנה את החוב, והודאת בעל דין אינה מועילה במקום שחב לאחרים, שהרי מלווה אינו נאמן לומר "שטר אמנה הוא" במקום שחב לאחרים?¹³

קושיות נוספות הקשו הפרשנים על שיטה זו מתוך סוגיית התלמוד:

(ב) הרי"ף¹⁴ הקשה, מדוע לדעת שמואל¹⁵ אישה המכניסה שטר חוב לבעלה בשעת נישואיהם (כחלק מהנדוניה) אינה יכולה למחול עליו מפני ש"ידו כידה", הרי גם שם שייך הטעם "עיינתי בחשבוני" וכו', שהרי אם האישה תודה שהחייב פרע לה, אין מן הדין שהבעל יגבה מהחייב?

(ג) עוד מקשה הרי"ף מלשון התלמוד "וחזר ומחלו", ממנה משמע שמועילה המחילה גם אם אמר המוכר "הוא חייב לי ובכל זאת החוב מחול לו", ואילו לפי שיטה זו, לא היה שמואל צריך לנקוט לשון מחילה, אלא היה לו לומר שאם המוכר אמר "הלווה אינו חייב לי", נאמן.¹⁶

(ד) עוד מקשה הרמב"ן, מדוע נאמר בתלמוד¹⁷ שלפי הדעה שאין חיוב גרמי, משלם המוכר-המוחל לקונה רק דמי הנייר – הרי לפי שיטה זו, הוא מכר לקונה דבר שאינו שלו (לפי הודאתו שהלווה לא היה חייב לו), ומדוע לא יחזיר לו את כל מה ששילם? הש"ך¹⁸ כותב שאכן לפי שיטה זו, לדעה שגרמי פטור, מחזיר המוכר לקונה את הכסף ששילם, ומה שכתוב "דמי ניירא בעלמא" היינו שמההפרש בין מה ששילם הקונה לבין ערך החוב הנקוב (שהוא גבוה יותר), משלם רק דמי נייר. אבל כמובן זהו פירוש דחוק.

12. **חידושי הרמב"ן** כתובות פה, ב, ד"ה המוכר. כך הקשה גם בחידושי הרא"ה, כתובות פו, א, והוא דוחה שיטה זו מכוח קושיה זו ומכוח הקושיות הנוספות שמקשים הרי"ף והרמב"ן. כך הקשה גם ר"ן על הרי"ף, כתובות מד, ב, (הובא בש"ך חו"מ סו, נב).

13. **כתובות** יט, א. כך הקשו גם **ראב"ן** שו"ת, מח (לו, ג), ור"ן על הרי"ף שם. אבל יש להעיר שבאנציקלופדיה תלמודית, ערך הודאת בעל דין, ליד ציוני הערות 197-198, הובאה דעה שנושה נאמן לומר שחוב נפרע גם אם הוא חב לאחרים, מפני שחוב עומד לגבייה, שלא כבטענת "אמנה".

14. **רי"ף** כתובות מד, ב.

15. **כתובות** פה, ב.

16. בדומה, מקשה גם **בחידושי הרמב"ן** כתובות פה, ב, ד"ה המוכר, מדוע התלמוד קורא לזה "מחילה", הרי לשיטה זו, מדובר בהודאה?

17. **כתובות** פו, א.

18. **ש"ך** חו"מ סו, קט.

ה) עוד מקשה הרמב"ן, מדוע אומר התלמוד שם שלדעה שגרמי חייב, על המוכר לשלם את כל הסכום הנקוב בשטר, ולא די בסכום ששילם לו, הרי המוכר לא חל, והכסף ששילם הוא הלוואה מפני שהמכר הוא מיקח טעות? כך מקשה גם הראב"ן.¹⁹

ו) רבי שמואל אהרנפלד²⁰ מקשה על שיטה זו מדברי רב נחמן²¹ על אישה שמכרה את כתובתה ומתה, שיש ליעץ לבתה למחול לאביה על חיוב הכתובה – ואם מחילת חוב שנמכר משמעותה אמירת "עיינתי בחשבוני" וכו', נמצא שיעץ לה לשקר, שהרי באמת לא עיינה בחשבונית, ואיך ייתכן שרב נחמן ייעץ למישהו לשקר?

ז) רבי אליעזר דייטש²² מקשה על שיטה זו מדברי התלמוד באותה הסוגיה, שגם יורש של המוכר יכול למחול: איך יכול יורש לומר "עיינתי בחשבוני" וכו'? הייתכן שהוא יודע את החשבונית שהיו לאביו עם הלווה טוב יותר מאביו, שהרי אביו חשב שהלווה חייב לו (ולכן מכר את החוב) והיורש יודע שלא היה חייב לו?²³

3. תירוצים לקושיות

כדי לתרץ את הקושיות הללו, הוציאו הפרשנים את דברי הגאונים מפרשום. הרמב"ן²⁴ מפרש שכוונתם של בעלי שיטה זו היא, שמתוך שהמוכר-המלווה יכול לומר "לא פש ליה גבי ולא מידי", לא הסתלק מהשטר לגמרי ועדיין הוא ברשותו, ולכן יכול למחול במובן הפשוט של מחילה – שאומר "אף שאתה עדיין חייב לי אני מוחל לך".²⁵ ואכן בנוסח

19. ראב"ן שו"ת, מח (לח,ג). בהמשך (לט,ד) הוא מחזק קושיה זו, שגם אם מחל סתם ולא אמר לשון הודאה, מכל מקום כשבאים לחייבו לשלם כל דמי השטר, יכול לומר שבאמת הלווה לא היה חייב לו, וייפטר מכל דמי השטר (ויחזיר לקונה רק כמה ששילם). גם רבי אשר סופר (הובא בחתן סופר שער המקנה והקניין, ב, כד, אות א) מקשה בקושיית הרמב"ן. וכך הקשה מאזניים למשפט יב, יג, על דבר אחר.

השווה שו"ת הששב"א ד, קלו, הכותב שמלווה שמכר את שטר החוב אינו נאמן לומר "עיינתי בחשבוני ולא פש ליה גבי מידי", לפטור את הלווה, מפני שאין לו מיגו שהיה יכול למחול, שהרי אילו מחל, היה חייב לשלם מטעם גרמי.

20. חתן סופר שער המקנה והקניין, ב, כד, אות א.

21. כתובות פה,ב.

22. שו"ת פרי השדה א, סוגיא דמכירת שטרות, אות לט (פד,ג).

23. עוד מקשה רבי אליעזר דייטש שם, איך יכול הנושה לומר "עיינתי בחשבוני" וכו', הרי הלכה היא (שולחן ערוך ח"מ קכו, יג) שאם לווה הסכים שהחוב יעבור במעמד שלשתן לנושה חדש, אינו נאמן לומר "טעיתי בחשבוני ובאמת איני חייב לו", מפני שטעות כזאת אינה שכיחה?

הוא מתרץ, שדווקא לווה אינו נאמן לומר שטעה כיוון שקיבל על עצמו לפרוע למקבל החוב, ולא שכיח שיטעה. אבל כאן המלווה אומר שטעה, ואולי הלווה האמין למלווה ונתן לו שטר והסתמך על כך שאם ימצא טעות, המלווה יודה שטעה, לכן זה טענה שכיחה, והמלווה נאמן, לפחות לעניין זה שמספק לא נרצא ממון מהלווה.

24. חידושי הרמב"ן, שם.

25. שו"ת אחי וראש, ח"מ, יא (עג,ג), הסכים לפירוש זה, והוציא מכך נפקות: בספר שמחת יום טוב מז (קעח,א) כתב שלפי השיטה שהטעם שמוכר שטר יכול למחול הוא מפני שהוא אומר "עיינתי בחשבוני" וכו', הרי שגם אם היה משכון על החוב והמוכר מסר את המשכון לקונה, הוא יכול למחול. זאת, מפני שהוא טוען שהלווה אינו חייב, ואם כן לקיחת המשכון הייתה בטעות. הוא כותב שהראב"ד, המובא בספר

שבריי"ף ובמרדכי, שהבאנו לעיל, כתוב "יכיל למימר". אבל בנוסח שבתשובות הגאונים, בליקוטי פירושי רבנו חננאל ובראב"ן שהבאנו לעיל, לא כתובות מילים אלה.²⁶

הרמב"ן מיישב בכך את שתי הקושיות שהקשה הרי"ף על שיטה זו (קושיות ב-ג), שהרי לפי זה באמת מדובר שמוחל בלשון "הוא עדיין חייב לי אבל אני מוחל", ובכל זאת המחילה מועילה, כאמור, ולכן נקט שמואל לשון מחילה; וביחס לאישה שהכניסה חוב לבעלה, נוכל לומר שהיא הסתלקה מהשטר לגמרי, מפני ש"ידו כידה", ולכן לא מועילה מחילה. אבל הוא דוחה שיטת הגאונים גם לפי הפירוש הזה, שהרי בבבא מציעא²⁷ נאמר להיפך: שמאחר שהמוכר יכול למחול בגלל דינו של שמואל, לכן הוא נאמן לומר שהלווה פרע – הרי שדינו של שמואל אינו מבוסס על הנאמנות לומר שהלווה פרע.²⁸

פרשנים נוספים הסבירו שיטת הגאונים כמו הרמב"ן, שיכול למחול מתוך שיכול להודות שהלווה לא היה חייב לו; אלא שהם מסבירים בדרכים שונות איך יכולת המחילה נובעת מיכולת ההודאה.

הראב"ן²⁹ כתב שכוונת הגאונים היא שהמלווה-המוכר אומר: "בדקתי בחשבונותי ואיני יכול להישבע אם יטען שפרע", כלומר,³⁰ שמאחר שהוא יכול לבטל את המכר אם יאמר

התרומות נא, ו, אות ג, מתכוון להוציא מדעה זו ולומר שזה לא הטעם, ולכן כתב שאם מסר משכון אינו יכול למחול.

בשו"ת אחי וראש שם (עגב), מקשה, איך אפשר לומר שיכול למחול גם אם מסר את המשכון לקונה – הרי בתלמוד (קדושין חב) נאמר שהמקדש אישה במשכון שקיבל מאחר – מקודשת, ואם המלווה-המוכר יכול למחול גם אחרי מסירת המשכון, מדוע היא מקודשת, הרי לא סמכה דעתה, שמא ימחל המקדש (כך הוכיח **בחידושי הרשב"א** גיטין יגב, ד"ה לענין, שלא מועילה מחילה אחרי מסירת המשכון).

לכן הוא אומר על פי פירוש הרמב"ן הנ"ל בדעת הגאונים, שהם דיברו רק בחוב בשטר בלי משכון. והטעם הוא, שכיוון שהלווה מוחזק בכסף, נאמן המלווה לומר שהלווה לא היה חייב לו, אבל אם מסר את המשכון לקונה, הקונה מוחזק, ואז אין המלווה יכול למחול בגלל המיגו הנ"ל, מפני שזה מיגו להוציא.

גם **בחידושי חתם סופר**, בבא קמא פטא, (עמ' קיח), כותב שלדעת הגאונים, הטעם שמוכר שטר יכול למחול עליו הוא מיגו שהיה יכול לומר שהלווה פרע.

26. ואכן **אבן שלמה**, על הראב"ן שם, אות ז, מבאר את דברי הגאונים (המובאים בראב"ן) "והוא דאמר דהודאת בעל דין כמאה עדים", שכוונתם היא, שלפי הגאונים מדובר שאמר הנושה: "בדקתי והתברר לי שאינו חייב לי", וזו הודאת בעל דין, וזה פירוש לשון שמואל "מחלו"; ולא שמאחר שיכול להודות, יכול למחול (כפירוש הרמב"ן), אלא באמת אינו יכול למחול בלי הודאה.

כמו כן, רבי נחמן גרינשפן, **פלפולה של תורה**, מבוא, דוחה את פירוש הרמב"ן בכך שמלשון הרי"ף נראה שלפי הגאונים מדובר שאמר לשון הודאה.

27. **בבא מציעא** כ, א.

28. כך הקשה גם ר"ן כתובות שם (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, ל, דף לד, ב).

29. **ראב"ן** שו"ת, מח (לז, ג).

30. כך הסביר **אבן שלמה** על הראב"ן שם, אות יב.

בחידושי חתם סופר, כתובות פה, ב (ד"ה סוגיא), מסביר את כוונת הראב"ן, שמאחר שהלווה לא יפרע לקונה בלי שהמלווה יישבע שלא נפרע (או לפחות יטען למהימנותו), כוח השטר עדיין ביד המלווה, ולכן הוא יכול למחול.

בצד הסבר הראב"ן, הוא מוסיף (שם) ד"ה אלא, ד"ה שיטת וד"ה מחול) מעצמו הסבר בשיטת הגאונים, שאמנם אין לחשוש שהלווה פרע לפני המכירה, שהרי אם כן לא היה המלווה רשע כל כך למכור חוב פרוע. כמובן, אין לחשוש שפרע אחרי המכירה, שהרי המלווה לא היה רשע כל כך לגבות חוב שאינו

שאינו יכול להישבע נגד טענת הלווה שכבר פרע, משום כך עוד לא יצא החוב מרשותו, ולכן יכול הוא למחול.³¹ לפי הסבר זה, גם אם לא יאמר "עיינתי" וכו', יוכל למחול, כיוון שהחוב ברשותו.

כך הוא מיישב³² את קושיית הרי"ף מאישה המכניסה חוב לבעלה (קושיה ב): אישה אינה יכולה למחול מפני שהחוב יצא מרשותה לרשות הבעל כיון ש"ידו כידה". דהיינו, חכמים חיזקו את זכות הבעל לגבות גם בלא שבועה של אשתו שהלווה לא פרע, ולכן אישה אינה יכולה לומר "עיינתי בחשבונו" וכו'. תקנת חכמים אפשרית כיוון ששבועה כנגד הלווה היא עצמה תקנה שתיקנו חכמים בסתם נושה, ובאשת איש לא תיקנו.

כך מיושבת קושיה נוספת: מדוע חייב המוכר-המלווה לשלם לקונה את דמי כל החוב (קושיה ה) הרי היה פה מיקח טעות – התירוץ הוא, שעתה מתברר שאין זה מיקח טעות, שהרי הקונה ידע שהוא עדיין זקוק לשבועתו של המוכר. בפרק הבא, נשוב לעסוק בהרחבה בתירוצו של הראב"ן.

גם רבי שמואל אהרנפלד³³ מפרש שכוונת שיטה זו אינה שיאמר המלווה-המוכר בפועל "טעיתי בחשבוני", אלא שכיוון **שיכול** לומר כך, נמצא שהקונה קנה חוב שייתכן שלא יגיע לגבייה, ולכן המוכר יכול למחול. בכך שונה מכירת חוב משאר חפצים, שם המוכר אינו יכול להפקיע את המכר אחרי הקניין.

בזה מיושבת קושייתו (קושיה ו), איך רצה רב נחמן לייעץ לאותה בת שתשקר – אכן לדעת רבנו חננאל אין הבת צריכה לומר "עיינתי" וכו', שזה שקר, אלא גם אם אומרת בלשון מחילה (שאינו שקר), מועיל מפני **שיכולה** לשקר.

כך מיושבת גם הקושיה (קושיה ה) מדוע לדעה שגרמי חייב, על המוכר לשלם לקונה את כל סכום החוב, הרי זה מיקח טעות – באמת אין זה מיקח טעות, מפני שהמוכר אינו אומר שטעה בחשבונו **בעבר**, אלא **עכשיו** הוא מוחל בלשון מחילה, ולכן מי שמחייב גרמי מחייב אותו לשלם הכול מפני שבאמת היה ראוי הקונה לגבות את כל החוב, ועכשיו שמחל המוכר, הזיק לקונה בכל הערך הנקוב של החוב.

בדומה לכך פירש רבי אליעזר דייטש³⁴ שכוונת הגאונים היא, שמאחר שיכול המלווה-המוכר לומר "טעיתי בחשבונו" או "ספק פרוע", ומספק אי אפשר לחייב את הלווה לשלם, אם כן, מראש ידע הקונה שיש למלווה כמה דרכים להפקיע את החוב. גם אם נהיה מסופקים באמיתות טענת המלווה, הרי מספק לא נוכל להוציא ממון מהלווה, לכן מראש

שלו. אלא החשש הוא שהוא בדק בחשבונו והתברר שטעה, והלווה יכול לדרוש ממנו להישבע (או לפחות לומר) שלא היה כך, ולכן עד אז החוב נחשב בכוחו של המלווה, ולכן הוא יכול למחול.

31. ראב"ן שו"ת, מז.

32. ראב"ן שו"ת, מח (לח,א).

33. חתן סופר שער המקנה והקניין, ב, כד, אות א.

34. שו"ת פרי השדה א, סוגיא דמכירת שטרות, אות לח (פד,ב).

לא סמכה דעת הקונה וקניינו הוא קניין חלש,³⁵ ולכן המלווה יכול למחול; ובאמת גם הגאונים סוברים שהמחילה נעשית מעכשיו.

הוא מיישב על פי זה את הקושיה (קושיה ב) מדוע באישה המכניסה חוב לבעלה, לא מועילה מחילה: מפני שרק במקום שצריך מעשה קניין להקנאת החוב, יכול המוכר למחול, כיוון שאין לקונה סמיכת דעת, כאמור, ואין קניין גמור. אבל באישה המכניסה חוב לבעלה, הרי הבעל קונה את החוב מכוח תקנת חכמים ללא צורך במעשה נפרד.³⁶ חוסר סמיכות דעתו של הבעל אינו מעלה ואינו מוריד ולכן אשתו לא יכולה למחול.

בזה הוא מתרץ³⁷ גם את הקושיה מיורש (קושיה ז). מאחר שהמלווה היה יכול להפקיע את החוב גם אחרי המכר, בטענת "עיינתי בחשבונותי" וכו', אם כן מראש לא סמכה דעת הקונה, ואינו קניין גמור, לכן גם יורש יכול למחול.³⁸

רבי בן ציון אבא שאול³⁹ מיישב את דעת הגאונים בדרך קצת שונה: לפי הגאונים, אם יאמר המלווה-המוכר שהלווה עדיין חייב לו ובכל זאת הוא מוחל **עכשיו** – לא מועיל. אולם כשמואל אמר שהמוכר יכול למחול, כוונתו הייתה כשמוחל בסתם בלי שיאמר אם הלווה עדיין חייב לו. במקרה כזה מפרשים את דבריו כאילו אמר שהחוב כבר "פרוע הוא", ולכן החוב בטל. לדבריו, שמואל נקט "מחל" כדי לחדש, שלא רק שהמלווה נאמן אם הוא אומר בפירוש "פרוע הוא", אלא גם אם אמר לשון מחילה, מפרשים את דבריו כאילו אמר "פרוע הוא".⁴⁰

אשר לקושיה מהדין שאדם לא נאמן בהודאה כשחב לאחרים (קושיה א), שהפרשנים הקודמים לא יישבוה – הוא מיישב שרק בשעבודא דרבי נתן, אינו נאמן לחוב לאחרים.⁴¹ דהיינו שאם ראובן חייב לשמעון ושמעון חייב ללוי, שמעון אינו נאמן לומר שראובן פרע לו, מפני שבכך הוא פוגע בלוי. הטעם הוא שלוי נחשב בעל דינו של ראובן באופן ישיר, ולא מכוחו של שמעון. לפיכך, שמעון לא יכול לבטל את כוחו של לוי על ידי ההודאה.

לעומת זאת, במכירת חוב, הקונה בא מכוח המלווה-המוכר. שהרי בכל מכירת שטר, כשהקונה תובע מהלווה לפרוע לו, הלווה יכול לטעון לקונה "לאו בעל דברים ידי את", אלא שהקונה משיב לו "אני בא מכוח המלווה שהוא בעל דינך". כיוון שזכות הקונה

35. באות לט כתב שלכן זה קניין מדרבנן.

36. באות לט הוסיף: "מפני שידו כידה".

37. באות לט, דף פד, ג.

38. באות מ (פד, ד), הוא מיישב על פי הסבר זה את השאלה, מדוע לא עשה התלמוד הבחנה בין מקרה שיש ללווה קרקע לבין מקרה שאין לו; שהרי לכאורה אם יש לו קרקע, יש שעבוד נכסים שיכול להימכר. הסיבה לכך היא שגם אם יש ללווה קרקע, בכל זאת, מכירת השטר היא רק דרבנן מפני שלא סמכה דעת הקונה.

39. שו"ת אור לציון ח"מ ב.

40. פירוש זה מתיישב טוב יותר עם הגרסה שאין בה המילים "יכול למימר" (גרסת הרי"ף והמרדכי); אם גורסים מילים אלה, נצטרך לומר שגם אם אמר בלשון מחילה מועיל, מפני שנאמן לומר שפרע, ולכן מפרשים שזאת כוונתו.

41. הדין שהודאת בעל דין אינה יכולה לחוב לאחרים נאמר במקורו, בתלמוד **כתובות** יט, א, בעניין שעבודא דרבי נתן.

מסתמכת על המוכר, לכן אם המוכר טוען שהוא פרוע, לא יוכל הקונה לגבות, מפני שאז חוזרת טענת "לאו בעל דברים ידידי את", ולכן המלווה-המוכר יכול לבטל את כוחו על ידי הודאה אף שחב בכך לקונה.

הוא מיישב בזה מדוע אישה המכניסה חוב לבעלה אינה יכולה למחול (קושיה ב) – הבעל לא נחשב שבא מכוח האישה אלא "ידו כידה" ממש, כמו שיושר יכול לתבוע את הלווה והלווה אינו יכול לטעון "לאו בעל דברים ידידי את", ומאחר שהבעל אינו מסתמך על אשתו, הרי שהיא אינה יכולה לבטל את כוחו על ידי מחילה.

על פי הסבר זה הוא מיישב גם את קושיית הרמב"ן (ליד ציון הערה 27) מבבא מציעא: הסוגיה שם אינה מתכוונת לומר שאישה נאמנת בהודאתה שכתובתה פרועה כיוון שיכולה למחול, אלא להיפך, הסוגיה באה להוכיח שהלכה כשמואל שמוכר שטר חוב יכול למחול עליו, מהברייתא הקובעת שאישה נאמנת לומר שהכתובה פרועה אף שחבה לאחרים. הטעם הוא, כאמור, מפני שהקונה מסתמך על כוח האישה ולכן נאמנת לבטל את כוח הקונה, ומכאן שגם מוכר שטר חוב יכול למחול מאותה סיבה.

בגישה אחרת לגמרי נוקט **רבי נחמן גרינשפן**.⁴² לדבריו, הגאונים פירשו את דברי שמואל בנושה שנקט לשון הודאה, על אף שהפירוש נוגד את פשט לשונו של שמואל, ועל אף כל הקושיות שיש על פירוש זה. זאת, מפני שדרך הלימוד של גאוני בבל מתאפיינת בשניים: א) **קבלה** – הסתמכות על מסורות שהיו בידם; ב) **מעשיות** – הדגשת הצד המעשי בלי התחשבות בצד העיוני.

לכן, כדי ליישב בין דינו של שמואל לבין הדין שמאפשר מכירת שטר, ממנו משמע שקונה חוב מקבל את השטר בכל תוקפו, נקטו הגאונים דרך מעשית: ששמואל מדבר במצב שהמוכר אומר שטעה. אמנם, מבחינה עיונית אין זה מתיישב עם לשונו של שמואל, שהרי הודאה בטעות אינה בגדר מחילה, אולם, הגאונים לא התחשבו במשמעות הפשוטה של התלמוד, במקום שזה התנגש עם דרכם להעדיף את המעשיות – הטעם המוחשי.

אולם, נראה לי שקשה לקבל גישה זו, המייחסת לגאונים התעלמות מן הצורך שדברי הלכה יעמדו במבחנים אלמנטריים של היגיון.⁴³

לסיכום, לפנינו שני הסברים עיקריים לשיטת הגאונים:

א. הסברם של הרמב"ן, הראב"ן, ר"ש אהרנפלד ור"ש דייטש: מאחר שהמלווה יכול לומר שהלווה פרע, הוא יכול גם **למחול** לו.

ב. הסברו של רב"צ אבא שאול, שאם הוא מוחל, מפרשים את דבריו כהודאה שהלווה פרע.

42. **פלפולה של תורה**, מבוא, הערה ג.

43. אמנם יש אומרים שהגאונים הושפעו מחכמי המשפט המוסלמי שישבו סביבם (ראה סקירה אצל ג' לייבוין, "משפט משווה יהודי-מוסלמי – תולדות המחקר ובעיותיו", **פעמים** 62 (תשנ"ה) 43-81), ומצאנו אצל המשפט המוסלמי דוגמאות המגיעה עד אבסורד (לדוגמה, בדוקטרינת המושא'א, שאינה מאפשרת חלוקת נכס בין אנשים בצורה לא מסוימת). אבל גם הם עומדים בדרישות היגיון בסיסיות.

4. בעניין מחילת חוב בשטר (שלא נמכר)

אף על פי שהגאונים אמרו את מה שאמרו על מחילת חוב שנמכר, הראב"ן מביא (במקום אחר) את הנימוק של "עיינית בחושבני" וכו' לעניין מחילה על חוב בשטר בכלל:

אם מחל לחבירו חוב שיש לו עליו, בין בשטר, בין בעל פה, מדעתו ומרצונו בלא פשרנים – לא בעיא קניין, מדשמואל, דאמר שמואל, המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, מחול. והא מחילה בלא קניין, דאי הוי בעי קניין, לא מצי מחיל, שכבר הקנהו ללוקח ומסר לו השטר... אלא ודאי בלא קניין מחיל. וטעמא משום דאמרינן דק בחושבניה ולא פש לגביה מידי, והרי הוא כמחילה, **שהודה** לו⁴⁴ שאינו חייב לו כלום. אלמא בלא קניין הוי מחילה. וכל שכן דאם לא מכרו לאחר, דמצי מחיל.⁴⁵

אמנם אפשר לפרש בדוחק שהוא מביא את הטעם של "עיינית בחושבני" וכו' רק על המקרה שנמכר השטר, אולם האחרונים⁴⁶ פירשו שזהו טעם מדוע מועילה מחילה בשטר חוב גם כשלא נמכר. זאת, כתשובה לדעה האומרת שמחילה על חוב בשטר (שלא נמכר) מועילה רק בצירוף מעשה קניין.⁴⁷

רבי יחזקאל לנדא⁴⁸ אף הסיק נפקות למעשה מנימוק זה, שאם ברור שהנושה מחל מסיבה מסוימת, כגון משום קנס – שקיבל על עצמו למחול אם יעשה כך וכך, לא מועילה המחילה אם יש שטר, מפני שאז ברור שזאת לא הודאה.⁴⁹

רבי שלמה אהרנרייך⁵⁰ מקשה: הרי הראב"ן עצמו אומר במקום אחר, כפי שהבאנו לעיל, שהגאונים לא התכוונו לומר שזה הטעם שמועילה מחילת שטר שנמכר, אלא הטעם הוא שהנושה אומר שאינו יכול להישבע כנגד טענת הלווה שפרע את החוב?⁵¹

אמנם אפשר לתרץ, שהראב"ן שם דחה את הפירוש של הודאה בעיקר מפני שהודאת בעל דין אינה מועילה כשיש בה חוב לאחרים (קושיא א), כגון אחרי שמכר את השטר, שהודאתו פוגעת בקונה. אבל בשטר שלא נמכר, שההודאה אינה פוגעת באחרים (בהנחה שיש לנושה נכסים אחרים שבהם יוכל לפרוע לנושיו אם יש לו חובות), ניתן טעם זה להיאמר.

44. המרדכי (בהערה הבאה) העתיק: "כאילו הודה".

45. ראב"ן שו"ת, ק (הובא בשו"ת מהר"ם, **שערי תשובות**, שער ב, רכח, ובמרדכי סנהדרין תרפ).

46. שו"ת מטה אשר ג (ג,ו); **משכנות הרועים** מערכת מ, אות ז (קעבד), ומערכת ש אות קמג (שנחב); שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ, לא (הובא ב**פתחי תשובה**, חו"מ, רו, יד, ובפסקי דין רבניים ג, 167); שו"ת מפי אהרן יב (נהד).

47. ר' ישעיה המובא בטור חו"מ יב, ח.

48. נודע ביהודה שם.

49. אבל דברי הנודע ביהודה קשים: הרי מוכר שטר ומחלו מכל סיבה שהיא, מחול, וכך ראוי שיהיה הדין במוחל שטר שלא נמכר.

50. אבן שלמה על הראב"ן שם, אות ו.

51. הוא מתרץ שאכן הראב"ן כאן מדבר לפי פשוטו של פירוש הגאונים, שזאת לא מחילה ממש אלא המלווה אומר שנפרע, ולכן הראב"ן כותב "כמחילה שהודה לו" – ולא מחילה ממש, ולא כפי שהעתיק המרדכי "כאילו הודה לו". אבל קשה לומר שכאן הוא מפרש את דברי הגאונים בפירוש שהוא דחה במקום אחר.

אולם נראה יותר להסביר, שהראב"ן הבין שפירוש הגאונים שמחילה היא הודאה, לא בא לענות על הקושי שאנו דנים בו – איך המוכר יכול למחול למרות שהחוב שייך לאחר. על קושי זה יש לראב"ן תשובה אחרת: יש למוכר-המלווה זיקה לחוב, גם כשהוא שייך לאחר, כפי שהסביר הראב"ן שהובא לעיל.⁵² אלא כוונת הגאונים היא לענות על קושי אחר והוא: איך אפשר למחול למרות שחוב בשטר נחשב גבוי?⁵³ ועל כך הם משיבים: מאחר שהנושה יכול להודות שהחוב כבר נפרע,⁵⁴ אזי הוא לא נחשב גבוי.⁵⁵

לכאורה הסבר זה קשה, שכן אם פירוש הגאונים נועד להסביר מדוע מועילה כל מחילת שטר, מדוע אמרו הגאונים הסבר זה דווקא במוחל שטר חוב שנמכר? על קושי זה ניתן להשיב, שהגאונים רצו להצמיד את דבריהם לדין שבתלמוד, והדין הבולט בתלמוד העוסק במחילת שטר נמצא בסוגיית מחילת שטר שנמכר. זאת ועוד, ניתן להסביר שכתבו זאת דווקא בחוב שנמכר, משום ששם מודגשת העובדה שהשטר הוא כגבוי, שהרי אי אפשר למכור חוב בעל פה, ובכך מתעצם הקושי איך מועילה המחילה; ולכן הצמידו הגאונים את הסברם למקרה זה דווקא.

כיוון שהערנו על הקושי במחילת חוב בשטר, שהרי השטר כגבוי, שומה עלינו להסביר, מדוע יורש יכול למחול, הרי השטר הוא כגבוי? התשובה לכך היא, שכיוון שאביו היה יכול להודות שהלווה פרע, החוב לא נחשב כגבוי, ולכן מועילה מחילה עליו; שהרי לא ייתכן לומר שבחיי האב לא היה כגבוי, ואחרי מותו נעשה כגבוי.

יש להעיר, שלפי הסבר זה בדעת הראב"ן, מועילה מחילת חוב בשטר גם אם ידוע שהנושה מוחל כעת מחמת סיבה מסוימת, ולא מתוך הודאה שהחייב פרע בעבר (בניגוד לדברי רבי יחזקאל לנדא), שהרי העיקר הוא שחוב בשטר אינו נחשב גבוי בגלל יכולת המלווה להודות שהחוב נפרע, ואין צורך שיאמר כך בפועל.⁵⁶

5. לעניין כל מחילה

מוצע כאן ללכת צעד אחד נוסף בשיטת הראב"ן, ולומר שהוא הבין שטעם הגאונים בא להסביר מדוע כל מחילה (גם על חוב בעל-פה) מועילה בלי שיעשה קניין.⁵⁷

52. אפשר לומר שזו כוונת ראב"ן סי' מח, שהובא לעיל: אין לומר שטעם הגאונים בא לענות על הקושי של שייכות החוב לאחר, שהרי טעם זה מסתמך על הודאה, שאינה מועילה במוכר שטר, שהרי חב לאחרים, אלא הם מסכימים שהתשובה לקושי הזה הוא כפי שמסביר הראב"ן שם, שיש למוכר-המלווה עדיין זיקה לחוב.

53. אם הוא חוב ברור, גם בית הלל מסכימים ששטר נחשב כגבוי – כך כתבו תוספות סוטה כה, ב, ד"ה בית הלל סברי.

54. בגרסה "יכיל למימר".

55. ואפילו בחוב ברור, ושלא כהבחנה שעשו התוספות בין חוב ברור לחוב שאינו ברור.

56. ודברי נודע ביהודה מתאימים לגרסה בלי המלים "דיכיל למימר".

57. כך אפשר להסיק מהראב"ן, סי' ק, שאחרי שהביא את טעם הגאונים כתב: "אלמא בלא קניין הוי מחילה", ולא כתב "אף בשטר".

טעם הגאונים לא בא לענות על הקושי, איך יכול המלווה-המוכר למחול על חוב ששייך לקונה, שהרי התשובה לשאלה זו היא שעדיין יש למוכר זיקה לחוב.⁵⁸ אף לא כדי לענות על הקושי, איך אפשר למחול על חוב בשטר בעוד ששטר כגבוי, שהרי בפשטות הלכה כבית הלל.⁵⁹ ששטר אינו כגבוי.

אלא זאת הגאונים באו להסביר, מדוע מועילה מחילה בכלל, בלי קניין, ועל כך הטעימו, שמחילה מועילה מטעם הודאה, והודאה תקפה בלי קניין.⁶⁰ בעיה זו התעוררה אצל הגאונים דווקא בהקשר לדין של מוכר שטר חוב ומחלו, מפני ששם ברור שלא היה קניין, שהרי החוב כבר אינו של הנושה, שיוכל קניין לחול לגביו,⁶¹ ולכן הם כתבו את הסברם דווקא בהקשר של דין מוכר חוב ומחלו.

אפשר להסביר את טעם הגאונים בשתי דרכים:

א. מאחר שהנושה יכול להודות על העבר, והודאתו מועילה בלי מעשה קניין, לכן גם אם הוא מוחל מכאן ולהבא, מועילה מחילתו בלי קניין. דרך זו מתאימה לגרסה בדברי הגאונים "יכיל למימר", ודומה לפירוש הרמב"ן וסיעתו, שהובא בפרק השלישי, שהגאונים מתכוונים לומר שמוכר שטר חוב יכול למחול כיוון שהיה יכול להודות.

ב. כשהנושה אומר "אני מוחל", מפרשים זאת שהתכוון לומר "אני מודה". דרך זו מתאימה לגרסה בלי המילים "יכיל למימר", ומקבילה לפירוש רב"צ אבא שאול, שהבאנו בפרק השלישי, שהגאונים מתכוונים לומר שמוכר שטר חוב שאומר "אני מוחל", יש לפרש דבריו כאילו התכוון להודאה. אבל אם יאמר "אני מוחל מעכשיו אף שלא פרעת לי", כך שלא נוכל לפרש את דבריו; נצטרך להיזקק למודל אקלקטי, שבדרך כלל מחילה מועילה מטעם הודאה, חוץ ממקרים שהוא אומר "מעכשיו", שבהם המחילה תפעל כהפקעה או כהקנאה או כפירעון.

כאן מתעורר קושי מסוים: הרי מחילה משמעותה שהחייב יתבטל רק מכאן ולהבא, ואילו הודאה משמעותה שעוד קודם לכן היה פטור מפני שפרע, וכדומה.⁶² לפי הדרך הראשונה, שמחילה אינה מתפרשת כהודאה, מובן מדוע המחילה מועילה רק מכאן ולהבא – מפני שהוא מתכוון למחול רק מכאן ולהבא. אמנם המחילה שואבת כוחה מההודאה, אבל השפעתה מצומצמת יותר ו"יש בכלל מאתיים מנה", ולכן כשהוא מוחל הרי הוא בעצם מצמצם את טווח פעולתו יותר מאילו הודה.

58. כפי שהסביר ראב"ן שו"ת, מח.

59. סוטה כה, א.

60. רבי אברהם יצחק גוטפריינד, **שומרי משפט** (טשכנוב) א עמ' מו, מבאר בדעת הראב"ן שהוא סובר שמחילה היא כהפקעה, לכן היא כמו גמר חשבון ופירעון, ומועילה מטעם הודאת בעל דין. דבריו אינם ברורים, איך הוא מרכיב יחד שלוש סיבות שונות.

61. כך טוען הראב"ן שם.

62. וזה מתאים ללשון "עיינית בחושבני", שאין משמעו שפרע עכשיו. אבל יש לציין שבאנציקלופדיה תלמודית ע' הודאת בעל דין, ליד ציוני הערות 16-18, מובאת מחלוקת האם הודאת בעל דין מחייבת גם למפרע. ושם מדובר בהודאת הנתבע שהוא חייב.

גם במחילה אפשר לראות את הנושה כאילו הוא "מודה" לחייב שבאמת אינו חייב לו. אבל בשונה מהודאה בחוב, שהיא משותפת להודאה הראייתית רק בצורה ולא במהות,⁷¹ כאן ההצעה היא שמחילה מועילה באופן מהותי מטעם הודאה, אף שצורתה שונה ואינה משתמשת בלשון הודאה.

ב. מקור הודאת בעל דין

שאלת המחילה קשורה גם לשאלת מקור תוקפה של הודאת בעל דין. "חקירה" נפוצה⁷² מעלה שתי אפשרויות להסביר תוקף זה:

(א) התורה העניקה לאדם **נאמנות** לגבי עצמו, כאשר הוא אומר דבר לחובת עצמו.
(ב) גם אם איננו מאמינים לאדם שהוא אומר אמת בהודאתו, מקבלים את דבריו, כאילו הוא מקבל על עצמו **התחייבות** לשלם את מה שהוא אומר שהוא חייב מכבר לשלם.
ניסוח זה של האפשרות השנייה מתאים להודאה של נתבע שהוא חייב לנושה. לעומת זאת אם מדובר בהודאה של נושה שהחייב אינו מחויב לו, אי אפשר למצוא כאן התחייבות, אלא צריך לנסח זאת כך, שרואים כאילו הוא מוחל על החוב. נמצא, שאחד מן ההסברים לתוקפה של הודאה, מבסס אותה על יכולתו של הנושה למחול. אם כן, אי אפשר להסביר שמחילה פועלת בדרך של הודאה, שהרי הסבר זה היה יוצר מעגל קסמים – הודאה פועלת מכוח מחילה, ומחילה פועלת מכוח הודאה. לכן, מי שרוצה להסביר שמחילה פועלת בתור הודאה, יצטרך לומר שכוחה של הודאת בעל דין (של התובע) אינו מטעם מחילה, אלא מטעם נאמנות שהתורה העניקה לאדם, כהסבר השני ב"חקירה".

כאן עלול הקורא להקשות: מדוע היו צריכים הגאונים ללכת בדרך דחוקה כזאת? מדוע לא יפרשו בדרך הפשוטה, שהנושה יכול להפקיע את החוב כרצונו? אפשר שהגאונים סברו שהגדרתו של חיוב היא, שממון החוב נמצא ביד הנושה, ועל כן לא מועילה הפקעה גרידא, ולכן הוצרכו להסביר שהמחילה מועילה בכל זאת, מטעם הודאה.

ג. יישוב סוגיה סותרת

ניתן להקשות על הגישה שמחילה היא הודאה, מסוגיית התלמוד⁷³ העוסקת במי שכתב שני שטרי מכר או מתנה על אותה קרקע לאותו אדם במועדים שונים, ואשר קובעת שהשטר הראשון בטל והשני תקף. רפרם מנמק זאת מטעם הודאה, שהקונה (או המקבל) הודה (מכללא) שהשטר הראשון היה מזויף, ואילו רב אחא מנמק זאת מטעם מחילה, שהקונה

341) שיסוד תוקפו של שטר קניין הוא הודאה מחייבת, שהרי השטר כתוב בלשון הודאה: "שדי מכורה לך".

71. כאמור בהערה הקודמת. גם במחילה, יש מצבים שמשותפים להודאה ראייתית בצורה ולא במהות, בלי קשר לשיתת הגאונים. הכוונה לאותם מקרים שכינו הפוסקים "מחילה בדרך הודאה" או "מחילה בלשון הודאה", היינו שהנושה אומר לחייב "אינך חייב לי", והכל יודעים שהוא משקר, ושהחייב באמת חייב לו. למרות זאת, החיוב פוקע מפני שהנושה התכוון בכך למחול לחייב באמצעות לשון הודאה. עיין לדוגמה: **חידושי הריטב"א** כתובות נ, א (הובא ברמ"א, חו"מ, מ, א); **רא"ש** בבא בתרא, ח, מ, בשם מהר"ם (הובא בשולחן ערוך חו"מ, עה, יא).

72. ראה לדוגמה: **קצות החושן** לד, ד.

73. **כתובות** מד, א.

מחל (מכללא) על זכותו שבשטר הראשון. הסוגיה מוצאת נפקויות בין הטעמים, ומכאן, שמחילה אינה הודאה.

נוכל לתרץ ולהסביר את הנפקויות: שתיים מן הנפקויות מתבססות על כך שהטעם של הודאה מבטל את השטר הראשון **למפרע** ואילו הטעם של **מחילה** מבטל אותו רק **מכאן ולהבא**. מנפקויות אלה אין קושי, שהרי כבר הסברתי, שגם אם מחילה היא בגדר הודאה, היא פועלת רק מכאן ולהבא, שלא כהודאה גמורה.

אשר לנפקות השלישית שם, שלפי הטעם של הודאה עדי השטר הראשון פסולים כיוון שהודה הקונה שהוא מזויף – צריך לפרש על פי הדרך הראשונה, שמחילה אינה נחשבת כאילו הודה, אלא שכיוון שהיה יכול להודות, תועיל גם המחילה; יוצא, לפי הטעם של מחילה, שעדי השטר אינם פסולים, כיוון שבאמת לא הודה שהשטר היה מזויף.

ד. הסבר אחר לשיטה זו

אפשר להבין בדרך שונה את השיטה שמחילה היא הודאה – שיטה זו בעצם סוברת שמחילה היא בגדר פירעון, אלא שהיא נותנת הסבר מדוע נחשב הדבר כאילו החייב פרע. ההסבר הוא, שהנושה-המוחל נחשב שהודה שהחייב פרע. לפי הסבר זה, מובן יותר לשון "הריני כאילו התקבלתי" כביטוי של מחילה – הוא לא ממש מודה שקיבל, אלא מציב את עצמו במעמד של מי שקיבל.

6. נפקויות למעשה

נסה לבחון מצבים שונים של מחילה, על פי התפיסה שמחילה היא מטעם הודאה.⁷⁴ א) נראה שלפי תפיסה זו מחילה תועיל אף בניגוד לרצונו של החייב או שלא בפני החייב, וכן תועיל מחילה לקטן או לעבד או לעצמו, מחילה שנעשתה לאיסור, ומחילת חוב על שטר או משכון – מכיוון שבכל אלו, אילו הודה הנושה, היה החוב בטל.

ב) אם המוחל חזר בו תוך כדי דיבור – המחילה לא תועיל, כשם שהמודה יכול לחזור בו תוך כדי דיבור.⁷⁵

ג) דין מחילה על ידי שליח יהיה תלוי במחלוקת,⁷⁶ האם מועילה הודאת בעל דין על ידי שליח.

ד) במחילת חיוב שנועד לכפרה או מחילה על מתנות כהונה, נראה שלשיטה זו המחילה תקפה, כיוון שאילו הודה שהחייב פרע, היה החייב פטור. מאותה סיבה נראה שבחיובי מלקות ותשלומים הבאים באחד, אם מחל הנושה, יהיה פטור ממלקות כאילו פרע באמת, ובנגזל שמחל, ייחשב כאילו הגולן קיים מצוות השבת הגזילה.

74. בעבודת הדוקטור (לעיל, הערה 1), שער א, פרקים ה-ו, בחנתי מצבים אלו לפי הגישות האחרות בהגדרת מחילה, רציתי מקורות העוסקים במצבים אלו.

75. שולחן ערוך חו"מ, פא, כב.

76. המובאת ב**אנציקלופדיה תלמודית**, ע' הודאת בעל דין, ליד ציוני הערות 19-21. שם מדובר בהודאת הנתבע שהוא חייב.

ה) עוד נפקות למעשה משיטה זו היא, שמאחר שמחילה היא מטעם הודאה, לא תועיל מחילה כשחב לאחרים, כשם שלא מועילה הודאה כשחב לאחרים. בשאלה זו נחלקו פוסקים, במצב של שעבודא דרבי נתן – בשמעון שחייב ללוי וראובן חייב לשמעון, ומחל שמעון לראובן, האם יש תוקף למחילה אף על פי שהיא חבה ללוי.⁷⁷

ו) לשיטה זו, לא תועיל מחילה על דבר שלא בא לעולם, מפני שלא שייכת בו הודאה – אינו יכול לומר "בדקתי חשבונו וראיתי שכבר פרעת", מפני שחוב שעוד לא חל בוודאי לא נפרע.

ז) אף שבמקרים רבים, המודה בחיוב יכול לטעון "משטה אני בך", דהיינו, "לא התכוונתי ברצינות כשאמרתי שאני חייב",⁷⁸ בכל זאת המוחל לא יוכל להיפטר בטענה זו, שהרי בהודאת תובע שהנתבע אינו חייב לו, אינו יכול לטעון "משטה אני בך".⁷⁹

סיכום

הגאונים פירשו את הדין שמוכר שטר חוב יכול למחול עליו, בכך שרואים את המחילה כהודאה מצד המלווה, שהלווה לא היה חייב לו. הראב"ן הרחיב תפיסה זו לכל מוחל חוב בשטר, שהמחילה תקפה מכוח הודאה. אפשר להמשיך בכיוון הזה, ולומר שהגאונים הבינו שכל מחילה פועלת בדרך של הודאה. מצאנו חיזוק להבנה זו במקורות נוספים בתלמוד ובראשונים. כמו כן סקרנו מספר נפקויות הלכתיות לאור שיטה זו.

77. עיין בירור הלכה כתובות יט,א לפני ציון ה.

78. אנציקלופדיה תלמודית ערך הודאת בעל דין, פרקים ב-ה.

79. אנציקלופדיה תלמודית שם, פרק ח.

יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין

הרב ד"ר רון ש' קליינמן

מבוא	5. הקנאת מתנות כהונה למכירי כהונה (בבא בתרא קכג, ב)
א. מעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת	6. "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן... מעיקרא" (בבא קמא קב, ב)
ב. סוגיות הגמרא שמוכח מהן שקניין מבוסס על גמירות דעת	7. סיטומתא (בבא מציעא עד, א)
1. "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב, א"ב)	ג. הקשיים בשיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת והדרכים ליישובם
2. סוגיות "בההיא הנאה גמר ומקני"	ד. מעשה הקניין – יסוד עצמאי סיכום
3. המזכה לעובר (בבא בתרא קמב, ב)	
4. הקנאת בכור בהמה לכהן (בכורות יח, ב)	

מבוא

שני מרכיבים יש בקניין: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק, כי מעשה קניין שנעשה בלא שילווה בגמירות דעתם של הקונה¹ והמקנה² – אינו קונה. קביעה זו מפורשת בכמה מקומות בתלמוד³.

- * הרב ד"ר רון ש' קליינמן, מרצה בכיר למשפט עברי ולנויקין בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.
- מאמר זה הוא עיבוד של הפרק השלישי מתוך חיבורי, **מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תש"ס.
- המאמר אינו מתיימר כמובן למצות את הנושא הנידון, שהוא רחב ביותר, אלא להציג את השיטות העיקריות בראשונים ובאחרונים. [ההדגשות המופיעות בציטוטים, הפיסוק וההוספות בסוגריים הם משלי, אלא אם כן נאמר אחרת].
1. אמנם ניתן באופן עקרוני להקנות לאדם נכסים גם בלא ידיעתו, שכן "זכין לאדם שלא בפניו". אולם ברור, כי מי שמבצע את מעשה הקניין (המזכה) צריך גמירות דעת לזכות עבור הקונה במעשה זה. וראו: "זכין לאדם שלא בפניו", **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך יב, עמ' קלה-קצח.
 2. להגדרת הרצון הנדרש מן המקנה, ראו: הרב בנימין ליפקין, **בני בנימין**, ירושלים תשנ"ו, "להגדרת מושג 'רצון הבעלים' בקניינים", עמ' צב-קלו.
 3. למשל: **יבמות** נב, ב – "עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן – לא קנה", והטעם: "התם לא קא מכיין למיקני"; **קידושין** כז, א – אין קרקע נקנית בכסף במקום שנוהגים לכתוב את השטר וכן להיפך, והטעם, כמבואר בראשונים על אתר, שאין סמיכות דעת מצד הקונה (עד שיקבל שטר) או מצד המקנה (עד שיקבל כסף). קניין חצר (וקניין ד' אמות, שהוא מטעם חצר) הוא בגדר חריג לאמור, שכן בעל חצר קונה שלא מדעתו (**בבא מציעא** יא, א). ראו: הרב אליהו ברוך קאמי, "בגדרי דעת האשה בקניינים ובדין כונת הקניין", **ספר**

אמנם, בדברי תנאים לא מצאנו דברים מפורשים בנידון. למשל, המשניות בפרק א' ממסכת קידושין עוסקות בדרכי קניין שונות, אך לא בצורך בגמירות דעת. עם זאת, ברי כי לא ניתן להסיק משם שקניין אינו זקק גמירות דעת, לפחות מצד המקנה.⁴ שכן, אם נוטלים נכסיו של אדם בלא שגמר דעתו לתת, הרי זו גזילה. גם בקידושי אשה, הנזכרים בראש הפרק הנ"ל, נאמר במשנה רק: "האשה נקנית בשלוש דרכים... בכסף בשטר ובביאה". אך דומה שהיה ברור, כי אין האשה נקנית אלא מדעתה,⁵ עד שלא הוצרכו התנאים להשמיענו זאת.⁶ אין ספק אפוא, כי קניין דורש גמירות דעת. לצד דרישה זו, במקומות רבים מעמידנו התלמוד על כך שלא די בגמירות דעת, ובלא מעשה קניין המועיל על פי הדין לא ניתן לקנות.⁷ עם זאת, כפי שנראה להלן, פעמים שהקניין חל גם בלא מעשה קניין, ובלבד שקיימת הוכחה מספקת לגמירות דעת הצדדים.⁸

המצב המתואר יכול להביאנו לאחת משתי גישות ביחס למעשה הקניין. האחת, כי עיקרו של הקניין בגמירות הדעת, ומעשה הקניין נחוץ רק כאמצעי להביא לידי גמירות הדעת או כדי להוכיח על קיומה. גישה אפשרית שנייה היא, כי מעשה הקניין אינו רק אמצעי להביא

הזכרון למרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל, מהד' שניה, ירושלים תשמ"ז, עמ' שפג; הרב מאיר ברקוביץ, "חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו", **מגל יג** (תשס"ב), עמ' 43-54.

4. שכן דרכם של התנאים לסתום דבריהם והאמוראים מבארים ומפרטים. ראו, למשל: **רש"י**, גיטין ד,א, ד"ה אי הכי; **רשב"ם** פסחים קא,ב, ד"ה לקיבעיה: "שהאמורא יש לו לפרש דבריו יותר מן הבריייתא".

5. אמנם, קטנה – יכול אביה להשיאה בעל כרחא, ואכמ"ל בעניין זה.

6. למיטב ידיעתי, דין זה אינו מופיע במקורות תנאיים, ובגמרא הוא נזכר כדבר ברור (השוו **לעיל**, הערה 4) – **קידושין** מד,א; **יבמות** יט,ב. בטעם הדבר כתב **רש"י** (קידושין שם, ד"ה קידושין דמדעתה): "דבעינן דעת המקנה", אך במקום אחר (**רש"י** יבמות שם, ד"ה קידושין דעלמא) כתב: "והלכה והיתה לאיש אחר (דברים כד) מדעתה משמע". אמנם, **בקידושין** ב,ב, הועלתה סברה בתור הווא אמנא שהאשה נקנית בעל כרחא: "אי תנא [האיש] קונה", הווא אמנא אפילו בעל כרחא, תנא 'האשה נקנית', דמדעתה אין, שלא מדעתה – לא". ברם, אין מכאן ראיה, כי אמנם הייתה שיטה כזו.

7. עיון בפרק א' בקידושין העוסק בקניינים השונים, במשנה ובגמרא, מעלה כי מקרקעין ומטלטלין נקנים באמצעות מעשי קניין מסוימים ולא בדרכים אחרות. כך עולה גם מסוגיות אחרות. ראו למשל, **קידושין** כה,ב: "אלא מעתה פיל... במה יקנה?"; **בבא מציעא** צד,א: "ומתנה שומר שכר להיות כשואל, במאי בדברים?"; **בבא בתרא** ג,א: "אי בשאין בה דין חלוקה – כי רצו מאי הוי, נהדרו בהו? א"ר אסי א"ר יוחנן: שקנו מידן, עירובין כה,א – אשה שעשתה מחיצה על גבי מחיצה, בכונה לקנות בכך נכסי הגר, לא קנתה, לפי שאין זו חזקה כדין; ועוד. ומה שמצאנו "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (**קידושין** ט,ב), הווא בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל, כפי שכתב אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי** (תל אביב, תשכ"ז), ח"ב, עמ' 33, הערה 1, ושם, עמ' 38. בעניין האחרון נדון עוד **להלן**, ליד הערה 21.

8. לשאלת טיב הכוונה והדעת בקניין, האם נחוצה כוונה לקנות במעשה קניין מסוים או שעל הקונה רק להתכוון להעביר החפץ מרשות בעליו אליו, ראו: הרב משה מאיר סגל, **פרי משה – בענייני קניינים**, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' טו-טז; אשר עקיבא, יוסף מסטצקין, "קנין ללא כונה", **שערי הלולים – מערכת סוגיות על פרק ראשון במסכת בבא מציעא**, ישיבת שעלבים, תשנ"ו, עמ' 243-250; הרב צבי יהודה בן-יעקב, "כוונה בקניין", **כתר תורה** ד (אדר ב, תשנ"ז), עמ' קכה-קלז; הרב קאמני (**לעיל**, הערה 3), עמ' שפג-שפד, ושם חילק בין קניין כסף לשאר הקניינים. ומכל האחרונים הנ"ל נעלמו דברים מפורשים בשו"ת **מהר"ם מינץ**, פ"ב (ד"ה וגם מוכח, מהד' מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' ת); "וגם מוכח בכמה דוכתי דלא בעי דעתו, אלא רק שהוא כוונתו לקנות, הגם אם אין דעתו להאי קנייה", וראו ראיותיו שם. ושם, עמ' שצט, כתב ביחס למי שמשך ולא התכוון לקנות במשיכה: "רק כיון דמשך משך, ודעת שוטים אינה דיעה ובטילה הני נמי לא שנא". כלומר, יש כאן מעין "בטלה דעתו אצל כל אדם".

לגמירות הדעת, אלא חלק מהותי ועצמאי ביצירת הקניין, לצד גמירות הדעת.⁹ המצדדים בגישה האחרונה יצטרכו לתרץ את המקרים שבהם מועיל הקניין גם בלא מעשה קניין. ואמנם, נחלקו הדיעות בשאלה זו. בדברי הראשונים, שדרכם בקצירת האומר, לא נמצא לרוב דברים מפורשים בנידון. עיקר הדיון בעניין זה נערך אצל האחרונים, ונסוב סביב פרשנות סוגיות התלמוד וניסיונות לדייק מדברי הראשונים לכאן או לכאן.¹⁰ להלן נציג את השיטות השונות, ונבחן את עיקרי הראיות שהובאו על ידיהן.¹¹

א. מעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת

בדעה זו מצדד חבל גדול של אחרונים, ודומה שזו דעת רוב האחרונים.¹² ביטוי בהיר לגישה זו אנו מוצאים, למשל, אצל הרב שלמה קלוגר בתשובה:

9. יש לציין, כי גם בין המצדדים בגישה כי מעשה הקניין נחוץ כיסוד עצמאי ולא מצד גמירות דעת, יש שכתבו שמעשי הקניין השונים אינם בגדר "גזירת הכתוב" בלא טעם אלא: "כל קניני התורה מושתתים על סברה והיגיון, ובכל קנין יש היגיון פנימי באיזה ענין תחודש הבעלות על ידו" (הרב אשר וייס, "יסודות הקנינים", **דברי משפט**, חלק ד, תל-אביב תשנ"ח, עמ' רעט. על שיטתו נעמוד **להלן**, ליד הערה 105).
- בעניין ההיגיון שבמעשי הקניין השונים והיסודות הגלומים בהם נכתב הרבה, ואין כאן מקומו. להדגמה בלבד: הרב וייס, שם, גורס כי במעשי הקניין יש ארבעה יסודות (בלשונו: "אבות הקניין"): "תמורה", "רשות", "ראיה", "הפגנת בעלות". וראו גם: הרב אשר וייס, **קונטרס מנחת אשר: בגדרי הקנינים והלכותיהם**, ירושלים, תשס"ד, עמ' א-יד; הנ"ל, **לקט שיעורים – על מסכת בבא בתרא ומסכת כתובות**, ישיבת "יחל ישראל", סערט וויזניץ חיפה, [תשנ"ח], בבא בתרא, עמ' נב. הרב יוסף דב סולובייצ'יק, **דברי השקפה**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 15, מעמיד את מעשי הקניין על עיקרון יחיד: "ביסודו של דבר יש רק קניין עליון אחד... והוא יצירתו של הנכס", ודרכי הקניין השונות הן "סמלים בידי האיש היוצר את הנכס והמאפשרים את העברתו לבעלות אחרת" (ההדגשה במקור).
10. הרב אברהם משה חברוני, **משאת משה**, קידושין (ירושלים תשכ"א, סי' ג, עמ' ה), כותב: "דמורב הראשונים מוכח, שאין גדר מעשה הקניין רק מעשה על גמירת דעת, אלא [ה]מעשה הקניין הוא העושה הקניין". אלא שלא הוכיח שם את דבריו. מנגד, רמ"מ סגל **פרי משה – בענייני קניינים**, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' יב רוצה להוכיח כשיטה שהקניין דרוש רק כדי להביא לגמירות הדעת מדברי **רבנו יונה**, בבא בתרא מא, ד"ה קניין בפני שניים: "דכל עיקר קניין בא לגמור הדבר ולחזקו", ושם, עמ' יג, הביא ראיה לשיטה זו מהריטב"א, בבא מציעא מז, ב, ד"ה דבר תורה. ברם, דומה שמדברי שני הראשונים הנ"ל אין כל ראיה לדבריו.
11. באיסוף וליקוט הדעות השונות נעזרתי, בין היתר, במקורות הבאים: הרב אשר זעליג וייס, **מנחת אשר**, בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב (נדפס מחדש בשינויים: הנ"ל, **מנחת אשר**, בבא בתרא, ירושלים, תשס"ד, סי' מו. ההפניות להלן – על פי מהדורת תשמ"ז); הנ"ל, "בדין הקניין", שיעור מס' 133 (קלטת), פרשת תולדות, מרחשון תשנ"ח; הנ"ל, "קניין מכירת הבכורה ליעקב", שיעור מס' 175 (קלטת), פר' תולדות, מרחשון תשנ"ט; רמ"מ סגל, שם, סי' א; הרב אהרן רובינפלד, **תורת הקניינים**, ירושלים תשנ"ב, פרק א, ענף א.
12. ר' שלמה קלוגר ור' יוסף אנגל, מצוטטים בסמוך; ר' מאיר צבי ויטמאיר, **שו"ת רמ"ץ**, יו"ד, סי' עו, אות ב; או"ח, סי' כ, אות כב; הרב דוד טעביל דינאווסקי, "בדין כוונה בקניינים", **אהל תורה** ג (תרפ"ד) [=נדפס מחדש בתוך: **אהל תורה – ברנוביץ (תרפ"ד-תרפ"ז)**, הוצאת מכון ברית התורה, תשנ"ז, עמ' לב, ד"ה ולהנ"ל]; **חידושי רבי שמעון יהורא הכהן שקאפ**, מערכת הקניינים, סי' יא (ירושלים תשנ"ג, עמ' קסג); הרב יחזקאל אברמסקי, **דיני ממונות (הגדרת סוגיהם)**, לונדון תרצ"ט, עמ' 9-13; הרב יחיאל מיכל טוקצינסקי, "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: הרב משה פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תשי"ה, עמ' קמא; הרב מיכאל אליעזר פארשלגר (סוכטשוב, פולין – בולטימור, ארה"ב, מאות י"ט-כ'), **תורת מיכאל**, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קד-קו, וראשונים ואחרונים

דעיקר קנין התורה הוי הגמר בלב להקנות, וכדאמרינן בההוא הנאה דמחתני אהדדי גמרו ומקני להדדי¹³ ואם כן מוכח, היכי דחזינן וידעינן דגמר בלבו – לא בעינן מעשה הקנין, ואם כן היכי דבעינן מעשה הקנין היינו כיון דלא ידעינן מה בלבו, ודלמא אינו גומר בלבו להקנות... **וכל מעשה הקנין אינו רק לברר מה שגומר בדעתו**, אבל אם ידעינן דגמר ומקני בלב שלם – לא בעינן מעשה¹⁴.

רבי יוסף אנגל, ההולך אף הוא בדרך זו, שולל באופן מפורש את הדרך החלופית להבנת דיני הקניין:

דבשאר קניינים [בשונה מן הקניין בקידושין] **אין מעשה הקניין הוא הפועל בעצם, רק ההקנאה באה מעצמה, ממה שהארם מקנה את הקרקע לחבירו מרצונו**. ואך דלולי מעשה קניין לא היינו יודעים שמקנה גם ברצונו, דדיבורא עביד איניש דמיקרי ואמר, ואין ראייה עדיין היות רצונו באמת כך להקנות לו, ומה שאין כן כשעושה מעשה קניין אז ודאי דמקנה לו ברצון הטוב. ועל כרחק עניין מעשה הקניין רק לראיה על היותו מקנה, **אבל לא שמעשה הקניין פועל בעצם את ההקנאה**.¹⁵

לדעה זו, יסוד הקניין הוא גמירות הדעת, וכל הצורך במעשה קניין הוא רק כדי להוכיח על קיומה של גמירות דעת¹⁶, או – לפי כמה מן האחרונים – כדי להביא לידי גמירות דעת¹⁷. כך סברו גם כמה מחוקרי המשפט העברי.¹⁸

שצוינו שם, עמ' קו; ר' ישכר שלמה טייכטאל, שו"ת משנה שכור, ח"א, סי' עב (ירושלים תשל"ד, עמ' 136, ד"ה ואוסיק); ר' יהושע מנחם אהרנברג, שו"ת דבר יהושע, ח"ב, סי' צט, אות ט; ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג; שם, סי' יט, אות י, ד"ה לכן; ריא"ה הרצוג, "הדעת והרצון בהתקשרות ובקנין במשפט התורה", פסקים וכתבים – שאלות ותשובות בדיני חושן משפט, כרך ט, ירושלים תשנ"א, סי' קיא, עמ' תח; אבי החזון איש (להלן, הערה 72); ר' ישראל גרוסמן, שו"ת משכנות ישראל, סי' לג, אות ג; הרב משה שטרנבוך, מועדים וזמנים השלם, חלק ד, ירושלים תשל"ל, סי' רעו, ד"ה ונראה (לדעתו, בגוי יסוד הקניין נעוץ במעשה הקניין ולא בגמירות דעת). יתכן שגם בעל פני יהושע (גיטין עז"ב, ד"ה ולא הוי) סבר כן, אך ביחס לתפקיד מעשה הקניין יש לו שיטה ייחודית. ראו: שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יט, אותיות ח-י, ומנחת אשר, שם, עמ' צ-צא, שנתקשה בדבריו.

13. בסוגיות "בההיא הנאה" נדון להלן, ליד הערות 32-37.

14. רבי שלמה קלוגר, שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה קמא, רסט, ד"ה והנה עוד יש. על דעתו זו חזר גם בתשובות נוספות: שם, רסה, ד"ה ומ"ש אח"כ; ער, ד"ה הנה; מהדורה ג, ח"ב, קמו. כל התשובות הנ"ל עוסקות בעניין בכור בהמה.

15. בית האוצר, פיעטרקוב תרס"ג, ח"ב, דף יט, ב. הוא מבסס דבריו על חידושי מהרי"ט, קידושין יד"ב, ד"ה והא דכתבו התוספות (הוצאת ס. ל. א., בני ברק תשנ"ג, עמ' נג). ר"י אנגל עמד על גישתו זו גם בספריו האחרים: ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א; חוסן יוסף, ניו-יורק תש"ה, סי' קמט.

16. כדי להוכיח לכל אחד מהצדדים על קיומה של גמירות דעת בלב חברו, אך אין מטרתו של מעשה הקניין לגלות לאחרים על גמירות דעת, שכן קניין אינו מוקיק עדים – "לא איברו סהדי אלא לשקרי" (קידושין סה"ב).

17. למשל: אבי החזון אי"ש (להלן, ליד הערה 72); פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יב.

18. המנהג מעיד על קיומה של גמירות דעת – גולאק (לעיל, הע' 7), ח"א, עמ' 57, 102-103, ח"ב, עמ' 32; שילם ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל"ד, 1-15, במיוחד בעמ' 2 ו-15; זרח ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי, ירושלים תשמ"ה, עמ' 94-115, במיוחד בסיכום, עמ' 113-114. המנהג מביא לידי

ב. סוגיות הגמרא שמוכח מהן שקניין מבוסס על גמירות דעת

נסקור כמה מן הסוגיות אשר הובאו כראיה לשיטה זו.¹⁹

1. "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב, א-ב)

בדבריו לעיל²⁰ מעמידנו הרב שלמה קלוגר על אחת מהראיות לשיטתו – דברי רב גידל בשם רב ביחס להסכמים ממוניים הנעשים בשעת שידוכין:

כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו – קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה.²¹

והטעם שניתן לדין זה בבבלי: "בההיא הנאה דקמיחתני אהדי גמרי ומקני להדי".²² הרי לנו, כי כאשר יש גמירות דעת ניתן לקנות גם "באמירה", קרי: "בלא [מעשה] קנין".²³ כך עולה גם מדברי רבנו תם, כשמביא ממימרת רב גידל סיוע לכך שניתן להתחייב מנה בשטר: ואין לתמוה, היכי משתעבד בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנין בשטר? דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך [=הכוונה למימרת רב גידל].²⁴

ההוכחה מדברי רב גידל אינה חד-משמעית כיוון שניתן להבין את דינו בצורה אחרת ונחלקו בכך ראשונים ואחרונים: הרב יוסף פוזנר הבין שדין זה "אומד חכמים הוא, שחכמינו אמרו דעתו, [ד]מחמת דמתחתי אהדי גמר ומקנה באמירה בעלמא כקנין דעלמא".²⁵ אולם חותנו, בעל הנודע ביהודה, חלק וסבר כי דין זה "בודאי תקנת חכמים היא, שאם לא תקנת חכמים, מה בכך דגמר ומקני באמירה, כיון שאין האמירה קנין, מה מועיל גמירת

גמירות דעת – שלום אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל-אביב תשל"ו, עמ' 112 ואילך, במיוחד בעמ' 119, ובהערה 42.

19. סוגיות נוספות שהובאו על ידי האחרונים כראיה לגישה זו, ולא יידונו במאמר זה: שיתופי מבואות ועירובי תחומין – יש בין האמוראים הסבורים שאין צורך לעשות מעשה קניין בעירוב כדי שיוכו בו אחרים ("לזכות על ידי אחר"). והטעם, שמתוך שאוסר עליו (בעירובי חצרות ומבואות) או כיוון שעושה לשם מצווה (בעירובי תחומין) – "גמר ומקני" (עירובין פ, א, וראו רש"י שם, ד"ה רבי חייא קאי; ותוספות שם, ד"ה רב אמר); הנותן לחברו מתנה מועטת – קנה אף שלא עשה מעשה קניין (בבא מציעא מט, א, וראו תוספות כתובות קב, א, ד"ה אליבא); סוגיית "ירא שמים" (בבא בתרא פח, א); "הכותב לנשיא אין צריך לזכות" (משנה, נדרים מח, א); מעמד שלושתן (גיטין יג, א, ומקבילות, וראו תוספות בבא בתרא קמד, א, ד"ה כהלכתא). מנגד, יש סוגיות שמהן הביאו האחרונים ראיה לדעה המנוגדת. הבולטת שבהן – סוגיית "קניין המועיל" (בבא מציעא י, א). ייתכן, כי המקורות השונים בספרות התלמודית אכן חלוקים ביניהם, אך עניין זה זקק בירור מקיף החורג מגבולותיו של מאמר זה.

20. לעיל, בסמוך להערה 14. ראיה זו הובאה על ידו גם שם, סי' ער, ד"ה הנה.

21. מועד קטן יח, ב; כתובות קב, א; קידושין ט, ב.

22. כתובות קב, ב.

23. רש"י על מימרת רב גידל, קידושין, ט, ב, ד"ה באמירה.

24. תוספות כתובות קב, א, ד"ה אליבא. וראו נחל יצחק (לר' יצחק אלחנן ספקטור מקובנה), סי' מ, ענף ד, שדן בדברי תוספות הנ"ל, והרגיש שיש להם "שיטה אחרת" משיטתו, ולדעתם "כיון דגמר ומקני – מועיל, אף דאין זה מדרכי הקנאה".

25. שו"ת נודע ביהודה קמא, חו"מ, כז, ד"ה ומ"ש כבוד אדוני וז"ל אבל בשטרי.

דעתו²⁶. לדעת הרב פוזנר, יש מכאן ראייה שגמירות דעת יוצרת קניין. לעומת זאת, לדעת בעל הנודע ביהודה, מעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, ולכן המסקנה המתבקשת היא שיש כאן תקנת חכמים מיוחדת.²⁷

מחלוקת זו מצויה כבר אצל הראשונים: המאירי כותב, שדינו של רב גידל הוא "תקנת חכמים", ומה שאמרה הגמרא בההיא הנאה דמחתני אהדדי, "אין זה עיקר הטעם, אלא כדי שלא יהא הדבר כהלכתא בלא טעמא, סמכו הטעם לומר בההיא הניתא". אמנם, בהמשך דבריו הביא דעה אחרת, ולפיה אכן "בההיא הנאה" הוא עיקר הטעם, והדבר תלוי במידת הנאת החיתון, קרי בגמירות הדעת.²⁸ ברם, גם אם נסבור כדעות שאין כאן תקנת חכמים, יש מקום לטעון כי דינו של רב גידל מצומצם ונוגע ליצירת התחייבות אך אינו תקף בהקנאת נכסים. מדובר, כאמור, באבי החתן ואבי הכלה המסכמים ביניהם: "כמה אתה נותן לבנך/לבתך". ודוק: "מה אתה נותן" לא נאמר כאן, אלא "כמה", היינו: התחייבות על סכום כסף ולא הקנאת נכסים בעין.²⁹ ואם כך, לא ניתן להביא מכאן ראייה, כי יכול להיווצר קניין בנכסים על ידי גמירות דעת גרידא.

אמנם, מדברי האחרונים שהביאו ראייה מסוגיה זו לגישתם שעיקר הקניין בגמירות הדעת,³⁰ משמע שלא הבחינו לעניין זה בין התחייבות לקניין. מצאנו אף מי שכתב במפורש, כי מלשון הגמרא עולה שמדובר כאן גם בהקנאה ממש, הן של קרקע והן של מטלטלין, ולא רק בהתחייבות.³¹

26. שם, כח, ד"ה עוד אהובי חתני ידידי. והוסיף שם: "ורש"י שפירש הטעם משום דגמר ומקני, הוא טעם למה חידשו חכמים בכאן קנין [ב]אמירה, הוא משום דאמדו חכמים דעתם דניחא להו, ולכן תקנו חכמים שיהיה זה קניין". על דעתו זו חזר שם, מהדורה תנינא, חו"מ, מב. והשוו לדברי הריטב"א, להלן, הערה 42.

27. ראו: תיק 563/תשכב (רחובות), פד"ר ה, 124, בעמ' 126. לדעת בית הדין, בשאלה זו נחלקו המבי"ט ור"י קארו בשו"ת אבקת רובל, פ-פא, לגבי תנאים ממוניים שהתנו אנוסים ביניהם בעת שנישאו כמנהגי הגויים. המבי"ט שם, פ (ירושלים תש"ך, עמ' עא), הוסיף, שהואיל וכך הוא המנהג (להתנות בשעת נישואין), הרי שיש לתנאים אלו תוקף של קניין סיטומתא.

28. המאירי קידושין, טב, (מהד' ר"א סופר, ד"ה זה שאמר, עמ' 67). וראו עוד: המאירי כתובות, קא, ב (מהד' ר"א סופר, עמ' 467, 472). כידוע, המאירי נתגלה רק עם גילוי הגניזה הקהירית (בראשית המאה ה-17), ולפיכך לא ראו אחרונים את דבריו. על שתי הדעות במאירי ועל זיקתן לשאלת היסוד בדיני הקניין עמדו: פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יט; הרב וייס, "בדין הקניין" (לעיל, הערה 11).

29. דיוק זה העלה הרב וייס בשיעוריו (לעיל, הערה 11), וכבר קדמו הרב ב' רבינוביץ-תאומים, חוקת משפט – הלכות מכירה, ירושלים תשי"ז, קונטרס אחרון – אורח משפט, סי' א, אות ד (וראו שם, שחלק מן הפוסקים הבין כנראה שמדובר בהקנאה ולא בהתחייבות. וראו עוד בסמוך). נראה, שכך הבין גם ר' אפרים זלמן מרגליות (ברודי, המאה ה'ט), שו"ת בית אפרים, יו"ד, סו, ד"ה ולפי"ז, הכותב: "אבל שיקנה באמירה לא אשכחן אלא כגון כמה אתה נותן לבנך כו", וגם שם אינו אלא חיובא דגופא".

30. ראו, למשל, באחרונים שצוינו להלן, הערה 33.

31. נחל יצחק סי' מ, ענף ג. הקנאה – שכן נעשה שימוש בלשון של קניין, הן בדברי רב גידל: "עמדו וקידשו – קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה", והן בהסבר הגמרא: "בההיא הנאה... גמרי ומקני", ולא כתוב: "גמרי ומשעבדי נפשיה" (השוו לבבא מציעא צד, א); ושמדובר גם במטלטלין – הסיק מסתימת הלשון, והוכיח כן גם מירושלמי בכתובות. ראו שם, ענפים ג-ד.

2. סוגיות "בההיא הנאה גמר ומקני"

מימרת רב גידל אמר רב, שנידונה לעיל, היא אחת מכמה סוגיות, שבהן מצאנו כי יש קניין גם בלא מעשה קניין, וכי די בכך שיש למקנה הנאה כלשהי שמביאה אותו לגמירות דעת ("בההיא הנאה גמר ומקני").³² סוגיות אלו הובאו על ידי האחרונים כראיה לגישה כי עיקר הקניין בגמירות הדעת,³³ ולפיכך כשיש ראיה חזקה על קיומה של זו, שוב אין צורך במעשה קניין.³⁴

שתי דרכים עיקריות מצאנו כבר אצל הראשונים כדי להתמודד עם סוגיות "בההיא הנאה" ולצמצם את החידוש שבהן: האחת מסבירה, בדומה למה שמצאנו לעיל ביחס ל"דברים הנקנים באמירה", כי מדובר בתקנות חכמים מיוחדות.³⁵

דרך נוספת להסבר סוגיות אלו היא לומר, כי "ההיא הנאה" אינה פועלת מצד גמירות דעת אלא נחשבת כמעשה קניין, כקניין בסף או כקניין חליפין.³⁶

ברם דומה כי שתי הדרכים גם יחד קשות, וכי הדרך הפשוטה בביאור סוגיות אלו היא, לומר שה"הנאה" במקרים אלו אכן מביאה לגמירות דעת, ומכוחה של זו – מתבצע הקניין ("גמר ומקני").³⁷

3. המזכה לעובר (בבא בתרא קמב, ב)

כאמור, בסוגיות "בההיא הנאה" לא נעשה מעשה קניין. לסוגיות אלו ניתן לצרף סוגיה אחרת אשר בה אמנם נעשה מעשה קניין, אלא שאין לו תוקף על פי דיני הקניין; מצב השקול למקרה שבו לא נעשה כלל מעשה קניין. חרף עובדה זו ההלכה קובעת שהקניין תקף, מהטעם שניסיונות המקרה מורות כי הייתה למקנה גמירות דעת מלאה להקנות.

32. למשמעותו של הביטוי "בההיא הנאה", ראו: שמא יהודה פרידמן, "הנאה וקניינים בתלמוד", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 115-145. בנספח א למאמרו סוקר פרידמן את כל הסוגיות בבבלי שבהן נזכר הביטוי "בההיא הנאה"; ברכיהו ליפשיץ, **אסמכתא** (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 209-219; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות** (ירושלים תשס"א), עמ' 88-90, 378-383, 421, 464. על משמעות "בההיא הנאה" ביחס לערב, ראו: הרב שאול ישראלי, **משפטי שאול** – פסקי דין, ירושלים תשנ"ז, עמ' שכב.

33. ר' שלמה קלוגר (**לעיל**, הערה 14); ר"י אנגל, **ציונים לתורה**, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א; **רש"י**, בכורות יח, ב, ד"ה תד"ה אקניי; **שו"ת דבר יהושע**, ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג. כך סובר גם אלבק (**לעיל**, הערה 18), עמ' 116-117.

34. אמנם נראה שמוסכם על הכל כי לא ניתן לומר ש"הנאה" יוצרת קניין בכל מקום, אלא רק במקומות שאמרו חכמים כן. ראו: **נחל יצחק** סי' מ, ענף ד; **חזון אי"ש** בכורות, סי' יט, אות יג; בבא קמא, סי' כא, אות ה.

35. ראו: הרב הרצוג (**לעיל**, הערה 12), ד"ה כנראה. ראיה לטענתו הביא מחידושי הרשב"א בסוגיית הלוקח מן הגזול (**בבא מציעא** טו, ב): "מוכח מזה שלא נטתה דעת הרשב"א לחשוב בההיא הנאה ליסוד מספיק בעצם, אלא רק לשמש בסיס לתקנת חז"ל שיקנה הלוקח". דומה, כי דברים אלו עולים בקנה אחד עם מסקנת הרשב"א בחידושו בבבא קמא קב, (כפי שנביא **להלן**, ליד הערה 62). כך מצאנו אצל כמה מן הראשונים גם ביחס לסוגיית "המזכה לעובר" (אמנם, הביטוי "בההיא הנאה" לא נזכר שם, אך תוכן הדברים זהה, וראשונים ואחרונים השוו בין הסוגיות) – ראו **להלן**, הערה 42, במיוחד בדברי הריטב"א.

36. לסקירת דעות הראשונים בעניין זה, ראו: **נחל יצחק** סי' מ (כולו); פרידמן, (**לעיל**, הערה 32), עמ' 123-127.

37. על הצורך ב"הנאה" כיסוד לקניין, ראו עוד **להלן**, הערה 108.

כוונתנו למימרה שהובאה במסכת בבא בתרא בשם ר' יוחנן:

המזכה לעובר – לא קנה,³⁸ ואם תאמר משנתינו [האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה – ילדה זכר יטול מנה] (משנה, ב"ב ט, ב), משמע: ניתן לזכות לעובר – הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו [רשב"ם: "וגמר ומקנה בכל לבו, אבל לעובר אחר – לא קנה"]³⁹.

הרי לנו שוב, שגמירות הדעת היא עיקרו של הקניין, וכי בכוחה ליצור קניין גם בהעדרו של מעשה קניין תקף.⁴⁰

אמנם ניתן להשיג על כך ולומר, כי יש מסוגיה זו ראייה רק על כך שניתן על ידי גמירות דעת ליצור התחייבות לתת לעובר מנה, אך עדיין אין מכאן ראייה, כי ניתן גם ליצור קניין ולהעביר בעלות בנכסים בדרך זו.⁴¹ נוסף לכך, חלק מהראשונים צמצמו את דברי המשנה הנזכרת והעמידוה ב"שכיב מרע" ופירשו שזו תקנת חכמים מיוחדת, כדי שלא תיטרף עליו דעתו,⁴² וכך גם דעת אחד האמוראים בירושלמי.⁴³ עם זאת מפשטות לשון המשנה משמע כי הלכה זו נאמרה בכל אדם ומעיקר הדין, וכך גם נפסק להלכה.⁴⁴

4. הקנאת בכור בהמה לכהן (בכורות יח, ב)

שנינו בבכורות:

רחל שלא ביכרה וילדה שני זכרים, ויצאו שני ראשיהן כאחת... מת אחד מהן, רבי טרפון אומר: יחלוקו [הבעלים והכהן], רבי עקיבא אומר: המוציא מחבירו עליו הראיה.⁴⁵

מדובר בכבשה שהמליטה שני טלאים ולא ברור איזה טלה הוא הבכור, שאותו יש לתת לכהן. בגמרא העמיד רבא את מחלוקתם:

38. הטעם, לפי שזו הקנאה למי שלא בא לעולם, ובדומה להקנאת דבר שלא בא לעולם – אינה תקפה. ראו **בבא בתרא** קמא, ב-קמב, ב. וראו עוד: "דבר שלא בא לעולם", **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ז, עמ' נ-נג.

39. **בבא בתרא** קמב, ב.

40. וכן הסבירו חלק מהמפרשים את הבעיה בהקנאה למי שלא בא לעולם שהיא נובעת מחסרון בגמירות דעת (ולא מצד שעובר אינו בר זכיה, השוו לדברי הריטב"א, **להלן**, הערה 42), וכשיש ראייה על גמירות דעת מלאה – הקניין חל.

41. ר"א וייס, **מנחת אשר** בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צד.

42. **נימוקי יוסף** על הרי"ף בבא בתרא ס"א, בשם הגאונים (וכך הבינו בדעת הרי"ף כמה מן הראשונים, אך הדבר אינו מוסכם. ראו **ש"ך** חו"מ רי, א); **רמב"ן** יבמות ס"ז, א, סוף ד"ה האי; **ריטב"א**, בבא בתרא קמב, ב, ד"ה ואם תאמר, בשם "קצת רבוותא" ובשם מורו הרא"ה. הריטב"א סובר שעובר אינו יכול לקנות כי אינו "בר זכיה", ואם כן מה מועיל שדעתו של אביו קרובה אליו? ומכאן שמדובר בשכיב מרע, ומשום ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו" תיקנו חכמים כן, כדי שלא תיטרף עליו דעתו.

43. **ירושלמי יבמות**, ד, א, ביחס למשנתנו: "על דעתיה דרבי לעזר, ובלבד שכיב מרע, הא בריא – לא".

44. **רמב"ם** מכירה כב, י, ומגיד **משנה**, שם; **שולחן ערוך** חו"מ רי, א, ואת הדעה החולקת הביא כיש אומרים. וראו **ש"ך** שם, א.

45. **משנה** בכורות ב, ו.

בחצר בעה"ב ורועה כהן, רבי טרפון סבר: אקנויי קא מקני ליה [=בעל הבית לכהן] בחצירו, וניחא ליה⁴⁶ דליתעביד מצוה [בממוניה],⁴⁷ והוה ליה כשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ביניהן ומסתלק.⁴⁸

כלומר, הכבשה הייתה בחצירו של הבעלים, ובכל זאת, רבי טרפון סבר שהבעלים הקנו לכהן את הבכור. בתוספות ביארו כיצד התבצעה ההקנאה:

ואפילו בלא קנין קא קני [קונה הכהן], דגמר ומשעבד נפשיה [בעל הבית], אי נמי כמה פעמים הרועה פותח ונועל... וברשות בעל הבית קא מחזיק.⁴⁹

מסוגיה זו, ובמיוחד מהתירוף הראשון בתוספות, הסיקו כמה מן האחרונים, שכאשר יש גמירות דעת מלאה ניתן לקנות גם בלא מעשה קניין.⁵⁰ אמנם, מן הסוגיה עצמה אין הכרח להגיע למסקנה זו, שכן ייתכן כי אין מדובר בהקנאה ממש.⁵¹

5. הקנאת מתנות כהונה למכירי כהונה (בבא בתרא קכג,ב)

הלכה פסוקה היא שבכור אינו נוטל פי שנים בירושת אביו כאשר הרכוש הוא בגדר "ראוי". בגמרא נידונה השאלה מה נכלל ב"ראוי" ומה לא:

תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה... היכי דמי? אי דאתי לידי אבוהון, פשיטא. ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק? הכא במכירי כהונה עסקינן, ודאשחית בחיי אבוהון, וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו.⁵²

כלומר הגמרא הסבירה שזרוע לחיים וקיבה אינם בגדר "ראוי" כיון שמדובר ב"מכירי כהונה". וכך ביאר זאת הרשב"ם: "שאנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה, ומזכין לו זיכוי גמור⁵³ במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו",⁵⁴ ובהמשך: "שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן עדיין בתוך הבהמה, ודמי כמי שהוחזק בהן בחייו".⁵⁵

46. בכ"י מינכן: דניחא ליה, וכן הגירסא ברש"י ובהגהות הב"ח.

47. כך בנדפס, ובכ"י מינכן גרס מילה זו.

48. בכורות יח,ב. הציטוט על פי דפוס וילנא.

49. תוספות בכורות שם, ד"ה אקנויי.

50. שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורה קמא, לו, ד"ה ונלע"ד עוד; רש"ש, בכורות יח,ב, ד"ה תוד"ה אקנויי.

51. ראו: מהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, כב; ר"א וייס מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צב-צד. הרב וייס שם טוען, כי גם מדברי התוספות בתירוצם הראשון אין ראיה מכרעת. מכל מקום, ייתכן שגם בעלי התוספות הסתפקו בשאלה זו, ולכן הביאו תירוף נוסף.

52. בבא בתרא קכג,ב.

53. הרש"ש, שם, העיר על דברי רשב"ם אלו, "ומזכין לו זיכוי גמור": "רצונו לומר בְּלִפְנֵי".

54. רשב"ם, שם, ד"ה ה"ג במכירי כהונה עסקינן.

55. שם, ד"ה ודאשחית.

מכאן למדו כמה מן האחרונים, כי ניתן להקנות בגמירות דעת גם בלא מעשה קניין, לפי שיסוד הקניין בגמירות הדעת.⁵⁶ אמנם, יש אחרונים שדחו הראיה מסוגיה זו.⁵⁷

6. "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן... מעיקרא" (בבא קמא קב,ב)

שנינו במשנה במסכת ערכין:

אחד המקדיש את נכסיו ואחד המעריך את עצמו, אין לו נלגזבר למשכנו עבור הערך או כחלק מנכסיו ההקדש⁵⁸ לא בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבען לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן.⁵⁹

הבבלי בבבא קמא דן במשנה זו, ומקבל את הסברו של רבי אבא: "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא".⁶⁰ מפשטות דבריו משמע, כי לא נעשה מעשה קניין על ידי המקדיש בטרם הקדיש, אלא שעל ידי כוונתו להקנות לאשתו ולבניו את החפצים הללו הם זכו בהם גם בלא קניין.

כך אמנם הובנו דברי רבי אבא על ידי כמה ראשונים. כך מפורש בראב"ד: "כי משם הצבע זוכה להן במחשבתו וכוונתו. ואע"פ שהצבע אינו מקנה צבעו לאשה אלא לבעל, הוא עצמו בשעה שמקדיש נכסיו גומר בדעתו להקנות לאשה".⁶¹ וכך גם הרשב"א בחידושו, בתירוץ הראשון: "היאך קנו ומי זכה להן? וי"ל, דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר דעתו בהקנאה וזכייה לקנות, ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא".⁶² יצוין, כי הרשב"א מעלה אפשרות שתקנת חכמים לפנינו, אך הוא דוחה אותה ומוכיח שההקנאה היא דין גמור מחמת גמירות דעתו של המקדיש [המקנה].⁶³

56. שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה קמא, ער, ד"ה הנה; ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו,א; הרב ברוך תאומים פרנקל, גליונות ברוך טעם על קצות החושן, סי' רמג, ד.

57. שו"ת בית אפרים (יו"ד, סו) הסביר, כי במכירי כהונה שאר הכהנים מסיחים דעתם מהמתנות, בודעם שלא יזכו בהן, ולכן זוכים המכירים במתנות גם בלא מעשה קניין; תורת הקניינים (לעיל, הערה 11), עמ' ה, אות י; מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב.

58. על פי רש"י בבא קמא קב,ב, ד"ה אין לו.

59. משנה ערכין ו, ה.

60. בבא קמא קב,ב.

61. ראב"ד (מהד' אטלס, תשכ"ג), שם. גם בספר התרומות (שער א, א, ה) כתב, שהבעל זוכה לאשתו ובניו "בדיבור בלבד".

62. רשב"א בבא קמא קב,ב, ד"ה הא דאמר ר' אבא (מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ז, עמ' תקי).

63. הביטוי "נעשה כמי שהקנה להן" (במקום: "מקנה להן") הוא שהביא את הרשב"א לומר, שמא תקנת חכמים היא זו, היינו: האדם אינו מקנה באמת, אלא "לב בית דין מתנה" על כך. הרשב"א שם מסיק, שהוראת הביטוי האמור היא: אנו אומרים את דעתו שהקנה, אף שלא עשה כן בפירוש, וכך גם לגבי "נעשה כאומר לו: לבשתגב פרתי ותרצה ותשלמני, הרי פרתי קנויה לך סמוך לגניבתה" (בבא מציעא לד,א). לעומת זאת, בחידושי רשב"א, גיטין יג,ב, ד"ה וכתב הראב"ד (מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ו, עמ' קב), ביאר את דברי אמימר ביחס למעמד שלושתן, "נעשה כאומר לו... שעבדנא לך לדיך ולכל דאתו מחמתך": "לא שירדו חכמים לדעתן של לוין ושמך שכך התנה לו בלבו, אלא לומר תקנה התקינו חכמים כאלו אמר לו כך". השוני בין המקומות מתבאר על ידי הרשב"א, שם: אם למתנה יש "תועלת בתנאי", הרי שגומר בדעתו להקנות. אך במעמד שלושתן אין למלוה כל הנאה להשתעבד

בתירוץ השני כותב הרשב"א שאין כאן הקנאה ממש ואת התירוץ הזה הוא מחשיב לעיקר.⁶⁴ גם מדברי רשב"א במקום אחר עולה, כי מן הדין לא ניתן להקנות בגמירות דעת בלא מעשה קניין.⁶⁵

בדומה לראב"ד ולרשב"א בתירוץ הראשון – ולעתים בעקבות דבריהם – מביאים כמה מן האחרונים סוגיה זו כראיה לכך שהקניין נעשה בגמירות דעת בלבד.⁶⁶

7. סיטומתא (בבא מציעא עד, א)

מסוגיית סיטומתא הסיקו ראשונים ואחרונים, כי יש תוקף לדרך קניין הנהוגה במקום מסוים, גם אם אינה כלולה ברשימת דרכי הקניין שבמשנה ובתלמוד.⁶⁷ עקבי לשיטתו, שנתבארה לעיל, מסביר רבי יוסף אנגל גם את דין סיטומתא:

והיינו טעמא נמי דסיטומתא דקני באתרא דנהיגי למיקני, ואף דלא נתנה תורה קניין זה, מ"מ כיון דכל הצרכת מעשה קניין רק להוראה על הרצון, וע"כ [=ועל כרחק] כיון שנהגו לקנות בו הוי ליה גם הוא הוראה על הרצון שפיר מפאת המנהג, ושוב קונה גם מעיקר הדין מפאת הרצון לבד.⁶⁸

גם אחרונים נוספים ביארו את דין סיטומתא בדרך דומה.⁶⁹ אמנם, דין סיטומתא הוסבר על ידי ראשונים ואחרונים גם בדרכים אחרות.⁷⁰

לאחרים, ולכן אין מצידו גמירות דעת, אלא תקנת חכמים היא זו. אמנם, מקצות החושן (צו, יג) משמע שהבין ש"נעשה כמי שהקנה" האמור במקדש נכסיו הוא תקנת חכמים ולא קניין ממש, ולכן יכול היה לבאר כי נחשב כן רק ביחס לאחרים, אך ביחס לעצמו – עדיין נחשבים הנכסים בבעלותו ויכול למכרם. על הביטוי "נעשה כ..." כמציין בדיה (פיקציה) משפטית, ראו עוד: שמואל אטלס, נתיבים במשפט העברי, ניו יורק תשל"ח, עמ' 272 ואילך.

64. רשב"א בבא קמא, שם. וראו שם, הערה 388, מה שתמה המהדיר על תירוץו.

65. רשב"א גיטין יג, ב, ד"ה וכתב הראב"ד.

66. ראו: רש"י, בכורות יח, ב, ד"ה תד"ה אקנויי; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן שקאפ, מערכת הקניינים, סי' יא, עמ' קסג, המסיק מדברי רשב"א אלו: "דקנינים אינם גזירת הכתוב... דענין קנין הוא גמירת דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע"י מעשה"; ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א; תורת מוכאל, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קד; גם במנחת אשר (בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צד) דן בסוגיה זו, ואחר שמנסה לדחות הראיה ממנה בכמה אופנים מסיים: "אך כל זה דוחק, ובפשטות משמע מזה דבאמת מהני גמר ומקנה לקנין, וצ"ע".

67. על הבסיס ההלכתי-משפטי לדין סיטומתא ועל פרשנותם המרחיבה של ראשונים ואחרונים לסוגיה זו ראו בחיבורי (לעיל, הע' כותרת המאמר), עמ' 279-227; ובמאמרי, "קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי – הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני", מחקרי משפט כד (תשס"ח), עמ' 243-298.

68. ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א.

69. ר' שלמה קלוגר (לעיל, הערה 14); רש"י, בכורות יח, ב, ד"ה תד"ה אקנויי; שו"ת רמ"ץ יו"ד, סי' עו, אות ב; אור"ח, סי' כ, אות כב; מהרש"ם, משפט שלום סי' קצד, סע' ב, ד"ה כלל העולה (אם כי בהמשך הסתפק בכך); חידושי רבי שמעון יהודה הכהן שקאפ, מערכת הקניינים, סי' יא, עמ' קסג; פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יא-יב.

70. ראו בחיבורי (לעיל, הערת כותרת המאמר), עמ' 289-348; ובמאמרי, לעיל, הערה 67.

לסיכום הגישה שהוצגה בפרק זה נביא את דבריו הקצרים והבהירים של ר' שמריהו יוסף קרליץ, אביו של החזון איש:⁷¹

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, דוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן.⁷²

נראה, כי שיטה זו דורשת הבהרה. באומרנו, כי מטרת מעשה הקניין לגלות על גמירות הדעת, אין הכוונה כי כל אחד מפרטי הלכות הקניינים נגזר באופן ישיר מאופן גמירות דעתם של בני אדם. אכן, דרכי הקניין – בין אלו שמן התורה ובין אלו שמתקנת חכמים – נקבעו כדי להעיד על גמירות הדעת.⁷³ אולם ברור, "שאעפ"י שזהו היסוד של כל דרכי ההקנאה, אבל יש בכל זאת גדרים דוגמטיים בדרכי הקניינים שאין מתחשבים לגמרי עם יסוד זה באופן רציונלי פשוט".⁷⁴ וכוונת הדברים, לכל פרטי דיניהן ודקדוקיהן של דרכי הקניין, לדוגמה: צורת מעשה הקניין, המקומות שבהם מועילה כל אחת מדרכי הקניין ובהם אינה מועילה, וכדומה.⁷⁵

אמנם, ניתן לנסות ולטעון כי המחלוקות ופרטי הדינים השונים שבהלכות הקניינים המצויים בתלמוד סובבים סביב שאלת גמירות הדעת, ויש אף אחרונים שהלכו בדרך זו.⁷⁶ ברם, נראה לנו, כי אף שבכמה מקרים ניתן אולי להסביר כך, הרי שלא ניתן לומר כן ביחס לכל הסוגיות.⁷⁷

71. כיהן 34 שנים כרב בקוסובה, ליטא, החל משנת תרמ"ב ועד פטירתו. ראו עליו: הרב שלמה כהן (עורך), פאר הדור – חיי החזון איש, בני-ברק תשכ"ז, עמ' מח-סה.

72. חזון איש ח"מ (בני ברק, תשכ"ו), כב, דף נא, ד"ה כלל גדול. הדברים הועתקו מהגהותיו של האב על טור, ח"מ. ככל הנראה, דעת החזון איש עצמו בנושא זה אינה כדעת אביו, ראו להלן, הערה 99.

73. החידוש הוא שגם ביחס לקניינים מן התורה אומרים כן, כפי שכתב במפורש ר"י אנגל, ציונים לתורה, לעיל, הערה 15: "והוא [=מעשה הקניין] רק מעשה הוראה על הרצון, וקבעה תורה בכל דבר מעשה השייך בו לפי עניינו... שיוכל האדם להורות בה רצונו בבואו להקנות לחבירו". ולא חשש ר"י אנגל, כפי שלא חששו אחרונים אחרים, שיש בהסבר זה משום נתינת "טעמא דקרא" (כפי שהקשה הרב וייס, להלן, ליד הערה 79, וראו עוד שם בעניין זה).

74. הרב הרצוג, לעיל, הערה 12.

75. השוו לדברי ליפשיץ (לעיל, הע' 32), עמ' 394, הערה 1, ביחס לדרישה שהקניין יחול "מעבשיו": "הצורך שהאמצעי שבו נעשה הקניין יהיה מצוי בפועל בעת תחולתו של הקניין... מלמד על כך, שמהותו של מעשה הקניין אינה קשורה באופן בלעדי למישור של סמיכות הדעת. אילו כך היו פני הדברים, ניתן וצריך היה לומר, שמכיוון שנעשה מעשה קניין למדנו על סמיכות דעתם של הצדדים לעסקה להעברת הזכויות בנכס מן המקנה אל הקונה, ואין זה משנה מתי יעברו הזכויות מיד ליד. תפיסת מעשה הקניין היא אפוא תפיסה מכנית נוקשה למדי".

76. תורת מיכאל, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קו, המסביר שמחלוקת ריש לקיש ורבי יוחנן, האם משיכה קונה או מעות, תלויה בשאלה, "במה מראה דגמר בלבו ואיזו הסכמה צריך", והוסיף: "וכן הענין בשאר קניינים"; כך כתב גם פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יב-יג, ביחס למחלוקת ריש לקיש ורבי יוחנן, על פי דברי המקנה (ר' פנחס הלוי הורביץ), קידושין כב, ד"ה בגמרא אמר שמואל.

77. דוגמה לסוגיה שאותה יקשה מאוד להסביר על יסוד שאלת גמירות הדעת, היא הסוגיה בבכורות יג, א, הקובעת שדרכי הקניין במטלטלין בישראל ובגוי הן שונות. ראו על כך להלן, ליד הערה 91 ואילך.

לאור האמור, יש להבחין, אפוא בין תכלית מעשה הקניין לבין הסיבה להיווצרותו. היינו: בין שאלת מטרת מעשה הקניין – שעליה התשובה ברורה, להביא לגמירות הדעת או להוות ראיה על קיומה – לבין השאלה, מדוע נקבעה דרך קניין פלונית בצורה מסוימת, שאלה שאינה מעניינתו במאמר זה.⁷⁸

ג. הקשיים בשיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת והדרכים ליישובם

לדעת מורי ורבי הרב אשר וייס,⁷⁹ קשה לומר על מעשי הקניינים שאינם פועלים בעצמם את העברת הבעלות וכל מטרתם רק להוכיח על גמירות דעתו של אדם. הקושי חמור במיוחד ביחס לקניינים מדאורייתא, שכן יש בכך משום נתינת "טעמא דקרא" לקניינים שקבעה תורה, וכן "קשה הדבר לומר על דין תורה דאינו אלא להוכיח על כונתו ולא בעצם". אולם, גם ביחס לקניינים דרבנן מסתבר שמעשה הקניין הוא היוצר את הקניין. בהקשר זה ראוי להעיר כי כבר כתבו כמה אחרונים, על סמך דברי התוספות,⁸⁰ כי לכולי עלמא מותר ליתן טעם למצוות התורה (והדיון בראשונים בנושא טעמי המצוות יוכיח), ומה שנחלקו תנאים אם "דרשינן טעמא דקרא", הוא רק כשבאים לגזור נפקות הלכתית מן הטעם.⁸¹ טענה נוספת טוען הרב וייס כנגד הסוברים שיסוד מעשה הקניין בגמירות הדעת. אם כדבריהם, מדוע אפוא כאשר אדם עשה מעשה קניין, וגילה בכך דעתו שרוצה לקנות, אך לא עשהו כדין, כגון שביצע קניין משיכה ברשות הרבים –

למה לא יקנה? הלא אין הקנין עושה כלל את עצם ההקנאה אלא דעת האדם בלבד, והלא בודאי הוכיח רצונו ע"י קנין, וע"כ דמעשה הקנין הוא שפועל בעצם את העתקת הבעלות מאדם לאדם.⁸²

78. נראה, שחלק מדרכי הקניין נקבע על סמך המנהג. ראו למשל: שטר במטלטלין – לא קונה, כי "שטרא לפירי לא עבדי אינשי" (בבא בתרא לג, ב); מסירה בבהמה – רש"י קידושין כה, ב, ד"ה נקנית במסירה, "אבל משיכה לא מקניא, דאין דרכה בכך" (אמנם ראשונים אחרים שם חלקו על רש"י, אם כי לא בהכרח על העיקרון). עם זאת, כאמור לעיל, בפרטי הלכות הקניין מצויים גם יסודות "פורמאליים" שאינם משקפים בהכרח גמירות דעת.

79. מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ.

80. תוספות גיטין מט, ב, ד"ה ורבי שמעון.

81. ראו: הרב צבי שכטר, ארץ הצבי, ניו יורק תשנ"ב, עמ' קלה. ניתן לטעון כי גם בנידונו יש נפקות הלכתית לטעם שביסוד מעשה הקניין, והיא: אם מקבלים את הגישה שיסוד הקניין בגמירות הדעת, הרי שבכל מקרה שבו ניתן להסיק מן הנסיבות על גמירות דעתו של המקנה – יחול קניין אף בלא מעשה קניין. לעומת זאת, אם מקבלים את הגישה שמעשה הקניין נחוץ כיסוד עצמאי – לא יחול קניין בלא מעשה קניין. ברם, דומני כי באופן מעשי לא קיימת נפקות בין שתי השיטות. שכן, כפי שכבר ציינו (לעיל), הערה (34), גם בעלי הגישה הראשונה מסכימים, כי לא ניתן לומר שקניין נעשה בגמירות דעתו של המקנה גרידא ("בהדיא הנאה"), אלא באותם מקרים שקבעו חכמים כן. לדעות שונות בעניין "טעמא דקרא" ראו: אנציקלופדיה תלמודית, כרך כ, עמ' תקסח. בשיחה עמי הבהיר ר"א וייס, שהביטוי "טעמא דקרא" שנקט הוא רק שיגרא דלישנא ואינו בדווקא.

82. מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ.

אף על פי כן נראה לנו, כי גם בטענה זו אין כדי לבטל את השיטה שיסוד הקניין בגמירות הדעת. אכן מטרת מעשה הקניין היא להוכיח על גמירות הדעת, אך, כאמור לעיל, קיימים גדרים פורמאליים-אובייקטיביים בדיני הקניין,⁸³ ואיננו בוחנים את גמירות דעתם הסובייקטיבית של הצדדים בכל מקרה ומקרה.⁸⁴ לפיכך, אם לא נעשה קניין המשיכה כדין, הרי שגם אם ברור מן הנסיבות כי הצדדים גמרו בדעתם – אין לכך תוקף.⁸⁵ הרב וייס מוסיף ומקשה על דעת ר' יוסף אנגל:

ועוד דלא הבנתי בכלל כל דבריו, דאם צריך מעשה להוכיח על גמר דעת, הרי בודאי צריך הוכחה על גמר דעתו של המקנה, דבעינן ביה "גמר ומקנה", ולא של הקונה; דהקונה הלא בודאי מתכוין לקנות, אך את מעשה הקניין עושה הקונה ברוב הקנינים, כגון הגבהה ומשיכה במטלטלי וחזקה בקרקע. ואין לומר דמעשה הקניין שעושה הקונה הוא הוכחה על גמר דעת המקנה מדשתיק ולא מחה בו, דהרי הקניין מהני אף שלא בפני המקנה כלל כשאמר ליה לך חזק וקני. וע"כ דאין הקניין כדי להוכיח על גמר דעת המקנה בלבד... אלא עצם הסיבה והכנסת החפץ והממון לרשות הקונה ע"י הקניין.⁸⁶

גם קושיה זו ניתן לפתור, לעניות דעתנו. ראשית, לא ברור לנו על יסוד מה מניח הרב וייס כהנחה פשוטה, כי נחוצה הוכחה רק לגמירות דעתו של המקנה, ו"הקונה הלא בודאי מתכוין לקנות".⁸⁷ ניטול, דרך משל, עסקת מכר. קניית הממכר מטיבה מותנית במחיר, ודרוש אפוא גילוי דעת על כך שהקונה גמר בדעתו לקנות את הממכר במחיר שנדרש

83. הרב צימבליסט בפסק דין מתמודד בדיוק עם הבעיה שהעלה הרב וייס, ומיישבה בדרך המוצגת על ידינו כאן. ראו: הרב חיים גדליה צימבליסט, "דרכי קניין דירה", **דברי משפט ד** (תשנ"ח), עמ' רעז.

84. על עניין המבחן האובייקטיבי לגמירות הדעת ראו בחיבורי **(לעיל, הערת הכותרת)**, עמ' 141-142.

85. הרב וייס (בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ) היה מודע להסבר מעין זה: "וידעתי שיש לדחוק, דאף בקנינים דאורייתא הוא הרצון יסוד הקניין, אלא דכיון דהוי גזירת הכתוב צריך שיעשה את החזקה בכל פרטיה ודקדוקיה כדי לקנות", אלא שהתקשה לקבלו. ראו שם.

86. **מנחת אשר**, שם.

87. [הערת עורך: אכן ישנן ראיות רבות לכך שהעברת הבעלות נעשית על ידי גמירות דעתו של המוכר, והראשית שבהן היא (סוכה מו, ב):

אמר רבי זירא: לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא. מאי טעמא? דינוקא מקנא – קני, אקנויי – לא מקני.

מכאן משמע שניתן להקנות לקטן למרות שאין בו דעת, אולם, הוא אינו יכול להקנות. והדברים ארוכים (ראה לדוגמא קצות החושן רעה, ד). ע.ר.]

תגובת המחבר: הקנאה לקטן באמצעות "דעת אחרת" מבוססת, לדעת חלק מהפוסקים, על דין זכייה (ראו קצות החושן רלה, ד, בדעת הרמב"ם, הל' מכירה כט, יא), וניתן לזכות לאדם גם בלא דעתו (ראו **לעיל**, הערה 1). במקרים אחרים, בדרך כלל צריך גמירות דעת לקניין גם מצד הקונה. ראו **לעיל**, הערה 3, ובהערה הבאה.]

לשלם עבורו.⁸⁸ ניתן לתאר מצבים נוספים, שבהם לא ברור מאליו שהקונה אכן מעוניין לקנות.⁸⁹

על עצם הקושיה ניתן להשיב, כי המקנה גומר בדעתו להקנות עם השלמת מעשה הקניין, גם אם ביצעו המעשי של אקט זה יהא על ידי הקונה, ואף אם ייעשה שלא בפניו. אין בכל אלה כדי לגרוע מגמירות דעתו של המקנה, שכן באומרו "לך חזק וקני" גילה דעתו כי מעשה הקניין נעשה על דעתו.⁹⁰

קושיה נוספת על הגישה שאומרת שיסוד הקניין בגמירות דעת עולה מסוגיה בבכורות, שם מובאת מימרת אביי: "או קנה מיד עמיתך" – מיד עמיתך הוא דבמשיכה, הא מיד עובד כוכבים – בכסף". בהמשך הסוגיה נקבע העיקרון: "מה עמיתך בחדא, אף עובד כוכבים בחדא"; ולכן, לריש לקיש, הדורש מפסוק זה כי ישראל קונה במשיכה מן התורה, הרי שגוי קונה בכסף, ולר' יוחנן היפוך הדברים.⁹¹

הקושי מסוגיה זו ברור. אם תוקף הקניין תלוי בגמירות דעת, מה שייך לחלק בין ישראל לגוי בדרכי הקניין, וכי ישראל גומר בדעתו באופן שונה מאשר גוי?⁹²

כמה דרכי הסבר לסוגיה זו מצאנו באחרונים. יש שניסו לתת לסוגיה הסבר עקרוני. לדעת הרב שלמה קלוגר, בסוגיה זו נקבע הבדל עקרוני בדרכי הקניין בין ישראל לגוי: גמר דעת מועיל רק בישראל, כי "שארית ישראל לא יעשו עולה" וודאי לא יחזור בו, ולכן נחשב גמר דעתו כמו מעשה קניין, "אבל בנכרי דאשר פיהם דבר שוא", בזה לא מהני מן התורה גמר בלבד, רק מעשה.⁹³ ויש מי שנתן הסבר אחר,⁹⁴ ברם, לדעתנו, הסברים אלו קשים ודחוקים.

רבי יוסף אנגל מסביר את הסוגיה בדרך אחרת על פי המהרי"ט.⁹⁵ לדעתו, כיוון שמעשה הקניין אינו בעל ערך עצמי, אלא רק נועד לראיה על הרצון, "שפיר קבעה תורה בכל דבר

88. ראו שו"ת דברי יהושע ח"ג, חו"מ, יג, ג, הקובע בהחלט: "דכשם שהמקנה צריך להקנות בלבד, כך הקונה צריך שיכון לקנות".

89. אמנם, "זכין לאדם שלא בפניו", היינו שלא מדעת הקונה-הזוכה, אך זה דווקא כשברור שזכות היא לו ולא חובה. בשיחה עמי הבהיר ר"א וייס, שלא הייתה כוונתו לומר שלקונה יש תמיד גמירות דעת לקנות, אלא שלעתים גמירות דעתו ברורה מאליה (כגון במתנה, אלא אם כן הוא בגדר "שונא מתנות יחיד"), מה שאין כן לגבי המוכר, שתמיד צריך הוכחה שגומר בדעתו למכור ואינו עושה כן מחמת לחץ ודוחק. ואמנם, בשתי מהדורות מאוחרות יותר, הניסוח הוא כך: "דהקונה הלא מסתמא מתכוין לקנות, ובפרט במתנה". ראו: מנחת אשר, בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' קנו [=מנחת אשר – לקט שיעורים ושיחות על ספר ויקרא, ירושלים, תשס"ה, סי' נו, עמ' שסח].

90. ביחס לצורך באמירת המקנה "לך חזק" (או: משוך) וקני" קיימים הסברים אחדים באחרונים. ראו סיכום הדעות בספר תורת הקניינים (לעיל, הערה 11), מילואים, סי' יח, עמ' תקלב-תקלח.

91. בכורות יג, א-ב.

92. כך הקשו: רא"מ חברוני משאת משה, קידושין (ירושלים תשכ"א), סי' ג, אות ב; רמ"מ סגל פרי משה – בענייני קניינים, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' יב; רא"ז וייס, "בדין הקניין" (לעיל, הערה 11). מעניין, כי אחרונים רבים, שסברו כגישה דלעיל, לא עמדו כלל על הקושי מסוגיה זו.

93. שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה קמא, סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש. וראו שם, כיצד הסביר הסוגיה לאור עיקרון זה.

94. רא"מ חברוני משאת משה, קידושין (ירושלים תשכ"א), סי' ג, אות ב.

95. חידושי מהרי"ט, קידושין יד, ב.

מעשה השייך בו לפי עניינו להוראה על הרצון, ואם כבר יש שם לפי עניין הדבר מעשה להוראה על הרצון, למה עוד מעשה אחר.⁹⁶ היינו, חכמים הסיקו מן הפסוק, כי התורה נתנה לכל אחד דרך אחת להורות על רצונו לקניין.

לפי הסבר זה, הרי כאן דוגמה נוספת לדברינו לעיל ביחס לגדרים פורמאליים בדיני הקניין.⁹⁷ הסיבה לקביעת קניין מסוים שמועיל לישראל ולא לגוי וקניין אחר לגוי היא, ככל הנראה, טכנית-פורמאלית ביסודה (על סמך דרשת הפסוק "או קנה מיד עמיתך") ואינה עקרונית.⁹⁸ עם זאת, אין בכך משום פגיעה בעיקרון המהותי, כי תכלית מעשה הקניין להביא לגמירות דעת.

ד. מעשה הקניין – יסוד עצמאי

הדעה המנוגדת לזו שהוצגה עד כה – וכאמור, זו דעת מיעוט בקרב האחרונים – טוענת שמעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, וכי הוא, ולא גמירות הדעת, הפועל והיוצר את הקניין.⁹⁹ כפי שנראה, גם בקרב בעלי דעה זו קיימים הבדלים. הרב א"מ חברוני כותב:

נראה לכן דגדרי הקנינים הם, שהלכה למשה מסיני שאין המקח נקנה בדברים ובעי מעשה הקנין, אבל איזהו מעשה הקנין, לזה לא ניתנה הלכה, אלא כל שהנהיגו בעולם למעשה הקנין, זהו קונה מן התורה.¹⁰⁰

דברי רא"מ חברוני מבוססים על ברייתא בירושלמי, העוסקת בהתפתחות דרכי הקניין במקרקעין,¹⁰¹ אך אין הוא מתמודד עם סוגיות "בההיא הנאה".

96. **בית האוצר וציונים לתורה**, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א. הציטוט מתוך בית האוצר, שם.

97. ראו **לעיל**, בסמוך להערה 74.

98. ר"י אנגל (**בית האוצר, לעיל**, הערה 15) מדגיש כי לאור תפיסתו ביסוד הקניין הרי שאין שוני איכותי בין הקניינים השונים, ולפיכך לא שייך ללמוד זה מזה בקל וחומר, "דאין שם כלל עניין קלות וחומר, היינו קלישות ואלימות מעשה הקניין, כיון שאין מעשה הקניין פועל כלל והוא רק לראיה". יש כאן, אפוא, קביעה פורמאלית של התורה ביחס לסוג הקניין, שהיא בגדר גזירת הכתוב.

99. כך, כנראה, סבור גם רב האי גאון בספר המקח והממכר, ראו: אברהם קרלין, "ספרי רב האי, שיטתו והשקפותיו בדיני ממונות", סיני ב (תרצ"ח), עמ' תרפו-תרפח. דעה זו מבוססת ביתר בהירות אצל כמה מן האחרונים: שו"ת **נודע ביהודה (לעיל)**, הערה 26; מהרש"ם, **משפט שלום**, קצד, ד"ה כלל העולה, ירושלים תש"ן, עמ' קצא, ולדעתנו, ראייתו שם מהרמב"ם אינה מוכרחת; הרב חיים פנחס שיינברג, **טבעת החושן**, ירושלים תשל"ח, ח"ג, עמ' 3-2: "עיקר הקניין הוא המעשה, שזהו שעושה החלות של ההקנאה, אלא שבעיני דעת שעל ידי זה נעשה המעשה למעשה קניין, אבל מכל מקום עיקר הוא המעשה". בין הראיות שהביא לשיטתו הם דברי **החזון איש** (אה"ע, סי' מד, אות ז): "ועיקר הקניין שגזרה תורה הוא שיעשה מעשה וידע שבוה גומר קניין". לדעתנו, אין משם כל ראיה, וגם שאר ראיותיו שם ניתנות לדחייה. דעת החזון אי"ש – מדבריו במקומות אחרים (ראו **לעיל**, הערה 34) משמע שהוא סבר כדעת הנודע ביהודה הנ"ל. היינו, שבכל המקומות שמצאנו בש"ס הקנאה על ידי גמירות דעת ובלא מעשה קניין מדובר בתקנת חכמים, כי מן הדין לא ניתן להקנות בלא מעשה קניין.

100. **משאת משה**, קידושין (ירושלים תשכ"א), סי' ג, עמ' ה.

101. **ירושלמי קידושין א**, ה. לדיון בברייתא זו ראו בחיבורי (**לעיל**, הערת הכותרת), עמ' 152-158.

הרב אשר וייס סובר,¹⁰² כי יש שני מסלולים שונים בקניין. במקום שיש אומדנא של חכמים שהכל גומרים ומקנים ("בההיא הנאה גמר ומקני"), אין צורך כלל במעשה קניין, שכן גמירות דעת חזקה זו שקולה לקניין.¹⁰³ ברם, זה רק ב"מקום שחז"ל קבעו, שכוונתו להקנות היא כוונה גמורה ומושלמת, ללא סייג ופקפוק".¹⁰⁴ לעומת זאת, במקום שלא קיימת אומדנא כזו – נחוץ מעשה הקניין מסיבה עצמאית ליצירת הקניין, ולא לשם הוכחה על גמירות הדעת.¹⁰⁵

כמה מן האחרונים סברו, כי יש לחלק בעניין זה בין קניינים להתחייבויות. הקנאת נכסים – לא ניתן לבצע בלא מעשה קניין, אך התחייבות, שאינה אלא שעבוד הגוף לחיוב – ניתן ליצור באמצעות גמירות דעת גם ללא מעשה קניין.¹⁰⁶ בדרך זו הלך גם ס' דויטש.¹⁰⁷ סוגיות "בההיא הנאה"¹⁰⁸ נתפרשו על ידי בעלי שיטה זו בהתחייבות ולא בהקנאה, או בדרכים אחרות.¹⁰⁹

102. **מנחת אשר** בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ, ד"ה ויותר היה נראה; עמ' צב, ד"ה אמנם נראה.
103. "דקיי"ל לחז"ל, דהיינו דאנן סהדי שבכה"ג סתם בני אדם גמרי ומקני – לא צריך כלל מעשה קניין, דגמירות דעת היכי דאנן סהדי דכולי עלמא נהגי כן, הוי ג"כ כקניין" (**מנחת אשר**, שם, עמ' צ, ד"ה ויותר היה נראה). הרב וייס מסביר שם, שחז"ל למדו כך, "כיון דיסוד גדרי קנין אינו חידוש של תורה, אלא יסודו בדעת בני אדם והנהגתם". כלומר, מסלול זה של קניין היה קיים עוד קודם מתן תורה, בטרם נתחדשו קניינים של תורה, וגם לאחר מתן תורה לא בטל. דבריו מסתמכים, ככל הנראה, על **שו"ת חתם סופר**, יו"ד, שי.

104. בשיעורו "בדין הקניין" (**לעיל**, הערה 11) נטה הרב וייס לומר, כי סוג זה של הקנאה אמור רק בהנאה מחמת מצווה, כבסוגיה **בבכורות יח**, ב; וכן כתב **במנחת אשר** בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צב. חילוק זה העלה כבר **באבני מילואים ל**, ג, ד"ה ומ"ש הר"ן, על סמך הגמרא בבכורות הנ"ל (תודה לרב מאיר ברקוביץ' שהעמידני על דבריו), שם הוא מסביר דעת הר"ן, כי בעניין קידושין יכול אדם להקנות לאשה מקום גם בלא מעשה קניין, מחמת המצווה שבדבר, "משא"כ במקח וממכר לא גמר ומשעבד נפשיה כולי האי". דברי אבני מילואים הובאו על ידי הבאים אחריו, למשל: **מנחת חינוך**, הרצאת מכון ירושלים תשמ"ח, סוף מצווה שלו (במהדורות קודמות נדפס כהשמטה בסוף מצווה שמב).

105. יצוין, כי גם לפי בעלי השיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת, קיימים שני מסלולים דומים, אלא שכאמור, תפיסת היסוד אצלם הפוכה מזו המוצגת כאן. ראו למשל, **תורת מויכאל**, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' ק: "דעיקר הקנין הוא ההסכמה הגמורה בלבד להקנין, ומהאי טעמא איכא למימר, דהיינו דידעין דהוי הסכמה גמורה [כבסוגיות 'בההיא הנאה'] – מהני באמירה בעלמא, ואפילו בדבר שלא בא לעולם, ולא מצריך לדין קנייני התורה; ורק היכי דהוי ליה הקניין מצד דין תורה – אזי מצריך שהקנין יהיה בדרך שחידשה התורה, כגון בדבר שלא בא לעולם לא קני".

106. **שו"ת בית אפרים** (יו"ד, סו); גם הרב וייס **במנחת אשר** (בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב) הלך בתחילה בדרך זו, אם כי במסקנתו נטה לומר, כי יש כאן שני מסלולים, כמובא לעיל בשמו.

107. דויטש גורס, כי בעוד שבהתחייבויות די בגמירות דעת של הצדדים, הרי שבקניין "יש צורך בשני אלמנטים מצטברים, 'גמירות דעת' (יסוד נפשי) ו'מעשה קניין' (יסוד פיזי), ולאחד ללא השני אין תוקף". סיני דויטש, **גמירות דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי**, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ג, עמ' 3. וראו עוד שם, עמ' 19 ואילך. דויטש מדגיש (שם, עמ' 21), כי בקניינים מעשה הקניין אינו בא לשם הוכחה גמירות הדעת, אלא הוא "יסוד פורמאלי בעיקרו".

108. גולאק (**לעיל**, הע' 7, ח"ב, עמ' 32-42) סבר, כי יסוד הקניין הוא מתן שווי או הנאה. לשיטתו, הקנאה או התחייבות מצריכה בדרך כלל מתן תמורה – קרי, שווי ממשי – כנגדה. לעתים היא נעשית בדרך של מתן שווי מדומה (קניין סודר), ובמקרים חריגים – בהסכמה בלבד, כשטובת ההנאה המגיעה למתחייב ("בההיא הנאה") היא השווי הניתן כנגד החיוב

סיכום

במאמר זה עמדנו על יסודות הקניין, כפי שנתבארו על ידי הראשונים, וביתר הרחבה וביאור על ידי האחרונים. בקניין שני מרכיבים: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק על כך, כי קניין דורש **גמירות דעת**, הן מצד הקונה (למעט מקרים חריגים, כדוגמת "זכין לאדם שלא בפניו") והן מצד המקנה, ובלא גמירות דעתם אין לקניין תוקף. ברם, בקרב הראשונים והאחרונים נחלקו הדעות בשאלת תפקידו של **מעשה הקניין**.

במהלך הדברים הוצגו השיטות השונות בנושא וכן עיקרי הראיות שהובאו על ידי בעלי אותן שיטות מסוגיות התלמוד ומדברי הראשונים.

יש הסוברים כי מעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, והוא עיקרו של הקניין. ברם, דעת רוב האחרונים היא, כי **יסוד הקניין הוא גמירות הדעת**, וכי מעשה הקניין נחוץ רק **כאמצעי** להביא לידי גמירות הדעת, או **כראייה** לקיומה. משום כך, במקום שגמירות הדעת מוכחת בבירור מן הנסיבות, ניתן לקנות גם בלא מעשה קניין. בעלי דעה זו מתבססים על כמה סוגיות בבבלי, וביניהן סוגיות "בההיא הנאה גמר ומקני", "דברים הנקנים באמירה", "המזכה לעובר", ועוד.

אמנם אין ספק כי יש בידי קניין גדרים פורמאליים, למשל צורתו המדויקת של כל אחד ממעשי הקניין. עם זאת, אין בכך משום סתירה לדעה המקובלת על רוב האחרונים, כי תכלית מעשה הקניין היא להביא לידי גמירות דעת או להעיד על קיומה.

ואכן כן כתב כבר רשב"א (שיטה מקובצת, ב"מ צד, א, ד"ה הקשה הראב"ד): "**לא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו**... וא"נ בקניין שהוא כחליפין אליבא דהלכתא, דבעינן כלי של קונה [=תמורה]. וראו בהמשך דבריו שם. אמנם, דברי הרשב"א נוגעים לקניין על התחייבות שמקבל עליו שומר, אך כידוע הושוה בתלמוד קנייני החיוב לקנייני הרכישה. ראו: י"ש צורי, **הערעורים (על חוזים ויתר המעשים והעסקים המשפטיים)**, לונדון תרצ"ה, עמ' 195; ש' אלבק, "זכויות הקניין בתלמוד למיניהן", סיני סח (תשל"א), עמ' ח-לא, וש' אלבק, **לעיל**, הערה 18, עמ' 368-369.

בעקבות גולאק סברו גם מלומדים נוספים, כי המשפט העברי נוקט בשיטת ה"תמורה", וכי הוא קרוב ביותר לדרישת ה"תמורה" ("valuable consideration") שבמשפט האנגלי. ראו: י"י רבינוביץ, "גמירת הדעת במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי", **בצרון**, שנה ד, חוברת ד (טבת תש"ג), עמ' 271-274; י"ד אייזענשטיין, **אוצר ישראל**, ניו יארק תשי"ב, ערך "קניין", כרך ט, עמ' 200 (לגבי קניין סודר).

חוקרי המשפט העברי שאחרי גולאק (ש' ורהפטיג [לעיל, הערה 18], עמ' 15; ז' ורהפטיג [לעיל, הערה 18], עמ' 96-97, 113-114; ש' אלבק [לעיל, הערה 18], עמ' 119, הערה 42) חלקו על גישתו, וזו גם המסקנה המתבקשת מדברינו לעיל. שכן, אם – כדעת רוב האחרונים – היסוד העיקרי לקניין הוא גמירות הדעת, ומעשה הקניין נועד רק כדי להביא לידי גמירות הדעת או כדי להעיד על קיומה, הרי שכל מעשה המקובל בדרך קניין, ואפילו אין בו יסוד של תמורה או הנאה, די בו כדי ליצור קניין.

109. כגון, ש"הנאה" היא קניין כסף או חליפין. ראו אצל דויטש (**לעיל**, הערה 107), וראו עוד **לעיל**, בסמוך להערה 36.

סיטומתא – כוחו של המנהג בדיני הקניין

הרב דניאל כ"ץ

א. מבוא	ד. סיטומתא – מנהג מבטל הלכה
ב. מהי סיטומתא?	1. שיטת הרשב"א והריב"ש
1. מעשה קניין חדש	2. סיטומתא – מנהג או תנאי
2. קניין חליפין	3. יישוב קושיות הריטב"א בסוגיית סיטומתא
3. ישוב שיטת הרי"ף ב"מי שפרע"	ה. סיטומתא מהתורה או מדרבנן
4. סיכום	1. מחלוקת האחרונים
ג. סיטומתא ודיני הקניינים	2. סיטומתא מדאורייתא ללא מנהג
1. החלת דיני קניין על סיטומתא	3. קניין כסף כסיטומתא
2. דיני קניין אינם חלים על סיטומתא	ו. סיכום
3. תחולה חלקית של דיני קניין על סיטומתא	

א. מבוא

על פי ההלכה העברת בעלות תלויה בשני תנאים: גמירות דעת ומעשה קניין. אדם הרוצה להעביר את הבעלות בנכס לזולתו, יכול לעשות זאת על ידי מעשי קניין שונים. חלק ממעשי הקניין מקורם בדרשות של פסוקי התורה, ומשום כך הם נחשבים כקניינים מדאורייתא. בכלל זה, קניין כסף, שטר, חזקה ומשיכה. נוסף לכך, חכמים תיקנו מעשי קניין, למשל הכנסת הנכס לתוך תחום ארבע אמותיו של הקונה (קניין ארבע אמות) והמחאת חיובים (מעמד שלושות).

אחד ממעשי הקניין המוזכרים בגמרא הוא קניין סיטומתא. קניין הסיטומתא נעשה, במהלך הדורות, אחד המושגים השימושיים ביותר בספרות ההלכתית. בדורנו, משמש קניין זה מעין פתרון קסם, לגישור על פערים בין המציאות המסחרית לבין ההלכה הפסוקה. פוסקי זמננו מרבים לעשות שימוש בקניין הסיטומתא, בבואם לתת תוקף לפעולות שונות הנהוגות במציאות המסחרית המודרנית, דוגמת שטרות שנכתבו שלא בהתאם לדרישות ההלכה, עסקאות שנעשות באמצעות שיקים, כרטיסי אשראי, מסחר באינטרנט ועוד.

משמעותה של הסיטומתא, בדרך כלל היא: מעשים שנהגו הסוחרים לעשות כדי להעביר בעלות. במאמר זה נבקש להבין מה יסודו של נוהג זה? כיצד הוא משתלב בתוך המערכת

* הרב דניאל כ"ץ, מכון משפטי ארץ, עפרה.

של מעשי קניין מהתורה ומדרבנן? כיצד יכולה הסיטומתא לקנות על פי ההלכה ובאלו גדרים? נשתדל לענות על שאלות אלו, תוך התמקדות במשנתם של הראשונים.¹

ב. מהי סיטומתא?

במסכת בבא מציעא, דנה הגמרא בתוקפה של הסיטומתא:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? – רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע.² ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.³

האמוראים נחלקו בפירוש דבריו של רבא שאמר שסיטומתא קונה. רב חביבא הבין שסיטומתא מהווה מעשה קניין גמור, שמכוחו עוברת הבעלות בנכס, ורבנן סברו, שסיטומתא אינה מועילה לשם העברת הבעלות בנכס, אלא יש בה כדי לחייב את הצדדים לעסקה לבצע בעתיד מעשה קניין, ואם יחזרו בהם, יוטל עליהם עונש בידי שמייים ("מי שפרע").⁴

סוגיה זו היא הבסיס לדיוני הראשונים במהות הסיטומתא. שתי גישות יש בדברי הראשונים למהות הקניין – מעשה קניין חדש, שתוקן על ידי חכמים, או מעשה קניין הזהה במהותו לקניין החליפין.

1. מעשה קניין חדש

בדברי הראשונים נוכל למצוא פירושים אחדים למושג 'סיטומתא', שהמכנה המשותף להם הוא, שהסיטומתא מהווה מעשה קניין חדש, שנוצר מכוחן של נסיבות השוק, וקיבל תוקף הלכתי. כך למשל, רש"י הסביר:

סיטומתא – חותם שרושמיין החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותן אחת אחת למכור לחנות, ורושמיין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות.

1. מקורות בנושא זה: פתחי חושן ח, י; תורת הקניינים, יב; הרב אילן קופמן, "קניין סיטומתא (מנהג הסוחרים) – מהותו ותוקפו", אבני משפט ב, רחובות, עמ' 174-192. במאמר נוסף ("קניין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם" אבני משפט ג (תשס"ד) 168-184), עסק הרב קופמן בפרטי הלכות סיטומתא. לאחר כתיבת עיקריו של מאמר זה, הגיעה לידי גם עבודת הדוקטורט של הרב ד"ר רון שלמה קליינמן ("מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)", אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תש"ס), אשר לא הניח דבר גדול או קטן בסוגיה זו והביא באריכות רבה מכל הספרים שנכתבו בנושא ונהנינו מדבריו. אך "אין בית המדרש ללא חידוש".
2. ברי"ף חסרות המילים: "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע" חיסרון זה ניכר גם באחד מכתבי היד של המסכת שהיו לפני בעל הדק"ס. לפי גירסתם ההמשך – "ובאתרא..." – הוא מדברי רבנן.
3. בבא מציעא עד, א.
4. במשנה בבא מציעא מד, א, כתוב: "אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדבורו".

ובאתרא כו' למיקני – שרגילין לרשום, על מנת שבדבר זה תהא קנויה לו כאלו משך – קני.⁵

דהיינו, החנוונים נהגו לרשום סימנים מסוימים על גבי כל חבית שנמכרה, ומסקנת הגמרא היא שהרישום יכול להוות מעשה קניין, באותם המקומות שנהגו לעשות רישום כזה. הרא"ש מפרש את הסיטומתא עפ"י דברי רבנו חננאל, בדרך זו:

בדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, תוקע כפו לכף חברו ובזה נגמר המקח. וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון: במקום שנהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח.⁶ לחיצת היד אינה מוכרת בהלכה כמעשה קניין, ואף על פי כן, במקום שנהגו לסגור עסקאות בדרך זו, הרי שתקיעת הכף מהווה מעשה קניין תקף.

2. קניין חליפין

הריטב"א דן בסוגיה הנזכרת, ומתקשה בהבנתה:

ותמיהא מילתא, מאי טעמא דמאן דאמר דקני בה לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי והרי לא עשה משיכה?⁷

מסידור הדברים בסוגיה, המביאה רק בהכרעת ההלכה את הגורם של מנהג המקום, מסיק הריטב"א שדברי רבא שבתחילת הסוגיה ("האי סיטומתא קניא"), אמורים אף במקום שבו לא נהגו לסגור עסקאות באמצעות מעשה הסיטומתא. מכאן, שלא המנהג הוא המקנה לסיטומתא את כוחה, אם כן כיצד קונים בסיטומתא? על שאלה זו משיב הריטב"א בדברים הבאים:

והנכון בזה מה שאמר מורנו (=הרא"ה) בשם ה"ר פינחס אחיו ז"ל דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה, והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד. ולא ידיע אי בתורת דמים יהבי ליה וכאומר 'ערבוני יקנה הכל' וליכא אלא מי שפרע, או בתורת חליפין יהבי ליה, דקני לגמרי דכיון שאין עליו צורה נעשה חליפין. ובהא הוא דפליגי אמוראי, ואמרינן דבאתרא דנהיגי קני, דודאי על דעת חליפין יהבי ליה.⁸ כלומר, לדעת רבי פנחס, מעשה הסיטומתא הוא הפקדת מטבע שאינה טבועה ביד המוכר. מעשה זה יכול להתפרש כהפקדה של עירבון בלבד, או כקניין חליפין. מחלוקת האמוראים נוגעת, אם כן, לפרשנות מהותו של מעשה הסיטומתא: לדעת רבנן הסיטומתא הוא עירבון,

5. רש"י שם. כמו כן מופיע פירוש דומה בראב"ד, שבשיטה מקובצת בבא מציעא עד, א, ד"ה האי; וברמב"ם מכירה ז, ו.

6. רא"ש בבא מציעא ה, עב.

7. ריטב"א בבא מציעא עד, א, ד"ה האי.

8. שם.

ואילו לדעת רב חביבא שסיטומתא קונה ממש, מעשה הסיטומתא אינו אלא קניין חליפין ולפיכך אין בו שום חידוש בהלכות הקניינים.

3. ישוב שיטת הרי"ף ב"מי שפרע"

פירושו של הריטב"א עשוי ליישב קושיה על שיטת הרי"ף, אותה עוררו רבותיו של הריטב"א – הרמב"ן והרשב"א.

הרי"ף⁹ קבע שקללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שחזר בו מעסקה שבוצעה באמצעות מעשה קניין המועיל מהתורה, וחכמים בטלוהו מסיבה מסוימת. דוגמה לכך הוא תשלום כסף בקניית מיטלטלין. מדין התורה, עם העברת הכסף עובר הנכס לרשות הקונה. אולם, חכמים קבעו, שכל עוד לא משך הקונה את הנכס לרשותו, לא נגמר הקניין. אף על פי כן, קבעו חכמים שמוטלת קללת "מי שפרע", על מי שחזר בו מקיום העסקה לאחר התשלום. על שיטתו זו הקשו הרשב"א¹⁰ ורבו הרמב"ן:

ועוד דהא סיטומתא מדאורייתא לאו כלום היא ואפילו הכי קאי עלה ב'אבל אמרו' (=מי שפרע) כדאיתא בפרק איזהו נשך (עד, ב.)?¹²

בסוגיית סיטומתא נאמר במפורש, שמוטלת קללת "מי שפרע" על מי שחזר בו מעסקה שנעשתה על ידי סיטומתא, אף שקניין סיטומתא, כך לפי הרמב"ן, אינו קניין המועיל מדין התורה!

אכן, לפי פרשנותו של הריטב"א לקניין הסיטומתא, ברור שאין מקום לקושיה זו, שהרי מדובר במעשה קניין מוכר מדין התורה – קניין חליפין (סודר). לא ייפלא אם כן, שהריטב"א הביא את שיטת הרי"ף, והשמיט את קושיית הרמב"ן והרשב"א.

4. סיכום

מצאנו שתי גישות עקרוניות בדברי הראשונים, להסביר את מהותו של קניין הסיטומתא: גישת רש"י, רבנו חננאל, הרמב"ן והרשב"א לפיה קניין הסיטומתא הוא דרך חדשה ליצירת קניין אשר מבוסס על הנוהג המקובל להעברת הבעלות בקרב הסוחרים, שקיבל תוקף הלכתי מכוח תקנת חכמים.

כנגד גישה זו, הצגנו את גישת הריטב"א ואפשר שהיא אף גישת הרי"ף, לפיה קניין הסיטומתא אינו אלא דרך מודרנית לבצע את מעשה הקניין המוכר מקדמת-דנא – קניין חליפין.

הראשונים החולקים על שיטתו של הריטב"א יידרשו להתמודד עם שני קשיים: א. כיצד ייתכן שלדעת רבא "סיטומתא קניא" גם כאשר אין מנהג שסיטומתא קונה, כעולה מן הסוגיה במסכת בבא מציעא?

9. ראה עוד בדברי הרא"ש שהובאו בהערה 24.

10. רי"ף בבא מציעא כט, א.

11. רשב"א בבא מציעא מח, א, ד"ה ומהא.

12. רמב"ן שם, ד"ה כתב רבינו.

ב. כיצד ייתכן שפוסקים, דוגמת הרמב"ם, אימצו את שיטת הרי"ף, לפיה קללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שמבטל עסקה שבוצעה באמצעות מעשה קניין המועיל מדין התורה,¹³ ויחד עם זאת פסקו גם, שקללת "מי שפרע" מוטלת גם על מי שביצע מעשה קניין באמצעות סיטומתא. לשיטת הריטב"א אין כל קושיה, כאמור, כיוון שלדבריו סיטומתא קונה מן התורה.¹⁴

ג. סיטומתא ודיני הקניינים

נתמקד עתה בבירור השיטות שמפרשות את סיטומתא כמעשה קניין חדש, ונבקש להבין מהו המנגנון ההלכתי שאפשר את יצירתה של דרך קניין חדשה? על שאלה זו ניתן להשיב בשתי דרכים:

קניין מכוח תקנת חכמים – חכמים נותנים לדרך קניין המקובלת בעולם המסחר תוקף הלכתי של מעשה קניין, זאת, בכפוף להלכות קניין הרגילות. על פי גישה זו מקור הסמכות הנותן תוקף לסיטומתא הוא חכמי ההלכה, והם מחילים על מעשה הקניין החדש את דיני הקניינים.

קניין מכוח המנהג – הכללים הנהוגים בעולם המסחר יוצרים מציאות בעלת משמעות הלכתית. על פי גישה זו אין צורך בתקנה מיוחדת כדי לקבוע שסיטומתא היא מעשה קניין מועיל, די לכך במציאות המסחרית. יתירה מזו, באמצעות גישה זו ניתן לקבוע כי מעשה הקניין החדש אינו כפוף לדיני הקניין הרגילים, אלא רק למנהג.

כדי לבחון האם סיטומתא תקפה מכוח תקנה או מכוח המנהג, עלינו לבדוק האם חלים על סיטומתא כללי הקניינים הרגילים.¹⁵

1. החלת דיני קניין על סיטומתא

הרמב"ם החיל על סיטומתא את דיני הקניין הרגילים וכך הוא כותב:

מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הלוקח¹⁶ רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן מהדמים כלום – כל החוזר בו אחר שרשם מקבל 'מי שפרע'.

13. רמב"ם מכירה ז, ד.

14. שם ז, ו.

15. [הערת עורך: ניתן לחלוק על הטענה שתחולת דיני הקניינים על סיטומתא מהווה מבחן מכריע להיותה תקנה או מנהג. זאת, כיוון שיתכן שישנה מחלוקת בנוגע למהותם וסיבתם של דיני הקניינים. כך למשל, שיטת השולחן ערוך (חו"מ רט, ד) והרמב"ם (מכירה כב, א) היא שאין שום דרך להקנות דבר שלא בא לעולם (דשלב"ל), ולעומת זאת, שיטת הרמ"א (חו"מ רט, ד; ח) ורבותיו היא שישנם מקרים בהם ניתן להקנות דשלב"ל. שיטת הרמ"א מניחה ככל הנראה, שהבעיה בהקנת דשלב"ל אינה מהותית, אלא רק תוצאה של היעדר גמירות דעת. לשיטה זו לא רק סיטומתא מועילה להקנת דשלב"ל, אלא הדבר אפשרי בכל מקרה בו ישנה גמירות דעת. ע. ר.]

16. [הערת עורך: יש להעיר כי רש"י (לעיל הערה 5) פירש שהמוכרים הם הרושמים את הסימן. י.א.]

ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קניין גמור – נקנה המקח, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, ויהיה זה חייב ליתן דמים. דבר ברור הוא שאין דין זה אלא בשרשם בפני המוכר, או שאמר לו המוכר רשום מקחך, שהרי גמר להקנותו כמו שביארנו בחזקה ובמשיכה.¹⁷

כלומר, הרמב"ם קובע מספר תנאים הדרושים לשם הענקת תוקף לקניין הסיטומתא: א. שיעשה את הפעולה בפני המוכר או מכוח אמירה שלו. כך כותב הרמב"ם גם ביחס לקניין חזקה¹⁸ וקניין משיכה.¹⁹

ב. הקניין חל דווקא אם "רשם", דהיינו בעשיית מעשה ולא ניתן להסתפק בדיבור. ג. מן הדוגמה שהביא הרמב"ם משמע שניתן לקנות רק דבר קיים כזה שניתן לרשום עליו, אבל דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו לא יקנה בסיטומתא.

דרישות אלו נובעות, לעניות דעתי, מכוונתו של הרמב"ם לכפוף את קניין הסיטומתא למערכת ההלכות הרגילה של מעשי הקניין, הדורשת הוכחות ברורות לכך שהפעולה נעשת בהסכמת המוכר, וכפי שמסיים הרמב"ם שהמקור לדינים אלו הוא "כמו שביארנו בחזקה ובמשיכה". כלומר, אחרי שתיקנו חכמים את הסיטומתא, חלים עליה הכללים של מערכת הקניינים.

2. דיני קניין אינם חלים על סיטומתא

ישנם ראשונים שסברו שקניין סיטומתא אינו כפוף להלכות הרגילות. עיקרון זה בא לידי לא רק בהלכות קניינים אלא גם בהליכים נוספים, דוגמת התחייבות, שנוצרה על ידי מעשה סיטומתא. וכך כתב המהר"ם מרוטנברג, כפי שמובא בשמו בספר תשב"ץ קטן:

מהר"ם אמר: אדם הנודר לחבירו ליתן לו בנו למול או להיות בעל ברית (=סנדק) – שצריך לקיים לו. ואף על גב דאמרין דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בכאן שהוא מנהג בני אדם שנודרין בניהם זה לזה למול או להיות בעל ברית ומקיימין, גם בכאן יש לקיים. כדאיתא בבבא מציעא (עד, א) האי סיטומתא קני פירוש רושם של חביות וכו' ובאתרא דנהיגי למקני ממש קני. כלומר הסיטומתא בשביל שהוא מנהג, אף בכאן הואיל ומנהג הוא כמו שפירשתי צריך לקיים.²⁰

כלומר מהר"ם למד מהסיטומתא שגם נדר על דבר שלא בעולם, דוגמת ברית מילה לתינוק שטרם נולד, מחייב, אם יש מנהג כזה, למרות שלולא המנהג לא היה הנדר מחייב. תחום נוסף שבו בא לידי ביטוי ייחודו של קניין הסיטומתא הוא בהלכות אסמכתא. כידוע, אסמכתא היא כינוי להתחייבות שנעשתה מתוך הנחה שהיא לא תבוא לידי מימוש, ולכן אין לה תוקף הלכתי. דוגמה לדבר היא התחייבות לשלם קנס אם וכאשר יתקיים תנאי מסוים. בהקשר זה קבעו בעלי התוספות:

17. רמב"ם מכירה ז, ו-ז.

18. רמב"ם מכירה א, ח.

19. שם ב, ו.

20. תשב"ץ קטן סימן שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן.²¹

דהיינו קנס על ביטול שידוך אינו אסמכתא במקום בו יש מנהג לשלם קנס כזה, והמקור לכך הוא דין סיטומתא.²²

נמצאנו למדים שאף בעניין זה, קניין סיטומתא אינו כפוף לדיני הקניין הרגילים, באשר הוא תקף אף בנסיבות שקניין רגיל לא היה תקף, בגלל פגם אסמכתא.

3. תחולה חלקית של דיני קניין על סיטומתא

מדברים שכתב רבנו יחיאל מפריש בעניין התחייבות כלפי מוהל, משמע שלדעתו קניין סיטומתא כפוף באופן חלקי להלכות הרגילות. ואלו דבריו:

רבינו יחיאל מפריש היה אומר דמִתְנֶה בעודה (=האשה) מעופרת אינו כלום, משום דהוי דבר שלא בא לעולם ובדבר שיועיל קנין הוי מנהג. אבל בדברים שלא יועיל קנין לא הוי מנהג. ולא דמי לסיטומתא, דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור. אבל בדבר שלא היה מועיל בו קנין כגון דבר שלא בא לעולם לא מצינו שמועיל המנהג.²³

מחד, רבינו יחיאל מקבל את האפשרות שהמנהג יחייב גם במקרים שאינם שייכים לתחום הקניינים כמו בנדר לחברו למול את בנו, ומאידך הוא דורש שיהיה דמיון בין האפשרויות הללו לדברים שהקניינים יכולים לפעול בהם. ולכן לדעתו אבי הבן לא יכול להתחייב בקניין למסור את בנו למוהל פלוני שימול אותו כל זמן שהתינוק עדיין לא נולד, כיוון שעדיין אין לו חיוב למול. דברי רבנו יחיאל דומים לדברי הרמב"ם בכך שהם מטילים על סיטומתא את דיני הקניינים הרגילים, ושונים בכך שהם מרחיבים את תחולתה של הסיטומתא גם להלכות נדר.

גם הרא"ש דן בדברי המהר"ם בעניין התחייבות כלפי מוהל:

אני הייתי רגיל לומר, דדבר שלא בא לעולם הוא; ויותר מזו, אפילו כבר נולד הבן, והקנה לו בקנין, שיהיה בעל ברית, יכול לחזור בו; דקנין דברים בעלמא הוא... דקנין

21. תוספות בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי.

22. אמנם הבית יוסף (אה"ע נ, בסופו) דייק מהרמב"ם (מכירה יא, יח) שיש חיסרון של אסמכתא בשידוכים. ניתן היה לומר שמחלוקת זו היא עפ"י שיטתם בהבנת סיטומתא, כפי שביארנו, שלדעת בעלי התוספות במקום שיש מנהג אין אנו מעלים ערעורים הנובעים מהכללים ההלכתיים הרגילים. ואילו לרמב"ם כוח הסיטומתא שקול כמעשה קניין רגיל ולא יותר. ועל כן הוא כפוף לדיני אסמכתא כמו שאר הקניינים. אמנם ניתן גם להסביר שהמחלוקת עוסקת בהבנת מושג האסמכתא. האם קניין שהוא בגדר אסמכתא פגום בשל היעדר גמירות דעת (כהבנת התוספות), ועל כן במקום שיש גמירות דעת אין לפסול את הקניין אף שהוא מותנה בתנאי שקיומו בעתיד, או שמא קניין שהוא בגדר אסמכתא פגום בשל התפיסה העקרונית, שלא ניתן לעשות קניין שיחול לאחר זמן (כפי שמשתמע מדברי הרמב"ם מכירה יא, ב – "אבל אם לא קנה עתה..."). בירור המחלוקת בעניין זה דורש הרחבה נוספת שאין כאן מקומה, וראה עוד באריכות רבה בספרו בריהו ליפשיץ, אסמכתא.

23. תשב"ץ קטן, שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

לא מהני, אלא או במכר, או במתנה, או בתמורה, על דבר הנתפס, וקונה גוף החפץ. אבל בדבר זה, שהקנה לו לעשות מצוה אחת, קנין דברים בעלמא הוא... והנה הראה לי מורי החזן, כתב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו... ויש להשיב על דבריו: חדא, דסיטומתא הינו **דוקא שנעשה מעשה**, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ורבנו חננאל ז"ל פירש: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח, וקורין לו בלשון אשכנזי "א אר"ף. ואותו **מעשה שעושין, הוי במקום סודר**.²⁴ אבל דיבור בעלמא, לא; אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה; כמו שפרש"י ז"ל (נוסח אחר: ר"י) בכמה מקומות בגמרא; ועוד, מאן נימא לן שנוהג מנהג זה? אני רגיל לקיים דבר זה בתקיעת כף, שלא יוכל לחזור בו. ושלוש כנפש דודך אשר בן הרב ר' יחיאל ז"ל.²⁵

הרא"ש סבר כדעת רבנו יחיאל מפריש, שההבטחה למסור את הבן למוהל אינה תקפה. לאחר שדברי המהר"ם, המשווה בין דין הסיטומתא להבטחה למסור את הבן למוהל פלוני, הובאו לידיעתו, תמה הרא"ש על ההשוואה משתי סיבות: ראשית, בניגוד לדין הסיטומתא הכרוך בביצוע מעשה (רישום על גבי החביות), ההבטחה שבה דן המהר"ם אינה כרוכה בביצוע מעשה, אלא היא נגמרת בהצהרה בלבד! שנית, מניין לנו שאכן נוהג מנהג דומה למנהג הסיטומתא בהבטחות מן הסוג המדובר?

המדקדק בדברי הרא"ש ימצא שבניגוד לתחילת דבריו, בהם קבע באופן נחרץ שאין להבטחה תוקף משום שהיא אינה עוסקת בנכס ממשי ("קניין דברים"), בסיום דבריו, לא פקפק על עצם הענקת התוקף לקניין הסיטומתא חרף העובדה שהוא מתייחס לדבר שאין בו ממש, ונראה שבעניין זה הוא חזר בו וקיבל את דעתו של מהר"ם. כך מוכח מתשובה אחרת של הרא"ש שבה נידונה בעיה דומה – סיטומתא על דבר שלא בא לעולם – והרא"ש פסק שהיא חלה:

ומה שטענו המורשין לבטל החכירות, משום דהוי דבר שלא בא לעולם, ומשום דאין אדם מקנה לחברו דבר שאינו ברשותו... אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה... וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה. כדאמרינן בפרק איזהו נשך (עד, א): אמר רב פפי: האי סיטומתא, קניא.²⁶

24. למרות שהרא"ש סבר שסיטומתא מקורה במנהג ואינה חלק מן הדין, הוא השווה אותה לקניין סודר. נראה שהשוואה מצטמצמת לכך שגם קניין סודר משמש לצורך הוכחה על גמירות דעת בהרבה עניינים גם אלו שאינם קשורים לקניינים. כפי שכותב **הרמב"ם** (מכירה ה, יא-יג):
יש דברים הרבה שאינם צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם... קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע... שגמר בליבו.

זאת, בניגוד לדיוק המופיע בספר "תורת הקנינים" (יב, ביאורים סוף ס"ק ב) שהסיק מכאן שהרא"ש למד סיטומתא מחליפין.

25. שו"ת הרא"ש יב, ג.

26. שו"ת הרא"ש יג, כ.

ד. סיטומתא – מנהג מבטל הלכה²⁷

1. שיטת הרשב"א והריב"ש

בדרכו של מהר"ם, הסובר שלא חלים על סיטומתא דיני קניין הרגילים, הלכו רוב תלמידי הרמב"ן, כשהם מטעימים שקניין הסיטומתא מקורו במנהג, ומנהג בממון מבטל הלכה. כך למשל כתב הרשב"א:

ושמענין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין. הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות, קונין.²⁸
כלומר, תוקפה של סיטומתא מכוח המנהג בא לה, ובשל כך אין היא כפופה להלכה הקבועה, כי "המנהג מבטל ההלכה".
הריב"ש מחדד את נושא המנהג בתור יסוד לקניין סיטומתא וכך כתב:

...נמלכתי שלא להוציא לעז על השטרות הראשונות, ואני סומך להכשירם מכח המנהג; דכיון דרגילי למקני בהכי, קני. דומיא דסיטומתא, דבאתרא דרגילי למקני ממש, קני... אבל בענייני הקניות, וכן בשכירות הפועלים, ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חוזרין בהם, וכן הפועלין בשכירותם, הולכין אחר מנהגם אפילו בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין, או משיכה. וכן בענייני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, אפילו לא התנו עליו בני העיר.²⁹

מדבריו למדנו שסיטומתא היא שם כללי לאמצעים שביכולתם להעביר בעלות על פי הנהגו. כוחו של הנהג נובע מעצם קיומו, ולא מכוח קביעתו הפורמאלית כחוק המחייב את כל אנשי המקום.³⁰ קביעה זו מבוססת על תפיסה עקרונית לפיה דיני הקניין מעוצבים על ידי הנהג המקובל בין הבריות.

27. [הערת עורך: יש מקום לדון האם על מנהג לא חלים כללי הקניין הרגילים. שאלה זו קשורה בטבורה להבנת דיני הקניין – אם הם מהותיים או תוצאה של בעיה בגמ"ד (ראה הערות 15, 22).

מהר"ם, רשב"א, ריב"ש, ותוספות כתבו במפורש שסיטומתא היא מנהג, כמו כן, הם כתבו שהיא פורצת גדר. דבריהם תואמים את שיטתם שניתן לפרוץ את גדר אסמכתא ודבר שלא בא לעולם בכל מקרה שיש גמירות דעת מספקת (ראה למשל רמ"א חו"מ רו, יג, בסופו; רט, ד; ח).

לעומתם, הרא"ש ורבנו יחיאל סברו שסיטומתא היא מנהג ובכל זאת הגבילו אותה, ככל הנראה בגלל שלדעתם המגבלות הן מהותיות ובלתי ניתנות לפריצה יהא מה שיהא. ע.ר.]

28. רשב"א בבא מציעא עד, א, ד"ה ובדוכתא, וכן בשו"ת הרשב"א ב, רסח.

29. שו"ת ריב"ש, שמה.

30. [הערת עורך: גם הריטב"א (בבא מציעא עד, א, ד"ה האי) שסבר שסיטומתא היא קניין חליפין כתב: "לא בעי בהאי מנהגא תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא, שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום". כלומר, הואיל ולשיטתו, המנהג לא נועד אלא לקבוע מהי משמעות העברת המטבע, הרי שאין כאן מנהג שנועד לקבוע הלכה חדשה. מנהג הקובע הלכה חדשה הוא מנהג קונסטיטוטיבי, ומשום כך, עליו להיקבע כחוק על מנת שיהיה בכוחו לחדש הלכה. לעומת זאת, מנהג מן הסוג הראשון, הוא מנהג דקלרטיבי, שנועד לגלות מה כוונת הצדדים לעסקה. מנהג שכזה, אינו צריך להיקבע כחוק. י.א.]

לאור דברי תלמידי הרמב"ן מסתבר שמקור הדברים הוא ברמב"ן, ולכך גם ראיות נוספות.³¹

2. סיטומתא – מנהג או תנאי

מהרשד"ם הבחין בין שני מקורות למעשי קניין:

הרי מוכח בהדיא דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: או באחד מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד; או בכל **תנאי** שיתנה האדם עם חברו.

ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות שנוהגים הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין אלא שכיון שנהגו כך הוי ליה שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כך יתקיים הדבר, ואדעתא דהכי תינח וסלקי ומטעם זה אמרינן בגמרא פרק איזהו נשך אמר רב פפא משמיה דרבא האי סיטומתא קניא.³²

מדברי המהרשד"ם עולה, שכוחו של המנהג נובע מן ההסכמה שבין הצדדים לעסקה, להעביר את הבעלות בדרך מסוימת. הסכמה שכזו תקפה מכוח הכלל הידוע, שכל תנאי שבממון קיים.³³ כלל זה מאפשר לאדם להקנות, להתחייב או למחול, על זכויות המגיעות לו על פי הדין.

אלא שכאמור לעיל, מצאנו ראשונים שהשתמשו בכוח המנהג גם בדברים שבהם לא מועיל תנאי, למשל בהקנאת דבר שלא בא לעולם.³⁴ לפיכך נראה שכוונתו של המהרשד"ם היא שהסיכום בין הצדדים (התנאי) מאפשר גם לפרוץ את הכללים ההלכתיים המגבילים את המסחר, זאת כיוון שהתורה הותירה את ניהול חיי המסחר לרצונם של בני האדם.³⁵

31. אף שדברי הרמב"ן אינם מפורשים ישנן שתי ראיות לכך שזו דעתו:

1. מהוויכוח שלו עם הרי"ף באלו מקרים יש "מי שפרע", שלדעתו תלוי בשאלה זו כפי שיבואר להלן.
2. הרמב"ן כותב (בבא בתרא קכו, א, ד"ה הרי זו) בביאור שיטת רבי יהודה שתנאי מועיל בדבר שבממון: "שלא אמרה תורה שלא יתחייב אלא ברצונו של זה". בספר **קצות החושן** (רט, יא) ביאר שכל נושא החיובים הממוניים נמסר להנהגת בני אדם, והם הקובעים כיצד הם יתנהלו. אף שנראה מצד אחד כי הרשב"א חולק על הרמב"ן ביחס לתנאים כפי שמוכיח קצות החושן (שם), מצד שני ייתכן שהוא מודה לרמב"ן שהלכות קניינים תלויות במנהג.

32. **שו"ת מהרשד"ם** חו"מ שפ.

33. **רמב"ם** שכירות ב, ט, ועוד.

34. כמו כן הסתמכות על תנאי בדבר שבממון תלויה במחלוקת הראשונים – כיצד פועל תנאי בדבר שבממון: כפי שכבר כתב בספר **קצות החושן** (רט, יא) שלדעת הרמב"ן, אותו הזכרנו בהערה 31, יש כאן חידוש בדיני ממונות שהתורה מאפשרת לאדם לקבוע את חיוביו הממוניים. לעומתו, הרשב"א סובר שהתנאי מועיל מדין מחילה. לדברינו, אין לתלות את המושגים הללו אחד ברעהו כי אם ללמוד את העיקרון שקיים בתנאי בדבר שבממון, שנכון גם ביחס למנהג.

35. כמו כן כתב **בשו"ת מהרשד"ם** (חו"מ, שד): "האמת כן שאם המנהג היה כן באותה מדינה הוי ליה ככל תנאי שבממון שתנאו קיים" והוא גם מתבאר בדברינו. בהמשך אותה תשובה קבע המהרשד"ם סייג – שלא יהיה המנהג נגד התורה כמו מנהג שחלקו של הבכור בירושה יהיה כחלק של אחיו. ברוח שיטה זו חידש הרב שלמה דיכובסקי (**פד"ר**, י, עמ' רעג) שעל ידי המנהג ניתן ליצור גופים משפטיים שאין להם מקבילה הלכתית, למשל חברה בע"מ.

3. יישוב קושיות הריטב"א בסוגיית סיטומתא

לאור דברים אלו נשוב לבאר את הקשיים שהעלינו לעיל על השיטה שסיטומתא היא מנהג. **השאלה הראשונה** הייתה שאלתו של הריטב"א – כיצד ייתכן שסיטומתא תקנה גם כשאינ מנהג לקנות?

אמנם ניתן ליישב שאם סיטומתא היא הכרה בכוח המנהג, כפי שראינו ברוב הראשונים, אזי אין צורך בגמירות דעת לקניין; אלא די בכך שהמנהג הוא לעשות פעולה כזו המסמלת את סיום העסקה, כדי שההלכה תכיר בכך, כאילו נעשה פה מעשה קניין. בהתאם לכך, כשהגמרא אמרה: "באתרא דנהיגי למיקנא" היא לא התכוונה לומר שאין גמירות דעת לקנות בשאר המקומות, אלא שאין כוונה לעשות "מעשה קניין" מסוים שבו תעבור הבעלות.

השאלה השנייה התעוררה בעקבות פסיקת הרי"ף והרמב"ם שקללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שחוזר בו לאחר שעשה מעשה קניין המועיל מדין תורה. בעקבות זאת, נשאלה השאלה כיצד נאמר בסוגיית בבא מציעא הנ"ל, שעל החוזר בו מעסקה שבוצעה באמצעות סיטומתא מוטלת קללת "מי שפרע", הרי סיטומתא אינה מדאורייתא?

עתה ניתן לתרץ כך: לעיל ביארנו שהרמב"ם סובר שסיטומתא היא מעשה קניין שחכמים תקנו על פי מנהג והוא פועל לפי כללי הקניינים. כיוון שהרמב"ם בדרך כלל מייצג את עמדת בית מדרשו של הרי"ף ותלמידו הרי"י מיגאש, הרי שניתן להניח שהרי"ף יסבור גם הוא כרמב"ם בנקודה זו.

לאור זאת ניתן להסביר שאין צורך דווקא במעשה קניין מן התורה כדי להטיל קללת "מי שפרע", אלא יש צורך במעשה קניין (בניגוד לגישה הסוברת שדי במעשה כלשהו) שבפועל אינו חל, יהיה מקורו אשר יהיה. מעשה כזה, גם אם בפועל אינו קונה, כיוון שהוא בוטל על ידי חכמים, גורם להטלת הקללה. וכן בקניין שחכמים נתנו לו תוקף והכלילו אותו בדיני הקניין וקבעו שלעיתים ניתן לקנות בו, יש לומר שהכירו בו גם לעניין "מי שפרע", גם אם במקרה מסוים הוא אינו קונה לגמרי.³⁶

אותם הראשונים שהקשו על הרי"ף והרמב"ם מהסוגיה, המטילה קללת "מי שפרע" על החוזר בו מעסקה שנגמרה באמצעות מעשה סיטומתא, סברו שקניין הסיטומתא תקף אך ורק מכוחו של המנהג. ובמקום שלא נהגו לקנות כך, אין שום משמעות לקניין סיטומתא, לכן הם התקשו להבין כיצד תתיישב קביעת הרי"ף, שקללת "מי שפרע" חלה רק על החוזר בו ממעשה קניין, עם הקביעה העולה מן הסוגיה, שהקללה מוטלת על מי שחוזר בו מעסקת סיטומתא, אף במקום שבו אין מנהג לקנות במעשה זה.

36. עיין בשו"ת **חתם סופר** (חו"מ סימן קע, צוין בפתחי תשובה חו"מ קצט, ב) שהציע ביאור דומה בשיטת הרמב"ם ביחס למכר במלווה שמועיל רק לעניין "מי שפרע".

אולם כאמור, הרי"ף והרמב"ם סברו, שקניין סיטומתא תקף מכוחה של תקנת חכמים. תקנה שכזו, יכולה להעלות את דרגת סיטומתא ולהשוותה לקניין מדין התורה שבוטל על ידי חכמים, ובכך לקבוע שקללת "מי שפרע" מוטלת אף על החזר בו מקניין מסוג זה.³⁷

ה. סיטומתא מהתורה או מדרבנן

לאור הדברים שהעלינו משיטות הראשונים, יש לדון בנקודה שהראשונים לא עסקו בה – האם תוקפה של סיטומתא מהתורה או מדרבנן? נראה שלדעתם של רוב הראשונים הסוברים שהמנהג בדיני ממונות הוא הקובע, הרי שתוקפו של מנהג זה הוא מהתורה וכפי שהבאנו מדבריו של המהרשד"ם. ואילו לשיטה הסוברת שחכמים נתנו תוקף למנהג, הרי שתוקפו מדרבנן.

1. מחלוקת האחרונים³⁸

מתשובות הרמ"א³⁹ משמע שסיטומתא תופסת מדרבנן, וכך כתב גם בספר נתיבות המשפט: דהא קנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפילו הכי לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין.⁴⁰

טענתו היא שמעשה קניין דרבנן אינו חל מן התורה. כך למשל, לא ניתן לקדש אשה במעשה קניין מדרבנן ולסיטומתא לא יהיה תוקף מהתורה. כך כתבו גם בשו"ת בנין ציון⁴¹ ובשו"ת אבני נזר⁴² שאף תמה על החולקים, היכן המקור לדין זה בתורה.

בניגוד לכך, החתם סופר, אחרי שדחה את דברי נתיבות המשפט, כתב אודות סיטומתא – ועדיף מקניינים שתקנו רבנן, שלא ברצון הסוחרים... אבל סיטומתא, ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם, הוא קנין דאורייתא.⁴³

כלומר, המנהג הוא מערכת שנובעת מהמציאות, והיא מקבילה לקניינים מן התורה ועל כן אין זה נכון להשוות קניין דרבנן, שנכפה על השוק, למנהג שצמח מתוך השוק. זו הסיבה

37. וייתכן לומר שמחלוקת זו שורשה בגירסת הרי"ף שציין בהערה 2 (ומסתבר שזו גם הגרסה שהייתה לפני הרמב"ם), שכן הרי"ף גרס בהמשך לדברי רבנן, האומרים שסיטומתא מהני לקבל "מי שפרע", את הסיום: "באתרא דנהגו לקנות – קני". דהיינו, רבנן ראו קשר בין העובדה שמנהג יכול להפוך סיטומתא למעשה קניין, לבין ההלכה שעל מי שחזר בו לאחר סיטומתא, חלה קללת "מי שפרע".

שאר הראשונים בודאי גורסים (עיין שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רכה) כפי הגרסה שלנו, שהמחלוקת היא האם יש קניין גמור או רק "מי שפרע", ומסקנת הגמרא היא שהלכה כרבנן שיש "מי שפרע", ואם נהגו לקנות – קני. לשיטתם, חסרה בדברי רבנן התייחסות לאפשרות שסיטומתא תקנה, ולכן סברו שקללת "מי שפרע" אינה תלויה בביטול מעשה קניין, התקף מדין התורה.

38. בספר תורת הקניינים, פרק יב, סעיף א ציין את כל המקורות בעניין.

39. שו"ת רמ"א, פז.

40. נתיבות המשפט רא, א.

41. שו"ת בנין ציון החדשות, טו.

42. שו"ת אבני נזר יו"ד, תד-ה.

43. שו"ת חתם סופר חו"מ, יב; וכן שם, קיב; יו"ד, שיד; ציונו בפתחי תשובה חו"מ רא, א.

שבגללה גדול כוחה של סיטומתא יותר מקניין דרבנן. לענ"ד, דרך זו מבוארת במהרשד"ם שהבאנו ולזה כיוונו רוב הראשונים.

2. סיטומתא מדאורייתא ללא מנהג

אמנם האחרונים המאוחרים יותר התקשו לקבל את האפשרות שהמנהג יוצר קניינים מהתורה. ועל כן ניסו למצוא מקורות מדאורייתא לסיטומתא:

בעל דבר אברהם⁴⁴ חידש, שקניין חליפין הוא למעשה קניין סיטומתא, וצורתו של קניין חליפין נקבעת על פי המנהג. אך אין מקור לחידוש זה בתורתם של הקדמונים.⁴⁵

יש מהאחרונים⁴⁶ שהשוו את הלכת סיטומתא להלכה אחרת המופיעה בגמרא, לפיה ישנם דברים הנקנים באמירה⁴⁷ ללא כל מעשה קניין. לדבריהם, הלכה זו מלמדת שהתנאי היחיד לתקפותו של כל מעשה קניין הוא – קיומה של גמירות דעת של הצדדים לעסקה. לכן, אף קניין סיטומתא מועיל מן התורה, אם הוא יוצר את גמירות הדעת הנדרשת.

אולם, שיטה זו קשה, משום שהמעין בסוגיית "דברים הנקנים באמירה" יראה שמדובר שם על עסקה בנסיבות מיוחדות⁴⁸ המבטיחות קיומה של גמירות דעת, גם ללא מעשה קניין. לפיכך, קשה לקבל טענה המכשירה כל מעשה קניין מתוך הנחה שקיימת גמירות דעת, בהעדרן של נסיבות דומות.

בנוגע לטענה הכללית שהעיקר בקניינים הוא גמירות הדעת, נראה שאין להוכיח דבר זה מסיטומתא, שהרי מהר"ם וההולכים בעקבותיו ראו בסיטומתא מקור לכוחו של מנהג לא רק בהעברת בעלות, אלא גם בהבטחה לאדם להיות מוהל וכדומה, כאמור לעיל. על כן נראה, שאין להסתפק בסברה מצומצמת בהלכות הקניינים, אלא לחפש מכנה משותף רחב יותר.

נוכל אם כן לסכם, שלדעת רוב הראשונים כוחו של קניין הסיטומתא נובע מן המנהג, ובשל כך יש לו תוקף מן התורה. אכן, יש מן האחרונים שטענו שמעמדו של קניין סיטומתא הוא

44. דבר אברהם א, א.

45. בספר דבר אברהם מציין לירושלמי (קידושין א, ה) שמתאר את ההתפתחות של קניין חליפין וטוען שזהו המקור לכך שחליפין תלוי במנהג. אולם, יש לתמוה על דבריו מדוע אם כן האמוראים לא שינו את הלכות קניין חליפין בכל דור בהתאם לנוהג, ובמקום זאת עסקו במנהגים הישנים כאשר לטענתו אין להם כל חשיבות מהותית. לכן נראה שניתן לחלוק ולטעון שלאחר שההלכה קבעה דרך לביצוע קניין סודר, אין עוד מקום לשינויים.

בספר דבר אברהם מציין לשו"ת רדב"ז (א, קיג) ולמהרי"ט (חידושים על הרי"ף קידושין ג, ד"ה הא דאמרינן) אך הוא עצמו מודה בתשובה אחרת (ב, כו) שהרדב"ז בודאי לא סבר כך. גם המעיין בדברי המהרי"ט לא ימצא הכרח לדברים אלו (וכן כתב בספר משנת יעקב (רי"נ רוזנטל), הפלאה, עמ' שכה). עוד הוא מציין לספר פסקי הלכות יד דוד א, עמ' 228-229 הגדה א, שגם הסתמך על הירושלמי, אלא ששם הטענה היא שכל הקניינים תלויים בגמירות דעת, ולא רק קניין חליפין.

46. שו"ת בית שלמה יו"ד, קפו, ועוד (מצוינים בתורת הקניינים פרק יב ס"ק ב).

47. כתובות קב, א.

48. מדובר שם על התחייבות של הורי הזוג, להעניק מתנות לבניהם לכבוד החתונה.

כמו של קניין מדרבנן. סיוע לדבריהם מצאנו בדברי הרמב"ם, ואולי גם בדברי הרי"ף. אולם נראה שאין זו דעת רוב הראשונים.

3. קניין כסף כסיטומתא

השלכה נוספת לתוקפו של קניין סיטומתא, נוגעת למעמדה של עסקת מכר לאחר העברת התשלום הכספי למוכר, בימינו. מדין תורה, התשלום הכספי סוגר את העסקה, ולמעשה מכוחו בלבד עוברת הבעלות בנכס. אמנם חכמים קבעו שמיטלטלין אינם נקנים בכסף בלבד, אלא נדרש גם מעשה בגוף הנכס הנמכר, דוגמת משיכה.

בימינו, נהוג לסגור עסקאות במיטלטלין באמצעות העברת התשלום הכספי בלבד. האם נוכל להגדיר נוהג זה כסיטומתא, ולמעשה, להחזיר את המצב המשפטי לקדמותו במובן זה שניתן יהיה להעביר בעלות במיטלטלין באמצעות העברת התשלום הכספי בלבד?

נראה שהתשובה לשאלה זו תלויה בהבנת מהותו של קניין סיטומתא. לדעת הסוברים שקניין זה אינו בגדר תקנת חכמים היוצרת קניין חדש, אלא הוא קניין המוכר מדין התורה מכוח המנהג המסחרי, ייתכן לומר שיש בכוחו של המנהג לגבור על תקנת חכמים, המבטלת את הקניין באמצעות כסף. אולם, לסוברים שקניין סיטומתא מקורו בתקנת חכמים, ייתכן שלא יהא בכוחה של תקנה זו לגבור על תקנת חכמים, הקובעת שיש צורך במעשה בגוף הנכס.

יש שסברו שלא ייתכן שמנהג יעקור גזירת חז"ל⁴⁹ ואחרים סברו שקניין סיטומתא גובר על תקנת חכמים בשל היותו נובע מן המנהג.⁵⁰

ניתן להביא ראיה לשיטה האחרונה מדברי הרא"ש שכתב שסיטומתא היא "כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובוזה נגמר המקח".⁵¹

מדברי הרא"ש עולה שגם תשלום כספי נחשב לקניין סיטומתא. כך משמע גם מדברי הרשב"א שכותב:

נראין הדברים דכיון דבדיניהם, בזמן הזה, קונים זה מזה בכסף, אף אנו מינייהו, קונים מהם, בכסף בדיניהם. דלא תהא אלא שנהגו, הנהגה מילתא היא! ואפילו ישראל בישראל. וכאותה שאמרו, פרק איזהו נשך: האי סיטומתא, קניא. ואסיקנא התם: דאפילו למקנא ממש, בדוכתא דנהיגי, דקנו ממש.⁵²

49. ראה: סמ"ע חו"מ רא, ד; אולם המשפט, רא.

50. ראה: שו"ת חתם סופר חו"מ, צט; תורת הקניינים יב, מו.

51. רא"ש בבא מציעא ה, עב. בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ, מא (הובא ב"סדר מכירת חמץ כהלכתו" שביבי אש, סימן טז), דחה את הראיה על פי דברי הריטב"א שהסביר שסיטומתא היא מטבע לא-טבע, ואם כן הקניין בו מדובר כאן אינו אלא קניין חליפין, ולא קניין מיטלטלין בכסף, שבוטל בידי חכמים. אך כפי שראינו, שיטת הריטב"א בנושא זה שונה משאר הראשונים ולכן קשה לפרש על פי דבריו את הרא"ש.

52. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רכה. ישנם דיונים ארוכים ביחס לתשובה זו, כפי שהובאו הדברים בסדר מכירת חמץ כהלכתו (שביבי אש, סעיף טז), ואנחנו פירשנו כהבנת האחרונים המקובלת שהיא גם מסתברת לענ"ד בדברי הרשב"א שם.

ו. סיכום

בתחילת הדברים ביקשנו לעמוד על מהותו של קניין סיטומתא. מצאנו שבעניין זה קיימת מחלוקת ראשונים:

דעת הריטב"א בשם רבינו פנחס היא, שסיטומתא אינו אלא צורה מודרנית של קניין החליפין (=קניין סודר).

דעת הרמב"ם ואולי גם הרי"ף היא, שחכמים תקנו מעשה קניין חדש שכינויו סיטומתא, ועליו חלים כל דיני הקניינים. הדרך המעשית לביצוע מעשה קניין זה, נקבעת על פי המנהג. דעת המהר"ם, תלמידי הרמב"ן ומהרשד"ם היא, שקניין סיטומתא אינו אלא ביטוי לתפיסה הלכתית כוללת, האומרת שדיני הממונות מעוצבים מכוחו של המנהג. לפי שיטה זו, העברת בעלות בדרך העולם מקבלת תוקף גם מדין התורה, ואין היא כפופה לדינים הקבועים מדין התורה.

מדברי רבנו יחיאל והרא"ש למדנו שקניין סיטומתא כפוף באופן חלקי בלבד לדינים הרגילים: לדעת הרא"ש, בסיטומתא כבכל מעשי הקניין, לא ניתן להעביר את הבעלות באמצעות דיבור בלבד, אלא נדרש מעשה כלשהו. מנגד, בקניין סיטומתא ניתן להעביר בעלות גם בנכסים שהדינים הרגילים אינם מאפשרים זאת, דוגמת נכסים שאין בהם ממש או כאלה שטרם באו לעולם.

לאור מסקנות אלו העלינו שאלה לדיון, האם ייתכן שכיום, העברת התשלום הכספי תמורת מיטלטלין תעביר את הבעלות במיטלטלין, מן המוכר לקונה. ומצאנו שנחלקו האחרונים בכך, והסקנו שכיוון שלדעת רוב הראשונים סיטומתא מועילה מכוח המנהג, היא גוברת גם על תקנת חכמים שביטלה את קניין הכסף.

כמו כן דנו בשאלה האם תוקפה של סיטומתא הוא מהתורה או מדרבנן והסקנו שלשיטות שסיטומתא היא הכרה בכוח המנהג, הרי שתוקפה הוא מדאורייתא ואילו לשיטות שחכמים העניקו לקניין את תוקפו, הרי שהוא מדרבנן.

פיצול וצמצום הבעלות

הרב עדו רכניץ

- | | |
|--|---|
| א. מבוא | 6. שיטת הריטב"א והרשב"א – שיור וסילוק |
| ב. קניין לזמן | 7. שיטת הרמב"ן – הגבלת זכויות על ידי תנאי |
| 1. קניין לזמן הוא קניין הגוף | ה. חיסון הנכס מפני עיקול |
| 2. קניין לזמן אינו קניין הגוף | 1. שיטת הרא"ש – הגבלה על ידי תנאי |
| 3. שכירות | 2. הגבלה על ידי שיור |
| ג. קניין פירות לעולם | 3. הפסיקה בשולחן ערוך |
| 1. שיטת הר"ן – קניין פירות לעולם הוא קניין הגוף | ו. מחלוקת האחרונים ביחס למכירה מוגבלת |
| 2. מחלוקת האחרונים בעקבות הר"ן | 1. לא ניתן לשייר ללא זכות ממשית |
| ד. הגבלת העבירות | 2. ניתן לשייר ללא זכות ממשית |
| 1. מתנת בית חורון – משנה וגמרא | 3. הכרעת פוסקי זמננו בשיור זכות ההעתקה |
| 2. הגבלת העבירות על ידי תנאי | ז. סיכום |
| 3. הגבלת העבירות על ידי שיור בקניין | |
| 4. קניין סודר | |
| 5. על מנת שאין לרכך ולבעלך רשות בהן – משנה וגמרא | |

א. מבוא

הקניין הוא אחד מאבני היסוד של בניין המשפט. במידה רבה הקניין הוא הזכות הטבעית הראשונית ביותר, והלכות רבות מתייחסות ונשענות על זכות זו. כך למשל, הלכות גזל ונזיקין מניחות כמושכל ראשון את קיומו של רכוש קנוי לאדם ואליו הן מתייחסות. רבים מההסדרים הכלכליים מבוססים על פירוק, פיצול והגבלה של הזכות הקניינית. להלן כמה דוגמאות:

א. אחת ההצעות לעיגון זכויות הירצרים על פי ההלכה היא שלא להעביר לקונה (של הדיסק או הספר) את זכות ההעתקה;

ב. לוזה שקונה נכס רוצה למנוע מבעלי החוב לעקל ממנו את הנכס והוא מבקש מהמוכר להעביר אליו זכות מוגבלת בלבד;

* הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, עפרה; מנהל רשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית".

ג. כדי לעגן בהלכה את החברה בע"מ ניתן להציע שבעלי המניות יעבירו חלק מהזכויות שלהם לידי ההנהלה, ובכך הם יגבילו את עצמם מלהתערב ישירות בנעשה בחברה. דוגמאות אלה משקפות את הצורך של עולם המסחר למתוח עד קצה הגבול את ההגדרות המשפטיות, כדי ליצור הסדרים גמישים ומורכבים. בחינת הסדרים אלה מחייבת עיון בגבולות ההגדרה ההלכתית של הזכות הקניינית. השאלה היסודית שיש לבחון בהקשר זה היא, האם הבעלות בנכס מורכבת מחבילה בלתי-ניתנת-לפירוק של זכויות, הכוללת את היכולת להעביר את הזכויות הלאה, להשתמש בנכס באופנים שונים ואף להרוס את הנכס, או שמא הבעלות היא חבילה של זכויות שניתן לפרקן ולחלקן באופנים שונים. לפי האפשרות הראשונה, ניתן ליצור שיתוף של כמה אנשים בזכויות בנכס, אך לא ניתן להכיר בזכותו של אדם בחלק מן הזכויות בנכס. לפי האפשרות השנייה, ניתן לצמצם את הבעלות בנכס או לחלק את הזכויות השונות בין כמה בני אדם. נראה שבשאלה זו נחלקו ראשונים ואחרונים¹ בכמה סוגיות, כפי שניווכח להלן.

ב. קניין לזמן

הסוגיה הראשונה שתידון, היא שאלת האפשרות לפצל את הבעלות על פני ציר הזמן.² בפועל מדובר על מכירה של נכס לזמן מוגבל, כאשר בתום הזמן הוא ישוב לבעליו. בסוגיה זו נחלקו ראשונים, בשאלה, האם פיצול כזה מעניק לכל אחד משני בעלי הזכויות בעלות מלאה בנכס ("קניין הגוף"), לאותו הזמן שהוא מחזיק בזכויות בנכס, או שמא הבעלות המלאה שייכת רק למי שבידיו הזכויות להחזיק בנכס לנצח, והוא זכאי להרשות לזולת להשתמש בנכס. המשתמש בנכס, לפי הסבר זה, אינו בעליו של הנכס אפילו בזמן בו הוא מורשה להשתמש בו, אלא הוא מקבל לידיו זכויות שימוש בלבד – "קניין פירות".

1. קניין לזמן הוא קניין הגוף

לדעת הרמב"ם ניתן לפצל את הזכות הקניינית בין אנשים שונים על פני ציר הזמן – הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם.³

1. ראה עוד: ש' שילה, "פיצול זכות הבעלות בנכס במשפט התלמודי", **דיני ישראל יב** (תשד"ם-תשמ"ה), קעג, שסקר את דברי התנאים והאמוראים בסוגיה זו.
2. [הערת עורך: לדעת ש' אלבק (**דיני הממונות בתלמוד** (תשמ"ג), עמ' 391), אין המשפט העברי מכיר בבעלות המוגבלת בזמן. אולם דעתו אינה מוסכמת. ראה: י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו", **משפטים ז** (סיון תשל"ו), בעמוד 61. תשובה לדברים, ראה במאמרו של ב' שיבר "שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי", **משפטים ח** (אב תשל"ז), עמודים 96-97. אף שילה, במאמרו הנ"ל, (עמ' קפח-קצד) חולק על עמדתו של אלבק בעניין זה. י.א.].
3. **רמב"ם מכירה כג**, ו.

קניין פירות אינו כולל את הזכות להרוס, בעוד שקניין הגוף כולל זכות זו. מדברי הרמב"ם, לפיהם הקונה לזמן זכאי להרוס את הנכס שקנה עולה אם כן, שקונה זה קיבל לידי קניין הגוף בנכס. ייתכן שזו בדיוק משמעות הביטוי קניין הגוף – היכולת להרוס ולכלול את הגוף. לדעת הרמב"ם תיתכן אם כן חלוקה של קניין הגוף בין כמה אנשים על פני ציר הזמן, וכל אחד בשעתו יהיה בעלים באופן מלא ומוחלט.⁴ בעניין זה נפסק בשולחן ערוך⁵ ובספר קצות החושן⁶ כדעת הרמב"ם.

4. לאור שיטת הרמב"ם בקניין לזמן יש לבחון את המכירה ביובל

בזמן שדיני היובל נוהגים, כל הקרקעות חוזרות לבעליהן המקוריים בשנת היובל. מהגמרא (גיטין מז, ב- מח, א) עולה שמלבד הגבלת הזמן של הבעלות, קיימת הגבלה על היקף זכותו של הקונה בקרקע, וזו מסתכמת ב"קנין פירות" בלבד. אמנם האמוראים נחלקו האם קניין פירות כקניין הגוף או לא, ולכך נפקות מעשית – האם הקונה יכול לקרוא את פרשת הביכורים שבה מוכר שהקרקע שייכת למביא הביכורים. מר זוטרא, המובא בהמשך הסוגיה, סבור שמחלוקת האמוראים עוסקת במכירה החל מהיובל השני, אבל ביובל הראשון לכל הדעות קניין פירות כקניין הגוף, כיוון שהמוכר טרם גמר בדעתו שהמכירה היא לזמן מוגבל. וכך פסק הרמב"ם (ביכורים ד, ז):

המוכר שדהו או שמכר אילנות וקרקען בזמן שהיובל נוהג – הרי זה מביא (=ביכורים) וקורא (=את פרשת הביכורים) ביובל ראשון בלבד, שעדיין לא סמכה דעתו של מוכר שתחזור לו הקרקע. אבל אם חזר ומכרה ביובל שני – הרי זה מביא ואינו קורא, שהרי סמכה דעתו שאין לו אלא הפירות וקניין פירות אינו כקניין הגוף.

המגיד משנה (מכירה כג, ו) כתב שלדעת הרמב"ם דינו של הקונה ביובל כדין קונה לזמן שיכול לעשות בקרקע ככל העולה על דעתו, וכן כתב **קצות החושן** (רנו, ג; וכן שטז, ב).

ראייה לשיטה זו היא פסיקת הרמב"ם (שמיטה יא, יד) שאילנות אינם חוזרים עם הקרקע ביובל. וכן מדברי הרמב"ם (שמיטה יא, ב) שקרקע שנמכרה לזמן, ואף לזמן ארוך מאד, איננה חוזרת ביובל. אילו דינה של מכירה רגילה שחוזרת ביובל, היה כקניין פירות ולא כקניין לזמן, היה תמוה מדוע על קניין לזמן לא חלים דיני היובל ומצמצמים את היקף הזכויות של הקונה. אולם, אם היובל מצמצם רק את משך זמן המכירה, הרי שמוכן מדוע בקניין שממילא הוגבל בזמן אין צורך להגביל עוד ולא חלים עליו דיני היובל.

אולם לשיטתם קשה מדוע קניין פירות שכזה אינו כקניין הגוף? **בשו"ת דרכי נועם** (חור"מ ד) תירץ שאמנם יש לקונה קניין הגוף ולכן הוא יכול להביא ביכורים מהקרקע שקנה, אולם, הקניין אינו קניין גמור כפי שנדרש כדי לקרוא את פרשת הביכורים. לחילופין, ניתן להציע פירוש אחר, ובכך להסביר מדוע ביובל הראשון הקונה מביא ביכורים וקורא את פרשת הביכורים: על פי דין, לקונה בזמן היובל יש קניין לזמן ולכן הוא יכול להזיק לקרקע ולהביא ביכורים כבעלים, וזהו הדין ביובל הראשון. אולם, ביובל השני הציבור לוקח בחשבון את היובל ומתייחס למכירה כאל קניין פירות, ולכן הקונה אינו יכול לקרוא את פרשת הביכורים.

לעומת כל זאת, בירושלמי (פרק ד הלכה ח) נאמר שהקונה בזמן היובל אינו רשאי להזיק לקרקע שקנה, וכן פסק בעקבות הירושלמי, **המשנה למלך** (שמיטה יא, א, ד"ה נסתפקתי) שהקונה ביובל אינו יכול להזיק לקרקע, **החתם סופר** (גיטין מח, א, ד"ה בהיא) הסביר שאמנם יש לקונה זכות ממונית כקונה קרקע לזמן, אולם, ישנה מצוות עשה שלא להזיק לקרקע. גם **בשו"ת שואל ומשיב** (א, א, רסו) כתב שהקונה אינו רשאי להזיק, וכן כתב **בשו"ת דברי יציב** (חור"מ, פה) שביאר את דברי מר זוטרא כך: מן הדין לקונה זכות מוגבלת, אולם ביובל הראשון המוכר נותן לקונה יותר מהזכות המגיעה לו על פי דין, ולכן הוא יכול לקרוא את פרשת הביכורים. לשיטתם, הקניין ביובל הוא פחות מקניין לזמן ולכן אינו כקניין הגוף.

5. שולחן ערוך חו"מ ריב, ד.

6. קצות החושן ריב, ב.

הראב"ד⁷ חלק אמנם על הרמב"ם במוכר לזמן, אולם הודה שייתכן שבמכירה לאחד ואחריו לאחר, או במכירה לזמן ארוך, תהיה למקבל זכות להרוס את הנכס. מכאן נראה שהראב"ד אינו חולק עקרונית על פסיקת הרמב"ם, לפיה ניתן לפצל את הבעלות בגוף הנכס בזמן, אלא רק על פרשנותו המשפטית למהותה של העסקה בין המוכר לקונה נכס לזמן.

על אחת ההשלכות המשמעותיות של עמדה הלכתית זו למדנו מתשובת הרא"ש, בעניין נטילת ארבעת המינים בידי כמה אנשים. בקהילות שונות בתפוצות היה קושי גדול להשיג ארבעה מינים, והיה הכרח להעביר אותם מאדם לאדם. אולם, על פי דין חייב אדם ליטול ביום הראשון של סוכות ארבעה מינים השייכים לו. כיצד אם כן ייטלו כל אנשי הקהילה ארבעת המינים ביום הראשון? רבנו אביגדור הציע פתרון –

אין אדם יוצא ידי חובתו ביום טוב ראשון כלולבו של חברו, אף על גב דדיחב ליה בפירוש הנאת שימוש, דהיינו נטילתו לצאת בו, לא נפיק ביה עד דמיקניא ליה קניית הגוף לשעה, לכל הפחות.⁸

כך פסק בספר קצות החושן⁹, וסייג זאת ביחס לקניין קידושין באומרו כי לא תיתכן הגבלה של הקשר בין בני הזוג לזמן, כיוון שקידושין חייבים להיות לעולם.¹⁰

2. קניין לזמן אינו קניין הגוף

בניגוד לרמב"ם וראב"ד, יש ראשונים שסברו שזכות מוגבלת בזמן אינה יכולה להיות בעלות. כך עולה מדברי התוספות:

...דבר החוזר לבעלים כגון מתנה על מנת להחזיר, אי נמי שאלה או שכירות בכולם לא מיקנו בחליפין משום דהוה כמו טובת הנאה.¹¹

כלומר, זכות מוגבלת בזמן היא בגדר "טובת הנאה", ואיננה אפילו זכות קניינית, לפיכך לא ניתן ליצור אותה על ידי קניין סודר.

דומה לזאת כתב הר"ן: "דכל קניין שאינו עולמית קניין פירות בלחוד מיקרי...",¹² וכך פסק בספר נתיבות המשפט.¹³ הר"ן קבע שזכות מוגבלת בזמן אינה בעלות אבל היא זכות קניינית (קניין פירות), בניגוד לתוספות שכתבו שזכות מוגבלת בזמן אינה זכות קניינית.

השלכה משמעותית לגישה זו עולה מדברי ר"י (מבעלי התוספות) הבאים:

הלוקח בהמה לשלשים יום, אף על גב דלאו שואל הוי ולא שוכר דבלשון מיקח לקח, מכל מקום שומר חנם הוי.¹⁴

7. השגות הראב"ד על רמב"ם מכירה כג, ו.

8. שו"ת הרא"ש לה, ב, והרא"ש עצמו חלק עליו כמו שיתבאר להלן ליד הערה 18.

9. קצות החושן רמא, ד.

10. באותו האופן פירש קצות החושן את דברי הר"ן (שיובאו להלן, ליד הערה 112) שבעלות חייבת להיות לעולם, כעוסקים רק בקניין קידושין.

11. תוספות ערכין כט, ב, ד"ה ולא.

12. ר"ן נדרים כט, א, ד"ה אמר.

13. נתיבות המשפט רמא, ה.

לדעת ר"י הקונה בהמה לשלושים יום הוא בגדר שומר חנם עליה. ברור מאילו, שאילו היה מותר לקונה להרוס בידיו את הבהמה, כפי שפסק הרמב"ם, לא היה מקום לחייב אותו כשומר במקרה של נזק. דברי ר"י מניחים אם כן, שזכותו של הקונה מוגבלת, והוא אינו רשאי לפגוע בגוף, אלא רק ליהנות מהפירות, ולכן לגבי הגוף הוא שומר חנם, וכך פסק גם הרא"ש.¹⁵

בשולחן ערוך¹⁶ נפסק כדעת ר"י והרא"ש, ובקצות החושן¹⁷ הקשה על השולחן ערוך שפסק כדעת הרמב"ם שקונה שדה לזמן יכול להרוס אותה, ולעומת זאת פסק שקונה לזמן דינו כשומר וחובה עליו לשמור מפני נזק חיצוני. קיימת פסיקה נוספת של הרא"ש ברוח זו, בנוגע לארבעת המינים:

אבל אם אמר לו: יהא במתנה עד שתצא בו ואחר כך יהא שלי כבתחילה, לא יצא בו דהוי כמו שאול.¹⁸

כלומר, בארבעת המינים הקנויים לזמן לא יוצאים ידי חובה כיון שהם אינם קנויים אלא מושאלים, וכן פסקו פוסקים נוספים¹⁹ וכן נפסק בשולחן ערוך.²⁰ בביאור הלכה²¹ העיר שיש בזה מחלוקת אחרונים, בין קצות-החושן ונתיבות-המשפט, כמבואר לעיל.²²

3. שכירות

נפקות נוספת למחלוקת הראשונים האמורה קיימת בהבנת מהות השכירות. לדעת הרמב"ם שכירות היא קניין לזמן, ואלו דבריו:

ודין הוא – הלוקח קונה הגוף קניין עולם בדמים שנתן... והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן.²³

בכך הולך הרמב"ם לשיטתו, שאין הבדל מהותי בין בעלות לא מוגבלת בזמן, לבעלות לזמן מוגבל. בניגוד לכך, הובאו כבר דברי התוספות שזכות מוגבלת בזמן אינה אלא טובת הנאה, וכך פסק הש"ך.²⁴

14. תוספות בבא מציעא צ"ב, ד"ה בעל.

15. רא"ש סוכה ג, ל.

16. שולחן ערוך חר"מ שמו, יח.

17. קצות החושן שמו, ה.

18. רא"ש סוכה ג, ל.

19. ראה למשל שו"ת האלף לך שלמה או"ח, שעד.

20. שולחן ערוך או"ח תרנח, ג.

21. שם.

22. סוגיה נוספת המתבארת על פי המחלוקת הזו היא סוגיית "נכסי לך ואחריוך לפלוני". בסוגיה זו יתכן לבאר שלראשון יש קניין לזמן ואז יש לבחון את היקף הזכויות שלו לאור המחלוקת המובאת כאן. ראה בעניין זה: הרב שמואל נחומשטן, "בגדר דין אחריוך לפלוני", חמדת הארץ, א, ירושלים תשס"א, עמ' 197.

23. רמב"ם שאלה א, ה.

24. ש"ך חר"מ שלד, ב.

הרא"ש סבר ששכירות היא זכות קניינית, והראיות לכך רבות.²⁵ לכאורה, עמדתו בשאלה זו עומדת בסתירה לדעתו בעניין קניין לזמן, שם פסק שהקונה לזמן אינו הבעלים. ניתן לתרץ שלדעת הרא"ש תיתכן זכות קניינית מוגבלת בהיקפה (דוגמת שכירות) שאף מוגבלת בזמן, אולם, בעלות מלאה תיתכן רק בקיום זכויות שאינן מוגבלות בזמן. הבנת מהות השכירות מחייבת עוד דיון ארוך שאין זה מקומו.²⁶

ג. קניין פירות לעולם

סוגיה נוספת המשלימה את שאלת הבעלות המוגבלת בזמן היא, האם זכות שימוש חלקית שאינה מוגבלת בזמן היא בגדר בעלות או לא? למשל, האם מי שיש לו קניין פירות לעולם מוגדר כבעלים?

שאלה זו משמעותית למשל בנושא של קרן צדקה – האם ניתן לומר שהגוף שייך למקדיש והפירות של העניים? יישום נוסף ייתכן ביחס לחברה בע"מ – האם ניתן להגדיר את בעלי השליטה כבעלי קניין הגוף, בזמן שלשאר בעלי המניות יש רק קניין פירות? ובתחום זכויות יוצרים, האם נוכל לקבל את ההגדרה של החברות שהן ממשיכות להיות הבעלים על אמצעי האחסון של המידע (למשל דיסק) ולקונה ישנן רק זכויות שימוש?

1. שיטת הר"ן – קניין פירות לעולם הוא קניין הגוף

כאמור לעיל, הר"ן כתב שקניין לזמן אינו קניין הגוף, וביחס לקניין פירות כתב הר"ן, כדלקמן, שקניין פירות לנצח נחשב לקניין הגוף. בכך הוא קבע את מִמד הזמן לגורם המכריע בהגדרת הבעלות: כאשר הזכויות מוגבלות בזמן – אין כאן בעלות, וכאשר הן אינן מוגבלות בזמן – יש כאן בעלות. זאת, מתוך התעלמות מהיקף הזכויות המדובר.

במשנה²⁷ נאמר שאדם יכול להשתמש במרחץ השייך למי שאסר עליו הנאה בנדר אם המרחץ הושכר ואין למשכיר "תפיסת יד" בו. בגמרא²⁸ הוסבר שהכוונה לשכירות "בטסקא". הראשונים נחלקו בשאלה במה מדובר, וכיצד הסדר זה מתיר למודר ההנאה להשתמש במרחץ. הר"ן הביא שתי שיטות ולבסוף כתב:

הקרקע הרי הוא של מחזיק לעולם ומורישו לבניו, אלא שנותן דבר ידוע בכל שנה לבעלים הראשונים וכל כי האי גוונא קניין הגוף מיקרי ולא שעבוד בלבד שיפקיענו קונם. והאי דנקט "מושכרין" במתניתין משום דטסקא זו כעין שכירות הוא, שאם אינו פורע המוטל עליו שנה שנה הדרא ארעא למרא.²⁹

כלומר, לא מדובר על שכירות רגילה אלא על הסדר הדומה לדמי מפתח שבו הדייר יכול להשתמש במרחץ לעולם, ואף להוריש את זכות השימוש לבניו, זאת בתנאי שישלם סכום

25. שו"ת הרא"ש א, א; שם, א, ב; רא"ש בבא קמא ה, י; בבא מציעא ד, כא; בבא מציעא ח, כה.

26. ראה למשל, ד"ר מיכאל ויגודה, חוק לישראל – שכירות ושאלה, ירושלים, תשנ"ח, עמ' 7 והלאה.

27. נדרים מו, א.

28. שם, מו, ב.

29. ר"ן נדרים מו, ב-מז, א, ד"ה היכי.

קבוע בכל שנה לבעל המרחץ. כיוון שזכותו של הדייר אינה מוגבלת בזמן היא בגדר "קניין הגוף", ועל כן אין לבעל המרחץ שום זכות בנכס וגם מי שמודר ממנו הנאה יכול להשתמש בו.

2. מחלוקת האחרונים בעקבות הר"ן

בעקבות דברי הר"ן הללו התפתחה מחלוקת אחרונים בשאלה האם קניין פירות לעולם הוא בעצם קניין הגוף?

המהרי"ט³⁰ כתב שכסף שהוקדש לצדקה באופן כזה שהעניים יקבלו רק את הרווח, ניתן להלוות בריבית. זאת, כיוון שאיסור ריבית חל רק כאשר בעל הכסף או שליחו הוא המלווה את הכסף והוא המקבל את הריבית. במקרה זה הממונה על ניהול הקרן הוא המלווה, ואת הריבית מקבלים העניים שאינם בעלי הכסף עצמו, אלא רק נהנים מפירותיו. עם זאת מסייג המהרי"ט את דבריו ואומר, שאם הקרן יועדה לעניים **מסוימים** יש חשש לאיסור.

המשנה למלך תמה על סוף דברי המהרי"ט כיוון שהלכה מקובלת היא שקניין פירות אינו כקניין הגוף, ומכאן שהעניים אינם הבעלים, אף אם ההקדש יועד לטובת עניים מסוימים. המשנה למלך תירץ את המהרי"ט כך:

בנידון דמוהרי"ט שלעולם פירות מעות אלו הם לעניים ואין לו שום תועלת בשום זמן באלו המעות, פשיטא דאליבא דכולי עלמא בכי האי גוונא, קניין פירות כקניין הגוף דמי.³¹

כלומר, כיוון שעניים מסוימים מקבלים את קניין הפירות לעולם, הם בעצם בעלים גמורים על הממון. אין כוונת המשנה-למלך לומר שגבאי הצדקה יכולים לתת את כספי הקרן לעניים, אלא רק שלמרות שהעניים מקבלים רק את הרווחים, הם נחשבים כבעלים גמורים לעניין זה ואסור להם לקבל ריבית.

על פי אותו העיקרון כתב המהרש"ם³² שדייר השואל דירה לעולם, יכול לקנות בדירה זו באמצעות קניין חצר, כי היא נחשבת כחצר שבבעלותו. אולם, ציין המהרש"ם, שמתשובת מהר"י בן לב נראה שהוא חולק על עמדתו.³³ תשובת מהר"י בן לב, עוסקת באדם שציווה לפני מותו, ששכר הדירה מהחצר שבה הוא גר יינתן לתושבי צפת, ירושלים וסלונקי, ואף כתב שטר על כך ומסרו לאחרים. יורשיו, על פי הדין, טענו שהצוואה אינה תקפה כיוון ששכר הדירה הוא בגדר "דבר שלא בא לעולם", שאותו לא ניתן להעביר בצוואה. מהר"י בן לב³⁴ קיבל את טענת היורשים, וביטל את הצוואה. מהרש"ם הבין שפסיקה זו אינה

30. שו"ת מהרי"ט ב, יר"ד, מה.

31. **משנה למלך** מלוה ד, יד, ד"ה עוד כתב מוהרי"ט. יש להעיר כי המהרי"ט עצמו הסביר את דבריו באופן אחר.

32. שו"ת מהרש"ם ג, רצא.

33. בנוסח שלפנינו מופיע בטעות: שו"ת מהר"י בן לב ב, סא; שאינו קשור לעניין זה כלל, ולכן נראה שמדובר בתשובה המובאת מיד.

34. שו"ת מהר"י בן לב א, סא.

מתיישבת עם פסיקתו, כיוון שמדובר בקניין פירות לעולם, ואם כן ניתן היה לטעון שהנפטר העביר זכויות קניין בגוף הנכס בחייו, ולא רק זכויות בפירות עתידיים.

נראה שהמהרש"ם הבין מדברי הר"ן, שקניין פירות לעולם הוא למעשה קניין הגוף, ולכן הוא חל על הנכס באופן מידי, בעוד שמהר"י בן לב סבר, שאף קניין פירות לעולם אינו נחשב לקניין הגוף, ולכן עסקה בפירות הנכס היא עסקה בנכס שטרם בא לעולם, שאינה תקפה.

בשו"ת אבני נזר דן בנפקות נוספת העולה משיטת הר"ן. הרמ"א³⁵ בהלכות ריבית כותב שנחלקו פוסקים בשאלה, האם מותר למלווה להשתמש בנכס של הלווה כל זמן שהחוב לא נפרע, והלווה לא יכול לכפות אותו לקבל כסף ולהחזיר לו את הנכס.

בשו"ת אבני נזר³⁶ הסביר מדוע לכל השיטות אין בכך איסור תורה, אלא לכל היותר איסור דרבנן: כיוון שהלווה לא יכול לפרוע את החוב ולקבל בחזרה את הקרקע, הרי שהיא אינה שווה דבר מבחינתו ולכן אין איסור בכך שהמלווה ייהנה ממנה. והוסיף להסביר, כיוון שלמלווה יש במקרה כזה קניין פירות לעולם, הרי שהוא בעצם הבעלים של השדה ולא ברכושו של הלווה, אלא ברכושו הוא נהנה.

לדבריו, הקונה פירות לעולם הוא הבעלים ולא בעל קניין הגוף "ואי דמר לאו דמר" (=ואם הרכוש של זה אין הוא רכושו של זה האחר). החידוש הנוסף בדבריו הוא, שיש רק אחד המוגדר כבעלים – ובמקרה זה הוא מי שקנה קניין פירות לעולם.

בשו"ת מנחת יצחק³⁷ טען שהיתר מכירה בשמיטה אינו מועיל כיוון שכדי להימנע מאיסור "לא תחנם" יש למכור לנכרי את הקרקע לפירות לזמן מוגבל, אולם קניין כזה אינו מועיל לפטור את הקרקע מדיני שמיטה, ואם נמכור לו קניין פירות לעולם הרי שדינו כקניין הגוף, ובמכירה עובר המוכר על "לא תחנם".

ד. הגבלת העבירות

מוסכם על רוב הפוסקים, שתיתכן חלוקה של זכויות בנכס בין שותפים, חלוקה כזו משאירה בידי כל שותף את כל הזכויות בחלקו. כך למשל, הזכויות הן עבירות, כלומר כל אחד מהשותפים יכול להעביר אותן לאחר.³⁸

אולם ישנם מקרים בהם המוכר רוצה לגרוע מהקונה חלק מהזכויות הנובעות מהבעלות, לדוגמה, את הזכות להעביר את הנכס הלאה, או חלק מזכויות השימוש בנכס. צורך כזה מתעורר במסגרת הדיון בסוגיית ההגנה על זכויות יוצרים. אחת ההצעות להגנה על זכויות יוצרים היא לשיר את זכות ההעסקה בידי המוכר.

35. רמ"א יו"ד קעב, א.

36. שו"ת אבני נזר יו"ד, רד.

37. שו"ת מנחת יצחק ו, קכח; ח, צו.

38. סמ"ע חו"מ קנד, ח; ט"ז שם, נתיבות המשפט ביאורים קנד, ד; בניגוד לדעת הלבוש שם.

השאלה, האם ניתן לגרוע זכויות מהבעלות נוגעת בשאלה הבסיסית – האם יש לראות בבעלות זכות כללית, הבאה לידי ביטוי אמנם בזכויות שונות, כזכות השימוש, המכירה וכדומה, אך אין היא ניתנת לחלוקה וצמצום, או שמא הבעלות היא אוסף של זכויות, ולפיכך ניתן לצמצם את היקף הבעלות, או לגרוע זכות אחת מן הזכויות המועברות בדרך כלל לבעליו של הנכס. נראה כי גם בסוגיה זו נחלקו ראשונים ואחרונים, כפי שהדבר עולה בכמה סוגיות.

1. מתנת בית חורון – משנה וגמרא

במשנה מסופר על אדם שנדר שאביו לא ייהנה מרכושו. לימים, השיא הבן את בנו ורצה להזמין את אביו לחתונת נכדו, אולם עקב הנדר לא יכול היה לעשות זאת, כיוון שהאב לא יוכל ליהנות מן הסעודה. כדי לפתור את הבעיה נתן הבן את המזון שבסעודה לחברו במתנה, והתכוון בכך לאפשר לאב, יחד עם כל המוזמנים, ליהנות מן הסעודה שכבר אינה שלו. אולם, אותו חבר לא מילא את חלקו, והקדיש את כל המזון לבדק בית המקדש, ובכך אסר את ההנאה ממנה על כולם. הבן טען שהוא לא הקנה את המזון של הסעודה לחברו, כדי שיוכל לעשות בו ככל העולה על דעתו, וכשבא הדבר לפני חכמים, הכריעו אלו ש"כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת – אינה מתנה"³⁹.

לכאורה נראה מן הסיפור, שלא ניתן לפצל את הבעלות, ולהעביר בעלות מצומצמת, שאינה כוללת את הזכות להקדיש את המזון.

בגמרא שם מובא מקרה של אדם שרצה לשלול מבנו, שהתנהג באופן לא-ראוי, את הזכות לרשת אותו, אבל רצה להבטיח את זכותו של נכדו מאותו הבן לרשת, אם הלה יהיה תלמיד חכם. כדי לממש את כוונתו אמר המוריש שהוא אוסר את נכדו על בנו, אך הוא מקנה לו את הנכסים, כדי שיעביר את הבעלות בהם לנכדו, אם הלה יהיה תלמיד חכם. בנוגע לתוקפה של העברת הבעלות בדרך זו, נחלקו אמוראים:

אמרי פומבדיתאי: קני על מנת להקנות הוא, וכל קני על מנת להקנות – לא קני; ורב נחמן אמר: קני, דהא סודרא קני על מנת להקנות הוא.

...אמר ליה רבא לרב נחמן: והא מתנת בית חורון דקני על מנת להקנות הוא, ולא קא קני! זימנין אמר ליה: משום דסעודתו מוכחת עליו, וזימנין אמר ליה: ר' אליעזר הוא, דאמר: אפילו ויתור אסור במודר הנאה.⁴⁰

חכמי פומבדיתא פסקו שלהסדר כזה אין תוקף, ורב נחמן פסק שהסדר זה תקף. רבא שאל את רב נחמן כיצד פסיקתו מתיישבת עם המשנה העוסקת במתנת בית חורון, ממנה עולה שלא תיתכן הגבלה של העבירות. רב נחמן השיב שתי תשובות, כאשר הראשונה, שבה נעסוק בהמשך, היא שבמקרה של המשנה "סעודתו מוכחת עליו".

39. נדרים מח,א.

40. נדרים מח,ב.

2. הגבלת העבירות על ידי תנאי

הרשב"ם סבר שיש אמנם ללמוד מן המשנה, שלא ניתן להעביר בעלות מוגבלת בנכס – אין מתנה לחצאין דאם איני יכול ליתנה לבניו, אם כן גם אני בעצמי איני יכול ליהנות בהן. כדאמר גבי מעשה דבית-חורון דכיוון דנתנה לו ליהנות על מנת שלא יקדיש לא הוי מתנה כלל.⁴¹

כך משמע גם מתוספות.⁴² לשיטתם, מן המשנה אנו למדים, שלא ניתן לגרוע זכויות מהבעלות: או שהבעלות שלמה, או שאין היא קיימת.

לפי שיטתם, לא ייתכן לפרש את דין "קני על מנת להקנות", בו נפסקה הלכה כרב נחמן שהקניין תקף, כהעברה של בעלות מוגבלת בנכסי האב, שכן לשיטתם העברת בעלות בדרך זו אינה תקפה. לשיטתם, יש לפרש את הדין בהתבסס על דיני התנאים. באופן זה הסביר הרא"ש גם את ההלכה המאפשרת להעניק מתנה, מבלי שיחול עליה שעבוד לכתובת אישה או לבעל חוב:

ואם תיקשי לך: כיוון שלא זכה מקבל המתנה לעשות בה כל חפצו, אם כן לא הויא מתנה!

...בנותן מתנה לחברו על מנת שלא יחול עליה שעבוד כתובת אשה ובעל חוב, שהיא מתנה לכל דבר חוץ מתנאי זה, דהוי מתנה מעליותא, ובלבד שיתקיים התנאי, ואם היה בא בעל חוב וטורפה בחובו אחר כך, לא נתקיים התנאי ונתבטלה המתנה מעיקרא.⁴³

לדעת הרא"ש, הדרך היחידה למנוע ממקבל המתנה לעשות שימוש מסוים בנכס שקיבל היא, באמצעות התניה לפיה שימוש מסוים בנכס יביא לביטול המתנה למפרע. במקרה זה זוכה מקבל המתנה בכל הזכויות בנכס, "דהוי מתנה מעליותא, ובלבד שיתקיים התנאי".

אמנם, כאן עלינו לתת את הדעת לדברי הרא"ש הנוכרים לעיל, הקובע ששכירות היא זכות קניינית, למרות שהיא מוגבלת בזמן ובהיקף השימוש. נמצא שלשיטת הרא"ש, הגבלת זכויות בנכס אינה שוללת את היותן זכות קניינית. אם כך, מדוע הגבלת הזכות להעביר את הזכויות בנכס לאחרים, שוללת קיומה של זכות קניינית בנכס?

אפשר שיש להבחין בין הזכות להעביר את הזכויות בנכס, לזכויות אחרות. הזכות להעביר את הזכויות בנכס אינה זכות רגילה. זו זכות המבטאת את מהותה של הבעלות בנכס. משמעותה של הבעלות היא, הזכות לעשות בנכס שימוש, אף אם מוגבל, באמצעות בעל הזכות, נציגו או כל אדם אחר, אליו בחר בעל הזכות להעביר את זכותו. מי שאינו מסוגל להעביר את זכותו לאחרים, אינו יכול, אם כן, להיחשב כבעליה של הזכות.

41. רשב"ם בבא בתרא קלד, א, בראש העמוד.

42. תוספות שם, ד"ה כל.

43. שו"ת הרא"ש ער, ד.

שולחן ערוך⁴⁴ פסק על פי הרא"ש, שאם אדם נתן מתנה סתם הרי שהמקבל יכול "לעשות בה כל חפצו", אולם, אם נתנה "על מנת שלא יעשה בה שום דבר אלא דבר פלוני, הרי מתנה לאותו דבר שפירש בלבד".

הסמ"ע⁴⁵ ביאר שמדובר על שיוור בקניין, אולם הוא עצמו כתב בפרישה⁴⁶ שדין זה מבוסס על תנאי, כפי שעולה מתשובת הרא"ש שהיא מקורו של השולחן ערוך.

3. הגבלת העבירות על ידי שיוור בקניין

הרא"ש וסיעתו סברו שהגבלת זכויות אפשרית רק על ידי תנאי ולא על ידי שיוור, ובהתאם לכך ברור שהבעיה במתנת בית חורון הייתה בניסיון להגביל את הבעלות. בניגוד לכך, הרשב"א פירש, שמתנת בית חורון לא חלה בשל היותה מתנה פיקטיבית –

נראה לי דהכי פירושו: "סעודתו" שעשה לבנו "מוכחת עליו" לפי שאין אדם טורח

בסעודה ומפסידה לעשות לנשואי בנו ומפסידה מבנו ונותנה לאחרים.⁴⁷

מן הדברים עולה, שמתנת בית חורון לא חלה בשל כך שנותן המתנה לא התכוון באמת להעביר את הבעלות. בשונה ממתנת בית חורון, מחלוקתם של חכמי פומבדיתא ורב נחמן לא עסקה בהעברת בעלות באופן פיקטיבי, אלא בהעברה של בעלות מוגבלת. בעניין זה סברו חכמי פומבדיתא –

דלא נתנם לבן כלל ואין לו בהן הנאה של כלום, אלא שיקנם כדי להקנותם בלבד, ומשום הכי אמרי פומבדיתאי דכיוון שאין זה קונה בגוף הנכסים כלל אינה מתנה, ולא קנה ואפילו להקנותם.⁴⁸

דהיינו, לדעת חכמי פומבדיתא, כיוון שב"קני על מנת להקנות", אין הקונה מקבל לידי בעלות מלאה, אלא הוא מקבל מראש בעלות מוגבלת, אין לכך תוקף, כשיטת הרא"ש כפי שהובאה לעיל. אולם, רב נחמן חלק על חכמי פומבדיתא,⁴⁹ וסבר שניתן להעביר בעלות מוגבלת בדרך של "קני על מנת להקנות", וכך פסק הרשב"א להלכה.⁵⁰

4. קניין סודר

קניין הסודר משמש לרב נחמן ראייה לשיטתו, שהעברת בעלות בדרך של "קני על מנת להקנות" תקפה. שהרי בקניין סודר הקונה מעביר את הסודר למוכר, כתמורה עבור הנכס

44. שולחן ערוך חו"מ רמא, ה.

45. סמ"ע רמא, טו.

46. פרישה חו"מ רמא, ח.

47. רשב"א נדרים מח, א, ד"ה ופי' סעודתו; כך פירש גם הריטב"א שם, ד"ה מ"ט סעודתו.

48. שם, נדרים מח, ב, ד"ה אמרי, וכך פירשו גם בתוספות שם, ד"ה קנה.

49. שם, נדרים מח, ב, ד"ה ורב.

50. שם, נדרים מח, ב, ד"ה ולענין. הרשב"א הביא דעות שונות בעניין, אולם מדבריו עולה שבשאלת היכולת להגביל את הבעלות לכולי עלמא הלכה כרב נחמן.

שקנה, אף שברור לכל שהמוכר ישיב את הסודר לקונה, עם סיום מעשה הקניין. במילים אחרות, קניין הסודר הוא קניין על מנת להקנות, ובכל זאת הוא תקף! כך אמנם מסביר הרשב"א –

אף על פי שהקנאה גרועה, שאינו קונה הסודר קניין גמור אלא כדי שיקנה בו את השדה לבעל הסודר.⁵¹

הרשב"א מסכים אם כן שהקניית הסודר היא "הקנאה גרועה", כיוון שהיא לא מעבירה את מלוא הזכויות בסודר, אלא שבניגוד לרשב"ם, שסבר ש"אין מתנה לחצאין", הרשב"א סבר⁵² שגם קניין מסוג זה תקף, ובהתאם לכך פסק⁵³ כרב נחמן, שהמוכר לא יכול לעכב את הסודר אצלו לאחר הקניין, כיוון שזכיותו בסודר נועדה רק לשם קיומו של מעשה הקניין. גם הר"ן⁵⁴ הלך בדרך זו וסבר שתיתכן העברה של בעלות מוגבלת בנכס. להלכה פסק הרמ"א:

ואין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו, דסתם קניין על מנת להחזיר הכלי הוא.⁵⁵

מדבריו לא ברור האם הסיבה לדין זה היא שהבעלות של הקונה בסודר מוגבלת, או שהיא מותנית בכך שהסודר יחזור לבעליו כשהוא שלם. בהגהות אמרי ברוך כתב שלמחלוקת בין הר"ן והרשב"א לבין הרא"ש יש השלכה ישירה לעניין השאלה, האם המוכר בקניין סודר רשאי לעשות שימוש בסודר, עד למועד בו ישיב את הסודר לקונה –

... דלדעת הר"ן אין בו שום קניין להמקנה, ולדעת הרא"ש הוא במתנה והקנה על מנת להחזיר הוא.⁵⁶

כלומר, כיוון שלדעת הרא"ש לא ייתכן להגביל את זכותו של אדם להעביר את זכויותיו לאחרים, קניין סודר בהכרח, אינו אלא מתנה על מנת להחזיר. כלומר, מתנה שבצידה תנאי, המחייב את הקונה להשיב את הנכס לבעליו, ואם לא יעשה כן תתבטל המתנה למפרע. לפי הסבר זה, עד למועד ההשבה הסודר שייך למוכר, לכל דבר ועניין. לכן, עד

51. שם, ד"ה ועוד.

52. נראה שהראשון להתבטא כך היה רבו של הרשב"א, הרמב"ן בבא בתרא קל"ג, ד"ה בא: ומה שאמר הרב ז"ל (=רשב"ם) דסתמא כמי שאמר לו על מנת שלא תחזיר, ואמר ליה איהו אין מתנה לחצאין דאם אינו יכול ליתנה לבניו אם כן גם אני עצמי איני יכול ליהנות בהם... אלו דבריו ז"ל, ודברי תימה הם בעיני שאם על מנת שלא ליתן לבניו בפירוש נתן אף על פי כן הוא יכול למכור ולא יתן להם.

כלומר, הרמב"ן תמה על הקביעה העקרונית שלא תיתכן "מתנה לחצאין". לא הבאתי את הרמב"ן למעלה, כיוון שהוא לא כתב במפורש שתיתכן מתנה מוגבלת, ולא ברור האם כוונתו הייתה שניתן להגביל את הזכויות על ידי שיוור או על ידי תנאי חיצוני.

53. רשב"א נדרים מח, א, ד"ה ולענין.

54. ר"ן נדרים מח, ב, ד"ה דהא.

55. רמ"א חו"מ קצה, ד.

56. הגהות אמרי ברוך על הרמ"א קצה, ד.

להשבת הסודר יכול המוכר להשתמש בו.⁵⁷ לעומת זאת, לדעת הר"ן (והרשב"א), הבעלות של המוכר מוגבלת מראש, וכל כולה לא נועדה אלא לשם קיומו של מעשה הקניין. לכן הזכות לעשות שימוש בסודר לא הועברה למוכר, ואין הוא רשאי לעשות בו שימוש עד להשבתו לידיו של הקונה, וכך פסק גם בעל קצות-החושן.⁵⁸

5. על מנת שאין לרבך ולבעלך רשות בהן – משנה וגמרא

נחלקו התנאים במשנה, כיצד עבד כנעני משתחרר על ידי תשלום לאדון. דעת חכמים היא –

וחכמים אומרים: בכסף ע"י עצמו... ובלבד שיהא הכסף משל אחרים.⁵⁹

כלומר, שחרור העבד בכסף נעשה על ידי כך שהעבד מעביר את כסף השחרור לאדון, וכסף זה הוא משל אחרים, היות שלעבד אין כסף משל עצמו, כי כל מה שקנה העבד, קנה רבו.⁶⁰ בגמרא, נדונה השאלה, כיצד ניתן להעביר לעבד את כסף השחרור מבלי שיזכה בו האדון:

אמר רבה אמר רב ששת: ...והכא במאי עסקינן – דאקני ליה אחר מנה, ואמר ליה: "על מנת שאין לרבך רשות בו". ...ורבי אלעזר אמר: כל כי האי גוונא – דכולי עלמא לא פליגי דקני עבד וקני רביה, והכא במאי עסקינן – כגון דאקני ליה אחר מנה, ואמר ליה: "על מנת שתצא בו לחירות".⁶¹

לדעת רב ששת, אם הכסף ניתן לעבד "על מנת שלא תהיה לרבו רשות בו" האדון אכן לא יזכה בו, והעבד יוכל לזכות בו, לשלם לאדון ולהשתחרר. לעומת זאת, לדעת רבי אלעזר לא די בשלילת זכותו של האדון בכסף, אלא נדרש ייחוד של הכסף למטרה מסוימת – "שתצא בו לחירות", ורק בדרך זו מובטח שהאדון לא יזכה בכסף שהועבר לעבד לשם שחרורו. נושא זה עלה גם במשנה במסכת נדרים, שם נאמר:

57. [הערת עורך: ניתן לומר, שגם לשיטת הרא"ש ייתכן שהתנאי הוא שלא ייעשה בסודר כל שימוש, זולת השבתו לבעליו, ואם כן, גם לדעתו אין לקונה אפשרות להשתמש בסודר.

לכן נראה לי ששיטת הרא"ש היא, שהעברת בעלות באופן השולל למעשה מן הקונה כל זכות ליהנות מן הנכס הנאה אישית, אפילו לזמן מועט, אינה תקפה. לכן לא ניתן לפרש את התנאי כשולל גם את זכות השימוש, כך לטעמי מתיישבת שיטת הרא"ש יותר ברווח. אכן, אם כנים דבריי, הרי שלשיטת הרא"ש הפגם ב"קני על מנת להקנות" או במתנת בית חורון אינו נובע מהגבלת העבירות, אלא משלילת זכות ליהנות מן הנכס. י.א.

תשובת הכותב: הגבלת העבירות אינה מונעת שימוש, ובכל זאת, הרא"ש קבע שהיא שוללת את הבעלות. ע.ר.]

58. קצות החושן קצה, ד.

59. קידושין כב,ב.

60. פסחים פח,ב.

61. קידושין כג,ב.

המדיר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות, אומר לה: הרי המעות האלו נתונין לך במתנה, ובלבד שלא יהא לבעליך רשות בהן – אלא מה שאת נושאת ונותנת בפיו.⁶²

בדומה למשנה הקודמת, אף כאן מדובר באדם שרוצה לתת לאדם כסף, ולשלול את זכותו של אחר ליהנות מן הכסף. בגמרא נחלקו אמוראים בפירוש דברי המשנה:

אמר רב: לא שנו אלא דאמר לה: "מה שאת נושאת ונותנת בפיו", אבל אמר: "מה שתרכי עשי" – קנה יתהון בעל; ושמואל אומר: אפילו אמר: "מה שתרכי עשי" – לא קנה יתהון בעל.⁶³

לפי רב, כדי לשלול מן הבעל את הזכות ליהנות מן הכסף נדרשת הגדרה מדויקת של ייעוד הכסף – "נותנת לפיו", בעוד שלדעת שמואל, ניתן לשלול מן הבעל את הזכות ליהנות מן הכסף, אף באמצעות קביעה כללית לפיה הכסף נועד לשימושה של הבת. נראה שרש"י סבר כשמואל, ורבי אלעזר סבר כרב, וכך סברו הראשונים שפירשו את הסוגיות.

6. שיטת הריטב"א והרשב"א – שויר וסילוק

נחלקו ראשונים בביאור דברי האמוראים בעניין העברת הכסף לעבד. הריטב"א ביאר את דברי רב ששת כך –

והנכון, דהכא האי על מנת לא חשיב תנאה לכולי עלמא, ולא בעינן ביה דקדוקי תנאין... אלא שויר בגוף המתנה **שמשייר** בה שלא יזכה בה האדון או הבעל.⁶⁴

כלומר, ההגבלה – "על מנת שאין לרבך רשות בו", אינה חלה מכוח דיני התנאים, והיא לא נועדה לקבוע, שאם האדון יזכה בכסף תתבטל המתנה למפרע, אלא זוהי הגבלה של זכויות העבד בכסף, לפיה זכויות העבד בכסף מוגבלות, באופן השולל את זכויות האדון בו. לדעת הריטב"א ניתן לשיר זכות כזו, אף שבמקרה זה השייר אינו מותיר בידי הנותן שום זכות שימוש בנכס. להלכה, פסק הריטב"א כרב ששת במסכת קידושין וכשמואל במסכת נדרים.⁶⁵ גם הרשב"א נשאל על ניסיון של אדם לתת מתנה לבתו תוך מניעת הזכויות מבעלה. לשיטתו, הוא קבע שניתן להגביל את המתנה הניתנת לבת באופן שימנע מהבעל כל זכות בה:

על מנת שלא יהא לבעלה קניין ולא ציווי, ירצה **לסלק** רשות הבעל מעל נכסים אלו ולהעמידן כולם ביד בתו, שלא יוכל הבעל לעכב בידו מעשות חפצה בהם בחיים.

62. נדרים פח, א.

63. שם.

64. ריטב"א קידושין כג, ב, ד"ה הכא.

65. שם, ד"ה ולענין.

...ויש לנו על מנת כיוצא בזה. שהרי שנינו בנדרים בפרק אלו נדרים שהוא מיפר: "המודר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות..." ועוד תדע לך: שהרי אלו רצתה האשה לתת נכסים אלו לבעלה, הרשות בידה.⁶⁶

כלומר, האב יכול לשלול מן הבעל זכויות בנכסים,⁶⁷ אבל אם הבת תרצה, היא תוכל לתת לבעלה את הנכסים שקבלה מאביה. הרשב"א מדגיש, שהגבלת זכויות הבעל אינה נובעת מתנאי אלא מהגבלת זכויות הבת בנכסים, והמקור לכך הוא הסוגיה במסכת נדרים שהובאה לעיל. תשובת הרשב"א הולמת אם כן את שיטתו המאפשרת שיוור בקניין, כאשר כאן השיוור אינו מוחלט, הוא אמנם מפקיע את זכויות הבעל, אבל אינו מונע מהבת לתת לבעלה את הנכסים.

7. שיטת הרמב"ן – הגבלת זכויות על ידי תנאי

בניגוד לריטב"א, הרמב"ן כנראה הבין שהסוגיות עוסקות בדיני תנאים, ולכן פירש שמדובר בכך שהדברים נוסחו כתנאי כפול:

יש לדקדק כאן, היאך אפשר לומר כן שאם התנה עליו שלא יקנה רבו, וכפל תנאו כדינו לדברי רבי מאיר שאם יקנה רבו לא יקנה הוא.⁶⁸

כך משמע גם מהרא"ש.⁶⁹

ה. חיסון הנכס מפני עיקול

אחת הסוגיות המשמעותיות ביותר בהקשר של הגבלת הבעלות בנכס, עוסקת בהעברת בעלות באופן השולל את זכויות נושיו של המקבל לעקל את הנכס, לשם פירעון חובותיו כלפיהם.

1. שיטת הרא"ש – הגבלה על ידי תנאי

הרא"ש כתב שניתן לתת מתנה, מבלי שיחול עליה שעבוד על ידי התניה מתאימה – בנותן מתנה לחברו על מנת שלא יחול עליה שעבוד כתובת אשה ובעל חוב, שהיא מתנה לכל דבר חוץ מתנאי זה, דהוי מתנה מעליותא, ובלבד שיתקיים התנאי.⁷⁰

66. שו"ת הרשב"א ב, קמ.

67. כך משמע שהבין גם בספר מחנה אפרים הלכות זכייה ומתנה, יב.

68. רמב"ן קידושין כג, ב, ד"ה הכא.

69. שו"ת הרא"ש עד, ד.

דברים דומים כתבו גם הרשב"א, שם, ד"ה הא; הר"ן על הרי"ף קידושין ח, ב, ד"ה בכסף, בסופו. בכך אין סתירה לדברי הרשב"א הקודמים, כיוון שאכן ניתן להשתמש בתנאי, אבל לשיטתם ניתן להסתמך גם על שיוור וסילוק.

בדברי הרמב"ם (זכייה ומתנה ג, יג-יד) יש מקום להסתפק האם מדובר על שיוור או על תנאי.

70. שו"ת הרא"ש עד, ד.

בתשובה נוספת הבהיר הרא"ש שלא ניתן להגביל את הבעלות אלא רק להתנות על עצם קיומה:

ואינך יכול לפרש: "על מנת שלא יוכל למכור", ואם ימכור תהא המכר והמתנה (=הראשונה) קיימת; דדבר זה אין כוח בידו להתנות, דאם המתנה (=הראשונה) קיימת, יעשה בה מה שירצה.⁷¹

הרא"ש עסק שם במוכר שביקש לשלול מהקונה את הזכות למכור את הנכס לאחרים. מסקנתו היא, שהמוכר יכול להתנות שאם הנכס יימכר שוב, המכירה הראשונה תתבטל.⁷² אולם המוכר אינו יכול לשלול את זכות הקונה למכור את הנכס לאחרים, בלי לבטל את המכירה הראשונה, כי הפרת התנאי מבטלת בהכרח את תוקפו של המכר. כך הסבירו גם בניו של הרא"ש,⁷³ וכן פסק מהר"ם אלשיך.⁷⁴

הרא"ש הדגיש שהבעיה בניסיון להגביל את הבעלות היא ש"אם המתנה קיימת – יעשה בה מה שירצה", כלומר הזכות הקניינית היא יחידה אחת שאינה ניתנת לחלוקה. לעיל, הוכח שדעת הרא"ש היא שלא ניתן להגביל את הבעלות ושקניין לזמן אינו בעלות, הדברים כאן עולים בקנה אחד עם שיטת הרא"ש: בעלות היא יחידה אחת, והיא כוללת זכויות שונות שאינן מוגבלות בזמן. אמנם, ניתן לתת זכויות מוגבלות בזמן ובאיכות (למשל, שכירות) אבל לא ניתן ליצור בעלות מוגבלת.

רבי יהודה בן הרא"ש⁷⁵ העיר שיש הבדל בין מתנה מותנית למכירה מותנית. ניתן לתת מתנה מותנית שתהיה מוגנת מפני גביה על ידי בעלי חוב, על ידי התניה של הנותן שאם המתנה תעוקל על ידי בעלי החוב היא תתבטל למפרע. לעומת זאת במכר תנאי כזה לא יועיל, משתי סיבות: ראשית, המוכר אינו מעוניין בביטול העסקה כיוון שאז יצטרך להחזיר את הכסף לקונה, שנית, גם אם העסקה תתבטל הרי שהמוכר יהיה חייב לקונה את דמי העסקה שבוטלה, ועל פי דינו של רבי נתן⁷⁶ יוכל בעל החוב של הקונה לתבוע את המוכר ישירות ולגבות ממנו את החוב.⁷⁷

71. שו"ת הרא"ש פא, א.

72. לכאורה נחלקו ראשונים בשאלה מה הדין כשהקונה עבר על התנאי: אפשרות אחת – המכירה הראשונה תתבטל, אפשרות שניה – בגלל שהמכירה הראשונה התבטלה, ממילא המכירה השנייה בטלה, ואז המכירה הראשונה קיימת כיוון שהתנאי לא הופר (תוספות גיטין פג, א, ד"ה ועמדה; רמב"ן שם ד"ה ויש לפרש).

73. מובא בתוך: שו"ת זכרון יהודה, סב.

74. שו"ת מהר"ם אלשיך ה; פט

75. שו"ת זכרון יהודה, סב.

76. כתובות ו, א.

77. בספר נתיבות המשפט (ביאורים קיא, ב) עמד על ההבדל בין הטעמים, וכתב שעל פי הטעם הראשון העסקה מתבטלת ובעל החוב בא לגבות את דמי העסקה שבוטלה ולא יותר, גם אם מחיר הקרקע עלה בינתיים. כמו כן, אין דין קדימה בשעבודא דרבי נתן ולכן לבעל-החוב לא תהיה עדיפות על פני בעלי-חוב מאוחרים יותר. לעומת זאת, על פי הטעם השני יש לבעל החוב שעבוד על הקרקע שנקנתה, ולכן הוא יוכל לגבות את הקרקע גם אם ערכה עלה, וכן תהיה לו עדיפות על פני בעלי-חוב מאוחרים יותר.

2. הגבלה על ידי שויר

כאמור לעיל הריטב"א בחידושו למסכת קידושין הסביר שניתן לתת מתנה לאשה שבעלה לא יוכל ליהנות ממנה, על ידי שויר. בסוף דבריו כתב הריטב"א שבאותו האופן ניתן לתת מתנה שתהיה מוגנת מגביית בעל חוב –

ומסתברא דהוא הדין בנותן מתנה לאיש עצמו על מנת שלא ישתעבד לבעל חוב ולכתובת אשתו דאהני תנאה ואינה משתעבדת להם.⁷⁸

גם מהר"א ששון הציע אפשרות להגביל גביית בעל חוב על ידי שויר –

כשהוא אומר בלשון "חוץ" הוא כאומר שלעולם תהיה מתנתו מתנה לכל שאר הדברים חוץ מאותו דבר שלא יהיה לו שום כוח בו. ואף אם יעשה אותו דבר, לא מפני זה תתבטל המתנה ולא יחזור אליו מכח ירושה.⁷⁹

כאשר אב נותן מתנה לבנו ושולל במפורש את זכות נישואיו של הבן להיפרע ממנה, באומרו שהמתנה היא מתנה לכל דבר ועניין, חוץ מלעניין השימוש בה לשם פירעון חובות, הרי הוא משייר אצלו חלק מהבעלות.

3. הפסיקה בשולחן ערוך

על פי דברי הרא"ש ובניו נפסק בשולחן ערוך שיש להבחין בין מכר ומתנה –

אם נתנו ללווה **מתנה** על תנאי שלא תחול עליה שום שעבוד, לא חוב ולא כתובה שקדם למתנה, ולא יחול עליו להבא, התנאי קיים, ולא יגבה בעל חוב ממנה, אפילו כתב לו דאקנה.

אבל אם **קנה** קרקע והתנה עמו המוכר על מנת שלא יחול עליו שום שעבוד, אינו מועיל, ובעל חוב (של לוקח) גובה ממנה.⁸⁰

כלומר, נותן **מתנה** יכול לחסן את המתנה מפני שעבוד לנשואיו של מקבל המתנה, אולם **מוכר** קרקע אינו יכול להעביר את הבעלות בקרקע באופן שישלול את זכות נישואיו של הקונה להיפרע ממנה.

כאמור לעיל, שני טעמים הובאו לכך שלא ניתן למכור קרקע בדרך זו, שניהם על פי הגישה המבססת את כוחו של המוכר להגביל את זכויות הקונה בקרקע על דיני התנאים. אולם, לשיטת הפוסקים המאפשרים הגבלה שכזו מכוח שויר בקניין, על פניו, אין מקום להבחנה בין מכר ומתנה ובשניהם ניתן יהיה למנוע מבעל החוב להיפרע מהקונה-החייב, על ידי שויר בקניין.

78. **ריטב"א** קידושין כג, ב, ד"ה ולענין. נראה שהשימוש במונח "תנאה" אינו מכונן לתנאי שאי קיומו יבטל את העסקה, אלא להגבלה כשיטת הריטב"א.

79. **שו"ת תורת אמת**, רכח; יש להעיר כי דבריו נכתבו כפירוש לדברי הרא"ש, אולם כפי שהוכח עד כה, קשה לומר שהרא"ש סבר ששויר אפשרי.

80. **שולחן ערוך** חו"מ ק"א, ג, וראה עוד פסיקת **השולחן ערוך** (יו"ד רנג, יב) שלא גובים חובות מכספי צדקה שהעני קיבל.

בשור"ת זכרון יהודה⁸¹ הובא נימוק המצדיק את ההבחנה גם לשיטה זו. נימוק זה מבוסס על אומד דעתו של המעביר את הבעלות בנכס: כאשר אדם נותן מתנה הוא מבקש להיטיב עם מקבל המתנה ולכן נראה שבאמת הוא מתכוון לשלול מנושיו של המקבל את הזכות להיפרע מן המתנה. אבל, למוכר הקרקע, אחר שקיבל תמורה עבור הקרקע, אין כל עניין בשלילת זכות נושיו של החייב להיפרע מן הקרקע, ויש להניח שההתניה נוצרה ביוזמת הקונה, ומשום כך אין בכוחה להפקיע את זכויות הנושים להיפרע מן הקרקע.

מהר"א ששון הסתפק במקרה של אדם שנתן מתנה לבנו ושייר את היכולת של בעלי חובות של בנו לגבות ממנו, האם אחרי שמת הנותן, יירש בנו את השיור ובכך בעצם יתאפשר לבעלי החובות לגבות ממנו:

אמנם אם שייר אותו הכוח לעצמו יש להסתפק אם יורש אותו הבן כיוון שהוא דבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש לפי שבוזה יש מחלוקת.⁸²

קצות החושן⁸³ הביא את דברי מהר"א ששון ואת דברי האורים ותומים⁸⁴ שכתב, שלאחר מות האב-המקנה, הבן-הקונה יורש את הזכויות שהאב שייר אצלו, והוא נעשה בעלים על כל הזכויות, וממילא בטל השיור ובעל חוב יכול לגבות את הנכס מהבן. קצות החושן עצמו חלק על כך, והכריע שזכות זו של האב אינה עוברת בירושה לבן, ולכן נוצר נכס מוגן מפני עיקול הנושים.

משמעות הדברים היא שלאחר מות האב נוצרת בעלות חלקית, ולא רק בעלות מחולקת כפי שהייתה קודם. בכך באה לידי ביטוי בהיר וחד שיטתו של קצות החושן, לפיה ניתן לא רק לחלק את הבעלות אלא גם ליצור בעלות חלקית ללא יכולת להעביר אותה לאחר.

ו. מחלוקת האחרונים ביחס למכירה מוגבלת

1. לא ניתן לשייר ללא זכות ממשית

בעקבות דברי הריטב"א נחלקו האחרונים בשאלה, האם ניתן למנוע מהקונה זכות מסוימת על ידי שיור, למרות שלמוכר לא נשארה זכות שימוש.⁸⁵ המחלוקת התעוררה בעקבות מכירה של מקרקעין שסויגה בכך שהקונה לא יוכל לבנות עליהם, או להפעיל בהם בית-מרוח. על כך כתב בשור"ת דברי חיים:

81. שור"ת זכרון יהודה, סב; ועיין אורים קיא, ח, שכתב שמסתימת השולחן ערוך משמע שסבר כך, ולא הסתמך על תנאי.

82. שור"ת תורת אמת, רכה; וראו לעיל הערה 79.

83. קצות-החושן קיא, ג.

84. אורים קיא, ט.

85. [הערת עורך: עיין בהערה 57 שם כתבתי שלדעת הרא"ש לא תיתכן זכות שאינה ממשית. לדברי, מחלוקת האמוראים היא בעצם מחלוקת הרא"ש והריטב"א. י.א.]

בגווני דנידון דידן דפסק המוכר עם הלוקח שלא יהיה לו שענק (=בית מרוח) בביתו, לא ידעתי במה יחול דבר זה הלא לא שייר המוכר שום דבר לעצמו.⁸⁶

כלומר, אילו היה מדובר בשיור זכות שימוש ממשית למוכר – הדבר היה אפשרי, אבל כיוון שמדובר בשיור שאינו מותיר ביד המוכר זכות ממשית, וכל מטרתו היא שלילת זכויות מהקונה, הרי שהדבר אינו תקף. כך כתב גם בספר חזון אי"ש – המשייר שלא יוכל (=הקונה) למכור לפלוני ולשעבדה ודאי אין זה שיור, דלא שייר לעצמו כלום אלא שיעשה ולא יעשה ופיטומי מילי ניהו.⁸⁷

פסיקות אלה עולות בקנה אחד עם שיטת הרא"ש, שסבר שלא ניתן להעביר את הזכויות באופן חלקי לקונה. הדרך היחידה לשייר היא על ידי תנאי, וכן כתב בספר ערוך השולחן.⁸⁸ לדבריו, לאחר שהמוכר מת התנאי בטל, והקונה רשאי יהיה לעבור עליו מבלי שהדבר יפגע בזכויותיו.

2. ניתן לשייר ללא זכות ממשית

לעומת זאת בשו"ת אבני נזר כתב על פי שיטת הריטב"א, שניתן לשייר גם כשלא נותרה זכות ממשית ביד המשייר:

ואין לומר כיוון שלעצמו לא שייר כלום, רק שהלוקח לא יעשה חנות, אבל הוא אין לו כלום, לא הוי שיור. דליתא! שהרי הנותן לעבד על מנת שאין לרבו רשות בו דמהני לחד מאן דאמר, כתב הריטב"א בקידושין דאינו תנאי רק שיור.⁸⁹

בשו"ת שואל ומשיב פתח בשיטת הדברי חיים שלא ניתן לשייר כך, וסיים בכך שגם אם ניתן לשייר, הרי שהשיור אינו עובר בירושה:

לא שייר עניין שיור בזה, דשיור הוה כשמשיר לעצמו איזה זכות במה שמכר וכאן לא הוה רק עניין שלילי, שלא יהיה שענק בבית זה שיבנה וזה לא מקרי שיור. אמנם גם אם נימא דזה מקרי גם כן שיור ששייר זכות השענק לעצמו... לפי עניות דעתי נראה דבר חדש לפי מה דמבואר בחו"מ סי' ער"ו ס"ו בהג"ה, דאין היורשים יורשים דבר שאין בו ממש... אם כן הזכות זה שהוא שלילה שלא יהיה שענק בבית הקונה, זה עניין אין בו ממש ולא ירשו יורשי המוכר.⁹⁰

כיוון שהזכות אינה עוברת בירושה היא מתבטלת, השיור מתבטל וכל הזכויות חוזרות אל הקונה! את דברי השואל ומשיב ניתן להסביר בכמה אופנים: האחד, חבילת הזכויות היא חבילה אחת שלא ניתן לפרקה, אך ניתן להשתתף בה והשיתוף הוא שמגביל את זכויות כל

86. דברי חיים ח"א חו"מ, לא.

87. חזון איש אה"ע הלכות כתובות, עג, יח.

88. ערוך השולחן חו"מ רמא, י.

89. שו"ת אבני נזר, חו"מ, י.

90. שו"ת שואל ומשיב מהדורה א, ב, ד.

אחד מן השותפים. לכן, עם מותו של השותף בזכות, ובאין מי שייטול את חלקו, מן ההכרח לקבוע שהזכויות עוברות במלואן לשותפו.

ניתן לפרש את דבריו באופן אחר ולומר, שלשיטתו כיוון שחבילת הזכויות היא אחת מטבעה ואינה ניתנת לפירוק, מסתבר שבאין מונע, מי שבידיו זכויות השימוש בנכס, בידיו כל הזכויות. אולם, אם יש מי שהותיר בידיו חלק מן הזכויות, הוא מונע את "בליעת" כל הזכויות בידי המחזיק. באין מונע, נבלעות הזכויות באופן טבעי לידיו של המחזיק בנכס.⁹¹

דברים אלה הפוכים משיטת קצות החושן שהובאה לעיל, לפיה כאשר המוכר מת השויר אינו עובר ליורשיו אלא נעלם. כלומר שלקונה יש קניין מצומצם ולאף אחד אחר אין את הזכות המשלימה.

3. הכרעת פוסקי זמננו בשויר זכות ההעסקה

הרב זלמן נ. גולדברג הציע את השויר בקניין, כדרך להגנה על זכויות יוצרים, וכך הוא סיכם את הצעתו:

אם אמר או כתב שלענין העסקה מהקסטה לא מכר, היינו ששייר זכות זו לעצמו, המעתיק ממנו נחשב גולן, וחייב לשלם מדין גולן, היינו שווי הקסטה.⁹²

91. תודתי לרב ירון אונגר על הפירושים.

92. הרב זלמן נחמיה גולדברג, העסקה מקסטה ללא רשות הבעלים, תחומין ו, אלון שבות תשמ"ה, עמ' 207; הרב זלמן נחמיה גולדברג, תנאי ושויר בהסכמים, תחומין ז, אלון שבות תשמ"ו, עמ' 368 והלאה. יש להעיר כי לשיטת הדברי חיים, לאחר מותו של המוכר יוכל הקונה לעשות בקלטת ככל העולה על דעתו.

[הערת עורך: יישום מעניין של העיקרון הוצע על ידי הרב זלמן נחמיה גולדברג "הפרשת תרומות ומעשרות בחנות של נכרי", **המעין מג** (תש"ס), עמ' 43, כפתרון לבעיה הלכתית שכיחה. בארץ קיימות חנויות רבות לירקות ופירות, שבעליהן אינם יהודים, אך הפירות והירקות שבהן גדלו בשדותיהם של יהודים, ולכן הם חייבים הם בהפרשת תרומות ומעשרות. אולם, לפי ההלכה, מי שאינו יהודי אינו יכול למנות יהודי כשלוחו להפריש תרומות ומעשרות. כיצד אם כן, יוכל משגיח הכשרות להפריש תרומות ומעשרות עבור בעל החנות הנכרי?]

הצעתו של הרב גולדברג היא, שבעל החנות יקנה למשגיח את הפירות והירקות, כדי שיפריש מהן תרומות ומעשרות. כלומר, בעלותו של המשגיח בפירות ובירקות תהיה מוגבלת, בהתאם למטרה שלשמה הועברה אליו הבעלות – הפרשת תרומות ומעשרות.

למעשה, בדרך זו נוצרת זיקה קניינית בין המשגיח לפירות שבחנות. המשגיח הוא, אם כן, נאמן של בעל החנות, ובידיו בעלות מוגבלת בנכסיו. מכוחה של בעלות זו, יש בידו להפריש תרומות ומעשרות מן הפירות.

על דברי הרב גולדברג העיר הרב אליעזר מילר, שייתכן שהאפשרות ליצור בעלות מוגבלת, מסוג "קני על מנת להקנות", קיימת רק כל אימת שהיא משמשת ככלי ליצירתה של בעלות שלמה, כבמעשה המובא במסכת נדרים. לפיכך, ממקור זה קשה עדיין להסיק על קיומה של בעלות מוגבלת, כבעלות בעלת מעמד עצמאי וקבוע.

אפשר שהתיאוריה ההלכתית שהציע הרב גולדברג, הוצעה כבר על ידי הרב צבי פסח פראנק, **שו"ת הר צבי**, יו"ד, סימן קצג (ד"ה ובר מן). הרב פראנק עוסק שם בחקירה, האם אישה המפרישה חלה מן העיסה עושה כן בשליחות בעלה, שהוא בעל הזכות הקניינית בעיסה, או "מתורת בעלים, שזכתה במצווה זו". נראה שכוננת הרב פראנק בדברים אלו לומר, שהבעל מעניק לאשתו זכות קניינית בעיסה, כדי שתוכל להפריש ממנה חלה. וראה שם על הנפקויות השונות מהגדרת האישה כ"שליח" או כ"בעלים". ייתכן גם שנאמן יוגדר גם כ"בעלים" וגם כשלוח. ראה: **סמ"ע** חו"מ, רכז, מב; **שולחן ערוך** חו"מ, קפה, א. י.א.]

לעומתו, הרב נפתלי בר אילן⁹³ סבר כדעת הפוסקים שלא ניתן לשייר ללא זכות שימוש ממשית, וזו גם דעתו של הרב יעקב אברהם כהן:

העצה שנתפרסמה שאפשר "לשייר" את זכות ההעסקה... לעניות דעתי אין הדבר נכון כלל ועיקר... שזהו רק שיור של "מניעת ושלילת שימוש" מהקונה, אבל לעצמו לא משאיר זכות שימוש בגוף הדבר שמכר, ולדעת רבים מגדולי האחרונים אין תוקף לשיור כזה.⁹⁴

בספר פתחי חושן הביא את שתי האפשרויות.⁹⁵

ז. סיכום

במאמר זה ביקשנו לבחון את מהותה של הבעלות, האם היא אוסף של זכויות בנכס, שניתנות לחלק ללא הגבלה, או שמא מדובר באגד – בלתי ניתן לחלוקה – של זכויות? מצאנו, שקצות החושן מייצג את הגישה הראשונה באופן המובהק ביותר. לשיטתו ניתן לפצל את הבעלות על פני ציר הזמן, להגביל את עבירות הנכס, ואף ליצור בעלות על חלק מן הזכויות בנכס, ואפילו כשאין מי שמחזיק ביתרת הזכויות. הרא"ש סבר, שהבעלות היא אגד – בלתי ניתן לחלוקה – של זכויות, ולשיטתו, לא ניתן ליצור בעלות מוגבלת בזמן, או להגביל את העבירות של הנכס. לשיטת הר"ן, המאפיין המרכזי של הבעלות הוא קיומה של זכות בנכס שאינה מוגבלת בזמן. לשיטתו, גם זכויות מלאות בנכס, אם הן מוגבלות בזמן, הן אינן זכויות קנייניות, ומנגד, גם זכויות חלקיות עשויות להיחשב כזכויות קניין בנכס, אם קיומן אינו מוגבל בזמן. לשיטת הר"ן, הגבלת זכותו של אדם להעביר את הנכס שבבעלותו לאחרים, אינה פוגעת באופן מהותי בבעלותו בנכס. כך הסקנו גם מדברי הרשב"א והריטב"א, שפירשו את סוגיות הגמרא העוסקות בשלילת זכותו של נושא להיפרע מנכס שניתן במתנה, או בשלילת זכותו של האדון ליטול מן העבד כספים שניתנו לו לשם שחרורו, בהתבסס על הגבלת העבירות של הנכס. האחרונים נחלקו בשאלת הגבלת הזכויות של הקונה או המקבל על ידי שיור, כאשר בפועל לא נשאר למקנה זכות שימוש ממשית. מחלוקת זו התעוררה ביתר שאת בין פוסקי זמננו, במסגרת הדיון על האפשרות לעשות שימוש במנגנון השיור, כאמצעי להגנה על זכויות יוצרים.

93. הרב נפתלי בר אילן, העתקת ספרים או קסטות, תחומין ז, אלון שבות תשמ"ו, עמ' 360 והלאה.

94. הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט ד – זכויות יוצרים, מהדורה שניה, עמ' תרעח. וראה עוד משם והלאה באריכות, ורבים מהמקורות שנידונו למעלה מקורם שם.

95. פתחי חושן קניינים, כ, הערה מז.

תורת האישים

הקטין בדיני הקניין

הרב חיים יואל בלוך

א. מבוא	ה. שכר עבודה של קטין
ב. קטין שמצא מציאה	1. זכותו של קטין בשכר עבודה
1. "דעת אחרת מקנה" במציאה	2. זכותו של האב בשכר העבודה של בנו
2. זכותו של קטין שיש לו אב במציאה	3. האם האב מוריש את שכר עבודת בנו
שמצא	ליוורשיו?
3. אופן זכיית האב במציאת בנו	4. זכותו של אב בשכר עבודתם של קטני
4. קטין הסמוך על שולחן אחרים	קטנים
ג. מתנה לקטין	ו. הקטינה בדיני הקניין
1. תוקפה של מתנת גדול לקטין	1. שכר עבודה של קטינה
2. מתנה לקטין שלא הגיע לעונת	2. מציאת קטינה
הפעוטות	3. מתנה לבת
3. זכיית קטין במתנה כשיש לו אב	ז. סיכום
4. הקנאת ארבעה מינים לבן	1. מיהו קטין?
5. זכות האב על פי דעת הסמ"ע	2. מציאה
6. קטין הסמוך על שולחן אמו	3. מתנה לקטין
ד. מסחר עם קטין	4. מסחר עם קטין
1. תקנת חכמים שקטין יוכל לסחור	5. שכר עבודה של קטין
2. שיעור עונת הפעוטות	
3. העברת בעלות על ידי קטין שיש לו	
אפוטרופוס	
4. מתנה שנתן קטין	
5. סיטומתא	

א. מבוא

במאמר זה נבחן האם יש לקטין, כמשמעו בהלכה, בעלות על חפציו, ויכולת לקנות ולמכור. אמנם מוסכם על הכל שהקטין יורש נכסים ונעשה עליהם בעלים¹, אולם כאן נעסוק בבעלותו של קטין על רכוש שהגיע אליו בדרכים אחרות – מתנה, קנייה, מציאה ועוד.

* הרב חיים בלוך, ראש כולל, מכון משפטי ארץ, עפרה.
1. נדה מג.ב.

יש לציין שעל פי ההלכה האדם נעשה כשיר לענייני ממונות כאשר הוא מתחייב במצוות: זכר בגיל שלוש עשרה ונקבה בגיל שנים עשרה.² אולם באשר ליכולת למכור ולקנות מוזכרים גם גילים אחרים שידונו בהמשך בפירוט:

עונת הפעוטות (גיל 7-6) – חכמים תקנו שמגיל זה יוכל קטין לקנות, למכור ולתת מתנות. **גיל מצוות** – מהתורה בגיל זה אדם הוא בעל כשרות משפטית מלאה לכל דבר ועניין, ילד שלא הגיע לגיל מצוות ייקרא להלן **קטין**.

גיל עשרים – חכמים תקנו שרק מגיל זה ואילך יוכל אדם למכור את המקרקעין של אביו שנפטר (דין זה לא ידון במאמר).³

נתון חשוב שעשוי להשפיע על זכותו של הבן ברכוש הוא היותו סמוך על שולחן אביו ומתפרנס ממנו, כאשר יתכן שבמקרה כזה מופקעת זכותו הקניינית ומועברת לאביו. נושא אקטואלי שנידון באחרונה בהקשר לזה הוא היכולת להחרים חפצים של תלמידים בבית ספר.

הדיון ייעשה מהקל אל הכבד, בתחילה, זכייה מההפקר – שבה פועל הקטין לבדו; אחר כך נדון במתנה, שהיא עסקה חד-כיוונית ללא תמורה; נמשיך בדיון על מסחר – עסקה דו-כיוונית; ונחתום בשכר עבודה. בכל מקרה נבחן שתי שאלות:

1. האם וכיצד נוצרה הזכות הקניינית של הקטין?
2. במקרה שנוצרה זכות כזו, האם ההלכה משאירה את החפץ ברשותו של הקטין או שמא מעבירה את זכויותיו לאדם אחר?

ב. קטין שמצא מציאה

במשנה נאמר:

מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן משום גזל, מפני דרכי שלום, רבי יוסי אומר: גזל גמור.⁴

דהיינו, גזילת מציאה מקטין אסורה מפני דרכי שלום ואין בה איסור גזל, משמע שהוא לא זוכה כלל במציאה, ורק מפני דרכי שלום חכמים אסרו לקחתה ממנו. רש"י פירש את התקנה:

תנן: מציאת חרש שוטה וקטן – יש בהן גזל מפני דרכי שלום, שלא יתקוטט אביו או קרוביו.⁵

כלומר החשש הוא שהקטין או קרוביו יריבו עם מי שייקח את המציאה מידי, לעומת זאת, מ"קצות החושן" משמע שפירש אחרת... "קצות החושן" פירש שרק במציאה יש חשש כזה, אבל במקרה של אדם שנותן מתנה לקטין החשש אינו קיים כיוון –

2. שם מה, ב.

3. בבא בתרא קנה, א; שולחן ערוך חו"מ רלה, ט.

4. גיטין נט, ב.

5. רש"י סנהדרין כה, ב ד"ה דאורייתא היא.

דמציאת חרש שוטה וקטן אינו אלא מפני דרכי שלום דלא ליתיה לאנצויי, והכא (=כשהקטין מקבל מתנה) אם הקטן אינו זוכה הרי הוא של הבעלים ולא אתי לאנצויי.⁶

כאשר הקטין מצא מציאה ואינו יכול לזכות בה, יש חשש שהוא או קרוביו יריבו עם האחרים מי תפס קודם. את זאת חז"ל רצו למנוע, ולכן קבעו שהמציאה תהיה של הקטין. לעומת זאת במקרה שגם אם הקטין לא יזכה, יהיה ברור לנו למי לתת אותה, לא תיקנו לו חכמים זכיה. לכן במתנה כאשר אין הקטין זוכה בה היא נשארת בעצם בידי הנותן, לא ראו חכמים צורך לתקן לקטין שיזכה.

1. "דעת אחרת מקנה" במציאה

כאמור לקמן⁷ מבוגר יכול לתת מתנה לקטין, כיוון ש"דעת אחרת (=של המבוגר) מקנה" את המתנה ואין צורך בדעתו של הקטין. לאור זאת יש לדון בקטין שמצא חפץ שהופקר בכוונה, כגון חפץ שהונח באשפה כדי להיפטר ממנו. זאת, כיוון שבהפקר מצאנו מחלוקת ראשונים האם הפקר נחשב ש"דעת אחרת מקנה" אותו למוצא. בגמרא נאמר:

בעי רבא: זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו?⁸

רש"י הסביר –

זרק ארנקי – והפקירו לכל הקודם.⁹

תוספות לא רוצים לפרש שמדובר שהזורק הפקיר והם אף דוחים גרסה בנוסח זה –

ויצא בפתח אחר – לא גרסינן "ואפקריה", דהא חשיב ליה דעת אחרת מקנה אותו... ולעולם היא שלו עד שיזכה בה אחר.¹⁰

כלומר, מדובר לפי התוספות במתנה, כיוון שאם היה מדובר בהפקר ודאי לא היה נחשב לדעת אחרת מקנה אותו. אולם ככל הנראה רש"י סובר שגם הפקר נחשב כדעת אחרת מקנה אותו. וכך הסביר הנימוקי יוסף בשם רב יהודאי גאון –

שמעינן דהפקר מדעת כדעת אחרת מקנה אותם דמי.¹¹

לכאורה ניתן לומר שלשיטת רש"י, אם הקטין מצא את המציאה במקום שברור שהיא הופקרה הוא יקנה את החפץ בגלל שהדבר נחשב לדעת אחרת מקנה. אכן המשנה למלך תלה שאלה זו במחלוקת רש"י ותוספות –

אך כעת נסתפקתי בהפקר היכי לידיינו דייני אי חשיב כמציאה או דלמא חשיב כמתנה דהא איכא דעת אחרת מקנה שהוא המפקיר? ומן הסברא נראה דדמי

6. קצות החושן שסב, א.

7. ליד הערה 40.

8. בבא מציעא יב,א.

9. רש"י שם, ד"ה זרק.

10. תוספות שם, ד"ה ויצא מפתח אחר.

11. נימוקי יוסף בבא מציעא ה,ב מדפי הרי"ף. ראה גם קצות החושן רעג, א.

למציאה דהא מעידנא דאפקריה נפיק מרשותיה ובשעת זכייה ליכא דעת אחרת מקנה. ונראה שדין זה הוא שנוי במחלוקת...¹²

הש"ך¹³ הכריע כדעת רש"י, ומכאן שאם קטין מצא באשפה חפץ שנזרק הוא יזכה בו, כיוון שהדבר נחשב כדעת אחרת מקנה אותו, וכאמור כאשר יש דעת אחרת מקנה הקטין זוכה בה. אולם נתיבות המשפט¹⁴ ואחרונים נוספים מקשים על שיטת רש"י¹⁵ ומוכיחים שהפקר אינו נחשב כדעת אחרת מקנה לכל דבר ועניין. אם כן לדבריהם, גם אליבא דרש"י, קטין המוצא חפץ של הפקר לא יזכה בו,¹⁶ אלא שהאמרי בינה¹⁷ דחה את ראייתם. לסיכום, לדעת המשנה למלך והאמרי בינה, אליבא דרש"י, שהלכה כמותו, הפקר נחשב כדעת אחרת מקנה אותו, וכאשר קטין מוצא חפץ באשפה, הרי הוא שלו.¹⁸

2. זכותו של קטין שיש לו אב במציאה שמצא

עד כה נדונה השאלה האם קטין יכול ליצור זכות קניינית במציאה שמצא, כעת נבחן האם ההלכה מגינה על זכותו של הקטין במציאה כאשר יש לו אפוטרופוס. לגבי קטין שיש לו אב נאמר במשנה:

מצאית בנו ובתו הקטנים... הרי אלו שלו. מצאית בנו ובתו הגדולים... הרי אלו שלהן.¹⁹

12. משנה למלך מכירה כט, יא.

13. ש"ך ח"מ רסח, ט.

14. נתיבות המשפט ביאורים רעג, א.

15. קושיותם היא מבריתא (קידושין כג, א) – "גר שמת... אבא שאול אומר: גדולים – קנו עצמן בני חורין, קטנים – כל המחזיק בהן זכה בהן." ונפסקה ההלכה כדעת אבא שאול שבעבדים קטנים המחזיק בהם זכה. ואם כן, לשיטת רש"י שבהפקר נחשב דעת אחרת מקנה אותו, למה העבדים הקטנים לא יזכו בעצמם. ואין לומר שהלכה זו היא דוקא בנעשה הפקר מעצמו, כאשר מת הגר, אך אילו היה מפקיר הגר אותם בחייו, היו הקטנים זוכים בעצמם, שכן מוכח מרש"י (גיטין לט, ד"ה וקא דייקת מינה) שדין זה הוא גם בהפקירו בידיים וכן נפסק בטור ובשולחן ערוך חושן משפט רעג, ו.

16. עיין שו"ת חקרי לב חושן משפט ג, לב, שחילק בין הפקר מעצמו או בדרך יאוש לבין הפקר מדעת, שאף לרש"י הסובר שיאוש מטעם הפקר, אין הכוונה להפקר גמור. אך הוא לא הרגיש בראיית נתיבות המשפט שמוכיח שרש"י סובר שאף בהפקר מדעת, העבד הקטן לא יזכה בעצמו.

17. אמרי בינה ב, קניינים כא.

18. אמנם לכאורה דברי המשנה למלך קשים מפני אחר. הוא תלה שאלה זו, האם קטן קונה הפקר דבר תורה במחלוקת אם זה נחשב דעת אחרת מקנה, והרי להלן הבאנו ששיטת רש"י היא שכל מה שקטן קונה כאשר דעת אחרת מקנה אותו הוא רק מדרבנן? אם כן לרש"י אפילו אם הפקר נחשב דעת אחרת מקנה, קניינו לא יהיה מהתורה אלא רק מדרבנן. עוד יש להקשות לשיטת רש"י, במיוחד לשיטת רבא (נדרים מג, א) שבין לרבנן בין לרבי יוסי כאשר מפקיר חפץ אין הדבר נחשב שלו, מה הסברה להחשיב זאת כדעת אחרת מקנה אותו? הרי אין קשר בין המפקיר לבין הזוכה? ולא ניתן לצרף את דעת המפקיר לקניינו של הזוכה? לולא דברי הנימוקי יוסף שלומד מכאן דין כללי שהמפקיר נחשב כדעת אחרת מקנה אותו, היה ניתן להסביר באופן אחר, וממילא לא תהיה הוכחה ממנו לעניינו. רש"י מדקדק לכתוב "והפקירו לכל הקודם". מה מוסיפות המילים "לכל הקודם", מה היה חסר אילו רש"י היה כותב רק "והפקירו", הרי ברור שבכל הפקר כל הקודם זוכה. ונראה שרש"י רצה לומר שלא מדובר בהפקר רגיל, אלא שהוא הפקיר על מנת שיוכה בו כל הקודם, כלומר שלא הוציא החפץ מרשותו עד שיוכה בו כל הקודם. במקרה כזה ודאי שיש כאן דעת אחרת מקנה אותו, ואולי גם תוספות יודו לכך.

בטעם הדין נחלקו הדעות בגמרא:²⁰ **שמואל** פירש שטעמה הוא מפני שקטין המוצא מציאה מביא אותה לאביו ואינו משאירה בידו. ולדעת **רבי יוחנן** הסיבה היא משום האיבה שתיווצר בין האב לבנו אם הבן ישמור לעצמו את המציאות. לשיטת רבי יוחנן מדובר אם כן במשנה במקרה שהבן ניזון על ידי אביו, ו"קטן" המוזכר במשנה אינו בא לציין את גילו, אלא את העובדה שהוא עדיין סמוך על שולחן אביו. אך אם הבן עצמאי ואינו ניזון מאביו, מציאותיו לעצמו בין אם הוא גדול ובין אם הוא קטין.

להלכה נפסק כדעת רבי יוחנן, שאם הבן סמוך על שולחן אביו – מציאותיו לאביו, אפילו אם הבן גדול, ואם הבן אינו סמוך על שולחן אביו – המציאה לעצמו.²¹ כלומר שקטין שאינו סמוך על שולחן אביו זוכה, האם בכל גיל זוכה הקטין גם זה שלא הגיע לכלל דעת? בעניין זה כתב הרמב"ם בפירושו המשניות:

כל בן סמוך על שולחן אביו מציאתו של אביו ואפילו היה בן ארבעים שנה, וכל בן שאינו סמוך על שולחן אביו **והוא מבן שש שנים** ולמעלה מציאתו של עצמו, ולזה נתכוון בהלכה זה באמרו קטנים וגדולים.²²

מדברי הרמב"ם משמע שרק מגיל שש זכיתו לעצמו. בנוגע לדין שלפני גיל זה ניתן להציע שתי אפשרויות בדעת הרמב"ם: (1) אפילו אם הילד אינו סמוך על שולחן אביו מציאתו לאביו. (2) הילד אינו זוכה לעצמו ולא לאביו, וכל אחד יכול לקחת אותה ממנו.

בספר ארזא דבי רב²³ כתב שמכיוון שמתחת לגיל שש האב חייב לזון את בנו והבן יכול לתבוע את אביו על כך, ממילא בגיל זה הילד הוא בגדר "סמוך על שולחנו" ומציאתו לאביו.

אולם נראה שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים בהסבר החשש של איבה. רש"י הסביר את דברי הגמרא שמציאת נערה לאביה משום איבה, באופן הבא:

דכיון דאינו חייב במזונותיה אי אמרת מציאתה שלה איכא איבה ולא זיין לה תו.²⁴

לפי דבריו החשש לאיבה קיים רק במקרים שאין חיוב מן הדין לזון, אז עלול האב להפסיק את המזונות. במקרה של קטינים היכולת לזון נתונה לבחירת האב רק מעל גיל שש, ואם כן בקטין פחות מגיל שש, אין סיבה שהאב יזכה במציאה. אמנם התוספות²⁵ חולקים על סברת רש"י וסוברים שגם כאשר האב חייב מן הדין לזון, עדיין יש חשש איבה. כיוון שהאב יכול לעכב את המזונות ולגרום לכך שהוצאת המזונות ממנו תהיה כרוכה בטרחה מרובה, ובתביעה בבית דין. לפי דבריהם חשש זה קיים גם בקטנים מתחת לגיל שש (קטני קטנים).

19. בבא מציעא יב,א.

20. שם.

21. שולחן ערוך חו"מ רע, ב.

22. פירוש המשנה להרמב"ם בבא מציעא א, ה.

23. ארזא דבי רב בבא מציעא יב,א.

24. רש"י כתובות מז,א, ד"ה משום איבה, וכן כתבו תוספות בבא מציעא יב,א, ד"ה רבי יוחנן.

25. תוספות כתובות מז,א, ד"ה משום איבה.

בספר אבני מילואים²⁶ כתב שלדעת הרמב"ם אב אינו זוכה במציאת בנו שמתחת לגיל שש. זאת כיוון שהרמב"ם²⁷ פסק שאישה שבעלה נטש אותה ללא מזונות, בית דין יורדים לנכסיו ומוכרים מהם לצורך מזונותיה, ללא קשר לרווחים ממעשה ידיה. אף שבדרך כלל הבעל מתחייב במזונות האישה כתמורה לרווחים ממעשי ידי האישה. כיון שלא פרנסה מיוזמתו ואילץ אותה לפנות לבית הדין לצורך כך, הוא מפסיד את שכר מעשי ידיה. מכאן, שגם ילדים מתחת גיל שש שידרשו לפנות לבית דין כדי לקבל מאביהם מזונות, יהיו פטורים מלתת לאביהם את מה שימצאו.

לפי זה יש לדון בזכיה של האב במציאת הבן בזמן הזה, כיוון שיש תקנה של הרבנות הראשית שהאב חייב לזון את בנו עד גיל חמש עשרה מן הדין, ואם כן אין חשש איבה עד לגיל זה.²⁸

3. אופן זכיית האב במציאת בנו

מציאת הקטין לאביו כיצד – מהו המנגנון שמאפשר לאב לזכות במציאת בנו: האם הגבהת הבן מקנה את החפץ לאביו, או שהכוונה שהבן מחוייב לתת את החפץ לאביו? ישנן כמה השלכות לשאלה זו:

א. מעמד החפץ כשהוא בידי הבן: האם הוא שייך לאב, ומי שיקח אותו מהבן יעבור על גזל דאורייתא, או שמא דינו כמציאת קטין, שהאיסור לקחת ממנו הוא רק גזל מדבריהם מפני דרכי שלום.

ב. האם האב צריך לבצע מעשה קניין בחפץ כדי לקנות אותו מבנו?

ג. אם האב רוצה להשאיר את החפץ אצל הבן, האם עליו להקנותו לבן, או שמא די בכך שהוא לא ייקח מהבן את המציאה וימחל על זכותו?

בעל העיטור עסק בכך –

26. אבני מילואים ע, ג.

27. רמב"ם אישות יב, טז.

28. ייתכן ששאלה זו תלויה במחלוקת הפוסקים, מדין מה אדם חייב לזון את בנו עד גיל שש. שיטת הר"ן (כתובות כח, ב מדפי הרי"ף) היא שהחיוב נובע מחיובי המזונות של אשתו, וממילא כאשר אשתו אינה קיימת, או שהיא גירש אותה, הוא אינו חייב במזונות ילדיה. ואילו שיטת הרא"ש (שו"ת יז, הובא בבית יוסף אבן העזר עא) היא שחכמים תקנו לילדים בלי קשר לאמם, ואפילו אם האם פנויה, האב חייב במזונותיהם. אם כן ניתן לומר, שמה שאנו אומרים שכאשר יש חיוב מזונות ממילא אין בעיית 'איבה', הוא דווקא כאשר החיוב מקורו מהתורה או נשען על חיוב של תורה, אך אם הוא רק תקנת חכמים, עדיין יש חשש שהאב ינסה להתחמק, ונחייב שיתנו לו את מציאותיהם. אם כן לשיטת הר"ן, דווקא מזונות הילדים הקטינים, שהם נסמכים על מזונות האישה שהם מהתורה, עליהם נאמר שאיננו חוששים לאיבה, אך מזונות הילדים עד גיל חמש עשרה שהם מתקנת הרבנות הראשית, ואינם נסמכים על מזונות האישה, עדיין יש בהם חשש איבה, ומציאתם לאביהם. דעת הרמב"ם במחלוקת שבין הרא"ש לבין הר"ן נתונה גם היא במחלוקת. המגיה למשנה למלך (אישות יב, יד) דייק מלשון הרמב"ם במקום שחיוב המזונות נובע מהחיוב לאשתו כדעת הר"ן. אך האבני מילואים (עא, א) דחה דיוק, והוכיח שדעת הרמב"ם כרא"ש. וראה גם פסקי דין רבניים ז, עמ' 44. להלכה, פסק השולחן ערוך (אבן העזר עא, ד) כדעת הרא"ש. אם כן, ייתכן שבזמן הזה שיש תקנת רבנות הראשית, האב אינו זוכה במציאות של בנו עד גיל חמש עשרה, אפילו אם הם סמוכים על שולחנו, כיוון שהוא חייב במזונותיהם.

ירושלמי (בבא בתרא ט, ג) "אמר רבי אסי בן שנראה חלוק בחיי אביו מה שסגל לעצמו". ואיכא לפרושי כגון שסגל ממונו לעצמו בחיי אביו והיה סמוך על שולחן אביו ולא תבעו אביו בחייו מה שסגל – סגל לעצמו, דאזלינן בתר אומדנא מדלא תבע ליה **מחל ליה**, ואין אחיו חולקין עמו. לא שנא מצא מציאה לא שנא עשה סחורה, כיוון שלא תבעו אביו הכניס לעצמו ואין אחיו חולקין עמו.²⁹

לדברי העיטור, מהירושלמי עולה שאם האב מחל על תביעתו הבן זכה במציאה, ואין צורך שהאב יקנה לבנו. משמע מכאן, שהבן זוכה בתחילה לעצמו. לעומת זאת הבית יוסף³⁰ חלק על העיטור, והעמיד את הירושלמי במקרה שהבן אינו סמוך על שולחן אביו. ואילו במקרה שהבן סמוך – האחים אכן חולקים והבן זוכה.

גם מדברי התוספות³¹ נראה שכאשר יש לבן זכייה מהתורה והאב מקבל ממנו משום איבה, ישנם שני שלבים: (א) הבן זוכה לעצמו. (ב) האב זוכה ממנו. לשיטתם, לא מסתבר שלגבי קטין, שאינו זוכה לעצמו מדאורייתא, חז"ל יתקנו שתי תקנות: האחת, שהוא יזכה בעצמו, ואחר כך שאביו יקנה ממנו. אלא שהקטין זוכה במציאה באופן מדי עבד אביו.³²

נפקות נוספת היא במקרה שהאב חייב כסף לאחרים והוא רוצה למנוע מבעלי החוב לקחת מילדיו הקטנים את מה שמצאו. האם די בכך שהאב יוותר על תקנת חכמים המעבירה אליו את הבעלות על המציאה, או שעליו להקנות את המציאה לילדיו.

בשו"ת ארבעה טורים אבן³³ עסק בשאלה דומה: במלמד שתפס מציאה של קטין בעבור חוב של אביו, והסיק שבגלל שמציאת הקטין היא של האב רק מדרבנן, אם כן, האב יכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים". בכך יוותר על התקנה ויתיר את המציאה של הקטין, והמלמד לא יוכל לקחת אותה.

בספר שער משפט³⁴ הביא את דבריו וחלק עליהם מדין "שעבודא דרבי נתן", שקובע כי אם לוי חייב לשמעון ושמעון חייב לראובן, אזי לוי חייב ישירות לראובן. לדבריו, כיוון שהבן מחוייב לתת את המציאה לאביו, והאב חייב למלמד, ממילא הבן חייב ישירות למלמד. אף שהחוב של הבן לאביו הוא רק מדרבנן, שכן הוא סובר שאפילו בחוב דרבנן אי אפשר למחול כאשר יש שעבוד כלפי אחר.

בסוף הדיון הוא נשאר בספק כיוון שדין זה דומה לאדם שחייב כסף והציעו לו לקבל מתנה שהוא רשאי לסרב. הוא הדין במציאה ששייכת לילד, שהאב רשאי לסרב לזכות בה, כיוון שהבן אינו חייב לאביו אלא תקנת חכמים מעבירה את הבעלות.

29. ספר העיטור אות ש' שיתוף (מבב) הובא בבית יוסף חו"מ, קעו.

30. שם.

31. תוספות בבא מציעא יב, א ד"ה אי.

32. כך גם ביאר במשנת יעבץ חו"מ לו.

33. שו"ת ארבעה טורים אבן סימן ט.

34. שער משפט פו, ד.

ניתן ללמוד מדבריו של שער המשפט, שהאב אינו זוכה מידית במציאה בהגבתו של הקטין, אלא הבן מחוייב לתת את המציאה לאביו. אם כך, אם האב אינו חפץ במציאה היא נשארת של הבן.

בדרך דומה כתב בשו"ת בית דוד³⁵ כשנשאל על חמץ שנמצא על ידי ילד בפסח וכשהביאו לביתו האב גער בו לזרוק את החמץ, אולם, הילד החביא את החמץ, והביאו אחר הפסח. הוא השיב שכיוון שהאב מזהב בבנו, ממילא האב לא זכה בחמץ בפסח, כיוון שוויתר על תקנת חכמים. והוסיף: "והרי הקניין של הקטן והקניין שקונה אביו **שני קניינים נפרדים הם**, בראשונה זוכה הקטן בחפץ ואחר כך זוכה האב ממנו וממילא במקום שהאב גילה דעתו דאין רצונו בהחפץ הזה לקנותו נשאר החפץ של הקטן".

גם מדבריו משמע שהגבתה הקטין לא מזכה ישירות את אביו, אלא הדבר מתבצע בשני שלבים: ראשית, קניין של הקטין, ושנית, קניין של אביו.

מסתבר אם כן, שגם אם האב לא מזהב מפורשות בבנו, אולם ברור לכל ("אנן סהדי") שהאב אינו מעוניין במציאה, הרי שהמציאה נשארת בבעלותו של הבן. אמנם בשו"ת בית דוד כתב: "במקום שגילה (=האב) דעתו דאין רצונו בחפץ הזה", אולם, מסתבר שבכל מקרה שברור שהאב לא מעוניין לקנות את החפץ, החפץ יישאר של הקטין.

לפיכך, קטינים שמצאו חפצים שוודאי האב לא ירצה אותם – הרי הם של הקטינים. כגון, קטין שמצא גולה, כדור, וכדומה, שברור שהאב לא רוצה בהם, מסתבר שהאב לא קנה אותם אלא הקטין.

4. קטין הסמוך על שולחן אחרים

הרמ"א חילק בין קטין הסמוך על שולחן אביו לבין יתום –

יתום הסמוך על שולחן אחרים, מציאתו לעצמו.³⁶

הסמ"ע כתב את טעם החילוק בין אביו לאחרים –

היינו טעמא דאם לא יזונו הוא, יזונו אחרים דמשום מצווה רבה מצויים לזונו ומשום

הכי לא תקנו בכהאי גוונא שיהא מציאתו להמפרנסו.³⁷

כלומר, כיוון שזו מצווה גדולה לפרנס יתום, הרי שמן הסתם יימצא מי שיעשה זאת גם אם המציאות יישארו בידי היתום.

לאור זאת, יש לשאול מה דין מציאה של קטין שאינו יתום אך אביו אינו מפרנס אותו, והוא סמוך על שולחן אחרים (כגון ילדי אומנה). מחד גיסא, ייתכן שכיוון שישנו אב שאינו מפרנס, לא יימצא מי שיפרנס את הבן כיוון שהדבר לא נתפס כמצווה גדולה. מאידך גיסא, יתכן שתקנת מציאה נאמרה רק ביחס לאב ולא ביחס לכל אדם אחר.

35. שו"ת בית דוד סימן א.

36. רמ"א חו"מ רע, ב.

37. סמ"ע שם ט.

כמו כן יש מקום לשאול, מה דין מציאה של קטין שהתייתם מאביו וגר אצל אמו שמפרנסת אותו – האם היא זוכה במציאות של הילד? מצד אחד, הרמ"א כתב שאם יתום סמוך על שולחן אחרים הם אינם זוכים במציאתו, והרי אמו של הילד נחשבת כ"אחרים". מצד שני, ניתן לומר שכאשר יש מחויבות של מפרנס כלפי הילד, חכמים תקנו שהמציאות יהיו שלו, כשם שתיקנו לאביו, כדי לעודד את המפרנס להמשיך בכך. לפי ההלכה עדיף שאם היתום תטפל בו והיא אף מחויבת לזון אותו משום צדקה אם היא יכולה,³⁸ אם כן, מסתבר שתיקנו שמציאות הקטין יהיו שלה.³⁹

ג. מתנה לקטין

1. תוקפה של מתנת גדול לקטין

למרות שקטין אינו זוכה במציאה, הרי שכאשר ניתנת לו מתנה על ידי אדם אחר – הוא זוכה בה. כך עולה מדברי רבי זירא –

לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא. מאי טעמא? דינוקא מקנא – קני, אקנוי – לא מקני, ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו.⁴⁰

דהיינו אין להקנות לקטין ארבעת המינים ביום הראשון של חג הסוכות, כיוון שהוא זוכה בהם מיד הגדול שמקנה לו, אבל הוא איננו מסוגל להקנות אותם בחזרה. ואכן הראשונים הסכימו שאם מבוגר מקנה לקטין את החפץ – "דעת אחרת מקנה" – הלה זוכה בו זכייה גמורה.⁴¹ אמנם, נחלקו הדעות האם זכייה זו תקפה מהתורה או רק מדרבנן.

רש"י⁴² פירש: "מקנה קני – דרבנן תקינו ליה זכייה לנפשיה". דהיינו גם בדעת אחרת מקנה הוא זוכה רק מדרבנן. לעומת זאת התוספות כותבים בכמה מקומות שכאשר דעת אחרת מקנה, קניינו של הקטין חל מהתורה, כך לדוגמה –

איש זוכה ואין קטן זוכה – תימה... אמאי איצטריך למעט דאינו זוכה הא אפילו לעצמו אין לו זכיה במציאתו אלא מפני דרכי שלום... ויש לומר דדוקא מציאה אבל מתנה דדעת אחרת מקנה אותו עדיף... אפילו לגבי קנין דאורייתא.⁴³

בפירוש דעת הרמב"ם ישנה מחלוקת בשאלה זו. המגיד משנה⁴⁴ כתב שלדעת הרמב"ם כאשר "דעת אחרת מקנה" קניינו של הקטין הוא מהתורה, ואילו בשו"ת בעי חיי⁴⁵ הוכיח שלדעת הרמב"ם, גם בדעת אחרת מקנה, קניין הקטין הוא רק מדרבנן.

38. עיין שולחן ערוך יורה דעה רנו, ח; ובפתחי תשובה אבן העזר פב, ג.

39. הדברים מסתברים גם לפי דברי שמואל בגמרא, שאין הלכה כמותו, שהסביר את הדין משום שהילד מביא את המציאה לאביו, ובמקרה זה ודאי יביא את המציאה לאמו.

40. סוכה מו, ב.

41. אמנם הש"ך חו"מ רמג, ו, חלק וסבר שכאשר הגיע לכלל דעת הוא זוכה בין במתנה ובין במציאה למרות שאין בה "דעת אחרת מקנה", וכאשר טרם הגיע לגיל זה לא תועיל "דעת אחרת מקנה אותו". אך האחרונים דחו דבריו, עיין קצות החושן (שם, ה) ונתיבות המשפט (ביאורים שם, ט).

42. שם, ד"ה מקנה.

43. תוספות פסחים צא, ב, ד"ה איש.

בטעם הדבר, שניתן להקנות כאשר יש "דעת אחרת מקנה" מצאנו מחלוקת. קצות החושן⁴⁴ מבאר בדעת הרמב"ם, ש"דעת אחרת מקנה" היא חלק מדין "זכין לאדם שלא בפניו". על פי דין זה ניתן לתת לאדם מתנה ללא ידיעתו, ובאותו האופן ניתן לתת מתנה גם לקטין למרות שאין לו דעת ברמה הנדרשת.⁴⁷

לעומת זאת בדעת התוספות מסביר "קצות החושן" שאין זה מטעם זכייה אלא שהקטין זוכה בעצמו. את החיסרון בדעת של הקטין משלים המבוגר המקנה כשהוא מתכוון שהקטין יקנה.

2. מתנה לקטין שלא הגיע לעונת הפעוטות

"דעת אחרת מקנה" מועילה רק כאשר הקטין הגיע למקצת דעת, כפי שמבואר בשולחן ערוך:

קטן שנותרים לו צרור וזורקו, אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים. פחות מזה, לא לעצמו ולא לאחרים.⁴⁸

אך יש מקום להסתפק, האם משמעות הדבר שאדם שנתן חפץ לקטין שלא הגיע לכלל דעת יכול לקחתו חזרה? כמובן שהעושה כך עובר על איסור אונאת דברים (האיסור לצער אדם אחר),⁴⁹ אך האם יש כאן גם בעיה ממונית?

על מה שכתב השולחן ערוך "פחות מזה לא לעצמו" העיר הסמ"ע –

מיהו גזל מפני דרכי שלום יש בו אפילו במציאה.⁵⁰

לכאורה הסמ"ע רוצה לומר שיש איסור לקחת מקטין שלא הגיע לעונת הפעוטות את המתנה משום דרכי שלום, כאמור לעיל (עמוד 146) ביחס למציאה.

דבריו תואמים את פירוש רש"י, שהובא לעיל (עמוד 146), שביאר שהתקנה שאוסרת לקחת מציאה מקטין היא מחשש למריבה עם הקטין ובני משפחתו. גם במתנה יש מקום לחשש ממריבה כזו, ולכן גם במתנה יש איסור לקחת מהקטין את המתנה. לעומת זאת קצות

44. מגיד משנה מכירה כט, א.

45. שו"ת בעי חיי א, קעט.

46. קצות החושן רלה, ד.

47. [הערת עורך: לענין מדברי קצות החושן כאן משמע שהסברה היא הפוכה: דין "זכין לאדם שלא בפניו" מבוסס על כך שבהעברת בעלות די בגמירות דעתו של המקנה, ולכן כשיש "דעת אחרת מקנה" די בכך. וראו עוד ברוח זו קצות החושן רעה, ד. ע.ר.]

48. שולחן ערוך חו"מ רמג, טו.

49. אמנם בספר החינוך (מצווה שלח) נקט בלשון "אפילו בקטנים ראוי להזהר שלא להכאיבן בדברים יותר מדי", ומשמעות לשונו שאין בציעור ילדים איסור גמור, אך עיין במנחת חינוך שם שכתב שהוא איסור גמור. וראו עוד בפלא יועץ (ערך בעלי חיים) שלכל הדעות איסור אונאת דברים בקטנים מקורו מהתורה. ואדרבא מסתבר שחמור יותר לצער ילדים מאשר לצער גדולים, שכן גדולים יכולים למחול על צערם, אך קטנים 'לאו בני מחילה ניהו' (בבא מציעא כב, ב; וברש"י שם ד"ה יתמי). ראו בהדרש והעיון (מאמר רפא) ובספר פירוש יוסף (ויקרא כה, יד) שרצו להוכיח שלא עוברים על הלאו של אונאת דברים בציעור קטנים, אך ראו בברית יעקב (יט) שדחה דבריהם בראיות ברורות.

50. סמ"ע שם, כח.

החושן⁵¹ כתב שמתנה שניתנה לקטין שלא הגיע לעונת הפעוטות נשאת בבעלותו של הנותן. לדבריו החשש במציאה הוא ממריבה בין מוצאים נוספים, חשש זה אינו קיים במתנה כיוון שהחפץ נשאר בידי הנותן.

3. זכיית קטין במתנה כשיש לו אב

לאחר שראינו שניתן להקנות מתנה לקטין שהגיע לכלל מקצת דעת, צריך לברר האם הוא אכן זוכה במתנה כאשר יש לו אב. בעניין זה כתב הרמ"א –

ואם נתנו מתנה לקטן הסמוך על שולחן אביו הרי היא של אביו, אבל לא בבנו הגדול.⁵²

הרמ"א מחלק בין **מציאה**, שבה כאמור לעיל (עמוד 149) האב זוכה מיד הבנים כשהם סמוכים על שולחנו, הן גדולים והן קטינים, לבין **מתנה** שהאב זוכה רק מקטין הסמוך על שולחנו ואילו גדול שסמוך על שולחן אביו זוכה בה לעצמו. מקור דברי הרמ"א הוא בנימוקי יוסף, אך לכאורה משמע מדבריו אחרת –

ואיכא מאן דאמר דכי היכי דאמרין במציאה שהיא של אביו כן הדין אם נתנו אחרים מתנה לבן שתהיה לאביו, וכן אם נתן לו אביו מתנה לא קנה שהרי אין לו יד לזכות לעצמו כלל.

וכתב הרנב"ר ז"ל דמסתברא שהדין כך הוא בקטן הסמוך על שולחן אביו, אבל בגדול לא מחוור דלא גרע מאשתו דקיימא לן דבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה... אף על פי שידה כיד בעלה ממש הוא.⁵³

מדבריו עולה שמתנה לקטין שייכת לאב בכל מקרה, כחלק מתקנת חכמים לגבי מציאה. לגבי בן גדול, כאשר האב נותן מתנה לבנו – המתנה שייכת לבן, אך כאשר הבן מקבל מתנה מאחרים – המתנה שייכת לאב. שהרי הנימוקי יוסף השווה את דין הבן לדין אישה שקנתה מתנה שקבלה מבעלה, אך אם קבלה מתנה מאחרים, בעלה אוכל את פירות המתנה כיוון "שידה כיד בעלה".

על כן צריך לומר שהרמ"א חלק על הנימוקי יוסף, והוא למד מדין האישה, שזוכה בעצמה בגוף המתנה בכל מקרה, והדיון הוא רק בשאלה האם הבעל אוכל את פירותיה. והסיק, שכיוון שאב אינו אוכל את פירות המתנות של בנו, הרי שכל הזכויות נשארות אצל הבן גם כאשר אחרים נתנו לו מתנה.

בכל אופן מדברי הנימוקי יוסף עולה שאם נתנו מתנה לבן גדול הסמוך על שולחן אביו – המתנה שייכת לאב, פרט למקרה שהאב עצמו נתן את המתנה. לדברי הרמ"א, כל מתנה שניתנת לגדול הסמוך על שולחן אביו שייכת לבן.

51. קצות החושן שסב, א.

52. רמ"א חו"מ רע, ב.

53. נימוקי יוסף בבא מציעא ה,ב, מדפי הרי"ף.

התוספות⁵⁴ כתבו בשם רבנו תם שלדעת רבי יוחנן הסבור שהאב זוכה במציאת בנו הסמוך על שלחנו בין קטין ובין גדול, הוא הדין במתנה, ומהריטב"א המביא את שיטת רבנו תם משמע שהמתנה של האב, אפילו אם האב עצמו נתן אותה לבנו –

וכתב רבנו תם ז"ל דלרבי יוחנן... ואינו זוכה לאחרים מידו של אביו וכאילו לא יצא

הדבר מרשות אביו דומה.⁵⁵

הריטב"א מביא את הרמב"ן החולק על רבנו תם וסובר שרק לגבי מציאה אמרו חכמים שהאב זוכה משום איבה, אבל במתנה שנתנו לו אחרים הוא זוכה בעצמו. אך הרמב"ן עצמו בחידושו מדגיש שדבריו אמורים דווקא בן גדול, אולם לבן קטין אין יד לזכות לעצמו אפילו מאביו –

ומיהו בקטן ודאי כיוון דאין זכייה לקטן... גבי אב כיוון דתקיננו רבנן דתיהוי של אביו בסמוך על שלחנו אינו זוכה לאחרים אפילו ברשותו, שהרי אין לו יד אלא מדרבנן ואתיא דרבנן ועקרה דרבנן לגמרי דלא תקון ליה זכייה במקום אב אלא לצורך

האב.⁵⁶

לדבריו, קטין זוכה כשיש דעת אחרת מקנה רק מכוח תקנת חכמים, ולכן כאשר חכמים קבעו שהמתנה של האב הם הגבילו את התקנה שאפשרה לקטין לזכות.

החילוק בין גדול לקטין לדעה זו שהיא גם דעתו של הרמ"א קשה, שהרי כאשר יש דעת אחרת מקנה גם קטין יכול לקנות, אם כן למה מתנה שניתנה לקטין שייכת לאביו? ואכן גם הגר"א הקשה כן –

וצ"ע דגם קטן ליקני דהא דעת אחרת מקנה לו כנ"ל.⁵⁷

ניתן להסביר זאת בשני אופנים:

א. על פי דברי הסמ"ע נראה שאין כוונתו של הרמ"א שהמתנה שייכת לגמרי לאב כמו מציאה, אלא היא באחריותו –

הנותן הקפיד להיות דווקא של הבן, מה שאין כן בנתן לבנו קטן דמסתמא אינו משומר בידו זולת דעת אביו השומר ונתנו לקטן אדעתא דאבוה.⁵⁸

מדבריו ניתן לדייק, שאכן אין זה דין עקרוני של התורה שמתנה שנתנה לקטין שייכת לאביו ומתנה שנתנה לגדול שייכת לו עצמו, אלא זו הערכה והשערה של כוונת הנותן. אך אם נעריך שאין זו כוונתו או שיאמר כן במפורש, גם מתנה לקטין תהיה שלו. למשל, כאשר נותנים ממתק בבית כנסת לקטין, מסתבר שאין הכוונה שהיא תהיה של האב.⁵⁹

54. תוספות בבא מציעא יב,ב, ד"ה רבי יוחנן.

55. ריטב"א שם.

56. רמב"ן שם. המחנה אפרים זכייה ומתנה ב, כתב שרוב הראשונים הסכימו שמתנה שנתנו לבנו קטן, בין אביו בין אחר, שייכת לאב.

57. ביאור הגר"א חו"מ רע, ו, וכן הקשה במחנה אפרים שם.

58. סמ"ע שם ח.

59. [הערת עורך: יש להעיר על הדוגמה. מסתבר שהמתק ניתן לקטין בתנאי שהוריו מסכימים לכך, כיוון שהם אחראים לבריאותו ומזונו. ע.ר.]

דבר נוסף שניתן לדייק מדברי הסמ"ע הוא שאם האב נתן את המתנה לבנו, אפילו לבנו הקטין, המתנה תחול כיוון שהאב התכוון לתת לקטין, וכך דייק בדבריו בעל המשנה ראשונה.⁶⁰

ב. לדעה ש"דעת אחרת מקנה" הוא מדרבנן, ומן התורה אין לו יד לזכות כלל, ניתן לומר שבמקרה שיש לו אב לא תיקנו לו זכייה לעצמו, אלא ידו כיד אביו, וזוכה לאביו. המחנה אפרים⁶¹ הסביר כך את המחלוקת בין הרמב"ם לבין רבנו תם, שלדעת רבנו תם מתנה שניתנה לקטין היא של האב רק משום איבה, ואם נעריך שאין כאן איבה כלל המתנה שייכת לבן, ואלו לרמב"ם לא תקנו זכייה לקטין במקום אב.

ההבדל בין ההסברים הוא במקרה שברור שדעת הנותן הייתה לתת דווקא לקטין: לפי הסבר הסמ"ע הקטין זוכה לעצמו. אך לפי ההסבר הנוסף שהבאנו, גם במקרה זה האב יזכה. כאמור לעיל (עמוד 151) במציאה, נחלקו הפרשנים האם הקטין זוכה בעצמו ואז הבעלות עוברת לאב, או שמא, האב זוכה באופן ישיר. לפי הדרך השנייה אפילו אם הנותן אמר במפורש שהוא נותן לקטין מתנה על מנת שאין לאביו רשות בה, אמירה זו לא תועיל והקטין לא יזכה (בניגוד למי שנותן באופן זה לאישה נשואה). אולם, לרבנו תם שסבר שקטין זוכה ואז הבעלות עוברת לאביו, אמירה כזו ודאי תועיל והקטין יזכה. הדרך היחידה לדעת הרמב"ם שקטין שיש לו אב יזכה במתנה, היא כאשר זיכו לו על ידי אחר, ובזה זוכה אפילו תינוק בן יומו.⁶²

4. הקנאת ארבעה מינים לבן

פתחנו את הפרק בדברי רבי זירא שכתב שניתן להקנות ארבעה מינים בסוכות לקטין. לפי המקורות שהבאנו יש לדון בשאלה, כיצד ניתן לעשות זאת כאשר יש אב לבן, הרי האב זוכה במתנה ולא הבן. בעיה זו קיימת לדעת רבנו תם גם בבנו גדול, כל עוד הוא סמוך על שולחנו, ולדעת שאר הפוסקים בבנו קטן.

המחנה אפרים⁶³ ציין לפסקי התוספות שכתב: "ויוצא בשל אביו אם הקנה לו מלכד יום טוב ראשון",⁶⁴ והוא דייק מדבריו שהקניה לקטין אינה מועילה מדאורייתא. אך נראה לי להוכיח מדבריו להפך, שהרי בשאר הימים לא מחייבת התורה 'לכם' – משלכם, ויוצאים ידי חובה גם בשאולים ואם כן מה צורך בהקניית האב.⁶⁵ ועוד שהרי כתוב במפורש "אם הקנה לו", משמע שיכול להקנות לו.

60. משנה ראשונה מעשר שני ד, ד. כך גם מבואר בדברי רש"י סוכה מו, ב, ד"ה אקנויי, כפי שיבואר בהמשך.

61. מחנה אפרים זכיה ומתנה, ב.

62. רמב"ם זכיה ומתנה ד, ח; שולחן ערוך חו"מ רמג, יח.

63. מחנה אפרים זכיה ומתנה, ב.

64. פסקי תוספות ערכין סימן ו. דברי התוספות מהם הסיק את דבריו אינם לפנינו.

65. וכן הקשה בביכורי יעקב סימן תרנז.

לכן נראה לי לפרש דבריו במקום שנוהג יום טוב שני של גלויות. וכוונתו לומר שלא יוכל להקנות לו ביום הראשון את לולבו, כיוון שאז לא יהיה לו ליום השני, שאף בו צריך שיהיה "לכם". ואם כנים דברינו גם מדברי פסקי התוספות מוכח שניתן להקנות לבנו הקטין.

ה"מחנה אפרים" מציע שתי אפשרויות לביאור הגמרא כיצד ניתן להקנות לקטין אף שיש לו אב והוא אמור לזכות בזה:

א. מדובר בקטין שאינו סמוך על שולחן אביו.

ב. זיכה לו את המתנה על ידי אחר.

מעבר לצורך בהסבר הגמרא, יש להבין למעשה כיצד יכולים בנים שיש להם אב לקיים את מצוות ארבעה מינים כהלכתן, הרי צריך שביום הראשון יהיו המינים שלהם. נפרט את האפשרויות:

בנים גדולים הסמוכים על שולחן אביהם – לשיטת רבנו תם, שכל הסמוכים על שולחן אביהם בין קטנים ובין גדולים אינם זוכים לעצמם אלא לאביהם, ניתן להקנות להם, כפי שנאמר לעיל (עמוד 157), על מנת שאין לאביהם רשות בו. לכאורה גם כאשר מקנים להם סתם, נוכל לומר שכוונת המקנה שלא יהיה לאב רשות, שהרי הוא מקנה להם כדי שיוכלו לצאת ידי חובה, כמו כן ניתן לזכות להם על ידי אחר.

בנים קטינים – המשנה ברורה⁶⁶ מביא מחלוקת בין הפוסקים האם צריך שהקטין, שחיובו רק מדיני חינוך, יהיה בעלים על ארבעת המינים על מנת לצאת חובת המצווה. לשיטה שלא מחייבת זאת, כמובן אין כאן כל קושי. לשיטה המחייבת בעלות של הקטינים, ניתן לומר על פי רבנו תם והסמ"ע, שגם לקטין אפשר להקנות על מנת שאין לאביו רשות בו. אם כך, גם כאן נאמר שמסתמא האב מתכוון כך כאשר נתן לקטין ארבעת המינים, שהרי נתנם לו על מנת שיצא בהם ידי חובה (חוץ מביום הראשון לפני שיצא האב ידי חובה, ואז אולי צריך במפורש להתכוון שלא להקנות לו).

דרך נוספת, כפי שאמרנו בבניו הגדולים, היא לזכות על ידי אחר, שכן בדרך זו האב אינו זוכה.⁶⁷ אך דרך זו (בין בגדולים ובין בקטינים) היא חידוש גדול להלכה, וכמדומני שלא מקפידים לעשות כן.

ניתן למצוא דרך נוספת על פי דברי הרמב"ן שהבאנו לעיל, "דלא תקון ליה זכייה במקום אב אלא לצורך האב",⁶⁸ כלומר גם הוא מודה שכאשר הזכייה לבן היא לצורך האב יש זכייה גם לבן קטין. אם כן, לשיטת רש"י⁶⁹ הגורסת שמצוות חינוך מוטלת על האב, ולקטין אין כלל מצווה, ודאי כאשר מקנים את הלולב לבן ייחשב הדבר כצורך האב, וממילא הבן יזכה. ואפילו לדעת התוספות⁷⁰ הסובר שמצוות חינוך מטילה חובה על הבן, ונחשב כמחוייב

66. משנה ברורה תרנח, כח; עיין בספר בית ישי (מהדורה מתוקנת סימן לד) שמבאר את השיטות בגדרי מצוות חינוך.

67. עיין דברי משפט (אורבך) רע, א שמסביר את הטעם שהאב אינו זוכה.

68. רמב"ן בבא מציעא יב, ב.

69. מובא בתוספות ברכות מח, א, ד"ה עד שיאכל.

70. שם.

בדבר, בכל זאת, כיוון שמוטלת גם אחריות חינוכית על האב, ייחשב הדבר כצורך האב ויהיה ניתן להקנות לבן.

עוד יש לומר, שאם כדי לקיים את המצווה צריך הקטין לקיימה כדבעי, על כל פרטיה, ובתוך זה עניין הבעלות, יש לומר שבמקרה כזה חכמים תיקנו לקטין שיוכל לזכות, למרות שבדרך כלל אין לו יכולת כזו. זה יהיה גם הביאור של דברי רבי זירא בגמרא: למרות שתיקנו קנין לקטין לצורך ארבעת המינים, אין לעשות זאת לפני שהאב יצא ידי חובה. ייתכן גם שזו כוונת רש"י⁷¹ שהבאנו לעיל, "דרבנן תיקנו ליה זכייה לנפשיה", שכאן יש תקנה מיוחדת, כדי שיוכל לקיים את המצווה כתיקונה.

5. זכות האב על פי דעת הסמ"ע

כאמור לעיל הסמ"ע⁷² כתב שמתנה שניתנה לקטין היא ברשות האב כיוון שהחפץ איננו שמור כשהוא אצל הקטין. מדבריו עולה שהמתנה שייכת לבן הקטין, אולם היא שייכת לו על פי דעת אביו, כלומר שהאב יקבע מה ייעשה בכסף **לטובת הקטין**. לדוגמה, כשקטין מקבל כסף כמתנת יום הולדת, ורוצה לקנות ממתקים במכולת. על אביו מוטלת האחריות לקנות לילד משהו חינוכי, בריא ויעיל, אולם האב לא יכול לקנות בכסף זה דברים לצרכיו האישיים. גם כאשר קטין קיבל משחק שלא מתאים לו כפי גילו, האב יצניע את המשחק עד שהקטין יהיה בר הכי.

דין דומה מובא בגמרא⁷³ שאדם החובל בבנו הקטן חייב לשלם לו, אך לא ייתן לו את הכסף מיד אלא "יעשה סגולה", ופירשה הגמרא שהכוונה שיעשה לו דבר המתקיים כספר תורה או דקל המניב פירות. כאן אמנם לא צריך לעשות דבר כל כך קבוע, אך צריך להוציא את הכסף באופן אחראי.

דוגמה נוספת עולה מתקנת חז"ל שהבעל יאכל פירות נכסי מלוג של אשתו. אף על פי כן הבעל לא יכול לעשות בהם ככל העולה על רוחו, אלא הוא מוגבל לדברים המביאים רווחה כלכלית לבית – "רווח ביתא".⁷⁴ משום כך אומרת הגמרא שהבעל לא יכול למכור קרקע נכסי מלוג אפילו לצורך אכילת פירות בלבד, כיוון שאחר כך לא תהיה הכנסה קבועה מהפירות לבית.

אמנם מלשון "ערוך השולחן" משמע שלא הבין כך את הסמ"ע, שכן אחר שהביא את לשון הסמ"ע שהובא לעיל הוסיף את המילים –

ומה שנתן להקטן אינו אלא כדי לשמחו.⁷⁵

משמע שהבין המתנה שייכת לאב לגמרי והנתינה לקטין היא רק כדי לתת לו הרגשה טובה.⁷⁶

71. רש"י סוכה מו, ב, ד"ה לנפשיה.

72. סמ"ע רע, ח.

73. בבא קמא פז, ב; בבא בתרא נב, א.

74. כתובות פז, ב.

75. ערוך השולחן חו"מ רע, ד.

6. קטין הסמוך על שולחן אמו

נוסף למה שראינו מדברי הסמ"ע אודות זכות האב, נראה שניתן לדייק מדבריו דבר נוסף. לעיל (עמוד 153) דנו בשאלה האם אם המגדלת את בנה לבדה, זוכה במציאות שהוא מוצא. מסתבר שלפי הסמ"ע שכתב שהכול תלוי בדעת הנותן, אם כן במקרה שהבן גדל אצל אמו, הוא מקבל על דעתה.

אמנם למי שסובר שהסיבה שהמתנה שייכת לאב היא בגלל שלא תיקנו זכייה לקטין במקום שיש לו אב, אם כן במקום שאין לו אב, למרות שיש לו אם והוא סמוך על שולחנה, בהחלט ייתכן שהמתנה תהיה של הקטין, כיוון שלקטין כזה תיקנו זכייה.

ד. מסחר עם קטין

1. תקנת חכמים שקטין יוכל לסחור

כפי שעולה מדברי רבי זירא⁷⁷ שהובאו לעיל, על פי דין תורה קטין לא יכול להקנות דבר. אולם חכמים תקנו שקטין יוכל למכור כדי לסחור עם אחרים, תקנה זו נקראת "עונת הפעוטות". הגמרא מביאה גילים שונים מתי חלה התקנה, ותולה זאת בחריפותו של הקטין –

מתניתין... הפעוטות – מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין.

גמרא... וטעמא מאי? א"ר אבא בר יעקב אמר רבי יוחנן: משום כדי חייו.⁷⁸

ופירש רש"י –

דאי לאו זביניה זבינא לא מזבני ליה מזוני ולא זבני מיניה.⁷⁹

כלומר, טעמה של התקנה היא קיומו הפיסי של הקטין. מתוך לשון זו היה ניתן להבין שהתקנה מצומצמת רק לצרכים הבסיסיים של הקטין, ואכן כך כתב רב האי גאון –

...שלא ימכור אלא לכדי חייו.⁸⁰

אך רוב הראשונים הבינו כדעת הרמב"ן –

76. אמנם ניתן לפרש דבריו כפי שהסברנו, ומטרתו רק להסביר אם ממילא הוא רוצה שהאב ישמור על המתנה, למה בכלל מסרה לידי הבן, ועל זה ענה, שהוא רצה שהבן ישמח בקבלת המתנה, למרות שהיא לא תישאר בידו בפועל. אך עיין לקמן (עמוד 177) שהבאנו את דבריו (ערוך השולחן אבן העזר לו, ה) לגבי קטינה, שמשמע שהבן שבאופן הזה הוא שייך לגמרי לאב.

77. סוכה מו, ב.

78. גיטין נט, א.

79. שם, ד"ה משום כדי חייו.

80. ספר המקח והממכר שער ג. אמנם הוא עצמו כותב בהמשך שבפועל יש מקום להרחבת התקנה: "ולפי דעתנו אנו רואין שאם יש שם ממון הרבה שינתן לו ממנו מקצת לסחורה במה שיתלמד מקח וממכר ואף על פי שאינו צריך לכדי חייו ולפי מראית עיני הדיין".

ומשמע דכיוון דתקון רבנן לא פלוג, ואפילו מכר שוה מאה מנה ממכרו ממכר. וכן מתנה נמי שאינה אלא משום כדי חייו, כי היכי דליעבדו ליה מילי אמרינן דאפילו במתנה מרובה.⁸¹

וכן פסקו הרמב"ם והשולחן ערוך –

קטן עד שש שנים אין הקנייתו לאחרים כלום, ומשש שנים עד שיגדיל אם יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו קיימת, **בין בדבר מרובה בין בדבר מועט**... ודבר זה מדברי חכמים כמו שביארנו כדי שלא יבטל ולא ימצא מי שימכור לו ולא יקח ממנו.⁸²

2. שיעור עונת הפעוטות

בגמרא הובאו מספר גילים אפשריים שעליהם נאמרה תקנת הקניין:

...הפעוטות – מקחן מקח וממכרן במטלטלין. ועד כמה? מחוי רב יהודה לרב יצחק בריה: כבר שית (=שש), כבר שב (=שבע). רב כהנא אמר: כבר שב, כבר תמני (=שמונה). במתניתא תנא: כבר תשע, כבר עשר. ולא פליגי, כל חד וחד לפי חורפיה.⁸³

הגמרא הביאה שלוש שיטות, אך קבעה שאין ביניהן מחלוקת, והכול תלוי בחריפותו של הילד. מדברי הרמב"ם מבואר שכל עוד הילד לא גדל, צריך לבדוק אותו אם הוא בקי במשא ומתן –

בודקין את הקטן אם יודע בטיב משא ומתן או אינו יודע, לפי שיש קטן חכם ונבון שהוא יודע והוא בן שבע, ויש אחר שאפילו בן שלש עשרה אינו יודע בטיב משא ומתן...⁸⁴

בטור הובאו דעת הרמ"ה והרא"ש החולקים על הרמב"ם –

וכן הרמ"ה ז"ל אלא שחילק: עד עשרה – סתמיה בחזקת שאינו חריף וצריך בדיקה, ומכאן ואילך – סתמיה בחזקת חריף עד שיתברר שאינו חריף ואדוני אבי הרא"ש ז"ל היה אומר שמבן י' ואילך כל שאינו שוטה ממכרו ממכר.⁸⁵

הרמ"ה והרא"ש סוברים שלאחר גיל עשר אין צורך לבדוק האם הקטן יודע בטיב משא ומתן. הבית יוסף⁸⁶ העיר שלדעת הרמ"ה אם יתברר שקטן בן עשר ומעלה אינו חריף –

81. חידושי הרמב"ן גיטין שם, ד"ה הפעוטות; וראה גם בחידושי המאירי שם.

82. רמב"ם מכירה כט, ו; שולחן ערוך חו"מ רלה, א.

83. גיטין נט, א.

84. רמב"ם מכירה כט, ח.

85. טור חו"מ רלה.

86. שם, ד"ה ומ"ש וא"א הרא"ש.

מקחו בטל, לעומת זאת, לדעת הרא"ש אפילו אם אינו חריף אין בכך די לבטל את המקח, אלא רק אם הוא ממש שוטה.⁸⁷

3. העברת בעלות על ידי קטין שיש לו אפוטרופוס

כל זה כאשר אין לקטין אפוטרופוס. כפי שמבואר בגמרא –

אמר רפרם: לא שנו אלא שאין שם אפוטרופוס, אבל יש שם אפוטרופוס – אין מקחן מקח ואין ממכרן מכר.⁸⁸

וכך נפסק ברמב"ם –

במה דברים אמורים בקטן שאין לו אפוטרופוס אבל אם היה לו אפוטרופוס אין מעשיו כלום אפילו במטלטלין אלא מדעת האפוטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו במטלטלין קיים.⁸⁹

הסברה נותנת שאביו של הקטין לא גרע מאפוטרופוס, וממילא כל פעילות של מסחר הנעשית על ידי ילד שיש לו אב מותנית בהסכמת אביו. כך כתב הרא"ש –

יראה לי, שהפשרה שעשה ראובן עם חמיו בשביל בתו, קיימת היא כאלו עשאוהו בית דין. דכמו שיש כח ביד בית דין לעשות דבר שהוא תקנת היתומים, למכור וליתן את שלהם לצורך תקנתם, כך יהא כח ביד האב. כדתנן: אפוטרופוס שמינהו אבי

87. אם כן נשאלת השאלה, למה האמוראים נתנו גילים שונים, ולא הניחו לבתי הדין לקבוע לפי חריפותו של כל אחד. קשה לומר שהגמרא נתנה שיעור לפי המקובל, כלומר שלפי רב יהודה הילד נעשה חריף כבן שש או שבע, ולפי רב כהנא כבן שבע או שמונה, וכולי. כיון שאם כך מה המשמעות של שני הגילאים, העליון והתחתון?

ניתן היה לומר שעד לגיל התחתון מסתבר שאין בו חריפות, ובסתמא המקח בטל, אלא אם כן בדקנו אותו ומצאנו שהוא חריף יותר מבני גילו, ואילו הגיל העליון אומר שמעבר לזה מסתמא יש בו חריפות ואין צורך בבדיקה על מנת לקיים את המקח. ורק בגילאים שביניהם צריך לבצע בדיקה אם יש לו חריפות מספקת. אך אם כך למה הגמרא אומרת ש"לא פליגי", הרי יש כאן מחלוקת עד איזה גיל, ומאיזה גיל, אין צורך בבדיקה.

בשו"ת מהרי"ט צהלון (הישנות סימן ח) עמד על כך וכתב שניתן ליישב את הקושיה לשיטת הרמ"ה והרא"ש, אך לא פירט כיצד יש לתרץ. ייתכן לומר שאכן כולם מסכימים שמתחת לגיל שש לא תועיל הבדיקה, ומעבר לגיל עשר אין צורך בבדיקה, ובגילים שביניהם, מצוי יותר שיהיו בקיאים. באופן דומה ניתן ליישב גם לרמב"ם, הגילים המוזכרים בגמרא משמעם שמגיל זה ודאי שבקיאותו של הקטין תיחשב כמספיקה. ברור ואין להעלות על הדעת שמעל לגיל הזה, בקיאות כזו לא תספיק, אך כל זה בתנאי שאכן הם נבדקו ונמצאו בקיאים, לולא זאת אין מיקחם מיקח, שהרי קטינים הם וחזקתם שאין להם דעת.

בדומה לכך מצאנו לעניין נדרים, **המשנה** (נדרים מה,ב) אומרת שבת מגיל אחת עשרה וכן מגיל שתיים עשרה נדריהם נבדקים, אם ידוע למי נדר – נדריהם נדר, ואילו מגיל מצוות אינם צריכים בדיקה כלל. אף על פי שבעניין נדרים הגמרא למדה דין זה מפסוק ("כי יפליא" – מופלא הסמוך לאיש"), אך אנחנו לומדים מכך עיקרון שלפני זמן זה גם אם יודע למי נדר, אין בקיאותו חשובה, ומעבר לגיל מצוות, אין צורך בבדיקה אם הוא יודע למי נדר, ואילו בשנה זו בקיאותו נחשבת, שאם ידע למי נדר, נדרו נדר.

כך גם לעניין תקנת חכמים במיקח וממכר של קטן, רק מגיל שש בקיאותו נחשבת, אך צריך בבדיקה עד גיל מצוות, כיון שעד אז הוא בחזקת שאין לו בקיאות בעניינים המצריכים דעת.

88. **כתובות ע,א.**

89. **רמב"ם מכירה כט, ז.**

יתומים; אלמא, שיש לו כח למנות אפוטרופוס, כמו שיש כח לבית דין למנות אפוטרופוס. ובית דין נמי, אמרינן: רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים; **נמצא כל שכן האב עצמו**, דעדיף מבית דין.⁹⁰

מכאן נוכל להסיק ביחס לסוגיית החרמת חפצים על ידי מורים בבית הספר: ניתן לומר שגם כאשר קטין קנה משחק וכדומה, הרי קניינו תלוי בהסכמת האב, והאב התנה את בעלותו של הקטין בכך שקניינו לא יפריע למהלך הלימודים עד שהמורה יראה לנכון להחרים את החפץ. אולם עדיין ניתן לומר שאם האב מתנה את קניינו בכך שהקטין לא יבצע בו פעולות אסורות, הרי שאם הקטין יעשה פעולות כאלה המיקח בטל, והחפץ חוזר להיות של המוכר, אם כך לא מסתבר שהמיקח יהיה תלוי כל הזמן בהתנהגות הילד, אלא ברגע שהאב הסכים שהקטין יקנה את החפץ, הוא נעשה שלו לגמרי.

4. מתנה שנתן קטין

כאמור לעיל בארבעת המינים, אם נותן המתנה הוא קטין, מדאורייתא המתנה אינה תופסת.⁹¹ אלא רק מדרבנן על פי התקנה של עונת הפעוטות.⁹² לגבי קטין שיש לו אפוטרופוס ראינו שקנייה ומכירה תלויות בדעתו, מה הדין במתנה?

הרא"ש כתב בשם רב האי גאון –

דלעולם מתנתו מתנה בין יש שם אפוטרופוס בין אין שם אפוטרופוס. דהאי דאין מקחו מקח בשיש שם אפוטרופוס לפי שעל אפוטרופוס ליקח ולמכור, אבל ליתן אין הרשות בידו, והואיל ומתנתו מתנה משום דאי לא עביד ליה ניחא לנפשיה לא הוה יחייב ליה, אין חילוק בין יש שם אפוטרופוס בין אין שם אפוטרופוס.⁹³

כלומר הנימוק לאי תקפותו של קניינו הקטין שיש לו אפוטרופוס, היא בגלל שאנחנו סומכים על האפוטרופוס שאם יש צורך למכור הוא ימכור. אך נתינת מתנות איננה בסמכותו של האפוטרופוס, ולכן מסתבר שאם הקטין רוצה לתת, הוא יכול. הרמב"ם, ובעקבותיו השולחן ערוך, לא קיבלו סברה זו –

במה דברים אמורים בקטן שאין לו אפוטרופוס אבל אם היה לו אפוטרופוס אין מעשיו כלום אפילו במטלטלין אלא מדעת האפוטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו במטלטלין קיים.⁹⁴

מדבריהם משמע שהדבר תלוי באפוטרופוס, אם יסכים לנתינת המתנה, המתנה תקפה.⁹⁵ בטעם הדבר, כתב ערוך השולחן –

90. שו"ת הרא"ש פז, א. הריטב"א (סוכה מו, ב, ד"ה ואמר) כתב – "וקטן שיש לו אב שסמוך עליו דינו כמי שיש לו אפוטרופוס **לדעת מקצת חכמים** כמו שכתבנו שם בס"ד." מדבריו משמע שיש בשאלה זו מחלוקת בין החכמים, ומה שהוא מפנה לדבריו במקום אחר לא נמצא בידינו.

91. סוכה מו, ב.

92. רמב"ם מכירה כט, ו; שולחן ערוך חו"מ רלה, א.

93. רא"ש כתובות ו, כג.

94. רמב"ם מכירה כט, ז, שולחן ערוך חו"מ רלה, ב.

ממה נפשך אם האפוטרופוס רואה שצריך ליתן מתנה לאיש יצוה להקטן שיתן והוא יקיימנה, ואם המתנה אך למותר, למה יתנו לו חכמים כח זה להפסיד לעצמו, וכן עיקר.⁹⁵

דהיינו, אם מדובר במתנה שיש בה צורך – הרי שמתנה כזו גם האפוטרופוס יכול לתת, וממילא אין להשאיר זאת בסמכותו של הקטין, ואם מדובר במתנה מיותרת, הרי שכשם שחכמים לא נתנו לאפוטרופוס סמכות לתת מתנות, כך גם לא נתנו לקטין עצמו סמכות כזו. "ערוך השולחן" כתב שהאפוטרופוס "יצוה להקטן שיתן", אולם, לא תמיד כשהאפוטרופוס רואה צורך לתת, גם הקטין הנתון לחסותו יעשה זאת. הקטין לא תמיד מבין מערכת יחסים מורכבת וקשה לו להבין שלעתים צריך לחלק מתנות, למרות שאין להן תמורה מידית. ואם כך צריך להוציא מידיו את הסמכות לכך.

5. סיטומתא

כיום נהוג שקטינים קונים בחנות מכולת ממתקים וכדומה ואין מי שמתנגד לכך מבחינה הלכתית. אמנם בשולחן ערוך⁹⁶ נפסק שאין לסחור עימם אלא ברכוש שהוא מוחזק כשלהם ולא כגנוב, אולם כיוון שהתשלום מתבצע בכסף, מסתבר שבדרך כלל הוא הגיע לידם ברשות. בעיה אחרת זוקקת התייחסות, והיא כיצד יכול הילד לקנות ולמכור למרות שיש לו הורים, בניגוד להלכה שצריך שהדבר ייעשה "מדעת האפוטרופוס".

יש לבחון האם הקניינים הללו תקפים מדין סיטומתא – קניין סיטומתא הוא מעשה קניין שמקובל בין הסוחרים, ויש לו תוקף הלכתי.⁹⁷ האם במסגרת הלכה זו ניתן לסחור גם עם מי שאינו ראוי לקנין, כיוון שזהו הנוהג המקובל?

נראה לומר ששאלה זו תלויה בטעמו של קניין סיטומתא:⁹⁸ האם הטעם הוא שבדיני ממונות הולכים אחר המנהג, ובדברים אלו, מנהג מבטל הלכה וכפי שהרשב"א כתב –

ושמענין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין.¹⁰⁰

או שמא סיטומתא מועילה משום שעיקר פעולת הקניין היא הוכחה לגמירות הדעת להעברת הבעלות, וכאשר יש הוכחה לגמירות דעת, חל הקניין, לפעמים אפילו ללא מעשה כלל, כמו שאמר רב גידל – "הן הן הדברים הנקנים באמירה".¹⁰¹ כך ניסח זאת שו"ת בית שלמה:

95. וכן כתב בשו"ת הריב"ש קט.

96. ערוך השולחן חו"מ רלה, י.

97. שולחן ערוך חו"מ שנח, ה.

98. שולחן ערוך חו"מ, רא, א-ב.

99. בין אם הוא מהתורה ובין אם הוא מדרבנן; שו"ת הרמ"א פז; נתיבות המשפט ביאורים רא, א ועוד סוברים שהוא רק מדרבנן, ואילו משמעות שו"ת הרדב"ז א, תקג; שו"ת חתם סופר יורה דעה שיד; דבר אברהם א, א; קובץ שיעורים קידושין אות עט; ועוד – שהוא מועיל מהתורה.

100. חידושי הרשב"א בבא מציעא עד, א, ד"ה ובדוכתא; הובאו דבריו בסמ"ע רא, ב.

101. כתובות קב, א.

וקנין סיטומתא אף שבמקור חיים כתב בפשיטות שהיא קנין דרבנן, לענ"ד אינו מוכרח כל כך, דיש לומר כיוון דנהוג כן בין הסוחרים וגמרו ומקניה אהדדי כמו דברים הנקנים באמירה, אולי קנין של תורה, כיוון שכן נהגו... רק כיוון שהגאון מליסא בספרו נתיבות המשפט כתב בפירוש שאינו רק קנין דרבנן ולא מלאני לבי לחלוק עליו.¹⁰²

אם סיטומתא משמעה גילוי דעת על גמירות הדעת, הרי שהיא אינה יכולה להשפיע על הלכות קניינים שאינן תלויות בהסכמה, כגון קטין שאינו בר דעת. לעומת זאת, אם נראה בה קניין דרבנן המבוסס על המנהג, אזי אם המנהג הוא שילדים קונים ומקנים, אפשר לומר שגם קטין יוכל לסחור בדברים שהוא רגיל לסחור בהם.

רבי שמעון שקאפ סבר כדברי הבית שלמה, שהטעם לסיטומתא הוא בגלל גמירות דעת, וממילא הסיק שאין בכוח הסיטומתא להקנות למי שאינו בר קנין –

קנין דרבנן מועיל גם מן התורה... ועוד דכיוון שהוא זוכה מדין חז"ל **גמר בדעתו להקנות**. אך כל זה לא מהני רק אם היו דנים בזה על מעשה הקנין לחוד היינו שמצד הקונה והמקנה ומצד החפץ הנקנה לא הוי שום גרעון. אבל היכא דהוה חסרון בחפץ הנקנה אז יש לומר דלא מהני לקידושין של תורה וכמו כן **אם המקנה או הקונה לא יהיו בני קנין** וכדומה.¹⁰³

בשו"ת האלף לך שלמה הביא את שני טעמים לתוקף ההלכתי של סיטומתא. על פי הטעם הראשון שהוא מביא, הדבר תלוי במנהג, ומשמע מדבריו שאם היה מנהג שגם הקטין יעסוק במשא ומתן באותו עניין, היה הקטין קונה מטעם סיטומתא. אולם הוא סיים בטעם של גמירות דעת וקבע שזהו הטעם העיקרי, וממילא סיטומתא לא תועיל כאשר מדובר באדם שאינו ראוי לקנין מצד דיני התורה –

...אולינן ביה בתר מנהג התגרים אבל בקטן דאין דרכו לישא וליתן ואם היה נושא ונותן בזה בדבר הרשות לא הוי קנינו כלום אין בזה מנהג התגרים כיוון דבזה לא נהגו כן.

ועוד דעיקר הטעם דמהני בזה מנהג התגרים להפקיע איסור היינו מטעם שכתבנו דעיקר הקנין הוי רק הגמירה בלב היכא דגמר בלבו להקנות... אבל היכא דאם הוי קנין מהתורה נמי לא הוי מועיל דאין לו זכיה כלל אם כן לא עדיף מנהג הסוחרים מקנין תורה וגם זה ברור.¹⁰⁴

נמצאנו למדים, ששאלה זו תלויה במחלוקת במהות קנין סיטומתא.¹⁰⁵

דינא דמלכותא דינא

102. שו"ת בית שלמה יו"ד ב, קפו.

103. מערכת הקניינים יא, ד"ה לפי.

104. שו"ת האלף לך שלמה יורה דעה, רפו.

105. בספר נתיב יושר (פרק לה, ג ובהערה ד) כתב שכיום ניתן למכור לקטין, אפילו שלא הגיע לעונת פעוטות, ולא מדקדקים אם יודע בטיב משא ומתן, והדבר מועיל מדין סיטומתא. ולא הזכיר שהדבר תלוי במחלוקת.

בנוסף לכך יש לבחון האם הקניין תקף מכוח החוק שקבע –

פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו; ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסוימת או לסוג מסויים של פעולות. יכול נציגו של קטין לבטל הסכמתו לפעולה כל עוד לא נעשתה הפעולה.¹⁰⁶

פעולה משפטית של קטין **שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוהו**, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5, אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו.¹⁰⁷

מלשון החוק יוצא שאם זו פעולה שקטינים רגילים לעשות – כגון קניה במכולת, החלפת קלפים וכדומה – הפעולה תקפה.

אלא שיש לדון האם יש משמעות לדינא דמלכותא בדיני קניינים? נראה שיש לתלות שאלה זו במחלוקת הראשונים האם הכלל "דינא דמלכותא – דינא" אמור רק בנושאים הקשורים לשלטון או שמא גם בנושאים שבין אדם לחברו.¹⁰⁸ בשו"ת חתם סופר כתב שקנין מדינא דמלכותא עדיף מסיטומתא, ולכל הדעות מועיל מהתורה –

ועוד כיוון דמשמע מלשון השאלה דהאנדשלאק (=תקיעת כף) קונה מדינא דמלכותא, באתרא דמעלתו, ודינא דמלכותא באותן ענינים דקיימא לן "דינא דמלכותא דינא" מן התורה הוא בלי ספק.¹⁰⁹

ה. שכר עבודה של קטין

1. זכותו של קטין בשכר עבודה

כדרכנו נפתח בשאלה, האם קטין זוכה בשכר עבודתו, וזאת בהתעלם משאלת זכותו של האב בשכר (כגון, בקטין יתום). ובכן להבדיל ממצאיה ששם מעיקר הדין אין לקטין זכייה, קטין שעבד זוכה במשכורתו מעיקר הדין. כך כתב הרמ"א על דברי השו"ע שגזילת מציאתו של הקטין אינה יוצאת בדיינים –

ודוקא מציאה, שאין דעת אחרת מקנה לו, אבל שכירות של קטן וכיוצא בו מוציאין בדיינים.¹¹⁰

מקורו של הרמ"א הוא מתשובות הרשב"א –

106. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 סעיף 4 (פעולות של קטין).

107. שם, סעיף 6.

108. עיין אנציקלופדיה תלמודית ז, ערך דינא דמלכותא דינא, ליד הערה 45 ואילך. עיין גם שו"ת משנה הלכות ה, קיב, ד"ה ורביעי, שלשיטת הראשונים שדינא דמלכותא דינא הוא רק לעניינים הקשורים למלך, בענייני קניינים בין ישראל לישראל חבירו אין דינא דמלכותא.

109. שו"ת חתם סופר יו"ד שיד; ועיין בשו"ת עבודת הגרשוני קב.

110. רמ"א חושן משפט רע, א.

שאלת: השוכר את הקטן, ומעכב שכירותו, אם מוציאין ממנו בדיינין, שהרי אין בגזול את מציאותו, אלא משום דרכי שלום.

תשובה: דברים ברורים הם, שמוציאין מידו בבית דין, שלא אמרו במציאה, אלא מפני שאין לו יד לזכות במה שאינו שלו, ואין דעת אחרת מקנה לו, אבל בדעת אחרת מקנה, יש לו יד, כדאיתא בפרק החובל. וכן אינו בדייני השומריין, לפי שאיש כתוב בפרשה, אבל במה שהוא שלו, בין שהיה שלו, בין שהרויח משל אחרים בשכירותו, הרי הוא שלו גמור. וקטן שנשכר אצל אחרים, ונתנו לו שכרו, ובא אחד וגזלו ממנו, התעלה על דעתך שאין בו אלא משום דרכי שלום, כמציאתו? ובשכיר, לא תלין פעולת שכיר אתך, כתיב, דמיניה דרשינן: כל שפעולתו אתך, כדאיתא בפרק המקבל. ועוד: מאחיר, כתיב, וקטן מאחיר הוא; ועוד שהפעולות, מקחן מקח, וממכרן ממכר במטלטלין, וכך מתנתו מתנה, כדאיתא בגיטין פרק הניזקין, וכן שוכר ונשכר, וכל שכן דמה שהרויח בעמל כתפיו, למא יפסיד? לא יתכן!¹¹¹

מתוך לשונו של הרשב"א משמע שהחוב לשלם לקטין מן הדין הוא והוא אף מבוסס על דין התורה שכן הרשב"א מצטט את הפסוק "לא תלין פעולת שכיר אתך" ומביא את הדרשה "כל שפעולתו אתך", ו'כל' כולל גם קטנים, ולדעתו הקטין כלול בהגדרה של 'אחיר' מהפסוק "לא תעשק שכיר עני ואביון מאחיר".¹¹² נוסף לכך אומר הרשב"א שהדבר לא יעלה על הדעת, שלא יקבל שכרו. וסברה גם היא דאורייתא.

גם מדברי התוספות עולה שהחוב לשלם לקטין את שכר מלאכתו הוא מהתורה. הגמרא¹¹³ אומרת שגר קטין שמת לאחר שגזלו ממנו חפץ, והגולן נשבע שלא גזל, בידוע שאין לו יורש להשיב לו את החפץ, כיוון שקטן אינו מוליד.

התוספות¹¹⁴ חפשו אפשרויות שיהיו נכסים שיהיו שייכים לגר הקטין. ובין יתר האפשרויות שם כתבו –

אי נמי במעשה ידי דמלאכתו ושכר טרחו שלו מדאורייתא.

החפץ חיים בספרו אהבת חסד¹¹⁵ קובע שכל הדינים החלים על שכיר בגיר (האיסור להלין שכרו, החוב לשלם שכרו בזמן וכו') חלים גם על שכיר קטין. הוכחתו¹¹⁶ היא מדברי הרמב"ם –

כל שכיר ששכרו בעדים ותבעו בזמנו ואמר בעל הבית נתתי לך שכרך והשכיר אומר לא נטלתי כלום תקנו חכמים שישבע השכיר בנקיטת חפץ ויטול כדין כל נשבע

111. שו"ת הרשב"א ג, צט.

112. דברים כד, יד.

113. סנהדרין סח, ב.

114. שם ד"ה קטן.

115. אהבת חסד ט, ה.

116. שם הערה טו.

ונוטל מפני שבעל הבית טרוד בפועליו וזה השכיר נושא נפשו לזה, אפילו היה השכיר קטן השכיר נשבע ונוטל...¹¹⁷

ההלכה מעניקה לשכיר נאמנות על התשלום כנגד מעסיק שטוען שכבר שילם ובתנאי שהשכיר בא לתבוע את שכרו בזמנו, אך אם תבעו לאחר זמנו, המעסיק יהיה נאמן. הטעם לכך מבואר בגמרא¹¹⁸ שישנה חזקה שבעל הבית לא יעבור על איסור 'לא תלין'. אם כן לפי דברי הרמב"ם שגם קטין נאמן רק בזמנו, יוצא שגם בעיכוב שכרו עובר בעל הבית על 'לא תלין'.¹¹⁹

מתוך עיקרון זה מעיר החפץ חיים על מציאות נפוצה, שאנשים מזלזלים בהתחייבויותיהם כלפי ילדים. למשל כאשר מבטיחים ממתק לילד עבור מילוי משימה (איסוף הצעצועים, הוצאת הזבל וכדומה) ולא מקפידים על קיום ההבטחה, ובודאי שאין הם מקפידים על תשלום בזמן –

וראיתי אנשים שמשתמשים בקטן באיזה דבר של תשמיש ומבטיחין להם שיתנו להם אח"כ דבר מה עבור זה ולבסוף לא יתנו להם כלום ושלא כדין עבדי, דאיסור כבישת שכר שכיר שייך אפילו במלאכת פרוטה אחת, ואפילו בקטן שייך זה וכמו שהוכחנו ואפילו לאחר את זמנו אסור וכמו שכתבנו, דשייך בו כל תלין וכל שכן לכבוש לגמרי שאסור.

2. זכותו של האב בשכר העבודה של בנו

כעת נבחן דינו של קטין שיש לו אב, האם שכר העבודה שייך לבן או לאב. הרמ"א, לאחר דברי השולחן ערוך שמציאת קטין הסמוך על שולחן אביו שייכת לאב, הוסיף – והוא הדין אם הרויחו בסחורה או במלאכה.¹²⁰

מקורו הוא מדברי העיטור –

כתב בעל ירושלמי (ב"ב פ"ט ה"ג) אמר ר' אסי בן שנראה חלוק בחיי אביו מה שסגל לעצמו. ואיכא לפרושי כגון שסגל ממנו לעצמו בחיי אביו והיה סמוך על שולחן אביו ולא תבעו אביו בחייו מה שסגל סגל לעצמו דאזלינן בתר אומדנא מדלא תבע ליה מחל ליה ואין אחיו חולקין עמו לא שנא מצא מציאה לא שנא עשה סחורה כיוון שלא תבעו אביו הכניס לעצמו ואין אחיו חולקין עמו.¹²¹

מתוך דברי העיטור רואים שהבין שאילו אביו תבע אותו, ברור שהוא היה מחוייב לתת לו את משכורתו, ורק אם לא תבעו ניתן לומר שישנה אומדנא שהוא מחל לו. אך מניין הסיק העיטור דין זה?

117. רמב"ם שכירות יא, ו.

118. שבועות מה, ב.

119. עיין באהבת חסד ט, ה, שגם הראב"ד החולק על דינו של הרמב"ם שקטן יכול להישבע וליטול, מודה לעיקרון זה.

120. רמ"א חו"מ רע, ב.

121. ספר העיטור אות ש' שיתוף (מב, ב), הובא בדרכי משה רע, א, וכן בבית יוסף חו"מ קעז.

הגר"א¹²² ציין שמקורו מסוגיה בבבא קמא הדנה בדמי חבלות כאשר הזיקו לבן. הגמרא מבארת את ההבחנה בין תשלומים השייכים לבן, לבין אלה השייכים לאב –

אמרי: רווחא דקאתי להו מעלמא ולית להו צערא דגופייהו בגוה – קפיד, אבל חבלה דאית להו צערא דגופייהו ומעלמא קאתי להו – לא קפיד.¹²³

עולה מהגמרא שהחילוק הוא בין דברים שגורמים לבן צער הגוף, כמו חבלות, ובהם האב לא מקפיד שיהיו של הבן, לבין רווחים שאינם גורמים צער לבן, כמו מציאות, ולכן בהם האב מקפיד שהרווח יהיה שלו. הגר"א סובר שרווחים שבאו על ידי מלאכה או סחורה אין בהם צער, ולכן הם שייכים לאב. גם הרשב"א¹²⁴ ביסס הלכה זו על סמך סוגיה זו. העיטור עצמו, ממנו הביא הרמ"א את שיטתו, כתב –

ומסתברא דווקא בת, דמעשה ידיה לאביה, אבל מעשה ידי הבן אף על פי שסמוך על שולחן אביו הרי הוא כמעשה הבת משבגרה, דשוב אין לאביה רשות בה, אף על פי שסמוכה על שולחן אביה...¹²⁵

ואם כך יש סתירה במשנתו של בעל העיטור, בהמשך נתרץ אותה על פי דברי ערוך השולחן.

סוגיה נוספת ששימשה כמקור לכך שמעשה ידי הבן לאביו היא הסוגיה העוסקת במזונות פועל. הגמרא¹²⁶ מבררת האם המזונות שניתנים לפועל בזמן מלאכתו הם חלק ממשכורתו, או שהוא מקבל אותם כגמילות חסדים בציווי של הקב"ה. ההשלכה של דיון זה היא האם המעסיק יכול למנוע מאשתו ובניו של הפועל לאכול במקומו. אם המזונות הם חלק מהשכר, ודאי שהפועל יוכל להעביר זכות זו לאחרים, אך אם זו גמילות חסדים בעבורו, יש מקום לומר שזו ניתנת דווקא לו, ולא לבני משפחתו.

הגמרא מביאה ראיה –

תא שמע: קוצץ אדם (=כסף במקום מזונות) על ידי עצמו, על ידי בנו ובתו הגדולים, על ידי עבדו ושפחתו הגדולים, ועל ידי אשתו – מפני שיש בהן דעת. אבל אינו קוצץ לא על ידי בנו ובתו הקטנים, ולא על ידי עבדו ושפחתו הקטנים, ולא על ידי בהמתו – מפני שאין בהן דעת. קא סלקא דעתך במעלה להן מזונות... הכא במאי עסקינן – בשאין מעלה להן מזונות.¹²⁷

כלומר פועל יכול להתנות עם המעסיק שבמקום לאכול מהפירות הוא יקבל כסף. הוא יכול להתנות כך גם עבור ילדיו הגדולים, עבדיו הגדולים ואשתו, שהם בעלי דעה ויכולים למחול על זכויותיהם. אך הוא אינו יכול להתנות כך עבור עבודה של ילדיו הקטנים או עבדיו הקטנים או בהמותיו, כיוון שלהם אין דעה, ואין מחילתם מחילה.

122. ביאור הגר"א חו"מ רע, ד.

123. בבא קמא פז, ב.

124. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן קה.

125. העיטור דיני כתובה סז, ג.

126. בבא מציעא צב, א.

127. בבא מציעא צב, ב.

הגמרא הניחה שמדובר באב או באדון שזן את בניו ועבדיו, ובכל זאת הם אינם זוכים בדמי מזונות הבנים והעבדים הקטינים. מכאן הגמרא מוכיחה שהמזונות הם כמתנת שמים, וכפי שמבאר רש"י – "דאין לפועל קטן זכות אלא כשנותן לתוך פיו". אילו מזונות היו חלק מהשכר הרי שאם כל שכרם של קטינים הוא של האב, הוא יכול היה להמיר את המזונות בכסף. כך עולה מרש"י שכתב: "ושכר פעולתן שלו".¹²⁸ בסופו של דבר הגמרא דחתה את הראיה, ופירשה שמדובר באב ואדון שלא מעלים מזונות, ולכן מזונות הבנים והעבדים שייכים לעצמם.

הריטב"א הקשה על דברי רש"י בעניין שכרם של קטינים –

ותמיהא מילתא דהא ניחא עבדיו ושפחותיו אגריהו ידיה שהרי מעשה ידיהם שלו וכן בתו הקטנה, אבל בנו קטן אפילו סמוך על שלחנו אין מעשה ידיו שלו ולא תקנו לו אלא מציאתו דאתיא ליה מעלמא, ומעשה בתו הקטנה דזכי ליה רחמנא מדכתיב את בתו לאמה.¹²⁹

כלומר שכר עבודה של קטין זכר אינו שייך לאביו. מדבריו עולה ששכר עבודה אינו נחשב כדברים "דאתו מעלמא", כיוון שהקטין טורח ועמל עבורם. בעקבות זאת, הציע הריטב"א פירוש אחר לראיית הגמרא.¹³⁰ לפי פירושו כיוון שהקטינים סמוכים על שולחנו של אביהם, הרי שהוא צריך לפקח על עסקיהם, ויכול להמיר את זכותם למזונות בכסף. בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סיכם –

נמצא דעיקר הדין תליא בפלוגתא דרבוואתא דלדעת התוספות והרב בעל העיטור והרשב"א והרא"ש והרב המאירי ז"ל בן הסמוך על שולחן אביו אפילו שכרו ומעשה ידיו הוי של אב. ולדעת הראב"ד והרמב"ן והרא"ה והריטב"א והר"ש משפירא ז"ל שכרו ומעשה ידיו הוי של בן, דדוקא במציאתו זכה האב משום איבה ולא במידי אחרת.¹³¹

בשו"ת שבות יעקב¹³² הביא את דבריו, וכתב שהמוחזק יכול לומר "קים לי" כשיטה המתאימה לעמדתו, ולהמשיך להחזיק בכסף. כלומר אם הבן מוחזק במשכורת, האב אינו יכול לחייבו לתיתה לו, וכן אם האב מוחזק אין הבן יכול להוציאה מידו. לעומת זאת בשו"ת שואל ומשיב¹³³ הביא הרבה פוסקים שסוברים כרמ"א, וכתב שזו גם דעת השולחן ערוך, והוכיח זאת מדבריו לעניין איסור מלאכה של האב –

128. רש"י שם, ד"ה במעלה; וכן מבואר בדברי התוספות שם, ד"ה לא.

129. ריטב"א שם, ד"ה אי.

130. יש מקום להבנה שהריטב"א מתכוון לבאר את רש"י ולא לחלוק עליו, שכן רש"י לא כתב בצורה חד משמעית ששכר פעולת הקטן לאביו. אך ייתכן שזו מחלוקת וכך הבין המחנה אפרים זכיה ומתנה, ג, שכתב – "ולענין שכירותו של קטן אם הוא לאב איפליגו בה הראשונים ז"ל דרש"י בפרק הפועלים סבירא ליה דהוי של אב, אבל הריטב"א שם בחידושים תמה עליו...".

131. שו"ת רבי בצלאל אשכנזי לה; ראו עוד בחידושי רבי עקיבא איגר רע, א, שכתב שיש מחלוקת פוסקים בעניין.

132. שו"ת שבות יעקב א, קה.

133. שו"ת שואל ומשיב (מאזוז) חו"מ ג.

אפילו דבר האבד, אסור האבל לעשות, בין הוא בין עבדיו ושפחותיו ובניו ובנותיו
שמעשה ידיהם שלו.¹³⁴

והוסיף שלא ניתן לומר "קים לי" כדעת הריטב"א, שכן אין אומרים קים לי נגד דעת השו"ע והרמ"א.

ערוך השולחן סבור שמעשה ידי הבן אינם שייכים לאב, אך לדעתו גם הרמ"א מודה לכך, ודבריו של הרמ"א אומרים רק בעסק משפחתי:

...נראה לי דרבנו הרמ"א מיירי גם כן במה שהרויחו בעסקי אביהם כגון שמכרו סחורתו או עסקו במלאכתו, דזהו ודאי כל מה שהרויחו בעסקיו. אף על פי שאדם אחר היה נוטל שכר טירחא הם אינם נוטלין כיוון שסמוכים על שלחנו. אבל כשעשו איזה עסק בפני עצמם אינו שייך להאב.¹³⁵

דבריו הם חידוש, אך יש בהם כדי ליישב את הסתירה שהובאה לעיל (עמוד 169) בדברי העיטור. שכרו של הבן שייך לאב כאשר הבן עובד בעסק המשפחתי, ואילו כאשר הבן הרוויח מעסק נפרד שכרו שייך לו עצמו.¹³⁶

נראה שניתן לצרף את שיטת ערוך השולחן, ועל פיה יוכל הקטין לטעון "קים לי" שהשכר שלו, זאת כאשר הקטין מוחזק בשכר שהרוויח בעסק עצמאי ולא אצל האב.

ועדיין יש לשאול, למי אמור המעסיק לתת את המשכורת? האם גם הוא יכול לומר "קים לי" ולבחור בין האב ובנו לפי ראות עיניו? ייתכן ששאלה זו תלויה בשאלה האם הבן זוכה ישירות לאב, או שהוא זוכה קודם לעצמו, אך הוא חייב לתת את המשכורת לאב.

בשו"ת התעוררות תשובה הסתפק למי על המעסיק לשלם את המשכורת על מנת לקיים את מצוות התורה "ביומו תתן שכרו" –

והנה בן הסומך על שולחן אביו שכל מציאותיו וכל מה שמרויח הכל לאביו כמבואר בשו"ע חושן משפט סימן רע סעיף ב, נסתפקתי היכא דהבן לא תבע מבעל הבית שכרו אם יוצא במה שנותן אותו לאביו ויש לפקפק, כיוון שהוא רק תקנת חכמים ששייך מציאותו ורויח שלו לאביו אינו יוצא בזה במה שנותנו לאביו, אבל לפי זה אם נותן לאביו לזכות לבנו אם כן כיוון שזוכין לאדם שלא בפניו הוה כאלו הגיע ליד בנו ממש, וכיוון שבלאו הכי הכל של אביו יוכל לעכב לעצמו, ויוצא בזה הבעל הבית ביומו תתן שכרו.¹³⁷

134. שולחן ערוך יו"ד שפ, ד; והטור שם הדגיש שאפילו גדולים אם הם סמוכים על שולחנו אסורים במלאכה.

135. ערוך השולחן חו"מ רע, ו. והוסיף בסוף דבריו שבזה מתורצת קושיית נתיבות המשפט (שם ביאורים א), שלפי דברי הרמ"א שבכלל התקנה שהמציאה לאב כלול גם שמעשה ידיהם לאב, אם כן למה באישה נצרכו לשתי תקנות, תקנה שהמציאה שייכת לבעלה משום איבה, ותקנה נוספת שמעשה ידיה לבעלה תחת מזונות, הרי בכלל המציאה מעשה ידיה. גם הברכת אברהם (כתובות מז, א) תירץ באופן דומה לערוך השולחן.

136. לפי שיטתו של ערוך השולחן צריך לומר שגם מה שהובא לעיל מהשולחן ערוך לגבי אבל (שולחן ערוך יו"ד שפ, ד), מדובר במלאכת אביו, אבל במלאכתו מותר לו לעסוק. אך ערוך השולחן עצמו לא פירט דין זה בהלכות אבלות.

137. שו"ת התעוררות תשובה ג. מא.

מדבריו ניתן לדייק שאם הבן תובע את שכרו, בוודאי על המעסיק לשלם לו, והבן יעביר את שכרו לאביו.

3. האם האב מוריש את שכר עבודת בנו ליורשיו?

הרמ"א, אחר שקבע כי האב זוכה ברווחי בנו, הוסיף לבאר, על פי העיטור, מה יהיה דין אותם הרווחים לאחר מות האב –

אבל אם מת (=האב), אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו.¹³⁸

הט"ז תמה על הרמ"א, הרי האב זכה במעשה ידיים, אם כן למה לא יוריש לבניו.

4. זכותו של אב בשכר עבודתם של קטני קטנים

ביחס לזכותו של האב בשכר עבודתם של קטני קטנים (פחות מגיל שש),¹³⁹ נראה שהדבר תלוי במחלוקת הר"ן והרא"ש האם חיוב האב במזונות קטני קטנים הוא חלק מחיובו במזונות אמם, או שמא הוא חיוב עצמאי.¹⁴⁰

לשיטת הרא"ש שהאב חייב במזונות בניו קטני קטנים מצד עצמו נראה שמעשי ידיהם שלו, שכן כתב הריב"ש:¹⁴¹ כל הזן בתקנת חכמים, זכאי הוא במעשי ידי הניזונים.

לעומת זאת הר"ן סובר שחיוב האב במזונות קטני קטנים הוא אגב מזונות אמם. לדבריו, לאחר שהאב מלאה כבר את חובתו למעשה ידיים היא זכאית למזונות עם ילדיה. ומכאן, שכל מעשה ידיים של הקטנים נידון כהעדפה מעבר לחובת מעשה ידיים של האב.

לגבי העדפה "על ידי הדחק" ישנה מחלוקת האם הבעל זוכה בה או שהיא שייכת לאישה. יש דעות שונות בין הראשונים שמחלקים בין אפשרויות שונות של דחק, האם מדובר באישה שעשתה בו זמנית מלאכות נוספות, או באישה שדחקה עצמה לעבוד מעבר לשעות הרגילות.¹⁴²

נראה שעבודתו של ילד צעיר היא בגדר "העדפה שעל ידי הדחק". אם כן, באנו למחלוקת האמורה, האם שכר עבודה בהעדפה שעל ידי הדחק שייך לבעל או לא. הב"ח¹⁴³ כתב שהמנהג שלנו שלא מוציאים ממנה מעשה ידיה שעל ידי דחק כלל, ואם כן נוכל לומר שהאב אינו זכאי במעשי ידי בנו הקטין.

ו. הקטינה בדיני הקניין

עד כה עסקנו בענייני הקניינים של קטין זכר, אך בקטינה הדין שונה, כפי שכתוב במשנה:

138. רמ"א חו"מ רע, ב.

139. למשל, אם מינו את ילדי הגן לאסוף את הסידורים בבית הכנסת, והבטיחו להם מתנות עבור כך, למי הן שייכות?

140. ראו בהערה 28.

141. שו"ת הריב"ש תפ, הביאו הבית שמואל פ, כד.

142. עיין בדעות השונות שמובאות בטור ובבית יוסף אבן העזר פ.

143. הביאו החלקת מחוקק פ, ב; בית שמואל שם ב.

האב זכאי בבתו בקידושיה – בכסף, בשטר, ובביאה, זכאי במציאתה, ובמעשה ידיה...¹⁴⁴

דינים אלו חלים עד הגיע הקטינה לגיל שנים עשרה וחצי,¹⁴⁵ כאשר בששת החודשים מגיל שנים עשרה היא מכונה "נערה". נדון בפרטי הדינים אחד לאחד.

1. שכר עבודה של קטינה

כאמור במשנה, האב זכאי בשכר העבודה של בתו עד הגיעה לגיל שנים עשרה וחצי, וזאת מדאורייתא.¹⁴⁶

2. מציאת קטינה

בשונה מקטין, שאין לו "יד" לקנות, לקטינה יש "יד" לזכות לעצמה בגט, וממילא היא יכולה לזכות גם במציאה,¹⁴⁷ כשאינן לה אב.

ביחס לזכותו של האב במציאה, הגמרא¹⁴⁸ אומרת שמציאת הקטינה והנערה לאביה משום איבה. נחלקו רש"י ותוספות שם בהסבר האיבה. רש"י כתב –

דכיון דאינו חייב במזונותיה, אי אמרת מציאתה שלה איכא איבה ולא זיין לה תו.¹⁴⁹

כלומר כאשר אב מפרנס את בתו הגדולה משש שנים, אף שאינו חייב בכך, יש חשש שאם לא יקבל את מציאותיה הוא יפסיק לפרנס אותה. לעומת זאת, תוספות אומרים שגם במקרה שהאב לא מפרנס אותה מציאתה לאביה, והחשש של איבה הוא אחר –

ולר"י נראה איבה דמציאתה, היינו שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין.¹⁵⁰

כלומר כיוון שזכותו של האב להחליט למי בתו תתקדש, הוא עלול לבחור עבודה חתן לא מוצלח, בתגובה לכך שהיא שומרת את המציאות לעצמה. לפי הסבר זה, גם במקרה שהאב אינו מפרנס אותה, הוא יהיה זכאי במציאתה. כמו כן במקרה שהיא כבר מאורסת, החשש "שמא יקדשנה למנוול" כבר אינו קיים, על כן לתוספות מציאתה תהיה לעצמה, ואילו לרש"י עדיין יש לחשוש לאיבת מזונות.¹⁵¹

144. כתובות מו, ב.

145. שם מו, ב-מו, א.

146. שם, מו, א. אמנם כפי שהזכרנו ביחס למסחר בקטן, גם כאן אם חוקי המדינה אוסרים על האב לקחת לעצמו את משכורת הקטן, ייתכן שכך יהיה הדין גם על פי דין תורה.

147. שולחן ערוך חו"מ רסח, ה.

148. כתובות מו, א.

149. רש"י שם, ד"ה משום.

150. תוספות שם, ד"ה משום.

151. עיין אילת אהבים כתובות מו, א, ד"ה בא"ד "אבל בקטנה" הדין בכך. וכן עיין המקנה קונטרס אחרון לו, א, שמסביר שזו הסיבה שרש"י חלק על פירוש התוספות, כיון שמסתימת המשנה משמע שמציאת הבת לאביה אפילו במאורסת.

המשותף לשני ההסברים הוא שמציאת הבת שייכת לאביה רק **מדרבנן**, ומהתורה היא עצמה זוכה במציאה. לעומת זאת, רש"י במקום אחר כתב –

מציאת בנו ובתו הקטנים כו' – ...בתו הקטנה בכתובות (מו,ב) ילפינן לה מקראי, דקטנה ואף נערה כל שבח נעוריה לאביה.¹⁵²

וכך כתב הרמב"ם בפירוש המשנה –

אבל הבת כל זמן שהיא נערה מציאתה של אביה, ואפילו לא הייתה סומכת של שלחנו, ואפילו הייתה מכורה, כלומר שמכרה אמה, מציאתה של אביה, לפי שכל שבח נעורים לאב כמו שנתבאר בפרק הרביעי דכתובות.¹⁵³

מדבריהם משמע שהמציאה שייכת לאב **מהתורה**. כמה ראשונים¹⁵⁴ הקשו על שיטה זו, שכן בסוגיה בכתובות¹⁵⁵ נאמר במפורש ש"שבח נעוריה לאביה" עוסק רק בהפרת נדרים. שלושה כיווני פיתרון מוצעים לקרישה זו:

א. רש"י לא התכוון לציין את המקור המדויק. כך כתב תוספות שאנץ –

ונראה דבכל דוכתא דנקט "שבח נעורים" לסימנא בעלמא נקטיה ולא משום דנפיק מ"בנעוריה". ובשמעתין נמי פירש בקונטרס בסוף דבריו דכסף קידושין שלו משום דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין.¹⁵⁶

כלומר, הסיבה האמיתית לכך שמציאת הבת שייכת לאביה היא שמא יקדש אותה למוכה שחין.

ב. רש"י והרמב"ם אכן סוברים שמציאתה לאביה הוא מהתורה. הגמרא¹⁵⁷ דחתה את האפשרות שמציאת הבת לאביה מהפסוק "בנעוריה בית אביה", על פי הכלל "ממונא מאיסורא לא ילפינן", כלומר, כיוון שהפסוק "בנעוריה בית אביה" עוסק בדיני נדרים, שהם ענייני איסור, לא ניתן להקיש מהם לדיני ממונות. אך לאחר שבהמשך הגמרא¹⁵⁸ נמצא מקור לכך שמעשה ידי הבת לאביה, כלומר גם שבח הנעורים של ממון שייך לאב, אם כן שוב ניתן לומר שהפסוק "בנעוריה בית אביה" מתייחס לכל דיני ממונות, וגם מציאתה לאביה.

ג. שתי הסוגיות מדברות על מקרים שונים. הסוגיה בכתובות שאומרת שאב זוכה במציאת בתו מדרבנן משום איבה, עוסקת במציאה שלא טרחה בה, שחצרה זכתה בה מעצמה. לעומת זאת, הסוגיה בבבא מציעא עוסקת בקטינה שטרחה במציאתה, וזה כלול במעשה ידיה בהם האב זוכה מהתורה. וכן מוכיח משנת יעב"ץ מהירושלמי –

152. רש"י בבא מציעא יב,א, ד"ה מציאת.

153. פירוש המשנה לרמב"ם בבא מציעא א, ה.

154. תוספות בבא מציעא יב,ב, ד"ה רבי יוחנן; רשב"א בבא מציעא יב,א, ד"ה מציאת בנו ובתו; ריטב"א שם ועוד.

155. כתובות מו,ב.

156. תוספות שאנץ, מובא בספר זיכרון אבני שלמה (ירושלים, תשנ"ג), עמ' יב.

157. כתובות מו,ב.

158. שם מז,א.

זכאי במציאתה – רבי זכאי דאלכסנדריא מישאלי שאל: מציאה שנפלה לו מחמת שדה מה את עבד לה במציאה או באוכלת פירות שלה? אין, תעבדינה באוכלת פירות שלה.¹⁵⁹

והסביר בפירוש "פני משה" את שאלת הגמרא: מה דינה של מציאה שנמצאה בשדה שלה, האם היא כמציאה ואז היא של האב, או כפירות השדה השייכים לבת. הגמרא עונה, שאכן מסתבר שמציאה כזו היא כאכילת פירות, ואין לאב זכות בה.

לפי פירושו הבבלי והירושלמי מסכימים שיש להבחין בין מציאה בחצר לבין מציאה שהקטינה טרחה בה. מציאה שהקטינה טרחה להשיגה שייכת לאב מהתורה כחלק ממעשה ידיה, אבל מציאה שנמצאה בחצרה, על פי הבבלי היא שייכת לאב מדרבנן משום איבה, ואילו על פי הירושלמי, שאינו מזכיר את טעם של איבה, היא שייכת לבת.¹⁶⁰

הקשר בין זכותו של האב במעשה ידיים לבין זכותו במציאה שהבת טרחה בה, מפורש בירושלמי שמנמק את זכותו של האב במציאת הבת הקטינה (ולדעתו גם הבן הקטין) מהתורה בדין מעשה הידיים –

תמן תנינן מציאת בנו ובתו הקטנים ועבדו ושפחתו הכנענים ומציאת אשתו הרי אילו שלו, שהוא יכול לשנותן למלאכה אחרת. מה טעמא אמרין מציאת בנו ובתו הגדולים ועבדו ושפחתו העברים הרי אילו שלהן, שאינו יכול לשנותן למלאכה אחרת.¹⁶¹

הנפקות של השאלה האם מציאת הבת שייכת לאביה מהתורה או רק מתקנת חכמים, היא האם האב יכול לומר "לא נחא לי בתקנת חכמים", ובכך להותיר את המציאה אצל בתו או שמא עליו לעשות מעשה קניין. אם זכיתו מהתורה ודאי שלא יוכל לומר כן, ואם זו תקנת חכמים, הדבר יהיה תלוי במחלוקת שהבאנו לעיל.¹⁶²

3. מתנה לבת

קטינה יכולה לקבל מתנה בידה או בחצרה.¹⁶³ אך האם בת שיש לה אב זכאית להשאיר את המתנה בידיה, או שהאב זכאי לה.

הרשב"א התייחס במפורש לשאלה זו –

שהרי הבת שמעשה ידיה לאביה, והאישה שמעשה ידיה לבעלה, אין מציאתן להם מן הדין, אלא מן התקנה: בת משום איבה, ואישה, כדי שלא תבריה משל בעלה,

159. ירושלמי כתובות ד, ו.

160. מרחשת ב, ליקוטים סימן א; משנת יעבץ חושן משפט, לו.

161. ירושלמי כתובות ו, א.

162. ראו ליד הערה 145.

163. שולחן ערוך חו"מ רלה, ו; רמג, כג. ועיין ברמ"א (שם) שקטינה יכולה לזכות על ידי חצרה רק במקרה שאין לה אב, אך הש"ך (שם, יא) חולק על הרמ"א ונוקט שגם קטינה שיש לה אב יכולה לזכות ע"י חצרה.

ותאמר: מציאה מצאתי. ומתנה שנתנו לה אחרים הרי היא לעצמה, ולא לאב ולא לבעל, כדאיתא בגמרא בהדיא,¹⁶⁴ אלא שבעל אוכל פירות, כנכסי מלוג.¹⁶⁵ אך האחרונים הסתפקו בשאלה זו בעקבות הדין שהאב זכאי בכסף קידושין בתו.¹⁶⁶ כך כתב החלקת מחוקק –

ואם נתנו לה מתנה יש להסתפק אם דומה לכסף קידושין או דוקא קידושין לאביה, משום דאי בעי מסר לה למנוול, אבל כל שזיכו לה אחרים מתנה, אין לאביה כלום.¹⁶⁷

הבית שמואל¹⁶⁸ הסיק מהדין שהאב זוכה בכל כסף קידושיה שהוא זוכה גם במתנה, שהרי נדרשת פרוטה בלבד בעבור הקידושין אם כן שאר הכסף הוא בגדר מתנה, ובכל זאת האב זוכה בכל הכסף.¹⁶⁹

ה"באר היטב" וה"טיב קידושין" (שם) דחו את הראיה וכתבו שיש חילוק ברור בין כסף שהגיע בקידושין, שבו האב זוכה, לבין מתנה אחרת. ה"באר היטב" הטעים שכיוון שהתורה זכתה את כסף הקידושין לאב ולא חלקה בין רב למעט, אם כן כל כסף הקידושין הולך לאב, אך כשהיא מקבלת מתנה הרי היא שלה. ה"טיב קידושין" מוסיף על כך, שסברת הגמרא שהאב מקבל את כסף הקידושין מתבססת על כך שקידושי הבת תלויים בהסכמתו: "הכי השתא, אביה מקבל קידושיה... ואיהי שקלה כספא?"¹⁷⁰ ומכיוון שהוא יכול להתנות שהיא לא תתקדש בפחות מסכום מסוים, ודאי שכל הסכום הזה מגיע לו.¹⁷¹ "ערוך השולחן" סובר כפי שהבאנו לעיל בקטין,¹⁷² שהדבר תלוי בדעת הנותן, ולכן חילק בין קטנה שיש לה דעת לבין קטנה שאין לה דעת –

יש מי שמסתפק במתנה שנתנו לקטנה ונערה, אם שייך לאב כמציאה וכסף קידושין אם לאו [חלקת מחוקק]. ויש מי שסובר דהיא לאביה, אבל מצינו מה שכתב

164. צריך עיון מהי כוונת דברי הרשב"א שדבר זה מפורש בגמרא, שכן לא מצאנו גמרא שעוסקת בשאלה מי מקבל את המתנה שנתנה לבת. נראה לומר שכוונתו למשנה (כתובות מו, ב): "האב זכאי בביתו בקידושיה... ואינו אוכל פירות בחייה". וכתב על כך רש"י (שם, ד"ה ואינו אוכל פירות בחייה) – "אם נפלו לה קרקעות בירושה מבית אמה, אין אביה אוכל פירותיהן אלא עושין לה סגולה". וסובר הרשב"א שמתנה דומה לירושה שקבלה, ואם כן יוצא שהמתנה שלה, והאב אף לא אוכל פירות. עוד ייתכן לומר שהרשב"א יפרש שהמשנה מדברת ממש על מקרה כזה, היינו שהבת קבלה מתנה, ועל כך אומרת המשנה שהאב אינו אוכל פירות. ועיין במרדכי קידושין, תצג.

165. שו"ת הרשב"א ג, קמג.

166. כתובות מו, ב.

167. חלקת מחוקק לו, א.

168. בית שמואל שם א.

169. עיין אבני מילואים שם א; ובקצות החושן רע, א שהביא ראייה לדברי הבית שמואל, אך בנתיבות המשפט שם ביאורים ב, דחה ראיתו. בקצות החושן שם, הביא את דברי הרשב"א הנ"ל שהמתנה שייכת לבת, וכן הוכיח שם מהמרדכי קידושין, תצג.

170. כתובות מו, ב; קידושין ג, א.

171. ראו בדומה לכך בנתיבות המשפט ביאורים רע, ב.

172. הערה 75.

הרשב"א בתשובה [ג, קנג, הובא באבני מילואים לו, א] דאין המתנה שייך להאב וכן מסתבר. דהתורה לא זיכתה לאב אלא מציאה שאין דעת אחרת מקנה לה, אבל זה שנתן לה מתנה ודאי לא היה דעתו להקנותו לאב, כיוון שלא נתן לו ואיך נמסרנו להאב. ולא דמי לעבד שמתנתו לרבו דזה גלוי לכל שאין קניין לעבד בלא רבו, אבל בבת אינו גלוי לכול והרי גם אישה ידה כיד בעלה ומכל מקום במתנה אין הגוף של הבעל ואינו אוכל רק הפירות. ומיהו בקטנה שאין לה דעת לשמור החפץ, מתנתה לאביה דודאי לא נתן לה אלא לשמחה ועיקר כוונתו היה להאב...¹⁷³

אם נניח כי האב זוכה במתנה שנתנו לבתו, הרי שהטעם לכך הוא כאמור משום איבה, כמו במציאה. מטעם זה כתב בשו"ת תועפות רא"ם¹⁷⁴ שכאשר האב עצמו נותן לבתו מתנה כיוון שהוא נותנה מדעתו אין פה איבה, וממילא המתנה היא שלה. אמנם לפי מה שכתבנו שעדיין מוטלת על האב האחריות לשמירת המתנה, הרי שגם במקרה שהאב עצמו נותן, יהיה עליו לשמור על המתנה לצורך בתו.

ז. סיכום

1. מיהו קטין?

על פי ההלכה ישנם שלושה גילים בעלי משמעות הלכתית לעניין קניין מיטלטלין: מלידה ועד "עונת הפעוטות" (גיל 6-7) – קטין יכול לקבל מתנה על ידי אדם אחר שמקבל עבורו (זכין). מ"עונת הפעוטות" ועד גיל מצוות – יכול לסחור במיטלטלין מדרבנן, ואף לתת מתנות. מגיל מצוות ואילך – דינו כבוגר לכל דבר.

2. מציאה

קטין (כלומר, פחות מגיל מצוות) זכר, אינו זוכה מן התורה במציאה, אולם חכמים קבעו איסור לקחת ממנו את המציאה. נחלקו ראשונים האם קטין יכול לזכות בחפץ שהופקר, ולהלכה נפסק שהקטין זוכה בו. חכמים תקנו שמציאתו של קטין שייכת לאביו, אולם הראשונים נחלקו כיצד הדבר קורה, האם תקנו שהאב זוכה ישירות, או שהבן זוכה במציאה והאב מקבל ממנו. על פי השיטה השנייה, אם האב אינו מעוניין במציאה, היא תישאר בחזקת בנו. כמו כן, נראה שישנה מחלוקת ראשונים בשאלה האם האב זוכה במציאת בנו קודם שהגיע לגיל שש, כיוון שעל פי דין תורה האב חייב במזונותיו. הרמ"א כתב שקטין יתום – מציאתו שלו, ומשמע שזהו הדין גם כאשר הקטין גדל אצל אמו.

173. ערוך השולחן אה"ע לו, ה. עיין בספר הקטן והלכותיו פרק נט, הערה קיב, הדין בשאלה זו, והביא מקורות נוספים הדנים בכך.

174. שו"ת תועפות רא"ם אבן העזר, מ.

מן התורה קטינה יכולה לזכות במציאה, אולם אם יש לה אב מציאתה לאביה, ואולם נחלקו הראשונים האם זהו דין התורה או תקנת חכמים.

3. מתנה לקטין

הקטין יכול לזכות במתנה, כיוון ש"דעת אחרת מקנה" לו את המתנה. נחלקו ראשונים האם זכייה זו היא מהתורה או מדרבנן. דין זה הוא דווקא בקטין שהגיע לעונת הפעוטות, אבל מי שלא הגיע לעונה לא זוכה מן הדין וישנה מחלוקת האם מותר לקחת ממנו, או שיש בזה בכל זאת איסור, מפני "דרכי שלום".

ביחס לזכויות האב במתנה שקיבל בנו הקטין כתב הרמ"א, שבן קטין הסמוך על שולחן אביו – מתנתו שייכת לאביו. לעומת זאת מדברי הנימוקי יוסף משמע שמתנה שקיבל קטין, ומתנה שקיבל גדול הסמוך על שולחן אביו – שייכות לאב, כך משמע גם מראשונים נוספים. מהסמ"ע משמע שהאב זוכה במתנה שקיבל בנו הקטין בגלל שכוונת הנותן היא שהאב ישמור על המתנה בעבור בנו. אולם "ערוך השולחן" הבין שכוונתו שהנתינה לקטין הייתה רק כדי לשמחו ולא כדי שהלה יהיה הבעלים.

קטינה יכולה לקבל מתנה בידה או בחצרה, אולם בקטינה שיש לה אב נחלקו אחרונים, האם המתנה שייכת לאביה.

4. מסחר עם קטין

חכמים תקנו שקטין או קטינה יוכלו למכור ולקנות קודם שהם בני דעת, ובלבד שיש להם הבנה מסוימת, גיל זה אינו קבוע ומשתנה מילד לילד לפי רמת החריפות. לדעת רוב הראשונים קטינים יכולים לסחור ללא הגבלה ולא רק "כדי חייהם".

כאשר יש לקטין אפוטרופוס, ובכלל זה גם הורים, אין הוא יכול לסחור ללא הסכמת האפוטרופוס. לדעת רוב הראשונים, קטין אינו יכול לתת מתנה ללא הסכמת האפוטרופוס שלו.

את המנהג שקטינים קונים בחנויות ללא הסכמה מפורשת של הוריהם ניתן להסביר שזהו בגדר סיטומתא – קניין הסוחרים. אלא שישנה מחלוקת אחרונים האם מנהג הסוחרים מכשיר גם אדם שאינו כשיר לעשות קניין. כמו כן נבחנה האפשרות להכשיר מסחר של קטינים על בסיס חוקי המדינה על פי הכלל "דינא דמלכותא – דינא".

5. שכר עבודה של קטין

שכר עבודה של קטין שייך לו מדאורייתא. זכותו של האב בשכר העבודה שנויה במחלוקת, ולדעת "ערוך השולחן" אם מדובר בעסק שאינו משפחתי מסתבר שיוכל הקטין לומר "קים לי" כשיטה הסוברת ששכר העבודה אינו של האב, ולהשאיר את משכורתו בידו. לגבי קטינה נאמר ששכר עבודתה שייך לאביה מן התורה.

בעלות ציבורית במשנת הרמב"ם

הרב פרופ' בן ציון רוזנפלד

- א. העיר כערש החוק הציבורי במשנת הרמב"ם
ב. מינוח – כפר, עיר וכרך
ג. מכירת בית כנסת על ידי בני העיר
ד. רכוש לאומי
ה. סיכום

א. העיר כערש החוק הציבורי במשנת הרמב"ם

הרמב"ם בהלכותיו מתייחס לעיר כבסיס לחיי ציבור מאורגנים אשר מאפשרים לאדם הפרטי לחיות ולפעול במסגרת חברתית משותפת באמצעות מוסדות וחוקים. העיר היא ערש החוק הציבורי המקיף תחומים רבים בחיי האדם, העיר היא לא רק מקום ישוב בו חיים ופועלים פרטים אלא יוצרת מסגרת לחיי חברה תקינים.

הרמב"ם לא מסדר את הלכות העיר בצורה שיטתית היכולה ללמד על היות חוקת העיר בסיס לחיי ציבור, כפי שאינו עושה כן בנושאים אחרים, אך ליקוט הדינים מנושאים שונים העוסקים בענייני העיר בספריו מעיד על שיטה הלכתית-רעיונית מובנית. בין ההלכות ניתן למצוא חוקי ציבור עירוניים, הכוללים מערכת ארגונית של מוסדות ציבור דתיים ושל חיי החולין. על פי שיטה זו תושבי העיר נושאים באחריות משפטית משותפת בתחומים שונים עקב היותם תושבי העיר. עם זאת הפרט לא מאבד את בחירתו החופשית, ברוב הנושאים הוא המחליט, הוא האחראי, ולא חל עליהם חוק עירוני משותף.

האם נוכל למצוא גם בסיס רעיוני לכלל הלכות העיר. אכן דבריו מספקים לנו זאת בצורה מפורשת בסיס אשר מבליט את המשמעות הייחודית והחשיבות של מגורי האדם הפרטי בחברת העיר המאורגנת. מדבריו עולה שהעיר אינה מקום פסי שהפרט דר בה בשל נוחיות החיים בלבד, אלא צורת חיים חברתית מיוחדת שמסייעת לאדם להתפתח בתחום החומרי והרוחני כאחד, ובה יוכל להגיע לשלמות גופנית ונפשית כאחד בזכות החיים בציבור ומכוח מוסדותיו. הדגש הוא על הזיקה ההכרחית של הפרט לכלל כיוון שרק במסגרת הציבור המאורגן וחוקיו הוא יכול לקדם את יכולתו כאדם. כלומר העיר היא המקום האידיאלי לחיי האדם הפרטי עקב האפשרויות המגוונות הגלומות בחיי הציבור בסוג ישוב זה.

* הרב פרופ' בן ציון רוזנפלד, רב קהילה ברמת גן. ראש המחלקה לתולדות ישראל באוניברסיטת בר אילן.

במסגרת זו נתמקד באחד ההיבטים המשפטיים של הקיום החברתי בעיר, והיא סוגיית הבעלות הציבורית. קיומה של ישות ציבורית פעילה מחייבת את קיומם של מוסדות שונים ומגוונים, כאשר הבעלות על מוסדות אלה היא בידי הציבור. מאמר זה בוחן את הבעלות הציבורית, החל ברכוש שיש לו מספר בעלים מוגדרים ומסוימים, וכלה בבעלות הנמצאת בידי כלל האומה.

ב. מינוח – כפר, עיר וכרך

בהלכות הרמב"ם מצאנו שלוש מסגרות ציבוריות עיקריות: כפר, עיר וכרך. בכמה מקומות¹ הגדיר הרמב"ם מסגרות אלה באופן שונה האחת מהשנייה, אולם ברור שמדובר במדרג מהקטן לגדול. מדרג כזה עולה באופן ברור מההלכה העוסקת בעיר הנדחת:

אין עיר נעשית עיר הנדחת... ועד שידיחו רובה, ויהיו המודחין ממאה ועד רובו של שבט. אבל אם הודח רובו של שבט, דנין אותה כיחידים, שנאמר אנשי העיר (דברים יג, טז) – לא כפר גדול ולא כרך גדול. וכל פחות ממאה – כפר. ורובו של שבט – כרך גדול...²

שלושה סוגי ישוב הם: כפר, עיר וכרך גדול, ומדד גודלם הוא כמותי, לפי מנין תושביהם. **כפר** ואף **כפר גדול** – עד מאה גברים; **עיר** – ממאה עד רובו של שבט; **כרך** – רובו של שבט. השיעור האחרון אינו ידוע אך יש להעריכו באלפים, אם נניח שהמונח שבט זהה לשבטים בתורה שבידוע מונים כמה עשרות אלפים. ואפשר שנקטו חכמים ובעקבותיהם הרמב"ם מונח זה ככמות גדולה מאוד המציינת כרך, בהנחה שלרבים כל כך זה לא יקרה, ולכן הוזכר כרך גדול ולא כרך סתם.

הרמב"ם מצטט דרשה מהכתוב: "אנשי העיר – ולא כפר גדול ולא כרך גדול" – בדין עיר הנדחת רק העיר היא צורת הישוב שבה מתקיים הדין של רבים ולא יחידים, כלל ולא פרט. מכאן משתמע שהעיר היא היחידה החברתית הציבורית הבסיסית המקובלת, שגודלה נמדד לפי מספר יושביה. עם הגדרת העיר מתברר גם השוני הכמותי בינה לבין הכפר והכרך.

העיר כמסגרת חיים ציבורית כוללת מערכת ארגונית מקומית המאפשרת לאדם לחיות בתוכה ולהיעזר בה לקידום חייו ורווחתו. בהלכות דעות מפרט הרמב"ם הלכות שמטרתן להדריך את הפרט לנהוג בדרכי הבריאות כדי לשמור תמיד על גוף בריא שיוכל לעבוד את ה' כראוי כל ימיו. בסוף הפרק הוא עובר מהפרט לכלל ומייחד דברים לעיר, כנראה כדי להדגיש את מעלתה ביחס לחיי הפרט, ואלו דבריו:

1. רמב"ם אישות יג, יז; מגילה א, ה; סנהדרין א, י; ועוד.

2. רמב"ם עבודה זרה ד, ב.

כל עיר שאין בה עשרה דברים האלו אין תלמיד חכם רשאי לדור בה, ואלו הן: רופא, ואומן, ובית מרחץ, ובית הכסא, ומים מצויין כגון נהר ומעין, ובית הכנסת, ומלמד תינוקות, ולבלר, וגבאי צדקה, ובית דין מכים וחובשים.³

'עשרה דברים' שהעיר צריכה להם הם תנאי החיים החומריים והרוחניים הבסיסיים העושים את העיר למקום המחיה המתאים לאדם הפרטי. על כן הודגש שלתלמיד חכם אסור לגור בלי תנאים אלה, שכן הוא מקפיד על ההלכה ויודע שדברים הללו נחוצים לחיי האדם ולאורשו.

עשרה אלו מהווים את המערכת הארגונית של החברה, ואולם ניתן לחלק ביניהם: חמשת הראשונים עוסקים בצדדים חומריים והם אחראים לבריאות הפרט. השניים הראשונים הם המרפאים; הרופא והאומן. שלושת האחרים הם מוסדות בריאות ציבוריים לשימוש הפרט; בית המרחץ, בית הכסא ומים מצויים.

חמשת האחרונים הם מוסדות ציבור שעוסקים בצורכי הכלל. השניים הראשונים הם מוסדות הרוח; בית הכנסת, שבו מתקיימת פעילות ציבורית ענפה, ומלמד תינוקות שכנראה לימד בבית הכנסת.⁴ שלושת הבאים הם מוסדות סיוע לציבור; הלבלר – מומחה הכתיבה, קופה של צדקה ובית דין.

מכאן שהעיר חייבת להיות מאורגנת בהתאם לדרישות הפרט מבחינה חומרית ורוחנית גם יחד, כדי שיוכל לחיות ולהתפתח בצורה הטובה ביותר ויוכל להתעלות ולהגיע לייעודו כאדם. עשרת הדברים שהם מצרכי היסוד של המסגרת הקהילתית מלמדים על חשיבותו הגדולה של היסוד השיתופי-חברתי בחיי העיר והם מהווים פתיחה מגוונת לכל אותן הלכות המתקיימות במסגרת הקהילה בעיר.

ג. מכירת בית כנסת על ידי בני העיר

כאמור, בעיר מתוקנת ישנו בית כנסת ובני העיר הם לכאורה הבעלים של בית הכנסת העירוני. בעלות זו אינה בעלות רגילה הואיל וההלכה הגבילה כוחם כפי שפסק הרמב"ם:

מותר לעשות בית הכנסת בית המדרש, אבל בית המדרש אין עושין אותו בית הכנסת, שקדושת בית המדרש יתירה על קדושת בית הכנסת, ומעלין בקודש ולא מורידין.

וכן בני העיר שמכרו בית הכנסת יש להן ליקח בדמיו תיבה. מכרו תיבה יש להן ליקח בדמיה מטפחות או תיק לספר תורה. מכרו מטפחת או תיק לוקחין בדמיו חומשין. מכרו חומשין לוקחין ספר תורה. אבל אם מכרו ספר תורה אין לוקחין

3. רמב"ם דעות ד, כג. כך הנוסח בהוצאות המדויקות: משנה תורה, ספר המדע, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ד, עמ' קנז; משנה תורה, ספר המדע, א, מהדורת הרב קאפח, קרית אונגו תשמ"ד, עמ' רו-רוז ובהערות. הרב נ"א רבינוביץ, משנה תורה לרמב"ם עם פירוש יד פשוטה, ספר המדע, א, מעלה אדומים תש"ן, עמ' רעא-רעב ובפירושו.

4. כפי שמשמע מדברי הרמב"ם תפלה יא, ט.

בדמיו אלא ספר תורה אחר, שאין שם קדושה למעלה מקדושת ספר תורה, וכן מותריהן.⁵

העיקרון המנחה של הלכה זו הוא "מעלין בקודש ואין מורידין". לפיכך כל חפצי בית הכנסת, מגוף הבניין והתיבה ומעלה, יש בהם קדושה וניתן למוכרם רק תמורת עילויים בחפץ הגבוה מהם בדרגת קדושתו. הלכה זו מגבילה סמכות בני העיר בתחום מכירת דברי קודש.

בהלכה הבאה מוסיף הרמב"ם מגבלה נוספת הקשורה בטבורה להגדרת הבעלות הציבורית: במה דברים אמורים שמותר למכור בית הכנסת, בבית הכנסת של **כפרים** שלא עשו אותה אלא על דעת **בני הכפר** לבדם שתהיה להם להתפלל בו, הוא שאם רצו כולם למכרה – מוכרין. אבל בית הכנסת של **כרכין**, הואיל ועל דעת כל אנשי העולם נעשה שיבוא ויתפלל בו כל הבא אל המדינה, נעשה של **כל ישראל** ואין מוכרין אותו לעולם.⁶

מכירת בית כנסת חלה רק כשהמבנה נבנה על דעת בני המקום ובעבורם והוא קניינם המוחלט וברשותם. ברם, בכרכים נבנה בית הכנסת עבור כל מתפלל מזדמן הבא אף מחוץ לעיר וכאילו נבנה גם על דעתו. בית הכנסת אינו בבעלותם הבלעדית של יושבי אותו כרך ולכן הם אינם רשאים למכרו.

ברם, לאור הגדרות המונחים הנזכרות של כרך, עיר וכפר בדברי הרמב"ם יש קושי בהלכה זו. אם הוא מזכיר בית כנסת של כפרים משמע שיש להם יכולת ארגונית לבנותו שלא כמשתמע מדבריו למעלה שזה רק כוחה של העיר והיה צריך אף כאן לומר עיר ולא כפר. כמו כן, בהמשך ההלכה נזכר הכרך שברור שהוא עיר גדולה במיוחד ואף כאן דילג הרמב"ם על עיר, והיה מתבקש לעשות הבחנה בין עיר לכרך ולא בין כפר לעיר.

כדי ליישב את הקושי יש להניח שאזכור הכפר בא משום שאנשיו הם היחידה הקבוצתית הקטנה. לעיתים, בעיקר בכפרים גדולים, כפי שיוצע בסוף הדיון, עולה ביד התושבים לאחר מאמץ רב להתארגן ולבנות בית כנסת. הם יכולים למכור את בית הכנסת כיון שנבנה רק על דעתם. כנגד זה העמיד הרמב"ם את הצד הקיצוני הנגדי, את היחידה הגדולה ביותר – הכרך, ללמד שאנשיו אינם רשאים למכור בית כנסת כיון שנבנה על דעת רבים, כולל אנשים שאינם מיושבי הכרך.

לפיכך עולה השאלה, ומה עם בתי כנסיות שבערים, ביחידה הבינונית, שהרמב"ם לא הזכירה. התשובה לכך היא שהעיר אכן נמצאת באמצע ולכן לא הזכירה שכן יש ערים גדולות הקרובות בגודלן לכרך ויש הקטנות כמעט ככפרים, ואין הגדרה חד משמעית להיכן דעת אנשי העיר נוטה. לכן לגבי הערים יצטרך הדבר להיבדק לפי גודלן ולפי מחשבת אנשי העיר וכמה אנשים באים מבחוץ להתפלל באותו בית כנסת הנידון.

5. רמב"ם תפילה יא, יד.

6. שם, טז.

הסבר זה עשוי לסייע להבהיר תמיהה בהלכה הבאה, שיש בה עירוב בין שני המושגים ובין סמכויותיהם:

בני הכפר שרצו למכור בית הכנסת שלהן, או לבנות בדמים בית הכנסת אחר, או לקנות בדמים תיבה או ספר תורה – צריכין להתנות על הלוקח שלא יעשה אותו לא מרחץ, ולא בורסקי והוא המקום שמעבדין בו העורות, ולא בית הטבילה, ולא בית המים. ואם התנו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר בשעת מכירה שיהא הלוקח רשאי לעשות בו כל אלו – מותר.⁷

'בני הכפר' הם הגוף שבכוחו למכור, אך הם חייבים להתנות עם הלוקח שיימנע משימוש בנכס המקודש לשעבר, בדברים שיש בהם בזיון. ומדוע נזכרים 'בני הכפר' ולא 'בני העיר'? אמנם האחרונים נזכרים בהמשך בתור גוף שיכול לעקוף את הגבלת האמורה, והם 'שבעה טובי העיר' שבמעמד 'אנשי העיר' יכולים להתנות בשעת מכירה שהלוקח יוכל להשתמש בנכס גם בדבר בזוי. ואם כך נשאל – פתח בכפר וסיים בעיר? והאם יש גם שבעה טובי הכפר, כבעיר, שהרי הדבר הובא כהמשך לחלק הראשון? ומאידך, מדוע גם לא סיים באנשי הכפר, אלא עבר לאנשי העיר, האם אין המושגים זהים?

נראה שבכוונה פתח בכפר בגלל שזה חידוש, שאנשיו יכולים למכור בית כנסת אף שהם מייצגים את הכפר ולרוב אין להם יכולת ארגונית לבנות בית כנסת, אך אם היא קיימת, אף הם רשאים להיות מיוצגים כקבוצה. אולם, הואיל והם אנשי כפר ומספרם קטן מהעיר, אין להם, בדרך כלל, גוף ייצוגי מאורגן כשבעה טובי העיר, וכל סמכותם הנרחבת ומרחב העשייה הציבורי שלהם מצומצם, וסמכותם כשהם מאורגנים מוגבלת. לפיכך פתח בכך שגם הם יכולים למכור אך עם הגבלה של איסור שימוש בזוי בנכס. לאחר מכן עבר הרמב"ם לעיר ולמייצגיה – שבעה טובי העיר שבמעמד אנשי העיר, הם גוף בעל סמכות רחבה למדי וקבע שהם יכולים להתנות בשעת המכר שהלוקח ישתמש בנכס אף לשימוש בזוי.

הוכחה ברורה לאמור עולה מההלכות שלאחר מכן, המלמדות שלשבעת טובי העיר כוח משפטי מיוחד, כפי שעולה מההלכה הבאה:

וכן אם התנו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר על מותר הדמים שיהיו חולין הרי אלו חולין.⁸

טובי העיר במעמד אנשי העיר יכולים בהתניה אף להוציא את יתרת דמי הנכס המקודש לחולין. יתירה מזו, יכולים אנשי העיר למסור סמכות זו לאדם אחד –

וכן אם קבלו עליהן כל אנשי העיר או רובם, אדם אחד – כל מה שעשה עשוי, ומוכר ונותן לבדו כפי מה שיראה ויתנה כפי מה שיראה.⁹

7. שם, יז.

8. שם, יח.

9. שם, יט.

אנשי העיר יכולים להעניק סמכות חוקית גדולה לאדם אחד שייצגם. כלומר בעיר יש גוף סמכותי שיכול להיות כל אנשי העיר, או נציגות מטעמם כגון שבעה טובי העיר אך אין המספר דווקא ואפשר גם בפחות מכך ואפילו בנציג אחד.¹⁰ יש להדגיש שמקור הסמכות הוא כל אנשי העיר או רובם. יוצא שדי ברוב אנשי העיר כדי למנות נציגות בעלת סמכות רחבה בנושאי קנייני מקח וממכר.

ד. רכוש לאומי

העיר מייצגת יחידה ציבורית מקומית. בהלכה העוסקת במכירת בית כנסת של כרכים נרמז כבר שיתכן וקיים רכוש השייך ל"כל אנשי העולם". מצב כזה, הוגדר על ידי הרמב"ם באופן ברור מאוד ביחס לרכוש השייך ליחידה לאומית שיתופית שהיא מעבר לעיר, כלומר לכלל האומה. וכך כתב הרמב"ם בנוגע לאדם שנאסר עליו ליהנות מחברו:

ומותרין בדברים שהם בשותפות כל ישראל כגון: הר הבית והלשכות והעזרות והבאר שבאמצע הדרך. ואסורין בדברים שהם בשותפות כל אנשי העיר כגון: הרחבה שבעיר והמרחץ ובית הכנסת והתיבה והספרים.¹¹

אנשים שנדרו הנאה מאחרים אסורים ליהנות אפילו מדברים שהם בשותפות קהילתית של "כל אנשי העיר" הנזכרים בהלכה. אך מותרים בדברים שהם בשותפות "כל ישראל". זו שותפות רחבה יותר מהעיר, וניתן לכנותה שותפות ברמה לאומית. כלומר, יש שלוש רמות עקרוניות של חיוב משפטי בחברה. הפרט, הכלל האזורי – הציבור בעיר, וכלל החברה – כל ישראל, הרמה הלאומית. הדבר בא לידי ביטוי גם בהלכה הבאה:

וכיצד יעשו כדי שיהיו מותרין בדברים אלו. כל אחד ואחד משניהם כותב חלקו לנשיא או לאחד משאר העם ומזכה לו בחלקו על ידי אחר. ונמצא כל אחד מהם כשיכנס למרחץ שהוא לכל אנשי העיר או לבית הכנסת, אינו נכנס לרשות חברו אלא לרשות אחרים. שהרי כל אחד מהם נסתלק מחלקו שבמקום זה ונתנו במתנה.¹²

יש דרך הלכתית לעקוף את האיסור ליהנות מאנשי העיר על ידי זיכוי לנשיא או לכל אחד אחר, כשהמדיר או המודר מקנים להם את חלקם אין להם עוד חלק בשותפות העירונית ואז הם יכולים להיכנס אליה כעין אורחים. הצורך ההלכתי לציין את העקיפה מלמד על אופי החיבור בין הפרט והכלל העירוני במתקנים הציבוריים כבית כנסת ובית מרחץ, רחבה, תיבה וספרים. זו למעשה שותפות שוויונית בין תושבי העיר במתקנים העירוניים.

10. וכך כתב במפורש בתשובה למעשה: **תשובות הרמב"ם**, רעא, מהדורת בלאו, עמ' 519: "דע שאומרים ז"ל 'שבעה טובי', שבעה פה לאו דוקא, ואין הוא אלא היותר גדול שברבי המספר, כמו שנאמר 'שבע כחטאתיכם' (ויקרא כו, כא)". ובהמשך הוסיף: "וטובי העיר (הם) תלמידי חכמים, אנשי תורה ואנשי מעשים טובים". וראה גם נוסחה אצל הרב י' שילת, **איגרות הרמב"ם**, כרך ב', ירושלים תשנ"ה, עמ' תרפ"ח-ט.

11. **רמב"ם הלכות נדרים ז, ב.**

12. שם, ג.

אותו רעיון משפטי נכון גם לגבי הפריטים שהובאו כדוגמאות לשותפות הלאומית: הר-הבית, הלשכות, העזרות והבאר שבאמצע הדרך. אלה הם נכסים שיתופיים שלכל אחד מישראל יש חלק בהם.

השוואת השותפויות השונות מלמדת שיש הבדל מהותי בין השותפות המקומית-אזורית בעיר לזו הלאומית. הלכת הנודרים זה מזה מוכיחה שאיסור הנאתם הוא רק בנכסי העיר ולא בנכסים הלאומיים עקב בסיס משפטי שונה. לרכוש העירוני, גם אם הוא משותף, יש עדיין היבט פרטי, המשתייך לאנשי המקום. ואילו הרכוש הלאומי הוא כללי-ציבורי ואין בו היבט פרטי או אזורי, לכן הוא נחשב כבעל מעמד א-שייכותי.

ההיבט המשפטי של הרכוש הלאומי זהה למעשה גם למעמד ההלכתי של ירושלים, ואף יש קשר ישיר ביניהם שהרי חלק מהנכסים הלאומיים כהר הבית, הלשכות והעזרות נמצאים בירושלים.¹³ על כן יש לראות היבטים משפטיים-ציבוריים אלה כחלק מקבוצת נושאים הלכתיים המייצגים מעמד משפטי גבוה יותר השייך לכלל האומה.¹⁴

היבט אחר של הרשות הלאומית שאין לאנשי העיר בעלות עליה מצוי בידי עירובין, בהלכות יום טוב:

בור של יחיד כרגלי בעליו. ושל אותה העיר כרגלי אנשי אותה העיר ושל עולי בבל שהן מסורין לכל כרגלי הממלא מהן שכל מי שמילא מהן מוליכן למקום שהוא מהלך. נהרות המושכין ומעיינות הנובעין כרגלי כל אדם, ואם היו באין מחוץ לתחום לתוך התחום ממלאין מהן בשבת ואין צריך לומר ביום טוב.¹⁵

הרשות הראשונה – היחיד; השנייה – העיר; והשלישית – "עולי בבל" של כל העם. לכן כל הממלא מרשות עולי בבל יכול ללכת לפי תחומו האישי. לרשות זו שייכים הנהרות ומעיינות הנובעים שכל אחד יכול למלא מהם אף אם בא מחוץ לתחום לתוכו. הגדרת הרשות השלישית חשובה לנושאים מגוונים של בעלות וקניינים.

ואכן בהלכה הבאה, יש הבחנה בין "שור של רועה כרגלי אותה העיר". שכן הרועה מגדל על דעת בעל הבית מהעיר המקומית, ורק אחד מהעיר ותחומה יכול לשחטו ביום טוב, ולעומתו:

שור של פטם כרגלי מי שלקחו לשחטו ביום טוב. מפני שדעת בעליו למכרו לאנשים אחרים חוץ מאנשי אותה העיר מפני שהוא מפותם [דהיינו, גדל מחוץ לעיר ואינו שייך דווקא לאנשיה] והכל שומעין שמעו ובאין לקנותו... ונמצא שור זה כבור של עולי בבל.¹⁶

13. למעמדה של ירושלים יש להתייחס בנפרד, נציין כאן רק שבהלכות רבות ירושלים מייצגת היבט של רכוש כלל האומה. ראה למשל: **רמב"ם**, הלכות עבודה זרה ד, ד; הלכות שמיטה ויובל יב, יב; הלכות טומאת צרעת יד יא; הלכות רוצח ט ד-ה.

14. [הערת עורך: יש לדון האם בית כנסת בכרך השייך ל"כל ישראל", גם הוא בגדר רכוש לאומי, או שמא מדובר אך ורק בשותפות רחבה של פרטים מחוץ לעיר? ע.ר.]

15. **רמב"ם** יום טוב, ה, יד.

16. שם, טו.

לכן גם איש מעיר אחרת יכול לקנות את השור ולשוחטו או לקנות מבשרו ולהביאו לתחומו שלו, ולא דווקא מאנשי עיר אחת.

ה. סיכום

העיר היא המסגרת המתאימה לחיי הפרט ובה הוא יכול להגיע לשלמות חומרית ורוחנית וזאת בזכות מגוריו בתוך ציבור גדול ומאורגן.

הרמב"ם מבחין בין שלוש יחידות ציבוריות שונות, מהקטנה לגדולה: כפר, עיר וכרך. העיר היא יחידה בסיסית ציבורית, והיא מכילה את הצרכים הציבוריים הדרושים לקיומו הפיזי והרוחני של הפרט. הכפר הוא יחידה קטנה מדי, משום שהוא אינו כולל בהכרח את השירותים הנדרשים. והכרך הוא גדול מדי, בכך שהוא פתוח לעוברים והשבים, והוא פורץ את גבולות הציבור המוגדר, אל עבר כלל האומה.

במישור הקנייני הרמב"ם עומד על שני סוגים שונים באופן מהותי של בעלות. האחת היא שותפות של ציבור בבעלות על רכוש, והשנייה היא בעלות של כלל האומה.

כאשר מדובר על שותפות תיתכן שליטה בנכס והעברת בעלות על ידי נציגי הציבור. שליטה כזו אינה מבטלת את הזכויות האישיות של כל אחד מהפרטים המרכיבים את הציבור. לעומת זאת, בעלות לאומית אינה מכירה בזכויות אישיות, ומשמעותה זיקה קניינית אל האומה כגוף אחד.

ההשלכה העיקרית של הבחנה זו היא במקרה של אדם האוסר את ממונו על חברו. כאשר מדובר בבעלות ציבורית מסוג שותפות מי שנאסר עליו אינו רשאי להשתמש ברכוש הציבורי המשותף, אבל כאשר מדובר ברכוש לאומי, לא יכול פרט זה או אחר לאסור את חלקו על אדם אחר, כיוון שלא מדובר כלל על זכויות אישיות ברכוש זה.

סוף דבר, חוקת העיר מלמדת על היבט של המושג "ציבור" בהלכה בין שלל ההיבטים המרכיבים אותו. אך דומה שהחידוש האמיתי הוא בכך שהעיר היא גוף משפטי מעצם מיקום העיר-החפצא של המקום, ולא עקב מגורי פרט זה או אחר-הגברא בעיר, שכן פרט הולך ואחר בא ואילו העיר עומדת, אלא אם כן היא מתרוקנת מיושביה ומאבדת את מעמדה כעיר.

מסחר בינלאומי בין יהודי ונכרי

הרב מיכאל יומטוביאן

א. פתיחה	ג. הגינות במסחר
ב. מעשה קניין במיטלטלין במסחר בין יהודי ונכרי	1. אונאה
1. מעשה קניין מהתורה או מדרבנן	2. חזרה מהעסקה
2. קניין כסף ומשיכה	3. המחזר אחר דבר לקנותו וקדם אחר וקנאו
3. דין יהודי הקונה מנכרי	ד. מפגש בין מערכות משפט שונות
4. קניין חליפין	1. בפני איזו ערכאה דנים
5. קניין הגבהה ומסירה	2. כיצד מכריעים בין מנהגי מקומות שונים
6. קניין חצר	ה. סיכום
7. קניין חפצים המונחים בכליו של אדם	1. מעשה הקניין
8. קניין יד	2. דיני הגינות במסחר
9. קניין ארבע אמות	3. מפגש בין מערכות משפט
10. קניין אגב	
11. אודיתא (הודאה)	
12. מעשה קניין הנהוג בין הסוחרים – סיטומתא	

א. פתיחה

הסרת המגבלות על יבוא ויצוא בין מדינות הפכה את העולם ל"כפר גלובלי" בו מתקיים מסחר בינלאומי מפותח. היום, זהו מחזה רגיל לראות בכל חנות בישראל מוצרים מעשרות מדינות בעולם. במקביל התרחב מאוד גם היצוא, וחברות ישראליות, ובראשן אלה העוסקות בטכנולוגיה עילית (היי-טק) מוכרות את מוצריהן בכל העולם. המציאות החדשה חייבה את מערכות המשפט בכל העולם להתאים את עצמן למצב החדש ולקבוע הסדרים ברורים לפתרון סכסוכים בין שני צדדים הנמצאים משני עברי הגלובוס. מציאות זו מטילה לפתחו של משפט התורה אתגר דומה – כיצד מתבצע מסחר בין יהודי ונכרי?

* הרב מיכאל יומטוביאן, כולל בני דוד, פסגות.

מאמרנו יתחלק לשלושה חלקים: **בחלק הראשון** נסקור בקצרה דרכים שונות לקניין מיטלטלין ונפרט מה הדין במסחר עם נכרי. **בחלק השני** נדון בהלכות העוסקות בהגינות במקח וממכר ונפרט את הדין במסחר עם נכרי. **ובחלק השלישי** נדון במפגש שבין שתי מערכות משפט בסכסוכים שבין נכרים ויהודים.

ב. מעשה קניין במיטלטלין במסחר בין יהודי ונכרי

1. מעשה קניין מהתורה או מדרבנן

בהלכה מצאנו דרכים שונות לקניית מיטלטלין, יש מהן מן התורה ויש מדברי חכמים.¹ לשאלת מקור הקניין מדרבנן או מדאורייתא יש השלכה לדיני קניין עם נכרי, בשל המחלוקת האם מעשי קניין מדרבנן מועילים במסחר עם נכרי. לדעת הש"ך² מעשי קניין מדרבנן מועילים גם לנכרים,³ לעומתו, הסמ"ע⁴ סובר שקניין מדרבנן לא מועיל בנכרי, וכן כתב בעל קצות החושן: "דלא אמרינן כעין דאורייתא תקנו, ולא תקנו חכמים אלא לישראל".⁵ כלומר מעשי קניין המועילים מתקנת חכמים לא נתקנו לנכרים.⁶

2. קניין כסף ומשיכה

בגמרא נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש כיצד קונים מיטלטלין מהתורה:

אמר רבי יוחנן: דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה – גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעלייה... ריש לקיש אמר: משיכה מפורשת מן התורה...⁷ כלומר, למעשה אין מחלוקת שקונים במשיכת החפץ ולא בתשלום הכסף, אלא שלדעת רבי יוחנן מדין תורה קונים בתשלום הכסף, והמשיכה נובעת מתקנת חכמים. לעומתו סובר ריש לקיש שהמשיכה קונה אף מדין תורה. למחלוקת זו יש השלכה ישירה לקניין של נכרי משום שהפסוק שבפרשנותו חולקים רבי יוחנן וריש לקיש הוא "או קנה מיד עמיתך",⁸ ובגמרא⁹ דרשו שהאמור בפסוק מתייחס דוקא

1. שיטה ייחודית ביחס לתוקף הקניינים יש לבעל **ספר החינוך** (מצוה שלו), ואלו דבריו: "ואין ספק כי אלו הקניות כולן מתקנת חכמים הן, והביאו הכתובים לסמוך בהם דבריהם". כלומר שכל הקניינים הם מדרבנן, **המנחת חינוך** במקום העיר אמנם, שהפוסקים חולקים עליו.
2. ש"ך ח"מ סו, פה.
3. **התומים** (שם, מו) הקשה על הש"ך מדברי **התוספות** (גיטין יג, ב, ד"ה במעמד) שכתבו שלא תקנו קניין מעמד שלושתן לנכרים. מדבריהם משמע שלא תקנו מעשי קניין לנכרי, ולפיכך יש לשער שגם הש"ך יודה שישנם מעשי קניין שלא תוקנו לנכרי.
4. **סמ"ע** שם, א.
5. **קצות החושן** שם, לב.
6. בספר **מנחת חינוך** (שלו, י) כתב שגם לדעה זו, ישראל קונה מגוי בקניין דרבנן.
7. **בבא מציעא** מז, ב.
8. **ויקרא** כה, יד.
9. **בבבא מציעא** יג, א.

לישראל המכונה "עמיתך" – ולא לנכרי. רבי יוחנן, הסובר שהפסוק מדבר על קניין כסף, ידרוש: "לעמיתך", כלומר ישראל, דוקא בכסף, אבל לנכרי **במשיכה**, ואילו ריש לקיש ידרוש: "לעמיתך" – במשיכה, אבל לנכרי **בכסף**.

נמצא אם כן שפסיקת ההלכה במחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש משפיעה באופן ישיר על דין קניין נכרי. כלומר, לדעת רבי יוחנן מעשה הקניין של נכרי הוא משיכה ולדעת ריש לקיש כסף.

רוב הראשונים¹⁰ פסקו כרבי יוחנן שמן התורה יהודי קונה במעות, ובהתאם לכך כתב הרא"ש¹¹ שהלכה היא שנכרי קונה במשיכה. לעומתם כתבו רש"י¹² ורשב"ם¹³ שנכרי קונה בכסף. מחלוקת ראשונים זו מובאת בש"ך¹⁴ לרמב"ם פסיקה מיוחדת בעניין:

נכרי שמכר מטלטלין לישראל או קנה מטלטלין מישראל קונה במשיכה ומקנה במשיכה או בדמים.¹⁵

פרשני הרמב"ם, המגיד משנה והכסף משנה,¹⁶ ביארו שהמילים "או בדמים" מתייחסות לשני חלקי ההלכה, כלומר שהרמב"ם פסק שנכרי קונה ומוכר באחד משני מעשי הקניין – משיכה או דמים – על פי בחירתו. דעת הרמב"ם צריכה ביאור שהרי בגמרא, כאמור לעיל, ראינו שיש מעשה קניין אחד לנכרי – כסף או משיכה ולא שניהם.

המגיד משנה¹⁷ ביאר שמקור הרמב"ם הוא בגמרא במסכת עבודה זרה: "אמר אמימר: משיכה בנכרי קונה",¹⁸ וכוונת הגמרא לפי הרמב"ם אף במשיכה בנוסף לכסף, והוסיף המגיד משנה שלדעת הרמב"ם הסוגיה בבכורות נדחתה מפני הסוגיה בעבודה זרה.

מפרשי השולחן ערוך: הש"ך¹⁹ הט"ז²⁰ והגר"א²¹ סברו, שאף לדעתו נכרי קונה במשיכה או בכסף כדעת הרמב"ם. אמנם, אצל נכרי הקונה מיהודי את בהמתו המבכרת (כלומר, העומדת להמליט בפעם הראשונה) על מנת להיפטר מקדושת בכור לא הסתפק השולחן ערוך באחד משני קניינים אלו, ודרש קניין כסף וגם קניין חצר,²² אולם כבר ביאר הש"ך²³

10. רי"ף בבא מציעא כח, ב; רמב"ם מכירה ג, א; רא"ש בבא מציעא ד, ח.

11. רא"ש שם.

12. רש"י קדושין יד, ב, ד"ה הואיל. רש"י שם מבאר שהפסוק בתורה "או קנה..." מתייחס לקניין משיכה כדעת ריש לקיש.

13. רשב"ם בבא בתרא נד, ב, ד"ה אסתלק.

14. ש"ך יו"ד שכ, ח.

15. רמב"ם זכיה ומתנה א, יד.

16. מגיד משנה שם וכסף משנה שם.

17. מגיד משנה שם; ועיין ביאור הגר"א חו"מ קצר, יא.

18. עבודה זרה עא, א.

19. ש"ך יו"ד קלב, יז.

20. ט"ז יו"ד קלב, ד.

21. ביאור הגר"א יו"ד שכ, יא.

22. שולחן ערוך יו"ד שכ, ו.

שפסק כן מתוך חומרה בגלל מחלוקת הראשונים לגבי קניינו של נכרי ולכן לא הסתפק במשיכה או בכסף בלבד. הרמ"א,²⁴ לעומת זאת, פסק שנכרי קונה במשיכה ולא בכסף.²⁵

3. דין יהודי הקונה מנכרי

נחלקו הפוסקים האם דין יהודי המוכר לנכרי זהה לדין יהודי הקונה מנכרי: לדעת הרמב"ם, כאמור לעיל, הדינים זהים – כשם שביהודי המוכר לנכרי, מעשה הקניין הוא משיכה או תשלום דמים, כך גם ביהודי הקונה מגוי. הרמ"א, בסוף הסימן שעוסק בדין המיוחד של קניין קרקע מגוי, כתב: "וכל זה לא מיירי אלא בקרקע אבל במטלטלין קנה בנתינת המעות".²⁶ הסמ"ע²⁷ כתב ביחס לדברי רמ"א אלו שיהודי קונה מנכרי בכסף לכל השיטות, וכן כתב נתיבות המשפט:

שוב ראיתי בתשובת הרמב"ן בסימן רכה, שכתב דקנה במעות לבד אפילו לדעת רבנו תם, כיון דנהגו הגויים להקנות בדמים, רק במכר מטלטלין לגוי במעות לא קנה לסברת רבנו תם.²⁸

לעומתם כתב הש"ך:

...דלמאן דאמר דצריך משיכה לא מהני נתינת מעות בלא משיכה.²⁹

כלומר, מי שסובר שיהודי מוכר לנכרי במשיכה, יאמר כך גם ביהודי הקונה מנכרי, וכן פסק ערוך השולחן³⁰ והוסיף "ואין חילוק בין ישראל מכותי או כותי מישראל" והפנה לדברי הש"ך.

4. קניין חליפין

מעשה קניין נוסף מתבצע בהחלפת נכס של הקונה בנכס של המוכר.³¹ ועוד קניין דומה המתבצע בהקנאת כלי למוכר באופן סמלי, סודר בדרך כלל, ועל ידי כן הוא מקנה את שלו, קניין זה נקרא גם כן קניין חליפין או "קניין סודר"³² על שם הסודר אותו נותן הקונה למקנה כדי לבצע את הקניין. לאחר נתינת הסודר עוברת הבעלות על החפץ לקונה, וזה בתמורה, חייב לשלם את תמורתו.

23. ש"ך שם, ח.

24. שו"ת הרמ"א פז.

25. וכן פסק ערוך השולחן חו"מ קצד, י; שהוסיף שבמקום שאי אפשר לקנות במשיכה, כגון שהדבר רחוק, קונה בכסף, וכן כתוב בהגהות אשר"י על הרא"ש בבא מציעא ד, ח.

26. רמ"א חו"מ קצד, ג.

27. סמ"ע קצד, טז.

28. נתיבות המשפט ביאורים שם, ח.

29. ש"ך שם, ד; וכן דעת החזון איש המובא להלן.

30. ערוך השולחן חו"מ קצד, י.

31. שולחן ערוך חו"מ קצה, א.

32. שם.

במקורו של דין זה מצאנו שלוש שיטות: הרמב"ן³³ ובעל ספר מנחת חינוך³⁴ כתבו שהוא מן התורה, לעומתם, הרדב"ז³⁵ כתב שהוא מדרבנן, ובספר דבר אברהם³⁶ כתב שהוא מנהג. ביחס לנכרי ישנה מחלוקת מפורשת: לדעת רבנו תם³⁷ נכרי קונה ומוכר בקניין חליפין וכן פסק ערוך השולחן³⁸, אולם הש"ך כתב:

אך לבי מהסס בעיקר הדין שסובר רבנו תם דחליפין מועיל לעכו"ם. דלא אישתמיט בשום מקום בש"ס דעכו"ם קונה בחליפין וכן בפוסקים לא אישתמיט חד מנייהו שהזכיר דין זה במקומות שהזכירו דיני קניין עכו"ם... וכן מצאתי בתשובת מהר"ם מינץ (סימן ה) שכתב בפשיטות דלא מצינו חליפין לעכו"ם.³⁹

5. קניין הגבהה ומסירה

שני קניינים נוספים במיטלטלין הם הגבהה,⁴⁰ ומסירה שמועילה בעיקר למיטלטלין כבדים מאוד (אנייה). על המשנה האומרת שמיטלטלין נקנים במשיכה, ולא מזכירה הגבהה, ומסירה כתב הר"ן:

אין הכי נמי שנקנין במסירה ובהגבהה אלא דנקט משיכה משום דרוב קניות מיטלטלין במשיכה הן... אי נמי משום דמשיכה עיקר... ומסירה והגבהה מינה איתרבו...⁴¹

לפי תירוצו האחרון לומדים אנו שקנייני הגבהה ומסירה נלמדו ממשיכה. כלומר שלאומרים משיכה מדאורייתא גם הגבהה ומסירה יחשבו כדאורייתא. והסוברים משיכה דרבנן ודאי יסברו שהגבהה ומסירה מדרבנן.⁴²

באשר לדין הנכרי בקניינים אלו, מדברי הר"ן בתירוצו האחרון עולה לכאורה, שאם נאמר שנכרי קונה במשיכה הרי שיקנה גם במסירה והגבהה.

הרשב"א כתב שנכרי קונה במשיכה ובהגבהה. בשני מעשי הקניין עסק הרשב"א אגב דיון בשאלה כיצד יש למכור יין לנכרי, באופן כזה שהוא לא ייאסר כ"יין נסך". זאת על רקע ההלכה שברגע שהנכרי מגביה את היין, היין של היהודי נאסר וכן תמורתו. לגבי משיכה כתב הרשב"א:

33. השגות הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם, סוף שורש ב.
34. מנחת חינוך שלו, יב.
35. שו"ת רדב"ז תשובות חדשות, תקג; כאמור לעיל, ישנה מחלוקת האם מעשה קניין מדרבנן מועיל לנכרי.
36. דבר אברהם א א.
37. תוספות קידושין ג, א, ד"ה ואשה.
38. ערוך שולחן חו"מ קצד, יא.
39. ש"ך חו"מ קכג, ל. וכן בעל שו"ת מהרשד"ם (חו"מ, נט) חלק על רבנו תם. האריך בזה בשדי חמד (מערכת חמץ ומצה אות ל).
40. שולחן ערוך חו"מ קצח, א.
41. ר"ן ט, ב בדפי הרי"ף, ד"ה ושאין להם אחריות.
42. פני יהושע קדושין כה, ב, ד"ה משנה. יש לציין שבספר משובב נתיבות (עב, ל, בסופו) כתב שאפילו רבי יוחנן הסובר שמשיכה מדרבנן, מודה שהגבהה מדאורייתא.

ומכל מקום קיימא לן דמשיכה בגוי קונה כדאמר רבי יוחנן הכא. וכיוון דקיימא לן הכי המוכר יינו לנכרי לא צריך לאקדומי ומשקל מיניה דמי, אלא כיון דמשיכה קנייה...⁴³

דהיינו, אין צורך לשלם לגוי מראש, כיוון שהעברת הבעלות על היין היא במשיכה. לגבי הגבהה כתב הרשב"א:

ישראל שמכר יינו לנכרי, אם היין נתון בכלי ופסק עמו דמים ואחר כך הגביה הגוי הכלי כדי לקנות היין שבתוכו, אף על פי שמדד הגוי לעצמו, דמיו מותרין. דכל שפסק דמים גומר הוא בדעתו לקנות וכשהגביה קנה הכל, וכשעירה ונעשה יין נסך לא של ישראל הוא אלא של גוי.⁴⁴

כלומר, לאחר שהנכרי שילם ליהודי עבור היין, הנכרי יכול למדוד את היין בעצמו. כיוון שבהגבהה היין הנכרי קונה את היין, ולכן כאשר היין נאסר כ"יין נסך" הוא כבר שייך לנכרי. ומכאן שלדעת הרשב"א גוי קונה בהגבהה.

ביחס לקניין מסירה בנכרי, מצאנו פוסקים רבים הסוברים שנכרי קונה במסירה.⁴⁵ לעומתם, ערוך השולחן הבחין בין משיכה ומסירה:

ובמטלטלין – דעת רוב רבותינו דקניינו הוא רק במשיכה... והעיקר לדינא כדעת רוב הפוסקים... וקנין מסירה נראה לי דאינו בכוחי דזהו תקנתא דרבנן... ולא מצינו שתקנו בכוחי.⁴⁶

כלומר, נכרי קונה במשיכה מדאורייתא, אבל אינו קונה במסירה כיון שמעשה קניין זה הוא מדרבנן.

6. קניין חצר

כאשר אדם מכניס חפץ לחצרו של אדם אחר כדי לתת לו במתנה, זכה בעל החצר בחפץ, ובתנאי שהיא חצר שמורה.⁴⁷ הגמרא מנמקת דין זה של קניין חצר בשני אופנים:

האחד, חצר מהווה מעין שליח לאדם לקנות לו חפצים – "מדין שליחות".⁴⁸ ולכן כאשר מדובר במתנה שהמקבל מן הסתם מעוניין בה, תקנה לו חצירו מכוח "זכין לאדם שלא מדעתו".

43. רשב"א עבודה זרה עא,א.

44. תורת הבית הקצר מח, א, הובא גם בספר בית יוסף יו"ד קלב, ד"ה ומה שכתב היה הגוי מודד.

45. יד המלך על הרמב"ם הלכות שבת פרק כ הלכה ג. שו"ת חתם סופר ח"ב יו"ד סימן שיח. וראה בשו"ת יביע אומר חלק ח חו"מ סימן ב ובשו"ת חוט המשולש חלק ב' סימן ו; שו"ת מהרש"ם חלק ז סימן קכא; שו"ת מראה יחזקאל סימן כא.

46. ערוך השולחן חו"מ קצד, י.

47. שולחן ערוך חו"מ רמג, כ-כא. הרמ"א חולק על השולחן ערוך וסובר שכשדעת אחרת מקנה (כלומר, כשקונה מאדם אחר) אין צריך דווקא שהקונה יעמוד בצד שדהו וזו תהיה משתמרת לדעתו, אלא די בכך שתהא משתמרת אפילו לדעת המוכר.

48. בבא מציעא יב,א.

האופן השני, נובע מקניין גט על ידי חצר האשה, במקרה זה החצר לא יכולה לפעול כשליח משום שגירושין אינם מוגדרים "זכות", ולכן מציעה הגמרא את ה"יד" כמקור לכוחה של החצר. כשם שידה של האשה משמשת אותה בקניית הגט, גם חצרה תקנה לה ובתנאי שהיא עומדת בצידה (כשם שידה של האשה בצידה עומדת).

בספר נתיבות המשפט⁴⁹ סיכם שלוש שיטות ראשונים באופנים השונים של קניין חצר, האם קונה מדין יד או שליחות (לא רק בגירושין):

א. חצר שאינה משתמרת והבעלים של החצר עומד בצידה – לכל השיטות הקניין "מדין יד".

ב. חצר המשתמרת ובעליה אינו עומד בצידה – לרי"ף ולרא"ש הוא "מדין שליחות", ולר"ן "מדין יד".

ג. חצר שאינה משתמרת ובעליה אינו עומד בצדה – לרי"ף ולרמב"ם חצר זו לא קונה בשום דרך, לעומתם הרא"ש והר"ן סוברים שבאופן זה חצר קונה מתנה (כיון שיש דעת אחרת מקנה – דעתו של הנותן) "מדין שליחות".

קצות החושן⁵⁰ כתב שהדין המיוחד שחצר קונה "מדין יד" הוא חידוש מיוחד של התורה לגבי אישה, אולם חצר של איש לעולם אינה קונה "מדין יד" אלא "מדין שליחות".

מהאמור לעיל עולה שקניין חצר קונה מן התורה. לדעת קצות החושן⁵¹ הסובר שקניין משיכה אינו מן התורה אף קניין חצר אינו מן התורה אלא מדרבנן.

ביחס לקניין חצר אצל נכרי כתב המאירי: "זכייית חצירו אין כאן שאין זכייית חצר לגוי".⁵² לעומת זאת, הרא"ש כתב ביחס להקנאת בהמה לנכרי על מנת שזה יהיה שותף שלו בבהמה להיפטר מקדושת בכור: "והמחור שבכולן שיקבל מן העכו"ם פרוטה ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו אוזן הבהמה".⁵³ כאשר לכאורה משמע שמדובר בקניין חצר.

אולם, בחיבור "קיצור פסקי הרא"ש", שסיכם דין זה, כתב "ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו אגבן אוזן הבהמה". כלומר, הקניין הוא קניין אגב ולא קניין חצר. משמע שנכרי לא קונה בקניין חצר ולכן היה צורך לפרש שמדובר בקניין אגב.⁵⁴ על דברי הטור והשולחן ערוך⁵⁵ שהביאו פתרון זה, כתב ה"ט"ז⁵⁶ שכוונתם לקניין מיטלטלין אגב קרקע, וכתב שם בחידושי רבי עקיבא איגר שמשמע שה"ט"ז סובר שגוי לא קונה בקניין חצר.⁵⁷

49. נתיבות המשפט פתיחה לסימן ר.

50. קצות החושן קצר, ג.

51. קצות החושן קצר, א; וכן שסא, א.

52. פירוש המאירי לפסחים לא, ב.

53. רא"ש בכורות א, ב.

54. כך מדייק שו"ת ושב הכהן ד.

55. טור יו"ד סימן שכ, שולחן ערוך יו"ד, שכ, ו.

56. ט"ז יו"ד שכ, ז.

57. פוסקים נוספים הסוברים שנכרי לא קונה בקניין חצר: שו"ת פני יהושע ח"ב סימן ה; שו"ת נודע ביהודה תנינא אר"ח, סג; נשמת אדם הלכות פסח, א.

בספר קצות החושן⁵⁸ ובספר נתיבות המשפט⁵⁹ מוכיחים מהגמרא⁶⁰ שנכרי קונה בקניין חצר, שכן הגמרא אומרת שכליו של נכרי קונים לו. וכיוון שכליו של אדם קונים מדין חצר, הסיקו אותם אחרונים שחצירו של נכרי קונה לו.⁶¹

עם זאת אופן קניית החצר לנכרי שנוי במחלוקת בין קצות החושן לנתיבות המשפט. לדעת נתיבות המשפט⁶² חצירו של נכרי קונה לו רק "מדין יד" ולא "מדין שליחות", על פי קביעת הגמרא: "מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית",⁶³ דהיינו נכרי אינו יכול להיות שליח או למנות שליח, ולכן חצירו של נכרי אינה יכולה לתפקד כשליח שלו.

לעומתו, קצות החושן⁶⁴ כתב בדיוק להיפך: קניין חצר "מדין יד" שייך רק לגבי אישה שהיא בת גירושין, ולכן לנכרים, לגביהם לא חלים דיני גירושין של יהודים, חצר אינה קונה "מדין יד", אלא רק "מדין שליחות". לשיטתו, חצר יכולה להיות שליחה של נכרי, כיון שלגבי חצר אין מקום לדבר על "בני ברית" (יהודים), וכיוון שחידשה תורה שחצר היא שליח של בעליה, גם חצירו של נכרי יכולה לתפקד כשליחו כדי לקנות בשבילו.

החתם סופר כתב⁶⁵ שקניין חצר הוא מעשה חשוב שאף לולא כתבה עליו התורה היה הקניין נוהג ולפיכך אם יכנס החפץ לחצירו, יוכל הנכרי לקנותו אף שביחס אליו לא חידשה תורה קניין חצר, לא מטעם יד ולא מטעם שליחות.

7. קניין חפצים המונחים בכליו של אדם

בשולחן ערוך נפסק: "כליו של אדם – כל מקום שיש לו רשות להניחו שם קנה לו".⁶⁶ כלומר, כליו של אדם הם מעין חצר ניידת הקונה לבעליה, בתנאי שהם מונחים במקום שיש לבעליהם רשות להניחם בו.⁶⁷ קצות החושן⁶⁸ הוכיח כאמור מסוגיה במסכת עבודה זרה⁶⁹ שכליו של נכרי קונים לו.⁷⁰

8. קניין יד

האוחז חפץ בידו על מנת לקנותו קנאו בקניין יד, על כך כתבו בתוספות:

58. קצות החושן קצד, ג.
59. נתיבות המשפט הקדמה לסימן ר.
60. עבודה זרה עא, ב.
61. וכן פסק ערוך השולחן חו"מ קצד, יב, שנכרי קונה בקניין חצר.
62. נתיבות המשפט הקדמה לסימן ר.
63. בבא מציעא עא, ב.
64. קצות החושן קצד, ג.
65. שו"ת חתם סופר יד"ב, ב, שי.
66. שולחן ערוך חו"מ ר, ג.
67. הרב אחיקם קשת, בספר קובץ יסודות וחקירות, עמ' 309, הביא ארבע שיטות מדין מה קונים הכלים.
68. קצות החושן קצד, ג.
69. עבודה זרה עא, ב.
70. וכן פסק בספר סדר מכירת חמץ כהלכתו יב, י.

...דאין צריך שום ראייה להביא דקניא ליה ידו דפשיטא ד"ונתן בידה" אמר רחמנא.⁷¹
 עוד כתבו⁷² שבשקונה בקניין יד לא צריך להגביה החפץ. מדבריהם עולה גם שקניין זה מועיל מהתורה. קצות החושן⁷³ טען שלסוברים שקניין משיכה אינו מן התורה גם קניין יד אינו מן התורה.

ביחס לנכרי בספר **נתיבות המשפט** מסיק שיש קניין יד לנכרי רק מדעתו, אך שלא מדעתו אינו קונה.⁷⁴ בעל **שו"ת נפש חיה**⁷⁵ חולק עליו וסובר שנכרי לא קונה כלל בקניין יד.⁷⁶

9. קניין ארבע אמות

בשולחן ערוך נפסק, שאדם זוכה במציאה שמונחת במרחק ארבע אמות ממנו,⁷⁷ יסוד הקניין בתקנת חכמים למנוע ויכוחים ומריבות בין האנשים הרוצים לזכות במציאה.⁷⁸ למרות זאת לדעת השולחן ערוך, קניין זה מועיל גם כשאדם בא להקנות מתנה לחבירו ולא רק במציאה.⁷⁹ בניגוד לכך, הש"ך⁸⁰ מצדד כראשונים הסוברים שקניין זה נתקן רק לזכייה במציאה או בהפקר, ולא לצורך קבלת מתנה.

בשו"ת דברי מלכיאלי⁸¹ נפסק שנכרי לא קונה בקניין ארבע אמות. יש להעיר על דבריו, שלכאורה הדבר תלוי במחלוקת הפוסקים שהבאנו בראשית המאמר, האם תקנו קניינים מדרבנן גם לנכרי.

10. קניין אגב

בשולחן ערוך נפסק שאדם יכול להקנות לחבירו מיטלטלין אגב הקנאת קרקע.⁸² נחלקו הפוסקים האם קניין זה מועיל מהתורה או מדרבנן. הריטב"א⁸³ מביא את שתי השיטות אך כותב לסיכום: "...דאיכא למימר דאגב דאורייתא... וזה דעת מורי נר"ו וכן כתב קצות החושן⁸⁴ בביאור דעת הנימוקי יוסף, שקניין אגב מקורו מדאורייתא.⁸⁵ לעומתם

71. תוספות כתובות לא, ב, ד"ה רב אשי.

72. תוספות שם לא, א, ד"ה דאי.

73. קצות החושן קצח, א.

74. נתיבות המשפט הקדמה לסימן ר.

75. שו"ת נפש חיה יו"ד, פה.

76. להרחבה בעניין זה ראו תורת הקניינים, ב, י, ט, ובהערות שם.

77. שולחן ערוך רסב, ב.

78. בבא מציעא יא, א.

79. שולחן ערוך חו"מ רמג, כב.

80. ש"ך שם, ט.

81. שו"ת דברי מלכיאלי א, קג.

82. שולחן ערוך חו"מ סימן רב, א-ב.

83. ריטב"א קידושין כו, א.

84. קצות החושן רב, ה.

85. כך כתבו גם תוספות קדושין ה, א, ד"ה שכן, וכן לחם משנה בדעת הרמב"ם מכירה ו, יד.

כתב הרא"ש: "והתם במילי דרבנן איירי כגון פרוזבול וקנין אגב דרבנן"⁸⁶ כלומר לדעתו הקניין חל מדרבנן. ביחס לנכרי, דעת הרמב"ן⁸⁷ שקניין אגב מועיל, ובשדי חמד כתב: "ובאמת כן דעת רובא דרובא דקנין אגב מהני בנכרי"⁸⁸. לעומתם התומים⁸⁹ סבור שקניין אגב אינו מועיל בנכרי. **קצות החושן**⁹⁰ כתב שכיוון שקניין זה מדרבנן, לכן דינו לגבי נכרי תלוי במחלוקת שהובאה בראשית המאמר אודות תחולת קניינים שמקורם בתקנת חכמים ביחס לנכרי. לדעת הסמ"ע קניין דרבנן לא חל על נכרי, ולכן נכרי אינו קונה בקניין אגב. לעומת זאת, לסוברים שקניין דרבנן מועיל גם בגוי, קניין אגב יועיל בנכרי. אולם בספר **מנחת חינוך** כתב⁹¹ שאף אם קניין אגב מקורו מדאורייתא, נכרי לא קונה בו שהרי הפסוק ממנו למדים קניין זה, מדבר על ישראל.⁹²

11. אודיתא (הודאה)

בקניין זה עסקו רבים, וכך הוא הוגדר בספר מנחת חינוך: ויש עוד קניין הכולל הכל היינו אודיתא, שמודה שמכר או נתן הקרקע או המטלטלין, אף דקמי שמיא גליא שהוא שקר, מכל מקום אודיתא גופא הוא קניין.⁹³ כלומר כאשר אדם מודה שחפץ מסוים שהיה בבעלותו שייך לחבירו – ההודאה מעבירה את הבעלות. הפוסקים נחלקו האם קניין זה מועיל מדאורייתא או מדרבנן: בנתיבות המשפט⁹⁴ כתב שהוא מן התורה וכן כתב בשו"ת חתם סופר.⁹⁵ לעומתם דעת קצות החושן⁹⁶ שהוא מדרבנן.⁹⁷ בקצות החושן⁹⁸ כתב שניתן למכור חמץ לנכרי בקניין אודיתא, ומכאן שלדעתו אודיתא מועילה בנכרי. בשו"ת עצי חיים⁹⁹ הקשה עליו, כיצד כתב קצות החושן שאודיתא מועילה

86. רא"ש בבא קמא ט, ו; וכן דעת **תוספות** בבא קמא יב, א, ד"ה אנא.

87. רמב"ן, **מלחמות ה'** פסחים ט, ב בדפי הרי"ף.

88. **שדי חמד** מערכת חמץ סימן ט, אות ל, וכן פסק **ערוך השולחן** חו"מ קצד, יא.

89. **תומים** קכג, יב.

90. **קצות החושן** קצד, ג.

91. **מנחת חינוך** מצוה שלו, י.

92. "ויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב ולמגדנות עם ערי מצורות ביהודה..." (**דברי הימים ב**, כא, ג). הכתוב מתאר שהמלך יהושפט נתן לבניו מתנות ועוסק כמובן ביהודים.

93. **מנחת חינוך** מצוה שלו, ה.

94. **נתיבות המשפט** ס, יז.

95. **שו"ת חתם סופר** יו"ד, שיד.

96. **קצות החושן** קצד, ג.

97. ראוי לציין שישנם ראשונים הסבורים שאין קניין כזה בכלל, ראה **מילואי החושן** על קצות החושן סימן קצד, הערה 31א.

98. **קצות החושן** קצד, ג.

99. **שו"ת עצי חיים** חו"מ, ב.

בנכרי אחרי שלדעתו הקניין חל מדרבנן והרי קניין דרבנן לא מועיל לנכרי לשיטת קצות החושן?

בערוך השולחן¹⁰⁰ כתב לגבי קנין אודיתא בנכרי "ונראה דאודיתא אין זה קנין אלא הודאה ותלוי בנאמנות המודה, ויפסקו הדיונים כפי ראות עיניהם", דהיינו, כיון שהקניין מבוסס על נאמנותו של המודה יש לשקול האם יש להאמין לנכרי על פי הנסיבות.

12. מעשה קניין הנהוג בין הסוחרים – סיטומתא

דרך נוספת לקניין על פי ההלכה היא המעשה הנהוג בין הסוחרים כמעשה קניין. הגמרא אומרת שמעשה המקובל כפעולת קניין בין הסוחרים – מועיל, למרות שאינו ממעשי הקניין המפורשים בתלמוד.¹⁰¹

המשמעות המעשית של הלכה זו היא שהקניין הנהוג בכל דבר, יכול להוות תחליף לקניינים השונים שנזכרו בתלמוד, וכן נפסק בשולחן ערוך.¹⁰² נחלקו האחרונים איזה תוקף יש לתת לסיטומתא – מהתורה או מדרבנן? בנתיבות המשפט כתב¹⁰³

ודין סיטומתא הוא רק קניין דרבנן, דהא קניין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפילו הכי לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין כמבואר בפוסקים.¹⁰⁴

כלומר, לא ייתכן שלמעשה קניין הנהוג בין הסוחרים יהיה תוקף מעולה יותר ממעשי הקניין שתקנו חז"ל. לעומתו כתב החתם סופר:

סיטומתא הוא קניין דאורייתא ממש והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרי שתקנו שמנהג הסוחרים קונה, אלא רבא הודיענו בבבא מציעא שהדין כן מן התורה, כל שהנהיגו הסוחרים הוי ליה כאילו התנו וכל תנאי שבממון קיים מן התורה.¹⁰⁵

וביחס לנכרי כתב¹⁰⁶ שאף הוא יכול לקנות באמצעותו וכך כתב בספר כסף הקדשים,¹⁰⁷ וכך עולה גם מדברי הרשב"א.¹⁰⁸ נחלקו הפוסקים ביחס למקום שנהגו לקנות בנתינת מעות, האם יועילו המעות גם למי שסובר שמן הדין נכרי לא קונה בכסף. הרמ"א כתב:

100. ערוך השולחן חו"מ קצד, יב.

101. בבא מציעא עד, א.

102. שולחן ערוך חו"מ רא, א-ב.

103. נתיבות המשפט כא, א.

104. כן פסקו בשו"ת הרמ"א, פז; שו"ת אמונת שמואל, מה; שו"ת מהרש"ם, ג, שעד.

105. שו"ת חתם סופר יו"ד, שיד; וכן פסק בשו"ת שב יעקב או"ח, כא; וכן הביא שו"ת מהרש"ם, ג, שעד, בשם הרדב"ז.

106. שו"ת חתם סופר יו"ד, שיד.

107. כסף הקדשים על שולחן ערוך חו"מ, רא.

108. ראו ליד הערה 133.

דאף על גב דמדין תורה אין מעות קונות, מכל מקום לא גריעי מעות מסיטומתא דקניא מדרבנן.¹⁰⁹

כלומר, אף על פי שפסק כרבנו תם שקניין נכרי במשיכה סובר הרמ"א שמעות קונות לנכרי מתורת מנהג הסוחרים.¹¹⁰ ואילו האבני נזר¹¹¹ כתב שמנהג שהוא נגד התורה לא מועיל.

ג. הגינות במסחר

נוסף על שאלת מעשה הקניין התקף בחיי המסחר יש מקום לדון בהגינות המסחר ויש הלכות רבות שמוזהרות על כך, להלן תיבחן תחולתן ביחס לנכרי.

1. אונאה

התורה אוסרת הן על המוכר והן על הקונה להונות במסחר. משמעות האיסור היא שאסור למוכר לגבות מחיר גבוה ממחיר השוק של המוצר, כמו כן אסור לקונה לשלם פחות ממחיר השוק.¹¹² אם שיעור האונאה פחות משישית, המפסיד מוחל על ההפרש והעסקה תקפה; אם האונאה היא בשיעור שישית בדיוק, העסקה אמנם לא בטלה, אך המרוויח חייב להחזיר למפסיד את ההפרש בין המחיר ששולם למחיר השוק; ואם האונאה היא בשיעור של יותר משישית העסקה בטלה.¹¹³

דין זה הוא דין מיוחד ואינו בכלל איסור גזל, שהרי ייתכן ששני הצדדים מודעים למחיר ולרכוש שהם מעבירים מיד ליד, ממילא מובן פסק השולחן ערוך: "וגוי אין לו אונאה שנאמר איש את אחיו"¹¹⁴ כלומר איסור זה מיוחד למסחר בין יהודים ולא קיים כלפי נכרי. זאת, בשונה מגזל וכל סעיפיו, כגון רמאות במשקל וכדומה, שאסור גם כלפי נכרים, כפי שפסק הסמ"ע:

אף על גב דלענין אונאה כתב הטור והמחבר דאינו עובר עליה בגוי, שאני אונאה דכתיב בהו "עמיתך" וגם לית ביה משום גזל, כיון דראה מה שקנה. מה שאין כן מידה שעל הימנותו סמך ליתן לו מדה שלימה.¹¹⁵

2. חזרה מהעסקה

בהלכה מבחינים בין שלושה שלבים בהם נמצאת העסקה ביחס לאפשרות החזרה ממנה: א. סיכום בדברים בלבד – אמנם, ניתן לבטל את העסקה, אך על מי שעושה זאת נאמר שהוא "ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו".¹¹⁶

109. שו"ת הרמ"א, פז.

110. כן כתב גם בשו"ת הרשב"א תשובות המיוחסות לרמב"ן, רכה.

111. שו"ת אבני נזר יו"ד תה, יא.

112. שולחן ערוך חו"מ רכו, א.

113. שם, ב-ד.

114. שם, כו.

115. סמ"ע רלא, א.

ב. תשלום – במקרה זה אומרים בית הדין לחזור בו: "מי שפרע מאנשי דור המבול... הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו".¹¹⁷

ג. מעשה קניין – לאחר ביצוע מעשה הקניין אין אחד מהצדדים יכול לחזור בו.¹¹⁸ ביחס לנכרי, הרי שכשנעשה מעשה קניין ודאי שאין אחד מהם יכול לחזור בו. אך האם נאמרה קללת "מי שפרע" או "מחוסר אמנה", לחזור בו מעסקה עם נכרי קודם מעשה קניין? בשו"ת מהרש"ם כתב: "לגבי עכו"ם ליכא מי שפרע כלל",¹¹⁹ מכך ניתן להסיק שאין גם דין מחוסר אמנה, שהרי הוא קל יותר. לעומת זאת בשו"ת יהודה יעלה כתב: "נראה לי אף דאין קניין חצר לנכרי מכל מקום לענין מי שפרע איכא..."¹²⁰, כלומר קללת "מי שפרע" תוטל גם על עסקאות עם נכרים.

3. המחזור אחר דבר לקנותו וקנאו

ההלכה קובעת שלאחר שהקונה והמוכר סיכמו על המחיר, גם קודם מעשה קניין כלשהו, אסור לאדם אחר לשכנע את המוכר למכור לו.¹²¹ דין זה הוא חסד מיוחד שהרי אין כאן גזל, ולכן ההלכה מחייבת נורמה כזו רק במסחר בין יהודים, כפי שכתב בשו"ת אפרקסתא דעניא:

דאפילו למאן דאמר גזל עכו"ם אסור מהתורה, מכל מקום אין לדמותו לגזל ישראל בכל פרטיו, ולא אסור בהו רק או גזל ממש... או שלא יבא עליו בעקיפין... אבל למיסר ליקח מידו הרבית שנתחייב בכל אופן שאפשר, מנא לן לאסור מה דבדינייהו גם כן שרי וחייב לשלם...¹²²

העיקרון העולה מדבריו הוא שאף שיש איסור לגנוב מהנכרי, איסורים שאינם בגדר גזל ממש אלא בגדר חסד, לא נאמרו ביחס לנכרי, כיון שבדיני הנכרים הדבר מותר.

ד. מפגש בין מערכות משפט שונות

הבעיה המהותית של מסחר בינלאומי היא במפגש בין שני צדדים הבאים ממקומות שונים, שבהם נוהגות מערכות משפטיות שונות. במקרים כאלו יש להכריע איזו מערכת משפטית חלה על ההתקשרות בין השניים. בחלק זה ייבחנו שתי שאלות: האחת, איזו מערכת משפטית חלה במקרה של מסחר בין יהודי ונכרי – האם דיני ישראל או חוקי המדינה ממנה בא הנכרי? והשאלה השנייה, כיוון שבמסחר יש משמעות רבה למנהג הסוחרים, ולא אחת

116. שולחן ערוך חו"מ רד, ו.

117. שולחן ערוך חו"מ רד, ד.

118. שולחן ערוך חו"מ קפט, א.

119. שו"ת מהרש"ם ג, ס; וכן כתב שו"ת בית שערס או"ח, קנה.

120. שו"ת יהודה יעלה או"ח, קיד.

121. שולחן ערוך חו"מ, רלו.

122. שו"ת אפרקסתא דעניא חו"מ, שיד.

קורה שהצדדים מסכמים את העסקה על בסיס הנוהג, כאן תישאל שאלה, על בסיס איזה מנהג יש לפרש את העסקה בין יהודי ונכרי מארצות שונות?

1. בפני איזו ערכאה דנים

נושא זה רלבנטי לכל דיון משפטי המתעורר בין יהודי לנכרי, ולא רק ביחס למסחר ביניהם, מכל מקום אנו נדון בו בהקשר שלנו. לגבי מצוות "דינין" המוטלת על הנכרים כתב הרמב"ם:

וכיצד מצווין הן על הדינין? חייבין להושיב דיינין ושופטים בכל פלך ופלך לדון בשש מצות אלו, ולהזהיר את העם...¹²³

הכסף משנה¹²⁴ מבאר שלדעת הרמב"ם חיוב בני נח בדינים הוא, שיעמידו דיינים לדון בדיניהם. כך משמע מדברי הרמב"ם ביחס לישראל וגוי שבאו לדין:

היה ישראל ועכו"ם (=באים לדין), אם יש זכות לישראל בדיניהן דנין לו בדיניהם, ואומרים לו: "כך דינכם", ואם יש זכות לישראל בדיניהן, דנין לו דין תורה ואומרים לו: "כך דיניהן". ויראה לי שאין עושין כן לגר תושב אלא לעולם דנין לו בדיניהם.¹²⁵

כלומר נכרי שאינו "גר תושב" הבא לדין עם יהודי, נידון על פי מערכת המשפט שתטיב יותר עם היהודי.¹²⁶ כפי הנראה, הלכה זו מבטאת את מורת הרוח מכך שהנכרי המדובר לא קיבל עליו את המצוות שהוא מחויב בהן, ואולי אף כאמצעי לחץ שישנה את דרכו.¹²⁷ אך "גר תושב", כלומר, נכרי שקיבל עליו את המצוות שהוא מחויב בהם, נידון תמיד על פי דיני הנכרים. לעומת זאת, הרמב"ן כתב:

שהדיינין שמנו לבני נח בשבע מצות שלהם אינה להושיב דיינים בלבד אבל צוה אותם בדיני גניבה ואונאה ועושה ושכר שכיר ודיני השומרים ואונס ומפתה ואבות נזיקין ודיני מלוה ולוה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהם בענין הדינין שנצטוו ישראל...¹²⁸

כלומר, לדעת הרמב"ן החיוב הוא שהדיינים ידונו בדיני ישראל.

123. רמב"ם מלכים ט, יד.

124. כסף משנה, שם.

125. רמב"ם מלכים י, יב.

126. כתב המאירי בבא קמא קיג, א, ד"ה ולענין: "ומכל מקום באותן הגדורים בדרכי הדתות לא נאמר כן, אלא אם באו לפנינו לדין אין מעבירין להם את הדרך במלא מחט, אלא יקוב הדין את ההר אם לו אם לשכנגדו".

127. כפי שכתב הרמב"ם (מלכים ח, י): "וכן צוה משה רבינו מפי הגבורה לכופ את כל באי העולם לקבל מצות שנצטוו בני נח, וכל מי שלא יקבל יהרג, והמקבל אותם הוא הנקרא גר תושב בכל מקום".

128. פירוש הרמב"ן לתורה בראשית לד, יג.

המהרש"ם¹²⁹ כותב שבהמשך למחלוקת הרמב"ן והרמב"ם על פי אלו דינים צריכים לדון דייני נכרים, חולק הרמב"ן גם על פסיקתו של הרמב"ם ביחס לישראל ונכרי הבאים לפנינו לדון, כאשר הרמב"ן סובר שבכל אופן דנים על פי דין ישראל וכן פסק בשו"ת הרמ"א.¹³⁰ החזון אי"ש הקשה על שיטת הרמב"ם:

ויש לעיין בהא דאמרו בבכורות (יג,ב) דלישראל בכסף ולנכרי במשיכה, כיון דישאל ונכרי מעיקר הדין בדיניהם דיינינן להו,¹³¹ ואם כן אין לן נפקותא בדיני ישראל, שאם דיניהם לקנות בכסף וקנה חפץ בכסף והזול אינו יכול לחזור ואם הוקר, הדין נותן שאין ישראל חוזר כיון דבדיניהם דיינינן להו.¹³²

כלומר, לשם מה קבעה התורה שנכרי קונה בקניין זה או אחר, אם ההלכה היא שעליהם לדון בדיניהם? החזון אי"ש מיישב קושיא זו בשתי דרכים:

וצריך לומר דקרא איירי בעכו"ם לאחר שלא קיימו ז' מצוות ואז יש לישראל זכות דין ישראל והלכך אם קנה הנכרי בכסף והוקר, אילו היה דין ישראל גם כן בכסף לא היה יכול לחזור, אבל עכשיו שאמרה תורה נכרי מישראל במשיכה יכול לחזור.

כלומר מעשי הקניין שקבעה תורה לנכרים מתייחסים לנכרי שאינו מקיים שבע מצוות בני נוח, ואז יש לדון אותו בדיני ישראל שנקבעו לנכרים. החזון אי"ש מיישב באופן נוסף והוא האופן הנראה לו יותר:

ויותר נראה דהא דאמרה תורה נכרי במשיכה הוא אפילו בגר תושב, ועל הנכרים לקבוע כן בדיניהם. שבזמן שמשאם ומתנם עם ישראל אין קניין בכסף אלא במשיכה ונמצא דיננו ודיניהם שוה בזה, ואם קנה ישראל בכסף והוקר יכול הנכרי לחזור ואף בבאין לדון לפני בית דין של ישראל, ודיניהם דכסף קונה (הוא) נכרי בנכרי מכל מקום במכר לישראל יכול לחזור.

כלומר, התורה קובעת שעל הנכרים לקבוע בדיניהם שבמסחר עם יהודי מעשה הקניין יהיה על פי מה שקבעה התורה. זאת, בדומה לדברי הרמב"ן שדיני הנכרים צריכים להיות כדיני ישראל.

הרשב"א עמד על סיבה נוספת לתקפות מעשי הקניין הקובעים בדיני הנכרים:

נראין הדברים שכיון שבדיניהם בזמן הזה קונים זה מזה בכסף אף אנן מינייהו קונים מהם בכסף בדיניהם שלא תהא אלא שנהגו הנהגה מילתא היא ואפילו ישראל בישראל וכאותה שאמרו פרק איזהו נשך האי סטומתא קניא.¹³³

כלומר, הרשב"א אומר שאם נהגו הנכרים שמעות קונות נקבל זאת מדין סטומתא.

129. שו"ת מהרש"ם ד, פו.

130. שו"ת הרמ"א, י.

131. מכאן ראייה לדברינו לעיל, שמעיקר הדין נכרי וישראל דנים בדיניהם, ונכרי שלא קיבל עליו המצוות המחויב בהם נקנס בכך שידו על התחתונה בדין עם ישראל.

132. חזון אי"ש בבא קמא י, ב.

133. שו"ת הרשב"א תשובות המיוחסות לרמב"ן, רכה.

באנציקלופדיה תלמודית¹³⁴ ניסחו את דעת הרשב"א כך: "שאינ דנים בדינים שפסקה להם תורה אלא במקום שאין לגויים מנהג ידוע... אבל דיניהם שנהגו בהם, הנהגתם דבר הוא ודנים אותם לפי מנהגיהם". כלומר לפי הרשב"א הדיון ההלכתי כיצד קונה נכרי רלוונטי רק כשאין להם מנהג ידוע שבאופן זה קבעה להם התורה דרכים שונות לקניין.

2. כיצד מכריעים בין מנהגי מקומות שונים

במקרים רבים יש למנהג השפעה על דיני המסחר, כגון, במעשה קניין המבוסס על מנהג שהוזכר לעיל. לאור זאת יש לדון כיצד יש להכריע במקרה שהקונה והמוכר באים ממקומות שונים, בהם מנהגי קניינים שונים, כיצד יש לנהוג במקרה כזה – על פי מקומו של המוכר, מקומו של הקונה, או המקום בו סוכמה העסקה?

שאלה זו נפוצה במיוחד במסחר בינלאומי כששני הצדדים באים ממקומות שונים, ואת העסקה מסכמים לעתים במקום שלישי.

דין דומה מצאנו בגמרא ביחס למנהגים שונים בתנאי העסקת פועלים. כידוע הכלל בדיני פועלים הוא "הכל כמנהג המדינה"¹³⁵, על פי זה שאלה הגמרא:

וליחזי היכי נהיגי? בעיר חדשה! וניחזי מהיכא קא אטו? בנקוטאי (=שנתלקטו ממקומות הרבה).¹³⁶

כלומר, נוהגים כמנהג המדינה בו עובדים הפועלים אלא אם כן מדובר בעיר חדשה, אז נוהגים כמנהג המקום ממנו באו תושבי העיר, ואם בני העיר באו ממקומות שונים הרי שאין מנהג בעיר זו.

הבית יוסף¹³⁷ הביא תשובת ריב"ש¹³⁸ הדנה על חזן העיר שרצה לפטור עצמו מהמס, הריב"ש כותב שנוהגים כמנהג העיר בה החזן נמצא, ומוסיף "ולמנהג מקומות שבא משם החזן אין להביט כלל".

על פי עיקרון זה מבאר הריב"ש דברי התלמוד ירושלמי¹³⁹ שאדם ההולך לשכור פועל במקומו נוהג עימו כמנהג עירו של הפועל, אך אם הפועל הולך להשכיר עצמו במקום אחר, עליו לנהוג כמנהג המקום שנשכר שם. וכן פסק הרמ"א:

לא היה מנהג בעיר אבל רוב אנשי העיר באים ממקום שיש שם מנהג, אזלינן בתר מנהג העיר שבאו משם, הלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או איפכא, אזלינן בתר המקום ששכר שם הפועלים.¹⁴⁰

העולה מכל האמור לענייננו הוא, שיש לנהוג על פי מנהג המקום בו נחתמה העסקה.

134. אנציקלופדיה תלמודית ערך גוי.

135. בבא מציעא פג.א.

136. בבא מציעא פג.ב.

137. בית יוסף חו"מ שלב, מחודש סעיף ו.

138. שו"ת ריב"ש, תעה.

139. ירושלמי בבא מציעא ז, א.

140. רמ"א חו"מ שלא, א.

ה. סיכום

1. מעשה הקניין

במאמר זה נסקרו אופנים שונים לקניין מיטלטלין, תוך מתן דגש על שיטות הראשונים והאחרונים לגבי מעשי הקניין השונים שמועילים במסחר עם נכרי. בהקשר זה הוזכרו מספר מחלוקות מרכזיות:

- א. האם מעשה הקניין הוא בתשלום או במשיכה (כדעת הרמב"ם), או שמא רק במשיכה (כדעת הרא"ש).
 - ב. האם מעשה קניין מדרבנן מועיל גם במסחר עם נכרי (כדעת הש"ך) או שמא תקנות חז"ל בענייני קניין לא חלות על נכרים (כדעת הסמ"ע).
- אולם מוסכם על הפוסקים שלמעשה קניין הנהוג בין הסוחרים, יש תוקף גם במסחר עם נכרי.

2. דיני הגינות במסחר

איסור גזל כולל גם גזל מנכרים, אולם ההלכות העוסקות בהגינות יתירה במסחר אינן חלות על מסחר עם נכרים, ובכלל זה: איסור אונאת מחיר (סטייה ממחיר השוק), איסור חזרה מעסקה טרם סיומה (מחוסר אמנה, וקללת "מי שפרע"), וחתימת עסקה עם מוכר תוך הקדמת קונה אחר שלא הספיק לסיים את העסקה. העיקרון העולה מהלכות אלה שהגינות יתירה במסחר הינה חובה פנים-יהודית, בזמן שבמסחר עם נכרים די בהימנעות מגזל והטעיה.

3. מפגש בין מערכות משפט

מוסכם שכאשר נכרי שאינו שומר שבע מצוות בני נוח מתדיין עם יהודי, יש לדון אותו על פי מערכת המשפט שמיטיבה עם היהודי. כאשר מדובר בנכרי המקפיד על שבע מצוות בני נוח לדעת הרמב"ם יש לדון אותו "בדיניהם", אולם פרשנות מושג זה שנויה במחלוקת. מהרמב"ם משמע שמדובר בדינים שקבעו הנכרים לעצמם, והרמב"ן כתב שעל הנכרים לקבוע דינים הזוהים לאלה הקבועים בתורה. החזון איש כתב שעל הנכרים לאמץ את ההלכות העוסקות במעשה הקניין של נכרים המופיעות בתורה, כאשר הם סוחרים עם יהודים. והרשב"א כתב שיש תוקף לדיני הנכרים מכוח היותם מנהג. מסקנה נוספת שעלתה היא שכאשר שני הצדדים באים ממקומות שונים. במקרה כזה יש לנהוג על פי המנהג במקום חתימת העסקה. לסיום יש להעיר כי צירוף הקביעה האחרונה לדברי הרשב"א, מעלה שבדרך כלל יש לדון על פי מערכת המשפט הנוהגת במקום בו נחתמה העסקה.



עסקאות במקרקעין

העברת בעלות על מקרקעין בימינו

הרב יועזר אריאל

א. מבוא	ג. חיוב שכן בהוצאות הרחבת הדירה שמעליו
ב. תביעה לביטול מכירת דירה	1. העובדות
1. העובדות	2. משמעות הבעת הכוונה להרחיב את הדירה
2. דין הבעלות על דירה	בעתיד
3. דיון בחיובים הכספיים	3. חיוב בהוצאות מכוח קניין חצר
4. תחולתו למפרע של פסק הדין	4. משמעות הקניין ללא רישום בטאבו
5. זכויותיו של רוכש דירה שאיננה רשומה	5. חיוב בשל עליית ערך הדירה
	6. שיעור ההשתתפות בהוצאות
	7. מסקנה

א. מבוא

המשנה במסכת קידושין מציגה את הקניינים שבהם נקנים מקרקעין:

נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף בשטר ובחזקה.¹

נוסף למעשי קניין אלו, נאמר בגמרא במסכת בבא מציעא² שקרקע נקנית גם בקניין סודר, על פי הכתוב: "שלף איש נעלו ונתן לרעהו".³

הסיבה לכך שקניין סודר לא הוזכר במשנה במסכת קידושין היא, שהמשנה דנה רק במעשי קניין המיוחדים לקרקע, ואינם נוהגים במיטלטלין, לעומת זאת קניין סודר נוהג גם במיטלטלין.

מעשה קניין נוסף שלא הוזכר במשנה במסכת קידושין, הוא קניין חצר שאף הוא מועיל להקניית מקרקעין, כעולה מדברי הנימוקי יוסף.⁴ כגון: הבונה מבנה על קרקע חצרו ומתכוון להקנות את המבנה בקניין חצר לבעל הקרקע. אמנם קניין חצר לא הובא במשנה במסכת

* הרב יועזר אריאל, דיין בבית-הדין הרבני האזורי בצפת ובטבריה.

1. קידושין כו, א.

2. בבא מציעא מז, א.

3. רות ד, ז.

4. נימוקי-יוסף על הרי"ף בבא בתרא ג, א, ד"ה מתניתין.

קידושין, והנימוק לכך הוא, משום שקנין חצר אינו מיוחד לקרקע דווקא, שהרי הוא נוהג גם במיטלטלין.⁵

על פי החוק המקובל במדינת ישראל, הבעלות במקרקעין עוברת מאדם לזולתו רק באמצעות רישום העברת הבעלות בלשכת רישום המקרקעין (טאבו). מצב זה מעורר לעתים תכופות שאלות אודות תוקפם ההלכתי של קנייני מקרקעין אותם קבעו חכמינו, כשאין רישום בטאבו. שאלה זו נידונה גם בשני פסקי דין שניתנו בביה"ד הרבני בצפת. מאמר זה מעובד מתוך נימוקי לשני פסקי הדין.

ב. תביעה לביטול מכירת דירה

1. העובדות

פלוגי מכר את דירתו בשנת תשנ"ה במחיר של 95,000 דולר. הקונה שילם בשלב ראשון סך של 60,000 דולר, והתחייב לשלם את יתרת הסכום לאחר שהמוכר יגמור את השיפוצים הנדרשים בדירה. אולם המוכר לא גמר לשפץ את הדירה במועד שנקבע, ובשל כך התעכב סיום העסקה בכמה שנים. אחרי שהמוכר סיים את השיפוץ, התברר ששני הצדדים אינם מסוגלים לסיים את העסקה או לבטלה: הקונה לא היה מסוגל לתת למוכר את הסכום שנותר לו לשלם, ולמוכר לא הייתה אפשרות כספית להשיב לקונה את הסכום שקיבל.

דיון ראשון בעניין התקיים בשנת תשנ"ח בביה"ד הרבני בצפת. בית-הדין פסק, שבשל העיכוב במסירת הדירה, מוטל על המוכר לשלם לקונה סך של 11,200 דולר, פיצוי חלקי על הוצאות שכר דירה, שנאלץ הקונה לשכור בינתיים, בשל העיכוב במסירה.

את הטיפול בשאלת ביטול המכר, העביר בית-הדין לבוררות בפני אחד מדייני ביה"ד הרבני בצפת. בפני הבורר, העלו הצדדים טענות חדשות: המוכר טען, ששיפץ את הדירה בהתאם לבקשת הקונה, אולם לאחר מכן ביקש ממנו הקונה להרוס קירות ולשפץ את הדירה בצורה אחרת. בשל כך, נאלץ המוכר לשאת בהוצאות כבדות, והוא תובע אותן מהקונה.

כיוון שהקונה לא היה מסוגל לשלם את הסכום הנותר ממחיר הדירה, פסק הבורר שהמכר בטל, ועל המוכר להחזיר את הכסף שקיבל מהקונה, חזאת נוסף לסך 11,200 דולר שעליו לפצות את הקונה בגלל הוצאותיו לתשלום שכ"ד. פסק הדין לא בוצע משום שהמוכר לא היה מסוגל להשיב לקונה את כספו.

מאחר שפסק-הדין לא בוצע, שבו הצדדים בשנת תשס"ד לביה"ד הרבני בצפת, אשר פסק שמכיוון שאין ביד המוכר להשיב לקונה את כספו, תירשם הדירה על שם הקונה, והוא יידרש לשלם את יתרת מחיר הדירה, שעמדה, לאחר קיזוז חובות המוכר כלפי הקונה, על סך של 25,000 דולר.

גם פסק דין זה לא קיים, ולכן הדירה לא נרשמה על שם הקונה. אולם, בשנת תשס"ה הגיעו הצדדים להסכם פשרה, לפיו תירשם הדירה על שם הקונה, אחר שישלם למוכר סך של

5. פרטי ההלכות של קנייני מקרקעין התבארו היטב בשולחן ערוך חו"מ קצ-קצה.

15,000 דולר. הסכם הפשרה כלל גם פיצוי על תביעה נוספת של הקונה, לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה שקיבל המוכר מאת הדיירים שדרו בדירה הנמכרת, כיוון שכבר בשנת תשנ"ה שילם בעבור הדירה סך של 60,000 דולר, סכום שמהווה כשני שלישי ממחיר הדירה! בהסכם נקבע, שהקונה יוותר על תביעתו, לקבל את חלקו בשכר הדירה שגבה המוכר, ובתמורה יוותר המוכר על תביעתו לקבל פיצוי על ההוצאות שנגרמו לו בשל שיפוצים מיותרים.

מאוחר יותר באותה שנה (תשס"ה) הופיעה אשת המוכר בפני ביה"ד, וחתמה על הסכם בוורות, בו נכתב: "בין לדין בין לפשרה". האשה טענה בפני ביה"ד, שמאחר שנפרדה מבעלה, היה מוטל על הבעל, לקבל את הסכמתה הן לדיון בביה"ד בשנת תשס"ד, והן לחתימה על הסכם הפשרה. מכיוון שלא עשה כך, יש לבטל הן את פסק הדין שניתן בשנת תשס"ד, והן את הסכם הפשרה, ולחזור לפסק דינו של הבורר משנת תשנ"ח, לפיו יש לבטל את המכר לפחות בכל הנוגע לחלקה.

2. דין הבעלות על דירה

לכאורה נראה שהדין עם האשה, ויש לבטל את הסכם הפשרה וכן לבטל את זכות העברת הדירה על שמו של הקונה משתי סיבות:

ראשית, הסכם הפשרה לא יכול לחייב את אשת המוכר, כיוון שלטענתה היא בעלת מחצית הזכויות בנכס, ולא הייתה צד להסכם.

שנית, כיוון שבית-הדין הרבני בצפת פסק בשנת תשס"ד, שיש לרשום את הדירה על שמו של הקונה, ולא היה מודע לכך, שהמוכר לא מייצג את אשתו בפני בית-הדין, הרי שכל פסק הדין מבוסס על הנחה מוטעית, וממילא אינו תקף ביחס לחלק האשה. לכן אף זכות העברת הדירה על שם הקונה, בהתאם לפסק בית-הדין, דינה להתבטל.

משנקבע כך, לכאורה יש לקבל את טענתה, שפסק הדין היחיד המחייב מבחינתה של האשה, הוא פסק דינו של הבורר משנת תשנ"ח, לפיו יש לבטל את המכירה של הדירה ולהשיבה למוכרים, לפחות בכל הנוגע לחלקה של האשה בדירה.

אולם כיוון שבדיון האחרון הסמיכה האשה את בית-הדין לבצע פשרה, רשאי בית-הדין להכריע על פי הנתונים שבפניו ועל פי שיקול דעתו, כדי למצוא את הפתרון הצודק והיעיל ביותר, הן בנוגע לשאלת הבעלות על הדירה, והן בנוגע לשאלת החיובים הכספיים של הצדדים, זה כלפי זה.

בנוגע לשאלת הבעלות על הדירה, נראה לביה"ד שהפתרון היעיל והצודק ביותר הוא, לקיים את המכר, ולהעביר גם את חלקה של האשה בדירה לקונה. פתרון אחר, לפיו הבעלות בדירה תהיה משותפת לקונה ולאשת המוכר אינו סביר. שני הצדדים אינם מעוניינים להיות שותפים בעל כרחם, והיעילות מחייבת שהדירה תהיה תחת בעלות אחת בלבד. לכן מכוח סמכותו לפשר בין הצדדים, הכריע בית-הדין שהדירה תירשם על שם הקונה, והקונה ישלם למוכר ולאשתו את יתרת החוב עבור מכירת הדירה.

3. דיון בחיובים הכספיים

אשת המוכר אינה נחשבת לצד בויתורים הכספיים שוויתר בעלה לקונה. לפיכך יש לברר, מהו הסכום שהקונה חייב לשלם לאשת המוכר?

כאמור, בעת המכירה נקבע מחיר הדירה על סך של 95,000 דולר, מתוכם 60,000 דולר שולמו על ידי הקונה, כך שנותר חוב בסך של 35,000 דולר למוכרים.

אכן בשנת תשס"ד הפחית בית-הדין חלק מחובו של הקונה למוכר, ופסק שהקונה ישלם למוכרים סך 25,000 דולר. אולם, היות שפסק הדין ניתן בהיעדרה של האשה, והיא לא הסמיכה את בית-הדין לשמש כבורר בסכסוך הכספי, פסק דין זה אינו מחייב מבחינתה. אי לכך, על הקונה מוטל לשלם לאשה מחצית מיתרת החוב של 35,000 דולר, דהיינו 17,500 דולר.

כיוון שעוד לפני הפירוד בין בני הזוג מוכרי הדירה – בשנת תשנ"ח, פסק בית-הדין שעל המוכרים לפצות את הקונה על הוצאותיו בשל העיכוב במסירת הדירה בסך של 11,200 דולר, פסק דין זה מחייב אף את אשת המוכר, שחיה באותה שעה בשלום עם בעלה, והייתה שותפה מלאה לדיון. פסק הדין לא בוצע על ידי המוכרים ולכן יוצא שהאשה חייבת לשלם לקונה מחצית מסכום זה, דהיינו סך של 5,600 דולר. סכום זה יקוּזו מן החוב הנ"ל, בסך 17,500 דולר, שעל הקונה לשלם לאשה.

4. תחולתו למפרע של פסק הדין

אשת המוכר לא הייתה צד להסכם הפשרה, שנחתם בשנת תשס"ה בין בעלה ובין הקונה. בהסכם הנ"ל הכיר הבעל בזכותו של הקונה לקבל חלק יחסי משכר הדירה, שקיבל מהשכרת הדירה לאדם אחר, ובתמורה לכך הבעל וויתר על דמי השיפוצים שביצע בדירה. לטענתה, החל משנת תשנ"ח בטלה המכירה, על פי פסק דינו של הבורר היחיד, אי לכך ההסכם יסודו בטעות, כי על פי פסק דינו של הבורר שניתן בתשנ"ח, המכר בטל והדירה אינה בבעלות הקונה. בהתאם לכך, הקונה לא היה זכאי לקבל שכר דירה החל משנת תשנ"ח, ואין כל היגיון בהסכמתו של בעלה לשעבר, למחול על הפיצוי שהקונה חייב לו עבור השיפוצים המיותרים שביצע, בתמורה לויתור על שכר הדירה מצידו של הקונה, משום שלשיטתה הקונה לא היה זכאי לקבל שכר דירה עבורה, וממילא לא וויתר על דבר!

גם פסק הדין שניתן בי"ב כסלו תשס"ד שבו נקבע שהדירה שייכת לקונה, לא היה בר-תוקף ביחס לאשה, הואיל וניתן בהיעדרה. אי לכך אף לאחר פסק דין זה, לא היה זכאי הקונה לקבל שכר דירה, אלא רק כנגד חלקו היחסי במחצית הדירה השייכת לבעל, ולא עבור חלקו במחצית השנייה השייכת לאשה. גם הסכם הפשרה משנת תשס"ה, לפיו יקבל הקונה חלק משכר הדירה, לא נעשה בהסכמת האשה, לכן הסכם זה אינו מחייב את האשה, ויש לברר האם גם על פי עיקר הדין, הקונה זכאי לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה?

לצורך בירור ההלכה, יש לענות על שאלה בסיסית: האם הכרעתנו בשנת תשס"ד, להעברת הדירה על שמו של הקונה חלה למפרע מיום המכירה משנת תשנ"ה, שהרי הצדדים קבלו את סמכות ביה"ד, וביה"ד מוסמך להורות, שמכיוון שהמוכרים לא קיימו את פסק דינו של הבורר, ולא השיבו לקונה את כספו, לכן מתבטל פסק דינו של הבורר שביטל את המכירה,

והבית שייך לקונה למפרע. מאידך ניתן לומר שמכיוון שגם הקונה לא עמד בתנאי המכר ולא שילם את מלוא התמורה, לכן פסק דינו של הבורר נשאר בתקפו, ופסק הדין משנת תשס"ד המעביר את הדירה לקונה, אינו חל למפרע, אלא רק מכאן ולהבא – משנת תשס"ד. בהתאם לכך יהא עלינו לדון בשאלה, האם הקונה זכאי לפי עיקר הדין, לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה שקיבל המוכר מהשוכר, מעת שהקונה שילם את הסכום הראשוני, לפני כעשר שנים.

על שאלה זו ניתן ללמוד לכאורה, מדין ביטול תנאי בגט, וכך פוסק הטור, בשם אביו הרא"ש: כתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל בתשובה, באחד שנתן גט מעכשיו, אם לא יבוא תוך שתי שנים, שיכול לבטל התנאי ותינשא מיד, כי בביטול התנאי, חל הגט למפרע משעה שיבוא הגט לידה.⁶

דהיינו אדם נתן גט, והתנה שאם ישוב לביתו בתוך שנתיים, הגט יתבטל, ולאחר מכן ביטל את התנאי. באותה תשובה פסק הרא"ש, שהגט חל למפרע. לדעת החזון איש,⁷ זו גם דעת הרמב"ם.

לכאורה יש מקום להשוות את הנושא הנידון להלכה זו: בדומה למתן הגט, אף מכירת הבית הותנתה בחוזה, בהתקיימות מספר תנאים (שיפוצים והשלמת היתרה). מכירת הבית בוטלה, כיוון שהקונה לא קיים את חלקו בהסכם, ולא שילם את מלוא התמורה. אולם מאחר שהצדדים הגיעו להסכם פשרה שבמסגרתו מחלו זה לזה על תנאי המכירה, על פי העיקרון שקבע הרא"ש, יש לקבוע שהמכר חל למפרע. לפיכך הקונה זכאי לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה שגבו המוכרים.

אבל לכשנעניין שוב בדבר, נמצא שאין הנידון דומה לראיה: את התנאי ניתן לבטל רק קודם שהתקיים התנאי. כך גם בשאלה בה דן הרא"ש: הבעל גירש את אשתו אם לא יבוא תוך שנתיים, ומחל על התנאי לפני שהתקיים, דהיינו בתוך השנתיים. לכן האשה מגורשת למפרע, מהשעה בה ניתן לה הגט. אכן, אם הבעל ישוב לביתו לפני תום השנתיים שקבע, ובכך יקיים את התנאי המבטל את הגירושין, שוב לא יוכל לבטל את התנאי ולקיים את הגירושין למפרע. כך משמע גם מנימוקו של הרא"ש:

אפילו הכי ביטול התנאי מועיל, דמילתא דפשיטא היא, **דיבור מבטל דיבור לקיים המעשה**.⁸

אם כן הנימוק לביטול התנאי הוא, משום ש"אתי דיבור ומבטל דיבור", אבל אחרי שנגמר מעשה הגירושין והתקיים התנאי, אין בכוחו של **דיבור** (ביטול התנאי) לבטל **מעשה** (גירושין). כך גם ביאר החזון איש את דברי הרא"ש:

שדעתו [של הרא"ש] שכל זמן שקיים הגט תלוי ועומד, יכול לבטל תנאו, ואתי **דיבור אחרון ומבטל דיבור**.⁹

6. טור אה"ע קמג, בסופו; ומקורו בשו"ת הרא"ש מו, ב.

7. חזון איש קידושין נג, ב.

8. שו"ת הרא"ש מו, ב.

לפיכך ביטול התנאי יכול להיעשות דווקא "כל זמן שקיים הגט תלוי ועומד". אבל אם הבעל קיים את תנאו, ובא בתוך השנתיים, הרי שהתבטל מעשה הגירושין על פי התנאי שנקבע מראש. לאחר ביטול מעשה הגירושין לא יוכל הבעל למחול על התנאי, ולקיים את מעשה הגירושין, כי המחילה היא בגדר דיבור, ובאמצעותו של דיבור לא ניתן לבטל מעשה (הפקעת מעשה הגירושין), לא מכאן ולהבא, ולא למפרע.

לכן גם בנידון שלפנינו, לאחר שהבורר פסק בשנת תשנ"ח, שהמכר בטל לגמרי, בנימוק ששני הצדדים הפרו את תנאיו, לא ניתן להחיל **למפרע** את הבעלות על הקונה, או את זכות המגורים או את זכות השכרת הדירה.

נמצאנו למדים שהחלטת בית-הדין משנת תשס"ד אינה חלה **למפרע**, אלא היא קובעת שרק **מכאן ולהבא** כל הזכויות שבדירה יועברו לקונה. לפיכך הקונה אינו זכאי לתבוע את חלקו בשכר הדירה שקבלו המוכרים מהשוכר בתקופה שקדמה לפסק הדין הנוכחי, כיוון שלאחר פסק הבורר בשנת תשנ"ח, הבעלות על הדירה חזרה במלואה למוכרים, ושכר הדירה שייך להם בלבד.

5. זכויותיו של רוכש דירה שאיננה רשומה

סיבה נוספת מדוע אין להכיר בבעלותו של הקונה, או בזכות השכרת הדירה למפרע: אילו היה הקונה רוכש את הדירה באמצעות מעשה קניין מופר על פי ההלכה, היה מקום לדון שמא המכר חל למפרע, מכוח הקניין שנעשה בעבר. אבל, עסקת המכר דנו, לא בוצעה באמצעות מעשה קניין תקף, המעביר את הבעלות לקונה על פי דין התורה, אלא באמצעות חוזה מכר, שבו נקבעה רק התחייבות של המוכרים, לרשום את הדירה על שם הקונה בלשכת רישום המקרקעין.

כיום מקובל בחוזי מכר דירה לכתוב שהמוכר מתחייב להעביר את הבעלות על הדירה, ולא שבעל הדירה מוכר את הדירה. כיון שהעברת הבעלות בימינו אינה מתבצעת בקנין כסף או בשטר, אלא באמצעות הרישום בטאבו. הרישום הוא קנין **סיטומתא** המקובל היום, שנעשה לקנין היחיד והרשמי בזמן הזה, שיש לו תוקף הן מצד החוק והן מצד מנהג המדינה.

לכן גם אם שולמו חלק מכספי המכירה בשעת החוזה, לכספים אלו אין תוקף של **קנין כסף**, כיוון שהחוזה נכתב בנוסח של **התחייבות** להעברת הבעלות על הדירה **בטאבו**. מכאן שהצדדים הסכימו ביניהם בחוזה, שהמכירה תתבצע רק בקנין **סיטומתא** – באמצעות הרישום בטאבו, **ולא קודם לכן**. אשר על כן, הכספים ששולמו עבור המכירה בשעת חתימת החוזה, אין להם תוקף של **קנין כסף**.

אמנם בחוזה נכתב, ש"הקונה מצהיר, כי ידוע לו, שהרישום בטאבו עלול להימשך זמן ניכר". ולכאורה, משמעותה של הצהרה זו היא, שהצדדים הסכימו שהמכר אינו תלוי ברישום בטאבו!⁹

9. חזון אי"ש קידושין, נג, ב.

10. [הערת עורך: גם אם הצדדים קבעו כך במפורש, יש מקום לדון האם ניתן לבצע העברת בעלות על מקרקעין ללא רישום, וראה בעניין זה מאמר של הרב חיים וידאל בספר זה. ע.ר.]

אבל נראה שפירושה של ההצהרה הנזכרת אינו כן. הקונה התכוון לשלם את מלוא הסכום, עוד לפני הרישום בטאבו, כדי שיוכל להיכנס לדירה לפני רישומה בלשכת רישום המקרקעין. לפיכך דין מכירה זו כדין המוכר פירות דקל ומתחייב להעביר לקונה גם את גוף הדקל לאחר זמן. גם כאן, המוכר התחייב למכור את פירות הנכס – זכות המגורים בדירה, במועד השלמת התשלום על הדירה, בעוד שהעברת הבעלות הגמורה על גוף הבית, נקבעה למועד מאוחר יותר – בעת רישום הדירה בלשכת רישום המקרקעין, כי לפי החוק ומנהג המדינה רק רישום שכזה נחשב לקניין גמור.¹¹

אמנם החזון איש כתב:

והלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר, או שקנה בחזקה, או קנה בקנין סודר, קנה, אף על גב דלא כתב בטאבו, ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור.¹²

לכאורה יש ללמוד מדבריו, שאם הקונה שילם כסף עבור הדירה, הוא קנה את הדירה בקניין גמור, ללא צורך ברישום בטאבו!

אלא שיש להבחין בין הנושא בו אנו עוסקים, למקרה בו דן החזון אי"ש: החזון אי"ש עסק במי שביקש להעביר את הבעלות בדירה **לא לטר**, באמצעות קניין כסף או קניין חזקה או קניין סודר, ואף התנה במפורש שהקניין יחול ללא שטר. מה שאין כן בנידון שלפנינו, שידוע לנו שהכסף לא ניתן בתורת **קניין**, כי השטר לא נכתב בנוסח של **מכירה**, אלא בנוסח של **התחייבות**. כך עולה למשל מן הפסקה הבאה בחוזה: "המוכר מתחייב בזה כלפי הקונה... להעביר ולרשום את הזכויות בדירה על שם הקונה בטאבו".

יש לציין שבספר שבט הלוי¹³ כתב שכל זמן שהקונה לא שילם את כל התמורה עבור הדירה, הוא לא קנה את הדירה. זאת, למרות שעל פי דין גם תשלום חלקי נחשב למעשה קנין מספיק, כיון שהמוכר אינו גומר בדעתו לקנות את הדירה עד שהקונה יעמוד בכל התחייבויותיו. אלא שלדעתנו אם הקונה מילא את התחייבויותיו, והמוכר מסר לו את מפתח הדירה, "הרי זו **שעת הקנין**" עוד לפני ההעברה בטאבו.

על דבריו קשה, שהרי בחוזים המקובלים היום, נכתב בפירוש שהבעלות תעבור לקונה בהעברה בטאבו, אחרי שהקונה יסיים את התשלומים! אם כן כיצד יקנה הקונה במסירת המפתח לפני שעת ההעברה בטאבו, בניגוד להתחייבות המוכר בחוזה?

בכל אופן, בחוזה שלפנינו המוכר והקונה ניסחו את שטר המכר ביניהם, כפי שמקובל היום במכירת מקרקעין לכתוב **שטר התחייבות** ולא **שטר מכירה**, משום שהצדדים ידעו שעל פי החוק, אין הבעלות במקרקעין עוברת, אלא לאחר הרישום בלשכת רישום המקרקעין. אם

11. [הערת עורך: גם לפני רישום מלא, ניתן לרשום מכוחו של החוזה הערת אזהרה בטאבו, שתעניק לקונה הגנה מפני נושי המוכרים, ותוצאותיה זהות כמעט לקניין גמור. י.א.]

תשובת הכותב: המוכר התחייב בחוזה להעביר לקונה את הבעלות בצורה מלאה בטאבו, והקונה לא ויתר על זכות זו, אלא שהסכים שההעברה תתבצע במועד מאוחר יותר.

12. חזון איש ח"מ, ליקוטים טז, ד.

13. שו"ת שבט הלוי ט, שו; דבריו הובאו בספר **עמק המשפט** א, סי' טו.

כן ברור הוא שהמוכר לא התכוון **למכור** את הבית באמצעות שטר או כסף, אלא **להתחייב** למכור בהמשך על ידי רישום הדירה בטאבו.

כך גם עולה מהמשך החוזה, שם נאמר: "הקונה מצהיר כי ידוע לו שהרישום בטאבו עלול להימשך זמן ניכר". הצהרה זו מוכיחה, שהקונה ידע שרק לאחר רישום הדירה על שמו בלשכת רישום המקרקעין הוא יהיה לבעליה, אך הסכים להתאזר בסבלנות עד העברת הבעלות כמקובל.

עם זאת כאמור לעיל, סוכם ביניהם שהקונה יזכה בזכות השימוש בדירה, עוד לפני רישום הדירה בלשכת רישום המקרקעין. בחוזה נקבע שזכות זו לא תהיה תלויה ברישום הדירה בטאבו, והיא תתחיל במועד בו יסיים הקונה לשלם למוכר את מלוא הסכום על פי החוזה. אבל כיוון שהקונה לא היה מסוגל להשלים את הסכום הנדרש עבור הדירה, פסק הבורר בשנת תשנ"ח, שהעסקה בטלה לגמרי, הן ביחס לגוף הדירה והן ביחס לפירותיה.

לאור האמור כאן, ברור מאליו שאין כל יסוד לטענה, שיש להחיל את העברת הבעלות בדירה **למפרע** על שם הקונה, אלא רק **מכאן ולהבא** – משנת תשס"ד, משעה שהעביר בית-הדין את הזכות בבית לקונה, בקביעתו שהדירה תירשם בטאבו על שם הקונה. משעת פסק הדין, היה המוכר צריך להעביר את הדירה בטאבו לאלתר, והקונה זכאי לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה. אם המוכר לא הזדרז לרשום את הדירה בטאבו, הקונה אינו מפסיד בשל כך את חלקו בשכר הדירה. אבל הקונה אינו זכאי לקבל שכר דירה, שנגבה בתקופה שלפני פסק הדין משנת תשס"ד.

באשר לחלקה של האשה בשכר הדירה שנגבה מהמוכר, אין כל יסוד לטענה שיש לקונה זכות בחלק זה, שכן האשה מעולם לא הסכימה לקיים את המכר, לאחר שהוא בוטל בשנת תשנ"ח, וגם פסק הדין של בית הדין משנת תשס"ד, המעביר את הדירה לקונה, אינו חל על חלקה של האשה שלא הייתה צד בדיון, אלא רק משעת פסק-הדין הניתן היום. לפיכך אין לקונה זכות לתבוע למפרע מהאשה את חלקו היחסי בשכר הדירה שגבתה האשה, כיוון שעד היום הייתה הדירה בבעלותה הגמורה, וגבתה את שכר הדירה כדין.

לפיכך, ההנחה שעמדה בבסיס ההסכם שבין המוכר והקונה, לפיה הדירה נמצאת בבעלות הקונה ויש לו זכות בשכר הדירה, ומכוחה מחל המוכר על הוצאותיו תמורת קיזוז שכר הדירה, מתבררת כשגויה.

למרות זאת, נראה שהפשרה שנעשתה בין בעל המוכרת ובין הקונה, אינה פשרה בטעות, וניתן להחיל אותה גם על אשת המוכר. אמנם עד שנה זו הקונה לא זכה במלוא הזכויות בדירה, אבל הסכם הפשרה שנעשה בשנת תשס"ה בין המוכר ובין הקונה, מהווה פיצוי על ביטול כיסו של הקונה בסך 60,000 דולר, שהרי הקונה שילם למוכרים בשנת תשנ"ה, ונכנס לדירתו רק כעבור שלש עשרה שנה! אילו סכום זה היה בידיו של הקונה, הייתה לו אפשרות להפיק רווחים דומים מהכספים, כגון: על ידי רכישת דירה והשכרתה לאחרים, או שהיה משקיע השקעה אחרת. על המבטל כיסו של חברו נאמר בתלמוד הירושלמי:

הדא אמרה המבטל כיס חבירו, אין לו עליו אלא תרעומת.¹⁴

הלכה זו מובאת גם בהגהות אשרי¹⁵ ובנימוקי-יוסף.¹⁶ הש"ך כתב ש"מבטל כיסו לא הוי אלא גרמא".¹⁷ כיוון שמבטל כיסו מוגדר כגרמא, הרי הוא חייב דיניי שמים, כמבואר במסכת בבא קמא.¹⁸ אכן, מאחר שהאשה חתמה על שטר בוררות והסמיכה את בית-הדין לפשר, ביה"ד מוסמך לפשר אף בגרמא. כך עולה גם מדברי מהר"י ברונא, שפסק שהניזק יכול לתבוע לדין את המזיק בגרמא, ונימוקו הוא:

נהי דפטור דיניי אדם, כיוון שחייב דיניי שמים, אם יכול לגלגל עמו דברים, עד שיפשר עמו לפטור דיניי שמים.¹⁹

עולה מדבריו, שכאשר קיימת תביעה על נזק שהוא בגדר גרמא, ראוי שהמזיק ישלם סכום חלקי כפשרה, כדי לפטור מדיניי שמים. בהתאם לכך, בית-הדין, שהוסמך מלכתחילה על ידי הצדדים לפשר, רשאי לפשר בנזקי גרמא, כדי לפטור מדיניי שמים.²⁰ לאור זאת, נוכל לראות את ההסכם בין הצדדים כסוג של פשרה, בין התביעה לפיצוי המגיע לקונה על ביטול כיסו, לבין התביעה לפיצוי המגיע למוכר, בשל ההוצאות היתרות שנגרמו לו בשיפוץ הדירה.

הסכם זה נראה הוגן בהתחשב בתביעות ההדדיות של שני הצדדים, וניתן להחיל אותו גם על האשה כיוון שחתמה על שטר הבוררות, שמסמיק את בית-הדין גם לפשרה. לפיכך, גם אם על פי הדין המבטל כיסו של חברו פטור מדיניי אדם, מכל מקום כיוון שהמוכרים חייבים דיניי שמים, יש מקום לחייב את המוכר מכוח פשרה לפצות את המוכר על ביטול כיסו, כדי לסלק ממנו דיניי שמים. הסכום הסופי שהצדדים הגיעו אליו בפשרה מוסכמת, מפצה את שני הצדדים על תביעותיהם ההדדיות, לכן נראה לביה"ד לקבוע, שהפשרה תחייב אף את האשה.

ג. חיוב שכן בהוצאות הרחבת הדירה שמעליו

1. העובדות

בביה"ד בצפת נידונה השאלה הבאה: התובע גר בקומה שנייה בבית משותף בן שבע קומות, הנתבע גר מתחתיו, בקומה הראשונה. התובע שרצה להרחיב את דירתו פנה לשכניו, כדי שיאשרו את ההרחבה, כמתחייב על פי החוק. השכנים אישרו את ההרחבה, ובעקבות זאת אף התקבל אישור מהעירייה להרחבה משותפת של כל השכנים.

14. ירושלמי בבא מציעא ה, ג.

15. הגהות אשרי על הרא"ש בבא מציעא ט, ג.

16. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא מציעא סא, ב.

17. ש"ך חו"מ רצב, טו.

18. בבא קמא ו, א.

19. שו"ת מהר"י ברונא, רמא.

20. נושא התבאר בהרחבה בספרי דיני בוררות, עמ' קפט.

התובע הרחיב את דירתו בקומה השנייה בשטח של 100 מ"ר. לשם כך, היה עליו לבנות עמודים מהקרקע ועד לדירתו הנמצאת בקומה השנייה, כדי שעליהם יוכל ליצוק רצפה. הנתבע הרחיב אף הוא את דירתו בקומה הראשונה, והשתמש ברצפה שהוסיף התובע כתקרה לדירתו, אלא שלא ניצל את כל השטח שמתחת לרצפתו של התובע, והרחיב את דירתו בשטח קטן יותר מזה של התובע.

התובע דורש מהנתבע השתתפות במחצית הוצאות העמודים והתקרה, הן בשטח שהנתבע בנה, והן בשטח שהנתבע עדיין לא בנה בו, משום שהנתבע מתכוון בעתיד להרחיב את דירתו, מתחת לכל השטח שהרחיב התובע. את תביעתו מבסס התובע על דברים שאמר הנתבע בעבר, ועל הצהרותיו בפני בית-הדין, לפיהם בכוונתו להרחיב את דירתו בעתיד, מתחת לכל השטח שבנה התובע.

לעומתו טוען הנתבע, שהוא מוכן לשלם את חלקו בבניית העמודים והרצפה, המשרתים את דירתו עתה, אך אין הוא מוכן להשתתף בהוצאות התובע בבניית העמודים והרצפה בשטח שלא נבנה על ידו, ושאינו משתמש בו.

נוסף על כך טוען הנתבע, שהשתתפותו בהוצאות התובע אינה צריכה להיות כדי **מחצית** מן ההוצאות, כיוון שבקומות העליונות יש עוד שש דירות, ולפיכך עליו לשלם רק **שביעית** מהוצאות התובע, ואת יתרת ההוצאות יש לחלק בין שאר השכנים.

2. משמעות הבעת הכוונה להרחיב את הדירה בעתיד

השאלה הראשונה העומדת לדיון היא, האם ניתן כבר עתה לחייב את הנתבע, להשתתף בכל הוצאות התובע, על יסוד הצהרתו שבכוונתו להרחיב דירתו בעתיד, ולעשות שימוש בכל העמודים והרצפה אותם שכנו?

תשובה לשאלה זו נוכל למצוא בדין המשנה, הקובע:

כותל חצר שנפל, מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות... מד' אמות ולמעלה אין מחייבין אותו. סמך לו כותל אחר, אע"פ שלא נתן עליו את התקרה, מגלגלין עליו את הכל.²¹

במשנה זו מבואר, שהבונה קיר סמוך לקיר של שכנו, חייב כבר עתה להשתתף בהוצאות בניית הקיר של שכנו, גם אם בשלב זה אין בדעתו לבנות את התקרה, משום שבניית הקיר בסמוך לקיר שבנה חברו, מעידה על רצונו להתחבר בעתיד לקיר שבנה שכנו.

בגמרא²² מובאת דעתו של רב נחמן, לפיה אם אדם בנה קיר, ושכנו סמך לו קיר אחר, שגובהו כדי מחצית מן הקיר הראשון, "למאי דסמך סמך, למאי דלא סמך לא סמך". כלומר אין לחייבו להשתתף בהוצאות בניית כל גובה הקיר, הואיל ומעשיו מוכיחים שבכוונתו לעשות שימוש רק במחצית גובהו של הקיר.

21. בבא בתרא ד,ב.

22. בבא בתרא ה,א.

אולם, מודה רב נחמן "באפריזא וקבעתא דכשורי", דהיינו אם השני חקק בראש הקיר **הנמוך**, כדי להניח קורות, הרי זו הוכחה שבדעתו להגביה את הקיר הנמוך שבנה, עד גובה כותלו של חברו. במקרה זה, יהא על השכן להשתתף בכל ההוצאות שהוציא הראשון, אף שכעת הקיר שבנה, נמוך מן הקיר שבנה הראשון.

דין נוסף המחייב את השכן להשתתף בהוצאות הקיר של הראשון, קיים גם כאשר נפל קיר שבין חצרותיהם של שני שכנים: במשנה נאמר,²³ שכל שותף זכאי לדרוש משותפו, להשתתף עימו בהוצאות בניית קיר חדש, עד גובה של ארבע אמות. בהקשר זה נפסק בשולחן ערוך:

בנה האחד כותל שביניהם והגביהו י' אמות, ובא חברו ובנה כותל אחד כנגדו, או בצידו, והגביה הכותל האחר שש אמות, מחייבין אותו ליתן חלקו בשתי אמות שהוסיף על ד' אמות, שהרי נראה ממעשיו שהוא רוצה בהם, וכן אם חקק בראש הכותל שביניהם מקום להניח בו הקורות, או שבנה עליו קורה גדולה שהקורות נשענים עליה, מחייבים אותו לתת חלקו בשש אמות כולם שהוסיף חברו על הד' אמות, אע"פ שלא בנה הכותל, שהרי **גילה דעתו** שהוא רוצה בכל הגובה הזה.²⁴

עולה מכאן שהשכן חייב להשתתף בהוצאות הראשון, גם אם לא הצהיר בפירוש שברצונו להשתמש בעתיד בקיר שבנה הראשון, אם אכן "**גילה דעתו**" על ידי מעשיו, שברצונו להשתמש בעתיד בכל גובה הקיר שבנה חברו.

ממילא מובן, שכל שכן ש**גילה דעתו באמירה מפורשת**, שבעתיד ירצה להשתמש בקיר של חברו, יהיה עליו עתה לשאת בהוצאות, שהרי נכתב בשולחן ערוך: "**שהרי גילה דעתו**", כלומר הקיר שבנה מול קיר השכן, יוצר אומדנא, ומהווה **גילוי דעת**, המחייבו לשלם אע"פ שלא אמר בפירוש. וכל שכן אם **גילה דעתו במפורש**, שברצונו לעשות שימוש בכותלי שכנו בעתיד שיש לחייבו לשלם עתה. אם כן, הנימוק העיקרי, כפי שעולה מדברי השולחן ערוך, שמכוחו חייב השני בהוצאות הראשון, הוא מכח **גילוי הדעת** של השני – **גילוי דעת מכללא**, הניכר בעקיפין מתוך אומדן מעשיו, וכל שכן עפ"י **גילוי דעת ישיר** הנאמר בפירוש. כך גם כתב במפורש רבי משה פיינשטיין, שהשכן מתחייב באחד משני אופנים: או ש"עשה היכר [המעיד על רצונו לעשות שימוש בקיר שבנה שכנו בעתיד], או שאמר בפירוש כן [שבכוונתו לעשות שימוש שכזה]."²⁵

בנידון שלפנינו, השכן **גילה דעתו באמירה מפורשת**, שברצונו להרחיב את דירתו בעתיד, ולעשות שימוש בעמודים וברצפה שבנה שכנו, לכן הוא חייב להשתתף בהוצאות, ואין צורך באומדן דעת נוסף, הניכר מכוח מעשיו. רק כאשר השכן אינו מצהיר על כוונותיו במפורש, יש צורך לאמוד דעתו מתוך מעשיו, אבל אם גילה בפירוש מהו רצונו, אין צורך

23. בבא בתרא ה,א.

24. שולחן ערוך, ח"מ קנז, י.

25. דברות משה בבא בתרא, א, סימן יב, הערה כד.

להזדקק לאומדן הדעת המתגלה במעשיו, והצהרה מפורשת עדיפה על אומדן דעת עקיף. ההלכה למעשה בזמן הזה תתבאר עוד להלן סימן ד.²⁶

3. חיוב בהוצאות מכוח קניין חצר

לכאורה, ניתן היה לחייב את השכן בעל הקומה הראשונה, לשלם עבור הוצאות הבנייה של התקרה והעמודים, מסיבה נוספת: על הדין המחייב אדם להשתתף בהוצאות הבנייה של חברו, כשהוא בנה קיר נוסף מולו, כתב הנימוקי-יוסף:

ואם תאמר במה קנאו דמחייבים ליה? יש לומר דכיוון שחצי הכותל עומד הוא על חצרו, קנתה לו חצרו. ואף על פי דלא אמר ליה איך: 'תקנה לך חצרך', ברור לן שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו, כל זמן שירצה.²⁷

מדברי הנימוקי-יוסף עולה, שהבונה קיר על חלק החצר השייך לשכנו, רואים את הראשון כמי שהסכים להעניק לשכנו בעלות בקיר, באמצעות קניין חצר. לכן הבונה בחצר המשותפת לשכנים, כוונתו היא להקנות את המבנה לשכנו בקניין חצר, שהרי יש לשכנים חלק בחצר המשותפת.

כאמור לעיל, רבי משה פיינשטיין זצ"ל כתב, שדי במעשה או באמירה המעידים על כוונה לבנות. מדבריו למדנו, שמשעה שהנתבע הודיע לתובע על רצונו לבנות, וגם הצהיר בבית-הדין שברצונו לבנות בעתיד, זכה לאלתר בעמודים ובתקרה שנבנו בחצר באמצעות קניין חצר, ובתמורה לחלקו בבנייה, מוטל עליו להשתתף בהוצאות. אלא שכל האמור הוא לפי עיקר דין חז"ל, ואילו ההלכה למעשה בזמן הזה תתבאר להלן סימן ד.

4. משמעות הקניין ללא רישום בטאבו

אכן נראה שאחר שנתינת דעתנו לנוהג המקובל היום לפי חוק המדינה, ניוכח שלא ניתן לחייב את הנתבע להשתתף בהוצאות הקמת העמודים או התקרה, מכוח זכירתו בהם בקניין חצר.

לפי המקובל היום הסכמת השכנים להרחבת דירת השכן, ואף אישור ההרחבה מאת העירייה, אין בכוחם להעביר את הבעלות שיש לשאר השכנים בחצר המשותפת, לשכן

26. [הערת עורך: ניתן בהחלט לחלוק ולטעון, שהצהרה שאינה מגובה במעשים אינה רצינית די הצורך כדי ללמד על כוונותיו העתידיות של אדם, וכמדומני שזו משמעותו של הצורך במעשה קניין דווקא, לפי הסוברים שמעשה קניין נועד לגלות גמירות דעת. י.א.]

תגובת הכותב: להלן סעיף ג' מובאים דברי הנימוקי-יוסף (בבא בתרא דף ג,א בדפי הרי"ף, ד"ה "אבל למעלה מד' אמות") שכתב, שהשני זוכה בכותל שבנה הראשון, בקניין חצר: "כיוון שחצי הכותל עומד הוא על חצירו קנתה לו חצרו." כלומר חצר קונה משעה שנכנס לתוכה החפץ הנקנה, ללא פעולה נוספת מצד בעל החצר, אלא שבעל החצר צריך לגלות את דעתו, על רצונו לקנות את הכותל, וממילא להתחייב לשלם את דמי מחציתו. גילוי דעת אין פירושו מעשה בהכרח ובהחלט גם אמירה מפורשת נחשבת גילוי דעת. יתרה מזו: לגילוי דעת מפורש יש יתרון, משום שהוא גילוי דעת ישיר, בעוד שגילוי דעת הניכר מתוך מעשיו הוא גילוי דעת עקיף.

27. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא, ג,א, ד"ה מתניתין.

שמבקש לבנות שם. הבעלות עוברת רק באמצעות הרישום בטאבו,²⁸ ועל דעת כן נוצרה השותפות בין השכנים.

הסכמת השכנים בכתב להעביר את הבעלות המשותפת לשכן אחד, אינה מהווה מעשה קניין, אלא **התחייבות** בלבד. כבר הוזכר לעיל, שגם חוזה המכר שעליו מקובל כיום לחתום בעת קיומה של עסקת מקרקעין, אינו אלא **התחייבות** להעביר בעתיד את הבעלות במקרקעין, אחרי קבלת התשלום המלא עבורם.

בנידון שלפנינו, השכנים נהגו כמתחייב על פי חוק, וחתמו על אישור הרחבה לכל דיירי הבניין, הן כדי לקבל את האישורים הנדרשים לבנייה, והן כדי שהדירות המורחבות יירשמו בטאבו. למרות זאת מסתבר שבהתאם לנוהג המקובל, יש להניח שהשכנים לא התכוונו להקנות לשכן לאלתר את חלקם בחצר המשותפת, אלא התחייבו להעביר את הבעלות ברכוש המשותף לאחר הרישום בלשכת רישום המקרקעין, הגשת האישורים המתאימים, ולאחר השלמת תשלום ההוצאות לבעל הקומה השנייה.

משום כך יש להניח שגם התובע, בהכירו את הנוהג המקובל, לא התכוון להעביר את העמודים או את התקרה לבעלות הנתבע בקניין חצר. אמנם בזמן חז"ל כשהעברת הבעלות הסתיימה בקניין חצר, ניתן היה להניח כי הבונה מתכוון להעביר את הבעלות לאלתר, אבל בזמן הזה השכנים לא מתכוונים להעביר בעלות, אלא באמצעות הטאבו בלבד. הואיל והנתבע לא זכה בעמודים או בתקרה בקניין חצר, כל עוד לא הסתיימו כל ההליכים לרישום בטאבו, לא ניתן לחייבו להשתתף בהוצאות שכנו, לשם הקמתם, שהרי הנימוקי-יוסף חייב את השכן השני לשלם, רק משום שזכה בקניין חצר במבנה של הראשון.

על אף האמור לעיל, אם הנתבע ירחיב עוד את דירתו, ויעשה שימוש ביתר השטח שמתחת לתוספת הבנייה של התובע, יהיה עליו להשתתף בכל ההוצאות, גם לפני הרישום בטאבו. עילת החיוב היא, משום שזה נהנה וזה חסר, כי הבונה הוציא הוצאות להעמדת עמודים מהקרקע עד הקומה השנייה, והשכן שמתחתיו נהנה מהעמודים והתקרה של חברו. אולם כל עוד לא הרחיב דירתו בשיעור זה, אין לחייבו בהוצאות הקמתם של עמודים או תקרה, משום שאין לו הנאה מהם.

נמצאנו למדים, שחיובו של השכן השני בהוצאות הראשון, בשל הרחבה שעשויה לשמש אותו בעתיד, מותנה בהתקיימותו של **אחד** משני תנאים:

האחד, אם יקנה בקניין גמור את המבנים שנוספו לדירת שכנו, וזאת לאחר שהוסדרה העברת הבעלות החלקים אלה בטאבו, כמקובל בזמן הזה.

השני, אם יעשה שימוש בפועל בחלקים אותם הקים הראשון, אף אם חלקים אלו לא נרשמו על שמו בלשכת רישום המקרקעין.

5. חיוב בשל עליית ערך הדירה

לכאורה יש לחייב את הנתבע להשתתף בהוצאות הבנייה של התובע, גם אם אינו מתכוון

28. [הערת עורך: בקשה כזו מוגשת באמצעות לשכת הרישום אל המפקח על הבתים המשותפים ושם מתקיים הדיון והרישום. כדי לפשט את הדיון נכתב במאמר, שהרישום מתקיים בטאבו. י.א.]

בשעה זו להשתמש במבנה של התובע, משום שיש לו הנאה מקבלת אישור ההרחבה לכל הדירות, אישור זה העלה גם את ערכה של דירתו, כך מקובל בין השמאים שיש ערך גבוה יותר לדירה בעלת זכויות הרחבה!

אולם זכות ההרחבה אינה קשורה להקמת העמודים או התקרה, כי גם ללא הקמת העמודים, נוצרה זכות זו – מכוח הסכמתם המשותפת של כל השכנים.

אמנם יש מקום לדון בחובת בעל הקומה הראשונה להשתתף בהוצאות שכנו, בשל עליית ערך דירתו מכוחה של הבנייה בפועל. כי הקמתם של העמודים והתקרה כרוכה בהוצאה כספית לא מבוטלת, שתיחסך ממי שירכוש עתה את הדירה. דבר זה גורם לעליית ערך הדירה, ושמא משום כך, יש מקום לחייב את השכן להשתתף בהוצאות הבנייה.

כך גם עולה לכאורה במסכת בבא קמא,²⁹ כאשר הנהנה גרם למהנה הוצאות נוספות, דוגמת "היקפא יתירא", דהיינו אם היקף הגדר גדול יותר בגלל שבתוכו נמצא גם השדה של הנהנה, מוטל על הנהנה להשתתף בהוצאות, כיוון ש"זה נהנה וזה חסר – חייב". גם בנידון שלפנינו, אילו הקומה הראשונה לא הייתה קיימת, היה בעל הקומה השנייה הופך לבעל הקומה הראשונה, ובונה על הקרקע, ולא היה צריך לבנות עמודים. נמצא, שהנאת בעל הקומה הראשונה מבניית העמודים כרוכה בחסרונו של בעל הקומה השנייה, מעצם קיומה של הקומה הראשונה. לכן, לכאורה, יש מקום לחייב את בעל הקומה הראשונה לשלם לבעל הקומה השנייה על הנאתו מעליית ערך דירתו.

אולם רבי משה פיינשטיין, שעסק בשאלת החובה לשלם עבור עליית ערכה של דירה, כתב ש"אין צריך לשלם בעד מה שהושבח למכירה, משום דאפשר לא ימכור כלל".³⁰ לפי זה, אין לחייב את הנתבע לשלם מדין נהנה, בשל עליית ערך דירתו, כי אפשר שלא ימכור דירתו לעולם, כשם שאפשר שלא יבנה לעולם.

אלא שמדברי הגר"מ פיינשטיין שם נראה לכאורה ששאלה זו תלויה במחלוקת רב הונא ורב נחמן במסכת בבא בתרא,³¹ בעניין מי שבנה קיר סמוך לקיר שבנה שכנו, שגובהו כדי מחצית גובה הקיר שבנה שכנו. לדעת רב הונא, "סמך לפלגא סמך לכולה", והנהנה משלם לראשון מחצית ההוצאות שנדרשו לו כדי לבנות את הקיר הגבוה, לעומת זאת לדעת רב נחמן, "סמך לפלגא לא סמך לכולה", והנהנה משתתף בהוצאת הקיר רק עד הגובה של הקיר אותו הוא בנה. הגר"מ פיינשטיין ביאר את דעת רב הונא המחייב את הנהנה להשתתף בהוצאות כל גובה הקיר:

במסופק בעצמו שמא יצטרך לסמוך עוד, נמצא שזה גופיה הוא שבח גם היום לעצמו, מה שבידו לסמוך כשיצטרך.³²

כלומר, מחלוקת רב הונא ורב נחמן עוסקת במצב שבו השכן שבנה את הקיר הנמוך מסופק האם יעשה שימוש בעתיד בכל גובה הקיר שבנה שכנו, או שלא יעשה שימוש אלא

29. בבא קמא כ.ב.

30. דברות משה בבא בתרא א, סימן יב הערה כד.

31. בבא בתרא ו.א.

32. דברות משה, שם.

במחצית מגובה הקיר. לדעת רב הונא, השכן שבנה את הקיר הנמוך, נהנה כבר עתה מעצם הידיעה שבעתיד תעמוד לו האפשרות, לעשות שימוש בכל גובה הקיר שבנה שכנו. לעומת זאת, עמדתו של רב נחמן שונה. לדעתו:

כשהוא מסופק נמי, כיוון שאפשר שלא יצטרך, למה לו לקנות קודם שידע בבירור שיצטרך... אין לו למהר לקנות בשביל צורך זה, דהרי יכול לחכות לקנות כשיבורר לו שבוודאי צריך... וזה סובר רב נחמן, ולכן למאי דלא סמך לא סמך ופטור.³³

לפי רב נחמן אין לראות את האפשרות ליהנות מנכס בעתיד כהנאה ממשית כבר עתה. לכן, כל עוד לא נהנה בפועל מן הקיר שבנה שכנו, אין לחייבו להשתתף בהוצאותיו. ולענייננו, כיוון שההנאה מעליית ערכה של הדירה מותנית, לדעת רב נחמן שהלכה כמותו, בכך שהשכן ייהנה בפועל מכך, לא ניתן לחייב את בעל הקומה התחתונה להשתתף במלוא הוצאותיו של בעל הקומה השנייה, בהסתמך על האפשרות שהוא ייהנה בעתיד מעליית ערך הדירה, כשימכור אותה, כי לא ידוע אם ימכור, או לא ימכור את הדירה.

6. שיעור ההשתתפות בהוצאות

עתה יש לברר מהו הסכום שבעל הקומה התחתונה צריך לשלם עבור החלק שכבר בנה, וכן כמה עליו לשלם אם בעתיד ירחיב את דירתו בכל שטח ההרחבה. האם עליו לשאת רק ב-1/7 מן ההוצאות – כטענת הנתבע, והתובע יגבה את שאר ההוצאות מהשכנים האחרים, אם וכאשר יבנו השכנים גם הם, או שמא עליו לשלם מחצית מן ההוצאות – כטענת התובע?

שאלה זו צריכה להיבחן על פי ההנאה שמפיקים השכנים בפועל מן הבנייה. באותו החלק שהתובע הרחיב דירתו, עושה הנתבע שימוש בעמודים ובתקרה שבנה שכנו. הנאה זו משותפת לו ולשכנו מן הקומה השנייה, ובשל כך יש לחייבו במחצית מן ההוצאות שנדרשו לשם בנייתם של החלקים מהם הוא נהנה. בשלב זה, יתר השכנים אינם נהנים מן הבנייה, וספק אם ייהנו ממנה בעתיד. לעיל כתבנו בשם הגר"מ פיינשטיין זצ"ל, שאין לחייב שכן בגלל הנאה מסופקת, ולכן לא ניתן לחייבם להשתתף בהוצאות הבנייה. אכן, אם וכאשר ירחיבו שכנים אחרים את דירתם, יהיה מקום לדון בחיובם להשתתף בהחזר הוצאות התובע והנתבע.

7. מסקנה

הנתבע חייב לשלם מחצית ההוצאות שהוציא התובע לשם הקמת העמודים והתקרה רק בשטח המשמש את הנתבע בשעה זו. אך הוא פטור מהשתתפות בהוצאות שהוציא התובע בשטח שהנתבע אינו נהנה ממנו, ואינו עושה בו שימוש בשעה זו.

הרהורים אודות מעמד מרשם המקרקעין על פי ההלכה

הרב ד"ר מיכאל בריס

- | | |
|---|---------------------------------|
| א. פתיחה | ג. האם הרישום נדרש על פי ההלכה? |
| ב. האם הרישום מועיל על פי ההלכה? | 1. פסיקת החזון איש |
| 1. קניין שטר | 2. פסיקת הרב שלמה זלמן אויערבך |
| 2. שטר המכירה והרישום בטאבו – תרתי דסתרי? | 3. ניתוח המציאות החוקית כיום |
| 3. כוונת הקניין | 4. תקנות הקהל בתחום קניין קרקע |
| 4. הטאבו – פגם בקניין? | 5. מעשה קניין באדמות המדינה |
| | ד. סיכום |

א. פתיחה

כיצד רואה ההלכה את מרשם המקרקעין? לשאלה זו פנים מגוונות, וביניהן שתיים מרכזיות: האם רישום מקרקעין על פי דרישות החוק¹ הוא **תנאי מספיק** להעברת בעלות במקרקעין והאם הוא **תנאי הכרחי**? בשאלות אלה דנו פוסקים גדולי עולם לפני שנות דור, ועם זאת דומה כי קיימים היבטים של דיון זה שניתן ואף חובה להאיר, דווקא בשל חלוק העתים. בתמצית, בשאלה הראשונה קיימת פסיקה של בתי דין רבניים, בעיקר מראשית שנותיה של המדינה, המכירה ברישום המקרקעין כקניין תקף – ולעתים אף הכרחי.² ראשי

* הרב מיכאל בריס, ראש כולל, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. **חוק המקרקעין**, תשכ"ט – 1969, ס"ח תשכ"ט, 259 (להלן – החוק).
2. בסוגיה זו יש גם שראו ברישום **תנאי הכרחי** לקניין, הן מכוח חיסרון בגמירות דעת והן מכוח דינא דמלכותא: תיק 70/תשט"ו **פד"ר** א 281, 283-285; ערעור 127/תש"ך, ערעור נגדי 166/תש"ך **פד"ר** ד 75, 81; תיק 1987/תשכ"ב **פד"ר** ה 120, 121; ערעור תשכ"ו/127 **פד"ר** ו 376, 378-384. יש שקבעו שהוא גם **תנאי מספיק**: תיק 70/תשט"ו הנ"ל; ערעור תשכ"ו/127 הנ"ל; תיק 7210/ל"ז **פד"ר** יא 116, 120-121; תיק 2533/ל"ט **פד"ר** יא 253, 255; דעת המיעוט בתיק 277/מח **פד"ר** יז 321, 327-330; והשווה תיק 1523 [ב] **פד"ר** כ 297, 304-305, 326 (הודפס גם **פד"ר** כא 28, 36-37, 57); יש שסברו שלפחות ישנו ספק בדבר: ערעור תשכ"ו/139 **פד"ר** ו 257, 263-265; תיק 7210/ל"ז **פד"ר** יא 116, 127-128; ער/תשלח/199 **פד"ר** יב 179, 182-184; אלא אם כן קיימת אומדנא ברורה נגד הרישום: דעת הרוב בתיק 277/מח **פד"ר** יז 321, 323. יש שחלקו על הכרה הלכתית במרשם המקרקעין מכח פסיקת החזון איש שתובא להלן: תיק 16175/מ"א **פד"ר** יב 239, 244; או מנימוקים דומים: תיק 99/תשנ"א **פד"ר** טז 353, 355-358. השווה גם תיק 3119/מא **פד"ר** יג 297, 302; תיק 3116/מ"ב **פד"ר** יד 21, 24; דעת הרוב בתיק 277/מח הנ"ל, 323. וראה בהרחבה תיק 1-000489468-21 **פד"ר** כא 120, 129-131 שדן בפרשנות חוק המקרקעין ובמשמעות דבריו של החזון איש אשר יידונו להלן, ונותר בספק; תיק 2481830 **פד"ר** כב 117, 121-124.

הדוברים בסוגיה השנייה אשר שללו את דרישת הרישום, הלא הם החזון-איש זצ"ל,³ והגאון הרב ש"ז אויערבאך זצ"ל.⁴ אולם דבריהם נכתבו בתקופה המנדטורית, ולא התייחסו לחוק הישראלי – ובעיקר לא לחידושים של חוק זה משנת תשכ"ט. גם דייני בתי הדין הרבניים שדנו בסוגיה זו בשנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל קבעו את דבריהם לאור החוק שהיה קיים אז, שהיה דומה מאוד לחוק המנדטורי, ולא דנו בחוק המקרקעין כפי שחל היום.⁵ ברשימה זו אבקש להרהר בקול רם בהשפעות האפשריות של חקיקה זו על פסקי ההלכה שלהם – הרהור ולא קביעה נחרצת. ראשית, נבחן את דיווחו של הליך המרשם במקרקעין ולאחר מכן נדון בשאלת נחיצותו ההלכתית ובמעמד המקרקעין בתקופת הביניים משעת חתימת חוזה המכר ועד לרישום, ובתמצית: האם מרשם המקרקעין הוא תנאי מספיק לקניין והאם הוא תנאי הכרחי? מטרת הדיון להלן היא לבחון את יסודות מרשם המקרקעין על פי דיני הקניין בהלכה, על פיהם לא יהיה צורך להיכנס לשאלות הנגזרות מדיני סטומתא או מגדרי מנהג.

ב. האם הרישום מועיל על פי ההלכה?

ההלכה קובעת שקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה⁶ – ודרישת רישום, וכמוה גם אפשרות רישום במקומה של דרכי הקניין המקובלות, אין. אולם כאשר בוחנים את הליך המרשם על פי חוק המקרקעין הישראלי אפשר להיווכח שההליך עצמו אינו מנהלי גרידא, ואף בו מתקיים מרכיב של העברת הממכר מבעלות של המוכר לזה של הקונה – ובשטר.

1. קניין שטר

תקנות המקרקעין קובעות כך את סדר הדברים –

8. רישום עסקה על סמך שטר

רישום עסקה ייעשה על סמך שטר שנערך כדין על-ידי הצדדים לעסקה ואומת ואושר כאמור בתקנות אלה (להלן – שטר עסקה); השטר יודפס או ייכתב במכונת כתיבה ויהיה לפי הטופס המתאים מן הטפסים שיקבע הממונה.⁷

לניתוח חלק מפסקי הדין הנ"ל ראה הרב דב כ"ץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, עמ' 15-21, 37-43 (ירושלים, תשל"ו); הרב יעקב אליעזרוב, "תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה" [תיק ביה"ד האיזורי בירושלים 8935/ס"ג], שורת הדין י' רסא, רצ-רצג (ירושלים, תשס"ו); ושם, הרב חיים יהודה רבינוביץ, כנ"ל, עמ' שלג-שלה; הר"ש דיכובסקי, "קנייני נכסי דלא נייד" דברי משפט ד, רסא-ב (תל-אביב, תשנ"ח); רח"ג צימבליסט, "דרכי קניין דירה" שם, רעה; וראה בהרחבה הרב יעקב ישעיה בלויא, פתחי חושן כרך 2 – בדיני הקניינים, ב, יא ובהערה יד שם (ירושלים, תשנ"ד); הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, חלק שני, עמ' נד-ס ובהערות שם (מהד' שניה, ירושלים, תש"ן).

3. חזון איש, חור"מ, ליקוטים, טז. בהערה שם: "נדפס בשנת השמיטה תרח"ץ...".

4. מעדני ארץ, ירושלים, "ערב שנת השמיטה" – תש"ד, יח (הדפסה מחודשת, תשל"ב).

5. פרט לעמדתו של רב ח"י רבינוביץ בתיק 1-000489468-21 פד"ר כא 120, לעיל הערה 2.

6. קידושין כו,א; רמב"ם מכירה א, א; שולחן ערוך חור"מ קצ, א, שגם בקניין סודר על פי קידושין ג,א, בבא מציעא מז,א.

7. תקנות המקרקעין (ניהול ורישום) תש"ל-1969, ק"ת תש"ל, 657; (תיקון) תשל"ז, 1776 (להלן – התקנות).

הווי אומר, כי כל מרשם במקרקעין טומן בחובו גם הליך של עריכת שטר מכר בין הצדדים לעסקה – ומכאן לכאורה שעסקה שכזו כשרה גם על פי ההלכה – מבלי להזדקק לשאלת תוקפו של הקניין כחלק מקניין סיטומתא. לדעתי, לא הודגש היבט זה של הליך רישום המקרקעין די צרכו – פרט לפסק דין אחד שקבע בו דברים החלטיים, ובעקבותיו אני מבקש לצעוד.⁸ כאן עלינו לבחון הליך זה לאור הדרישות הפורמליות שמעמידה ההלכה לקניין מקרקעין בשטר:

כיצד בשטר, כותב לו על הנייר או על החרס או על העלה: שדי נתונה לך, שדי מכורה לך – כיוון שהגיע השטר לידו קנה.⁹

ניסוח זה של שטר הקניין מבטא באופן ברור את העברת זכות הקניין מן המוכר אל הקונה. אולם דרישה זו אינה דווקנית. הפוסקים הכשירו, ככלל, גם לשונות בהם הוזכרה מכירה אף בלשון עבר או בלשון עדות.¹⁰ ומשום כך "שטרי דידן" הכתובים בלשון "מכרתי" או "נתתי" – "שטרי קניין הם",¹¹ אלא אם כן מפורש בהם שהשטר נועד לראיה בלבד.¹² נוסחו של שטר המכר המשמש למרשם המקרקעין אינו קבוע בחוק או בתקנות, אולם הוא חייב לשקף את העברת הזכויות ברצון מהמוכר לקונה, ונוסחו מקובל וידוע – שטר זה מעיד שבתמורה שקיבלו ה"ה... מאת ה"ה... מעבירים בזה ה"ה... לה'... את זכות הקניין במקרקעין...¹³

על פי שטר זה מתקיים הרישום בלשכת מרשם המקרקעין. אכן יש לנקוט זהירות בהסקת מסקנות מנוסח מקובל שאין מקורו במעשה חקיקה ראשית, ואף אינו מפורט בהוראות של

8. ראה תיק תשט"ו/70, לעיל הערה 2, בעמ' 285:

יש להוסיף כי מאחר שסידור ההעברה בטאבו לפי הנהוג והדרוש כאן, הוא שהמעביר חותם על שטר ההעברה של מכר או מתנה וגם עדים חותמים עליו, ומוסרים השטר לקונה או למקבל המתנה נראה דהוי בדין קניין שטר גמור לפי התורה, ואף באין חתומים עליו עדים או שאינם כשרים, יש לדון דיהיה בדין קניין שטר מטעם חתימת המוכר או הנותן לבד וכמבואר בשולחן ערוך חו"מ סי' קצ"א.

9. קידושין כו,א; רמב"ם מכירה א, ז; שולחן ערוך חו"מ, קצא, א.

10. כן הנוסח בנחלת שבעה לא, וכלשונות הכתובה הנהוגות היום.

11. ר"ן קידושין י,א בדפי הרי"ף על פי העיטור והרשב"א; מגיד משנה לרמב"ם, שם; בית יוסף חו"מ קצ, ח; שולחן ערוך שם, ג; סמ"ע שם, א. דעת הרא"ש שהובאה בטור חו"מ, קצא, הפוסל נוסח זה, נדחתה על ידי הבית יוסף חו"מ קצא, ג, מכוח העיטור, הרשב"א והר"ן הנ"ל, ובביאור הגר"א שם ס"ק ו, שנדחו גם הדעות שקונה בשטר ראיה. וראה הרב עזרא בצרי, לעיל הערה 2, עמ' סא; הרב יעקב ישעי' בלויא, פתחי חושן, לעיל הערה 2, עמ' קכא; הרב יוסף גולדברג, הסכם ממון – ספר עזר לניסוח הסכמי ממון על פי ההלכה – הלכות, ניסוחים, כללים ומנהגים בלשונות שטר, עמ' עט (ירושלים, תשנ"ו).

12. רמ"א חו"מ קצא, ג.

13. להלן ציטוט נרחב יותר:

שטר זה מעיד שבתמורה שקיבלו ה"ה... מאת ה"ה... מעבירים בזה ה"ה... לה'... את זכות הקניין במקרקעין המפורטים ברשימה דלהלן ומצהירים בזה שהוא/שהם בעלי המקרקעין הנזכרים ברשימה והם נקיים מכל ערעור וזכות צד שלישי, פרט למפורטים להלן, כן מצהירים הצד/דים שהתמורה המלאה והנכונה שולמה.

גם לפי החוק הישראלי לשון העדות כאן אינה גורעת מהיותו שטר יוצר, כעין הלשון בשטרות הלכתיים.

חקיקת משנה (תקנות המקרקעין) אלא שיש לערוך אותו "לפי הטופס המתאים מן הטפסים שיקבע הממונה".¹⁴ עם זאת, הנוהל הנהוג כיום מתקיים בפועל מכוח שטר זה. זאת ועוד, מתיאור הליך המרשם עולה בבירור שהמחוקק ראה את השטר כחלק מהליך העברת הבעלות, כפי שנראה בפרק הבא.

דרישה הלכתית נוספת היא שהנייר והדיו יהיו בבעלותו של המוכר.¹⁵ דרישה זו נגזרת מהגדרתו של השטר כ"ספר מקנה" הדומה במהותו לגט אישה, דרישה שאינה קיימת בשטרי ראייה.¹⁶ ייתכן כי דרישה זו הייתה מצריכה החלה של דיני המנהג – כדי להגדיר את השטר כשטר כשר ולא כדי להכשיר את ההליך כולו. עם זאת, ובלי לחלוק על הפוסקים הנ"ל בנקודה זו, יש מקום לדעתי לשקול מספר שיקולים שבכוחם להכשיר את שטר העסקה כשטר מכר תקף על פי ההלכה:

א. למסקנת הגמרא ייתכן ואנו מניחים שהתבצעה הקנאה של הנייר לטובת המוכר, כשם שאנו מניחים זאת לגבי גט אישה.¹⁷

ב. חז"ל תקנו ששכר הסופר ישולם על ידי האשה, למרות שמעיקר הדין היה על הבעל לשלם הוצאות אלו, על פי העקרון של "וכתב ונתן".¹⁸ ותקנו בד בבד גם את הקנאת השטר לבעל כדי להכשירו. הרמב"ן מדגיש שזאת מסקנת הגמרא לגבי גט אישה, וששוב אין צורך להקנות את הנייר והדיו לבעל.¹⁹ ייתכן והקנאה זו קיימת גם כאשר הלוקח משלם את שכר הסופר,²⁰ על אף הדרישה המהותית של "ספר המקנה", משיקולים דומים. ההשלכה של דרישת הבעלות של המקנה על השטר מכוונת, לפי פרשנות זו, רק כנגד בעלות הקונה על הנייר והדיו, ולא כלפי מצב שהנייר שייך לסופר (כאן: למשרד הממשלתי). פרשנות זו עולה בקנה אחד עם העובדה שאין צורך בשווי של ממש לשטר הקניין – גם חרס וגם עלה של זית כשרים.

14. תקנה 8.

15. **קצות החושן** קצא, א, מכוח דברי הגמרא **גיטין** כב-כא, א, ומסיים "ומהתימה על הפוסקים שלא הזכירו דין זה, לפרש שצריך להיות הנייר משל מקנה וכמו בגט אשה". כדבריו עולה שם **מתוספות** שם, ד"ה וכותב; **רמב"ן** שם, ד"ה הא דדייק אביי. קצות החושן סבור שגם שכר הסופר צריך להינתן על ידי המוכר דווקא, ובזה חלוקים עליו **נתיבות המשפט** שם, א; **ערוך השולחן** שם, ב. דרישה זו הובאה גם בפוסקי זמננו – ראה **דיני ממונות**, לעיל הערה 2, בעמ' סא, הערה 2; **פתחי חושן**, שם, עמ' קכב, הערה יג.

16. **גיטין** שם, **והוספות** שם, ד"ה וכותב.

17. "האישה כותבת את גיטה", שם כא, א.

18. **בבא בתרא** קסח, א.

19. **גיטין** כא, א; **רמב"ן**, ד"ה דילמא אקנויי אקנו ליה רבנן: "פירוש, אף על גב דבדרך דילמא איתמר, עיקר הוא... ושמעינן מינה שהדיו והקסת והקולמוס והנייר הכל משל סופר, ובכך הגט כשר ואין בו מיחוש, שהכל הוא מוכר לבעל באותו פשוט שנותנת היא לסופר בגט, בין קלף בין דיו וטרחו ועמלו ואקנויי אקנויהו רבנן לבעל. ולא כדברי הנקדנין שמקנין הכל לבעל ממש, אלא רבנן אקנינהו ניהליה ואף על גב דלא משך כלום כשר...". הרמב"ן מבחין בין נייר ודיו של הסופר לבין אלה של האשה: "ומיהו אם היה הכל של האשה... דילמא צריכא היא לאקנויי ממש את הגט עצמו לבעל, דלא תקון ליה רבנן אלא פשיטי דספרא דלא ליקנייה היא לגט מן הסופר אבל דידה לא תקון לבעל".

20. **בבא בתרא** קסז, ב.

אולם אין בהרהורים אלה כדי לחלוק על הפוסקים עצמם. נראה יותר שהרמב"ם והמחבר שסתמו ולא הביאו דין זה משום שסבורים הם שאין הוא נכון על פי מסקנת הגמרא.²¹ יתרה מזו, אף שהפוסקים בני זמננו קבעו "שצריך שיהיו הדיו והנייר של מקנה" הם נמנעו ממסקנתם מרחיקת הלכת של קצות החושן ונתיבות המשפט²² לפיה יש לפסול שטרות אשר לא עמדו בדרישה זו אף בדיעבד. אם אכן קיימת מחלוקת פוסקים בנקודה זו, כפי שביקשתי להראות, הרי שניתן להכריע בה על סמך הנוהג הכללי – "ופוק חזי מאי עמא דבר".²³

המסקנה המתבקשת לכאורה היא, שכאשר מתבצע הליך רישום מקרקעין על פי חוק הכולל בתוכו גם העברת בעלות בשטר – אין צורך במעשה קניין נוסף לשם מתן תוקף על פי ההלכה.

2. שטר המכירה והרישום בטאבו – תרתי דסתרי?

עם זאת, אין לטשטש את ההבדל בין דרישות ההלכה לבין האמור בחוק. רגע העברת הבעלות לפי ההלכה הוא שעת ביצוע "מעשה הקניין" – קרי, כאשר מדובר בקניין

21. רב אשי מוכיח ממשנה **בעדויות ב**, ג, שאין לחשוש לכך שהגט יהיה בבעלות האשה: "אשה כותבת את גיטה והאיש כותב את שוברו, שאין קיום הגט אלא בחותמיו". **הרמב"ם**, גירושין ד, ה מפרש את ההנמקה שבסיפא על פי תקנת חז"ל: "שאין קיום הגט אלא בחותמיו אם אין שם עידי מסירה", והשמיט את האוקימתות של הסוגיא "דילמא ידע לאקנויי". לפי הרמב"ם כשרותו של השטר צריכה לדבר בעד עצמה. אין צורך לחשוש שמא קיים פגם נסתר, דוגמת בעלות על הנייר. משום כך גם אין נפקות לדרישת בעלות שכוז – האשה רשאית לכתוב לעצמה, ואין צורך שיהיה של בעלה, מכיוון שלא יהיה פגם בהוכחת הגירושין שלה, שכן היא יוצאת "מתחת ידה" (לפי גרסתו בסוגיה, וכפי שפסק **שולחן ערוך** אה"ע קכד, ז, שלא כגרסתנו "מתחת ידו", ראה **ביאור הגר"א** אה"ע, שם אות יט; ברם השולחן ערוך השמיט את הסיפא של הרמב"ם בו הוא נותן טעם לדבריו כנ"ל). במובן זה, אין דרישת הבעלות על הנייר דרישה כמו "לשמה" למסקנת הגמרא. ראיה לדבר, שהרמב"ם לא הביא דין זה ברשימת עשרת הדברים הנחוצים מן התורה לכשרות הגט שבתחילת הלכות גירושין. ברור שהרמב"ם למד שהשאלה של רמי בר חמא קשורה לדין "ונתן", שכן אם היא מוחזקת בטבלא – שמא לא עברה הטבלא מידו לידה. מרגע שתקנו שאפשר לסמוך על עדי חתימה ואין צורך בעדי מסירה, שוב אין חשש כזה. השווה גם **רמב"ם**, גירושין, ז, כד. בתמצית אפוא: הרמב"ם והמחבר פסקו שלדינא אין צורך בהקנת הנייר והדיו למוכר, ואף לא לבעל מעיקר הדין.

22. לעיל, הערה 15.

23. **ברכות** מה"א; ובעוד מקומות. יפים לענייננו הם דבריו של רבי מסעוד חי רקח, בעל **מעשה רקח**, על **הרמב"ם** גירושין, ד, ה (הסבור שהרמב"ם סתם משום שסבור שרבנן הקנו את הנייר והדיו לבעל, דהפקר בית דין הפקר): "גם מה שכתב הפרי חדש שם דאי לא אקני ליה אינה מגורשת והכי נקטינן, דמשמע דאם נישאת תצא והבנים ממזרים, אין נראה כלל, ופוק חזי מאי עמא דבר דאפילו במצות לולב דקפיד קרא "ולקחתם לכם" – משלכם" לא נמצא מי שיתן לחבירו הלולב ויאמר לו בפירוש הרי הוא לך במתנה, וכן במצות ציצית וכיוצא, וכיון שכן מה נשתנה גט מכל הני. ואדרבה בגט לא בא מבואר בפסוק שיהא שלו כמו שאר מצות דכתיב בהו "לכם", ואפילו הכי לא נהגו לומר כן בפירוש ואם הלכה רופפת בידך פוק חזי מאי עמא דבר".

ואם בגיטוי נשים החמורים כן, אין צורך לפסול שטרי מכר משום דרישה פורמאלית כזו שאף קצות החושן העיד עליה שלא בא זכרה בדברי הפוסקים, ואף שלא ראינו אינה ראייה, אכן לא שמענו מי שיפסול משום כך שטר מכר, כנלענ"ד. אני מודה לרב דניאל כ"ץ שליט"א על שאתגר אותי בשאלה זו.

באמצעות שטר, משעת מסירת שטר הקניין.²⁴ לעומת זאת, המחוקק הישראלי רואה בשטר שלב מקדים – גם אם הכרחי – להעברת זכויות הקניין, אשר משתכללת רק עם רישומם בפועל של המקרקעין (או בניסוח אחר: המחוקק רואה בשטר אחד משני השלבים אשר ביחד משכללים את העברת הבעלות). וכך קובע החוק –

7. גמר העסקה

(א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

המחוקק הגדיר אפוא את סיום תהליך העסקה – לענייננו, המכר – ברישום, ולא בעריכת השטר. רגע העברת הבעלות בנכס²⁵ הוא רגע הרישום, או ליתר דיוק – רגע אישור העסקה לרישום. יתרה מזו, על משמעותה של הוראת החוק ניתן ללמוד מהסיפא שלה, לפיו מעמדו של חוזה המכר הוא של **התחייבות** ולא של מעשה קניין –

(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.²⁶

הוראה זו יש בה כדי להוסיף וכדי לגרוע. היא מוסיפה שאין שלב הביניים מעשה בטל, אלא יש בה התחייבות לסיים את שכלול הליך העברת הבעלות. אולם יש בה כדי לגרוע – שכן לפי פשוטה, אין תוקף קנייני למעשה שנעשה בין הצדדים כל עוד לא סיימו את הליך הרישום. מכאן שמשמעות הוראות אלו אינה מוגבלת לשאלת זמן שכלול הקניין – אלא מבקשות הן להגדיר את מהות מעשה הקניין במקרקעין בעיני המחוקק הישראלי. כאן המקום להתלבטות ההלכתית בדבר מהות הרישום – האם הוא עיקר, והשטר רק משמש לו מבוא? או שמא השטר עיקר, אלא שתוקפו מותנה בהליך נוסף של רישום.

מצד אחד, הרישום הוא מעשה שגם השלטון המרכזי צד לו, ולא מעשה אשר נשען על ידי הצדדים לעסקת המכר בלבד. מאידך, הרישום אינו מעשה-שלטוני טהור, אלא נגזר מהעסקה הפרטית עצמה.²⁷ האם תכונה זו יש בה כדי לגרוע מתוקפו של מעשה הקניין ההלכתי – במקרה דנן, מתוקפו של שטר הקניין שנערך בשעת הרישום? שאלה זו מתפצלת לשתיים: האם קיים פגם בכוונת הקניין והאם קיים פגם במעשה הקניין – משום שיש לו תפקיד שונה על פי חוק מאשר בהלכה?

24. שולחן ערוך חר"מ קצא, א; הגר"א שם, ב.

25. סעיף 6 לחוק קובע: "עסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה".

26. סעיף 7(ב) לחוק.

27. אף הפסיקה הישראלית התחבטה בשאלה זו, וחלו בה שינויי תפיסה במשך השנים – כאן לא אכנס לדיון בקיומה או שלילתה של תלות ההלכה בתנודות אלה כאשר אין דנים במסגרת דיני מנהג. לעניין העצמאות הפרשנית של בתי הדין את החוק ראה פסק דינו של הר"ש גורן זצ"ל ער/תשמ"א/18 פד"ר יב 129, 138-140, 145.

3. כוונת הקניין

באשר לכוונת הקניין – האם העובדה שהצדדים באים לרשום את המקרקעין, ובכך "להשלים את העסקה" על פי דרישות החוק, גורעת מכוונת הקניין שבשטר שנעשה באותו מעמד?

הפוסקים נחלקו אם הוספת קניין שאינו מועיל גורעת מקניין המועיל מבחינת דעת הקונה. על דבריו של ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: "ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום"²⁸ מקשה הגמרא ממשניות בהלכות פאה ובהלכות מציאה, בהן קניין שאינו מועיל אינו קונה, ואין מתחשבים בקניין ארבע אמות של האדם. "ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה – זה שהחזיק בה זכה בה", "נפל לו עליה (=על הפאה), פרס טליתו עליה, מעבירין אותו הימנה".

בתירוצים הראשונים הגמרא תולה זאת בעיקרון גמירות הדעת: "כיוון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני". בתירוצים האחרונים מבארת הגמרא שאין קניין ארבע אמות בפאה, משום "דלא תיקנו לו רבנן בשדה דבעל הבית", ולא תקנו לו אלא בסמטא "דלא דחקי רבים" או צידי רשות הרבים, לעומת רשות הרבים "דקא דחקי רבים – לא תקנו רבנן".²⁹

רוב הפוסקים אכן נקטו כתירוציה האחרונים של הגמרא – לפיהם קיימות מגבלות על תקנת קניין ארבע אמות – ולא הביאו את העיקרון של "גילוי דעת" הסותר את מעשה הקניין על ידי קניין שאינו מועיל להלכה, ככל הנראה משום שלמדו שתירוצים אלו נדחו מהלכה.³⁰ מיעוט פוסקים למדו ששני התירוצים קיימים להלכה – ואכן מעשה "מיותר" עלול אף לבטל את מעשה הקניין.³¹

עם זאת, דומה שאין בכך כדי לבטל את מעשה הקניין לדינא במקרה דנן, מכמה נימוקים: א. המחבר סתם כדעה זו, הרמ"א דחה במפורש את הדעה החולקת, וכך כתבו גם הש"ך והסמ"ע.³²

ב. גם החולקים מבחינים בין קניין ארבע אמות, שהוא מדרבנן בלבד, ושעל כן נדחה מפני גילוי דעת קלוש, בבחינת "אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו", לבין קניין דאורייתא, דוגמת שטר קניין דנן.³³

28. **בבא מציעא י, א.**

29. **שם, ב.**

30. **בית יוסף** חו"מ רסח, ד-ה בדעת רי"ף, רמב"ם ורא"ש.

31. **מגיד משנה** בדעת הרמב"ם.

32. **שולחן ערוך** חו"מ רסח, א:

אבל אם ראה את המציאה, אפילו נפל עליה, ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה בה.
הגה: ודווקא ברשות הרבים, אבל במקום שארבע אמות קונות, קנה, ולא גרע משום דנפל עליה.
ודלא כיש חולקין.
וכן בסמ"ע ב, ובש"ך א.

ג. כמו כן נראה להכריע, לענ"ד, שאין פגם בגמירות הדעת, משום שבהקשר דנן ברור שמטרת השטר היא אכן להעביר בעלות מהמוכר לקונה, ואף אם זו נעשית במעמד הרישום וכדי לאפשר את רישום העסקה במרשם המקרקעין, הרי שאין אלו שני תהליכים נפרדים ומתחרים העשויים לפגוע זה בגמירות הדעת של זה. ההליך העיקרי הוא שטר העברת הבעלות (הוא שטר המכר, שטר מעשה הקניין), והרישום אך מקבע העברה זו במרשם המקרקעין הציבורי. לשם כך יש להבין את תפקידו של שטר המכר ואת יחסו למרשם במסגרת החוק.

4. הטאבו – פגם בקניין?

מעבר לשאלת הכוונה, יש לבחון גם אם קיים פגם במעשה הקניין. ניתוח תפקידו של השטר על פי סעיף 7 לחוק הנ"ל מעלה שתי אפשרויות: האחת תישען על הוראת ס"ק (ב) לפיה מעמדה של עסקה – לרבות שטר המכר עצמו שבמעמד הרישום – אינו אלא התחייבות, ולא קניין. ככזה, החוק מבטל את תוקפו הקנייני של שטר המכר, ולא ברור אם הצליח "לחדש" דרך חלופית של העברת הנכס שתהיה מקובלת על ההלכה. לפי פרשנות זו יש לבחון אם אכן קיימת יכולת למחוקק לבטל הוראה שכזו שלא על פי דין תורה. מצב עניינים זה דומה על דרך ההמחשה (אך לא זהה) לדברי דברי שמואל ביחס לנכסי הגוי –

מכי מטו זווי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה.³⁴

אף במקרה שלנו, לפי גישה זו משעת המרשם או השלבים המובילים אליו "אסתלק ליה" מוכר, והקונה לא קנה "עד דמטי שטרא לידיה", קרי עד שיערוך שטר מכירה נפרד על פי דין תורה. כאן לא נותר חלל ריק – ואם המכר אינו יוצא אל הפועל, המקרקעין נשארים בבעלותו של המוכר. אך כוונתי להצביע על האפשרות שקיים פער בין שעת המכר מבחינתם של הצדדים על פי ההלכה (שטר העסקה) לבין שעת המכר המוכרת על פי החוק (שעת הרישום בפועל).

אולם דומה שגם כאן הפרשנות הנכונה היא אחרת. ניתוח תפקידו של שטר העסקה במהלך הרישום על פי החוק מביא גם למסקנה הלכתית וזהה לניתוח של גמירות הדעת של הצדדים. דרישת השטר היא ביטוי לכך שקיימת עסקה בין הצדדים, ואשר המרשם בא לקבע אותה ולתת לה פומבי. דרישת השטר אינה אפוא מעשה טכני או מנהלי בעלמא. החידוש בחובת הרישום על פי החוק הוא בעצם הדרישה לפומביות. אין היא באה לגרוע מקיומה של עסקת הבסיס במקרקעין – אלא מבקשת היא לגרוע מדיותה של עסקה זו. לפי זה אין לבטל מכר שנרשם במרשם המקרקעין על פי סדר הדברים הנכון.

33. רשב"א בבא מציעא יב, ד"ה הא דאמר: "דווקא בקניה דרבנן אמרו כן כיון דאינו קונה אלא בתקנת חכמים הרי זה כאומר: "אי אפשי בתקנת חכמים", ששומעין לו, אבל בקניות דאורייתא אף על גב דגלי אדעתיה קנה".

34. בבא בתרא נד, ב; רמב"ם זכיה א, יד; שולחן ערוך חו"מ קצד, א-ב וברמ"א.

ג. האם הרישום נדרש על פי ההלכה?

כבר ציינו, שבשני פסקי הלכה מנחים בסוגיה זו עיקר הדיון נסב על תוקפה של דרישת המדינה (או: "המלכות", קרי השלטון הבריטי המנדטורי) לרישום מקרקעין לצרכיה היא.

1. פסיקת החזון איש

החזון איש, שכתב את הדברים בשנת תרח"ץ, שלל את דרישת הרישום מתוך תיאור כזה של אותה דרישה –

והנה בארצנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה, ולא על הדיון בב"ד של ישראל. ואדרבה כשהבעלי דין חותמין הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיין ביניהם הממשלה מאשרת אחר כך בדיניהם את הפסק דין של הרב שקבלו עליהם, והלכך כל קנינים שנעשו בין איש לרעהו צריכים לדון על פי דין תורה אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאב"ו, מכל מקום אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו.

החזון איש מתאר את הצורך ברישום עסקה כאינטרס של המלכות ובעבורה, ולכן מכנה אותו "אגרתא", כעין סוגית הגמרא "ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באגרתא".³⁵ ואכן, מרשם המקרקעין עונה על דרישות מגוונות. מבחינה היסטורית הצדק עם החזון איש באותה שעה, שכן "שיטת רישום מקרקעין הונהגה לא בשל הרצון להעניק שירות מועיל לאזרחים אלא בכדי לייעל את הגבייה של מסים מבעלי מקרקעין".³⁶

עם זאת, לרישום המקרקעין מטרות נוספות – מטרות מנהליות שונות כמו סיוע לרשויות התכנון, ואף מטרות המיטיבות עם האזרח, כגון: מניעת תרמיות וסיפוק מידע אמין בדבר בעלי זכויות במקרקעין.³⁷ יש לציין שאחד המניעים שדחפו להסדר זה בארץ ישראל היה הרצון של אנגליה לממש את הצהרת בלפור.³⁸

הפקודה המנדטורית עצמה, שנחקקה כעשר שנים לפני פרסום דבריו של החזון איש, קבעה כי עסקה במקרקעין שלא נרשמה תהא בטלה ומבוטלת.³⁹ עם זאת, כפי העולה מדברי החזון איש, הנוהג היה לאכוף סנקציה חמורה זו במידה חלקית,⁴⁰ אולי מתוך רצון לכבד את בתי הדין של העדות השונות.⁴¹ הדבר היה אמור ביחס למקרקעין שטרם עברו הליך של הסדר.

35. בבא בתרא נד, ב.

36. י' ויסמן, דיני קניין – חלק כללי, (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשנ"ג – 1993), עמ' 290.

37. שם, עמ' 291.

38. א' כהן, רישום ועסקאות מקרקעין, (ירושלים, תשמ"ח – 1988), עמ' 4.

39. ויסמן, לעיל הערה 36, עמ' 292.

40. במסורת הבריטית דאז, סנקציה מעין זו היתה רווחת גם בסדרי דין אזרחיים בכל דבר של סטייה מן הפרוצדורה. גם משום כך צדק החזון איש לגבי המצב המשפטי בשעתו, שאין לראות בהקפדה של השלטון על הרישום דבר הנובע משיקולים מהותיים למושג הקניין, אלא כסנקציה פרוצדוראלית גרידא.

41. כך היה גם בתקופה העות'מאנית, על אף החקיקה הנוקשה שאסרה על החזקת מקרקעין ללא שטר ראייה של המרשם ("קושאן"), אלא שהאכיפה היתה חלקית וגם הכירו בתעודות שניתנו מאת בתי הדין

כמו כן ניתן היה – ועדיין ניתן – לדרוש רישום על סמך פסק דינו של בית דין רבני, כשם שקיימת אפשרות לשילובו של דיין בהליך הסדר מקרקעין הראשוני.⁴² לעומת זאת, משעה שנערך הסדר זכויות, תוכן המרשם היווה ראייה חלוטה לאמור בו – כך שגם אם המלכות לא "הקפידה" במובן של דרישת הבטלות לעסקה בתור סנקציה, להעדר הרישום במקרקעין מוסדרים היו השלכות חמורות כלפי הצד שלא ביצע רישום.

בתמצית, דבריו של ה'חזון איש' שהמלכות "אינה מקפדת" על רישום המקרקעין היו יפים בשעתו לגבי מרבית העסקאות במקרקעין, אך אינם מתייחסים לכלל העסקאות ואף לא למכלול המשמעויות של הרישום בימינו.

2. פסיקת הרב שלמה זלמן אויערבך

פסק ההלכה של הרב שלמה זלמן אויערבך זצ"ל מתייחס אף הוא למצב המשפטי אשר שרר בשעת התקופה המנדטורית. עמדתו של הרב אויערבך היתה הפוכה מזו של החזון איש בשאלת תוקפה של מכירת מקרקעין לקראת שנת השמיטה,⁴³ על מנת להתיר עבודה בהם בשעת הדחק. כדי לבסס היתר זה, ביקש הרב לשלול את אחת הטענות המשמעותיות כנגד היתר המכירה, והיא הטענה שמכירה זו היא פיקטיבית בלבד, ושאינן לה תוקף על פי "דיני המלכות" משום שהיא נעדרת רישום במרשם המקרקעין ("ספרי האחוזה").⁴⁴ אולם דרך ניתוחו של הגרשז"א את המצב המשפטי, ניתן לראות שהוא מתבסס על אותם עקרונות של מרשם ששררו בתקופה המנדטורית. ההדגשה בדבריו היא על כך שתפקיד

השרעיים, ראה כהן, לעיל הערה 38, עמ' 22-21, על פי ספרו של מ' דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל**, (מהד' שנייה, תשי"ג), עמ' 367-368; כהן שם עמ' 43-42. כך גם בתקופה המנדטורית, שלפני חקיקת פקודת הסדר זכויות במקרקעין, שם עמ' 125-124, ובהערות שם.

42. **פקודת הסדר זכויות במקרקעין** (נוסח חדש) תשכ"ט – 1969, שהוא המשכו של הפקודה המנדטורית משנת 1928 –

110. דיינים לעזרת ההסדר

(א) בסעיף זה –

"בית-דין דתי" – בית-דין רבני...

"דיין" – (1) לענין בית-דין רבני – דיין כמשמעותו בחוק הדיינים, תשט"ו-1955...

(ב) לבקשת המנהל ימנה בית-דין דיין, שיתן בתחום-סמכותו של אותו בית-דין תעודות-ירושה ויפעל בכל ענין אחר של המעמד האישי.

(ג) בית המשפט כשהוא דן בתביעה למקרקעין כמקרקעי-הקדש יומין דיין, שנתמנה לפי סעיף זה, לשבת כיועץ בדבר דין ההקדש הנדון.

ראה שם גם סעיף 48, המכיר בפסקי דין של בוררים.

43. ראה לעיל הערה 4.

44. כדי לפתור בעיה זו נחקק **חוק עסקאות במקרקעין** (קיום מצוות שמיטה), תשל"ט – 1979. **תקנות עסקאות במקרקעין** (קיום מצוות שמיטה) תשל"ט-1979 שנתקנו בכוח חוק זה קובעות, בין היתר:

עסקה במקרקעין לצורך קיום מצוות השמיטה, שנעשתה באישור מועצת הרבנות הראשית (להלן – המועצה), או באישור מי שהמועצה הסמיכה לכך, תהיה תקפה על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או בכל דין אחר ואף אם היא לזמן ותהיה נגמרת אף בלא רישום.

ראה גם סעיף 3 **לחוק מקרקעי ישראל** תש"ך-1960: "חוק-היסוד לא יפגע בפעולות הבאות לאפשר קיום מצוות שמיטה בלבד".

הרישום הוא מנהלי בלבד, אף שהוא מדגיש את תפקידו הכפול של עקרון דינא דמלכותא דינא –

מבואר בשו"ע חו"מ סוף סי' שס"ט "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דאם כן בטלו כל דיני ישראל" ... וכמו כן בנידון דידן אף שדין המלכות הוא שכל מיקח קרקע שלא נרשם בספריהם אין לו שום תוקף והיא כדבר שאין בו ממש, מכל מקום, כל זה דוקא בנוגע להממשלה שהיא אינה רוצה כלל להתחשב עם המיקח, אבל מכל מקום הרי אינה מקפדת כלל על זה שהוא רשום אצלם בתור בעלים שלא יתן לשום איש לירד בתוך שדהו ולהתנהג שם כבעלים בלי רשות מהממשלה. ואף בדיניהם יכול שפיר כל אדם ליקח שדה ולהתנות עם המוכר שהוא מאמין בו וסומך עליו דעתו שיעביר את הקרקע על שם הקונה לכשידרוש ממנו, ורק לעת עתה איננו רוצה בהעברת הקרקע על שמו מפני שאינו רוצה עכשיו לשלם את מסי ההעברה או מפני טעמים אחרים שיש לו, ואין מקח שכזה מתנגד כלל לחוקי המדינה זולת זה שאין לו שום ערך ותוקף כלפי הממשלה.⁴⁵

הרב אויערבך מתאר כאן את המצב המשפטי אשר שרר, לפיו החוק המנדטורי (ולאחר מכן לפי החוק הישראלי עד כניסת חוק המקרקעין לתוקף בשלהי טבת, תש"ל) הכיר גם בזכויות קניין "שביושר".⁴⁶ במצב עניינים זה, הוכרו זכויות במקרקעין גם מעבר למה שהמרשם שיקף. יסוד זה הוא מרכזי בדבריו הבאים של הרב אויערבך, גם תוך היקש למצב העניינים שנהג בתקופה העותומאנית –

ומכיוון שכן נראה שאם אחד קנה קרקע באופן זה שאמר שהוא מאמין את המוכר שלא ישתמש בו כלל לרעתו בכח זה, שהוא נחשב אצל הממשלה לבעלים, וניחא ליה מהשתא בגמר המקח על ידי קניין המועיל רק בדיני ישראל, דהרי זה דומה לראובן שקנה קרקע משמעון ורק מסיבה ידועה רשם בפנקסי הממשלה את המקח על שם לוי ... דמסתבר ודאי דאע"ג שלגבי הממשלה חשיב רק לוי כבעלים ולא זה שנתן דמים, מכל מקום בדיני ישראל פשוט הוא דראובן שפיר קנה וחשיב בעלים גמור (וכן נהגו בזמן שארץ הקודש היתה תחת עול ממשלת טורקיא והיה אז חוק ששום נתין זר לא יוכל לרכוש לו נכסי דלא נידי, ואעפ"כ התחכמו הזרים וירכשו להם בתים וקרקעות על שמות נתינים טורקיים) ... והיינו משום דלגבי דידן שפיר סגי בבעלות שעל פי חוקי התורה ואין אנו צריכים כלל שיחשב לבעלים גם כלפי המלכות.

השיקול המרכזי, אם לא היחידי, של רישום המקרקעין לפי הבנה זו הוא מנהלי, וההשלכות של מחדל ברישום המקרקעין תלויות במידת ההקפדה המנהלית על כך –

וכיוון שכן נראה דדווקא אם היה עושה המלך חוק שלא לסדר כלל שום מכירה כי אם בערכאות שלהם וכל העובר על זה ענוש יענש, אז היה שפיר מסתבר דכיון

45. מעדני ארץ, יח, א.

46. ראה ערעור תשכ"ו/127, לעיל הערה 2, בעמ' 383-384.

שעיקר המקח הוא נגד המלכות, הרי הוא בטל לגמרי משום דדינא דמלכותא דינא (ויבואר... שבימים הקדמונים הקפידה המלכות על כך...) מה שאין כן בזמננו שאין המלכות מקפדת כלל על כך ואם יבואו המוכר והלוקח להתדיין בבית דין של ישראל ויחתמו על "קומפראמיס" (=שטר בוררות) שהם מקבלים עליהם את הדין, אזי תתחשב גם הממשלה עם הפסק דין ותכופ את המוכר להעביר את הקרקע על שם הקונה. ואם כן מהיכתי תיתי אנחנו לבטל את המכר מכל וכל גם מה שאיננו כלל נגד חוק המלכות.

מהמשך דבריו של הרב אויערבך ניתן להבין שקיימת משמעות למרשם בבחינת גמירות הדעת של הצדדים.⁴⁷ בנוגע לתפקידו העיקרי של המרשם ניתן לראות מדבריו, ששאלת תוקפו של המכר שנעשה בלי מרשם תלויה בשאלת מעמדו על פי החוק האזרחי – ובעיקר בשאלת תפקידו ומהותו של המרשם, ומידת ההכרה האזרחית בעסקה שנעשתה ללא רישום. אבן הבוחן היא מנהלית, ומשום כך הרב מבחין בין מקום בו המלכות "מקפדת" לבין מקום ש"אינה מקפדת" ואף מכירה בהסדרים פרטיים על פי עקרונות של דיני היושר האנגליים. במצב עניינים זה, גם בוררות (לרבות דין תורה) יכולה לקבוע את הזכויות "האמיתיות" של הצדדים, על אף האמור במעשה המרשם המנהלי.

3. ניתוח המציאות החוקית כיום

בדומה לכך היה המצב המשפטי במדינת ישראל עד שנחקק חוק המקרקעין. סעיף 161 לחוק קבע –

מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק.

סעיף זה נועד בעיקרו לבטל את תחולתם של דיני היושר האנגליים על דיני המקרקעין במדינת ישראל.⁴⁸ אולם יתרה מזו, תפקיד הרישום הפך להיות מעניין מנהלי – כלפי "המלכות" – שנועד לצרכי מיסוי וכדומה, ליסוד קנייני. תפקידו העיקרי של המרשם הוא למנוע אי-סדר בביצוע העסקאות עצמן, וליצור מצב בו רוכש יכול לדעת מי אכן הבעלים של הנכס שבו הוא משקיע את מיטב כספו.⁴⁹ משום כך קבע המחוקק בסעיף 125 לחוק את כוחו הראייתי החזק של מרשם המקרקעין –

(א) רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו, אולם אין בכך כדי לגרוע מהוראות סעיפים 93 עד 97 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.

(ב) רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא-מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתוכנו.

47. וכך הבין הרח"י רבינוביץ, לעיל הערה 2.

48. לזכויות שביושר ולהתחבטות של המחוקק הישראלי בשאלה זו ראה: מוטי בניאן, **דיני מקרקעין – עקרונות והלכות**, 47-58 (תל-אביב, 2002).

49. הסדר של רישום קיים גם בתחומים אחרים כמו מכוניות, אך ההשלכות של העדר רישום עשויות להיות שונות, ואין זה כאן מקומו. [הערות עורך: ראה בעניין זה במאמרו של הרב הלל גפן בספר זה]

הרב אויערבך עצמו ציין את שני היסודות של דינא דמלכותא דינא בראשית דבריו: משמעות מנהלית ("הנאה למלך") או לתקנת בני המדינה. דומה שלאחר חקיקת חוק המקרקעין המקום הנכון לדון במשמעות הרישום הוא דווקא תחת הכותרת השנייה, במקום תחת הכותרת הראשונה.

4. תקנות הקהל בתחום קניין קרקע

ואכן מצאנו תקנות מעין אלה בקהילות יהודיות בגולה,⁵⁰ כך לדוגמא בשו"ת הרשב"א – שאלה: פעמים שאדם מוכר לחבירו אונות, בעדים ובשטר. ועד שלא נכתב ונחתם השטר, מתו העדים או הלכו למדינת הים, ונמצא לוקח מפסיד. ועכשיו רצו הציבור לחוש לתקלות אלו, ולתקן: **שיהא סופר מתא, כותב עיקר המיקח ותנאיו בפנקסו. ושיהא אותו הפנקס, נאמן כשני עדים, כדרך שנוהגים בפנקסי הערכאות.** הודיעני אם הן אם לאו.

תשובה: כל מה שהסכימו בציבור בענייני ממון, רשאים הם. והכי הוא מוסכם ומקובל, כאילו הוא דין גמור. שהסכמתם בזה חזרה להיות דין. ובלבד שיעשה מרצון הציבור. ואם יש תלמיד חכם ממונה על הציבור, שיהא הוא נסכם עימם, ועושים מדעתו ומרשותו... שכל תנאי וכל קצבה שרוצים לעשות, אפילו בעלי האומנות, בממון, רשאים לקיים. כל שהסכימו כל בעלי אומנות בעיר, כטבחים וצבעים וחמרים וספנים, וכל שכן כל בני העיר... הסכמת הרבים יפה. שאין יחיד יכול לחזור לבטלה. שאפילו לכתחלה, הרוב כופין המועט.⁵¹

הרישום בפנקסי הקהילות בגולה שימש למטרה כפולה – הן לקבוע את דיוות הקניין והן להפקיע את תוקפו של הקניין שלא נרשם בפנקסים אלה. את הצורך במרשם ניתן ללמוד מתקנות ניקולשבורג ומדינת מעהרין –

כל הבתים והאפוטיקאות יכתבו בפנקס הקהל, וצריך שיהא פנקס כזה לכל קהילה וקהילה, והם יתקנו מהו תוקפו החוקי של פנקסים. בפנקס המקומי היו כתובים גם המקומות בבית הכנסת.⁵²

תוקף מעשה פנקס זה, לבטל כל מעשה הקודם לו, אפילו תקנות המדינה.⁵³

50. ראה דבריו החשובים של יחיאל קפלן "אי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי" **משפטים** כה, 377 (תשנ"ה).

51. **שו"ת הרשב"א** ז, סה; שם, נט; **שו"ת הרשב"א** ו, ז; **ריטב"א** יבמות פטב, ד"ה הפקר ב"ד ("ומכאן סמך להכרזות שנהגו במלכותנו כי מפני שיש בו תיקון ללקוחות ולמוכרים מפקיעים זכותו של מערער מפני שלא מיחה"); שם כתובות קב, ד"ה כי איצריכא ("אבל יש מקצת מקומות שהתנו בני העיר והנלווים בהכרזות").

52. הרב ישראל שציפנסקי **התקנות בישראל, כרך רביעי – תקנות הקהילות** עמ' תקפז (ירושלים, תשנ"ג), על פי תקנות קהילת מעהרין סי' רל"ח.

53. שם הערה 164, בשם תקנה של ה"ז בהיותו באיזמיר, על פיה המרשם המקומי גובר על עסקאות סותרות ואף על מרשם סותר.

אף את דיות המעמד הציבורי כתחליף למעשה קניין פורמאלי (אשר ניתן, לדעתי, להקיש אותו גם למרשם בספרי הציבור, אף שהדבר אינו מוזכר במפורש) ניתן להסיק מדברי הגהות מרדכי –

וששאלת רבים שהשכירו מלמד אם יכולין לחזור קודם שהתחיל במלאכתו או לא. הדין פשוט מההיא דפרק בני העיר: כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג' אין יכול לחזור. דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד, ורבים הם שלשה כדאית פרק השולח, ואפילו יחיד העושה על פי רבים [אין] יכול לחזור כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים כל שכן רבים עצמם. ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קניין במקום שיחיד צריך קניין – ושלשה טובי העיר חשובים כמו כל העיר... ומה שצריך ז' טובי העיר היינו דברים גדולים כגון להוציא בית הכנסת מקדושתו וכיוצא בו...⁵⁴

5. מעשה קניין באדמות המדינה

יש להוסיף לשיקולים אלה גם מחשבה נוספת הנובעת מחוק המקרקעין הקיים כיום. כמעט כל עסקאות המקרקעין בשוק הפרטי נעשות כיום במקרקעין השייכים למדינת ישראל, והמנוהלים על ידי מנהל מקרקעי ישראל. חוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע –

1. איסור העברת בעלות

מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת.

חוק זה הוא דוגמה מובהקת לחוק שנועד "להנאתה של מלכות". מכוחו יונקים חוק מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960, וחוק מנהל מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960. מעטים מאוד המקרקעין שהיו אדמות מסוג "מירי" אשר הפכו למקרקעין בבעלות פרטית עם חקיקת חוק המקרקעין בשנת תשכ"ט.⁵⁵ הזכות הקיימת לאזרח במקרקעי ישראל, שהם הרוב המוחלט של מקרקעין העומדים לרשות הציבור, היא באמצעות חכירה מן המנהל בלבד. משכך פני הדברים, המחוקק או המינהל הפועל מכוחו יכולים גם לקבוע את דרכי ההעברה, ולהתנות שללא ביצוע הרישום לא יהיה תוקף להעברה שכזו.

ד. סיכום

סוגיית מרשם המקרקעין היא אחת המרכזיות בחייו של האזרח, אשר משקיע את מיטב כספו בקניית דירת מגורים. זו גם סוגיה מרכזית הבוחנת את משמעותו של כלל דינא דמלכותא במדינת ישראל. הרהורים אלה נועדו לבחון את היחס שבין דבריהם של גדולי הפוסקים מהדור הקודם, לאור תמורות שחלו במציאות החוקית במדינת ישראל. אין בהם

⁵⁴. הגהות מרדכי בבא מציעא תנו-תנח.

⁵⁵. "בעלות פרטית במקרקעין אפשרית רק בחלק קטן למדי משטח המדינה... דהיינו רק כ-7% משטח המדינה פנויים לבעלות פרטית"; ויסמן, לעיל הערה 36, עמ' 192-193.

כדי לערער על עקרונות ההלכה שהם קבעו, אלא לבחון אותם לאור שינוי בתשתית העובדתית לאור חוק המקרקעין החדש. דומני, שלאור השינויים האמורים, היה מקום להסיק על פי דרכם שלמרשם המקרקעין נועד תפקיד הלכתי חשוב באופן ישיר, גם ללא הסתמכות על עקרונות של מנהג ושל סיטומתא. מסקנתי אפוא כפולה: ראשית, די במרשם המקרקעין כדי להעביר בעלות על פי דין תורה, מכוח שטר המכר שבבסיס עסקת המקרקעין. שנית, המרשם אף נחוץ, ובלעדיו לא יועילו קניינים אחרים של ההלכה. התמורות שחלו במטרת מרשם המקרקעין מאז נכתבו תשובות מנחות בעניין זה, הן כאלה המשמשות בסיס לנחיצות המרשם גם על פי ההלכה. ביקשתי להראות אפוא שמרשם המקרקעין הוא תנאי מספיק ואף הכרחי לקניין מקרקעין גם על פי ההלכה.

מעשה קניין ברכישת דירות

הרב חיים וידאל

א. מבוא	ה. רישום בטאבו
ב. קניית קרקע – בכסף, שטר או חזקה	1. רישום בטאבו כמעשה קניין
1. קניין כסף	2. העברת בעלות ללא רישום בטאבו
2. קניין חזקה	3. שיטת החזון איש
3. קניין שטר	4. ביטול עסקה בגלל עיכוב ברישום או בתשלום
4. בחירת מעשה קניין על ידי הצדדים	ו. סיכום המסקנות המעשיות
ג. הפגם של היעדר רצון לקנות ("סמכא דעתא") – מדאורייתא או מדרבנן?	1. תשלום כסף, חתימת חוזה וחזקה
1. שני תירוצים בפירוש הרשב"א	2. רישום בטאבו
2. מי שפרע בקרקע	3. ריבית
ד. חוזה, תשלום וחזקה בקניית דירה	ז. נספחים
1. חוזה מכר – האם דינו כשטר קניין?	א – מעמדו של הכסף ששולם עד לכתיבת השטר
2. תשלום הכסף	ב – כוונה בעשיית מצוות לעומת כוונה לקניין
3. חזקה בדירה	ג – כוונה ייחודית בקניין כסף

א. מבוא

בשולחן ערוך נפסק ש"קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקניין סודר".¹ כלומר, כדי לקנות מקרקעין, יש לעשות אחד ממעשי הקניין הבאים: תשלום כסף, כתיבת שטר, עשיית מעשה המבטא חזקה בקרקע או קניין סודר.

נראה כי ברכישת דירה נעשים שלושת המעשים הראשונים גם יחד: **כסף** – הקונה משלם למוכר; **שטר** – נערך חוזה מכר בין המוכר והקונה; **חזקה** – הדירה מועברת לחזקת הקונה (שלב זה מכונה מסירת מפתח).² מלבד זאת, הקונה רושם את הדירה על שמו בלשכת המקרקעין (טאבו), וקודם לכן, בדרך כלל, נרשמת הערת אזהרה לטובת הקונה.

* הרב חיים וידאל, אב"ד לממונות, רבנות ירושלים; ר"מ בבית מדרש "דרכי הוראה" בראשות הגאון רבי אשר וייס.

1. **שולחן ערוך** חו"מ קצ, א.
2. מסירת מפתח אינה מועילה בקניין חזקה כמבואר **בשולחן ערוך** חו"מ קצב, א. אך ייתכן ופעולה זו תועיל כסיטומתא וכן כתב **הסמ"ע** רא, ו. בדרך כלל לאחר מסירת המפתח נכנס הקונה לדירה ומבצע קניין חזקה מלא.

ריבוי השלבים המשפטיים הכרוכים בהעברת הבעלות בדירה מחייב לברר מהו השלב בו עוברת הבעלות על הדירה? לשאלה זו השלכות רבות, למשל, כשהתקלקל חלק מן הדירה. אם היה זה לאחר העברת הבעלות, ההפסד הוא של הקונה, אך אם הדבר אירע לפני כן, ההפסד הוא של המוכר, ועליו לתקן את הקלקול.

נפקות נוספת, מתי רשאי הקונה להיכנס ולגור בדירה?³ **כל עוד לא הועברה הבעלות לקונה כל התשלומים ששילם הקונה למוכר נחשבים כהלוואה** עד לגמר העברת הבעלות,⁴ אם הדירה שייכת למוכר-הלווה בכל הזמן הזה, נמצא שהקונה-המלווה מקבל ריבית במגוריו בדירה,⁵ אלא אם כן ישלם שכירות.⁶ כמו כן, אם הדירה כבר הועברה לבעלות הקונה והקונה לא שילם עדיין את מלוא הסכום שנקבע, יהיה אסור למוכר לדור בדירה בחינם מבלי לשלם שכר דירה לקונה.⁷

קודם לדיון במעשי הקניין השונים, יש להקדים ולומר שהעברת הבעלות מורכבת משלושה גורמים: המרכיב הראשון הוא עשיית **מעשה קניין**; השני הוא **רצון** להיות בעלים (תוצאה); והשלישי הוא **דעת** לבצע העברת בעלות (תהליך). את היחס בין המעשה לרצון ניתן לבאר בשתי דרכים:⁸

א. **מעשה הקניין הוא המעביר את הבעלות.** מובן שהמעשה אינו פועל ללא רצונם של הקונה והמקנה, כיוון שהרצון "מחיה" את מעשה הקניין, ומאפשר לו לפעול את פעולתו.

ב. **רצון מעביר את הבעלות,** ומעשה הקניין נדרש כדי לגלות שהרצון הוא גמור, כפי שיבואר לקמן.

על הצורך ב**דעת** כדי לבצע העברת בעלות קניין, אנו למדים מההלכה הבאה – העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה.⁹

במקרה זה האדם שעודר בשדה חושב שהוא עובד בשדה השייכת לו, והוא מעוניין בתוצאה – שהשדה תהיה שלו. אולם, בגלל שהוא לא התכוון לתהליך העברת הבעלות

3. הגר"נ גולדברג שליט"א (קובץ הישר והטוב ב, עמ' יא) הציע לפתור בעיה זו על ידי הוספת סעיף בחוזה בו יהיה כתוב "שכר הדירה כלול במחיר הנקוב" ולפרט שאם המוכר גר בדירה המחיר הוא לאחר ניכוי דמי השכירות, ואם הקונה גר בדירה המחיר כולל את דמי השכירות שלו. [הערת עורך: ראו הצעה אחרת במאמרו של הרב ד"ר איתמר ורדפטיג, בקובץ זה].

4. ראה נספח א.

5. **שלחן ערוך** יו"ד קעד, ו.

6. **תורת ריבית** יב, יג, במקרה שהדירה עדיין לא הועברה על שמו של הקונה.

וכן אם סיכמו שהקניין על הדירה יעשה בקניין "שטר" – דהיינו בחוזה ולא בכסף, אם כן כבר נתבאר שאין השטר קונה עד שישלם את כל הכסף, אם כן אין שום נפקות לשאלה, האם הדירה נרשמה על שם הקונה בטאבו או לא.

7. שם, יא. הדירה כבר הועברה על שמו של הקונה בטאבו, וכן כתבו כמה אחרונים.

8. [ראו עוד בהרחבה במאמרו של הרב ד"ר רון קליינמן "יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין", בספר זה]

9. **שולחן ערוך** חו"מ רעה, כה.

במעשה שהוא עושה – הוא לא קנה את השדה. אמנם, אין צורך שהקונה יתכוון לקנות באופן ייחודי במעשה מסוים: חזקה, במשיכה או בהגבהה, אלא די בכוונת קניין כללית.¹⁰

ב. קניית קרקע – בכסף, שטר או חזקה

ראשית, נבחן את שלושת מעשי הקניין המבוצעים בעת רכישת דירה, ואת הקשר ביניהם.

1. קניין כסף

בגמרא מבואר:

בכסף מנלן? אמר חזקיה, אמר קרא: "שדות בכסף יקנו"...

אמר רב: לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר – לא קנה.¹¹

כלומר, קרקע נקנית בכסף, אבל במקום שנהגו שהמוכר כותב שטר לקונה – אין העסקה נגמרת ללא שטר. רש"י פירש שיש צורך בשטר כדי שהקונה יגמור בדעתו לקנות –

דכיוון דרגילין בהכי, לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא.¹²

הרשב"א,¹³ בניגוד לרש"י,¹⁴ כתב שהצורך בשטר נובע מן הצורך בגמירות דעתם של הקונה ושל המוכר גם יחד.¹⁵

2. קניין חזקה

נחלקו ראשונים בשאלה, האם במקום שנהוג לכתוב שטר ניתן לקנות קרקע בחזקה ללא שטר, הרמב"ן כתב שחזקה אינה מועילה ללא שטר:

ויש מפרשים דאכסף בלחוד קאי אבל בחזקה קנה בכל מקום, דקנייה אלימתא היא שהרי באה לרשותו... ואינו נכון.¹⁶

הרשב"א הביא את דעות החולקים:

10. ראה עוד נספח ג.

11. קידושין כו,א.

12. רש"י שם, ד"ה לא.

13. רשב"א קידושין כו,א, ד"ה אמר רב.

14. לכאורה, יש נפקות בין הראשונים בשאלה האם גם המוכר יכול לחזור בו. לפי רש"י, רק הקונה יכול לחזור קודם נתינת השטר, כי לא גמר בדעתו לקנות, ולפי הרשב"א שניהם יכולים לחזור בהם. אולם דבר זה לא מסתבר, כיון שאם המוכר אינו יכול לחזור בו, הרי מוכח שהבעלות כבר עברה לקונה, וכיצד יוכל הקונה לחזור בו? אלא על כורחנו שבגלל שהקונה אינו גומר בדעתו לקנות גם המוכר לא סומך דעתו, והבעלות כלל אינה עוברת, וכך כתב בפתחי תשובה (חו"מ קצ, ה, בשם תשובת רשמי שאלה חו"מ, נב) ומה שרש"י נקט דווקא "קונה", היינו שחוסר הסמיכות דעת מתחילה בקונה ובסופו של דבר קיימת אף לגבי המוכר.

15. ראה נספח ג.

16. רמב"ן קידושין כו,א, ד"ה לא, וכן בחידושי תלמידיו שם.

ואיכא מאן דאמר דאין לאחר חזקה כלום ואפילו בלא דמים נמי קנה והדמים אצלו חוב... וכן דעת רבותינו הצרפתים וכן כתב רב האי גאון ז"ל בתשובה.¹⁷

וסברתו היא שאם עושה קניין בגופה של קרקע יש לקונה יותר גמירות דעת, הרמ"א פסק כדעת החולקים.¹⁸

לאור זאת עולה השאלה, האם בעסקת מכירת דירה צריך כתיבת שטר כדי לגמור את הקניין, לאחר שהקונה כבר נכנס לגור בדירה?¹⁹ בפועל, נראה שמנהג בתי הדין היום שלא להסתפק בחזקה, משום שהרמ"א כתב שם "מיהו אם התנה הכל לפי תנאו", והמנהג כיום הוא לכתוב חוזה מכר, והרי זה כאילו התנו במפורש.

3. קניין שטר

על קניין מקרקעין בשטר נאמר בגמרא:

אמר שמואל: לא שנו אלא בשטר מתנה, אבל במכר – לא קנה עד שייתן לו דמים. מתיב רב המנוא: בשטר כיצד? כתב לו על הנייר או על החרס אף על פי שאין בהם שוה פרוטה "שדי מכורה לך", "שדי נתונה לך", – הרי זו מכורה ונתונה! הוא מותיב לה, והוא מפרק לה: במוכר שדהו מפני רעתה.²⁰

כלומר שטר בלבד מועיל רק כאשר מדובר במתנה, אבל במכר אין העסקה נגמרת לפני התשלום, אלא אם מדובר במוכר שדה גרועה "מפני רעתה". על כך העיר הר"ן:

איכא מאן דאמר דדווקא כל הדמים, אבל במקצת הדמים... לא קני. דכי אמרינן דבמקצת הדמים קנה הכל... הני מילי בנותן מקצת הדמים לשם קניין דכיוון שקיבלם לשם קניין... גלי אדעתיה דניחא ליה דליקני בהכי. אבל הכא אפילו דמים

17. רשב"א קידושין כו,א, ד"ה אמר רב.

18. רמ"א חו"מ קצב, טז.

19. כוונת קניין חזקה כיום –

לכאורה יש להעיר שכיום אין בכלל קניין חזקה, שהרי גם בקניין חזקה יש צורך בכוונת קניין, כמו שמצאנו גבי עוה"ב בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה (שולחן ערוך חו"מ רעה, כה). בניגוד לכך, כיום עיקר הדעת "להתקשרות" בין הצדדים נעשית רק על ידי חוזה המכר או קבלת הדמים, ואילו מסירת החזקה בפועל אינה נראית בעיני אנשים כמעשה שיוצר את עצם ההתקשרות בין הצדדים, אלא כמילוי ההתחייבות לקיום העסקה. הדברים אמורים גם אם יש בחוזה אוזכור מפורש לכך שעם מסירת החזקה תבוא העסקה לידי גמר. מצב זה דומה למה שכתב הטור (חו"מ קצד) שאם נתן כסף לגוי עבור קרקע שוב לא יכול הגוי לכתוב שטר קניין על הקרקע, כיוון שהגוי הפקיר את הקרקע משקיבל את הכסף.

לפיכך גם אם הקונה ממשיך לדור בדירה הוא אינו קונה בחזקה כי דעתו הייתה לקניין שטר או מעות, ולא לקניין חזקה. יתירה מזו, גם לדעות שדי ברצונו של המוכר להקנות (דעת אחרת מקנה), ואין צורך בכוונת קניין מצד הקונה אלא די בחוסר התנגדות של הקונה (שו"ת רעק"א, לו) במקרה זה לא יהיה בכך די. כיוון שכיום עיקר דעתו של המוכר שהתקשרות מחייבת נעשית רק בחוזה המכר או בקבלת המעות. ולא ראיתי מי שיעיר בזה, רצ"ע.

אמנם ייתכן שכאשר המוכר הכניס את הקונה לדירה לפני קבלת מלוא התמורה ולא נכתב בחוזה תנאי המונע מהקונה מלקנות את הדירה בקניין חזקה, נראה שהמוכר מתרצה שהקונה יקנה בחזקה, אבל דבר זה בהחלט לא שכיח. וכן אין זה מסתבר שכוונתו להשאל את הדירה לקונה.

20. קידושין כו,א.

הללו לא לשם קניין נתנם לו, שהרי בשטר הוא קונה, אלא לשם פרעון נתנו... ולפיכך יש לומר שאפילו כנגד מעותיו אינו קונה דכיוון שבשטר הוא קונה אי אפשר לו לקנות מקצת השדה שעל כל השדה נכתב ולא על חציו.²¹

כלומר אף שבדרך כלל ניתן לקנות את כל הקרקע באמצעות תשלום חלקי, אולם כשקונה בשטר, העסקה אינה נגמרת עד לתשלום המלא. זאת, כיוון שבמקרה זה, התשלום אינו בגדר מעשה קניין בלבד, אלא הוא תנאי לקיום העסקה, כיוון שאומדים את דעתו של המוכר שאינו מעביר את הבעלות ללא תמורה, לפיכך, כדי שהבעלות תעבור במלואה יש צורך בתשלום מלא,²² וכך נפסק בסמ"ע.²³

לפי הלכה זו, אם נערך חוזה מכר שדינו כשטר והוא מעשה קניין, בכל זאת לא תועבר הבעלות בדירה אלא אחר שישלם הקונה את מחיר הדירה במלואו.²⁴

4. בחירת מעשה קניין על ידי הצדדים

כאן המקום לשאול: מהי משמעות ההלכה הקובעת שבמקום בו נהוג לכתוב שטר, אין הכסף מועיל להעברת הבעלות עד שייכתב השטר? האם המשמעות היא, שהבעלות עוברת רק לאחר מסירת השטר, או שמא מסירת השטר היא תנאי לתחולתו של הקניין בכסף? לפי התשובה לשאלה זו נוכל לקבוע מאימתי עוברת הבעלות בנכס? אם מסירת השטר אינה אלא תנאי לגילוי גמירות דעת הצדדים בקיום העסקה, הרי שהעברת הבעלות חלה למפרע משעה שבוצע קניין הכסף עם מסירת השטר, אולם, אם המנהג לכתוב שטר מגלה שהצדדים בוחרים לסיים את העסקה רק לאחר מסירת השטר, הבעלות עוברת רק לאחר מסירתו!

שאלה נוספת היא, האם יש בכוחם של הצדדים לקבוע מהו המעשה מבין המעשים שנעשו, שיבצע את הקניין; או שמא, מעשה הקניין שמכוחו תעבור הבעלות אינו מושפע מעמדות הצדדים לעסקה, וכוחם של הצדדים מצטמצם להחלטה, איזה מעשי קניין לעשות? לשאלה זו משמעות גדולה במכירת דירה, שם נעשים מעשים שונים – האם יכולים הצדדים להחליט מי מהם יהיה מעשה הקניין? מהגמרא משמע שניתן לבחור:

ואי פריש – פריש, כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא, אמר: אי בעינא בכספא איקני, אי בעינא בשטרא איקני...²⁵

כלומר, הצדדים יכולים לפרש באיזה מעשה קניין דעתם לקנות, וכך היה עושה רב אידי בר אבין, שהיה מתנה שיקנה או בשטר או בכסף.

21. ר"ן על הרי"ף קידושין י, ב (בראשו).

22. ריטב"א קידושין כו, א, ד"ה אמר שמואל, והסביר זאת משום שקניין שטר הוי קניין גרוע כיון שאין הקונה מוחזק בקרקע.

23. סמ"ע חו"מ קצה, ה.

24. ראה נספח ג.

25. קידושין כו, א.

אולם נראה שמפירוש רש"י לשאלה, מדוע לא ניתן לגמור את הקניין בכסף, במקום בו נהוג לכתוב את השטר, ניתן להסיק מסקנה הפוכה, וזו לשונו:

דכיוון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא.²⁶

רש"י כתב שללא שטר לא "סמכא דעתיה", כלומר, ללא שטר אין רצון להעברת בעלות.²⁷ גם הניסוח של רש"י "ועיקר דעתו לקנות על השטר", מוכיח שאין כוונתו לכך שניתן לבחור מעשה קניין. אילו כך היה, רש"י היה כותב "לקנות על ידי השטר", אלא כוונתו היא שמעשה הקניין הוא תשלום הכסף, ותחולתו תלויה ועומדת עד שיכתוב את השטר. בניגוד לכך הר"ן הביא גם דעה אחרת:

וטעמא דמילתא משום דכל שיש לפניו שתי קניות אין דעתו לקנות אלא בקניין שהוא יותר מועיל, ושטר מועיל יותר מכסף לפי שמועיל לקניין ומועיל לראיה.²⁸

דהיינו, דעתו של הקונה לבחור במעשה הקניין המועיל ביותר מבחינתו. לשיטתו, מפרש הר"ן בתחילה שמדובר בגמרא בשטר קניין, אבל בשטר ראייה קונה הוא בכסף בכל מקרה. אבל לבסוף, הר"ן דוחה דעה זו, ומסיק שהגמרא עוסקת בין בשטרי קניין ובין בשטרי ראייה: בשטרי קניין – קונה מזמן השטר,²⁹ ובשטרי ראייה – קונה בכסף למפרע לאחר שיכתוב את השטר.³⁰

26. רש"י שם, ד"ה לא.

27. עיין חזון איש (חרי"מ ליקוטים, טז, ה) שכתב ש"לא סמכא דעתיה" אין פירושו שהקונה אינו רוצה לקנות, שהרי לא ירויח בכך דבר. אלא פירושו שהקונה איננו בטוח בקניין וליבו נוקפו, והוסיף שמדברי הנימוקי יוסף (על הרי"ף בבא בתרא כט, א, ד"ה הרי) משמע יותר שהקונה אינו רוצה.

28. ר"ן על הרי"ף קידושין י, א.

29. על פי כל השיטות משמע שבשטרי קניין קונה רק בקניין שטר, וכלשון הר"ן "אין דעתו לקנות אלא בקניין שהוא יותר מועיל". ויש לתמוה על כך, שהרי בגמרא ממנה למדו את הדין מדובר על קניין כסף וכמו כן דין זה נפסק בשולחן ערוך חרי"מ בסימן קצ העוסק בקניין כסף ולא בקניין שטר. אין לומר שמדובר במעשה קניין חדש לגמרי המורכב מקניין כסף וקניין שטר כאחד, כיון שאז יהיה קושי לפרש את המשך הגמרא "אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטרא איקני", שהרי אין אפשרות לקנות בחצי מעשה קניין.

לכל היותר אפשר לומר שחז"ל קבעו שבמקום שכותבים את השטר, אין סמיכות דעת וצריך שני מעשי קניין – קניין כסף ובנוסף קניין שטר. לכן יכול הקונה להתנות שיקנה באחד משניהם, כיוון שהוא מגלה שבכך דעתו סומכת. אכן מפשט לשון הר"ן לא משמע כך, אלא משמע שהקניין נעשה רק בשטר, ומיקומו בגמרא ובשולחן ערוך נקבע במקום הקרוב ביותר מבחינה עניינית הגם שמדובר בקניין שטר.

30. הר"ן (על הרי"ף קידושין י, א) הודה שאם כתב שטר קניין הרי שקונה רק בשטר ולא בכסף. נמצא לכאורה שהנפקות בין שיטת הר"ן והשיטה האחרת שהביא ("איכא מאן דאמר") היא רק במקום שנהגו לכתוב שטר ראייה, כאשר לפי השיטה השנייה קונה בכסף לחוד, ולפי שיטת הר"ן קונה בכסף למפרע כשיכתוב השטר.

אמנם העירוני שעל פי השיטה השנייה קשה, כיצד ייתכן שבמקום שנהגו לכתוב שטר ראייה יקנה בכסף בלבד? המאירי (קידושין כו, א, ד"ה אמר המאירי) פירש בדומה לשיטה המובאת בר"ן, שהגמרא עוסקת רק בשטר קניין, והוא מסביר שקונה בכסף לחוד "היכא שהתנה" לקנות בכסף. ועדיין קשה, הרי במקרה שהתנה לקנות בכסף בלבד, לכל השיטות די בקניין כסף, ואם כן, במה נחלק הר"ן עם השיטה שהביא?

בספר אמרי בינה³¹ כתב ששיטת הריטב"א היא, שגם כאשר נעשה השטר לראיה בלבד על מעשה הקניין, ולא מתפקד כשטר קניין יש מקום לדון האם העברת הבעלות היא רק במועד מסירת השטר, כי על כך סמכו הצדדים, או שמא במועד התשלום, והוא מוסיף שמדברי השולחן ערוך והסמ"ע משמע, שהעברת הבעלות היא רק במועד מסירת השטר.

אולם דבריו קשים, כיוון שדעה כזו הובאה בדברי הר"ן, והוא דחה אותה מן ההלכה. הבית יוסף³² הביא רק את דברי הר"ן במסקנתו, ולא את השיטה שדחה מן ההלכה. קשה אם כן לומר, שבשולחן ערוך פסק על פי השיטה המובאת בר"ן, שלא הובאה כלל על ידו בספר בית יוסף.

נפקות אחרת יש לשאלה זו בעניין זכות הקונה לחזור בו מן העסקה, לפני מסירת השטר. אם הקניין נעשה על ידי השטר, מסתבר שיכול הקונה לחזור בו קודם מסירת השטר. אולם אם קונה בבסוף למפרע, הרי שמסירת השטר אינה אלא תנאי ואם התנאי התקיים על ידי המוכר שמסר לקונה את השטר, הבעלות חלה למפרע משעת התשלום, והקונה אינו יכול לחזור בו.

בספר המקנה³³ הוכיח ממשמעות הסוגיה בגמרא שהקונה יכול לחזור בו קודם כתיבת השטר,³⁴ שמדובר דווקא בשטר קניין, כדעה שהביא הר"ן. אולם, נראה שהדבר תלוי במחלוקת האחרונים בשאלה, האם די בכתיבת השטר או שצריך גם למסור אותו לקונה, כפי שהובאה בספר אמרי בינה.³⁵ ונראה ששורש המחלוקת הוא שאלת חיוניותו של השטר – אם מפני חשש של הקונה שמא המוכר ישקר שלא מכר, או יש צורך גם במסירה, אבל אם החשש הוא שמא המוכר יחזור בו, אז די בכתיבת השטר על ידי המוכר.

ג. הפגם של היעדר רצון לקנות ("סמכא דעתא") – מדאורייתא או מדרבנן?

1. שני תירוצים בפירוש הרשב"א

הרשב"א הקשה, מהיכן למדנו שקרקע אינה נמכרת באמצעות שטר מכר בלבד, אלא בצירוף התשלום:

ואם תאמר, והא מהיכא ילפינן [=וזה מהיכן למדנו] שטר? מ"ואקח את ספר המקנה" (ירמיה לב, יא), וההוא שטר מכר הוה!

איכא למימר התם [=יש לומר, ששם] מוכר שדהו מפני רעתה הוה, כדכתיב "הנה הסוללות באו העיר ללוכדה".

31. אמרי בינה קניינים, כב.

32. בית יוסף חו"מ, קצ.

33. מקנה קידושין כו, א, ד"ה בגמרא אלא מהכא.

34. שם: "אי בעינא בשטרא איקני".

35. אמרי בינה קניינים, כב (בסופו).

ו**לי נראה** דלאו קושיא הוא דהא דאמרין בשטר מכר לא קנה לאו משום דכסף מעכב בקניית שטר דהא אי פריש פריש, אלא **רבנן הוא דתקון** משום דאפשר דלא סמכא דעתיה, וקרא דינא, ודשמואל תקנתא דקם אדעתא דאינשי.³⁶

דהיינו, הרשב"א הקשה מכך שהמקור של קניין שטר נלמד מירמיה הנביא, ושם לא נזכר שצריך ליתן דמים! ותירץ בשני אופנים:

א. במעשה של ירמיה השדה נמכרה "מפני רעתה", ואכן במקרה כזה אין צורך בתשלום.

ב. מדין התורה ניתן לרכוש שדה על ידי שטר בלבד, וההלכה הקובעת שדרוש גם תשלום יחד עם השטר היא מאוחרת, ומקורה בתקנת חכמים.

מבואר אם כן, שיש מחלוקת בין התירוצים: על פי **ההסבר הראשון** הצורך בתשלום נובע מחוסר גמירות דעת מצד הקונה, ולכן לא קנה גם מדאורייתא. וכן כתב במפורש במנחת חינוך³⁷ שהחיסרון ב"סמכא דעתיה" הוא גם מדאורייתא. אולם, על פי **ההסבר השני** אכן מדאורייתא אין בעיה של גמירות דעת, אלא רבנן הם שחששו שהמוכר לא יגמור בדעתו.

נראה שעל פי ההסבר השני דין התורה לא שלל את תוקף הקניין בשטר בשל היעדר סמיכות הדעת, משום שההנחה היא שהצדדים מתרצים לקיום העסקה, ואם המוכר אינו מתרצה עד שיקבל את כספו, הרי זה בגדר **דברים שבלב** שבהם אין מתחשבים כל עוד אין הם בליבו ובלב כל אדם.³⁸ אולם חכמים חששו לאותם **המקרים** שבלבו ובלב כל אדם אין גמירות דעת לקניין ולכן הצריכו מלבד כתיבת השטר גם תשלום כסף כדי שהקניין יחול.

דברי הרשב"א נאמרו אמנם בעניין מכירת קרקע בשטר בלבד, אך נראה שסברתו נכונה גם לגבי קניין כסף במקום שכותבים את השטר, וגם שם יאמר שזו רק תקנה מדרבנן. נראה שרבים מהראשונים סברו כתירוצו השני של הרשב"א, וכך פסקו האחרונים להלכה, כפי שעולה מסוגיית מי שפרע בקרקע, כמבואר בפרק הבא.

2. מי שפרע בקרקע

מן התורה, **מיטלטלין** נקנים בכסף, אולם חכמים תקנו שמיטלטלין ייקנו במשיכה או בהגבהה.³⁹ לפיכך, לאחר ביצוע התשלום כל אחד מהצדדים יכול לחזור בו, אולם מוטלת עליו קללת "מי שפרע".⁴⁰ הרמב"ן ותלמידיו⁴¹ דנו בשאלה, האם בעסקת **מקרקעין** במקום שנהוג לכתוב שטר, ואחד הצדדים חזר בו מן העסקה לאחר התשלום הכספי, מוטלת עליו קללת "מי שפרע"?

36. רשב"א קידושין כו, א, ד"ה אמר שמואל.

37. מנחת חינוך מצוה שלו, א.

38. שולחן ערוך חו"מ רז, ד.

39. שולחן ערוך חו"מ קצח, א.

40. שולחן ערוך חו"מ רד, א.

41. רמב"ן בבא מציעא מחב, ד"ה כתב, וראה עוד בבית יוסף חו"מ רד, ה.

ועיין **קצות החושן** (רד, ב) שכתב שבזה נחלקו הרי"ף והר"י מיגאש, והניף ידו שנית וכתב (רט, ט) שבזה גם נחלקו הסמ"ע (שם, כג) והש"ך (שם, יג) להלכה.

מסקנת הבית יוסף⁴² היא, שלדעת הר"ן כאשר הקניין חל מדאורייתא אך לא מדרבנן, מוטלת קללת "מי שפרע" על החוזר בו מן העסקה. לפיכך, מי שקנה מקרקעין בכסף במקום שכותבים שטר וחוזר בו מן העסקה לפני מסירת השטר – מוטלת עליו קללת "מי שפרע". אולם נראה שהדבר תלוי בשאלה שהובאה לעיל⁴³, האם הצורך בשטר הוא מדרבנן או מדאורייתא. אכן, על פי התירוץ השני של הרשב"א, הצורך בשטר הוא רק מדרבנן, ומן התורה קונה בכסף, ולכן מוטלת קללת "מי שפרע" על מי שחוזר בו מן הקניין לפני שנכתב השטר.

להלכה נראה שאף על פי שבבית יוסף כתב שהראשונים מסופקים בזה, מכל מקום האחרונים⁴⁴ הכריעו שמוטלת קללת "מי שפרע" על החוזר בו מעסקה במקרקעין, ופסיקתם זו מתאימה להכרעת החזון איש⁴⁵, שמדאורייתא קרקע נקנית בכסף, ורק מדרבנן אין היא נקנית בכך, במקום שכותבים שטר, וכדעת הרשב"א בתירוץ השני.

ד. חוזה, תשלום וחזקה בקניית דירה

כאמור בפתיחה, העברת בעלות כוללת מספר שלבים – חתימה על חוזה, תשלום בכמה שלבים, העברת החזקה לקונה ורישום בטאבו. בפרק זה יידון מעמדם של השלבים הראשונים, פרט לרישום, כמעשה קניין המעביר את הבעלות.

1. חוזה מכר – האם דינו כשטר קניין?

כדי שהבעלות תעבור ברגע חתימת החוזה ומסירתו, עליו להיות בגדר שטר קניין ולא רק שטר ראיה על מעשה הקניין. לכך יש כמה השלכות: ראשית, צריך שיהיה השטר שייך למוכר, ולא, אין בכוחו להעביר בעלות⁴⁶. אם חוזה המכר שייך לעורך-הדין, יש להקפיד שעורך-הדין יקנהו למוכר כדין תורה. שנית, יש לנסחו באופן מסוים: או בלשון הווה – "שדי מכורה לך"⁴⁷, או בלשון עבר – "מכרתי לך את שדי"⁴⁸. אבל, חוזה המכר נכתבים כיום בלשון "התחייבות", שאינה מועילה בשטר קניין.

42. בית יוסף שם.

43. ליד הציון להערה 36.

44. שו"ת רעק"א, קלג, שכתב כדבר פשוט שיש "מי שפרע" בקרקעות כיוון שכך משמע מתוספות (כתובות צג,א), וכן כתב בספר משכנות יעקב המובא בפתחי תשובה רד, ב, בשם הרבה ראשונים.

45. ליד הערה 70.

46. ע"פ קצות החושן קצא, א; נתיבות המשפט קצא, א; וכן בשו"ת משכנות יעקב, כז; הובא בפתחי תשובה, רלח, ב.

47. ר"ן על הר"ף קידושין י,א, ד"ה גמ'; וכן נפסק בשולחן ערוך חו"מ קצא, א.

48. שולחן ערוך חו"מ קצא, ג, וראה סמ"ע קצא, ו.

לפיכך נראה שחוזה מכר דהיום מהווה רק שטר ראיה, ולכן אין הוא צריך להיות שייך למוכר,⁴⁹ ואכן זו גם עמדת החזון איש⁵⁰ שדעת הציבור היא שמעשה הקניין הוא בכסף, והחוזה משמש רק כשטר ראיה. לדבריו, אין צורך שחוזה מכר יהיה בגדר שטר קניין.⁵¹ יתירה מזו, כיוון שבדרך כלל חוזה מכר דירה מנוסח כהתחייבות: "המוכר מתחייב למוכר" הרי שכוונת הצדדים שהבעלות לא תעבור באופן מיידי, אלא כוונתם היא אך ורק להתחייב להעביר את הבעלות בעתיד.⁵² לאור זאת נראה שהחוזה אינו משמש אפילו כשטר ראיה, כיוון שאינו מתעד את העברת הבעלות שהייתה בעבר, אלא את ההתחייבות להעביר את הבעלות בעתיד. כך נמנעת גם האפשרות לראות בהתחייבות החוזה קניין מכוח מנהג המדינה ("סיטומתא"), אפילו כשהקונה שילם את מלוא התמורה.⁵³

2. תשלום הכסף

התשלום הראשון בזמן החתימה על החוזה אינו מהווה מעשה קניין, כיוון שחוזה המכר מנוסח כהתחייבות עתידית להעביר את הבעלות, לכן גם התשלום המתלווה אליו אינו יכול לבצע העברת הבעלות באופן מיידי. גם לצורך יצירת ההתחייבות הוא מיותר, כיוון שאין צורך במעשה נוסף כדי ליצור התחייבות, אולם נראה שהמוכר אינו מסכים להתחייב בלי שיקבל בתמורה כסף.⁵⁴

גם אחרי ששילם הקונה את מלוא התמורה על הדירה עדיין לא די בכך, כיוון שעל פי ההלכה יש צורך גם בשטר ראיה. כאמור, קשה לראות בשטר המכר המנוסח כהתחייבות עתידית להעביר את הבעלות, שטר ראיה להעברת בעלות שכבר בוצעה.

49. קצות החושן קצא, א.

50. חזון איש חושן משפט, ליקוטים, טז, ד.

51. [הערת עורך: הניתוח נכון מבחינה הלכתית, רק אם מתעלמים מן הנוהג המקובל. מבחינה משפטית. עסקה במקרקעין אף אם זו רק התחייבות להקנות, דורשת קיומו של מסמך כתוב. המסמך אינו ראיה בלבד לקיום העסקה, אלא קיומו נדרש כתנאי "קונסטטיטובי" בלשון המשפטים ("דרישת כתב קונסטטיטובי", במובחן מ"דרישת כתב ראייתית"), שבלעדיו לא תיכון העסקה, ואף לא יתבצע רישום בטאבו. נמצא, ששטר המכר, לפי הנוהג המקובל, הוא הרבה יותר מראיה גרידא. י. א.] תשובת המחבר: כל עוד אין בחוק דרישה שחוזה המכר ייכתב בלשון קניין ממש, כפי דרישת ההלכה, אין מקום לנידון זה. הניסיון להעמיס ולהחיל את פרטי ההלכות שנאמרו בשטרי קנין (על פי דין תורה) על הגדרות המשפטיות הנ"ל, הוא דבר זר.

52. בעניין נוסח ההתחייבות המועילה עיין שו"ת המביט ב, כו, ושו"ת מהר"א ששון קלג. ו שאם המוכר מתחייב למוכר ההתחייבות מועילה, ולא כדעת שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ ה.

53. [הערת עורך: גישה שונה העלו הרב נתן חי והרב יעזר אריאל בספר זה. י. א.]

תשובת המחבר: בחוק המקרקעין קיים רק מושג של "התחייבות" או "העברת בעלות". "קניין פירות" אינו מוזכר שם, ולכן קשה לומר שיש סיטומתא על מושג קנייני שלא קיים בחוק. יצוין עוד שלפני כמה עשרות שנים נהגו המשפטים להגדיר את כתיבת החוזה כ"קניין שביושר".

54. בספר ברית יהודה כח, נט, כתב לפרש את החוזה שהוא כמו קניין כסף מעכשיו על תנאי, והיינו שלעולם הכסף יקנה מעכשיו, בתנאי שהקונה ישלם את כל התשלום. וראה עוד במאמרו של הגר"צ גולדברג שליט"א, "תוקף ההתחייבות למוכר ב"זכרון דברים", תחומין יב (תשנ"א), עמ' 279 ולהלן; וכן בספר משפט שלמה, נויקין, עמ' כה.

אמנם, כיוון שבבתי המשפט נהוג להחשיב את העסקה כמי שהסתיימה כבר לאחר ששולמו רוב התשלומים ואף ללא רישום בטאבו, הרי שניתן לראות בתשלום הכסף מעשה קניין מועיל, וצריך עיון לדינא.⁵⁵

3. חזקה בדירה

אף שניתן היה לראות בהעברת החזקה לקונה מעשה קניין, אולם לפי האמור לעיל מנהג בתי הדין הוא, שיש צורך בשטר ראייה גם בקניין חזקה. לכן שוב עולה כאן בעיית שטר המכר המנוסח כהתחייבות, שלא ניתן לראות בו שטר ראייה. אמנם מסתבר לומר שבעיית נוסח השטר קיימת רק במקרה שהקונה עדיין לא נכנס לדירה, אבל במקרה שהוא נכנס לדירה די בנוסח חוזה כזה, כדי לאפשר לו לקנות בחזקה. ובתנאי ששילם את מלוא התשלום, אבל אם לא שילם עדיין את מלוא התשלום, נראה שדעת המוכר שלא להעביר את הבעלות על הדירה בחזקה זו, אלא אם כן הותנה כך במפורש.

ה. רישום בטאבו

מלבד מעשי הקניין המופיעים בשולחן ערוך, נהוג בימינו שלב נוסף בתהליך העברת הבעלות – רישום הדירה על שמו של הקונה על ידי השלטונות. שלב זה מעורר שתי שאלות – האם הוא יכול להוות מעשה קניין, והאם ניתן להעביר את הבעלות ללא רישום?

1. רישום בטאבו כמעשה קניין

נראה שרוב הפוסקים סבורים שרישום בטאבו יכול להוות מעשה קניין מדין סיטומתא. כך כתבו הרב יוסף שלום אלישיב⁵⁶ וכך כתב הרב עובדיה הדאיה⁵⁷ וכן שמעתי מפיו של הרב אשר וייס. נפקות חשובה לכך היא, שגם אם חוזה המכר אינו בגדר שטר קניין על פי ההלכה, הרי שעצם הרישום בטאבו יהווה מעשה קניין.

55. [הערת עורך: כיום, בתי המשפט נוטים לראות את הזכאי על פי חוזה התחייבות להעברת זכויות במקרקעין כמי שמחזיק בזכות מעין קניינית – "קניין שביושר" שמקורו במשפט האנגלי. "הלכה" זו נקבעה בפס"ד ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב, פד"י נג(4) 199, והיו שכינה כ"זכויות שביושר מתוצרת ישראל".

הלכת בנק אוצר החייל מערערת את כל המסקנות שלעיל, באשר היא קובעת שלמרות ניסוחו של החוזה, החתימה עליו מעניקה לרוכש זכות מעין קניינית, שמכוחה, למשל, הוא יכול למנוע את עיקול הנכס שרכש ע"י נושי המוכר. י. א.]

תשובת המחבר: אני מסכים לתשובתו של המעיר באשר ל"הלכת בנק אוצר החייל", אף אם כך נקבע שם, אולם עד כמה שידוע לי, אין זו קביעה מכוח החוק "היבש", אלא קביעת בית משפט על פי ראיות עיניו, ואנו נוהגים להתחשב, אם בכלל, רק במה שמפורש בחוק, או בדבר שהוא מנהג מדינה.

56. פד"ר א, עמ' 283–285; שם ו, עמ' 378–383.

57. שו"ת ישכיל עבדי ד, דברי שלום ה.

2. העברת בעלות ללא רישום בטאבו

אחת השאלות המרכזיות בהן דנו האחרונים היא, האם ניתן להעביר בעלות ללא רישום המקרקעין על ידי הרשויות⁵⁸ ואציין כמה מהם:

המהר"י באסן⁵⁹ כתב שאי-רישום בטאבו (בלשונו: מוטיולי) מעכב את העברת הבעלות, דהיינו גם אם שילם וכתב שטר **ראיה**, עדיין אין גמירות דעת מלאה כל זמן שלא רשם בטאבו. כך כתב גם מהר"י אלפאנדריי:

אפילו לאחרונים... דכתיבה בפנקס המוטיולי מעכבת למכירת וקניית הלוקח, היינו משום דלא סמכא דעתיה דלוקח והוא לקיום השטר וחזוק, אבל לא שיבטל לשטר שלנו.⁶⁰

כלומר רישום בטאבו אינו חלק ממעשה הקניין, אלא דינו ככתיבת שטר ראיה לאחר מעשה קניין, ובלעדיו אין גמירות דעת.

לדעה זו עדיין נחלקו האחרונים, אם דינו לגמרי כמי שקנה בכסף וטרם כתב שטר, ומכאן שאם פירשו שרצונם לקנות בכסף יקנו, או שאפילו אם פירשו לא מועיל הקניין עד שירשמו את הקרקע בטאבו. בספר דבר משה כתב:

אי פריש לקנות בכסף או בשטר דידן אף בלא כתיבה בפנקס המוטיולי קנה.⁶¹

לעומת זאת בספר דברי אמת⁶² כתב שעצם הרישום בפנקס המוטיולי קונה את הקרקע, ואינו רק אמצעי ליצור את סמיכות הדעת לקניין אלא עצם הרישום מבצע את הקניין מדין דינא דמלכותא. לשיטה זו לא מועיל שום קניין אחר אף אם החזיק בקרקע, או אם פירש שברצונו לקנות בקניין אחר אין במעשיו ובדבריו כלום, וכן סברו כמה מהאחרונים. המחלוקת הובאה בפסק דין רבני, שם צוינו פוסקים נוספים לכל צד ולבסוף הכריעו:

הן אמנם הדבר פשוט כי כל מה שנשאו ונתנו הני אשלי רבני ז"ל בדבר תוקפו של טאבו ועד היכן כוחו יפה, לא דיברו אלא לפי מקומם ושעתם. כי לפי חוקי המדינות

58. עיין בספר **ברית יהודה** כח, נט; וכן בספר **תורת הריבית** יב, ט שם הובאו מקורות רבים. [הערת עורך: הניסיון ללמוד על משמעות הרישום בטאבו בישראל בתקופת הזמן הנוכחית, מתשובות קדמוניות העוסקות בארצות אחרות ובמערכות חוקים שונות, תמוה. י.א.]

תשובת המחבר: **בפסקי דין רבניים** חלק ו עמוד 376 מובא פסק דין מאת בית הדין הרבני הגדול ירושלים בפני כב' הדיינים: הראשון לציון הרב הראשי לישראל הרב י' נסים – נשיא הרבנים, יוסף שלום אלישיב, בצלאל זילטי, נקטו שהרישום בטאבו הוא כמו רישום המוטיולי.

לעצם העניין, לדעתי, בזמן העתיק יותר לא היה משמעות קניינית לרישום בספרי האחוזה כמו היום למרות זאת, האחרונים הצריכו רישום בטאבו. שוב ראיתי בספר **קורות היהודים בתורכיה וארצות הקדם** מאת ש. רוזאניס עמ' 61, שפירש ששטר המוטיולי הוא שטר של פקיד האחוזה. כך נקט במילון המשפטי שבספר **"יהודים בממלכת הסולטנים"** מאת פרופ' ירון בן נאה עמ' 354, שביאר שבכלל הליך זה הוא שהיהודים היו רושמים את נכסיהם במנהל הקדש הנקרא "ווקף" במטרה להיפטר ממיסים.

59. שו"ת מהר"י באסן, צא.

60. שו"ת מוצל מאש, ט.

61. שו"ת דבר משה סב.

62. דברי אמת סימן יב.

בהם היו רבותינו שבגולה ושבארץ-ישראל, בשעתם לא היה כל ערך למכר או למתנה אם לא רשם בפנקס המוטיבילי לזכותו ועל שמו של הקונה. אולם כאן בארץ אם כי עצם העברה בטאבו משמשת מעשה קניין גמור, ועל ידי זה עובר הנכס לבעלותו המוחלטת של זה שנרשם שמו בטאבו, עם כל זאת יש תוקף מסוים גם לחוזה, ואם נערך חוזה בין מוכר לקונה והמוכר קיבל מחיר הנכס ותמורתו, זוכה הקונה במין בעלות על הנכס הנקרא – לפי מושג שלהם "בעלות שביושר" [אף שבידי המוכר להפקיע בעלות הנכס מיד הקונה, במוכרו לאיש אחר ורושם במשרד ספרי האחוזה על שמו של זה האחרון], אך במה דברים אמורים בזמן שקיבל המוכר את מחיר הנכס ותמורתו.⁶³

המבואר מזה, שבזמן הזה, אף אם יש תוקף לרישום הקרקע בטאבו, מכל מקום גם אם לא רשמו בטאבו, אין זה נדון לגמרי כמו קניין כסף במקום שכותבים את השטר שאין שום תוקף מחייב למסירת הכסף. ובפסק הדין הגדירו את זה כ"בעלות שביושר". ונראה להסביר יותר שאם נקבל את פשטות לשון החוק (סעיף 7 לחוק המקרקעין) הרי שבכתיבת חוזה בצירוף תשלום כסף יש התחייבות למכר שאי אפשר לחזור ממנה, אולם כל עוד לא נרשם הבית בטאבו עדיין אין לראות את הבית בבעלותו של הקונה.

3. שיטת החזון איש

בעניין קניית מקרקעין ללא רישום בטאבו, כתב החזון איש:

והנה בארצנו אין **המלכות מקפדת** על עשיית שטרות זולתה ולא על הדיון בבית דין של ישראל. ואדרבה, כשהבעלי-דין חותמים הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיין ביניהם (=בשטר בורות), הממשלה מאשרת אחר כך בדיניהם את הפסק דין של הרב שקבלו עליהם. הלכך כל קניינים שנעשו בין איש לרעהו צריכים לדון על פי דין תורה, אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאב"ו, מכל מקום אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו... **והלכך אם קנה בכסף** והתנה שיקנו לו בלא שטר, או שקנה בחזקה או קניין סודר קנה **אע"ג דלא כתבו בטאב"ו**, ולא המוכר ולא הקונה יכולים לחזור.⁶⁴

כלומר, כיוון שהחוק מאפשר לקבל בית דין של תורה כבורר, ובאותו בית דין ניתן לדון בשאלת הבעלות על מקרקעין מתוך התעלמות מהרישום בטאבו, מכאן שרישום בטאבו, גם על פי החוק, אינו חוק מחייב בבתי דין, ולכן על פי ההלכה רישום בטאבו אינו הכרחי על מנת להעביר את הבעלות.⁶⁵

63. פסקי דין רבניים ו, 383.

64. חזון איש חושן משפט, ליקוטים, טז, ה.

65. [הערת עורך: החזון איש מדבר שם על הרישום בטאבו כהקפדה של המלכות שהקניין יתבצע באמצעות שטר של המלכות. הנחתו היא, שאם המלכות אינה מקפידה שהקניין יתבצע דווקא בדרך שקבעה, ומאפשרת ביצוע קניינים כדין תורה, במצב זה, יש לבצע את הקניין כדין תורה, ואין דינא דמלכותא. לכן הקניין חל גם ללא הטאבו. ברור מאליו שהוא לא מתייחס לרישום בטאבו כמנהג המדינה בדיני הקניינים, ואף ברור שהנחתו שהמלכות אינה מקפדת, אינה נכונה כיום.]

בהמשך דן ה'חזון איש' שמא רישום בטאבו, גם אם אינו נדרש על ידי החוק, נדרש על ידי הקונה:

ואפילו תימא דחשיב אומדנא דמוכח דלא נתרצה הלוקח אלא על מנת שיכתוב לו בטאבו, וכל שכן כשהתנה (=במפורש) שימסור לו בטאבו דחשיב כתנאי. מכל מקום, אם המוכר נתרצה למסור לו בטאבו אין הלוקח חוזר, וכן אם הלוקח מתרצה בלא כתיבת הטאבו אין המוכר חוזר.⁶⁶

החזון איש כתב שאמנם ייתכן שהקונה לא גומר בדעתו לקנות את הנכס ללא העברת הרישום, אבל אם הקונה ויתר על דרישה זו – העסקה חלה ללא רישום.

מדברי החזון איש עולה, שמעמדו של הרישום בטאבו תלוי ב"הקפדת המלכות", אלא שלדבריו החוק בזמנו אינו מחייב רישום בטאבו על מנת להעביר את הבעלות. מאז השתנה החוק, והדברים מנוגדים ללשון החוק הנוהג כיום: "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".⁶⁷ הרי מפורש, שהחוק מקפיד שהעברת בעלות תיעשה עם רישום בטאבו כחוק.

על כן נראה שדברי ה'חזון איש' אמורים לפני שהחוק שלפנינו נחקק. לחילופין, ניתן לומר שהחזון איש כתב את דבריו רק כשברור שהצדדים רוצים ומגלים דעתם, שרצונם לדון רק לפי דין תורה ושהעברת הבעלות תיעשה בלי רישום בטאבו. במקרה כזה גם החוק יכיר ברצונם זה, כיוון שאין לנו ראייה שהחוק לא יכיר ברצון הצדדים לעשות עסקאות לפי מה שיחפצו וכך העלו בפסקי דין רבניים.⁶⁸ אבל בלא גילוי דעת מפורש נראה שהחוק מקפיד שתיעשה העברה בטאבו, ובלא זה אין כאן העברת בעלות. יתירה מזו, כאשר בחוזה המכר

נוסף לכך יש לציין שלפי סעי' 3 של חוק הבוררות, להסכם הבוררות אין תוקף לעניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים. כיון שזכויות במקרקעין נקבעות רק עפ"י חוק (סעי' 161 לחוק המקרקעין) ואין נקבעות על פי הסכם, הבורר אינו מוסמך ליצור זכויות במקרקעין בדרך שונה מזו שנקבעה בחוק, ועל כן המלכות מקפדת. י.א.]

תשובת המחבר: זו אכן סיבה נוספת מדוע דברי החזון איש אינם תקפים במציאות היום, וראה עוד לקמן.

66. חזון איש חושן משפט, ליקוטים, טז, ד.

67. חוק המקרקעין תשכ"ט – 1969, סעיף 7(ב).

68. פסקי דין רבניים ה', 121. מן הראוי לציין כאן שלכאורה ישנה סתירה פנימית בדברי החזון איש עצמו. בתחילה הוא מתחשב באופן עקרוני בדין המלכות, ומכיוון שהמלכות מאפשרת להתנתק מהחזקת האזרחית באמצעות חוק הבוררות, לכן צריך ללכת לפי דין תורה, כי גם לדבריהם יש לתלות שאנשים השומרים תורה ומצוות מעוניינים להתנתק מהחזקת האזרחי.

לאחר מכן שוב מקשה החזון איש: "אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו". נראה שהחזון איש מקשה מהחוק שהבאנו שעסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות בלבד – אם כן, חוק הבוררות לא חל במקרה זה שהחוק קובע מפורשות שבלי רישום בטאבו אין כאן קניין.

על זה הוא מתרץ שאין בכוחם לחייב אותנו בזה, כי אין זה מהנאת המלך אלא בין אדם לחברו, ולא ובאופן כזה לא חל הכלל של "דינא דמלכותא דינא". אם כך כוונת החזון איש אינה מובנת, ולמה נזקק בתחילה לחוק הבוררות, היה לו לומר שאין החוק מחייב אותנו כי אין זה הנאת המלך, אפילו אם לא היה מושג של חוק הבוררות.

ישנו אזכור של הרישום בטאבו, ואי-הרישום בטאבו מהווה הפרה יסודית, נראה שהקניין לא יחול אלא אחר הרישום, כפי שכתב גם החזון-אי"ש.⁶⁹ החזון-אי"ש שאל, מדוע לא נראה את הרישום בטאבו כשטר ראיה, שבלעדיו קרקע אינה נקנית אפילו בכסף, וכך הוא השיב:

ואף הקונה בכסף במקום שכותבים את השטר שניהם יכולים לחזור... משום דלא סמכא דעתא דלוקח, והכא נמי לדין דלא צייתי דינא יש לומר דלא סמכא דעתא עד מסירת הטאב"ו. זה אינו, דדין מקום שכותבים את השטר לא קני עד שיכתוב את השטר הוא תקנת חכמים וכמו שכתב הרשב"א.⁷⁰

החזון-אי"ש השיב על פי שיטת הרשב"א, שהצורך בשטר במקום שנהגו לכותבו, הוא תוצאה של **תקנת חכמים**, אבל ביחס לרישום בטאבו אין תקנה ולכן אין בו צורך. אף שדבריו אינם מתיישבים עם הסברו הראשון של הרשב"א, הגורס כי ללא כתיבת שטר, במקום שנהגו לכתוב, אין לקניין מקרקעין בכסף תוקף מדאורייתא, כבר הובא לעיל שככל הנראה רוב הראשונים פסקו כתירוץ השני של הרשב"א.

4. ביטול עסקה בגלל עיכוב ברישום או בתשלום

לשיטת החזון אי"ש, שמעמדו של רישום תלוי בהקפדת המלכות, יש נפקות נוספת. על פי החוק, לאחר חתימה על חוזה מכר בית המשפט יכול לכפות את הצדדים לבצע את העסקה ובכלל זה את המוכר לרשום את הדירה בטאבו על שמו של הקונה. אם כך נהוג למעשה הרי שמן הסתם כך יש לפסוק גם לפי דין התורה, כי אז מוכח שאין חסרון בסמיכות הדעת. כמו כן מקובל לכתוב בחוזה מכר, שעיכוב באחד מהתשלומים ייחשב להפרת החוזה, והמוכר יוכל **אם ירצה** בכך, לבטל את המכר. נראה שגם בעניין זה יש לדון באותו האופן בדין תורה.

גם כאשר אין תנאי כזה בחוזה, **לפעמים** בית המשפט רואה באי תשלום מלא הפרת חוזה. נראה שבמקרה כזה, אין הנוהג בבתי המשפט מחייב את בתי הדין, ויש לפסוק על פי ההלכות המופיעות בשולחן ערוך.⁷¹

ו. סיכום המסקנות המעשיות

במכירת דירה ישנם כמה שלבים: חתימת חוזה, תשלום, העברת חזקה ורישום הדירה על שמו של הקונה. הגדרת רגע העברת הבעלות חשובה למקרה שהתקלקל פריט בדירה במהלך שלבי העסקה, וכן לעניין השאלה, מהו המועד שלאחריו רשאי הקונה לגור בדירה.

69. אחר כתיבת הדברים, כתב לי הרב אשר וייס, שלדעתו פשוט לשון החזון אי"ש מראה שאין העברה בטאבו מהווה חסרון בקניין בכל אופן.

70. **חזון אי"ש** חושן משפט, ליקוטים, טז, ד.

71. **שולחן ערוך** חושן משפט, קצ, י.

1. תשלום כסף, חתימת חוזה וחזקה

א. אם החוזה כתוב בלשון התחייבות, החתימה עליו אינה מעבירה את הבעלות בדירה לטובתו של הקונה (ויש להסתפק בזה כששילם את מלוא התשלום, האם קונה מדין קניין כסף).

ב. אם כבר נכנס הקונה לדירה בפועל, ושילם את כל התשלומים במלואם, הוא קנה את הדירה בקניין חזקה, על אף שהחוזה כתוב בלשון התחייבות, אבל אם לא נחתם חוזה מכר, אין הוא קונה בחזקה.

ג. אם יש סעיף בחוזה שקובע שאיחור בתשלום מהווה הפרת חוזה במקרה של עיכוב בתשלומים, ניתן לבטל את העסקה. בהיעדר סעיף זה, יש לדון על פי ההלכות המופיעות בשולחן ערוך⁷² בעניין זה.

2. רישום בטאבו

א. יש בכוח הרישום בטאבו לחדד, להעביר את הבעלות על הנכס לידי הקונה. אולם אם הוסכם לבצע את העסקה באמצעות חוזה ונכתבו בו תנאי תשלום הדין הוא כדלהלן.

ב. במקרה שהוסכם לבצע את העסקה באמצעות חוזה מכר ונכתבו בו תנאי תשלום, לדעת החזון איש אין צורך כלל ברישום בטאבו כדי להעביר את הבעלות. אכן אם כותבים חוזה מכירה בנוסח המצוי, מבלי שיגלו הצדדים את דעתם שרצונם לדון לפי דין תורה, ויש בחוזה אזכור לרישום בטאבו, הרי שאין הבעלות על הדירה עוברת לקונה כל עוד לא נרשמה העברת הבעלות בטאבו.

ג. אם הקונה כבר שילם את מלוא התמורה עבור הדירה, והמוכר ממאן לרשום את הדירה על שמו בטאבו, רואים את הדירה כמכורה לגמרי לקונה.

3. ריבית

א. במקרה שהקונה לא שילם את מלוא התשלום על הדירה, אסור לקונה לדור בדירה חנם לפני גמר הקניין (דהיינו לפני הרישום בטאבו, בכפוף למה שנתבאר בסעיפים הקודמים). שהרי אם הדירה עדיין בבעלות המוכר, נמצא שהמעות שקיבל כבר מאת הקונה הם רק הלוואה, ומגורי הקונה בדירה מהווים תוספת על ההלוואה (=ריבית), אם הוא לא גובה מהקונה תשלום על שדר שם.

ב. כמו כן יש אומרים שאם הדירה כבר הועברה לבעלות הקונה, אסור למוכר לדור שם חנם. אולם לדעתנו, אם החוזה נוסח בלשון התחייבות, אין משמעות לכל זה כל עוד הקונה לא נכנס לדירה בפועל וקנאה בקניין חזקה.

ג. העצה להימלט מאיסור ריבית הן מצד הקונה והן מצד המוכר; להוסיף בנוסח החוזה כי "שכר הדירה כלול במחיר הנקוב": אם הוסכם ביניהם שהמוכר ידור בדירה, יוסיפו שהדירה

72. שולחן ערוך חו"מ קצ, י.

תעלה סך... לאחר ניכוי דמי השכירות שחייב המוכר, ואם הוסכם שהקונה ידור בדירה יכתבו שמחיר הדירה כולל דמי שכר דירה שחייב הקונה.

ז. נספחים

נספח א – מעמדו של הכסף ששולם עד לכתיבת השטר

יש לדון במעמד התשלום בהלכה, כל זמן שהמוכר לא קיבל את השטר. לכאורה, אם דעת הצדדים הייתה, שהדירה תעבור לבעלות הקונה עם העברת הכסף למוכר, ברור שהתשלום ניתן בתורת קניין כסף, ואין לראותו כהלוואה (אמנם, לדעת הסמ"ע,⁷³ מהות קניין כסף הוא פרעון התמורה ולשיטתו אין הבדל). אמנם חכמים קבעו שכשרגילים לקנות בשטר אין הכסף קונה, אך הסיבה לכך היא, שבמקרה זה הקונה לא סומך דעתו משום שלא קיבל שטר, ובחיסרון כזה שהוא רק **ברצון** לקניין ולא **בדעת** לקנות במעשה קניין זה, יש לומר שאין כאן מעות הלוואה כלל וממילא אין איסור ריבית.

אמנם יכול הקונה לחזור בו מהמכירה כל עוד לא קיבל שטר ואז יתברר למפרע שהמעות לא העבירו את הבעלות וניתנו כהלוואה למוכר. אולם בזמן שסוכם על העסקה, בוודאי הייתה כוונתם שהמעות יינתנו לשם מכר.⁷⁴

כמו כן יש מקום לומר שביטול העסקה אפשרי רק מצידו של הקונה שאינו סומך דעתו לקנות ללא שטר. אבל מצידו של המוכר מתן הכסף הוא תשלום ולא הלוואה. אולם, שולחן ערוך הרב,⁷⁵ פסק, שדי בכך שרק הקונה יכול לחזור בו מן העסקה, כדי לאסור על המוכר לתת לקונה לאכול את פירות השדה משום ריבית.

אולם נראה שיש להבחין בין ההלכה של שולחן ערוך הרב לנידונו. בהלכה זו מדובר בעסקה שבה התנה הקונה מראש שאם הוא יחזיר את הקרקע, יחזיר לו המוכר את כספו, ומכיוון שלא ניתן להוכיח שכוונתו למכר, ניתן לראות את הכסף שנתן למוכר כהלוואה. לעומת זאת, בקנייה רגילה יש להניח שהקונה רוצה לקנות את הקרקע ללא סייג, אלא שאנו אומדים דעתו, שאם יתברר לבסוף שלא יכתבו לו שטר אין הוא רוצה בקיום העסקה, ולכן אפשר שאין זו הלוואה.

נראה שהשאלה תלויה במחלוקת האחרונים הבאה: רבי עקיבא איגר⁷⁶ כתב על פי דברי מהרח"ש,⁷⁷ שהקונה יכול לומר שהוא רוצה לקנות בכסף גם לאחר שכבר שילם. במקרה כזה, הקניין חל מזמן האמירה, ולא למפרע. לעומת זאת, בעל אמרי בינה⁷⁸ סבר, שכיוון שיש חסרון של סמיכות דעת כל זמן שהשטר לא נכתב, הרי שכל עוד לא נכתב השטר

73. סמ"ע קצ, א.

74. והשווה סמ"ע רז, יג; נתיבות המשפט שם, טו (על פי הסברו השני של הכסף משנה).

75. שולחן ערוך הרב י"ד, הלכות ריבית סעיף נה.

76. הגהות רבי עקיבא איגר לשולחן ערוך חו"מ קצ, ח.

77. שו"ת מהרח"ש א, י.

78. אמרי בינה קניינים, סימן כב.

המעוות הם בגדר הלוואה. רק אחר כתיבת השטר מתברר למפרע שהמעוות מראש ניתנו לשם קניין. לפיכך, לא ניתן להחליט לאחר נתינת המעוות לקנות במעות מבלי לכתוב את השטר, כי אין מעוות מלווה יכולות לעשות קניין.

ככל הנראה סברת מהרח"ש היא, שקביעת חכמים שאין הכסף קונה עד שייכתב השטר בשל היעדר סמיכות הדעת של הקונה, אינה משנה את משמעות העברת הכסף לידי המוכר. העברת הכסף נחשבת, גם לאחר תקנת חכמים, כמעשה קניין גמור, אלא שמעשה קניין זה אינו תקף, עד שימולא התנאי שקבעו חכמים, וייכתב השטר.⁷⁹

נמצאנו למדים שמחלוקת האחרונים תלויה בשאלה האם לראות בנתינת המעוות הלוואה או תשלום. לפי הבנת המהרח"ש הכסף שנמסר למוכר אינו בגדר הלוואה אלא הוא תשלום, ולפי דעת האמרי בינה, הכסף נחשב כהלוואה, עד כתיבת השטר.

נספח ב – כוונה בעשיית מצוות לעומת כוונה לקניין

ישנה מחלוקת יסודית ביחס לקיום מצוות, האם מצוות צריכות כוונה, כמובא בשולחן ערוך⁸⁰ למי שסובר שמצוות לא צריכות כוונה, אדם יוצא ידי חובה גם כאשר אינו מכוון למצווה בכלל. למשל מי שנשאל כמה ימים היום בעומר והשיב במניין הנכון – יצא ידי חובה לדעה זו.⁸¹ מההלכה שהתוקע בשופר על מנת להתלמד (להתאמן) – לא יצא,⁸² עולה שבמקרה שיש כוונה שלילית – לא לצאת, לכל הדעות אינו יוצא ידי חובה.

במעשה קניין מצאנו שיש הכרח שיתכוון באופן חיובי לקנות או לפחות שיגלה דעתו שמתרצה לקניין קודם לכן. ייתכן שבאותם הקניינים שמשמעותם "הפגנת בעלות" או "הכנסה לרשות" צריך שיכוון דעתו, ולא די בכך אינו מתכוון שלא לקנות.

את קניין חצרו של אדם, הקונה לו שלא מדעתו, ניתן לפרש בשני אופנים: א. החצר פועלת מדין שליחות, וכשם שדי בדעת שליח ולא צריך דעת המשלח, כך בחצר לא צריך דעת בעלים. ב. בהגהות אשר"י⁸³ כתב שחצר קונה רק כאשר הבעלים בוודאי ימצאו בהמשך את החפץ שהגיע לתוכה. לשיטתו, בנוסף למעשה הקניין של החצר, יש צורך גם בדעת בעל החצר, בדומה לקניין כסף במקום שכותבים את השטר, שאין הכסף קונה עד שיכתוב את השטר.

נוסף על כך, יש להעיר כי לכל הדעות הנחלקות בכוונת המצוות, יש צורך בכוונת הלב לעצם המצווה שעוסק בה, בקריאת שמע ובברכת אבות שבתפילת עמידה כוונה זו הכרחית לקיום המצווה.⁸⁴ בניגוד לכך, בקניין אין צורך בכוונת הלב שיקנה בקניין זה דוקא כגון במשיכה או הגבהה, אלא די ברצון כללי לקנות. יוצא דופן הוא קניין כסף (ראה נספח ג)

79. וכן משמע מספר מחנה אפרים קניין מעוות, ז.

80. שולחן ערוך אורח חיים ס, ד.

81. שולחן ערוך אורח חיים תפט, ד.

82. שולחן ערוך אורח חיים תקפט, י.

83. הגהות אשר"י על הרא"ש בבא מציעא ב, ט.

84. משנה ברורה ס, ז.

שם נדרשת כוונה ייחודית לקבל את הכסף לפרעון או לשעבד תמורה, וללא כוונה זו אין הבעלות אינה עוברת.⁸⁵

נספח ג – כוונה ייחודית בקניין כסף

יש לעיין מדוע לאחר נתינת השטר לא יקנה בתשלום חלק מהכסף, מדין קניין כסף בו די בתשלום של פרוטה ובוודאי של מקדמה.⁸⁶ הר"ן⁸⁷ כתב שאם קונה, הרי שהקניין מותנה בתשלום כל דמי המיקח. מדבריו מוכח לכאורה שאם התכוון לקניין שטר, אינו קונה בקניין כסף.⁸⁸

ניתן להסביר זאת בשתי דרכים: **דרך אחת** – אם מתכוון לקנות בשטר הרי הוא כמבטל את כוונתו לקנות בשאר הקניינים, ולכן לא קנה. **דרך שניה** – זהו חידוש מיוחד לגבי קניין כסף כפי שכתב בספר קהילות יעקב⁸⁹ וכפי שנתבאר לעיל, שבקניין כסף יש צורך בכוונה ייחודית שהכסף ניתן כפרעון או לפחות בתור תמורה, ולא די בכוונה קניין כללית. לכן יתכן שכוונת קניין באמצעות השטר – שהיא כוונת קניין כללית – לא תועיל לקנות בקניין כסף. כך משמע מדברי רש"י,⁹⁰ שאם אשה מתקדשת בשטר העשוי מנייר, עליה **להתכוון** להתקדש בשווי הנייר כדי שהקידושין יחולו מחמת נתינת שוה כסף.

על טענה זו, על פיה יש צורך בכוונה לקנות בקניין כסף קשה מדברי הריטב"א. הריטב"א⁹¹ הקשה, מדוע לא די בתחילת פרעון כשקונה בשטר? ותירץ בשלושה אופנים: **האחד**, מדובר במוכר שדהו מפני רעתה, ולכן קניין כסף ללא שטר אינו מועיל כי השדה רעה. **השני**, מדובר שאמר במפורש שיקנה אך ורק בשטר. **השלישי**, כשנותן דמים שאינם ראויים לקניין כגון מלוח. לכאורה, מתירוצי הריטב"א מוכח שאין צורך בכוונה מיוחדת לקנות בכסף, אלא שכאן מדובר במקרים בהם כסף אינו מועיל או בהחלטה מפורשת לקנות בשטר!

אכן מדברי הריטב"א מוכח שהוא חולק על יסוד זה, ולדבריו אין צורך בכוונה ייחודית בקניין כסף, יתירה מזו, ייתכן אף שבכך הריטב"א נאמן לשיטתו במקום אחר.

בגמרא⁹² מובא שניתן להעביר בעלות בכך שאדם א' משלם לאדם ב' עבור מוצר שינתן לאדם ג'. קניין זה נלמד מעבד כנעני (אדם ג') המקבל את חירותו בכך שאדם א' נותן את שווי לבעלים (אדם ב'). הריטב"א⁹³ כתב שיש צורך בלימוד מעבד רק במקרה שמי שנותן את הכסף (א') איננו שלוחו של מי שמקבל את המוצר (ג'), אבל אם הוא שלוחו הדין פשוט ואין בו שום חידוש.

85. קהילות יעקב קידושין, א; ויש לדון אם לפי הסמ"ע קצ, א תועיל כוונת תמורה שאיננה פרעון.

86. בבא מציעא עזב.

87. ר"ן על הרי"ף קידושין י, א, ד"ה והיכא.

88. ועיין שו"ת רבי עקיבא איגר רכא, שדן באריכות בנידון כעין זה.

89. קהילות יעקב קידושין, א.

90. רש"י קידושין מח, א, ד"ה שמין.

91. חידושי הריטב"א קידושין כו, א, ד"ה אמר שמואל.

92. קידושין ז, א.

93. חידושי הריטב"א שם, ד"ה הילך.

בניגוד לכך כתב רש"י⁹⁴ שהגמרא עוסקת במקרה שבו מי שמשלם הוא שלוחו של מי שקונה.⁹⁵ בספר חידושי הגר"ש רוזובסקי,⁹⁶ ביאר את המחלוקת כך: הריטב"א סבר שקניין כסף הוא מעשה קניין פורמאלי כמו כל הקניינים כדעת הט"ז,⁹⁷ ולכן אם המעשה נעשה בשליחותו של הקונה אין בכך חידוש. לעומת זאת, לדעת רש"י קניין כסף הוא תשלום התמורה, ולכן זהו חידוש שהקניין מתבצע בתשלום תמורה על ידי מי שאינו מקבל דבר. לדבריו, הריטב"א סבר שקניין כסף הוא מעשה פורמאלי כמו כל מעשי הקניין ובוודאי שאינו מחייב כוונה מיוחדת. אולם, לשיטת רש"י הסובר שמהותו של קניין כסף הוא תשלום התמורה, יש צורך בכוונה ייחודית לשם תחילת פרעון כמו שכתב בספר אבני מילואים.⁹⁸

94. רש"י שם, ד"ה הילך.

95. בספר פני יהושע קידושין ז,א, ד"ה הילך, כתב שלדעת רש"י אין צורך במינוי א' לשליח, די בכך שייתן את הכסף מדעתו של המקבל.

96. חידושי הגר"ש רוזובסקי למסכת קידושין, סימן ג.

97. ט"ז חו"מ קצ, א.

98. אבני מילואים כט, ב.

שעבוד צף על נכסי יחיד

ד"ר מיכאל ויגודה

- א. מבוא
- ב. שעבוד
- ג. שעבוד נכסים עתידיים
- ד. מכירת נכסי החייב נקיים משעבוד
- ה. סוף דבר

א. מבוא

לפי סעיף 169 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ניתן לשעבד נכסי חברה בשעבוד צף. שעבוד צף מוגדר בסעיף 1 לפקודה כ"שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם".

האם ניתן להטיל שעבוד צף על נכסיו של יחיד? המחוקק הישראלי לא התייחס במפורש לשאלה זו. לאחרונה עלתה השאלה בבית המשפט השלום בירושלים בפני השופט וינוגרד.¹ מאחר שאין תשובה לשאלה זו לא בחוק, לא בפסיקה ולא בדרך של היקש,² נדרש השופט וינוגרד למשפט העברי – כמצוות חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 – והראה יפה שהמשפט העברי מכיר גם מכיר באפשרות של מישכון נכס עתידי, שהוא אחד מן המאפיינים של השעבוד הצף.

אף על פי כן, משיקולי מדיניות, הגיע השופט לכלל מסקנה שכל זמן שלא הוסדר העניין בחקיקה כוללת אשר תדאג לשחרורו של החייב מן השעבוד אחרי הליכי פשיטת רגל, עדיף לקבוע שהמשפט הישראלי אינו מכיר לעת עתה באפשרות שעבוד צף של נכסי היחיד.³ על

* ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים.

אני מודה לרב עמנואל חביב ולעו"ד הרב דוד ניסני, על הסיוע שלהם בכתיבת הדברים שלהלן.

1. ה"פ (י-ם) 529/04 עזבון המנוח דוד בר לבב ז"ל נ' עצמון, פסק דין מיום 9.1.2005 (לא פורסם).

2. אמנם לכאורה יש מקום להיקש לפקודת החברות, אבל ראה סעיף 15 לפסק דינו של השופט וינוגרד, והפניותיו שם.

3. כנגד טיעון זה ראה מ' דויטש, קניין, חלק ב, בורסי תשנ"ט, עמ' 111, הסבור שאין סיבה לשלול כאן את חופש החושים. על פי דין תורה, פושט רגל אינו נפטר מחובו לעולם, ו"כל שירויה וכל שיבא לידו או לרשותו מאשר תשיג ידו... כל היתר על צרכו – יתן לבעל חובו ראשון ראשון עד שיגבנו כל חובו" (רמב"ם, מלוה ולוה ב, ב).

פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים.⁴ בית המשפט המחוזי (כב' השופטים טל, זלברטל וסולברג) קיבל את הערעור, והכיר בתוקפו של שעבוד צף מכוח עיקרון חופש החוזים כשהוא מחזק מסקנה זו מתוך מקורות המשפט העברי, אולם בבית המשפט העליון שוב התהפכה הקערה על פיה והושב על כנו פסק דינו של בית משפט השלום.⁵

שלושה מאפיינים עיקריים יש לו לשעבוד הצף:⁶

- א. הוא חל על כלל נכסי החייב.
 - ב. הוא חל גם על נכסים עתידיים.
 - ג. כל זמן שלא גובש השעבוד, החייב יכול לסחור בנכסיו ולהעביר את הבעלות בהם לצד שלישי כשהיא נקיה משעבוד.
- במשפט העברי אין הסדר זהה להסדר שנקט המחוקק בעניין השעבוד הצף, אולם לא זו בלבד שעקרונות היסוד עליהם מושתת השעבוד הצף מצויים בדיני השעבודים במשפט העברי (לא רק בעניין מישכון נכס עתידי), אלא השעבוד הקלסי והשכיח בשיטת המשפט העברי דומה ביסודו לשעבוד הצף, וכפי שנפרט להלן.

ב. שעבוד

על פי סעיף 4 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, משכון שלא הופקד בידי הנושה כוחו יפה כלפי נושים אחרים רק עם רישומו אצל רשם המשכונות. החוק אינו דן אפוא במישכון כלל נכסי החייב, אלא רק במישכון נכסים מוגדרים. לעומת זאת שעבוד צף נעשה על כלל נכסי החברה (או על מקצתם) מבלי שיהיה צורך לפרטם.

המשפט העברי מבחין אף הוא בין שעבוד המוטל על כלל נכסי החייב ובין שעבוד נכס ספציפי. וכאן עולה הבדל יסודי בין המשפט העברי לחוק הישראלי: במשפט העברי, עם עריכת שטר החוב **משתעבדים לנושה כל נכסי המקרקעין של החייב מאליהם**, בלא צורך ברישום ואף לא בהסכם,⁸ כדברי הרמב"ם:

על תוקפם של דיני פשיטת רגל מכוח "דינא דמלכותא דינא", ראה הרב משה פיינשטיין, "פשיטת רגל באגודה שיתופית", **רפואה והלכה** ג (ירושלים תשמ"ג), עמ' שמח-שמט; וכן **שו"ת אגרות משה** חושן משפט ב, ב).

4. ע"א 6063/05 **עצמון נ' עזבון המנוח דוד בר לבב ז"ל**, פסק דין מיום 29.11.05 (לא פורסם).
5. בר"ע 65/06 **עזבון המנוח דוד בר לבב ז"ל נ' עצמון**, פסק דין מיום 28.3.08 (טרם פורסם).
6. ראה בעניין זה ש' לרנר, **שעבוד נכסי חברה** (תל-אביב, תשנ"ז), פרק 6.
7. יש לציין שעל פי המשפט העברי ניתן לשעבד מקרקעין בלבד, לעומת זאת, ככלל, הנושה אינו טורף מיטלטלין מן הלקוחות (ראה **רמב"ם**, מלוה ולוה יח, ב; **שולחן ערוך**, חו"מ ס, א). שוני זה אינו נובע מהבדל עקרוני בין מקרקעין למיטלטלין, אלא הוא נובע מן השוני בפרסום הניתן לדבר השעבוד, שכן בעוד שלשעבוד קרקעות פרסום רב, דבר המאפשר לקונה לברר אם לפניו נכס משועבד ולהיזהר מפני הסיכון שבקנייה, שיעבוד מיטלטלין אינו מתפרסם על פי רוב, והקונה אינו יכול לדעת אם לפניו נכס משועבד אם לאו.

כל מלוה **בשטר**, גובה אותה מן היורשין ומן הלקוחות כמו שיתבאר. ומלוה על פה, גובה אותה מן היורשין ואינו גובה אותה מן הלקוחות, לפי שאין לה קול לפיכך לא יטרוף בה. אבל מלוה שבשטר, קול יש לה, והלוקח הפסיד על עצמו, שלא שאל עד שידע שנכסיו של זה משועבדין במלוה שעליו,⁹ **שכל נכסי הלוה תחת שיעבוד המלוה מן התורה**.¹⁰

זהו ה"שעבוד" בו עוסקים רוב מקורות המשפט העברי. אם חפצים הצדדים לייחד נכס מסוים שימשמש כערובה לפירעון החוב, שעבוד המכונה במקורות בשם "אפותיקי",¹¹ עליהם לציין זאת במפורש בשטר החוב¹² (סוג זה של שעבוד נדון הרבה פחות בתלמוד ובפוסקים).¹³

נמצא אפוא שבנקודה זו של תחולת השעבוד על כלל נכסי החייב דומה השעבוד הכללי שבמשפט העברי להסדר החוקי בעניין "שעבוד צף". אם כי ראוי להעיר, שבעוד ששעבוד צף מקנה לנושה זכות קדימה על פני נושים לא מובטחים, אף כשהחוב כלפי נושים אלה נוצר לפני שנוצר השעבוד, הרי במשפט העברי השאלה אם בעל שעבוד (מלוה בשטר) קודם לנושים לא מובטחים שקדמו לו (מלוה בעל פה), שנויה במחלוקת הפוסקים.¹⁴

ג. שעבוד נכסים עתידיים

מן המאפיינים הבולטים של השעבוד הצף הוא תחולתו על נכסים עתידיים שאינם ברשות החייב בשעת יצירת השעבוד. במאפיין זה בלבד התמקד השופט וינוגרד בדבריו על המשפט העברי, כשהראה אל נכון שלמרות הכלל לפיו "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם",¹⁵ הרי

[הערת עורך: עיין בקצות החושן לט, א, ובמילואי חושן שם, שיש הסוברים שההבדל בין קרקעות למטלטלין יסודו בדין תורה ולא בתקנת חכמים הנובעת מרמת הפירסום. ד.כ.].

8. השווה לסעיף 3 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.
9. הלוואה שנעשתה בשטר, שחתומים עליו עדים, נחשבת להלוואה שיש לה פרסום ברבים, כך שמי שמנהל עסקים עם החייב וקונה ממנו סחורה יכול היה לדעת שסחורה זו משועבדת כבר לטובת נושיו של המוכר והם עלולים לטרוף את הסחורה מידי, ועליו היה להיזהר. מה שאין כן אם הלוואה נעשתה בלא שטר ("על פה"), שם אין פרסום להלוואה, ועל כן הנכסים שמכר החייב אינם משועבדים לפירעון החוב (השאלה אם הלוואה שנעשתה בפני עדים אך בלא כתיבת שטר, דינה כמלוה בשטר או כמלוה בעל פה, חורגת ממסגרת חוות דעת זו).
10. **רמב"ם**, מלוה ולוה יא, ד. וראה גם: **רמב"ם**, מלוה ולוה יח, א; **שולחן ערוך**, חו"מ קיא, א. שאלה זו אם "שעבודא דאורייתא" או "שעבודא דרבנן" שנויה במחלוקת, אך אין כאן המקום להאריך.
11. מן היווניות – דבר שהופרש.
12. ראה למשל: **רמב"ם**, מלוה ולוה יח, ג; **שולחן ערוך**, חו"מ קיז, א.
13. לדיון בתלמוד ראה: **גיטין** מא, א; **בבא קמא** צו, א. לדיון בפוסקים ראה: **רמב"ם**, מלוה ולוה יח; **שולחן ערוך** חו"מ קיז.
14. ראה **שולחן ערוך** חו"מ קד, יג; **ש"ך** שם, כ.
15. על מחלוקת התנאים בעניין זה בין רבי מאיר לחכמים, ראה **יבמות** צג, א. וראה גם: **גיטין** מב, ב; **קידושין** עח, ב; **בבא מציעא** לג, ב. לפסיקת ההלכה כשיטת חכמים ראה: **רמב"ם** מכירה כב, א; **שולחן ערוך** חו"מ רט, ו; רמ, ד. יש לציין שמדברי **רש"י** קדושין סב, ב, ד"ה כמאן אי כרבה, עולה שלדעתו הלכה כרבי מאיר ש"אדם מקנה דבר שלא בא לעולם".

הלכה פסוקה היא שהחייב יכול לשעבד לנושה גם נכסים עתידיים, אם הוא מציין זאת במפורש בשטר החוב "דאיקני [=שאקנה]". מקורה של הלכה זו בתלמוד:

בעי שמואל. דאיקני (=נכסים שאקנה) וקנה, מהו? אליבא דרבי מאיר דאמר "אדם מקנה דבר שלא בא לעולם" לא תיבעי לך (=לא תסתפק), דודאי קנה. אלא כי תיבעי לך אליבא דרבנן דאמרי "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"¹⁶ התלמוד נוטה לומר שאפילו לדעת חכמים אפשר למשכן נכס שעדיין אינו ברשות הממשכן. וכך נקטו במפורש פוסקי ההלכה.¹⁷

השופט וינוגרד אף סקר את שתי הגישות העיקריות ביישוב הסתירה בין הלכה זו לכלל לפיו "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם":

א. מעיקר הדין אין אפשרות למשכן נכסים שאינם ברשות הממשכן, אלא שחכמים תקנו תקנה מיוחדת בעניין זה במטרה להקל על חיי המסחר ועל קבלת הלוואות "כדי שלא תנעל דלת בפני לוויים".¹⁸ היצמדות לעיקר הדין לפיו הנושה אינו יכול לגבות את חובו אלא מנכסים שהיו ברשות החייב בשעת ההלוואה, הייתה מקשה על הלווה לקבל הלוואות. כדי "שלא לנעול דלת בפני לוויים" סטו חכמים מדין תורה ותקנו תקנה לפיה החייב יוכל למשכן גם נכסים שאינם ברשותו עדיין.

ב. יש להבחין בין דיני המכר לדיני השעבודים. בשונה ממכירה שעניינה העברת נכס, שיעבוד נובע מהחוב האיש המוטל על החייב להעמיד את נכסיו לפירעון החוב. החייב עצמו משועבד לפירעון החוב, והלא הוא קיים בעולם, וכתוצאה מכך נכסיו משתעבדים לנושה באופן אוטומטי,¹⁹ ואין מניעה אפוא שיתחייב הלווה לכלול בשעבוד זה גם נכסים שירכוש אחרי נטילת ההלוואה.²⁰

נעיר ש"דבר שלא בא לעולם" אינו רק נכס שלא קיים בשעת המכר, אלא גם נכס קיים שאינו בבעלותו של המוכר עדיין, כלשון הרמב"ם (מכירה כב, ה): "דבר שאין ברשותו של מקנה אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם". אבל השוה רמ"א חו"מ רט, ד.

16. בבא בתרא קנז, א-ב.

17. ראה: רמב"ם מלוה ולוה יח, א: "המלוה את חברו... ואם התנה עליו שכל נכסים שיקנה יהיו משועבדין להפרע מהן וקנה אחר שלוח ומכר או נתן הרי בעל חוב טורף מהן".

וראה גם שולחן ערוך חו"מ קיב, א, כדאי לציין שהרמ"א (שם) מביא שיטה לפיה אף אם לא כתב במפורש "דאקני" הרי זה נחשב לטעות סופר וכאילו כתב: "וי"א כיון דקיימא לן אחריות טעות סופר, הוא כל מה שראוי להשתעבד אמרינן ביה טעות סופר, ואפילו "דאקנה" נמי".

18. השופט וינוגרד מפנה בעניין זה למקורות הבאים: רשב"ם בבא בתרא קנז, א, ד"ה אלא; יד רמ"ה שם אות קסב, בפירושו השני; קצות החושן קיב, א. קצות החושן עצמו מפנה גם לנימוקי יוסף בבא בתרא, עד, א, בדפי הרי"ף, ד"ה גמ', בפירושו השני. וראה גם מחנה אפרים מלוה ולוה, דיני גבית חוב, סימן א, ד"ה איברא, הדין בשאלה האם לפי גישה זו ניתן למשכן נכסים עתידיים גם שלא לצורך הלוואה? מסקנתו היא שהתקנה לא נתקנה אלא לצורך הלוואה.

19. קצות החושן דוחה גישה זו. לדעתו, העובדה שהשעבוד תקף כלפי צדדים שלישיים מעידה על כך שלנושה זכות חפצית בנכס (in rem), ולא זכות אישית כלפי החייב (in personam): "בשעבוד שרוצה לטרוף מהלקוחות, דאז צריך שיחול על גוף הנכסים שיקנה דאם לא כן איך יטרוף מהלקוחות כיון שהם לא נתחייבו? לכן צריך שיחול גוף השעבוד על הנכסים". מכוח שאלה זו כתב השופט וינוגרד שיש להעדיף

נוסף, שהדעות נחלקו בין הפוסקים אם חייב ששעבד את נכסיו העתידיים יכול לחזור בו בטרם יגיעו נכסים אלו לרשותו. הרשב"א²¹ סבור, שכל זמן שהנכסים לא באו לרשות החייב הוא יכול לחזור בו.²² לעומתו סבור הרמב"ן,²³ ששעבוד נכס עתידי אינו שונה מכל עסקה אחרת, ומשכך אין המשעבד יכול לחזור בו לאחר שנחתמה העסקה. להלכה נתקבלה דעת הרמב"ן.²⁴

חשוב להבהיר, שאם קנה החייב נכס אחרי נטילת ההלוואה ונכס זה נמצא ברשותו (ולא נמכר לאחרים), אין ספק שהנושה יכול לגבות את חובו ממנו, אף שהחייב לא שעבד לו את נכסיו העתידיים (כלומר, הצורך בשעבוד נכסים עתידיים הוא רק כדי לאפשר לנושה לטרוף אותם מן הלקוחות). אמנם, נחלקו הפוסקים בשאלה אם בכגון זה (שהנכס נמצא ברשותו של החייב) מי ששעבד את נכסיו העתידיים של החייב קודם לבעל שעבוד רגיל שקדם לו.²⁵

ד. מכירת נכסי החייב נקיים משעבוד

מאפיין חשוב נוסף לשעבוד הצף נוגע למכירת הנכס המשועבד. נכסים שנמכרו בטרם התגבש השעבוד הצף לכדי שעבוד קבוע עוברים לקונה כשהם נקיים משעבוד, מה שאין כן נכס שמושכן בשעבוד קבוע על פי חוק המשכון.

גם בכך דומה השעבוד הצף לשעבוד הכללי של המשפט העברי, אם כי אינו זהה לו. אמנם ראינו לעיל שכלל נכסי המקרקעין של החייב משתעבדים לנושה באופן שיוכל לטרוף אותם מן הלקוחות באם לא יעלה ביד החייב לפרוע את חובו מתוך הנכסים שברשותו. עם זאת ברור שלמעשה לא ניתן לגבות נכס משועבד שצד שלישי קנה מן החייב, כל זמן שבידי

את הגישה לפיה הסבר ההלכה הוא בתקנת חכמים "שלא תינעל דלת בפני לווי", אך דומה שבניסוח הדברים שהצענו יש כדי לענות על קושיית "קצות החושן". וראה **שו"ת שואל ומשיב**, מהדורא קמא, ב, קלג, ד"ה והנה כעת.

20. ראה: **שו"ת הרשב"א** ג, סה; **הוספות** כתובות נד, ב, ד"ה אף על פי, בשם רבי אליהו; **שו"ת חכמי פרוניניצה** ב, כ; **שו"ת מהרי"ט** חו"מ, כג, ד"ה והנה ראיתי; **שו"ת שואל ומשיב** שם. וראה גם ר"ן כתובות מד, ב, בדפי הרי"ף, ד"ה המוכר בשם רבנו תם בעניין מחילה על חוב.

נימוק אחר מציע **המאירי** בבא בתרא קנז, א, ד"ה זה. לדעתו, לא ניתן לזכות ב"דבר שלא בא לעולם" דווקא **כשהבעלים צריך להקנות** לזוכה את הנכס, אולם כשהזוכה **מקבל את הנכס על פי הדין**, אין זה משנה אם שעת החיוב קדמה לרכישת הנכס. המאירי אומנם אינו סבור שגופו של החייב משועבד, אך לדעתו "שיעבודא דאורייתא", היינו שמדין תורה נכסי החייב משועבדים באופן אוטומטי ללא צורך בשעבודם על ידי החייב ("ונשתעבד משעת המקח מן הדין, ולא מצד הקנאתו"), ועל כן השעבוד חל גם על נכסים עתידיים. וראה גם **קצות החושן** קיב, א, המציע אף הוא פירוש זה ודוחה אותו.

21. ראה: **חידושי הרשב"א** בבא מציעא סו, ב, ד"ה אמר רב הונא; ובבא בתרא קנז, ב, ד"ה וכן תני.

22. כך מסיק **הרשב"א** מדברי התלמוד, **בבא מציעא** סו, ב, הקובע שאף לשיטת רבי מאיר לפיה "אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", יכול המוכר לחזור בו בטרם באו הנכסים לרשותו.

23. **חידושי הרמב"ן** בבא בתרא מד, ב, ד"ה ומדלא. דעות הרמב"ן והרשב"א מובאות גם ב**נימוקי יוסף** בבא בתרא כד, א, בדפי הרי"ף, ד"ה וניחוש.

24. **רמ"א** חו"מ קיב, א, מביא את שתי הדעות, אך את הדעה השניה (דעת הרמב"ן) הביא בלשון "ויש חולקים" ועל פי כללי הפסק זו הדעה הקובעת. **הש"ך** שם, ב, פסק במפורש כדעת הרמב"ן.

25. ראה **סמ"ע** חו"מ קד, יט. ולעומתו **ש"ך** שם, טו. אבל אין כאן מקום להאריך בביאור מחלוקת זו.

החייב נותרו מספיק נכסים שאפשר להיפרע מהם, זאת בהתאם לכלל "אין נפרעים מנכסים משועבדין במקום שיש נכסים בני חורין".²⁶ אך לא זו בלבד, אלא אפילו אם לאחר מכן ימכור החייב את שאר נכסיו באופן שלא יישארו ברשותו נכסים כנגד החוב, לא יוכל הנושה לטרוף מן הקונה שכן הלה יוכל לטעון כלפיו: "הנחתי לך מקום לגבות ממנו",²⁷ כלומר השארתי ברשות החייב נכסים שניתן להיפרע מהם, ועליך לטרוף מהם תחילה.²⁸ (ורק אם אבדו אלה רשאי אתה לטרוף ממני,²⁹ אבל זהו למעשה מקרה נדיר ביותר).³⁰

ה. סוף דבר

העולה מדברינו הוא, שהשעבוד הכללי שבמשפט העברי מזכיר מאוד את השעבוד הצף: החייב משעבד את כל נכסיו לנושה, אבל למעשה השעבוד מתגבש לשעבוד בר מימוש רק בשעה שלחייב לא נותרו נכסים העולים על גובה החוב.³¹ אפשר אפוא לקבוע, שבעוד שבתורת השעבודים במשפט הישראלי הכלל הוא השעבוד הספציפי (משכון) ואילו השעבוד הצף הוא החריג, הרי ההפך הוא בתורת השעבודים במשפט העברי: השעבוד הקלסי קרוב לשעבוד הצף, ואילו שעבוד נכס ספציפי ("אפותיקי") הוא החריג.

26. ראה למשל: גיטין מח, ב; רמב"ם מלוה ולוה, יח, א; שם, יט, ב.

27. מקור הביטוי בכתובות צה, א ובבא קמא ח, א.

28. וכפי שמפורש בהלכת הרמב"ם יט, ה: "מכרן [החייב את קרקעותיו לקונים אחדים] לזה אחר זה, כולן (=כל הנושים) טורפין מן האחרון, לא הספיק, טורפין משלפניו, לא הספיק, טורפין משלפני פניו, שהרי הלוקח הקודם אומר לטורף 'הנחתי לך מקום לגבות ממנו'". וכך נפסק גם בשולחן ערוך חו"מ קיט, ד.

29. ראה כתובות צה, א-ב. וכך פסקו: רמב"ם מלוה ולוה יט, ב; שולחן ערוך חו"מ קיא, יב.

30. מה עוד שהרשב"א (שו"ת הרשב"א א, א, אלף לט) פסק שאם הקרקע נפלה בידי גנב או אנס, אין זה נחשב שאבדה הקרקע ויצטרך הנושה להמתין משום "שמצויין הן בעלי זרוע ליפול וסוף שיגבה חובו" (מובא במגיד משנה מלוה ולוה יט, ב).

31. נזכיר שהשעבוד במשפט העברי שונה מן השעבוד הצף בהיבטים הבאים: הוא מותנה בכך שהייתה הלוואה בשטר ובעדים (לעיל, הערה 9), אם כי נראה שרישום השעבוד הצף, שכמוהו כרישום החוב, ממלא במציאות המודרנית את תפקיד הפרסום שמילאו בעבר השטר והעדים; כעיקרון הוא כולל רק נכסי מקרקעין (לעיל, הערה 7); השאלה אם בעל השעבוד קודם לנושים לא מובטחים שקדמו לו, שנויה במחלוקת (לעיל, הערה 14); השאלה אם שעבוד נכסים עתידיים מקנה זכות קדימה לעומת שעבוד רגיל, שנויה גם היא במחלוקת (לעיל, הערה 25).

”בר-רשות” – מעמדו ההלכתי וויתור עליו

הרב נתן חי

- א. רקע עובדתי
- ב. הגדרת ”בר-רשות” – זכות קניין או זכויות שימוש בלבד?
- ג. האם יש תוקף לסיכום בין מזכירות היישוב והתושב
- ד. האם לסיכום יש תוקף של התחייבות או של קניין
- ה. ויתור על הזכות על ידי התושב
- ו. על מי נטל הראיה בסכסוך שבין הצבור ליחיד?
- ז. פסק הדין

א. רקע עובדתי

בתחילת שנת תשס”ג הציעה מזכירות יישוב בשומרון לתושבים, להשתתף בפרויקט בנייה פרטית. לפרויקט נרשמו רק שתי משפחות. אחת מהן נכנסה לתהליכי בנייה באופן מעשי, בעוד המשפחה השנייה, להלן, התובעים, התלבטה האם לממש את זכותה לבנות ובינתיים לא עשתה צעדים מעשיים.

סמוך לפסח תשס”ג, לאחר שהתברר למזכירות היישוב כי המבצע למתן מענקי בנייה מיוחדים לתושבים מתקרב לקיצו, פעלה המזכירות בצורה נמרצת כדי לקדם פרויקט של בנייה ציבורית מרוכזת בעבור התושבים. לשם כך חתמה המזכירות על הסכם עם חברת בנייה לבנייה מרוכזת ודרשה מכל משפחה להפקיד 3000 ₪ בדידה בתור דמי רצינות. גם התובעים הפקידו בידי המזכירות דמי רצינות על מגרש א’.

המזכירות ביקשה לקדם במהירות את הבנייה בשכונה כדי לאפשר את קבלת המענקים המיוחדים לבנייה בשכונה המתוכננת וכדי לתת צביון אחיד לשכונה ועל כן פנתה המזכירות לתובעים וניסתה להשפיע עליהם להצטרף לבנייה המרוכזת הציבורית. במקביל הציעה המזכירות לתובעים מגרש חלופי לבנייה פרטית במקום אחר ביישוב (מגרש ב’), אם כי שם הבנייה ההתחלתית הייתה יקרה יותר בשל הצורך במנוף מיוחד וגם מיקומו של מגרש זה לא מצא חן בעיני התובעים.

* הרב נתן חי, רב היישוב ואב”ד לממונות, איתמר; מכון משפטי ארץ, עפרה.
המאמר עובד ע”פ נימוקי פסק הדין בתיק 010 תשס”ג, בית הדין לממונות, איתמר, בפני הדיינים: הרב נתן חי (אב”ד), הרב צבי פרג והרב יעקב כהן.

בעוד התובעים מתלבטים, המשיכה המזכירות להפעיל עליהם לחץ שיתחילו מיד בבנייה, ושישתלבו בבנייה הציבורית המרוכזת או לחילופין שיעבירו את זכותם למגרש אחר, מאחר שמשפחה אחרת הייתה מעוניינת להצטרף לבנייה הציבורית במגרש שיפנו התובעים. ביום רביעי ב' ניסן תשס"ג התנהלה שיחת טלפון בין נציג המזכירות לבין אבי משפחת התובעים, כאשר, לטענת נציג המזכירות, בשיחה זו הודיע לו אבי המשפחה שהם אכן מוותרים על זכות הבנייה במגרש הנידון. לעומתו אבי המשפחה טוען כי אמר לו רק שיש סבירות של 95% שהם יוותרו על זכותם.

בעקבות שיחה זו הודיעה המזכירות למשפחה האחרת שהמגרש פנוי לטובתם, אך למחרת הודיע אבי משפחת התובעים לנציג המזכירות שהם לא מוותרים על זכות הבנייה. מאידך, נציג המזכירות טען כי התובעים אינם יכולים לחזור בהם לאחר שוויתרו על זכותם בשיחת הטלפון.

התובעים מבקשים מבית הדין לקבוע כי הם זכאים לבנות במגרש א' באופן פרטי ולא בבנייה המרוכזת. בית הדין דן בכמה סוגיות הלכתיות בהקשר זה.

ב. הגדרת "בר-רשות" – זכות קניין או זכויות שימוש בלבד?

הנהל הרשמי בהענקת זכות בנייה למתיישב מבוסס על כך שהמנהל האזרחי מעביר את זכות השימוש בקרקע ל"הסתדרות הציונית" וזו, באמצעות החטיבה להתיישבות, מסמיכה את האגודה השיתופית שביישוב לתת לתושבים זכות בנייה בנחלות.

משמעות נתינת זכות זו היא שהמזכירות, שהיא הזרוע הביצועית של האגודה השיתופית, מתחייבת בשם החטיבה להתיישבות להסדיר את רישום הנחלה על שם המתיישב במעמד המוגדר "בר-רשות". תהליך זה מקביל לנעשה בעסקאות להעברת מקרקעין בתוך תחומי "הקו הירוק", כשהחברה המשכנת מציעה דירות למכירה, ומתחייבת להסדיר את רישום הנכס בטאבו עבור הרוכשים, כחלק מן התמורה הכספית.

כדי לעמוד על מהותו של מעמד "בר-רשות", נעיין בקובץ תקנות שקבעה הסוכנות לצורך קבלת מגרש לבנייה ביישוב כפרי:

המנהל והמיישבת (=הסוכנות) מעמידים בזה את המגרש לרשות המתיישב, והמתיישב מקבל בזה את המגרש לרשותו כ"בר-רשות" בלבד לתקופה של __ חודשים החל ביום אישור העסקה וכלה ביום __ (להלן – תקופת הפיתוח) לשם פיתוחו ובניית מבנה המגורים למטרת הרישיון בהתאם לאמור במבוא לחוזה זה ובהתאם לתכניות שתאושרנה ע"י המנהל, המיישבת והרשויות המוסמכות.¹

עוד נקבע שם:

אם המתיישב ימלא אחר התחייבותו על פי חוזה זה, ובמועדים הקבועים לכך בחוזה, מתחייב המנהל לחתום עם המתיישב בלבד, והמתיישב לחתום עם המנהל

1. ניהול יישוב כפרי, אסופת מסמכים, נזר מנוחין וחנה לודמר, הסוכנות היהודית לא"י המחלקה להתיישבות כפרית פרק שלישי מסמך 11 סע' 2.

על חוזה חכירה לתקופה של 49 שנים החל מיום אישור העסקה לגבי המגרש והמבנים.²

בספרות המשפטית, קיימת הבחנה בין "בר-רשות" בדירת מגורים, ל"בר-רשות" במשקים חקלאיים. מעמד "בר-רשות" רגיל בדירות מגורים הוא:

מחזיק במקרקעין מכוח הרשאה או רישיון ולמעט אלה שום חוק אינו חל ואינו מגן עליו. את ההרשאה ניתן בדרך כלל לבטל בתוך פרק זמן סביר ללא תמורה, כשמדובר ב"בר-רשות" חינוך, ובליוי פיצויים אל מול "בר-רשות" בתמורה, כלומר מי ששילם כסף בעד ההרשאה. גם התנהגות הצדדים במשך הזמן יכולה להקנות למשתמש מעמד "בר-רשות" שאינו נובע דווקא מהרשאה פוזיטיבית אלא מעין הסכמה שבשתיקה מצד הבעלים. הדייר המוגן נהנה מהגנת החוק ואילו "בר-רשות" נבדל ממנו ולהגנתו עומדים רק מנהג או הסכם הרשאה.³

לעומת זאת לגבי מעמד "בר-רשות" בהתיישבות נאמר:

חברי מושבים היושבים על אדמות המדינה בגדר "בר-רשות" ... אינם כ"בר-רשות" בהקשר לדירות מגורים הנזכר לעיל וההבדל ביניהם הוא בעיקר בנוגע למידת יכולתו של בעל הקרקע לבטל את הרשות בפועל. כי "בר-רשות" במשקים החקלאיים זכותו בפועל לחכירת הקרקע לשנים רבות ... לזכות "בר-רשות" של חברי מושב יש ערך כלכלי ריאלי: הם נחשבים בעלי זכויות מלאות לכל דבר ועניין **בנחלות שברשותם.**⁴

נראה, שמעמד "בר-רשות" ביישובי השומרון הוא כגדר מעמד "בר-רשות" בהתיישבות החקלאית. וכיוון שבהתיישבות "בר-רשות" נחשב לבעל זכויות הרי שכך גם לגבי "בר-רשות" במקרה הנידון כאן.

מבחינה הלכתית, הגדרה כזו המעניקה זכות שימוש למשך שנים רבות, ואינה ניתנת לביטול על ידי מי שנתן אותה, תיחשב כזכות קניינית.⁵ ישנן עוד דוגמאות להסדרים כלכליים שעל פי הפרשנות ההלכתית יוצא שאחד מהצדדים נחשב בעל זכות קניינית מוגבלת. בשכירות למשל לדעת הרמב"ם וראשונים נוספים, יש לשוכר זכות קניינית בנכס – "שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא".⁶ זאת, למרות שההגדרה כקניין לא סוכמה במפורש בין הצדדים, ותנאי השימוש בלבד סוכמו.

ג. האם יש תוקף לסיכום בין מזכירות היישוב והתושב

ליישוב, כלומר לאגודה השיתופית, אין בעלות על הקרקע, אולם נראה שמעמדו הוא כשל

2. שם, סעיף ד.

3. מ' בניאן, פרקי יסוד בדיני מקרקעין, משרד הביטחון ההוצאה לאור, עמ' 76-77.

4. שם, עמ' 83.

5. ראה עוד במאמרו של הרב עדו רכניץ בספר זה, בפרק הדין בקניין פירות לעולם.

6. רמב"ם שכירות ז, א.

שליח של החטיבה להתיישבות בסוכנות-היהודית, אשר תפקידו לתת זכות שימוש בקרקע, לבנייה ולמגורים, למתיישב. לאור זאת, מתעוררת השאלה מה משמעותה של הבטחת היישוב לתת זכות כזו לתושב, לפני שהתהליך הסתיים באופן פורמאלי?

קודם כל, יש לדון בשאלה האם לסיכום בעל-פה בין היישוב לתושב ותשלום מקדמה, יש תוקף כלשהו או שזו רק הבטחה בעלמא.

הנוהג המצוי ביישובים הוא, שתהליך העברת הזכויות בנחלה בין המזכירות לבין המתיישב בנוי בשלבי הראשונים על הסכמות והבנות בעל פה, ורק עם התקדמות העסקה, מקבלות ההבנות ביטוי במסמכים רשמיים.

בנידון דידן, המזכירות לא הוציאה עדיין מסמך רשמי למשפחת התובעים לגבי זכויות הבנייה שלהם, מאחר שלא נכנסו בפועל להתקשרות עם קבלן וכיוצא בזה. אולם המזכירות לא הכחישה את מחויבותיה, להוציא מסמך שמאשר את העברת הזכות, וללוות את המשפחה עד לרישום הסופי של זכויותיה במקרקעין.

בדיון בבית הדין התברר, שהמזכירות אינה מכחישה את העובדה שנתנה זכות בנייה במגרש למשפחה, אבל מעולם לא כתבה זאת במסמך רשמי אלא הבטיחה בעל פה, לאחר תשלום "דמי רצינות". זאת כפי שמקובל בשלב הראשון של העסקה, עד אשר יוצגו המסמכים הפורמאליים הדרושים, כמו אישור קיומה של משכנתה, ואישור על התחלת הבנייה.

כיוון שמעשי הקניין נועדו לתת ביטוי להסכמה בין הצדדים ולגמירות הדעת שביניהם, הרי שגם דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים או בציבור מסוים יכולים להביא לגמירות דעת. דרך זו של קניין הנקראת בהלכה "סיטומתא", משמעותה היא שמקובל שלאחר סיכום העסקה בין המוכר והקונה, מסמן הקונה סימן כלשהו על החפץ הנקנה ובוה נגמר המקח.⁷

במקום שנהוג שסימן כזה הוא קניין גמור, הרי זה קניין גמור לפי ההלכה ואין אחד מהם יכול לחזור בו, אפילו לא נתן עדיין מעות. וכן בכל דבר שנהגו הסוחרים לקנות כגון תקיעת כף או נתינת פרוטה או מסירת מפתח וכיוצא בזה. וכן מועיל קניין סיטומתא במקרקעין.⁸

לפי זה, יש בכוח המנהג הרווח לסיום עסקה לתת תוקף וליצור קניין מדין סיטומתא, ובייחוד לאור מה שקבעו הפוסקים, שהמנהג עדיף על דרך קניין שתקנו חכמים, והוא מועיל מדאורייתא.⁹

בנידון דידן, כיוון שנהגו להסתמך על מתן רשות הבנייה מצידה של המזכירות כאילו הייתה זו הענקת זכות גמורה, ובייחוד על רקע העובדה, שהמשפחה שילמה דמי רצינות, יש לראות את מתן רשות הבנייה כקניין גמור, וכן משמע מדברי הט"ז,¹⁰ שקבע שגם נתינת פרוטה לשם חלות קניין מועילה לתת תוקף למעשה הקניין.

7. שולחן ערוך חו"מ ר"א, א.

8. שולחן ערוך חו"מ ר"א, ב; ש"ך שם, א.

9. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן שיד, ועוד רבים. עיין עוד במאמרו של הרב דניאל כ"ץ בעניין סיטומתא בספר זה.

10. ט"ז חו"מ קצ, א.

זאת ועוד, מצאנו בשו"ת הרא"ש¹¹ שהחלטה של טובי הקהל, הגם שנאמרה בעל פה ובלא קניין, דינה כמסמך כתוב, וכן העלה הרשב"ש בתשובותיו:

אלים כוחא דציבורא בלא קניין כיחיד בקניין... משום הפקר לא נגעו בה. אם כן ציבור אפילו בלא קניין ובדבר שלא בא לעולם מכירתם מכירה.¹²

ונפסקו הדברים להלכה ברמ"א: "וכל דברי הקהל אינם צריכים קניין".¹³

עוד נקבע בשו"ת הריב"ש¹⁴ שהציבור אינו יכול לחזור בו מזכות שנתן ליחיד, למרות שזו ניתנה בעל-פה ולמרות שנתחלפו ממוני הקהילה. לכן, ההבטחה שנתנה המזכירות למשפחת התובעים לקבלת זכות בנייה במגרש תקפה ומחייבת. בייחוד לאור העובדה, שכך המנהג ביישובים רבים, ואף המזכירות עצמה לא טענה שההבטחה הראשונית למשפחת התובעים אינה בתוקף, אדרבה מאמצי המזכירות לשכנע את המשפחה לוותר על הזכות מוכיחים שגם היא מכירה בזכות המשפחה.

אף אם היה מקום לדון בעניין זה ולפקפק בתוקף ההבטחה למשפחת התובעים, מכל מקום, מכיוון שהמזכירות לא העלתה טענה זו ועמדה בתום לב בהתחייבותה הראשונית, אין לבית הדין להעלות עניין זה לדיון, כפי שנפסק בשולחן ערוך¹⁵ שלא יעשה הדיין מליץ לדבריו של בעל הדין וכן לא ילמד לאחד מבעלי הדין לטעון טענות. לכן ההתחייבות הראשונית שנתנה המזכירות לתובעים במקומה עומדת.

לאחר שהתברר שיש תוקף לסיכום בין המזכירות והתובעים, הרי שיש לעמוד על תוכנו ומהותו של הסיכום. כאן נבחן שתי אפשרויות: האחת, הסיכום להעביר את הזכויות דינו כהעברת הזכות הקניינית, והשנייה, תאמר שאין כאן העברה של הזכות עד לרישום הזכות בחטיבה להתיישבות, אבל יש כאן התחייבות להעברת זכויות בעתיד.

ד. האם לסיכום יש תוקף של התחייבות או של קניין

על פי החוק במדינת ישראל העברת בעלות במקרקעין נעשית על ידי רישום בטאבו או בנהל מקביל לכך ביהודה ושומרון.

נחלקו הפוסקים האם במציאות כזו ניתן בכלל להעביר בעלות ללא רישום. כאשר אין הצדדים מקפידים על קיומו של רישום מסודר, קבע המהרי"ט, שהמכר יחול אף בהעדר רישום,¹⁶ וכן נקבע בשו"ת דברי מלכיאל,¹⁷ שאם סמכה דעתם של הצדדים על המיקח, למרות שלא בוצע רישום בטאבו, בכל זאת המיקח תקף מבחינת דיני הקניין. כלומר למרות

11. שו"ת הרא"ש ו, יט.

12. שו"ת הרשב"ש, תקסו.

13. רמ"א חו"מ קסג, ו.

14. שו"ת הריב"ש, תעו.

15. שולחן ערוך חו"מ יז, ד.

16. שו"ת מהרי"ט ב, חו"מ, סו.

17. שו"ת דברי מלכיאל ד, קמג.

שעל פי חוקי המדינה כל עסקת מקרקעין טעונה רישום, בכל זאת, לדעת חלק מהפוסקים הרישום בטאבו לא מעכב את הקניין.¹⁸

זאת ועוד פעמים רבות מסתפקים הצדדים בהערת אזהרה בטאבו והרישום עצמו נמשך שנים רבות בלא לגרוע בינתיים מהגדרת המחזיק כבעלים לכל דבר, מציאות זו יש בה כדי לתמוך בשיטת הפוסקים שהובאה לעיל.

על פי שיטה זו נתינת זכות השימוש והבנייה במגרש לתושבים על ידי היישוב היא למעשה העברה של זכות קניינית לכל דבר, ולא הבטחה בלבד.

לעומת זאת, ישנם פוסקים¹⁹ הסבורים כי יש תוקף הלכתי לחוק הקובע כי העברת בעלות במקרקעין תיעשה רק על ידי רישום. לשיטתם, לא ניתן לראות בסיכום בין היישוב והתושב העברת בעלות אלא רק התחייבות להעביר בעלות על נכס מסוים נחלקו אחרונים,²¹ אבל נפסק בהלכה שהדבר תקף מבחינה הלכתית.²²

ה. ויתור על הזכות על ידי התושב

לאחר שהוצגו שתי אפשרויות כיצד לפרש את מהות הסיכום שבין היישוב והתושב, יש לדון בשאלה נוספת, האם וכיצד ויתרו התובעים על זכותם?

נציג המזכירות טען בפנינו, שאבי משפחת התובעים ויתר למעשה על זכות הבנייה שלהם במגרש, בשיחת טלפון. כנגדו, טען אבי המשפחה, שבשיחת הטלפון הדגיש שזו לא החלטה סופית, ושקיימת סבירות של 95% שהם יוותרו על זכותם.

לטענת אבי המשפחה הויתור על הזכות לא היה שלם אלא רק בגדר דעת נוטה, ואין בזה משום ויתור. לטענת נציג המזכירות, הויתור היה שלם. אולם, למרות שמחילה אינה צריכה קניין ודי באמירה בעלמא,²³ הרי שקיומה של המחילה מוכחש, ואם כן, זו טענת מחילה שאין עמה ראיה, ולכן אין לה תוקף.²⁴

אף אם היינו מקבלים את טענת נציג המזכירות, שאבי המשפחה ויתר על זכות הבנייה בשיחת טלפון שנערכה עימו, הרי האגודה נתנה לתושב זכות קניינית, שאינה ניתנת למחילה כך. מחילה בעל פה מועילה רק כדי לפטור את החייב מהתחייבות להקנות, או מן החובה לפרוע חוב. אולם, כאשר המחילה נועדה לבטל זכות קניינית שבידו של אדם, לא די במחילה בלבד. במקרה כזה יש לעשות מעשה קניין נגדי, כדי להשיב את הזכות

18. חזון איש חו"מ, ליקוטים טז, ה, ובעקבותיו גם פוסקים נוספים.

19. ראה למשל, הרב דב ליאור תחומין ג, עמ' 247.

20. ראה עוד במאמרו של הרב יעזר אריאל בספר זה.

21. בספר קצות החושן רג, ב, כתב שאין תוקף להתחייבות כזו, לעומת זאת, בספר נתיבות המשפט רג, ו, חלק על כך וכתב שיש לכך תוקף.

22. הרב יוסף שלום אלישיב, בתוך: עמק המשפט א, עמ' טז.

23. שולחן ערוך חו"מ יב, יג.

24. שולחן ערוך חו"מ עה, ז; ש"ך שם, כב.

הקניינית למוכר. מסיבה זו, אין אדם יכול למחול בדיבור על נכס שלו לטובת אחר, אלא עליו להקנותו באחד מן הדרכים המקובלות.²⁵ כמו כן אין המיקח מתבטל אפילו כשמוחלים זה לזה בקניין, אלא באמצעות העברת זכות הקניין בדרך מקובלת.²⁶ כיוון שלא הועברה זכות הקניין מהמשפחה בדרך מקובלת, הרי שהזכות בעינה עומדת, ולא השתנה מעמדה בעקבות שיחת הטלפון.

ו. על מי נטל הראייה בסכסוך שבין הצבור ליחיד?

המהרי"ל²⁷ כתב שכאשר יש סכסוך משפטי בין ציבור ליחיד, בכל סוגי התביעות הציבור נחשב כמוחזק בנכסים שעליהם הסכסוך, אפילו אם היחיד הוא זה שמחזיק בפועל בהם, ולכן נטל הראייה הוא על היחיד. מקור שיטתו בדברי מהר"ם מרוטנבורג שכתב:

וטעמא משום דכל היכא דאיכא טענה כל דהו לרבים חשיבי כמוחזקים דאם לא כן לא היה להם תקנה לרבים שכל אחד יעשה עולה ויחשוב בלבו מי יתבעני לדין, מאן פייס ומאן שביק קידרה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא לכן יש לנו [להחשיב] כמוחזקים...²⁸

אבל בשו"ת תרומת הדשן²⁹ טען שדברי מהר"ם אמורים רק בענייני המס, בעוד שבשאר הדברים אין הציבור מוחזק כנגד היחיד, וחל עליהם הדין הרגיל של "המוציא מחברו עליו הראייה", ומשום כך על הציבור להביא ראיה כדי להוציא מידי היחיד. כך גם נפסק להלכה בדברי הרמ"א:

ואם יש חילוקים וטענות ביניהם הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד וצריך לתת להם משכון קודם שירדו עימו לדין, והא דנקראים מוחזקים לגבי היחיד דווקא בענייני מסים אבל לא בשאר דברים.³⁰

כיוון שבמקרה זה לא מדובר על ענייני מסים, הרי שהתובע הוא המוחזק בזכות הבנייה ועל המזכירות להביא ראיה מוכחת שהתובע ויתר על זכותו.

ז. פסק הדין

לאור כל הנאמר לעיל פסק בית הדין שזכותה של משפחת התובעים לבנייה במגרש תקפה. כמו כן פסק כי על המשפחה מוטל להיכנס בהקדם לתהליכי בנייה מעשיים כדי לא לעכב את תהליכי הבנייה הציבורית ויישוב הארץ בשכונה הנבנית בע"ה.

כדי למנוע הישנות מקרים דומים, על המזכירות לעגן הסכמים או ביטולם, בכתובים ובנהלים פורמאליים, גם במקומות שרגילים להסכמות בעל-פה ובתום לב בין המזכירות לחברים.

25. שולחן ערוך חו"מ רמא, ב.

26. שולחן ערוך חו"מ ר, ז.

27. שו"ת מהרי"ל החדשות, קנא.

28. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (פראג), קו.

29. שו"ת תרומת הדשן, שמא.

30. רמ"א חו"מ ד, א.

מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה

הרב סיני לוי

א. מבוא	ד. מהותה ההלכתית של הערת האזהרה
ב. הערת אזהרה על פי החוק	– פרשנות החוק
1. הערת אזהרה והשפעתה	1. זכות חוזית
2. מהותה של הערת אזהרה על פי החוק	2. זכות קניינית
ג. תוקפו ההלכתי של רישום הערת אזהרה	3. תקנה
1. חוק – כיצד יבחן?	4. שעבוד
2. תוקפו ההלכתי של החוק העוסק בהערת אזהרה	ה. תוכן השעבוד
	1. התחייבות למכור
	2. התחייבות לבנות
	3. שעבוד להבטחת התשלומים
	ו. עסקת קומבינציה שנכשלה
	ז. סיכום

א. מבוא

השלמתה של עסקת מקרקעין נמשכת בדרך כלל זמן רב. מרגע חתימת החוזה ועד השלמת העסקה עשויים לעבור חודשים ארוכים. כדי להבטיח את זכויותיו של הקונה עד להשלמת העסקה נקבע בחוק¹ שהקונה יוכל לרשום "הערת אזהרה" בטאבו. לאחר רישום ההערה לא ניתן לרשום את הנכס על שמו של אדם שאינו הקונה האמור, שלהלן ייקרא, הזכאי. בפועל, עצם רישום ההערה, מזהיר קונה פוטנציאלי מביצוע עסקה ביחס לאותו נכס כבר בשלב התגבשות העסקה.

פרק הזמן מתחילת הרכישה ועד להשלמת העסקה ולרישום הנכס על שמו של הזכאי, מהווה כר נוח להיווצרות סכסוכים משפטיים מסוגים שונים. "הערת אזהרה" מהווה פתרון ביניים ומעמדה המשפטי אינו חד-משמעי. במאמר זה, נבקש לדון במעמדה ההלכתי של "הערת אזהרה".

הגדרת המהות ההלכתית של הערת האזהרה תאפשר לבחון מקרים שונים שהחוק אינו מתייחס אליהם במפורש. מן הבחינה המעשית השאלה היא, האם ובאילו תנאים או

* הרב סיני לוי, דיין בבית הדין לממונות "ארץ חמדה – גזית", ירושלים; ורב היישוב מצפה אילן.
1. סעיף 126 לחוק המקרקעין.

תמורה, ניתן, על פי ההלכה, לדרוש מן הזכאי להסיר את הערת האזהרה כדי לאפשר רישום סותר.

שאלה מורכבת בהקשר עולה זה במקרה של עסקה שבה יזם, שאינו בעלי הקרקע, רושם בהרשאת בעל הקרקע הערות אזהרה לטובת הקונים, ביחס לנכס של הבעלים.² כאשר היזם לא מצליח לקיים את ההתחייבויות כלפי הצדדים, עומדים מול בית הדין שני צדדים "צודקים". מחד גיסא, בעל הקרקע – שלא קיבל שום תמורה עבור רישום הערת האזהרה, וכעת הוא מעוניין לממש את הנכס באופן אחר. ומאידך גיסא, הזכאי – ששילם ליזם את מיטב כספו, והיזם אינו מקיים את החיובים כלפיו. עתה, עומד הזכאי מול בעל הקרקע כאשר לזכותו נרשמה הערת אזהרה, המונעת מן הבעלים את מימוש הנכס.

בשלב הראשון, נבהיר את המושג הערת אזהרה מן הבחינה המשפטית. בשלב השני נתייחס בקצרה לשני ערוצים עיקריים בהם יש לבחון את תקפותו של כל חוק, יהיה אשר יהיה. לאחר מכן, נסביר מדוע יש לחוק העוסק בהערת אזהרה תוקף הלכתי.

בשלב השלישי, נבחן את האפשרויות השונות להגדרת מהותו ההלכתית של החוק. אמנם בתי המשפט עסקו בסוגיה זו, אולם על פי ההלכה, גם בחוק שיש לו תוקף על פי ההלכה, מלאכת הפרשנות של החוק מוטלת על בית הדין או על פוסק ההלכה.³

ב. הערת אזהרה על פי החוק

1. הערת אזהרה והשפעתה

על פי החוק, רשם המקרקעין רושם הערת אזהרה, במקרה בו: "להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין... התחייב בכתב לעשות בהם עסקה או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם הערה על כך". התוצאות של רישום הערת אזהרה על פי החוק הן:⁴

2. מצב כזה נוצר פעמים רבות בעסקת קומבינציה, כשיום מסכם עם בעל הקרקע שהוא יבנה יחידות דיור על הקרקע שיימכרו בשוק החופשי, וחלק מן היחידות תועברנה לבעל הקרקע, בתמורה. התמורה תינתן לבעל הקרקע רק בסוף פרויקט הבנייה, אך בעל הקרקע מייפה את כוחו של היזם לרשום הערות אזהרה לטובת הקונים של היחידות הנוספות (שכן הם משלמים בשלב זה, בעבור דירה שאינה קיימת).

3. מקור לעיקרון זה נמצא בשו"ת מהר"י עניזל, ד, שהבחין בין תוקפו ההלכתי של חוק לבין התוקף של פרשנות בתי המשפט. כמובן, במצבים שונים, פרשנות עקבית של החוק, יוצרת מנהג המדינה, ועל דעת כן נעשה הקניין (או כל מעשה משפטי אחר). במקרה דנן, מדובר על תהליך של פרשנות משתנה, ולא נכון יהיה לומר, שעל דעת הפרשנות האחרונה של החוק, מבצעים הצדדים את עסקאותיהם.

4. משמעותה של הערת אזהרה מתוארת בחוק המקרקעין כך:

126. הערת אזהרה

(א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין... התחייב בכתב לעשות בהם עסקה או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם הערה על כך.

127. תוצאות של הערת אזהרה

(א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקת, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט.

(ב) נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או

על ידי רישום ההערה נמנעת האפשרות לרישום עסקה אחרת ברשם המקרקעין. רישום הערת האזהרה קודם לנושים של בעל המקרקעין. אמנם אם נרשם שעבוד על הנכס קודם לרישום הערת האזהרה, בעל החוב קודם לזכאי, שכן שעבוד היא זכות קניינית קודמת.

חשוב לציין שהערת אזהרה באה על רקע זכות קודמת (התחייבות לביצוע עסקה). רישום ההערה נותן לזכות הקיימת עצמה רבה יותר, כזו המאפשרת לגבור על התחייבויות אחרות שלא נרשמו.

במצב שבו הערת האזהרה מבטאת את ההסכם הישיר בין מי שלזכותו נרשמה ההערה לבין בעל הנכס, הערת האזהרה ומחיקתה, כפופה באופן ישיר להסכם. כאמור, אחד המקרים לאורו ניתן לבחון משמעותה ומהותה של הערת האזהרה, הוא כאשר בעל הקרקע, מאפשר לזום לרשום הערת אזהרה לטובת קונים שונים.⁵ במצב זה, כאשר היזם לא ממלא את חוביו החוזיים ויוצא מן התמונה, מתמודדים בעל הקרקע והקונה הפוטנציאלי על הזכויות בנכס, על רקע קיומה של הערת האזהרה.

2. מהותה של הערת אזהרה על פי החוק

החוק אינו מגדיר את מהותה המשפטית של הערת האזהרה אלא רק את תוצאותיה – שלילת האפשרות לרשום את הנכס על שמו של אדם אחר, ובכלל זה נושיו של בעל הנכס. נחלקו משפטנים בישראל בשאלת פרשנות מהותה המשפטית של הערת האזהרה. השופט לנדוי ניסח את שתי האפשרויות הבסיסיות כך:

מצד אחד, יש להערת האזהרה סממנים של זכות חפצית (in rem) כי היא תופסת לא רק בין הצדדים להתחייבות שעל יסודה נרשמה האזהרה, אלא גם כלפי אחרים, דהיינו כלפי כל מי שבדעתו להתקשר בעסקה הסותרת את הזכות שלהגנתה נרשמה ההערה.

אך מצד שני – והוא נראה לי הצד המכריע – אין הערת האזהרה בבחינת זכות במקרקעין, כי כל עיקרה אינו אלא שימת מחסום בפני רישום עסקות במקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החוזי לרישום עסקה פלונית. זוהי איפוא זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא.⁶

כלומר, מחד גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כזכות קניינית, בגלל שהיא זכות כנגד כל העולם, ולא רק כלפי המוכר, מאידך גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כהגבלה על

שנתמנה כונס נכסים על רכוש, הרי כל עוד לא נמחקת ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה...

(ב) הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין.

5. כאמור, הדבר מקובל במסגרת עסקת קומבינציה.

6. ע"א 68/76 יהושע אטיאס נ. הממונה על המרשם, פ"ד ל (3), 527, בעמ' 531-32.

העברת בעלות על רקע חיוב חוזי, ללא מתן זכות לזכאי. הגישה המקובלת בפסיקה המשפטית כיום נוטה דווקא לאפשרות הראשונה.⁷ ביחס לעסקת קומבינציה, המגמה הנוכחית בבתי המשפט היא לומר שמתן האפשרות לרישום הערה יוצר חיוב ישיר בין בעל הנכס, לבין הקונה לזכותו נרשמה ההערה.⁸

ג. תוקפו ההלכתי של רישום הערת אזהרה

1. חוק – כיצד יבחן?

כאשר בוחנים את תקפותו של חוק, והשפעתו על דין תורה, יש לדון בעניין מכמה כיוונים. על פי הערוץ הראשון יש לבחון האם יש תוקף לחוק בשל העובדה שבאותו תחום, לרשויות המדינה סמכות לקבוע את "כללי המשחק". סמכות זו, יכולה לנבוע מאחד מהכללים הבאים: דין המלך (בישראל), דינא דמלכותא דינא, או תקנות הקהל. אך קיים גם ערוץ שני. חוק עשוי להיות תקף על פי ההלכה, לא מחמת סמכותו הישירה של המחוקק באותו תחום, אלא משום שהחוק יוצר מציאות שמשפיעה על ההלכה. לדוגמה, חוק יכול להיות תקף מכוח המנהג. כמו כן ייתכן שפעולה מסוימת שהמחוקק קבע שהיא מבטאת גמירות דעת לקניין, תהווה קניין בגלל שהפכה למנהג הסוחרים (סיטומתא). בדומה לכך יש והחוק יוצר מצב בו צדדים לעסקה פועלים על דעת תנאי החוק. על כן בבואנו לבחון את תקפות החוק, אנו צריכים לבחון את שני המישורים: האחד, האם החוק תקף בתור חוק. והשני, האם החוק יוצר מציאות שמשפיעה על ההכרעה ההלכתית. אם יימצא שהחוק תקף כחוק, עדיין יש לדון מן הבחינה ההלכתית בתוכנו של החוק. לדוגמה, בנידון דידן, נראה להלן שלחוקים בנושא רישום המקרקעין, ובכללם רישום הערת אזהרה, יש תוקף מדינא דמלכותא. אכן מלשון החוק לא עולה הגדרה משפטית חדשה למהותה של הערת אזהרה. כיוון שלהגדרה המדויקת נפקויות במצבים שלא נקבעו בחוק במפורש, יש להגדיר על פי ההלכה את התוכן הספציפי של הקביעה החוקית. תוקף ההלכתי מכוח הערוץ השני, מגדיר באופן ישיר את מהותו ההלכתית של החוק. לדוגמה, לגבי הערת אזהרה נטען בהמשך שרישום הערה יצר מצב שבו מתקיימים התנאים ל"שעבוד קרקעות", כדין מלווה בשטר.

7. בפסק הדין ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג' (4) 199 נוקט בית המשפט כי הערת אזהרה היא יצור בלתי חוזי, (קנייני וחוזי), יש לה תכונות עקיבה ויש לבחון כל מקרה לגופו.

8. ראה בעניין זה ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי. בפסק הדין מתואר השינוי בגישת בתי המשפט לנושא הערת האזהרה במסגרת עסקת קומבינציה. בתוך פסק הדין מובא ציטוט מתוך ע"א 813/85, 81/86, 117 יהושע נחשון ואח' נ' שי ואח'; "טפחות", בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' שי ואח'; א' יהודה ואח' נ' שי ואח'; ושם נקבע במפורש, בעמ' 349-350, כי – "...התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות... בהסכימו לרישום הערת אזהרה על רכישו לטובת הקונה, נוטל בעל המקרקעין חלק פעיל בהגנה על זכויותיו החוזיות של הקונה."

2. תוקפו ההלכתי של החוק העוסק בהערת אזהרה

השאלה הראשונה עליה יש להשיב היא, האם יש תוקף הלכתי לרישום הערת אזהרה בתור חוק?

נראה שהתשובה לשאלה זו היא חיובית. "הערת אזהרה" מוזכרת בחוק המקרקעין, בפרק ט' שכותרתו "המרשם". הפרק עוסק כולו בפרוצדורות השונות של הרישום במרשם המקרקעין – הטאבו. בנוגע לתוקפו ההלכתי של הרישום בטאבו, דנו הפוסקים, והדעה המקובלת היא שרישום בטאבו מהווה מעשה קניין תקף על פי ההלכה.⁹ זאת, על בסיס דברי החתם סופר¹⁰ שכל חוק שהוא לטובת הציבור, חל עליו הכלל: דינא דמלכותא – דינא. כך למשל פסקו הראשון לציון הרב יצחק נסים, הרב יוסף שלום אלישיב, והרב בצלאל זילטי בשבתם בבית הדין הרבני הגדול:

לפי זה הרי יש לדון דהוא הדין בנוגע להעברת נכסי דלא נידי, שאינם יוצאים מרשות לרשות אלא על ידי רישום בטאבו, דיש בזה משום תיקון ונעילת דלת בפני הרמאים, שאלולי כן הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובוזה וכיוצא בזה כולי עלמא מודו דדינא דמלכותא דינא, ויש לפי זה תוקף לרישום במשרדי האחוזה, ויש בזה משום מעשה קניין.¹¹

רוצה לומר, בית הדין מכריע, שיש לתת תוקף הלכתי לחוק הקובע שהעברת בעלות מתבצעת על ידי רישום בטאבו בלבד, כיוון שכך מצטמצם הסיכון למכירה כפולה של נכס על ידי נוכלים. על פי אותו עיקרון, נראה שיש תוקף לחוק של רישום הערת אזהרה. כאמור לעיל, הערת אזהרה מונעת מכירת הנכס לאחר על ידי מוכר רמאי, וזו בוודאי תקנת הציבור.

אולם סעיף החוק שנותן לזכאי עדיפות על פני בעלי חובות קודמים של המוכר, לכאורה, אינו עולה בקנה אחד עם ההלכה. כיוון שכאשר מדובר במלווה בשטר, על פי ההלכה נכסיו של החייב משועבדים לבעל החוב¹² כלומר שזכותו של המלווה הראשון (כאשר נעשה הדבר בשטר) לגבות את הקרקע. אמנם יש מקום לדון האם ראוי לתקן תקנה שתיתן עדיפות לזכאי על פני נושה מוקדם של בעל הנכס שלא רשם הערת אזהרה על הנכס ולא משכן את הנכס באופן מפורש.

נראה שהתשובה לשאלה זו חיובית, דומה למה שכתב הרא"ש:

אם היה הכרוז יוצא, שכל מי שיש לו זכות וטענה ושעבוד על קרקע זה, יבוא ויודיע ויערער, ואם ישתוק ויעלים עתה ערעורו, יבטלו כל זכויותיו שיביא מכאן ולהבא; כיוון שנהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו כל הזכויות.¹³

9. אמנם, ישנה מחלוקת הלכתית האם ניתן להעביר את הבעלות ללא רישום בטאבו.

10. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

11. פסקי דין רבניים ו, עמ' 376.

12. שולחן ערוך חו"מ קיא, א.

13. שו"ת הרא"ש עט, יג.

וכן נפסק בשולחן ערוך.¹⁴ הסמ"ע¹⁵ הסביר שיש שני מקורות לדין זה: "דינא דמלכותא" ו"מנהגא". בהתאם לכך נראה שיש תוקף לחוק זה משני הטעמים:

דינא דמלכותא – גם אם נאמר שיש שעבוד על פי ההלכה ללא רישום במרשם המקרקעין, הרי שיש מקום לומר שיש תוקף לתקנה המבטלת את השעבוד ההלכתי כל זמן שזה לא נרשם. זאת, כיוון שמצאנו תקנות קדומות¹⁶ שביטלו שעבוד מתוך חשש לפגיעה בקונה שלא ידע על השעבוד. על פי אותן תקנות יש מקום לומר, כפי שכתב החתם סופר, שגם חכמי ישראל היו מתקנים תקנה זו המבטלת שעבוד שלא נרשם.

מנהג – כיוון שהנוהג הוא שאין תוקף לשעבוד שלא נרשם, הרי ששני הצדדים לחוב פועלים על פי הנוהג ומבינים היטב שהנכסים אינם משועבדים ללא רישום. בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין:

ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדים הקרקעות במדינות שעושין ענייני מכירת קרקעות רק כדיניהם, משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלווה, ובוודאי **ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה**.¹⁷

כלומר אין גמירות דעת של הצדדים ליצור שעבוד כאשר אין לו תוקף חוקי. ולכן לנושי בעל הנכס אין שעבוד, שהרי הם יודעים שעל פי החוק אין תוקף לשעבוד שאינו רשום. לסיכום, נראה שיש תוקף לחוק המונע מכר (כל רישום סותר) של נכס שנרשמה לגביו הערת אזהרה, וכן לסעיף בחוק הנותן עדיפות לזכאי על פני בעלי חובות ששעבודם לא נרשם.

ד. מהותה ההלכתית של הערת האזהרה – פרשנות החוק

לאור מה שכתבנו, שבאופן בסיסי יש לתת תוקף להערת האזהרה, נבקש עתה לבחון כמה אפשרויות למשמעותה ההלכתית של הערת האזהרה:

1. זכות חוזית

זכות זו משמעה התחייבות של הבעלים כלפי הזכאי,¹⁸ וזאת, על פי תנאי החוזה שבעקבותיו נרשמה הערת האזהרה. הבעייתיות בפרשנות זו היא בכך שאין בה מענה

14. שולחן ערוך חר"מ קד, ב.

15. סמ"ע קד, ד.

16. שו"ת הרשב"א א, תתצג, דן בתקנה שקבעה שמי שיש לו שעבוד ולא מחה בשעת המכר של הקרקע – בטל שעבודו.

17. שו"ת אגרות משה חר"מ ב, סב.

18. אם נפרש שמלבד ההתחייבות הראשונית כלפי הזכאי (למשל, למכור לו את הנכס), רישום הערת האזהרה מוסיף התחייבות שלא למכור את הנכס לאחר, ניכנס לסוגיה נוספת של התחייבות שלילית, שתוקפה ההלכתי שנוי במחלוקת. ראה בענין זה: הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, עמ' 201 והלאה, ובהערות שוליים, שמביא שרוב הפוסקים סבורים שהתחייבות שלילית אינה אפשרית על פי ההלכה.

למאפיין המרכזי של הערת אזהרה, המעניק לזכאי זכות כנגד כל העולם, מעבר להתחייבות האישית של המוכר כלפיו.
 על כן נראה שלא ניתן להסתפק בהגדרת 'הערת אזהרה', כזכות חוזית, דהיינו התחייבות¹⁹ אישית למכור את הנכס.

2. זכות קניינית

כדי להסביר ש"הערת אזהרה" יוצרת על פי ההלכה זכות קניינית בנכס, יש להגדיר את מהותה של אותה זכות. שהרי, ברור הדבר שרישום ההערה לא הופך את הזכאי לבעל זכות שימוש כלשהי בנכס. בנוגע להיבטים השליליים של הערת האזהרה, כלומר, מניעת היכולת להעביר את הנכס לאחר – נראה שהדבר לא יכול להתפרש כזכות קניינית של הזכאי. משתי סיבות:

סיבה אחת היא, שעל פי דין תורה, זכות חייבת להיות מוגדרת בגוף החפץ הנקנה, כפי שפסק הרמב"ם:

אין אדם מקנה, לא במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה.

כיצד? אין אדם מקנה ריח התפוח הזה או טעם הדבש הזה או עין הבדולח הזה וכן כל כיוצא בזה, לפיכך המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה, או דירת בית זה לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו כמו שיתבאר.²⁰

מדברי הרמב"ם עולה שאף כאשר מוקנית ללוקח זכות חיונית של אכילת פירות, יש לנסחה כזכות בגוף הקרקע לאכילת פירות, ולא ניתן להקנות את אכילת הפירות לבדה או את הזכות למגורים.²¹

סיבה שנייה היא שגם אם ניתן להיות בעלים על זכות שלילית, לא ניתן להקנות זכות כזו כשלעצמה. שהרי נחלקו הפוסקים האם כאשר מקנים נכס, יכול המוכר לשייר לעצמו זכות שלילית. בימינו הדבר עלה ביחס להצעת פתרונות הלכתיים להגנה על זכויות יוצרים.

19. נחלקו הפוסקים בשאלה, האם על פי ההלכה יש תוקף מחייב להתחייבות למכור נכס. וראה בעניין זה להלן "תוכן השעבוד".

20. רמב"ם מכירה כב, יג-יד.

21. אמנם ניתן ליצור בעלות על זכות שאין בה ממש, על ידי שיור הזכות כחלק מזכות בנכס, כפי שכתב הטור (חו"מ ריב):

אין אדם מקנה לאחר בין במכר בין במתנה אלא דבר שיש בו ממש... וכן המוכר אוויר חורבתו ואוויר חצרו, וכגון שהיה לחברו כותל סמוך לחצרו או לחורבה והקנה לו אוויר חצרו להכניס בו זיוין לאו כלום היא. אלא אם כן יקנה לו הבית לדור בו והחצר להכניס בו זיוין: ...ומיהו אם מכרם לאחר ושייר הדירה והאוויר לעצמו – מהני כדפרישית לעיל ששייר לו המקום.

דהיינו, במסגרת עסקת מכר, ביד המוכר לשייר לעצמו "אוויר בית". הטעם לכך על פי הטור הוא ש"שייר לו המקום". דהיינו, כאשר מוכר משייר לעצמו אוויר בית, אנו מפרשים שהתכוון לשייר לעצמו זכות בגוף הקרקע להשתמש באווירה, ועל כן השיור תקף. בהערת אזהרה אין שיור אלא העברת הזכות, ולכן לכאורה היא אינה תקפה.

הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג²² הציע שהמוכר ישייר לעצמו את זכות ההעתקה, וכך ימנע מהקונה להעתיק שלא כדין. לעומתו, טען הרב אברהם כהן²³ כי ישנם פוסקים הסבורים שלא ניתן לשייר זכות שלילית שאינה מאפשרת למשייר ליהנות ממנה (שהרי המוכר אינו מתכוון לבוא ולהעתיק מהמוצר שמכר), ובספר פתחי חושן הביא את שתי הדעות.²⁴

אף שנראה כי עמדת בתי הדין המקובלת היא כדעתו של הרב גולדברג, ברישום הערת האזהרה לא מדובר על שיור זכות אצל המוכר אלא על העברתה לזכאי, ונראה שאין דרך הלכתית להעבירה אלא בזכות בגוף הנכס. דהיינו, אף לדעה שניתן לשייר זכות שלילית, לא ניתן להקנות זכות שלילית.

יתירה מזו, הנוהג המקובל בבתי המשפט במקרה של הערת אזהרה הוא לדון בתוקפה ובהשלכותיה של ההתחייבות שבגינה נרשמה הערת האזהרה, כך שהערת האזהרה איננה יוצרת זכויות חדשות מעבר להתחייבויות הקודמות, אלא רק נותנת לאותן זכויות משנה תוקף ועצמה כנגד זכויות של אחרים. לפיכך, נראה שפירוש זה רחוק מלשקף את משמעות החוק ואת הנוהג שנוצר בעקבותיו.

לסיכום, נראה שאין להגדיר את המצב בו נרשמה הערת אזהרה, כמצב של רכישת זכות קניינית בנכס, בשל העובדה שלזכות זו אין תוכן חיובי, וההלכה אינה מכירה באפשרות להעביר זכות מעין זו.

3. תקנה

ניתן לקבוע כי על פי ההלכה אין חובה להגדיר את מהותה המשפטית של רישום ההערה כחיוב, כקניין או בכל דרך אחרת, ויש לראותה כתקנה פרוצדוראלית שמטרתה להגן על זכויותיו של הזכאי. המחוקק עצמו, לא הגדיר את מהותה של התקנה וגם בית הדין אינו מחויב לצקת תוכן ספציפי קבוע לתקנה זו.

החוק קובע כי לאחר שנרשמה הערת אזהרה: "לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט."²⁵

על כן, חלק מן התקנה נועד לאפשר לערכאה השיפוטית הדנה בסכסוך להכריע מהו הפתרון הראוי במקרה הנידון, לאור הסיטואציה הספציפית, על מכלול השיקולים שהיא מעלה. כדי לקבוע באילו תנאים יקבע בית הדין כי ניתן לרשום עסקה סותרת, יפעיל בית

22. הרב זלמן נחמיה גולדברג, "העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים", תחומין ו, אלון שבות תשמ"ה, עמ' 207; וכן הרב זלמן נחמיה גולדברג, "תנאי ושיור בהסכמים", תחומין ז, אלון שבות תשמ"ו, עמ' 368 והלאה. יש להעיר כי משו"ת דברי חיים א, חו"מ לא, עולה שלאחר מותו של המוכר יוכל הקונה לעשות בקלטת ככל העולה על דעתו.

23. הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט ד – זכויות יוצרים, מהדורה שנייה, עמ' תרעח. וראה עוד משם והלאה באריכות, ורבים מהמקורות שנידונו למעלה מקורם שם.

24. פתחי חושן קניינים, כ, הערה מז. ראו עוד מאמרו של הרב עדו רכניץ בספר זה.

25. סעיף 127 (א) לחוק המקרקעין.

הדין את שיקול דעתו, תוך שהוא בוחן את מכלול השיקולים במצב המסוים, ובכלל זה גם את מידת הזהירות שנקט כל צד וכפי שיובא בסעיף הבא.

4. שעבוד

ניתן לטעון שרישום הערת האזהרה יוצר שעבוד נכסים בעבור ההתחייבות כלפי הזכאי. כאמור לעיל, מדין תורה בכל התחייבות בשטר קיים שעבוד, אלא שבשל העובדה שכיום המלווים יודעים שללא רישום אין להם יכולת לממש את הזכות ולגבות ממנו שקנה את הנכס מהלווה, הרי שהשעבוד בטל. לפיכך, מעמדו ההלכתי של חוב ללא רישום הוא כשל חוב שאין בו שעבוד. לעומת זאת נראה, שמעמדה ההלכתי של התחייבות שבעניינה נרשמה הערת אזהרה הוא כשל "מלווה בשטר" היוצר שעבוד נכסים, משום שאומדן דעת הצדדים הוא שהנכס יהווה ערובה לקיום החיוב, גם החוק נותן כוח זה, כאשר הוא אינו מאפשר רישום סותר.

מלווה בשטר גובר על מכירת הנכס לצד ג' שבוצעה לאחר מכן,²⁶ ומאפשר לבעל החוב לגבות את הנכס מידי הקונה. אולם לדעת השולחן ערוך²⁷ מלווה בשטר אינו גובר על מלווה בעל פה שבוצע קודם לכן.²⁸

ייתכן, שבימינו, על פי דברי האגרות משה שהובאו לעיל, מלווה שיוגדר כמלווה בשטר בשל רישום הערת אזהרה או שעבוד, יהיה קודם למלווה שאין בו שעבוד. שכן הטעם שלדעת השולחן ערוך מלווה על פה קודם, הוא משום ש"שעבודא דאורייתא", ולפי עיקר הדין, מלווה על פה, קודם למלווה בשטר. אך כיוון שכיום אין כלל סמיכות דעת של המלווה לגבות קרקעות ללא רישום, ממילא בטל השעבוד מעיקרו.

ההשלכה שהחוק מגדיר לרישום הערת אזהרה – קדימה על פני בעלי חובות – תואמת את ההצעה שרישום הערת אזהרה יוצר שעבוד נכסים לטובת הזכאי.²⁹

הצעה זו יכולה להתבסס על תקפו ההלכתי של החוק בהיותו מנהג שמשפיע על המציאות הכלכלית שמחזירה את מושג שעבוד הקרקעות למצבו הבסיסי על פי ההלכה. כמו כן הסבר זה יכול להתקבל גם כפרשנות החוק על פי הכלל דינא דמלכותא – דינא. העובדה שרישום ההערה מונע את האפשרות לרישום נוסף (עיקרון שלא קיים בדין השעבוד מדין

26. שולחן ערוך חר"מ קיא, א.

27. שולחן ערוך חר"מ קד, יג.

28. לדעת הש"ך חר"מ קד, כ, כוחם שווה.

29. סיוע לגישה זו עולה מסעיף 127 (ב) לחוק המקרקעין, הקובע כי: "הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין". כוונת הדברים היא לפטור מחובה לרישום של שעבודים ברשם החברות (ראה ע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד נ' זלמן רוזובסקי, אשר בעקבותיו נחקק סעיף (ב1). מכלל הדברים עולה, שאף שמהותה של ההערה הוא שעבוד, פטר המחוקק את רושם ההערה מכל רישום נוסף הנדרש על פי חוק.

תורה), תוסבר כתקנה להבטחת מימוש השעבוד ולמניעת אפשרות של אובדן הנכס או פגיעה בקונה החדש.³⁰

ה. תוכן השעבוד

שעבוד הוא העמדת נכס, כערוכה לקיומו של חיוב מסוים. ביחס להערת אזהרה, ישנן שלוש אפשרויות (המתייחסות למצבים שונים) להגדרת החיוב שבשעבוד הנכס משועבד: האחת היא, שהנכס משועבד לצורך מימוש ההתחייבות **למכור את הנכס לזכאי**.³¹ השניה היא, שהנכס משועבד לצורך מימוש ההתחייבות **לבנות** את המבנה על הקרקע, והשלישית היא, שהנכס משועבד להבטחת **התשלומים** שניתנו על ידי הזכאי.

1. התחייבות למכור

ביחס לאפשרות הראשונה, נחלקו הפוסקים האם ניתן להתחייב למכור נכס מסוים. לדעת קצות החושן³² התחייבות כזו אינה תקפה, אלא אם כן, "שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו, פורע לו ממקום אחר". דהיינו חפץ יכול להיות שעבוד לחיוב ממוני, אך לא מושא החיוב עצמו. לעומת זאת, לדעת המהר"א ששון³³ ההתחייבות תקפה והיא אף מונעת את מכירת נכס לאחר.

נתיבות המשפט³⁴ נוקט גישה אמצעית וסובר שניתן להתחייב להקנות חפץ מסוים לאחר. לשיטתו מדובר בהתחייבות בלבד, ולכן אם הנכס נמכר לאחר, המכירה תקפה. אולם יש להסתפק האם ניתן, לשיטתו, נוסף על החיוב להקנות, גם לשעבד במפורש את הנכס המסוים לאותה התחייבות (למשל, כאפוטיקי).

ככלל, נוקטים הפוסקים שיש תוקף להתחייבות למכור, שלא כשיטת קצות החושן.³⁵ במצב בו שולמה תמורה על ידי הזכאי, נראה שגם לשיטת קצות החושן, הנכס משועבד לאותו סכום.

לסיכום, לשיטת המהר"א ששון ודאי שניתן ליצור התחייבות למכור, ותוצאתה היא מניעת האפשרות למכור את הנכס לאחר. לדעת נתיבות המשפט ניתן להתחייב למכור, אך אין בכך כדי למנוע את מכירת הנכס. ויש להסתפק האם ניתן לשעבד במפורש את הנכס לחיוב זה. ולדעת קצות החושן לא ניתן להתחייב למכור.

30. דהיינו, בעוד שההלכה מאפשרת למכור לראובן, נכס המשועבד לשמעון, אך היא משמרת את הזכות של שמעון, החוק אינו מאפשר מכירה כזו. החוק עושה זאת כדי ליצור סדר ולמנוע פגיעה בראובן, שיסתמך על כך שהמכור יחזיר את החוב ויסלק את השעבוד.

31. ראה שולחן ערוך חו"מ סימנים רמה ורו.

32. קצות החושן רו, א.

33. שו"ת תורת אמת, קלג.

34. נתיבות המשפט לט, יז, ועוד.

35. ראה הרב איתמר ורהפטיג, ההתחייבות, עמוד 188. וכן כתב הרב אברהם כהן, עמק המשפט א, עמוד סז, שלדעת הרב יוסף ש. אלישיב לא ניתן לטעון "קים לי" כשיטת קצות החושן.

לדעת נתיבות המשפט ההתחייבות למכור תקפה גם ללא הערת האזהרה, אולם, אם המתחייב קדם ומכר את הנכס לאחר – המקח קיים. לשיטתו ניתן לומר שהערת האזהרה יוצרת נוסף להתחייבות גם שעבוד, ועל כן אם קדם המוכר ומכר לאחר, הזכאי יהיה רשאי לממש את זכותו. כמו כן, במצב שבו ההתחייבות נעשתה באופן שאינו תקף על פי דין תורה, רישום ההערה יגרום גם ליצירת התחייבות תקפה (בדומה לעובדה שרישום בטאבו דינו כקניין).

2. התחייבות לבנות

במצב בו נרשמת הערת אזהרה על בסיס הסכם לבניית דירה ומכירתה, יש לדון האם ניתן הלכתית להתחייב לבנות.³⁶ במקרה זה מדובר בהתחייבות לבנות, ובשעבוד של נכס מסוים, דהיינו הקרקע עליו מתוכננת הבנייה (לפי אפשרות זו בהבנת מהותה של הערת האזהרה). שאלת האפשרות להתחייב לבנות נתונה במחלוקת ראשונים, בסוגיה בבבא בתרא.³⁷ בעלי התוספות³⁸ מציעים להסביר אחת הדעות בגמרא, שההתחייבות לבנות מחיצה חלה באופן ש"קנו ושעבדו נכסיהן לבנין הכותל", והתחייבות כזו תקפה. כך היא גם לשון הרא"ש.³⁹ יש לדון בדברי התוספות והרא"ש האם הכוונה היא ששעבדו נכסיהם במפורש, או שסתם התחייבות מעין זו הרי היא כשעבוד נכסים. לענייננו, רישום ההערה מתפרש כשעבוד הנכסים במפורש, על כן נראה שניתן לפרש את השעבוד גם כשעבוד לקיום חוזה הבנייה.⁴⁰

3. שעבוד להבטחת התשלומים

ניתן לראות ברישום ההערה, שעבוד של הנכס להשבת התשלומים לזכאי במקרה של ביטול העסקה.⁴¹ להסבר זה יש משמעות הלכתית לשיטתו של קצות החושן, שסבר שלא ניתן להתחייב למכור נכס מסוים – לשעבדו לחוב הממוני, ניתן. כמו כן, אם נסבור שלדעת

36. ראה ורהפטיג שם, עמודים 121, 125.

37. בבא בתרא ג,א.

38. תוספות שם, ד"ה וכו'.

39. רא"ש בבא בתרא א, ג.

40. לשיטת קצות החושן, ייתכן שניתן לשעבד נכס לחוזה לבניית דירה על שטח מסוים בו יבנו מספר דירות דווקא, אך לא ניתן לשעבד דירה אחת לחוזה שבו מתחייבים למכור את אותה דירה. שכן, לדעת קצות החושן (רו, א) יש לשעבד ממון מ"מקום אחר". ביחס למכירת הדירה, זהו שעבוד מאותו מקום. לעומת זאת, שטח עליו נבנות מספר יחידות דיור, אינו הנכס הספציפי אותו מתחייבים לבנות ולהעביר לזכאי.

41. לכאורה, יש להקשות גם על שעבוד זה. שכן, שעבוד מתייחס תמיד לחיוב מסוים. בשעת העסקה חיובו של היום הוא לבנות, והוא אינו חייב כלל את הכסף שניתן לו. וכיוון שלשיטה זו, לא ניתן לשעבד נכס לחיוב לבנות, אין בסיס לשעבד את הנכס לחיוב השבת הכסף שיצוץ רק אם לא יקיים את חיובו לבנות. אולם דומה, שכיוון שבשעת העסקה יודעים שני הצדדים שיש סיכון שהעסקה והבנייה לא יתממשו, לצד החיוב לבנות, יש מלווה בתנאי. אם העסקה לא תתממש, מתברר שלפנינו מתן מעות במלווה, אותו יש להשיב וניתן לשעבד אליו נכסים.

נתיבות המשפט לא ניתן לשעבד את הנכס לעצם ההתחייבות למוכרו, ניתן עדיין לשעבדו לחוב הממוני.

ההבדל בין שעבוד למכור לבין שעבוד להשבת התשלומים גדול. אם ישנה התחייבות למכר הרי שניתן יהיה לאכוף את העברת הבעלות לזכאי, אולם אם מדובר בשעבוד להשבת התשלומים הרי שלאחר שהזכאי יקבל את כספו בחזרה, ניתן יהיה לדרוש ממנו שיסיר את הערת האזהרה.

לסיכום, ניתן לראות ברישום הערת האזהרה שעבוד של הנכס לקיום החיובים כלפי הזכאי. ניתן לומר שזהו שעבוד ביחס לחיוב של מכירת הדירה או בנייתה כאשר מוכרים דירה לא בנויה ("על הנייר"), וניתן להגדיר רישום ההערה – שעבוד הנכס כבטוחה להחזרת התשלומים ששולמו על ידי הזכאי.

העובדה שנוצר על פי ההלכה "שעבוד" אינה תלויה בכך שלחוק יש תוקף הלכתי בהיותו חוק, למשל על פי הכלל "דינא דמלכותא – דינא".

ו. עסקת קומביניציה שנכשלה

בעסקת קומביניציה בעל הנכס נותן ליזם הרשאה לרישום הערות אזהרה על הנכס, לטובת הקונים. בדרך כלל, ההערה נרשמת לטובת הקונים לאחר חתימת החוזה איתם ולאחר תשלום ראשוני, טרם בניית הדירות.

כפי שהבאנו בפתיחת הדברים, דעתם של שופטי בתי המשפט על עסקה מורכבת זו היא, שנוצרו יחסים ישירים בין בעל הנכס לבין הזכאי, אף שההערה נרשמה על ידי היזם ולא על ידי החייב. בניסוח נוסף, נאמר בפסקי הדין שיש לראות את בעל המקרקעין שהסכים לרישום הערות אזהרה כערב לחיובי היזם כלפי הקונים.

על פי גישה זו, אם שילם הזכאי את מלוא התמורה בעבור הדירה שאמורה הייתה להיבנות על ידי היזם, לא יוכל היזם להסיר את רישום הערת האזהרה עד שיחזיר לזכאי את מלוא כספו.⁴²

דומה, שעל פי ההלכה, מתן ייפוי כוח לרישום ההערה, הרי הוא כמינוי מקבל ייפוי הכוח לשליחו של בעל הנכס. מאידך, באופן טבעי בעל הנכס אינו איש מקצוע הקשור לבנייה, ולכן הוא איננו מתחייב לבנות את הנכס המדובר, אלא שהוא נכון לאפשר ליזם להעמיד את הנכס כערובה להתחייבותו. על כן, הסברה נותנת, שתוכן השעבוד במקרה זה הוא התחייבות להשבת התשלומים, אך לא שעבוד להתחייבות לבנות.

במתן האפשרות לרישום ההערה, שעבד בעל המקרקע את הנכס לחיובים של רושם ההערה כלפי הזכאי.

אכן נראה שאין להטיל על בעל המקרקעין, תוצאות שלא ניתן היה לצפות אותם בשעה שנתן את ייפוי הכוח. ביחס לחיובים כאלה, יש מקום לבטל את השליחות, משום שלא על

42. ראה בפסק הדין המוזכר בהערה 8 לעיל.

דעת כן נשלח השליח. גם הקונים יודעים שיש כאן התחייבות בשליחות בלבד, והיא מוגבלת לפעולות רגילות.

לדוגמה, אם בעת חתימת החוזה, כאשר הדירה עוד לא נבנתה, שילמו הקונים את מלוא התמורה, לא נכון יהיה לומר שבעל הקרקע שעבד את הקרקע לעלותה של כל הדירה. שכן, לא היה מוטל על בעל הקרקע להעלות על דעתו שהקונים ישלמו את מלוא התמורה כבר בשלב החתימה על החוזה, ועל כן לא הסכים להעמיד את הנכס שלו, כשעבוד למלוא הסכום.⁴³

גם על פי הגישה הרואה בהערת אזהרה, תקנה ללא תוכן ספציפי, ברור שבסמכות בית הדין לקבוע, מי מהצדדים נהג כשורה, ומי נהג בחוסר זהירות ובאיזו מידה, ועל כן עליו לשאת בחלק זה או אחר של ההפסד שנוצר.

על כן כאשר קונה נקט בחוסר זהירות משמעותי ושילם את מלוא התמורה בעבור הדירה טרם שזו נבנתה, על בית הדין לחייב את בעל הקרקע רק בסכום שהיה עליו להעלות על דעתו שישלמו הקונים. דוגמה נוספת לכך היא כאשר הקונה ידע שהיזום נמצא במצב כלכלי קשה, והיה חשש ניכר שלא יוכל לעמוד בהתחייבויות כלפי הקונה. מסתבר לומר, שבמצב כזה לקח הקונה סיכון לא סביר, כשהסתמך על רישום הערת האזהרה. לפי גישה ה"תקנה", נכון יהיה לומר, שאין להגן על הקונה משום שהוא זה שנקט סיכון לא סביר.

לסיכום, בעסקת קומבינציה שנכשלה והיזום אינו מקיים את חיוביו, לזכאי (הקונה) זכות למנוע רישום של עסקאות סותרות על ידי בעל הקרקע. התמורה אותה רשאי הזכאי לדרוש, אינה בלתי מוגבלת, ואינה זהה בהכרח לסכום אותו שלם.

לפי הגישה שהערת אזהרה יוצרת שעבוד, יש לחייב את בעל הקרקע להשיב לזכאי רק את הסכום המקסימאלי שהיה עליו לצפות שישלם בשלב זה.

לפי הגישה שהערת אזהרה היא תקנה בעלמא, בסמכות בית הדין להגדיר מתי מותר לעשות שימוש בזכות הפרוצדוראלית, ומתי לא, על פי שיקול דעתו. שיקול דעת זה, יכול גם את הסכום ששולם ביחס להתקדמות בבנייה, ועשוי לכלול גם שיקולים נוספים.

ז. סיכום

הערת אזהרה היא תקנה שיש לה תוקף הלכתי, ועל פיה, למי שלזכותו נרשמה ההערה זכות עקרונית למנוע רישום סותר של הנכס על שמו של אדם אחר ברשם המקרקעין, כמו כן היא נותנת לו זכות קדימה על פני בעלי חובות אחרים.

מהותה ההלכתית של הערת האזהרה היא כשל תקנה מנהלית המונעת העברת בעלות (תקנה), או ככזו ההופכת את ההתחייבות כלפי הזכאי ל"מלווה בשטר" (שעבוד) הקודם בגביית החוב לבעל חוב שאינו רשום או למי שקנה את הנכס.

43. נראה, שכאן מדובר על טענה מהותית יותר מאשר טענת "לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי". שכן, בעל הקרקע כלל לא העמיד את הנכס לשעבוד עבור כל סכום, אלא רק עבור סכומים סבירים. מצב זה דומה לשליח שניתנה לו הסמכות למכור חצי שדה, ומכר את השדה כולה.

בהיותה בעלת תוקף הלכתי, מאפשרת הערת אזהרה שנרשמה לזכותו של אדם, לדרוש את מימוש ההתחייבות כלפיו, פיצוי עבור הוויתור על מימוש ההתחייבות כלפיו, או השבה של תשלומים.

במקרה של עסקת קומבינציה שנכשלה יש לבחון את מידת מחויבותו של בעל הנכס כלפי הזכאי. ככלל, היזם שרשם את ההערה, נידון כשליח של בעל הקרקע.

אכן לפי גישת השעבוד יש להגביל את היקף הזכות של השעבוד לסכום המקסימאלי שאמור היה בעל הנכס לחשוב שישולם בשלב זה של העסקה. כאשר בית הדין נדרש להכריע באילו תנאים יש להסיר את ההערה ולאפשר לבעל הקרקע לבצע רישום סותר להערה, רשאי בית הדין להפעיל שיקולים שונים, ובין היתר לבחון את זהירות הצדדים בפעולותיהם, וכל שיקול אחר שנראה רלוונטי לבית הדין.



עסקאות במטלטלין

אחריותו של הנוטל ממכר לבדיקה

הרב שלמה אישון

ג. אחריות הנוטל ממכר לבדיקה לאחר שגילה שאין הוא מעוניין בו	פרק ראשון: יהלום שאבד תוך כדי בדיקתו
ד. הכרעת ההלכה	א. מבוא
ה. נספח – הדין על פי החוק במדינת ישראל	ב. התנאים להטלת האחריות
פרק שלישי: ממכר שנשבר לפני התשלום	ג. העילה להטלת האחריות
א. הכרעת ההלכה	ד. הכרעת ההלכה
ב. נספח – הדין על פי החוק במדינת ישראל	ה. נספח – הדין על פי החוק במדינת ישראל
סיכום	פרק שני: אתרוג שהוזק או אבד כשנלקח לבדיקה
	א. מבוא
	ב. אחריות נוטל שלקח כמה ממכרים כדי לקנות רק אחד מהם

במאמר זה נדון באחריותו של הנוטל ממכר לבדיקה, ותוך כדי כך ניזוק הממכר באונס. המאמר מחולק לשלושה פרקים:

הפרק הראשון עוסק בנוטל ממכר לצורך בדיקתו. בפרק זה נדון במקרה ספציפי בו אבד יהלום תוך כדי בדיקתו.

הפרק השני עוסק בנוטל מספר חפצים לצורך בדיקתם ובכוונתו לרכוש את זה שיענה על ציפיותיו. גם בפרק זה נתייחס לדוגמא ספציפית – מספר אתרוגים נלקחו לבדיקה, ואחד מהם ניזוק באונס.

הפרק השלישי עוסק בממכר שניזוק בהיותו בידיו של הלקוח, לפני ששילם עליו.

* הרב שלמה אישון, מכון כת"ר, קדומים; רב מזרח העיר רעננה; אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית", גוש דן.

פרק ראשון: יהלום שאבד תוך כדי בדיקתו

א. מבוא

סוחר יהלומים הציע לפלוני יהלום במחיר מסוים. אותו אדם לקח את היהלום בפינצטה, כדי לבדוקו לפני קנייה. במהלך הבדיקה נשמט היהלום מן הפינצטה ונעלם. יש לציין, שמקובל ליטול יהלום בפינצטה לשם בדיקתו, וקורה לעיתים שהיהלום נשמט, אלא שלרוב היהלום נמצא לאחר חיפוש בחדר, אך הפעם לא מצאוהו.

על פי הנוהג המקובל בין סוחריה היהלומים, כאשר מתרחש דבר כזה באולם המכירות – האחריות היא של הנוטל. אולם בנידון זה התרחש הדבר במשרדו של המוכר. האם חייב הנוטל לפצות את סוחר היהלומים?

כדי להשיב על שאלה זו, נעיין בשתי סוגיות העוסקות במקרים דומים. תחילה נדון בשאלה, האם הנוטל נושא באחריות, ואם כן, באלו תנאים? לאחר מכן, נדון בעילות השונות להטלת האחריות על הנוטל. לאור מסקנותיו של דיון זה, נבקש להכריע בשאלת אחריותו של הנוטל במקרה הנדון. לבסוף, נבחן האם מסקנותינו ההלכתיות מתיישבות עם המסקנות המתבקשות מניתוחו של המקרה לאור הוראות החוק במדינת ישראל.

ב. התנאים להטלת האחריות

נאמר במסכת בבא בתרא:

אמר שמואל: הנוטל כלי מן האומן לבקרו (=לבחון אותו) ונאנס בידו – חייב. והני מילי הוא – דקיצה דמיה.¹

כלומר אדם שנטל סחורה כדי לבחון אם הוא מעוניין לרכוש אותה, והיא אבדה באונס – חייב, ובלבד שמחיר הסחורה קצוב ("קיצה דמיה"). הראשונים נחלקו בביאור התנאי של "קיצה דמיה". דעת הרשב"ם היא, שהכוונה היא, שיש לכלי מחיר שוק ידוע:

שדמיו קצוצים כגון רחיים של פלפלין ושאר כלים קטנים שדרכן לעולם לתת בפשוט פשוט.²

לעומתו, הרשב"א סבור שלא די בכך שמחיר הכלי ידוע, אלא יש צורך שהמוכר יאמר במפורש מהו המחיר אותו הוא דורש עבור הכלי. וזו לשונו:

ודוקא דקיץ (=שקצובים) דמיה מפי המוכר או שאמר עכשיו בפירוש: "כלי זה בכך וכך" ואי נמי שקצץ דמים פעם אחת לכל מי שבא ליקח ממנו כלי כזה.³

דברי שמואל מובאים גם במסכת נדרים⁴ אך בלא הסיפא של דבריו – "והני מילי הוא דקיצה דמיה". מאידך, הוזכר שם תנאי אחר שלא הוזכר במסכת בבא בתרא, ולפיו דברי שמואל עוסקים רק ב"זבינא חריפא" – דהיינו, ממכר שיש לו ביקוש רב.⁵

1. בבא בתרא פח, א.

2. רשב"ם שם, ד"ה והני.

3. רשב"א שם, ד"ה גופא.

הראשונים נחלקו בשאלה, כיצד ליישב את סוגיית בבא בתרא עם סוגיית נדרים. דעת הריטב"א היא, שכל אחת מהסוגיות עוסקת במקרה אחר:

והנכון דתרי מימרי נינהו (=ששתי מימרות הן), וההיא דהתם (=וזהו ששם, בנדרים) בדלא קייצי דמיה ולהכי בעינא זבינא חריפא (=בשאינ דמיה קצובים, ולכך נדרש שהממכר יהיה מבוקש) ולא חשיב אלא שואל; והא דהכא (=וזהו שכאן, בבבא בתרא) דקייצי דמיה אפילו בזבינא דרמי על אנפיה (=אפילו בממכר שמוטל לפתחו של הסוחר, שאין לו ביקוש).⁴

כלומר, כדי לחייב את הנוטל באחריות לאונס, צריך להתקיים אחד משני תנאים: או שמחיר הממכר שניזוק קצוב, או שהממכר מבוקש ביותר. סוגיית בבא בתרא עוסקת בממכר שדמיו קצובים, ועל כן לא נדרש בה שהממכר יהיה מבוקש ("זבינא חריפא"), ואילו סוגיית נדרים עוסקת בממכר שאין דמיו קצובים, ומשום כך על הממכר להיות מבוקש כדי שיתחייב הנוטל באונסין.⁵

אולם רוב הראשונים סוברים שהסוגיות משלימות זו את זו וביחד יוצא שיש צורך בשני התנאים, הן זה של "קייצי דמיה", והן זה של "זבינא חריפא", וכפי שכותב הר"ן:

ונהי דהכא לא חש לפרושי דהא דשמואל דוקא בדקייצי דמיה. סמך ליה אסוגיין דבפרק הספינה, כי היכי דהתם נמי לא חש לאוקמה דוקא בזבינא חריפא כדמוקי לה בסמוך, משום דההיא סוגיא דהתם אסוגיא דהכא נמי סמכא.⁶

כלומר הסיבה שכאן לא פירשה הסוגיה שדברי שמואל עוסקים בממכר שמחירו קצוב, משום שסוגיה זו מסתמכת על הסוגיה במסכת בבא בתרא, בדיוק כפי שבבבא בתרא לא נדרש להסביר שמדובר בממכר מבוקש, משום שהסוגיה שם מסתמכת על סוגיית נדרים.

ג. העילה להטלת האחריות

הגמרא בנדרים לומדת מדברי שמואל, שבמכירה של ממכר שיש לו ביקוש רב, נחשב הקונה-הנוטל כמי שנהנה, ולא המוכר, והנאתו זו היא הסיבה לחיובו באונסים. על כך מקשה הגמרא מן המשנה שם האומרת:

שאיני נהנה מישראל – לוקח ביותר ומוכר בפחות; שישראל נהנין לי – לוקח בפחות ומוכר ביותר.⁷

4. נדרים לא, א.
5. ר"ן נדרים לא, ב, ד"ה מתני'.
6. ריטב"א בבא בתרא פח, א, ד"ה גופא, בשם רבו הרא"ה.
7. טעמו של הריטב"א יתבאר לקמן.
8. ר"ן נדרים לא, א-ב, ד"ה אמר; וכן הוא בספר הישר לר"ת (חלק החידושים), פא; ר"י מיגאש בבא בתרא פח, א, ד"ה כמעשה; רשב"א שם, ד"ה גופא. וכן משמע ברשב"ם שם, ד"ה והני מילי. הרי"ף בבא מציעא נו, א, ורא"ש שם ח, יג, גרסו במפורש גם בסוגיא בנדרים "והני מילי דקייצי דמיה".
9. משנה נדרים ג, יא.

ממשנה זו מוכח שאסור למוכר שאסר על עצמו הנאה מישראל, למכור ממכר בשוויו אלא רק בפחות משוויו, ומכאן שמכירת ממכר בשוויו נחשבת הנאה למוכר – בסתירה לדברי שמואל. בתירוץ הקושיה אומרת הגמרא:

מתניתין בזבינא מיצעא, ודשמואל בזבינא חריפא. (=המשנה עוסקת בממכר שביקושו ממוצע, ודברי שמואל בממכר מבוקש)¹⁰

דהיינו המשנה הרואה עסקה רגילה של מכירה כהנאתו של המוכר עוסקת בממכר רגיל וכשהוא נמכר בשוויו נהנים הן המוכר והן הקונה. שמואל, לעומת זאת, עוסק בממכר שיש עליו קופצים רבים לקנותו, ומשום כך הנחה העיקרי הוא הקונה, כפי שמבאר שם הר"ן:

דבזבינא מצינא איכא (=שבממכר שביקושו ממוצע, יש) הנאת מוכר ולוקח, ומשום הכי כשאסר הנאת ישראל עליו לוקח ביתר ומוכר בפחות, כי היכי דלא לתהני (=כדי שלא ייהנה); וכשאסר הנאתו על ישראל לוקח בפחות ומוכר ביתר, כי היכי דלא ליתנהו אינהו; דבזבינא מצינא כי מזבן ליה שוה בשוה תרוייהו מתנהו (=כדי שלא ייהנו הם, שבממכר שביקושו ממוצע, אם מוכר בשוויו, שניהם נהנים).¹¹

הראשונים חלוקים בשאלה, מהו המקור ההלכתי להטלת אחריות על הנוטל. יש הסוברים שהנוטל ייחשב תמיד כשואל – ש"כל ההנאה שלו", משום שהוא יכול לקנות את הממכר אם ירצה,¹² ואז יוכל לעשות בו שימוש, ככל העולה על רוחו. אחרים סוברים, היות שהנוטל משך את הממכר לשם קנייתו, נחשב הממכר לקניינו מאותה השעה, אלא אם כן גילה דעתו שאינו מעוניין בו.¹³

הריטב"א, בהתאם לשיטתו המבוארת לעיל, סבור שהעילה להטלת האחריות משתנה בהתאם לתנאי המצדיק את קיומה של האחריות:

דכל היכא דקצץ דמים הוי ליה לוקח, כל זמן שלא אמר או שלא גלה דעתו שאינו רוצה בו, וכיון דלוקח הוא, ברשותיה קאי לאונסין, ולא בעינן בהא זבינא חריפא. אבל היכא דלא קיצי דמיה אין כאן מקח כלל דמשיכה בלא פסיקת דמים לא קניא... וכיון שכן אין לחייבו לזה אלא מטעם שנעשה עליו כשואל הואיל וכל הנאה שלו ולא חשיב כל הנאה שלו אלא היכא דהוי זבינא חריפא.¹⁴

לשיטת הריטב"א, כאשר דמי הממכר קצובים, יתחייב הנוטל באחריות לאונסים, כדין כל קונה ממכר המעוניין לבטל את המיקח, שעליו להשיב את הנכס בשלמותו, ועל אף שהנכס אבד ממנו באונס, אין בזה כדי לפטור אותו מן האחריות. כאשר דמיו אינם קצובים, יישא הנוטל באחריות כשואל, ובלבד שלנכס יש ביקוש רב.

10. נדרים לא, ב.

11. ר"ן שם, ד"ה מתניתין.

12. רשב"ם בבא בתרא פח, א, ד"ה והני מילי, בהסבר שני; תוספות שם פז, ב, ד"ה הלוקח.

13. רש"י בבא מצינא פא, א, ד"ה ונאנסו בהליכה חייב; רשב"ם בבא בתרא פח, א, ד"ה והני מילי, בהסבר ראשון. תוספות בבא בתרא פז, ב, ד"ה הלוקח, בשם ר"י. רשב"א שם פח, א, ד"ה גופא.

14. ריטב"א בבא מצינא פא, א, ד"ה תניא.

הסבר זה אינו מתיישב כמובן עם שיטת רוב הראשונים הגורסת שכדי להטיל על הנוטל אחריות, יש צורך בהתקיימות שני התנאים גם יחד.

הרמב"ם מבחין בין ממכר שהוא חביב על הקונה לממכר שהמוכר קץ בו:

הנוטל כלים מן האומן על מנת לבקרן, אם היו דמיו קצובין ונאנס בידו חייב בדמיו, הואיל ודמיו קצובין מעת שהגביהו נעשה ברשותו, והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח. אבל חפץ שהמוכר קץ בו והוא מבקש ורודף למכרו, הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהו הלוקח אחר שפסק.¹⁵

האחרונים הסבירו את דברי הרמב"ם בדרכים שונות ומהן עולה הבחנה משולשת: ממכר שהוא חביב על הקונה, ממכר שהמוכר קץ בו, וממכר שהוא חביב גם על המוכר וגם על הקונה. וכך הם דברי בעל נתיבות המשפט:

והנה הא דבקיצי חייב מטעם לוקח מסתבר כדבריו... ולכן מסתבר ליה להרמב"ם דבקיצי ודאי הוי לוקח אף בזבינא מציעא, אבל שואל לא הוי עד שיהיה זבינא חריפא גם כן, דליכא רק הנאת לוקח ולא הנאת מוכר וכל הנאה שלו, ואז הוי שואל וחיובו הוא מטעם שניהם, דהיינו מטעם לוקח ומטעם שואל.¹⁶

לפי הסבר זה, הרמב"ם סובר שבממכר החביב על הנוטל ודמיו קצובים יישא הנוטל באחריות הן מטעם היותו קונה, והן מטעם היותו שואל.¹⁷ בממכר שהמוכר קץ בו הנוטל לא יישא באחריות לאובדן הממכר, אף שדמיו קצובים. בכלי שהוא חביב הן על המוכר והן על הקונה, יישא הנוטל באחריות כקונה.

לדעת הלחם משנה,¹⁸ הנוטל ייחשב כקונה, רק אם הוא הגביה את הכלי **כדי לקנותו**. כיוון שהרמב"ם עסק בנוטל כלי **על מנת לבקרו**, ולקנותו רק אם ימצא חן בעיניו, הוא לא ייחשב כקונה אלא כשומר. אחריות השומר תיקבע בהתאם לסוג הכלי: בכלי החביב על הנוטל – הוא ייחשב כשואל ויתחייב באחריות גם במקרה של אונס. בכלי שהמוכר קץ בו – הוא יחשב כשומר חינום, ויתחייב רק בפשיעה, ובכלי שהוא חביב על שניהם – הוא ייחשב כשומר שכן, הנושא באחריות על גניבה ואבידה, ופטור מאחריות על אונסים.

לדעת **המחנה אפרים**,¹⁹ הרמב"ם סובר שהנוטל נחשב כקונה. אחריותו נובעת מחובת קונה המבקש לבטל את המכר ולהשיב את הממכר למוכר. לדבריו הרמב"ם סובר שכאשר הממכר חביב על הקונה, די בכך שהמוכר קצב את דמיו, אף שהקונה לא הסכים למחיר, כדי שהממכר ייחשב כקנוי. אמנם במקרה כזה יוכל הקונה לחזור בו מן העסקה אף אם לא

15. רמב"ם מכירה ד, יד.

16. נתיבות המשפט קפו, א.

17. הוא יחשב כלוקח כל עוד הוא מעוניין בממכר. הנפקות בכך שנחשב גם כשואל תהיה במקרה שגילה דעתו שאינו מעוניין לקנות את הממכר, או לא ניתן לחייבו מדין לוקח, אך תוטל עליו אחריות מדין שואל עד שיחזיר את הממכר.

18. לחם משנה מכירה ד, יד.

19. מחנה אפרים שומרים, כד.

נמצא כל פגם בממכר. לעומת זאת ממכר שהמוכר קץ בו, נחשב כקנוי רק לאחר שהקונה הסכים למחיר ואמר: "כלי זה אני קונה בכך וכך על מנת לבקרו אם הוא טוב". במקרה זה אם יימצא שאין כל פגם בממכר, לא יוכל הקונה לחזור בו.

לפי בעל **נתיבות המשפט**,²⁰ להגדרת הנוטל כשואל או כקונה תהיה משמעות לעניין אחריות הנוטל משעה שגילה דעתו שאין הוא מעוניין בממכר: לסוברים שחיובו של הנוטל נובע מתוקף היותו קונה, מאחר שגילה דעתו, שוב אין הוא נחשב כקונה והוא יהיה פטור על נזק שנגרם באונס. זאת משום שהנוטל נחשב כקונה על תנאי שלא יחזור בו, וברגע שחזר בו בטל התנאי והתבטלה המכירה. לעומת זאת לסוברים שהנוטל נושא באחריות כשואל, הרי שגם לאחר שגילה דעתו שהוא לא מעוניין בממכר, הוא עדיין ייחשב כשואל עד שיחזיר את הממכר לבעליו, כדין כל שואל שחייב באחריות על החפץ ששאל עד שמחזירו למשאל.²¹

ד. הכרעת ההלכה

היקף אחריות הנוטל על ממכר שלקח לבדיקה ואבד באונס משתנה בהתאם לשיטות הבאות:

רוב הראשונים וכן הלחם משנה בדעת הרמב"ם: הנוטל נושא באחריות לאובדן ממכר שחביב עליו ומחירו קצוב (מתוקף מעמדו כקונה או כשואל).

ריטב"א: הנוטל נושא באחריות לאובדן ממכר שחביב עליו, אף שאין מחירו קצוב (כשואל), וכן על אובדן ממכר שאינו חביב עליו, שמחירו קצוב (כקונה).

נתיבות המשפט בשיטת הרמב"ם: הנוטל נושא באחריות לממכר שחביב עליו ומחירו קצוב (כקונה וכשואל), וכן לממכר שחביב עליו כמו שהוא חביב על המוכר, כשמחירו קצוב (כקונה).

מחנה אפרים בשיטת הרמב"ם: הנוטל נושא באחריות (כקונה) לממכר שחביב עליו שמחירו קצוב אף שלא הסכים על המחיר. בממכר שחביב גם על המוכר, יישא הנוטל באחריות (כקונה) רק לאחר שהסכים על המחיר, ואמר: "כלי זה אני לוקח בכך וכך על מנת לבקרו אם הוא טוב".

להלכה פסק השולחן ערוך כשיטת הרמב"ם, וזו לשונו:

הנוטל כלי מבית האומן על מנת לבקרו, אם היו דמיו קצובים ונאנס בידו, חייב, שהואיל ודמיו קצובים מעת שהגביהו נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו, והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח. אבל חפץ שהמוכר קץ בו, והוא מבקש ורודף למכרו, הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהנו הלוקח אחר שפסק.²²

20. **נתיבות המשפט** קפו, א.

21. **נתיבות המשפט** שם, וראה בענין זה לקמן. וראה גם **במחנה אפרים** שומרים, כד, שהביא נפקותא נוספת: דין "בעליו עמו". אם נחשב כשואל והבעלים היו עמו במלאכתו יהיה פטור, ואם נחשב כלוקח – יהיה חייב.

22. **שולחן ערוך** חו"מ ר, יא.

על פי ההלכה אחריותו של הנוטל מוגבלת לממכרים שמחירים קצוב. לשיטת הלחם משנה יישא הנוטל באחריות רק במקרה שהממכר חביב עליו ולא על המוכר, ואילו לדעת נתיבות המשפט, גם כאשר הממכר חביב על שניהם. לשיטת המחנה אפרים, יהיה הנוטל אחראי לאובדנו של כלי חביב עליו שמחירו קצוב, אף אם לא סיכם את מחירו עם המוכר.

במקרה הנידון מחיר היהלום לא היה קצוב, אמנם המוכר הזכיר מחיר, אך הוא הודה שגם מבחינתו לא היה זה מחיר סופי, אלא מחיר הנתון למשא ומתן. לאור זאת ומשום שלא הייתה כאן פשיעה מצידו של נוטל היהלום, הוא יהיה פטור מלשלם.²³

ה. נספח – הדין על פי החוק במדינת ישראל

על הנוטל ממכר לשם בדיקתו, חלות הוראות חוק השומרים.²⁴ על פי הוראות אלה, הנוטל לא יחשב כשואל, משום שאין הוא מחזיק בממכר על מנת להשתמש בו או ליהנות ממנו,²⁵ ועל כן יהיה פטור במקרה של נזק שלא יכול היה למונעו מראש.²⁶ נמצא, שגם לפי החוק, יהיה בודק היהלומים פטור בנסיבות אלו.

פרק שני: אתרוג שהוזק או אבד כשנלקח לבדיקה

א. מבוא

אדם לקח מספר אתרוגים לבדיקה אצל רב, כדי לקנות את האתרוג המהודר שבהם. אחד מהאתרוגים נפל וניזוק, ואחר אבד. האם נושא הנוטל באחריות לאתרוגים? האם יש מקום ללמוד מן ההלכה שנידונה בפרק הקודם, בדבר הנוטל ממכר כדי לבדוק?

ב. אחריות נוטל שלקח כמה ממכרים כדי לקנות רק אחד מהם

ישנו הבדל משמעותי בין מי שנוטל ממכר כדי לבדוק, למי שנוטל מספר ממכרים, כדי לדעת איזה מהם הוא מעוניין לרכוש. הבדל זה משתמע לכאורה מפסיקת הרמב"ם והשולחן ערוך שהובאו לעיל, לפיה אחריותו של הנוטל מותנית בכך "שיגביהנו כדי לקנות את כולו", כיוון שמי שנוטל מספר ממכרים כדי לקנות אחד מהם, לא מגביה את הממכרים כדי לקנותם, ולכן, לכאורה, לא ניתן להטיל עליו אחריות לאובדנם באונס.²⁷

23. ראה ליד הערה 45 בעניין הגדרת הנפילה מבחינת דיני נזיקין.

24. ראה איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968, פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי, הדפסה שנייה, תשמ"ח, סעיף 450.

25. עפ"י חוק השומרים, התשכ"ז-1967, סעיף 1(ד) (להלן: חוק השומרים).

26. עפ"י סעיף 2 לחוק השומרים.

27. ראה ביאור הגר"א חו"מ ר, לר, שהוכיח מהגמרא (בבא בתרא פח,א, "ובירר והניח...") שהלוקח אינו נחשב כקונה "אף על גב שהגביה את כולם והיה בדעתו לקנות מהן, אלא שלא נתכוין לקנות את כולן אלא אחד מהם". אמנם בשונה מהנידון בדברי הגר"א בנידון דידן מדובר שכל החפצים עדיין בידי הלוקח, ראה פתחי חושן פקדון ושאלה א, הערה עג.

אולם בספר **אור שמח** הוכיח מדברי הרמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין, שגם במקרה זה יישא הנוטל באחריות לאובדן שנגרם באונס, ואלו דברי הרמב"ם:

הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו ואמר לו: "אם מקבלין אותן ממני אני אתן לך את דמיהם ואם לאו אתן שכר מועט", ונאנסו בהליכה – הרי זה חייב לשלם...²⁸

בהלכה זו לא התנה הרמב"ם את אחריות הנוטל בכך שהממכר יהיה "חביב על הלוקח", כפי שכתב בהלכות מכירה.²⁹ מדוע? **האור שמח** מבאר, שבמקרה זה, כיוון שבידו של הנוטל הזכות להחליט אם לקנות את הממכר ואילו המוכר אינו יכול לחזור בו, הרי שבכל מקרה יחשב הדבר כהנאת הנוטל:

אופן כזה, תמיד המקח הוא הנאת לוקח ולא של מוכר, דאיהו הפסיד שאין בידו לשנות, וניטל רשותו מחפצו.³⁰

נמצאנו למדים שהנוטל את האחרוּגים לבדיקה נושא באחריות לאובדנם, בין אם ניזוקו ובין אם אבדו, ואפילו באונס, עד שיגלה דעתו שאינו מעוניין באחד מהם. אחריותו לאחר שגילה דעתו תידון להלן.

ג. אחריות הנוטל ממכר לבדיקה לאחר שגילה שאין הוא מעוניין בו

שתי הלכות מצאנו בנוגע לאחריותו של הנוטל ממכר מן המוכר לאחר שהחליט שאין הוא מעוניין בו. במסכת בבא מציעא הובאה ברייתא בה נאמר:

הלוקח כלים מן התגר לשגרן לבית חמיו, ואמר לו: אם מקבלין אותן ממני אני נותן לך דמיהם, ואם לאו אני נותן לך לפי טובת הנאה שבהן. נאנסו בהליכה – חייב, בחזרה – פטור, מפני שהוא כנושא שכר.³¹

וביאר רש"י:

ונאנסו בהליכה חייב – דהואיל וקצץ דמיהן, ומשכן לשם לקיחה – הרי הם לקוחין בידו, עד שידע שאינה לקוחה. והכי נמי אמרינן (=וכך אנו אומרים גם) בהמוכר את הספינה (בבא בתרא פז, ב), אמר שמואל: הלוקח כלי מן האומן על מנת לבקרו, ואם אין בו מום יקחנו ונאנס בידו – חייב, והוא דקיצו דמיה. בחזירה פטור – מאונסין, מפני שהוא כנושא שכר בחזירה ולא כשואל, ומדו נשיאות שכרו – הואיל ונהנה, שנתפאר בהן.³²

28. **רמב"ם** שלוחין ושותפין ב, ח; וכן הוא בשולחן ערוך ח"מ קפו, א.

29. **רמב"ם** מכירה ד, יד; וכן בשולחן ערוך ח"מ ר, יא – הובאו לעיל בפרק הקודם. ואף שלא הזכירו גם את התנאי של "דמיו קצובים" שהזכיר הרמב"ם בהלכות מכירה, ביאר **בנתיבות המשפט** קפו, א, שמסתמא מדובר כשקצץ דמים, "דהיאך יקח לשגרן לחמיו אם לא יקצוץ דמים, דאולי אם יוכשר בעיני חמיו, פן יפסוק המוכר דמים ביוקר עד שלא יהיה באפשרי ליקח אותם".

30. **אור שמח** מכירה ד, יד; ומעין זה כתב גם **בריטב"א** בבא מציעא פא, א, ד"ה תניא, והוסיף שבכגון זה, היות שהוא יכול לחזור בו, אינו נחשב כלוקח, אך יחשב כשואל כיוון שכל ההנאה שלו.

31. **בבא מציעא** פא, א; וכן נדרים לא, ב.

32. **רש"י** שם.

הרי שבהליכתו נושא הנוטל באחריות גם על אובדן שנגרם באונס משום שהוא נחשב כקונה, ואילו בחזרתו, לאחר שהתברר שבבית חמיו אין מעוניינים בממכר, הוא נחשב כשומר שכר הנושא באחריות לגניבה ואבידה בלבד, ופטור מאחריות לאובדן שנגרם באונס.³³

אולם הדין ישתנה במקרה שהממכר נלקח כדי למוכרו. במקרה זה יישא הנוטל באחריות גם על אובדן שנגרם אפילו באונס, בחזרתו, משום שגם אז הוא מבקש למכור את הממכר, אם ימצא קונים מתאימים. וכך נאמר בסוגיא שם:

ההוא גברא דזבין ליה חמרא לחבריה, אמר ליה: "קא ממטינא ליה לדוכתא פלוני, אי מזדבנא – מוטב, ואי לא – מהדרנא ליה נהליך". אזל ולא אזדבנא, ובהדי דקא אתא אתניס. אתא לקמיה דרב נחמן, חייביה. איתיביה רבה לרב נחמן: נאנסו, בהליכה – חייב, ובחזרה – פטור, מפני שהוא כנושא שכר! – אמר ליה: חזרה דהאי הליכה היא. מאי טעמא – סברה הוא: בחזרתו, אילו אשכח לזבוניה מי לא זבנה? (תרגום: אותו איש שמכר יין לחברו ואמר לו: "אני מביא אותו למקום פלוני, אם יימכר – מוטב, ואם לא – אחזירנו אליך". הלך ולא הצליח למכור את היין, ובחזרתו, ניזוק היין באונס. בא לפני רב נחמן, וחייבו. שאל רבה את רב נחמן: [הרי שנינו ש] "נאנסו בהליכה – חייב, ובחזרה – פטור, מפני שהוא נושא שכר"? אמר לו: חזרה של זה הליכה היא, מהו הטעם? סברה הוא: בחזרתו, אילו היה מוצא מי שיקנה את היין, האם לא היה מוכר לו?)

לאור מקורות אלו נחלקו הראשונים בנוגע לאחריותו של מי שנטל כלי מן האומן כדי לבדוק אותו, לאחר שגילה שאינו מעוניין בכלי:

יש סוברים שדינו כדין הנוטל כלים מן האומן לשגרן לבית חמיו. לשיטה זו, מרגע שהנוטל גילה דעתו שאינו מעוניין בכלי, אחריותו תהיה כמו של שומר שכר, דהיינו פטור מאחריות על אובדן שנגרם באונס, וחייב על אובדן שנגרם בשל גניבה או אבידה.³⁴

מנגד, אחרים סוברים שדינו כשומר חנם, דהיינו שאינו נושא באחריות לגניבה ואבידה. לשיטתם שונה דין הנוטל ממכר מן המוכר כדי לבדוק את איכותו, מדין הנוטל כלים מן המוכר כדי להציעם בבית חמיו: לנוטל כלים כדי להציען בבית חמיו יש הנאה מכך שהוא מתפאר בכלים שהוא מציע, ולכן גם בחזרתו הוא נחשב שומר שכר, ואילו לנוטל ממכר כדי לבדוק אין הנאה מעצם נטילתו, ולכן בחזרתו הוא רק שומר חנם.³⁵

שיטה שלישית היא שיטת הרשב"ם הסובר שהנוטל נושא באחריות לאובדן שנגרם באונס, עד ששיב את הממכר לבעליו, וזו לשונו:

33. בניגוד לדעת רשב"ם בבא בתרא פח"א, ד"ה והני מילי, שכתב שהמילים "מפני שהוא כנושא שכר" מתייחסות לחיובו בהליכה, ומשמע שבחזרתו פטור לגמרי – עיין בית יוסף חו"מ סימן קפו.

34. טור חו"מ ר, בשם יש אומרים.

35. טור שם, בשם הרמ"ה.

ואפילו אם חוזר בו ואומר איני חושש בכלי זה לקנותו ונאנס בידו קודם שהחזירו לבעליו חייב. דמדאגביה על מנת לבדקו ולקנותו אחרי כן הוא דאיחייב ליה באחריותו, וכיון דאיחייב באחריותו היכי מיפטר תו עד שיחזירנו לבעליו.³⁶ בטעם ההבדל בין דין זה לדין הנוטל כלים מן התגר לשולחם לבית חמיו שפטור על אובדן שנגרם באונס בחזרתו, כתב הבית יוסף:

ואפשר דמשום דבנוטל כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו כשאין מקבלין ממנו נותן לו לפי טובת הנאה שנתן, לא חמיר כולי האי לחיוביה בחזרה.³⁷

על פי תירוצו של הבית יוסף הנוטל כלים כדי להציען בבית חמיו פטור מן האחריות לאובדן שנגרם באונס בחזרתו, משום שהוא משלם למוכר על טובת ההנאה שגרם לו כשאפשר לו להציע את הכלים בבית חמיו.

נתיבות המשפט הקשה על תירוצו של הבית יוסף,³⁸ וביאר באופן אחר: הוא הבחין בין מי שהודיע למוכר שהוא לא מעוניין בממכר, לבין מי שרק גילה דעתו שהוא לא מעוניין בממכר, אך לא הודיע זאת למוכר.

כאשר הנוטל הודיע למוכר, הוא אינו נושא באחריות לאובדן שנגרם באונס, ומשום כך הנוטל כלים על מנת לשגרן לבית חמיו פטור מן האחריות בחזרתו. לעומת זאת, הנוטל כלים על מנת למוכרן נושא באחריות גם לאובדן שנגרם בחזרתו באונס, משום שהוא יכול למכור את הממכר גם בחזרתו, כמבואר לעיל. אבל, כאשר הוא לא הודיע למוכר שהוא לא מעוניין בממכר, אף שאמר כן בפני עדים, הוא יישא באחריות כשואל, ובכך מדובר בדין הנוטל כלי על מנת לבקרו.

לפי הסבר זה אין כל מחלוקת בין הרשב"ם לבין הראשונים האחרים: הרשב"ם עוסק במקרה בו הנוטל לא הודיע למוכר שהוא לא מעוניין בממכר, ובמקרה זה, לכל הדעות הוא יישא באחריות לאובדן הנכס באונס, ואילו הראשונים האחרים, שפטרו את הנוטל מן האחריות, עוסקים במי שהודיע למוכר שהוא לא מעוניין בממכר.

עוד מבואר בנתיבות המשפט, שכאשר הנוטל נושא באחריות כקונה ולא כשואל, הוא יהיה פטור מן האחריות לאובדן שנגרם באונס בדרכו להשיב את הממכר, אף אם לא הודיע למוכר באופן ישיר שהוא לא מעוניין בממכר, וכך יהיה הדין גם בממכר שאינו חביב במיוחד על הלוקח.³⁹

להלכה נפסק בשולחן ערוך:

36. רשב"ם בבא בתרא פזב; וראה לעיל בפרק הקודם (ליד הערה 20) שהבאנו מדברי נתיבות המשפט שדין זה תלוי בטעם החיוב באונסים.

37. בית יוסף חו"מ, קפו.

38. נתיבות המשפט קפו, ב; גם בדרישה שם, הקשה על דברי הבית יוסף, עיין שם בתירוצו.

39. נתיבות המשפט קפו, א, ראה לעיל בפרק הקודם.

הנוטל כלי מבית האומן על מנת לבקרו, אם היו דמיו קצובים ונאנס בידו, חייב...
ואם גילה דעתו שאינו חפץ בו, ונגנב או נאבד קודם שיחזירו, יש אומרים שהוא
כשומר שכר, ויש אומרים שהוא כשומר חנם.⁴⁰

השולחן ערוך השמיט את שיטת הרשב"ם המטילה עליו אחריות גם באונס עד שיחזירו,⁴¹
אך לפי ביאור נתיבות המשפט ניתן לומר שההלכה עוסקת בכלי בינוני שאינו חביב במיוחד
על הלוקח או בכלי החביב במיוחד, ולאחר שהודיע למוכר שהוא לא מעוניין בכלי. במקרים
אלו גם הרשב"ם מודה שהנוטל פטור אם נאנס.

ד. הכרעת ההלכה

הנוטל מספר אתרוגים לבדיקה כדי לרכוש אחד מהם, אם ימצא מהודר, וניזוק או אבדו,
אם אירע הדבר לפני שגילה דעתו שהוא לא מעוניין בהם, הרי הוא חייב.⁴²
אבל אם ניזוק או אבדו אחרי שהודיע למוכר שהוא לא מעוניין, הוא פטור מן האחריות,
בתנאי שלא התרשל בשמירתם.
אם לא הודיע למוכר שהוא לא מעוניין באתרוגים אך גילה שכך היא דעתו בפני אחרים, יש
המטילים עליו אחריות אף אם קרה הדבר באונס, אם מדובר בכלי החביב במיוחד על
הלוקח.

ה. נספח – הדין על פי החוק במדינת ישראל

נראה שגם על פי החוק הישראלי, יהיה לוקח האתרוגים אחראי עליהם, כל עוד שהם
ברשותו.

סעיף 22(א) לחוק המכר, התשכ"ח – 1968 קובע: "אבד או נתקלקל המוצר לפני שהקונה
קיבל אותו, משוחרר הקונה מחיוביו..."

על פי החוק מועד העברת האחריות לידיו של הקונה הוא מועד מסירת הממכר בפועל ולא
מועד העברת הבעלות.⁴³ בפני בית המשפט הובא מקרה בו אדם קיבל יהלומים ומיין אותם
מתוך כוונה לרכוש חלק מן היהלומים ולהחזיר לספק את אלו שהוא לא מעוניין בהם. תוך
כדי המיין אבדו חלק מן היהלומים, ובית המשפט הטיל את האחריות על מקבל היהלומים,

40. שולחן ערוך חו"מ ר, יא.

41. ראה סמ"ע שם, לא, שנשאר על כך בצ"ע.

42. ראה ליד הערה 45 בעניין הגדרת הנפילה מבחינת דיני נזיקין.

43. [הערת עורך: הסעיף עוסק באחריות המוכר, וקובע שאם פלוני רכש מכונית ובדרכה אליו היא ניזוקה,
הקונה לא חייב לשלם על המכונית. אין בסעיף רמז להטלת אחריות על הקונה, ואין כל מקום להסיק
ממנו דבר לנושא הנדון. מה שכן רלוונטי הוא סעיף 22(ב), בו נאמר ש"אם הוסכם על הובלת הממכר
והמוכר מסרו למוביל האחראי... אין הקונה משוחרר מחיוביו אם אבד או נתקלקל הממכר אחרי שנמסר
למוביל מסיבה שאין המוכר אחראי לה". י.א.]

תשובת המחבר: לענ"ד ניתן להסיק מהסעיף כי לאחר שהקונה קיבל את הממכר הוא אחראי עליו אף
שעדיין לא עבר לבעלותו.

אף שהיהלומים נשארו עדיין בבעלות הספק. בית המשפט קבע שבמשך כל תהליך המיון מוטלת האחריות על הקונה, עד שיחזיר את היהלומים למוכר.⁴⁴

פרק שלישי: ממכר שנשבר לפני התשלום

אדם נכנס לחנות ונטל ממכר על מנת לקנותו, אך לפני ששילם תמורתו נפל הממכר מידו ונשבר. האם הוא חייב לשלם על הממכר?

א. הכרעת ההלכה

כדי להשיב על שאלה זו, יש לבחון תחילה האם הממכר נפל בשל רשלנות הקונה. אם כך היה, הרי שעל פי ההלכה חייב הקונה לשלם, משום ש"אדם מועד לעולם בין בשוגג בין במזיד". אם החפץ נשבר באונס, ללא כל רשלנות – אין לחייבו מדין מזיק,⁴⁵ אך מהאמור בשני הפרקים הקודמים עולה, לכאורה, שאם מדובר בממכר שמחירו ידוע, יש לחייב את הנוטל, כיוון שהוא נחשב שואל או קונה, שחייב גם על אונס.

כך אכן פסק בשו"ת משנה הלכות:

והנראה דהחילוקים הם, שאם נכנס לחנות ולקח כלי ואין לה דמים קצובים כלל ועדיין לא שאל על המחיר ורק הולך כמו שהולכין מחנות לחנות לבקר ולעיין ונשבר אין חייב לשלם.

אבל הנכנס לחנות, מקום שהמחירים קצובים, כרוב חנויות בזמננו שעל כל כלי יש פתק ומחירו קצוב עליו, ומיד שהלוקח רוצה בו ומגביהו לבדקו כבר נכנס ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו (ואולי יש לברר מה הדין בדיניהם אם המוכר שהוא בעל החנות יכול לחזור בו לאחר שכבר לקח הלוקח החפץ בידו ולומר לו שאיני רוצה ליתן לך).

אבל במקום שאין המחיר קצוב ואכתי צריך לברר, אז אינו חייב לשלם. ומיהו בנידון שאילתן לפי מה שהבנתי משאלתו המדובר בשכבר הסכים בדעתו ללקחו רק שקודם ששילם נפל מידו ונשבר, כהאי גוונא לכאורה פשוט שחייב לשלם לכולי עלמא שהרי כבר נקבע השער ולקחו על מנת לקנותו וכמבואר בשולחן ערוך.⁴⁶

ובסוף דבריו הוסיף שגם כאשר המחיר אינו ידוע, אם הנוטל התכוון לקנות את החפץ הוא חייב.

44. פס"ד תל אביב 2917/84 אליעזר ברוטפלד נ' אנדין בע"מ, פ"מ תש"ן (3) 265 / אכן יש לציין כי בשונה מהמובא לעיל מדברי הפוסקים שתלו את אחריותו של לוקח האתרוגים במעמדו כלוקח או כשואל, לדעת המשפטים האחריות נובעת מעצם היותו בעל השליטה עליהם ומכוח היותו מחזיק בהם בפועל. החוקתם מאפשרת לו לדאוג לשמירתם טוב יותר מאשר המוכר ועל כן יש להטיל את האחריות עליו בלא להיכנס לדיון מהו מעמדו המשפטי, לוקח, שואל או הגדרה אחרת. ראה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טרסקי, איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968, הדפסה שניה, תשמ"ח, סעיפים 449 ו-624.

45. ראה שולחן ערוך חו"מ תכא, ד.

46. שו"ת משנה הלכות יד, רטז.

ברם, מתשובה זו עולה כי ראוי לברר את המצב המשפטי על פי החוק, ויתכן שיש בבירור זה כדי להשפיע על פסיקת ההלכה למעשה.

ב. נספח – הדין על פי החוק במדינת ישראל

על פי חוק החוזים חוזה נכרת על ידי הצעה וקיבול.⁴⁷ מכאן שברגע שהמוכר הציע חפץ למכירה, והקונה קיבל את ההצעה, נכרת חוזה ושני הצדדים אינם רשאים לחזור בהם. מאידך, כל עוד הקונה לא קיבל את ההצעה – רשאי המוכר לחזור בו מהצעתו.

השאלה היא, כיצד יש לפרש מבחינה משפטית את הצגת הממכרים בחנות: האם יש לראותה כהצעה וממילא ברגע שתהיה מצידו של הקונה כוונה לרכוש את הממכר יכרת החוזה (אף לפני התשלום בקופה) ושני הצדדים לא יוכלו לחזור בהם, או שמא יש לראות את הצגת הממכרים בחנות רק כ"הזמנה להציע הצעות".⁴⁸ על פי גישה זו, כאשר הקונה יגלה דעתו שמעוניין בממכר יחשב הדבר כהצעה מצידו של הקונה, ורק ההסכמה למכור מצידו של המוכר תהווה "קיבול" שיביא לכריתת חוזה. אם כך נפרש את הצגת הממכרים בחנות, יוכל המוכר לחזור בו אף לאחר שהנוטל לקח את החפץ על מנת לרכשו, שהרי נטילת החפץ הינה, כאמור, רק בגדר של "הצעה".

בעניין זה נחלקו המשפטנים. באחד מפסקי הדין שניתנו בבריטניה⁴⁹ נידון עניינה של רשת בתי מרקחת שהציבה את התרופות על מדפים פתוחים. כנגד הרשת הזו נטען שהצגת תרופות במדפים פתוחים אינה ראויה, משום שבמצב זה מי ששולט על רגע כריתת החוזה הוא הקונה, ולרוקח אין פיקוח על מכירת תרופות שצריך לפקח עליהם.

בית המשפט קבע שאין במצב זה כדי לשלול את יכולת הפיקוח של הרוקח, משום שיש להגדיר את הצגת התרופות כ"הזמנה להציע הצעות". הלקוח הבא עם הממכר, הוא המציע לרוקח הצעה שלפיה הוא מעוניין לקנות את הממכר, ואם הרוקח יאשר את אותה התרופה אז תבוצע המכירה. היו משפטנים שהסיקו מפסק דין זה, שכריתת החוזה במכירת ממכר מתבצעת כשהצרכן הוא המציע ובעל החנות הוא המקבל.

אלא שכנגדם היו שטענו שאין להקיש מהמקרה הספציפי של בית המרקחת לכלל החנויות. לדעתם העמדה ההפוכה היא הרצויה, דהיינו שהמוכר הוא המציע והקונה הוא המקבל. כלומר שמוכר יוכל לחזור בו מההצעה עד השלב שבו הקונה לוקח את הסחורה מהמדפים, אך לא לאחר מכן. אכן גם לפי גישה זו הוסיפו שיש לשמור על זכות החרטה של הקונה עד ביצוע התשלום.⁵⁰ מסתבר, אפוא, שהחוק בעניין זה אינו שונה מן ההלכה.⁵¹

47. חוק החוזים, התשל"ג – 1973, סעיף 1.

48. כוונה ואף גילוי דעת (אפילו בפני שני עדים) אינם קיבול. קיבול חייב להיות באמצעות הודעה למציע (ס' 5 לחוק החוזים).

49. Pharmaceutical society V Boots 1952.

50. הדברים לקוחים מתוך סיכום שיעור בדיני חוזים של פרופ' נילי כהן מתאריך 23/11/04.

51. [הערת עורך: על פי החוק החוזה מחייב את הקונה, אובליגטורית, לשלם עבור הממכר וליטול אותו, ואת המוכר, באותו אופן, למסור את הממכר לאחר שהקונה ימלא חלקו בחוזה. במישור החוזי, כדי לחייב את

סיכום

הנוטל ממכר בחנות על מנת לקנותו, ומחירו ידוע, ונפל מידו ונשבר, אף אם אירע הדבר באונס – חייב לשלם.

הנוטל לשלם על הממכר, יש להוכיח שהוא הפר חוזה, ולהעניק למוכר פיצויים, בהתאם לסעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א – 1970. זאת, בזמן שהדיון כאן אינו עוסק בהתחייבות לקנות אלא במכירה עצמה. י.א.]

תשובת המחבר: אין זה משנה אם משמעות החוזה היא שהממכר עובר מיד לבעלותו של הקונה או שיש כאן רק התחייבות חותית למכור את הממכר, שהרי, כפי שהבאנו לעיל, די בכך שאין למוכר אפשרות לחזור בו (ואילו לקונה יש אפשרות לחזור בו) כדי שהקונה יחשב לכל הפחות שואל כיון שכל הנאה שלו וממילא יתחייב באחריות באונסים (עיין ריטב"א בבא מציעא פא,א; אור שמח מכירה ד, יד, שהובאו לעיל). כפי שהבאנו לעיל בפרק הקודם, גם על פי החוק אחריותו של הקונה אינה תלויה בהעברת הבעלות אליו אלא בהיותו מחזיק בפועל בממכר.

קניית חפץ לא מסוים בכרטיס אשראי

הרב דרור טוויל

א. מבוא	ד. קניית חפץ מסוים בהתחייבות או בכסף
1. עסקת אשראי – רקע עובדתי	1. קניין בהתחייבות של חברת האשראי
2. קנייה של מוצר לא-מסוים	2. קניין בהעברת הכסף לחשבוננו של המוכר – התחייבות
3. תשלום בכרטיס אשראי הוא מעשה קניין	3. קניין כסף במיטלטלין
ב. מעשה הקניין בקנייה באשראי	4. "אי אפשרי בתקנת חכמים"
1. העברת הכרטיס – סיטומתא	ה. התחייבות לספק סחורה
2. קניין מכוח החוק	1. התחייבות או קניין דברים
3. התחייבות של חברת האשראי למוכר – קניין בשווה כסף	2. אופן יצירת ההתחייבות
4. העברת הכסף למוכר – התחייבות או תשלום	3. העברת הכרטיס – סיטומתא
ג. קניית חפץ מסוים בכרטיס אשראי	ו. קניית חפץ לא-מסוים כקניין בגוף החפץ
1. גמירות דעתם של הצדדים	1. עסקת אשראי על חפץ לא-מסוים מתוך מלאי מסוים המצוי ברשות המוכר
2. קללת מי שפרע	2. עסקת אשראי על חפץ שאינו ברשות המוכר
	ז. סיכום

א. מבוא

רכישה באמצעות כרטיס אשראי הפכה בשנים האחרונות לדרך קנייה נפוצה ביותר ואולם דומה כי בחינתה ההלכתית טרם הושלמה. הבירור ההלכתי חייב להיעשות בהתאם לאופי העסקה המתבצעת באשראי. זאת, כיוון שבעסקאות רבות הצדדים אינם דנים על קניית חפץ מסוים אלא על קניית חפץ **מסוג** מסוים, כגון, מכונת כביסה או מחשב. עסקאות כאלה דורשות אף הן בירור הלכתי יסודי.

* הרב דרור טוויל, ישיבת ההסדר ובית הדין לממונות של "ארץ חמדה – גזית", שדרות.

מאמר זה ידון בקנייה של חפץ לא-מסוים באמצעות כרטיס אשראי, תוך התייחסות לשתי הסוגיות: הן זו של קניית חפץ מסוים והן זו של קניית חפץ שאינו מסוים, בכל אחת בנפרד ובמפגש ביניהם.

1. עסקת אשראי – רקע עובדתי

קנייה באשראי מתבצעת בדרך כלל על ידי העברת כרטיס אשראי במכשיר מיוחד שקורא אותו, הנמצא אצל המוכר. העברת הכרטיס מפעילה בדיקה ממוחשבת של הכרטיס כדי לאשר שהוא בר-תוקף. לאחר האישור האלקטרוני מודפסת פתקית ובה סכום החיוב, עליה מתבקש הקונה לחתום. הצורך בחתימה זו הוא כדי לאשר שהעסקה נעשתה על ידי בעל הכרטיס ולא על ידי אדם אחר (תהליך זה יכולה להלן, "העברת הכרטיס"). לעיתים, יש לחתימה השלכות משפטיות, כגון, כאשר כרטיס האשראי נגנב, או כאשר הקונה מכחיש שעשה את העסקה וכדומה.

ההודעה על העסקה מגיעה לחברת האשראי, בדרך כלל באמצעות המחשב, אחרי זמן מה ולא בזמן "העברת הכרטיס". בעקבות העברת המידע לחברת האשראי, מעבירה חברת האשראי בתאריך מסוים בחודש את הכסף לחשבון הבנק של המוכר. ומכאן, שגם הבנק שותף לעסקת אשראי.

הגבייה של חברת האשראי מהקונה, מתבצעת בזמנים מסוימים על פי מה שנקבע בהסכם בין חברת האשראי לקונה. לעתים הגבייה מהקונה מבוצעת לפני שהכסף הועבר למוכר, ולעתים לאחר מכן.

2. קנייה של מוצר לא-מסוים

ישנן כמה אפשרויות לקניית מוצר:

אפשרות ראשונה – קניית מוצר מסוים – הקונה משלם ומיד מבצע משיכה או הגבהה של הסחורה, כגון בחנויות מזון כשהקונה נוטל את המוצר במקום.

אפשרות שנייה – קניית מוצר לא-מסוים – הקונה לא נוטל את המוצר במקום, כיוון שהוא נמצא במחסן של המוכר. רק לאחר זמן הוא נשלח לבית הקונה. בדרך זו, ישנו שלב ביניים בין ביצוע התשלום לבין הספקת הסחורה לקונה.

אפשרות שלישית – קניית מוצר לא-מסוים. כאשר הסחורה אינה נמצאת כלל ברשות המוכר, ואף ייתכן שהיא עדיין לא יוצרה בבית החרושת, הסחורה תעשה דרכה למוכר וממנו לקונה.

באפשרות הראשונה כיוון שהקונה מבצע מיד הגבהה או משיכה, שהם מעשי קניין המועילים במיטלטלין¹ די בכך כדי להעביר את הבעלות לקונה. זאת, ללא קשר לשאלה האם מעשה אחר, כגון תשלום באשראי הוא מעשה קניין מועיל. אולם, במקרה של נזק לסחורה בין העברת הכרטיס לבין העברתה לרשות הקונה – תתעורר השאלה האם הבעלות כבר עברה לקונה והוא שיישא בנזק שאירע.

1. שולחן ערוך חו"מ קצח, א.

בשתי האפשרויות האחרות ישנו שלב ביניים ארוך בין התשלום לבין הגעת החפץ לקונה, ובהן צריך לבדוק מה מעמדו ההלכתי של המוצר לפני שהגיע לידי הקונה. מסתבר שבמקרים אלה דעתם של הצדדים היא שהקונה אינו קונה מוצר מסוים אלא המוכר מתחייב לספק לו סחורה מסוג מסוים. כלומר אין כאן מכירה אלא התחייבות. למרות זאת, תיבחן גם האפשרות שמדובר בקנייה והשלכותיה.

3. תשלום בכרטיס אשראי הוא מעשה קניין

לכל העברת בעלות נדרש מעשה קניין.² לאור זאת, עסקאות באשראי מעוררות את השאלה מה מעמדו ההלכתי של תשלום כזה, והאם הוא נחשב כמעשה קניין? לשאלה זו נפקות במקרה של נזק לסחורה, אז יש חשיבות רבה לשאלה האם הבעלות כבר עברה לקונה והוא זה שיישא בנזק, או שמא המוכר הוא הבעלים ועליו לספוג את ההפסד. נפקות נוספת לשאלה, במקרה שאחד הצדדים רוצה לחזור בו מהעסקה. על כן יש חשיבות רבה להגדרת רגע גמר העסקה והעברת הבעלות, אשר לאחריו לא ניתן לבטל את העסקה.

מלבד מעשה קניין, בהעברת בעלות נדרשת גמירות דעתם של כל הצדדים לעסקה שהם רוצים בה ומוכנים לראותה כחתומה.³ במעשי קניין מהתורה ומדרבנן, ברור שאם שני הצדדים גומרים בדעתם להעביר את הבעלות באמצעות מעשה הקניין, הרי שבעשיית מעשה הקניין הבעלות על הסחורה עוברת מהמוכר לקונה.

אמנם תיתכן גם עסקה שבה הצדדים מחליטים שהעברת הבעלות תתבצע זמן מה לאחר עשיית מעשה הקניין,⁴ או שהעברת הבעלות תיעשה באופן מידי אולם היא מותנית במילוי של תנאי מסוים.⁵

מסתבר שבעסקת אשראי כל הצדדים הנוגעים בדבר, דהיינו, המוכר, הקונה, חברת האשראי והבנק רואים ב"העברת הכרטיס" ובחתימת הקונה מעשה בעל משמעות שמשנה את המצב המשפטי, אולם תוכנו של השינוי ידון בהמשך.

ב. מעשה הקניין בקנייה באשראי

כאשר הקונה שילם באשראי עבור מוצר מסוים והוא נמצא עדיין בידי המוכר, ברצון שני הצדדים, יש לדון איזה מעשה קניין נעשה?

נראה שניתן לציין שלושה שלבים שיכולים להוות מעשה קניין: העברת הכרטיס, התחייבות חברת האשראי כלפי המוכר, והעברת הכסף למוכר על ידי חברת האשראי (יש לציין שבעסקת אשראי, העברת הכסף למוכר אינה מתרחשת באופן פיזי, אלא בתאריך מסוים בחודש הבנק מתחייב בסכום הקנייה כלפי המוכר). נבחן אותם אחד לאחד.

2. שולחן ערוך חו"מ קפט, א.

3. שולחן ערוך חו"מ קצ, יז, ועוד.

4. שולחן ערוך אה"ע מ, א, רמ"א חו"מ קצא, ד.

5. שולחן ערוך חו"מ רז, א.

1. העברת הכרטיס – סיטומתא

במסכת בבא מציעא נאמר:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא (רש"י: חותם שרושמי' החנונים על החביות של יין... לדעת שכל הרשומות נמכרות) – קניא. למאי הלכתא? רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.⁶

כלומר, מקובל היה לסמן אילו חביות נמכרו, וישנם מקומות שבהם נהגו "למקני ממש" בסיטומתא, ובאותם מקומות, למסקנת הגמרא, הבעלות עוברת לאחר הרישום. גם במקומות שלא נהגו לקנות כך, יש משמעות לרישום שכן אחרי הרישום אפשר להטיל "קללת מי שפרע" על מי שחזר בו מהעסקה.

נציין שהאחרונים נחלקו ביחס לתוקפו של קניין סיטומתא: לדעת נתיבות המשפט⁷ תוקפו מדרבנן בלבד, ואילו לדעת החתם סופר⁸ תוקפו כקניין מהתורה.⁹

לפי פירושו של רש"י לסיטומתא מדובר במעשה שאיננו מעשה קניין מעיקר הדין, ולמרות זאת הוא מועיל לקניין אם זהו המנהג. כעין זה כתב הרמב"ם,¹⁰ וכן כתבו הראב"ד,¹¹ המאירי,¹² והנימוקי יוסף.¹³ הרא"ש הוסיף וכתב:

6. בבא מציעא ע"ד, א.

7. נתיבות המשפט רא, א.

8. שו"ת חתם סופר יו"ד, שיד; וראה שו"ת דבר אברהם א, א, שהאריך בזה.

9. הריטב"א (בבא מציעא ע"ד, א, ד"ה האי) הקשה על רש"י (ד"ה ובאתרא): "ותמיהא מילתא, מאי טעמא דמאן דאמר דקני בה לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי, והרי לא עשה משיכה". כלומר, במקום שלא נהגו לקנות לגמרי בסיטומתא כיצד ייתכן שיש מי שסובר שזהו קניין?

בעקבות קושיה זו ביאר הריטב"א בשם הרא"ה את הסוגיה באופן אחר, לדעתו סיטומתא הוא מטבע שלא חקוקה בו צורה, והסוחרים נותנים אותו בזמן שקונים תמורת הסחורה, ולא ברור אם כוונתם לתת אותו כקנין כסף ואז אינו מועיל אלא למי שפרע, או שכוונתם לתת אותו בתורת קניין סודר ואז מועיל לקנין לגמרי. במקום כזה נחלקו האמוראים מהי דעת הסוחרים, לדעת רב חביבא כוונתם לקנין סודר וקונה לגמרי, ואילו לדעת רבנן הרי זה ככסף ואינו קונה במטלטלין אלא למי שפרע. אולם במקום שנוהגים לקנות ממש בזה, ודאי שכוונתם לחליפין ומועיל לקנין.

נראה ליישב את דברי רש"י שאין המדובר בקניין סודר כלל אלא בקניין מכוח סיטומתא, ולכן במקום שנהגו "למקני ממש" משמעות הדברים היא שלמנהג מקום זה, לאחר עשיית סיטומתא אם נאנס המקח – הלוקח הפסיד, וזה מוכיח שבמקום זה סיטומתא מתפרשת כקניין גמור ומוחלט. לעומת זאת, במקום שלא נהגו "למקני ממש", לא מוכרע מהו מנהג המקום באופן מוחלט, יש מאנשי המקום שרואים בכך קניין מוחלט, ויש רואים בו פחות מכך, ובה נחלקו האמוראים מה תוקפה של סיטומתא במקום כזה. את דברי רב חביבא ניתן לפרש שלמרות הספק, סיטומתא מועילה לקניין מוחלט, כיוון שכדי למנוע ספיקות ומריבות החליטו חכמים שגם במקום כזה יקנה לגמרי. אפשר שבמקום שנוהגים לקנות ממש גם רב חביבא מסכים שסיטומתא מועילה מהתורה, אלא שלדעתו גם במקום שאין מנהג מוכח, יש לו, לכל הפחות, תוקף של קניין מתקנת חכמים כדי שלא יבואו לידי מריבה.

10. רמב"ם מכירה ז, ו.

11. שיטה מקובצת שם, ד"ה והראב"ד.

12. מאירי שם, ד"ה סיטומתא.

13. נימוקי יוסף מד, א, בדפי הרי"ף, ד"ה סיטומתא.

ורבנו חננאל פירש, כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, תוקע כפו לכף חבירו ובוזה נגמר המקח... וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המיקח כגון במקום שנהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובוזה נגמר המקח.¹⁴

אמנם הדרישה¹⁵ סבר שלא ניתן להסכים שתשלום יהיה מעשה קניין, כיוון שהדבר מנוגד לתקנת חכמים, שנועדה למנוע אובדן של הסחורה השייכת כבר לקונה בשעה שהיא בדי המוכר. בהתאם לכך, הדרישה¹⁶ העיר בנוגע לפירושו השני של הרא"ש שסיטומתא היא מטבע, שדין זה אמור דווקא כשנתן הקונה מטבע אחד ועדיין לא שילם למוכר את כל דמי המיקח. במקרה כזה, שהמוכר לא קיבל עדיין את מלוא התמורה הוא ישתדל לשמור היטב על הסחורה. אולם, אם שולמה למוכר כל התמורה, העסקה לא תסתיים על פי תקנת חכמים, למרות שזהו המנהג, כיוון שיש חשש שהמוכר יתרשל בשמירת הסחורה.

נראה ליישב את הקושי שהעלה הדרישה, שניתן לקנות בכסף כאשר זהו המנהג. כיוון שחכמים ביטלו את קניין הכסף במיטלטלין רק כשאין מנהג ברור שבתשלום הכסף נגמר המיקח, אז תוקפו של הקניין הוא מדין התורה ובוזה תקנו חכמים שלא יקנה עד שימשיך. אולם, אם ישנו מנהג נפוץ שבגמר התשלום נקנה החפץ – בזה לא הפקיעו חכמים את קניין הכסף. זאת משום שחכמים לא התערבו בדרכי הקניין שיסודם במנהג העולם, כיוון שענייני ממונות – יסודם הסדר הטוב בין אדם לחברו.¹⁷

הרמב"ם¹⁸ הוסיף וציין שסיטומתא מועילה כשקבעו את המחיר, והמגיד משנה כתב שכך מצאנו לגבי שאר קניינים שצריך לקבוע מחיר לפני ביצוע מעשה קניין.¹⁹ השולחן ערוך²⁰ פסק כרש"י ורבינו חננאל שמדובר במעשה שאינו מועיל לקניין מעיקר הדין, והוסיף עליהם גם את דברי הרמב"ם.

לאור האמור לעיל, נבחן האם העברת כרטיס היא בגדר סיטומתא. לפי רבינו חננאל והרא"ש מצאנו שבקניין סיטומתא אין צורך לעשות מעשה בגוף המיקח, ואפילו תקיעת כף המבטאת גמר המיקח בין הסוחרים יכולה להיחשב סיטומתא. אם כן, נראה שגם העברת

14. רא"ש בבא מציעא ה', עב. וכן כתב המאירי בשם יש מפרשים, ובתוספות רא"ש בשם רבנו חיים.

15. דרישה חו"מ רא, ג.

16. דרישה שם, ורמז לכך גם בסמ"ע רא, ד. נראה שסברת הדרישה תיתכן דווקא במקום שהמנהג הוא שהמיקח נגמר בקבלת כל הכסף, אולם אם המנהג הוא בקבלת מקצת מהכסף, ובמקרה שילם הקונה את הכל, לא נאמר שיש תקנת חכמים בזה להפקיע את המכר.

17. נהערת עורך: יש להקשות על חילוק זה. נראה שמנהג מבוסס על הסכמה, אם כן, מדוע הסכמה מפורשת בין שני הצדדים אינה מועילה לדעת הדרישה, והסכמה של כלל הציבור במסגרת מנהג כן מועילה. אכן, הדרישה לא הבחין בין השניים וכתב שבשניהם התקנה גוברת על ההסכמה. ע.ר.] תשובת הכותב: עיקר ההבדל שהצבענו עליו הוא שיש להבחין בין מנהג נפוץ בין בני אדם שלא התערבו בו חכמים, וכשם שנתנו תוקף לסיטומתא למרות שאין לה יסוד מן התורה, מה שאין כן, מעשה קניין מכח חוק התורה בו תקנו חכמים תקנותיהם כדרך שתיקנו בכל דיני התורה.

18. רמב"ם מכירה ז, ו.

19. רמב"ם מכירה ד, יא.

20. שולחן ערוך חו"מ רא, א.

הכרטיס יכולה להיחשב סיטומתא אף על פי שאינה בגוף המיקח. אם כי יש לבחון מה גמירות דעתם של הצדדים, כפי שיבואר להלן.

2. קניין מכוח החוק

החוק משפיע על ההלכה בדיני ממונות בשני אופנים:

החוק משפיע על עיצוב מנהג המדינה. כלומר עסקה סתמית נעשית על בסיס המוסכם בחוק, הצדדים סומכים דעתם על האמור בחוק, אלא אם כן התנו במפורש אחרת.²¹ יש תוקף לחוק מצד עצמו, כלומר ישנה מחויבות הלכתית לציית לחוק. בקיצור נציין שתוקפם של חוקי הכנסת נדון על ידי פוסקי הדור ממספר היבטים:²² (א) משפט המלך,²³ (ב) דינא דמלכותא דינא,²⁴ (ג) תקנות הקהל.²⁵

חוק כרטיסי חיוב מגדיר שההתחייבות של הקונה כלפי חברת האשראי נוצרת בהתקשרות ביניהם, והחתימה על השובר לאחר העברת הכרטיס היא אך ורק בגדר ראיה לכך שבוצעה עסקה שמחייבת את הקונה כלפי חברת האשראי:

7. חוזה כרטיס אשראי

חוזה כרטיס אשראי הוא חוזה בין לקוח לבין מנפיק, שלפיו מתחייב הלקוח לשלם למנפיק את תמורת הנכסים שנרכשו מספק באמצעות כרטיס האשראי.

8. המסמך בעסקה

חתימה של לקוח על מסמך המעיד על העסקה בינו לבין ספק שבו צוינו פרטים אישיים של הלקוח ופרטים אחרים, כפי שנקבעו בתקנות, מהווה ראיה לכאורה לביצוע העסקה בידי הלקוח.²⁶

החוק אינו מגדיר את תוכן העסקה שבין המוכר והקונה, והקובע הוא מה שהוסכם על ידי שני הצדדים. לגבי קניינים במיטלטלין קובע החוק:

הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.²⁷

דהיינו, על פי החוק בעלות על מיטלטלין עוברת במסירת החפץ לקונה, אלא אם כן הוסכם אחרת על הצדדים. ומכאן, שקנייה בכרטיס אשראי לא נקבעה בחוק כמעשה קניין, אלא אם כן זהו המנהג, כאמור לעיל.

21. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, סב.

22. [הערת עורך: ראו בעניין זה הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", כתר א, עמ' 339; הרב מיכאל בריס, "החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה – יצירתיות אנושית וגבולותיה", משפטי ארץ – דין, דיון ודיון, עמ' 52; הרב רענן פארן, "השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה", שם, עמ' 489].

23. שו"ת משפט כהן, קמד.

24. שו"ת יחוזה דעת ה, סד; ושו"ת ציץ אליעזר ד, כח.

25. שו"ת ישכיל עבדי ו, ח, ב.

26. חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986.

27. חוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 33.

3. התחייבות של חברת האשראי למוכר – קניין בשווה כסף

ייתכן שההתחייבות של חברת האשראי כלפי המוכר היא בגדר "שווה כסף", ואם כן אף ללא תוספת לחשבון הבנק, קיבל המוכר שווה כסף. הדבר דומה לקונה שהתחייב בקניין סודר לשלם למוכר, ויש לדון האם שעבוד זה הוא שווה כסף המועיל כמעשה קניין.

ההתחייבות של חברת האשראי כלפי המוכר נוצרת באמצעות חוזה שבין חברת האשראי למוכר. חוזה זה הוא בעצם שטר התחייבות, ומבואר בשולחן ערוך²⁸ שאדם יכול להתחייב בשטר לחברו. אף שלא הוגדר בחוזה סכום ההתחייבות, שהרי הוא תלוי בהיקף העסקאות של המוכר, הדבר מועיל כמי שכותב לחבירו בשטר: "הריני משתעבד לך בכך וכך כפי שיתברר בעתיד"²⁹.

בהמשך תיבחן השאלה באילו מקרים התחייבות היא מעשה קניין מועיל, אולם כבר כעת יש לציין שלא מדובר בהתחייבות של הקונה כלפי המוכר, אלא בהתחייבות של צד ג'. מעשה קניין כזה ידון בפרק הבא.

4. העברת הכסף למוכר – התחייבות או תשלום

כאמור לעיל, חברת האשראי מעבירה בתאריך מסוים בחודש למוכר כסף בהתאם לסכומי הרכישה שנרשמו אצלה. המוכר לא מקבל כסף מזומן תמורת הסחורה שמכר, אלא שבחשבון הבנק שלו נזקפת לזכותו יתרה באותו הערך. באופן פשוט ניתן לומר שהבנק מתחייב³⁰ לבעל החשבון סכום מסוים. נמצא שבעסקת אשראי המוכר קיבל תמורת החפץ התחייבות של הבנק. דינה של ההתחייבות הבנקאית כדין ההתחייבות של חברת האשראי. אולם אם נראה את חשבון הבנק כפיקדון, או העברה לחשבונו של המוכר דינה כתשלום כסף. אמנם בעסקת אשראי המשלם בפועל למוכר איננו הקונה עצמו אלא גורם שלישי והוא חברת האשראי. הדבר דומה לקונה ומוכר שסיכמו ביניהם עסקה מסוימת, ואדם שלישי, בשליחות הקונה ובהסכמת המוכר, שילם למוכר במקום הקונה, קודם שבוצעה משיכה בחפץ.

בעניין עסקה כזו נאמר בגמרא³¹ שהתשלום של האדם השלישי הוא מעשה קניין מועיל. קניין מסוג זה נקרא קניין "עבד כנעני" משום שכך עבד כנעני קונה את עצמו, כאשר אדם אחר משלם לבעליו. לפי זה, תשלום הכסף על ידי חברת האשראי יוכל להוות מעשה קניין. אלא שיש מחלוקת האם "דין עבד" כנעני חל גם במכר. בהמשך הגמרא נאמר: "אמר רבא: וכן לענין ממונא"³², וראשונים נוספים ביארו ש"דין עבד" חל גם על עסקת מכר, אולם

28. שולחן ערוך חר"מ מ, א.

29. שולחן ערוך חר"מ ס, ב.

30. ה"בנק" אינו אדם מסוים, הגדרתו הממונית של ה"בנק" היא חברה בע"מ. כאשר אדם קונה מחברה בע"מ יש קושי לומר שהחברה מתחייבת כלפי הקונה. כיוון שחברה בע"מ אינה שותפות רגילה, שהרי ההתחייבויות של החברה אינן מחייבות את בעלי המניות באופן אישי. לפיכך, יש שסברו (עיין שו"ת מנחת יצחק ג, א; שו"ת אגרות משה יו"ד ג, מא, ועוד). שבחברה בע"מ אין בכלל התחייבות אישית אלא רק שעבוד על נכסי החברה.

31. קידושין ז, א.

כך ציין הבית יוסף,³³ הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש השמיטו את דברי רבא. הרי"ף³⁴ ביאר שהרמב"ם השמיט את דברי רבא כיוון שסבר ש"דין עבד" אינו מועיל במכר, וסיים: "ואינו מחזור וצריך עיון".

השולחן ערוך³⁵ כתב הלכה זו של קניין מדין "עבד כנעני" במכר בלשון "יש אומרים", משום שכך פסק הטור בניגוד לדעת הרמב"ם. למעשה נראה שהשולחן ערוך פסק ש"דין עבד" מועיל במכר, שהרי לא הזכיר במפורש חולק, וכן פסק הגר"א.³⁶

דיון נוסף שנדון בדברי הפוסקים הוא, האם בקניין מדין עבד כנעני יש צורך באמירה מפורשת של הקונה שהוא קונה את החפץ. הבית יוסף³⁷ הסביר שהצורך באמירה הוא דווקא בקידושי אישה, שם צריך את אמירת הבעל, מה שאין כן במכר. בהתאם לכך בשולחן ערוך לא הזכיר הצורך באמירה.

בניגוד לכך, הרמ"א³⁸ בעקבות דברי הטור,³⁹ כתב שיש צורך באמירת הקונה, אולם מסתבר שהעברת הכרטיס וחתימת הקונה הם בגדר אמירה של הקונה שהוא מעוניין בעסקה.

יתירה מזו, ייתכן שעסקת אשראי אינה מבוססת על "דין עבד כנעני" אלא על קניין כסף רגיל. נחלקו אחרונים במקרה שאדם שלישי משלם למוכר במקום הקונה, והקונה מתחייב לשלם לאותו אדם בתמורה. מדברי קצות החושן⁴⁰ נראה שגם במצב זה אנו נדרשים ל"דין עבד" כנעני. לעומת זאת, נתיבות המשפט⁴¹ כתב שבמקרה שהקונה מתחייב לאדם השלישי תמורת התשלום, אין זה "דין עבד" אלא קניין כסף רגיל, כיוון שהקונה "חסר הוא" מממונו. לשיטת נתיבות המשפט, בעסקת אשראי בה הקונה מתחייב לחברת האשראי תמורת התשלום שהיא מעבירה למוכר, נראה שזהו קניין כסף רגיל. סופו של דבר, נראה שניתן לראות את התשלום שמשלמת חברת האשראי למוכר כקניין כסף.

ג. קניית חפץ מסוים בכרטיס אשראי

ראשית כל נבחן את עסקת האשראי בקניית חפץ מסוים. במקרה כזה שני הצדדים מגדירים מהי הסחורה שעתידיה לעבור מיד ליד, ואכן הקונה מקבל אותה לחזקתו מיד. השאלה היא, האם העברת הכרטיס קודם להעברת החזקה, מעבירה את הבעלות?

32. רש"י שם, ד"ה וכן לענין ממונא; וכן פסק הטור חו"מ, קצ.

33. בית יוסף חו"מ קצ, ג-ו.

34. ר"ן קידושין ג,א, בדפי הרי"ף, ד"ה גרסינן בגמ'; ועיין גם בבית יוסף ובביאור הגר"א קצ, ו.

35. שולחן ערוך חו"מ קצ, ד.

36. ביאור הגר"א שם, ו ליקוט.

37. בדק הבית חו"מ קצ, אות ז.

38. רמ"א חו"מ קצ, ד.

39. טור חו"מ קצ.

40. קצות החושן קצ, ב.

41. נתיבות המשפט קצ, ג.

כאמור לעיל, העברת הכרטיס היא בגדר סיטומתא ולכן היא מעשה קניין מועיל, אלא שהשאלה היא, מהי גמירות דעתם של הצדדים לעסקה.

1. גמירות דעתם של הצדדים

את האפשרות לראות בהעברת כרטיס מעשה קניין מדין סיטומתא נראה שיש לדחות. לעניות דעתי, כל עוד לא קיבל הקונה את הסחורה קשה לומר שהעסקה הסתיימה ושעל הקונה לשאת באחריות במקרה של אובדן הסחורה. להיפך, מסתבר שכל זמן שהסחורה לא הגיעה לידי הקונה, כגון שהחפץ נמצא על הדלפק או במקומו בחנות, מנהג העולם הוא שהמוכר לוקח על עצמו את הפסד החפץ. זאת לא בגלל שהוא רואה עצמו כשומר על רכשו של הקונה, אלא כיוון שהבעלות עדיין לא עברה לקונה.

יתירה מזו, הדרישה כתב, כאמור לעיל, שחכמים הפקיעו את קניין כסף כשהמוכר קיבל את מלוא התמורה, גם אם יש מנהג לקנות בכסף, מחשש להפסד של הקונה. לשיטתו, בקנייה באשראי חשש זה קיים כיוון שהמוכר יקבל את התמורה מחברת האשראי.

אולם יש הבדל בין דברי הדרישה לעסקת אשראי. כיוון שהמוכר לא מקבל את הכסף מיד, אלא רק לאחר זמן מה. מכל מקום מחמת הסברה הראשונה שהוזכרה, שכיום אין רואים את העסקה כחתומה עד שתצא הסחורה מרשות המוכר, אין לראות בהעברת הכרטיס מעשה קניין, אלא רק לעניין תחולת קללת "מי שפרע" בלבד.

דברים אלו נכונים באשר לעסקה שאין בה הקפדה על חפץ מסוים, כגון במצרכי מזון או ביגוד, שיש להם תואמים רבים מסוג בשוק. במקרה כזה, אם הקונה לא ייטול חפץ זה, הוא יוכל ליטול חפץ אחר במקומו, ולכן הקונה אינו מתכוון לקנות את החפץ עד שזה יגיע לידי. לעומת זאת, במכירת חפץ מסוים שאין אחר כמוהו, כגון חפצי אומנות ייחודיים, שני הצדדים גומרים בדעתם לסיים את העסקה לאחר העברת הכרטיס מדין סיטומתא. הן מחמת ערכו הרב והן מחמת שלא ניתן להשיג חפץ אחר כמוהו.

2. קללת מי שפרע

לפי מה שנתבאר, קנייה באשראי קודם משיכה דינה כתשלום כסף, שאיננו מעביר את הבעלות אלא רק מחיל את קללת "מי שפרע" על מי שיחזור בו. מקור הדברים, במשנה:

נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות – יכול לחזור בו. אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדיבורו.⁴²

כלומר לאחר תשלום בעבור מיטלטלין, על החזור בו מהעסקה חלה קללת "מי שפרע". במילים אחרות, ישנו איסור לבטל עסקה לאחר מתן דמים, וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך.⁴³ להלן נפרט את ההשלכות המעשיות הנובעות מקללת "מי שפרע".

42. בבא מציעא מד, א.

43. שולחן ערוך חו"מ רד, א.

חזרה מן המקח מחמת שינוי השער או אובדן הסחורה
נאמר בגמרא:

דרכי חייא בר יוסף יהבו ליה זוזי אמלחא, לסוף אייקר מלחא. אתא לקמיה דרבי
יוחנן, אמר ליה: זיל הב להו, ואי לא – קביל עליך "מי שפרע".⁴⁴
מכאן נראה שגם במקרה שהמחיר ירד אסור לקונה לחזור בו, ומסתבר שגם להפך, אם
המחיר עלה אסור למוכר לחזור בו.⁴⁵ אם לאחר תשלום הכסף הסחורה אבדה, כגון
שנשרפה, והקונה רוצה לחזור בו, נחלקו הראשונים:
הרא"ש⁴⁶ כתב שהקונה יכול לחזור בו ואינו מקבל "מי שפרע".
הראב"ן⁴⁷ כתב שהקונה יכול לחזור בו, אך מקבל "מי שפרע".
הר"ה⁴⁸ כתב שאם הסחורה אבדה באונס, הקונה אינו יכול לחזור בו ומפסיד. מדבריו
משמע שאם נשרפה הסחורה ואפילו שלא באונס, הקונה אינו יכול לחזור בו. כך כתב
במפורש המאירי⁴⁹ לדעה זו, והוסיף שאם הסחורה אבדה בפשיעת המוכר, המוכר חייב
לשלם, כיוון שהוא בגדר שומר חנם על החפץ.
להלכה נפסק בשולחן ערוך⁵⁰ כדעת רוב הפוסקים שאם הסחורה אבדה באונס הקונה יכול
לחזור בו ואינו מקבל "מי שפרע".

חזרה מן המקח כשיש חשש לאובדן הסחורה
במקרה שהחפץ עדיין קיים אלא שיש חשש שיאבד, ברור שהקונה יכול לחזור בו גם לדעת
הר"ה, אלא שנחלקו ראשונים האם הוא מקבל "מי שפרע":
רבינו חננאל⁵¹ פירש שאם הקונה חוזר בו הוא מקבל "מי שפרע".
התוספות⁵² כתבו בשם רבינו תם שכיוון שיש לקונה חשש להפסד כל כספו הוא רשאי
לחזור בו ולא חלה עליו קללת "מי שפרע". רבנו ירוחם כתב שהדברים אמורים דווקא אם

44. בבא מציעא מח, ב.

45. כן כתבו תוספות בבא מציעא נח, ב, ד"ה אי; רא"ש שם ד, יג; נימוקי יוסף שם כח, ב בדפי הרי"ף; ושאר הראשונים.

46. רא"ש בבא מציעא ד, ח; וכן היא דעת הרי"ף בבא מציעא כח, ב; והרמב"ם מכירה ג, ו. כך כתב בבבדק הבית חו"מ רד, ב בדעתם; וכן כתב הר"ן בבא מציעא מז, ב, ד"ה כך; רבינו חננאל שם, ד"ה מתני'; תוספות שם מז, ב ד"ה אי; מרדכי שם, שג בשם אבי העזרי, רשב"ם ורבינו תם; וטור חו"מ קצח, ה.

47. ראב"ן בבא מציעא, רא, ב-רב, א.

48. בעל המאור בבא מציעא כח, ב בדפי הרי"ף; בית יוסף חו"מ קצח, דייק כך מלשון רש"י מז, ב, ד"ה כך תקנו.

49. בית הבחירה בבא מציעא מז, ב.

50. שולחן ערוך חו"מ רד, ב.

51. כן כתבו רב האי גאון ספר המקח שער יג; נימוקי יוסף בבא מציעא ל, א בדפי הרי"ף. הנימוקי יוסף (שם כח, ב בדפי הרי"ף) כתב שאם נאנס המיקח בפועל והלוקח חוזר בו, גם לדעת רב האי אין מי שפרע, אבל אם הלוקח חוזר בו רק משום "פחד אונס" בזה יש מי שפרע, וזהו הנדון במקרה שהבאנו למעלה; וכן כתב הרמב"ן שם מז, ב ד"ה וראיתי בדעת רב האי.

הבית יוסף רד, ב, כתב שכן כתב בחדושי תלמיד הרשב"א. ובבדק הבית כתב שכן היא דעת הרמב"ם מכירה ג, ו; וכך יש לפרש את דעת הרי"ף בבא מציעא כח, ב.

כשיש חשש לאובדן מלא, אולם בחשש לאובדן חלקי – החוזר בו מקבל "מי שפרע".⁵³ גם בספר שער משפט⁵⁴ כתב שדווקא בהפסד חלקי, כגון יין שהחמיץ, שעדיין יש לו ערך כלשהו חלה קללת "מי שפרע", אבל אם יש חשש לאבדן מוחלט של חלק מהסחורה והקונה חוזר בו מאותו חלק הוא אינו מקבל "מי שפרע".

להלכה נפסק בשולחן ערוך:

נתן דמי המקח ונאנס קודם שיקחנו, ואמר ליה: תן לי מקחי או החזר לי מעותי, אף על פי שיש עדים שאבד באונס ולא היה כח במוכר להצילו ולא נתרשל בדבר, הרי זה מחזיר הדמים ואין כאן מקום למי שפרע. ויש אומרים דהוא הדין למי שחוזר בו מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח.⁵⁵

השולחן ערוך כתב בסתם את דעת רבינו חננאל וסיעתו שדווקא במקום הפסד בפועל אין על החוזר בו מי שפרע, ואחר כך הוסיף שיש אומרים שגם בחשש להפסד לא חלה קללת מי שפרע. על פי כללי הפסיקה, נראה שהשולחן ערוך פסק כדעת רבנו חננאל.

עדיין יש לדון האם הקונה רשאי לחזור בו כשיאמר "קים לי" כדעת הפוסקים שמתירים לחזור, כפי שמקובל **בדיני ממונות**, או שמא מדובר ב**איסור**. אמנם גם אם מדובר באיסור הדבר תלוי בשאלת מקור האיסור⁵⁶ – אם איסור חזרה בזה הוא מהתורה, יש לנהוג על פי הכלל "ספק דאורייתא לחומרא", ולאסור. אך אם זהו רק איסור דרבנן יש להקל ולהתיר חזרה.

סופו של דבר, כיוון שמידי ספק לא יצאנו, ובשולחן ערוך נפסק כדעת הסוברים שהחוזר בו מחמת חשש הפסד מקבל "מי שפרע", נראה שכך יש לנהוג להלכה למעשה ושאלן לחזור מהקנייה.

ד. קניית חפץ מסוים בהתחייבות או בכסף

בפועל, כאשר מדובר בקניית חפץ מסוים, הפעולה היחידה שנעשית קודם למשיכת הסחורה היא העברת הכרטיס ומעמדה נדון בפרק הקודם. אולם, לעתים ישנו פרק זמן ארוך בין העברת הכרטיס לבין משיכת הסחורה. לדוגמה, במקרה של הזמנת מוצר מסוים שדורש התאמות על פי בקשת הלקוח. בינתיים חברת האשראי מתחייבת כלפי המוכר ולעתים אף

52. **תוספות** בבא מציעא מז, ב ד"ה דאי; וכן כתבו **הרא"ש** שם ד, יג; **הנימוקי יוסף** שם כח, ב בדפי הרי"ף ד"ה כך תקנו, בשם **הראב"ד** (השגות על הרי"ף); **רבינו ירוחם** ט, ד; **והטור** חו"מ רד, ב.

53. וכתב **הבית יוסף** שכן נראה מדברי הרא"ש, וכן כתב **הסמ"ע** רד, ה, לדייק מלשון השולחן ערוך, הובא להלכה ב**נתיבות המשפט** רד, ג.

54. **שער משפט** רד; הובא ב**פתחי תשובה** רד, ה.

55. **שולחן ערוך** חו"מ רד, ב.

56. [הערת עורך: נראה שלדעת ה"ר"ן בבא מציעא מט, א בדפי הרי"ף, ד"ה דברים, שקללת "מי שפרע" חלה רק במקרה שנעשה מעשה קניין שמועיל מן התורה ושבוטל על ידי חכמים, ברור שהאיסור אינו מהתורה, כיוון שמהתורה העסקה בוצעה. אולם, לדעת הסוברים שבכל **מעשה** שאינו מועיל להעברת הבעלות חלה הקללה (לדוגמה, **נתיבות המשפט** סו, ד, ובמקורות שהביא) יש מקום לספק. ע.ר.]

מועבר הכסף לחשבונו של המוכר. כאן יש לבחון האם מעשים אלו הם בגדר מעשה קניין המועיל להעביר את הבעלות.

1. קניין בהתחייבות של חברת האשראי

האם להתחייבות של חברת האשראי כלפי המוכר שנוצרת עם העברת הכרטיס, יש תוקף הלכתי של מעשה קניין שמעביר את הבעלות על הסחורה מהמוכר לקונה? על מקרה בו הקונה מוטר ביד המוכר התחייבות של אחרים כלפיו כנגד הקנייה (המחאת חיובים), נאמר בברייתא:

”התקדשי לי בשטר חוב”, או שהיה לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהם, רבי מאיר אומר: מקודשת, וחכמים אומרים: אינה מקודשת.⁵⁷

לדעת רבי מאיר למרות שהאיש לא נתן לאישה כסף באופן פיזי אלא העביר אליה התחייבות שאחרים חבים לו, הרי זה כקבלת שוה-כסף והאישה מקודשת. בגמרא משמע שגם לדעת חכמים ניתן לקדש אישה בהתחייבות של אחרים, אלא שנחלקו חכמים על רבי מאיר בדרכי העברת ההתחייבות לאישה או בסמיכות דעתה. כלומר שלולא הקשיים הצדדיים חכמים מסכימים לעיקרון שקבלת השעבוד הרי היא כקבלת שוה-כסף.

וכן פסק השולחן ערוך⁵⁸ בהלכות קידושין שבסילוק הקשיים הצדדיים, ניתן לקדש אישה באמצעות העברת חוב במעמד שלושות, וכן כתב במפורש הש”ך⁵⁹ שהדבר מועיל כשאין חיסרון של סמיכות דעת.

כל זה במקום שהקונה **מעביר** למוכר התחייבות של אחרים כלפיו, אך כאשר הקונה מעוניין **ליצור** התחייבות חדשה כלפי המוכר תמורת הסחורה שהוא קונה ממנו, נחלקו הראשונים:

הרמב”ן⁶⁰ כתב שאם אדם מבקש לקדש אישה ואומר לה התקדשי לי במעות, למרות שחייב את עצמו בסכום כסף כלפיה ועשה מעשה קניין ליצירת החיוב כגון קניין סודר – אין האישה מקודשת. אף שההתחייבות שלו שרירה וקיימת, האישה אינה מקודשת כיוון שלא קבלה דבר באופן מידי. הרמב”ן ביאר את ההבדל בין התחייבות של האיש לאישה שאינה מועילה, להעברת התחייבות של אחרים כלפי האיש, אל האישה, שכן מועילה:

דווקא במלוה דאחרים, דהא **נפיק שעבודא מיניה** דמקדש לידה דמתקדשת, אבל שעבוד ידידה, כגון: “חייב אני לך מנה” בשטר או בקנין, אין אישה מתקדשת בכך, דומיא דמלוה, דהכא [במלוה] לא מטי לידה כלום, והכא [בהתחייבות] **לא נפיק מיניה כלום**, דשעבודא ברשות לזה הוא וכולי ממונא גביה, וכיוון דאגיד ביה לאו קדושין נינהו.⁶¹

57. קידושין מז, ב.

58. שולחן ערוך אה”ע כח, יג.

59. ש”ך חו”מ קצ, א.

60. רמב”ן קידושין ח, ב ד”ה מנה.

61. רמב”ן קידושין ח, ב, ד”ה ובמשכון דאחרים.

ביחס לאישה התוצאה בשני המקרים זהה, ובשניהם ישנה התחייבות כלפי האישה, אולם ההבדל נעוץ בשינוי אצל האיש המקדש. כשאיש מתחייב לאישה הוא לא נתן לה דבר והוא עדיין מחזיק בכסף, לעומת זאת, לאחר שהאיש מעביר ההתחייבות כלפיו לאישה הוא כבר אינו מחזיק בזכות הגבייה ולכן האישה מקודשת.⁶²

דברי הרמב"ן וסיעתו נאמרו ביחס לקידושי אישה. הב"ח⁶³ כתב שדווקא בקידושין התחייבות אינה מועילה כיוון שהאישה לא סומכת בדעתה, לעומת זאת במכר התחייבות כן מועילה כמעשה קניין להעברת בעלות. במילים אחרות, לדעת הב"ח התחייבות של הקונה כלפי המוכר מעבירה את הבעלות אל הקונה. אולם, מדברי הרמב"ן נראה שאין הבדל בין קידושין ומכר.⁶⁴

הראב"ד⁶⁵ סובר שאם איש התחייב לאישה סכום כסף ועשה מעשה קניין ליצור התחייבות זו – האישה מקודשת. לפי זה נמצא שלדעת הראב"ד ההתחייבות של חברת האשראי כלפי המוכר כמוה כמתן כסף למוכר, ואילו לדעת הרמב"ן אין זה כמתן כסף למוכר. אף שחברת האשראי משמשת כנציגת הקונה למתן הכסף (מדין עבד, כאמור) נראה שאף התחייבות כזו אינה נחשבת כמתן כסף, כיוון שבדין עבד כנעני צריך מתן כסף מצד הנותן, ובשעבוד של חברת האשראי אין כאן נתינה אלא התחייבות.

להלכה, ביחס לקידושין השולחן ערוך לא הזכיר מחלוקת זו, הרמ"א⁶⁶ הביא את דעת הרמב"ן. החלקת מחוקק⁶⁷ כתב שבקידושין יש לנהוג לחומרא מחמת הספק. בעניין ממון גם כן לא הוזכר במפורש דבר בשולחן ערוך, על כן נראה שגם לענין ממון מידי ספק לא יצאנו, והמוציא מחברו עליו הראיה. למעשה, כיוון שעוד לא נעשתה משיכה בחפץ, אם כן המוכר הוא המוחזק ואם אינו רוצה לקיים את המקח הרשות בידו.

2. קניין בהעברת הכסף לחשבונו של המוכר – התחייבות

כאמור לעיל ניתן לראות בהפקדת הכסף לחשבונו של המוכר **התחייבות** של הבנק כלפי המוכר. במילים אחרות, הבנק מעביר את ההתחייבות של חברת האשראי כלפיו אל המוכר, והרי זה בקונה שמעביר התחייבות של אחרים כלפיו אל המוכר. וכמו שצוין לעיל במקום שדעתו של המוכר סומכת על קבלת שעבוד כזה, הרי שזהו מעשה קניין מועיל להעביר בעלות מאת המוכר. אלא שנראה שיש להבחין בין שני מצבים:

אם לחברת האשראי היה חוב קודם לבנק, בזה נראה שיש להחשיב זאת כהעברת חוב שיש לחברת האשראי כלפי הבנק אל המוכר, והדבר יועיל לקנין גם לדעת הרמב"ן.

62. כדעת הרמב"ן כתב גם הרשב"א, הובאו דבריהם בר"ן קידושין ד,ב בדפי הרי"ף, ד"ה מנה.

63. שו"ת הב"ח קמט. המחנה אפרים קניין מעות ה, כתב שאפשר שהחיסרון שהזכיר הרמב"ן ("דאגיד גביה") קיים דווקא בקידושין. בדומה, לבעיית כריתות שמצאנו לגבי גט, על סמך ההיקש בין קידושין וגרושין, מה שאין כן במכר.

64. וכן כתב בקצות החושן קצ, ו; ובהגהות רבי עקיבא איגר על המחנה אפרים, קניין מעות ה.

65. הובא בריטב"א קידושין ח,א, ד"ה ועיקר.

66. רמ"א אה"ע כט, ו.

67. חלקת מחוקק כט, ז.

אבל אם לחברת האשראי לא היה חוב קודם לבנק, נמצא שהבנק אינו מעביר למוכר את החוב של חברת האשראי, אלא מתחייב למוכר כשלוחה של חברת האשראי. אם כן הרי זה כאדם שלישי שהורה לאדם רביעי להשתעבד למוכר.

אולם למסקנה נראה שהתחייבות הבנק כלפי המוכר איננה בגדר מעשה קניין. כיוון שהתחייבות הבנק לא נעשתה מתוך כוונה לקנות,⁶⁸ אלא כפירעון חוב של חברת האשראי למוכר. לפי זה נמצא שהתחייבות הבנק אין משמעות של קניין מדין עבד כנעני, לדעת הרמב"ן.

3. קניין כסף במיטלטלין

הלכה פסוקה היא שכסף קונה מהתורה, וחכמים תיקנו שמשיכה תקנה ולא כסף. זאת, מתוך חשש שאם הבעלות תעבור בתשלום כשהסחורה ברשות המוכר, הוא לא ישמור כראוי על הסחורה וזו תאבד.⁶⁹ אמנם, תשלום כסף מחייב את שני הצדדים שלא לחזור בהם, וכל החוזר בו מקבל עליו קללת "מי שפרע".⁷⁰ על כן, גם אם נראה ב"העברת הכרטיס", או בהפקדת הכסף לחשבונו של מוכר כתשלום כסף, לא יהיה בכך כדי להעביר בעלות על החפץ.

למרות זאת הבית יוסף חידש שיש אפשרות שמיטלטלין ייקנו בכסף, אם הצדדים התנו שהבעלות תעבור בתשלום הכסף:

ונראה לי, שאם התנו שתגמר קנייתם במעות – מכרן קיים, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וכדאמרינן⁷¹ גבי קרקע דאי אמר: "אי בעינא בכספא אקנה" – קנה...⁷²

את דברי הבית יוסף הללו הביא הרמ"א⁷³ להלכה. נראה שכוונת הבית יוסף לחלק בין שני מצבים בקניין כסף:

כאשר הקונה שילם למוכר תמורת החפץ, אך לא היה תנאי מפורש שהכסף יקנה, חל הדין הרגיל **מדריבנן** שכסף אינו קונה במיטלטלין.

כאשר המוכר והקונה התנו במפורש שבקבלת הכסף על ידי המוכר מסתיימת העסקה, הכסף קונה במיטלטלין כעיקר הדין **מהתורה**.⁷⁴

68. [הערת עורך: יש לפקפק בהנחת היסוד של הכותב שיש צורך שמעשה הקניין שבוצע על ידי צד ג' יעשה מתוך כוונה לקנות. ראו בעניין זה **קצות החושן** (רעה, ג) שכתב ששלוח למעשה קניין אינו צריך להיות מודע למשמעות הקניינית של המעשה שהוא עושה, יתירה מזו, **קצות החושן** (שם, ד) כתב שבמתנה אין צורך שהמקבל עצמו יידע שהמעשה שהוא עושה הוא בגדר מעשה קניין ודי בדעתו של הנותן. ע.ר.]

69. **שולחן ערוך** חו"מ קצח, א.

70. **שולחן ערוך** חו"מ רד, א.

71. **קידושין** כו, א.

72. **בית יוסף** חו"מ קצח, ד.

73. **רמ"א** חו"מ קצח, ד.

74. הבית יוסף הוכיח דבריו מקניין קרקע, וכוונתו למה שנפסק להלכה (**שולחן ערוך** חו"מ קצ, ז-ח) שאפילו במקום שכותבים את השטר ואין הקרקע נקנית בכסף בלבד, מכל מקום אם התנה הקונה שהקרקע תקנה בכסף מועיל, וכמו כן בעניין קניין כסף במיטלטלין התנאי מועיל.

בספר דרכי משה הביא הרמ"א ראייה נוספת לדברי הבית יוסף:

ומכל מקום הדין נראה אמת, מאחר שתקנו חכמים לטובת הלוקח והוא אומר "אי אפשרי בתקנת חכמים", כגון זו שומעין לו. כן נראה לי.⁷⁵

כוונתו לומר כשם שמצאנו באופן כללי ביחס לתקנות ממוניות של חכמים שהן לטובת האדם, שאם אינו מעוניין בתקנה ומתנה לבטלה הרי זה מועיל.⁷⁶ כך נפסק להלכה בעניין מעשי ידי האשה ומזונותיה⁷⁷ ובעוד מקומות. כך יכולים המוכר והקונה לוותר על תקנת חכמים, ולגמור העסקה בתשלום מעות.

הדרישה⁷⁸ והש"ך⁷⁹ חלקו על דעת הבית יוסף, ולדעתם במקרה זה תנאי אינו מועיל לבטל תקנת חכמים. קצות החושן⁸⁰ הוכיח כדברי הבית יוסף והרמ"א, וכך נראה שנוטה דעתו של נתיבות המשפט.⁸¹

סופו של דבר נראה שניתן לסמוך על סברת הבית יוסף והרמ"א, שאם התנו שהכסף יקנה הרי זה מועיל.

4. "אי אפשרי בתקנת חכמים"

אף שכתב הבית יוסף שהתנאי תלוי בצדדים: "התנו שתיגמר קנייתם במעות", לא ברור האם לדעתו יש צורך במודעות של הצדדים לכך שתשלום אינו קונה מדרבנן, ולמרות זאת הם מעוניינים להעביר את הבעלות על פי דין התורה. כמו כן יש לדון האם יש צורך בויתור מפורש או לא?

הדרכי משה כתב שקניין כסף יכול להועיל מחמת שדינם של הצדדים כמי שאמר "אי אפשרי בתקנת חכמים". על פי סברה זו נראה שמדובר דווקא באדם שמודע לתקנת חכמים והוא מוותר עליה במפורש.

אולם מהגמרא משמע אחרת. במסכת בבא מציעא⁸² מובא שחכמים תקנו שמציאה שנכנסה למרחק של ארבע אמות מאדם – נקנתה לו. הגמרא הקשתה על כך מהמשנה, בה נאמר

הוכחה זו טעונה ביאור, הרי קרקע מעיקר הדין נקנית בכסף, אלא שבמקום שרגילים לכתוב את השטר אנו אומדים בדעת הקונה שאינו גומר בדעתו לקנות עד שיינתן לו השטר, וכיוון שכך, אם הקונה אמר במפורש שרצונו לקנות בכסף כעיקר הדין, הרי זה קונה. מה שאין כן בעניין כסף במטלטלין שחכמים הפקיעו את קניין הכסף, מניין לנו שאם ירצה לקנות בכסף יועיל, הרי אפשר שתקנת חכמים נוהגת בכל מקרה. כך הקשו הדרכי משה (קצח, א) ועוד אחרונים על דברי הבית יוסף.

75. דרכי משה קצח, א.

76. כתובות פג, א ועוד.

77. שולחן ערוך אה"ע סט, ו.

78. דרישה חו"מ רא, ג.

79. ש"ך חו"מ קצח, י.

80. קצות החושן קצח, ג.

81. נתיבות המשפט קצח, יז.

82. בבא מציעא י, א.

“נפל על המציאה – לא קנה”, מדוע הנופל לא קנה ברגע שהמציאה נכנסה למרחק של ארבע האמות ממנו?

בגמרא הובאו כמה תירוצים, ובהם: “כיוון דנפל, גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בד’ אמות לא ניחא ליה דנקני.” בביאור כוונת הגמרא שם נחלקו הראשונים, הרשב”א ביאר:

דווקא בקנייה דרבנן אמרו כן, כיוון דאינו זוכה אלא בתקנת חכמים, הרי זה כאומר אי אפשי בתקנת חכמים ששומעין לו.⁸³

כלומר, כיוון שקניין בכניסה למרחק ארבע אמות הוא מדרבנן, ניתן לוותר על תקנה זו. כאשר המוצא נפל על המציאה הוא הראה שהוא מוותר על תקנת חכמים ומעוניין לקנות באופן אחר. הר”ן⁸⁴ כתב בשם הרשב”א שגם על מעשה קניין שמהתורה ניתן לוותר, משום שאין אדם קונה בעל כורחו.

מדברי הרשב”א עולה שאין צורך לומר במפורש “אי אפשי בתקנת חכמים”, כדי לוותר על תקנת חכמים, ודי לנו לאמוד על פי התנהגותו אם הוא מעוניין בתקנת חכמים או לא. זאת, גם במקרה שהסתמכות על תקנת חכמים הייתה מועילה למוצא, שהיה יכול לזכות במציאה ללא הרמתה.⁸⁵

מכאן, שבקניית מיטלטלין אם שני הצדדים מעוניינים לקנות בכסף, דינם כמי שאמרו “אי אפשי בתקנת חכמים”, גם אם לא אמרו זאת במפורש. כיוון שבמקרה זה תקנת חכמים אינה מועילה למוכר.⁸⁶

למרות כל זאת נראה שהעברת הכסף למוכר, גם אם היא בגדר קניין כסף, אינה מעבירה את הבעלות לקונה, וזאת מכמה טעמים:

יש לפקפק האם הנחת היסוד שהצדדים רואים בהעברת הכסף מעשה קניין למרות תקנת חכמים המצריכה משיכה – אכן נכונה. שהרי גם אם אין צורך באמירה מפורשת המוותרת על הצורך במשיכה, עדיין יש צורך בהוכחה שהצדדים מעוניינים לסיים את העסקה בתשלום הכסף. בעסקת אשראי לא ברור שזו דעתם של הצדדים, ייתכן שהם רואים בהעברת הכרטיס או החתימה את עיקר מעשה הקניין ואין בזה התייחסות מפורשת לכסף שיתקבל אצל המוכר לאחר זמן, ובאופן כזה פשוט שקיימת תקנת חכמים שמעות אינן קונות.

גם אם כוונת הצדדים היא לסיים את העסקה בתשלום הכסף, עדיין ייתכן שכדי לבטל תקנת חכמים צריכה להיות מודעות לתקנה וויתור מפורש עליה. ברור שתנאי זה לא מתקיים בקנייה באשראי. סיכומו של דבר, אפילו נניח שבכל קנייה באשראי מקבל המוכר

83. רשב”א שם, הובא בר”ן שם, בשם יש אומרים; וכך סובר בנימוקי יוסף ה,א בדפי הרי”ף, ד”ה ראה.

84. חידושי הר”ן בבא מציעא י,א, ד”ה כיוון.

85. [הערת עורך: לכאורה ניתן להוכיח מכך שאין צורך במודעות לתקנה, שהרי אם הנופל על הפאה היה מודע לתקנה, מן הסתם היה מעדיף לזכות על ידה מאשר לא לזכות כלל. ע.ר.]

תשובת הכותב: יתכן והיה מודע לתקנה אך העדיף תפיסה פיזית שלא ניתן לערער עליה.

86. בבא מציעא מז,ב, מבואר שתקנה זו נועדה לטובת הקונה, שקנה סחורה בכסף ועדיין לא קיבל אותה.

את הכסף מיד עם העברת הכרטיס, אין נראה שתשלום זה יכול להועיל כמעשה קניין במיטלטלין.

ה. התחייבות לספק סחורה

כאשר העסקה אינה על חפץ מסוים שנמצא לפני המוכר והקונה, אלא על חפץ מסוג מסוים, מן החפצים הנמצאים ברשות המוכר, או על חפץ שעדיין אינו ברשות המוכר, מסתבר לראות בעסקה זו **התחייבות** מצידו של המוכר לספק לקונה חפץ.

1. התחייבות או קניין דברים

הלכה ידועה היא ש"קניין דברים" אינו מועיל.⁸⁷ ביאור הדברים הוא שקניין חל על דבר ממשי, אך אם אדם הבטיח לחברו לעשות למענו פעולה מסוימת, אפילו עשו על כך מעשה קניין אין לכך משמעות ממונית מחייבת, שהרי אין כאן ממון שנקנה, וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך.⁸⁸ מצאנו שאפילו אם דובר בין הצדדים אודות ממון מסוים, דוגמת חלוקת שדה מסוים, ייתכן שמשמעות העסקה תהיה בבחינת "קניין דברים".⁸⁹ לעומת זאת, בשולחן ערוך נפסק להלכה:

המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו, חייב. אף על גב דאין אדם **מקנה** דבר שלא בא לעולם, הני מילי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה, ואפילו כתב לו שעבוד על שדה או קיבל אחריות על כל נכסיו, ואפילו נתן לו משכון, אינו כלום; אבל בלשון חיוב, כגון שאמר: הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך, חייב, והוא שקנו מידו.⁹⁰

בדברי המחבר בהלכה זו מובאת ההבחנה בין "מקנה" דבר שלא בא לעולם, שאין המכר חל, לבין "מחייב עצמו" לתת דבר שלא בא לעולם, שהתחייבות חלה. המחבר תיאר את ההתחייבות כך: "שאני מתחייב לפלוני בכך וכך". בכלל דבריו התחייבות לשלם סכום כסף מסוים, וגם התחייבות לתת לחבירו חפץ מסוג מסוים. כפי שכתוב בתחילת ההלכה: "המחייב עצמו **בדבר** שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו", הבחנה זו מפורשת גם בדברי הרשב"א.⁹¹

נמצינו למדים שיש להבחין בין **מקנה** דבר שלא בא לעולם, או העסקה מתייחסת **לחפץ** מסוים, לבין **מחייב** עצמו בדבר שלא בא לעולם, שכוונתו התחייבות של **המוכר** לספק את החפץ. ועדיין צריך לבאר מה ההבדל בין התחייבות לבין "קניין דברים" שאינו מועיל כפי שנתבאר לעיל.

87. **בבא בתרא** ג,א; **גיטין** מ,ב; ועוד.

88. **שולחן ערוך** חו"מ רג, א.

89. **שולחן ערוך** חו"מ רמה, א.

90. **שולחן ערוך** חו"מ ס, ו; מקור הדברים **בספר התרומות** שער סד, ב א-ג, הובא בטור שם.

91. **שו"ת הרשב"א** ג, סה; הובא בבית **יוסף** חו"מ ס.

התבוננות בדבר תגלה הבדל לשוני בין השניים: ב"קניין דברים", כפי שנתבאר בשולחן ערוך⁹² הנוסח הוא "אתננו לך", לעומת זאת בהתחייבות הנוסח הוא: "שאני מתחייב לפלוני". ההבדל בין הנוסחים בולט – בקניין דברים השעבוד המוטל על המתחייב לא מוזכר כלל, ובמקום זאת, מוזכרת הבטחה לעשות מעשה בעתיד. בניגוד לכך, בהתחייבות מוזכר חיוב ממוני ושעבוד של המתחייב עצמו. אכן, הבחנה זו הובאה כבר בדברי הסמ"ע⁹³ והסכימו עמו עוד אחרונים.⁹⁴ לסיכום, יש להבחין בין שלוש עסקאות שונות זו מזו: מכירת דבר שלא בא לעולם – בה העסקה מתמקדת בחפץ מסוים והקניין אינו חל. קניין דברים – הבטחה לעשות **פעולה** בעתיד שאינה בעלת תוקף. התחייבות – חיוב ממוני שחל על המתחייב, שיש לו תוקף.

2. אופן יצירת ההתחייבות

התנאי ליצירת ההתחייבות כפי שמתבאר בשולחן ערוך⁹⁵ הוא ב"קנו מידו", דהיינו שנעשה מעשה קניין המועיל ליצירת שעבוד, דהיינו קניין סודר. הש"ך⁹⁶ כתב שמקור הדין בספר התרומות⁹⁷ שסבר שלא ניתן ליצור שעבוד בדיבור ללא מעשה קניין. אולם, לדעת השולחן ערוך⁹⁸ והרמב"ם⁹⁹ אדם יכול לשעבד את עצמו בדיבור כשאומר בפני עדים: "היו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה". לשיטתם, נראה שאין צורך במעשה קניין. על פי זה תמה הש"ך מדוע השולחן ערוך הצריך כאן מעשה קניין. הש"ך תירץ שהשולחן ערוך כנראה סובר שבדבר שאינו בעולם או בדבר שאינו ברשותו לא ניתן להתחייב ללא מעשה קניין, אולם בסוף דבריו הוא כתב שמסתבר שאין לחלק בין המקרים. נראה מדבריו שלדעתו אין צורך במעשה קניין ליצירת התחייבות, ודי באמירה בפני עדים. קצות החושן¹⁰⁰ כתב שיש לחלק בין נוסחי ההתחייבות: אם אמר בפני העדים: "שאני חייב לפלוני מנה", הרי שהתייחס **לעבר** וההתחייבות נוצרה על ידי הודאתו (אודיתא) ללא מעשה קניין. לעומת זאת, התחייבות בלשון **עתיד** – "אני מתחייב" – אינה הודאה על העבר ולכן יש צורך במעשה קניין.

92. שולחן ערוך חו"מ רמה, א.

93. סמ"ע ס, יח.

94. ש"ך חו"מ ס, כד, נתיבות המשפט שם חידושים, יז.

95. שולחן ערוך חו"מ רמה, א.

96. ש"ך חו"מ ס, כו.

97. ספר התרומות שער סד, ד, א.

98. שולחן ערוך חו"מ מ, ד.

99. רמב"ם מכירה יא, טו.

100. קצות החושן ס, ח.

נתיבות המשפט¹⁰¹ כתב ליישב את דברי השולחן ערוך על פי שיטת הש"ך¹⁰² שכתב שהתחייבות מותנית זוקקת מעשה קניין: התחייבות על דבר שלא בא לעולם מותנית בכך שהדבר אכן יבוא לעולם, ולכן יש צורך במעשה קניין. מכל מקום למעשה נראה כדעת השולחן ערוך, שביצירת התחייבות לספק חפץ מסוג מסוים צריך מעשה קניין. כאן המקום לברר איזה מעשה קניין שבכוחו ליצור התחייבות כלול בעסקת אשראי.

3. העברת הכרטיס – סיטומתא

כאמור לעיל, בשולחן ערוך¹⁰³ נפסק שמעשה קניין הנהוג בין הסוחרים מועיל גם על פי דין תורה. כיוון שנראה שבעסקת אשראי העברת הכרטיס נתפסת על ידי הצדדים כמעשה קניין סופי, מסתבר שמעשה זה ייחשב כסיטומתא שתועיל ליצור התחייבות של המוכר לספק את הסחורה.

זאת על אף שביארנו למעלה שלא ניתן לראות במעשה זה סיטומתא לענין העברת הבעלות על חפץ מסוים שנמצא לפנינו, כיוון שעל פי הנהוג כיום כל זמן שהחפץ ברשות המוכר הרי שהבעלות אינה עוברת לקונה. אולם, כשמדובר בהתחייבות לספק את הסחורה בעתיד, נראה שיש כאן מעשה קניין גמור ותקף מדין סיטומתא.

ו. קניית חפץ לא-מסוים כקניין בגוף החפץ

עד כה נבחנו האפשרויות להגדיר את עסקת אשראי על דבר שאינו מסוים כהתחייבות מצד המוכר לספק את הסחורה, להלן נבחן את האפשרויות להגדיר עסקה כזו כמעשה קניין רגיל, זאת, תוך התייחסות לשני מצבים:

כאשר מדובר על קניית מוצר מסוג מסוים מתוך מלאי מסוים הנמצא אצל המוכר, כגון במכירת חיסול.

כאשר הסחורה אינה נמצאת ברשות המוכר.

1. עסקת אשראי על חפץ לא-מסוים מתוך מלאי מסוים המצוי ברשות המוכר

המציאות השכיחה כיום היא שהקונה בוחר את הדגם המבוקש מתוך תצוגה או מעלונים פרסומיים, כגון בקניית רהיטים וכדומה, ומקבל לאחר מכן לביתו מוצר מסוג זה. לעתים מדובר בחפץ שמצוי כבר אצל המוכר, כגון במכירת חיסול, אלא שלא הוגדר בדיוק מהו החפץ אותו בחר הקונה.

יש להעיר שניתן לפרש גם עסקה כזו כהתחייבות של המוכר לספק את אחד מהחפצים הנמצאים ברשותו ומשמעותה ההלכתית כבר נתבארה לעיל, אך אנו נדון כאן על פי

101. נתיבות המשפט ס, יג.

102. ש"ך חו"מ מ, ד.

103. שולחן ערוך חו"מ רא, א.

הפרשנות הנוספת להגדרת העסקה, לא כהתחייבות של המוכר להעמדת החפץ, אלא כמעשה קניין רגיל.

במקרה האמור, גם אם נעשה מעשה קניין הראוי במטלטלין, כגון קניין סודר, הרי לא הוגדר בזמן עשיית מעשה הקניין מהו החפץ הנקנה. ומכאן, שהדבר תלוי בדין "ברירה", העוסק בהליך שמשנה את מעמדו של אדם או חפץ, כאשר זהותו של האדם או החפץ תתברר רק לאחר סיום ההליך. לדוגמה, אדם שהחליט לגרש את אחת מנשיו, זו שתצא ראשונה מפתח הבית,¹⁰⁴ או אדם שקובע לתרומה את היין שיישאר בתחתית החבית, לאחר ששאר היין יישתה.¹⁰⁵

מדברי השולחן ערוך¹⁰⁶ נראה שהוא מחלק בין דין דאורייתא, שביחס אליו ההלכה היא ש"אין ברירה", כלומר, שלא ניתן לשנות מעמד ללא ידיעת זהותו של מושא ההליך. לעומת זאת בדין דרבנן ההלכה היא ש"יש ברירה". ההבדל בין דאורייתא לרבנן הוסבר על ידי הבית יוסף¹⁰⁷ כתוצאה של הספק כיצד להכריע בשאלת "דין ברירה", כיוון שבדאורייתא הולכים לחומרה לכן בדין דאורייתא יש לומר שאין ברירה, ובדין דרבנן ניתן להקל שיש ברירה.

לכאורה, לפי זה ביחס לקניינים יש להורות ש"אין ברירה", כלומר שלא ניתן להקנות חפץ שלא הוגדר. זאת, גם כאשר מדובר במעשה קניין מדרבנן, שהרי כיוון ששאלת "דין ברירה" נשארה ספק בלתי מוכרע יש לנו לדון בזה ככל ספק ממון, שהמוציא מחברו עליו הראיה.

אולם, ביחס לקניין בדבר המצוי ברשות המוכר אלא שאינו מבורר נפסק בשולחן ערוך:

האומר לחבירו: בית מביתי אני נותן לך, נותן לו הקטן שבהם. נפל אחד מהם, מראה לו זה שנפל, שיד בעל השטר על התחתונה. והוא הדין לאומר: שור בשוכי אני מוכר לך.¹⁰⁸

כלומר אדם שאמר שהוא מוכר את אחד משוריו או את אחד מביתיו, הרי המיקח חל על הקטן שבהם על פי הכלל המוציא מחברו – עליו הראיה.

הרשב"א¹⁰⁹ דן בשאלה מדוע לא מתעורר כאן ספק של "דין ברירה", ומדבריו נראה שהספק הוא רק כאשר יש הכרח להגדיר למפרע מהו מושא ההליך. כגון באדם שטרם הפריש תרומות ומעשרות מיינו ורוצה לשתות אותו באופן מידי על סמך הפרשת שארית היין בעתיד. במקרה כזה יש להסתפק בדין הברירה כיוון שיש הכרח שכבר בשעת שתיית היין יהיה ברור מהו היין שהופרש לתרומה. כמו כן, אדם שרוצה לכתוב גט לשם אישה מסוימת כעת, כאשר אותה אישה תתברר רק בעתיד, כשתצא מפתח הבית. לעומת זאת, במכר אין צורך לברר מיד את השור שנמכר, וניתן להסתפק בבחירה מאוחרת יותר.

104. גיטין כה, א; שולחן ערוך אה"ע קלא, ד.

105. גיטין שם, רמב"ם מעשר ז, א.

106. שולחן ערוך יו"ד שלא, יא.

107. בית יוסף אה"ע קלא; על פי הר"ן גיטין יב, ב בדפי הרי"ף, ד"ה והלכתא כולן.

108. שולחן ערוך חו"מ ריד, יב, על פי הגמרא מנחות קח, ב; נדרים נו, א.

109. שו"ת הרשב"א ב, פב. באופן דומה כתב נתיבות המשפט סא, ג.

אפשרות נוספת היא, שבשעת המכר הפך הקונה לבעל שעבוד בנכסים, ונתינת אחד הנכסים דומה למימוש השעבוד, זאת, בדומה לזכותו של היורש והשותף. וכך ביאר רבי שמעון שקאפ.¹¹⁰

לפי זה, בקנייה באשראי של חפץ מסוג מסוים שמצוי כבר ברשות המוכר אף על פי שלא נתברר באיזה חפץ מדובר, אין בעיה של "ברירה". ועדיין יש לדון ממתי חל המכר. לדעת רבי שמעון שקאפ, שהקונה זוכה בשעבוד, הרי שהעסקה חלה באופן מדי.¹¹¹ לעומת זאת, לדעת הרשב"א יתכן שהקניין יתרחש לאחר בירור החפץ הספציפי שמיועד לקונה. אמנם מדברי נתיבות המשפט נראה שהמכר חל למפרע משעת הזמנת המוצר. לעיל נטען שבעסקת אשראי מעשה הקניין הוא בגדר סיטומתא, דהיינו מעשה קניין הנהוג בין הסוחרים. כמו כן, נטען שכיום מקובל שהעסקה מסתיימת רק כשהחפץ מגיע לידי הקונה. אם כן, נראה שגם אם נגדיר עסקה כזו כמכירה ולא כהתחייבות, הרי שמעשה הקניין שנעשה לא יעביר את הבעלות אלא רק יטיל קללת "מי שפרע" על החוזר בו. אמנם במצבים שיש אומדן דעת שרצון שני הצדדים הוא לסיים את העסקה, כגון במכירת חיסול שבה שני הצדדים מעוניינים לעשות עסקה ולהעביר את הבעלות, נראה שאכן בהעברת הכרטיס הסתיימה העסקה ולא ניתן לבטלה.

2. עסקת אשראי על חפץ שאינו ברשות המוכר

במקרה שהמוצר אינו נמצא עדיין אצל המוכר וייתכן אפילו שלא יוצר עדיין, הרי שמדובר בדבר שלא בא לעולם. להלכה נפסק שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו.¹¹²

לפי מה שנתבאר לעיל, העברת כרטיס יכולה להיחשב כסיטומתא, ובסיטומתא מצאנו שנחלקו הפוסקים, האם היא מועילה גם בדבר שלא בא לעולם, במקום שכן נוהגים. לדעת המרדכי¹¹³ סיטומתא אינה מועילה בדבר שלא בא לעולם, ומשמע שקצות החושן¹¹⁴ פוסק כמותו. אך המהרש"ל¹¹⁵ סובר שסיטומתא מועילה גם בדבר שלא בא לעולם. כל זה לגבי סיטומתא כמעשה קניין גמור בדבר שלא בא לעולם, אך לענין "מי שפרע" אפשר שגם לדעת המרדכי ניתן לראות בסיטומתא מעשה המחייב "מי שפרע" בדבר שלא בא

110. מערכת הקניינים יד.

111. [הערת עורך: לפי דברי הגר"ש שקאפ שמדובר בשעבוד, צריך לומר שני דברים: א. זהו בעצם התחייבות ולא קניין. ב. גם אם המנהג הוא שהעסקה מסתיימת בהעברת החזקה לקונה, בכל זאת יש לקונה שעבוד באופן מדי, והוא עצמו אינו יכול לחזור בו מהעסקה. ע.ר.]

112. שולחן ערוך חו"מ רט, ד-ה.

113. מרדכי שבת תעג, הובא בקצות החושן רא, א.

114. שם.

115. שו"ת מהרש"ל לה, הובא בנתיבות המשפט שייטכן שאינו מטעם סיטומתא בלבד, אלא משום שמועיל במקרה הנידון שם גם מדינא דמלכותא דינא.

לעולם¹¹⁶ והנה לפי המבואר לעיל שקנייה באשראי נחשבת כסיטומתא לענין "מי שפרע", אם כן לדעת המהרש"ל בקניית דבר שלא בא לעולם יהיה "מי שפרע", וייתכן שאף לדעת המרדכי. אמנם ניתן לומר שגם בלא סיטומתא תחול קללת "מי שפרע" מחמת ההתחייבות כלפי המוכר, שכפי שנתבאר לעיל אפשר לראותו ככסף המועיל לקנין לדעת הראב"ד וסיעתו. ואפילו אם נניח שאינו כסף המועיל לקנין, כדעת הרמב"ן, מכל מקום ייתכן שיש בחזרה מעסקה כזו "מי שפרע".

ז. סיכום

בעסקת אשראי על חפץ מסוים, שיש לו תחליף, המצוי אצל המוכר, כגון קנייה במכולת או בחנות בגדים וכדומה – יש בכוח העברת הכרטיס והחתימה להטיל קללת "מי שפרע" מחמת סיטומתא. דהיינו יש איסור על הצדדים לחזור בהם, ועל החוזר בו לקבל על עצמו קללת "מי שפרע", ובכל זאת ניתן לבטל את העסקה.

איסור "מי שפרע" קיים גם כשהיה שינוי במחיר השוק. במקרה שהחפץ אבד מכל סיבה שהיא, אפילו לאונסו של המוכר, רשאי הלוקח לחזור בו ואינו מקבל מי שפרע. ובמקום חשש הפסד אינו רשאי לחזור בו.

בעסקת אשראי על חפץ מסוים, שאין לו תחליף המצוי אצל המוכר כגון חפצי אומנות, ייתכן שלאחר העברת הכרטיס יש כאן קניין גמור מחמת סיטומתא, וכבר לא ניתן לבטל את העסקה.

קניית חפץ מסוים בהתחייבות שנויה במחלוקת ולכן המוחזק יכול לטעון "קים לי". ביחס לקניין מיטלטלין בכסף, כאשר הצדדים הגדירו זאת באופן מפורש, נחלקו הפוסקים, אולם נראה שהדבר מועיל.

ניתן להתחייב לספק חפץ מסוג מסוים, אולם הדבר מחייב מעשה קניין ולא די בהתחייבות בפני עדים.

בעסקת אשראי על חפץ שאינו מסוים, בין מהמלאי המצוי אצל המוכר כגון במכירת חיסול, ובין כשאינו מן המלאי שאצל המוכר, כגון שהמוכר מזמין מספק, העברת הכרטיס והחתימה הן מעשה קניין שמועיל ליצירת התחייבות של המוכר כלפי הקונה לספק חפץ כזה, ולא ניתן לבטל את העסקה.

יסוד שעבודו של המוכר הוא מדין סיטומתא, ולדעת הראב"ד יש כאן גם קניין כסף שגרם לשעבוד המוכר. לאחר שהתווסף הכסף לחשבון הבנק של המוכר, ישנם מצבים שמשלב זה ואילך יחשב הדבר כקבלת כסף על ידי המוכר שמועילה לקנין לכל הדעות, גם לדעת הרמב"ן וסיעתו.

בעסקת אשראי על חפץ שאינו מסוים שנמצא במלאי של המוכר, כשיש אומדן דעת שרצון שני הצדדים הוא לסיים את העסקה, כגון במכירת חיסול שבה שני הצדדים מעוניינים מאוד להעביר את הבעלות, נראה שבהעברת הכרטיס הסתיימה העסקה ולא ניתן לבטלה.

116. שולחן ערוך חו"מ רט, ו.

קנייה אוטומטית

הרב איתי אליצור

- | | |
|-----------------------|-----------------------------------|
| א. מבוא | ג. קנייה אוטומטית באינטרנט |
| ב. מכונות מכירה | 1. מהו מעשה הקניין במקרה זה? |
| 1. קניין משיכה והגבהה | 2. חזרה מעסקה באינטרנט טרם השלמתה |
| 2. קניין חצר | ד. סיכום |
| 3. קניין כסף | |

א. מבוא

לאחרונה הולכות ומתרבות אפשרויות הקנייה באופן אוטומטי, כגון, קנייה ממכונת מכירה, על ידי הכנסת מטבעות ובחירת המוצר באמצעות לחיצה על כפתור. מציאות זו מחייבת בחינה מהזווית ההלכתית כדי לקבוע האם, וחשוב מכך, מתי, מתבצעת העברת הבעלות. במאמר זה נתייחס לשתי אפשרויות. האחת, קניה ממכונה וקבלת המוצר מיד, לדוגמה מכונה לממכר פחיות ומכונה לתדלוק עצמי. האפשרות השנייה בה נדון, אינה קיימת עדיין, אולם, יש להניח שבמוקדם או במאוחר תפותח טכנולוגיה שתאפשר הזמנה של מוצר מחנות רחוקה, ואף הספקתו ללא מגע יד אדם, או לכל הפחות, ללא צורך בקבלת החלטת אדם.

ב. מכונות מכירה

מכונות מכירה אוטומטיות מוצבות היום במקומות רבים. החל במכונות שמוכרות מזון וכלה בתחנות דלק המאפשרות תדלוק עצמי לקונה ללא נוכחותו של המוכר. יש להגדיר מהו מעשה הקניין במכונות אלו.

1. קניין משיכה והגבהה

בכל מכונות המכירה המוצר יוצא מהמכונה אל הקונה באופן מכני, ללא משיכה או הגבהה אולם, תנועה זו של המוצר יכולה להוות מעשה קניין מועיל. שהרי מצאנו משיכה והגבהה מבלי שהקונה מפעיל כוח. כך למשל מובא בגמרא שניתן להגביה פיל על ידי חבילי זמורות.¹ רש"י מפרש שהפיל עולה על החבילות,² ורבנו משולם מפרש בצורה שונה:

* הרב איתי אליצור, בוגר מכון משפטי ארץ, עפרה.

ומפרש הרב משולם דלהכי נקט חבילי זמורות לפי שהן מאכל פיל... ומגביהין לפיל חבילי זמורות למעלה והוא קופץ ומגביה את עצמו מן הארץ...³

כלומר, הזמורות משמשות כפיתיון לפיל כדי שזה יגביה את עצמו, וכך יבצע קניין הגבהה כדין. באותו האופן מובא שניתן לבצע משיכה בבהמה על ידי קריאה אליה: כיצד במשיכה? קורא לה והיא באה, או שהכיסה במקל ורצתה לפניו, כיוון שעקרה יד ורגל – קנאה...⁴

אמנם, ישנו הבדל בין הגבהה ומשיכה בעניין המקום בו הקניין יכול להתבצע כפי שנפסק בשולחן ערוך:

הגבהה קונה בכל מקום. אבל משיכה אינו קונה אלא בסמטה או בחצר של שניהם, אבל לא ברשות הרבים ולא בחצר שאינה של שניהם.⁵

דהיינו, המשיכה חייבת להביא את הדבר אל תוך רשותו של הקונה (אפילו זו המשותפת לו ולמוכר) או לסמטה, שמשמעה –

כניסה בולטת מרשות הרבים ויש רשות לבני אדם להעמיד שם חפצים שלהם כחצר השותפים דאינו עשוי להילוך בני רשות הרבים.⁶

כלומר למקום שיש בו זכות לקונה להניח את המוצר.⁷ לעומת זאת, הגבהה מועילה בכל מקום, גם אם לא נעשתה באופן פיזי על ידי הקונה.⁸

בענייננו, לאחר שהקונה משך או הגביה את החפץ הנקנה – פשוט שהוא קנה. אף שהמוכר אינו נוכח במקום אין בכך כל בעיה שהרי נפסק בשולחן ערוך:

והוא שימשוך בפני הבעלים. ואם משך שלא בפני בעלים, צריך שיאמר לו קודם שימשוך: לך משוך וקני.⁹

כיוון שהמוכר הציב את המכונה כדי שיקנו ממנה, הרי הדבר דומה לאדם שאומר לחברו "לך משוך וקנה", ואז יכול הקונה לבצע מעשה קניין שלא בנוכחות המוכר.¹⁰

בפועל, ברוב המכונות המוצר נופל בתוך המכונה, ונפילה אינה בגדר הגבהה, וכך נפסק בשולחן ערוך:

1. קידושין כו,א.
2. רש"י שם, ד"ה בחבילי.
3. תוספות שם, ד"ה אי נמי.
4. קידושין כב,ב.
5. שולחן ערוך חו"מ קצו, ב.
6. רשב"ם בבא בתרא פד,ב, ד"ה והניח.
7. וראה בפתחי חושן קנינים פרק ו הערה י: "ונראה שהוא הדין רחוב צדדי שאין בני אדם להלך שם" לפי זה ברוב המכונות תועיל משיכה.
8. קצות החושן קצו, א, בניגוד לסמ"ע (שם, ג) שסבר שדווקא אם החפץ בידו קונה בהגבהה בכל מקום.
9. שולחן ערוך חו"מ קצו, ג.
10. [הערת עורך: קניין נוסף עליו צריך לדון הוא קניין יד. כשאדם מחזיק דבר בידו הוא קונה אותו. ראה בנתיבות המשפט קצח, ג ועוד. ד.ב.]

אבל אם לא עלה מכח הכאתו למעלה אלא נפל לארץ, אפילו שהדף גבוה ג' טפחים לא קנה.¹¹
תזוזה בתוך המכונה אינה יכולה להיחשב משיכה כיוון שהיא נעשית בתוך שטח המיועד לשימוש המוכר ולא בסמטה וכדומה.

2. קניין חצר

ביחס לתדלוק עצמי, נראה שהזרמת הדלק למיכל הדלק ברכבו של הקונה היא מעשה קניין מועיל ובכך עוברת הבעלות. זאת כיוון שהמכונה של הקונה היא בגדר כלי, ותחנת הדלק היא רשותו של בעל התחנה,¹² ועל כך אמורה ההלכה הבאה:

...אין כליו של אדם קונים לו ברשות הרבים, ולא ברשות המוכר, אלא אם כן אמר לו המקנה: לך וקנה בכלי זה, ואז קנה אם הוא ברשות המוכר.¹³

כלומר, קונה שהניח את החפץ הנמכר בתוך כלי שלו הנמצא בחצרו של המוכר קונה רק אם המוכר אמר לו קודם לכן: "לך וקנה". במקרה של תדלוק, ברור שהמוכר מציב את המשאבה כדי שכל המעוניין יקנה וימלא דלק במכוניתו, הרי זה כאילו אמר "לך וקנה", ולכן נראה שזהו מעשה קניין המועיל.

לעומת זאת מכונת מכירה, אינה נחשבת לחצר של הקונה, שתקנה עבורו, כיוון שהיא שייכת למוכר.¹⁴

3. קניין כסף

בעניין היחס בין התשלום ומעשה הקניין הפיזי נפסק בשולחן ערוך:

דבר תורה מעות קונות; אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלים אלא בהגבהה או במשיכה, דבר שאין דרכו להגביה...¹⁵

כלומר כסף מהווה מעשה קניין מן התורה אולם חכמים ביטלו אותו, וקבעו שהבעלות עוברת לאחר משיכת החפץ על ידי הקונה.

למרות זאת יתכן שבמקרה כזה יועיל קניין כסף על פי דברי הגמרא הבאים:

אמר רבא: הכא במאי עסקינן – כגון שהייתה עלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר. טעמא מאי תקינו רבנן משיכה – גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעלייה, הכא ברשותיה דלוקח נינהו. אי נפלה דליקה באונס – איהו טרח ומייתי לה.¹⁶

11. שולחן ערוך חו"מ רסט, ה.

12. בין אם היא שייכת לבעל התחנה, ובין אם היא מושכרת לבעל התחנה.

13. שולחן ערוך חו"מ ר, ג.

14. המכונה היא כלי של המוכר, וודאי לא של הקונה, ולכן היא רשותו של המוכר, כליו או חצרו, וראה על כך במאמרו של הרב חיים וידאל "כסף שנמצא במכונה לממכר משקאות", קובץ בית הלל, ירושלים, גליון ג (י"א) אלול תשס"ב, עמ' כה, ובתגובת הרב יצחק יהודה רוזן, שם, גליון ד (י"ב), עמ' עז.

15. שולחן ערוך חו"מ קצח, א.

16. בבא מציעא מט, ב.

כלומר הסיבה לכך שחכמים ביטלו את קניין הכסף היא שנוצר מצב בו אדם שילם עבור מוצר, אבל המוצר נשאר בידי המוכר ובשליטתו. במצב כזה למוכר אין שום עניין לשמור על המוצר מנזק כיוון שהוא קיבל כבר את מלוא התמורה. וכדי למנוע זאת קבעו חכמים שהבעלות עוברת רק לאחר העברת השליטה. לפיכך במקרה שהרכוש נמצא במקום השייך לקונה אך מושכר למוכר – אין חשש של נזק. זאת, כיוון שהקונה ישמור על ביתו המושכר וממילא הוא ישמור גם על המוצרים שקנה, כפי שכתב הטור:

אם היה ביתו של לוקח מושכר למוכר והמקח שם אין הלוקח יכול לחזור בו ואם יאבד באונס הוא באחריותו שהרי אם תיפול דליקה הוא יטרח להציל ביתו. וכן אם המוכר השכיר ללוקח מקום בביתו והוא דר בו מעות קונות דכיוון שהוא דר בבית המוכר אם תיפול דליקה הוא טורח להציל פירותיו שבבית המוכר.¹⁷

הטור הוסיף שעל פי אותו עיקרון, בכל מקרה בו הקונה נמצא בסמוך למוצרים והוא יכול להציל אותם¹⁸ מנזק – מעות קונות, והסמ"ע הביא¹⁹ את דבריו.²⁰

במכונת מכירה יש מקום להסתפק. מצד אחד אכן הקונה נמצא ליד מכונת המכירה, והוא יכול להשגיח על המוצר מרגע שהוא יוצא מהמכונה, ולכן לכאורה במקרה כזה מעשה הקניין בכסף נשאר בתוקפו. מצד שני, ישנו פער זמנים של כמה שניות בין התשלום לבין מעבר השליטה במוצר אל הקונה. בשלב זה, לעתים המכונה נתקעת והמוצר אינו יוצא החוצה. לכן לא ברור שאפשר להחיל על המקרה הזה את ההלכה האמורה, בפרט שיש להניח שהקונה אינו מתכוון לקנות עד שיגיע המוצר לידי.

ג. קנייה אוטומטית באינטרנט

כיום הולך ונפוץ שיווק באמצעות האינטרנט. אמנם בדרך כלל המכירה איננה אוטומטית לגמרי ומעורב בה אדם שיושב במשרדי החברה המוכרת, אדם זה מקבל סיכום של ההזמנות, ושולח את המוצרים למזמינים. אולם מסתבר שעם התפתחות הטכנולוגיה הקונה יוכל להזמין את החפץ באינטרנט, ובכך הוא יפעיל מערך מכני שישלח לו את החפץ באופן אוטומטי בתוך כמה ימים.

התפתחות אפשרית זו מעוררת את השאלה מה מעמדה של מכירה כזו מבחינה הלכתית. אמנם אין הברל מהותי בין מכונה אוטומטית לממכר פחיות, למערך הספקה מכני, אלא שפערי הזמנים בין ההזמנה וקבלת המוצר ארוכים הרבה יותר, לפיכך יש לבחון האם ומתי הבעלות עוברת במהלך התחנות שהמוצר עובר עד בית הלקוח.

17. טור חו"מ, קצח.

18. עיין ברמ"א חו"מ קצח, ה שהביא בשם המרדכי (על פי ירושלמי המובא בעיטור) שבמקום שלא שכיחה דליקה יועיל קניין כסף והש"ך קצח, ט, חלק עליו וקבע שחכמים לא חילקו בתקנתם.

19. סמ"ע קצח, ט.

20. [הערת עורך: הטור אכן כתב את הדברים ביחס למקרה מסוים זה של שכירות, אך במקרה של מכונת שתייה אין שכירות כזו. הטור אינו כותב שבכל מקום בו נמצא הקונה סמוך למוצרים, התשלום יבצע את הקניין. ד.כ.]

1. מהו מעשה הקניין במקרה זה?

בעניין תוקפה של מכירה באינטרנט כבר עסקו הרב יחיאל וסרמן²¹ והרב ישראל גליקמן²², וכתבו שאינה נחשבת לקניין במובן ההלכתי הרגיל, שהרי אין כאן משיכה או הגבהה, אולם מסתבר שקונה מדין מנהגי הסוחרים (סיטומתא²³).

הדברים אמורים במקרה בו יש כוונה להעביר בעלות על חפץ מסוים, אולם בדרך כלל הזמנת מוצר באינטרנט משמעה שהמוכר אינו מציע חפץ מסוים למכירה, אלא רק **מתחייב** לספק מוצר **מסוג** מסוים. כיוון שכך, גם אם יש תוקף להתחייבות לספק מוצר ולשלם בעדו, עדיין יש לבחון מתי עוברת הבעלות על החפץ המסוים שנשלח לקונה. לשאלה זו יש השפעה על תחום אחריות החברה המשווקת לשלמותו של החפץ, כיוון שברגע שהבעלות עוברת לקונה, החברה כבר אינה אחראית.

אף שברור שכאשר המוצר מגיע לידי הקונה מתבצע מעשה קניין, השאלה היא האם מתבצע מעשה קניין קודם לכן, שהרי משיכה צריכה להיעשות על ידי הקונה או שלוחו. ניתן להציע שהקונה ביצע משיכה כשגרם לחפץ להישלח אליו בדואר. כאמור לעיל, משיכה והגבהה גם אם אינם נעשים בכוח הפיזי של האדם הקונה מבצעים קניין. אולם משיכה צריכה להיות לרשותו או לסמטה, כלומר: למקום שיש לו זכות להניחו.²⁴ משיכה שלא על ידי הקונה – בעניין ביצוע משיכה על ידי פועלים עסקו כמה אחרונים, ומסקנתם היא שהכנסת החפץ לרשותו של הקונה היא מעשה קניין, גם אם הדבר נעשה על ידי פועל נכרי ואפילו על ידי בעל חיים, וכך כתב "נתיבות המשפט" בעניין זה:

וכן בקניין משיכה, כיוון דאפילו קורא לה והיא באה לרשותו מהני (בבא בתרא עה, ב), אלמא כל שנמשך לרשותו על ידי גרמתו מהני, הוא הדין כשצויה לפועל למושכו לרשותו מהני, דאין לך גורם גדול מזה, ואפילו הפועל אינו בר שליחותיה. וגדולה מזו נראה, דאפילו שיסה כלב על הבהמה לגרשה לרשותו דמהני כמו קורא לה והיא באה, דהוי גם כן גורם להמשיכה.

אמנם אם פועל גוי משכו לרשות עצמו, אפילו עשאו שליח – לא מהני, כיוון דאין שליחות לגוי, ולא מצינו רק דיד פועל כיד בעל הבית, אבל רשות פועל לא הוי כרשות בעל הבית, ואין כאן משיכה כלל. וכן משיכה בסמטה לא מהני על ידי גוי, דסימטא, הטעם דרשותו של העומד שם היא, כמו שכתבו התוספות (קדושין כה, ב, ד"ה בהמה, ה'), ומשיכה לרשות גוי הפועל לא מהני כמו שכתבתי לעיל.²⁵

משיכת הפועל בעבור בעל הבית מועילה רק אם משך לרשות משלחו אבל משיכה לרשותו שלו לא תועיל למשלחו.

21. הרב יחיאל וסרמן, "ביצוע קניין באינטרנט", תחומין יח, עמ' 248-251.

22. הרב ישראל גליקמן, "הארות בעניין מסחר באינטרנט", חמדת הארץ א, עמ' 209-217.

23. עיין במאמרו של הרב דניאל כ"ץ, "סיטומתא – כוחו של מנהג בדיני ממונות", בספר זה.

24. סמטה היא מקום שבו יש רשות לאדם להשתמש (רשב"ם בבא בתרא ע"ב, ד"ה לא), והיא רשותו הזמנית.

25. נתיבות המשפט קפח, א; וכן מונה אפרים הלכות קניין, מעות טו.

מה דינו של מוצר שנמשך לדואר? נראה שלסניף הדואר אין דין של סמטה, כיוון שייחודה של סמטה הוא בכך שכל אדם יכול לנהוג בה באופן זמני כבעלים, למשל, להניח שם את חפציו וכדומה. סניף הדואר אינו בכלל הגדרה זו, כיוון שנמצא ברשותה של חברת הדואר, ואין רשות לאף אדם להשתמש בו ללא רשות מפורשת. לפיכך, משיכה בסניף הדואר אינה מועילה לקניין.

אולם יש לבחון האם יתכן שאחד המעורבים בשליחת המוצר אל הלקוח נחשב **שליח** הקונה עבורו, כפי שנפסק:

האומר לשלוחו: צא ומכור לי קרקע או מטלטלין, או: קנה לי, הרי זה מוכר ולוקח ועושה לו שליחותו וכל מעשיו קיימין; ואין העושה שליח צריך קניין ולא עדים, אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו, ואין צריך עדים אלא לגלות הדבר אם כפר אחד מהם.²⁶

על פניו, אפשר לדון את הדוורים כשליחים של הקונה, כיוון שהקונה הוא שגרם לכך שהמוצר יישלח אליו באמצעות הדואר. ולכן משיכתו של הדוור או המסירה ליד הדוור תהווה מעשה קניין.

כיוון שבארץ, בדרך כלל, הדוורים יהודים וסביר להניח שגם דמי המשלוח משוקללים במחיר שהוא משלם, אפשר שהדואר יחשב שלוחו של הקונה. מצד שני יתכן שהדוור הוא שליח של החברה המוכרת ולא של הלקוח, כיוון שהתשלום עובר דרך החברה המוכרת ובמקרים רבים החברה משלמת לדואר מחיר קבוע, ולא על כל חבילה וחבילה, ודאי שלא לדוור עצמו.

בשאלה האם להגדיר את הדוור כשליח הקונה או המוכר עסק בשו"ת חלקת יעקב, אגב דיון בשאלת קבלת מתנה על ידי הדואר בשבת:

והרי גם בשם נגמר הקניין בשבת, דהא הדואר שהוא עכו"ם, אף אם נימא שהוא שלוחו של הקונה, מפני שמצווה להמוכר לשלוח לו על הדואר, כיוון דהדואר הוא עכו"ם אינו קונה במשיכתו עבור הקונה... ואם כן הוה ליה כמוכר בשבת.²⁷

כיוון שאסור לקנות בשבת, השאלה שנשאל הייתה האם מותר לקחת מתנה שהגיעה בדואר בשבת. אם נאמר שהדוור הוא שלוחו של הקונה, הרי שהוא קונה עבורו את המתנה ברגע שהיא מגיעה לידי חברת הדואר, קודם לכניסת שבת, ואז היה מותר לנמנע לקבל את המתנה שכבר שייכת לו, בשבת. אמנם במקומו של השואל הדוור הוא נכרי והוא אינו יכול לקנות עבור יהודי. אבל כאשר מדובר בדוורים יהודים, יוצא שהדוור הוא שלוחו של הקונה,²⁸ ובמיוחד במקרה שהמוכר אינו עושה כל פעולה. מלשון התשובה "אף אם נימא", נראה שהרב ברייש אינו מכריע בשאלה ובסוף דבריו אף כתב שיתכן שעובד הדואר הוא שלוחו של המוכר:

26. שולחן ערוך חו"מ קפב, א.

27. שו"ת חלקת יעקב או"ח סז.

28. כאמור, דווקא אם הדוור יהודי, שהרי אין שליחות לגוי (שולחן ערוך חו"מ קפח א, וכן פשוט במקומות רבים).

גם יש לומר בנידון דידן, כיוון דראובן (=המוכר) הסכים לשלוח לו על ידי הדואר וכן עשה אפשר דמשיכת הדואר כמשיכה שלו.²⁹

בניגוד לכך, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל³⁰ כתב לעניין שליחת גט בדואר, שלדוורים אין דין שליח. וכן נראה מדברי הפוסקים³¹ שהתירו לשלוח כתב שליחות וגט על ידי דוורים נכרים רק משום שהדוורים אינם עושים אלא מעשה קוף בעלמא, ומכאן שאין להם שום דין שליחות. לכן נראה שהקונה לא קנה את החפץ עד שיגיע לרשותו אף על פי שכל התהליך פועל מכוחו.³²

אמנם כשינוח החפץ בתיבת הדואר של הקונה, ודאי שאפשר לראות בכך משיכה לרשותו, שהרי רשותו היא, ובתנאי שהיא משתמרת.

2. חזרה מעסקה באינטרנט טרם השלמתה

כאשר מבוצעת עסקה באינטרנט ישנו פער ניכר בין חתימת העסקה לבין השלמתה והספקת המוצר ללקוח. במהלך הזמן הזה במקרים רבים, מבקשים הקונה או המוכר לבטל את העסקה עד להשלמת העסקה. לעתים, המוכר מבקש לבטל את העסקה כיוון שהמוצר שהוזמן אינו קיים במלאי והקונה מעוניין לבטל את העסקה כיוון שחזר בו והוא אינו חפץ עוד במוצר, או שהוא הצליח להשיגו במחיר זול יותר.

ניתן לדבר על כמה שלבים בביצוע עסקה באינטרנט:

(א) הזמנת המוצר על ידי הלקוח באמצעות שליחת פרטיו לאתר האינטרנט של המוכר.

(ב) אישור קבלת ההזמנה מאת המוכר.

(ג) גביית התשלום מחברת האשראי של הקונה.

(ד) משלוח המוצר ללקוח.

(ה) הגעת המוצר ללקוח.

לאור האמור לעיל, יש לדון מה הדין במקרה של בקשה לביטול העסקה קודם שהמוצר עבר לבעלות הקונה, כלומר קודם שהמוצר הגיע לרשותו. החוק מתיר לבטל עסקה שבוצעה באופן כזה במשך 14 יום לאחר שהמוצר הגיע לידי הקונה. בהמשך נדון בהשפעת החוק על ההלכה.

לביטול עסקה קודם השלמתה יש כמה תוצאות הלכתיות אפשריות:

פיצוי על הנזק שנגרם עקב הביטול

רבי עקיבא איגר עסק בפיצוי על ביטול עסקה קודם שהושלמה –

29. שו"ת חלקת יעקב חו"מ, טו; ועיין עוד שם או"ח, קצא; שם חו"מ, ז.

30. פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, נו.

31. מאמר מרדכי, פא; שו"ת חתם סופר ה, קצט; פתחי תשובה אה"ע קמא, לה.

32. [הערת עורך: לענ"ד נושא שליחת הגט בדואר אינו שייך לעניין זה. חידוש הפוסקים הוא שניתן להעביר גט מהבעל לשליח גם ללא שליחות וכפי שכבר כתבו הגאונים שגם גוי יכול להעביר גט מהבעל אל השליח ואין בזה חיסרון של "טלי גיטך מעל גבי קרקע". לגבי קניינים בהם די בקניין משיכה, שיגרום לחפץ להימשך יתכן והדואר יועיל. ד.ב.]

אולם יש לדון כפי הנראה ממכתבו, דהמוכרים הביאו הפירות למקום הלוקחים, ואח"כ חזרו הלוקחים דבזה יש לומר דצריכים לשלם להמוכרים הוצאת נסיעת הבאת פירות מדינא דגרמי, כמו שכתב הרא"ש בתשובה ופסקינן כן להלכה (בסי' שלג, ח) דהאומר עשה כלי פלוני ואקנה ממך, והאומן עשה הכלי וחזר בו חייב, והיינו מדינא דגרמי.³³

כאן מדובר על קונה שהזמין סחורה וחזר בו לאחר שהמוכר הוביל אליו את הסחורה. רבי עקיבא איגר פסק שהקונה חייב לפצות את המוכר על הוצאות ההובלה מטעם "דינא דגרמי".

במקרה של חברת שיווק המוכרת סחורה של יצרנים שונים בהתאם להזמנות שהיא מקבלת, יתכן בהחלט שייגרם נזק לחברה אם היא תיתקע עם מלאי גדול שאין לו ביקוש. ולכן, אם החפץ לא היה במלאי של החברה וכעת אין לו דורש, הרי שהקונה צריך לשלם עליו, מפני שגרם הוצאות למוכר.

אולם, אם יתברר שהחברה מחדשת את המלאי ממילא, ולא עשתה כן במיוחד בגלל ההזמנה של הקונה הזה, הרי שאין לחייב אותו בפיצוי מלא, אלא רק לשאת באחריות להחזרת החפץ לחברה (הוצאות משלוח).

מחוסר אמנה וקללת "מי שפרע"

ישנם שני שלבים בביטול עסקה קודם השלמתה:

א. ביטול לאחר סיכום בעל פה – החזר בו מוגדר כ"מחוסר אמנה":

הנושא ונותן **בדברים בלבד**, הרי זה ראוי לו לעמוד בדיבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החזר בו, בין לוקח בין מוכר, אע"פ שאינו חייב לקבל "מי שפרע" הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.³⁴

לאחר ששלח הקונה את ההזמנה טרם קיבל אישורו של המוכר, שני הצדדים יכולים לחזור בהם, כיוון שלא הושלם הסיכום על העסקה. לאחר הסכמת הצדדים נראה שהחזר בו ייחשב "מחוסר אמנה". ובאפשרות, התיאורטית בינתיים, בה אין התערבות אנושית מצד המוכר בהזמנת המוצר, הרי שאין הסכמה על עסקה ולכן שני הצדדים יהיו רשאים לחזור בהם.

ב. ביטול לאחר תשלום הכסף, מטיל על המבטל קללת "מי שפרע" כפי שנפסק בשולחן ערוך –

הפוסק על שער שבשוק, וקיבל דמים, ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר, חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק; ואם חזר בו, מקבל "מי שפרע".³⁵

33. שו"ת רבי עקיבא איגר קלד, הובא בפתחי תשובה חו"מ רט, יא.

34. שולחן ערוך חו"מ רד, ז.

35. שולחן ערוך חו"מ רט, ו.

דהיינו, כאשר מוכר וקונה סיכמו ביניהם לבצע עסקה כלשהי על פי המחיר המקובל בשוק, אבל הסחורה לא הייתה באותו זמן בידי המוכר, והקונה כבר שילם, אזי חייב המוכר לקנות את הסחורה ולספק לקונה, ואם לאו הוא מקבל קללת "מי שפרע".

ביחס לחזרה מעסקה כשהסחורה אינה מצויה אף בשוק מצאנו מחלוקת בין האחרונים: הש"ך³⁶ כתב שגם כאשר המוצר מצוי בשוק וגם כשאינו מצוי בשוק, לא ניתן לאכוף את ביצוע העסקה, אך חלה על המבטל קללת "מי שפרע", כך פסק גם בספר נתיבות המשפט.³⁷ לעומת זאת, קצות החושן³⁸ כתב שאם המוצר מצוי בשוק חלה קללת "מי שפרע" על החוזר בו, ואם המוצר אינו מצוי בשוק – אפילו קללת אין.

אכיפת העסקה

ה"דרישה"³⁹, בניגוד לש"ך, כתב שיש לפרש את דברי השולחן ערוך כפשוטם. לדבריו, אם המוצר מצוי בשוק חייב המוכר לספק אותו לקונה, בהתקיים אחד משני תנאים: או כשהקונה חשב שהמוצר בידי המוכר, או כשהמוצר מצוי בשוק ו"יצא לו שער", כלומר, נקבע לו מחיר. קצות החושן⁴⁰ ומשכנות יעקב⁴¹ כתבו גם הם שהמוצר נקנה לקונה אם הוא מבורר ועומד לבוא, אף שאינו ברשותו של המוכר.

לפיכך מסתבר שאותם האחרונים יחלקו לגבי דין חברה שמשווקת מוצרים שניתן להשיג אותם גם בשוק: לדעת הש"ך חלה על המוכר שחזר בו קללת "מי שפרע", ולדעת ה"דרישה", הוא חייב להשלים את העסקה, אם ידע על העסקה והסכים לביצועה.

אמנם יש לדון בעסקה שמבוצעת באופן אוטומטי לגמרי ויתכן שדינה ישתנה: במקרה המופיע ב"שולחן ערוך" המוכר יודע שאין סחורה בידו, ובכל זאת הוא הבטיח לספק אותה לקונה. לעומת זאת במכירה אוטומטית המוכר רק העמיד את האתר לרשות הלוקח עד שתיגמר הסחורה. הלוקח עשה כאן את כל הפעולה, ולכן אפשר שאין כאן "מי שפרע".

אם החברה מוכרת מוצרים שהיא עצמה מייצרת, ובעת ביצוע ההזמנה לא היה המוצר במחסני החברה, המוצר הוא בגדר "דבר שלא בא לעולם". בשולחן ערוך⁴² לא מוזכרת קללת "מי שפרע" על החוזר בו מעסקה ב"דבר שלא בא לעולם". והאחרונים⁴³ נחלקו בשאלה האם אכן חלה הקללה במקרה כזה.

השפעת המנהג

כל הדברים שהובאו עד כה אמורים במקרה שאין מנהג אחר שעל פיו נעשתה העסקה והסכימו הצדדים. אם ברור וידוע שהמוכר מתחייב לספק את המוצרים רק עד גמר המלאי

36. ש"ך חו"מ רט, יג.

37. נתיבות המשפט ביאורים, רט, ט.

38. קצות החושן רט, ט.

39. דרישה חו"מ רט, ו.

40. שם.

41. הובא בפתחי תשובה רט, יא.

42. שולחן ערוך חו"מ רט, ה.

43. פתחי חושן קניינים יט, הערה א.

ולא מעבר לכך, או שיש באפשרותו לחזור בו כשירצה – אין עליו קללת "מי שפרע", ושני הצדדים יכולים לבטל את העסקה.

לכן לפי המקובל כיום שהקונה רשאי לחזור בו תוך שבועיים מיום שהמוצר הגיע לידי, ומן הסתם על דעת כן נעשתה העסקה. במקרים כאלה הקונה יכול לבטל את העסקה עד שתגיע הסחורה לרשותו, והוא אף יהיה פטור מפיצוי למוכר על הנזק שנגרם עקב ביטול ההזמנה. כמובן שהוצאות ההחזרה והאחריות לשלמות המוצר חלות על הקונה.

ד. סיכום

מאמר זה עסק בקנייה אוטומטית, ומסקנותיו הן שבכל מקום שבו בוצעה משיכה לרשותו של הקונה או הגבהה של המוצר גם אם נעשו באופן מכני או על ידי בעל חיים או אדם שאינו בגדר שליח – הקנייה היא קנייה גמורה לכל דבר.

במילוי דלק בשירות עצמי – מעשה הקניין הוא בהכנסת הדלק למיכל של הקונה.

במכונת מכירה – ישנו ספק האם מעשה הקניין הוא בתשלום הכסף, כיוון שבמקרה כזה לא ביטלו חכמים את התשלום כמעשה קניין. בכל מקרה המוצר עובר לרשותו של הקונה כשזה מגביה אותו.

הזמנת מוצר באינטרנט – המאמר דן גם בהזמנת מוצרים באינטרנט, תוך התייחסות להתפתחות טכנולוגית שתאפשר הזמנה והספקה באופן מכני ועל ידי הדואר. המסקנה היא שלא ניתן לראות את הדוורים בתור שליחי הקונה, ולכן הבעלות על המוצר עוברת רק בשעה שהמוצר מגיע לרשותו (למשל, לתיבת דואר סגורה) של הקונה.

ביטול עסקה באינטרנט – על פי הדין קונה המבטל את העסקה קודם השלמתה חייב לפצות את המוכר על הנזק שנגרם לו. כשהמוצר מצוי בשוק נחלקו אחרונים האם חלה על המבטל קללת "מי שפרע" וכן אם הוא חייב להשלים את העסקה. ואם מדובר על מוכר שמייצר את המוצר, והוא התחייב למכור אותו בטרם יוצר נחלקו אחרונים האם חלה בכלל קללת "מי שפרע".

על פי הנוהג המאפשר לבטל הזמנת מוצר אפילו לאחר שהגיע לידי הקונה אין איסור על שני הצדדים בחזרה מעסקה, אולם, הוצאות החזרת המוצר חלות על הקונה.



אונאה

ומיקח טעות

דין אונאה בזמן הזה

הרב זלמן נחמיה גולדברג

- א. פתיחה
ב. הפרשי מחירים של פחות משתות
ג. הפרשי מחירים של יותר משתות
ד. שומה
ה. דין חנויות יוקרה
ו. דברים שיש להם מחיר קבוע
ז. סיכום – אונאה בזמן הזה

א. פתיחה

האיסור להונות במיקח וממכר מופיע בספר ויקרא, פרשת בהר:
וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו.¹
ופירשו חז"ל שהכוונה למכירה שמחירה היה שונה ממחיר השוק. שיעורה של אותה אונאה
נפסק בגמרא בבבא מציעא:
אמר רבא, הלכתא: פחות משתות (=שישית) – נקנה מיקח, יותר על שתות – ביטול
מיקח. שתות – קנה ומחזיר אונאה.²
כלומר אם יש פער קטן משישית בין המחיר ששולם למחיר השוק – העסקה תקפה כפי
שהיא; אם יש פער של שישית בדיוק בין המחיר ששולם למחיר השוק – העסקה קיימת,
אולם הצד שהונה חייב לשלם את ההפרש בין מחיר השוק והמחיר ששולם; ואם יש פער
גדול יותר משישית בין מחיר השוק והמחיר ששולם העסקה בטלה. כך נפסק להלכה גם
בשולחן ערוך.³
כדי לקבוע האם הייתה אונאה במחיר עלינו לדעת קודם מהו שער השוק. וכאן מתעוררת
השאלה כיצד יש לחשב את שער השוק בזמן הזה. נראה שבתקופת חז"ל היה שער קבוע
למוצרים שעל פיו יכלו לקבוע אם הייתה אונאה. לעומת זאת בימינו המחיר אינו קבוע

* הרב זלמן נחמיה גולדברג, חבר בית הדין הרבני הגדול לשעבר, וראש כולל "שבט מחוקק", סדיגורא.
המאמר עובד ע"י הרב אריה כ"ץ מתוך שיעור שהתקיים בכולל "ארץ חמדה" בשנת תשס"ז, ולאחר מכן
קיבל את אישורו של הרב. הרב ביקש להדגיש כי אין לפסוק הלכה למעשה על פי המאמר.

1. ויקרא כה, יד.
2. בבא מציעא נב.
3. שולחן ערוך חו"מ רכו, ב-ד.

ומשתנה מחנות אחת לאחרת במידה ניכרת, כיצד נוכל לקבוע, בלא שער שוק, האם יש במיקח איסור אונאה?

ב. הפרשי מחירים של פחות משתות

מסתבר שכאשר הפרש המחירים בין החנויות השונות קטן משישית, אין כלל דין אונאה. אף על פי כן מצאנו שהרא"ש מסתפק האם יש איסור אונאה בפחות משתות:

ויראה דבכל שאר דברים אפילו פחות משתות אסור לאנות את חבירו אם יש בו שוה פרוטה, כיון שידוע שאין מיקחו שוה כל כך. דרחמנא אמר 'אל תונו' – בכל דבר שיש בו שיווי ממון הזהירה תורה שלא יאנה את חבירו. אלא שאמרו חכמים דעד שתות הוי מחילה, לפי שכך דרך מיקח וממכר לפי שהלוקח והמוכר אינם יכולין לכיין דמי המיקח בצמצום, ודרך העולם למחול טעותם עד שתות... אבל אם המוכר בקי בערך מחבירו והלוקח אין בקי כל כך, או אם הלוקח תגר ובקי בערך מיקחו יותר מן המוכר אל יאנו זה את זה... או שמא כיון דדרך מיקח וממכר בכך, דלפעמים הלוקח חפץ במיקח זה ומוסיף עליו דמים יותר מכדי שויו, ופעמים שהמוכר מזלזל בשומתו בממכרו לפי שאין חפץ זה ערב עליו או שהוא דחוק למעות, הלכך עד שתות הוי בכלל דמי מיקח ואין כאן שם אונאה כלל וצ"ע.⁴

הרא"ש מסתפק האם בפער קטן משישית אין אונאה בגלל ש"דרך מיקח וממכר בכך", כלומר שניתן להגדיר מחיר השוק בתוך טווח מסוים. על פי הבנה זו אין כל איסור בפער קטן משישית. ואולם יתכן שאכן ישנו איסור גם בפחות משישית, אלא שיש קושי מעשי להגדיר את המחיר באופן מדויק ולכן הצדדים מוחלים על פערים קטנים. על פי הבנה זו, אם אחד הצדדים יודע שהמחיר שסוכם שונה ממחיר השוק, גם אם במעט, עליו לדווח על כך לצד השני. בסיום הדיון ממליץ הרא"ש: "ירא שמים יצא ידי שניהם".

אם כן, לכאורה, יש צורך להחמיר במקרה של פערים קטנים משישית בין מחירי החנויות, אולם מסתבר שכאשר מדובר במחיר שאינו קבוע במדויק, הרי שכל טווח המחירים של השתות נחשב למחיר המוצר, ולכן אין כאן איסור כלל.

ג. הפרשי מחירים של יותר משתות

אמנם כאשר הפרשי המחירים בין החנויות הם למעלה משתות, הרי שיש כאן דין אונאה. אלא שעלינו לקבוע קודם לכן מהו מחיר השוק של החפץ הנמכר, ועל פי זה נוכל לקבוע אם הייתה אונאה. אפשרות אחת לקבוע את המחיר לפי החנות הזולה ביותר או לפי החנות היקרה ביותר, אולם האפשרות הסבירה יותר היא, לבדוק מהו המחיר שבו מוכרות

4. רא"ש בבא מציעא ד, כ.

רוב החנויות, ועל פי זה לחשב את האונאנה, גם אם החנויות הללו מוכרות במחיר היקר ביותר, או במחיר הזול ביותר, או במחיר אמצעי בין היוקר לזול.⁵

ד. שומה

דרך נוספת לחישוב המחיר לעניין אונאנה, אשר נצרכת בעיקר במקרים בהם אין החפצים הנמכרים זהים במדויק – היא עריכת שומה.

ניתן להביא לכך דוגמה מעשית משומת דירות.⁶ לדירות אין מחיר קבוע ומדויק, ואף על פי כן יש לשמאי כללים לקביעת מחיר הדירה על פי: אזור המגורים, הקומה, גודל הדירה, גיל הבניין וכו', ובהתבסס על ניסיונו של השמאי. אין לדעת אם המחיר שהשמאי קובע הוא המחיר המדויק בו ניתן למכור את הדירה באותו זמן, ואף על פי כן מקובל לומר שזהו מחירה.

גם בהלכה אנו מוצאים שמחיר נקבע עפ"י שומה שאינה בהכרח מחיר השוק, ואף על פי כן היא נחשבת לערך האמיתי, למשל בעניין גביית חוב, וכך פוסק השולחן ערוך לגבי שומת נכסי הלווה בעת פירעון החוב:

כששמין השלשה שמאין קרקע הלווה, אין שמין אלא כפי הזמן וכפי השעה שנמכרים הקרקעות או באותו מקום... ואחר כך מכריזין עליה כפי מה שיראו, עד שיפסקו המוסיפים... אם מצאו בה כשומת בית דין או יתר, לוקחים הדמים ונותנים אותם למלוה... ואם לא מצאו בה כדי שומתן, מחליטין אותם למלוה בכדי שומתן.⁷

התהליך המתואר הוא כזה: ראשית שמין את שווי הקרקע של הלווה, לאחר מכן מציעים את הקרקע למכירה בדרך של מכירה פומבית. אם ההצעות שהתקבלו גבוהות משומת הקרקע על פי השמאים מוכרים את הקרקע ונותנים את הכסף למלווה, ואם ההצעות נמוכות מהשומה נותנים את הקרקע עצמה למלווה.

אם כן אנו רואים שיתכן מצב בו לא נמצא קונה במחיר שקבעו השמאים, ובכל זאת, הערכת השמאי נתפסת כמחיר "האמיתי" של הנכס.

דוגמה נוספת להתחשבות בהערכת השומה ניתן להביא מהגמרא במסכת בבא קמא שם דנה הסוגיה בבעל חוב שמבקש לגבות חובו מקרקע גרועה (זיבורית) למרות שמגיע לו לגבות מקרקע בינונית של הלווה, באחד השלבים בסוגיה עולה האפשרות הבאה:

בעל חוב דיניה בבינונית, ואי אמר לו [המלווה]: "הב לי זיבורית טפי פורתא", אמר לי [הלווה]: "אי שקלת כדינך – שקול כדהשתא, ואי לא – שקיל כי יוקרא דלקמיה".⁸

5. [אריה כ"ץ: נראה מדברי רבינו, שחישוב מחיר השוק לעניין האונאנה נעשה על פי החציון ולא על פי ממוצע המחירים].

6. [אריה כ"ץ: אמנם אין אונאנה לקרקעות (משנה בבא מציעא נו,א), אך רבינו נקט דוגמה בעלמא].

7. שולחן ערוך חו"מ קג, א.

8. בבא קמא ז,ב.

כלומר אם המלווה דורש לקבל קרקע זיבורית בשטח גדול יותר, יכול הלווה להשיב שיתן קרקע זיבורית על פי שוויה העתידי, בזמן שהשדות יהיו יקרים יותר. יש להבין מה הטעם לכך, שכן בסופו של דבר אין הבדל במחיר בין מעט בינונית להרבה זיבורית, ומדוע ישתנה השער?

נראה לומר שבעל חוב רגיל מעדיף לקבל כסף, אלא שאם אין לחייב כסף, יוכל לתת לו קרקע בשווי החוב כתחליף לכסף.⁹ הקרקע משמשת לבעל חוב רק כאמצעי כדי לקבל בחזרה את הכסף כאשר ימכור אותה. זאת גם הסיבה שחכמים תיקנו שבעל חוב יגבה קרקע בינונית של הלווה, משום שהרבה יותר קל למצוא לקוחות לשדה בינונית מאשר לשדה זיבורית למרות שמחירן זהה.

מתוך כך מסתבר שכשבעל חוב גובה קרקע בינונית כוונתו למכור אותה, ויש לתת לו כשער של עכשיו, היינו מה שיוכל לקבל תמורת מכירה מיידית של הקרקע. לעומת זאת במקרה שהוא רוצה לקבל דווקא קרקע זיבורית, מסתבר שכוונתו להחזיק בה ולעבד אותה ולא למכרה לכן במקרה כזה עליו לקבל את הקרקע כשער היוקר, מכיוון שזהו שוויה האמיתי של הקרקע.

אם כן, אנו רואים שוב שלא תמיד השווי האמיתי של דבר מסוים הוא גם המחיר בו דבר זה נמכר בפועל.

ה. דין חנויות יוקרה

על פי דברינו לעיל עולה שחנויות המוכרות דברים למעלה ממחיר השוק עוברות גם כיום על איסור אונאה. למרות זאת מסתבר שעל אותן החנויות הידועות ביוקרתן, ולמרות זאת הקונים פוקדים אותם, לא יחול איסור אונאה, מכיוון שהמחיר אותו גובה החנות איננו רק מחירו של המוצר, אלא כולל בתוכו גם את העובדה שמדובר בחנות יוקרה בה קונים האנשים בגלל השם של החנות.

אותו הדין קיים גם במוצרים של "פיקמה" מסוימת, או של מותגים מפורסמים אשר אינם, בהכרח, איכותיים יותר ממוצרים זהים של חברה זולה יותר. במקרה כזה אין בעצם

9. בעלי התוספות (קידושין ב,א ד"ה "בפרוטה") שואלים מהיכן אנו יודעים ששווה כסף ככסף בכל מקום, ועונים שזה נלמד מהפסוקים של עבד עברי ומוזק. לעומתם הר"ן (שם א,א מדפי הרי"ף) אומר שהדין ששווה כסף ככסף פשוט ואין צורך ללמדו מפסוק. אמנם במוזק יש צורך בפסוק מיוחד וזאת כדי ללמדנו שהמוזק יכול לתת שווה כסף אף בעל כרחו של הניזק, אבל כאשר שווה כסף ניתן בהסכמה לא צריך דרשה מיוחדת מפסוק.

ההיגיון העומד מאחורי זה הוא, שהסיבה שאנשים רוצים כסף היא לא מצד הערך העצמי של הכסף, אלא משום שניתן להשיג בו כל דבר. ממילא כאשר המקבל רוצה דווקא שווה כסף זה עדיף, שהרי זה הדבר אותו הוא צריך, והכסף מהווה רק אמצעי על מנת להשיג אותו.

הנפקות שבין התוספות לר"ן תהיה במקרה שאדם מקדש אישה בתנאי שייתן לה מאתיים זוז, האם יוכל לתת לה שווה כסף בעל כורחה. לדעת התוספות כן, כיון שיש פסוק מפורש המאפשר זאת, לעומת זאת לדעת הר"ן לא ניתן לכפות אדם לקבל שווה כסף, פרט למקרה של פיצוי על נזק.

העובדה שאותה פירמה יקרה יותר בכדי לעבור על דיני אונאה, שכן האנשים מוכנים לשלם גם על השם של המוצר, דבר שיש לו מחיר.

ו. דברים שיש להם מחיר קבוע

בתחילת דברינו הקשינו איך ניתן לקבוע מהי אונאה בזמן הזה כשלמרבית המוצרים אין שער שוק קבוע. דברים אלו נבעו מתוך הנחה שגם בשער שוק קבוע אין אונאה עד לשיעור של שתות. אבל "ערוך השולחן" מחדש חידוש גדול:

ונראה לי, שזה אינו אלא בסחורות שאין להם קביעת מיקח בצמצום, אבל מה שכל בעלי חנויות מוכרים בשווה כמו קמח ולחם ומלח וכיוצא בהם, אף פחות משתות לא הוי מחילה וצריך להחזיר האונאה.¹⁰

מדבריו עולה שכל דיני האונאה נאמרו אך ורק בדברים שאין להם מחיר קבוע, אך באלו שהמחיר קבוע, חל דין אונאה מיד, ובכל אונאה בפרוטה יש צורך להחזיר את ההפרש.

ז. סיכום – אונאה בזמן הזה

בדברים שאין להם מחיר קבוע, כאשר טווח המחירים בין החנויות השונות עומד על פחות משתות – אין כלל איסור אונאה. אבל אם טווח המחירים גדול משתות, המחיר בו מוכרות מרבית החנויות הוא מחיר השוק, ועל פיו יש לקבוע האם יש אונאה בין למעלה ובין למטה. במקרים בהם נעשית שומה של מחיר המוצר, הרי שהשומה מגדירה את מחיר השוק של החפץ, למרות שלעיתים לא ניתן למכור את החפץ במחיר השומה באותו רגע. בחנויות יוקרה, חלק מהתשלום ניתן על עצם העובדה שהקונה קנה את החפץ באותה חנות יוקרתית, ועל כן לא שייך בזה דין אונאה, מכיוון שהתשלום אינו רק על החפץ. על פי "ערוך השולחן", על דברים שיש להם מחיר קבוע ומדויק, חלים דיני אונאה (כולל החיוב הכספי) אפילו על פחות משתות, וכל דיני שתות נאמרו על דברים שאין להם מחיר קבוע ומדויק.

10. ערוך השולחן חו"מ רכז, ב.

דין אונאה בזמן הזה

הרב אשר זעליג וייס

- א. אונאה במוצר ש"אין לו שער"
ב. מוצר שאין לו שוק
ג. אונאה בכלכלה המודרנית
ד. סיכום

על פי הדין מכירה במחיר השונה ביותר משישית ממחיר השוק – בטלה (מיקח טעות); ובמכירה במחיר השונה בשישית בדיוק ממחיר השוק – העסקה קיימת והמרוויח מחזיר את הסכום העודף על מחיר השוק (אונאה).
אולם נראה להלכה שבזמן הזה, בדרך כלל, אין דין אונאה וביטול מיקח, פרט למקרים יוצאי דופן, וזאת מהטעמים הבאים:

א. אונאה במוצר ש"אין לו שער"

כתב הרמב"ם:

המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים, אם היה מינו ידוע אע"פ שאין מדתו ומשקלו ומניינו ידוע הרי זה קנה, ואם אין מינו ידוע לא קנה.
כיצד ערימה זו של חטים אני מוכר לך בכך וכך, מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך, שק של תאנים אני מוכר לך בכך וכך, אף על פי שאין מדת הערימה ידועה ולא משקל התאנים ולא מניין הקנקנים ידוע, הרי זה ממכרו קיים, אף על פי שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם, ויש להם הוניה לפי השער שבשוק כמו שביארנו.¹

כלומר המוכר מין ידוע מבלי לדעת את הכמות והתברר לבסוף שהמחיר לא תאם את הכמות – מיקחו קיים, ויש לדון אותו לפי דיני אונאה ומיקח טעות. על כך הקשה בבית יוסף מהגמרא:

* הרב אשר זעליג וייס, גאב"ד "דרכי הוראה" וראש ישיבת דרכי תורה.
1. רמב"ם מכירה כא, א-ב.

דתניא: ההולך לחלוב את עזיו ולגזוז את רחליו ולרדות את כוורתו, מצאו חבירו ואמר לו: מה שעזי חולבות מכור לך, מה שרחלי גוזזות מכור לך, מה שכוורתי רודה מכור לך – מותר.²

הבית יוסף הקשה מהגמרא:

משמע דקנה אפילו יהיה יותר על דמיו. והרי אינו דבר המסוים, ולפי מה שכתב הרמב"ם לא קנה אלא כנגד מעותיו?
וענה על כך:

ושמא לא כתב כן הרמב"ם אלא בדבר שיש לו שער קבוע כמו החטים וכיוצא אבל חלב וגיוזה שאין להם שער ידוע אלא כל אחד קונה כמו שחפץ לית ביה אונאה.³
כלומר הבית יוסף הבין מהגמרא שבמכירת חלב עיזיו אין אונאה, והוא נימק זאת בכך שדיני אונאה חלים רק על מוצר שיש לו "שער קבוע" בשוק. הרמ"א חלק על הבית יוסף וכתב:
וזה אינו נראה, דמכל מקום אפשר לשומו אם היה בו כדי אונאה.⁴
כלומר העובדה שאין למוצר מחיר שוק אינה מעלה או מורידה, כיוון שניתן לשום את שווי ועל פי זה לקבוע האם יש אונאה, וכך נקטו גם הב"ח⁵ והש"ך.⁶ וכך מסביר רמ"א את הגמרא שהביא הבית יוסף בקושייתו על הרמב"ם.
הרא"ש כתב במפורש כדברי הבית יוסף:

אומר אני דלא שייכא אונאה אלא בחפץ שדמיו ידועים ונתאנה בשומת החפץ, המוכר, או הלוקח. אבל בחכירות אלמעונה של הקהל, לא שייכא אונאה; כי האלמעונה משתנית לפי הזמן.⁷

ומה מאוד שמחתי בראותי את דברי ערוך השלחן שהלך גם הוא בדרך זו:

במיני הסחורות שאין כל בעלי החנויות מוכרים אותן בשווה שיש משתכר הרבה בסחורה זו ויש שמסתפק במועט אין שייך כלל אונאה למי שמשתכר הרבה כיוון שדרך המסחר כן הוא.⁸

להלכה, למרות שחלקו הרמ"א והש"ך והב"ח על הבית יוסף, פשיטא לי שהמאנה יכול לטעון "קים לי" כדעת הבית יוסף – מרא דארעא דישאל, עמוד ההלכה שכל בית ישראל נשען עליו.⁹ ותמה אני על מה שכתב בשו"ת שבט הלוי¹⁰ בשם הבית יצחק, שאי אפשר לומר

2. בבא מציעא סד, א.

3. בית יוסף חו"מ, רט.

4. דרכי משה חו"מ רט, א.

5. בית חדש חו"מ רט, א.

6. ש"ך חו"מ רט, א.

7. שו"ת הרא"ש יג, כ; הובא גם במחנה אפרים הלכות אונאה, כד.

8. ערוך השלחן חו"מ רכו, ז.

9. [הערת עורך: בספר פתחי חושן (גניבה ואונאה י, הערה א, ד"ה ולאידך) כתב שיכול לומר "קים לי" ולסמוך על דעת הבית יוסף בדיעבד, אבל לכתחילה אינו יכול לסמוך עליו ולהונות את חבירו כיוון שאינו מוחזק ויש במעשה כזה ספק איסור. ע.ר.]

"קים לי" כדעת הבית יוסף, כיוון שהאחרונים חולקים עליו, ומי הוא זה אשר יבטל את דברי הבית יוסף מכל וכל.

ב. מוצר שאין לו שוק

דעת הבית יוסף אם כן, שדבר שאין לו שער ידוע – אין בו אונאה. עם זאת נראה לומר שדברי הבית יוסף אמורים רק במוצרים שיש להם כמה מחירים בשוק, ואין להם שער ידוע בשוק, אבל במוצרים שאין להם שער כלל והם מוצרים ייחודיים שלא נמכרים בשוק – יש אונאה.

על פי זה ניתן לדחות את קושיית המחנה אפרים¹⁰ על הבית יוסף מזהלכה הפסוקה:

בכל המטלטלים שייך אונאה, אפילו בספרים ואפילו באבנים טובות ומרגליות.¹¹

שממנה משמע שיש אונאה אפילו במוצר ייחודי שאין לו שער ידוע. ככל הנראה המחנה אפרים פירש את דברי הבית יוסף כפשוטם ש"כל שאין לו שער ידוע" – היינו שאינו מצוי בשוק. אולם, על פי ההסבר שיש אונאה רק במוצרים שיש להם כמה מחירים, הקושיה מיושבת, שהרי למרגלית וכדומה יש מחיר אחד, אלא שאין כמותה בשוק ולכן יש בה אונאה. ניתן לתרץ את הקושיה באופן אחר: יתכן שכוונת הבית יוסף היא שחלב וגזיות יוצאי דופן כיוון שבזמנם היו פרות וכבשים מצויים בכל מקום, וכל אדם היה חולב את בהמותיו וגוזז את צמרן ורק במקרים יחידים היה קונה מזולתו. לכן לא היה שער קבוע לחלב ולגזיות אלא "כל אחד לפי מה שחפץ", מה שאין כן מוצרים ייחודיים המיועדים למכירה, כגון ספרים וכדומה, שיש להם שער – יש בהם אונאה.

ג. אונאה בכלכלה המודרנית

נראה, שאף הרמ"א יודה לבית יוסף שבזמן הזה למוצרים רבים אין בכלל "שער". כיוון שערכם של המוצרים משתנה "חדשים לבקרים" לפי ההיצע והביקוש. גם היקף המסחר עצום כל כך, וגורמים רבים משפיעים על המחיר כגון: מוניטין, הוצאות שכירות, היקף המכירות, וכדומה, כך שבעצם ישנם מחירים רבים לאותו המוצר, ו"כל אחד קונה כפי מה שחפץ". גדולי הדור דנו כיצד להגדיר בימינו את המחיר כאשר למוצרים רבים אין מחיר מוגדר, ויש שמוכרים בזול ויש שמוכרים ביוקר. בספר פתחי חושן¹² מוצעות שלוש אפשרויות:

א. על פי רוב המוכרים.

ב. על פי המחיר הבינוני, דהיינו נקודת האמצע שבין המחיר העליון למחיר התחתון.

10. שו"ת שבט הלוי ה', ריח.

11. מחנה אפרים הלכות אונאה, כד.

12. שולחן ערוך חו"מ רכו', טו.

13. פתחי חושן גניבה ואונאה י', הערה א, ד"ה ולאידך.

ג. רק למחיר העליון והתחתון יש תוקף, המוכר רשאי להתייחס למחיר העליון, ואין הלוקח יכול לתבוע אונאה אלא אם כן חרג ממנו בשתות, והלוקח רשאי להתבסס על המחיר התחתון, ורק אם חרג ממנו בשתות מחזיר אונאה.

דעת ה"ערך שי"¹⁴ שהמחיר הזול ביותר הוא הקובע לשאלת האונאה ואסור למכור בשתות יותר ממנו.

לענ"ד מסתבר כדרך השנייה שהובאה בפתחי חושן, שהיא הדרך הממוצעת, ודברי ה"ערך שי" שיחיד יכול להטות את כל מערכת המסחר לצד זה או לצד אחר לא מסתברים כלל, כמו כן לא מסתבר לומר שיש שני מחירים רחוקים זה מזה ולשניהם יש תוקף. ומשום כך נראה שיש למצוא מחיר פגוני, ולקבוע לפיו שיעור שתות ויתר על שתות. כעין זה מצינו ביחס לשכירות פועלים בגמרא:

השוכר את הפועל ואמר לו כאחד וכשנים מבני העיר – נותן לו כפחות שבשכירות, דברי רבי יהושע וחכמים אומרים: משמנין ביניהם.¹⁵

השולחן ערוך¹⁶ פסק שנותן את המחיר האמצעי, בין הגבוה ביותר והנמוך ביותר. אמנם כיום קשה לקבוע מחיר של מוצרים, ולקבוע את הגבול העליון והתחתון במדויק כיוון שהמסחר כל כך דינאמי ותמיד נמצא מי שימכור בזול ואף במחירי הפסד, ולעומתו מישוהו שימכור ביוקר רב. נוסף על כך ניתן להגיע בקלות ובזמן מועט מקצה העולם לקצהו, התקשורת מפותחת כל כך, וניתן אף להזמין דרך הטלפון משלוח מקצה העולם. לפיכך, קשה לקבוע מחיר מוגדר.

יתרה מזו, בכלכלה המודרנית מקובל שכל אחד מוכר במחיר המשתלם לו, והלוקח הוא זה שסוקר את השוק כדי לקבוע את המחיר המתאים לו. כיוון שבדיקה זו מוטלת על הקונה ולא על המוכר, יתכן שהרי זה כאילו התנו במפורש "על מנת שאין לך עלי אונאה". אמנם, מבואר בשלחן ערוך¹⁷ שלתנאי¹⁸ כזה יש תוקף רק כשידוע הפער בין מחיר המוצר למחיר השוק שלו, אף על פי כן, נראה לכאורה, שבזמננו אין צורך בזה, כיוון שזו הדרך המקובלת במסחר.

אמנם גם היום נראה שיש להחיל דיני אונאה על מוצרים שמצויים תחת פיקוח ממשלתי ואפילו בפער קטן משישית, כפי שכתב ערוך השלחן.¹⁹

בדיני נזיקין, כיוון שהתברר חיוב המזיק לשלם ישנו הכרח לשום את הנזק, על ידי חקירה ודרישה של המחיר הממוצע ומתוך שיקול דעת. לעומת זאת, באונאה כיוון שיש קושי

14. ערך שי, חושן משפט רט.

15. בבא מציעא פז, א.

16. שלחן ערוך חו"מ שלא, ג.

17. שלחן ערוך חו"מ רכז, כא.

18. נחלקו האחרונים בביאור הלכה זו. לדעת נתיבות המשפט (שם, יג, וכן פתחי תשובה שם, ב, בשם חוות יאיר) הלכה זו היא חלק מדיני התנאי, ואליבא דרבי יהודה שתנאי מועיל בממון. אך לדעת קצות החושן (שם, ח, וכן פתחי תשובה שם, ד) אין צורך במשפטי התנאים אלא זו מחילה.

19. ערוך השלחן חו"מ רכז ב; ז.

לקבוע מחיר מוגדר כדלעיל ויתכן שהפער קטן משישית יתכן ואז כלל אין חיוב, לא נוכל להתחשב בשומה ובמחיר הממוצע.

ד. סיכום

נראה שרק במעט מוצרים שיש בהם מעין מונופול ורק חנויות מועטות מוכרות אותם, ניתן לקבוע מחיר מדויק או ממוצע ולדון באונאת שתות. אבל לגבי רוב החפצים כמו פריטי לבוש, מכשירי חשמל ואלקטרוניקה, רכב משומש וכדומה אין לדון דין אונאת שתות. רק כשהאונאה מופלגת בעליל יותר משישית מכל מה שמקובל בשוק, יש לדון דין ביטול מיקח. היות שגם כיום אין זה מקובל להפקיע שערים באופן לא סביר, וכל מעשה כזה הוא בגדר גזל.

ביטול עסקת חליפין

הרב צבי יהודה בן יעקב

- א. תיאור המקרה
ב. אונאה ומום בחליפין
ג. תשלום דמי השימוש באופנוע
ד. חליפין שווה בשווה
ה. פיצוי עבור ההשקעה בתיקון הרכב
ו. החלטה
1. אין אונאה בחליפין בגלל דעתם של הצדדים
2. אין אונאה בחליפין בגלל גזירת הכתוב
3. אין אונאה בחליפין כשאין הקפדה לקבל תמורה שווה ערך
4. החלפה על ידי סוחר

א. תיאור המקרה

לראובן הייתה מכונית ישנה שערכה נאמד בעשרת אלפים ש"ח, ולשמעון היה אופנוע בעל ערך דומה. במכוניתו של ראובן הייתה בעיה מכאנית מסוימת, שלטענתו אינה במנוע עצמו. השניים החליטו להחליף את המכונית תמורת האופנוע. לאחר כשישה חודשים התברר שראובן טעה, והפגם במכונית הוא במנוע עצמו.

שמעון תובע:

- א. לבטל את העסקה בטענת מום במיקח.
ב. תובע מראובן שישלם לו דמי שכירות על האופנוע למשך שישה חדשים, מאחר שראובן השתמש באופנוע, והרכב היה רוב הזמן בטיפולם במוסך, כך ששמעון כמעט ולא יכול היה להשתמש ברכב.
ג. פיצוי על הוצאות הטיפול במנוע, שנעשה בעצת ראובן.
ראובן מסכים לבטל את העסקה, אך מתנה זאת בביטול התביעות הנלוות של שמעון.

ב. אונאה ומום בחליפין

העילה לביטול העסקה במקרה הנדון היא גילוי מום ברכב. אולם, את הדיון נפתח בעיון בסוגיית ביטול עסקה עקב אונאת מחיר (להלן, אונאה), דהיינו, פער משמעותי בין המחיר ששולם למחיר השוק. ולאחר מכן נדון בביטול עסקת חליפין עקב מום.

* הרב צבי יהודה בן יעקב, דיין בבית הדין הרבני בתל אביב.

1. אין אונאה בחליפין בגלל דעתם של הצדדים

הרמב"ם פסק שאין אונאה בחליפין:

המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה, אפילו מחט בשיריים (=יש גורסים: שריון, וכך הדבר מובא על ידי חלק מפרשני הרמב"ם) או טלה בסוס – אין לו הוניה, שזה רוצה במחט יותר מן השיריים, אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קודם המכירה בין ששמו אותם אחר מכירה – יש להן הוניה.¹

מבואר בדברי הרמב"ם שיש הבדל בין החלפת פירות בפירות להחלפת בהמה בבהמה. במחליף פירות בפירות יש דין אונאה, ואם יש פער משמעותי בין המחיר ששולם למחיר השוק – העסקה בטלה, לעומת זאת, במחליף בהמה בבהמה אין אונאה, ובכל מקרה העסקה קיימת.

ניתן לומר שהרמב"ם מבחין בין מכירה והחלפה, כאשר **במכירה** יש דין אונאה כיוון שהעסקה מבוססת על המרה של דברים שווי ערך, לפיכך, כאשר יש פער גדול בין התמורה ששולמה למחיר השוק העסקה בטלה. לעומת זאת, **בהחלפה** אין דין אונאה כיוון שהעסקה מבוססת על רצונם של הצדדים בחפצים מסוימים ללא קשר לערכם.

בשו"ת שבות יעקב ביאר את דברי הרמב"ם:

דווקא המחליף כלי בכלי, כיוון שזה חפץ בכלי זה ואין לו מעות או שאינו רוצה לקנות במעות רק להחליף על ידי כלי אחר שאין צריך לו, והשני להיפך, וזה דבר שאינו מצוי כל כך להזדמן שנים גם יחד שצריכין ורוצין להחליף הכלים זה בזה, על כן אין בהם דין אונאה כטעם הרמב"ם... אבל בקונה כלי במעות או אפילו בפירות שיש להם שער שבשוק דהוי כמעות ולא בתורת קניית חליפין, שזה דבר מצוי לקנות כלי כזה על ידי מעות... ודאי דאית ביה דין אונאה.²

מבואר מדבריו שעיקר הטעם שאין דין אונאה במקרה של החלפת חפץ בחפץ הוא מפני שאינו מצוי כל כך ששני אנשים מעוניינים איש בחפץ הנמצא אצל רעהו. זאת, דווקא כשמחליפים חפץ בחפץ, אבל בהחלפת כלים בפירות שמצויה יותר יש אונאה.³

1. רמב"ם מכירה יג, א.

2. שו"ת שבות יעקב א, קסו.

3. כתב בשו"ת שבות יעקב (שם) שיש סתירה בין תחילת דברי הרמב"ם וסופם. בתחילה הרמב"ם כתב "המחליף כלים בכלים... אין לו הוניה", ומשמע שאם מחליף כלים בפירות יש אונאה. בסוף הרמב"ם כתב "מחליף פירות בפירות יש בו אונאה", ומכאן שמחליף כלים בפירות אין בו אונאה! ותייך שהרמב"ם נקט אופנים ששני הצדדים הדין שווה, ואין כוונתו לומר שדווקא בזה יש אונאה ודווקא באחרים אין אונאה וממילא לא ניתן ללמוד מדיוק בדבריו.

[הערות עורך: עיין בכללי תלמיד הרשב"א (הוצאת בלוי) על בבא מציעא מ"ב, שדייק בדומה לזה מהרמב"ם שדווקא באותו מין אין אונאה, ותמה על כך. ד.ב.]

2. אין אונאה בחליפין בגלל גזירת הכתוב

בספר שיטה מקובצת הביא את תשובת הרי"ף ואת תשובת תלמידו הרי"י מיגאש, רבו של הרמב"ם:

וששאלת אם יש בחליפין אונאה אם לא? מה שנראה מן התלמוד הוא שאין בהן אונאה וזה במה שאמרו מכור לי באלו קנה ומחזיר אונאה... לפי שהיה בלשון מכירה מחוייב להיות בו אונאה והתורה גם כן מעידה על זה באומרה "וכי תמכרו ממכר" וגו' **בממכר** הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל **בחליפין** לא, אלא הדבר תלוי בהיותם מתרצים זה לזה ומה שנתרצו בו וקבלו אותו על עצמן נתקיים. וכתב תלמידו הרי"י מיגאש: ...מי שהחליף עם חברו סחורה בסחורה מבלתי שיסומו אותם בדמים כלל, אין אחד מהם יכול לטעון על חברו טענת אונאה, לפי שעיקר בידינו חליפין אין בהן אונאה.⁴

מדברי הרי"ף נראה שמה שאסרה תורה במילים "ולא תונו" הוא במקום שיש דין מכירה, דהיינו כאשר מתקבלת תמורה שוות ערך למוצר, אבל כאשר הצדדים אינם מקבלים תמורה שוות ערך אלא את מילוי רצונם, אין זו מכירה אלא **החלפה**, ועל עסקה כזו לא חלים דיני אונאה. כך ביאר גם הגאון רבי ברוך בער את דעת הרי"ף:

דבחליפין לא שייך אונאה וביטול מקח. דמכיוון דהוא בתורת חליפין ולא בתורת דמים, אם כן אין זה תנאי מקח וממכר דנאמר דיתרון של השווי (=החריגה ממחיר השוק) הוי גול ובטול מקח. דכיוון דהוא בתורת חליפין אינו אלא כתנאי מתנה ונעשה על ידי ריצוי שלהם הקניין ועל כן לא שייך אונאה. דעיקר ביאור דין אונאה הוא דיתרון השווי או דחוסר השווי גזירת הכתוב הוא שיהיה זה גזילה, אבל בחליפין שאין כאן תורת מקח וממכר, אלא על ידי שנתרצה זה בזה וזה בזה, נתקיים בזה המקח, ועל כן מופקע חליפין מאונאה, שאין זה מיקח דנאמר דיתרון השווי יהיה גול המקח, דהקיום הוא על ידי רצונם לבד ולא על ידי המקח.⁵

דהיינו לשיטת הרי"ף והרמב"ם **מכירה** היא כשהצדדים חפצים לקבל תמורה שוות ערך, וכאשר התמורה גבוהה או נמוכה ממחיר השוק, הרי זה גול, ובזה אסרה התורה להונות. לעומת זאת, **בהחלפה** כל אחד מהצדדים זקוק לחפץ שנמצא ביד השני ולכן הוא מוכן לתת את שלו למרות שאין בה תמורה הוגנת, ומשום כך יש מסתבר שהפסוק "ולא תונו איש את עמיתו" לא מדבר על כך ואין איסור גול בחריגה ממחיר השוק.

הכסף-משנה הביא את דעת תלמידי הרשב"א⁶ שסברו שאין אונאה בחליפין גם כשהצדדים מקפידים לקבל תמורה שוות ערך:

4. **שיטה מקובצת** בבא מציעא מו,ב, ד"ה אבל הריא"ף.

5. **ברכת שמואל** בבא מציעא, לו.

6. [הערת עורך: יש לציין שבדרך כלל כוונת הבית יוסף בכותבו "תלמידי הרשב"א" היא לחידושי ריטב"א "הישנים". ואכן מובא בריטב"א "הישנים" (השלמות לבבא מציעא מו,א, ד"ה בספר קניין) בביאור דעת הרמב"ם: "דכיון דסבירא ליה פירי לא עבדי חליפין ושמוה אותם הרי הוא כמכירה שצריכה שומא

...אבל תלמידי הרשב"א כתבו שכדברי רבנו (=הרמב"ם) נראה עיקר שאין אונאה בחליפין לעולם אלא במכר דממכר כתיב.⁷

בשו"ת שבות יעקב כתב שדעת תלמידי הרשב"א (וממילא גם דעת הרי"ף) היא כרמב"ם אך לא מטעמו, כיוון שהרמב"ם נימק את ההבדל בין החלפה ומכירה **בדעתם** של הצדדים לעסקה,⁸ לעומת זאת, תלמידי הרשב"א נימקו זאת **בגזרת הכתוב** שעל פיה נקבע שדין אונאה יחול במכירה ולא בהחלפה. הוא מזכיר שתי נפקותות בין השיטות:

א. מחליף כלי בפירות ונתאנה קונה הכלי – לתלמידי הרשב"א יש להסתפק האם המיעוט שנלמד מהכתוב כולל גם מקרה כזה. בניגוד לכך לדעת הרמב"ם אפשר שאין כאן דין אונאה כיוון שהקונה רוצה בכלי זה, והוא גומר בדעתו לקנות אותו ללא קשר לשוויו. כמובן שאם הנתאנה קונה הפירות יש בו דין אונאה, כיוון שדעתו הייתה לקבל תמורה הוגנת.

ב. החליף פירות בפירות והנתאנה ביותר מפי שניים – לתלמידי הרשב"א, יש ללמוד מקרקעות והקדשות, שגם הם נתמעטו מדין אונאה הכתוב בתורה, ובכל זאת, לשיטת התוספות,⁹ כאשר פער המחיר בין הסכום ששולם למחיר השוק הוא יותר מפי שניים – העסקה בטלה. כך יהיה גם במחליף כלים בכלים, שדינם נלמד גם הוא מפסוק – אם האונאה היא בשיעור של יותר מפי שניים העסקה תבטל. לעומת זאת, לדעת הרמב"ם כיוון שהסיבה להבדל נובעת מגמירות דעת, גם בפער של יותר מפי שניים לא יהיה דין אונאה.

בשו"ת שבות יעקב¹⁰ הקשה על תלמידי הרשב"א, שהרי עיקר מיקח וממכר הוא בהחלפה, וכן מבואר בגמרא ביחס למתנות כהונה שצריכים להינתן כמתנה כיוון ש"נתינה כתיב בהו",¹¹ ועל כן לא ניתן לתת אותם בחליפין שהן דרך מקח וממכר. אם כן, איך ייתכן שדווקא על חליפין לא חלים דיני אונאה?

בניגוד לתלמידי הרשב"א, הרי שעל הרמב"ם אין קושיה: בשו"ת שבות יעקב כתב, כאמור, שהסיבה שאין דין אונאה בהחלפה היא משום שעסקה כזו אינה מצויה. לפיכך, ניתן לומר שהחלפה איננה בגדר מקח וממכר עליהם אמרה תורה "ולא תונו איש את עמיתו", ולכן דיני אונאה אינם חלים על החלפה.

ומשום הכי יש להם אונאה". מדבריו עולה שלעולם אין בחליפין דין אונאה, אולם, כיוון שפירות "לא עבדי חליפין" הרי שיש אונאה בפירות.

בכל מקרה המיעוט מהפסוק המובא בסף-משנה ("דממכר כתיב") אינו מצוי בדברי הריטב"א האמורים, ומקורו בתשובת הרי"ף שהובאה בתחילת הסעיף. ראה גם בחוקות הדיינים סימן רב (לתלמיד הרשב"א) שכתב בשם רבנו חננאל שאין אונאה בחליפין כלל. מאידך הריטב"א (החדשים) מז, א, ד"ה ויש, הביא את המיעוט מהפסוק ודחה אותו. ד.כ.].

7. **כסף-משנה** מכירה יג, א.

8. **בשו"ת עבודת הגרשוני** קה כתב שגם טעם הרמב"ם שאין בחליפין אונאה, הוא מפני שאינו בכלל ממכר. ומה שכתב הרמב"ם "זה רוצה במחט יותר משריון", אינו עיקר הטעם.

9. **תוספות** בבא מציעא נו, א, ד"ה דאמר.

10. **שו"ת שבות יעקב** א, קסו.

11. **בבא מציעא** יא, ב.

3. אין אונאה בחליפין כשאין הקפדה לקבל תמורה שוות ערך

הרמב"ן כתב שיש דין אונאה בחליפין כשיש הקפדה על שווי החפצים שהוחלפו:

"חליפין ומקפיד עליהן מאי?" אף על גב דאסיקנא דחליפין ניהו, נראה לי שיש לו אונאה הואיל והקפיד עליהן, וכי אמרינן דאין אונאה לחליפין, בחליפין שאינו מקפיד עליהן, אבל במקפיד יש לו אונאה.

וכן אני אומר במחליף כלי בכלי וראה אותו שיש לו אונאה, ולא אמרו אין לו אלא במי שניכר שאינו מקפיד, כגון מכור לי באלו אבל בכל חליפין דעלמא יש לו אונאה. ויש מי שחולק ואומר לעולם אין אונאה לחליפין.¹²

מדברי הרמב"ן מבואר שהגורם הקובע הוא ההקפדה: אם הצדדים מקפידים על השווי של החפצים שהוחלפו, הרי זו **מכירה** ויש בה דין אונאה, לעומת זאת אם הצדדים אינם מקפידים לקבל שווי ראוי – הרי לפנינו עסקת **החלפה**. בסוף דבריו, הרמב"ן הביא את דעת החולקים שלעולם אין דין אונאה בחליפין.

בשיטת הרמב"ן שסובר שדווקא באינו מקפיד אין אונאה, הסביר הגאון רבי ברוך בער¹³ שהסיבה איננה בגלל שכאשר הצדדים אינם מקפידים לקבל תמורה שוות ערך אין **מכירה**, אלא שכאשר אינם מקפידים לקבל תמורה, למרות שהעסקה מוגדרת כמכירה ודיני אונאה חלים עליה, ישנה מחילה גמורה של הצדדים על החריגה ממחיר השוק.

על פניו נראה שהרמב"ם, שדבריו הובאו לעיל, סבור שאין אונאה בכל המרה של חפצים. אולם מפרשי הרמב"ם נחלקו במידת ההשפעה של ההקפדה לתמורה שווה, על תחולת דיני אונאה במקרה זה:

הרמב"ם כתב שבפירות יש אונאה "בין ששמו אותם קודם המכירה בין ששמו אותם אחר¹⁴ מכירה". הכסף משנה¹⁵ הסיק שאם לא שמו את ערך הפירות בכלל, אלא אמרו: "צבור פירות זה בצבור פירות זה אני מחליף" – גם בפירות אין דין אונאה.

בניגוד לכך, המגיד משנה¹⁶ כתב שמדברי הרמב"ם עולה שבכלים אפילו אם מקפיד על שווים אין להם אונאה. שהרי דווקא בפירות כתב שאם שמו אותם יש להם אונאה, משמע שבכלים אפילו שמו אותם, דהיינו שמקפידים על שווים – אין להם אונאה.

בהסבר החילוק בין פירות לכלים כתב המגיד משנה "שכלי מתקיים יותר מפירות". אפשר שכוונתו שכלי מתקיים יותר זמן, ולכן לא מתייחסים אל העסקה כ**מכירה** תמורת שווה ערך, אלא בתורת **החלפה** של חפץ בחפץ ללא קשר לשוויו, למען יתקיים הכלי ימים רבים אצלו.

12. רמב"ן בבא מציעא מז, א, ד"ה חליפין.

13. ברכת שמואל בבא מציעא, לו.

14. נתיבות המשפט רכז, יב, הקשה, כיצד שומה שנעשית לאחר מכירה, גורמת להחשיב את הצדדים לכאלה שמקפידים לקבל תמורה שוות ערך? הוא השיב שמדובר כשעוסקים עדיין באותו עניין, אחרת לא מסתבר ששומא שלאחר סיום העסקה תשנה את אופיה ודיניה של העסקה שכבר הסתיימה.

15. כסף-משנה מכירה יג, א.

16. מגיד-משנה שם.

כך משמע גם מהרמב"ם שכתב "שזה רוצה במחט יותר מן השיריים", וטעם זה שייך בדבר המתקיים ימים רבים. לעומת זאת, בהמרת פירות, שאינם מתקיימים ימים רבים, העסקה היא בתורת מכירה ולא החלפה ולכן יש דין אונאה.

לפי זה בהמרה של טלה בפירות, מחד גיסא, למקבל הפירות, שאינם מתקיימים, העסקה היא בגדר מכירה ויש לו דין אונאה, מאידך גיסא, לקונה את הטלה, שמתקיים לאורך זמן, אין דין אונאה, כיוון שמבחינתו מדובר בהחלפה, וכתוצאה מזה נאמר שגם לקונה הפירות אין אונאה, שהרי הוא כמי שהתנה "על מנת שאין במקח זה אונאה", כיוון שלגבי הצד השני מדובר בהחלפה.

מביאורו של המגיד-משנה לרמב"ם עולה שאין לחליפי כלים אונאה, אפילו שמו אותם ולחליפי פירות יש אונאה רק כששמו אותם, וכן כתב הסמ"ע.¹⁷ אמנם המחנה-אפרים חלק על המגיד משנה:

שהרי הרמב"ם ז"ל יהיב טעמא משום שזה רוצה במחט יותר מן השריון, כלומר – ואינם מקפידים על שווים... והיה נראה לעניות דעתי דמה שכתב הרמב"ם ז"ל בפירות בין שמו אחר כך, לא למימרא דשומא דאחר מכירה הוי קפידא, אלא הכי קאמר, אף על פי שלא שמו אותם קודם מכירה, יש להם אונאה, דסתמא אדעתא דשיווי נחתו מעיקרא. ואפילו למה שהבין הרב המגיד דבפירות כל שלא שמו אותם ולא אחר כך אין בהם אונאה, נראה דהיינו דוקא כשנתאנה בשומא, דאיכא למימר מדלא שמו אותם קביל עליה בכל גוונא, אבל היכא דאונאה הוי בשעור המדה כגון שלקח אכסרה של פירות, איכא למימר דזה סמך אאומדן דעתיה שיש בו כדי דמיו והותר.¹⁸

לדברי המחנה אפרים אם שמו את הכלים יש אונאה, שהרי טעם הרמב"ם הוא "שזה רוצה במחט" מתקיים דווקא כשהקונה אינו מקפיד על השווי. גם היעב"ץ כתב שמהנימוק של הרמב"ם נראה שאם שמו את הכלים, יש להם אונאה בחליפין:

דהא מידי הוא טעמא אלא משום "שזה רוצה" כו'. מה שאין כן במקפיד בשיווי דמים ושמו אותן מתחלה בוודאי חליפין אלו הרי הן כדמים, והיינו נמי דלא מפרש ברישא כהאי גוונא בהדיא איפכא, בין שמו בין לא משום דסתמו כפירוש מיירי בחליפין בלי שומא, דזיל בתר טעמא. ועוד חידוש הוא, ואין לך בו אלא חידוש, הבו דלא לוסיף.¹⁹

לדבריו, עצם הדין שאין לחליפין אונאה, הוא חידוש, ולכן אין להרחיב אותו מעבר למה שמפורש. הוא פוסק להלכה שיש אונאה במקרה זה, ואף ראוי להוציא האונאה מיד המוחזק ולכל הפחות יכול המוחזק לטעון כן. החתם סופר²⁰ כתב שאם שמו את השווי

17. סמ"ע רכז, לה.

18. מחנה-אפרים אונאה, ח.

19. שו"ת שאלת יעב"ץ ב, קסא.

20. הגהות חתם סופר לשולחן ערוך חו"מ רכז, כ.

ואחד הצדדים לעסקה הוסיף כסף בתמורה להפרש בין שווי המוצרים, אין חולק שיש דין אונאה.²¹

4. החלפה על ידי סוחר

הרדב"ז כתב שהדין שאין אונאה בחליפין עוסק בבעלי בתים המחליפים כלים זה עם זה לצורך שימוש עצמי דווקא, משום שאז ייתכן שכל אחד מהם זקוק למוצר שבידי חברו, ללא קשר לשוויו. אולם אם כוונתו למכור את החפץ שקיבל, בזה יש אונאה, ואין זה בכלל טעמו של הרמב"ם:

כלים או בהמות העומדות לסחורה יש להם אונאה אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל. חדא, דהבו דלא לוסיף עלה כנגד בעלי המחלוקות. ועוד, שדין זה מחודש הוא שאינו מפורש בגמרא שלנו ולא בירושלמי בהדיא, ותפסת מועט תפסת.

ותו דבשלמא אי איירי בבעלי בתים המחליפים כלי בכלי היינו דשתיק מינה גמרא דידן, דמלתא דלא שכיח כולי האי הוא. אבל אי איירי אפילו בכלים ובהמות העומדות לסחורה, ישכח ושכיח ומעשים בכל יום בהכי, ואמאי שתיק מינה גמרא דידן, וגם הירושלמי לא הזכיר אותו בהדיא.

ותו מהטעם שכתב הרב ז"ל "שזה רוצה במחט יותר מבשריו"ן שזה צריך לתפור חלוקן וצריך למחט לתועלתו לפי שעתו, אבל שריון לא צריך ליה שאין שם מלחמה וגם לא איש מלחמות הוא. וכן המחליף טלה בסוס הוא צריך לאכול בשר. והאי טעמא ודאי לא שייך אלא בבעלי בתים, אבל בסוחרים שיש לו כמה שריונים למכור, איך יעלה על הדעת שיחליפם בכמותם מחטים ולא יהיה לו אונאה. וכן מי שיש לו כמה בגדי משי למכור וירצה להחליפן בבגדי צמר ולא יהיה לו אונאה, והלא אם ימכרם במדינה או יוליכם למדינה לעולם ידו על התחתונה.²²

נתיבות המשפט²³ התייחס לדבריו וכתב שכל זה דווקא כששמו הסוחרים את הכלים לפני המכירה או אחריה, אולם כשלא שמו הסחורה כלל, אין בזה אונאה, כיוון שמקרה זה אינו שונה מפירות שלא נישמו. לדבריו, החלפת כלים על ידי סוחרים, דינה כהחלפת פירות על ידי בעלי בתים, וכשם שבפירות אין אונאה בלא שומה כך בכלי בעלי בתים.

מוכח מנתיבות המשפט שהוא סובר כדעת המגיד-משנה והסמ"ע לענין אונאה בפירות. כלומר, שיש אונאה דוקא אם שמו הפירות, זאת בניגוד למחנה אפרים וליעב"ץ.

בספר מחנה אפרים²⁴ חלק על הרדב"ז והסתייע בדברי הרי"ף והר"י מיגאש, שהובאו לעיל, שבחליפין אין אונאה כלל, גם כשמדובר בסוחר. הוא הסביר שהרמב"ם הוצרך לטעם של "זה רוצה בזה יותר מבה" רק למקרה שמחליף מחט בשריון, כלומר שלפי הרמב"ם אין אונאה בחליפין אלא במיקח וממכר, ואפילו באונאה גדולה כמו מחט ושריון אין אונאה,

21. כיוצא בזה כתב אבן האזל מכירה יג, א, ד"ה והנה המ"מ.

22. שו"ת רדב"ז ד, רסט.

23. נתיבות המשפט רכו, יב.

24. מחנה אפרים אונאה, י.

מפני שזה רוצה במחט וזה בשריון. מכל מקום עולה שלדעתו אף בסחורה או בכל דבר, כיוון שזה חליפין ולא מיקח וממכר, אין דין אונאה.²⁵ לסיכום, נאמרו שלוש סברות בביאור הדין שאין בחליפין אונאה:

- א. שיטת הרי"ף ותלמידי הרשב"א – בכל החלפה אין אונאה, והדבר נובע מגזירת הכתוב.
- ב. שיטת הרמב"ן – אין אונאה בחליפין, בתנאי שהצדדים אינם מקפידים לקבל תמורה שוות-ערך.
- ג. שיטת הרמב"ם – בהחלפה אין אונאה, והדבר נובע מדעתם של הצדדים. נחלקו אחרונים האם דברי הרמב"ם אמורים בכל החלפה, או רק כאשר הצדדים לא שמו את שווי החפצים שהוחלפו.

ה. ביטול מקח מחמת מום בחליפין

במקרה הנידון כאן שהוחלפו רכב ואופנוע, לא מדובר באונאת מחיר אלא בדרישה לביטול מקח בטענת מום. האם טענת מום דומה לדיני אונאה, או שהיא שונה, וגם אם אין אונאה במקרה זה, האם ייתכן ביטול מיקח מחמת מום? הרדב"ז טען שגם אם יימצא מום בחליפין לא ניתן יהיה לבטל המקח, וזאת, על סמך דברי הרמב"ם:

עוד יש ללמוד כי אפילו על ידי מום אין החליפין מתבטל, שהרי מחט בשריון אין לך מום גדול מזה, דבעלמא המיקח בטל, ואפילו הכי בחליפין אינו בטל. הוא הדין לביטול על ידי מום דאין להם, דכיון דטעמא הוי משום שזה רוצה במחט יותר מן השריון, הרי הוא רוצה בו אפילו במומו.²⁶

הרי שהטעם "זה רוצה במחט יותר משריון", הוא טעם גם כדי לקיים מיקח במומו, אמנם בסוף תשובתו כותב הרדב"ז:

ומכל מקום נראה לי שאם יש מום בשריון או במחט חוזר, דמצי למימר כלי שלם הייתי צריך.

הרי שלמסקנה כשנותן לו מחט פגומה, יכול לומר שרוצה מחט שלמה ולא פגומה תמורת השריון.

המחנה אפרים²⁷ הקשה על סברת הרדב"ז שהשווה מום לאונאת ממון, שהרי אם נמצא במיקח מום שהקונה לא היה מודע לו אין הוא מתרצה לבצע את העסקה – "חזקה אין אדם מתפייס במומין", ואם ידע הקונה על המום, סבר וקיבל. אלא שכאמור, גם הרדב"ז כתב לבסוף שיכול לומר: "כלי שלם הייתי צריך", וכן כתב גם נתיבות המשפט.²⁸

25. עיין להלן שחליפין שווה בשווה, הוא כשאר מיקח וממכר לעניין אונאה.

26. שו"ת רדב"ז ד, רסט (א, שמ).

27. מחנה אפרים אונאה, ט.

28. נתיבות המשפט רכו, יב.

לפי זה במקרה הנידון כאן, בטענת מום, אף בעסקת חליפין העסקה בטלה. ומכיוון שמנהג בני המדינה להחשיב בעיות במנוע כמום המבטל את המיקח, הרי שיש לבטל את עסקת החליפין.²⁹

ג. תשלום דמי השימוש באופנוע

לאור ההחלטה שיש לבטל העסקה, יש לדון בטענות השונות של שמעון. מאחר שלא היה יכול שמעון להשתמש במכונית בשל הפגם שנמצא בה, ואילו ראובן רכב על אופנועו של שמעון, מבקש שמעון לחייב את ראובן לשלם דמי שימוש עד לביטול העסקה, לפי תחשיב של שכירות אופנוע כזה לזמן האמור.

א. החזרת פירות בביטול מקח

כתב הרמב"ם:

המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר קרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל, ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר.³⁰

כלומר, במקרה של ביטול עסקת מקרקעין עקב מום, על הקונה להחזיר למוכר את הפירות שאכל מהקרקע. כך נפסק גם בשולחן ערוך,³¹ וכן נראה מדברי רבנו תם³² שבמקום שהמכר בטל על קונה להחזיר הפירות. כך נראה מדברי המאירי³³ שבמיקח טעות "הדרא תורא והדרא אגרא". בספר ערוך השולחן³⁴ הוסיף שצריך לנכות את ההוצאות של הקונה על הקרקע ואת היתרה יחזיר למוכר.

ב. החזרת הרווחים ותשלום דמי שכירות

השלטי גיבורים כתב:

אבל אם הרוויח במקח שלקח מן המוכר שהוא בא לחזור, צריך שיתן כל מה שהרוויח בו, אם כן המוכר סוס לחבירו והרוויח בו מעות ואחר כך מצא בו מום ורוצה לחזור, צריך שיתן לו מה שהרוויח באותו הסוס, ואפילו לא הרוויח כלום אלא שעשה בו מלאכתו, נראה דצריך להעלות לו שכר.³⁵

לעניין שכר על רכוש המטלטל³⁶ נאמר בגמרא:

29. עיין שולחן ערוך חו"מ רלב, ה.

30. רמב"ם מכירה טז, ח.

31. שולחן ערוך חו"מ רלב, טו.

32. תוספות בבא מציעא סו, ב, ד"ה התם.

33. המאירי בבא קמא לג, א ד"ה ממה שאמרנו.

34. ערוך השולחן חו"מ רלב, כג.

35. שלטי גיבורים על הרי"ף בבא מציעא ל, ב אות א.

36. בניגוד לכך, בקרקע די בקיטום של התנאי הראשון. ולכן המשתמש בקרקע העומדת להשכרה תמיד צריך לשלם דמי שימוש, אפילו השתמש כגולן אינו נפטר כיוון שקרקע אינה נגזלת.

התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, רצה שכרה נוטל רצה פחתה... לא פליגי, הא דעבידא לאגרא... הא דנחית אדעתא דאגרא.³⁷

מוכח שצריך שני תנאים: א. שהחפץ עומד להשכרה. ב. האדם לקח אותו על דעת לשלם שכר, ולא כגולן.

אמנם, יש לדון מה הדין במקרה שבו הקונה אינו מתכוון לשלם שכר אלא משתמש בחפץ כיוון שהוא חושב שהוא שלו. הרשב"א³⁸ כתב שאדם שקנה מגולן בתום לב, אינו חייב לשלם לנגזל דמי שימוש, כיוון שחשב שהחפץ שקנה שייך לו ומעולם לא התכוון לשלם דמי שכירות. האור שמח כתב שיש לחלק בין קנייה מגולן למיקח טעות:

דכיוון דאיהו מכוון לאפוקי מרשות בעלים תו נפיק מרשות בעלים וקנייה ככל גולן, ותו לאו ברשותא דמרא קאי, מה שאין כן בלא נתכוין לאפוקי מרשות בעלים כלל, רק בטעות שסבור שאין מום במקח, וסבור שהוא שלו, אפשר דמשלם אגרא לבעלים, וצריך עיון.³⁹

כלומר, אדם הקונה מגולן רוצה שהחפץ יישאר בידו, מבחינתו הוא בעלים לכל דבר, אלא שבית-דין מוציאים את הגזלה מידו. לעומת זאת, במיקח טעות הקונה עצמו אינו רוצה להוציא מרשות המוכר את החפץ אם יש בו מום. לפיכך, אם התברר שיש מום במיקח, יש להניח שהקונה לא מתכוון להוציא את החפץ מרשות בעלים, והוא נוטל אותו כשוכר, מתוך כוונה לשלם על השימוש בו.

במסקנת דבריו כתב שהדעת נוטה, שלשיטת הרשב"א גם בביטול עסקה עקב מום, הקונה אינו צריך לשלם דמי שכירות, כמו בחפץ גזול. וסיים:

נראה דתליא אם נימא דהמוכר דבר שיש בו מום אם המוכר יכול לחזור בו טרם שנודע ללוקח, דאם נימא דאין המוכר יכול לחזור בו הרי נפיק מרשות בעלים, דבדידיה דלוקח תלוי, ולא במוכר.

כלומר, הוא תלה את הדברים בשאלה מי יכול לבטל את העסקה במקרה של מיקח טעות. על פי השיטה שרק הצד הנפגע יכול לבטל את העסקה – הרי שמבחינת הצד שלא נפגע העסקה קיימת לחלוטין ולכן הוא אינו מתכוון לשלם דמי שכירות עבור השימוש בדיוק כמו גולן.

בניגוד לכך, על פי השיטה ששני הצדדים יכולים לבטל את העסקה – הרי שמבחינת שני הצדדים העסקה טרם הסתיימה, ושניהם מתכוונים לשלם דמי שכירות על השימוש, אם העסקה תבוטל.

האור שמח ציין לדברי הסמ"ע⁴⁰ שסבר ששני הצדדים יכולים לבטל את העסקה, והוסיף שכך כתב גם הרשב"ש.⁴¹ לשיטתם, גם במיקח טעות הקונה צריך להעלות לו שכר, ונראה

37. בבא קמא צו, א.

38. רשב"א בבא קמא לגב, ד"ה למה.

39. אור שמח על הרמב"ם מכירה טו, ח.

40. סמ"ע רלב, יב.

שכך סבר גם האור שמח להלכה. אמנם, יש להדגיש שמדובר על דמי שכירות ולא על החזרת הרווחים.

אולם מדברי הריטב"א בנוגע לביטול מיקח עקב אונאת ממון משמע שהקונה אינו חייב לשלם דמי שכירות על הזמן שלא ידע על המום:

ואם הכיר אונאתו והודיעו ואחר כך נשתמש בו, לא מחל אונאתו אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו, אם רצה המתאנה לבטל המקח לתבוע אונאה.⁴²

דהיינו, רק אם הקונה השתמש בחפץ לאחר שהתברר שיש אונאת ממון⁴³ בעסקה – הוא חייב לשלם למוכר דמי שימוש. לא ניתן לומר שהריטב"א עוסק במקרה שהחפץ אינו מיועד להשכרה, שהרי אם כך, גם לאחר שנודע לקונה על האונאה, אין מקום לחייב אותו בדמי שכירות.

ג. החזרת המעות משום ריבית או גזל

כאמור לעיל, הרמב"ם והשולחן ערוך פסקו שהקונה קרקע ונמצא בה מום חייב להחזיר למוכר את הפירות. בטעם הדין כתב המגיד-משנה⁴⁴ שכיוון שבטל המיקח, "הדרא ארעא והדרי פירי", והביא ראיה מדברי רב נחמן בגמרא:

אמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא, הדר ארעא והדרי פירי.⁴⁵

כלומר, אם הלווה קיבל על עצמו שאם לא יפרע את חובו תוך שלוש שנים, הבעלות על שדהו תעבור למלווה – הדבר אינו תקף והוא בגדר אסמכתא. לפיכך, צריך המלווה להחזיר ללווה את שדהו ואת דמי הפירות שאכל. המחנה-אפרים כתב שאין ראיה מהגמרא:

דהתם היינו טעמא משום ריבית, אבל הכא ליכא משום ריבית, ודמי ללוקח קרקע גזולה ולא הכיר בה, דחייב להחזיר הפירות משום גזל.⁴⁶

דהיינו, בגמרא המלווה חייב להחזיר את דמי הפירות מפאת איסור ריבית, שהרי בגלל דין אסמכתא הקרקע נשארה בבעלות הלווה ויוצא אם כן שהמלווה מקבל פירות נוסף לפירעון החוב. לעומת זאת, הקונה קרקע שנמצא בה מום צריך להשיב את הפירות בגלל איסור גזל. אמנם הלבוש כתב כמגיד משנה:

...ואם לא החזיר הוה ליה ריבית, דהא כיוון שנודע מום שמבטל מקח נתבטל המקח מעיקרו, והוה ליה המעות הלוואה גביה והפירות שאכל הוה ריבית, וכן אם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר.⁴⁷

41. שו"ת הרשב"ש תעו.

42. ריטב"א בבא מציעא נב, ד"ה יתר.

43. במום במיקח, אם הקונה השתמש בחפץ לאחר שגילה את המום הוא כבר לא יכול לבטל את העסקה, אולם בנידון כאן, כיוון שמדובר בהחלפה יש מקום לדיון על דמי השכירות על האופנוע, לאחר שהתגלה מום ברכב שניתן בתמורה.

44. מגיד-משנה מכירה טז, ח.

45. בבא מציעא סו, ב.

46. הגהות מחנה-אפרים על הרמב"ם מכירה טז, ח.

דהיינו, כיוון שהעסקה התבטלה, הרי שהכסף ששילם הקונה הינו בגדר הלוואה למוכר, ואם יאכל הקונה את פירות השדה בלא תמורה הרי זו ריבית.

הסמ"ע⁴⁷ הקשה על דברי הלבוש – אם הסיבה לדין היא איסור ריבית, היה לו לרמב"ם לכתוב שאם הקונה טרם שילם, אזי לא הייתה הלוואה ואין בהשאת הפירות בידי הקונה משום ריבית. זאת ועוד, גם אם הקונה שילם, ואף אכל את הפירות אין זה ריבית אלא אבק ריבית בלבד, ואבק ריבית אין צריך להחזיר.

על כן פירש הסמ"ע שהחויב להחזיר אינו מטעם ריבית אלא מטעם גזל, כיוון שהקרקע באה לידי של הקונה בטעות. אילו ידע המוכר שהקונה יחזור בו מחמת המום, בוודאי לא היה נותן לו את הקרקע מעיקרא.

הב"ח⁴⁸ כתב שאם הקונה שילם עליו להחזיר את הפירות – כיוון שלא היה מיקח כלל, זו ריבית דאורייתא; ואם לא נתן דמים, הפירות חוזרים מטעם גזל.

האמרי בינה⁴⁹ כתב שאכילת הפירות היא אבק ריבית. ואף שבדרך כלל אין חובה להשיב ממון המוגדר כאבק ריבית, היינו דווקא כשהמלווה והלווה ידעו מראש שיש איסור אבק ריבית ובכל זאת התכוונו לעבור עליו. אבל כאשר הלווה או המלווה לא ידעו על כך, זו הקנאה בטעות, כיוון שהמלווה לא התכוון להקנות ללווה. לפיכך, בביטול עסקה מחמת מום, כיוון שהמוכר/הלווה לא ידע מראש שהעסקה תבטל הוא לא הקנה לקונה/המלווה את פירות השדה והלה חייב להחזיר אותן. מסיבה זאת, כתבו המגיד-משנה והלבוש שיש להשיב את הפירות מחמת איסור גזל ולא מחמת איסור ריבית.

בספר נחל-יצחק⁵⁰ כתב שאין איסור ריבית על ממון גזול, וכיוון שהמעוה שהמוכר קיבל מהקונה, והפירות שהקונה אכל מהשדה הם בגדר גזל – אין בהם איסור ריבית. לפי זה, לכאורה, יש לחייב את ראובן בתשלום השכירות של האופנוע.

ד. חליפין שווה בשווה

אולם נראה שכל מה שהובא עד כה, אמור במקרה שאדם מכר חפץ או קרקע פגומים תמורת כסף. ובהקשר המדובר כאן, אילו היה האופנוע נמכר תמורת כסף והיה מתגלה מום באופנוע, כאשר הקונה מחזיר את האופנוע עליו היה לשלם גם דמי שימוש.

אולם במקרה הנידון האופנוע היה **תשלום** תמורת המכונית. כשנמצא מום במכונית, והיא הוחזרה לראובן, היה עליו להחזיר לשמעון את התמורה שקיבל ממנו, דהיינו את האופנוע. נמצא אם כן, שהשבת האופנוע היא בגדר השבת התשלום לקונה.

47. לבוש רלב, טו.

48. סמ"ע רלב, לג.

49. ב"ח רלב, יב.

50. אמרי בינה חלק התשובות א, יד.

51. נחל-יצחק פא, ו, ענף א.

כאשר מתגלה מום באחד משני חפצים שהוחלפו זה בזה, יש לדון האם יש כאן מום בכל העסקה וכל אחד מחזיר לשני את מה שקיבל. או שמא, את החפץ הפגום יש להחזיר לבעליו המקורי, שבתמורה צריך לתת את מה שקיבל בתורת תשלום.

א. חליפין שווה בשווה כדין מיוחד

נראה שדבר זה תלוי בהגדרת דין חליפין שווה בשווה. במגילת רות נאמר: "וזאת לפנינו בישראל על הגאולה ועל התמורה לקים כל דבר."⁵² על כך נאמר בברייתא –

"גאולה" – זו מכירה... "תמורה" – זו חליפין... "לקים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו". – מי נתן למי? – בועז נתן לגואל. רבי יהודה אומר: גואל נתן לבעוז.⁵³

על כך כתבו התוספות:

ומפרש רבנו תם: "גאולה" – זו מכירה, ולרבי יוחנן "גאולה" בכסף ולריש לקיש במשיכה. "תמורה" – זו חליפין של שווה בשווה דמהני לכולי עלמא אפילו בפירי. "לקים כל דבר" – לרבות אינו שווה בשווה, למר אף במטבע ופירי ולמר דוקא בכלי.⁵⁴

לדברי רבנו תם "מכירה" זו מכירה באמצעות קניין מעות או משיכה בהתאם למחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש. "תמורה" היינו חליפין של שווה בשווה, שמועיל אף בפירות, "ולקיים כל דבר" היינו קניין סודר.

רבנו תם מבחין בין שני סוגים של חליפין: יש חליפין שהם באים בתורת "שווה בשווה", דהיינו, כאשר חפץ אחד ניתן בתמורה לחפץ אחר, ושניהם בעלי שווי דומה. עסקה כזו מסתיימת ברגע שאחד הצדדים מקבל את החפץ שקנה, גם כאשר מדובר בקבלת פירות. ויש קניין סודר, כשהמקנה מגביה סודר, סודר זה איננו כלי שווה ערך והגבתו היא מעשה סמלי, כיוון שלא ניתן להשתמש בפירות אלא בכלי הראוי לקניין. הרשב"א הביא את דברי רבנו תם, והעיר עליהם:

אבל שווה בשווה כל דבר נעשה חליפין ונקנה בחליפין, והלכך שור בפרה וחמור בשור, שווה בשווה נקנה הוא... דכל הני פלוגתא (=בנוגע לכלי הראוי לקניין) אינן אלא בחליפי קיום דבר כלומר דומיא דנעל דאינו שווה בשווה.⁵⁵

הרי שיש חליפין שהם "לקיום הדבר", דהיינו קניין סודר, ובקניין זה יש צורך כלי דוקא. לעומת זאת, יש קניין חליפין בתורת "שווה בשווה" שבו אין החפץ ניתן רק כדי לבצע את הקניין אלא כתמורה שוות ערך. נראה שזו גם דעת הרמב"ם:

כל המיטלטלין קונין זה את זה, כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אף על פי שמקפידין על הדמים ושיערו כמה שווה זה וכמה שווה זה ואחר כך החליפו, כיוון

52. רות ד, ז.

53. בבא מציעא מז, א.

54. תוספות בבא מציעא מז, א, ד"ה גאולה. דבריו הובאו גם שם מו, ב, ד"ה פירי וד"ה ולרב.

55. רשב"א קידושין כח, ב, ד"ה הניחא.

שמשיך האחד או הגביהו, קנה השני המטלטלין האחרים בכל מקום שהם ונעשה ברשותו, ואף על פי שעדיין לא משכן.⁵⁶

רוצה לומר, קניין חליפין מועיל אפילו בדבר שאינו כלי, דהיינו בחליפין "שווה בשווה". המגיד-משנה⁵⁷ כתב שדעת הרמב"ם כדעת רבנו תם, שהובא לעיל. המגיד-משנה הביא פוסקים אחרים שסברו שאפילו בחליפין "שווה בשווה" נתינת הפירות אינה מעשה קניין מועיל, אבל בהחלפה של בעלי חיים, משיכת האחד מעבירה את הבעלות גם על השני.⁵⁸

ב. חליפין שווה בשווה כשווה כסף או כסודר

האחרונים נחלקו בביאור שיטת רבנו תם ביחס לחליפין שווה בשווה: האם חליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין סודר או חלק מקניין כסף.

הגאון רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק⁵⁹ ביאר את ההבדל בין דיני קניין סודר לדיני חליפין שווה בשווה: **בקניין סודר** למוכר אין תועלת וצורך בסודר, והסודר נועד רק כדי שיהיה למוכר עבור מה להקנות (תחליף לתמורה), על כן יש צורך דווקא בכלי דוגמת נעל.

לעומת זאת, **בחליפין שווה בשווה** כשם שצד אחד מעוניין בחפץ של חברו כך גם הצד השני, ולכן לא ניתן להגדיר מי הקונה ומי המוכר. כיוון שכך, הכלל "אין פרי נעשה חליפין" אינו חל במקרה זה, כיוון שניתן לראות במי שמעוניין בפירות גם קונה וגם מוכר. במכירת חפץ תמורת מטבעות, לעומת זאת, לא ניתן לראות בחליפין שווה בשווה כיוון שברור מיהו המוכר ומיהו הקונה. מדבריו מוכח שחליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין חליפין ולא חלק מקניין כסף.

המקנה⁶⁰ כתב שלפי רבנו תם גאולה ותמורה הם שני מיני חליפין: **גאולה** – כששני הצדדים בשוק, לזה **מעוֹת** בביתו ולזה **חפץ** בביתו, והם רוצים להמיר אותם אחד בשני. לשם כך הקונה נותן סודר למוכר, בתמורה החפץ עובר לבעלותו של הקונה והקונה מתחייב למוכר כסף.

תמורה – כששני הצדדים בשוק ולכל אחד מהם חפץ בביתו והם רוצים להחליף אותם זה בזה, אז מקנה האחד לחברו את החפץ הנמצא בביתו בקניין סודר. הדבר שקול למשיכת החפץ על ידי הקונה, וממילא נקנה החפץ השני למוכר על ידי חליפין שווה בשווה.

לכאורה, משמע מדבריו שגם חליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין חליפין. אולם במקום אחר כתב המקנה⁶¹ על פי דברי הריטב"א שקניין זה מועיל מדין שווה כסף, פרט לקניית מיטלטלין שאינה אפשרית בדרך זו עקב תקנת חכמים ויש לבצעה במשיכה ועל כך כתב רבנו תם שחליפין שווה בשווה קונה מדין חליפין.

56. רמב"ם מכירה ה, א.

57. מגיד-משנה שם.

58. וכן הביא הבית-יוסף חו"מ רג, ד"ה כתב, ויבואר עוד להלן.

59. חידושי רבנו מאיר שמחה בבא מציעא מה, ב.

60. ספר המקנה קידושין כח, א, ד"ה בתוס' ד"ה כל.

61. שם ג, א, ד"ה בא"ד לכך.

הפני-יהושע⁶² הסביר בתחילה שרבנו תם סבר שחליפין שווה בשווה מקורו בפסוק במגילת רות ונלמד עם קניין סודר. על כך הוא הקשה כיצד ייתכן שישנם הבדלים בין קניין סודר וחליפין שווה בשווה, אם שניהם נלמדו מאותו הפסוק? לפיכך דעת הפני-יהושע שחליפין שווה בשווה אינו נלמד ממגילת רות, אלא מקורו בדין תורה כחלק מקניין כסף:

דלדעתי חליפין דשווה בשווה לא צריכי לדברי קבלה, אלא קונה מדברי תורה קניין גמור דהא קיימא לן הלכתא כרבי יוחנן דמעוות קונה דבר תורה... והדבר ידוע דבכל מקום שאמרו כסף קונה אמרינן דשווה כסף ככסף... ואם כן כשמחליף פרה בחמור נעשה הפרה שווה כסף לגבי החמור וכיוון שמשך בעל החמור את הפרה הרי הגיע שווה כסף לידו ואם כן נקנה החמור לבעל הפרה, דקניין הכסף שנתן בכל מקום שהוא הוה קניין גמור.⁶³

כלומר, חליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין כסף על פי הכלל "שווה כסף – ככסף". ולכן, גם תשלום של שווה כסף מהווה מעשה קניין. בהמשך, הוא הסביר שלמרות שחכמים תקנו תקנה שמעשה הקניין יהיה משיכה, הרי שבמקרה של חליפין של חפץ בחפץ אין מקום לתקנה. אמנם, לשיטת ריש לקיש הסבור שמשיכה מקורה בתורה ולא קניין מעות יש לומר שחליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין סודר.

החלקת יואב⁶⁴ כתב שחליפין שווה בשווה יש בו משום קניין כסף וגם משום קניין משיכה: מדין תורה זהו קניין כסף, אולם משגורו חכמים שמעשה הקניין יהיה במשיכה, חליפין שווה בשווה נעשו חלק מקניין משיכה. כאשר המשיכה אינה גורמת להעברת הבעלות על החפץ השני, אלא ליצירת חיוב על האדם השני.

חידושי הרי"מ⁶⁵ כתב גם כן שחליפין שווה בשווה מועיל מדין קניין (שווה) כסף, והקשה, אם כן מה הצורך בפסוק במגילת רות. הוא תירץ, שאמנם במקרה שאדם רוצה לקנות קרקע מסוימת תמורת מחיר מסוים, והמוכר הסכים לקבל קרקע אחרת כתשלום והוא מחזיק בה והקונה זוכה בקרקע שלו, אז אין צורך בפסוק.

אולם הלימוד מהפסוק נצרך במקרה ששני הצדדים מעוניינים להחליף ביניהם קרקעות. במקרה זה כל אחד רוצה את הקרקע הנמצאת אצל חברו, ולכן גם אם אחד הצדדים יחזיק בקרקע של חברו העברת הבעלות לא תתרחש. זאת, כיוון ששני הצדדים אינם מוכנים להעביר את הבעלות עד שיקבלו את הקרקע בתמורה.

לכך בא הפסוק "על התמורה" וחידש שקניין קרקע אחת מועיל מדין שווה כסף להעביר את הבעלות על הקרקע השנייה. קניין זה מועיל גם במטלטלין, והוא לא בוטל במסגרת תקנת חכמים שקבעה שתשלום אינו מעשה קניין אלא משיכה.

גם **הגאון רבי נפתלי טרופ בשיעוריו** כתב שחליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין כסף:

62. פני-יהושע בבא מציעא מה,ב, ד"ה איתמר.

63. פני-יהושע שם.

64. חלקת-יואב חו"מ יז.

65. חידושי הרי"מ חו"מ רג, ג.

...ומשמע שקניין שווה בשווה אינו דומה לקניין סודר אלא דקניין שווה בשווה הוא כעין קניין דמים, רק דבקניין דמים הוא צריך ליתן הדמים בשיווי החפץ, שבודקים כמה שווה החפץ וכך וכך דמים משלם עבור החפץ. אמנם בקניין שווה בשווה אינו צריך לשלם שיווי החפץ, רק דהם נותנים חפצים זה לזה, ואין אנו צריכים לשום שיווי החפצים.

ועוד חילוק יש בין קניין דמים לקניין שווה בשווה, דקניין שווה בשווה לא יהיה נקנה בתחילת פרעון, מפני שצריך לתת כל החפץ כדי לקנות חפצו של חברו. ואפשר דבקניין שווה בשווה צריכים שיהיו החפצים שווים פרוטה כיוון דהוה כעין קניין דמים, ואינו דומה לקניין סודר שקונים בכלי, אף על פי שאין בו שווה פרוטה.⁶⁶

דהיינו, חליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין כסף, ולכן עליהם להיות שווים פרוטה לכל הפחות. ובכל זאת יש כמה הבדלים ביניהם. אחד ההבדלים בין חליפין שווה בשווה וקניין כסף הוא שבניגוד לקניין כסף בו די בתשלום חלק מהסכום כדי לבצע את העסקה, בחליפין שווה בשווה יש לתת את כל החפץ בתמורה להחלפה.

הוא הביא ראייה שחליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין כסף מדברי נתיבות המשפט⁶⁷ שכתב שקניין בהנאת "אדם חשוב" פועל מטעם קניין שווה בשווה ועל כן לא צריך סודר.

גם בספר **אבי עזרי**⁶⁸ כתב שחליפין שווה בשווה "גדר קניין כסף הוא". עוד הוכיח האבי עזרי שדברי הרמב"ם שאין לחליפין אונאה אמורים בחליפין שווה בשווה, שהרי בקניין סודר (של חפץ תמורת תשלום) ברור שיש אונאה.

לסיכום, רבו האחרונים הסוברים שחליפין שווה בשווה הוא חלק מקניין כסף. לפיכך, כשנמצא מום באחד החפצים והעסקה מתבטלת, על הבעלים של החפץ הפגום להחזיר את החפץ התקין שקיבלו. החזרת החפץ התקין אינה חלק מביטול העסקה אלא בגדר תשלום, ואם כן, המחזיר את החפץ התקין אינו צריך לשלם דמי שכירות על החפץ התקין.

לפיכך, אין מקום לתביעת שמעון מראובן לתשלום בעבור השימוש באופנוע עד לביטול העסקה.

ה. פיצוי עבור ההשקעה בתיקון הרכב

שמעון תובע מראובן פיצוי עבור ההוצאות שהוציא לשווא על תיקון הרכב, כיוון שראובן השיאו עצה שאינה הוגנת.

א. חיוב מומחה בנזקי עצתו

בגמרא⁶⁹ נידונה שאלת חיובו של יועץ שגרם נזק. בעקבות כך נפסק בשולחן-ערוך:

66. חידושי הגר"ט קידושין צב.

67. נתיבות-המשפט קצ, ד.

68. אבי עזרי אישות א, א.

69. בבא קמא צט, ב.

המוליך חייטים לטחון ולא לתתן, ועשאו סובין או מורסן, נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין, בהמה טבח וניבלה, בשכר – חייבים לשלם דמיהן, ואם שחט בחנם – אם היה טבח מומחה פטור ואם אינו מומחה חייב...

המראה דינר לשולחני, ואמר לו יפה הוא ונמצא רע, אם בשכר ראהו – חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד, ואם בחינם ראהו – פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד; ואם אינו בקי חייב לשלם אף על פי שהוא בחינם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים.

הג"ה: ויש אומרים דאפילו סתמא נמי חייב, ומכל מקום הסברא הראשונה נראה עיקר.⁷⁰

כלומר, יועץ מומחה שיעץ בחינם וגרם נזק – פטור, יועץ מומחה שיעץ בשכר או יועץ שאינו מומחה שגרמו נזק – חייבים. בסוף דבריו כתב השולחן-ערוך שהיועץ חייב דוקא כאשר נאמר לו "עליך אני סומך" או שהיה מובן שבכך מדובר.

התוספות⁷¹ והרא"ש⁷² כתבו שאפילו אם לא נאמר ליועץ: "עליך אני סומך" – היועץ חייב. והוסיפו התוספות והביאו את דעת הרי"ף המתנה את חיוב היועץ באמירה שעליו סומכים. שתי הדעות הובאו בשו"ע⁷³, והרמ"א⁷⁴ כתב שסברת הרי"ף היא העיקרית.

הש"ך⁷⁵ הביא את דעת מהרש"ל שפסק כתוספות שהיועץ חייב גם כשלא נאמר לו "עליך אני סומך", אולם להלכה פסק כדעת הרמ"א.

ב. הצורך בהסתמכות מפורשת על המומחה

הצורך בהבהרה ליועץ שעליו סומכים מתבאר בדברי רבנו אפרים:

ופירש, דמראה דינר מיירי בכהאי גוונא שאם האומן אומר (=שהוא) טוב, אז צריך לקבלו על כורחו ואינו יכול להישמט, ולכך חייב אפילו לא אמר חזי וכו', אבל משכון ומיקח אין לו בעל כורחו ליקח או לקנות.⁷⁶

כלומר, היועץ חייב רק כאשר העצה שלו מחייבת, כגון במקרה שהלווה רוצה לפרוע את חובו למלווה במטבע החשוד כמזויף. במקרה כזה קביעת היועץ שהמטבע תקין מחייבת את המלווה לקבל את המטבע בפירעון החוב ולכן מוטלת אחריות על היועץ. באותו האופן כתב המרדכי בהרחבה:

במראה דינר לשולחני, דוקא דאין לו לאישתמוטי ועל כן יש לו ליקח על פי השולחני, דהוי כמו דין דין וטעה, אבל מראה מיקח לתגר או קרובו, וכן

70. שולחן ערוך חו"מ שו, ד; שם שו, ו.

71. תוספות בבא קמא ק,א, ד"ה אחוי.

72. רא"ש בבא קמא ט, טז.

73. שולחן ערוך חו"מ שו, ו.

74. רמ"א שם.

75. ש"ך שם יב.

76. הגהות אשרי בבא קמא ט, טז.

משכונות, וכן ההיא דפרק חזקת הבתים "והא אית לי סהדי דאימלכית בך ואת אמרת לי זיל זבין" וכו', אף על פי שקרקע גזולה והכשילו בעצתו, מכל מקום פטורי כולו מפני שאית להו לאישתמוטי ולא לסמוך על דבריו. והיינו דומיא דפורץ גדר בפני בהמת חבירו, דאמרין שלא היה לה להזיק, דהתם מודה רבי מאיר והכא לא שנא.⁷⁷

המרדכי כתב שכאשר לא נאמר ליועץ "עליך אני סומך", והשואל אינו חייב לפעול על פי דברי היועץ הרי שהעצה איננה בגדר "ברי היזקא", כלומר, נזק ברור. במקרה כזה נזק שנגרם עקב הסתמכות על היועץ הוא בגדר גרמא, ולכן היועץ פטור. המרדכי הביא ראיה מדין הפורץ גדר בפני בהמת חבירו ויצאה הבהמה והזיקה – שהפורץ פטור, כיוון שלא היה ברור שהבהמה שתצא בעקבות הפריצה, תזיק.

אולם כאשר נאמר ליועץ שסומכים על עצתו, עליו לדעת שהשואל ינהג על פי עצתו ולכן אם העצה שגויה הנזק הוא ברור ומידי. נזק כזה מוגדר כגרמי והוא מחייב את היועץ. רבי זרחיה הלוי, בעל המאור, כתב שיש מקרים שהיועץ חייב גם כשלא נאמר לו שסומכים עליו:

ודאמר הרי"ף ז"ל דהדיוט לא מחייב לשלומי עד שמודיע ליה דעליה סמך, נראה לי דהני מילי בשאין השולחני רואה המיקח וממכר, אבל בעומד ורואהו, אין צריך להודיע כמו שאין צריך להודיע בדין וזיכה את החייב.⁷⁸

כלומר, כאשר היועץ רואה את מושא ההתייעצות (המיקח) הוא אינו יכול להסתתר מאחורי הטענה שהוא היה סבור שלא יסמכו על עצתו. כך כתב גם הרמב"ן בספרו מלחמות ה':

אמר הכותב: מצאתי בהלכות ספרדים מדוקדקים, ואי מוכחא מילתא דעליה סמך, לא צריך לאודועי, ע"כ. והיינו בעומד ורואהו ואין אנו צריכים לתוספת.⁷⁹

כל הדברים אמורים לשיטת הרי"ף הסובר שהיועץ חייב רק כשנאמר לו "עליך אני סומך", ברם, לשיטת התוספות והרא"ש, היועץ חייב גם כשלא נאמר לו דבר. וכן פסק בשו"ת חוות יאיר:

ונראה לי אם המטבע שהראה זה שאמר טובה היא, ניכרת לכל מביני המטבעות שרעה היא, ודאי חייב לשלם דמוזר הוא, כי לא שת ליבו אליה כלל ואין בזה שום תנאי, וכל שהוא יותר מומחה כל שכן שחייב.⁸⁰

לדבריו, כאשר הטעות היא ברורה לכל – ודאי שהיועץ חייב לשלם, כיוון שיעץ בחוסר תשומת לב מוחלטת. וככל שהמומחה גדול יותר הרי זו ראייה שהטעות נבעה מזלזול במזיד.

77. מרדכי בבא קמא קטז.

78. בעל המאור בבא קמא להב בדפי הרי"ף.

79. מלחמות ה' שם.

80. שו"ת חוות יאיר סד.

נתיבות המשפט⁸¹ כתב על דברי הרמב"ם והמחבר, שהצורך באמירת "עליך אני סומך" הוא רק ביועץ בחינם, אבל יועץ בשכר בוודאי חייב אפילו בלא אמר לו, וכתב שזה פשוט.⁸² במקרה הנידון כאן, כשאמר ראובן לשמעון שצריך לתקן את המנוע, לא היה בזה משום עצת מומחה בחינם, אלא הבעת דעה בעלמא, לפי מה שאמרו לו אחרים.

ברור שבמקרה כזה שמעון לא אמור לסמוך על עצמו של ראובן, אלא עליו לפנות למוסך שיבדוק את הרכב, ולהתייעץ עם מומחה. לפיכך, ברור שאם עצמו של ראובן גרמה לנוזק הדבר אינו בגדר גרמי, אלא בגדר גרמא ולכן הוא פטור.

ג. לפני עיוור לא תתן מכשול

אמנם יש לדון האם ראובן עבר על איסור "ולפני עור לא תתן מכשול"⁸³ כשנתן לשמעון עצה רעה. בעניין זה הרמב"ם כתב:

...וכן כל המכשיל עור בדבר והשיאו עצה שאינה הוגנת או שחזק ידי עוברי עבירה שהוא עור ואינו רואה דרך האמת מפני תאוות לבו הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר ולפני עור לא תתן מכשול. הבא ליטול ממך עצה, תן לו עצה ההוגנת לו.⁸⁴

מקור דברי הרמב"ם במדרש ההלכה:

ולפני עור לא תתן מכשול – לפני סומא בדבר. בא אומר לך: בת איש פלוני מה היא לכהונה? אל תאמר לו כשרה והיא אינה אלא פסולה. היה נוטל ממך עצה אל תיתן לו עצה שאינה הוגנת לו, אל תאמר לו צא בהשכמה שיקפחודו לסטים, צא בצהרים בשביל שישתרב (=יכהו השמש), מכור שדך וקח חמור, ואתה עוקף עליו ונוטלה ממנו. שמא תאמר עצה טובה אני נותן לו, על זה נאמר "ויראת מאלוקיך", שזה דבר המסור ללב.⁸⁵

מבואר במדרש שהתורה מדברת על כך שנותן העצה יודע שהוא מכשיל בעליל בעצתו והוא פועל מתוך מטרה להכשיל, אבל מי שנותן עצה שנראית לו הוגנת, בתום לב, ואף הוא היה מוכן לפעול לפי אותה עצה, ברור שהוא אינו עובר על האיסור. כך נראה גם מדברי רש"י על האיסור "לא תונו איש את עמיתו":⁸⁶

הזהיר על אונאת דברים, שלא יקניט איש את חברו לא ישיאנו עצה שאינה הוגנת לו, לפי דרכו והנאתו של יועץ. ואם תאמר, מי יודע אם נתכוונתי לרעה, לכך נאמר "ויראת מאלהיך", היודע מחשבות הוא יודע. כל דבר המסור ללב, שאין מכיר אלא מי שהמחשבה בלבו, נאמר בו ויראת מאלהיך.⁸⁷

81. נתיבות המשפט שו, יא.

82. עיין עוד קצות-החושן שו, יא, שחייב השולחני המייעץ הוא מפני שאמר לבעל החוב לקבל את המטבע הפגום ובכך פטר את החייב במטבע לא טובה.

83. ויקרא יט, יד.

84. רמב"ם רוצח ושמירת הנפש יב, יד.

85. תורת-כהנים קדשים סוף פרק ג.

86. ויקרא כה, יז.

87. רש"י ויקרא כה, יז.

מבואר אם כן שאם היועץ התכוון לטובה הוא אינו עובר על האיסור. מכאן שכאשר יעץ ראובן לשמעון בעניין תיקון הרכב, הוא לא עבר איסור "ולפני עור" או על איסור "ולא תוננו", ובוודאי שאינו חייב בתשלום.

ד. יורד ברשות

עוד עניין שנוטר לדון בו הוא, האם יש מקום לחייב את ראובן בעבור ההשקעה שהשקיע שמעון ברכב מדין "היורד לשדה חבירו ברשות" – שם בעל השדה חייב לשלם לאדם שהשביח את שדהו.⁸⁸ זאת כמובן אחרי ששמעון יוכיח שאכן הוא השביח את הרכב של ראובן בתיקונים שביצע.

הרמב"ם עסק במקרה הדומה למקרה הנידון כאן:

קנה בגד וקרעו לעשות ממנו חלוק ואחר כך נודע המום מחמת הקריעה – מחזיר לו את הקרעים. תפרו ואחר כך נודע המום, אם השביח נוטל שבח התפירה מן המוכר, וכן כל כיוצא בזה.⁸⁹

כלומר, כאשר העסקה התבטלה מחמת מום שהיה במיקח, צריך בעל החפץ לשלם לקונה אם הלה השביח את הסחורה שקנה עד שהתגלה המום. דין זה הובא להלכה בשולחן ערוך.⁹⁰

הסמ"ע⁹¹ ביאר, שמדובר שקנה את הבגד בעשרה מטבעות, ולאחר שנמצא בו מום התברר שהוא שווה שמונה, אולם לאחר ההשבחה הוא שווה תשעה, ואז חייב המוכר לתת לקונה מטבע אחד.

לפי זה, אם שמעון יוכיח שהוא השביח את הרכב בתיקונים שביצע, יש לחייב את ראובן לשלם לו את ההפרש בין שווי הרכב ללא התיקונים, לשווי לאחר התיקונים.

ו. החלטה

לאור האמור לעיל:

א. עסקת החליפין בטלה.

ב. תביעת שמעון לתשלום שכירות בגין השימוש באופנוע – נדחית.

אם יוכיח שמעון כי הרכב הושבח כתוצאה מהתיקונים שביצע, יש לחייב את ראובן בהתאם.

88. שולחן ערוך חו"מ שעה, ד.

89. רמב"ם מכירה טז, ז.

90. שולחן ערוך חו"מ רלב, יד.

91. סמ"ע שם, לב.

מחלוקת על מהותו של מוצר שהוזמן

הרב עובדיה אחיטוב

- | | |
|-------------------------------|--|
| א. מבוא | ג. ביטול כיוון שההזמנה בעבור מישור אחר |
| ב. פרשנות של עסקה שלא הוגדרה | ד. חובת הקונה לבדוק את המוצר |
| 1. פירוש מצומצם לעסקה | השלכה למקרה הנידון |
| 2. פרשנות מצמצמת כנגד מוחזקות | ה. ביטול עסקה עקב מחיר מופרז |
| 3. רוב כנגד חזקת הממון | ו. סיכום והחלטה |
| 4. סוגיית "הדמים מודיעים" | |
| 5. מתי "הדמים מודיעים"? | |

א. מבוא

אדם (להלן, המזמין או הנתבע) פנה לחברה להשכרת ציוד (להלן, התובע) וביקש לשכור שולחן קזינו שאותו הגדיר "מקצועי", לאירוע עבור בני נוער. כאשר הציוד סופק התברר שהשולחן קטן וכך גם הרולטה ובני הנוער שהשתתפו באירוע התרעמו על כך. המזמין טען שהציוד שסופק אינו "מקצועי", לעומתו טען המשכיר שזהו ציוד "מקצועי", וכי לא הוגדר בחוזה מהו גודל הציוד שיסופק.

המשכיר דרש את מלוא הסכום עליו סוכם, ולא, הוא יקח בחזרה את הציוד. המזמין החליט שהוא אינו מעוניין לשלם הכל, ובחר לוותר על הציוד באותו האירוע.

המזמין לא שילם מראש, כך שהוא מוחזק בממון, והמשכיר תובע ממנו את התשלום. בתגובה טען המזמין כי הוא החליט לבטל את העסקה כשגילה שהמוצר שונה באופן משמעותי מכפי שהבין.

כשנשאל המזמין מהי ההגדרה של "שולחן מקצועי" לא הצליח לתת תשובה ברורה, ובמקום זאת הוא נתן תיאור השוואתי: "כמו בבתי קזינו בכל מקום בעולם!" לעומתו טען התובע כי הדמיון לבתי קזינו הוא באיכות השולחן ובאופן הפעלת הרולטה.

ניתן לבחון כמה סיבות לביטול העסקה:

א. המוצר שסופק לא היה "מקצועי" – מבירור שערך בית הדין עלה שפרשנותם של שני הצדדים למונח "מקצועי" מקובלת, ועל כן כדי להכריע בוויכוח יש לעיין בסוגיות העוסקות בפרשנות של עסקה שלא הוגדרה היטב.

* הרב עובדיה אחיטוב, אב"ד לממונות, בית אל. המאמר מעובד מתוך פסק דין.

- ב. הציוד הוזמן עבור צד ג' (בני הנוער) וזה לא היה מרוצה ממנו.
ג. המחיר שנקבע היה מופרז – המחיר תאם מוצר שונה מזה שסופק.

ב. פרשנות של עסקה שלא הוגדרה

ישנן כמה דרכים לפירוש עסקה לא-ברורה:

- א. בחירה בפירוש המצומצם – יש לפרש את העסקה באופן המצומצם ביותר.
ב. מוחזקות – על פי הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" ישנה עדיפות למי שמחזיק בממון.
ג. "הדמים מודיעים" – יש לפרש את העסקה בהתאם לשיעור התשלום עליו סוכם מראש.
ד. הפירוש המקובל (רוב) – יש לפרש את העסקה כפי שעסקה כזו מתפרשת בדרך כלל.

1. פירוש מצומצם לעסקה

אחד העקרונות לביאור עסקאות הוא שיש לפרש את העסקה באופן המצומצם ביותר. בהקשר זה מובא בגמרא:

ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא: המוכר שדה לחבירו בבקעה גדולה, אף על פי שמצר לו מצרים (=גבולות) החיצונים – מצרים הרחיב לו.
היכי דמי? אילימא דקרו ליה לשדה – שדה, ולבקעה – בקעה, פשיטא, שדה זבין ליה, בקעה לא זבין ליה! ואלא דלבקעה נמי קרו לה שדה, כולה זבין ליה!
לא צריכא, דאיכא דלשדה קרו ליה שדה, ולבקעה – בקעה, ואיכא נמי דלבקעה קרו לה שדה, מהו דתימא כוליה זבין ליה? קא משמע לן, מדהוה ליה למכתב ליה "לא שירית בזבני אלין קדמי כלום" ולא כתב ליה, שמע מינה שירי שירי.¹

ופירש רשב"ם:

בבקעה גדולה – שיש בה שדות הרבה והן שלו, וכגון שהיה עומד באחד מן השדות ואמר לו שדי זו אני מוכר לך.²

כלומר, הקונה והמוכר נפגשו בשדה השייכת למוכר הנמצאת בבקעה בה יש למוכר שדות נוספים. המוכר אמר לקונה שהוא מוכר לו את השדה הזו, וכשהגדיר את גבולותיה התייחס לגבולות הבקעה. מסקנת הגמרא היא: אם ברור שהביטוי "שדה" משמעו חלקת קרקע קטנה ולא כל הבקעה – אזי רק השדה נמכרה; אם הביטוי "שדה" משמעו בקעה – אזי כל הבקעה נמכרה; ואם הביטוי הוא דו-משמעי אזי רק השדה נמכרה, זאת, כיוון שהמוכר לא כתב בשטר המכר שהוא לא שיר כלום לעצמו.

מההלכה האחרונה ניתן להסיק שתי מסקנות הפוכות: מחד גיסא נלמד שבמקום בו ניתן לפרש את תוכן העסקה בשני אופנים, יש לבחור בפרשנות המצמצמת. מאידך גיסא, ניתן להסיק מסקנה הפוכה, דווקא במקרה של מכירת שדה מתוך בקעה יש לבחור בפרשנות

1. בבא בתרא סא,ב.

2. רשב"ם שם, ד"ה בבקעה.

המצמצמת, כיוון שהמוכר היה צריך לפרש שאינו משייר לעצמו דבר, אבל במקרים אחרים ניתן לקבל גם את הפירוש המרחיב.

אולם מסוגיות נוספות עולה שאכן יש לבחור בפרשנות מצמצמת כשיש ספק בנוגע להיקף העסקה. כך למשל אם כתב שמוכר לו "קרקעות" ולא פירש כמה, אנו מפרשים שמכר לו שתי קרקעות בלבד.³ מכאן, שבמקרה הנידון לכאורה יש לפרש את העסקה באופן המצומצם ולומר שהשולחן שהוזמן היה דווקא השולחן הקטן.

אלא שהשאלה היא, האם יש להעדיף את הפירוש המצומצם גם כשהקונה מוחזק בכסף ונתבע לשלם עבור דבר קטן ממה שהוא הזמין?

2. פרשנות מצמצמת כנגד מוחזקות

על עקרון הפרשנות המצמצמת הקשו בתוספות מהדין הבא:

אמר רבא: האי מאן דאמר ליה לחבריה: "אושלן מרא למירפק ביה... פרדיסי" – רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה, ומדהר ליה קתיה.⁴

כלומר, אדם ששאל מעדר על מנת לעדור בו את פרדסיו, יכול לעדור בו את כל הפרדסים שיש לו, ועד לסיום העבודה המשאיל אינו רשאי לבקש את המעדר חזרה. בעקבות זאת, התקשו תוספות מדוע במקרה זה לא נבחרה הפרשנות המצמצמת של הסיכום, על פיה יוכל השואל לעדור רק בשני פרדסים, תוספות הביאו לכך שלוש תשובות:

[א] דרך הוא שמשאיל לו לכל מה שצריך, אבל הכא בשביל שימכור אדם שתי שדות לא ימכור כל שדותיו.

[ב] ויש מפרשים דהתם יד המשאיל על התחתונה דשואל מוחזק, אבל הכא יד לוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק. ואין נראה לר"י דהתם נמי הואיל וסופה לחזור לבעליה הוי משאיל מוחזק.

[ג] וריב"ם מחלק בין פרדיסי לארעתא.⁵

שלושת החילוקים של תוספות הם:

א. ההבדל ההלכתי נובע מהבדל ב**נוהג** בין השאלה ומכר, בהשאלה בדרך כלל כוונת המשאיל לפרשנות הרחבה, בזמן שבמכר הפרשנות היא מצומצמת, אלא אם כן הייתה הרחבה מפורשת מעבר למינימום. לפיכך, בכל מקרה בו לא הייתה הרחבה מפורשת, ברור לחלוטין שכוונתו הייתה לעסקה מצומצמת.

ב. ישנו ספק כיצד לפרש את הסיכום, ולכן מעמידים את הממון ב**חזקתו**, החפץ המושאל – בחזקת השואל, והחפץ הנמכר – בחזקת המוכר. מכאן שצריך להעמיד את דין הגמרא דווקא כאשר התשלום כבר ביד המוכר ולכן הוא יכול להמשיך ולהחזיק בכסף כשיש ספק. ר"י דחה את התירוץ הזה וקבע שדין זה תקף גם כאשר מוציאים ממון מחזקתו.

3. **בבא בתרא** שם; וראה עוד, שם סג,ב, אמר רב דימי...

4. **בבא מציעא** קג,א.

5. **תוספות** בבא בתרא סא,ב, ד"ה ארעתא.

ג. ריב"ם חילק בין המונח "קרקעות" המתפרש באופן מצומצם, למונח "פרדסים" המתפרש באופן רחב.

בדומה לפירוש הראשון בתוספות כתב בנימוקי יוסף:

כיוון שנתן לו הכלי אית ליה לאסוקי אדעתיה דמסתמא יעדור כל הפרדסים דאית ליה, והוה ליה לפרושי, הילכך כיוון שלא פירש לו "תרי פרדסי", לכל פרדסיו השאיל לו. וזה נראה לי משום הכלל המסור בידינו דהמוציא מחבירו עליו הראיה.⁶

כוונתו, שבהשאלה הפרשנות לעסקה היא מרחיבה, וכדי לצמצמה יש לומר זאת באופן מפורש. ניתן לומר, שבהשאלה השואל מוחזק בזכות השימוש שבידיו אותה קיבל מן המשאיל. כל אימת שזכות השימוש נתונה ביד אחד הצדדים העסקה מתפרשת באופן הנוח למחזיק, אלא אם כן הצד השני מגביל אותה במפורש. וזו כוונת הביטוי "המוציא מחבירו" בהקשר זה – המוציא מחברו את זכות השימוש שבידו.

מדברי התוספות בהסברו הראשון ומפירוש הנימוקי יוסף עולה שבחירה בפרשנות מרחיבה או מצמצמת איננה תלויה בשאלה מי מוחזק בממון אלא באופי העסקה – **במכר יש לבחור באפשרות המצמצמת, ובהשאלה בפרשנות המרחיבה**, ובשניהם מטעם של מוחזקות. וכן כתב בספר נתיבות המשפט.⁷

כיוון שבמקרה הנידון מדובר על שכירות ולא על קניין, ניתן היה לכאורה להעדיף את הפירוש הרחב שבו נקט המזמין שמדובר בשולחן גדול, על הפירוש המצומצם בו נקט התובע.

3. רוב כנגד חזקת הממון

האם הרוב יכול לספק מוצא לבעייתנו? מסוגיית הגמרא הקובעת ש"אין הולכין בממון אחר הרוב" נדמה שלא:

איתמר: המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן... רב אמר: הרי זה מיקח טעות – בתר רובא אזלינן, ורובא לרדיא זבני, ושמואל אמר לך: כי אזלינן בתר רובא באיסורא, בממונא לא.⁸

נחלקו האמוראים במקרה שאדם קנה שור והתברר שהוא נגחן ואינו ראוי לחרוש: רב סבר שזהו מיקח טעות כיוון שהרוב קונים שור לצורך חרישה, ושמואל סבר שיש לקיים המיקח, כיוון שבממון לא הולכים אחר הרוב.

רשב"ם ותוספות – חזקת ממון עדיפה
רשב"ם פירש את דעת שמואל:

לא אזלינן בתר רובא – אלא אחר המוחזק אם יש לו שום טענה.⁹

6. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא לגב, ד"ה אי א"ל.

7. נתיבות המשפט שם, יד.

8. בבא בתרא צב, א.

9. רשב"ם בבא בתרא צב, ב, ד"ה לא.

כך משמע גם מדברי הגמרא הבאים:

דרובא קרו לה לכדא – כדא, ולחביתא – חביתא, ואיכא נמי דקרו לחביתא – כדא, ולכדא – חביתא, מהו דתימא זיל בתר רובא, קא משמע לן, דאין הולכין בממון אחר הרוב.¹⁰

רוצה לומר, כאשר יש מיעוט שקורא לכד – חבית, ולהיפך, אין ללכת דווקא אחר המשמעות המקובלת של המונח. בתוספות ביארו שיש עדיפות לחזקת הממון על הפירוש המקובל (רוב), גם כאשר הקונה מוחזק:

...שאם התנה לתת לו כד והקנה לו בסודר ונתחייב הלוקח לתת דמים, יכול הלוקח לומר לא אתן לך דמים אם לא תתן לי חבית, דקרי ליה לחביתא כדא לפי שהוא מוחזק ולא אזלינן בתר רובא.

ואם התנה לתת לו חבית ונתן הלוקח דמים יכול לומר לו המוכר לא אתן לך אלא כד דקרי לכדא חביתא ולא אזלינן בתר רובא.¹¹

דהיינו, הצד לעסקה שמחזיק בכסף יכול לדרוש שהעסקה תתפרש באופן הנוח לו, גם אם פירשו אינו זה המקובל בעיני הרוב.

רמ"ה – יש מקרים בהם רוב עדיף על חזקת ממון

אולם נראה שגם בדין זה של "שור ונמצא נגחן" יש הסוברים שלעתים יש להעדיף רוב על פני חזקת ממון, כאשר הדבר מביא למימוש העסקה ולא לביטולה. כפי שהביא הטור בשם הרמ"ה:

אם עדיין המעות ביד הלוקח כתב הרמ"ה ז"ל: לא מיבעיא אם רובא לרדיא זבני דאיכא רובא דמסייע לחזקת הממון, דאמרינן המוציא מחברו עליו הראיה; אלא אפילו אי כי הדדי נינהו חזקת ממוןא עדיפא והמוציא מחברו עליו הראיה.¹²

הרמ"ה כתב שיש להסתמך על חזקה לא רק במקרה שזו גם הפרשנות המקובלת (רוב), אלא גם במקרה שאין פרשנות מקובלת (כי הדדי נינהו). מדבריו דייק ב"פרישה":

אם רובא זבני לשחיטה, סבירא ליה דמוציאין מיד הלוקח המעות ולא מהני ליה החזקה כל כך, מאחר שכבר המשיך הבהמה אליו וקנהו בקנין. ומשום הכי אמר דווקא אפילו כי הדדי נינהו מה שאין כן כשיש המעות ביד המוכר דאין מוציאין מידו אפילו רובא זבני לרדיא.¹³

ה"פרישה" חידש שאין המוכר והלוקח שווים: כשהמוכר מוחזק בממון (כלומר, כאשר קיבל את התשלום), חזקתו גוברת גם על רוב; אולם, כשהקונה עדיין לא שילם והוא מוחזק בכסף, הפרשנות המקובלת (רוב) גוברת על חזקתו ועליו לשלם למוכר כפי שסוכם. בערוך השולחן הגדיר את יתרונו של המוכר כך:

10. בבא קמא כז, א-ב.

11. תוספות בבא קמא כז, א, ד"ה ואיכא.

12. טור חו"מ, רלב; עיין ביד רמ"ה בבא בתרא צב, ב, ד"ה ואי, ממנו משמע שתמיד הולכים אחר חזקה.

13. פרישה חו"מ רלב, כא.

בזה גם **חזקת המיקח** מסייע, ואף שאין זו חזקה גמורה מכל מקום היא כעין חזקה.¹⁴ דהיינו, ישנה חזקה שהעסקה תתקיים, וכשזו מצטרפת לפרשנות מקובלת היא גוברת על חזקת הממון.

בשולחן ערוך פסק את דברי הרמ"ה כלשונם:

אבל אם עדיין המעות ביד הלוקח, לא מבעיא אם רובם קונים לחרישה, אלא אפילו כי הדדי ניהו – המוציא מחבירו עליו הראיה.¹⁵

ובספר נתיבות המשפט העיר על כך:

אלא אפילו כי הדדי ניהו. הלשון תמוה, דהוה ליה לאשמועין רבותא יותר דאפילו רובא לשחיטה מצי הלוקח לומר לרדיא זבני, דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מיד המוחזק... והא דאמר אפילו כי הדדי ניהו הוא לאו דווקא, או דחשיב ליה כי הדדי כיוון דרובא בממון לאו מידי הוא והעיקר הוא מטעם מוחזק.¹⁶

כלומר לדעת נתיבות המשפט "חזקת המיקח" אינה משפיעה, אלא יש להכריע תמיד על פי חזקת הממון בין לטובת המוכר ובין לטובת הלוקח. כך הוא פירש את הרמ"ה והשולחן ערוך, וכך משמע גם מדברי התוספות שהובאו לעיל.

ומכאן לענייננו, גם אילו הפירוש המקובל לעסקה היה כדברי התובע, הרי שהנתבע יכול לטעון "קים לי" כדעת רשב"ם, תוספות ונתיבות המשפט הסוברים שיש עדיפות לחזקת ממון גם כנגד רוב.

אלא שעדיין עלינו להסביר מדוע בדין שור שנמצא נגחן נותר הספק בעינו ונקבע שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולא בוחרים בפירוש המצומצם, כפי שאמרנו בשדה בבקעה ובבקר וצמד?¹⁷ על מנת להשיב לשאלה זו נעיין בסוגיית "הדמים מודיעים" וביחס בינה לבין חזקה.

4. סוגיית "הדמים מודיעים"

דרך נוספת לבירור פְּשָׁרָה של עסקה לא-ברורה הוא על פי גובה התשלום, והיא נדונה בהקשר לסוגיה הבאה. הסוגיה עוסקת במכירת בקר וכלי חרישה, תוך שימוש במונח "צמד"

14. ערוך השולחן חו"מ רלב, לו.

15. שולחן ערוך חו"מ רלב, כג.

16. נתיבות המשפט רלב, יב.

17. אמנם הרשב"ם בבא בתרא צב, א, ד"ה ושמאל, בסוגית "שור ונמצא נגחן" פירש: "דבממונא לא אולינן בתר רובא אלא אחר טענה טובה. לשחיטה וכו', דכיוון דרובא לא כלום הוא לא היה לו למוכר לפרש אלא הלוקח הוה ליה למימר לרדיא קבעינא ליה ומדלא פירש הפסיד." משמע קצת שטענת "הלוקח צריך לפרש" היא טענה טובה, ואפילו הוא המוחזק מוציאין ממנו. אלא שבסוף הסוגיה סיים: "לא אולינן בתר רובא – אלא אחר המוחזק אם יש לו שום טענה." משמע דמה שאמר "לא היה לו למוכר לפרש" לאו דווקא הוא, והכוונה היא שאם המוכר מוחזק הוא יכול לטעון כך, אבל גם אם הלוקח עדיין לא שילם הוא יכול לטעון כלפי המוכר "היה עליך לפרש". ובאמת הדבר מפורש ברשב"ם בתחילת דבריו: "דבממונא לא אולינן בתר רובא אלא אחר טענה טובה." אלא שבסופם למדנו שטענה טובה היא רק כאשר המוחזק טוען אותה.

שיכול להתפרש ככלי החרישה בלבד, ויכול להתפרש ככלי החרישה והבקר גם יחד. במשנה נאמר:

מכר את הצמד (=רשב"ם: הוא העול וכלי העגלה קטנה והעגלה עצמה המחברין את השוורים יחד) – לא מכר את הבקר, מכר את הבקר – לא מכר את הצמד. רבי יהודה אומר: הדמים מודיעין; כיצד? אמר לו: "מכור לי צימדך במאתים זוז", הדבר ידוע שאין הצמד במאתים זוז; וחכמים אומרים: אין הדמים ראייה.¹⁸

על פי תנא קמא יש לפרש את העסקה כלשונה וכמשמעותה הפשוטה, ש"צמד" משמעו כלי החרישה, ו"בקר" משמעו בעלי החיים, גם אם המחיר אינו סביר. לעומת זאת, לדעת רבי יהודה, אם הקונה אמר שהוא קונה "צמד" והמחיר שנקב הוא מחיר של כלי חרישה ובקר ביחד, הרי שהמחיר מעיד על כוונתו. בגמרא שם הוסבר שמדובר במקום שלפעמים מכנים בו את הבקר – "צמד", ופירש בנימוקי יוסף:

בכהאי גוונא קסבר רבי יהודה דהדמים ראייה לסייע אותו מקצת, דמשמע שפיר דמינייהו הוא ועל המוכר היה מוטל לפרש. ורבנן סברי דכיון דלאו רובא נינהו מצי מוכר למימר אנא מאותו מקצת דקרו לצמד צמד ועל הלוקח לפרש.¹⁹

כלומר, רבי יהודה סבר שכיוון שבמיעוט המקרים כשאומרים "צמד" מתכוונים לבקר ולצמד ביחד, והסכום שנקבע תואם עסקה כזו, הרי שכך יש לפרש את העסקה. אולם, כאשר הסכום אינו מהווה ראייה, לכל הדעות יש ללכת אחר הפרשנות המקובלת של המונח. לעומת זאת, חכמים פסקו שתמיד יש ללכת אחר הפירוש המקובל של המונח. על כך כתב הרמב"ן:

ומיהו מדתנן "לא מכר", מילתא פסיקא תנן. שאפילו דמים ביד לוקח ומכר לו בקניין או באגב נותן לו צמד וכופין אותו ליתן מאתים, ולא מהניא הכא חזקה דמונא.²⁰

כלומר, לדעת חכמים הסתמכות על הפרשנות השכיחה של המונח מאפשרת הכרעה ודאית ולא מסופקת, ולכן על פיה ניתן אפילו להוציא ממון מהמוחזק. כך כתבו גם הרשב"א,²¹ הר"ן²² והטור.²³ עקרונות אלה יושמו על ידי הראשונים²⁴ לא רק במכירת מיטלטלין, אלא גם במכירת קרקעות.

אמנם תוספות פירשו סוגיה זו באופן אחר:

דאפילו לרבנן דאית להו דאין הדמים ראייה, היינו התם דווקא דרובא דקרו לצמד – צמד, דרובא וחזקה מסייעין למוכר ולהכי אין הדמים ראייה להכחיש רוב וחזקה.²⁵

18. בבא בתרא עז, ב.

19. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא שם.

20. רמב"ן בבא בתרא עז, ב, ד"ה לא.

21. רשב"א שם, ד"ה לא.

22. ר"ן שם, ד"ה ורבנן.

23. טור חו"מ, רכ.

24. רשב"ם בבא בתרא סא, ב, ד"ה בבקעה; תוספות שם, ד"ה שמע; רמב"ן שם, ד"ה פירש.

25. תוספות בבא בתרא צב, א, ד"ה ולחזי.

דהיינו, דווקא כשיש רוב וחזקה אנו מתעלמים מהמחיר בבואנו לפרש את העסקה. משמעות הדבר היא ששיעור התשלום אינו מהווה ראייה כאשר הוא מנוגד לפרשנות המקובלת (רוב) ומחייב להוציא ממון מידי המחזיק בו (חזקה). מהתוספות משמע שאם הקונה היה מוחזק (למשל, במקרה שעדיין לא שילם) הייתה העסקה מתפרשת לטובתו על פי מחירה. מכל מקום נראה שגם התוספות יודו שכאשר אין הדמים מודיעים, לא הייתה מועילה לקונה המוחזקות בכסף, כיוון שיש להעדיף פרשנות מצומצמת לעסקה, כמו שדה בבקעה.

5. מתי "הדמים מודיעים"?

כאמור, הגמרא שאלה ביחס לדין מכר שור ונמצא נגחן: "וליחזי דמי היכי נינהו?"²⁶ כלומר, מדוע לא יכריעו את השאלה מה החפץ הנמכר לפי שיעור התשלום. הראשונים הקשו על שאלת הגמרא הרי לרבנן אין הדמים מודיעים. על קושיא זו נאמרו שלושה תירוצים המהווים שלושה חילוקים לדינא. הר"י מיגאש תירץ:

דכי קתני אין הדמים ראייה הני מילי לעילוי בזבינא מידי דלא זבין ליה בהדיא כגון צמד ובקר, אבל לברורי מילתא דזבינא גופיה היכא הוא דנדע אי הוה זביני אי לא, בכי הא לא אמרי רבנן אין הדמים ראייה, אלא לעולם הוי ראייה דגלוי מילתא בעלמא הוא עליה דההוא זבינא היכי היה מילתיה.²⁷

כלומר, הדמים אינם ראייה כדי לקבוע מה להוסיף לעסקה, אבל ניתן להסתמך עליהם כדי להכריע מהו המוצר שנקנה, כגון במקרה שהקונה רוצה לבטל את קניית השור שנמצא נגחן. כך גם תירץ הנימוקי יוסף:

היינו דווקא בכיצא בזה ששאל ממנו שור ושור קא תבע ליה אלא שמגלה דעתו השתא דלרדיא הוי בעי ליה, אבל שאל לו צמד ואחר כך אמר דבקר נמי הוי בעי מיניה, התם אמרינן דאין הדמים ראייה לחייב לו ענין שלא שאל לו, דשני גופין הן ואיכא נמי דקרו לכל חד שם באפיה נפשיה.²⁸

על פי זה יש ליישב כך; במקום שבו המכר יכול לכלול הרבה או מעט, והלוקח רוצה שתתקבל ההגדרה הרחבה, עליו לפרש. לכן כל זמן שלא פירש יש ללכת על פי השיעור הנמוך יותר. ופירוש "לא מכר" שנאמר בצמד ובקר הוא דין גמור כמו שכתב הרמב"ן. אבל כשיש ספק במכר ביחס לסוג השור או סוג החבית, יש בכוח המעות לגלות את כוונת הלוקח. באופן זה אין הלוקח צריך לפרש מיקחו, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה. הטעם לדבר הוא משום שהפרשנות הרחבה כבר נמצאת בדברי הלוקח. באופן מעט שונה תירצו גם התוספות, שהובאו לעיל בקיצור:

26. בבא בתרא צב,א.

27. ר"י מיגאש בבא בתרא צב,א, ד"ה וליחזי.

28. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא מו,ב.

דאפילו לרבנן דאית להו דאין הדמים ראייה היינו התם דווקא דרובא דקרו לצמד צמד, דרובא וחזקה מסייעין למוכר, ולהכי אין הדמים ראייה להכחיש רוב וחזקה. ואפילו לפי ספרים דגרסי דאיכא דקרו לצמד צמד כו' ולא גרסי רובא מכל מקום אין כוח בדמים להכחיש החזקה. אבל הכא דרובא לרדיא זבני ואיכא חזקה כנגד אותו רוב שהמוכר מוחזק אפילו רבנן מודו דיש לדמים ראייה לסייע לרוב או לחזקה.²⁹

כלומר במקרה של "שור ונמצא נגחן" הרוב הוא נגד המוכר ולכן הדמים מסייעים לראיה נגדו, אף על פי שהוא מוחזק. מה שאין כן בצמד ובקר שהרוב והחזקה לטובתו אין הדמים ראייה נגדו. ואמנם כשאין הדמים ראייה מודים תוספות לרמב"ן שמוציאים מהלוקח משום שהיה עליו לפרש.

על פי חילוק זה, אין לטעון כנגד הלוקח שהיה עליו לפרש כל זמן שהרוב מסייע לו ורק כשאין לו רוב לבסס טענתו כגון בצמד ובקר, נאמר כן.

הרשב"ם חילק באופן אחר:

דכיוון דלאו כולי עלמא קרו ליה לבקר צמד איכא למימר דהאי לוקח הוי מהנהו דקרי לבקר בקר, והלכך קאמר ליה מוכר צמדי מכרתי לך ולא בקר, שהמוציא מחברו עליו הראיה. והלכך על הלוקח להביא ראייה שהוא מאותן הרגילין לקרוא לבקר צמד, ומדלא מייתי ראייה מפסיד. אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה מודו רבנן דהדמים מודיעים, דכיוון דידעינן בודאי בהאי לוקח דרגיל לקנות לרדיא, וגם הדמים מודיעין, הלכך הדמים ראייה.³⁰

כלומר הדבר תלוי בהנהגת הלוקח. אם ידוע שהלוקח מהמיעוט או שלא ברור לנו מה הוא רגיל לקנות, אין הדמים ראייה משום שיאמר לו המוכר אתה מהרוב. אך אם ידוע שהוא מאלה הקונים שור לחרישה, הדמים מהווים ראייה.

משמעות הדברים היא שאם הנהגת הלוקח אינה ברורה עליו להביא ראייה שהוסכם על מה שרצה לקנות או לשלם את כל הסכום תמורת המינימום, אבל אם ידוע שייתכן והוא מתכוון גם לדבר הגדול, על המוכר יהיה להוכיח את טענתו כדי להוציא ממון.

מסתבר שניתן ליישם את אותם תירוצים כדי להשיב לשאלה שנשאלה לעיל: מתי יש עדיפות לפירוש המצומצם ומתי לחזקת ממון, ובהתאם לכך לפסוק במקרה שלפנינו. כאן מדובר במצב בו גם לשולחן גדול וגם לשולחן קטן קוראים "שולחן מקצועי". ההבדל בין השניים הוא כמותי ולכן דינם כשדה ובקעה.³¹ לדברי הר"י מיגאש, כאשר הוויכוח הוא בשאלה מה תוכן העסקה יש לבחור את הפירוש המצומצם.

גם לדברי רשב"ם דומה השולחן המדובר לדין הצמד והבקר – שאין ידוע מה הייתה כוונת הלוקח, שהרי הנתבע לא הזמין שולחנות כאלה בעבר, ולכן עליו להוכיח כי התכוון

29. תוספות בבא בתרא צב,א, ד"ה וליחזי.

30. רשב"ם בבא בתרא צב,א, ד"ה וליחזי.

31. ואולי זו הצריכותא בגמרא "דאי אשמעינן בית, משום דהא תשמישתא לחוד והא תשמישתא לחוד, אבל בקעה דכולה חדא תשמישתא היא – אימא כוליה זבין ליה..." מכאן שהבדל כמותי הוי דבר שצריך לפרש שהרי אף על פי שלבקעה קוראים שדה לא מכר לו אלא שדה קטנה.

לשולחן מיוחד כזה. אמנם אם הזמין הנתבע שולחנות קזינו בעבר, ואפילו מהסוג הפשוט יותר, ניתן היה לומר שהדבר ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה. לשיטת התוספות שחילקו בין מקרה שהפירוש המקובל (רוב) מסייע לקונה לבין מקרה שהפירוש המקובל אינו מסייע לקונה, קשה לנו להכריע אם הרוב קוראים "שולחן מקצועי" רק לשולחן גדול או גם לקטן. אמנם גם לדברי התוספות כשאין רוב לטובת הלוקח מוציאים ממנו ממון, ובנידון דידן לא הצליח הנתבע להוכיח כי הרוב קוראים "שולחן מקצועי" דווקא לשולחן גדול, שמא ההיפך הוא הנכון, שהרי ראינו בפרסומות של הסוכנים למיניהם דוגמאות לשולחנות משחק קטנים. לפיכך יש לדמות זאת לבקעה ושדה ולדין צמד ובקר שכשאומרים שולחן סתם, מתכוונים אף לשולחן קטן.

לסיכום פרק זה, טענת הנתבע שהוא הזמין שולחן גדול – נדחית.

ג. ביטול כיוון שההזמנה בעבור מישוה אחר

העובדה שהוא לא הזמין את השולחן בעבורו אלא בעבור בני הנוער יכולה לשמש את הנתבע כטענה. מכיוון שבני הנוער לא היה מרוצים והתאכזבו מהאירוע, הוא המזמין לא גמר בדעתו להתחייב במקרה כזה. בדומה לזה פוסק בשו"ת שער אפרים:

הלוקח שגילה דעתו בשעת גמר מיקח שקונה החפץ בשביל איש אחד, ולא התנה בפירוש שאם לא ירצה האיש ההוא ליקחנו שיחזיר לו החפץ ועדיין לא נתן מעות. ואחר כך לא רצה האחר ליקח החפץ. ופסק הלכה למעשה דהמיקח חוזר וצריך המוכר לקבלו אם לא נתן הלוקח מעות עדיין.³²

כלומר, אדם שקנה חפץ לחברו, והלה לא היה מעוניין בעסקה – המכירה בטלה, אפילו שהקונה לא סיכם עם המוכר שהמכירה מותנית בהסכמת מי שלשמו נעשתה. ובתנאי שהלוקח גילה דעתו בזמן הקנייה שבכוונתו לקנות עבור פלוני אולם יש לחלק בין הדברים: א. בתשובה האמורה הלוקח היה שליח, מה שאין כן כאן שרכזי הנוער הם הקובעים והמחליטים מה להזמין, והדבר תלוי בהם.

ב. בתשובה האמורה השליח גילה דעתו כי הוא קונה עבור האיש האחר ותלה זאת בדעתו של המשלח גם בלא שהעמיד זאת כתנאי, ממילא המוכר ידע שהעסקה מותנית, גם אם הדבר לא נאמר במפורש. מה שאין כן כאן שהמזמין עמד מול הספק כמקבל השירות עצמו ולא כשליח, ולכן הספק לא ראה את העסקה כמותנית.

ג. קשה יהיה להוכיח כי אמנם בני הנוער לא היה מרוצים; באדם אחד ניתן לברר את רצונו, מה שאין כן כשיש בני נוער רבים, קשה להתחקות אחר רצונו של כל אחד ואחד. ודי בזה ששניים או שלושה שהיו יחד עם הרכזי הביעו דעתם השלילית כדי לתת תחושה של אי-שביעות רצון.

לפיכך, טענת הנתבע שיש לבטל את העסקה כיוון שבני הנוער לא היו מרוצים – נדחית.

32. שו"ת שער אפרים קמ, הובא בבאר היטב רז, ח.

ד. חובת הקונה לבדוק את המוצר

יש לדון האם יש לחייב את המזמין בתשלום כיוון שהיה עליו לבדוק את טיב המוצר שהוזמן.

נראה שאפשר לדמות זאת למום שנמצא באשה, והאיש טוען שאילו היה יודע על המום לא היה מתחתן אתה. על כך נאמר במשנה:

במה דברים אמורים במומין שבסתר אבל במומין שבגלוי אינו יכול לטעון (=שלא ידע על המום). ואם יש מרחץ באותה העיר – אף מומין שבסתר אינו יכול לטעון, מפני שהוא בודקה בקרובותיו.³³

על כך יש להקשות: מדוע במומי נשים אומרים שהיה על האיש לברר, וגם אם לא בירר אינו יכול לטעון טענת מיקח טעות, ואילו במום שנמצא במוצר שנקנה פסק הרמב"ם:

וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במיקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים שזה מיקח טעות הוא.³⁴

ומקורו בדברי הרי"ף:

והיכא דזבין אינש מידי ולאחר זמן איגלי ליה דאית ביה מומא דהוה ביה מעיקרא מקמי דליזבני אית ליה לאהדוריה למריה ולא אמרינן ביה הא: הא שהיה ליה בכדי שיראה לתגר או לקרובו, דלא אמור רבנן הכי אלא גבי אונאה אבל גבי מומין מיקח טעות הוא וכל אימת דמיגלי ליה מהדר ליה למריה והכי כתב רבינו האי גאון זצ"ל.³⁵

אמנם מצאנו מחלוקת בדין מיקח שנמצא בו מום באופן שהיה יכול לבדוק. המגיד משנה, לאחר שהביא דברי הרי"ף, הוסיף:

ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחינו לאלתר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר.³⁶

הרמב"ם, שלא הזכיר דין זה, חולק עליו לכאורה, וכן כתב המשנה למלך:

ואין ספק ד"יש מי שכתב" שהביא הרב המגיד, חולקים עליו הרי"ף ורבינו ז"ל לדברי "יש מי שכתב" משמע דאין חילוק בין אונאה בדמים לנמצא בו מום, דכך לי יכול להבחינו לאלתר כמו "עד שיראנו לתגר או לקרובו". ולפי דברי הרי"ף ורבינו לא אמרו אלא גבי אונאה.³⁷

אולם בכל זאת המשנה למלך מציע דרך לשוב הרמב"ם עם שיטה זו:

33. כתובות עה,ב.

34. רמב"ם מכירה טו, ג.

35. רי"ף בבא מציעא לב,ב.

36. מגיד משנה מכירה טו, ג.

37. משנה למלך מכירה טו, ג.

וכי תימא מה לנו למיעל אחר דקדוקים (=לסתור דברי ה"ויש מי שכתב") הא בהדיא כתב רבינו שהרי זה מחזירו אפילו אחר כמה שנים, לא קשיא דאיכא לאוקמי כשאין נעשה המיקח במזומן לפניו אלא שהמיקח היה בשעת הקניין במקום אחר.

כלומר כשהמוצר אינו נמצא במקום בו נחתמה העסקה – אזי הקונה יכול לבטל את העסקה אם יתגלה מום במוצר, אבל כשהמוצר נמצא במקום חתימת העסקה, הקונה לא יוכל לבטל את העסקה בטענת מיקח טעות אם היה יכול לבחון את המוצר ונמנע מלעשות זאת.

כפי הנראה מדבריו גם המגיד משנה סבר שהרמב"ם יכול להתפרש באופן זה ואם כן נחלקו המגיד משנה והמשנה למלך בדעת הרמב"ם.

על פי שיטת היש מי שכתב שהביא המשנה למלך, דין קניית מוצר ודין קידושי אשה – זהים, בשניהם אם היה ניתן לבצע בדיקה, המיקח לא מתבטל. לעומת זאת, לדעת החולקים צריך ליישב מה בין מומי מוצר שנקנה למומי נשים?

ניתן לחלק שכל דבר תלוי במנהג בדרכי הבירור של המיקח וכמו שכתב הרמב"ם:

ואם דרכן להחבא ולהתנכר אף במרחץ... הרי זה טוען אף במומין שבגלוי, שדברים אלו דברים של טעם הם ואינם גזירת הכתוב.³⁸

לפיכך יש להבחין בין סוגי המיקח: יש בירור במיקח שרגילים לעשות קודם שקונים, ובוה אין חולק שהקונה אינו יכול לדרוש ביטול העסקה אף שלא בדק. כגון, אדם הנושא אשה בודק בקרובותיה, כל שכן, כשהמום גלוי לעיניו וראה אותו בעיניו ממש.

לעומת זאת, יש בירור שאין אדם רגיל לעשות עד שלא קנה, ובוה נחלקו: יש סוברים שהקונה יכול לדרוש את ביטול העסקה, משום שהוא אינו חייב לבדוק את המוצר, כפי שכתב בספר ערוך השולחן: "שאין הלוקח מחויב להעלות על דעתו שהמוכר אינהו".³⁹

בניגוד לכך, יש סוברים שעל הלוקח לבדוק עד מקום שידו מגעת ומשלא בדק הפסיד. ייתכן שהדוגמא שנתן המגיד משנה לשיטה זו "בדבר שיכול לטועמו", היא בדווקא! כיוון שלכל אדם יש טעם אחר, על הקונה לבדוק אם המוצר טעים לחיכו.

להלכה, כתב בספר נוכח השולחן, ביחס לחולקים על הסברה המובאת במגיד משנה שהיכולת לבדוק מבטלת את טענת מיקח טעות:

שאפשר לומר שאילו היה נמצא בימיהם דברי תשובות הגאונים הנזכרים למעלה שהיו חוזרים בהם אפילו להוציא מיד המוחזק, אבל מכל מקום באין ספק שהמוחזק יכול לומר קיימא לן כהאי סברא.⁴⁰

דהיינו, אם המוכר כבר קיבל את התמורה הוא יוכל לדחות את טענת הקונה למיקח טעות על פי תשובת הגאונים שמחייבים את הקונה לבדוק עד מקום שידו מגעת.

38. רמב"ם אישות כה, ב.

39. ערוך השולחן חו"מ רלב, ד.

40. נוכח השולחן חושן משפט טו. ועיין גם סמ"ע רלב, י; בפתחי תשובה רלב, א, בשם שו"ת שבות יעקב ג, קסט; תרומת הכרי רלב, ג.

על כל פנים ניתן להביא ראיה לשיטה זו מדין מומי הנשים שהבעל יכול לבדוק ואף על פי שעדיין לא נשאה, כבר לא יוכל לטעון מיקח טעות.

השלכה למקרה הנידון

במקרה הנידון כאן יש לדון האם היה על המזמין לבדוק את טיב המוצר. נראה שמקרה זה דומה לדין מומי הנשים, והמנהג הוא שהמזמין בודק היטב קודם לסיכום העסקה. מקובל שהמזמין מתייעץ עם אנשים שמבינים בנושא, או מבקש תמונות וכיוצא בזה, קודם להזמנה. במקרה כזה אין חולק, שרק אם אי אפשר לבדוק כלל, יוכל לטעון טענת מיקח טעות.

לדברי המזמין הוא בדק את טיב המוצר באמצעות פרוספקטים שהציג הספק, אולם כשהמוצר הגיע התברר שהוא קטן מכפי שחשב, והתמונות בפרוספקט היו תמונות תקריב. בתגובה טען הספק שעל הפרוספקט הופיעה כתובית שהתמונות להמחשה בלבד, עובדה זו אושרה גם על ידי המזמין.

אם כך הרי שהמזמין ידע שהתמונות אינן משקפות את המציאות והיה עליו לבדוק טוב יותר; אם על ידי תמונה שיצלם מישוהו מטעמו, ואם על ידי שילך ויראה את המוצר עצמו. משלא עשה כן, ניתן לומר אחת משלוש:

א. המזמין הסכים להסתפק במה שעתיד היה להגיע מבלי לדעת במה מדובר.

ב. המזמין ידע במה מדובר והסכים לכך.

ג. המזמין קיבל את חוות דעתו של הספק שהמוצר מתאים לצרכיו.

מכל מקום, למדנו שיש ציפייה מהלוקח לבדוק ומשלא בדק – הפסיד. כך גם הדין בנדון זה, כיוון שישנן אפשרויות שונות להסביר את כוונת המזמין, על הלוקח לברר את כוונתו.

אמנם יש להעיר, כי ההשוואה לדין מום שנמצא במיקח אין פירושה שבמומים עסקינן, שהרי כאן נטענה טענת מיקח טעות בכך שהמזמין לא קיבל מה שחשב לקבל. מכל מקום יש ראיה משם שיש ציפייה מהלוקח לבדוק, ומשלא בדק הפסיד.

לסיכום, על המזמין היה לבדוק את טיב המוצר שהוזמן או לכל הפחות להבהיר את כוונתו בנוגע לטיב המוצר שהוזמן.

ה. ביטול עסקה עקב מחיר מופרז

יש לדון האם בגלל שהמחיר לא היה סביר, יש להצדיק את ביטול המיקח. בעניין זה כתב הרמב"ם:

השוכר את הכלים או את הבהמה יש להם אונייה, שהשכירות מכירה בת יומה היא, ואם יש בה הונייה שתות או יותר, בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר הרי זה מחזיר הונייה ואפילו לאחר זמן מרובה.⁴¹

41. רמב"ם מכירה יג, יז.

כלומר, על שכירות מיטלטלין חלים דיני אונאת מחיר, על פיהם אם המחיר שנקבע שונה ממחיר השוק בשישית – העסקה קיימת ויש להחזיר את ההפרש בין המחיר ששולם למחיר השוק. וכתב הכסף משנה שם:

נראה שהוא שווה ממש למכר, פחות משתות מחל, שתות קנה ומחזיר אונאה, יתר על שתות בטל השכירות ושניהם יכולים לחזור בהם, דכיון דמפקינן לה מדכתיב ממכר סתמא, ושכירות ליומיה ממכר הוי, דומה הוא למכר בכל ענייניו.⁴²

דהיינו, אם המחיר שונה בפחות משישית העסקה קיימת, ואם המחיר שונה ביותר משישית – העסקה בטלה. אבל הלחם משנה⁴³ הקשה מדוע כתב הרמב"ם "מחזיר אונאה", ולא כתב שהשכרה בטלה ותיירץ בדוחק ברוח דבריו של הכסף משנה. **מכל מקום ברור שניתן לבטל שכירות מראש בטענה שהמחיר גבוה משישית.** ומכאן, לכאורה גם בנידון דידן, אם יוכח שהמחיר הנקוב בחוזה עולה ביותר משישית על המחיר בשוק יכול היה הנתבע לבטל את העסקה.

אולם למעשה, על פי הפרסומים שהוגשו לנו על השכרת ציוד דומה לזה ואפילו לזמן קצר יותר המחירים דומים. מכל מקום אם יתברר כי מחיר השוק נמוך בהרבה, לכאורה, דברי הנתבע נכונים ביחס לביטול המיקח.

אלא שיש לתרץ את הרמב"ם באופן אחר, ולחלק בין שכירות חפץ לבין קניין, כיוון שטיבעה של שכירות שלאחר שנשתמש השוכר בחפץ, לא ניתן לבטל את העסקה אלא רק לשלם את ההפרש בין מחיר השוק למחר ששולם.

גם במקרה הנידון אף שהנתבע לא השתמש בפועל במשחקים, מכל מקום חלק ניכר מן העבודה נעשה כבר בהבאת הציוד ממרחק ובטיפול בו, בתיאומי השכרתו מבעליו וכדומה. לפיכך, מה שנותר לעשות, אם אכן הייתה אונאה, היה להפחית מסכום העסקה.

אמנם, הנתבע טוען שהוא אכן ביקש להפחית את הסכום ולא לבטל את ההזמנה, והביטול נעשה בגלל דרישת התובע לקיים את החוזה כפי שסוכם או לבטלו לגמרי. ומכאן, שהביטול נעשה על פי דרישת התובע ואין לו להלין אלא על עצמו. יש לציין שהתובע מכחיש שאכן אלה היו חילופי הדברים.

כאן המקום להעיר כי שני הצדדים היו צריכים להבין כי הביטול לא יועיל לאיש, היה עליהם להתעלות מעל רגשות האכזבה והעלבון ולמצות את התועלת שעמדה לרשותם (לדעתם בלבד, משום שלדעתנו משחקים אלה ודומיהם נזקם רב מתועלתם), מתוך הסכמה שהוויכוח ביניהם יוכרע מאוחר יותר במקום אחר.

ו. סיכום והחלטה

הנתבע הזמין מהתובע עבור בני נוער שולחן קזינו "מקצועי" לערב מסוים. כאשר הגיע הציוד התרעם הנתבע על כך שהשולחן קטן ממה שסבר, ולדעתו הוא איננו "מקצועי".

42. כסף משנה שם.

43. לחם משנה שם.

לעומת זאת טען התובע שהשולחן הוא "מקצועי". בסופו של דבר ויתר הנתבע על השולחן וסירב לשלם עבור הזמנתו.

מסקנת בית הדין היא שיש לחייב את הנתבע בסכום עליו התחייב עבור הזמנת השולחן.

אגב בירור העניין עלו כמה מסקנות בנוגע לפירוש עסקה לא-ברורה:

1. יש לבחור בפרשנות מצמצמת כשיש ספק בהיקף עסקת מכר.
2. בהשאלה יש לבחור בפרשנות המרחיבה.
3. חזקת ממון גוברת גם על הפירוש המקובל של העסקה (רוב) כשיש גם אפשרות דחוקה יותר לפרש את העסקה.
4. ה"פרישה" כתב שיש עדיפות לפירוש המקובל כנגד חזקת ממון כאשר הדבר מביא למימוש העסקה ולא לביטולה, ונתיבות המשפט סבר שיש עדיפות לחזקת ממון במקרה זה.
5. נחלקו ראשונים בשאלה האם ניתן לפרש את העסקה על פי גובה התמורה שהובטחה ("הדמים מודיעים"): הרמב"ן וסיעתו סברו שהמחיר איננו ראייה בשום מקרה, ומתוספות משמע שדווקא כנגד רוב וחזקה ביחד המחיר איננו ראייה, אבל רוב ומחיר גוברים על חזקת ממון.
6. בראשונים מובא שיש להעדיף פירוש על פי שיעור המחיר על פני מוחזקות: הר"י מיגאש סבר שהדמים ראייה כאשר יש ויכוח ביחס לתוכן העסקה ולא בשאלה מה להוסיף לעסקה. לדעת הרשב"ם הדמים ראייה כאשר יש לקונה היסטוריה של הזמנות. ניתן לומר שיש להעדיף פירוש מצומצם לעסקה במקרים אלה גם כנגד מוחזקות, ומכאן שטענת הנתבע שיש לפרש את העסקה באופן המרחיב – נדחתה.
7. כאשר העסקה נעשתה בשליחותו של אדם אחר יכול המשלח לבטל את העסקה בטענה שהוא איננו מרוצה מהמוצר. במקרה הנידון ההזמנה הייתה עבור בני נוער, אולם, המזמין היה בעל הסמכות להחליט בעניין ולכן הטענה שבני הנוער לא היו מרוצים נדחתה.
8. גם בשכירות ניתן לבטל את העסקה עקב מחיר השונה ביותר משישית ממחיר השוק. אולם, מסתבר שכאשר מדובר על עבודה שכבר נעשתה, יש להשיב את ההפרש כיוון שלא ניתן לבטל את ההתקשרות. במקרה זה טוב היו נוהגים הצדדים, לו קיימו את העסקה ואחרי כן מתדיינים על המחיר.

סחורה שנפסלה לשיווק עקב צו של משרד הבריאות

הרב יהודה זולדן

ב. תביעה שניה	פתיחה
1. טענות התובע	א. תביעה ראשונה
2. טענות הנתבעים	1. העובדות המוסכמות
3. נושאי הדיון ההלכתי	2. טענות התובע
4. מעמדם של הנתבעים – מתווכים או קונים?	3. טענות הנתבעים
5. האם הסחורה היתה שייכת לנתבעים?	4. נושאי הדיון ההלכתי
6. האחריות על סחורה שהתקלקלה אצל הקונה	5. ביטול עסקה עקב הפקעת הבעלות על הסחורה
7. אחריות הקונה כשואל	6. ביטול עסקה עקב החלטה שלטונית חוקית
8. החובה לפשר	7. אחריות צד שלישי להוצאת הצו
9. סיכום	8. אחריות על סחורה שהתקלקלה לאחר שנקנתה
	9. סחורה המיועדת לשיווק
	10. פסק הדין

פתיחה

במאמר שלפנינו מובאים שני פסקי-דין בסכסוך שבין חקלאי וחברת השיווק של התוצרת. לאחר מיון שעשתה החברה נמצא שהתוצרת החקלאית (חסה) מקולקלת. לטענת החברה פגם זה נובע מכך שהתוצרת הייתה פגומה במהלך הגידול ועל כן לטענתה היא אינה צריכה לשלם על הסחורה. התובע טוען לעומת זאת שעיכובים בקטיף גרמו לקלקול, והדבר נמצא באחריות החברה. לאחר שניתן פסק-דין ראשון ובו זכתה חברת השיווק, שב התובע וטען שתנאי האחסון גרמו לקלקול. טענתו זו התקבלה בחלקה והוא זכה כפשרה בשליש מהתביעה.

* הרב יהודה זולדן, מכון לב. פסק-דין שניתן בבית הדין לממונות שע"י המועצה הדתית חוף עזה ת"ו.

א. תביעה ראשונה

1. העובדות המוסכמות

התובע גידל חסה עבור חברת שיווק (להלן, הנתבעים). בתחילת הגידול ראה התובע פגם בחסה ורצה לעוקרה, ואף על פי כן התבקש על ידי הנתבעים להמשיך בגידול, מתוך הנחה שניתן יהיה להתגבר על הפגם, ולשווק את הסחורה. נעשתה ביקורת יומית על ידי הנתבעים. בכ"ג באייר תשנ"ח (19.5.98) כשכבר הגיע הזמן לקטוף את החסה, קיבלו הנתבעים צו סגירה ממשרד הבריאות בשל חשד לליקויים שלא קשורים לגידולו של התובע.

הליקוי שבגיניו הוטל הצו היה מציאת כמות גדולה מדי של חומרי הדברה המסוכנים לציבור, בסחורה של מגדלים אחרים ששווקה על ידי הנתבעים. התובע המשיך בגידול החסה גם בזמן שחברת השיווק הייתה סגורה, ונציגי החברה אף הגיעו לביקורת במקום הגידול. ביום חמישי ג' בסיוון תשנ"ח (28.5.98) לאחר ביקורת נוספת שבה נמצאה הסחורה ראויה לשיווק, סוכם בין הצדדים לקטוף את הגידול ולאחסנו בקירור.

מבחינה רשמית החברה הייתה עדיין סגורה, אך הצדדים הניחו שתוך מספר ימים יוסר צו הסגירה, ואכן ביום שלישי ח' בסיוון תשנ"ח (2.6.98) הוסר הצו. הסחורה שהתה בקירור מיום חמישי בלילה עד יום שני בקירור, וזאת בשל העובדה שבמים הללו – שישי, שבת, וחג השבועות שהיה ביום א' – לא עובדים. הסחורה אוחסנה בקירור בתוך דולבים (=ארגזי אחסון גדולים מאוד מפלסטיק קשיח. מטר ועשרים גובהם, אורכם ורוחבם, כך שניתן להכניס בהם כמויות גדולות של חסות זו על זו), ולא בתוך ארגזי קרטון או שקיות. במיון הסחורה נמצא שרק חמישית מהכמות ראויה לשיווק, ואילו בשאר היבול שלט ריקבון מסוים, שגרם לפסול אותו משיווק.

2. טענות התובע

התביעה: דרישת תשלום עבור כל הכמות, זאת מהנימוקים הבאים:

הסחורה נמצאה ראויה לשיווק כבר בכ"ג באייר תשנ"ח (19.5.98). כל איחור בקטיפ מקצר את ימיה של החסה. הצו לסגירת החברה אינו מעניינו של התובע והוא אינו צריך להפסיד בגללו.

גם לאחר איחור של 9 ימים בקטיפ, מאז הוצא צו הסגירה לחברה, נמצאה הסחורה ראויה לשיווק, שהרי אם לא כן לא היו הנתבעים מסכימים לקטוף אותה.

אחסון הסחורה במקרר בדולבים, הוא אחסון גרוע, וזה מה שגרם להרס הסחורה. לו הייתה הסחורה מאוחסנת בקירור בתוך ארגזי קרטון או בשקיות, מצבה היה טוב יותר. כמו כן נטענה טענה עקרונית: מאז שהסכימו הנתבעים שהסחורה ראויה לשיווק וקטפו אותה, האחריות עוברת אליהם, ועליהם לשאת בנזק.

3. טענות הנתבעים

אין הם צריכים לשלם עבור הסחורה שהתקלקלה, זאת מהנימוקים הבאים: בעקבות הצו לסגור את החברה, אי אפשר היה לשווק סחורה. החברה מורכבת ממספר גורמים – המגדלים, המובילים, הפקחים ועוד, וכשישנה בעיה שבגללה לא ניתן לשווק, אזי כל הגורמים הללו, נושאים בהפסד. כמו כן מסתבר שהתקלה שהביאה לצו הסגירה הייתה של מספר לא קטן של מגדלים, אם כי היא לא נעשתה בזדון. ההחלטה לקטוף את הגידול כשהצו עמד בתוקפו, נבעה מתוך רצון להציל את הסחורה וכדי לשווקה. לשם כך במיוחד הובאו הדולבים. הריקבון שהתגלה בסחורה לא היה בשל האחסון במקרר, והראיה שסחורה של מגדל אחר שהתה במקרר באותם ימים ואחר כך שווקה ללא בעיות. גם האחסון בדולבים לא גרם לריקבון בסחורה: הריקבון נבע מליקוי שהיה בסחורה מלכתחילה. למרות הניסיון להציל את הסחורה ולשווקה, הסתבר שבכל זאת כל הסחורה, חוץ מחמישית, לא ראויה לשיווק. לאחר סקירת המסכת העובדתית וטענות הצדדים נפנה לדיון ההלכתי.

4. נושאי הדיון ההלכתי

הדיון ההלכתי יעסוק בשאלות הבאות: מי נושא באחריות לנזק של ביטול עסקה בצו שלטוני – המוכר או הקונה? האם המגדלים שבגינם הוצא צו הסגירה אחראים לנזק שנגרם לחקלאים האחרים? מי נושא באחריות לסחורה שנמצאה מקולקלת לאחר הקנייה – המוכר או הקונה?

5. ביטול עסקה עקב הפקעת הבעלות על הסחורה

צו הסגירה שהוציא משרד הבריאות נגד חברת הנתבעים התבסס על חשד לשימוש יתר בחומרי הדברה מסוכנים לציבור. ביקורת זו של משרד הבריאות היא הכרחית ומטרתה לשמור על שלום הציבור. עולה איפה השאלה, מי נושא באחריות כשמיקח לא יוצא לפועל בשל התערבות השלטונות? הרמב"ם פוסק:

כל המוכר קרקע או עבד או שאר מטלטלין הרי זה חייב באחריותו. כיצד? אם הוציאו המימק מיד הלוקח מחמת המוכר חוזר הלוקח ונוטל כל הדמים שנתן, מן המוכר. שהרי נלקח המימק מחמתו... במה דברים אמורים? כשהוציאו המימק מיד הלוקח בית דין של ישראל. כגון שהיה המימק מטלטלין והיו גנובין או גזולין או שהייתה הקרקע גזולה, או שבא בעל חוב של מוכר וטרפה מיד הלוקח והכל בבית דין של ישראל. אבל אם הגוי הוא שהוציא המימק מיד הלוקח בין בדין המלך בין בערכאות שלהן אין המוכר חייב באחריותו. ואע"פ שהגוי טוען שהמוכר גנב חפץ זה

או גזלו ממנו והביא עדי גויים על כך אין המוכר חייב כלום. שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות האונס.¹

הרמב"ם כותב שאם אדם מכר רכוש, והתברר שהוא רכוש גנוב או שהוא משועבד לחוב של המוכר, הרי שהמוכר צריך לפצות את הקונה ולהשיב לו את כספו. אולם, אם הרכוש נלקח מהקונה בעקבות "דין המלך" או "ערכאות שלהן" – המוכר פטור. כך נפסק גם בשולחן ערוך.²

מהאמור בהלכה זו עולה שאם מיקח לא יצא לפועל בשל הוראת בית-דין של ישראל, האחריות היא על המוכר, והוא נושא בהפסד. אמנם ישנם שלושה הבדלים בין המקרה שלפנינו לבין דברי הרמב"ם:

(א) במקרה שלפנינו כלל לא התבצע מיקח. אמנם הייתה הסכמה עקרונית של הנתבעים לקנות את הסחורה, אחרי שנמצאה ראויה לשיווק, אך בפועל היא לא נקטפה עדיין, ולא נעשה מעשה קניין מצד הנתבעים. הרמב"ם בהלכה זו עוסק במקרה שהתבטל המיקח, לאחר שכבר נעשתה פעולת קניין מחייבת מצד הקונה.

(ב) בהלכת הרמב"ם מדובר בסחורה גנובה שמעיקרא לא היה יכול המוכר למכרה, מאחר שהוא אינו הבעלים, או שמדובר בסחורה משועבדת, שאמנם נמצאת בבעלותו של המוכר, אלא שבעל החוב יכול לקחת אותה מהקונה, אם המוכר לא יפרע לו את החוב.

הגרי"ז סולובייצ'יק³ מוצא שהמכנה המשותף לדוגמאות אלו הוא, שכל זמן שהמכר לא התבצע מסיבות כלשהן והגורם לכך הוא המוכר, בין בצורה ישירה או עקיפה, אזי המכר התבטל מעיקרו, והאחריות מוטלת על המוכר. אך במקרה שלפנינו, לא המוכר גרם לסגירת החברה.

(ג) במקרה דידן לא מדובר בצו שניתן על ידי בית-דין של ישראל, והוא דומה יותר למה שכתב הרמב"ם שהמיקח לא יצא לפועל בשל "דין המלך". אמנם, יש להעיר שהרמב"ם עוסק במקרה של מלך גוי, ואנו דנים במלך יהודי שביטל את המיקח,⁴ וליתר דיוק, בזרוע של ממשלת ישראל.

6. ביטול עסקה עקב החלטה שלטונית חוקית

על דברי הרמב"ם שכתב שאם לקחו לקונה את הרכוש על פי "דין המלך" הוא אינו זכאי לפיצוי שאל הכסף משנה:⁵ מדוע המוכר פטור, הלא "דינא דמלכותא – דינא",⁶ בין אם

1. רמב"ם מכירה יט, ג-ד.

2. שולחן ערוך חו"מ רכה, א-ב, מקור דבריהם הוא בסוגיית הגמרא בבא בתרא מה, א.

3. חידושי הגרי"ז על הרמב"ם שכנים יג, יא, ד"ה והנה.

4. לא נעסוק כאן בהשוואות שבין תוקפו של דין מלך לבין תוקפו של שלטון אחר שאיננו מלוכני. בעניין זה עסקו רבים ובהרחבה רבה, והמסקנה היא שגם לצורת השלטון הנהוגה במדינת ישראל יש תוקף מצד 'דינא דמלכותא דינא'. על בסיס הנחה זו נדון גם בענייננו.

5. כסף משנה מכירה יט, ד.

6. כך נפסק להלכה ברמב"ם גזילה ואבידה ה, יא, ובשולחן ערוך חו"מ שסט, ו.

המלך גוי ובין אם המלך ישראל? והוא מתרץ שאכן יש להניח שהצדדים קבעו מראש שהמוכר יישא באחריות אם המיקח יתבטל, רק בבית-דין של ישראל.

הסמ"ע⁷ כתב שדין המלך הוא דין, כשהדבר נעשה מצד חוקי המלכות, כגון מכס, מסים וכדומה, אך אם נעשה הדין על פי עדים גויים, יש לחשוש שהם משקרים, והמוכר אינו אשם בביטול ופטור מאחריות. אכן "הא אם מביא עדים ישראלים – חייב המוכר, דהא אילו אתא (=אם היה מגיע) לבית דין ישראל גם כן היה טורף".⁸

המעשה רוקח⁹ כותב אף הוא שדינא דמלכותא הוא רק בדברים הנהוגים מצד חוקי המלכות אבל לא בדינים שבין אדם לחבירו. בעקבות זאת, החתם סופר¹⁰ כותב שאליבא דהרמב"ם גם אם יהיה התובע ישראל והעדים ישראלים, בכל זאת יהיה נחשב כאילו שהדבר נידון בפני גויים.

מדברים אלו עולה, שאם הוראה זו מקורה ב"חוקי המלכות" בין אם המלך ישראל או גוי, אזי היא בעלת תוקף, והנושא באחריות, הוא המוכר. במקרה שלפנינו אכן מדובר בהוראה של משרד ממשלתי שממלא את תפקידו כאחראי לשלום הציבור. בטחון הציבור ובריאותו הם חלק מתפקידי השלטון, ועל דברים מסוג זה נאמר הכלל "דינא דמלכותא – דינא", וכדברי הרמ"א: "לא אמרינן דינא דמלכותא – דינא אלא בדבר שהוא לתקנת בני המדינה".¹¹

יתר על כן, מסתבר שגם אם הדבר היה נידון בפני בית דין של ישראל, התוצאה הייתה אותה תוצאה, שהרי מצאנו שחכמים תקנו תקנות רבות שעניינם דאגה לבריאות הציבור כגון: הרחקת זבלים וגורמי ריח רע מהישוב, מניעת זיהום אויר שבפסולת, מניעת רעש סביבתי, הרחקת עשן, איסור זיהום מקורות מים ועוד.¹²

במקרה שלפנינו, היה חשש שבסחורה המשווקת על ידי חברת הנתבעים, יש חומרי הדברה שמסכנים את הציבור, על כן נקט משרד הבריאות בצעד המתבקש בהתאם לחובת האחריות המוטלת עליו, והוציא צו סגירה לחברת הנתבעים עד אשר יתברר הדבר.

כיוון שמגדלים רבים קשורים לחברת הנתבעים, משרד הבריאות לא יכול להבחין, בשלב ראשוני, אצל מי מהחקלאים ישנה בעיה, ולכן הוא הוציא צו סגירה לחברה כולה. מצו זה סובלים רבים וביניהם אף כאלו שאינם מגדלי ירקות כמו נהגי המשאיות, הפקחים, וכן נפגע שמה הטוב של החברה. זהו המחיר שנדרש מכל מי שקשור לחברה כלשהי.

7. סמ"ע חו"מ רכה, ו-ז.

8. כך כתב גם נתיבות המשפט שם חידושים אות ה. חידוש זה נמצא כבר בריטב"א בבא בתרא מה, א, ד"ה האי. ואכן גם הכסף משנה הנ"ל, מסכים שאם בדין ישראל היו מוציאים מהקונה, אזי המוכר חייב. כך גם כתב בשו"ת הרדב"ז א, תשיג.

9. מעשה רוקח על רמב"ם מכירה יט, ד.

10. חידושי חתם סופר בבא בתרא מה, א, ד"ה מכריז.

11. שולחן ערוך חו"מ שסט, יא. עיין בדברי הרב יוסף כהן, בצומת התורה והמדינה א, עמ' 43, שהמחוייבות של השלטון לתיקון העולם כוללת בתוכה גם שמירה על ענייני הבריאות.

12. עניינים אלו מרוכזים ברובם בגמרא בבא קמא פב, ב; בבא בתרא כד, ב-כה, א; רמב"ם שכנים י, א-ד.

כיוון שכך, על פי האמור ברמב"ם ובשו"ע, הנושא באחריות הוא המוכר. הדברים אמורים בודאי במקרה שלפנינו כשלא היה מיקח, אלא רק התחייבות עקרונית. אולם, גם אילו נעשה מעשה קניין, האחריות הייתה של המוכר והוא היה נושא בהפסד, כיוון שצו משרד הבריאות הוצא כדין.

7. אחריות צד שלישי להוצאת הצו

אמנם, היה מקום לשקול הגשת תביעה מצידו של המשווק נגד אותם חקלאים שבגללם הוצא צו סגירה, שהרי אין זה נכון להגדיר את צו הסגירה של משרד הבריאות כגזירת מלך שאי אפשר לשלוט בה. מדובר על צו סגירה שבא בשל חשד, שמגדלים מסוימים לא נהגו כראוי וכנדרש במה שקשור לריסוס והדברה, ומשום כך נגרם הפסד לסחורה שלא נקטפה ביום בו הוצא צו הסגירה.

יתר על כן, גם בחוזה שנחתם בין המגדלים לנתבעים, נזכר, בסעיף 9, שכל בעיה במוצר של חקלאי מסוים עלולה לפגוע בשאר המוצרים של הנתבעים, ולגרום לנזק כספי ומקצועי ישיר ועקיף לנתבעים ולסוכניהם. ועל כן בהמשך הסעיף נאמר שכל נזק שייגרם לחברה ולגורמים הקשורים עימה בגין פעולה כלשהי של החקלאי "לרבות עבירה על תקנות חוקיות ו/או מקצועיות ו/או כשרותיות כלשהן – ישולמו על ידי החקלאי". עוד נאמר בהמשך הסעיף: "החברה תשמור על זכויות חקלאי שיעמוד בכל הנדרש ממנו באופן רציף ומתמיד כל שבוע ושבוע".

לפי האמור בחוזה, אותם חקלאים שבגללם נסגרה החברה צריכים לשלם ולפצות את כל מי שניזוק, ועל הנתבעים לדאוג לשמירת זכויותיהם של אותם חקלאים שריססו נכון וכנדרש. במהלך הדיון טען נציג החברה הנתבעת שאין כאן אשמים מוגדרים בלי לפרט מדוע. גם התובע לא טען אחרת, ומדבריהם ניתן ללמוד שאין את מי להאשים, וממילא חזר ההפסד לתובע.

אילו היו נמצאים המגדלים שאשמים בכך שהוצא לנתבעים צו סגירה, והתובע היה מעלה תביעה כנגד אותם המגדלים, או כנגד הנתבעים שיתבעו מאותם מגדלים פיצוי עבור הנזק שנגרם לחברה, כדי לפצות אותו, היינו צריכים לדון בגדרי גרמא בנויקין. באופן עקרוני דין גרמא פוטר את המזיק מתשלום, אלא אם כן התובע היה מוכיח, שאותם מגדלים עשו זאת בכוונה תחילה כדי לפגוע בגידוליו ולהזיק לו, דבר שלא מסתבר, מאחר שהשם הרע יוצא על כל החברה והמגדלים שלה ולא על מגדל מסוים, וממילא המגדלים האשמים היו נפגעים מכך בעצמם.

מכל מקום כיוון שבמהלך הדיון הוסכם על ידי הצדדים שלא ניתן להאשים מגדלים מוגדרים, יש לראות בצו הסגירה שניתן על ידי משרד הבריאות קיום "דין המלך", ואז הנושא בהפסד הוא המוכר.

לסיכום, טענת התובע לחייב את הנתבעים בגין אחריותם לסגירת החברה, נדחת בעקבות צו הסגירה שניתן על ידי משרד הבריאות, האחריות היא על התובע ועליו לשאת בהפסד, ולא הנתבעים.

8. אחריות על סחורה שהתקלקלה לאחר שנקנתה

הסחורה נקטפה עוד לפני שהוסר צו הסגירה מהנתבעים. באופן רשמי, על פי צו הסגירה, היה אסור לנתבעים לעשות שום פעולה. אם הם לא היו קוטפים את הסחורה, היינו נשארים באותו מעמד שבו הסתיים הפרק הקודם – והמוכר בלבד, היה נושא באחריות. אולם, כיוון שהסחורה נקטפה למרות צו הסגירה, יש מקום לדיון נוסף, מתוך הנחה שקטיפת הסחורה הוא מעשה קניין שבו עוברת הבעלות על הסחורה מהתובע לנתבעים. אם כך, יש לדון בשאלה, מה הדין כאשר נקנתה סחורה שנמצאה טובה בשעת הקניה, ואחר זמן קצר נמצאה פגומה ולא ראויה לשיווק.

באופן עקרוני, סחורה מסוג כזה נשארת ראויה לשיווק אף אחרי שאוחסנה בקירור במשך שלושה ימים. אלא שלטענת התובע הסחורה נפגמה בשל האחסון הלקוי בדולבים. ולטענת הנתבעים הפגמים בתחילת הגידול פגעו בסחורה והדבר התגלה עוד במהלך האחסון, כך שבעצם הם קנו סחורה פגומה. לטענתם, אם הסחורה הייתה ראויה לשיווק מלכתחילה, גם אחסון בדולבים לא היה צריך לפגוע בה.

בבירור שנעשה עם חקלאים אחרים שמגדלים סחורה דומה הסתבר, שסחורה כזו ללא כל פגמים ומחלות, שומרת על איכותה בקירור בין אם אוחסנה בשקיות ובין אם אוחסנה ארגוני קרטון או בתוך דולבים. ולהיפך, יש שטענו שהאחסון בקירור בתוך דולבים טוב יותר מביתון שקיות, מאחר שבצורה זו סופגת החסה אויר קר יותר, שהרי אם החסה נארזה בשקית או בארגז קרטון היא אטומה יותר לקירור.

ובכל אופן, הכול הסכימו שאם המקרר עבד בצורה תקינה, יש לתלות את הפגם בסחורה, ולא בצורת האחסנה בקירור. גם אם בעת הקטיפה הסחורה נמצאה ראויה לשיווק, קורה שמחלה או פגם מסוים אחר, מתגלה רק אחר כך.

השאלה העומדת בפנינו היא מה הדין בתוצרת חקלאית שנקנתה, ולאחר הקניה הסתבר שיש בה פגם שהיה בה כבר בעת הגידול. האם כיוון שנעשה כבר מיקח, הפסיד הקונה כי הפגם נוצר ברשותו, או שזו אחריות המוכר למרות שהוא כבר מכר את הסחורה, ועל המוכר לשאת באחריות?

בעניין זה נאמר במשנה:

מכר לו חיטין יפות ונמצאו רעות, הלוקח יכול לחזור בו.¹³

וכך פסקו הרמב"ם¹⁴ והשולחן ערוך.¹⁵

הרשב"ם¹⁶ הסביר שהקונה יכול לחזור בו, שהרי המוכר הטעה אותו ולא היה בדעתו של הקונה לקנות חיטים רעות. הסמ"ע¹⁷ הוסיף שאנשים מקפידים ומדקדקים לקנות דווקא

13. בבא בתרא פג, ב.

14. רמב"ם מכירה יז, א.

15. שולחן ערוך חו"מ רלג, א.

16. רשב"ם בבא בתרא פג, ב, ד"ה מכר.

17. סמ"ע רלג, ב.

חיטים יפות ואפילו ביוקר, מקניית חיטים רעות בזול. המגיד משנה¹⁸ כותב שמחיטים יפות לחיטים רעות, בגלל השם השונה, הרי זה כשינוי מחפץ לחפץ, שאם רצה המתאנה לחזור בו ולבטל מיקחו, ראשי. באופן כללי ניתן לומר שקונה רוצה מיקח שלם, ואם ידוע שהוא מקפיד, אזי המיקח בטל.¹⁹

הרמ"א הביא את דינו של האביאסף:

מכר לו כסף בחזקת צרוף ונמצא כסף סיגים, המיקח קיים ומחזיר לו האונאה.²⁰ הש"ך²¹ שואל מה ההבדל בין דין כסף צרוף שנמצאו בו סיגים, שהמיקח קיים, לבין דין חיטים יפות ונמצאו רעות, שהמיקח בטל? אמנם בספר באר היטב²² מביא בשם הראב"ן גרסה אחרת לדינו של האביאסף ולפיו:

צרוף ונמצא סיגים לוקח יכול לחזור בו, דתנן התם יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו.²³

על פי גרסה זו אין הבדל בין הדינים, וממילא אין כל שאלה. בפתחי תשובה²⁴ דן בשאלת הש"ך (ללא תיקון גרסת הראב"ן), ומביא תירוץ בשם שו"ת ושב הכהן²⁵ שבכסף שנמצאו בו סיגים הקונה יכול לקחת את הסיגים ולעשות מהנשאר כסף אלא שהמשקל יופחת, בעוד שבחיטים שנמצאו רעות לא ניתן לתקנם ולעשותם יפות.²⁶

גם במקרה שלפנינו לא ניתן לתקן את הסחורה שנרקבה, והרי זה כדין חיטים יפות ונמצאו רעות שהלוקח יכול לחזור בו ואינו משלם.

9. סחורה המיועדת לשיווק

בנוסף לכך, במקרה שלפנינו הנתבעים אמנם קנו את הסחורה, אך עשו זאת על מנת לשווק אותה ברחבי הארץ, ולא לצריכה עצמית או מקומית. במקרה כזה כותב הרמב"ם:

כל הלוקח מחבירו מיקח והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למכרו שם, ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום, אינו יכול לומר לו החזר לי מיקחי לכאן, אלא מחזיר לו את הדמים והמוכר מטפל להביא מכרו או למכרו שם.²⁷

גם הראב"ד החולק על מקורו של הרמב"ם לדין זה, מסכים שהדין דין אמת. כך פסק גם בשו"ע,²⁸ והעיר בספר נתיבות המשפט²⁹ שאם ידוע שהקונה נוהג להוליך הסחורה יישא

18. מגיד משנה מכירה יז, א.

19. שו"ת הרי"ף קנג; רמב"ם מכירה טו, ו; שו"ת הרדב"ז א, שב; שולחן ערוך חו"מ רלב, ו.

20. שולחן ערוך חו"מ רלב, ו. האביאסף מובא במרדכי בבא בתרא, תקסג.

21. ש"ך רלב, א.

22. באר היטב רלב, א.

23. ראב"ן סימן קה.

24. פתחי תשובה חו"מ רלב, ב.

25. שו"ת ושב הכהן סד.

26. כך גם האריכו להסביר שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שפה; שו"ת בית יהודה חו"מ, סז; מחנה אפרים אונאה ו.

27. רמב"ם מכירה טו, ג.

המוכר בהוצאות, אף אם לא הודיעו הקונה במפורש. בשו"ת מהרשד"ם³⁰ למד מכאן שהדין ברמב"ם הוא על החזר הוצאות הדרך, אבל ברור הוא שהמיקח בטל. כך גם בנידון דידן. אין ספק שבשל סגירת חברת הנתבעים למשך מספר ימים היה צורך ורצון מצד הנתבעים לשוב לשוק עם סחורה. סביר להניח שהם שמו את הסחורה שנקטפה בדולבים במקרר, מתוך הנחה שכך היא תישמר טוב יותר, מאשר אם ישאירו אותה לא קטופה בחממה במשך אותם ימים. זאת, למרות שנודע על בעיה עם הסחורה הזאת בעבר. העובדה שהנתבעים הניחו לאורך כל הדרך, עוד לפני שנסגרה החברה בצו, שיהיה ניתן לשווק את הסחורה, למרות הקשיים שנתגלו במהלך הגידול, אינה מחייבת אותם לרכוש את הסחורה אחר כך. זהו הדין של חיטים שהיו יפות (במהלך הגידול, ובעת הקטיפה) ואחר כך נמצאו רעות (כשהיה צריך לשווקם), שהקונה, כלומר, הנתבעים, יכול לחזור בו.

10. פסק הדין

הסחורה נמצאה ראויה לשיווק כבר בכ"ג באייר תשנ"ח (19.5.98), כל איחור בקטיפה מקצר את ימיה של הסחורה. ולכן היה צריך לקטוף את הסחורה ולשמור אותה בקירור. סחורה שנמצאה ראויה לשיווק ואחר כך נתגלה בה פגם שמקורו אצל המוכר ולא אצל הקונה – הקונה רשאי לבטל את המיקח. על כן דברי התובע נדחים, הנתבעים אינם צריכים לשלם תמורת הארגוזים שנמצאו לא ראויים לשיווק.

ב. תביעה שניה

בוררות נוספת התקיימה כהמשך לפסק הבוררות הקודם, והצדדים העלו טענות חדשות.

1. טענות התובע

התובע ביקש לערער על פסק הבוררות שנזכר לעיל: חברת הנתבעים הייתה אמורה לפקח על החקלאים שירססו כראוי וכנדרש. מאחר שלא עשו מלאכתם החברה נסגרה ולפיכך האחראיות מוטלת על בעלי החברה. לאחר שכבר נקטפה הסחורה, היא הוכנסה למקרר בתוך דולבים. כדי לאוורר את הסחורה אין להניח יותר משלוש שכבות. במקרה זה הניחו 10-12 שכבות, מאחר שמדובר בדולבים גדולים, וללא אוורור כנדרש, הסחורה התקלקלה. בזמן הקטיפה הסחורה הייתה נראית ראויה לשיווק. ואכן מלווה הגידול מטעם הנתבעים אישר, שבזמן הקטיפה, מבחינה חיצונית הסחורה נראתה תקינה, אך ציין כי לא ניתן לדעת

28. שולחן ערוך חו"מ רלב, כא.

29. נתיבות המשפט ביאורים רלב, י.

30. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שפה.

מה קורה בתוכה. לטענת התובע, הפגמים הפנימיים נוצרו בשל תנאי האחסון הלקויים במקרה.

2. טענות הנתבעים

האחריות על הריסוסים היא על המגדלים בלבד. כך גם הודיעו למגדלים במכתב שנשלח אליהם כשבועיים לפני שנסגרה החברה. החברה רק מתווכת בין החקלאים לסוחרים. מערך הבדיקות של החברה במהלך הגידול ובעת מיונו מטרתו למנוע פגיעה בשיווק, אך אין לראות זאת כנטילת אחריות. נוסף על כך, לא ניתן לעקוב אישית אחר כל מגדל ולבדוק אם הוא מרסס כראוי וכנדרש.

הנחת הנתבעים הייתה שאחסון בדולבים יהיה טוב יותר לסחורה שאמורה להיות במקרה שלושה ימים. ללא קירור, הסחורה הייתה נהרסת. אם הייתה בעיה בקירור, רק העלים החיצונים היו נפגעים, ואילו כאן נתגלתה בעיה בעלים הפנימיים. מכאן שהבעיה בסחורה הייתה עוד לפני שהיא נקטפה. אין קשר בין עומס לריקבון פנימי.

כאמור, הבעיה הייתה כבר בעת הגידול. הנתבעים חשבו שניתן יהיה להתגבר על כך כשיורידו את העלים החיצונים בעת המיון. אז הסתבר שיש גם בעיה בעלים הפנימיים, והורדת העלים החיצונים לא תסייע לכך. הבעיה היא בגידול, לא בקירור.

3. נושאי הדיון ההלכתי

הדיון ההלכתי יעסוק בשאלות הבאות:

מעמדם ההלכתי של הנתבעים – מתווך או קונה?

מתי עברה הבעלות על הסחורה לידי הנתבעים?

4. מעמדם של הנתבעים – מתווכים או קונים?

בניגוד לנתבעים הרואים עצמם כמתווכים בין המגדלים והצרכנים, על פי ההגדרה הנכונה הם אינם מוגדרים כך: מתווך הוא אדם המקשר באמצעות העברת מידע בין שניים אחרים, גם שכרו ניתן לו בתמורה למידע שמסר לשני הצדדים שבזכותו הגיעו שניהם להתקשרות ישירה ביניהם. את הקניין, העסקה, השידוך וכיוצא בזה, עושים הצדדים ביניהם בלי מעורבותו של המתווך. המתווך מוגדר בהלכה כשליח וההלכות הקשורות אליו הן הלכות שליחות. כך כתב הרמב"ם: "הסרסור שליח הוא אלא שהוא נוטל שכר על שליחותו".³¹ וכן פסק גם בשולחן ערוך.³²

31. רמב"ם שולחן ערוך, ב, ו. הכסף משנה מציין את הגמרא בכתובות צח, א כמקור לרמב"ם.

32. שולחן ערוך חו"מ קפה, א. כך כתבו גם שו"ת הגאונים שערי צדק ד, ל; שו"ת המב"ט א, סא; שו"ת הריב"ש תעו ועוד.

במקרה שלפנינו הנתבעים אינם משמשים כמתווכים, שהרי הם קונים סחורה מהמגדלים, ומוכרים אותה לסוחר הירקות. כלפי המגדל, הנתבעים הם בגדר **קונה**, וכלפי סוחר הירקות הם בגדר **מוכר**.³³

חובתו של מוכר על פי הדין וההלכה לדאוג שלא יהיה שום מום במיקח, לא רק מטעמי כדאיות. אחריות זו כוללת, ללא ספק, הרחקת סכנות כגון חומרים רעילים, שהרי "סכנתא חמירא מאיסורא", ולכן חייבת החברה להקפיד על האיכות של המוצרים בתחום זה. זו חובה ברורה ופשוטה, ויש להניח שכך נעשה גם אם לא מצוין זאת על גבי עטיפת הסחורה, כפי שטען הנתבע בפנינו בבית הדין.

את האזהרה שנשלחה למגדלים בעניין זה כשבועיים לפני סגירת החברה, יש לראות לא רק כתועלת שיווקית, אלא כחובה מהותית בתור מוכרים. על הנתבעים לעשות כל שביכולתם כך שהסחורה תצא מתחת ידם ללא פגם. רק כאשר מדובר בפגם שלא ניתן היה לגלותו במהלך הגידול והמיון, הנתבעים יחשבו אנוסים ופטורים.

כך גם ביחס לרמת הכשרות המיוחדת שעליה הנתבעים מצהירים בעטיפת הסחורה. גם כאן מוטלת האחריות על הנתבעים, למרות רישום שמו של הרב או הרבנות שנותנים את ההכשר. לסיכום, **הדאגה והאחריות לתקינות המוצר על כל מרכיביו כלפי הצרכנים, היא על הנתבעים**.³⁴

כיוון שהנתבעים מוגדרים כקונים והתובע כמוכר, יש לבדוק האם ומתי הסחורה עברה לבעלות הנתבעים.

5. האם הסחורה היתה שייכת לנתבעים?

ראשית כל, צריך לברר האם ביום בו נסגרה החברה, הייתה הסחורה שייכת לנתבעים, ומכאן שסגירת החברה הייתה עניינם של הנתבעים ולא נוגעת כלל לתובע?

נוכיר שבין הצדדים הייתה הסכמה עקרונית על שתילת חסה לטובת הנתבעים בתאריך מסוים, מתוך הנחה שהחסה תגדל ותהיה ראויה לשיווק מספר שבועות לאחר מכן. החקלאי קיבל הנחיות מהחברה בתחומים שונים והוצמד לו מלווה מטעם החברה. הצדדים גם חתמו על חוזה מסוים, אם כי אין בו התייחסות לשאלה מתי עוברת החסה לבעלות

33. אין לראות את הנתבע במקרה זה כספסר, שבעניינו נפסק שאם לא ידע במום – נשבע שבועת היסט ונפטר, מאחר **שהרמב"ם** (מכירה טז, יא) מגדיר, על פי הגמרא (**בבא מציעא** מב,ב), ספסר כאחד "שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המיקח עמו ולא ידע במום זה". כך פסקו גם **הטור והשולחן ערוך** (חור"מ רלב, יח). בעוד שכאן הנתבע משהה המיקח אצלו עושה לו בדיקות, אורז אותן, ומשווק את הסחורה בשמו. על ההבדל בין מתווך, לבין ספסר, עמד **הסמ"ע** (שם, לט). כמו כן, יש להגדיר את מעמדו של הסוכנים, שהסחורה עוברת אצלם בדרכה מהנתבעים לסוחר הירקות, ולדון במחויבותם לתקינות הסחורה. לא הארכנו בנקודה זו הן בשל חוסר נתונים, והן בשל העובדה שזה לא מעניינו של פסק-דין זה. אך כאמור בתחילת דברינו, גם נושא זה יש להגדיר במדויק ולהעלות זאת על הכתב, כדי למנוע בעתיד תקלות, אשר עלולות אף לנגוע באיסורי תורה חמורים.

34. ראה עוד: הרב אברהם כהן, "סחורה שנאסרה לשיווק", **מסחר בהלכה – הלכות אונאה ומיקח טעות**, בני ברק תשס"ב, עמ' רכא-רכה, דיון על סחורה המכילה דגים שנאסרה לשיווק על ידי משרד הבריאות. לדעת המשיב, את התביעה יש להפנות כלפי היבואן.

הנתבעים. גם בדיון שהתקיים בבית-הדין נחלקו הצדדים בשאלה מתי עוברת הבעלות. שאלתנו אפוא היא, האם החסה הייתה שייכת לנתבעים ביום בו נסגרה החברה בצו? הרמב"ם כותב:

המיקח אינו נקנה בדברים ואפילו העידו עליהם עדים. כיצד? בית זה אני מוכר לך, יין זה אני מוכר לך, עבד זה אני מוכר לך, ופסקו הדמים ורצה הלוקח ואמר קניתי, ורצה המוכר ואמר מכרתי, ואמרו לעדים היו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום וכאילו לא היו ביניהם דברים מעולם.³⁵
כך פסק גם השולחן ערוך וכתב ששניהם יכולים לחזור בהם:

עד שיגמר המיקח, כל דבר ודבר כראוי לו, קרקע לפי קנינו, ובעלי חיים לפי קנינם, ומטלטלים לפי קנינם. ולאחר שנגמר המיקח כל אחד לפי קנינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפילו לא היו עדים בדבר.³⁶

קניין מתבצע בדבר ממשי, ולא באמצעות מילים.³⁷ כל הפעולות שביצעו הצדדים במקרה שלפנינו, ובכלל זה חתימת חוזה, הם אינם בגדר מעשה קניין, ולכן הנתבעים לא קנו את החסה מהתובע. לפיכך, החסה נשארה באותה העת בבעלות התובע, והוא הנושא בנוק שנגרם לחסה בתקופה זו. גם ההדרכה של המדריך החקלאי, שליח הנתבעים, אינה עושה את הנתבעים לבעלים של החסה, לא במהלך הגידול ואף לא בסיומו.

הטענה שאילו לא נסגרה החברה, היו הנתבעים קונים את הסחורה בתאריך שנקבע, אינה משנה את הדין, שהרי כל זמן שהנתבעים לא קנו את החסה, יכול כל צד לחזור בו. בפועל החברה קיבלה צו סגירה והייתה מנועה על פי החוק להמשיך בפעילותה ועל כן לא יכלה לקנות את הסחורה מהתובע, גם אם היה ברצונה לעשות כן.

יתר על כן, עד סמוך ליום בו נסגרה החברה לא ניתן היה להעביר את הבעלות הסחורה, מאחר שמדובר בגידולים, שמיום השתילה עד שלב מסוים הם בגדר של "דבר שלא בא לעולם", ולא ניתן להעביר בעלות על דבר שלא בא לעולם. כפי שנאמר בגמרא:

המוכר פירות דקל לחבירו – אמר רב הונא: עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, משבאו לעולם אין יכול לחזור בו. ורב נחמן אמר: אף משבאו לעולם יכול לחזור בו.³⁸

שורשה של המחלוקת במחלוקת תנאים, ולהלכה פסק הרמב"ם³⁹ כרב נחמן. כך פסק גם השולחן ערוך.⁴⁰

35. רמב"ם מכירה א, א.

36. שולחן ערוך חו"מ קפט, א.

37. עיין עוד רמב"ם מכירה ה, יד; רשב"א בבא בתרא גא, ד"ה וכי רצו; רא"ש כתובות ה, א. ברוח זו כתבו פוסקים נוספים.

38. יבמות צג, א.

39. רמב"ם מכירה כב, א-ב; ראה מגיד משנה שם.

40. שולחן ערוך חו"מ רט, ד. בטעם העניין שאין קניין חל על דבר שלא בא לעולם נאמרו סברות שונות, האם זהו מחמת שאין לקניין על מה לחול או מחמת חסרון בגמירות דעת, ולא נאריך בזה כאן. עיין עוד מחנה

6. האחריות על סחורה שהתקלקלה אצל הקונה

התובע טוען שהסחורה התקלקלה בזמן האחסון והקירור, בשל תנאי האחסון והקירור. לעומתו, הנתבעים טוענים שבמיון ובבדיקה הסתבר שהחסה הייתה פגומה בפנים, והנזק שנגרם הוא בגלל איכות הסחורה ולא בשל תנאי האחסון.

השאלה העומדת בפנינו היא, האם תנאי האחסון של הסחורה כפי שתוארו על ידי התובע, עלולים אכן לפגוע בסחורה, וכיצד להתייחס לדברי הנתבע שהסחורה כבר הייתה פגומה?

נושא הדיון הוא צורת האחסון בתוך הדולבים. התובע טוען שהנחת 10-12 שכבות של חסות בתוך דולב גדול, מהווה עומס גדול מדי, החוסם את האוויר הנצרך לחסה, והורס אותה. אכן, בבירור נוסף שעשינו עם חקלאים אחרים שמגדלים חסה הסתבר שאף הם סוברים כך, והנהוג באזור הוא שמאחסנים את החסות בדולבים קטנים.

ייתכן שעצם העובדה שלא נהוג בדרך כלל לאחסן חסות בתוך דולבים גדולים, מלמדת על כך שהדבר לא רצוי ולא טוב לסחורה. המלצותיהם של מומחים העוסקים בעניין, תואמות באופן כללי את המקובל והנהוג בין חקלאים. מחד גיסא, יש להתייחס לדבריהם באשר לצורת האחסון בדולב ולעניינים נוספים כהמלצה בלבד, ולא כדבר מחייב משום בחינה או גורם כלשהו אחר; ומאידך גיסא, יש כמובן משקל רב להמלצותיהם. התובע גם טען שכבר בעת שאחסנו את הסחורה העיר על כך לנתבעים, אך דבריו לא התקבלו.

ביחס לנזק שאירע אצל הקונה, המשנה קובעת:

המוכר יין לחבירו והחמיץ (=המוכר) אינו חייב באחריותו.⁴¹

ובגמרא:

אמר ר' יוסי בר חנינא, לא שנו אלא בקנקנים דלוקח.⁴²

מסביר הרשב"ם,⁴³ הואיל וניתן לתלות את הקלקול בכליו של הקונה יש לפטור את המוכר. מסתבר ש"כליו גרמו" כולל לא רק את הכלים עצמם, אלא גם את אופן האחסון בכלים. כך הסביר הסמ"ע⁴⁴ שיכול המוכר לתלות שהסחורה התקלקלה מכח העירוי שעירה הקונה את היין מקנקני המוכר לקנקני הקונה, הוא או פועליו.

הראב"ד ורבינו יונה,⁴⁵ שאלו מדוע נאמר דין זה ביין דווקא, והשיבו שיין עמיד למשך זמן רב, ויכול להינזק רק על ידי מקרה, או מחמת הטלטול או מחמת ריח. לעומת פירות אחרים שלאחר זמן מה מרקיבים מאליהם.

אפרים הלכות דבר שלא בא לעולם סימן ב, שדן בשאלה מאיזה שלב במהלך הגידול, הגידולים יוצאים מגדר "דבר שלא בא לעולם".

41. **בבא בתרא** צז,ב.

42. **בבא בתרא** צח,א.

43. **רשב"ם** בבא בתרא צח,א.

44. **סמ"ע** רל, י.

45. **ראב"ד** השגות על הרי"ף בבא בתרא מח,א; **רבינו יונה** בבא בתרא צח,א, ד"ה אמר.

אך נראה שבמקרה שהפירות התקלקלו בשל העובדה שהם אוחסנו בצורה לא טובה, האחריות היא על הקונה. כאן יודו הראב"ד ורבינו יונה כי ניתן לטעון שכליו גרמו. גם מדברי הרמב"ם⁴⁶ שפסק-דין זה להלכה משמע שדין זה הוא גם בשכר, ולא רק בדין, כפי שהסביר הכסף משנה.⁴⁷ בשו"ת משיב דבר⁴⁸ מדמה הנצי"ב דין זה למקרה אחר של שינויי מזג אוויר ותנאי מקום, המשפיעים לשלילה על תנובת החלב של פרה, ופסק שם שהמוכר אינו חייב באחריות.

על כן, בשונה מהפסק-דין הקודם, אנו מקבלים את טענת הלוקח שנגרם נזק לסחורה, בשל צורת האחסון בדולבים במקרה.

7. אחריות הקונה כשואל

אף על פי שבמקרה שלפנינו נעשה קניין, יש להעיר שהויכוח בין הצדדים מי גרם לנזק שהתגלה בסחורה נוגע לשלב המיון טרם הקניין. בשלב זה, אחריותו של הקונה כלפי הסחורה היא כמו זו של שואל, שחייב אף באונסי החפץ הנמצא אצלו. כך שנינו בגמרא:

אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן על מנת לבקרו ונאנס בידו חייב.⁴⁹

מסביר הרשב"ם: "לבדוקה אם שלמה היא על מנת לקנותה".⁵⁰

התוספות⁵¹ כותבים שהבודק נחשב כשואל. כך כתבו גם הר"ן והרא"ש,⁵² וכך פסקו להלכה גם הרמב"ם,⁵³ והשולחן ערוך.⁵⁴

הנזק לחסה לא קרה באונס, והוא נגרם בשל צורת אחסון לא נכונה ולא טובה של הסחורה על ידי פועלי חברת הנתבעים.

יחד עם זאת, הזכרנו כבר שלדעת חקלאים אחרים, ריקבון כזה לא יכול להתהוות אך ורק מאחסון בצורה זו או אחרת במקרה, וכנראה שנובע מפגם בסחורה. ולדעת כולם אם המקרה עבד בצורה תקינה, הפגם הוא בסחורה, ולא רק בצורת אחסונו בקירור. גם אם בעת הקטיפה החסה נמצאה ראויה לשיווק, קורה שמחלה או פגם מסוים אחר מתגלה רק אחר כך, ולא בשעת הקטיפה.

גם מלווה הגידול מטעם חברת הנתבעים, שהעיד בעניין גם על פי בקשת התובע, טען, שאכן מבחינה חיצונית החסה הייתה נראית תקינה, אך לא ניתן לדעת מה קורה בתוכה. במהלך המיון נמצאו פגמים בתוכה. לו הריקבון היה נגרם רק בשל העומס ותנאי האחסון,

46. רמב"ם מכירה יז, ג.

47. כסף משנה שם.

48. שו"ת משיב דבר חלק ג, יט.

49. בבא בתרא פז, ב.

50. רשב"ם שם, ד"ה לבקרה.

51. תוספות שם, ד"ה הלוקח.

52. ר"ן נדרים לא, א. רא"ש שם.

53. רמב"ם מכירה ד, יד.

54. שולחן ערוך חו"מ ר, יא.

אזי הנזק היה צריך להיות גדול יותר בחסה שהייתה בשכבות התחתונות, מהשכבות העליונות.

בעניין זה כבר הארכנו בפסק הדין הראשון, ומסקנתנו שם הייתה שאם סחורה נמצאה ראויה לשיווק ואחר כך נתגלה בה פגם שמקורו אצל המוכר ולא אצל הלוקח, הלוקח רשאי לבטל את המימון.

8. החובה לפשר

הבעיה העומדת לפנינו היא, שמחד גיסא, למרות טענות התובע, כנראה שבכל זאת, הייתה בעיה בסחורה עצמה. מאידך גיסא, צורת האחסון הלקויה בדולבים הזיקה אף היא לסחורה. קשה מאוד לקבוע באיזו מידה השפיע כל גורם על התוצאה, שרק חמישית מהסחורה נמצאה ראויה לשיווק.

כל צד טוען שמוקד הבעיה נמצא אצל חברו: התובע מצביע על צורת האחסון הלקויה אצל הנתבע, ואילו התובע מצביע על איכות הסחורה שהייתה בעייתית. כל צד נשען בדבריו על השערות לא מוחלטות, והמלצות של חקלאים אחרים. לפיכך, נראה שחברו כאן שני הדברים גם יחד, וגרמו לתוצאה זו. וכאמור קשה מאוד להחליט בבירור מה הגורם העיקרי לכך, שחלק ניכר של הסחורה נמצא בלתי ראוי לשיווק.

במקרה שכזה שבו אין אנו יכולים לברר את הנתונים עד תום, עלינו לעשות פשרה, כדברי הרא"ש:

כיוון שבא הדין לפני הדיין והוא אינו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו בעלי הדינים זה עם זה, וכתוב 'אמת ושלום שפטו בשעריכם', כי על ידי המשפט בא שלום לעולם, ולכן נתנו כח לדון ולשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם כדי לתת שלום בעולם. ולכן נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כפי שיראה הדין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.⁵⁵

דברי הרא"ש נפסקו בשולחן ערוך:

יש כוח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדין יכול להתברר, ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלא גמר.⁵⁶

הסמ"ע⁵⁷ מפרש שכוונת הרא"ש בסוף דבריו לומר, שבמקרה שהדין לא יכול להתברר ויש לעשות פשרה, ניתן לעשות את הפשרה אף בעל כורחם של הצדדים.⁵⁸

55. שו"ת הרא"ש קז, ו.

56. שולחן ערוך ח"מ יב, ה.

57. סמ"ע יב, יב.

58. בהלכה זו ובביאורה עסקו רבים ונציין לשו"ת קול מבשר א, נ שדן במקור דברי הרא"ש, ולדברי הראי"ה קוק בשו"ת אורח משפט א.

על 'דין כעין הפשרה' האמור כאן, כותב שו"ת שבות יעקב⁵⁹ שעד שליש זוהי פשרה קרובה לדין. הפתחי תשובה⁶⁰ מציין שאין זה סכום מוחלט וקבוע, אך כבר נהגו במקרים רבים, בהם עושים פשרה, שמפצים עד שליש.⁶¹

9. סיכום

- א. ככל הנראה הייתה בעיה בסחורה עצמה.
- ב. צורת האחסון הלקויה בדולבים הזיקה אף היא לסחורה.
- ג. קשה מאוד לקבוע באיזו מידה השפיע כל גורם על התוצאה, שרק חמישית מהסחורה נמצאה ראויה לשיווק.
- ד. לאור זאת אנו פוסקים פשרה בין הצדדים, ועל הנתבעים לפצות את התובע בשליש מסכום תביעתו, כנהוג במקרים כאלו.

59. שו"ת שבות יעקב א, קט; ג, קמד.

60. פתחי תשובה חו"מ יב, ג.

61. דוגמאות לדבר בשו"ת ציץ אליעזר י, מ; שם נב; שו"ת אגרות משה יו"ד חלק א, קמב, ועוד.

אתיקה עסקית

נשאת ונתת באמונה? האתיקה בתורת ישראל כתשתית למסחר ולקניין

הרב אברהם גיסר

א. פתיחה	ה. מי שעומד בדיבורו
ב. משא ומתן באמונה	ו. מעשה ישראל
ג. אנשי אמונה	ז. בית דין "מוסר"
ד. באמונה	ח. דובר אמת בלבבו

א. פתיחה

בעולם העסקים החובק-כל ובאקלים המשפטי המאפיין את ההתנהלות העסקית, נוטים לראות בבתי המשפט את הגורם המאזן והמייצב של שוק העסקים. בכל עסקה ובכל חוזה, קטן כגדול, ידיהם של היועצים המשפטיים והמחלקות המשפטיות עמוסות בעבודה משפטית אשר נועדה לתת מענה ולצפות פני עתיד בנושאים רבים מספור אשר קשורים בכל עסקה. המערכת המשפטית כולה עסוקה בהגנות מפני שינויים, בעיגון תנאים ומגבלות, ביצירת חיזוקים מפני פריצת הסכמות ובביצורים שנועדו למנוע הפרת התחייבויות. אילו היו כל העצים נייר הדפסה, וכל הימים דיו, בקושי היו מספיקים להדפסת אין סוף חוזים ארוכים ומפורטים הבאים לתת מענה והגנה לכל דבר ולכל פרט. בתי המשפט כורעים ואף קורסים תחת נטל הדיונים המשפטיים, ויותר ויותר עסקאות עוברות במהלך היווצרותן וביישומן דרך מסדרונות בתי המשפט.

משה רבנו, שופט עליון ראשון לישראל, מייסד המשפט הישראלי כבר אמר להם לישראל: "איכה אשא לבדי טרחכם ומשאכם וריבכם".¹ ועוד הוסיף לפרט את מנהגם של ישראל להרבות בטיעונים משפטיים בעדויות חדשות ובערעורים.²

* יו"ר מכון משפטי ארץ, אב"ד לממונות ורב היישוב עפרה.
יהא מאמר זה נר זיכרון לידיו"ר ר' יצחק ישר ב"ר פינחס הכהן ז"ל שהלך לעולמו ביום כ"ב מנחם-אב תשס"ט.
ר' יצחק ישר נשא ונתן באמונה כל ימיו בעסקיו ובעסקי ציבור. בחייו ובמותו היה דוגמה ל"אדם כשר". בג"ע מנוחתו כבוד.

1. דברים א, יב.
2. רש"י שם, ד"ה טרחכם.

ואולם כל הטרחה וההוצאה, הזמן והמתח, אינם באים אלא לאותם עניינים שזכאים להיכנס בשערי המשפט. הכל מבינים כי החיים במובנם הטבעי והחי הכוללים את חי הכלכלה והשוק, אינם יכולים להתנהל דרך בתי המשפט. החיים חייבים להתנהל על גבי תשתית של ערכי הגינות ואמון, אשר מוכרחים בעצמם לעמוד על קרקע יציבה ועל יסודות מוצקים. חי הכלכלה והמסחר על פי תורת ישראל אינם נשענים על עמודים שיסודם בארץ כי אם על בסיסים שנטועים בשמים, או ליתר דיוק, ביראת שמים.

החלק המרכזי של חי המסחר והכלכלה חייב להישען על יסוד האמון בין הצדדים. השוק לא יוכל לתפקד וחי המסחר והעסקים לא יוכלו לזרום בחברה שבה הכל מנסים לרמות את הכל, והכל מסתירים מידע וזוממים מזימות כדי לנצל זה את זה. המציאות היא שלגבי רוב רובם של מעשי העוול והרמייה "הקטנים" חל הכלל העממי: זה אכן מרגיז ומקומם אבל עם זה לא הולכים לבית המשפט. כך הוא הדבר במגוון רחב של התנהלויות, החל מסחבת וכלה בניצול ציני של כללים פורמאליים.

בשנים האחרונות הולכת ותופסת מקום בכיר בחיי המשפט והכלכלה הלכת "תום הלב"³ והיא אכן באה לתת מענה משפטי לסוגיה הזו. אלא שגם השימוש בסעד הזה דורש מן הצד הנפגע פתיחת הליך משפטי ארוך ויקר ומייגע וסופה שתהפוך לחלק מן הפורמליזם ומן הכללים הניתנים לפרשנות ולניצול.

ב. משא ומתן באמונה

מושג יסוד יהודי-הלכתי הוא ניהול משא ומתן "באמונה". "אמונה" היא מושג מקביל ל"אמת" כמו במילות התפילה "אמת ואמונה" או "אמת ויציב ונכון וקיים וישר ונאמן". "אדם נאמן" הוא תואר לאיש אמת שמילתו אמת ומעשיו נעשים בתום, ישר ואמת.

התואר נלקח מן הפסוק: "הצור תמים פעלו כי כל דרכיו משפט אל אמונה ואין עול צדיק וישר הוא".⁴ רשימת תארים זו היא כידוע רשימת תכונות מחייבת לכל אדם, מבחינתה של היהדות. החובה היא "אחרי ה' אלהיכם תלכו",⁵ ואמרו חז"ל:

וכי אפשר לו לאדם להלך אחר שכינה?... אלא להלך אחר מדותיו של הקב"ה, מה הוא מלביש ערומים... אף אתה הלבש ערומים; הקב"ה ביקר חולים... אף אתה בקר חולים...⁶

ובהתאמה, מה הוא כל דרכיו משפט ואמונה, אף אתה התהלך באמונה וישר. במילים אחרות, המערכת המשפטית של תורת ישראל אינה יוצרת, מבחינה מהותית, כל הפרדה בין חיובים משפטיים לבין מידות טובות וערכים נדרשים.

3. ראו למשל, ע"א 391/08 לסרטון נ' שיוכן עובדים בע"מ, פ"ד לח(2), 237; ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2), 89; 98; תמ"ש (תל-אביב-יפו) 25620/01 – ישמח שמואל נ' סוקול אריה, תק-מש 2003(4), 166; תמ"ש (כ"ס) 17480/07 ג. ה. נ' ג. י., תק-מש 2009(1), 299, 306.

4. דברים לב, ד.

5. דברים יג, ד.

6. סוטה יד, א.

הדרישה לניהול משא ומתן באמונה אינה מצטמצמת לניהול עסקים בלבד, אלא זוהי דרישה להתנהלות מקיפה עם כל הבריות ובכל תחום. אבל כידוע משא ומתן עסקי לקראת סיכום עסקה, במהלכה ולאחריה, הוא נקודת מבחן להתנהלותו המקיפה של האדם – "אדם ניכר: בכוסו, ובכיסו, ובכעסו".⁷

בעיקרו של דבר ניתן להוכיח כי על פי דרכה של תורה אין כל הפרש בין הדין לבין לפנים משורת הדין, בין משפט לבין אתיקה, אלא שהראשון "יוצא בדיינין", דהיינו בית דין אוכפים אותו, בזמן שהשני אינו יוצא בדיינין. להלן נראה שאף במקרים בהם בית דין אינו פוסק ומחייב, ישנם מצבים בהם בית הדין מעורב ופוסק. במסכת שבת מובא בשם רבא:

אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין אומרים לו: **נשאת ונתת באמונה**, קבעת עתים לתורה, עסקת בפריה ורביה, צפית לישועה, פלפלת בחכמה, הבנת דבר מתוך דבר? ואפילו הכי: אי יראת ה' היא אוצרו – אין, אי לא – לא.⁸

חכמים הגדירו באמצעות שאלות וחקירות אלו את מהות חיי אדם ואת הסיכום המתבקש על ידו לאחר חייו.

פותרים בתיאור המצב: בשעה שמכניסין אדם לדין. בשעה של דין פותרים בעסקי דין, בשעה שהאדם נדרש להגיש חשבון עושים עמו חשבון.⁹

לרשימת השאלות המובאות כאן יש לחפש מכנה משותף. נראה כי השאלות כולן מכוונות למתן דין וחשבון בנוגע למחויבותו של אדם בימי חייו לשם "תיקון עולם". תיקון עולם במשמעות של תיקון חיי החברה האנושית, דאגה לשמירתן של נורמות התנהגות ראויה, דאגה לאיכות חייו הפנימית, אחריות לדורות הבאים, שותפות במנגנוני תיקון חברתי וקביעת הנחות מחשבתיות וגיבוש דעה והשקפת עולם על סמך בירור מושגי והבנה עמוקה של נושאי הפעילות.

הצבת שאלת המשא ומתן באמונה בראש רשימת השאלות, היא קביעה ערכית משמעותית שאי אפשר להגזים בחשיבותה. היא מעידה על כך שחכמים זיהו בשאלת האמון ומחויבותו האישית של כל אדם לאמת, את התשתית לקיומה של חברה אנושית מתוקנת. הפרת חובה זו, **דוקא בהפרות שאינן יכולות לבוא בשערי המשפט**, היא מבוא לחורבן החברה. רק לאחר הצבתה של שאלת היסוד הזו אפשר להתקדם לשאלה הבאה: "קבעת עתים לתורה?"¹⁰

בניגוד לגמרא במסכת שבת, בגמרא בסנהדרין מובא סדר דין אחר:

7. **עירובין** סה,ב. "אדם ניכר" – לשון זו ניתנת להידרש: מתוך עסקיו ניכר האדם ("המענטש") שבו.

8. **שבת** לא,א.

9. הראי"ה קוק (**עין אי"ה שבת** ב, קס) מסביר: "והנה האדם הוא נכנס בעצמו בתוך הדין... ומתוך שהאדם נכנס בעצם הווייתו במעמד הרגשות המזהירות המרגישות את המשפט והצדק בעצם טבעו", וממילא הוא נשאל: כיצד פעלת אתה כל ימי חייך מול מערכת הדין? האם נשאת ונתת באמונה?

10. המדרג בנוי על פי העיקרון היסודי "דרך ארץ קדמה לתורה" (**ילקוט שמעוני** בראשית, לד).

אמר רב המנונא: אין תחילת דינו של אדם נידון אלא על דברי תורה.¹¹
התוספות תירצו שני תירוצים לסתירה בדברי הגמרא:

התם [=במסכת שבת] באדם שעוסק בתורה מיירי אלא שלא קבע עתים, והכא
[=במסכת סנהדרין] מיירי כשלא עסק כלל.

אי נמי, שואלים לו תחילה על משא ומתן באמונה ומ"מ יקבל דינו תחילה על דברי
תורה.¹²

כלומר, אדם שלמד תורה שלא-בקביעות נשאל בתחילה אם נשא ונתן באמונה, לעומת
זאת, אדם שלא למד כלל נשאל תחילה על לימוד תורה. התירוץ השני הוא שאכן השאלה
הראשונה היא על משא ומתן באמונה, אולם, השכר והעונש הם ראשית כל על לימוד
תורה. על פי הגמרא בסנהדרין קבע הרמב"ם:

תחלת דינו של אדם אינו נידון אלא על התלמוד ואחר כך על שאר מעשיו...¹³
ביטוי יפה לסדר השאלות במסכת שבת ולחידוש המיוחד שבסדר זה מצוי בנוסח שהובא
על ידי "בעל הטורים" בחיבורו ובמחלוקת המפרשים שם. רבינו יעקב בעל הטורים הביא
את הדברים תחת הכותרת "הלכות דעות". בגרסת הדפוס שלפנינו כתוב כך:

ואחר שיצא מבית הכנסת ילך לבית המדרש קודם שילך לעסקיו ויקבע עת ללמוד
דאמר רבא בשעה שמכניסין האדם לדין אומרים לו **קבעת עתים לתורה**...
ואחר כך ילך לעסקיו דכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטילה וגוררת עון... **וישא**
ויתן באמונה.¹⁴

ה"בית יוסף" הסביר את הטור על פי הגמרא בסנהדרין:

ונראה שרבינו סובר דאין הכי נמי דתחלת דינו אינו אלא על דברי תורה, ובפרק
במה מדליקין [=מסכת שבת] לא נחת אלא למימר על כמה דברים שואלים אותו
ולא דק בסדרא. ומפני כך הפכם רבינו וכתב: קבעת עתים לתורה קודם נשאת ונתת
באמונה...¹⁵

כלומר, לדעת הבית יוסף הגמרא בשבת פירטה את השאלות אך לא הקפידה על הסדר
ובאמת תחילת הדין הוא על תלמוד תורה. אולם, הב"ח פותח את ביאורו לדברי הטור כך:
נשאת ונתת באמונה קבעת עתים לתורה – כך צריך לגרוס ולא כנמצא בספרי רבינו
דגרס איפכא והוא טעות סופר.¹⁶

11. סנהדרין ז, א.

12. תוספות סנהדרין ז, א, ד"ה אלא.

13. רמב"ם תלמוד תורה ג, ה.

14. טור או"ח, קנה-קנו.

15. בית יוסף או"ח, קנה.

16. בית חדש, קנה.

הב"ח מדגיש שסדר השאלות במסכת שבת הוא סדר מחייב שהרי למדוהו מן הסדר שבפסוק "והיה אמונת עתיך"¹⁷ – מסחר באמונה קודם לקביעת עיתים, ובהסבר התירוץ הראשון בתוספות מוסיף הב"ח:

נראה שדעתם, כיוון שהעולם נברא כדי שיתעסקו ישראל בתורה, ואם לא היו מקבלים התורה היה העולם חוזר לתוהו ובוהו, אם כן דבר זה גדול מאד. לכן כשלא למד כלל התורה דנים אותו בתחילה על דברי תורה כי היה הגורם שיחזור העולם לתוהו ובוהו, אבל כשעסק בתורה אלא שלא קבע עיתים לתורה, **אם לא היה נושא ונותן באמונה היה יישוב העולם חרב** כי אין העולם קיים אלא על הדין ועל האמת ועל השלום, וכמו שהאריך רבינו בזה בתחילת חושן משפט. לכן שואלים אותו תחילה: "נשאת ונתת באמונה?" כי דבר גדול הוא כיוון שקיום העולם תלוי בזה.¹⁸

הב"ח מבקש להשיב את ההיררכיה על כנה. אומנם מי שאינו עוסק בתורה כלל אינו מבין לשם מה נברא העולם ו"אינו מן הישוב".¹⁹ אבל משעה שאדם יודע לשם מה נברא העולם הרי שסדר חשיבותם של הדברים לגבי תיקון העולם ויישובו הוא על פי הסדר המחייב: ראשית לכל התנהלות מוסרית ישרה ואמינה ורק לאחריה קביעת העתים לעיסוק בתורה.

בתירוץ השני קובעים התוספות שלעולם שואלים אדם בתחילה על משא ומתן באמונה, ובכל זאת יש להענישו על דברי תורה בתחילה. זאת, כיון שברור שכל כישלונותיו בנושא זה ובנושאים אחרים באו משום שלא עסק בתורה וייתכן שאילו היה לומד אפילו מעט, היה יודע שמשא ומתן באמונה הוא תשתית הקיום האנושי.

ניתן להוסיף ולהסביר את סדר השאלות כך: בתחילה אדם נחקר על חובותיו **כאדם** מצד צלם אלהים האוניברסלי שבו, ורק אחר כך הוא נחקר על היותו **יהודי** מצד סגולת ישראל שבו.²⁰

להלכה כתב הרמב"ם בסוף הלכות קידוש השם,²¹ שמשא ומתן באמונה הוא מופת לאדם המקדש שם שמים אשר עליו ייאמר: "ישראל אשר בך אתפאר", והחובה לנהוג כך נפסקה להלכה גם בדברי השולחן ערוך.²²

17. ישעיהו לג, ו.

18. בית חדש שם.

19. משנה קידושין א, י.

ניתן להוסיף, שאם אדם אינו שייך כלל לתורה אזי תחילת דינו על דברי תורה, היא בעצם **מבוא** לפני הדין עצמו, כעין "נחל לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" (**עירובין** יג, ב). ברוח זו ניתן להבין מדוע דרשתו של רב המנונא במסכת סנהדרין נאמרה על הפסוק "פטר מים ראשית מדון" (**משלי** יז, יד) – המים הם היסוד הראשון בבריאה ככתוב "ורוח אלהים מרחפת על פני המים" (**בראשית** א, ב; וראו עוד **רש"י** שם, א). על כן בראשית הדין-המדון יש לבדוק את האדם על המים – ואין מים אלא תורה. אבל מיד לאחר מכן עדיין העולם הוא תוהו ובוהו עד שיעסוק האדם ביישובו של עולם ובבניינו על ידי התנהלות באמונה. "לא תהו בראה לשבת יצרה" (**ישעיהו** מה, יח) – לפיתוח יישובו של עולם.

20. על פי המשנה: "חביב אדם שנברא בצלם... חביבין ישראל שנקראו בנים למקום" (**אבות** ג, יד).

21. **רמב"ם** יסודי התורה ה, יא.

22. **שולחן ערוך** או"ח קנו.

ג. אנשי אמנה

במסכת שבת באה סדרת מאמרים מפי חכמים שונים העוסקים בשאלה הרת גורל: מפני מה חרבה ירושלים? מה היה הקלקול היסודי שגרם לחורבן?

אמר אביי: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שחללו בה את השבת... אמר רבי אבהו: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שביטלו קריאת שמע שחרית וערבית... אמר רב המנונא: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שביטלו בה תינוקות של בית רבן... אמר עולא: לא חרבה ירושלים אלא מפני שלא היה להם בושת פנים... אמר רבי יצחק: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שהושוו קטן וגדול... אמר רב עמרם בריה דרבי שמעון בר אבא אמר רבי שמעון בר אבא אמר רבי חנינא: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שלא הוכיחו זה את זה... אמר רבי יהודה: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שביזו בה תלמידי חכמים...

ואמר רבא: לא חרבה ירושלים אלא בשביל שפסקו ממנה אנשי אמנה...²³

דיון קצר שמתפתח לאחר דברי רבא נחתם בקביעה שאובדנם של אנשי אמונה במשא ומתן הוא גורם החורבן. אותו אמורא, רבא, שהציב במסכת שבת את שאלת האמון והאמת בראש דינו של אדם, הוא זה הקובע שמשעה שפסקו אנשי אמת מירושלים בא החורבן. אין כל קושי לראות את קביעתו של רבא המופיעה בחתימת הדיון כקביעה הכוללת את כל הפגמים והקלקולים שמנו החכמים שלפניו.²⁴

ד. באמונה

מקור המושג "באמונה" שבו נקטו חז"ל הוא בפסוק ידוע:

23. **שבת** קיט, ב. מהרש"א (חידושי אגדות שם, ד"ה ואמר רבה) מוצא כאן מקום לתוכחה מגולה לבני דורו על עסקי משא ומתן ועל כל גורמי החורבן שהוזכרו בכל דברי החכמים. ואלה מקצת דבריו:

"ובקשו ברחובותיה" ר"ל במקום משא ומתן של הבריות. "אם תמצאו איש" ר"ל אם תמצאו אותו איש שאינה (=הונה) אותך, כי מיד כשמאנה את חבירו במו"מ הרי הוא מחביא עצמו כדי שלא ימצאהו הלוקח מזה וישהה ביד הלוקח החפץ כדי שיראה לתגר (=ואז לא יוכל לתבוע את אונאתו, בבא מציעא מט, ב) ואם גם תמצאהו בשוק "אם יש עושה משפט מבקש" לעשות מו"מ באמונה. מה כתיב התם (=בהמשך)? "על כן הכם אריה מיער זאב וגו' [ערכות ישדרם נמר שוקד על עריהם]" שהם העובדי כוכבים שמבקשין ממון ישראל.

והנה רוב עוונות וכמעט כולם הם בדור הזה בעו"ה: איסורי שבת מעט מועיר שנוהרים בהם... ובכל מוצאי שבת רבים הם שדרך חיוב להם להשתכר במוצאי שבתות ולבטל קריאת שמע של שחרית בזמנו. ביטול תינוקות של בית רבן הוא מצוי בכל קהלה גם הבחורים מבטלין רוב הימים בבין הזמנים והולכים ברחובות בביטולים וטיולים. בעניין שהושוו קטן וגדול הוא פרוץ בדור הזה שכל אחד רוצה להיות רב ואב"ד באין תורה... וכל אחד רוצה להנהיג עצמו בעשירות בין בבגדים בין בבתיים ובכל דבר וזה יבא לגזול חביריו... משא ומתן אינו באמונה בכל מיני אונאה ורבית וגזילה עד שנעשה כהיתר למי שבא לידו ממון חברו ואינו משלם ויש לכל ירא ה' וחרד לשום ליבו לכל זאת ומי שבירד למחות ימחה ויוכיח זה את זה על כל זאת. והיה ראוי להאריך בכל זאת אך אמרתי לי אולי לא יהיה משיג בדבר וכבר אמרו חז"ל בכל כיוצא בזה מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין.

24. ביחס לנאמנותו של אדם על מעשרות נאמר: "אשתו נאמנת והוא אינו נאמן מתארחין אצלו ואין לוקחין ממנו אבל אמרו תבוא מאירה למי שאשתו נאמנת והוא אינו נאמן" (ירושלמי דמאי ב, ב).

ולא יחשבו את האנשים אשר יתנו את הכסף על ידם לתת לעושי המלאכה כי

באמונה הם עושים.²⁵

מדובר היה ב"פרויקט שיפוץ" חיזוק בדק הבית של בית המקדש על-ידי המלך יהואש. הפסוק אומר שמנהלי החשבונות הראשיים – האמרכלים, לא תבעו דין וחשבון מן הגזברים אשר קיבלו את הכסף לצורך ביצוע העבודות.

הגזברים היו מעין מנהלי עבודה. הם ודאי באו חשבון עם בעלי המלאכה המבצעים אך הם עצמם קיבלו תקציב ולא נתבעו על ידי החשבים הבכירים לתת דו"ח.²⁶ הגזברים היו אנשים נאמנים ביותר שהכל רחשו להם אמון רב ואיש לא ההין לחשוד בכשרים כמותם.

הביטוי "באמונה" חוזר בתוספתא:

הנושא ונותן באמונה והאומר לחבירו: "על מנת שאין לך עלי אונאה" – אין לו עליו

אונאה.²⁷

רש"י הסביר שמדובר באדם שנתן סחורה לשלוחו ואמר לו: "מכור במה שתוכל, ותן לי המעות לזמן פלוני, והנני סומך עליך".²⁸

תוספות הסבירו באופן אחר הנוגע לעצם דיני אונאה: "ונראה דנושא ונותן באמנה היינו שמאמינו בכמה קנה ונותן לו כך ויותר מעט והשתא שייך שפיר אין עליו אונאה",²⁹ וכך הסביר גם הרמב"ם.³⁰ לדעת תוספות "באמונה" פירושה שקיפות כלכלית וגילוי מלא של נתונים מסחריים בנוגע לעסקה מסוימת. בהתנהלות כזו אין מקום לדיני אונאה, שעניינם דיני עסקה במחיר השונה ממחיר השוק. כיון שהקונה מודע למתח הרווחים של המוכר הוא מסכים למחיר ללא קשר למחיר השוק.

אם נשוב לשאלה "נשאת ונתת באמונה", נפרש שבכל פרט ובכל עסקה שומה על האדם לשאת ולתת באופן שיבטל כל חשש אונאה. מכלול דיני האונאה אינם מעניינו של מאמר זה, אך חשוב לקבוע כי מקומה של האונאה הוא בבית הדין. ובכלל זה, חשיפת נתונים מהותיים שהוסתרו, פגמים ומומים. מחיר מופקע, רמייה או טעות גדולה וכדומה, יביאו להכרזת עסקה כמיקח טעות או כעסקת אונאה והדבר יתוקן על ידי בית הדין. אולם, מעבר לדיני אונאה אדם נשאל, לא בבית דין של מטה, אלא בעולם האמת האם נשא ונתן באמונה.

ביטוי מודרני למונח "באמונה" הוא "גילוי נאות". הכוונה לחשיפת אינטרסים ומגמות, לגילוי קשרים סמויים ולמסירת נתונים מלאים באופן שהצד השני לא יימצא מרומה, או אפילו רק סובל מחוסר מידע לגבי מהות העסקה וכל המסתתר מאחריה. בעולם העסקים

25. מלכים ב, כב, ז.

26. מעניין להשוות את הדבר עם דברי חז"ל על משה אשר החמיר בשקיפות מלאכת המשכן והגיש דין וחשבון מדויק, וראו עוד: שמות רבה נא, ו.

27. תוספתא בבא מציעא ג, כב; בתלמוד בבא מציעא נא, ב, בשינוי קל: "הנושא והנותן באמונה".

28. רש"י בבא מציעא נא, ב, ד"ה הנשוא.

29. תוספות בבא מציעא נא, ב, ד"ה הנשוא.

30. רמב"ם מכירה יג, ה.

בדרך כלל לא היה מקובל לשאול את המוכר כמה הסחורה עלתה לו, ולכאורה, המידע אינו רלבנטי לעסקה הנוכחית. אבל זה בדיוק הפתח דרכו נכנסים לכל דיני הונאה ואונאה: מחיר מופקע, הסתרת נתונים, העלמת מידע מהותי ועוד ועוד. אלא מול זה ניצבת האופציה למשא ומתן באמונה.

עולם העסקים הולך ומגיע למסקנה, בעיקר בעסקאות ענק החשופות לעיני הציבור והמומחים הכלכלים, שגילויי ושקיפות משתלמים לכל הצדדים. בימינו לא יהיה זה מוזר לשמוע מנהל בכיר מצהיר בגלוי: קניתי בכך ואני מוכר בכך. מלבד הסיבות הטכניות שמקשות על הסתרה, ישנה גם סיבה מהותית והיא שאנשים מבינים שמשא ומתן גלוי מועיל לכולם, הן למוכר והן לקונה, והוא יוצר שוק יותר בטוח ויותר הגון גם בעתיד.

גישה זו מחזקת ונתמכת על ידי הדרישה החוקית מחברות גדולות כקטנות להגיש דוחות מדויקים ומפורטים, לדווח על כל רכישה או מכירה ולמלא חובות ודרישות חוקיות נוספות לרוב. דרישה זו היא בבחינת דרך ארץ שקדמה לתורה, כפי שהצטוו ישראל במרה קודם מתן תורה:

שם שם לו חק ומשפט ושם נסהו. ויאמר אם שמוע תשמע לקול ה' אלהיך והישר בעיניו תעשה והאזנת למצותיו ושמרת כל חקיו...³¹

הדינים הם קומת המסד למתן תורה, דינים שעניינם התנהגות ביושר. ואמרו במכילתא:

והישר בעיניו תעשה זה משא ומתן. מלמד שכל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו מעלין עליו כאלו קיים את כל התורה כולה.³²

ואחר כל הדינים והחוקים, בכל עסקה ובכל עת נותר "שטח אפור" נרחב אשר בו יש לנומרה ולהגינות המצפונית והדתית חלק מרכזי – "נשאת ונתת באמונה".

ה. מי שעומד בדיבורו

כלי חשוב נוסף, ליצירת הוגנות עסקית, הוא דין "מי שפרע". הלכה היא שתשלום אינו גומר את המיקח. גם לאחר מתן כסף, כל זמן שהקונה לא משך את החפץ (או ביצע מעשה קניין מועיל אחר), העסקה לא הסתיימה. ובכל זאת כתוב במשנה:

נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות יכול לחזור בו, אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו.³³

ובגמרא שם:

אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים בים, הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. והנושא ונותן בדברים – לא קנה, והחזר בו – אין רוח חכמים נוחה הימנו.

31. שמות טו, כה-כו.

32. מכילתא דרבי ישמעאל בשלח, פרשה א.

33. משנה בבא מציעא ד, ב.

ואמר **רבא**: אנו אין לנו אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו. דברים ואיכא בהדיהו מעות – קאי ב"אבל [אמרו: מי שפרע...], דברים וליכא בהדיהו מעות – לא קאי ב"אבל".³⁴

שוב **רבא** הוא זה שעוסק בנושא היושר במסחר. לשיטתו, מי שחוזר בו מעסקה שסוכמה בעל פה לפרטיה "אין רוח חכמים נוחה הימנו", פירוש: "אינו הגון בעיני חכמים",³⁵ אבל אם מדובר בהפרת סיכום ותשלום חל גם "מי שפרע".

רואים אנו עד היכן החובה לשאת ולתת באמונה מגיעה. מי שגרם לצד השני לסמוך על דבריו, מי שהשלה או גרם צער ותסכול לצד שני בעסקה אף על פי שעדיין לא נעשה שום צעד מחייב אלא רק סיכום בעל פה, וחזר בו – זוכה לפנים זועפות, ולביקורת קשה מצד החכמים. אדם כזה אינו זכאי להיות במחיצתם וליהנות מאמונם של חכמי ישראל, שהרי הוא אינו נושא ונותן באמונה.³⁶ אף אם הועבר כבר כסף מיד ליד עדיין יכולים הצדדים לחזור בהם "אבל אמרו, מי שפרע...". זהו כלי חזק מאד להרתעה מפני ניצול לא-הגון של הכללים הפורמליים. עולה מכאן מגמה ברורה אצל חז"ל לשמור על נורמה מוסרית גבוהה וליצור חובות מוסריות מחייבות גם מעבר לסמכות בית הדין לאכוף ולהעניש.

יתירה מזו, נחלקו אמוראים בשאלה האם "מי שפרע" הוא איום רעיוני בלבד או מעשה בית דין: "אביי אמר: אודועי מודעינן ליה, רבא אמר: מילט לייטנין ליה".³⁷ אביי סבר שבית הדין מסתפק בכך שהוא מודיע למי שחזר בו שקללה תחול עליו, ו**רבא** אמר: שבית הדין ממש מקלל אותו. שוב **רבא**³⁸ הוא זה שרואה ב"מי שפרע" פעולת עונשין שמבוצעת על ידי בית הדין כחלק מסמכותו, וכך פסק גם הרמב"ם.³⁹

החידוש הוא שנושא מוסרי זה אינו מתרחש בבית הכנסת או בבית המדרש אלא בבית הדין. בית הדין אינו מופקד רק על שמירת הנורמות, אלא גם על שמירת המוסר החברתי ועל הקוד האתי השולט ברחובות ובשווקים. הדבר מגדיל את השפעת "מי שפרע", וכאשר מתברר לאחד הצדדים שאמנם הוא רשאי לחזור בו אלא שעליו לקבל "מי שפרע" מהווה הדבר לגביו גורם מרתיע ביותר. לעתים מוותר אותו אדם על "זכותו" ובלבד שלא יעמוד

34. **בבא מציעא** מח,א.

35. **רש"י** בבא מציעא מח,א, ד"ה אין.

36. נחלקו ראשונים ואחרונים אם יש בחזרה מחמת שינוי מחיר (יוקר חול) משום מחוסר אמונה. **רמ"א** (חו"מ רד, יא) הביא את שתי הדעות, והכריע שיש מחוסר אמונה גם כאשר השתנה המחיר. לעומת זאת, **ערוך השולחן** (חו"מ רד, ח) הכריע שאם השתנה המחיר וחזר בו – הוא אינו מחוסר אמונה אבל ממידת חסידות ראוי לו שיעמוד בדיבורו.

37. **בבא מציעא** מח,ב.

38. להשלמת התמונה ראוי להזכיר כי **רבא** הוא מגדולי האמוראים אשר דרכו בלימוד בחריפות ובדרך הניתוח העניקו ללימוד העיוני כולו את הכינוי "הוויית דאביי ורבא". החשיבות הרבה שהוא העניק ליושר ולתום הלב באה לידי ביטוי בשני מאמרים נוספים העוסקים בפנימיות האדם: "כל תלמיד חכם שאין תוכו כברו אינו תלמיד חכם" (**יומא** עב,ב), ו"הקב"ה ליבא בעי" (**סנהדרין** קו,ב).

39. **רמב"ם** מכירה ז, א-ב.

ב"מי שפרע". כמובן שבגמרא ובפסיקה דנו במצבים שונים בדין זה ובעיקר חקרו ודרשו במצבים שבהם לא יחול דין "מי שפרע" על מי שחוזר בו.⁴⁰

ו. מעשה ישראל

את החובה המוטלת על אדם לעמוד בדיבורו לומדת הגמרא מהפסוק:

לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה. מאזני צדק אבני צדק איפת צדק והין צדק יהיה לכם אני ה' אלהיכם אשר הוצאתי אתכם מארץ מצרים.⁴¹

על כך נאמר בגמרא:

דאיתמר; דברים, רב אמר: אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר: יש בהם משום מחוסרי אמנה. מיתיבי, רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר "הין צדק"? והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך: שיהא הין שלך צדק, ולא שלך צדק! – אמר אביי: ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב.⁴²

בפרשה המקבילה בספר דברים כתוב על העוולות האלה:

לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן גדולה וקטנה. לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה גדולה וקטנה. אבן שלמה וצדק יהיה לך איפה שלמה וצדק יהיה לך למען יאריכו ימיך על האדמה אשר ה' אלהיך נתן לך. כי תועבת ה' אלהיך כל עשה אלה כל עשה עול.⁴³

השימוש בביטוי תועבה מלמד שתועבת הרמייה במסחר זהה לתועבות עריות ועבודה זרה. עוד אומר הפסוק שהשיבה בארץ מותנית בשמירה על המסחר ההגון.⁴⁴

מכאן מתבררת לנו לשון קללת "מי שפרע": בני ישראל, זרע אברהם "אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחרייו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט",⁴⁵ עומדים בניגוד גמור לדור הפלגה, לדור המבול, לאנשי סדום ועמורה ולמצרים המשעבדים. אלה משחיתי עולם, ואלה בוניו ומתקניו.

הארץ נשחתה בעבור החמס, הגזל ובעבור השחתת הבשר בדור המבול. היישוב העולמי פוחר ונפוץ עקב העריצות העולמית בדור הפלגה. סדום ועמורה וכל ערי הככר נכחדו ונשרפו במהפכת אלקים על שום שחוקקו חוקים וכתבו תקנות שעיקרן עוול, גזל ואכזריות אין קץ. והמצרים השתעבדו בעם בני חורין ועשו עמהם רעה תחת טובה ושיעבוד תחת הצלה ולא פסקו מלרמותם ולהשלותם, על כן הוכו הם וארצם עשר מכות קשות. אלה מחריבי עולם.

40. בבא מציעא מח,א; קידושין ח,ב, מעשה בבני רב הונא בר אבין שהובא ברי"ף בבא מציעא כט,א; רמב"ם מכירה ז, ה, לגבי נתן לו משכון; שם ט, ב, לגבי הקדש, שם חכמים העמידו דבריהם על דין תורה ואין זכות חזרה.

41. ויקרא יט, לה-לו.

42. בבא מציעא מט,א.

43. דברים כה, יג-טז.

44. ראו עוד מאמרו של הרב יעקב בנימין בספר זה.

45. בראשית יח, יט.

כאן אומרים למי שאינו עומד בדיבורו: הישמר לך! אל תעשה כתועבות הגויים האלה, אלא נהג כבן ישראל שהן שלו – צדק, ומילה שלו – אמת, והוא ממיישבי היישוב ותיקון עולם. בתלמוד ירושלמי מסופר כיצד נהגו אנשי דור הפלגה:

אמר רבי אחא כתיב "כי מלאה הארץ חמס מפניהם", ומה היה חמסן? הוה בר נש נפיק טעין קופה מליאה תורמוסין והיו מתכוונין ונוטלין פחות משהו פרוטה **דבר שאינו יוצא בדינין**. אמר רבי חייה בר ווה "רבה" "רבה" כמעשי אילו כך מעשי אילו.⁴⁶

כוונתו שאנשי דור המבול היו גונבים בחסות פרצה בחוק – כל אחד היה גונב כמות קטנה מאד, אותה לא ניתן לתבוע בבית דין. רבי חייה מוסיף שיש גזרה שווה שמשווה בין דור המבול עליו נאמר "כי רבה רעת האדם בארץ",⁴⁷ לבין אנשי סדום עליהם כתוב "זעקת סדום ועמרה כי רבה".⁴⁸ רוצה לומר, גם אנשי סדום הצטיינו במשפטנות מרושעת והיו עושים את כל רשעתם בחסות החוק הפורמאלי.

ברוח זו כתב הרמב"ם: "...כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה **מעשה ישראל** וחייב לקבל מי שפרע...".⁴⁹ דרכם של ישראל עומדת בתכלית הניגוד לדרכי ההרס והחורבן המוסרי אשר מתבטא בדרכם של מי שה' נפרע מהם. רש"י⁵⁰ הסביר שהמקור הוא מהפסוק: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפיהם לשון תרמית...".⁵¹ הפסוק בצפניה מציב נורמה מוסרית המגדירה מסגרת לכלל ישראל, היוצא מן הכלל הזה על ידי כזב ותרמית מעלה עליו הנביא כאילו הוציא עצמו מן הכלל.

במשמעות הרעיונית של דין "מי שפרע" הרחיב וביאר בפירוש "תפארת ישראל" למשנה:

דכל חטאי האדם יש להן ד' סיבות: (א) ע"י תאות הארציות, כדור המבול... (ב) סבה הב' לחטוא הוא הכבוד כאנשי דור הפלגה... (ג) סיבה הג' הוא חמדת הממון כאנשי סדום חטאים בממונם... (ד) סיבה הד' לחטוא הוא הכחשת ההשגחה. ובזה חטא פרעה...

ולכן מי שאינו עומד בדיבורו ויהיה מאיזה מהד' סיבות שזכרנו על ידי זה [גורם] הפסק האמונה מבני אדם ויקרע וינתק קשר חברת האנושי כהמס דונג מפני אש ולכן מזכירין אותו בכל הנ"ל ואומרים לו מי שפרע מאלה הד' כיתות במשפטים גדולים ונוראים באש ובמים הוא יפרע גם כן ממי שאינו עומד בדיבורו ויהיה מאיזה סיבה שיהיה.⁵²

46. ירושלמי בבא מציעא ד, ב.

47. בראשית ו, ה.

48. שם יח, כ.

49. רמב"ם מכירה ז, א.

50. רש"י בבא מציעא מח, ב, ד"ה בעושה.

51. צפניה ג, יג.

52. תפארת ישראל על המשנה בבא מציעא ד, ב.

ז. בית דין "מוסר"

בהקשר של "מי שפרע" ישנם ביטויים שונים בבבלי ובירושלמי. בתלמוד הבבלי הביטוי הוא **"לקבל עליו מי שפרע"**,⁵³ לעומת זאת, בירושלמי הביטוי הוא **"ימסור אותו למי שפרע"**.⁵⁴ נראה שכוונת הירושלמי היא שכאשר קצרה ידו של בית הדין מלטפל בבעיה הוא "מוסר" את אותו אדם למי שיש יכולת בידו, הלא הוא מי שפרע מדור המבול וכו'.

לשון "מסירה" מופיעה גם בהקשר אחר. כאשר שרה אמנו טוענת כלפי אברהם בעניינה של הגר כתוב: **"ותאמר שרי אל אברם חמסי עליך... ישפט ה' ביני וביניך"**,⁵⁵ ועל כך אמרו חז"ל: **"אמר רב חנן: המוסר דין על חברו – הוא נענש תחילה..."** והני מילי, דאית ליה דינא בארעא".⁵⁶

פירוש, אדם שחש נפגע מעוול שעשה לו חברו וקובל על חברו כלפי שמים, כאומר: רבש"ע אתה היודע כמה פלוני עשה עמי רעה רק אתה יכול לשפוט אותו ולהיפרע ממנו. כך אמרה שרה על אברהם. בגמרא ישנה הסתייגות מצעד קיצוני כזה והזהירו את המוסר שהוא זה שעלול להיפגע תחילה. שהרי בעצם פנייתו המשפטית לקבל על חברו בודקים ומעיינים בדינו שלו תחילה האם הוא בא ב"ידיים נקיות" וראוי שיענש חברו על ידו. בגמרא מודגש, וכך נפסק, כי האפשרות למסור דין קיימת רק בשעה שאין לאדם כל מוצא אחר על פני האדמה. דהיינו שאין בית דין מתאים שבפניו הוא יכול לשטוח את טענותיו.

מכאן ברור ש"מי שפרע" הוא אכן מסירת דין לשמים, כלשון הירושלמי, כיון שבית הדין אינו יכול לחייב ממון במקרה כזה.

צריך לומר שגם במקרה שיש קללת "מי שפרע" על הנתבע, עדיין התובע נמצא בסיכון כלפי שמים, ואם אין ידיו נקיות בדין זה יכול שיתקיים בו "נענש תחילה". על כן נכון יהיה שבית הדין ידבר על לב הצדדים במקרה כזה ויביא אותם לידי פיוס והסכמה, אפילו במחיר פיצוי כספי, על מנת שלא יעמוד שום צד ב"מי שפרע" ושכנגדו ב"מוסר דין".

ח. דובר אמת בלבבו

על כולם עולים דברי הפסוק בתהילים: **"מזמור לדוד ה' מי יגור באהלך מי ישכן בהר קדשך. הולך תמים ופעל צדק ודבר אמת בלבבו"**.⁵⁷ במסכת מכות⁵⁸ נאמר שדוגמא ל"דובר אמת בלבבו" הוא רב ספרא. ומסביר רש"י:

דרב ספרא היה לו חפץ אחד למכור ובא אדם אחד לפניו בשעה שהיה קורא קריאת שמע, ואמר לו: **"תן לי החפץ בכך וכך דמים"**, ולא ענהו מפני שהיה קורא קריאת שמע. כסבור זה שלא היה רוצה ליתנו בדמים הללו והוסיף, אמר: **"תנהו לי בכך"**

53. בבא מציעא מח,ב.

54. ירושלמי בבא מציעא ד, ב.

55. ראשית טז, ה.

56. בבא קמא צג,א.

57. תהלים טז, א-ב.

58. מכות כד,א.

יותר". לאחר שסיים קריאת שמע אמר לו [רב ספרא]: "טול החפץ בדמים שאמרת בראשונה, שבאותן דמים היה דעתי ליתנם לך".⁵⁹

רב ספרא ביקש למכור חפץ, ואף שהציעו לו סכום גבוה מאד התעקש למכור בסכום שעליו גמר בליבו בבואו למכור. כאן אין עוסקים בתשלום דמים, בהפרת הבטחה או בדיבור מתחכם אלא בנאמנות מוחלטת למחשבות הלב שאיש לא ידען.

על כן כאשר נסתלק רב ספרא מן העולם הורה אביו לחכמים לקרוע עליו כדין "חכם שמת הכל קרוביו".⁶⁰ באותה הסוגיה מובאת אותה ההלכה גם לגבי "אדם כשר" שכל הבוכה ומתאבל על אדם כשר "מוחלין לו על כל עוונותיו". ואין לך "אדם כשר" יותר ממי שנושא ונותן באמונה בכל דרכיו. ההשוואה בין חכם גדול בדורו לבין אדם כשר מביאה למסקנה המתבקשת: קיומה של התורה תלוי בגדולי לומדיה, וקיומה של החברה כולה תלוי בכשרות אנשיה.

59. רש"י מכות כד, א, ד"ה רב ספרא.

60. מועד קטן כה, א.

מגבלות על תחרות חופשית

הרב יוסף גטנו זצ"ל

- א. תיאור המקרה
- ב. מניעת תחרות בין תושבי העיר
- מחלוקת הראשונים בביאור הגמרא
 - ביאור שיטת האביאסף והחולקים עליו
 - מחלוקת האחרונים בעקבות האביאסף
- ג. מניעת תחרות מחוץ לעיר
- הקשר בין הזכות לסחור לתשלום המס המקומי
 - חזקת היישוב
 - היתר בגלל הוזלת מוצרים
- ד. סיבות נוספות
- איסור בגלל הפחתת מחירים
 - מניעת תחרות אינה איסור
- ה. סיכום

א. תיאור המקרה

באו לפנינו בעלי חנויות מכולת שבאזור בנימין (להלן, התובעים) ובפיהם טענה, שהמועצה האזורית, באמצעות מנהלת "שער בנימין" (להלן, הנתבעת), השכירה או מכרה מבנה לגוף שיווקי גדול אשר ידוע שבכוחו להוזיל מחירים באופן משמעותי. אזור התעשייה "שער בנימין" יושב על אם הדרך, כך שחלק ניכר מתושבי היישובים שבהן פועלות חנויות המכולת זה שנים רבות, חייבים לעבור באותה דרך. כיוון שאותו גוף שיווקי מציע מחירים זולים בהרבה ממה שביכולת בעלי חנויות המכולת להציע, הרי שלטענתם, הכנסתם תיפגע בצורה קשה עד כדי סגירת העסק.

ב. מניעת תחרות בין תושבי העיר

בגמרא נידונה השאלה האם ומתי ניתן למנוע מאחר לפתוח עסק מתחרה: אמר רב הונא: האי בר מבואה דאוקי ריחיא ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה – דינא הוא דמעכב עילויה, דאמר ליה: 'קא פסקת ליה לחיותי'. לימא מסייע ליה: מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג... שאני דגים דיהבי סייארא.¹

* הרב יוסף גטנו זצ"ל, רב אזורי ואב"ד לממונות מטה בנימין. הרב התבקש לגנוי מרומים ביום הושענא רבה תשס"ט, ולא זכה לראות בפרסום הספר. המאמר מעובד מתוך פסק דין שניתן בחודש טבת, תשס"ו, הושמטו ממנו הדיונים בראיות העובדתיות שהביאו התובעים, ונוסף בסופו סיכום.

כלומר רב הונא פסק שאדם יכול למנוע מחברו להתחרות איתו (לדוגמא, בטחינה ברחיים). הגמרא ניסתה להביא ראיה לדברי רב הונא מההלכה המחייבת דייג לפרוס את מלכודת הדגים שלו במרחק מה ממלכודת שכבר נפרסה על ידי דייג אחר. הסברה הייתה שכשם שדייג צריך להיזהר שלא לפגוע בפרנסתו של דייג אחר, כך צריך בעל מלאכה להיזהר שלא לפגוע בעמיתו שלו למקצוע, הגמרא דחתה את הראיה.

1. מחלוקת הראשונים בביאור הגמרא

נחלקו ראשונים כיצד לפרש את הגמרא, רש"י הסביר כך את הראיה ודחייתה:

מרחיקין מצודת הדג מן הדג – צייד שנתן עיניו בדג עד שהכיר חורו מרחיקין שאר ציידין מצודתם משם. אלמא אף על גב דלא זכה ביה ולא מטא לידיה מרחיקין משם דאמר ליה: 'קא פסקת לחיותי'.

שאני דגים דיהבי סיירא – נותנין עין בהבטם להיות נוהגים לרוץ למקום שראו שם מזונות. הילכך, כיון שהכיר זה (=הדייג הראשון) חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו והוה ליה כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו. אבל הכא (=בהעמדת רחיים) מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא.²

מדברי רש"י מוכח שלמרות שהדג לא הגיע לידיו של הדייג שפרס את המלכודת ראשון, הרי הוא כמי שבא לידו, כיוון שהדייג בטוח שילכוד אותו. בניגוד לכך, לקוחות אינם שייכים לטוחן זה או אחר, ולכן אין איסור בפתיחת תחרות.

הרמב"ן חלק על רש"י והביא את פירוש ה"ערוך" לדחיית הגמרא, שמדובר במצב בו הדייג השני גרם לכך שדגים שכבר נלכדו במלכודת שהניח הדייג הראשון, יצאו ממנה:

ופעמים שנצודו ברשת ומתוך שהם רואין מזונות במקום אחר הם הולכין שם וזה גזל גמור הואיל וכבר נצודו.³

לדברי הערוך במצב כזה הדייג השני עובר על איסור גזל, כיוון שברגע שהדגים נכנסו למלכודת של הדייג הראשון הם נקנו לו. בניגוד לכך, בתחרות בין טוחנים ברחיים, הלקוחות אינם קנויים לטוחן הראשון, ולכן אין איסור על הטוחן השני להיכנס לשוק.

ר"י מיגאש הסביר באופן אחר את דחיית הגמרא:

ודחינן שאני דייגים דיהבי סייארא, כלומר משלחין שילוחין לראות אם יש מצודה אם לאו, וכשרואין מצודה הראשונה יודעין שיש שם מצודות הרבה ובורחין מאותו מקום כולו ואין נכנסין אליו כלל. נמצאת אותה מצודה מפסקת ליה לחיותיה **לגמרי** אבל... ברחים שאפשר שיהיו מקצת אנשים טוחנין בזו ומקצת טוחנין בזו, ולא מפסקת ליה לחיותיה כלל, יש לומר שאין מעכב עליו. ואף על גב דהוה **מפחית** ליה

1. בבא בתרא כא,ב.

2. רש"י שם.

3. רמב"ן בבא בתרא כא,ב, ד"ה שאני; וכן רשב"א שם, ד"ה שאני; וריטב"א שם, ד"ה שאני.

לחיותיה מצי אמר ליה את מטי לך מאי דפסקו לך מן שמיא ואנא מטי לי מאי דפסקו לי מן שמיא.⁴

כלומר, ר"י מיגאש הסביר שהצבת המלכודת השנייה גורמת לדגים לא להיכנס למלכודת הראשונה באופן מוחלט. לעומת זאת, הצבת רחיים נוספות גורמת אך ורק להפחתה בהיקף הלקוחות של בעל הרחיים הראשון, ודבר זה מותר.

מתוך הדברים למדנו, שלדעת רש"י כל דבר שקרוב לוודאי שהיה אדם זוכה בו הרי זה כמו שזכה בו. לעומת זאת, הרמב"ן סבר שדווקא אם כבר זכה – אסור לקחת ממנו. ושיטת ר"י מיגאש היא שאסור לגרום להפסקה מוחלטת של הגעת לקוחות, אבל מותר לגרום להפחתה בהיקף הלקוחות על ידי פתיחת עסק מתחרה.

בהמשך הגמרא הובאה דעתו של רב הונא בריה דרב יהושע:

אמר רב הונא בריה דרב יהושע: פשיטא לי, בר מתא (=בן העיר) אבר מתא אחריתי מצי מעכב, ואי שייך בכרגא דהכא – לא מצי מעכב.

בר מבואה (=תושב הרחוב) אבר מבואה דנפשיה – לא מצי מעכב.

בעי רב הונא בריה דרב יהושע: בר מבואה אבר מבואה אחרינא, מאי? תיקו.⁵

כלומר ניתן למנוע ממתחרה מחוץ לעיר לפתוח חנות חדשה בעיר, אלא אם כן הוא משלם מסים עם בני העיר. אולם לא ניתן למנוע מתושב הרחוב (=המבוי) לפתוח חנות נוספת ברחוב שבו הוא גר. ביחס לפתיחת חנות על ידי אדם מרחוב אחר נשארה הגמרא בספק. להלכה נפסק כדברי רב הונא בריה דרב יהושע.⁶

2. ביאור שיטת האביאסף והחולקים עליו

בספר אביאסף כתב כך:

מבוי הסתום משלושה צדדים, רק מצד אחד יכנסו לו, ודר ראובן אצל סופו הסתום ובא שמעון לדור כנגד הצד הפתוח, שאין העכו"ם יכול לילך אם לא ילך תחילה לפני פתח שמעון, נראה שיכול לעכב עליו כדבר הונא וכו'.⁷

כלומר ברחוב ללא מוצא אסור לפתוח חנות חדשה בפתח הרחוב, כיוון שברור שכל הקונים הנכנסים לרחוב יפנו לחנות החדשה ואף לא אחד יגיע אל החנות הוותיקה. נראה מדבריו שהוא פסק כרב הונא, וכיוון שרוב הפוסקים פסקו שאין הלכה כרב הונא, הרי שיש לדחות גם את דברי האביאסף. כך כתב בספר בית יוסף,⁸ וברוח זו השמיט הלכה זו מספרו שולחן ערוך.

4. ר"י מיגאש, שם, ד"ה מרחיקין.

5. בבא בתרא כא,ב.

6. שולחן ערוך חו"מ קנו, ה.

7. הובא במרדכי בבא בתרא, תקטז.

8. בית יוסף, חו"מ קנו.

אבל הרמ"א סבר שדברי האביאסף נאמרו גם על פי שיטת רב הונא בריה דרב יהושע,⁹ וזאת משום שיש –

לחלק בדבר דברי היזקא כגון הכא גבי מבוי שבדאי יזיק לו, כולי עלמא מודו דהלכתא כרב הונא.¹⁰

כלומר כיוון שבמקרה שהביא האביאסף מדובר במניעה מוחלטת של פרנסת בעל החנות הראשון, גם רב הונא בריה דרב יהושע מודה שהדבר אסור.¹¹ דברים אלה עולים בקנה אחד עם שיטת ר"י מיגאש שהובאה לעיל, אולם הרמ"א עצמו לא הביא דין זה בהגהותיו לשולחן ערוך.

ניתן להציע כמה הסברים¹² לשיטת הבית יוסף בשולחן ערוך שאין איסור אפילו ב"פסקיה לחיותיה לגמרי":

הסבר אחד – רב הונא בריה דרב יהושע התיר תחרות משום שכל אחד **עושה בתוך שלו**. אולם לדעת הרמ"א נימוק זה נכון רק לגבי רחוב מפולש, אבל אם אדם פותח חנות בפתח רחוב ללא מוצא, כך שכל מי שנכנס לרחוב צריך לעבור על פתחו – אין זה נקרא עושה בתוך שלו, אלא כעושה בתוך של חברו. לעומת זאת הבית יוסף סובר שגם במקרה כזה, הוא נחשב כעושה בתוך שלו ולכן הדבר מותר. על פי הסבר זה, יתכן שאם "פסקיה לחיותיה לגמרי" גם השולחן ערוך יודה שיש בכך איסור כפי שכתב הר"י מיגאש.

הסבר שני – לדעת רב הונא, לבעל המלאכה הראשון יש **זכות קדימה** להוציא פרנסתו ממקום זה, ולכן הוא יכול למנוע מאחר להתחרות בו. לעומת זאת, לדעת רב הונא בריה דרב יהושע והבית יוסף אין זכות כזו כלל, וכל הרוצה יכול להתחרות.

הסבר שלישי – הר"י מיגאש¹³ כתב שהסיבה לאסור תחרות היא שבכך נגרם **נזק** למוכרים הראשונים. על פי הסבר זה, לרב הונא העמדת רחיים ליד רחיים של חברו הנה בגדר נזק. אולם לרב הונא בריה דרב יהושע אינו נחשב מזיק משום שאינו עושה כל מעשה בידיו, אפילו בפסק לחיותיה.

9. **דרכי משה** חו"מ קנו, ד.

10. **שו"ת הרמ"א**, י.

11. על ביאור זה שכאשר פתיחת התחרות גורמת לסגירה של החנות הראשונה אין מחלוקת בין האמוראים קשה, שהרי האביאסף כתב שהדבר אסור כרב הונא, משמע שרב הונא בריה דרב יהושע חולק על כך!

בספר **בית אפרים** (סימן כו) תירץ שבכך מודה רב הונא בריה דרב יהושע לרב הונא. תירוצו אינו תואם את שיטת ר"י מיגאש, שפירש ששאלת תחרות הגורמת ליציאה מהענף עלתה בקושיה על דברי רב הונא מ"מצודת הדג", ומסקנת הגמרא הייתה שרב הונא לא עסק במקרה כזה, אלא רק במקרה שתחרות תגרום לירידה בהכנסות. לאור זאת, לא ניתן לומר שב"פסקיה לחיותיה לגמרי" כולם מודים לרב הונא, שכלל לא עסק בכך. בעקבות זאת, כתב בספר בית אפרים שהמילים כ"דרב הונא" המופיעות במדכי הן טעות סופר, וראיה לכך שבספר האגודה הן אינן מופיעות.

12. עיין **בפד"ר** (ג, עמ' שמ, והלאה) שדנו בכך והביאו כמה הסברים, בדומה למובא כאן.

13. ר"י מיגאש **בשיטה מקובצת** בבא בתרא כא, ב, ד"ה לימא.

הסבר רביעי – הגרא"ל צינץ¹⁴ כתב שבעל החנות השני יכול לומר לראשון שגם הוא צריך לפרנסה¹⁵ ו"מאי חזית דדמא דידך סומק טפיי". אולם, לדעת הרמ"א מסיבה זו הוא אינו יכול לדחות את בעל החנות הראשון לגמרי ודי שיהיה שווה לו. אולם הבית יוסף סבר שאין שום עדיפות לאדם אחד על פני חברו גם אם הראשון קדם, ולכן אפילו אם השני יקפח לחלוטין את פרנסת הראשון – הדבר מותר.

ניתן למצוא נפקות מעניינת בין ההסברים השונים ביחס לדברי הרב משה פיינשטיין בשו"ת אגרות משה¹⁶, שכתב שאפילו למעט בפרנסתו של אדם – אסור. הוא הביא ראיה מדברי רש"י, שביאר את דברי הגמרא "אדם קורא לחברו רשע – יורד עמו לחייו"¹⁷, שפירש:

יורד עמו לחייו – רגיל להתקוטט עמו כאילו הכהו, וכאילו בא להורגו.
ואני שמעתי: רשאי לירד לתוך אומנותו של חברו, ולמעט מזונותיו של חברו, וקשה בעיני שיתירו חכמים לישראל להינקם ולגמול רעה...¹⁸

הרב משה פיינשטיין למד מהפירוש השני שהביא רש"י, שאפילו למעט בפרנסתו של אדם אסור, אלא אם כן אותו אדם קרא לו רשע.

אמנם נראה שיש לדחות את דבריו הן בגלל שרש"י עצמו פקפק בפירוש זה, והעדיף את הפירוש הראשון. אולם נראה שדברי הרב פיינשטיין תלויים בסברות שהובאו לעיל: אם הסיבה לאסור תחרות היא בגלל שהמתחרה מזיק לחברו הרי שאין כל הבדל אם מזיק הרבה או מעט, כדעת הרב פיינשטיין. אולם, לפי הטעמים האחרים שהתבארו לעיל, הרי שדווקא כש"פסקיה לחיותיה" יש איסור.

3. מחלוקת האחרונים בעקבות האביאסף

האחרונים נחלקו בשאלה האם לפסוק כדעת האביאסף. היו שפסקו כמותו¹⁹ בכל מקרה של מניעה מוחלטת של פרנסת הסוחרים הראשונים. החתם סופר אמנם קבל את שיטת האביאסף, אולם, הוא סייג אותה –

וזה שייך ברחיים שמשמיע קול וכל עובר עליו יודע ושומע ביום ובלילה שיש כאן רחיים, ומי פתי ילך אל השני כיון שהראשון קודם לו נמצא פוסק לחיותיה לגמרי.

14. הומצא על ידי התובעים מתוך ספר זכרון.

15. על פי דברי הגרא"ל צינץ טענו התובעים שכיוון שלנתבעת אין קשיי פרנסה אל לה לאפשר פגיעה בבעלי החנויות, כיוון שכל ההיתר לתחרות הוא זכותו של המתחרה החדש להתפרנס. אולם, מלבד זאת שיש חולקים על המהרא"ל צינץ, הרי שלפי דברי התובעים לעולם לא יתאפשר למאן דהו לפתוח יותר מחנות אחת, שהרי כבר יש לו פרנסה ממנה. זאת ועוד, נראה שהפוסקים חלקו על סברה זו, והתירו לפגוע בפרנסת האחר, גם כשלפוגע אין קשיי פרנסה. על כן נראה שדברי המרא"ל צינץ נאמרו אך ורק לפלפול, כפי שהוא כתב בעצמו בראשית דבריו.

16. שו"ת אגרות משה חו"מ א, לח.

17. בבא מציעא ע"א.

18. רש"י שם, ד"ה יורד.

19. שו"ת שארית יוסף, יז; שו"ת משאת בנימין, כז, ד"ה הדין הרביעי; שו"ת שואל ומושיב, קמא, א, כ, בנוגע למקום שיש בו מספר קצוב של חנויות; שו"ת חתם סופר חו"מ, סא; שו"ת ישכיל עבדי ו, חו"מ, ז, ד.

וכעין אביאסף מיירי בחנות פתוחה וחנווני יושב ופירות לפניו וכל עובר במבוי פוגע בראשון תחלה ופוסק לחיותיה לגמרי אבל שארי אומנות כגון חייט ובורסקי לא שייך דין זה בשום אופן...²⁰

כלומר, רק חנות הכוללת פרסום כזה או אחר אסורה, אבל בעל מלאכה ללא פרסום יכול לפתוח חנות גם בפתח רחוב ללא מוצא, כיוון שעדיין יהיו מי שיכנסו לחנויות שבעומק הרחוב.

בספר בית אפרים²¹ הביא בתחילה את שיטת האביאסף, אולם אחר כך טען שהאחרונים חולקים על כך, ולכן יכול לטעון קים לי²² כמותם ולהיפטר. עוד הוסיף וכתב שם, שמקור דברי האביאסף בראב"ן, אולם הראב"ן עצמו לא הביא את הדברים באופן חותך אלא כשאלה ששאל את הגאונים, והם השיבו לו שלא ניתן למנוע תחרות גם כשגורם לראשון לעזוב את השוק! בספר בית אפרים סיכם שמטרתו הייתה ליישב את דברי הרמ"א אף שלדעתו האמת אינה כך ואף הרמ"א לא סבר כך.

בשו"ת דברי חיים²³ כתב שדברי הרמ"א הושמטו מהגהותיו לשולחן ערוך משום שסבר שדינו של האביאסף חל רק במקום שדנים בו דין מערופיא²⁴ ומכיוון שאפילו בזמן הרמ"א לא נהג דין מערופיא, מותר היה למשוך קונים בכל דרך. יתירה מזו, לדבריו, גם האחרונים שפסקו כדעת האביאסף יודו שבמקרה שהתחרות אינה מאלצת את המוכרים הראשונים לסגור את העסק, אין בכך איסור, ובכל מקרה יש כאן ספק האם לפסוק כדעת האביאסף, ולכן יש להקל ולהתיר תחרות.

בשו"ת נטע שעשועים²⁵ כתב שכוונת האביאסף היא שתחרות אסורה כאשר המתחרה פועל להשגת יתרון על פני המוכרים המקומיים, כיון שהם ייפגעו בוודאות... לדעתו, במקרה כזה אין חולק על האביאסף. עוד כתב²⁶ שאמנם הרמב"ן²⁷ כתב שפגיעה ברווחי בעלי החנויות הראשונים אינה בגדר נזק ולכן פטור בדיני אדם. אולם, גם הרמב"ן מודה שאם בעלי החנויות הראשונים ממש מפסידים ולא רק לא-מרוויחים – בעל החנות החדשה חייב גם בדיני אדם. בשו"ת דברי חיים²⁸ חלק על כך וכתב שאין זה מזיק ממש, חוץ מלשיטת רב הונא, שאין הלכה כמותו.

20. שו"ת חתם סופר חו"מ, עט; וראה עוד שם, קיח.

21. בית אפרים, כו.

22. אף שאנו בבית הדין סוברים שלא ניתן לטעון 'קים לי' כנגד בעלי השולחן ערוך, וכפי שכתבנו כמה פעמים.

23. שו"ת דברי חיים א, חו"מ, כ.

24. מערופיא פירושו לקוחות קבועים. והכוונה לדין שאסר "לגנוב" לקוחות ממוכר או בעל מלאכה. בשו"ת דברי חיים כתב שדין זה תלוי במנהג, וכעת אין מנהג כזה.

25. שו"ת נטע שעשועים, לו.

26. שו"ת נטע שעשועים, לח.

27. לא ברור מה מקורו.

28. שו"ת דברי חיים א, חו"מ, יט.

והאמת תורה דרכה שגם לדעת הסוברים כדעת האביאסף היינו דווקא ברחוב ללא מוצא. לכן נראה שבמקרה הנידון לפנינו שבו החנות החדשה נפתחת על אם הדרך לירושלים, אולם, יש אחרים אשר מקור פרנסתם במקום אחר, ואינם עוברים בהכרח בדרך זאת – אין מקום לדינו של האביאסף. יתירה מזו, החנות החדשה אינה ממש על אם הדרך, אלא יש לסטות מהדרך מעט כדי להגיע אליה. זאת, בניגוד למה שמשמע באביאסף שאסר במקרה שאי אפשר לעבור מבלי לפגוע ישירות בחנות שבפתח הרחוב.

ג. מניעת תחרות מחוץ לעיר

עד כה, נדונה השאלה האם מותר לאדם מתוך העיר להתחרות בחברו, אולם כאן המקרה הוא שבעל החנות החדשה אינו גר באזור זה. האם במקרה כזה ניתן למנוע ממנו להתחרות בבעלי החנויות המקומיים?

1. הקשר בין הזכות לסחור לתשלום המס המקומי

כפי שהובא לעיל, לדעת רב הונא בריה דרב יהושע ניתן למנוע מאדם הבא מחוץ לעיר להתחרות בתושבי העיר, אלא אם כן הוא משלם מס כאנשי העיר. לכאורה, היה ניתן להבין שרק מי שחייב במס יכול לסחור, אולם, מתשובת הרשב"א שעסקה ביכולת לחייב סוחרים מחוץ לעיר במסי העיר משמע בדיוק להיפך:

...מממלכה אל מלכות אחר אין למלך רשות לחלק ולשעבד. אלא שיכול לגזור שלא

יחזור ולא יתעסק שום אדם בארצו אלא אם כן יתן כך וכך. וכענין המכסים ושאר

החוקים שיש למלך על הסוחרים הנכרים בסחורותם שהם סוחרים בארצו...²⁹

הרשב"א ביאר שכל אדם מחוץ לעיר יכול לסחור בעיר, אלא שכתוצאה מכך הוא יתחייב במסים שהטיל השלטון המקומי. אכן, אם הוא יסרב לפרוע את המס המוטל עליו יוכלו בני העיר למנוע ממנו לסחור מצד דינא דמלכותא. גם בשו"ת מהרשד"ם, אחר שהביא דברי הרשב"א הוסיף וכתב:

הרי לך בפירוש שלא אמרו כך אלא לפי שכך דעת המלך שלא יסחרו בארצו

ובממשלתו אלא הפורעים לו ולא אותם שאינם פורעים לו.³⁰

העולה מכאן שהכל כפי דעת המלך או השלטון ומנהגיו, ואין חיוב המס **סיבה** להתיר או לאסור פתיחת חנות, אלא **תוצאה** שלה.

אמנם ראיתי בדברי מהרא"ל צינץ³¹ שביאר דעת הרמב"ם, שההיתר לפתוח חנות הוא רק למי שכבר נותן מס, אבל אם מלכתחילה לא נתן – יכולים בני העיר למנוע ממנו לפתוח. אולם דבריו אינם מוכרחים, ועוד קשה לשיטתו מדוע לא הזכיר הרשב"א בתשובתו שזו

29. שו"ת הרשב"א א, תרסד.

30. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, תמא.

31. הומצא ע"י התובעים מתוך ספר זכרון.

היא דעת הרמב"ם, והלא כך דרכו של הרשב"א לציין את דעת הרמב"ם, בפרט כשהוא חולק עליו. אלא שככל הנראה הרשב"א לא הבין כך את הרמב"ם.

בשו"ת דברי חיים³² הגביל עוד דין זה, וכתב שהיכולת לעכב היתה דווקא בימיהם בגלל שהרחוב היה שייך לתושבים שגרו בו, מה שאינו נכון בימינו, שהשטח אינו שייך לתושבים. בכל אופן המנהג כיום הוא שמי שמשכר משלם מס הכנסה למדינה כפי הכנסותיו, ובעניין זה אין לתובעים כל טענה, כי זה הוא החוק. גם כלפי המועצה האזורית המס אינו מחושב על פי כל גולגולת, כי אם ארנונה המחושבת על פי השטח של העסק. לכן כל זמן שבעל העסק החדש עתיד לשלם כפי שמשלמים האחרים עבור עסק ומסחר, אין לתובעים כל טענה כנגדו.

יתירה מזו, מסתבר לומר שאם יראו לנכון, השלטון או הרשות המקומית, לפטור את בעל החנות מן המס מסיבה כל שהיא, הרי שהרשות בידם ואין לבני העיר כל טענה בזה. ראייה לכך מצאנו בשו"ת שואל ומשיב³³ שכתב שאף שהאחד משלם מס למלך, ואילו מהשני מעלימים השלטונות את עיניהם – אסור לדווח על השני לשלטונות, כיוון שמזלו גרם לו שיתעלמו ממנו.

אמנם יש לפקפק בעצם הטענה שכל המועצה היא יחידה אחת. ולכן יש למנוע מאחרים לסחור בשטחי המועצה כטענת התובעים. ראשית, משום שבשו"ת דברי חיים³⁴ כתב שדווקא באותו רחוב (מבוי) יכולים התושבים למנוע פתיחת חנות, אבל בשאר העיר אינם יכולים לעכב. ובדומה לכך, נראה היה שיש מקום לדון בפתיחת חנות נוספת באותו יישוב, אבל לא מחוץ ליישוב.

שנית, לא שמענו שבעל חנות מכולת כלשהו מחה כנגד פתיחת חנות ביישוב אחר, ומה הטעם כעת למחות כנגד פתיחת חנות מחוץ ליישוב. אלא ודאי שכפי ההיגיון והשכל הישר כל יישוב הוא יחידה בפני עצמו. זאת ועוד, גם בנוגע לניסיון למנוע פתיחת חנות נוספת באותו יישוב יש לפקפק, כיוון שכבר שמענו שביישובים גדולים, יחסית, התושבים הגדירו את עצמם כעיר גדולה. ונפתחו שם שתי חנויות מכולת.

2. חזקת היישוב

בשו"ת שואל ומשיב כתב שהאיסור על אדם מחוץ לעיר להתחרות בבני העיר נובע מחזקת היישוב של התושבים המקוריים:

ולפי עניות דעתי יש לומר דבאמת כל שאין חזקת יישוב לא שייך משום "פסיק חיותא" דכל אחד יזכה במה שהוא שלו. אבל בבר מתא אחר דאין להם חזקת יישוב (=בעיר הזאת) שוב שייך גם כן "פסיק חיותא". דזה יש לו חזקת חיות ופרנסתו באותה העיר ודו"ק.³⁵

32. שו"ת דברי חיים ב, חו"מ, לט.

33. שו"ת שואל ומשיב, קמא, א, כ.

34. שו"ת דברי חיים ב, חו"מ, לט.

35. שו"ת שואל ומשיב, קמא, א, כ.

אולם נראה שחזקת היישוב אינה שייכת בכל שטח המועצה האזורית, ודי שתתקיים אך ורק בכל ישוב. ראייה לדבר, שהרי לא שמענו שהייתה התנגדות לפתיחת חנות ביישוב אחר, שמא ימכור בזול יותר וייגררו אחריו הקונים אף מיישובו. מה גם שלעתים המרחק בין היישובים קצר יותר מהמרחק לחנות שבגינה הוגשה התביעה. יתירה מזו, אני תודה אם יש בכלל בלעדיות וחזקת יישוב ודין קדימה ביישובים עצמם.

3. היתר בגלל הוזלת מוצרים

גם אם נקבל עקרונית את דעות הפוסקים האוסרים פתיחת תחרות על ידי אדם הבא מחוץ לעיר, עדיין יש מקום להחזיר זאת מצד טובת התושבים והלקוחות אשר ייהנו ממחירים זולים יותר ממה שמשלמים ביישובים. וכך כתב הר"י מיגאש:

בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב... אבל היכא דאיכא ארווחי תרעי לא מצי מעכב ולא כל כמיניה דמתקין לנפשיה ומפסיד לכל בני מאתיה, וכן הדעת נוטה.³⁶ כלומר רב הונא בריה דרב יהושע פסק שניתן למנוע ממנו שאינו גר בעיר לפתוח חנות בעיר. אולם אם המתחרה מחוץ לעיר מוזיל את המחירים, לא ניתן למנוע ממנו לפתוח חנות, כיוון שלא ייתכן להגן על המוכרים שבעיר, ובה בעת למנוע מהקונים לקנות בזול. אמנם הרמב"ן חלק עליו, וכתב:

כיון דהאי אית ליה פסידא לאו כל כמיניה דליתי בר מתא אחריתי וליתקין להו ללוקחים ויפסיד למוכרים. אבל בני המדינה רשאים להתנות שימכור בכך וכך, ואם לאו שיושיבו שם אחר ובלבד בשער בינוני שיפא לשניהם.³⁷

כלומר יש למנוע תחרות ממי שבא חוץ לעיר, ויש לסכם עם המוכרים המקומיים על מחיר בינוני שטוב להם ולקונים. הרמ"א³⁸ פסק כדעת הר"י מיגאש, ועיין שם בפרטים נוספים. אמנם התובעים טענו שיש להתייחס גם לנזק שייגרם ליישובים מהפגיעה בחנויות המכולת בכל יישוב ויישוב. אולם, כיון שבית הדין הזה יושב בתוך עמו, הוא נתן את דעתו גם לכך, והציע לבעלי החנויות לצרף את היישובים לתביעה. אלא שדבר לא נעשה בעניין, עד לכתיבת שורות אלו, ולכן נראה שאין לחשוש שמא נגרם נזק כזה.

ד. סיבות נוספות

1. איסור בגלל הפחתת מחירים

התובעים טענו שבמקרה זה יש מקום לאסור בגלל שצפוי שבחנות החדשה המחירים יהיו זולים מהמחירים בחנויות הקיימות ביישובים. אולם במשנה ובגמרא לא משמע כך: רבי יהודה אומר: ...ולא יפחות את השער, וחכמים אומרים: זכור לטוב.

36. ר"י מיגאש, בבא בתרא כא, ב, ד"ה בר.

37. רמב"ן בבא בתרא כב, א, ד"ה והרב.

38. רמ"א חו"מ קנו, ז.

...מאי טעמא דרבנן? משום דקא מרווח לתרעא.³⁹

כלומר, לדעת חכמים יש לשבח את מי שמוזיל את המחירים כיון ש"אוצרי פירות יראו שהוזלו וימכרו בזול"⁴⁰ וכך נפסק בשולחן ערוך.⁴¹ התובעים הביאו ראיה לדבריהם מתשובת בעל פנים מאירות שעסקה בבעל בית-מרוח שהוזיל את המחירים באופן משמעותי:

אלא על כורחך דלא משגחין בטובת הלקוחות כיון דאיכא פסידא למוכרים וכבר יצא השער והוא **חוק המדינה** להתנות על השערים, והוי כדינא דמלכותא. ולכך הוצרכו ליתן טעם שעל ידי זה ישתנה השער, וזה דווקא במכירת **פירות ותבואה** כשיראו אוצרי פירות שהוזלו יביאו כל פירותיהם למכור לשוק וישתנה השער. אבל במכירות השכר, מכל מקום על ידי זה לא ימכרו בזול התבואה.⁴²

אלא שהקורא בעיון את תוכן התשובה יראה שיש שתי סיבות מדוע אסור היה להוזיל את המחירים, ושתיהן אינן שייכות לענייננו: **האחת**, כיוון שהוזלת השכר אינה גוררת את הוזלת המוצרים החיוניים (הפירות), וכן כתב בשו"ת מהריא"ז ענזיל.⁴³ **השנייה**, בגלל שמחיר השכר נקבע על ידי המלכות ונימוסיה, ולכן לא שייך לומר בזה "זכור לטוב". בניגוד לכך, במקרה הנידון לפנינו מדובר במוצרים חיוניים וגם לא מדובר על הפחתת מחיר המנוגדת לחוק.

טענת התובעים שמוכח מתשובה זו שהוזלת מחירים מותרת רק כשיש אפשרות כלכלית למתחרים להוזיל את המחירים, אין לה בסיס בתשובה. יתירה מזו, התשובה הנ"ל התייחסה רק לשאלת הוזלת המחירים, ולא למניעת המתחרה מלפתוח את העסק שלו, כפי שביקשו התובעים.

מלבד זאת, הרי שבפירוש חכמת שלמה⁴⁴ לשולחן ערוך יצא חוצץ נגד דברי הפנים מאירות, מכמה סיבות: **ראשית**, גם לדברי הפנים מאירות האיסור הוא רק בשני כפרים סמוכים, דהיינו בתוך תחום שבת אחד, שאפשר ללכת מזה אל השני. אבל בכפרים רחוקים גם לשיטתו אין איסור. על פי הסבר זה, אין בכלל ראיה מדברי הפנים מאירות, שהרי החנות החדשה אינה בתחום שבת של אף יישוב.

שנית, בשו"ת גור אריה יהודה⁴⁵ חלק עליו לחלוטין. **שלישית**, אין מקום לחלק בין מוצרים חיוניים (תבואה ופירות) לבין מותרות (יי"ש), שהרי הרמב"ם,⁴⁶ הטור והשולחן ערוך⁴⁷ כתבו סתם שמותר למכור בזול, ולא חילקו בין תבואה לדבר אחר.

39. **בבא מציעא** ס, א.

40. **רש"י בבא מציעא** ס, ב, ד"ה משום.

41. **שולחן ערוך** חו"מ רכח, יח.

42. **שו"ת פנים מאירות** א, עח.

43. **שו"ת מהריא"ז ענזיל**, סט.

44. **חכמת שלמה** חו"מ רכח, יח.

45. **שו"ת גור אריה יהודה** חו"מ, כב.

46. **רמב"ם מכירה** יח, ד.

ישנן סיבות נוספות לדחות את דברי הפנים מאירות, זאת כיוון שמדבריו נראה שהטעם שניתן למנוע הוצלת מוצרים הוא משום שמזיק לחברו ("פסידא למוכרים"). אולם לעיל ביארנו שדעת השולחן ערוך והסבורים כמוהו היא שהאיסור אינו בגלל נזק, אלא בגלל זכות הקדימה שיש לבעל החנות הקיימת. אם כן, רוב הפוסקים חלוקים על דבריו.

ראיה נוספת כנגד הפנים מאירות ישנה בשיטה מקובצת, שכתב –

דרכי יהודה מודה דמצי לירד לאומנתו אף על גב דאסור לחנווני לחלק קליות ואגוזים. ריצב"א ז"ל.⁴⁷

כלומר גם לרבי יהודה שאסר הפחתת מחירים, מותר לאחד לרדת לאומנות חברו. קל וחומר, שעל פי חכמים, שכמותם נפסק להלכה, שמותר לרדת לאומנותו של חברו.

אמנם בשו"ת שואל ומשיב כתב שאפשר למנוע מבעל חנות למכור בזול אם הוא מעלים מס – "לעניות דעתי נראה דזה יכול לעכב אם מוזיל המקח על ידי זה שלא צריך לשלם (=מסים)".⁴⁸ אולם, ודאי אין זה שייך לנידון שלפנינו כלל, שהרי בעל החנות החדשה רכש או שכר את החנות בכסף מלא. מלבד זאת, הרי ידוע שהוצלת המחירים היא תוצאה של העובדה שבעל החנות קונה סחורה בכמויות גדולות.

זאת ועוד, בערך ש"י⁴⁹ כתב שהאיסור הוא רק במקרה שהוצלת המחירים נעשית במטרה להזיק. מה שאין כן במציאות שלפנינו, שהוצלת המחירים אינה נובעת מרצון להזיק. אלא כך דרכו ויכולתו המסחרית של בעל החנות החדשה.

2. מניעת תחרות אינה איסור

מלבד כל המחלוקות שהובאו עד כה, הרי שיש אחרונים שסברו שאין איסור לרדת לאומנות חברו, אלא זו רק הנהגה ראויה. מקור דבריהם בגמרא שמביאה 11 הנהגות מוסריות שדוד המלך קבע ובכלל זה –

"לא עשה לרעהו רעה" – שלא ירד לאומנות חברו.⁵¹

בשו"ת חוות יאיר הסיק מכאן שלא מדובר באיסור:

"לא עשה לרעהו רעה" – שלא ירד לאומנותו של חברו, מכלל דשרי, רק הצנועים והפרושים פורשים מזה.⁵²

כך כתב גם בשו"ת נטע שעשועים⁵³ שאינו אלא ממידת חסידות.

47. שולחן ערוך חו"מ רכח, יח.

48. שיטה מקובצת בבא בתרא כא, ב, ד"ה תנאי.

49. שו"ת שואל ומשיב קמא, א, כ.

50. ערך ש"י חו"מ, קנו.

51. מכות כד, א; וכן בסנהדרין פא, א.

52. שו"ת חוות יאיר סימן מב.

53. שו"ת נטע שעשועים, לח.

ה. סיכום

בפני בית הדין לממונות מטה בנימין הוגשה תביעה של בעלי חנויות מכולת כנגד המועצה האזורית שאפשרה פתיחת חנות גדולה באזור תעשייה הנמצא בצד הדרך מירושלים. טענת התובעים הייתה שפתיחת החנות תפגע בפרנסתם.

בית הדין דחה את התביעה, תוך שהוא דן בהיבטים שונים של סוגיית התחרות החופשית, המכונה בלשון חז"ל "יורד לאומנות חברו".

שיטת האביאסף – האביאסף אסר פתיחת חנות חדשה בפתח רחוב ללא מוצא, כיון שהדבר יגרום לסגירת החנויות שבעומק ברחוב. הבית יוסף קבע כי אין הלכה כדעת האביאסף, הרמ"א הביא את דבריו בדרכי משה, אולם לא פסק כמותו בהגהות לשולחן ערוך. האחרונים נחלקו בשאלת הפרשנות והפסיקה במקרה כזה, כאשר חלקם קבלו את שיטת האביאסף במלואה, חלקם קבלו אותה תחת הגבלות מסוימות וחלקם קבעו כי אין הלכה כדעת האביאסף. בית הדין סיים בכך שבמקרה הנידון לא מדובר על כך שהחנויות הקיימות תיסגרנה ולכן אין למנוע את פתיחת החנות, גם על פי שיטת האביאסף.

תחרות של אדם מחוץ לעיר – בגמרא נפסק שניתן למנוע מאדם שאינו גר בעיר לפתוח חנות בעיר שתתחרה בחנויות המקומיות, אולם אם אותו אדם חייב במסי העיר הדבר מותר. נחלקו האחרונים האם רק לאדם שכבר חייב במסי העיר מותר לפתוח חנות, או שאף למי שעתיד לשלם כאן מס מותר לפתוח חנות. יתירה מזו, היו שכתבו שכיום אין כלל איסור על תחרות לאדם מחוץ לעיר. בית הדין הוסיף וכתב שכיוון שהנוהג כיום הוא שכל אדם פותח חנות היכן שירצה ומשלם מסים בהתאם – לא ניתן למנוע תחרות גם בטענה זו. יתירה מזו, כיוון שהחנות החדשה אמורה למכור במחירים זולים מאלה של התובעים, הרי שהדבר מתיר תחרות גם מחוץ לעיר, כיוון שתחרות כזו תיטיב עם התושבים.

איסור להפחית מחירים – התובעים טענו כי יש איסור להפחית מחירים, כיוון שהדבר גורם נזק למוכרים האחרים. בית הדין דחה את טענתם וקבע שאיסור זה קיים לחלק מהפוסקים, והם החילו אותו רק על מוצרי מותרות או במקרה שהמחיר הזול מבוסס על העלמת מסים, או במקרה שמדובר במחירים שנקבעו על פי החוק, כך שאין אפשרות חוקית לתחרות חופשית, ועוד.

בית הדין חתם את פסק הדין כך: לסיכום הדברים – רבו הספיקות בדין זה, ולכל עבר שנפנה נמצא המחלוקת פרוסה. אין טענה אחת של התובעים שאינה שנויה במחלוקת, ומספיקא דדינא אין מוציאים ממון. יתירה מזו לאחר כל אריכות הברור ההלכתי הזה נראה שגם התובעים יודו שעל כל פנים בדיעבד לאחר שניתן האישור לעסק במקרה הנידון לפנינו, אין מקום לתביעותיהם. על כן אחזור על קביעתי, שיש לדחות התביעה. ונראה לעניות דעתי שיש לחייב את התובעים בהוצאות כפי שיקבע בית הדין.

הטעיה בכדאיות העסקה

הרב ד"ר משה בארי

א. מבוא	ג. הטעיה בכדאיות עסקה במקרים נוספים
ב. הטעיית פועלים	1. הרחבת כלל זה לתחומים נוספים
1. הכרעת הירושלמי – המטעה פטור מתשלום ההטעיה	2. הטעיה בכדאיות עסקה – כשהקונה יכול היה לברר
2. הקושי העקרוני שבהכרעת הירושלמי	3. הטעיה בכדאיות העסקה – כשלא היה ניתן לברר
3. הסבר התלמוד הבבלי למשנה	4. מסקנות הלכתיות לגבי הפסיקה המודרנית
4. פירוש הרשב"א – התלמוד הבבלי חולק על הירושלמי	ד. מסקנה
5. פסיקת הרמ"א	
6. שיטת הט"ז לשוב הקושי בדברי הרמ"א והקשיים על שיטתו	
7. פירוש נוסף לסתירה ברמ"א	

א. מבוא

בשעה ששני צדדים מתקשרים ביניהם לבצע עסקה, נוטלים עליהם שני הצדדים סיכון הכרוך בעסקה. הקונה איננו יודע אם שווי המיקח יעלה והוא ירוויח מן העסקה, או שמא שווי המיקח ירד והוא יפסיד ממנה. באותו האופן, גם המוכר אינו יודע האם שווי המכירה כדאי. דרך המסחר היא ששני הצדדים מסתכנים בכדאיות העסקה. מובן אפוא, שגם אם יתברר שאחד הצדדים יוצא נפסד, הוא אינו יכול לבוא בתביעה כנגד הצד השני.

אמנם יש מצבים שבהם אחד הצדדים יכול לתבוע מן הצד השני את הפסדו בעסקה, או לדרוש את ביטולה. לדוגמה, כאשר מתברר לקונה שיש מום במיקח, ומנהג המדינה הוא שהמום מהותי, יכול הוא לדרוש את ביטול העסקה, וכפי שנפסק:

כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו מיקח זה, מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך.¹

* הרב ד"ר משה בארי, מנכ"ל צהר; חבר הנהלת רשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית".
1. שולחן ערוך חו"מ רלב, ו.

מהי ההגדרה של טעות המבטלת את העסקה לעומת טעות שאין בה כדי לבטל את העסקה? שאלה מהותית זו מעסיקה שיטות משפט רבות.² מאמר זה לא יעסוק במיקח שיש בו מומים, וכן לא יעסוק במקרה שהצדדים לא העריכו נכונה את כדאיות העסקה. מאמר זה יעסוק במקרה שאחד מן הצדדים הוטעה במתכוון על ידי הצד השני, והמחיר נקבע באופן מפורש על סמך ההטעיה. ההטעיה נוגעת אמנם בעקיפין בכדאיות העסקה, אך היא הטעיה מפורשת, והמידע שהיה בפני צד אחד לא היה בפני הצד השני.

ב. הטעיית פועלים

דוגמה להטעיית מעין זו היא הטעיית פועלים על ידי בעל הבית בנוגע לגובה שכרם.³ במשנה נאמר:

השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת⁴ שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפרין וחלילים לכלה או למת ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד וחזרו בהן מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען.⁵

2. בסעיף 14 (ד) לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג 1973, נקבע בהקשר לטעויות בהתקשרות בעסקה: "טעות", לענין סעיף זה ... בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". על כן יש להבחין בין טעות מהותית שיכולה לגרום לביטול ההתקשרות לבין טעות בכדאיות העסקה שאין בה כדי לבטל את החוזה. הרצונו כמה מודלים להגדיר מהי טעות בכדאיות העסקה: ד' פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעייה בכדאיות", **עיוני משפט**, יד (תשמ"ט), עמ' 459-478, עוסק בשאלה זו. הוא מעלה את הטענה שכל עוד מדובר בכדאיות העסקה אדם אינו יכול לטעון שהוטעה. אך אם הוא הוטעה בתכונות הממכר, הוא יכול לבטל את המיקח. הבחנה זו אינה מקובלת במשפט העברי, כיוון שהטעייה בשווי העסקה בשיעור שתות – שישית, מבטלת את העסקה. ד' טרסקי, "טעות בכדאיות העסקה", **משפטים** יב תשמ"ב עמ' 329-333, מגדיר זאת באופן שונה. טעות הנוגעת להוזה היא טעות שיש בה כדי לבטל את העסקה. אך כאשר הטעות נוגעת להערכה לא נכונה של הכדאיות העתידית של העסקה, אין לבטל את העסקה בשל כך. דומה שזו אף גישתו של ג' שלו, "פגמים בכריתת חוזה", **פירוש לחוקי החוזים** (ג' טרסקי עורך, תשל"ח), עמ' 57. בדומה לחלוקה זו מובאת חלוקה **בקצות החושן** (קכו, ט), בעניין אונאה בשטרות: מיהו יש לומר דאף על גב דאין אונאה לשטרות היינו היכא שלא נולד ידיעה המתחדשת אלא בגוף שיווי המיקח כגון שסבר שהוא שוה כך ונודע לו שאינו שוה כך, אבל נודע ידיעה חדשה בגוף הדבר שלא היה לו ידיעה ממנו זה הוי מום במיקח, ומום במיקח לא אימעת אפילו בדבר מדברים שאין להם אונאה.

כלומר שאונאה בשטרות בדבר שווי המיקח איננה אונאה, מה שאין כן אונאה בדבר מהות המיקח. מודל נוסף הובא אצל ב' מדינה, "החובה לנהוג בתום לב במשא ובמתן", **משפטים**, ל (תש"ס), עמ' 513 – 544. סוגיה זו נדונה בבתי המשפט בהקשרים שונים, ראה: **ע"א 472/86 עזר נ' עזריהו**; **עא 84 / 11 אשר רבינוביץ נ' שלב**, ועוד.

3. יצוין כי דיני אונאה אינם חלים עליהם כיוון שפועלים מוגדרים כקרקע שאין עליה דיני אונאה, ראה: להלן הערה 10.

4. להסבר התרעומת, ראה: **ב"ח** (ח"מ, שלג), שעל פי רש"י אין בכך משום תביעת ממון. אך על פי **הטור** (ח"מ, רד), ניתן לתבוע את החוזר בו. וראה: **סמ"ע** שלג, א, שכתב שאם פועלים חוזרים בהם מחמת שיש

1. הכרעת הירושלמי – המטעה פטור מתשלום ההטעה

בירושלמי בוארה המשנה כך:

הטעו זה את זה מהו איתי אתון עבדין עמי. היך אתון עבדין? מן חמש. רבן ואשכחון עבדין מן עשר...

[תרגום: אומן אחד אמר לחברו בוא עשה עמי מלאכה לבעל הבית. והאומן שאל, עבור איזה שכר אתם עובדים? ואמר לו עבור חמישה דינרים. ונמצא שבעל הבית היה מוכן לתת להם עשרה דינרים למלאכה זו.]

הטען בעל הבית מהו איתי אתון עבדין עם חביריכון, היך הינן עבדין מי? (=עשר)? רבן ואשכחון עבדין מה? (=חמש)...

[תרגום: אמר בעל הבית לאומנים בואו ועבדו אצלי עם חברים שלכם שהם עובדים אצלי ומשתכרים עשר דינרים ונמצא שהם מקבלים עבור המלאכה רק חמישה דינרים.]

דברי הירושלמי קשים להבנה, רבו בהם ההסברים⁵ והגרסאות,⁶ אולם על פי כל הדרכים מסקנת הירושלמי היא, שמדובר במקרה שבעל הבית הטעה את הפועלים וטען שהשכר

להם תועלת אין הם נקראים מחוסרי אמנה. הרמ"א חו"מ רד, יא, הביא מחלוקת פוסקים האם החזיר בו נחשב מחוסר אמנה כאשר לאחר הסיכום על העסקה השתנו המחירים.

5. **משנה** בבא מציעא ו, א.

6. **ירושלמי** בבא מציעא ו, א.

7. הרב יחיאל אברהם ברלב, **תלמוד ירושלמי עם פירוש ידיר נפש**, פתח-תקווה תש"ס, שם.

8. **נימוקי יוסף** על הרי"ף בבא מציעא מה, ב, ד"ה גמ'; **רידב"ז** בפירושו לסוגיות הירושלמי. להסבר ההטעה ראה: **תוספתא** בבא מציעא ז, א; הסבר הרב יחזקאל אברמסקי בפירושו לתוספתא **חזון יחזקאל**; **פירוש הרמב"ם למשנה** בבא מציעא, ו, א, והסבר הרב קאפח במהדורתו הערה 2; ר"ז אגמתי, **ספר הנר**, 122, סעיף ב; הרב זאב רבינוביץ, **שערי תורת ארץ ישראל**, לסוגיות הירושלמי.

9. **במשנה** לא הוגדר מיהם הטועים והמטעים, ומהי הטעות שבה דנה המשנה. האם אומנים שונים המועסקים אצל בעל הבית הם המטעים זה את זה וכפי שמשותמע באופן פשוט מדברי המשנה: 'השוכר את האומנים והטעו זה את זה' או אולי עוסקת המשנה בבעל הבית המטעה את פועליו, ופועלים המטעים אותו. כן המשנה אינה מבארת מהי ההטעה שעליה נאמר שאין בה כדי לבטל את העסקה אך: 'אין להם זה על זה אלא תרעומת'. בהמשך, המשנה מפרשת סוג של חזרת פועלים מן ההסכם, שגורמת נזק לבעל הבית ולהיפך. פועלים שחזרו בהם מהסכמתם להעלות את הפשתן מן המשרה, ובכך גרמו להפסד הפשתן שנותר זמן רב מידי במשרה, או בעל הבית שחזר בו משכירות הפועלים וגרם לפועלים לאובדן ימי עבודה. אך האם ניתן להסיק שגם ההטעה שבתחילת המשנה עוסקת בפועלים ובעל הבית החוזרים בהם מהתקשרותם ההדדית? אכן **בתוספתא** מתבארת ההטעה באופן זה, שההטעה היא חזרה מן ההתקשרות: 'השוכר את הפועל בין שהטעו את בעל הבית ובין שבעל הבית הטעה אותו אין להן זה על זה אלא תרעומת במה דברים אמורים בזמן שלא הלכו אבל שכר את החמרין והלכו ולא מצאו, שכר את הפועלין הלכו ומצאו את השדה כשהיא לחה נותן להם שכר בטלים שאינו דומה עושה מלאכה ליושב ובטיל' (**תוספתא** בבא מציעא ז, א). מכאן שכוונת המשפט: 'הטעו זה את זה', הוא שחזרו בהם הפועלים או בעל הבית. באופן זה מפרש הרב יחזקאל אברמסקי בפירושו לתוספתא 'חזון יחזקאל'. גם בפירוש הרמב"ם למשנה נאמר: 'ואמרו הטעו זה את זה כלומר שחזרו בהם או הוא שחזר בו'. הרב קאפח במהדורתו הערה 2 אומר שבמקור הרמב"ם לא נקט בלשון של חזרה אלא בלשון אחרת שממנה עולה שהרמב"ם מטיף מוסר לפועלים המזיקים את בעל הבית ובכך הם מזיקים לעצמם כיוון שלעתידי יימנעו מלשכור אותם. וכן מפרש ר"ז אגמתי (ספר הנר, 122, סעיף ב).

בתלמוד הירושלמי מתבארת המשנה באופן אחר. דברי הירושלמי קשים להבנה. על כן הם יתורגמו רק במהלך ההסבר. בתלמוד הירושלמי נאמר:

‘הטעו זה את זה מהו’

[1] איתי אתון עבדין עמי היך אתון עבדין מן חמש רבן ואשכחון עבדין מן עשר [2] רבן למלאכה

אתון עבדין עמי היך אתון עבדין מן עשרה יומין ואשכחון עבדין מן חמש יומין

הטען בעל הבית מהו

[3] איתי אתון עבדין עם חביריכון היך הינן עבדין מ’ רבן ואשכחון עבדין מה’ [4] רבן למלאכה

אתי אתון עבדין עם חביריכון היך הינן עבדין מחמשה יומין ואשכחון עבדין מעשר יומין.

מן הירושלמי עולה שהמשנה עוסקת בפועלים שהטעו את בעל הבית או בעל הבית אשר הטעה אותם, הטעיה הנוגעת לגובה השכר הראוי למלאכה זו. אמנם תיאור המקרה המדויק שבו עוסק הירושלמי קשה ודורש הבהרה. במהלך הסבר הירושלמי את המשנה, מובאות ארבע אפשרויות של הטעיה אשר אין בהן כדי לבטל את העסקה, אלא שהצד המוטעה יכול להתרעם על התנהגות המטעה. כותרתן של שתי האפשרויות האחרונות היא: ‘הטען בעל הבית מהו’. מתוך הנחה ששני מקרים עוסקים בבעל הבית שמוטעה את הפועלים, ושני מקרים עוסקים בפועלים שהטעו את בעל הבית, אם כן שני המקרים הראשונים עוסקים בפועלים שהטעו את בעל הבית, והשנים האחרונים עוסקים בבעל הבית שהטעה את הפועלים. ההטעיה השנייה עוסקת בבעל הבית אומר שישלם להם כפי שקיבלו פועלים אחרים עבור המלאכה, אך התברר שהללו עבדו בעבור המלאכה חמישה ימים, ואילו המלאכה הנדרשת היא מלאכה של עשרה ימים. ההטעיה הרביעית עוסקת במקרה הפוך שהפועלים דרשו שכר כפי שהשתכרו פועלים אחרים, אך מסתבר שהללו עבדו עשרה ימים ואילו המלאכה הנוכחית דורשת חמישה ימי עבודה בלבד. אך מעיון במקרה הראשון והשלישי עולה קושי. מדברי הירושלמי נראה שהמקרה הראשון דן בפועלים שביקשו שכר של חמישה, ולאחר מכן התברר שהשכר המקובל הוא עשרה. ואם כך הוא, הרי שהפועלים הם שהוטעו על ידי בעל הבית ולא להיפך. קושי זה מצוי גם במקרה האחרון, ממנו נראה שהפועלים הם המטעים את בעל הבית, הם דורשים עשרה, ומתברר שהשכר הראוי והמקובל הוא חמישה, וזאת בניגוד לכותרת המקרים האחרונים: ‘הטען בעל הבית מהו’. ואכן **בנימוקי יוסף** מובאים דברי הירושלמי בגרסה שונה, ועל פיה יש להחליף את הסכומים, החמש בעשר והעשר בחמש. באופן זה המקרה הראשון עוסק בפועלים שמוטעים את בעל הבית דורשים עשר, בעוד שהשכר הראוי הוא חמש, ואילו באחרון בעל הבית מטעה את הפועלים ומבקש לשלם להם חמש, בעוד שהשכר הראוי הוא עשר. **בכתב יד אסקוריאל**, יש גרסה נוספת לירושלמי, שיש בה כדי לענות על קשיים אלו. בכתב יד זה הכותרת של שני המקרים האחרונים אינה: ‘הטען בעל הבית’, אלא: ‘הטעו בעל הבית מהו’. על פי גרסה זו המקרים הראשונים עוסקים בבעל הבית שהטעה את הפועלים, ואילו האחרונים עוסקים בפועלים אשר הטעו את בעל הבית. על פי גרסה זו אין צורך בשינוי הגרסה שבנימוקי יוסף, וההטעיה הראשונה עוסקת בבעל הבית המטעה את הפועלים, ואילו ההטעיה השלישית עוסקת בפועלים המטעים את בעל הבית. אך ממילא אותו קושי עולה, הפעם מן ההטעיה השנייה והרביעית. כאמור, ההטעיה השנייה עוסקת בפועלים שהטעו את בעל הבית ואמרו שדרושים עשרה ימי עבודה בעוד שבפועל התברר שדרושים חמישה ימי עבודה. **הרב זאב רבינובין** מעלה אפשרות הטעיה נוספת שפועלים הטעו אותו לחשוב שדרושים חמישה פועלים בעוד בפועל דרושים עשרה. על פי דבריו ניתן להסביר אף את שאר ההטעיות. [1] הטעו פועלים את בעל הבית ואמרו לו שהוא יצטרך לשכור חמישה פועלים למלאכה זו, והתברר שהוא צריך לשכור עשרה פועלים. [2] הטעו פועלים את בעל הבית. השכר היומי ידוע, והם דרשו שכר קבלנות. הפועלים הטעו אותו ואמרו לו שדרושים עשרה ימי עבודה ולמעשה דרושים היו חמישה ימי עבודה. [3] הטעה בעל הבית את הפועלים ואמר להם שישכור עשרה פועלים ולמעשה הוא שכר חמישה פועלים בלבד, כך שהמלאכה המוטלת עליהם רבה. [4] בעל הבית הטעה את הפועלים ואמר להם שסך הכול דרושים חמישה ימי עבודה, ולמעשה דרושים היו עשרה ימי עבודה. על פי הסבר זה כותרתם של שני המקרים האחרונים, אכן מייצגת את ההטעיות המפורטות. הסבר נוסף לירושלמי מביא **הרידב"ז**: “ר”ל דפועל אחד אמר לפועלין אחרים באו ותעבדון אצל הבע”ב שלי ותעשו גם אתם אצלינו אצל חבורתינו האיך אתון עבדין ר”ל דהפועלין שאלו מאתו האיך אתון עבדין וענה להם רבן מן חמש ר”ל הרוב לוקחין חמש דינרין

המקובל נמוך מכפי שהוא באמת. לחילופין, פועלים הטעו את בעל הבית וטענו שהשכר המגיע בעד מלאכתם גבוה מכפי שבפועל מקבלים שאר הפועלים.

במקרה זה נפסק בירושלמי על פי המשנה שלשני הצדדים יש אפשרות להתרעם על ההטעיה, אך הם אינם יכולים לדרוש את השכר הראוי. זאת למרות שהפועלים הסכימו לעבוד אצל בעל הבית בגלל הבטחתו לשלם להם את השכר המקובל בשוק, ואילו היו יודעים שגובה השכר המקובל הוא כפליים מהצעת בעל הבית, היו מחפשים מקור פרנסה חלופי. כמו כן פועלים זכאים לקבל את כל שכרם המובטח, למרות שהם הטעו את בעל הבית, ואילו היה יודע מהו השכר המקובל, היה פונה לחפש פועלים אחרים שדורשים שכר נמוך יותר.

לאור זאת המסקנה העולה מן הירושלמי היא, שמקרה זה נכלל במקרים שבהם הטעות היא טעות של כדאיות העסקה. טעות של כדאיות העסקה היא טעות שאין בה כדי לבטל את המיקח, והמוטעה אינו יכול לדרוש סכום שונה מזה שהסכים לו, למרות שההטעיה הייתה מכוונת. יוצא שאף אם נעשתה טעות בסכום הכסף המשולם או המתקבל, אין בה כדי לבטל את העסקה.

2. הקושי העקרוני שבהכרעת הירושלמי

לעומת זאת במקרים שבהם נמצא מום במיקח והמוכר לא הודיע על כך לקונה, גם לפי הירושלמי, הקונה יכול לבטל את המיקח. המוכר שהטעה אותו גרם לו לבצע עסקה לא כדאית ועליו לשאת בתוצאות. מדוע אפוא לפי הירושלמי, נגרע כוחה של הטעיה במחיר מהטעיה של מיקח שיש בו מום? מדוע אין בעל הבית יכול לבטל את העסקה ולשלם לפועלים את שכרם הראוי להם בלבד, ולחילופין, מדוע לא יכולים הפועלים לדרוש מבעל הבית את השכר המקובל?⁹ בשני המקרים נעשתה הטעיה מכוונת שצד אחד היה מודע לה והצד השני לא היה מודע לה, והטעיה זו יש בה כדי לבטל את המיקח שנמצא בו מום.

ואשכחן עבדין מן עשר זהו שהטעה הוא את הפועלין אתון עבדין עמי השתא מפרש כיצד הטעו הם אותו דאמר להו אתון עבדין עמי אצל בעה"ב שלי האיך אתם עבדין. ר"ל דשאל מהן האיך אתון עבדין וענו לו מן עשרה רובן ר"ל דרובן נוטלין עשרה ואשכחן עבדין מן חמשה רובן. דרובן נוטלין חמשה. ובזה הטעו הפועלין אותו. והשתא מפרש האי דבע"ב מטעה הפועלין והפועלין את בעה"ב וקמפרש ואזיל... ר"ל דשאל להם האיך חביריכון עבדין וענהו מעשר רובן ואשכחן עבדין מחמש זהו שהפועלין הטעו אותו. והאיך הבע"ב הטעה אותן עמך אנן עבדין היך חברין עבדין ר"ל דהפועלין שאלהו האיך חברין עבדין אצלך ענה להם רובן מן חמשה ואשכחין עבדין מעשרה". פירושו קשה כיוון שעל פי פירושו מובאים שני מקרים שהם ארבעה. בכל המקרים ההטעיה נוגעת למשכורת המקובלת. ההבדל ביניהם הוא האם הפועל הטעה פועל אחר או שבעל הבית הטעה את הפועלים, אך אם זהו ההסבר, זוהי אריכות מיותרת ואין משמעות של ממש לדעת את זהות המטעה, בעל הבית או שלוחו. כמו כן הוא מתעלם מן המילים: "יומין" המופיעות כמה פעמים ומתייחס רק להטעיה הנוגעת לשווי השכירות. הוא אף מתעלם מכך שלאחר שני מקרים מובאת כותרת שלפיה מכאן והלאה יובא האופן שבו בעל הבית מטעה את הפועלים, ואילו לפי פירוש הרידב"ז אפשרות זו הובאה כבר בדוגמה הראשונה.

10. אין להסיק מכך שיחולו על פועלים דיני אונאה. השאלה אם יש אונאה בפועלים שנויה במחלוקת. הרמב"ם (מכירה יג, יח), פסק שעל פועל לא חלים דיני אונאה, ואילו על קבלן חלים דיני אונאה וכן נפסק בשולחן ערוך (חו"מ רכז, לו). בשו"ת מהר"ם (ד, פראג, סימן תשמט) נפסק שיש אונאה גם בפועלים. ואילו

אמנם ניתן להבחין בין שני המקרים. אדם שקנה מיקח שיש בו מום, יכול להחזיר את המיקח למוכר ולהשיב את המצב לקדמותו. לעומת זאת, בעל הבית שהטעה את פועליו אינו יכול להחזיר להם את המיקח, שהרי המיקח במקרה זה אינו מיקח בעין, המיקח הוא פעולה – מלאכה.

אך בכך אין די כדי להבחין בין שני סוגי ההטעיה, שכן יש מקרים שבהם מציאת מום מבטלת את המיקח גם כאשר המיקח אינו קיים עוד. בשולחן ערוך נפסק שכאשר נמצא מום במיקח שאינו קיים עוד, אזי אם המוכר אינו אשם באובדן המיקח הוא אינו חייב לשלם,¹¹ כיוון שהוא יכול לומר לקונים תנו לי את המיקח ואשיב לכם את כספכם. אך אם המיקח אבד באשמת המוכר, או שאבד בגלל המום, על המוכר להשיב את כספם על אף שהמיקח אינו בעולם.¹² כלומר שאין די בחוסר קיומו של המיקח כדי לפטור את המטעה, והוא אינו יכול לחמוק מחובת הפיצוי בטענה שהמיקח אינו קיים, כל עוד הקונה אינו אשם באובדן המיקח.¹³

כך עולה אף ממקור נוסף. בשולחן ערוך נאמר: "היתה האונאה יתירה על השתות כל שהוא... בטל המיקח..."¹⁴ ופסק ר"י מיגאש שאם המיקח אינו בעין המתאנה מרויח:

ומה שאמרנו שאם היה התוספת יותר משתות שיש לבטל המיקח ויחזור לקחת סחורתו, אין זה אלא אם היתה הסחורה נמצאת בעין אבל אם לא היתה נמצאת בעין אין לו כי אם דמיה...¹⁵

כלומר שהמטעה הוא זה שנושא בתוצאות הטעייתו גם כאשר לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו.

המאירי הסביר את שיטת הירושלמי אף שהוא לא פסק על פיה. המאירי טוען שלמרות שהפועלים טענו שהשכר המקובל גבוה, אין זו הטעיה אלא הגזמה בלבד:

אלא שיראה לי בו שזה אינו אלא כדבר גזום כלומר אין הפועלים נשכרים אלא בכך או שהם נשכרים בכך וכך והוא כעין זרוזין.¹⁶

הרמב"ן והרשב"א (על בבא מציעא ע"ב) סבורים שאין אונאה לא בקבלן ולא בפועל. המקרה שלפנינו חמור מאונאה רגילה, כיוון שההטעיה היא ישירה.

11. **שולחן ערוך** ח"מ רלב, כב.

12. יש מקרים שהאדם פטור משום שטעה בשוגג ואם עשה בודון עליו לשלם. **בשו"ת מר ואהלות** (ח"מ"מ, כג), דן באדם שהונה במזיד את חברו בשיעור של פחות משתות, אך יותר משווה פרוטה. כיוון שההטעיה הייתה מכוונת, הוא פסק שהמוטעה חזר בו אפילו אם היא בפחות משיעור אונאה.

13. זאת ועוד, יש שפעולת הפועלים קיימת, כאשר הבור שהם חפרו, או העץ אותו נטעו, עומדים במקומם. במקרים אלו הפועלים נתנו לבעל הבית דבר מוחשי – בור או עץ נטוע. אמנם שונים הדברים בנידון דידן, כיוון שהבור אינו שלהם אלא הפעולה, אך מכל מקום התפוקה מוחשית וניתנת לאומדן.

14. **שולחן ערוך** ח"מ רכו, ד.

15. **שו"ת הר"י מיגאש**, קכח.

16. **מאירי** בבא מציעא ע"א, ד"ה אע"פ.

כלומר שעל פי המאירי הטעם לכך שעל פי הירושלמי "אין להם אלא תרעומת", היא שמדובר בגוזמא בעלמא, והצדדים יכלו לדעת שזוהי רק גוזמא ואין זו הטעיה. הסבר זה יובא בהמשך הדברים.

3. הסבר התלמוד הבבלי למשנה

בתלמוד הבבלי מתפרשת המשנה באופן אחר מהירושלמי, והפרשנים הבחינו בין שני ההסברים:

חזרו זה בזה לא קתני אלא הטעו זה את זה דאטעו פועלים אהדרי. היכי דמי? דאמר ליה בעל הבית: "זיל אוגר לי פועלים" ואזל איהו ואטעינהו... אי דאמר ליה בעל הבית "בתלתא", ואזיל איהו אמר להו "בארבעה", היכי דמי? אי דאמר להו "שכרכם עלי" נתיב להו מדידיה! ...לא צריכא דאמר להו "שכרכם על בעל הבית". ולחזי פועלים היכי מיתגרי? לא צריכא דאיכא דמגר בארבעה ואיכא דמתגר בתלתא דאמרו ליה אי לאו דאמרת לן בארבעה טרחינן ומתגרינן בארבעה... איבעית אימא האי תנא חזרו נמי הטעו קרי ליה דתניא השוכר את האומנין והטעו את בעל הבית או בעל הבית הטעה אותן אין להם זה על זה אלא תרעומת.¹⁷

בתלמוד הבבלי עולות אם כן שתי אפשרויות. על פי הראשונה הפועלים הטעו זה את זה, דהיינו שבעל הבית שכר פועל על מנת שישכור עבור בעל הבית פועלים נוספים, והפועל הטעה אותם. אפשרות נוספת: ההטעיה היא חזרה מן ההתקשרות שהסבה נזק לפועלים או לבעל הבית. אך הסבר הירושלמי לא הובא בבבלי. הבבלי לא מעלה את האפשרות שבעל הבית הטעה את הפועלים בשכר שהוסכם עליו. מה עומד מאחורי הבדל זה? מדוע הבבלי לא מפרש כאופן הפשוט וכפי שמובא בירושלמי? הריטב"א בחידושיו מסביר:

והא דלא פירשו הכי בגמרא דילן משום דלישנא דהטעו זה את זה משמע טפי שהטעו פועלים אהדדי.¹⁸

לדבריו אין הבדל מהותי בין התלמוד הבבלי לתלמוד הירושלמי, והוא מציין שהמחלוקת מבוססת על פירוש לשון המשנה.

4. פירוש הרשב"א – התלמוד הבבלי חולק על הירושלמי

בניגוד לריטב"א, מחידושי הרשב"א עולה שההבדל שבין התלמוד הבבלי לבין התלמוד הירושלמי הוא הבדל מהותי. לאחר הבאת דברי הירושלמי בשם הראב"ד, כתב הרשב"א: ...ואני תמה אם הדין אמת לולי שאמרו הרב, כי מאחר שהטעו זה את זה בענין זה ולא נתרצו זה לזה אלא על מה שאמרו שרובן נשכרין כן, נמצא שלא סמכא דעתם אלא על כך והרי אלו טועין וחוזרין.

17. בבא מציעא ע"א.

18. ריטב"א שם, ד"ה גמ' חזרו.

ובשלמא פועלים אין להם על בעה"ב (=בעל הבית) אלא תרעומת שאף על פי שלא גמרו לעשות עמו [אלא] על דעת שהזולה המלאכה שהרוב נשכרין בחמשה חמשה, מה נפשך אם גמרו בדעתם לעשות בה' (=בחמש) שפיר ואם לאו ונתבטל תנאי שכירותם הרי אלו כפועלים שעשו אצל בעה"ב בלא קציצה שאין בעה"ב נותן להם אלא כסך מועט שנשכרין בו קצת הפועלים שבעיר...

אבל פועלים שהטעו את בעה"ב ואמרו שרובן נשכרין בארבע ארבע ונמצא לבסוף שאינם נשכרין אלא בתלתא תלתא היאך **מוציאין** ממנו ארבעה שלא על דעת כן נתרצה להם. שהרי שאלם בכמה רובם, אלמא לא נתרצה להם בכך אלא מפני שחשב שהוא כן והטעוהו והשכירות בטעות היתה וכל שבטעות חוזר. על כן נראה לי שהיה להם לבעלי הגמרא להעמידה בכך ולא העמידה **שאיין נראה להם דעת הירושלמי**.¹⁹

הרשב"א קובע שהתלמוד הבבלי חולק על התלמוד הירושלמי. זו הסיבה לכך שהמשנה התפרשה באופן שונה, וההבדל לא מסתכם בפרשנות דברי המשנה. להבדל ביניהם יש השלכות של ממש.

לדברי הירושלמי כאשר אחד הצדדים הוטעה, העסקה נשארת כפי שסוכמה ו"אין לו אלא תרעומת". לעומת זאת, הרשב"א פוסק כתלמוד הבבלי וסבור שהטעיית הפועלים את בעל הבית יש בה כדי לבטל את העסקה. אך אם הפועלים טעו לחשוב שמחיר השוק נמוך, אין בעל הבית חייב לשלם להם שכר גבוה מזה שסוכם.

ההבחנה בין שני המקרים מתבססת על העובדה שבעל הבית מוחזק בממון. על מנת להוציא ממון, דרושה גמירות דעת של הנותן בשלב ההתקשרות. ומכיוון שבשלב ההתקשרות, בעל הבית לא הסכים לתשלום הגבוה אלא לשכר שמקבלים יתר הפועלים, על כן אין הם זכאים לשכר הגבוה. לעומת זאת כאשר בעל הבית מטעה את הפועלים הם אינם יכולים להוציא ממנו יותר ממה שסוכם מתחילה.

הרשב"א מבאר זאת בשני אופנים. על פי האופן הראשון הפועלים גמרו בדעתם לקבל את הסכום הנמוך, ואילו על פי האפשרות השנייה הם לא גמרו בדעתם לקבל את הסכום הנמוך, והתוצאה היא כמו במקרה ששכר הפועלים לא סוכם והם מקבלים כפחות

19. **רשב"א**, שם, ד"ה חזרו; כך כתב גם **בנימוקי יוסף** על הרי"ף בבא מציעא מה"ב, ד"ה גמ'.

גם **רבנו ירוחם** (מישרים, נתיב כט, א) מקבל את דעתו של הרשב"א. על פי אפשרות זו ייתכן שהם יקבלו אפילו פחות מן הסכום שנקבע, אם זהו מקום שבו מיעוט הפועלים מקבל ארבע, ורוב הפועלים מקבלים שש, ולהם הובטח חמש. במקרה זה השכירות בטלה כיוון שהם הוטעו, והם יקבלו כפחות שבפועלים דהיינו ארבע. אמנם הדבר יישאר בגדר תיאוריה, כיוון שאין ספק שבמקרה זה יגידו הפועלים שהם מסכימים גם לסכום שנקבע, ועל כן השכירות אינה בטלה.

המאירי (בבא מציעא ע"א, ד"ה אע"פ) אף הרחיב את תפיסתו של הרשב"א. לדעתו כאשר הייתה התניה מפורשת, הדין אינו מסתיים בתרעומת בלבד, בין אם המטעה הוא בעל הבית ובין אם הפועלים הם המטעים. זאת כיוון שהתנו על תשלום המבוסס על השכר המקובל: "כיצד בעל הבית שהטעה לפועלים ואמר להם תבואו עמי כדרך שבאו חברכם שואלים לו ובכמה באו אומר להם רובם בשלשה ונמצאו רובם בארבעה... ומכל מקום אם היו הדברים בתנאי גמור אין ספק שהולכים אחריו".

שבשכירים. על כן נראה שכאן שאלת המוחזקות היא שמכריעה את הכף, ומכיוון שלא ידוע מה היה בלבם של הצדדים, מפסידיים הפועלים. משאלות הרשב"א על הירושלמי מתחדד הקושי האמור, כיצד יתכן שלפי הירושלמי פועלים מקבלים מבעל הבית את הסכום הגבוה אותו הציע, בעוד שידוע שהצעתו נבעה מכך שהם הטעו אותו. מדוע הוא מתחייב לשלם סכום גבוה, שככל הנראה, לא היה מסכים לו אילו ידע מהו שכר הפועלים המקובל.

5. פסיקת הרמ"א

הסבר התלמוד הבבלי הובא בשולחן ערוך, אשר דן בשליח שהטעה את הפועלים. הרמ"א לעומתו עסק בהטעה המובאת בתלמוד הירושלמי, פועלים שהטעו את בעל הבית ובעל הבית שהטעה אותם, וכך פסק הרמ"א:

בעל הבית שאמר לפועלים: "עשה עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חביריכם", ואמרו: "כמו שעשו חבירינו", ואשתכח דיהיב להו יותר צריך ליתן לאלו כמו לחביריהם (ב"י בשם תלמידי רשב"א).

בעל הבית שהטעה פועלים ואמר להם: "עשו עמי בארבעה כמו ששאר פועלים נשכרים", ונמצאו שנשכרים ביותר או שהפועלים הטעו בעל הבית בכי האי גוונא הוי כאילו לא שכרו זה את זה כלל ונותן להם בפחות שבפועלים (רבנו ירוחם נכ"ט ח"א בשם רשב"א).²⁰

הרמ"א פותח את הסעיף בדברי תלמידי הרשב"א. תלמידי הרשב"א דנו בבעל הבית שאמר לפועלים עשו עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חביריכם, והפועלים אמרו: כמו שעשו חבירינו, ונמצא שחביריהם קיבלו יותר מארבעה. תלמידי הרשב"א פסקו שבעל הבית צריך לשלם להם את הסכום הגבוה שאותו שילם לחביריהם. לעומת זאת בסופה של ההלכה

20. רמ"א ח"מ שלב, ד.

סופה של ההלכה עוסקת בהטעה הנוגעת לשכר הממוצע, הטעה על ידי בעל הבית שטען שהשכר הממוצע נמוך יותר, או שהפועלים שטענו שהשכר גבוה יותר. **הסמ"ע** (שלב, י) מדייק מדברי רבנו ירוחם (לעיל הערה 19) והרמ"א שהם חלוקים ביניהם. לדעת הרמ"א בכל מקרה הקציצה בטלה, בין אם הפועלים הטעו את בעל הבית, בין אם בעל הבית הטעה אותם, והם מקבלים כפחות שבשכירים. לעומת זאת לפי רבנו ירוחם כשהפועלים הטעו את בעל הבית וטענו שרוב הפועלים מקבלים עשר והתברר שפועלים מקבלים פחות, הם זכאים לתשלום כפי רוב הפועלים ולא צריכים להסתפק בשכר הפחות שבפועלים.

הש"ך (ח"מ שלב, טז) חולק על הרמ"א ופוסק שכשבעל הבית הטעה את הפועלים וסיכם איתם שיקבלו שכר נמוך, לא מתבטלת השכירות והוא משלם כפי שהסכים לשלם, כיוון שבעל הבית לא הסכים להוציא יותר מסכום זה.

נתיבות המשפט (שלב, ד), כותב שאין כלל מחלוקת בין הרמ"א לבין הש"ך. הרמ"א הסבור שהקציצה בטלה, עסק במקרה שבעל הבית אמר להם שהוא שוכר אותם בסכום מסוים כמו ששאר הפועלים נשכרים, ועל כן קביעת השכר נעשתה בשתי לשונות, שהתבררו כלשונות סותרות. הש"ך עסק במקרה שבתחילה אמר להם את שכרם, ולאחר מכן זירז אותם בטענה שזהו שכר הפועלים המקובל. העובדה שבעל הבית מוחזק בממון איננה משפיעה על ההלכה, כיוון שתפיסת בעל הבית את שכרם היא תפיסה שלא ברשות (שם, ג).

דנים במקרה שהתנו על תשלום של סכום מסוים כמו שנשכרים שאר פועלים ונמצא שהתשלום המקובל שונה מזה שהוסכם. במקרה זה הפועלים מקבלים כפחות שבשכירים. מתחילת דברי הרמ"א נראה כאילו הוא פוסק שהטעיה תוך מסירת נתונים כוזבים מבטלת את ההסכם ויש לקיים אותו על פי הנתונים האמיתיים. נראה לאור זאת שלא צריך לקיים עסקה שמקורה בהטעיה. גם העובדה שבעל הבית מוחזק בממון, אין בה כדי לפוטרו מן התשלום על פי הנתונים הנכונים.

לעומת זאת בסוף דברי הרמ"א נראה שהעיקרון המרכזי הוא המוחזקות בממון. בעל הבית המוחזק בממון אינו חייב לשלם את הסכום הגבוה, בין אם הוא המטעה ובין אם הוא המוטעה. מה עומד ביסוד ההבחנה בין שני המקרים?

6. שיטת הט"ז לשוב הקושי בדברי הרמ"א והקשיים על שיטתו

כמה מן הפוסקים מסבירים שההבדל בין שני המקרים נעוץ בעובדה שבמקרה הראשון חזרו הפועלים ואמרו: "כפי שנשכרו חברינו", ומכאן שגמרו בדעתם על הסכום אותו קיבלו חבריהם. וכך כותב הט"ז:

שהפועלים עצמן שאלו בפירוש בשעת קציצה כמה אתה נותן לשאר פועלים משמע שעל זה דוקא סמכו וכן הוא בהטעו פועלים את בעל הבית... דבעינן גלוי מילתא שסמך עצמו על שכירות אחרים דדוקא אז תלוי בשכירתם.²¹

על פי הסבר זה השאלה האם הטעיה מבטלת את העסקה, אלא השאלה המרכזית היא מה נקבע בהסכם. בשלב קבלת הסכם השכר נזכרו שני סכומים שונים. האחד, הסכום הנקוב. השני, סכום מותנה, הסכום שאותו קבלו חבריהם. מכיוון שהמשא ומתן הסתיים בדברי הפועלים שמעוניינים בסכום שקיבלו חבריהם, זהו הסכום אותו יש לשלם. אך הסבר זה מעורר כמה קשיים:

ראשית, ישנו קושי עקרוני בפסיקה זו. הרשב"א קבע עיקרון בסיסי שעל פיו לא ניתן להוציא מבעל הבית סכום גדול יותר מן הסכום שהוא הסכים לשלמו. אך על פי פסיקת הרמ"א עליו לשלם יותר כיוון שהפועלים ביקשו להשתכר כמו חבריהם וזאת למרות שבעל הבית לא הביע את הסכמתו לכך. האם הרמ"א חולק על העיקרון שקבע הרשב"א? קושי זה הועלה על ידי הש"ך, שנאלץ לשנות את הגרסה כדי ליישב את דברי הרמ"א.²²

שנית, במקרה דומה שבו נאמרו סכומים שונים, סכום נקוב וסכום מותנה בשלב המשא ומתן, נפסק אחרת בשולחן ערוך:

21. ט"ז חו"מ שלב, ד.

22. הש"ך (חו"מ שלב, טו) טוען שזוהי טעות סופר והמדובר הוא במקרה שבעל הבית אמר להם: "עשרה כמו חבריכם", והתברר שחבריהם קיבלו חמישה, שמשלם להם עשרה ולא חמישה. וראה: **קצות החושן** (שלב, א), שכיון שהפועלים השיבו שמוכנים לשכר שאר הפועלים, דעתם הייתה לא לפחות מן הסכום.

אמר לו בעל הבית בארבעה והלך השליח ואמר להם בשלשה ואמרו לו כמו שאמר בעל הבית, אף על פי שמלאכתן שוה ארבעה אין להם אלא שלשה שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם.²³

מכאן שעל פי השולחן ערוך, גם אם חתמו הפועלים את המשא ומתן בהסכמתם להשתכר כמו שאמר בעל הבית, הם מקבלים את הסכום הנקוב הזול שהוצע להם על ידי השליח. מדוע אם כן במקרה שבפנינו מכיוון שאמרו "כמו שעשו חברינו", הם מקבלים את הסכום היקר שקבלו חבריהם ולא את הסכום שנקבע?²⁴

שלישית, אילו ההבדל בין המקרים היה בתוספת דברי הפועלים בלבד, ראוי היה לנסח הלכה קצרה בסוף הדברים ולומר כך: "במה דברים אמורים בסתם. אך אם חזרו הפועלים ואמרו כפי שנשכרים שאר פועלים, משלם להם כפי שנשכרים שאר פועלים". מאריכות דברי הרמ"א ומניסוח דבריו נראה שגם לדברי בעל הבית יש משמעות ולא רק לחזרת הפועלים על דבריו.

7. פירוש נוסף לסתירה ברמ"א

מדברי הרמ"א נראה שהגורם לפער בין שני המקרים, אינו דווקא בחתימת הפועלים במילים – "כמו שעשו חברינו". שהרי הרמ"א מציג גם את דברי בעל הבית באופן שונה. בתחילת ההלכה נאמר שבעל הבית אמר להם: "כמו שעשו חבריכם", ואילו בסופה מובא אחרת בדברי בעל הבית: "כמו ששאר פועלים נשכרים". נראה אם כן שיש משמעות גם לניסוח דברי בעל הבית ולא רק לחתימת הפועלים: "כמו שעשו חברינו". במקרים שבהם נחלקים שני הצדדים ואינם מגיעים לידי הסכמה, ובכל זאת לאחר מכן מבצעים את העסקה אף שלא יושבה המחלוקת, נפסק:

המבקש לקנות מחבירו מיקח. מוכר אומר: במאתים אני מוכר לך, והלוקח אומר: איני לוקח אלא במנה (=מאה) והלך זה לביתו וזה לביתו. ואחר כך נתקבצו ומשך זה

23. שולחן ערוך חו"מ שלב, ד.

24. **נתיבות המשפט** (שלב, ג), טוען שאין להשוות בין המקרים, כיוון שכאשר פועלים אמרו לשליח: "כמו שאמר בעל הבית" לא ברור אם דעתם הייתה דווקא להוסיף או אף לפחות. אך אם היה פשוט שדעתם להוסיף היה חייב לתת להם יותר. ומכיוון שהשאלה לא הוכרעה, נותן להם פחות כי זה כתפיסה ברשות, כשמצטרפת לכך העובדה שהוא לא אשם בכך שהשליח התנה עימם תנאים שונים.

אך כאן שהטעה אותם בשווי המיקח זו אונאה שהרי אם היה עושה כך לקבלן הייתה כאן אונאה בשתות ולכן זה כתפס שלא ברשות ולכן חייב לשלם.

נתיבות המשפט מציע הסבר נוסף, שההטעה באמירת בעל הבית לשליח אינה הטעה בשווי השכירות ויתכן שאפילו אם היו יודעים שבעל הבית אמר ארבע היו מוכנים להשכיר עצמם בשלוש כהצעת השליח, ואולי הכוונה של בעל הבית היא שאם לא ימצא בשלוש, ישכור אפילו בארבע. כאן לעומת זאת הטעות היא בשווי השכירות וסתם אנשים אינם נשכרים בפחות מחבריהם. ומן הסתם הסכמתם נובעת מכך שהם הוטעו.

החפץ סתם אם המוכר הוא שתבע הלוקח ונתן לו החפץ – אינו נותן אלא מנה, ואם הלוקח הוא שבא ומשך החפץ סתם חייב ליתן ק"ק (=מאתים).²⁵

המקרה שבפנינו עוסק במציאות דומה. בעל הבית והפועלים חלוקים ביניהם בסכום שישולם להם, ולא הגיעו להסכמה. לבסוף הם קיימו את העסקה – הפועלים עשו את מלאכתם. אם כן מן הראוי היה לפרט באותו האופן שהדבר תלוי בשאלת השתלשלות הדברים **לאחר** שהם נחלקו ביניהם על גובה השכר שישולם.

לאור זאת נראה שיש מרכיב נוסף בדברי הרשב"א שיש בו כדי לקבוע את הסכום שחייב בעל הבית לשלם לפועליו. יש להבחין בין טעות בכדאיות העסקה והיא ניתנת לבדיקה בשוק, לבין טעות בכדאיות העסקה שלא ניתן לבררה. **טעות** בכדאיות העסקה אינה מבטלת את המיקח, אלא אם כן הצד המוטעה נאלץ **לסמוך על המטעה** מאחר שלא ניתן לעמוד על כדאיות העסקה באופן אחר.

תלמידי הרשב"א עוסקים במקרה שבעל הבית התנה עם פועליו שישולם להם כפי ששילם **לחבריהם**. הסכום ששילם לפועלים הוא נתון שלא תמיד אפשר לבררו (יתכן שהפועלים אינם כאן, יתכן שאינם רוצים לפרט כמה השתכרו, או שיגידו סכום שאינו נכון וכדומה).

במקרה זה לא יכלו הפועלים לבחון את הנתונים בעצמם, והסכמתם נובעת מכך שהם מאמינים לבעל הבית שזהו הסכום ששולם. אילו ידעו הפועלים שבעל הבית הטעה אותם, הם לא היו מסכימים לעסקה, ועל כן בעל הבית צריך לשלם להם את השכר הגבוה המובטח.

לעומת זאת בסופה של ההלכה בעל הבית התנה תנאי שניתן לבירור. התנאי היה שישולם להם שכר כמו **ששאר הפועלים** נשכרים. נתון זה ניתן לבררו. נתון זה נוגע לכדאיות העסקה. על כן גם אם הפועלים סמכו עליו, הם אינם יכולים להשתמש בכך כטיעון להטעיה שיש בה כדי לבטל את העסקה. משהחליטו הפועלים לא לבדוק בעצמם את השכר המקובל, גילו בדעתם שהם מוכנים לסכום שהוצע.

על פי הבחנה זו, יבואר מדוע שונה דינו של אדם המטעה את חברו ואינו משתף אותו במידע המצוי אצלו, ממקרה השליח שהובא לעיל. כאשר שליח שוכר פועלים ואומר להם ששכרם יהיה שלושה, והם אומרים: "כמו שאמר בעל הבית", הרי שאז יד הפועלים על התחתונה. כיוון שהשליח לא הטעה אותם אלא הציע להם סכום שהם הסכימו לקבלו. על כן בעל הבית לא חייב לשלם יותר מכפי שהציע השליח, למרות שהוא אמר לשליח להציע סכום גבוה יותר. ואם כן אין בתוספת דבריהם: "כמו שאמר בעל הבית", כדי לחייב אותו לשלם שכר גבוה.

25. **שולחן ערוך** חו"מ רכ"א, א, ובדומה לכך נאמר **בשולחן ערוך** אה"ע, כט, ח, במקרה שאיש ואישה נחלקו על גובה סכום הקידושין.

ג. הטעיה בכדאיות עסקה במקרים נוספים

1. הרחבת כלל זה לתחומים נוספים

מדברי נתיבות המשפט נראה שהעקרונות המופיעים בהטעיית פועלים ובעל הבית, תקפים בכל ההטעיות. הנתיבות מקשה על דברי הרמ"א:

דאטו במיקח כהאי גוונא אם ימכור דבר ששוה ד' בה', ויאמר לו שהוא שוה כך או שהשער כך או שכולם מוכרין כך, לא יתחייב לשלם רק כפי השיווי? ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן, מסתמא רוב אונאות כך הן, שאומר לו שכך שיווי או כך השער.²⁶

הנתיבות מניח שלפי הרמ"א יש לנהוג כן בכל מיקח וממכר ולא דווקא אצל פועלים, ועל כן הוא מקשה מדוע הדבר לא הוזכר על ידי אף אחד מהפוסקים.²⁷

עקב זאת נבחן את גבולות ההטעיה במיקח ובממכר. בידוע, שדרכם של מוכר וקונה להשתמש בדרכים שונות כדי לשכנע את הצד השני בכדאיות העסקה. דבר מקובל הוא שכאשר קונה ומוכר פותחים במשא ומתן, דרכו של המוכר לייפות את המיקח ואילו הקונה דרכו לטעון שהמיקח אינו כל כך יפה. האינטרסים של שני הצדדים מנוגדים, ועליהם להתייחס בחשדנות לנתונים המוצגים על ידי הצד השני.

הטעיה זו איננה עילה לביטול המיקח, כיוון שהקונה יכול היה לשער שהעסקה איננה כדאית כפי שהיא מוצגת על ידי המוכר. הטעיה זו מוצאת ביטוי בתלמוד הבבלי שם נאמר: "דסלקא דעתך אמינא משום דכתיב: רע רע יאמר הקונה".²⁸ ובתוספות הדברים אמורים גם לצד השני: "דטוב טוב יאמר המוכר".²⁹

וכדברי המאירי שהובאו לעיל: "שזה אינו אלא כדבר גזום כלומר אין הפועלים נשכרים אלא בכך או שהם נשכרים בכך וכך והוא כעין זרוזין".³⁰ נוהג זה נמצא בגבולות ההטעיה שאינה מבטלת את העסקה, כיוון ששני הצדדים גמרו בדעתם להיכנס לעסקה מתוך נטילת הסיכון בכדאיותה ותוך 'התעלמות' מדברי ה'עידוד' של הצד השני.

אמנם יש לסייג אופן התנהלות זה רק למקרים בהם הנתונים הרלוונטיים לבחינת כדאיות העסקה נמצאים בידי שני הצדדים, או ששני הצדדים יכולים לקבל את הנתונים. אך אם

26. **נתיבות המשפט** שלב, ד. בתירוצו הוא מבאר שבמקרה של הטעיית הפועלים, נאמרו שתי לשונות סותרות. ולמרות שבעל הבית מוחזק בממון, מכיוון שהוא מוחזק בו ברמאות, אין זו מוחזקות. לעומת זאת במקרה שסוכם על מחיר מסוים, ולאחר מכן המוכר הרגיע את הקונה שזהו המחיר המקובל, הקונה הפסיד את עצמו.

27. על פי זה לדברי נתיבות המשפט כל הטעיה מותרת כל עוד ידוע מהו הסכום שנקבע בין הצדדים. ואולם כאשר לא ברור מהו הסכום שנקבע, אזי אם נעשתה הטעיה, יד המוטעה על העליונה.

28. **בבא בתרא** פד, א.

29. **תוספות** שם, ד"ה אי.

30. **מאירי** בבא מציעא עו, א, ד"ה אע"פ.

הנתונים נגישים לצד אחד בלבד, והצד השני לא מודע אליהם אין לו להטעות ואם בחר לעשות כן, התוצאה תהיה חובת תשלום מלא על פי השכר הראוי.³¹ קודם שנמשיך נדגיש כי הסתרת מידע שניתן לבירור על ידי שני הצדדים, אף שאינה מבטלת את העסקה, הינה פסולה כפי שפסקו הרמב"ם,³² ובעקבותיו השולחן ערוך³³ בדיני אונאת דברים: "היה יודע שיש בממכרו מום, יודיע לקונה". בספר החינוך מובא שגם במקרים שבהם אין דין אונאה, כגון בקרקעות, התנהלות שלא ביושר נחשבת אונאת דברים.³⁴ הדיון אינו עוסק בשאלה זו, אלא רק האם יש בכך כדי לבטל את העסקה.³⁵ נבחן את גישת הפוסקים בהטעיות מעין אלו. כמובן שלכל מקרה יש מאפיינים שונים ופרטים שונים, אך נראה שניתן להצביע על מגמה עקרונית.

2. הטעיה בכדאיות עסקה – כשהקונה יכול היה לברר

הט"ז עוסק במקרה שבו המוכר הטעה את הקונה לחשוב שהקנייה כדאית, והוא פוסק: ומעשים בכל יום שאדם מוכר לחבירו חפץ ואומר כך נתנו לי סך זה ולא רציתי למכור בזה הסך, ואחר כך נתברר שלא היה שום קונה בסך קיצבה שזכר הוא כי בשביל זה יבטל המיקח?³⁶ זהו ניהול משא ומתן בחוסר תום לב, אך אין בו כדי לבטל את העסקה, כיוון שהמוכר מספק נתונים על שווי השוק, והקונה יכול לברר זאת בכוחות עצמו.

31. אמנם הטעיה מותרת במקרה שהיא מיועדת להתמודד עם מעשי רמאות. **ביבמות** (קו,א) מסופר על יבם אשר רצה לכלות את ממון היבמה, ועל כן הטעו אותו ואמרו לו שבחליצתו הוא כונס אותה. כך גם כשפועלים חוזרו בהם בחצי היום וגרמו נזק לבעל הבית, הוא יכול להטעות אותם ולהבטיח להם שכר מופקע שאינו עומד לשלמו.

במדרש תהילים (פרק יב) נאמר שכשרבי חייא צפורה הלך לקנות חיטים הוא אמר שהוא רוצה שעורים כיוון שמנהג המקום היה לשאול את הקונים שמא הם רוצים חיטים, ואם הם רוצים שעורים, העלו את מחיר השעורים. אך גם הטעיה זו אינה נוגעת לשווי העסקה, והיא נובעת מאופיים של סוחרי המקום. **ובנדרים** (כו,ב) נאמר שנדרים למוכסין שהיא תרומה אף על פי שאינה תרומה.

32. **רמב"ם מכירה יח**, א.

33. **שולחן ערוך חו"מ רכח**, ו.

34. **ספר החינוך**, מצוה שלו.

35. וכפי שנאמר בתשובת הגאונים (**שערי צדק**, ד, ו, ד) שכאשר יש מום שהלוקח יכול היה למוצאו לבד, לא מוטלת על המוכר חובה להודיעו: "ראובן לא אית מן דינא לאודועי לשמעון במומין דאית בחמאריה דהכי מנהגא דעלמא...".

וכך **המגיד משנה** מפרש את הדברים (מכירה טו, ג): "שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחין לאלתר כגון שיכולים לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר". וכן מסכם הרב יעקב הילדסהיים, **בתר** ג, קדומים, תש"ס, עמ' 51: "מבואר בדבריהם שמעיקר הדין אין חובה על המוכר להודיע לקונה על הפגמים שיש במיקח כאשר הקונה יכול לבדוק את המוצר, שכן מנהג העולם שהקונה מחפש אחר הפגמים והמוכר משבח את סחורתו...". כלומר שראובן אינו חייב לעדכן את שמעון במומין המצויים, אם אלו מומים גלויים. כך עולה אף מן המשניות בכתובות, פרק ז.

36. ט"ז חו"מ שלב, ד.

מהר"י צהלון דן במקרה שראובן מסר נתונים כוזבים לשמעון ובכך שכנע אותו להיכנס לעסקה, שגרמה הפסדים לשמעון. פסיקתו היא:

ודרך הסוחרים לאייר (=להגזים) בדבריהם כדי להפיק רצונם, והדעת נותן שראובן אינו חפץ בהפסד כי אם בתועלתו ותועלת שמעון.³⁷

מהר"י צהלון קובע אפוא שדרך הסוחרים להגזים, וחובת הבדיקה מוטלת על שני הצדדים. הם אינם מוכרחים להתבסס על הנתונים המסופקים להם על ידי הצד השני לעסקה, ואם עשו כן, אינם יכולים לתבוע דבר.³⁸

גם הרב יאיר בכרך פוסק באופן דומה במקרה של הטעיה:

לוי שבא לשמעון ואמר לו: "ביתך הפנוי בלי דיורים מכור אותו לי". ואמר לו: "אם תיתן לי מחירה ת"ק (=500) ר"ט אתננה לך". ואמר לוי: "אתן לך שי"ן (=300). השיב לו שמעון: "כבר רוצה נפתלי ליתן לי שי"ן (=350)... ויהי העם כמתלוננים שקנה בית ביוקר מאד. שאל לוי לנפתלי אם אמת הוא שביקש ליתן שי"ן (=350) ר"ט בעד הבית והשיב להד"ם ואם ביקש ליתנה לי בעד שי"ן (=300) לא חפצתי לקחתה...³⁹

רבי יאיר בכרך השיב על כך ששמעון פטור, אם כי נהג באופן לא ישר:

נראה לי שמעון פטור מדין אדם אע"פ שהתל שמעון בו בערמתו שהתפאר שנפתלי ביקש ליתן לו שי"ן... וסמך על הימנותיה... שכך דרך התגרים...

שמעון אמנם הטעה את לוי, ואולם אם הקונה רוצה שהעסקה תהיה משתלמת, עליו לבדוק בעצמו את ערך הממכר.

בדומה לכך פסק הרב שלמה זלמן אוירבך, במקרה שבו המוכר "איים" על הלוקח שהשער יתייקר. הוא פסק שאין בכך כדי לבטל את המיקח. הנתון של שווי העתידי של המיקח אינו מצוי בידי של המוכר בלבד ואינו נתון להערכתו הבלעדית, ובאותו אופן יכול היה הקונה להעריך אחרת ולהימנע מן העסקה –

אלא שכך דרך התגרים לאיים על הלוקחים שאח"כ יתייקר השער, וכיון שכן נמצא שהריווח של הלוקחים יהיה רק במקרה שיתיקר השער, ולעומת זה מקבלים עליהם הלוקחים פסידא דזולא.⁴⁰

37. שו"ת מהריט"ץ החדשות, עב.

38. מהרי"ט צהלון מוסיף אמנם, שכוונת המאנה הייתה טובה כיוון שהוא לא היה הצד השני בעסקה אלא שותף שסבר שהעסקה כדאית בכל אופן.

39. שו"ת חוות יאיר, טט. למקרה דומה התייחס פרופ' טדסקי אך מסקנתו שונה. הוא קובע אמנם שבמשפט הנוהג אין אפשרות לקבוע כללים אובייקטיביים המנותקים מתוכן ההסכם. אך לטענתו במקרה שפלוני מבקש לקנות מניות, ולאחר ששאל את הסוכן מה מחירן היום, השיב לו שמחירן 120. לאחר מעשה התברר שביום זה הן נקנו ב 80. לדעת טדסקי, זוהי הטעיה המבטלת את המיקח, כיוון שצד אחד נטל סיכון, בעוד שהצד השני לא נטל סיכון. ד' טדסקי, "טעות בכדאיות העיסקא", משפטים יב תשמ"ב עמ' 329-333.

40. שו"ת מנחת שלמה תנינא (ב-ג), סימן טט.

הרב ענתבי, פוסק במקרה שראובן קנה משמעון, ולאחר מכן התברר ששווי הזהוב עלה וראובן ידע מכך והוא רימהו, שאין מקום לחייב את ראובן. הוא לא הטעה את שמעון הטעיה שאיננה ניתנת לבירור.⁴¹ אמנם נתון זה היה במקרה ידוע לראובן, אך הוא לא היחיד שידע עליו.

ממקורות אלו עולה שגישת הפוסקים היא שיש להטיל על הקונה את החובה לבחון את דברי המוכר ולהחליט האם העסקה כדאית או שאיננה כדאית. מקרים אלו הם מקרים שבהם אין לאחד הצדדים ידע בלעדי ושניהם יכולים לבחון את הדברים באופן עצמאי ושוויוני.

3. הטעיה בכדאיות העסקה – כשלא היה ניתן לברר

גישת ההלכה שונה במקרים של הטעיה מכוונת, כאשר ידוע שהקונה הסכים למכר בתנאים מסוימים, והוא לא היה יכול לבדוקם בעצמו. במקרה זה, שני הצדדים יודעים שהקונה סמך על המוכר, וממילא חובת המוכר לספק את הנתונים המדויקים.

כבר בתלמוד הבבלי מופיעה סוגיה העוסקת באדם שסמך על אחר, וניזוק מכך שהסתמך על חוות דעתו – סוגיית המראה דינר לשולחני. בהלכה מובא שאדם שהראה דינר לשולחני והשולחני אמר שהדינר טוב, והתברר שטעה, על השולחני לפצות את השואל במקרים מסוימים.⁴² כמה מהפוסקים הכריעו שחיובו חל רק כאשר השואל אמר לשולחני שהוא סומך עליו.⁴³ במקרה זה השולחני חייב לנהוג במשנה זהירות קודם שקובע את טיב המטבע. ונראה, שאם הדברים נכונים בשולחני הגורם לנזק עקיף, על אחת כמה וכמה נכונים הדברים במקרה דידן שבו הקונה סומך על דברי המוכר וחובה על המוכר לספק את המידע.⁴⁴ כך למשל, נשאל מהרשד"ם שאלה דומה:

ראובן היה לו מגאזין מצמר שעשה בזמן הגיזה והיה מבקש למוכרה, ופגע בו שמעון ואמר לו: "אתה רוצה למכור צמרך? אני אקנה אותה, הנה יש לי בגד, תאמר אתה כמו יהודי בכמה קנית זה הצמר ואני מקבלה עלי בכך כי אני מאמינך..." אח"כ נודע לשמעון שראובן איננה לו ושקר במה שאמר שקנה הצמר ג' לבנים וחצי הגזה, שאינו כן אלא בג' לבנים ותבע שמעון מראובן שיחזור לו החצי לבן...⁴⁵

41. מר ואהלות, כד.

42. בבא קמא צט,ב.

43. רי"ף בבא קמא לה,ב; רמב"ם שכירות, י, ה.

44. הרב א' שיינפלד, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 225–229, דן בסוגיה זו ומציג את הדעות שהחויב מדין 'גרמי', וממילא יש לכך השלכות הלכתיות בגדרי החיוב.

45. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, תלג. הדברים מתייחסים לדברי התלמוד (בבא מציעא, נא,ב): "הנושא והנותן באמנה... אין לו עליו אונאה". וכן הדברים בתוספתא בבא מציעא ג, כב. לכך יש שני הסברים: לפי רבנו חננאל (מובא בנימוקי יוסף על הרי"ף בבא מציעא נא,ב) מדובר בתגר שהביא סחורה ממקום זול וחברו מאמין לו ששילם סך מסוים והוא מבקש להוסיף על כך סכום מסוים. המכר חל גם אם התברר שהלוקח התאנה ביותר משנתן לקנות סחורה זו במחיר נמוך בהרבה. לפי הסבר הרמב"ם (כפי שהבינוהו שו"ת מהרי"ט ב, יט; שו"ת מהריט"ץ ב, רלו; בית יוסף רכז) מדובר במוכר שסיפר ללוקח בכמה קנה את

מהרשד"ם השיב על כך:

תשובה דבר זה אין צריך לפנים וברור הוא יותר מביעתא בכותחא שהדין עם שמעון, וראובן עבר על "לא תונו" והעלה חרס בידו כי פתו אשר אכל צריך שיקאנו והשיב את הגזלה אשר גזל ושב ורפא לו... ודין זה מבורר בגמרא גם בפוסקים בגמרא פרק הזהב: "תנו רבנן: הנושא והנותן באמונה הרי זה לא יחשב את הרע באמונה ואת היפה בשוה"... וקל וחומר כשדבר אחד קנה בדינר ואמר שקנה בדינר ורביע דהוי אונאה.

לדעת מהרשד"ם, יש לבטל את המיקח במקרה זה. מקרה זה שונה באופן מהותי מן המקרים שצינו עד כה, כיוון שבמקרה זה הקונה אומר במפורש שהוא מבקש לדעת בכמה המוכר קנה. הוא אינו מבקש לדעת מה שווי השוק, כיוון שהוא יכול לבדוק זאת בעצמו. שאלתו היא שאלה מוגדרת: מהו סכום הקניה? לפיכך אסור למוכר להטעותו בנתון זה.

באופן דומה פסק הרב יהושע העשיל באב"ד, שנשאל בדינו של סוחר שמכר דגים מלוחים ובעת המכירה אמר הקונה שהוא רוצה להוזיל בזהב אחד יותר מכפי שנמכר לאחרים. המוכר טען שהוא מוכר לאחרים בחמישה עשר, ומוכן למכור לו בארבעה עשר. לאחר מכן התברר שמכר לכולם בארבעה עשר. הרב יהושע השיב שהדין עם הקונה והמכר בטל.

גם במקרה זה הנתון שהמוכר נשאל עליו אינו שווי השוק, אלא המחיר בו הוא מכר לאחרים. סכום זה ידוע רק למוכר. אם הקונה התנה את העסקה בכך, המוכר חייב לומר בכמה מכר לאחרים. גם במקרה זה ההטעיה גומרת לביטול המיקח.⁴⁶

נראה שהטעיה מסוג זה הינה הטעיה, אפילו כשהיא נעשית באופן פסיבי, כגון על ידי הסתרת מידע. בתלמוד הבבלי נאמר:

השוכר את הפועל לעשות בנטע רבעי שלו הרי אלו לא יאכלו, ואם לא הודיען מעשר ומאכילין.⁴⁷

מכיוון שבעל הבית לא סיפר לפועלים שלא יוכלו לאכול מפירות השדה שבה הם עובדים, עליו להאכילם. זוהי טעות מהותית שכן יש בה את שני המרכיבים: ראשית, רק בעל הבית יכול לדעת מה גילם של גידולי שדהו, ומידע זה אינו גלוי לפועלים, ושנית, אילו הודיעם, אולי לא היו נשכרים.

4. מסקנות הלכתיות לגבי הפסיקה המודרנית

לעומת העולה עד כה, בפסיקה המודרנית בבתי הדין אנו מוצאים גישה שונה. הרב ווייס טוען שכאשר אדם הוטעה לחשוב ששווי המיקח נמוך ועל כן הסכים למכירה, יכול לבטל את המיקח כאשר נודעה לו טעותו:

המיקח, ולאחר מכן התברר שהמחיר המקובל זול בשישית או יותר. במקרה זה אין אונאה. אך מכאן עולה שאם המוכר הטעה את הלוקח – המיקח בטל.

46. ספר יהושע, פסקים וכתבים, רכ.

47. בבא מציעא, צב,ב.

מפורש במהרי"ק שאם הוטעה המוכר על ידי הקונה בשוויות הממכר והסכים למכור לו במחיר מועט, ההסכמה היתה בטעות ובטלה. ורגלים לדבר שההסכמה היתה בטעות, שהרי אין דרך למחול מאתים במנה.⁴⁸

כלל זה מנוגד לעולה מדברינו. אך כמדומה שניתן להבחין בין הפסיקה של המהרי"ק עליה הסתמך הרב ווייס לבין המקרה שבנוגע אליו הסיק הרב ווייס את מסקנתו.

המהרי"ק⁴⁹ בחידושו דן באחים שחלקו בירושה, ואחד מן האחים ויתר על חלקו, מכיוון שהאחים אמרו לו שנותרו נכסים מועטים בלבד. והוא אכן פוסק שהמחילה בטלה, וזאת על סמך ההלכה שמחילה בטעות בטלה. הרב ווייס מסיק מכאן שהמיקח בטל אף במקרה שנשאל עליו.

אך לענ"ד אין בדברי המהרי"ק כדי להוכיח את הדין במקרה של מיקח וממכר. המהרי"ק עסק בסוגיית מחילה, ובמחילה נקבע שמחילה בטעות איננה מחילה.⁵⁰ כאשר אדם מוחל מחילה מפורשת, איננו יודעים האם הוא מוכן ליטול על עצמו סיכונים ואולי אינו מוכן למחול על סכום גבוה מכפי שידוע לו, ולכן יתכן שהמחילה היא מחילה בטעות. לעומת זאת במיקח וממכר הקונה והמוכר נוטלים על עצמם סיכונים, וכל עוד הם אינם חורגים מן הסכום שנקבע – שותות, אין בכך כדי לבטל את המיקח.

הרב ווייס מתבסס בדבריו גם על דברי שבט הלוי⁵¹ אשר מתבסס על דברי הלבוש: הלבוש⁵² עסק באדם שקנה בדיל, ומצא בתוכו כסף. הוא פסק שזהו מיקח טעות. אך אם קנה מספסר זכה, כיוון שהספסר מעולם לא זכה בכך שהרי לא ידע על הכסף הטמון בתוך הבדיל.

נתיבות המשפט⁵³ מפרש שהדברים אמורים דווקא במקרה מעין זה שבו הדבר לא עתיד להתגלות. אך אם מצא כסף כרוך במטלית, מכיוון שזה עתיד להתגלות, הסרסור זכה. על פי דבריו טוען שבט הלוי⁵⁴ שאדם שקנה ספר ומצא בתוכו "חתימה של גדול קדום ומפורסם", מכיוון שזה עתיד להתגלות, המוכר ידע מכך וזכה בכך. על פי דברי הלבוש מסיק הרב ווייס, שגם כאשר מחיר הדירה יכול לעלות מסיבות רבות שהקונה יודע עליהן והמוכר אינו יודע עליהן, זהו מיקח טעות.

אך דומה שיש לחלק גם בין המקרה של הלבוש ושבט הלוי, לבין פסיקתו של הרב ווייס. בשני המקרים שעסקו בהם הלבוש ושבט הלוי, הן במקרה של כסף המצופה בדיל, והן במקרה של ספר עם חתימה יקרת הערך, הטעות איננה בשווי השוק של המיקח. הטעות היא במהות המיקח – הכרת המיקח על כל מרכיביו. לא היה ידוע שהבדיל אינו בדיל אלא

48. פסקי דין – ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות ז' פס"ד בעמוד שנט.

49. שו"ת מהרי"ק, ק"א.

50. שולחן ערוך חו"מ רמא, ב.

51. שו"ת שבט הלוי ד, ר"א.

52. לבוש עיר שושן, רלב.

53. נתיבות המשפט רלב, ח.

54. שבט הלוי ד, ר"א.

בדיל שבתוכו כסף. לא היה ידוע שהספר אינו ספר רגיל אלא ספר עתיק. על כן זהו מיקח טעות כיוון שאין זו טעות בכדאיות העסקה אלא טעות במהות העסקה. לעומת זאת במקרה שבו דן הרב ווייס, מהות הנכס – הדירה על כל תכולתה, ידועים הן למוכר והן לקונה. שווייה האפשרי בעקבות תנודות השוק, תזוזות מקומיות של חנויות וכדומה, הוא פרט הנוגע לכדאיות העסקה, וטעות בכדאיות העסקה איננה מבטלת את העסקה.

ד. מסקנה

נמצא כי לדעת רבים מהפוסקים ההלכה מטילה את אחריות הבדיקה על שני הצדדים, ואין אחד מהם יכול להטיל את האשמה על הצד השני בטענה שהוטעה על אף שהוטעה במתכוון. אמנם במקרה שבו אין אפשרות לקבל את המידע מבלי להסתמך על הצד השני המטעה יישא באחריות ויפצה את המוטעה. ויש מי שסובר שגם במקרה בו יכול היה המוטעה לבדוק בעצמו את העובדות שהוצגו בפניו – העסקה בטלה.

אתיקה ומוסר בחברות עסקיות – עקרונות יסוד מעולמו של המשפט העברי

ד"ר אביעד הכהן

- | | |
|---|---|
| א. אקדמות מילין | ו. מהלכה למעשה: בין ה"מותר" לבין ה"ראוי" |
| ב. מה בין אתיקה למשפט? | ז. מקורות אפשריים לעיצוב כללי אתיקה בחברות עסקיות-מסחריות |
| 1. נשאת ונתת באמונה? | 1. חובות "עשה" |
| 2. ניקיון כפיים וברות לבב | 2. איסורי "לא תעשה" |
| 3. ודובר אמת בלבבו | 3. המוסר הטבעי ו"חובות הלב" |
| ג. שארית ישראל לא יעשו עוולה ו"נבל ברשות התורה" | 4. ביסוס האתיקה העסקית על מקורות משפטיים |
| ד. מעמדה המשפטי המיוחד של החברה העסקית | ח. סוגיות ספציפיות |
| 1. האישיות המשפטית הנפרדת של החברה | 1. תיחום תחומי העיסוק של החברה |
| 2. השאת (מקסום) רווחים וצבירת הון: הפן הערכי | 2. איסור הסגת גבול וגבולות התחרות העסקית |
| ה. עשיית עושר ולא במשפט? | 3. דיני עבודה |
| | ט. סוף דבר |

א. אקדמות מילין

גיבושם של כללים אתיים בעולם העסקים הוא מן הנושאים המדוברים כיום הן בעולם המשפט,¹ הן בעולם העסקים.² על אף העובדה שקיומו של "קוד אתי" בחברות עסקיות

* ד"ר אביעד הכהן, דיקן מכללת "שערי משפט"; מרצה בכיר למשפט עברי ומשפט חוקתי במכללה ובפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ירושלים.

1. על היחס בין משפט ומוסר במשפט העברי, ראו: א' הכהן, "כי כל דרכיו משפט – דין ומוסר, אתיקה ויושר במשפט ומחוצה לו", **משרד המשפטים – דף פרשת השבוע** 226 (תשרי תשס"ו).

2. ראו, למשל, לאחרונה: י' קורי, **סוגיות נבחרות באתיקה עסקית** (ירושלים תשס"ח). בשנים האחרונות החלו גם חברות ישראליות גדולות מגבשות לעצמן קודים אתיים, ומקצתם מצויים ברשת האינטרנט. ראו, למשל: http://hebrew.tevapharm.com/pdf/teva_code_of_business_07.pdf [חברת "טבע"]; <http://www.maala.org.il/heb/tools/code/01/default.asp?ContentID=27> [חברות "אינטל", בנק לאומי, "שטראוס", "מוטורולה" ועוד].

מסוימות ידוע מזה שנים רבות, בעת האחרונה חלה תאוצה באימוצם של קודים מעין אלה ובניסיונות להטמיעם בהיקף רחב יותר בתרבות העסקית, הן בעולם כולו והן בישראל. חברות רבות ותאגידים עסקיים רבי כוח ועוצמה, הגיעו לכלל הכרה שמעבר למטרתה המרכזית של חברה עסקית – השאת (מקסום) רווחיה – חלות עליה, במקביל, גם חובות חברתיות.

תפיסה זו היא חלק מהתפתחות כללית יותר בעולם ובישראל, שבהם עלתה קרנם של עקרון הסחר ההוגן ומקומם הגובר והולך של זכויות האדם גם במגזר הפרטי. לנוכח אלה, השתנתה גם התפיסה בדבר מטרתן של חברות עסקיות ותכליתן, ובדבר מחויבותן הגוברת והולכת הן כלפי עובדיהן, הן כלפי לקוחותיהן.

ביטוי לכך ניתן בגיבושם של קודים אתיים בחברות עסקיות, הקובעים את תחומי ה"אסור" וה"מותר" בהתנהלות עסקית, ולצד זה תרומות בהיקפים גדולים הניתנים מחברות עסקיות למען מטרות חברתיות וציבוריות שונות.

בשיח חשוב ומבורך זה, נאלם-נעלם כמעט לחלוטין קולו של המשפט העברי. היותה של ה"חברה" מוסד חדש יחסית בעולמו, הביאה לכך שיחסית לתחומי משפט אחרים, כגון דיני קניין ומכר, השבת אבדה וערבות, ואפילו משפט פלילי וציבורי, זכה העיסוק בדיני החברות למקום שולי במחקר המשפט העברי, וסוגיות יסוד בדיני החברות, כגון מהותה המשפטית של חברה בע"מ,³ מעמדם המשפטי של בעלי מניותיה והאבחנה שבינם לבין סתם שותפים, חובותיהם וזכויותיהם של בעלי מניות הרוב ומניעת עושק המיעוט, זכו לעיון מועט ביותר, אם בכלל.

יתר על כן: גם חכמי הלכה ומשפט שנוקקו לדון בסוגיות שונות הנוגעות לדיני החברות, לא תמיד הבחינו באופיים המיוחד של דיני החברות, ומתוך כך הגיעו למסקנות שלא תמיד עומדות במבחן הביקורת.

הדיון שקיים בכל זאת בדיני חברות בספרות המשפט העברי מתמקד, על דרך הכלל, בשאלות "מעשיות", בעיקר מתחום דיני איסור והיתר, כגון שותפות בחברות הסוחרות בדברים אסורים⁴ או בחברות המחללות שבת⁵ או כאלה המחזיקות חמץ בפסח.⁶ דיון נרחב יחסית הוקדש גם לשאלות שונות של ריבית הכרוכות בעולם העסקים.⁷

3. ראו: ש' אייזנשטט, "על התפתחות מושג האישיות המשפטית במשפט העברי", **המשפט א** (תרפ"ז), 10-15, 83-87, 222-224; **הרב ד"ח רגנשברג**, "משפט הקורפורציה בדיני ישראל", **בצרון ה** (תש"ב), עמ' 212-217; **א' בניסטי**, "האישיות המשפטית הנפרדת במשפט העברי – להלכה ולמעשה", **שערי משפט א** (תשנ"ח), 349-357; **הרב י' בן שחר והרב י' הס**, "ריבית בתאגידים", **כתר א**, קדומים תשס"ד.
4. ראו, למשל: **הרב ג' פלדר**, "דין של מניות חברה לעסקי נבלות וטרפות", **קול תורה יא** (תשי"ז), חוברת ז, עמ' י-יא; ח עמ' י-יא; ט עמ' ח-ט; י עמ' ח-ט; יא עמ' ז-ט.
5. ראו, למשל: **הרב י' בארי**, "המותר לרכוש מניות במפעל שאינו שומר שבת", **התורה והמדינה יא-יג** (תש"כ-תשכ"ב), עמ' תנד-תסב;
6. **הרב ש' היבנר**, "חמץ של חנות השייכת לחברת מניות", **הדרום כד** (תשרי תשכ"ז), 108-116.
7. ראו, למשל: **הרש"ז אויערבך**, "דין ריבית בבנקים ובעסקים שהם בערבון מוגבל", **הנאמן טו(כה)**, תשרי תשכ"ג, עמ' 6-10; **בן שחר והס** (לעיל, הערה 3).

בדברים הבאים, נבקש לעמוד בקצירת האומר על כמה סוגיות שעניינן בממשק שבין החברה העסקית בת ימינו ומטרותיה לבין כללי האתיקה הנוהגים במשפט העברי מקדמת דנא ולהציע כמה תחומים שבהם עשוי המשפט העברי לתרום תרומה משמעותית לגיבוש כללי אתיקה בחברות עסקיות ולעיגונם במקורותיו הקדומים של המשפט העברי.

נפתח את הדיון בבירור השאלה האם בכלל קיימת במשפט העברי אבחנה בין "אתיקה" ו"משפט"; לאחר מכן נבקש לעמוד על ייחודם של דיני החברות בתחום זה, ובסוף דברינו נביא כמה דוגמאות מעשיות הממחישות את הפוטנציאל הרב שקיים במשפט העברי לעיגון כללים אתיים בחברות מסחריות ולהטעמתם.

ב. מה בין אתיקה למשפט?

אם נרצה, נוכל להעמיד את תורת האתיקה – הן של היחיד הן של החברה או הציבור – על אותו יסוד גדול בעולמה של תורת ישראל: "ועשית הישר והטוב".

יסודות אלה, של ה"ישר" וה"טוב" הם בניין אב לכללי האתיקה כולם. מהם נובעים כל שאר הכללים: "משא ומתן באמונה", החובה לנהוג ביושר וביושרה, ניקיון כפיים וברות לבב, האיסור לרמות ולהונות את האחר, וכיוצא באלה. וכבר אמרו חכמים: "ואהבת לרעך כמוך" – זה כלל גדול בתורה,⁸ והלל הזקן הוסיף: "דעלך סני לחברך לא תעביד – זו היא כל התורה כולה, ואידך – פירושה הוא, זיל גמור".⁹

תפישת יסוד זו משתלבת היטב בציוויה של תורה "והלכת בדרכיו",¹⁰ להידמות לקב"ה שעליו נאמר: "הצור תמים פעלו כי כל דרכיו משפט",¹¹ אל אמונה ואין עול,¹² צדיק וישר הוא.¹³

השילוב בין "כל דרכיו משפט" לבין "אמונה" ו"עול" ו"צדיק וישר" נראה ממבט ראשון תמוה, משום שהמונחים האחרונים מכוונים דרך כלל לערכי מוסר ויושר, המצויים במישור עקרוני-העל (שפעמים נוטים לכנותו מישור מטה-הלכתי),¹⁴ המצוי "מחוץ" או "לפנים משורת הדין", ולא דווקא למישור ערכי המשפט, שבו נוקב הדין את ההר.

8. ספרא קדושים פרשה ב, פרק ד.

9. שבת לא, א.

10. דברים כח, ט.

11. והשווה לתהלים קמה, יז: "צדיק ה' בכל דרכיו וחסיד בכל מעשיו". מכאן נטו מקצת פרשנים ותרוממים לפרש "משפט" זה כשם נרדף ל"צדק" (just), ואילו חלקם הבינו זאת במשמעות של "שיפוט" (judgement), שהקב"ה שופט אדם על כל מעשיו. התרגום המיוחס ליונתן (מהד' רידר, ירושלים תשמ"ה, עמ' 153, 302), קובע בעקבות חז"ל (ראה עבודה זרה ג, ב) שהקב"ה יושב בדין שלוש שעות בכל יום, ובשאר הימים שלוש שעות עוסק בתורה, שלוש שעות מזווג בין איש לאישה וגזר מי יישפל ומי ירום, ושלוש שעות מפרנס את הבריות.

12. וכמאליה ניצבת ההשוואה לציווי: "לא תעשו עול במשפט" (ויקרא יט, טו), ודברים הנכוחים של הרש"ר הירש שם, המסבירים מדוע יש צורך בציווי מיוחד על איסור עשיית עול במשפט דווקא: "הציבור זכה בעמדת כוח כלפי היחידים בזכות מוסדות המשפט, אל תנוצל עמדה זו לעושה ולדין שרירותי, שהרי זה כל עצמו של 'עול'... ניצול לרעה של 'עול', של העליונות והמעמד העדיף".

13. דברים לב, ד.

14. לעניין זה ראה בהרחבה: א' הכהן, "שיקולים מטא-הלכתיים בפסיקת ההלכה – מתווה ראשוני", עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה, א' רביצקי וא' רוזנק עורכים, הרצאת מאגנס, ירושלים תשס"ח, עמ' 279-310.

אכן, יש בערכים אלה ודומיהם כדי לאפיין את ייחודו של המשפט העברי כמערכת שהמוסר והיורש הם חלק מהותי שלה, עיקר מעיקריה ולא רק מערכת טפלה לה.¹⁵ הביטוי הראשון, "אל אמונה", עורר עניין רב אצל פרשני המקרא, כשחלק מהתרגומים והפרשנים, כגון אונקלוס (שתרגמו "אלהא מהימנא" – 'האל הנאמן'¹⁶) ורש"י, דרשו אותו במשמעות של אמת ועשיית צדק **בתהליך הענישה** שמחוץ לדיני אדם, הענישה בידי שמיים: "'אל אמונה' – לשלם לצדיקים צדקתם לעולם הבא. ואף על פי שמאחר את תגמולם, סופו לאמן את דבריו. 'ואין עול' – אף לרשעים משלם שכר צדקתם בעולם הזה".

1. נשאת ונתת באמונה?

החובה לנהוג באמונה נוהגת בכל אדם. אך היא קשה שבעתיים בעיסוק מסחרי, ואולי לא לחינם היא נקשרת בלשונם של חכמים דווקא ל"משא ומתן", שם נרדף לחיי המסחר, ולא דווקא לעולמו של בית המדרש.

חובת אמונים זו חולשת על קשת רחבה של ציוויים, שרק מקצתם נמצאים בגבולות המשפט הנורמטיבי הצרוף, ויתרם מבטאים עקרונות אתיקה ומוסר. כך עולה כבר מן הברייתא שנשמכה למשנת התנאים, האומרת שהעיסוק בתורה מכשיר את לומדה **"להיות צדיק, חסיד, ישר ונאמן"**,¹⁷ מונחים הנטועים בעולמו של מוסר.¹⁸ ונאמר במדרש ההלכה של התנאים: "כל מי שנושא ונותן באמונה, ורוח הבריות נוחה הימנו, מעלין עליו כאילו קיים

15. וכבר הורנו מ' אלון כי "מן המפורסמות הוא, שכשם שהתורה שבכתב מצווה על היחיד ועל העם ציוויים בעלי אופי משפטי מובהק, כך היא מצווה – באותה מידה של החלטיות – על ציוויים המקובלים עלינו שהם מתחום המוסר והמידות". ראו: מ' אלון, **המשפט העברי** (ירושלים תשמ"ח), עמ' 126. בעמ' 125-171 של חיבור זה, הקדיש אלון מקום נרחב לבחינת זיקת הגומלין שבין המשפט לבין המוסר. היטיב לבטא תכונה זו גם זו א' רוזן-צבי, באומרו: "המשפט העברי ידו פרושה על הכל: גם מוסר, גם מצפון, גם צדק חברתי של הגנת החלש והתחשבות בבריות. משום כך אין פלא שהמשפט כולל בתוכו גם את הצדקה, המוסר, הפשרה והחינוך. גדול כוח הפשרה מכוח הדין, ועדיף לפנים משורת הדין מן הדין, וכופין על הצדקה וכופין על מידת סדום, ודין 'ועשית הישר והטוב' משתרע על הכל, ואסור לו לאדם שיהיה נבל ברשות התורה. כל אלה מעידים על מינון מסוים, פנימי, בתוך המערכת המשפטית עצמה, של היחס בין מעורבות נורמות משפטיות לבין החופש מהן". ראו: א' רוזן-צבי, "תרבות של משפט – על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים", **עיוני משפט יז** (תשנ"ג), 689, בעמ' 692-693. לסוגיה זו במשפט הכללי, ראה למשל: ד' סטטמן, "הצדק כ'שדה פרוץ' – מעמד המוסריות בפסיקת בית המשפט העליון", **מחקרי משפט יט** (תשס"ג), עמ' 590-569; ד' הד, "משפט צדק וצדק מוסרי", **משפטים כט** (תשנ"ח), עמ' 528-507; צ' ברנזון, "משפט ומוסר", **ספר ברנזון א** (תשנ"ז), עמ' 176-169. על מקום המוסר בעולם הדת, הרחב יותר, ראה: ד' סטטמן, א' שגיא, **דת ומוסר**, ירושלים תשנ"ג, והספרות הענפה שם.

16. ובדומה לו הלכו מ' הלוי **לעטעריס וא' הראל-פיש** בתרגומיהם לאנגלית: "a God of truth and without iniquity, just and right is He". והשווה לתרגום שבמהדורת ארטסקרול שהוא צמוד למשמעות המילולית המודרנית של המונחים: "a God of faith without iniquity, righteous and fair is He".

17. **אבות ו, א.**

18. בשונה, למשל, ממונחים הנטועים בשתי רגליהם בעולם המשפט, דוגמת "חייב" ו"זכאי".

כל התורה כולה.¹⁹ ונאמר בבבלי ששאלה זו עתיד כל אדם להישאל בבית דין של מעלה קודם שהוא נשאל אם עסק בתורה:²⁰

אמר רבא: בשעה שמכניסים אדם לדין [בבית דין של מעלה], אומרים לו: נשאת ונתת באמונה? קבעת עתים לתורה? עסקת בפריה ורביה? צפית לישועה? פלפלת בחכמה? הבנת דבר מתוך דבר?²¹

את פשר הצבת שאלה זו בראש הסולם, ביקש אחד מן האחרונים לתלות בעיקרון גדול בעולמה של יהדות, ולפיו "לעולם יהא אדם ירא שמים": קודם **אדם**, המקפיד על קלה כבחמורה בהליכות עולם שבין אדם לחברו, ורק אחר כך **ירא שמים**, המקפיד על מצוות שבין אדם למקום.²² וכן כתב רבי חנוך טייטלבוים, מחכמי גליציה במאה הי"ט:

הענין הוא שמתחלה מעמידין אותו למשפט, אם השלים חובותיו **שנתחייב בהן מצד שהוא אדם**, **דברים שהן מצד הסברא**, **שנתחייב בהן מיום ברוא אלקים אדם על הארץ**, כדברי רב נסים גאון ז"ל, ואז השאלה הראשונה היא: "נשאת ונתת באמונה?". ואחרי כן מעמידין אותו לדין, אם השלים חובותיו **שנתחייב בהן מצד שהוא ישראלי** זרע עם סגולה, ועמדו אבותיו על הר סיני, ואז השאלה הראשונה על דברי תורה.²³ מכל מקום, **אמונה** זו נתפרשה בידי חכמי המשפט העברי לא רק כחובה לקיים הבטחות²⁴ וציוויי משפט פורמאליים, אלא גם כצורך בקיום אתיקה מסחרית ראויה.²⁵

2. ניקיון כפיים וברות לבב

לצד חובת ה"אמונים", והמשא ומתן "באמונה", קיימת חובה כללית על כל אדם לשמור על ניקיון כפיו וברות לבבו, ולא פחות מכך לעמוד בדיבורו. ביטוי לכך ניתן במקומות שונים

19. **מכילתא**, פרשת בשלח, מסכתא דויסע, פרשה א, מהדורת הורוביץ-רבין עמ' 185.
20. תפיסה שונה מובעת במקום אחר, ולפיה: "אין תחילת דינו של אדם אלא על דברי תורה" (קידושין מ.ב). בניסיונם לתרץ את שתי הסוגיות, העירו **בעלי התוספות** על אתר שהקטע ממסכת שבת "היינו דווקא לענין שאלה, ששואלין לו על משא ומתן, אבל מכל מקום נפרעים ממנו תחלה על שלא קבע עתים לתורה". והשווה לדברי **התוספות** סנהדרין ז,א, ד"ה אלא. וראה עוד **בית יוסף**, אורח חיים, קנה, א.
21. **שבת** לא,א. ראוי לציין שרבי יוסף קארו, בעל "שולחן ערוך", הבליע חובה זו בנעימה, בתיאור סדר יומו של אדם מישראל (**שולחן ערוך** אורח חיים קנו): "אחר כך ילך לעסקיו, דכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה וגוררת עון... **וישא ויתן באמונה**".
22. וראה י' **שופמן**, "וכי יגור אתך גר בארצכם לא תונו אותו", **משרד המשפטים – גיליון פרשת השבוע**, קדושים, תשס"ה, גיליון מס' 207, ליד ציון הערה 45.
23. **שו"ת יד חנוך** סב.
24. לשימוש בלשון "אמן" כביטוי לחיוב משפטי פורמאלי, ראה ב' ליפשיץ, **משפט ופעולה** (ירושלים תשס"ב), עמ' 53.
25. על היבטים שונים של אתיקה מסחרית במשפט העברי נכתבה ספרות ענפה. ראה למשל: נ' רקובר, **המסחר במשפט העברי** (ירושלים תשמ"ח); מ' תמרי, **כסף כשר** (ירושלים תשנ"ד); ש' שילה, "השגות על פסיקת בד"ר בעניין השגת גבול מסחרית", **משפטים** 1 (תשל"ה), 530-543; **כתר ג** – מחקרים בכלכלה על פי ההלכה, מוקדש כולו לדיני הגנת הצרכן במשפט העברי, ו**כתר ה** מוקדש לגבולות התחרות העסקית בהלכה.

במקרא. כך, למשל, בפסוק המפורסם: "מי יעלה בהר ה' ומי יקום במקום קדשו? נקי כפים ובר לבב אשר לא נשא לשוא נפשי ולא נשבע למרמה".²⁶

בדומה לחובת האמונים, גם ניקיון כפיים וברות לבב נדרשים מכל אדם, וכלפי כל אדם. אך קיומם קשה שבעתיים למי שעיסוקו במסחר.

מן המפורסמות הוא, שעולם המסחר נגוע במעשי מרמה רבים. כך, למשל, בעולם המסחרי, במיוחד בחלק ממדינות העולם השלישי, מתן שוחד מצד אנשי עסקים לגורמי ממשל על מנת לזכות במכרזים ולקבל טובות הנאה שונות (כגון זיכיון לעסוק בתחום מסחרי מסוים, כגון יהלומים, נפט וכדומה), הוא דבר מקובל. שוחד זה אינו חייב להתבטא במתת כסף באופן ישיר, אלא במתן טובות הנאה עקיפות שמבחינה מהותית הן שוחד ממש, אך מבחינה פורמאלית אפשר שניתן לעקוף אותן. גורם מסחרי שלא ינקוט ב"נורמות" כאלה, לא יוכל לעמוד בתחרות עם מתחריו.

האם מותר לאיש עסקים – ולחברה עסקית – ל"נהוג ברומא כרומאי" ולשחד את גורמי הממשל באותן מדינות עולם שלישי על מנת להשיא את רווחיהן? מבחינה משפטית, ייתכן שבחלק מאותן מדינות לא חל איסור פורמאלי על חברת חוץ לעסוק בפעולות מעין אלה, שעל גבול ה"תחום האפור". אך מבחינה מוסרית, ברור שלנוכח הפסוקים דלעיל גישה כזו פסולה מכל וכל.²⁷

3. ודובר אמת בלבבו

רף דומה, גבוה מכל, קיים בפרק נוסף מפרקי תהילות דוד:

(א) מזמור לדוד ה' מי יגור באהלך מי ישכן בהר קדשך.

(ב) הולך תמים ופעל צדק ודבר אמת בלבבו.

(ג) לא רגל על לשנו לא עשה לרעהו רעה וחרפה לא נשא על קרבו.

(ד) נבזה בעיניו נמאס ואת יראי ה' יכבד נשבע להרע ולא ימר.

(ה) כספו לא נתן בנשך ושחד על נקי לא לקח עשה אלה לא ימוט לעולם.²⁸

בעוד שחלק מן הדרישות שנוכרו בפסוק, כגון איסור "ריגול" – רכילות ולשון הרע, איסורי ריבית – "נשך" או איסור מתן וקבלת שוחד – הן דרישות חוקיות נורמטיביות, דרישה אחת – "ודובר אמת בלבבו" – מציבה כאן בעליל רף מוסרי גבוה ביותר, החורג הרבה אל מעבר לרף המשפטי המינימאלי, שאימוצו – ככתבו וכלשונו – מתבקש מאליו.

26. תהלים כד, ג-ד.

27. [הערת עורך: ראו עוד פתחי תשובה חו"מ ט, ג, שהביא מחלוקת בשאלה האם מותר לתת שוחד לשופט שאיננו יהודי, ונראה שמסקנתו שהדבר אסור. זאת, פרט למקרה של יהודי שיש לו סכסוך עם נכרי, ויש חשש שהשופט יטה את הדין לטובת הנכרי. יש לדון האם במקרה של מכרו בו יש חשש להעדפה של חברה אחרת בגלל שזו שיחידה את פקידי הממשל יש מקום להתיר מתן שוחד. ע.ר.]

28. תהלים טו.

אמירת דבר שקר בפה, שיש לו ביטוי חיצוני, אסורה בתכלית מכוחו של האיסור "מדבר שקר תרחק". לעומת זאת, חיובו של אדם להיות "דובר אמת בלבבו" מבטא רף מוסרי גבוה הרבה יותר, "שיהיו פיו ולבו שווים".

כל אדם עשוי להתקשות בהגעה לרף גבוה זה. אך כאשר מדובר בעולם המסחר, הדבר קשה שבעתיים. חלק מתורת המשא והמתן המסחרי בנויה על הצגת מצגים, שהנושא ונותן אינו מתכוון אליהם באמת, אך מקווה באמצעותם להשיג יתרונות במשא ומתן. כך, למשל, בהצבת מחיר גבוה מאד או נמוך מאד לסחורה, שהמוכר או הקונה אינם באמת מתכוונים אליו, הם מבקשים להביא לכך שבסיום המשא ומתן, יעמוד המחיר על שיעור סביר יותר מזה שהוצע לראשונה. דומה, שהטלת חובה של "דובר אמת בלבבו", אינה עולה בקנה אחד עם דרך זו של ניהול משא ומתן.

לצד חובת אמירת האמת, כצו פורמאלי נוקשה, קיימת חובה כללית של יושר ויושרה. הציווי "דברו אמת איש את רעהו", לא נועד רק להיות צו פורמאלי, של "אי אמירת שקר", אלא חובה כללית ורחבה הרבה יותר, של התנהגות בניקיון כפיים, וברות לבב.

ג. שארית ישראל לא יעשו עוולה ו"נבל ברשות התורה"

גם סופו של הניב שנזכר לעיל, "אל אמונה ואין עוול", צירוף שמתאר אחת ממידותיו של הקב"ה, נושא עמו מטען כבד בעולמו של המשפט העברי, החורג הרבה מעבר לפן הפורמאלי של הוראות הדין.

לצד האיסור הידוע, "לא תעשו עוול במשפט", נזכר איסור על עוולות שרק מקצתן עולות לכדי איסור פורמאלי שניתן לקבעו במסגרות משפטיות רגילות. מקצת מחכמי ההלכה ראו בנבואת צפניה מקור לחובת תום הלב במשא ומתן, אף שדבריו כפשוטם מתארים ציפייה ותקווה: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפייה לשון תרמית, כי המה ירעו ורבעו ואין מחירד".²⁹ ביטוי להפיכת מאמר נבואה זה לצו שיש לו תוצאה משפטית בא כבר במשנה:

המקבל [=החוכר] שדה מחברו לזורעה שעורים – לא יזרענה חטים [=משום שהחטים מכחישות את הקרקע יותר מן השעורים, ונמצא מזיק את חברו]; חטים – יזרענה שעורים. רבן שמעון בן גמליאל אסר.³⁰

טעם איסור זה לשיטת רשב"ג הובא בתלמוד³¹ שאף על פי שהזרע שעורים במקום חטים מפחית לכאורה את הנזק העשוי להיגרם לקרקע, אסור לו לסטות מן התנאים שהתנה עם בעל הקרקע בגלל דברי הנביא צפניה.

על יסוד עיקרון זה, פיתחו חסידי אשכנז תורה חברתית שלמה המחייבת כל מי שנושא ונותן במסחר לנהוג במוסר ברמה גבוהה. כך, למשל, נאמר ב"ספר חסידים":

29. צפניה ג, יג.

30. בבא מציעא ח, ט.

31. בבא מציעא ק, ב.

אל יפתה [המוכר] את בני אדם: "כך וכך רצו ליתן לו בסחורה". או שיאמר: "אני קניתי בכך וכך [אף שקנה במחיר אחר]". ועל זה נאמר: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפייהם לשון תרמית". ואל יתעה החפצים לקנות, שיראה להם פנים כאומר למכור אותם חפצים שבידו, ואין בלבו [למכרם], והם אינם קונים במקום אחר כי סבורים שזה ימכור להם. וכתוב: "לא תנו" (ויקרא כה, יז) – שהונהגו בדברים. וכתוב: "דברו אמת איש אל רעהו" (זכריה ח, טז).³²

פסוק זה שימש מקור גם לאחת מהלכות דיני מתנות. לפי המשפט העברי, המתנה, כשאר קניינים, אינה נקנית למקבל באמירה בעלמא, וצריך שיעשה בה מעשה קניין, הגבהה או משיכה וכיוצא בזה. ברם, מה דינו של מי שהבטיח לחברו לתת לו מתנה, והתחרט לפני שמסרה לו? בסוגיה זו, דן בעל "אור זרוע", מבעלי התוספות באשכנז במאה הי"ג, בעקבות התלמוד:³³

רבי אבהו בשם רבי יוחנן: אמר ליתן מתנה לחבירו, מותר לחזור בו. ואם אמר לו: "בדעת גמורה אני אומר לך", אין לו לחזור בו. ובמתנה מרובה עסקינן. דאפילו מתנה מרובה, אם אמר לו: "בדעת גמורה אני אומר לך", אסור לחזור בו. ואם בא לימלך בבית דין, אומרים לו: "אסור לך". אבל אם הוא רוצה לחזור בו, אין כוח ביד בית דין למחות בידו, אלא שהוא [אסור בכל זאת], משום: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב".³⁴

מכוח עיקרון זה, קבעו חכמים שהמבטיח לחברו, אף שאין בדבריו משום חיוב משפטי של ממש, חייב לקיים את הבטחתו מכוח דיני היושר וההגינות. ביטוי נרחב לגישה זו יש בדברי רבי יונה החסיד גירונדי, מחכמי ספרד במאה הי"ג, שהושפע רבות מתורתם של חסידי אשכנז, המייחד בספרו "שערי תשובה", אחד מספרי המוסר היהודיים הקלאסיים עד ימינו, מקום נרחב לחובתו המוסרית של אדם לעמוד בהבטחתו:

המבטיח את חברו להיטיב עמו, וישקר דבריו, וישים לאל מלתו, כי אחרי אשר אמר להיטיב עמו בלשון הבטחה, ובטח בו לב חברו, אין לו לחלל הבטחתו, כי זה דרך שקר, והוא כאדם עבר ברית, שנאמר: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפייהם לשון תרמית". וכן האומר לתת לחברו מתנה מועטת, אף על פי שלא הזכיר לשון הבטחה... וכן מי שמתפאר בפני רבים לתת מתנה לאדם, והנה הוא כמתהלל על נדיבותו בזה, הנה זאת כמו הבטחה, ולא נכון שישוב מדבריו אחרי שהתכבד והתהלל בדבר, כענין שכתוב: "נשיאים ורוח וגשם אין, איש מתהלל במתת שקר" (משלי כה, יד). פירוש: כמו שיצטערו בני אדם אחרי בוא סימני הגשם, ולא בא הגשם, כן עניין איש מתהלל במתת שקר, כי מה שהתהלל בדבר סימן קיום הדבר, על כן יצטער האיש שהבטיחוהו על המתנה, כי הכזיב תוחלתו.³⁵

32. ספר חסידים, מהדורת הרב מרגליות, סימן שיא. וראה גם שם, סימן שפח.

33. בבא מציעא מט, א. הפסוק מצפניה אינו נזכר בתלמוד בהקשר זה, ו"אור זרוע" הוא שהוסיפו.

34. אור זרוע חלק ג, פסקי בבא מציעא, סימן קמט.

35. שערי תשובה שער ג, סעיף קפג.

מקורות אלה ועוד רבים כמותם מבטאים את החובה להימנע מעשיית עוולה בדין, גם כשמערכת החוקים הרגילה אינה יכולה ליתן מענה הולם שיש בו גם צדק ולא רק דין. דוגמה יפה לדבר זה מתחום דיני העבודה באה באחת מתשובות הרי"ף, רבי יצחק אלפסי, מחכמי ספרד במאה הי"א, ואחד מ"שלושת עמודי ההוראה" של המשפט העברי. ומעשה שהיה, כך היה:

ראובן היה שוכן במזרח צרפת, הוא ובניו, רחוק מספרד ימים רבים, והניח אשתו ובניו במקומם, ונרצה בארץ ספרד לשוט בקהילות. ועבר במדינה אחת ודרש ברבים. וכשראו אותו חמישה מחשובי העדה, פייסו ממנו [=שכנעו אותו] שיביא אשתו ובניו לאותה מדינה וישכון עמהם. והיה מסרב ראובן זה, משום שהיתה אשתו במקום רחוק. והוסיפו לפייסו כמה פעמים עד שנתרצה. והתנו עמו בקנין גמור שיתנו לו אלו החמשה [=האנשים מחשובי הקהילה] כ"ד זהובים מירכאטיא בכל שנה ושנה עד [=למשך] שלש שנים, ויקראו לפניו בהלכה ובמשנה ובמקרא ובפירוש הסדרים ובבמה שירצו, **בקנין ובכתב ובעדים**.

וגם ראובן התנה **עמהם בקנין** שיבוא לחג הסוכות עם אשתו ובניו. ולא הגיע הזמן שקבע להם, עד שבא ושמוחו בו.³⁶

אכן, כפי שמסתבר מהמשך התשובה, השמחה לא ארכה ימים רבים, משום שעם בואו של המלמד לספרד, פרצה מחלוקת בין התלמידים, כשהציע אחד מהם לקיים "רפורמה" בתכנית הלימודים וללמוד בשיטה מקורית ביותר:

ומהם שאמרו נתחיל במשנה, ומהם שאמרו נתחיל בתלמוד, עד שהסכימו כולם בהסכמה אחת, והתחילו במסכת ברכות, ויקראו בו ארבעה ימים בשבוע, ויום חמישי במקרא, ויום ששי בפירוש הסדר [=פרשת השבוע].

ואחר כך נתרעם יששכר אחד מהם על חבריו, ואמר להם: איני יכול להבין בעומק ההלכה, ואיני רוצה בכך, אלא שתאמר להם שלשה שורות של תלמוד, ותחזור ותאמר להם שלשה שורות ממשנה. אמרו חבריו: אין אנו רוצים בכך. על כן עמד יששכר ואמר: אם כן איני רוצה לקרות ולא ליתן שכר. ענה ראובן ואמר: יש שטר בידי בקנין ובעדים, אין לי אלא לקיים מה שבשטרי ומה שהתניתי עמכם.

בתשובתו, מכריע הרי"ף לטובת המורה, בהסתמכו על הסכם העבודה שנכרת בין הצדדים, אלא שהוא מעיר בדרך אגב שאפילו לא הייתה לשון ההסכם ברורה כל צורכה, ואף אם עדיין לא התחיל המורה ראובן במלאכתו, חייבים היו התלמידים לשלם לו את שכרו. וזה לשונו:

ואפילו לא הלך עדיין [המורה לספרד, בהסתמכו על ההצעה שהוצעה לו], מאחר שקנה מידן וקנו מידו,³⁷ לא היו מותרין לחזור בהן, שנאמר: "שארית ישראל לא

36. שו"ת הרי"ף רכג. לחשיבותה ההיסטורית, ראה ש' אסף, מקורות לתולדות החינוך בישראל (ניו יורק תשס"א), כרך ב, עמ' 43.

37. הרי"ף מדגיש שבמקרה זה לא היה מדובר בחוזה על פה, שהוא "קניין דברים" בעלמא, ואינו תקף לפי המשפט העברי, אלא בהסכם מלווה במעשה קניין כדת וכדין. אלא שהוא אומר גם שאם נפל ספק בתוכן

יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפיהם לשון תרמית וגו', אלא שלא היה בית דין יכול לעמוד בדבורם [=לפרש את תוכן הסכמתם המדויקת]. אבל אם פירשו, שהלך ומכר את מטלטליו, והפסיד ממונו בשבילן, אינן רשאים לרמות בו, אלא חייבים להשלים לו כל תנאו שהתנו עמו.³⁸

אמור מעתה: השילוב שבין אתיקה, מוסר ומשפט הוא מאבני היסוד של המשפט העברי ואינו צריך לפנינו. ואף על פי, שקווי המתאר המבחינים ומבדילים ביניהם אינם ברורים תמיד כל צורכם, שילובם יוצר נורמות מחייבות שנעות על קו המתח שבין המשפט והמוסר. לכאורה, אין כל מניעה להחיל את עקרונות האתיקה שחלים על היחיד כמות שהם גם על חברות עסקיות, אלא שלשם כך יש לראות את החברה כמי שמוחלות עליה חובות היחיד, לפחות בתחום זה של הליכות מסחר. החלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר לנוכח מעמדה המשפטי המיוחד של החברה וראייתה כאישיות משפטית נפרדת מבעלי מניותיה.

יתר על כן: גם המטרה המרכזית של החברה, השאת רווחיה, עשויה לעמוד בדרכו של המבקש להחיל עליה נורמות מחמירות בעולם העסקים. להלן נבקש להראות כי למרות שני אלה, מנקודת מבטו של המשפט העברי חלה חובה על חברה עסקית לנהוג באורחות ישר בדרך הילוכה בנתיבות מסחר, ואישיותה המשפטית הנפרדת אינה יכולה לתת בידה היתר, או לשמש לה מגן מפני חובתה לנהוג בכל אותן נורמות מחמירות, אתיות ומוסריות, החלות על היחיד.

לצד איסור עשיית העוול, ניצב אותו כלל גדול בעולמה של יהדות האוסר על אדם להיות "נבל ברשות התורה". כלל זה, שנוסח בהרחבה בדבריו הנודעים של הרמב"ן – רבי משה בן נחמן (ספרד, המאה ה"ג) בריש פרשת קדושים, ממחיש היטב את הפער שבין ה"מותר" לבין ה"ראוי" וה"רצוי":

כי אחרי אזהרת פרטי הדינין בכל משא ומתן שבין בני אדם, "לא תגנוב" ו"לא תגזול" ו"לא תונו" ושאר האזהרות, אמר בכלל "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח), שיכניס בעשה היושר וההשוויה וכל לפני משורת הדין לרצון חבריו.³⁹

לפי גישת הרמב"ן, הציווי של "ועשית הישר והטוב" אינו נורמה **ספציפית** אלא נורמה **כללית**.⁴⁰ מוגבל או מוגדר בתחומים קבועים. מדובר בצו "דינאמי", שתוכנו משתנה בהתאם

ההסכם שנעשה, מחויבות הצדדים לקיום ההסכם עומדת בעינה מכוח העיקרון של "שארית ישראל לא יעשו עוולה".

38. על אף ההכרעה החד-משמעית לטובת המורה, מסיים הר"ף שאם יוכלו הצדדים לבוא לידי פשרה מסוימת, שבחלק מסוים מהיום יקבל יששכר "שיעור פרטי" מהמורה ראובן, הדבר עדיף. גישה זו משקפת את עמדת המשפט העברי, המעדיף במקרים רבים את הגישור והפשרה על פני ההכרעה המשפטית הגיליוטנית והחותכת. ראה **אלישבע ואביעד הכהן**, "גישור, פישור ויישוב סכסוכים", **משרד המשפטים – גיליון פרשת השבוע**, ושב, תשס"ב, גיליון מס' 54.

39. **פירושי רמב"ן על התורה** ויקרא יט, ד.

40. על האבחנה שבין שני סוגי נורמות אלה, ראו: ר' בכר, "היחס: נורמה רגילה לעומת נורמה מיוחדת", **משפטים** ט (תשל"ט), עמ' 59-67.

לנסיבות, ועיקרו עשיית יושר "לרצון חבריו", לא במסגרת הדין אלא "לפנים משורת הדין" – כך שמעשי האדם יהיו נאים לא רק בעיני שמייים, אלא גם בעיני הבריות.

ד. מעמדה המשפטי המיוחד של החברה העסקית

כאמור בראש דברינו, השילוב שבין אתיקה ומשפט מאפיין את כל תחומי המשפט העברי, ולכאורה אין הצדקה להקדיש דיון מיוחד ליישומם של עקרונות "הטוב והישר" דווקא בחברות עסקיות. הנחה הגיונית הייתה מציעה אותם כללים שנוהגים בתחום המשפט הפרטי, שבין יחיד ליחיד, ומחילה אותם גם את התאגידים למיניה ולסוגיהם: עמותה, חברה, אגודה שיתופית, וכיוצא באלה.

אם בכל זאת קיימת הצדקה לדיון נפרד בתחולת כללים אלה על החברה העסקית, הרי שהם נובעים משני יסודות מרכזיים שעליהם ניצבת החברה העסקית בת ימינו. יסודות אלה מקשים על המבקש ליישם את תורת האתיקה היהודית, כמות שהיא, על החברה העסקית.

1. האישיות המשפטית הנפרדת של החברה

היסוד האחד נוגע למהות החברה. ראיית החברה כאישיות משפטית נפרדת, המובחנת היטב ויוצרת חיץ בינה לבין בעלי מניותיה, הולידה יצור כמעט בלתי נודע במשפט העברי, בוודאי במשפט העברי הקלאסי, שספק אם ניתן להחיל עליו את הדינים שמוחלים, כדבר שבשגרה, על האדם היחיד.

אישיות משפטית נפרדת ונבדלת זו, מאפשרת ליצור מעין "גולם" משפטי, שאין לו ידיים או רגליים (למרות שהוא עשוי להוליד חברות-בת ובנות-בת), והוא עומד על רגליו-שלו, כשהוא מנותק מבעלי מניותיו. ממילא, כאשר חברה בע"מ – בעירבון מוגבל – פושטת רגל, אין מחייבים את בעלי מניותיה בתשלום חובותיה.⁴¹ האישיות המשפטית הנפרדת מאפשרת לחברה לקנות נכסים ולמוכרם, ליטול הלוואות בבנק, והכל כגוף משפטי עצמאי שאינו זהה לבעלי המניות המחזיקים במניות החברה ויכולים להשפיע על פעולותיה.

כאשר מדובר באיסורים, נתק זה יוצר מצע נוח. לדעת רוב הפוסקים, מכוח אישיותה המשפטית של החברה, אין לייחס לבעלי מניותיה את תוצאות פעולותיה. וממילא, גם אם החברה מחזיקה במחסניה מוצרי חמץ בפסח, או משלמת לנושיה תשלומי ריבית אסורה, אישיותה המשפטית הנפרדת אינה מייחסת אוטומטית מעשים אלה ליחיד, לאדם השותף במניותיה.

אכן, לכאורה, נתק זה אמור לחול לא רק במישור הזכויות שעומדות לחברה, אלא גם במישור החובות. ולכן, חובות שחלות על היחיד – כגון לשאת ולתת ב"אמונה", לנהוג ביושר ולהימנע מהפרת הבטחה, אינן חלות על חברה.

41. זאת, פרט למקרים שבהם קיים חשש להברחת נכסים מצדם, שהובילו לקריסת החברה. במצב דברים זה, ניתן לעשות לעתים "הרמת מסך" שמבטל את החומה הבלתי נראית שבין החברה לבעלי מניותיה.

תורת ישראל מצווה על היחיד, לא על חברה בע"מ שמנותקת – ולו מן הבחינה המשפטית – מן היחיד ומהווה אישיות משפטית עצמאית.

מסקנה מעין זו עשויה להביא לכך שמנקודת מבטו של המשפט העברי, החברה היא יצור "אקס טריטוריאלי", שמצוות התורה אינן חלות עליו. פועל יוצא מכך הוא, שעל חברה שאין לה, על דרך ההשאלה, "לא גוף ולא דמות הגוף", לא חלים כל איסורי התורה.⁴² מסקנה כזו, לו הייתה מתקבלת, הייתה מביאה לתוצאה לא רצויה בעליל שלפיה ישמשו חברות בע"מ מעין "ערי מקלט" לעבריינים, או "שטח הפקר" ובר נוח לעשיית מעשי עוולה. קשה לקבל גישה כזו במיוחד לנוכח מגמתה של תורת ישראל, "דלית אתר דפנוי מינה",⁴³ להחיל את ערכי הישר והצדק בעולם כולו.

אשר על כן, יש לבסס את חובת חברה בע"מ לקיים גם חובות המוטלות על היחיד (הן חובות "עשה", כגון השבת אבדה, מתן צדקה או מתן הלוואות לנזקקים, הן חובות "לא תעשה" כגון איסור רמייה במידות ובמשקלות, איסורי הונאה וכיו"ב) על בסיס משפטי כלשהו: בין אם באמצעות "הרמת מסך" בין בעלי המניות לבין החברה; בין אם באמצעות ראיית החברה כמעין "ידם הארוכה" – שלוחתם של בעלי המניות, ובין אם באמצעים משפטיים אחרים.

בין כך ובין כך, ייתכן שהיקפן של חובות אלה המוטלות על חברה בע"מ יהא שונה מאלה המוטלות על היחיד, וייתכן שאף דרך החלתן תהא שונה, אך החובות – בעיני עומדות.

2. השאת (מקסום) רווחים וצבירת הון: הפן הערכי

יסוד שמקשה, לכאורה, על החלת כללי עשיית "הישר והטוב" של המשפט העברי על חברה עסקית נוגע לא למדהותה המשפטית, כאישיות משפטית עצמאית, נפרדת ונבדלת, אלא לתכליתה ולמטרותיה של החברה העסקית.

בעולם המודרני, נהוג לראות את השאת הרווחים כמטרת-על של החברה העסקית. מטבע הדברים, כל תחרות עסקית יוצרת שאלות בנושאים הטבועים בפעילות המסחרית כגון קיום תחרות הוגנת, איסור על יצירת מונופולים והגבלים עסקיים, דרכי פיתוי לא הוגן של לקוחות, גילוי נאות של אינטרסים, וכיוצא בהם.

מטיבה וטבעה של כל יחידה כלכלית שהיא שואפת להביא להשאת רווחיה: רווח, תשואה על הון, רכוש ועושר. עם זאת, מהעובדה שחברה עסקית שואפת להשיא-למקסם את רווחיה, אין להסיק שאסור לה, למשל, לתרום מהונה למטרות חברתיות או להתחשב, לעתים, במסגרת מדיניותה העסקית בצרכים חברתיים.

במבט "מיקרו", חברה המקפידה על נורמות אתיות מחמירות עלולה להיתפש כחברה שפועלת בניגוד למטרות החברה ולאינטרסים של בעלי המניות שלה. לא אחת חברה

42. על הדעות השונות בעניין זה, ראה: פד"ר י, עמ' 237; הרב ש' מירון, הרבנים י' בן שר וי' הס, "ריבית בתאגידים", כתר א (תשנ"ו), עמ' 247 ואילך. ראו גם את התשובה שפורסמה על-ידי מכון "משפטי ארץ", <http://www.moresheet.co.il/web/shut/shut2.asp?id=86136>.

43. תיקוני זוהר, תיקונא שבע וחמשיין.

המקפידה על נורמות אתיות, כגון איסור המסחר במוצרים מזיקים, הקפדה על תחרות הוגנת וכיוצא בזה, בתוך עולם מסחרי שרוב החברות בו אינן מקפידות על רמה גבוהה של אתיקה עסקית, עשויה למצוא את עצמה נחותה מבחינת יכולתה העסקית בשוק תחרותי. ועם זאת, אין לראות זאת במבט פשטני. במבט "מאקרר" ובראייה לטווח ארוך, ייתכן שדווקא פעולות שנועדו להגביר את קיומה של אתיקה עסקית מחמירה בחברה, עשויות להרים את קרנה של החברה בעיני לקוחות פוטנציאליים, ובטווח הארוך להגדיל את רווחיה.⁴⁴

יתר על כן, ההנחה היא שלמרות שהחברה היא "אישיות משפטית" עצמאית, הרי כאשר היא פועלת כגורם בקידום ערכים חברתיים, אין היא פועלת בניגוד לרצון בעלי המניות שלה אלא מכוחם. כל עוד פעילותה החברתית של החברה העסקית, כמו גם ניהול אורחותיה על פי עקרונות של מוסר ואתיקה נעשים מרצון, בצורה וולונטרית, ולא מכוחה של כפייה חיצונית, אין סתירה בין תכלית החברה להשאת רווחיה לבין פעילותה במישור החברתי.

ואכן, המחוקק הישראלי היה ער לשינויים המאפיינים בימינו את תכלית החברה העסקית. בחוק החברות החדש, דבר החקיקה הארוך ביותר של מדינת ישראל, מציב המחוקק בראש תכליותיה של החברה העסקית את המטרה המסורתית – "לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה". אכן, בד בבד מוסיף המחוקק ומכיר גם בתכלית החברתית שצריכה לעמוד לנגד עיניה, כאשר הוא קובע שהחברה צריכה "להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, גם את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענייניו של הציבור".⁴⁵

קבלת הנחה זו גוזרת מאליה יישומם של עקרונות אתיים שונים, שנועדו לאזן בין מטרת-על זו של השאת רווחים ודאגה לאינטרס של הפרט – בעלי המניות, לבין מטרות חשובות אחרות כגון צדק חלוקתי ואיזון בין האינטרס של היחיד – בעלי המניות המקימים את החברה והם "בעלי עניין" בהצלחתה המקסימאלית, לבין האינטרס של היחיד – צורכי הרבים, במשמעות הרחבה.

ה. עשויות עושר ולא במשפט?

קודם שנבוא לדון בפרטים, יש לתהות – מנקודת מבט יהודית – האם עקרון היסוד של החברה, השאת רווחיה, עולה בקנה אחד עם ערכיה של תורת ישראל. כאן עשוי לבוא לידי ביטוי מודגש הפער שבין הפן ה"משפטי" הצרופ, לבין הפן ה"אתי-מוסרי". מבחינה

44. בעולם העסקי דהאידנא, במיוחד לאחר המשברים העסקיים שפקדו חברות ענק דוגמת אנרון ווורלדקום, מבינים מנהלים ודירקטורים רבים שלא ניתן לפעול לאורך זמן ללא התמודדות רצינית ומשמעותית עם נושא האתיקה העסקית. יתר על כן: מחקרים שונים מלמדים שגיבושם והטמעתם של כללי אתיקה ברורים ומנוסחים היטב בחברה העסקית, עשויים לתרום גם לתוצאות שהחברה תציג בשורה התחתונה. על תפקידו החברתי של התאגיד העסקי, ראו בהרחבה: ע' בוקשפן, **המהפכה החברתית במשפט העסקי**, ירושלים תשס"ז.

45. סעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. ראו גם: ע' בוקשפן, א' כשר, "אתיקה בחברות עסקיות", **משפט ועסקים ב** (תשס"ה), 163.

הלכתית-משפטית, כל עוד אדם מרוויח כספו ביושר, אין לכאורה כל מניעה שאדם ישאף לעושר ויצבור רווחים גדולים ככל האפשר. לעומת זאת, מבחינה מוסרית-אתית, אפשר שחתירה מתמדת לצבירת עוד ועוד נכסים, אפילו נעשית ביושר, פסולה בהיותה מפנה את משאבי האדם וכישרונותיו לאפיקים שלא בהכרח תורמים ל"יישובו של עולם",⁴⁶ במובן הרחב, וכורה לפניו בורות רבים – של חוסר יושר ויושרה – שהוא עלול ליפול בהם בנקל.

ברובד הבסיסי, אין ספק שכל אדם רשאי – ואף חייב – לכלכל את עצמו ואת בני ביתו. והרי כל אדם שעניינו במסחר מבקש להגיע למקסימום רווחים. ועם זאת, השאת רווחים שהיא למעלה מן המידה הדרושה – ותכליתה צבירת הון ונכסים שאינם דרושים לצורכי מחייתו המידיים של אדם ובני ביתו עשויה לעורר שאלות מורכבות הרבה יותר.⁴⁷

כשאלות יסוד רבות אחרות בעולמה של יהדות, גם היחס הערכי לצבירת רכוש ול"התעשרות" (אין צריך לומר, שכוונתנו היא רק להתעשרות שנעשית כדין) מורכב למדי, וניתן לגלות בו פנים שונות. התמונה אינה אחידה, ותלויה, במידה רבה, בנקודת מבטו הבסיסית של הדובר, ובמקורות שהוא בורר לעצמו מתוך שלל המקורות.⁴⁸

יש חכמים שרואים בעסקים מכשיר לסיפוק צרכיו המידיים של האדם, "כדי חייו", הא ותו לא. כל עיסוק במסחר מעבר לכך, שנועד לצבור כסף ונכסים, נתפס בעיניהם כדבר שלילי, בין אם משום ביטול התורה שכרוך בכך,⁴⁹ ובין אם משום שצבירת נכסים שלא לצורך נתפשת כמשהו שלילי, המנוגד לערכים של צניעות והסתפקות במועט. לעומתם, יש הרבה גישות שאינן רואות כל פסול בהתעשרות, והדיה עולים היטב ממקורות חז"ל.

במקורות המשפט העברי ניתן למצוא לא מעט ביטויים לגישות "קפיטליסטיות" מובהקות, המעלות על נס את העושר, מכבדות ומרוממות אותו, ולצדן גישות "סוציאליסטיות" ואף

46. טענת נגד תהיה, כמובן, שההפך הוא הנכון: באמצעות משאבי כסף גדולים, עשויה חברה – כמו גם אדם פרטי עתיר נכסים – לתרום ליישובו של עולם: לתת צדקה בשיעורים גדולים, להעסיק עובדים שאחרת היו מובטלים ולשפר את תנאי העסקתם, ולתרום למטרות ציבוריות וחברתיות שונות שמקדמות את העולם.

47. הד לאבחנה זו מצוי במגבלה שהטילו חלק מחכמי ההלכה על יציאה לחו"ל לצורכי פרנסה, שהותרה לשיטתם רק כדי לקנות פרנסה "כדי חייו" של אדם, אך לא למעלה מזה. ראו, למשל, **מועד קטן** יג.ב: "אמר רבא: לשוט – דברי הכל אסור, למוזנות – דברי הכל מותר, לא נחלקו אלא להרויחא; מר מדמי ליה כלשוט, ומר מדמי ליה כלמוזנות", ורמב"ם הלכות מלכים ה, ט. והשוו **לירושלמי סנהדרין** סוף פרק י שלצורך פרנסה התירו לצאת אפילו למצרים. וראו עוד: **הרב ש' דייכובסקי**, "יציאה מארץ ישראל לחוץ לארץ", **תחומין כ** (אלון שבות, תש"ס), עמ' 401-403. גם בשיעור ה"הרווחה" המותר נאמרו דעות שונות, ואין כאן מקום להאריך.

48. ראו למשל: מ' הס, **רומי וירושלים** וכתבים אחרים (ירושלים תשמ"ג), 170: "היהדות – כל רוח יחסנות ושלטון מעמדי זרים לה מעיקרה. רוח היהדות – רוח סוציאל-דמוקרטית היא ביסודה ומעצם טיבה"; א' ביק-שאול, **מראש צורים – מתקני חברה על טהרת הקודש**, ירושלים תשל"ג; ומן הצד השני, י"י ליפשיץ, "על תורת הכלכלה היהודית – האם היהדות אכן סוציאליסטית", **תכלת** 17 (קיץ תשס"ד), עמ' 63-89; ותגובתו של ח' טרופר, "שוק חופשי מערכים – האם היהדות היא קפיטליסטית?", **במעגלי צדק** 3, עמ' 17-26; עדו רכניץ, השקפת העולם הכלכלית-חברתית של היהדות, **צהר כ"א**, (אדר ב' תשס"ה), עמ' 143.

49. ביטוי לגישה זו מצוי במשנת **אבות** (ו, ד) הקובעת ש"כך היא דרכה של תורה: פת במלח תאכל ומים במשורה תשתה, ועל הארץ תישן וחיי צער תחיה".

“מעין מרכסיסטיות” מובהקות, המעלות על נס את הצדק החלוקתי, ההסתפקות במועט והצנעת הלכת, כאידיאל ולא רק ככורח.⁵⁰

אבות האומה מתוארים בתנ”ך כעשירים מופלגים. על אברהם אבינו נאמר שהיה “כבד מאד במקנה, בכסף וזהב” ושה’ “ברך את אברהם בכל”.⁵¹ בדומה לכך, מדגישה תורה את עושרו של יצחק אבינו: “ויזרע יצחק בארץ ההיא מאה שערים ויברכהו ה’ ויגדל האיש וילך הלך וגדל עד כי גדל מאד. ויהי לו מקנה צאן, ומקנה בקר, ועבדה רבה, ויקנאו אתו פלשתים”.⁵² ואף אצל יעקב אבינו, מדגיש הכתוב את עושרו הרב, ומתארו: “ויפרץ האיש מאד מאד, ויהי לו צאן רבות, ושפחות, ועבדים, וגמלים וחמורים”.⁵³ נקל לשער שאילו נתפש העושר, כשהוא לעצמו, כמידה שלילית ומגונה, לא היה הכתוב טורח להדגיש שאבות האומה היהודית ניחנו בו.

יתר על כן: מקורות שונים מצביעים על כך שהעושר משמש מעין מצע ואולי אף **דרישה** להשראת שכונה,⁵⁴ ולעתים אפשר שקיומו מהווה תנאי כשירות **מקדמי** לכהונה במשרה מסוימת.⁵⁵

כך, למשל, דרשו חכמים את האמור במקרא “והכהן הגדול מאחיו”, הוא שיהא גדול מהם “בנוי, בעושר ובממון”. עם זאת, אפילו אם נפרש מאמר זה לא רק כתיאור אידיאלי אלא כדרישה, הרי שבדומה לנוי – העושר נועד לרומם את נושא המשרה בעיני שאר העם, ולא כתכלית וכערך עצמאי.

בין כך ובין כך, בעולמה של יהדות העושר אינו נתפס כערך עצמאי אלא כאמצעי לעשיית מצוות (דוגמא צדקה וגמילות חסדים). מכוח זה, השאת רווחים כשלעצמה אינה פסולה, ובלבד שהשימוש בהם ייעשה לתכלית ראויה.

50. כך, לדוגמא, אמרו חכמים במשנת **אבות** (ב, ז): “מרבח נכסים – מרבח דאגה”, אלא שביטוי זה עשוי להתפרש כתיאור מציאות ולא דווקא כהוראה נורמטיבית מעשית הקוראת להימנע ולאסור ריבוי נכסים. דוגמא אחרת היא הזיקה שביקשו לראות חלק מפרשני המקרא בין עושרו של אדם לבין מעשים או תכונות שליליות שנדבקו בו. כך, למשל, מיד לאחר תיאורו של אברהם אבינו, שהיה “כבד וזהב, בכסף ובמקנה” בא תיאור מריבת רועיו עם רועי לוט; לאחר תיאור עושרו של יצחק שראה ברכה בעמלו עד כדי זריעת ומציאת “מאה שערים” נלחמו עמו הפלשתים וסתמו בארותיו, ולאחר שהכתוב מתאר את עושרם של בני גד ובני ראובן, ש“מקנה רב” היה להם, בא תיאור רצונם להשתמש ממילוי חובתם עם הכלל בכיבוש הארץ.

51. ושמו מדרש חז”ל, שהעתיק את פשט הפסוק “בכל”, כמכוון גם – או רק – כלפי עושר ונכסים, למשהו מצומצם הרבה יותר (“בת הייתה לו ובכל שמה”), מרמו על הסתייגותם מפירוש “רכושני” כעין זה.

52. **בראשית** כו, יב-יד.

53. **בראשית** ל, מג. גם תוצאותיו של עושר זה – קנאה ושנאה – ידועות היטב מדברי ימי העולם: “וישמע את דברי בני לבן לאמר: לקח יעקב את כל אשר לאבינו ומאשר לאבינו עשה את כל הכבוד הזה”, או בניסוח מודרני-אנטישמי: “היהודים משתלטים על כלכלת העולם”.

54. **שבת** צב, א.

55. וראו לעניין זה: א”א אורבך, **מעולמם של חכמים**, ירושלים תשמ”ח, עמ’ 114.

ו. מהלכה למעשה: בין ה"מותר" לבין ה"ראוי"

אחת האבחנות החשובות שעליה נוהגים להצביע בתורת המשפט בת ימינו, כמבדילה בין המשפט לבין המוסר והאתיקה היא האבחנה בין ה"מותר" לבין ה"ראוי". בעוד שהמשפט קובע נורמות לגבי ה"מותר" וה"אסור", האתיקה מוסיפה עליו את חובת ההתנהגות לא רק לפי מה ש"מותר", "אסור" או "חייב", אלא לפי הראוי והרצוי.

אשר על כן, ייתכן שיהיו הרבה פעולות ומעשים שמותרים על פי הדין, אך אסורים מכוחם של עקרונות מוסריים-אתיים.

בבסיסה, דומה אבחנה זו – אם כי לא דווקא זהה⁵⁶ – לאבחנה הקיימת במשפט העברי בין ה"דין" לבין ה"לפנים משורת הדין". וכבר למדנו, שבמשפט העברי מחילים לעתים סנקציות – ישירות ועקיפות – גם על הפרת חובות שלא מן הדין.

דוגמא בולטת לכך ניתן להביא ממדרשם של חכמים באשר לדור המבול. לפי מסורתם של חז"ל, לא נחתם גזר דינם של בני דור המבול "אלא על הגזל". עיון במקורות מלמד שלא היה מדובר דווקא בגזל פורמאלי, שאסור מן הדין, אלא לעתים בחריגה משמירה על חובות אתיות, ש"לפנים משורת הדין". ביטוי מובהק לכך ניתן במדרש:

קץ כל בשר בא לפני, הגיע זמנם להקצץ, הגיע זמנן לעשות בתה, הגיע קטיגוריים שלהן לפני. כל כך למה? כי מלאה הארץ חמס מפניהם, איזהו חמס ואיזה היא גזל? אמר רבי חנינא: חמס אינו שווה פרוטה, וגזל שווה פרוטה, וכך היו אנשי המבול עושים היה אחד מהם מוציא קופתו מליאה תורמוסים והיה זה בא ונוטל פחות משווה פרוטה וזה בא ונוטל פחות משווה פרוטה, עד מקום שאינו יכול להוציאו ממנו בדין, אמר להם הקב"ה: אתם עשיתם שלא כשורה, אף אני אעשה עמכם שלא כשורה...⁵⁷

הווי אומר: הגם שמבחינה פורמאלית אין בנטילת פחות משווה פרוטה גזל,⁵⁸ עשוי המעשה להיחשב "חמס" שמפניו אובדת הארץ. כיוצא בדבר, נאמר על אנשי ימי בית שני, שלא חרב אלא מפני שלא העמידו דיניהם על "לפנים משורת הדין". מצד הדין, אדם אינו חייב לסטות משורת הדין. ודי לו בה. אך חברה שמנהגת כל אורחותיה רק על פי דין, ואינה חורגת הימנו, סופה אבדון.

56. אחד ההבדלים הבסיסיים הוא שבמשפט העברי גם ה"לפנים משורת הדין" היה לחלק אינטגרלי של מערכת המשפט, שאינו רק מחייב מלכתחילה אלא ניתן אף לכפות עליו. לעניין זה, ראו: למשל: א' קירשנבאום, "דיני היושר במשפט העברי", דעת 13 (תשמ"ד), 43-54; הרב א' בקשי-דורון, "בגדר לפנים משורת הדין", בנין אב (ירושלים תשמ"ב), עמ' רצח-שא; הרב מ' חייגר, "צדק ומשפט (ערכו של 'לפנים משורת הדין' במשפט העברי", נזיר אחיו (ירושלים תשל"ח), כרך ג, עמ' קמו-קסב; בדומה למידה זו, גם מידות קרובות כגון "ועשית הישר והטוב" או "משנת חסידים" היו לחלק אינטגרלי של מערכת המשפט העברי, אלא שאין כאן מקום להאריך.

57. בראשית רבה לא, מהדורת תיאודור-אלבק, עמ' 279; ומקבילת הסיפור בירושלמי בבא מציעא ד, ב. 58. במשפט העברי קיימת אבחנה גם בין ה"אסור" לבין ה"חייב". כך, למשל, קיים איסור לגזול ממון פחות משווה פרוטה, אולם אין חיוב להחזירו. תודתי נתונה לרב ע' רכניץ שהפנה שימת לבי לאבחנה זו. ענייניו להלן, מכל מקום, אינו רק ברמת ה"חייב" אלא ברמת ה"ראוי", שקובעת מדרגה וברכה לעצמה.

ז. מקורות אפשריים לעיצוב כללי אתיקה בחברות עסקיות-מסחריות

המשפט העברי, על מקורותיו העשירים, עשוי לשמש מקור פורה לגיבוש כללי אתיקה שיעלו בקנה אחד עם עקרונות המשפט העברי. לעיגונם של הכללים האתיים במסורת היהודית, יש חשיבות רבה דווקא במדינת היהודים, מדינת ישראל. שהרי "המשפט הישראלי החילוני" – ולעניינו, גם התרבות האתית של חברות עסקיות בישראל:

הוא משפט ללא שורשים היסטוריים משלו – בחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרבדים שונים, ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו ויש משהו מלאכותי מאד ואף פתטי בניסיונות המשפטנים שלנו להעלות פרטי פרטים מן ההיסטוריה המשפטית האנגלית מלפני דורות, על מנת שאלה יספקו לנו פתרונות לצרכי מדינת ישראל של היום. זו הבעיה הגדולה של המשפט הישראלי המודרני ורבים מאתנו – אף מן החילוניים שבינינו – כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתזה בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו.⁵⁹

באוצרות המשפט העברי מצויים כמה סוגי מקורות שניתן לגזור מהם כללים גדולים בתורת האתיקה המסחרית. מקצתם, הם "עקרונות על", דוגמת "עשיית הישר והטוב" או "נבל ברשות התורה", שבה דיברנו בראשית דברינו, ומקצתם הם עקרונות פרטניים שיפים לסיטואציה עובדתית מסוימת וקונקרטית. להלן נציין כמה מהם.

1. חובות "עשה"

מקור חשוב ליצירת כללי אתיקה מסחריים הוא כל אותן חובות כלליות המדברות בשבח עשיית הטוב, כגון חובת "יישובו של עולם", "ועשיית הישר והטוב", החובה לומר אמת, לנהוג ביושר, יושרה ותום לב, עקרונות כלליים של צדק, עקרונות המחייבים את אהבת הרע (או, בניסוח השלילי – "דסני עלך – לחברך לא תעביד"), החובה להציל את האחר מנזק מדין "לא תעמד על דם רעך", חובת יישובו של עולם במובנה הרחב,⁶⁰ וכיוצא באלה.

59. מ' לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", **משפטים** א (תשכ"ט), עמ' 305. וראו גם את דבריו הנכונים של מ' אלון בהקשר זה: "קשר-גשר זה שבין המשפט הישראלי החדש לבין המשפט העברי ההיסטורי יהא בו כדי למלא חסר בעולמה של מערכת המשפט הישראלית. בוודאי ייתכן שמבחינה פורמלית "אין המשפט הישראלי זקוק יותר לשיטה משפטית משלימה", אך להלכה ולמעשה משכימים בתי המשפט – אמנם רק "לצורך שכנוע בלבד" – לפתחן של כמה וכמה שיטות משפטיות אחרות, תוך כדי ולמען בירורן של בעיות רבות ונכבדות. אין ספק שזה מעשיר ומגוון את הפסיקה והמחקר המשפטיים, אבל לא בכך תיבחן מערכת המשפט. כשם שלשוננו של עם זקוקה ליסודות ולהיסטוריה, ומי כמונו יודע זאת מתוך חווית הנס שבתחיית השפה העברית, כך גם, ומותר לומר כל שכן גם, משפטו של עם זקוק לשורשים ולעבר, שמהם הוא יונק ובצלם הוא חוסה. המשפט המתגבש במדינה העברית זקוק לשורשים ולעבר משלו, ואלו יימצאו לו רק אם ידע להשתרש ולהשתלב אל נכון במערכת המשפט העברי ההיסטורי". מ' אלון, "המשפט העברי במשפט המדינה, על המצוי ועל הרצוי", **הפרקליט** כה (תשכ"ט) עמ' 53.

60. חובה זו מטילה על אדם מישראל חובה לעשות כל שביכולתו למען "יישובו של עולם". פעולה שמנוגדת לכללי האתיקה הבסיסיים, גם אם מותרת היא במסגרת החוק, בוודאי אינה תורמת ל"יישובו של עולם"

מכוחם, ומכוח כוחם, נובעת חובתה של החברה, מנהליה ועובדיה, להימנע משימוש בתכסיסי רמייה כדי להפיל בפח חברות עסקיות מתחרות או לצוד לקוחות בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם "עשיית הישר והטוב".

2. איסורי "לא תעשה"

סוג אחר הוא מקורות המדברים בחובות "לא תעשה", בין אם מדובר באיסורים ספציפיים פורמאליים כגון "לפני עור לא תתן מכשול" – איסור שניתנה לו פרשנות מרחיבה, האוסרת על שימת מכשול לא רק בפני עיוור ממש אלא בפני כל מי שנחשב כ"סומא בדבר" מסוים, לרבות איסור השאת "עצה שאינה הוגנת לו"; איסורי אונאה, נזיקין, אמירת שקר, הלנת שכר והסגת גבול, ובין אם מדובר באיסורים אתיים בעיקרם.

מעקרונות יסוד אלה עשויות להיגזר נורמות פרטניות, כגון חובתה של חברה המפעילה מפעל תעשייתי להימנע מזיהום אוויר או מקורות מים; חובת החברה לתרום כסף למטרות צדקה; חובתה להימנע ממכירת נשק או מוצרים מזיקים אחרים (כגון סיגריות); ועוד.

כאמור לעיל, על אף שהמשפט העברי ה"קלאסי" החיל חובות אלה באופן בסיסי על אנשים יחידים, ולא הכיר את התופעה של חברה הפועלת כ"אישיות משפטית נפרדת", ניתן בקלות רבה להחיל חובות אלה – מכוח עקרונות יסוד שונים במשפט העברי – גם על חברות ותאגידים עסקיים בני ימינו.

ניתן לעשות זאת הן מכוח ראיית בעלי המניות של החברה, עובדיה ומנהליה כמעין שותפים⁶¹ או מסייעים למעשיה של החברה, או, למצער, כמשלחים או שלוחים שלה.

3. המוסר הטבעי ו"חובות הלב"

המקור השלישי, ואולי לא פחות חשוב משני המעיינות הפורמאליים של איסורי ה"עשה" וה"לא תעשה" שבתורה ובמשנת חכמים, הוא ה"מוסר הטבעי", או מה שיש הנוטים לכנות לעתים "החלק החמישי של השולחן ערוך". הלכות המוסר הטבעי אינן כתובות עלי ספר. הן נובעות מ"משפט הטבע", מאותו שכל ישר הטבוע באדם ומיישר אורחותיו. כמה יפים הם דברי הראי"ה קוק, שכתב בעניין המתח שבין "יראת השמיים" הדקדקנית, שמקפידה על כל קוץ ותג של "שורת הדין", אך אינה נותנת תמיד דעתה למוסר הטבעי החייב ללוותה:

אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי הנתון בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה. אבל אם תצויר יראת שמים בתכונה כזו שבלא השפעתה על החיים היו החיים

במובנו הרחב. בספרות חז"ל, מודגשת החתירה ל"יישובו של עולם" בעיקר במישור ה"סור מרע", בהטלת איסור על פעולות שפוגמות ב"יישובו של עולם", כגון "משחק בקוביה" (הימורים), וכיו"ב.

61. לנוכח תורת האישיות המשפטית העצמאית של החברה במשפט המודרני, אין כוונתנו לשותפות במשמעות המשפטית הרווחת, אלא למעין "סיוע" לדבר מצווה או עבירה, במשמעותו ההלכתית.

יותר נוטים לפעול טוב, ולהוציא אל הפועל דברים מועילים לפרט ולכלל, ועל פי השפעתה מתמעט כוח הפועל ההוא, יראת שמים כזאת היא יראה פסולה.⁶²

חובות הלב, עקרונות המוסר הטבעי, כמו גם "השכל הישר", מהווים יסוד חשוב בכל שיטת משפט, והמשפט העברי בכלל זה. בסוגיות מסוימות, ניתן לגלות לא אחת שחכמי ההלכה אינם תרים אחר מקורות מפורשים, "פורמאליים", אלא המוסר הטבעי משמש מקור עיקרי לפסיקתם, וכל הראיות שמובאות – אם מובאות – אינן אלא אסמכתא ועיטור בעלמא לו. לא אחת, נוקטים המקורות ההלכתיים בלשון "למה לי קרא? סברא הוא",⁶³ כשה"סברא" אינה תמיד רק "השכל הישר", אדני ההיגיון הבריא, אלא גם תחושת הלב.

4. ביסוס האתיקה העסקית על מקורות משפטיים

לצד "עקרונות-העל" של עשיית הישר והטוב והחובה לנהוג ביושר ובתום לב, קיימים עקרונות משפט שבהם ומהם ניתן לעגן את חובת החברה – למרות אישיותה הנפרדת – לנהוג על פי כללי האתיקה העסקית, מכוח חובתם של בעלי מניותיה. כך, למשל, מכוח דיני השליחות, ניתן לראות את החברה העסקית – בעלת האישיות המשפטית הנפרדת – כשלוחתם של בעלי מניותיה. וממילא, חובות שחלות על המשלח, האדם הפרטי, יחולו גם על החברה-השליחה, למרות ישותה המשפטית הנפרדת והערטילאית.

ה. סוגיות ספציפיות

מכוח העקרונות שפורטו לעיל, מהם ובהם, עשויים להיגזר פתרונות שונים לסוגיות ספציפיות העולות תדיר על שולחנה של כל חברה עסקית. השאלות האתיות שסבות-הולכות את אורחותיה של החברה העסקית רבות מספור, והן מתחדשות מדי יום ביומו, עם התפתחות הטכנולוגיה ומערכת החיים הכלכלית. דור דור ובעיותיו, דור דור וצרכיו. לא ניתן במאמר אחד להקיף את כל קשת המקרים שבהם עולות שאלות אתיות בדרך פעולתה של חברה עסקית-מסחרית, ובוודאי שלא למצותם. אכן, אפשר שאין זה ראוי לעשות כן. עיסוק בסוגיה ספציפית נותן פיתרון נקודתי, המיוחד לאותה סיטואציה ולאותן נסיבות. לעומת זאת, עמידה על עקרונות העל של "עשיית הישר והטוב", "ניקיון כפיים וברות לבב", ו"דובר אמת בלבבו", יפים לכל מקרה, בכל מקום, בכל עת ובכל שעה. יתר על כן: גם בקרב החברות העסקיות קיימים סוגים שונים, גוונים ובני גוונים, ופיתרון הניתן במקרה אחד אינו דומה בהכרח לפיתרון היפה במקרה שני. כך, למשל, כשמדובר בחברה עסקית שמזוהה עם מדינת ישראל באופן מובהק (כגון התעשיות הביטחוניות או חברת "אל על"), יש לתת משקל לא רק למישור ה"מיקרו" –

62. הראי"ה קוק, **אורות הקודש**, חלק ג, ראש דבר, סעיף יא, עמ' כז.

63. על הפן המעין-פורמאלי של ה"סברא" במשפט העברי, ומקומה במקורות המשפט, ראו: מ' אלון, **המשפט העברי**, ירושלים תשמ"ח, עמ' 805-830, ובמקורות הרבים שנוכרו שם.

לשאלה האתית במקרה הספציפי שעומד לדיון, אלא גם לשאלות "מאקרו" רחבות היקף, כגון ההשפעה האפשרית של כל פיתרון על יחסי החוץ של מדינת ישראל או על יכולתה של מדינת ישראל לנהל מסחר בשווקים העולמיים.⁶⁴

זאת ועוד: יש להבחין בין נורמות אתיות שמכוונות כלפי פנים, ביחסה של החברה העסקית למנהליה ועובדיה, לבין נורמות אתיות שמכוונות כלפי חוץ, ליחסה של החברה העסקית ללקוחותיה או מתחרותיה. כל אחד מתחומים אלה הוא עולם ומלואו, ועולות בו שאלות אתיות מסוגים שונים. ננסה להביא, בקצירת האומר, כמה דוגמאות לסוגי הבעיות האתיות שעולות במסגרת החברה העסקית, ולפרט האם ההלכה בכלל מתייחסת אליהם וכיצד. מכל מקום, בדברים הבאים אין התיימרות לעסוק בכל שאלה לעומקה, אלא לנסות ולהצביע על כמה כיווני מחקר אפשריים ורצויים בסוגיה נכבדה זו. עשינו זאת באמצעות דוגמאות ספציפיות, שפעמים הרבה לא רק ללמד על עצמן יצאו, אלא ללמד על הכלל כולו יצאו.

1. תיחום תחומי העיסוק של החברה

אחת השאלות האתיות הגדולות ביותר בעולם העסקים היא מהו הגבול שיש להציב לחברה עסקית באשר לתחומי פעילותה. קיים קונצנזוס רחב באשר לאיסור התעסקותה של חברה בתחומים שאסורים על פי חוק – כגון סחר בסמים או חברות שכל מטרתן היא ל"הלבין" כספים.

הבעיה מתחילה באותו "שטח אפור" גדול, שאינו אסור מבחינה חוקית פורמאלית, אך מבחינה מוסרית וחברתית עשוי להיות בעייתי ביותר. כך, למשל, לגבי חברות המוכרות מוצרים המסכנים את ציבור הצרכנים, כגון חברות לייצור וממכר סיגריות, או אוכל שמכיל גורמים מסכני בריאות.⁶⁵

הצבת קו הגבול בין ה"אסור" וה"מותר" בתחום אלה קשה ביותר, ולמעשה כמעט בלתי אפשרית. לא אחת משמשים בסוגיה זו, כבסוגיות אחרים, ערכים ואינטרסים נוגדים: זכות ההנאה של הצרכן⁶⁶ לעומת הנזק שנגרם לו מהמצרך; חופש העיסוק וזכותו לחיים של היצרן/המשווק לעומת הזכות לחיים של הצרכן; וכיוצא בהן.

במשפט העברי מצויות כמה סוגיות שניתן להעלות מהן עקרונות שיפים גם לימינו, בשינויים המתחייבים מהשינוי במציאות, החברתית, הכלכלית והעסקית.

64. על האבחנה בין "הלכות מדינה" שמערכת השיקולים בהן רחבה הרבה יותר מזו שצריכה להנחות חברה פרטית, ראו: א' הכהן, "הלכה ציונית-דתית – ההיית או חלמנו חלום?", עתיד להתפרסם בספר של ה-Orthodox Forum, בעריכת ח' וקסמן, ניו יורק, 2008.

65. כגון מוצרים עתירי כולסטרול.

66. ובמשפט העברי: טענתו ל"זכותו על גופו", ולאוטונומיה אישית, ערך הניצב במוקד מערכות המשפט במדינות דמוקרטיות-ליברליות-מערביות בנות ימינו. הגישה היהודית אמנם מעניקה אוטונומיה לאדם, אך שוללת לחלוטין את העדפתה על פני ערכים אחרים כבדי משקל.

מסחר בנשק

דוגמא אפשרית אחת היא סוגיית המסחר בנשק, לסוגיו ולמרכיביו השונים. אמצעי נשק הפכו להיות מרכיב משמעותי ביותר בכלכלה העולמית, ומדינת ישראל – על החברות הגדולות שבה לייצור נשק, דוגמת תע"ש והתעשייה האווירית, עורכות עסקאות נשק בהיקפים של מיליארדי דולרים. לצד זה, פעילים בישראל עשרות רבות של סוחרים נשק, רובם ככולם יוצאי מערכת הביטחון הפועלים באמצעות חברות שונות, מקומיות ובינלאומיות.

חלק גדול מן הנשק נמכר למדינות מוכרות, המחויבות בכללי המשפט הבינלאומי, אך לא אחת קורה שהנשק מתגלגל גם לידיהן של מיליציות רצחניות ברחבי העולם, או לידיהם של ארגוני פשע העושים בו שימוש מושחת ומשחית.

המשפט העברי מכיר במידה מסוימת בזכות לחופש עיסוק⁶⁷ – ומדבר אף בחובת העיסוק⁶⁸ – אך כשאר הזכויות, אין הוא רואה בה זכות מוחלטת.

עיסוקם של חכמי ההלכה בסוגיה זו⁶⁹ יכול ללמד רבות, הן על החסר הקיים בדיון בסוגיה זו מנקודת מבט יהודית, והן על הפוטנציאל הרב שחבוי בה. רוב חכמי ההלכה שעסקו בשאלה זו, דנו בה מנקודת מבט פורמאלית, לאמור: האם האיסור הקדום שעולה כבר ממקורות תנאים⁷⁰, חל גם בימינו.

המקור הבסיסי בעניין זה מצוי במשנת עבודה זרה, שקובעת לאמור:

אין מוכרין להם [=לגוים]⁷¹ דובין ואריות וכל דבר שיש בו נזק לרבים. אין בונין עממה בסילקי גרדום ואצטדיא ובימה אבל בונים עממה בימוסאות ובית מרחצאות, הגיעו לכיפה שמעמידין בה ע"ז אסור לבנות.⁷²

67. לזכות זו ומקומה במשפט העברי, ראו, לפי שעה: ש' ורהפטיג, **הגבלת חופש העיסוק**, סדרת מחקרים וסקירות, חוברת נ"ג; הגבלת חופש העיסוק; א' הכהן, *Encyclopedia Judaica*, 2nd new edition (New York, 2007); Human Rights (Vol. 17, pp. 309-323); "זמן המקדש לא יצא" – חופש התנועה והגבלתו לתכלית ראויה", **משרד המשפטים – גיליון פרשת השבוע**, 164 אייר תשס"ד; ראו גם את פסק דינו של השופט א' רובינשטיין, ע"א 6378/03 **אגד נ' מורון**, פ"ד נט(5) 932-933.

68. בדומה לחופש הביטוי, לפי המשפט העברי העיסוק אינו נתפס רק כחירות המאפשרת לאדם לעסוק בכל משלח יד, אך מותירה בידו את הברירה גם להימנע מכך, אלא במקרים מסוימים מחייבת אותו לעסוק ב"יישובו של עולם", גם כאשר אין הוא זקוק לרווחים שנוצרים מעיסוקו לצורכי מחייתו.

69. ראו למשל מאיר תמרי, "ייצוא נשק ישראלי בראייה הלכתית", בתוך: **ממלכת כהנים וגוי קדוש** (קובץ מאמרים לנשמת דוד (דידי) כהן הי"ד), מ' חובב עורך (ירושלים תשמ"ט), עמ' 259-262; הרב יעקב אפשטיין, "ייצוא נשק", **תחומין יא**, אלון שבות תש"נ, עמ' 409, ושם בגוף המאמר ובסופו הערת הרב ד"ר איתמר ורהפטיג; הרב יעקב ורהפטיג, "מכירת נשק לגוים", **תחומין יב**, אלון שבות תשנ"א, עמ' 240; א' פיקסלר, "מכירת נשק לגוים", **דף קשר** (ישיבת הר עציון) 905, (תשס"ג).

70. **עבודה זרה טו.ב.**

71. לכאורה, האיסור חל רק על מכירה ל"גוים" שנוכרו במשנה הקודמת. ברם, קרוב להניח שמפני הקשרה של הלכה זו – המהווה חלק ממכלול רחב יותר של הלכות המתייחסות לנוכרים – דיבר התנא דווקא ב"גוים", אך אם טעם האיסור הוא "גרימת נזק לרבים", אין לכאורה מניעה להרחיבו ולהחילו גם על מכירת "דבר שיש בו נזק לרבים" גם לישראל.

72. **משנה עבודה זרה א, ז.**

עיון במשנה מלמד שאינה מדברת בסתם הכשלת אחר באיסור, אלא בתהליך שכרוך בו פן מסחרי מובהק: "אין מוכרין להם". המשנה מציבה גם כאן סייגים לחופש העיסוק, כאשר הרווח אינו מקדש את כל האמצעים.

ברם מהו "כל דבר שיש בו נזק לרבים"? ומהו המבחן לקביעה זו? האם מדובר דווקא בנזק ישיר, או שגם מכירת חומר גלם בעל פוטנציאל נזקי אסור במכירה? ומהו שיעורו של אותו "נזק לרבים"? ומה פשר המבחן לקיומו של נזק זה, האם מדובר במבחן אובייקטיבי – ששיעורו קבוע מראש – או סובייקטיבי, ששיעורו משתנה לפי המקום והזמן והנסיבות? ומהי רמת פוטנציאל הסכנה הנדרשת לשם החלת האיסור: האם יש צורך בפוטנציאל סכנה ברמה של "ודאות קרובה" שחומרי הגלם או המוצרים ישמשו לדברים אסורים, או שמא די בחשש רחוק יותר, בזמן ובמקום, כדי לאסור על מכירת מוצרי גלם אלה?

שאלות אלה מקבלות תוכן ממשי בתרגומן לשפת האתיקה העסקית של ימינו. כך, למשל, האם מותר לחברה לעסוק בייצור חומרים כימיים לשימוש תעשייתי, או במוצרים שתכליתם המרכזית נועדה לשימוש אזרחי, על אף החשש שבמקרים מסוימים הם עשויים – ברמה כזו או אחרת של סבירות – לעבור הסבה ולשמש חומר גלם לייצור נשק המיועד להשמדה המונית?

האם – בעקבות סוף דברי המשנה בדבר "נזק לרבים" – חברה קבלנית תהיה אסורה בביצוע עבודת בנייה של מבנה שתכליתו לשמש מעשי עבירה, או אפילו לא מעשים עבריינים ממש, אבל כאלה המנוגדים באופן מובהק ליישובו של עולם (כגון בניית קזינו או מסבאה)? אם נרצה, נוכל כמובן לשַׁרְשֵׁר את האיסור, כמעט עד אין קץ, ולהחילו גם על מכירת חומרי גלם לחברה הבונה מבנה כזה.

עיון בדברי התלמוד מעלה כי כבר חכמים הראשונים התחבטו בעניין זה. מצד אחד, הרחיבו את האיסור מ"אריות ודובים" לכלי נשק, ודיברו מפורשות גם על חומרי גלם שהם, כשלעצמם, אינם בני סכנה כלל, אך יש בהם פוטנציאל של סכנה, ובמקרה זה ייצור נשק:

...ועוד תניא: ⁷³ אין מוכרין להם ⁷⁴ לא זיין [=סיף ורומח – רש"י] ולא כלי זיין [=בית יד לרומח ונדן לסיף – רש"י], ואין משחזין להן את הזיין, ואין מוכרין להן לא סדן [=לשום בו רגלי איש – רש"י] ולא קולרין, ולא כבלים ולא שלשלאות של ברזל [=וכל הנך משום דלא ליזקו בהו ישראל – רש"י], אחד עובד כוכבים ואחד כותי. ⁷⁵

73. מקורן הקדום של הלכות אלה, ברייתות מדברי התנאים ("תניא", "תנו רבנן"), עשוי לרמוז על האקטואליות שבדיון בהן, בתקופה שבה עמד היישוב היהודי בא"י בפני מתקפה שאיימה על שלומו וביטחונו, וכל מסחר בכלי נשק היה עשוי לתרום לסכנה הקיומית הממשית שרבעה על היישוב היהודי.

74. לפי הנוסח שלפנינו ברש"י הכוונה היא ל"עובדי כוכבים", אך זהו נוסח שעבר צנוורה, כרגיל במסכת עבודה זרה. בדפוסים הראשונים ובכתבי היד הגירסה היא, לרוב, "גויים". ראה דפוס ונציה, ודקדוקי סופרים על אתר.

75. הלכה דומה מופיעה בתוספתא עבודה זרה (ב, ד), המרחיבה את מסכת הדברים האסורים במכירה: "אין מוכרין להן לא זיין ולא כלי זיין ואין משחזין להן את הזיין ואין מוכרין להן את הסדן ולא כובלין ולא קוללין ולא שלשלאות של ברזל ולא ספרים ולא תפילין ולא מזוזות, אחד הגוי ואחד הכותי. מוכרין להן שחת קצוצה ותבואה קצורה ואילנות קצוצות רבי יהודה אומר שחת לגזו על מנת שתיגזו ותבואה לקצור על מנת שתיקצור ואילנות לקץ על מנת שיקצו".

מאי טעמא [=אכותי קאי – רש"י]? אי נימא דחשידי אשפיכות דמים, ומי חשידי?
האמרת: ומייחדין עמהן, אלא משום דאתי לזבונה לעובד כוכבים...
...והאמר רב נחמן אמר רבה בר אבבה: כדרך שאמרו 'אסור למכור לגוי', כך אסור
למכור לישראל החשוד למכור לגוי...
אמר רב דימי בר אבא: כדרך שאסור למכור לגוי, אסור למכור לליסטים ישראל...
תנו רבנן: אין מוכרין להן תריסין, ויש אומרים: מוכרין להן תריסין. מאי טעמא?
אילימא משום דמגנו עליהו, אי הכי, אפילו חיטי ושערי נמי לא!
אמר רב: אי אפשר [=בלא איבה – רש"י] הכי נמי. איכא דאמר: תריסין היינו טעמא
דלא, דכי שלים זינייהו קטלי בגוייהו [=כשכלים כלי זיינן במלחמה קטלי בתריסין].
ויש אומרים: מוכרים להם תריסין, דכי שלים זינייהו מערק ערק.
אמר רב נחמן אמר רבה בר אבבה: הלכה כיש אומרים.
אמר רב אדא בר אבהו: אין מוכרין להן עששיות של ברזל; מאי טעמא? משום
דחלשי מינייהו כלי זיין. אי הכי, אפילו מרי וחציני נמי! אמר רב זביד: בפרזלא
הינדואה [=של ארץ הודו שאין עושין אותה אלא לכלי זיין].
והאידנא דקא מזבנינן, אמר רב אשי: לפרסאי דמגנו עילון [=נלחמים לשמור העיר
ואת יושביה].⁷⁶

עיון בסוגיה זו מלמד שהיא נעה בין שני צירים. הציר האחד הוא הציר התועלתני, הפנים
יהודי. תכליתו – הימנעות ממכירת כלי נשק או מרכיביהם שלימים עשויים לשמש
למלחמה ביהודים עצמם.

אכן, לצד זה קיים איסור כללי שאינו מכוון דווקא כלפי החברה היהודית, אלא שם את
הדגש על ה"נוק לרבים", לאו דווקא יהודים, ותכליתו מכוונת כלפי מניעת נזק בכלל. בין
השאר, הדברים מובלטים בדברי רב דימי שאוסר על מכירת כלי נשק גם לליסטים ישראל,
ולמעלה מכך בדברי הראשונים, דוגמת הרמב"ם, שמרחיבים את האיסור ומדגישים שהוא
חל על כל אדם הפוגע ופוגם ביישובו של עולם.

כך, למשל, פירש הרמב"ם בפירושו המשניות שאין מוכרין "כל דבר שיש בו ניזקה לרבים,
כגון כלי המלחמה וכלי העינוי כגון שלשלאות וכבלים וקולרין, וכן אין מתקנין להם כלי
המלחמה ואין משחזין להם חרבות ורמחים ודומיהם כדי שלא לעזור למשחיתים בעולם
להשחית". מסוף דבריו עולה שהאיסור הוא כללי, כנגד השחתת העולם כולו, ולא דווקא
כלפי נזק שעלול להיגרם לישראל בלבד.⁷⁷

כיוצא בו פירש המאירי את המשנה: "אין מוכרים להם דבים ואריות, ופרשוה בגמרא
בשאינן בני תרבות (מאולפים) מפני שיוצא מהם נזק לרבים, ושמא הם לא יהיו נזהרים בכך,
והוא הדין שאין מוכרין להם כל דבר שיהא בו נזק לרבים".

76. עבודה זרה טו, ב-ז, א.

77. על נקודה זו עמד הרב י' ורהפטיג, במאמרו בתחומין יב (לעיל, הערה 69) בהערותיו למאמרו של הרב
אפשטיין. בעוד שהאחרון התמקד בפן הפורמאלי, הצר של הלכה, שני הרבנים-האחים לבית ורהפטיג
(שם), עמדו על השלכות הרוחב שלה.

לפי פירוש זה, המוקד אינו רק בנזק לרבים – רק כשאותם "רבים" הם מ**ישראל** – אלא נזק כללי, לעולם וליושבו. וכיוצא בדבר פירש הריטב"א על אתר: "אין מוכרין להם דובים ואריות ולא כל דבר שיש בו נזק לרבים", פירוש: **וכיון דחשודין לשפוך דם ולהזיק אסור לגרום דבר זה על ידינו**, והוסיף: "אין בונין עמהם בסלקי וגרדום איצטדיא ובימה. פירוש: כל אלו מקומות שדנין בהם דיני נפשות והם דנין שלא כדין **ושופכין דם נקי**".⁷⁸

אכן, לצד העיון בסוגיית ה"מותר" וה"אסור", וקביעת הרף המינימאלי שאסור לדרת תחתיו, יש מקום להרחיב את היריעה גם בשאלת ה"ראוי" וה"רצוי". כלומר: לא כל מה שמותר, הוא בהחלט גם ראוי גם רצוי.

כך, למשל, ניתן לשאול לא רק האם מכירת נשק לנוכרים מותרת – סוגייה שנדונה כבר בספרות ההלכה הקדומה – אלא מה יהא דינה כאשר ידוע שנשק זה ישמש למטרות פסולות של דיכוי מיעוטים ומתנגדי משטר פוליטיים במדינות שאינן דמוקרטיות. דומה, שהדיון הפורמאלי בסוגיות של "לפני עיוור" או "מסייע ידי עוברי עברה" אינו יכול ליתן מענה ראוי לשאלה מסוג זה. לפי ההלכה הקלאסית, כאשר מדובר במצב המוגדר בהלכה כ"חד עברא דנהרא", שבו העברייך יוכל להשיג את מאוויי בכל מקרה, אם לא ממך אזי באמצעות גורם אחר, לא חל האיסור הפורמאלי.⁷⁹

כאן מגיע תורה של נקודת המבט האתית-מוסרית. השאלה לא תהיה האם הדבר מותר, אלא האם הדבר ראוי, והאם – לצד האיסור שמציב את הרף התחתון, שאותו אסור לעבור בשום מקרה, ראוי להציב רף התנהגות עליון ראוי, שבמידת האפשר יש לשאוף אליו? ובתרגום מעשי: האמנם ראוי, שיצרן יהודי, או מדינת ישראל, ימכרו נשק, אמצעי לחימה וידע ביטחוני (ובכלל זה אימון כוחות זרים), גם כשקיימת סבירות לכך (ברמה גבוהה או נמוכה) שכלי נשק ואמצעים אלה ישמשו לרציחת ולדיכוי חפים מפשע במדינות העולם השלישי?

כרגיל בתחום האתיקה, התשובה לשאלות אלה אינה גיליוטנית, כזו שעשויה מגוונים חדים של "שחור" ו"לבן", וניתן לענות עליה באופן חותך וחד משמעי. היא צריכה להיות פרי של שקלול גורמים שונים: שיקולי עלות מול תועלת, שיקולי "מיקרו" – רווח והפסד במקרה המסוים, לעומת שיקולי "מאקרו" – תוצאות עתידיות והשלכות על דימויים של

78. השוו למשל לדברי רש"י והר"ן על אתר, שמדגישים – להבדיל מהריטב"א, הרמב"ם והמאירי – שהחשש הוא לגרימת נזק ליהודים דווקא: "בימה. נמי כעין מגדל הוא צר וגבוה... והן עושין אותו לדחות משם איש ולהמיתו, ומכל אלה יש נזק לרבים וכדי שלא יתפס שם **ישראל** אסור לבנות עמהם". וראו דברי הרמב"ם, שחזר על הלכה זו בשני מקומות בחיבורו: **רמב"ם הלכות עכו"ם ט, ח**; והלכות רוצח יב, יב.

79. בעניין זה, כמו בכל עולמה של הלכה, יש להכיר היטב את המציאות על בוריה. בניגוד למה שסברו חלק מחכמי ההלכה שעסקו בנושא, חלק מן היצוא הביטחוני של ישראל – בנשק ובאימונים – נמכר למשטרים רודניים שאינם יכולים להשיגו (או, למצער, להשיגו בקלות) באפיקים אחרים. על נקודה זו עמד כראוי תמרי, במאמר הנ"ל (לעיל, הערה 69), עמ' 261.

היהודים ומדינת ישראל העוסקים בתחום זה, שיקולים שיש להם פן הלכתי מובהק של "קידוש השם" וחילול שמו, ושיקולי "מה יאמרו בגויים".⁸⁰

ב. ייצור, מסחר והפצה של חומרים ומוצרים מסוכנים ומזיקים
סוגיה קרובה לסוגיית המסחר בנשק עשויה לשמש סוגיית המסחר בחומרים או מוצרים שיש בהם רמה גבוהה של סיכון ונזק מטבע ברייתם, דוגמת סיגריות, משקאות משכרים, חומרים מסרטנים ומוזיקה סביבה, מוצרי אוכל עתירי קלוריות וכיו"ב.

סוג אחר של מוצרים הוא מוצרים שמצד עצמם אפשר שאין בהם כל פגם או חיסרון, אך דרך ייצורם והפקתם מלווה במעשי עבירה (כגון: שוד, רצח, התעמרות בפועלים העוסקים בייצור המוצר, וכיו"ב), וממילא כל מי ששותף למסחר בהם – מסייע, גם אם בעקיפין, להגברת מעשי עבירה אלה. כך, למשל, "יהלומי דמים" המיוצרים באפריקה, באמצעות שימוש בילדים קטנים בני 6 ו-7, בתנאי עבדות, שלימים נמכרים לסוחרים יהלומים ברחבי העולם (שרבים מהם, כידוע, הם יהודים המגדירים עצמם שומרי מצוות למהדרין).

בפן הפורמלי, היוצא מנקודת המוצא של הרף המינימאלי, ניתן לומר שאין כאן כל בעיה שהרי הסוחר עצמו נוהג ביושר, ורוכש את המוצר במחיר מלא מהמשווק. קל וחומר, שאין כאן "סיוע לדבר עבירה" במשמעותו ההלכתית הצרה, שאינה מכירה בקיומו של איסור כאשר הוא נעשה בדרך של עקיפי-עקיפין, ולא בצורה ישירה.

אכן, נקודת מבט אתית, המציבה את הרף המקסימאלי כקנה מידה ולא את המינימום, עשויה בהחלט לראות בשותפות למסחר כזה שותפות לדבר עבירה. האם עצימת עיניים והתעלמות מדרך ייצורם של "יהלומי דמים" אלה, עולה בקנה אחד עם העיקרון הגדול של "עשיית הישר והטוב"?

ככל שמדובר במוצרי אוכל שגורתיים, או מוצר שאינו בהכרח מזיק (דוגמת כלי רכב בטיחותי), ניתן להקל ולומר שהשימוש בהם אינו בהכרח מזיק. הוא גורם הנאה לבעלים או למשתמש בו, וצריכתו במידה סבירה, שקולה ומאוזנת לא בהכרח תגרום לנזק.

קשה יותר לומר כך כאשר מדובר במוצר שלדעת "כולי עלמא" נזק רב מתועלתו, כגון חומר מסרטן (כמו אזבסט), או סיגריות. כמו כן, האמנם ניתן לתת "הכשר" או להיות בעל מניות בחברה מסחרית המייצרת מוצר שייצורו כרוך בפליטת גזים רעילים לתוככי אוכלוסייה מיושבת בצפיפות, או חומרים מסרטנים שיגרמו נזק ודאי לפועלים העובדים בתהליך הייצור?

על דרך הכלל, ככל שרמת הסיכון גבוהה יותר, כך השותפות במכירת או בהפצת המוצר גדולה יותר. ואכן, מבחינה משפטית, נוצרו הגבלות שונות על מכירת מוצרים אלה, למן פיקוח רגולטורי הדוק ועד הגבלת גיל הצריכה ("מעל גיל 18 בלבד"), שעות המכירה של המוצר (כדי להרחיקו, במידת האפשר, מהישג ידם של קטינים) ועד מגבלות שונות המוטלות על רמת הצריכה והיקפה.

80. על חשיבות גורם זה בעולמה של ההלכה, ראה בהרחבה: א' הכהן, "למה יאמרו בגויים?" – תדמית ישראל בעיני העמים כשיקול בהכרעת ההלכה והדין במשפט העברי", בתוך: **עם לבדר** (ב' לאו עורך, ירושלים תשס"ו), 88-123.

כל זאת כאשר ל"מותר" ול"אסור". אכן, כפי שנאמר בראש הדברים, כאשר מדובר בכללי אתיקה, איננו דנים רק בגבולות המותר בחוק, אלא בגבולות ה"ראוי" וה"רצוי". כאן המגבלות חמורות הרבה יותר.

אשר על כן, לא די בהנחה שלנוכח זמינותם של המוצרים אין במכירתם או בהפצתם משום "לפני עיוור", או איסור "מסייע" (שהרי הצרכן הפוטנציאלי יוכל לרכוש אותם אצל חברה אחרת),⁸¹ אלא יש לתת את הדעת לשאלה האם ראוי לחברה להפיץ או למכור מוצרים אלה.

האם נוכל להסתפק בכגון דא רק בדיני המטרדים הרגילים, שהם חלק אינטגרלי של מערכת דיני הנזיקין במשפט העברי,⁸² או שמא יהא עלינו לתור גם אחר עקרונות העל שבעולמה של תורה דוגמת "ונשמרתם מאד לנפשתיכם", "ועשית הישר והטוב", וכל כגון אלה?

לעניין זה, ראוי להיזכר בחובה שהושתה על אדם הראשון: "ויקח ה' אלוהים את האדם ויניחהו בגן עדן לעבדה ולשמרה",⁸³ שעליה הוסיף המדרש, שאמר לו הקב"ה לאדם הראשון: "רָאָה מַעֲשֵׂי, כמה נאים ומשובחים הם. וכל מה שבראתי – בשבילך [האדם] בראתי... תן דעתך שלא תקלקל ו[לא] תחריב את עולמי, שאם תקלקל – אין מי שיתקן אחריך".⁸⁴

וכאן ראוי לשאול: האמנם חברה שלצורך עבודתה מדפיסה ניירות עבודה, חוברות וספרים עד אין קץ, לעתים בעשרות ומאות עותקים שאין צורך חיוני בהם, ולשם כך מביאה לכריתת מאות אלפי עצים ביערות הגשם של האמזונס, עומדת ברף הגבוה, לא רק של האיסור הפורמאלי בדין "בל תשחית", אלא עומדת גם ברף הגבוה של חובת עשיית הישר והטוב, וחובת השמירה על עולמו של הקב"ה?

כאשר לחברה העסקית "אין ברירה", בשל התחום שבו היא פועלת, אלא להשיג תוצאות רווחיות גם במחיר גרימת נזק בחלקי עולם או במגזרים אחרים, מן הראוי לשקול "שכר כנגד הפסד", ולבחון האמנם ה"שכר" – מתן פרנסה לבעלי המניות ולעובדי החברה, שלעתים אלפי משפחות תלויות בהן לפרנסתן – עולה על ה"הפסד" שנגרם כתוצאה משימוש בחומרים מזיקים.

הבעיה חריפה הרבה יותר כאשר בידי החברה העסקית נתונה הברירה, הן מראש והן במהלך עיסוקיה, לבחור בכמה אלטרנטיבות: הן כאשר לתחומי פעילותה העסקית, הן כאשר למזעור והקטנת השימוש החומרים מסוכנים או מוצרים מתכלים המזיקים לסביבה.

81. ומכל מקום האפשרות לרכוש את המוצר בקלות יחסית אצל החברה המתחרה תיחשב מבחינה הלכתית כ"חד עברא דנהרא", שעליו לא חלים בדרך כלל איסורי "לפני עיוור" ו"מסייע".

82. ראה למשל: צ' אילני, "שיקולי יעילות בטיפול במטרדים אקולוגיים בספרות ההלכה בהשוואה עם תיאוריות כלכליות מודרניות", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 27-87.

83. בראשית ב, טו.

84. קהלת רבה ז, יג.

כך, למשל, כאשר מדובר בחברה שאינה מייצרת את המוצר המזיק והמסוכן אלא עוסקת בשיווקו או בהשקעה בו (כאשר מדובר בחברת השקעות), לרוב יש בידיה הברירה להתמקד בייצור, שיווק או השקעה במוצרים שנוקם מועט יותר, וגם אם הדבר כרוך – כך בדרך כלל – במתח רווחים נמוך יותר, יש מקום להעדיף דרך זו על פני רעותה הכשרה, אולי, מבחינה הלכתית צרופה, אך פסולה בתכלית מבחינה מוסרית.

חכמי ההלכה לא הרבו לדון בשאלות אלה. בדיונים הקיימים, נידונה דרך כלל שאלת ה"אסור" וה"מותר", ופחות ניתנת שימת הלב ל"ראוי" ול"רצוי". דוגמא לכך עשויה לשמש תשובת הרב ולדנברג, בעל ה"ציץ אליעזר", בעניין מסחר בסיגריות.⁸⁵ הרב ולדנברג נשאל בדבר עמדת ההלכה "כלפי אנשים, במיוחד יהודים אשר מתפרנסים על ידי מכירת סיגריות? האם הם עוברים על איזה איסור בזה שהם מוכרים מוצר אשר, אפילו כשמשמשים בו נכון, עלול להזיק באופן קטלני?".

השואל הדגיש את הפן האיסורי של הסוגיה. כמו בתשובה קודמת,⁸⁶ שהתמקדה באיסור החל על הפרט לצרוך סיגריות ולעשן, מקדיש הרב ולדנברג גם את עיקר תשובה זו לפן הפורמאלי שלה. הוא דן באיסור "לפני עיוור", ובחלולתו כאשר מדובר ב"חד עברא דנהרא", כשיש ספקים נוספים של סיגריות שיוכלו לספק לצרכן את המוצר, גם אם השואל הספציפי יימנע מכך. הוא מוסיף ודן באיסור "מסייע ידי עוברי עברה", וכיו"ב.

בסוף דבריו מתייחס הרב ולדנברג גם להיבט של הסיכון הבריאותי שיש בעישון, אך כרוב בעלי ההלכה, הוא מתמקד בפן האיסורי ואינו מדבר בפן האתי, של ה"רצוי" וה"ראוי". דיון כזה היה מעלה את השאלה האמנם ראוי מלכתחילה, ולא רק בדיעבד, לבחור באפיק מסחרי שיוביל למכירת סיגריות, והאם גם בדיעבד, על היצרן – או בעל החנות – לנסות ולצמצם את המסחר בסיגריות, ולעבור לאפיקי מסחר אחרים שתוצאתם אינה גורמת נזק כה כבד לשלום הציבור ובריאותו?⁸⁷

בעיה שכיחה נוספת, נוגעת בעיקר לחברות שעיסוקן הוא פיתוח מוצרים רפואיים וקוסמטיים. לשם כך, הן עושות תדיר ניסיונות בבעלי חיים, לא אחת תוך גרימת "צער בעלי חיים" בהיקף גדול. כאשר הדבר נעשה לצורך הצלת בני אדם, הדבר כמובן מותר. אך השאלות האתיות עולות באותם מקרים שבהם לצורך ייצור המוצר ניתן להשתמש באמצעים חלופיים שמונעים כליל שימוש בבעלי חיים לצורך ניסויים, או מקטינים במידה ניכרת את היקפם. עיסוקם הרגיל של חכמי ההלכה בשאלות אלה הוא בגדרי איסור "צער בעלי חיים". אך, כאמור לעיל, ניתן – ולטעמנו חייבים – להרחיב את מסגרת הדיון ההלכתי גם לשאלות "מאקרו", של שימור הסביבה ו"בל תשחית".

85. שו"ת ציץ אליעזר כא, יד.

86. שו"ת ציץ אליעזר טו, לט.

87. שאלה בפני עצמה היא מתן "הכשר" למוצרים מסכני בריאות, הן בכל השנה והן בפסח. האם כשרות המוצר נקבעת רק על פי מרכיביו הכימיים, או שמא על חכם ההלכה לתת דעתו גם לנוזקים שנובעים מייצור המוצר וצריכתו? לעניין זה, ראה את המאמרים הרבים שנדפסו בגליונות כתב העת "מעגלי צדק" בעניין ה"כשרות החברתית".

ג. שימוש במתן שוחד להשאת רווחים

אחת התופעות הנפוצות במסחר, בעיקר בחלק ממדינות מזרח אירופה ומדינות העולם השלישי, היא שימוש במתן שוחד להשגת עסקאות או לזכייה במכרזים. סוגיה זו עלתה לאחרונה גם על שולחנו של בית המשפט הישראלי בעניין בקשתן של חברות שביקשו להכיר בהוצאות שהוצאו לצורכי שוחד כ"הוצאות מוכרות לצורכי מס", מאחר ששימוש ב"ייצור הכנסה"⁸⁸.

בית המשפט העליון, מפי השופט א' רובינשטיין, דחה בפסק דין מאלף בקשה זו, והבהיר שלא על "פירות העץ המורעל" תהיה תפארת הבוסתן הכלכלי הישראלי. בדרך הגעתו למסקנה זו, עשה השופט רובינשטיין שימוש בעקרונות מהמשפט העברי,⁸⁹ כגון "שלא יצא חוטא נשכר". אכן, מבחינה משפטית טהורה אפשר שלמרות שהמשפט העברי אוסר מלכתחילה כל מעשה שיש בו לא רק שוחד אלא אפילו אבק שוחד או "ריח שוחד", לאחר מעשה, בדיעבד, מכירה ההלכה בתוקף התוצאה המשפטית שנולדה מתוך האיסור.⁹⁰ לעומת זאת, במישור האתי, יש מקום להציב רף גבוה הרבה יותר, כפי שעשה השופט רובינשטיין, ולאסור על חברה ליהנות מפירות העץ האסורים, שהושגו בעבירה, למרות שמצד הדין (ואולי גם מנקודת מבט כלכלית טהורה)⁹¹ אין כל מניעה לעשות כן.

2. איסור הסגת גבול וגבולות התחרות העסקית

נושא נוסף שעומד – וצריך לעמוד – במוקד כללי האתיקה של כל חברה מסחרית הוא גבולות התחרות העסקית והסגת גבול מסחרית. בעולם תחרותי, נוקטת כל חברה מסחרית בתחבולות שונות כדי להשיא (למקסם) את רווחיה. השיווק והפרסום הם מרכיב יסוד בניהול כל חברה מסחרית.

מאז ומעולם היו קיימים במשפט העברי כללים אתיים מחמירים בכל הנוגע לקיום תחרות הוגנת.

בשונה מהרבה סוגיות אחרות, סוגית הסגת הגבול המסחרית זכתה לעיון רחב ביותר במשפט העברי.⁹² הימצאותה כבר במקורות הקדומים ביותר – בתורה, במשנה ובתלמוד,

88. ע"א 6726/05 הירדולה בע"מ נ' פקיד שומה. ראו גם את פסק דינו של השופט מ' אלטוביה, עמ"ה 1015/03 חברה פלונית בע"מ נ' פקיד שומה נתניה, לא פורסם.

89. [הערת עורך: ראוי לציין שמלבד "עקרונות המשפט העברי" ישנה גם התייחסות הלכתית קונקרטית, בדרך כלל שלילית, למתן שוחד לגויים, ראו הערה 27. ע.ר.]

90. כדין כל "מעשה הבא בעבירה". ראו, בהרחבה, לעניין זה: א' שוחטמן, **מעשה הבא בעבירה**, ירושלים, תשמ"א. ובקצירת האומר מאמרו: "תוצאותיה של אי חוקיות במשפט העברי ובמשפט המדינה", משרד המשפטים ומכללת "שערי משפט", **גיליון פרשת השבוע** 112 (ויקהל תשס"ג).

91. על פסק דין זה נמתחה ביקורת מנקודת מבט כלכלית, שכן תוצאתו היא שהמס בו יחויב הנישום בישראל יהיה גבוה מהמס שהיה ראוי להטיל על הרווח האמיתי שנוצר לנישום, שכן מרכיב השוחד ששילם לא יילקח בחשבון בעת שיחושבו רווחיו.

92. אחד החיבורים האחרונים שנכתבו בעניינה הוא מחקרו הרחב והמעמיק של **הרב י' פרומן**, גבולות התחרות העסקית, **כתר ה** – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה, קדומים תשס"ו.

הביאה לכך שהדין הפורמאלי בה גבר והלך. ככל שמדובר בסייגים הפורמאליים של איסור הסגת גבול, קיימים כללים ברורים בהלכה היהודית לגבי ה"מותר" וה"אסור" בתחום זה. עם זאת, עדיין קיים כר נרחב לעיסוק בסוגיה זו בשטח הבלתי פורמאלי, של "לפנים משורת הדין". גם כאשר מבחינה פורמאלית פעולה עסקית מסוימת מותרת מצד הדין, ניתן לשאול האומנם ביצוע אותה פעולה הוא "ראוי"? האם הקוד האתי מחייב את מניעתה למרות שהחוק מאפשר אותה?

3. דיני עבודה

אחד התחומים הפוריים ביותר להטמעת כללי אתיקה בחברה מסחרית, המכוונים כלפי פנים ולא כלפי חוץ, נוגע לתנאי ההעסקה של עובדיה. בתחום זה, קיימת מערכת ענפה ביותר של דינים והלכות.⁹³ אכן, לצד התחום הפורמאלי של דיני העבודה, קיים "שטח אפור" גדול ביותר של נורמות המתחייבות "לפנים משורת הדין". נביא כמה דוגמאות, מני רבות, להטמעת ערכים אתיים בחברה עסקית, שחורגים ממסגרת הדין ה"יבש".

א. דאגה לרווחת העובד

כך, למשל, מבחינה פורמאלית חייב ה"אדון"-המעסיק לשלם את שכר העובד במועד, שמא יעבור על איסור הלנת שכר. גובה השכר מותנה בהסכם שביניהם (ובמקרים מסוימים, כמו במדינת ישראל, גם מכוח החוק הכללי, מצד "דינא דמלכותא"). אך במקרים מסוימים, כאשר העובד זקוק נואשות לכסף, אפשר וחלה על המעביד חובה **מוסרית** – לא חוקית-הלכתית – להקדים את מתן שכרו מעבר למתחייב מכוח ההסכם-חוזה שביניהם. כך, למשל, כאשר העובד או בן משפחתו נזקק לניתוח דחוף, או שבשל נסיבות שונות הוא עומד בפני התמוטטות כלכלית.

מערכות דינים משלימות הקיימות במשפט העברי, דוגמת "מצוות צדקה", "וכי ימוך אחיך עמך", "השבת אבדה" או "לא תעמוד על דם רעך", מחייבות במקרה זה את החברה לסייע לעובדיה⁹⁴ קודם ש"ימוכו" ויתמוטטו מבחינה כלכלית.

ב. העסקת קטינים

אחת הדוגמאות השכיחות בעולם לפער שבין החוק והאתיקה העסקית לכך נוגע לנושא השנוי במחלוקת של העסקת ילדים. במדינות המערב, לרבות בישראל, העסקת ילדים מתחת לגיל מסוים, אסורה על פי חוק. לכן, תאגידי הפועלים במדינות מערביות, אינם מעסיקים ילדים במפעליהם, אך מעבירים את פסי הייצור למדינות מתפתחות שבהן

93. ראו, למשל: ש' ורהפטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, ירושלים,

94. לכאורה, חובה זו חלה על החברה – אם נקבל את אחריותה וחובותיה לכלל, ולא רק כלפי השאת רווחיה – גם כלפי "כולי עלמא" ולא רק כלפי עובדיה, בה דנו לעיל. אך אפשר שהחלת מערכות הדינים מתחום המשפט הפרטי לדיני החברות, גוררת עמה גם את החלת כללי "עניי עירך קודמים", ומכאן חובתה הראשונית של החברה כלפי בעלי מניותיה/עובדיה, ורק לאחר מכן כלפי "כולי עלמא".

העסקת ילדים, אפילו קטנים ביותר, מותרת. היתרון הגדול בהעסקת ילדים קטנים הוא בשכר העבודה הנמוך שמשולם להם, המוזיל את עלות הייצור בצורה משמעותית ביותר.⁹⁵ האם תורת ישראל מתייחסת לסוגיה זו? מבחינה פורמאלית, כל עוד מקבל עובד את שכרו, מותר למעסיק להעסיקו ולא מצאנו מגבלת גיל. יתר על כן: בשל העובדה שרבים ממקורות ההלכה שעניינם דיני עבודה נוצרו בעולם העתיק, יש אף עדויות היסטוריות לא מעטות על כך שקטינים הועסקו בעבודות שונות כבר מגיל צעיר ביותר. אכן, בספרות ההלכה כמעט ולא הוקדש דיון מיוחד למקומם של ילדים בחיי המלאכה והמסחר.⁹⁶ עם זאת, ממקורות שונים – דוגמת החובת, שנזכרה כבר במשנה, שמוטלת על אב ללמד את בנו "אומנות", או מסוגיות שונות שעניינן עסקאות שעשו קטינים, עולה שגם ילדים, ולעתים קטנים מאד, הועסקו כשכירים או מתלמדים במלאכות שונות. למרות זאת, לא מצאנו דיון נרחב בשאלה האתית שמתעוררת, אם בכלל, בסוגיה זו במקורות המשפט העברי.

ג. העסקת מובטלים

מנקודת מבט כלכלית-עסקית, חברה חייבת להעסיק בשורותיה את האנשים היכולים להביא למקסימום תוצאות כספיות. כך, באשר לשורת הדין. אכן, מנקודת מבט יהודית ומוסרית, לצד שיקול זה – שבוודאי חייב לעמוד במוקד עניינם של מנהלי החברה – מעביד צריך לשוות לנגד עיניו גם את הצרכים החברתיים, וזאת מכוח דיני "צדקה" במובנם הרחב. שיקולים שאינם מחייבים במערכות משפט מודרניות.

עיקרון זה עולה מדברים שכתב הרמב"ם לעניין העסקת עובדים בביתו של אדם, אך לכאורה מכוח שורת ההיגיון אין מקום להימנע מהחלתה גם על חברה עסקית. וכך כותב הרמב"ם:

ציוו חכמים⁹⁷ שיהיו בני ביתו של אדם עניים ויתומים. במקום העבדים, מוטב לו להשתמש באלו ויהנו בני אברהם יצחק ויעקב מנכסיו ולא יהנו בהם זרע חם,⁹⁸ שכל

95. אחת הדוגמאות המפורסמות ביותר לתאגיד מערבי שהעסיק ילדים, היא הדוגמא של נייקי. בשנת 1995 הוזינה נייקי כדורי רגל תפורים ביד, מקבלן משנה פקיסטני. בדיעבד התברר כי חלק מהייצור של הכדורים מבוצע על ידי ילדים, בכפרים בפקיסטן. לאחר שהדבר נודע לתקשורת נוצרה סערה גדולה, שבעקבותיה קיבלה חברת נייקי פרסום שלילי רב באמצעי התקשורת ותדמיתה ניווקה. כדי לשקם את התדמית השלילית שדבקה בה, העבירה החברה את פס הייצור שלה לספק אחר, שהקים מרכזי תפירה איכותיים, והתחייב להעסיק עובדים מעל לגיל 18, בתנאי העסקה נאותים. מבחינה משפטית חברת נייקי לא עברה על החוק, אך מבחינה אתית עלתה השאלה האם מעשיה היו אתיים? אחת הטענות שהועלו בזכות העסקת הילדים (אך יפה גם להעסקת עובדים מבוגרים בתנאי עבודה נמוכים ביותר, עם שכר נמוך ומניעת זכויות סוציאליות) הייתה שאלמלא הפרנסה שנייקי מספקת להם, היו נותרים ילדים אלה רעבים ללחם.

96. מעניין, שבספר המוקדש כולו לנושא זה, ספרו של מ' אילי, **פועלים ואומנים – מלאכתם ומעמדם בספרות חז"ל**, ר"ג תשמ"ז, אין התייחסות מיוחדת למעמדם של הילדים בחיי המסחר.

97. כפי שהראיתי במקום אחר, המונח "ציוו חכמים" בדברי הרמב"ם אינו מכון כלפי חובות ואיסורים הנמצאים במעגל החובות הרגילות, אלא משקפים ציווי אתי-מוסרי, השייך לחלק ה"חמישי" של ה"שולחן ערוך". ראו: א' הכהן, "ציוו חכמים – פרק בלשונות הרמב"ם במשנה תורה", **שנתון המשפט העברי יד-טו** (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 113-120.

המרבה עבדים בכל יום ויום מוסיף חטא ועון בעולם, ואם יהיו עניים בני ביתו בכל שעה ושעה מוסיף זכויות ומצות.⁹⁹

ט. סוף דבר

מתוך נורמות העל של המשפט העברי, ניתן לגזור את אחריותה החברתית והמוסרית של החברה העסקית. מהן ובהן צומחות נורמות פרטניות בתחומים רבים מספור: ייעוד חלק מרווחי החברה למטרות ציבוריות; שמירה מדוקדקת על תנאי העבודה של הפועלים בשירות החברה ולמענה, גם מעבר לחובה המינימאלית הקבועה בדין; הימנעות מעיסוק בתחומים שמביאים רעה ונזק לעולם (כגון ייצור או מסחר בסמים, כלי נשק, מוצרים מזהמי סביבה וכיו"ב), ועוד.

ביסוד עמדתה של תורת ישראל ביחס לחובות האתיות שמונחות על שכמה של החברה העסקית, ניצבת תפישת עולם מגובשת שמוקדה הוא "תיקון עולם". מחובה בסיסית זו, נגזרות ומשתלשלות החובות הפרטניות שבהן ידובר לעיל.

בשנים האחרונות, הולך וגובר השיח בדבר ה"אחריות החברתית" של חברות מסחריות ועסקיות.¹⁰⁰ תפישה זו נשענת על ההכרה, שלצד רצונו של אדם – ובמקרה זה חברה – למקסם את רווחיו, מוטלת עליו גם חובה לעשות לתיקון הכלל. תפישה זו מושרשת היטב בעולמה של מורשת ישראל, שמשתייכת את יסודותיה בראש ובראשונה על חובות האדם, ורק לאחר מכן על זכויותיו.¹⁰¹

לטעמנו, חובה זו אינה חלה רק על ה"אדם", היחיד, הבודד, אלא גם על חבר בני אדם, וחברה בכלל זה.

שורשיה של גישה זו מצויים כבר בימי בראשית, בפרשת מגדל בבל ודור הפלגה. פרשה זו, שבמהלך הדורות זכתה לפרשנות רבה, מייצגת "חבר בני אדם" – להבדיל מאדם בודד – שביקשו ליצור מעין מיזם משותף, בדמות מגדל בבל.

לפי פשוטו של מקרא, התיאור הקצר של מעשה בני האדם, חמישה פסוקים בסך הכל, נראה אידיאלי למדי: "ויהי כל הארץ שפה אחת ודברים אחדים".¹⁰² חברה נטולת מחלוקות, ללא שנאה. ושנאה אין זה מקרה שבניגוד לפרק שלפניו, שמשופע בשמות הרבה, פרשה זו עוסקת בבני אדם "אנונימיים", בני שם בני בלי שם. אולי משום כך לא נזכרים שמותיהם, מפני שכולם היו באהבה ואחוה, שלום ורעות. בני הדור נוסעים ממקומם, כאיש אחד בלב

98. מוקד הדברים ברמב"ם הוא העדפת העסקת יהודים על פני מי שאינו יהודי, סוגיה שלכאורה עומדת בניגוד משוער לעקרון השוויון הנוהג בדמוקרטיות בנות ימינו. ומכל מקום, לענייננו, יש כאן העדפת שיקול ערכי על פני שיקול מסחרי-כלכלי גרידא.

99. רמב"ם מתנות עניים י, יז.

100. ראה בהרחבה: ע' בוקשפן, **המהפכה החברתית במשפט העסקי**, ירושלים תשס"ז והמקורות הרבים שנוכרו שם.

101. לעניין זה ראה: א' הכהן, "חירות הביטוי, סובלנות ופלורליזם במשפט העברי", בתוך: **מנחה למנחם – קובץ מאמרים לכבוד הרב מנחם הכהן**, (ח' באר ואח' עורכים, ת"א תשס"ח), עמ' 49, והערה 19 שם.

102. **בראשית יא, א.**

אחד, ועוסקים בבניינו של עולם. "ויאמרו איש אל רעהו: הבה נלבנה לבנים ונשרפה לשרפה". הם יודעים לנצל את כישוריהם ולעסוק בייצור. "ותהי להם הלבנה לאבן, והחמר היה להם לחומר". גם המשך הפרשה מבשר על חזון גדול, תנופת בניה: "ויאמרו: הבה נבנה לנו עיר, ומגדל וראשו בשמים, ונעשה לנו שם, פן נפוץ על פני כל הארץ". על פני הדברים, זוהי מחשבה הגיונית. בוני המגדל מבקשים לדאוג לאינטרסים המשותפים שלהם כחברה, "פן נפוץ על פני כל הארץ". בשל מה אפוא נענשו בעונש כה חמור?

פירוש אחד תולה את החטא לא בעצם המעשה, הלגיטימי כשלעצמו, ואולי אפילו רצוי, אלא במוטיבציה, במניע שעומד מאחוריו: "ונעשה לנו שם". לפי פירוש זה, מטרת בניית העיר והמגדל לא הייתה לשם יישובו של עולם, אלא רק לתכלית אחת: לשם פרסומת עצמית, וקביעת שלט גדול עם שם התורם על המגדל.

בדומה לחברות עסקיות רבות בנות ימינו, האמצעי, הפיתוח הטכנולוגי והרדיפה אחר רווחים מקסימאליים הפכו להיות לתכלית האחת והיחידה. הרדיפה אחר טכנולוגיה עילית, "היי טק", גובה מחיר כבד. האדם הופך להיות משועבד לעבודה, לשררה ולממון שבצדם, ושוכח את כל השאר. מרוב כוח נשכח האדם. כמתואר יפה במדרש: "שבע מעלות היו לו למגדל מזרחו ושבע ממערבו. מעלים את הלבנה מכאן ויורדים מכאן. אם נפל אדם ומת – לא היו שמים לב אליו. ואם נפלה לבנה אחת, היו יושבים ובוכים ואומרים: אוי לנו, אימתית תעלה אחרת תחתיה".¹⁰³

פירוש מקורי לחטא מציע הרשב"ם בפירושו על אתר: "לפי הפשט, מה חטאו דור הפלגה? אם מפני שאמרו 'וראשו בשמים', הא כתיב (דברים א, כח) 'ערים גדולות ובצורות בשמים?' אלא לפי שצום הקב"ה 'פרו ורבו ומלאו את הארץ' והם בחרו להם מקום לשבת שם, ואמרו 'פן נפוץ'. לפיכך הפיצם".

ואכן, עיון מדוקדק בפרשה הקצרצרה, מגלה מילה מנחה אחת: "לנו". "הבה נבנה לנו עיר, ונעשה לנו שם". על פני הדברים, למראית עין, בניין העיר והמגדל נועדו לתכלית ראויה. להקים חברה מופת אידיאלית. אבל – רק "לנו". לאנ"ש-אנשי שלומנו. מכאן אף תובן לשון "איש אל רעהו": דאגתם הייתה רק ל"רעהים" הקרובים, לבני שבטם, ולא לחברה כולה. ומכאן אף השימוש החוזר ונשנה במילה "להם", שנראה מיותר: "ותהי להם הלבנה לאבן, והחמר היה להם לחומר". להם ורק להם.

לכאורה, עיר המגדל נראית כעיר ש"ראשה בשמים". חברה מלאה ברעיונות עילאיים, המתהדרת בלכידות חברתית. אכן, תרומתה לכלל החברה הייתה אפסית. בניה מתכנסים אל מקום אחד, דואגים רק לעצמם, ואינם משפיעים על שאר האנשים. יתר על כן: בנהירתם ל"עיר השמים" הם מותירים אחריהם מדבר שממה רוחני.

תפיסה זו, המלווה כאמור חברות עסקיות רבות בימינו, זרה לחלוטין לעולמה של מורשת ישראל. אין כל פשע בשאיפה להשגת רווחים מקסימאליים, אולם אלה צריכים להיות מיועדים – לצד רווחתם של בני החברה, לתועלת הציבור כולו, ולתיקון העולם כולו.

103. פרקי דרבי אליעזר, כד.

מתוך תפישה עקרונית זו, נגזרות חובות אתיות רבות שנדונו בדברים שלעיל. חובות שאולי אינן מתחייבות מן הפן הפורמאלי המינימאלי של הדין, אך עולות בקנה אחד עם תורת ישראל ומסריה, ומציבות רף גבוה של חובת התנהגות. לא הסתפקות במועט, בקיום המינימום הנדרש, אלא שאיפה וחתיירה לקיום המקסימום.

עיון במקורות מלמד שסוגיות של "אתיקה עסקית" העסיקו את חכמינו עוד לפני מאות שנים. מקומם החשוב של עקרונות אתיקה ומוסר בעולמה של יהדות הפכו רבים מהם לחלק אינטגרלי, בלתי נפרד, של ההלכה היהודית ולא כמעין "סרח עודף" שיישום כלליו נתון לבחירתו החופשית של איש העסקים.

"עשיית הישר והטוב" היא מצווה ממצוות התורה, וככזו מחייבת כל אדם מישראל. בדרך הילוכנו ביקשנו להראות שלמרות אופייה המיוחד של החברה העסקית המודרנית, שמהווה אישיות משפטיות עצמאית, הנבדלת מבעלי מניותיה, על דרך הכלל (למעט מקרים בודדים וספציפיים), אין מקום להבחין בין החובות שחלים על החברה לבין החובות שחלים על בעלי מניותיה.

מכוח גישה זו, ניתן לשאוב עקרונות אתיים עתיקי יומין המצויים לרוב במקורות העשירים של המשפט העברי ולעשות בהם שימוש גם בעולם העסקי בן ימינו.

באמצעות זיקה זו, עשוי עץ האתיקה העסקית בישראל, שענפיו מרובים אך שורשיו מועטים, להיקלט טוב יותר בקרקעה של מדינת היהודים, ולהמשיך את השלשלת המפוארת של הלכות והליכות מסחר, שכל דור מוסיף לה חוליה משלו.

איסור השתתפות בפירמדה ושר"ש (שיווק רב שכבתי) והשלכותיה הממוניות

הרב שמואל פולצ'ק והרב אריה וולהנדלר

א. פתח דבר	ו. מיקח טעות
ב. תיאור המציאות	1. הגדרת המושג בשר"ש
1. תיאור משחק פירמדה	2. מושג גלוי ומוסר נסתר
2. תיאור שר"ש	3. החזרת מיקח לאחר זמן
ג. תרמיות אופייניות לשר"ש דמוי פירמדה	ז. לפני עיוור לא תיתן מכשול
1. הסתרת הסיכוי להפסיד	1. "לפני דלפני"
2. ערפול מהות העסק	2. לפני עיוור בשוגג
ד. איסור השבחת המיקח או הסתרת המומים בו	3. לפני עיוור כשאומר אמת
ה. אונאה במחיר	ח. לא עוסקים ביישובו של עולם
1. אונאה במחיר המוצר	ט. תקנה למגדר מלתא
2. אונאה בדמי ההצטרפות	י. סיכום

בן איש רמה את רעהו ואמר הלא משחק אני
(משלי כו, יט)

א. פתח דבר

בשנים האחרונות קמו חברות רבות המנסות לגייס משווקים לשם שיווק רב שכבתי (להלן, שר"ש). אנשים רבים, ובהם שומרי מצוות, סבורים בטעות שמדובר בפעילות עסקית רצויה, מועילה וכשרה, ונופלים ברשת השר"ש. בחלקו הראשון של המאמר נדון במציאות העובדתית של משחק הפירמדה ושר"ש, ביחס ביניהם ובתרמיות הקשורות בהם. בחלקו השני של המאמר נדון בצדדים ההלכתיים הקשורים בהם, הן בצדדים האיסוריים והן בצדדים הממוניים.

* הרב שמואל פולצ'ק והרב אריה וולהנדלר, מכון משפטי ארץ, עפרה.

[משפטי ארץ ג • קניין ומסחר • עפרה תש"ע]

ב. תיאור המציאות

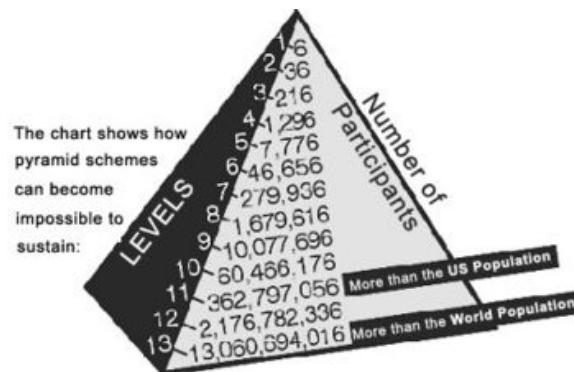
1. תיאור משחק פירמידה¹

עיקרו של משחק פירמידה היא תגמול כספי עבור צירוף משתתפים חדשים. יוזם המשחק מגייס משתתפים, ואלה מגייסים משתתפים חדשים וכך הלאה. התוצאה היא מעין פירמידה בראשה עומד יוזם המשחק, ומתחתיו פירמידה שהולכת ומתרחבת ככל שמספר המצטרפים גדל.

לכל משתתף במשחק מובטח כי בעבור תשלום חד-פעמי (דמי הצטרפות למשחק) יוכנס למשחק ויוכל לצרף אנשים נוספים תמורת תשלום, שיחולק בין המשתתפים הנמצאים "מעליו" בפירמידה, ובסופו של דבר יוכל לגרוף רווחים נאים מתשלומי האנשים הנמצאים "מתחתיו". חשוב להדגיש, שהתמורה היחידה שמקבל המצטרף עבור דמי ההצטרפות, היא הזכות לצרף מצטרפים חדשים.

הכשל הבסיסי במשחק הפירמידה הוא שהכסף לו מצפים העומדים בראש הפירמידה יכול להגיע מהמצטרפים החדשים בלבד, ולא נכנס כסף נוסף.² לפיכך, כאשר המצטרפים אינם מצליחים לצרף משתתפים אחרים, אין הם מקבלים רווחים בתמורה לדמי ההצטרפות ששילמו, ומשחק הפירמידה מסתיים. ניתוח מתמטי מראה שתוך מספר שלבים יגיע השוק לרוויה, בשל קצב הגידול המהיר של המשתתפים. כלומר ששיכבת המשתתפים שלא תוכל למצוא מצטרפים חדשים תיווצר תוך זמן קצר.

התרשים הבא³ מראה מדוע מודל השוק שמציעה הפירמידה אינו אפשרי לקיום, עקב רוויה של השוק:



1. בתיאור זה נעזרנו בוויקיפדיה http://he.wikipedia.org/wiki/תרמית_פירמידה. בערך 'תרמית פירמידה'.
2. על פי הגדרה זו הפירמידה היא "משחק סכום אפס" כלומר ישנם "מנצחים" ומפסידים, והכסף מגיע מהמפסידים למנצחים.
3. התרשים מאתר ויקיפדיה http://he.wikipedia.org/wiki/תרמית_פירמידה. בערך 'תרמית פירמידה'.

בתרשים מודגם שאם בכל שכבה מצרף כל שחקן חמישה משתתפים חדשים, הרי שבשכבה ה-11 מספר המשתתפים יהיה גדול ממספר אזרחי ארה"ב,⁴ ובשכבה ה-13 מספר המשתתפים יהיה גדול מאוכלוסיית כדור הארץ!

האנשים הנמצאים בשכבה שבה תיעצר הפירמידה יפסידו תמיד את כספם. מספר האנשים הנמצאים בשורה התחתונה של הפירמידה גדול תמיד מסכום של כל האנשים בקומות מעליהם. לפיכך כאשר הפירמידה קורסת רוב המשתתפים יפסידו את כספם. שאר המשתתפים יחזירו את השקעתם, או ירוויחו מעט ורק העומדים בראש הפירמידה ירוויחו סכום גדול.

2. תיאור שר"ש⁵

איש חכם יפתה רעהו והוליכו בדרך לא טוב (משלי טז, כט)

יפתה רעהו – לאחוז גם הוא בדרכי חסם ומוליכו בדרך לא טוב למצוא חבר לעצמו (מצודת דוד)

שר"ש (שיווק רב שכבתי או שיווק רשתי, באנגלית: MLM – Multi Level Marketing) הוא שיטת שיווק שבה סוכן מכירות מקבל תגמול כספי לא רק עבור מוצר שהוא מוכר אלא אף על גיוס סוכני מכירות נוספים. סוכן המכירות מוגדר כעובד עצמאי ואין בינו ובין חברת השיווק יחסי עובד-מעביד. הרעיון של שיטת מכירות זו מבוסס בעיקר על התנסות ישירה של הסוכן ממוצרי החברה והמלצות למכרים. לקוח מרוצה ימליץ לחבריו על המוצר ויקבל עמלה על קנייתם.

ניתן להבחין בין שני סוגים של שר"ש: הראשון שר"ש דמוי פירמידה, והשני שר"ש לגיטימי.⁶ בשר"ש לגיטימי המצטרפים משלמים עבור זיכיון למכירת המוצרים, ורווחיהם נובעים ממכירות המוצרים.

לעומת זאת, בשר"ש דמוי פירמידה, מתוגמל סוכן המכירות בעיקר על גיוס סוכני מכירות המשלמים דמי הצטרפות ולא על מכירת המוצר לקונים (שאינם הופכים בעצמם לסוכנים). לפיכך, אף על פי שישנו מוצר סביבו הוקמה הפירמידה, הרי שהרווחים של המצטרפים יבואו באופן כמעט בלעדי מצירוף סוכני מכירות חדשים ולא ממכירת המוצר.

כדי לגייס את הסוכנים מציגים לפנייהם את האפשרות להרוויח סכומים גבוהים על ידי גיוס סוכני מכירות, שיידרשו גם הם לשלם דמי הצטרפות. דא עקא, כאשר יגיע השוק לרוויה⁷ יתקשו סוכני המכירות לגייס סוכנים חדשים, והם יפסידו את השקעתם.

4. בשכבה 9 המספר גדול ממספר תושבי ישראל.

5. בתיאור זה נעזרנו בוויקיפדיה http://he.wikipedia.org/wiki/שיווק_רב-שכבתי. ובאתרים של חברות שר"ש.

6. בדבר זה עסקה גם רשות המסחר הפדרלית בארה"ב שהחליטה להכשיר שיווק רב שכבתי בתנאים מסוימים, שבהם אין היא מהווה מסווה גרידא לתרמית פירמידה, אלא שיטת שיווק לגיטימית למוצר. ראה: www.ftc.gov/os/decisions/docs/vol93/FTC_VOLUME_DECISION_93_JANUARY_JUNE_1979_PAGES_618-738.pdf

7. כאמור לעיל בפירמידה.

על פי הבחנה זו ניתן לנסח "כלל אצבע" להבחנה בין שר"ש לגיטימי לשר"ש דמוי פירמידה: אם אי אפשר להרוויח ממכירת המוצר ללא צורך בגיוס סוכני מכירות – מדובר בשר"ש דמוי פירמידה שאינו לגיטימי.

אחת הדרכים להסוות שר"ש דמוי פירמידה היא בהצגת הדברים כאילו מדובר אך ורק במכירת המוצר. במקרה כזה, ישנם שני קריטריונים על פיהם ניתן לקבוע שמדובר בשר"ש דמוי פירמידה: האחד, מחירו של המוצר גבוה במידה כזו שלא כדאי לרכוש אותו מבלי להפוך לסוכן מכירות. השני, דמי ההצטרפות כסוכן מכירות – גבוהים.

בשר"ש דמוי פירמידה, מתקיים אותו הכשל הקיים במשחק פירמידה. קצב הגידול מהיר ובתוך זמן קצר השוק הופך לרווי וכמעט בלתי אפשרי למצוא סוכני מכירות נוספים. אולם, בניגוד למשחק פירמידה, בשר"ש רבים טועים לחשוב שמדובר בהזדמנות עסקית ממשית וסבירה.

ג. תרמויות אופייניות לשר"ש דמוי פירמידה

השומחים לעשות רע וגילו פתהפכות רע (משלי ב, יד)

...מדברים מרמה ודבריהם נראים טובים ובאמת היא עצה רעה, והם שמחים כאשר יתהפכו הטוב

שדברו לרע וזהו יגילו בתהפכות רע... (ביאור הגר"א שם)

ההונאה שבשר"ש מוסתרת בשתי רמות:

1. הסתרת הסיכוי להפסיד

הסתרת הכשל המתמטי – בדרך כלל חברות שר"ש מציעות בפני המגויס החדש טבלה שמציגה את הכנסתו הצפויה, אם יגייס למשל חמישה סוכנים חדשים בחודש.⁸ סוכנים אלו יגייסו סוכנים נוספים באותו הקצב ויגדילו את הכנסתו שתצמח בטור הנדסי, באופן הבא:

חודש	1	2	3	4	5
מצטרפים	5	25	125	625	3125

הטבלה המוצגת מגיעה רק עד החודש החמישי (דור חמישי), ולא במקרה. לו הייתה הטבלה ממשיכה לחודש העשירי (הדור העשירי) מספר הסוכנים, היה 9,765,625 שהוא גדול ממספר תושבי מדינת ישראל.⁹

המידע החלקי מדגיש את היכולת הגבוהה להשתכר ומסווה את הכשל המתמטי העומד ביסוד השיטה. אולם החישוב מראה למשל שחלק ניכר מהמצטרפים בחודש (דור) התשיעי (1,953,125) היו מפסידים את כספם באופן ודאי. ועוד לפני כן מסתבר שהשוק יהיה רווי בסוכני מכירות ויהיה בלתי אפשרי לגייס סוכנים נוספים.

8. תיאור זה לקוח מאתר בית ספר לשר"ש: <http://www.mlmschool.co.il>

9. כאשר מספר המצטרפים בחודש הוא אחד, הרי שבחודש (בדור) ה-23 מספר הסוכנים יהיה 8,388,608 הגדול ממספר תושבי המדינה.

כך, בעוד אנשים מתפתים להשקיע בעסק משתלם, בהבטחה שכספם יניב תשואה ענקית בעזרת סוכנים אחרים העובדים בעבורם (הכנסה פסיבית), כספם מגיע לעומדים מעליהם במעלה הפירמידה, והם, ברוב המקרים, לא יזכו לקבל אף את החזר השקעתם...
"שר"ש זה לא פירמידה" – כאמור, רוב גדול של המצטרפים לחברות שר"ש לא יצליחו להחזיר את השקעתם. זאת, בגלל המבנה של הפירמידה המוכמן בשר"ש. עובדה זו, אינה מוצגת למצטרפים. בדרך כלל טוענת חברת שר"ש שהיא איננה פירמידה. להפך, בכנסים ובמצגות המיועדים לשכנע להצטרף לחברה, מתוארת ההצטרפות כהשקעה בטוחה, כמעט נטולת-סיכונים. המסר המועבר לכל המשתתפים הוא: כל אחד, אשר יהיה מוכן להשקיע עבודה קשה, יוכל להרוויח סכומי כסף ניכרים.¹⁰

2. ערפול מהות העסק

חברות שר"ש מערפלות את מהותו האמיתית של העסק על ידי שימוש בהטעיות משני סוגים:

שימוש במונחים מטעים – משחק פירמידה עוסק בשכנוע אנשים לשלם כסף על מנת לקבל את הזכות לבקש כסף מאחרים. על פניו זהו עסק משונה מאוד שכל בר-דעת לא ייכנס אליו, מפני שכל אחד מבין שאין תוחלת רצינית בעסק שכזה. אנשי השר"ש מסתירים את מהותו כדי שידמה לעסקים מקובלים ורגילים. כך המצטרף לשר"ש מכונה "משקיע", "בעל עסק עצמאי", "משווק רשמי" או "בעל זיכיון" וכדומה.¹¹ מה שגורם לו לחשוב בטעות שהוא מצטרף לעסק רגיל ולגיטימי.

הצגת מוצר שסביבו מוקם השר"ש – כחלק מההטעיה, קיימים מוצרים אמיתיים שיש לשווקם וכספים משולמים תמורת זיכיונות או רשיונות וכדומה. התרמית נעוצה בהסתרת העובדה שהרווחים מבוססים על גיוס סוכנים ולא על מכירת המוצר. לפיכך המצטרף מוטעה לחשוב שהוא מצטרף לעסק המוכר מוצרים, ככל עסק לגיטימי, בעוד שלמעשה הוא מצטרף לפירמידה עם מוצר.

מכאן ואילך נסקור את האיסורים ההלכתיים השונים, עליהם עוברים המשתתפים בפירמידה או בשר"ש והפועלים לגיוס מצטרפים חדשים, ואת המשמעויות הממוניות הכרוכות בהשתתפות זו.

ד. איסור השבחת המיקח או הסתרת המומים בו

במצגות שעורכות חברות שר"ש הם מאדירות את העסקה בהצגת הסוכנים שהצטרפו והרוויחו מיליונים. מנגד הם מסבירים את הכישלונות כנובעים ממיעוט כישוריו של המשווק, ולא כתוצאה ישירה של השיטה. כאן עולה השאלה האם מותר למוכר להציג עסקה כטובה יותר מכפי שהיא באמת, תוך העלמה והסתרה של הפגמים?

10. כדי להסתיר את האמת מקיימות חלק גדול מהחברות מערכי הדרכה, כנסים, נאוים מוטיבציה וכדומה המיועדים להלהיב את המוכרים, ולתת להם תחושה שהצלחה עומדת מאחורי הפינה.

11. במקרים מסוימים המצטרף מוגדר כ"חבר מועדון", אולם, בפועל מדובר על רשיון לשיווק רשיונות.

השולחן ערוך כותב שאסור למוכר לרמות את הקונים ולומר שהמוצר טוב מכפי שהוא באמת: אסור לרמות בני אדם במיקח וממכר או לגנוב דעתם, כגון אם יש מום במיקחו צריך להודיעו ללוקח. אף אם הוא עובד כוכבים, לא ימכור לו בשר נבילה בחזקת שחוטה.¹²

בהמשך מפרט השולחן ערוך מהי רמאות שאסורה על המוכר, ואילו פעולות אסור לו לעשות כאשר רוצה להשביח את מיקחו בעיני הקונה: אין מפרכסין לא אדם ולא בהמה ולא כלים, כגון לצבוע זקן עבד העומד למכור כדי שיראה כבחור, ולהשקות הבהמה מי סובין שמנפחין וזוקפין שערותיה כדי שתראה שמינה.¹³

לכאורה הוא הדין בשר"ש – יש איסור להציג עסקה כיותר טובה מכפי שהיא באמת.¹⁴ אמנם, מותר לייפות את המוצר באופן המקובל, או במקרה שהקונים רגילים לבדוק את המוצר קודם לקנייה, שכן נפסק בשולחן ערוך – מקום שנהגו לערב בין הגיתות מים, מותר לערב כשיעור שדרכם לערב. במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחלה, מותר לערב בו לעולם. אבל אם אין הכל טועמים, לא.¹⁵

12. **רמב"ם** מכירה טו, א; וכן **שולחן ערוך** חו"מ רכח, ו. ראו עוד **רמב"ם** (דעות ב, ו): "אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי, ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב אלא תוכו ככרו והעניין שבלב הוא הדבר שבפה, ואסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת הנכרי, כיצד לא ימכור לנכרי בשר נבילה במקום בשר שחוטה, ולא מנעל של מתה במקום מנעל של שחוטה... ואפילו מילה אחת של פיתוי ושל גניבת דעת אסור, אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות".

על חומרת האיסור כותב רבנו יונה (**שערי תשובה** – שער שלישי אות קפד): "אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת נכרי. והנה החטא הזה חמור אצל חכמי ישראל יותר מגול הנכרי, יען וביען כי שפת שקר אשמה רבה, ונתחייבנו על גדרי האמת, כי הוא מיסודי הנפש".

דיון מפורט על ההתייחסות ההלכתית למוצרים פגומים ראו **כתר ג** – מסחר וצרכנות כהלכה.

13. **שולחן ערוך** חו"מ רכח, ט.

14. לכאורה, בדבר זה נחלקו אחרונים. הרב משה פיינשטיין (**שו"ת אגרות משה** יו"ד, א, לא) מתיר לשרות כבד בדם, למרות שלכאורה בכך נוצר מצג שווא כאילו מקורו בבהמה שנשחטה זמן קצר קודם לכן. זאת, בהתקיים שני תנאים: האחד, ההטעיה אינה מושלמת והקונה יכול להעלות בדעתו שמדובר בכבד שאיננו טרי. השני, כאשר המוכר חושב שהקונה מעוניין בכבד גם אם איננו טרי. כמובן, שאסור למוכר להטעות את הקונה ולומר שמדובר בכבד טרי. כמו כן, אם הקונה אומר במפורש שהוא מעוניין בכבד טרי יש להעמיד אותו על מצב הכבד.

לעומתו, **בשו"ת דברי יוסף** (ט, ד"ה כן) אוסר לשרות כבד בדם. לדעתו, כאשר קיים מום במיקח על המוכר מוטלת חובת ההודעה, גם אם הקונה לא שואל (נוסף על כך, לדעתו יש בשריית הכבד כדי לפגוע בכשרות הכבד).

ראו גם הרב ישראל שחור, "טענות מיקח טעות ואונאה בקניית רכב", **שורת הדין** ז, ירושלים תשס"ב, עמ' קעה-קפ.

15. **שולחן ערוך** חו"מ רכח, יג-יד.

אולם כאשר המוכר משכנע את הלוקח שלא לבדוק את העסקה, בטוענו שהיא עסקה מוצלחת ורווחית, מסתבר שהאיסור עומד בעינו אף שאנשים רגילים לבדוק את כדאיות השקעותיהם, כיוון שהקונה האמין לו ובשל כך נמנע מלבדוק.¹⁶

ומכאן, שכאשר משווקי שר"ש מכחישים שמדובר בפירמדה, או כאשר הם מצהירים על השקעה בעלת "סיכון נמוך", או "כדאיות גבוהה", בעוד שלמעשה רוב המצטרפים לשר"ש לא יזכו לקבל החזר על השקעתם ללא קשר למאמציהם ועבודתם, הם מטעים במזיד ועוברים על איסור.

הטעיה כזו כשלעצמה אינה גוררת בהכרח את ביטול העסקה.¹⁷ במקרים שהעסקה ניתנת לביטול נדון להלן תחת הכותרת "מיקח טעות".

ה. אונאה במחיר

פֶּעַל אוֹצְרוֹת בְּלִשׁוֹן שֶׁקֶר הֵבֵל נִדְּף מִבְּקָשֵׁי מוֹת (משלי פרק כא, ו)
אוֹצְרוֹת הַמִּרְמָה וְהָאוֹנָאָה הֵבֵל נִדְּף הֵם, כִּי אַחֲרֵיהֶם לִכְלִיּוֹן, וְעוֹדֵם בְּרִשְׁוֹתוֹ צוֹרִיִּים הֵם לוֹ
וּמִבְּקָשֵׁים נֶפֶשׁ בַּעֲלֵיהֶם וּמִסַּבִּיבִים לְמוֹתוֹ (שערי תשובה לרבינו יונה שער ג, כד)

התורה אוסרת להונות כאמור בפרשת בהר:

וְכִי תִמְכְּרוּ מִמֶּכֶר לְעִמִּיתְךָ אוֹ קָנָה מִיַּד עִמִּיתְךָ אֶל תּוֹנוּ אִישׁ אֶת אָחִיו.¹⁸

איסור זה נפסק להלכה בשו"ע.¹⁹

על פי דיני אונאה, כאשר ישנו פער של שישית בין הסכום ששולם למחיר השוק, הקונה או המוכר יכולים לבקש את ההפרש.²⁰ לעומת זאת, במקרה של חריגה של יותר משישית ממחיר השוק ניתן לדרוש את ביטול העסקה.²¹

יש לדון בשאלה האם קיים איסור אונאה:

א. ביחס למחיר המוצרים שמשווקות חברות השר"ש.

ב. ביחס לדמי ההצטרפות הנגבים מהמשתתפים עבור זכות שיווק מוצרי החברה.

1. אונאה במחיר המוצר

חברות שר"ש מוכרות מוצר לצרכן או למשווק. כאשר מדובר במכירת מוצר לצרכן, במקרים רבים נמצא שמחירו גבוה בהרבה ממחיר מוצרים מקבילים של חברות מתחרות.

טענת אונאה תתייחס לפער הגדול של שישית או יותר בין מחיר המוצר לבין מחיר השוק.²² אולם, כיוון שמוצרי חברות שר"ש נמכרים אך ורק בדרך שיווק זו ואינם נמכרים במקום

16. על פי שולחן ערוך חו"מ שו, ו. וכן משמע בפתחי חושן הלכות גניבה ואונאה, פרק יג, ט (הערה טו).

17. פתחי חושן גניבה והונאה טו, יז (הערות לח, לט ד"ה ומ"מ) על פי בבא מציעא ס, ב.

18. ויקרא כה, יד

19. שולחן ערוך חו"מ רכו, א.

20. שולחן ערוך חו"מ רכו, ב.

21. שולחן ערוך, חו"מ רכו, ד.

22. אולם, כיוון שמוצרי חברות שר"ש נמכרים אך ורק בדרך שיווק זו ואינם נמכרים במקום

אחר ואין מוצרים מקבילים הזהים להם בתכונותיהם,²⁵ הרי שניתן לטעון שאין להם מחיר שוק.

אם המשווקים קונים כמות מסחרית של מוצרים, כאשר השוק מגיע לרוויה צפוי שמחיר המוצר ירד. המשווקים אינם מצליחים לגייס משווקים אחרים ומוכרים את המוצרים שלהם במחיר הפסד. אם כן, המוכר את המוצר במחירו הקבוע על ידי החברה, עובר על איסור אונאה כלפי הקונה. אמנם, ניתן לומר שמחיר השוק נקבע על ידי רוב המוכרים הדורשים מחיר מלא ולא על ידי המיעוט שמוכר במחיר מוזל.

אולם ניתן לפטור את המשווקים מטענת אונאה בכלל באמצעות ההלכה של ה"נושא ונותן באמונה". הכוונה לכך שהמוכר מודיע לקונה כמה עלה לו המוצר וכמה הוא מעוניין להרוויח²⁴ ומכיוון שמצד המוכר הכל גלוי והוא איננו מודע לכך שהוא מרמה את לקוחותיו,²⁵ אין מקום לטענת אונאה. לפיכך, הוא הדין כאשר המשווק מודיע למצטרף כמה הוא מרוויח מהצטרפותו לא נוכל לטעון לאונאה נגדו.

2. אונאה בדמי ההצטרפות

כאשר אדם מצטרף כמשווק לחברת שר"ש הוא משלם דמי הצטרפות מרובים מתוך ציפייה לרווח כהחזר על השקעתו.²⁶ בסופו של דבר, כאשר הקונה לא מצליח למצוא משווקים נוספים שיעבדו תחתיו, הוא לא מקבל החזר על השקעתו, ואז מתברר שעלות ההצטרפות הייתה יקרה מדי. הרא"ש מתייחס למקרה דומה:

ומה שטענו המורשים לבטל החכירות, לפי שיש בו אונאה שתות מקח, אומר אני דלא שייכא אונאה אלא בחפץ שדמיו ידועים ונתאנה בשומת החפץ, המוכר או הלוקח. אבל בחכירות אלמעונה של הקהל לא שייכא אונאה, כי האלמעונה

22. הגדרת האונאה כפער העולה על שישית המחיר מתייחסת לצד הממוני בלבד. מבחינת האיסור שבדבר, לדעת הרא"ש (בבא מציעא ד, כ; שולחן ערוך חו"מ רכז, ו) יש איסור אונאה גם כאשר ההפרש הוא פחות משישית במחיר המוצר.

[הערת עורך: עיין במאמרו של הרב ד"ר משה בארי בספר זה, העוסק בדברים שאין בהם אונאה. כאשר חלים דיני אונאה הטעיה בכדאיות העסקה גוררת גם את איסור אונאה. ע.ר.]

23. על הבעייתיות בהשוואת מחירים למוצרים שונים בתקופתנו, ראה הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, "הליכות מסחר – אונאה ומקח טעות", תחומין ב, אלון שבות תשמ"א, עמ' 489. וכן "דיני אונאה בימינו", שערי צדק ב' מכון מש"ה, עמ' 251-243.

[הערת עורך: ראו עוד מאמריהם של הרב זלמן נחמיה גולדברג, ושל הרב אשר זעליג וויס בספר זה. אמנם, ניתן להציע לבדוק בכמה יימכר המוצר על ידי מי שכבר קנה אותו, טרם שהשתמש בו. ע.ר.]

24. רמב"ם מכירה יג, ה-ו; שולחן ערוך חו"מ רכז, כז-כח.

25. בנתיבות המשפט רכז, יט, כתב שאם המוכר יודע שהמחיר גבוה מדי הוא עובר על איסור, אולם המיקח לא בטל (הובא בפתחי חושן אונאה פרק י, הערה מ, שהאריך). אולם המצב הרגיל הוא שהמוכר אינו יודע שקיימת אונאה במחיר המוצר. יתר על כן, לא מצינו שמוטל עליו לברר האם יש הפרש במחיר בין עלות הקנייה של המוצר ובין מחיר השוק של המוצר.

26. כאן אנו דנים במודל מסוים המצוי בחלק מחברות השר"ש שלפיו המצטרפים קונים זיכיון לגיוס מפיצים נוספים, להבדיל מהסעיף הקודם שבו דנו במוצר ובשווי (מודל נוסף המצוי בחברות השר"ש הינו של קנייה בסיטונאות, במודל זה ניתן לטעון טענת אונאה בלבד).

משתנית לפי הזמן, פעמים שוחטין בשר ושותין יין בשנה זו יותר מבשנה אחרת, וכן ענין הסחורות וגביית החובות. וכן כותבין בכל שטרי החכירות: לו ולמזלו, משמע, שהתנו בפירוש אם יפסיד, מזלו הקשה גרם, ואין לו לחזור על המוכר בשביל הפסידו, וכן אם הרוויח הרבה, אין למוכר דין ודברים עליו...²⁷

הרא"ש דן במי שמבקש לקבל זיכיון בלעדי למכירת בשר ויין ולשם כך הוא משלם סכום קבוע ושאר ההכנסות מהמכירה נשארות בידיו. לדעת הרא"ש אין מקבל הזיכיון יכול לטעון טענת אונאה בשל מכירות נמוכות מהצפוי, אף שסכום חכירת הזיכיון הגבוה התבסס על הערכה שיהיו מכירות גבוהות, כיוון ש"מזלו הקשה גרם" לירידה ברווחים.

הביקוש לסחורה מסוימת משתנה חליפות, לעתים עולה ולעתים יורד, והערכת המכירה מתבססת על אומדנא בלבד ולפיכך אין בה אונאה.²⁸ מחד ניתן לומר ששר"ש דומה בכך לזיכיון, והקונה לא יוכל לטעון לאונאה על התשלום הגבוה ששולם תמורת הזיכיון להפיץ את המוצר. מאידך ניתן לטעון, שכאשר השוק מגיע לרוויה, וכאמור לעיל כך יקרה בהכרח, יהיה קושי אובייקטיבי בשיווק ולא מחמת מזלו הקשה של הקונה ואז בניגוד לזיכיון, יוכל הקונה לטעון טענת אונאה.

אם אכן תבוטל העסקה בין השכבה בה נעצרה הפירמידה לשכבה שמעליה, הרי שזו תבטל את העסקה עם השכבה שמעליה וכך הלאה עד לביטול כל העסקאות בפירמידה.²⁹

ו. מיקח טעות

כאשר נמצא פגם במוצר (מום) שלא היה ידוע לקונה בשעת הקנייה,³⁰ העסקה מוגדרת כמיקח טעות ודינה להתבטל. במקרה כזה, הקונה מחזיר את המוצר למוכר וזה מחזיר לו את הכסף.³¹ כאשר המוכר יודע על הפגם ומסתיר אותו מהקונה הדבר אסור כפי שבואר בפרק לעיל.³²

יש לדון האם קניית זיכיון מחברת שר"ש ניתנת לביטול בטענת מיקח טעות, בשל הפגם בעסקה, שרוב המצטרפים מפסידים את כספם בעסקה זו. ניתן לשער שרוב האנשים לא היו מוכנים להיכנס לעסקה שכזו, אילו ידעו מראש את מהותה. ועל כן השאלה היא האם מצב כזה נחשב לטעות המבטלת את העסקה.³³

27. שו"ת הרא"ש יג, כ.

28. דיון נרחב בתשובת הרא"ש ראו, הרב צבי יהודה בן-יעקב, **משפטי ליעקב**, ב, יד (עמ' רד-רו).

29. כלומר, ביטול העסקה יהיה באופן רקורסיבי.

30. כיוצא בזה גם כאשר נמצאת טעות במידה, במשקל או במניין.

31. **רמב"ם** מכירה טו, א; **שולחן ערוך** חו"מ רלב, א.

32. ליד הערה 13.

33. ראה **משפטי ליעקב** ב, יד (עמ' ריא-ריג), שם משמע ששייך ביטול מקח עקב "מום" גם כאשר המום אינו פיזי, אלא הסתברות גבוהה למעבר לקוחות למתחרים או מתח רווחים נמוך בעסק, וכן **בפתחי חושן** גניבה ואנאה פרק יב הערה ז (הדן ביחס לקונה כרטיס הגרלה לאחר מועד ההגרלה), גם שם מדובר ב"מום" לא פיזי הקשור בכדאיות העסקה. ולכן נראה שאם יש חיסרון ידיעה על מצב העסק (הגרלה וכו'), ומסתבר שלו הייתה ידיעה שלמה לא הייתה מתבצעת העסקה, יש בכך כדי לבטל את המקח.

1. הגדרת המום בשר"ש

הרמב"ם כותב:

כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מיקח זה מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך.³⁴

כיוון ששר"ש נחשב על ידי אנשים רבים כפעילות עסקית לגיטימית לכאורה ניתן לומר שאין זה מום כלל. אולם בניגוד למצב בשר"ש, הלכה זו עוסקת בחיסרון שאנשים יודעים עליו, אך אינו נחשב בעיניהם לחיסרון במיקח ואילו בשר"ש בני המדינה אינם יודעים על הפגם בעסקה, ולכן הלכה זו איננה שייכת לכאן. אילו היו בני המדינה יודעים על הכשל הקיים במודל של שר"ש כפי שהובא לעיל בתיאור המציאות, מסתבר שהיו מסכימים שמדובר בפגם.

2. מום גלוי ומום נסתר

בדין מיקח טעות קיים חילוק בין פגם גלוי ופגם נסתר. בפגם גלוי ההנחה היא שהקונה מחל על זכותו לביטול העסקה כיוון שידע על הפגם ולא מחה. בפגם נסתר, לעומת זאת, שתיקתו של הקונה אינה בגדר מחילה, וכשידע הקונה על הפגם הוא יוכל לדרוש את ביטול העסקה, אפילו לאחר כמה שנים.³⁵

לאור זאת יש לבחון האם הפגם בשר"ש הוא בגדר פגם גלוי, משום שכל אחד יכול לעשות את החישוב ולגלות שרוב המצטרפים יפסידו את כספם, ולכן חזקה שהמצטרף מחל על זכותו לביטול ההתקשרות, כמו בהימורים, שם ידוע לכל, שרוב המהמרים מפסידים.

אולם נראה לומר, שהפגם בשר"ש נחשב לנסתר, שכן לא כל אחד יכול לזהות ולהבחין שמדובר בעסקה גרועה. מה עוד, שלכל חברה מחברות השר"ש יש מודל עסקי אחר לפיו היא מתגמלת את המשווקים, ולאדם שאינו בקיא במסחר קשה לפענח את המודל העסקי.

אמנם, גם אם המצטרף אינו יכול לעמוד על מהות השר"ש בכוחות עצמו, עדיין הוא יכול ללמוד על כך באמצעות חבריו, כתבות בעיתונים או באמצעות האינטרנט. לכאורה, כאשר אפשרות כזו קיימת, הפגם נחשב כפגם גלוי שהקונה מחל עליו, כפי ששמע מדברי הרמב"ם לגבי אדם שגילה שאשתו היא בעלת מום:

היה מרחץ בעיר והיו לו קרובים אינו יכול לומר לא ידעתי מומין אלו ואפילו מומין שבסתר מפני שהוא בודק בקרובותיו וחזקה ששמע ורצה.³⁶

כלומר, כאשר החתן יכול לעמוד על מומי אשתו בעזרת קרובות המשפחה שלו שחולקות אתה את המרחץ העירוני, כל מום הוא בגדר מום גלוי שהחתן מחל עליו.

34. רמב"ם מכירה טו, ה.

35. רמב"ם מכירה טו, ג; שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

36. רמב"ם אישות כה, ב.

למרות זאת, נראה שהפגם בשר"ש הוא בגדר פגם נסתר, משום שחברות שר"ש פועלות באופן מכוון להסתיר אותו. גם אם הן אינן משקרות למצטרפים, הרי שבעקבות מאמצי ההסתירה (היעילים) שלהם, הפגם יוגדר כפגם נסתר.³⁷ כך מוכח מהמשך דברי הרמב"ם:

ואם דרכן (=של הנשים) להחבא ולהתנכר אף במרחץ ושתהיה הבת רוחצת בלילה או בבית קטן שבמרחץ לבדה עד שלא תראה ולא תודע, הרי זה טוען אף במומין שבגלוי, שדברים אלו דברים של טעם הם ואינם גזירת הכתוב.³⁸

מכאן, שבכל מקום שפועלים באופן יעיל להסתרת הפגם, ניתן להניח שהקונה לא ידע על סיכויי הנמוכים, ולו היה יודע, לא היה נכנס ומשקיע את כספו.

היוצא מכאן להלכה, שכל המנסה לגייס מצטרפים לחברת שר"ש אל לו להסתיר בפני המצטרף את סיכויי ההצלחה האמיתיים, קרי, שרוב המצטרפים לא יצליחו להחזיר אף את השקעתם. אם יסתיר, יוכל המצטרף לתבוע ממי שגייס אותו לבטל את העסקה ולקבל בחזרה את כספו אפילו לאחר כמה שנים.

3. החזרת מיקח לאחר זמן

לכאורה, המגייס יכול להוסיף ולטעון שאמנם ניתן לבטל את העסקה לאחר שנודע למצטרף על הסיכויים הנמוכים להרוויח משר"ש. אולם הוא אינו יכול לבטל את העסקה לאחר שעבר זמן רב וגילה שאינו מצליח לגייס מצטרפים חדשים, ועוד יכול לטעון שביטול כזה דומה לאדם שקנה סחורה ולאחר שלא הצליח למכרה הוא מבקש להחזירה למי שמכר לו אותה.³⁹

טענת המגייס נדחית מדברי הרמב"ם, אשר פוסק שבמקרה של מיקח טעות יכול הקונה לבטל את העסקה אפילו לאחר זמן רב:

וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא...⁴⁰

ההבדל בין מיקח טעות לסוחר המנסה למכור סחורתו ולא מצליח למכרה, הוא שבמיקח טעות הבעיה נובעת מהפגם שבמוצר. לעומת זאת במקרה השני חוסר ההצלחה של הסוחר איננו תוצאה של פגם בסחורה, אלא נובע מכשלונו של הסוחר לחזות את הביקוש "ומזלו הקשה גרם".

37. ראו פסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות ב, עמ' קלג, בדין רטיבות בקיר שניתן להסתירה על ידי עמעום האורות בחדר.

38. רמב"ם אישות כה, ב.

39. יש לברר מה היחס בין הנחה פשוטה זו לבין ביטול מיקח כאשר קיים גילוי דעת מפורש (כגון לעלות לארץ ישראל וכדומה) או כאשר יש אומדנא דמוכח, ועיין תוספות כתובות מז, ב, ד"ה שלא כתב לה.

40. רמב"ם מכירה טו, ג; וכן פסק השולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

ז. לפני עיוור לא תיתן מכשול

כאמור לעיל מצטרף שאינו מצליח לצרף אחרים, מפסיד את דמי ההצטרפות שלו. המגייס שצירף אותו ויעץ לו לשלם את דמי ההצטרפות, יעץ לו עצה שאינה טובה. דבר זה נאסר בפסוק: "ולפני עִוֵּר לא תתן מכשול".⁴¹ גם אם המגייס לא הפסיד את כספו כיוון שהצליח לגייס אחרים, הרי הוא עצמו עבר על איסור ייעוץ עצה לא טובה, ומי שצירף אותו, הכשיל אותו באיסור זה ועבר אף הוא על אותו איסור.⁴²

1. "לפני דלפני"

יש לדון מה קורה כאשר אדם גייס מצטרף, וזה גייס מצטרף נוסף וכך הלאה, ושלושת הראשונים הרוויחו מהעסקה. האם העובדה שבהמשך השרשרת יהיו מפסידים, גורמת לראשון לעבור על "לפני עור לא תתן מכשול"? שהרי, הוא לא הכשיל באופן ישיר אף אחד. בגמרא נאמר: "א' לפני (=עיוור) מפקדינן, א' לפני ד' לפני לא מפקדינן".⁴³ כלומר, למרות שיש איסור להכשיל אדם אחר, אין איסור על מי שגורם לאחר להכשיל אדם שלישי.

נחלקו ראשונים מה הדין כאשר המכשול הוא ודאי: התוספות⁴⁴ כתבו שכאשר המכשול העתידי הוא ודאי האיסור במקומו עומד, לעומת זאת בשו"ת תרומת הדשן⁴⁵ התיר. הרמ"א⁴⁶ הביא את שתי הדעות וכתב שהמחמיר "תבוא עליו ברכה". הש"ך⁴⁷ והב"ח⁴⁸ פסקו שיש להחמיר, ולדעת הגר"א⁴⁹ זו שיטת כל הפוסקים, ולכן אין זה רק הידור אלא חובה. אם כן, כאשר קיימת הכשלה ודאית יש איסור גם ב"לפני דלפני".⁵⁰

2. לפני עיוור בשוגג

יש לדון האם יש איסור "לפני עיוור" בשוגג. במילים אחרות, האם כאשר כוונת המייעץ לטובה והוא סבור שהוא מייעץ עצה טובה יש בכך איסור בשוגג או שאין איסור בדבר כלל? יש כמה נפקויות לשאלה זו:

א. כאשר המייעץ חושב שהוא נותן עצה טובה, האם עליו לטרוח ולברר זאת כדי לא להיכשל באיסור בשוגג, או שאין בשוגג שום איסור?

41. ויקרא יט, יד. ובספרא קדושים פרשה ב, יד, בעניין ההכשלה בעצה רעה. איסור זה הובא בספר המצוות לרמב"ם לא תעשה רצט; רמב"ם רוצח ושמירת הנפש ב, יד; ספר החינוך מצוה רלב; שערי תשובה שער ג, נג; משנה ברורה קנו, ד; ועוד.

42. ספרא קדושים פרשה ב, יד; עבודה זרה ו, א-ב; ובמקורות רבים בעניין ההכשלה באיסורים שונים.

43. עבודה זרה יד, א.

44. תוספות שם, ד"ה חצב.

45. שו"ת תרומת הדשן, רצט. ראו הרב יצחק אדלר, לפני עור עמ' קיב-קטו בסוגיה זו.

46. רמ"א יו"ד קלט, טו.

47. ש"ך שם, י.

48. ב"ח שם, ט.

49. ביאור הגר"א שם, לא.

50. כל זה גם כאשר המוכשלים גויים כמבאר שם.

ב. האם יש חובה למנוע מאדם אחר לייעץ עצה שאינה טובה בשוגג, כדי למנוע ממנו לעבור איסור ("אפרושי מאיסורא")?⁵¹
לכאורה אפשר להוכיח ממדרש ההלכה שכאשר היועץ אינו מתכוון לרעה הוא אינו עובר על איסור:

"ולפני עור לא תתן מכשול" – לפני סומא בדבר...היה נוטל ממך עצה, אל תיתן לו עצה שאינה הוגנת לו...אל תאמר לו מכור את שדך, וקח לך חמור, ואת עוקף עליו ונוטלה ממנו, שמא תאמר עצה טובה אני נותן לו והרי הדבר מסור ללב, שנאמר "ויראת מאלהיך אני ה'".⁵²

מדברי המדרש משמע שאם כוונת הלב של היועץ לטובה אין בכך איסור, שהרי אילו הדבר היה תלוי באיכות העצה, לא היה המדרש מתייחס לכוונת הלב. אולם, ניתן להבין את המדרש אחרת ואז לא נוכל ללמוד מדברי המדרש, כיוון שייתכן שהוא אינו עוסק בגדר האיסור, אלא מתמודד עם טענתו של היועץ שהוא היה שוגג ולא מזיד, אף שיש איסור בשניהם.⁵³

3. לפני עיוור כשאומר אמת

ניתן להוסיף ולשאול, האם מותר לשווק מוצר של חברת שר"ש תוך אמירת האמת, שסיכויי הקונה להחזיר את השקעתו ולהרוויח קטנים מאוד. אמנם דומה שרוב הקונים יירתעו ולא ירצו להשקיע השקעה כספית כאשר ברור להם שיפסידו. אבל עד כמה שהדבר אינו סביר, ייתכן שיימצאו משקיעים, האם מותר למכור להם לאחר הצגת העובדות?
מסתבר שאין איסור "לפני עור" ביחס למי שהעובדות הוצגו לפניו כהווייתן, ובכל זאת צירוף משקיע חדש בעייתי כיוון שהוא עלול להסתיר מידע בבואו לשכנע אחרים להצטרף. המשנה בפרק הזהב דנה במקרה דומה:

מי שנתערב מים ביינו לא ימכרנו בחנות, אלא אם כן הודיעו. ולא לתגר אף על פי שהודיעו, שאינו אלא לרמות בו.⁵⁴

רש"י⁵⁵ מבאר שדבר זה הוא בכלל "לפני עור לא תתן מכשול" כיוון שהתגר ימכור בחזקת יין. אמנם, כותב רש"י, מכירת מים אינה אסורה מחשש שמא יערבו אותם בייין, כיוון שנאסר רק "דבר העשוי לרמות בו כמות שהוא עכשיו".⁵⁶ אם כן, אין למכור דבר העשוי

51. השאלה מתעוררת במקרים בהם אין חובה מצד השבת אבדה כלפי הנועץ (כגון, בזקן ואינה לפי כבודו), ובכל זאת חובת אפרושי מאיסורא קיימת.

52. ספרא קדושים, פרשה ב.

53. וראה ציץ אליעזר, כא, יא; שהכריע שאין עוברים על איסור לפני עיוור בשוגג.

54. בבא מציעא ס,א. וכן פוסק הרמב"ם מכירה יח, ו ובשולחן ערוך חו"מ רכח, יב; ראו עוד רמב"ם גניבה ז, ו; "סלע שנפגמה באמצע אסור למכור אותה להרג או לחרם מפני שמרמין בה את אחרים, אבל נוקבה ותולה אותה בצואר הקטן".

55. רש"י בבא מציעא ס,א, ד"ה הא; הובא בספר הלבוש חו"מ רכו, יח.

56. רש"י שם, ד"ה אין.

לרמות בו לאדם שחשוד לעשות בו שימוש לרעה,⁵⁷ ומכאן שאסור למכור מוצרי שר"ש לאדם שחשוד שימכור אותם לאחרים מבלי להעמיד אותם על הסיכון שברכישתם.

ח. לא עוסקים ביישובו של עולם

מעבודת האלהים הוא לעסוק בענייני העולם בקיום המינים, למען היות חפץ האלהים ביצירתו אותנו עומדת לעד, ונדע ונאמין כי בהצליחו אותנו ובהקימו ממנו מוסדות תבל מצאנו חן בעיניו (רמב"ן, הקדמה לתורת האדם)

טעם נוסף לאיסור שר"ש הוא חוסר התועלת בשר"ש ליישוב העולם. טעם זה זוקק הסבר, שהרי ההתעסקות במסחר מבטאת את יישובו של עולם, והתורה וההלכה אמורים לראותה בעין טובה.⁵⁸

אולם, לא הרי מסחר כהרי שר"ש. כפי שהעלנו בתחילת המאמר, בשר"ש המסחר הינו כסות לפירמידה. מכירת המוצרים, משמשת מסווה ופיתיון כדי להסתיר את תרמית הפירמידה המוכרת. מסחר שר"ש הינו אמצעי להעברת הון מאנשים מסוימים לאנשים אחרים, ולא לשם הפצת הסחורה – הטובין עצמם – ללקוחות.

בכך דומה שר"ש להימורים, בשניהם אין תועלת ליישוב העולם.⁵⁹ במשנה⁶⁰ מובא שמשחק בקוביה פסול להעיד ולדון, בטעם הדבר דנו אמוראים:

משחק בקוביא מאי קא עביד? ...רב ששת אמר: ...לפי שאין עוסקין ביישובו של עולם. מאי בינייהו? – איכא בינייהו דגמר אומנותא אחריית.⁶¹

כלומר, לדעת רב ששת משחק בקוביא פסול כיון שאיננו עוסק ביישובו של עולם, ולכן אם יש לו עבודה נוספת (אשר בה הוא עוסק ביישובו של עולם) הרי שהוא כשר לעדות. בהסבר טעמו של רב ששת נחלקו הראשונים. רש"י מפרש:

ופסוליהו לפי שאין עוסקין ביישובו של עולם, דכיון דאין מכירין ובקיאין בטורח וצער בני אדם – אינן חסין על חבריהן מלהפסידן ממון.⁶²

57. וכן כתב בשו"ת **משנה הלכות** יב, תכב. בשו"ת **עין יצחק** א, או"ח, יז, ה, כתב שאין למכור לחשוד לרמות בו ובשר"ש הרי קיימת סבירות גבוהה שירמו במקו זה.

58. **דברים רבה** פרשה ז: "ברוך אתה בבואך – בפרקמטיא שלך וברוך אתה בצאתך – בפרקמטיא שלך", **רמב"ם פירוש המשנה** סנהדרין ג, ג.

59. כלומר שר"ש והימורים הם בעצם "משחק סכום אפס". במידת מה שר"ש אף חמור מהימור על ידי הגרלה, כיוון שהמצטרף חושב שהדבר אינו תלוי אלא בו ובמידת ההשקעה שישקיע, והוא סומך בדעתו שיצליח. לעומת זאת בהגרלה, המשתתף אינו יודע אם יזכה ולכן הוא משלים מראש עם אפשרות ההפסד. כדבר זה מצינו **בסנהדרין** כה, א-ב, דין מפריח יונים התולה בדעת עצמו. וראה גם **רמ"א** חו"מ רז, יג.

60. **סנהדרין** כד, ב.

61. שם.

62. **רש"י** עירובין פב, א רש"י בסנהדרין (שם) מפרש באופן שתום יותר: "דהואיל ואין עוסקין ביישובו של עולם אינן בקיאין בטיב דינין ומשא ומתן, ואינן יראי חטא".

דהיינו, אדם שמתפרנס אך ורק מהימורים איננו מכיר את קשיי הפרנסה לפיכך אינו מתחשב בממון חבריו.

דרך אחרת יש לרמב"ם בפרושו לפסול זה:

והמשחק בקוביא עם הגוי אין בו איסור גזל אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים שאין ראוי לאדם שיעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ובישובו של עולם.⁶³

בפרושו למשנה מרחיב הרמב"ם את הסברו:

המשחק בקוביא... ונאסר זה מפני שהוא מתעסק בעסק שאין בו תועלת לשוב העולם, ויסוד הוא בתורתנו שאין ראוי לאדם להעסיק את עצמו בעולם הזה אלא באחד משני דברים או בחכמה להשלים בה את עצמו, או בעסק שיועיל לו בקיום העולם כגון אומנות או מסחר.⁶⁴

כלומר, משחק בקוביא פסול כיון שהוא אינו עוסק בעיסוק חיובי, כגון חכמה או עיסוק המועיל לקיום העולם, אלא בעיסוק חסר תועלת.

הרי"ף והרא"ש⁶⁵ פסקו כרב ששת שמשחק בקוביא שאין לו אומנות אחרת פסול להעיד ולדון. מהשו"ע⁶⁶ משמע שמלבד הפסול להעיד ישנו איסור בעצם העיסוק הבלעדי במשחקי קוביא, ללא עיסוק ביישובו של עולם.

על פי הסבר הרמב"ם ליישובו של עולם ניתן להחיל את הפסול גם במקרים נוספים, ואכן החזון אי"ש הסביר שאדם הסוחר בפרות שביעית פסול לעדות משום שאינו עוסק ביישובו של עולם:

והא דפסול לעדות בשאין לו אומנות אלא הוא, אפשר דמשום חטא של סחורה הוא ומפני שהפליג בחטא, אי נמי משום שאינו עוסק ביישובו של עולם שאין סחורת שביעית בכלל צורך העולם.⁶⁷

על פי זה, אדם העוסק אך ורק בשר"ש הוא פסול לעדות⁶⁸ והוא עובר איסור בעצם עיסוקו. המסחר בבורסה גם הוא לכאורה עונה על אותה הגדרה,⁶⁹ שהרי רוב קוני המניות אינם מעוניינים ב"סחורה", קרי במניה, המייצגת שותפות חלקית בחברה, ומטרתם היא

63. רמב"ם גולה ואבדה ו, יא.

64. רמב"ם פירוש המשנה סנהדרין ג, ג.

65. רי"ף סנהדרין ד, ב; רא"ש סנהדרין ג, ז. בדעת הרמב"ם רבו הפירושים עיין: רמב"ם עדות י, ד, ובמפרשים המובאים בספר המפתח מהדורת פרנקל על הרמב"ם שם.

66. שולחן ערוך חו"מ שע, ג.

67. חזון איש שביעית, יד, ב.

68. אמנם, על פי דין אדם שאינו מודע לכך שהוא עובר על איסור דרבנן אינו נפסל בכך (רמ"א חו"מ לד, ד; שו"ת יביע אומר ח, אה"ע, ד).

69. ניתן להשוות גם בין שר"ש ובין מסחר באופציות (מניות או מט"ח). הן שר"ש והן אופציות הם "משחק סכום אפס", כלומר יש מפסיד ויש מרוויח, והכסף עובר מזה לזה, ללא כסף נוסף שמגיע מבחוץ. אולם אופציות דומות יותר לביטוח (שגם הוא משחק סכום אפס) שכן ייעודן העיקרי הוא להוות ביטוח למשקיע מפני תנודות השוק ומהווה מכשיר יעיל וחשוב לפיזור סיכונים, והדבר דורש מחקר נוסף.

התעשרות קלה. אלא שלמסחר במניות יש תועלת אמיתית לשוק כמכשיר לגיוס הון, ואשר בלעדיו התעשייה והמסחר יתקשו להתפתח.

ט. תקנה למגדר מלתא

בפרק הקודם השוינו בין שר"ש להימורים מצד חוסר התרומה שלהם ליישוב העולם. בפרק זה אנו רוצים להצביע על ההשפעה השלילית הנגרמת למצטרפים לשר"ש. הרשב"א נשאל על אודות קהל שהטילו חרם על המשחק בקוביא, וחלק מהקהל רצו להתיר החרם האם יש ביכולתם לעשות כן. בתשובתו אוסר הרשב"א את התרת החרם ויוצא בהריפות כנגד ההימורים:

האסור תקנת ותיקין ויראי חטא היתה ומי שבא להתיר פורץ גדר ועושה דמן של בחורים שחוק (=שפיכות דמים).⁷⁰ כמה קרעים הלביש (=עוני),⁷¹ כמה ריחות הבאיש (=גרימת שנאה),⁷² כמה בוכים יוצאים במחול משחקים (=גורם לבכי).⁷³ ותמה אני האין פשטה הוראה להתיר כבענין זה אפילו הסכימו כל הקהל בהיתר זה מעצמו נאסר ועוד נוסף עליו איסור ההסכמה והחרם והאין נחזור ונתיר.⁷⁴

בדברים אלו מאשים הרשב"א את ההימורים בתופעות שליליות רבות:⁷⁵ שפיכות דמים, עניות, גרימת שנאה וסכסוך בין אנשים וגרימת צער למשתתפים. על כן, מחזק הרשב"א את תקנת החרם כנגד ההימורים אשר מלבד היותו אסור מצד הדין⁷⁶ יש מקום לאוסרו עקרונית מצד השפעתו השלילית.

תקנות כנגד ההימורים מצויות ברבות מהקהילות, בין מקהילות הספרדים ובין מקהילות האשכנזים, שראו באופן שלילי עיסוק זה.⁷⁷ בדומה לכך במדינת ישראל ובחלק ממדינות העולם נאסרו ההימורים על פי חוק.

באתרי האינטרנט מצויות עדויות לרוב של אנשים שהצטרפו לשר"ש על סמך הבטחה להכנסה פסיבית לכל חייהם ונמצאו מרומים ומופסדים. חלקם, עדיין מאמינים בשיטה

70. על פי האמור **בויקרא רבה** פרשה כו: "אבנר למה נהרג? אמר רבי יהושע בן לוי אבנר נהרג על שעשה דמן של נערים שחוק הדא הוא דכתיב (שמואל ב, ב, יד) ויאמר אבנר אל יואב יקומו נא הנערים וישחקו לפנינו".

71. על פי **משלי** כג, כא: "כִּי סֵבֵא וְזוּלֵל יוֹרֵשׁ, וְקִרְעִים תִּלְבִּישׁ נֹמֵה" כלומר תלביש בגדים קרועים.

72. על פי האמור **שמות** ה, כא: "וַיֹּאמְרוּ אֲלֵהֶם יִרְא ה' עֲלֵיכֶם וַיִּשְׁפֹּט אֲשֶׁר הִבְאִשְׁתֶּם אֶת רִיחֹנוּ בְּעֵינֵי פְרִיעָה וּבְעֵינֵי עֶבְדֵּי לַתָּה חָרֵב בְּיָדְךָ לְהַרְגֵנוּ".

73. על פי **ירמיהו** לא, ג: "עוֹד אֶבְנֶךָ וְנִבְנִית בְּתוֹלַת יִשְׂרָאֵל עוֹד תַּעֲדִי תַּפִּיךָ וְיִצְאָת בְּמִחּוֹל מִשְׁחָקִים מִשְׁחָק מִיָּלִים עַל פִּי הַהִיפּוֹךְ בֵּין הַצֵּמֶד "בְּכִי" וּשְׁחֹק" ופירושו, שהמשחק בקוביא צוחק (משחק) בתחילה אך לבסוף יוצא בבכי.

74. **שו"ת הרשב"א** ז, רמד.

75. וכן כתב **בשו"ת הריב"ש** (סוף סימן תלב): "ואפילו לרב ששת, דסבירא ליה התם דליכא אסמכתא בקוביא מכל מקום דבר מכוער ומתועב ומשוקץ הוא. ורבים חללים הפיל, ועצומים כל הרוגיו".

76. השווה **לשו"ת הרשב"א** ז, ד; ז, ער; א, תשנה (ב), המיוחסות לרמב"ן, רנב.

77. סקירה נרחבת על מנהגי הקהילות ביחס להימורים ראו בספרו של הרב ישראל שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך רביעי, פרק שנים עשר, עמ' תכו-תלב.

וחושבים שהאשמה בחוסר ההצלחה נעוץ בהם, בהשקעתם וביכולותיהם. זאת ועוד, את המצטרפים החדשים לשר"ש מלמדים שדרך הגיוס הטובה ביותר היא לגייס את מכריך ושכניך, ומשנמצאו אלה מופסדים נגרמת שנאה בין איש ורעהו.⁷⁸

עקב התוצאות הרעות של הפירמידה והשר"ש, מסתבר שהרשב"א היה אוסר גם אותם. החתם סופר⁷⁹ כותב כי תקנה טובה שאנו היינו מתקנים כמוה – תקפה, גם אם נחקקה רק בדינא דמלכותא. לפי זה ברור שבמדינות שנאסרו משחקי הפירמידה ושר"ש, הם אסורים גם לפי ההלכה. וכן נראה שבכל מקום בו קיימים משחקי פירמידה ושר"ש, מכיוון שצפויות להם תוצאות שליליות, יש לתקן לאסרם שם, גם אם לא נאסרו לפי החוק.

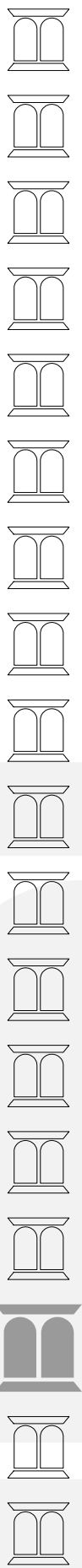
י. סיכום

במאמר זה סקרנו בקווים כלליים את התופעות של פירמידה ושר"ש והתרמיות הקשורות אליהם ודנו בצדדים ההלכתיים שתופעות אלו מעלות. בדיונונו מצאנו שהשתתפות בשר"ש כרוכות במספר איסורים:

- א. גניבת דעת.
- ב. אונאה.
- ג. לפני עיוור.
- ד. שאינו עוסק ביישובו של עולם, אם אינו עוסק בעבודה אחרת. כמו כן, המשתתף בשר"ש, אם אינו עובד בעבודה אחרת (שיש בה משום ישוב העולם), פסול לעדות.
- נוסף לכך, כיוון שהמצטרף אינו מודע לסיכויי המועטים יכול הוא לבטל את העסקה ולתבוע חזרה את כספו.
- ברמה העקרונית, העלינו שיש מקום לעשות תקנה לאסור תופעות אלו, כפי שנעשה בעבר בהימורים, בשל התוצאות המזערות הנגרמות למשתתפים בהם.

78. ראו בכתבתה של לימור גריזים-מגן "נפלו ברשת", שפורסמה בעיתון **הצופה**, בתאריך ג' אייר תשס"ח, וכן בכתובת: <http://www.hazofe.co.il/web/newsnew/katava6.asp?Modul=24&id=57132> שימו לב גם לתגובות המאלפות שפורסמו באתר; וכן בכתבתה של יפעת ארליך "חבר מפיל חבר" שפורסמה בעיתון **מקור ראשון**, הכתבה פורסמה גם באתר האינטרנט של העיתון www.makor1.co.il בתאריך 29/07/08.

79. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד.



חוזים

על פי ההלכה

חוזה מכר דירה

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

ה. תשלומים ומיסים	הקדמה
ו. מצב הנכס	חוזה מכר (לדירה בנויה)
ז. הפרת החוזה וביטולו	א. מבוא
ח. שטר בורות	ב. המכירה
ט. סעיפים כלליים	ג. חובות הקונים
	ד. חובות המוכרים

הקדמה

חוזה זה נפוץ ביותר ושימושו מוכר כמעט לכל אדם. למרות תפוצתו המרובה בשוק (ובאינטרנט), החוזה אינו ברור בשל סעיפיו המרובים והמפורטים ורוב המשתמשים בו אף נמנעים מלקרוא את האותיות הקטנות. לכן בבואנו לקנות ולמכור דירה מומלץ להיעזר בשירותיו של עורך דין. ההשקעה הכספית בדירה רבה, וטעות או השמטה קטנה יכולה לעלות ביוקר.

ברם, מכיוון שאנו עוסקים בחיובי ממון, צריך החוזה להתאים לדרישות ההלכה לבל נחוייב או נחייב זולתנו שלא כדין. אמנם הצדדים יכולים להתנות ביניהם בפרטי ההסכם כרצונם ועדיין יש לבחון אם וכיצד נעשה הדבר.

בטרם נפרט את הקשיים העיקריים, נציין את מגמתנו. מחד גיסא, נרצה להיענות לנוהג המקובל שמוצא את ביטוי גם בחוקי החוזים של המדינה, שכן, יש להניח, זהו רצון הצדדים, ומאידך גיסא עלינו לתקן ולשנות את מה שצריך לפי ההלכה.

בדרך כלל העסקה נגמרת בטוב, ללא בעיות, ולא נעשה שימוש בחוזה, כי החוזה נוצר בעיקר כדי להסדיר תהליך שיפוטי נכון למקרה של ספקות וחילוקי דעות. אם הצדדים לא מסתדרים בעצמם, נזקקים הם לגוף שיפוטי – בורר או בית דין – שיכריע ביניהם. לערכאה זו יש שיקול דעת מסוים כיצד להכריע, ולכן יש להקפיד שהיא תפעל במסגרת ההלכה, גם כשתחשב בחוק הנוהג. ועתה נסקור את הבעיות העיקריות:

א. **קניין דברים.** ההלכה דנה בעיקר בעסקאות ריאליות, ובענייננו מכירה, קניה, שכירות וכיוצא בזה. אולם במקרה של מכירת דירה, יש והמוכר מתכוון להמשיך לגור בנכס עוד

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן; מכון צומ"ת, אלון שבות.

תקופה ארוכה עד שימצא דירה לקנות וכדומה, וכעת הוא רק מתחייב למכור בעתיד. כל התחייבות לפעולה עתידית צריכה להתמודד עם שאלת "קניין דברים".¹

ב. **אסמכתא.** החוזה מכיל סעיפי קנס על הפרת התחייבויות. לדוגמה אם הקונה לא ישלם בזמן, או אם המוכר לא ימסור את החזקה בדירה בזמן שנקבע, הם יצטרכו לשלם קנס. הצד שהפר את ההתחייבות **סמך** על כך שיצליח לעמוד בה ולכן הסכים להתחייב, אבל כעת נתבדה. במילים אחרות, הוא קיבל על עצמו הפסד (קנס גדול) בתנאי, על בסיס ההנחה שלא יגיע לכך. בלשון ההלכה התחייבות זו נקראת בשם "אסמכתא" – גמירות דעת לא מושלמת, והיא פוגמת בתוקף החוזה.

ג. **ריבית.** במקרים של איחור בזמן, ובייחוד במקרים של הפרה, המוכר מקבל עליו תשלום שגדל עם הזמן, וכך באנו לאיסור ריבית.

כל הבעיות הללו ניתנות לפתרון, כפי שיובא להלן, אך ללא פתרון כזה, נמצאנו חס וחלילה מוציאים ממון, או משלמים ממון שלא כדין.

כבר עסקו רבים בניסוח חוזים כאלו לפי ההלכה. אציין בעיקר שניים שדבריהם היו לי לאבן פינה. האחד, חוזה שנכתב על ידי הרב דוד בס,² והשני, חוזה שנכתב על ידי הרב אברהם כהן.³ אולם האחריות לחוזה שלפנינו רובצת בשלב זה עליי, בתקווה שנקבל הסכמות של רבנים יושבי על מדין.

הוראות מקדימות:

1. עפ"י דברי הגאון הרב זלמן נ. גולדברג כדאי ששני הצדדים יעשו קניין סודר בפועל.
2. לדעת הרב צבי יהודה בן יעקב כדאי לערוך היתר עסקה בין הצדדים.
3. ניתן להוריד עותק של החוזה לחתימה מאתר 'דין תורה' www.dintora.org.

1. **בבא בתרא ג,א.**

2. הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני תורה" **כת"ר א** – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה, קדומים תשנ"ו, עמ' 192.

3. הרב אברהם כהן, **עמק המשפט**, חלק א, עמ' תצו.

חווה מכר (לדירה בנויה)

שנערך ונחתם בעיר _____ ביום _____ לחודש _____ בשנת _____
בין

1. _____ מ.ז. _____
 2. _____ מ.ז. _____
- (להלן: "המוכרים") שניהם יחד וכל אחד לחוד;⁴

לבין

1. _____ מ.ז. _____
 2. _____ מ.ז. _____
- (להלן: "הקונים") שניהם יחד וכל אחד לחוד;

א. מבוא

הואיל והמוכרים מצהירים כי הינם הבעלים הבלעדיים⁵ ובעלי החזקה הבלעדית⁶ בדירה, של _____ חדרים, אשר מספרה _____ בקומה _____ בבניין ברחוב _____ בשכונת _____ בעיר _____, הידועה כחלקה _____ בגוש _____, ולה צמודים מחסן / שטח חנייה / גג / וכדו', וחלק יחסי ברכוש המשותף של הבית שבו הדירה (להלן: "הדירה"); עותק נסח המקרקעין של הדירה מיום _____ מצ"ב כנספח א, וכחלק מחווה זה.⁸ והואיל והמוכרים מצהירים כי הדירה וזכויותיהם בה נקיות מכל שעבוד⁹ ו/או עיקול ו/או צו הריסה ו/או זיקת הנאה ו/או זכות צד ג' כלשהי, למעט משכנתה לטובת בנק _____ בעבור הלוואה מספר _____ שערכה הנוכחי כ

4. **בשולחן ערוך** (חו"מ עז, א) מבואר, שכאשר שנים לוו, אם לא נקבע כן במפורש, אין כל אחד מהם ערב קבלן לשני, כשיש לו נכסים, ולא ניתן לתבוע אותו תחילה. משפט זה מאפשר לתבוע כל אחד מהקונים והמוכרים באופן אישי.
5. במקרה של חכירה יש להוסיף כאן: "של זכות החכירה לדורות", ואם הקרקע מהוונת: "של זכות החכירה לדורות המהוונת".
6. אם הדירה מושכרת או מסורה ברשות לאחרים, יש להשמיט מילים אלו.
7. במקרה שהדירה רשומה בחברה משכנת יש לשנות בהתאם: "הזכויות בדירה רשומות ב _____ בתיק מס' _____ ובמינהל מקרקעי ישראל (ביו"ש: משרד הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה ושומרון)".
8. במקרה שהדירה רשומה בחברה משכנת יש לשנות בהתאם: "אישור זכויות בחברה המשכנת ואישור זכויות במינהל מקרקעי ישראל (ביו"ש: משרד הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה ושומרון) מצ"ב כנספח א".
9. הכוונה היא לשעבוד מפורש (אפוטיקי), שכן לפי ההלכה כל נכסי דלא נידי של חייב על פי שטר, משתעבדים לנושה. ולכן, למשל, ביתו של הבעל משועבד לכתובת אשתו. אולם בימינו אין נוהגים לגבות חוב מנכס משועבד שבידי צד שלישי, אלא אם כן שועבד הנכס במפורש לחוב. עיין שו"ת אגרות משה חו"מ ב, סב.

_____ (במילים: _____) שקלים
 חדשים, בהתאם לאישור יתרות לסילוק מטעם הבנק למשכנתאות המצ"ב כנספח ב'.
 והואיל והמוכרים מצהירים: כי הדירה נבנתה כדין, כי אין כל חריגות בנייה, וכי לא
 התנהלו ואין מתנהלים הליכים משפטיים למיניהם בגין חריגות בנייה;
 והואיל והמוכרים מעוניינים למכור ולהעביר לקונים את מלוא זכויותיהם בדירה, והקונים
 מעוניינים לקנות ולקבל את הנ"ל מהמוכרים, והכול בתמורה, במועדים ובתנאים
 האמורים להלן בחוזה זה;
 לכן הוסכם והותנה כדלהלן:

ב. המכירה

1. המבוא לחוזה זה עם ההצהרות שבו מחייב את הצדדים והוא חלק בלתי נפרד מן החוזה.
2. המוכרים מתחייבים¹⁰ בזה למכור¹¹ לקונים את הדירה ומלוא זכויותיהם בה.¹² הקונים מתחייבים בזה לקנות ולקבל מהמוכרים את הנ"ל; הכול בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן.¹³

10. בהרבה מקרים גם אחרי עריכת החוזה המוכר נשאר לגור בדירה, והעברת החזקה מתבצעת מאוחר יותר, או שנחתם חוזה על דירה שעוד לא נבנתה, ולכן נקבע בסעיף זה כי המוכר רק מתחייב למכור את הדירה בעתיד.

11. בהתחייבות למכור דבר מסוים באנו למחלוקת קצות החושן (רו, א) ונתיות המשפט (רג, ו), ראה מאמרו של הרב זלמן נ. גולדברג ("תוקף ההתחייבות למכור ב"זכרון דברים", תחומין יב, אלון שבות תשנ"א, עמ' 279). אולם ראה מה שכתב הרב א"י הרצוג (פסקים וכתבים, ירושלים תשנ"א, שו"ת כרך ט, חו"מ כו) כי מנהג בתי הדין הוא להכיר בהתחייבויות. והאריך בזה הרב אברהם כהן (עמק המשפט חלק א, ו). ראה שם (עמק המשפט שם, עמ' סז), שלדעת הגרי"ש אלישיב אי אפשר אפילו לטעון קים לי כדעת קצות החושן הסובר שאין תוקף להתחייבות למכור.

נוסף על כך, שני הצדדים מקבלים עליהם, להלן בסעיף 23, להתחייב לפי הדעה המקיימת את החוזה. ואף אם אין חיוב משפטי לעשות מעשה, חל החיוב הכספי בשל הפרה של מה שהבטיח לעשות (סעיף 15), ראה עוד בספרי: ההתחייבות (ירושלים תשס"א), פרק י"א.

12. במקרה שהמוכר חוכר הדירה מהמנהל, הוא מוכר את מלוא זכויותיו שיש לו בדירה.

13. אנו הצענו כאן התחייבות למכור שתבוצע בעתיד, אבל ניתן להציע אפשרויות נוספות:

הצעה מס' 22 – מכירה לאלתר

יש מצבים בהם המכירה מבוצעת מייד, במקרה כזה אפשר לכתוב:

"המוכרים מוכרים עכשיו את הדירה לקונים תמורת הסכום הנקוב להלן, והקונים קונים בזאת מהמוכרים את הנ"ל הכל בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן."

על פי אפשרות זו הבעלות עוברת בקניין סודר או בכסף, סעיף 3 בטל ויש למחוק אותו.

הצעה מס' 22 – מעכשיו ולאחר זמן

יש אפשרות של מכירה שחלה לאחר זמן שנקראת "קניין מעכשיו ולאחר זמן". במקרה כזה יש לשלם דמי קדימה בזמן חתימת החוזה ויש להחשיבם לקניין כסף שכן בקניין כסף אין אומרים "כלתה קניינו" (רמ"א חו"מ קצא, ד), וניתן לבצע קניין שיחול לאחר זמן. הדירה תעבור לבעלותו של הקונה בזמן שנקבע בסעיף 3. במקרה כזה יש לכתוב:

3. הבעלות על הממכר תעבור לקונה עם הרישום בטאבו או במינהל.¹⁴ אולם אם העברת החזקה לקונה תיעשה קודם לרישום יחשבו הקונים בינתיים כשוכרים, עד הרישום, כאשר שכר הדירה יגולם במחיר הדירה.¹⁵ כמו כן הקונים אחראים¹⁶ על נזקי הדירה לאחר כניסתם לדירה, כאילו היא שלהם.¹⁷

"המוכרים מוכרים את הדירה לקונים מעכשיו, (מחק את המיותר): ולכשתירשם הדירה בטאבו / ולכשתשולם מלוא התמורה עבור הדירה / ולכשתימסר החזקה בדירה. זאת, תמורת הסכום הנקוב להלן, והקונים קונים בואת מהמוכרים את הנ"ל הכל בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן."

בהתאם לנוסח סעיף זה, סעיף 3 בטל ויש למחוק אותו. היתרון בדרך זו הוא בהימנעות מבעיית ההתחייבות למכור נכס מסוים השנויה במחלוקת (ראה הערה 11). החיסרון הוא בכך שיש הסוברים שאין תוקף להעברת בעלות ללא רישום בטאבו וכדומה.

הצעה מס' 12 – התחייבות לשלם קנס אם המכירה לא תבוצע

יש אפשרות שהמכירה לא תחול כעת אלא בעת ביצוע מעשה הקניין כאמור להלן בסעיף 3 ובינתיים הצדדים יכולים לחזור בהם, אלא שהחזר בו מתחייב בקנס כאמור בסעיף 16.

14. לפי החוק, רק רישום בטאבו מעביר את הבעלות. גם על פי ההלכה יכול הרישום להיחשב למעשה קניין. לכן הצענו אפשרות כזו שתתאים את ההלכה לחוק, אלא שיש להתגבר על בעיות אחדות, כמובא בהערה הבאה.

15. משעה ששילם הקונה על הדירה ועד שתעבור הדירה לרשותו פועל הקונה כמלווה והמוכר כלווה. ואם יתגורר הקונה בחינם באותו שלב בבית המוכר המלווה, אעפ"י שהוא עומד לקנותו, נמצא שהוא מקבל ריבית. לכן יש לציין כי אכן משולם שכר על השימוש בדירה והוא כלול במחיר הדירה. הסדר זה יחול גם במקרה של פער לפי סעיף 5(ג), ראה בהערה 17.

16. חז"ל חששו למצב של "נשרפו חטיף בעלייה", כלומר שהמוכר ימנע מלהציל את הסחורה שמכר ואינה נמצאת כבר באחריותו מפני הפסד, ולכן תיקנו שכסף אינו קונה מטלטלין. בנידון דידן יש חשש שהקונה לא יקפיד לשמור על דירה שאינה שלו, ולכן סעיף זה קובע כי יש להתייחס אליו בהקשר זה כבעלים, ואילו המוכר אחראי רק על פגמים שנגרמו בעטיו, כדרך כל המוכרים.

17. אנו הצענו כאן נוסח לפיו ההלכה תואמת לחוק, כלומר שהעברת הבעלות מתבצעת עם הרישום. לדרך זו בעיות מספר כמצוין בהערות, לכן אנו מציעים גם אפשרויות נוספות:

הצעה מס' 33 – העברת בעלות בתשלום אחרון

"הבעלות על הממכר וזכות השימוש בו יעברו לידי הקונים עם קבלת התשלום האחרון. קבלת התשלום האחרון תיחשב גם כ"קניין כסף". אם יהיה פער בין התשלום האחרון לבין מסירת החזקה, הקונים יחשבו כבעלים עם קבלת החזקה לעניין אחריותם לנזקי הבית."

לפי החזוה, שני הזמנים – מסירת החזקה והתשלום האחרון – תואמים. עם זאת לעתים יש הפרש ביניהם: יש והקונה צריך להיכנס לדירה בטרם סיים את תשלומיו, והמוכר מסכים מפני שהוא סומך על סעיפי הסנקציה שבחזוה. כמו כן, יש והקונה מקדים את כל התשלומים עוד לפני הכניסה לדירה. במקרים אלו יש להניח שגמירות דעת המוכר היא, שקבלת כל התמורה תעביר את הבעלות, ולכן הצענו גם נוסח זה, והבוחר יבחר.

על פי דברי הגאון הרב זלמן נ. גולדברג עדיף לנקוט בדרך זו. יתר על כן, עדיף לכתוב שהקונה קונה בעלות חלקית בדירה בהתאם לסכום ששילם.

הצעה מס' 33 – העברת בעלות במסירת החזקה

"הבעלות על הממכר וזכות השימוש בו יעברו לידי הקונים עם מסירת החזקה בדירה. קבלת החזקה תחשב כ"קניין חזקה".

כאמור לעיל, לפי החוק הבעלות עוברת עם הרישום בטאבו, אולם מצב זה מעורר קושי, כמובא בהערות 15, 16. זהו היתרון בהעברת הבעלות עם מסירת החזקה, או עם התשלום כמובא בהצעה הקודמת. אולם החיסרון שקיים פער בהן בין הבעלות ההלכתית לבין הבעלות החוקית. למעשה גם החוק מתחשב במחזיק בקונה לעניין מיסים למשל. על כל פנים אין החוק שולל אפשרות של פער כזה.

ג. חובות הקונים

4. תמורת הדירה מתחייבים הקונים לשלם למוכרים סך השווה ל _____ דולר ארה"ב,¹⁸ במועדים ובתנאים המפורטים לקמן:¹⁹
- (א) במעמד חתימת החוזה ישולם סך השווה ל-10% ממחיר הדירה בסך _____ דולר ארה"ב; חתימת המוכרים על החוזה מהווה גם הודאה בקבלת שיק משורטט על סכום זה.
- (ב) ביום _____ ישולם סך השווה ל 35% ממחיר הדירה _____ דולר ארה"ב.
- (ג) סך השווה ל 35% ממחיר הדירה, _____ דולר ארה"ב, ישולם מיד לאחר שהקונים יקבלו את המשכנתה,²⁰ ו/או לאחר שהמוכרים יסלקו את המשכנתה הרובצת על הדירה כאמור סעיף 8, וכנגד המצאת אישורים של מס שבח מקרקעין, מס מכירה ושל הרשות המקומית, לצורך הרישום.
- (ד) ביום _____ ישולם סך השווה ל 10% ממחיר הדירה, _____ דולר ארה"ב,²¹ תמורת מסירת החזקה בדירה לרשות הקונים. סכום של 5% ממחיר הדירה יופקד בידי בא כוח המוכרים עד לרישום הדירה על שם הקונים.²²
- (ה) כל הסכומים ישולמו בשקלים, לפי שערו היציג של דולר ארה"ב הידוע בעת ביצועו בפועל של כל תשלום ותשלום. הוראה זו תחול גם על כל סכום אחר הנקוב בחוזה זה בדולרים.
- (ו) במעמד חתימת החוזה המוכרים חתמו על בקשה לרישום הערת אזהרה לטובת הקונים בלשכת רישום המקרקעין, והקונים חתמו על יפוי-כוח בלתי חוזר לטובת בא כוח המוכרים למחיקת הערת האזהרה שתירשם לטובתם כאמור. בא כוח המוכרים יעשה שימוש ביפוי-הכוח האמור רק במקרה שההסכם בוטל כדין עקב הפרתו היסודית על ידי הקונים, וגם נמסרה לקונים או לבא כוחם הודעה על כך 10 ימים מראש.
18. ניתן גם לקבוע מחיר בשקלים צמודים לדולר או למדד המזכירי לצרכן, אולם יש הסוברים כי יש בכך איסור ריבית, ולכן עדיף לציין את המחיר בדולרים. כיום, לרגל ירידת ערך הדולר, שוב מעדיפים רבים לנקוט את המחיר בשקלים, ושאלת הרבית נפתרת על פי סעיף 22 המובא להלן.
19. בגוף החוזה מוצע לוח תשלומים אפשרי, אולם כמובן ניתן לקבוע כל לוח תשלומים אחר בהסכמת שני הצדדים.
20. כשהקונים אינם זקוקים למשכנתה, ניתן לקבוע "תחנה" אחרת, או להשמיט סעיף קטן זה.
21. ניתן לקבוע כי בזמן מסירת החזקה תשולם כל יתרת מחיר הדירה, לחילופין ניתן לקבוע כי 5% יועברו למוכר רק עם הרישום בטאבו.
22. בדרך כלל הרישום מתבצע אחרי העברת הבעלות והחזקה, במצב כזה הקונה אמור לשלם הכול משום שקיבל את הבעלות. ואולם כדי לזרז את המוכר לרשום את הדירה נותר חלק מהתשלום בידי הקונה. נקטנו בסך 5%, אך אפשר לשנותו למעלה או למטה.

ד. חובות המוכרים

5. המוכרים מתחייבים למסור²³ לקונים את הדירה במצבה כפי שהיא בעת חתימת חווה זה פרט לבלאי הנובע משימוש זהיר וסביר,²⁴ וכן כשהיא נקייה מכל אדם וחפץ ומכל זכות צד ג', כשכל מערכות הדירה תקינות ופועלות לא יאוחר מ _____, וזאת תמורת מלוא התשלום הנקוב בסעיף 4(ד).
 6. יחד עם הדירה וכחלק מהמחיר המוסכם מתחייבים המוכרים למכור את כל מה שמחובר לדירה פרט ל _____.
 7. (א) בכפוף למילוי התחייבויות הקונים על פי חווה זה במלואם ובמועד המוכרים מתחייבים לרשום את הדירה²⁵ על שם הקונים בלשכה או במנהל או בחברה משכנת, כשהיא נקייה מכל זכות צד ג', וזאת לא יאוחר מיום _____.
(ב). הצדדים מתחייבים זה כלפי זה להתייצב בכל מקום שיידרשו, לאחר תיאום סביר מראש, ולהמציא ו/או לחתום על כל מסמך, טופס או הצהרה שיהיה נחוץ או מועיל לשם המטרה האמורה בסעיף קטן (א).
(ג). המוכרים מצהירים כי ידוע להם שהקונים עומדים לממן חלק מהתמורה בעזרת הלוואה שיקבלו מהבנק. המוכרים מתחייבים להמציא כל מסמך הדרוש לקונים כדי לקבל את ההלוואה, וכן לחתום על כל מסמך מקובל כפי שיידרש על ידי הבנק.
 8. המוכרים מתחייבים לפרוע לבנק _____ את ההלוואה מס' _____ האמורה לעיל בפרק המבוא, ולהביא להסרת המשכנתה מעל הדירה, עד לתאריך _____ וכן להמציא "מסמך כוונות"²⁶ לקונה לא יאוחר מתאריך _____.
 9. במעמד חתימת חווה זה חתמו המוכרים על יפוי כוח בלתי חוזר²⁷ לצורך ביצוע הוראות חווה זה. יפוי הכוח הופקד בידי הנאמנות של עורך-הדין
-
23. ראה הערה 11.
 24. משפט זה בא למנוע בעיה אם יופיע בעתיד קלקול באונס בדירה. ללא התחייבות זו, גם אם הקונה יהיה רשאי לבטל את העסקה, הרי שאם יבחר שלא לבטלה, הוא לא יוכל לכפות את המוכר לתקן את הקלקול (ראה עמק המשפט, חלק א, סי' לח).
 25. התחייבות לרשום יכולה לעורר בעיה של קניין דברים, לפי חלק מהפוסקים. אולם יתכן לראות ברישום תנאי למכירה, ואם כן המוכר יאלץ לבצעו כדי לקיים את המכר. בין כך ובין כך יחול כאן האמור לעיל בהערה 11.
 26. "מסמך כוונות" מודיע הבנק למשכנתאות של המוכר על כוונתו להסיר את השעבוד שלו על הנכס, לאחר שהמוכר יפרע את יתרת המשכנתה שלו. מסמך זה נדרש על ידי הבנק למשכנתאות של הקונה, על מנת לאשר הלוואה קודם להסרת השעבוד על הנכס.
 27. יפוי-כוח בלתי-חוזר הוא מוסד משפטי שאינו ידוע בהלכה. אין הוא בגדר שליחות או הרשאה שכן המרשה (שולחן ערוך חו"מ קכב, ג) או המשלח יכולים לחזור בהם, ודאי שהן בטלות לאחר מות המשלח או המרשה.

מרחוב _____ ב _____
 אשר יהיה רשאי לעשות בו שימוש רק לאחר שהתמורה שולמה למוכרים או הופקדה לטובתם.

ה. תשלומים ומיסים

10. (א) מס שבח מקרקעין ומס מכירה, אם יהיו, יוטלו על המוכרים; והם מתחייבים לשלם במועדם.²⁸
 (ב) מס רכישה יוטל על הקונים; הם מתחייבים לשלמו במועדו.
 (ג) כל המיסים ותשלומי החובה: ממשלתיים, עירוניים, נציגות הבית וכדו', חובות לחברת החשמל, חשבונות מים וגז, החלים על הדירה בעליה או מחזיקיה, עד למסירת החזקה בדירה לקונים, יחולו על המוכרים והם מתחייבים לשלם; מאותו מועד ואילך התשלומים האמורים יחולו על הקונים, והם מתחייבים לשלם.
 (ד) בעת מסירת החזקה בדירה יקראו הצדדים את הרישום במונה החשמל,²⁹ מונה המים ומונה הגז, כדי לקבוע את חובו של כל צד בתשלומים האמורים בסעיף קטן (ג).
 (ה) סמוך למסירת החזקה בדירה לידי הקונים, מתחייבים המוכרים לעשות את כל הנדרש מצידם כדי שהקונים יוכלו להירשם כמנוי בחברת החשמל, בחברת הגז ובערייה. הקונים יפקידו כל פיקדון שנדרש במקומות אלה בשביל שהמוכרים יוכלו לקבל בחזרה כל פיקדון שהם הפקידו.³⁰
11. מוסכם על הצדדים כי הקונים רשאים להקדים את מועד התשלומים, וזאת על ידי הודעה של לפחות 48 שעות מראש.
12. (א) פרע אחד מהצדדים תשלום שחל על משנהו לאחר התראה מראש, הרי הצד השני מתחייב להחזיר ולשלם לו את התשלום במועד בו היה חייב לשלמו לולא פרעו הצד השני; עבר מועד זה – מתחייב הוא לשלמו מיד עם דרישה ראשונה.³¹
 (ב) הסכום ששולם יהיה צמוד לשער היציג של דולר ארה"ב, מרגע ששולם עד לרגע הפירעון.

הקרב ביותר למוסד זה הוא "קני על מנת להקנות" (נדרים מח, ב; שולחן ערוך חו"מ קצה, ה; קצות החושן שם, ה; שולחן ערוך יו"ד רכג, ג; ש"ך שם, ג; ט"ז שם, ג). אמנם בענייננו אין המוכר מודע להסדר המדויק, אבל נראה שאפשר להכיר במוסד זה מכוח מנהג המדינה (סיטומתא) ובייחוד בגלל שמצאנו לו דמיון בדרך של "קני על מנת להקנות" כאמור.

28. במקרה חכירה נוהגים להוסיף כי על המוכרים לשלם את דמי ההסכמה, אם יחולו, ועל הקונים לשלם את דמי ההיוון אם ירצו בכך.
29. סעיף זה הוא בגדר עצה טובה, ואינו מחייב משפטית, שכן אינו אלא בגדר קניין דברים.
30. אלו התחייבויות משפטיות, ואשר לשאלת קניין דברים, ראה לעיל הערה 11.
31. סעיף זה בא למנוע ממנו שנפרע חובו לטעון טענת "הפורע חובו של חברי – פטור". ומשמעותו של הסעיף היא שאותו צד שפרע לא עשה זאת כמתנדב אלא כדי לקדם את ביצוע החווה (ראה עוד ש"ך חו"מ קכח, ו).

13. הוסכם בין הצדדים, כי כל החובות האמורים בחווה זה ישולמו אך ורק באמצעות שיק משורטט או שיק בנקאי או כסף מזומן, אלא אם כן יסכימו אחרת, זולת התשלום האחרון שייעשה במזומן או בשיק בנקאי בלבד.

ו. מצב הנכס

14. (א) הקונים מצהירים כי ראו את הדירה, את מצבה הפיסי והתכנוני, את הסביבה בה היא נמצאת, ובדקה בדיקת קונים ומצאה מתאימה למטרותיהם, והינם מוותרים על כל טענה בדבר אי התאמה ו/או פגם גלויים, וזאת בתנאי שהמוכרים יתקנו לפני מועד מסירת החזקה את הפגמים דלהלן _____, בכפוף להצהרת המוכרים כאמור בסעיף קטן (ב).³²
- (ב) המוכרים מצהירים כי לא ידוע להם על שום מום נסתר בדירה. הקונים מוחלים מראש על כל טענת אי התאמה או מומים נסתרים, שאינו ידוע למוכרים, ואשר מפחיתים עד 10% מערך הדירה הנוכחי.³³
- (ג) שני הצדדים מצהירים שמחירן של דירות מסוג זה באזור זה ידוע להם, והם מוחלים על כל טענה של אונאה עד 50% ממחיר הדירה (לפי הערכת שמאי).³⁴

ז. הפרת החווה וביטולו

15. (א) איחור שלא יעלה על 10 ימים בביצוע סעיף מסעיפי חווה זה לא יחשב להפרה של החווה.
- (ב) אם יפגרו המוכרים במסירת החזקה בדירה לקונים, כמשמעה בסעיף 5, יותר מ-10 ימים, מתחייבים הם לשלם לקונים כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק סך _____ דולר ארה"ב לכל יום איחור מהיום ה-11 ועד ליום ה-30 או עד למסירת החזקה.
- (ג) אם יפגרו הקונים באחד מתשלומיהם ביותר מ-10 ימים מתחייבים הם לשלם למוכרים כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק סך _____ דולר ארה"ב לכל יום איחור מהיום ה-11 ועד היום ה-30 או עד לביצוע התשלום.³⁵

32. בדרך כלל הקונה דורש תיקון לפני עריכת החווה. אך יש ועקב לחץ זמן וכדומה הוא מסכים לחתום כעת בתנאי שהפגמים יתוקנו עד למסירת הדירה. ויש שהמוכר מוכן לתקן רק לאחר עריכת החווה.

33. מום נסתר יכול להביא לביטול החווה. כדי למנוע אפשרות שגם מום קטן יהא עילה לביטול החווה, הקונה מוחל מראש על אפשרות זו. כיוון שהשולחן ערוך (ח"מ רלב, ז) פוסק כרמב"ם, כי צריך מחילה מפורשת "או שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו", לכן הצענו סעיף מחילה זה, ברם ניתן לשנותו לפי רצון הצדדים ובהסכמתם.

34. טענת אונאה היא מאוד נדירה, שכן אין אונאה לקרקעות ובדרך כלל אין מחיר מקובל שמהווה בסיס לאונאה. בכל זאת רצוי למנוע אפשרות טענה זו על ידי מחילה מראש, אלא ששוב צריך מחילה מפורשת או קביעת גבול לאונאה (ראה שו"ת חקרי לב ח"מ ב, כו; הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, אונאת ממון – כת"ר ד, עמ' 264).

35. לגבי שאלת הריבית עיין בסעיף 22.

(ד) הפרה שאינה יסודית מאפשרת ביטול החוזה רק לאחר מסירת הודעה ומתן אפשרות לתיקון ההפרה תוך 72 שעות מרגע קבלת ההודעה.

(ה) אם התגלה בדירה מום שלא נהוג לבטל בגינו את המכירה, והקונה לא מחל עליו כאמור בסעיף 14, רשאי כל אחד מהצדדים להציע תיקון על חשבון המוכר, או לנכות מהתמורה לדירה כאשר אין אפשרות לתיקון, ובמקרה כזה המכר לא יתבטל.³⁶

16. (א) כל איחור בביצוע אחד מסעיפי חוזה זה מעבר ל-30 יום יחשב כהפרה יסודית.³⁷ מוסכם על הצדדים, כי הצהרות המוכרים הנזכרות לעיל בפרק המבוא, ובסעיף 14(ב) הן תנאים יסודיים בחוזה, ופגם משמעותי בנכונותן ייחשב להפרה יסודית של החוזה. (ב) הצד שיפר את החוזה הפרה יסודית, מתחייב לשלם לרעהו פיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק, השווה ל_____ דולר ארה"ב. (ג) נוסף על כך, אם ההפרה נמשכת, מתחייב הצד המפר לשלם סך של _____ דולר ארה"ב לכל יום, מאותו יום שההפרה נעשתה יסודית ועד לביצוע ההתחייבויות אותו הפר, אם הן ניתנות לביצוע.

(ד) הצד הנפגע רשאי לדרוש את ביטול החוזה. במקרה כזה הוא מוחל על ההתחייבות כלפיו המוזכרת בסעיף קטן (ג). על ביטול החוזה יש להודיע תוך 30 יום מרגע שנודע על ההפרה,³⁸ אחרי 30 יום יחשב הצד הנפגע כאילו מחל על זכותו לביטול החוזה. עם ביטול החוזה יחזירו המוכרים את הכסף שקיבלו כאשר הסכומים צמודים לדולר ארה"ב. כספים שקבלו המוכרים מבנק למשכנתאות של הקונים יוחזרו לבנק בהתאם להתחייבות המוכרים.

(ה) נוסף לפיצוי המוסכם, מתחייב כל צד לפצות את הצד השני אם הלה יוכיח שנגרם לו הפסד עקב הפרה יסודית של החוזה. הפסד זה כולל ירידת ערך הדירה, הוצאות ומניעת רווחים שייגרמו, בין במישרין ובין בעקיפין כתוצאה מההפרה.

(ו) במקרה שלא נגרם לצד הנפגע נזק של ממש יוכל הבורר להחליט על הפחתת שיעור הפיצויים המוזכרים בחוזה זה.

36. **בשולחן ערוך** (ח"מ רלב, ד) נפסק: "אין מחשבין פחת המום... שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה. וכן אם רוצה הלוקח ליקח פחת המום הרשות ביד המוכר לומר: או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזר לי מקחי". עם זאת לא נמנעו הפוסקים "להכשיר" מיקח עם מום קטן כמו במקרה בו התגלה שנעקרו חלונות ודלתות מהבית (שם, ד), או כמו במקרה שקיבל בשר שאינו איל מסורס במקום בשר איל מסורס (**רמ"א** ח"מ רלג, א). המפרשים התלבטו האם ומתי קיימת אופציית תיקון או ניכוי (עיין **מחנה אפרים** הלכות אונאה, ו). בימינו אין נוהגים לבטל מקח בגלל מום קטן, וכדי להסיר ספק הכנסנו אופציה זו כתנאי מוסכם.

37. הפרה יסודית מאפשרת ביטול מיידי של החוזה, לעומת זאת הפרה שאינה יסודית מאפשרת ביטול של החוזה רק לאחר הודעה לצד שהפר את החוזה, כאמור בסעיף 15 (ד).

38. ראה **שולחן ערוך** (ח"מ רלב, ג) שכתב כי שימוש במקח לאחר שנודע על אפשרות ביטולו, מורה על מחילה. אולם לפעמים יש לקונה קושי להחליט מיד על ביטול, ולכן אפשרנו לו המתנה של עד חודש ימים. על כל פנים במקרה כזה ישלם הקונה דמי שכירות מופחתים על תקופת ההמתנה.

(ז) אם המכירה תבטל עקב אי עמידה של המוכרים בהתחייבויותיהם ישלמו הקונים דמי שכירות מופחתים על השימוש בדירה עד פינויה, בסך של _____ ש"ח לחודש.³⁹

ח. שטר בוררות

17. במקרה של חילוקי דעות ביחס לחווה כולל פרשנותו ואופן ביצועו מקבלים הצדדים בקניין סודר כבורר את _____, ולחילופין אם הלה לא יוכל או לא ירצה לדון בסכסוך, בורר אחר מטעמו, שידונו ויכריעו ביניהם בין לדין ובין לפשר, על פי דין תורה ובהתחשב גם בחוק המדינה, זאת על פי שטר הבוררות של בית הדין "משפט והלכה בישראל".

18. למען הסר ספק יאמר כאן, שסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכותו של הגוף שידון בין הצדדים להטיל, כראות עיניו, שבועה או כל חיוב אחר.

ט. סעיפים כלליים

19. מוסכם על הצדדים, כי הודעה שנשלחה מצד אחד למשנהו בדואר רשום, תיחשב כאילו נתקבלה בתום שלושה ימים מתאריך מסירתה, אלא אם יוכח ההיפך.

כתובת הקונים לענין זה: _____

כתובת המוכרים לענין זה: _____

20. מוסכם על הצדדים, כי כל אחד מהם נאמן כשני עדים על הצד השני ועל יורשיו ועל באי כוחו, אם יטען שהחוב, לפי חווה זו, טרם נפרע.⁴⁰ במקרה כזה, יפרע הצד החייב את חובו בלא חרם ובלא שבועה ובלא הדרת הראש ובלא שום טענה בעולם. כל זה אמור רק אם לא ישתכנע הגוף שידון בין הצדדים שהחוב נפרע.

21. הצדדים קובעים ומודים בזאת, כי כל התנאים האמורים בחווה, כולם תקפים, שרירים וקיימים, כתנאי שהתנה משה רבינו ע"ה עם בני גד ובני ראובן, וכחומר כל התנאים העשויים כתיקון חכמים.⁴¹

22. כל התשלומים ששולמו או שמגיעים מצד אחד למשנהו, נעשו על פי היתר עיסקא כתקנת מהר"ם מקראקא,⁴² ותנאי ההתפשרות יהיה קיום כל ההתחייבויות ההדדיות שבחווה זו.

39. אם המכירה מתבטלת, הכסף ששולם למוכר דינו כהלואה. ואם כן נמצא הקונה-המלווה יושב בינתיים בדירה חנם, ובעצם מקבל ריבית (ישיבה בדירה נוסף להחזרת ההלוואה), לכן עליו לשלם דמי שכירות, כדי שלא יכשל בעוון ריבית. אך מכיוון שלא התכוון לשבת כשוכר, די בדמי שכירות מופחתים.

40. הסעיף נועד למנוע טענת "פרעתי", שכן בחוב ללא שטר, נאמן החייב בטענת "פרעתי" (רמב"ם טוען א, ג).

41. הסעיף נועד למנוע את הצורך במשפטי התנאים, כתנאי כפול וכדומה (ראה שולחן ערוך חו"מ רמא, יב; ונתיבות המשפט שם, יא; שם רז, א).

42. עיין עמק המשפט חלק ד, סי' לו, אות כב. ישנם אמצעים נוספים אך מורכבים יותר לפתור את בעיית הריבית, ראה הרב דוד בס "חווים על פי דיני תורה", כת"ר א, עמ' 187, סעיף 24; הרב ד"ר איתמר

23. אם ישנה מחלוקת הפוסקים בקשר לעניין הכרוך בתקפות החוזה, סעיף מסעיפיו, תנאי מתנאיו או דבר מכל דבריו, הצדדים מקבלים עליהם את השיטה הנותנת יתר תוקף לכל האמור, כך שלא יוכלו לטעון "קים לי" כנגדה. כל צד מתחייב לשלם כל חוב המוטל עליו על פי שיטה זו, ומקנה לרעהו כל זכות שמגיעה לו לפי אותה השיטה.⁴³
24. כל צד משעבד נכסיו לחובותיו על פי החוזה – הן נכסים שיש ברשותו עכשיו, והן אלה שיבואו לרשותו בעתיד.⁴⁴
25. (א) הצדדים מודים כי כל ההקנאות, החיובים והמחילות האמורים לעיל, נעשו בקניין היותר מועיל,⁴⁵ בכלי הכשר לקנות בו,⁴⁶ בבית דין חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא,⁴⁷ וכתיקון חכמים.
- (ב) נוסף לאמור לעיל בסעיף קטן (א) ובלא לגרוע ממנו בשום אופן, הסכימו הצדדים כי לחתימתם על חוזה זה יהיה ערך של סיטומתא, וכך תהווה אף היא קניין על כל האמור בחוזה.⁴⁸
- (ג) הצדדים מודים שקראו את החוזה ואין להם טענות בדבר אי הבנה. עם זאת, גם אם היו פרטים שלא הובנו כהלכה מקבלים הצדדים עליהם, בקניין ובסיטומתא כאמור, את כל מה שכתוב בחוזה, ובכלל זה גם הפרטים הנ"ל.⁴⁹
26. (א) כל האמור לעיל נעשה, נכתב ונחתם בגמירות דעת ומתוך יישוב הדעת; הכל נעשה באופן שאין בו אסמכתא או פגם אחר, וחתימת הצדדים על החוזה מהווה הודאה בכך.
- (ב) הודאות האמורות בחוזה זה הינן הודאות גמורות ונאמרו ברצינות גמורה, ולא נבעו מחמת שום כורח או אונס או דבר דומה.
- (ג) כמו כן, הצדדים מודים שכל האמור בחוזה נעשה על ידיהם מתוך רצונם החופשי. הצדדים מבטלים כל מודעא הנוגדת את האמור, שמסרו אי פעם, כולל "מודעא דמודעא", ופוסלים כל עדים שיעידו על מודעא הנוגדת את האמור בחוזה.
- (ד) שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם יעשה בכתב על גבי חוזה זה ובחתימות הצדדים.⁵⁰
- ורהפטיג, "קנס פיגורים ללא חשש ריבית", **תחומין כג**, עמ' 382. לדעת הרב צבי יהודה בן יעקב יש לערוך היתר עיסקא נפרד.
43. הסעיף נועד למנוע טענת "קים לי" (הסתמכות על דעת מיעוט) של החייב על פי החוזה.
44. שיעבוד זה נקרא בשם "דאיכני", ולפיו גם נכסים שירכוש לאחר מועד החיוב משועבדים לחובותיו.
45. כדי שלא תתעורר בעיה של הודאת שקר, צריך לעשות לפני החתימה קניין סודר בכלי, כמו עט וכיוצא ב.
46. ראה סמ"ע קצה, ד.
47. ניסוח זה שולל טענת אסמכתא, ראה **עמק המשפט**, חלק א, סי' ל, אות ט.
48. כבר הזכרנו לעיל קניין כסף וקניין חזקה ביחס להעברת הבעלות (סעיף 3) וקניין סודר גם ביחס להתחייבויות (סעיף 25א), וליתר תוקף נוסף כאן קניין סיטומתא.
49. ראה עוד **שולחן ערוך** חו"מ מה, ג; סא, יג.
50. מן הדין שטר שניתן להוסיף בו פרטים לאחר שנחתם, מבלי שניתן יהיה לזהות זאת – פסול (**שולחן ערוך** חו"מ, מב), לפיכך יש צורך להגביל את היכולת להוסיף סעיפים ללא חתימת שני הצדדים.

לראיה ולקניין באנו על החתום⁵¹ במקום _____
ביום _____ לחודש _____ שנת _____ ולמניינם _____.

מוכרים קונים

51. החתימה תהיה בשורה סמוכה לשורה האחרונה של החווה כדי למנוע טענת זיוף (ראה שולחן ערוך חו"מ, מד). כמו כן יחתמו הצדדים על כל דף בנפרד.

חוזה מכר רכב

הרב הלל גפן

מבוא הלכתי והצעת ניסוח	ד. אונאה פגמים וליקויים
א. הקדמה	1. אונאה
ב. מעשה הקניין	2. מחילה כללית על פגמים
1. קניין סודר	3. חוזה ללא מחילה כללית
2. קניין משיכה	4. בדיקת תקינות הרכב והשלכותיה
3. קניין מסירה	5. ביטול העסקה
4. רישום הרכב במשרד הרישוי	6. סיכום וניסוח הסעיף
ג. דחיית העברת השליטה ברכב	ה. סיכום
1. השאלת הרכב למוכר	חוזה מכר רכב
2. דחיית העברת הבעלות	
3. התחייבות למכור	
4. פיצויים מוסכמים	

מבוא הלכתי והצעת ניסוח

א. הקדמה

עסקאות רבות בשוק נחתמות בממון רב ואולם הן אינן שייכות לרוב הציבור. עסקה למכירת רכב היא עסקה שיש בה ממון רב ויחד עם זאת היא נפוצה בציבור הרחב ועל כן רבים נזקקים להלכות ברורות כמענה לשאלות השונות. כדי לקבל תמורה הולמת להשקעתם מעוניינים הן המוכר והן הקונה לקבל ביטחונות מפני פגמים, ולעשות העברה של הבעלות ברכב במועד מוסכם, ולשם כך עליהם לערוך חוזה מכר.

ניסוחו של חוזה מכר המגשים מטרות אלה, ולו גם תוקף הלכתי הוא מלאכה מורכבת, הדורשת התמצאות הלכתית בהיבטיה השונים של העסקה כגון: מעשה הקניין, חלות קניין במועד מאוחר, אחריות לליקויים, אונאה במחיר, וכדומה. נוסף לזאת יש להבין רצון הצדדים, כדי שניתן יהיה לנסח בסופו של דבר חוזה מכר שעונה לצרכיהם, והוא בעל תוקף הלכתי.

* הרב הלל גפן, מכון משפטי ארץ, עפרה, הישיבה הגבוהה, בית אל.

[משפטי ארץ ג • קניין ומסחר • עפרה תש"ע]

במאמר זה נסקור את היבטיה השונים של העסקה, נעמוד על הקשיים ההלכתיים העומדים בפני הצדדים בבואם לנסח את חווה המכר, ואף נציע להם פתרונות אשר יסייעו לנו, בסופו של דבר, בניסוחו של חווה מכר.

ב. מעשה הקניין

העברת בעלות בנכס, מכל סוג שהוא, תלויה בשני גורמים: קיומו של מעשה קניין ורצון מצד הקונה והמוכר להעביר את הבעלות במעשה זה. קודם לעשיית המעשה, החפץ שייך למוכר והוא נושא באחריות לכל נזק שנגרם לחפץ, ולאחריו החפץ שייך לקונה והוא נושא באחריות לנזקים. חווה המכר אינו יכול ליצור את הקניין כיוון שבניגוד לקרקעות, מעיקר הדין אין מיטלטלין נקנים בשטר.¹ מהו אם כן מעשה הקניין הדרוש לשם סיומה של עסקה למכירת רכב?

1. קניין סודר

מעשה הקניין הפשוט והשכיח ביותר הוא קניין סודר, בו הקונה מוסר חפץ ליד המוכר (בדרך כלל, הלה מחזיר לו לאחר מכן את החפץ), ובתמורה המוכר מקנה לו את הנכס. קניין סודר מועיל בין בקרקעות ובין במיטלטלין,² וודאי שניתן לקנות בו את הרכב.

2. קניין משיכה

אף אם לא נעשה קניין סודר, ניתן לראות בנהיגת הקונה ברכב מעשה קניין במשיכה. בדרך כלל, משמעותו של קניין משיכה היא, שהקונה מושך את החפץ שהוא קנה לרשותו. בשיעור המשיכה, ישנה מחלוקת בגמרא³ בעניין משיכת ספינה. לדעת רב, כיוון שמשך הקונה כל שהוא, קנה, ולדעת שמואל, לא קנה עד שימשוך את כולה, וכך נפסק להלכה: "אינו קונה הספינה עד שימשכנה כולה ויוציאנה מכל המקום שהייתה בו".⁴ לפי זה, כדי לקנות את הרכב במשיכה, יש להוציאו מן המקום בו הוא חנה, ולא די בשינוי קל במקומו. כמובן, שרק נהיגה שהמוכר והקונה רואים בה את העברת הבעלות יכולה להיות מעשה קניין.

קניין משיכה אינו דורש מן הקונה למשוך באופן ישיר את הדבר שאותו הוא מבקש לקנות, ודי בכך שהוא גורם לחפץ שינוע למקום שהוא מעוניין בו. לכן, יכול אדם לקנות בהמה

1. תוספות כתובות קב, א, ד"ה אליבא; פסקי הרא"ש כתובות יב, ב; בית יוסף חו"מ מ, וכך משמע מלשון המשנה המובאת בקידושין כו, א: "נכסים שיש להם אחריות – נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, שאין להם אחריות – אין נקנין אלא במשיכה", כלומר שמיטלטלין אינם נקנים בכסף בשטר ובחזקה.

2. שולחן ערוך חו"מ קצה, א: "בקניין כיצד? יתן הקונה למקנה כלי כל שהוא ויאמר לו: 'קנה זה חלף הקרקע או המטלטל שמכרת או שנתת לי', וכיוון שמשך המקנה הכלי, נקנה הקרקע או המיטלטלים ללוקח או למקבל מתנה בכל מקום שהוא".

3. בבא בתרא עה, א.

4. שולחן ערוך חו"מ קצה, ז.

בקניין משיכה אף בכך שיקרא לה והיא תבוא אליו.⁵ לפי זה, נהיגה ברכב על ידי הקונה בהחלט יכולה להיחשב כקניין משיכה, אף על פי שכוח המנוע הוא שמניע את הרכב. חסרונו של קניין המשיכה הוא, שלא ניתן לקיימו בכל מקום. משיכה אינה קונה אלא במקום המוגדר כ'סימטא', או בחצר של שניהם, ולא ברשות הרבים.⁶ לכן, אם המכונת חונה ברשות הרבים והקונה מבקש לקנותה בקניין משיכה, עליו לנהוג בה עד שיגיע למקום המוגדר כ'סימטא'. ההבחנה בין 'רשות הרבים' ל'סימטא' נוגעת בעיקר לשאלה, האם רשאים הרבים להתעכב במקום. 'רשות הרבים' היא מקום שהרבים רשאים להלך בו, אך אינם יכולים להתעכב בו, בעוד ש'סימטא' היא מקום שהרבים רשאים גם להלך וגם להתעכב בו.⁷ על פי זה, נראה שצידי הרחוב המיועדים לחניית מכונות נחשבים לכאורה ל'סימטא', ולכן נהיגה במכונת והחנייתה במקום חנייה היא קניין משיכה.

3. קניין מסירה

דרך קניין נוספת שניתן לחשוב עליה בהקשר של מכירת רכב היא הדרך של קניין מסירה. מסירה בהקשר של קניין בהמה, היא אחיזת המושכות בידי הקונה, אחיזה המבטאת שליטה בבהמה. בהקשר של רכב תיתכן אחיזה של הקונה ברכב (לדוגמה, בידית הפתיחה של הדלת או בהגה). לדעת התוספות,⁸ קניין זה הוא ייחודי למכירת ספינה או בעלי חיים. הרא"ש מסביר, שייחודם של ספינה ובעלי חיים הוא:

דמסירה דידהו הוי [=מסירה שלהם היא] כמו משיכה, דכשאווחו הספינה בחבל ומנענעו כל דהו הולכת מכוחו על פני המים, הלכך אפילו לא הלכה כלל, קני [=קונה] לה במסירה וכן נמי [=גם] בבעלי חיים, אבל שאר מיטלטלין לא מיקנו [=נקנים] במסירה.⁹

רכב גלגלי ניתן להזיז בקלות יחסית, לכן ייתכן שדינו דומה לספינה. הרמב"ם¹⁰ והשולחן-ערוך¹¹ כתבו:

הספינה הואיל ואי אפשר להגביהה ויש במשיכתה טורח גדול ואינה נמשכת אלא לרבים, לא הצריכה משיכה אלא נקנית במסירה וכן כל כיוצא בזה.

מדבריהם משמע, שכל דבר שקשה למושכו נקנה במסירה, ולאור זאת יש לדון, האם במכונת מועילה מסירה בתור קניין, משום שקשה למושכה בידיים, או שמא אין טורח במשיכת המכונת הואיל וניתן לנהוג בה, ומשום כך אין היא נכללת בתקנת חכמים המאפשרת קניין במסירה.

5. שולחן ערוך חו"מ קצו, ג.

6. שולחן ערוך חו"מ קצו, ב.

7. ראה לשון הרשב"ם בבא בתרא ע"ב: "סימטא הוא מקום המיוחד לעומדים שם באותה שעה".

8. תוספות בבא בתרא ע"א, ד"ה אי.

9. רא"ש בבא בתרא ה, ג.

10. רמב"ם מכירה ג, ג.

11. שולחן ערוך חו"מ קצח, ז.

4. רישום הרכב במשרד הרישוי

לפי החוק במדינת ישראל, העברת הבעלות על מקרקעין נעשית אך ורק על ידי רישום בטאבו. לעומת זאת, מעמדו של רישום הרכב במשרד הרישוי אינו ברור.¹² בנוגע להעברת בעלות במקרקעין על ידי רישום בטאבו מוסכם שהעברת הרישום מעבירה גם את הבעלות, כיוון שזהו המנהג המקובל.¹³ כמו כן, יש הסוברים¹⁴ שאפילו ללא שימוש בכלל "דינא דמלכותא דינא", אין תוקף למכירה ללא רישום, וזאת משום שאין גמירות דעת לצדדים כאשר אין לעסקה תוקף חוקי.¹⁵ ברוח זו יש מקום לומר שגם בנוגע להעברת בעלות על רכב, הצדדים אינם גומרים בדעתם לסיים את העסקה ללא העברת הרישום.¹⁶ את החווה עלינו לנסח באופן שיהיה מועיל לכל השיטות, ומשום כך עדיף לקבוע שהקניין יתבצע בזמן הרישום ועל ידי הרישום. הרישום יהווה מעשה קניין מועיל כיוון שנהוג בין בני האדם שבהעברת הרישום עוברת הבעלות.¹⁷

12. [הערת עורך: מכירת רכב היא מכר של מיטלטלין אשר על פי סעיף 33 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 הבעלות בהם עוברת במסירת הממכר ואינה טעונה רישום כלשהו. לכאורה, רישום זה הוא בעל ערך דקלרטיבי שלא כרישום מקרקעין בלשכת רישום המקרקעין שהוא קונסטיטוטיווי (ראה להשוואה תקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל – 1969). בעניין זה עסק בית המשפט (ע"א 634/79 קון נ' חסון ואח'):

מהי אפוא נפקותו של הרישום? דומה שבשאלה זו טרם נאמרה המילה האחרונה על-ידי הפסיקה ועל-ידי המחוקק. בית-משפט זה התייחס לא אחת לשאלת מעמדו של רישום כלי רכב במשרד הרישוי. בע"א 782/86 חברת אוטובוסים מטאר אל-קודס נ' מנהל מס ערך מוסף בעמ' 570 נסקרה הפסיקה שקבעה כי הרישום הוא בעל ערך "דקלרטיבי" גרידא, ובראשה פסק-הדין בע"א 492/64 לוי נ' וייס ואח', שם נקבע כי הרישום במשרד הרישוי אינו יוצר בעלות והשינוי ברישום אינו משנה בעלות... בית-משפט זה ראה מקום להרהור מחודש בשאלה אם על רקע התיקונים שהוכנסו בתקנות בנושא סדרי העברתם של כלי רכב משמו של מוכר לשמו של קונה יש טעם להבחין בין הרישום המתקיים במישור המשפט הציבורי לבין העברת הבעלות בכלי רכב במישור הפרטי.

מסכם השופט מצא, בע"א 782/86 הנ"ל, בעמ' 571 בין אותיות השוליים ג-ד:

איתנה הרגשתי, כי בנושא זה טרם אמרה הפסיקה את מילתה האחרונה... גם אם אין הרישום קונסטיטוטיווי אין חולק על חשיבותו. הרישום יוצר מאגר מידע בידי רשות, ועליו מסתמכים רוכשי רכב כדי לוודא בעלותו של המוכר ברכב הנמכר בטרם ירכשוהו... יהי אשר יהי המצב הרצוי, נראה לי כי כיום אין רישום הרכב במשרד הרישוי מהווה אקט קונסטיטוטיווי של העברת הבעלות... – ת"א (עכו) 2327/04, אסלאם סעיד נ' כרמי מאזן (לא פורסם). י.א.]

13. לדוגמה, הרב יוסף שלום אלישיב פד"ר א, עמ' 285–283; שם ו, עמ' 383–378; שו"ת ישכיל עבדי ב, חו"מ, ד.

14. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, סב; שו"ת ישכיל עבדי ב, ט.

15. [הערת עורך: על פי זה, נראה שההלכה מחמירה מן החוק, ויש להדגיש את הדבר, שכן בעוד שלפי החוק, הרישום הוא דקלרטיבי בלבד, לפי ההלכה הוא הופך לקונסטיטוטיווי בשל העדר גמירות דעת. אמנם גם לפי החוק יש צורך בגמירות דעת, אך נראה שאם יוכח שהצדדים חתמו על העסקה, ובדעה צלולה דחו מסיבות שונות את הרישום, לא תתקבל טענה לפיה היה פגם בגמירות דעת. י.א.]

16. [הערת עורך: יש להעיר כי בקניית רכב מגוף עסקי או מחברת ליסינג הרישום מתעכב למשך זמן רב, לעומת זאת, ישנם אזורים בארץ בהם מעדיפים הצדדים שלא להעביר את הרישום כדי שלא להוריד את מחיר הרכב. מכאן, שישנם מקרים של עסקאות ללא השלמת רישום. ע.ר.]

17. ולכן דין הרישום כסיטומתא.

ג. דחיית העברת השליטה ברכב

בדרך כלל המוכר מעביר לקונה את החזקה ברכב מיד לאחר הקניין. אולם, לעתים המוכר עדיין צריך את הרכב לשימושו משום שטרם הספיק לרכוש רכב חדש, או שרכש רכב, אך הוא טרם נמסר לידי. מהי הדרך ההלכתית הראויה במקרה זה לגמור את העסקה, אך גם לשמר את זכותו של בעל הרכב לעשות שימוש ברכב? להלן נציע מספר דרכים הלכתיות אפשריות, ונעמוד על היתרונות והחסרונות שבכל אחת מהן.

1. השאלת הרכב למוכר

דרך אחת לשימור זכות המוכר להשתמש ברכב היא, על ידי שאלת הרכב מן הקונה, שהפך לבעליו של הרכב. לשם כך, יהיה צורך לשלב בחוזה המכר סעיף ברוח זו: "הרכב יימסר לקונה בתאריך _____, ועד אז הרכב יהיה מושאל למוכר". בדרך זו, הקניין חל מיד, הקונה הופך לבעל הרכב עם סיום העסקה, והמוכר משתמש בו בינתיים כשואל. כפועל יוצא מכך, אם הרכב ניזוק או התקלקל לאחר סיום העסקה ולפני העברתו לקונה, יהא על המוכר לשאת באחריות לכך, כדין שואל.

אמנם, באותם המקרים שגם השואל אינו נושא באחריות, כגון כאשר הנזק נגרם בשל שימוש רגיל בנכס ('מתה מחמת מלאכה') יהא על הקונה לשאת בהוצאות התיקון של הרכב, ויש להניח שרוב הקונים לא ישלימו עם מצב זה. כדי לפתור בעיה זו, ניתן לשלב בחוזה סעיף בו יתחייב המוכר לשאת באחריות גם לנזק שנגרם בשל שימוש רגיל ברכב, כגון: "המוכר יישא באחריות מוחלטת לכל נזק או פגם ברכב, שנוצרו לאחר העברת הבעלות בו, עד להעברת החזקה בו לידי הקונה".¹⁸

אמנם, יש והפגם או הנזק שנגרם הוא כה חמור, עד שהקונה לא ירצה עוד בתיקונו של הרכב. כך למשל, רבים אינם מעוניינים ברכב שנפגעה שלדתו (שאסי). לכאורה, אם נגדיר את המוכר כשואל, והוא יעשה תאונה שתגרום לפגיעה בשלדה לאחר העברת הבעלות, יוכל הקונה, לכל היותר, לדרוש ממנו לתקן את הפגמים שניתנים לתיקון, אך מה באשר לפגם בשלדה, שאינו ניתן לתיקון? לכאורה, הקונה לא יוכל לבטל את העסקה, שהרי הבעלות ברכב כבר עברה לידי!

אמנם, אף על בעיה זו ניתן להתגבר, וזאת על ידי תנאי שיברר למפרע שהמכירה לא חלה ויאפשר לקונה לבטל את העסקה למפרע. כגון: "הרכב יימסר לקונה בתאריך _____, ועד אז הוא יהיה מושאל למוכר. אם חל בינתיים שינוי משמעותי במצבו המכאני ו/או החיצוני של הרכב רשאי הקונה לבטל את המכר. המוכר ישיב לקונה את הסכום ששולם לו, והרכב יישאר ביד המוכר".

18. התחייבות זו מועילה, כמבואר בבבא מציעא צד,א: "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם". ולא רק לפטור מועיל תנאי, אלא אף לחיוב, כמו שנאמר שם: "תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל", ואין צריך קניין על כך, כמו שאמר הרמ"א בשולחן ערוך חו"מ שדמ, א: "דכל תנאי שומרים קיים, ואפילו בלא קניין".

2. דחיית העברת הבעלות

דרך אחרת להתמודד עם הבעיה הנזכרת היא, על ידי קביעה לפיה הקניין יתחיל מעכשיו, אך יסתיים רק לאחר העברת הרכב לשליטת הקונה. פתרון זה אינו אפשרי בקניין סודר או משיכה.¹⁹ ביחס לקניין סודר נאמר בשולחן ערוך:

יש אומרים שאין הקניין מועיל אלא אם כן מקנה לו החפץ הנמכר או הניתן מיד, אבל אם אמר לו הקונה: 'תקנה סודר ותקנה חפצך לי לאחר שלשים', לא קנה, מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה.²⁰

ולעניין קניין משיכה נאמר:

האומר לחבירו: משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום, ומשך, לא קנה.²¹ אמנם, "אם אמר לו קנה מעכשיו ולאחר ל' יום – קנה",²² ואם כן ניתן לכאורה להקנות את הרכב בקניין סודר "מעכשיו ולאחר ל' יום". אולם, כפי שנידון להלן, גם פתרון זה בעייתי. הביטוי "מעכשיו ולאחר ל' יום" מקפל בתוכו סתירה פנימית לכאורה: כיצד ייתכן שקניין יחול גם עכשיו וגם בעתיד? יישוב לסתירה זו נלמד מן הסוגיה על המשנה בעניין מי שמקדש אישה "מעכשיו ולאחר שלשים יום". וזו לשון המשנה:

האומר לאישה 'הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום', ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום – מקודשת לשני... 'מעכשיו ולאחר שלשים יום', ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום – מקודשת ואינה מקודשת.²³

מדוע אם קידשה אדם נוסף, במהלך שלושים הימים "מקודשת ואינה מקודשת"? בעניין זה נחלקו אמוראים. לדעת שמואל, קידושין בלשון "מעכשיו ולאחר..." משמעותם שהחתן מבקש ליצור תנאי לפיו האישה מקודשת לו מעכשיו, אם לא יחזור בו במהלך התקופה שקבע.²⁴ לכן, אם בא אחר וקידשה בתוך התקופה, קידושו הם קידושי ספק ("מקודשת ואינה מקודשת"), שכן אם לא יחזור החתן מכוונתו לשאת את האישה, יתברר למפרע שקידושו חלו, וממילא קידושי השני אינם קידושין. אולם, אם יחזור בו, יתברר למפרע שקידושו אינם קידושין, וממילא תהיה האישה מקודשת לשני.

לעומתו, רב מסופק האם קידושין "מעכשיו ולאחר..." משמעותם קביעת תנאי לקיום הקידושין, כדעת שמואל (ולפי זה, אם לא חזר בו חלו קידושו למפרע), או שמא המקדש חזר בו מכוונתו לקדש "מעכשיו" תוך כדי דיבורו, והחליט שבכוונתו לקדש לאחר תקופה

19. ראה שולחן ערוך חו"מ קצא, ד; רמ"א, סמ"ע וש"ך שם. במקורות הנ"ל מבואר שדרך זו מועילה בקניין כסף, ובקניין שטר, אם השטר עדיין קיים. הם עוסקים בקרקע שמועילים בה קנייני כסף ושטר, אך אנו עוסקים במיטלטלין שאינם נקנים בכסף ובשטר.

20. שולחן ערוך חו"מ קצא, ה.

21. שולחן ערוך חו"מ קצז, ז.

22. שולחן ערוך שם.

23. קידושין נח, ב.

24. ע"פ רש"י שם נט, ב, ד"ה מספקא ליה, אך הרמב"ן פירש שהתנאי הוא – אם יהיה בחיים אחר ל' יום, וראה להלן, ליד הציון להערה 30.

מסוימת (ולפי זה, חלו קידושי השני). מחמת הספק נקבע שהאשה "מקודשת ואינה מקודשת".

לעומתו, רבי יוחנן סבר שהספק אינו מותיר את האישה במצב של ספק קידושין, אלא הרי היא מקודשת גם לראשון וגם לשני.

יש מן הפוסקים²⁵ שפסקו כדעת ר' יוחנן, ויש²⁶ שפסקו כדעת רב. הרמב"ם פסק:

האומר לאישה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר שלשים יום בדינר זה, ובא אחר וקידשה בתוך השלושים יום – הרי זו מקודשת מספק לשניהם.²⁷

פסיקה זו אינה מתיישבת לכאורה, עם פסיקתו בהלכות מכירה, שם הכריע ש"אם אמר לו קנה מעכשיו ולאחר ל' יום קנה", ואין ספק בדבר!

הגר"א²⁸ מיישב קושי זה ואומר שמסתימת הפוסקים משמע שלעניין קניינים מודים רב ורבי יוחנן לשמואל, שקניין "מעכשיו ולאחר..." משמעותו תנאי, כלומר שהמכר חל כל עוד לא התקיים התנאי המביא לביטול העסקה למפרע.

בשאלה מהו פשר התנאי בעסקאות מכר הנערכות בנוסח של "מכאן ולאחר..." נחלקו רש"י ורמב"ן: לפי רש"י, התנאי קובע שהקניין חל מעכשיו "אם לא אחזור בי בתוך ל' יום". אם כך הדבר, הרי שמכירת רכב באמצעות קניין "מעכשיו ולאחר...", תפגע בעיקר בקונה, משום שהדבר יאפשר למוכר לחזור בו מן העסקה, למשל בשל עלייה פתאומית במחירי הרכב, והקונה לא יוכל להתנגד לכך. ברור מאליו שאף קונה לא יהיה מעוניין לרכוש רכב בתנאים אלו. לעומת זאת, הרמב"ן²⁹ סבר שמשמעות התנאי היא – "אם אחיה בעוד ל' יום", וייתכן שהקונה אינו חושש שמא ימות המוכר עד למועד ההעברה של השליטה ברכב, ויסכים לתנאי זה.

3. התחייבות למכור

דרך נוספת להכיר בזכות המוכר להמשיך ולעשות שימוש ברכב גם לאחר סיום עסקת המכר היא, על ידי הגדרת העסקה כהתחייבות למכור. לכאורה, זהו אכן המצב הריאלי, שכן הנוסח המקובל בחוזים הוא – "המוכר מתחייב למכור לקונה, והקונה מתחייב לקנות מהמוכר...". אולם, תוקפה ההלכתי של התחייבות מעין זו מוטל בספק.

25. רשב"א קידושין שם, וריטב"א שם בשם מורו ובשם ר"ח.

26. רי"ף קידושין כד, ב; רמב"ן ומאירי בחידושיהם לקידושין, שם, והרא"ש קידושין ג, ג.

27. רמב"ם אישות ז, יב. בהבנת פסיקתו של הרמב"ם קיימת מבוכה בין המפרשים. המגיד משנה על הרמב"ם שם פירש שהרמב"ם פסק כרב, ומשום כך כתב שמקודשת מספק לשניהם, אבל הר"ן (על הרי"ף קידושין כד, ב) כתב שהרמב"ם פסק כרבי יוחנן.

28. רמב"ם מכירה ב ט.

29. ביאור הגר"א חור"מ קצא, י; שם קצו, כ. אבן האזל (מכירה ב, ט) הסביר, שבנוגע לקניין אין מקום לספק שמא כוונת המקנה לחזור בו ממה שאמר "מעכשיו" ולדחות את הקניין לאחר ל' יום, כיוון שקניין דחוי לא תקף, כי "כלתה משיכתו", ולכן ודאי כוונתו היא לתנאי בלבד.

30. רמב"ן קידושין נט, ב, וכך גם דעת הריטב"א שם, ושו"ת הרשב"א א, תשז.

ככלל, מבחינה ההלכה בין התחייבות לעשיית פעולה להתחייבות ממונית. התחייבות לעשיית פעולה, אף אם נעשה קניין כדי לתת לה תוקף, מוגדרת כ"קניין דברים", והיא לא תקפה. דוגמה מובהקת לכך יש במשנה הראשונה במסכת בבא בתרא, העוסקת ב"שותפים שרצו לעשות מחיצה ביניהם..."³¹. בגמרא³² מתברר שאם השותפים עשו ביניהם הסכם והתחייבו לחלק את החצר המשותפת, אין לכך משמעות, ואפילו עשו קניין על כך זהו "קניין דברים" שהוא חסר תוקף. לעומת זאת, אם ההסכם כלל העברת בעלות, כגון שקבעו איזה צד בחצר יהיה שייך לכל אחד מהם, ועשו מעשה קניין, יש לכך תוקף.

אמנם, גם להתחייבות ממונית יש תוקף, כמבואר בשולחן ערוך:

אבל בלשון חיוב, כגון שאמר: הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך, חייב, והוא שקנו מידו.³²

הבחנה זו מעוררת את השאלה, מה דינה של התחייבות למכור נכס? האם זוהי התחייבות לעשיית פעולה, שאינה תקפה, או שמא זוהי התחייבות ממונית, שהיא תקפה? בעניין זה נחלקו הפוסקים. יש הסוברים שהתחייבות כזו היא בגדר "קניין דברים"³³, ויש הסוברים שזוהי התחייבות ממונית,³⁴ וכך מקובל לפסוק.³⁵

מחלוקת נוספת הנוגעת לעניין היא בשאלה, מה הדין כאשר המוכר הפר את התחייבותו ומכר את הנכס לאחר? לדעת המשנה למלך³⁶ כיוון שהמכירה לראשון אינה אלא חיוב בלבד, השני קנה. אבל בעל קצות החושן³⁷ קבע, שאמנם המכירה לשני תקפה, אך הקונה הראשון יכול להוציא את הנכס מידי הקונה השני, כיוון שההתחייבות כלפיו היא חיוב בשטר, שאותו ניתן לגבות גם מנכסי החייב שהועברו לבעלות אחרים, כי כל נכסי החייב משועבדים לפירעון החוב. לעומתו, בעל נתיבות המשפט³⁸ טען שאין לדמות את ההתחייבות למכור להתחייבות ממונית רגילה, הואיל וזהו חיוב למכור, ולא לתת כסף, ומאחר שיתכן שהנכס יימכר לאחר כדין לפני המועד בו יימכר לקונה, הרי שלמעשה מדובר בהתחייבות לתת דבר שאינו ביד המוכר, והתחייבות כזו אינה תקפה.

31. בבא בתרא ג, א.

32. שולחן ערוך ח"מ ס, ו.

33. קצות החושן רג, ב. לדעתו התחייבות אינה מועילה אלא כאשר הוא מקבל אחריות אישית לקיומה ומשעבד עצמו לכך, אבל כאשר אדם מחייב עצמו לתת לחברו חפץ מסוים ואינו מקבל עליו אחריות אישית לכך, אין בזה חיוב כלל.

34. נתיבות המשפט רג, ו. לדעתו החיוב מועיל כיוון שעל ידי הקניין מתחייב הלוקח בכסף, אלא שהלוקח צמצם את חיובו לחפץ מסוים. ראה את המקורות לדעות השונות בכתר א, עמ' 47, וראה גם דברי הרב י' כהן עמק המשפט א, ו.

35. פר"ד ד, עמ' 279; שם ו, עמ' 322; ועוד.

36. משנה למלך מכירה ח, ז.

37. קצות החושן רז, א.

38. נתיבות המשפט רז, ב.

כיוון שתוקף התחייבות כזו שנוי במחלוקת, יכול כל צד שיחפוץ בכך להתחמק מקיום החוזה תוך הסתמכות על השיטה הסוברת שאין תוקף להתחייבות מסוג זה.³⁹ לכן, לא נוכל לנקוט בדרך זו כדי לאפשר למוכר לעשות שימוש ברכב, ויחד עם זאת להניח את דעת הצדדים שהעסקה לא תבוטל.

4. פיצויים מוסכמים

לכאורה, ניתן להתגבר על רוב הקשיים שהועלו, על ידי קבלת התחייבות ממונית מותנית לפיצויים מוסכמים, כאשר אחד הצדדים לא ימלא את חלקו בעסקה. אם סכום הפיצויים יהיה משמעותי, נראה שהתחייבות כזו עשויה להרתיע את הצדדים מהפרת החוזה.

אולם, על פי ההלכה, התחייבות התלויה בהתקיימותו של תנאי מסוים, אינה מספקת הואיל וחסר בה גמירות-דעת, כיוון שהאדם נוטה לחשוב, באופן טבעי, שלא יידרש למימוש ההתחייבות, ולפיכך הוא לא מתכוון באמת לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חסרון זה נקרא "אסמכתא", ונחלקו בו תנאים:⁴⁰

מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו [=מסר את השטר ביד שלישי] ואמר לו [לשליש]: 'אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני, תן לו שטרו', הגיע זמן ולא נתן – רבי יוסי אומר: יתן, רבי יהודה אומר: לא יתן.

לדעת רבי יהודה, שהלכה כמותו,⁴¹ כיוון שההתחייבות תלויה בהתקיימותו של תנאי, החייב מניח שישלם את יתרת החוב עד יום פלוני, ולא יצטרך לשלם שוב את כל החוב, ולפיכך התחייבותו אינה רצינית, וכך אמנם מסכמת הסוגיה: "כל דאי לא קני".⁴² אמנם, כיוון שקיימים מקרים שבהם יש צורך בהתחייבות מותנית, נמצאו גם הדרכים להתגבר על בעיית האסמכתא.

בהסכמי שידוכין כל צד מוציא הוצאות על סמך ההתחייבות ההדדית להינשא. ההתחייבות להינשא היא בגדר "קניין דברים", שכאמור אין לו תוקף. משום כך, היה צורך להבטיח את קיום ההתחייבות על ידי הטלת קנס על מי שיבטל את השידוך. וכך מתאר הרמב"ם את מנהג חכמי ספרד בהסכמי שידוכין:

כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין, ואחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו, שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זו היינו עושין בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומין להם.⁴³

39. ראה עמק המשפט א, עמ' סז, שלדעת הרב יוסף שלום אלישיב לא ניתן לטעון 'קים לי' כדעת קצות החושן, הסובר שאין תוקף להתחייבות למכור.

40. בבא בתרא קסח, א.

41. רמב"ם מכירה יא, ה; שולחן ערוך חו"מ נה, א; רז, יב.

42. בבא מציעא סו, ב.

43. רמב"ם מכירה יא, יח.

פתרון זה הפך את ההתחייבות המותנית למחילה מותנית. כלומר כיוון שההתחייבות המותנית חסרת תוקף, היו הצדדים מתחייבים בהתחייבות גמורה לתת סכומים נכבדים זה לזה, ויחד עם התחייבות זאת, מחלו זה לזה על החוב הכספי, בתנאי שהסכם לא יופר.

הרמ"א הציע דרך אחרת ליצירת התחייבות מותנית תקפה, על פי מה שנפסק בשולחן ערוך,⁴⁴ ש"אסמכתא שקנו עליה בבית דין חשוב, הרי זה קנה". בהסתמכו על הלכה זו מוסיף הרמ"א, שאין צורך לעשות בפועל קניין בפני בית-דין, ודי לנו אם המתחייב הודה בכך שקניין כזה נעשה, אף אם אנו יודעים שהקניין לא נעשה בפני בית-דין, כיוון ש"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". וזו לשון הרמ"א:

ואם ציווה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אף על גב דלא קנו, מהני (=מועיל הדבר), דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.⁴⁵

אמנם פתרון זה לא יאפשר לאכוף על הצדדים לבצע את העסקה, אלא רק לתבוע פיצויי הפרה, שיש בהם כדי להרתיע מפני הפרת ההסכם, ולהבטיח לצדדים שאם יפר המתקשר עמם את התחייבותו כלפיהם, הם יפוצו על כך ביד רחבה. את סעיף הפיצוי ננסח כך:

אם המוכר לא יעביר את הבעלות או החזקה במועד שנקבע, או אם התברר כי לא כל הצהרותיו המופיעות במבוא אמיתיות, או אם הקונה לא ישלם למוכר את התמורה באופן או במועד שסוכם, הרי שהעסקה מבוטלת והצד שגרם לביטול מתחייב לשלם לצד השני מעכשיו, כפיצוי מוסכם, ללא צורך בהוכחת הנזק, סך של _____ ₪.

ד. אונאה פגמים וליקויים

על פי ההלכה ניתן לבטל עסקה במקרה שהמחיר שנקבע סוטה באופן ניכר ממחיר השוק של המוצר. כמו כן, ניתן לבטל עסקה במקרה שיש בחפץ פגמים ניכרים שהקונה לא היה מודע אליהם.

1. אונאה

ביטול העסקה אינו הכרחי שכן הקונה או המוכר יכולים למחול על ההפרש בין מחיר השוק לסכום ששולם, אלא שעליהם להגדיר מהו הסכום עליו הם מוחלים:

...מוכר שאמר ללוקח: חפץ זה שאני נותן לך בק"ק (=200) יודע אני שאינו שווה אלא מאה, על מנת שאין לך עלי אונאה אני מוכר לך – אין לו עליו אונאה. וכן לוקח שאמר למוכר: חפץ זה שאני לוקח ממך בק' (=100) יודע אני ששווה ק"ק (=200) על מנת שאין לך עלי אונאה אני לוקח ממך – אין לו עליו אונאה. המוכר חפץ לחבירו במנה, ואמר ליה: חפץ זה אינו שווה אלא זוז אחד על מנת שאין לך עלי אונאה – יש לו עליו אונאה, שהרי אומר: כיוון שראיתי שאמר שאינו שווה

⁴⁴. שולחן ערוך חו"מ רז, טו.

⁴⁵. רמ"א שם.

אלא זוז ידעתי שאינו מתכוון אלא להשביח דעתי, עד שיפרש כדי האונאה שיש במיקחו בודאי או קרוב לה בכדי שהדעת (טועה), שהרי ידע בודאי הדבר שמחל לך.⁴⁶

כלומר, צריך להגדיר מראש מהו הסכום עליו מוכנים הצדדים למחול עקב פער בין מחיר השוק למחיר שנקבע. כמו כן, יש צורך שסכום המחילה יהיה סביר, כדי שתהיה גמירות דעת למחול.

2. מחילה כללית על פגמים

העיקרון המרכזי בענייני מיקח וממכר הוא ש"כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום".⁴⁷ משום כך, אם נתגלה מום במוצר שנמכר, הקונה רשאי לבטל את העסקה. זכות זו עומדת לקונה גם אם עבר זמן רב בין הקנייה לגילוי המום.⁴⁸ כמובן, חובת הראיה על כך שהמום היה קיים במיקח כבר בשעה שהיה ברשות המוכר מוטלת על הקונה, כיוון שהמוציא מחברו עליו הראיה.

אחת הטענות השכיחות בבתי-הדין לממונות, בעקבות קניית רכב משומש, היא בדבר קיומה של תקלה או פגם, שנתגלו ברכב לאחר הקנייה. בפרק זה נבקש לעמוד על שיקולים הלכתיים שונים האמורים להנחות את הצדדים בניסוחם של סעיפים בחוזה המכר, הנוגעים לטענות מסוג זה.

יש מוכרים המבקשים להגן על עצמם מפני תביעה לביטול העסקה בשל פגם או מום על ידי הוספת סעיף בחוזה המכר לפיו "הקונה מצהיר בחתימתו על חוזה זה כי הוא מוותר על כל טענות פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכאנית, או מצבו החיצוני של הרכב, וכי לא יהיו לו תביעות בעתיד לגבי המוכר". האם סעיף כזה תקף מבחינה הלכתית? לדעת הרמב"ם מחילה אינה מועילה בדבר שאין לו קצבה, ומשום כך כתב:

אם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו כל מום שימצא במיקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו כמו המפרש בהונייה.⁴⁹

המפרשים נחלקו בהבנת טעמה של הלכה זו. המגיד משנה כתב:

לא ידעתי זה מבואר, אלא מדמיון זה לאונאה למד כן, ומקל וחומר, שהרי המום לעולם חוזר אף על פי שאין האונאה חוזרת אלא לזמן ידוע.⁵⁰

כלומר, אחרי שנפסק בעניין אונאה במחיר שאין מחילת הקונה מועילה, אלא אם הוא יודע את שיעור האונאה, משם למד הרמב"ם שגם מחילה על מום שנמצא במיקח אינה מועילה,

46. שולחן ערוך חו"מ רכו, כא.

47. רמב"ם מכירה טו, ו.

48. שם, ג.

49. שם, ו.

50. מגיד משנה, שם.

אלא אם הקונה יודע את ערכה. לפי הסבר זה, ייתכן שהלכת הרמב"ם תהיה מוסכמת גם על פוסקים אחרים.

אולם הטור⁵¹ כתב שהלכת הרמב"ם מבוססת על שיטתו,⁵² שאין אדם מקנה דבר שאינו קצוב, וכשם שאינו מקנה דבר שאינו קצוב, כך גם אינו מוחל על דבר שאינו קצוב. שיטה זו אינה מוסכמת על כל הפוסקים, ורובם סוברים שקניין מועיל בדבר שאינו קצוב. ומכיוון ש"חלקו עליו כל הבאים אחריו"⁵³ בעניין זה, הרי שגם לעניין מחילה יחלקו עליו, ותיקבע הלכה שניתן למחול על מום, אף שאין הקונה מודע לערכו.

הבית יוסף כתב שאמנם דברי הטור נכונים, אך לשון הרמב"ם מתאימה יותר לדברי המגיד **משנה**. בהתאם לכך, הוא פסק ב**שולחן ערוך**⁵⁴ כרמב"ם, שאין מחילה מועילה בדבר שאינו קצוב, אף שלעניין הקניית דבר שאינו קצוב הכריע כדעת החולקים על הרמב"ם,⁵⁵ והסמ"ע הסביר ב**שולחן ערוך** אינו סותר את עצמו, כיוון שהוא פירש את הלכת הרמב"ם לפי הסבר המגיד **משנה**, שאינו קושר בין ההלכה לשיטת הרמב"ם בעניין הקניית דבר שאינו קצוב.

לפי זה, כדי שסעיף המחילה יהיה תקף, יש לקצוב את סכום המחילה, ולומר: "הקונה מצהיר בחתימתו על חווה זה, שהוא מוחל על כל טענות אונאה, פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מכל בחינה שהיא, המפחיתות את מחיר הרכב עד לסכום של ____ מן המחיר שנקבע בחווה".

3. חווה ללא מחילה כללית

לעתים, הקונה לא מתרצה למחול בצורה גורפת על כל הליקויים שיימצאו ברכב. במקרה כזה, חשוב לדעת מהן ההשלכות שיש בהשמטת סעיף המחילה, על שני הצדדים.

הרמב"ם קבע את הכלל המנחה בעניין זה, לפיו "כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום".⁵⁶ לעניין זה, אין זה משנה אם המוכר ידע או לא ידע על קיומו של פגם במוצר שהוא מכר.

כך מוכח מהמעשה המובא בגמרא,⁵⁷ בעניין אפוטרופוס של יתומים שקנה ליתומים שור, ומסרו לרועה. לימים, מת השור, והתברר שהשור מת מרעב, כי לא היו לו שיניים לאכול בהן. האפוטרופוס טען שהעסקה היא בגדר מיקח טעות, והמוכר חויב להשיב את הכסף

51. טור חו"מ רלב.

52. רמב"ם מכירה יא, טז.

53. לשון שולחן ערוך חו"מ ס, ב.

54. שולחן ערוך חו"מ רלב, ז.

55. שולחן ערוך חו"מ ס, ב: "המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שנתחייב לזון את חבירו או לכסותו חמש שנים, אף על פי שקנו מידו, לא נשתעבד להרמב"ם; וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן".

56. רמב"ם מכירה טו, ו; שולחן ערוך חו"מ רלב, ז.

57. בבא מציעא מב, ב.

ששולם עבור השור, על אף שהוא היה סוחר הקונה בהמות ומוכרן מיד ולא ידע שלשור אין שיניים.

הוכחה נוספת לעיקרון זה ניתן ללמוד מהברייתא המובאת במסכת כתובות,⁵⁸ בה נאמר:

מחט שנמצאת בעובי בית הכסות, מצד אחד – כשרה, משני צדדין – טרפה; נמצא עליה קורט דם – בידוע שהוא לפני שחיטה, לא נמצא עליה קורט דם – בידוע שהוא לאחר שחיטה; הוגלד פי המכה – בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, לא הוגלד פי המכה – המוציא מחבירו עליו הראיה.

בריייתא זו עוסקת, בין השאר, בשאלה האם עסקת מכר של בהמה תתבטל בטענת מיקח טעות, אם נמצא שהבהמה טריפה. מן הבריייתא עולה, שאם מוכח שהמחט שיצרה את הנקב המטריף את הבהמה היתה בה לפני המכירה (כגון שהוגלד פי המכה, והמכירה הייתה פחות מג' ימים לפני השחיטה) הרי זה מיקח טעות, ועל מוכר הבהמה להחזיר את הכסף ששולם לו עבורה. מסתבר, שהמוכר לא ידע שהבהמה נטרפה, אך דבר זה אינו פוטר אותו מן החובה לפצות את הקונה על הפגם שנתגלה בבהמה.

לפי זה, גם בקניית רכב האחריות לתקינות הרכב מוטלת על המוכר, אלא שאם התגלו ליקויים לאחר הקנייה, על הקונה להביא ראיה שהם נגרמו לפני הקנייה.⁵⁹

4. בדיקת תקינות הרכב והשלכותיה

כיום מקובל לבדוק את תקינות הרכב במכוני-רישוי מוסמכים, לפני קנייתו. אכן, אם נערכה בדיקה כזו ונתגלו בה פגמים מסוימים, מסתבר שהקונה לא יוכל לדרוש את ביטול העסקה עקב אותם פגמים, משום שהיה מודע להם. לעומת זאת, יוכל הקונה לדרוש את ביטול העסקה עקב פגמים שלא התגלו בבדיקה.

הנוהג לבדוק את כלי הרכב טרם העברת הבעלות מעורר את השאלה האם אי בדיקת הרכב בידי הקונה, מעידה על מחילה כללית על כל הפגמים שיימצאו?

על כך כתב המגיד **משנה:**

ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחין בו לאלתר, כגון שיכול לנסותו ולטועמו, ולא הקפיד לעשות זאת והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר.⁶⁰

לעיקרון זה הסכים גם **רדב"ז**⁶¹ והוא גם נפסק להלכה על ידי **הסמ"ע**.⁶² לעומתם יש שחלקו על סברא זו מכל וכל, וכך כתב **המהרשד"ם**:

58. כתובות ע"ב.

59. אולי יש להבחין בין ליקוי ברכב למחט שנמצאת בבהמה והטריפה אותה. פציעת המחט נגרמה בשל אירוע מסוים, שאירע בזמן מסוים, ולכן אם מוכח שהפציעה אירעה לפני הקנייה הרי זה מיקח טעות. אולם ליקויים ברכב בדרך כלל נובעים מבלאי עקב שימוש מתמשך ברכב, שבסופו של דבר מביא להשבתת חלק מסוים ברכב. כל קונה רכב משומש יודע שהבלאי קיים, וגם אם כרגע הרכב עובד כראוי ייתכן שבעוד זמן מועט יתקלקל חלק זה או אחר בשל הבלאי. לכן, אף אם יוכח שהבלאי שגרם בסופו של דבר לקלקול היה קיים לפני הרכישה, כלל לא בטוח שדי יהיה בכך כדי להטיל את האחריות על הקלקול על המוכר.

60. מגיד **משנה** מכירה טו, ג.

זו סברת יחיד כיוון שלא מצינו חילוק זה בפוסקים המובהקים, ואם כן לא שייך לומר כאן 'קים לי' וכו' כי ודאי סברא זו, סברא בטלה לגבי האי דינא.⁶³

גם **ערוך השולחן**⁶⁴ הסכים לשיטת המהרשד"ם. אחרונים אחרים קיבלו את סברת המגיד משנה באופן חלקי. **המשנה למלך**⁶⁵ כתב, שאם היה המיקח בהקפת מעות, כלומר שהקונה טרם שילם עבור המוצר שקנה, ניתן לטעון שהקונה לא הקפיד לבדוק, משום שבטח בכך שהכסף עדיין בידו והוא יוכל לעכבו אם ימצא פגם, ולכן אין לפרש את הימנעותו מלבדוק את המוצר כמחילה על פגמים. כך גם דעת **המחנה אפרים**⁶⁶ ו**רבי עקיבא איגר**.⁶⁷

נתיבות המשפט⁶⁸ כתב, שרק אם הקונה הספיק כבר להשתמש במוצר שקנה והיה בידו להבחין בקיומו של פגם, יש מקום לומר שאם הוא המשיך להשתמש במוצר, הוא מחל על הפגם.⁶⁹

ייתכן גם שדברי הרב המגיד אינם אמורים בנידון דידן, שהרי לשונו היא: "שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחין בו לאלתר, כגון שיכול לנסותו ולטועמו", כלומר דבר שקל לבררו לאלתר, אולם רכב הוא דבר שהלוקח אינו יכול לבדוק לאלתר בכוחות עצמו, והוא צריך לקחתו למכון מיוחד ולשלם על כך.

מכל מקום, כיוון שהדברים שנויים במחלוקת ולא ניתן להכריע בה, הנתבע יכול לטעון "קים לי" כדעה הנוחה לי, ולכן כדאי לקבוע בחווה באופן ברור, מה דינם של פגמים שיימצאו ברכב.

5. ביטול העסקה

קיימות כמה אפשרויות כיצד לנהוג במקרה שהתגלה פגם ברכב. ביד הקונה נתונות שתי אפשרויות: אפשרות ראשונה היא לאפשר לקונה לבטל את המיקח לחלוטין. אפשרות שנייה היא לחייב את המוכר בתיקון הפגם, או לפצות את הקונה על כך שהרכב שווה פחות ממהמוסכם.

מעיקר הדין דינו של מום הוא כמיקח טעות, וכך כתב הרמב"ם:

אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שווה עשרה דינרין ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה. וכן אם רצה הלוקח ליקח פחת המום הרשות ביד המוכר, שהוא אומר לו: או תקנה אותו כמו שהוא או טול דמים שלך ולך.⁷⁰

61. שו"ת הרדב"ז אלף רו (קלו).

62. סמ"ע רלב, י.

63. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שפה.

64. ערוך השולחן חו"מ רלב, ד.

65. משנה למלך מכירה טו, ג.

66. מחנה אפרים הונאה, ג.

67. שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, סוף סי' לח.

68. נתיבות המשפט רלב, א.

69. ראה שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

70. רמב"ם מכירה טו, ד.

גם השולחן ערוך⁷¹ הסכים לדברי הרמב"ם, ואף על פי כן ישנם מקרים שבהם הדין שונה, כמו שכתב השו"ע בסעיף שלאחר מכן:

ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המיקח נכנסו עובדי כוכבים בביתם וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיוון שהוא מום עובר, ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח – הדין עם ראובן.
הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם; וכל כיוצא בזה.⁷²

הרמ"א השתמש בשתי הגדרות שונות למיקח טעות. בתחילת דבריו הוא אמר: "שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית", כלומר ששמו של הנכס לא השתנה בעקבות הפגם, אבל אם השתנה שם הנכס המקח בטל. בסוף דבריו הוא חילק בין פגם בגוף הבית לעומת פגם שאינו בגוף הבית, כלומר שאם הפגם הוא בגוף הבית המיקח בטל למרות ששם בית עליו. הטעם לכך הוא משום שגם אם הפגם יתוקן הדבר נחשב כ"פנים חדשות", כביכול נכס חדש שלא היה קיים בשעת המיקח, ומעשה הקניין שנעשה לא התייחס אליו, ומשום כך לא קנהו. רבים מן האחרונים פסקו כשיטה זו.⁷³

לפי זה היינו צריכים לומר שאם נמצא פגם באבזור חיוני ברכב, שבלעדיו אין הרכב מסוגל לנסוע כראוי, הרי זה מיקח טעות, אפילו אם המוכר מוכן לתקן את הדרוש תיקון. למעשה, הפעלת כלל זה במכירת רכב עלולה לגרום נזקים למוכר, כיוון שהחזרת הרכב למוכר תגרום לרישום נוסף של בעלות על הרכב (לקונה, וחזרה למוכר) מה שיפחית את ערכו של הרכב. במקרים רבים המוכר כלל אינו אשם, כיוון שכלל לא היה מודע לליקויים ברכב. משום כך יש מקום לקבוע בחוזה, בהסכמת הצדדים, שאם נמצא פגם ברכב, וניתן לתקנו, לא יחול דין מיקח טעות, אלא הפגם יתוקן על חשבון המוכר.

6. סיכום וניסוח הסעיף

ביחס לליקויים ברכב ניתן ללכת בשתי דרכים: האחת, מחילה של הקונה על זכותו לבטל את העסקה עקב תקלות. לדעת הרמב"ם והשו"ע יש להתייחס לסכום עליו מוכן הקונה למחול עקב הליקויים.

הדרך השנייה, היא לנהוג על פי שורת הדין, כלומר, במקרה שיתגלה ליקוי שהקונה לא היה מודע לו בשעת הקנייה – העסקה תבוטל. אלא שכאן ישנה מחלוקת, האם במקרה שהקונה לא בדק את החפץ קודם לרכישה הוא ויתר על זכותו לביטול העסקה עקב ליקויים.

71. שולחן ערוך חו"מ רלב, ד.

72. שולחן ערוך חו"מ רלב, ה.

73. ראה בטר ג, 97.

בנוגע לדין ביטול העסקה – כיוון שהדבר יכול לגרום נזק למוכר, יש להעדיף קביעה בחוזה כי המוכר יפצה את הקונה על הליקוי.

את הסעיף ננסח באופן שיאפשר בחירה בין שתי האפשרויות:

אפשרות א: הקונה מצהיר בחתימתו על חוזה זה כי הוא מוחל על כל טענות אונאה, פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכאנית או חיצונית, המפחיתות את מחיר הרכב עד לסכום של 40% מהמחיר שנקבע בחוזה.

אפשרות ב: לקונה ולמוכר ידוע על מצבו המכאני והחיצוני של הרכב על פי בדיקה שנערכה ב_____. רשימת הליקויים שהתגלו בבדיקה מצורפת כנספח לחוזה זה. ביחס אליהם, ולכל נתון שהיה ידוע לקונה, הוא מוחל על כל טענות אונאה, פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכאנית או חיצונית, המפחיתות את מחיר הרכב עד לסכום של 40% מהמחיר שנקבע בחוזה. אם יתגלה פגם נוסף, ברכב או בכל מערכת הכלולה בעסקה, והקונה יוכיח שפגם זה היה קיים ברכב בשעת העברת הבעלות, על המוכר לשלם את עלות התיקון במוסך מורשה, או את הפחתת הערך עקב הפגם, ובכל מקרה את הערך הגבוה מבין שניהם.

קבענו שיעור של 40% כיוון שנראה לנו שהוא סביר ואפשרי, והצדדים יתייחסו אליו ברצינות. באפשרות הראשונה מוחל הקונה על כל טענה של אונאה במחיר או של מיקוד טעות עקב ליקוי, שמפחית את שווי הרכב עד 40% מהמחיר ששולם.

באפשרות השנייה מוחל הקונה על אונאה במחיר, הנובעת מליקוי ברכב או מכל נתון שהיה ידוע לקונה, עד שווי 40% ממחיר הרכב. זאת, כיוון שהקונה יכול היה לבדוק האם המחיר שנקבע היה הוגן. ביחס לליקויים שלא היו ידועים לקונה, יוכל הקונה לדרוש פיצוי אם יוכיח כי הליקוי היה קיים בעת העברת הבעלות.

שתי האפשרויות אינן מתייחסות למקרה שבו הרכב נקנה ללא בדיקה, ובכל זאת דורש הקונה לשמור על זכותו לבטל את העסקה עקב תקלות. זאת, כדי שלא להאריך את החוזה יתר על המידה. במקרה כזה יאלץ הקונה לבחור באפשרות הראשונה ולמחול על כל הפגמים שעלולים להתגלות.

ה. סיכום

במאמר זה נבחנה עסקת מכירת רכב בימינו על פי ההלכה, וזאת כבסיס לניסוח חוזה מכר רכב על פי ההלכה והחוק במדינת ישראל.

המאמר בחן כמה סוגיות:

1. מעשה הקניין – נבחנו מעשי קניין שמופיעים בהלכה, ולצידם מעשי הקניין מכוח המנהג (סיטומתא) והחוק. הדרך המומלצת היא להגדיר בחוזה כי העברת הרישום היא מעשה הקניין, ובה בעת להעביר את החזקה לקונה ואת התשלום למוכר.
2. התחייבות עתידית למכור – במקרים רבים יש פער בין סיכום העסקה לבין הביצוע שלה, פער זה מחייב הגדרת מנגנון הלכתי יעיל למימוש העסקה. מסקנת הדיון היא שיש לקבוע בחוזה קנס למי שיבטל את העסקה, אך ללא יצירת מנגנון שיאפשר את כפיית הביצוע.

במילים אחרות, בחוזה המוצע ישנה אפשרות לצדדים לחזור בהם, אולם הם יחויבו בתשלום קנס פיצוי מוסכם על הצד השני.

3. אונאה במחיר ופגם ברכב – במקרים רבים מתברר כי הרכב נמכר במחיר הגבוה ממחיר השוק שלו, או שיש בו פגמים שהקונה לא ידע עליהם. כאן הוצעו שתי אפשרויות: האחת, סעיף שבו מוותר הקונה על זכותו לביטול העסק במקרה של פער עד 40% בין המחיר ששולם למחיר השוק. האפשרות השנייה היא שהקונה מוותר על זכותו לביטול העסקה עקב מחיר גבוה מדי, אבל שומר על זכותו לפיצוי, אם יתגלו ברכב פגמים שהיו קיימים כבר בעת המכירה.

* עותק לחתימה של החוזה ניתן להוריד מאתר 'דין תורה' www.dintora.org.

חווה מכר רכב

מבוא

החווה נחתם בתאריך _____ ב _____
 בין: שם המוכר _____ ת.ז. _____ כתובת _____
 להלן: המוכר.

לבין: שם הקונה _____ ת.ז. _____ כתובת _____
 להלן: הקונה.

המוכר מצהיר שהוא הינו הבעלים החוקי והבלעדי של הרכב מסוג _____ שנת ייצור _____
 דגם _____ מס' רישוי _____ מס' שלדה _____ מס' _____
 מנוע _____, להלן: הרכב.

המוכר מצהיר כי הרכב נקי מכל חוב, שעבוד ו/או שניהם ו/או עיקול ו/או זכויות צד ג' אחרות, ואין שום הגבלה או מניעה ע"י שום גורם אחר למכירת הרכב הנ"ל; וכי פרטי הרכב זהים לאלה המופיעים ברשיון הרכב המקורי, וכי לא נעשו ברכב שינויים שאינם מותרים בחוק, ולא שינויים המחייבים עדכון הרישיון; וכי שולמו כל המסים, האגרות והתשלומים המוטלים על הרכב במלואם.

הקונה מצהיר כי בדק את הרכב, בדיקה חיצונית ופנימית, ומצאו לשביעות רצונו והוא מעוניין לרכוש אותו.

לפיכך הוסכם בין הצדדים כי:

1. המבוא לחווה זה הינו חלק בלתי נפרד ממנו.
2. העברת הבעלות והחזקה: הבעלות על הרכב תועבר ברישום הרכב במשרד הרישוי שתבצע בין התאריך _____ ועד _____ . במעמד זה תועבר החזקה לקונה.
3. התמורה: הקונה והמוכר הגיעו להסכמה בדבר מחיר הרכב, שהוא סך _____ ₪ ובמילים _____ . במחיר זה כלולים כלי נהג: צמיג רזרבי, מגן (ג'ק), מפתח אומים. במעמד חתימת חווה זה שילם הקונה סך _____ ₪. היתרה בסך _____ ₪ תשולם במעמד העברת הבעלות, במזומן או בשיק בנקאי. במקרה של ביטול העסקה לפני תשלום יתרת התמורה, יחזיר המוכר את המקדמה לקונה בתוך שלושה ימים מיום קבלת הודעת הביטול.

4. פגמים וליקויים (מחק את המיותר):

אפשרות א: הקונה מודה בחתימתו על חוזה זה, כי הוא מוחל על כל טענות אונאה, פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכאנית או חיצונית, המפחיתות את מחיר הרכב עד לסכום של 40% מהמחיר שנקבע בחוזה.

אפשרות ב: לקונה ולמוכר ידוע על מצבו המכאני והחיצוני של הרכב על פי בדיקה שנערכה ב_____. רשימת הליקויים שהתגלו בבדיקה מצורפת כנספח לחוזה זה. ביחס אליהם, ולכל נתון שהיה ידוע לקונה, הוא מוחל על כל טענות אונאה, פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכאנית או חיצונית, המפחיתות את מחיר הרכב עד לסכום של 40% מהמחיר שנקבע בחוזה. אם יתגלה פגם נוסף, ברכב או בכל מערכת הכלולה בעסקה, והקונה יוכיח שפגם זה היה קיים ברכב בשעת העברת הבעלות, על המוכר יהיה לשלם את עלות התיקון במוסך מורשה, או את הפחתת הערך עקב הפגם, לפי בחירת הקונה.

5. ביטול העסקה: אם המוכר לא יעביר את הבעלות או החזקה במועד שנקבע, או אם התברר כי לא כל הצהרותיו המופיעות במבוא אמיתיות, או אם הקונה לא ישלם למוכר את התמורה באופן או במועד שסוכם, הרי שהעסקה מבוטלת והצד שגרם לביטול מתחייב לשלם לצד השני מעכשיו, כפיצוי מוסכם, ללא צורך בהוכחת הנזק, סך של _____ ₪. אם יוכח נזק, יוכל הצד הנפגע לתבוע אותו במקום הפיצוי הקבוע. אם העברת הבעלות, החזקה, או התשלום לא בוצעו עקב אונס גמור, או שחל שינוי משמעותי במצב הרכב שלא ביוזמת המוכר, בין החתימה על החוזה לבין העברת הבעלות, העסקה מבוטלת ללא חיוב בפיצוי המוסכם.

6. הוצאות העברת הבעלות יחולו על _____.

7. שטר בוררות: הצדדים מקבלים על עצמם על פי שטר-הבוררות הנהוג בבית הדין "משפט והלכה בישראל" את _____ כבורר, ואם הלה לא ירצה, או לא יוכל, את מי שיוסמך לכך מטעמו.

8. כל תנאי החוזה נעשו כתיקון חכמים. הצדדים מודים שכל ההתחייבויות נעשו על פי היתר-עיסקא כתקנת מהר"ם מקרקא, בקניין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בבית-דין חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא, כתיקון חכמים.

9. הודעה שתישלח בדואר רשום תיחשב שהגיעה לידי הנמען תוך 72 שעות מזמן המשלוח.

הקונה

המוכר

חוזה שכירות של נכס

הרב עדו רכניץ

ו. חובות המשכירים	הקדמה
ז. תיקונים בנכס	חוזה שכירות
ח. פינוי הנכס	א. מבוא
ט. ביטול החוזה	ב. השכירות ותקופתה
י. שטר בוררות	ג. התמורה
יא. הערות כלליות	ד. חובות השוכרים
יב. נספחים	ה. ערבויות

ה ק ד מ ה

השבת משפט התורה למקומו המרכזי בחיים מותנית בשיתוף פעולה של הציבור ושל בתי הדין. חתימה על חוזה הלכתי מהווה תרומה אישית של החותם עליו להחייאת משפט התורה, לעירוב התורה בחיי המסחר והכלכלה וליצירת סביבה משפטית בה יוכלו בתי הדין לפעול.

כמו כן, חוזה הלכתי מאפשר קבלת סעד מבית דין לממונות או מבית משפט במקרה של סכסוך. בנוסף, הוא כולל סעיף בוררות המחייב את הצדדים לקבוע מראש בפני מי יתבררו סכסוכים שביניהם, ובכך נמנעת האפשרות לדחות ולעכב את תחילת דיון.

לעומת זאת, חתימה על חוזה שאינו הלכתי עלולה לגרום לעגמת נפש לחותמים עליו, אם יתברר כי חלק מסעיפי החוזה אינם תקפים על פי דין תורה. במקרה כזה, לא יוכל בית הדין לתת לחותמים את הסעד אותו ציפו לקבל בעקבות החתימה על החוזה.

תודתי לכל מי שסייע וייעץ בעריכת החוזה: הרב זלמן נחמיה גולדברג, הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, הרב ירון אונגר, עו"ד שלום אטלי ועו"ד חייא גרינבוים.

* הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, עפרה, מנהל רשת בתי הדין ארץ חמדה – גזית. נעזרתי בחוזי שכירות דירה הבאים:

1. הרב עובדיה טולדנו, **משפט השכירות**, ירושלים תשס"ג, עמ' תצב.
2. הרב אברהם כהן, **עמק המשפט** חלק א – דיני חוזים והסכמים, עמ' תקיט.
3. הרב דוד בס, **כתר א**, קדומים תשנ"ו, עמ' 192.

הוראות

1. קרא את החוזה בעיון, ודא שאתה מבין על מה אתה חותם!
2. שוכר, בדוק את מצב הנכס קודם שאתה חותם על החוזה!
3. סעיפים המסומנים בכוכבית (*) אינם מופיעים בכל החוזים המצויים בשוק, וניתן למחוק אותם בהסכמת שני הצדדים.
4. כל המבוא, הסעיפים המסומנים ב- < הם סעיפים בסיסיים, ומחיקתם פוגעת בתקפות החוזה.
5. ניתן לקנות שטר-חוב (הנדרש על פי סעיף 19) בכל סניף דואר.
6. יש לחתום במקומות המסומנים ובצד כל מקום בחוזה שיש בו תוספת בכתב-יד (לדוגמה, במקום בו נכתב גובה דמי השכירות).
7. עותק לחתימה של חוזה זה ניתן להוריד מאתר 'דין תורה' www.dintora.org.

חוזה שכירות

(שחוקי הגנת הדייר אינם חלים עליו)

שנערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחודש _____ שנת התש _____ (/ / למניינם)
 בין: 1. _____ ת"ז _____ 2. _____ ת"ז _____
 כתובת: _____ טלפון _____ טלפון נייד _____
 שניהם יחד וכל אחד לחוד¹ (להלן – "המשכירים")
 ובין: 1. _____ ת"ז _____ 2. _____ ת"ז _____
 כתובת: _____ טלפון _____ טלפון נייד _____
 שניהם יחד וכל אחד לחוד² (להלן – "השוכרים")

א. מבוא

הואיל: והמשכירים הינם הבעלים ו/או בעלי הזכות לחזקה ייחודית בדירה של _____
 חדרים, מטבח, שירותים ו _____ . או ב _____ (מחק את המיותר)
 הנמצא/ת ברחוב _____ בעיר _____ – (להלן: "הנכס");
והואיל: ובנכס לא מחזיק כל דייר מוגן לפי חוק הגנת הדייר (נוסח משולב) תשל"ב – 1972
 או כל חוק דומה;

1. מאפשר לתבוע מכל אחד מהמשכירים את מלוא ההתחייבויות.
2. מאפשר לתבוע מכל אחד מהשוכרים את מלוא ההתחייבויות.

והואיל: והמשכירים מעוניינים להשכיר את הנכס בהתאם לתנאי חווה זה, ובלי שהשוכרים יהיו מוגנים לפי חוק הגנת הדייר (נוסח משולב) תשל"ב – 1972 או כל חוק דומה אשר יחוקק בעתיד;

והואיל: והשוכרים מעוניינים לשכור את הנכס בתנאים האמורים; לפיכך, הוסכם והוצהר על ידי הצדדים כדלקמן:

1. <המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו ותנאי מתנאיו.
2. <הצדדים מודים בזאת, שחתמו על חווה זה ברצון חופשי, בדעה צלולה וביישוב הדעת, אחר שקראו את החווה, או שהוא הוקרא בפניהם והם הבינו את תוכנו.³

ב. השכירות ותקופתה

3. <הנכס מושכר לשוכרים.⁴ תקופת השכירות היא למשך _____ חודשים, החל בתאריך _____ ועד לתאריך _____ (להלן – "תקופת השכירות").

4. *אופציה – הנכס, מושכר מעכשיו לתקופה נוספת, מעבר לתקופת השכירות האמורה, עד לתאריך _____ בתנאי שהשוכרים ירצו בכך, ויודיעו על כך למשכירים בכתב, 90 יום קודם לסיום תקופת השכירות. זאת, בתוספת של עד _____% לדמי השכירות כמשמעות בחווה זו, על פי החלטת המשכירים, אם ירצו בתוספת.⁵

5. כל זמן שאחד השוכרים בחיים,⁶ והנכס ראוי למגורים סבירים⁷ חייבים השוכרים בכל התחייבויותיהם, גם אם יאלצו לעזוב את הנכס מחמת אונס לפני תום תקופת

3. **בשולחן ערוך** (חו"מ מה, ג) נפסק שמי שחתם על שטר שלא הבין את תוכנו חייב בכל האמור בחווה. הפוסקים דנו במקרים שונים בהם נראה שהחותם לא גמר בדעתו להתחייב באמור בשטר, ראה בעניין זה, הרב אליהו גורפינקל, "החותם על שטר שלא קרא או שלא הבין את תוכנו", **משפטי ארץ – טענות וראיות**, עמ' 299-309. הטוב ביותר הוא כמובן שהחותמים על השטר יבינו את תוכנו לפרטיו.

4. כאן כתובה עיקר העסקה – השכרת הנכס.

5. סעיף אופציה מקובל בחוזים רבים. משמעות הסעיף היא שלשוכר ישנה אפשרות להאריך את תקופת השכירות למשך תקופת זמן נוספת. אפשרות זו תלויה אך ורק ברצונו של השוכר, ובחתימה על החווה, המשכיר הסכים לכל החלטה שיקבל השוכר בעניין.

ההלכה מכירה בעסקה שצד אחד גמר בדעתו, והאפשרות נתונה לצד השני להחליט אם הוא מעוניין במימושה (**קידושין** כו, א).

בחווה זו ניתנה אפשרות לסעיף אופציה, שבו השוכר רשאי להאריך את תקופת השכירות, ומאידך המשכיר רשאי להעלות את דמי השכירות עד לתקרה שנקבעה בחווה (באחוזים). כמובן, שניתן למחוק את חלקו של הסעיף המאפשר להעלות את דמי השכירות.

6. לגבי מקרה של מות השוכר ח"ו, הובאה **ברמ"א** (חו"מ שלד, א) מחלוקת ראשונים האם משלם הכל או רק עבור התקופה שגר בדירה. כמו כן, נפסק שם שאם השוכר שילם מראש, המשכיר אינו חייב להחזיר לו את הכסף, אלא אם הנכס הושכר לאחר בתוך תקופת השכירות.

7. למשל אם התפרצה צנרת, ואי אפשר עוד לגור בבית, רשאים השוכרים לעזוב (**שו"ת משפט צדק** ב, לא, וראה גם: **פתחי חושן** שכירות ו, ט).

השכירות. השוכרים יכולים להביא במקומם שוכרים הגונים, בעלי משפחה בגודל דומה ובעלי יכולת כלכלית דומה. זאת, לאחר שהודיעו למשכירים על כך בכתב 30 יום מראש. כל ההוצאות והטרחה שייגרמו עקב החלפת השוכרים מוטלות על השוכרים.⁸

6. <הנכס מושכר למטרת: מגורים / אחסון / _____ בלבד, ומשום כך, לא יהיו השוכרים רשאים לעשות בו שימוש לשום מטרה אחרת.⁹

ג. התמורה

(בחר באחת משתי דרכי התשלום, ומחק את המיותר):

7. <תמורת השכרת הנכס לפי חוזה זה, מתחייבים השוכרים לשלם למשכירים דמי שכירות חודשיים בסך של _____ \$ (במילים: _____ דולר ארה"ב) לכל חודש שכירות (להלן: "דמי השכירות") ואשר ישולמו בשקלים חדשים בהתאם לשער היציג של דולר ארה"ב, כפי שיהיה ידוע במועד ביצוע התשלום. שיעור דמי השכירות מותנה בביצוע כל תשלום במועדו, לפי תנאי הסכם זה.¹⁰

7א. <תמורת השכרת הנכס לפי חוזה זה, מתחייבים השוכרים לשלם למשכירים דמי שכירות חודשיים בסך של _____ ש"ח (במילים: _____ ש"ח) לכל חודש שכירות (להלן: "דמי השכירות") ואשר ישולמו בשקלים חדשים, בצמוד למדד המחירים לצרכן, האחרון שיפורסם קודם לביצוע התשלום. המדד הבסיסי לחישוב ההצמדה הוא המדד האחרון שפורסם לפני חתימת חוזה זה. שיעור דמי השכירות, מותנה בביצוע כל תשלום במועדו, לפי תנאי הסכם זה.¹¹

8. <בזמן חתימת החוזה שולם סכום של _____ ש"ח, על חשבון דמי השכירות.

9. <יתרת דמי השכירות עבור כל חודש מתקופת השכירות, תשולם בכל _____ לחודש הלוועזי, החל בתאריך _____, וכלה בתאריך _____.

10. דמי השכירות, וכל תשלום אחר לפי הסכם זה, יועברו לחשבונם של המשכירים: בבנק _____ סניף _____ שמספרו _____, בחשבון מספר _____ על שם _____ או באופן אחר (מחק את המיותר): _____.

8. על פי דין, אם לא היה שום אונס, חייב השוכר לשלם כל דמי השכירות (שולחן ערוך חו"מ שיא, ו; שיב, ז), בניכוי ההוצאות הנוספות שיש למשכיר בדירה מאוכלסת (ש"ך חו"מ שיא, ד). אם השוכר מצא שוכר הגון (רמ"א חו"מ שיב, ז) אחר במקומו – פטור. בפועל, נהוג לחייב את השוכר גם במקרה של אונס.

9. השוכר אינו רשאי לשנות את יעוד ההשכרה (פתחי חושן שכירות ו, יא). כמו כן, נוסח הסעיף באופן של שיור בקניין, המגביל את הזכות שנתנה לשוכר לשימוש מסוים.

10. סייג זה נועד לאפשר פיצוי הולם למשכירים במקרה של איחור, ללא חשש ריבית.

11. כנ"ל הערה 10.

11. אם לא שלמו השוכרים את דמי השכירות, למעלה מ_____ ימים לאחר מועד התשלום שנקבע בסעיף 9, הרי שהחל ממועד התשלום האחרון יעמדו דמי השכירות על: דמי השכירות המקוריים, בתוספת _____ \$ עבור כל יום, עד לתשלום כל החובות, או עד לסיום תקופת השכירות.¹²

ד. חובות השוכרים

12. השוכרים מקבלים על עצמם בקניין המועיל, לשמור על הנכס ועל הפריטים המצויים בו, ולשלם על כל נזק או הפסד שייגרמו עקב מעשיהם, מחדלם או מעשה של מי שנמצא בדירה בהסכמתם,¹³ כדין שוכר מיטלטלין,¹⁴ זאת, למעט נזקים שגרם המשכיר או אדם מטעמו.

13. <השוכרים אינם רשאים לשנות את מבנה הנכס מבלי שקבלו רשות בכתב ומראש מאת המשכירים לכך. מלבד השינויים הבאים (מחק ו/או הוסף): התקנת מדפים, תליית תמונות _____.

14. <השוכרים אינם רשאים למסור את החזקה בנכס או במקצתו, או לאפשר שימוש של קבע בנכס או במקצתו, לאחר, פרט לילדיהם שאינם נשואים, כמו כן השוכרים אינם רשאים להעביר זכויות לפי חווה זה, כולן או בחלקן לאחר, פרט ל _____, אלא אם כן עשו זאת בהתאם למפורט בסעיף 5.5.¹⁵

15. השוכרים ישאו בכל התשלומים הכרוכים בשימוש שוטף בנכס, לרבות ארנונה, מסי רשות מקומית, חשבון החשמל והמים, תשלומים שוטפים¹⁶ לוועד-בית, שימוש בגז, חשבון טלפון מספר _____, וכדומה.¹⁷

12. קיומו של סעיף זה נחוץ, כדי לתת לשוכר תמריץ לשלם במועד, ואף לאחר שאיחר בתשלום, לתת לו תמריץ לשלם כמה שיותר מהר. הפתרון לכך הוא ששכר הדירה עליו סוכם מותנה בתשלום בזמן, אם התשלום אינו מבוצע בזמן, הרי שסוכם מראש על שכר דירה גבוה הרבה יותר (שולחן ערוך יו"ד קעו, ו); בדרך זו אין בעיה של ריבית.

13. ללא התחייבות, שוכר פטור בנזק שגרם בנו וכדומה (משפט השכירות, עמ' קנה), על כן, נוספה בחווה התחייבות מפורשת המרחיבה את אחריות השוכר.

14. מן הדין אין חיובי שמירה על מקרקעין (שולחן ערוך חו"מ שא, א), אולם, השוכר יכול לקבל על עצמו חיוב כזה בקניין סודר (שם, ד, וש"ך שם, ז).

15. על פי הדין, שוכר רשאי להשכיר את הנכס למי שבני ביתו אינם רבים משלו (שולחן ערוך חו"מ שטז, א). בחוזים הנהוגים מקובל שזכותו של השוכר מוגבלת, והוא אינו יכול להעביר את החזקה לאחר (משפט השכירות רמז-רמה).

16. זאת, להוציא תשלומים חריגים, המוטלים על המשכיר (משפט השכירות עמ' קז-קכט).

17. סעיף זה הוא מעיקר הדין, המחייב את השוכר בשירותים שהוא מקבל עקב מגוריו בנכס (משפט השכירות עמ' קכו).

16. המשכירים או שלוחיהם יוכלו להיכנס לנכס, בתיאום מראש של 48 שעות, ובמקרה של תיקונים דחופים גם ללא התראה מראש, כל זאת, במידה שאינה פוגעת באופן בלתי סביר בשימוש התקין והשלו בנכס.¹⁸

17. השוכרים אינם רשאים לעשות בנכס שימוש המפריע באופן בלתי סביר לדיירי הבית ו/או לשכנים האחרים.¹⁹

18. אם נשאר חוב כספי על השוכרים 90 יום לאחר תום תקופת השכירות, בין למשכירים ובין עקב ההתחייבויות המפורטות בסעיף 15, הרי שהשוכרים מתחייבים מעכשיו לשלם סכום נוסף בסך \$_____.²⁰

ה. ערבויות

19. לשם הבטחת כל חיוביהם הכספיים לפי הסכם זה, מסרו השוכרים ביד המשכירים, בעת חתימת ההסכם, שטר-חוב החתום על ידם וכן על ידי ערבים בסכום של _____ ₪.²¹ שטר-החוב יוחזר לשוכרים 60 יום לאחר תום תקופת השכירות, בתנאי שהם אינם חייבים עוד כסף למשכירים. וכי שולמו כל החשבונות המפורטים בסעיף 15.

שמות הערבים הם:

- א. _____ ת.ז. _____ כתובתו _____.
- ב. _____ ת.ז. _____ כתובתו _____.

ו. חובות המשכירים

20. מס רכוש ממשלתי על הנכס יחול על המשכירים.

21. המשכירים יעבירו לידי השוכרים את החזקה בנכס, למטרותיה של השכירות, החל מתאריך _____, בשעה _____, כאשר הוא פנוי לחלוטין וראוי לשימוש, כפי שסוכם, פרט לפגמים המפורטים בנספח ג'. בדירה מותקן קו טלפון / לא מותקן קו טלפון; בדירה יש הכנה לחיבור גז / חיבור לגז / אין הכנה לחיבור גז (מחק את המיותר).

18. בידי המשכיר לשייר לעצמו זכות זאת.

19. מבוסס על שיוור בקניין ראה הערה 9.

20. סעיף זה נועד להטיל על השוכר קנס במקרה של אי-פרעון חובות לאחר שעזב את הנכס. כדי להימנע מאיסור ריבית, נקבע בחוזה קנס חד פעמי, שאינו ריבית לדעת רוב הפוסקים (שו"ת רדב"ז א, תצז; תורת רבית ו, ז; כתר א', עמ' 89, הערה 182).

21. שטר-החוב שיש לצרף לחוזה מאפשר למשכיר לפנות ישירות להוצאה לפועל, ולגבות מהשוכר את חובותיו. בשטר יכתב סכום מסוים, אולם, השוכר יוכל, בדיון שיתקיים בהוצאה לפועל, למנוע את גביית מלוא הסכום הכתוב, ולהגביל אותו לשיעור חובותיו.

22. אם תתאחר העברת החזקה בנכס, מוסכם בזאת על הצדדים, שהמשכירים יפצו את השוכרים בסכום של \$_____, כערכו בשקלים חדשים, כפי השער היציג ביום ביצוע התשלום בפועל, כנגד כל יום של איחור.
23. >הרשות ביד המשכירים להעביר לאחר או לשעבד את זכויותיהם בנכס, ובלבד שהליך זה לא יפגע בזכויות השוכרים.²²
24. *במקרה שאין מזוזות בדירה, יתקינו השוכרים מזוזות משלהם בנכס. בתום תקופת השכירות, המשכירים מתחייבים לשלם לשוכרים את שווי המזוזות, אלא אם כן הם יחליפו את המזוזות של השוכרים במזוזות משלהם.²³

ז. תיקונים בנכס

25. השוכרים בדקו את הנכס, והם מודים שאין בו כל מום גלוי,²⁴ פרט לאלה המפורטים בנספח ג'.
26. המשכירים יבצעו תיקונים או ישאו בתשלומים של התיקונים הדורשים בעל מקצוע,²⁵ והנדרשים בכדי לאפשר לשוכר את השימוש לו הוא זכאי על פי חוזה זה, ואשר הצורך בהם לא נגרם עקב מעשיהם, או מחדלם של השוכרים.
27. המשכירים יבצעו את התיקונים להם הם אחראים בתוך זמן סביר לאחר שנודע להם על הצורך בו. אם השוכרים ביצעו את התיקון הנדרש קודם לחלוף זמן התיקון הסביר, הם יקבלו החזר בשיעור עלות תיקון הנמוכה ביותר, שהייתה אמורה להיות למשכירים.²⁶
28. במקרים דחופים, או כאשר לא ניתן להודיע למשכירים על הדרוש תיקון, או במקרה של עיכוב לא סביר בביצוע התיקון מצידם של המשכירים, יהיו השוכרים

22. **שולחן ערוך** חו"מ ש"ב, ג.
23. מן הדין על השוכר להתקין מזוזות (**שולחן ערוך** חו"מ ש"ד, ב), ואסור לו להסירן כאשר הוא עובד (**שולחן ערוך** יו"ד רצ"א, ב). על פי הדין יכול השוכר לתבוע את שווי המזוזות מהשוכר שבא אחריו (**רמ"א** שם). בפועל הדבר יוצר בעיות ממוניות, ולכן הוחלט לקבוע בחוזה פיצוי ע"י המשכיר.
- האפשרות להחליף את המזוזות מוסברת בכך שכל אדם יכול להחליף את המזוזות בביתו, והבעיה היא רק בהשארת הבית ללא מזוזות (הרב זלמן נ. גולדברג).
24. אילו הסעיף היה מנוסח כמחילה על מום, היה צורך בהגדרת סכום המחילה. לפיכך, העדפנו ניסוח המבוסס על אודיתא.
25. מעיקר הדין, מוטלים התיקונים הדורשים בעל מקצוע על המשכיר, ועל השוכר התיקונים שאינם כאלה (**שולחן ערוך** חו"מ ש"ד, א-ב), אולם, גם בעניין זה הולכים אחר המנהג (**רמ"א** שם, ב).
26. כדין יורד לשדה חברו שלא ברשות (**שולחן ערוך** חו"מ, שעה). בסעיף זה נכללת האפשרות שהמשכיר היה מתקן בעצמו ללא עלות.

רשאים לתקן את הדרוש, ולקזז את עלותו הסבירה והמוכחת של התיקון מדמי השכירות.²⁷

ח. פינוי הנכס

29. <עם תום תקופת השכירות, או בכל מקרה אחר בו תבוא השכירות לקיצה לפי חוזה זה, יפנו השוכרים את הנכס, וייתירו אותו פנוי מכל מחזיק או רכוש שאינו שייך למשכירים.

30. *השוכרים מתחייבים להחזיר את הנכס למשכירים: במצב נקי ומסודר כפי שקבלו אותו / מסויד ונקי (מחק את המיותר).

31. לא פינו השוכרים את הנכס לפי סעיף 29, ישלמו למשכירים סכום השווה ל – _____ \$ כנגד כל יום, עד לפינוי הנכס. בנוסף, המשכירים ו/או מי מטעמם יהיו רשאים להיכנס לנכס ולפנות ממנו את כל החפצים של השוכרים.²⁸ השוכרים מתחייבים לפצות את המשכירים על כל ההוצאות, ו/או הנזקים ו/או מניעת רווח אשר ייגרמו למשכירים כתוצאה מכך, אף באופן עקיף.²⁹ אין בסעיף זה כדי למנוע מהמשכירים כל סעד אחר, ואין בו כדי לפטור את השוכרים מחובתם על פי סעיף 29.

ט. ביטול החוזה

32. הסעיפים הבאים הם תנאי היסודיים של חוזה זה, לטובת המשכיר – 6, 7, 7א, 9,³⁰ 10, 13, 14, 15.

33. אם השוכרים לא ימלאו אחר התנאים היסודיים של חוזה זה, הרי שבכך תסתיים תקופת השכירות על כל המשתמע מכך.³¹

27. לא מקובל לכתוב סעיף זה בחוזים הרגילים בארץ, אולם על פי דין תורה יכול השוכר להשתמש בדמי השכירות לצורך תיקונים (נתיבות-המשפט שיב, יא), וזהו גם הנהג המקובל במדינת ישראל.

28. על פי הדין, אדם יכול לעשות דין לעצמו ולפנות פולש.

29. קיים צורך בהתניה מפורשת, על מנת לחייב את השוכרים בתשלום הנזקים, שעפ"י רוב הם נזקים בגרמא.

30. התנאים היסודיים הם:

אי חריגה ממטרת השכירות, והשכרה לאחר – סעיף 6.

תשלום בזמן – סעיפים 7, 7א, 9, 10.

לא לשנות את הנכס – סעיף 13.

לא להעביר את החזקה לאחר – 14.

לשלם את התשלומים החלים על הגר בדירה – 15.

31. הכוונה שעל השוכר לפנות את המושכר, ואם לא יעשה זאת, הוא יתחייב בדמי שכירות גבוהים יותר.

34. הודעת המשכירים על סיום תקופת השכירות על פי סעיף 33 תשלח לשוכרים במכתב רשום, או תימסר לשוכרים בכתב עם אישור מסירה של מי מהם. דרישה שלא נעשתה בדרך זו, בטלה.

35. אם נמנעו המשכירים להעלות את הדרישה לפינוי הנכס:
(א) בכל מקרה פרט לאיחור בתשלום, למעלה מ_____ ימים לאחר שנודע למשכירים על הפרת סעיף יסודי;
(ב) במקרה של איחור בתשלום, למעלה מ_____ ימים לאחר תשלום כל החוב; הרי שיראו אותם כמי שמחלו על התנאי שלא קיים. השכירות תימשך, והם יהיו מנועים מלהעלות את הדרישה לסיום תקופת השכירות בשל הפרה זו.³²

36. <אם הנכס לא יימסר לשוכרים בזמן, או שהוא לא יהיה ראוי למגורים סבירים,³³ תסתיים תקופת השכירות, על כל המשתמע מכך.³⁴

37. אם נכנסו השוכרים לנכס לאחר שנודע להם על אי מילוי התנאי על ידי המשכירים, או אם נמנעו השוכרים להודיע למשכירים על כך שתקופת השכירות הסתיימה, למעלה מ_____ ימים לאחר אי מילוי התנאי על ידי המשכירים, יראו אותם כמי שמחלו על התנאי, השכירות תימשך, והם יהיו מנועים מלדרוש את סיום תקופת השכירות.³⁵

38. הודעת השוכרים על סיום תקופת השכירות על פי סעיף 36 תועלה על הכתב, ותופנה למשכירים במכתב רשום, או במסירה אישית למשכירים עם אישור מסירה של מי מהם. דרישה שלא נעשתה בדרך זו, בטלה.

י. שטר בוררות

39. <הצדדים קבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל, או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את מי שימונה לכך מטעמו.

40. <הצדדים קבלו על עצמם את הבורר, בין לדין תורה, בין לפשרה הקרובה לדין תורה, ובין לחייב ממון בדיני שמים.³⁶ וזאת, על פי שטר הבוררות של משפט

32. כיוון שהתנאי הוא לטובת המשכיר, הרי שהוא יכול למחול עליו, ולהמשיך את השכירות (שולחן ערוך אה"ע לח, לח).

33. ראה הערה 7.

34. שאר חיובי המשכיר יישארו בתוקפם.

35. מחילה על הזכות לבטל את החוזה אין משמעה מחילה על חובת המשכיר לתקן את הדרוש תיקון, או לשלם על תיקון שבוצע כדין, וכן אין משמעה מחילה על הקנס המושג על המשכיר במקרה של איחור במסירת הנכס.

36. הפירוט נועד כדי להרחיב את סמכות השיפוט של הבורר.

והלכה בישראל. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה שכירות זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר יראה אותה כמספקת.³⁷

41. <החתימה על החוזה דינה כחתימה על שטר בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.³⁸

42. <הצדדים מקבלים³⁹ על עצמם את סברת הפוסק הסובר שיש תוקף לחוזה זה, ומחייבים⁴⁰ עצמם על פי סברתו, אפילו הוא פוסק יחיד, ולא יוכלו לטעון "קים לי" כנגדו.

יא. הערות כלליות

43. <כל סעיפי החוזה חלים מעכשיו, אלא אם צוין אחרת במפורש.⁴¹

44. <שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימות הצדדים.⁴²

45. <כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חב לו חוב לפי חוזה זה, והבורר לא השתכנע שהחוב נפרע, נאמן כשני עדים על הצד השני, יורשיו או חליפיו, לטעון שהחוב טרם נפרע. במקרה כזה, יפרע הנתבע את החוב מיד, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁴³

46. <כל תנאי החוזה נעשו כתיקון חכמים.⁴⁴

47. <כדי להינצל מאיסור ריבית, אם קיים, לפי חוזה זה, מודים הצדדים שכל התשלומים נעשו על פי היתר עיסקא כתקנת מהר"ם מקראקא.⁴⁵

37. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות את הבורר.
38. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תמנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.
39. הרב עזרא בצרי סומך ידיו על תנאי זה (משפט השכירות, עמ' תצח, וראו עמק המשפט ב, עמ' תקב).
40. לדעת הרב זלמן נ. גולדברג, הניסוח "מקבלים את סברת הפוסק" אינו בהכרח תקף, על כן יש להעדיף התחייבות.
41. ההלכה נותנת תוקף רק לעסקאות שחלות מיד. אמנם ניתן ליצור שכירות שתתחיל זמן מה לאחר חתימת החוזה (למשל, במקרה של השכרת נכס לאחד בזמן שהוא מושכר לאחר, ש"ך חו"מ שיב, ג), אולם הדבר מותנה בכך שהעסקה תחול מיד, ולא ניתן יהיה לבטלה.
42. מן הדין, שטר שניתן להוסיף בו פרטים לאחר שנחתם, מבלי שניתן יהיה לדעת על כך – פסול (שולחן ערוך חו"מ סימן מב), לפיכך, יש צורך להגביל את היכולת להוסיף סעיפים ללא חתימות שני הצדדים.
43. כאשר יש לתובע שטר בחתימת הנתבע, נחלקו ראשונים האם הנתבע נאמן לטעון שפרע את החוב, וכן נחלקו בעניין זה השולחן ערוך והרמ"א (חו"מ סט, ב). כדי למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
44. שולחן ערוך (חו"מ רמא, יב) ורמ"א (אה"ע לח, ג). הח"מ (שם, ג) כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.
45. מטרת היתר עסקא לתת לחוזה הגנה נוספת מפני טענה שיש בסעיפיו איסור ריבית.

48. <מלבד החתימה על החווה, הצדדים מודים בזאת, שלשם מתן תוקף הלכתי לכל האמור בהסכם זה, עשו קניין המועיל לכל סעיף כראוי לו, מעכשיו, בפני בית-דין חשוב, דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי.⁴⁶

49. <כתובות הצדדים לצורך חווה זה הן כמופיע במבוא לחווה. הודעה בכתב משמעה בחווה זה, הודעה במכתב רשום. ועל כל הנ"ל באנו על החתום:

המשכירים	השוכרים
----------	---------

יב. נספחים

1. כתב ערבות

אני הח"מ ערב לכל חיוב כספי המוטל על השוכרים עפ"י תנאי חווה זה וסעיפיו השונים.⁴⁷ מודע אני לכך, שכערב, אני מתחייב לשלם בכל מקרה שלא יהיה ניתן לגבות מהשוכרים.⁴⁸ ערבות זו קיבלתי על עצמי בקניין הראוי, מעכשיו, בפני בית-דין חשוב, דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי.

שם משפחה	שם פרטי	ת.ז.	שם משפחה	שם פרטי	ת.ז.
כתובת	טלפון	טלפון נייד	כתובת	טלפון	טלפון נייד
בבית			בבית		
כתובת	טלפון	חתימה	כתובת	טלפון	חתימה
בעבודה			בעבודה		

2. רכוש בנכס

בנכס מצויים הפריטים הבאים, אשר הם בבעלות המשכירים:

1. _____
2. _____

46. סעיף זה נותן תוקף להתחייבויות שהן בגדר אסמכתא, ובכלל זה קנסות (רמ"א חו"מ רז, טו).
47. הכוונה לכך שהערב מקבל על עצמו את כל מה שהשוכר קבל על עצמו, כדוגמת, נאמנות (בסעיף 45).
48. **שולחן ערוך** חו"מ קכט, י: כגון, שהלווה ברח, או שהוא אלם ובית הדין אינו יכול לכופו אותו לשלם.

ג. פגמים במושכר (למילוי בעת העברת החזקה)
בתאריך _____ השוכרים קיבלו לידיהם את הנכס לשימושם, ובו הפריטים המפורטים
בנספח ב' להסכם זה, כאשר כולם במצב תקין וטוב, פרט ל _____.

קריאת מונים

מונה חשמל – _____; מונה מים – _____; מונה גז – _____

ועל כל הנ"ל באנו על החתום:

המשכירים

השוכרים



פנימיות

המשפט

הבטה בהפקר – עניינה הפנימי של גמירות הדעת במעשי הקניין

הרב יהודה יפרח

א. מבוא	ג. הבטה בהפקר – ניתוח שיטות הראשונים על פי פרדיגמות מהחסידות והקבלה
ב. הבטה בהפקר – יישוב הסתירה בגמרא	1. ארבעת העולמות
1. הסוגיה בסוף בבא מציעא	2. סוף מעשה במחשבה תחילה – בין הכוונה וביטוייה
2. הסוגיה בתחילת בבא מציעא	3. המחשת גמירות הדעת בהעברת בעלות
3. שיטת התוספות	4. הבטה בהפקר
4. שיטת הרמב"ן	ד. סיכום
5. שיטת הב"ח	
6. שיטת רש"י	
7. פסק ההלכה בעניין קניין מהפקר	
8. הבטה בהפקר בכדי לזכות לחבירו	
9. הבטה במצוות השבת אבידה ובפריקה וטעינה	

א. מבוא

סוגיות רבות בגמרא וסימנים ארוכים בשולחן ערוך ובפוסקים עוסקים בפרטי מעשי הקניין ובתנאים שבהם הם מועילים להעברת בעלות על רכוש מאדם לחבירו. ממקורות אלו עולה שאי הקפדה על פרטי ההלכות מונעת את העברת הבעלות גם כאשר המקנה והקונה גילו דעתם בפירוש שהם מעוניינים בביצוע העסקה.¹

* הרב יהודה יפרח, ר"מ במכינה קדם צבאית אלישע ובמדרשת שובה, מנכ"ל סטנדר – אתר הלימודים לציבור הדתי, בוגר מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. עיקרון זה מופיע לאורך כל הפרק הראשון במסכת קידושין העוסק בקניינים השונים. לדוגמה: מקרקעין ומיטלטלין נקנים באמצעות מעשי קניין מסוימים ולא בדרכים אחרות. ראו עוד: קידושין כה,ב: "אלא מעתה פיל... במה יקנה?"; בבא מציעא צד,א: "ומתנה שומר שכר להיות כשואל, במאי בדברים?"; בבא בתרא ג,א: "אי בשאין בה דין חלוקה – כי רצו מאי הוי, נהדרו בהוי? אמר רבי אסי אמר רבי יוחנן: שקנו מידן"; עירובין כה,א – אשה שעשתה מחיצה על גבי מחיצה, בכוונה לקנות בכך נכסי הגר, לא קנתה, לפי שאין זו חזקה כדין; ועוד.

לעומת זאת ממקורות רבים אנו למדים שהעברת הבעלות תלויה בגמירות הדעת של הצדדים,² ותפקידו של מעשה הקניין אינו אלא ליצור או לגלות אותה. לאור זאת, תישאל השאלה מהו היחס שבין המעשה לכוונה, בין ההלכות הרבות העוסקות בפרטי מעשי הקניין ובין התודעה שהן משקפות.

על סוגיה זו נשתברו קולמוסים רבים ולא נעסוק בה בהרחבה במאמר זה.³ נציין רק את מאמרו של הרב ד"ר רון קליינמן המופיע בקובץ זה שהסיק שדעתם של רוב האחרונים היא שיסוד הקניין הוא בגמירות הדעת.⁴ לשיטתם, עניינו של מעשה הקניין הוא **לגלות** ולחשוף את גמירות הדעת של הצדדים להעברת הבעלות, או **להביא** לידי גמירות דעתם של הצדדים על ידי פעולה מוחשית ובולטת.

אשר על כן כשגמירות הדעת ברורה ומוכחת אין צורך במעשה קניין. לדוגמה, בסוגיות "דברים הנקנים באמירה",⁵ הגמרא מנמקת שאין צורך במעשה קניין כיון ש"בההיא הנאה גמר ומקני",⁶ וכן בסוגיית "המזכה לעובר".⁷ לעומתם יש הסוברים כי מעשה הקניין הוא יסוד עצמאי היוצר את העברת הבעלות ולא די בגמירות הדעת של הצדדים.⁸ כדרך ביניים

2. ראו לדוגמה: **ביבמות** נב, ב – "עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן" לא קנה, הטעם: "התם לא קא מכווין למיקני"; **בבבב** כו, א – אין קרקע נקנית בכסף במקום שנוהגים לכתוב את השטר וכן להפך, והטעם המבואר בראשונים שם הוא שאין גמירות דעת מצד הקונה (עד שיקבל שטר) או המקנה (עד שיקבל כסף). בעניין זה ראו שלום אלבק, "מקומה של גמירות הדעת בקניין", **תרביץ** מ', עמ' 158 – 177; סיני דויטש, "גמירות דעת בהתחייבות במשפט העברי", **דיני ישראל** ג', עמ' 207 – 226; אברהם וינגרט, "תפיסה פורמליסטית ומעשה קניין", **דיני ישראל** יז (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קט-קלד; הרב מאיר ברקוביץ, "מעשה ורצון בקניינים", **מגל** יא [תשנ"ה], עמ' 37 – 62; הרב צבי יהודה בן יעקב, "כוונה בקניין", **כתר תורה** ד' [תשנ"ז], עמ' קכה-קלז; הנ"ל, "בפעולות הקניינים", **שורת הדין** ח' [תשס"ג], עמ' קכא – קמ; הרב אשר וייס, "יסודות הקניינים", **דברי משפט** ד'. עמ' רעח – רפח.

3. לדוגמה, רבי שלמה קלוגר כותב (**שו"ת טוב טעם ודעת**, מהד' קמא, רסט, ד"ה והנה): "**דעיקר קניין התורה הוא הגמר בלב להקנות**, וכדאמרינן בההוא הנאה דמחתני אהדדי גמרו ומקני להדדי, ואם כן מוכח, היכי דחזינן וידעינן דגמר בלבו – לא בעינן מעשה קניין, ואם כן היכי דבעינן מעשה קניין היינו כיון דלא ידעינן מה בלבו, ודלמא אינו גומר בלבו להקנות... **וכל מעשה הקניין אינו רק לברר מה שגומר בדעתו, אבל אם ידעינן דגמר ומקני בלב שלם – לא בעינן מעשה**".

4. ראו עוד רבי יוסף ענגיל, שכותב (**בית האוצר**, פיעטרקוב תרס"ג, ח"ב, דף יט, ב): "דבשאר קניינים (=בשונה מן הקניין בקידושין) **אין מעשה הקניין הוא הפועל בעצם, רק ההקנאה באה מעצמה, ממה שהאדם מקנה את הקרקע לחבירו מרצונו**. ואך דלולי מעשה קניין לא היינו יודעים שמקנה גם ברצונו, דדיבורא עביד איניש דמיקרי ואמר, ואין ראייה עדיין היות רצונו באמת כך להקנות לו, ומה שאין כן כשעושה מעשה קניין אז ודאי דמקנה לו ברצון הטוב. ועל כרחק עניין מעשה הקניין רק לראיה על היותו מקנה, **אבל לא שמעשה הקניין פועל בעצם את ההקנאה**".

5. **מועד קטן** יח, ב; **כתובות** קב, א; **קידושין** דף ט, ב. **תוספות** כתובות שם, ד"ה אליבא, מעיר בשם רבנו תם: "ואין לתמוה, היכי משתעבד בשטר זה, הא אין מיטלטלין נקנין בשטר? דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך".

6. **כתובות** קב, ב.

7. **בבא בתרא** קמב, ב. בסוגיה זו אמנם נעשה מעשה קניין, אך אין לו תוקף לפי דיני הקניין. גמירות הדעת שהוכחה במעשה זה היא שמחליטה את הקניין למרות הפגמים הפורמאליים.

8. ראו לדוגמה הרב א"מ חברוני, שכתב (**משאת משה**, מסכת קידושין, סי' ג, עמ' ה): "נראה לכן דגדרי הקניינים הם, שהלכה למשה מסיני שאין המיקח נקנה בדברים ובעי מעשה הקניין, אבל איזהו מעשה הקניין, לזה לא ניתנה הלכה, אלא כל שהנהיגו בעולם למעשה הקניין, והו קונה מן התורה".

יש הסוברים שבהעברת הבעלות קיימים שני מסלולים: גמירות הדעת ופעולות מעשיות המוכיחות אותה, ומעשי קניין עצמאיים.⁹

מאמר זה דן בזיקה שבין גמירות הדעת ומעשה הקניין הפיזי, זאת דרך בירור פרטיה של סוגיית קניין על ידי "הבטה". אף שסוגיה זו לא נפסקה להלכה הרי שהסברות שהועלו בה עשויות להאיר את הנושא שבו אנו עוסקים.

המונח "גמירות דעת" מניח שהעברת הבעלות מותנית ברצון הטהור של הצדדים, ובנכונות שלהם להקנות ולקנות, והשאלה היא עד כמה רצון זה כפוף למסגרות הפורמאליות ולביטויים המוחשיים שלו. כלומר האם ניתן להציע חלופות למעשי הקניין המוגדרים? האם ניתן לבודד את 'גמירות הדעת' מההקשר המוכיח, או המפרש אותה? התבוננות בשאלה זו עשויה לשפוך אור על אחת מסוגיות היסוד של דיני הממונות בהלכה.

ב. הבטה בהפקר – יישוב הסתירה בגמרא

אדם הרוצה לזכות בחפץ הפקר צריך לבצע פעולת קניין, המקבילה לפעולה הנעשית במקרה של העברת בעלות מאדם לאדם. בלשון הרמב"ם, יש לקנות את ההפקר "כדרך שקונין הלוקחות".¹⁰ מיטלטלין ניתן לקנות בקניין משיכה, הגבהה או קניין חצר, וקרקע ניתן לקנות בקניין חזקה.

כמובן, מאחר שמדובר בקניין ללא מקנה, ללא "דעת מקנה", לא ניתן לקנותם בקניין כסף או חליפין, וקרקע הפקר לא ניתן לקנות בקניין שטר, כפי שקונים נכסים אלו מאדם המקנה אותם.

ביחס לשני מעשי קניין נחלקו הדעות: לחלק מהדעות מעשים אלו מסוגלים לקנות חפץ הפקר, למרות מגרעותיהם המתבטאות בכך שלא ניתן לקנות על ידם במיקח וממכר רגיל. המדובר הוא בקניין הבטה ובקניין ארבע אמות.

1. הסוגיה בסוף בבא מציעא

בסוף בבא מציעא נחלקו אמוראים בשאלה האם הבטה בהפקר מהווה מעשה קניין –

אמר רב נחמן: לא קשיא; כאן – בהגבהה, כאן – בהבטה.

אמר רבה: הבטה בהפקר תנאי היא... דתנא קמא סבר: הבטה בהפקר קני... ורבי יוסי סבר: הבטה בהפקר לא קני...

אמר רבא: לא, דכולי עלמא הבטה בהפקר קני...

איכא דאמרי, רבא אמר: דכולי עלמא הבטה בהפקר לא קני.¹¹

עוד הוא כותב שם: "דמריב הראשונים מוכח, שאין גדר מעשה הקניין רק מעשה על גמירות דעת, אלא המעשה הקניין הוא העושה הקניין".

9. הרב אשר וייס, **מנחת אשר**, בבא בתרא, לב; הנ"ל, "בדין הקניין", שיעור מס' 133 (קלטת), מרחשוון תשנ"ח; הנ"ל, "קניין מכירת הבכורה ליעקב", שיעור מס' 175 (קלטת), מרחשוון תשנ"ט.

10. **רמב"ם** נדרים ב, יט; **שולחן ערוך** חו"מ רעג, יא.

11. **בבא מציעא** קיח, א.

דהיינו לשיטת רב נחמן הבטה אינה קונה בהפקר, וכן שיטתו של רבא לפי הגרסה השנייה בסוגיה (איכא דאמרי). רבה טוען שמעשה קניין זה שנוי במחלוקת תנאים ולשיטת חכמים הבטה קונה בהפקר ורק לרבי יוסי אינה קונה, גם לרבא לפי הגרסה הראשונה הבטה קונה.

2. הסוגיה בתחילת בבא מציעא

הסוגיה בתחילת מסכת בבא מציעא עוסקת בחלוקת רכוש כשיש ספק מי הבעלים שלו. במשנה הפותחת את המסכת נאמר:

שנים או חזין בטלית, זה אומר: אני מצאתיה, וזה אומר: אני מצאתיה. זה אומר: כולה שלי, וזה אומר: כולה שלי.¹²

הגמרא שואלת מדוע יש צורך שהצדדים יטענו גם "וכולה שלי":

וליתני: אני מצאתיה, ואנא ידענא דכולה שלי! – אי תנא אני מצאתיה, הוה אמינא: מאי מצאתיה – ראיתיה, אף על גב דלא אתאי לידיה – בראיה בעלמא קני, תנא כולה שלי – דבראיה לא קני.¹³

הגמרא מציעה שאריכות הדברים במשנה נועדה לשלול אפשרות שראיה בעלמא קונה.

3. שיטת התוספות

בעלי התוספות מקשים על כך, שהרי מסוף המסכת נראה שהבטה בהפקר אכן קונה. אמנם כפי שראינו, בסוגיה שם מופיעות דעות נוספות, אולם מהסוגיה כאן משמע ששלילתו של קניין ההבטה מוסכמת לכל הדעות, והדיון הוא רק בצורך לשלול זאת במפורש. ביישוב עניין זה מעירים בעלי התוספות:

דבראיה בעלמא לא קני – והא דאמרינן בפרק הבית והעלייה "הבטה בהפקר קני" היינו שעשה מעשה כל דהו כגון שגדר גדר קטן.¹⁴

כלומר לשיטתם המחלוקת סביב קניין הבטה בהפקר מתייחסת רק למקרה שהקונה עשה מעשה קנייני כלשהו, כגון שגדר גדר קטנה. קניין מופשט לחלוטין של הבטה בלבד לכל השיטות אינו קונה.

4. שיטת הרמב"ן

הרמב"ן גם הוא מתייחס אל הקושיה שהעלו בעלי התוספות. אך החילוק שהוא מציע שונה במקצת:

ואי קשיא לך הא דאמרינן בפרק הבית והעלייה דהבטה בהפקר קני, לא קשיא. דהתם הבטה של שומר כגון שומר שדה של הפקר או תבן וקש והואיל ודבר טורח הוא ועל ידו נשמר קני אבל ראיה בעלמא לא, ואפילו הכי אסיקנא התם דלא קני.¹⁵

12. בבא מציעא ב,א.

13. שם.

14. תוספות שם, ד"ה דבראיה בעלמא.

כלומר החלוקה היא בין ראייה בעלמא, שנשללת על ידי המשנה בראשית המסכת, לבין הבטה שומרת-פעילה שיש ממנה תוצאה מעשית (האבידה נשמרת) ומכוחה ניתן לקנות את האבידה, ובה נחלקו האמוראים.

5. שיטת הב"ח

הב"ח¹⁶ טוען שהגרסה המדויקת ברש"י אינה "הבטה בהפקר" אלא "חבטה בהפקר".¹⁷ חבטה היא מעשה קניין הכולל ביטוי פיזי מינימאלי, פחות מהגבהה הנדרשת בקניין רגיל של מיטלטלין.

הב"ח מזכיר גם את בעלי התוספות המתייחסים להלכה במסכת ביצה: "והמקושרים והמנוענעים בכל מקום אסורים משום גזל".¹⁸ רש"י¹⁹ פירש שם שהראשון שקשר את הגחלים קנה אותם בהגבהה. התוספות²⁰ מקשים – הרי קשירה ונענוע אינם הגבהה, ומתרצים שזהו "קניין חבטה". לדבריהם, הסוגיה באה ללמדנו שחבטה קונה בהפקר "הואיל ומתעסק בהן קצת". כך מבין הב"ח את דברי התוספות בסוגיה בתחילת בבא מציעא: "מעשה כל דהו" שנדרש על מנת לקנות חפץ הפקר הוא חבטה, ועניינו פעולה פיזית סמלית על החפץ.

אם כן, לשיטת הב"ח ובעלי התוספות קניין מופשט לחלוטין אינו מועיל ויש צורך בהוספת פעולה פיזית כלשהי.

6. שיטת רש"י

על הסוגיה בסוף בבא מציעא כתב רש"י:

דסבירא להו הבטה קניא בהפקר, הואיל ודבר טורח הוא, ודעתו לכך על ידו נשמר.²¹ קצות החושן²² מבאר שלשיטת רש"י ההבטה קונה רק כאשר היא מלווה בשימור החפץ, ואם כן מעשה הקניין הוא השמירה ומניעת הגישה לזרים ולא עצם ההבטה. לשיטתו, הסוגיה בתחילת בבא מציעא שקבעה שהבטה אינה קונה מתייחסת להבטה ללא שמירה.

7. פסק ההלכה בעניין קניין מהפקר

הרמב"ם פוסק:

15. רמב"ן שם, ד"ה ואי.

16. בית חדש חו"מ רעג, ט.

17. הדין בעניין זה מופיע כבר במאירי בבא מציעא קיח, א, ד"ה שומרי.

18. ביצה כה, א.

19. רש"י שם, ד"ה והמקושרים.

20. תוספות שם, ד"ה המקושרים.

21. רש"י בבא מציעא קיח, א, ד"ה אתה.

22. קצות החושן שלו, א.

דבר המופקר שבא אחד ושמרו והיה מביט בו שלא יטלנו אדם, לא קנהו בהבטה אלא עד שיגביהו אם היה מיטלטלין או יחזיק בקרקע כדרך שקונין הלוקחות.²³

כלומר הבטה אינה קונה בהפקר. כך נפסק גם השולחן ערוך.²⁴

על המשנה²⁵ הקובעת: "שומרי ספיחי השביעית נוטלים שכרם מתרומת הלשכה", כותב רבי עובדיה מברטנורא: "ואף על גב דקנה אותם מן ההפקר כששמרם חנם והביאם והרי הן שלו".²⁶ מדברים אלו הסיק בעל התוספות יום טוב²⁷ שייתכן שלשיטתו הבטה קונה בהפקר, ובניגוד לשיטת התוספות, אין צורך במעשה פיזי נוסף על השמירה בהבטה. התוספות יום טוב מגיע למסקנה זו גם בביאור דעת התוספות במסכת בבא קמא.²⁸

8. הבטה בהפקר בכדי לזכות לחבירו

הסוגיה במסכת בבא מציעא²⁹ מביאה מחלוקת בין רב ושמאל בשאלה האם "משמר כעושה מעשה". ההשלכה המעשית למחלוקתם היא, האם שומרי הפרדסים יכולים לאכול מהפירות כדין פועל. לשיטת רב משמר כעושה מעשה ודין השומר יהיה כדין הפועל, ולשיטת שמאל משמר אינו כעושה מעשה ולכן השומר לא יוכל לאכול.

הרמב"ם³⁰ והשולחן ערוך³¹ פסקו כשמאל שהמשמר אינו כעושה מעשה. חוסר המעשה של השומר משמש סיבה מדוע לא יוכל המביט לזכות בהפקר בעבור חבירו אף לשיטה שהבטה בהפקר קונה. כך מבאר קצות החושן,³² שקניית מציאה לחבירו היא מדין שליחות ושליחות נתפסת רק על עשייה מוחשית. ובלשונו: "והבטה, נהי דנשמר על ידו, לא קנה חבירו כיוון דשומר לאו כעושה מעשה ושליחות לא הוי אלא במידי דעשייה".

כלומר אף על פי שנפסק להלכה שהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, אין זה אלא במעשה כהגבהה, הבטה או שמירה אינה מועילה לקניית המציאה בעבור חבירו, "משמר אינו כעושה מעשה" ואין תורת שליחות חלה על מעשיו, וממילא אין זוכה בעבור חבירו מהפקר שהרי הזכייה חלה רק מדין שליחות.³³

23. רמב"ם נדרים ב, יט.

24. שולחן ערוך חו"מ רעג, יא.

25. משנה שקלים ד, א.

26. פירוש רבי עובדיה מברטנורא למשנה שם.

27. תוספות יום טוב שם.

28. תוספות בבא קמא כט, ב, ד"ה אלא.

29. בבא מציעא סג, א.

30. רמב"ם שכירות יב, ט.

31. שולחן ערוך חו"מ שלו, ו.

32. קצות החושן שלו, א.

33. רבי עקיבא איגר (שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורה תניינא, סימן קיב) מתייחס לקושיית רבי אפרים סגל שהקשה על דברי בעל קצות החושן – מדוע הזכייה במציאה בעבור בעל הבית היא רק מדין שליחות, ולכן חלים עליה המגבלות של דיני שליח? האם לא ניתן להגדיר את הזוכה כפועל של בעל הבית, ואז ידו של הפועל היא כיד בעל הבית וכמו שבעל הבית יכול לזכות לעצמו בהבטה כך הפועל יוכל.

9. הבטה במצוות השבת אבידה ובפריקה וטעינה

בניגוד לזכייה מהפקר, מצאנו ביטוי הלכתי לפעולתה של ההבטה בהלכות השבת אבידה. בתורה כתוב:

לא תראה את שור אחיך או את שׂוֹי נדחים והתעלמת מהם השב תשיבם לאחריך.³⁴ כלומר התורה מחייבת על פי ראייה בלבד בהשבת האבידה. ניתן להסביר שהראייה יוצרת זיקה אל החפץ לעניין חיוב ההשבה. כלומר, כשפלוני רואה את החפץ הוא נעשה "שלו" לעניין חובתו להשיבו לבעליו.

בספרי ישנה התייחסות אל הפסוק בספר שמות שבו מופיע פועל אחר: "כי תפגע שור איבך או חמורו תעה השב תשיבנו לו".³⁵ על היחס בין הפסוקים כתוב בספרי:

"כי תראה" יכול אפילו מרחוק, תלמוד לומר "כי תפגע", אי "כי תפגע" יכול פגיעה ממש, תלמוד לומר "כי תראה", ואיזוהי ראייה שיש בה פגיעה, שיערו חכמים אחד משבע ומחצה במיל, וזה הוא ריס.³⁶

הרא"ש³⁷ כותב שאמנם "כי תראה" נאמר במצוות פריקה וטעינה ו"כי תפגע" נאמר באבדה, אך הם למדים זה מזה. הגר"א³⁸ גרס "לא תראה" כלומר שהמדרש מקיש מצוות העשה "כי תפגע" האמור במצוות השבת אבדה על מצוות לא תעשה – "לא תראה" שבאבדה.³⁹

לענייננו עולה שאין די בראייה גרידא, אלא צריך ראייה ממרחק מסוים. ראייה זו מוגדרת כ"פגיעה", שהיא כבר נשמעת כיצירת קשר מסוים בין הרואה-הפוגע ומושא הפגיעה. זהו חידוש של הספרי שכן מפשט הפסוקים נראה שאין צורך ב"פגיעה", וגם ראייה סתמית מרחוק מחייבת טיפול והשבה, שכן הכתוב סותם – "כי תראה... לא תוכל להתעלם". בגמרא הובאה דרישה גבוהה עוד יותר כדי לחייב בהשבת אבידה: "אמר רבנאי: 'ומצאתה' – דאתאי לידיה משמע".⁴⁰

להלכה נפסק שראיית אבדה מחייבת להשיבה לבעליה:

הרואה אבידת ישראל, חייב ליטפל בה להשיבה לבעליה.⁴¹

אמנם נחלקו אחרונים מהי מידת השפעת הראייה. הסמ"ע כתב:

רבי עקיבא איגר מבאר כי שאלה זו נתונה במחלוקת אמוראים בין רבא לרב נחמן (בבא מציעא יא). לסובר שידו של הפועל כיד בעל הבית, הוא יכול לזכות בעבורו בהבטה, כלומר לפועל יש עדיפות מהותית על השליח. לעומתו, למי שגורס שלפועל אין עדיפות על השליח, אין הוא יכול לזכות בעבור בעל הבית ללא פעולה מוחשית.

34. דברים כב, א.

35. שמות כג, ד.

36. ספרי, פרשת כי תצא, רכב. והובא בבבא מציעא לג, א.

37. תוספות רא"ש בבא מציעא לג, א, ד"ה ת"ל.

38. הגהות הגר"א על הגמרא שם.

39. יש להעיר שהטור והשולחן ערוך הביאו דין זה רק בהקשר למצוות פריקה וטעינה.

40. בבא מציעא ב, א.

41. שולחן ערוך חו"מ רנט, א.

דאם המתין ולא נטלה עד אחר יאוש ונטלה לעצמו אינו עובר אלא משום "לא תוכל להתעלם", אלא הרואה והגביה לידו קאמר.⁴²

כלומר הרואה את האבדה לא מתחייב עדיין בהשבתה אלא אם כן הגביה אותה בידיו. לעומת זאת הט"ז⁴³ כתב שחייב ההשבה חל בעת הראייה: "דמיד שרואה עובר על לא תעשה ועשה", וכן כתב הגר"א.⁴⁴

ביחס לפריקה וטעינה די בראייה כדי לחייב וכפי שנפסק:

מי שפגע בחברו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה, בין שהיה עליה משא הראוי לה בין שהיה עליה יותר ממשאה, הרי זה מצווה לפרוק מעליה.⁴⁵

ג. הבטה בהפקר – ניתוח שיטות הראשונים על פי פרדיגמות מהחסידות והקבלה

משיטות הראשונים בקניין הבטה בהפקר עולות ארבע תפיסות שונות לקניין ההבטה בהפקר, נסדר אותם מהתפיסה המופשטת ביותר אל התפיסה המוחשית ביותר:

- ראייה בעלמא.
- הבטה שומרת שמכוחה החפץ נשמר. (שיטת הרמב"ן).
- ראייה או הבטה שנוסף אליה מעשה פיזי קטן ("כגון שגדר גדר קטן" – תוספות).
- פעולה פיזית (שרק היא קונה, על פי פסק השולחן ערוך).

1. ארבעת העולמות

הרב יצחק גינזבורג⁴⁶ הקביל ארבע תפיסות אלו לארבעת העולמות, המתוארים בקבלה ובחסידות כהוויות ממוצעות בין הבורא לבריאה: אצילות – בריאה – יצירה – עשייה. נרחיב מעט: לאורך הדורות, הציעו המקובלים פרשנויות רבות למושג העולמות, ולמערכות היחסים וקשרי הגומלין שהם מקיימים ביניהם.

אחד המאפיינים הדומיננטיים בתיאורי המקובלים הוא הדמיון שבין העולם האלוהי ומערכת ההאצלה והספירות לבין מבנה האדם, שנברא ב"צלם א-לוהים". "ויאמר א-לוהים נעשה אדם בצלמנו כדמותנו"⁴⁷ מתפרש לא רק ביחס לאדם הנברא אלא גם ביחס לכל העולמות העליונים הנבראים בצלמו של ה'. את התפיסה הזו העצימה החסידות בכך

42. סמ"ע רנט, א.

43. ט"ז חו"מ רנט, א.

44. הגהות הגר"א לספרי רכב, א.

45. שולחן ערוך חו"מ רעב, א.

46. על בסיס סיכום שיעור שהועבר ביצהר בתאריך ט' חשוון תשס"ז.

47. בראשית א, כו.

שהרחיבה את ההקבלה גם לכוחות הנפש האנושיים, וחתרה לתאר דרכם את ההנהגה הא-לוהית, בבחינת "מבשרי אחזה אלוה"⁴⁸.

לענייננו, נזכיר את האינטרפרטציה של החסידות למושג ה"עולמות". על פי הבעש"ט, המושג "עולם" מתאר תפיסה מסוימת, קונספט המתבטא בתוכן מובחן וברמת מודעות מובחנת.⁴⁹ המעבר מעולם לעולם מתואר כמעבר בין מצב תודעתי אחד למצב תודעתי מובחן אחר.⁵⁰

הפרשנות החסידית הקלאסית מזהה בדרך כלל את ארבעת ה"עולמות" עם מצבים מנטאליים נדירים של דביקות מיסטית עליונה. אולם במקורות רבים מופיעה בחסידות הקבלה של מושג ה"עולמות" עם מישורים מנטאליים המצויים בתחומה של ההכרה הרגילה. בהקשר זה החלוקה המקובלת היא כדלקמן:

- א. עולם העשייה מקביל לעולם העובדות והמעשים.
- ב. עולם היצירה אל עולם הרגש ומידות הלב.
- ג. עולם הבריאה אל ההכרה, השכל וההפשטה.
- ד. עולם האצילות אל נקודת המבט האלוקית שבה "הוא ודעתו חד הם".

2. סוף מעשה במחשבה תחילה – בין הכוונה וביטוייה

אם נקביל את העולמות אל התפיסות השונות בדין הבטה בהפקר תעלה לנו התפיסה הבאה:

48. איוב יט, כו.

49. ראו למשל ר' דב בער ממזריטש, **לוקוטי אמרים**, דף גג, "אם בא לאדם במחשבתו התפארות הוא בעולם התפארת, ואם באה במחשבתו אהבה הוא בעולם האהבה, וכן בשאר המידות של שבעת ימי הבניין...", לאורך כל המסורות מהבעש"ט בולט הקשר שבין תיאורים קבליים תיאוסופיים לתיאורים המתמקדים במשמעות הנפשית או הפסיכולוגית של הרעיונות הקבליים.

על הפרשנות הפסיכולוגית והחזונית בחסידות ראו אידל, **החסידות**, עמ' 316 – 324, ושם, עמ' 407 – 424. לענייננו, אחת המסקנות החשובות של אידל היא בשאלת היחס שבין התיאורים התיאוסופיים לבין הפרשנות הפסיכולוגית. הוא כותב: "הפנמת מערכת הספירות ותפיסתן כאופן של חיים לא ביטלה את האמונה בקיומן, ממש כשם שהחיות נותרת פעילה גם כאשר מישוהו פועל מתוך התלהבות. הייתה אם כן הרחבה של התארים האלוהיים אל האדם, אך לא במחיר של ביטול התפיסה התיאוסופית של האלוהות, האלוהות הטרוסצנדנטלית והאימננטית נותרה פעילה כפי שהיתה בקבלה".

50. את תהליך התפילה, שתואר על ידי האר"י כמעבר וטרנספורמציה בין עולמות שונים מתאר הבעש"ט כהתפתחות מנטאלית של המתפלל, או הצדיק, המעצים בשעת התפילה את דבקותו בה'. ראו לדוגמה **כתר שם טוב**, דף כב; **עמוד התפילה**, פרשת עקב, פסקה מז: "צריך שירגיש במחשבתו שהוא בעולם העשייה בתחילת התפילה, ואחר כך ירגיש שהוא **ביצירה** עולם המלאכים, והאופנים, ואחר כך בעולם הבריאה, עד שירגיש במחשבתו שפרח במחשבותיו גבוה מאוד לעולם **האצילות**, וכמו אדם שמטייל מחדר לחדר כן יטייל במחשבתו בעולמות עליונים, ויזהר שלא יפול ממחשבתו הגבוהה מאוד בעולמות העליונים, רק יחזיק עצמו בכל כח שישאר למעלה במחשבתו הגבוהה מאוד בעולמות עליונים."

בעולם העשייה, עולם העובדות והמעשים הראייה אינה פועלת כלל.⁵¹ היכולת ליצור שינוי בר תוקף מותנית בפעילות מוחשית ואובייקטיבית המטביעה חותם בשדה המציאות הממשית. ברמה הזו גמירות הדעת זוקקת ביטוי מוחשי וברור לקיומה, ובלעדיו אין משמעות לרצון הצדדים.

בעולם היצירה, עולם המידות, הרגשות וכוחות הנפש כבר יש תוקף כלשהו להתרחשות פנימית. עם זאת, גם בעולם זה נדרש ביטוי חיצוני להתרחשות הפנימית. בעבודת המידות, לדוגמה, מקובל להניח שמידה טובה אינה נקנית בנפש ואינה מוטמעת באישיות כל עוד היא לא יצאה מגדר של התעוררות פנימית אל ביטוי חיצוני קבוע בחיי האדם. כפי שכתב הרמב"ם:

דע, שאלו המעלות והפחותות אשר למידות לא תגיענה ולא תתישבנה בנפש רק בכפל הפעולות הבאות מן המידה ההיא פעמים רבות ובזמן ארוך והרגילו בהן, ואם היו הפעולות ההן טובות יהיה המגיע לנו מהן מעלה, ואם היו רעות יהיה המגיע לנו מהן פחיתות.⁵²

הרמח"ל העמיק עוד יותר והבחין בין כבישת הרצון השלילי לעקירתו המוחלטת:

אף על פי שהוא משתדל לכבש את יצרו ולכפות את תאוותיו, לא מפני זה ישנה את טבעו ולא יוכל להסיר מלבו התאוה הגופנית, אלא שיכבוש אותה... אמנם אחר שיתרגל האדם הרגל גדול בזהירות הזה... הנה כח ההרגל הזה ירחיק אותו מענייני החומר וידיבק דעתו אל השלמות הנפשי עד שסוף סוף יוכל להגיע אל הניקיון השלם, שכבר יכבה אש התאוה הגופנית מלבו.⁵³

כך גם במערכות יחסים: כשאדם מעוניין לשקם מערכת יחסים משברית עם זולתו, לרוב אין די בהצהרת כוונות גרידא. הזולת מצפה בדרך כלל לביטוי חיצוני או למחווה מוחשית כלשהי, שיש בהם כדי ללמד על השינוי העובר על חברו ומתחולל בנפשו ביחס אליו. אמנם, לעתים די במחווה או במעשה קטן. במקרים אלו, יותר משיש ערך במעשה כשלעצמו, חשובה העדות והרמז שהוא נותן על המתחולל בנפשו של מי שעשה את המעשה.

עולם הבריאה הוא עולם המחשבה וההפשטה, בעולם זה מרכז הכובד הוא בפיתוחן של ההשכלות ובקניית הדעה. על מנת לקנות דעה יש לשהות בחכמה,⁵⁴ לעיין בה עד שרישומה ייחקק בנפש המתבונן. השהות בחכמה ובמישור המופשט של המציאות הוא על ידי הבטה מרוכזת וממושכת,⁵⁵ והיא שמאפשרת את הטמעת ההשכלה והדעה.

51. אמנם אדם שחי בתודעה של עולם האצילות יכול לפעול במחשבה ובהבטה גם בעולם המעשה, ראו לדוגמה, רבי שמעון בר יוחאי שהפך אדם לגל של עצמות במבטו (שבת לד, א).

52. רמב"ם, פירוש המשנה, הקדמה לשמונה פרקים, ד.

53. רמח"ל, מסילת ישרים, פרק י.

54. במונחים קבליים הכוונה לשהייה בספירת הבינה, המשולה גם לרחם בה מבשילה המציאות הנולדת.

55. רמז לעניין: על פי ספר התניא לרש"י מלאדי, פרק ג, הספירה המקבילה אל הפעילות האינטלקטואלית היא ספירת הבינה, בה מאיר השם א-היה, שם זה עולה בגימטריה – הבטה.

השכל אמנם אינו נזקק לביטויים חיצוניים כדי לברר לעצמו או לוודא שהוא קונה משהו. באופן טבעי הוא יכול לפעול את פעולתו גם דרך התרחשות פנימית חרישית. עם זאת, כדי לקנות את המושכל ולהטמיע אותו השכל נזקק להיצמד אליו ולשומרו,⁵⁶ החזרה והשהות בספירת החכמה הם שחוקקים אותה בהכרח.⁵⁷

שמירה זו נושאת ערך כפול: ראשית כל, היא חוקקת את ההשכלה או הרעיון בויכרון ומונעת ממנו "להתאדות" עם שאר המחשבות החולפות. שנית, היא מקנה לו חשיבות, שכן השכל מטבעו נוטה לשוטט ולהתפשט, לרפרף על פני מחשבות רבות ורעיונות מגוונים מבלי לעבד אותם ולא לברר האם הם משתלבים בפרדיגמה מסודרת ובחשיבה עקבית. השמירה יוצרת העדפה, מבררת את הרצון ומקנה תוקף לבחירות שהוא מבצע.

אם כן במישור מציאות זה אין צורך במעשה גשמי. לפעולה המופשטת יש כוח ותוקף מתוך עצמה, שכן הנוכחות והדומיננטיות של עולם הרוח מקנים תוקף גם להתרחשות פנימית שאין מדדים חיצוניים ואובייקטיביים להגדיר אותה. עם זאת, התרחשות זו צריכה להתור להטביע את חותמה על שדה המציאות. מגמה זו מתבטאת בפעולת השמירה, שהיא הבטה אקטיבית ונוכחת.

בעולם האצילות שהייה או הבטה ממושכת זו אינה אפשרית. על ידיעת ה' אומרת התורה: "אתה הראת לדעת כי הוי' הוא האלקים".⁵⁸ אין אפשרות להתפשט אל מעבר לראייה-הצצה בעלמא, שכן אין אפשרות ממשית לאחיזה גמורה באין ואין יכולת לרכוש או לשמור אותו. על ידיעת ה' נאמר "אילו ידעתי – הייתי",⁵⁹ והמדרגה הגבוהה ביותר האפשרית היא הצצה אל אחוריו, מבט מעורפל, דרך אספקלריא שאינה מאירה.

3. המחשת גמירות הדעת בהעברת בעלות

ניתן לזהות ארבע גישות לפעולת הקניין שמשתלשלות מארבעת העולמות הללו. שאלת המפתח היא עד כמה נזקקת העברת הבעלות לביטוי מוחשי וממשי. בעולם האצילות ובעולם הבריאה קיימת תחושת נוכחות ממשית של עולם הרוח, במקום הזה כוחו של הרצון ברור, וממילא גם היכולת שלו לפעול בשדה המציאות מבלי להזדקק לביטויים חיצוניים. ניתן לומר שהאוחזים בהלך נפש כזה חשים שהעיקר הוא להפעיל את הכוחות הפנימיים ואין צורך "ללכלך את הידיים" כדי לשנות ולפעול בשדה המציאות.⁶⁰

56. כדברי הגמרא בסנהדרין צט,א: "רבי יהושע בן קרחה אומר: כל הלומד תורה ואינו חוזר עליה – דומה לאדם שזורע ואינו קוצר".

57. ספירת הבינה נמשלת גם לאם, ופירותיה הם כבנים. דימוי זה מאפשר להתבונן על התהליך ההכרתי דרך ההקבלה לתהליכי הריון ולידה. האם שומרת על עובר ברחמה ובכך מאפשרת לו לגדול ולהבשיל, ובהתאמה השמירה הממושכת על רעיון או השכלה הנולדים במוח מאפשרת להם להתרחב, להתבסס ולהתעמק.

58. דברים ד, לה.

59. דרשות הר"ן ד; ועוד.

60. [הערת עורך: ראו למשל ברש"י מכות כד,א, ד"ה רב ספרא: "דרב ספרא היה לו חפץ אחד למכור ובא אדם אחד לפניו בשעה שהיה קורא ק"ש ואמר לו תן לי החפץ בכך וכך דמים ולא ענהו מפני שהיה קורא

מאידך, בעולם היצירה ובעולם העשייה סומכים פחות על כוחות הרצון וחותרים לביטוי חיצוני אובייקטיבי. כך גם נפסק להלכה – אנו קשורים אל עולם העשייה וכל פעולה צריכה להיות מעוגנת בו על מנת לקבל תוקף וממשות.

השאלה הבסיסית היא מדוע לקניינים המופשטים אין די אחיזה בממשות, ומדוע קשה להם יותר להטביע חותם במציאות. כדי לברר שאלה זו נחזור ליסוד הקניין: המושג המרכזי בסוגיות הקניין הוא – גמירות הדעת, ופגם בקניינים נובע לעתים קרובות מפגם בגמירות הדעת שבהם.

לאור זאת, מסתבר כי הבעיה המרכזית של הקניינים המופשטים קשורה בבירורה של גמירות הדעת. המחשבה והרצון עשויים לשוטט רבות, פעמים רבות האדם עשוי למצוא את עצמו מזדהה עם דבר והיפוכו, "רוצה הכל" בבחינת "אחוז מזה וגם מזה אל תנח ירך". פעולת הקניין בעת העברת בעלות אינה רק עדות על גמירות דעת קיימת, כאשר באופן תיאורטי אילו היה ניתן לוודא את גמירות הדעת באופן אחר היה ניתן לוותר על מעשה הקניין, אלא מעשה הקניין יוצר את הדילוג התודעתי ממרחב של אפשרויות רבות וגמישות אל החלטה מכריעה. מעשה הקניין יוצר תודעה חדשה, בכך שהוא מחייב את הצדדים להתכוונות ספציפית, ולאקט הבחירה.

בתהליך זה הבחירה תמיד תופיע בשלב השני, הרבה אחרי התנוצצות הרצון והמחשבה. במהותה היא הגשר שבין הרצון ובין המציאות ולכן תקפותה תלויה ביכולת ליצור כלים מעשיים לביטוי אותנטי של הרצון.

בעניינו של גשר זה נרחיב מעט: באופן עקרוני, הרצון יכול להיות עמוק וכן גם לפני הבחירה ולפני ההתכוונות. מבחינת הצופים בהתרחשות, יכול שיהא אמון מלא בגמירות הדעת גם במצבה ההיולי. הבחירה המתרחשת במעשה הקניין, פועלת במישור אחר לחלוטין: היא הופכת את הרצון לזיקה ממשית שמתרחשת בין שניים.

לדוגמה, ראובן משתוקק למכור חפץ, ומאידך שמעון משתוקק לקנות. רצונות אלו עדיין אינם יוצרים את הקניין, שכן ייתכן שמבחינתו של ראובן אין זה משנה כלל מיהו הקונה ושמעון הוא רק אפשרות אחת מיני רבות.

במקרה זה הרצון למכור והרצון לקנות מבוררים לגמרי, אך עדיין אין זיקה, כלומר אין קשר של אני-אתה בין ראובן לשמעון. מעשה הקניין (כגון קניין מעות) יוצר שינוי מהותי – הוא מעביר את שמעון מעמדה של לקוח פוטנציאלי, אחד מיני רבים, לעמדה של קונה ספציפי, שלו ראובן מקנה את החפץ שלו.

בהפשטה עמוקה יותר נוכל לומר: גמירות הדעת משחררת את אחיזתו הנוקשה של ראובן בחפץ שלו, ומרפה מעט את האחיזה ההדוקה של הבעלות. בכך היא מכינה כלי פוטנציאלי, אלטרנטיבה עקרונית להעברת בעלות, אך עדיין לא נוצרה זיקה של אדם אחר לחפץ.

מעשה הקניין מתעל את הרצון העקרוני ומחיל אותו על אירוע ספציפי, על הקונה המסוים. מעשה הקניין הוא בבחינת "יש ברירה", המגשרת בין גמירות הדעת העקרונית לבין

ק"ש כסבור זה שלא היה רוצה ליתנו בדמים הללו והוסיף אמר תנהו לי בכך יותר לאחר שסיים ק"ש אמר לו טול החפץ בדמים שאמרת בראשונה שבאותן דמים היה דעתי ליתנם לך. ע.ר.]

המציאות הקונקרטית. אם נשתמש בטרמינולוגיה החסידית נוכל לתארו כ"דירה בתחתונים", או כ"מלכות" של גמירות הדעת.

לאור זאת ברור לנו שרצון שאינו מגיע להחלטה או למימוש אינו בהכרח רצון חלש ואינו בהכרח מעיד על ספקנות של בעליו. לעתים הדבר אפילו הפוך: מחשבות רבות עשויות שלא לבוא לידי גמר ולהישאר כאופציה וכהצעה דווקא מפני שמחמת גודלן אין להם עדיין כלים שיכולים להכילן ולהפכן לכוח הפועל במציאות. כשאומרים על אישיות שהיא הקדימה את זמנה (או את דורה) מדגישים דווקא את מעלתה של הדמות ואת יכולתה להשקיף אל מעבר לאופק הנראה על ידי ההמון.⁶¹

לענייננו, העברת בעלות המתרחשת בין שניים, זוקקת מעשה קניין היוצר תודעה של זיקה בין שני צדדים, ודרכו המקנה פוגש את הקונה ומכיר בהפגנת הבעלות שהוא יוצר.

4. הבטה בהפקר

בקניין מהפקר לכאורה די בעצם הרצון לקנות שכן אין בקניין זה אישיות של מקנה הזקוקה להפגנת העברת הבעלות לידי קונה ספציפי. לכן, הדיון התלמודי בנוגע להבטה מתמקד אך ורק בזכייה מההפקר ולא בהעברת בעלות. עם זאת, גם כאן צריך הקונה לברר את רצונו ולהביא אותו לידי גמר, ובהקשר זה עולה השאלה האם די בהבטה גם בזכייה מההפקר.⁶²

קניין הבטה מותנה ביכולת להפנים את המימדים בהם הראייה אינה רק כח קולט פסיבי, אלא היא פעולה אקטיבית, כוח המטביע חותם במציאות. תפיסת הראייה ככוח פעיל ולא סביל מניחה שהראייה אינה רק ספיגה חסרת הבחנה של כל הרשמים: צבעים, ריחות, קולות, מראות, אלא הרואה, או הצופה, בוחר לראות את מה שהוא רוצה, מתבונן בו, ועל ידי כך גם יוצר קשר עם מושא ההבטה ומשפיע עליו.⁶³

ההבטה מתוך אוריינטציה של רצון, מאפשרת לקנות את החפץ ולצרפו אל עולמו של המבטי. כך ניתן להבין את דברי קצות החושן, שלכל השיטות אדם אינו יכול לקנות בהבטה עבור חברו, המעבר מראייה המתפקדת כספיגה פסיבית לראייה חודרת היוצרת זיקה עם מושא ומצרפת אותו לעולמה, אינה יכולה להיעשות דרך מבטו של הזולת. נדרשת כאן כוונה מיוחדת והיכולת לגייס את מבטו של הזולת אינה ברמה שמאפשרת להשתלט עליו עד לרמה של יצירת קניין דרכו.

בנוגע לאבדה די בהבטה כדי ליצור חיוב או איסור על המוצא שהתעלם. זאת, כיוון שלא מדובר ביצירת זיקה בין אדם וחפץ, ובוודאי שלא בהעברת בעלות בין אדם ואדם. כאן

61. ההיסטוריה מוכיחה שהחידושים הגדולים והמהפכות המכריעות צמחו דווקא מדמויות שהשכילו להכיל את המחשבות והחלומות הללו. שינוי אמיתי ויצירה ממשית באים בדרך כלל בזכות היכולת להיות ער לאפשרויות האבודות, אלו שבדרך כלל נדחקות מפני החשש שהמציאות לא תוכל להכיל אותן.

62. ואולי לזה כיוון רבי מנחם מנדל מלובביץ' שקבע שהגאולה העתידה תבוא בדרך של "אורות דתוהו בכלים דתיקון".

63. השוללים את קניין ההבטה יטענו שמדובר בכוונה לא גמורה, ומאחר ואנו מסופקים אם הקונה אכן פועל כך הרי שאין לנו אינדיקציה ברורה על גמירות הדעת שלו.

מדובר בהטלת חיוב או איסור על אדם, ואלה אינם תוצאה של גמירות דעתו של המוצא, אלא מוטלים עליו על פי דין.

קניין הבטה מעלה סוגיה נוספת: ההבטה היא פעילות סובייקטיבית, היא יוצרת נקודת מבט, או אינטרפרטציה, ואין בה את התוקף האובייקטיבי של פעולת הקניין הגשמית. בדרך כלל יצירת מציאות הלכתית דורשת ביטוי אובייקטיבי הנוצר על ידי עיגונים חיצוניים ("על פי שניים עדים"). היכולת לקנות בראייה מותנית בתפיסה חדשה שעל פיה לסובייקטיות יש תוקף אובייקטיבי כאשר היא מתעצמת ומתבררת.⁶⁴

העצמת המבט הסובייקטיבי וזיקוקו מאפשרים לו לפרוץ את תמונת העולם שבה נתקל האדם משעה שננער ממעי אימו, ולצייר ציורי עומק אלטרנטיביים החושפים בעולם אפשרויות נוספות. במיטבו, מבט זה מקבל הד חוזר בכך שהעולם נענה לו ומתאים את עצמו אליו (לדוגמה, במעשה הקניין), זוהי האובייקטיביות שלו.

64. ביטוי עז לתפיסה זו מופיע במסורות הבעש"ט. בעמוד התפלה, קנו, מובאת דוגמא:

"שמעתי בשם מורי איך יתפלל על שונאי"

...דהיינו כשפגם בדיבורו כמו לשון הרע וכיוצא, מזה נעשו אנשים שונאים המדברים עליו... נמצא שונאי שבאו על ידי פגם הדיבור, צריך לתקנם ולהעלותם על ידי דיבורי התפילה... לכך צריך להתפלל על שונאי לתקנם ולהעלותם...".

הבעש"ט מתאר כאן את מהלך השפעת הפערים המוסריים והרוחניים של האדם. החטאים אינם תחומים בדי' אמות של רשות הפרט, אלא הם פועלים ומעצבים את הסביבה המנטלית והחברתית של החוטא. התהליך המתואר כאן הוא תהליך של השלכה, שבמסגרתו פגמים אישיים נתפסים כנוכחים מחוץ למקומו של האדם והם הולכים ומקבלים קיום אוטונומי המשפיע על האדם מבחוץ.

המונח "השלכה" בעייתי לתיאור מצב זה מאחר ובהקשרו המודרני הוא מציין תופעה פסיכולוגית סובייקטיבית. במשנתו של הבעש"ט הסובייקטיות פועלת בעולם החיצוני הממשי ומקבלת ביטויים והמחשבות בשדה המציאות. בכדי לדייק יותר בתפיסתו של הבעש"ט הצעתי היא לתארה כ**סובייקטיביות אובייקטיבית**. מונח זה מתאר תהליך מנטלי סובייקטיבי ההולך ומתעצם ברוחו של האדם, בשלב מסוים הוא חורג מהמסגרת האישית ו"מתלבש" במציאות אובייקטיבית חיצונית וכך משפיע על האדם והעולם באופן ממשי. הסובייקטיביות חורג מגדר המציאות הנפשית ומצליח להטביע חותם ממשי בשדה החיצוני. הדבר נכון הן בתהליכים חיוביים כגון הורדת השפעת לקהילה על ידי הצדיק והן בתהליכים שליליים של השפעת החטא על המציאות.

הבעש"ט מתאר כיצד עשוי הדיבור לפעול כנגד האדם. המהלך מעניין: כתוצאה מהדיבור הנגוע הופכים אנשים מסוימים לשונאים של האדם, כאלה המדברים נגדו. הדיבור הנגוע בלשון הרע יוצר מעין "אנרגיה שלילית" המתלבשת באנשים אחרים (הרשעים) השייכים אליה מבחינה מנטלית וקולטים אותה. בהמשך, ואולי באופן לא מודע, הם משחררים אותה חזרה למקורה בצורה של חיצונית ביקורת המופנים כנגד האדם שיצר אותה.

אי לכך, הדרך היחידה להתמודד עם הפגם היא דרך תפילה ישירה על השונאים "לתקנם ולהעלותם". תובנה זו אינה מותירה לאדם את הפריבילגיה של תגובה טבעית פשטנית בדמות השבת מלחמה שערה או התעלמות. האדם נדרש למבט מעמיק הבוחן את השורש הפנימי של הקונפליקט החברתי שאליו הוא נקלע. התבוננות מעמיקה תעלה כי פגיעתם הרעה של אויביו היא שיקוף של המקומות שאינם מבוררים בנפשו שלו. הקישור הפנימי של האדם אל מחוזות החטא – כפי שבא לידי ביטוי בשייכותו אל דיבורי לשון הרע – מטביע חותם במציאות ואינו נשאר במסגרת עולמו האוטונומי. תפיסת הסובייקטיות האובייקטיבית של הבעש"ט גורסת שהפגם מעצב אף את סביבתו החיצונית של האדם ומטביע חותם על יחסם של אחרים כלפיו.

ד. סיכום

מקומה ומשמעותה של ההבטה משתנה בהתאם לתחומים ההלכתיים השונים: בהעברת בעלות – ברור שאין די בהבטה ויש צורך במעשה קניין. בזכייה מן ההפקר – ישנו דיון בגמרא, ולהלכה נפסק שהבטה איננה קונה. בהשבת אבידה – מוסכם שהבטה יוצרת חובה או לכל הפחות מטילה איסור על המביט באבדה ואינו משיב אותה לבעליה. ביחס לזכייה מן ההפקר ישנן רמות שונות שונות: א. להלכה, הרמב"ם פסק שהבטה אינה קונה מן ההפקר, ויש צורך במעשה קניין גמור. ב. תוספות כתבו שהדיון בגמרא נסוב על הבטה המלווה ב"מעשה קטן". ג. הרמב"ן כתב שהדיון בגמרא עוסק בהבטה שיש בה שמירה. ד. כמו כן, ישנו דיון בגמרא גם בנוגע להבטה בעלמא. הרב יצחק גינזבורג הקביל בין הרמות השונות לעולמות השונים המזכירים בקבלה: עולם האצילות – הבטה בעלמא קונה. עולה הבריאה – הבטה שיש בה שמירה קונה. עולם היצירה – הבטה עם מעשה קטן קונה. עולם העשייה – רק מעשה קניין קונה. הטענה המרכזית במאמר הייתה שהעברת בעלות היא תוצאה של גמירות דעת, אולם המעשה הוא ההופך את גמירות הדעת מרצון כללי למכור או לקנות, לרצון קונקרטי וסופי. לפיכך, בעולמות הגבוהים, עולמות המחשבה, די בהבטה לבדה או בצירוף מעשה קטן. כך גם ביחס למי שחי בתודעה של עולמות אלו, שדי לו בגמירות דעת בלא מעשה. לעומת זאת, בעולם העשייה יש צורך במעשה קניין ממשי. ההבדל בין התחומים השונים מוסבר גם כן, בהעברת בעלות לא די ברצון למכור או לקנות באופן כללי, אלא יש צורך להעביר את הבעלות לאדם מסוים, ולכן ברור שצריך מעשה קניין. בזכייה מן ההפקר יש דיון בשאלת קניין בהבטה כיוון שאין צורך ביצירת זיקה לאדם אחר. בהשבת אבידה, שבה מדובר על הטלת חובה מן הדין ללא צורך ברצונו, לכל הדעות די בהבטה.

איסור רמאות במסחר על פי פנימיות התורה

הרב יעקב בנימין

- | | |
|---------------------------------|------------------------------------|
| א. ייחודו של האיסור לרמות במסחר | ב. רמאות במסחר על פי פנימיות התורה |
| 1. רמאות ותועבה | 1. מסחר באמונה – בירור הניצוצות |
| 2. חומרתו של איסור רמאות במסחר | 2. כנען בידו מאזני מרמה |
| 3. השקר והתועבה | ג. סיכום |

הגינות במסחר היא מן המושכלות המובנות מאליהן ואינה צריכה הוכחה מן הכתוב,¹ אולם במאמר זה נבקש להראות היבט רוחני עמוק לחובת ההגינות במסחר, מעבר לחובה המוסרית הפשוטה.

א. ייחודו של האיסור לרמות במסחר

במבט ראשון נראה כי רמאות במסחר היא עבירה ככל העבירות שבין אדם לחבירו, והיא דומה לאיסורי גניבה וגזל. אולם מעיון בתורה שבכתב ושבעל-פה עולה שמדובר באיסור חמור במיוחד.

1. רמאות ותועבה

בתורה מוגדרת רמאות במסחר כתועבה:

לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן גדולה וקטנה. לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה גדולה וקטנה. אבן שלמה וצדק יהיה לך, איפה שלמה וצדק יהיה לך, למען יאריכו ימיו על האדמה אשר ה' אלהיך נתן לך. כי תועבת ה' אלהיך כל עשה אלה כל עשה עול.²

בדרך כלל המונח תועבה מתייחס לעבירות שבין אדם למקום, כך לדוגמה בגילוי עריות,³ עבודה זרה⁴ ומאכלות אסורות,⁵ אולם כאן הוא מתייחס למצווה שבין אדם לחברו.⁶ כך נאמר גם בספר משלי:⁷

* הרב יעקב בנימין, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. ספר החינוך מצוה רנט: "שורש מצוות היושר והרחקת הגזל והתרמית מבין בני אדם ידוע לכל בן דעת".
2. דברים כה, יג-טז.
3. ויקרא יח, כב-ל.

מאזני מרמה **תועבת** ה' ואבן שלמה רצונו.⁸
 אבן ואבן איפה ואיפה **תועבת** ה' גם שניהם.⁹
תועבת ה' אבן ואבן ומאזני מרמה לא טוב.¹⁰

אבן עזרא הסביר מדוע נאמר בפסוק שהקפדה על יושר במסחר מבטיחה אריכות ימים על הארץ:

כי זה ידוע, כי כל מלכות צדק תעמוד, כי הצדק כבניין. והעיוות כהריסות, ברגע יפול הקיר.¹¹

כלומר, רמאות במסחר יש בכוחה לקעקע את קיום המדינה, שהרי אם תתפשט הרמאות תתמוטט הכלכלה ועם ישראל לא יוכל להתמיד בישיבה בארצו. פירושו של האבן עזרא אינו מתייחס לקשר בין הישיבה בארץ לבין היות הרמאות תועבה, ולשימוש היוצא דופן שעושה התורה במילה תועבה במצווה שבין אדם לחברו.

2. חומרתו של איסור רמאות במסחר

איסור רמאות במסחר חמור כל כך שמלבד האיסור לרמות, נאסר מהתורה אף להחזיק במשקולות מזויפות כאמור בפסוק – "לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן גדולה וקטנה. לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה גדולה וקטנה".¹² במדרש ההלכה הודגשה חומרתו של איסור רמאות בכמה מישורים:

למה נאמר לא תעשו עול במשפט במדה ובמשורה? מלמד שהמודד נקרא דיין, שאם שיקר במידה קרוי עול, שנאוי ומשוקץ, חרם ותועבה.

4. **דברים** ז, כה-כז; יב, לא; יג, טו.

5. **דברים** יג, ד.

6. יש להעיר שהרמב"ן דברים כג, יט, כתב שגול חמור יותר מרמאות: "אבן ואבן, איפה ואיפה, תועבת ה' גם שניהם", ירמו לגחל וחומס וכל עושק שהם תועבות גדולות מאלו ולא יזכירם". אולם, ראב"ע (דברים כה, טז, ד"ה כל) פירש שהפסוק עוסק אך ורק ברמאות במסחר.

7. יש להעיר כי בספר משלי מכוונים איסורים נוספים שבין אדם לחברו בכינוי "תועבת ה'".

8. **משלי** יא, א.

9. **משלי** כ, י.

10. שם, כג.

11. **אבן עזרא** דברים כה, טו, ד"ה למען.

12. דומה לכך הוא האיסור להחזיק בשטר אמנה (כתובות יט, א), דהיינו, שטר שנכתב בהסכמת אדם ש"לא לזה כלום, אלא כתבו ומסרו למלווה שאם יצטרך ללוות ילווה, והאמינו שלא יתבענו אלא אם כן מלווהו" (רש"י כתובות יט, א, ד"ה שטר). איסור זה נלמד מהפסוק בספר **איוב** (יא, יד) – "ואל תשכן באהליך עולה". כיוון שהמקור אינו מהתורה, נראה שזהו איסור דרבנן (וכן כתב בשו"ת **יהודה יעלה** א, יו"ד, שא).

ייתכן שהסיבה לכך שהחזקת משקולות מזויפות אסורה מדאורייתא היא שניתן לרמות בעזרתם פעמים רבות, בניגוד לכך שטר אמנה נאסר רק מדרבנן, כיוון שניתן להשתמש בו שלא כדין פעם אחת בלבד.

על פי סברה זו, האיסור המובא בגמרא (**בבא מציעא** נב, א) לגבי מטבע מזויף – "הרי זה לא ימכרנה לא לתגר ולא לחרם ולא להרג, מפני שמרמין בה את אחריים", גם הוא מדרבנן.

וגורם לחמשה דברים, מטמא את הארץ, ומחלל את השם, ומסלק השכינה, ומפיל ישראל בחרב, ומגלה אותם מארצם...

אני ה' אלהיכם אשר הוצאתי אתכם מארץ מצרים – על תנאי כך הוצאתי אתכם מארץ מצרים, על תנאי שתקבלו עליכם מצוות מידות שכל המודה במצוות מידות – מודה ביציאת מצרים, וכל הכופר במצוות מידות – כופר ביציאת מצרים.¹³

המדרש מתאר עד כמה הרמאות במסחר היא מעשה שלילי, ובשל כך הרמאי מתכנה בשמות גנאי, כיצד היא גוררת בעקבותיה עונשים חמורים ואף גורמת לכפירה ביציאת מצרים.

בגמרא נומקה חומרתו של האיסור בכך שהוא אינו ניתן לתיקון:

אמר רבי לוי: קשה עונשן של מדות יותר מעונשן של עריות... מאי עודפיהו? דהתם אפשר בתשובה, והכא לא אפשר בתשובה.¹⁴

ורשב"ם ביאר:

עריות מועלת תשובה אי עביד ליה תשובה מעלייתא... אבל מידות שגוזל את הרבים אי אפשר לו בתשובה שהרי תשובתו תלויה בהשבת גזילה דכתיב "והשיב את הגזלה" והוא אינו יודע למי יחזיר.¹⁵

רוצה לומר, תשובה על גזל ממון מותנית בהשבת הגזילה, אולם מי שמוכר על פי משקולות מזויפות לא יוכל לאתר את כל מי שרימה ולהשיב לו את ממונו.

הרמב"ם מבאר באופן שונה מעט את חומרת האיסור לרמות במסחר:

קשה עונשן של מידות יתר מעונשן של עריות שזה בינו לבין המקום וזה בינו לבין חברו.¹⁶

דהיינו, רמאות במסחר היא עבירה שבין אדם לחבירו ובכך היא חמורה מאיסורי עריות שהם בין אדם למקום.

את הקשר בין רמאות במסחר לכפירה ביציאת מצרים ביאר הרמב"ם כך:

וכל הכופר במצוות מידות ככופר ביציאת מצרים שהיא תחילת הציווי, וכל המקבל עליו מצוות מידות הרי זה מודה ביציאת מצרים שהיא גרמה לכל הציוויים.¹⁷

מהרמב"ם משמע שהקשר איננו ייחודי, אלא רמאות במסחר היא מצווה ככל המצוות, ואדם שכופר בה, כופר במקור כל הציוויים, ביציאת מצרים. אולם מפשט מדרש ההלכה נראה שיש ייחוד לרמאות המסחר שהופך אותה לשקולה לאמונה ביציאת מצרים.

13. ספרא קדושים פרשה ג פרק ח.

14. בבא בתרא פח, ב.

15. רשב"ם שם, ד"ה אפשר.

16. רמב"ם גניבה ז, יב.

17. שם.

3. השקר והתועבה

נראה שהבעיה הייחודית ברמאות במסחר נעוצה בכך שהיא נובעת משקר, לעומת זאת גזל וגניבה אינם נובעים בהכרח משקר אלא מכשל מוסרי אחר. חשיבותה של מידת האמת מודגשת בהגדרתה כאחת ממידותיו של הקב"ה:

ה' ה' אל רחום וחנן ארך-אפים ורב-חסד ואמת.¹⁸

ולעומתה שקר נחשב כחילול שמו ומשום כך מצאנו ששבועת שקר בשם ה' היא בגדר חילול ה':

ולא תשבעו בשמי לשקר וחללת את שם אלהיך אני ה'.¹⁹

ובתהלים מוצג ניגוד בין השקר לבין התורה:

שקר שנאתי ואתעבה, תורתך אהבתי.²⁰

עבודת ה' מושתתת על מידת האמת – "קרוֹב ה' לכל קוראיו לכל אשר יקראהו באמת"²¹ וכיוון שיחסו כלפי בני האדם בנוי מידה כנגד מידה,²² הרי שנענה הוא לכל הקוראים ונוהגים באמת, ולהפך לנוהגים ברמאות ולכן החמירה התורה בעניין רמאות במידות ובמשקולות.

ב. רמאות במסחר על פי פנימיות התורה

1. מסחר באמונה – בירור הניצוצות

אחד היסודות הבסיסיים בספרות הקבלה הוא שתפקידו של האדם במהלך חייו לברר את ניצוצות הקדושה.²³ משל למה הדבר דומה? לבורר אוכל מתוך פסולת, כשמונחת לפניו ערימת ענק של חיטה ומוץ, ונאמר לו שעליו להוציא גרגירי החיטה והוא מוציא גרגיר ועוד גרגיר עד שנערמת ערימה של חיטה נקייה.

הנמשל הוא שבעולם ישנם יסודות של קדושה מפוזרים ומוטמעים, ועבודת האדם היא לשלוף אותם מתוך ה"מוץ". הדרך לעשות זאת היא על ידי עיסוק בענייני החולין מתוך אמונה ותורה. כיוון שבירור הניצוצות נעשה בכל תחומי החיים של האדם, ובכלל זה

18. שמות לד, ו.

19. ויקרא יט, יב.

20. תהלים קיט, קסג.

21. תהלים קמה, יח.

22. לדוגמה, **בראשית רבה** ט, ד"ה וירא: "כל המידות בטלו, מידה כנגד מידה לא בטלה, רבי הונא בשם רבי יוסי מתחילת ברייתו של עולם צפה הקב"ה שבמידה שאדם מודד בה מודדין לו לפיכך אמר הכתוב והנה טוב מאד הנה טוב מידה".

23. כמבואר באריכות בספריו של האר"י: **עץ חיים**, שער שבירת הכלים – שער ט; **ספר שער הכוונות**, דרושי הפסח, דרוש א.

גם בתחום המסחר, הרי שכשאדם נושא ונותן באמונה, הוא מברר את הבירורים המוטלים עליו.²⁴ בעניין זה כתב רבי נחמן מברסלב:

גם צריך אמונה בהמשא ומתן, דהיינו שישא ויתן באמונה, ויהיה הדבור, דבור אמת, כמה שאמרו (שבת לא, ב): "נשאת ונתת באמונה".
כי משא ומתן הוא בחינות שמנשאין ומרימין הדבר, ונותנין ומשיבין אותו למקומו, כי יש קדשות נפולות, היינו בחינות ניצוצות שנפלו, ועל ידי משא ומתן מנשאין ומרימין אותן, ונותנין אותן למקומן, וזה בחינות משא ומתן כנ"ל.²⁵
משמעות הפשוטה של הביטוי "לשאת ולתת" הוא: לקבל ולקחת. לעומת זאת, רבי נחמן מפרש את הביטוי "לשאת" במשמעות של: להרים. כלומר, להרים את הניצוצות על ידי המסחר ולהשיב אותם למקומם. רבי נחמן מוסיף ודורש:

ועקר ברור הניצוצות מן הקליפות הוא על ידי אמונה... ועל כן אלו הניצוצות שנפלו, הם נדבקים ונתאחזין סביבות האמונה, והיא מעלה אותם משם, ועל כן צריך לעשות משא ומתן באמונה, שעל ידי האמונה מעלין הניצוצות כנ"ל, שזה עקר בחינות משא ומתן, להעלות הניצוצות כנ"ל.²⁶

"אמונה" היא ההיפך מ"ידיעה", והיא נדרשת דווקא במצב של קושי וחוסר הבנה, כאשר לא ניתן להבין את האירועים, כאשר הם נראים מנותקים לחלוטין מהקב"ה.²⁷ ייחודה של האמונה נרמז בפסוק: "להגיד בבוקר חסדך ואמונתך בלילות".²⁸ דהיינו, האמונה נדרשת דווקא בלילה ובמקום ובזמן החשוכים והנראים רחוקים מהאור האלוקי, אולם דווקא האמונה בה' היא זאת שיכולה גם לתקן את אותם מקומות חשוכים.

כך ביחס לעולם המסחר. עולם המסחר נראה רחוק מאוד מערכים וממוסר. אדם שמתתף במסחר נחשף לעולם מורכב ביותר שאינו נראה קשור לה', ובדרך כלל הוא נתון לחשש מפני רמאות של סוחרים אחרים. התחושה הכללית אומרת שעולם המסחר חשוך ורחוק מהקב"ה.

24. במסחר ובעבודה שהאדם עובד באה לידי ביטוי עבודת הבירורים, ולכן ביום השבת שאינו מיועד לעבודת בירור הניצוצות נאסרה המלאכה. (שער הכוונות, דרושי חזרת העמידה, דרוש ב; שם, דרוש סדר שבת, דרוש א, עניין קבלת שבת. ועוד).

25. רבי נחמן מברסלב, ליקוטי מוהר"ן, מהדורה קמא, רפ.

26. שם מהדורה קמא, תורה רפ.

27. לכן "אמונה" נחשבת כבינוי לספירת המלכות (ראו רבי משה קורדובירו, פירוש הרימונים, שער יב, פרק ג, ערך "אמונה"), זאת, כיוון שהמלכות היא הספירה הנמוכה ביותר, הגילוי הנמוך והממשי ביותר של האלוקות, ולכן היא קשורה לעולמות התחתונים.

מסיבה זאת ספירת המלכות היא המקשרת בין עולם האצילות לבין העולמות התחתונים, שהם עולמות בריאה, יצירה ועשייה. הקישור הזה אומר שהיא ממשיכה את השפע האלוקי למטה. ומצד שני מעלה חלקים נמוכים שבמציאות למעלה (לכן האריז"ל, עץ חיים, שער מז, פרק ו, קורא לספירת המלכות "זנב לאריות" ו"ראש לשועלים", זנב לאריות הוא אומר סוף עולם האצילות. ו"ראש לשועלים" ראש לעולמות בריאה, יצירה ועשייה).

28. תהלים צב, ג.

דווקא בעולם כזה ישנה חובה לפעול באמונה, כלומר, להישאר דבק בה' ובתורתו. החתירה נגד הזרם, הדבקות באלוהים במקום שנראה כל כך מנוכר לערכים וקדושה שולפים מתוך עולם המסחר את הניצוצות האלוהיים שלכודים בתוכו. כך הופך "משא ומתן" לתהליך של נשיאת הניצוצות והשבתם למקורם.

על פי דברי רבי נחמן ניתן לבאר את הקשר בין רמאות במסחר לכפירה ביציאת מצרים, שהוזכר לעיל. מצרים מכונה בתנ"ך "כור הברזל"²⁹ אשר בה הוזכר עם ישראל והתברר ביציאת מצרים. ומכאן שיציאת עם ישראל ממצרים היא עצמה בירור של ניצוצות!

לאור זאת, ניתן לומר שכאשר אדם אינו סוחר באמונה אלא מרמה במסחר, הוא עושה מעשה הפוך מעבודת הביירוים ובכך הוא כופר ביציאת מצרים, שהייתה האירוע הגדול של בירור הניצוצות. באופן דומה ביאר הראי"ה קוק את החומרה שבגזל:

קשה הוא הגזל, שמכניס ניצוצות זרים בתוך ארג החיים של הנשמה, ולזככם ולהעלותם אין בידו, מפני שאינם שייכים לשרשו.³⁰

כלומר, כאשר אדם גזל את חברו הרי הוא "רוכש" לעצמו ניצוצות שאינם שייכים לנשמתו, ובכך פוגם את נשמתו.

הרב קוק מוסיף שאף אם הגולן אינו יודע ממי גול בכל זאת תוכל עבודת הביירוים להיעשות. וזאת על ידי תפילת הצדיקים:

העבודה הטהורה והתפילה התדירית בעד הדורות כולם, ובעד כל העשוקים ברוח וחומר, היא במדרגה העליונה של צרכי רבים, שצדיקים גמורים מתקנים בזה את פגם הגזל שאינו ידוע למי גזל. של כל המדרגות, ובכלל זה כל חטאת האדם שבין אדם לחבירו.³¹

2. כנען בידו מאזני מרמה

בספר הושע נאמר:

כנען בידו מאזני מרמה לעשק אהב. ויאמר אפרים: אך עשרתי מצאתי און, לי כל יגיעי, לא ימצאו לי עון אשר חטא. ואנכי ה' אלהיך מארץ מצרים עד אושיבך באהלים כימי מועד.³²

בגמרא מבואר ש"כנען" פירושו סוחר: "מאי כנעני? ... גברא תגרא, דכתיב: כנען בידו מאזני מרמה".³³ בעקבות זאת מפרש רבנו אברהם בן עזרא את הפסוקים כך:

29. דברים ד, כ; מלכים א, ח, נא; ירמיהו יא, ד.

30. הראי"ה קוק שמונה קבצים ב, רנז; וראו עוד בספר מאורות הראי"ה, ירח האיתנים, נז.

31. הראי"ה קוק שמונה קבצים ב, רנח.

נראה להסביר את הדברים על פי מה שכתב האריז"ל בשער הגלגולים, הקדמה לה, שנשמת הצדיק כוללת נשמות אחרות. הנשמות האחרות הם בבחינת ענף היוצא מן האילן, והאילן מזרים שפע וחיים לענף.

32. הושע פרק יב, ח-י.

[הסוחר אומר:] אך לא נתן לי השם העושר אני מעצמי עשיתי...
[ה' משיב:] הלא תזכור כי אני העליתיך ממצרים בעושר רב שלא יגעת בו,
וכלכלתיך במדבר בהיותך באהלים, כמו כן, יוכל לעשות לך כימי מועד צאתך
ממצרים.³⁴

כלומר, ה' מזהיר את ישראל שלא לומר כוחי ורמאותי עשו לי את החיל הזה, אלא
ידעו שהעושר הוא מה' והוא הנותן כוח לאדם לעשות חיל. במילים אחרות, אדם
שמרמה ממעיט בערך כוחו של ה', כי הרי הוא חושב שרק אם ירמה במסחר הוא
יתעשר. על כך רש"י מוסיף:

אתם סמוכים על בצעכם שאתם סוחרים ורמאים ועל עשיריכם אתם אומרים
אך עשיתי ולא אעבוד את הקב"ה.³⁵

כלומר הסוחר הרמאי רואה עצמו פטור מלעבוד את ה'. לא זאת בלבד שהוא מרמה
ועובר על מצוות ה', אלא יש לרמאות השלכה כללית על שאר מצוות ה'! כאשר סוחר
מרמה הוא מרגיש, שכל מה שיש לו זה בזכות מעשיו ולא בזכות השגחתו של ה', ולכן
הוא עלול להסיק שאין טעם לעבוד את ה'. ברוח זו הסביר המגיד משנה מדוע מי
שמשקלותיו מזויפות כופר ביציאת מצרים:

שהוא כופר בהשגחה... ויציאת מצרים היו בה מופתים מחודשים והם מורים
על החידוש ועל ההשגחה.³⁶

המדרש קושר בין ארץ כנען לבין העיסוק במסחר:

כי אתם באים אל ארץ כנען. מהו כנען, ארץ של פרקמטיא שבה סחורה, כשם
שאתה אומר (ישעיה כג) "אשר סוחריה שרים כנעניה נכבדי ארץ".³⁷

המדרש קובע שארץ ישראל נקראה ארץ כנען מכיוון שהיא "ארץ של פרקמטיא".
בעקבות המדרש עמד רבי צדוק הכהן מלובלין על הקשר העמוק שבין הכנענים
ורמאות במסחר:

הענין דידוע דזה לעומת זה עשה אלהים... ועל שם זה נקרא ארץ כנען ארץ של
פרקמטיא שיכולים לסחור סחר תורה, הטובה מסחר כסף. והם האומות העולם
לקחו להם הרע... שהוא "כנען בידו מאזני מרמה".

אבל ישראל לא לקחו המסחר כסף וישבו איש תחת גפנו והיו פנוים לקנות דברי
תורה... וחכו לתורה שבעל פה שעיקרה בארץ ישראל... ואף העוסקים בעבודת
הקרקע גם כן זוכים בשבת לסחור מסחר תורה שבעל פה.³⁸

33. פסחים נ, א; ראו עוד בבא בתרא עה, א; וכן במפרשים של הפסוקים בהושע.

34. אבן עזרא הושע יב, ט-י; ראו רש"י הושע יב, ט, שמפרש באופן שונה.

35. רש"י הושע יב, ח.

36. מגיד משנה גניבה ז, יב.

37. במדבר רבה כג, י.

38. רבי צדוק הכהן מלובלין, פרי צדיק אות ד.

רבי צדוק מסביר שלארץ ישראל יש פוטנציאל של חכמה מיוחדת, הכנענים פיתחו אותו והעצימו אותו בתחום המסחר, והשתמשו ביכולת להתחכם כדי לרמות במסחר. לעומת זאת עם ישראל אינו משתמש בחכמה המיוחדת כדי לסחור, אלא כדי ללמוד תורה. עם ישראל מנצל את הפוטנציאל באופן חיובי, ומשתמש בחכמה המיוחדת כדי לעסוק בחכמה העמוקה של התורה שבעל פה. רבי צדוק מכנה את העיסוק בתורה "לסחור מסחר תורה", כיוון שלימוד התורה נעשה באופן של משא ומתן בין הלומדים, ובכך הוא דומה למשא ומתן עסקי.

ניתן להוסיף שכאשר אדם לומד תורה או פוסק דין, עליו לחשוב על כל הצדדים ההלכתיים השונים, ובכללם על האפשרות לרמות באתו עניין. כאשר נעשה שימוש חיובי בחכמה אזי דווקא מתוך שקילת כל הצדדים ביושר במאזני השכל, תהיה ההכרעה בבחינת דין אמת. לעומת זאת רמאות במסחר היא ניצול לרעה של החכמה המיוחדת, כדי להמציא דרכים חדשות להטות את המאזניים, ולרמות במסחר. בסוף דבריו מוסיף רבי צדוק שגם אלו שעוסקים ביישובו של עולם, מתפנים בשבת לעסוק במסחרה של תורה.

בעקבות רבי צדוק אפשר לומר שרמאות במסחר היא שימוש לרעה בחכמה המיוחדת של ארץ ישראל. בכך יש בה תהליך המנוגד לבירור הניצוצות – במקום לחלץ את הניצוצות מתוך הרע, הרמאות משעבדת את החכמה העליונה כדי לעשות רע.

ג. סיכום

במאמר זה התבוננו בטעמים הפנימיים של האיסור של רמאות במסחר. בתחילה הוצגה החומרה המיוחדת שיש ברמאות במסחר עד שזו מכונה "תועבה", כפי שעולה מפסוקי התורה ומספר משלי.

גם ממאמרי חז"ל עולה החומרה יוצאת הדופן של האיסור לרמות, העולה אף על האיסור לגזול. כמו כן, נאמר שהכופר במידות ומשקולות כאילו כופר ביציאת מצרים.

הצענו שלושה הסברים לייחודו של האיסור לרמות במסחר:

האחד, בגלל שמידתו של ה' היא מידת האמת, הרי שאדם שמרמה מתרחק מה'. השני, מסחר באמונה הוא בירור ניצוצות הקדושה שנפלו בשבירת הכלים, כפי שמבאר רבי נחמן מברסלב. בהמשך לכך הסברנו את הקשר בין יציאת מצרים שהייתה בירור של ניצוצות מתוך מצרים, לחובה לברר ניצוצות על ידי מסחר באמונה.

השלישי, על פי דבריו של רבי צדוק הכהן מלובלין, מקור הכוח לרמות במסחר הוא בחכמה המיוחדת שיש בארץ ישראל, שנועדה כדי ללמוד תורה שבעל-פה. כיוון שכך, רמאות במסחר היא שימוש לרעה בחכמה מיוחדת והחמצה של פוטנציאל חיובי.