

קובץ
משפטי ארץ

|

|

—

—

—

—

|

|

קובץ
משפטי ארץ
כרך ד

חוזים ודיניהם

עורכים

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

הרב עדו רכניץ

הרב הלל גפן

ייעוץ משפטי

עו"ד חייא גרינבוים

עפרה, תשע"ו

מכון
משפטי ארץ
בית מדרש גבוה להלכה ומשפט
MISHPETEI ERETZ Institute for Halacha and Law



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

ספר זה יצא לאור בתמיכת משרד התרבות והספורט – מנהל התרבות

כל הזכויות שמורות © תשע"ו – 2016
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: 978-965-90719-8-2 ISBN:

Printed in Israel

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

עריכת לשון: הרב אב"י ונגרובר
עיצוב והפקה: דוד הלל, רשימו



מכון משפטי ארץ מקדיש כרך זה לזכרו המבורך
של איש התורה המשפט והחסד

מרדכי דוד (מרכוס) כץ ז"ל תרפ"ז-תשע"ו



מרדכי דוד (מרכוס) כץ ז"ל נולד בשנת 1927 בקרקוב, פולין. כניצול שואה הוא נשלח בצעירותו לכפר הנוער הדתי בארץ ישראל, במסגרת עליית הנוער. בשנת תש"ז, 1947, הצטרף אל הוריו במקסיקו, שם השתלב בחיי הקהילה ולימים היה אחד מראשיה. מרכוס היה איש של משפחה, ילדים, נכדים ונינים, שמתגוררים בישראל, מקסיקו וארה"ב. מרכוס ועדינה אשתו נתנו הרבה מאונס, הונם וזמנם למען החינוך היהודי במקסיקו, בישראל ובארה"ב. בני הזוג כץ היו מעורבים מאוד בפיתוחה של הקהילה היהודית במקסיקו, ייסדו את מוזיאון השואה במקסיקו סיטי וייסדו את "ישיבת אמונה" – בית ספר יסודי ותיכון (12 שנות לימוד).

בישראל, תרמו בני הזוג כץ מלגות באוניברסיטה העברית בירושלים ובמדרשיית נועם, וכן תרמו למוסדות רבים: יד ושם, אוניברסיטת בר אילן, ספריית הר עציון, עזר מציון, ועידת הנשיא, בית החולים שערי צדק, בית הכנסת הגדול בירושלים, ישיבת מרכז הרב וסאנרייז – פעילויות לילדים חולי

סרטן ובני משפחותיהם. בארה"ב, הם תמכו בישיבה יוניברסיטי ובבית ספר "בובוב" לבנות בברוקלין.

בשנת 1975 ייסד מרכוס כץ את "פרס כץ ליישום ההלכה בחיים המודרניים ע"ש גולדה כץ". במשך 40 שנות קיומו, הפרס מוענק לאישים ומפעלים, שבעשייתם, הגותם, יצירתם ומנהיגותם מקרבים את ההלכה ואת המסורת לעולם העכשווי והמודרני. בשנת תשע"ז הוענק הפרס, בין היתר, למכון משפטי ארץ כאות הוקרה על תרומתו ליישום ההלכה בחיים המודרניים.

מרכוס כץ חיבר כמה ספרים, ובהם הספר "חוק פרוצדוראלי עברי ומקסיקני – היבטים השוואתיים". סקירה על הספר הובאה ב"משפטי ארץ ב: טענות וראיות", עמ' 525-526.

החל משנת 2004 תמך מרכוס כץ בהעברת שעורי תורה דרך אתר האינטרנט של ישיבה יוניברסיטי הכולל מעל 100,000 שיעורים. באתר מבקרים 100,000 גולשים בחודש, והמבקר בו יכול לבחור בין שמיעת גמרא יומית, פרשת שבוע, פרסומים, כתבי עת ומאות נושאים אחרים. אתר זה מקשר בין הקהילות השונות ומשמש פלטפורמה לבתי ספר תיכון, ישיבות, בתי כנסת וארגונים נוספים.

על תמיכתו ומעורבותו קיבל מרכוס כץ תואר ד"ר לשם כבוד מאוניברסיטת בר אילן, תואר ד"ר לשם כבוד במשפטים מישיבה יוניברסיטי, כתר שם טוב מהאיחוד האורתודוקסי ותואר המסדר הלאומי של לגיון הכבוד של הרפובליקה של צרפת.

מרכוס כץ היה היו"ר ואחד מהמייסדים של לשכת מסחר מקסיקרישראל. בנוסף, הוא היה הכוח המניע מאחורי הסכם הסחר מקסיקרישראל ומקסיקרארה"ב.

מרכוס כץ הלך לעולמו ביום כ' תמוז תשע"ז (26 ביולי 2016), והוא בן 89, הובא למנוחות בירושלים. יהי זכרו ברוך.

תוכן העניינים

9	הסכמות
13	הרב אברהם גיטר ♦ הבטחה וחווה
17	הקדמת העורכים
19	תקצירי המאמרים
IX	Promises and Contracts (English) ♦ Rabbi Avraham Giesser
XV	Synopsis of Articles

שער ראשון: עיוני חוזים

27	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ מבוא לדיני חוזים
45	הרב שמואל פולצ'ק ♦ מבוא להלכות ריבית
55	הרב עדו רכניץ ♦ תניות מכללא
67	הרב הלל גפן ♦ כללי השלמה: השלמת פרטים שלא הוגדרו בחווה
	הרב ד"ר אלי גורפינקל ♦ החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם:
77	"חווה אחיד" בהלכה
89	ד"ר בנימין פורת ♦ חוזים בכפייה וצדק מהותי: עיון בספרות השו"ת
	הרב פרופ' רון ש' קליינמן ♦ תוקפם ההלכתי של חווה בכתב, זיכרון דברים
117	וסעיף פיצויים מוסכמים
135	הרב חיים בלוך ♦ מעמדו ההלכתי של שיק והדין כשאבד
153	הרב דניאל כ"ץ ♦ תרופות בשל הפרת חווה
175	הרב ד"ר יפתח יצחק שנדורפי ♦ ספרי השטרות, הסופרים ומוסד ה"ערכי"

שער שני: חוזים מבוארים

203	מדריך למשתמש בחוזים שבספר
205	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ חווה מכר דירה
215	חווה מכר (לדירה בנויה) עם הערות מבארות
225	הרב הלל גפן ♦ חווה מכר רכב
233	חווה מכר רכב עם הערות מבארות
239	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג והרב עדו רכניץ ♦ חווה עבודה
247	חווה עבודה עם הערות מבארות
251	הרב אלעזר גולדשטיין ♦ חווה קבלני לביצוע עבודות בניין
289	הסכם קבלני לביצוע עבודות בנייה עם הערות מבארות

303	הרב עדו רכניץ ♦ חוזה שכירות – דירת מגורים
310	חוזה שכירות – דירת מגורים עם הערות מבארות
323	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ הסכם השאלת ספר תורה
328	הסכם השאלת ספר תורה עם הערות מבארות
333	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג והרב עדו רכניץ ♦ חוזה הלוואה ללא ריבית
340	חוזה הלוואה עם הערות מבארות
345	הרב שמואל פולצ'ק ♦ היתר עסקא
357	הסכם היתר עסקא עם הערות מבארות
363	הרב שלמה אישון ♦ היתר עסקא כללי לעסק
372	היתר עסקא כללי לעסק עם הערות מבארות
377	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ צוואת אדם לא-נשוי
385	צוואת אדם לא-נשוי עם הערות מבארות
391	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ צוואת אדם נשוי
396	צוואת אדם נשוי עם הערות מבארות
401	הרב הלל גפן ♦ הסכם בוררות
412	הסכם בוררות "ארץ חמדה – גזית" עם הערות מבארות
415	הרב שמואל פולצ'ק ♦ הסכם קבלנות להפעלת עסק בשבת
430	הסכם קבלנות עם הערות מבארות
437	הרב איתי אליצור ♦ פרוזבול
444	פרוזבול עם הערות מבארות
445	הרב אהרן פלדמן ♦ היתר מכירה לגידולי חממה
453	הסכם מכירה לגידולי חממה עם הערות מבארות

RABBI Z. N. GOLDBERG

Abbad Badatz & Bies Horaa'h "Hayashar Vehatov"
Member Of Supreme Rabbinical Court

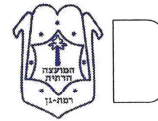
הרב זלמן נחמיה גולדברג

אב"ד בד"ץ ובית הוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"
חבר בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, יום א' מנחם אלול תשע"ו

הנני בזה להביע רגשי שמחה כשהראו לי חיבור גדול ושלם בשם קובץ משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם, שחיברו תלמידי חכמים מובהקין וגדולי תורה בהבנה ובבקיאות שיוצא לאור על ידי מכון משפטי ארץ. ובו ביארו כל מה שיכול להביא לספקות בדינים שעלול ספקות וחילוקי דעות בחיובים שבין אדם לחבירו ודבר גדול להדפיסו ולהפיצו בין הלומדים והדיינים לתועלת הלומדים וגם לתועלת לאנשים שמתחייבים אחד לשני וכל מה שיודעים המתחייבים הספקות שיוכלים להיווצר וכל שיודעים קודם ניתן לתקן. ואחתום בברכה שהקב"ה יזכם לעלות בתורה מעלה מעלה

זלמן נחמיה גולדברג
ב"ד בד"ץ ובית הוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"
חבר בית הדין הרבני הגדול



מכתב ברכה

לרגל הוצאת הספר "משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם" ע"י מכון "משפטי ארץ"
לעורכי הספר ומחברי המאמרים
ישר חילכם לאורייתא.

נושא החוזים הוא אחד המעשיים ביותר בחיי החברה, הכלכלה והמשפט. אין לך אדם שלא נזקק לחוזים שונים בימי חייו עד זיבולא בתרייתא. ולצערנו, לא היה עד היום ספר שבו מרוכזים חוזים המנוסחים עפ"י ההלכה. הספר הידוע והשימושי ה"נחלת שבעה", המהווה עד היום מעין אורים ותומים לכל מי שנוקק לעריכת חוזה עפ"י ההלכה, שנכתב לפני כ- 300 שנה, לא יכול היה להתייחס לנושאים חדשים שהתעוררו רק בעת החדשה (לדוגמא רכב לא היה בימיו, ועוד כהנה). הגיעה העת לנסח חוזים בסגנון המובן גם להדיוטות, ומשפטנים שאינם יודעי תורה, שיהיו גם כהלכה וגם עפ"י ההלכה.

אשריכם שזיכיתם את הציבור בספר זה שאני רואה בו רק התחלה, כיון שיש עוד נושאים הזקוקים לחוזים המנוסחים עפ"י ההלכה.

זהו צעד נוסף בהעלאת קרן התורה בישראל, ובהחדרת המשפט התורני לחיי המעשה, משימות אשר מכון "משפטי ארץ" ממלא בהצלחה ובסיעתא דשמיא. וזאת, לצד ייעודו לקדם את משפט התורה במדינת ישראל ולהרים את קרן התורה וההלכה בחיים המעשיים בארצנו, בחיי המשפט והפסיקה, חיי המסחר והשוק העסקי, המוסר והאתיקה, ומערכת דיני ממונות ובתי דין.

ישר כוחם של הפוסקים שעונים על שאלות, עורכים ימי עיון ומוציאים לאור ספרים העוסקים במשפט התורה בימינו. בכך הם תורמים תרומה משמעותית להתעוררות הציבור לפנות לפוסקים גם בענייני צדק ומשפט.

בדרכים רבות מעניק המכון לציבור הרחב היכרות ונגישות אל משפט התורה והוא אף משפיע במישרין ובעקיפין על מערכת המשפט הישראלית.

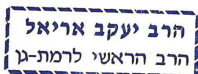
חיבה יתרה נודעת לכך בימים אלו בהם אנו קוראים את הפסוק: "ואשיבה שופטיך כבראשונה ויועצין כבתחילה אחרי כן ייקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה". כפי רצון "מלך אוהב צדקה ומשפט".

בברכת התורה והצדק,

מנ"א תשע"ו, ר"ג

הרב יעקב אריאל

הרב הראשי לרמת גן



אשר זעליג וייס

כגן 8
פעיה"ק ירושלים ת"ו
ב"ה

זעליג וייס

רבים המה הצדיקים הישרים והתמימים שהשלחן ערוך הוא נר לרגליהם ואור לנתיבותיהם בכל הנוגע לאורח חיים, יורה דעה ואבן העזר. אך בכל הנוגע לדיני ממונות שבין אדם לחברו אין הם מודעים כלל שאף בתחום זה עליהם להשתית את אורחותיהם על אדני השולחן ערוך.

הכל יודעים שלא יעלה על הדעת לכתוב שטר מכירת חמץ, כתובה וגט אלא על פי התורה והמסורה. אך בבואם לקנות ולמכור, ללוות ולהלוות, לשכור ולהשכיר לא יעלה על דעתם שאף שטרות אלה יש לערוך לפי ההלכה.

על כן בואו נחזיק טובה למכון משפטי ארץ על הקובץ החשוב והיקר בדיני חוזים. מלבד החשיבות של הגברת המודעות לדיני חוזים נהניתי מגוף הקובץ שהוא בהיר, מקיף, וערוך בטוב טעם ודעת ובטוחני שתועלת רבה יש בו. ברכתי להעורכים הנכבדים שיזכו תמיד להגיד תורה ולהאדיר בספרים חשובים ויתקדש שם שמים על ידם.



הבטחה וחווה

הרב אברהם גיסר

“ודבר ה' אל משה פנים אל פנים” (שמות לג, יא) –
אמר רבי יצחק: אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: משה, אני ואתה נסביר פנים בהלכה.
(ברכות סג, ב)

ספר חשוב זה, חלק ד' בסדרת “משפטי ארץ” – ספר החזקים, הוא קיומה של הוראת הקב”ה למשה: על תלמידי החכמים ומורי ההוראה להסביר פנים לישראל בהלכה. עליהם למסור את התורה, ובכלל זה, גם את פרקיה המשפטיים והמסובכים באופן בהיר ומואר, כך שכל מבקש הלכה יוכל לרדת לעומקה של הסוגיה, לעמוד על עקרונותיה ומעל הכל ליישם: “ללמוד וללמד לשמור לעשות ולקיים”.

פרשות של חזקים והתחייבויות עומדות ביסוד תורתנו. בספר בראשית אנו פוגשים את אברהם אבינו עוסק בדיני מלחמה, בקניין רכוש ובקניית אחוזת קבר בחברון, בשליחות ונאמנות בקידושין, בדיני שבועות ובריתות, בנדרים ובהבטחות, בחזקים ובהפדת הסכמים, במשא ומתן לשלום, בעשיית דין בעבריינים, ובמנהג המדינה ודיני המלכות.

יסוד דיני ערבות ודיני ערב קבלן מיהודה נגיד האחים למדנו, וכך נאמר בגמרא: “אמר רב הונא: מנין לערב שמשעבד? דכתיב אנכי אערבנו מידי תבקשנו” (בבא בתרא קעג, ב). והיא היא שעמדה ליהודה עד שהגיע למלכות. “כי עבדך ערב את הנער” – הערבון ניצח את הרעבון. מי שנאמר בו “מה הערבון אשר תתן לי” (בראשית לח, יח) הוא הערב הקבלן שאי אפשר לעמוד בפניו. אותה ערבות ואותה אחריות שבעטייה שיעבד יהודה את עצמו עבור אחיו היא זו שהביאה את הגאולה.

וכן לימדנו חז”ל את הכלל הגדול “שכל ישראל ערבים זה בזה” (שבועות לט, א) ערבות מהי? ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים את חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי. יסוד זה בנוי על הזיקה האישית של כל יחיד לכלל האומה. זהו בניין אב בהלכה לאחריותם ההדדית של בני ישראל זה כלפי זה, לענישה קולקטיבית ולאפשרות שאדם אחד יוציא את חברו ידי חובתו כלפי שמים.

ניתן לומר כי הערבות היא עסקת חיינו, כדברי רבי עקיבא במסכת אבות, שבחר לתאר את כל חיינו במושגים כלכליים: “הכל נתון בערבון ומצודה פרוסה על כל החיים. החנות פתוחה והחנווני מקיף, והפנקס פתוח והיד כותבת, וכל הרוצה ללוות יבוא וילווח, והגבאים

* הרב אברהם גיסר, מייסד ויו”ר מכון משפטי ארץ, רב היישוב, עפרה.

מחזירים תדיר בכל יום ונפרעין מן האדם מדעתנו ושלא מדעתו". החיים נתונים כערבון בידינו של הקב"ה, "והדין דין אמת והכל מתוקן לסעודה" (משנה אבות ג, טז).

כוחו של דיבור

בסיומו של ספר ויקרא וגם בסיומו של ספר במדבר אין התורה מסיימת אלא במתן תוקף להתחייבויותיו ולהבטחותיו של האדם. בכוח ההתחייבות מסוגל האדם להפליא לנדור, להקדיש ולהחריש, להישבע ולאסור איסר על נפשו, ועל כל אלה הוא מצווה "לא יחל דברו ככל היוצא מפיו יעשה" (במדבר ל, ג). כל זה אמור רק בנדרים ובשבועות, אבל בכל יתר ההבטחות שמבטיח האדם פעמים רבות מספור במהלך חייו, על כל דברי החולין שבחיינו, לגביהם אין אכיפה. אכיפה אין, אבל ישנה חובה מוסרית "שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק (בבא מציעא מט,א), ופירש רש"י (שם, ד"ה ידבר): "בשעה שהוא אומר הדיבור לא יהא בדעתו לשנות". גם הפרת התחייבות במהלך משא ומתן ואפילו לאחר מתן תשלום אינה גוררת אכיפה על פי דין תורה אלא רק אזהרות מוסריות כגון – "מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו" (בבא מציעא מד,א).

זוהי הרי מהותו וייחודו של האדם מכל אשר על פני האדמה: בכוחו להבטיח ולהתחייב, ולקיים את דבריו ולעמוד בדיבורו. דווקא את המעלה הזו אין התורה רוצה לכפות. הכפייה תבוא, על פי ההלכה, רק לאחר מעשה קניין. כל זמן שלא נעשה מעשה קניין הרי שאין חיוב בבית דין.

מהותו של האדם היא בחירתו החופשית ויכולתו לבחור בין הפרה של הבטחה לבין קיום שלה. את כוח הבחירה הזו מסרבת ההלכה ליטול מן האדם באמצעות מנגנוני כפייה ואכיפה.

חוזה למה לי?

במדרש ציינו חז"ל את המעלה הזו בדוגמה נפלאה הלקוחה מתחום המשפט וההתחייבות וכך אמרו: "אמר רבי יצחק: העבד עשה כעבדותו, ובן חורין עשה כחירותו" (בראשית רבה פרשת ויחי פרשה צו) ופירושו: העבד אשר נשלח על ידי אברהם לחרן צריך היה להישבע לאברהם כדי שיהיה מחויב על פי דין לקיים את שליחותו בנאמנות, ואילו יוסף המולך במצרים המצווה על ידי אביו באותה לשון "שים נא ירך תחת ירכי... אל נא תקברני במצרים" אינו שם ידו כדבר אביו והוא מתחייב בדיבורו בלבד: "אנכי אעשה כדברך" (אמנם גם הוא נשבע לאחר בקשה חוזרת של אביו אך לא כמעשה העבד אלא כדיבורו של בן חורין). ומכאן שדווקא חוזה בא לסתור את מעלתו זו של האדם – החוזה מהותו אכיפה, לכפות את קיום ההבטחה וההתחייבות המוסרית. אולי בשל כך, המשפט העברי אינו אוכף כל הבטחה, ואינו מקבל באופן גורף את הכלל הלטיני הידוע שהסכמים יש לקיים (Pacta sunt servanda).

אנו מבקשים להבטיח הבטחות מסוימות לעתיד, ואולי דווקא בדברים שעדיין לא באו לעולם ואשר לגביהם כל קניין וכל חיוב אינו מועיל. מה שמגדיר את "החוזה" בשונה מכל

התחייבות מוסרית, הוא שבעוד שכל התחייבות אינה ניתנת לאכיפה, הרי שהחווה נועד ליצור אפשרות של אכיפה. ומכאן, שהלכות חוזים לא נועדו אלא ליצור מכשיר הלכתי שייצור הסכמה בלתי חוזרת, ולהעמיד חיוב שניתן לתבעו, ולקבל סעד של אכיפה או של פיצוי בבית דין. במובן זה החוזים הם "כניעה" לחולשותיהם של בני האדם שאינם שומרים את מוצא פיהם או אינם דוברים אמת בלבבם בפיהם ובמעשיהם.

אותה קביעה הלכתית "הנושא ונותן בדברים – לא קנה" (בבא מציעא מח,א) שפירושה שללא מעשה קניין אין חיוב שניתן לאוכפו, היא היא תפארתו של אדם המחויב מוסרית לעמוד בדיבורו: "והחזור בו – אין רוח חכמים נוחה הימנו" (שם).

אם כן, טוב היה שנשתבח כולנו במעלת "שיהא הן שלך צדק, ולאן שלך צדק" (בבא מציעא מט,א) ונעמוד בדיבורנו שהוא "נפש חיה" שבאדם, ה"רוח ממללא" שניתנה באדם מאת ה' ויפח באפיו נשמת חיים ויהי האדם לנפש חיה" (בראשית ב, ז). אולם, חיי המעשה וכל אילוצי החברה דורשים מאיתנו לדאוג לניהול חיים תקינים ולסדר חברתי יציב בעזרת חוזים. על כן, משקפים דיני החוזים, כפי שהם באים לידי ביטוי בספר זה, את כוחה של ההלכה ושל חכמים לקבוע תשתית משפטית מחייבת בתחום החוזים. שהרי "באין חזון יפרע עם" (משלי כט, יח) ובלא "חוזים" לא תיכון חברה.

חתמת כהלכה?

מימי הקמתו של "מכון משפטי ארץ – מכון גבוה להלכה ומשפט", הצבנו לנגד עינינו קריאה גדולה ושאלה נוקבת לכל אדם המבקש להשתית את כל תחומי חייו על שמירת התורה. ניסחנו שאלה זאת כך: "חתמת כהלכה?"

בכל תחום בחיינו אנו משתדלים לוודא את רמת הכשרות ושמירת ההלכה – ומה על כל החוזים, ההסכמים וההתחייבויות עליהם אנו חותמים: חוזה עם הבנק, עם חברות התקשורת, הסכמי עבודה, תשלומי חינוך וחווה שכירות? האם החווה היקר ביותר בדרך כלל, קרי, חווה קניית הדירה, עשוי כהלכה?

האם החווה מחייב? האם הוא עומד בדרישות ההלכה, כגון הלכות אסמכתא וריבית (וכבר כתב הרמב"ם מלווה ולווה ד, ז: "כל הכותב שטר ריבית הרי זה ככותב ומעיד עליו עדים שכפר בהשם אלהי ישראל")? האם במקרה של חילוקי דעות או סכסוך הוסכם שהמחלוקת תידון על פי דרכה של תורה, על ידי דיינים מומחים?

בתחום דיני הממונות בחיינו אנו זקוקים ל"שולחן ערוך" כפשוטו: "תניא: מנין שחייב הרב לערוך משנתו לתלמידיו כשולחן ערוך כעניין שנאמר (דברים ד, לה) אתה הראת לדעת? תלמוד לומר: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" (תורה תמימה משפטים כא, א, ע"פ המכילתא).

המאמרים בספר שלפנינו מסבירים פנים בשפה ברורה ונעימה את עקרונות דיני החוזים לסוגיהם ואת לשונות החיוב והפטור בכל נושא, וכן מביאים טופסי שטרות וחוזים לשימוש מעשי. אלפי אנשים ומוסדות כבר עושים שימוש בחוזים אלה שניתנים להורדה באתר המכון, ומוסדות חינוך חשובים חותמים על חוזה העסקה לכל אנשי הצוות כדין וכתורה,

ועל הסכמים עם הורי התלמידים כהלכה וכמשפט. כל החוזים ונוסחיהם נעשו מתוך מודעות לחוק המדינה, והם תקפים על פי כל דין. ויתקיים במהרה בכולנו דברי צפניה החוזה (צפניה ג, יגיד):
"שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפיהם לשון תרמית כי המה ירעו ורבעו ואין מחריד. רני בת ציון הריעו ישראל שמחי ועלזי בכל לב בת ירושלם".

הקדמת העורכים

דרך התשובה היותר מקורית וטובה, הנובעת מאור התורה בעולם, היא השנון בחלק דיני ממונות וכל המשפטים שבין אדם לחברו הכלולים אצלנו בלמוד "חשן משפט", בכל הבקיאות הגירסאית היותר בהירה וכל החריפות הישרה והרחבה היותר אפשרית. היא מתקנת את כל מכשולי הלב שבחיים, ומעמידה את הצדק האלהי על בסיסו הנאמן ונוטלת את מחץ הספק והנבוכה מתוך הנשמה, ע"י מה שמאירה היא באורה הבהיר את דרך החיים המעשיים...

(הראי"ה קוק, אורות התשובה יג, ה)

תשובה שלמה אליבא דהרב קוק מחייבת לימוד דיני ממונות, וזאת, עקב העיסוק של דיני הממונות בהארת החיים המעשיים.

דיני ממונות עוסקים לא רק בהנחיה כיצד להכריע במחלוקות כספיות לאחר שאלה התעוררו. להפך, הכרעה במחלוקות אמורה להיות החריג, ואילו הכלל אמור להיות התנהלות ממונית יום יומית על פי משפט התורה.

ספר זה עוסק בחוזים ובדיניהם. הפרויקט הראשון של מכון משפטי ארץ, היה פרויקט חוזים על פי ההלכה. וזאת מתוך מטרה להפוך את חושן המשפט לתורת החיים של השוק הישראלי. כעת, לאחר עשור של עיסוק בתחום אנו חשים שהגיעה העת לעשות סיכום ביניים ולהגיש אותו לציבור כשולחן ערוך.

כדרכו של המכון בספרים הקודמים, כך גם כאן: נפתח בעיון ונסיים ביישום: חלקו הראשון של הספר עוסק בעיון בדיני חוזים, והחלק השני מוקדש כולו להצגת חוזים מבוארים לשימוש הציבור בכלל וקהילת עורכי הדין בפרט. תקוותנו שחוזים אלה יביאו להארת "החיים המעשיים" באורו של חושן המשפט.

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 עורך הלשון הרב אב"י ונגרובר, בוגר המכון, אשר לא נמנע מלסייע גם בעריכת התוכן ולצדו ידיד המכון מר דוד הלל אשר עיצב את הספר בטוב טעם והביא אותו לדפוס, ואף לעו"ד סיימון ג'קסון על התרגום לאנגלית.

שותף חשוב לספר זה הוא עו"ד חייא גרינבוים שעבר ביסודיות על רוב החוזים המוצעים, והעיר הערות של סגנון ותוכן. לצד תודתנו לו, האחריות לתוצאה נשארה על כתפינו.

תודה מיוחדת שלוחה לראשי כולל משפטי ארץ, עפרה. **לרב ד"ר מיכאל בריס שליט"א**, לשעבר ראש הכולל, הוגה סדרת "משפטי ארץ" ומי שהתווה את דרכה; **לרב חיים בלוך שליט"א**, שסייע בעצה, תושייה והכוונה.

אחרונים חביבים יבורכו חברי הנהלת המכון, **הרב אברהם גיסר שליט"א**, יו"ר המכון שדחף ועודד במשך כל הדרך הארוכה; גב' **יעל מינצר** המנהלת האדמיניסטרטיבית המסורה; ו**מר משה בטיש** השוקד, לצד עיסוקיו הרבים, על קיומו והתפתחותו של המכון.

לסיום נודה לבני משפחותינו המלווים אותנו בשותפות ובשמחה במעלה דרך יישום משפט התורה במדינת ישראל.

בשבח והודאה לבורא עולם, אנו מגישים את הספר לפני הציבור, מתוך תפילה שיהיה בו כדי להמשיך את המגמה המתגברת, של תחיית משפט התורה והפיכתו למערכת משפט פעילה ורלוונטית. למרות כל המאמצים, יתכן שיצאו שגיאות מתחת ידינו, ונודה לכל מי שיאיר עינינו לתקנן.

בברכת משפט התורה
 הרב ד"ר איתמר ורהפטיג
 הרב עדו רכניץ
 הרב הלל גפן

תקצירי המאמרים

שער ראשון: עיוני חוזים

מבוא לדיני חוזים

במאמר הפותח את הספר סוקר הרב ד"ר איתמר ורהפטיג את דיני החוזה בהלכה. המאמר בוחן את חופש החוזים שקיים בהלכה, וגבולותיו. בהמשך הוא דן בדרכי כריתת החוזה האובליגטורי והריאלי, ובמגבלות שההלכה מטילה בנוגע לכריתת חוזים. מאמר זה מהווה בסיס להבנה מעמיקה של כל אחד מהחוזים המוצעים בחלקו השני של הספר.

מבוא להלכות ריבית

הרב שמואל פולצ'ק סוקר במאמרו את הלכות ריבית, לאור ההשפעה העמוקה שלהם על דיני חוזים. המאמר נפתח בהגדרת ריבית מן התורה ומדברי חכמים. בהמשך הוא עוסק ביישום דיני ריבית בתחומים השונים, ובכלל זה, בקנייה ומכירה, בשכירות נכס, בשכר עבודה, וכמובן בנוגע להלוואת כספים.

תניות מכללא

תנאי מכללא הוא תנאי שלא נאמר או נכתב, ובכל זאת, צד לחוזה טוען שהוא היה ברור לשני הצדדים טרם כריתת החוזה. מסקנתו של הרב עזר רכניץ היא שבהלכה הוספת תנאי מכללא איננה בגדר אירוע יוצא דופן. אמנם, ניתן לזהות סיעה של פוסקים שהגדירו מבחנים אובייקטיביים להוספת תנאי מכללא, ולעומתם סיעה של פוסקים שהעניקו לבית הדין את הסמכות לבחון כל מקרה לגופו. בעניין זה ההלכה שונה מאוד מהמשפט הנוהג במדינת ישראל שמצמצם מאוד את האפשרות להוסיף תנאי מכללא לחוזה.

כללי השלמה: השלמת פרטים שלא הוגדרו בחוזה

כללי השלמה הם כללים להשלמת פרטים חסרים בחוזה שנכרת בין צדדים. במאמרו עומד הרב הלל גפן על כך שבהלכה מוסכם שיש להשלים פרטים חסרים על סמך הסכם קודם שהיה בין הצדדים. השלמת הפרטים על פי מנהגם של שני הצדדים להתקשרות גוברת על מנהג העולם, ובזאת, בדומה לחוק הנוהג. בהמשך המאמר הוא עוסק במקרים בהם ישנה מחלוקת בין הפוסקים, כגון, כאשר הצדדים לא כרתו הסכם חדש, אלא המשיכו את

ההתקשרות בשתיקה, וכן כאשר בהסכם החדש ישנם פרטים שהשתנו ביחס להסכם הקודם.

החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: "חוזה אחיד" בהלכה

התפיסה ההלכתית המקובלת היא, שחתימה על חוזה יוצרת חזקה חלוטה על כך שהחותם קרא את תוכנו של החוזה, הבינו והסכים לכל תנאיו, מתוך גמירות דעת מלאה. במאמרו, מבקש הרב ד"ר אליהו גורפינקל להוכיח שהתפיסה ההלכתית הנכונה היא, שהחתימה על החוזה יוצרת חזקה לכאורה, לכך שהחותם אמנם היה מודע לכל תנאיו של החוזה. חזקה זו ניתנת לסתימה, בהתאם לנסיבות החתימה. מדבריו עולה שלתפיסה זו היו מהלכים בהלכה עוד בטרם בא חוק החוים האחידים לעולם, ויש בה כדי להגן על החותם, גם במקום שבו החוק לא יגן עליו.

חוזים בכפייה וצדק מהותי: עיון בספרות השו"ת

אחד מן הפגמים שעלולים להימצא בכריתת חוזה הוא כפייה של אחד הצדדים לכרות את החוזה בניגוד לרצונו. בניגוד לתפיסה המקובלת הרואה בכפייה גורם לביטול החוזה, ד"ר בנימין פורת מראה במאמרו שהפוסקים העדיפו הבחנה מושגית כללית בין חוזים שתוכנם הוגן לבין חוזים שתוכנם חריצדי, וזאת על פני התמקדות באופן כריתת החוזה. באמצעותה הם הכריעו מקרים מגוונים של הסכמות בכפייה, תוך בחינתם לאור אמות מידה של צדק חוזי מהותי המסייעות להעריך את מידת ההגינות שבתוצאות ההסכמה שהושגה בכפייה.

תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב, זיכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים

פוסקי ההלכה האחרונים העניקו תוקף לחוזים בכתב בהתבסס על תוקפם של חוקי המדינה מכוח הכלל 'דינא דמלכותא דינא', ובעיקר על סמך מנהג המדינה ו'קניין סיטומתא'. בשני הפרקים הראשונים של המאמר דן הרב פרוץ רון קליינמן בתוקפם ההלכתי של חוזה בכתב ושל זיכרון דברים. בפרק השלישי הוא נדרש לשאלת תוקפו ההלכתי של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה המעורר את שאלת ה'אסמכתא'.

מעמדו ההלכתי של שיק והדין כשאבד

תשלום בשיקים נפוץ ביותר (אף שהוא מצטמצם עם השנים). במאמר זה סוקר הרב חיים בלוך את המחלוקת על אודות מעמדם ההלכתי. בהמשך הוא דן בשאלה האם ניתן לחייב כותב שיק סחיר, לאחר שהמקבל איבד אותו, בתשלום החוב. חידוש חשוב במאמר זה הוא אימוץ שיטת מהרש"ם שכתב שיש מעמד מחייב לחוק המדינה במקום בו הוא מכריע במחלוקת הלכתית.

תרופות בשל הפרת חוזה

הרב דניאל כ"ץ עומד במאמרו על כך שבניגוד לחוק הנוהג שבו התרופות לכל החוזים הן אחידות, בהלכה, לכל תחום התרופות שלו. כמו כן, תרופה של אכיפה, שכוללת חיוב אדם לבצע בגופו את מה שהתחייב היא נדירה ביותר. במקרים מסוימים, ורק לדעת חלק מהפוסקים, ניתן לאכוף על קבלן לבצע את העבודה שהתחייב לבצע.

ספרי השטרות, הסופרים ומוסד ה"ערכי"

במבט היסטורי על ספרי השטרות עוסק הרב ד"ר יפתח יצחק שנדורפי במאמרו. חלקו הראשון של המאמר פותח במבט על תרומתם של קבצי השטרות, ועל תרומתם של סופרי השטרות להעמדת הנוסח של השטרות. הוא ממשיך בהתבוננות על הסוגים השונים של הקבצים, ועל מועד התפתחותם. בחלקו השני הוא נוגע מעט במוסדות התייעוד, התיקוף והמימוש של השטרות בעם ישראל, בדגש על המוסד שהתקיים טרם חורבן הבית – מוסד הערכי.

שער שני: חוזים מבוארים

חוזה מכר דירה

מכר דירה הוא מהעסקות הגדולות ביותר שאדם פרטי מבצע במהלך חייו. בנושא זה ישנה חקיקה ופסיקה ענפות, שבמרכזן עומד מרשם המקרקעין ותוצאותיו המשפטיות. על רקע זה מציע הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, חוזה מכר דירה על פי ההלכה. חידוש חשוב בחוזה הוא מתן מענה לפער שבין החוק וההלכה בנוגע לתהליך העברת הבעלות, תוך התייחסות לשאלת מעמדו ההלכתי של מרשם המקרקעין.

חוזה מכר רכב

קניית רכב מסתיימת במקרים רבים 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.

חוזה עבודה

דיני עבודה הם מהתחומים המשפטיים בהם החקיקה היא ענפה ומפורטת. במסגרת הצעת חוזה עבודה דנים הרב עדו רכניץ והרב ד"ר איתמר ורהפטיג בשאלת מעמד ההלכתי של חוקי המגן ושל פרשנות בתי המשפט. בחוזה עצמו ניתן מעמד מחייב לחקיקה ובכלל זה למתן פיצוי על הלנת שכר.

חוזה קבלני לביצוע עבודות בנייה

הסכם קבלני לביצוע עבודות בנייה עלול להסתיים בסדרה ארוכה של מחלוקות בין המזמין ובין הקבלן. תחום הלכתי זה נחקר באופן יסודי על ידי **הרב אלעזר גולדשטיין** שניסח **מדריך הלכתי** ידידותי, ואף הסכם קבלנות מפורט. בחוזה ניתן מענה לנקודות המחלוקות כדי להבהיר לצדדים את זכויותיהם. בכלל זה, ישנה התייחסות לחובות המזמין והקבלן לעמוד במועדים שנקבעו בחוזה, לשאלת התשלום על תוספות ושינויים, ולתרופות על הפרת החוזה משני הצדדים.

חוזה שכירות – דירת מגורים

השימוש בחוזה שכירות דירה הוא מהנפוצים בשוק, ובמקרים רבים ללא ליווי משפטי. בהקשר זה מציע **הרב עדו רכניץ** חוזה שכירות לדירת מגורים העונה על הדרישות ההלכתיות והחוקיות. בחוזה יש מענה לנקודות רבות ובכלל זה, שאלת חלוקת האחריות בנוגע לתיקונים בין המשכיר והשוכר, סעיף אופציה להארכת תקופת השכירות, מענה לבעיית הסרת המזוהות לאחר תום תקופת השכירות, ועוד.

הסכם השאלת ספר תורה

רבים משאילים ספרי תורה פרטיים לבתי כנסת כדי שאלה יעמדו לשימוש הציבור. השאלה כזו מחייבת הגדרה מדויקת של מערכת היחסים בין המשאל ובין בית הכנסת, ובכך עוסק **הרב ד"ר איתמר ורהפטיג**. בהסכם נדונה אחריות בית הכנסת לנזקים וההתחייבות שלו לבטח את הספר ולעשות בו שימוש סביר במהלך התפילות.

חוזה הלוואה

הלוואה חוץ-בנקאית ללא ריבית, נתפסת בצדק כמעשה חברי ואף מהווה מצווה. ובכל זאת, כדי למנוע עגמת נפש ופגיעה במלווה, היא מחייבת הסדרה וחוזה ברור. **הרב ד"ר איתמר ורהפטיג** **הרב עדו רכניץ** מציעים חוזה הלוואה שעומד בדרישות ההלכתיות. אף שמדובר על הלוואה ללא ריבית נדרשת התייחסות לאיסור ריבית לאור העובדה שההלוואה כוללת קנס פיגורים והצמדה למדד.

הסכם היתר עסקא

היתר עסקא הוא שטר בן מאות שנים ומטרתו להבטיח עמידה בהלכות ריבית. לאור השינויים הכלכליים והלשוניים מציע **הרב שמואל פולצ'ק** נוסח מודרני של הסכם היתר עסקא. ההסכם כולל גם חיסון של ההלוואה מפני שמיטת כספים בשמיטה.

היתר עסקא כללי לעסק

עסקים רבים זקוקים להיתר עסקא כללי לעסק שלהם, וזאת, כדי לוודא שהם עומדים בהלכות ריבית במגוון הפעולות שהם מבצעים. מענה לצורך זה מציע הרב שלמה אישון, ראש מכון כת"ר, בהיתר עסקא כללי לעסק. היתר זה מגדיר את הפעולות השונות שמבצע בעל העסק כך שלא יהיה בהן איסור ריבית.

צוואת אדם לא-נשוי

צוואה היא מסמך שבו אדם מחלק את הנכסים שיישאר לו לאחר פטירתו. למסמך זה חשיבות הלכתית רבה, כיוון שללא צוואה הרכוש יחולק על פי החוק ובניגוד להלכה (למעט מקרים בהם יש הסכמה אחרת בין היורשים). מכאן חשיבות הצוואה שמציע הרב ד"ר איתמר ורהפטיג. בין השאר נדונות המגבלות שהחוק מטיל והדרך לעמוד בהן כדי למנוע ביטול של הצוואה. כמו גם התייחסות לקביעה שקיימת בהלכה, שלכתחילה אין לחלק את הרכוש בצוואה באופן אחר מזה שההלכה קובעת.

צוואת אדם נשוי

צוואה לאדם נשוי נשענת על הנושאים שכבר נדונו בצוואה לאדם לא-נשוי, אולם, יש בה נושאים ייחודיים. במסגרת זו עסק הרב ד"ר איתמר ורהפטיג בשאלת בעלות בני הזוג ברכוש המשותף. ובשאלת הצוואה ההדדית כאשר מדובר בשני בני זוג הכותבים צוואה במקביל.

הסכם בוררות

דיון בבית דין של תורה מתחיל בחתימה על הסכם בוררות. תפקידו של ההסכם להעניק לבית הדין את הסמכויות במסגרת חוק הבוררות. בנוסף, תפקידו להגדיר את סמכויות בית הדין על פי ההלכה ולהעמיד לרשותו "ארגז כלים" שיאפשר לו להכריע במחלוקות באופן הלכתי וצודק. הרב הלל גפן עומד על השאלות ההלכתיות שאליהן יש להתייחס ומבאר את הסכם הבוררות של רשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית".

הסכם קבלנות להפעלת עסק בשבת

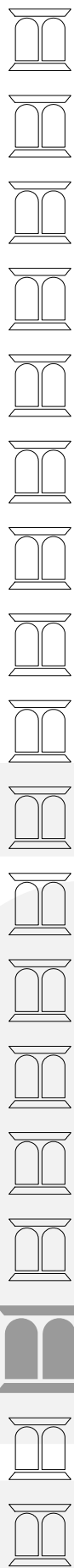
בשנים האחרונות מיזמים רבים בעלי אופי כלל עולמי (גלובלי) עושים שימוש משמעותי ברשת האינטרנט הבינלאומית. הרווחיות של עסקים מסוג זה מבוססת על קהל עצום ובינלאומי של משתמשים. כדי להצליח במיזם כזה יש לפנות לקהל בינלאומי הכולל גם נכרים שלא יקבלו בהבנה את סגירת פעולת השירות בשבתות וחגים. במאמר זה מציע הרב שמואל פולצ'ק דרך העומדת בדרישות ההלכה על פי הפתרון ההלכתי המכונה "קבלנות בעסקים גדולים".

פרוזבול

פרוזבול הוא אחד השטרות העתיקים ביותר, ומטרתו לחסן הלוואות מפני שמיטת כספים בסוף שנת השמיטה. **הרב איתי אליצור** מציע נוסח מבואר של פרוזבול לאחר סקירת הסוגיות איתן יש להתמודד ודרכי הפתרון.

היתר מכירה לגידולי חממה

מאמר זה עוסק ביישום היתר המכירה בגידולי חממה. מעמדם ההלכתי של גידולי חממה קל משל גידולים רגילים הגדלים בשדה, לפיכך, בשילוב היתר מכירה ניתן לעבוד בחממות לכל השיטות. האתגר העיקרי איתו התמודד **הרב אהרן פלדמן** בהקשר זה הוא הסוגיות המשפטיות והקנייניות הכרוכות בהעברת הבעלות על השתילים המגיעים למשתלה במהלך שנת השמיטה.



שער ראשון:

עיוני חוזים

מבוא לדיני חוזים

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

הקדמה	ג. מגבלות כלליות על חוזים
1. חופש התנאה, האמנם?	1. חוזה עם מי שאינו בעולם
2. מונחים הלכתיים בסיסיים	2. דבר שאין בו ממש
א. חוזה חיוב (אובליגטורי) ודיניו	3. דיני תנאים
1. דרכים ליצירת חיוב	4. אסמכתא
2. כיצד מתחייבים?	5. ריבית והיתר עסקא
3. שעבוד נכסים	סיכום
4. ראיות ונאמנות	1. חוזה חיוב
5. מגבלות על התחייבות: קניין דברים	2. חוזה ריאלי
6. עקיפת בעיית קניין דברים	3. מגבלות כלליות
ב. חוזה קניין (ריאלי) ודיניו	
1. סוגים שונים של חוזה ריאלי	
2. דרכי יצירת חוזה מכר ומתנה	
3. מגבלות ההקנאה	

הקדמה

על פי החוק הישראלי חוזה הוא הסכם מחייב, שניתן לאוכפו בבית משפט. חוזה יכול להיכרת בעל פה ובכתב, אולם, בדרך כלל חוזה נעשה בכתב, ולו כדי שישמש כראיה, ובחלק מן המקרים החוק הישראלי דורש שהוא יעשה בכתב דווקא.

קניין וחיוב – אחת ההבחנות המשפטיות החשובות היא זו שבין קניין לבין חיוב. החיוב מבטא יחס משפטי אישי של אדם כלפי זולתו, ואילו הקניין מבטא יחס משפטי של האדם כלפי נכס, שכוחו יפה כלפי כולי עלמא. חלוקה זו תומנת בחובה הבדל נוסף, בין מצב סטטי למצב דינמי. בעוד הקניין מבטא מצב סטטי, מצב קיים, הרי החיוב מבטא מצב משפטי שאינו גמור, כל זמן שהחיוב לא בוצע או נפרע. כך למשל, אדם שלוהה כסף חייב בעתיד לפרוע את חובו. הכסף עדיין אינו של המלווה, אלא רק מובטח לו משפטית.

כיום מקובל להשתמש במונח חוזה רק ביחס לחוזה חיוב או חוזה אובליגטורי, וככלל דיני חוזים נתפסים כחלק מדיני החיובים. אולם, ניתן להתייחס גם לחוזה קנייני, המכונה גם חוזה ריאלי. חוזה קנייני, כמו מכר בית, מבטאים, ויש אף יוצרים, את השינוי הקנייני. הבית

שהיה של ראובן שיירך כעת לשמעון, ואילו בחוזה חיוב, התחייבות למכור בית לדוגמה, הבית עוד לא עבר לבעלות הזולת, אבל המתחייב חייב להעבירו בעתיד. המונח חוזה אינו מופיע בספרות חז"ל אלא במקרא: "כרתנו ברית את מות ועם שאול עשינו חוזה"¹, והמפרשים התלבטו בביאור המלה המקראית, על כל פנים, מתוך ההקבלה ל"ברית" נוצרה המשמעות החדשה למילה. הסכמים משפטיים, שלהלן ייקראו חוזים, קיימים במשפט העברי מזה אלפי שנים, והם ודיניהם יידונו במאמר זה. כדי שחוזה יוכל להיאכף עליו לעמוד בדרישות מערכת המשפט שבה הוא יידון. ולכן, צריך להתאים חוזים למשפט העברי כדי להגביר את אפשרות ההתדיינות בבתי דין של תורה. ואכן במשך השנים חוזים העומדים בדרישות ההלכה לוקטו וסודרו בספרים שונים, ונזכיר כמה מהם; ספר השטרות לר"י אלברצלוני, נחלת שבעה, אוצר השטרות של גולאק. אמנם זה האחרון הוא מחקר היסטורי, אבל לספרים הראשונים הייתה מגמה יישומית: כזה ראה ועשה.

1. חופש התנאה, האמנם?

על פי סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי) חוזה ניתן להיעשות על כל דבר חוץ מעבירה. גם בהלכה בדרך כלל ישנו חופש חוזים, כלומר, ההלכה אינה כופה חוזה מסוים על צדדים ואינה מונעת מהם לעשות חוזה כרצונם: "כל תנאי שבממון – קיים"². לכאורה נלמד מכאן שאין ההלכה מתערבת בחופש החוזים של הצדדים, ומניחה לצדדים להסדיר את החוזים הממוניים כרצונם. ובכל זאת, אין חופש התנאה גמור, וישנן הגבלות לא-מעטות. הגבלות אלה והדרך להתגבר עליהן יידונו בהמשך.

2. מונחים הלכתיים בסיסיים

בטרם נציג את בעיות החוזה נציג מילון מונחים קצר שנשתמש בהם במהלך דברינו. הצגה מוקדמת תקל על הבנת הפרקים הבאים באשר לענייניו של החוזה. **קניין** – למונח זה שתי משמעויות: האחת, מבטאת מצב סטטי של זכויות האדם בנכס או כינוי לנכס עצמו³ להלן תיקרא, זכות קניינית; והשנייה, הנקראת בדרך כלל הקנאה – מבטאת פעולה המשנה את זכויות הקניין של הנושאים והנותנים⁴, להלן תיקרא, הקנאה, ובהקשר של ההסכמות על הקנאה, תיקרא חוזה ריאלי. **חוב או חיוב** – מבטא יחס אישי-משפטי של האדם לזולתו. מושג זה כולל הן חיוב של אדם כלפי חברו, והן חיובו כלפי הקב"ה (חיוב דתי, מצווה).

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר אילן.

1. ישעיהו כח, טו.
2. כתובות נו, א.
3. ראו למשל בראשית לו, ו.
4. ראו למשל בראשית לג, יט.

בחיוב האדם כלפי זולתו יש להבחין בין חיוב חוזי, ובהקשר החוזי, חוזה אובליגטורי, הנובע מרצונו של המתחייב, לבין חיוב מן הדין, כגון נזיקין, פדיון הבן, תרומות ומעשרות וכיוצ"ב. נכללים בזה גם קנסות ממון, שיש בהם גם יסודות נזיקיים ועונשיים. במונח חיוב נכללים גם חיובים לא ממוניים, כגון, חיוב הצלת הזולת מהפסד ממון או סכנת נפש, השבת אבדה, עדות ועוד.

שעבוד – יסודו של המונח הוא בשפה הארמית. המלה מופיעה בעברית לראשונה בלשון חכמים, והיא גזורה מהשורש עב"ד, מלשון עבדות או הכנעה. בהקשר זה מבחינים בין שעבוד הגוף ("שעביד נפשיה") לבין שעבוד נכסים, אפשר לומר שמושג זה עומד בין החיוב לקניין, כפי שיובהר עוד להלן.

שטר – שטר בלשון חז"ל הוא מסמך משפטי כתוב, שעליו חתומים שני עדים. יש והשטר הוא בגדר שטר קניין, כלומר, שעם העברתו מראובן לשמעון מתבצעת הקנאה או התחייבות, ויש והוא משמש רק בגדר שטר ראיה, כלומר שהוא בגדר ראיה מוכרת למצב המשפטי המתואר בו.

מחוסר אמנה – חוזה שנגמר בדברים, ללא מעשה קניין אינו מחייב כאמור להלן, אך על החוזר בו מן ההסכם נאמר שהוא "מחוסר אמנה"⁵, ביטוי לפגם המוסרי שבמעשהו. מונחים נוספים יובהרו להלן, אגב הדין בבעיות החוזה.

א. חוזה חיוב (אובליגטורי) ודינו

1. דרכים ליצירת חיוב

חיוב יכול להיווצר בכמה דרכים.

א. חיובים מכוח הדין – כגון חיובי נזיקין, חיוב פדיון הבן לכהן. חיובים אלה מוטלים על אדם ללא צורך ברצונו או בהסכמתו.

ב. חיוב שנוצר במסגרת הסכם – יש שהחיוב נוצר כתמורה למה שנתקבל, ללא צורך במעשה קניין, כך, למשל, אדם שקיבל הלוואה חייב להחזיר אותה, וכן אדם שקיבל סחורה חייב לשלם את תמורתה. וכן אדם שקיבל שרות לבקשתו, חייב לשלם תמורתו.

ג. התחייבות – חיוב שקיבל אדם על עצמו, לא בתורת מחיר אלא מרצונו, אם כי בדרך כלל יש סיבה לדבר, והוא זוקק למעשה קניין כמבואר להלן.

2. כיצד מתחייבים?

לגבי הקנאה מוסכם שיש צורך במעשה קניין, ולא ניתן להעביר בעלות בסיכום בעל פה:

המקח 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,

5. שולחן ערוך חו"מ רד, ז.

ורצה המוכר ואמר מכרתי, ואמרו לעדים הוו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום וכאילו לא היו ביניהם דברים מעולם, וכן בנותן מתנה ומקבלה.⁶ מה הדין לגבי חוזה חיוב? באופן כללי ניתן לומר שגם חוזה זה זוקק מעשה קניין,⁷ ברם, ישנם חריגים שבהם החוזה נכרת ללא מעשה קניין כפי שיפורט להלן.

בהלכה מצאנו כמה דרכים ליצירת חיוב:

א. קניין סודר – קניין סודר היא הדרך המקובלת בתלמוד ובפוסקים ליצירת התחייבות.⁸ כך, למשל, חתן מקבל סודר או עט במעמד החופה, ותמורתו מתחייב בחיובי הכתובה. בפועל בימינו לא מקובל לעשות קניין סודר, למעט בעסקאות בעלות אופי דתי, אמנם יש הממליצים לעשות כן כמובא להלן.

ב. התחייבות בשטר – בחתימת שני עדים,⁹ או בחתימת ידו של המתחייב.¹⁰ ההבדל הבולט ביותר בין שטר בחתימת שני עדים לבין התחייבות בכתב ידו הוא שהתחייבות בשטר מגובה גם בשעבוד נכסים של החייב, לעומת התחייבות ב"כתב ידו" של החייב שאינה מגובה בשעבוד כזה.¹¹

בנוסף, שטר הוא ראייה חזקה, והחייב אינו יכול לטעון שפרע את החוב כל זמן שהשטר נמצא בידי בעל החוב.¹² לעומת זאת, לגבי כתב ידו ישנה מחלוקת האם החייב נאמן לטעון שהוא פרע את ההתחייבות בכתב ידו, למרות שבעל החוב עדיין אוהז בכתב ידו.¹³

ג. הודאה ואודייתא – הודאה היא אחת מדרכי ההוכחה, ויש לה כללים משלה, כיצד היא מתקבלת כראיה. אודייתא היא מושג שמופיע פעם אחת בתלמוד, כדרך להקנות פיקדון שביד אחד לזולת.¹⁴ התלבטו המפרשים אם זו היא הודאה ראייתית כנזכר לעיל, או כפי שמשמע מפשט הסוגיה, שאין מדובר בהודאה על עובדה קיימת, אלא על הקנאה שהתחדשה עתה, ולכן מפרשים שזהו סוג של הקנאה, שנעשתה בדיבור של הודאה בפני עדים. להלכה, מוסכם שניתן להקנות ולהתחייב בדרך של הודאה על קניין או על חיוב בהתאמה.¹⁵

6. רמב"ם מכירה א, א.

7. ראו בבא בתרא ג, א; בבא מציעא נח, א; שם צד, א. רבנים וחוקרים דנו בטעם הדבר, האם מעשה הקניין יוצר או מבטא את גמירות דעת הצדדים או שהוא אלמנט נוסף לגמירות הדעת (ראו בעניין זה: הרב ד"ר רון קליינמן, "יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין", משפטי ארץ ג – קניין ומסחר, עמ' 91-108).

8. שולחן ערוך חו"מ לט, ג.

9. שולחן ערוך חו"מ מ, ב.

10. שולחן ערוך חו"מ טט, א.

11. שם.

12. שו"ת ריב"ש, תעח.

13. שולחן ערוך חו"מ טט, ב.

14. בבא בתרא קמט, א (ראו אנצ' תלמודית ערך: הודאת בעל דין, כרך ח, עמ' תד; ערך: אודייתא, כרך א' עמ' רמט).

15. מדברי הרמב"ם מכירה יא, טו, ובעקבותיו שולחן ערוך חו"מ מ, א, עולה שניתן להתחייב בממון בדיבור בפני עדים, אולם, נחלקו המפרשים שם אם כוונתו לחוזה מחייב או לקניין אודייתא (ראו עוד: ש"ך שם, ד; קצות החושן שם, א).

ד. התחייבות ללא מעשה קניין – גם בחווי התחייבויות יש חריגים, שבהם נוצר הסכם מחייב ללא מעשה קניין. הבולט שבהם הוא הסכם שנוצר עקב הנאה מיוחדת שמפיק המתחייב מן העסקה, בלשון הגמרא "בההיא הנאה". כך לדוגמה, מובא בגמרא שהסכם בין מחותנים – מה ייתן כל אחד מהם לצרכי הזוג הצעיר – מחייב באמירה ללא מעשה קניין, שכן "בההיא הנאה דמיחתני הדדי, גמר ומקני".¹⁶

המפרשים דנים בשאלה אם ההנאה היא תחליף לביצוע קניין סודר, ונמצא שיש כאן מעשה קניין או שדי בהנאה שמעידה על גמירות דעת מושלמת, וזו מייתרת את הצורך בקניין.¹⁷ בדומה לכך, נאמר שערב מתחייב בתמורה לאמון שנתן בו המלווה ללא מעשה קניין.¹⁸

נחלקו המפרשים האם המקרים בהם ישנה התחייבות מכוח הנאה הם "רשימה סגורה" או שניתן להוסיף עליה. לפי הדרך השנייה, נכיר בחוזה חדש ללא מעשה קניין, אם נניח שהייתה הנאה שמעידה על גמירות דעת מושלמת. כך, למשל, יש מי שמכיר בחוזה אימוץ, שבו המאמץ מקבל עליו חיובים שונים, גם אם לא נעשה בקניין, עקב הנאת המאמץ מקבלת הילד לגידולו.¹⁹

ה. מעשה קניין המקובל בשוק (סיטומתא) – ניתן להתחייב בכל מעשה שמקובל להתחייב בו, המכונה בהלכה סיטומתא.²⁰

למעשה, כיום דרך ההתחייבות המקובלת היא בחתימת יד המתחייב, ודינה כדין "כתב יד" כאמור לעיל. כמו כן, היא יכולה להועיל גם מדין סיטומתא. בדרך זו נכתבו גם החוזים בספר זה. לעתים, החוזה הכתוב כולל גם הודאה על התחייבות ועל ביצוע מעשה קניין. הודאה כזו היא בעלת תוקף מצד עצמה מדין "אודיתא", גם ללא ביצוע פעולות אלה. כאשר היה סיכום בעל פה על חוזה ללא מעשה קניין מחייב, חזרה מהסיכום איננה ראויה, והחוזר בו מכונה "מחוסר אמנה" (ראו לעיל עמ' 29).

3. שעבוד נכסים

כאמור, התחייבות בשטר מלווה בשעבוד נכסים. בהלכה ישנם כמה סוגים של שעבוד נכסים:

שעבוד רגיל – המקבילה ההלכתית ל"שעבוד צף" המודרני, שבו השעבוד חל על כל נכסי המקרקעין של החייב,²¹ ובעל החוב רשאי לגבות את החוב גם מצד ג' המחזיק בקרקע של

16. כתובות קב,ב; וכך נפסק בשולחן ערוך אה"ע, נא.

17. ראו הע' 7.

18. בבא בתרא קעג,ב; שולחן ערוך חו"מ קכט, ב.

19. ראו הרב שלמה דיכובסקי, "חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים", תחומין טו, 279-281.

20. בבא מציעא עד,א; שולחן ערוך חו"מ, רא.

21. שולחן ערוך חו"מ קז, א; אבל מבואר שם שהגאונים תקנו שיהא בעל חוב גובה מהירשים גם ממיטלטלין שהניח להם אביהם.

החייב (כגון, שקנה או קיבל אותה מהחייב לאחר היווצרות החוב) במקרה שלא ניתן לגבות מהחייב.²²

אפותיקי – זוהי מילה בארמית שמשמעה הטלת שעבוד על נכס מסוים, המהווה בטוחה לחוב.²³

למרות הכתוב למעלה, ששטר גורר גם יצירת שעבוד נכסים, כבר בתקופת הראשונים קבע הרא"ש²⁴ כי חוק המדינה יכול לבטל את השעבוד, וכך נפסק בעקבותיו בשולחן ערוך:

בעל חוב שגבה חובו מבתי שמעון בכתב שלטון העיר שעשו הכרזה יום אחד, אחר כך בא בעל חוב (המוקדם) (=שלפי הדין הוא קודם לבעל חוב המאוחר) להוציא ממנו, וטוען המאוחר: כיון שלא ערערת בשעת הכרזה הפסדת בכך, אם היה הכרוז יוצא: כל מי שיש לו זכות ושעבוד על קרקע זה יבא ויערער וכל מי שלא יערער יבטלו זכויותיו, אם נהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו זכויותיו.²⁵

בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין²⁶ שבימינו, כאשר על פי חוק המדינה יש לרשום שעבוד, שטר אינו יוצר שעבוד ללא רישום.

4. ראיות ונאמנות

כאשר פורץ סכסוך בין צדדים לחוזה, נזקקים הם לראיות כדי להוכיח טענותיהם. בהלכה מצינו דיני ראיות מפורטים הקובעים מה נדרש כדי שטענה תתקבל. אולם, הצדדים רשאים להסכים מראש על שינוי בדיני הראיות, מקילים או מחמירים יותר.

כך מצינו ביחס לדין "נאמנות": כאשר מלווה מציג בפני בית הדין שטר הלוואה חתום בידי שני עדים אין הלווה נאמן להכחישו או לטעון שהוא פרע את החוב. שהרי אם פרע, ודאי היה לוקח את השטר (בלשון הגמרא, שואל המלווה: "שטרך בידי מאי בעי"). בכל זאת ההלכה מאפשרת ללווה שמעוניין בכך, לדרוש מן המלווה להישבע שהחוב לא נפרע,²⁷ שכן יש חשש שמא לאחר פירעון החוב השטר נשאר בידי המלווה, וכעת הוא תובע שנית על פי השטר.

מלווה שרוצה לפטור עצמו משבועה כזו, שהרי ראוי להתרחק גם משבועת אמת²⁸ יכול להסכים מראש עם הלווה שיוכל לגבות את החוב ללא צורך בשבועה, וכך נפסק בשולחן ערוך:

22. **בבא בתרא** קעה,א; **רשב"ם** שם, ד"ה משועבדים; **שולחן ערוך** חו"מ לט, א; שם קיא, א.
 23. **שולחן ערוך** חו"מ קיז, א.
 24. **שו"ת הרא"ש** עט, יג.
 25. **שולחן ערוך** חו"מ קד, ב.
 26. **אגרות משה** חו"מ ב, סב.
 27. **שבועות** מא,א.
 28. **שולחן ערוך** או"ח, קנו.

ואם השטר מקויים, וטען הלווה פרעתי כולו או מקצתו, והמלווה אומר לא נפרעתי כלום, אם יש נאמנות, אינו (הלווה) נאמן, ואפילו אם אומר השבע לי אין שומעין לו וגובה בלא שבועה.²⁹

בשטרות המופיעים בספר זה נעשה שימוש באמצעי זה של קבלת נאמנות הן להחמיר (כגון, בהיתר עסקא) והן להקל (בויתור על הצורך בשבועה כדי לפרוע חוב).

5. מגבלות על התחייבות: קניין דברים

אחת המגבלות המרכזיות על ההתחייבות היא זו המכונה בהלכה "קניין דברים". ככלל, ניתן לומר שהתחייבות כספית מחייבת, לעומתה התחייבות לביצוע מעשה או הליך או להימנעות ממעשה או מהליך משפטי אינה מחייבת. וכך נפסק בשולחן ערוך לגבי התחייבות לביצוע הליך של חלוקת קרקע:

מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו, אף על גב שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא.³⁰

וכך לגבי התחייבות לביצוע פעולה, כגון לבצע ליווי של אדם בדרך:

וכן דבר שאין בו ממש אין קנין מועיל בו, כגון שקנו ממנו שילך עם פלוני למקום פלוני, או שיחלקו חצר שביניהם וכיוצא באלו, שהם קנין דברים ואין לו על מה לחול.³¹

לעומת זאת, חיוב ממון מוכר על ידי ההלכה, כגון, התחייבות לשלם כסף או התחייבות לספק סחורה מסוג מסוים.³²

תוספות³³ דנו בהבדל שבין קניין דברים להתחייבות ממונית, בהקשר של חתן עני שמתחייב בכתובה, כשאין לו נכסים לשעבד, וחידשו את המושג "שעבוד הגוף", כאשר הכוונה היא שהמתחייב משעבד את גופו לפרוע את חובו גם בהיעדר רכוש.

במתח הזה שבין קניין דברים לבין התחייבות תקפה נאמרו דברים רבים, יש המרחיבים את קשת ההתחייבויות ומצמצמים משמעות "קניין דברים" באופנים שונים, ויש להיפך, שמרחיבים משמעות "קניין דברים" על חשבון תוקף ההתחייבות, ואין כאן מקום להאריך.

שאלה מעשית עולה בנוגע לחוזה על מכירת נכס מסוים בעתיד. כגון חוזה למכירת דירה מסוימת. בעניין זה נחלקו הפוסקים: יש הסוברים שהתחייבות כזו היא בגדר "קניין דברים",³⁴ ויש הסוברים שזוהי התחייבות ממונית,³⁵ וכך מקובל לפסוק³⁶ (ראו עוד בספר זה,

29. שולחן ערוך חו"מ פב, א.

30. שולחן ערוך חו"מ קנו, ב.

31. שולחן ערוך חו"מ רג, א.

32. שולחן ערוך חו"מ ס, ג.

33. תוספות כתובות נד, ב, ד"ה אע"פ.

34. 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.

במאמר "תרופות על הפרת חוזה", עמ' 154). לכן בחוזים המופיעים בספר זה נעשה שימוש באפשרות להתחייב למכור רכוש מסוים.

לסיכום, התחייבות ממונית היא מחייבת, ובכלל זה התחייבות לשלם סכום כסף או לספק סחורה מסוג מסוים. התחייבות למכירת נכס או חפץ מסוים שנויה במחלוקת, ולהלכה היא מחייבת.

לעומת זאת, "קניין דברים" איננו מחייב, ובכלל זה:

1. התחייבות לביצוע פעולה, כגון, לרשום הערת אזהרה.
2. התחייבות לביצוע הליך משפטי, כגון, התחייבות לחתום על חוזה.
3. התחייבות להימנע מפעולה, כגון, התחייבות עובד להימנע מתחרות עסקית עם המעסיק או התחייבות מלהשתמש בדירה מושכרת לצורך עסקי.

6. עקיפת בעיית קניין דברים

לאור בעיית "קניין דברים" עולה שהתחייבויות רבות מעוררות ספק בתוקפן, כגון התחייבות לרשום הערת אזהרה, התחייבות להימנע מפתיחת עסק מתחרה, וכדומה. לאור הצורך העסקי במתן תוקף להתחייבויות כאלה, שיש בהם חשש להיעדר תוקף משום "קניין דברים", יש כמה דרכים לפתרון.

א. **שבועה** – יכול אדם לחייב עצמו לבצע פעולה מסוימת בדרך של שבועה. כעת החיוב הוא חיוב דתי כלפי הקב"ה, גם אם אין, בעיקר בימינו, סנקציה משפטית כנגד המחלל שבועתו, אדם בדרך כלל לא יחלל שבועתו, שהיא עבירה מאד חמורה.

אכן בימינו נמנעים משבועות³⁷ ולכן לא מקובל להשתמש בדרך זו. אבל יש מקרים שמשתמשים בהן באופן מסורתי, כגון, בכתובה של בני ספרד כשהבעל מקבל עליו בשבועה שלא יישא אישה נוספת על אשתו ללא רשותה (בני ספרד לא קיבלו עליהם את חרם דרבנו גרשם האוסר ביגמיה); דוגמה אחרת טובא להלן בסעיף על ריבית.

ב. **דבר הנעשה ברבים** – חוזה שנעשה עם ציבור, כגון חוזה בין קבלן לוועד השכונה על בנין בית כנסת בעתיד, חל ללא מעשה קניין, ולענייננו, גם אם נניח שחוזה כזה מעורר שאלת קניין דברים, כאן הוא מחייב. יש אומרים שהתחייבות לרבים נתפסת כשבועה ויש מסבירים באופנים אחרים, ואין כאן מקום להאריך.³⁸

35. **נתיבות המשפט** רג, ו. לדעתו החיוב מועיל כיוון שעל ידי הקניין מתחייב הלוקח בכסף, אלא שהלוקח צמצם את חיובו לחפץ מסוים. ראו את המקורות לדעות השונות ב**כתר א** (תשנ"ו), עמ' 47, וראו גם דברי הרב א' כהן **עמק המשפט** א, ו; איתמר ורהפטיג, **התחייבות**, עמ' 181.

36. **פד"ר** ד, עמ' 279; שם ו, עמ' 322; הריא"ה הרצוג, **פסקים וכתבים** (תשנ"א), כרך ט, חו"מ כו. והאריך בזה הרב אברהם כהן, **עמק המשפט**, א, ו, וראו שם, סז, שלדעת הרב יוסף ש. אלישיב ניתן להוציא ממון על סמך שיטת נתיבות המשפט ואין לחשוש לשיטת קצות החושן.

37. ראו **שולחן ערוך** או"ח קנו, א.

38. ראו **שולחן ערוך** חו"מ רד, ט, ונשא הכלים שם.

ג. **מנהג** – יש שחווה תופס מכוח היותו מנהג מקובל, וכבר הזכרנו לעיל את הסיטומתא³⁹ כמעשה קניין מנהגי. יש אומרים שהמנהג מתגבר גם על מגבלות חוזיות כמו קניין דברים, כך מצינו כי הבטחה לכיבוד במצווה, שהיא בגדר קניין דברים, יכולה לחייב מכוח המנהג. ואכן נפסק כי אב שהבטיח לפלוני שיכבד אותו בביצוע ברית מילה או בהיותו סנדק של בנו, אינו יכול לחזור בו, ויש אומרים שהוא מכוח מנהג⁴⁰. מכאן התוקף ההלכתי של הסכמים בדבר פטנטים או יצירה מופשטת, לדעת חלק מהפוסקים⁴¹.

ד. **תליית ההתחייבות בקנס ממון** – כלומר תולים את אי-ביצוע החיוב שאינו תקף, בקנס ממון. כך שלא ניתן לאכוף את החיוב אבל ניתן לדרוש תשלום במקרה של אי-ביצוע. כגון, אם לא תירשם הערת אזהרה לטובת הקונה עד מועד מסוים – הוא יקבל פיצוי. כאשר יש להניח שהמתחייב יקיים הבטחתו, כדי שלא יחויב בקנס המוסכם. דרך זו היא מעשית ביותר, ובה נעשה שימוש נרחב במסגרת ספר זה.

ב. חוזה קניין (ריאלי) ודיניו

עסקנו במאפיינים ההלכתיים של חוזה אובליגטורי, המחייב עשייה עתידית, נציג כעת בקצרה את המאפיינים של חוזה ריאלי, חוזה קניין, שמעביר זכויות בנכס, כגון, מכר ושכירות.

1. סוגים שונים של חוזה ריאלי

ישנם סוגים רבים של חוזים ריאליים, נציין כמה מהם:

חוזה מכר ומתנה – מכר, פירושו שאדם המחזיק במלוא הזכויות בנכס, מעביר את זכויותיו לאחר בתמורה לתשלום. מתנה היא אותה עסקה רק ללא תשלום. בהלכה מוזכרים גם חוזים מורכבים יותר,⁴² כגון אדם המוכר "גוף לפירותיו", היינו, רק זכות השימוש בנכס והפקת רווחים ממנו למשך זמן מסוים, או שהוא מוכר את גוף הרכוש באופן מיידי אבל משאיר לעצמו את הזכות לאכול פירות מהנכס עד פטירתו (הסדר שיעשה בו שימוש בעניין צוואה).

חוזה שותפות בנכס – היינו שהבעלים מעביר לאחר חלק מבעלותו בנכס, חציו או חלקו, ואז יש יותר מבעלים אחד לנכס.

חוזה שכירות – כלומר, העברת זכות השימוש בנכס לתקופה מוגבלת לשוכר.

חוזה עבודה וקבלנות – לפיו אדם נשכר לעבוד אצל חברו, אם כשכיר שמקבל שכרו לפי זמן, ואם כקבלן, שעובד בזמנו החופשי, ומקבל שכרו לפי תפוקה. אם מוסכם שהעבודה תתחיל מאוחר מזמן ההסכם, יש גם מרכיב של חוזה אובליגטורי בחוזה.

39. בבא מציעא עד, א.

40. שו"ת הרא"ש יב, ב"ג.

41. פתחי תשובה חו"מ ריב, א"ב; פד"ר ה, 310, 316.

42. ראו רמב"ם מכירה, פרק כג, שעסק בכך.

במסגרת זו נרחיב בחוזה מכר ומתנה, ואילו מאפייני החוזים האחרים יידונו במקומם בהמשך הספר.

2. דרכי יצירת חוזה מכר ומתנה

דרכי יצירת חוזה הקנאה מגוונות הן, ותלויות בעיקר בנשוא ההקנאה, אולם, המשותף לכולם הוא הצורך במעשה קניין, ובכך שלא די בהסכם בעל פה, וכך פוסק הרמב"ם:

המקח 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 הווי עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום וכאילו לא היו ביניהם דברים מעולם, וכן בנותן מתנה ומקבלה.⁴³

ביחס למעשה הקניין לצורך הקנאה קיימת הבחנה בין מיטלטלין לבין מקרקעין. **מיטלטלין** נקנים באחד ממעשי הקניין הבאים: קניין סודר, משיכה, מסירה והגבהה. **קניין סודר** – קניין זה מועיל לא רק בהתחייבות אלא גם בהקנאה. זהו מעשה הקניין הפשוט והשכיח ביותר במקורות, אך אינו מצוי בימינו למעט בהליכים דתיים. תוכנו מתואר **בשולחן ערוך**:

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.⁴⁴

קניין משיכה – בדרך כלל, משמעותו של קניין משיכה היא, שהקונה מוציא את המוצר שקנה מרשות המוכר ומכניסו לרשות המיוחדת לו.⁴⁵ קניין משיכה אינו דורש בהכרח מן הקונה למשוך בכוחו הפיזי את החפץ שאותו הוא מבקש לקנות, ודי בכך שהוא גורם לחפץ שינוע למקום שהוא מעוניין בו. לכן, יכול אדם לקנות בהמה בקניין משיכה אף בכך שיקרא לה והיא תבוא אליו.⁴⁶

מלבד רשותו של אדם, משיכה אינה קונה אלא במקום המוגדר בהלכה כ'סימטא' ולא ברשות הרבים.⁴⁷ '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.⁴⁸

קניין מסירה – פירושו העברת החבל שבו קשורה הספינה או הבהמה מיד המוכר ליד הקונה, קניין זה מתבצע אך ורק ברשות הרבים.⁴⁹ קניין זה מועיל בקניית בהמה וספינה,

43. רמב"ם, מכירה א, א.

44. שולחן ערוך חו"מ קצה, א.

45. ראו בבא בתרא ע"ב: "וחכמים אומרים לא קנה עד שימשכנה...", ופירוש רשב"ם "לרשות המיוחד לו".

46. שולחן ערוך חו"מ קצו, ג.

47. שולחן ערוך חו"מ קצו, ב.

48. ראו לשון הרשב"ם בבא בתרא ע"ב: "סימטא הוא מקום המיוחד לעומדים שם באותה שעה".

49. בבא בתרא ע"ב; שולחן ערוך חו"מ קצה, ט.

ולדעת התוספות⁵⁰ קניין זה ייחודי רק להם. הרא"ש⁵¹ מסביר, שייחודם של ספינה ובעלי חיים הוא בכך שעל ידי אחיזה ונענוע כלשהו בחבל, הספינה או הבהמה הולכים מכוחו, ולכן מסירתם היא כמו משיכה, אבל שאר מיטלטלין אינם נקנים במסירה.

קניין הגבהה – כלומר, הגבהת החפץ הנקנה על ידי הקונה או מכוחו לגובה שלושה טפחים (כ"ס ס"מ) ויש אומרים שדי בטפח (כ"ס ס"מ).⁵²

לגבי מעשה קניין **במקרקעין** נאמר בשולחן ערוך: "קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקנין סודר".⁵³ קניין סודר כבר הוזכר, להלן הסבר לגבי מעשי הקניין הנוספים:

קניין כסף – כאשר הקונה מוסר כסף או שווה כסף בשווי פרוטה (כ"ס אגורות בעת כתיבת מאמר זה) כמשמעה בהלכה, החפץ הנמכר עובר לבעלות הקונה, כפי שנפסק בשולחן ערוך: "בכסף כיצד, מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שוה פרוטה, קנה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו".⁵⁴

שטר – כאשר המוכר כותב "שדי מכורה לך", ומוסר את השטר לקונה – הבעלות עוברת, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

בשטר כיצד, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה. שדי נתונה לך שדי מכורה לך, כיון שהגיע השטר לידו, קנה, אף על פי שאין שם עדים כלל.⁵⁵

בעניין זה חשוב לציין שלא מדובר כאן בשטר ראייה כאשר הקניין נעשה בדרך אחרת, אלא בשטר שמעביר את הבעלות. אמנם, שטר קניין יכול לשמש גם כשטר ראייה.

חזקה – כאשר הקונה מבטא את בעלותו על הקרקע במעשה, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

בחזקה כיצד, מכר או נתן לו בית או שדה, כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והועיל במעשיו, הרי זה קנה.⁵⁶

כאשר היה סיכום בעל פה על הקנאה ללא מעשה קניין מחייב, חזרה מהסיכום איננה ראויה, והחזור בו מכונה "מחוסר אמנה" (ראו לעיל עמ' 29).

3. מגבלות ההקנאה

ישנן כמה הגבלות בהלכה לגבי חוזה קניין, הנוגעות לצדדים המבצעים את העסקה או למושא העסקה.

- 50. תוספות בבא בתרא ע"א, ד"ה אי.
- 51. רא"ש בבא בתרא ה, ג.
- 52. שולחן ערוך חו"מ קצח, ב.
- 53. שולחן ערוך חו"מ קצ, א.
- 54. שולחן ערוך חו"מ קצ, ב.
- 55. שולחן ערוך חו"מ קצא, א.
- 56. שולחן ערוך חו"מ קצב, א.

א. דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו אין אדם יכול למכור דבר שאינו בעולם, כגון, רכוש שעתידי להיווצר, וכך נפסק בשולחן ערוך:

אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במכר, בין במתנת בריא, בין במתנת שכיב מרע. כיצד, מה שתוציא שדה זו מכור לך, מה שיוציא אילן זה נתון לך, תנו מה שתלד בהמה זו לפלוני, או שאמר: מה שתלד פרתי או שפחתי מכור לך או נתון לך, לא אמר כלום... ויכול לחזור בו אפילו אחר שתלד הפרה או השפחה ואחר שגדלו פירות האילן ובאו לעולם.⁵⁷

כלומר, כיוון שהעסקה לא חלה, גם לאחר שהרכוש יבוא לעולם, הבעלות עליו אינה עוברת.

כמו כן, לא ניתן להעביר בעלות על רכוש שאינו ברשותו של המקנה, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

דבר שאינו ברשותו של מקנה, אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם. כיצד, מה שאירש מאבא מכור לך; מה שתעלה מצודתי מהים נתון לך; שדה זו לכשאקנה קנויה לך, לא אמר כלום, וכן כל כיוצא בזה.⁵⁸

כאן מדובר על רכוש שאינו בבעלותו של המקנה. והוא הדין לרכוש שאינו בשליטתו של המקנה:

מי שהיה לו פקדון ביד אחר, הרי מקנהו במכר או במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא, והרי הוא בחזקת שהוא קיים. ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול להקנותו, שזה כמי שאבד, שאינו ברשותו.⁵⁹

נחלקו הפוסקים בשאלת טעם ההגבלה: יש אומרים שהחיסרון הוא בגמירות הדעת,⁶⁰ ויש אומרים שהחיסרון הוא מהותי בכך שאין לחוזה על מה לחול או שהמקנה אינו שולט בו.⁶¹ לפי השיטה הראשונה ישנם מצבים שבהם יש גמירות דעת שלמה והקנאה אפשרית גם לגבי רכוש כזה.⁶²

למרות שלא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו, ניתן להתחייב על דבר שלא בא לעולם.⁶³ זהו אחד הפתרונות לצדדים שרוצים לכרות חוזה מחייב על דבר שלא בא לעולם, כגון על אספקת מזון (שהספק עתיד לקנות ולספק) על פי פתרון זה, המוכר מתחייב למכור את המזון ואינו מוכר אותו כעת.

57. שולחן ערוך חו"מ רט, ד.

58. שולחן ערוך חו"מ ריא, א.

59. שולחן ערוך חו"מ ריא, ז.

60. ראו רשב"א בבא מציעא טו, ב.

61. ראו שו"ת הרא"ש יג, כ, וסיכומי דברים באנצ' תלמודית, כרך ז, ערך: דבר שלא בא לעולם, עמ' לא.

62. ראו למשל, רמ"א חו"מ רט, ח: "מ"מ אם (הוא ג"כ) רוצה לקנות מקני גם כן".

63. שולחן ערוך חו"מ ס, ה; רמ"א חו"מ, רט, ד.

ב. תחולה מאוחרת של ההקנאה

במצבים רבים הצדדים מעוניינים לקשור עצמם בקשר מחייב לבל יוכלו לחזור בהם, עד חלות החוזה בזמן עתידי. פער זה יוצר בעיה הלכתית, כיוון שצריכה להיות חפיפה בין מועד ביצוע מעשה הקניין לבין מועד התחולה. בעניין זה יש הבדל בין מעשי הקניין השונים.

קניין כסף ושטר יכולים לחול במועד מאוחר יותר, בתנאי שהשטר קיים⁶⁴ ויש חובה להחזיר את הכסף כאשר העסקה מתבטלת.⁶⁵ ומכאן, שבמעשי קניין אלה מעשה הקניין הוא מתמשך וחופף למועד התחולה של החוזה. לעומת זאת, קניין סודר,⁶⁶ משיכה,⁶⁷ הגבהה או חזקה שנעשו, לדוגמה, היום על מנת שיחולו לאחר שלושים יום – אינם חלים, כיוון שמעשה הקניין מסתיים לפני שהבעלות אמורה לעבור (ובלשון התלמוד "כלתה קניינו").

לגבי מעשי הקניין האחרונים, אם יסוכם שהעברת הבעלות תהיה "מעכשיו ולאחר ל' יום" הקניין חל (ראו במקורות שם) אלא שנחלקו אחרונים בפשר הסיכום ובהכרעת ההלכה.⁶⁸

ג. מגבלות כלליות על חוזים

1. חוזה עם מי שאינו בעולם

החוזה הריאלי מוגבל לכך שהמקבל צריך להיות בעולם בעת כריתת החוזה: "אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם".⁶⁹ גם על החוזה האובליגטורי חלה הגבלה דומה.⁷⁰

2. דבר שאין בו ממש

חוזה הקנאה ריאלי צריך לחול על דבר ממשי, כך כותב רב האי גאון בספר "מקח וממכר":
 אין מכר מתקיים אלא בדבר שיש בו מששא, דומיא דגוף האדם שיש בו ארך ורחב ועמק... אבל... מכור לי עמידה... אין המכר מתקיים עד שיאמר מכור לי מקום עמידה...⁷¹

מכאן הקושי הגדול לערוך חוזה על זכויות שאינן ממשיות, כגון, הזכות למגורים וזכויות יוצרים. אחת הדרכים לפתרון הבעיה היא להצמיד את הזכות לנכס ריאלי, למשל, להשכיר

64. רמ"א חו"מ קצא, ד.

65. קצות החושן קצא, ג.

66. שולחן ערוך חו"מ קצה, ה.

67. שולחן ערוך חו"מ קצו, ז.

68. אם הוא בגדר תנאי (אם לא אחזור בי עד שלשים יום), או ספק תנאי ספק חזרה, או בגדר שיוך (קניין משמתקדם בהדרגה, בעניין זה ראו קדושין נט, ב). סיכום השיטות בספרי, איתמר ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 142.

69. שולחן ערוך חו"מ רי, א.

70. שולחן ערוך חו"מ סא, ד; קצות החושן סא, ג, שהביא דעות החולקות על כך.

71. מקח וממכר, שער ב, הדרך הראשון.

את הדירה, כך שלשוכר יש זכויות מגורים בדירה. פתרון זה אינו רלוונטי לזכויות יוצרים שם אין "גוף", אולם, יש מכירים בחוזה כזה מכוח המנהג.⁷²

3. דיני תנאים

בדרך כלל חוזה כולל תנאים שתקפו תלוי בקיומם. בהלכה ישנם כללים בנוגע לדרך הניסוח כדי שאלה יהיו בעלי תוקף משפטי. כללים אלו נקראים בהלכה "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל.⁷³

דהיינו, כאשר התנאי אינו מנוסח כראוי – התנאי בטל והעסקה קיימת. בשולחן ערוך⁷⁴ מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר שהתנאים נוסחו כנדרש – "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" – מספיקה. לכן נוהגים להוסיף משפט זה או דומה לו, כדי שהחוזים ותנאיהם יהיו תקפים ללא עוררין.

4. אסמכתא

הגבלה אחרת הנוגעת לדיני תנאים היא זו המכונה בתלמוד "אסמכתא". למילה אסמכתא כמה משמעויות.⁷⁵ אולם, בהקשר שלנו המשמעות היא התחייבות מותנית שהמתחייב לא גמר בדעתו לעמוד בה, כגון התחייבות לשלם קנס במקרה שהמתחייב לא יעמוד בהתחייבותו, כפי שמקובל ברוב החוזים. קנס זה הוא בגדר התחייבות מותנית, כיוון שהוא יחול רק במקרה מסוים, והמתחייב סבור שלא יגיע לידי כך, ומשום כך אין לו גמירות דעת מושלמת להתחייב.

נחלקו ראשונים בטיב הפגם, לפי הרמב"ם מדובר בחוזה שיחול רק בעתיד:

וכן כל תנאין שמתנין בני אדם ביניהן, אף על פי שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה לך ולא אתן לך, אף על פי שעשה או שהיה הדבר לא קנה, שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה.⁷⁶

ואכן אם החוזה אינו עתידי אלא חל מעכשיו, לכשיתקיים התנאי, אין כאן אסמכתא, ובלשונו של הרמב"ם:

72. על כוחו של מנהג, גם בהקשר זה, עמדנו לעיל עמ' 35.

73. שולחן ערוך אה"ע לח, ב.

74. שולחן ערוך חו"מ רמא, יב.

75. ראו אנצ' תלמודית כרך ב, ערך: אסמכתא, עמ' קח.

76. רמב"ם מכירה יא, ו.

כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאילו לא גמר להקנותו לא הקנהו מעכשיו, כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך, הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן שקבע, וכן כל כיוצא בזה.⁷⁷

לעומת זאת, לפי בעלי התוספות⁷⁸ והרמ"א,⁷⁹ כל התחייבות מותנית, שבה המתחייב מקבל על עצמו תשלום ללא תמורה, כקנס, במקרה של הפרת החוזה, היא בגדר אסמכתא, שכן המתחייב חשב שלא יגיע לידי חיוב.⁸⁰

אמנם, אם החוזה נעשה בפני "בית דין חשוב"⁸¹ אזי נפתרה בעיית אסמכתא. יתרה מזו, די בכך שהמתחייב מודה שהתחייב בפני בית דין חשוב, ללא צורך לבחון אם הדבר אכן נעשה בפועל.⁸²

למעשה נוהגים להוסיף בחוזים את המשפט הבא שמתגבר על בעיית האסמכתא: "הצדדים מודים כי כל ההקנאות, החיובים והמחילות האמורים לעיל נעשו בבית דין חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא". משפט זה כולל הן התחייבות מעכשיו והן התחייבות בפני בית דין חשוב.

5. ריבית והיתר עסקא

ברוב החוזים עולה שאלה של ריבית, ומשום כך עלינו להסביר עניינה. ריבית היא תשלום שהמלווה מבקש כשכר על ביטול מעותיו אצל הלווה, כמובא בגמרא: "אמר רב נחמן, כללא דריביתא: כל אגר נטר ליה – אסור".⁸³ דהיינו, הכלל בדיני רבית הוא: כל שכר המתנת הכסף בידי הלווה – אסור.

כאשר מדובר על ריבית שסוכמה מראש והתשלום שלה אינו מותנה, היא מכונה בהלכה "ריבית קצוצה" והיא אסורה מן התורה, והלווה רשאי לדרוש את החזרתה גם לאחר ששילם: "אמר רבי אלעזר: רבית קצוצה – יוצאה בדיינין".⁸⁴

בנוסף אסרו חכמים מקרים נוספים, כגון ריבית שלא סוכמה מראש, והם מכונים בהלכה "אבק ריבית" או "הערמת ריבית", במקרים אלה הלווה איננו יכול לדרוש את השבת הריבית לאחר שכבר שילם אותם לבעל החוב.

למרות שמדובר על עניין ממוני, שבדרך כלל ניתן להתנאה במסגרת חופש החוזים שבהלכה, בהסכם על תשלום ריבית אין חופש התנאה. ההסכם אסור, גם אם הלווה מעוניין בו ואף מבקש אותו. אפילו בנוגע להצמדה למדרד, שמופיעה בחוזים רבים, רבו

77. רמב"ם שם, ז; וכן פסק בשולחן ערוך חו"מ רז, ב; שם, יד.

78. תוספות סנהדרין כד, ב, ד"ה כל.

79. רמ"א חו"מ רז, יג.

80. וראו שם בתוספות אם ועד כמה בידו לקיים את התנאי.

81. נדרים כז, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, טו.

82. רמ"א שם, יד.

83. בבא מציעא סג, ב.

84. בבא מציעא סא, ב.

הדעות ונחלקו הפוסקים, אם הצמדה כזו אסורה (ראו עוד בספר זה, במאמר "מבוא להלכות ריבית", עמ' 47).

בעיה של ריבית יכולה לעלות בחוזים רבים, ובראשם, בחוזה הלוואה בריבית. גם בחוזה מכר יש במקרים רבים התחייבות לשלם ריבית במקרה שהקונה יאחר בביצוע התשלומים שבהם הוא מחויב.

באופן כללי, בעיית ריבית עולה כמעט בכל החוזים בהקשר של סעיפי קנסות. כל צד לחוזה רוצה להבטיח את עצמו מפני הפרת החוזה או אפילו איחור בביצועו, ולכן מבקש הוא מרעהו התחייבות לתשלום קנס במקרה כזה. קנס חד-פעמי במקרה של הפרה מותר (ועל דיני אסמכתא עמדנו לעיל), אבל קנס מתרבה מעורר שאלת ריבית, כלומר, ככל שזמן התשלום מתאחר, המתחייב משלם יותר. כך, למשל, קונה דירה מתחייב לשלם את התשלום האחרון עם כניסתו לדירה, ואם הוא מעכב את התשלום, ישלם יותר על כל יום איחור.

כדי להגדיל את היצע האשראי מצאו חכמים דרך לאפשר עסקה מקבילה למתן הלוואה בריבית הנקראת "היתר עסקא". דרך זו תוקנה בארצות אשכנז לפני כ-400 שנה ע"י מהר"ם מקראקא, ונוהגת, בשינויים מעטים, עד ימינו. וזה עניינה בקיצור: המלווה נותן ללווה סכום כסף, חציו כמלווה וחציו כפיקדון. ביחס להלוואה, הלווה חייב לשלמה בכל מקרה, כלומר גם אם איבד את הכסף באונס, אך לא יותר מן הקרן. ואילו ביחס לפיקדון, הוא ישקיע את הכסף ויתחלק עם הנותן ברווחים או בהפסדים.

כדי למנוע מצב שבו המקבל טוען שהיו הפסדים, נעזרו חכמים בדיני הראיות שמקשים על המקבל לטעון שהפסיד את הכסף באונס או שלא היו רווחים. כאמור, הצדדים רשאים להסכים מראש על שינוי בדיני הראיות, והם מחליטים שטענה כזו של המקבל לא תתקבל אלא בשבועה או על ידי שני עדים כשרים.

בנוסף, יש למקבל אפשרות לוותר על טענת אונס או חוסר רווחים, ולהסכים לשלם "דמי התפשרות", שהם בערך של הריבית המקובלת, על בסיס ההנחה שאכן היו רווחים. נמצא שבדרך כלל הלווה-מקבל ישלם סכום השווה לקרן בתוספת הריבית המקובלת.

נמצא שכדי לפתור את בעיית הריבית בחוזים שבהם אין ריבית קצוצה, שאסורה מן התורה, יש להוסיף סעיף הקובע שכל החיובים שבחוזה נעשו על פי היתר עסקא, ועדיף אף לצרף היתר עסקא לחוזה עצמו, ואז מותר לשלם ולקבל את הקנס המוסכם.

בעסקת מכר וכדומה, שבה הקונה מתחייב לשלם פיצוי על עיכוב בתשלום, משמעות הסעיף היא שחצי מחובו של הקונה למוכר הוא בגדר פיקדון של המוכר הנמצא בידי הקונה. כך חל על החוב היתר עסקא המאפשר לגבות פיצוי על איחור בתשלום.

הסבר מקיף על היתר העסקא מובא להלן בפרק מיוחד שמוקדש לנושא.

סיכום

חוזה הוא הסכם משפטי מחייב. כיום מקובל להתייחס רק לחוזה אובליגטורי, ולכן דיני חוזים הם חלק מדיני החיובים. אולם, בעבר היה מקובל גם המונח חוזה ריאלי, כגון, חוזה להעברת בעלות.

באופן עקרוני, ההלכה דוגלת בחופש החוזים, אך ישנן מגבלות על חופש זה.

1. חוזה חיוב

בנוגע לחוזה חיוב ישנה הגבלה מרכזית המונעת התחייבות על מה שמכונה בהלכה "קניין דברים". הכוונה להתחייבות לביצוע מעשה או להימנעות ממעשה – שאינה בת תוקף. זאת, בניגוד להתחייבות כספית או התחייבות לאספקה שהן תקפות. ניתן להתמודד עם הגבלה זו על ידי הטלת קנס על הצד להסכם שיפר את הסיכום שמצד עצמו איננו מחייב.

חוזה חיוב נכרת במעשה קניין, וסיכום בעל פה איננו מספיק. מעשה קניין יכול להיות שטר בחתימת שני עדים, הסכם בחתימת המתחייב (או שני הצדדים להסכם), מעשה קניין המקובל בשוק, ועוד. התחייבות ללא מעשה קניין מטילה חובה מוסרית ולא משפטית למעט מקרים חריגים.

2. חוזה ריאלי

גם חוזה ריאלי נכרת במעשה קניין ואין די בסיכום בעל פה. המגבלות על חוזה ריאלי למכר ומתנה הן חוסר היכולת למכור דבר שאיננו קיים בעת העברת הבעלות (דבר שלא בא לעולם) או דבר שאיננו בבעלותו של המוכר בעת כריתת הסכם העברת הבעלות (דבר שאינו ברשותו). אולם, חוזה חיוב חל במקרים אלה.

3. מגבלות כלליות

ישנן הגבלות ודרישות כלליות שחלות על החוזים כולם, ובכלל זה:

1. חוזה עם מי שאינו בעולם – כגון התחייבות לילד שעדיין לא נולד (למשל, בצוואה).
 2. הצורך לעמוד בדיני התנאים.
 3. בעיית התוקף של התחייבות מותנית שאחד הצדדים לא התכוון להתחייב (אסמכתא), כגון, התחייבות לתשלום קנס בחוזה.
 4. האיסור לתת ולקבל ריבית.
- שלוש ההגבלות האחרונות ניתנות לפתרון פשוט יחסית על ידי הוספת סעיף תוקף הלכתי שמתייחס אליהן.
- היכרות עם היסודות והמאפיינים של דיני חוזים בהלכה מאפשרת עריכת חוזים המשקפים את כוונת הצדדים ואשר מעניקים לצדדים את הסעדים אותם הם מצפים לקבל במקרה של הפרה.

מבוא להלכות ריבית

הרב שמואל פולצ'ק

- א. הגדרות ועקרונות יסוד
ב. איסור ריבית בקנייה ומכירה
ג. איסור ריבית בשכירות נכס
ד. איסור ריבית בשכר עבודה
ה. הלוואת כספים

א. הגדרות ועקרונות יסוד

התורה אסרה להלוות בריבית. אמנם, בדרך כלל, בדיני ממונות צדדים להתקשרות יכולים להתנות ביניהם בדרכים מסוימות וליצור מצב משפטי ממוני השונה מדין התורה. אולם, בניגוד לכך, ריבית היא איסור הן על הלווה הן על המלווה שאי אפשר להתנות על ביטולו, אף אם שני הצדדים רוצים לעשות כן בלב שלם. זאת, בדומה לאיסורים הלא-ממוניים שבתורה, כגון איסור אכילת בשר בחלב, איסורי עריות ואיסורי שבת.¹

הגדרה – ריבית היא תוספת שנוטל המלווה מן הלווה על סכום ההלוואה תמורת ההלוואה שהלווה לו, והיא נקראת "שכר המתנת המעות", כלומר שכר תמורת הימצאות כספו של המלווה בידי הלווה להשתמש בו לצרכיו.

הגדרה מורחבת – ריבית היא כל תשלום או הנאה ממונית שנותן אחד מן הצדדים להתקשרות (שהוא בגדר לווה) לצד השני (שהוא בגדר מלווה) תמורת ההיתר להשתמש בכספו לצרכיו. והדברים אמורים לא רק ביחסי מלווה-לווה אלא גם ביחסי לקוח-ספק, אם התמורה והתשלום אינם חלים בו-זמנית.² התמורה יכולה להיות עבודה או השכרת נכס או מכירת נכס.

במכירה למשל אפשר שתיווצר ריבית באחת משתי דרכים:

א. הקונה (שהוא בגדר לווה) מקבל את הסחורה מיד, ומשלם עליה לאחר זמן יותר מן התשלום המקובל עבורה, רק מפני שהמוכר המתין לקבלת התשלום מן הקונה.³

* הרב שמואל פולצ'ק, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. רמב"ם מלווה ולוה ד, יג. שולחן ערוך יו"ד קס, א.
2. רמב"ם מלווה ולוה ה, יא; רמ"א יו"ד קסא, א.
3. רמב"ם מלווה ולוה ח, א; שולחן ערוך יו"ד קעג, א.

ב. בהקדמת מעות והנחה במחיר, כשהקונה (שהוא בגדר מלווה) משלם על הסחורה מראש ומקבל אותה לאחר זמן. הקונה משלם מחיר מופחת בגלל הקדמת התשלום ומשום שכספו נמצא בידי המוכר להשתמש בו לצרכיו.⁴

האפשרויות הללו לא שייכות בעבודה ובשכירות, שהתמורה ניתנת בהן לאורך זמן, מפני שבכל רגע ורגע של תקופת השכירות השוכר מקבל את הנכס מן המשכיר, ובכל רגע ורגע של תקופת העבודה המעסיק מקבל מן העובד את עבודתו. לכן, אם המועד המוסכם לתשלום הוא במהלך תקופת העבודה או השכירות, אין שהות בין התשלום לקבלת התמורה. לפיכך, הנחה או תוספת אינם מהווים תשלום על הימצאות כספו של זה אצל זה.⁵ אבל אם התשלום נעשה לפני תחילת העבודה או השכירות, או אחרי סיומה, הוא בגדר תשלום שלא במועד מתן התמורה, ואז אסור להוסיף על המחיר המקובל בשוק בגלל האיחור בתשלום או לתת הנחה בגלל הקדמת התשלום, כמו במכירה.⁶

ריבית מן התורה וריבית מדרבנן – הריבית האסורה מן התורה היא תוספת קבועה, "ריבית קצוצה", שהסכימו עליה המלווה והלווה בשעת ההלוואה. בין אם התוספת היא כסף או שווה כסף, בין אם ההלוואה היא כסף או רכוש.⁷ הריבית האסורה מדרבנן – "אבק ריבית", היא תוספת שמשלם הלווה למלווה, שלא נתקיימו בה כל התנאים העושים אותה ריבית מן התורה, כגון שאינה קבועה, מפני שהיא תלויה בהשתנות הנסיבות. כגון הצמדה (ראו על כך, לקמן) למחיר סחורה מסוימת, כך שאם תתייקר תשולם תוספת על ההלוואה, אך אם תוזל יושלם אף פחות מן הקרן. כמו כן, ריבית דרבנן היא כאשר התוספת לא נקבעה כלל בשעת ההלוואה,⁸ ובכלל זה, "ריבית מוקדמת" ו"ריבית מאוחרת".⁹

ריבית שלא בהלוואה – תוספת הניתנת עבור הימצאות כספו של צד אחד בידי הצד השני בעסקאות שאינן הלוואה היא בגדר ריבית האסורה מדרבנן (ראו השלמה בפסקה הבאה).¹⁰ **הסכם וקביעת ריבית לאחר ההלוואה** – אם המלווה מאריך ללווה את זמן ההלוואה תמורת תוספת לתשלום, הרמב"ם פוסק שהתוספת בגדר ריבית האסורה מדרבנן,¹¹ ואחרים פוסקים שהארכת הזמן היא בגדר הלוואה חדשה, והתוספת היא בגדר ריבית האסורה מן התורה,¹² ולשיטתם כך הדין אף אם מקור החוב הוא עסק שאינו הלוואה.¹³

ריבית לכתחילה ובדיעבד – אסור להסכים מראש על תשלום שהוא בגדר ריבית, ובוודאי שאסור לשלם ריבית או לקבל ריבית. אם כבר שולמה הריבית, יש הבדל בין ריבית

4. רמב"ם מלווה ולווה ט, ו; שולחן ערוך יו"ד קעג, ז.
5. רמב"ם מלווה ולווה ז, ח; שם ז, יב; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.
6. רמב"ם מלווה ולווה ז, יב; שם ח, ז; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.
7. רמב"ם מלווה ולווה ו, א; שולחן ערוך יו"ד קסא, א.
8. רמב"ם מלווה ולווה ו, ב.ג.
9. רמב"ם מלווה ולווה ה, יא-יב; שולחן ערוך יו"ד קס, ו.
10. רמב"ם מלווה ולווה ח, א; ח, ה-ז; ייב; רמ"א יו"ד קסא, א.
11. רמב"ם מלווה ולווה ו, ג.
12. שולחן ערוך יו"ד קסו, ב.
13. שולחן ערוך הרב הלכות ריבית ועסקא ד; חוות דעת יו"ד קסו, ד.

האסורה מן התורה לבין ריבית האסורה מדרבנן: בריבית מן התורה, ניתן לתבוע את החזרת הכסף בבית דין; ואילו בריבית מדרבנן, אם זו ניתנה בהסכמת הלווה,¹⁴ אי אפשר לתבוע בבית דין את החזרת הכסף, אך מי שקיבל את הריבית חייב בכל זאת להחזירה כדי לצאת ידי שמים.¹⁵

קנס¹⁶ – מעיקר הדין, אם קובעים קנס על איחור בתשלום או על אספקת סחורה, אין בזה איסור ריבית.¹⁷ אמנם, במצבים מסוימים קנס אסור משום ריבית. למשל, אם תשלום הקנס מקנה לנקנס זכות לאַחַר את התשלום, זו בעצם ריבית, והדבר אסור.¹⁸ כמו כן, אם הקנס הולך וגדל כפי משך הזמן וגובה החוב, הדבר גם כן אסור מטעם ריבית, או מטעם שנראה כריבית.¹⁹ על כן, קנס על איחור בתשלום חייב להיות חד-פעמי, ובאופן שאינו מקנה זכות לאיחור. גם בתנאים אלה, אם מדובר בהלוואה אין להתנות על קנס כזה מלכתחילה,²⁰ אלא אם כן התשלום הן של קרן ההלוואה והן של הקנס הוא בסחורה ולא בכסף.²¹ כך שההסכם דומה למכירה ולא להלוואה. אולם אם מדובר בהסכם מכר מותר בתנאים אלה לקבוע קנס על איחור באספקת הסחורה, אף אם הקנס הוא החזר הכסף ששולם בתוספת סכום כספי נוסף.²² בכל מקרה שבו מעוניינים לעשות תניית קנס שאינה עומדת בתנאים שזכרו, יש לערוך היתר עסקא עבור הקנס כשם שעושים עבור ריבית.

הצמדה – היום רווחת התפיסה לפיה הצמדה למדד אינה בגדר תוספת על הקרן, ולכן אינה נחשבת ריבית. ואולם, על פי ההלכה הדבר אסור, אף כאשר ההלוואה והפירעון נעשים באותה סחורה שאליה מצמידים את ההלוואה.²³ אמנם, בהלוואה כזאת, כאשר כבר יש

14. שולחן ערוך יו"ד קסא, ד.

15. שולחן ערוך ורמ"א יו"ד קסא, ב.

16. הדין כאן בעניין קנס הוא מבחינת הלכות ריבית. נושא הקנס כרוך גם בסוגיית אסמכתא, ויש לוודא בכל קנס שיהיה לו תוקף לפי ההלכה מבחינת דיני אסמכתא, והדברים מבוארים בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חושים", עמ' 40.

17. שולחן ערוך יו"ד קעז, יד.

18. יש להוכיח כך מדברי ר"י מיגש בבא בתרא קסז, שהוא המקור לדין זה שכתב: "אילו הוה מרווח ליה זימנא אחרינא הויא ליה ההוא תוספת אגר ההוא זימנא דקא מרווח ליה והשתא דלא קא מרווח ליה זימנא אחרינא... אשתכח דליכא הכא אגר נטר ליה". בנתיבות שלום קעז, יד, הביא כך גם בשם תשובת רשב"א א, תרנא, ושם נכתב: "וטעמא דמילתא משום דאין רבית אלא דבר שמתרבה משום אגר נטר לי וזה אינו כן. שאלו פרעו בזמנו לא היה מרבה לו כלום. ואם לא פרעו במשלים זמניה ממש חייב ליתן לו באותה שעה קרן וקנס ואינו ממתין לו על הקרן כלל. ואם כן ליכא אגר נטר לו כלל." וכן פסק בתורת ריבית ו, י, וכן פסק בנתיבות שלום קעז, יד, ה, ופירש כך את שיטות הבי"ח יו"ד קעז, י, והש"ך יו"ד קעז, לו, ובדומה בבבית יהודה ד, ה.

19. שולחן ערוך יו"ד קעז, טז; ש"ך שם, לג (המביא מחלוקת אם מדובר בריבית מדאורייתא או מדרבנן).

20. שולחן ערוך יו"ד קעז, יד. אם כבר נעשה ההסכם, יש לשאול שאלת חכם אם מותר לגבות את הקנס במקרה של איחור.

21. רמ"א יו"ד קעז, יד; ש"ך שם, ל.

22. שולחן ערוך יו"ד קעז, יח.

23. באופן חד ניתן לראות זאת באיסור מדרבנן להלוות סחורה לפי מידה, המכונה "סאה בסאה" (שולחן ערוך יו"ד קסב, א). מהתורה אסור להלוות כמות מסוימת בתמורה לכמות גדולה יותר, כגון הלוואת ארבעה ליטר מזון מסוים בתמורה לחמישה ליטר מאותו מזון (משנה בבא מציעא ה, א). הלוואה כזו נקראת

ברשות הלווה מעט מאותה סחורה שהוא לווה מותר ללוות,²⁴ כי הדבר נחשב כאילו הסחורה היא בגדר פיקדון אצל הלווה ולא בגדר הלוואה. ישנם עוד פרטי דינים רבים בדיני הצמדה, בהלוואות ומסוגים שונים, אולם, באופן מעשי,²⁵ מומלץ לערוך היתר עסקא בכל מקרה שבו מעוניינים להסכים על כל סוג של הצמדה, כשם שעושים בריבית. אם הוצמד חוב לדבר שהתייקר בלא התנאים המתירים את ההצמדה, ההצמדה אינה תקפה, והלווה ישלם רק את החוב, בלי ההצמדה.²⁶ אך אם הוול הדבר שהוצמד אליו החוב, ההצמדה תקפה, והלווה אינו חייב לשלם יותר ממה שהסכימו עליו, מפני שאין כאן חשש ריבית, כשהלווה משלם פחות ממה שקיבל.²⁷ איסור ריבית בהצמדה הוא מדרבנן ולא מן התורה, מכיוון שהצדדים לא הסכימו על ריבית, וייתכן שיוול הדבר שהוצמדה אליו העסקה, ולא יתייקר.²⁸ לכן כאמור לעיל לגבי כל ריבית דרבנן, אי אפשר לתבוע את החזרת תוספת ההצמדה בבית דין, אם ניתנה מרצון הלווה.

ב. איסור ריבית בקנייה ומכירה

קנייה בהקפה או בתשלומים – אסור למוכר לקבוע שני מחירים לסחורה, אחד לקנייתה בתשלום מיידי ואחד גבוה ממנו לתשלום מאוחר, אם בשיק דחוי ואם בתשלומים. אם נקבעו שני מחירים כאלה לסחורה, אסור לקנותה בהקפה או בתשלומים, בין שהיא מקרקעין בין שהיא מיטלטלין.²⁹ זאת ועוד, גם אם לא נקבעו שני מחירים לסחורה, אבל המחיר לתשלום מיידי ידוע, והמוכר מבקש יותר מן המחיר הידוע הזה בתשלום לאחר זמן, אסור לקנות את הסחורה באופן כזה.³⁰

הצמדת התשלום למודד – בכלל איסור זה גם קביעה שהתשלום יהיה צמוד למודד המחירים או לערך אחר מעת אספקת הסחורה, שכן המשמעות היא שבתשלום מאוחר המחיר עשוי להיות גבוה מהסכום לתשלום מיידי.³¹

בתורה "נשך אוכל" (דברים כג, כ). אמנם, חז"ל קבעו שאף כאשר ההלוואה היא לפי אותה מידה, ליטר תמורת ליטר, אם מחיר הסחורה מתייקר, נחשבת ההשבה של הכמות הזוהי אך היקרה יותר כתוספת על ההלוואה האסורה משום ריבית. מחמת חשש זה אסרו להלוות בתנאים כאלה, שמא תתייקר הסחורה שבהלוואה.

24. שולחן ערוך יו"ד קסב, ב.

25. לחלופין יש לשאול חכם הבקי היטב בדינים אלה כיצד לבצע את ההצמדה באופן המותר לפי ההלכה אף בלי היתר עסקא, כי ההלכה משתנה בזה לפי אופי ההסכם, וסוג ההצמדה והדבר אליו מצמידים ועוד, והנושא מורכב מאוד.

26. רמב"ם מלווה ולווה י, ב; י, ו; שולחן ערוך יו"ד קסב, א.

27. רמב"ם מלווה ולווה י, ב; שולחן ערוך יו"ד קסב, א.

28. רמב"ם מלווה ולווה ו, א; ש"ך יו"ד קסב, א.

29. רמב"ם מלווה ולווה ח, א; שולחן ערוך יו"ד קעג, א.

30. רמב"ם מלווה ולווה ח, א; שולחן ערוך יו"ד קעג, א.

31. תורת ריבית יט, מח. ומה שכתב הרב דוד בס, "חווים על פי דיני התורה", כתר א (תשס"ד), עמ' 167, שהצמדה מותרת במקח וממכר, והתבסס על דברי הט"ז יו"ד קסב, א, צ"ע. כיוון שלא ייתכן שאין איסור הצמדה במקח וממכר, שהרי נפסק שאין פוסקין על הפירות עד שיצא השער (בבא מציעא עב, ב; שולחן

תשלום לאחר זמן כשאין מחיר ידוע – כשאין מחיר קבוע לסחורה והתשלום נעשה לאחר זמן אספקת הסחורה, מותר למוכר להעלות מעט את מחיר המוצר בטווח המחירים המקובל בשוק, בתנאי שלא יאמר במפורש שהעלאת המחיר היא בגלל דחיית התשלום, ובתנאי שאין ידוע המחיר עבור תשלום מייד, וגם אין הדבר ניכר מעצם היות המחיר גבוה מן המחיר המקובל בשוק למוצר.³²

אי קביעת מחיר מראש או אספקה בעת התשלום – מותר לקבוע שהמחיר יהיה כמחיר המוצר בעת התשלום, אם קובעים זמן מסוים לתשלום וייתכן שבאותו זמן המחיר יהיה גבוה או נמוך מהמחיר הנוכחי, ובתנאי שלא מציינים את המחיר הנוכחי.³³ כמו כן, אם המוצר אינו מסופק לפני זמן התשלום מותר לקבוע שהתשלום יהיה לפי המחיר בזמן אספקתו,³⁴ או לפי המחיר המוסכם מראש ובהצמדה לכל ערך.³⁵

הנחה בהקדמת התשלום – אם התשלום נעשה לפני קבלת הסחורה, הקונה נחשב כמלווה למוכר עד קבלת הסחורה. לכן, אם המוכר נותן הנחה למי שמקדים לשלם לפני קבלת המוצר, הריהו כקוצץ ריבית בזמן ההלוואה, וזה אסור. אלא אם כן יש למוכר את כל הסחורה בזמן התשלום,³⁶ מפני שניתן אז לומר שהיא נקנתה לקונה מיד בעת התשלום, ומכיוון שאין פער זמן בין התשלום לבין המכירה, אין העסקה בגדר הלוואה ואין ההנחה בגדר ריבית.³⁷ אמנם, גם במקרה כזה, אין לציין במפורש שבתשלום מוקדם יהיה מחיר זול יותר מאשר בתשלום בעת האספקה, ויש לנקוב רק במחיר המוזל ולא במחיר לתשלום בעת האספקה.³⁸

הבטחת מחיר בזמן התשלום – אם התשלום נעשה לפני קבלת הסחורה כפי ערכה בעת התשלום, ובכך מובטח מחירה עד לאספקתה, הדבר אסור, שכן יש חשש שהסחורה תתייקר בין מועד התשלום למועד האספקה, ונמצא שבתמורה להקדמת התשלום מקבל הקונה את הסחורה בהנחה.³⁹ אמנם, אם יש למוכר את הסחורה בשעת התשלום,⁴⁰ או שניתן להשיגה ללא כל קושי במחיר ידוע,⁴¹ והסחורה אינה מתקלקלת במשך הזמן שבין

ערוך יו"ד קעה, א). ראו עוד בעניין זה **שולחן ערוך יו"ד קעג, א**; **ש"ך יו"ד קעג, ג**; **רבי עקיבא איגר**, על שולחן ערוך שם; **תורת ריבית ז**, יז, בירור הלכה יד. **נתיבות שלום קסב א טו**.

32. ראו **רמב"ם מלווה ולווה ח, ד**; **שולחן ערוך יו"ד קעג, א**.

33. **ש"ך יו"ד קעג, ג**. ואם המחיר הנוכחי ידוע – לדעת הש"ך מותר, אך יש חולקים (**רבי עקיבא איגר שם**), ובנתיבות שלום קעג, א ו, כתב שצריך עיון למעשה אם להקל כדעת הש"ך, שכן רבי עקיבא איגר הביא מתוספות שאוסרים זאת במפורש.

34. **רמ"א יו"ד קעג, יד**.

35. **תורת ריבית יט, נה**; שם, הע' קלא.

36. במקרה זה של הוולדה, על הסחורה להיות מוכנה לאספקה ולא באמצע תהליך ההכנה (**ש"ך יו"ד קעה, ז**).

37. **רמב"ם מלווה ולווה ט, ו**; **שולחן ערוך יו"ד קעג, ז**.

38. **רמ"א קעג, ז**. **מלווה ה' ט, כ**, ובהע' 59 שם.

39. **שולחן ערוך יו"ד קעה, א**.

40. **שולחן ערוך יו"ד קעה, ד**.

41. **שולחן ערוך יו"ד קעה, א**. **תורת ריבית י, ב**.

התשלום לאספקה,⁴² הדבר מותר. ואף מותר למוכר להבטיח לקונה את הנמוך מבין המחירים שמהתשלום עד האספקה.⁴³

תשלום בזמן הקנייה – אם אין פער זמנים בין התשלום לבין העברת הבעלות, מותר למוכר להזייל את מחיר הסחורה, אף אם ההזילה מותנית בתשלום מיידי, ובתשלומים מאוחרים המחיר גבוה יותר, בערכה המלא של הסחורה.⁴⁴

תוספת בשעת האספקה – אם התשלום ניתן מראש ולא ניתנת הנחה,⁴⁵ מותר להוסיף על הסחורה בשעת האספקה, אם לא סיכמו זאת מראש. זאת, מפני שהתוספת היא בגדר מתנה, ומקובל לעתים לתת הנחה או מתנה לקונה בלא קשר לאיחור הספקת הסחורה או הקדמת התשלום.⁴⁶ ובתנאי שלא נאמר בפירוש שהתוספת ניתנת כתמורה על הקדמת התשלום.⁴⁷

ג. איסור ריבית בשכירות נכס

הסכמה על תשלום במהלך תקופת השכירות – כאמור בפתיחה, בשכירות נכס, מותר להציע מחיר מוזל לתשלום בתחילת השכירות, ומחיר גבוה יותר לתשלום מדי חודש בחודשו במהלך השכירות, או גבוה עוד יותר לתשלום בסוף השכירות, ואין הדבר בגדר תשלום תמורת הימצאות כספו של זה אצל זה, מפני שהתשלום וקבלת התמורה באים כאחד.⁴⁸

תשלום לפני תחילת השכירות בקרקע – לעתים, בהשכרת נכסי דלא נידי תשלום לפני תחילת השכירות, והתשלום מקנה למוכר את זכות השכירות כך שהמשכיר אינו יכול לחזור בו (כך נעשה גם בספר זה, במאמר "חווה שכירות – דירת מגורים", עמ' 304). באופן זה הדבר נחשב לקבלת תמורה בזמן התשלום, ואין כאן תוספת תמורת הימצאות כספו של השוכר בידי המשכיר בתורת הלוואה, ולכן מותר לתת הנחה תמורת התשלום מראש.⁴⁹

תשלום לפני תחילת השכירות במיטלטלין – אסור לתת הנחה עבור תשלום לפני תחילת השכירות במיטלטלין, אם סוכם שכל צד יכול לחזור בו עד לתחילת השכירות בפועל (או באופן שלא סוכם דבר ולא נעשה מעשה קניין שימנע חזרה). מפני שהתשלום הוא בגדר הלוואה עד תחילת תקופת השכירות, וההנחה היא בגדר ריבית על התשלום מראש.⁵⁰ והוא הדין בשכירות בקרקע, אם התנו השוכר והמשכיר שכל צד יכול לחזור בו מן העסקה

42. תורת ריבית י, ל.

43. שולחן ערוך יו"ד קעה, ז.

44. רמב"ם מלווה ולווה ח, ב; שולחן ערוך יו"ד קעג, ג.

45. וכגון שהיה למוכר את כל הסחורה בזמן התשלום, או שניתן היה להשיגה במחיר ידוע.

46. רמב"ם מלווה ולווה ח, ט; רמ"א יו"ד קס, ד. תורת ריבית ט, מב.

47. ש"ך יו"ד קס, ה. תורת ריבית ט, מב.

48. רמב"ם מלווה ולווה ז, ח; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.

49. ט"ז יו"ד קעו, ז; נקודות הכסף שם; תורת ריבית יד, ו.

50. ט"ז יו"ד קעו, ז; נקודות הכסף שם.

עד תחילת תקופת השכירות, יהיה אסור לתת הנחה על תשלום מוקדם, כמו בשכירות מיטלטלין.

תשלום לאחר תום השכירות – אסור לצדדים להסכים על תשלום גבוה יותר מן המקובל, אם הוא משולם זמן מה לאחר תום השכירות, מפני שהשכירות נעשית כהלוואה של המשכיר לשוכר מתום תקופת השכירות עד לתשלום, והתוספת על התשלום המקובל היא בגדר ריבית.⁵¹ כמו כן אסור להצמיד את התשלום מתום השכירות והלאה למטבע חוץ או למדד כלשהו.⁵²

איחור בתשלום מן המועד שהוסכם עליו – אם נקבעו בחוזה הסכום ומועד התשלום, אסור להוסיף על הסכום בתמורה לדחיית התשלום.⁵³ זאת, אף אם המועד המאוחר הינו עדיין בתוך תקופת השכירות.⁵⁴ לדעת קצת מן הפוסקים, התוספת אסורה מן התורה, אם נקבעה לאחר קביעת המועד המקורי לתשלום.⁵⁵ כמו כן אסור להצמיד את גובה התשלום למדד או למטבע חוץ.⁵⁶

קנס על איחור בתשלום – אם קובעים קנס⁵⁷ על איחור בתשלום יש להקפיד שהקנס יהיה חד-פעמי, ולא קנס המתרבה לפי משך הזמן וגובה החוב.⁵⁸ וכן יש להקפיד שהקנס לא יקנה למאחר זכות לאחר בתשלום, אלא רק יהווה תמריץ לתשלום בזמן.⁵⁹ ואם חורגים מכך יש לערוך היתר עסקא.⁶⁰

ד. איסור ריבית בשכר עבודה

כאמור לעיל,⁶¹ בשכר עבודה, כל מועד מוסכם לתשלום במהלך תקופת העבודה, נחשב

51. שולחן ערוך יו"ד קעג, יב; שולחן ערוך ורמ"א יו"ד קעו, ו.

52. ע"פ תורת ריבית יט, מה; שם יט, נו, והע' קלב. לגבי הצמדה לדולר מפורטות שם דרכי היתר מסוימות, אך חלקן שנויות במחלוקת ומורכבות, ונראה שכיום עדיף לא לסמוך עליהן, שכן דרכי היתר הנ"ל נאמרו בתקופה שבה היה שעת הדחק וצורך גדול להקל, כי הייתה אז אינפלציה גבוהה בארץ, והמטבע המקומי איבד הרבה מערכו בזמן קצר, כך שללא הצמדה היה מפסיד המשכיר הרבה מאוד. כמו כן באותה תקופה היה מקום לסברה שלדולר יש חשיבות הלכתית כמטבע יותר מאשר לשקל הישראלי שהיה חלש יחסית למטבעות אחרים בעולם, ועל כן הצמדתי למטבע זר כגון דולר ארה"ב נחשבה כהצמדה של סחורה למטבע, שהיא מותרת, ולא להפך. אולם, בזמננו (שנת תשע"ו) שהשקל החדש הישראלי אינו נופל מהמטבעות החזקים בעולם, והאינפלציה נמוכה, נראה שאין לדולר מעמד מיוחד, וכן אין צורך הלכתי גדול להיכנס להיתרים דחוקים כאלה, והרוצה להצמיד בכל אופן יוכל להשתמש בהיתר עסקא.

53. רמ"א יו"ד קעו, ו.

54. שולחן ערוך ורמ"א יו"ד קעו, ו.

55. ראו ט"ז שם ה; נקודות הכסף שם.

56. תורת ריבית יט, נו.

57. ראו לעיל ליד הע' 16 הרחבה בנושא קנסות מבחינת הלכות ריבית.

58. שולחן ערוך יו"ד קעז, טז. תורת ריבית ו, ח.

59. תורת ריבית ו, י, על פי ב"ח יו"ד קעז, י, וראו עוד לעיל הע' 18.

60. תורת ריבית ו, כז.

61. ראו לעיל עמ' 46.

לתשלום בזמן קבלת התמורה, ואין זה בגדר שהיית החוב. לכן, מותר לפני חתימת הסכם העבודה אף לנקוב בשני ערכי שכר, אחד לתשלום מדי יום ביומו ואחד גבוה ממנו לתשלום בעת סיום תקופת העבודה, או פחות ממנו לתשלום עם תחילתה.⁶² וכן מותר להצמיד את השכר למדד (או למטבע חוץ), כלומר לקבוע שהשכר בכל חודש יהיה בגובה משתנה הצמוד למדד וכדומה.⁶³ אך אין להצמיד את השכר לערך כלשהו ממועד התשלום המוסכם או ממועד סיום תקופת העבודה עליה משולם השכר, עד לתשלומו בפועל, אלא על ידי היתר עסקא.⁶⁴ אם הוסכם שהשכר ישולם לאחר תום תקופת העבודה (כגון בעשרה לחודש הבא), אין להצמיד את השכר לערך כלשהו מתום תקופת העבודה ועד למועד התשלום המוסכם.⁶⁵

אסור לשלם שכר נמוך מן המקובל בשוק לפני תחילת העבודה, מכיוון שהתשלום ששולם לפני תחילת העבודה הוא בגדר הלוואה של המעסיק לעובד עד תחילת העבודה, וההנחה שהפועל נותן ממשכורתו למעביד עבור התשלום מראש היא בגדר ריבית.⁶⁶ אסור להסכים על תשלום מאוחר גבוה יותר מהמקובל לאחר סיום תקופת העבודה, מפני שדחיית התשלום מסיום העבודה עד התשלום בפועל היא בגדר הלוואה שהעובד מלווה למעסיק, והתוספת לשכרו היא בגדר ריבית.⁶⁷ וכן אסור להצמיד את התשלום למדד או למטבע חוץ לאחר סיום העבודה.⁶⁸ הוא הדין בתשלום המאוחר למועד התשלום שהוסכם עליו מראש.⁶⁹

קנס על איחור בתשלום לעובד – מותר לקבוע קנס חדיפעמי שאינו מתרבה.⁷⁰ ובתנאי שאין הקנס מקנה למעביד זכות לאחר בתשלום אלא רק ממריץ אותו לשלם בזמן.⁷¹ אם מדובר בקנס שקבעה המדינה או שבית הדין מטיל, יש אומרים שאין בזה איסור.⁷² ובכל אופן ניתן לערוך היתר עסקא לצורך זה.⁷³

62. רמב"ם מלווה ולווה ז, יב; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.

63. תורת ריבית יט, נח-נט.

64. תורת ריבית יט, ט.

65. לפיכך, אין להצמיד למט"ח, אלא אם מצמידים לערכו ביום האחרון של החודש הלועזי, ולא לערכו ביום התשלום בפועל במהלך החודש הלועזי הבא. וכמוכן שעל ידי היתר עסקא ניתן לעשות כפי שרוצים. יש לציין שהצמדה למדד המחירים לצרכן היא חסרת משמעות מכיוון שהוא אינו מתעדכן בין סוף חודש לועזי לבין אמצע החודש הלועזי הבא.

66. רמב"ם מלווה ולווה ז, ייב; שולחן ערוך יו"ד קעו, ח.

67. רמב"ם מלווה ולווה ח, ז; שולחן ערוך יו"ד קעג, יב.

68. תורת ריבית יט, ט.

69. רמב"ם מלווה ולווה ח, ז; שולחן ערוך יו"ד קעג, יב; תורת ריבית יד, כא; יט, ט.

70. שולחן ערוך יו"ד קעו, טו. תורת ריבית ו, ח. וראו לעיל הרחבה בנושא קנסות מבחינת הלכות ריבית בכלל.

71. תורת ריבית ו, י. ע"פ ב"ח יו"ד קעו, י.

72. בתורת ריבית יד, כו, ושם הע' נב, אוסר. אולם הרב יואב שטרנברג, "ריבית והצמדה בשל עיכוב פיצויי פיטורין", תחומין כו, עמ' 384, התיר זאת.

73. תורת ריבית יד, כו בהע' נב שם.

ה. הלוואת כספים

הלוואה כהשקעה – גם בהלוואה לצורך עסק להשקעה, הריבית אסורה מן התורה.⁷⁴ לעומת זאת, ה"עסקא" היא השקעה ההופכת לשותפות ברווח ובהפסד,⁷⁵ וממנה התפתח דין "היתר עסקא",⁷⁶ המאפשר שותפות ברווח, כמעט בלא סיכון, המשמש בעיקר בפעולות עם בנקים (לביאור נרחב בעניין זה, ראו בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 345 והלאה).

הלוואת מטבע זר – מטבע זר אינו נחשב כסף אלא סחורה,⁷⁷ וממילא דינה של הלוואת מטבע זר כהלוואת סחורה. על כן, המלווה מטבע חוץ יכול לקבוע שהפירעון יהיה כפי ערך ההלוואה במטבע המקומי ביום ההלוואה, ואז הדבר מותר.⁷⁸ או אם ללווה יש מעט מאותו מטבע אותו הוא לווה, הצדדים רשאים לקבוע שהפירעון יהיה במטבע אותו הוא לווה ובאותה כמות, בין אם הוא יחול או יתייקר.⁷⁹ אם ניתן להשיג את המטבע המדובר בכל עת לפי שער ידוע, נחשב הדבר כאילו יש ללווה מעט ממנו, והדבר מותר גם כן.⁸⁰ אך אסור להתנות שאם יתייקר המטבע יחזיר הלווה במטבע שקיבל ואם יחול יחזיר את ערכו בזמן ההלוואה.⁸¹

הלוואה בהצמדה למטבע חוץ – נראה שאסור להלוות מטבע מקומי בהצמדה למטבע חוץ, שכן אם יתייקר מטבע החוץ ייראה הדבר כריבית.⁸² ולכן יש לערוך את ההלוואה על פי היתר עסקא.

הלוואה בהצמדה למדר – אסור להלוות בהצמדה למדד מכל סוג.⁸³ הרוצה לעשות זאת יערוך את ההלוואה על פי היתר עסקא.

74. ט"ז י"ד קס, א. וראו **שולחן ערוך** י"ד קעז, א; קעז, יט.

75. **שולחן ערוך** י"ד קעז, ב"ז; כד"מ; **תורת ריבית** פרק טו.

76. **תורת ריבית** פרק טז.

77. **רמב"ם** מכירה ו, ו; **שולחן ערוך** חו"מ רג, ח.

78. **שולחן ערוך** י"ד קסב, א; **תורת ריבית** ז, יח.

79. **שולחן ערוך** י"ד קסב, ב; **תורת ריבית** ז, ו; יט, ג.

80. **שולחן ערוך** י"ד קסב, ג; **תורת ריבית** ז, יד.

81. **רמ"א** י"ד קסב, ב; **תורת ריבית** ז, ב.

82. כמו באיסור "סאה בסאה", **שולחן ערוך** י"ד קסב, א. ונראה שאין להתיר אף כשיש ללווה את המטבע המדובר או כשיצא השער, מפני שאין זה דומה לפיקדון של סחורה, כשהוא מקבל ומחזיר כסף, וגם אין זו מכירה שאפשר להתיר מדין פסיקה על הפירות כשיש לו, שכן מדובר על הלוואה בה המלווה נותן כסף ומקבל כסף, ולכן זה חמור הן מפסיקה על הפירות והן מהלוואת "סאה בסאה", ומצאנו שפסיקה בחוב חמורה מפסיקה בתשלום (**שולחן ערוך** י"ד קסג, א"ב), וייתכן שכאן אף חמור יותר כי אין כאן שום צד מכירה והכול הלוואה.

אף אם ירצו להערים ולהפוך זאת למכירה לא ברור שניתן להתיר זאת – השו" **שולחן ערוך** י"ד קסג, ג. וראו **תורת ריבית** יט, לח הע' פד ושם ז, יז וכן שם י, נב (אך ייתכן שהמתירים שם מתירים דווקא במכירה ולא בהלוואה), ושם יט, מ, מביא מחלוקת בעניין הצמדה לדולר, אך ייתכן שהמתירים התירו דווקא בנסיבות שהיו אז, שהשקל או הלירה הישראלים היו חלשים ביחס לדולר האמריקאי, ולא בכל מקרה של הצמדת הלוואת מטבע מקומי למטבע חוץ, וכן לא בזמננו שבו השקל אינו חלש אף ביחס לדולר, וראו שם הע' צב.

83. **תורת ריבית** יט, לו.

קנס בהלוואה – הלוואה חמורה ממכירה, ולכן אין לקבוע קנס ללווה על איחור בתשלום ההלוואה.⁸⁴ ויש מתירים אם לא מדובר בקנס כספי אלא בסחורה שהלווה מתחייב לתת למלווה כפיצוי אם יאחר לשלם את חובו.⁸⁵ ובמקרה כזה, אסור שגובה הקנס יגדל לפי משך האיחור או גובה החוב,⁸⁶ וכן אסור שהוא יקנה ללווה זכות לאחר בתשלום החוב.⁸⁷

84. **שולחן ערוך** יו"ד קעז, יד. וראו לעיל ליד הע' 16 הרחבה בדיני קנס בהלכות ריבית.

85. **רמ"א** יו"ד קעז, יד.

86. **שולחן ערוך** יו"ד קעז, טז; **תורת ריבית** ו, ח.

87. **תורת ריבית** ו, י; **ע"פ ב"ח** יו"ד קעז, י. וראו לעיל הע' 18.

תניות מכללא

הרב עדו רכניץ

מבוא
ג. מידת המימוש של העסקה
ד. אופי העסקה: אישית או מסחרית
ב. אומדן דעת הצדדים: סיכונים וסיכויים
סיכום והשוואה

מטרתו העיקרית של חוזה לסכם את התנאים וההתחייבויות של הצדדים. אולם, כמעט ואין חוזה שיכול להתייחס לכל האירועים האפשריים. כאשר מתרחש אירוע שלא סוכם במפורש בחוזה, והדבר מגיע לפתחו של בית הדין, הרי שזה נדרש להכריע במחלוקת שבין הצדדים.

במקרים מסוימים יטען צד אחד שכיוון שהאירוע לא סוכם מראש, הרי שאין בו כדי לשנות את מה שסוכם בחוזה. לעומתו, יטען הצד השני, שאף שהדברים לא סוכמו במפורש, הרי שמדובר ב"תנאי מכללא" שהיה ברור לשני הצדדים אף שלא נאמר או נכתב. שאלה עקרונית זו עולה במספר סוגיות שיש לדון בהן כדי להפיק כללים להכרעה במקרה זה.¹

מבוא

בגמרא, במסכת כתובות נפסק: "והלכתא: זבין ולא איצטריכו ליה זווי, הדרי זביני".² כלומר, מי שמכר את רכשו, ואחר כך התברר לו שאינו זקוק לכסף – העסקה בטלה. ומכאן, שלמרות שלא הייתה התנייה מפורשת הרי שמדובר בעסקה שמותנית בכך שהמוכר יזדקק לכסף שקיבל, עבור עסקה אחרת. ולכן, אם העסקה השנייה (המתוכננת) התבטלה – גם המכירה הראשונה התבטלה.

התוספות דנו האם ומתי יש חובה להתנות את העסקה בתכליתה באופן מפורש, וכתבו:

* הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, עפרה; דיין ברשת בתי הדין "ארץ חמדה – גוית". מבוסס על פסק דין שניתן בבית הדין של ארץ חמדה גוית בירושלים (תיק מס' 73045), בפני הדיינים: הרב דניאל מן, אב"ד, הרב סיני לוי והכותב. פסק הדין עסק בביטול חוזה השכרת דירה עקב ביטול האירוסין של השוכרים.

1. ראו עוד: נחום רקובר, תרופות בשל הפרת חוזה, "הפרת חוזה או סיכול: אונס או סיכול", אתר משפט עברי, בכתובת: http://www.mishpativri.org.il/researches/hafara18.htm#_ftnref138.

2. כתובות צו, א.

וכגון שגילה דעתו בשעת המכר דאמר דלזבן תורי קא זבין להו דאי שתק הוו להו דברים שבלב. וכן בפרק ב' דקידושין (דף מט:): גבי ההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל התם נמי בדגלי דעתיה. ויש דברים שאינו מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה, כגון אם היה מוכר מלבושיו אדעתא למיסק לארץ ישראל דזהו דבר שאין רגילין למכור אדעתא דהכי, התם ודאי אין מועיל גילוי דעת. שאם לא תאמר כן מעכשיו אין צריך לשום תנאי אלא גילוי דעת בעלמא. ובכל מקום בעינן דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן תנאי כפול אלא ודאי גילוי דעת במילתא שאין רגילות לעשות כן לא מהני עד שיתנה. ויש דברים דאפילו גילוי דעת אין צריך כגון שטר מברחת דלעיל פרק האשה שנפלו (דף עט. ושם) וכן ההיא דבפרק מי שמת (ב"ב קלב. וקמו:): דתנאי הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה בידוע שאם היה יודע שבנו קיים לא היה כותב, מ"ר.³

מדברי התוספות עולה שיש שלושה סוגים של מקרים:

1. במקרים מסוימים, די בכך שאדם יגלה את דעתו שהוא עושה את העסקה לצורך מסוים, כדי להגדיר את העסקה כמותנית. זהו המקרה עליו מדובר כאן בסוגיה בכתובות.
2. במקרים אחרים יש צורך בתנאי כפול ובשאר דיני התנאים כדי להפוך עסקה למותנית.
3. יש מקרים שבהם אפילו אין צורך באמירה כדי להבהיר שמדובר בעסקה מותנית, כיוון שהדבר ברור לכל. לדוגמה, אדם שנתן את כל נכסיו כיוון ששמע שמת בנו, והתברר שבנו חי – המתנה בטלה.

תוספות מזכירים דוגמה נוספת לסוג הראשון והיא זו העולה מהגמרא במסכת קידושין:

ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל (רש"י: ונאנס ולא עלה), ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי; אמר רבא: הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים.⁴

כלומר, אדם מכר את ביתו כדי לעלות לארץ ישראל ולא הזכיר את מטרת המכירה בשעת המכר. לפיכך, למרות שבסופו של דבר לא עלה לארץ מחמת אונס – העסקה אינה בטלה, כיוון שדברים שבלב אינם דברים. מכאן הסיקו תוספות שאילו המוכר היה מצייץ שהוא מוכר את הקרקע כדי לעלות לארץ ישראל, העסקה הייתה מותנית בכך שיצליח לעלות, זאת, למרות שלא סוכם במפורש שהעסקה מותנית.⁵

גם הרי"ף⁶ קשר בין הגמרא בכתובות לגמרא בקידושין, וכן פסק גם הרמב"ם את שני המקרים באותה הלכה:

3. תוספות שם, ד"ה זבין.
4. קידושין מט, ב.
5. וראו תוספות קידושין מט, ב, ד"ה דברים, שחזרו על החלוקה המשולשת בשם ר"י.
6. רי"ף כתובות נו, א-ב.

מי שמכר חצירו או שדהו, ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר **כדי לילך למקום פלוני** או מפני המטר שנמנע **כדי לקנות חטים** בדמי חצירו הרי זה כמוכר על תנאי, לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חטין והזולו, או נמנע הדרך לילך לאותה הארץ, או שלא נסתייע לו להעלות או לקנות חטים, הרי זה מחזיר אותן הדמים ותחזור לו קרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בהן.⁷

וכן נפסק בשולחן ערוך.⁸ יש לשים לב, שעילות הביטול כוללות לא רק מצב בו לא ניתן לממש את העסקה (כגון, פטירה) אלא גם עילות שבעטיין העסקה הופכת להיות מיותרת או לא כדאית (כגון, ירידת מחיר החיטה).

לסיכום, כאשר בוצעה עסקה, ומבחינת אחד הצדדים היא הייתה לצורך מטרה מסוימת, והמטרה סוכלה – אזי העסקה בטלה. זאת, בתנאי שהצד השני ידע מראש על מטרתו של הצד הראשון, גם אם העסקה לא הותנתה במפורש.

א. הגבלות בהתאם לרכוש שנמכר ולצד המבטל

בהמשך לאמור לעיל, הגבילו ראשונים ואחרונים דין זה בהתאם לרכוש בו עוסקת העסקה. הרמ"א כתב על פי הטור:

הגה: ודוקא במוכר קרקעותיו, אבל במוכר מטלטלים לא מהני גילוי דעתו, עד שיתנה בדיני תנאי.⁹

הטור ביאר את ההבדל בין קרקע למיטלטלין:

פירש רש"י דדוקא במוכר קרקעותיו לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעות שהוא מתפרנס מהם אם לא שהיה דעתו לעקור דירתו מכאן. אבל מכר כל מטלטליו אפילו אי אמר בשעת המכר על דעת לילך לא"י ולא הלך – המקח קיים אם לא שהתנה, לפי שפעמים אדם מוכר מטלטלין אפילו אם דעתו לישאר כאן.¹⁰

כלומר, **במכירת קרקע** ברור שהעסקה הייתה מותנית, כיוון שאדם סביר מוכר קרקע אותה הוא מעבד רק כאשר בכוונתו לעבור דירה, ולכן המכירה מותנית באפשרות לעבור דירה. לעומת זאת, במוכר מיטלטלין אין ודאות כזו.

נתיבות המשפט¹¹ כתב שגם **בקניית דירה**, אם התברר לקונה שלא יוכל להשתמש בה – העסקה בטלה. אולם, בספר פתחי תשובה¹² הביא את דעתו של החתם סופר¹³ שאין לבטל עסקה **לקניית** מקרקעין "דניחא ליה לאינש למיקני קרקע אפילו כל דהוא". כלומר, אדם

7. רמב"ם מכירה יא, ח.

8. שולחן ערוך חו"מ רז, ג.

9. רמ"א חו"מ רז, ג.

10. טור חו"מ, רז.

11. נתיבות המשפט רז, ג.

12. פתחי תשובה חו"מ רז, ו.

13. שו"ת חתם סופר חו"מ, ע.

מעוניין להשקיע ברכישת קרקע בכל מקרה, וזאת בשונה ממכירת קרקע שאדם מוכר רק לצורך מסוים.

אחרונים אחרים כתבו שגם במיטלטלין, כאשר ברור שהעסקה הייתה מותנית – הרי שהיא תלויה בקיומו של התנאי. כגון בתלמיד חכם שמכר את ספריו, או אדם שמכר את תפיליו.¹⁴ סוגיה נוספת הקשורה לעניין זה היא המחלוקת העוסקת בפרשנות דברי הגמרא¹⁵ מהם עולה שמי שלקח יין כדי למוכרו בשוק ועד שהגיע לשוק מחיר היין ירד – אזי המוכר סופג את ההפסד (המחלוקת הובאה בטור).¹⁶

רבנו יונה דחה את האפשרות לפרש שמדובר באדם שקנה יין כדי למוכרו בשוק, כיוון שלדעתו במקרה כזה המוכר אינו סופג את ההפסד. רבנו יונה הסביר במה דין זה שונה מדין המוכר ביתו כדי לעלות לארץ ישראל:

ואף על פי שאמרו המוכר על דעת לעלות לארץ ישראל ולא יכול לעלות מכרו בטל, במוכר בלבד אמרו כיון שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר, והרי נודע הדבר שלא מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו שאינו צריך למה שמכר.¹⁷

דהיינו, קונה אינו יכול לבטל את העסקה, וזאת, בניגוד למוכר שיכול לבטל במקרה של שינוי נסיבות מהותי.¹⁸ אלא שמדבריו משמע שגם מוכר מיטלטלין יכול לחזור בו אם הנסיבות השתנו.

לעומת זאת, ראשונים אחרים הבינו שמדובר בעסקה מותנית, כפי שכתב המגיד משנה:

ורבינו חננאל ז"ל וכן ה"ר אברהם ז"ל פירשו אפילו בלוקח גמור והטעם שכיון שהזכיר להוליך למקום פלוני הרי הוא כמתנה שאם תזול קודם לכן שיחזירנה לו והוא שהזכיר בשעת מכירה כן וזה נראה דעת אבן מיגש ז"ל.¹⁹

דהיינו, למרות שמדובר על קונה מיטלטלין, בכל זאת, העסקה מותנית בכך שהקונה יצליח למכור את היין ביום השוק ביוקר.

לסיכום ניתן לומר שישנה מחלוקת בראשונים ובאחרונים מתי ניתן להוסיף תנאי מכללא. יש שכתבו שאפשרות זו מוגבלת רק למקרים מסוימים ומובהקים, כגון, באדם המוכר את ביתו או את תפיליו. גם שם יש שצמצמו עוד וכתבו שכאשר מדובר על פעילות מסחרית אין כל מקום לתנאי מכללא. לעומת זאת, אחרים כתבו שאין לקבוע הגבלות נוקשות ויש לאפשר הוספת תנאי מכללא גם במקרים נוספים.

14. ראו פתחי חושן קניינים כ, הע' נו, ד"ה כתב במשפ"ש.

15. בבא בתרא צח, א.

16. טור חו"מ, רל.

17. עליות דרבנו יונה בבא בתרא צח, א, ד"ה אבל הלוקח.

18. לכך יש לצרף את דעת הרמ"ה (יד רמ"ה בבא בתרא, ו, סא, הובא גם בטור) שכתב שמדובר במקרה בו הקונה התנה במפורש שישלם לאחר שיגיע למקום השוק. ופרשנות התנאי היא שהקונה ישלם לאחר שיגיע למקום השוק ויצליח למכור שם את היין ביוקר.

19. מגיד משנה מכירה יז, ה.

ב. אומדן דעת הצדדים: סיכונים וסיכויים

במשנה²⁰ מובאת דעתו של רבי אלעזר בן עזריה, שאם אדם אירס אישה והתחייב לה תוספת כתובה מעבר לחובתו על פי דין, ונפטר לפני החתונה – הכלה אינה מקבלת את תוספת הכתובה כיוון "שלא כתב [=התחייב] לה אלא על מנת לכונסה". כלומר, הבעל התכוון להתחייב את תוספת הכתובה בתנאי שבני הזוג יתחתנו. במקרה זה הבעל לא הזכיר את התנאי בדבריו בכלל, ובכל זאת מתחשבים בכוונתו. תוספות דנו בהקשר זה בשאלה מתי מתחשבים בכוונה ומתי לא:

שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה – אין לתמוה בסברא זאת, דבכמה מקומות בש"ס מצינו כן. ואם תאמר, אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא על מנת כן לקחה? ויש לומר, דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפילו אם אומר לו: 'אם תטרף יש לך לקבל הפסד' היה לוקחה. אבל הכא לא כתב כלל כי אם על מנת לכונסה ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק וכן **ההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי**.²¹

תוספות שאלו מדוע במקרה שאדם קונה פרה לשחיטה, והתברר לאחר השחיטה שהיא טרפה הקנייה איננה בטלה. הרי ברור שאילו היו שואלים את הקונה הוא היה אומר שהעסקה מותנית בכך שהפרה כשרה? תוספות השיבו שיש לחלק בין המקרים: לגבי בעל שנפטר לפני החתונה ברור לכל ("אנן סהדי") שההתחייבות שלו לאשתו מותנית בחתונה. תוספות מציינים שמקרה זה דומה ל"ההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי", כלומר, במקרה שהובא בגמרא כתובות, שבו פתחנו את הדין. לעומת זאת, מי שקנה פרה מוכן היה לקחת על עצמו את הסיכון שהיא תימצא טרפה.

תוספות מבהירים שהדרך לדעת מה הייתה דעתם של הצדדים היא לבחון מה היה קורה אילו הדברים היו מסוכמים במפורש בעת ביצוע העסקה. וכאן תוספות מניחים שלגבי קונה פרה, אילו שני הצדדים היו מדברים על הסיכונים במפורש, היה הקונה מסכים לעסקה ללא תנאי כיוון "שבאותו ספק [=שהפרה טרפה] היה רוצה ליכנס". לעומת זאת, לגבי תוספת כתובה, החתן היה עומד על כך שההתחייבות שלו תהיה מותנית. בהמשך, תוספות הקשו ממקרה נוסף, וחילקו בין שני סוגים של מקרים:

דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו, וכיון שבו תלוי ודאי אינו רוצה ליכנס בשום ספק. ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו, דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש...²²

20. כתובות נד, ב.

21. תוספות כתובות מז, ב, ד"ה שלא.

22. שם.

תוספות מבחינים בין עסקה חד־צדדית, כגון, מתנה, שבה יש ללכת אך ורק אחר דעת הנותן. לבין עסקה דו־צדדית, כגון מכר, שם יש ללכת אחר אומדן דעתם של שני הצדדים. רוצה לומר, בעסקה דו־צדדית, כל שלא הזכיר את התנאי, אין לבטל את העסקה. כבר כעת חשוב להדגיש כי מדברי התוספות עצמם עולה שיש מקרים שבהם גם עסקה דו־צדדית היא מותנית. שהרי התוספות כתבו כאן שתוספת הכתובה מותנית בחתונה, וכן השוו דין זה למוכר את נכסיו "ולא איצטריכו ליה זוזי". בשני המקרים האלה מדובר על שני צדדים: חתן וכלה, מוכר וקונה, ובכל זאת העסקה מותנית. וכך כתב בשו"ת נודע ביהודה בביאור שיטת התוספות:

נמצא שיש ג' חלוקים בדבר:

דבר שהוא אומדנא שאינו רוצה לכנוס באותו ספק כלל אפילו תליא בדעת שניהם אזלינן בתר אומדנא דחד לבטל אפילו מעשה שכבר נעשה, כמו זבין ולא איצטריכו ליה זוזי וכן נתן מעות לחתנו ומתה בתו בעודה ארוסה. ובדבר שיש סברא לומר שהיה מכניס עצמו בספק, אף שיש גם כן אומדנא שאם היה יודע בודאי שיארע דבר זה לא היה עושה, אם היה הדבר תלוי בדעת שניהם אי אפשר לבטל הדבר והיינו המוכר פרה וכדומה.²³ ואם הדבר תלוי בדעת חד שפיר גם בזה אזלינן בתר אומדנא.

בדברי הנודע ביהודה, עולה הבחנה בין שלושה סוגים של מקרים:

- א. כאשר ברור שאחד הצדדים היה מוותר על העסקה אילו הייתה סופית (ולא מותנית) – במקרה כזה העסקה מותנית גם כאשר היא דו־צדדית.
 - ב. בעסקה דו־צדדית, שבה שני הצדדים היו מוכנים להיכנס לעסקה סופית למרות הסיכון – העסקה איננה מותנית. זאת, למרות שברור שאילו אחד הצדדים היה יודע את העתיד לקרות היה מוותר על העסקה.
 - ג. עסקה חד־צדדית (כגון, במתנה) תלויה אך ורק בדעתו של הצד הפעיל (כגון, הנותן). ולכן, ההנחה היא שהנותן לא לקח על עצמו סיכונים, וכל אירוע שגרם לו לשנות את דעתו מהווה עילה לביטול העסקה.
- בשאלה כיצד לעמוד על כוונות הצדדים כאשר הדברים לא נאמרו במפורש נחלקו אחרונים. בספר משנה למלך כתב:

"זבין ולא איצטריכו ליה זוזי" הלוקח לא מפסיד מידי אי הדר ביה דוזי דיהיב קא שקיל. וכיון שהוא אינו מקפיד סמכינן אאומדנא דמוכר שאין הדבר תלוי אלא בדעתו. וכל מקום שאיכא למימר שאין הדבר תלוי אלא בדעתו ודאי אנן סהדי שאינו רוצה להכנס בשום ספק וסמכינן אאומדנא כיון שאין שכנגדו מקפיד במה שיארע אחר כך. אבל כל היכא דהוי דומיא דלוקח חפץ דאע"ג דאיהו לאו אדעתא

23. שו"ת נודע ביהודה יו"ד, טט.

דהכי עבד הא איכא דעת מוכר דבכל ענין מכר לא סמכינן כלל לאומדנא דאידיך דאדעתא דהכי עבד.²⁴

לדבריו, יש להבחין בין מקרה שבו התניית העסקה על ידי צד אחד לא תגרום נזק לצד השני, שבה הולכים רק אחר דעתו של הצד הראשון והעסקה מותנית, לבין מקרה שבו תליית העסקה בתנאי על ידי צד אחד תגרום נזק לצד השני – שם יש ללכת אחר דעתם של שני הצדדים ואז העסקה היא סופית.

דוגמה למקרה הראשון היא מי שמכר את נכסיו והתברר שאינו זקוק לכסף, במקרה זה לדברי המשנה למלך, הקונה לא הפסיד דבר כיוון שיקבל את כספו בחזרה. לפיכך, יש ללכת רק אחר דעתו של המוכר והעסקה היא מותנית. לעומת זאת, לגבי פרה שנמכרה ונמצאה טרפה – הפיכת העסקה למותנית לטובת הקונה, תגרום נזק למוכר. ולכן יש להתחשב בדעתם של שני הצדדים, ולכן העסקה סופית.

בדומה לכך כתב הב"ח:

וכדי ליישב דברי התוספות נראה דס"ל כיון דלשוכר ליכא פסידא אם חוזר בו המשכיר אלא מניעת ריוח דמיא להווא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל ואמר שלדעת כן הוא מוכר ולא עלה דלא נתקיים המקח במוכר מקרקעי, וכן היכא דזבין קרקע למיזבן חטי ולא איצטריכו ליה זוזי דהמכר בטל... ולא דמי לשוכר בית וחצר וחנות דהשוכר נפסד הרבה אם יוציאנו מן הבית תוך הזמן דלא אשכח לאגורי תוך הזמן דלא היה השכירות להרויח כדהכא גבי ריחים.²⁵

דהיינו, כאשר לצד אחד ייגרם נזק אם העסקה תהיה בלתי-מותנית, ואילו הצד השני לא יפסיד מהתניית העסקה אלא רק עלול להימנע ממנו רווח – אזי העסקה תהיה מותנית.

מסתבר שלפי דברי משנה למלך מניעת רווח ברור דינה כנזק (וכך נראה שהבין בשו"ת מנחת שלמה לקמן), כיוון שהצד השני לא יסכים להפסיד רווח ברור כדי למנוע מהצד הראשון הפסד. ולכן, נראה שתהיה מחלוקת ביניהם במקרה של משכיר דירה לשוכר, והשוכר ביקש לבטל את השכירות (כגון, כיוון שהחתונה התבטלה). לדעת הב"ח מדובר במניעת רווח של המשכיר ובהפסד של השוכר (שייאלץ לשכור דירה ללא צורך) ולכן העסקה מותנית, והיא בטלה עם ביטול האירוסין. לעומת זאת, לדעת משנה למלך המשכיר לא היה מסכים לוותר על רווח ברור מדמי השכירות ולכן העסקה איננה מותנית.

בשו"ת מנחת שלמה חלק על סברת המשנה למלך, ומדבריו למדנו שהוא הבין שגם מניעת רווח של הקונה היא עילה להתנגדות שלו להתניית העסקה:

וגם בעיקר הסברא של זוזי יהב זוזי שקל לא מובן, דמשכחת שהלוקח מפסיד, כגון שעכשיו נתיקרו הבתים או שערך הכסף ירד. ויותר פלא הוא דאיך חדשו סברא מעצמם שאין לזה שום רמז בתוספות.

24. משנה למלך זכיה ומתנה ו, א.

25. ב"ח חו"מ, שיה.

ולכן נראה בכונת התוספות, דבכהאי גוונא שהאומדנא היא גדולה ואנן סהדי שלא היה נכנס על ספק זה לא תלוי כלל בדעתו של צד השני...²⁶

דהיינו, כיוון שיש סיכון של אובדן רווח לקונה "כגון שעכשיו נתיקרו הבתים", לא ניתן לתלות את דין הגמרא בכך שלקונה לא יהיה כל הפסד או מניעת רווח.

וברוח זו כתב גם בשו"ת נודע ביהודה "דמסתמא אין המוכר מתרצה לזה שאם יתקלקל החפץ יבוטל המקח, דאטו בשופטני עסקינן שיתרצה לזה שהוא רק טובת חבירו".²⁷ כלומר, לא ייתכן שצד אחד יסכים לשאת בכל הסיכונים כדי להגן על הצד השני.

לטענתו, גם במוכר נכס שחזר בו יכול להיגרם נזק לקונה, ובכל זאת העסקה מותנית. מדבריו עולה שעצם קיומו של סיכון לצד השני אינו מלמד בהכרח שהעסקה היא סופית.

שני אחרונים אלה לא הציעו חלופה לדברי משנה למלך, וככל הנראה לדעתם הדבר תלוי בשיקולים של הצדדים, אותם ישקול בית הדין. כך למשל כאשר מדובר בצד אחד שחושש מנזק גדול מקיום העסקה, לעומת צד שני שחושש לנזק קטן מביטול העסקה – הרי שמן הסתם הסיכום היה על עסקה מותנית. כיוון שהצד השני מבין שאם העסקה לא תהיה מותנית היא לא תתבצע בכלל.

לסיכום חלק זה, בעקבות התוספות נחלקו אחרונים. יש שסברו שישנו מבחן אובייקטיבי על פיו ניתן לקבוע האם הצדדים היו מסכימים להוספת תנאי מכללא שיגן על אחד מהם, והוא היעדר סיכון לצד השני. לעומתם, אחרים סברו שאין מבחן אובייקטיבי ויש לשקול את דעתם ושיקוליהם של הצדדים בכל מקרה לגופו.

שתי הגישות שונות במידה ניכרת ממבחן הטרדן המתערב (Officious Bystander) המקובל בגישה הבריטית. על פי מבחן זה יש להוסיף תנאי מכללא רק כאשר מדובר על תנאי ששני הצדדים היו דוחים את ההצעה להוסיף אותו לחוזה כיוון שהוא מובן מאליו.²⁸ לעומת זאת, בהלכה המבחן הוא הסכמת שני הצדדים להוסיף את התנאי לחוזה גם אם הוא לא מובן מאליו.

ג. מידת המימוש של העסקה

בספר נתיבות המשפט הביא את דברי משנה למלך והוסיף עליהם כך:

נראה לפענ"ד, דהתוספות לא הקשו כלל במוכר פרה ונטרפה או מתנה שיהיה המקח חוזר אפילו אחר שנשתמש וחרש בהפרה, דהא ודאי ליתא, דכי קנה הפרה שתחיה לעולם... ולא עוד, דנראה לפענ"ד דאף אחר שהיה ראוי ליהנות בהן ההנאה זו שקנה עבורו, ג"כ לא אמרינן אומדנא... וכן בבית או פרה, כיון שקנה אותן להיות ראויין להדבר ההוא שקנה עבורו, כלתה הנאת הקניין...²⁹

26. שו"ת מנחת שלמה תנינא, ב"ג, קלד.

27. שו"ת נודע ביהודה יו"ד, סט.

28. גבריאלה שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה, עמ' 294.

29. נתיבות המשפט רל, א.

כלומר, לאחר מסירת החזקה בנכס לקונה ומתן האפשרות ליהנות ממנו – העסקה כבר אינה ניתנת לביטול. סברתו היא שלאחר שהקונה נהנה מהעסקה (או היה יכול ליהנות ממנה) הוא גומר בדעתו שהעסקה היא סופית ובלתי מותנית. סברה זו כתב גם בספר ערוך השולחן.³⁰ חשוב להדגיש שההנאה מהעסקה נעשית לאחר העברת הבעלות, והיא משפיעה אך ורק על גמירות דעתם של הצדדים.

גם בשו"ת מנחת שלמה הזכיר סברה דומה לגבי חיוב תוספת כתובה במקרה שהחתן מת קודם לחתונה:

בכה"ג שמצד הסברא בלא"ה לאו כלום הוא כגון מתה מן הארוסין או שמת הוא, הרי מצד השכל לא נגמר הדבר עד לנשואין אלא שמצד הדין ה"ז מהני משעת אירוסין בכה"ג מהני אומדנא לבטל, והיינו מ"ש הנתיבות הנ"ל דלאחר שלקחה לביתו לא מהני אומדנא כיון שכבר נגמר הדבר והוכיח כן מנכנסה לחופה ולא נבעלה דמשום חיבת חופה גמר ואקני אף על גב דאנן סהדי שאם הי' יודע שימות לפני ביאה לא הי' מתחייב אפ"ה חיבת חופה עושהו כגמר, והיינו כי אין זה שייך למקח טעות כיון שנולד רק אח"כ ורק מחמת תנאי, וכיון שנגמר ולא עשה תנאי אין מועיל.³¹

במצב בו העסקה כבר התממשה, אין כל דרך לבטל את העסקה לאחר מעשה מחמת אונס. אך לפני שהעסקה התממשה "מצד השכל", דהיינו, מצד הבנת הצדדים, עדיין הדברים אינם גמורים, אף שכבר נעשה מעשה קניין. במצב זה עדיין מועילה אומדנא וגילוי דעת, אף בלא תנאי מפורש כדי שהעסקה תהיה מותנית (הגם שיש שני צדדים לעסקה).³² עד כה עסקנו בהבחנות הנובעות מדעתם של הצדדים לעסקה, הבחנה שונה באופן מהותי היא זו המופיעה בשו"ת נודע ביהודה:

דמה שלא נעשה עדיין אלא שיש עליו חיוב לעשות מהני אומדנא לפוטרו מהחיוב אפילו במאי דלאו בדידיה לחוד תליא מלתא.³³

דהיינו, הדיון בתוספות בו פתחנו, עסק בעסקה שכבר הסתיימה, כגון מכר, ושם חילקו התוספות בין סוגי עסקות שונות. לעומת זאת, כאשר מדובר בהתחייבות שעדיין לא התממשה, ניתן לומר שהיא הייתה מותנית גם אם היא הייתה דר-צדדית.

ד. אופי העסקה: אישית או מסחרית

מבחן נוסף הוא שאלת אופי העסקה, האם היא עסקה רגילה עליה חלים הכללים שכבר נידונו, או שמא היא עסקה בעלת מימד אישי או דווקא מסחרי.

מבחן זה עולה ממקרה שבו עסק הרמ"א:

30. ערוך השולחן חו"מ שלד, יא

31. מנחת שלמה תניינא, ב"ג, קלד.

32. ראו עוד: שו"ת יביע אומר ט, חו"מ, יא, שהזכיר סברה זו בשם שו"ת חכמת שלמה ופקפק לגביה.

33. שו"ת נודע ביהודה קמא, יו"ד, טט.

מי ששכר בית לחבירו, והיה אוהבו ונעשה שונאו, אין יכול להוציאו מן הבית. ואם אמר ליה מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו, ונעשה שונאו, יכול להוציאו.³⁴

לדברי הרמ"א שינוי במערכת היחסים האישיים שבין משכיר ושוכר אינו מהווה עילה להפסקת השכירות. אבל אם המשכיר אמר שהשכרה היא תוצאה של מערכת היחסים האישיים אזי שינוי לרעה מהווה עילה להפסקתה. בקצות החושן הסתפק בעניין הסיפא של דברי הרמ"א:

אם כן, שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין דאע"ג דמפרש בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פלוני דלא מהני, אלא אם כן התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למכור מטלטלין. ואם כן, שכירות בתים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין, ולא מהני מפרש בשעת שכירות. ולכן נראה לענ"ד דקשה להוציא השוכר מן הבית תוך זמנו.³⁵ כאמור לעיל, הטור כתב שאזכור כוונותיו של המוכר הופכת את העסקה למותנית רק במכירת קרקע. על רקע זה כתב בקצות החושן שהשכרת קרקע דינה כמכירת מיטלטלין, ולא כמכירת קרקע. לפיכך, היא איננה מותנית גם אם המשכיר גילה דעתו בנוגע לקשר שבין ההשכרה לבין מערכת היחסים האישיים עם השוכר. רק כאשר הייתה התנייה מפורשת שהשכרה הופכת למותנית.

אמנם, בספר נתיבות המשפט הסביר את שיטת הרמ"א בכך שמדובר במקרה מיוחד:

לפענ"ד [נראה] דכאן ג"כ מיירי דוקא שהבית לא היה עומד אצלו להשכיר, רק לזה השכיר משום שהוא אוהבו, גם גילה דעתו שמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו, אז יכול להוציאו דמאי להא דסימן ר"ז סעיף ג' דאיכא אומדנא דמוכח... אבל בסתם משכיר בית שעומד להשכירו, אפילו אם אומר בפירוש מחמת שהוא אוהבו, ואפילו אמר תנאי בפירוש, לא מהני עד שכופל לתנאי...³⁶

כלומר, כאשר מדובר בבית שמיועד להשכרה, אזי רק התנייה בתנאי כפול שהשכרה מותנית בקשר החיובי בין הצדדים, תביא לביטול העסקה כאשר מערכת היחסים עלתה על שרטון. אבל בבית שאינו עומד להשכרה, והושכר אך ורק בגלל שמדובר באוהבו, השכירות בטלה כאשר נעשה שונאו גם אם לא היה תנאי אלא רק גילוי דעת שהשכרה היא תוצאה של מערכת היחסים המיוחדת.

הסברה היא שאילו הדברים היו מסוכמים באופן ברור מראש היה המשכיר אומר שהוא כלל אינו רוצה להשכיר את הבית, והוא עושה זאת רק בגלל שמדובר באוהבו. במצב כזה היה השוכר נאלץ לקבל את התנאי או לוותר על ההשכרה, כיוון שלמשכיר לא הייתה שום סיבה לוותר על דרישותיו.

בנוגע למבחנים הנוגעים לסוג הרכוש נשוא העסקה העיר בספר ערוך השולחן כך:

34. רמ"א ח"מ שיב, ט.

35. קצות החושן שיט, א.

36. נתיבות המשפט ביאורים שיב, ז.

ובקרקעות שאמרו חז"ל דהולכיך אחר גילוי דעת ואומדנא זהו מפני שמכירת ולקיחת קרקע אינה מדרך המסחר אלא כשצריך להקרקע לוקחה והמוכר מוכר גם כן מפני איזה סיבה. אבל בקרקע שעושים בה מסחר כגון הלוקח יערות לחטוב מהן עצים להוליכן ברפסודות למקום רחוק ודאי גם כן אף כשנתהוה איזה סיבה שאין ביכולת להוליכם או הוזלו שמה הסחורה המקח קיים וכל בעלי מסחר עושין כן ומימינו לא שמענו שיתבע הלוקח את המוכר בטענה כזו.³⁷

לדבריו, יש להבחין בין עסקה בעלת אופי מסחרי שאיננה ניתנת לביטול בשום מצב, כיוון ששני הצדדים מודעים לכך שייתכן שהעסקה תסתיים בהפסד, לבין עסקה לצורך שימוש עצמי, שניתנת לביטול כאשר התברר שהתנאים השתנו.

סיכום והשוואה

בעקבות הגמרא נפסק שאדם שמכר את ביתו כדי לעלות לארץ ישראל, והסביר את מטרתו בעת המכירה, והדבר לא הסתייע – יכול הקונה לבטל את המכר, אף שלא התנה את המכירה באופן מפורש. דהיינו, אדם שהסביר בעת מכירה את מטרתו, וזו סוכלה – יכול לבטל את העסקה כיוון שהעסקה הייתה מותנית.

עיקרון מרכזי שעלה מהתוספות הוא שיש להבחין בין עסקה חד-צדדית לעסקה דו-צדדית. בעסקה חד-צדדית שתלויה רק בדעת צד אחד (כגון, מתנה), יש מקום להוסיף תניות מכללא על פי צרכיו של הנותן. לעומת זאת, בעסקה דו-צדדית שתלויה בדעתם של שני הצדדים, ניתן להוסיף תנאי מכללא רק בנסיבות מסוימות, ואלו הן:

א. בהתאם לנכס שבו עוסקת העסקה – יש שכתבו שניתן להוסיף תנאי מכללא רק בנוגע למכירת בית וקרקע. לעומת זאת, פוסקים אחרים סברו שאין להיצמד לכללים נוקשים אלא יש לבחון את הנסיבות וההקשר. ברוח זו כתב רבנו חננאל שקניית כמות גדולה של יין כדי למוכרה ביום השוק מותנית בכך שהמחיר בשוק לא ירד. כמו כן, נתיבות המשפט כתב שיש מקרים שברור שיש להוסיף תנאי מכללא גם בקניית מקרקעין, ואחרונים אחרים כתבו שמכירת מיטלטלין מסוימים, כגון, תפילין, דינה כדין מכירת קרקע.

ב. אומדן דעת הצדדים: סיכונים וסיכויים – עיקרון מרכזי שעלה מדברי תוספות הוא שיש להעריך מה היו הצדדים מסכמים ביניהם אילו היו מתייחסים לאפשרות של ביטול העסקה.

בשאלה כיצד להעריך לאילו תניות הסכימו הצדדים נחלקו אחרונים: יש שקבעו עיקרון פורמאלי על פיו ניתן להוסיף תניה מכללא לטובת צד אחד רק כאשר השני אינו נפגע מביטול העסקה – כך כתבו המשנה למלך, נתיבות המשפט והנודע ביהודה.

37. ערוך השולחן חו"מ ר"ו, יד.

לעומתם, הרב שלמה ז. אויערבך חלק על כך שסברה זו היא השלטת, וטען שיש לבחון את שיקוליהם של הצדדים בכל מקרה לגופו ללא מבחנים אובייקטיביים.

ג. **בהתאם למידת מימוש העסקה** – נתיבות המשפט ואחרונים נוספים טענו שתניה מכללא תקפה אך ורק עד למימוש העסקה, אולם, לאחר שהקונה נהנה מהעסקה (ואף לאחר שהיה יכול ליהנות מהעסקה, קרי, לאחר העברת החזקה) היא הופכת לחלוטה.

הבחנה משלימה היא זו של הנודע ביהודה שהבחין בין חיוב וקניין – דהיינו, כאשר מדובר בהתחייבות שטרם התממשה הולכים אחר דעתו של המתחייב ולכן ניתן להוסיף תנאי מכללא, גם כאשר מדובר בעסקה דו-צדדית. לעומת זאת, כאשר מדובר על מכר שכבר בוצע אין מקום להוספת תניות מכללא אלא רק בתנאים שהוכרו לעיל.

ד. **בהתאם לאופי העסקה: אישית או מסחרית** – נתיבות המשפט כתב שעסקה שמותנית בקיומם של קשרים אישיים, תלויה בהמשך קיומם של קשרים ללא תלות ברכוש נשוא העסקה.

לעומתו, ערוך השולחן טען שעסקה בעלת אופי מסחרי לעולם איננה מותנית בתנאי מכללא ללא קשר לרכוש נשוא העסקה, בגלל מרכיב הסיכון שקיים בעסקים.

לסיכום ניתן לומר שבהלכה הוספת תנאי מכללא איננה בגדר אירוע יוצא דופן. אמנם, ניתן לזהות סיעה של פוסקים שהגדירו מבחנים אובייקטיביים להוספת תנאי מכללא, ולעומתם סיעה של פוסקים שהעניקו לבית הדין את הסמכות לבחון כל מקרה לגופו.

השוואה למשפט הנוהג – בעניין זה ההלכה שונה מאוד מהמשפט הנוהג במדינת ישראל שמצמצם מאוד את האפשרות להוסיף תנאי מכללא לחוזה. טרם חקיקת חוק החוזים אמצו בתי המשפט את התפיסה הבריטית בנוגע לתנאי מכללא.³⁸ כאשר על פי הגישה הבריטית תנאי מכללא יתווסף רק במקרה שבו התנאי הוא כל כך ברור שאילו היו הצדדים נשאלים עליו בעת חתימת החוזה הם היו אומרים שאין צורך לכתוב תנאי שהוא מובן מאליו. וכן במקרה שבו ללא התנאי תסוכל מטרתו העסקית של החוזה. לאחר חקיקת חוק החוזים גישתה של פרופ' גבריאלה שלי³⁹ היא שכבר אין מקום להסתמך על הגישה הבריטית בעניין זה. אולם היא מודה שבפועל, בתי המשפט ממשיכים לנהוג במידה רבה על פי הגישה הבריטית.⁴⁰

38. גבריאלה שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה, עמ' 294.

39. שם, 296-297.

40. ראו שם הע' 16.

כללי השלמה: השלמת פרטים שלא הוגדרו בחוזה

הרב הלל גפן

- א. כללי ההשלמה בחוק החוזים
ב. תשובת הריב"ש – מנהג הצדדים גובר על מנהג המדינה
ג. השפעת מנהג הצדדים בתחומים נוספים
ד. המשיכו ללא הסכם
ה. מנהג הצדדים כאשר שונו פרטים מסוימים בחוזה החדש
ו. סיכום
1. שותפות
2. שכירות דירה
3. שכר שדכנות (עבודה)

א. כללי ההשלמה בחוק החוזים

תפקידו של חוזה להגדיר את מה שסוכם בין הצדדים לחוזה. אלא שדבר מצוי הוא שחוזה אינו מתייחס לכל הפרטים, וכעת השאלה היא כיצד על בית הדין לפרש את החוזה ביחס לפרטים אלו.

בחוק נקבעו כללים להשלמת הפרטים החסרים. בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 נכתב כך:

פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים.

כלל ראשון הוא שיש ללכת לפי הנוהג בין הצדדים, דהיינו, לפי ההיסטוריה העסקית המשותפת של שני הצדדים. הכלל השני הוא שאם אין לצדדים לחוזה היסטוריה עסקית, אזי יש להשלים את הפרטים לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג. הכלל השלישי הוא שיש לנהוג על פי חוקים ספציפיים העוסקים בתחום בו עוסק החוזה, כגון, מכר, שכירות וכדומה. והכלל הרביעי הוא שיש לנהוג על פי חוקים כלליים.

כעת יש לבחון מהם כללי ההשלמה בהלכה. במסגרת זו נבחן את שאלת השלמת חוזה על פי מנהג הצדדים ומנהג המדינה.

ב. תשובת הריב"ש – מנהג הצדדים גובר על מנהג המדינה

לפני הריב"ש¹ הובא המקרה דלהלן: שליח ציבור השכיר עצמו לקהילה מסוימת, וסיכם עם

* הרב הלל גפן, מכון משפטי ארץ, עפרה; הישיבה הגבוהה בית אל.

מנהיגי הקהילה את תנאי העסקתו. בין השאר נקבע שהוא יהיה פטור ממס מסוים של הקהילה. לאחר תום תקופת השכירות הוא חידש את ההסכם עם מנהיגי הקהילה החדשים (המכונים "הברורים"), ובהסכם החדש לא הייתה התייחסות לאותו מס.

לפי הכרעת הריב"ש "הברורים האחרים ששכרוהו אחר כך, על דעת התנאי הראשון שכרוהו, אלא אם כן פירשו", כלומר ניתן להניח שהצדדים המשיכו את ההסכם על פי תנאי ההסכם הקודם שהיה ביניהם.

הריב"ש הביא לכך ראיה מהמשנה:² "קטן שהשיאו אביו, כתובתה קיימת, שעל מנת כן קיימה". דהיינו, קטן אינו יכול לקדש אישה, ואפילו אם אביו השיאו, אין תוקף לקידושו ולכתובה שכתב והתחייב לאשתו. למרות זאת כאשר גדל הקטן והמשיך לחיות עם אשתו הרי עשה זאת על דעת הכתובה שכתב לה כשהיה קטן, ולכן ההתחייבות נכנסת לתוקף.

אולם, הריב"ש מקשה שהרי נפסק שם שהכוונה היא דווקא לעיקר הכתובה: מאתיים זוז לבתולה ומאה זוז לאלמנה. אבל אינו חייב בתוספת שהוסיף מרצונו בהיותו קטן, אלא אם כן חידשו את הכתובה לאחר שגדל.³ אם כן, נלמד מזה שאין הולכים אחר התחייבויות קודמות.

אך הריב"ש מחלק ואומר שבמקרה המדובר במשנה הכתובה הראשונה הייתה בטלה לגמרי, כיוון שנעשתה על ידי קטן, ולכן אין לה תוקף ללא אישור מפורש. אבל שליח ציבור שעשה הסכם תקף שתוקפו פג, ואחר כך כרת הסכם חדש, עשה זאת על דעת התנאים הראשונים.

הריב"ש מביא ראיה נוספת לכך שדעת בני אדם היא על פי הסיכום הקודם שביניהם מהתוספתא במסכת קידושין:

המוכר חפץ לחבירו, זה אומר במנה וזה אומר במאתים, והלך זה לביתו וזה לביתו, ואחר כך תבעו זה את זה, אם הלוקח תבע את המוכר יעשו דברי המוכר, ואם המוכר תבע את הלוקח יעשו דברי הלוקח.⁴

כלומר כאשר צדדים הגיעו להסכם, הדבר נעשה על דעת מה שנאמר ביניהם בעבר, והצד היחום מקבל על עצמו את מה שנאמר על ידי הצד השני. לדעת הריב"ש, במקום שכבר הסכימו שניהם בתקופה הראשונה על תנאי מסוים, בוודאי שניתן להניח שדעתם סומכת על תנאי זה כאשר הם באים לחדש את ההסכם.

ראיה נוספת הוא מביא מדברי רב האי גאון ז"ל בתשובה:

שהמשכיר בית לחבירו לשנה, לסך ידוע, ועמד שם יותר, שאינו חייב לפרוע, ממה שעמד; אלא כמו סך השנה הראשונה, כיון ששתקו; ואף על פי שהוקר שכירות הבתים.⁵

1. שו"ת הריב"ש, תעה.

2. כתובות צ, א.

3. שם.

4. תוספתא קידושין ב, ט. תוספתא זו נפסקה להלכה בשולחן ערוך חו"מ רכא, א.

5. הובא בשו"ת הריב"ש, תעה.

דהיינו, שוכר שהמשיך לגור בדירה בהסכמת המשכיר לאחר תום תקופת השכירות חייב לשלם דמי שכירות כפי שסוכם בחוזה הראשון. זאת, למרות שבינתיים עלו דמי השכירות באזור.

מסקנת הריב"ש היא שאם יתברר שבשכירות הראשונה היה תנאי בין הצדדים שהחזן יהיה פטור מהמס הולכים אחר תנאי זה גם ביחס להמשך השכירות, ולא ניתן לדרוש ממנו מס עד סוף תקופת השכירות השנייה. אבל אם יתברר שלא היה תנאי מפורש ביניהם גם בנוגע לתקופת השכירות הראשונה, אלא שכרוהו סתם, צריך ללכת לפי מנהג המקום. כך פסק גם הרמ"א.⁶ בשו"ע⁷ פסק כתשובת רב האי גאון בנוגע לשכירות דירה. מכאן למדנו, שיש להשלים את החוזה קודם כל על פי מנהג הצדדים ובהיעדר מנהג כזה על פי מנהג המדינה. זאת, בדומה לכתוב בחוק החוזים.

כלל זה בנוי על העיקרון ההלכתי "כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה".⁸ על פי עיקרון זה אנו מניחים שאדם לא שינה את דעתו מהסיכום המפורש הקודם. ולכן, אם גילה את דעתו בתחילה, מעשיו הבאים נעשים על בסיס אותה כוונה, אלא אם כן הוכח אחרת. עיקרון זה שייך בכל התחומים, כגון פיגול בקדשים,⁹ עשייה לשמה בציצית, ספר תורה ותפילין,¹⁰ וכן בתנאים שבין אדם לחברו.¹¹

ג. השפעת מנהג הצדדים בתחומים נוספים

לעיל ראינו שיש להשלים הסכם חסר בין צדדים על פי מנהגם, לגבי שכירות עובד ולגבי שכירות דירה. להלן נראה כיצד עיקרון זה בא לידי ביטוי בתחומים נוספים:

1. שותפות

לפני רבי יו"ט צהלון¹² הובא המקרה הבא. ראובן מסר לשמעון 200 זוז שיתעסק בהם, והרווח או ההפסד יתחלקו בשווה, בנוסף, שמעון יקבל דינר זהב אחד בשכר טרחתו. בסוף השנה הראשונה חילקו את הרווחים וראובן נתן לשמעון דינר זהב.

השותפות נתארכה והמשיכה ובשנים הבאות חילקו ראובן ושמעון ביניהם את הרווחים אך לא שולם דינר זהב. לאחר כמה שנים תבע שמעון את כל הדינרים המגיעים לו על פי

6. רמ"א חו"מ קסג, ה; שלג, ח.

7. שולחן ערוך חו"מ שיב, ט.

8. ראו דובב מישורים א, לג, ושם הוכיח שכלל זה אינו בגדר ספק אלא ודאי.

9. מנחות טז, א: "נתן את הקומץ במחשבה ואת הלבונה בשתיקה".

10. הרא"ש, הלכות ספר תורה, ג, כתב שעניבוד העורות של ספר תורה ותפילין צריך לעשותו לשמה, אך רק תחילת העיבוד צריכה להיעשות לשמה בפירוש. אחרונים נימקו זאת על פי הכלל "כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה". ראו בעניין זה: שו"ת פנים מאירות א, מה; שו"ת בית שלמה או"ח, ה; אמרי בינה שם; שו"ת האלף לך שלמה או"ח, לא; קסת הסופר ב, לשכת הסופר, י; משנה ברורה לב, כה.

11. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שפז; שם אה"ע, ק; רמ"א חו"מ קסג, ה; שם רו, א; שם רכא, ח. ראו עוד: שו"ת הרשב"א ב, רכט.

12. שו"ת מהריט"ץ (ישנות), ריז.

ההסכם שביניהם, וראובן טען שבכל שנה עשו חשבון וכיון ששמעון לא תבע דינר זהב הרי שמחל עליו. מהריט"ץ ענה: "דאע"ג דהתנאי לא היה אלא בשנה ראשונה כיון שנמשכה השותפות כמה שנים מסתמא על דעת התנאי הראשון היה".

2. שכירות דירה

ראיה לדבריו הוא הביא מתשובת הרא"ש¹³ האומר שהמשכיר בית לחברו לשנה, ואחר שכלתה השנה נשאר השוכר בבית עוד חודש, יכול המשכיר לטעון שהשכירות ממשיכה לעוד שנה ואין השוכר יכול לעזוב באמצע השנה כיוון שאילו ידע שרצונו לעזוב היה משכיר לאחר.

מהריט"ץ הסיק מכך שהמשכיר אינו יכול להוסיף לו על שכרו, והשוכר אינו יכול לפחות, כיוון שהשכירות ממשיכה לשנה נוספת באותם תנאים. הוא הדין בשותפות – ההסכם הראשון תקף לשנה נוספת, והכול נעשה על דעת ההסכם הראשון. הלכה דומה נפסקה גם בשולחן ערוך:

אבל אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון.¹⁴

3. שכר שדכנות (עבודה)

בשו"ת בצל החכמה השתמש בעיקרון זה לעניין תשלום שכר שדכנות, וכתב כך:

אבל אם התנה השדכן לפני בואו למקום הזול ששכרו יהי' ביוקר כמנהג מקומו או אם אחר שבא למקום החתן והכלה הצליח לזווג עוד בן ובת של אנשים אחרים שלא הזמינוהו פשוט שעבור זיווג זה השני שכרו בזול כמנהג מקום החתן והכלה. אבל אם בשידוך זה השני זיווג בתו או בנו השני של זה שהזמינו נראה שאם בטיפולו בזיווג זה השני לא התנו ביניהם כלום אלא זיווגם סתם אז מקום לומר כי על דעת תנאו הראשון זיווגם ושכרו גם עבור שידוך זה השני ביוקר כמנהג מקום השדכן וכפי שהתנה לפני בואו למקום החתן והכלה להשתדל בקשר לשידוכו של הבן שבשבילו הזומן.¹⁵

דהיינו, שדכן שהגיע ממקום בו שכר הטרחה המקובל גבוה (מקום היוקר) למקום בו שכר הטרחה נמוך (מקום הזול), והתנה את בואו בתשלום גבוה. אם בהיותו במקום הזול ביצע שידוך נוסף לזמי שהזמין אותו, שכרו כמקום היוקר, כיוון שעבד על דעת הסיכום הראשון. לסיכום, לדעת רוב האחרונים שני צדדים שהיה ביניהם הסכם למשך זמן מסוים, והמשיכו לקיים יחסים עסקיים גם לאחר שעבר זמן ההסכם, דעתם היא על פי תנאי ההסכם שהיה ביניהם.

13. שו"ת הרא"ש א ז. התשובה מובאת בטור חו"מ סימן שיב.

14. שולחן ערוך חו"מ שיב, ט.

15. שו"ת בצל החכמה ג, ל.

ד. המשיכו ללא הסכם

הרמ"א כאמור הלך בעקבות הריב"ש, אלא שהוסיף את ההסתייגות הבאה:

שליח צבור שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה בתנאי כך וכך, ואחר כך השכיר עצמו לבני העיר הזאת עם מנהיגים שניים, ולא התנה, ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו.

ודוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שנייה; אבל אם עמד עמהן בשתיקה, לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון.¹⁶

לפי מה שמתבאר בספר דרכי משה¹⁷ הרמ"א מסתמך בדבריו על תשובה של המהרי"ק.¹⁸ מהרי"ק עסק במקרה הבא: לראובן ושמעון היה הסכם שותפות בחנות, ועל פי ההסכם הם אמורים להתחלק ברווחים שווה בשווה. בנוסף לכך הוסכם ביניהם בעל פה שראובן ישלם לשמעון 100 דוקטי כל שנה. על סכום זה היו ביניהם ויכוחים, כיוון שראובן התכחש להתחייבות זו ולא שילם את הסכום.

פשרנים שניסו לפשר ביניהם קבעו שעל ראובן לשלם סכום זה כל זמן שנמשך הסכם השיתוף. לאחר שנגמר הזמן הקצוב בשטר הם המשיכו את שותפותם שנה נוספת, ואחר כך פרקו את השותפות. כעת שמעון דורש מאה דוקטי גם עבור שנה זו, וראובן טוען שגם על השנים הקודמות הוא שילם שלא ברצונו אלא מחמת הפשרנים.

המהרי"ק כתב ביחס לנקודה זו שראובן ודאי לא התכוון להמשיך את השותפות על פי אותו תנאי שישלם מאה דוקטי, כיוון שאנו רואים שהוא התנגד לתשלום זה גם בשנים הקודמות.

המהרי"ק מביא ראייה לשיטתו מהסוגיה בכתובות¹⁹ "קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת" וחייב לשלם לה רק את עיקר כתובתה על פי כתובתה הראשונה, אך למרות זאת אינו חייב בתוספת שהתחייב לה בכתובה זו, כלומר שהמשך חיי הנישואין אינו על דעת התוספת שהתחייב לה בכתובה הראשונה.

הרמ"א בדרכי משה הביא מתשובה זו ראייה לשיטתו שאם החזן לא חזר והשכיר עצמו לשנה נוספת, אלא המשיך בעבודתו בשתיקה, אין אומרים שהדבר נעשה על דעת התנאי הראשון.

הט"ז²⁰ והש"ך²¹ חלקו על הרמ"א, וטענו שאין הנידון דומה לראיה. לדבריהם, במעשה שהובא במהרי"ק לא הייתה הסכמה על התנאי הראשון. ראובן לא הסכים לאותו תשלום שנתי של מאה דוקטי, ונאלץ לקבל תנאי זה מחמת הפשרנים. לכן כאשר המשיכו בשותפותם ללא הסכם אין לומר שעשה זאת על דעת התנאי הראשון. לעומת זאת, עם

16. רמ"א חו"מ שלג, ח.

17. דרכי משה חו"מ שלג, ו.

18. שו"ת מהרי"ק, קיח.

19. כתובות צ, א. סוגיה זו הוזכרה גם על ידי הריב"ש לעיל.

20. ט"ז חו"מ שלג, ח.

21. ש"ך חו"מ שלג, מד.

החזן שבתשובת הריב"ש הוסכם בחוזה הראשון שיהיה פטור ממס, ולכן מסתבר שהמשיך בעבודתו על דעת התנאי הראשון.

הט"ז והש"ך מבססים את החילוק הזה על תשובת הריב"ש שהבאנו. כאמור, אחת מראיות הריב"ש הייתה מתשובת רב האי גאון ז"ל בנוגע לשוכר שהמשיך לגור בדירה ללא הסכם, שחייב לשלם כפי שסוכם בהסכם הראשון.

הריב"ש חילק בין תשובה זו לבין קטן שהשיאו אביו לאשה וגדל, שכתובתה הראשונה בתוקף, אבל אם שתקו יש לה רק מנה ומאתיים ולא תוספת. הריב"ש מחלק בין כתובה זו שהיא בגדר "דבר שהיה בטל מתחילה כשנעשה" שהרי לפני שגדל לא היה לה כל תוקף, ולכן אין לה תוקף גם כעת אם המשיכו בשתיקה. לעומת זאת, שכירות הבית הייתה "דבר קיים" שזקוק להארכה, ולכן גם אם הארכה זו נעשתה בשתיקה – הרי שהיא נעשתה לפי התנאים הקודמים.

הט"ז²² פירש את חילוקו של הריב"ש כך: תוספת כתובה היא דבר שאינו הכרחי, כיוון שאדם אינו חייב לכתוב לאשתו תוספת מעבר למאתיים זוז שהם עיקר הכתובה. לכן אין הכרח לומר שההתחייבות המקורית ממשיכה בתקופה השנייה כאשר לא היה סיכום מפורש. לעומת זאת, חזן שממשיך בעבודתו בשנה השנייה ודאי שזכאי לקבל שכר, ומסתבר ששיעור השכר יהיה לפי המוסכם כבר ביניהם. הוא הדין גם לגבי שוכר שהמשיך לגור בבית ללא הסכם, שבוודאי צריך לשלם שכר דירה. השאלה היא רק מה יהיה גובה שכר הדירה, וזה ייקבע לפי ההסכם הראשון. כיוון שכך, הט"ז חולק על הרמ"א, ופסק שגם המשך בשתיקה נעשה על פי ההסכם הראשון.

גם הש"ך²³ חלק על הרמ"א, וכתב שכאשר הייתה הסכמה בין הצדדים בשנה ראשונה, ובשנה שנייה המשיכו בשתיקה, מן הסתם דעתם הייתה על התנאי הראשון.

כדי ליישב בין דברי הרמ"א לבין תשובת רב האי, הש"ך מחלק בין מצבים שונים של תנאי בין הצדדים. ישנם מצבים שבהם המשך בשתיקה דינו ככריתת הסכם חדש, כיוון שאחד הצדדים אמור להתקומם אם הוא מתנגד להמשך ההסכם הקיים. לפיכך, אם המשיכו בשתיקה, יש לומר שהייתה הסכמה להמשיך את ההסכם הקודם.

כך הוא המצב בתשובת רב האי, כיוון שאם המשכיר מתנגד להמשיך את ההסכם הקודם, עליו להשכיר את הבית לאדם אחר ולא להניח לשוכר הקודם להמשיך לגור בביתו. לפי זה אם התנאי בין החזן לבין הקהל היה שהחזן יגור בדירה השייכת לקהילה בחינם, והחזן ממשיך לגור שם בשנה השנייה ללא הסכם מפורש, אזי החזן ימשיך להיות פטור משכר דירה גם בשנה השנייה. זאת, אפילו המשיכו בשתיקה, כיוון שאם מנהיגי הקהילה רצו לעשות הסכם חדש ושונה היו צריכים לומר זאת, ובוזה מודה גם הרמ"א.

אבל הרמ"א דיבר על פטור ממס, ובנוגע לכך המשך עבודת החזן לא אמורה לגרום לקהילה להתקומם. כיוון שאין להם התנגדות לכך שהחזן ימשיך בעבודתו, ולכן אין ראייה משתיקתם על הסכמה מצדם להמשך הפטור ממס. את החילוק הזה אומר הש"ך כדי

22. ט"ז חו"מ שלג, ח.

23. ש"ך חו"מ שלג, מד.

ליישב את דברי הרמ"א, אך הוא עצמו סובר שבכל מקרה שעמדו בשתיקה דעתם היא על התנאי הראשון.

ערוך השולחן²⁴ הסכים עם הט"ז והש"ך, שאם הצדדים המשיכו בשתיקה ללא כריתת חוזה חדש הרי זה על דעת החוזה הראשון. כדי ליישב את הרמ"א הוא אומר שכוונתו הייתה רק לוויכוח בנוגע להמשך ההתקשרות, ולא לזמן שכבר עבר. כלומר: אם העובד עבד שנה על פי ההסכם הראשון, ואחר כך עבד עוד חצי שנה בשתיקה, אזי גם לפי הרמ"א עבודתו הייתה על דעת תנאי ההסכם הראשון. אבל אם אחד הצדדים רוצה לשנות את ההסכם מכאן ואילך הוא רשאי כי אין הסכם אחר על זמן זה.

אמנם ערוך השולחן מעיר כי מה שכתב בנוגע לשוכר שהמשיך לגור ללא הסכם²⁵ אין זה אלא מצד העובד, אבל מצד בני העיר אין יכולים לשנות את ההסכם גם להמשך ההתקשרות. נראה שטעמו הוא משום שבאמצע השנה יקשה על העובד למצוא מקום עבודה אחר.

גם בשו"ת דברי מלכיא²⁶ ובשו"ת בצל החכמה²⁷ משמע שהם מסכימים עם דעת הש"ך. לעומתם, בספר מחנה אפרים²⁸ הסכים עם דעת הרמ"א. גם הוא מפרש שדברי הריב"ש אמורים רק במקום שנעשה הסכם בשנה השנייה, והסכם זה הוא על דעת ההסכם הראשון. לעומת זאת, כאשר עמדו בשתיקה אין הכרח שדעתם היא עדיין על פי תנאי ההסכם שעבר זמנו. גם בשו"ת ציץ אליעזר²⁹ הסכים עמו, בניגוד לדעת הש"ך, ולכן כתב שאם שוכרים המשיכו לגור בשתיקה לאחר סיום חוזה השכירות מבלי לחדש אותו, יכול המשכיר לדרוש מהם שיוסיפו על דמי השכירות למפרע מסוף החוזה לפי גובה שכר הדירה המקובל.

לסיכום פרק זה, לגבי צדדים שכרתו הסכם לזמן קצוב, ולאחר תום הזמן המשיכו הצדדים את ההתקשרות ללא סיכום חדש, נחלקו אחרונים: יש שכתבו על פי דברי הריב"ש שאומדים את דעת הצדדים שכוונתם להמשיך את ההסכם כפי התנאים שהיו בהסכם הראשון. לעומתם, יש שכתבו שאם המשיכו הצדדים את ההסכם בשתיקה, אין אומרים שעל דעת ראשונה עשו.

כאמור, רב האי גאון כתב שאם אדם השכיר בית לחברו לשנה בסך מסוים, והשוכר המשיך לגור בבית ללא סיכום, חייב השוכר לשלם כמו שסוכם לגבי השנה הראשונה. על פי הגישה השנייה, יש לפרש שדברי רב האי אמורים דווקא בשכירות בתים, שכיון שהשוכר דר בביתו של המשכיר, הרי זה כאילו השכירו בפירוש על תנאי ההסכם הראשון, שאם לא כן לא היה המשכיר מניחו לדור בביתו. ויש שפירשו שתשובת רב האי עוסקת במקרה

24. ערוך השולחן חו"מ שלג, ל.

25. ערוך השולחן חו"מ שיב, טו.

26. שו"ת דברי מלכיא ל, ד, קמד.

27. שו"ת בצל החכמה ג, ל.

28. מחנה אפרים שכירות, יא.

29. שו"ת ציץ אליעזר ה, ל.

שהייתה השכירות הראשונה לזמן שאינו קצוב, ומסתמא נתכוונו שכן יהיה סכום השכירות לכל שנה ושנה.

ה. מנהג הצדדים כאשר שונו פרטים מסוימים בחוזה החדש

מקרה מורכב יותר הוא כאשר נכרת חוזה חדש ונעשו בו שינויים ביחס לחוזים הקודמים – האם גם במקרה כזה ההשלמה תהיה על פי מנהג הצדדים בחוזים הקודמים, או שמא, כיוון שנעשו שינויים אין ללמוד מהחוזים הקודמים.

כאמור, הרמ"א פסק להלכה את תשובת הריב"ש שכאשר נכרת חוזה חדש, וחסרה בו התייחסות לפרט מסוים, יש להשלימו על פי החוזה הקודם.³⁰ על כך העיר בעל ספר הלבוש (עיר שושן):

ש"ץ שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה ובתנאי כך וכך, ואחר כך בשנה השניה השכיר עצמו עוד למנהיגים אחרים³¹ סתם ולא התנה התנאי הזה, אמרינן ודאי מסתמא על תנאי הראשון השכיר עצמו, ודוקא שחזר והשכיר עמהם בשנה השניה **בין גרעו בין הוסיפו** בשכירות בין לא גרעו בין לא הוסיפו לו, אמרינן על דעת תנאי הראשון השכיר.³²

לדבריו, חזן שחזר והשכיר עצמו למעביד לשנה שנייה, הרי שיש להשלים את הפרטים החסרים בחוזה על פי ההסכם הראשון. זאת, גם אם בהסכם החדש ישנם פרטים שונים מההסכם הראשון. לעומתו הש"ך כתב:

פירוש שהשכיר עצמו בסתם להיות אצלם עוד שנה הלכך אמרינן כיון שלא התנה ודאי על תנאי הראשון הזכיר, ועל זה מייתי הריב"ש סימן תע"ה שפיר ראיות, אבל אם השכיר עצמו וקצב סך השכירות ולא הזכיר התנאי ודאי אמרינן שפיר דמדקצבו השכירות ולא התנאי אם כן לא על התנאי שכרוהו דהוה ליה כקציבה חדשה, וכל הראיות שהביא הריב"ש שם לא דמיין לזה. ודלא כהעיר שושן שכתב ודוקא שחזר והשכיר עמהם בשנה השנייה בין גרעו או הוסיפו בשכירות בין לא גרעו ולא הוסיפו לו כו' ולא ידעתי מנין לו הא.³³

כלומר, לדעת הש"ך אם נערך הסכם חדש ובו קצבו את שכרו של החזן, ולא חזרו על התנאי הראשון, אנו אומרים שדווקא פרטים אלו סוכמו אך תנאים שהיו בהסכם הראשון ולא חזרו עליהם בטלים.

30. רמ"א חו"מ שלג, ח.

31. הסמ"ע שלג, לא, כתב שאם החוזה השני נכרת עם המנהיגים הראשונים ודאי שהוא נעשה על דעת התנאי הראשון כיוון שמנהיגים אלו ודאי יודעים עליו. כוונת הרמ"א היא שאפילו אם בזמן החוזה השני היו מנהיגים אחרים אנו מניחים שהוא נעשה על דעת התנאי הראשון.

32. לבוש חו"מ שלג, ח.

33. ש"ך חו"מ שלג, מב.

בפסקי הדין הרבניים³⁴ עסקו במקרה שבו התנהל משא ומתן בין מעטיק לעובדים, ונחתם הסכם שכר חדש, שבו לא נזכרה תוספת תשלום לחג שניתנה בהסכם הראשון. בית הדין כתב שלפי הש"ך העובדים אינם זכאים לתוספת זו, כיוון שלא הזכירוהו בהסכם החדש.

אמנם בהמשך כתב בית הדין שדברי הש"ך אמורים במקום שהעובד סיים את תקופת החוזה הראשון, והתנהל עמו מו"מ על תקופה נוספת. במקרה כזה בטל התנאי הראשון אם לא הזכירוהו, כיוון שהכל מתחיל מחדש עם תנאים חדשים. לעומת זאת עובדים קבועים שהתנהל עמם מו"מ על הסכם חדש לא איבדו את זכויותיהם הקודמות, וההסכם החדש אינו מבטל את הקודם אלא בא על גביו.

בתשובת חמדת שלמה³⁵ כתב שיש לחלק בין שני מקרים: כאשר לא שינו את דמי השכירות, אז ניתן להניח שההסכם החדש ממשיך את ההסכם הקודם, ולכן אי הזכרת חלק מתנאי החוזה הראשון מוכיחה שחלק זה בטל.

אבל אם שינו את דמי השכירות ולא התייחסו לשאר פרטי החוזה, אין להסיק מכך ששאר הפרטים בטלים, כיוון שאת גובה דמי השכירות הזכירו בגלל השינוי, ואת הפרטים שלא השתנו לא היה צורך להזכיר. אולם מסוף דברי הש"ך הוא מוכיח שהש"ך לא סבר כך, אלא שבכל אופן הסכם חדש מבטל את הקודם לו.

יש מקום לומר שדברי הש"ך שאם "קצבו השכירות ולא התנאי אם כן לא על התנאי שכרוהו דהוה ליה כקציבה חדשה" שייכים רק בתנאי כמו פטור ממס, שהיעדר התייחסות אליו משמעה ויתור עליו. אבל פרטים שחייבים להתייחס אליהם כגון מקום אספקת הסחורה ותנאי אשראי, שלא ייתכן הסכם בלעדיהם, יושלמו על פי הסכמים קודמים גם אם שונו חלק מהפרטים.

בשו"ת שואל ונשאל כתב שהואיל ונחלקו הלבוש והש"ך הרי שמספק אין להוציא מהמוחזק:

ולדינא נראה לי דבכהאי גוונא המוחזק יכול לומר קים לי אם הקהל קדוש או המלמד כיון דהויא פלוגתא דרבוואתא בכוונת מור"ם ז"ל.³⁶

לעומת זאת, ערוך השולחן הכריע כדעת הלבוש:

כל מי שנתמנה אצל הצבור כמו רב או ש"ץ או שו"ב או שארי התמנות ועשו עמהם כתב לכך וכך שנים על פרטים אלו אם אח"כ השכיר עצמו אצל צבור זה הן עם המנהיגים הראשונים הן עם מנהיגים אחרים שישאר עוד על זמן כך וכך ובפרטים לא דברו נשאר על הפרטים הראשונים ודוקא שלא הזכירו כלל אודות הפרטים אבל אם קצתן הזכירו וקצתן לא הזכירו אין לו אלא פרטים אלו שהזכירו ולא האחרים דאם היה דעתם על כל הפרטים הקודמים למה פרטו את אלו [כ"מ בש"ך סקמ"ב] ויש מי שאומר שאפילו קצבו השכירות ולא שארי דברים אין לו רק שכירות ולא

34. פסקי דין רבניים ח, עמ' קיט.

35. שו"ת חמדת שלמה א"ח, ז.

36. שו"ת שואל ונשאל ה, חו"מ, נג.

שארי דברים ולא נראה כן דשכירות הוא עיקר הבנין ולכן הזכירו זה בפרטיות ומ"מ שארי פרטים הקודמים קיימים ואף אם הוסיפו או גרעו בשכירות שארי הפרטים נשארו בתקפם [וזהו כוונת הלבוש ועי' ש"ך] ועי' מ"ש בסעיף ט"ו.³⁷

לסיכום, נחלקו האחרונים מה הדין כאשר בהסכם החדש ישנם פרטים שהשתנו ביחס להסכם הקודם. לדעת הלבוש גם במקרה זה יש להשלים את הפרטים שאין התייחסות אליהם לפי ההסכם הקודם, ולדעת הש"ך אין ללמוד מההסכם הקודם.

ו. סיכום

צדדים שהייתה ביניהם התקשרות על בסיס הסכם שנכרת ביניהם וכלל פרטים שונים, ואחר כך התקשרו שוב בעסקה נוספת ובהסכם החדש חזרו על חלק מפרטי ההסכם הקודם והחסירו פרטים – יש להשלים על פי מה שסיכמו בהסכם הראשון. זאת, על פי הכלל ש"כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה". השלמת הפרטים על פי מנהגם של שני הצדדים להתקשרות גוברת על מנהג העולם.

כלל זה בא לידי ביטוי בתחומים הלכתיים מגוונים, כגון, שכירות בתים, שכירות עובדים, שדכנות, שותפות וכדומה.

כאשר הצדדים לא כרתו הסכם חדש, אלא המשיכו את ההתקשרות בשתיקה, נחלקו הפוסקים. יש מי שכתבו (ש"ך, סמ"ע) שכל פרטי ההסכם הראשון חלים על ההתקשרות החדשה, ויש מי שכתבו (רמ"א, מחנה אפרים) שאין הדבר כך.

גם כאשר בהסכם החדש ישנם פרטים שהשתנו ביחס להסכם הקודם ישנה מחלוקת. לדעת הלבוש גם במקרה זה יש להשלים את הפרטים שאין התייחסות אליהם לפי ההסכם הקודם, ולדעת הש"ך אין ללמוד מההסכם הקודם.

מסתבר שכאשר מדובר על פרטים שבוודאי היו חלק מההסכם, כגון, מועד תשלום ומקום האספקה, יש ללכת אחר מנהג הצדדים בכל מצב לדעת כל הפוסקים.

37. ערוך השולחן חו"מ שלג, כט.

החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: "חוזה אחיד" בהלכה

הרב ד"ר אלי גורפינקל

מבוא	3. שטר שנכתב ע"י צד אחד
א. הדין היסודי	4. תנאים שניתן להניח שהחותם המסוים לא היה מודע לקיומם
ב. אופנים בהם טענת אי-ההבנה מתקבלת	5. חיובים שאינם סבירים
1. תוספות שאין לצפות שיופיעו בהסכם	סוף דבר
2. חותם הנתון במצב נפשי מיוחד	

מבוא

ייחודו של החוזה האחיד לעומת כל חוזה אחר הוא, שבניגוד לחוזה הנערך ונחתם בין שני אנשים, השותפים לניסוחו באופן מלא, החוזה האחיד מנוסח על ידי אחד הצדדים להתקשרות, לטובת התקשרויות רבות עם צרכנים שונים. לרוב, מנסחי החוזה הם "הצד החזק", חברות גדולות, בנקים, קבלני בניין וכדומה, שביכולתם לשכור את שירותיהם של משפטנים, שינסחו עבורם חוזה שייטיב איתם ככל שניתן, ויקפח את הצד עמו הם מתקשרים. לעתים, החוזה האחיד משופע בפרטים טכניים מקצועיים, בניסוחים שאינם נהירים להדיוטות ובאותיות קטנות, שלא תמיד טורח הלקוח לקרותן. חוזים מסוג זה הם פרי ההתפתחות התעשייתית האדירה של המאה האחרונה, מכוחה נוצרו תאגידים רבי עוצמה, המתקשרים עם אלפי לקוחות, ומשום כך, אין ביכולתם לשבת ולערוך חוזה מיוחד עבור כל לקוח.

אופיים של חוזים אלו, עורר לא אחת את השאלה, האם נכון להניח, כדרך שמניחים בחוזה רגיל, שהחותם על החוזה מודע לתנאי החוזה, ומשום כך, לא תשמע טענתו, שלא הבין את פרטי החוזה, ולא היה מודע למשמעות חתימתו.¹

* הרב ד"ר אלי גורפינקל, בית הספר ללימודי יסוד ביהדות, אוניברסיטת בר-אילן.
גירסה ראשונה של מאמר זה התפרסמה בספר **משפטי ארץ ב - טענות וראיות** (תשס"ה), עמ' 299-309.
כאן נידונה הסוגיה מחדש בתוספת מקורות נוספים.
1. מאמרי יתרו בדין על נקודה זו. דיון שלם במעמדו ההלכתי של "חוזה אחיד" דורש עיסוק בנושאים נוספים, דוגמת: תנאי שבחובה האחיד מול תנאי אחר מפורש, תנאי שבחובה האחיד מול דין תורה, ועוד.
לעניין זה ראו: ש' ורהפטיג, "חוזה אחיד במשפט העברי", **שנה בשנה** (תשל"ד), עמ' 236-246.

לכאורה, טענתו של מי שחתם על חוזה, שלא קרא אותו, או שקרא ולא הבין את משמעותו, היא טענה משוללת תוקף. המתחייב חתם על השטר בבחירתו המליאה, והיה עליו לבחון היטב במה הוא מתחייב. במידה ולא עשה כן – אין לו להלין אלא על עצמו בלבד.

אמנם, הסבר זה מובן לגבי סוחר, האמור להבין בתחום זה. ניתן אף לקבלו בדוחק לגבי אדם רגיל, המבצע עסקה מיוחדת, כזו שאינה מזדמנת בכל יום, כגון רכישת דירה. בעסקה מסוג זה, אדם סביר משתדל 'ללמוד' את 'כללי המשחק', על מנת שלא להפסיד, ואם הוא רואה שאינו מסוגל לכך – הוא מתייעץ בבעל מקצוע או עורך דין.

אולם, האם ניתן לקבל את ההסבר, לגבי אדם מן היישוב נמצא בקשרים עסקיים עם גופים רבים, כגון בנק, חברת ביטוח, חברת אשראי, ועוד? האם נוכל לומר בבטחה שאדם זה מבין היטב את משמעותיהן של האותיות הזעירות והניסוחים המשפטיים המסובכים המוגשים לחתימתו, לעתים, בתוך חוברת עבה של טפסים?

אמנם, ניתן היה לצפות שאדם שקול לא יחתום על טפסים מסוג זה, אך בכל אופן, עינינו רואות שהציבור נוהג לחתום עליהם. על מה מסתמכים החותמים?

נראה, שמרבית החותמים מניחים שכיוון שמדובר בהתקשרות ממוסדת, ובחווה שעל שכמותו חותמים אלפי או מאות אלפי אזרחים נוספים, 'מישהו' בודאי קרא וביקר אותה. כאשר מדובר בחברה כלכלית גדולה כגון בנק או חברת ביטוח, הדברים גם מוסדרים ע"י רשויות המדינה: באחריות המפקח על הבנקים לאשר כל מסמך שכזה.

לכן, במקרים רבים, כאשר מתברר למתחייב עד כמה הוא משועבד, הוא טוען להגנתו שלא שיער שזו היא משמעות התחייבותו.

מאמר זה נועד לבחון מהו יחס ההלכה לחוזה האחיד, ולטענות מן הסוג האחרון.

א. הדין היסודי

להלכה, החותם על שטר מתחייב בכל הכתוב בו, ואינו יכול לטעון שלא ידע מה כולל השטר. מקור הדין הוא בדברי הרשב"א בתשובותיו, וזו לשון השאלה –

שאלה: הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן (=כתב) של כותים, מהו? כיון דלא ידיע למקרי, לא מהני; או דילמא, דלא אתמר אלא בעדים, דליתנהו בתורת עדות כיון דלא ידיע למקרי. אבל בהודאת בעל דין, הא אודי כל מה דכתיב עליה?

כלומר, האם כיוון שלטענת החותם השטר נכתב בשפה אותה אין הוא מבין, חתימתו אינה מעידה על גמירות דעתו לקבל את כל תנאי ההסכם – כשם שחתימת עדים על שטר הכתוב בשפה שאין הם מבינים אותה אינה תקפה והשטר פסול; או שמא, כאשר החותם הוא בעל הדין יש לראות את חתימתו כמעין "הודאת בעל דין", והסכמה לכל תנאי השטר?

בתשובתו, מכשיר הרשב"א את השטר, ונותן תוקף לכל ההתחייבויות הנובעות מן החתימה, מכוחם של שני נימוקים –

2. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, עו; מופיע בקיצור בשו"ת הרשב"א א, תקפה.

כל שחתם ידו יוצא עליו, גובין ממנו מבני חרי. דאפילו לכשתמצא לומר: דכשאינו יודע לקרות, לא מתחייב, מכל מקום, מסתמא אני אומר: **כל שהוא חותם, ודאי קרא ואחר כך חתם**. ומאן לימא לן שאינו יודע? ואע"פ שאין רובן של ישראל יודעים לקרות בשטרי ארמאי. כיון דאפשר דיידע, חזקה כיון דחתם, ידע וקרא!... ועוד אני אומר לפי עיקר השאלה: שאפילו כשהמלוה מודה לו שאינו יודע לקרות, אי נמי שיש עדים שחתם עד שלא קראו, מכל מקום מתחייב הוא עתה בכל מה שכתוב בו. כיון שלא חשש לקרותו, וסמך על הסופר. **שכל הסומך על נאמנות של אחרים, הלא הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו**. והיינו טעמא דשליש... אע"פ שאינו יודע מה שכתבו עליו. ולא חשש לקרותו, וחתם בחותם ידו. שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב בו. והרי הוא חייב בכל אותו חיוב, אע"פ שלא לוה, מדר' יוחנן. דאמר (כתובות קא, ב) חייב אני לך מנה, חייב. כלומר: אע"פ שלא היה חייב לו. וקי"ל כר' יוחנן.

כלומר, גם במציאות בה ברור שהחותם לא ידע על מה הוא חותם, וכגון שהמלוה מודה שלא ידע על מה חתם או שיש עדים שלא קרא את השטר לפני שחתם עליו – חתימתו תקפה, משום שסמך בדעתו על הסופר וגמר בדעתו להתחייב בכל הכתוב בשטר (כדין המפקיד אצל שלישי), ואע"פ שלא לוה, הוא מתחייב (שהרי מצינו שאדם יכול להתחייב בשטר אע"פ שלא לוה³).

התשובה הובאה להלכה בבית יוסף⁴, ונפסקה להלכה בשולחן ערוך –

הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן של עובדי כוכבים, והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ, מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו.⁵

וכך פוסק גם הרמ"א.⁶

אמנם, ניתן לטעון, שמקרים אלו מתייחסים להסכם פרטי שנעשה בין שני אנשים, בעוד אדם החותם על מסמך מול חברה או תאגיד, חותם כי "כך כולם עושים", בלא להתחייב באמת לכל פרטי המקרים והתנאים המפורטים בשטר. עיון בתשובה אחרת של הרשב"א ובאופן בו התקבלה בהלכה, דוחה טענה שכזו –

נשאל ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמר לו בית דין שיפרע לה כתובתה. ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנות ולא הבין התנאי. ואמר כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל⁷, והשיב דשומעין לו. והוא אומר דאין שומעין לו

3. כפי הנפסק בשולחן ערוך חר"מ, מ.

4. בית יוסף חר"מ, סט, בסופו.

5. שולחן ערוך חר"מ, מה, ג.

6. רמ"א חר"מ, סח, ב.

7. "הבית יוסף בחושן משפט העתיק "הרמ"ה", ועיינו כנסת הגדולה שם, כה, שהעיר שאפשר שהוא מהר"ם מרוטנבורג ולא הרמ"ה מטוליטולא. אמנם, בצרור הכסף הקצר... מפורש שהוא רבינו מאיר הלוי" (הערת המהדיר בהוצאת הרשב"א של מכון ירושלים). בתשובות ובפסקים שבהם עסקתי נוכחתי, שיש מהמחברים שציינו "רמ"ה" ויש שציינו "מהר"ם". בלא להכנס לדין, אציין את שמו של רמ"ה על דעה זו.

דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו.⁸ ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה.⁹

כלומר, דעת רמ"ה ששומעים לבעל, וטענת אי ההבנה היא טענה קבילה, בעוד שלדעת הרשב"א, להלכה, לא שומעים לו. מכל מקום, למעשה, מצטרף גם הרשב"א לפסק דינו של הרמ"ה, מכוח סמכותו של הראשון: "אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה, חכם עם איש שיבה".¹⁰

הבית יוסף¹¹ מעדיף את סברתו של הרשב"א, וכך הוא פוסק להלכה גם בשולחן ערוך – מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים, אין שומעין לו.¹²

כך מכריע גם הרמ"א.¹³
פסק כללי מצאנו בדברי הריב"ש –

מדקדקין על לשון השטר ודנין עפ"י אותו דקדוק, ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בענין כן ומפני כן כתב אותו לשון.¹⁴

דבריו הועתקו להלכה, על ידי הרמ"א.¹⁵

לכאורה, נושא דיונונו שנוי במחלוקת ראשונים, אלא שיש שטענו שגם רמ"ה מסכים בחלק מהמקרים שטענת אי-הבנה אינה מתקבלת.

הרב עובדיה יוסף מסביר,¹⁶ שאף הרמ"ה, המקבל את הטענה, שהחתימה אינה מחייבת בכל אופן, עושה כן רק לגבי מקרים מן הסוג הנדון בתשובת הרשב"א, כאשר העדים חתמו על הכתובה במקום הבעל.¹⁷ לדבריו, אילו היה הבעל חותם בעצמו, היה מודה גם הרמ"ה שחתימתו מחייבת אותו בכל דבר.

8. עולה מדבריו, שבמקרה הנידון, הבעל לא חתם בעצמו על הכתובה, אלא עדים חתמו בשמו (על האפשרות לעשות כן, ראו בשולחן ערוך חו"מ, מה, ה; אה"ע סו, יג). הבדל זה אינו משפיע על ניסיונו ללמוד ממקרה זה למקרה שהוא חתם בעצמו, כיוון שאדרבה, כאשר הוא בעצמו חותם, פשוט יותר שהוא מתחייב בכל הכתוב בשטר, וכפי שמבואר בשו"ת חתם סופר חו"מ, ה (מובא בפתחי תשובה חו"מ, סא, ו). ראו עוד לקמן מה שנדון בכך.

9. שו"ת הרשב"א א, תרכט.

10. כך מפרש את דבריו בשו"ת יביע אומר ג, אה"ע, יג.

11. בית יוסף אה"ע, סו בסופו.

12. שולחן ערוך חו"מ, סא, יג.

13. רמ"א אה"ע, סו, יג.

14. שו"ת הריב"ש, תפ (מובא בבית יוסף חו"מ, סא).

15. רמ"א חו"מ, סא, יג.

16. שו"ת יביע אומר ג, אה"ע, יג.

17. ראו לעיל הע' 9.

החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: "חוזה אחיד" בהלכה ♦ 81

רבי חיים בנבנישתי¹⁸ מסביר, שרמ"ה מקבל טענת אי-הבנה רק במקום שהיא מסתברת, כגון בתנאי כתובה מיוחדים, אך אינו מקבלה ביחס לעיקר החיוב. על כל פנים, ההלכה המקובלת היא, שטענת אי-הבנה בשטר, אינה מתקבלת גם במקום שיש לה בסיס. כך הכריעו הרב עובדיה יוסף¹⁹, הרבנים טנא, נשר, והורוויץ²⁰, והרב צבי יהודה בן יעקב.²¹

ב. אופנים בהם טענת אי-הבנה מתקבלת

עיון בספרי הפוסקים והשו"ת, מעלה כמה אופנים, שבהם, בניגוד לדין היסודי, טענת אי-הבנה היא טענה קבילה. נפרט מקרים אלו מן הקל אל הכבד, מן הפשוט אל המחודש יותר.

1. תוספות שאין לצפות שיופיעו בהסכם

הרשב"א²² דן במקרה של ויכוח בין בת נשואה לאחיה. הבת טוענת שקיבלה את הקרקעות במתנה מאמה (והשטר אבד), ולעומתה, האחים טוענים שהקרקעות שלהם הן, והם הקדישום. נגד טענת הבת, עומד שטר כתובתה, שתוכנו מעיד על כך שהקרקעות שבמחלוקת הן של הקדש: מוגדרים בו מצרי השדה שהכניסה לבעלה, על ידי הציון השדות הסמוכים כשייכים להקדש. מנגד, הבת טוענת שהיא לא נתנה דעתה לפרטי שטר הכתובה, ומשום כך, לא מחתה, ולא דרשה לשנות את נוסחו. הרשב"א מוכה את הבת, ומנמק –

ואע"פ שעשאן הבעל לה בכתובתה סימן לשאר קרקעות שהכניסה לו לא הפסידה בכך, דעשאה סימן לאחנרים] לפי שיש הודאה בכך, אבל זו שעשאה הבעל סימן אין בכך כלום. ועוד שטענה יפה היא במה שאמרה שלא הבינה בכך ולא שמעה, ואנן סהדי שאין כלה מרגשת במה שכתב בכתובתה. ובכיוצא בדברים אלו סומכת היא בכך על אחרים.²³

רבי חיים בנבנישתי²⁴ בא ליישב את דברי הרשב"א עם דבריו בתשובות שהובאו לעיל. הוא דוחה שם את תירוצו של מהר"י הלוי, שניסה לחלק בין עמי הארץ ונשים לבין אנשים אחרים, והוא מבחין בין התשובות באופנים אחרים: אופן אחד, מבחין בין טענה העוסקת

18. כנסת הגדולה אה"ע, טו, הגהות בית יוסף, לח.

19. שם.

20. תיק 5069/תשל"ל, פד"ר ט, 16 (ובפרט בעמ' 25), וראו גם בתיק 925/ל"ג פד"ר י 82, 94.

21. משפטיך ליעקב ב, טו (ריח-ריט).

22. שו"ת הרשב"א א, אלף קנו.

23. שם.

24. כנסת הגדולה חו"מ קמו, הגהות בית יוסף, ח.

במצרי השדה, המתקבלת, הואיל ומדובר בפרטים נוספים, שאינם מעיקר הכתובה,²⁵ לטענה הנוגעת לפרטים שהם מעיקרו של הסכם.

הרב יוסף קאפח קיבל את הבחנתו של בעל כנסת הגדולה –

אלא ברור, שחילוק זה בדעת הרשב"א כלומר לחלק בין הדברים שהן עיקר הכתובה והתנאים לבין שאר נוסח הכתובה הכרחי הוא... ולדין אגן סהדי דכולי עלמא אם לא גריעי מכלה דהרשב"א, הרי לא עדיפי.²⁶

גם **הרב צבי שפיץ** כותב, כנראה על סמך חילוקו של בעל כנסת הגדולה, שחתימה על חוזה אינה מחייבת לגבי הוספות מיוחדות:

אם היו כתובים בחוזה סעיפים שאינם קשורים כלל לנושא העיסקה, או שבכל החווים שנעשים אין מנהג לכתוב סעיפים מקפחים כאלו, והחותם סמך על נאמנותו של המתרגם שלא סיפר לו ע"כ... אגן סהדי שלא נתן החותם אמון למתרגם להתחייב על דברים בלתי סבירים שהעלימו ממנו, ולכן אין חתימתו מחייבת אותו על דברים אלו, גם לשיטת הרשב"א אם יוכיח לביה"ד שלא הבין את הכתוב בחוזה.²⁷

דבריהם כוללים הרחבה לדבריו של בעל 'כנסת הגדולה'. הראשון חידש בחילוקו בין תשובות הרשב"א שהחתימה אינה מהווה הסכמה לעניינים נוספים שניתן לדייק מהשטר; הרבנים קאפח ושפיץ הוסיפו וחידשו, שהחתימה אינה מחייבת לגבי סעיפים שאין לצפות שיופיעו בשטר, גם אם הם מעיקר השטר והם כתובים במפורש.²⁸

2. חותם הנתון במצב נפשי מיוחד

בעל 'כנסת הגדולה' מציע לחלק בין תשובות הרשב"א באופן שני, המתמקד בהבחנה בין כלה לבין אחרים, ובלשונו:

ויראה לי, שאני נידון דסימן תרכ"ט, שהוא עיקר החיוב והתנאים, ומסתמא העדים לא חתמו על השטר אם לא עפ"י המתחייב, אבל בתשובה זו (אלף קנ"ו), אין הפרש בעיקר החיוב והתנאים, אלא במצרים, ובהא איכא למימר שלא הרגישה בכך בכיוצא לדברים אלו, וכמו שמראים דברי הרשב"א... ועוד אפשר, דלא כתב הרשב"א ז"ל דטענה יפה, אלא דוקא בכלה, דאגן סהדי דאינה מרגשת במה שכתוב בכתובתה, אבל עמי הארץ, ובשאר הנשים שאינן כלות – אינם נאמנים.²⁹

דבריו הובאו גם בשו"ת **גינת ורדים**, הרואה חילוק זה כפשוטו:

25. כך מסבירו בשו"ת **יביע אומר** ג, אה"ע, יג.

26. ע"ר תשל"ג/12, פד"ר ט 152, 160.

27. **משפטי התורה** ב, טז.

28. בדבריהם מופיע עיקרון נוסף, עליו אעמוד להלן, ליד הציון להע' 35.

29. **כנסת הגדולה** חו"מ קמו, דגהות בית יוסף, ח.

וכבר חילק הרב בעל כה"ג חילוק ברור ופשוט דיש לחלק בין שאר נשים ועמי הארץ דאינם נאמנים, אבל כלה, אגן סהדי דאינה מרגשת במה שכתוב בכתובתה, והחילוק הוא פשוט.³⁰

נראה, שהחלוקה בין כלה לבין נשים ועמי ארצות אינה נובעת מכך שהיא תולה את חתימתה בדברי אחרים, אלא מהמצב הנפשי המיוחד בו היא מצויה. מדברי הרב מרדכי אליהו במקרה אחר עולה, שעל פי זה יוכל לטעון טענת 'לא ידעתי' גם חתן זכר.³¹ לדבריהם, מתחדש עיקרון, לפיו קיימת הבחנה בין מי שהתקשר בהסכם בהיותו במצב נפשי מיוחד, שאינו מאפשר לו להתמקד בפרטים, לבין מי שחתם בתנאים רגילים.

3. שטר שנכתב ע"י צד אחד

מהרי"א ענזיל, דן בשטר ירושה שכתב זקן עיוור, ובו העביר את ירושתו מבניו אל בתו וחתנה. התעורר חשש, שמקבלי המתנה החתימו את הזקן על השטר בלא שידע מה בדיוק כתוב בו. מהרי"א דן בעניין מכמה פנים, ופוסק, שכל עוד לא יעידו עדים שהזקן ידע היטב על מה הוא חותם, אין לסמוך על חתימתו, והוא מנמק:

ולא דמי להא דתשובת הרמב"ן והרשב"א שהביאום הרב בית יוסף סימן מה והרמ"א סימן סא, דהתם ידוע שסמך עצמו על הסופר וחתם בלא קריאה, כמבואר בתשובת הרמב"ן שם, והוציא דין זה מדין שלישי, דכל שסומך עצמו על אמונתו של אחרים, גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר אותו אדם אחר, ע"ש. וזה שייך דוקא כשהוא סומך על איש אחר שאינו בעל דין ואז יש לו דין שלישי, משא"כ לגבי הבעל דין בעצמו, אף שמאמינו, אינו גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר, דכיון שהדבר נוגע לעצמו, ודאי יש לחוש שישקר ויאמר דברים שלא עלה על דעתו להרויח לעצמו, משא"כ באדם אחר שאינו בעל דין, הוא הנקרא שלישי, דאין אדם חוטא ולא לו, הוא סומך עצמו שלא ישקר עליו ולא יפסיד אותו במה שאין לו ריוח, לכן אמדינן דעתיה שסומך עליו להתחייב בכל מה שיאמר, ואם אירע הדבר אח"כ שיאמר השלישי דבר שלא נתחייב המשלישי בפירוש, איכא אומדנא שקיבל על עצמו להתחייב בו, אבל אצל הבעל דין אמרינן דודאי לא קיבל על עצמו להתחייב בכל מה שיאמר, אדרבה, אמרינן שסמך עצמו שלא יכזב בו, שהרי יכול להשביעו, ובטוח הוא שלא ישבע לשקר, שאם אין אתה אומר כן, לא מצאנו ידינו ורגלינו ברוב דיני טוען ונטען, כי אם יהיו שווין מי שמאמין לבעל דין כמו המאמין לשלישי, בטל דין שבועת הפקדון, דכיון שהאמינו על עצמו להפקיד אצלו בלא עדים, השתא ומה שיכול להתחייב בכל מה שיאמר – כ"ש שיכול למחול בכל מה שיאמר, וכן כל דין מלוה בלא עדים יהיה בטל, דכיון שמסר לו המעות והפקדון בלא עדים, גמר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר הנפקד או הלווה, וכן שטר אמנה.³²

30. רבי אברהם הלוי, גינת ורדים אה"ע, ד, יד.

31. פד"ר ט, עמ' 162.

32. שו"ת מהרי"א ענזיל, מט.

הארכנו לצטט, כדי להראות עד כמה פשוטה סברה זו בעיני המשיב, וכדי לסבר את האוזן בראיותיו. ואכן, טענתו נפסקה גם ע"י דיין בן-זמנו, המסתמך על הבחנתו של מהריא"ז. הרב אברהם שרמן,³³ דן בהתקשרות של לקוח עם בנק, וטוען שהכלל לפיו אין לקבל את טענת אי-ההבנה, אמור דווקא כאשר צד שלישי כותב את השטר, כגון סופר שטרות, אך כאשר צד אחד כותב את השטר, והוא בודאי דאג לאינטרסים שלו, לא היה בדעת הצד השני להתחייב לכל מה שכתוב בו, אלא אם כן הוקראו הדברים בפניו.³⁴ לפי זה, בהתקשרות עם בנק, יכול הלקוח לטעון שלא הבין או שלא ידע, כל עוד השטר לא אושר ע"י המפקח על הבנקים. במקרה הנידון שם, הויכוח היה לגבי פרשנות השטר, וכיוון שהפרשנות המרחיבה של הבנק לא עברה הליך שכזה, אין הלקוח מחויב לה.

4. תנאים שניתן להניח שהחותם המסוים לא היה מודע לקיומם

לעתים, אף כאשר התנאי שלגביו מבקש החותם לטעון: "לא ידעתי על מה חתמתי" הוא רגיל, ואף כאשר החוזה לא נוסח בידי אחד הצדדים, תתקבל טענת החותם, שלא היה מודע לתוכנו של החוזה.

כך עולה מפסק דין שיצא מבית הדין הרבני הגדול בשנת תשל"ג, מפי הדיינים, הרבנים שאול ישראלי, יוסף קאפח ומרדכי אליהו. פסק הדין עוסק בערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי, שקיבל את בקשת הבעל לגרש את אשתו בעל-כרח, בניגוד להתחייבותו בכתובה שלא לגרשה בעל-כרח (על פי תקנת רבנו גרשום).

אחת מטענותיו של החתן הייתה, שהוא בן לעדה שמעולם לא קיבלה על עצמה את תקנות רבנו גרשום, והוא לא הבין את המילים העוסקות בתקנה זו ולא ידע על מה הוא חותם. עיון בדבריהם של דייני בית הדין הרבני הגדול, מגלה דעות שונות.³⁵

דעת הרוב (הרבנים קאפח ואליהו³⁶) הייתה, שיש לדחות את הערעור, בנימוק שהחתימה על הכתובה מחייבת את החתן רק בנוגע לסכום הכתובה או לתנאיה העיקריים. לרוב,

33. הרב אברהם שרמן, "חווים אחידים" תחומין ח (תשמ"ז) 165-164.

34. הגיע לידי פסק דין של ביה"ד לממונות שלידי המועצה הדתית מטה בנימין, שדן בחוזים אחידים. הדיינים (י' גטניו, י' וייצן, א' חובר) טענו, שדעת הרב שרמן היא דעת יחיד, שנאמרה אגב דיון בבית הדין הרבני הגדול, ולא התקבלה על דעת אב בית הדין, הרב ש' דיכובסקי. עיון בתחומין, שם, מגלה, שפסק דינו של הרב דיכובסקי כלל לא עסק בנושא החווים האחידים. על כן, לא ברור מהיכן הסיקו הדיינים, שחולק על הרב שרמן. גם בשיחה בע"פ, טען הרב שרמן, שעמדתו התקבלה על דעת חברי ההרכב עמם ישב באותו דיון.

35. פד"ר, ט, 152.

36. הציטוטים לקוחים מדברי הרב קאפח. הרב אליהו מסכים שלא כל חתימה מחייבת, כפי שעולה מדיונו בסתירה שבין תשובת הרשב"א (שם, עמ' 162), אלא שהוא מכריע לדחות את הערעור מנימוקים אחרים: "ולדידי, אין צורך בכל זה לנחות בנידון דידן אם חתימתו מחייבת או שנחלק שהוא חתן ולא הרגיש במה שחתם או שזה לא מעיקר הכתובה, כי כל מה שכתבו הפוסקים הוא מדין שהחתימה הוי כהודאה, ובממון יכול אדם להתחייב אפילו אם הוא לא חייב, משא"כ בחרם ובשבועה הדין שונה, שהרי ידועה ומפורסמת המחלוקת אם אדם יכול להתחייב בשבועה או בחרם בכתב ולא מבטא בשפתיים..." (שם, עמ' 162-163).

נידונים פרטים אלו במשא ומתן מוקדם בין הצדדים, ולא מתקבל על הדעת שהחתן לא ידע במה הוא מתחייב. אם אכן לא ידע, הוא רשולן, ולכן חתימתו תחייב אותו.

לעומת-זאת, הנוסח הסטנדרטי אינו מחייב, ובפרט שהוא מנוגד למנהג עדתו של החתן. לדעת הרבנים אליהו וקאפח, המקרה הנדון דומה לדברי הרשב"א בתשובה,³⁷ שהעובדה שהכלה לא מחתה אינה מהווה ראייה לכך שהבינה את כל תוכנו של ההסכם, כיוון "שהכלה אינה מרגשת".

מתשובה זו עולה, שבכל מקרה שבו יש 'אנן סהדי' שכזה – החתימה אינה מחייבת. וכך ניסח הרב קאפח את הדברים –

הרי כלל גדול השמיענו הרשב"א: כל דאנן סהדי שאין אדם מרגיש ולא יודע במה שכתוב בכתובתו אין הדבר מחייבו... אלא דבעלמא כשאדם חותם בעצמו על מסמך דרכו ליתן אל לבו ולדקדק בו, מה שאין כן בנוסח הכתובה, שאנו יודעים ברור שאין שום חתן יודע מה כתוב בה, וכולם נותנים דעתם בעת שחותמים על הצלם אם הוא קולט את הרגע, וסומך הוא על שליחת אצבע המס"ק (=המסדר קידושין) שמראה לו היכן לחתום ולא יותר. וכלום יצדק מי שהוא שיבוא ויאמר לנו שהבעל ידע או יודע מה זה תקנת שו"מ, או שרושם הנישואין או מסדר הקידושין או החתן או העדים יודעים היאך נעשה סך הכל שלש מאות ל"י, והיאך הוא מורכב מארבעה סכומים, מאה זווי כתובת מתרכתא, נדוניא שהכניסה חמשים זקוקים, הוסיף החתן חמשים זקוקים, ועוד הכניסה איזה סכום, סך הכל שלש מאות ל"י? ברור שאין איש מכל אלה יודע מאומה, ואם כן היש תוקף לשטר זה?³⁸

בדעת יחיד, סובר הרב ישראלי שחתימתו מחייבת גם באופן זה.³⁹

מן הפסק שיצא מביה"ד הגדול עולה, שגם חתימה על שטר שנכתב על ידי צד שלישי – "חוזה אחיד" – אינה מחייבת בהכרח, ובלשונו של הרב קאפח –

דמסתמא ידע על מה נדרש לחתום... משא"כ, היכא דאנן סהדי, שאין זו חוקה... ולא גזירת חז"ל, אלא מילתא בטעמא, דמסתמא אין אדם חותם אלא אם כן יודע על מה חותם.⁴⁰

חידוש גדול יותר מצאנו בפסק דינם של הרבנים ברוך לוין, אליהו קצנלבוגן, וחיים הרצברג, מבית הדין לענייני ממונות של הרבנות בירושלים.⁴¹ הובא לפנייהם מעשה באלמנה מבוגרת

על פי זה, ציינתי למעלה, שהרב אליהו מסכים עקרונית לטענותיו של הרב קאפח, וכך הבין גם הרב דב כץ, עורך ה'פדרי"ם', וכפי שכתב ב'מסקנות' בית הדין (שם, עמ' 154).

הארכתה להוכיח זאת, כיוון שבפס"ד של "בית הדין לממונות מטה בנימין" שהוזכר לעיל (הע' 34), דוחה ביה"ד את טענת התובע, שניסה למעט מערך חתימתו ע"ה הסתמכות על דעת הרב קאפח: "הרי שאין חבריו מודים לו בפד"ר הנ"ל, והוכרע הדין שלא כדבריו", וצ"ע.

37. שו"ת הרשב"א א, אלף קנו.

38. פד"ר ט, 159.

39. שם, עמ' 156. הוא מסביר את דברי הרשב"א "שאין הכלה מרגשת" באופן אחר: שם, הכלה לא חתמה, אלא שלא מחתה בבעל החותם.

40. פד"ר ט, 160.

ששכרה דירה מכולל פלוני. בחוזה השכירות נקבע במפורש, שכל התיקונים יחולו על השוכר. אולם, האלמנה טענה שבעת שחתמה על החוזה לא ידעה קרוא וכתוב, ולכן, אין להסיק מחתימתה שהיא ויתרה על חובות המשכיר לתקן את הקלקולים. בנוסף טענה, שהיא שילמה לכולל סכום גבוה מאוד כמה שנים לפני כן, וסברה שחיוביה יקוּוו מסכום זה. בא-כוח הכולל טוען, שלפני שחתמה על החוזה, היא קיבלה אותו למשך שלשה ימים, על-מנת שתתייעץ לגביו עם מקורביה, "וכשחתמה הסבירו לה ודאי על זה שהיא חותמת".⁴²

הרבנים הנ"ל קיבלו את טענת האלמנה, ופטרו אותה מחיוב תשלום על התיקונים. לדעתם, לא ניתן להחיל כאן את ההלכה הכללית שהחותם סמך וקיבל את ההתחייבויות הכלולות במסמך. כיוון שלא נזכר בחוזה הסכום הגבוה ששילמה בעבר, ולא צוין במפורש שהתחייבויותיה בחוזה השכירות אינן מתחשבות בסך זה, היא הניחה שתשלומים אלה מקנים לה זכויות. מסתבר, שאילו ידעה זאת לא הייתה חותמת, שהרי היא מיאנה לחתום עד שיוסבר לה מה כתוב בחוזה. היא אמנם סמכה בדעתה על אדם שיעץ לה, אך בית הדין התרשם או הניח שהמייעץ לא פירט בפניה את התנאי המכביד, אלא נתן לה עצה כללית לגבי החוזה. לו הייתה מודעת לתנאי זה ולעובדה שאינו מתחשב בתשלומיה הקודמים, לא הייתה חותמת.

מפסק דין זה עולה, שטענת "לא ידעתי על מה חתמתי" עשויה להתקבל לעתים, אף כאשר החוזה נמסר לחותם מספר ימים לפני החתימה על מנת שיעיין בו ויתיעץ עם מקורביו אם כדאי לו לחתום עליו.

5. חיובים שאינם סבירים

עיקרון זה הופיע כבר בדבריו של הרב צבי שפיץ שצוטטו לעיל:

או שבכל החוזים שנעשים אין מנהג לכתוב סעיפים מקפחים כאלו, והחותם סמך על נאמנותו של המתרגם שלא סיפר לו ע"כ... אגן סהדי שלא נתן החותם אמון למתרגם להתחייב על דברים בלתי סבירים שהעלימו ממנו.⁴³

מדבריו נראה, כאמור, שיסוד דבריו הוא חילוקו הראשון של בעל כנסת הגדולה. גישה דומה מצינו גם בדבריו של הרב זלמן הרב זלמן נחמיה גולדברג, והוא מבסס אותה על הבנת כוונת הרשב"א.

הרב גולדברג מנסה להתמודד עם הפער שבין דיני ירושת הבת לפי ההלכה לבין תפיסת השוויון בין המינים הרווחת בתקופתנו ומנהגן של בנות לתבוע את זכותן בבית המשפט. הרב גולדברג מציע לחדש את מנהג שטר 'חצי זכר', לפיו הבת תיטול חצי מהחלק שמקבל בן זכר. הרב מעיר, שאם הרב החתים את אבי הכלה ואמה על שטר כזה ולא הסביר להם

41. פסקי דין של בית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות ירושלים ב, רכה.

42. מניסוח המעשה לא ברור האם מדובר בהנחה שהיא התייעצה או בידיעה וודאית, אך מדברי המשיבים עולה שהיא אכן התייעצה עם מי ממקורביה.

43. לעיל הע' 27.

משמעותם יש לעיין אם מועיל השטר, וזאת למרות פסקי השולחן ערוך והרמ"א לפיהם החותם על שטר ואינו יודע על מה חתם, מתחייב בכל הכתוב בו. הספק מתעורר מכוח הסברה:

מסתבר שאם כתוב שם דבר שאינו עולה בדעתו, מסתבר שאינו מתחייב בחתימתו ורק בכתוב דבר שעולה בדעתו... שאם יכתוב דבר שאינו רגיל לא יתחייב. שעיך הטעם שרצונו להתחייב וכמה שיכתוב, אבל כל זה בדבר שיש לחשוב שיכתוב כן, אבל כתב סכום עצום מסתבר שאינו מועיל. ולפי"ז נראה, שבזמן שהרבה רגילים בשטח"ז (=בשטר חצי זכר), מועיל מה שחתם אבי הבת גם בלא הסבירו לו הענין. אבל כל שעדין לא התרגלו בזה, אם לא יסבירו לו אפשר שחושב שזה חלק מטקסי החתונה ולכן צריכים להבינו הענין. אבל כל שירגילו בזה, די שיאמרו לו שנותן בזה ירושה לבתו אף שלא יבין ענין שטח"ז לאשורו.⁴⁴

לפי דבריו, הכלל לפיו חתימת אדם על מסמך מחייבת אותו גם אם לא קרא או לא הבין את תוכנו, נובע מכך שהמתחייב סמך על כך שחייבו אותו כפי הרגיל והמקובל. לפיכך, יש לבחון כל חוזה ותנאי באופן ספציפי תוך בחינת אופיים של המעורבים בו, וכל שנראה שהחותם לא העלה סוג התחייבות מסוים על דעתו – לא ניתן לחייבו מכוח חתימתו.

סוף דבר

בשנת תשמ"ג חוקקה הכנסת את "חוק חוזים אחידים", שנועד "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים".⁴⁵ "חוזה אחיד" הוגדר שם "נוסח של שטר שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".⁴⁶

החוק יוצר בתי דין מיוחדים שידונו בחוזים האחידים,⁴⁷ ומאפשר לספק לפנות מראש לביה"ד ע"מ שיאשר נוסח של חוזה.⁴⁸ החוק נותן סעד ללקוח כנגד תנאי מקפח, בהתאם לשיקול דעתו של ביה"ד, ואף נותן דוגמאות לתנאים מקפחים.⁴⁹

על פי המבואר לעיל, דומה כי הסעד, שמקורות לו בדין תורה, מצא ביטוי בחוק החוזים האחידים. פוסקי ההלכה, בניגוד למה שנראה ממבט ראשון, ערים היו לכך, שייכתנו מצבים בהם החתימה על החוזה לא תבטא גמירות דעת שלמה, ולא תעיד על כך שהחותם היה מודע בעת שחתם לכל פרטיו של ההסכם, ואף העניקו סעדים מתאימים, מקום שהיה צורך וצידוק בכך.

44. הרב זלמן נחמיה גולדברג, "ירושת הבת", תחומין ד (תשמ"ג), עמ' 342-353.

45. חוק החוזים האחידים התשמ"ג-1982, סעיף 1 (להלן: חוק חו"א).

46. חוק חו"א, סעיף 2.

47. בכך עוסק פרק ב של חוק חו"א (סעיפים 6-11).

48. בכך עוסק פרק ג של חוק חו"א (סעיפים 12-15).

49. חוק חו"א, סעיפים 3, 4.

ייתכן אף, שמדין התורה, הסעד המוענק למתקשר בחוזה הטוען לכך שחתם מבלי להבין את פרטי ההסכם, רחב מזה שמעניק החוק הישראלי. דין התורה מאפשר קבלתה של טענה מן הסוג הנזכר, לא רק ב'חוזה אחיד', אלא גם בחוזה שבין שני אנשים מסוימים. הדוגמה המובהקת לכך היא, התייחסות הפוסקים להתחייבות שבכתובה.

אמנם, יש לשים לב להבחנה בין כתובה לבין שטר אחר. ניתן לטעון, שדווקא בכתובה קיימים תנאים שאינם מחייבים, כיוון שהחותם טוען להגנתו, שלא ברר על מה הוא חותם מפני שהניח שהתבנית האחידה – פחות או יותר – נוסחה על ידי תלמידי חכמים, ויסודה קבוע מדור לדור. זאת, בניגוד לחוזה, שנכתב לצורך עסקה מסוימת.

לאור זאת ניתן לטעון, ששטרות אחידים, אף אם אין הם מוגדרים על פי חוק כ'חוזים אחידים', כגון חוזה שכירות סטנדרטי או שטר סטנדרטי אחר⁵⁰ – אינם מחייבים את החותם בכל פרטיהם, והדבר נתון לשיקול דעתו של בית הדין.

ראוי גם להדגיש, שחוק החוזים האחידים מטפל בעיקר ב'תנאי מקפח', כלומר, בביטולו של תנאי בחוזה האחיד, שמעניק יתרון בלתי הוגן לאחד הצדדים לחוזה. מן המקורות אותם סקרנו לעיל עולה, שדין התורה מעניק הגנה רחבה יותר לטוען שלא ידע על מה חתם. טענה זו עשויה להתקבל, בהתאם לנסיבות, אף בנוגע לתנאים אותם לא ניתן להגדיר כתנאים מקפחים, דוגמת התנאי השולל מן הבעל את הזכות לגרש את אשתו בעל כרחו.

50. [החוק מגדיר חוזה אחיד כחוזה שנוסח כדי שישמש עבור מספר רב של מתקשרים, בלתי מסוימים. לפי הגדרה זו, גם חוזה שכירות עשוי להיחשב כחוזה אחיד – הערת עורך, ירון אונגר]

חוזים בכפייה וצדק מהותי: עיון בספרות השו"ת

ד"ר בנימין פורת

ה. מקום השיפוט	הקדמה
ו. בעל ואשתו	א. עמדת המשפט הנוהג
ז. "או אחר מטעמו"	ב. בין מכר למתנה
סיכום	ג. חייב ונושה
	ד. פשרה ומחילה

הקדמה

אחד מן הפגמים שעלולים להימצא בכריתת חוזה הוא כפייה של אחד הצדדים לכרות את החוזה בניגוד לרצונו. על פי סעיף 17 לחוק החוזים, התשל"ג-1973:

מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

מקרה הכפייה מעורר שאלות משפטיות רבות ומגוונות.¹ במאמר זה איני מתכוון לעסוק אלא בשאלה מסוימת וממוקדת: מה דינו של חוזה שאמנם נכרת בכפייה אך תוכנו הוגן ומאוזן והוא משרת את האינטרסים של שני הצדדים כאחד. האם הדגש יינתן על כך שהחוזה נכרת בדרך פגומה או שמא על כך שתוצאתו שקולה ומאוזנת? כפי שנראה להלן, חשיבותה של שאלה זו חורגת הרבה מעבר לגבולות המסוימים של המקרה הספציפי, והיא מקרינה על מכלול דיני הכפייה, ובמידה מסוימת על דיני החוזים בכללותם.

במאמר זה אדרש לשאלה זו כפי שהיא נראית מנקודת המבט של המשפט העברי. במאמר קודם עסקתי בשאלות היסוד של דיני הכפייה כפי שהן משתקפות מסוגיות התלמוד,² ובמאמר זה אבחן את הפיתוחים היצירתיים והמורכבים שנעשו על ידי פוסקי ההלכה הבת-ר-תלמודיים. אולם זאת אעשה לא לפני שאסקור כמה פסיקות עדכניות של בית המשפט העליון בישראל. אטען, כי פסיקות חדשות אלה, המסמנות כיוונים ניסיוניים של

* ד"ר בנימין פורת, ראש המכון לחקר המשפט העברי בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1. לסקירות כלליות של עילת הכפייה בדיני החוזים בישראל ראו: גברילהו, שלו, **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** (תשס"ה), 323; דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים**, ב' (תשנ"ג), 888.

2. בנימין פורת, "עילת הכפייה ועקרונות הצדק החוזי – עיון משפטי-פילוסופי בסוגיית תלמודו וזבין", **דיני ישראל כב** (תשס"ג), 49. לאחרונה התפרסמה סקירה מקיפה של דיני החוזה שנכרת בכפייה על פי המשפט העברי. ראו נחום רקובר (עורך), **חוק לישראל: פגמים בחוזה** (תשע"ב), 233.

התמודדות עם חוזים שנכרתו בכפייה, עשויות למצוא עוגנים מפתיעים ומקורות השראה פוריים בדרך התמודדותם של פוסקי ההלכה עם מקרים דומים.

המקרה שבו הכפייה מובילה לכריתת חוזה בעל תוכן הוגן ומאוזן הוא מקרה ייחודי ולא שגרתי. על דרך הרוב, כאשר חוזה נכרת מחמת כפייה הוא יהיה פגום לא רק בדרך שבה הוא נכרת, כלומר בניגוד לרצונו החופשי של אחד הצדדים, אלא אף בתוכנו ובתוצאותיו, רוצה לומר הוא צפוי לקדם באופן חד-צדדי את האינטרסים של הצד הכופה על חשבון פגיעה באינטרסים של הצד שנכפה לכרות את החוזה. לדוגמה, אם אדם כופה על בעלים למכור נכס שברשותו, הדעת נותנת כי המחיר שישולם צפוי להיות נמוך ממחיר השוק.³

את זכות הביטול שהחוק מעניק למוכר ניתן להצדיק הן בהליך הפגום של כריתת החוזה (חוזה שנכרת בניגוד לרצון המוכר) הן בתוצאות הבעייתיות שהוא יצר (חוזה הפוגע באינטרס של המוכר). ממה מוטרד יותר המשפט: מהליך הכפייה או מתוצאותיה? שאלה זו מתחדדת באמצעות המקרים הייחודיים, אשר יעמדו במוקד מאמר זה, שבהם אמנם צד אחד כפה את הצד שכנגד לכרות את החוזה בניגוד לרצונו, אולם תוכנו הסופי של החוזה היה הוגן והתמורות המוחלפות בו שקולות.

לדוגמה, הקונה כפה את הבעלים למכור את הנכס שברשותו תמורת מחיר המשקף את שווי השוק המלא שלו, ייתכן אפילו תמורת מחיר גבוה יותר ממחיר השוק. אם נבוא להכריע את השאלה על פי הפגם שבהליך הכריתה, מן הראוי שגם במקרה זה יוכל המוכר לבטל את החוזה. מנגד, אם נכריע על פי תוכנו של החוזה ותוצאותיו, ייתכן שאין הכרח להעניק למוכר את זכות הביטול, שהרי אמנם המוכר לא חפץ מלכתחילה בחוזה אולם בסופו של יום הוא הסכים לחוזה סביר שאינו חוזה הפסד עבורו.

בדיוק בנקודה זו מתפצלות להן שתי גישות עקרוניות, כוללניות, בדיני החוזים, היונקות מתפיסות עולם חברתיות השונות זו מזו בתכלית: גישת צדק חוזי תהליכי מול גישת צדק חוזי מהותי.⁴ גישות האמונות על תפיסת עולם אינדיבידואליסטית, תחרותית, ובמידה רבה קפיטליסטית, נוטות להשתית את דיני החוזים בכלל, ואת עילת הכפייה בפרט, על יסודות תהליכיים ולא על יסודות מהותיים. הווי אומר, לדין חוזים הם מכשיר משפטי שבאמצעותו הצדדים מבטאים את העדפותיהם הפרטיות. לפיכך אל לו לבית המשפט להתערב בתוכנו של החוזה. תפקידו של בית המשפט מוגבל להבטחת הגינותו של הליך כריתת החוזה, כלומר לוודא את חירותם של הצדדים במהלך המשא ומתן. כשם שחוזה הנכרת בדרך חופשית הוא תקף אפילו אם תוכנו בלתי מאוזן, כך חוזה הנכרת בדרך של כפייה ניתן לביטול אפילו אם תוכנו הוגן ותמורתיו שקולות.

3. ראו למשל להלן, ליד הע' 26.

4. מקור ההבחנה במאמרו של: Arthur A. Leff, *Unconscionability and the Code: The Emperor's New* Joel Levin & Clause, 115 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 485 (1967). ראו גם: Banks McDowell, *The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations*, 29 MCGILL LAW JOURNAL 24 (1983); דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים, כרך א** (תשנ"א), 54. לסקירה עדכנית ראו איל זמיר, "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן", **עלי משפט** יג (טרם פורסם).

לעומתן, גישות האמונות על ערכי סולידריות חברתית ובעלות אופי קהילתני, נוטות להרחיב את מוטת הכנפיים של דיני החוזים כך שיכילו גם מנגנוני פיקוח מהותיים, כלומר בית המשפט מחויב להבטיח שהתמורות המוחלפות במסגרת החוזה תהיינה שקולות, ושהאיזון יישמר גם בתוכנו של החוזה ולא רק בהליכי כריתתו. לאור זאת מתחדד מדוע המקרה שלעיל מבחין בצורה ברורה בין שתי הגישות העקרוניות הללו. כאשר מדובר בחוזה שנכרת עקב כפייה אולם תוכנו מאוזן ומגן על האינטרסים של שני הצדדים, אזי גישות תהליכיות ייטו לאפשר לצד שנכפה לבטל את החוזה שכן הליך הכריתה היה פגום. לעומתן, גישות מהותיות ייטו שלא לאפשר את ביטול החוזה, שכן החוזה על פי תוכנו הוגן ומאוזן.⁵

א. עמדת המשפט הנוהג

על פי משמעות לשונו של סעיף 17 לחוק החוזים, אשר מציין אך ורק אמות מידה תהליכיות, על בית המשפט להתמקד בשאלה האם הצדדים היו חופשיים לכרות את החוזה כרצונם או שמא צד אחד נכפה לכרות את החוזה בניגוד לרצונו. הסעיף אינו מזכיר אמות מידה מהותיות הנוגעות לתוכנו של החוזה שנכרת בכפייה.⁶ אלא ששני פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות עשויים ללמד על ניצנים של שינוי מגמה בפסיקת בתי המשפט.

מעשה שהיה כך היה:⁷ בראשית שנות התשעים פעלו דיירי אחד הבניינים ברמת-גן לקידום הסכם פיננסי-בינוי של המבנה הישן שבו הם התגוררו. הם יצרו קשר עם חברת הבנייה "דיור לעולה".⁸ לאחר משא ומתן הוסכם, כי בעבור פינוי כל דירה בשטח 47 מ"ר יקבל בעליה דירה חדשה בת שלושה חדרים בגודל של 90 מ"ר, וכן תשלום שכר דירה החל ממועד הפינוי ועד לכניסה לדירה החדשה.

משפחת קרן, שהתגוררה אף היא בבניין, הייתה היחידה שלא הסכימה להצטרף להסכם, אף שהוצעו לה תנאים טובים יותר מכפי שהוצע לשאר המשפחות (למשפחת קרן הוצעו שלושה וחצי חדרים בעבור כל דירה?). שאר המשפחות התנכלו לבני הזוג קרן והפעילו

5. המקרה הקוטבי ההפוך מדגים אף הוא את ההבדל בין גישות תהליכיות לבין גישות מהותיות. במקרה זה החוזה נכרת בדרך חופשית אולם תוצאותיו הן חד-צדדיות ומעשירות את הצד האחד על חשבון הצד שכנגד. גישות תהליכיות תטנה לומר, כי החוזה תקף, שכן תוכנו הבלתי הוגן של החוזה אינו רלוונטי, בעוד גישות מהותיות צפויות להעניק סעדים שונים לצד שנפגע מתוכנו המקפח של החוזה (אף שהחוזה נכרת בדרך חופשית). על כך ראו בהרחבה בנימין פורת, "דין הונאת מחיר – יסודותיו, עקרונותיו וערכיו", **כתר ד** (תשס"ד), 215.

6. מובן שבכך אין כדי למנוע מבית המשפט לראות בתוכנו של החוזה אינדיקציה לשאלה האם החוזה נכרת בכפייה. כלומר, בית המשפט יכול להניח כי תוכן מאוזן ושקול של החוזה מלמד שככל הנראה החוזה נכרת בצורה רצונית, ואילו תוכן חד-צדדי ובלתי מאוזן מלמד שככל הנראה החוזה נכרת בכפייה. אפשרות זו אמנם מצמצמת במידת מה את ההבדל בין שתי האפשרויות אך אינה מבטלת אותו באופן עקרוני. וראו למשל להלן, ליד הע' 11.

7. ע"א 5493/95 **דיור לעולה נ' קרן**, פ"ד נ (4), 509.

8. כך צוין שמה בפסק הדין, אולם שמה המדויק של החברה הוא "דיור מעולה".

9. משפחת קרן החזיקה בבעלותה בשתי דירות באותו בניין.

עליהם לחץ, אשר כלל חסימת הכניסה לסוכה, השמעת קריאות גנאי ואיומים, וזאת כדי שיצטרפו להסכם. בעקבות זאת התנו בני הזוג קרן את הסכמתם בהגדלת שטח אחת הדירות שהם יקבלו לגודל של ארבעה וחצי חדרים. משדרישתם נענתה הם חתמו על החוזה.

לאחר זמן החלה משפחת קרן לכפור בהסכמתה. בתגובה התנכלו להם שאר השכנים (חיתוך צמיגי מכוניתם, שפיכת זבל בפתח דירתם, חיתוך צינורות המים בגג דירתם והשמעת אלימות מילולית כלפיהם). משפחת קרן פנתה לבית המשפט על מנת שיבטל את החוזה בטענה שהחתימה נעשתה עקב כפייה של שאר השכנים. בית המשפט המחוזי התרשם כי בני הזוג קרן לא פעלו מתוך תאוות בצע וסחטנות, אלא בכנות הם לא היו מעוניינים לפנות את ביתם. לפיכך, הוא קיבל את טענת הכפייה ואפשר למשפחת קרן לבטל את החוזה. לעומת זאת, בית המשפט העליון דחה את טענת הכפייה והכיר בתוקפו של החוזה. בהקשר זה העלתה השופטת דליה דורנר את הטענה, כי אין לקבל טענת כפייה כאשר הצד הטוען לה הצליח להשיג חוזה שתנאיו משופרים:

כאמור, כריתת החוזים נערכה לאחר משא ומתן שבו הצליחו המשיבים לשפר את מצבם במידה משמעותית, הן בהשוואה להצעתם הראשונית כפי שפורטה במכתב לעיריית רמת גן, הן בהשוואה ליתר שכניהם בבניין. אמנם, במהלכו של המשא ומתן הפעילו השכנים לחצים על המשיבים, לחצים שחלקם נבעו מהתניית מימוש הסדר הפינני בהשגת הסכמת כלל הדיירים. אולם המשיבים לא נכנעו ללחצים אלו, המשיכו להעלות את דרישותיהם מחברת הבנייה ובעת הצורך פנו גם לעזרת המשטרה. החוזים שנחתמו בסופו של המשא ומתן נוסחו על פי הצעתם האחרונה של המשיבים. אלו כפרו בהסכמתם רק לאחר החתימה על החוזים, כאשר החליטו כי לא די בתמורה שקיבלו. החלטה זו גררה התנהגות אלימה מצד שכניהם, אך אין בכך כדי לאפשר להם להשתחרר מחוזים שעליהם חתמו כדין.

הבעייתיות שבטיעון זה מתחדדת לנוכח לשונו של סעיף 17 הנ"ל שבחוק החוזים. על פי מובנו הפשוט, על בית המשפט היה לשאול את עצמו האם השכנים כפו את החוזה על משפחת קרן. במקום זאת, נראה שהשופטת דורנר שאלה את עצמה שאלה אחרת: האם החוזה שלבסוף נכרת שיפר את מצבה של משפחת קרן או שמא פגע בה. לאור זאת, המגמה המסתמנת בדברי השופטת דורנר, לפיה בית המשפט אינו מסתפק בבחינת הליך הכריתה ובשאלת קיומה של כפייה אלא הוא בוחן את החוזה על פי תוכנו, מבטאת מעבר מגישה אינדיבידואליסטית, תחרותית, לגישה בעלת מאפיינים של סולידריות ואחריות חברתית. עמד על כך פרופ' איל זמיר, שכתב:

במקרה זה ברור למדי שהליך ההתקשרות היה פגום, ובד בבד ברור לחלוטין שתנאי החוזה היו יותר מאשר הוגנים מנקודת מבטו של הצד שרצונו נפגם. העובדה שבמקרה זה בחר בית המשפט להכחיש את קיומו של הפגם בכריתה – כלומר: להסתפק בקיומו של תוכן הוגן למרות אי קיומו של הליך הוגן – תומכת בסברה

שלפיה הצדק המהותי, ולא דווקא הצדק הפרוצדורלי, הוא העומד בראש מעייניהם של בתי המשפט בדיני החוזים.¹⁰

חשוב להדגיש, כי בכך אין כדי להביע ביקורת כלפי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט. כפי שיתברר בהמשך, העיון במשפט העברי דווקא עשוי לתמוך בפסיקה זו. אולם יש בכך כדי להביע ביקורת על העיגון הבעייתי של פסיקת בית המשפט בנוסח סעיף 17 לחוק החוזים, המדגיש אך ורק את תהליך הכריתה ואת קיומה של הכפייה, וכלל לא את תוכנו של החוזה ואת תוצאותיה של הכפייה.

לאמתו של דבר, בכל הנוגע לפסק דין דיור לעולה, ניתן לפרש את דבריה של השופטת דורנר בצורה מתונה יותר. לפי פרשנות זו, אין כוונתה של דורנר לטעון כי התנאים המשופרים של החוזה מכשירים את הכפייה שנעשתה, אלא שהתנאים המשופרים של החוזה הם ראייה לכך שלא הייתה כפייה. כלומר, שלדעת דורנר תוכנו המשופר של החוזה שהצליחה משפחת קרן להשיג הוא בעל חשיבות ראייתית ולא בעל חשיבות מהותית. אלא שאם דבריה של השופטת דורנר ניתנים לפירוש במישור הראייתי, בא מאוחר יותר השופט אליהו מצא, ובפסק דין ש.א.פ. נ' בנק לאומי הדגיש במפורש ובאופן שאינו משתמע לשני פנים את התפקיד המהותי שהוא מייחס לתוכנו של החוזה שנכרת בכפייה.

פסק דין ש.א.פ. עוסק במערכת יחסים סבוכה בין חברה קבלנית (ש.א.פ.) לבין בנק לאומי, אשר עוררה שאלות משפטיות בכמה מישורים.¹¹ לענייננו חשובים הפרטים הבאים: חברת ש.א.פ. היא בעלת חשבון בבנק לאומי. בשנת 1984 נקלעו עסקיה למשבר שנמשך עד שנת 1991. במהלך אותם שנים פתחו בעלי החברה מספר גדול של תכניות חסכון בבנק לאומי. תכניות חיסכון אלה עוררו דין ודברים בין החברה לבין הבנק, שכן לטענת הבעלים הבנק התנה את מתן האשראי לחברה, שהיה נחוץ להמשך פעילותה, בפתיחת תכניות החיסכון. בשנת 1990 נערך בין ש.א.פ. לבין הבנק הסדר, שבמסגרתו הוענק לחברה אשראי נוסף בתנאים מיוחדים. האשראי היה נחוץ כדי לאפשר לש.א.פ. להיחלץ מן המשבר המתמשך שבו הייתה נתונה. הענקת האשראי הותנתה בכך שבעלי ש.א.פ. יחתמו על כתב ויתור על כל התביעות בעניינים אחרים שיש להם מול הבנק. לאחר שהחברה אכן נחלצה מן המשבר שבו הייתה נתונה ועלתה על דרך המלך היא טענה כי היא נאלצה לחתום על כתב הויתור עקב כפייה כלכלית שהפעיל הבנק, שכן המשבר שבו הייתה נתונה חייב אותה להסכים לתכתיב הבנק. השופט אליהו מצא דחה את הטענה של החברה. אולם למרבה ההפתעה, הוא לא נימק זאת בכך שפעילות הבנק אינה עולה כדי כפייה כלכלית, אלא בכך שכפייה כלכלית אינה עילה לביטול החוזה שעה שתוכנו של ההסדר שהכתיב הצד הכופה הוא מאוזן ושקול. ובלשונו:

10. איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד נ(4) 509)", **משפטים כט** (תשנ"ט), 783, 799. זמיר הסביר את פסק הדין גם מנקודת המבט של קידום היעילות הכלכלית בהקשר לבעיית הסחטן. אולם הדברים חורגים מעבר לגבולות יריעה זו.

11. ע"א 6234/00 ש.א.פ. נ' בנק לאומי, פ"ד נ(6) 769.

קיום תלות של צד אחד במשנהו מטיל על הצד החזק חובת אמון מוגברת כלפי הצד החלש. כמי שבידו הכוח לעצב את תנאי החוזה כרצונו, נושא הוא בחובה לספק במסגרת החוזה גם את צורכי ההגנה על האינטרסים הלגיטימיים של הצד החלש. במלאו חובה זו יבטיח אף את האינטרס שלו לוודאות וליציבות משפטית. לכן, ככלל, חוזה שבאופן אובייקטיבי הינו הוגן וסביר איננו ניתן לביטול מחמת כפייה כלכלית. ניתן להשקיף על סוגיה זו גם במשקפיה של חובת תום הלב. החובה מוטלת על שני הצדדים: בניצול עמדת הכוח שבה ניצב הצד החזק, להכתבת תנאים בלתי הוגנים ובלתי סבירים לצד החלש, יש משום חוסר תום לב במשא ומתן לכריתת החוזה, ואילו מנגד, ניצולה של עמדת החולשה שבה ניצב הצד החלש, לשם השתחררות בדיעבד מחוזה הוגן וסביר הוא חוסר תום לב בקיום החוזה. נמצא כי השאלה העיקרית הטעונה הכרעה, כאשר צד מבקש להסתלק מן החוזה בטענה שהתקשר בחוזה עקב כפייתו על ידי הצד האחר, אינה אם לצד האחר היה כוח להכתיב לו תנאי התקשרות כאלה ואחרים. השאלה העיקרית היא אם החוזה על מכלול תנאיו הוא הוגן וסביר במובן זה שגם עניינו של הצד החלש זכה בגדרו להגנה ראויה. בדרך כלל, כאשר התקשרות מותנית בויתור הצד החלש על זכות שהייתה לו, די לברר אם החוזה "מפצה" את המוותר על ויתורו, משמע: שהחוזה מבטיח לו טובת הנאה סבירה וראויה בתמורה לויתורו.¹²

דברים אלה של השופט מצא חדים וברורים. כאשר מדובר בכפייה כלכלית (להבדיל מכפייה פיזית), על בית המשפט לשקול את מידת ההגינות שבתוצאות החוזה, יותר מאשר את עצם קיומה של הכפייה. רוצה לומר, גם אם אכן אחד הצדדים כרת את החוזה עקב כפייה כלכלית, זו עשויה להיות לגיטימית אם החוזה על מכלול תנאיו הוגן ותמורתיו שקולות.¹³ הקשר של גישה זו אל לשון המחוקק אינו ברור; אכן, "דברים אלה אינם מתיישבים עם פשט לשונו של סעיף 17, אך מסתבר שהם משקפים את האופן שבו שופטים מעריכים במקרים רבים את העובדות בבואם להכריע אם חוזה נכרת בכפייה".¹⁴ בנקודה זו אני מבקש לעבור לניתוח השאלה מנקודת המבט של המשפט העברי. כפי שניווכח מיד, לא רק שבפועל המשפט העברי הרבה להתמודד עם חוזים שנכרתו בכפייה באמצעות כלים מהותיים, תוך בחינה מדוקדקת של הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורתיו, אלא שזו גם גישתו העקרונית והמוצהרת. עיון בספרות השו"ת פורש בפנינו קשת רחבה של שימושים מורכבים שעשו פוסקי ההלכה במבחנים שיש לשייכם לגישת צדק חוזי מהותי.

12. ע"א 6234/00 (לעיל, הע' 11) בעמ' 788.

13. ראו גם דברי השופט טננבוים, בע"ב (ת"א) 8476/06 **אשכנזי נ' אופן גייט**: "בחינת טענת הכפייה מחייבת לשקול לא רק את שאלת איכותה של הכפייה ועוצמתה, אלא גם את השאלה האם ההסכם על מכלול תנאיו הוא הוגן וסביר" (פסקה 24).

14. זמיר, "צדק פרוצדורלי" (לעיל, הע' 4).

ב. בין מכר למתנה

כלל היסוד שהובא בתלמוד הבבלי בשם רב הונא, ואף נקבע להלכה, קובע: "תליוהו זביני זביניה זביני (=תלוהו ומכר – מכירתו מכירה)", כלומר המכר שנכרת בכפייה תקף.¹⁵ במבט ראשון, כלל זה תמוה מאוד. מבחינת ההיגיון הפנימי של דיני החוזים, הוא נוגד את ההנחה האינטואיטיבית כי ראוי שחווה תקף יהיה פרי בחירתם החופשית של שני הצדדים ולא תוצאה של כפייה פיזית. מבחינת שיקולי הצדק, הוא מתגמל את הצד הכופה ומעניש את הצד שהיה נתון לכפייה. ומנקודת המבט התמריצית, כלל זה לכאורה מעודד אנשים להעדיף לכפות את רצונם על זולתם במקום לעמול על שכנועם בדרך של משא ומתן חופשיים. מהו אפוא ההסבר לדינו של רב הונא?

התלמוד עצמו התחבט שוב ושוב לגבי טעמה של הלכה זו,¹⁶ עד שלבסוף הסיק כי "סברא הוא, אגב אונסיה (=אונסו) גמר (בדעתו) ומקנה".¹⁷ כלומר, אין צורך ברצון חופשי ודי בגמירת דעת שהושגה בדרך של כפייה. אולם יש להודות, כי הסבר זה, יותר משהוא מבאר את הכלל הריהו מתאר אותו, ובעקיפין דווקא מדגיש את הקשיים שבו.

כלי מרכזי שחכמים העמידו כדי לרכך את משמעות דין 'תליוהו זביני' הוא מסירת מודעא, שעניינה הודעה מראש ובפני עדים של הצד העומד להיות נתון לכפייה כי הסכמתו שתינתן בעתיד היא מאולצת ואינה מחייבת. בתנאים מסוימים יכול מוסר המודעא לבטל את המכר בכפייה.¹⁸ במבט ראשון עשוי להיראות כביכול כלי המודעא פותר את עניינו של הצד הנתון לכפייה, שכן הלה יכול לבטל את החווה כרצונו.¹⁹ ברם, המודעא אינה מעניקה פתרון שלם ומספק לבעיית דינו של רב הונא, שכן היא אינה יעילה במקרים של כפייה פתאומית, שהצד המאויים לא יכול היה להתכונן לה. זאת ועוד, היא אינה יעילה במקרים של כפייה חזקה ומאיימת במיוחד, שבהם הצד המאויים כה חשש עד שלא העז למסור מודעא, ורק לאחר זמן אור אומץ וביקש לבטל את החווה.²⁰ זאת ועוד, עם חלוף השנים, התפתחו מנגנונים סבוכים של ביטולי מודעות וביטולים של ביטולי מודעות וכן הלאה,

15. **בבא בתרא** מזב, רמב"ם מכירה י, א; **שולחן ערוך** חו"מ רה, א.

16. על פי אחד הטעמים שהתלמוד הביא בהקשר זה: "כל המזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני (=כל שאדם מוכר אם לא שהיה אנוס לא היה מוכר, ואפילו כך מכירתו מכירה)". כלומר, לעולם מכירה נעשית מחמת אילוץ של צורך במוזמנים ולא מחמת רצון חופשי בעצם המכירה, ובכל זאת המכר תקף, ובכך יש כדי ללמד שאין לדרוש רצון חופשי אלא יש להסתפק בגמירת דעת מאולצת. אלא שהתלמוד דוחה טעם זה בטענה: "ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני (=ושמא שונה אונס עצמי מאונס של אחרים)". כלומר, יש להבחין בין אילוצים פנימיים שמעצבים את גמירת דעתו של המוכר לבין אילוצים חיצוניים שמופעלים עליו על ידי אנשים אחרים.

17. **בבא בתרא** מח, א.

18. **בבא בתרא** מ, א.

19. וראו **יד רמה** בבא בתרא ג, קפה: "וחס להו לרבנן גודרי פרצותיהן של ישראל למשבקה להאי פירצה בלא גדר, דאי לאו דאית לה תקנתא במודעא מעיקר דינא לא סגיא דלא ליתקנו בה תקנתא דלא להו זביניה זביני כללי".

20. באופן פרדוקסלי, ככל שהכפייה יותר חזקה ואלימה כך פוחתת האפקטיביות של מסירת מודעא, שכן הנתון לכפייה יהסס מלהשתמש בה.

באופן שהפכו את השימוש בכלי המודעא לבעייתי במיוחד. לפיכך, הפתרון של מסירת מודעא לבדו אינו מספק, ואת פשר הדין יש לבקש במקומות נוספים.

על פי ההסבר שהצעתני,²¹ המפתח להבנת דינו של רב הונא נעוץ בהבחנה בין מכר מחמת כפייה לבין מתנה מחמת כפייה. במבט ראשון הבחנה זו עלולה אולי להיראות עומדת בשולי דין 'תליוהו וזבין', אך לאמתו של דבר היא ניצבת בלבן. על פי ההבחנה שעמדו עליה הראשונים, אשר במוכן מסוים רמוזה כבר בסוגיה התלמודית עצמה, רב הונא לא קבע כלל גורף שכל חוזה שנכרת בכפייה תקף, אלא הוא הגביל את דבריו דווקא למכר מחמת כפייה. רוצה לומר, מתנה שניתנה בכפייה ניתנת לביטול. וכלשון הרשב"ם: "רב הונא... תליוהו וזבין קאמר (=תלוהו ומכר אמר) אבל תליוהו ויהיב לא הוי (=תלוהו ונתן אינה) מתנה".²²

מה בין מכר שנכרת בכפייה לבין מתנה שניתנה בכפייה? ההבדל העיקרי ביניהם הוא שהמכר מבוסס על מתן תמורה לבעלים, כלומר הבעלים אינו מפסיד כתוצאה מן החוזה, ואילו המתנה עניינה התעשרות חד-צדדית של הכופה על חשבונו של הבעלים. האם לעניין דיני הכפייה ההבחנה בין מכר לבין מתנה היא פורמלית או מהותית? כלומר, האם די בתמורה כלשהי כדי שהעסקה תיחשב מכר או שמא יש צורך בתמורה הוגנת דווקא?

אמנם יש שהעמידו הבחנה זו על מאפיינה הפורמלי, ולדידם מתן תמורה כלשהי, יהא ערכה אשר יהא, מגדיר את החוזה שנכרת בכפייה כמכר תקף.²³ אולם הגישה הרווחת בין הפוסקים הדגישה את המאפיין המהותי דווקא, והתנתה את תוקפו של המכר שנכרת בכפייה בכך שהתמורה שתינתן תהיה שוות ערך לממכר; "אם כופהו ליתן לו בפחות משויה אף בקרקע אין כאן תורת מקח והוי כמו שאנסוהו ליתן שאינה מתנה".²⁴ לפיכך, המכר הכפוי יהיה תקף רק אם שולמה מלוא התמורה (או לכל הפחות כמעט מלוא התמורה).²⁵ אם זו שולמה באופן חלקי בלבד העסקה תיחשב מתנה כפוייה ולבעלים תינתן אפשרות הביטול.

דוגמה מעין זו נידונה בפני רבי שאול ישועה אביטבול (מרוקו, המאה הי"ח). באותו מקרה נידונה כפייה למכירת חצר, והתברר כי: "מחצית החצר שמכר המוכר להאנס הנו'כר] באונס הייתה שוה בכפלי כפליים מהסך שבו מכר לו, שאנסו על המכר ואנסו על הדמים שיתן האנס כפי רצונו פחות מהשומא ששוה".²⁶ נפסק, שרק תמורה מלאה יכולה להעניק

21. פורת (לעיל, הע' 2).

22. רשב"ם בבא בתרא מח,א, ד"ה מודה שמואל.

23. ראו נימוקי יוסף בבא בתרא כו,ב, בדפי הרי"ף, בשם "אחרים אומרים". ראו גם שו"ת מהרי"ק, קפה.

24. כלשון הטור חו"מ, רה. יש מן הראשונים שלעניין זה הבחינו בין מיטלטלין, שבהם דרוש תשלום מלוא התמורה, לבין מקרקעין, שבהם נאמר הדין ש"אין אונאה לקרקעות", ובהם גם כשהתשלום חלקי עדיין נחשב הדבר מכר. ראו עליות דרבנו יונה בבא בתרא מח,א, ד"ה דהא אשה.

25. לעניין זה, ייתכן ששיעורי אונאת מחיר (שישית ממחיר השוק) ישמשו כאמת המידה הרלוונטית. ראו עליות דרבנו יונה בבא בתרא מט,א, ד"ה עלה בדינו.

26. שו"ת אבני שיש ב, מח.

למכר הכפוי את תוקפו, וכיוון "שלא נתן האנס כל שווי הקרקע שאנס אין כאן תורת מקח והוי כמי שאנסוהו ליתן שאינה מתנה".²⁷

מדוע מתן תמורה שוות ערך הוא הדבר המכריע את שאלת תוקפו של החוזה? לדעת רוב הראשונים הבדל זה קשור באומד דעתו של הצד הנתון לכפייה. אם שולמה מלוא התמורה ניתן להניח שהוא גמר בדעתו למכור את הנכס, אך אם לא שולמה תמורה (או שולמה תמורה לא נאותה) יש להניח שהוא לא גמר בדעתו; "דאנן דעתיה דמוכר אמדינן (=שאנו אומדים דעתו של מוכר)... והיאך אפשר שיתרצה בפרוטה על קרקע שווה מנה?!"²⁸ ראשונים אלה נטלו את הסבר התלמוד לדברי רב הונא – "אגב אונסיה (=אונסו) גמר [בדעתו] ומקנה"²⁹ – והוסיפו לו את המילה "והווי",³⁰ וכפי שהסביר רשב"ם: "דמתוך יסורים גמר בלבו ומקני הואיל ואיכא תרתי (=ויש שניים) – יסורים ומתן מעות דלא מפסיד מידי (=דבר)".³¹ כלומר, לתמורה יש תפקיד מרצה, המשפיע על אומד דעתו של הצד הנתון לכפייה.

ברם, הסבר זה קשה מכמה פנים,³² וניתן להציע לו פירוש חלופי עליו עמדו כמה אחרונים,³³ ואשר נראה כי הוא רמוז בדברי הרמב"ם.³⁴ אין זה הכרחי שבמכר מחמת כפייה יש גמירת דעת גבוהה יותר מאשר במתנה מחמת כפייה, אלא שבמכר רף דרישת גמירת הדעת נמוך יותר מאשר במתנה.

מסתבר שטעם הדבר נעוץ בכך שבמכר הבעלים אינו מפסיד, ועל כן די בגמירת דעת נמוכה, בעוד שבמתנה הבעלים יוצא כשידיו ריקות, ועל כן דרושה גמירת דעת מלאה (ללא כפייה) כדי שזו תהיה תקפה. ההבדל בין מכר לבין מתנה נעוץ אפוא במידת ההגינות של תוכן החוזה. בעוד שמכר מחמת כפייה מבטיח שלכל הפחות המוכר לא יפסיד מן החוזה הכפוי, מתנה מחמת כפייה גורמת להתעשרות של הכופה על חשבון הצד שהיה נתון לכפייה ולפיכך בה נדרשת גמירת דעת איכותית יותר.

אם נתרגם הסבר זה לרמת הפשטה יותר גבוהה, אזי נמצא שכדי שניתן יהיה לבטל חוזה שנכרת בכפייה צריך שיתמלאו שני תנאים: קיומה של כפייה, וקיומה של התעשרות הכופה על חשבון הצד שכנגד. אם מתקיים תנאי אחד בלבד, כלומר אם הכפייה מובילה

27. הדרישה למתן תמורה עוררה שאלות רבות שהפוסקים דנו בהן. למשל, האם התמורה צריכה להינתן על אתר או שמא גם התחייבות עתידית יכולה שתיחשב מתן תמורה; האם הענקת פטור מחיוב שקולה למתן כסף. על כך ראו בהרחבה, פגמים בחוזה (לעיל, הע' 2), עמ' 244.

28. רשב"א בבא בתרא מח,ב, ד"ה דהא.

29. לעיל, ליד הע' 17.

30. ראו למשל, רשב"א בבא בתרא מז,ב, ד"ה אמר: אגב אונסיה וווי גמר ומקנה.

31. רשב"ם בבא בתרא מח,א, ד"ה אלא.

32. כך למשל, הדעת נותנת, כי אדם הנתון בכפייה חזקה במיוחד יגמור בדעתו בלב שלם להעניק מתנה ובלבד שיינצל, וגמירת דעת זו עשויה להיות שלמה יותר מגמירת הדעת של אדם הנתון בכפייה חלשה יותר למכירת נכס שבבעלותו.

33. חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), כתובות, נ. ראו גם דברות משה בבא בתרא, מב; ברכת אברהם בבא בתרא מח,ב, עמ' קמט. על כך הרחבתי במאמרי, הנ"ל בהע' 2.

34. רמב"ם הלכות מכירה י, ג.

את הצד שכנגד להסכים לכרות חוזה שקול ומאוזן, אזי לא ניתן לבטל את החוזה. המשפט העברי מכריע אפוא את עתידו של החוזה הכפוי לא כנגזרת בלבדית של קיומה של הכפייה אלא גם כנגזרת של תוצאותיה; ככל שהיא הניבה חוזה שקול ומאוזן כך תגדל הנטייה להכיר בתוקפו של החוזה. נמצא אפוא, כי על פי דינו של רב הונא החוזה שנכרת בכפייה אינו נבחן במשקפיים תהליכיים בלבד אלא גם במשקפיים מהותיים. הדרך ההלכתית לבטא תובנה מופשטת זו היא באמצעות ההבחנה בין מכר לבין מתנה.

יש להודות, כי אמנם המשפט העברי לא התנה את תוקפו של החוזה בכך שהבעלים ירוויח דבר מה מן החוזה שנכפה עליו, אלא הסתפק בכך שהבעלים לא יפסיד מכך דבר. באופן תיאורטי, ניתן היה להעלות על הדעת כי הדין יתנה את תוקפו של החוזה בכך שהבעלים גם הוא ירוויח מן החוזה שנכפה עליו, כלומר שהוא יקבל תמורה גבוהה משווי השוק של הממכר, או אמנם הוא יקבל תמורה בלתי מספקת במונחים סובייקטיביים.³⁵ אך לכל הפחות הוא יקבל תמורה שתשפר את מצבו במונחים אובייקטיביים. ברם, רב הונא, כפי שפירשוהו הראשונים, הסתפק בכך שהצד שנכפה לכרות את החוזה לא יצא נפסד במונחים אובייקטיביים. מכאן הקושי המורגש בדין 'תליוהו וחבין', שהרי הבעלים נכפה לכרות חוזה אשר במונחים סובייקטיביים הוא בלתי רצוי עבורו, ובמונחים אובייקטיביים לכל היותר אינו נחשב הפסד עבורו.³⁶

במאמר זה אני מבקש לצאת מגבולות המקרה התלמודי הספציפי של מכר מחמת כפייה, ולשטוח טענה רחבה יותר. לטענתי, ההבחנה בין מכר לבין מתנה שימשה בידי פוסקי ההלכה הבת-תלמודיים כאחד מן הכלים המרכזיים להתמודדות עם חוזים שנכרתו בכפייה. ההבחנה בין מכר לבין מתנה, כלומר בין חוזה שתוכנו שקול לבין חוזה המיטיב באופן חד-צדדי עם הצד הכופה על חשבון הצד שכנגד, הייתה לכלי העיקרי בידי הפוסקים כדי לבחון את מידת ההגינות בתוכן החוזה.

כאשר על שולחנם הונחו חוזים שנכרתו בכפייה, שאינם מכר ואינם מתנה, הם שאלו את עצמם מי נשכר ומי הפסיד כתוצאה מן הכפייה. אם החוזה שנכרת בכפייה הוערך על ידם כמעשיר את הכופה על חשבון הצד שכנגד הם דימו אותו למתנה בכפייה, וקבעו שהחוזה ניתן לביטול. אם החוזה הוערך על ידם כמגן על האינטרסים של שני הצדדים הוא הוגדר על ידם כמכר בכפייה שלכן ראוי להיות תקף. כך נוצר מצב שבו "מכר" ו"מתנה" שימשו

35. הראיה שהוא לא היה מוכן למכור את הנכס במחיר זה, כלומר שהוא מעריך את שווי הנכס בסכום גבוה יותר.

36. עניין זה רוכך מעט על ידי הפוסקים בדרכים שונות. כך למשל, חלק מן הפוסקים הבחינו בין מכר מחמת כפייה, שהוא תקף, לבין קנייה מחמת כפייה, שהיא ניתנת לביטול. כלומר, אם הבעלים כפה על אדם אחר לרכוש ממנו נכס מסוים יש לקונה זכות לבטל את החוזה (ראו למשל ספר העיטור אות מ – מודעא מא, א. לגישה חולקת ראו רמב"ם הלכות אישות ד, א; רשב"א קידושין ב, ב). מהי הסברה של הבחנה זו? והלא גם הקונה שנכפה לרכוש את הנכס לא הפסיד דבר, שהרי כנגד הכסף שהוא אולץ לשלם הוא קיבל נכס באותו השווי? הדעת נותנת, כי ההסבר לכך נעוץ בהבדל בין קבלת תמורה בצורה של כסף, שהוא נויל ובאמצעותו ניתן בקלות לרכוש כל דבר, לבין קבלת תמורה בצורה של נכס, שכדי לרכוש באמצעותו דברים אחרים יש לפעול קודם כדי לממשו. במילים אחרות, השאלה אינה רק מה שווי התמורה שניתנה אלא עד כמה היא ניתנת למימוש מידי.

כשמות-קוד להבחנה עקרונית בין חוזה שתמורתו שקולות לבין חוזה המעשיר צד אחד על חשבון הצד שכנגד. מכר ומתנה הפכו לאבות, וחוזים מסוגים אחרים נידונו כתולדות,³⁷ ובדרך זו פיתח המשפט העברי אמות מידה מורכבות להערכה מהותית של חוזים שנכרתו בכפייה.

זאת ועוד, ככל שמדובר היה בעסקאות פשוטות של העברת בעלות על ממכר, תהליך ההערכה של מידת ההגינות של תוכנו של החוזה היה פשוט ומכני (בדיקת גובה התמורה ביחס לשווי השוק של הממכר). פשוטות זו היא שאפשרה את היווצרותם של מקרים גבוליים, מעין זה המופיע בסוגיית התלמוד הנ"ל, שבהם הכופה שילם בדיוק את שווי השוק של הנכס באופן שהבעלים לא הרוויח מכך דבר אך גם לא הפסיד דבר. לעומת זאת, ככל שמתקדמים במעלה ספרות השו"ת אנו עדים למקרים שהופכים להיות יותר ויותר מורכבים ונפתלים ושהם אין מדובר על הליך פשוט של מכירת נכס. בהתאם תהליך ההערכה של הגינות תוכן החוזה הפך להיות סבוך ומסועף הרבה יותר. ככל שהמקרים הפכו להיות מורכבים יותר כך פחתו המקרים שבהם ניתן היה לתאר את הכופה כמי ששילם בדיוק את שווי השוק של הנכס (כלומר, שהצד שהיה נתון לכפייה לא הרוויח מן החוזה ולא הפסיד ממנו), זאת משום שלא היה מדובר בשווי שוק ברור ובתשלום בגובה מדויק, ולפיכך בדרך כלל התקבלה המסקנה שמדובר בכפייה אשר פוגעת במצבו של הצד שכנגד או מיטיבה עמו. כך, באופן מפתיע, דווקא המורכבות של המקרים שנידונו בספרות השו"ת צמצמה את המקרים שבהם הורגשה הבעייתיות העולה מן המקרה הגבולי הנדון בתלמוד.

המטרה של סקירת התשובות המופיעות להלן היא הצגה של המנעד הרחב של המקרים שבהם עשו הפוסקים שימוש עשיר, יצירתי ומורכב בהבחנה בין מכר לבין מתנה כדי להתמודד בדרך מהותית עם קשת רחבה של סוגי חוזים שנכרתו בכפייה.

ג. חייב ונושה

כאמור, לא תמיד הכפייה באה לידי ביטוי במערכת היחסים שבין מוכר לבין קונה, אלא היא עלולה למצוא ביטוי גם במערכות יחסים משפטיות נוספות. אחת מהן, היא מערכת היחסים שבין נושה לבין חייב. כאן אין מדובר בכפייה להענקת מתנה או למכירת נכס, אלא בכפייה למתן הלוואה. זאת ועוד, לעתים ההלוואה ניתנה בצורה רצונית, והכפייה באה אחר כך כדי לשנות תנאים שונים של החוב, כגון הארכת משך הפירעון, שינוי שיעורי הריבית, שעבוד נכסים נוספים לטובת הנושה וכדומה. אף שמקרים אלה אינם מכר או מתנה, הפוסקים הכריעו אותם באמצעות בחינתם לאור ההבחנה המושגית הנזכרת לעיל: אם הכפייה שינתה את תנאי החיוב לטובת הצד הכופה היא סווגה כמתנה מחמת כפייה ולצד שכנגד הוענקה זכות ביטול, ואם היא שיפרה את מצבם של שני הצדדים באופן מאוזן היא סווגה כמכר מחמת כפייה ותנאי החיוב החדשים נחשבו תקפים.

37. ראו דברי השופט זילברג, ע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז, 318, 330.

הדוגמה הראשונה היא משל רבנו שלמה בן אדרת, (ברצלונה, סוף המאה הי"ג). הרשב"א נשאל, מה דינה של הלוואה, אשר החייב כפה על הנושה לדחות את מועד הפירעון. נפסק, כי הארכת מועד הפירעון בלא מתן תמורה מצד החייב³⁸ שקולה לכפייה לתת מתנה, שהרי הנושה אינו מקבל דבר בעד הזמן שנדחה. לפיכך, דינה להתבטל כדין מתנה כפויה:

שאלה: מי שנשבע לחבר לפרוע לו מעות לזמן (=מסוים). וכשהגיע הזמן הכריח האדון להאריך הזמן והמלוה מסר מודעה שהוא מאריך באונס. מי נפטר או לאו? תשובה: כל שבאונס, לאו כלום הוא. דמאי שנא מתלאו ויהיב (=מה שונה מתלוה ונתן מתנה). דאף זה (=המלוה) אין מקבל מידי (=דבר) בהארכת הזמן.³⁹

דוגמה שנייה, הפעם מורכבת יותר, לקוחה מתשובותיו של רבנו יוסף קולון (איטליה, המאה הט"ו). הלה דן בעניינו של ראובן שנכסיו היו בידי שמעון (כפי הנראה למטרת מסחר) ושמעון סירב להשיב לראובן את נכסיו. כדי לשכנע את שמעון להשיב את הנכסים שבידו הסכים ראובן לשעבד נכסים מסוימים לטובת שמעון. לאחר מכן ביקש ראובן לבטל את השעבוד בטענה ששמעון כפה אותו לעשות כן. בהקשר זה טוען המהרי"ק כי השאלה המרכזית הרלוונטית היא האם שעבוד הנכסים שיפר את מצבו של שמעון לבדו, או אכן ניתן לבטלו כדין מתנה כפויה, או שמא הוא הצמיח יתרונות גם לראובן, כגון התחייבויות נוספות מצד שמעון כלפי ראובן, אז הוא יהיה תקף כדין מכר בכפייה. בהקשר זה הדגיש המהרי"ק, כי עצם השבת הנכסים לידי ראובן אינה נחשבת מתן תמורה, שהרי שמעון חייב מן הדין לעשות כן ("מושבע ועומד מהר סיני"), כלומר התמורה צריכה שתהיה דבר מה מעבר לעצם הסרתו של אמצעי הכפייה:

הנה לא נתבררה שאלה זו כל הצורך, שהרי לא פירש בה אופן השעבודים אשר נשתעבד ראובן לשמעון. פשיטא שיש לחלק בהם, שאם השעבודים ההם כעין מתנה, כלומר שנתחייב ראובן לשמעון בדבר אשר לא תגיע לראובן שום הנאה ותועלת תמורת השעבוד ההוא, אלא שמתוך כך נתרצה שמעון לשלם לראובן את אשר לו בידו משלו, כבר מושבע ועומד היה שמעון מהר סיני לשלם לראובן את ממונו אלא שלא כדין היה מעכבו עד שהוצרך ראובן להשתעבד לשמעון לתת לו כך וכך או לעשות לו כך וכך בלתי תגי'ע] לראובן תועלת חלף השעבוד ההוא... אז ודאי יכול ראובן לטעון טענת אונס דהוה כתלוה ויהיב (=שהוא כתלוהו ונתן) מתנה...

אבל אם השעבודי'ם] ההם שהכריח בהם שמעון לראובן היו על דרך מכירה, כגון שנשתעבד ראובן לשמעון לתת לו כך וכך או לעשות לו כך וכך, ובכך נתחייב שמעון לעשות לו גם הוא לראובן איזה דבר תועלת חלף הדבר ההוא אשר נשתעבד ראובן לעשותו לשמעון, בכהאי גוונא (=בכגון זה) דבר פשוט הוא לע"ד (=לעניות דעת) ...

38. מבלי להיכנס לשאלת איסור הריבית הכרוכה בכך.

39. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רמו. בהמשך טוען הרשב"א, כי אף אם החייב היה נותן לנושה כסף בעד הארכת זמן הפירעון ניתן היה לבטלה מחמת כפייה, שכן במקרה זה הנושה מסר מודעא.

דאף על גב שבעיקר הדבר היה ראובן אונס⁴⁰ והיה ראובן אומר: לא הוא ולא שכרו, אלא שנאנסו⁴¹ שמעון בעכבות ממונו בידו כמבואר בשאלה, מכל מקום כיון דמטי (=שבאה) הנאה לראובן בהוא שיעבודא דאשתעבד (=באותו שיעבוד שהשתעבד) לשמעון שמתוך כך נתחייב גם שמעון לראובן באיזה דבר חלף השעבוד ההוא הוה כתלוה וזבין דזבניה זביני (=הוא כתלוהו ומכר שמכירתו מכירה).⁴²

דוגמה שלישיית מצויה בפסיקתו של רבי יצחק אדרבי (סלוניקי, המאה ה'ט"ז). באותו מקרה נידון עניינו של ראובן, תושב טורקיה, שהלך לצרכי מסחרו אל אחת מערי איטליה. במסגרת עסקיו התחייב בתשלום כסף לנכרי מאנשי המקום שבו שהה. בשל מלחמות וקרבות שהתרחשו באזור נחסמו הדרכים, וראובן לא יכול היה לסחור כפי שתכנן שכן כספו נותר בביתו והוא לא יכול היה להגיע אליו. לפיכך כאשר הגיע מועד הפירעון של החוב לא היה באמתחתו כסף לשלם את חובו. הנושה הוסיף אפוא לחוב ריבית בגין הכספים שלא שולמו בזמן.⁴³

לאחר זמן, טען הנושה כי בכוחו להסדיר את הגעתו של ראובן לביתו, אך הוא יעשה כן בתנאי שהלה יתחייב ("יעשה לו קונטרטו") להגדיל את סכום החוב.⁴⁴ ראובן נאלץ להסכים. לאחר זמן הובאו הדברים בפני בית דין רבני, שם טען ראובן כי אין לחייבו בתשלום הריבית שנוספה שכן זו נכפתה עליו ולפיכך יש לבטלה. נפסק, כי כיוון שהלה לא היה חייב בתשלום ריבית זו, הרי שהכפייה להוסיפה שקולה למתנה הניתנת מחמת כפייה, ועל כן היא ניתנת לביטול. ובלשונו:

זה הרבית שזקף עליו הכותי (=הנושה) על ראובן הנו' [כר] הוא מתנה גמורה... וכיון שהיא מתנה אע"ג דראובן זה לא מסר מודעא על הודאתו אי ידעינן באונסיה (=אם יודעים אנו באונסו) אין בהודאתו ובמתנתו כלום.⁴⁵

חשוב לעמוד על כך שקביעה זו של בעל שו"ת דברי ריבות אינה מובנת מאליה, אלא היא מבטאת את האופן שבו הוא פירש והעריך את מערכת היחסים שבין החייב והנושה ואת

40. אולי צ"ל: אונס.

41. אולי צ"ל: שאנסו.

42. שו"ת מהרי"ק, ק"ח. לא כל הפוסקים הסכימו עם העיקרון שעשיית פעולה שהכופה ממילא חייב על פי דין לעשותה ("מושבע ועומד מהר סיני") אינה יכולה להיחשב מתן תמורה. ראו לדוגמה, שו"ת מהרש"ך א, סז (אישה תפסה את רכוש בעלה והתנתה את החזרת הרכוש בכך שיתפשר ויגרשה. לדעת המהרש"ך, השבת הרכוש עשויה להיחשב מתן תמורה אף שהרכוש נלקח שלא כדין; גם אונס הגולה כבר כתבתי דאגב אונסיה גמר ומגרש, כדי להציל את שלו"); שו"ת מהרי"ב ב, לב ג, כח (משודך איים שלא יישא את כלתו אלא אם אביה ימחל על חובו של המשודך כלפיו. הועלתה האפשרות שכפייה זו שקולה למכר, שכן תמורת מחילת החוב קיבל האב את נישואי בתו). השו"ת מהרש"ך ב, קט (שימוש בתפיסת נכסים שלא כדין כדי לכפות את הבעל לתת גט וכדי לשעבד נכסים נוספים לטובת האישה). ראו גם בית יוסף אה"ע, קלד, ד"ה כתב ה"ר מיימון. ראו גם להלן, ליד הע' 58.

43. באותו מקרה הנושה היה נכרי, כך ששאלת איסור הריבית לא התעוררה.

44. כפי הנראה, הסכום המוגדל אמור היה לשקף את תוספת הריבית שהצטברה.

45. שו"ת דברי ריבות, שא.

התוצאה ההוגנת ביניהם. הלא לגבי אותן נסיבות ניתן היה לקבוע שתוספת הריבית דווקא לגיטימית, שכן היא מפצה את הנושה על העיכוב בפירעון אשר נדחה שלא באשמתו.⁴⁶ לאמתו של דבר, השאלה העקרונית המסתתרת בין קפליה של תשובה זו היא מיהו הראוי שיישא בסיכונים של מצב המלחמה, החייב או הנושה. כפי הנראה, המשיב סבר שאין זה מן הראוי להטיל על כתפי החייב את הסיכון, שכן דחיית מועד הפירעון לא הייתה בשליטתו. אמנם, יכול אדם לטעון כי הדחייה גם לא הייתה באשמת הנושה. מהו אפוא הנימוק שגרם למשיב להכריע לטובת החייב? ייתכן שהוא סבר שאכן הדבר אינו מוכרע אלא שנטלי הראיות ("המוציא מחברו עליו הראיה") מטים את הכף לטובת החייב, אשר הנושה מבקש להוציא ממנו תוספת כסף. עוד ייתכן שבתשובה רמזו שלנושה בכל זאת הייתה זיקה מסוימת לקרבות שהתפתחו, ושלכן ראוי היה שהוא יישא בעלויות הנגזרות.⁴⁷ בין כך ובין כך, החשוב לענייננו הוא השימוש שעושה המשיב בהבחנה בין מכר לבין מתנה כדי להביע את הערכתו לגבי מידת ההגינות בתוצאותיה של הכפייה.

ד. פשרה ומחילה

גם בהקשר של צדדים המנהלים התדיינות משפטית הפוסקים נעזרו בצמד המושגים "מכר" ו"מתנה" כדי לקבוע את דינן של הסכמות בין הצדדים שהושגו בכפייה. המדובר במצבים שבהם שני צדדים נתונים בסכסוך משפטי והאחד כופה על השני לסיימו בדרך של פשרה או בדרך של מחילה, כלומר חתימה על כתב ויתור.⁴⁸ עקרון היסוד נקבע על ידי הרמב"ם, והובא על ידי פוסקים נוספים כדוגמת רבי יוסף קארו, ולפיו לעניין דיני הכפייה "פשרה דינה כמכר; ומחילה דינה כמתנה".⁴⁹ כלומר שפשרה מחמת כפייה תקפה ואילו מחילה מחמת כפייה ניתנת לביטול. זאת לכאורה מן הטעם שהפשרה מעניקה יתרונות לשני הצדדים בעוד המחילה היא על פי טבעה חד-צדדית. אולם בפועל הדברים מורכבים יותר. הרי רבי יוסף קארו עצמו פסק להפך במקום אחר: "אם ראובן הפחיד את שמעון למסרו לאנס אם לא יתן לו ממון שהיו דיניו עליו ואין לו בו זכות כפי הדין, ועשו פשרה בקנין וביטול מודעא, יכול לחזור בו".⁵⁰ כלומר, במקרה זה הפשרה שהושגה בכפייה ניתנת לביטול, בשונה מן המכר שנכרת מחמת כפייה. כיצד ניתן ליישב את הסתירה?

46. כאמור, באותו המקרה הנושה היה נכרי, כך שלא התעוררה בעיה של איסור ריבית.

47. נאמר בתשובה כי "היו מריבות ומלחמות בין מלכנו יר"ה ובין הכותים", וגם נאמר כי הנושה היה "כותי אחד אשר היה שם". עוד נאמר בתשובה כי אותו נושה "יעשה עמו טובה שיתן לו רשות לבא למלכות תוגרמא", כלומר שהוא היה רב השפעה ובעל מהלכים בפוליטיקה המקומית. מכלול זה יוצר את הרושם שייתכן כי לאותו נושה היה קשר מסוים למצב המלחמה שנוצר.

48. המקרים הנידונים בסעיף זה דומים, במידת מה, לכתב הוויתור הכפוי שנידון בפרשת ש.א.פ. נ' בנק לאומי (לעיל, הע' 11) ומכאן הרלוונטיות הרבה שלהם לפסק דינו הנ"ל של השופט מצא.

49. שולחן ערוך חו"מ רה, ג, בעקבות רמב"ם מכירה י, ג. וכתב המגיד משנה, שם: "ודימה הרב פשרה למכר ומחילה למתנה ועיקר".

50. שולחן ערוך חו"מ יב, יא.

מסתבר, כי הדברים תלויים בתוצאות שהושגו מכוח הפשרה או המחילה, ובעיקר בשאלה האם הללו משרתות את עניינם של שני הצדדים או שמא את עניינו של הצד הכופה בלבד. וכפי שלמשל הבחין רבי יואל סירקיס (פולין, המאות הט"ז-י"ז), בין סכסוך שאין ידוע מה תהיה התוצאה המשפטית הצפויה לגביו, או אכן ניתן לראות בפשרה הכפויה מהלך המשרת את אינטרס שני הצדדים, לבין מצבים שבהם ברור מראש שבית הדין יכריע לטובת אחד הצדדים, אז הפשרה משרתת אך ורק את אינטרס הכופה:

כתב הרמב"ם פרק י' ממכירה (ה"ג) דפשרה דינה כמכירה ומחילה דינה כמתנה. ומיהו (=אבל) דוקא באחד שיש לו דין על חברו ואינו יודע אם יהא זוכה בדין אם לאו, והוה ליה (=והוא לו) כאילו מוכר כל אחד לחברו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם. אבל אם ראובן תובע משמעון תביעה שידוע שאינו זוכה בה בדין והפחידו שאם לא יתן לו אותו מעות שילשין אותו למלך ועשו פשרה ביניהם בקנין וביטול מודעא פשרה כזו הו"ל (=הווי ליה, הוא לו) כתליוהו ויהיב (=תלוהו ונתן מתנה) והקנין וביטול המודעא הכל היה מחמת אונס וחייב להחזיר לו מה שנתן לו על פי פשרה זו.⁵¹

דוגמה מוקדמת להבחנה ברוח זו ניתן למצוא בתשובות הרשב"א, אשר נשאל לגבי המקרה הבא:

ראובן הפחיד את שמעון בעדים, שאם לא יחזיר לו הממון, ילשין אותו, וימסור אותו למלך; ונכנס אחר, ועשה פשרה ביניהם בקנין וביטול מודעא, ולאחר זמן חזר שמעון ותבע לראובן להחזיר לו אותו ממון שלקח ממנו, מפני שלא נתן אלא מחמת שהפחידו שילשינהו למלך, ואנוס היה.

על כך השיב הרשב"א שהדין עם שמעון, שהרי מצב עניינים זה קרוב יותר על פי טיבו למתנה ולא למכר:

הדין עם שמעון, שאנוס היה זה, מפני שהפחידו למסור אותו למלכות, וביד כל אדם למסור חברו ביד המלוה,⁵² ואם כן הוה ליה כתליה ויהיב, ולא אמרו: תלו וחבין זביניה זביני אלא משום דאגב זוזי גמר ומקני, אבל תלו ויהיב אין מתנתו מתנה.⁵³

במקום אחר הדגיש הרשב"א, כי גם אם במסגרת הפשרה הכופה מוכן לזוותר על חלק מתביעתו עדיין אין בכך כדי להחשיב זאת כמתן תמורה, שהרי ייתכן שהכופה מוותר על מה שבבירור הוא תובע שלא כדין, כלומר מוותר על דבר שאינו שלו, ולפיכך עדיין יש לראות בכך כפייה להענקת מתנה ולא כפייה למכירת נכס בתמורה. הרשב"א מדמה זאת לאדם הגוזל מחברו שדה, ואז כופה אותו למכור לו את מחצית השדה תמורת החזרת המחצית האחרת:

51. ב"ח חו"מ רה, טז. ובדומה כתבו, למשל, קצות החושן רה, ב; שו"ת מהר"ם לובלין, כג. להרחבת דברים בנושא פשרה מחמת כפייה ראו שו"ת ישמח לבב חו"מ, ו; פד"ר ד, עמ' רפב; פגמים בחוזה (לעיל, הע' 2) עמ' 295.

52. אולי צ"ל: המלכות.

53. שו"ת הרשב"א ג, קב.

והנדון שלפנינו, הרי הוא כאנסוהו ליתן. שאע"פ שקבל קצת מעות, לא אמרו בכי הא (=בכגון זה): אגב אונסיה וזווי (=אונסו וכספו) גמר ומקנה. שלא אמרו אלא בזווי (=בכסף) של דמי המכירה. אבל כאן קצת גזילה הוא דהשיב לו, ולא דמי הגזלה. הגע עצמך: הרי שגול שדה מחברו, ואנסו למכור לו מחציתו, ובמחיר (=ובתמורה) שיחזיר לו מחציתו האחר, הנאמר בכי הא: אגב אונסיה וחצי שדהו שהוא מחזיר לו גמר ומקנה החצי האחר! והא נמי דכוותה היא שהרי גזלו מאתים ונתן לו מנה, כדי שימחול לו המנה האחר. לא עשה ולא כלום!⁵⁴

ניתוח מעין זה, בתוספת הדגשה מעניינת, נמצא בתשובותיו של רבי יוסף טראני (צפת-טורקיה, המאות ה"ז-י"ז). באותו מקרה נידון עניינם של ראובן ורחל שהשתדכו זו עם זה, ובשטר השידוכין נקבע כי המפר ישלם קנס מסוים. לאחר זמן התברר כי באותה שעה ראובן כבר קידש אישה אחרת, דבר שכמובן גרם לרחל לבטל את השידוכין. בעקבות זאת תבע ראובן את התשלום המגיע לו מכוח סעיף הפיצוי המוסכם שבשטר השידוכין. בית הדין פסק כי רחל פטורה מן התשלום, שכן היו אלה שידוכי טעות.

אלא שאז ראובן פנה אל השלטונות הנכרים, אשר איימו לאכוף את הסכם השידוכין. בעקבות איום זה הסכימה רחל להתפשר ולשלם את הקנס. כעבור זמן היא ביקשה לבטל את הפשרה בטענה שזו נכפתה עליה. בהקשר זה טען המהרי"ט, שאמנם פשרה דינה כמכר, אולם זאת רק אם יש בסיס משפטי לתביעה. לעומת זאת, אם ברור כי התביעה משוללת בסיס, כפי שבמקרה זה התברר על ידי בית הדין בראשונה, הרי שהנכונות להתפשר כמורה כהענקת מתנה, והיא ניתנת לביטול במקרה של כפייה.

בהקשר זה מחדד המהרי"ט תובנה חשובה. במצבים שבהם הדין אינו ידוע ניתן לומר כי פשרה היא כמכר שכן ניתן לראות בצדדים הנכונים להתפשר כמי שהם "קונים את דינם", ונראה שכוונתו היא ששני הצדדים יוצאים נשכרים כתוצאה מהמרת אפשרות מסופקת של זכייה מלאה באפשרות ודאית של זכייה חלקית. לעומת זאת, כאשר המצב המשפטי ידוע, אזי הנכונות להתפשר מצד האדם שעתיד לזכות אינה אלא מתנת חינם:

וכי תימא (=ואם תאמר) פשרה היא זו ודינה כמכר... אין זו פשרה אלא במה שיש צד חיוב וקודם שידעו היכן הדין נוטה, איכא למימר (=יש לומר) עביד איניש דזבין דיניה (=עשוי אדם לקנות דינו)⁵⁵ שמא יתחייב יות'ן]. אבל הכא הדבר היה ידוע שאין באשה שום חיוב לקונס'ה] שכבר עמדו לפני החכם נר"ו ופטר, ואדרבא האיש הוא שעוות וקלקל הוא חייב לתת לה הקנס ואע"פ כן הכריח אותה על ידי עכו"ם שתקבל אנשי'ם] שיגזרו עליהם כל מה שיגזרו לתת לו זו מתנה גמורה היא.⁵⁶

הדגשה דומה עולה מדברי רבי שמואל די מדינה (סלוניקי, המאה ה"ז), אשר לפניו הובא המקרה הבא: במסגרת עסקיהם היה חייב ראובן כסף לשמעון, ותמורתו הפקיד ראובן

54. שו"ת הרשב"א ב, רעח. ראו גם שו"ת לחם רב, קעה.

55. ראו בבא בתרא ל, ב.

56. שו"ת מהרי"ט ב, חו"מ, קח.

משכון בידי שמעון. כעבור זמן, כאשר ביקש ראובן את השבת המשכון לידיו,⁵⁷ טענו אנשים מטעם שמעון שהחזיקו במשכון, כי זה יושב לידי ראובן רק לאחר שהוא יחתום כי "אין לראובן עליהם ועל שמעון חברים שום תביעה קלה וחמורה מיום שנברא העולם עד עצם היום הזה". בתחילה ראובן סרב לכך, בטענה שזו בקשה שאינה הוגנת מאחר שהיו לו תביעות אחרות כלפי שמעון בעניינים נוספים. אולם כיוון שראובן היה זקוק למשכון לצורך עסקים אחרים שהיו לו הוא נאלץ לחתום על כתב הוויתור.

בהקשר זה אומר המהרשד"ם שאמנם בדרך כלל מחילה כפויה דינה כמתנה כפויה, אולם בפועל יש לבדוק כל מקרה לגופו, על מכלול מאפייניו הייחודיים, ולראות האם כנגד המחילה ניתנה תמורה אם לאו. בהקשר הספציפי שלפניו הוא מעלה פנים לכאן ולכאן. מצד אחד, תמורת מחילת החוב מקבל ראובן לידיו את המשכון שהוא מעוניין בו. מצד שני, שמעון מעכב את המשכון שלא כדין, ולפיכך אין לראות בהשבת המשכון מתן תמורה אלא מילוי חובה, ולפיכך המחילה אמורה להיחשב מתנה. ובלשונו:

יש קצת ספק אם נדון שלנו הוי כתליוה וזבין כמו שנו' [אה] לכאורה כיון שנתנו לו המשכון תמורת המחילה או אם נאמר דהוי כתליוה ויהיב... שהרי לא נתן לו המשכון תמור' [ת] המחילה כי מושבע ועומד היה מהר סיני ליתן לו משכוננו נמצא כי לא קביל זה המוח' [ל] דבר תמור' [ת] המחילה.⁵⁸

המהרשד"ם לא הכריע באופן חד-משמעי בין שתי האפשרויות.⁵⁹ כפי שראינו לעיל, פוסקים אחרים (המהרי"ק) הכריעו כי השבת דבר המוחזק שלא כדין אינה נחשבת מתן תמורה אלא מילוי חובה, ועל כן אין לראות בהתחייבות שניתנה כנגדה מכר אלא מתנה.⁶⁰

נשוב לענייני פשרה כפויה. שימוש מאיר עיניים בהבחנה בין מכירה כפויה לבין מתנה כפויה נעשה לפני כמה עשורים על ידי בית הדין הרבני האזורי בחיפה. באותו עניין נידון הסכם פשרה בין שני שותפים שהסתכסכו, ואשר אחד מהם טען כי הפשרה נכפתה עליו בניגוד לרצונו. לאחר שהדיינים שקלו את היתרונות שכל צד הפיק מהסכם הפשרה הם הסיקו שיש לסווגה כמכר ולא כמתנה, ולפיכך היא ראויה להיות תקפה אף אם היא הושגה באמצעות כפייה. לדעתם, הפשרה אפשרה לשני הצדדים לסיים את הסכסוך במהירות במקום שיתארך במשך שנים, ובכך להגן על ערך הכסף שלא יישחק לאורך זמן:

ולאור האמור לעיל, נראה דפשרה כזו דינה כמכר. מאחר שהתובע בעצמו טען שהיה כדאי לו לגמור בפשרה, אף שלדבריו יכול היה לקבל יותר כסף, משום שחשש לירידת ערך הכסף, הרי בפשרה שעשה, הרויח קבלת הכסף מוקדם יותר.⁶¹

57. מתוך הקשר הדברים נראה שבקשת ראובן להשבת המשכון הייתה מוצדקת, כלומר שהחוב נפרע בשלמותו.

58. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, מד.

59. למעשה הדין באותה תשובה היה סבוך יותר, שכן ראובן מסר מודעה כי המחילה נעשית בכפייה, ובאותו מקרה היה אף מעורב מרכיב של ביטול מודעה. לעניין מודעה וביטול מודעה יש הבדל בין מכר בכפייה לבין מתנה בכפייה, ומכאן התלבטותו של המהרשד"ם. בפועל המהרשד"ם הכריע שיש לבטל את המחילה בשל היותה מבוססת על טעות, אולם הדברים חורגים מגבולות יריעה זו.

60. לעיל, ליד הע' 40. לגישות אחרות ראו לעיל, הע' 42.

את הדין בפשרה ובמחילה אני מבקש לחתום בפסק דין של בית המשפט העליון שדן בדיוק בשאלות אלה תוך מתן דגש מיוחד על עמדת המשפט העברי. בפרשת גרין נ' גרין נידון עניינם של בני זוג, אשר הבעל נטש את אשתו וברח לדרום אמריקה.⁶² האישה טענה כי הבעל חייב בתשלום מזונות עבור בתם המשותפת. הבעל טען כי האישה חייבת להשיב לו מיני מתנות שקיבלה ממנו, והודיע כי לא ייתן לה גט אלא אם תוותר על תביעת המזונות כלפיו. כדי שלא תישאר עגונה הסכימה האישה לוותר על כל תביעותיה הכספיות, לרבות תשלום כתובתה ותשלום המזונות, ואף הבעל ויתר על תביעתו להשבת המתנות שנתן. הסכמה זו אושרה על ידי בית הדין האזורי בפתח תקווה.

לאחר זמן טענה האישה בפני בית המשפט כי הוויתור על תשלום המזונות הושג בדרך של כפייה (איום שתיוותר עגונה) ועל כן היא מבקשת לבטלו ולחייב את הבעל במזונות. משהובא המקרה בפני בית המשפט העליון, נחלקו השופטים לגבי עמדת המשפט העברי בשאלה זו. השופט חיים כהן, עמד על כך שמכר ומתנה הם מושגי היסוד לעניין פשרה שהושגה בכפייה ('פשרה שיש בה מחילה הדדית, כמותה כמכר, ואילו פשרה שיש בה מחילה חד-צדדית, כמותה כמחילה ולא כמכר'⁶³). על יסוד זה הוא הכריע כי במקרה שלפניו ויתורה של האישה שקול למחילה כפויה ולא לפשרה כפויה, ולפיכך יש לה את הזכות לבטלו:

נמצא, שלא היו כאן ויתורים הדדיים ומחילות הדדיות בתום לב, זה של מקצת תביעתו וזה של מקצת תביעתו, כדרך הפשרות הדומות למכר או לחליפין, שבהם נותן אחד חפץ פלוני ולוקח תמורתו מן השני חפץ פלמוני! אלא כדי לקבל את גיטה ולהינצל משוועת עגינותה, נתנה האשה למערער את ויתורה ואת התחייבותה, ותמורתם לא קיבלה ולא כלום – מין ויתור ערטילאי על תביעה שלא היתה ולא נבראה.⁶⁴

שתי הנחות עומדות בבסיס דבריו. ראשית, שתביעתו של הבעל לקבלת המתנות בחזרה לידיו הייתה משוללת יסוד, ועל כן ויתורו של הבעל על תביעה זו הוא דבר שאין בו ממש. שנית, שכאשר בעל המעגן את אשתו לאורך זמן נעתר לגרשה אין לראות בכך דבר השקול למתן תמורה, כפי הנראה משום שבכך אין הוא אלא מקיים את חובתו.

לעומתו סבור היה השופט משה זילברג, כי על פי המשפט העברי הסכם הפשרה של האישה צריך להיות תקף, אף שהושג בכפייה, ולפיכך לו היו מחילים את המשפט העברי

61. פד"ר ד, וד רפב, ד"ה ולאור האמור לעיל. בהמשך פסק הדין הוכר שיקול נוסף ההופך את הפשרה לרצויה עבור הצד שהיה נתון לכפייה: "ונוסף לזה, הרי טוען הנתבע שגם לו היו תביעות נגדיות, וגם תביעות פליליות, והתובע הודה שהרביץ לו, ואם כן הרי הרויח התובע בפשרה שעשה שלא יצטרך לעמוד לדין אתו על תביעותיו".

62. ע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז, 318. להתייחסויות נוספות לפסק דין זה ראו ע"ב (ת"א) 8476/06 אשכנזי נ' אופן גייט; ע"א (י"ם) 2001/08 דהן נ' כתר הוצאה לאור; ת"א (י"ם) 5072/03 ישפרו נ' מינהל מקרקעי ישראל. ראו גם בע"מ 1581/06 פלוני נ' פלוני.

63. ע"א 457/61 (לעיל, הע' 62), עמ' 327.

64. ע"א 457/61 (לעיל, הע' 62), עמ' 325.

על מקרה זה מן הראוי היה לפטור את הבעל מחובת המזונות.⁶⁵ טעמו של זילברג כפול. ראשית, הוא סבור שיתכן שתביעת הבעל להשבת המתנות יש בה ממש, ולפיכך הוויתור על תביעה זו הוא ויתור בעל משמעות ולא "ויתור ערטילאי על תביעה שלא היתה ולא נבראה". שנית, וזאת העיקר, מתן הגט לאישה שקול למתן תמורה, ועל כן ויתורה של האישה אינו מתנת חינם. כפי שראינו לעיל, כאשר הצד הכופה נתן דברים שהוא חייב היה על פי דין להעניקם קשה לראות בכך מתן תמורה.⁶⁶ לפיכך, ככל שאסור היה לבעל לעגן את אשתו, קשה לראות בנכונותו לגרשה מתן תמורה לאישה.⁶⁷

ה. מקום השיפוט

הסכמה בכפייה מסוג שונה, אשר נפתרה גם היא באמצעות ההבחנה בין מכר לבין מתנה, היא של כפייה על מקום השיפוט. המדובר במקרים שבהם שני צדדים מצויים בסכסוך משפטי, וביניהם מתפתח סכסוך נוסף לגבי מקום הערכאה שתכריע ביניהם. שאלת הכפייה מתעוררת כאשר אחד הצדדים כופה על הצד שכנגד מקום שיפוט שהוא נוח לכופה ועלול להיות לרועץ לצד הנתון בכפייה.

שאלה מעין זו הובאה בפני רבי שלום מרדכי שבדרון (גליציה, המאה הי"ט). באותו מקרה נידון סכסוך בין רב קהילה לבין השוחט של אותה קהילה. בין השניים התגלע ויכוח נוסף היכן יוכרע הסכסוך ביניהם. השוחט העדיף את בית הדין שבעירם, ואילו רב הקהילה העדיף בית דין בעיר אחרת. באחד הימים הוליכו הנסיבות את השוחט לאותה עיר אחרת, ורב הקהילה ניצל את ההזדמנות ושכנע את בית הדין שבאותו מקום לאיים על השוחט שייצא עליו כתב סירוב אם לא יסכים שדינו יידון באותו מקום. בעקבות האיום הסכים לכך השוחט, אשר חשש שאם ייצא עליו כתב סירוב שחיתו לא תהיה מקובלת ומטה לחמו יישבר. לאחר זמן הוא ביקש לבטל את הסכמתו בטענה שזו נכפתה עליו בניגוד לרצונו.

מן התשובה עולה, כי אם אכן על פי כללי סדר הדין הצדק היה עם השוחט והוא לא היה חייב להיות נידון באותה עיר אלא להיות נידון בעירו (נקודה שנידונה לאורך התשובה), הרי שהסכמתו לוותר על מקום השיפוט הנוח ולעבור למקום שיפוט פחות נוח עבורו שקולה להסכמה להעניק מתנה, ולפיכך הריהי כפויה והיא ניתנת לביטול. ובלשונו: "וגם הוי מהאי טעמא (=מטעם זה) כתלוהו ויהיב (=כתלוהו ונתן) דלא הווי (=שאינו) קנין כלל כיון שלא היה מחויב בזה".⁶⁸

65. הלכה למעשה זילברג הסכים עם מסקנתו של כהן אך מטעם שונה. זאת משום שלדעתו מקרה ספציפי זה צריך להיות מוכרע על פי המשפט הנוהג בישראל, שאינו מכיר בתוקפה של פשרה שהושגה בכפייה, ולא על פי הדין האישי (דין תורה) של הצדדים.

66. לעיל, ליד הערות 40, 58.

67. זילברג ביקש להוכיח את גישתו משו"ת הר"י מיגוש, קכב. אולם המעיין בתשובת הר"י מיגוש ייווכח שהר"י מיגוש לא כתב את הדברים שזילברג מצא בו, וייתכנו הסברים אחרים לדבריו.

68. שו"ת מהרש"ם ד, פז.

ו. בעל ואשתו

לא אחת אנו מוצאים שימוש בהבחנה המושגית בין מכר לבין מתנה בהקשר לטענות כפייה העולות בתוך מערכת היחסים שבין בעל ואשתו. אף כאן, אין מדובר במכר או במתנה במונח המילולי, אולם על דרך האנלוגיה הפוסקים משתמשים במושגים אלה כדי לבחון את הגינות התוצאה שהושגה בין בני הזוג באמצעות הכפייה.

דוגמה אחת מצויה בתשובותיו של רבי יוסף קולון (איטליה, המאה ה"ט"). לפני המהרי"ק הובא מקרה של אדם שטען כי גיסתו ואחיה כפו עליו (באמצעות איום "להביאו בערכאות כותים") להוסיף לה יתר על כתובתה.⁶⁹ על פניו, מתן כסף מעבר למתחייב מכתובתה אמור להיחשב מתנה כפויה. יחד עם זאת, המהרי"ק נתן תוקף להתחייבות לכתובה המוגדלת, שכן הוא מצא כי בד בבד עם הגדלת דמי הכתובה קיבל אותו אדם מן האישה ויתור על חובות אחרים שהיו לו כלפיה. ויתור זה הפך את ההתחייבות שניתנה שקולה למכר מחמת כפייה. ובלשונו:

עוד נראה לע"ד (=לעניות דעתי) דבר פשוט דמאחר (=שמאחר) דמטי ליה (=שמגיעה לו) הנאה ממה שהוסיף לרחל גיסתו, שמתוך כך עשתה לו אשי"און ורמי"שאון⁷⁰ החובות אשר מזה לא היתה חייבת מתוך הצואה כלל, גם נשבעו היא ואחיה שלא להזיקו ולא לגרום שום היזק, ואפילו כי מושבעים היה מהר סיני מכל מקום מתוך השבועה מזרזו יותר, גם עשו לו פטור כולל מכל תביעות וערעורים אשר היו לו עליו הן מצד הירושלמי הן מצד אחר, דאפילו נאמר שבאונס הוסיף מה שהוסיף לה דלא נדון אותו כתלויה ויהיב דלא הוי מתנה אלא כתלויה וזבין דהוי זביניה זבין דנעשה הוא כקונה הני הנאת לעיל תמורות מה שהוסיף לה, דאין הולכין בזה אחר צמצום ההנאה דמטי ליה מיניה הישנה שווה מה שנתן לו חבירו תמורתו אם לא, לפי הנראה לעניות דעתי.⁷¹

דוגמה שנייה לקוחה מתשובתו של הרב אליעזר וולדינברג (ירושלים, המאה ה"כ). לפניו הובא מקרה שבו במסגרת הסכם גירושין בין בני זוג הבעל קיבל על עצמו לשלם לגרושתו דמי מזונות גבוהים מן המקובל עבור בנו. לטענת הבעל, הוא הסכים להתחייב לכך שכן אשתו הציבה זאת כתנאי להסכמתה לגירושין, ולפיכך יש לראותו כמי שנכפה להסכים להגדלת דמי המזונות.⁷² הרב וולדינברג דן באריכות בדבר ופסק שההתחייבות למזונות המוגדלים תקפה ואינה ניתנת לביטול. מסקנה זו נתמכה בכמה טיעונים, ביניהם שהתנהגות האישה אינה עולה כדי כפייה.

69. אדם כמוכן אינו חייב בכתובת גיסתו, אך כפי הנראה מתוך התשובה אותו אדם נטל על עצמו את ההתחייבות הכספית של אחיו עבור כתובת גיסתו.

70. azione e remissione משמעו באיטלקית "מחילת חוב" (אני מודה לפרופ' מרדכי ראבילו על העזרה בפענוח מונח זה).

71. שו"ת מהרי"ק, קפה. אלא שמהמשך דבריו נראה שהמהרי"ק סבור שכדי שעסקה תוגדר כמכר בכפייה אין צורך בתשלום מלוא התמורה אלא די גם בחלקה. וראו לעיל, ליד הע' 23.

72. מקרה זה בעל מאפיינים דומים, במידת מה, לאלה שנידונו בפסק דין ע"א 5490/92 פגס נ' פגס. על כך ראו גם זמיר, "צדק פרוצדוראלי" (לעיל, הע' 4).

אולם הרב וולדינברג מוסיף עוד טיעון, שנראה כי יש לו תפקיד חשוב במסגרת שיקולי ההכרעה. לדעתו, אמנם במבט ראשון עשוי להיראות כאילו התחייבותו של הבעל להגדלת דמי המזונות היא חד-צדדית לטובת האישה, אולם בדיקת מכלול הנסיבות והקשר הדברים מלמדת על טובת ההנאה המקבילה שצמחה לבעל מהתחייבות זו, והיא שחרור מהיר מן הנישואין שהוא לא חפץ בהם וקבלת האפשרות לחיות עם אישה אחרת שהוא היה מעוניין בה באותו הזמן. מערכת המושגים שבאמצעותה הרב וולדינברג מנתח את המקרה שלפניו היא ההבחנה המושגית בין מכר כפוי לבין מתנה כפויה:

יתר על כן, אפילו אי לו בנידוננו היה כן מיקרי זה אונס, הא גם כן אין זה כאונס של תלווה ויהיב, אלא כאונס של תלווה וזבין, כי על ידי הסכמתו ההכרחי הזה קיבל מה שרצה ורדף לקבל תמורת זה ואשר היה מוכח בעליל שהיתה זאת התמורה שקיבל עבור כך שוה לו ביותר מזה, והוא לזכות להיות ע"י כך בן חורין מזאת האשה וליפטר מכל חיוביו כלפיה שחלו עליו כל עוד היתה אשתו, וגם לרבות, ואולי זאת בעיקר להיות ע"י כך בן חורין לישא האשה שחפץ בה, וד"ל (=ודי לחכימא). ויתכן על כן שאין זה אפילו בגדר של תלווה וזבין, אלא הוא זה נתינת תמורה עבור ההסכמה של האשה לקבל את הגט פיטורין ולעשותו ע"י כך בן חורין, והיא הסכימה לכך ע"י ההתחייבות היותר גדולה מהרגיל למזונות הבן אשר זה יביא לה יותר הקלה בטיפולה בו ובכלכלתה אותו, וכיוצא בזה. על כן אין כל מקום להענות למבוקשו של הבעל כעת להוריד ולהפחית גובה סכום התחייבותו במזונות בנו.⁷³

דוגמה לשימוש בהבחנה בין מכר לבין מתנה, הפעם בכיוון שונה, מצויה בתשובותיו של הראי"ה קוק (ארץ ישראל, המאה הכ').⁷⁴ לפניו הובא מקרה של בני זוג שנישאו זה לזה כדי לקבל סרטיפיקט עלייה לארץ ישראל, ובלא שהייתה להם כוונה לקיים חיי נישואין של ממש. השאלה שנידונה בהקשר זה הייתה האם הנישואין תקפים כך שעתה עליהם להתגרש זה מזה או שמא הם נחשבים פנויים. שאלה זו נידונה מכמה היבטים שונים, אחד מהם הוא היבט הכפייה, שהרי נישואין אלה נעשו אך ורק מחמת האיום של שלטון המנדט הבריטי שחסם את דרכי העלייה לארץ.⁷⁵ בהקשר זה טען הראי"ה קוק, כי דין נישואין אלה להתבטל, שכן הם שקולים למתנה מחמת כפייה ולא למכר מחמת כפייה.⁷⁶ כדי להסביר את חשיבותה של קביעה זו ואת משמעותה יש להקדים ולהסביר: באופן כללי, כפיית אישה להתקדש שקולה לכפייה למכר (ולא לכפייה להענקת מתנה), שכן במסגרת

73. שו"ת ציץ אליעזר יב, עד.

74. שו"ת עזרת כהן, מא.

75. שאלה בפני עצמה היא האם אכן אילוץ זה עולה כדי כפייה, שהרי השלטון הבריטי אינו כופה אותם להינשא, אלא רק מתנה את הסרטיפיקט בנישואין. אלא שהדברים חורגים מגבולות מאמר זה.

76. כפי שיוסבר להלן, תשובה זו גם מעלה שאלות של כפייה על ידי צד שלישי, נושא שבו אדון בנפרד בהמשך המאמר. אולם כאן אני מבקש להדגיש את חידושו של הראי"ה לעניין שאלת התמורה בין שני בני הזוג.

הנישואין האישה מקבלת טובות הנאה שונות.⁷⁷ התוצאה המתבקשת לכאורה, היא שקידושין שהושגו על ידי כפיית האישה צריכים להיות תקפים; וכדברי האמורא אממר: "תליוה וקדיש – קדושיו קדושין".⁷⁸ אין צורך להכביר במילים עד כמה התוצאות של כלל זה עלולות להיות קשות, ולפיכך הובאה דעה נוספת בסוגיה שלפיה המקרה של קידושין מוחרג, ובו מחילים את הכלל הנוסף: "באשה ודאי קדושין לא הוו, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה (=והפקיעו חכמים את הקידושין ממנו)".

אין צורך להיכנס כאן בשאלה הפקעה זו מה טיבה וכיצד היא פועלת. לענייננו חשובה הקביעה שקידושין שנכפו על האישה ניתנים לביטול. ברם, כלל חריג זה מתייחס למצבים שבהם הבעל "עשה שלא כהוגן" כלומר כפה על האישה להתקדש לו. האם הוא חל גם על מצבים שבהם מקור הכפייה אינו הבעל אלא צד שלישי, ואילו הוא, הבעל, נהג כהוגן? בנקודה זו נחלקו הפוסקים. יש הגורסים כי גם בכגון זה שמורה לאישה זכות הביטול, ואילו אחרים סבורים כי אם הבעל נהג כהוגן (והכפייה נעשתה על ידי אדם שלישי) אין האישה יכולה לבטל את הקידושין.⁷⁹

זו הסיבה שבעטיה חשוב היה לראייה קוק לטעון כי הנישואין שנידונו לפניו אינם שקולים למכר בכפייה (שאו היותם ניתנים לביטול שנויה במחלוקת הפוסקים) אלא שהם שקולים למתנה בכפייה, אשר הכל מודים כי הם ניתנים לביטול. בהקשר זה טען הראייה קוק, כי אימתי ניתן לומר שקידושין מחמת כפייה שקולים למכר ולא למתנה? רק כאשר מדובר בקידושין למטרות של חיים יחדיו, אז צומחות לאישה טובות הנאה שונות כתוצאה מנישואין אלה.⁸⁰ אולם כאשר מדובר בנישואין שלא למטרות חיים בצוותא, הרי שטובת ההנאה היחידה שצומחת לאישה היא הכסף הסמלי של הקידושין, שהוא כשלעצמו ודאי אינו נחשב תמורה לעניין זה. לפיכך, קידושין שכאלה נחשבים מתנה מצד האישה ולא מכר, ואם הם נעשו בכפייה הכול מסכימים שהם ניתנים לביטול. ובלשונו:

ואם כן צריכין אנו לדון מהו הטעם שבאשה קדושיה קדושין באונס גם בפחות משויה, וע"כ צ"ל (=ועל כורחך צריך לומר) משום דכל אשה מקניא (=מקנה) נפשה בפרוטה, אבל מה שכל אשה מקניא נפשה בפרוטה הלא הוא משום זכויותיה שהיא זוכה בחיובי הבעל לה, וכיון דאנן סהדי (=שאנו עדים) שזכויות אלו לא עלה על דעתם כלל,⁸¹ א"כ אי אפשר כלל דדמי (=שדומה) למכירה, אלא למתנה דמי. ונמצא

77. הראשונים נחלקו בשאלה, טובת הנאה זו מהי. יש שזיהו אותה עם כסף הקידושין, אחרים זיהו אותה עם התחייבויותיו של הבעל כלפי האישה (שאר, כסות ועונה), ויש שזיהו אותה עם עצם קבלת המעמד האישי של נשואה ("דינחא לה דתיפוק עלה שמא דאישות"). לסיכום הדעות ראו רשב"א בבא בתרא מחב, ד"ה דהא אשה.

78. **בבא בתרא** מחב. הפירוש שמימרה זו מוסבת על כפיית האישה להתקדש אינה מוסכמת על הכול, שכן יש שפירשה כמוסבת על כפיית האיש לקדש. ראו למשל **ספר מצוות גדול** עשין, מח (בעקבות **רמב"ם** אישות ד, א).

79. ראו המקורות המובאים בשו"ת **יביע אומר** ג, אה"ע, כ, כו.

80. ראו לעיל, הע' 77.

81. שכן לא היה בכוונתם להמשיך לחיות יחד כבני זוג נשואים.

שאינו צריך לזון כלל משום אפקעינהו רבנן לקדושי מיניה, ולהכנס בספק שדברנו אם יש חילוק בין אם הוא בעצמו הוא האונס, או שאחרים הם האונסים, דכ"ז (=דכל זה) הספק לא שייך כ"א (=כי אם) אם נדון מצד אפקעינהו רבנן לקדושי מיניה, אבל בכה"ג (=בכהאי גוונא, בכגון זה) דדמי למתנה, מדינא אין הקידושין קידושין באונס, דהוי כתליוהו ויהיב.⁸²

במסגרת דיני המשפחה עשו פוסקי ההלכה שימוש יצירתי בכיוון אחר בהבחנה בין מכר מחמת כפייה לבין מתנה מחמת כפייה. המדובר במצבים שבהם בית הדין מכריע שיש לכפות על בעל לגרש את אשתו, או על יבם לחלוץ ליבמתו. אין זה המקום להיכנס כאן לסוגיה הסבוכה של כפיית גיטין (או כפיית חליצה). לענייננו די בטענה הבאה: לעתים הפוסקים מעדיפים לעצב את אמצעי הכפייה המופעלים על הבעל באופן שייטיבו לא רק עם האישה (המתגרשת או היבמה) אלא גם שיעניקו טובות הנאה חומריות לאיש. בדרך זו הופכת הכפייה מכזו שמובילה לתוצאות חד-צדדיות לטובת האישה לכוזו שמיטיבה עם שני הצדדים כאחד. במילים אחרות: כך הגט שנכפה יוצא מן הקטגוריה של מתנה מחמת כפייה, שהיא ניתנת לביטול, ועובר לקטגוריה של מכר מחמת כפייה, שהוא תקף. המיוחד במקרים אלה הוא שבניגוד לכל מה שראינו עד כה, כאן בית הדין הוא שמעצב, בכוונה תחילה, את נסיבות הכפייה באופן שיתאימו לקטגוריה של מכר מחמת כפייה.

דוגמה אחת מצויה בפסיקתו של רבי גרשון אשכנזי (גרמניה, המאה הי"ז). באותו מקרה בית הדין הגיע למסקנה שיש לכפות על הבעל לגרש את אשתו, אלא שהדבר לא היה נקי מכמה ספקות הלכתיים שהתעוררו. בהקשר זה המליץ המשיב, כי טוב שבמסגרת כפיית הגט יקבל הבעל טובת הנאה כספית, ובדרך זו ניתן יהיה לדמות את הגט למכר מחמת כפייה שהוא תקף, ו"כיון שהרויח ממון ע"י הגט ודאי גמר ומגרש".⁸³

דוגמה נוספת מצויה בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול בירושלים משנת תש"ל. באותו מקרה נידון יבם שהתעקש ליבם את אשת אחיו ולא לחלוץ לה, ואילו האשה עמדה על כך שאינה מוכנה להתייבם (בין השאר, בשל מחלת נפש של היבם). בית הדין הכריע שיש לכפות אותו לחלוץ לה, ובכך להתירה להינשא למי שתחפוץ, אך הוא כרך זאת בכך שהאישה תשלם לו סכום מסוים, באופן שיהפוך את החליצה הכפויה לשקולה למכר מחמת כפייה ולא למתנה מחמת כפייה.⁸⁴

מדיניות הלכתית זו, של מתן טובת הנאה לגברים שיש לכפות אותם לגרש או לחלוץ, אינה חפה מבעיות. מצד אחד, יש בה משום הענקת פרס כספי לבעלים וליבמים המסרבים לציית לדין. מצד שני, במסגרת הרתיעה ההלכתית מפני כפיית גט או חליצה, פעולה זו

82. יש להוסיף, כי בפועל הראייה קוק חשש לחומרא, והמליץ לבני הזוג להתגרש. כמו כן, לקראת סוף התשובה הועלו ספקות נוספים לגבי כשרות הנישואין.

83. שו"ת עבודת הגרשוני, לה. עוד הוא מוסיף, כי כאשר ניתן למגרש ממון ניתן להכשיר את הגט אפילו אם הכפייה נעשתה על ידי נכרי.

84. פד"ר ח, עמ' קצג.

מגדילה את מרווח הפעולה של בית הדין ומאפשרת לו לפעול ביתר קלות להוצאת האישה לחופשי מכבלי עגינותה.

ז. "או אחר מטעמו"

לעתים אחד הצדדים כורת את החוזה מחמת כפייה, אולם זו מופעלת עליו על ידי אדם שלישי ולא על ידי הצד שכנגד. אותו אדם שלישי עשוי לפעול מטעם עצמו והוא גם עשוי לפעול מטעם הצד שכנגד. מה דינה של כפייה זו? על פי נוסח סעי' 17 לחוק החוזים, כפייה היא עילה לביטול החוזה רק אם היא נעשתה על ידי "הצד השני או אחר מטעמו". כלומר, אם צד שלישי כפה את החוזה על אחד הצדדים, והוא לא פעל מטעמו של הצד שכנגד, אזי החוזה תקף והצד שהיה נתון לכפייה אינו יכול לבטל את החוזה.

כך לדוגמה, באחד מפסקי הדין נידון עניינה של אישה, שבעלה היה מעוניין למכור את דירתם אך היא לא חפצה בכך. לפיכך, בעלה כפה אותה למכור לקונה את חלקה בדירה. נפסק, כי אמנם החוזה נכרת מחמת כפייה, אך כיוון שמקור הכפייה אינה בקונה או באחר שפעל מטעמו, אזי החוזה תקף.⁸⁵ סייג זה מדגיש, כי אין די בעצם הפגם שבגמירת דעתו של הצד הנכפה כדי לבטל את החוזה, אלא דרוש גם פגם מוסרי בהתנהגותו של הצד שכנגד, דבר שאינו מתקיים כאשר מקור הכפייה הוא באדם שלישי.

המלומדים נחלקו לגבי כפייה שנעשתה על ידי אדם שלישי שפעל מטעם עצמו, אך הצד שכנגד היה מודע לקיומה של הכפייה וניצל אותה. לדעת גבריאליה שלו, אם הכפייה הייתה שלא מטעמו של הצד שכנגד לא ניתן לבטל את החוזה אפילו אם נעשתה בידיעתו.⁸⁶ לעומתה, דניאל פרידמן ונילי כהן סבורים כי אם היא נעשתה בידיעתו של הצד שכנגד ניתן לבטל את החוזה.⁸⁷ בהצעת חוק דיני ממונות הובא נוסח מחודש של הסעיף, הקרוב לגישתם של פרידמן וכהן.⁸⁸

באופן עקרוני, המשפט העברי אינו מכיר בסייג זה. לדידו, מקורה של הכפייה אינו משנה; אם היא מצדיקה את ביטול החוזה, הרי שיש לבטל את החוזה גם אם מקור הכפייה הוא באדם שלישי, ואם היא אינה מצדיקה את ביטול החוזה הרי שהוא הדין אם הכופה הוא הצד שכנגד. וכפי שפסק רבי חיים בנבנשתי (איזמיר, המאה הי"ז): "דין זה [של הכפייה] לא שנא (=בין אם) אנסו האונס להנאת עצמו, לא שנא (=בין אם) אנסו להנאת אחרים".⁸⁹ כך למשל, כאשר נידון מקרה של אישה שאביה כפה אותה להינשא לאחר, פסק הרב עובדיה יוסף (ישראל, המאה הכ"י) כי היא זכאית לבטל את הקידושין, אף שהכפייה לא הופעלה על ידי הבעל ולא מטעמו.⁹⁰

85. ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4) 70, 75.

86. שלו, דיני חוזים (לעיל, הע' 1), 334.

87. פרידמן וכהן, חוזים (לעיל, הע' 1) 961.

88. הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 114(ב).

89. כנסת הגדולה חר"מ, רה, הגהות הטור, ב. על כך ראו גם פגמים בחוזה (לעיל, הע' 2) 268.

90. שו"ת יביע אומר ג, אה"ע, כ, כו. פסיקה זו אינה מובנת מאליה במקרה המסוים של קידושין מחמת כפייה, שכן כפי שראינו לעיל (הע' 79) הפוסקים נחלקו האם דברי התלמוד – "הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עמו שלא כהוגן" (בבא בתרא מח, ב) – חלים גם כאשר מי שכפה את האישה לא היה הבעל. הרב עובדיה

יחד עם זאת, התשובה הבאה, הלקוחה משולחנו של רבי יאשיהו פינטו (דמשק, המאות הט"ז-י"ז), עושה שימוש מושכל בהבחנה שבין מכר לבין מתנה כדי לתת כלים מורכבים יותר של התמודדות עם מצבים שבהם הכפייה נעשתה על ידי אדם שלישי. מעשה שהיה כך היה: ראובן עסק במסחר עם רבקה והפסיד את כספו. כיוון שלא יכול היה לפרוע לה את חובו הוא דאג שפרנסי הקהילה יחתמו על שטר חוב כנגד חובו, ובתמורה פטרה רבקה את ראובן מחובותיו כלפיה. לאחר שבאה לממש את שטר החוב שכתבו לה, טענו הפרנסים כי ראובן כפה אותם לכתוב את שטר החוב, ועל כן יש לבטלו. מנגד, רבקה טענה כי היא אינה אשמה בדבר, והיא קיבלה את שטר החוב בתום לב כנגד החוב שראובן היה חייב לה. המשיב מדגיש כי הדרך המרכזית לפתרון השאלה היא באמצעות הבחינה אם כפייה זו שקולה למתנה כפויה או למכר כפוי. על יסוד זה הוא מכריע, כי אמנם מנקודת מבטם של פרנסי הקהל מדובר בכפייה להענקת מתנה, שהרי הם נכפו לתת שטר חוב בלא שקיבלו דבר בתמורה, אולם מנקודת מבטה של רבקה קבלת שטר החוב שקולה למכר, שכן הוא ניתן תמורת מחילה על החוב של ראובן:

ומעתה נבא לטענת האונס צריך לחקור אם הש"ח (=שטר חוב) שנתחייבו בו הפרנסים הוי כמתנה כיון שלא לקחו מיד האשה כלום להתחייב בו וכפי זה... יתבטל הש"ח (=השטר חוב) והוי כחספא (=כחרט).

ומסתברא דלא דמי (=ומסתבר שאינו דומה) למתנה דכיון שהאשה מחלה לראו' [בן] מה שהיה לה בידו ע"פ הפרנסים שכתבו לה שטר זה בסיבת הש"ח (=השטר חוב) זה אין כאן מתנה אלא שפרעו לאשה חובו של ראו' [בן] ונתחייבו לה כדין ערב ואע"פ שלא יצאו ערבים בפירוש מכל מקום כיון שעשתה מעשה ע"פ דבורם הוו ערבים. ואם כן הוא, אע"פ שהלואה אנסם לא פקע חיוב הפרנסים לאשה כי הרי האשה לא אנסה אותם להתחייב לה ואם ראו' [בן] אנסם מה לה ולהם לבא ולהתחייב לה כי מתוך חיובם פטרה היא לראו' [בן] ממה שהיה לה בידו.⁹¹

במילים אחרות, אין להתמקד בנקודת המבט של הפרנסים, ולראות זאת ככפייה להענקת מתנה של שטרי חוב. במקום זאת, יש להתמקד במכלול הנסיבות, ולראות זאת ככפיית הפרנסים לשמש ערבים לפירעון החוב תמורת שחרורו של ראובן מן החוב, דבר השקול לכפייה למכירת נכס.

אמנם יש להודות כי טיעון זה עשוי להיראות לכאורה בלתי מספק, שהרי אין זה ברור מדוע עדיפה נקודת מבטה של רבקה, הנושה, על פני נקודת מבטם של הפרנסים שהיו נתונים תחת כפייה. אמנם רבקה היא קרבן של פעילותו של ראובן, ובלשון המשיב "שהאשה לא אנסה אותם ואם ראו' [בן] אנסם והיא לא ידעה מזה שום דבר מה פשעה להספות בלא משפט", אולם גם הפרנסים הם קרבנות של פעילותו של ראובן, ואף הם מה פשעו להיספות בלא משפט.

⁹¹ יוסף מכריע, כי כיוון שבאותו מקרה הבעל היה מודע לכך שאביה ואחיה כופים אותה (אף שהוא לא היה הכופה עצמו), אזי הוא נהג שלא כהוגן והכל מסכימים שהקידושין ניתנים לביטול.

91. שו"ת נבחר מוכסף חו"מ, ק.

כפי הנראה, שיקולים נוספים בתוך מכלול הנסיבות הביאו את הפוסק להעדיף את ההגנה על רבקה, הנושה. מתוך התשובה עולה, כי ייתכן שהכספים שהפסיד ראובן לרבקה לא היו אישיים שלו אלא כספי הקהילה שהוא סחר בהם ועל הפרנסים היה לשפות אותו על הפסדיו. זאת ועוד, מן התשובה עולה כי ראובן לא כפה את הפרנסים לכתוב את שטר החוב, אלא הוא כפה אותם להשיג לו פטור מן החוב כלפי רבקה והם שבחרו לעשות זאת בדרך של כתיבת שטר חוב. שיקולים אלה הביאו את הפוסק להטיל ספק האם בכלל עולה הדבר כדי כפייה. אמנם הוא מדגיש כי מדובר בסיבות עצמאיות להכרה בתוקפו של שטר החוב: הן משום שהתעוררו ספקות האם אכן הגיעו הדברים לכדי כפייה, ואף אם נקבל שהופעלה כפייה הרי זו כמכר ולא כמתנה. ובלשונו: "ובהאי טעמא דאמינא (=ובטעם זה שאמרת) אפילו דדייניי[ן] ליה להאי חיובא (=שדנים חיוב זה) כמתנה, החיוב קיים ואין כאן טענת אונס לבטלה. וכל שכן דלא הוי האי חיובא (=שאין חיוב זה) אלא כמכר והוא קיים". ברם, ייתכן שהספקות שהתעוררו לגבי עצם קיומה של הכפייה מסבירים מדוע הפוסק מעדיף את נקודת המבט של הנושה, רבקה, אשר מבחינתה מדובר בעסקת מכר, על פני נקודת המבט של הפרנסים שמבחינתם זו הענקת מתנה.

בין כך ובין כך, החשובה לענייננו היא דרכו של הפוסק להשתמש בהבחנה המושגית שבין מכר ומתנה כדי לתת ביטוי לשיקולי ההוגנות הרלוונטיים במקרה סבוך זה של כפייה על ידי צד שלישי.

סיכום

ההבחנה בין מכר מחמת כפייה לבין מתנה מחמת כפייה הפכה בידי הפוסקים להבחנה מושגית כללית בין חוזים שתוכנם הוגן לבין חוזים שתוכנם חד-צדדי. באמצעותה הם הכריעו מקרים מגוונים של הסכמות בכפייה, תוך בחינתם לאור אמות מידה של צדק חוזי מהותי המסייעות להעריך את מידת ההגינות שבתוצאות ההסכמה שהושגה בכפייה. אין צורך לומר שהביטוי "צדק חוזי מהותי" אינו חלק ממערך המושגים של הפוסקים, אולם דומה כי ההבחנה בין מכר לבין מתנה יושמה על ידם בדרך המלמדת על אינטואיציה ברורה של העדפת צדק מהותי כדי להכריע במקרים של חוזים שנכרתו בכפייה.

השוואת מדיניות הלכתית זו עם שני פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם פתחנו מעלה כמה מסקנות. ראשית, נראה שהפוסקים החילו את ההבחנה בין מכר למתנה, כלומר את אמות המידה של הגינות מהותית, על כל סוגי הכפייה שהופעלה על אחד הצדדים, ולא על כפייה כלכלית בלבד (כלומר, בצורה נרחבת הרבה יותר מהצעתו של השופט מצא בפסק דין ש.א.פ.). שנית, דומה כי הפוסקים ראו הבחנה זו כרלוונטית לכל סוגי החוזים וההסכמות. רשימת המקרים שהובאו במאמר זה – הגדלת שיעורי הריבית, תניית מקום השיפוט, הוספת שיעבודים לטובת הנושה, שינוי תנאי הכתובה ועוד – משמשת כרשימה פתוחה, אשר הפוסקים נקראים להוסיף לה עוד ועוד מקרים. שלישית, וזאת העיקר, הכרעת מקרי הכפייה בדרך של צדק מהותי נעשית על ידי הפוסקים בדרך מוצהרת וגלויה,

שבה הדיין מקיים את מצוות המחוקק. שיקולי הצדק המהותי אינם פרי החלטותיו של השופט אלא הם חלק אינטגרלי של החקיקה עצמה.⁹² פתחנו בכמה פסיקות של בית המשפט העליון, המסמנות קו חשיבה המעדיף שילוב של שיקולי צדק מהותי על פני הבלעדיות של שיקולי צדק תהליכי. דומה, כי ככל שהמשפט הנוהג יחפוץ להעמיק את השימוש באמות מידה מהותיות לפתרון מקרים של חוזים הנכרתים בכפייה, יכול המשפט העברי לשמש מקור השראה לאמות מידה ולפתרונות של צדק חוזי מהותי.

92. עוד לגישת הצדק החוזי המהותי של המשפט העברי ראו פורת, "הונאת מחיר" (לעיל, הע' 5).

תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב, זיכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים

הרב פרופ' רון ש' קליינמן

מבוא	סיכום
א. חוזה בכתב	1. חוזה
ב. זיכרון דברים	2. זיכרון דברים
ג. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')	3. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')

מוקדש באהבה ובהוקרה
להוריי מורי, אלעזר וחיה קליינמן
"עוד ונבון בשיבה דשנים ורעננים יהיו"

מבוא

פוסקי ההלכה האחרונים¹ העניקו תוקף לחוזים בכתב² בהתבסס על תוקפם של חוקי המדינה מכוח הכלל 'דינא דמלכותא דינא'³ ובעיקר על סמך מנהג המדינה ו'קניין סיטומתא'.⁴ בשני הפרקים הראשונים של המאמר יידון תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב

* הרב פרופ' רון ש' קליינמן, מרצה בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, יו"ר הוועדה הישראלית של האיגוד הבינלאומי למשפט עברי (The Jewish Law Association).

1. מאמר זה מבוסס, בהוספות ושינויים, על הפרק האחד עשר של ספרי, דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה, רמת גן, תשע"ג, 261-278 (הדגשות ופיסוק בציטוטים שיובאו במאמר זה הם שלי).

2. הדיון במאמר זה יעסוק בחוזים בכתב בלבד. חוזים רבים בחיי היומיום מתבצעים בעל-פה וחוקי המדינות מכירים בתוקפם. כך למשל קובע סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים): "חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת". לדעת רוב האחרונים, בדומה לחוזה בכתב גם לחוזה בעל-פה יש תוקף הלכתי מכוח דינא דמלכותא ודין סיטומתא. על התוקף ההלכתי של עסקאות בדיבור, ראו בספרי, שם, עמ' 319-344.

3. ראו: שמואל שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה), 169-171, ולהלן הע' 67.

4. את התוקף של התחייבויות כספיות שבחוזה ניתן להשתית גם על תוקפה ההלכתי של התחייבות ממונית שנכתבה "בכתב ידו" של המתחייב או שנחתמה על ידו. ראו: משנה בבא בתרא י, ח; בבא בתרא קסו, א; שולחן ערוך חו"מ ט, א. עם זאת, לא ניתן לבסס על דין זה את תוקפן של התחייבויות חוזיות שאינן כספיות, כדוגמת התחייבויות להימנעות מפעולה או התחייבות לביצוע פעולה משפטית בעתיד.

ושל זיכרון דברים. הפרק השלישי יידרש לשאלת תוקפו ההלכתי של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה המעורר את שאלת ה'אסמכתא'.

א. חוזה בכתב

בעולם התקבל זה מכבר המנהג לתת תוקף משפטי למגוון סוגי עסקאות, בעיקר התחייבויות, על ידי הסכם כתוב, חוזה, אשר הצדדים לעסקה חותמים עליו. תוקפם של חוזים ומכלול הדינים הקשורים בהם זכו במרוצת השנים לעיגון בחוקי המדינות.

חוזה, כשמו כן הוא, חוזה פני עתיד. החוזה מעגן ומסדיר התחייבויות אשר הצדדים לו נדרשים לקיימם לאחר החתימה עליו,⁵ ולכן הוא מכונה בלשון המשפטית: חוזה אובליגטורי, היינו הסכם שיש בו התחייבויות. לפי ההלכה, לא רק העברת בעלות אלא גם יצירת התחייבות, בין בעל פה ובין בכתב, דורשת מעשה קניין כדי שיהיה לזה תוקף.⁶ לפיכך, כדי שיהיה לחוזה תוקף הלכתי הכרחי לבצע מעשה קניין על ההתחייבויות שבחוזה.⁷

דרכי הקניין (או "מעשי הקניין") שבמשנה ובתלמוד הן פורמליסטיות. כתיבת שטר, הכוללת חתימה של שני עדים, נחשבת אחת מדרכי הקניין והיא הוזכרה בספרות התלמודית כמועילה להעביר בעלות או זכות שכירות במקרקעין וכן כדי ליצור התחייבות כספית. חוזה בכתב חתום אינו מני בין דרכי הקניין שבמשנה ובתלמוד, וגם אין לו דין שטר שכן חתומים עליו רק הצדדים לחוזה ולא שני עדים. משום כך, לכאורה, חתימה על חוזה אינה יכולה לתת תוקף להעברת בעלות במקרקעין או במיטלטלין או להתחייבויות מסוגים שונים.

עם זאת, רוב פוסקי ההלכה האחרונים, ובכללם פוסקים ודיינים בזמננו, העניקו תוקף הלכתי לחוזים בכתב גם במקרים בהם שטר אינו מועיל על פי ההלכה, כגון, בהקנאת מיטלטלין,⁸ וכן במקרים בהם החוזה לא עומד בדרישות הלכתיות אחרות, כגון, אסמכתא.⁹ זאת, בהתבסס על תוקפם של חוקי המדינה והכלל 'דינא דמלכותא דינא' ובעיקר על סמך מנהג המדינה וקניין סיטומתא'. ונימוקם, היות וכך הוא המנהג, הרי יש לראות בחתימה

5. כך למשל, בחוזה מכר הקונה נדרש לשלם את התמורה והמוכר נדרש להעביר לקונה את הבעלות בממכר.

6. ראו למשל: **בבא מציעא** צד, א ("תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים? אמר שמואל: בשקנו מידו"); **בבא בתרא** ג, א; **שולחן ערוך**, חו"מ ס, ו ("המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו, חייב... והוא שקנו מידו"). וראו עוד: **אנצ' תלמודית**, יא, ערך: "התחייבות", עמ' רמה-רנט; הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות** (ירושלים, תשס"א), 7-8; קליינמן, לעיל הע' 1, עמ' 12, הע' 4.

7. אין בעיה הלכתית בכך שהתחייבויות חוזיות מתייחסות פעמים רבות לנכסים שטרם באו לעולם, כגון התחייבות לספק סחורה שטרם יוצרה. שכן, אף שלפי ההלכה אדם אינו יכול להקנות נכס המוגדר "דבר שלא בא לעולם", אולם הוא יכול להחייב בנוגע לנכס כזה (כמובן, בתנאי שנעשה מעשה קניין על ההתחייבות). ראו דברי השולחן ערוך שצוטטו בהערה הקודמת.

8. ראו להלן הע' 15.

9. ראו להלן הע' 30.

על חוזה 'קניין סיטומתא' בנוגע להתחייבויות החוזיות הכלולות בו.¹⁰ לדעת חכמי הלכה אלו, קניין סיטומתא מועיל לא רק בעסקאות קנייניות אלא גם לשם מתן תוקף להתחייבויות חוזיות.

כך פסקו המהרש"ם,¹¹ המהרש"ך,¹² ר' יהודה עייאש,¹³ בעל החתם סופר,¹⁴ בעל שו"ת צמח צדק,¹⁵ ר' אברהם דוד ורמן,¹⁶ ר' ברוך מרדכי ליבשיץ,¹⁷ ר' נתנאל פריד,¹⁸ המהרש"ג,¹⁹ המהרש"ם,²⁰ ר' חיים עוזר גרודונסקי,²¹ הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג²² ועוד,²³ וכך גם דעת פוסקי הלכה בימינו.²⁴

משמעות פסיקה זו היא שכאשר צדדים חותמים, למשל, על חוזה מכר דירה או רכב, הרי מכוח דין סיטומתא יש למסמך זה תוקף הלכתי חוזי, כשל התחייבות למכר, אולם אין בכך

10. גם בתקופת הראשונים הוענק תוקף להסכמים משלל סוגים על סמך דין סיטומתא. ברם, בתקופה זו לא מצאנו תפיסה של חוזה אובליגטורי כמוסד משפטי מוגדר ונפרד, כמקובל בימינו. ראו: ברכיהו ליפשיץ ואליאב שוחטמן (עורכים), **מפתח השאלות והתשובות של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה: המפתח המשפטי** (ירושלים, תשנ"ז), 78, בהערה בתחילת הערך "חוזה (הסכם, התחייבות)". לעומת זאת אצל האחרונים אנו פוגשים כבר את החוזה במתכונתו המודרנית, כפי שניתן להיווכח מן המקורות שיוזכרו להלן.

11. **שו"ת מהרש"ם חו"מ**, שפ. המשיב העניק תוקף לשטר חוב ("קונטרטו [חוזה])" על סמך דין סיטומתא.

12. **שו"ת מהרש"ך ג**, ח. הסכם פשרה בין נושים תקף מדין סיטומתא.

13. **שו"ת בית יהודה א**, דיני מנהגי ארג"ל (אלג'יר), כג, עמ' מ. המשיב קבע על סמך דין סיטומתא: "ומטעם זה הליטר[ה] שנהגין בין הסוחרים הוי קנין גמור". "ליטרה די קאמביו" באיטלקית (בלטינית: cambium): שטר חליפין. ראו: בנימין ארבל, "יהודים, צמיחת הקפיטליזם וקאמביו", **ציון**, סט (תשס"ד), 158.

14. **שו"ת חתם סופר חו"מ**, סו, ד"ה ומ"ש מעלתו דליקני. המשיב קיבל את הטענה שבאופן עקרוני יש תוקף ל"קאנטראקט [חוזה]" מדין סיטומתא.

15. הרב מנחם מנדל שניאורסון (נכדו של בעל התניא), **שו"ת צמח צדק**, יו"ד, רלג: "הקאנטראקט [חוזה] חשוב סיטומתא [מנהג סוחרים] במכירת יי"ש וכה"ג [וכדומה]".

16. **כסף הקדשים חו"מ** רא, א: "מכתב הנהוג לקנות בו מגויים, מה שקורין קאנטראקט, גם גבי מטלטלין הו"ל [הרי זה] סטומתא היטב".

17. **שו"ת ברית יעקב חו"מ**, ק: "קאנטראקט הוי כסטימותא [כסיטומתא]"; שם, צט, ד"ה הנה.

18. **שו"ת פני מובין**, רסא: "בעשטעללונג [הזמנה] בכתב ידו" שעושה קונה יי"ש.

19. **שו"ת מהרש"ג** (הרב שמעון גרינפלד) ג, קיג, ד"ה אבל: "שלוסס [חוזה] בכתב כנהוג זה נ"ל [נראה לי] חיוב סטומתא גמור".

20. **שו"ת מהרש"ם** (הרב שלום מרדכי שבררון) ה, מה.

21. **שו"ת אחיעזר ג**, עט, ז: חוזה שכירות.

22. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, **פסקים וכתבים ט** (ירושלים, תשנ"א), כו, א, עמ' עה"עו.

23. ראו: אליאב שוחטמן, **סדר הדין** (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 213, הע' 28 (בענין חתימה על שטר בוררות); ורהפטיג, **ההתחייבות**, עמ' 188, הערות 397-398.

24. הרב עזרא בצרי, **דיני ממונות**, ב (מהדורה שנייה), עמ' נה, נה; פד; הרב צבי שפיץ, **מנחת צבי: הלכות שכנים** (ירושלים, תשמ"ז), טז, ה; **שו"ת שמע שלמה א**, חו"מ, ז, אות יב, עמ' רצ; הרב יעזר אריאל, **תורת המשפט א** (קריית ארבע, תשנ"ז), 132, 190; הרב שריאל רונברג, "עריכת חוים: החוזה ע"פ ההלכה", **הישר והטוב**, ז (תשס"ט), עמ' מ; הרב דוב ליאור, "מעמדם ההלכתי של המנהג והחוק במסחר", **משפטי ארץ ג** – **קניין ומסחר** (תש"ע), עמ' 47; וכך אמרו לי בשיחה בעל-פה הרבנים אשר וייס ושלמה דיכובסקי. הרב עובדיה יוסף העלה בתשובה את האפשרות שחוזה חתום נחשב לקניין סיטומתא, אך לא נוקק להכריע בדבר. ראו: **שו"ת יביע אומר**, חו"מ, ו, ו.

כמובן משום עסקה קניינית (העברת בעלות) בממכר. הפוסקים העניקו תוקף מדין סיטומתא גם לחוזים שנעשו בנוגע לעסקאות (מכר וחכירה) בזכויות, כגון חכירה של זכות למכירת יי"ש ('ארנדה') או של זכות לגביית מכסים ('אקציו').²⁵

בתי הדין הרבניים במדינת ישראל בפסקי דינם קבעו אף הם כמעט בלא יוצא מן הכלל²⁶ שלחווה חתום יש תוקף הלכתי מדין סיטומתא.²⁷ והכול כמובן בתנאי שהחווה עצמו מנוסח כמנהג המדינה,²⁸ והוא בר אכיפה על פי משפט המדינה.²⁹ בכמה פסקי דין רבניים נקבע כי חתימה על חווה מהווה 'קניין' על ההתחייבות החוית, אך בית הדין לא הסתמך על קניין סיטומתא.³⁰

באשר לחווה שלא נחתם, נקבע באחד מפסקי הדין כי אין לו תוקף מדין סיטומתא, שכן בנסיבות המקרה לא הוכח שלשני הצדדים הייתה גמירות דעת לעסקה.³¹ כמה מחכמי

25. למרות שמדובר בהקנאת נכסים עתידיים ("דבר שלא בא לעולם"). ראו, למשל: שו"ת בית שלמה חו"מ, סח. על תוקף הקנאת נכסים עתידיים מכוח דין סיטומתא ראו בספרי, לעיל הע' 1, בעמ' 279-317.

26. על שתי דעות חריגות בעניין זה ראו להלן ליד הערות 46-43.

27. ראו, למשל: ערעור תשי"ט/162, פד"ר ג 363, עמ' 368-369 (תשי"ך) (התחייבות למוזנות בנותיו); תיק תש"ך/4057 (ת"א), פד"ר ה 310, עמ' 317 (תשכ"א) (הסכם שותפות באגודה); ערעור שכ"א/116, פד"ר ד 193, עמ' 198 (תשכ"ב), ובאותו עניין, ערעור שכ"ב/68, פד"ר ד 289, עמ' 302 (תשכ"ב); ערעור שכ"א/139, פד"ר ד 275, עמ' 279 (תשכ"ב); תיק תשכ"ב/3134 (ת"א) לא פורסם. צוין אצל שוחטמן, סדר הדין (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 213, הע' 28 (בעניין חתימה על שטר בוררות); תיק 5596/כ"ו (ת"א), פד"ר ו 202, עמ' 216 (תשכ"ב); תיק 5069/ש"ל (ת"א), פד"ר ט 16, עמ' 40 (תשל"ב); ערעור תשל"ט/273, פורסם בתוך: הרב שאול ישראלי, משפטי שאול: פסקי דין (ירושלים, תשנ"ז), עמ' שח"שכג (תשנ"ז); תיק תשמ"ב/999 (אשד"ר), לא פורסם. צוין אצל שוחטמן, שם, עמ' 72, הע' 189 (ייפוי כוח בלתי חוזר); תיק 1643/מ"ב (אשד"ר), פורסם בתוך: הרב יעקב אליעזרוב, "הפרת חווה בין קבלן לדייר", תחומין ד (תשמ"ג), 361, עמ' 363, 373 (הסכם עם קבלן לביצוע שיפוץ); תיק 7776/מ"ד (י"ם), פד"ר יד 43, עמ' 70 (ללא תאריך) (התחייבות לזון בן בעלה); תיק 778/תשנ"ב (י"ם), פד"ר טו 133, עמ' 138 (ללא תאריך) (כתב ערבות); תיק 36/נא (ת"א), פד"ר יח 354, עמ' 360 (תשנ"ב) (כנ"ל); [חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ב, נג, עמ' נה (חווה למכר דירה); תיק 209/נה, פסקי דין - ירושלים, ד, קיז, עמ' קכא (כנ"ל); הרב יצחק פינחס (בית דין לממונות "משפט יצחק" שעל יד ישיבת כסא רחמים, בני ברק), שו"ת ויזרע יצחק א, חו"מ, ב, אותיות ב, יא; שו"ת ציון אליעזר, טו, נג (פסק דין של המחבר, ר"א ולדנברג, בבית הדין הרבני הגדול) (הסכם גירושין); הרב אוריאל לביא (אב"ד צפת וטבריה), עטרת דבורה ב (קשת, תשס"ט), חו"מ, מ, 898.

28. תיק 307/ל"ח (חי'), פד"ר יב 279, עמ' 291 (תשמ"א). סעיף בהסכם גירושין שקבע "לבעל לא תהא כל זכות בדירה". אף שלחתימה על הסכם יש תוקף של סיטומתא, מאחר שהסעיף לא נוסח כמקובל בהסכמי מכר נדל"ן ("הבעלים מעביר את בעלותו בדירה", תיאור הנכס וכדומה) - אין החתימה יכולה להיחשב לקניין סיטומתא.

29. לעומת זאת, באשר להסכמים פוליטיים קבעו בתי המשפט האזרחיים שאינם בני אכיפה. מכאן הסיק בית הדין הרבני ש"מנהג הציבור הוא דוקא שלא לראות בהסכמים כאלה הסכמים מחיבים", ולפיכך אין לחתימה עליהם תוקף מדין סיטומתא. תיק 1-35-64079635 (אשקלון), פד"ר יח 108, עמ' 112 (תשנ"ה).

30. ראו: ערעור ער/טו/47, פד"ר ב 9, עמ' 15 (תשט"ז) (הרבנים יצחק נסים, יוסף שלום אלישיב, בצלאל זולטי) (התחייבות בעל בהסכם גירושין שאם יתחרט ישלם קנס נחשבת לקניין "שטר" המסלק בעיית "אסמכתא"); תיק (חי') שכ"ב/1517, פד"ר ד 346, עמ' 349 (תשכ"ג) (קבלת פסול לעדות כעד במסמך חתום נחשבת לקניין).

31. הרב אברהם דב לוין, תיק מס' 111-נג, פסקי דין - ירושלים, ב, לא, עמ' לט. הצדדים סיכמו ביניהם את פרטי העסקה בלא נוכחות עורך דין ולחצו ידיים. המוכר שלח לקונה בפקס טיוטת חווה. לאחר כמה

ההלכה בזמננו קבעו באופן כללי שאין לתת תוקף לחוזה שאינו חתום על יסוד דין סיטומתא.³² ר' אשר וייס נימק זאת בכך שהניסיון בבית הדין מלמד שבמקרה שבו לא נחתם חוזה, אי-אפשר לברר בוודאות על סמך נתונים אחרים, ובכללם עדויות הנוכחים במשא ומתן, אם אכן הייתה גמירות דעת של הצדדים להסכם.³³ ר' ברוך שרגא העיד שלא ראינו לא שמענו שחוזה שאינו חתום כבר מחייב, והוסיף שהרב יוסף שלום אלישיב אמר לו ש'כל עוד שלא חתמו על החוזה אין כאן גמירות דעת' והחוזה אינו מחייב.³⁴

לפי המשפט הישראלי, חוזה דורש גמירת דעת ומסוימות.³⁵ התוקף החוזי של חוזה מכר מקרקעין מותנה גם ברכיב שלישי: 'דרישת הכתב', היינו העלאת החוזה על הכתב. הפסיקה הישראלית קבעה שבמקרים יוצאים מן הכלל, חוזה מכר מקרקעין עשוי להיות תקף גם בלא חתימה אם הוכח שהייתה גמירת דעת בין הצדדים.³⁶

עם זאת, דין סיטומתא אינו נקבע בהכרח לפי החוק האזרחי ואף לא לפי פסיקת בתי המשפט, אלא לפי המנהג אצל המתקשרים בחוזה.³⁷ אכן, המנהג הוא שהצדדים לעסקה אינם גומרים בדעתם להתקשר ביניהם בחוזה בכתב לפני חתימתו.³⁸ לפיכך בצדק קבעו חכמי ההלכה כי המועד שבו מקבל חוזה בכתב את תוקפו מדין סיטומתא, הוא רגע חתימתו.³⁹

שבועות, ובטרים נחתם החוזה, מכר המוכר את המקרקעין לאדם אחר. הרב לוין קבע, שכיוון שבזמן משלוח הפקס עדיין יכול הקונה לחזור בו, הרי ש'גם מצדו של המוכר לא היתה גמירות דעת לסיים את העסקה בעצם המשלוח... טרם קבלת תשובתו של הקונה'. והוסיף שגם אם לדעת שופטים מסוימים בבתי המשפט יש תוקף לחוזה דנן גם בלא חתימה, זו פרשנות של שופטים שאינה מחייבת מדין סיטומתא. בעניין האחרון ראו להלן ליד הע' 62.

32. הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חושים: החוזה ע"פ ההלכה", הישר והטוב, ז (תשס"ט), עמ' מ, על סמך המנהג; הרב ברוך שרגא, שו"ת והיה העולם חו"מ, ז, עמ' 123, וכך הביא גם בשם הרב אלישיב, דברי שניהם מצוטטים להלן ליד הע' 34. סימן זה מבוסס על פסק דינו של הרב שרגא בתיק מס' 111-נג, שם, אולם דבריו ודברי הרב אלישיב המצוטטים להלן מצויים בתוספת שנוספה בחיבורו על מה שכתב בפסק דינו; הרב אשר וייס, ראו בסמוך.

33. מו"ר הרב אשר וייס בשיחה בעל-פה עמי.

34. הרב ברוך שרגא, שו"ת והיה העולם חו"מ, ז, עמ' 123.

35. על יסודות אלו ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן, חושים, א, תל-אביב, תשנ"א, 319-266.

36. ראו: ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' ג'רבי, פ"ד לז(1) 589, 604-605 (1983): "אין ספק, שצדדים... לכל חוזה הנערך בכתב, נוהגים לחתום על החוזה... ורוב האנשים לא יראו את עצמם קשורים בהתחייבויות ההדדיות... כל זמן שלא חתמו שני הצדדים על החוזה... אך ייתכנו יוצאים מן הכלל, אם כי נדירים, בהם ישתכנע בית המשפט, על סמך חומר הראיות המובא לפניו, שאמנם היתה גמירות דעת בין הצדדים, למרות העובדה, שחתימתם או חתימת אחד מהם חסרות על גבי ההסכם הכתוב"; ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 70 (1989). וראו עוד: פרידמן וכהן, שם, עמ' 448-456.

37. אמנם, המנהג כיום, במקרים רבים, הוא להתקשר בחוזה בהתאם לחוקי המדינה, ואולי גם בהתאם לפסיקות בתי המשפט, גם אם המתקשרים אינם מכירים את החוקים והפסיקות הללו. על הדעות השונות בעניין זה ראו להלן ליד הע' 64-62 ובהע' 64.

38. ראו דברי השופט גבריאל בך בע"א 571/79, אשר צוטטו לעיל בהע' 36.

39. ראו לעיל הע' 32.

השאלה אם חתימה על חוזה מסוים תיחשב למחייבת מכוח קניין סיטומתא תלויה במהותה של העסקה הנידונה, במנהג הקשור אליה ובכוונת הצדדים.⁴⁰ לאור זאת קבע הרב ח"ג צימבליסט בפסק דינו, שחתימה על הסכם שלום בית שעמדו להגיש לאישור בית המשפט – ועל פיו התחייב הבעל להעביר את מחצית הדירה על שמה של אשתו – אינה מחייבת מדין סיטומתא. ונימוקו, לפי שיש כאן גילוי דעת שגמירות דעתם של הצדדים תחול רק עם אישור ההסכם כפסק דין, ולא קודם לכן.⁴¹

לעניות דעתי יש להשיג על נימוק זה. הסכם שלום בית, הטעון אישור של בית משפט, הוא חוזה על תנאי, שיש לסווגו לפי דיני החוזים כחוזה עם תנאי מתלה, שקיומו תלוי באישור של צד שלישי. צדדים החותמים על חוזים – במקרה דנן על הסכם שלום בית – מבינים היטב שחוזה על תנאי הוא חוזה מחייב לכל דבר, שנעשה מתוך גמירות דעת, אלא שתוצאותיו המעשיות מושעות עד להתקיימות התנאי. לפיכך בתקופת הביניים – בין כריתת החוזה לבין התרחשות התנאי המתלה (אישור בית המשפט) – קשורים הצדדים בחוזה שביניהם, וחזרה של אחד מהם מהסכמתו עשויה להיחשב להפרת החוזה, או למצער להפרת חובת תום הלב.⁴²

לעומת הפסיקה המקובלת בבתי הדין הרבניים בישראל, שאזכרה לעיל, שניים מן הדיינים לא הכירו בתוקפם של חוזים מכוח דין סיטומתא. הרב אליהו עצור פסק שאין לצוואה חתומה תוקף מדין סיטומתא. נימוקו, המבוסס על דברי החזון איש, הוא שהמדינה אינה מקפידה באיזה קניין יקנה המצווה את נכסיו.⁴³ יצוין שדעת החזון איש בעניין זה, המתייחסת לתוקף ההלכתי של רישום מקרקעין בטאבו, לא התקבלה בדרך כלל בפסיקת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל.⁴⁴

הרב זלמן נחמיה גולדברג בפסק דין ובמאמר סבר כי לזיכרון דברים ולחוזה מכר מקרקעין אין תוקף מדין סיטומתא. לדעתו, קניין סיטומתא נוצר רק כאשר מדובר במנהג שנהג

40. באשר למהות העסקה, ראו: שו"ת בית שלמה, חו"מ, פד.

41. הרב חיים גדליה צימבליסט, "דרכי קניין דירה", דברי משפט, ד (תשנ"ח), עמ' רעו (פסק דין כאב"ד בבית הדין הרבני האזורי בת"א). הרב צימבליסט ציין שנימוק מעין זה מצאנו גם בפסקי דין נוספים והוסיף נימוק שני: הבעל לא התחייב אלא במסגרת שלום בית, ומכיוון שספק אם התקיים מצב זה, הרי אין תוקף להתחייבותו. בדומה נקבע שאם חתמו צדדים לעסקה על הסכם, ואחר כך עשו קניין סודר, יש להניח שבחתימה עצמה לא התכוונו כלל לשם קניין, אלא התכוונו לקנות בקניין אגב סודר". ראו: ערעור שכב/79, פד"ר ד 314, עמ' 317 (תשכ"ג) (הרבנים עובדיה הדאיה, יעקב הדס [עדס], בצלאל זולטי). דוגמה נוספת לעיקרון האמור: ערעור תשל"ל/211, פד"ר ט 97, עמ' 102 (תשל"ב) (הרב מרדכי אליהו). לפי האמור שם, הנהוג המקובל בבתי הדין בנוגע להתחייבויות בהסכמי גירושין הוא שלא להסתפק בחתימת הצדדים על ההסכם אלא לבצע מעשה קניין (קניין סודר). כיוון שזהו הנהוג, אם חתמו הצדדים על הסכם גירושין, אך לא עשו מעשה קניין, יכול כל אחד מהם לחזור בו ולטעון כי לא התכוון לבצע קניין בלא מעשה קניין כדין.

42. בעניין חוזה עם תנאי מתלה ראו: סעיף 27 לחוק החוזים תשל"ג-1973; גבריאלה של, דיני חוזים: החלק הכללי, ירושלים, תשס"ה, 467-482; דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, ג, תל-אביב, תשס"ד, 31-58.

43. ראו: תיק מ"ח/3164 (י"ם), פד"ר יח 207, עמ' 240 (אין תאריך, במהלך תשמ"ט-תשנ"ח) [=הרב אליהו עצור, "קניין סיטומתא בצוואה", שורת הדין, ד (תשנ"ח), עמ' שגד, אות טט].

44. על דעת החזון איש ועמדת בתי הדין הרבניים בעניין זה ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 221-237.

הציבור מרצון חופשי. אבל אם המנהג נוצר בעקבות חוק המדינה – הוא אינו נובע מרצון חופשי של הציבור אלא מהכרח, ולכן אין לו תוקף. כתיבת חוזה לא נוצרה מרצון חופשי של הציבור, אלא מכוח החוק, כדי שיהיה אפשר לאכוף את ההסכם 'בערכאות', ולפיכך אין לחוזה תוקף של סטומתא.⁴⁵ כאמור לעיל, שתי הדעות הללו הן דעות חריגות בקרב הדיינים בימינו.⁴⁶

ב. זיכרון דברים

זיכרון דברים הוא מסמך שבו מעלים הצדדים על הכתב את עיקרי ההסכמות ביניהם. בדרך כלל אנו מוצאים אותו בעסקאות מקרקעין, ובהן גם יתמקד פרק זה, אולם הוא עשוי להיכתב גם בעסקאות אחרות.⁴⁷ לפי המשפט האזרחי בישראל, 'מסמך שהצדדים מכתירים בשם "זיכרון דברים", יכול להוות הסכם מחייב לכל דבר ועניין, ויכול להוות אך תרשומת המשקפת שלב במשא ומתן'. כדי שזיכרון דברים ייחשב לחוזה מחייב, 'עליו למלא את דרישות חוק החוזים לשם יצירת חוזה, שהן בעיקר גמירת דעת ומסוימות'.⁴⁸ הדיון ההלכתי להלן יעסוק בזיכרון דברים' העומד בדרישות אלו, ולפיכך נחשב במשפט הישראלי לחוזה מחייב.

מכיוון שפוסקי ההלכה האחרונים והדיינים בבתי הדין הרבניים העניקו לחתימה על חוזה תוקף הלכתי-חוזי, צפוי היה שכך יהא המצב גם בנוגע לחתימה על זיכרון דברים. ואולם בכמה פסקי דין שניתנו בבתי הדין הרבניים משנות השמונים של המאה העשרים ואילך, אם כי לא בכולם, מצאנו את הקביעה שלזיכרון דברים, שלא כמו לחוזה, אין תוקף הלכתי כלל.⁴⁹

45. הרב זלמן נחמיה גולדברג [חסר מס' תיק] (י"ם), פד"ר יד 334, עמ' 346 (תשנ"ב); הרב זלמן נחמיה גולדברג, "תוקף ההתחייבות למכור בזיכרון דברים", תחומין יב (תשנ"א), 290; הרב זלמן נחמיה גולדברג, "רכישת דירה ע"י חוזה ותשלומי שיקים", הישר והטוב, ב (תשס"ו), עמ' ט. פסק הדין עסק בזיכרון דברים, והמאמר – בחוזה מכר מקרקעין.

46. על שיטתו זו של הרב גולדברג ראו רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה?", תחומין לב (תשע"ב), 269-271.

47. למשל, זיכרון דברים למכירת מניית. ראו להלן, הע' 65.

48. ש"ל, דיני חוזים: החלק הכללי, עמ' 164, 165.

49. תיק מה' 620 (נת'), פד"ר יז 122, עמ' 124-125 (אין תאריך, תשמ"ה). פסק דין זה יידון בסמוך; [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ב, נג, עמ' נו: פסק דינו של הרב ברוך יצחק לוין. לדעתו, כיוון שעומדים לכתוב חוזה, אין סמיכות דעת בשלב זיכרון הדברים, והרי זה כמכר "בלי פיסוק דמים". פסק דין זה צוטט בהסכמה על ידי בנו, הרב אברהם דב לוין, תיק 209-נה, פסקי דין – ירושלים, ד, קכא; בפסק דין נוסף הבהיר הרב ברוך יצחק לוין, כי זיכרון דברים אינו אלא "התחייבות לכתוב... חוזה". ראו: [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ג, עט, עמ' פ. אולם, בפסק דין אחר הוא פסק שקבלן שחתם עם בעלי מגרש על זיכרון דברים ותקעו כף "קנה את המגרש מדין סטומתא". ראו: [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ו, כג.

בפסק דין רבני שניתן באמצע שנות השמונים של המאה העשרים,⁵⁰ כתב הרב חיים שלמה רוזנטל שקיימים שני טעמים לכך שאין לזיכרון דברים תוקף מדין סיטומתא:

1. כיוון שהמנהג הוא לעשות אחריו חוזה מפורט, 'א"כ המנהג הוא שהזכרון דברים אינו גומר הקנין', ואין הצדדים בחתימתם מתכוונים להתחייב באמור בו עד לחתימה על החוזה.

2. כיוון שהמנהג בנוגע לתוקפו של זיכרון דברים, שלא כמו לגבי חוזה, 'אינו ברור אצל כל העולם'. מעובדה זו נגזר שגם אם יפסקו ב'ערכאות', כלומר בבתי המשפט האזרחיים, שיש לזיכרון הדברים דגן תוקף – אין זה מועיל, שכן קניין סיטומתא נאמר רק בנוגע למנהג 'ברור בלא שום ספקות'. שאם לא כן, נצטרך לבדוק תוקפו של כל הסכם בבית משפט על פי חוקי המדינה, ואז 'בטלה [צ"ל: בטל] כל דין תורה ואויבינו פלילים, וזה דבר שלא ניתן לאומרו, ולא תהא שיחה בטלה שלהם כתורה שלמה שלנו'.⁵¹

דומני כי יש להשיג על הנימוק הראשון, שבו אחזו מלבד הרב רוזנטל גם דיינים נוספים.⁵² העובדה שנהוג לכתוב מאוחר יותר חוזה מפורט יותר אינה שוללת את כוונת הצדדים לתת לזיכרון הדברים תוקף. אדרבה, מטרתו העיקרית של זיכרון דברים היא ליצור מחויבות הדדית לעסקה,⁵³ שעיקריה מועלים על הכתב בראשי פרקים, כבר בשלב מקדמי זה.⁵⁴ משום כך מקובל לכתוב בזיכרון דברים שצד החוזר בו מן העסקה ישלם דמי ביטול או יפסיד את דמי הקדימה ששילם לצד האחר (סעיף פיצויים מוסכמים).

הנימוק השני, שלפיו מבחינה עובדתית תוקפו המשפטי של זיכרון דברים 'אינו ברור' לציבור הרחב – מסתבר יותר על רקע התקופה שבה נאמר ובעיקר על רקע נסיבות המקרה שנידון. אמנם במשפט הישראלי בשנות השמונים של המאה הקודמת היה ברור שבאופן עקרוני זיכרון דברים עשוי להיות חוזה לכל דבר, וכי תוקפו ייקבע על פי תוכנו ומהותו

50. תיק מה-620, שם. בפסק הדין לא צוין תאריך. זיכרון הדברים שנידון שם נכתב ב-22 בנובמבר 1984, ולפי מספר התיק עולה שהוא נפתח בשנת תשמ"ה.

51. תיק מה-620, לעיל הע' 49. המשפט האחרון הוא פרפרזה על דברי רבן יוחנן בן זכאי לזקן בייטוסי שחלק על פרשנות חכמים (מנחות טו, ב): "ולא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטילה שלכם?".

52. הרב ברוך יצחק לוי ובונו, הרב אברהם דב לוי. פסקי דין – ירושלים, ב, נג, עמ' נו ראו לעיל הע' 49; הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חוזה: החוזה ע"פ ההלכה", הישר והטוב, ז (תשס"ט), עמ' מה (הסתפק בתוקף זיכרון דברים מטעם זה, אף שציינ כי באופן עקרוני "דין זכרון דברים כדין חוזה" גם לפי ההלכה וגם לפי החוק).

53. ראו, למשל: ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (במירוק), פ"ד לג(2) 281, 287 (1979).

54. לפיכך אין הנידון דומה לראיה שהביא הרב רוזנטל (תיק מה-620, לעיל הע' 49) מדברי ה"ט"ז אה"ע ג, יב, לעניין כתיבת פרטי שידוך ב"ראשי פרקים", שכל צד רשאי לחזור בו עד זמן כתיבת ה"תנאים", ואין לחייב בקנס המוסכם את מי שחזר בו. שם כוונת הצדדים היא שלא להתחייב עד לזמן כתיבת ה"תנאים", גם לא בקנס, מה שאין כן בזיכרון דברים. עוד יש לציין שיש שחלקו על דברי ה"ט"ז, וגם על ההשוואה שבין שידוך לבין מקח וממכר. ראו: הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט, א, (בני-ברק, תשנ"ה), א, עמ' ב"ג; הרב מרדכי בנימין רלב"ג, אבני משפט (ירושלים, תשס"ד), עמ' קסו, קסח; הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחוזה מכר הנהוגים בוזה" [בזמן הזה], קובץ דרכי הוראה, ב (תשס"ה), עמ' רו, ובהע' 1.

ולאור הנסיבות;⁵⁵ אולם ייתכן שבתקופה זו רבים בציבור עדיין לא היו מודעים למצב משפטי זה וסברו כי זיכרון דברים אינו אלא שלב מקדמי לחוזה. וכיוון שקניין סיטומתא מושגת על המנהג, הרי מה שקובע הוא כיצד הציבור הנוהג להשתמש בזיכרון דברים תופס כלי משפטי זה.⁵⁶

ייתכן גם שדברי הרב רוזנטל בנימוקו השני נאמרו על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה שנידון, ואולי גם על רקע הפסיקה בדיני חוזים בבתי המשפט האזרחיים בתקופה המקבילה. בשנות השבעים והשמונים הלכה הפסיקה הישראלית וצמצמה את כמות הפרטים הנדרשים לשם עמידה ב'דרישת הכתב', הנחוצה לפי החוק בהסכם לרכישת זכויות במקרקעין.⁵⁷ כך למשל, נקבע באחד מפסקי הדין בנוגע לקבלה – שלא היה בה יותר מאשר אישור על תשלום מקדמה על החשבון, מיקום החלקה, מחיר לדונם ושמות הצדדים – כי היא עומדת בדרישת הכתב.⁵⁸

גם בפסק דינו של הרב רוזנטל היה מדובר במסמך שעיקרו קבלה על תשלום מקדמה לרכישת דירה.⁵⁹ לאור האמור אפשר שקביעתו של הרב רוזנטל, כי תוקפו של זיכרון דברים 'אינו ברור אצל כל העולם', נובעת מעובדות המקרה שלפניו ומן הפסיקה האזרחית הבלתי אחידה בעניין זה בתקופתו, פסיקה שהייתה עשויה להביא בשעתה לאי-בהירות בקרב הציבור. ייתכן אף שבדברי הרב רוזנטל ניתן למצוא הד למצב המשפטי האמור.⁶⁰

סירובו העקרוני של הרב רוזנטל ללכת בעניין זה אחר פסיקת בתי המשפט, גם אם הפסיקה מכירה בתוקפו של זיכרון דברים – תואם את עמדתם של כמה מפוסקי ההלכה במאות השנים האחרונות וגם בימינו. לפי חלק מן האוחזים בגישה זו, כיוון שקניין סיטומתא דורש קיומו של מנהג מוכר וברור לציבור המשתמש בפרקטיקה הנידונה,⁶¹ לכן אי-אפשר להשתית קניין זה על פסיקת בתי המשפט כל עוד לא הפכה פסיקה זו למנהג

55. על תוקפו של זיכרון דברים במשפט הישראלי ראו: פרידמן וכהן, **חוזים**, א, עמ' 291-311; שלף, **דיני חוזים: החלק הכללי**, עמ' 164-166.

56. ולא מה יודעים אנשי משפט. כך אמר לי מו"ר הרב אשר וייס בשיחה בעל-פה.

57. סעיף 8 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". פסק הדין הראשון שדן בעניין זה היה ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהלי עיזבון בירדמן, פ"ד (כז) 781 (1972). לסקירת הפסיקה בנושא זה ראו: אריה איזנשטיין, **יסורות והלכות בדיני מקרקעין**, מהד' שנייה, ב, תל-אביב, תשנ"ו, 38-44; שלף, **דיני חוזים: החלק הכללי**, עמ' 381-383; פרידמן וכהן, **חוזים**, א, עמ' 448-414.

58. ע"א 235/75 חסן ערפאת קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976).

59. מדובר במסמך קצר ביותר שכותרתו "זיכרון-דברים", שהוגדר בפי הרב רוזנטל, פד"ר יז 122, עמ' 124: "סיפור דברים וקבלה על קבלת המקדמה, רק דרך אגב כתב... שהכסף הוא 'מקדמה על הדירה שקנה ממני'".

60. "שבערכאות במקרים מסויימים זכרון דברים הוי כשטר... אף שיתכן שנוסח מסויים של 'זכרון דברים' מהני [מועיל] בדיניהם (כאשר הוא מנוסח בנוסח חוזה), מ"מ [מכל מקום] הואיל ואין הדבר כביעתא בכוחא [כביצה בכוח, ברור ללא ספק] לכל העולם" (שם, עמ' 125. הסוגריים העגולים במקור).

61. כדי שפרקטיקה מסוימת תוגדר "מנהג המקום", עליה להיות מוכרת, ברורה ונעשית תדיר באותו מקום. ראו: קליינמן, לעיל הע' 46, 262-263.

המדינה.⁶² נימוק אחר לעמדה זו הובא על ידי אחד מן הדיינים בזמננו. לדבריו, בניגוד לחוק המדינה, לפסיקת בתי המשפט אין תוקף מכוח מנהג, כי חוק הוא דבר יציב ואילו הפסיקה עשויה להשתנות בהתאם לשופט.⁶³ עם זאת, יש מן הדיינים בזמננו הגורסים, שאם מדובר בפסיקה ברורה ויציבה שאין עליה מחלוקת בבתי המשפט – כגון פסיקה ברורה של בית המשפט העליון – אנשים מתקשרים ביניהם על דעת פסיקה זו גם אם אינם מכירים אותה, כפי שהם מתקשרים בעסקאות על דעת חוקי המדינה גם בלי להכירם.⁶⁴ ואולם חרף כל הדיון הנזכר לעיל נראה לי, ודאי בנוגע למציאות בישראל כיום, שבדרך כלל מוכר וקונה החותמים על זיכרון דברים בעסקת מקרקעין, בין שמדובר במכר נדל"ן למטרות עסקיות ובין במכר דירת מגורים לצרכים אישיים, מבינים היטב שמדובר בחוזה מחייב בעל תוקף משפטי, וכי הפרתו מצד מי מהם תחייבו בפיצויים המוסכמים הקבועים בהסכם. וכיוון שכך הוא המנהג של המתקשרים בזיכרון דברים, יש להסכם זה תוקף הלכתי-חוזי מדין סיטומתא.

אכן, שלא כעמדה שהוצגה לעיל, בפסקי דין אחרים – הן משנות השבעים הן משנות התשעים של המאה העשרים – בתי הדין הרבניים הכירו בתוקפו של זיכרון דברים.⁶⁵ בכמה מהם אף נאמר במפורש שתוקפו של זיכרון דברים מבוסס על דין סיטומתא.⁶⁶ כך פסקו חכמי הלכה גם בראשית המאה העשרים ואחת על סמך חוקי המדינה ודין סיטומתא.⁶⁷

ג. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')

פוסקי ההלכה העניקו לדין סיטומתא פרשנות מרחיבה והסתמכו עליו לא רק לשם מתן תוקף לדרכי קניין חדשות, אלא גם כדי להתגבר על בעיות אחרות בדיני הקניין.⁶⁸ על סמך

62. ראו, למשל: שו"ת מהרי"ט א, קכה-קכו; שו"ת ידיו של משה, חו"מ, י, ד"ה ועוד; תיק מס' 111-נג, לעיל הע' 31.

63. הרב אברהם שרמן, שיחה עמי מיום י"ח בכסלו תשע"ג. לדעתו, מאותה סיבה אין לפסיקת בתי המשפט תוקף גם מכוח דינא דמלכותא.

64. בעניין זה ראו עוד: רון ש' קליינמן, "האם חוקי המדינה מחייבים כ'מנהג' גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג (תשע"ג), 82-93. לדעות נוספות של דייני זמננו בשאלת תוקף הפסיקה האזרחית הישראלית מכוח מנהג, ראו שם, עמ' 92. נושא זה ראוי להרחבה, ואקווה בעז"ה להרחיב בו במקום אחר.

65. ראו: תיק 336-נד, פסקי-דין – ירושלים, ד, עמ' 10 (חוזה מכר של דירה). בית הדין ציין כי זיכרון דברים חתום הוא דרך קניין על פי דין תורה מכוח המנהג, אך לא הזכיר את קניין סיטומתא.

66. תיק 5069/ש"ל (ת"א), פד"ר ט, 16, עמ' 40 (תשל"ב) (הרב שלמה טנא) (זיכרון דברים למכירת מניית); ערעור 1010/תשנ"ב, פד"ר יח, 29, עמ' 31 (תשנ"ד) (הרב שלמה דיכובסקי) (זיכרון דברים למכירת בניין).

67. ראו: הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט א (בני-ברק, תשנ"ה), א, עמ' ב"ג (על סמך חוק המדינה והנהגה); הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחוזי מכר הנהוגים בזה"ז", קובץ דרכי הוראה, ב (תשס"ה), עמ' רו, ובהע' 1. (חוק המדינה וקניין סיטומתא); שו"ת דבר חבון א, חו"מ, מט, 157 (כנ"ל); הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי, בשיחות בעל-פה עמי (קניין סיטומתא); הרב מרדכי בנימין רל"ב, ג, אבני משפט, ירושלים, תשס"ד, עמ' קסד-קעג (חוק המדינה והמנהג). לדעתו, זיכרון הדברים נחשב לשטר ראיה, והמקדמה הכספית מהווה "קניין כסף" על נכס הנדל"ן. לדיון בשאלה האם בימינו העברת בעלות בנדל"ן תלויה ברישום בטאבו ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 221-241.

68. על הפרשנות המרחיבה לדין סיטומתא ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 99-103.

דין סיטומתא ביססו כמה מן הפוסקים את תוקפן ההלכתי של פרקטיקות שבהן נהגו להקנות במצבים 'בעייתיים' מבחינת הלכות הקניין, כלומר מצבים שבהם אי-אפשר להקנות על פי דיני הקניין הרגילים, כגון הקנאת נכסים עתידיים ('דבר שלא בא לעולם') וביצוע עסקאות מכר והתחייבויות באמצעות דיבור.⁶⁹ פרק זה ידון באחת הדוגמאות לכך הקשורה לחוזים: תנאי בין צדדים לחוזה הקובע פיצויים מוסכמים מראש במקרה של הפרת החוזה.

הבעיה ההלכתית היא שסעיף פיצויים מוסכמים הוא בגדר 'אסמכתא'. לדעת רוב הראשונים והאחרונים, 'אסמכתא' פירושה התחייבות שמקבל אדם עליו, התלויה בתנאי מסוים ועל כן היא מסופקת.⁷⁰ החיסרון באסמכתא נעוץ בהיעדר גמירות דעתו של המתחייב.⁷¹ בשל החיסרון נפסק שבאופן עקרוני התחייבות שהיא בגדר אסמכתא אינה קונה ('אסמכתא לא קניא').⁷²

השאלה אם מכוח דין סיטומתא יש בכוחו של מעשה קניין נהוג לגבור על בעיית האסמכתא נידונה כבר בתשובה⁷³ של ר' שמשון בר' אברהם משאנץ, מגדולי בעלי התוספות. הר"ש משאנץ דן במנהג שנהג בזמנו ליתן מטבע מסוג מסוים בעת שידוכין.⁷⁴ נתינת המטבע העניקה תוקף לתנאים שהותנו בעת השידוכין, ובהם קנס (פיצוי מוסכם) שנקבע למי מן הצדדים שיחזור בו. אם תנאי זה הוא בגדר אסמכתא, משמע לכאורה שאין לו תוקף הלכתי.

הר"ש פסק שנתינת המטבע היא מעשה קניין תקף, המעניק תוקף להתחייבויות הצדדים בעת השידוכין, וכי אין בתנאי האמור משום אסמכתא. הוא נתן לכך שני נימוקים. הראשון נסמך על קניין סיטומתא: היות שכך נהגו 'כל העולם', הרי הקניין חל כמו בדין סיטומתא.⁷⁵

69. על נושאים אלו ראו, בהתאמה, בפרקים השנים עשר והשלושה עשר של ספרי, לעיל הע' 1.
70. דוגמה ל'אסמכתא', הדומה לפיצויים מוסכמים הנהוגים בימינו, מופיעה כבר בדברי תנאים: קונה בעסקת מכר משלם למוכר מקדמה ('ערבון') על חשבון המקח, והם מסכמים ביניהם שאם הקונה יחזור בו מן העסקה – המקדמה תישאר בידי המוכר, ואם המוכר יחזור בו ממנה – ישלם הלה לקונה סך כפל המקדמה. ראו: בבא מציעא מח, ע"ב, ורש"י, ד"ה אסמכתא.
71. לפי סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, הפיצויים יהיו כפי שהסכימו הצדדים בחוזה, "אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנוק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". הטעם שביסוד הוראה זו נעוץ אף הוא בגמירות דעת הצדדים וב'חשש שמכיוון שאדם הכורת חוזה מאמין שיקיים אותו, הרי הוא נוטה להסכים בקלות ולעתים בפזיזות להוראות דרקוניות במקרי הפרה, בהנחה שהשאלה לא תתעורר. פרידמן וכהן, חוזים, א, עמ' 130.
72. יש גם הגדרות אחרות לאסמכתא, וכן הסברים אחרים לכך שאסמכתא אינה קונה. ראו: אנצ' תלמודית, ב, ערך: אסמכתא, עמ' קח-קטו; ברכיהו ליפשיץ, אסמכתא, ירושלים, תשמ"ח.
73. הובאה באור זרוע בבא מציעא ה, קפח. ומקבילות: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפ' ברלין, שנד, 288; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפ' פראג, תתקסז; תוספות בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי; תוספות הרא"ש שם, ד"ה ומניומי.
74. המטבע הנוכר שם, "רייזמיני"ש", נהג בכמה ממדינות אירופה. ראו: יוסף בר-אל, מילון יידיש עברית לשו"ת גדולי אשכנז: מאות י"ג-ט"ו, משיבים נבחרים, רמת-גן, תשל"ז, 5, בערך רייזמיני"ש.
75. 'ועל ענין רחמיני"ש [מטבע מסוים] שנותנים בשעת שידוכים – קניא [קונה], שתקנו העולם כמו שתקנו סיטומתא [סיטומתא] בסוף פירקא (ב"מ ע"ד ע"א) שקונים כמנהג. וגם כמו כן יש להועיל רחמיני"ש

הנימוק השני הוא שאין כאן התחייבות מוגזמת, שכן כאשר צד אחד מבטל שידוכין לצד השני נגרמת בושת.⁷⁶ הרי לנו שלדעת הר"ש, בכוחו של דין סיטומתא לא רק להעניק תוקף לדרכי קניין נהוגות, אלא גם להתגבר על בעיית האסמכתא. הר"ש אינו אומר זאת במפורש, אך טעמו קרוב לוודאי הוא שמכוח קיומו של המנהג יש גמירות דעת של הצדדים להתחייבויותיהם.⁷⁷ כדעת הר"ש כתבו בעלי התוספות, הרא"ש⁷⁸ וחכמי אשכנז, ואילו הרמב"ם וחכמי ספרד⁷⁹ גרסו שיש בקנסות הללו משום אסמכתא. בעקבות מחלוקת הראשונים נחלקו בדבר אף ר' יוסף קארו והרמ"א.⁸⁰

שאלת תוקפו של קניין סיטומתא במקרה של אסמכתא תלויה במידה רבה בבסיס המשפטי של קניין זה.⁸¹ אם קניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעתם של הצדדים ועל יכולת ההתנאה שלהם, אזי הדעת נותנת שיש בכוחו של הקניין לפתור את בעיית האסמכתא. אמנם על פי רוב, במקרה של אסמכתא אין למתחייב גמירות דעת מספקת,⁸² ברם, אם התחייבות כזו נהוגה ומקובלת, יש לו גמירות דעת מכוח המנהג.⁸³ לעומת זאת, אם משתיתים את קניין סיטומתא על תקנת חכמים או על 'הפקר בית דין – הפקר', אפשר שאין בכוחו של קניין זה להתגבר על בעיית האסמכתא. לפי גישות אלו, קניין סיטומתא הוא ככל מעשה קניין אחר, וככזה הוא כפוף למגבלות דיני הקניין ובהן דין אסמכתא.⁸⁴

שאלת תוקף סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה שנויה במחלוקת גם בקרב דיינים בימינו. הרב יעקב כהן פסק שאין תוקף להתחייבות בפיצוי מופרז העולה על הנוק האמיתי, גם אם סכום זה הוגדר בחוזה כ'פיצוי' וגם אם המנהג הוא להתחייב באופן זה. נימוקו הוא, שאמנם בימינו נוהגים צדדים לחוזה להתחייב על כך, אך אין בתי הדין נוהגים לחייב

- בשידוכים, כיון שכל העולם נוהגים לתן אותם חשיב כשדוכין" (הציטוט על פי שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפ' ברלין, שנד, 288).
76. שם. לדעת הר"ש, הרי זה כמו "אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" (בבא מציעא קד, ב), שההתחייבות קיימת.
77. כך גם הבינו האחרונים והדיינים בזמננו את דברי הר"ש. ראו להלן ליד הע' 83, 95 ובהערות הנ"ל.
78. **תוספות ותוספות הרא"ש** בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי.
79. ראו **רמב"ם** מכירה יא, יח.
80. **שולחן ערוך** חו"מ רז, טו. לסקירת דעות הראשונים והאחרונים בעניין זה וסברותיהם, ראו בהרחבה: תיק א/669/יח (חי'), **פד"ר** ג 57, עמ' 59-61 (תשי"ח); ערער תשי"ח/122, **פד"ר** ג 131, עמ' 139-149 (תשי"ט); תיק 1875/תשמ"ב (רחובות), **פד"ר** יד 30, עמ' 35-41 (תשמ"ג) (חלק זה של פסק הדין פורסם כמאמר על ידי הרב חגי איזירר, "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא (מתוך פסק דין)", **כתלנו**, יא (תשמ"ד), 31-36).
81. על הדעות השונות בשאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 113-140.
82. הדין כאן הוא לפי הגישה שהתקבלה על ידי הפוסקים, שהחיסרון באסמכתא נעוץ בהיעדר גמירות דעת מצד המתחייב. כאמור לעיל בהע' 72, יש גם גישות אחרות.
83. כך פסק הרב זלמן נחמיה גולדברג בפסק דין, **פד"ר** יד, עמ' 343-344, ובמאמרו "תוקף ההתחייבות למכור ביזכרון דברים", **תחומין יב** (תשנ"א), עמ' 287. וכך דעת דיינים נוספים בימינו. ראו להלן הע' 105.
84. גישה מעין זו הציע הרב שמשון גרוסמן בתיק 561-סד, **פסקי דין – ירושלים** י, רכא, עמ' רלב. הוא ציין שלדעת הסוברים שקניין סיטומתא מן התורה – הוא מועיל להקנות גם באסמכתא, אך לדעה שהוא מדרבן – אינו מועיל.

בתשלום פיצויים מופרזים בשל בעיית האסמכתא, אלא אם כן החוזה נוסח באופן הפותר בעיה זו.⁸⁵

דיון בתוקף אסמכתא לפי דין סיטומתא נמצא בכמה פסקי דין של בתי הדין הרבניים הממלכתיים במדינת ישראל. הרב הרצוג, בפסק דין שנתן, נטה לתת תוקף לסעיף פיצוי מוסכם בחוזה מכוח מנהג המדינה ודינא דמלכותא.⁸⁶ לדבריו, סעיף כזה נועד למנוע הפרת חוזים והוא דבר 'יסודי במסחר ובתעשייה ובקבלנות', ואם לא ניתן לו תוקף 'א"כ ביטלת את כל העסקים והקבלנויות'. עם זאת הוא הוסיף, שכיוון שלפי המשפט המנדטורי אין מחייבים בפיצוי מלא כאשר נקבע סכום מופרז,⁸⁷ לכן גם על בית הדין 'להפחית את הפיצויים במידה המתקבלת על הדעת'.

גם הרב אוריאל לביא מבית הדין האזורי בצפת פסק ש'סוגיא דעלמא [דרך הפסיקה המקובלת] בבתי הדין שלא לחייב בתשלום פיצוי מופרז הקבוע בהסכם, כל עוד לא הוכח הנוק הממשי.⁸⁸ הוא ציין שכך פסק בבית דינו כמה פעמים ושבית הדין הרבני הגדול בפסק דין משנת תשנ"ד קיבל את עמדתו בעניין זה.⁸⁹ הרב לביא קבע שהעובדה שנהגו להתחייב בפיצוי מוסכם אינה מועילה כדי לחייב ב'פיצוי מופרז', שכן עדיין קיימת בעיית אסמכתא, וניתן לחייב רק 'כשהוסיפו מעט על הנוק האמיתי שנגרם'.⁹⁰ כנימוק נוסף הוא כתב 'שכפי הנראה מנהג העולם שלא לשלם בפועל' פיצוי מופרז, אך הוסיף שעניין זה טעון בירור עובדתי.⁹¹

לדבריו, לחתימה על הסכם יש תוקף מדין 'סיטומתא' רק כאשר במעשה החתימה יש הוכחה לגמירות הדעת של הצדדים לקניין או להתחייבות, אולם כיוון שלפי החוק רשאי בית המשפט להפחית את שיעור הפיצוי המוסכם אם הוא מופרז, לכן מלכתחילה אין גמירות דעת בעניין סעיף הפיצוי המוסכם ואין בחתימה על ההסכם משום קניין סיטומתא בנוגע לסעיף זה.⁹²

לדעת הרב לביא, השאלה אם יש לחייב את המפר בפיצוי על הנוק האמיתי או שאין לחייבו כלל כאשר נקבע פיצוי מופרז, תלויה במחלוקת ראשוניים. כמה מחשובי האחרונים פסקו כדעה שבמקרה כזה אין לחייב בפיצוי כלל. גם לפי הדעה השנייה, ניתן לחייב בפיצוי

85. הרב יעקב אברהם כהן, **עמק המשפט**, א (בני-ברק, תשנ"ה), א, עמ' רס"טא, בהסתמך על שו"ת מנחת יצחק ו, קע, אותיות כ, כג.

86. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, **פסקים וכתבים ט** (ירושלים, תשנ"א), נט, עמ' ריט"רכ. בסיום דבריו ציין שהכרעה בשאלה זו דורשת "הסכמת גדולי המורים".

87. השוו לסעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), שצוטט לעיל בהע' 71.

88. הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה**, ב, חו"מ, מ, 895, קשת, תשס"ט. הסכם למכירת גג של בית שבו התחייב המוכר להסיר עיקולים ולרשום הנכס על שם הקונה. בהסכם נקבע פיצוי מוסכם על הפרתו וכן על כל יום של איחור במסירת החוקה בנכס.

89. ערעור 621/נג (הרבנים משה טופיק, יוסף נדב, שלמה בן שמעון), אוכר אצל הרב לביא, שם.

90. הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה**, ב, חו"מ, מ, עמ' 897, קשת, תשס"ט. בהסתמך על בית מאיר אבן העזר נ, ו, ד"ה ויש אומרים, הובא בפתחי תשובה שם, ט.

91. הרב לביא, שם. בהמשך, שם, עמ' 898 הסתמך גם על שו"ת מנחת יצחק, ו, קע, אותיות כ, כג.

92. הרב לביא, שם, עמ' 897. הסעיף בחוק צוטט לעיל בהע' 87. אשר לסיטומתא ראו עוד שם, עמ' 898-899.

סביר רק כאשר קיום ההתחייבות הוא בידו של המתחייב, אולם כאשר קיומה תלוי גם באחרים, כגון התחייבות מוכר להסרת עיקולים מהנכס, ההתחייבות היא בגדר אסמכתא ואין לה תוקף.⁹³

בית הדין הרבני הגדול דן בתוקף ערבות בנקאית שהוציאה אישה לבעלה לשעבר, להבטחת השבתו ארצה של ילדם המשותף שלקחה עמה לחו"ל. מדובר בהתחייבות מותנית ובית הדין דן בתוקפה מצד 'אסמכתא'. נפסק בדעת רוב שיש תוקף לערבות מכוח דין סיטומתא.⁹⁴

הרב יוסף שלום אלישיב סבר שיש לערבות תוקף. החתם סופר⁹⁵ ופוסקים נוספים פסקו שבמקום שהדבר נהוג, יש תוקף לאסמכתא מכוח דין סיטומתא, שכן במקרה זה יש גמירות דעת. גם לסוברים שקניין סיטומתא אינו עדיף משאר דרכי הקניין, ולכן לא יוכל להועיל בדבר שלא בא לעולם, באסמכתא הוא צריך להועיל. שלא כבעיות אחרות בדרכי הקניין, את בעיית האסמכתא ניתן לרפא אם הקניין על ההתחייבות נעשה מעכשיו ובבית דין חשוב, ולכן גם בנידוננו תועיל אסמכתא.⁹⁶ לדעה זו הצטרף גם הרב עובדיה הדאיה, אך הרב בצלאל זולטי, בדעת מיעוט, חלק וסבר שסיטומתא אינה מועילה באסמכתא כפי שאינה מועילה לדעת פוסקים רבים בדבר שלא בא לעולם.⁹⁷

נושא זה עלה בכמה פסקי דין בנוגע לפיצויים מוסכמים שנקבעו בחוזה. בית הדין האזורי לדיני ממונות בקריית ארבע נדרש לסעיף בחוזה הקובע פיצויים מוסכמים על איחור בהספקת הממכר. בהסתמך על דברי תוספות, הנזכרים לעיל, שאין בכך בעיית אסמכתא, פסק בית הדין: 'אמנם אם היה ברור שמקובל בכל המדינה להטיל קנס של 25% עבור שבוע פיגור, ניתן היה לומר שיש לזה תוקף של מנהג מדינה. כי יש לדמות דין זה לסיטומתא, שכל מה שהסוחרים מקבלים עליהם כמנהג אין בזה משום אסמכתא'.⁹⁸ עם זאת, מסקנת בית הדין הייתה שקשה להניח שהסוחרים רגילים להטיל על עצמם קנס של 25% בגין פיגור של שבוע בהספקת הממכר, ולכן אין לסעיף זה תוקף מכוח מנהג.

גם בבית הדין לדיני ממונות של הרבנות ירושלים פסקו כמה דיינים כי יש תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים בחוזה על סמך דין סיטומתא.⁹⁹ שניים מן הדיינים קבעו שגם אם הדבר נהוג, אין לתת תוקף לקנס אם הוא הרבה מעל לערך הנזק הצפוי לנפגע מן ההפרה.

93. הרב לביא, שם, עמ' 900-904.

94. ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה' 258 (תשכ"ה).

95. שו"ת חתם סופר חו"מ, טו, ד"ה ומ"ש מעלתו דליקני.

96. ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה', עמ' 264-265. נראה שהרב אלישיב ביאר בדבריו אלו את דברי החתם סופר, שם, שאם דבר שלא בא לעולם מועיל בסיטומתא, קל וחומר שאסמכתא תועיל. הוא הוסיף שיתכן שערבות בנקאית אינה מוגדרת כלל כ"אסמכתא".

97. הרב הדאיה, שם, עמ' 270. הרב זולטי, שם, עמ' 267.

98. תיק 4/תש"ן, פסקי דין – קריית ארבע א, 109, עמ' 111.

99. תיק 105-נג, פסקי דין – ירושלים א, סא, עמ' סה (הרבנים אברהם דב לוין, שמואל ביבס, ברוך שרגא); תיק 561-סד, לעיל הע' 84, עמ' רכד (הרב א"ד לוין), עמ' רכו (הרב מרדכי זאב אייכלר). הדיין השלישי, הרב שמשון גרוסמן (שם, עמ' רלב), הסתפק בתוקף סעיף פיצויים מוסכמים ופסק שאין להוציא מן המוחזק.

לדבריהם, קביעת קנס בסך 10 אחוזים מערך הנכס, שהיה כ-112,000 דולר, היה סביר
בנסיבות שלפניהם.¹⁰⁰

בית הדין של ארץ חמדה – גזית בבית שמש פסק שיש תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים. הוא
נתן כמה נימוקים מדוע אין כאן אסמכתא: (א). ההתחייבות תלויה במעשי הצדדים
("בידו")¹⁰¹ וגם אינה מוגזמת, כיוון שהיא תלויה בשיקול דעת בית המשפט, ולכן היא
תקפה.¹⁰² (ב) בהפרת חוזה יש בדרך כלל נזק לצדדים.¹⁰³ (ג). כיוון שנהוג להתחייב בפיצויים
מוסכמים יש גמירות דעת של הצדדים ויש תוקף לתנאי מדין סיטומתא.¹⁰⁴ גם לדעת דיינים
אחרים בזמננו, אין בסעיף פיצויים מוסכמים בעיית אסמכתא, שכן המנהג יוצר את גמירות
הדעת הנדרשת.¹⁰⁵

לעומת זאת, בית הדין הרבני האזורי ברחובות קבע כי אין תוקף לסעיף בחוזה מכר הקובע
פיצויים מוסכמים בגין איחור ברישום הדירה בטאבו על שם הקונים, שכן סעיף כזה הוא
בגדר אסמכתא.¹⁰⁶ כך נפסק גם באחד מפסקי הדין של בית הדין לדיני ממונות של הרבנות
ירושלים.¹⁰⁷ ויש דיינים נוספים שסברו כך.¹⁰⁸ לעומת זאת, בפסקי דין אחרים נמנעו בתי הדין
הרבניים מלהכריע במחלוקת הפוסקים בשאלה זו.¹⁰⁹

100. כך פסקו הרב לוין, תיק 105-נג, שם, עמ' סה, והרב שרגא, שם, עמ' ע.

101. ראו לעיל ליד הע' 93.

102. פס"ד ארץ חמדה גזית 74005 קבלן נ' מזמינים (תשע"ה) (הרבנים אליעזר שנקולבסקי, ניר ורגון, עדו רכניץ), עמ' 12, סע' ע. בהסתמך על רמ"א (ח"מ רז, יג): "ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים כגון שאמר אם אוביר ולא אעביר אשלם במטבא, לא הוי אסמכתא וקניא".

103. שם, סע' עא. בהסתמך על שולחן ערוך (ח"מ רז, טז) שפסק כר"ש (לעיל, ליד הע' 76), שיש תוקף לקנס בשידוכין כי הצד החוזר בו גרם לצד השני בושה. וכך פסק גם הרמ"א, שם.

104. שם, סע' עב. על סמך תוספות, שו"ת הרא"ש ושו"ת חתם סופר, שפסקו כר"ש, לעיל הע' 75.

105. הרב שלמה זעפרני (בית דין לממונות, הר נוף, ירושלים), "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה, לב, חוברת יא (תש"ס), עמ' תשס"תשסג; הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחווי מכר הנהוגים בזה"ז", קובץ דרכי הוראה, ב (תשס"ה), עמ' ריו, ובתנאי "שאיין זה קנס מופרז". כך אמרו לי בשיחה בעל-פה הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי. גם הרב דיכובסקי סייג זאת למקרה שהפיצוי שנקבע בחוזה אינו מופרז ביחס למהות ההפרה.

106. תיק 1875/תשמ"ב, לעיל הע' 80, עמ' 33, סעיף ב. דייני הרוב (הרבנים שמחה קוק ואברהם יצחק לנאל) לא דנו כלל באפשרות לתת תוקף לסעיף הפיצויים המוסכמים מכוח המנהג, ומשמע שסברו שגם אם נהגו כך, הסעיף משולל תוקף מצד "אסמכתא". הרב חגי איזיר (בזמנו דיין בבית הדין הרבני הגדול), בדעת מיעוט, הביא את מחלוקת הפוסקים בשאלה זו, אך לא נדרש להכריע בה (שם, עמ' 41).

107. תיק 350-ס"ג, הובא על ידי הרב רלב"ג, אבני משפט, ירושלים, תשס"ד, עמ' קעב-קעג.

108. הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חושים: החוזה ע"פ ההלכה", הישר והטוב, ז (תשס"ט), עמ' מג-מד. לדבריו, אי-אפשר לחייב את המפר בקנס ש"אינו תלוי בגובה הנזקים בפועל" (פיצוי מוסכם), אלא אם כן נכתב החוזה באופן שמסלק טענת אסמכתא, כלומר על ידי הוספת שורה בחוזה: "וקנינו מיניה [ממנו] מעכשיו בפני ב"ד חשוב". אולם קנס בגין נזק ממשי שנגרם לקונה, כגון פיצוי בגין דמי שכירות שנאלץ לשלם בשל עיכוב במסירת הדירה, אינו "אסמכתא" אלא "תשלום עבור נזק", וחובה לשלמו.

109. ערעור תשי"ח/122, פד"ר ג 131, עמ' 147; תיק א/669/יח, פד"ר ג 57, עמ' 61. מכיוון שלא הכריעו במחלוקת האמורה, פסקו בתי הדין במקרים אלה, כמקובל במקרה של ספק בדיני ממונות, לטובת המוחזק.

סיכום**1. חוזה**

1. לפי המשפט הישראלי, חוזה תקף אם הוא ממלא את הדרישות של גמירת דעת ומסוימות.
2. פוסקי ההלכה האחרונים הכירו בתוקפם ההלכתי של חוזים בהתבסס על חוקי המדינה ('דינא דמלכותא') ועל המנהג ('דין סיטומתא'), וזו גם העמדה המקובלת בקרב פוסקי ההלכה והדיינים בזמננו.
3. לחוזה שלא נחתם אין תוקף מדין סיטומתא, כי במקרה כזה אין לצדדים לעסקה גמירות דעת (הרב יוסף ש. אלישיב) או משום שאי-אפשר להוכיח בדרך אחרת האם הייתה להם גמירות דעת (הרב אשר וייס).

2. זיכרון דברים

4. לפי המשפט הישראלי, זיכרון דברים נחשב לחוזה מחייב לכל דבר.
5. בפסקי דין רבניים אחדים שניתנו בישראל בעבר נפסק כי בשונה מחוזה, לזיכרון דברים אין תוקף, בנימוקים: (א). הצדדים אינם מתכוונים להתחייב עד לחתימתם על חוזה מפורט. (ב). תוקפו המשפטי של זיכרון דברים אינו ברור לציבור הרחב, ולכן אי-אפשר לראות בחתימה עליו קניין סיטומתא, שדורש מנהג מוכר וברור.
6. אולם נראה לנו, ודאי במציאות של היום, כי בדרך כלל צדדים החותמים על זיכרון דברים בעסקאות נדל"ן מבינים היטב שמדובר בחוזה מחייב בעל תוקף משפטי; וכיוון שכך הוא המנהג, יש לזיכרון הדברים תוקף הלכתי מדין סיטומתא.
7. אכן, בפסקי דין אחרים הכירו בתי דין רבניים בישראל בתוקף חתימה על זיכרון דברים מכוח החוק וקניין סיטומתא, וכך גם דעת פוסקי ההלכה בזמננו.

3. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')

8. כתיבת סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה היא מנהג רווח המעוגן אף בחוקי החוזים בישראל. אולם, נחלקו הדיינים בזמננו אם יש לתת תוקף לסעיף כזה.
9. הבעיה היא שסעיף כזה נחשב 'אסמכתא', היינו התחייבות מותנית בתנאי (הפרת החוזה), ולהתחייבות כזו אין תוקף הלכתי בשל חיסרון בגמירות דעתו של המתחייב.
10. המחלוקת בנוגע לתוקף הסעיף דנן, שנחלקו בה כבר ראשונים ואחרונים, נעוצה בשאלה אם יש בכוח קניין סיטומתא לגבור על בעיית האסמכתא.
11. לפי פסקי הדין שבידינו, העמדה המקובלת כיום בקרב דיינים בישראל היא, כי באופן עקרוני יש לתת תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים בחוזה מכוח מנהג המדינה וקניין סיטומתא או דינא דמלכותא.
12. כאשר נרשם בחוזה פיצוי מופרז – יש מן האחרונים שפסקו כי אין לחייב בפיצוי כלל, אולם נראה כי מקובל בתי הדין בישראל כיום לפצות על הנזק האמיתי שנגרם.

13. בתי הדין אינם מחייבים בפיצוי מוסכם מופרז העולה על הנזק האמיתי, גם אם נהוג לכתוב סעיפים כאלו, בנימוקים: (א). לפי החוק רשאי בית המשפט שלא לחייב מפר בפיצוי מופרז, ולכן מראש אין גמירות דעת של הצדדים לפיצוי שכזה. (ב). גם אם כך נהוג, עדיין קיימת בעיית האסמכתא. (ג). בתי הדין לא נהגו לחייב במקרים כאלו.

מעמדו ההלכתי של שיק והדין כשאבד

הרב חיים בלוך

מבוא	ד. שטר שאבד
א. מעמדו החוקי של שיק	ה. שטר שלא בדרך מלווה שאבד
ב. מעמדו ההלכתי של שיק – סקירה	ו. שטר למוכ"ז שאבד
1. שיטה ראשונה – הוראה לתשלום	1. שיטת צמח צדק
2. שיטה שנייה – תשלום במזומן	2. שיטת גבעת שאול
3. שיטה שלישית – התחייבות	3. שיטת נתיבות המשפט
ג. דיני שטר חוב למוכ"ז ויישומם בנוגע לשיק	4. סיכום
1. מעמדו ההלכתי של שטר למוכ"ז	5. נספח: מקור למחלוקת בין נתיבות המשפט לבין הצמח צדק
2. תשלום למחזיק השטר גם לאחר פירעון החוב	ז. דינו של שיק שאבד
3. יישום בנוגע לשיק בימינו	סיכום

מבוא

שיק הוא אמצעי תשלום נפוץ ביותר. בהבנת מהותו ההלכתית של שיק נחלקו אחרונים. במסגרת זו נסקור את העמדות השונות ונציע דרך חדשה בהבנת מהותו. לאחר מכן, נדון בדינו של שיק שאבד. בנושא זה עסקו רבים וחשובים,¹ ודבריהם עמדו לנגד עיניי וסייעו לי, ועל כך תודתי.²

* הרב חיים בלוך, מכון משפטי ארץ, עפרה; אב"ד בבית הדין "ארץ חמדה – גזית", עפרה.

1. מלבד למקורות המוזכרים להלן, נעזרתי במקורות הבאים: פתחי חושן הלואה ב, לז"ח; עדות שטרות וכמה ענייני טוען ונטען י, ד; הרב צבי שפיץ, משפטי התורה א, עב; הרב ישעיה פלדמן, "שילם בשיק ונגנב השיק מהמוכר", בתוך: פעמי יעקב סב" סג מעמ' קיח; הרב זאב ליטקה, "צ'ק שאבד למקבלו אם יכול לתבוע שוב את נותן הצ'ק", בתוך: דרכי הוראה ו, עמ' 245-246; ד"ר מיכאל ויגודה, "שיק שבוטל בשל כשלון תמורה", אתר משרד המשפטים, בכתובת (נצפה בתאריך כ"ה אייר תשע"ו): www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/HavatDaatNew/62chek_Shebootal2.doc

2. כמו כן תודתי לרב עדו רכניץ שהאיר את עיני בכמה נקודות בסוגיה זו.

א. מעמדו החוקי של שיק

על פי החוק שיק הוא "שטר חליפין", שמשמעו "פקודה ללא תנאי ערוכה בכתב מאת אדם אל חברו, חתומה בידי נותנה, בה נדרש האדם שאליו ערוכה הפקודה לשלם לאדם פלוני או לפקודתו, או למוכ"ז, סכום מסויים בכסף".³ למרות ששיק מנוסח כהוראת תשלום לבנק, במקרה שלא ניתן לקבל את הכסף מהבנק, בין אם מפני שאין כסף בחשבוננו של כותב השיק, ובין אם מפני שכותב השיק ביטל אותו – ניתן לגבות את הכסף מאת מי שכתב את השיק.⁴

חשוב לציין שעל פי החוק ביטול שיק הוא עבירה פלילית,⁵ אולם, יש תוקף לביטול והשיק מבוטל.⁶ במקרה שכותב השיק לא קיבל אפילו חלק מהתמורה עבורה נתן את השיק הוא רשאי לבטלו ("כשלון תמורה מלא"), אולם, אם קיבל חלק מהתמורה הוא אינו רשאי לבטל את השיק ("כשלון תמורה חלקי").⁷

מי רשאי לגבות את השיק? על פי החוק, נדרשים שלושה תנאים כדי לגבות שיק: א. אוחו כשורה, ב. בתום לב, ג. בתמורה. להלן הפירוט:
א. אוחו כשורה (סעי' 28 לפקודת השטרות) – הוא מי שקיבל את השיק כדין, להוציא מי שמצא אותו או מי שגנב אותו.

ב. בתום לב (סעי' 29 לפקודת השטרות) – הכוונה שהשיק התקבל מבלי שהייתה למקבל השיק ידיעה על כך שהשיק ניתן לו למרות שהנותן לא רשאי לעשות זאת. למשל, כאשר מוכר קיבל שיק ולא סיפק את הסחורה הוא אינו רשאי להעביר את השיק, ואם המקבל יודע שהסחורה לא סופקה הוא לא יוכל לגבות את השיק.

ג. בתמורה (סעי' 26 לפקודת השטרות) – הכוונה שהמחזיק בשיק נתן תמורה בעדו, להוציא מקרה שבו נתן אותו במתנה.
משמעות החוק טובהר במקרים הבאים:

א. אדם שמצא שיק סחיר או גנב אותו אינו רשאי לגבות אותו, כיוון שאינו אוחו כדין.
ב. אם אדם נתן במתנה שיק שקיבל מאדם אחר, המקבל לא יהיה רשאי לגבות אותו מכותב השיק, כיוון שלא נתן תמורה עבורו.
ג. אדם נתן שיק סחיר בתמורה למוצר שקנה, והמוכר שילם בעזרת השיק לספק שלו עבור סחורה. כעת אם המוכר לא נתן את המוצר לקונה, הקונה יהיה רשאי שלא לשלם למוכר (בשל מה שמכונה "כשלון תמורה"), אולם, הוא יהיה חייב לשלם לספק אם זה יגבה את השיק. זאת, כיוון שהספק אוחו כשורה ובתום לב בשיק, ונתן עבורו תמורה.⁸

3. סעיף 3(א) לפקודת השטרות (נוסח חדש).

4. סעיף 81א(א) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

5. סעיפים 432, 437(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

6. ע"פ סעיף 14(א) לחוק השליחות תשכ"ה-1965.

7. ראו ש' לרנר, דיני שטרות, עמ' 332-334; וראו לדוגמה, ע"א 366/89 פוין אלומגוים בע"מ נ' די מטל, פ"ד מה(5) 850.

8. סעיף 37 לפקודת השטרות (נוסח חדש).

לאור כל זאת, ניתן לומר שעל פי החוק לשיק יש מעמד כפול: כחלק מדיני השליחות – שיק הוא הוראה לבנק לשלם לפקודת בעל החשבון, במסגרת זו, ניתן לבטל את השיק וכן הבנק מכבד את השיק במשך שישה חודשים בלבד לאחר התאריך הרשום עליו.

כחלק מדיני שטרות – שיק הוא התחייבות של כותב השיק. במסגרת זו, ניתן לתבוע את כותב השיק גם שנים לאחר התאריך הכתוב על השיק, ובלבד שהמחזיק בשיק אוהז כשורה בתום לב ובתמורה.

ב. מעמדו ההלכתי של שיק – סקירה

באופן כללי ישנן שלוש שיטות בקרב האחרונים בנוגע למעמדו ההלכתי של שיק: א. שיק הוא הוראה לתשלום ולא התחייבות, ב. שיק נחשב כתשלום במזומן, ג. שיק הוא בגדר שטר חוב.

1. שיטה ראשונה – הוראה לתשלום

יש מן האחרונים⁹ שסברו ששיק הוא הוראה לבנק לתת כסף למחזיק בשיק. זאת, כיוון ששיק אינו מנוסח כהתחייבות אלא כהוראה לבנק: "שלמו ל..." או "שלמו לפקודת..." כלומר, באופן פשוט השיק הוא רק הוראה של כותב השיק לבנק לשלם, או מינוי הבנק לשליח לתת מכספו של כותב השיק המופקד בבנק למחזיק בשיק. אם אין לכותב השיק כסף בחשבון, יש לראות בשיק בקשה לבנק שילווה לכותב השיק כסף וייתן אותו למחזיק בשיק. כך כתב למשל בשו"ת עטרת שלמה:

נראה שיש הבדל בין שטר חוב ולבין צ"ק, שבשטר חוב מתחייב החותם בסכום מסויים כפי מה שהוצרך או שברצונו להתחייב לפלוני בן פלוני א"כ יש כאן מעשה התחייבות ושפיר חל החיוב ע"י מסירת השטר לפלוני. אמנם בצ"ק אין בחתימתו של החותם שום התחייבות רק נותן הוראה לבנק לשלם לפלוני סכום זה וזה ואינו רק נתינת הרשאה לפלוני להוציא כסף מחשבונו של החותם וכפי שצויין בהצ"ק "לשלם לפקודת פלוני".¹⁰

בדרך זו צועד גם בשו"ת להורות נתן –

דגדר שטר חוב הוא שכותב השטר מתחייב לשלם ממון זה להמקבל, וכלשון השו"ע (סי' מ') שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה – אבל בטשעק שאינו כותב לשון הריני חייב לך, אלא שכותב להבנק אשר בו הופקד ממונו שישלמו לפלוני סך כך וכך, ודאי דאין זה לשון התחייבות ולא לשון שטר.¹¹

9. ראו: שו"ת שבת הלוי ז, רכב; תורת ריבית, יח, הע' לה (בשם הרב שלמה זמן אוירבך); הרב זלמן נ. גולדברג, "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים", תחומין יב, עמ' 295.

10. שו"ת עטרת שלמה, סה.

11. שו"ת להורות נתן, ח, קג.

בהמשך דבריו הוא טוען ששיק אינו שטר התחייבות לא רק בגלל שהוא מנוסח כהוראה לתשלום ("שלמו לפקודת"), אלא גם עקב בעיה מהותית. והיא, שאין אפשרות להתחייב על כסף מסוים שלא נמצא בידי המתחייב –

ואפילו אם היה כותב את הטשעק בלשון התחייבות על המעות שיש לו בבנק, גם כן לא היה מועיל, כיון דהמעות שהוא מתחייב עליה ליתן לחבירו אינה בידו, אלא שהבנק חייב לו מעות על ידי שהפקיד ממונו בבנק, ודין הפקדה זו כהלואה דהרי המעות שבבנק להוצאה ניתנה, נמצא דהמעות אינה בידו כלל אלא שהבנק חייב לו מעות ועל זה לא מהני התחייבותו, וכמבואר בשו"ע חו"מ (סי' קכ"ו ס"ח) שאם לא היה במעמד שלשתן כשאמר לו מנה לי בידך תנהו ללוי, לא קנה ויכול לחזור בו, לא שנא מתנה מרובה לא שנא מתנה מועטת.

כלומר, כיוון שהשיק מתייחס לכסף שהלווה כבר (לבנק), הרי שלא ניתן להמחות את החוב לאדם אחד ללא נוכחות הלווה, מה שמכונה בהלכה "מעמד שלושתן".¹²

מתוך הגדרה זו נגזרות מסקנות הלכתיות, כפי שכתב בשו"ת עטרת שלמה –

אשר לפי זה נראה ברור שע"י מסירת צ"ק לאדם מסויים לא נתחייב מוסר הצ"ק שום דבר להמקבל ויכול לחזור בו ולבטל את הצ"ק ואין על בעל הצ"ק שום תביעה מצד המקבל אם הצ"ק ניתן לו בתור מתנה ורק אם ניתן בתור פרעון חוב או נשאר על בעל הצ"ק החוב שהוא חייב להמקבל.¹³

כלומר, עצם מתן השיק אינו יוצר התחייבות, ואם לא הייתה התחייבות קודמת (כגון, עקב קבלת סחורה), ניתן לבטל את השיק ולהיפטר מתשלום.

אולם, היו שסברו שאף ששיק הוא הוראה לתשלום לא ניתן לבטל אותו, למעט במקרה שהתמורה כלל לא סופקה (המכונה גם "כשלון תמורה מלא"), וכך כתבו דיני בית הדין לממונות בירושלים, אולם, הם לא הסבירו את המקור או הסברה לדבריהם:

ואמנם, גם אם צ"ק אינו אלא הוראת תשלום, כיון שכבר מסרו למוכר או לנותן השירות אסור לו לבטל אותו בבנק, שהרי זה כאילו חזר ונטלו ממנו, אלא אם כן המוכר נטל את הצ"ק ולא סיפק לקונה את המקח, אבל אם סיפק לו את המקח אלא שיש לקונה על המוכר טענות ותביעות, אינו רשאי לבטל את הצ"ק.¹⁴

2. שיטה שנייה – תשלום במזומן

אחרונים אחרים סברו שתשלום בשיק דינו כתשלום במזומן, זאת בעיקר על סמך מנהג המדינה שאנשים משלמים בשיק, ושני הצדדים מתייחסים לכך כאילו התקבל כסף. הרב משה פיינשטיין נשאל לגבי אדם שלא עשה פרוזבול, אם מותר לו לגבות חוב. בתשובתו הוא מתייחס למקרה שניתן שיק עם מועד פירעון אחר השמיטה –

12. גיטין יג,ב; שולחן ערוך חו"מ קכו.

13. שו"ת עטרת שלמה, סה.

14. פסקי דין ירושלים דיני ממונות וביורוי יוחסין יא, עמ' שלו.

והנה אם בשעת הלואה נתן הלואה טשעק (=שיק) שלו על זמן דאחר השמיטה הוא כקביעות זמן, ועוד יותר מזה שהוא נחשב גם כתשלומין מאחר שאסור לפסול טשעק בדינא דמלכותא, וכשבטל הטשעק (=השיק) נמצא התחלת חיובו הוא מאחר השמיטה, שבאופן זה אף בזמן הגמ' לא היה משמט.¹⁵

במקום אחר הובא בשם הרב פיינשטיין¹⁶ שיש הבדל בין זמן שהבנק פתוח לזמן שהבנק סגור ולא ניתן לפדות בו את השיק: "אם בקל יכול הפועל להוציאו (את השיק) או להחליפו במעות, דהיינו לקנות מה שצריך או לפרוע חובותיו, ואין צריך להחליפו בבנק וכדומה – אז הוא כממון (ככסף ממש), ואם לאו, חשוב רק שיהיה כסף".¹⁷

בספר הצ'ק בהלכה הביא בשם הרב יעקב ישראל פישר כך:

דצ'ק הוא כנותן לו סכום הנקוב בו, כיון שעומד להיות סחיר מאחד למשנה, ואסור לבטל צ'ק שניתן במתנה.¹⁸

לדבריו, לא ניתן לבטל שיק גם אם הוא ניתן במתנה. בספר הצ'ק כהלכתו הוסיף והסביר את שיטתם, כיוון שניתן לממש את השיק בבנק, שלא באמצעות כותב השיק, ואסור לו לבטל את השיק. מה גם שבגלל סחירותו השיק נחשב כבעל ערך וניתן להוציאו בשוק בקלות, ולכן, שיק נחשב כבעל ערך כספי ולא רק כהתחייבות.

נימוק נוסף לכך שמסירת שיק נחשבת כתשלום במזומן הוא מצד המנהג. כך הובא בשם הרב יוסף ש. אלישיב בכמה ספרים. למשל, בספר מכירת חמץ כהלכתו כתב –

ושמעתי מהגרי"ש אלישיב שליט"א שנתנית שיק והמחאה ג"כ נידון כתשלום ממון מצד סיטומתא ומנהג הסוחרים.¹⁹

וכן כתבו בפסקי דין ירושלים:

אמנם מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א השיב (ביום ד תשרי תשס"ז) שצ'ק נחשב ככסף מזומן, וכשם שבכסף מזומן ששילם למוכר נחשב ששילם אף על פי שהמוכר לא השתמש בכסף, כך בצ'ק.²⁰

באופן דומה כתב הרב עזרא בצרי:

היו לו מעות מופקדות בבנק ורצה ליתנם למישהו, מעיקר הדין הרי זה כחוב ונקנים רק במעמד שלשתן, וכמ"ש בח"א מהספר הנ"ל, מכל מקום כיון שפשט המנהג להקנותם ע"י מתן צ'ק, המנהג עיקר והנותן צ'ק לחבירו הקנה לו מעותיו.²¹

15. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, טו.

16. הרב אפרים ברנשטיין, מילוי דנזיקין א, עמ' קכב.

17. בדומה לכך כתב בספר פתחי חושן שכירות, ט, הע' לו.

18. הרב פנחס מנחם לפשיץ, הצ'ק בהלכה (מהדורה קמא), עמ' צא.

19. הרב שמואל אליעזר שטרן, מכירת חמץ כהלכתו (תשנ"ט) טו, הע' ז.

20. פסקי דין ירושלים דיני ממונות וביורוי יוחסין יא, עמ' שפא.

21. הרב עזרא בצרי, דיני ממונות ג, עמ' צ.

בדרך דומה הלך הרב צבי יהודה בן-יעקב²² שכתב ששיק פירושו הקנאת הפיקדונות של כותב השיק הנמצא בבנק, למקבל השיק. ולכן, לאחר מתן השיק לא יוכל כותב השיק לחזור בו.

3. שיטה שלישית – התחייבות

ישנם אחרונים²³ שסברו ששיק יוצר התחייבות של כותב השיק, ובנוסף יש בו הוראה לבנק לפרוע את חובו של כותב השיק. כך למשל כתב בשו"ת מנחת יצחק שדינו של שיק כדין שטר למוכ"ז:

והנה פשיטא דטשעקען הנהוג בזמן הזה, ואף וועקסלען (=שטרי חוב) הנהוג, אף אם כתוב בו שם המלוה, אבל כפי החוק, אם כותב המלוה שמו על צד הב', ומוסרו לאחר, אז הוי כמו שהוא המלוה, דינו כמו שהיה כתב לכל מי שמוציאו.²⁴

דהיינו, למרות שעל השיק נרשם שמו של המקבל, כיוון שהמקבל יכול לחתום על השיק ולהסב אותו לאחר, הרי שהתחייבות היא לכל מי שיוציא את השיק (למוכ"ז), המכונה בהלכה "ממרני". להלן נרחיב בביאור דיני שטר חוב למוכ"ז כיוון שיש בו דמיון ניכר לחוקים העוסקים בשיקים ולמקובל בשוק.

ג. דיני שטר חוב למוכ"ז ויישומם בנוגע לשיק

1. מעמדו ההלכתי של שטר למוכ"ז

בעניין שטר למוכ"ז כתב בספר נימוקי יוסף –

אמר המחבר: ושטר שכתוב בו שנתחייב לכל מוציא אותו בב"ד כשר וגובה בו המוציא... ומיהו שטר זה כל שהוציאו אחר ופרעו לו ועשה ממנו שובר נמחל שעבודו לכל אדם שיוציאו מכאן ואילך שלא נתחייב זה אלא במנה בלבד מפי רבינו הר"ם והריטב"א ז"ל.²⁵

כלומר, אם אדם התחייב במפורש לשלם לכל מי שיחזיר בשטר – הרי שהתחייבות תקפה וניתן להעביר אותו מיד ליד והמתחייב יצטרך לשלם לכל מי שיתבע אותו. בנוסף, הרמ"א כתב:

יש אומרים דשטר שכתוב בו: אני משעבד לך ולכל מי שמוציאו, נקנה בחליפין או במסירה בלא כתיבה.²⁶

22. הרב צבי יהודה בן יעקב, "השיקים – תוקפם והליכותם", תחומין יג, עמ' 422-470; הנ"ל, משפטיך ליעקב א, עמ' שא-שמח.

23. שו"ת מנחת יצחק, ד, קיט"ק; ז, קלא; תשובות והנהגות, ג, תסב; פסקי דין ירושלים לדיני ממונות ב, עמ' כג.

24. שו"ת מנחת יצחק ה, קיט.

25. נימוקי יוסף בבא בתרא פא, בדפי הרי"ף, ד"ה אמר המחבר ושטר.

26. רמ"א חו"מ טו, א.

דהיינו ניתן להסב שטר למוכ"ז במסירה ואין צורך לעמוד בכללי ההלכה העוסקים במכירת שטרי חוב (המחאת חיובים). האחרונים²⁷ נימקו זאת במנהג הסוחרים. אלא שנחלקו אחרונים בשאלה האם ניתן לגבות שטר חוב למוכ"ז לאחר שהשטר הגיע לידי שלא כדין.

הש"ך סבר שאדם יכול לתפוס שטר למוכ"ז מבעל חובו:

משמע היכא דהיה יכול לטעון לקוח הוא בידי ולא היה צריך כתיבה כגון בממרמ"ת שלנו וכהאי גוונא (=בכגון זה), נאמן לומר למשכון תפסתים במיגו דלקוח.²⁸

כלומר, אין צורך לקבל את השטר למוכ"ז מידי המחזיק בו מרצונו. ככל הנראה הש"ך סבר ששטר למוכ"ז הוא התחייבות כלפי כל העולם, ובלבד שיוצג שטר, ולכן גם אם השטר הגיע לידי המחזיק בו בכוח, ניתן לגבות בעזרתו.

לעומת זאת, קצות החושן סבר שרק מסירה מודעת של שטר חוב למוכ"ז מועילה, אולם, אם אדם מצא שטר חוב למוכ"ז הוא אינו רשאי לגבות את החוב הכתוב בו:

ובממרנ"י שלנו נהי דכתיבה לא בעי מסירה בעי, וכיון דלא הוי דעת אחרת מקנה הזוכה בממרנ"י דהפקר לא מהני.²⁹

מסיבה זו גם תפיסה של שטר למוכ"ז לא תועיל, כיוון שצריך "דעת אחרת מקנה"³⁰. על פניו, שיטתו היא שמסירה היא מכירת הזכויות שבשטר ולכן ללא הסכמה של בעל השטר לא ניתן להעביר את הזכויות שלו. יש לציין שלכאורה ישנה סתירה בדברי נתיבות המשפט, שבמקום אחד חלק על קצות החושן,³¹ ובמקום אחר³² פסק כמותו (וראו בהערה³³ לא אחרונים שדנו בעניין).

2. תשלום למחזיק השטר גם לאחר פירעון החוב

בסוף דבריו כתב נימוקי יוסף שאם המתחייב שילם למי שהחזיק בשטר, והמחזיק כתב קבלה על התשלום, לא ניתן יהיה לגבות שוב את השטר מהמתחייב. דין זה הובא להלכה על ידי הרמ"א:

...וכן שטר שכתוב בו: פלוני חייב לפלוני או לכל מי שמוציאו, חייב לשלם לכל מי שמוציאו. ודוקא שבא מחמת אותו פלוני, אלא אם כן כתוב בפירושו: בין בא מחמתו או שלא מחמתו. ואם נכתב שובר משום אדם על שטר זה אחר כך, שום אדם לא

27. נתיבות המשפט נ, א; ראו אחרונים נוספים שהביא בשו"ת מנחת יצחק ה, קיט.

28. ש"ך חו"מ סד, ג.

29. קצות החושן סו, יג.

30. קצות החושן סד, א; קד, ז.

31. נתיבות המשפט סד, א.

32. נתיבות המשפט קד, ד.

33. בספר משובב נתיבות סד, עמד על סתירה זו. וראו בית יהודה (לנדא), סד, שחילק בין שני המקורות, ובספר טבעת החושן, סד, דחה דבריו והסביר את נתיבות המשפט באופן אחר.

יוכל לגבות בו. ואם כתב בשטר שמשעבד עצמו נגד המוציא שטר חוב זה עליו, אף על גב שידוע שלא היה חייב לו מעולם, מכל מקום חייב לשלם לו, דהרי מכל מקום נשתעבד נגדו.³⁴

לכאורה דין זה קשה, מדוע שובר שכתב מאן דהו, שכלל לא ברור שהשטר היה אי פעם בידו, יפטור את המתחייב מלשלם למי שמוציא את השטר? ואפילו אם כותב השובר טוען שהוא בא מכוחו של זה שקיבל את השטר, איך זה מועיל לחייב מי שמחזיק בשטר כעת? הסמ"ע³⁵ ביאר שדברי הרמ"א מוסבים על הנוסח השני המובא ברמ"א: "שמשעבד עצמו נגד המוציא שטר חוב זה עליו", ללא אזכור של שם כלשהו. במקרה כזה, כל קבלה תבטל את השטר. אולם, במקרה שהנוסח הוא התחייבות לאדם מסוים ולכל מי שיבוא מחמתו, לא תוכל קבלה לבטל את זכותו של מי שכתוב בשטר.

הש"ך צמצם את הפטור של המתחייב לשלם כאשר נכתב שובר רק למקרה שקונה השטר היה מודע לכך שכבר נכתבה קבלה, אבל אם הוא טוען שהוא קנה את השטר מבלי לדעת שכבר נכתבה עליו קבלה, המתחייב חייב לשלם לו פעם נוספת:

ונו"ל, דהא דמהני שובר משום אדם על שטר שנכתב סתם לכל מי שמוציאו, היינו כשידע זה שקנהו אח"כ שכתב לו שובר עליו... אבל אם זה שקנהו טוען שלא ידע שפרע למלוה הראשון ולא ידע משובר זה, נהי דלא נתחייב אלא במנה אחד בלבד, מ"מ הוה ליה כאילו נתחייב לו מתחילה, ומה שפרע למלוה הראשון איהו דאפסיד אנפשיה שפרע לו ולא כתב שובר ע"ג השטר עצמו והאמינו... וכן המנהג בזמנינו שקונין ממרנו"ת זה מזה, ואילו היה הממרנו"י בטלה בזה לא היה שום אדם קונה שום ממרנו"י, דהיה חושש שמא פרע לו בעדים או שמא נתן כתב ידו בעדים שפרע לו.

ותו, דהיכא דלא ידע ה"ל כלקח חפץ מחבירו ונודע אח"כ שהוא גניבה בידו ואינו שלו, דמ"מ צריך להחזיר לו מעותיו משום תקנת השוק וכדלקמן סימן שנו" [סעיף ב'], וה"ה הכא. ואף על גב דכתבו הרא"ש [בתשובה כלל ע"ט סי' ה'] והטור והמחבר לקמן סימן ס' [טור סעיף ז' ומחבר] סוף סעיף א', דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח, היינו בסתם שטרות דעלמא, אבל בממרנות שבזמנינו דשכיח טובא שקונין זה מזה יותר מן המטלטלים, פשיטא דשייך תקנת השוק.³⁶

הש"ך מביא לכך שני טעמים, שיש ביניהם נפקות:

א. אם כתוב בשטר שהכותב מתחייב לכל המוציא, הרי שהתחייבות זו כוללת גם את האפשרות לשלם פעמיים עבור אותו שטר. ע"פ נימוק זה יש לשלם למחזיק את מלוא הסכום הכתוב בשטר. נימוק זה תואם את שיטת הש"ך שגם תפיסה של שטר למוכ"ז מועילה, זאת, כיוון שמדותו של שטר למוכ"ז היא התחייבות לכל העולם, ובתנאי שיוצג שטר. לפיכך, ייתכן מצב של פירעון כפול.

34. רמ"א חו"מ נ, א.

35. סמ"ע נ, ד.

36. ש"ך חו"מ נ, ז.

ב. כאשר אדם קנה את השטר מבלי לדעת שהוא כבר נפרע ונכתבה עליו קבלה, הרי שעומדת לו תקנת השוק. על פי תקנה זו, המבוארת בשולחן ערוך,³⁷ מי שקנה בתום לב מגנב, זכאי לקבל בחזרה את התמורה שהוא שילם עבור הגניבה. ע"פ נימוק זה יש לשלם למחזיק רק את מה ששילם עבור השטר.

התומים³⁸ תמה על דברי הש"ך: איך ניתן לגבות בשטר זה למרות שכתוב בו "כל המוציאאו", הרי נמחל שיעבודו? אמנם הש"ך³⁹ פסק שבשטר בכתב יד המתחייב (ללא עדים) ניתן לשוב ולהשתמש לאחר שכבר נפרע. אולם, זהו דווקא אם הלווה עצמו חזר ונתן אותו לידי המלוה. אך כאשר שטר נפרע, כל עוד שלא ניתן מחדש מידי הלווה, הרי הוא "כחספא בעלמא", ואין אפשרות לשוב ולגבות בו. בנוסף לכך לדבריו לא שייכת כאן תקנת השוק, אלא אם כן יש תקנה מיוחדת על כך.

התומים לא נימק את ההבחנה בין תקנת השוק בגניבה לבין המקרה כאן, אך קצות החושן⁴⁰ הוכיח מהמהר"ם אלשיך⁴¹ שכאשר החפץ הנגנב כבר הגיע חזרה לידי בעליו, אין תקנת השוק. אם כן, כאן שהלווה מוחזק בנכסיו, ומוציא השטר תובע ממנו שיוציא כסף בגלל השטר המצוי בידו, אין בזה תקנת השוק, ואינו חייב לשלם.

נתיבות המשפט כתב שיש לקבל רק את הנימוק של תקנת השוק:

ובתומים [ס"ק ו] הכריע דאין ממש בטעם הראשון שכתב הש"ך, וכן עיקר דאין צריך להחזיר רק הדמים שנתן מפני תקנת השוק כמ"ש הש"ך בטעם השני.⁴²

כיוון שהחוב מבוסס על תקנת השוק יש לשלם למחזיק רק את מה ששילם עבור השטר ולא את כל הסכום הכתוב בשטר.

3. יישום בנוגע לשיק בימינו

בעקבות דיני שטר חוב למוכ"ז פסק בשו"ת מנחת יצחק שבימינו יש לשלם את כל הסכום בשיק כיוון שזה חוק המדינה:

אמנם כהיום הוזה, כיון דפסקינן בזה דדינא דמלכותא דינא, הרי נודע כעת הדינא דמלכותא, דמחויב הלוה לשלם לכל המוציאאו כל הסכום הנכתב בתוכו, ואינו מועיל שום טענה שיש לו מי שנתן לו הממרני.⁴³

על פי שיטתו, יש לקבל את חוק המדינה כפי שהוא, ואף יש בו דמיון ניכר לתקנת השוק שמעניקה הגנה למי שהגיע לידו שטר חוב למוכ"ז בתום לב, כדין (מקביל ל"אוחז כשורה")

37. שולחן ערוך חו"מ שנו, ב.

38. תומים נ, ו.

39. ש"ך חו"מ מח, ב.

40. קצות החושן נ, ב.

41. שו"ת מהר"ם אלשיך, קכד.

42. נתיבות המשפט חידושים נ, ו.

43. שו"ת מנחת יצחק ה, קב.

ולאחר תשלום תמורה. להלכה, שיטה זו מסתברת מאוד, כיוון שאדם שכותב שיק יודע את החוק ואת המנהג, ולכן מתחייב לשלם בהתאם למקובל.

ד. שטר שאבד

כעת נדון בשאלה משיקה: מה הדין במקרה שאדם שילם עבור סחורה שקיבל בשיק, וכעת המוכר טוען שהשיק אבד – האם על הקונה לשלם שוב? נדון בשאלה זו על בסיס ההנחה שמעמדו של שיק כדין שטר למוכ"ז.

במקרה שמלווה בא לתבוע את חובו, אך אינו מחזיר את השטר המצוי בידו, הלווה פטור מלהחזיר החוב, ואפילו אם לטענתו השטר כרגע לא בידו.⁴⁴ אך במקרה שלטענת המלווה השטר אבד, טענת הלווה שאינו מוכן לפרוע בלי לקבל את שטרו, אינה מתקבלת כיוון שיש פתרון לכך, וזאת ע"י כתיבת קבלה – ובלשון הגמרא: שובר.

כך הכריעה הגמרא במחלוקת בין רב ושמואל לבין רבי יוחנן וריש לקיש –

כי הא דרב יצחק בר יוסף הוה מסיק ביה זוזי ברבי אבא, אתא לקמיה דרבי חנינא בר פפי, אמר ליה: הב לי זוזיי, אמר ליה: הב לי שטראי ושקול זוזך, אמר ליה: שטרך אירכס לי, אכתוב לך תברא; אמר ליה, הא רב ושמואל דאמרי תרוייהו: אין כותבין שובר! אמר: מאן יהיב לך מעפריה דרב ושמואל רמינן בעיינין, הא רבי יוחנן והא ריש לקיש דאמרי תרוייהו: כותבין שובר. וכן כי אתא רבין אמר רבי אילעא: כותבין שובר.

ומסתברא דכותבין שובר, דאי סלקא דעתא אין כותבין שובר, אבד שטרו של זה – יאכל הלה וחדדי? מתקיף לה אביי: ואלא מאי? כותבין שובר, אבד שוברו של זה – יאכל הלה וחדדי? אמר ליה רבא: אין, עבד לזה לאיש מלוה.⁴⁵

כלומר, רב ושמואל סברו שלא ניתן לחייב את הלווה להחזיר את ההלוואה ללא קבלת השטר גם אם המלווה מוכן לתת לו קבלה. לעומת זאת, ריש לקיש ורבי יוחנן סברו שניתן לחייב את הלווה להחזיר את חובו בתמורה לקבלה.

מסקנת הגמרא היא כדעת האחרונים, כיוון שאין זה הוגן שהלווה לא ישלם את חובו רק בגלל שהמלווה איבד את השטר. על כך שאלה הגמרא שאין זה הוגן לחייב את הלווה לשמור את הקבלה, ולהסתכן בכך שאם יאבד את הקבלה הוא עלול להיבצע על ידי המלווה לשלם שוב. הגמרא השיבה בפסוק ש"עבד לוה לאיש מלוה",⁴⁶ כלומר, שאין שוויון בין המלווה ללווה. לכן, על הלווה לשאת בסיכון. וכך נפסק להלכה:

הבא לפרוע חובו, ואמר המלוה: אבד לי השטר, אין הלוה יכול לומר: לא אפרע לך עד שתחזיר לי שטרי, אלא הרי זה יכתוב לו שובר, ויפרע לו כל חובו. ויש ללוה להחרים סתם על מי שכובש שטרו וטוען שאבד.

44. שולחן ערוך חו"מ, נד, ג.

45. בבא בתרא קע"ב.

46. משלי כב, ז.

ואם טען הלוה טענת ודאי ואמר: השטר אצלו ועתה הניחו בכיסו, ישבע המלוה היסט שאבד השטר, ואח"כ יפרע חובו ויכתוב שובר.⁴⁷

כלומר, חובת הלוה לשלם למרות שהמלווה לא מחזיר לו את השטר. כאשר הלוה איננו יודע האם השטר נמצא בידי המלווה הוא רשאי להטיל קללה כללית (חרם סתם) על כל מי שמחזיק שטר ואינו מחזיר לו. כאשר הלוה טוען שהוא יודע שהשטר נמצא בידי המלווה הוא רשאי לדרוש מהמלווה להישבע שבועה קלה (היסת) שהשטר איננו תחת ידו, ולאחר שיישבע המלווה ישלם הלוה.

ה. שטר שלא בדרך מלווה שאבד

כעת נשאלת השאלה האם קביעה זו, שעל החייב לפרוע את החוב תמורת קבלה ללא קבלת השטר בחזרה, היא דווקא בהלוואה, שם קיימת הסברה של "עבד לוה", או שמא גם בחוב שלא בדרך מלווה? מה הדין למשל, אם אדם נתן לחברו שטר חוב בתמורה לקניין, והשטר אבד, האם יוכל המוכר לתבוע מהקונה לשלם לו תמורת קבלה?

לכאורה, החיוב של הלוה לשלם בתמורה לקבלה הוא רק כאשר המלווה עשה לו טובה, ולכן הלווה השתעבד לו. לעומת זאת, בחובות אחרים, בהם לכל צד יש רווח והפסד, כגון בקניין, לא ניתן לחייב את החייב לפרוע את החוב מבלי לקבל בחזרה את שטר החוב.

אולם, מהראשונים עולה שהם הבינו שהביטוי "עבד לוה לאיש מלווה" בהקשר הזה, הוא מליצה בעלמא, וגם בחוב שלא בדרך הלוואה, מחייבים את הלוה לפרוע את החוב בתמורה לקבלה ללא קבלת השטר החזרה.

כך עולה מסוגיית הגמרא שקובעת שאישה שהתגרשה או התאלמנה גובה את הכתובה גם ללא החזרתה לבעל או ליורשיו. הגמרא מקשה שבמקרה כזה שהאישה גובה ללא כתובה, יש חשש שהנתבעים יגיעו לידי הפסד, אם האישה תציג את הכתובה ותתבע אותם שוב. על חשש זה משיבה הגמרא – "אמר רבי אבהו: זאת אומרת כותבין שובר".⁴⁸ כלומר במקרה שהאישה גובה את דמי הכתובה ללא שטר הכתובה, היא צריכה לכתוב שובר לבעלה או ליורשיו, כך שאין חשש שהיא תגבה שוב.

הראשונים הסיקו מסוגיה זו שהוא הדין בכל חוב, ואין מדובר על דין ייחודי שנועד להגן על האישה. וכך כתבו התוספות על הסוגיה:

אף על גב דבפרק גט פשוט (בבא בתרא קעא, ב, ושם) מפרש טעמא דמאן דאמר כותבין שובר משום ד'עבד לוה לאיש מלווה', לאו דוקא לוה אלא הוא הדין בכל חוב כמו כתובה דהכא ושטרי מקח דאמר התם דכותבין שובר.⁴⁹

וביתר ביאור כתב הרשב"א:

47. שולחן ערוך חו"מ נד, ב.

48. כתובות טו, ב.

49. תוספות שם, ד"ה כותבין שובר.

ופרקין אמר רב אבהו זאת אומרת כותבין שובר. ואף על גב דאמרינן התם בשילהי גט פשוט טעמא דמאן דאמר כותבין שובר משום ד'עבד לזה לאיש מלוה', **לאו עיקר טעמא הוא אלא מילתא בעלמא הוא דקאמרינן התם. ועיקרה משום דלא יאכל הלה וחדו, דחשש אבידת שובר אינו בריא ועוד שידע זה שנאבד ויתבענו מילתא רחיקתא היא, אבל אי לא כתבינן נמצא זה מפסיד מעכשיו בבירור.**⁵⁰

כלומר, הטעם של "עבד לוה" הוא בגדר מליצה "מילתא בעלמא", והטעם העיקרי הוא שלא מסתבר שהחייב ירוויח מכך שהזוכה איבד שטרו. הוא מוסיף שההפסד של בעל החוב הוא ודאי, ואילו החשש של החייב מגבייה כפולה הוא רחוק, כיוון שכדי שהחייב יבוא לידי הפסד צריך שהוא יאבד את הקבלה, בנוסף צריך שבעל החוב יידע שהחייב איבד את הקבלה כדי לתבוע אותו שנית. זהו חשש רחוק שלא צריך לחשוש לו. אם כן, החיוב לפרוע את החוב תמורת קבלה קיים בנוגע לכל החובות.

ו. שטר למוכ"ז שאבד

כעת יש לבחון מה הדין בשטר למוכ"ז שאבד. ייחודו של שטר זה בכך שגם אחרים, מלבד מי שקיבל אותו, יכולים לגבות בעזרתו. זאת, הן במקרה שהשטר אבד ומישהו מצא אותו, והן במקרה שמקבל השטר העביר את השטר למוכ"ז לאחר ושיקר לחייב שהשטר אבד. האם גם במקרה כזה, כתיבת שובר ע"י התובע, תספיק כדי לחייב את המתחייב לשלם את הנקוב בשטר?

שאלה זו נידונה באחרונים בנוגע לשטר "ממרני" שהוא כאמור שטר למוכ"ז מבלי לציין את שם בעל החוב, כך שניתן להעביר אותו מיד ליד וכל המוציאו יכול לתבוע את פירעונו מהמתחייב. בפתחי תשובה⁵¹ הובאו כמה תשובות המתייחסות למקרים מעין זה, נדון בהן.

1. שיטת צמח צדק

בשו"ת צמח צדק דן באדם שנתן לחברו כתשלום שטר למוכ"ז, ומקבל השטר איבד אותו, ובכל זאת הוא רוצה לגבות את חובו מכותב השטר. כותב השטר מעלה חשש שהשטר יימצא והמוצא יגבה ממנו על סמך שטר זה פעם שנייה.

השואל כתב שפעמים רבות במקרים דומים נהגו שבית הדין מכריז שמי שמחזיק בשטר האבוד יביא אותו לבית הדין תוך שלושים יום, ואם לא יעשה כן יתבטלו זכויותיו. אם לא הגיע אדם תוך שלושים יום, ונותנים בידי הלזה אישור על כך שהשטר בטל, ואז הוא מחויב לפרוע את החוב למקבל השטר, וזה כותב לו קבלה. אולם, כותב השטר טוען שלא די בפתרון זה, כיוון שיש חשש שמחזיק השטר יוכיח שלא שמע על ההכרזה ולכן הוא זכאי לגבות את החוב הכתוב בשטר.

50. רשב"א שם, ד"ה ופרקין.

51. פתחי תשובה ח"מ נד, א.

לכן הוא דורש שהמלווה יתחייב שאם יתבע כותב השטר לשלם את החוב פעם נוספת על סמך השטר, אזי מקבל השטר יפצה את כותב השטר על תשלום כפול. בניגוד לכך, מקבל השטר מוכן לתת רק קבלה רגילה על קבלת התשלום. בשו"ת צמח צדק הכריע כך:

אם אין ידוע שהשטר היה ביד זה שאמר שאבד שטרו שאז שובר ממנו לא מהני כדפירשתי וא"כ חששא קרובה היא שמא ימצאנו אחר ויגבה מן הלוח או אין הלוח צריך לשלם למלוה עד שיקבל עליו אחריות הפסד הלוח אם יצטרך לשלם שנית.⁵²

דהיינו, קבלה כנגד שטר חוב למוכ"ז מועילה רק אם יש ראייה שהשטר היה בעבר בידי מי שכתב את הקבלה, ואז לא ניתן לגבות פעם נוספת בעזרת שטר זה. אבל אם לא ידוע שהשטר היה בעבר בידי מי שכתב הקבלה, אזי כותב השטר לא צריך לשלם למקבל השטר עד שהאחרון יתחייב לפצות את הראשון על כל נזק אפשרי, ובכלל זה, על מקרה בו כותב השטר יאלץ לפרוע שוב את השטר.⁵³

2. שיטת גבעת שאול

בשו"ת גבעת שאול חלק על הצמח צדק והקל עם התובע. הוא כתב שאם כותב השטר מודה שהשטר ניתן למי שתובע אותו כעת – עליו לשלם לו בתמורה לקבלה, למרות שהוא אינו מקבל את השטר בחזרה. זאת, גם אם לתובע אין ראייה שהשטר היה בידו, והוא מסתמך על הודאת כותב השטר. וכך הוא כותב:

מכל מקום ראוי הוא שהלוח ישלם לו ויקח ממנו שובר, משום דטפי יש לחוש על פסידא דמלוה יותר משל לוח.⁵⁴

בהמשך הוא משיב לטענות הצמח צדק, בהקשר זה נזכיר רק את טענת הצמח צדק שהסיכון לנזק לכותב השטר הוא גבוה (ברי). על כך השיב גבעת שאול שהסיכון לכותב השטר איננו גבוה, שהרי אם יוציא מאן דהו את השטר ויטען שהוא קיבל אותו מידי כותב השטר, יוכל כותב השטר לטעון "פרעתי" ואז יצטרך המחזיק בשטר להישבע – ומי יאמר שאכן יישבע לשקר? גם אם יש נאמנות בשטר הפוטר את המחזיק משבועה, עדיין יוכל כותב השטר להשביע את המחזיק בשטר שבועת היסת לאחר שישלם. ולכן מסקנתו היא שעל כותב השטר לפרוע את החוב (אחרי ההכרזה הנ"ל), ומקבל השטר ייתן לו קבלה.

52. שו"ת צמח צדק, י.

53. בשו"ת חמדת שלמה (ליפשיץ) סי' א"ב, דן בעניין זה עם רבי עקיבא איגר, ולמסקנה שניהם מסכימים לדברי הצמח צדק.

54. שו"ת גבעת שאול (לומז), כה.

3. שיטת נתיבות המשפט

גם נתיבות המשפט⁵⁵ חולק על הצמח צדק, אולם, הוא הקל דווקא עם הנתבע. ראשית, לדעתו קבלה תועיל לכותב השטר רק אם יש ראייה שהיא ניתנה לו מאדם שכתב את הקבלה בעת שהשטר היה בידו.⁵⁶ אפילו במקרה שעדים ראו את השטר בידי אדם מסוים זמן קצר לפני כתיבת הקבלה, אותו אדם לא יוכל לפטור בקבלה שכתב את כותב השטר. זאת, כיוון שיש חשש שבינתיים כותב השובר מכר או מסר את השטר לאחר. בנקודה זו הוא חולק על הצמח צדק שכתב שדי בכך שיש ראייה שכותב הקבלה החזיק בעבר בשטר, לאו דווקא בעת כתיבת הקבלה.

נתיבות המשפט חולק על הצמח צדק בנקודה נוספת: לדעתו הפתרון היחיד שישנו כדי להגן על כותב שטר במקרה שנטען שהוא אבד, הוא כתיבת קבלה. לכן, במקרים בהם לא די בקבלה, כגון בשטר למוכ"ז, לא ניתן לחייב את כותב השטר לפרוע בתמורה לקבלת התחייבות לפיצוי במקרה של תביעה חוזרת. כיוון שכותב השטר יכול לומר שאינו סומך על ההתחייבות, והוא חושש שיגיע לידי הפסד.

4. סיכום

לסיכום, בנוגע לשטר למוכ"ז שאבד, ובעל החוב תובע מכותב השטר לשלם, נחלקו אחרונים:

לדעת **גבעת שאול** על כותב השטר לשלם לאחר הכרזה שמי שמחזיק בשטר שיתבע אותו כעת, ובתמורה לקבלה מבעל החוב.

לדעת **הצמח צדק** על כותב השטר לשלם בתמורה לקבלה ובלבד שיש לבעל החוב ראייה שהשטר היה בידו בעבר, כמו כן, על בעל החוב להתחייב לפצות את כותב השטר במקרה של תביעה חוזרת.

לדעת **נתיבות המשפט** לא ניתן לחייב את כותב השטר לשלם אפילו תמורת קבלה והתחייבות לשיפוי במקרה של תביעה חוזרת.

5. נספח: מקור למחלוקת בין נתיבות המשפט לבין הצמח צדק

ניתן לומר שמחלוקת האחרונים תלויה במחלוקת הסוגיות. מהסוגיה שהבאנו לעיל משתמע שחובת החייב לשלם גם ללא קבלת שטר החוב נובעת מהנימוק "יאכל הלה וחדיו", כלומר לא ייתכן שלוה שחייב כסף, יימנע לפרוע את חובו גם כאשר יש סיכון לתשלום כפול.

55. נתיבות המשפט נ, ה.

56. נתיבות המשפט הוכיח את שיטתו מתוך דברי הנימוקי יוסף שהובאו לעיל, שכתב "כל שהוציאו אחד שטר ופרע לו עושה לו שובר", משמע שצריך שיוציאו את השטר בזמן הפירעון. אלא שניתן לדחות את ראייתו ולומר שאין הכרח שמה שכתב הנמוקי יוסף "ופרע לו" כוונתו מיד, סמוך למה שכתב בהמשך – "כל שהוציאו אחד שטר", כלומר, ייתכן שהוציאו את השטר בזמן מסוים ואחר כך ראו שפרע את השטר, ואז הוא יכול לכתוב קבלה ולפטור את כותב השטר מתביעה חוזרת. זאת, למרות שבזמן הכתיבה כבר אין ראייה שהשטר בידו.

לעומת זאת בסוגיה שלפני כן⁵⁷ משמע אחרת. מובאת שם ברייתא שבה נאמר שאם הקונה טען שאיבד את שטר הקניין על קרקע שקנה, והעדים מעידים שניתן שטר על כך, אפשר לכתוב לו שטר חדש, אך ללא "אחריות". כלומר אם יגבו מהקונה את השדה בגלל חוב של המוכר, הוא לא יוכל לחזור למוכר או ללקוחות שלו, ולגבות מהם את דמי הקנייה של הקרקע. השמטת האחריות מסלקת את החשש שהקונה משקר ובידיו שני שטרות מכר, זאת, כיוון שלא יוכל לגבות את החוב פעמיים.

בהמשך,⁵⁸ מסקנת הגמרא שגם אם ייכתב למוכר "שובר" שבו ייכתב שכל שטרות המכר בטלים חוץ מהשטר החדש, לא די בכך. זאת, כיוון שאם יגבו מהקונה את הקרקע בחובו של המוכר, אזי הקונה יוכל לגבות את דמי הקנייה מהמוכר על סמך השטר האחרון, ועל סמך השטר הראשון הוא יגבה מ"לוקח שני", כלומר, ממי שקנה שקנה קרקע מהמוכר. ואף שהלוקח השני יתבע את המוכר, יש חשש שבינתיים הקונה "שמיט ואכיל פירי", כלומר בינתיים עד שהעניין יתברר הקונה יאכל פירות מהשדה שגבה שלא כדין ולא תהיה דרך להוכיח כמה אכל.

משמעות הדברים היא שהמוכר ייפטר מ"אחריות" (ההתחייבות שלו לשפות את הקונה במקרה שהקרקע תיגבה מהקונה בחובו של המוכר) בגלל החשש שהקונה יגבה פעמיים. דהיינו, כאן גבר החשש מגבייה כפולה על זכותו של הקונה לקבל את המגיע לו.

אמנם, הרשב"ם עמד על הסתירה בין הסוגיות ותירץ באופן כזה שבו לא ניתן לראות במחלוקת הסוגיות מקור למחלוקת האחרונים:

וקשה גזל הנאכל אבל גבי שטרי מלוה כותבין שובר דליכא למימר הכי כדמפרש לקמן ואזיל.⁵⁹

כלומר, במקרה שיש חשש לגבייה כפולה – יש להעדיף את גביית החוב הברור על פני החשש. אולם, במקרה של חשש גזל – הוא גובר אפילו על חוב ברור.

ז. דינו של שיק שאבד

בנוגע לשיק שאבד יש להבחין בין שיק למוטב בלבד לבין שיק סחיר.

בנוגע לשיק שהוא למוטב בלבד, אין חשש שמישהו אחר יגבה את השטר, אך יש חשש, שהמוטב יגבה בעזרתו שוב. וזאת, הן במזיד והן בשוגג, כגון, שלאחר זמן המוטב מצא אצלו שיק, ושכח שכבר קיבל תמורתו, והוא חוזר לגבות אותו. כפתרון לחשש זה אפשר, כאמור, לתת לכותב השיק קבלה.

אך פתרון זה אינו מושלם, כיוון שכאשר אדם בא לפרוע שיק הוא לא ניגש לכותב השטר, אלא לבנק של כותב השטר. הבנק אינו מודע לכך שהמוטב כבר קיבל תשלום ונתן קבלה, ולכן ישלם למוטב.

57. בבא בתרא קסח,ב.

58. שם קסט,א,ב.

59. רשב"ם שם קסט,ב, ד"ה אמר להו.

בעיה זו אינה קיימת כאשר ישנו תאריך על השיק, כיוון שהבנק מכבד שיקים רק תוך שישה חודשים מהתאריך הכתוב עליהם. ולכן אם נכתב תאריך על השיק והוא ידוע, אזי לאחר המתנת שישה חודשים ניתן לחייב את כותב השיק לשלם את תמורתו בעבור קבלה.

אם אין תאריך על השיק אזי ניתן להגן על כותב השיק על ידי ביטול השיק, ואז הבנק לא יכבד את השיק. אמנם ייתכן מצב שבו פרטי השיק לא ידועים, וכך לא ניתן לבטלו, ואם כן עדיין כותב השיק עלול להסתכן בתשלום כפול, וקבלה לא תספיק כדי להגן עליו. לקמן נראה, אגב הדיון על שיק סחיר, אם יש פתרון גם למצב כזה.

בנוגע לשיק סחיר, חזרנו למחלוקת האחרונים לגבי שטר למוכ"ז. כיוון שהדבר שנוי במחלוקת, לכאורה עומדת לנתבע טענת "קים לי" כדעת נתיבות המשפט,⁶⁰ הפוטרת אותו מלתת שטר חדש אפילו תמורת קבלה והתחייבות לפיצוי.

אמנם, על פי החוק חייב כותב השיק לשלם בתמורה לקבלת ערבות שתניח את דעתו של בית המשפט:

כלומר, כאשר ישנה מחלוקת בין הפוסקים ניתן להכריע בה אם ישנו חוק כאחת השיטות. במקרה זה על פי פקודת השטרות במקרה של שיק שאבד ניתן לסמוך על ערבות:

69. שטר שאבד לפני שעבר זמנו, יכול האדם שהיה אוהזו לבקש את המושך שיתן לו שטר אחר ככתבו, אגב מתן ערובה למושך, אם ידרוש זאת, לשפותו כלפי כל אדם במקרה שיימצא השטר שאבד לפי דבריו; מושך שנתבקש כאמור וסירב ליתן כפל השטר, אפשר לכוף אותו שיתן.

70. בכל תובענה או הליך על פי שטר, יכול בית המשפט או שופט לצוות שאיבוד השטר לא ישמש טענה, ובלבד שניתן שיפוי, להנחת דעתו של בית המשפט או של השופט, כלפי תביעותיו של כל אדם אחר על פי השטר הנדון.

אמנם, בדרך כלל, בנושאים בהם המציאות לא השתנתה אין סיבה לפסוק על פי החוק, אלא על פי ההלכה.⁶¹ אולם, במקרה זה החוק איננו מנוגד להלכה, אלא הוא זהה לאחת מהדעות הקיימות בהלכה, ולכן לדעת המהרש"ם, ניתן לקבל את החוק:

ועוד אני אומר דלפי מה שכתבנו לעיל דעל כל פנים תליא במחלוקת הפוסקים אי שטר מהני להתחייב על הספק א"כ בודאי אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, **דלא הוי כלל נגד דין תורה כיון דגם בדין תורה הוי ספיקא דדינא...**⁶²

דבריו הובאו על ידי אחרונים נוספים,⁶³ וכך כתב הריא"ה הרצוג מדעתו: "ואולי גם בספק פלוגתא דרבוותא יש להסתמך בזה בדינא דמלכותא."⁶⁴ לכך יש להוסיף שיקול חשוב

60. עיינו בשו"ת בית יצחק (שמלקס) חו"מ, טו, שהתווכח עם נתיבות המשפט, אך בסוף כתב: "והגם כי דברי הנתיבות צ"ע, מכל מקום המוחזק יוכל לומר קים לי".

61. ראו למשל: הרב הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב, עמ' 72.

62. שו"ת מהרש"ם ה, מה.

63. פסקי דין רבניים ד עמ' 280; שו"ת עטרת פז א, ג, חו"מ ד.

64. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 72.

ביותר, והוא שאדם נותן שיק על דעת המנהג המקובל, ובפועל המנהג המקובל על פי החוק, ולכן, כך יש לפסוק. לפיכך, מסתבר שיש לפסוק כדעת הצמח צדק שעל כותב השטר לשלם את חובו בתמורה לקבלה וערבות של מקבל השיק לפצות את הכותב במקרה של תביעה חוזרת.

סיכום

על פי החוק לשיק יש משמעות כפולה: האחת, כחלק מדיני שליחות – הוא הוראה לבנק לתת כסף למחזיק בשיק מתוך הפיקדונות של כותב השיק. והשנייה, כחלק מדיני שטרות – התחייבות של כותב השיק אותה ניתן לממש בבית המשפט. בעקבות כך, נחלקו האחרונים בשאלת מעמדו ההלכתי של שיק. יש שסברו שדינו רק כהוראה לתשלום, יש שסברו שדינו ככסף מזומן ויש שסברו שדינו בהתאם למקובל כדין התחייבות (בנוסף על היותו הוראה לתשלום).

המחזיקים בדעה השלישית, השוו שיק לשטר למוכ"ז ("ממרני") שמעמדו נדון בהלכה באריכות, ונקבע שיש לו תוקף הלכתי על פי מנהג הסוחרים. במסגרת זו נחלקו אחרונים בשאלה האם יש להחיל את תקנת השוק המגנה על מי שקיבל שטר למוכ"ז בתום לב לאחר תשלום תמורה. ברוח זו כתב בשו"ת מנחת יצחק שגם בנוגע לשיק יש לקבל את החוק המגן על אוהו כשורה, בתמורה ובתום לב, כיוון שהחוק מקביל לתקנת השוק.

סוגיה נוספת שנדונה היא דינו של שיק סחיר שניתן עבור חוב, ואבד – האם במקרה זה יש לחייב את כותב השיק לשלם את החוב למרות שישנו חשש שהוא ייתבע לשלם אותו שוב. בעניין זה הובאה מחלוקת משולשת בין האחרונים, ולמסקנה הוצע לקבל את העמדה ההלכתית המחייבת את כותב השיק לשלם בתמורה לקבלת התחייבות לשיפוי במקרה של תביעה כפולה. זאת, כיוון שעמדה זו זהה לקביעת החוק ובמקרה שהחוק "מכריע" במחלוקת יש לו תוקף, וכן בגלל שעל דעת כן השיק ניתן.

תרופות בשל הפרת חוזה

הרב דניאל כ"ץ

מבוא	סיכום
א. תרופות על הפרת הסכם התחייבות	3. שינוי באיכות המקח
ב. תרופות על הפרת התחייבות למכור רכוש מסוים	4. שינוי באיכות המקח שלא מקובל להקפיד עליו
ג. תרופות על הפרת הסכם עבודה	5. אונאת מחיר
1. התרופה במקרה של חזרת פועל	1. עקרונות
2. התרופות במקרה של חזרת מעסיק	2. סיכום מפורט
ד. תרופות על הפרת חוזה קבלנות	נספח א: תרופות על הפרת חוזה עבודה:
1. התרופה במקרה של חזרת קבלן	על בסיס התחייבות או מדיני נזיקין
2. התרופה במקרה של חזרת המזמין	נספח ב: בני זוג שאינם ממלאים את חובותיהם / הרב עדו רכניץ
ה. תרופות על ליקוי במקח ואונאה	1. בעל שאינו מבצע את חובותיו
1. טעות בכמות המקח	2. אישה שאינה מבצעת את חובותיה
2. מום (פגם) במקח	

מבוא

אחת הסוגיות המרכזיות בדיני חוזים היא סוגיית התרופות על הפרת חוזה. דהיינו, לאחר שצדדים הגיעו להסכמה מחייבת ביניהם, ואחד הצדדים מפר את ההתחייבות שלו – מה הן התרופות להם זכאי הצד השני (הניפר) במקרה כזה? על פי החוק במדינת ישראל התרופה הראשונה והעיקרית במקרה של הפרת חוזה היא אכיפה.¹ במקרים מסוימים זכאי הנפגע לבקש את ביטול החוזה.² בנוסף לכל אחת מחלופות אלה רשאי הניפר לדרוש פיצוי על הפרת החוזה.³ מבחינה הלכתית יש להבחין בין שני מצבים:

* הרב דניאל כ"ץ, דיין בבית הדין הרבני באשקלון. לשעבר, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970.
2. זכות זו אינה מופיעה בחוק אלא בפסיקת בתי המשפט, ראו בעניין זה: גבריאלה שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה, פרק עשרים וחמישה, עמ' 545-547.
3. סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970.

1. במקרה שהצדדים פירטו את התרופות להפרה בחוזה – אזי יש לבחון האם ההתחייבות שלהם נעשתה כראוי על פי ההלכה, למשל, בלא חיסרון של "אסמכתא". אם ההתחייבות תקפה יפעלו על פיה. ואם לא הרי לפנינו חוזה ללא תרופות שנקבעו במפורש.
 2. במקרה שנכרת חוזה בין הצדדים אך לא נקבעו בחוזה תרופות באופן מפורש או שאין תוקף הלכתי לתרופות שנקבעו בחוזה (אך יש תוקף לחוזה) עולות מספר אפשרויות:
 - א. כפיית קיום החוזה, להלן, **אכיפה**.
 - ב. ביטול החוזה, להלן, **ביטול**.
 - ג. במקרה של ביטול החוזה עולה שאלת פיצוי הצד הניפר, להלן, **פיצוי**.
- כעת נסקור חוזים נוספים ונבחן מהן התרופות שקיימות בהלכה להפרת חוזה.

א. תרופות על הפרת הסכם התחייבות

לגבי התחייבות כותב השולחן ערוך:

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 קבל אחריות על כל נכסיו, ואפילו נתן לו משכון, אינו כלום; אבל בלשון חיוב, כגון שאמר: הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך, חייב (וכן הוציאו מבעה"ת שער ס"ד), והוא שקנו מידו.⁴

דהיינו אדם יכול להתחייב לתת סכום כסף או סחורה מסוג מסוים, גם אם הסחורה איננה בעולם ואיננה ברשותו. מדברי השולחן ערוך משמע שניתן לאכוף את ההתחייבות.

ב. תרופות על הפרת התחייבות למכור רכוש מסוים⁵

כאמור לכל הדעות ניתן להתחייב לתת סכום כסף או סחורה מסוג מסוים. נחלקו אחרונים בשאלה⁶ האם ניתן להתחייב למכור חפץ או נכס מסוים. קצות החושן⁷ סבר שאין תוקף להתחייבות כזו, ונתיבות המשפט⁸ סבר שיש לה תוקף.⁹

לדעת נתיבות המשפט, מה התרופה במקרה שהמתחייב אינו מבצע את ההתחייבות ואינו מוכר את מה שהובטח?

נתיבות המשפט כתב שניתן לכפות על המתחייב למכור את מה שהתחייב, אם אותו חפץ נמצא ברשותו, אולם, אם החפץ אינו ברשות המתחייב, עליו לתת את שוויו, ואלו דבריו:

4. שולחן ערוך חו"מ ס, ו.
5. בעניין זה ראו: שו"ת משפטיך ליעקב ב, ט; הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, ההתחייבות, פרק ה.
6. הוויכוח יסודו בפרשנות דברי הראשונים כמפורט במקורות דלהלן.
7. קצות החושן רג, ב.
8. נתיבות המשפט רג, ו.
9. ראו עוד בעניין זה ראו עוד בעניין זה בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 33.

כיון שקנה השעבוד... השעבוד מדמה אותו לקונה חפץ בקנין, שנתחייב בדמיו. והכי נמי באם הבטיח להקיף לו מטלטלין והוא קנה השעבוד לנכסיה, דהוי כקונה חפץ להרמב"ן ונתחייב לו בחיוב גברא אהמטלטלין שהבטיח לו... אבל אין לו שום קנין בגוף המטלטלין, והב"ד יכולין לכפותו ולהגבותו המטלטלין שהבטיח וקונה בגביית ב"ד, ואם מכרן קודם שהגבוהו אותו הב"ד – מכרו מכר, שאין לו קנין הגוף בהמטלטלין ומחויב לשלם דמיהן שיהיה נגד השעבוד שנשתעבד.¹⁰

דהיינו, כאשר החפץ עליו התחייב תחת ידו ניתן לאכוף את קיום החוזה, ואילו לאחר מכירת החפץ או נתינתו לאחר ישנו פיצוי ולא אכיפה.

כאמור לעיל קצות החושן תמך יתדותיו בדברי ראשונים, אך בספר אבן האזל¹¹ חלק על קצות החושן וסבר שלכל דעות הראשונים אדם מחויב לתת את שווי של החפץ אותו התחייב למכור אך אינו חייב לתת את החפץ עצמו, אם כן, לשיטתו אין אכיפה ויש פיצוי.¹²

ג. תרופות על הפרת הסכם עבודה

לאחר שנכרת הסכם עבודה מחייב ואחד הצדדים הפר אותו עולה השאלה מה התרופות שעומדות לצד הניפר.

1. התרופה במקרה של חזרת פועל

עובד (ובלשון חז"ל, פועל) יכול לחזור בו בחצי היום ולהפר את חוזה העבודה,¹³ למעט במקרה שבו חזרתו גורמת נזק למעסיק.

כאשר עובד חוזר בו בהיתר, אזי הוא זכאי לשכר על הזמן בו עבד.¹⁴ לפי הטור,¹⁵ וכך הכריע להלכה בספר קצות החושן,¹⁶ במקרה כזה ידו של העובד על העליונה, כך שאם המלאכה הוזלה הוא מקבל את השכר שהובטח לו בניכוי עלות השלמת העבודה. אם כן, במקרה זה אין אכיפה ואף לא פיצוי אלא תשלום על מה שבוצע.

10. נתיבות המשפט לט, יז; ראו עוד שם רז, ב, לגבי מי שמכר לאחד למרות שהתחייב למכור לאחר. וראו בספר משפטיך ליעקב ב, ט, שדן בהרחבה במחלוקת זו ולא הכריע כמי ההלכה. אולם, הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט, חלק א, ו, כתב (שם סי' סז) שלדעת הרי"ש אלישיב ניתן להוציא ממון על סמך שיטת נתיבות המשפט ואין לחשוש לשיטת קצות החושן.

11. אבן האזל מכירה ו, ה.

12. הגהות ברכת משה (אות ה) על המחנה אפרים (הל' מוכר דבר שלא בא לעולם ג) העיר שקשה לקבל פירושו של אבן האזל בדברי הנימוקי יוסף.

13. במקרה שהפועל עשה קניין על ביצוע המלאכה נחלקו הדעות האם הוא יכול לחזור, לדעת הריטב"א (בבא מציעא עו, ב) בשם הרא"ה הקניין מחייב, הכרעת הש"ך (ח"מ שלג, יד) שלדעת רוב הפוסקים אינו מחייב.

14. שולחן ערוך ח"מ שלג, ד; ש"ך שלג, יח.

15. טור ח"מ שלג.

16. קצות החושן שלג, ח.

במקרה שהשאיר את כלי העבודה שלו ברשות המעסיק אזי לדעת הרמ"א¹⁷ ניתן למכור אותם ולשכור בתמורה עובדים אחרים. הש"ך¹⁸ חולק וסובר שירא שמים יחזיר את הכלים. נתיבות המשפט¹⁹ מציע שיטה שלישית. לדבריו, יש להפריד בין שכירות העובד לשכירות החפץ, ומבחינת המעסיק החפץ שכור בידיו והוא יכול לעכבו כדי שהעובד יעשה מלאכתו בחפץ הזה, אך הוא אינו יכול למכור אותו.

במקרה של "דבר האבד" דהיינו נזק בלתי הפיך למעסיק כתוצאה מחזרת העובד, העובד אינו יכול לחזור בו אפילו לא נכרת חוזה,²⁰ ואם העובד חוזר בו, אזי המעסיק "שוכר עליהן או מטען", פירוש הדברים:

"שוכר עליהן" – המעסיק יכול לשכור עובדים אחרים אפילו יקרים יותר שהתוספת על השכר היא על חשבוננו של העובד.²¹ בעניין זה ישנה מחלוקת האם הכוונה שהעובד לא יוציא כסף מכיסו אלא רק יאבד את השכר שהמעסיק חייב לו עבור העבודה שכן ביצע, והשכר יינתן לעובד החלופי.²² או שמא המעסיק יכול לגבות מהעובד ("מכיסו") כסף בשיעור שכרו כדי לממן את העובד החלופי.²³ וכן הכריעו האחרונים.²⁴

"מטען" – אפשרות אחרת היא שהמעסיק יבטיח לעובד שכר גבוה יותר כדי לשכנע אותו לשוב לעבודה, ולאחר שהעובד יסיים את העבודה הוא יקבל רק את מה שהובטח לו מלכתחילה. יתר על כן, גם אם העובד קיבל את השכר הגבוה שהובטח לו, המעסיק יוכל לגבות אותו בחזרה.²⁵ כך שבעזרת ההטעיה המעסיק אוכף את החוזה על העובד.

מכיוון שתרופות אלה קיימות גם טרם כריתת החוזה, ניתן להסיק שלא מדובר על מימוש התחייבות, אלא על דרך למניעת נזק וחיוב לפיצוי על נזק.

במקרה שהעובד השאיר את כלי עבודתו במקום העבודה ניתן לגבות מהם את כל התוספת שנדרשת מעבר לשכר המקורי לצורך השלמת המלאכה.²⁶ לדעת שו"ע²⁷ גם אם נשאר ממון של העובדים בידי המעסיק הוא יכול לעכבו עבור עלות שכרם של העובדים שהשלימו את העבודה. אולם, לדעת הרמ"א²⁸ יש למעסיק זכות לתפוס רק את כלי העבודה. הש"ך²⁹ סבור שדעת השו"ע היא דעת רוב הראשונים ודברי הרמ"א הם כדעת יחיד.

17. רמ"א ח"מ שלג, א.

18. ש"ך ח"מ שלג, ה.

19. נתיבות המשפט שלג, ב.

20. קצות החושן שלג, יא, ע"פ הרא"ש.

21. שולחן ערוך ח"מ שלג, ו.

22. דעת רש"י בבא מציעא ע"א, ד"ה עד כדי; הובא בסמ"ע שלג, כה.

23. דעת הרא"ש בבא מציעא ו, ו; טור ח"מ שלג.

24. סמ"ע שלג, כה; ש"ך ח"מ שלג, לב; והגר"א ח"מ שלג, לו.

25. שולחן ערוך ח"מ שלג, ה.

26. בבא מציעא ע"ב.

27. שולחן ערוך ח"מ שלג, ו.

28. רמ"א ח"מ שלג, א; שם, ה.

29. ש"ך ח"מ שלג, ה; פתחי חושן, שכירות יא, הע' לו, מעיר שניתן לדייק מהרמב"ן כדעה זו.

בנושא הפיצוי יש לדון לגבי עובד שגרם נזק על ידי חזרתו שלא כדין, היות שלא נמצא לו מחליף, האם הוא משלם את הנזק שנגרם? מפשט לשון הרמ"א³⁰ עולה שהעובד חייב לפצות את המעסיק. הש"ך³¹ מציין שייתכן שזו מחלוקת ראשונים וכן כתב הגר"א³² שיש מחלוקת ראשונים בכך. החזון איש³³ כותב שבדאי הסכמת רוב הראשונים שלא משלם, והדעה שהביא הרמ"א שמשלם זו דעת יחיד שאף אין לומר "קים לי" כמותה.

לסיכום, כאשר עובד חוזר בו שלא כדין אין אפשרות לאכוף עליו את החוזה ולכפות עליו לעבוד באופן ישיר. אולם, ניתן לאכוף עליו את החוזה באופן עקיף בעזרת הטעיה. תרופה נוספת שעומדת לזכות המעסיק היא פיצוי על עלות שכירת עובד חלופי, כאשר עלות זו יכולה להיות מקוזות מחוב של המעסיק לעובד, או להיגבות מכלי העבודה של העובד הנמצאים ברשות המעסיק.

2. התרופות במקרה של חזרת מעסיק

בנוגע למעסיק שחזר בו יש להבחין בין מעסיק שחזר בו טרם שנכרת חוזה בינו לבין העובד, לבין חזרה לאחר ביצוע מעשה קניין. במקרה הראשון, בו לא נכרת חוזה, כגון, שחזר בו לאחר סיכום בעל פה טרם שהתבצע מעשה קניין, ישנו פיצוי על אובדן הכנסה חלופית, ובתנאי שהייתה הכנסה שכזו. לעומת זאת, לאחר כריתת חוזה יש חיוב בתשלום גם כאשר לא הייתה לעובד הכנסה חלופית. חיוב זה הוא בגדר אכיפת חלקו של המעסיק בחוזה, שעיקרו, תשלום שכרו של העובד. באופן מפורט יותר, מעסיק שחזר בו לאחר כריתת הסכם העבודה (כגון, לאחר תחילת העבודה), חייב לשלם לעובד את שכרו כפי שסוכם בניכוי התועלת שנגרמה לעובד מכך שלא היה צריך לטרוח בעבודתו, ובלשון הגמרא³⁴ כ"פועל בטל". כמו כן, יש לנכות את מה שהעובד היה יכול להרוויח מעבודה אחרת לאחר שפוטר, וכך נפסקו הדברים בשולחן ערוך:

ואם הלכו (=הפועלים למקום העבודה, ובכך נכרת הסכם העבודה), אף על פי שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש, נותן להם שכרם כפועל בטל; והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל. אבל אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומת. ואם אינם מוצאים להיות נשכרים אלא בפחות, משלם להם הפחת.³⁵

נחלקו הדעות לגבי הגדרת "פועל בטל" האם מדובר בשיעור קבוע של חצי המלאכה³⁶ או שהכל לפי העניין ואומדן דעת הדיין³⁷ וכלשון הרשב"א: "פוחתין לו קצת".³⁸

30. רמ"א חו"מ שלג, ו.

31. ש"ך שלג, לט.

32. ביאור הגר"א שלג, מ.

33. חזון איש ב"ק כג, כה.

34. בבא מציעא ע"ב.

35. שולחן ערוך חו"מ שלג, ב.

36. ט"ז חו"מ שלג, א, בשם תשובות רש"י.

37. ש"ך חו"מ שלג, ח.

38. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, ע.

כמו כן יש עובדים שזכאים לקבל שכר מלא כיוון שהבטלה גורמת להם נזק. בגמרא³⁹ נאמר הדבר על אנשים המכונים "אוכלוסי דמחוזא", ופירש רש"י שמדובר בסבלים, שבטלה גורמת להם לפגיעה בכושר העבודה.

הרשב"א⁴⁰ הוסיף שגם למלמדי תינוקות (מורים) עדיף לעבוד מאשר לנוח כיוון שהעבודה מפתחת את המלמד, והבטלה פוגעת בכושר העבודה שלו.⁴¹ אך הוא מדגיש⁴² שבית הדין צריך לאמוד: "שאם מלמד זה הוא בענין שיהיה טרחו בלמודו הנאה לו כשישבתו בטל, נותן לו שכרו משלם. ואם לאו נותן לו כפועל בטל מאותה מלאכה דבטיל מינה." וכך פוסק הרמ"א.⁴³ כאמור, מחובו של המעסיק שחזר בו שלא כדין יש להפחית את השכר שיכול היה העובד להרוויח לאחר שפוטר.

כאמור, על פניו, תשלום זה הוא בגדר אכיפת חלקו של המעסיק בחוזה, בו התחייב לשלם לעובד. מסתבר שהפחתת מה שהעובד מרוויח במקום אחר היא תוצאה של העובדה שהמעסיק משלם לעובד עבור הזמן שהוא משקיע בעבודה, ואם העובד עושה באותו הזמן בעבור מעסיק אחר אין זה הוגן שהוא יקבל שכר על אותו זמן משני מעסיקים.

אגב כך יש לציין שיש מחלוקת אחרונים האם יש לעובד חובה למצוא עבודה חלופית ולצמצם את העלות של המעסיק⁴⁴ או שמא זו זכות ולא חובה.⁴⁵

ד. תרופות על הפרת חוזה קבלנות

חוזה קבלנות שונה מחוזה עבודה בכך שהקבלן מתחייב להגיע לתוצאה מסוימת, בניגוד לעובד, שמתחייב לעבוד במשך זמן מסוים (ראו על כך בהרחבה בספר זה, במאמר "הסכם קבלני לביצוע עבודות בניה", עמ' 253).

39. בבא מציעא עו, א.

40. שו"ת הרשב"א א, תרמג.

41. נאמרו מספר הסברים מדוע המלמד מפיך תועלת מהעבודה יותר מאחרים:

בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, א, מבאר שני טעמים: "ולומדי התורה אינם נהנים בבטולם, אלא מצירים. ועוד: דהא צריך הוא ללמוד, ואינו בטל מחמת חלקו של זה." דהיינו, למלמד יש הנאה מעבודתו ולכן הוא אינו מרוויח מהבטלה הכפויה. בנוסף, ממילא המלמד ילמד תורה בזמנו הפנוי כך שבפועל לא ישב בטל. עוד מוסיף בשו"ת הרשב"א ב, רס, על הדרשן שאם יתבטל ממלאכתו יפסיד כמו המלמד: "לב הדורש, שמח יותר בדרשו בקהל, להשמיע את המצות ופקודי ה'. וכתוב: פקודי ה' ישרים, משמחי לב. ועוד, כי המתעסקים בלמוד התורה, נינחים הם." דהיינו, שעבור לומדי התורה, הלימוד הוא המנוחה (ראו שו"ת מהר"ש ג, כו, שפסק כדבריו).

בשו"ת הרמ"א, נ, ביאר שחוסר הלימוד גורם למלמד לשכחה ולפי זה סבור שאין כזה דין ברב מורה הוראה (מאיך ראו שיטת מהר"ש ב, פ שיש לרב עיר דין דומה לדין מלמד). גם בשו"ת רדב"ז ב, תשנ, מבאר שהטעם הוא לפי שהמיומנות שלו נפגעת: "דבזמן שהמלמד יושב ובטל נחלש כח הלימוד ודרכו וכשירצה לחזור ללמוד קשה עליו כי בהרגל הדבר לא יקשה עליו טרחו ולא דחלשי גופיהו ממש אלא חלשי ממלאכתו וניחא להו להיות עוסק במלאכתו תדיר". בשו"ת דברי מלכיא ג, לה, החיל דין זה גם על שוחט.

42. שו"ת הרשב"א א, אלף קנו.

43. רמ"א חו"מ שלה, א.

44. ש"ך חו"מ שלג, ט.

45. ב"ח חו"מ שלג, א.

1. התרופה במקרה של חזרת קבלן

קבלן שהתחיל במלאכה וחזר בו – ידו על התחנתונה, הוא זכאי לקבל תשלום על מה שכבר ביצע, או את ההפרש בין מה שסוכם איתו לבין עלות השלמת העבודה – הנמוך מבין שניהם. בכל מקרה מדובר על פיצוי מסוים למעסיק ולא על אכיפה. וכך נפסק בשולחן ערוך:

כיצד דין הפועל שחזר בו... ואם קבלן הוא, שמין לו את שעתיד לעשות, בין שהזולה בעת ששכרו בין שלא הזולה, בין שהזולה המלאכה אחר כך בין שלא הזולה, שמין לו מה שעתיד לעשות.

כיצד? קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים, קצר חציה והניח חציה; בגד לארוג בשתי סלעים, ארג חציו והניח חציו; שמין לו מה שעתיד לעשות, אם היה שוה ו' דינרים נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן; ואם היה הנשאר יפה שני דינרים, אינו נותן אלא סלע, שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה.⁴⁶

כלומר, הקבלן מחויב לקזז משכרו עבור המעסיק, כך שלא ייגרם למעסיק נזק מעזיבתו. הש"ך⁴⁷ כתב על כך: "משמע דוקא לשלם יותר ממה שקצץ אין צריכים לשלם מכיסם אבל עד הסך שקצץ צריכים להחזיר אף שקבלו כבר". דהיינו, גם אם הקבלן קיבל חלק משכרו עליו להשיב את מה שקיבל כדי לממן את עלות השלמת העבודה. אולם, אם עלות ההשלמה גבוהה ממה שסוכם שהקבלן יקבל על כל העבודה, אזי הקבלן לא חייב לשלם מכיסו את התוספת. לעומת זאת לדעת הסמ"ע⁴⁸ אם יש ביד בעל הבית ממון של הקבלן הוא יכול לתפוס גם מעבר למה ששילם לו ולכסות את כל ההפסד שנגרם לו.

אם נעשה מעשה קניין נוסף מלבד התחלת המלאכה, ובכלל זה חתימת חוזה,⁴⁹ נחלקו הפוסקים האם ניתן לאכוף על הקבלן להמשיך בעבודתו. הרמ"א פסק שניתן לאכוף את המשך העבודה:

ויש אומרים דאם משך בעל הבית כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן; אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור.⁵⁰

נחלקו אחרונים בשאלה האם הכוונה לאכוף עבודה בגופו ממש⁵¹ או בהטלת חיובים כספיים.⁵² אולם, יש ראשונים שחלקו על האפשרות לחייב קבלן לאחר ביצוע מעשה קניין נוסף מעבר לחיובו הרגיל.⁵³

46. שולחן ערוך חו"מ שלג, ד.

47. ש"ך שלג, כא.

48. סמ"ע שלג, טז.

49. שו"ת שבט הלוי ג, קי, ראו גם פתחי חושן שכירות יא, הע' יט.

50. רמ"א חו"מ שלג, א; וכן הש"ך שם, לד.

51. ש"ך חו"מ שלג, ד; לד; נודע ביהודה א, חו"מ, ל, מובא בפתחי תשובה שלג, ב.

52. שו"ת מהריא"ז ענוול ט.

53. ראו הגר"א חו"מ שלג, א.

לסיכום, קבלן שהפר חוזה חייב **לפצות** את המעסיק כך שלא ייגרם לו נזק, למעשה הקבלן יקבל תשלום על מה שכבר ביצע, או שיקבל את ההפרש בין מה שסוכם איתו לבין עלות השלמת העבודה – הנמוך מבין שניהם. אם נעשה מעשה קניין נוסף עם הקבלן, כגון, משיכת כלי מלאכתו על ידי המעסיק או חתימת חוזה, אזי לדעת חלק מהפוסקים ניתן **לאכוף** עליו את המשך העבודה, ולדעת אחרים הוא חייב **בפיצוי** למזמין על עלות השלמת העבודה ואפילו מעבר למה שהובטח לו (בנוגע לאפשרות לבצע "שוכר עליהם או מטען" לקבלן, ראו בספר זה, במאמר "חוזה קבלני לביצוע עבודות בניה", עמ' 267, שנחלקו אחרונים מתי הדבר אפשרי).

2. התרופה במקרה של חזרת המזמין

בעניין זה יש מחלוקת, הרמ"א כתב:

הגה: ובעל הבית החוזר בו דינו כקבלן, שידו על התחונה.⁵⁴

משמעות הדברים היא שהמעסיק משלם לקבלן על מה שעשה או את מה שהובטח לו בניכוי עלות ההשלמה – הגבוה מבין שניהם. נתיבות המשפט תמה על כך:

ולכאורה תימה דאמאי לא קאמר שאם אין לפועל פעולה אחרת לעשות דצריך לשלם לו כל דמי מלאכתו רק לנכות כפועל בטל כמו בפועל בסעיף ב', ואפילו אם נאמר דמיירי כאן שמצוי עוד לקבל שאר מלאכות מבעלי בתים אחרים... מכל מקום יכול לומר אף שהיתה מלאכתך אצלי הייתי יכול לקבל מלאכה זו אצל האחר ולעשותה אחר כך בעת שאהיה פנוי ממלאכתך...⁵⁵

נתיבות המשפט תמה מדוע לא יקבל הקבלן את מלוא השכר שהובטח לו. ואף אם הקבלן מצא עבודה חלופית הוא זכאי לתשלום מלא, שהרי קבלן יכול לקבל על עצמו את שתי העבודות במקביל.

בשו"ת חקרי לב⁵⁶ דן באריכות בעניין וסיכם שיש שלוש שיטות: האחת, שאם המזמין חזר בו לאחר התחלת עבודה הוא חייב לשלם לקבלן את מלוא שכרו בניכוי השכר שהקבלן מקבל עבור עבודה חלופית שקיבל. השנייה, שהקבלן מקבל שכר על מה שעשה בלבד, אלא אם כן מחיר העבודה ירד, ואז על המזמין לתת לו את מה שסוכם בניכוי עלות ההשלמה. והשלישית, שהקבלן מקבל תשלום על מה שעשה בלבד בכל מקרה.

ה. תרופות על ליקוי במקח ואונאה

גם במכר (חוזה ריאלי, כפי שמופיע בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 27) כאשר הסיכום מופר, אפילו בתום לב וללא כוונת זדון מצד אחד הצדדים – זכאי הצד הניפר לתרופות שונות.

54. רמ"א חו"מ שלג, ד.

55. נתיבות המשפט שלג, ז.

56. שו"ת חקרי לב חו"מ ב, עו, צוין בספר פתחי חושן שכירות י, הע' ב.

1. טעות בכמות המקח

השולחן ערוך קובע שטעות בכמות המקח מחייבת את הטועה לתקן את הטעות: המוכר לחבירו במדה ובמשקל או במנין, וטעה בכל שהוא, חוזר לעולם, שאין אונאה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר. כיצד, מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו ק"א או צ"ט, נקנה המקח ומחזיר הטעות ואפילו אחר כמה שנים.⁵⁷ כלומר, אם יש אפשרות להשלים את הטעות יש להשלים אותה, דהיינו, מדובר על אכיפת החוזה והשלמת ביצועו. במקרה שאי אפשר להשלים לדעת הר"ן⁵⁸ המקח בטל. לעומת זאת, לדעת הראב"ד⁵⁹ המקח קיים ומחזיר את שווי הטעות, דהיינו, פיצוי.

2. מום (פגם) במקח

במקרה שנמצא מום (פגם) במקח נקבע לכל הדעות, שהתוצאה היא ביטול המקח: המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפי' לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא... 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 והחזיר לי מקחי.⁶⁰ דהיינו אם יש פגם במוצר המקח בטל והקונה יכול להחזיר את המקח ולקבל בחזרה את כספו,⁶¹ במקרה זה אף אחד מהצדדים אינו יכול לכפות על הצד השני להשלים את שווי ההפרש בין המוצר המבוקש למוצר המקורי, אלא רק לדרוש ביטול.

פגם במקח הניתן לתיקון

במקרה של פגם הניתן לתיקון הכרעת השולחן ערוך והרמ"א⁶² שחובה על המוכר לתקן, ואין הקונה יכול לתבוע ביטול המקח ובתנאי ששמו של החפץ עליו או שמדובר בדבר חיצוני לחפץ:

ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתיים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן.

57. שולחן ערוך חו"מ רלב, א.

58. ר"ן קידושין יזב, בדפי הרי"ף; סמ"ע רלב, ב; וראו ביאור הגר"א חו"מ רלב, א.

59. השגות הראב"ד על הרמב"ם מכירה טו, א. בספר פתחי חושן קניינים, יד, הע' קמא, הביא בשם נימוקי יוסף שכאשר החוסר איננו משמעותי הוא איננו עילה לביטול העסקה כולה.

60. רמב"ם מכירה טו, ג"ד.

61. לגבי חזרת המוכר מיוזמתו הדבר תלוי לפי דעת הסמ"ע רלב, יב, במחלוקת הפוסקים המובאת ברמ"א חו"מ רכו, ד.

62. שולחן ערוך חו"מ רלב, ה, בעקבות שו"ת הרא"ש צו, ו.

הגדה: 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.

במקרים אלו המוכר-המפר הוא שמבקש לקיים את החוזה ואילו הניפר מבקש את ביטולו, ולכן ידו של המוכר על העליונה. לעומת זאת, במקרה שהקונה דורש תיקון, דהיינו, אכיפה, ואילו המוכר רוצה לבטל את המקח, כתבו בספר כתר⁶³ שהוא כדין מקח טעות שהמקח בטל ואין לכפות על המוכר תיקון. אמנם יש לחלוק על כך ולדמותו לטעות במידה שניתן לכפות השלמה⁶⁴ שנדון לעיל.

לכאורה גם בספר אולם המשפט, הכריע שישנה חובת תיקון ואלו דבריו:

אם גוף המקח קיים וצריך לתקן מבחוץ ודאי מחויב המוכר לתקן וזה ברור.⁶⁵

לדבריו, כאשר המקח קיים והמוכר רשאי לדרוש קיזוז, אזי זו גם חובתו לתקן והקונה יכול לדרוש זאת. אלא שדבריו אמורים במקרה שהקונה רוצה לבטל את המקח ואילו המוכר רוצה לקיימו שהאחריות על המוכר לתקן את החפץ ואין התייחסות בדבריו למקרה הפוך שהקונה רוצה לתקן ואילו המוכר רוצה לבטל. ואמנם בשו"ת לב מביין⁶⁶ כתב במפורש שאין חובה כזו על המוכר – ולדבריו בידי המוכר לתקן "אם ירצה".

הפרישה כותב: "ורצונו לומר ודאי אם היה הקלקול פחת וחסרון גדול בבית היה הדין עם שמעון שיכול לומר איני רוצה בבית מקולקל אפילו על ידי ניכוי".⁶⁷ כלומר, זכותו של המוכר לדרוש קיזוז ולא ביטול קיימת רק כאשר מדובר בליקוי קטן, אולם, כאשר מדובר בליקוי גדול זכותו של הקונה לדרוש את ביטול העסקה. דבריו הובאו על ידי הפוסקים.⁶⁸

3. שינוי באיכות המקח

המשנה⁶⁹ קובעת כללים במקרה שהתברר שהמוצר שנקנה אינו פגום אך הוא באיכות פחותה או בעל מאפיינים שונים מזה שהוזמן. וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך:

ארבע מדות במוכרין: מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות – הלוקח יכול לחזור בו;

רעות ונמצאו יפות – מוכר יכול לחזור בו;

רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות – אין אחד מהם יכול לחזור בו;

63. כתר ג (תש"ס), עמ' 106.

64. שולחן ערוך חו"מ רלב, א.

65. אולם המשפט על שולחן ערוך חו"מ רלב, ה.

66. לב מביין [בירדוגן], חו"מ, קמד.

67. פרישה חו"מ רלב, ה.

68. נתיבות המשפט חידושים רלב, ז; מנחת פתים שם.

69. בבא בתרא פג, ב.

שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין – שניהם יכולין לחזור בהן.⁷⁰

דהיינו אם המוצר שנמכר הוא אכן המוצר המבוקש אך הוא באיכות שונה מזו שסוכמה, יש לצד המפסיד אפשרות לביטול העסקה כדין מקח טעות. אם יש שינוי מוחלט במוצר זהו כבר דין ביטול מקח גמור ושני הצדדים יכולים לחזור בהם.

במקרה של "יפות ונמצאו רעות" – יש מחלוקת האם הקונה (הנפגע) יכול לכפות לקיים את המקח ולחייב את המוכר בהשבת דמי האונאה:⁷¹ יש מי שפוסק שהתרופה היחידה שעומדת לנפגע היא ביטול.⁷² לעומת זאת, יש מי שפוסק שהנפגע יכול לכפות על המוכר לשלם את ההפרש ובלבד שהפער בין המחיר ששולם למחיר השוק הוא שישית ומעלה.⁷³ אמנם במקרה של הפרש פחות משישית בין המחיר ששולם למחיר השוק הנפגע אינו זכאי לכל סעד.⁷⁴

4. שינוי באיכות המקח שלא מקובל להקפיד עליו

הגמרא במסכת ביצה דנה באדם שהיה מעוניין במוצר מסוים וקיבל מוצר שונה. הקונה ביקש ביצים של תרנגולת חיה וקיבל ביצים שנמצאו בבטנה של תרנגולת שחוטה:

ההוא דאמר להו: ביעי דפחיא למאן (=למי יש ביצים של תרנגולת חיה)! יהבו ליה ביעי דשחוטה (=נתנו לו ביצים של תרנגולת שחוטה). אתא לקמיה דרבי אמי, אמר להו: מקח טעות הוא, והדר. – פשיטא! – מהו דתימא: האי לאכילה קא בעי להו, והאי דקאמר דפחיא – משום דצריבן, למאי נפקא מינה – למיתבה ליה ביני ביני, קא משמע לן.⁷⁵

כלומר אם אדם מקפיד באופן ברור על קניית הביצים של תרנגולת חיה לצורך גידול אפרוחים, הרי שביצים אחרות הן בוודאי בגדר מקח טעות. אך אם אדם רצה בביצים כאלו לצורך אכילה כיוון שהן טעימות יותר, אך קיבל ביצים אחרות – אין זה מקח טעות, אבל חובתו של המוכר להחזיר לקונה את ההפרש הכספי שבין שני סוגי הביצים, וכדברי רש"י: "למיתבא ליה דביני ביני – להחזיר לו דמי מעלה שבין ביעי דפחיא לביעי דשחוטה". בהמשך לכך, בספר תרומת הדשן דן בקונה שביקש לקנות בשרו של "איל מסורס" שהוא משובח בטעמו, ובניגוד למוסכם, המוכר נתן לו בשר רגיל. בעל תרומת הדשן, הסיק מהגמרא בביצה על פי ביאור רש"י עיקרון:

70. שולחן ערוך חו"מ רלג, א.

71. ראו פתחי חושן גניבה ואונאה יב, הע' עב, "מכור לי יפות ונמצאו רעות".

72. פרישה חו"מ רלב, יד.

73. נתיבות המשפט רלג, א, בדעת הרמ"א; דברי גאונים ו, כו, בשם נטע שעשועים.

74. ערוך השולחן חו"מ רלג, ב.

75. ביצה ז, א.

הא קמן דכל היכא דלאכילה קבעי לוקח, אע"ג דקאמר בפירוש למוכר להאי מילתא קבעינא, אי יהיב ליה מוכר מלתא אחריתי מאותו המין דלא שוה לאכילה כי האיך דקבעי, אין המקח טעות לגמרי בשביל כך, אלא יהיב לה דביני וביני וכפי מעלתו יחזיר לו.⁷⁶

ונפסקו דבריו על ידי הרמ"א.⁷⁷ דהיינו אם אדם קנה מוצר מסוים וקיבל מוצר דומה במידה רבה אך יש בו חיסרון מסוים ביחס למוצר עליו סוכם, המקח קיים ומחזיר את שווי האונאה.

נתיבות המשפט⁷⁸ מוסיף וכותב: "לשיטת הרמ"א הוא הדין כל דבר שנראה לבית דין שאין קפידא כל כך". ובפתחי תשובה⁷⁹ כותב, שבמצב כזה הדין זהה גם אם הפרש המחיר בין שני המוצרים, הוא פחות משישית.

לכאורה על פי המשנה בבבא בתרא שהובאה לעיל (ליד הערה 69) – הדין הוא שהלוקח יכול לבטל את העסקה אך לא לקבל פיצוי, ואילו כאן עולה שיש מנגנון של פיצוי ולא של החזרה. לפיכך, החתם סופר מבאר את שיטת תרומת הדשן כך:

כבר נזהר בזה הריטב"א דמייתי ליה בשיטה מקובצת דאין שום קפידא לאכילה ולא לענין בריאות הגוף כלל וכלל בין הני ביעי להני ביעי רק קפידא של קפדן והוי ליה יפות ונמצא יפות דהמקח קיים ומחזיר לו אונאתו.⁸⁰

כלומר, מדובר בהקפדה אישית וחריגה ("רק קפידא של קפדן"), ואמנם יש הפרש במחיר אך אין מדובר בהפרש של ממש באיכות המוצר. במצב כזה, לדעת החתם סופר, אמנם אין דין מקח טעות שמאפשר את ביטול המקח, ואף אין דין "יפות ונמצאו רעות" שהמתאנה יכול לחזור, אך עדיין, על פי הגמרא מחזיר לו את ההפרש (פיצוי).

לעומת זאת, הבי"ח דוחה את דברי תרומת הדשן וקובע באופן ברור:

דבר תימה פסק דאין לך מום גדול מזה. ותו דהאיך מאכילים לאדם בעל כרחו דבר שאינו מקובל על נפשו. ותו דהלא התנה עמו בפירוש שיהא מאיל מסורס וכשאינו מסורס אינו חפץ לקנותו, ודמי לחטין יפות ונמצאו רעות דלוקח יכול לחזור בו דאין טעם היפות כטעם הרעות. ואפילו היה טעמן שוה אין דעתו ניחא אלא ביפות. וכן מי שאמר לחבירו למכור לו חבית דגים מלוחים גדולים ונמצאו קטנים אפילו אין ההונאה אלא בפחות משתות בטל המקח לגבי לוקח דהוה ליה כמו שינוי מחפץ לחפץ... וכן עיקר הלכה למעשה.⁸¹

76. תרומת הדשן, שכב.

77. רמ"א חו"מ רלג, א.

78. נתיבות המשפט רלג, ג.

79. פתחי תשובה רלג, ג, בשם שו"ת ושב הכהן, סד.

80. חתם סופר ביצה ז, א.

81. בי"ח חו"מ רלג.

דהיינו, במקרה בו נקבע מוצר מסוים והתברר שהמוצר שונה אפילו במעט, לקונה שמורה הזכות לביטול המקח, ואין לחייב אותו לקנות מוצר ששונה מן המוסכם. הוא מצייץ לר"ן שכותב בהתייחס לטעות במידה במקרה שלא ניתן להשלים את הטעות:

אבל מי שנתכוון לקנות דבר חשוב מעט שנאמר שיהא בידו של מוכר להשלים משלים לו בהרבה מן הגרוע או בדמים אינה תורה ומשנה שלימה שנינו [ב"ב פג,ב] יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו ובודאי אפי' רצה מוכר [ליתן] לו כפלים מן הרעות לא כל הימנו...⁸²

לדבריו, כל עוד לא ניתן להשלים ממש את המקח, ישנן רק שתי אפשרויות בלבד – או קיום המקח במחיר שנקבע, או ביטול המקח לגמרי.

הרמ"א כאמור העתיק דברי תרומת הדשן להלכה. יש פוסקים שמכריעים שלא כתרומת הדשן: כך כותב הגר"א,⁸³ שו"ת ושב הכהן⁸⁴ ולדעת נתיבות המשפט⁸⁵ זהו ספיקא דדינא. בערוך השולחן⁸⁶ מסכם: "ויש מי שכתב דהוי ספיקא דדינא אבל הלכה כרבים וכן מסתבר". דהיינו, לדעתו יש למתאנה את הזכות לביטול המקח ואין כאן אפילו ספק.

שער משפט⁸⁷ כותב שזוהי מחלוקת ראשונים, שכן לדעת רש"י בוודאי יש ראייה לתרומת הדשן, והמוציא מחברו עליו הראיה. דהיינו, זכותו של המוכר, שהוא המוחזק, להתנגד לביטול העסקה, ולשלם לקונה רק את פער המחירים.

לאור זאת נראה שזמן הדין במקרה של הפרש שאינו משמעותי באיכות המוצר, אין לבטל המקח אך יש זכות לקונה לתבוע את ההפרש בשווי שבין סוגי המקח השונים. בוודאי כאשר הכסף כבר שולם, לא יוכל הקונה לדרוש את החזרת כל כספו, שכן המוציא מחברו עליו הראיה.

5. אונאת מחיר

לגבי אונאה במחיר, דהיינו, פער בין מחיר העסקה למחיר השוק, הדבר תלוי בגודל הפער:⁸⁸ בפער של פחות משישית – העסקה קיימת כפי שהיא.

פער של שישית בדיוק – העסקה קיימת ויש לשלם את הפער בין המחיר ששולם למחיר השוק. דין זה קיים בין במחיר גבוה בו המוכר יחזיר לקונה כסף, ובין במחיר נמוך בו הקונה יוסיף למוכר כסף – כלומר, במקרה זה ישנו פיצוי.

פער של יותר משישית – ניתן לבטל את העסקה – כלומר, במקרה זה ישנה אפשרות לביטול.

82. ר"ן קידושין יז,ב, בדפי הרי"ף ד"ה ודאמרי'.

83. ביאור הגר"א חו"מ רלג, ג.

84. שו"ת ושב הכהן, סד, מובא בפתחי תשובה חו"מ רלג, א.

85. נתיבות המשפט רלג, ג.

86. ערוך השולחן חו"מ רלג, ד.

87. שער משפט רלג, א.

88. ע"פ שולחן ערוך חו"מ רכו, ביד.

באונאת מחיר מעל לשישית יש דעה שיש למתאנה זכות לבחור בין ביטול מקח לקיומו ויש הסוברים שגם המתאנה יכול לחזור בו.⁸⁹

סיכום

1. עקרונות

בהלכה מצאנו שלוש תרופות להפרת חוזה: אכיפה, ביטול ופיצוי. לאור הפרטים הרבים שנסקרו, אפשר להצביע על שני עקרונות:

עיקרון אחד – בניגוד לחוק הנוהג שבו התרופות לכל החוזים הן אחידות, בהלכה, לכל תחום התרופות שלו.

עיקרון שני – תרופה של אכיפה, שכוללת חיוב אדם לבצע בגופו את מה שהתחייב היא נדירה ביותר. אפילו ב"דבר האבד", קרי כאשר נזק למעסיק מחזרת העובד לא ניתן לאכוף את העובד לעבוד באופן ישיר אלא רק באופן עקיף, על ידי הבטחת שכר גבוה שלא תקיים בסופו של דבר.

במקרים מסוימים, ורק לדעת חלק מהפוסקים, ניתן לאכוף על קבלן לבצע את העבודה שהתחייב לבצע, וזאת ככל הנראה בגלל שהוא מחויב להגיע לתוצאה מסוימת על פי הבנתו, ואינו מחויב לבצע את העבודה בידי. המכנה המשותף הוא ההקפדה הקיימת בהלכה שלא לשעבד אדם לבצע עבודה בגופו ולאפשר לו להשתחרר מההתחייבות גם אם יחויב בתשלום פיצוי.

2. סיכום מפורט

כאשר אדם התחייב לשלם כסף או לספק סחורה מסוג מסוים – ניתן לאכוף עליו את ביצוע ההתחייבות.

כאשר אדם התחייב למכור רכוש מסוג מסוים – יש מחלוקת האם יש תוקף להתחייבות זו. לאלה הסוברים שיש תוקף להתחייבות, ניתן לאכוף את ההתחייבות, אולם אם המתחייב מכר את הרכוש לאדם אחר הוא חייב לתת את שוויו (פיצוי).

בנוגע לעובד שהפר הסכם עבודה, באופן עקרוני הוא זכאי לקבל שכר על מה שעבד. אולם, אם מדובר על עבודה שהפסקתה הפתאומית תגרום נזק למעסיק, הרי שהמעסיק זכאי לבצע "שוכר עליהן או מטען", דהיינו, לשכור עובדים חלופיים על חשבון העובד (פיצוי) או להטעות את העובד כדי שזה יעבוד (אכיפה עקיפה). זכות זו קיימת גם טרם שנכרת חוזה עבודה, ומשמע שהיא מבוססת על דיני נזיקין.

בנוגע למעסיק שפיטר עובד, אם הפיטורין קדמו לכריתת חוזה עבודה, הרי שהעובד זכאי לקבל פיצוי על אובדן עבודה חלופית (אם היה כזו), אם הפיטורין היו לאחר כריתת חוזה

⁸⁹. שולחן ערוך חו"מ רכז, א"ז.

עבודה אזי העובד זכאי לקבל שכר כ"פועל בטל", דהיינו, שכר מלא בניכוי מה שנהנה מכך שלא עבד בפועל. כאן מדובר על אכיפת התחייבות המעסיק לשלם שכר. קבלן שחזר בו זכאי לקבל תשלום על מה שביצע, או את מה שהובטח לו בניכוי עלות השלמת העבודה (פיצוי). במקרה שבוצע מעשה קניין נוסף יש מחלוקת אחרונים האם ניתן לאכוף עליו לבצע את העבודה או שמא ניתן רק לדרוש ממנו פיצוי עבור עלות השלמת העבודה (אפילו מעבר למה שהובטח לו).

בנוגע למזמין שחזר בו ישנה מחלוקת האם המזמין חייב לשלם לקבלן את כל מה שהובטח לו, או שמא רק את מה שהובטח לו בניכוי מה שיקבל אם ייקח על עצמו עבודה אחרת. בנוגע להפרת חוזה מכר יש להבחין בין ההפרות הבאות:

כאשר מדובר על חוסר כמותי – יש להשלים, ונחלקו ראשונים האם כאשר לא ניתן להשלים המקח בטל או שמא יש לפצות את הקונה.

כאשר מדובר על פגם – המקח בטל, אולם, כאשר הפגם ניתן לתיקון יכול המוכר לדרוש שהוא יתקן את הפגם (אכיפה). יש מחלוקת אחרונים בשאלה האם ניתן לאכוף על המוכר לתקן את הפגם.

לגבי שינוי באיכות המקח ישנה מחלוקת האם הקונה יכול לדרוש ביטול או שמא רק לקבל פיצוי על ההפרש במחיר.

לגבי אונאת מחיר (פער בין מחיר השוק למחיר העסקה) – אם מדובר על פער של עד שישית – אין כל תרופה, אם מדובר על פער של שישית בדיוק יש פיצוי על ההפרש, ואם מדובר על פער של יותר משישית ישנה אפשרות לביטול בלבד.

להלן סיכום ההלכות בטבלה:

תרופה ב	תרופה א	
	אכיפה – תשלום או אספקה	התחייבות לשלם או לספק סחורה
פיצוי – אם הרכוש נמכר לאחר	אכיפה למכור	התחייבות למכור רכוש מסוים
	פיצוי כספי או אכיפה עקיפה	הפרת הסכם עבודה על ידי העובד והדבר גורם נזק
	אכיפה (תשלום השכר)	הפרת הסכם עבודה על ידי המעסיק
	פיצוי מוגבל אם נעשה מעשה קניין: מחלוקת האם אכיפה או פיצוי מלא	הפרת הסכם קבלנות על ידי הקבלן
	אכיפה – תשלום	הפרת הסכם קבלנות על ידי המעסיק
כאשר א"א להשלים – מחלוקת האם יש זכות לבטל או רק פיצוי	אכיפה – השלמת כמות	הפרת הסכם מכר – טעות בכמות
ביטול	תיקון	הפרת הסכם מכר – פגם
	מחלוקת האם ביטול או פיצוי	הפרת הסכם מכר – שינוי באיכות המקח
	מחלוקת האם ביטול או פיצוי	הפרת הסכם מכר – שינוי באיכות המקח שאין מקובל להקפיד עליו
	פיצוי על ביטול (בהתאם לשיעור הפער)	הפרת הסכם מכר – אונאת מחיר

נספח א: תרופות על הפרת חוזה עבודה: על בסיס התחייבות או מדיני נזיקין

נפתח באפשרות האחרונה, לפני שנבחן את החוזים השונים שקיימים בהלכה, יש לדון באפשרות לחייב בפיצוי מי שהפר חוזה. פיצוי יכול להתבסס על שני מקורות:

דיני נזיקין – דהיינו, כשהפרת ההסכם גרמה נזק.

דיני חוזים – דהיינו, בגלל ההבנה שעצם ההתחייבות כוללת גם פיצוי למקרה שהצדדים לא יעמדו בהסכם.

בעניין זה נחלקו הראשונים ביחס להעסקת פועל.⁹⁰ לשם הבנת הדברים נקדים שכריתת חוזה עבודה לאחר סיכום בעל פה מתבצעת בתחילת העבודה, ובאופן מדויק יותר, כאשר הפועלים יוצאים מביתם למקום העבודה. וכמוכן לחילופין על ידי מעשה קניין.

כאשר המעסיק חזר בו מהסכם העבודה נפסק בברייתא⁹¹ שהמעסיק חייב לפצות את העובד. בעקבות זאת נחלקו הראשונים מהי עילת הפיצוי.

תוספות ורא"ש הציבו את דיני הנזיקין כעילת החיוב מדין "גרמי", ועל כן קבעו שהנאמר בברייתא שמועד ההליכה לעבודה מחייב אינו בדווקא, אלא הם חייבו בתשלום אם נגרם הפסד גם אם עדיין לא נכרת הסכם עבודה, כגון שלא הייתה עדיין הליכה לעבודה:

קשה לר"י דהא קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי בהגזול קמא (ב"ק דף ק.ו.)

אם כן אמאי לא יתן להם כפועל בטל, כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום?

ויש לומר דמייירי שכשחזר בו עוד ימצאו להשתכר, ומכל מקום יש עליו תרעומת שעתה לא ימצאו אלא ע"י טורח. וכי מפליג בסמוך בין לא הלכו החמרים להלכו ומצאו שדה לחה הוה מצי לפלוגי אף בלא הלכו כלל בין יכולין עוד להשתכר בין חוזר בו אחר שלא מצאו עוד להשתכר.⁹²

דהיינו, עילת החיוב היא "דינא דגרמי", דהיינו, חיוב על גרימת נזק עקיף. ולכן, המעסיק שחזר בו חייב לפצות את הפועלים במקרה שחזרתו מההסכם גרמה להם לאבד עבודה חלופית. חובה זו קיימת גם טרם לכריתת חוזה עבודה, דהיינו, טרם יציאת הפועלים לשדה.

יש לציין שלא מדובר כאן על נזק במובנו הבסיסי, דהיינו, נזק לרכוש, אלא באובדן רווח מעבודה (מניעת רווח) שבדרך כלל אין עליו חיוב.⁹³

מדוע יש חיוב באופן יוצא דופן? על מדוכה זו ישבו האחרונים. בספר קצות החושן⁹⁴ ושער משפט⁹⁵ הוציעו שהמעסיק חייב מדין "שבת" (אחד מסעיפי החיוב במקרה של חבלה), אך חזרו בהם מהטעם הזה, היות שאין חיוב שבת בנוקים עקיפים. אמנם מחנה אפרים⁹⁶ קיבל

90. ראו ביאור השיטות בפתחי חושן פרק י, דבר למשפט שכירות פועלים ו.

91. בבא מציעא עו.ב.

92. תוספות בבא מציעא עו.ב, ד"ה אין להם; וכן רא"ש בבא מציעא ו, ב.

93. כמבואר בירושלמי בבא מציעא ט, ג.

94. קצות החושן שלג, ח.

95. שער משפט סא, ב.

96. מחנה אפרים שכירות, יח; שכירות פועלים, ז.

טעם זה למסקנה, והסביר שזהו נזק ישיר ולא עקיף, היות שהאמירה של המעסיק לפועלים היא מעשה של ממש.

לשיטת התוספות עולה השאלה האם בנוסף לחיוב מדיני הנויקין יש גם חיוב מדיני החוזים במקרה שכן נכרת חוזה עבודה. כלומר, לאחר שהפועלים התחילו בעבודה ובכך נכרת חוזה, והמעסיק חזר בו, האם הוא יתחייב בפיצוי גם אם לא גרם לפועלים לאבד עבודה חלופית (כגון, שלא הייתה הצעת עבודה אחרת).

הדבר לא נתבאר בתוספות, אולם, מחנה אפרים⁹⁷ טוען שברור שאין חיוב כחלק מדיני חוזים, והוא מדייק זאת מכמה ראשונים.

לעומת זאת, הרא"ש⁹⁸ ההולך בדרכם של התוספות הוסיף: "מיהו נפקא מינה במאי דהלכו במקום שאין פועלים מוצאין להשתכר ושכרן בעה"ב זה היום, אם הלכו דהוי התחלת מלאכה נותן להם שכרן כפועל בטל." הרי שלדעתו גם לפי בעלי התוספות יש חיוב על מעסיק שחזר בו כחלק מדיני חוזים לאחר שהפועלים התחילו במלאכה ונכרת חוזה עבודה. זאת, גם כשלא נגרם לפועלים נזק מחמת הפסד שהרי לא הייתה להם עבודה אחרת בלאו הכי (מחנה אפרים ביאר לשיטתו שזהו קנס).

לעומת התוספות, הרמב"ן⁹⁹ טוען שהברייתא נקטה את הליכת הפועלים לשדה כתנאי לחיוב, היות שלאחר שנכרת הסכם מחייב בין הצדדים, הצדדים התחייבו זה לזה גם לפיצוי במקרה של הפרה:

אלא הכא מיירי כגון שלא היו מוצאין להשכיר את עצמן מתחלה משום הכי דוקא כשהלכו שהיא כהתחלת מלאכה שכשם ששאר דברים נקנים בקנין כך שכירות פועלים נקנה בהתחלת מלאכה.

דהיינו, הגמרא בחרה לציין את שלב התחלת המלאכה כשלב המחייב בפיצוי היות שבשלב זה יש חיוב תשלום גם אם לא נגרם נזק לאחד הצדדים, כגון שלא הייתה להם עבודה אחרת עליה ויתרו, שכן חיוב התשלום נובע מעצם ההתחייבות.

הרמב"ן כותב שהוא מודה שאם הפועלים ויתרו על עבודה אחרת יש חיוב על ההפסד אף אם בעל הבית חזר בו לפני תחילת העבודה, אלא שמדבריו עולה שיסוד החיוב הוא לא משום דינא דגרמי כתוספות, אלא משום "דבר האבד":

ואני מודה לו בדין זה שאם היו יכולים להשכיר עצמן בתחלת היום או מאמש ועיכבן עד שעה שאינן מוצאין להשכיר ודאי נותן להם שכרן, דהוה ליה לדידהו כדבר האבד.

אמנם הרמב"ן לא הוסיף לבאר יסוד חיוב זה. הראשונים והאחרונים שדנו בדבריו ביארו שאין מדובר על התחייבות, שהרי עדיין לא נעשה כל מעשה שיוצר התחייבות.

97. מחנה אפרים שכירות פועלים, ד.

98. רא"ש בבא מציעא ו, ב; בעקבותיו הטור ח"מ, שלג.

99. רמב"ן בבא מציעא ע"ב, ד"ה והא.

לפיכך, הם הציעו שמדובר על חיוב המעסיק עקב הסתמכות הפועלים על ההבטחה שלו להעסיק אותם, הסתמכות שאכן מחייבת בתשלום.¹⁰⁰ אחרים ביארו שזהו חיוב מתקנת חכמים.¹⁰¹ יש שחלקו על קיומו של יסוד זה (ראו קצות החושן שלג, ב"ג בשם מהר"ם). השולחן ערוך פסק כך:

אם היו נשכרים אמש, ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל; ואם נשכרים בפחות, משלם הפחת. ואם הלכו, אף על פי שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש, נותן להם שכרם כפועל בטל; והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל. אבל אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומת.¹⁰²

דהיינו, מעסיק שחזר בו לפני כריתת חוזה עבודה חייב אם גרם לפועלים לאבד עבודה אחרת ("דבר האבוד להם"). ואילו מעסיק שחזר בו לאחר כריתת חוזה עבודה חייב לשלם לפועלים את שכרם גם אם לא הייתה להם הצעת עבודה חלופית. האחרונים דנו בשאלה, האם נפסק כדעת תוספות או כדעת הרמב"ן.¹⁰³

100. ריטב"א שם.

101. נתיבות המשפט שלג, ג. נציין שלפי דרכו ביאר גם את שיטת התוספות שאין זה דינא דגרמי ממש אלא תקנה.

102. שולחן ערוך חו"מ שלג, ב.

103. קצות החושן שלג, ג, מדייק בדבריו שהוא סובר כשיטת הרמב"ן וכן דעת רבי עקיבא איגר (גיליון על שולחן ערוך חו"מ שלג, ב). מדברי הסמ"ע שלג, ח, שמזכיר דינא דגרמי יש שהבינו שסבר ששולחן ערוך פסק כתוספות. ובוודאי שבשולחן ערוך העתיק את לשון הטור שסבר כתוספות אמנם להלכה גם הרמב"ן מודה לכל הדברים שנפסקו בטור והוויכוח הוא בטעם הדין ולכך יש השלכות שאינן מפורטות בשולחן ערוך, על כן לא ניתן להסיק מלשונו כמי הכריע.

לשיטת המחנה אפרים יש הבדל גדול בין התוספות לרמב"ן בעניין החיוב בעת התחלת מלאכה, בעניין זה ברור שהשולחן ערוך גם אם הכריע כדעת התוספות הרי שקיבל את דבריהם לפי שיטת הרא"ש והטור. האחרונים מעלים השלכות למחלוקת בין הרמב"ן והתוספות (ראו דבר למשפט, שכירות פועלים, ג, באריכות).

נספח ב: בני זוג שאינם ממלאים את חובותיהם / הרב עדו רכניץ

מאמר זה עוסק בעיקרו בשאלות ממוניות שבין אדם לחברו. אולם, כדי להשלים את התמונה ולצורך השוואה, נזכיר כמה הלכות מתחום דיני המשפחה.

1. בעל שאינו מבצע את חובותיו

בעניין בעל שאינו מבצע את חובותו לפרנס את אשתו אף שיש לו כסף נחלקו אמוראים:

אמר רב: האומר איני זן ואיני מפרנס – יוציא ויתן כתובה. אול ר' אלעזר אמרה לשמענתא קמיה דשמואל, אמר: אכסוה שערי לאלעזר! עד שכופין אותו להוציא, יכפוהו לזון. ורב? אין אדם דר עם נחש בכפיפה.¹⁰⁴

רב אמר שכאשר בעל איננו מפרנס את אשתו היא זכאית לביטול הנישואין ואילו שמואל אמר שיש לאכוף על הבעל את חובותו. הרמב"ם¹⁰⁵ פסק שהאישה זכאית לאכיפה, ואילו פוסקים אחרים¹⁰⁶ פסקו שהאישה זכאית לביטול. בשולחן ערוך נפסק כך:

האומר: איני זן ואיני מפרנס, כופין אותו לזון. ואם אין ב"ד יכולים לכופו לזון, כגון שאין לו במה לפרנס ואינו רוצה להשתכר להרויח ולזון, אם תרצה היא, כופין אותו להוציא מיד וליתן כתובה.¹⁰⁷

דהיינו, שורת הדין היא לאכוף על הבעל את חובותיו, אך כאשר הדבר איננו אפשרי האישה זכאית לביטול.

בתוספות הובאה מחלוקת האם הבעל חייב גם לעבוד כדי לפרנס את אשתו:

באומר איני זן ואיני מפרנס – מכאן מוכיח רבינו אליהו שחייב אדם להשכיר עצמו ללמד תינוקת או לעשות מלאכה אחרת כדי לזון את אשתו... ועוד הביא ראה מדכתבינן בכתובה ואנא אפלח כו' ומיהו גם זה יש לדחות כמו שמפרש ר"ת דאפלח היינו עבודת הקרקע פירוש אחרוש ואנכש ואעדור את השדה ואביא מזונות לבית אבל להשכיר עצמו אינו חייב.¹⁰⁸

כלומר, רבנו אליהו פסק שלבעל יש חובה לעבוד כדי לפרנס את אשתו, ואילו רבנו תם חלק על כך ולשיטתו יש לבעל חובה לפרנס את אשתו אם יש תחת ידו כסף. הרמ"א¹⁰⁹ הביא את שתי הדעות המוזכרות בתוספות.

104. כתובות עז, א.

105. רמב"ם אישות יב, יא.

106. ראו כסף משנה שם.

107. שולחן ערוך אה"ע קנד, ג.

108. תוספות כתובות סג, א, ד"ה באומר.

109. רמ"א אה"ע ע, ג.

2. אישה שאינה מבצעת את חובותיה

בעניין אישה שמסרבת לבצע את מלאכות הבית אותן היא מחויבת לעשות נחלקו ראשונים. הרמב"ם פסק שכופים אותה בכוח:

כל אשה שתמנע מלעשות מלאכה מן המלאכות שהיא חייבת לעשותן **כופין אותה** ועושה אפילו בשוט.¹¹⁰

אולם, הראב"ד חלק עליו:

אמר אברהם: מעולם לא שמעתי יסור שוטים לנשים אלא שממעט לה צרכיה ומזונותיה עד שתכנע.¹¹¹

בעקבות מחלוקת זו נחלקו שולחן ערוך ורמ"א:

כל אשה שתמנע מלעשות מלאכה ממלאכות שהיא חייבת לעשותן, כופין אותה לעשות.

הגה: ואינו זנה עד שתעשה; וכן ב"ד משמתין אותה או מוכרין כתובתה לשכור עליה עבד או שפחה; וי"א דהיו כופין אותה בשוטים.¹¹²

בנוגע לחובת ההנקה של אישה כתב הרמב"ם שניתן לכפות על האישה את חובתה:

נדרה שלא להניק את בנה **כופה** ומניקתו עד שיהיה בן עשרים וארבעה חדש אחד הזכר ואחד הנקבה. היא אומרת אני אניק את בני והוא אינו רוצה שתניק אשתו כדי שלא תתנוול אף על פי שיש לה כמה שפחות שומעין לה שצער הוא לה לפרוש מבנה.¹¹³

וכן נפסק בשולחן ערוך.¹¹⁴ העולה מכל זה הוא שאפשר במקרים רבים **לאכוף** התחייבויות שבין בני זוג.

110. רמב"ם אישות כא, י.

111. השגות הראב"ד, שם.

112. שולחן ערוך אה"ע פ, טו.

113. רמב"ם אישות כא יג.

114. שולחן ערוך אה"ע פב, א.

ספרי השטרות, הסופרים ומוסד ה"ערכי"

הרב ד"ר יפתח יצחק שנדורפי

מבוא	ג. מוסד ה"ערכי": מסגרות תיעוד
א. ספרי השטרות והסופרים	רשמיות ומשמעותן
1.א. התועלת שבספרי השטרות	1.ג. בימי הבית הראשון
2.א. החשש מקבצי השטרות	2.ג. בימי הבית השני – ה"ערכי" – מוסד
3.א. יחס חכמי הדורות אל ספרי השטרות	התיקוף והתיעוד
4.א. מספר ספרי השטרות	3.ג. לאחר החורבן וחורבנו של מוסד
5.א. מספר השטרות בספר	הערכי – תקופת המשנה והתלמוד
6.א. הסופרים טיבם ותפקידם בהעברת	4.ג. השפעת הערכי על ההלכה
מסורת הנוסח של השטר	5.ג. מוסדות התיעוד בגלות – תקופת
ב. מיון קבצי השטרות	הראשונים
1.ב. הגישה הכרונולוגית	ד. סיכום
2.ב. הגישה הסוגית	

מבוא

על שלושה דברים השטרות עומדים: על ספרי השטרות, על סופריהם, ועל מוסדות התיעוד, התיקוף והמימוש שלהם.

חלקו הראשון של המאמר עוסק בקבצי השטרות. הוא פותח במבט על תרומתם של קבצי השטרות, ועל תרומתם של סופרי השטרות להעמדת הנוסח של השטרות. הוא ממשיך בהתבוננות על הסוגים השונים של הקבצים, ועל מועד התפתחותם. בחלקו השני הוא נוגע מעט במוסדות התיעוד, התיקוף והמימוש של השטרות בעם ישראל, בדגש על המוסד שהתקיים טרם חורבן הבית – מוסד הערכי.¹

* הרב ד"ר יפתח יצחק שנדורפי, מרצה במכללת אורות; מזכיר בית הדין לממונות מערב בנימין.
1. על מבנה השטר העברי ראו: י', ריבלין, **שטרי קהילת אליסאנה**, רמת גן תשנ"ה, (להלן: ריבלין, **אליסאנה**) פרק שישי י', ריבלין, **הירושה והצוואה במשפט העברי**, רמת גן אוניברסיטת בר אילן תשנ"ט, (להלן: ריבלין, **הירושה**) פרק שנים עשר, הנ"ל **משנת הנחלות: דיני ירושה וצוואות** בני-ברק מכון ספונים למשנת הקדמונים, תשע"ה, (להלן: ריבלין, **הנחלות**) פרק שנים עשר; יפתח יצחק שנדורפי, **מחילת זכויות במשפט העברי כפי שהיא משתקפת בשטרי סלוק ומחילה**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור בר אילן רמת גן תשע"ב, (להלן: **מחילת זכויות**) פרק שביעי. על ספרי השטרות ראו גם: א' גולאק, **אוצר השטרות הנהוגים בישראל**, ירושלים תרפ"ו (להלן: גולאק, **אוצר השטרות**), הקדמה; ריבלין, **אליסאנה** פרק ראשון; **מחילת זכויות שם**.

א. ספרי השטרות והסופרים

א.1 התועלת שבספרי השטרות

לספרי השטרות תועלת רבה, הן ציבורית-לאומית, והן פרטית. תועלתם של ספרי השטרות במישור הלאומי גלויה, בהיותם מסייעים בארגון, וביצירת נוסח אחיד ומקצועי. זו הסיבה בעתיד בחר רס"ג בספר השטרות להיות ראש חיבוריו בענייני המשפט, בשל "התועלת שתמצא האומה בספר השטרות"². בקרב האחרונים יש מי שמדגישים כי "ידיעת הנוסחאות וכתיבת השטרות למיניהם היא מקצוע גדול בתורה ובהם תלוי תלין של הלכות דיני קנין והעדים הראויים להעיד וגו"³. גם החוקרים מעידים על כך:

כשם שתורת משפטינו הביאה לידי כך שעסקיהם וסדרי חייהם של בני עמנו בכל קהילותיהם המפורות היו מתנהלים בדרך אחת ועל פי סדר חקים אחר, כך גרמו השטרות העבריים לאחדות צורתם החצונית של החיים המשפטיים בכל רחבי הגולה... ומימים עתיקים אלו היתה נוסחא זו נשאת כדבר שבקדושה ממקום למקום בכל פזורי הגולה וגם הקהלות הנרחות ביותר שמרו עליה שלא להשמיט ושלא לחסר בה כלום...⁴

לא ייפלא אפוא שיש המייחסים את נוסחי השטרות לקבלה ממשה מסיני.⁵ לקובצי השטרות גם תועלות פרטיות. הראשונה שבהן, הכרת השטרות היא דרך קצרה ותכליתית להיכרות עם המוסדות המשפטיים גם באופן המעשי.⁶ בימים עברו, לימוד ספר שטרות הבטיח, בחברה המוסלמית, שסוגה זו הייתה מצויה אצלם, דרך קצרה למינוי נחשק למשרת שופט:

יש שאדם חוקר מקורות ועוסק בפרשנות... חמישים שנה ועדיין אינו נחשב בעל הלכה ועדיין אין עושין אותו קאצית, אבל מי שיעיין... וישנן את ספרי השטרות שנה או שנתיים וכי תעבור על יד פתחו והנה הוא כאחד המושלים ולא יארכו הימים עד שיעשה שופט באחת הערים...⁷

בנוסף ספר השטרות יכול לשמש ספר לימוד. חיבור כזה מאפשר לקיים את דברי רב יהודה, משמו של רב, בדבר הכשרת החכמים:⁸ "תלמיד חכם צריך שילמוד שלושה דברים: כתב,

2. הקדמת רס"ג לספר השטרות. מ' בן ששון, "שרידי מספר העדות והשטרות לרס"ג", שנתון המשפט העברי, יא"ב (תשמ"ו), עמ' 135-278 (להלן: שטרי רס"ג). את דבריו הוא מסייע בכך שהספר מתחיל במילים "אמר המאסף". יש הסבורים כי רס"ג ארגן את קובץ השטרות עוד בטרם נתמנה לתפקידו.
3. ר' משה ב"ר שלמה חדאד, דברי סופרים, גרבה תש"ז, הקדמה לספרו.
4. גולאק, אוצר השטרות, הקדמה, עמ' V.
5. פסיקתא זוטרתא ויקרא אמור נב.
6. ראו גולאק, אוצר השטרות, הקדמה, עמ' V "בשטרות נפגשים ומתאחדים ההלכה והמעשה, ועל ידי ידיעת השטרות הנוגעים לאיזה מקצוע משפטי אנו למדים מקצוע זה גם בתנאי קיומו בפועל ובאים לידי הבנה יותר עמוקה בטעמי הלכותיו ודרכי התפתחותן".
7. שטרי רס"ג, עמ' 19.
8. הקדמת בעל העיטור. שם בהקדמתו גרס: "רבא".

שחיטה, ומילה.⁹ ספרי שטרות נועדו לשמש כספר לימוד לפרחי הסופרים.¹⁰ היה מי שהציע את ספרו "אפילו בעיר גדולה של סופרים",¹¹ כספר לימוד לאב החפץ להכשיר את בניו להיות סופרים.¹² מחבר אחר פונה לאוכלוסייה רחבה יותר, בייעדו את ספר השטרות להנחלת ידע "לכל בעל הבית רב ותלמיד תושב ושכיר עובר לסוחר בכל מקום ובכל זמן".¹³ היה מי שהוציא את ספרו עקב לחץ שהופעל עליו, בעקבות ספרי השטרות שאולו.¹⁴ הוא רואה את תכלית הספר בהנגשת הדבר לכל מבקש: "ויהא הדבר שווה לכל נפש ואף להסופרים מהירים וצהירים בהירים מופלגים יהא תועלת גדול שלא יצטרכו לכלות זמן לעיין איך לכתוב שטר טוב בכל אופן היותר מועיל עפ"י תחז"ל (=תקנת חז"ל) דלית ליה פקפוק כלל..."¹⁵

א.2. החשש מקבצי השטרות

בצד יתרונם של קבצי שטרות, ישנו גם חשש מפניהם. החכמים ראו בעין לא אוהדת את ספרי השטרות כמקור לימוד מרכזי, בפרפרזה לדברי התלמוד "התנאים – מבלי עולם... שמורין הלכה מתוך משנתן".¹⁶ רס"ג, שכאמור חיבר בעצמו ספר שטרות, הסתייג ממי שחכמתו מסתכמת בידיעת השטרות בלבד. הוא ראה בדבר פחיתות. כך כתב על בוגר קורס מזורז בספרי שטרות:

אינו מתנשא בין בני האדם אלא בעשר נוסחאות מספרי השטרות שלמדן ברוב ההרגל כגון שטר החוב והאביזאריה והשותפות והצוואה ומה שהזמן מביא לידיהם בכל עת... והייתי רוצה לדעת סופר בין המוסלמים היודע בעל פה עשר נוסחאות מספרי השטרות מה תהיה עמדתו ביניהם; היעשה על ידי כך נאמן או בעל הלכה או משיב תשובות או שופט?¹⁷

9. חולין ט,א.

10. **ספר השטרות להרב הנשיא רבנו יהודה בר' ברזילי הברצלוני**, מהדורת שז"ח הלברשטאם עפ"י "ספר התדיר לרבינו משה ב"ר יקותיאל מרומי" כתב יד אוקספורד, מפיצי נרדמים ברלין תרנ"ח, מהדורת צילום, ירושלים תשד"מ. (להלן: **שטרי הרי"ב**), עמ' 1. "שיהו נוחין להתלמד להבין".

11. רבי אליעזר ממילי, **תיקון שטרות לכל חפץ**, ווינציאה שי"ב (להלן: **לכל חפץ**), בהקדמה.

12. שם: "אל אחד מבניו יצוה כדי לחנכם כי גם זה תועלת רב ללמד את בני יהודה סדר השטרות".

13. שם: "זה ספר תולדות אדם ומקרו במשאו ובמתנו לכלכל דרכיו במשפט במראות השטרות אשר כולם נקבצו באו הנה ע"פ חז"ל ראוי לכל בעל הבית רב ותלמיד תושב ושכיר עובר לסוחר בכל מקום ובכל זמן ועת לכל חפץ".

14. רבי שמואל הלוי, **ספר נחלת שבעה**, הוצאת פרנקל, בני ברק (תש"ד?) (להלן: **נחלת שבעה**). וכך כתב בשער הספר: "תקוני שטרות שנדפסו בשנים קדמוניות תקון כ"מ מנהג אשכנז ופולין ואף גם הם אינם בנמצא כי א' מעיר שנים ממשפחה והנה לרוב העצרת רבים וכי שלמים הם אתנו לחזור ולדפיסם (ללא ה"א! – כך במקור) ובהיות שאין מסרבין לגדולים. ובכן קמתי ונתעוררתי לאשר נתעוררתי להפיק רצונם וחפשי בחפוש נר מנר כחפוש ירושלים בנרות בכמה ספרי קדש וביחוד פרטי בספר הנחמד נחלת שבעה (שם הספר "נחלת שבעה" נכתב בגופן גדול בתוך הטקסט).

15. שם.

16. **סוטה כב,א**.

17. ש"מ שטרן, "קטע חדש מספר הגלוי", **מלילה**, ה' (תשט"ו), עמ' 137-141. דבריו הובאו גם ב**שטרי רס"ג** עמ' 19.

א.3. יחס חכמי הדורות אל ספרי השטרות

מחברי הקבצים משבחים מאד את חיבוריהם. למרות זאת, קבצי השטרות, שחברו בתקופת כתבי היד כמעט ולא זכו להעתיקות בדורות שלאחריהם. גם עם המצאת הדפוס לא הייתה להם עדנה וחלקם לא עלו על מכבש הדפוס עד ימינו. מסתמן אפוא פער, בין מחברי קבצי השטרות אשר החשיבו את חיבוריהם, והדגישו זאת בראשית חיבוריהם, לבין הבאים אחריהם שהחשיבו פחות. ייתכן כי הדבר קשור בחשש הנזכר של החכמים מפני הקבצים. ייתכן גם כי בספרי השטרות הצרכנים מעוניינים במהדורה חדשה ועדכנית, ולא דווקא בדבר בעל מסורת עתיקה. הדבר עולה בקנה אחד עם ההנחה, כי בכל דור משכללים את השטרות, ומוסיפים בהם את שנלמד במהלך הדורות. כך בכל דור יצא ספר שטרות עדכני. נראה כי רק קבצים שנספחו לחיבורים שהכילו חומר נוסף, כמו ספרי הלכה, או פירושים לתלמוד, זכו להידפס. לעומתם חבריהם העצמאיים לא זכו להיגאל מכתב ידם, חלקם עד ימינו.

שינוי המגמה ליחס חיובי כלפי קבצי השטרות, מתרחש ככל הנראה, עם המצאת הדפוס. אל החיבורים שנוצרו בעת הזאת התייחסו בכבוד, ואפילו ביראה. עקב כך הם זכו להדפסות חוזרות ונשנות. כך למשל הקובץ "נחלת שבעה" משמש מאות שנים, עד ימינו, כספר השטרות האולטימטיבי, בקרב קהילות האשכנזים.¹⁸

א.4. מספר ספרי השטרות

בקרב החוקרים יש שמנו עשרות קבצי שטרות שחברו במהלך הדורות, זאת תוך מניית כתבי יד רבים, ואפילו קבצי שטרות שאינם רבניים.¹⁹ אחרים מזכירים שישה קבצים בלבד, אשר נכתבו על ידי גדולי חכמי ישראל:²⁰ שטרי רבנו סעדיה גאון (רס"ג), שטרי רב האי גאון (רה"ג), שטרי רבי יהודה הברצלוני (רי"ב), מחזור ויטרי, העיטור, ותיקון הסופרים של רשב"ש.

בראשונים נזכרים גם מספר תיקוני שטרות שאינם מוכרים לנו כיום כגון: תיקון סופרים לרבי יוסף טוב עלם,²¹ תיקון שטרות לרב יהודאי גאון,²² תיקון סופרים שכתבו הגאונים.²³ ייתכן כי מדובר בקבצים שאבדו לנו. לחילופין אפשר שאלו קבצים המזוהים כיום עם מחבר אחר.

18. על אף התבססות הספר, כספר השטרות המרכזי בקרב קהילות האשכנזים, המשיכו והוציאו בדורות שאחריו ספרים נוספים. ראו גולאק **אוצר השטרות** מבוא, עמ' XXXIX.

19. גולאק, **אוצר השטרות**, עמ' XXVI – XXX. בהקדמתו מנה עשרים וארבעה קבצים נדפסים. ותשעה עשר כתבי יד. חלקם נדפסו לאחר סקירתו. כך למשל י' מייזל, **פנקס קהילת ברלין, תפ"ג-תרי"ד**, ירושלים תשכ"ב (להלן: מייזל, **פנקס**).

20. רבי יצחק צבאח, **קובץ שטרות עבריים / לרבי יצחק צבאח**, (ההדרה ומבוא ר' למדן), תל אביב, תשס"ט. (להלן: צבאח, **קובץ שטרות**), עמ' 15.

21. **תוספות** גיטין פה"ב, ד"ה ולא ליכתוב איגרת.

22. **אור זרוע**, חלק א, שאלות ותשובות, תשמ.

23. **שו"ת מהר"ם פדובה**, נו.

א.5 מספר השטרות בספר

נראה כי במהלך השנים מספר השטרות בחיבורים משתנה. במשנה מצויים קטעי שטר בלבד מתוך שלושה שטרות. שטרות בודדים מצויים בהלכות גדולות. ב"ספר ברכות ושטרות" נשתמרו בידינו שניים: גט חליצה וגט חירות. בשטרי רס"ג חמישים וארבעה שטרות. בשטרי רב האי עשרים ושמונה. בשטרי הרי"ב, שבעים ושלושה, ושישה עשר נוספים לתחום הציבורי. בשטרי אליסאנה ארבעים וחמישה. בשטרי ש"ס מינכן ארבעים שטרות. בספר העיטור ארבעים וחמישה. במחזור ויטרי עשרים ותשעה. בשטרי יד רמ"ה עשרה וכולם עוסקים בגביית החוב. בראבי"ה שלושה עשר, והם עוסקים בענייני משפחה גיטין עבדים ושפחות. ב"תיקון סופרים" המיוחס לאלמושנינו ויפה ככל הנראה כשבעים שטרות. בתיקון שטרות קראקא ת"ד שלושים ותשעה שטרות. ב"לכל חפץ" שלושים ושמונה. ב"יפה נוף" שישים ושלושה. בתיקון שטרות פיורדא תנ"ח שבעים ושניים. בתיקון שטרות אמשטרדם תפ"א ארבעים וחמישה. ב"סדר תיקוני שטרות עם תרגום גרמני" ארבעים ושישה. בעלי הקבצים תפסו את הכמות כאיכות. לאור זאת מחברי הקבצים טרחו להציג בראש ספרם לא רק את כמות השטרות שבספרם, כי אם גם את הכמות בספרים שקדמו להם.

א.6 הסופרים טיבם ותפקידם בהעברת מסורת הנוסח של השטר

מסתמן כי תחום כתיבת השטרות הוגבל מראש ליחידים. הללו היו מצויים בתחום המשפטי היישומי בבית הדין. אלו הם סופרי הדיינים. נראה כי הם החזיקו במסורת של נוסחי שטרות בתחומים השונים, לרבות שטרי משא ומתן. יש מי שזוקף את העברת נוסח השטרות לזכותם של הסופרים.²⁴ החוקרים חלוקים האם מסורת זו גם הועלתה על הכתב כקובץ שטרות. כך עולה בין היתר מדבריהם של גולאק²⁵ ושל אסף.²⁶ אחרים, כמו ריבלין, סבורים שזו רק עברה כמסורת שבעל פה.²⁷

סופרי בית דין מצויים כבר בתקופת המשנה.²⁸ בתקופה זו הם אינם מזוהים בשמותם. גם לא נזכר תחת אלו חכמים עבדו. בין התנאים היו מי שהחשיבו את סופרי השטרות להדיוטות.²⁹ ככל הנראה כוונת הדברים היא, כי הסופרים היו כותבים שלא כתקנות החכמים,³⁰ או שלכל הפחות הסופרים הכניסו לשונות שחכמינו לא תיקנו.³¹

24. גולאק, *אוצר השטרות*, הקדמה.

25. גולאק, *אוצר השטרות*, מבוא, עמ' XXVI.

26. ש' אסף, "ספר השטרות לרב האי גאון", *מוסף לתרביץ*, א, ג (תר"ץ), (להלן: *אסף*, רה"ג) מבוא, עמ' 5.

27. *ריבלין, הירושה*, עמ' 246.

28. *במשנה גיטין ג*, ב, נזכרים סופרי גיטין המכונים טפסים של גט למילוי. ושם בתלמוד *גיטין כו*, א, הרחבה בנידון אודות הסופרים, בית הספר לסופרים ועוד הנהגות סופרים. *במשנה בבא בתרא י*, ג, נזכרות הדרכות לסופר.

29. דבריו של הלל בתוספתא *כתובות ד*, ט: "דרש הלל הזקן לשון הדיוט" נאמרו על סופרי השטרות (של "כתובות אלכסנדריא"). גם דברי רבי מאיר בבבלי, *בבא מציעא קד*, א – "רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט" – מתייחסים לסופרי השטרות.

30. *רש"י שם*, ד"ה דורש לשון הדיוט: "שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים...". היו מהראשונים שייחסו להם כתיבת שטר המכיל תנאי שנכתב שלא על פי ההלכה. ההלכה מחייבת שהתנאי יהיה

מנגד, יש הרואים בסופרים דמויות הצועדות יד ביד עם הדיינים, ונתונים לפיקוחם המתמיד של בתי הדין.³² לדעתם הסופרים מקצועיים בתחומם, או בלשונם של חכמינו "בקיאים". לראיה הם מביאים את הקביעה התלמודית כי "סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי"³³ בתלמוד קושרים את הסופרים לחכם שעמד בראש בית הדין. כך למשל נזכרים סופרו של רב וסופרו של רב הונא.³⁴ במספר מקרים הם נזכרים בלשון רבים. כך אנו מוצאים את סופריו של אביי, ואת סופריו של רבא.³⁵ רב נחמן למשל מעיד כי אביו היה מסופרי הדיינים של שמואל, והוא זוכר כי העבירו הודעה בדבר היחס שיש לגלות לגבי שטרות מסוימים שנמצאו.³⁶

במקרים רבים הרבנים מגלים כי הסופרים בקיאים יותר מהם במה שנוגע לשטרות, להלכותיהם ולאופן התקנתם. לפחות חלק מהדיינים לא היו בקיאים באופן המדויק של רישום שטרי המשא ומתן.³⁷ במקרים מסוימים אפילו דייני בית הדין הגדול לא היו בקיאים באופן כתיבת הגט.³⁸

ביישוב הסתירה שבין המקורות הנזכרים מצויות שתי גישות. יש הרואים בכלל הסופרים, כמי שפעלו לעתים, שלא על פי הנחיות מורי ההוראה, ואף בניגוד להלכה. כך למשל סבור חיים סולובייצ'יק.³⁹ מנגד, דעתו של גולאק נראית שונה לכאורה במעט. גולאק נוטה לראות את הסופרים הן בתקופת המשנה והן בתקופת התלמוד ברמה דומה. לפי גולאק דברי

"כתנאי בני גד ובני ראובן". הכוונה כי יש להתייחס לשני המצבים. בנוסף יש להקדים את ה"הן" ל"לאו". ראשונים אחרים מייחסים לסופרים הכנסת קנס לשטר באופן הנחשב לאסמכתא, דבר אשר אינו מועיל על פי ההלכה.

31. **תוספות** שם, ד"ה היה דורש לשון הדיוט: "לשוונת שלא תיקנו חכמים לכתוב אלא הדיוטות הורגלו לכותבן..." ועיינו גם ריבלין, **אליסאנה**, עמ' 17. שם דן בהרחבה אודות שלוש הדרכים ב"דורש לשון הדיוט".

32. ראו גולאק, **אוצר השטרות**, מבוא, עמ' XXIII. וראו גם מ', בניהו, "ספר יפה נוף וספרים ראשונים של תיקון סופרים", **אסופות תשנ"ג**, יד הרב ניסים ירושלים, "השטרות קיבצם הסופר והעתיקם מתוך שטרות מקוריים. הוא כתבם אבל לא חיברם, ומסדריהם היו מורי הוראה ידועים".

33. **גיטין** ב.ב.

34. למשל, **בגיטין** פ.א.

35. **סנהדרין** כט.ב.

36. **בבא מציעא** טז.ב.

37. **בבא בתרא קלו.א**: "מתקיף לה רב חנינא מסורא: מי איכא מידי, דאנן לא ידעינן וספרי ידעי? שאלונוהו לספרי דאביי וידעי, ולספרי דרבא – וידעי." **סנהדרין** כט.ב – ל.א: "ההיא אודיתא דלא הוה כתוב בה אמר לנא כתבו וחתמו והבו ליה. אביי ורבא דאמרי תרווייהו: היינו דריש לקיש, דאמר ריש לקיש: חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה גדול. מתקיף לה רב פפי, ואיתימא רב הונא בריה דרב יהושע: מי איכא מידי דאנן לא ידעינן, וספרי דבי דינא ידעי? שאילינהו לספרי דאביי – וידעי, לספרי דרבא – וידעי. ההיא אודיתא דהוה כתב ביה, דוכרן פיתגמי וכל לישני דבי דינא, ולא הוה כתב בה במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי. סבר רבינא למימר: היינו דריש לקיש. אמר ליה רב נתן בר אמי, הכי אמרינן משמיה דרבא: כל כי האי גוונא – חיישינן לבית דין טועין." שם בהמשך העמוד הגמרא מביאה גם את מנהגם של נקיי הדעת שבירושלים באופן ניהול הדיון.

38. **משנה גיטין** ו, ז: "...אמר רבי יוסי נומינו לשליח, אף אנו מקובלין שאפילו אמר לבית דין הגדול שבירושלים תנו גט לאשתי, שילמדו ויכתבו ויתנו..."

39. ראו למשל ח' סולובייצ'יק, "שטר בספר העיטור", **תרביץ** מא (תשל"ב עמ' 313-324).

השבח של האמוראים, וציון ידיעתם הגבוהה, מתייחסים גם לסופרים בתקופת המשנה. גם הם חשובים לדעתו כבקיאים.

אחרים, כמו ריבלין, מבחינים בדבר טיבם של הסופרים על בסיס כרונולוגי.⁴⁰ בעוד שבתקופת המשנה הסופרים נחשבו על ידי החכמים להדיוטות, הרי שבתקופת התלמוד נחשבו הסופרים לבקיאים. תיתכן גם חלוקה על בסיס גיאוגרפי. התנאים התייחסו לסופריהם כאן בארץ ישראל, ואילו האמוראים בתלמוד הבבלי, דיברו על סופריהם שחיו בבבל. שמא היה זה מחמת השלטון השונה. ייתכן גם כי המציאות החברתית בבבל יצרה מציאות בה הסופרים היו בקיאים יותר.

עוד ייתכן שההבדלים בין הסופרים אינם ניתנים להכללה כלשהי, כרונולוגית או גיאוגרפית, אלא כל סופר נידון לגופו. תיאוריהם של חכמינו התייחסו באופן ספציפי לסופרים אותם הכירו אישית.

גם בתקופות מאוחרות יותר אנו שומעים על סופרים רשמיים. בגניזת קהיר אנו מכירים מספר סופרי בית הדין בשמותיהם. בין המפורסמים שבהם ניתן למנות את הלל החזן בן עלי,⁴¹ חלפון הלוי בן מנשה,⁴² ונתן הכהן ביר' שלמה. ברומא מוכר הסופר יהודה בכמהר"ר שבת.⁴³

ב. מיון קבצי השטרות

את קבצי השטרות ניתן לחלק במספר אופנים, נציג שניים מהם. האופן הראשון – הנו חלוקה על בסיס זמני.⁴⁴ האופן השני – מבכר את החלוקה לסוגות.⁴⁵

ב.1 הגישה הכרונולוגית

ניתן לחלק את כלל הקבצים לשש חטיבות זמן שונות: המקרא, חז"ל, גאונים, ראשונים, אחרונים, וזמננו.

40. ריבלין, הירושה, עמ' 245, בהתבסס על דבריו של פרידמן *Friedman M.A., Jewish Marriage in Palestine, A Cairo Geniza Study*, Tel Aviv and New York, I, 1980; II 1981. עמ' 3-2 ובהע' 6 שם.

41. ראו: Weiss, G., "Formularies (Shetarot) reconstructed from the Cairo Geniza", *Gratz College Annual of Jewish Studies*, 2 (1973), p. 29-42, 3 (1974) p. 63-76, 4 (1975) p. 69-76. (להלן, וייס, הלל).

42. ראו: Weiss, G., *Legal Documents Written by the Court Clerk, Halfon ben Manasse (dated 1100-1138), A Study in the Diplomatics of the Cairo Geniza*, Ph.D. Dissertation, University of Pennsylvania, 1970. (להלן: וייס, חלפון).

43. א' ברלינר, שריד מעיר, קראקא תרנ"ג (להלן: ברלינר, שריד מעיר), עמ' 6.

44. אופן זה עולה בקנה אחד עם הגישה המחקרית לפיה יש להתייחס אל כל החיבורים שקיבצו נוסחי שטרות כחטיבה אחת.

45. ייתכן שניתן להצביע על חפיפה מסוימת בין החלוקות הללו.

א. התקופה הראשונה – תקופת המקרא

התקנת קבצי שטרות המכילים נוסחים משפטיים תקפים שהתקבלו אינה דבר חדש. היא נמשכת כבר מאות שנים, ויש אומרים אלפי שנים. המקדים שבכולם הוא ככל הנראה רבי טוביה בן רבי אליעזר, בעל "פסיקתא זוטרתא", המוכר בשם "מדרש לקח טוב". הוא מייחס את תיקון השטרות לקבלה ממושה רבינו, מפי הגבורה, יחד עם שחיטה ותקיעת שופר:

...ועל כאלה שלא בתורה שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך. שהם קבלה בישראל דור אחר דור היאך היו ישראל נוהגין... ובתיקון שטרות... כל אלה קבלה הן בישראל שלא נחלקו חכמי ישראל עליהן ומי שאינו חס על כבוד קונו ורוצה לדבר תהפוכות הרי הוא חומס נפשו ועליו נאמר 'עוכר ביתו ינחל רוח'. ואומר 'גזול אביו ואמו' 'חבר הוא לאיש משחית' חבר הוא לירבעם בן נבט שהשחית את ישראל. ואין אלו המצות ממצות אנשים מלומדה אלא קבלה ממושה רבינו מפי הגבורה שאין לסור מהן ימין ושמאל, שהרי חכמים הראשונים מסרום לחכמים האחרונים...⁴⁶

אין בידינו להצביע על קובץ שטרות מימות המקרא, אפילו לא על נוסח חלקי של מי מהשטרות. אנו מוצאים בתורה שטר אחד בלבד – "ספר הכריתות". בתורה שמו של השטר הוא "ספר".⁴⁷ אין לנו פירוט לגבי מבנהו. החכמים למדים מהציווי בתורה מספר פרטים אודותיו.⁴⁸

בנביא ירמיה נזכרים מספר ספרים באותו הפסוק: "סֵפֶר הַמִּקְנָה", "הַחֲתוּמִים", "הַמִּצְוָה", "הַחֲקִים", ו"הַגְּלוּי" או "סֵפֶר הַגְּלוּי".⁴⁹ ייתכן כי מדובר בשטר אחד בעל חלקים שונים. השם הכולל הוא "סֵפֶר מִקְנָה". השטר הכיל חלק הקרוי "הַחֲתוּמִים", וחלק אחר הקרוי "סֵפֶר הַגְּלוּי". החלקים הללו נכתבו ככל הנראה על טפסים שונים.⁵⁰ ייתכן כי בדברי הנביא ניתן

46. פסיקתא זוטרתא ויקרא אמור נז,ב.

47. המילה שטר מקורה באכדית – situ. משמעותה כתב. בארמית – שטרא. בעברית נקלטה המילה בתקופת חז"ל ומופיעה למשל במשנה קידושין א, א: "האישה נקנית בכסף בשטר ובביאה" – מילון אבן שושן ערך "שטר". לעומתו ב' ליפשיץ, משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי (ירושלים, תשס"ב), ערך שטר, סבור כי משמעותו הראשונית של "שטר" הייתה חריטה. ליפשיץ מציע כי "לפי משמעות זו של חריטה וחטיבה ייתכן ששטר הוא כותב השטרות". על הקשר של ה"שטר" ל"שטר" עמד כבר ריב"ג בספר השרשים, ערך "שטר". פירושו של ליפשיץ מבוסס על י' פאור, "לבירור מונח 'קורא באיגרת'", עלי ספר, טו [תשמ"ט] עמ' 21, וליברמן, יונית עמ' 231.

אולם ליפשיץ מציע גם פירוש אחר למושג "שטר" על פי הפסיקתא רבתי (לג) לפיו "ייתכן שהשם יוסד במיוחד למי שמייסר ומכה ומעשה את הדין". פירוש זה לכאורה מובן יותר. השוטר, בניגוד לשטר, נזכרים כבר בתורה. ראו גם א' גולאק, השטרות בתלמוד (בעריכת ר' קצוף), ירושלים תשנ"ד, עמ' 11 הע' 1.

48. בין היתר למדו החכמים כי יש לכתוב את השטר בכונה ייעודית עבור המוטבת, האישה לה הוא ניתן. תוכנו של השטר אמור להביע את מהותו – כך למשל השטר אמור להבהיר את עניין הכריתות שבינה לבינה. השטר יבהיר את עניין השילוח של האישה מהבית, בניגוד לאפשרות לפיה הבעל הוא המסתלק. השטר חייב להיכתב על דבר תלוש, שאינו מחובר לקרקע – גיטין כא,ב. יש שלמדו כי עליו להיות מוצר בר קיימא כמו ספר – ספרי דברים, רסט. חובת הכתיבה מוטלת על יזום השטר, הבעל – סוטה כ,ב.

49. ראן ירמיה לב, יא: "ואקח את ספר המקנה את החתום המצווה והחוקים ואת הגלוי". שם יד: "לקוח את הספרים האלה את ספר המקנה הזה ואת החתום ואת ספר הגלוי הזה".

50. ירמיה לב, יד: "לקוח את הספרים האלה...".

לראות את מבנה השטר על חלקיו השונים, או תיאור של שטרות שונים שליוו את העסקה, ונחתמו באותו המעמד.

ב. התקופה השנייה - תקופת חז"ל

החוקרים המקדימים ביותר מייחסים "קובצים של טופסים ערוכים עם כל התיקונים ודקדוקי הלשון" לאחר חתימת המשנה.⁵¹ גולאק סבור כי בזמן התלמוד כבר היו לסופרים "ספרי שטרות",⁵² גם אסף, סבור כך.⁵³ את דבריהם הם סומכים על הלשונות המחייבים הנזכרים במשנה בנוגע לנוסחי שטרי הפרוסבול, בגיטי הנשים, ובגיטי שחרור העבדים. העובדה שבמשנה לא נזכרה כל מחלוקת בדבר הנוסח, מעידה לדעתם על היות נוסח מוסכם. נוסח כזה היה מעוגן בקובץ כתוב לדבריהם.

בפועל, **במשנה** מובאים נוסחים חלקיים לשלושה שטרות. הם נזכרים בתואר "גופו". הראשון הוא הפרוסבול,⁵⁴ והשניים הנוספים הם שני גיטין – גט אישה, וגט שחרור עבדים.⁵⁵ בנוסף נזכרים במשנה סעיפים מתוך שטרי כתובה.⁵⁶ במשנה מצויים גם סעיפים מתוך שטרות נוספים.⁵⁷ מצויים בה סעיפים אופציונאליים, הנתונים לבחירת הכותב, בהתאם לנסיבות, למשל הסתלקות מזכויות.⁵⁸ במשנה מצויות הנחיות לסופרים כיצד לכתוב טפסי שטר.⁵⁹ יש בה גם הנחיות לליטוש נוסח השטר להעצמת פעולתו.⁶⁰ **בתוספתא** ניתן למצוא את פרטיו היסודיים של מבנה השטר, בדגש על מבנה התאריך.⁶¹

בתלמוד מצויים נוסחים של מספר שטרות נוספים. למשל: שטר חליצת היבמה,⁶² שטר קבלת הגט,⁶³ ושטרי מכר.⁶⁴ בתלמוד מצויים גם סעיפים המלווים את השטר. ייתכן כי

51. גולאק **אוצר השטרות**, הקדמה.
52. גולאק, **אוצר השטרות**, מבוא, עמ' XXVI. (קובצים, טופסים – במקור בוא"ו – י"ש).
53. אסף, **שטרי רה"ג**, מבוא עמ' 5.
54. **משנה שביעית** י, ד: "זהו גופו של פרוסבול, מוסר אני לכם איש פלוני ופלוני הדינים שבמקום פלוני, שכל חוב שיש לי, שאגבנו כל זמן שארצה".
55. **משנה גיטין** ט, ג: "גופו של גט, הרי את מתרת לכל אדם. רבי יהודה אומר, ודין דיהוי ליכי מנאי ספר תרוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין למהך להתנסבא לכל גבר דתצבין. גופו של גט שחרור, הרי את בת חורין, הרי את לעצמך".
56. **משנה כתובות** ד, ז"ב. הסעיפים המובאים כתובים בארמית ארצישראלית, דבר המעיד לכאורה על סעיפים שהשתרשו בכתובה זה זמן רב. לגודל חשיבות הסעיפים הללו התנו החכמים את הדברים כתנאי בית דין, המחייבים גם אם לא נכתבו.
57. **משנה בבא מציעא** ט, ג: "שכך כותב לו, אם אוביר ולא אעביד, אשלם במיטבא".
58. **משנה כתובות** ט, א: "הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך...".
59. **משנה גיטין** ג, ב: "הכותב טפסי גיטין, צריך שיניח... שטרי מלווה... שטרי מקח...".
60. **משנה בבא בתרא** ח, ז: "הכותב נכסיו לבניו, צריך שיכתוב...".
61. **תוספתא בבא בתרא** יא, ב: "גופו של שטר ביום פל' בשבת פלנית בחדש פל' בשנה פל' ובמלכות פל'".
62. **יבמות** לט"ב, "אין פלונית בת פלוני אקרבת ית פלוני יבמה קדמנא לבי דינא... ואשתמודעינהו דאחזה דמיתנא מאבא ניהו, ואמרי ליה: אי צבית ליבם יבם, ואי לא – איטלע לה רגליך דימינא, ואיטלע לה רגלא דימינא, ושרת סיניה מעל רגלוהי, וירקת באנפוהי רוקא דמתחזיא לבי דינא על ארעא. ורבי חיית בר אויא מסיים בה משמיה דרב יהודה: ואקרינהו מה דכתיב בספר אורייתא דמשה."

מדובר בנויי שטר.⁶⁵ בנוסף לכך מצויים בתלמוד גם נוסחים מתוך שטרות שאינם מיועדים להמונים כי אם עבור בית הדין. דוגמה לדבר היא שטרי הנפק, הקרויים גם אשרתא דדייני.⁶⁶

ספק אם ניתן להצביע בוודאות על קובץ כתוב כזה בתקופת חז"ל, כפי שעולה לכאורה מדבריהם של גולאק ואסף. איננו מוצאים במשנה שטרות שלמים. על פי רוב מביאים החכמים סעיפים מתוך השטר בלבד. מלבד היעדר קובץ כזה בידינו, גם איננו מוצאים התייחסות לקובץ כזה במהלך הדורות.⁶⁷ קשה להצביע אפילו על רמז למין "מגילת סתרים" כזו.⁶⁸ יחד עם זאת קשה להתעלם מריבוי חלקי נוסח, של שטרות רבים כל כך, הפזורים ברחבי התלמוד. ניסוחים אלו משמשים את בסיס נוסחי השטרות עד ימינו.

ג. התקופה השלישית – תקופת הגאונים

יש בין החוקרים מי שסבור כי ראשוני הקבצים הייעודיים בתחום השטרות החלו להיכתב בתקופת הגאונים.⁶⁹ הקדום שבכולם, עליו אנו יודעים כיום הוא "ספר ברכות ושטרות", מראשית המאה השביעית.⁷⁰ בידינו נשתמרו מן הספר שני שטרות בלבד, גט חליצה וגט חירות. שרידים נרחבים יותר מצויים בידינו משטרי רס"ג. גם הוא לא הגיע לידינו כקובץ שלם.

הקבצים השלמים שבידינו הם רק מראשית המאה האחת עשרה. בתקופה זו אנו מוצאים שני קבצים. האחד – קובץ שטרות ארמי מבבל, מאת מחבר ידוע, גדול בהלכה, הלא הוא

63. גיטין לה, א: "איך פלוניתא בת פלוני קבילת גיטא מן...". ישנו גם נוסח דומה המובא ביחס לגט אישה. אמנם נחלקו האם זהו הנוסח המדויק, או שמא יש להגיהו ראו גיטין פה, ב: "דאתקין רבא (א) בגיטי: איך פלניא בר פלניא פטר ותריך ית פלוניתא אינתתיה דהות אינתתיה מן קדם דנא מיומא דנן ולעלם...". וראו גולאק, **אוצר השטרות**, הקדמה XXXIV הע' 12 הדין כיצד אמורא יציע נוסח שונה לגט. הוא מתרץ, באופן דומה לתירוץ הריטב"א שם והר"ן, כי הלשון אינה מדויקת. "והא דאמרינן דאתקן רב בגטין איך פלניא בר פלניא פטר. לאו דוקא האי לישנא דהא ספר מקנה בעינן [וצריך שידבר הוא] וכדאמרינן (יבמות קטו, ב) בההוא גיטא דאשתכח בנהרדעא אנא [אנדרולינאי] נהרדעא פטרית ותרוכית יתיכי...".

64. קידושין כו, א, למשל: "שדי מכורה לך, שדי נתונה לך" או **בבא בתרא** נא, א: "שדי קנויה לך".

65. **בבא מציעא** טו, א: "שכך כותב לו מוכר ללוקח: אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין, אינן ועמליהון ושבחיהון ואיקום קדמך, וצבי זבינא דנן וקבל עלוהי". באופן דומה גם בשטר אריסות שכותב האריס לבעל השדה **בבא מציעא** קה, א: "שכך כותב לו אנא אוקים ואניר ואורע ואחצור ואעמר ואדוש ואידירי ואוקים כריא קדמך, ותיתי אנת ותיטול פלגא, ואנא בעמלי ובנפקות ידי פלגא."

66. למשל **כתובות** כא, א.

67. מקצת החוקרים סבורים כי אפילו התלמוד עצמו לא עלה על הכתב אפילו בימי הגאונים. כך למשל רא"ש רוזנטל, "תולדות הנוסח ובעיות עריכה בחקר התלמוד הבבלי", **תרביץ** נו (תשמ"ח), עמ' 1 ואילך: "כל אותן הערות גאונים המכריזים שעוד בימיהם לומדים את התלמוד על פה שלא מהכתב, הערות שנחשבו בגדר מליצה בלבד – באו כתבי היד והדגימו עד כמה הן נכונות ואמיתיות".

68. מגילת סתרים מוכרת לנו מאבות המלאכה בשבת. זו נזכרת בכמה מקומות בתלמוד, למשל **שבת** ו, ב; צו, ב; **בבא מציעא** צב, א.

69. ריבלין, **הירושה** עמ' 246.

70. מ' מרגליות, **הלכות ארץ ישראל מן הגניזה** (ירושלים, תשל"ד), (להלן: מרגליות, **הלכות א"י**) עמ' כו.

ספר השטרות של רב האי גאון. השני – הנו קובץ שטרות עברי, הקדום ביותר המוכר כיום, מאליסאנה שבספרד, ומחברו אינו ידוע.⁷¹

ד. התקופה הרביעית – תקופת הראשונים

בתקופת הראשונים, קבצי השטרות מצויים בעיקר בכתבי היד של המחזורים והסידורים. קבצים נוספים מתקופתם נותרו עד ימינו בכתב יד. קבצים אחדים מצויים בפוסקים. בתקופה זו מצויה העתקה רבה של כתבי יד של פרשנים ופוסקים. לעומת זאת איננו מוצאים העתקה של קבצי שטרות עצמאיים בדורות שלאחר חיבורם. בכל דור מוצאים קובץ חדש שהתחבר באותו הדור. גם לאחר המצאת הדפוס לא טרחו להעלות על מכבש הדפוס את כתבי היד הללו.

ה. התקופה החמישית – תקופת האחרונים

בתקופת האחרונים ישנם קבצים רבים. הללו יצאו עם התפשטות הדפוס. בתקופה זו היחס לקבצים משתנה לטובה. הדבר מוביל להדפסות חוזרות מרובות של הספרים "תיקוני סופרים", ו"עיתורי סופרים". רוב הקבצים הללו הם תיקוני שטרות. הקבצים ברובם עצמאיים. המפורסם שבכולם הוא "נחלת שבעה".

ו. התקופה השישית – ימינו

תקופתנו, מבוססת על המשך שימוש בהעתקות של "נחלת שבעה", והוצאה מדעית של קבצים קדמונים, ובמיעוט יצירות חדשות.

לאחרונה ניכרת התעוררות בתחום. להלן כמה דוגמאות: ספר עזר לניסוח הסכמי ממון על פי ההלכה, מאת הרב יוסף גולדברג, בשם "הסכם ממון".⁷² ספרו של הרב שמואל אליעזר שטרן "ספר השטרות להלכה ולמעשה",⁷³ הרב מרדכי צבי סילמן, הוציא את הספר "דרכי חושן", מכתבי אביו הרב יהודה סילמן. בספר מצויים שטרות, חוזים הסכמים וצוואות. רוב החוזים עוסקים בענייני בתים.⁷⁴ ספר כת"ר א כולל מאמר ארוך של הרב דוד בס, ובסופו שני חוזים.⁷⁵ הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט א – דיני חוזים והסכמים, ובסופו

71. מפירות הקובץ של אליסאנה, קובץ שטרות המצוי בסוף התלמוד הבבלי, בכתב יד מינכן מאמצע המאה הארבע עשרה. יצא לאור גם כן על ידי ריבלין. על שטרי אליסאנה ראו ריבלין, אליסאנה. העיר נקראת כיום לוסנה או לוסאנה (Lucena). יש המשערים כי שמה המקורי – אליסאנה (Eliossana) בא מתפילת ההושענות "אלי הושע נא". ככל הנראה שיבוש מוסלמי ערבי הפך את שמה ל"אליסאנה". כיום אין בעיר זכר יהודי. בומן הגאונים לעומת זאת, הייתה העיר יהודית ברובה ואף כונתה "העיר היהודית". בסוף המאה האחת עשרה עמד הרי"ף בראשות הישיבה בעיר. הקהילה היהודית זכתה לאוטונומיה רבה, שכללה אפילו שיפוט פלילי. בהמשך היו בה מגדולי הראשונים: רבי יצחק אבן גיאת, רבי יצחק אבן אלבליה, ורבי יוסף אבן מיגש תלמיד הרי"ף שעמד בראשות הישיבה.

72. הרב יוסף בן אברהם הלל גולדברג, **הסכם ממון** (ירושלים תשנ"ו). בספר מצויות הלכות שטר. בנוסף יש בו גם ניסוחים כללים ומנהגים שונים בלשונות השטר.

73. הרב שמואל אליעזר שטרן, **ספר השטרות להלכה ולמעשה** (בני ברק, תשנ"ט).

74. הרב מרדכי צבי סילמן, **דרכי חושן** (קרית ספר, תשנ"ט).

75. הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה: מבוא, דינים ועקרונות לניסוח חוזים בהתאם להלכה בצירוף דוגמאות", **כתר א** (קדומים תשנ"ו).

"נוסחאות חוזים ושרות"⁷⁶ גם בביטאונים תורניים נמשך העיסוק בנוסח השרות. כך למשל הרב ראטה בביטאון "משיב בהלכה" של בית דין צדק ובית ההוראה של "מכון להוראה"⁷⁷. וכך גם בספרי משפטי ארץ קניין ומסחר,⁷⁸ ובספר זה.

ז. עץ ספרי השרות

עץ ספרי השרות המוכרים לנו כיום ככל הנראה נראה כך.

שטרי רב האי גאון – זהו הקובץ העתיק שהגיע אלינו בשלמותו. לא זכינו לפגוש מי שהעתיק ממנו.

שטרי רס"ג – הועתקו לשטרי הרי"ב, ולספר העיטור.

שטרי אליסאנה – הועתקו לשטרי מינכן.

לשטרי מחזור ויטרי ככל הנראה אין פירות.

"עיטור סופרים" הועתק לפחות לארבעה מרכזים: ונציה, קושטא, איזמיר, וירושלים. בין היתר גם "תיקון סופרים מהר"י צבאח הירושלמי" הוא מפירותיו. אולי גם ספר "יפה נוף" מפירי פירותיו.

"תיקון שטרות קראקא" הוליד את ה"נחלת שבעה", ו"תיקוני השרות".

ב.2 הגישה הסוגתית

הגישה הסוגתית מצביעה על הבידול בין הסוגות. בהתאמה היא בוחנת את מועד ההופעה של כל אחת מהן. זאת תחת הסתכלות על קבצי השרות כיחידה אחת. ניתן לחלק את כלל החיבורים שקיבצו שטרות לשני סוגים. הראשון – קבצי נוסחי שטרות מומלצים, והשני – קבצי שטרות מתעדים.

א. קבצי נוסחי שטרות מומלצים

קבצי שטרות מומלצים – אלו חיבורים המקבצים נוסחים של שטרות שונים, לטובת עושי השרות. ככל הנראה לרוב היו עושי השרות סופרי שטרות. במקרים רבים היו הסופרים הללו אנשי צוות אורגני בבית הדין.

בקבצי השרות ניתן למצוא שלושה תחומים: שטרי איסור והיתר, שטרי משא ומתן, ושטרי בית הדין. חלק מהקבצים עוסקים רק בתחום אחד או שניים. אחרים בשלושתם.

1. קבצי שטרי איסור והיתר

נראה כי הסוג הראשון של שטרות שהתגבש לכלל קובץ המוכר לנו, הוא בתחום איסור והיתר. שטרי הקבצים הללו הנם לרוב מתחום המעמד האישי. בנוסף לשטרי המעמד האישי הם כוללים את הפרוסבול. לשטרות אלו דרישת נוסח הלכתית. הקבצים הללו כוללים בראש ובראשונה את הגט, השטר היחיד, הנזכר כבר בתורה, בשם "ספר הכריתות". רק נוסחו נעדר מהמקרא. במקומות ובזמנים בהם העבדות הייתה מצויה,

76. הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט: דיני חוזים והסכמים, א (בני ברק, תש"ס).

77. ראו למשל י' ראטה, "נוסחי שטרות", משיב בהלכה, י (תשנ"ג), עמ' סה"עב.

78. משפטי ארץ כרך ג – קניין ומסחר (עפרה, תש"ע), (בעריכת הרב עדו רכניץ ואחרים).

מוצאים בסמיכות לגט אישה, גם את גט שחרור העבד. חלק מהקבצים הללו כוללים גם שטרי משפחה נוספים כגון גט מיאון של קטנה שנישאה.

קשה להצביע על עדות לנוסח שטר בתקופת המקרא. בתקופת חז"ל, ניתן למצוא נוסח של שטרות אחדים. קבצים ייעודיים סדורים של נוסחים כאלה מצויים רק בתקופת הגאונים.

עולם ההלכה חייב להידרש לתחום שטרי איסור והיתר, ולהורות לרבים את הדרך ילכו בה. בשטרות הללו מדובר בדרישת נוסח, ולא רק בהצעת נוסח. ראייה לדבר היא בחירת המשנה להציג את נוסח השטרות הללו בלבד. מנגד, שטרות אחרים הנוכחים במשנה, לא זכו להצגת נוסח מחייב. מסתמן כי השטרות הללו הם היציבים ביותר מבחינת שמירת הנוסח לאורך הדורות. קבצים מסוג זה, הכוללים גיטין ופרוסבול, מצויים כמעט בכל החיבורים ההלכתיים בתורה שבעל פה, בדגש על הקנוניים שבהם. הם מצויים החל במשנה, דרך התלמוד והגאונים, ועד הפוסקים הראשונים והאחרונים, בהם הרי"ף, הרמב"ם, והשולחן ערוך. בנוסף הדבר מצוי גם בכמה ספרים נוספים של הראשונים כגון: ספר מישרים, ספר התרומות, מרדכי, ראבי"ה ועוד.

מי שנחשב על ידי רבים מהחוקרים כראשון קבצי השטרות המוכרים לנו כיום, הוא "ספר ברכות ושטרות", מראשית תקופת הגאונים.⁷⁹ מחיבור זה הגיעו לידינו רק שני שטרות. שניהם מתחום המעמד האישי: גט חליצה וגט חירות.

בארצות המגרב, ראשון הסידורים המוכר לנו כיום שהביא קובץ שטרות, הוא סידור רבינו שלמה ברבי נתן זצ"ל אב בית דין, מן העיר סיגילמסה. כל שטרותיו הינם שטרי מעמד אישי. בין היתר מצויים שם שטרי משפחה, לרבות עבדים, ושטרי שליחות לפעול פעולות בתחום המשפחה, ונסח קיום השטר. וכך כתב שם:

הפרק הכ"ח בקביעת מקצת מנוסחאות השטרות ומטרתו בפרק הזה לקבוע הנוסחאות הנצרכים בכתיבתם המיוחדת בעניני הנשואין והגט והקשור בזה וכיוצא בהן אחר כך השיחרור ואע"פ שכבר הקדמנו לכתוב סדר הסכם הנשואין כתנאיהם ודיניהם נשאר הצורך כאן בכתיבת הנוסחאות שייכתבו בעניינים הנכללים בשם וראשונה.

בתימן קבצי שטרות ככל הנראה לא היו דבר נפוץ. בין היוצאים מן הכלל הוא התכלאל, בו מופיעים, לאחר תפילת קבלת שבת, מספר שטרי משפחה.⁸⁰

2. קבצי שטרות כוללים

הסוג השני של קבצי שטרות שהופיע הוא ככל הנראה קבצי השטרות הכוללים את שלושת התחומים. המחקר, בדברו על ספרי השטרות כחטיבה אחת, מכוון ככל הנראה לקבוצה זו. קבוצת השטרות הכוללים החלה להתפתח ככל הנראה בסוף תקופת הגאונים. מסתמן כי קבוצה זו הקדימה במאות שנים את קבוצת קבצי השטרות שנתייחדו לשטרי משא ומתן בלבד.

79. ריבלין, הירושה, עמ' 246.

80. למשל תכלאל משתא שבזי, מהדורת צילום (ירושלים תשמ"ו).

על הקדומים שבספרי השטרות הכוללים, נמנים שלושת הספרים של: רב סעדיה גאון, רב האי גאון, ורבי יהודה הברצלוני. הללו עיצבו את נוסחאות השטר, ולא רק לדורם. הם היוו את אבני הבניין לספרי השטרות המאוחרים יותר.⁸¹ הנקודה המבדילה את ספריהם זה מזה היא לשונם.⁸²

קשה להצביע על חיבור הלכתי קנוני שבו קובץ שטרות כולל. החיבורים הללו כאמור הקפידו להביא בחיבוריהם שטרי איסור והיתר בלבד. יתר על כן, מחבריהם של החיבורים הקנוניים, לא הראו את כוחם בתחום שטרי משא ומתן, גם לא בחיבור עצמאי, או באיזשהו חיבור אחר שחיברו. במשנה איננו מוצאים קובץ כזה. גם לא בתלמוד. הרמב"ם לא התקין קובץ כזה, לא כחלק מחיבורו "משנה תורה", גם לא כחיבור עצמאי או כחלק מחיבור אחר שחיבר. גם בעל השולחן ערוך לא סמך חיבור מסוג זה לחיבורו, וגם בפני עצמו לא התקינו. ישנם מספר חיבורים יוצאים מן הכלל. הללו חיבורים מקיפים בתחום ההלכה, ונספחו אליהם קבצי שטרות משולבים, בהם שטרי משפחה ואיסור והיתר מחד, יחד עם שטרי משא ומתן מאידך, ביניהם: "ספר העיטור", מחזור ויטרי, ומהדורות מסוימות של "קיצור שולחן ערוך".

3. קבצי שטרי בית דין

הסוג השלישי של קבצי שטרות מומלצים שהופיעו הנו ככל הנראה קבצי שטרי בית הדין. קבוצה זו כוללת קבצי שטרות שלא נועדו להמונים, כי אם לפקידי בית הדין לצורך עבודתם, או לנציגי הציבור. ניצני נוסחי השטרות הללו מצויים כבר בתלמוד, אולם, לכלל קובץ המוכר לנו כיום הגיעו בראשית המאה השלוש עשרה. בספר יד רמ"ה לרבי מאיר בן טודרוס הלוי אבולעפיה על מסכת בבא בתרא מצוי קובץ שטרות בסוף הפרק העשירי.⁸³ הקובץ כתוב בארמית. כל שטרי הקובץ עוסקים בסדרי גביית החוב על ידי בית הדין.⁸⁴ גם גולאק בסוף חיבורו הקדיש כרבע מספרו, עבור קרוב למאה מהשטרות הללו.⁸⁵

4. קבצי שטרי משא ומתן

סוג זה, אולי באופן מפתיע, כנראה האחרון להופיע. על קבוצה זו נמנים קבצי שטרות העוסקים במשא ומתן בין איש לרעהו בדגש על תחום כריתת החוים. הקבצים הללו נעדרים שטרי מעמד אישי ולרוב אין להם נגיעה בענייני איסור והיתר. רק לעתים יש בהם

81. ריבלין, הירושה, עמ' 247.

82. ראו ריבלין, הירושה, שם. רס"ג כתב את ההוראות בספרו בערבית, ואת נוסחאות השטר בעברית. רה"ג כתב את השטרות בארמית, ואת ההנחיות בעברית. רבי יהודה הברצלוני כתב את מרבית ההוראות בעברית, וגם את נוסח השטרות כתב בעברית. יוצאים מן הכלל הנם שטרי המשפחה, כגון הגט והכתובה, בהם נשתמרה השפה הארמית. ספר השטרות של רבי יהודה הברצלוני אינו ספר מקורי, אלא העתקה של שטרי רס"ג. הוא זכה להיכלל עם שלושת ספרי היסוד, בגין שפתו. ייתכן שכיום היו מונים את שטרי אליסאנה, כקובץ השלישי במקום שטרי הרי"ב, בשל היותו קובץ מקור, שקדם לו בזמן, וגם עשה פירות – שטרי מינכן.

83. יד רמ"ה בבא בתרא קסט"ב, פט.

84. ריבלין, הירושה, עמ' 247, הע' 21. גולאק, אוצר השטרות, מבוא, עמ' XXVIII.

85. גולאק, אוצר השטרות.

נגיעה בענייני איסור, לרוב בתחום הריבית. קבצים כאלו מצויים ככל הנראה רק בימי הדפוס, אולי מעט לפני כן בסוף תקופת הראשונים. במקרים רבים הם מצויים בכפיפה אחת עם האגרונים.⁸⁶ הכוונה לחיבורים שנועדו ללמד את ההמון כיצד לכתוב את איגרותיהם.⁸⁷ יישוב לתמיהה כיצד דווקא קבוצה זו לא זכתה לחיבור משלה עד סמוך לתקופת הדפוס, ייתכן שניתן למצוא בתמורות שחלו בזמינות המסמך הכתוב ובמחירו. בעידן הקלף, הכתיבה הייתה יקרה ומסובכת. זו נעשתה לרוב על ידי סופרים מקצועיים. הללו במקרים רבים היו סמוכים לבית הדין, או היוו חלק מצוותו האורגני. בנסיבות אלו אין דרישה בקרב ההמונים למסמכים כלכליים שיסייעו להם בהתקשרות חוזית. ההמונים נזקקו בכל מקרה לסיועו של הסופר המקצועי. הלה כאמור היה סמוך במקרים רבים לבית הדין. לאור זאת את החומר המקצועי בתחום המשא ומתן, לא היה טעם להוציא בנפרד מהחומר שיועד לבית הדין ולסופריו, היינו קבצי שטרות כוללים. עם הגידול בזמינות הנייר, ובתפוצת הכתיבה, יכולים היו גם הדיוטות לכתוב מסמכים ולהתנימם, גם שלא בסמיכות לבית הדין. הדבר יצר קהל יעד רחב בהרבה שהצדיק חיבור קבצים כאלו להמון. הקבצים הללו נסמכו במקרים רבים אל ספרי הדרכה כלליים להדיוטות, בדבר שיפור נוסח הכתיבה, למשל של מכתביהם האישיים.

שטרי משא ומתן הם מהשטרות הפחות יציבים. הם משתנים בהתאם לנסיבות, ולבקשת הצדדים. בנוסף שטרי משא ומתן אמורים לפעול גם תחת מערכת חוקים זרה. מימי חז"ל ועד ימינו המערכת ההלכתית אינה הריבון והחוק שנהג היה של חברה אחרת.⁸⁸ במונחים מסוימים לעולם ההלכה יש עניין שלא להידרש לשטרות בתחום האזרחי. הללו בדרך כלל, אינם מאוזנים, ותכליתם להיטיב עם עושה השטר. התרחקות המערכת הרשמית, מעיסוק בניסוח שטרות בתחום המשא ומתן, כוללת את בתי הדין וסופריהם מחד, ואת מערכות החקיקה מאידך. גם במערכות שלטון מודרניות, לרוב נמנעת המערכת הרשמית מלהוציא קובץ מחייב של נוסחים בתחום שטרי משא ומתן. בדרך כלל החוקים השונים מגדירים רק דרישות נוסח של סעיף מסוים, אך לא מעבר לכך. זאת בין היתר בשל העובדה שביצירת נוסחים קשיחים, יש בחינה הנוגדת את חירותו של הפרט לקבוע את דרכי התקשרותו.⁸⁹ גישה זו הובילה ככל הנראה גם לכך שהספרות ההלכתית, מיעטה מלנסח שטרי משא ומתן שלמים, ומלהוציא נוסח מחייב כולל.

למרות הדברים הללו, יש בכל זאת יתרון בשטרות מקצועיים, הנערכים על ידי סופרי הדיונים, ובהתאמה, בהצגתם כקובץ הלכתי מחייב. ניסוחים מקצועיים וברורים עושים

86. למשל יפה נוף, ונציה בתוך ילקוט הלכות שטרות, מהדורת צילום (מונרו, תשנ"ג).

87. ראו למשל דב רפל, "על ספרות האגרונות", בתוך מחקרי ירושלים בספרות עברית תשנ"ב, עמ' 119 – 135. הם מוכרים גם בשםם בשפת האידיש "בריפען שטעללער".

88. גם בימינו במדינת ישראל – המערכת ההלכתית אינה הריבון, ושטרות להם השלכה ממונית מבקשים להתאים עצמם גם לחוקי המדינה. דוגמה לדבר היא ספר זה.

89. בהתאם לתיאוריה של החוים, לפרט יש את החירות לקבוע את אופני התקשרות בהם הוא חפץ. יצירת נוסח קשוח מנוגדת לחירות זו. ראו למשל ג' שלו, דיני חוים החלק הכללי, מהדורה שלישית (ירושלים, תשס"ה). (להלן: שלו, חוים) עמ' 18.

שלום בעם, חוסכים דיונים משפטיים, וגם ספקות בדיון. בשל כך הם מסייעים בהקניית ביטחון חוזי. הדבר מיטיב עם המשק ומסייע לצמיחתו.

ב. קבצי שטרות מתעדים

הקבצים שנסקרו עד עתה מאופיינים בכך שהם מקבצים טפסים של שטרות, ומציעים אותם למעוניינים לכתוב שטר בטרום אלה ייגשו אל המלאכה. לעומתם ישנם קבצים המתעדים שטרות ששימשו בפועל. חלק מקבצי השטרות המתעדים מבוססים על פנקסי בית הדין. הפנקסים הללו הם ספרי תיעוד של דיוני בית הדין. לרוב הם כוללים שטרות מן הסוגים השונים. רבים מהם שטרי משא ומתן.⁹⁰ השטרות הללו הגיעו לבית הדין בשל מחלוקת שאירעה בעת הרצון לממש את השטר. לשטרות אלו חיסרון מסוים, בכך שלא חסכו לבעל השטר את הצורך בדיון בבית הדין.⁹¹

קיומם של קבצים כאלה מתועד כבר מימי הראשונים. רובם של החיבורים הללו המצויים בידינו הוא ממאתיים השנים האחרונות. במאה השמונה עשרה בברלין התקיים פנקס הקהילה.⁹² בתימן היה זה "ספר הזכרונות" שנקרא גם אלמסודה.⁹³ במובנים מסוימים ניתן לראות גם בנוסחים מתוך השטרות המוצגים בתלמוד, מעין אוסף מתוך בתי הדין בזמנם. שטרות רבים, שהוצגו בבתי דין, פוזרים בספרות ההלכה, במיוחד בספרות השו"ת. בדורות האחרונים קיבצו מספר חוקרים שטרות, על בסיס רציונל מארגן כלשהו, כגון, תקופה מסוימת או אזור מסוים.⁹⁴

90. לעתים נרשמו בקבצים אלו גם עובדות שנראו חשובות בעיני הסופר, למרות שאין הם קשורים למתנהל בין כתלי בית הדין, כגון אירועים שאירעו לדמות רבנית חשובה באותה העת. ראו: הקדמה ל**אלמסודה: פנקס בית-הדין של קהילת יהודי צנעא במאה הי"ח**: כ"י Heb. 38 3281/2, בית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי בירושלים / ההדרה ומבוא: יהודה ניני; תרגום: נסים בנימין גמליאלי (תל אביב, תשס"א). (להלן: **אלמסודה**).

91. **שבת קמח, ב.**

92. מיזל, **פנקס**.

93. הספר מכונה גם: "ספר הזכרונות". בספר נרשמו גם אירועים חשובים, כמו תולדות חכמי הקהילה.

94. פורטן קיבצה את שטרות מצרים. ראו ב' פורטן ואח', **אוסף תעודות ארמיות ממצרים העתיקה**, האוניברסיטה העברית ירושלים, 1986. כרך ב' – שטרות. קואולי קיבץ שטרות ארמיים. ראו Cowley A. (ed) **Aramic papyri of the fifth century**. Oxford 1923, repr. Osnabruck 1967.

אפטוביצר קיבץ את עשרת שטרי מעשה בית הדין, העוסקים בגביית החוב ובמכירת הנכסים על ידי בית הדין, שהתפרסמו על ידו כ"שטרי בבא מתיבתא". ראו Aptowitz V., "Formularies of decrees and documents from a gaonic court", **Jewish Quarter Review** N.S 4(1913-14) p. 23-51.

גרשון וייס קיבץ שטרות מן הגניזה של סופרי בית הדין הלל וחלפון. ראו: **וייס הלל ווייס חלפון**. דיוויס קיבץ את שטרי יהודי אנגליה, בתחום משפחה ועסקי משא ומתן, מן המאות השנים עשרה והשלוש עשרה, Davis, M. D., **Hebrew Deeds of English Jews Before 1290**. London 1888, repr. Farnborough 1969 (להלן: **דיוויס, שטרי אנגליה**).

כך יצא גם קובץ שטרות של יהודי קולוניא (Köln). בקובץ זה לא קובצו השטרות, אלא אישורים וקיומים בתחום המקרקעין והקניינים מן המאה השלש עשרה: Stern, M. und R. Honiger, **Das Judenschreunbuch der Laurenzpfarre zu Köln**, Berlin, 1888.

דינרד קיבץ בספרו שבלים בודדות מספר שטרות. א', דינרד, **שבלים בודדות**, ירושלים תרע"ה. הוא שב ונדפס בירושלים תשל"א. אסף הוציא בתרח"צ "שטרות עתיקים מן הגניזה". ראו ש' אסף, **תורתן של**

ג. מוסד ה"ערכי": מסגרות תיעוד רשמיות ומשמעותן

בימינו, מקובל כי חוזה נערך בין שני צדדים. בדרך כלל הוא אינו זקוק לאישור שלטוני.⁹⁵ בעבר המעורבות שלטונית בהתקנת השטר הייתה משמעותית יותר. ההלכה אינה מחייבת לכתוב את השטרות אצל סופר רשמי, או במשרד משפטי כלשהו. בפועל במקרים רבים ערכו את השטרות אצל סופרים רשמיים. במהלך הדורות רגילים היו לשמור העתק מן השטרות, או לכל הפחות הקפידו לתעד את תוכן השטר במשרד המשפטי שהופקד על כך. בתי הדין שימשו במקרים רבים כמוסד התיעודי הרשמי לשטרות. בקהילות רבות היה לדבר גם השלכה דינית, לפיה בהיעדר תיעוד כזה – השטר היה חסר תוקף. בקהילות אחרות שימשו הקבצים הללו רק כספר זיכרונות לטובת הדיינים, או לטובת סופר בית הדין. קיומו של מוסד תיעודי בבית הדין ראשיתו ככל הנראה כבר בימי הבית הראשון.⁹⁶

ג.1 בימי הבית הראשון

הד ראשוני לקיומו של מוסד רשמי בו שמרו את השטרות, ניתן למצוא כבר ב"החתום" הנזכר בירמיהו. גולאק סבור כי תכלית כתיבתו וחתמתו של "החתום" הייתה להיכרך ולהיחתם, "למען יעמדו ימים רבים".⁹⁷ "ספר הגלוי" לעומת זאת היה השטר שניתן לקונה.⁹⁸ בשטר זה ניתן היה לעיין בעת הצורך.⁹⁹

גאונים וראשונים, א מספרות הגאונים (ירושלים, תרצ"ג). בר אשר הוציא שטרות ממרוקו מקהילות קצר אסוק וגריס במאות השמונה עשרה העשרים. חלק מן השטרות נכתבו בערבית יהודית.

גולאק הוציא את "אוצר השטרות" בשנת תרפ"ו. בספר ארבע מאות ושלושה שטרות, על פי דבריו בהקדמה לספרו, עמ' V, הביא בסך הכל ארבע מאות ושלושה שטרות. בפועל יש יותר. הוא ארגן את ספרו בהתאם לשיטת המשפט הרומית. ספרי שטרות נוספים אורגנו בהתאם לשיטת המשפט הזר שנהגה בעת עריכת הספר. חלוקתו של גולאק נעשתה בהתאם לשיטה הפאנדקטיסטית, אשר נוסדה על ידי משפטני גרמניה כדרך לחקר המשפט הרומי. מידת התאמתה למשפט העברי אינה ברורה, בקרב חוקרי דורנו נשמעה ביקורת על גישתו. ראו למשל הקדמת מ"א ראבילו לגולאק, **שטרות בתלמוד**, עמ' 2 ובהע' 1. ככל הנראה הוא המאסף הגדול שבכולם. מבחינת זמנים הוא קיבץ מאז חז"ל ועד ימיו, ומבחינת המקומות השתדל שלא לפסוח על אתר. הספר שימש לא רק חוקרים כי אם גם רבנים. ראו למשל **שו"ת שרידי אש**, א, צא, עמ' רפב, המחפש עבור "הרב הגאון מהר"ב הלוי לייזרובסקי נ"י, אבד"ק מינכן" את נוסח שטר הפיטורין של כלה שבוטלו אירוסיה גם באוצר השטרות של גולאק. בספר מצויים גם שטרות במהלך הדורות שלא בהתאם להלכה. גוטמן הוציא בסינטינאטי בתשל"א מקבץ שטרות ארמיים ועבריים. ראו א' גוטמן, **מבחר שטרות הנהוגים בישראל** (סינטינאטי, תשל"א).

95. חריג לכך הוא העברת דירה, שיש לבצעה במשרדי מרשם המקרקעין (טאבו).

96. ראו לעיל בדיון על המכירה של השדה אצל ירמיהו.

97. ירמיהו לב, יד.

98. גולאק, **אוצר השטרות**, עמ' XXII.

99. לדעת **רש"י ומהר"י קרא** שם מדובר בשטר מכירה אחד. שמו של השטר הוא "ספר המקנה". ירמיהו חתם על שטר מכירה זה, ולכן הוא נקרא גם "החתום". חלוק עליהם ה"רד"ק המסביר כי מדובר בכתיבה של שלושה ספרים: החתום – זהו שטר המכירה. נספח אליו ספר תנאי המכירה, ומנהיגים שנהגו במכר בזמן ביצועו. ספר נספח זה קרוי "המצווה והחוקים". "ספר הגלוי" – הוא העתקו של "ספר החתום". החתום

ג.2 בימי הבית השני – ה"ערכי" – מוסד התיקוף והתיעוד

עד שלהי ימי הבית השני התקיים מוסד בשם "ערכי".¹⁰⁰ המוסד התקיים תחת – הבולא, הלא היא הנהגת העיר.¹⁰¹ שמו של פקיד הערכי היה – ארכיוטא, או ארכון,¹⁰² וברבים ארכונטס.¹⁰³ המוסד מוכר גם בשמות אחרים כגון: "הרשות הציבורית",¹⁰⁴ "ארכא", "בית ארכא דמדינתא",¹⁰⁵ "אוצר הכתבים" או "בית גנזי הכתבים".¹⁰⁶ מוסד זה, היה בעל הסמכות לתקף שטרות ולפרסמם. הוא התנהל כמשרד משפטי ולא כבית דין המקיים דיונים. היושבים בו נמנו על שכבת ההנהגה של העם. הללו נהנו ממוניטין ומסמכות שלטונית ונראה כי נמנו על המיוחסים שבעם. ייתכן שניתן לזהות את פקידי מוסד הערכי הירושלמי, בתקופה בה הונהג על ידי היהודים, עם התואר "נקיי הדעת שבירושלים",¹⁰⁷ ייתכן כי זו גם משמעות התואר "דייני גזילות".¹⁰⁸

מיועד לשימור, הגלוי הוא עותק פתוח. גם המלבי"ם הסביר כך. בין שניהם מצויה דעת שד"ל כי מדובר בשני ספרים האחד חתום ומיועד לשמירה לזמן ארוך והאחר פתוח וזמין לעיון. ראו הרחבה בנידון א' ריבלין, **עיוני הפטרה**, על הפטרת בהר; גיליונות של נחמה ליבוביץ השנה העשרים ושש (תשכ"ז), להפטרות בהר. יש שראו בדברי הנביא רמז למוסד הדומה למוסד 'הערכי' בו נשמרים העתקי השטרות, ואולי בו גם ניתן להם תוקפם. ראו למשל א' גולאק, **יסודי המשפט העברי**, א"ד מהדורת צילום (תל אביב, תשכ"ז). (להלן: גולאק, **משפט עברי**), חלק א סע' לה; **אוצר השטרות**, מבוא עמ' XXIII.

100. על מהותו של מוסד הערכי למדתי מפי הרב ד"ר ישעיהו בן פזי, מפי הספר ומפי הסופר. רבות למדתי מכתביו, ובהם עבודת הדוקטורט שלו, לרבות פרקים שכתב וגנזם, ובעיני הטובה, שיתפני. רבות למדתי גם משיחות בעל פה עמו. תודתי נתונה לו על כך. בנוסף למדתי על המוסד מדבריו של אשר גולאק, **לחקר תולדות המשפט העברי בתקופת התלמוד** (ירושלים, תרפ"ט). שם בפרק הרביעי העוסק במכירת הקרקעות (להלן: גולאק, **מכירת קרקעות**), במיוחד בעמודים 44-48, 54-59 דן בהרחבה במוסד. שמו של המוסד נרשם באופנים שונים כמו למשל: ארכיים, ערכים, ערכיים, ערכיין, ערכאות, וערכיות. בן פזי מבכר את הצורה ארכי (באל"ף). כיום רגילים יותר להשתמש בצורה ערכי (בעי"ן). ראו **מילון אבן שושן**, ערך: ערכי. יסוד המילה ביוונית ($\alpha\rho\chi\eta$, arche) שלטון, וגם (archion) בית השלטון. הצורה ארכי משמשת גם כיום במשמעות של שלטון ושררה. גם זו יסודה במילה (arche) המשמשת גם כהתחלה וראשות. היא משמשת גם כתחילית בראש שמות ותארים בהוראה של ראש, או של הגדול ביותר כגון ארכליסטיס. ראו **אבן שושן** ערך ארכי.

101. גולאק, **מכירת קרקעות**, עמ' 44.

102. ארכון (מיוונית: $\alpha\rho\chi\eta$), משמעותו היא – שליט. תואר זה שימש במקורו את מי שהיה נושא משרה בכירה בכמה "פוליס" (ערי מדינה) ביוון העתיקה, במיוחד באתונה העתיקה. בדומה למערכות שלטון רבות בעת העתיקה היו הארכונים השונים ממונים בין היתר על מערכת המשפט. כל אחד מהארכונים השונים בפוליס היה ממונה על תחום אחר במשפט. האחד על המעמד אישי, האחר על המשפט הפלילי, אחד היה ממונה על לוח הזמנים ועל שיובוץ הארכוניטים השונים למשפטים, ואחר על משפטי הנתינים הזרים שבממלכה.

103. גולאק, **מכירת קרקעות**, עמ' 44. **בירושלמי תענית** ד, ה, ובבראשית רבה וישלח, עו, נזכר ארכונטס. במקורות אלו מדובר לכאורה על צורת יחיד, למרות שביוונית ($\rho\alpha\rho\tau\epsilon\varsigma$) זו צורת הרבים של הארכון.

104. Lewis, **The Documents from Bar kokhba period**, p.83, N. הובא על ידי בן פזי עמ' 57 הע' 88.

105. גולאק, **מכירת קרקעות**, עמ' 44.

106. **מלחמת היהודים** ב, יז, ו. המונח גנזי מצוי כבר באסתר ג, ט: "...להביא אל גנזי המלך", וגם בעזרא ו, א: "בבית ספריא די גנזיא".

107. בן פזי עמ' 61, הע' 107.

108. בן פזי עמ' 62, הע' 113, בהתבסס על דברי אפשטיין "ללקסיקון התלמודי" **תריבין** א/ג (תר"ץ) עמ' 131.

במספר מקומות בדברי חכמינו עולה כי לפקיד הערכי היה מעמד מיוחד, שנבע בין היתר מייחוסם. כך למשל המשנה מחייבת את הנושא אישה לבדוק את ייחוסה, אך פוטרת מכך מספר יוצאים מן הכלל. בין היתר נמנה שם מי שהיה חתום בערכי הישנה של ציפורי.¹⁰⁹ כך ניתן לבאר את התוספתא האומרת כי "בראשונה לא היו חותמים על כתובת נשים כשרות אלא או כהנים או לוויים או ישראלים המשיאין לכהונה".¹¹⁰ כלומר הכתובה, בשל שעבודי הקרקע שבה, הייתה חייבת להיחתם דווקא על ידי מי שהוסמך לכך בערכי. דייני הערכי נמנו על המיוחסים. כך גם יכולים להתבאר דבריו של רבי יוחנן בן זכאי המעיד על עצמו כי היה זה שחתם על כתובתה של כלה עשירה. ייתכן כי רבן יוחנן בן זכאי לאור ייחוסו היה מהחותמים בערכי של ירושלים טרם החורבן:

פעם אחת היה רבן יוחנן בן זכאי מהלך בשוק. ראה ריבה אחת שמלקטת שעורים מתחת רגלי בהמתן של ערביים... שוב אמרה לו: רבי, זכור אתה כשחתמת על כתובתי? אמר לה: הן. אמר לתלמידיו: העבודה, אני חתמתי על כתובתה של ריבה זו, היו קורין בה אלף אלפים דינרי זהב בדינרי צורי...¹¹¹

בין תפקידיו העיקריים של הערכי היו השלושה הבאים: הראשון – קיום ואשרור של השטרות שבאו לפניו. לשטר לא היה תוקף עצמי. רק אישור כזה נתן תוקף לשטר. ללא אישור כזה השטר היה חסר תוקף, ולא ניתן היה להוציאו לפועל. כל תוקפו בא לו מאישורו של הערכי. כך למשל נאמר בספרי:

לכל קדשי בני ישראל, כרת הכתוב ברית עם אהרן על כל קדשי הקדשים לגזור דין ולכרות להם ברית. לפי שבא קרח כנגד אהרן, וערער על הכהונה. משל למה הדבר דומה? למלך בשר ודם, שהיה לו בן בית, ונתן לו שדה אחת במתנה, ולא כתב, ולא חתם, ולא העלה לו בערכיים. בא אחד, וערער כנגדו על השדה. אמר לו המלך: כל מי שירצה יבוא ויערער כנגדך על השדה? בוא ואני כותב, ואני חותם, ואני מעלה לך בערכיים. כך בא קרח, וערער על הכהונה כנגדו. אמר לו המקום: כל מי שירצה יבוא ויערער כנגדך על הכהונה? בוא ואני כותב, ואני חותם, ואני מעלה לך בערכיים. לכך נאמרה פרשה זו סמוך לקרח.¹¹²

התפקיד השני של המוסד היה החזקת האנטיגרפון, העתק השטר הנאמן למקור.¹¹³ תכלית שמירה זו הייתה למנוע זיוף אפשרי של השטר מחד, או קריאת עוררין בשל טענה בדבר זיוף מאידך. העתק זה היה המסמך המשפטי המחייב. על העתק זה, טרם הפקדתו, היו

109. משנה קידושין ד, ה: "אין בודקין... רבי יוסי אומר אף מי שהיה חתום עד בערכי הישנה של ציפורי".

110. תוספתא סנהדרין ז, א.

111. אבות דרבי נתן ד.

112. ספרי במדבר פרשת קרח, קיז.

113. (ἀντίγραφον) ראו למשל ספרי דאגדתא על אסתר – מדרש פנים אחרים (בובר) נוסח א פרשה א, בביאורו ל"פתשגן הכתב". המילה מצויה במקורותינו גם במספר צורות נוספות כגון אנטגרפין, אנטגרפיין, אנטגרפא. ראו למשל ילקוט שמעוני פרשת תולדות, קטו.

חותמים דמויות שונות. בעל השטר היה חותם על קיומו. הארכיוטא היה כותב על השטר כי קיבלו לשמירה בערכי. תכלית שימור זה נועדה למנוע ערעור על תוקפו של השטר. שני התפקידים הללו הובילו במקרים רבים לכך שהשטר לא רק הובא לאשרור ולהפקדה במשרד, אלא גם כתיבתו הראשונה נעשתה במשרד זה.¹¹⁴ נראה כי הערכי טיפל רק בשטרות שעסקו בקרקעות. בין אם היה הדבר באופן ישיר, כמו בשטרי מכירת קרקע, ובין אם באופן עקיף, כמו שטרי חוב או שטרי כתובה, שכללו אחריות נכסים, כלומר היה בהם שעבוד קרקעות. שטרות אחרים, שלא הייתה להם נגיעה בעניין הקרקע, ככל הנראה לא הגיעו לערכי, ולא הופקדו בו.

תחום נוסף **שלישי** בחשיבותו של משרד הערכי היה זיכוי מתנה למוטבים. יש המוצאים ראייה לדבר בתוספתא:

הכותב נכסיו לעשרה בין שזכה אחד מהן ובין שזכו כולן וזכו כולן **כתב והעלה להן בערכים זכת להן הערכיים**;
המוציא עשרה עבדים בני חורין בין שיצא אחד מהן ובין שיצאו כולן יצאו כולן **כתב והעלה להן בערכיים זכת להן הערכיים**.¹¹⁵

מוסד הערכי מוכר גם ממערכת השלטון היוונית, ולפנים גם מהמערכת הבבלית.¹¹⁶ שם נועדו לו מספר תפקידים. ראשית, עסקאות במקרקעין חייבות היו להתבצע בו. המוסד היה גם אחראי לפרסם בציבור את דבר המכירה. במקצת המקומות התקיים גם ספר בו נרשמו כלל העסקאות במקרקעין. דוגמה לדבר היא מצרים. נראה כי בכלל מרחבי האימפריה הרומית, וארץ ישראל בתוכם – לא נוהל ספר כזה.¹¹⁷

ג. לאחר החורבן וחורבנו של מוסד הערכי – תקופת המשנה והתלמוד

בשלב מסוים חדל מוסד הערכי מלהתקיים במתכונתו הנעלה, כפי שרומזת המשנה באומרה "מי שהיה חתום בערכי הישנה של ציפורי".¹¹⁸ תחת זאת, בחילוף הזמנים, השתלבו במערכת הפקידותית הזו, אנשים אלימים שאינם הגונים. הד לכך ניתן לשמוע מהסיפור בתלמוד הירושלמי, לפיו בביתר שמחו על חורבנה של ירושלים. זאת בשל עסקאות פיקטיביות, שביימו אנשי הארכיון בדבר מכירה כוזבת של קרקע.¹¹⁹ יש הרואים גם בהדרכת החכמים

114. גולאק, **מכירת קרקעות**, שם; בן פזי עמ' 57 הע' 18 הפנה גם למי שהתייחס לדבריו של גולאק; א' צ'ריקובר, **היהודים במצרים לאור הפפירולוגיה**, ירושלים תשכ"ג עמ' 103. י' ש' צורי, **האפוקריף**, לונדון, תש"ד, עמ' 73-74.

115. **תוספתא בבא בתרא** (ליברמן) ח, ב"ג. גולאק סבור כי תוספתא זו מתכתבת עם **המשנה בבא בתרא** ח, ו: "...מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה על יריכו הרי זו אינה כלום זיכה בה לאחר בין מן היורשין בין שאינו מן היורשין דבריו קיימין".

116. גולאק, **מכירת קרקעות**, עמ' 47.

117. גולאק, **מכירת קרקעות**, עמ' 55.

118. **משנה קידושין** ד, ה.

119. **ירושלמי תענית** ד, ה: "תני רבי יוסי אומר חמשים ושתים שנה עשת ביתר לאחר חרבן בית המקדש ולמה חרבה על שהדליקה נירות לאחר חורבן בית המקדש ולמה הדליקה נירות שהיו **בולוטי ירושלם** יושבים באמצע המדינה וכרו דהוון חמיי בר נש סליק לירושלם הוון אמרין ליה בנין דשמעינן עלך דאת בעי

במסכת אבות "אל תתודע לראשות", אמירה ברוח דומה, שאולי מבוססת גם כן על דברים מעין אלו. בן פזי סבור כי ייתכן שהראשות הנזכרת הינה ה"ערכי".

ג.4. השפעת הערכי על ההלכה

בן פזי סבור כי ייתכן שניתן לראות שקיעים מהמוסד בהלכה, במספר מוסדות משפטיים. חלקם משמר את המצב טרם חורבנו ואחרים מתמודדים עם חורבנו. נראה כי ביטולו של המוסד חייב את שינוי דיני השטרות, בין היתר את הכרח קיום השטרות. ייתכן כי איסור החכמים על עדות בכתב ראשיתו בביטול המוסד. כשיש מוסד בו ניתן לשמור באופן רשמי על עדויות החשש לזיוף אינו גדול. לא כן כאשר כל אחד יכול להוציא שטר מתחת ידו.

א. הלכות המבוססות על קיומו של מוסד הערכי

הפרוסבול הוא פרוס בולי, ופירושו הוא "בפני הבולי"¹²⁰. זהו שטר המתעד את המעמד בו מעידים עדי השטר על חתימתם בפני הבולוטיין. נראה כי שטר זה אשרר את מסירת שטר החוב לערכי. על שטר מסירה זה היו חותמים הדיינים, שהם פקידי הערכי. ייתכן כאמור כי פקידים אלו כלל לא היו דיינים רק אנשי מעלה הנחשבים בקהילה, או מקורבים לשלטון.

בן פזי סבור כי שטר הפרוסבול הוא מעין "שטר קיום" – "אשרתא דינא" או "הנפק". לדעתו הלל לא יצר מוסד משפטי חדש, אלא השתמש בפרוצדורה משפטית ששימשה בזמנו במוסדות המשפטיים. לדבריו הלל רק יצר את ההבחנה בין שטרי חוב שנכתבו על ידי הסופרים ולא הועלו לערכי, אותם השביעית משמטת, לבין שטרי חוב שהועלו לערכי לאשרור ומשמרת. לגבי האחרונים תיקן הלל שהשביעית לא תשמט אותם. לפי גישתו, התקנה של הלל המבחינה בין השטרות, מבוססת על כך שרק קיום השטר בערכי בכוחו לשעבר קרקעות של החייב. בתוספתא הפרוסבולין נזכרים בסמיכות אל גורי בית הדין.¹²¹ היו שרצו ללמוד מן הסמיכות הזו כי שניהם מעשה בית דין.

הקנאת מיטלטלין אגב קרקע, מיוחסת על ידי בן פזי גם כן למוסד הערכי. הוא מבסס את דיוקו גם על לשונה של המשנה, אשר בוחרת במינוח "נכסים שיש להם אחריות", ולא במינוח קרקעות.¹²² בין היתר הוא מביא את המעשה במרוני המבקש להקנות את מיטלטליו, כנראה בתוך כתלי מוסד משפטי, המזוהה על ידי בן פזי כערכי היהודי

מתעבדה ארכונטס ובולבוטס והוא אמר לון לית בדעתי בדיל דשמעינן עלך דאת בעי מזבנה אוסייא דילך והוא אמר לון לית בדעתי והוה חבריה א"ל מה את בעי מן דין כתוב ואנא חתם והוה כתיב וחבריה חתם והוון משלחין אוניתא לבר בייתה ואמרון ליה אין אתא פלניא מיעול לאוסייא דידיה לא תשבקינייה דהיא זבינה גבן וכיון דהוה שמע מינהון כן הוה אמר הלואיא איתבר ריגליה דההוא גברא ולא סלק לירושלם.

120. ראו מילון יאסטרוב עמ' 1218; מילון למילים לטיניות ויוניות בספרות התלמודית של שפרבר עמ' 150-154.

121. תוספתא בבא מציעא א, ט; תוספתא בבא בתרא יא, ז.

122. משנה קידושין א, ה: "...נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה...". בן פזי גם מציג כיוון שונה בשם אפשטיין, מבוא לספרות התנאים, עמ' 53, ועמ' 414-416, הסבור כי מדובר במונח עתיק, ולכן חז"ל השאירוהו על כנו.

שבירושלים.¹²³ מוסד הערכי כאמור לא היה נדרש לעסקאות במיטלטלין, כי אם רק לדברים הנוגעים לקרקע. לאור זאת המליצו בפני המרוני להקנות את הדברים אגב הקרקע, וכך להתגבר על הסייג החוקי.

ב. שינויים הלכתיים בעקבות ביטול הערכי

עם חורבנו של הערכי ובהיעדר מוסד רשמי לאשרור השטרות ולתיקופם, תיקנו החכמים לקיים את השטר בבית הדין. המשנה בכתובות פרק שני מדריכה כיצד לקיים את השטר. משהתקיים השטר בבית הדין כתבו לבעל השטר "שטר הנפק".¹²⁴ נוסח ההנפק הנזכר בתלמוד שם: "אשרנוהי וקימנוהי כדחזי".¹²⁵ כוונת הדברים היא כי בעל השטר הוציא את השטר בפני בית הדין. שטר ההנפק מכונה גם "קיום שטרות" או "קיום בית דין".¹²⁶ בארמית קראוהו "אשרתא דדייני" מלשון שריר וקיים, ומלשון אשור וקיום.¹²⁷ הנוסח הראשי בקיום שטרות מציין כי העדים העידו שזו "חתימת ידיהם".¹²⁸ ריבלין מצביע על נוסח משני שנמצא בשטר מן הגניזה.¹²⁹ בנוסח זה העדים מעידים שזה "כתב ידינו".¹³⁰ לדעתו, נוסח זה הוא שריד לדברי המשנה "הַעֲדִים שְׁאֲמְרוּ כְּתָב יְדֵינוּ הוּא זֶה".¹³¹ היו מי שהקפידו כי בנוסח הנכתב תירשם המילה הנפק, שכן כך כונה השטר בתלמוד.¹³²

את ההנפק היו רגילים להוסיף על השטר עצמו.¹³³ במקרה בו לא נותר מקום והיה צריך לכתוב את קיום השטר בטופס נפרד היו תופרים ומדביקים את השטר, אך מקפידים לציין בקיום סימן מובהק בשטר.¹³⁴ דוגמה לדבר פירוט של שמות העדים וחתימותיהם.¹³⁵ על שטר הקיום חייבים לחתום שלושה. אחד מן השלושה חייב להיות דיין.¹³⁶

123. תוספתא בבא בתרא י, יב: "אמ' ר' אליעזר מעשה במרוני אחד שהיה בירושלם והיו לו מטלטלין הרבה וביקש ליתנם במתנה אמרו לו אין את יכול מפני שאין לך קרקע עמד וקנה טלע אחד סמוך לירושלם אמ' צפוניו של זה לפלני ועמו מאה צאן ומאה חביות דרומו של זה לפל' ועמו מאה צאן ומאה חביות וקיימו חכמים את דבריו"

124. בבא מציעא ז, ב.

125. כתובות כא, א.

126. אסף, שטרי רה"ג, סי' כב – קיום שטרות, שטרי הרי"ב, עמ' 6 השטר השני "אשרתא דדייני".

127. שם: "לשון אשרתא מלשון שריר וקיים ומלשון אשרנוהו וקיימנוהו".

128. כתובות כ, א. ריבלין, הירושה, עמ' 272.

129. ריבלין, שם.

130. TS J3.20.

131. משנה כתובות ב, ג.

132. שטרי הרי"ב, עמ' 6. וראו גם ספר העיטור נב, ב. ספר החינוך, תקעט: "נוסח שטר קיום בית דין".

133. אסף, שטרי רה"ג, סי' כב – קיום שטרות: "אתקיים כתבא דנא קדמנא בבית דינא די ממונה מן בבא דמתיבתא דפלוני באתרא פלוני דנוסחיה ושהדיה כתיבין לעילא וקיומיה מניה וביה לתתא". ובספר העיטור דף נב ע"ב "במותב תלתא כחדא הוינא והנפק שטרא דנא קדמנא וחתמי עליה פלוני ופלוני ומדאתו פלוני ופלוני ואסהידו כל חד וחד אחתימות ידיהן ואיתקיים שטרא דנן מיניה וביה והרי הוא שריר וקיים". ובדומה גם בשטרי הרי"ב.

134. ספר העיטור נג, א.

135. שטרי רה"ג, סי' כב: "ואם בנייר אחר הקיום ומחובר השטר תפור דבוק. כותבין. וקיומיה מלופף ביה לתתא בכתב ידי שהדי אילין דחתמימן עלוהי פלוני ופלוני ופלוני דחתמימן בחתימות פלוני בן פלוני

שטר ההנפק היה נכתב כאשר הוא קיים באחת הדרכים הנזכרות במשנה. הדרך הראשונה בעדות עצמית של האדם המעיד כי זו חתימתו. דרך שנייה היא עדות של שניים המכירים את כתב ידו והדרך השלישית כאשר ניתן להשוות את החתימה על השטר על פי שטר אחר שכבר קיים בבית דין. כאשר מקיימים את השטר מתוך שטר מקיים יש להקפיד על מספר עניינים. בנוסף לשלוש הדרכים הראשיות ישנן ארבע דרכים משניות.¹³⁷

במקרה בו העדים החתומים אינם יודעים לקרוא. ניתן להביאם לבית הדין, ובית הדין יקבל מהם עדות בעל פה. לאחר שבית הדין ישווה את עדותם בעל פה בבית הדין עם זו שעליה חתמו, יוציאו שטר קיום אם כי בנוסח מעט שונה "שטרא דנן נפק קדמנא בהדין סהדין דאינון פלוני ופלוני דחתימו לעיל ולא הוו ידעו למיקרי אלא בשטרא ואסהידו אחתימות ידיהו ומדאתו ואסהידו לנא בפומיהו ואיכוון סהדותיהו כמה דכתב בשטרא איתקיים האי שטרא כד חזי והכל שריר וקים".¹³⁸

גם דין "העורר על השדה והוא חתום עליה בעד" מיוחס על ידי גולאק לביטול מוסד הערכי.¹³⁹

5.ג. מוסדות התיעוד בגלות – תקופת הראשונים

למרות היעדר דרישה הלכתית של חז"ל לכתיבת שטר דווקא על ידי סופר, בזמנים רבים ובמקומות שונים התקיימה דרישה אודות טיבו של הסופר כותב השטרות. דרישה כזו לא הייתה הלכתית, כי אם דרישת מערכות המשפט של העמים אליהם גלינו. ברבות השנים, המציאות, אודות חובת כתיבת השטרות על ידי סופר רשמי, מכוחו של המשפט הזר, יצרה מנהג מדינה. מכוחו חלה גם חובה הלכתית, לכתוב את השטרות דווקא על ידי סופר רשמי. זאת לאור קבלת הקהל על עצמו, כי רק שטרות, שייעשו על ידי סופר העיר, יהיו בני

ופלוני בן פלוני בסימנהו ומדאחזואו חתמות ידיהו על כתבא דנן ואמרו דאילין אינון חתימות ידנא בסימניהו אישרנהו וקיימנהו כד חאזי".

136. שטרי רה"ג שם.

137. הרחבה בדבר, ראו שטרי הרי"ב עמ' 5; שולחן ערוך חו"מ נו, ז.

138. עיטור נב. נציג מספר מקרים מיוחדים לגבי הנפק. התלמוד בכתובות מציג נוסח למקרה בו אירע מותו של אחד הדיינים (כתובות כב,א): "במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי". או נוסח המתאים גם למות אחד הדיינים אולם גם אוניברסאלי (שם): "שטרא דנן נפק לקדמנא בי דינא". במקרה בו יש צורך לצרף עד דיינין יש לשנות מעט את הנוסח (עיטור נב,ב) "מדאתא פלוני דחתימו בשטרא ופלוני דיינא דחתימו באשרתא ואסהידו כל חד וחד אחתימות ידיה איתקיים האי שטרא כד חזי". במקרה בו נמצא רק אחד מן העדים לפנינו אך השני אינו, והעד שנמצא מכיר את חתימת יד חברו החתום על השטר, ניתן לקיים את השטר על ידי עדות שלו עם מישהו נוסף על חתימת חברו, בלא שיעיד כלל על חתימתו. לעומת זאת יראה את חתימתו לשניים אחרים, למשל יחתום על חרס, אשר יכירו כעת את חתימתו ויעידו עליה. 138. במקרה בו שניים מתוך הדיינים מכירים את שתי החתימות אך השלישי אינו מכיר את חתימותיהם מקיימים את השטר בנוסח הבא (שם): "במותב תלתא כחדא הוינא ומדאתינן אנן פלוני ופלוני ואסהידין כל חד וחד דהו' חברין דהוא נינהו חתימות ידיהו דהלין תרין סהדי דחתימי לעיל איתקיים שטרא דנן כדחזי והרי הוא שריר וקיים".

139. גולאק, תולדות המשפט העברי, עמ' 56.

תוקף.¹⁴⁰ בחלק מהקהילות יזמו נציגי הקהל את התקנה לפיה שטר הזקוק לעדים יהיה בר תוקף, רק כאשר הוא נעשה על ידי סופר מתא, "סופר העיר". זאת גם בהיעדר דרישה כזו מצד המלכות.¹⁴¹ התנאים ההכרחיים למתן תוקף הלכתי לשטר המתועד דומים לקבלת התקנות השונות בקהילות. הללו מחייבים בין היתר את קבלת הקהילה, וקבלת הסכמתו של חכם העיר.¹⁴²

במקצת השטרות, בעיקר בקרב יהודי איטליה, אנו מוצאים ביטוי לחיזוק השטר במסגרת נויי השטר, בנוסח על פיו השטר יהיה תקף וייחשב כאילו נעשה על ידי סופר נוצרי.¹⁴³ לדעת גולאק הדבר מאפיין את שטרי יהודי איטליה, בעקבות חוק המדינה שחייב את הדבר. לדבריו, הדבר מצוי כבר במאה הרביעית לאלף החמישי. גם בתשובות המהרי"ק, שישב בצפון איטליה במאה החמש עשרה, אנו מוצאים התייחסות לכתיבת השטרות על ידי סופר נוצרי.¹⁴⁴ בשטר מן המאה השש עשרה ברומא נאמר "כאילו נעשה ונגמר על ידי סופר נוצרי..."¹⁴⁵ הדים שלו מצויים עד לפני כמאתיים שנה.¹⁴⁶

מוסדות תיעוד השטרות המשיכו להתקיים מאז ועד היום. במקרים רבים הייתה דרישה הלכתית לתיעוד במוסדות הרשמיים של הגויים. טיב התיעוד שונה היה ממקום למקום. יש שהיו מחזיקים העתק מדויק של השטר, ויש שהסתפקו בתיעוד של פרטי השטר בלבד, בתוך ספר רשמי של הפקיד הממונה.¹⁴⁷ כוחו של ההעתק המצוי במשרד השטרות הוגבל

140. שו"ת הרשב"א ד, קפח: "שאלתם: שטר שאינו הוא מכתבת סופר מתא, אם הוא פסול אם לאו..." תשובה: דבר ברור הוא, שאינו פסול, אלא אם כן התנו בני העיר בכך".

141. שולחן ערוך חו"מ סא, א, על פי דברי הטור המביא את תשובת הרא"ש שלא מצאתי לה מקור מלבד דברי הרא"ש. יסוד התקנה לדעת ביאור הגר"א, שם, הוא בכוח הקהילה לתקן תקנות. אודות כוח הקהילות לתקן תקנות ראו תוספתא בבא מציעא יא, כג"כ, ובדומה בבא בתרא ח,ב.

142. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סה: "... ולתקן: שיהא סופר מתא, כותב עיקר המקח ותנאיו בפנקסו. ושיהא אותו הפנקס, נאמן כשני עדים, כדרך שנוהגים בפנקסי הערכאות..." וכן שו"ת הרשב"א ו, קמט: "...הא איכא ספר הזכרונות הערכי והוא כגופו של שטר מן הטופס שאין השטר אלא מתוך התופס וכל עצמו כל שהוא ערכי מצד המלכות מסתכי ולא מרע נפשיה... תשובה: כל מה שהסכימו בציבור בענייני ממון, רשאיין הם. והכי הוא מוסכם ומקובל, כאילו הוא דין גמור. שהסכמתם בזה חזרה להיות דין. ובלבד שיעשה מרצון הציבור. ואם יש ת"ח ממונה על הציבור, שיהא הוא נסכם עמהם, ועושים מדעתו ומרשותו."

143. לכל חפץ, שטר יד הלוואה; גולאק, אוצר השטרות, עמ' XL.

144. פסקי מהרי"ק, קכד: "על דבר שמעון שתובע מלאה חמותו ק' פרחים מכח שטר שעבוד שנשתעבדה לו בכתב נוצרי ע"י סופר נוצרי".

145. ברלינר, שריד מעיר, עמ' 4.

146. גולאק, אוצר השטרות, עמ' XL.

147. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סה, וכן שו"ת הרשב"א ו, קמט: "...הא איכא ספר הזכרונות הערכי והוא כגופו של שטר... וכל עצמו כל שהוא ערכי מצד המלכות מסתכי ולא מרע נפשיה... ובלבד שיעשה מרצון הציבור".

במקרים רבים.¹⁴⁸ במקצת המקרים "ספר הזכרונות" לא היה מוסד רשמי, כי אם יומנו הפרטי של הפקיד.¹⁴⁹

באנגליה בימי הביניים נקרא שם המוסד "תיבת המלך",¹⁵⁰ "התיבה",¹⁵¹ לעתים בסמיכות לשם העיר כגון: "תיבת נוטינגהם",¹⁵² או "תיבת צירוגרייפא אדונינו המלך".¹⁵³ במקומות אחרים, בתקופת הראשונים, סופר העיר הרשמי החזיק יומן תיעודי, אשר זכה לשמות שונים כגון: "ספר מזכרת השטרות שהיה לספר מתא", או "ספר הזכרונות של ספר מתא", "ספר הזכרונות הערכי", וגם "מזכרת ספר מתא".¹⁵⁴ במאה השש עשרה בתורכיה נרשם ההעתק "בספר המלך ירום הודו".¹⁵⁵ קהילת "עדת ישראל" ברומא, באמצע המאה השש עשרה, הקפידה לרשום את שטרותיה בכרכי (Libri notarili) שהיו מצויים במשרד המשפטי העירוני הקרוי (Archivio Urbano).¹⁵⁶ במאה העשרים בוילנא רשמו את השטרות בספר הממשלתי "גרונדבוך".¹⁵⁷ גולאק מזכיר את ארכיון הקהילה בברלין המכיל כתבי יד של שטרות.¹⁵⁸

ד. סיכום

נוסחי שטרות מומלצים, ואפילו מחייבים, מתועדים כבר במשנה, אך ככל הנראה לא לפני כן. קבצים ייעודיים שנתייחדו לקיבוץ שטרות מוכרים לנו רק מימי הגאונים. השטרות המצויים בקבצים עוסקים בשלושה תחומים: שטרי איסור והיתר, שטרי משא ומתן, ושטרי בית דין. יוצרי הקבצים החשיבו מאוד את יצירתם, והדגישו את הצורך שבהם. חכמים אחרים לעתים הסתייגו מהם. בתקופת כתבי היד נמנעו מהעתקות של ספרי שטרות מדור קודם, אפילו כאשר הללו חוברו על ידי חכמים מפורסמים, שהעתיקו מהם חיבורים בתחומים אחרים.

בבחינת התפתחות קבצי השטרות עולה כי במהלך הדורות מתגלים קבצים מסוגים שונים. הסוג הראשון המופיע כולל את הקבצים העוסקים באיסור והיתר בלבד. לאחר מכן מופיעים קבצים הכוללים את שלושת התחומים – איסור והיתר, שטרי משא ומתן ושטרי

148. שו"ת הרשב"א ג, קעט: "...הוציאו לפניכם ספר מזכרת השטרות שהיה לספר מתא הפלוני וכתוב בו...ומה שנמצא כתוב בספר הזכרונות של הספר מתא, שנתבטלה המכירה, אינה כלום; חדא: דהוא לבדו אינו נאמן, ואפי' העיד כן בפיו, כל שכן שאין כאן אלא מתוך כתיבת המזכרת".

149. שו"ת הרשב"א ד, רעה: "... וכתבו עדותן בספר הזכרונות...".

150. ראו למשל דייוויס, שטרי אנגליה, בשטרות 182, 183 עמ' 340, 341.

151. דייוויס, שטרי אנגליה, שם.

152. דייוויס, שטרי אנגליה, עמ' 220 ובשטרות רבים בספר.

153. דייוויס, שטרי אנגליה, שטר 140 עמ' 282. ככל הנראה הכוונה לכירוגרפים (Chirographers), כך נקראו הממונים על הכתבים.

154. ראו שו"ת הרשב"א ג, קעט; ד, ערה; ו, קמט, בית יוסף חו"מ קמו, כה; לבוש שם.

155. שו"ת מהר"י בן לב א, קיב, טופס שטר הרשאה מתאריך יא אדר ה'שי"א.

156. ראו: ברלינר, שריד מעיר, עמ' 4.

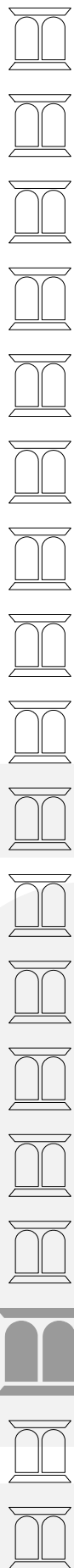
157. ראו שו"ת אחיעזר ג, עא; שו"ת אפרקסתא דעניא א, קנו; שו"ת מנחת יצחק ב, צה.

158. לימים החומר יצא כולו, ראו מייל, פנקס.

בית דין, אחריהם מופיע סוג שלישי – הכולל שטרי בית דין בלבד, ורק לבסוף בסמוך להמצאת הדפוס, מופיעים קבצים ייעודיים בתחום המשא ומתן. הוצע גם להבחין בין קבצי טפסי שטרות מומלצים, לבין קבצים המתעדים שטרות שהיו בשימוש בפועל.

מוסד התיעוד הרשמי שהתקיים טרם חורבן הבית, היה "הערכי", אולם, מוסד זה התבטל ככל הנראה עקב אובדן אמון הציבור בו. יש הסבורים כי מוסדות משפטיים המוכרים בהלכה, ביניהם: הפרוסבול, והקניית מיטלטלין אגב קרקע, נקבעו על רקע קיומו של מוסד ה"ערכי".

מסתמן כי מוסדות תיקוף ותיעוד אחרים התקיימו בעם ישראל במהלך דורות מאוחרים יותר. למרות זאת חז"ל לא קבעו חובה כזאת כהלכה מחייבת, ככל הנראה בשל היעדר מוסדות רשמיים כאלה בימיהם. בתקופות מאוחרות יותר הדרישה לתיעוד ותיקוף נקבעה על ידי השלטון הזר או על ידי הקהילות היהודיות.



שער שני:

חוזים מבוארים

מדריך למשתמש בחוזים שבספר

ספר זה כולל חוזים התקפים על פי ההלכה והחוק, כדי לייעל את השימוש בחוזים כדאי לשים לב לנקודות הבאות.

הספר בנוי משלוש קומות:

קומה א – המאמר "מבוא לדיני חוזים", ובו מבוא כללי שעוסק בסוגיות המשותפות לכל החוזים.

קומה ב – מאמר מקדים לכל חוזה בנפרד, בו נדונו ההיבטים הייחודיים של כל חוזה באופן מפורט.

קומה ג – החוזה עצמו עם הערות מבארות. ההערות חוזרות בדרך כלל בקיצור על המסקנה של המאמר המקדים, כך שאפשר להבין את החוזה גם ללא המאמר המקדים.

לאור זאת, ישנן המלצות שונות לשימוש מושכל בספר, וזאת, בהתאם לצרכים של הקורא: לצורך **הבנה מעמיקה** של חוזה מסוים, מומלץ לקרוא את המאמר "מבוא לדיני חוזים", ולאחר מכן את המאמר המקדים לחוזה המסוים, ולבסוף את החוזה עצמו עם ההערות המבארות.

לצורך **הבנת** חוזה מסוים אין צורך לקרוא את המאמרים המקדימים, ודי בקריאת החוזה. במקרים שבהם לא ברור מה מטרת הסעיף ניתן לעיין בהערות המבארות.

לצורך **שימוש** בחוזה ניתן להוריד את החוזים בקובצי Word מאתר המכון – אתר דין תורה.

יש לציין שמבחינה הלכתית מה שמחייב הוא החוזה שעליו חתמו הצדדים ולא דברי ההסבר והרקע לחוזה.

חשוב לציין שהמכון מתמקד במחקר הלכתי, וכדי להבטיח את הזכויות מבחינה משפטית רצוי להתייעץ עם עורך דין. בכל מקרה המכון אינו אחראי לתוצאות השימוש בחוזים המובאים בספר.

לסיום, הערות מעשיות:

- יש לחתום במקומות המסומנים, וליד כל מקום בחוזה שיש בו תוספת בכתב יד או תיקון.
- אם נמחקו סעיפים מהחוזה, יש ללחוץ על Ctl A ולאחר מכן על F9 (על מנת לעדכן את ההפניות המקושרות בחוזה).
- כאשר מדובר על סעיף שאיננו נדרש ברוב המקרים הוא סומן בתו הבא: <.

חוזה מכר דירה

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

א. התחייבות או הקנאה	ו. הערת אזהרה
ב. מעשה הקניין	ז. אונאת מחיר
ג. רישום בטאבו ודרישות החוק	ח. ליקויים ומקח טעות
ד. דרכים להעברת הבעלות במקרקעין על פי ההלכה	ט. קנסות
ה. פער הזמנים בין העברת החזקה לרישום	י. ייפוי כוח
	יא. הוראות לחותמים על החוזה

א. התחייבות או הקנאה

מכירת דירה איננה עסקת מכר רגילה. באופן תיאורטי ניתן לקנות דירה כמו כל קניין חפץ – באופן מידי. אולם, בפועל מדובר בתהליך ארוך ומורכב. ולכן, בדרך כלל חוזה מכר דירה כולל התחייבות הצדדים להעביר את הבעלות בעתיד.

במילים אחרות, חוזה המכר המצוי הוא בעצם התחייבות למכר, שמצד אחד קושרת את הצדדים בחוזה לבל יוכלו לחזור בהם, ומצד שני נותנת להם מרווח של זמן להתארגן ולבצע את שלבי המכר השונים, ובסופם הרישום בטאבו.

כל התחייבות עתידית למכור מעוררת שאלת "קניין דברים" (ראו בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 33). שאלה זו מתחדדת כאשר מדובר על התחייבות למכירת נכס מסוים, כגון חוזה למכירת דירה מסוימת.

בעניין זה נחלקו הפוסקים: קצות החושן סבור שהתחייבות כזו היא בגדר "קניין דברים":

דחיוב לא מהני אלא היכא דהחיוב חייל על גופו והוא חייב באחריותו, דהיינו היכא שמחייב בפירות אם אין לו פירות מחויב ליתן דמיהן כיון דחייב את עצמו, אבל היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוי חיוב כלל.¹

לעומתו, בספר נתיבות המשפט כתב שזו התחייבות ממונית בעלת תוקף:

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר אילן.
גירסה ראשונה של מאמר זה התפרסמה בספר **משפטי ארץ ג – קניין ומסחר**, עמ' 497-509. כאן נידונה הסוגיה מחדש בתוספת מקורות נוספים.

1. **קצות החושן** רג, ב.

וגם עיקר דינו בחיוב תמוה, דבסימן ס' [סעיף ו'] מבואר דיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, ומשמע דמחייב עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם שהוא דבר ידוע, דגם כן חייב. ועוד, דהבעל התרומות [שער ס"ד ח"ב אות א'] למד דין חיוב משעבוד, ושעבוד מהני אפילו בדבר ידוע, וכן הוא מעשים בכל יום.² מקובל לפסוק כדעת נתיבות המשפט.³ ולכן עשינו שימוש בהתחייבות בחוזה זה.

ב. מעשה הקניין

כאמור (בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 29) כל חוזה, בין הקנאה ובין התחייבות, למעט חריגים אחדים, אינו נגמר אלא במעשה קניין.⁴ כיוון שאנו עוסקים בהתחייבות למכר, מעשה הקניין המועיל הוא קניין סודר או התחייבות בכתב (מדין שטר או סיטומתא), אכן די בכך שהצדדים מודים בכך שעשו קניין סודר.⁵ לגבי מימוש ההתחייבות יש להגדיר מהו מעשה הקניין שמעביר את הבעלות ובו מילא המוכר את התחייבותו. בהלכה קניין קרקע נגמר בכסף, שטר, חזקה, קניין סודר או סיטומתא. בימינו החוק דורש רישום בטאבו, ובכך נרחיב בהמשך. לכל אחת מדרכי הקניין מאפיינים ודרישות שיש לעמוד בהם: קניין כסף – מתבצע בהעברת כסף בשווי פרוטה⁶ לפחות (דהיינו, שווי 0.025% של גרם כסף) מהקונה למוכר. ביחס לקניין כסף נאמר בגמרא כי במקום שנוהגים לכתוב שטר אין הכסף קונה ללא שטר, אלא אם כן הצדדים סיכמו זאת במפורש, וכן נפסק להלכה.⁷ קניין חזקה – הכוונה לביצוע מעשה על ידי הקונה שמבטא את בעלותו בנכס, כגון, נעילת הדלת.⁸ ביחס לקניין חזקה נחלקו הפוסקים אם יש צורך בשטר כאשר הדבר נהוג,⁹ וכדי לצאת ידי הספק כדאי לציין במפורש שהצדדים מוותרים על כך. קניין שטר – מתבצע בהעברת שטר בכתב ידו או בחתימתו של המוכר לקונה, ובו כתוב: "דירתי שברח' _____ מכורה לך".¹⁰ יש כמה דרישות בנוגע לקניין שטר, שבגללן יש קושי לראות בחוזה המכר קניין שטר:

2. **נתיבות המשפט** רג, ו. ראו את המקורות לדעות השונות בכתר א (תשס"ו), עמ' 47, וראו גם דברי הרב י"א כהן **עמק המשפט** א, ו. ובספרי, **ההתחייבות**, עמ' 181.
3. **פד"ר** ד, עמ' 279; שם ו, עמ' 322; הרב הרצוג, **פסקים וכתבים**, ירושלים תשנ"א, כרך ט, ח"מ כו. והאריך בזה הרב יעקב אברהם כהן בספרו, **עמק המשפט**, חלק א, ו, ועיינו שם ס' סז שלדעת הרב יוסף ש. אלישיב ניתן להוציא ממון על סמך שיטת נתיבות המשפט ואין לחשוש לשיטת קצות החושן.
4. **שולחן ערוך** חו"מ קפט, א.
5. **רמ"א** חו"מ רו, טו. לדעת הרב זלמן נחמיה גולדברג עדיף שיעשו כן בפועל, אך הדבר איננו הכרחי (דברים שבעל פה).
6. **שולחן ערוך** חו"מ קצ, א.
7. **שולחן ערוך** חו"מ קצ, ז.
8. **שולחן ערוך** חו"מ קצב, א.
9. **שולחן ערוך** חו"מ קצב, טז; **ביאור הגר"א** שם, כד.
10. **שולחן ערוך** חו"מ קצא, א.

ראשית, בדרך כלל יש צורך גם בתשלום אלא אם כן מדובר על נכס גרוע שהמוכר רוצה להיפטר ממנו.¹¹ שנית, צריך שהשטר יהיה שייך למוכר ויינתן לקונה,¹² ובדרך כלל לא מקפידים על כך. שלישית, והוא העיקר, כאשר החוזה מנוסח כהתחייבות למכור, ולא כשטר מכר, הוא אינו שטר מכר, ואף אינו בגדר ראייה לכך שהבעלות אכן עברה בפועל.

קניין סודר – הכוונה לכך שהקונה נותן כלי (כגון, עט או מטפחת) למוכר ובאופן סמלי בתמורה קונה את הנכס.¹³ לאחר ביצוע מעשה הקניין מקובל שהמוכר מחזיר לקונה את הכלי.¹⁴ מעשה קניין זה מועיל גם ללא כתיבת שטר,¹⁵ אלא שכיוון שמדובר בצעד שאיננו נדרש מבחינה כלכלית (כמו תשלום) או מבחינה מעשית (כמו חזקה) קשה להבטיח מראש שהוא יתבצע.

סיטומתא – הכוונה למעשה קניין המקובל בין הסוחרים, שיש לו תוקף הלכתי.¹⁶ אמנם, יש המפקקים אם סיטומתא מועילה בקרקע,¹⁷ אולם, אם יש מנהג ברור בקניית קרקע אזי יש לו תוקף הלכתי.¹⁸

ג. רישום בטאבו ודרישות החוק

החוק דורש רישום במרשם המקרקעין (טאבו) לצורך גמר העסקה כמובא בסמוך. בנוגע לרישום זה עולות שתי שאלות. האחת, האם הוא בגדר מעשה קניין המועיל על פי ההלכה, והשנייה, האם יש לקבל את החוק שמתנה את העברת הבעלות בחתימת חוזה וברישום בטאבו.

רישום בטאבו כמעשה קניין – הדעה המקובלת היא שאכן יש לרישום תוקף הלכתי כסיטומתא.¹⁹ כמו כן, נראה שיש לו תוקף על בסיס הכלל "דינא דמלכותא – דינא".²⁰

באשר לשאלה השנייה – העברת בעלות ללא רישום בטאבו, בחוק המקרקעין נקבע כך:

7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

11. שם, ב.

12. קצות החושן קצא, א. קצות החושן סבור שגם שכר הסופר צריך להינתן על ידי המוכר דווקא, וחלקו עליו נתיבות המשפט שם, א; ערוך השולחן שם, ב.

13. שולחן ערוך חו"מ קצה, א.

14. שם, ג.

15. שם, א.

16. שולחן ערוך חו"מ רא, ב.

17. ב"ח חו"מ, רא.

18. ש"ך שם, א.

19. פד"ר א 283; ו, 378; הרב חיים וידאל, "מעשה קניין ברכישת דירות" משפטי ארץ ג – קניין ומסחר, עמ' 249.

20. שו"ת מהר"י באסן, צא (ביחם לרישום עותומני); פד"ר ו, 383; הרב יעזר אריאל, "העברת בעלות על מקרקעין בימינו", משפטי ארץ ג – קניין ומסחר, עמ' 209-238;

8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

דהיינו, עד להעברת הרישום תיחשב עסקה במקרקעין להתחייבות בלבד. בנוסף, אין תוקף לעסקה במקרקעין ללא הסכם בכתב. במילים אחרות, החוק קובע שבשלב ראשון יש לחתום הסכם בין המוכר לקונה שייצור התחייבות לביצוע העסקה. בשלב שני יירשם הנכס על שם הקונה ואז העסקה תושלם.

חשוב להדגיש שהחוק עוסק רק בנכסים הרשומים בטאבו, ולא בנכסים שאינם רשומים בטאבו אלא בחברה המשכנת או כשמדובר ב"בר רשות".²¹ במקרים אלה, מדובר על זכויות שעל פי החוק הן בגדר התחייבות בלבד, כיוון שהן לא נרשמו. כיוון שכך, עסקה בנכסים אלו פירושה העברת אותן זכויות לקונה ללא צורך ברישום.

האם חוק זה התקבל על ידי ההלכה? לשאלה זו שתי פנים:

האחת, האם בני אדם גומרים בדעתם לקנות בקניין מקובל, כגון, כסף או שטר, כל עוד לא עשו גם רישום בטאבו?²² והשנייה, האם יש תוקף הלכתי לחוק שדורש רישום וחובה בכתב? ביחס לרישום שדרש החוק העותמני בזמנו, המכונה, מוטילי (או מוטיבילי), נחלקו אחרונים:²³ רבי יעקב אלפנדרי וסיעתו סברו שהרישום איננו מעביר את הבעלות אלא מהווה תנאי לגמירות דעת מלאה.²⁴ לשיטתם, אם הצדדים החליטו לסיים את הקנייה ללא רישום – הדבר אפשרי.

לעומתם, רבי יצחק בכר דוד וסיעתו סברו שחוק המדינה הקובע שניתן להעביר בעלות רק באמצעות רישום תקף על פי ההלכה.²⁵

בנוגע למצב בארץ כתבו חלק מהפוסקים שניתן להעביר בעלות גם ללא רישום, על בסיס "זכויות שביושר" המוכרות בחוק.²⁶ לכך יש להוסיף את עמדת החזון איש, שכתב שכיוון שהמדינה מאפשרת התדיינות על פי דין תורה במסגרת חוק הבוררות, אזי לא ניתן לומר שהיא מחייבת רישום לצורך העברת הבעלות, כיוון שעל פי ההלכה הדבר אינו נדרש.²⁷

אולם, ייתכן שדברים אלה אינם נכונים לאחר חקיקת חוק המקרקעין, שבו נקבע במפורש שעסקה שלא נרשמה תיחשב כהתחייבות למכר בלבד,²⁸ וכן בוטלו זכויות שביושר.²⁹

21. הרב נתן חי, "בר רשות" – מעמדו ההלכתי וויתור עליו, משפטי ארץ ג – קניין ומסחר, עמ' 265-271.

22. באופן דומה נאמר בגמרא קידושין כו,א, שאין אדם גומר בדעתו לקנות קרקע בקניין כסף, אם באותו מקום נהגו לקנות בשטר, אלא אם כן פירש.

23. ראו סקירה של העמדות השונות בפד"ר ו, 378.

24. שו"ת מוצל מאש, ט.

25. דברי אמת, יב.

26. פד"ר ו, 384.

27. חזון איש חו"מ, ליקוטים, טז, ה.

28. סעיף 7 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969. ראו עוד: הרב ד"ר מיכאל בריס, "הרהורים אודות מעמד מרשם המקרקעין על פי ההלכה", משפטי ארץ ג – קניין ומסחר, עמ' 235.

29. סעיף 161 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969, קבע במפורש שמעת חקיקת החוק בטלו זכויות שביושר, אולם, בפסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות ישנה מגמה לתת תוקף חוקי לזכויות שביושר, ראו למשל: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, שקבע שלאחר חתימת הסכם מכר יש לקונה זכות מעין-קניינית.

כאן יש לעמוד על הברל בין גישת ההלכה לגישת החוק. לפי החוק לכאורה ישנם שני שלבים: התחייבות בעת חתימת החוזה, והעברת הזכויות בעת הרישום בטאבו. ובכל זאת ישנם משפטיים רבים הסבורים שכדאי לכתוב בחוזה שהמכירה מתבצעת בעת חתימת החוזה ("מוכרים בזאת") כדי לתת תוקף חזק יותר לזכויות של הקונה.³⁰

נוסח זה יוצר קושי הלכתי, שהרי הוא מדבר על מכירה למרות שהכוונה היא להתחייבות מחוזקת. על פניו, על פי ההלכה אין מובן לנוסח המקובל, כיוון שהוא מכיל סתירה פנימית בין הכתוב (מוכר) לבין הכוונה (מתחייב), כמו כן, בהלכה לא קיימת "התחייבות מחוזקת" או "זכות מעין קניינית". ולכן, הדעת נותנת שעל פי ההלכה רצוי לכתוב שהמוכר מתחייב למכור את הדירה, ולהגדיר מתי הבעלות תעבור. יתר על כן, מסתבר שהצדדים לעסקה מניחים שהבעלות עוברת בעת העברת החזקה לקונה, ולא בעת הרישום.

אם כן, לפנינו סתירה בין הנוסח המקובל (שתואם את התפיסה המשפטית המקובלת), לבין הנוסח שעדיף על פי ההלכה.

ד. דרכים להעברת הבעלות במקרקעין על פי ההלכה

לאור הפער בין החוק וההלכה, קיימות כמה אפשרויות:

1. **מכירה בעת חתימת החוזה** – כפי הניסוח המקובל המכירה מבוצעת בחתימת החוזה, נוסח זה מופיע בחוזה. כאשר מדובר על נכס שאינו רשום בלשכת רישום המקרקעין (טאבו), לא יתבצע הליך נוסף של רישום ולכן העברת הזכויות יכולה להתבצע בחתימת החוזה, ובוודאי שניתן לעשות שימוש בנוסח זה.

אולם, בנוגע לנכס הרשום בטאבו החוק קובע במפורש שללא רישום, מדובר בהתחייבות בלבד. ובכל זאת, כאמור, ממליצים עורכי דין להשתמש בניסוח זה ("מוכרים בזאת") שיש בו מתן תוקף נוסף לעסקה. נוסח מקובל זה מבטיח את זכויות הקונה במקרה של התדיינות בבית משפט, אולם, מבחינה הלכתית יש בו קושי. שהרי נכתב בחוזה שמדובר על מכירה מיידית כאשר בפועל על פי החוק הבעלות תעבור רק בהמשך. נוסף על כך, למעשה, אין הצדדים מעוניינים בהעברת בעלות מיידית אלא בהתחייבות למכר כמבואר לעיל. אולם, מסתבר שיש תוקף הלכתי לנוסח זה במסגרת דיני סיטומתא (קניין מנהג הסוחרים), והחוזה יתפרש על ידי בית דין של תורה כפי שמקובל. כלומר, התחייבות למכר בחוזה והעברת בעלות ברישום.

במקרה הנדיר שבו העברת החזקה מתבצעת בעת חתימת החוזה, משמעות נוסח זה יכולה להיות שבחתימת החוזה (והעברת החזקה המיידית שבעקבותיה) הבעלות עוברת.

על פי אפשרות זו יש לכתוב:

המוכרים מוכרים בזה את הדירה לקונים תמורת הסכום הנקוב להלן, והקונים קונים בזאת מהמוכרים את הנ"ל הכל בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן.

30. ככל הנראה על בסיס גישה הרואה בהעברת בעלות תהליך, שמתחיל בחתימת החוזה ומסתיים ברישום. האת, בניגוד להלכה, על פיה, העברת הבעלות מתרחשת ברגע אחד, ראו עוד פסק הדין בהע' 29.

2. **התחייבות למכור** שתתממש בהעברת הבעלות – כדי למנוע ספקות בשאלה מה מוגדר כ"העברת בעלות", הדבר יוגדר בחוזה. לאור האמור לעיל בנוגע לדרישות החוק בעניין הרישום בטאבו, יש לקבוע שמימוש ההתחייבות יהיה רק ברישום הנכס על שם הקונה. זו אחת מהאפשרויות המוצעות בחוזה שלפנינו.

על פי אפשרות זו יש לכתוב כך: "המוכרים מתחייבים למכור את הדירה לקונים, והעברת הבעלות תתבצע על ידי רישום הדירה על שם הקונים".

יתרונו של ניסוח זה בכך שהוא ברור מאוד ובעל תוקף הלכתי,³¹ אולם, חסרונו בכך שהוא לא כל כך מקובל, ויתכן שיש בו כדי להחליש את עוצמת הזכויות של הקונה ביחס לחוזים שנכתבו באופן המקובל, אם הדין יתקיים בבית המשפט. בנוסף, לעתים הרישום מתבצע זמן רב לאחר שהקונה נכנס לדירה, ומסתבר שאין הצדדים מתכוונים שעד אז, הדירה אינה שלו. לפיכך, הנוסח המוצע בחוזה כולל תוספות שנועדו להגן על זכויות הצדדים כפי המקובל אם הדין יתקיים בבית המשפט.

3. **העברת בעלות במסירת החזקה.**³² בנוגע לנכס שאינו רשום בטאבו העברת הבעלות בעת חתימת החוזה כפי שמורה לשון החוזה המקובל ("מוכרים בזאת") מעוררת קושי. כיוון שבדרך כלל בעת חתימת החוזה משולם רק חלק קטן מהתמורה, ולכן המוכר אינו מתכוון להעביר בעת חתימת החוזה את הבעלות. בנוסף, העברה מיידית יוצרת מצב בו המוכר גר במשך זמן רב בדירה שאינה שלו. לפיכך, מסתבר שהעברת הבעלות בעת העברת החזקה משקפת טוב יותר את כוונת הצדדים.

את העברת הרישום (כגון, בחברה המשכנת או במנהל מקרקעי ישראל) יש לראות כתנאי לגמר העסקה. כלומר, המכירה שנעשית בהעברת החזקה מותנית בכך שיהא רישום, אבל לאחר הרישום יתברר שהבעלות עברה למפרע משעת מסירת החזקה.³³ יש מקום לדון האם דרך זו מועילה מבחינה הלכתית ומשפטית גם בנוגע לנכס הרשום בטאבו, ואין זה מקומו.³⁴ לפי דרך זו ייכתב כך: "המוכרים מתחייבים למכור את הדירה לקונים. הבעלות על הממכר חזכות השימוש בו יעברו לידי הקונים עם מסירת החזקה בדירה, ובכפוף להעברת כל התמורה לידי המוכר. אי העברת הרישום על שם הקונה, לאחר שהקונה מילא את חלקו בחוזה, תיחשב כהפרת החוזה מצד המוכר". גם נוסח זה מובא כאפשרות בחוזה.

31. אם המתחייב יפר התחייבותו, וימכור את הדירה לאחר, יש אומרים שהמכירה לא חלה (שו"ת מהר"א ששון, קלג) ויש אומרים שהמכירה חלה אלא שעליו לפצות את הקונה – "כופין אותו לשלם דמי שיווי החפץ, כיון שקלקל החיוב" (נתיבות המשפט חו"מ לט, יז, וראו עוד בספרי, ההתחייבות, עמ' 181). בנידוננו, נראה שגם נתיבות המשפט יסכים שהמכירה לא חלה, שכן המוכר שעבד את הבית באפותיקי מפורש לטובת הקונה (ראו עוד במאמר זה, בפרק על הערת אזהרה, עמ' 212), ואף כתב יפוי כח בלתי חוזר שאינו מאפשר לו למכור את הבית, (ראו עוד במאמר זה, בפרק על יפוי כח בלתי חוזר, עמ' 214). ראו עוד בספר זה במאמר, "תרופות על הפרת חוזה", עמ' 154.

32. לא התייחסנו לאפשרות שהעברת הבעלות מתבצעת בעת התשלום האחרון, מכיוון שבדרך כלל התשלום האחרון מתבצע בעת העברת החזקה או בעת העברת הרישום.

33. כך נכתב בספר תורת הרבית יב, בירור הלכה א, עמ' קצג, גם לגבי נכסים הרשומים בטאבו, ואכן הדברים מסתברים. אולם, כיון שהדבר מנוגד לחוק ועלול לפגוע בזכויות הצדדים לחוזה לא הלכנו בדרך זו.

34. ראו בעניין זה: הרב שלמה אישון, "עסקת מקרקעין שלא נרשמה בטאבו", תחומין לו, עמ' 381-394.

4. **התחייבות לשלם קנס** אם המכירה לא תבוצע – אפשר שהמכירה לא תחול כעת אלא בעת ביצוע מעשה הקניין, כגון, בעת הרישום בטאבו. בינתיים הצדדים יכולים לחזור בהם, אלא שהחזרה בו יתחייב בקנס. חסרונה של דרך זו הוא שלא ניתן לאכוף את ביצוע החוזה אלא רק את תשלום הקנס. עשינו שימוש בדרך זו במקרים שבהם יש קושי לאכוף את ביצוע ההתחייבויות (ראו למשל בספר זה בנוגע לחוזה עם קבלן). אך במכר דירה אין דרך זו מקובלת.

5. **מעכשיו ולאחר זמן** – אפשר לבצע מכירה שחלה לאחר זמן המכונה בהלכה "קניין מעכשיו ולאחר זמן". במקרה כזה יש לשלם דמי קדימה בעת חתימת החוזה ויש להחשיבם לקניין כסף,³⁵ והדירה תעבור לבעלותו של הקונה בזמן שייקבע. על פי אפשרות זו יש לכתוב:

המוכרים מוכרים את הדירה לקונים מעכשיו, (מחקו את המיותר): ולכשתירשם הדירה בטאבו / ולכשתשולם מלוא התמורה עבור הדירה / ולכשתימסר החזקה בדירה. זאת, תמורת הסכום הנקוב להלן, והקונים קונים בזאת מהמוכרים את הנ"ל, הכל בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן.

החיסרון הוא בכך שישנו ספק באשר למצב המשפטי עד למימוש המלא של העסקה. האם לשון זו מתפרשת כתנאי (או כספק תנאי) ומאפשרת חזרה, או שמא לשון זו מתפרשת כקניין שמתפתח בהדרגה (שיוור, בלשון התלמוד והפוסקים).³⁶ משום כך אין מקובל לנקוט בדרך זו.

ה. פער הזמנים בין העברת החזקה לרישום

כאמור, הצענו אפשרות של הסכם התחייבות למכירת הדירה ומימוש ההתחייבות בהעברת הרישום. בין התחלת התהליך לטופו ישנו שלב משמעותי של העברת החזקה, שבדרך כלל כרוך בהעברת כל התמורה למוכר. כאן עולות כמה שאלות שמחייבות דיון:

א. **אחריות בניזקין**. מי נושא באחריות לנזקי הבית – המוכר שהוא הבעלים, או הקונה שכבר גר בבית? על פי שורת הדין במקרה של נזק כתוצאה מגורם חיצוני, הבעלים הוא שניזוק. במקרה זה, מסתבר שדעתם של הצדדים היא שמי שגר בבית נושא באחריות לנזקים שהוא יכול למנוע, ואף סופג את הנזקים כתוצאה מגורם חיצוני. אם כך, יש להגדיר זאת במפורש בחוזה.

ב. **מסים**. הצדדים יכולים להסכים כרצונם מי נושא כעת בעול מסי הבית, כגון ארנונה, אך שוב ההיגיון הפשוט אומר, שמי שגר ונהנה מן הבית ישלם את מסיו.

35. שכן בקניין כסף אין בעיה של "כלתה קניינו" (רמ"א חו"מ קצא, ד) וניתן לבצע קניין שיחול לאחר זמן (וראו בנושאי הכלים שדנו בצורך ובמשמעות של קניין בדרך זו).

36. ראו בספרי, ההתחייבות, עמ' 139 ואילך.

ג. **ריבית**. כל עוד הבעלות לא עברה התשלומים ששילם הקונה למוכר הם בגדר הלוואה, ולכן, אם כעת גר הקונה בבית בחינם עד להעברת הבעלות ברישום, נמצא שהוא מקבל ריבית מן המוכר (שנחשב כלוזה), אלא אם כן הקונה ישלם דמי שכירות. הפתרון הוא, שיאמר בחוזה במפורש שדמי השכירות הם חלק מן המחיר של הדירה, וכך ייכתב בחוזה: "שכר הדירה כלול במחיר הנקוב"³⁷. בנוסף, נאמר בחוזה שכל ההתחייבויות נעשו על פי היתר עיסקא.

ו. הערת אזהרה

לאחר חתימת החוזה מקובל שהקונה רושם "הערת אזהרה" לזכותו במרשם המקרקעין. לאחר רישום הערת אזהרה לא ניתן להעביר את הזכויות במקרקעין ללא הסכמת מי שהערה נרשמה לזכותו (סעיף 127א לחוק המקרקעין). מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה נדון במסגרות אחרות, והמסקנה היא שמעמדה כשל הטלת שעבוד מפורש על הנכס בשיעור הסכומים ששילם מי שרשם את הערת האזהרה.³⁸

ז. אונאת מחיר

על פי ההלכה במקרה של פער משמעותי בין מחיר השוק למחיר ששולם בעסקה ניתן לבטל את העסקה,³⁹ ובמקרים מסוימים ניתן לתבוע את הפער.⁴⁰ אלא שדין זה לא חל על מכירת קרקע.⁴¹ יש לציין כי יש אומרים שגם כאשר אין סנקציה משפטית, ישנו איסור במקרה של אונאת מחיר.⁴² לדעת הרמ"א⁴³ כאשר שולם על קרקע מחיר כפול משווייה יכול הקונה לבטל את העסקה.⁴⁴ כיוון שמדובר בפער גדול מאוד הרי שאין זה מצוי. ברם, כדי שלא להיכנס לספק איסור בפער קטן יותר כתבנו שבכל פער מחיר עד שלשים אחוז הצדדים מוחלים על האיסור.

37. ייתכן גם מצב הפוך, אמנם הוא אינו שכיח, שבו הבעלות עברה לקונה אולם הוא לא שילם את מלוא התמורה, ולכן המוכר ממשיך לגור בדירה כאשר כבר אינו הבעלים. כאן הקונה חייב כסף למוכר (ולכן הוא בגדר לוזה), ונותן לו עוד רשות לגור בחינם בדירה, כך שהמגורים הם בגדר ריבית. הפתרון הוא בניכוי שכר הדירה מן המחיר: "מחיר הדירה הוא כך וכך, והוא נקבע לאחר ניכוי דמי השכירות שחייב המוכר".

38. הרב סיני לוי, "מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה", **משפטי ארץ ג** – קניין ומסחר, עמ' 272-285.

39. **שולחן ערוך** חו"מ רכז, ד.

40. **שולחן ערוך** חו"מ רכז, ב.

41. **שולחן ערוך** חו"מ רכז, כט.

42. **סמ"ע** שם, נא.

43. **רמ"א** חו"מ רכז, כט.

44. **סמ"ע** רכז, נב.

ח. ליקויים ומקח טעות

ברוב החוזים קיימת התייחסות לליקויים שעלולים להתגלות בדירה. על פי ההלכה כאשר מדובר במום משמעותי⁴⁵ יכול הקונה לבטל את העסקה.⁴⁶ במקרה של ביטול העסקה יחויב הקונה לשלם למוכר על השימוש בדירה עד לביטול.⁴⁷ כאשר מדובר על מום שניתן לתיקון, והתיקון אינו משנה את שמו של המקח – רשאי המוכר לשלם את דמי התיקון ולהיפטר.⁴⁸ דינים אלה אינם תלויים במודעות של המוכר לקיומו של המום.⁴⁹ אם לאחר שהקונה גילה את המום הוא השתמש בדירה הוא מחל על זכות הביטול,⁵⁰ אלא אם כן לא הייתה לו אפשרות להימנע משימוש בנכס.⁵¹ בנוסף נחלקו הפוסקים האם כאשר הקונה נמנע מלבדוק את הנכס הוא מחל על מומים שהיו יכולים להתגלות בבדיקה.⁵² גם אם סוכם שהקונה מוחל על כל מום אין לכך תוקף הלכתי, אלא יש לקבוע שהקונה מוחל על מומים שמפחיתים את שווי המקח בשיעור מסוים.⁵³ לפיכך, בחוזה זה התייחסנו במפורש לסעדים במקרה של ליקויים.

ט. קנסות

בדרך כלל בחוזים שדורשים ביצוע עתידי מופיע סעיף קנס, למקרה של הפרה. וכן הוא הנהוג בחוזה מכירת דירה. הצדדים מתחייבים מראש לשלם קנס מוגדר אם יפרו את החוזה, כגון, אם הקונה יאחר לשלם או אם המוכר יאחר למסור את החזקה. התחייבות לשלם קנס מעוררת שתי בעיות: האחת אסמכתא, שכן זו התחייבות על תנאי שיש בו הפסד (תשלום ללא תמורה) והמתחייב לא גמר דעתו בלב שלם להפסיד לעצמו. על הדרך לפתור בעיה זו עמדנו במבוא לספר זה, וכך עשינו בחוזה זה. בעיה שנייה היא ריבית, כאשר הקנס מתרבה ככל שזמן ההפרה מתארך, וגם בנושא זה עסקנו במבוא לספר זה, והתייחסנו אליו בגוף החוזה שלפנינו.

45. שולחן ערוך חו"מ רלב, ו.

46. שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

47. שולחן ערוך חו"מ רלב, טו.

48. שולחן ערוך חו"מ רלב, ה. ובנושאי הכלים שם מבואר אם ומתי יכול הקונה או המוכר לדרוש תיקון או ניכוי מן המחיר בהתאם, במקום ביטול מקח, ראו עוד בספר זה, במאמר "תרופות על ביטול חוזה", עמ' 160 והלאה.

49. ראו שולחן ערוך חו"מ רלב, יא, שם נפסק שבהמה שנמכרה ונמצאה טרפה היא בגדר מקח טעות למרות שמוכר כלל לא היה מודע למצב הבהמה שמכר.

50. שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

51. נתיבות המשפט רלב, א.

52. משנה למולך על רמב"ם מכירה טו, ג, ובנושאי הכלים על שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

53. שולחן ערוך חו"מ רלב, ז.

י. ייפוי כוח

ברוב עסקאות המקרקעין נותנים הצדדים ייפוי כוח בלתי חוזר לעורכי הדין המעורבים בעסקה כדי שאלה יבצעו פעולות משפטיות עבור הצדדים, כגון, רישום הערת אזהרה ורישום בטאבו.

על פי חוק השליחות, ייפוי כוח בלתי חוזר תקף גם אם המרשה ח"ו הלך לעולמו.⁵⁴ ולכן מבחינה הלכתית הוא אינו יכול להתבסס על שליחות, שבטלה עם מות המשלח,⁵⁵ אלא על העברת זכות קניינית למורשה.⁵⁶

אלא שמטבעו של ייפוי כוח, אין משמעותו שעורך הדין שקיבל את ייפוי הכוח יכול לקחת את הנכס לעצמו או לעשות בו כטוב בעיניו. תפקידו לתפקד כנאמן, ולפעול למימוש הסכמים מחייבים שבין הצדדים.

המוסד ההלכתי המקביל לייפוי כוח הוא ה"הרשאה". למוסד זה כללים ודינים ייחודיים שאינם חופפים לאלה של ייפוי כוח בלתי חוזר.⁵⁷ דרך אחרת להכיר בייפוי כוח זה, היא לראות אותו כאילו המוכר אמר לעורך הדין שיקבל את הזכויות על מנת להעבירם לקונה, ובלשון הגמרא: "קני על מנת להקנות".⁵⁸ בין כך ובין כך, יש לתת תוקף הלכתי לייפוי כוח המקובל מדין מנהג הסוחרים (סיטומתא).

יא. הוראות לחותמים על החוזה

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.

54. סעיף 14(ב) לחוק השליחות תשכ"ה-1965.

55. שו"ת הרא"ש טב א.

56. ראו בעניין זה רמ"א חו"מ קכב, א, בסופו; ש"ך שם, ו; נתיבות המשפט שם, ד.

57. למשל, לא ניתן לומר שייפוי כוח בלתי חוזר הוא בגדר שליחות או הרשאה, שכן המרשה (שולחן ערוך חו"מ קכב, ג) או המשלח יכולים לחזור בהם מהאחרונות, ודאי שהן בטלות לאחר מות המשלח או המרשה.

הקרוב ביותר למוסד זה הוא "קני על מנת להקנות" (נדריים 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 מכיוון שמצאנו לו דמיון בדרך של "קני על מנת להקנות" כאמור.

58. נדריים מח,ב.

חוזה מכר (לדירה בנויה) עם הערות מבארות

שנערך ונחתם בעיר _____ ביום _____ לחודש _____ בשנת _____

בין

1. שם _____ ת.ז. _____

2. שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן: "המוכרים") שניהם יחד וכל אחד לחוד;⁵⁹

לבין

1. שם _____ ת.ז. _____

2. שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן: "הקונים") שניהם יחד וכל אחד לחוד;

א. מבוא

הואיל והמוכרים מצהירים כי הינם הבעלים הבלעדיים⁶⁰ ובעלי החזקה הבלעדית⁶¹ בדירה, של _____ חדרים, אשר מספרה _____ בקומה _____ בבניין ברחוב _____ בשכונת _____ בעיר _____, הידועה כחלקה _____ בגוש⁶² _____, ולה צמודים מחסן / שטח חנייה / גג / וכדו', וחלק יחסי ברכוש המשותף של הבית שבו הדירה (להלן: "הדירה");

59. **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.

60. במקרה של חכירה יש להוסיף כאן: "של זכות החכירה לדורות", ואם הקרקע מהוונת: "של זכות החכירה לדורות המהוונת".

61. אם הדירה מושכרת או מסורה ברשות לאחרים, יש להשמיט מילים אלו.

62. 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".

עותק נסח המקרקעין / אישורי זכויות של החברה המשכנת ורשות מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל") של הדירה מיום _____ מצ"ב כנספח א, וכחלק מחוזה זה.⁶³ והואיל והמוכרים מצהירים כי הדירה וזכויותיהם בה נקיות מכל שעבוד⁶⁴ ו/או עיקול ו/או צו הריסה ו/או זיקת הנאה ו/או זכות צד ג' כלשהי, למעט משכנתה לטובת בנק _____ (להלן: "הבנק למשכנתאות") בעבור הלוואה מספר _____ שערכה הנוכחי כ _____ (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 ו/או הליכים משפטיים אחרים;

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:

1. המבוא לחוזה זה עם ההצהרות שבו מחייב את הצדדים והוא חלק בלתי נפרד מן החוזה.

ב. המכירה (מחקו את המיותר)⁶⁵

2. [א. הנוסח המקובל] המוכרים מוכרים בזה לקונים את הדירה ומלוא זכויותיהם בה. הקונים קונים בזה מהמוכרים את הנ"ל; הכול בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן.⁶⁶

63. 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".

64. הכוונה היא לשעבוד רשום בלבד. אמנם על פי ההלכה כל נכסי דלא נידי של חייב בשטר, 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 והשעבוד נרשם אצל רשם המשכונות או במרשם המקרקעין. ראו שו"ת אגרות משה חו"מ ב, סב.

65. כמוכן, לאחר התייעצות עם עורך דין.

66. נוסח מקובל זה מתאים כאשר מדובר בנכס שאינו רשום בטאבו. במקרה כזה כל הזכויות מועברות בעת חתימת החוזה.

גם כאשר מדובר על נכס הרשום בטאבו זהו הניסוח המקובל. אף שעל פי החוק ללא רישום מדובר על התחייבות למכור בלבד, מקובל לראות בנוסח זה כמי שנתן תוקף נוסף לזכויות הקונה אם הדיון יתקיים בבית משפט. לעומת זאת, אם הדיון יתקיים בבית דין, הרי שנוסח זה יוצר עמימות מסוימת, על כל פנים מסתבר שהוא יתפרש כהתחייבות כאמור במבוא.

[ב. נוסח מוצע למכירת נכס הרשום בטאבו] המוכרים מתחייבים⁶⁷ בזה למכור⁶⁸ לקונים את הדירה ומלוא זכויותיהם בה. הקונים מתחייבים בזה לקנות ולקבל מהמוכרים את הנ"ל; הכול בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן. הבעלות על הממכר תעבור לקונים עם הרישום בלשכת רישום המקרקעין.⁶⁹ בין העברת החזקה לרישום יהיו לקונים זכויות מעין-קנייניות כמקובל. כדי להימנע מאיסור ריבית התשלום עבור השימוש של הקונים בתקופה האמורה יגולם במחיר הדירה.⁷⁰ כמו כן הקונים אחראים⁷¹ על נזקי הדירה בתקופה האמורה, כאילו היא שלהם והם רשאים לנהוג בה מנהג בעלים.⁷²

[ג. נוסח מוצע למכירת נכס שאינו רשום בטאבו] המוכרים מתחייבים למכור את הדירה לקונים. הבעלות על הממכר וזכות השימוש בו יעברו לידי הקונים עם מסירת החזקה בדירה ובתנאי שהקונים יעבירו את כל התמורה לידי המוכרים. אי העברת הרישום על שם הקונים תוך זמן סביר, לאחר שהקונים מילאו את חלקם בחוזה, תיחשב כהפרה יסודית של החוזה מצד המוכרים.⁷³

67. על פי החוק העברת הבעלות מתבצעת בהעברת הרישום בלבד, ומכיוון שישנה מחלוקת לגבי מעמדו ההלכתי של החוק לכן נקבע כאן (כפי שמקובל) שמדובר בחוזה התחייבות ולא בחוזה מכר.
68. בהתחייבות למכור דבר מסוים באנו למחלוקת קצות החושן רו, א, ונתיות המשפט רג, ו, ראו עמק המשפט חלק א, ו, עמ' סז. לדעת הרב יוסף ש. אלישיב אי אפשר לטעון קים לי כדעת קצות החושן הסובר שאין תוקף להתחייבות למכור.
69. לפי החוק, רק רישום בטאבו מעביר את הבעלות. גם על פי ההלכה יכול הרישום להיחשב למעשה קניין. לכן הצענו אפשרות כזו שתתאים הן להלכה והן לחוק, אלא שיש להתגבר על בעיות אחדות, כמובא בהערה הבאה.
- יתרונו של נוסח זה בכך שהוא יוצר בהירות הלכתית, וחסרונו בכך שהוא פחות מקובל, והוא יוצר חוסר ודאות, אם הדיון יתקיים בבית משפט.
70. משעה ששילם הקונה על הדירה ועד שתעבור הדירה לבעלותו נחשב הקונה כמלווה והמוכר כלווה. ולכן אם יתגורר הקונה בחינם באותו שלב בבית המוכר (הלווה), אף על פי שהוא עומד לקנותו, נמצא שהוא מקבל ריבית עבור ההלוואה שנתן. לכן יש לציין כי אכן משולם שכר על השימוש בדירה והוא כלול במחיר הדירה.
71. חז"ל חששו למצב של "נשרפו חיטיך בעלייה" (בבא מציעא מו,ב), 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.
72. אנו הצענו כאן נוסח לפיו ההלכה תואמת לחוק, כלומר שהעברת הבעלות מתבצעת עם הרישום. בנוגע לדרכים אחרות ראו במבוא ובהמשך הסעיף.
73. נוסח זה נועד לנכסים שאינם רשומים בטאבו, הוא משקף את גמירות הדעת של הצדדים על פיה הבעלות עוברת בהעברת החזקה בלבד. לפיכך, יש לעסקה שלושה שלבים: א. התחייבות למכר בעת חתימת החוזה, ב. העברת בעלות בעת העברת החזקה ותשלום מלוא התמורה, ג. העברת הרישום על ידי המוכר (כגון, במנהל מקרקעי ישראל או בחברה המשכנת) היא תנאי מצדו של הקונה.

ג. חובות הקונים

3. תמורת מילוי כל התחייבויות המוכרים לפי הסכם זה, מתחייבים הקונים לשלם למוכרים סך השווה ל _____ שקלים חדשים,⁷⁴ במועדים ובתנאים המפורטים לקמן:⁷⁵

(א) במעמד חתימת החוזה ישולם סך השווה ל-10% ממחיר הדירה בסך _____ שקלים חדשים; חתימת המוכרים על החוזה מהווה גם הודאה בקבלת שיק בנקאי על סכום זה. השיק הבנקאי יופקד בידיים הנאמנות של ב"כ המוכר עד לרישום הערת אזהרה/משכון לטובת הקונים בגין הסכם זה. לאחר מכן – יועבר השיק לקונים. הערת האזהרה/המשכון יירשמו בתוך שלושה ימי עסקים מיום החתימה על הסכם זה, אלא אם קיימת מניעה לביצוע הרישום אשר איננה תלויה בקונים. (ב) ביום _____ ישולם סך _____ שקלים חדשים.

(ג) סך _____ שקלים חדשים, ישולם בשתי פעימות: הפעימה הראשונה תשולם ישירות לבנק למשכנתאות לא יאוחר מיום _____, בכפוף לכך שהמוכרים המציאו לקונים "מכתב כוונות" מהבנק למשכנתאות לא יאוחר מיום _____. הפעימה השנייה תשולם בתוך 7 ימים מהיום שבו ימציאו המוכרים לקונים אישור על סילוק המשכנתא ונסח רישום/אישור זכויות "נקי".

(ד) ביום _____ תשולם מלוא יתרת התמורה, בכפוף להמצאת החזקה בדירה לקונים ומסירת מסמכי ההעברה לקונים. לעניין זה, "מסמכי ההעברה" הם: נסח רישום/אישור זכויות נקי משעבודים, אישור תשלום או פטור ממס שבח מקרקעין, אישור הרשות המקומית להעברת הזכויות, שטרי מכר/שטרי העברת זכות שכירות/מסמכי החברה המשכנת/בקשה להעברת זכויות של המינהל/מסמכי החברה המשכנת, ייפוי כח בלתי חוזר של המוכרים. אם ביום ביצוע תשלום זה, לא יהיו בידי המוכרים אחד או יותר מהמסמכים המפורטים לעיל, כי אז יפקידו הקונים, מתוך יתרת התמורה, סכום של _____ ש"ח בידי ב"כ המוכרים. סכום זה ישמש את ב"כ המוכרים לצורך ביצוע תשלומים על מנת לקבל את האישורים החסרים.

(ה) במעמד חתימת החוזה המוכרים חתמו על בקשה לרישום הערת אזהרה לטובת הקונים בלשכת רישום המקרקעין / בקשה לרישום משכון במשרדי רשם המשכונות, והקונים חתמו על ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת בא כוח המוכרים למחיקת הערת האזהרה / המשכון שתירשם לטובתם כאמור. בא כוח המוכרים יעשה שימוש בייפוי הכוח האמור רק במקרה שההסכם בוטל כדין עקב הפרתו היסודית על ידי הקונים, וגם נמסרה לקונים או לבא כוחם הודעה על כך 14 ימים מראש.⁷⁶

74. ניתן גם לקבוע מחיר בשקלים צמודים לדולר או למדד המחירים לצרכן, אולם יש הסוברים כי יש בכך איסור ריבית, ושאלת הריבית נפתרת על פי סעיף 22 המובא להלן.

75. כמובן ניתן לקבוע כל לוח תשלומים אחר בהסכמת שני הצדדים.

76. על פי סעיף 127א לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969, רישום הערת אזהרה מונע את העברת הזכויות בנכס לידי גורם אחר ללא אישורו של מי שההערה נרשמה לטובתו. במקרה זה, רישום הערת אזהרה מונע

ד. חובות המוכרים

4. המוכרים יעמדו בהתחייבויות שלהם אם ימסרו⁷⁷ לקונים את הדירה במצבה כפי שהיא בעת חתימת חוזה זה פרט לבלאי הנובע משימוש זהיר וסביר,⁷⁸ וכן כשהיא נקייה מכל אדם וחפץ ומכל זכות צד ג', כשכל מערכות הדירה תקינות ופועלות לא יאוחר מ _____, לאחר תשלום מלוא התמורה.
5. יחד עם הדירה וכחלק מהמחיר המוסכם מתחייבים המוכרים למכור את כל מה שמחובר לדירה פרט ל _____.
6. (א) בכפוף למילוי התחייבויות הקונים על פי חוזה זה במלואם ובמועד המוכרים מתחייבים לרשום את הדירה⁷⁹ על שם הקונים בלשכה או במינהל או בחברה משכנת, כשהיא נקייה מכל זכות צד ג', וזאת לא יאוחר מיום _____ המועד הנ"ל יידחה אם יהיו נסיבות חיצוניות המונעות את ביצוע הרישום, נסיבות שאין למוכרים שליטה עליהן.
- (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.
7. במעמד חתימת חוזה זה חתמו המוכרים על ייפוי כוח בלתי חוזר⁸⁰ לצורך ביצוע הוראות חוזה זה. ייפוי הכוח הופקד בידי הנאמנות של עורך-הדין _____ מרחוב _____ ב _____, אשר יהיה רשאי לעשות בו שימוש רק לאחר שהתמורה שולמה למוכרים או הופקדה לטובתם.
- מהמוכר למכור את הנכס לקונה אחר לאחר חתימת החוזה עם הקונה. לגבי מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה כתב הרב סיני לוי שהיא מונעת העברת בעלות לאחר, ויוצרת שעבוד על הנכס בשיעור הסכומים ששילם הקונה (הרב סיני לוי, "מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה", **משפטי ארץ ג** – קניין ומסחר, עמ' 285).
77. לא נוסח כהתחייבות למסור את הדירה, אלא כתנאי לעמידה בהסכם, בגלל בעיית קניין דברים.
78. 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 (ראו **עמק המשפט א**, לח).
79. התחייבות זו תתפרש בהתאם למה שנקבע בסעיף 1, אם כרגע העברת הבעלות, או כתנאי להעברת הבעלות שהתבצעה קודם.
80. על פי החוק ייפוי כוח בלתי חוזר מעניק למורשה סמכויות לפעול גם לאחר מותו של המרשה. מבחינה הלכתית הוא מבוסס על סיטומתא, ראו עוד במבוא לחוזה.

ה. תשלומים ומסים

8. (א) מס שבח מקרקעין ומס מכירה, אם יהיו, יוטלו על המוכרים; והם מתחייבים לשלמם במועדם.⁸¹
- (ב) מס רכישה יוטל על הקונים; הם מתחייבים לשלמו במועדו.
- (ג) כל המסים 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 לשלמם; מאותו מועד ואילך התשלומים האמורים יחולו על הקונים, והם מתחייבים לשלמם. היטל השבחה אשר יחול בגין תכנית שאושרה עד ליום החתימה על הסכם זה ישולם על ידי המוכר; היטל השבחה בגין תכנית אשר אושרה לאחר יום החתימה על הסכם זה ישולם על ידי הקונה.
- (ד) בעת מסירת החזקה בדירה יקראו הצדדים את הרישום במונה החשמל,⁸² 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 מצדם כדי שהקונים יוכלו להירשם כמנוי בחברת החשמל, בחברת הגז ובעירייה. הקונים יפקידו כל פיקדון שנדרש במקומות אלה בשביל שהמוכרים יוכלו לקבל בחזרה כל פיקדון שהם הפקידו.⁸³
9. מוסכם על הצדדים כי הקונים רשאים להקדים את מועד התשלומים, וזאת על ידי הודעה של לפחות 48 שעות מראש.
10. 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.⁸⁴
11. הוסכם בין הצדדים, כי כל החובות האמורים בחוזה זה ישולמו אך ורק באמצעות שיק משורטט או שיק בנקאי או כסף מזומן או העברה לחשבון, אלא אם כן יסכימו אחרת, זולת התשלום הראשון והאחרון שישולמו במזומן או בשיק בנקאי בלבד.
81. במקרה חכירה נוהגים להוסיף כי על המוכרים לשלם את דמי ההסכמה, אם יחולו, ועל הקונים לשלם את דמי ההיוון אם ירצו בכך.
82. סעיף זה הוא בגדר עצה טובה, ואינו מחייב משפטית, שכן אינו אלא בגדר קניין דברים.
83. התחייבויות אלה הם בגדר קניין דברים, אולם, אי ביצוע שלהם יהווה הפרה של ההסכם.
84. סעיף זה בא למנוע ממנוי 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 החוזה (ראו עוד ש"ך חו"מ קכח, (1).

ו. מצב הנכס

12. (א) הקונים מצהירים כי ראו את הדירה, את מצבה הפיזי והתכנוני, את הסביבה בה היא נמצאת, ובדקה בדיקת קונים ומצאוה 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).⁸⁵
- (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 20% מערך הדירה כפי שנקבע בחווה זה.⁸⁶
- (ג) בפער של עד 30% בין מחיר השוק למחיר שנקבע בחווה הצד הנפגע מוחל לצד השני על איסור אונאה.⁸⁷

ז. הפרת החווה וביטולו

13. (א) איחור שלא יעלה על 10 ימים בביצוע סעיף מסעיפי חווה זה לא ייחשב להפרה של החווה.
- (ב) אם יפגרו המוכרים במסירת החזקה בדירה לקונים, כמשמעה בסעיף 4, יותר מ-10 ימים, מתחייבים הם לשלם לקונים כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק סך _____ ש"ח 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 _____ ש"ח לכל יום איחור מהיום ה-11 ועד היום ה-30 או עד לביצוע התשלום.⁸⁸
- (ד) הפרה שאינה יסודית מאפשרת ביטול החווה 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.⁸⁹

85. בדרך כלל הקונה דורש תיקון לפני עריכת החווה. אך יש שעקב לחץ זמן וכדומה הוא מסכים לחתום כעת בתנאי שהפגמים יתוקנו עד למסירת הדירה. ויש שהמוכר מוכן לתקן רק לאחר עריכת החווה.

86. מום נסתר יכול להביא לביטול החווה או לחייב את המוכר בתיקונו. הנוסח המקובל ברוב החוזים הוא שהקונה מוחל על כל מום נסתר שהמוכר לא ידע עליו. כדי שסיכום כזה יהיה תקף הלכתית יש לכמת את סכום המחילה (שולחן ערוך ח"מ רלב, ז) וכך עשינו כאן.

87. למרות שאין אונאה בקרקעות, לדעת הרמב"ן יש איסור, לכן הוספנו תנאי זה, שמאין את האיסור.

88. לגבי שאלת הריבית ראו בסעיף 22.

89. בשולחן ערוך ח"מ רלב, ד, נפסק שככלל מום מהווה עילה לביטול המקח. עם זאת לא נמנעו הפוסקים "להכשיר" מקח עם מום קטן כמו במקרה בו התגלה שנעקרו חלונות ודלתות מהבית (שם, ה), או כמו במקרה שקיבל בשר שאינו איל מסורס במקום בשר איל מסורס (רמ"א ח"מ רלג, א). המפרשים התלבטו

14. (א) כל איחור בביצוע אחד מסעיפי חוזה זה מעבר ל-30 יום ייחשב כהפרה יסודית.⁹⁰ מוסכם על הצדדים, כי הצהרות המוכרים הנזכרות לעיל בפרק המבוא, ובסעיף 12(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-12% מסכום התמורה.⁹¹
- (ג) נוסף על כך, אם ההפרה נמשכת, מתחייב הצד המפר לשלם סך של _____ ש"ח לכל יום, מאותו יום שההפרה נעשתה יסודית ועד לביצוע ההתחייבויות אותן 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,⁹² אחרי 30 יום מיום שנודע על ההפרה ייחשב הצד הנפגע כאילו מחל על זכותו לביטול החוזה. עם ביטול החוזה יחזירו המוכרים את הכסף שקיבלו כאשר הסכומים צמודים למדד המחירים לצרכן. כספים שקיבלו 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.
- (ז) אם לאחר מסירת החזקה בדירה לקונים, המכירה תתבטל עקב אי עמידה של המוכרים בהתחייבויותיהם ישלמו הקונים דמי שכירות מופחתים על השימוש בדירה עד פינייה, בסך של 100 ש"ח לחודש.⁹³

ח. הסכם בוררות ותוקף הלכתי

15. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את האם ומתי קיימת אופציית תיקון או ניכוי (עיינו **מחנה אפרים** הלכות אונאה, ובספר זה, במאמר "תרופות על הפרת חוזה", עמ' 160 והלאה). בימינו אין נוהגים לבטל מקח בגלל מום קטן, וכדי להסיר ספק הכנסנו אפשרות זו של תיקון או ניכוי כתנאי מוסכם.
90. הפרה יסודית מאפשרת ביטול מידי של החוזה, לעומת זאת הפרה שאינה יסודית מאפשרת ביטול של החוזה רק לאחר הודעה לצד שהפר את החוזה, כאמור בסעיף 15 (ד).
91. ניתן כמובן לקבוע גם סכום אחר.
92. ראו **שולחן ערוך** חו"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.
93. אם המכירה מתבטלת, הכסף ששולם למוכר דינו כהלואה. ואם כן נמצא הקונה-המלווה יושב בינתיים בדירה חינום, ובעצם מקבל ריבית (ישיבה בדירה נוסף להחזרת ההלוואה), לכן עליו לשלם דמי שכירות, כדי שלא ייכשל בעון ריבית. אך מכיוון שלא התכוון לשבת כשוכר, די בדמי שכירות מופחתים.

בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החווה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁹⁴

16. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁹⁵ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחווה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר רואה אותה כמספקת.⁹⁶

17. שינוי בחווה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.⁹⁷ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב לו חוב לפי חווה 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 באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁹⁸

18. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁹⁹ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים,¹⁰⁰ ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.¹⁰¹ כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל¹⁰² על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁰³

94. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החווה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.

95. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.

96. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.

97. 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 חתימת שני הצדדים.

98. 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). על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבויותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החווה.

99. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחווה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החווה (משפט השכיחות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).

100. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).

101. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". בשולחן ערוך חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב רמ"א אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש חלקת מחוקק לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

102. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

103. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו

19. כתובות הצדדים לצורך חוזה זה הן כמופיע בתחילת החוזה. הודעה בכתב משמעה בחוזה זה הודעה במכתב רשום.

לראיה ולקניין באנו על החתום¹⁰⁴ במקום _____

ביום _____ לחודש _____ שנת _____ ולמניינם _____.

_____ מוכרים
 _____ קונים

לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

104. החתימה תהיה בשורה סמוכה לשורה האחרונה של החוזה כדי למנוע טענת זיוף (ראו שולחן ערוך חו"מ, מד). כמו כן יחתמו הצדדים על כל דף בנפרד.

חוזה מכר רכב

הרב הלל גפן

מבוא
א. מעשה הקניין
ב. דחיית העברת השליטה ברכב
ג. אונאת מחיר
ד. ליקויים ופגמים
ה. ביטול העסקה או תיקון הפגם

מבוא

עסקה למכירת רכב נעשית בסכומים משמעותיים ובדרך כלל בלא ליווי משפטי, וללא חתימה על חוזה כלשהו. על כן, מומלץ שהצדדים לעסקה יהיו מודעים להלכות הנוגעות לעניין.

הנושאים המטרידים את הצדדים לעסקת המכר בדרך כלל הם מועד ואופן העברת הבעלות, ושאלת האחריות לליקויים או לפער בין מחיר העסקה למחיר השוק. התייחסות מיוחדת נדרשת כאשר מדובר בעסקאות שאינן מסתיימות מיד, ויש פער זמנים בין סיכום העסקה לבין העברת הבעלות והחזקה על הרכב.

לפיכך, יש לפתוח בסקירה הלכתית של הנושאים הבאים: מעשה הקניין, חלות קניין במועד מאוחר, האחריות לליקויים, ואונאה במחיר. לאחר מכן יובא נוסח של חוזה מכר רכב שמבוסס על הסקירה.

א. מעשה הקניין

העברת בעלות על פי ההלכה מחייבת ביצוע מעשה קניין¹. על פי ההלכה מיטלטלין נקנים באחד ממעשי הקניין הבאים: קניין סודר, משיכה ומסירה. נדון בכל אחד מהם ובשייכות שלו למכר רכב.

קניין סודר – זהו מעשה הקניין הפשוט והשכיח ביותר בהלכה, בו הקונה מוסר חפץ ליד המוכר ובתמורה המוכר מקנה לו את המוצר (בדרך כלל, הלה מחזיר לו לאחר מכן את

* הרב הלל גפן, מכון משפטי ארץ, עפרה; הישיבה הגבוהה בית אל.
גירסה ראשונה של מאמר זה התפרסמה בספר **משפטי ארץ ג** – קניין ומסחר, עמ' 510-528. כאן נידונה הסוגיה מחדש בתוספת מקורות נוספים.
1. **שולחן ערוך** חו"מ קפט, א.

החפץ). קניין סודר מועיל להעברת בעלות בין בקרקעות ובין במיטלטלין,² וודאי שניתן לקנות בו את הרכב. אמנם מעשה זה איננו מקובל כיום, אבל אין מניעה מלעשותו.

קניין משיכה³ – בדרך כלל, משמעותו של קניין משיכה היא, שהקונה מוציא את המוצר שקנה מרשות המוכר ומכניסו לרשות המיוחדת לו.⁴ קניין משיכה אינו דורש בהכרח מן הקונה למשוך בכוחו הפיזי את החפץ שאותו הוא מבקש לקנות, ודי בכך שהוא גורם לחפץ שינוע למקום שהוא מעוניין בו. לכן, יכול אדם לקנות בהמה 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 שהרכב נע בכוח המנוע.

משיכה אינה קונה אלא במקום המוגדר בהלכה כ'סימטא' ולא ברשות הרבים.⁶ '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 שצדי הרחוב המיועדים לחניית מכוניות נחשבים ל'סימטא', ולכן נהיגה במכונית והחנייתה במקום חנייה מותר היא קניין משיכה.

קניין מסירה – פירושו העברת החבל שבו קשורה הספינה או הבהמה מיד המוכר ליד הקונה, קניין זה מתבצע אך ורק ברשות הרבים.⁸ קניין זה מועיל בקניית בהמה וספינה, ולדעת התוספות⁹ קניין זה ייחודי רק להם. הרא"ש¹⁰ מסביר, שייחודם של ספינה ובעלי חיים הוא בכך שעל ידי אחיזה ונענוע כלשהו בחבל, הספינה או הבהמה הולכים מכוחו, ולכן מסירתם היא כמו משיכה, אבל שאר מיטלטלין אינם נקנים במסירה. רכב גלגלי ניתן להזיז בקלות יחסית, לכן ייתכן שדינו דומה לספינה. מצד שני הזזתו אינה נעשית על ידי האחיזה בחבל או בהגה וכד'.

מהרמב"ם¹¹ ומהשולחן ערוך¹² משמע שתיקנו קניין מסירה בספינה כיוון שיש במשיכתה טורח גדול. לאור זאת יש להסתפק האם מסירה תועיל במכונית משום שקשה למושכה בידיים, או שמא אין טורח במשיכת המכונית הואיל וניתן לנהוג בה, ומשום כך אין היא נכללת בתקנת חכמים המאפשרת קניין במסירה.

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. יש לציין שניתן לקנות מיטלטלין גם בהגבהה, אלא שמעשה קניין זה אינו מעשי ביחס לרכב.
4. ראו **בבא בתרא** עו, ב: "וחכמים אומרים לא קנה עד שימשכנה...", ופירוש **רשב"ם** "לרשות המיוחד לו".
5. **שולחן ערוך** חו"מ קצו, ג.
6. **שולחן ערוך** חו"מ קצו, ב.
7. ראו לשון **הרשב"ם** בבא בתרא עו, ב: "סימטא הוא מקום המיוחד לעומדים שם באותה שעה".
8. **בבא בתרא** עו, ב. **שולחן ערוך** חו"מ קצו, ט.
9. **תוספות** בבא בתרא עו, א, ד"ה אי.
10. **רא"ש** בבא בתרא ה, ג.
11. **רמב"ם** מכירה ג, ג.
12. **שולחן ערוך** חו"מ קצה, ז.

רישום הרכב – על פי החוק הישראלי 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. על פי החוק, רישום זה הוא בעל ערך דקלרטיבי (הצהרתי, המפרסם את העברת הבעלות), שלא כרישום מקרקעין בלשכת רישום המקרקעין שהוא קונסטטוטיובי (כלומר, מעביר את הבעלות).¹³

אולם, המנהג הוא לראות בהעברת הרישום את מעשה הקניין, ולכן, במסגרת "קניין הסוחרים"¹⁴ ניתן לראות ברישום הרכב את מעשה הקניין שמעביר את הבעלות. לסיכום, ניתן לקנות רכב בקניין סודר או במשיכה או בהעברת הרישום של הרכב. ע"פ ההלכה, הצדדים יכולים לסכם באיזה מעשה קניין, מאלה האפשריים, החזקה תעבור, וכך יש לעשות כאשר נחתם חוזה מכר רכב.

ב. דחיית העברת השליטה ברכב

בדרך כלל המוכר מעביר לקונה את החזקה ברכב מיד לאחר ביצוע מעשה הקניין. אולם, לעתים גם לאחר שהצדדים סיכמו שהם רוצים לבצע את העסקה צריך לדחות את מועד הביצוע. למשל, כאשר המוכר עדיין צריך את הרכב לשימוש משום שטרם הספיק לרכוש רכב חדש, או שרכש רכב, אך הוא טרם נמסר לידי. קיימות מספר דרכים הלכתיות להסדיר מצב כזה, וישנם יתרונות וחסרונות בכל אחת מהן.

דרך אחת: העברת בעלות מיידיה והשאלת הרכב למוכר – בדרך זו, העברת הבעלות חלה מיד, הקונה הופך לבעל הרכב עם סיום העסקה, והמוכר משתמש בו בינתיים כשואל. התוצאה היא שאם הרכב ניזוק או התקלקל לאחר סיום העסקה ולפני העברתו לקונה, יהא על המוכר לשאת באחריות לכך, כדין שואל. משום כך עדיף שהמוכר ימשיך לשלם את דמי הביטוח עד העברת החזקה אל הקונה. החיסרון הוא שבאותם המקרים שגם השואל אינו נושא באחריות, כגון כאשר הנזק נגרם בשל שימוש רגיל בנכס ("מתה מחמת מלאכה") המוכר לא יפצה את הקונה, ויש להניח שרוב הקונים לא ישלימו עם מצב זה. חיסרון גדול מזה יהיה במקרה שהפגם או הנזק שנגרם הוא כה חמור, עד שהקונה לא ירצה עוד ברכב גם אם יתוקן. כך למשל, רבים אינם מעוניינים ברכב שנפגעה שלדתו (פגיעת שאסי). אם נגדיר את הקונה כבעל הרכב ואת המוכר כשואל, הקונה לא יוכל לבטל את העסקה, גם אם קרתה תאונה עם פגיעה בשלדה.

דרך שנייה: "מעכשיו ולאחר העברת החזקה" – דרך נוספת היא קביעה על פיה העברת הבעלות תתחיל מעכשיו, אך תסתיים רק לאחר העברת הרכב לשליטת הקונה. דרך זו מוסברת או כתנאי או כקניין מתמשך או כקניין גוף מעכשיו ופירות לאחר העברת החזקה. הסבר העניין בהרחבה ראו בהקדמה.

13. ראו להשוואה תקנות המקרקעין (ניהול ורישום) תשל"ל-1969. ראו עוד ע"א 634/79 קון נ' חסון ואח'.

14. ראו שולחן ערוך חו"מ ר"א, ב: "וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו, (או במקום שנהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח), וכן כל כיוצא בזה".

דרך שלישית: התחייבות למכור. לכאורה, זהו לעתים המצב הריאלי, שכן הנוסח המקובל בחוזים הוא – "המוכר מתחייב למכור לקונה, והקונה מתחייב לקנות מהמוכר..." באופן זה המוכר נשאר בעל הרכב, והחובה מחייבו להקנות אותו לקונה בתאריך מסוים.

אלא שיש לבחון את תוקפה ההלכתי של התחייבות מעין זו. ככלל, ההלכה מבחינה בין התחייבות לעשיית פעולה שאיננה תקפה (קניין דברים, ראו בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 33) לבין התחייבות ממונית בעלת תוקף.

הבחנה זו מעוררת את השאלה, מה דינה של התחייבות למכור נכס מסוים? האם זו התחייבות לעשיית פעולה ולכן אינה תקפה, או שמא זו התחייבות ממונית, שהיא תקפה? בעניין זה נחלקו הפוסקים. יש הסוברים שהתחייבות כזו היא בגדר "קניין דברים"¹⁵ ויש הסוברים שזו התחייבות ממונית בעלת תוקף,¹⁶ וכך מקובל לפסוק.¹⁷

דרך רביעית: פיצוי מוסכם על אי ביצוע המכירה – כלומר, שני הצדדים מסכימים לשלם פיצוי במקרה שיחזרו בהם מביצוע העסקה. אם סכום הפיצויים יהיה משמעותי, נראה שהתחייבות כזו עשויה להרתיע את הצדדים מהפרת החובה, וגם אם החובה יופר, הצד הנפגע יקבל פיצוי ראוי. בדרך זו נקטנו בחוזה כאן.

אלא שעל פי ההלכה התחייבות כזו היא בגדר אסמכתא¹⁸ (ראו בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 40), כיוון שאין בה גמירות דעת שלמה. שכן אדם נוטה לחשוב, באופן טבעי, שלא ידרש למימוש ההתחייבות, ולפיכך הוא לא גומר בדעתו להתחייב לשלם את הפיצוי הכספי.

אמנם, כיוון שיש מקרים שבהם צריך התחייבות מותנית, נמצאו גם הדרכים להתגבר על בעיית אסמכתא.¹⁹ אחת הדרכים המרכזיות נפסקה ברמ"א:²⁰ "שאם יקנו ממנו בבית דין חשוב ומעכשיו", אין בו משום אסמכתא. הרמ"א²¹ מוסיף ואומר שאין צורך לעשות בפועל קניין בפני בית דין, ודי אם המתחייב הודה בכך שקניין כזה נעשה, אף שברור שהקניין לא נעשה בפני בית דין, כיוון ש"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי".

15. **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.

16. **נתיבות המשפט** רג, ו. לדעתו החיוב מועיל כיוון שעל ידי הקניין מתחייב הלוקח בכסף, אלא שהלוקח צמצם את חיובו לחפץ מסוים. ראו את המקורות לדעות השונות ב**כתר א** (תשס"ו), עמ' 47, וראו גם דברי הרב י' כהן **עמק המשפט א**, ו.

17. **פד"ר ד**, עמ' 279; שם ו, עמ' 322; ועוד.

18. **רמב"ם** מכירה יא, ה; **שולחן ערוך** חו"מ נה, א; שם רו, יב.

19. **רמב"ם** מכירה יא, יח: "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים, קונין מזה שהוא חייב לחברו 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 עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומין להם".

20. **רמ"א** חו"מ רו, יד.

21. שם, טו: "ואם ציווה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אף על גב דלא קנו, מהני (=מועיל הדבר), הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". בעניין אסמכתא ראו עוד בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 40.

דרך זו אמנם לא תחייב את הצדדים לבצע את העסקה, אולם, היא יוצרת תמריץ לביצוע ומבטיחה פיצוי למי שנפגע מביטול העסקה.

ג. אונאת מחיר

על פי ההלכה ניתן לבטל עסקה במיטלטלין במקרה שהמחיר שנקבע סוטה באופן ניכר ממחיר השוק של המוצר.²² אפשר למנוע את ביטול העסקה על ידי הסכמה מראש למחול על ההפרש בין מחיר השוק לסכום ששולם, אלא שאז יש להגדיר מראש מהו הסכום עליו מוכנים הצדדים למחול עקב פער בין מחיר השוק למחיר שנקבע.²³ כמו כן, צריך שסכום המחילה יהיה סביר, כדי שלא יוכל המתאנה לטעון שחשב שההתנאה אינה רצינית, ולא הייתה לו גמירות דעת למחול.²⁴ אולם כיוון שקשה לדעת את סכום הסטייה ממחיר השוק, ניתן לקבוע סכום מקסימלי באחוזים, שעד שם המתאנה מוחל,²⁵ וכן נהגנו בחוזה שלפנינו.

ד. ליקויים ופגמים

אחת מנקודות המחלוקת השכיחות בקנייה ומכירה של כלי רכב מתעוררת במקרה שמתגלים פגמים וליקויים ברכב. הנושא בעייתי במיוחד במכירת רכב משומש, שברור שיש בו ליקויים מסוימים, והשאלה היא על אילו ליקויים הסכים הקונה למחול ועל מה התעקש. העיקרון המרכזי בענייני ליקויים במקח וממכר הוא ש"כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום".²⁶ משום כך, אם נתגלה מום במוצר שנמכר, הקונה רשאי לבטל את העסקה. לעניין זה, אין זה משנה אם המוכר ידע או לא ידע על קיומו של פגם במוצר שהוא מכר.²⁷ זכותו של הקונה לבטל את העסקה גם אם עבר זמן רב בין הקנייה לגילוי המום.²⁸

22. שולחן ערוך חו"מ רכז, ד.

23. שולחן ערוך חו"מ רכז, כא: "... 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".

24. שולחן ערוך חו"מ רכז, כב: "המוכר חפץ לחבירו במנה, ואמר ליה: חפץ זה אינו שווה אלא זה אחד על מנת שאין לך עלי אונאה – יש לו עליו אונאה, שהרי אומר: כיוון שראיתי שאמר שאינו שווה אלא זה ידעתי שאינו מתכוון אלא להשביח דעתי, עד שיפרש כדי האונאה שיש במיקחו בודאי או קרוב לה בכדי שהדעת (טועה), שהרי ידע בודאי הדבר שמחל לו".

25. ראו רמב"ם מכירה טו, ו.

26. רמב"ם מכירה טו, ו. שולחן ערוך חו"מ רלב, ז.

27. ראו את המעשה המובא במסכת בבא מציעא מב,ב: "אפוטרופוס של יתומים קנה 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 ששולם עבור השור, על אף שהוא היה סוחר הקונה בהמות ומוכרן מיד ולא ידע שלשור אין שיניים".

ראו גם את הברייתא במסכת כתובות ע,ב: "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".

כמובן, חובת הראייה על כך שהמום היה קיים במקח כבר בשעה שהיה ברשות המוכר מוטלת על הקונה, כיוון שהמוציא מחברו עליו הראייה.²⁹

אם נערכה בדיקה של הרכב במכון רישוי ונתגלו בו פגמים מסוימים, הקונה 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.

אם לא נערכה בדיקה כזו מתעוררת השאלה האם אי בדיקת הרכב בידי הקונה, מעידה על מחילה כללית על כל הפגמים שיימצאו?

כמה פוסקים³⁰ כתבו ש"אם היה דבר שהלוקח יכול להבחין בו לאלתר, כגון שיכול לנסותו ולטועמו, ולא הקפיד לעשות זאת והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר". פוסקים³¹ אחרים חלקו על סברה זו מכל וכל, ויש³² שהשתמשו בה באופן חלקי. ייתכן גם שהדעה הראשונה אינה אמורה אלא בדבר שקל לבררו לאלתר, אולם רכב הוא דבר שהלוקח אינו יכול לבודקו לאלתר בכוחות עצמו, והוא צריך לקחתו למכון מיוחד ולשלם על כך. מכל מקום, כיוון שהדברים שנויים במחלוקת יש להבהיר את הדברים בחוזה כדי למנוע הסתמכות של הנתבע על עמדה הפוטרת אותו ("קיים לי").

יש מוכרים המבקשים להגן על עצמם מפני תביעה לביטול העסקה בשל פגם או מום שהתגלו ברכב לאחר הקנייה על ידי הוספת סעיף בחוזה המכר לפיו הקונה מוחל על כל טענות פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכנית. אלא שלדעת

מן הברייתא עולה, שאם אדם קנה בהמה ומצא בה מחט, והוכח שהמחט הטריפה את הבהמה לפני המכירה (כגון שהוגלד פי המכה, והמכירה הייתה פחות מג' ימים לפני השחיטה) הרי זה מקח טעות, ועל מוכר הבהמה להחזיר את הכסף ששולם לו עבורה. מסתבר שהמוכר לא ידע שהבהמה נטרפה, אך דבר זה אינו פוטר אותו מן החובה להחזיר את דמי המקח לכשידרוש הלוקח ביטולו עקב הפגם שנתגלה בבהמה.

28. **שולחן ערוך** חו"מ רלב, ג.

29. אולי יש להבחין בין ליקוי ברכב למחט שנמצאת בבהמה והטריפה אותה. פציעת המחט נגרמה בשל אירוע שאירע בזמן מסוים, ולכן אם מוכח שהפציעה אירעה לפני הקניה הרי זה מקח 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.

30. **מגיד משנה** על הרמב"ם מכירה טו, ג. הסכימו עמו **שו"ת הרדב"ז** אלף רו (קלו), וכן **סמ"ע** חו"מ רלב, י.

31. **שו"ת מהרשד"ם** חו"מ שפה; **ערוך השולחן** חו"מ רלב, ה.

32. למשל: **המשנה למלך** מכירה טו, ג, כתב שאם הקונה 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 בספר **המחנה אפרים** אונאה, ג, ו**בשו"ת רבי עקיבא איגר** החדשות, לח, בסופו. בספר **נתיבות המשפט** רלב, א, כתב, שרק אם הקונה הספיק כבר להשתמש במוצר שקנה והיה בידו להבחין בקיומו של פגם, ולא עשה כן, יש מקום לומר שאם הוא המשיך להשתמש במוצר, הוא מחל על הפגם.

הרמב"ם³³ מחילה אינה מועילה כאשר מדובר על סכום לא קצוב, וכן פסק גם השולחן ערוך.³⁴ לפי זה, כדי שסעיף המחילה יהיה תקף, יש לקצוב את סכום המחילה, ולנסח כך: "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".

ה. ביטול העסקה או תיקון הפגם

מעיקר הדין, אם נמצא מום משמעותי במקח, הרי זה מקח טעות, והעסקה מתבטלת גם אם המום לא הפחית בהרבה את שווי המקח.³⁵ אולם, ישנם מקרים שבהם הקונה אינו רשאי לבטל את המקח, ועליו להסתפק בתיקון הפגם.³⁶ הרמ"א³⁷ השתמש בשתי הגדרות שונות כדי להסביר את ההבדל בין שני המקרים. בתחילת דבריו הוא כתב שאם שמו של המקח לא השתנה בעקבות הפגם – ניתן לתקן, אבל אם השתנה שם המקח בעקבות הפגם – המקח בטל ("שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית").

לעומת זאת, בסוף דבריו הוא חילק בין פגם בגוף המקח לעומת פגם שאינו בגוף המקח, כלומר אם הפגם הוא בגוף המקח – העסקה בטלה למרות ששם המקח לא השתנה בעקבות

33. **רמב"ם** מכירה טו, ו: "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, שהמחול צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו כמו המפרש בהונייה".

34. **שולחן ערוך** רלב, ז.

כדי להסביר הלכה זו יש להקדים ולומר שלשיטת הרמב"ם אין אדם מקנה דבר שאינו קצוב, אך רוב הפוסקים סוברים שקניין מועיל בדבר שאינו קצוב, וכך פסק **בשולחן ערוך** חו"מ ס, ב, וכתב ש"חלקו עליו (=על הרמב"ם) כל הבאים אחריו". הטור חו"מ, רלב, כתב שהרמב"ם הפוסק שאין אדם מוחל על דבר שאינו קצוב הולך לשיטתו שאין אדם מקנה דבר שאינו קצוב. לפי זה פסקי השולחן ערוך סותרים זה את זה, כיוון שלעניין מחילה הוא פסק כרמב"ם מה שאין כן לענין קניין הסמ"ע הסביר שהשולחן ערוך אינו סותר את עצמו, כיוון שהוא לא פירש את הרמב"ם כמו הטור אלא כמו המגיד משנה, שהמקור לשיטת הרמב"ם הוא דין אונאה. מחילת הקונה על אונאה **במחיר** אינה מועילה אלא אם כן הוא יודע את שיעור האונאה, ומשם למד הרמב"ם שגם מחילה על מום שנמצא במקח אינה מועילה, אלא אם הקונה יודע את ערכה. לפי הסבר זה, הלכת הרמב"ם לענין מחילה תהיה מוסכמת גם על פוסקים אחרים, ומשום כך כתבנו שיש להקפיד על ציון שיעור המחילה, לפחות באחוזים.

35. ראו **רמב"ם** מכירה טו, ד: "אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שווה עשרה דינרין ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איטר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הילך איטר 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". כך כתב גם **בשולחן ערוך** חו"מ רלב, ד.

36. **שולחן ערוך** חו"מ רלב, ה: "ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המיקח נכנסו עובדי כוכבים בבתים 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".

37. **רמ"א** חו"מ רלב, ה: "שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחור 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".

הפגם. הטעם לכך הוא שאם הפגם יתוקן הדבר נחשב כ"פנים חדשות", כביכול חפץ חדש שלא היה קיים בשעת המקח, ומעשה הקניין שנעשה לא התייחס אליו, ומשום כך לא קנהו. רבים מן האחרונים פסקו כשיטה זו.³⁸

לפי זה היה מקום לומר שאם נמצא פגם באביזר חיוני ברכב, שבלעדיו אין הרכב מסוגל לנסוע בראוי, הרי זה מקח טעות, אפילו אם המוכר מוכן לתקן את הדרוש תיקון. למעשה, הפעלת כלל זה במכירת רכב עלולה לגרום נזקים לא סבירים למוכר, כגון שבינתיים השתמש בכסף שקיבל, וקשה לו עתה להשיג מעות, ועוד, החזרת הרכב למוכר תגרום לרישום נוסף של בעלות על הרכב (על שם הקונה, וחזרה על שם המוכר) 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, שאינו משמעותי לתפקוד הרכב, לא יחול דין מקח טעות, אלא הפגם יתוקן על חשבון המוכר, או, אם הקונה יסכים לכך, או שאי אפשר לתקן, המוכר ישיב רק את דמי ירידת הערך עקב הפגם.

לאור העקרונות האמורים לעיל, להלן נוסח חוזה מבואר.

38. ראו: הרב יעקב הילדסהיים, **כתר ג** (תש"ט), עמ' 97.

חוזה מכר רכב עם הערות מבארות

חוזה מכר רכב

מבוא:

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש"____ (____ / ____ / ____ למניינם)
בין:

שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____
(להלן: המוכר)

לבין:

שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____
(להלן: הקונה)

המוכר מצהיר שהוא הבעלים החוקי והבלעדי של הרכב מסוג _____ שנת ייצור _____ דגם _____ רישוי מס' _____ שלדה מס' _____ מנוע מס' _____ (להלן: הרכב).

המוכר מצהיר כי הרכב נקי מכל חוב או שעבוד ו/או שניהם ו/או עיקול ו/או זכויות צד ג' אחרות, ואין שום הגבלה או מניעה מצד שום גורם אחר למכירת הרכב הנ"ל; וכי פרטי הרכב זהים לאלה המופיעים ברישיון המקורי של הרכב; 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 שבדק את הרכב בדיקה חיצונית ופנימית ומצא אותו תקין לשביעות רצונו והוא מעוניין לרכוש אותו.

לפיכך הוסכם בין הצדדים:

1. המבוא לחוזה זה הוא חלק בלתי נפרד ממנו.

העברת הבעלות והחזקה

2. המוכר מתחייב למכור לקונה את הרכב, והקונה מתחייב לשלם את תמורתו.

3. הבעלות על הרכב תועבר ברישום הרכב במשרד הרישוי³⁹ שתתבצע בין יום _____ ליום _____. במעמד הרישום תועבר החזקה לקונה, והקונה ישלם למוכר את תמורת הרכב.
4. עד שעת העברת החזקה ברכב כאמור בסעיף 3, יהיה המוכר אחראי באופן מלא לתקינות הרכב וישלם כל חוב החל על השימוש ברכב, לרבות דו"חות חניה וקנסות תעבורה, בין אם קיומם ידוע בעת העברת החזקה לקונה ובין אם יגיעו לידיעת הצדדים לאחר מכן. משעת העברת החזקה, יהא הקונה אחראי באופן בלעדי לחובות האמורים.
5. המוכר מצהיר כי הרכב מבוטח בביטוח חובה תקף וכן בביטוח צד שלישי/ביטוח מקיף (מחק את המיותר). המוכר יודיע לחברת הביטוח על ביטול הביטוחים 5 ימים לאחר יום העברת החזקה בפועל לקונה, אלא אם יקבל מוקדם יותר הודעה מהקונה כי ביטוחי הרכב מטעם הקונה הוסדרו ונכנסו לתוקף.

התמורה

6. הקונה והמוכר הגיעו להסכמה בדבר מחיר הרכב, שהוא סך _____ ש"ח (במילים: _____ ש"ח). במחיר זה כלולים כלי הנהג: צמיג רזרבי, מַגְבֵּה (ג'ק), מפתח אומים, משולש אזהרה, רדיו. חפצים נלווים אחרים שאינם נצרכים לתפקוד הרכב אינם בכלל, אא"כ הם מוזכרים בהסכם.⁴⁰
7. במעמד חתימת חוזה זה שילם הקונה מקדמה בסך _____ ש"ח,⁴¹ ואת היתרה בסך _____ ש"ח ישלם במעמד העברת הבעלות והרישום (כאמור בסעיף 3) במזומן או בִּשְׁק בנקאי.

אונאת מחיר

8. הקונה והמוכר מודים בחתימתם על חוזה זה שהם מוחלים על כל טענות אונאת במחיר הסוטה ממחיר השוק בהפרש של עד 40%.⁴²
39. כאמור, על פי החוק 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. אולם, המנהג הוא לראות בהעברת הרישום את מעשה הקניין, ולכן, במסגרת "קניין הסוחרים" (שולחן ערוך חו"מ ר"א, א) ניתן לראות ברישום הרכב את מעשה הקניין שמעביר את הבעלות.
40. בהלכה ישנו פירוט של פריטים הכלולים במכר של חפצים שונים (שולחן ערוך חו"מ, ר"ב, אולם, בסופו של דבר נקבע כי הדבר תלוי במנהג (שולחן ערוך חו"מ ר"ב, טו). למען הסר ספק מובאת רשימה שתבהיר את כוונות שני הצדדים בעניין.
41. מומלץ לקבוע מקדמה בסך 10% ממחיר הרכב.
42. על פי ההלכה ניתן לבטל עסקה במיטלטלין במקרה שהמחיר שנקבע סוטה באופן ניכר ממחיר השוק של המוצר (שולחן ערוך חו"מ ר"ב, ד). אפשר למנוע את ביטול העסקה על ידי הסכמה מראש למחול על ההפרש בשיעור מסוים בין מחיר השוק לסכום ששולם, אבל לא במחילה כללית, ראו לעיל במאמר המקדים פרק ג, עמ' 229.

פגמים וליקויים (מחקו את המיותר):

9. אפשרות א: הקונה מודה בחתימתו על חוזה זה שהוא מוחל על כל טענות אונאה, פגם, ליקויים ותקלות הקשורות ברכב מבחינה מכנית או חיצונית, המפחיתות את מחיר הרכב עד 40% ממחיר השוק של רכב תקין.⁴³
10. אפשרות ב: לקונה ולמוכר ידוע על מצבו המכני 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 מכנית או חיצונית.

הפרת ההסכם על ידי אחד הצדדים

11. (א) אם לא עמד המוכר בחלקו בהסכם זה, כגון שלא העביר את הבעלות והחזקה במועד שנקבע⁴⁴ או אם התברר שלא כל הצהרותיו המופיעות במבוא אמיתיות, אזי רשאי הקונה לדרוש מהמוכר את קיום העסקה או לבטל את העסקה. במקרה של הודעת ביטול, המוכר יחזיר את המקדמה. בשני המקרים הוא מתחייב לשלם לקונה מעכשיו⁴⁵ סך 15% מהעסקה ש"ח⁴⁶ כפיצוי מוסכם על הפרת ההסכם.
- (ב) אם לא עמד הקונה בחלקו בהסכם זה, כגון, שלא שילם למוכר את התמורה באופן או במועד שסוכם, אזי רשאי המוכר לדרוש מהקונה לקיים את העסקה ולשלם את יתרת התמורה או לבטל את העסקה. והקונה מתחייב מעכשיו לשלם למוכר 15% מהעסקה כפיצוי מוסכם על הפרת ההסכם. במקרה של ביטול העסקה, רשאי המוכר לגבות סכום זה מתוך המקדמה שקיבל ועליו להחזיר לקונה את היתרה, אם יש יתרה.
- (ג) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו- (ב) לעיל, לא יהווה איחור של עד 7 ימים מקיום התחייבות כל אחד הצדדים כהפרת ההסכם.

43. אפשרות זו מיועדת לשימוש כאשר הקונה מוכן לקנות את הרכב כפי שהוא (as is), ולפיכך הוא מוחל למוכר על כל ליקוי ותקלה שיתגלו ברכב. לדעת הרמב"ם מכירה טו, ו, ושולחן ערוך חו"מ רלב, ז, המחילה אינה מועילה בדבר שאין לו קצבה, לכן קצבנו את סכום המחילה לכדי 40% מן המחיר שנקבע בחוזה.

44. הנוסח המקובל בחוים הוא: "המוכר מתחייב למכור לקונה, והקונה מתחייב לקנות מהמוכר...", אפשר לנקוט בדרך זו של התחייבות למכור, אולם אנו העדפנו את הדרך של פיצוי משמעותי על ביטול העסקה בהנחה שפיצוי זה ימריץ את הצדדים לקיים את העסקה או למצער יהיה בגדר פיצוי לצד השני על ביטולה.

45. על פי ההלכה, התחייבות מותנית אינה תקפה, כיוון שיש בה חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה לחשוב באופן טבעי שלא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא אסמכתא (רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רו, ב). המילה "מעכשיו" באה לסלק מהתחייבות זו פגם של "אסמכתא", ולדעת חלק מהפוסקים די בכך (רמב"ם מכירה יא, ז; שולחן ערוך חו"מ רו, יד). סעיף 17 בחוזה מסלק אפשרות לפגם אסמכתא מתנאי החוזה גם לפי דעת הרמ"א, שם.

46. מומלץ לקבוע פיצוי בסך 10% ממחיר הרכב.

- (ד) אם יוכח שנגרם נזק לאחד הצדדים, יוכל הצד הנפגע לתבוע אותו במקום הפיצוי שנקבע לעיל.
- (ה) אם ההסכם לא בוצע עקב אונס גמור, או שחל שינוי משמעותי במצב הרכב⁴⁷ בין החתימה על החוזה לבין העברת הבעלות והחוקה, אזי ניתן לבטל את העסקה בלא חיוב בפיצוי מוסכם, ועל המוכר להחזיר את המקדמה.
- (ו) הבורר המוזכר לקמן רשאי להפחית את סכום הפיצוי. כמו כן, כל התשלומים המוזכרים בסעיף זה יבוצעו על ידי החייב תוך 7 ימים לאחר דרישת בעל החוב.
12. הוצאות העברת הבעלות יחולו על _____.

הסכם בוררות ותוקף הלכתי

13. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁴⁸
14. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁴⁹ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר רואה אותה כמספקת.⁵⁰
15. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.⁵¹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁵²
16. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁵³ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא"
47. אם הרכב ניזוק משמעותית, כגון שנפגעה השלדה, לאחר חתימת החוזה אך ברשותו של המוכר, הדבר מהווה עילה סבירה לביטול העסקה, ויש לפטור את שני הצדדים מתשלום הפיצוי המוסכם.
48. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.
49. ראו עוד בספר זה, בספר זה במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.
50. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
51. מן הדין שטר שניתן להוסיף בו פרטים לאחר שנחתם, מבלי שניתן יהיה לדעת על כך – פסול (שולחן ערוך חו"מ, מב) לפיכך, יש צורך להגביל את היכולת להוסיף סעיפים ללא חתימת שני הצדדים.
52. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבויותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
53. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).

כתיקון חכמים,⁵⁴ ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.⁵⁵ כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל⁵⁶ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.⁵⁷

17. הודעה שתשלח בדואר רשום תיחשב כמי שהגיעה לידי הנמען תוך 72 שעות משעת שליחתה.

ועל כל הנ"ל באנו על החתום:

הקונה

המוכר

54. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).
55. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו **שולחן ערוך** אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". **בשולחן ערוך** חו"מ רמ"א, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב **רמ"א** אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש **חלקת מחוקק** לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.
56. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (**שולחן ערוך** חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: **רמ"א** חו"מ רז, טו).
57. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה (**רמב"ם** מכירה יא, ב; **שולחן ערוך** חו"מ רז, ב).
- לדעת **שולחן ערוך** חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם, חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (**שולחן ערוך** חו"מ רז, טו). לדעת **הרמ"א**, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

חוזה עבודה

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג והרב עדו רכניץ

מבוא	ד. מעמדם ההלכתי של חוקי המגן
א. חוקי המגן	ה. בורות בדיני עבודה
ב. מעמדם של חוקי המדינה מכוח מנהג	ו. פיצויי הלנת שכר
ג. מעמדם ההלכתי של חוקי המדינה	ז. התחייבות העובד לשמירת סודיות ולהימנע מתחרות במעסיק

מבוא

הסכם זה בא להסדיר עריכת חוזה עבודה מקובל בהתאם לדרישות ההלכה. אמנם ככלל נאמר, "שכל תנאי שבממוץ... של ממוץ קיים ואין צריך קניין ולא עדים"¹. הדברים אמורים לא רק בין יחידים, אלא גם בציבור המקבל על עצמו הסדרי ממוץ שאינם כתובים בתורה. יש מהם שהתקבלו כתקנה ויש שהתקבלו כמנהג מחייב עליו נאמר: "זוה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג"². במיוחד בהסכמי עבודה, מצינו תוקף למנהג: "השוכר את הפועלים... הכל כמנהג המדינה"³.

אמנם, כמו בכל החוזים שעסקנו בהם גם לחוזה העבודה יש דרישות הלכתיות כלליות שניתן וצריך לעמוד בהן כבר בשלב עריכת החוזה, ובכלל זה ריבית, דיני תנאים ואסמכתא, ראו במבוא לדיני חוזים. מלבד זאת, בחוזה עבודה יש שאלות ייחודיות, ולהן נקדיש דברינו הבאים.

א. חוקי המגן

לכאורה חוזה עבודה הוא חלק מדיני החוזים בכלל, שבהם שולט העיקרון של חופש החוזים, ובלשוננו נאמר, כי כל תנאי שבממוץ קיים. ואכן רבים מפרטי ההסכם ייקבעו בין הצדדים, ואין צורך לעסוק בהם במסגרת זו.

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר אילן.
הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, עפרה; דין ברשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית", ירושלים.
1. רמב"ם שכירות ב, ט; וראו כתובות נו, א.
2. רמב"ם מכירה כו, ח.
3. רמב"ם שכירות ט, א; וראו בבא מציעא פג, א.

עם זאת יש לזכור שבדרך כלל מעמדו של הפועל הוא נחות מזה של המעביד.⁴ בחברה מתוקנת המעביד לא ינצל מצב זה כדי לאלץ את העובד להסכים לתנאים נחותים. אבל לא תמיד זהו המצב. ואז נדרשת התערבות המחוקק, המגבילה את חופש החוזים כדי להגן על העובדים.

הרקע לחקיקת חוקי המגן בדורות האחרונים בעולם כולו הוא המהפכה התעשייתית שיצרה מצב שבו המוני עובדים, חלקם ילדים, עבדו בתנאי עבדות וסכנת חיים. בתגובה נחקקה סדרה ארוכה של חוקים שמטרתם להגן על שלומו ובריאותו של העובד, לקבוע שעות מנוחה ואף לקבוע שכר מינימום. כיוון שכך ניתן לראות בחוקי המגן "תקנת בני המדינה" (ראו על כך להלן), שנחקקו בתגובה למצב חברתי שנתפס כלקוי.

דיני עבודה חריגים בנוף המשפטי בכך שהם זוכים להתערבות רבה מאוד של החוק. אחד המאפיינים הייחודיים של דיני עבודה בישראל הוא בכך שהעובד אינו יכול לוותר על זכות המגיעה לו על פי חוק. בנוגע לחלק מהזכויות הדבר מופיע בחוק עצמו, ובנוגע לשאר הזכויות הדבר מתבסס על החלטת בית המשפט העליון.⁵

כעת עולה השאלה, מה דינו של חוזה, שכולל תנאי כזה של ויתור. כדי לענות על שאלה זו עלינו להתייחס תחילה ליחס ההלכה לחוק המדינה בכלל. לשאלה זו שני חלקים: האחד, מעמדו של המנהג שיצר החוק, והשני, מעמדו המחייב של החוק.

ב. מעמדו של חוקי המדינה מכוח מנהג

מוסכם שאם חוק המדינה יצר מנהג שעל פיו נוהגים הצדדים, אזי המנהג הוא בעל תוקף הלכתי, שהרי מנהג המדינה קובע לגבי העובד והמעביד בכל דבר שלא סוכם מראש אחרת ביניהם. כך נפסק בשולחן ערוך לגבי שעות העבודה,⁶ מזון העובדים,⁷ ושכר העבודה.⁸ חוקים שנוהגים על פיהם, וידועים לכול, מתקבלים כאילו התנו עליהם. למשל: בית הדין בחיפה⁹ פסק שעל מעביד לשלם פיצויים לעובד שפוטר, כיוון שזהו נוהג מקובל.

אמנם עדיין יש לשאול אם ניתן להניח שכל חוק משקף גם מנהג.¹⁰ אבל בנוגע לדיני עבודה נראה שאכן לרוב חוקי המדינה, ובייחוד להסכמים הקיבוציים שמעוגנים בחוק, יש גם

4. ראו בהקדמתו של ד"ר שילם ורהפטיג לספרו, **דיני עבודה במשפט העברי**.

5. אהרן ברק, **פסקי דין לד' (ג) עמ' 823**.

6. **שולחן ערוך חו"מ שלא, א:** "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו יכול לכופן, אפילו הוסיף על שכרן, כיון שלא התנה כן בשעה ששכרן".

7. **שולחן ערוך חו"מ שלא, ב:** "מקום שנהגו לזון, יזון; לספק בגרוגרות או בתמרים וכיוצא בהם, יספק; הכל כמנהג המדינה".

8. **שולחן ערוך חו"מ שלב, א:** "אמר לשלוחו: צא ושכור לי פועלים בשלשה, והלך ושכרן בארבעה... ואם אמר להם: שכרכם על בעל הבית, נותן להם בע"ה כמנהג המדינה".

9. **פד"ר א, של**.

10. ראו מאמריו של פרופ' רון קליינמן בנדון: "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה?", **תחומין לב**, עמ' 261, "האם חוקי המדינה מחייבים כמנהג? גם את מי שאינו מכיר אותם", **תחומין לג**, עמ' 82.

תוקף של מנהג. כיוון שברור שעל דעת הסדרים אלה התקשרו הצדדים לחוזה, ולכן חוקי המגן מחייבים מכוח מנהג.

אלא שהסתמכות על החוק בהיותו משקף מנהג אינה מועילה כאשר ישנה הסכמה מפורשת בין העובד והמעסיק לסטות מהחוק הנוהג. דהיינו, אם החוק משפיע רק בהיותו מנהג שהינו חלק בלתי-כתוב בהסכם בין הצדדים, אזי כאשר ישנה הסכמה מפורשת לפעול בניגוד למנהג – המנהג איננו מחייב.¹¹ לפיכך, יש לבחון את מעמדו המחייב של החוק.

ג. מעמדם ההלכתי של חוקי המדינה בתחום האזרחי

סמכותם ההלכתית של חוקים אזרחיים (בענייני ממון שבין אדם לחברו) יכולה להתבסס על שלושה מקורות עיקריים: הכלל הידוע "דינא דמלכותא – דינא", תקנות הקהל ומנהג. המקור השני תופס מקום מצומצם בפסיקה ההלכתית המודרנית,¹² לעומת זאת המקור הראשון מהווה בסיס עיקרי ורחב ולכן נתמקד בו.

בהקשר זה ראוי להזכיר שתי מחלוקות עיקריות שיש להן השפעה על מעמדם של חוקי המגן. המחלוקת הראשונה היא: האם הכלל "דינא דמלכותא – דינא" חל גם בארץ ישראל. כאשר הרמב"ם¹³ פסק שהכלל חל "בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל", ואילו האור זרוע¹⁴ פסק שהכלל חל רק בחוץ לארץ. בשולחן ערוך¹⁵ הכריע כדעת הרמב"ם וזו גם השיטה המקובלת, אולם, הדבר נשאר במחלוקת בין אחרוני זמננו.¹⁶

מחלוקת מרכזית שנייה היא: מה היקף הכלל. שאלה זו משמעותית לאור העובדה המוסכמת שההלכה כוללת התייחסות נרחבת למשפט האזרחי, ואולם, ברור שחוקי המדינה אינם יכולים להיות תחליף לחוקי התורה, כפי שכתב הרשב"א: "ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי? ילמדו את בניהם דיני הגויים... חלילה לא תהיה כזאת בישראל!"¹⁷ דהיינו, אילו היה תוקף הלכתי לכל חוקי המדינה לא היה צורך בכל הספרות ההלכתית בתחום האזרחי.

11. ראו בתוספות בבא מציעא פג,א, ד"ה השוכר: "פירש ר"י בששכרן סתמא ואמר להם אחר שהשכירן כבר להשכים ולהעריב, אבל אם התנה מעיקרא הכלל לפי תנאו". וכן נפסק גם בשולחן ערוך חו"מ שלא, א: "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו יכול לכופן, אפילו הוסיף על שכרן, כיון שלא התנה כן בשעה ששכרן". ומוכח שאם התנה בשעה ששכרן תנאו מועיל.

12. ראו למשל, הרב אברהם שפירא, "מזונותיו של בן מרדן", תחומין טז עמ' 85, בנוגע למזונות; הרב עובדיה הדאיה, ישכיל עבדי ג, חו"מ, כח; הרב אורי סדן, "העסקת עובדים של חברת כח אדם", תחומין כו, עמ' 400-394.

13. רמב"ם גולה ואבדה ה, יא.

14. אור זרוע ג, פסקי בבא קמא, תמו; ר"ן נדרים כח,א.

15. שולחן ערוך חו"מ שסט, ו.

16. ראו למשל: הרב עובדיה יוסף יחזה דעת ה, סד, ולעומתו, הרב יהודה סילמן, דרכי חושן, עמ' שצו.

17. שו"ת הרשב"א ו, רנד, הובאה בבית יוסף חו"מ, כו.

על רקע זה נחלקו הפוסקים בשאלת היקף הכלל "דינא דמלכותא – דינא", כאשר כאן נציין שתי עמדות מרכזיות. הרמ"א¹⁸ כתב: "דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו דיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל". עמדתו מאפשרת קבלת חוק ממוני שמטרתו "תקנת בני המדינה". על פי דרכו, כתב הרמ"א שיש תוקף לחוקים העוסקים במימוש משכון גם בניגוד לדין תורה.¹⁹

לעומת זאת, הש"ך²⁰ הביא את דעות הסוברים שהכלל "דינא דמלכותא [אמור] רק בדברים שהם להנאת המלך, ולא בין איש לחבירו", בהמשך הוא מציע להגביל את דברי הרמ"א "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה מה שאין הדין מפורש אצלינו, אבל לא שידונו דיני גוים נגד תורתנו". דהיינו, במקרים שבהם ישנו הסדר משפטי מפורט בהלכה, לא ניתן לקבל הסדר שונה שקיים בחוק המדינה. אבל במקרים שבהם אין הסדר בהלכה ויש צורך חברתי ("תקנת בני המדינה") ניתן לקבל את חוק המדינה.

מקובל לומר ששתי העמדות מתייחסות לחוקי המדינה, ולא לפרשנות בית המשפט שאינה מוכרת כבעלת סמכות הלכתית. כך עולה מדברי הרשב"א:

בשאר האומות, דינין ידועים יש למלכים, ובהם אמרו: דדיניהם דין; אבל דינין שדינין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן, כמו שימצאו בספרי הדיינין; שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלוש דיני ישראל, וכבר בא לידי ואמרתי כן.²¹

דהיינו, אין תוקף הלכתי לפסיקת בתי המשפט האזרחיים אלא רק לחלק מחוקי המדינה. עמדה זו היא המקובלת בפסיקה.²²

מקור חשוב נוסף שמשלים את התמונה ישנו בשו"ת חתם סופר שעסק בחוק שהגביל את התחרות החופשית בשוק. החתם סופר כתב שיש תוקף לחוקים העוסקים –

במנהגי ונימוסים... מודה ר"ן דהטעם משום משום דניחא להו (=לציבור הרחב) ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם... ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן הא דלא יתרבו הסרטורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה.²³

דהיינו, מחלוקת הראשונים האם הכלל "דינא דמלכותא – דינא" חל גם בארץ ישראל אינה עוסקת בחוקים שהם לתועלת הציבור. לחוקים כאלה יש תוקף מפני שהציבור מעוניין

18. שולחן ערוך חו"מ שסט, יא.

19. רמ"א חו"מ שסט, ח.

20. ש"ך חו"מ עג, לט.

21. שו"ת הרשב"א ג, קט.

22. שו"ת מהרי"ז ענזול, ד. הרב אריאל בראלי, "השפעת חוקי המדינה על דעת בני אדם" תחומין לד, עמ' 178. אמנם ייתכן שיש מקום להבחין בין הפער שבין הפסיקה לבין החוק שהיה בימי קדם, לבין הפער בימינו, ועדיין צ"ע.

23. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

בהם, ולכן יש להם תוקף לכל הדעות (גם לדעת הר"ן שקיבל את עמדת "אור זרוע" שהכלל אינו חל בארץ ישראל). החתם סופר מוסיף שבמקרה הנדון לפניו מדובר בחוק שמועיל לציבור, שמבחינת תוכנו הוא חוק ראוי, ויש לו תקדימים דומים בהלכה.

בהמשך לכך כתב בשו"ת מנחת יצחק שחוק כזה שתוכנו ראוי הוא בעל תוקף גם אם אינו עומד באף אחת מהדרישות הפורמאליות ההלכתיות וגם אם מקורו בפסיקת בתי המשפט:

גם מה שהביא מהפוסקים שמחלקים בין חק מלכות הקבוע ובין גזרת הגמון לפי שעה, או בין דינא דמלכותא ובין דינא דערכאות, נראה בזה דלפי דברי החת"ס בתשובה שם והובא בדברי כת"ה, דכתב על דברי הר"ן (בנדרים כ"ח) דינא דמלכותא דינא רק במלך אומות העולם דיכול לגרש מן הארץ אם לא יעשו מצותיו, דכ"ז רק במסים וארנונית שמטיל על כרחם, אבל המנהגים ונמוסים מודה הר"ן דהטעם משום ניחא להו, לא שייך לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם עיי"ש, אם כן, כמו כן לא שייך לחלק כל החילוקים הנ"ל, כיון דניחא להו הרי המה מקבלים עליהם יהיה ממי שיהיה כנלענ"ד...²⁴

לאור האמור ניתן להתחשב בחקיקה האזרחית, גם בתחום יחסי עבודה, אם היא בגדר "תקנת בני המדינה". אכן, ייתכן שהיא ויכוח על חוק זה או אחר אם עומד הוא בקריטריון זה.

ד. מעמד ההלכתי של חוקי המגן

ומכאן לענייננו, מה המעמד ההלכתי של חוק או של פסיקת בתי המשפט שמונעת מעובד לוותר על זכויותיו?

מעמדם ההלכתי של חוקי המגן תלוי בעמדות השונות שנסקרו לעיל. כדי לתת תוקף הלכתי לחוקי המגן יש להניח שהכלל "דינא דמלכותא – דינא" חל בארץ ישראל (כפי שנפסק בשו"ע), וכן שיש תוקף לחוקים בתחום האזרחי לצורך "תקנת בני המדינה" (כפי שפסק הרמ"א). כדי לתת תוקף לפסיקת בתי המשפט בתחום זה, ניתן להסתמך על דברי החתם סופר, ובלבד שבית הדין יקבע שתוכנם ראוי.

למעשה, נחלקו בתי הדין בשאלת היחס לחוקי המגן:²⁵

ישנם בתי דין שרואים בחוקי המגן מנהג בלבד.²⁶ לשיטתם אין מניעה שהעובד יוותר על זכויות המגיעות לו מכוח המנהג.

24. שו"ת מנחת יצחק ב, פו.

25. יש להוסיף כי להגנה על העובד מפני הסכם שרירותי במצבים מסוימים יש גם עיגון בהלכה, ראו: הרב איתמר ורהפטיג, **צנעת אדם**, פרק יב, עמ' 313.

26. פד"ר בפני הדיינים: הרב ח"ג צימבליסט, הרב ז"נ גולברג, הרב עזרא בר-שלום, פורסם בתחומין כ, עמ' 77: "אשר לטענה שיש כאן דינא דמלכותא – חוק הפיצויים אין לראות בו משום "תקנת הציבור" ... ממילא לא חלים על חוק זה כללי דינא במלכותא. כל שכן שלא שייך דינא דמלכותא על מה שקבע שופט אחד...".

אחרים רואים בחוקי המגן חוקים מחייבים על פי הכלל "דינא דמלכותא – דינא", אולם, דוחים באופן גורף את פסיקת בתי המשפט. לשיטתם, רק אם מניעת הוויתור מופיעה בחוק יש לה תוקף.²⁷

לעומתם, ישנם בתי דין שמוכנים לקבל את החוק על בסיס דברי החתם סופר.²⁸ לשיטתם, גם אם מניעת יכולת הוויתור מקורה בבית המשפט יש לה תוקף, כיוון שהיא מהווה מענה לבעיה חברתית של ניצול עובד על ידי המעסיק.²⁹

החווה שלפנינו ערוך באופן שלא יהיה תלוי במחלוקת, והצדדים מקבלים עליהם את חוקי המגן באופן מפורש. זאת, על פי כמה פוסקים³⁰ שכתבו שצדדים להסכם רשאים להתחייב לשלם על פי הוראות חוק זה, ובלבד שיתקיים הדיון בבית דין של תורה. לפיכך, הצדדים להסכם יכולים לקבל על עצמם את חוקי המגן, ובית הדין ידון על פיהם.

ה. בוררות בדיני עבודה

כחלק מהגישה שאינה מאפשרת לעובד לוותר על זכויותיו, פסיקת בתי המשפט שוללת את האפשרות של עובד ללכת לבוררות בנוגע לזכויות המגיעות לו על פי חוק.³¹

אמנם, בית המשפט עצמו קבע³² שאם העובד היה מודע לזכויותיו ובכל זאת פנה לבוררות וניתן פסק בורר, כבר לא ניתן לבטל את ההליך ובתנאי שלא נעשה עיוות דין. לפיכך, לא קבענו בהסכם העבודה סעיף בוררות, כיוון שלהבנתנו יש צורך בהסכמה של העובד לבוררות לאחר התגלעות המחלוקת ולא די בהסכמה מראש. עם זאת חזקה על הצדדים שסיכמו ללכת לבורר שידון על פי דין תורה אם יתגלע סכסוך ביניהם.

ו. פיצויי הלנת שכר

על פי ההלכה שכר העובד צריך להינתן בסמוך לתום העבודה, וכפי שפוסק השולחן ערוך³³ "מצוה לתת שכר שכיר בזמנו". ומפרט:³⁴ "איזהו זמנו, שכיר יום יש לו זמן ליתנו לו כל

27. הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, חו"מ ב, מח, עמ' 945-946: "אילו שלילת תוקף ההסכם נלויתור על הזכויות היתה מעוגנת בחוק, הרי שהסכמת נבחרי הציבור בכנסת דינה כהסכמת טובי העיר... אך לפסיקה מסוג כזה שהיא יצירה של המערכת השיפוטית אין מעמד של הסכמת בני העיר...".

28. פס"ד ארץ חמדה גזית 71070, בפני הדיינים: הרב יעקב אריאל, הרב שלמה אישון, הרב עדו רכניץ, פרק ד.

29. ראו גם: הרב אברהם שרמן, "מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד", תחומין יח, עמ' 245-247, שקיבל את פסיקת בית המשפט במקום "שאינ בהם בטוי לשיקול דעתם האישית של שופטי בית המשפט, אלא פירוש הנסיבות והבאת הראיות העובדתיות".

30. שו"ת הרא"ש יח, ד; סמ"ע כו, יא; נתיבות המשפט חידושים כו, י. בניגוד לט"ז על שולחן ערוך חו"מ כו, ג, וניתן להעמיד דבריו דווקא כשקיבל את כל החוקים הזרים, אבל בנוגע לחוק ספציפי ייתכן שהוא מודה שהדבר חל ומותר.

31. בר"ע 1504/02 הפועל ב"ש – אפרים צבי, ניתנה ביום 5.11.02.

32. ברע"א 4710/00 – הרצל גושן נ' חבצלת מוסדות תרבות וחינוך של השומר הצעיר מיום 15.1.01.

33. שולחן ערוך חו"מ שלט, א.

34. שם, ג.

הלילה... שכיר לילה זמנו ליתן לו כל היום".

אמנם, אם ידוע לכל שהשכר אינו משולם בסוף יום העבודה אלא במועד מאוחר יותר – כך יש לנהוג.³⁵

אחת העבירות החמורות בהלכה היא הלנת שכר, כפי שכתב הרמב"ם:

כל הכובש שכר שכיר כאילו נטל נפשו ממנו שנאמר ואליו הוא נושא את נפשו, ועובר בארבע אזהרות ועשה עובר משום בל תעשוק ומשום בל תגזול ומשום לא תלין פעולת שכיר ומשום לא תבא עליו השמש ומשום ביומו תתן שכרו...³⁶

במדינת ישראל יש חובה לשלם משכורת חודשית עד התשיעי לחודש הלוועזי הבא,³⁷ וכיוון שהדבר ידוע לכל, הרי שעד לאותו מועד המעסיק לא עובר על איסור הלנת שכר. נמצא שאם איחר את מתן המשכורת מעבר לכך, הלין את שכרו.

בהלכה אין פיצוי כספי על הלנת שכר, אולם, על פי החוק³⁸ עובר זכאי לפיצוי על הלנת שכר. מעבר לשאלת תוקפו ההלכתי של חוק כזה שנדונה לעיל, לכאורה, קיימת כאן בעיה של ריבית.

בשכר עבודה ומשכורת, כל מועד מוסכם לתשלום **במהלך** תקופת העבודה, נחשב לתשלום בזמן קבלת התמורה, ואין זה בגדר שהיית החוב וריבית. לכן, מותר אפילו לנקוב בשני מחירים, אחד לתשלום מדי יום ביומו ואחד גבוה ממנו לתשלום בתום תקופת העבודה, או פחות ממנו לתשלום עם תחילתה.³⁹

אולם, אסור להסכים על תשלום מאוחר גבוה יותר לאחר סיום העבודה, מפני שדחיית התשלום מסיום העבודה עד התשלום בפועל היא בגדר הלוואה שהעובד מלווה למעסיק, והתוספת לשכרו היא בגדר ריבית.⁴⁰ גם בטרם נסתיימו יחסי העבודה יש להבחין בין תשלום חד-פעמי גבוה עקב האיחור, שהוא מעין קנס, לבין חיוב שמתרבה מדי יום של איחור.⁴¹

למרות זאת, לגבי פיצויי הלנת שכר יש מקום להקל כיוון שלא מדובר על התחייבות של המעסיק, אלא על קנס שהמדינה מטילה כפי שכתב הרמב"ן:

שהתוספת הזו שלא בתנאי ושלא לרצון בעלים הוא נפרע. ואלמלא דינו של מלכות אינו בכלל רבית אלא בכלל גזל. אלא שדינו של מלך דין והפקרו הפקר ואין כאן גזל ואין כאן רבית.⁴²

35. שם, ט.

36. רמב"ם שכירות יא, ב.

37. סעיף 1 לחוק הגנת השכר תשי"ח-1958.

38. סעיף 17 לחוק הגנת השכר תשי"ח-1958.

39. רמב"ם מלוה ולווה ז, יב; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.

40. רמב"ם מלוה ולווה ח, ז; שולחן ערוך יו"ד קעג, יב.

41. שולחן ערוך יו"ד קעו, יד; רמ"א שם.

42. שו"ת הרמב"ן, מו.

דהיינו, כיוון שמדובר בתשלום שאינו משולם ברצונם של הצדדים הוא שונה באופן מהותי מריבית, ולכן אין בו איסור, וכן פסקו הרמ"א⁴³ וחלק מהאחרונים.⁴⁴ למרות היתר זה, כדי להבטיח את התוקף ההלכתי של החוק המחייב פיצוי על הלנת שכר, החוזה כולל גם הסכמה של הצדדים לכך שהחובות ההדדיים נעשו בדרך של היתר עסקא שמתיר גם התחייבות מפורשת לתשלום ריבית.

ז. התחייבות העובד לשמירת סודיות ולהימנע מתחרות במעסיק

במקרים רבים מבקש המעסיק למנוע מהעובד להתחרות בו לאחר שיסיים את עבודתו אצלו. כמו כן, המעסיק מבקש למנוע מהעובד להעביר למעסיק אחר מידע אודות לקוחות שהגיע אליו במהלך עבודתו. בשל כך, מחתימים מעסיקים מסוימים את עובדיהם על התחייבות שלא יתחרו בהם ושלא יעשו שימוש במידע שהגיע אליהם במהלך עבודתם. אלא שלכאורה זו התחייבות שלילית ולכן היא בגדר "קניין דברים" (ראו בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 33) שאין לו תוקף הלכתי. בעניין זה עסקו בפסקי דין רבניים.⁴⁵ לדבריהם, יש מחלוקת אחרונים בשאלה האם ניתן להתחייב התחייבות שלילית. מעיון במקורות אותם הם מביאים, עולה שכאשר ישנו מנהג קבוע לבצע התחייבות שלילית, המנהג נותן תוקף להתחייבות. וכך כתב בשו"ת דברי חיים:

והנה מכל זה נראה לי שאין בתנאי זה ממש אך מחמת המנהג שנהגו כל אנשי מדינתנו כן בתנאי חילוקי המחיות הוי כמו יכולין החמרין להתנות נגד הדין נבבא קמא קט"ז ע"ב] הואיל והמנהג פשוט בכל מדינתו מאז.⁴⁶

דהיינו, גם אם אין להתחייבות כזו תוקף על פי הדין הבסיסי, במקום שהיא נהוגה יש לה תוקף מצד המנהג. לראיה הוא מוכיר את היכולת של בעלי מקצוע לתקן תקנות מעבר לדין הבסיסי. רוצה לומר, אין זו הסתמכות רגילה על המנהג, שמשמעה הרגיל הוא הסכם מכללא, שהרי אפילו הסכם מפורש אינו מועיל כאן. אלא הכוונה לתקנה מכללא שיכולה ליצור התחייבות שלא ניתן ליצור בהסכם.

כדי להבטיח את תקפותו של ההסכם שלפנינו על פי כל השיטות נוספה התחייבות לשלם למעסיק פיצוי משמעותי במקרה שהעובד יפר את התחייבות שלו.

למעשה, מוצע כאן חוזה קצר ובו התייחסות לנושאים שמחייבים מענה הלכתי (באתר דין תורה מוצע חוזה ארוך ומפורט שכולל התייחסות להיבטים שונים. החוזה הארוך נערך ע"י עו"ד חייא גרינבוים).

43. רמ"א יו"ד קסה, א.

44. חוות דעת, באורים, קסה, ה; וראו עוד, הרב שלמה אישון, כתר ו (תשס"ח), עמ' 294.

45. פד"ר ג, עמ' 338-339, בפני הדיינים: הרב רוזנטל, הרב הדאיה והרב רקובר.

46. שו"ת דברי חיים חו"מ א, לא.

חוזה עבודה עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____ (/ / _ למניינם)

בין המעסיק:

שם _____ ח.פ./ע.ר. _____

כתובת _____

טלפון _____ דוא"ל _____

לבין העובד:

שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

המעסיק מברך את העובד עם הצטרפותו למשפחת העובדים.

1. בהמשך לשיחתנו בעל פה ובהתאם לסעיף 2 לחוק הודעה לעובד (תנאי עבודה),

התשס"ב – 2002, הוסכם בינינו על תנאי העבודה הבאים:

תאריך תחילת עבודה: _____

תיאור התפקיד: _____

היקף המשרה: _____

תנאי ההעסקה: _____

2. הצדדים מקבלים על עצמם את חוקי המגן⁴⁷ של דיני העבודה במדינת ישראל⁴⁸

והסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, ובכלל זה חוקים וצווים והסכמים שיתקבלו במהלך

תקופת העבודה.⁴⁹

47. חוקי המגן הם החוקים המגנים על העובדים במדינת ישראל. סוגיות מסוימות, כגון השאלה מיהו הנקרא עובד, אינן מוגדרות בחוקי המגן. מקצת מן השאלות הללו הוכרעו בחוק החוים ומקצתן בפסיקת בתי המשפט. אולם בדין תורה, הן מוכרעות על ידי בית הדין לפי ההלכה, אלא אם כן יש בהן מנהג ברור.

48. יש הסבורים שחוקים אלה תקפים גם על פי ההלכה, אם משום "דינא דמלכותא" ואם משום "תקנות הקהל" (הרב אורי סדן, "העסקת עובדים של חברת כח אדם", תחומין כו, עמ' 400), אך יש מי שסבור שצריך לסכם זאת במפורש (הרב יעקב אליעזרוב, "מעביד החורג ממנהג המדינה", תחומין כ, עמ' 77). כדי להבהיר את העניין, נקבע בחוזה שחוקי המגן חלים על העובד, ובכלל זה צווי הרחבה וכדומה.

בנוסף לשאלת תוקפם של חוקים אלו, לדעת הסמ"ע כו, יא, הצדדים להסכם רשאים להתחייב לשלם על פי הוראות חוק זר, ובלבד שיתקיים הדיון בבית דין של תורה. לפיכך, הצדדים להסכם יכולים לקבל על עצמם את חוקי המגן, ובית הדין ידון על פיהם.

49. על פי שולחן ערוך חו"מ ט, ב; בניגוד לדעת הרמב"ם מכירה יא, טז, שסבר שהתחייבות לא קצובה אינה תקפה.

3. שמירת סודיות ואי תחרות
- א. העובד מתחייב לשמור על כל סודות המעביד, מכל סוג, לרבות כל מידע הנוגע והקשור לעסקיו של המעביד במישרין או בעקיפין, אשר יגיע אליו הן בתקופת עבודתו והן לאחר שיסיים את עבודתו מכל סיבה שהיא. העובד יחזיר למעביד כל מסמך ו/או חומר אחר המצוי ברשותו והשייך למעביד – מיד עם תום עבודתו ו/או עם קבלת הודעת מעביד ו/או מתן הודעת עובד לפי חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001.
- ב. העובד מתחייב בזאת כי במשך כל תקופת עבודתו ובמשך שנה אחת לאחר סיום עבודתו, לא יעבוד, לא ייעץ ולא ייתן שירותים כלשהם, במישרין או בעקיפין, בין כשכיר ובין כעצמאי, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, לכל אדם ו/או תאגיד הפועלים במדינת ישראל בתחומי פעילותו של המעביד והמתחרים במישרין או בעקיפין, אלא אם כן קיבל הסכמה מהמעביד בכתב ומראש.
- ג. באם העובד יפר ההתחייבויות שלו בסעיף 10, אזי הוא מתחייב מעכשיו לשלם למעסיק כפיצוי סך _____ ש"ח. זאת, בנוסף לכל חיוב על פי דין. הבורר המוזכר בסעיף 17 רשאי להפחית את סכום הפיצוי על פי שיקול דעתו עד לסך _____ ש"ח.
4. הצדדים מודים שכל התחייבויותיהם נעשו על פי היתר עסקא⁵⁰ כתקנת חכמים, ובכלל זה ההתחייבות לשלם פיצויים כחוק במקרה של הלנת שכר.
5. אם יקבלו הצדדים על עצמם בורר, ובכלל זה בית דין, הרי שזה יהיה מוסמך לפרש את חוקי המגן וכן יהיה רשאי להפחית את הפיצויים בדומה למקרים המנויים בחוק.
6. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁵¹ הצדדים מודים שכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.⁵² כל

50. "היתר עסקא" נועד לתת תוקף לקנסות מתרבים, כגון קנס על הלנת שכר, בלא חשש ריבית (תורת ריבית יד, עמ' רכה, הע' נב). כאן הפנינו לנוסח היתר עסקא המופיע בספר **חכמת אדם**, כלל קמג.

51. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (**משפט השכירות**, עמ' תצה; **עמק המשפט** ב, עמ' תקב).

52. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו **שולחן ערוך** אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". **בשולחן ערוך** חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב **רמ"א** אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש **חלקת מחוקק** אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל⁵³ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.⁵⁴

העובד:

בשם המעסיק:

53. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

54. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיאהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם המתחייב הודה שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

חוזה קבלני לביצוע עבודות בניין

הרב אלעזר גולדשטיין

הקדמה	ה. תרעומת – הגדרתה ודיניה
א. הגדרת קבלן ודיניו	ו. קבלן בניין שהמעסיק רוצה לסלק אותו
1. ההבדל בין קבלן לבין עובד	1. עילות הסילוק
2. הגדרה – הבדל בין התחייבות לזמן לבין התחייבות לתוצאה	2. זכות התיקון
3. מהות הסכם קבלנות והסכם עבודה	ז. קנסות, פיגורים ואונסים
4. יצירת הקבלנות	1. אסמכתא
5. אחריות על נזקים	2. אונס
ב. מעמדו של קבלן בניין	3. התחייבות לפיצוי על נזקים עקיפים ומניעת רווח (גרמא)
1. קנסות על השבתת עבודה	ח. שינויים וליקויים
2. זכות הפיקוח	1. תוספות: סוגיית יורד לשדה חברו ונטעה
3. קנסות על איחור בסיום העבודה	2. ליקויים: סוגיית אומן ששינה מה שסוכם איתו
ג. תרופות הפרה מצד המזמין	3. מתי זכותו של מזמין לדרוש פירוק?
1. איחור בתשלומים	4. תוספות בלתי רצויות
2. סילוק הקבלן	5. סיכום והמלצות
ד. תרופות על הפרה מצד הקבלן – קבלן בניין	ט. סיכום ומדריך הלכתי מעשי לדיני קבלן בניין
שהפסיק לעבוד	
1. כאשר לא נכרת חוזה	
2. לאחר התחלת עבודה	
3. אחרי חתימת חוזה או מעשה קניין אחר	

ליזכרון

ידיד אמת הרב מיכאל-מיכיל מרק הי"ד
היה שותף בליבון הדברים
ולא זכיתי שיברך על המוגמר

הקדמה

חוזה קבלנות בניין הוא מהחוזים הנפוצים ביותר, בשונה מחוזה מכר הוא עוסק בעבודה עתידית ונתון להשפעת גורמים רבים שלעתים קשה לצפות אותם בזמן כריתת החוזה. על כן צריך להגדיר מנגנונים של פיקוח וכן יש להגדיר באופן ברור כיצד להתמודד עם שינויים שמתרחשים לאחר חתימת החוזה.

נבחן תחילה מהי הגדרת קבלן בהלכה ואת ההשלכות של הגדרה זאת, בשלב השני נבחן במה קבלן בניין דומה לקבלן המופיע בהלכה ובמה הוא שונה ממנו. לאחר מכן נדון

* הרב אלעזר גולדשטיין מכון משפטי ארץ, עפרה; ראש המכון התורני "גילוי" בישיבת עתניאל.

בתרופות במקרה של הפרת חוזה מכל צד, ונבחן כמה מהסוגיות המרכזיות שיש להתייחס אליהן בעת עריכת חוזה עם קבלן בניין. יובהר, כי המונח "קבלן" במאמר זה פירושו קבלן באופן כללי, וזאת, במובחן מקבלן בניין.

א. הגדרת קבלן ודיניו

1. ההבדל בין קבלן לבין עובד

ישנם כמה הבדלים מהותיים בין קבלן לבין עובד. ההבדל המרכזי הוא הזכות להפסיק את העבודה באמצע החוזה. לגבי עובד נפסק:

...אם התחיל הפועל במלאכה וחזר בו אפילו בחצי היום חזר שנאמר כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים¹

כלומר עובד רשאי להפסיק את עבודתו בכל זמן, לעומת זאת קבלן אינו זכאי לחזור בו באמצע עבודתו (בהמשך נדון בתוצאות הממוניות של הבדל זה). ההבדל המהותי בין השניים נובע ממה שאמר רב בגמרא:

אמר רב: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום!... כי הדר ביה – טעמא אחרינא הוא, דכתיב כי לי בני ישראל עבדים – עבדי הם, ולא עבדים לעבדים.²

כלומר עובד יכול לחזור בו מהסכם עבודה אפילו בחצי היום ולקבל את מלוא התמורה על מה שעשה, מפני שללא הזכות להתפטר העובד ייחשב כ"עבד" של המעסיק השולט בזמנו. לעומת זאת, קבלן אינו מוגדר כ"עבד", כפי שהסביר רש"י:

דגבי שכירות איתא להא טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות – אין זה עבד אלא לעצמו...³

בדומה לכך כתב הסמ"ע:

ואם הוא קבלן שקיבל עליו מלאכה בכך וכך נפירוש, ואינו כעבד דמלאכת רבו מוטלת עליו לעסוק בה כל היום בלי הפסק, אבל זה גומר מלאכה שקיבל עליו איזה שעה ביום שירצה, וכדרך כל בעל הבית העושה במלאכה שלו למכור ולהשתכר בה, משום הכי גם הוא אינו יכול לחזור בו ואם חזר בו ידו על התחונה...⁴

כלומר השליטה בזמנו של העובד לעומת ההתחייבות של קבלן לתוצר, היא המבדילה בין קבלן לעובד, והיא גם המגדירה את החשש שעובד יעסק כעבד. במילים אחרות, חולשתו של העובד ביחס לקבלן, היא זו הגורמת לכך שהוא מקבל זכויות יתר.

1. רמב"ם שכירות ט, ד.

2. בבא מציעא י, א.

3. רש"י בבא מציעא עו, א, ד"ה שאני ליה.

4. סמ"ע שלג, טו. בדברי הסמ"ע ועוד אחרונים מפורש שקבלן "אינו יכול לחזור בו". אולם, ערוך השולחן חו"מ שלג, ח; שם יב, סבר שמדובר בעיקרון כללי בדיני פועלים ולכן אין הבדל מהותי בין קבלן, עובד ובעל הבית, וכולם יכולים לחזור בהם, אלא שכל הדיון הוא רק כיצד לפצות על ביטול ההתחייבות, וכן נראה בדברי נתיבות המשפט (שלג, ו).

לאחר שעמדנו על ההבדל המהותי בין דיני עובד לדיני קבלן יש להגדיר את תוכן ההסכמות בשתי צורות העבודה. נבחן תחילה מה מגדיר אדם כקבלן.

2. הגדרה – הבדל בין התחייבות לזמן לבין התחייבות לתוצאה

במשנה אנו מוצאים חלוקה בין אומן לפועל, אומן הוא בעל מקצוע ייחודי (כגון חמר, קדר וכד') ואילו פועל הוא שכיר יום למלאכה, והגדירו התוספות⁵ שפועל המוזכר במשנה הוא לעולם עובד, ואילו אומן לעתים יחשב כקבלן ולעתים כעובד. מדברים אלו (ומדברי פוסקים נוספים)⁶ מוכח שהיותו של האדם בעל מקצוע או לא-מקצועי אינה משפיעה על הגדרתו כעובד או קבלן. מה שמגדיר אותו כעובד או כקבלן הוא תוכן ההתחייבות שקיבל על עצמו. על פניו נראה שקבלן הוא מי שהתחייב להגיע לתוצאה מסוימת כגון לצבוע בגד, או לייצר כלי חדש. ולכן החוזה מולו הוא חוזה התחייבות להביא מוצר מוגמר ללא תלות בדרך הביצוע ובזמן בו התבצעה העבודה (בתנאי שהיא הסתיימה במועד שנקבע), ועל כך הוא מקבל את שכרו. לעומתו, עובד נשכר לבצע פעולה בזמן קצוב, כגון לבצע עבודה חקלאית על פי הוראות המעביד במשך יום עבודה. כך עולה מדברי רש"י:

קבלנות – אומן שקבל עליו לעשות מלאכה בכך וכך, ולא לשכירות ימים.⁷

הגדרה דומה המבחינה בין שכירות לזמן לבין התחייבות להשגת תוצאה מובאת אצל ראשונים רבים.⁸ לאור זאת מובנים דברי רש"י שראינו לעיל על קבלן "אין זה עבד אלא לעצמו", זאת כיוון שזמנו בידו להחליט מתי ימלא את התחייבותו והמזמין אינו יכול לומר לו מתי לעבוד.

כאמור "אומן" יכול להיות עובד או קבלן. הגדרתו אינה תלויה בהכרח בתחום המקצועי בו הוא עוסק, אלא בהתחייבות שקיבל על עצמו: אם הוא נשכר להשיג תוצאה מסוימת הוא קבלן, ואם הוא נשכר לעבוד במשך זמן מסוים הוא עובד. דוגמה למקצוע שדנו בו הפוסקים שיכול להיות קבלן או עובד היא "מלמד תינוקות". המהר"ם מרוטנבורג דן בשאלה האם מלמד שנשכר ללמד ילד נחשב לעובד או קבלן:

אשר אמרת יש בני אדם חלוקים להחזיק מלמד תינוקות כקבלן... לא ידעו פשוט ההלכה במה מחלקין פועל מקבלן. דבר פשוט לכל כי פועל שאינו רשאי להתבטל כמו שכיר [יום] או שכיר חדש או שכיר שנה באותו אמר רב... מטעם עבדי הם ולא עבדים לעבדים אבל קבלן שקבל עליו קמה לקצור או בגד לארוג והוא רשאי להתבטל כשהוא רוצה... ודכותיה (=וכמוהו) גבי מלמד תינוקות אם שכרהו ללמוד

5. תוספות בבא מציעא עה,ב, ד"ה השוכר את האומן. עם זאת, פעמים רבות מפרשים סתם אומן כקבלן, ראו לדוגמה רש"י בבא מציעא קיא,א, ד"ה קבלנות; מאירי שם; וכך סבר ערוך השולחן ח"מ שו, ב: "שם אומן חל יותר על קבלן"; שם שלג, כז: "אומן הוי קבלן", ונראה שהנוהג של בעלי מקצוע לקבל על עצמם עבודה בקבלנות ולא בשכירות לזמן, אולם כאמור להלן הדבר תלוי בהגדרת התנאים לעבודתם.

6. לדוגמה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), תעז (ובדפוס קרימונה, עא), שיובאו להלן.

7. רש"י בבא מציעא קיב,א, ד"ה קבלנות.

8. מגיד משנה שכירות ט, ד; הגהות מיימוניות שם; בית הבחירה למאירי בבא מציעא קיב,א.

כל הספר או חציו ולא קבעו לו זמן ללמוד בו ויכול להתבטל כשהוא רוצה אז הוא חשוב כקבלן.⁹

לדברי המהר"ם, מלמד שקבעו לו זמן ללמוד דינו כעובד ואילו מלמד שנקבע לו הספק של חומר ללמד הוא קבלן. מעבר לכך ניתן לראות שהמהר"ם מתמקד בשוני המהותי: מי שזמנו בידו ויכול להתבטל כשרוצה נחשב קבלן ומי שאין זמנו בידו נחשב עובד. דברי המהר"ם הובאו על ידי ראשונים נוספים¹⁰ וכן פסק הרמ"א.¹¹

לאור דברים אלו יש מי שהגדיר שההבדל המהותי בין קבלן לבין עובד הוא "זכות הפיקוח"¹² של המעסיק על העבודה. אולם, כפי שנראה בהמשך יש מצבים שגם בקבלן יתאפשר פיקוח. אמנם, נראה שאכן יש ללמוד מיסודות הדין שפיקוח הדוק מדי עשוי להפוך את הקבלן לעובד על כל זכויותיו.

3. מהות הסכם קבלנות והסכם עבודה

אחת השאלות הבסיסיות לגבי כמעט כל מצב משפטי היא, האם מדובר על התחייבות או על קניין. בנוגע לקבלן השאלה היא האם המזמין קונה את הקבלן כמעין-עבד כדין שכירות פועלים או שמדובר על התחייבות של הקבלן להגיע לתוצר. תשובה לכך ניתן למצוא בדיני אונאת מחיר. לגבי עובד כתב הרמב"ם:

השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה...
נראה לי שהקבלן יש לו הונאה... וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר.¹³

דהיינו, הרמב"ם מבחין בין עובד שגופו קנוי למעסיק,¹⁴ לבין קבלן שמוכר מוצר מסוים למזמין. מהבחנה זו הוא גוזר נפקות הנוגעת לדיני אונאת מחיר: לעובד אין אונאה, כשם שאין אונאת מחיר לעבדים, ואילו לקבלן יש אונאה, כשם שיש אונאה בכל מכר אחר, וכך פסק בשולחן ערוך.¹⁵

9. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), תעזו (ובדפוס קרימונה, עא).

10. אור זרוע ג, בבא מציעא, רמב; הגהות אשרי בבא מציעא ו, ו; הגהות מרדכי בבא מציעא תנו, הגהות מיימוניות שכירות ט, ד.

11. רמ"א חו"מ שלג, ה.

12. שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי (מהדורה שנייה, תשמ"ב), עמ' 69.

13. רמב"ם מכירה יג, טו; שם, יח.

14. הרב משה פיינשטיין שו"ת אגרות משה, חו"מ א, פא, כתב שישנן שלוש שיטות כיצד להגדיר את החוזה שבין עובד למעסיק: לשיטת קצות החושן שלג, ה, מדובר ב"קניין בגוף", לשיטת הש"ך חו"מ שלג, ב; יד, כה, מדובר ב"קניין להתחייבות", ולשיטת נתיבות המשפט שלג, ו, מדובר על "חיוב בעלמא" (וכן נלע"ד דעת ערוך השולחן חו"מ שלג, ח ראו להלן הע' 19). אולם הדברים מתייחסים להגדרת עובד כחלק מביאור דברי רב: "עבדי הם" לפי פירוש הבבלי והירושלמי. אך לעניין קבלן נראה מוסכם לכל השיטות כדברי הרמב"ם שאין "קניין הגוף" כלל.

15. שולחן ערוך חו"מ רכו, לו.

לעומת זאת, הרמב"ן כתב שאין אונאת מחיר בעובד ובקבלן כיוון שבשניהם לא מדובר על מכירה:

ובשכירות ישראל כגון ששכר פועלים יש אומרים שאין בהם אונאה דלא ממכר הוא וכן בקבלנות.¹⁶
מסתבר שכוונתו שמדובר על התחייבות לעבוד ולא על קניין.

4. יצירת הקבלנות

כלל יסוד בהלכה הוא שאין התחייבות או קניין נוצרים ללא מעשה קניין.¹⁷ מעשה הקניין הרגיל בעובד הוא תחילת העבודה, וליתר דיוק יציאה לדרך למקום העבודה. הסביר זאת רב האי גאון כך: "בהאי הנאה שהוא הולך ובה בצרכו גמר ומשעבד נפשיה".¹⁸ דהיינו, בתמורה להנאה הממונית שיש למעביד מיציאתו של העובד למקום העבודה המעסיק מתחייב לשלם לו את שכרו. כך עולה מדברי השולחן ערוך:

ראובן שכר נער לשמשו, ואמר לו שמעון לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו, אף על פי שלא היה קנין בדבר, חייב, כי כל תנאי שכירות אינו צריך קניין.¹⁹

16. רמב"ן בבא מציעא נו"ב, ד"ה הא.

17. שולחן ערוך חו"מ קפט, א.

18. חמדה גנוזה, ט"ו קלה, וראו עוד הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, ההתחייבות עמ' 234.

19. שולחן ערוך חו"מ שטו, ד.

לכאורה דברי השולחן ערוך יכולים להתפרש באחד משני מובנים: א. לא צריך מעשה קניין נוסף כיוון שתחילת העבודה היא מעשה הקניין. ב. אין צורך במעשה קניין, כיוון שממילא לא ייכרת חוזה מחייב בין הצדדים. וביתר פירוט, תוצאת חוזה היא המחויבות של כל צד למלא את חלקו, אולם אצל עובד ההלכה מאפשרת לכל צד לבטל את החוזה תמיד והשאלה היחידה היא רק שאלת גובה הפיצוי ("יד מי על העליונה"). לכן לא צריך מעשה קניין כיוון שמדובר בתחום משפטי חריג שבו כלל לא ניתן לכרות חוזה. הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 63-64, כתב ששאלה זאת תלויה במחלוקת ראשונים: לדעת התשב"ץ, שו"ת התשב"ץ, א, סד, אין צורך כלל במעשה קניין בשכירות פועלים: "דע כי שכירות פועלים אין צורך לקניין כלל אלא בדברים בעלמא הם נשכרין", ולדעת הרמב"ן בבא מציעא ע"ב, כן צריך: "כשם ששאר הדברים נקנין בקנין כך שכירות פועלים נקית בהתחלת מלאכה".

אולם לענ"ד על אף שלשון השולחן ערוך כאן קרובה ביותר ללשון התשב"ץ ניתן להוכיח את שיטתו מתוך מחלוקת ראשונים נוספת: המחלוקת בשאלה האם חובת הפיצוי לפועל שהתחיל בעבודתו נובעת רק מדיני נזיקין (גרמי, חו שיטת התוספות בבא מציעא ע"ב, ד"ה אין) או שהיא נובעת מהתחייבות (שיטת הרמב"ן בבא מציעא ע"ב שהוכר לעיל). הכרעת השולחן ערוך חו"מ שלג, ב, בזה כדעת הרמב"ן שלאחר תחילת מלאכה חייב לשלם פיצוי גם אם לא הייתה לפועל מלאכה אחרת, כלומר, החיוב נובע מהתחייבות ולא מדיני נזיקין. ממילא, מוכח שלדעת השולחן ערוך יש "קניין תחילת מלאכה". למרות זאת מלשון השולחן ערוך כאן משמע שאין צורך במעשה קניין, כלומר שאין צורך במעשה נוסף וכך ניתן להבין את דברי התשב"ץ הנ"ל.

יש לציין שיטה נוספת על פיה אין כאן חוזה רגיל והיא שיטת ערוך השולחן, שביאר שהביטוי קניין תחילת מלאכה, שמקורו כאמור ברמב"ן, איננו כפשוטו (ערוך השולחן חו"מ שלג, ח): "התחלת המלאכה באמת אינו קנין כלל, והוא גזירת התורה שהתחלת המלאכה לא תהא קנין כלל מטעמא דילי בני ישראל

מדברי הפוסקים ומלשון השולחן ערוך מוכח שאין הבחנה בעניין זה בין עובד לקבלן.²⁰ עם זאת יש לדון האם מעשה קניין נוסף יגרום לשינוי תנאי החוזה שבין הצדדים? כפי שראינו לעיל עובד יכול לחזור בו בחצי היום, כדי שלא ייחשב כעבד. לאור זאת רבים מהפוסקים כתבו שמעשה קניין נוסף לא יועיל כדי ליצור התחייבות שממנה העובד לא יוכל להשתחרר.²¹

לעומת זאת, בנוגע לקבלן שאינו נחשב ל"עבד" לזמן, אלא רק התחייב לתוצר, הדין שונה. כאן חידש רבנו תם, שניתן לעשות מעשה קניין היוצר התחייבות בלתי-חוזרת מצד הקבלן:

והא בעי לממשך תספורת – מכאן אומר רבנו תם דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם. ואם תאמר מאי שנא (=במה הוא שונה) מפועל דיכול לחזור בו? ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה "עבדי הם" ולא עבדים לעבדים יכול לחזור בו, ולא קבלן.²²

רבנו תם מסביר שההבדל המהותי בין עובד שנחשב "עבד" לבין קבלן שאינו נחשב ל"עבד", הוא הגורם להבדל ביניהם. וכן פסק הרמ"א:

ויש אומרים דאם משך בעל הבית כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן; אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור כמו שנתבאר.²³

עבדים' שאינו יכול לשעבד עצמו ע"י מלאכתו כעבד, וזה שהפוסקים קוראים לזה קנין הוא רק בשם המושאל".

ערוך השולחן מבאר שהמושגים של קניין בפועלים נוגעים רק לשאלת הפיצוי – ידו "על העליונה" או "על התחתונה" ולא לעניין כריתת חוזה בלתי הדיר, שהרי ההלכה מאפשרת לעובד לחזור בו, משמע שכלל לא נכרת חוזה. על אף שאפשר להבין מדבריו שם שניתן לעשות חוזה שלא ניתן יהיה להפר אותו, לענין אין לדייק כך וכונת דבריו רק שגם פועל יכול לעשות חוזה כך שאם יחזור בו ידו תהיה על התחתונה כפי שעולה מדברי באר הגולה אותו הוא מצטט (ראו להלן הע' 21).

שיטה דומה עולה בדברי **נתיבות המשפט** שלג, ו, כפי שביאר אותם בשו"ת אגרות משה שהובא לעיל הע' 14 (וראו שם את הדיון גם על הגדרת הקניין).

מנגד, הש"ך חו"מ שלג, יד, סבר שישנו חוזה אלא שהוא מוגבל לפי הגדרות התורה, ולכן בשכיר שאינו קבלן לא מועיל מעשה קניין נוסף כדי למנוע ממנו להפר את החוזה אם ירצה.

20. כך עולה מכלל הסוגיות העוסקות בקניין תחילת מלאכה וקניין נוסף שהושוו בהם שכיר וקבלן לעניין תוקף תחילת מלאכה, ראו **שולחן ערוך** חו"מ שלג, א"ד.

21. לדעת הריטב"א, שו"ת הריטב"א, קיז, קניין נוסף מועיל גם בשכיר, והובאו דבריו בבית יוסף חו"מ שלג, א, ובררכי **משה** הארוך. אולם הש"ך חו"מ שלג, יד, חלק על דבריהם, וכתב ששאר הפוסקים לא כתבו כך כיוון שזה כמתנה כנגד דרשת התורה "עבדי – ולא עבדים לעבדים". יתר על כן, אפילו עבד עברי יוצא בגרעון כסף כלומר גם עבד עברי הוא רק שיעבוד ממון ואיננו חוזה בלתי הדיר, וכתב שכן מוכח משו"ת **ריב"ש**, תעב. **קצות החושן** שלג, ה, דייק מהשולחן ערוך שסבר כש"ך.

יש לציין ש**ערוך השולחן** חו"מ שלג, ח"א, לשיטתו שקניין כאן משמעותו רק לעניין פיצוי (ידו על העליונה"), מבאר את שיטת הריטב"א שגם בפועל ניתן לעשות מעשה קניין נוסף ומשמעותו שידו של הפועל תהיה על התחתונה אם יחזור בו, וכן הוא מדייק בבאר הגולה חו"מ שלג, ח.

22. **תוספות** בבא מציעא מח, א ד"ה והא בעי; **רא"ש** בבא מציעא ד, ט; **טור ושולחן ערוך** חו"מ שלג, א.

23. **רמ"א** חו"מ שלג, א.

הרמ"א פוסק שלגבי עובד גם אם ייעשה מעשה קניין נוסף לא תיווצר התחייבות בלתי-חוזרת מצד העובד. לעומת זאת לגבי קבלן, אם ייעשה מעשה קניין יוצר חזקה בלתי הדיר ושני הצדדים לא יוכלו לחזור בהם.²⁴

האחרונים הסיקו מדברי רבנו תם שלא רק משיכת כלי עבודתו של הקבלן מועילה ליצירת חזקה בלתי הדיר, אלא גם מעשי קניין אחרים, ובכלל זה חתימת חזקה.²⁵ ביחס לשאלה כיצד ניתן לאכוף את העמידה בחזקה נרחיב בהמשך בפרקים על תרופות לאי עמידה בחזקה קבלנות (עמ' 284 והלאה).

5. אחריות על נזקים

הבדל נוסף שניתן למצוא בין קבלן לעובד הוא בעניין אחריות לנזקים. קבלן מוגדר כשומר שכר שחייב גם על גניבה ואבידה, וודאי שהוא חייב על נזקים שעשה.²⁶ לעומת זאת, יש מחלוקת האם עובד מוגדר כשומר חנם שחייב רק בפשיעה אך פטור באונס ובגניבה ואבידה, או שמא דינו כשומר שכר שפטור רק במקרה של אונס.²⁷

24. מכאן ניתן לראות שאין כאן מכר של כוח העבודה אלא של תוצר העבודה (סמ"ע רכז, סו), דבר התואם את שיטת הרמב"ם מכירה יג, יח, בדין אונאה שהובאה לעיל עמ' 254.

25. פתחי תשובה חו"מ שלג, א, בנוגע לקניין סודר ושטר.
לגבי השלום מקדמה, ישנה מחלוקת עקרונית האם קניין כסף מועיל בפועל כעבד או שמא יש לדמות את הפועל למכירת מטלטלין שגורו חכמים שקניין כסף לא יועיל בהם שמא לאחר העברת הבעלות תמורת הכסף יאמר המוכר לקונה "נשרפו חיטיך בעליה" והקונה יפסיד את המיטלטלין (ראו נתיבות המשפט שלג, א; חכמת שלמה שלג, ג; חזון איש בבא קמא כג, א). קצות החושן שלג, ה, דייק בשולחן ערוך חו"מ שלג, ג, שמקדמה לא יוצרת חיוב בלתי הדיר אלא רק "חוב הוא לו". יתר על כן, יש מי שכתב שבקבלן שייכת הסברה "נשרפו חיטיך בעליה" ולכן לא יועיל בו קניין כסף (הרב אורי סדן, כתרי י (תשע"ה), עמ' 70-71). אולם למעשה חידש הרב סדן (שם, עמ' 72) שגם מי שסובר שאין קניין כסף בפועל או בקבלן, יודה שיש כאן קניין סיטומתא.

26. שולחן ערוך חו"מ שו, א"ב.
27. הכוונה למחלוקת הסמ"ע והש"ך. להלן הרקע למחלוקת ופרטיה: במשנה בבא מציעא פ"ב, מבואר שדין האומן הוא כשומר שכר, ורש"י, שם, מבאר שהאומן הוא "קבלנים המקבלים עליהם לעשות מלאכה בבתיהן" וכן כתב בביאורו לגמרא, שם, ד"ה דקא יהיב ליה טפי, וכן כתב הטור חו"מ, שו: "כל האומנין שנותנין להן לתקן בקבלנות...".

בגמרא בבא מציעא פ"ב, הושווה דין זה לשיטת רבי מאיר שדין שוכר כשומר חנם, והובאו בגמרא שלושה טעמים כדי לחלק בין שוכר לאומן: א. האומן נעשה שומר שכר בשכר שנתן את העבודה דווקא לו. ב. האומן נעשה שומר שכר בתוספת על שכרו שאינו ניתן באופן מדויק. ג. האומן נעשה שומר שכר בהנאה שיש לו מהחזקת החפץ כאמצעי לגבות את התשלום מבעל הבית. שני התירוצים הראשונים נדחו לדעת רבי מאיר שהרי כולם קיימים גם בשוכר, והשלישי נשאר למסקנה.

הסמ"ע שו, א, כתב שדין המשנה נאמר דווקא על אומן-קבלן ואילו שכיר יום דינו כשומר חנם כפי שמדויק מפשט לשונם של רש"י וטור שהובאו לעיל.

בפרישה חו"מ שו, א, ציין שהטעם הראשון המובא בגמרא תקף גם בשכיר ולא רק בקבלן, ואילו הטעמים השני והשלישי אינם חלים על שכיר. אולם, למעשה הוא הכריע שיש להגדיר רק קבלן כשומר שכר כיוון שעד יצירת התוצר המזמין לא יכול לתת את המלאכה לאף אחד אחר, לעומת זאת בשכיר, בכל יום המעסיק יכול לשכור אדם אחר.

דין זה עוסק בחובת השמירה של קבלן מפני נזקים חיצוניים, אולם מוכח שהוא הדין ביחס לנזקים שעושה הקבלן עצמו לרכושו של המעסיק. לכן נפסק שקבלן שהזיק לאבנים של המזמין חייב לפצותו. וגם בדין זה מצינו בראשונים שבשונה מקבלן שמקבל אחריות מלאה לכל דבר שנעשה בשטח שתחת אחריותו, עובד אינו נושא באחריות מלאה לרכושו של המעסיק. וכך כתבו באופן מפורש הר"י מלוניל והמאירי:

הבנאי שקבל עליו לסתור את הכותל ושבר את האבנים חייב לשלמן שכך קבל עליו מן הסתם שלא לשברן. וכן אם הזיק בסתירתו שמועד הוא לעולם ובעל הבית כבר נסתלק משמירה זו הואיל וזה קבל מלאכה זו בדרך קבולת. הא אם עשה בה שכיר יום לא נסתלק בעל הבית משמירתה ושניהם משלמין.²⁸

כלומר קבלן אחראי לאתר כולו והרי הוא כשומר על האתר, והמזמין סילק את ידו. ואילו בעובד ישנה אחריות משותפת לנזקים של העובד והמעביד.

בקבלן בניין ישנה בעיה נוספת והיא היחס בין אחריות עובד לאחריות קבלן: מעיקר הדין כאשר שומר מסר לשומר, במקום שכך רגילים לעשות – השומר הראשון פטור.²⁹ ולכן לכאורה כאשר קבלן בניין מסר לקבלני משנה או לפועלים את העבודה, אזי הפועלים הם האחראים ולא הקבלן. עם זאת ודאי שאם סוכם עם המזמין שקבלן הבניין הראשי אחראי גם לנזקים שגרמו הפועלים – הסיכום מחייב. מעבר לכך, המנהג המקובל כיום הוא שקבלן הבניין אחראי לתוצאה המלאה ואין קשר ישיר בין המזמין לפועלים, ולכן גם אם הדבר לא הותנה במפורש יש לראות בזה מנהג המדינה.³⁰

למעשה בחוזה קבלנות בניין מקובל לדרוש מהקבלן לדאוג לביטוח. אולם מעיקר הדין גם אם הוא לא דואג לביטוח, אם הקבלן עובד באתר פעמים רבות לבדו, מסתבר שיש לו אחריות מלאה לכל מה שקורה באתר, עד לרגע המסירה.³¹

הש"ך ח"מ שו, א, חלק על הסמ"ע כיוון שלהלכה דינו של שוכר כשומר שכר (שלא כדעת רבי מאיר שהובאה לעיל), ומכיוון ששכיר דומה לשוכר (על פי הטעמים שהובאו בגמרא, לעיל) הרי גם שכיר הוא שומר שכר. עוד כתב שלשון הטור "הוא לאו דווקא", ושלא מצא בין הפוסקים מי שסבר כסמ"ע. **בפתחי תשובה** ח"מ שו, א, דייק מהמחנה אפרים שיש לחלק בין קבלן לשכיר כדעת הסמ"ע. לדעתו, העיקר הוא הטעם השלישי המובא בגמרא – "הנאת התפיסה", לפיכך, הוא חל רק אם המזמין משאיר את החפץ בידי הקבלן. הוא מגדיר שקבלת השמירה נעשית בסילוק ידי בעל הבית "וסתם שמירה הוי כשמסלקים הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד" כלומר רק אם האחריות עוברת לקבלן הוא נעשה שומר שכר.

גם **ערוך השולחן** ח"מ שו, ד, כתב שהלכה כסמ"ע, ששכיר יום הוא כשומר חינום וקבלן כשומר שכר. והוא דוחה את דברי הש"ך לאור ההבנה שסתם "אומן" בחז"ל הוא קבלן דווקא, כפי שהוזכר לעיל הע' 5. לאור דברי המאירי והר"י מלוניל בשיטה מקובצת (בהערה הבאה) ניתן להוכיח כשיטת הסמ"ע, מקור זה דוחה לטענת הש"ך ש"לא מצא לשום פוסק שחילק בכך". וכך כתב בשו"ת **קול אליהו** ב, ח"מ, כח.

28. דברי המאירי, **שיטה מקובצת** בבא קמא צח, ב, ד"ה הבנאי, הר"י מלוניל מובא שם לפניו, ודבריהם קרובים זה לזה. לכאורה מקור זה מהווה ראיה לשיטת הסמ"ע במחלוקת האחרונים שהוצגה לעיל הע' 27.

29. **בבא קמא** נו, ב, **שולחן ערוך** ח"מ רצא, כב; ש"ך שם, לב.

30. ראו הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 435.

31. לגבי היחס בין אחריות הפועלים לאחריות הקבלן ראו בהרחבה הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 433-440.

ב. מעמדו של קבלן בניין

אין ספק שמעמדו הבסיסי של קבלן בניין הוא של קבלן ולא כשל עובד,³² שהרי הוא מתחייב להגיע לתוצר מוסכם ואינו מקבל שכר לפי שעות העבודה. מעבר לכך מבחינה חוקית מקובל להוסיף סעיף שמגדיר שאין יחסי עובד ומעביד בין הקבלן למזמין העבודה.³³ על אף הקביעה הפשוטה שקבלן בניין נחשב "קבלן" ולא "עובד", צריך לדון בכמה סעיפים מקובלים שלכאורה עלולים להיתפס כנוגדים את ההגדרה היסודית: קנסות על השבתת עבודה, זכות הפיקוח, וקנסות על איחור בסיום העבודה.

1. קנסות על השבתת עבודה

מקובל בחווי קבלנות בניין רבים להוסיף קנסות במקרה שקבלן הבניין לא יעבוד באתר מספר ימים, וזאת, במטרה למנוע מראש איחור במסירת הנכס. לכאורה, סעיף זה נוגד באופן מהותי את הקביעה שקבלן איננו שכיר לזמן, שהרי במקרה שנקבע קנס על השבתת עבודה אין זמנו בידו. אלא שיש להבחין בין עובד שצריך לעבוד בזמנים מסוימים, לבין קבלן, גם אם האחרון התחייב שלא לבצע הפסקות ארוכות בעבודה. במילים אחרות, הגדרת קבלן כמי שהתחייב לתוצאה ויכול להחליט מתי לעבוד איננה מחייבת שכל התחייבות הנוגעת לרציפות העבודה הופכת אותו לעובד.

בדומה לכך, כותב מהריא"ז ענזיל, תלמידו של בעל קצות החושן, בנוגע להגדרת שוחט כקבלן:

ואע"ג שקבעו זמן להמשך הקבולת ההוא שנה או יותר אין זה אלא תנאי בעלמא ואין זה מעיקר ועצם השכירות, אלא כמי שהתנה שיעשה המלאכה במקום פלוני או על צורה פלונית וכיוצא בו, דתנאי כי האי מילתא אחריתא היא, ואין עצם הקבלנות משתנה בזה.³⁴

דהיינו, העובדה שסוכם עם השוחט שהוא יועסק במשך תקופה מסוימת אינה מגדירה אותו כעובד (ובלבד ששכרו ישולם לפי הספק). מדברי מהריא"ז ענזיל עולה שגם אם יהיו תנאים הנוגעים לזמן או לצורת עבודה, אין הם פוגעים בהכרח בהגדרת ההסכם כקבלנות.

32. אף שברור שאין דין קבלן בנייה כשכיר, יש שכתבו שגם אין לראות בו קבלן, כיוון שהוא מביא את החומרים ושוכר את הפועלים. וממילא חלק גדול מהשכירות היא בעצם קנייה של סחורה או התחייבות למכירה (פתחי חושן ז, הע' ד, ט, ט, הע' כח; י, הע' ט; משפט הפועלים עמ' מא-מב). אולם עיקר הנפקות היא לגבי צורת החישוב של שכרו במקרה של הפרת החוזה, ולעניין זה ברור שדינו כקבלן ולא כשכיר.

33. לגבי השוואת ההגדרות של עובד ונותן שירות בחוק לעומת הגדרת קבלן ושכיר בהלכה, ראו בהרחבה: הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 54-55.

34. שו"ת מהריא"ז ענזיל, טו, עמ' יד, טור א. שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 65; הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 48.

אולם, חשוב להדגיש שכדי שקבלן בניין לא יוגדר כעובד מסתבר שההסכם צריך לכלול הגדרות זמן כלליות ולא שעות עבודה מדויקות או מספר פועלים מסוים שעל קבלן הבניין להביא לאתר, שהן ממאפייני עובד (הדומה ל"עבד").³⁵

לפיכך, מסתבר שתנאי בחוזה הקובע שקבלן בניין שלא בא לאתר הבנייה בכלל במשך כמה ימים במידה הגורמת לחשש שהמסירה תתאחר – ייקנס, איננו פוגע במהות הקבלנות. לעומת זאת, תנאי המחייב לעבוד בשעות עבודה מסוימות כפי שנהוג אצל עובדים חותר תחת הגדרת ההסכם כקבלנות, והופך אותו לעובד.

2. זכות הפיקוח

כאמור, ההגדרה של קבלנות היא התחייבות להגיע לתוצאה בדרך הנראית לקבלן. לכאורה על פי זה אין למעסיק זכות לפקח על דרך ביצוע העבודה. ואכן כפי שראינו לעיל (עמ' 254) יש מי שהגדיר שההבדל בין קבלן לעובד הוא ב"זכות הפיקוח".³⁶

אלא שבחווה עם קבלן בניין, בשונה מאומנים אחרים (כדוגמת מוסך), מקובל מאוד להוסיף סעיפי פיקוח. הסיבה לכך נובעת מהחשש לנזקים במקרה של ביצוע לא-תקין. לדוגמה, אם בעת יציקת הבטון לא יערבלו אותו, ייווצרו בבטון בועות שלא יהיה ניתן לתקן, וכן אם יציקה תתבצע בצורה עקומה, ועוד.

האם פיקוח כזה משנה את ההגדרה הבסיסית של החווה? מסתבר שלא, ובלבד שהזכות תהיה מוגדרת ומוגבלת. כך למשל, הפיקוח לא יוכל לשלוט בדרך ביצוע העבודה, כלומר

35. הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 49-50, מביא מחלוקת בשאלה האם הדמיון של עובד לעבד לעניין השליטה בזמנו הוא **סימן** או **סיבה**. כלומר, האם הגדרת המהר"ם שקבלן "יכול להתבטל" (שהחוכרה לעיל ליד ציון הע' 9) מהווה **סימן** לכך שהוא נשכר כדי להגיע לתוצר מסוים, ובשל כך הוא מוגדר קבלן, או שמא זאת ה**סיבה** להגדרתו כקבלן ולולי זה הוא יוגדר כעובד גם אם הוא נדרש להגיע לתוצר מסוים. לאור חקירה זאת ניתן לבחון עד כמה ניתן להגביל את הקבלן: אם הגדרת המהר"ם היא מהותית (**סיבה**), ממילא קבלן שנדרש להביא לתוצאה מסוימת אך בנוסף מוגבל לשעות עבודה ואינו יכול "להתבטל" יהיה דינו כעובד. אולם, אם זכות "הבטלה" היא רק **סימן** שלא נשכר לשעות אלא כדי להגיע לתוצר, כל עוד הקבלן נדרש להגיע לתוצר יהיה ניתן לעשות תנאי ולהגבילו לעבודה לפי זמנים. עם זאת, לענ"ד כיוון שמהר"ם התייחס באופן מפורש לקריטריון העולה מ"עבדי הם" לא ניתן להגדיר קריטריון זה רק כסימן. כך עולה מדברי רבנו תם (שהחוכרו לעיל ליד ציון הע' 22) שלא ניתן לעשות קניין מחייב בשכיר אך ניתן לעשותו בקבלן כיון שאין בו חשש ל"עבדי הם". באופן דומה כאן, כיוון שהמהר"ם הגדיר שמי שיכול להתבטל: "אין שייך לומר עבדי הם", ממילא אם הוא לא יכול להתבטל חוזר דינו להיות "כעבד", ונצטרך להגדירו כעובד, שלא יכול להתחייב שלא לחזור בו. וכן עולה בדברי הש"ך (חור"מ שלג, יד) שהובאו לעיל הע' 21.

לאור זאת נקטנו בדרך אמצע לפיה יש להתחשב בשתי ההגדרות: א. קבלן הוא מי שהתחייב להגיע לתוצר. ב. גם כשישנה התחייבות לתוצר, פיקוח הדוק מדי יהפוך אותו לעובד.

36. שילם ורהפטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, עמ' 69-70. אולם אין להגדרה זאת מקור ברור ומפורש, ומסתבר שהוא הושפע מהדברים שהוא ציטט בשם באטט שהגדיר את ההבדל בין שכיר לקבלן בשאלת ה"שליטה בעבודה" (controlling the work), אותו תירגם ורהפטיג שם עמ' 68 הע' 29, למונח "הכוח לפקח". אולם מסתבר שעל אף שאין זכות לקבוע קבלן שעות עבודה ולא את צורת העבודה, עם זאת אין הגבלה לפקח שהעבודה נעשית בדרך תקינה כפי שעולה בדברי המהרי"א^ז עניול שצוטט לעיל.

לא ניתן לומר לקבלן כיצד לפעול בכל שלב ושלב, וודאי שלא ניתן להורות לו כיצד לנהל את העבודה. ולכן נראה שיש להגביל את זכות הפיקוח לשני מרכיבים:

א. איסוף של ראיות מהשטח כדי לדעת האם קבלן הבניין גרם נזק או ביצע באופן לקוי עבודות שלא יהיו גלויות בשלבים מתקדמים יותר (כגון, בועות בבטון).

ב. מניעת ביצוע לקוי, ובוודאי כזה שאת תוצאותיו קשה יהיה לתקן, כגון, יציקה עקומה. כל זאת, תוך שמירה על חירותו של קבלן הבניין להחליט על אופן ומועד ביצוע העבודה (ובלבד שהוא אינו מזיק במעשיו). כמו גם על התנהלותו העסקית או על מוסר העבודה של הקבלן ופועליו: לדוגמה כמה פועלים מועסקים, כמה זמן הם מועסקים ובאיזה שלב עושים כל פעולה.

על כן, נוסף בחוזה סעיף העוסק בזכות פיקוח והיקפה, והשלכה של הפרת הוראות הפיקוח.

3. קנסות על איחור בסיום העבודה

האמור בנוגע לזכות הפיקוח נכון גם לסעיף המחייב את קבלן הבניין לסיים את העבודה במועד מסוים, שבדומה לסעיף העוסק בהפסקת עבודה, שנדון לעיל, אינו פוגע במהות הקבלנות.³⁷ בהמשך לכך ניתן לסכם על קנס שישלם קבלן הבניין במקרה שלא יעמוד במועד עליו סוכם. לגבי איחור בסיום הפרויקט יש עוד להרחיב ולדון במקרה של איחור מחמת אונס כפי שנפרט בהמשך.

ג. תרופות הפרה מצד המזמין

עד כה עסקנו בסעיפים שמגדירים את מהותו של חוזה קבלנות הבניין ודיניו. כעת יש לדון בשאלה מהן התרופות הניתנות לכל צד בחוזה במקרה של הפרה. בשלב הראשון נסקור מה מוגדר כהפרה של החוזה, ובשלב השני מה התרופות לכל הפרה. ככלל יש לדון בשלוש תרופות: א. ביטול – זכות הפסקת החוזה עם פיצוי ובלעדיו. ב. פיצוי – על נזקים. ג. אכיפה – כפייה על השלמת החוזה.³⁸

יכולות להיות שתי הפרות חוזה מרכזיות מצדו של המזמין:

1. איחור בתשלומים המגיעים לקבלן הבניין – כאן מדובר על הפרת חלק מהחוזה מצד המזמין.

2. סילוקו של קבלן הבניין והפסקת עבודתו – כאן מדובר על הפרה מלאה של החוזה מצד המזמין.

37. עצם הרעיון שניתן להסכים על זמן פשוט לאור דברי המהרי"א עניול שהובאו לעיל. וכן כתבו למעשה בספר משפט הפועלים, עמ' רנח; הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 48. מעבר לכך פשוט שהזמן לא נתון כולו בידי הקבלן עד סוף ימיו, וכתב המהרי"ל דיסקין פסקים, רטו, שבמקרה שלא נקבע זמן ייתכן שהולכים לפי העיקרון של "זמן בית דין שלושים יום", אולם הוא הכריע שיש ללכת לפי ראות "עיני הדיין" – כלומר זמן סביר. על כן ודאי שניתן לקבוע זמן סיום מוסכם בעריכת החוזה.

38. ראו עוד בספר זה, במאמר "תרופות על הפרת חוזה", עמ' 153.

מהן התרופות העומדות לזכותו של קבלן הבניין במקרה שהמוזמין סילק אותו והפסיק את עבודתו או במקרה שהמוזמין לא שילם לו כפי שהתחייב?
 באופן כללי יש להתייחס כאן לכל שלוש התרופות: א. ביטול-נגדי של החוזה על ידי קבלן הבניין, ב. פיצוי – על נזקים שנגרמו כתוצאה מהביטול, ג. אכיפת החוזה – חיוב תשלום מלא כפי שהוסכם בחוזה. ביטול-נגדי רלוונטי רק להפרה הראשונה – איחור בתשלומים, שהרי בהפרה השנייה המוזמין כבר ביטל את החוזה.
 חשוב להדגיש שאכיפת החוזה כלפי המוזמין משמעה חיובו בתשלום השכר בלבד, ללא חיוב להעסיק בפועל את קבלן הבניין, כפי שכתב מהריא"ז ענזיל:
 ...זה לא עלה על דעת תוספות שיהיו כופין את הבעל הבית לקבל מלאכת הפועל בעל כורכו. דנהי דאשתעבד בעל הבית לשכירותו של הפועל או הקבלן. ממונו הוא דאשתעבד אבל לא גופו והא לא אצטריך רב לאשמעינן.³⁹
 כלומר, התחייבות המוזמין היא לשלם לעובד או לקבלן (שעבוד ממוזן), ואין לו חובה להעסיק אותם בפועל (שעבוד הגוף).

1. איחור בתשלומים

אם לא סוכם אחרת קבלן זכאי לקבל את שכרו רק לאחר מסירת התוצר, וכך ניתן ללמוד מדיני הלנת שכר.⁴⁰ אולם, בקבלן בנייה, העבודה מתבצעת בשטח השייך למוזמין ולכן מסתבר שכל שלב בבנייה נמסר באופן מיידי למוזמין, ולכן מקובל לחלק את התשלומים לשלבי הבנייה השונים, מתוך הבנה שכל שלב שהסתיים נמסר ויש לשלם עליו. לאור זאת, יש לראות כל שלב שהסתיים כגמר מלאכה של אותו שלב, והחיוב לתשלום עליו בעת הסיום הוא חיוב מן הדין.

בנוגע למקרה בו המוזמין אינו משלם במועד, זהה דין קבלן הבניין למוכר קרקע שלא קיבל את התשלום במועד. לגבי מוכר נפסק שכאשר שולם רק חלק מהתשלום עבור הקרקע יכול המוכר לבחור בין ביטול כל העסקה (ואז עליו להחזיר את הכסף שקיבל), לבין ביטול יתרת העסקה ולהסתפק במכירת החלק עליו קיבל תמורה.⁴¹ כל האמור לעיל נכון במקרה שבו המוכר מנסה לגבות את יתרת התשלום, כלשון השולחן ערוך: "יוצא ונכנס ותובע". אולם, במקרה שהמוכר לא רודף אחר הכסף, יתרת החוב הופכת להלוואה והמכר חל על כל הקרקע.

מכאן נלמד, שאם קבלן הבניין מוחל למוזמין על העיכוב בתשלום הוא מגלה דעתו שברצונו להמשיך לעבוד למרות העיכוב והחוב נעשה כמלווה שהוא זכאי לתבעו בהמשך. אולם,

39. שו"ת מהריא"ז ענזיל, טו, טור א. בהמשך נדון האם במקרה של הפרת החוזה מצד הקבלן ניתן לחייב אותו בפיצוי בלבד או שמא גם לכפות עליו לבצע את העבודה.

40. שולחן ערוך חו"מ שלט, ו. וראו קצות החושן עב, כג, ממנו עולה שאומן "מוחל לו על תשלום כל זמן שהוא בידו".

41. שולחן ערוך חו"מ קצ, ייא; על פי הסוגיה בבבא מציעא ע"ב. יש לציין שדברי הגמרא נאמרו כביאור לדברי המשנה העוסקת ביחסי פעלים ובעל הבית: "וכל החור בו ידו על התחתונה".

זכותו של קבלן הבניין גם לתבוע לקבל את התשלום במועד, ואז לכאורה דינו יהיה כדין מוכר, שיכול לבחור בין עצירת המשך העסקה, לבין ביטול העסקה כולה.

יישום דיני מכר בנוגע לקבלן בניין ייתן את התוצאות הבאות:

עצירת המשך העסקה, פירושה גביית מה שהובטח לו בחווה עד אותו שלב שבוצע.

ביטול העסקה, פירושו במקרה זה איננו מובן מאליו, כיוון שחלק מהעבודה כבר בוצע. לפיכך, ניתן לומר שיש להחיל כאן את דין מזמין שחזר בו וסילק את קבלן הבניין שלא כדין, ואז הקבלן יקבל את מה שסוכם עמו על כלל העבודה בניכוי עלות השלמת העבודה, או תשלום על מה שבוצע – הגבוה מבין שניהם.⁴² לחילופין ניתן לומר שהחווה כולו בטל וקבלן הבניין יקבל תשלום כפי המקובל בשוק כדין "יורד ברשות" (ראו לקמן בפרק על תוספות, עמ' 287). אפשרות זאת טובה לקבלן בניין במקרה שהסכים מלכתחילה למחיר הנמוך ממחיר השוק, וכעת יקבל יותר.

בכל מקרה ברור שקבלן הבניין אינו חייב להמשיך לעבוד כל עוד לא קיבל תמורה במועד על מה שכבר ביצע, וזכותו לעצור את העבודה עד לקבלת תשלום על מה שכבר נעשה.

בחוק הישראלי ישנה הבחנה בין תנאי יסודי בחווה שהפרה שלו מאפשרת לצד השני לבטל את החווה ללא צורך בהתראה, לבין תנאי שאיננו יסודי שהפרה שלו מאפשרת ביטול של החווה רק לאחר התראה. הפרה יסודית נקבעת לפי מבחן האדם הסביר, האם לא היה כורת את החווה בלעדית, או אם הוגדר במפורש שסעיף מסוים מהווה תנאי יסודי בחווה.⁴³

הדעת נותנת שביצוע התשלומים במועד המדויק איננו תנאי יסודי, וביטול החווה מחמת איחור קטן מצריך התראה. זאת, כיוון שפעמים רבות העיכובים בתשלום הם זמניים או שיש להם הצדקה. ולכן בחווה שלפנינו מוצע נוסח שמחד גיסא, נותן ארכה קצובה לתשלום החוב גם אחרי המועד המוסכם (וכל הארכה נוספת תלויה בהסכמת קבלן הבניין), ומאידך גיסא, לאחר התראה מצד הקבלן, זכאי קבלן הבניין שלא לעבוד בזמן העיכוב והוא יהיה זכאי לתוספת זמן במסירת הבית. זאת, כדי למנוע מצב שבו הארכה תפגע בקבלן. על פי הצעה זו, לאחר התראה מצד קבלן הבניין על עיכוב בתשלום, כל יום של עיכוב בתשלום יגרור אחריו איחור מתאים במועד מסירת הבית. בנוסף, רשאי הקבלן להתרות בזמן שאם לא ישלם לו אזי החווה יתבטל, כפי שהוסבר לעיל.

42. כן מפורש בלשון הטור חו"מ, שלג: "וכן הדין בבעל הבית החוזר בו שידו על התחנתונה שאם הווליה המלאכה ויכול לגומרה בשני דינרין צריך ליתן לו ששה דינרין על מה שעשה ולא ישאיר לו אלא ב' דינרין כדי שיוכל לגמור בהן מלאכתו כפי תנאו ואם הוקרה צריך ליתן לו ד' דינרין." דבריו הובאו בסמ"ע שלג, טז. כעין זה כתב הטור חו"מ, שלג, בנוגע לפועל שחזר בו, שידו על העליונה. הש"ך חו"מ שלג, יט, חלק עליו, אולם קצות החושן שלג, ח, צידד בדעת הטור והסמ"ע בנוגע לפועל שחזר בו.

יש לציין שהש"ך חלק על הטור רק בנוגע לפועל שחזר בו, אך הסכים איתו בנוגע למזמין שחזר בו. ראייה לכך מכך שהוא דוחה את הוכחת הב"ח שהשווה בין חזרת פועל לחזרת מזמין: "גם מה שכתב הב"ח דכן כתב הרא"ש דהוא הדין הווליה המלאכה – ליתא. דלא כתב כן הרא"ש שם רק דהוא הדין אם הווליה וחזר בו בעל הבית כו' עיינו שם. מה שאין כן הכא", כלומר אין ללמוד מדברי הרא"ש על דין מזמין החוזר בו לדין פועל. משמע שבנוגע למזמין הוא מקבל את דעת הטור, ורק לגבי פועל הוא חולק על הטור.

43. סעיפים 7-6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה), תשל"א-1970.

2. סילוק הקבלן

כאשר המזמין מבטל את החוזה ומסלק את קבלן הבניין יש לדון בשתיים מהתרופות:
 א. אכיפת החוזה – דהיינו, חיוב המזמין לשלם את כל מה שהובטח לקבלן הבניין בחוזה (במקרה כזה המזמין יוכל לבחור האם לאפשר לקבלן לעבוד או לוותר על העבודה).
 ב. פיצוי – מתן פיצוי לקבלן הבניין על הנזק שנגרם לו מביטול החוזה.
 בדיון יש להבחין בין שלושה שלבים שונים הנוגעים לכריתת החוזה: כאשר לא נכרת חוזה, כאשר נכרת חוזה בתחילת עבודה, כאשר בוצע מעשה קניין נוסף (כגון חתימת חוזה כתוב), כפי שנראה להלן (על אף שחלק מהמקורות עוסקים בעובד ניתן להסיק מהם לדיניו של קבלן).

א. כאשר לא נכרת חוזה

לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה נפסק לגבי עובדים כך:

השוכר את הפועלים והטעו את בעל הבית, או בעל הבית הטעה אותם, אין להם זה על זה אלא תרעומת.⁴⁴

דהיינו, כאשר המעסיק חוזר בו טרם לכריתת חוזה, לא ניתן לאכוף את החוזה (כיוון שזה לא נכרת), למעט תרעומת שיש לעובד על המעסיק (לגבי משמעותה של תרעומת נדון בהמשך עמ' 270). דין זה חל גם בנוגע לקבלן.

על פניו, דין זה מתבסס על העיקרון ההלכתי שחוזה נכרת רק במעשה קניין (כפי שנראה עוד להלן),⁴⁵ זאת בשונה מתפיסת החוק הישראלי, על פיו חוזה נכרת בסיכום בעל פה, וניתן משקל משמעותי לתום הלב.⁴⁶

גם במקרה שלא נכרת חוזה, ייתכן שהמעסיק יחויב לשלם לעובד את שכרו, וזאת, כאשר מחמת הסיכום עם המעסיק העובד איבד עבודה אחרת, וכך נפסק:

במה דברים אמורים שאין להם עליו אלא תרעומת בשלא הלכו? דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם בעל הבית זה; אבל אם היו נשכרים אמש, ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל; ואם נשכרים בפחות, משלם הפחת.⁴⁷

במקרה כזה ישלם המעסיק לעובד פיצוי כחלק מדיני נזיקין ("דינא דגרמי"), וגובה הפיצוי יהיה "כפועל בטל", כלומר כשיעור השכר החלופי שהפסידו בניכוי מה שאדם יהיה מוכן לוותר כדי לקבל שכר מבלי לעבוד. אם העובד מצא עבודה אחרת בטלה חובת הפיצוי, ואם הוא מצא עבודה בשכר נמוך יפצה אותו המעסיק על ההפרש בין גובה השכר שבוטל לבין מה שהרוויח בפועל.

44. שולחן ערוך חו"מ שלג, א.

45. ראו להלן, וכן אצל הרב אורי סדן, **כתר י** (תשע"ה), עמ' 59-60.

46. סעיפים 2-3, **לחוק החוזים (כללים)** תשל"ג-1973. וראו עוד בנוגע להשוואה בין הגישות אצל הרב דוד בס, **כתר א** (תשס"ו), עמ' 60, הע' 91.

47. שולחן ערוך חו"מ שלג, ב.

ישנה שאלה האם פיצוי על אבדן עבודה אחרת קיים גם בקבלן. אפשר שדין זה נכון דווקא בעובד, כיוון שיש למעסיק שליטה על זמנו של העובד וממילא מנוע העובד לקחת עבודה אחרת במקביל לעבודתו. לעומת זאת, לכאורה, קבלן יכול היה לקבל על עצמו עבודות אחרות במקביל.

השולחן ערוך לא הבחין בדין זה בין עובד לקבלן.⁴⁸ עם זאת כיוון שדין זה לא נובע מכריתת חוזה אלא כפיצוי על הנזק מ"דינא דגרמי" יש לבחון כל מקרה לגופו: כאשר קבלן לא יכול לקחת במקביל שתי עבודות והוא יכול להוכיח שהוא ויתר על עסקאות נוספות, הוא יהיה זכאי לפיצוי על הפסד העבודה החלופית. ואילו במקרים שהקבלן יכול לקחת יותר מעבודה אחת במקביל הוא לא יהיה זכאי לפיצוי.⁴⁹

ב. לאחר התחלת עבודה

כאמור לעיל, תחילת העבודה היא מעשה הקניין שכורת את החוזה בין הקבלן והמוזמן, ובין העובד והמעסיק. מה חובתו של המוזמן במקרה שהוא מפר את החוזה לאחר כריתתו? בנוגע לפיטורי עובד, מפורש בשולחן ערוך⁵⁰ שהוא זכאי למלוא השכר שהובטח לו כ"פועל בטל" (דהיינו, בניכוי התועלת שיש לו מכך שלא עבד בפועל). זאת, לפי שיטת הרמב"ן שלאחר תחילת עבודה נכרת חוזה בין הצדדים, לפיכך, ניתן לאכוף על המעסיק את חלקו בחוזה (לשלם שכר) והדבר לא תלוי בשאלה האם העובד היה מוצא עבודה אחרת. אמנם, מהתשלום יש להפחית את השכר שהעובד יכול לקבל מעבודה אחרת שימצא לאחר שפוטרו.

דברי השולחן ערוך עוסקים בעובד, אולם, לא נראה שהוא מבחין בין עובד לקבלן בעניין זה. דהיינו, מסתבר שלאחר התחלת עבודה, גם מוזמן שסילק קבלן, יחויב לשלם לו את מלוא שכרו. לעומת זאת, בנוגע לקבלן, הרמ"א כתב:

הגה: ובעל הבית החוזר בו דינו כקבלן, שידו על התחנתונה (טור).⁵¹

48. וכך פירש את דעתו שלם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 627.

49. מנחת פתים שלג א, כתב שאין לקבלן זכות פיצויים, ובספר פתחי חושן שכירות י, הע' ט, כתב שהדבר תלוי בהפסד שנגרם לקבלן, ולכן במקרה שהקבלן לא היה יכול לקחת עוד מלאכה חייב בעל הבית לפצותו. אך הוא הוסיף שבכל מקרה התשלום הוא רק על שכר הקבלן ולא כולל את עלות החומרים שהקבלן יצטרך לרכוש.

בהמשך תובא דעת נתיבות המשפט (להלן, ליד הע' 52) שחידש שאם המוזמן חוזר בו לאחר תחילת מלאכה, הקבלן זכאי לקבל את מלוא שכרו גם אם הקבלן מצא עבודה אחרת. לכאורה, משמע מדבריו שהתשלום לקבלן אינו תלוי בהפסד אלא בסיכום עמו. ובכל זאת, כתב בספר פתחי חושן (שם) שגם לשיטת נתיבות המשפט, אם הקבלן הפסיד עבודה אחרת בגלל החוזה שכרת עם המוזמן, יהיה חייב המוזמן לשלם לו פיצוי על הנזק שגרם לו.

50. שולחן ערוך חו"מ, שלג, ב. יש לציין שהשולחן ערוך לא מתייחס באופן מפורש לשאלה האם מדובר רק על שכיר או גם על קבלן. אולם במקום אחר מובאת דוגמה מפורשת שכללים אלו קיימים גם במקרה של שוכר ספינה (שולחן ערוך חו"מ שי"א, ו, עפ"י הגמרא בבא מציעא ע"ב), במקרה זה מדובר בקבלן וניתן לראות שאין הבדל בינו לעובד רגיל.

51. רמ"א חו"מ שלג, ד.

נראה שכוונתו שהמוזמין חייב לשלם את מלוא השכר רק על מה שכבר נעשה, או את מה שהובטח בניכוי עלות השלמת העבודה – הגבוה מבין שניהם. מדבריו נראה, שלא ניתן לאכוף על המעסיק את חלקו בחוזה ולחייב אותו לשלם את מלוא התשלום שהובטח בחוזה.

לאור זאת הקשה בספר נתיבות המשפט⁵² על דברי הרמ"א, מדוע מזמין שחזר בו חייב לשלם רק על מה שנעשה ולא את מלוא שכרו?

לפיכך, הוא מעמיד את דברי הרמ"א במקרה שבו הקבלן לא מעוניין שהמוזמין ימשיך להעסיק אותו, ולכן הוא זכאי לתשלום רק על מה שנעשה. אבל אם הקבלן דורש להמשיך ולעבוד יחויב המוזמין במלוא שכרו. מעבר לכך הוא מדייק שכיוון שקבלן יכול לקבל כמה עבודות במקביל, ממילא גם אם הקבלן מצא עבודה אחרת לאחר שטולק, יתחייב המוזמין לשלם לו את מלוא שכרו (בניגוד לעובד, כאמור).

חשוב להדגיש שגם לשיטת נתיבות המשפט יקבל קבלן בניין תשלום מלא בניכוי עלויות שנחסכו, כגון חומרים, פועלים וקבלני משנה.⁵³ בנוסף נראה שכאשר מדובר על קבלן בניין שלא יכול לעבוד בשני מקומות במקביל ומצא עבודה אחרת, הוא יקבל את מה שהובטח לו בניכוי רווחיו מהעבודה שמצא כדין עובד.⁵⁴

למעשה שיטת נתיבות המשפט נתונה במחלוקת,⁵⁵ מעבר לכך דרישה זאת לשלם לקבלן בניין את מלוא שכרו גם אם ימצא עבודה אחרת יוצרת חוזה בלתי הדיר מבחינת המוזמין, שהרי לא ישתלם לו גם לשלם לקבלן הבניין את מלוא שכרו וגם לדרוש ממנו להפסיק לעבוד. חוזה בלתי הדיר אינו מומלץ כיוון שהוא כובל שני צדדים זה לזה אף שאינם מעוניינים בכך, מה שיביא למחלוקות נוספות ביניהם. בחוזה שלפנינו נקטנו במגמה שלא ליצור חוזה בלתי הדיר, אלא לאפשר היפרדות תוך תשלום פיצוי הוגן.

ג. אחרי חתימת חוזה או מעשה קניין אחר

כפי שכבר הוזכר לדעת הרמב"ן תחילת מלאכה מהווה מעשה קניין ובריתת חוזה, וכן נראה שסבר גם השולחן ערוך.⁵⁶ מעבר לכך הוזכרה שיטתו של רבנו תם שבמקרה של קבלן אם נעשה מעשה קניין נוסף אין המוזמין יכול לחזור בו, וכך מכריע הרמ"א:

ויש אומרים דאם משך בעל הבית כלי אומנות שעושה בהם מלאכה, אין הבעל הבית יכול לחזור בו, ולא הפועל אם הוא קבלן; אבל אם הוא שכיר יום, יכול לחזור כמו שנתבאר.⁵⁷

52. נתיבות המשפט שלג, ז.

53. פתחי חושן שכירות י, הע' ט.

54. כן כתב בספר משפט הפועלים טו, הע' לט, וכן מוכח לענ"ד מדין הספינה (שולחן ערוך חו"מ שיא, ו) שהזכר לעיל.

55. מנחת פתים שלג, א, שהזכר לעיל (בהע' 49) הביא את דין נתיבות המשפט וחלק עליו.

56. ראו לעיל הע' 19. כפי שהובא שם, לדעת ערוך השולחן ה"קניין" בכל דיני פועלים הוא "שם המושאל" לכך שהתוצאה היא שהחזר בו ידו על התחונה. זאת, כיוון שלדעתו הכלל שפועל לא יהיה עבד אינו מאפשר בריתת חוזה כלל, ולכן משמעות "הקניין" היא רק לשאלה יד מי תהיה על העליונה (ערוך השולחן חו"מ שלג, ט"ז).

בפתחי תשובה⁵⁸ הוסיף בשם הנודע ביהודה שהוא הדין אם נעשה אחד ממעשי הקניין האחרים ובכלל זה שטר. מכאן, שלאחר חתימה על חוזה, מזמין שחזר בו חייב לשלם לקבלן את מלוא שכרו, כלומר הקבלן זכאי לתרופה של אכיפת החוזה. במקרה של קבלן בניין נראה שמוסכם על כל הפוסקים שניתן לגבות מהמעסיק את התשלום שהובטח על כל העבודה ולא רק שכר בטלה אך גם כאן מדובר על שכרו של הקבלן לאחר קיזוז ההוצאות שלו, כגון, עלות החומרים.

משמעות הדברים היא שזהו חוזה בלתי הדיר, שכפי שכתבנו לעיל, אינו מומלץ. לכן נקטנו דרך אחרת על פיה ניתן יהיה להפר את החוזה תוך תשלום פיצויים הוגנים.

ד. תרופות על הפרה מצד הקבלן – קבלן בניין שהפסיק לעבוד

עד כה עסקנו בהפרות מצד המעסיק, כעת נבחן את ההפרות האפשריות מצד קבלן הבניין. ההפרה הבסיסית היא במקרה שהקבלן חזר בו והפסיק לעבוד. במקרה כזה יש להבחין בין שלושת השלבים שנדונו לעיל. מקרים נוספים נוגעים לטיב העבודה ובהם נעסוק בנפרד בפרק על "סילוק יד", זכות התיקון וקנסות.

1. כאשר לא נכרת חוזה

כאמור לעיל, במקרה שלא נכרת חוזה ואחד הצדדים חזר בו "אין זה על זה אלא תרעומת". עם זאת מבואר במשנה⁵⁹ שגם כשעובדים יכולים לחזור בהם אם מדובר על "דבר האבוד", כלומר שייגרם נזק למעסיק עד שהוא ימצא עובדים אחרים במחיר המקובל, אזי המעסיק "שוכר עליהן או מטען". הכוונה לכך שהמעסיק רשאי לשכור בשכר שהוא כבר חייב להם, עובדים אחרים בשכר גבוה. כמו כן, הוא רשאי להטעות את העובדים ולהבטיח להם סכום נוסף אם ישוּבו לעבוד, הבטחה שהמעסיק לא יצטרך לקיים.

בספר קצות החושן⁶⁰ כתב (על פי נימוקי יוסף)⁶¹ שדין "שוכר עליהן או מטען" קיים גם אם העובדים עוד לא התחילו במלאכה (זאת, במקביל לחיוב של המעסיק שחזר בו טרם התחלת מלאכה, לפחות את העובד על עבודה אחרת שהפסיד). מסתבר שהחיוב נובע מדיני הנזיקין שאינם מותנים בכריתת חוזה. למעשה, טרם התחלת עבודה המעסיק יכול רק להטעות את העובדים אך לשכור עליהם אינו יכול, שהרי הוא עדיין לא חייב שכר לעובדים.

בנוגע ליישום דין זה בקבלן נחלקו אחרונים:

- 57. רמ"א חו"מ שלג, א.
- 58. פתחי תשובה חו"מ שלג, ב, בשם נודע ביהודה מהדורה קמא חו"מ ל, ח.
- 59. בבא מציעא עה, ב.
- 60. קצות החושן שלג, ג, וכן נראה פשוט בדעת הש"ך שיובאו להלן.
- 61. נימוקי יוסף בבא מציעא מו, ב, בדפי הרי"ף.

הש"ך⁶² דייק מדברי הרא"ש, שבקבלן גם אם אין הפסד וגם לפני תחילת מלאכה, ניתן להשתמש בפתרון של "שוכר עליהן או מטען" במקרה שהקבלן חזר בו ממה שסיכמו. לעומתו, בעל קצות החושן⁶³ כתב שלא ייתכן שללא הפסד ולפני כריתת חוזה ניתן יהיה להטעות את הקבלן כדי שיעבוד, שהרי מן הדין מותר לקבלן לחזור בו לפני כריתת חוזה (קצות החושן מבאר שדברי הרא"ש מתייחסים דווקא לחזרה לאחר תחילת מלאכה). בעל נתיבות המשפט⁶⁴ חלק על כך אף יותר, שהרי קבלן יכול לחזור בו גם לאחר תחילת מלאכה כלומר לאחר כריתת החוזה אלא ש"ידו על התחונה". לכן, הוא ביאר שניתן ליישם דין "שוכר עליהן או מטען" רק במקרה שנעשה מעשה קניין נוסף עם הקבלן, וזאת, לפי שיטת ר"ת שבמקרה זה ניתן לאכוף את החוזה, ונדון במקרה זה בהמשך. יש לציין שבכל מקרה לא ניתן לנסח בחוזה מראש תניות המאפשרות למזמין להטעות את קבלן הבניין (שהרי מדובר בהטעה). ולכן ההטעה עשויה להתקבל רק בדיון בדיעבד בבית הדין, ותלויה בהכרעת הדיינים במחלוקת האחרונים.

2. לאחר התחלת עבודה

לגבי מקרה כזה נפסק בשולחן ערוך כך:

כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל... ואם קבלן הוא, שמין לו את שעתיד לעשות, בין שהזולה בעת ששכרו בין שלא הזולה, בין שהזולה המלאכה אחר כך בין שלא הזולה, שמין לו מה שעתיד לעשות. כיצד, קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים, קצר חציה והניח חציה; בגד לארוג בשתי סלעים, ארג חציה והניח חציו; שמין לו מה שעתיד לעשות, אם היה שוה ו' דינרים נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן; ואם היה הנשאר יפה שני דינרים, אינו נותן אלא סלע, שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה.⁶⁵

כלומר קבלן שמתפטר זכאי לקבל את התשלום שהובטח לו לאחר קיוויו עלות השלמת העבודה, ולא יותר מהשווי של מה שכבר ביצע. כלומר יש כאן תרופה של פיצוי על הנוזקים למזמין עקב הגידול האפשרי בעלות השלמת עבודה שכבר החלה, אך אין תרופה של אכיפה, קרי כפייה על הקבלן להמשיך בעבודה.

הסמ"ע⁶⁶ הוסיף שאם עלות השלמת המלאכה גדולה מכל השכר שהובטח לקבלן, הקבלן לא יקבל כלום (ויחזיר את מה ששולם), אך בכל מקרה לא יידרש לשלם מכיסו פיצוי למזמין.

62. ש"ך חו"מ שלג, כט.

63. קצות החושן שלג, יא.

64. נתיבות המשפט שלג, י. הדברים תואמים את שיטתו (שלג, ו), כפי שביאר אותה הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה חו"מ א, פא, שהן בפועל והן בקבלן אין מדובר בקניין ממש כלומר אין "חוזה" אלא רק "חיוב בעלמא" וכל הנ"מ היא רק השאלה "יד מי על העליונה", ראו לעיל הע' 14 והע' 19.

65. שולחן ערוך חו"מ שלג, ד.

66. סמ"ע שלג, טו. מקור הדברים בטור חו"מ, שלג, וכן הסכים הבית יוסף, שם, וכתב שכן מובא ברא"ש וברמב"ן ו"פשוט הוא".

במקרה כזה, במקום הפסד, מוסכם שניתן להשתמש בפתרון של "שוכר עליהן או מטען", כאמור לעיל. וכאמור לעיל, לדעת בעל קצות החושן והש"ך במקרה זה הפתרון רלוונטי גם כשאין הפסד.

3. אחרי חתימת חוזה או מעשה קניין אחר

במקרה זה ברור שעומד למזמין הסעד שקיים לאחר תחילת עבודה. אולם בנוסף לכך בנוגע לקבלן כתבו התוספות:

והא בעי לממשך תספורת – מכאן אומר רבנו תם דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם. ואם תאמר מאי שנא מפועל דיכול לחזור בו ויש לומר דפועל דוקא דכתיב ביה 'עבדי הם – ולא עבדים לעבדים' יכול לחזור בו ולא קבלן.⁶⁷

כלומר לא רק שהקבלן חייב לפצות את המזמין, אלא ניתן אף לאכוף על קבלן להשלים את מלאכתו (וזאת כיוון שהוא אינו דומה ל"עבד"), וכאמור לעיל כך פסק הרמ"א.⁶⁸ אולם נחלקו האחרונים כיצד נעשית הכפייה למימוש החוזה:

לדעת הש"ך⁶⁹ (בעקבות הגהות אשרי⁷⁰) הקניין הנוסף מאפשר כפייה בגופו, כלומר כפייה פיזית ("בשוטים") על ידי בית דין לממש את החוזה ולבצע את העבודה.⁷¹

לעומת זאת הנודע ביהודה⁷² מדייק שלדעת הסמ"ע מעשה קניין נוסף מועיל רק לכך שניתן לגבות מהקבלן את עלות השלמת החוזה גם מעבר לסכום שסוכם עמו, אך אין לכפות על הקבלן לעבוד. וכן כתב מהריא"ז ענין:

ואפילו במקום שהיה קנין לדעת רבנו תם וסייעתו כגון שמשך כלי המלאכה שמשתעבד קבלן ואינו חוזר כלל. היינו לומר שנשתעבדו כל נכסיו ואפילו לא התחיל במלאכה ולית ליה גבי בעל הבית מידי... ואילו הוי דיניה דידו על התחנתונה בלחוד. לא הי' נפסד כלום. דהיכא דידו על התחנתונה אין צריך לשלם מביתו כמבואר ברא"ש וטור ושאר פוסקים. להכי מהני קנין לדעת רבנו תם דיכול בעל הבית לכופף אותו למלאכתו רוצה לומר שיורדין לנכסיו להשלים לבעל הבית כל מה שיוסיף לאחרים אפילו אינו דבר האבד אבל לא עלה על הדעת לומר שכופין אותו

67. תוספות בבא מציעא מח,א, ד"ה והא בעי.

68. שולחן ערוך חר"מ שלג, א.

69. ש"ך חר"מ שלג, ד; שם, לד.

70. הגהות אשרי בבא מציעא ו, ו.

71. על פניו הכוונה לכפייה פיזית ("בשוטים") וכך כתבו מקצת האחרונים. אולם, יש לציין שהרב גריינמן, חידושים וביאורים, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה ואפשר, כתב שלא ייתכן לפרש כך: "ואם כי הדבר מצריך דחיקת לשונות ברבותינו ז"ל, על כרחינו לומר איהו דחיק ומוקי אנפשיה. ואם פועל נתמעט מדין 'עבדי הם', שיכול לחזור בו, הרי לעניין כפייה בשוטים, גם קבלן ראוי לאותה איצטלא, שאין לך עבד לאחרים יותר מזה שהאדון כופהו בשוטים".

72. דרוש וחידוש בבא מציעא עט,א, ד"ה בהש"ך.

בגופו ע"י נדוי ושוטים. דלא גרע מנוטל ממון חבירו שלא כדין דאמרינן אם ממון נתחייב לך נדוי מי נתחייב לך...⁷³

כלומר לשיטתו כל חוזה עבודה הוא חוזה ממוני, ולכן רק הממון משתעבד ולא הגוף. לפיכך, לא ניתן לכפות על הקבלן להשלים את מלאכתו, אלא רק לגבות מכיסו של הקבלן את עלות ההשלמה, אפילו מעבר לשכר שהובטח לו.

בעל ערוך השולחן⁷⁴ צמצם את הדברים אף יותר, וכתב שכל חידושו של רבנו תם הוא שגם לפני תחילת מלאכה תהיה ידו של קבלן על התחונה אך לא יצטרך לשלם מביתו.

כפי שצינינו לעיל, לדעת נתיבות המשפט⁷⁵ רק לאחר מעשה קניין נוסף כתב הרא"ש שניתן להשתמש בדרך של "שוכר עליהן או מטען" גם כשאין הפסד.

למעשה, כפי שכתבנו לעיל, לא מומלץ ליצור חוזה בלתי הדיר שקושר שני צדדים בעל כורחם, כיוון שיהיה קשה מאוד לאכוף אותו ויש חשש סביר שהתוצאות לא תהיינה רצויות. לכן מומלץ לקבוע בחוזה פיצוי ראוי בלבד ולא להשתמש באפשרות הכפייה.

ה. תרעומת – הגדרתה ודיניה

כאמור לעיל, מעסיק או קבלן שחזרו בהם לפני כריתת חוזה "אין להם זה על זה אלא תרעומת"⁷⁶, ומבאר הטור: "איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו שיכול לומר הבעל הבית לעובד: 'השכר עצמך במקום אחר', אלא שיש על החוזר תרעומת בשביל הטורח"⁷⁷.

כעת יש לברר מה המשמעות של "התרעומת" והאם מותר לגרום לה לכתחילה?

הסמ"ע התייחס לדברי הטור שראינו "איזה מהן שבא לחזור הרשות בידו" והשווה בין דין זה לדין "מחוסר אמנה" שחל על מי שחוזר בו מסיכום לא מחייב במקח וממכר. לגבי מחוסר אמנה ישנה מחלוקת האם אדם רשאי לחזור בו כאשר השער השתנה והוא חוזר בו כדי לקנות את המוצר במחיר הזול (או כדי למכור במחיר היקר). כאשר לדעת הטור מותר לחזור במקרה זה ולא חל עליו דין "מחוסר אמנה", ואילו הרמ"א⁷⁸ הביא את דעת החולקים שאוסרים לחזור גם במקרה כזה.

לאור מחלוקת זו כתב הסמ"ע:

...וכתבתי בפרישה [שם] דממה שכתוב הרשות בידו לחזור, משמע דלית ביה אפילו משום מחוסרי אמנה. דסבירא ליה (=לטור) דלא אמרו כן (=שהחוזר בו הוא מחוסר אמנה) אלא כשחוזר מדבריו בדבר שאין בו תועלת, וכמו שכתב הטור ומור"ם ז"ל לעיל סוף סימן ר"ד [סעיף י"א] דכשנשתנה השער לית ביה משום מחוסרי אמנה.

- 73. שו"ת מהרי"א ז"ע ענין טו, טור א.
- 74. ערוך השולחן חו"מ שלג, יא.
- 75. נתיבות המשפט שלג, י.
- 76. בבא מציעא עה, ב.
- 77. טור חו"מ, שלג.
- 78. רמ"א חו"מ רד, יא.

והכי נמי כשחוזר בעל הבית משום שאינו צריך להם או שנמצאו פועלים בזול יותר (=הוא אינו בגדר מחוסר אמנה).

ולפי זה, החולקין שם וכמו שכתב מור"ם ז"ל שיש חולקין בזה, חולקין גם כאן. ומה שכתבו אין להם אלא תרעומת, רוצה לומר לאפוקי תביעת ממון, אבל ממחוסרי אמנה ג"כ נינהו.⁷⁹

הוא דייק מלשון הטור, שכתב "הרשות בידו לחזור", שאפילו מחוסר אמנה אין כאן, אלא רק תרעומת. הוא נימק זאת בכך שכאמור לדעת הטור אין דין "מחוסר אמנה" כאשר אדם חוזר בו מסיכום לשם תועלת, ולכן כאן, כאשר המעסיק חוזר בו מסיבה כלשהי הוא איננו בגדר מחוסר אמנה, אלא שיש לעובד תרעומת עליו.

לשיטתו, הוא כתב שלדעת הרמ"א שגם אם השתנה השער נחשב החוזר בו למחוסר אמנה, גם מעסיק ועובד החוזרים בהם יהיו בגדר מחוסר אמנה, הוזהר ל"תרעומת" המוזכרת בעניינם. במילים אחרות, לדעת הטור אין כל פגם לחזור כשאין נזק ויש רק "תרעומת" ולשיטת הרמ"א גם כשאין נזק לא ראוי לחזור ויחשב החוזר למחוסר אמנה,⁸⁰ עם זאת מוסכם שאין פיצוי כספי.

לכל השיטות, כאשר יש "תרעומת" הכוונה שמותר לצד הנפגע "להתרעם" ולספר לאחרים על העוול שנעשה לו כדי לגרום לצד השני לעמוד בדיבורו, אולם, הוא לא זכאי לכל סעד משפטי אחר.⁸¹

בספר תפארת ישראל אף כתב שאין חובה לפצות אפילו לצאת ידי שמים.⁸² ובערוך השולחן הביא את דברי הסמ"ע אך הוסיף שלמרות דברים אלו כאשר יש סיבה מוצדקת לאחד משני הצדדים, כגון כשכבר אין תועלת במלאכה או שהמעסיק רואה שהעובדים הללו אינם מיומנים מספיק אין דין תרעומת, ואין כל פגם מוסרי לחזור.⁸³

79. סמ"ע שלג, א.

80. בפתחי חושן שכירות י, הע' ה, הביא את שיטת הסמ"ע, וכתב שמדברי קצות החושן רכא, א, נראה שיש זהות מלאה בין מחוסר אמנה לתרעומת. אך בהמשך, הוא דחה אפשרות זו, ודחק בדברי קצות החושן כדעת הסמ"ע, שבמקרה בו יש מחוסר אמנה יש גם תרעומת (ולזה התכוון קצות החושן), אך ייתכנו מקרים שיש תרעומת ואין מחוסר אמנה. יש להעיר שבפתחי חושן דייק שלדעת הסמ"ע אין תלות כלל בין תרעומת למחוסר אמנה, אולם לפי דברינו לעיל, הסמ"ע תולה את זה במחלוקת בין הטור לרמ"א בעניין מקח וממכר, וכן נראה בדברי ערוך השולחן חו"מ שלג, א.

81. הרב אורי סדן, כתר י (תשע"ה), עמ' 275, הע' 10-11, מביא את דברי הדרכי חושן א, עמ' ש, עפ"י רש"י בבא מציעא נב, ב, ד"ה אם לחסיד, שגם במקרה שאין כל רווח מהתלונה אין איסור לשון הרע. אולם, הרב סדן כותב שלפי פשט החפץ חיים, כלל י, יש בדבר איסור, ולכן לדעתו התרעומת מותרת רק כאמצעי לחץ על הפוגע שיחזור בו כיוון שאו אין זה אלא "לשון הרע לתועלת".

82. תפארת ישראל בבא מציעא ו, ג; הובא בפתחי חושן שכירות י, הע' ז. במקרה זה מדובר כשאין מחוסר אמנה, שהרי במחוסר אמנה יש חיוב לצאת ידי שמים. ונראה שיש לכך נפקות לעניין חובת הפיוס ודין פשרה ראו דברי הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א – דין, דיין ודין, עמ' 82. וראו עוד הרב אורי סדן כתר י (תשע"ה), עמ' 275, הע' 14; הרב אריאל בראלי, "מהי תרעומת", אמונת עתיך 101, עמ' 116-119.

83. ערוך השולחן חו"מ שלג, א. הובאו דבריו בפתחי חושן שם, שכתב לפי זה שאדם שהזמין מונית וחיכה זמן סביר יכול "לבטל את החווה" ולעלות על מונית אחרת.

ו. קבלן בניין שהמעסיק רוצה לסלק אותו

עד כה עסקנו בהפרות חד צדדיות של ההסכם, קצתו או כולו. כעת יש לדון האם ומתי יכול מזמין לסלק קבלן בניין עקב טענות על התנהלותו וביצועיו, ובמקרה שהסילוק מוצדק לאיזה תשלום יהיה זכאי הקבלן.

1. עילות הסילוק

להלכה נחלקו שו"ע ורמ"א האם ניתן לסלק בעל מקצוע שמזיק, וכך נכתב בשולחן ערוך:

הנוטע אילנות לבני המדינה, שהפסיד, **ויש אומרים דהוא הדין ליחיד** (טור), וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקיז דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות שפשע בתנוקות ולא למד (אפילו רק יום או יומים) (מרדכי שם), או למד בטעות, וכל כיוצא כאלו, והאומנים **שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו**, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם.

הגה: **ויש אומרים דאף על פי שאין צריכין התראה**, מכל מקום בעיני חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו.⁸⁴

בשולחן ערוך פסק שרק עובד ציבור שגרם נזק שאינו ניתן לתיקון מפוטר ללא התראה.⁸⁵ לעומתו, הרמ"א כתב שהוא הדין בעובד של אדם פרטי, והוסיף שרק מי שהוחזק לקלקל ניתן לפטר בלי התראה, ולא מי שקלקל באופן חד פעמי. בספר נימוקי יוסף⁸⁶ התבאר שהוחזק פירושו שקילקל שלוש פעמים.⁸⁷

יש לשים לב שמדובר כאן על אומנים, קרי על קבלנים (כגון, שוחט שמקבל שכר לפי מספר השחיטות שביצע).

לגבי הגדרת קלקול שאינו ניתן לתיקון כתבו התוספות⁸⁸ שמדובר דווקא בהפסד לא כספי שאין עליו פיצוי, כגון, שוחט שהטריף את הבהמה וגרם עגמת נפש בכך שלא יהיה אוכל

84. **שולחן ערוך ח"מ שו, ח.**

85. **החזון איש** בבא קמא כג, ב, כתב שהחידוש הוא שלמרות שמינוי של הציבור הוא לעולם, במקרה זה ניתן לפטר. בספר **פתחי חושן שכירות י, הע' לג**, כתב שמחמירים יותר עם עובדי ציבור כיוון שאין מי שישגיח עליהם אם הם עובדים כראוי.

86. **נימוקי יוסף**, בבא בתרא סו, א, בדפי הרי"ף, ד"ה וטבא.

87. מקורו של הנימוקי יוסף הוא הראב"ד, דברי הראב"ד צוטטו גם ב**שו"ת הריב"ש**, קיג, שכתב עליהם: "רוצה לומר, שיהיו מוחזקין בכך שעשו כן שנים או ג' פעמים...". לא ברור האם הוא מכריע שמספיק שתי פעמים או שלוש. אולם כיוון שעיקר דבריו נועדו לחלק בין מקרה שלא נצרכת בו חזקה, לבין המקרים שבהם צריך חזקה, אי אפשר לעני"ד לדייק מדבריו שהוא חלק על הנימוקי יוסף וסבר שדי בשתי פעמים. מסתבר שהגדרת החזקה תלויה במחלוקת התנאים (**כתובות** מג, ב) האם חזקה ב"תרי זמני", והכרעת הפוסקים בדרך כלל היא שחזקה בשלוש (ראו למשל, ט"ז י"ד ק, ו) ובדאורייתא מחמירים לעתים שחזקה בשתיים, זאת בנוסף לכך שלעניין ממונות מובא ב**תוספות** (יבמות סה, א, ד"ה נישאת) שגם רבי מודה שחזקה בשלוש פעמים, וכן כתב ב**שו"ת חתם סופר** ד, ב.

88. **תוספות** בבא בתרא כא, ב, ד"ה שתלא, וכן כתב בנימוקי יוסף.

בסעודה וכדומה. אולם, הריטב"א כתב שהדברים אמורים גם אם מדובר על נזק שניתן לפצות עליו בפיצוי כספי.⁸⁹

בעקבות כל זאת כתב בספר פתחי חושן לגבי עובד כך:

פועל המתרשל במלאכתו וגורם הפסד לבעל הבית, יכול לסלקו לאחר שהתרה בו ולא הועיל.⁹⁰

כלומר, אם המעסיק התרה בעובד ניתן לפטרו.⁹¹ ובהערות שם⁹² הרחיב וביאר שכאשר התרה בעובד לכל הדעות ניתן לפטר גם עובד של אדם פרטי. עוד כתב שאם התרה בעובד יכול לפטרו גם כאשר "אינו מפסידו ממש אלא מתרשל במלאכתו", אולם, חייב לשלם לו את שכרו על מה שעבד בניכוי פיצוי על נזקים שגרם.

עילת פיטורין נוספת הביא הרמ"א: "מי שיש לו משרת, וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות".⁹³ כאן מדובר על עילת פיטורין עקב חשש שהעובד יגנוב, לכך ניתן להוסיף שגם אם יש חשש שבעל מקצוע השתמש בחומרים לא תקינים וכדומה הדין זהה. זאת, כיוון שמדובר על מעשה שאיננו בגדר רשלנות אלא בגדר הפרת אמון חמורה.

מסתבר שכאשר מדובר בחשש לגניבה אין צורך בהתראה, שעיקרה להסב את תשומת לב העובד לקיומו של הליקוי. לעומת זאת, במקרה של גניבה, מדובר במעשה מודע וחמור במידה כזו שדי בפעם אחת כדי להפסיק את ההסכם. אף שדין זה נאמר לגבי עובד אין סיבה להבחין בינו לבין קבלן.

תרופות למזמין – לאור כל הדברים הללו, במקרים שקבלן בניין מתרשל בתפקידו וגורם נזקים שלא יהיה ניתן לתקנם, והמזמין התרה בו שלוש פעמים, המזמין יכול לסלקו. גם כאשר המזמין יכול לסלק את קבלן הבניין הוא חייב לשלם לו על מה שכבר עשה בניכוי עלות הנזק.⁹⁴

89. הריטב"א בבא בתרא כא, ב, ד"ה ואמר, כתב: "ואפילו תימא שחייבים לשלם אין בני העיר רוצים שיקלקלו וישתלמו מהם". כלומר, גם כאשר הנזק ניתן לתיקון ניתן להפסיק את ההסכם כיוון שאדם אינו רוצה להעסיק אומן לא מקצועי על דעת זה שהוא יפצה על הנזקים שיעשה.

90. פתחי חושן שכירות י, ט. וכן כתב הראי"ה קוק, שו"ת אורח משפט, כ: "דבלא התראה אי אפשר לסלקו ביחיד (=כאשר עובד אצל יחיד ואינו עובד ציבור) בתוך הזמן".

91. לגבי תוכן ההתראה נראה שהכוונה לכך שהתרו בשכיר שיש ליקויים בעבודתו ועליו לתקן אותם, אולם, אין צורך להתרות בו שאם לא יתקן – יפטר. ראייה לכך מדברי הר"ן, בבא מציעא קט, א, ד"ה שם וטבחה, שכתב כך על הראב"ד: "וכתב הוא ז"ל (דניהו) [דנהי] דלא צריכי התראה חזקה בעינן ועד שיהי' מוחזקים תלתא זמנא או שיתרה בהו לא מסלקי' להו וכי אמרינן בבבא קמא גבי הנהו עיזי דשוקא דמתרין בהו תרתי תלת זמני דאלמא בעינן התראה תרתי ותלתא זמני התם פסידא דהדר היא דלשחיטה קיימי". כלומר, הצורך בהתראה שלוש פעמים נלמד מסוגיית "עיזי דשוקא". שם ביאר בשולחן ערוך חו"מ שצו, א, את מהות ההתראה: "יכול בעל השדה להתרות בבעל הבהמה שישמור בהמתו, וצריך לשומרה". כלומר, ההתראה מתמקדת במה שצריך המותרה לעשות ולא בתוצאות של אי השמירה.

92. פתחי חושן שכירות י, הע' כד.

93. רמ"א חו"מ תכא, ו. לגבי השאלה מהי רמת הראיות הנדרשת במצב כזה ראו פתחי חושן שכירות י, הע' כו, ובמקורות המוזכרים שם.

94. פתחי חושן שכירות י, הע' כד, וכן מפורש בשו"ת אגרות משה חו"מ א, מז. לגבי הערכת הנזק ראו עוד לקמן לעניין תוספות וליקויים.

2. זכות התיקון

כאשר קבלן הזיק או ביצע את העבודה באופן לקוי ברירת המחדל היא לאפשר לו לתקן. בעניין תיקון ליקויים בכתיבת ספר תורה כתב הרמ"א:

הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ספר תורה ונמצא בו טעות, וצריך לשכור אחר שיגיה אותו, אם הם טעויות שדרך סופרים לטעות, אין הסופר חייב כלום. אבל אם טעה כל כך שאין דרך לטעות, חייב. ומכל מקום אולינן בתר המנהג, אם מנהג המקום שכותבי ספרים מגיחים, אף זה צריך להגיה. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו, חייבים הבעלים לשלם לו.⁹⁵

מדברי הרמ"א ניתן ללמוד כמה דברים:

- א. כאשר מדובר על טעויות סבירות אין הסופר חייב לתקן, ואם תיקן יש לשלם לו על כך.
 - ב. כאשר מדובר בטעויות בלתי סבירות הסופר חייב בעלות התיקון.
 - ג. על הסופר לבצע הגדה אם כך מקובל.
- בספר ערוך השולחן העיר על כך:

ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה אם עמד והגיה מעצמו חייבים הבעלים לשלם לו עכ"ל, דהוה כיווד לשדה חבירו שלא ברשות שנתבאר בסי' שע"ה, ודוקא כשרצונו לסמוך על הגהתו אבל אם אין רצונו לסמוך עליו ונותן למגיה אחר אין צריך לשלם לו [נ"ל].⁹⁶

כלומר כאשר אין חובת תיקון על הסופר, אולם הסופר ביצע מיוזמתו הגדה, אזי המזמין צריך לשלם לו על ההנאה הממונית מעבודתו. אולם, אם המזמין אינו סומך על הסופר ומוטר את הספר להגדה לסופר אחר, אזי המזמין אינו צריך לשלם לסופר על ההגדה שביצע. זאת, כיוון שלא הרוויח ממנה דבר, שהרי ביצע הגדה נוספת. מתוך דברים אלו דייק בפתחי חושן:

ונראה דהוא הדין בכל אומן שיכול לתקן הקלקול חייב לתקן, ואם אינו יכול לתקן, ישכור אחר על חשבון האומן... ובערוך השולחן כתב שהוא הדין אם הבעלים אינו רוצה לסמוך על הגהתו ותיקונו, פטור מלשלם לו שכרו.⁹⁷

כלומר, זכות התיקון תלויה בהסכמת הבעלים, ואם הבעלים אינם סומכים על הקבלן הם זכאים שלא לתת לו לתקן את הנוזקים, ויהיה על הקבלן לשלם את עלות התיקון. אולם, כאמור לעיל, על פניו, פשט דברי ערוך השולחן אינם כך, והוא עוסק במקרה אחר בו אין חובת תיקון בכלל. ממילא אי אפשר ללמוד מדין זה למקרה בו ישנה חובת תיקון.⁹⁸ לפיכך, נראה שאם מקובל לתת לקבלן לתקן, והמזמין מעדיף שאדם אחר יתקן, הקבלן לא יספוג את עלות התיקון.

95. רמ"א חו"מ, שו, ח.

96. ערוך השולחן חו"מ שו, טו.

97. פתחי חושן שכירות יג, הע' מא.

98. וכך כתבו לחלוק על דבריו בפס"ד ארץ חמדה גזית 1-74003, פרק י.

זכות התיקון של הקבלן היא ברירת המחול, אולם, במקרים בהם ניתן לבטל את החוזה ניתן לתת לאדם אחר לתקן. מקרים אלה נדונו בפרק "קבלן בניין שהמעסיק רוצה לסלק אותו" (עמ' 272).⁹⁹ אשר על כן, במקרים בהם ניתן לסלק קבלן (כגון, לאחר התראה בנוק שלא ניתן לתקן, או בהפרת אמון חמורה) יכול המעסיק לסלק את קבלן הבניין באופן מידי, והוא יקוז מהשכר המגיע לקבלן עבור מה שביצע את עלות השלמה של העבודה וכן את עלות הנזקים והליקויים.

ז. קנסות, פיגורים ואונסים

כפי שכתבנו לעיל, ברור שניתן לדרוש מקבלן בניין לסיים את העבודה בתוך זמן מוגדר, ולכן מקובל להגדיר תאריכים וקנסות בחוזה במקרה של איחור. חשוב להדגיש שגם אם לא נכתבו תאריכים אין זה אומר שקבלן הבניין רשאי להתעצל ולהימנע מלעשות את העבודה וחובה עליו להשלים את המלאכה בזמן סביר כפי המקובל.¹⁰⁰ במקרה שהוגדר קנס על איחור בסיום העבודה יש לדון במספר שאלות: האם להתחייבות זו יש תוקף לאור דין "אסמכתא", ומהו הדין במקרה שקבלן הבניין היה אנוס ומנוע מלעמוד במועדים שנקבעו בחוזה?

1. אסמכתא

נושא זה נדון בספר זה, במאמר מבוא לדיני חוזים (עמ' 40). לענייננו, כל עוד בידו של קבלן הבניין לעבוד ולהימנע מתשלום הקנס והקנס איננו מוגזם ההתחייבות תקפה ואין היא בגדר אסמכתא.¹⁰¹ מלבד הכלל האמור, בקבלן ישנו טעם נוסף לתוקף של ההתחייבות, והוא שכיוון שהכסף עדיין לא שולם ומדובר על קנס שמשמעו פטור של המזמין מתשלום, יש אומרים שבכל מקרה אין בעיה של אסמכתא.¹⁰² אולם כדי להבטיח את תקפות החוזה על פי כל השיטות ייכתב בחוזה שנעשה מעשה קניין בפני בית דין חשוב כדי לחסן את ההתחייבויות מפני בעיית אסמכתא.

2. אונס

עיקרון חשוב בהלכה הוא ש"אונס רחמנא פטריה". הגמרא קובעת שעיקרון זה פוטר גם מהתחייבויות ממוניות ולא רק מעונש על איסורים.¹⁰³ ולכן בהעדר תנאים מיוחדים אין לחייב קנס כנגד התחייבות שהופרה כתוצאה מאונס.

99. ראו עוד בפס"ד שהובא בהערה הקודמת.

100. מהרי"ל דיסקין פסקים, רטו.

101. רמ"א חו"מ רו, יג.

102. דעת הרמב"ם מכירה יא, ד, היא שבמחילה על ערבון אין בעיית אסמכתא, וכן פסק השולחן ערוך חו"מ רו, יא, ואילו לדעת הטור כאשר מדובר על קנס מוגזם יש בעיית אסמכתא גם במחילה, וכן פסק הרמ"א, שם. בפתחי תשובה חו"מ רו, יד, הביא בשם הנודע ביהודה שהמוחזק יכול לומר קים לי כדעת הרמב"ם, ולפטור עצמו מתשלום.

103. נדרים כו,א; כתובות ב,א; שולחן ערוך אה"ע נו, ג.

לאור עקרונות אלו כתב הרב יעזר אריאל¹⁰⁴ מצד אחד, שכל עוד לא התנו אחרת קבלן בניין נפטר מקנס פיגורים במקרה של אונס, בין באונס מצוי (כגון תנאי מזג האוויר שאינם מאפשרים עבודה) ובין באונס שאינו מצוי.

מצד שני כותב הרב יעזר אריאל¹⁰⁵ שגם במקרה של איחור מחמת אונס שבו קבלן הבניין לא יתחייב בקנס, יוכל המזמין להפסיק את ההתקשרות ולשלם לקבלן את שכרו על מה שכבר עשה.¹⁰⁶ זאת, על פי העיקרון שאונס פוטר מחיוב אבל אין בו כדי להגדיר את מי שהיה אונס כמי שעמד בהתחייבות שלו. כפי שכתב הש"ך:

מי שחייב עצמו נגד חבירו בדבר שלא היה חייב, ע"מ שיעשה לו חבירו איזה ענין ליום פלוני, ואירעו אונס לחבירו, אין המתחייב חייב בשביל אונסו של זה, דאונס רחמנא פטריה אמרינן אבל אונס רחמנא חייביה לא אמרינן, ומזה לו בזה שאירעו לחבירו אונס. הרי לא קיבל על עצמו חיוב זה אלא על תנאי זה, וכיון שלא קיים חבירו התנאי, אף שהוא מחמת אונס למה יתחייב הוא...¹⁰⁷

כלומר, הכלל "אונס רחמנא פטריה", יוצר פטור מהתחייבות ולכן המתחייב לא חייב לפצות את חברו על כך שלא עמד בהתחייבות שלו. אולם, גם חברו לא חייב לעמוד בהתחייבות שלו, כיוון שגם במקרה של אונס אין לראות את מי שהיה אונס כמי שעמד בהתחייבות שלו. ולענייננו, גם כאשר קבלן הבניין אונס יוכל המזמין להפר את ההסכם איתו.

למעשה, מומלץ לקבוע בחוזה שאונס מצוי¹⁰⁸ (כגון, ימי גשם המעכבים את העבודה) לא יפטור את קבלן הבניין מקנס במקרה של איחור במסירה, וממילא לא יאפשר למזמין להכניס קבלן אחר. במקרה של אונס שאינו מצוי תינתן ארכה קצובה לקבלן הבניין שלאחריה יוכל המזמין לסלקו. זאת, כדי לאזן בין הגנה סבירה על קבלן שנאנס, לבין הגנה על המזמין שלא יתעכב ללא גבול.¹⁰⁹

104. הרב יעזר אריאל, **תורת המשפט**, עמ' 28-31, מסכם שני הסברים לפטור מאונס: אומדן דעת המתחייב שעל דעת כן לא התחייב, או גזרת הכתוב. למעשה לענין קנס פיגורים הוא מכריע (שם, עמ' 31) שלשני הטעמים באונס הקבלן פטור, אולם, הצד השני יכול לחפש קבלן אחר כדברי הש"ך חו"מ כא, ג, שיובאו לקמן.

105. הרב יעזר אריאל **תורת המשפט**, עמ' 50.

106. בדומה לפועל שנאנס שידו על העליונה, **שולחן ערוך** חו"מ שלג, ה.

107. ש"ך חו"מ כא, ג.

108. **שולחן ערוך** חו"מ רכה, ג. ושם מוכח שאין במקרה זה חשש אסמכתא: "וכל תנאי ממון אומדין דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה". אולם, הרב יעזר אריאל, **תורת המשפט** עמ' 41-42, מדייק שמדובר שם דווקא על אונס מצוי.

109. על אף שגם בתנאי כזה אין אסמכתא כפי שמפורש בשולחן ערוך, ובמיוחד במחילה על קנס, אולם גם כאן כדי למנוע טענות "קים ל"י" אנו מוסיפים בשטר שהוא נעשה בפני "בית דין חשוב שלא כאסמכתא".

3. התחייבות לפיצוי על נזקים עקיפים ומניעת רווח (גרמא)

לעתים כתוצאה מאיחור במסירה נגרמים למזמין נזקים עקיפים, כגון, תשלום שכר דירה עד להשלמת העבודה, או מניעת רווח כגון אובדן שכר הדירה שטרם הושלמה.¹¹⁰ מבלי להאריך נציין שישנן דעות שונות בהלכה באילו מקרים הגורם לנזק חייב ובאילו הוא פטור.¹¹¹

לאור זאת, נכון להתייחס לכך בחוזה, ולקבוע שאם המסירה תתעכב יפצה קבלן הבניין את הלקוח גם על נזקים עקיפים¹¹² וגם על מניעת רווח, זאת, למעט מקרה בו הקבלן היה אנוס. זה המקום לציין שחוק המכר (דירות) עוסק במתן פיצויים על איחור במסירה למי שקנה דירה מקבלן, אולם הוא אינו עוסק במי ששכר קבלן שיפוצים, או מי ששכר קבלן שיבנה לו בית על מגרש השייך למזמין.

ח. שינויים וליקויים

כאמור בהקדמה, אחד מהמאפיינים של הסכם לביצוע עבודות בנייה הוא הצורך להיערך לאפשרות של שינויים. לעתים שינוי נדרש בשל תנאי השטח ולפעמים הצורך נובע מרצון להוסיף פריטים נוספים. חשוב להגדיר בחוזה כיצד ייקבע מחיר השינויים. דבר זה חשוב לשני הצדדים, כיוון שלעתים צד אחד מנסה לגרום לצד השני להסכים לשינויים באופן בלתי הוגן.

נעניין תחילה ביסודות ההלכה, ולאורם נציע את הנוסח הראוי בחוזה. יש לחלק את השינויים לשלושה תחומים: א. תוספות, ב. ליקויים, ג. שינויים שיש מחלוקת האם הוסכמו או לא.

1. תוספות: סוגיית יורד לשדה חברו ונטעה

שאלת תשלום על תוספות שלא סוכמו במפורש נדונה בסוגיית יורד לשדה חברו ונטעה ללא סיכום, וכך סיכם זאת הרמב"ם:

היורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחטונה...

110. כן מוכח מדברי הרא"ש בבא קמא ב, ו, שכתב: "דאפילו גירש חברו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא".

111. לדעת הרמ"א חו"מ שפ"ג, והסמ"ע שפ"ח, נראה שמקרה זה ייחשב לגרמי ויהיה חייב, אך לדעת הש"ך חו"מ שפ"ג, כד, רק מקרים שנמנו בתלמוד ונכתב שבהם חייב, נחשבים לגרמי, וכיוון שמקרה זה איננו מפורש בתלמוד הרי שלשיטת הש"ך יהיה פטור.

112. יש להעיר שבנוגע לפיצוי על נזק עקיף אין חשש לאסמכתא, כיוון שבכל מקרה ישנו חיוב בדיני שמים (מורדכי בבא קמא, קטו), וראו הרב יעזר אריאל, תורת המשפט, עמ' 47-48.

היורד לשדה חברו ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח...¹¹³

כלומר ישנם שלושה מצבים:

א. אם אדם נטע בשדה חברו **שאינה ראויה לנטיעה שלא ברשות** – אזי בעל השדה חייב לשלם לנוטע וידו של הנוטע על התחונה. דהיינו הוא צריך לשלם עבור ההוצאות שלו או עבור השבח (התועלת הכספית שהסב לבעל השדה) – הנמוך מבין שניהם.¹¹⁴

ב. אם אדם נטע בשדה חברו **שראויה לנטיעה שלא ברשות**, אזי הוא יקבל תשלום כפי המקובל.

ג. אם אדם נטע בשדה חברו **ברשותו של בעל השדה**, אזי למרות שלא סוכם מה יהיה שכרו של הנוטע, הוא זכאי לקבל תשלום וידו על העליונה, דהיינו הוא יקבל את החזר ההוצאות שלו או על תשלום על השבח – הגבוה מבין שניהם.

דינים אלה מבוססים על ההנחה שאדם שקיבל הנאה ממונית חייב לשלם עליה למרות שלא סוכם מראש על תשלום.¹¹⁵

בנוגע לנוטע שלא ברשות כתב הרמב"ם שזכותו של בעל השדה לדרוש מהנוטע לעקור את עציו ואז הוא לא יקבל כל תשלום:

אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו, אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע.¹¹⁶

כלומר לדעת הרמב"ם זכותו של בעל השדה לדרוש מהנוטע לעקור את הנטיעות, אולם, הנוטע אינו רשאי לעקור אותן. יסוד דין זה בגמרא בבא מציעא,¹¹⁷ וכן פוסק למעשה השולחן ערוך.¹¹⁸

2. ליקויים: סוגיית אומן ששינה מה שסוכם איתו

במקרה של אומן ששינה ממה שסוכם מצאנו ברמב"ם הבחנה בין שני מצבים:

113. רמב"ם גולה ואבדה י, ד; ז.

114. רש"י בבא מציעא קא, א, ד"ה ידו על התחונה; סמ"ע שעה, ב.

115. בעקבות עיקרון זה נחקק חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. "הסעיף הראשון של החוק קובע, בעקבות המקורות היהודיים, כי מי שנהנה מחברו, חייב להשיב לו את מה שנהנה ממנו. החוק החדש זנח את התיאוריה המלאכותית שאמרה, כי המהנה הוא 'מתנדב', ומשום כך אינו זכאי לקבל דבר מן הנהנה". נחום רקובר, פתח דבר לספר חוק לישראל: הרב יהונתן בלס, עשיית עושר ולא במשפט (ירושלים, תשנ"א).

116. רמב"ם גולה ואבדה י, ה.

117. בבא מציעא קא, א, קא, ב.

118. שולחן ערוך חו"מ שעה, א, ד.

נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם. כיצד? נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לקבוע בהן מסמר ושברו, או שנתן לו את העצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ונשברו אחר שנעשו – משלם לו דמי שידה תיבה ומגדל...

נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה – נותן לו דמי צמרו. צבעו כעור או נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום, נתן עצים לחרש לעשות מהן כסא נאה ועשה כסא רע או ספסל – אם השבח יתר על ההוצאה נותן בעל הכלי את ההוצאה, ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד.¹¹⁹

מדברי הרמב"ם המבוססים על המשנה בבא קמא¹²⁰ ניתן לראות שישנם שני מצבים:

א. אם הליקוי הרס את החפץ לגמרי האומן חייב על הנזק ולא זכאי לתשלום כלל.
ב. אם האומן שינה ממה שסוכם עמו או ביצע את העבודה באופן לקוי אזי ידו על התחתונה – דהיינו הוא יקבל תשלום על השבח (התועלת הכספית שיש למזמין העבודה) או על ההוצאות שהיו במהלך העבודה – הנמוך מבין שניהם.
נשאלת השאלה האם במצב השני בעל הכלי יכול לדרוש מהאומן תשלום על חומרי הגלם מאחר שהאומן לא ביצע את מה שסוכם איתו. על כך כתב הרמב"ם:

אמר בעל הכלי איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר או דמי העצים אין שומעין לו, וכן אם אמר האומן הא לך דמי צמרך או דמי עצך ולך אין שומעין לו שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה.

השגת הראב"ד: נתן צמר לצבע וכו' נתן עצים לחרש וכו' ואם ההוצאה יתירה, וכו' אמר בעל הכלי וכו' עד אין שומעין לו. א"א אין לזה טעם עכ"ל.

כלומר לפי הרמב"ם אין אפשרות לאף אחד מהצדדים לדרוש מהאומן יקבל את התוצר וישלם למזמין על חומרי הגלם. ואילו לדעת הראב"ד המזמין רשאי לדרוש תשלום עבור חומרי הגלם והתוצר יישאר בידי האומן.

3. מתי זכותו של מזמין לדרוש פירוק?

לכאורה ישנה סתירה ברמב"ם, שהרי בדין יורד לשדה חברו ובנה שם, יכולים הבעלים לתבוע מהבונה שיפרק את מה שבנה, ואז הבעלים פטורים מתשלום. לעומת זאת, מזמין אינו יכול לומר לאומן ששינה ממה שסוכם שהוא אינו מעוניין בעבודתו, אלא עליו לשלם. מה אם כן ההבדל בין שני המקרים? על כך השיב בעל קצות החושן:

והרמב"ם לא אתי עלה אלא משום תקנה. ודברי הרמב"ם ושו"ע פשוט וברור כמו שכתבתי וכמבואר להדיא מדבריו בפירוש המשניות. דקאי בעבר על דעת בעל הכלי ואיכא נמי שבחא אלא דבעל הכלי אינו רוצה ליתן לו היציאה או שבח וכמו שכתבתי.¹²¹

119. רמב"ם שכירות י, ד.

120. משנה בבא קמא ט, ד.

121. קצות החושן שו, ו.

כלומר לפי דעת קצות החושן אכן יש להשוות בין המקרים, ולכן שורת הדין היא שבשני המקרים יכולים הבעלים לסרב לשלם ולדרוש מבעל המלאכה להסיר את מה שביצע. אלא שלדעת הרמב"ם לגבי אומן שביצע עבודה בהוראת מזמין ישנה תקנה הדדית. מטרתה להגן, במקרה שהתוצאה תהיה לקויה, הן על האומן שיקבל תמורה מסוימת, והן על המזמין שלא ישלם יותר ממה שהעבודה שווה (שבח). כיוון שהתקנה הדדית לא ניתנה לומר "אין רצוני בתקנה שתקנו לי". לעומת זאת, אדם שביצע עבודה מיוזמתו (יורד לשדה חבירו) אינו חוסה בצל התקנה, ובעל השדה רשאי להורות לו לסלק את העבודה שביצע (קצות החושן ביאר שלדעת הראב"ד התקנה קיימת בשני המקרים בשווה).
נתיבות המשפט חלק על כך:

אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך. נראה דדוקא בכהאי גוונא שיכול ליקח האילנות (במה) [כמה] שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו.¹²²

לדבריו, ההבדל תלוי אך ורק בשאלה האם אפשר להחזיר את הגלגל לאחור: כאשר מדובר על פירוק מבנה או עקירת שתילים – הדבר אפשרי, ולכן בעל השדה יכול לדרוש זאת ולהיפטר. לעומת זאת, כיוון שאי אפשר להסיר צבע מבגד, חייב בעל הבגד לשלם לצבע. מדבריו עולה שאם מדובר על תוספת בנייה או ליקוי בנייה שכוללים חומרים שניתן להשתמש בהם שוב לאחר פירוק, כגון כוירים אסלות וכד', אזי יכול מזמין לדרוש שיפרק אותו. אולם, אם לא יהיה לחומרים ערך לאחר הפירוק, כגון חלון אלומיניום שהותאם לפתח בגודל מסוים, קרמיקה, לבנים, בטון וכד', אזי המזמין לא יוכל לדרוש פירוק. למעשה יוצא שקבלן בניין שביצע עבודה שהתבקש אך באופן לקוי, והעבודה אינה ניתנת לפירוק – זכאי לקבל החזר הוצאות או תשלום על שווי העבודה – הנמוך מבין שניהם, והמזמין אינו יכול להיפטר מתשלום. אם ביצע עבודה שלא התבקש והעבודה ניתנת לפירוק – המזמין יכול להורות לו לפרק את מה שביצע והמזמין ייפטר מתשלום. בשאר המקרים יש מחלוקת.

4. תוספות בלתי רצויות

כאמור, לכאורה, ישנם מצבים בהם המזמין יחויב בתשלום (גם אם נמוך) על תוספות שקבלן הבניין ביצע מיוזמתו. מה יהיה הדין במקרה שהמזמין יטען שאין הוא מעוניין בתוספת כלל, כיוון שאין לו כסף לכך, או כיוון שמדובר בדבר שאין לו שום ערך בעיניו? החזון איש כתב שאכן יש מקרים שמזמין ייפטר:

ושבחה דאי אפשר להסירו כמו צבע, נמי העיקר תלוי בניחותיה של הבעלים, ואם יש מעשה מוכיחה על נחותיה דייגנין ליה כעשויה ליטע, ואם נחותא דידיה רק

122. נתיבות המשפט שעה, ב.

דיעבד, הוי לי כאינה עשויה ליטע, ואם בעל הבית טוען שאינו נהנה כלל ואין רצונו בזה והדבר ספק בעיני הבי"ד, נשבע היסת דלא נחא ליה ומפטר.¹²⁵

כלומר לפי דעת החזון איש אם המזמין טוען שאין הוא מעוניין כלל בתוספת אזי הוא פטור מלשלם. נראה שהוא הדין במקרה שהמזמין יאמר שאין לו כסף לשלם על התוספת, ולכן לא היה בונה אותה. במקרה כזה המזמין יהיה פטור וקבלן הבניין יהיה רשאי לפרק את התוספת אם ירצה.

כדי למנוע מחלוקות עובדתיות והלכתיות, בחוזה נוסף תנאי מפורש שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמה לא תהיה חובת תשלום.

5. סיכום והמלצות

לאור האמור לעיל נסכם את ההלכה ונוסיף המלצות לניסוח החוזה בשאלת התוספות והליקויים.

א. ליקויים

על פי שורת הדין, כאשר קבלן בניין ביצע עבודה באופן לקוי הוא זכאי להחזר ההוצאות שלו או לתשלום על השבח – הנמוך מבין שניהם. כל זאת, כאשר מדובר על ליקוי שלא ניתן לתקן, או שלא סביר לתקן (כגון, קיר עקום).

כאשר מדובר על ליקוי שמקובל לתקן דינו של קבלן בניין כמי שלא סיים את עבודתו וחלה עליו חובת תיקון. אם הוא יסרב לתקן או במקרה שלמזמין יש זכות לסלק אותו מהעבודה, אזי הוא יחויב בעלות התיקון.

כאן המקום להעיר שחוק המכר (דירות) מגדיר תקופת בדיק שבה על קבלן בניין לתקן כל ליקוי שיימצא, אלא אם כן הוא יוכיח שהליקוי אינו באחריותו. בנוסף, ישנה תקופת אחריות שבה על המזמין להוכיח שהקבלן אחראי. אף שהחוק אינו חל על חוזה קבלנות, בחוזה המוצע נקבע כי הצדדים מקבלים אותו על עצמם.

ב. תוספות ושינויים בהסכמת המזמין

ברור שאם סוכם עם קבלן בניין שהוא יקבל תשלום על תוספת מסוימת, והוא ביצע את התוספת – הוא זכאי לקבל את התשלום שסוכם.

כאשר קבלן בניין מבצע שינוי או תוספת בהוראת הלקוח, גם אם לא היה סיכום בכתב, דינו כדין "יורד לשדה חברו ברשות". במקרה זה המזמין חייב לשלם לקבלן וידו של קבלן "על העליונה", והוא זכאי לקבל תשלום על השבח או החזר הוצאותיו – הגבוה מבין שניהם.

כדי למנוע מחלוקת על גובה התשלום מומלץ להגדיר בחוזה שיש לקבל מהמזמין הסכמה בכתב לכל שינוי באופן מסודר, ועל שינוי שתמורתו לא הוסכמה בכתב ישלם המזמין לפי מחירון מוסכם (בדרך כלל מחירון דקל בתוספת או בהפחתה מסוימת). בכל מקרה מומלץ מאוד לשני הצדדים לתעד את ההסכמה כדי למנוע ויכוחים בשאלה מה הוסכם.

123. חזון איש בבא בתרא ב, ו.

ג. שינויים שלא בהסכמה

מעיקר הדין חובה לשלם גם על תוספות שלא הוסכמו אם המזמין נהנה מהם הנאה ממונית (כדין יורד לשדה חברו שלא ברשות), כלומר, על מזמין לשלם על השבח או על ההוצאות – הנמוך מבין שניהם. אם מדובר בתוספת שיכולים לפרק אותה ולהשתמש בה שוב, יכול המזמין לדרוש פירוק. אולם אם אין דרך להשתמש שוב לאחר פירוק נראה שמעיקר הדין חובתו לשלם. אולם אם המזמין מוכיח שהוא לא היה בונה תוספת זאת הוא פטור.

כדי למנוע מקבלן בניין להוסיף פריטים שאין הלקוח רוצה בהם, מומלץ להוסיף סעיף תנאי בחוזה שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמת הלקוח (בכתב או בעל פה), הלקוח יהיה פטור מתשלום. וממילא תהיה על הקבלן חובת ההוכחה שהייתה הסכמה לתוספת זאת.

ג. שינויים ותוספות כאשר הצדדים חלוקים מה סוכם

לעתים הצדדים חלוקים בשאלה האם הייתה הסכמה. כל אחד מהצדדים יכול לנצל מצב כזה כדי לפגוע בצד השני: קבלן הבניין יכול להוסיף פריטים ללא כל תיאום ולדרוש עליהם תשלום, וכן המזמין יכול לבקש מהקבלן פריטים ולטעון שהם נוספו ללא ידיעתו.

כדי למנוע מצב זה ניתן להוסיף תנאי בחוזה שעל כל תוספת שלא תתועד בכתב יהיה המזמין פטור. נוסח זה יגן על המזמין, אולם עלול לאפשר פגיעה בקבלן הבניין. לכן מוצע שייקבע שעל כל תוספות או שינוי שלא הוסכם עליהם כלל יהיה המזמין פטור. אולם, אם הקבלן יוכיח שהם נעשו תוך תיאום עם המזמין ואפילו בעל פה – יהיה קבלן הבניין זכאי לתשלום כפי שסוכם. כאשר, אם היה אישור בעל פה לביצוע ללא הסכמה על הסכום יהיה הקבלן זכאי לתשלום כדין תוספת שלא בהסכמה (יורד שלא ברשות), קרי, תשלום על ההוצאות או על השבח – הנמוך מבין שניהם.

ט. סיכום ומדריך הלכתי מעשי לדיני קבלן בניין

1. הגדרת קבלן ודיניו

- א. קבלן הוא מי שהתחייב כלפי מזמין להגיע לתוצר מסוים, ולמזמין אין שליטה על ניהול זמנו. לעומת זאת, עובד הוא מי שלמעסיק יש שליטה על ניהול הזמן שבו הוא עובד.
- ב. לעובד ישנן זכויות שמטרתן להגן על חירותו ולמנוע מצב שבו הוא יועסק כ"עבד", זכויות אלה אינן ניתנות לקבלן.
- ג. מעמדו הבסיסי של קבלן בניין הוא כשל קבלן ולא של כעובד, כיוון שהוא מתחייב להגיע לתוצר מוסכם בזמן מסוים ואינו מקבל שכר לפי שעות העבודה. גם אם לא נקבע מועד לסיום העבודה על קבלן הבניין להשלים את המלאכה בזמן סביר כפי המקובל.
- ד. יש בהסכם עם קבלן בניין גם מרכיב של מכירה וקנייה לגבי חומרי הבנייה, ולכך יש משמעויות הלכתיות כמבואר בהמשך.
- ה. ההתחייבות של המזמין כלפי קבלן הבניין היא לשלם את שכרו, אין לו חובה לאפשר לקבלן לבצע את העבודה.
- ו. מועד חיוב תשלום המזמין בקבלנות הוא רק במסירה, אולם בקבלן בניין כיוון שהעבודה נעשית על קרקע של המזמין, ממילא ניתן (וכך מקובל) לבצע את המסירה בסיום כל אחד משלבי הבנייה, ואז יש לשלם.
- ז. התשלום של המזמין עבור החומרים יכול שיתבצע בעת ההזמנה שלהם או בעת סיום שלב הבנייה.
- ח. חווה קבלנות נכרת בהתחלת העבודה על ידי הקבלן או פועליו. ניתן גם לחתום על חווה בכתב שמהווה "מעשה קניין נוסף", אשר לו השלכות על דיני קבלן כפי שיפורט בהמשך.

2. פיקוח וקנסות

- ט. ישנם תנאים הנוגעים לזמן או לצורת עבודה המחייבים קבלן שאינם פוגעים בחירות הקבלן ובהגדרת ההסכם כקבלנות. אולם, פיקוח הדוק מדי יהפוך את הקבלן לעובד, ולכך משמעות הלכתית רבה.
- י. ניתן לקבוע בהסכם קבלנות בניין מועד לסיום העבודה, אולם אין לקבוע ולפקח על שעות עבודה מדויקות (פיקוח המאפיין עובד).

יא. בהמשך לאמור בס"ק הקודם ניתן לקבוע בחוזה קנס על קבלן בניין במקרה של איחור במסירה. כמו גם במקרה שקבלן לא עבד במשך כמה ימים, כיוון שהקנס נועד למנוע איחור במסירה.

יב. תנאי בחוזה קבלנות המאפשר פיקוח על איכות התוצאה – אפשרי, אולם אין לקבוע פיקוח ששולט בקבלן כיצד לפעול בכל שלב ושלב, ואין להורות לו כיצד לנהל את העבודה.

יג. למעשה יש להגביל את זכות הפיקוח לשלושה מרכיבים: א) איסוף ראיות מהשטח כדי לדעת האם הקבלן גרם נזק שלא יהיה גלוי בשלבים מתקדמים יותר. ב) מניעת ביצוע לקוי, שתוצאותיו יצריכו תיקון, וודאי שניתן לפקח באופן שנועד למנוע בעיות שלא יהיו ניתנות לתיקון (כגון יציקה עקומה). ג) מעקב וקנסות כדי למנוע מראש אי עמידה במועד המסירה.

3. תרופות על הפרת חוזה קבלנות בניין – מבוא

יד. בנוגע לתרופות על הפרת חוזה יש הבחנה בין שלושה שלבים שונים של כריתת החוזה: א) כאשר הוסכמו דברים בעל פה אך לא נכרת חוזה, ב) כאשר נכרת חוזה בתחילת עבודתו של קבלן הבניין (זאת, ע"פ העיקרון ההלכתי שחוזה נכרת רק במעשה קניין). ג) כאשר ברצע מעשה קניין נוסף (כגון חתימת חוזה כתוב).

טו. לכל הפרה ישנן שלוש תרופות אפשריות: א) ביטול החוזה, ב) פיצוי על הפרת החוזה, ג) אכיפה – כפייה על השלמת החוזה.

טז. אכיפת החוזה כלפי המזמין משמעה חיובו בתשלום השכר בלבד, ואין המזמין חייב לתת לקבלן הבניין לבצע את העבודה. לגבי אכיפת חוזה על קבלן הבניין הדבר נתון במחלוקת אחרונים. אולם, למעשה לא מומלץ לכפות על אדם לעשות דבר לא רצוי שיוליד בהכרח בעיות נוספות בעתיד, ולכן למעשה נקטנו בחוזה שבמקרה שיש אכיפה החיוב הוא תשלום כספי.

4. סעדים על הפרת חוזה מצדו של המזמין – איחור בתשלומים

יז. במקרה בו המזמין אינו משלם במועד, קבלן הבניין יכול לבחור בין שתי אפשרויות: א. עצירת העסקה וקבלת תשלום על מה שסוכם עמו על כלל העבודה בניכוי עלות השלמת העבודה, או תשלום על החלק שבוצע – הגבוה מבין שניהם. ב. לבטל את העסקה כולה, שמשמעה, קבלת תשלום על מה שבוצע לפי שווי העבודה המקובל בשוק (במקרה שהוא גבוה מהמחיר שסוכם).

יח. הדעת נותנת שביטול החוזה מחמת איחור קטן מצריך התראה.

יט. אם קבלן הבניין לא דורש את התשלום במועד הוא מגלה דעתו שברצונו להמשיך לעבוד למרות העיכוב, והחוב נעשה כמלווה אותו הוא זכאי לתבוע בהמשך.

כ. קבלן בניין יכול לדרוש ארכה לסיום העבודה בהתאם למשך האיחור בתשלום, אולם, ללא דרישה מפורשת הוא לא יהיה זכאי לארכה.

5. סעדים על הפרת חוזה מצדו של המזמין – הפסקת החוזה

כא. **לפני כריתת חוזה** – כאשר מזמין הפסיק את החוזה וסילק את קבלן הבניין לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה – לא ניתן לאכוף את החוזה (כיוון שזה לא נכרת), אולם, יש לקבלן "תרעומת" על המזמין (כאשר יש מחלוקת האם משמעותה ביקורת מוסרית) ללא פיצוי כספי.

כב. כאשר מחמת הסיכום עם המזמין קבלן הבניין הפסיד עבודה אחרת, המזמין צריך לפצות אותו על ההפסד כ"פועל בטל", דהיינו, בניכוי התועלת שיש לקבלן מכך שהוא לא נדרש לעבוד בפועל. למעשה יש לבחון בכל מקרה את הנוק הממשי שנגרם לקבלן עקב חזרת המזמין.

כג. **לאחר כריתת חוזה בתחילת עבודה** – נחלקו אחרונים:

כד. לדעת הרמ"א המזמין חייב לשלם לקבלן את השכר היחסי על מה שכבר נעשה, או את מה שהובטח בניכוי עלות השלמת העבודה – הגבוה מבין שניהם.

כה. לדעת בעל נתיבות המשפט אם הקבלן דורש להמשיך ולעבוד יחויב המזמין במלוא השכר שהובטח. אולם יש לנכות עלויות שנחסכו כגון, חומרים, פועלים וקבלני משנה. מסתבר שכאשר מדובר על קבלן שלא יכול לעבוד בשני מקומות במקביל ומצא עבודה אחרת, יש לנכות את רווחיו מהעבודה החדשה שמצא.

כו. **אחרי מעשה קניין נוסף, כגון חתימה על חוזה** – לאחר חתימה על חוזה, מזמין שחזר בו חייב לשלם לקבלן הבניין את מלוא השכר שהובטח על כל העבודה, בניכוי עלויות שנחסכו כגון, חומרים, פועלים וקבלני משנה.

כז. למעשה, המלצתנו היא לקבוע בחוזה שהמזמין רשאי להפסיק את החוזה תוך פיצוי הוגן לקבלן הבניין, כדי לאפשר היפרדות במקרה של מחלוקת.

6. סעדים על הפרת חוזה מצדו של קבלן בניין – הפסקת החוזה

כח. **לאחר סיכום בעל פה ולפני תחילת עבודה** – ניתן לבטל את החוזה, וגם כאן יש למזמין "תרעומת" על קבלן הבניין (כאשר יש מחלוקת האם משמעותה ביקורת מוסרית).

כט. במקרה שנגרם למזמין נזק מחמת חזרתו של קבלן הבניין, רשאי המזמין לאכוף את ההסכמה באמצעות מה שמכונה "שוכר עליהן או להטען", כלומר המזמין רשאי לשכור קבלן אחר על חשבון מה שהוא כבר חייב לקבלן (אם אכן ישנו חוב כזה), וכן הוא רשאי להטעות את הקבלן ולהבטיח לו סכום נוסף אם ישוב לעבוד, הבטחה שהמזמין לא יצטרך לקיים.

ל. נחלקו אחרונים האם ניתן להשתמש בדרך של "שוכר עליהן או מטען" כלפי קבלן שחזר בו לפני תחילת מלאכה במקרה שלא נגרם למזמין הפסד, והדבר יוכרע בבית הדין.

לא. **לאחר כריתת חוזה בתחילת עבודה** – לא ניתן לאכוף על הקבלן את המשך העבודה, וקבלן הבניין יקבל תשלום על החלק שביצע או את מה שהובטח לו בניכוי עלות השלמת העבודה (אולם, הקבלן לא יצטרך לשלם מכיסו אלא לכל היותר לא יקבל תשלום) – הנמוך מבין שניהם. בכך מובטח למזמין שההוצאות שלו לא יגדלו עקב חזרת הקבלן.

לב. במקום הפסד למזמין מוסכם שניתן להשתמש בפתרון של "שוכר עליהן או מטען".

לג. **אחרי מעשה קניין נוסף כגון חתימת חוזה** – מלבד הפיצוי האמור לעיל, ניתן לאכוף על קבלן את ההסכם.

לד. לגבי תוכן האכיפה נחלקו אחרונים: לדעת הש"ך ניתן לאכוף את הקבלן בגופו. ואילו לדעת הסמ"ע (לפי הנודע ביהודה) ומהרי"א עניין לא ניתן לבצע אכיפה בעין, אלא רק לגבות מהקבלן את עלות השלמת החוזה גם אם היא גבוהה יותר ממה שסוכם איתו, ויתכן שהקבלן ייאלץ לשלם מכיסו עבור עלות ההשלמה.

לה. למעשה, גם כאן המלצתנו היא שלא ליצור חוזה בלתי הדיר שקושר שני צדדים בעל כורחם, ולכן מומלץ לקבוע בחוזה פיצוי ראוי בלבד.

7. תיקונים וסילוק ידו של קבלן בניין

לו. כאשר קבלן הזיק או ביצע את העבודה באופן לקוי זכותו לתקן את הליקוי ולא להתחייב בפיצוי.

לז. לאחר שמוזמין התרה בקבלן על נזקים שלוש פעמים הוא רשאי לסלקו.

לח. במקרה שמדובר על עובד ציבור שגרם נזק שאינו ניתן לתיקון ניתן לסלקו מיידית ללא התראה. לדעת השולחן ערוך ההיתר קיים רק בעובד ציבור. ולדעת הרמ"א כן הדין גם בעובד של אדם פרטי.

לט. במקרה של מעשה מודע וחמור (כגון גנבה או שימוש בחומר באופן לא תקני בניגוד להסכם או באופן המזיק לתוצאה) אין צורך בהתראה וניתן לסלק את הקבלן לאחר אירוע בודד.

מ. כאשר המזמין יכול לסלק את הקבלן הוא לא חייב בפיצויים אך הוא עדיין חייב לשלם על מה שכבר עשה בניכוי עלות השלמת העבודה, הנזקים והליקויים.

8. קנסות פיגורים

מא. מקובל לקבוע בחווה קנס למקרה שקבלן הבניין לא יבצע את העבודה במועד, וכן קנס על המזמין במקרה שזה לא ישלם לקבלן במועד.

מב. כדי להבטיח את תוקפו של הקנס מבחינה הלכתית יש לוודא שהוא אינו בגדר "אסמכתא". למעשה, המקובל הוא לקבוע בחווה סעיף כללי המחסן את כל החווה מפני בעיה זו.

מג. **פטור מחמת אונס** – עיקרון חשוב בהלכה הוא שאונס פטור מחובותיו, ולכן בהעדר תנאים מיוחדים אין לחייב קנס כנגד התחייבות שהופרה כתוצאה מאונס. כל עוד לא התנו אחרת הפטור קיים בין באונס מצוי (כגון עיכובים בשל תנאי מזג האוויר שאינם מאפשרים עבודה) ובין באונס שאינו מצוי (כגון עוצר על פועלים וכד').

מד. העיקרון שאונס פטור מחיוב אין בו כדי לחייב את הצד השני, ולכן אם הצד השני בוחר להפסיק את ההסכם אין לחייב אותו בפיצוי. לדוגמה, במקרה של איחור של קבלן הבניין מחמת אונס, יוכל המזמין להפסיק את ההתקשרות ולשלם לקבלן את שכרו על מדה שכבר עשה.

מה. למעשה, מומלץ לקבוע בחווה שאונס מצוי לא יפטור את קבלן הבניין מקנס (למשל, איחור במסירה בגלל ימי גשם), וכן לא יאפשרו למזמין להכניס קבלן אחר. במקרה של אונס שאינו מצוי לא יהיה קנס, אולם, במקרה של עיכוב גדול יוכל המזמין לסלקו.

9. תוספות שינויים וליקויים

מו. **תוספות** – מעיקר הדין אסור לעשות "עושר ולא במשפט" ולכן יש לשלם על כל תוספת, גם אם לא סוכמה מראש. ולכן, אם קבלן בניין ביצע עבודה מיוזמתו במקום שאינו מיועד לכך והמזמין מעוניין בעבודה, אזי הקבלן יקבל החזר הוצאות או את שווי העבודה (השבח) – הנמוך מבין שניהם. אם העבודה בוצעה במקום המיועד לכך, וכן אם היא בוצעה על פי בקשת המזמין ללא סיכום מראש על התמורה – הקבלן זכאי לתשלום המקובל.

מז. במקרה שהמזמין לא מעוניין בתוספת ולא ניתן לפרק את התוספות ישנה מחלוקת האם המזמין חייב לשלם.

מח. במקרה שהמזמין לא ביקש את העבודה ומוכח שהוא אינו מעוניין בה (כגון, שהוא הבהיר לקבלן הבניין מראש שאין לו כסף לתוספות), לדעת החזון איש הוא פטור מתשלום.

מט. כדי למנוע מחלוקות עובדתיות והלכתיות וכן למנוע ניצול לרעה מצד אחד הצדדים, נוסף בחווה תנאי מפורש שעל כל תוספת שתיעשה שלא בהסכמה לא תהיה חובת תשלום.

- נ. **ליקויים** – על פי שורת הדין, כאשר קבלן בניין ביצע עבודה באופן שונה ולקוי ממה שסוכם הוא זכאי להחזר ההוצאות שלו או לתשלום על השבח – הנמוך מבין שניהם. כל זאת, כאשר מדובר על ליקוי שלא ניתן לתקן, או שלא סביר לתקן (כגון, קיר עקום).
- נא. כאשר מדובר על ליקוי שמקובל לתקן דינו של הקבלן כמי שלא סיים את עבודתו וחלה עליו חובת תיקון. אם הוא יסרב לתקן או במקרה שלמזמין יש זכות לסלק אותו מהעבודה (ע"פ המפורט בפרק 07 למדריך זה), אזי הוא יחויב בעלות התיקון.
- נב. במקרה שמדובר על תוספת לא רצויה שלא ניתן לסלקה, חייב המזמין לשלם עליה. אלא שכאמור הומלץ לקבוע בחוזה שלא תהיה חובת תשלום על תוספת שלא הוסכמה.
- נג. **שינויים** – דין שינוי המטייב את הבניה כדין תוספת. במקרה שמדובר על שינוי שמרע את הבניה ביחס למתוכנן דינו כליקוי.
- נד. מחלוקות עובדתיות – סיבה נוספת לקביעת נוהל תוספות בחוזה היא שלעתים ישנה מחלוקת בין הצדדים האם המזמין ביקש את התוספת או לא.

הסכם קבלני לביצוע עבודות בנייה עם הערות מבארות

שנערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____ (/ /)
למניינם)

בין:

1. שם _____ ת.ז. _____

2. שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

שניהם יחד וכל אחד לחוד¹²⁴ להלן: "המזמינים" מצד אחד

ובין:

שם _____ ת.ז./ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

להלן "המבצע" מצד שני

מבוא

והואיל: והמזמינים הנם בעלי הזכויות והמחזיקים כחוק בקרקע (/ הבעלים ומחזיקים כחוק בבית) הנמצא/ת בכתובת _____ (להלן, אתר הבנייה).

והואיל: והמזמינים מעוניינים להזמין אצל המבצע את עבודות הבנייה (/ השיפוץ) באתר הבנייה (להלן "עבודות הבנייה"), כאמור בהסכם זה ובנספחים המצורפים לו.

והואיל: והמזמינים מצהירים כי קיים היתר בנייה בתוקף לביצוע עבודות הבנייה שעותק ממנו נמסר למבצע, אם יש צורך חוקי בהיתר בנייה.

והואיל: והמבצע, מעוניין לבצע את עבודות הבנייה עבור המזמינים, לאחר שביקר באתר הבנייה באור יום, ראה את מצבו והבין את כל הנדרש ממנו לביצוע עבודות הבנייה בתנאים המפורטים בהסכם זה ובנספחיו.

והואיל: והמבצע מצהיר כי הוא בעל הידע, הניסיון והיכולת הפיננסית לבצע את עבודות הבנייה וכי הוא קיבל לידייו את כל תכניות הבנייה, הבין, למד ובחן אותם ומסוגל לבצען.

124. מאפשר לתבוע מכל אחד מהמזמינים את מלוא ההתחייבויות.

והואיל: והמבצע מצהיר כי [רשות-הוא קבלן רשום מס' _____, ו]עובדיו בעלי מקצוע מיומנים ומוסמכים כדין לביצוע עבודות הבנייה.

לפיכך, הוסכם והוצהר על ידי הצדדים כדלקמן:

1. המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו ותנאי מתנאיו.
2. תנאי תשלום (נספח א), תכניות העבודה, תכנית מהנדס קונסטרוקציה, תכנית אדריכל, נספח טכני, היתר בניה, מפרט, סקיצות וכתבי הכמויות הנם חלק בלתי נפרד מהסכם זה [ויש לחתום על כל אחד מהם בנפרד].
3. הצדדים מודים ומצהירים בזאת, שחתמו על חוזה זה ברצון חופשי, בדעה צלולה וביישוב הדעת, אחר שקראו את החוזה או שהוא הוקרא בפניהם והם הבינו את תוכנו.¹²⁵
4. הגדרות
 - א. "המבצע" – לרבות עובדיו ו/או שלוחיו ו/או קבלני משנה ו/או כל פועל ו/או עובד עברו ו/או מטעמו בביצוע העבודה.
 - ב. (<סעיף רשות) "המזמינים" – הם ו/או בני זוגם.¹²⁶
 - ג. "העבודה" – כל העבודות הכרוכות בבניית הבית באתר (/ בשיפוץ הבית) עד לסיומן בהתאם לתכנית המתכננים ובהתאם להסכם זה, לנספחים המצורפים אליו והתאמתם למגורים לפי דרישת המפקח.
 - ד. "מפקח" – המהנדס או האדריכל, ו/או כל בעל מקצוע אחר, אשר ימונה ע"י המזמינים לצורך פיקוח על ביצוע עבודות הבניה.
 - ה. "אתר הבניה" – המגרש עליו יבנה המבנה (/ הבית – המבנה בו מתבצעות עבודות השיפוץ).
5. המבצע מאשר כי ראה ובחן את אתר הבניה והסכם זה וכי הוא מתחייב לבצע את העבודה לשביעות רצונם של המזמינים והמפקח, וזאת במיומנות מקצועית, תוך שימוש באבזורים, בציוד ובחומרים תקינים ובהתאם לתכנית. המבצע אף אחראי להתאמת הבניה למידות על פי התכניות. בכל מקרה שתתגלה סתירה או אי התאמה של המידות לאתר הבניה יהיה עליו להפסיק העבודות ולקבל הנחיות מתאימות מהמפקח.

125. בשולחן ערוך חו"מ מה, ג, נפסק שמי שחתם על שטר שלא הבין את תוכנו חייב בכל האמור בחוזה. הפוסקים דנו במקרים שונים בהם נראה שהחותם לא גמר בדעתו להתחייב באמור בשטר, ראו בספר זה, במאמר "החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: 'חוזה אחיד' בהלכה", עמ' 77 והלאה. הטוב ביותר הוא כמובן שהחותמים על השטר יבינו את תוכנו לפרטיו.

כאן הצדדים מודים שקראו והבינו את החוזה, מה שמצמצם עוד יותר את האפשרות לבטל את תוקף החוזה בטענת אי-הבנה.

126. סעיף זה נועד למקרה בו רק אחד מבני הזוג חתם על החוזה, והוא מעוניין שגם בן זוגו יהיה שליח שלו לעניין החוזה.

6. א. הצדדים מצהירים ומאשרים כי המבצע ו/או עובדיו ו/או שלוחיו לא יחשבו כעובדי המזמינים, בין היתר משום שאינם משולבים במערך העבודה של המזמינים. לפיכך, המבצע ו/או עובדיו ו/או שלוחיו לא יהיו זכאים לשכר עבודה מהמזמינים ו/או לפיצויי פיטורין ו/או לכל תשלום אחר.
- ב. אם תוגש תביעה נגד המזמינים על ידי עובד מעובדי המבצע, ישפה המבצע את המזמינים על כל סכום אשר ישלמו המזמינים לעובד כתוצאה מתביעה כאמור אשר תוגש על ידי העובד.
7. המבצע מצהיר כי הנו בעל האחריות הבלעדית כלפי העובדים וקבלני המשנה שיעסקו בביצוע העבודה, ולא תהיה למזמינים כל התחייבות כלפיהם.¹²⁷ כן מתחייב המבצע לשלם לעובדים את כל התשלומים המגיעים להם בהתאם לדין.
8. המבצע מתחייב לבטח ולהיות אחראי לכל מקרה נזיקין (גוף ורכוש) שיתרחש באתר הבניה, לו לעובדיו ולכל צד ג'. בפוליסה יקבעו המזמינים כצד ג'. טרם תחילת עבודות הבניה ימציא המבצע למזמינים עותק של פוליסת הביטוח שלו, ובכלל זה אישור מהמבטחת כי הפוליסה לא תבוטל מבלי שתינתן התראה למזמינים 60 יום טרם לביטול.
9. המבצע מתחייב לבצע ולמלא אחר כל הוראות הבטיחות לפי כל דין ו/או הוראות משרד העבודה ו/או כל הוראות של כל גוף מוסמך אחר ובהתאם למקובל ולנקוט בכל אמצעי הזהירות והבטיחות הדרושים והמקובלים בביצוע עבודות הבניה באתר הבניה ובקרבנות. בכלל זה, המבצע מתחייב לספק במסגרת העבודה: שמירה, גידור, תמרוורים ושאר אמצעי זהירות לבטיחותו ונוחיותו של הציבור, בכל מקום שיהיה צורך בכך, בהתאם להוראות המפקח.
10. המבצע אינו רשאי להמחות זכויותיו עפ"י הסכם זה ואף אינו רשאי להסב הסכם זה לאחר.
11. המבצע מתחייב לבצע את עבודות הבניה בהתאם להסכם זה על נספחיו, ובנוסף מוסכם במפורש כי:
 - א. כל הכלים וחומרי הבניה אשר יידרשו לעבודה עפ"י התכניות כלולים במחירה והם ירכשו ויסופקו על ידי המבצע. כל חומרי הבניה יהיו בעלי תו תקן של מכון התקנים. מוסכם על הצדדים שאספקת החומרים כוללת גם את כל הוצאות העמסת החומרים, הובלתם, פירוקם ואחסנתם באתר הבניה.
 - ב. מוסכם ומוצהר על ידי הצדדים שאם ירכשו המזמינים כלים סניטרים, מרצפות או מוצרים אחרים הדרושים לעבודות השיפוץ, הם יזוכו ועלותם תופחת מהמחיר הסופי לפי הטבלה בנספח ב'.

127. לגבי האחריות של שומר שמסר לשומר ראו עוד להלן הע' 135.

ג. כל החומרים, הציוד, האמצעים והפועלים הדרושים לביצוע עבודת הבניה כלולים בתמורה ישלמו המזמינים ויסופקו על ידי המבצע ועל חשבונו, לרבות הובלתם לאתר הבניה. המבצע מתחייב לרכו את כל החומרים, ובכלל זה חומרי בניה שסופקו על ידי המזמינים, בתוך שטח מגודר תוך שהוא נושא בכל האחריות לגביהם.

ד. התמורה הנקובה להלן אינה כוללת את הוצאות הבדיקות, אשר ידרשו בנספח, או שידרשו על ידי המפקח, כאמור לעיל. הבדיקות תערכנה ככל שהדבר ניתן במכון התקנים הישראלי והמזמינים יישאו בהוצאות הבדיקה. גילתה הבדיקה פגם בביצוע העבודה ו/או באיכות החומרים הנובע ממעשה ו/או ממחדל של המבצע, ישא המבצע בהוצאות הבדיקה.

ה. הוראות הפיקוח מטעם המפקח, כהגדרתו להלן, ודרישותיו מהמבצע מחייבות את המבצע וכלולות בתמורה, אולם, אין בהן כדי ליצור יחסי עובד-מעביד בין המזמינים והמבצע.¹²⁸

12. תקופת העבודה ומשכה:

א. המבצע מתחייב להתחיל בביצוע העבודה בתוך _____ יום (מחקו את המיותר): מיום חתימת החוזה / מהיום שיומצאו היתרי הבניה מהרשות המקומית, ולסיימה עד ולא יאוחר מתום _____ יום מיום תחילת העבודה עד תאריך _____.¹²⁹ חל עיכוב בנסיבות התלויות במזמין יידחה יום סיום העבודה בהתאם.

ב. עיכובים באונס המצוי כדוגמת ימי גשם כלולים בימי העבודה ולא מאפשרים דחייה במועד המסירה.¹³⁰

ג. עיכובים באונס שאינו מצוי שאינו בשליטת המבצע, כגון, בעיות בריאות שמונעות ממנו לעבוד, ימי עוצר, וכד' מאפשרים דחייה של מועד המסירה עד 30 יום, אם האונס ממשיך רשאים המזמינים להפסיק את ההסכם ולמצוא קבלן אחר שישלים את העבודה, במקרה כזה הם ישלמו למבצע על העבודה שכבר בוצעה בלבד.¹³¹

128. אף שהפיקוח הוא תנאי בהסכם, אולם כדי שהוא לא ישלול את הגדרת הקבלן כקבלן, מובהר לצדדים שהפיקוח הוא מקצועי בדברים שיש להם השפעה על התוצאה ולא על ניהול העובדים ושעות העבודה (ראו במאמר המקדים עמ' 260).

129. בחוזה מובא הן מספר הימים והן התאריך המדויק שבו הם נגמרים זאת על מנת שיהיה ברור לצדדים מתי בדיוק הם מתחילים להתחייב בקנסות. כתיבת התאריך יכולה למנוע פרשנויות רחבות למספר הימים (ראו למשל פס"ד ארץ חמדה גזית 74027, בכתובת: <http://www.dintora.org/article/285>).

130. מעיקר הדין "אונס רחמנא פטריה" (נדרים כז,א; כתובות ב,א; שולחן ערוך אה"ע נו, ג) על כן במקרי אונס הקבלן פטור מהחובה לעמוד בזמנים שנקבעו בחוזה, מאידך האונס לא מונע מהמזמין להפסיק את ההתקשרות (ש"ך חו"מ כא, ג) ממילא יוצא שבמקרה אונס שיגרור דחיה בסיום העבודה יש לאפשר למזמין להעביר את העבודה לקבלן אחר (הרב יעזר אריאל, תורת המשפט, עמ' 50). לכן למעשה כדי למנוע מחלוקות מומלץ לשקלל מראש ימים התלויים באונס המצוי כפי שפירטנו במאמר המקדים עמ' 276.

131. סעיף זה מנסה לאזן בין הגנה סבירה על קבלן שנאנס, לבין הגנה על המזמין שלא יתעכב ללא גבול. ראו עוד במאמר המקדים עמ' 277.

ד. המבצע מתחייב לעבוד מיום תחילת העבודה, בכל ימי העבודה המקובלים בישראל להוציא חגי ישראל, ולבצעה בשקידה ובקצב התקדמות ראוי ובכפוף לתקופת העבודה המפורטת בסעיף 12 לעיל.

ה. הפסקת עבודה תיחשב כל הפסקה של 7 ימי עבודה במצטבר ומעלה, החל מיום תחילת העבודות ועד ליום סיום העבודות, ללא סיבה מאושרת ע"י המפקח ו/או המזמינים.

איחור במסירה ייחשב כל איחור מעבר ל-7 ימי עבודה במצטבר מהתאריך שנקבע בחוזה זה.

ו. במקרה של הפסקת עבודה מצד המבצע, או במקרה של איחור במסירה מתחייב המבצע לשלם למזמינים סך של 500 ש"ח לכל יום מעבר ל-7 ימי העבודה האמורים בס"ק ה', זאת בנוסף לכל פיצוי אחר להם יהיו זכאים המזמינים בהתאם להחלטת הבורר.¹³²

ז. במקרה של הפסקת עבודה יהיו המזמינים רשאים גם לבטל את החוזה, והם ישלמו למבצע עבור מה שביצע או עבור מה שסוכם לאחר הפחתת הפיצוי המוזכר בס"ק ו' ועלות ההשלמה – הנמוך מבין שניהם. במקרה של ביטול כדין של החוזה, כל חומרי הבנייה שנמצאים במגרש יהיו בבעלותם הבלעדית של המזמינים מיום מסירת הודעת הביטול.

13. נהלי עבודה

א. את עבודות הבנייה ילווה מפקח מטעם המזמינים (אשר אף יישאו בשכרו), אם ירצו בכך המזמינים. המבצע מתחייב להישמע להוראות המפקח ולפעול על פיהן.

ב. המבצע או מנהל עבודה מטעמו יהיו נוכחים באתר הבנייה בכל השעות בהן מתבצעת עבודה על ידם ו/או מי מטעמם. ההוראות או ההסברים שינתנו למנהל העבודה ע"י המפקח, ייחשבו כאילו ניתנו למבצע. מנהל העבודה יהיה בעל ניסיון מוכח בתחום ובעל הסמכה מתאימה על פי החוק. המבצע יהיה אחראי לדאוג כי כל עבודות הבנייה יבוצעו אך ורק בשעות העבודה המקובלות.

ג. העתק מהסכם זה על **נספחיו** ולרבות התכניות יחזקו דרך קבע באתר הבנייה, בין השאר לשימושם ועיונם של הפיקוח הצמוד והפיקוח העליון בשעות העבודה באתר.

ד. המבצע יהא כפוף בביצוע העבודה למפקח, ויפעל על פי הוראותיו והנחיותיו. בכלל זה, ומבלי לפגוע בכלליות האמור יהא המבצע חייב לתקן כל פגם וליקוי ולבצע כל שינוי כנדרש ע"י המפקח – לפי העניין. המבצע אף מתחייב לפנות מיידית למפקח בכל עניין או שאלה העולים בקשר עם עבודות הבנייה וכאשר לא ברור לו כיצד עליו לפעול, ולקבל על כך הנחיות ואישורים מראש ובכתב מהמפקח.

132. קנס כזה עלול להחשב בגדר אסמכתא וריבית דרבנן וכדי לאפשר אותו נקבע בסעיף 25 כי הסכם זה נעשה במסגרת דיתר עסקא.

ה. המזמינים ו/או המפקח זכאים לדרוש בכל עת בדיקת טיב וסוג החומרים ו/או האביזרים ו/או העבודה, והמבצע מתחייב לבצע את הבדיקה מיד עם קבלת הדרישה ולסלק ו/או לתקן ו/או להחליף כל חומר ו/או אביזר ו/או לבצע את העבודה מחדש, כפי שיידרש על ידי המפקחים, הכול על חשבונו של המבצע בלבד.

14. אחריות לטיב העבודה

א. בתמורה כלולה אחריות המבצע לתיקון של כל פגם או אי התאמה אשר יתהוו בתקופת הבדק (כמוגדר להלן), וכן יישא בכל נזק אשר נגרם ישירות מתוך קיומו של הפגם או אי התאמה.

ב. האמור בסעיף זה מותנה בכך, כי התהוות הפגם, אי התאמה והנזק נובעים יהיו מעבודה גרועה של המבצע ו/או כל העובד מטעמו ו/או מתוך שימוש בחומרים גרועים ו/או מתוך הפרת ההסכם על נספחיו.

ג. עד לסוף תקופת הבדק יבצע המבצע גם את התיקונים שנדרשו ממנו על ידי המפקח. ד. במקרה של התהוות ליקוי ו/או אי התאמה הנמצאים באחריות המבצע כפי שהוגדר לעיל, יבוצע התיקון מוקדם ובסמוך ככל האפשר לפניית המזמינים ו/או המפקח ולכל המאוחר תוך 7 ימים מיום קבלת הפנייה של המזמינים ו/או המפקח.

ה. לעניין תקופת האחריות, תקופת הבדק ופיצוי על איחור, הצדדים מקבלים על עצמם את הוראות חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 או כל חוק אחר אשר יחליף בעתיד את החוק האמור, כאילו מדובר על הסכם לרכישת דירה. בכלל זה, משך התקופות והגדרת נטל הראיה, כפי שמוגדר בחוק שם.¹³³

ו. במקרה של ליקוי שלא ניתן לתקנו מתחייב המבצע לשלם פיצוי כפי שיוסכם בין הצדדים; ובהעדר הסכמה – כפי שיקבע הבורר המוסכם.¹³⁴

15. אחריות המבצע לנזק

א. המבצע יהא אחראי יחידי כלפי המזמינים לכל נזק אשר יתהווה תוך כדי ביצוע של העבודה לגופו ו/או לרכושו של צד ג' כלשהו, לרבות המזמינים ו/או עובדי המבצע ו/או העובדים עבורו ו/או מטעמו והוא משחרר בזה את המזמינים מכל אחריות ו/או מכל חובה לפי כל דין בקשר לתאונה, חבלה או נזק שיגרמו כנ"ל, ובלבד שהאמור לעיל נבע ממעשה ו/או ממחדל של המבצע ו/או מי מטעמו.¹³⁵

133. החוק נותן סעדים לרוכשי דירה בנויה או שעתידה להיבנות, אולם החוק לא חל על חוזה קבלנות, מטרת סעיף זה להחיל את אותם סעדים גם על חוזה קבלנות שבו אנו עוסקים.

134. כפי שמובא למעלה הקבלן אחראי לתקן את כל הליקויים, אולם אחריות זאת לא מסירה ממנו את החובה לפצות את המזמין במקרה של ליקוי שאינו בר תיקון, בכך עוסק סעיף זה. דין זה מבוסס על דין אומן שהיה צריך לעשות מלאכה נאה ועשה מלאכה רעה (משנה בבא קמא ט, ד; רמב"ם שכירות י, ד; וראו בהרחבה במאמר המקדים עמ' 279). התשלום יהיה לפי התועלת הכספית שיש למזמין מהתוצאה או בהתאם להוצאות שהיו במהלך העבודה – הנמוך מבין שניהם.

135. מעיקר הדין כאשר שומר מסר לשומר, במקום שכך רגילים לעשות – השומר הראשון פטור (בבא קמא נו, ב; שולחן ערוך חו"מ רצא, כב; ש"ך שם, לב). ולכן לכאורה כאשר קבלן מסר לקבלני משנה או לפועלים את העבודה, אזי הפועלים הם האחראים ולא הקבלן. עם זאת ודאי שאם סוכם עם הקבלן הראשי שהוא

ב. בכל מקרה בו ייתבעו המזמינים בגין פעולה או מחדל ו/או נזק האמור בסעיף א) לעיל, הם יודיעו על כך למבצע כדי שהלה יוכל להצטרף כנתבע נוסף. סירב המבצע להצטרף כנתבע, הרי שהמבצע מתחייב לשפות את המזמינים במלוא הסכום אשר ייקבע בפסק דין סופי של בית משפט או בית דין לממונות.

ג. שילמו המזמינים תשלום שהיה על המבצע לשלמו מכוח כל הסכם או דין, ישפה המבצע את המזמינים בגין כל תשלום שחויבו בו מכוח פסק דין בקשר עם עבודות הבנייה ובקשר עם הסכם זה, לרבות תשלומים בגין הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

ד. המזמינים יהיו רשאים לקזז ולנכות מסכום כלשהו המגיע למבצע לפי הסכם זה – כל סכום שלדעת המפקח מגיע מהמבצע למזמינים ו/או לכל צד ג' עפ"י כל הסכם או דין, כל זאת מבלי לפגוע בכל סעד או תרופה לה זכאים המזמינים על פי כל דין או הסכם.

16. התמורה

א. תמורת עבודות המבצע כמפורט בנספח להסכם זה ישלמו המזמינים למבצע סך של _____ ש"ח (_____ ש"ח + מע"מ, סה"כ _____) (להלן: "התמורה"). במקרה ששיעור המע"מ יעלה או ירד יחושב המע"מ לפי שיעורו ביום ביצועו בפועל של כל תשלום. בכפוף לתנאים ולסייגים הבאים:

ב. התמורה היא עבור כלל העבודה (פאושלי) / התמורה היא עבור ביצוע כתב הכמויות המופיע בנספח (מחקו את המיותר).

ג. אם מדרד תשומות הבניה יעלה או ירד בין יום חתימת הסכם זה לבין יום הביצוע של תשלום על פי ההסכם, ישתנה סכום התשלום בהתאם.

ד. המחיר שניתן עבור העבודה כולל את בניית / שיפוץ הבית לפי המפרט הטכני המצ"ב בנספח להסכם והוא יכול גם את הכנת אתר הבנייה, גידור לעבודה, יסודות, רצפה, קירות, תקרה, טיח פנים וחוף, ריצוף וחיפוי קירות, עבודות אלומיניום ותריסים, עבודות עץ ודלתות, ביוב וסניטריה, חשמל, מטבח וזאת לפי תכניות ומפרט אדריכל וקונסטרוקטור ולפי התכניות (נספח להסכם זה).

ה. כל תמורה תשולם, רק לאחר אישור המפקח שאכן בוצעו במלואן העבודות המתוארות, במועדים המופיעים בנספח התשלומים.

17. איחור בתשלומים

אחראי גם לנזקים שגרמו הפועלים – הסיכום מחייב. מעבר לכך, המנהג המקובל כיום הוא שהקבלן אחראי לתוצאה המלאה ואין קשר ישיר בין המזמין לפועלים, ולכן גם אם הדבר לא הותנה במפורש יש לראות בזה מנהג המדינה (ראו: הרב אורי סדן כתר י (תשע"ה), עמ' 435). למעשה בחוזה זה נכתב במפורש שהמבצע (הקבלן) הוא האחראי הבלעדי לכל הנזקים וממילא אין צורך להידרש למנהג. (ראו בהרחבה במאמר המקדים עמ' 258).

א. אם יאחרו המזמינים לשלם את התמורה במועדים שנקבעו, רשאי המבצע להפסיק את העבודות זמנית באתר או לאחר את מועד המסירה הסופי כנגד הימים בהם איחרו המזמינים לשלם, ועליו להודיע על כך למזמינים בכתב.¹³⁶

ב. אם יאחרו המזמינים לשלם את התמורה במועדים שנקבעו ונתבעו לכך על ידי המבצע, לאחר דחייה של 7 ימים שלא בהסכמה הם ישלמו למבצע כקנס סך 500 ש"ח עבור כל יום איחור נוסף.

18. תוספות ושינויים

א. תוספות ושינויים מעבר לקבוע במפרט המצורף להסכם זה, כגון, מטבח גדול יותר, החלפת אסלות, שינוי ריצוף, הוספת/החלפת קרמיקה וחלונות מיוחדים ישולמו כהשלמה לתמורה על פי התוספת המבוצעת ועל פי מחיר שיקבע מראש ובכתב בין המזמינים למבצע.

ב. הפרטים הבאים: _____ לא נכללים במחיר וככל שהמזמינים יהיו מעוניינים בביצועם מחירים יהיה כלהלן: _____, והמזמינים יהיו רשאים להורות בכתב למבצע לבצעם במחירים אלו ואז המחיר יצטרף לתמורה הקבוע למעלה.¹³⁷

ג. המזמינים יהיו רשאים להפחית מעבודות המבצע על פי הסכם זה עבודות עד 10% מעלות כלל העבודה. המזמינים יהיו רשאים להוסיף על עבודות הבנייה עבודות נוספות דומות לאלה שנקבעו בהסכם ובשיעור 10% מעלות כלל עבודות הבנייה.¹³⁸

ד. ההוראות בדבר שינויים יעשו במסמך בחתימת המבצע והמזמינים / והמפקח (מחקו את המיותר) תוך התייחסות לעלות השינוי.

ה. בוצעו שינויים ע"פ הוראת המזמינים ללא הסכם בכתב או ללא התייחסות לעלות השינוי יחויבו המזמינים או יזוכו בהתאמה בסכום הראוי על בסיס מחירון דקל ללא תוספות בניכוי 10%.¹³⁹

136. על אף שככלל קבלנות משתלמת בסופה, כלומר, רק במסירה, בבנייה אנו מתייחסים לכל שלב כאילו הוא נמסר בנפרד כיוון שהוא נעשה על קרקע של המזמין. לאור זאת נקבע שהיעדר תשלום זהה להיעדר תשלום בקניית קרקע (בבא מציעא ע"ב; שולחן ערוך חו"מ קצ, י"א) שם נפסק שהמוכר יכול לחזור בו. אך אם הוא לא חוזר בו נעשה החוב כמלווה, ראו מאמר מקדים עמ' 262.

137. סעיף זה הוא סעיף אופציה ומטרתו להגדיר מרכיבים המופיעים בתכניות שלא נכללים בתמורה שנקבעה מראש. מטרתו להגדיר מראש תמורה לתוספות אלו, כאשר הקבלן יהיה מחויב לבצע אותם במחיר שסוכם אם ירצו בכך המזמינים.

138. מטרת סעיף זה לאפשר שינוי מוגבל בהיקף הפרויקט, הן אם מדובר בהרחבתו והן אם מדובר בצמצומו. זאת מתוך הנחה ששינוי היקף הפרויקט מתבקש תוך כדי עבודה ולכן לא ניתן למנוע זאת מהמזמין, ומאידך, יש להגביל את היקף השינוי כדי שלא לפגוע בקבלן שבדרך כלל קובע את המחיר בהתאם להיקף הפרויקט ולכן שינוי בהיקף הפרויקט עלול לגרום לו להפסדים.

139. בכל מקרה שאדם נהנה בזכות חברו ברשות חייב הנהנה לשלם מחיר מלא. כך נלמד מדין "יורד לשדה חברו ברשות" (בבא בתרא מב,ב; רמב"ם גולה ואבדה י, ז; שולחן ערוך חו"מ שעה, ד) שמקבל שכר על ההוצאות שלו או על שבח שהסב לבעל השדה – הגבוה מבין שניהם (וראו במאמר עמ' 278). סעיף זה בא לקבוע תמחור קבוע למקרה שלא הוסכם על מחיר.

ו. בוצעו שינויים שלא ע"פ הוראת המזמינים, ללא הסכמה בכתב או בעל פה, המזמינים יהיו פטורים עליהם מכל תשלום.¹⁴⁰

19. אחריות המזמינים

א. המזמינים יהיו אחראים לכך שלא יבוצעו עבודות שאינן קשורות בעבודת הבנייה ואשר יעכבו או יפריעו לעבודות המבצע.

ב. המזמינים יהיו אחראים להיתרי בנייה, ככל שיידרשו.

20. סילוק יד

א. המזמינים רשאים להפסיק את ההתקשרות עם המבצע במקרה שהמבצע לא עמד בתנאי החוזה, ובכלל זה במקרים הבאים: כאשר ברור שהמבצע לא יוכל לסיים את העבודה במועד שנקבע בתוספת 7 ימי עבודה,¹⁴¹ כאשר המבצע אינו מציית להוראות המזמינים / הפיקוח, כאשר המבצע פועל באופן שיש בו סכנה לקריסת המבנה או סכנה לסביבה או משתמש בחומרים שאינם תקינים, וכד'.¹⁴²

ב. מוסכם בין הצדדים כי המזמינים יהיו רשאים לבטל את ההסכם מיידית גם במקרים הבאים:

1. מונה למבצע כונס נכסים מכוח כל דין, ו/או הוכרו כפושט רגל, או – אם הנו תאגיד – ניתן לגביו צו פירוק.

2. נגד המבצע או מי ממנהליו הוגש נגדו כתב אישום, או הורשע בנוגע למעשים שההרשעה לגביהם הנה בבחינת עבירה שיש עמה קלון.

3. הוכח למפקח ו/או למזמינים כי המבצע אינו מסוגל לעמוד בדרישות ההסכם מסיבה מקצועית, כספית, טכנית וכדומה.

חשוב להדגיש שבמקרה של מחלוקת בין הצדדים האם המזמין הסכים לביצוע העבודה, תהיה חובה על הקבלן להביא ראיה לכך שהייתה הסכמה (כדין המוציא מחברו). בלא ראיה, הוא ייחשב כ"יורד שלא ברשות", אשר הוסכם בסעיף הבא שהוא לא יהיה זכאי לכל תמורה. אשר על כן מומלץ לקבלן לתעד את הסכמת המזמין.

140. בהלכה נפסק ש"היורד לשדה חברו שלא ברשות" וגרם הנאה ממונית לבעל השדה – חייב בעל השדה לשלם לו, וידו של בעל השדה על העליונה. עם זאת, בחוזה זה נוסח תנאי מפורש שנועד למנוע ניצול לרעה של הלכה זו על ידי הקבלן, כפי שפירטנו במאמר המקדים עמ' 281. אולם התנאי מוגבל רק למקרים שלא הייתה כל הסכמה בכתב או בעל פה שאליה מתייחס החוזה בסעיפים הקודמים.

141. איחור ידוע מראש יכול להיות עילה לביטול החוזה, כפי שעולה בבס"ף הקדשים חו"מ שעה, א; "פועל שעשה ועבר על תנאי הגבלת הזמן... יש לומר שהוא ליה כיורד שלא ברשות ומגיע לו רק הוצאה שיעור שבח. ואם אי אפשר לומר דהוה ליה שלא ברשות... מגרעין ממה שקצב ומשלם כשווי פעולתו ע"פ בקיאים." וכן הסיק מדבריו בספר פתחי חושן שכירות יג, ד: "יש מי שאומר שהנותן לאומן חפץ והגביל לו זמן שעליו לגמרו ואיחר האומן הזמן המוגבל. דינו כיורד לשדה חברו שלא ברשות ואינו משלם לו רק הוצאה שיעור שבח." ופשוט שכן יהיה הדין לכל הדעות כאשר מתנים כך באופן מפורש בחוזה.

142. התנהגות עבריינית מהווה עילה להפסקה מיידית של החוזה, בדומה לדברי הרמ"א חו"מ תכ"א, ו, ביחס למשרת שגנב שניתן לפטרו ללא צורך בהתראה. וראו עוד במאמר המקדים עמ' 274.

4. מובהר בזאת כי אין המקרים המנויים לעיל כעילות ביטול ההסכם בבחינת רשימה סגורה וכי אין במנייתם בכדי לגרוע מזכות המזמינים לבטל ההסכם מכוח כל עילה שבדין, ובכלל זה לבטל ההסכם עקב הפרתו על ידי המבצע.

ג. כאשר המזמינים רשאים להפסיק את החוזה או כאשר המבצע הפסיק את החוזה ללא סיבה מוצדקת ע"פ דין, יקבל המבצע תמורה עבור מה שביצע או את ההפרש בין מה שסוכם עמו לבין עלות השלמת העבודה ע"י קבלן אחר – הנמוך מבין שניהם.¹⁴³

ד. כאשר המזמינים הפסיקו את ההתקשרות ללא סיבה מוצדקת ע"פ דין או ע"פ החוזה, הם ישלמו למבצע את מלוא התמורה על מה שבוצע כפי שנקבע בחוזה זה, למעט עלות חומרים שטרם נקנו.¹⁴⁴ ומוסכם שהמזמינים לא יפצו את המבצע על הפסד הרווח כתוצאה מהפסקת העבודה למעט תשלום נזקים ישירים הנובעים מביטול החוזה.¹⁴⁵

21. פרשנות

- א. במקרה של סתירה בין הוראה מהוראות הסכם זה לבין הוראה ברורה ומפורשת במסמך אחר מהמסמכים המהווים את ההסכם, יכריע המפקח בשאלה איזו הוראה מבין ההוראות תהא עדיפה על רעותה, (אשר על כן יש לנהוג על פיה). לבורר תהיה סמכות לבקר את החלטתו של המפקח.
- ב. גילה המבצע סתירה בין הוראות ההסכם או שהיה המבצע מסופק בפירושו הנכון של מסמך ממסמכי ההסכם או מסמך אחר הנוגע לו יפנה מיד לבורר ו/או למפקח לשם קבלת הנחיות כיצד לנהוג.
22. כתובות הצדדים יהיו כמופיעות בראש ההסכם. כל הודעה שתישלח על ידי צד למשנהו, בדואר רשום תחשב כמתקבלת כעבור 7 ימים מתאריך המשלוח אלא אם נמסרה ביד שאז תיחשב שהתקבלה במועד מסירתה.
23. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.¹⁴⁶

143. כדין קבלן שהחליט להפסיק לעבוד (שולחן ערוך חו"מ שלג, ד).

144. ע"פ רמ"א חו"מ שלג, ד. אמנם יש שכתבו שיש לחייב על הפסד הרווח של הקבלן (נתיבות המשפט שלג, ז; פתחי חושן שכירות י, הע' ט), אולם, כדי להימנע מחוזה בלתי הדייר לא הלכנו בדרך זו. וראו על כך בהרחבה במאמר המקדים עמ' 267-265.

145. יש להבחין בין נזקים מיידיים כגון ביטול יום עבודה של טרקטור, שבמקרים מסוימים יהיה ניתן לתבוע אותם, לבין מניעת הרווח העתידי (שנידון בסעיף הקודם).

146. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.

24. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,¹⁴⁷ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראייה שהבורר רואה אותה כמספקת.¹⁴⁸

25. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.¹⁴⁹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.¹⁵⁰

26. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,¹⁵¹ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים,¹⁵² ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.¹⁵³ כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל¹⁵⁴ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁵⁵

147. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.

148. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.

149. 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 חתימת שני הצדדים.

150. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבויותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.

151. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצח; עמק המשפט ב, עמ' תקב).

152. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).

153. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". בשולחן ערוך חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב רמ"א אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש חלקת מחוקק אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

154. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

155. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם הודה המתחייב

27. הסכם זה מסכם ומגבש כל הסכמה בין הצדדים ועם חתימתו אין ולא יהיה כל תוקף לכל הסכם ו/או הסכמה אחרים שנעשו בין הצדדים ולא יהיה תוקף לכל שינוי ו/או הסכמה ו/או תיקון ו/או תוספת ו/או גריעה ו/או הארכה ו/או ויתור בקשר לכל דבר ו/או עניין הקשור ו/או הכרוך בהסכם זה, אלא אם יעשו בכתב שיחתם על ידי הצדדים.

28. לא השתמש ו/או השתהה צד להסכם זה מלהשתמש בזכות מהזכויות המוקנות לו על פיו, לא יראו בכך ויתור על זכות מזכויותיו.

חתימת המבצע: _____

חתימת המזמינים: _____

שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

הסכם קבלני לביצוע עבודות בנייה עם הערות מבארות ♦ 301

נספח א – לוח תשלומים מוצע (אפשר לשנות בהתאם למוסכם)

הבונה ישלם רק לאחר ביצוע השלב ולא לפניו למעט המקדמה במעמד כריתת החוזה.
התשלום יהיה בגמר השלבים הבאים:

שלב הבנייה	אחוז התשלום	באלפים
יציקת יסודות + רצפה ראשונה	15%	
יציקת קירות	10%	
יציקת תקרה	10%	
טיח פנים	7.5%	
טיח חוץ	7.5%	
ריצוף + חיפוי קירות	10%	
אלומיניום	15%	
דלתות + מטבח	10%	
סניטריה וכלל האביזרים	5%	
ניקיון אתר הבנייה, מסירה מלאה	7%	
בדק	3%	
סה"כ	100%	

נספח ב' – טבלת זיכויים

המזמינים זכאים לדרוש מהמבצע להביא את כל הפריטים, אם המזמינים ירכשו את אחד מהפריטים הם יהיו זכאים לקבל עליהם זיכוי מהתמורה בהתאם לשלב התקנתם, לפי הטבלה הבאה.

טבלת זיכויים – לעריכה בזמן החוזה (יש לעדכן את המחירים בהתאם למקובל)

מוצר	סה"כ זיכוי
כיור מטבח	1000 ש"ח/יח'
כיור מקלחת	500 ש"ח/יח'
כיור כביסה	250 ש"ח/יח'
אמבטיה	800 ש"ח /יח'
אסלה תלויה קומפלט	1200 ש"ח /יח'
ברז מטבח	300 ש"ח /יח'
ברז כיור מקלחת	250 ש"ח /יח'
אינטרפון 3 דרך	250 ש"ח /יח'
אינטרפון 4 דרך	350 ש"ח /יח'
ברז סוללה	150 ש"ח /יח'
דלתות פנים	1500 ש"ח/יח'
דלתות חוץ משניות	1,700 ש"ח/יח'
דלת חוץ ראשית	2,500 ש"ח /מ"ר
ריצוף פנים	80 ש"ח /מ"ר
ריצוף חוץ	50 ש"ח /מ"ר
דוד שמש 200 ליטר+קולטים	3,600 ש"ח/יח'

הערה:

- * העבודה לא כוללת מטבח, סורגים, מזגנים, מערכת סינון מ"מ, חיבור גז.
- * העבודה תכלול תיאום ושיתוף פעולה עם בעלי המקצוע הרלוונטיים בהתאם להתקדמות העבודה ועפ"י סדר ההגעה המקובל (תיאום עם נגר לאחר גמר טיח וכדו').

חוזה שכירות – דירת מגורים

הרב עדו רכניץ

ה. העברת השכירות ושכירות משנה	מבוא
ו. אונס שמונע מהשוכר להמשיך בשכירות	א. מעשה קניין בשכירות
ז. תיקונים במושכר	ב. תחולה מאוחרת של החוזה
ח. ריבית בשכירות	ג. התחייבות של שניים יחד
ט. הוראות כלליות לחותמים על החוזה	ד. אחריות השוכר לשלמות הנכס המושכר

מבוא

חוזה שכירות דירה הוא מהחוזים הנפוצים ביותר, ובמקרים רבים הוא נחתם אף ללא מעורבות של עורך דין. לפיכך, מוטלת על הצדדים לחוזה אחריות להבין את תוכן החוזה ואת החובות שהוא מטיל עליהם. ניתן לזהות בהקשר של חוזה שכירות דירה כמה סוגיות מרכזיות. להלן סקירה שלהן ולאחר מכן נוסח של חוזה עם הערות מבארות.

א. מעשה קניין בשכירות

שכירות דירה מקנה לשוכר זכות שימוש בנכס.¹ העברת זכות זו לידי השוכר מחייבת ביצוע מעשה קניין אשר זהה למעשה הקניין הנדרש לשם קניית הנכס. לפיכך, מעשה הקניין המועיל בשכירות קרקע הוא כל מעשה קניין המועיל במכירת קרקע. אלא שלדעת התוספות² קניין סודר אינו מועיל בשכירות קרקע, וכך כותב השולחן ערוך:

בדרכים שהקרקע נקנה בהם, שכירות ושאלת קרקע נקנין... ויש אומרים שאינם נקנים בקנין סודר.³

* הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, עפרה; דיין ברשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית".

גירסה ראשונה של מאמר זה התפרסמה בספר **משפטי ארץ ג – קניין ומסחר**, עמ' 529-540. כאן נידונה הסוגיה מחדש בתוספת מקורות נוספים.

- נחלקו ראשונים ואחרונים בשאלת מהות זכותו של השוכר, האם זו זכות קניינית או שמא התחייבות אישית של המשכיר (ראו בעניין זה: מיכאל ויגודה, **שכירות ושאלה**, ירושלים, תשנ"ח, עמ' 7-24). אולם לענייננו, אין לכך השפעה.
- תוספות ערכין ל,א**, ד"ה ולא, בסופו.
- שולחן ערוך חו"מ קצה, ט**.

הרמ"א פסק בניגוד לתוספות שגם קניין סודר מועיל:

קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקנין סודר.

הגה: וכדין המקח כך דין שכירות קרקע כל ימי השכירות.⁴

בחווה שלפנינו הצדדים מודים שעשו מעשה קניין מועיל, והודאה זו מועילה גם אם לא עשו קניין בפועל כיוון שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.⁵

ב. תחולה מאוחרת של החווה

לפעמים הדירה אינה פנויה בזמן חתימת החווה, והעברת החזקה בדירה אמורה להתבצע זמן מה לאחר ביצוע מעשה הקניין. כאן אנו נתקלים בעיקרון הנקרא "כלתה קנינו". כלומר: מעשה הקניין מעביר זכויות רק בשעת עשייתו, ואי אפשר לדחות את חלות הקניין לזמן אחר, וכך פסק הרמב"ם: "האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה".⁶ כך הדין גם בקניין סודר כמו שכתב השולחן ערוך:

יש אומרים שאין הקנין מועיל אלא אם כן מקנה לו החפץ הנמכר או הניתן מיד, אבל אם אמר לו הקונה תקנה סודר זה ותקנה חפצך לי לאחר שלשים, לא קנה מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה.⁷

הפתרון לבעיה זו הוא על ידי הבהרה שהעברת הזכויות תתבצע בעת מעשה הקניין. משמעות הדברים היא שגם אם חווה השכירות נחתם זמן מה לפני שהשוכר מקבל את החזקה, ואף אם הדירה מאוכלסת על ידי המשכיר או על ידי שוכר אחר בעת חתימת החווה – העסקה נחתמת בעת החתימה על החווה. וכך כתב הש"ך: "יכול להשכירו לאחר תוך זמנו לכשיגיע הזמן".⁸

בספר נתיבות המשפט כתב שגם אם בעת ביצוע מעשה הקניין לא נאמר במפורש שהעברת הזכויות תיעשה "מעכשיו" – העסקה תחול, ואלו דבריו:

...דאפילו אם השכיר לו סתם דהוי כאומר מעכשיו, דדוקא בדבר שאי אפשר לחול תיכף, או אפילו אפשר לחול מ"מ כשתלה הקנין כגון שאמר אל תקנה אלא לאחר שלשים או קנה לאחר ל', אבל אם השכיר לו סתם או שאמר לו אני צריך עוד לישוב בו עוד זמן או שמושכר כעת, הוי כאומר מעכשיו, דסתם כאומר מעכשיו דמי דבכדי לא הוה עביד...⁹

לסיכום, ניתן לחתום על חווה שכירות, גם אם מועד העברת החזקה יהיה מאוחר למועד החתימה וגם אם בעת החתימה מחזיק במבנה שוכר אחר. לכתחילה רצוי לציין שהעסקה

4. שולחן ערוך ורמ"א חו"מ קצ, א.

5. בבא בתרא קמט, א; רמב"ם זכיה ומתנה ט, ט; שולחן ערוך חו"מ רנ, ג.

6. רמב"ם מכירה ב, ט; שולחן ערוך חו"מ קצו, ז.

7. שולחן ערוך חו"מ קצה, ה.

8. ש"ך חו"מ שיב, ג.

9. נתיבות המשפט שיב, א.

חלה "מעכשיו" אולם בדיעבד גם ללא אזכור כזה העסקה בעלת תוקף. ברור שחובות השוכר לשלם ולשמור על הנכס מתחילות רק עם קבלת החזקה.

ג. התחייבות של שניים יחד

במקרים רבים, כאשר השוכרים או המשכירים הם בני זוג, שני בני הזוג חתומים על החוזה. לגבי משמעותה של התחייבות משותפת זו נחלקו ראשונים. בנוגע לשותפים שהתחייבו יחד, כגון שלוו מאחד או שאלו מאחד, יש סוברים שכל אחד מהם חייב את מלוא הסכום, והמלווה יכול לגבות מכל אחד מהם את ההלוואה כולה,¹⁰ ויש סוברים שכל אחד מהם חייב במחצית ההלוואה בלבד.¹¹ לפי הדעה האחרונה המלווה אינו יכול לתבוע מאחד השותפים את כל הסכום, אבל אם תבע משניהם, ומאחד מהם לא ניתן לגבות, אזי הוא רשאי לתבוע את השותף מדין ערב, וכך נפסק בשולחן ערוך.¹²

בחוזה שלפנינו הנוסח הוא ששני השוכרים ושני המשכירים מתחייבים "שניהם ביחד וכל אחד לחוד". נוסח זה מטיל את מלוא ההתחייבויות על כל אחד מהשוכרים וכן על כל אחד מהמשכירים.

ד. אחריות השוכר לשלמות הנכס המושכר

על פי דין תורה שוכר מיטלטלין חייב בתשלומים במקרה של נזק כשומר שכר,¹³ ולכן הוא חייב אם המושכר נגנב או אבד. לעומת זאת שוכר קרקע פטור מתשלומים כשומר שכר,¹⁴ ובכלל זה כל דבר המחובר לקרקע.¹⁵ דירה היא דבר המחובר לקרקע ולכן השוכר פטור על נזקים שנגרמו לה.¹⁶ לגבי חיוב שומר בפשיעה בקרקע נחלקו הפוסקים.¹⁷

אולם, השוכר יכול לקבל על עצמו להתחייב באחריות על קרקע, ובלבד שיעשה מעשה קניין כדי להתחייב.¹⁸ בחוזה שלפנינו יש סעיף המחייב את השוכר בתשלומים על נזקים שנגרמו לדירה עקב מעשיו או מחדליו, והשוכר מקבל על עצמו התחייבות זו במעשה קניין.

10. כך כתב הטור חו"מ, עז, בשם הרמב"ם והרא"ש.

11. שם בטור בשם בעל העיטור.

12. שולחן ערוך חו"מ עז, א: "שנים שלוו כאחד, או שלקחו מקח אחד, (או שקבלו פקדון ביחד (המגיד פכ"ה), בין בשטר בין בעל פה) (ב"ז), שניהם ערבים זה לזה אף על פי שלא פירשו; ואם אין נכסים לאחד מהם, גובה מחבירו הכל. אבל אם יש לו נכסים, לא יתבע הערב תחלה".

13. שולחן ערוך חו"מ שז, א; ראו פתחי תשובה חו"מ עב, ד שהביא מחלוקת בשאלה האם על השוכר ישנה חובה לשמור שמירה מעולה.

14. שולחן ערוך חו"מ שא, א.

15. שולחן ערוך חו"מ שא, ד.

16. רמ"א חו"מ שא, א; ראו עוד: רמ"א חו"מ צה, א, שהביא מחלוקת בעניין; ש"ך חו"מ צה, ח, שהכריע שבית דינו כקרקע; קצות החושן צה, ג.

17. ראו שולחן ערוך חו"מ טו, מ, בנוגע לשרות שדינם כקרקע.

18. שולחן ערוך חו"מ שא, ד.

ה. העברת השכירות ושכירות משנה

לגבי מיטלטלין שהושכרו נאמר בגמרא: "כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר".¹⁹ הטעם הוא שהמשכיר או המשאיל יכולים לומר "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר".²⁰ נחלקו אמוראים²¹ מה הדין כאשר השוכר עבר על האיסור והשכיר לאחר ואירע אונס, שאילו אירע אצל השוכר המקורי הוא היה פטור. לדעת רב אין מחייבים אותו בשל כך באונסים, כיוון שלדעתו "שומר שמסר לשומר – פטור", ואילו לדעת רבי יוחנן "שומר שמסר לשומר – חייב" גם באונס.

התוספות²² הסבירו שלדעת רב "שומר שמסר לשומר – פטור" האיסור על השוכר להשכיר את הנכס לאחר הוא לכתחילה בלבד, אבל אם השוכר עבר על האיסור והשכיר לאחר אין מחייבים אותו בשל כך באונס.

לשיטה ש"שומר שמסר לשומר – חייב" נאמרו שני נימוקים: לדעת רבי יוחנן הנימוק הוא משום טענת בעל הפיקדון: "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", כלומר, השומר אינו רשאי להעביר את הפיקדון לשומר אחר ללא רשות. אם בכל זאת העביר לשומר אחר הוא חייב באחריות מוגברת הכוללת גם פיצוי במקרה של נזק באונס.

לעומת זאת, לדעת רבא הנימוק הוא משום: "את מהימנת לי בשבועה והאיך לא נאמן לי בשבועה", כלומר, השומר השני אינו נאמן כדי להיפטר בשבועה. לפי נימוק זה, אם יש עדים על האונס ואין צורך בנאמנותו של השומר השני, אזי השומר הראשון יהיה פטור, כך סבר גם הרי"ף.²³

בספר מחנה אפרים²⁴ למד מדברי הרי"ף שלמרות שלכתחילה השוכר אינו רשאי להשכיר את הנכס לאחר, בדיעבד הנכס מושכר, והמשכיר אינו יכול להוציאו מידי השוכר השני. עד כאן עסק הדיון בשאלת השכרת משנה של מיטלטלין, לגבי השכרת משנה של מקרקעין נחלקו ראשונים: לדעת הרמב"ם²⁵ יש להבחין בין מיטלטלין לבין קרקעות. לדבריו, הנימוק "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" כוחו יפה במיטלטלין, אבל בקרקעות או בספינה אין אומרים כן "שהרי בעלה עמה". לעומתו הראב"ד סובר שגם בקרקעות אומרים "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", כיוון "שיש בני אדם שמחריבים בית בדירתם".²⁶ בשולחן ערוך²⁷ פסק כדעת הרמב"ם.

19. גיטין כט,א; בבא מציעא כט,ב.

20. משנה גיטין כט,א; בבא מציעא לו,א; רמב"ם שכירות א, ד.

21. בבא מציעא לו,א; בבא קמא יא,ב.

22. בבא קמא יא,ב, ד"ה את מהימנת.

23. רי"ף בבא מציעא כ,א.

24. מחנה אפרים שאלה, ו.

25. רמב"ם שכירות ה, ה.

26. השגות הראב"ד לרמב"ם שם.

27. שולחן ערוך חו"מ שטז, א.

מחלוקת זו היא כאשר אין הסכם מפורש בין הצדדים, אבל אם הצדדים הסכימו במפורש בנוגע לשכירות משנה הולכים אחר הסיכום המפורש על פי הכלל "כל תנאי שבממון קיים".²⁸ ואכן בחוזה זה הוגדר במפורש ששכירות משנה אינה אפשרית.

ו. אונס שמונע מהשוכר להמשיך בשכירות

במקרה של מות השוכר ח"ו עולה השאלה, האם יורשיו או המשכיר רשאים להפסיק את השכירות?

לדעת מהר"ם מרוטנבורג²⁹ היורשים רשאים להפסיק את השכירות וממילא הם אינם חייבים לשלם מעבר לתקופה שבה גר המוריש בבית. לעומתו כתב הרשב"א³⁰ בשם הראב"ד שהיורשים אינם יכולים להפסיק את השכירות ועליהם לשלם עד סוף תקופת השכירות. שתי הדעות הובאו על ידי הרמ"א שהכריע כך:

מי ששכר בית לדור בו, ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות. מיהו יש חולקין. לכן אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום, כן נראה לי.³¹

כלומר, כיוון שיש מחלוקת בעניין, אזי רק אם השוכר שילם מראש את דמי השכירות לכל תקופת ההסכם, יורשיו אינם יכולים לבטל את ההסכם מיום מותו ולקבל את יתרת דמי השכירות בחזרה. לעומת זאת, הש"ך³² פסק כדעת מהר"ם שהשכירות בטלה.

לגבי אירועים אחרים המונעים מהשוכר להמשיך בשכירות, כתב בספר פתחי חושן³³ שרק פטירה היא עילה לבטל הסכם שכירות, ולא כל אונס אחר.³⁴ אמנם, בספר מחנה אפרים³⁵ כתב "כי מת השוכר או חלה שאינו יכול לדור שם". מניסוח זה עולה, שלדעתו גם מחלה היא עילה לביטול.³⁶ בכל מקרה מסתבר ששינוי נסיבות שגורם לשוכר להעדיף את הפסקת השכירות איננו בגדר אונס.

כדי להבהיר את התנאים לצדדים הדברים הוגדרו בחוזה בסעיף 4 לחוזה המוצע.

28. רמב"ם מכירה יג, ג; שם, יט, ח; שם שלוחים ושותפים ב, ג; שם ד, ג, ועוד. שולחן ערוך חו"מ רכה, ה.

29. במורדכי בבא מציעא, שמה.

30. שו"ת הרשב"א א, אלף כח.

31. רמ"א חו"מ שלד, א.

32. ש"ך חו"מ שלד, ב. מדברי הש"ך שם עולה שהדבר תלוי במחלוקת כיצד יש להתייחס לשכירות. לדעת הרשב"א שכירות היא מכירה ליומיה ולכן היורשים צריכים לשלם את דמי השכירות. לעומת זאת, דעת מהר"ם היא כדעת התוספות ששכירות היא התחייבות של המשכיר ולכן במות השוכר בטל ההסכם. בהמשך, הש"ך מבסס את דעתו גם לפי השיטה הסוברת שהשכירות היא מכירה לזמן, ואומר שמות השוכר הוא אונס שבעל הבית היה צריך להתנות עליו.

33. פתחי חושן שכירות ו, הע' כד, ד"ה ובדברי.

34. בפס"ד "ארץ חמדה – גזית" 70073 (לא פורסם) פסק בית הדין בדעת הרוב, כי גירושין של שוכר דירה, שמחמתם הוא כבר אינו זקוק לדירה גדולה כל כך, הם בגדר אונס. כפי שאפשר לראות מהמקורות למעלה, יש החולקים על כך.

35. מחנה אפרים שכירות, ה.

36. ראו בשו"ת דבר חברון, חו"מ, נו, שכתב שמחלה איננה עילה לביטול שכירות.

ז. תיקונים במושכר

על פי השולחן ערוך המשכיר חייב להעמיד לשוכר בית ראוי לדירה, ולתקן כל דבר שהוא "מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות".³⁷ כל דבר שאינו מעשה אומן השוכר חייב לעשותו.³⁸

נימוקי יוסף³⁹ כתב בשם הריטב"א שהמשכיר לחברו בית מסוים ("בית זה") חייב להעמיד לו דלתות בתחילת השכירות, אבל אם אחר כך במשך זמן השכירות נתקלקלו הדלתות אינו חייב לתקן לו. מלשון הרמ"א⁴⁰ משמע שגם הוא מסכים לכך: "תקן המשכיר דברים אלו, ונשברו תוך ימי השכירות, אם אמר ליה: בית זה, אין צריך להעמיד לו אחר".

לעומת זאת שיטת הרא"ש⁴¹ היא שאם נשברו קורות הבית ומסוכן לדור בו, אזי המשכיר חייב לתקן, כיוון שהבית קיים ויש עליו שם "בית", אלא שמסוכן לדור בו ומסתמא הוא עומד לתיקון. בשולחן ערוך⁴² פסק כשיטת הרא"ש. קצות החושן⁴³ תמה מדוע הרמ"א, שכאמור פסק כשיטת הריטב"א, לא חלק על כך. בסיום הדברים כתב הרמ"א⁴⁴ "ובכל אלו הענינים הולכים אחר מנהג המדינה".

לגבי השאלה האם השוכר רשאי לתקן את הליקויים בעצמו ולנכות את עלות התיקון מדמי השכירות כתב המאירי:

...כך הדין בכל אלו אם שכרן והיה הכל ראוי ודר שם הרבה ונתקלקל שהמשכיר חייב לו לתקנם ואם תקן שוכר מעצמו מנכה לו מן השכירות...⁴⁵

וכך כתב בספר נתיבות המשפט:

...וממילא מוכח דמכל שכן אם דמי השכירות ביד השוכר שיכול השוכר לתקן מדמי שכירותו...⁴⁶

מדבריהם עולה שהשוכר רשאי לתקן בעצמו את ליקויי הדירה כיוון שהמשכיר אינו עומד בהתחייבותו. ועיינו בדברי ד"ר מיכאל ויגודה⁴⁷ שטען כי ניתן למצוא "רמז" לחובתו של השוכר להודיע על הליקוי לפני שהוא מתקן בעצמו, ולחובתו של המשכיר לתקן ללא שיהוי, בדבריהם של אחרונים. אולם, מעבר לרמז לא מצאנו.

37. שולחן ערוך חו"מ שיד, א.

38. רמ"א חו"מ שיד, ב.

39. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא מציעא נט, א.

40. שולחן ערוך חו"מ שיד, א.

41. שו"ת הרא"ש לה, ו.

42. שולחן ערוך חו"מ שיד, יז.

43. קצות החושן שיד, א.

44. רמ"א חו"מ שיד, ב.

45. בית הבחירה, בבא מציעא קא, ב, ד"ה אמר המאירי המשכיר בית.

46. נתיבות המשפט שיד, יא.

47. מיכאל ויגודה, שכירות, עמ' 167, הע' 17, ע"פ שו"ת ראנ"ח ה; שו"ת חקרי לב, חלק שלישי, חו"מ ב, סח, דף קי ע"ד.

למעשה, גם כאן בחרנו להגדיר את הדברים בחוזה (בסעיפים 28-30), תוך התייחסות למקרים שבהם המשכיר אינו מבצע את חובתו תוך זמן סביר.

ח. ריבית בשכירות

ריבית היא כל תשלום שנותן אחד מן הצדדים להתקשרות (שהוא בגדר לווה) לצד השני (שהוא בגדר מלווה) תמורת ההיתר להשתמש בכספו לצרכיו. והדברים אמורים לא רק ביחסי מלווה-לווה אלא גם ביחסי לקוח-ספק, אם התמורה והתשלום אינם חלים בו-זמנית.⁴⁸ התמורה יכולה להיות עבודה או השכרת נכס או מכירת נכס.

בשכירות, התמורה ניתנת לאורך זמן, מפני שבכל רגע ורגע של תקופת השכירות השוכר מקבל את הנכס מן המשכיר, לכן, אם המועד המוסכם לתשלום הוא במהלך תקופת השכירות, אין שהות של זמן בין התשלום לקבלת התמורה. לפיכך, הנחה או תוספת אינן מהוות תשלום על הימצאות כספו של המשכיר אצל השוכר ולהיפך.⁴⁹

אבל אם התשלום נעשה לפני תחילת השכירות או אחרי סיומה, הריהו בגדר תשלום שלא במועד מתן התמורה, ובגלל איסור ריבית אסור להוסיף על המחיר המקובל בשוק בגלל האיחור בתשלום או לתת הנחה בגלל הקדמת התשלום.⁵⁰

משמעות הדברים היא שניתן לסכם בחוזה שכירות על שינוי בגובה שכר הדירה במהלך תקופת השכירות. בדרך כלל הדברים אמורים כאשר השוכר מתחייב לשלם דמי שכירות מוגדלים אם לא ישלם בזמן, כאשר התחייבות זו איננה בגדר ריבית. לעומת זאת, תוספת תשלום לאחר סיום תקופת השכירות עקב איחור בתשלום היא בגדר ריבית דרבנן (כיוון שהיא מותנית ואינה ודאית).⁵¹

ט. הוראות כלליות לחותמים על החוזה

1. קרא את החוזה בעיון, וודא שאתה מבין על מה אתה חותם.
2. שוכר, בדוק את מצב הנכס קודם שאתה חותם על החוזה.
3. ניתן למצוא שטר חוב (הנדרש על פי סעיף 19) במרשתת.

48. רמ"א יו"ד קסא, א.

49. רמב"ם מלווה ולווה ז, ח; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.

50. ראו למשל בנוגע לשכירות פועל: רמב"ם מלווה ולווה ז, יב; שולחן ערוך יו"ד קעו, ו.

51. שולחן ערוך יו"ד קעו, יד.

חוזה שכירות – דירת מגורים עם הערות מבארות

חוזה שכירות – דירת מגורים

שנערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____
(_____)

בין:

1. _____ ת"ז _____
 2. _____ ת"ז _____
- כתובת: _____
טלפון _____ טלפון נייד _____
שניהם יחד וכל אחד לחוד⁵² (להלן, "המשכירים")

ובין:

1. _____ ת"ז _____
 2. _____ ת"ז _____
- כתובת: _____
טלפון _____ טלפון נייד _____
שניהם יחד וכל אחד לחוד⁵³ (להלן, "השוכרים")

מבוא

- הואיל: והמשכירים הינם הבעלים ו/או בעלי הזכות לחזקה ייחודית בדירה בת _____ חדרים מטבח שירותים ו _____ .
הנמצאת ברחוב _____ בעיר _____ - _____ קומה _____ (להלן: "הדירה" או "הנכס");
- והואיל: והמשכירים מצהירים כי אין כל מניעה להשכיר את הדירה לשוכרים בהתאם לחוזה זה;
- והואיל: והמשכירים מעוניינים להשכיר את הנכס בהתאם לתנאי חוזה זה, ומבלי 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;

52. מאפשר לתבוע מכל אחד המשכירים את מלוא ההתחייבויות.

53. מאפשר לתבוע מכל אחד מהשוכרים את מלוא ההתחייבויות.

לפיכך, הוסכם והוצהר על ידי הצדדים כדלקמן:

1. המבוא לחוזה זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו ותנאי מתנאיו.
2. הצדדים מודים בזאת, שחתמו על חוזה זה ברצון חופשי, בדעה צלולה וביישוב הדעת, אחר שקראו את החוזה או שהוא הוקרא בפניהם והם הבינו את תוכנו.⁵⁴

השכירות ותקופתה

3. המשכירים משכירים את הנכס לשוכרים, והשוכרים שוכרים את הנכס מהמשכירים⁵⁵ בהתאם לתנאי חוזה זה, למשך _____ חודשים, החל בתאריך _____ ועד לתאריך _____ (להלן, "תקופת השכירות"). הצדדים מודים שעשו מעשה קניין⁵⁶ מעכשיו,⁵⁷ והחזקה תימסר לשוכר ביום תחילת תקופת השכירות.
4. (<סעיף רשות) אופציה – הנכס מושכר מעכשיו לתקופה נוספת מעבר לתקופת השכירות, עד לתאריך _____ (תקופה נוספת זו תיקרא: "תקופת האופציה") בתנאי שהשוכרים ירצו בכך, ויודיעו על רצונם למשכירים בכתב לפחות 90 יום לפני סיום תקופת השכירות, ובתנאי שהשוכרים עמדו בכל התחייבויותיהם לפי חוזה זה עד למתן ההודעה האמורה. דמי השכירות בתקופת האופציה יהיו כדמי השכירות בקופת השכירות, בתוספת % _____, כל יתר הוראות חוזה זה יחולו גם בתקופת האופציה.
5. השוכרים רשאים לבטל את החוזה במתן הודעה בכתב למשכיר בהתראה של 10 ימים, במקרה של מניעה פיזית למגורי השוכרים בדירה, כגון, במקרה שהדירה אינה ראויה למגורים סבירים⁵⁸ או במקרה של מחלה משמעותית⁵⁹ של אחד מבני משפחת השוכרים שאינה מאפשרת מגורים בדירה.
54. בשולחן ערוך ח"מ מה, ג, נפסק שמי שחתם על שטר שלא הבין את תוכנו חייב בכל האמור בחוזה. הפוסקים דנו במקרים שונים בהם נראה שהחתם לא גמר בדעתו להתחייב באמור בשטר, ראו בספר זה, במאמר "החתם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: חוזה אחיד" בהלכה", עמ' 77 והלאה. הטוב ביותר הוא כמובן שהחותמים על השטר יבינו את תוכנו לפרטיו. כאן הצדדים מודים שקראו והבינו את החוזה, מה שמצמצם עוד יותר את האפשרות לבטל את תוקף החוזה בטענת אי-הבנה.
55. כאן כתובה עיקר העסקה – השכרת הנכס.
56. שכירות קרקע נוצרת על ידי מעשה קניין המועיל בקרקע (רמב"ם מכירה א יח; שולחן ערוך ח"מ קצה, ט). בהסכם זה יש הודאה על ביצוע מעשה קניין המועיל, ודי בה גם אם מעשה הקניין לא נעשה בפועל (ראו: בבא בתרא קמט,א; רמב"ם זכיה ומתנה, ט, ט; שולחן ערוך ח"מ רנ, ג).
57. מעשה קניין שתחולתו איננה מיידית מוגבל בהגבלות שונות. לפיכך, נקבע כאן שהעסקה מתבצעת באופן מיידית. תחולה מיידית של חוזה השכרת הדירה, גם אם החזקה תימסר בתאריך מאוחר יותר אפשרית (ש"ך ח"מ שיב, ג), משמעות הדברים ששני הצדדים אינם יכולים לחזור בהם לאחר חתימת החוזה.
58. למשל, אם התפוצצה צנרת, ואי אפשר עוד לגור בבית, רשאים השוכרים לעזוב – ע"פ שו"ת משפט צדק ב, לא, וראו גם: פתחי חושן, שכירות ו, ט.
59. לגבי מקרה של מות השוכר ח"ו, הביא הרמ"א ח"מ שלד, א, מחלוקת ראשונים האם יורשו חייב לשלם עבור כל תקופת השכירות או רק עבור התקופה בה גר בדירה. כמו כן, נפסק שם שאם השוכר שילם מראש, המשכיר אינו חייב להחזיר את הכסף, אלא אם הנכס הושכר לאחר בתוך תקופת השכירות.

6. הנכס הושכר למטרת מגורים בלבד, ומשום כך, לא יהיו השוכרים רשאים לעשות בו שימוש לשום מטרה אחרת ללא קבלת רשות מראש מן המשכיר.⁶⁰

התמורה (בחרו באחת מאפשרויות התשלום, ומחקו את המיותר):

7. תמורת השכרת הנכס לפי חוזה זה, מתחייבים השוכרים לשלם למשכירים דמי שכירות בסך של _____ ש"ח (במילים: _____ ש"ח) לכל חודש שכירות (להלן: "דמי השכירות") ואשר ישולמו בשקלים חדשים. גובה דמי השכירות, מותנה בביצוע כל תשלום במועדו, לפי תנאי חוזה זה.⁶¹

7א. 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 כל תשלום. גובה דמי השכירות, מותנה בביצוע כל תשלום במועדו, לפי תנאי חוזה זה.⁶²

8. בזמן חתימת החוזה שולם סכום של _____ ש"ח, כמקדמה על חשבון דמי השכירות של החודש הראשון.

9. יתרת דמי השכירות עבור כל חודש מתקופת השכירות, תשולם בכל _____ לחודש הלוועזי, החל בתאריך _____, וכלה בתאריך _____.

10. דמי השכירות, וכל תשלום אחר לפי חוזה זה (מחקו את המיותר): יופקדו או יועברו לחשבונם של המשכירים: בבנק _____ סניף _____ שמספרו _____, בחשבון מספר _____ על שם _____ /ישולמו באמצעות הפקדת שיקים דחויים בידי המשכיר עבור מלוא תקופת השכירות. _____.

11. אם לא שילמו השוכרים אחד או יותר מתשלומי דמי השכירות או כל תשלום שהם חייבים לשלם בהתאם להוראות חוזה זה, למעלה משבעה ימים לאחר מועד התשלום שנקבע בסעיף 9, או אם שיק שהפקידו השוכרים בידי המשכירים והוצג לפירעון במועד, לא כובד על ידי הבנק, הרי שהחל ממועד התשלום האחרון יעמדו דמי

בספר **מחנה אפרים** שכירות, ה, כתב שגם במקרה של מחלה יכול השוכר לבטל את השכירות. על רקע זה נוסח הסעיף באופן שמאזן את זכויות הצדדים.

60. במיטלטלין הושכר אינו רשאי לשנות את ייעוד ההשכרה (פתחי חושן שכירות ב, יא), כאן הצדדים מסכימים שגם בנוגע לשימוש בדירה לא תהיה אפשרות לשנות את ייעוד ההשכרה.

הסעיף נוסח באופן של שיוור בקניין המגביל את הזכות שניתנה לשוכר לשימוש מסוים. לפוסקים התומכים בשיוור בקניינים מסוג זה, ראו למשל: **שו"ת מהרא"ל** חו"מ, לט; **שו"ת אבני נזר**, חו"מ, י, מנגד, ראו: **שו"ת שואל ומשיב** קמא, ב, ד; **שו"ת דברי חיים** א, חו"מ, לא; **שו"ת חסד לאברהם** (תאומים), לו; **חזון איש** אה"ע, כתובות, עג, יח. ובהרחבה רבה: **עמק המשפט**, ד, לח.

61. סייג זה נועד לאפשר פיצוי הולם למשכירים במקרה של איחור, ללא חשש ריבית כפי שמפורט בסעיף 11.

62. כנ"ל.

השכירות על: דמי השכירות המקוריים, בתוספת _____ ש"ח⁶³ עבור כל יום, עד לפירעון החוב במלואו. כן רשאים המשכירים להודיע לשוכרים על ביטול חוזה השכירות, בהתאם להוראות סעיף 36 להלן.

חובות השוכרים

12. השוכרים מקבלים על עצמם בקניין המועיל, לשמור על הנכס ועל הפריטים המצויים בו, ולשלם למשכירים על כל נזק או הפסד שייגרמו עקב מעשיהם או מחדלם או עקב מעשה של מי שנמצא בדירה בהסכמתם,⁶⁴ כדין שוכר מיטלטלין,⁶⁵ זאת, למעט נזקים שגרם המשכיר או אדם מטעמו.

13. השוכרים אינם רשאים לבצע שינויים כלשהם בדירה אלא אם קיבלו רשות בכתב ומראש מאת המשכירים לכך. האמור לא יחול על השינויים הבאים לגביהם המשכירים נתנו רשות מראש (מחקו ו/או הוסיפו): התקנת מדפים / תליית תמונות.

14. השוכרים אינם רשאים למסור את החזקה בנכס או במקצתו, או לאפשר שימוש בנכס או במקצתו, לאחר, פרט לילדיהם שאינם נשואים. כמו כן השוכרים אינם רשאים להעביר זכויות לפי חוזה זה כולן או בחלקן לכל אדם ו/או גוף משפטי אחר. ואולם, רשאים השוכרים לארח אורחים בדירה כמקובל.

15. במקרה שהשוכרים מעוניינים להפסיק את השכירות לפני תום תקופת השכירות, רשאים הם לעשות זאת, ובתנאי שהעמידו במקומם שוכרים הגונים שישכרו את הדירה בתנאי חוזה זה, ובלבד שהם בעלי משפחה בגודל דומה ובעלי יכולת כלכלית דומה. זאת, לאחר שהודיעו למשכירים על כך בכתב 30 יום מראש.⁶⁶ השוכרים מתחייבים לפצות את המשכירים על ההוצאות, ההפסדים והטרחה שייגרמו עקב החלפת השוכרים.

63. מומלץ לקבוע סכום שמכפיל את גובה שכר הדירה. כך שאם הדירה מושכרת בסך 3000 ש"ח בחודש, יירשם למעלה בתוספת של 100 ש"ח ליום.

64. ללא התחייבות, שוכר פטור בנזק שגרם בנו וכדומה (משפט השכירות עמ' קנה), על כן, נוספה בחוזה התחייבות מפורשת המרחיבה את אחריות השוכר.

65. מן הדין אין חיובי שמירה על מקרקעין (שולחן ערוך חו"מ שא, א), אולם, השוכר יכול לקבל על עצמו חיוב כזה בצירוף מעשה קניין (שם, ד, וש"ך שם, ז).

66. על פי דין, שוכר רשאי להשכיר למי שבני ביתו אינם רבים משלו (שולחן ערוך חו"מ שטז, א). בחוזה הנהוגים מקובל שזכותו של השוכר מוגבלת, והוא אינו יכול להעביר את החזקה לאחר (משפט השכירות, עמ' רמדרמה).

16. השוכרים יישאו בכל התשלומים הכרוכים בשימוש שוטף בנכס, לרבות ארנונה, מסי רשות מקומית, חשבון החשמל והמים, תשלומים שוטפים⁶⁷ לוועד בית, שימוש בגז, חשבון טלפון מספר _____, וכדומה.⁶⁸
17. השוכרים יעבירו על שמם את החשבונות הרלוונטיים, ובכלל זה, חשבון הארנונה ברשות המקומית, חשבונות חשמל, מים וגז.
18. המשכירים או שלוחיהם רשאים 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 של הנכס.⁶⁹
19. השוכרים אינם רשאים לעשות שימוש בנכס, המפריע באופן בלתי סביר לדיירי הבית ו/או לשכנים האחרים.⁷⁰
20. אם נשאר חוב כספי על השוכרים 90 יום לאחר תום תקופת השכירות, בין למשכירים ובין עקב ההתחייבויות המפורטות בסעיף 14 שנתבעו מהמשכירים,⁷¹ הרי שהשוכרים מתחייבים מעכשיו לשלם למשכירים סך _____ ש"ח עבור כל יום איחור.⁷²
21. לשם הבטחת כל חיוביהם הכספיים לפי חוזה זה, מסרו השוכרים למשכירים בעת חתימת החוזה זה, שטר חוב / שיק ביטחון בסכום של _____ ש"ח.⁷³ שטר החוב יוחזר לשוכרים 60 יום לאחר תום תקופת השכירות, בתנאי שהשוכרים שילמו למשכירים את כל התשלומים שבהם הם חייבים לפי הוראות חוזה זה. כן ימציאו שני ערבים לשטר החוב ו/או לשיק, להנחת דעת המשכירים, אשר יחתמו גם כערבים לכל התחייבויות השוכרים לפי חוזה זה.

חובות המשכירים

22. מס רכוש שיחול על הנכס, אם יחול, ישולם על ידי המשכירים.

67. זאת, להוציא תשלומים חריגים, המוטלים על המשכיר (משפט השכירות עמ' קב-קכט).
68. סעיף זה הוא מעיקר הדין, המחייב את השוכר בשירותים שהוא מקבל עקב מגוריו בנכס (משפט השכירות עמ' קכו).
69. בידי המשכיר לשייר לעצמו זכות זאת, ולכן יש לכך תוקף.
70. מבוסס על שיעור בקניין ראו הע' 60.
71. למשל, במקרה של ארנונה שרשומה ע"ש השוכרים, והמשכירים כלל אינם נתבעים – אין מקום לפצות את המשכירים.
72. סעיף זה נועד להטיל על השוכר קנס במקרה של אי-פרעון חובות לאחר שעוב את הנכס. קנס כזה הוא בגדר ריבית דרבנן וכדי לאפשר אותו נקבע בחוזה כי הסכם זה נעשה במסגרת היתר עסקא.
73. מומלץ לכתוב בשיק סך שכר דירה של ששה חודשים לפחות.
- 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 לגובה חובותיו.

23. המשכירים יעבירו לידי השוכרים את החזקה בנכס, למטרותיה של השכירות, החל מתאריך _____, בשעה _____ כאשר הוא פנוי מכל אדם וחפץ (מלבד הפריטים שנרשמו להלן בנספח ב') וראוי לשימוש על פי מה שסוכם, פרט לפגמים המפורטים בנספח ג'.
24. בדירה מותקן קו טלפון / לא מותקן קו טלפון; בדירה יש הכנה לחיבור גז / חיבור לגז / אין הכנה לחיבור גז (מחקו את המיותר).
25. עבור כל יום של איחור בהעברת החזקה בנכס, שלא מחמת אונס גמור, מוסכם בזאת על הצדדים, שהמשכירים יפצו את השוכרים בסכום של _____ ש"ח.⁷⁴
26. הרשות ביד המשכירים להעביר לאחר או לשעבד את זכויותיהם בנכס, ובלבד שהליך זה לא יפגע בזכויות השוכרים.⁷⁵
27. (<סעיף רשות) במקרה שאין מזוהות בדירה, הרי שהשוכרים יתקינו מזוהות משלהם בנכס. בתום תקופת השכירות, המשכירים מתחייבים לשלם לשוכרים את שווי המזוהות, אלא אם כן הם יחליפו את המזוהות של השוכרים במזוהות משלהם.⁷⁶ אם היו מזוהות בדירה רשאים השוכרים לקחתם לבדיקה, על חשבונם. ואם יימצאו מזוהות פסולות, חייבים המשכירים להתקין מזוהות כשרות.

תיקונים בנכס

28. השוכרים בדקו את הנכס, והם מודים שאין בו כל מום גלוי,⁷⁷ פרט לאלה המפורטים בנספח ג'.
29. אם יתגלו פגמים במהלך השכירות הדורשים תיקון, יודיעו השוכרים על כך למשכירים בהקדם האפשרי לאחר גילוי הפגם. המשכירים יבצעו תיקונים או יישאו בתשלומים עבור תיקונים הדורשים בעל מקצוע,⁷⁸ והנדרשים כדי לאפשר לשוכר את השימוש לו הוא זכאי על פי חוזה זה, והצורך בהם לא נגרם עקב מעשה או מחדל בלתי סביר של
74. מומלץ לכתוב סך דמי שכירות ליום.
75. על פי ההלכה (שולחן ערוך חו"מ שיב, ג) משכיר רשאי למכור את המושכר, אולם, זכויות השוכר נשמרות.
76. מן הדין על השוכר להתקין מזוהות (שולחן ערוך חו"מ שיד, ב), ואסור לו להסירן כאשר הוא עובד (שולחן ערוך יו"ד רצא, ב). על פי הדין יכול השוכר לתבוע את שווי המזוהות מהשוכר שבא אחריו (רמ"א שם). בפועל הדבר יוצר בעיות ממוניות, ולכן הוחלט לקבוע בחוזה פיצוי ע"י המשכיר. האפשרות להחליף את המזוהות מוסברת בכך שכל אדם יכול להחליף את המזוהות בביתו, והבעיה היא רק בהשארת הבית ללא מזוהות (ע"פ הרב זלמן נ. גולדברג).
77. אילו היה הסעיף מנוסח כמחילה על מום, היה צורך בהגדרת סכום המחילה. לפיכך, העדפנו ניסוח המבוסס על הודאה ("אודיתא").
78. מעיקר הדין על המשכיר מוטלים התיקונים הדורשים בעל מקצוע, ועל השוכר התיקונים שאינם כאלה (שולחן ערוך חו"מ שיד, א"ב), אולם, גם בעניין זה הולכים אחר המנהג (רמ"א שם, ב). כאן נקבע שהמשכיר אחראי לכל תיקון שדורש בעל מקצוע, כדי שהשוכר יוכל לגור בדירה, ובלבד שהשוכר לא גרם לנזק. שהרי אם השוכר גרם לנזק המשכיר אינו חייב לתקן.

השוכרים. השוכרים יתקנו על חשבונם כל פגם אשר התגלה במהלך תקופת השכירות אשר נובע ממעשה ו/או מחדל שלהם.

30. המשכירים יבצעו את התיקונים להם הם אחראים תוך זמן סביר לאחר שנודע להם על הצורך בו.⁷⁹ אם השוכרים ביצעו את התיקון הנדרש קודם לחלוף זמן התיקון הסביר, הם יקבלו החזר בגובה עלות התיקון הנמוכה ביותר שהיו המשכירים יכולים להשיג.⁸⁰

31. במקרים דחופים, או כאשר לא ניתן להודיע למשכירים על הדרוש תיקון, או במקרה של עיכוב בלתי סביר בביצוע התיקון מצדם של המשכירים, הרי שהשוכרים רשאים לתקן את הטעון תיקון, ויוכלו לקזז את עלותו הסבירה והמוכחת של התיקון מדמי השכירות.⁸¹

פינוי הנכס

32. עם תום תקופת השכירות, או בכל מקרה אחר שבו תבוא השכירות לקיצה לפי חוזה זה, יפנו השוכרים את הנכס, ויותירו אותו נקי ומסודר, ופנוי מכל מחזיק או רכוש שאינו שייך למשכירים.

33. השוכרים מתחייבים להחזיר את הנכס למשכירים: במצב נקי ומסודר כפי שקיבלו אותו / מסויד ונקי (מחקו את המיותר).

34. לא פינו השוכרים את הנכס לפי סעיף 32, ישלמו למשכירים סכום המהווה 200% מדמי השכירות היומיים, עבור כל יום, כדמי שימוש, עד לפינוי הנכס. בנוסף, המשכירים ו/או מי מטעמם יהיו רשאים להיכנס לנכס ולפנות ממנו את כל החפצים של השוכרים.⁸² השוכרים מתחייבים לפצות את המשכירים על כל ההוצאות, ו/או הנוקים ו/או מניעת

79. בספר **כסף הקדשים**, על שולחן ערוך שעה, א, כתב: "פועל שעשה ועבר על תנאי הגבלת הזמן... יש לומר שהוזה ליה כיוורד שלא ברשות". דהיינו, אי עמידה בזמנים מהווה הפרה של ההסכם בין הצדדים, לפיכך, על המשכירים לתקן את הליקויים תוך זמן סביר כפי שצדדים סבירים גומרים בדעתם.

80. בספר **נתיבות המשפט** שיב, יא, כתב ששוכר יכול לתקן את הנדרש במקום המשכיר ולנכות את עלות התיקון מדמי השכירות.

הדעת נותנת שאם הדבר נעשה לפני שנתנה הודמנות למשכיר לתקן, הרי דינו של השוכר כ"יורד לשדה חברו שלא ברשות ונטעה" (**שולחן ערוך** חו"מ שעה, ג), כיון שהשוכר השביח את הנכס של המשכיר ללא תיאום מראש. במקרה כזה, מעריכים את התועלת הכספית שנגרמה לבעל הנכס, תועלת זו מושפעת הן מאיכות התיקון והן בהשוואה לעלות תיקון כזה עבור בעל הנכס (**רמ"א** חו"מ שעה, ד). ולכן, אם בעל הנכס היה יכול לתקן את התקלה בעצמו ללא הוצאות, והשוכר הזמין בעל מלאכה לפני שניתנה למשכיר הודמנות לתקן – השוכר לא יקבל כל החזר.

81. כאמור, בהערה הקודמת זו זכותו של הנתבע לתקן, ולמיטב ידיעתנו זהו גם המנהג במדינת ישראל.

82. בהלכה (**שולחן ערוך** חו"מ שיט, א) נדונה זכותו של בעל נכס לפנות את רכושו של פולש, ראו שם בפרשנים את הדעות השונות. כאן הצדדים הסכימו לאפשר למשכיר לפנות את רכושו של השוכר לאחר סיום השכירות.

רווח אשר ייגרמו למשכירים כתוצאה מכך, אף באופן עקיף.⁸⁵ אין בסעיף זה כדי למנוע מהמשכירים כל סעד אחר, ואין בו כדי לפטור את השוכרים מחובתם על פי סעיף 32.⁸⁴

ביטול החוזה

35. הסעיפים הבאים הם תנאיו היסודיים⁸⁵ של חוזה זה לטובת המשכיר – 5, 7, 7א, 10, 13, 14, 16.⁸⁶
36. אם השוכרים לא ימלאו אחר התנאים היסודיים של חוזה זה, רשאי המשכיר לבטל את החוזה על כל המשתמע מכך.
37. הודעת המשכירים על סיום תקופת השכירות על פי סעיף 36 תישלח לשוכרים במכתב רשום, או תימסר לשוכרים בכתב עם אישור מסירה של מי מהם. דרישה שלא נעשתה בדרך זו, בטלה.
38. אם הפרו השוכרים סעיף יסודי של חוזה זה, אך נמנעו המשכירים להעלות את הדרישה לפינוי הנכס למעלה מעשרה ימים לאחר שנודע להם על הפרתו, הרי שיראו אותם כמי שמחלו על הזכות להביא את ההסכם לסיום עקב התנאי שלא קיים. לפיכך, השכירות תימשך, והמשכירים יהיו מנועים מלהעלות את הדרישה לסיום תקופת השכירות בשל הפרה זו.⁸⁷ זאת, מבלי לגרוע מזכותם של המשכירים לדרוש את הפסקת החוזה בכל מקרה של הפרה נוספת או מתמשכת.
39. אם הנכס לא יימסר לשוכרים בזמן, או שהוא לא יהיה ראוי למגורים סבירים,⁸⁸ רשאי השוכר לבטל את החוזה, על כל המשתמע מכך.⁸⁹
40. אם נכנסו השוכרים לנכס לאחר שנודע להם על אי מילוי התנאי על ידי המשכירים, או אם נמנעו השוכרים להודיע למשכירים על ביטול השכירות, למעלה מעשרה ימים
83. יש צורך בהתניה מפורשת, כדי להבטיח חיוב של השוכרים על נזקים עקיפים ובמיוחד על מניעת רווח, כגון, במקרה שהדירה תעמוד ריקה במשך זמן מה עקב פינוי מאוחר ע"י השוכרים.
84. רוצה לומר: נכונותו של השוכר לשלם את התשלום עקב אי פינוי הדירה אינו מאפשר לו להישאר בדירה מעבר למה שמתיר החוזה.
85. הפרה יסודית מאפשרת ביטול מיידי של החוזה, לעומת זאת הפרה שאינה יסודית מאפשרת ביטול של החוזה רק לאחר הודעה לצד שהפר את החוזה.
86. התנאים היסודיים הם:
אי חריגה ממטרת השכירות – סעיף 5.
תשלום בזמן – סעיפים 7, 7א, 10.
לא לשנות את הנכס – סעיף 13.
לא להעביר את החזקה לאחר – סעיף 14.
לשלם את התשלומים החלים על הגר בדירה – סעיף 16.
87. כיון שהתנאי הוא לטובת המשכיר, הרי שהוא יכול למחול עליו, ולהמשיך את השכירות (שולחן ערוך אה"ע לח, סעיף זה קובע ששתיקה מתמשכת אל מול הפרה דינה כמחילה).
88. היות הנכס ראוי למגורים סבירים היא חלק מההתחייבויות הבסיסיות של המשכיר (ראו הע' 58).
89. שאר חיובי המשכיר יישארו בתוקפם.

- לאחר אי מילוי התנאי על ידי המשכירים, יראו אותם כמי שמחלו על התנאי, השכירות תימשך, והם יהיו מנועים מלדרוש את סיום תקופת השכירות.⁹⁰
41. הודעת השוכרים על סיום תקופת השכירות על פי סעיף 39 תועלה על הכתב, ותופנה למשכירים במכתב רשום, או במסירה אישית למשכירים עם אישור מסירה של מי מהם. דרישה שלא נעשתה בדרך זו, בטלה.
42. השוכרים מודעים לכך שהמשכירים לא ביטחו את רכושם של השוכרים בפוליסת ביטוח, ואם הם מעוניינים בכך, הם רשאים לבטח את רכושם בפוליסת ביטוח רכוש.
43. השוכרים אינם רשאים להכניס בעלי חיים לדירה אלא ברשות המשכירים.

הסכם בוררות ותוקף הלכתי

44. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁹¹
45. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁹² במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר רואה אותה כמספקת.⁹³
46. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.⁹⁴ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁹⁵

90. מחילה על הזכות לבטל את החוזה אין משמעה מחילה על חובת המשכיר לתקן את הדרוש תיקון, או לשלם על תיקון שבוצע כדיון, וכן אין משמעה מחילה על הקנס המושת על המשכיר במקרה של איחור במסירת הנכס.
91. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.
92. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.
93. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
94. 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 חתימת שני הצדדים.
95. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבותיהם בטענת "פרעתו", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.

47. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁹⁶ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים,⁹⁷ ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.⁹⁸ כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל⁹⁹ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁰⁰
48. כתובות הצדדים לצורך חוזה זה הן כמופיע במבוא לחוזה. הודעה בכתב משמעה בחוזה זה הודעה במכתב רשום.
- ועל כל הנ"ל באנו על החתום:

המשכירים

השוכרים

96. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).
97. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).
98. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו **שולחן ערוך** אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". **בשולחן ערוך** חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב **רמ"א** אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש **חלקת מחוקק** אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.
99. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (**שולחן ערוך** חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: **רמ"א** חו"מ רז, טו).
100. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. **רמב"ם** מכירה יא, ב; **שולחן ערוך** חו"מ רז, ב.
- לדעת **שולחן ערוך** חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (**שולחן ערוך** חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

נספחים**א. כתב ערבות**

אני הח"מ ערב לכל חיוב כספי המוטל על השוכרים ע"פ תנאיו וסעיפיו השונים של חוזה זה, ובכלל זה את סמכות הבורר שמזכר בחוזה.¹⁰¹ מודע אני לכך, שכערב, אני מתחייב לשלם למשכירים כל סכום שחייבים בו השוכרים לפי חוזה זה, בכל מקרה שהשוכרים אינם משלמים את הסכום בתוך פרק זמן סביר.¹⁰² ערבות זו קיבלתי על עצמי בקניין הראוי, מעכשיו, בפני בית דין חשוב, לא כאסמכתא ולא כטופסי דשטרי.

_____	_____	_____	א.
שם פרטי	שם משפחה	ת.ז.	
_____	_____	_____	
טלפון	כתובת בבית	טלפון נייד	
_____	_____	_____	
טלפון	כתובת בעבודה	חתימה	
_____	_____	_____	ב.
שם פרטי	שם משפחה	ת.ז.	
_____	_____	_____	
טלפון	כתובת בבית	טלפון נייד	
_____	_____	_____	
טלפון	כתובת בעבודה	חתימה	

ב. רכוש בנכס

בנכס מצויים הפריטים הבאים, אשר הם בבעלות המשכירים:

1. _____.
2. _____.
3. _____.
4. _____.

101. הכוונה לכך שהערב מקבל על עצמו את כל מה שהשוכר קיבל על עצמו, כדוגמת, נאמנות, סעיף 46.
 102. שולחן ערוך חו"מ קכט, י: כגון, שהלווה ברח, או שהוא אלם ובית הדין אינו יכול לכופו אותו לשלם.

חווה שכירות – דירת מגורים עם הערות מבארות ♦ 321

5. _____

6. _____

ג. פגמים במושכר (למילוי בעת העברת החזקה)

בתאריך _____ השוכרים קיבלו לידיהם את הנכס לשימושם, ובו הפריטים המפורטים בנספח ב' לחווה זה, כאשר כולם במצב תקין וטוב, פרט ל _____.

ד. קריאת מונים

מונה חשמל – _____

מונה מים – _____

מונה גז – _____

ועל כל הנ"ל באנו על החתום:

המשכירים

השוכרים

הסכם השאלת ספר תורה

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

מבוא	ד. הפסקת החוזה
א. הסכם השאלה עם עמותה	ה. אחזקה שוטפת
ב. כריתת חוזה ההשאלה	ו. השאלת משנה
ג. אחריות על נזק וביטוח	

מבוא

מצווה מן התורה לכתוב ספר תורה, וכך נפסק בשולחן ערוך: "מצות עשה על כל איש ישראל לכתוב לו ספר תורה... ואינו רשאי למוכרו..."¹.

מצווה זו יקרה וקשה ליישום, ובימינו ניתן לקיימה באופן אחר, כפי שממשיך וכותב השולחן ערוך:² "האידינא, מצוה לכתוב חומשי תורה ומשנה וגמרא ופירושיהן, ולא ימכרם אם לא ללמוד תורה ולישא אשה". ונחלקו המפרשים אם בימינו עדיין צריך לכתוב ספר תורה כשר או שניתן לקיים את המצווה ברכישת ספרי קודש אחרים.³

למרות זאת, ישנם מי שכותבים ספר תורה או שוכרים סופר שיכתוב עבורם. ולאחר שהספר מוכן בדרך כלל מוסרים אותו לבית כנסת כדי שיקראו בו, ולא שיהא מונח כאבן שאין לה הופכין.

בעלי הספר לא נותנים אותו במתנה או בהקדשה לבית כנסת אלא בהשאלה, וזאת מסיבות שונות: אם מפני שחוששים לשיטה שבכך יפסידו את מצוות כתיבת ספר תורה,⁴ ואם כדי לשמור על האפשרות לקחת את הספר אם הם או יורשיהם יעברו להתפלל בבית כנסת אחר.

לכן מקובל שבעל הספר משאיל את הספר לבית כנסת, ואז הרשות בידו לקחת את הספר כשיצטרך לו.

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר אילן.

1. שולחן ערוך יו"ד ער, א.
2. שולחן ערוך יו"ד ער, ב.
3. ראו ש"ך שם, ער, ה; ט"ז שם, ד.
4. ראו חידושי רבי עקיבא איגר על שולחן ערוך יו"ד ער, א.

מכאן באנו לסוגיית חוזה השאלה בין הבעלים של ספר התורה לבין בית הכנסת, וליתר דיוק, לבין העמותה שמנהלת את בית הכנסת. כיוון שמדובר על חוזה ארוך-טווח, מן הראוי לכתבו (כדי שלא יישכח), ולהחתים את שני הצדדים למען יעמוד ימים רבים.⁵ לכאורה חוזה השאלה רגיל בפנינו. עם זאת ישנן כמה שאלות שיש ליתן עליהן את הדעת מראש. לכל שאלה כזו נקדים את הרקע ההלכתי, הדין הנוהג בדרך כלל, ואח"כ נפרט את השיקולים המיוחדים למקרה דנן של השאלת ספר תורה. התנאה מפורשת בחוזה יכולה לשנות את הדין כיוון שלפי ההלכה "כל תנאי שבממון קיים".

א. הסכם השאלה עם עמותה

בדרך כלל, בתי כנסת פועלים במסגרת עמותה. הסכם השאלה עם עמותה מחייב להבהיר על מי מוטלות חובות העמותה, כגון, החובה לשמור על המושאל, וכן בידי מי הזכויות, ובכלל זה הזכות לקבוע כיצד ייעשה שימוש במושאל. כאשר מדובר על השאלה לבית כנסת שאיננו מאוגד כעמותה, רצוי שהמשאיל ידרוש מבית הכנסת להקים עמותה, ולו רק לצורך זה, מאחר שהאישים השונים החותמים על הסכם כזה מתחלפים באופן טבעי, וחתימתם איננה יכולה לחייב אנשים אחרים אשר יחליפו אותם בעתיד. ואולם, אם מדובר בבית כנסת בקיבוץ, מושב שיתופי או יישוב קהילתי, והגופים האמורים מנוהלים על ידי אגודה שיתופית, ניתן לחתום על ההסכם עם האגודה השיתופית באמצעות נציגיה הנבחרים.

ב. כריתת חוזה ההשאלה

על פי ההלכה השאלת מיטלטלין נעשית על ידי העברת החוקה לידי השואל, או ע"י קניין סודר, או ע"י הצהרה של הצדדים שהתבצע מעשה קניין כנדרש. כך נקטנו בחוזה זה.

ג. אחריות על נזק וביטוח

בדרך כלל השואל חייב באחריות על החפץ המושאל, ואפילו אם אירע לו אונס.⁶ הטעם לכך הוא משום שהמשאיל עושה טובה לשואל, ואילו השואל "כל הנאה שלו". כאמור, במקרה דנן גם המשאיל נהנה, שכן אינו יכול או אינו רוצה להשאיר את הספר בביתו. יתר על כן, לעתים לבית כנסת יש כבר ספרים משלו, והוא עושה טובה למשאיל בשואלו את הספר. לכן ראוי שהצדדים יסכימו מראש על אחריות מופחתת, והדבר אפשרי כפי שנאמר במשנה: "מתנה שומר חינם... והשואל להיות פטור מלשלם".⁷ לפיכך, הדעת נותנת שעל העמותה לקבל אחריות כשומר שכן, שחייב בשמירה מעולה, ומשלם במקרה

5. נעזרתי בנוסח שנכתב ב"ארץ חמדה", אבל שיניתי והוספתי כפי שיוכל לראות המעיין.

6. שולחן ערוך חו"מ שמ, א.

7. בבא מציעא צד, א.

של פשיעה, גניבה ואבידה. כדי לפטור את הצדדים מלהישבע המשאיל מסכים מעתה שהוא מקבל את גרסת הגבאי האחראי בבית הכנסת, באשר למה שאירע לספר. למעשה, כיוון שספר תורה הוא יקר, בימינו אין כמעט ספר שאינו מבוטח מפני שריפה, גניבה וכדומה.

בחלק מהמקרים הבעלים דורשים שבית הכנסת יבטח את הספר על חשבונו ובמקרים אחרים בית הכנסת אינו מוכן להעמיס על עצמו הוצאה כזו. גם כאן פתוחה הדרך לצדדים להסכים ביניהם על עלויות דמי הביטוח כפי שיראה להם, וכן ניתן להסכים מי המוטב במקרה של נזק.⁸

בכל מקרה חשוב לציין שהביטוח פוטר את בית הכנסת מחובת השבה במקרה של אבדן שהביטוח מכסה אותו. סעיף זה גם יפטור את בית הכנסת מחובת השבה במקרה שחברת הביטוח משתזה או מערימה קשיים בפרעון החוב.

לסיכום, ההסכם המוצע כולל הגדרה של אחריות בית הכנסת למקרה של נזק לספר, ופטור כאשר ישנו ביטוח שמשפה במקרה של נזק.

אם העמותה תחויב, אם בגלל שלא עשתה ביטוח או שלא עמדה בתנאי הביטוח (כגון שלא נעלה את הספר כנדרש ע"י חברת הביטוח) העמותה תשלם דמי הספר בשווי שנקבע מראש בחוזה או בשווי שייקבע ע"י שמאי מומחה לעניין, ובמקרה של חילוקי דעות באשר לשווי יכריע הבורר.

ד. הפסקת החוזה

חזרת המשאיל – כאשר אדם משאיל חפץ לחברו לזמן קצוב הוא אינו יכול לחזור בו לפני תום תקופת ההשאלה, כיוון שהשואל קנה זכות בחפץ למשך תקופת ההשאלה.⁹ לעומת זאת כאשר הוא משאיל לזמן בלתי קצוב ישנה מחלוקת בין הראשונים: לדעת רבנו תם¹⁰ דינו כמשאיל לזמן קצוב של שלושים יום (כמו המלווה לחברו סתם שהכלל הנקוט בידינו הוא 'סתם הלוואה שלושים יום'). לדעת ראשונים אחרים¹¹ אין קצבה להשאלה זו, ולכן המשאיל יכול לתבוע את החזרת החפץ בכל עת שירצה, וכן נפסק בשולחן ערוך.¹²

חזרת העמותה – הראשונים דנו באפשרות חזרת השואל.¹³ מוסכם שהשואל רשאי לחזור בו בתוך זמן ההשאלה, כיוון שההשאלה הייתה לצורכו בלבד. אלא שלדעת הרא"ה לא די בהודעה של השואל על סיום ההשאלה והוא צריך להחזיר בפועל את החפץ לרשות

8. בספר אור שמח שכירות ז, א, יש דיון על שוכר בית שביטח אותו בחברת ביטוח ואח"כ נשרף הבית, שמא יש לבעל הבית טענה "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו".

9. שולחן ערוך חו"מ שמא, א.

10. תוספות שבת קמח, א, ד"ה שואל; הובא בסמ"ע שמא, א.

11. רש"י רמב"ן ורשב"א שם, רא"ש מכות א, ד. כך פסק גם הרמב"ם שאלה א, ה.

12. שולחן ערוך חו"מ שמא, א.

13. הדיון מובא בנימוקי יוסף בבא מציעא נו, א, בדפי הרי"ף, ובחידושי הר"ן בבא מציעא צט, א.

המשאיל, ואם חוזר בו ונאנס בשעה שמחזירו האחריות עדיין עליו. ערוך השולחן¹⁴ פוסק שבהשאלה לזמן השואל יכול לחזור בו "דהא לטובתו נעשה הזמן". אבל הוא מוסיף, שאם גם למשאיל יש אינטרס בהשאלה, כגון משאיל ביתו, שאינו מעוניין שהבית יעמוד ריק, "אפשר שאין יכולים לחזור בהם". אמנם אם לא קבעו זמן, כל אחד מן הצדדים יכול לחזור בו.

כדי לאפשר לשני הצדדים להתארגן לקראת הפסקת החוזה, נקבע בחוזה כי ניתן להפסיק את החוזה רק 45 יום לאחר ההודעה על ההפסקה.

ה. אחזקה שוטפת

לגבי שומר על ספר תורה (שאינו רשאי להשתמש בו) נפסק בשולחן ערוך:

המפקיד ס"ת אצל חבירו, גוללו פעם אחת ל"ב חדש. ואם כשהוא גוללו פתחו וקרא בו, מותר; אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא.¹⁵

כלומר, אין רשות לשומר להשתמש בספר אבל עליו לגלול אותו כדי לשמור עליו. מכאן נלמד ששומר, כולל שואל צריך לנקוט בפעולות מינימאליות כדי להגן על החפץ המופקד בידו.

מעבר לכך עולה שאלת תיקון טעויות שעלולות להתגלות בספר או פעולות אחזקה יקרות. בעניין זה שורת הדין היא כפי שנפסק לגבי השכרת דירה בשולחן ערוך:

המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו... וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות.¹⁶

אם כן נראה הוגן לקבוע שהמשאיל יודיע כי הספר עבר הגהה. ולאחר מכן האחזקה השוטפת (ובכלל זה תיקון טעויות שלא היו בעת ההשאלה) תהיה על חשבון בית הכנסת, ואילו תיקונים חריגים הדורשים בעל מלאכה יהיו על חשבון המשאיל (כאשר אין הביטוח מכסה זאת).

ו. השאלת משנה

פעמיים נאמר בגמרא: "כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר".¹⁷ הטעם הוא מפני שהמשאיל או המשכיר יכולים לומר: "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר".¹⁸

במקרה זה השואל הוא העמותה, ע"י נציגיה המוסמכים – בדרך כלל הגבאים.

14. ערוך השולחן חו"מ רצא, יט.

15. שולחן ערוך חו"מ רצב, כ.

16. שולחן ערוך חו"מ שיד, א.

17. גיטין כט,א; בבא מציעא כט,ב.

18. משנה גיטין כט,א; בבא מציעא לו,א; רמב"ם שכירות א, ד.

מימוש של עקרון "אין השואל רשאי להשאיל" יכול להיעשות בכמה דרכים, במקרה זה הצענו שתי אפשרויות: האחת, מניעה של הוצאת הספר מבית הכנסת למעט לצורך תיקון, השנייה, הסכמה על כך שניתן להוציא את הספר מבית הכנסת באישור הגבאים לצורך פעילויות של חברי בית הכנסת, כגון, מניין מיוחד בחגים או מניין של אבל מחברי בית הכנסת. הצדדים יכולים להסכים אחרת, כפי שאמור לעיל.

הסכם השאלת ספר תורה עם הערות מבארות

הסכם השאלת ספר תורה

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____ (/ /) למניינם)

בין:

שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן: "המשאיל")

ובין:

שם _____ ע"ר _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן: "השואלת")

פרטי ספר התורה: _____ (להלן: "ספר התורה")

(אם יש סימון וכדו', לציין).

הואיל והמשאיל הוא בעלים של ספר התורה

והואיל והמשאיל מעוניין להשאיל את ספר התורה שבבעלותו לשואלת

והואיל והשואלת מעוניינת לשאול את ספר התורה

מוסכם בזאת כך:

1. ספר התורה הושאל לשואלת בתנאים הבאים והתבצע מעשה קניין כנדרש.¹⁹
2. למען הסר ספק יובהר כי ספר התורה נשאר בבעלותו המלאה של המשאיל.
3. למען הסר ספק יובהר כי "השואלת" בחוזה זה, משמעה, העמותה, וכן נציגי העמותה הרשמיים, ובכלל זה חברי ועד העמותה כפי שייבחרו מעת לעת על ידי מוסדות העמותה, וכן הגבאים של בית הכנסת אשר מופעל על ידי העמותה. "המשאיל" לצורך הסכם זה הוא המשאיל עצמו וכן יורשי המשאיל, אחרי פטירתו של המשאיל בשיבה טובה.

¹⁹. כדי לכרות חוזה השאלה יש לבצע מעשה קניין. כאן הצדדים מודים שביצעו מעשה קניין כזה, ודי בהצהרה זו כדי לכרות את החוזה.

4. המשאיל מצהיר כי הספר עבר הגהה ע"י סופר וע"י מחשב וכי כל הטעויות שנמצאו בו תוקנו והוא נמצא ע"י מגיה מוסמך כשר לקריאה בתורה בציבור.²⁰
5. על השואלת לטפל בספר התורה באופן השומר עליו כמקובל. האחריות לאחזקה שוטפת, כולל תיקון טעויות שלא היו בעת ההשאלה, מוטלות על השואלת. תיקון קלוקל יסודי, שלא קרה באשמת השואלת מוטל על המשאיל.²¹
6. שני הצדדים רשאים להודיע בהתראה של 45 יום מראש על סיום החוזה.²² צד שהודיע על סיום החוזה אחראי על החזרת החזקה בספר התורה לידי המשאיל.
7. מחקן את המיותר (וחתמו בראשי תיבות בצד):²³
 - א. השואלת אינה רשאית להעביר את ספר התורה לחזקתו של אדם או תאגיד אחר ללא רשות המשאיל. השואלת רשאית להוציא את ספר התורה לפעילויות של השואלת מחוץ למבנה בית הכנסת.
 - ב. השואלת לא תוציא את ספר התורה מבית הכנסת ללא רשותו של המשאיל או בא כחו, למעט לצורך תיקונים נדרשים.
8. שני הצדדים מעריכים את שווי ספר התורה ביום חתימת הסכם זה בסך _____ ש"ח.²⁴
9. השואלת מקבלת על עצמה אחריות כדין שומר שכר, שחייב בשמירה מעולה, וחייבת בגניבה ואבידה למעט כל מקרה אונס (ובכלל זה אבידה באונס).²⁵ במקרה של נזק לספר התורה, אבדן או גניבה, כאשר יש מחלוקת בשאלת האחריות, המשאיל מקבל את גרסת השואלת והוא מאמין לנציגיה ללא צורך בשבועה, אא"כ הוא יצליח לשכנע את הבורר הקבוע לקמן כי אין לקבל את גרסתם.²⁶
20. סעיף זה מאפשר לשואלת לחזור בה, אם תמצא טעות שניכר בה שהייתה עוד לפני ההשאלה, ולא תצטרך להמתין את תקופת ההודעה המוקדמת כאמור בסעיף 6, שכן מקח טעות לפנינו. כמו כן, סעיף זה מבחיר כי אחריות השואלת לתיקונים אינה כוללת אחריות לתיקון טעויות שהיו בעת ההשאלה.
21. על פי ההלכה על השומר לגלול ספר תורה אחת לשנה לכל הפחות (**שולחן ערוך** חו"מ רצב, ב). חלוקת האחריות נעשתה באופן הקרוב לדין תורה, על פיו, על המשכיר האחריות לכל תיקון המחייב מעשה אומן (**שולחן ערוך** חו"מ שיד, א).
22. ע"פ שורת הדין משאיל יכול לתבוע את החזרת החפץ בכל עת שירצה אם לא נקבע משך ההשאלה (**שולחן ערוך** חו"מ שמא, א), וכך גם שואל. כאן נקבע צורך בהודעה סבירה מראש כדי לאפשר לצד השני להתארגן לקראת סיום ההשאלה.
23. ע"פ ההלכה אין השואל רשאי להשאיל (**שולחן ערוך** חו"מ שמב, א), ולכן ע"פ שורת הדין העמותה יכולה להשתמש בספר לכל פעילות של העמותה, אולם, אינה רשאית להעביר את החזקה לגורם אחר, ולכן זו האפשרות הראשונה. האפשרות השנייה מגבילה יותר את זכויות העמותה.
24. מטרת סעיף זה לחסוך התדיינות על שווי ספר התורה במקרה של נזק או אובדן. אבל יכולים הם להסכים כי הנוק יוערך ע"י שמאי מומחה.
25. ע"פ שורת הדין השואלת חייבת כשואל גם במקרה של נזק באונס. אך הפחתנו את רמת החיוב לרמת חיוב של שומר שכר כפי שהגדיר זאת השולחן ערוך (חיוב לשומר שמירה מעולה – **שולחן ערוך** חו"מ שג, יא; חיוב בגניבה ואבידה – שם חו"מ שג, ב; ופטור מאונס – שם חו"מ שג, ג).
26. כדי לחסוך את הצורך של השואלת להישבע על מה שאירע, הסכים השואל לקבל את גרסת השואלת ונציגיה, אא"כ יצליח להוכיח לבורר כי גרסתם אינה נכונה.

10. השואלת תבטח את ספר התורה תוך קביעת המשאיל כמוטב, והיא תשלם את הפרמיות לחברת הביטוח במשך כל התקופה שספר התורה מצוי בידה ואף תציג קבלות על תשלום הפרמיות למשאיל, אם יבקש זאת המשאיל. אם אירע נזק שאיננו באחריות השואלת בהתאם להוראות להסכם זה, הרי שהמשאיל ינהל את התביעה מול חברת הביטוח וישלם את דמי ההשתתפות העצמית. אם אירע נזק שהוא באחריות השואלת בהתאם להוראות הסכם זה, הרי שהשואלת תנהל את התביעה מול חברת הביטוח, ותשלם את דמי ההשתתפות העצמית. במקרה של סכסוך בשאלה על מי מוטלת האחריות לנזק, יכריע הבורר.
11. (<סעיף רשות) המשאיל מתנה עם השואלת כי בית הכנסת יקרא בספר בשבת, לפחות פעם בשנה, (ואפשר להוסיף) בשבת פרשת _____ (יום הזיכרון של _____).²⁷
12. בכל מקרה של פירוק השואלת ו/או סגירת בית הכנסת המופעל על ידי השואלת ו/או מעבר בית הכנסת למבנה אחר, תחזיר השואלת את ספר התורה למשאיל או ליורשיו, אלא אם יוסכם אחרת בכתב בין הצדדים.
13. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בורות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.²⁸
14. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,²⁹ במקרה שיש לבורר שטר בורות – כפי שמפורט באותו שטר בורות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר רואה אותה כמספקת.³⁰
15. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.³¹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מייד, בלא חרם, שבועה וכדומה.³²
27. למשפטי התנאים כללים משלהם, אבל סעיף 13 להלן נותן תוקף לתנאי זה.
28. סעיף הבוררות נוסח כשטר בורות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.
29. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בורות" עמ' 405 והלאה.
30. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
31. 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 חתימת שני הצדדים.
32. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.

16. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,³³ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים,³⁴ ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.³⁵ כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל³⁶ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.³⁷

17. החתומים מטעם השואלת מצהירים כי בסמכותם להתחייב ולחתום מטעמה. ועל כל הנ"ל באנו על החתום:

השואלת	המשאיל
מאשר כי הסכם זה נחתם על ידי השואלת עמותת _____ באמצעות ה"ה _____, ת.ז. _____, ר- _____, ת.ז. _____, וכי חתימתם של הנ"ל בצירוף חותמת העמותה מחייבת את העמותה לכל דבר ועניין.	
עו"ד	תאריך

33. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכיחות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).

34. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).

35. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו **שולחן ערוך** אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". **בשולחן ערוך** חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב **רמ"א** אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש **חלקת מחוקק** אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

36. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (**שולחן ערוך** חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: **רמ"א** חו"מ רז, טו).

37. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. **רמב"ם** מכירה יא, ב; **שולחן ערוך** חו"מ רז, ב.

לדעת **שולחן ערוך** חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") וה**רמ"א** שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (**שולחן ערוך** חו"מ רז, טו). לדעת **הרמ"א**, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

חוזה הלוואה ללא ריבית

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג והרב עדו רכניץ

מבוא	ד. ראיות על פירעון
א. שטר בחתימת עדים וחתימת המתחייב	ה. הצמדה וקנס
ב. גביית חוב בכתב ידו	ו. קביעת דרך פירעון
ג. שעבוד נכסים בימינו	ז. ערבות – שני ערכים
	ח. הנחיות מעשיות

מבוא

רוב ההלוואות בימינו ניתנות עם ריבית. פוסקי ההלכה עקפו את איסור ריבית, בכמה דרכים, כאשר הדרך הידועה והנפוצה קרויה בשם "היתר עסקא"¹. השטר המוצג כאן מיועד לאנשים שמעוניינים להלוות ללא ריבית (הדבר מקובל בהלוואות לגמ"חים ומגמחוי"ם), ובכך לקיים מצווה מן התורה, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

מצות עשה להלוות לעניי ישראל, והיא מצוה גדולה יותר מהצדקה, וקרובו עני קודם לעניים אחרים, ועניי עירו קודמים לעניי עיר אחרת, ואפילו עשיר שצריך להלוות, מצוה להלוותו לפי שעה ולההנותו אף בדברים וליעצו עצה ההוגנת לו.²

אמנם, יש להיזהר ממתן הלוואה למי שלא יוכל לפרוע אותה:

אסור ללוה לקחת הלוואה ולהוציאה שלא לצורך ולאבדה עד שלא ימצא המלוה ממה לגבות חובו; ואם עושה כן נקרא רשע. וכשהמלוה מכיר את הלוה שהוא בעל מדה זו, מוטב שלא ללוותו ממה שילוחו ויצטרך לנגשו אחר כך ויעבור בכל פעם משום "לא תהיה לו כנושה"³.

אחת הדרכים לקיים את המצווה היא בהלוואה לקרן הלוואות שמקפידה לבחון את מצבם הכלכלי של הלויים מהקרן.

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אונ' בר אילן.
הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, עפרה; דיין ברשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית".
1. ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 22.
2. שולחן ערוך חו"מ צו, א.
3. שולחן ערוך חו"מ צו, ד.

א. שטר בחתימת עדים וחתימת המתחייב

המונח "שטר" בדברי חז"ל מיוחד למסמך משפטי שעליו חתומים שני עדים. אין צורך בחתימת הצדדים על השטר, ודי בחתימת העדים. חתימות אלו מהוות ראיה לנכונות תוכנו של המסמך.⁴

קיימים סוגי שטרות שונים: בין היתר מבחינים בין שטרי קניין לבין שטרי ראיה. שטר קניין מהווה אחת מדרכי הקניין, כך למשל קרקע נקנית גם בשטר, ואילו שטר ראיה מהווה ראיה על מה שכתוב בו. בדרך כלל שטר קניין הוא גם שטר ראיה.

שטר הלוואה הוא בעיקרו שטר ראיה, שכן עצם החיוב של הלווה לשלם נוצר מכוח קבלת ההלוואה, אמנם יש והשטר גם מקנה זכויות, כזכות שעבוד נכסים, כמובא להלן.

שטר הלוואה יוצר שעבוד על נכסי הלווה. משמעות השעבוד היא שכאשר הלווה אינו פורע את ההלוואה יש זכות למלווה לגבות מקרקעותיו, ואפילו אם קרקעות אלו נמכרו על ידי הלווה לאדם אחר לאחר ההלוואה.⁵ שעבוד זה קיים גם אם הוא לא פורש בנוסח השטר, ובלשון חז"ל: "אחריות – טעות סופר"⁶ ואין למי שקנו את נכסי החייב לבוא בטענות, שכן חז"ל הניחו שכאשר שני עדים חתמו על המסמך תוכנו מתפרסם (בלשון התלמוד, יש לו קול) ולכן לקוחות פוטנציאליים מסוגלים לדעת להיזהר מקניית קרקע מהמתחייב בשטר, והקונה לוקח על עצמו את הסיכון שמא בעל השטר יגבה ממנו.⁷

מסמך שאין חתומים עליו עדים אלא הצד המתחייב בלבד, מכונה "כתב ידו" של המתחייב, והוא מחייב.⁸ למרות המונח "כתב ידו" די בחתימה של המתחייב על ההתחייבות, גם אם ההתחייבות נכתבה על ידי אחר או שהיא הודפסה.⁹

ב. גביית חוב בכתב ידו

קיים הבדלים משמעותיים בין שטר (בחתימת עדים) לבין כתב ידו (של המתחייב), למשל, ביחס לגביית החוב. בהקשר זה יש להזכיר את ההבחנה שבין גבייה מרכוש שנמצא בידי החייב (המכונה בתלמוד נכסים בני חורין) לבין גבייה מרכוש של החייב שנמכר או ניתן לאדם אחר (המכונה בתלמוד נכסים משועבדים).

כעת, כאשר מדובר בכתב ידו אוי ניתן לגבות את החוב מהחייב בלבד ולא ממי שקנה ממנו רכוש, ואילו כאשר מדובר על שטר ניתן לגבות את החוב גם ממי שקנה מהחייב מקרקעין לאחר יצירת החוב. הסיבה שלא ניתן לגבות חוב בכתב ידו מנכסים שנמכרו היא מפני

4. כתובות יח, ב; גיטין ג, א: "עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בבית דין".
5. וכן לגבות מן היורשים לאחר מות הלווה, אם כי להלכה נפסק שגם מלווה על פה גובה מן היורשים על פי תקנת הגאונים, ראו שולחן ערוך חו"מ קז, א.
6. בבא מציעא טו, ב.
7. שולחן ערוך חו"מ לט, א.
8. שולחן ערוך חו"מ סט, א.
9. שם.

שהקונים אינם יכולים להיזהר מלקנות נכס משועבד, כיוון שללא עדים החוב אינו מפורסם (בלשון התלמוד, לא יצא קול על החוב).¹⁰

הבדל נוסף בין כתב ידו לשטר קיים בנוגע לסדר הקדימה בגביית כמה חובות המוטלים על החייב, כאשר כולם גובים מרכוש הנמצא בידי החייב (נכסים בני חורין). לדעת רב האי גאון¹¹ מלווה על פה קודם לכל חוב שנוצר לאחריו, גם אם החוב המאוחר הוא בשטר. כיוון שכתב ידו דינו כמלווה בעל פה, הרי שגם חוב בכתב ידו קודם לכל חוב מאוחר אחר, ואפילו לחוב בשטר.

לעומת זאת, הרי"ף¹² חלק על רב האי וסבר שמלווה על פה אינו קודם להלוואה בשטר, אך קודם למלווה אחר שנעשה בעל פה. באותה מידה גם מלווה בכתב ידו קודם למלווה בכתב ידו שנעשה מאוחר יותר.¹³

להלכה נפסק בשולחן ערוך¹⁴ כדעת רב האי גאון, באורים ותומים¹⁵ פסק כדעת הרי"ף, והש"ך¹⁶ פסק שיחלוקו.

בנוגע לגביית חוב מיורשי החייב, תיקנו הגאונים שניתן לגבות מהעזובן כל חוב, ובכלל זה גם מלווה בעל פה, וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך: "הגאונים תקנו שיהא בעל חוב גובה מהיורשים מטלטלים שהניח אביהם; הילכך כופין אותם לפרוע חובות אביהם, אפילו הוא מלווה על פה".¹⁷ כיוון שכך, בוודאי שגם מלווה בכתב ידו ניתן לגבות מהעזובן.

ג. שעבוד נכסים בימינו

על פי החוק שעבוד רכוש לצורך מתן ערובה להלוואה נקרא משכון,¹⁸ ומשכון קרקע נקרא משכנתא.¹⁹ על פי החוק משכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה,²⁰ ודי בהסכם כדי שהמשכון יהיה תקף אף ללא רישום. אולם, משכון לא-רשום הוא בגדר התחייבות אישית של החייב.

כדי לתת תוקף למשכון גם כנגד צדדים שלישיים, יש לרשום אותו ברשם המשכונות ובמקרה של משכון מקרקעין – יש לרשום את המשכנתא בפנקסי המקרקעין, אם מדובר

10. **בבא בתרא** קעה,ב: "הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני חורין", וכך נפסק בשולחן ערוך חו"מ סט, א.

11. **תשובות גאוני מזרח ומערב**, א, מובא בבית יוסף חו"מ קד, יג.

12. **שו"ת הרי"ף**, קצו.

13. ראו ש"ך חו"מ מח, ב, שאין סומכים על הזמן הכתוב בכתב ידו אלא אם כן יש עדים המעידים על הזמן, בניגוד לדעת מהר"ם מלובלין.

14. **שולחן ערוך** חו"מ קד, יג.

15. **אורים ותומים** אורים קד, ל.

16. **ש"ך** חו"מ קד, כ.

17. **שולחן ערוך** חו"מ קז, א.

18. סעיף 1 לחוק המשכון תשכ"ז-1967.

19. סעיף 4 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969.

20. סעיף 3(א) לחוק המשכון תשכ"ז-1967.

במקרקעין הרשומים בהם.²¹ רישום כזה ייתן עדיפות לנושה כנגד נושים אחרים בבואם לגבות מהחייב עצמו.²² כאשר מדובר על שעבוד מקרקעין, דהיינו, משכנתא, היא מאפשרת גביית של החוב מהקרקע גם אם זו נמכרה או נתנה לאדם אחר.²³ כפי שנאמר לעיל (בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 32), למרות ששטר גורר גם יצירת שעבוד נכסים, כבר בתקופת הראשונים קבע הרא"ש²⁴ כי חוק המדינה יכול לבטל את השעבוד, וכך נפסק בשולחן ערוך:

בעל חוב שגבה חובו מבתי שמעון בכתב שלטון העיר שעשו הכרזה יום אחד, אחר כך בא בעל חוב (המוקדם) להוציא ממנו, וטוען המאוחר: כיון שלא ערערת בשעת הכרזה הפסדת בכך, אם היה הכרוז יוצא: כל מי שיש לו זכות ושעבוד על קרקע זה יבא ויערער וכל מי שלא יערער יבטלו זכויותיו, אם נהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו זכויותיו.²⁵

בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין²⁶ שבימינו, כאשר על פי חוק המדינה יש לרשום שעבוד, שטר אינו יוצר שעבוד ללא רישום. על כן, מסתבר שגם כאשר מדובר על כתב ידו לא ייווצר שעבוד ללא רישום, וכן לא תהיה קדימות למלווה בכתב ידו ללא רישום. בכל אופן כדי להבטיח את השעבוד יש לרשום את המשכון.

לסיכום, גם על פי ההלכה, כדי ליצור שעבוד נכסים שיבטיח גבייה ממקרקעין שהחייב מכר או כדי להבטיח קדימות לחוב יש לבצע רישום של השעבוד. לגבי גבייה מיורשי הלווה אין הבדל משמעוטי בין ההלכה לאחר תקנת הגאונים לבין החוק. כיוון שעל פי חוק הירושה יש לשלם מהעזובון את חובות המוריש ורק אחר כך לחלק את היתרה בין היורשים.

ד. ראיות על פירעון

הבדל נוסף בין שטר לבין כתב ידו הוא בדיני הראיות: כאשר המלווה מציג בפני בית הדין שטר חתום על ידי עדים אין הלווה נאמן לטעון שפרע אותו, כיון שאם פרעו היה אמור לקחת את השטר מידו של המלווה, והמלווה טוען 'שטרך בידי מאי בעי' (=מדוע שטרך נמצא בידו).²⁷

אבל כאשר ביד המלווה נמצא כתב ידו של הלווה, לדעת חלק מן הפוסקים, ובהם השולחן ערוך,²⁸ הלווה נאמן לטעון שפרעו ולא הקפיד לקחת את כתב ההתחייבות כיון שאינו שטר

21. סעיף 7 (א) לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969.

22. סעיף 4(3) לחוק המשכון תשכ"ז-1967.

23. סעיף 85(ב) לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969.

24. שו"ת הרא"ש עט, יג.

25. שולחן ערוך חו"מ קד, ב.

26. אגרות משה חו"מ ב, סב.

27. ראו בבא בתרא ע, א.

28. רי"ף בבא בתרא פג, א, בדפי הרי"ף; רא"ש בבא בתרא י, מט; רמב"ם מלווה ולווה יא, ג; רמב"ן, מלחמות ה', בבא בתרא פב, ב, בדפי הרי"ף, וכן פסק בשולחן ערוך חו"מ סט, ב.

גמור. לדעתם, דינו של הלווה יהיה כדין כופר במלווה ללא שטר (בעל פה) שנשבע שבועת היסת ונפטר. פוסקים אחרים, ובהם הרמ"א,²⁹ כתבו שדין כתב ידו כדין שטר המוכיח שהלווה לא פרע ולכן הלווה אינו נאמן לטעון 'פרעתי'.

כיוון שהיום החוזים נעשים ללא חתימת עדים יש להגדיר באופן ברור את כללי הנאמנות של הלווה, כדי לצאת מידי המחלוקת.

עניין ראייתי נוסף נובע מההלכה הבאה: כאשר המלווה מציג בפנינו שטר חתום על ידי **עדים** אין הלווה נאמן לטעון שפרע אותו, כיוון שאם פרעו מדוע לא לקח את השטר מידו של המלווה. אולם, הלווה רשאי לדרוש מהמלווה להישבע שהחוב נפרע, ובלשון הגמרא:³⁰ "אשתבע לי דלא פרעתיך", כיוון שלעיתים קורה שהלווה משלם את חובו והמלווה משתמט ואינו מחזיר מיד את השטר בתירוץ כלשהו.³¹

אם המלווה רוצה להשתחרר מהחשש שהלווה יטען שפרע או ידרוש ממנו שבועה הוא יכול להכניס לשטר תנאי הנקרא "נאמנות", ועל פיו הלווה מקבל עליו מראש שהמלווה יהיה נאמן אם יטען שהחוב לא נפרע. וכך נפסק בשולחן ערוך:

ואם השטר מקויים וטוען הלוה: פרעתי כולו, או מקצתו, והמלוה אומר: לא נפרעתי כלום, אם יש בו נאמנות, אינו נאמן. ואפילו אם אמר: השבע לי, אין שומעין לו, וגובה בלא שבועה.³²

כלומר, סעיף הנאמנות פוטר את המלווה בשטר משבועה כאשר הלווה טוען שהוא פרע את החוב ודרוש מהמלווה להישבע.

יתרה מזו, ניתן לסכם מראש שגם לגבי מלווה בעל פה המלווה יהיה נאמן לטעון שהחוב לא נפרע כפי שנפסק בשולחן ערוך:

התנה המלוה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו, הרי זה נוטל בלא שבועה אעפ"י שטען שפרעו, אפילו היא מלוה על פה... אבל אם הביא עדים שפרעו, אינו נוטל כלום.³³

מכאן נלמד שגם בהלוואה בכתב ידו אם יש נאמנות למלווה אזי הוא נאמן כנגד כל טענה של הלווה (כאמור לעיל, כשאין נאמנות, לדעת השולחן ערוך לווה נאמן לטעון שפרע הלוואה בכתב ידו). בשולחן ערוך מודגש שגם כאשר סוכם על מתן נאמנות למלווה, אם לחייב יש שני עדים שהוא פרע את החוב – הרי הוא נאמן ונפטר.

29. רשב"א בבא בתרא ע"א, ד"ה ולענין; שם קעו, א, ד"ה הוציא. ר"ה, ספר המאור בבא בתרא פב"ב, בדפי הרי"ף. מרדכי בבא בתרא, תרנה, בשם ר"י. נימוקי יוסף בבא בתרא לז"ב, בדפי הרי"ף, וכן פסקו טור חו"מ, סט; רמ"א חו"מ סט, ב.

30. שבועות מא"א; שולחן ערוך חו"מ פב, ב.

31. בבא מציעא טז"ב: "אימור, אשתמוטי קא משתמיט ליה, דאמר ליה: למחר יהבנא לך, דהשתא ליתיה גבאי. אי נמי – אפשיטי דספרא זייר ליה".

32. שולחן ערוך חו"מ פב, ב.

33. שולחן ערוך חו"מ ע"א, א.

למעשה בחוזה זה הגדרנו שהמלווה נאמן לגבות בלא שבועה כל זמן שהחייב לא הביא ראיה – לאו דווקא שני עדים – כגון אסמכתא מהבנק על הפקדה לחשבון המלווה.

ה. הצמדה וקנס

כאמור, מדובר בשטר הלוואה ללא ריבית, ובכל זאת, כדי לשמור על ערך הכסף ולמנוע הפסד מהמלווה ניתן להצמיד את הכסף למדד – ובדרך כלל – למדד המחירים לצרכן הכללי המתפרסם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מדי חודש. נחלקו הדעות אם יש איסור ריבית בתשלום הפרשי הצמדה.³⁴ כדי להימנע מחשש איסור ריבית יש לעשות היתר עסקא.³⁵ בוודאי שיש לעשות היתר עסקא אם קובעים שהחוב מוצמד למדד רק אם יעלה (כפי שעשינו בשטר זה).

למעשה אין כל הכרח להצמיד את ההלוואה למדד. במיוחד נכונים הדברים אם מדובר על הלוואה לטווח קצר בתקופה שבה עליית המדד היא אפסית או מתונה מאוד.

אחת הדרכים למנוע התחמקות של הלווה מפירעון חובו, או דחיות חזרות ונשנות של הפירעון, היא הטלת קנס מוסכם מראש על הלווה שאינו עומד בתשלום החוב בזמנו. קנס זה מעורר, בין השאר, שאלה של איסור ריבית, כיוון שבסופו של דבר יוצא שהוא משלם למלווה סכום גדול ממה שלווה ממנו.

בעניין זה יש להבחין בין שני אופנים: האחד – סכום קבוע, חד פעמי, שיוטל על הלווה אם לא פרע עד תאריך פלוני. השני – סכום משתנה, תלוי בזמן שעבר מתאריך הפירעון המוסכם עד התשלום בפועל.

לגבי קנס שהוטל באופן קבוע וחד פעמי נחלקו ראשונים. לדעת חלק מן הראשונים³⁶ אין בזה איסור ריבית. לדבריהם, כיוון שאילו פרע בזמן לא היה מוסיף כלום, ואם פרע באיחור של יום אחד חייב לשלם את מלוא הקנס, הדבר מראה שאין כאן תשלום על המתנת המעות אצל הלווה ('אגר נטר') אלא קנס. לדעת ראשונים אחרים³⁷ אין בזה אמנם איסור ריבית מן התורה כיוון שאיסור זה הוא רק בריבית קצוצה, אבל קיים איסור ריבית מדרבנן משום הערמת ריבית, וכך פסק בשולחן ערוך.³⁸

חמור מזה הוא קנס מתרבה, כיוון שהוא תלוי באופן מפורש בהמתנת המעות, ולכן כתב השולחן ערוך:³⁹ "אם חייב עצמו לתת למלווה כך וכך בכל שבוע בעוד שמעכב ממונו, הרי זה רבית גמור". יש האומרים שזו ריבית מן התורה ויש האומרים שגם זו אסורה מדרבנן בלבד.⁴⁰

34. הרב שלמה דייכבוסקי, "הצמדת חוב למדד", תחומין 1, עמ' 208-234.

35. תורת ריבית יז, ד; שם יט, לו.

36. בעל התרומות ד, לב; ר"י מיגש בבא בתרא קסח, א.

37. שו"ת הרשב"א א, תרנא.

38. שולחן ערוך יו"ד קעז, יד.

39. שם, טז.

40. מלוה ה', עמ' קה.

בפועל, כאמור, מקובל להימנע מאיסור ריבית על ידי "היתר עסקא". לדעת רוב הפוסקים די באמירה כללית שההלוואה נעשתה על פי היתר עסקא כתקנת חכמים.⁴¹ אולם, המעוניינים מוזמנים להוסיף היתר עסקא מפורט, כדעת חלק מהפוסקים. אמנם יכולים הצדדים להשמיט את סעיפי ההצמדה והקנסות, ולהלוות ללא היתר עסקא. אולם, גם אם לא ידוע מראש על ריבית בהסכם, מומלץ לציין שהוא נעשה על פי היתר עסקא כדי להבטיח את תקפותו המלאה של החוזה גם בנסיבות שלא תוכננו מראש, וכך נעשה גם כאן.

ו. קביעת דרך פירעון

הדין היסודי הוא שעל הלווה לפרוע באותו סוג של מטבע שבו התבצעה ההלוואה. הלווה יכול לפרוע במטבע זה גם אם אירע שינוי בשער המטבע, או שמטבע זה נפסל על ידי השלטון. אולם, המלווה יכול להתנות מראש באלו מעות הלווה יפרע לו. למשל: אם אמר המלווה 'פרע לי מעות היוצאים בהוצאה' אין הלווה יכול לפרועו במטבע שנפסלה על ידי השלטון, אפילו אם ההלוואה הייתה במטבע זה.⁴² הטעם הוא משום שכל תנאי שבממון קיים. מטעם זה המלווה יכול להתנות שאין הוא מקבל שיק כפירעון, אלא מזומן, שיק בנקאי או העברה בנקאית בלבד.

ז. ערבות – שני ערבים

המלווה יכול לדרוש שהלווה יביא ערב, אחד או יותר, לחוב. לדעת הרמב"ם: "שנים שערבו לאחד כשיבוא המלווה ליפרע מן הערב יפרע מאי זה מהן שירצה, ואם לא היה לאחד כדי החוב חוזר ותובע השני בשאר החוב".⁴³ לעומתו דעת הרמב"ן⁴⁴ היא שהמלווה את חברו על ידי שני ערבים יכול לגבות מכל ערב רק את חצי החוב, ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה הרי זה נפרע ממי שירצה. בשולחן ערוך⁴⁵ הובאו שתי הדעות.

ח. הנחיות מעשיות

- יש לחתום על השטר בעט כחול.
- יש לחתום על שטר אחד בלבד, שיימסר למלווה. אם הלווה מעוניין בעותק נוסף, הוא יכול לצלם את השטר או להעתיק את תוכנו ולכתוב למעלה: "עותק לווה".
- לדעת הרב צבי יהודה בן יעקב חובה לחתום על היתר עסקא ולצרפו לשטר ההלוואה.
- אין צורך לבצע מעשה קניין מעבר לחתימה על השטר. שטר ההלוואה הוצג בפני הרב צבי יהודה בן יעקב.

41. תורת ריבית טז, ב, ובמקורות המובאים בהערות שם.

42. רמ"א חו"מ עד, ז.

43. רמב"ם מלווה ולווה כה, י.

44. רמב"ן בבא מציעא לד, ב, ד"ה שותפין.

45. שולחן ערוך חו"מ קלב, ג.

חוזה הלוואה עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש"____ (____ / ____ / ____ למניינם)

בין:

שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן המלווה)

ובין:

שם _____ ת.ז. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן הלווה)

1. הלווה קיבל מהמלווה סך של _____ ש"ח, בתאריך _____.

2. מחקו את המיותר:

[א. הלוואה צמודה למדד, זמן הפירעון קבוע מראש] הלווה מתחייב לפרוע את הסכום שקיבל עד ליום _____, להלן מועד הפירעון, כשהוא צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן: "המדד") מיום חתימת שטר זה ועד ליום החזרת מלוא סכום הלוואה בפועל אך ורק אם עלה המדד (הסכום וההצמדה יכוננו להלן – החוב).⁴⁶

[ב. הלוואה צמודה למדד, פירעון בהתראה של 60 יום, מיועד לגמ"ח] הלווה מתחייב לפרוע את הסכום שקיבל החל מעוד _____ חודשים, במהלך 60 יום⁴⁷ מהיום בו קיבל הודעה מהמלווה שהוא דורש את פירעון הלוואה, להלן מועד הפירעון, כשהוא צמוד למדד המחירים לצרכן אך ורק אם זה עלה (הסכום וההצמדה יכוננו להלן – החוב).

[ג. הלוואה צמודה למדד, פירעון בתשלומים חודשיים] הלווה מתחייב לפרוע את הסכום שקיבל בתשלומים חודשיים רצופים ושווים בסכום של _____ ש"ח כל תשלום. יתרת הסכומים שלא נפרעו תהיה צמודה למדד המחירים לצרכן. אם לא יפרע שניים מהתשלומים במועד, הלווה מתחייב לשלם את תשלום מלוא יתרת הלוואה, בצירוף ההצמדה למדד, אם ידרוש זאת המלווה.

3. הפירעון יעשה בכסף מזומן או בשיק בנקאי⁴⁸ או בהפקדה לחשבון של המלווה בבנק

_____ סניף _____ שמספרו _____.

46. בהצמדה יש חשש איסור ריבית (תורת רבית יט, לו). משום כך יש לעשות היתר עסקא.

47. כמובן ניתן לקבוע זמן התראה שונה בהסכמת הצדדים.

48. מלווה יכול לקבוע מראש את אופן התשלום, כגון באיוו מטבע הלווה ישלם לו (רמ"א חו"מ עד, ז).

4. [סעיף רשות] הוסכם שהלווה ירשום משכון לטובת המלווה על הנכס: _____ להבטחת החוב.⁴⁹ לצורך כך, יחתמו שני הצדדים, במעמד חתימת שטר זה, על טופס הודעת משכון/שטרי משכנתא. הלווה ימציא למלווה אישור על רישום המשכון ו/או המשכנתא לפני ביצוע ההלוואה וכתנאי לביצועה.
5. כל זמן ששטר זה נמצא בידי המלווה, הלווה מאמין לו שהחוב לא נפרע, ללא צורך בשבועה,⁵⁰ אלא אם כן הביא הלווה ראיה על הפירעון בחתימת ידו של המלווה או אסמכתא מהבנק על פירעון החוב בהפקדה לחשבון הבנק של המלווה או שני עדים כשרים המעידים על הפירעון.⁵¹
6. אם לא יפרע הלווה את החוב במלואו עד 14 יום לאחר מועד הפירעון, שלא מחמת אונס,⁵² הרי שהוא מתחייב מעכשיו, בפני בית דין חשוב⁵³ לשלם פיצוי מוסכם על הפסד ומניעת רווח ללא צורך בהוכחה, בסך של _____ ש"ח,⁵⁴ ובנוסף בסך של 1/2% לחודש מחלק החוב שלא נפרע⁵⁵ (לא כולל הפיצוי). הבורר המוזכר בסעיף 8 רשאי להפחית את גובה הפיצוי.
7. חובות וזכויות הצדדים יחולו גם על יורשיהם⁵⁶ ועל מי שבא מכוחם.⁵⁷
49. על פי ההלכה יש תוקף הלכתי לחוקים הקובעים שיש לרשום שעבוד כדי להבטיח קדימות כנגד בעלי חובות אחרים וכדי לגבות ממקרקעין שנמכרו או ניתנו על ידי החייב.
50. נחלקו הפוסקים (ראו **שולחן ערוך ורמ"א חו"מ סט, ב**) האם במלווה בכתב ידו נאמן החייב לטעון שפרע את החוב. בסעיף שלפנינו מוסכם שהלווה אינו נאמן לטעון שפרע את החוב, ואף לא להשביע את המלווה שלא נפרע.
51. היות שהסעיף הקודם נתן למלווה נאמנות על הפירעון יש להגדיר את גבולות הנאמנות ולקבוע שהמלווה נאמן יותר מהלווה אך לא נאמן יותר מראיות אובייקטיביות מקובלות (כפי שנפסק ב**שולחן ערוך חו"מ ע"א, א**). הסעיף שלפנינו מטרתו לקבוע שגם אסמכתא מהבנק על הפקדה לחשבון המלווה תיחשב כראיה מספקת.
52. מטרת סעיף זה היא להרתיע את הלווה מפני דחיית הפירעון, ולפצות את המלווה במקרה שהלווה מנסה להשתמש מהתשלום בעתו ובזמנו.
53. התחייבות מותנית אינה תקפה כיוון שהיא בגדר "אסמכתא" (**רמב"ם מכירה י"א, ב**; **שולחן ערוך חו"מ רז, ב**). הקביעה שההתחייבות חלה "מעכשיו" וכן שהיא נעשתה בפני בית דין חשוב מרפאת את פגם האסמכתא.
54. בפיצוי זה אין איסור ריבית מן התורה, כיוון שאם הלווה יפרע בזמן לא יתחייב בתוספת כלשהי, ואם יפרע מיד לאחר הזמן הוא יתחייב בתוספת זו למרות שהמלווה לא המתין למעותיו, ומשום כך אין זו ריבית אלא קנס (**ספר התרומות ד, לב**; **ר"י מייגש בבא בתרא קסח, א**). אעפ"כ נפסק שיש בזה איסור דרבנן משום הערמת ריבית, ראו ב**שולחן ערוך יו"ד קעז, יד**; **תורת ריבית, עמ' ע"א; מלווה ה', עמ' צד**. מחמת איסור זה ההלוואה נעשתה על פי היתר עסקא.
55. פיצוי נוסף זה חמור יותר, כיוון שהוא תלוי באופן מפורש בהמתנת המעות. ראו לשון **שולחן ערוך יו"ד קעז, טז**: "אם חייב עצמו לתת למלווה כך וכך בכל שבוע בעוד שמעכב ממנו, הרי זה רבית גמור". ראו **מלווה ה', עמ' קד**, שיש האומרים שזו ריבית מן התורה ויש האומרים שגם זו אסורה מדרבנן בלבד, וכדי להתגבר על כך צריך היתר עסקא.
56. ניסוח זה מחיל את דיני הראיות שנקבעו בשטר גם על יורשי המלווה והלווה כאשר המלווה גובה מנכסי הלווה, או על מי שקנה מהם את החוב. בעצם החיוב אין הלווה יכול לחייב את יורשיו, אלא שהחוב ייפרע מן העיובן שיירשו.

8. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁵⁸
9. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁵⁹ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראייה שהבורר רואה אותה כמספקת.⁶⁰
10. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.⁶¹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁶²
11. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁶³ הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים,⁶⁴ ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתיקון חכמים.⁶⁵ כל
57. סעיף זה מאפשר למלווה, בעל השטר, למכור את השטר לאחר ולהעביר את זכויותיו במלואן.
58. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לסרב להופיע לפני הבורר שנקבע.
59. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.
60. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
61. 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 חתימת שני הצדדים.
62. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבויותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
63. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).
64. כדי לתת תוקף לקנסות מתרבים בלא חשש ריבית יש צורך לעשות היתר עסקא (ראו עוד בספר זה, במאמר "היתר עסקא", עמ' 47). כאן הסתפקנו בהצהרה כללית של הצדדים שכך נעשה (תורת ריבית, טו, ב; לגבי נוסח ההצהרה שנבחר כאן, ראו שם, הע' יז).
65. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". בשולחן ערוך חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב רמ"א אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש חלקת מחוקק אה"ע לח, ג כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל⁶⁶ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.⁶⁷

12. חתימת הצדדים כמזה כהודאה בפני שני עדים על כל האמור בשטר.⁶⁸
בזאת באנו על החתום:

המלווה	הלווה
נספח – אנו הח"מ ערבים לכל החיובים הכספיים המוטלים על הלווה ע"פ תנאיו וסעיפיו השונים של שטר זה, במקרה שהלווה חייב על פי דין ולא ניתן לגבות ממנו. ערבות זו קיבלנו על עצמנו, שנינו יחד וכל אחד לחוד, ⁶⁹ בקניין הראוי, מעכשיו, בפני ב"ד חשוב, דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי. ⁷⁰	
שם _____ ת.ז. _____	חתימה _____
כתובת _____	
טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____	
שם _____ ת.ז. _____	חתימה _____
כתובת _____	
טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____	

66. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

67. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

68. הודאה זו אינה מעכבת, והיא באה רק לתוספת חיוק לחיוב שקם מכח שטר כתב ידו.

69. נחלקו ראשונים האם כאשר שניים ערבו לחוב כל אחד ערב לכל החוב (רמב"ם מלווה ולווה כה, ז) או שכל אחד ערב חצי החוב (רמב"ן בבא מציעא לד, ב). בניסוח האמור כאן כל ערב מקבל על עצמו לשלם את כל החוב.

70. לעיל התבאר שבהתחייבות מותנית יש חשש של "אסמכתא". גם ערבות היא התחייבות שמותנית באי תשלום ההלוואה על ידי הלווה. אף על פי כן יש על פי הדין תוקף לערבות (בבא בתרא קעג, ב). כדי לחזק את תוקפה של הערבות, ולהבהיר שיש בה התחייבות רצינית, נכתב באופן מפורש שאין בה אסמכתא ושנכתבה לשם שעבוד גמור ולא משום שטופס השטר כך הוא.

היתר עסקא

הרב שמואל פולצ'ק

הקדמה – איסור ריבית אינו ניתן להתניה	ג. היתר עסקא בהלוואות לצריכה
א. רקע – שלושה רבדים בהיתר עסקא	1. רווחים לא ממוניים
1. הרובד הראשון: ההסכם ושכר הטרחה	2. שיתוף הנותן בכל נכסי המקבל
2. הרובד השני: הסכם התנאה על דיני הראיות	ד. מעמדו המשפטי של היתר עסקא
3. הרובד השלישי: דמי התפשרות	ה. מאפייני ההסכם המוצע
4. הכרחיות כל הרבדים בהיתר עסקא	1. הנחיה לגבי חוזה ההלוואה אליו מצורף היתר עסקא זה
ב. מודעות וכוונה	2. שמיטת כספים

הקדמה – איסור ריבית אינו ניתן להתניה

התורה אסרה על הלוואות בריבית בין יהודים.¹ איסור זה הוא לא רק על המלווה, אלא גם על הלווה,² וכמובן הוא תקף גם אם ההלוואה בריבית נעשית בהסכמה גמורה של שני הצדדים.³ ואין חילוק אם הלווה עני או עשיר.⁴ וכן אין חילוק בין אם ההלוואה מיועדת לצריכה או לעסקים.⁵

ממילא מובן שאיסור ריבית שונה מדיני ממונות אחרים עליהם ניתן⁶ בדרך כלל להתנות כרצון הצדדים. על כן כאשר רוצים להימנע מאיסור ריבית לא די בכך שהצדדים עצמם מסכימים ומרוצים, אלא יש לבדוק שההסכם עומד בדרישות ההלכה.

* הרב שמואל פולצ'ק, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. שמות כב, כד; ויקרא כה, לו-לז.
2. שולחן ערוך יו"ד קס, א.
3. ראו דברי הרא"ש המובאים לקמן הע' 5.
4. רמ"א יו"ד קס, א.
5. ראו ט"ז יו"ד קס, א: "בברייתא סוף פרק איזהו נשך ולא עוד אלא שמשמין [המלווים בריבית] משה רבינו חכם ותורתו אמת (כלומר על דרך סג' נהורא) שאומרים אלו ידע שיש ריוח בדבר לא היה כותבו ולכאורה תמוה וכי לא ידע שיש ריוח טוב למלוה ברבית ונראה פירושו שאומרים שיש ריוח טוב ללוה במעות שלוקח ומרויח בו הרבה וע"כ אין עליו איסור אם נותן רבית כך הם אומרים המלוים ברבית".
6. וכן ברא"ש בבא מציעא ה, ב, בסופו: "... [אפילו אם] בשעת לקיחת הרבית אמר אני נותן לך במתנה אסור לקבלו שסתם רבית שנותנין הסוחרים ועובדי אדמה שצריכים תדיר ללות נותנין אותו במתנה גמורה בלב שלם כדי שימצאו תמיד ללות".
7. שולחן ערוך יו"ד רכה, ה, ומקומות רבים נוספים.

ההיתר הנפוץ שעליו מסתמכים כדי להלוות במה שנראה כריבית הוא 'היתר עסקא'. במאמר זה יוסבר המנגנון של היתר עסקא בכלל, וכן יוסבר נוסח ה'היתר עסקא' המוצע כאן.

א. רקע – שלושה רבדים בהיתר עסקא

מקובל בימינו ללוות ולהלוות במה שנראה כריבית, תוך הסתמכות על היתר עסקא. הרעיון ביסוד היתר עסקא הוא שהמלווה אינו אלא "משקיע" והלווה אינו אלא "מתעסק", כלומר משתמש בכספים שקיבל כדי להפיק מהם רווח. (בהמשך נדון בהלוואה שאינה מיועדת לעשיית רווחים). המנגנון של היתר עסקא מורכב משלושה רבדים. לצורך הבהירות, תחילה יבוא תיאור קצר של שלושת הרבדים, ואחר כך תיאור מפורט יותר.

הרובד הראשון הוא הסכם השקעה שבו המשקיע נותן כסף למתעסק, על מנת שזה יסחור בו וירוויח. ברובד זה מסוכם כיצד תהיה חלוקת הרווחים או ההפסדים, ומה תהיה העמלה ודמי הניהול שיגבה המתעסק מהמשקיע.

הרובד השני, עניינו הסכם הקובע את האופן שבו יצטרך המתעסק להוכיח למשקיע כיצד הוא נהג בהשקעה, ומה היו תוצאותיה. בהיתר עסקא טיפוסי רף הראיות מוגבה קצת יותר מהמתבקש מעצם ההסכם, ולפעמים הוא אף מתקרב לבלתי אפשרי, אולם אסור שיהיה ידוע מראש שההוכחה תהיה בלתי אפשרית.

הרובד השלישי הוא הסכם לפיו יכול המתעסק לשלם למשקיע סכום מסוים, אשר יבוא במקום כל הוכחה נוספת לגובה הרווחים ואופן הניהול. בהיתר עסקא טיפוסי סכום זה הוא הסכום שאותו מתכוונים הצדדים שישולם לבסוף, והוא מקביל לסכום קרן ההלוואה עם הריבית שעליה.

כעת יבוא הפירוט המורחב יותר עם דגש על הסוגיות העיקריות שעולות בכל רובד.

1. הרובד הראשון: ההסכם ושכר הטרחה

הרובד הראשון הוא הסכם השקעה שהיה מקובל בזמן חז"ל ונקרא בלשון חכמי התלמוד "עסקא" שפירושו בעברית "העסק". לפי הסכם השקעה זה, המשקיע בעל ההון ("בעל המעות") נותן לטוחר ("המתעסק") סכום כסף מסוים, על מנת שהוא יתעסק בו, כלומר יסחור בו.

באופן רגיל, הרווחים וההפסדים מתחלקים באופן שווה בין המשקיע לטוחר, מה שמבטא שותפות שווה שלהם בסחורה. כלומר, במקרה של רווח יחזיר המתעסק למשקיע את הסכום שקיבל בתוספת חצי מהרווח, ובמקרה של הפסד, יחזיר המתעסק למשקיע את הסכום שקיבל בניכוי מחצית מגובה ההפסד.

לפי ניתוחם של חז"ל, העסקא מורכבת מהלוואה בגובה מחצית שווי העסקא, בה אחריות המתעסק מוחלטת להחזיר את מה שקיבל. מחלק זו יוכל המתעסק להפיק רווחים, ואם יהיו

הפסדים אזי הוא יישא בהם. החצי השני של העסקא הוא 'פיקדון' אשר נותר בבעלות המשקיע, וממנו צומח חלקו של המשקיע ברווחים או בהפסדים.⁷

למרות כינוי חצי מהעסקא 'הלוואה', אין למתעסק אפשרות להפריד בין החלקים, ולהשתמש בחצי מהעסקא לצריכתו האישית, או להשקעה אחרת, ועליו לנהל את העסקא כולה יחד כהשקעה אחת.⁸ כך נשמר האינטרס של המתעסק בהצלחת העסקא כולה, ובכלל זה חלק הפיקדון שבה.⁹

מכיוון שהמתעסק טורח לבדו במסחר, הוא מקבל מלבד חלקו ברווחים עוד שכר על טרחתו בחלקו של המשקיע בסחורה. שכר זה יכול להיות קצוב, או כאחוז מסוים מהרווחים, כגון שבמקרה של רווח יקבל המתעסק שני שלישים והמשקיע רק שלישי.¹⁰

חז"ל קבעו שיש חובה לשלם שכר כזה, אחרת יצא שהמתעסק טורח בחלק הפיקדון השייך למשקיע בתמורה לחלק ההלוואה שקיבל, והרי זו הלוואה בתמורה, שהיא כריבית. על כן רכיב השכר למתעסק בעסקא הינו חובה על פי ההלכה,¹¹ אם כי הוא יכול להיות שכר סמלי אם הוסכם כך מראש.¹²

כאמור, מותר לצדדים להסכים על חלוקה אחרת של הרווחים וההפסדים, המבטאת אחוזי בעלות שונים בעסקא. אולם חובה בכל מקרה שיהיה שכר למתעסק על טרחתו בחלק הפיקדון, שכר שיכול להיות קצוב, או שהוא יתבטא בחלק גדול יותר מהרווחים מאשר חלקו בהפסדים, כגון שמוסכם שבהפסד יספוג המתעסק רק שלישי מההפסד והמשקיע שני שלישים, ובמקרה של רווח יתחלקו בשווה.¹³

אולם, אסור להסכים שבמקרה של הפסד יישא בו המתעסק בלבד, ובמקרה של רווח יתחלקו בו המשקיע והמתעסק.¹⁴ מצב כזה נקרא "קרוב לשכר ורחוק להפסד", כלומר המשקיע 'רחוק' מהפסד כי לפי ההסכם הוא מובטח בקרן, ו'קרוב לשכר' כי במקרה של רווח המשקיע מקבל חלק בו. איסור זה הוא אף אם יינתן שכר קצוב למתעסק.¹⁵

במקרה שנגרם נזק למלאי העסקא, אחריות המתעסק על חלק ההלוואה היא מוחלטת. ובחלק הפיקדון, מכיוון שהוא בבעלות המשקיע, סופג המשקיע את ההפסד שנגרם.¹⁶ אמנם, מכיוון שהמתעסק מקבל כאמור שכר על טרחתו בחלק הפיקדון, דינו כשומר שכר,¹⁷ אשר חייב באחריות כל נזק שנגרם לחלק הפיקדון אשר היה ניתן למונעו, אף אם לשם כך

7. שולחן ערוך יו"ד קעז, ב.

8. שולחן ערוך יו"ד קעז, ל; שם לו.

9. זהו פיתרון קדום ל"בעיית הנציג" המפורסמת איתה מתמודדים בדיני התאגידים המודרניים.

10. שולחן ערוך יו"ד קעז, ד; שם כה.

11. שולחן ערוך יו"ד קעז, ב; שם כה.

12. שולחן ערוך יו"ד קעז, ג.

13. שולחן ערוך יו"ד קעז, כה.

14. שולחן ערוך יו"ד קעז, א.

15. ש"ך יו"ד קעז, ג.

16. שולחן ערוך יו"ד קעז, ב.

17. שולחן ערוך יו"ד קעז, ה.

נדרש מאמץ משמעותי,¹⁸ ואין צורך לומר שהוא חייב בנוק שנגרם עקב רשלנותו.¹⁹ רק אם נגרם נזק באונס אשר לא היה יכול המתעסק למונעו כלל, פטור המתעסק מלשלמו והמשקיע מפסיד את חלק הפיקדון שבנוק. גם אם יסכים המתעסק לקבל על עצמו אחריות מוחלטת גם על חלק הפיקדון, הדבר אסור, שכן זהו מצב של "קרוב לשכר ורחוק להפסד".²⁰

2. הרובד השני: הסכם התנאה על דיני הראיות

על גבי הרובד הראשון, בנוי הרובד השני שעניינו הגבהת הרף הראייתי. ככלל, צדדים להסכם ממוני רשאים להתנות על אופן ההוכחה המספיק כדי לחייב זה את זה בתשלום,²¹ בין אם מדובר בהגבהת הרף הראייתי²² או הנמכתו.²³

באופן רגיל, קשה למשקיע לדעת מה עושה המתעסק עם ההשקעה. המשקיע יכול להחליט לסמוך על המתעסק, ולא לדרוש ממנו ראיות לכך שהוא נהג בעסקא כמצופה, ושהוא הרוויח או הפסיד כפי שהוא טוען. אך המשקיע גם רשאי להתנות את מסירת העסקא לידי המתעסק בכך שהמתעסק יצטרך להביא ראיות לאופן טיפולו בעסקא, וכן לגובה הרווחים או ההפסדים להם יטען. אין זה בלתי סביר שהמשקיע ידרוש רף גבוה של ראיות לטענות המתעסק על גובה הרווחים או ההפסדים.

ואכן, בהיתר עסקא מקובל²⁴ לכתוב שהמתעסק לא יהיה נאמן בטענה שהעסקא ספגה נזקים או הפסדים ללא עדות שני עדים הכשרים להעיד לפי ההלכה, שיעידו שכך היה. וכן מקובל²⁵ לכתוב שהמתעסק לא יהיה נאמן בעניין גובה הרווח בלא שבועה חמורה בספר תורה.²⁶

אם ברור מתחילת ההסכם²⁷ שהמשקיע לא יפסיד בשום אופן מהקָרן – זהו "קרוב לשכר ורחוק מהפסד" שאסור. על כן ההגבלה על הוכחת ההפסד צריכה להיות מתונה במידה

18. שולחן ערוך חו"מ שג, יא.

19. בזה חייב אף שומר חנם (שולחן ערוך חו"מ רצא, א).

20. שולחן ערוך יו"ד קעז, א.

21. בעניין האפשרות להתנות על נאמנויות בממון ראו בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 32.

22. ראו למשל שולחן ערוך חו"מ ע, ג-ה.

23. ראו למשל שולחן ערוך חו"מ רצו, ה.

24. ברית יהודה מ, ג, הע' ד.

25. ברית יהודה מ, ד.

26. מעיקר הדין (ללא הסכמה בחוזה) אין זה ברור אם ניתן לחייב את המתעסק להישבע, שכן יש מחלוקת האם מקבל עסקא דינו כשותף שניתן להשביעו שבועה חמורה בספר תורה אף מספק, אם התעורר חשדו של שותפו (רמ"א חו"מ צג, ד). על כן ההתחייבות להישבע נצרכת. להרחבה בשאלה זו ניתן לעיין בספר תורה ריבית טו, בירור הלכה ב.

27. ייתכן מצב בו במשך תקופת ההסכם, אין אפשרות להוכיח אם היו רווחים או לא, כגון שהכסף והמתעסק היו במקום בו אין עדים, ומכאן והלאה לא תהיה לעולם אפשרות להוכיח לפי התנאים המוסכמים לכך שלא היו רווחים גבוהים באותו זמן, אשר יכולים להאפיל על כל הפסד או נזק שיוכחו בהמשך. מקרה כזה אינו סותר את האיסור לתת כסף באופן של "קרוב לשכר ורחוק להפסד" שכן איסור זה חל רק אם בשעת מתן ההשקעה התנאים היו כאלה, לא אם נוצר מצב כזה אחר כך (שולחן ערוך יו"ד קעז, ה).

המאפשרת באופן עקרוני הוכחה כזו. מצד שני, קובעים רף גבוה מספיק שהסתברות למימושו נמוכה.

לגבי שיעור הרווחים – כתבו הפוסקים²⁸ שאין צורך בעדות כמו על ההפסדים, מכיוון שזה לא מעשי שיהיו עדים המוכיחים את גובה הרווח המדויק, וכן מסיבות נוספות.²⁹ על כן יש להסתפק בשבועה חמורה על גובה הרווחים, שבועה שלא יכולה להתבצע בימינו (בהם לא נהוג להשביע), כך שרף ההוכחה גבוה גם כך.

3. הרובד השלישי: דמי התפשרות

הרובד השלישי הוא קביעת דמי התפשרות מוסכמים מראש: מוסכם מראש שאם ישלם המתעסק למשקיע סכום מסוים ("דמי התפשרות") כפירעון העסקא עם הרווחים המגיעים למשקיע, (להלן, דמי ההתפשרות), לא יצטרך המתעסק לשלם יותר, להישבע או להביא ראיה נוספת על גובה הרווח.³⁰ את דמי ההתפשרות קובעים כפי רצון הצדדים, בדרך כלל בדומה להלוואה בריבית. למשל, החזר הקרן בתוספת מספר אחוזים שנת.

4. הכרחיות כל הרבדים בהיתר עסקא

למרות שהתוצאה המעשית של היתר עסקא עם הרובד השלישי נראית כמו הלוואה בריבית, אין אפשרות להחליף את היתר העסקא בהסכם הלוואה בריבית, ואף אין אפשרות לוותר על אחד מהרבדים הקודמים. אם רוצים שההיתר יהיה תקף, אסור לוותר על הרובד הראשון ולהסכים מראש שבכל מקרה ישלם המתעסק את דמי ההתפשרות.³¹ כמו כן, אסור לוותר על הרובד השני ולהסכים שרמת הראיות הנדרשת תהיה כה גבוהה, שברור מראש שהיא אינה בת השגה,³² כיוון שהדבר אסור משום ריבית. כל זאת אף על פי שהצדדים לעסקא נקראים משקיע ומתעסק ולא מלווה ולווה (הרובד הראשון).

ראיה לכך קיימת בדין הנותן לחברו כסף לקנות בו סחורה מסוימת, והשליח הלך וקנה סחורה אחרת ללא אישור של הנותן, אם יש הפסדים במסחר זה המקבל סופג אותם כיוון ששינה מהוראות הנותן, אך אם יש רווחים, החלוקה היא כפי שהוסכם ביניהם (שולחן ערוך חו"מ קעו, י"ב). זהו מצב של "קרוב לשכר ורחוק להפסד", אך אין בו איסור, שכן אילולא שינה המקבל מהוראות הנותן, היה הנותן קרוב גם להפסד ולא רק לשכר (שולחן ערוך יו"ד קעז, ה).

28. ב"ח יו"ד קסו, א; ט"ז יו"ד קסו, א; ש"ך יו"ד קסו, א.

29. בלבוש יו"ד, קסו, מאריך בעניין. לדבריו, הקרן הייתה קיימת כשניתנה העסקא, ולכן מתבקש לדרוש עדות על הפסד בקרן. לעומת זאת, הרווח לא היה קיים, ולכן אין זה סביר לדרוש עדות על אי קיום רווחים, לפני שהובאה עדות לקיומם כלל. ועיינו גם בספר תורת ריבית טו, בירור הלכה ג. וכן בספר נתיבות שלום, קונטרס היתר עסקא אותיות א-ג.

30. ע"פ שו"ת הרמ"א פ, ועוד.

31. שולחן ערוך יו"ד קעז, ו.

32. ט"ז יו"ד קסו, א.

ב. מודעות וכוונה

לדעת חלק מן הפוסקים, מי שמבקש ללוות או להלוות על פי היתר עסקא, חייב להיות מודע למהות ההיתר.³³ אם הוא חושב שהוא לווה בריבית או מלווה בריבית, והיתר עסקא מתיר את הדבר, ולא הבין כלל את מהות ההיתר, ההיתר אינו מועיל לו.³⁴

אמנם יש מי שסוברים³⁵ כי אף לדעת מי שאוסרים בדרך כלל הלוואה ללא הבנת מהותו של היתר העסקא, יש להתיר זאת בעסק עם בנק. זאת, כיוון שמי שלווה מבנק או מלווה לבנק יודע שיש בבנק תקנות המחייבות אותו, אף על פי שאינו יודע את מהותן במדויק, כן הוא הדבר גם לגבי היתר עסקא. מכיוון שהיתר עסקא מחייב אותו ותקף כלפיו מבחינה ממונית, הוא מציל אותו מן האיסור.

אולם, כל הפוסקים מסכימים שרצוי להבין את היתר העסקא ולא להסתפק בעובדה שהוא קיים ותקף.

כשלווים או מלווים בהיתר עסקא, אין חובה להתכוון להתחלק ברווחים (לפי הרובד הראשון) לאחר הוכחה (כמפורט ברובד השני), כנדרש מן ההסכם, ומותר **להתכוון** מלכתחילה לשלם את דמי ההתפשרות (הרובד השלישי). וכך כתב בשו"ת תרומת הדשן במפורש לגבי ההיתר שלו אשר דומה להיתר העסקא המודרני שהתפתח ממנו:

ואף על גב דבוודאי אין דעת שניהם שיתקיימו התנאים ואין מתנין אותו אלא כדי

ליקח הריבית בהיתר... אפילו הכי – שרי.³⁶

אולם אסור להתקשר בחוזה המחייב לעשות כן,³⁷ מפני שעקב זאת יתבטל תוקף ההיתר.

ג. היתר עסקא בהלוואות לצריכה

בהלוואות שניטלות לא לצורך השקעה עסקית הצפויה להניב רווחים, אלא לצורך הוצאות צריכה של הלווה, לכאורה, אי אפשר להסתמך על היתר עסקא. שהרי ההיתר מתבסס על כך שיש אפשרות שיווצרו רווחים, בהם יתחלקו הנותן והמקבל. אולם, אם המקבל מוציא את הכל לצרכיו, ראשית – נראה שהוא גוזל את בעל הכסף, כאשר הוא מפר את ההתחייבות שלו להשקיע את הכסף בעסק רווחי, ושנית – אין כל סיכוי שיתקבלו רווחים, ונראה שהבסיס להיתר נשמט.

ואכן, יש שאוסרים נטילת הלוואה בריבית על פי היתר עסקא כשמטרת ההלוואה אינה עסקית, אלא לרכישת מוצרים שאינם בני קיימא.³⁸ יש לציין שמהשולחן ערוך נראה

33. שו"ת אגרות משה יו"ד ב, סב.

34. שו"ת צמח צדק יו"ד, פח; של"ה חולין פרק נר מצודה, נו; ברית יהודה מ, הע' יד. והמתירים בדיעבד: שו"ת טוב טעם ודעת תליתאה ב, מג; לבושי מרדכי יו"ד א, צה.

35. תורת ריבית טו, א; שם, לב; ברית יהודה מ, הע' כא, אך עיינו שם, כב, שלא כתב כך, ונראה שרק הסביר את המנהג אך לא פסק כך בעצמו בהחלט.

36. שו"ת תרומת הדשן, שב.

37. שולחן ערוך יו"ד קעז, ו.

שמקובל היה במקרים מסוימים להשתמש בכספים שנתקבלו על ידי היתר גם לצרכים כאלה. וצ"ע שם בגדר הדברים.³⁹ אמנם, יש שהתירו בכל זאת לקחת הלוואות כאלה, להלן נדון בדבריהם.

1. רווחים לא ממוניים

שיטת בעל שו"ת שואל ומשיב⁴⁰ היא שגם רווחים שאינם ממשיים יכולים להיחשב כרווחים. כלומר, פשיטא (לדעתו) שכאשר ההלוואה מאפשרת ללווה לאכול ולחיות, ובתקופה זו הוא עובד ומקבל משכורת, שניתן לראות משכורת זו כרווח מהעסקא. אבל אפילו כאשר ההלוואה אינה מאפשרת רווחים עקיפים כאלה, אלא למשל רק מניעת הפסדים, כגון מי שמשלם את חובותיו לגוי על ידי הלוואה בהיתר עסקא, ובכך חוסך את הריבית שהיה עליו לשלם – גם זה נחשב כרווח בעסקא שקיבל, ואפילו מי שלווה לצורך חתונת בנו, שכן היא שווה בשבילו ממון רב.⁴¹

נראה שדעתו של השואל ומשיב אינה הדעה הרווחת בקרב האחרונים,⁴² ויש בה קשיים לא מבוטלים. כיוון שאילו היה מדובר רק בעסקא רגילה (הרובד הראשון), כיצד היה על מקבל עסקא כזו לחלק עם הנותן את "רווחיו" הלא-כספיים? לדוגמה, כיצד למשל היה נותן לבעל הממון שלישי מהרווח הלא-ממוני שיש לו מכך שבנו התחתן, וכיצד מעריכים עד כמה סייעה ההלוואה לרכישת אוכל להגדלת כושר ההשתכרות של הלווה, על מנת לחלק עם המשקיע את המשכורת?

2. שיתוף הנותן בכל נכסי המקבל

אמנם, הדרך המקובלת יותר להצדקת הלוואות לצריכה בהיתר עסקא היא שרואים את העסקא כאילו שימשה לרכוש נכסים וסחורות שיש ללווה, שאילו לא נטל את העסקא היה עליו למוכרם לצורך פרנסתו, ובזכות ההלוואה בהיתר עסקא, הוא יכול שלא למוכרם.⁴³ אולם, עולה גם כאן השאלה, שהרי אין לנותן בעלות על אותם נכסים וסחורות, שכן הם לא נקנו בפועל מכספי העסקא אשר שימשו בפועל לצורך כיסוי חובות או רכישת מוצרי צריכה. על כן באה ההצעה שבתמורה לקבלת כספי העסקא, יקנה המקבל לנותן חלק

38. תורת ריבית טו, הע' פה, בשם הרב יוסף ש' אלישיב בלווה מאדם פרטי. ושם מקורות נוספים; וכן ברית יהודה מ, טז.

39. ראו למשל: שולחן ערוך יו"ד קעו, ז: "אם הלוח הוציא המעות ביציאותיו" – שם הדבר אסור, אבל ייתכן שאם לא נמלכו לעשות קצבה שנתית והשאירו זאת על מחצית שכר כבתחילה – אין זה אסור. ומכל מקום, זו אפשרות המוכרת בפשיטות. וכן רמ"א יו"ד קעו, ה: "ולכן יתנה הנותן תחלה שאם יטול לפעמים קצת מן העסק לצרכו שלא יהא מקרי שולח יד בפקדון בכך... ואם נהגו שלא להקפיד בכך מסתמא כאלו התנו דמי...".

40. שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא, ג, קס; שם מהדורה תליתאה, א, קלו.

41. ראו עוד: שו"ת חלקת יעקב יו"ד, עד, שתומך בסברת השואל ומשיב; שו"ת הרי בשמים ב, קמג, שמתנגד אליה; שו"ת מהרש"ם ב, רטז, ועוד.

42. ראו: תורת ריבית טו, הע' פו, שם מובאת שיטתו ושיטת החולקים עליו.

43. תורת ריבית פו, טו, ובהערות שם; ברית יהודה מ, טז, ושם, הע' כט.

בנכסיו ועסקיו בשווי העסקא, וכך הוא יוכל להוציא את הכסף לכל צורך שירצה, ועדיין העסקא קיימת כשותפות בנכס מניב או סחורה העשויה להביא רווחים.⁴⁴

אמנם, גם דרך זו מעלה קשיים לא מבוטלים. כגון השאלה אילו נכסים ואילו סחורות בדיוק כלולים בהקניה ובעסקא?⁴⁵ האם מדובר במכלול העסקים של האדם, או רק בחלקם, או שמא רק חלקם "המובחר"? אם אין כוונה ברורה לצדדים את מה הם קנו והקנו – האם יש לזה תוקף?⁴⁶ וגם אם כן – האם הערפול בהגדרת העסק המשותף אינו מונע לחלוטין את הבאת הראיות הנדרשת כדי להוכיח שהיה הפסד או נזק, ואף להוכיח מה היה הרווח (ואז מתבטל הרובד השני וההיתר כולו כאמור).

אכן, בספר תורת ריבית⁴⁷ הציע המחבר שכאשר כותבים בהיתר עסקא נוסח כזה שבו מקנים לנותן חלק בכל נכסי המקבל, אזי יש לאפשר שהמקבל יישבע לא רק על גובה הרווחים, אלא אף על הפסדים ונזקים. שכן אין שום ראייה אחרת שניתן להביא על מכלול נכסיו של המקבל.⁴⁸

על כך יש להוסיף ולהקשות שהקניה כוללת כזו של "חלק" בנכסים ובעסקים, היא כה מופשטת, שלא רק ששני עדים לא יוכלו להעיד מה היה שם, אלא שגם המתעסק עצמו לא יוכל להישבע מה בדיוק היה הרווח או ההפסד שלו ב"חלק" שהוקנה לבעל הממון מ"כלל הנכסים והעסקים" שלו. ואם כן גם דרישת השבועה היא בלתי מציאותית, ודמי ההתפשרות הופכים להיות האפשרות היחידה – מה שכאמור לעיל, כמובן אסור.⁴⁹

על כן מסתבר שיש עדיפות שלא להקנות חלק מכלל נכסי המתעסק ועסקיו לנותן, וגם אין בכך צורך. זאת, משתי סיבות:

ראשית – בהלוואה לצורך עסקי אמיתי – אין בפשטות צורך במנגנון זה, שנועד לפתור את בעיית ההלוואות שאינן לצורך עסקי. כך ניתן לעקוב אחרי כספי העסקא – למה שימשו והיכן העסקא נמצאת, וניתן עקרונית להישבע או להביא עדים על מה שקרה לעסקא במהלך גלגוליה השונים.

44. ככל הנראה המקור הוא בשו"ת מהרש"ם ב, רטו, שם נכתב שזוהי תקנת מהר"ם בכל היתר עסקא. העניין נדון גם בשו"ת הרי בשמים ב, קמג, וכן במאמרו של הרב צבי יהודה בן יעקב "היתר עסקא – סתימת כל הפרצות", תחומין כג, עמ' 373-381, שם הוא ממליץ על דרך זו של שיתוף הנותן בכל עסקיו ונכסיו של המקבל, על ידי הקנאה מפורשת בשטר ההיתר עסקא.

45. ראו פירוט בספר תורת ריבית טו, טו, אות א, בסופו.

46. ראו שולחן ערוך חו"מ, רט, ב, וכן שם, חו"מ, רמא, ד ובנושאי הכלים שם ושם.

47. תורת ריבית טז, יב; שם, הע' סב; ראו עוד שם, הע' נט.

48. ראו לעיל ליד הערות 28 ו-29.

49. נראה שיש בעיה נוספת עם ביטול הדרישה לעדות על נזקים והפסדים והיא שהסתפקות בשבועה של המתעסק אפילו על הפסדים יוצרת מצב שלא ניתן לגבות מהיתומים אפילו את מלוא קרן ההלוואה אלא רק מחצה, (כי אם המקבל נאמן בשבועה על הפסדים, הוא נאמן במיגו בשבועה אם יטען "פרעתי", למרות שלנותן יש שטר, ואז טענין ליתמי) כדין שטר כיש היוצא על היתומים (בבא בתרא ע"ב, שולחן ערוך חו"מ קח, ד). ואילו כאשר יש בשטר דרישה להוכחה על ידי שני עדים – הדבר מחייב גם את היתומים לשלם את הקרן, גם אם לא את הרווחים. וצ"ע.

שנית – מסתבר שאם כספי העסקא הוצאו לצריכה, אין זה יוצר בעיה הלכתית: מבחינת דיני גזל – הדבר תלוי כנראה בדעתו של הנותן, האם הוא מסכים או לא.⁵⁰

גם מבחינת דיני ריבית נראה שאין בעיה. שהרי, הנותן אינו יודע אם המקבל הוציא את הכסף לצריכה, ועל כן על המקבל להישבע או להביא עדים על מה שעשה עם הכסף, ובכלל זה אם הוציא אותו לצריכה או עשה דבר אחר, ומדה היו הרווחים אם בכלל. ממילא, אם ירצה לשלם דמי התפשרות – אין בזה איסור, בדיוק כמו במקרה בו לא הרוויח או הפסיד, גם אם לא הוציא את הכסף בהוצאותיו.

כלומר – מי שהפקידו אצלו כסף כפיקדון והוא השתמש בו למימון הוצאותיו, ממילא נכסיו משועבדים⁵¹ לתשלום החוב שנוצר,⁵² אבל אין שום נכס מסוים שהוא הפיקדון. אם אחר כך הוא יקנה למפקיד איזה נכס כפירעון, יהפוך אותו נכס לחליפי הפיקדון.⁵³

בענייננו, גם אם יעידו עדים שהמקבל השתמש בכסף לצרכיו, יוכל הנותן לטעון שייתכן שהמקבל פרע את החוב בכך שהקנה לנותן סחורה או נכס, אשר הניבו רווחים בהם על המתעסק להתחלק עם הנותן. על כן הוא יכול לדרוש ממנו שבועה על כך שלא הרוויח באופן זה. וממילא יש מקום לתשלום דמי התפשרות על שבועה זו. על כן, אין כאן בעיה מצד הלכות ריבית.

לסיכום, ישנם קשיים רבים בדרך של שעבוד נכסיו של המקבל לעסקא. לפיכך, מסתבר שיש עדיפות לדרך שאינה מסתמכת על כך.

ד. מעמדו המשפטי של היתר עסקא

סוגיה זו עלתה בשנים האחרונות במקרים בהם אדם קיבל הלוואה מבנק עבור עסק ולאחר מכן טען שההשקעה ירדה לטמיון. כיוון שהלוואות הבנקים נעשות על פי היתר עסקא דרש הלווה להיפטר מחצי ההלוואה, כיוון שהיא בעצם פיקדון השייך לבנק, והבנק הוא שהפסיד.

שאלה אחת שנדונה בבתי המשפט בהקשר זה הייתה האם היתר עסקא הוא חוזה משפטי מחייב או רק מסמך דתי ללא כל משמעות משפטית. בעניין זה נפסק שהיתר עסקא הוא מסמך משפטי המחייב את שני הצדדים. וכלשונו של השופט אורי גורן:

לדעתי, שטר ה"עסקה" הריהו חוזה ככל שאר החוזים, ואין כל מניעה שבית משפט אזרחי ידון בתוקפו של ההסכם, אך ורק משום שתוכנו מכיל את הדין הדתי/הלכתי...⁵⁴

50. יש לדמות זאת להיתר המובא בתוספות בבא קמא קב,א, ד"ה הנותן, בשולחן ערוך יו"ד קעו, ה; וברמ"א שם.

51. כמו בכל חוב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). לכן אין צורך מיוחד בקניין מפורש לשעבוד הנכסים. ובמיוחד אם ההפקדה היא בשטר, שבו יש שעבוד נכסים אף לגביה מלקוחות.

52. אם הוציא את הכסף בהיתר אזי נוצר חוב כמו הלוואה (שולחן ערוך חו"מ רצב, ז). אם הוציא באיסור, אזי הוא שולח יד בפיקדון שדינו כגולן וחייב גם כן באונסין (שם, א; שם, ה).

53. ראו רמ"א חו"מ רצב, א; שם רצב, ז.

שאלה שנייה שעלתה היא האם הלווה יכול להוכיח הפסדים בדרך שונה מזו שנקבעה בהיתר העסקא. דוגמה לכך הייתה במקרה בו אדם לווה כסף מבנק והשקיע אותו בבורסה דרך הבנק. בפועל, הבנק הוא שדיווח ללקוח על מצב ההשקעות שלו, ובסופו של דבר הודיע לו שהיו הפסדים ודרש את החזר ההלוואה במלואה עם הריבית.

כעת טען הלווה שכיוון שהבנק הוא שדיווח על ההפסד של ההשקעה, אזי הדבר מהווה ראייה מספקת. וכיוון שכל הלוואה שהבנק נותן ניתנת על פי היתר עסקא אזי בעצם חציה היה כסף של הבנק שניתן ללווה כדי שישקיע אותו, ולכן על הבנק לספוג חצי מההפסד, ועל הלווה להחזיר רק חלק מקרן ההלוואה לפי החשבון.

עניין זה נדון בפני בית הדין הרבני, כאשר דעת המיעוט, של הרב אברהם שרמן,⁵⁵ הייתה שיש לקבל את טענת הלווה. ואילו דעת הרוב, של הרב שלמה דיכובסקי⁵⁶ והרב עזרא בר שלום,⁵⁷ הייתה שאין לקבל את טענת הלווה בעיקר מפני שיתכן שהיו רווחים בהשקעות אחרות הנכללות בהיתר עסקא לפי שיטות המהרש"ם⁵⁸ והשואל המשיב.⁶⁰

נושא זה נדון גם בערכאות האזרחיות, ובאופן כללי ניתן לסכם ולומר שבתי המשפט אינם מאפשרים ללווים להיפטר מתשלום מלוא ההלוואה בטענה שהיו הפסדים. זאת, על בסיס עמידה דוקנית על הדרישות הראייתיות שנקבעו בהיתר העסקא.⁶¹

ה. מאפייני ההסכם המוצע

נוסחים רבים של היתר עסקא נכתבו במהלך הדורות וגם בזמננו. אולם, ברובם מדובר בהיתר עסקא שמהווה תחליף להסכם הלוואה אחר, ולא מיועדים לשמש כתוספת או נספח להסכם הלוואה בריבית. כמו כן, רוב הנוסחים נכתבו בלשון תלמודית ולא בלשון מודרנית היכולה להיות מובנת בקלות לדוברי עברית בני זמננו שעשויים להיות צד בהסכם היתר עסקא, ולעורכי דין המסייעים להם.

יש גם נוסחים המיועדים לבנקים או לבתי עסק, שמטרתם לכלול בהסכם ה'היתר עסקא' את כל העסקאות בהן עלולה להיות בעיית ריבית עבור הבנק או העסק, בין כשהוא מלווה

54. המ' (ת"א) 5317/86, ת.א. 1024/86 בנק המזרחי המאוחד נ' צבי טישלר ואח', פ"מ תשמ"ח(ב) 353. ראו עוד: ה"פ מחוזי י"ם 145/00 אוחנה ואח' נ' בנק ירושלים לפיתוח ומשכנתאות.

55. הרב אברהם שרמן, "היתר עיסקה במניות הבנקים", תחומין ח, עמ' 148-158.

56. הרב שלמה דיכובסקי, "היתר עיסקה במניות הבנקים", תחומין ח, עמ' 133-142.

57. הרב עזרא בר שלום, "היתר עיסקה במניות הבנקים", תחומין ח, עמ' 143-147.

58. כך היו דעות הדיינים מעיקר הדין. אמנם, הרב שרמן נתמך על ידי הרב יוסף ש. אלישיב, הרב נ' קרליץ, והרב י"י בלויא מחבר הספר ברית יהודה, ובעקבות תמיכה זו חזר בו הרב דיכובסקי חלקית והכריע, כפשרה הקרובה לדין, שכל צד יחזיק במה שבידו. לאחר שהבנק כבר גבה חלק מהחוב. ראו: הרב שלמה דיכובסקי, "תשובה להשגה" תחומין ח, עמ' 159-162.

59. שו"ת מהרש"ם ב, רטז.

60. שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא, ג, קס; שם מהדורה תליתאה, א, קלו.

61. ראו בעניין זה: אביעד הכהן והלמן סורוצקין, "בנקאות ללא ריבית והיתר עיסקא במדינה יהודית ודמוקרטית, הלכה ואין מורין כן?" שערי משפט ב(1) (תשנ"ט), עמ' 77-99.

ובין כשהוא לווה. אבל נוסחים אלה הם כלליים, אינם מתייחסים להסכם ספציפי, וגם לא מתאימים להסכם אשר הצדדים לו הם אנשים פרטיים.

לפיכך ישנו צורך בנוסח מודרני, שאינו מיועד למכלול העסקאות של בנק או בית עסק, אלא להלוואה מסוימת של אדם פרטי או חברה, אשר יכול לבוא כנספח לחוזה הלוואה בריבית. מסתבר שזהו צורך משמעותי, שכן מצוי שאנשים רוצים ללוות או להלוות שלא באמצעות בנק, ומעוניינים בחוזה מודרני, ורוצים שהדברים ייעשו על פי ההלכה בלי לעבור על איסורי ריבית מהתורה או מדרבנן.

בחוזה זה יש התייחסות לחוזה הלוואה בריבית עליו חתמו הצדדים, ומטרתו היא לשנות בחוזה הלוואה רק את מה שנצרך מבחינת ההלכה של איסורי ריבית, כאשר כל שאר התנאים, כגון סכומי הלוואה מועדי הפירעון והבטוחות לתשלום, נשארים בתוקפם כפי שהם בהסכם הלוואה.

דבר זה דומה להיתרי עסקא של הבנקים, אשר מטרתם היא לשנות את חוזה הלוואה או ההפקדה שהבנק מחתים עליהם את הלקוחות, וזאת, במידה הנדרשת לקיום ההלכה. אלא ששם מדובר בהיתר עסקא כללי, וכאן מדובר בחוזה ספציפי.

1. הנחיה לגבי חוזה הלוואה אליו מצורף היתר עסקא זה

יש להוסיף בחוזה הלוואה עליו מדובר הפניה להיתר עסקא, וקביעה שהיתר העסקא גובר בכל מקרה של סתירה. אמנם, בנוסח היתר העסקא עצמו נכתב שהוא גובר על חוזה הלוואה המדובר, כל עוד לא נאמר במפורש להפך בהסכם הלוואה הרגיל. על כן אם הצדדים חותמים על ההיתר עסקא, כמו על חוזה הלוואה, ובחוזה הלוואה אין קביעה מפורשת השוללת את תוקף ההיתר עסקא, נראה שהלכתית ומשפטית להיתר העסקא יהיה תוקף.

2. שמיטת כספים

בנוסח כאן, קיימת התייחסות לשמיטת כספים, למרות שהדבר לא קשור במהותו לדיני ריבית והיתר עסקא. בחוזה זה אופן ההתמודדות שונה מאד מפרובול⁶² (שנותן מענה לכלל החובות של החותם עליו), והוא בנוי על תנאי "שלא תשמטני בשביעית"⁶³. כדי לוודא שלא יטען הלווה שהוא לא ידע שיש סעיף כזה ולא ציפה שיהיה סעיף כזה בהיתר עסקא, נכלל העניין בכותרת המסמך.

62. בעניין פרובול ושמיטת כספים ראו בספר זה, במאמר "פרובול", עמ' 437.

63. שולחן ערוך חו"מ סז, ט.

הסכם היתר עסקא עם הערות מבארות

הסכם היתר עסקא ואי השמטת החוב בשמיטה

לצירוף לחוזה של הלוואה בריבית לעסק⁶⁴ עם חיסון מפני שמיטת כספים⁶⁵

הסכם

שנחתם ביום _____ בכתובת _____

בין:

שם _____ ת.ז./ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן, המשקיע או צד א')

לבין:

שם _____ ת.ז./ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן, העוסק, או צד ב')

צד א' וצד ב' ייקראו לקמן יחד "הצדדים"

1. הואיל ובין המשקיע לבין העוסק עומד להיחתם הסכם הלוואה בריבית ו/או הצמדה⁶⁶ (לקמן "ההסכם העיקרי"), אשר בלא צירוף היתר עסקא זה אשר משנה בו כמה תנאים⁶⁷ הוא אסור על פי ההלכה,

64. יש לבחון אם הסכם זה מתאים גם להלוואה שמטרתה האמיתית אינה עסקית אלא צרכנית וכדומה, בעניין זה ראו עוד במאמר המקדים עמ' 350. ההסכם הזה נכתב להלוואה לצורך עסק שאמור לשאת רווחים.

65. שמיטת כספים נזכרת גם בכותרת ההסכם, על מנת לוודא שהצדדים מודעים לסעיף זה, אשר בדרך כלל אינו נמצא כחלק מהיתר עסקא. ככלל, כאשר יש בחוזה סעיף שאינו צפוי, יש מקום לקבל טענה של אחד הצדדים שלא קרא את החוזה או לא הבין אותו, ולא ציפה שיהיה בו סעיף כזה, ראו עוד בספר זה במאמר "החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: "חוזה אחיד" בהלכה", עמ' 77 והלאה.

66. גם הלוואה עם הצמדה למדד כלשהו אסורה על פי ההלכה (תורת ריבית יז, ד; שם יט, לו).

67. ההדגשה של שינוי כמה תנאים בהסכם העיקרי היא כדי להבהיר לחותמים שההיתר עסקא אינו פועל כינוסחת קסם' המתירה את איסור הריבית, אלא שינוי מהסכם אסור להסכם אחר שהוא המותר. זאת, מכיוון שלדעת הרבה פוסקים אם הצדדים לא הבינו מהות ההיתר עסקא, אין לו תוקף. ובכל אופן, גם אם לא יבינו את כל פרטי ההסכם, חשוב שיבינו שמדובר בהסכם המשנה את ההסכם העיקרי עליו הם

2. והואיל והצדדים מעוניינים לחתום על ההסכם העיקרי וליישמו תוך הקפדה על דרישות ההלכה,
 3. הסכימו הצדדים להסכם היתר עסקא זה, אשר משנה כמה מהתנאים בהסכם העיקרי.⁶⁸
 4. בכל מקרה של סתירה בין ההסכם העיקרי לבין היתר עסקא זה גוברות הוראות היתר עסקא זה, על אף האמור בעניין סתירות כאלה בהסכם העיקרי עצמו או בכל הסכם אחר שאינו מתייחס בפירוש להיתר עסקא זה.⁶⁹
 5. סכום קרן ההלוואה בהסכם העיקרי אינו ניתן כהלוואה רגילה, אלא כהשקעה המורכבת משני חלקים שווים. חצי אחד ייקרא "חלק ההלוואה" והחצי השני ייקרא "חלק הפיקדון". שני החלקים יחד ייקראו "עסקא".⁷⁰
 6. צד ב' מתחייב לפעול בכל סכום העסקא יחד לשם עשיית רווחים כמיטב יכולתו ושיקול דעתו, בלי להפריד בין חלק ההלוואה לחלק הפיקדון, ולא יהיה תוקף להפרדה כזו.⁷¹
 7. חלק ההלוואה של העסקא יהיה באחריות מוחלטת של צד ב' שיהיה מחויב לפרוע אותו במלואו במועד הפירעון הכתוב בהסכם העיקרי. לצד א' אין ולא תהיה כל זכות לקבל על חלק ההלוואה כל תוספת של ריבית או הצמדה משום סוג.⁷²
 8. חלק הפיקדון של העסקא ייחשב בבעלות של צד א', וצד ב' ייחשב כשליחו לפעול בחלק הפיקדון כפי שנוכר לעיל בסעיף 6, כך שכל רווח או הפסד שייזקף על חלק הפיקדון ייחשב כנוקף לזכותו או לחובתו של צד א'. במועד הפירעון הכתוב בהסכם
- חתמו, כדי להימנע מטענה שהנספח ההלכתי לא נקרא, לא הובן, או נתפס כחסר משמעות. אם מישהו מעדיף בכל זאת לא לקרוא אותו, אין הוא יכול להניח שהדבר לא משפיע על זכויותיו, ושאינו להסכם תוקף. וראו לעיל הע' 65.
68. ראו הע' 67 לעיל.
69. כאמור במאמר המקדים – היתר העסקא סותר הסכם הלוואה בריבית או בהצמדה, ולכן אם היתר העסקא אינו גובר בעניינים אלה על ההסכם העיקרי, אין בו כל תועלת הלכתית. למרות זאת עדיין אפשר לקבוע בסעיף או הסכם מיוחדים שההסכם העיקרי יגבר על ההיתר עסקא. אילו נחסמה אפשרות כזו, היה ניתן אולי לטעון שגם סעיף כללי בחוזה העיקרי הקובע עדיפות להסכם העיקרי על כל הסכם אחר יגבר על היתר העסקא. כעת שנקבעה דרך מסוימת להתגברות על היתר העסקא, כל עוד לא ננקטה דרך זו, היתר העסקא גובר ותקף.
70. זהו הסכם ה'עסקא' התלמודי – הרובד הראשון ב'היתר עסקא', על פיו הכסף שניתן מתחלק לשניים: חציו הלוואה ללא ריבית, וחציו פיקדון השייך לנותן. פיקדון זה יכול שיישא רווחים עקב השקעות של המקבל.
71. זו חובתו של המתעסק בהסכם "עסקא". אי ההפרדה ואי התוקף להפרדה – הם דיני ה'עסקא'.
72. כאן מדובר על חלק ההלוואה אותו מתחייב המקבל להחזיר ללא ריבית בכל מצב ללא קשר לקיומם של רווחים או הפסדים.

- העיקרי⁷³ יחזיר צד ב' לצד א' את חלק הפיקדון כערכו באותו זמן ובניכוי או תוספת כמפורט לקמן בסעיפים 9, 74, 10, 75 ו-13.
9. במקרה של נזק לעסקא, שצד ב' היה יכול למנוע אותו במאמץ ושקידה משמעותיים, יחויב צד ב' בתשלום על הנזק שנגרם ולא נמנע על ידו, גם ביחס לחלק הפיקדון.⁷⁶
10. בתמורה לפעולת צד ב' בחלק הפיקדון השייך לצד א', יקבל צד ב' במקרה של רווחים מהעסקא תוספת על חלקו שנוקף לזכותו על חלק ההלוואה בסך שישית מהרווח הכולל, כך שבסך הכל יקבל צד ב' במקרה של רווח שני שלישים מהרווח, וצד א' יקבל מלבד תשלום הקרן תוספת של שליש מהרווח.⁷⁷
11. במקרה של הפסד שצד ב' אינו חייב לפצות עליו לפי סעיף 9 לעיל,⁷⁸ יחולק ההפסד בין הצדדים בשווה, כפי חלקיהם בעסקא. כלומר, חלק ההלוואה ייפרע במלואו על ידי צד ב', וחלק הפיקדון יוחזר לצד א' בניכוי חצי ההפסד בעסקא שנוקף על חלק הפיקדון.⁷⁹
12. צד ב' מתחייב⁸⁰ להוכיח את גובה הרווחים על ידי מסמכים מאושרים ע"י רו"ח⁸¹ וגם להישבע בהחזקת ספר תורה בידו⁸² ובנוכחות צד א'⁸³ על נכונותם⁸⁴ ועל גובה הרווחים
73. בעניין מועד הפירעון יש הפניה להסכם העיקרי. הכוונה היא לכל מועד פירעון הקיים שם, בין אם מדובר בהלוואה המוחזרת בבת אחת, או בתשלומים.
74. תוספת לערך הפיקדון במקרה של נזק ששומר שכר חייב עליו.
75. ניכוי מערך הפיקדון של שכר המתעסק בשווי שישית מכלל הרווח בעסקא.
76. קבלת אחריות של המתעסק על חלק הפיקדון כשומר שכר, מחייבת אותו בתשלום נזק שיכול היה למנוע גם אם במאמץ משמעותי (שולחן ערוך חו"מ שג, יא). מכיוון שהמתעסק מקבל שכר על התעסקותו בחלק הפיקדון, כאמור לקמן בסעיף 10, דינו כשומר שכר מן הדין (שולחן ערוך יו"ד קעו, ה). אמנם יש דעות שמהדין המתעסק אינו חייב באחריות כשומר שכר על חלק הפיקדון (ראו בברית יהודה לו, הע' ז, שיטת הרמב"ם ומשפטי שמואל), ולכן עדיף להבהיר בחוזה שזו רמת האחריות כדי למנוע ספקות, שכן לכל הדעות יכול שומר חינוך להתחייב באחריות של שומר שכר (שולחן ערוך חו"מ רצא, כז). על חלק ההלוואה האחריות היא מוחלטת ממילא כנוכר לעיל בסעיף 7. במקרה של נזק מחמת אונס – האחריות היא על המשקיע. דבר זה מונע את הגדרת חלק הפיקדון כהלוואה, ומשמר את אופי הסכם העסקא כמאפשר חלוקת רווחים בלי איסור ריבית.
77. הדעת נותנת שהמקבל זכאי לשכר עבור עבודתו בחלק הפיקדון. ולכן, אם המקבל היה נותן לנותן את כל הרווחים מחלק הפיקדון אזי התמורה לעבודתו של המקבל הייתה שהוא קיבל הלוואה. נמצא אם כן שעבודתו בחלק הפיקדון היא הריבית על חלק ההלוואה. לפיכך, על המקבל לקבל חלק מהרווחים בחלק הפיקדון כדי למנוע איסור ריבית.
78. כלומר הפסד מחמת אונס, ששומר שכר אינו חייב עליו.
79. זהו הדין הרגיל בעסקא.
80. בסעיף זה אנו עסוקים ברובד השני של היתר עסקא. כאן מוסכם על הראיות שיהיו קבילות בעניין הרווחים או ההפסדים.
81. זו דרישה שיש בה כדי להקשות על הבאת ראיות להיפטר מתשלום הקרן או הריבית המוסכמת, אך אינה בלתי אפשרית או בלתי סבירה. הדבר גם יכול להקשות על מי שמשום מה שבועה שקר או שכירת עדי שקר קלים בעיניו – שיצטרך לגבור על מכשול נוסף המקשה לשקר. אין בזה חשש הערמה כי זהו דבר שנראה מקובל בזמננו.
82. שבועה חמורה מהתורה היא "בנקיטת חפץ" כלומר כשהאדם הנשבע מחזיק ספר תורה בידו (שולחן ערוך חו"מ פז, יג"ז).

בבית דין כשר על פי ההלכה. במקרה של הפסדים או נזקים⁸⁵ שצד ב' פטור מלפצות עליהם⁸⁶ מתחייב צד ב' להוכיח זאת⁸⁷ על ידי מסמכים מאושרים ע"י רוי"ח⁸⁸ וכן על ידי לפחות שני עדים הכשרים לעדות על פי ההלכה שיעידו על ההיקף המדויק של נזקים והפסדים אלה. שום ראייה אחרת לא תהיה קבילה בקשר לרווחים או נזקים והפסדים אלה.

13. צד ב' רשאי⁸⁹ לשלם לצד א' כפשרה מוסכמת מראש את הסכום (לקמן "סכום הפשרה") שעליו לפרוע לפי ההסכם העיקרי, במקום התשלום לפי סעיפים 10-11 והבאת הראיות כמפורט בסעיף 12 לעיל, וצד א' מסכים מראש שבכך יצא צד ב' ידי חובתו אליו.

14. סכומים משולמים או אמורים להיות משולמים לפי ההסכם העיקרי כ"ריבית" או "הצמדה" או "קנס" או כל מונח אחר שמתייחס לתוספת על סכום הקרן, יפורשו כתשלום לצד א' על חשבון חלקו ברווחים כמפורט בסעיף 10, וסכומים משולמים או אמורים להיות משולמים לפי ההסכם העיקרי כפירעון של ה"קרן" או "ההלוואה" יפורשו כתשלום לצד א' של קרן העסקא, הכולל את חלק ההלוואה וחלק הפיקדון, לפי סעיפים 7, 8, 9, 10 ו-11.

15. בכל מועד תשלום בו ישלם צד ב' לצד א' את סכום הפשרה בלי להוכיח קודם לכן באופנים המפורטים בסעיף 12 לעיל את גובה הרווחים או הפסדים או הנזקים, ייחשב הדבר כהודאה מוחלטת של צד ב' שהוא מחויב לפי סעיפים 7-11 לשלם במועד התשלום לכל הפחות את סכום הפשרה ששילם, ולא יוכל צד ב' להביא ראיות אחר כך בניגוד לזה, אפילו לא כמפורט בסעיף 12, לא לצורך החזר ולא לצורך קיזוז. זאת, גם אם התשלום לא נעשה באופן ישיר על ידי צד ב', אם היה על צד ב' לדעת שהתשלום יינתן בעבורו.⁹⁰

83. מעיקר הדין חיוב שבועה הוא בנוכחות הצד השני (שולחן ערוך חו"מ פז, כג). אמנם, כאשר מדובר בשבועה על דבר שהצד השני אינו יודע עליו אין זה הכרחי (שם). אבל נראה ברור שניתן להתנות דרישה כזאת, כשם שניתן לדרוש שהשבועה תהיה במקום רבים ובעירו של הנתבע (שם).

84. כלומר נכונות המסמכים.

85. הפוסקים חילקו בין גובה הרווחים שאותו אין לדרוש להוכיח על ידי עדים, שכן הדבר בלתי אפשרי, לבין נזקים או הפסדים, שאם יארעו, סביר יותר שיהיו עדים שיוכלו להעיד על כך. על כן מקובל בהיתר עסקא להסתפק בשבועה על הרווחים, אך לדרוש עדים על הפסדים (כאמור לעיל ליד הערות 28 ו-29).

86. נזקים שצד ב' חייב לפצות עליהם מחייבים את צד ב' ולא פוטרים אותו.

87. ההוכחה היא הן על עצם הנזק, והן על היותו נזק באונס שהמתעסק אינו חייב לשלמו לפי סעיף 13.

88. כמו בעניין הרווחים לעיל הע' 81.

89. כאן מתחיל הרובד השלישי בהיתר עסקא – דמי ההתפשרות – דהיינו, הסכמה שהמקבל יוכל לתת סכום קצוב במקום לתת את הרווחים מחלק הפיקדון.

90. בשולחן ערוך חו"מ פא, ל, נאמר שהמשלם רווחים מעסקא, והודה שהם רווחים, אינו נאמן אח"כ לטעון שלא היו רווחים והתשלום היה על חשבון הקרן.

16. בעניין שמיטת כספים: צד ב' מסכים ומתחייב שהוא יפרע את חובותיו לפי הסכם זה וההסכם העיקרי, אף אם תעבור שמיטת הכספים המשמיטה חובות, אף אם צד א' לא יכתוב פרוכובול.⁹¹
17. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁹²
18. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁹³ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר רואה אותה כמספקת.⁹⁴
19. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.⁹⁵ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁹⁶
20. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁹⁷ הצדדים מודים שכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.⁹⁸ כל
91. יש מחלוקת האם עסקא, שלא הותנה בה במפורש אחרת, נשמטת בשמיטת כספים. לדעת השולחן ערוך חו"מ סו, ג, חלק ההלוואה של העסקא נשמט, ככל הלוואה אחרת. אולם לדעת בעל קצות החושן שם, ב, חלק ההלוואה בעסקא אינו נשמט, בדומה לחלק הפיקדון שלכל הדעות אינו נשמט. על מנת שלכל הדעות לא יושמט חלק ההלוואה שבבעסקא, ניתן להתנות באופן מועיל שהחוב לא יישמט. האופן המועיל להתנאה הוא שהלווה מתחייב שהוא לא ישתמט מלשלם את החוב לאחר השמיטה "שלא תשמיטני בשביעית". זאת בניגוד לנוסח המתייחס לשנת השמיטה עצמה "שלא תשמיטני בשביעית" שהוא אינו מועיל וחסר תוקף. (שולחן ערוך חו"מ סו, ט). על כן נבחר הניסוח למעלה, שמתייחס אל המתעסק והתחייבותו, ולא אל השמיטה עצמה או אל החוב עצמו. כמובן אם יכתוב המלווה פרוכובול כדין הדבר יועיל בכל אופן, ראו עוד בספר זה, במאמר "פרוכובול", עמ' 437.
92. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לטרום להופיע לפני הבורר שנקבע.
93. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.
94. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
95. 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 חתימת שני הצדדים.
96. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבותיהם בטענת "פרעתני", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
97. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).
98. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול,

הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל⁹⁹ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁰⁰ חתימות הצדדים:

צד א': _____

צד ב': _____

ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". **שולחן ערוך** (חו"מ רמא, יב) מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב **רמ"א** אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש **חלקת מחוקק** אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מייתר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

99. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (**שולחן ערוך** חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: **רמ"א** חו"מ רז, טו).

100. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. **רמב"ם** מכירה יא, ב; **שולחן ערוך** חו"מ רז, ב.

לדעת **שולחן ערוך** חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") וה**רמ"א** שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (**שולחן ערוך** חו"מ רז, טו). לדעת **הרמ"א**, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

היתר עסקא כללי לעסק

הרב שלמה אישון

מבוא	4. שיטת המהרש"ם – דין "זכין"
א. תוקפו של היתר עסקא כאשר הלקוחות אינם מודעים לו	5. הצעת האדמו"ר מלובלין
1. הצורך הבנת משמעותו של היתר העסקא	6. תוקפו הייחודי של היתר עסקא של חברה בע"מ
2. הלוואת סאה בסאה כאשר יצא השער	ב. תוקפו של שעבוד כללי ללא רישום בטאבו
3. אפוטרופוס המלווה מעות יתומים	

מבוא

בשנים האחרונות בתי עסק רבים חותמים על היתר עסקא כללי על מנת לפטור את כל הפעילות הכלכלית של העסק מאיסור ריבית. המשמעות ההלכתית של היתר עסקא כללי היא שכל חוב באשר הוא הופך לעסקא, דהיינו לכסף שניתן לצרכי השקעה. לפיכך, הצדדים מסכמים שגם אם החוב נוצר שלא עקב קבלת תשלום, כגון, חוב שנוצר עקב קבלת סחורה, בכל זאת, החייב יקבל אותו על עצמו כהשקעה של הצד השני. בהמשך לכך, החייב מתחייב להשקיע את הכסף בהשקעות נושאות רווחים אותם ייתן לבעל החוב.¹ נוהג זה מעורר את שאלת תוקפו של היתר עסקא כאשר הלקוחות אינם מודעים לו. כמו כן, נדון באפשרות לשעבד את נכסי החייב לצורך העסקא.

א. תוקפו של היתר עסקא כאשר הלקוחות אינם מודעים לו

בנוסח היתר עסקא הכללי של מכון כתר (לקמן, סעיף 4.ג.), כמו גם בנוסחים רבים אחרים, קיים סעיף הקובע כי היתר העסקא תקף גם כאשר הלקוח אינו מודע לו:

* הרב שלמה אישון, מכון כתר; רב מורח העיר רעננה, אב"ד בבית הדין "ארץ חמדה – גזית", רמת גן. היתר עסקא זה נכתב במסגרת מכון כתר.

1. ראו רמ"א יו"ד קסז, א; ברית יהודה לה, ט, שניתן להתנות מראש שהלוואה תהפוך לעסקא. היות ש"מלווה להוצאה נתנה" הרי שבשעה שההלוואה הופכת לעסקא המעות כבר לא בעין ונשאר רק החוב. ומכאן, שניתן להתנות כך על כל חוב, ללא תלות בשאלה איך החוב נוצר – אם כתוצאה מקבלת כסף אם כתוצאה מקבלת סחורה או בדרך אחרת.

בפירוש הותנה שגם אם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המפקיד או המקבל עניין היתר עיסקא זה, או לא ידע בכלל מהו היתר עיסקא, יהיו נוהגים בו תנאי היתר עיסקא זה, זאת משום שעל פי החלטת החברה, היא לא תעסוק בעסקה כספית שיש בה איסור ריבית, וכל המתעסק עם החברה – על פי תקנותיה הוא מתעסק.

מה תוקפו של סעיף כזה?

1. הצורך הבנת משמעותו של היתר העסקא

ביחס לצורך הבנת משמעותו של היתר העסקא, הביא בספר חכמת אדם מקונטרס הסמ"ע:

וגם צריכין שיהיו הענינים הללו מבוארין בשטר, וידעו ויבינו זה הלווה והמקבל.²

והוסיף על כך החכמת אדם עצמו:

נראה לי דסבירא ליה כמו שכתב הב"ח... וגם הש"ך כתב דלכתחלה צריכין שידעו.

וכן כתבו פוסקים נוספים, ששני הצדדים צריכים להבין את עניין היתר העסקא. אכן, מההשוואה שהשווה החכמת אדם בין הצורך בידיעת היתר העסקא לבין מחלוקת הפוסקים³ בעניין "סאה בסאה" (הלוואת מוצר בכמות מסוימת, כאשר הלווה מתחייב להחזיר את אותה כמות) עולה שבדיעבד היתר עסקא מועיל אף אם אחד הצדדים אינו מבין את משמעותו או אף אינו יודע כלל על קיומו.

המעין בקונטרס הסמ"ע ימצא שהחכמת אדם הביא רק את תחילת דבריו אך השמיט את סופם. בהמשך מתייחס הסמ"ע לנוסח היתר העסקה המקובל, שכתוב בו שהלווה ייפטר מתשלום אם יישבע שהפסיד, וכותב:

מיהו אם אינו רוצה לגלות זה להלווה או להמקבל שיהיה נאמן בשבועה, יכול להסתיר ממנו הדבר. אבל על כל פנים יסכים בדעתו להאמינו בשבועה כשיהיו חלוקים ביניהם.⁴

דהיינו, הסמ"ע כותב שנותן הכסף יכול להסתיר מהמקבל את העובדה שהמקבל יכול להיפטר מתשלום הרווחים אם יישבע שהיו הפסדים. משמע שיש תוקף להסכם גם ללא מודעות מלאה של הצדדים לפרטיו, ובהקשר זה, ללא מודעות של המקבל לאפשרות להיפטר מהשבת הכסף. לכאורה, דברים אלו של הסמ"ע סותרים את דבריו לעיל, שצריך שהצדדים ידעו את עניין היתר העסקא ויבינו אותו.

בהסבר דברי הסמ"ע כתב בשו"ת מנחת יצחק⁵ שוודאי שאין כוונתו שהמלווה יסתיר לחלוטין מהלווה את העובדה שיש באפשרותו להיפטר מתשלום הרווחים. כוונתו היא שיגלה לו שהוא יכול להיפטר מתשלום אם יביא עדים כשרים שיעידו שלא הרוויח, ולא יגלה לו שהוא יכול להיפטר גם על ידי שבועה. במצב כזה, בו ישנה מודעות של המקבל

2. חכמת אדם קמ"ג, ג.

3. שולחן ערוך יו"ד קס"ב, ב. עיינו שם בנושאי הכלים, וכן בבית יוסף ובב"ח שם ד"ה ואם יש ללווה.

4. קונטרס הסמ"ע דרך קצרה אות ד. ועיינו בבינת אדם קמ"ב, ט, שתמה על דברי הסמ"ע הללו.

5. שו"ת מנחת יצחק ד, טז.

לאחת מהדרכים להיפטר מתשלום הרווחים, די בכך כדי שלא יהיה מדובר בהלוואה בריבית. אבל במקרה שבו הצדדים סבורים שמדובר בהלוואה בריבית והם אינם מודעות לפרטי ההסכם עליו חתמו המגדיר את ההלוואה כעסקא – לא יהיה להסכם תוקף. אולם, ניתן לציין שתי סוגיות מהן עולה שבדיעבד יש תוקף להיתר עסקא גם ללא מודעות של הצדדים לקיומו.

2. הלוואת סאה בסאה כאשר יצא השער

סוגיה ממנה מוכח שיש תוקף להיתר עסקא גם ללא מודעות לקיומו היא סוגיית הלוואת "סאה בסאה" כאשר "יצא השער". במשנה נאמר:

אין פוסקין על הפירות עד שיצא השער, יצא השער – פוסקין, ואף על פי שאין לזה יש לזה.⁶

בעניין זה פסק הרמב"ם:

כשם שמותר למוכר לפסוק על שער שבשוק, כך מותר ללוות הפירות סתם ופורעין סתם בלא קביעת זמן על השער שבשוק. כיצד? היה השער קבוע וידוע לשניהם, ולזה מחבירו עשר סאין – חייב להחזיר לו עשר סאין, אף על פי שהוקרו החיטים. שהרי כשלוה ממנו היה השער ידוע, ואילו רצה היה קונה ומחזיר לו, שהרי לא קבע לו זמן.⁷

דהיינו, כאשר אדם מלווה לחברו כמות מסוימת של פירות והלווה יצטרך להחזיר את אותה כמות, אם מחיר הפירות ידוע אין בכך איסור ריבית, וכן נפסק בשו"ע.⁸ נימוק לדין זה כתב הבית יוסף:

וטעם ההיתר כפי מה שפירש רש"י שם הוא משום דכיון דשכיחי חטי למיזבן, מדמינן ליה לאומר הלוני עד שיבא בני או עד שאמצא המפתח. וקרוב לזה נראה מדברי הרמב"ם, אלא שהצריך שיהיה השער ידוע לשניהם. ונראה דטעמו משום דכל שלאחד מהם אין השער ידוע, נמצא שמתכוין להלוות או ללוות על מנת לקבל או לפרוע חטים בזמן היוקר, וכיון שנתכוין שום אחד מהם לשם רבית – אסור.⁹

הבית יוסף התנה את ההיתר בכך ששני הצדדים יידעו את השער, ולא, מן הסתם התכוונו לשם ריבית. משמע, שנדרש שהצדדים לעסקה יתכוונו שלא מדובר על ריבית. לעומת זאת מדברי הט"ז¹⁰ שכתב שיש צורך בידיעת השער בלבד, משמע שאין צורך להתכוון שלא לקבל ריבית. מכל מקום, אף אם הבית יוסף מסכים ששני הצדדים צריכים לדעת שאין במעשיהם משום ריבית, זוהי רק דרישה לכתחילה, אך בדיעבד הדבר מותר. לפיכך,

6. בבא מציעא עב, ב.

7. רמב"ם מלווה ולווה י, א.

8. שולחן ערוך יו"ד קסב, ג.

9. בית יוסף יו"ד קסב, ד"ה אם יצא השער.

10. ט"ז יו"ד קסב, ג.

לענייננו, למרות שהצדדים לעסקה סבורים שהם נותנים ומקבלים ריבית, כיוון שהם יודעים על קיומו של תקנון שכולל היתר עסקא ועל פיו העסקות הן ללא ריבית, די בכך.

3. אפוטרופוס המלווה מעות יתומים

ראיה נוספת ממנה מוכח שאין צורך שהלווה יהיה מודע לקיומו של היתר העסקא ניתן להביא מתשובת המהר"ם מרוטנבורג. המהר"ם נשאל על אפוטרופוס שהלווה מעות יתומים בריבית קצוצה. הלווה הרוויח במעות אלו, אך לא רצה להחזיר לאפוטרופוס יותר מקרן ההלוואה, בטענה שיש בכך משום איסור ריבית. בתשובתו כותב המהר"ם כי על הלווה לתת מרווחיו למלווה, בהתאם להסכם ביניהם, ואף שההסכם היה אסור – אנו מחשיבים זאת כאילו נעשה בדרך המותרת של "קרוב לשכר ורחוק מהפסד", האסורה רק מדרבנן והמותרת לכתחילה במעות יתומים, ואלו דברי מהר"ם:

ודבר פשוט הוא דמעות של יתומים אסור להלותם ברבית קצוצה, דיתמי דאכלי דלאו דידהו – ליזלו בתר שבקיהו (בבא מציעא ע,א). ואפילו אם [נטלן], מחזירין, דרבית קצוצה יוצאת בדיונים. מיהו נראה, נהי דרבית קצוצה לא יהבו להו, ולא טוב עשה האפטרופא שהלוה ברבית קצוצה, מכל מקום [אי מטון] ליה רווחא – יהיב [להו] כמו שהתנה, רביע על כל זקוק, כיון דהריוח כל כך או יותר, איבעיא ליה לקיים התנאי.¹¹

האפשרות להחשיב את ההלוואה כאילו נעשתה בדרך המותרת, אף שההסכם נוסח במפורש באופן אסור, מבוססת על כך שבית הדין הוא "אביהם של יתומים", וכאילו בית הדין התנה עם הלווה שההלוואה נעשית בדרך המותרת, וכך ממשיך מהר"ם וכותב:

דאף על גב דתנאה דאתני בהדי אפטרופא לאו כלום הוא, ותנאו [בטלן], אנן יד יתמי אנן, והווי ליה כאילו בית דין אתני בהדיה קרוב לשכר ורחוק להפסד, כדאמר פרק השולח (גיטין לו,א): "יתומים אינם צריכים פרוזבול, רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים".

הרי שאף שהלווה סבר שמדובר בריבית קצוצה, מכל מקום היות שמחשבתם של בית הדין היא שהדבר ייעשה באופן המותר, הרי שלא יהיה בכך איסור ריבית גם מצד הלווה. ואין לומר שמדובר בכגון שהלווה ידע שאלו מעות יתומים, וממילא ידע שהכול נעשה על דעת בית דין, שהרי המהר"ם כותב במפורש שכך יהיה אף אם יטען הלווה שאינו מאמין למלווה שאלו מעות יתומים, והוא אף לא יוכל לחייב את המלווה להישבע לו שאכן מדובר במעות יתומים:

ואם לוח טען 'משל עצמך הליתני, ולא משל יתומים, ואיני מאמינך במה שאתה טוען של יתומים הן, השבע לי שהוא כדברייך' – טענת שמא היא זו, ואין נשבעים על טענת שמא.

דברים אלו נפסקו להלכה בשולחן ערוך:

11. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד (דפוס פראג), תקסט; הובא במדרכי בבא מציעא, שלב.

אפוטרופוס שהלוה מעות היתומים ברבית קצוצה, אם הלוה נטל לחלקו כל כך ריוח כמו שהתנה לתת להם, חייב ליתן להם.¹²

4. שיטת המהרש"ם – דין "זכין"

סיבה נוספת למתן תוקף להיתר עסקא ללא מודעות של הצדדים, היא מדין "זכין לאדם שלא בפניו". המהרש"ם נשאל על אודות אדם שהלוה כסף באמצעות מתווך (סרסור), וערך היתר עסקא בינו לבין המתווך, אך המתווך לא ערך היתר עסקא בינו לבין הלוה ואף לא הודיע ללוה על קיומו של שטר היתר עסקא. השואל רצה להתיר זאת כאמור מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", והמהרש"ם קיבל את דבריו:

וגם מזה שכתבת בדבר המנהג, שהסרסור המקבל מעות מהמלוה ונותן לו טראטע בח"י המקבל, והמלוה עושה עם הסרסור היתר עסקא ונותן לו שטר עסקא, והסרסור אינו מודיע כלל למקבל מזה ואינו נותן לו השטר עסקא, אם מותר להנותן לקבל ריבית.

ורום מעלתו כתב דיש לומר דכיון שאין מזה צד חוב למקבל אלא זכות לבד, אם כך זכין לאדם שלא בפניו, ומהני עשיית היתר עסקא של השליח לטובת הלוה. כמו שכתב כהאי גוונא בסי' שכח לענין הפרשת חלה, ובאה"ע קמ, ה, לענין שליח קבלה, ויו"ד סי' שה לענין פדיון הבן. ואף דהכא לא יודע להמקבל כלל מזה לעולם, מכל מקום כיון שהנותן גומר בדעתו שאם ישבע המקבל שלא הרויח לא יגבה הריבית, יש לומר דמותר.¹³

נראה שבמציאות ימינו, בה ניתן לתבוע בבתי משפט את הריבית גם בהיעדר היתר עסקא, בוודאי נחשב הדבר לזכות ללוה כאשר ההלוואה ניתנת לו על פי היתר עסקא כדי להימנע מאיסור ריבית, ועל כן ההיתר מועיל אף שהצד השני אינו יודע על כך.

5. הצעת האדמו"ר מלובלין

מקור נוסף למתן תוקף להיתר עסקא ללא מודעות ישנו בדברי רבי אלטר עזריאל מאיר איגר, האדמו"ר מלובלין, שפרסם בשנת תרפ"ד הצעה בוו הלשון:

שכל איש מישראל, כשיתחיל לעסוק במשא ומתן, יהיה עליו חיוב שיכתוב בכתב ידו פעם אחת אצל הרב דמתא (=רב העיר) שבכל עיר, שכל העסקים שיעשה במעות – הן מה שיתן לאחרים והן מה שיקבל מאחרים – מעיד הוא על עצמו שהוא על אופן עסקא על פי תקנות חז"ל, אף אם ישכח או שלא יוכל לדבר מזה בפירוש בעת נתינת או לקיחת המעות. ואיך שיתפשר אז, יהיה על צד היתר עסקא.¹⁴

כלומר, די בכך שאדם יפקיד הצהרה שלו בידי רב העיר שכל עסקיו נעשים על פי היתר עסקא, אף שמי שנושאים ונותנים עמו אינם מודעים לכך. אף שהיו רבים שחלקו על הצעה

12. שולחן ערוך יו"ד קס, יט.

13. שו"ת מהרש"ם א, כ.

14. קובץ דרושים, יו"ל ע"י אגודת הרבנים בפולין (פיעטרקוב, תרפ"ד).

זו, תלמידי חכמים גדולים תמכו בה, ובשנת תרפ"ט פורסמה החלטה של ועד הרבנים בוורשה התומכת בהצעתו של האדמו"ר מלובלין:

כבוד הרב הגאון המפורסם האדמו"ר מלובלין שליט"א.
אחדשה"ט ושלום תורתו, נתכבד להודיע למעלתו שעל אספת ועד הרבנים מיום כ"ו
אב הוחלט להסכים להצעת מעכ"ת כפי המבואר בהחברת ותשובות גדולי הדור,
וכבודו יהיה ממזכי הרבים להציל אחינו בני ישראל מאיסור רבית החמור.
ברוב כבוד והוקרה
ועד הרבנים לעדת ווארשא
שלמה דוד כהנא יעקב זילבערשטיין

בין המטילים ספק בתקפותה של ההצעה כאשר רק אחד הצדדים חותם עליה היה הרב צבי פסח פרנק, שכתב:

ומלבד זה לכאורה לא יועיל תקנה זו אלא בהזדמנות ששניהם המלוה והלוה חתמו על מודעה זו וקבלו שניהם שכל עסקיהם בעניני הלואות יהא על תנאי זה, מה שאין כן אם אחד לא חתם כלל, יש לדון טובא דאין חתימת האחד מוציא ענין זה מדין הלואה ולא נמלט מאיסור רבית. ויש להאריך בזה הרבה אלא שלקצר אמרתי.¹⁵
אך הוא מסיים: "ועל כל פנים תקנה זו טובה ונחוצה להציל מה שאפשר, וזכות הרבים יהיה תלוי בכבוד תורתו הקדושה".

6. תוקפו הייחודי של היתר עסקא של חברה בע"מ

הסבר לתוקפו הייחודי של היתר עסקא כללי של בנק כתב בספר ברית יהודה:
שעיקר ההיתר הוא מפני שהבנק הוא גוף ציבורי הפועל על פי תקנות קבועות המחייבות את כל לקוחות הבנק, וכל מי שמתעסק עם הבנק הרי זה כאילו מתחייב להיות כפוף לכל תקנות הבנק. וגם ההיתר עסקא צריך להיות אחד מתקנות הקבועות של הבנק. וברור שתקנה כזו אין בכחו של שום מורשה חתימה לעשות, כי אם ע"י מועצת המנהלים או הגוף המנהל המורשה לכך. ואז יש לזה תוקף אפילו לגבי מי שאינו יודע ענין היתר עסקא, כי עיקר החשש שצריך לידע ענין ההיתר עסקא הוא שאם לא כן אינו מתחייב לפי דיני עסקא, והיינו דווקא עם יחיד. אבל כשמתעסק עם בנק אף בלי לדעת הוא מתחייב להתעסק כפי תקנות היסוד של הבנק, וחלים עליו כל דיני עסקא בין לזכות ובין לחובה.¹⁶

דהיינו, כל אדם שעוסק עסקים בנק מודע לכך שלבנק יש תקנון המחייב אותו שאת פרטיו הוא אינו יודע. היתר העסקא הוא חלק מתקנות אלה, ולכן הוא מחייב גם ללא מודעות ייחודית לקיומו. מדבריו עולה שהיתר זה אינו תקף לגבי עסק פרטי שאין לו תקנון, ובכלל

15. הרב צבי פסח פרנק, שו"ת הר צבי יו"ד, קמא.

16. ברית יהודה מ, כא.

זה כל עסק שאיננו חברה בע"מ (אלא עוסק מורשה), וכן כל חברה בע"מ שהיתר העסקא שלה לא אושר על פי דרישות חוק החברות.

ב. תוקפו של שעבוד כללי ללא רישום בטאבו

בעבר היו מקרים שבהם הכסף ניתן לצורך השקעה מסוימת וזו ירדה לטמיון, ואז טען המקבל כי הוא אינו חייב להחזיר את הכסף. בעקבות זאת, הוצע לכתוב בהיתר העסקא שתמורת הכסף שניתן יקנה המקבל לנותן חלק בכל נכסיו. במצב כזה, מסתבר שיהיה מן הסתם נכס כלשהו שירוויח והמקבל לא יוכל להיפטר בטענת הפסד.

ברוח זו, בנוסח היתר העסקא הכללי של מכון כתר נכתב:

בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי העסקה הכספית שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הקיימים, עפ"י שמאים שזהותם תיקבע ע"י החברה. כמו כן, בכל עסק או נכס שיקנה המקבל מכאן ולהבא, יקנה למפקיד חלק בקנין מועיל ע"פ שומא כנ"ל. כל הרכישות והקניינים בדמי העסקה הכספית ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי דיני ישראל.

אלא שלכאורה יש לפקפק בתוקפה של ההקנאה, כיוון שעל פי החוק העברת זכויות בנכסי מקרקעין דורשת רישום וזה לא נעשה בהיתר העסקא. אולם, נראה שלמרות דרישת הרישום שבחוק אין כל מניעה להחיל סעיף זה על כלל הנכסים של הלווה – כולל מקרקעין. מצאנו במספר מקומות בתלמוד, שכאשר קיימת ודאות שאדם מעוניין להקנות מנכסיו, אפילו מקרקעין, לשם קיום מצווה,¹⁷ ניתן להקנות זאת אפילו בלא מעשה קניין כלל. למשל, בתלמוד במסכת בכורות¹⁸ נאמר שאדם מקנה לכהן מקום בחצרו כדי שיזכה שם בבכור שייוולד, וכתבו שם תוספות "ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה".¹⁹

הרש"ש הביא רשימה של מקומות נוספים שבהם מצאנו שכאשר קיימת ודאות של רצון להקנות – הדבר מועיל אף בלא קניין, וכך הוא כותב:

שכן מצינו בכתובות קב, ב, 'בההיא הנאה גמרי ומקני לאהדדי', ובגיטין ריש דף יד 'בההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה', ובבבא בתרא קו, ב, 'בההיא הנאה גמרי ומקני לאהדדי', ושם קמב, ב, 'הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו' וברשב"ם, וכן בעירובין פ, פלוגתת רב ושמואל ופרש"י ותוס', ובבבא קמא קב, ב, 'נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו', והלא המה לא עשו שום דבר של קנין, ועי' כתובות

17. האחרונים נחלקו האם מדובר דווקא במקום מצווה, או שמא כאשר קיימת ודאות הדבר מועיל אף שלא במקום מצווה. עיינו שו"ת ר' עקיבא איגר א, לו, שסבור שהדבר מועיל אף שלא במקום מצווה, וכן משמע מדברי הפני יהושע גיטין דף עז, ב, ד"ה בא"ד ולא הוי. ולעומתם דעת המנחת חינוך מצווה שלו, בסופו, שמועיל רק במקום מצווה.

18. בכורות יח, ב.

19. תוספות שם, ד"ה אקנויי.

קב, בתוס' ד"ה אליבא. ובוזה אתי שפיר הא דאמר רבי יהודה בנדרים מח במשנה שהכותב לנשיא אין צריך לזכות.²⁰

על פי זה כתב בשו"ת הרי בשמים,²¹ שגם בהיתר עסקא, היות שרצון הצדדים להקנות לבעל המעות חלק בנכסיו של המקבל כדי שלא לעבור על איסור ריבית, הרי זה כאילו קיימת ודאות, והדבר מועיל אף אם לא היה מעשה קניין.

ואף אם יש לחובת הרישום שמטיל החוק מעמד של "דינא דמלכותא", "תקנות הקהל" או מנהג, המחייבים בדרך כלל גם על פי ההלכה,²² צריך לבחון בכל מקרה האם אכן מדובר בחוק שיש בו משום תקנת הציבור.²³ ברור שככל שהדבר נוגע להיתר העסקא אין בחוק זה משום תקנת הציבור שהרי הקפדה על חובת הרישום עלולה להכשיל את לקוחות הבנקים באיסור ריבית, ועל כן, לעניין זה, לא יהיה לחוק הדורש רישום, תוקף מחייב מבחינת ההלכה. כמו כן ברור שאין בעניין זה מנהג מחייב, שהרי המנהג הוא לחתום על היתר העסקא המאפשר הקנאה גם בלא רישום.

זאת ועוד, אף אם נאמר שלחוק הדורש רישום של עסקת מקרקעין יש תוקף הלכתי בכל מצב, אין בכך בכדי לבטל את הסעיף בהיתר העסקא המאפשר את הקנאת הנכסים גם בלא רישום. הסיבה לכך היא שלעניין האפשרות של נותן המעות לקבל רווחים מנכסי מקבל המעות אין צורך שמקבל המעות יקנה לו את הנכסים בקניין גמור, ודי בכך שלפי ההלכה אינו רשאי לחזור בו מהסכמתו להקנות את הנכסים.

המקור לכך הוא בדברי רש"י המבאר כיצד רשאי נותן המעות לקבל רווחיו של נכס – אף שלא עשה בו מעשה קניין:

ואף על גב דלא משיך – כי מוקרי ברשותיה מוקרי, ולא הוי רבית, הואיל ואם בא לחזור – קאי עליהו במי שפרע.²⁴

"מי שפרע" היא קללת חכמים הנאמרת על ידי בית הדין למי שחוזר בו מעסקה לאחר שהקונה שילם למוכר בעד הסחורה אך לא עשה עדיין קניין סופי ומחייב. על פי דברי רש"י הללו, די אפוא בכך, שאם החוזר בו, יקולל ב"מי שפרע", כדי לאפשר לנותן המעות לקבל רווחים על אותם נכסים. דברים אלו נפסקו להלכה,²⁵ ומכאן שאין צורך בבעלות גמורה כדי לקבל רווחים מנכסי המקבל.

יש לציין שאם לא נוכל לסמוך על כך שלעניין איסור ריבית אין צורך ברישום בטאבו, כל אדם המתגורר בדירה שעדיין לא נרשמה על שמו יעבור על איסור ריבית. זאת משום שאם הדירה נחשבת עדיין של המוכר, נמצא שהקונה מתגורר בביתו של המוכר בחינם בלא

20. רש"ש שם.

21. שו"ת הרי בשמים תנינא, קמג.

22. סוגיית תוקפה ההלכתי של דרישת הרישום על פי החוק, נידונה בהרחבה ובפסקי דין רבניים רבים. ראו עוד במאמרי המובא בהערה 26.

23. שו"ת חתם סופר ה, מד.

24. רש"י בבא מציעא סג,א, ד"ה יש לו מותר.

25. שולחן ערוך יו"ד קסג, א; ט"ז שם, ג; ש"ך שם, ג; חוות דעת שם, ב.

לשלם לו דמי שכירות. מצב זה בו אדם מתגורר בחינם בדירה השייכת למוכר, כאשר הוא כבר שילם עליה, כרוכה באיסור ריבית משום שהתשלום מראש, בלא שהדירה עברה לבעלותו, כמוהו כהלוואה שנותן הקונה למוכר, והמגורים בחינם הם טובת ההנאה שמקבל הקונה עבור אותה הלוואה. אכן, לא מצאנו ב**פוסקים** מי שחשש לכך, והטעם הוא, כאמור, שלעניין האפשרות ליהנות מנכס ולקבל את רווחיו בלא איסור ריבית אין צורך בהקנאה גמורה של הנכס.²⁶

26. תורת ריבית יב, בירור הלכה א. וראו עוד בעניין זה: מאמרי, "עסקת מקרקעין שלא נרשמה בטאבו", תחומין לו, עמ' 381.

היתר עסקא כללי לעסק עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב_____ ביום __ בחדש __ שנת התש__ (/ / _ למניינם)

הגדרות

"עסקא כספית" – כל סוגי אשראי ופיקדונות, כולל חיובים, התחייבויות, ערבויות, משכנתאות, חסכוניות, הנפקת מניות ואגרות חוב וסחר בהם, כולל פעולות ועסקי תיווך, נאמנות ושליחויות המבוצעות ע"י החברה לרבות כל פעולה אחרת שהחברה צד לה. **"תנאי העסקא הכספית"** – אינם מפורטים בשטר זה אלא בהסכם נפרד שנערך בין שני הצדדים לעסקא הכספית.

"המקבל" – אדם או גוף לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/או באי כוחם המקבלים כסף או שווה כסף במסגרת עסקא כספית.

"המפקיד" – אדם או גוף, לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/או באי כוחם הנותנים כסף או שווה כסף למקבל במסגרת עסקא כספית.

"החברה" – _____ . בעסקאות מסוימות יכולה החברה להיות מוגדרת כמקבל ובאחרות כמפקיד.

"ריבית" – סכום אותו מחזיר הלווה הנוסף על סכום ההלוואה, ומבלי לגרוע מכלליות האמור, לרבות ריבית דריבית.

"פיקדון" – חלק מה"הלוואה" שאינו בבעלות המקבל אלא באחריותו כשומר שכר. ברווח או בהפסד שיגרם לפיקדון נושא המשקיע, כאשר חלק מן הרווח, על פי מה שסוכם בין הצדדים, ניתן למקבל כשכר על התעסקותו בהשקעה.

"עסקא" – מונח הלכתי הבא לבטא סוג של עסקא בין המשקיע ובין המקבל אשר מטרתה לאפשר למשקיע לקבל רווחים מהשקעתו מבלי לעבור על איסור ריבית. בעסקא זו מוגדרת חלק מה"הלוואה" כהלוואה החוזרת בזמן הפירעון בדיוק כפי שנתקבלה ללא תלות בשאלה האם החברה הרוויחה או הפסידה. חלק אחר של ה"הלוואה" מוגדר כפיקדון.

מבוא

המבוא לשטר וההגדרות מהווים חלק בלתי נפרד ממנו. **הכותרות** בשטר נועדו להקל על הקריאה בו, והן אינן מחייבות ואינן מהוות חלק ממנו כלל ועיקר.

הואיל והנהלת החברה אינה רוצה לעבור על איסור ריבית. **והואיל** והחברה מעוניינת כי כל עסקאותיה, גם אלו שנוכרת בהן ריבית, יהיו כשרות על פי דיני ישראל. **והואיל** והחברה הסמיכה את הח"מ להחליט ולחתום בשם החברה על השטר. **לכן** הח"מ מצהירים ומתחייבים בזאת בשם החברה, על כל סניפיה כדלקמן:

1. הגדרת ההלוואה כעסקא וכפיקדון

א. כל עסקא כספית שיש בה חשש ריבית מכל סוג איסור שהוא, ואפילו מוזכר בה לשון ריבית או ריבית דריבית, תהיה ביד המקבל בתורת עסקא ע"פ הגדרתה במבוא לשטר.²⁷ כמו כן מוסכם כי חלקו של המקבל יהיה מחצית מהרווח, ואם יהיה הפסד יישא המקבל ב-30% ממנו והמפקיד ב-70%.²⁸ במקרים בהם סביר להניח שהסכום אותו יידרש המקבל לשלם עפ"י חלוקה זו יהיה נמוך מתנאי ההלוואה, תהיה ההלוואה כולה ביד המקבל כפיקדון, כאשר חלקו של המשקיע ברווח הוא 90% וחלקו של המקבל 10%.²⁹

ב. המקבל יעסוק בסכום דמי העסקה הכספית בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים³⁰ והמובחרים ביותר, בין בעסקיו ונכסיו הקיימים ובין בעסקים ונכסים שמכאן ולהבא.

ג. בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי העסקה הכספית שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים, והיותר מובחרים, בין אלו הקיימים ובין אלו שיקנה מכאן ולהבא, עפ"י שמאים שזהותם תיקבע ע"י החברה. לפיכך כל רווח שייווצר למקבל מנכסיו ועסקיו הנ"ל, בין הקיימים ובין אלה שיהיו עד מועד השבת הכספים, ייחשב מרווח העסקא. כל הרכישות והקניינים בדמי העסקה הכספית ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי ההלכה היהודית.³¹

27. זו ליבת ההסכם – על פיו, חלק מהכסף שניתן נשאר שייך לנותן והוא זכאי לקבל ברווחים שיופקו מאותו כסף.

28. הסיבה לכך שחלוקת הרווחים היא חצי-חצי, ואילו חלוקת הפסדים היא ביחס של 70-30 היא שהמקבל זכאי לתשלום עבור התעסקותו בחלק הפיקדון.

29. הסיפא של סעיף זה נועדה למקרים בהם יש להניח שהנותן יודע שמחצית רווחיו של המקבל נמוכים מן הריבית שנקבעה בהסכם ההלוואה. במצב זה נחלקו הדעות האם עדיין רשאי הנותן לדרוש מן המקבל לעמוד בנטל הראיה הקבוע בהיתר העסקא כתנאי להיפטרותו מתשלום דמי ההתפשרות (המכונה ריבית). ראו שו"ת טוב טעם ודעת מהדורה שלישית, ב, מ; שו"ת אגרות משה יו"ד ב, סב. ומאידך: שולחן ערוך הרב הלכות ריבית והלכות עיסקא, מה; שו"ת מהרש"ג א, יו"ד, ד. כדי שלא להיכנס למחלוקת נקבע כי במצב כזה מוגדר הכסף כולו כפיקדון ובמצב כזה אין כל חשש ריבית.

30. ההגבלה לנכסים מותרים בלבד נועדה למנוע חשש שהיתר העסקא יזיק לנותן מבחינה הלכתית שלא בתחום איסורי ריבית: שהרי על פי ההיתר עסקא הופך הנותן לשותף בנכסי המקבל ואם כן הוא עלול להיכשל בשותפות בעסקים האסורים של המקבל (אם ישנם כאלה), על כן נקבע שחלקו של הנותן הוא רק בעסקים המותרים. יש לציין שגם כאשר מדובר במפעלים המחללים שבת וכד', עדיין לא כל פעילותם נחשבת אסורה, וממילא גם במפעלים כאלו יכול הנותן להיות שותף, אלא ששותפותו תוגבל רק לפעילויות המותרות שבאותם מפעלים.

31. בסעיף זה מקנה המקבל לנותן חלק בכל עסקיו בתמורה לכסף שקיבל, ואז הנותן זכאי לקבל חלק מהרווחים של כל נכסי המקבל. לעומת זאת, אם יקנה לו חלק רק בהשקעה שלשמה קיבל את הכסף יש חשש שיהיו הפסדים והנותן לא יהיה זכאי לרווחים, ואף יספוג הפסדים.

2. ברירת המחדל – תנאי ההלוואה המוסכמים³²

- א. לשם מילוי חובתו של המקבל האמורה לעיל (סעיף 1.א.) יוכל המקבל לשלם למפקיד את הסכום שהוסכם ביניהם במסגרת תנאי העסקה הכספית, ומבלי לגרוע מכלליות האמור, לרבות שיעור יחסי מהעסקה הכספית כולל הפרשי הצמדה למיניהם, הטבות ומענקים חד-פעמיים.
- ב. אם ישלם המקבל למפקיד את הסכומים הנ"ל יהיה פטור מחובת הוכחה ומשבועה כפי שתובא להלן (סעיף 3) ומותר הרווח יהיה שייך למקבל לבדו.³³

3. הראיות הנדרשות

- א. על המקבל להוכיח שנהג ועסק בנאמנות בדמי העסקה הכספית, בהתאם לתנאי שטר זה, ולא יהיה נאמן על כך כי אם בשבועה חמורה על פי דיני ישראל. כמו כן לא יהיה נאמן על הרווח או אי הרווח, כי אם בשבועה חמורה על פי דיני ישראל, ועל הפסד הקרן לא יהיה נאמן כי אם בשני עדים כשרים ונאמנים על פי דיני ישראל.³⁴
- ב. כמו כן מותנה כי זמן פירעון הרווחים הוא בכל יום עסקים אחרון לכל חודש האזרחי. אם יטען המקבל כי העסקה ו/או הפיקדון לא הרוויחו או הפסידו, עליו להודיע למפקיד בכתב, לא יאוחר מחמשה ימים מהתאריך הנ"ל, על רצונו להוכיח את טענתו זו באופנים הנזכרים לעיל. אם לא הודיע עד היום הנ"ל, הרי זה כאילו הודה בבית דין שהעסקה ו/או הפיקדון הרוויחו ולא יוכל עוד לטעון שהם הפסידו או לא הרוויחו עד תום החודש החולף.
- ג. אם ידווח המקבל כאמור, יהא חייב לשלם לחברה מיד עם מתן ההודעה, את חלק ההלוואה ואת החלק שלא נפסד מהפיקדון לטענתו, וזאת לפני שתידון טענתו על הפסד או העדר רווח. על המקבל לבא ולהתדיין מידית ובלא דחיה.³⁵

32. כדי להקל על הבנת היתר העסקא ועל נכונותם של בעלי העסקים לחתום עליו, הפכנו כאן את סדר הדברים לעומת היתרי העסקא המקובלים, וקבענו בתור ברירת מחדל ראשונה את תשלום תנאי ההלוואה, ורק כאופציה שנייה את ההוכחות והשבועות הנדרשות על פי תנאי היתר העסקא. כמובן למעשה אין כל הבדל בין הנוסחים, אך נוסח זה משקף יותר את המציאות בפועל בה בדרך כלל משלם המקבל על פי תנאי ההלוואה ולא נפטר מתשלום ע"י שבועה וכד'.
33. סעיפים אלה מכונים בהלכה "דמי התפשרות", והם כוללים הסכמה של הנותן שאם המקבל ישלם לו סכום מסוים שנקבע מראש (המקביל לריבית) ימחל לו הנותן על חובתו להוכיח את גובה הרווחים שהיו לו מהעסקה.
34. הדרך להגן על הנותן מפני טענה של המקבל שלא היו רווחים או שההשקעה ירדה לטמיון היא על ידי הקביעה שעל המקבל להישבע שבועה חמורה על כל טענה שיטען.
35. הסעיפים שנכתבו על רקע כזה הם על פי מה שהביא בחכמת אדם, כלל קמג, ב"נוסח שטר עיסקא להיות בטוח על קרן ורווחים". אולם יש המפקפקים על כך – ראו תורת ריבית טו, בירור הלכה, ד; שם, ט"ז ט, ובהע' מו. לכן השמטנו סעיפים אלו בנוסח המהודר של היתר העסקא.

ד. במידה ולא יוכיח המקבל באופן האמור לעיל כי הסכום על פי תנאי העסקה הכספית (הנוזכר לעיל סעיף 2.א.) שונה מהסכום שע"פ תנאי העסקא ו/או הפיקדון (המפורטים לעיל בסעיף 1.א.) יידרש לשלם את הסכום המוגדר על פי תנאי העסקה הכספית.³⁶

4. תוקף השטר

- א. שטר זה חל על כל עסקה כספית אותה תעשה החברה עם מפקיד או עם מקבל.
- ב. שטר זה נתקבל כהחלטה גמורה ומחייבת בהנהלת החברה, עפ"י כח והרשאה שיש לה בשם הדירקטוריון, ויש תוקף להחלטה והתחייבות זו ככל שאר התקנות הקובעות של החברה, ואין רשות לאף אחד לעשות בשם החברה עסקה כספית שיש בה איסור ריבית.
- ג. בפירוש הותנה שגם אם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המפקיד או המקבל עניין היתר עסקא זה, או לא ידע בכלל מהו היתר עסקא, יהיו נוהגים בו תנאי היתר עסקא זה, זאת משום שעל פי החלטת החברה, היא לא תעסוק בעסקה כספית שיש בה איסור ריבית, וכל המתעסק עם החברה – על פי תקנותיה הוא מתעסק.³⁷
- ד. תנאי שטר זה יחולו, מיד כאשר הדבר יתאפשר, גם על עסקאות כספיות שנעשו קודם לחתימת השטר, זאת בכפוף להלכה, לחוקי מדינת ישראל, ולכללי הבורסה לניירות ערך.³⁸ אם יתברר כי חוקים וכללים אלו אינם מאפשרים לשטר לחול על עסקאות כספיות אלו, לא יגרע הדבר מתוקפו של השטר ביחס לעסקאות כספיות אשר יבוצעו מכאן ולהבא.
- ה. הנהלת החברה מצהירה בזאת, כי שטר זה מחייב בכל דיון משפטי ובכל פורום שיפוטי.
- ו. למען הסר כל ספק; אין בשטר זה כדי לקבוע או להשפיע על הפורום השיפוטי שבו יתבררו מחלוקות לפי שטר זה.

ולמען תת תוקף לכלל האמור לעיל הננו כותבים שטר זה ומפרסמים לכול החלטתנו זאת. לראיה באנו על החתום ע"פ הרשאה שיש לנו מהנהלת החברה.

חתימה וחתימה

תאריך

36. כלומר, בכל מקרה בו המקבל לא יוכיח את טענתו יהיה עליו לשלם את דמי ההתפשרות, שהם הסכומים שסוכמו בהסכם בין הצדדים ומקבילים לריבית.

37. בנוגע לתוקפו של הסכם ביחס למי שאינם מודעים לקיומו – ראו במאמר המקדים.

38. סעיף זה נועד לכלול בהיתר העסקא גם אגרות חוב שהנפיקה חברה קודם שחתמה על היתר העסקא. אמנם, כפי שנאמר בסעיף, ספק אם הדבר מועיל, אך על כל פנים אינו גורע מתוקפו של ההיתר מרגע אישורו והלאה.

אנו הח"מ מאשרים בזאת כי שטר עסקא הנ"ל נחתם עפ"י הרשאה שיש לחותמים הנ"ל
מהנהלת החברה, והנו בר תוקף.³⁹

חתימה וחותמת

תאריך

39. באופן עקרוני היתר עסקא יכול להיות תקף גם בלי אישור זה. האישור נועד להבטיח שהחותמים על היתר העסקא הם אכן מורשי החתימה מטעם החברה, וכי הבינו על מה הם חותמים.

צוואת אדם לא-נשוי

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

א. האם ראוי לכתוב צוואה ואופן החלוקה	ד. מתנה בחיים ברכוש שלא ניתן להקנות
ב. צוואה ומתנה	1. התחייבות
ג. מתנה מחיים	2. אודיטא
1. גוף מהיום ופירות לאחר מיתה	ה. מעמדה החוקי של הצוואה
2. מהיום אם לא אחזור בי	ו. מנהל עיזבון
3. מהיום ושעה קודם מיתתו של המצווה	ז. התאמת נוסח הצוואה למטרות המצווה
4. קניין לאחר זמן	

ההלכה קובעת כללים מפורטים לחלוקת רכוש של המת, היינו דיני ירושה. אולם אם אדם מעוניין שרכושו יתחלק בשונה ממה שנקבע בהלכה, עליו לכתוב צוואה.

א. האם ראוי לכתוב צוואה ואופן החלוקה

אף על פי שאדם שליט על נכסיו בחייו, מצינו במשנה הדרכה שלא לכתוב צוואה שבה הרכוש לא יינתן ליורשים על פי דין: "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו – מה שעשה עשוי, אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו..."¹.

בדרך כלל אדם עושה כן מפני שאין בניו נוהגים בו כראוי, וברוח זו פוסק הרמב"ם:

כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשין, אף על פי שאין היורשין נוהגין בו כשורה, אין רוח חכמים נוחה הימנו, וזכו האחרים בכל מה שנתן להן, מדת חסידות היא שלא יעיד אדם חסיד בצוואה שמעבירין בו הירושה מן היורש אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה.²

וכן נפסק בשולחן ערוך.³

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר אילן.

1. בבא בתרא קלג, ב.

2. רמב"ם נחלות ו, יא.

3. שולחן ערוך חו"מ רפב, א.

הפוסקים⁴ דנו בשאלה אם ומתי ראוי למעט מן היורשים. יש אומרים⁵ שדי שישאיר סכום מסוים שלגביו יחול דין תורה, ויש אומרים שכדאי להודיע ליורשים, ועדיף אף לקבל מהם את הסכמתם לצוואתו.⁶

דיונים אלו חורגים ממסגרת זו, וכל כותב צוואה צריך להתייעץ ולשקול היטב אם הוא מתכוון לכתוב צוואה החורגת מסדר הירושה.⁷ למעשה אנו ממליצים להותיר סך \$1000 שיתחלקו על פי דין תורה.

בימינו מקובל ואף רצוי לתת חלק גם לבת ולאישה, ואף להשוות את הילדים.⁸ וכן כתב דיין בית הדין הרבני הגדול הרב שלמה דיכובסקי:

נער הייתי ועדיין לא זקנתי, ומתוך אלפי תיקי הירושה שבהם דנתי לא היה גם תיק אחד שחילקנו את העזבון בין הבנים בלבד תוך כדי נישול הבת והאשה.⁹

ב. צוואה ומתנה

על פי ההלכה, אין תוקף לציווי שאדם מצווה בחייו, שהרי אין אדם שליט על רכושו לאחר מותו. עם מות האדם, עובר רכושו ליורשיו על פי דין, והוא אינו יכול להחליט מראש מי יירש אותו.¹⁰

ישנם מספר אופנים הדומים לצוואה, אך אין בהם מענה כולל לצרכים של המצווה:

1. מתנת שכיב-מרע – שכיב-מרע, כלומר חולה העומד למות, שהורה לחלק את רכושו – הרי זו מתנה מועילה בתנאים מסוימים.¹¹ אולם זהו מצב לא שכיח, שאינו פותר את הצרכים של אדם שרוצה לכתוב צוואה בחייו, בעודו בריא.

2. מצווה לקיים דברי המת – הפוסקים דנו בשאלה אם יש תוקף קנייני לדבריו או שאינם אלא בגדר המלצה שראוי לקיימם, ולו מצד מצות כיבוד אב. להלכה נפסק שמצווה זו קיימת ובעלת תוקף רק בנוגע לממון שמופקד אצל נאמן,¹² ולכן אין בכך מענה לכלל המקרים.

4. פתחי תשובה חו"מ רפב, א.

5. קצות החושן רפב, ב, בשם התשב"ץ.

6. ראו שו"ת הרמ"א, עח.

7. ראו אריכות הדברים בעניין זה: הרב מתתיהו שווארץ, משפט הצוואה, חלק שני.

8. ע"פ רמב"ם נחלות ו, יג: "צו חכמים שלא ישנה אדם בין הבנים בחייו אפילו בדבר מועט שלא יבואו לידי תחרות וקנאה כאחי יוסף עם יוסף", מקור הדברים בגמרא שבת י, ב; וראו עוד טור חו"מ, רפב, וב"ח שהבין אחרת.

9. הרב אשר וייס (בשיעור בעל פה) סבור כי הגבלה זו לא נאמרה אלא כלפי מי שמרחיק את בנו משקולי שנאה או ענישה, אך אין בכלל זה שיקולים עניינים, כגון מצבם הכלכלי של ילדיו.

10. הרב שלמה דיכובסקי, "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא?," תחומין יח, עמ' 30-31.

11. בבא בתרא קכ"ב; רמב"ם נחלות ו, א"ד; שולחן ערוך חו"מ רפא, א.

12. רמב"ם זכיה ומתנה ח, א"ב.

13. ראו עוד פרטים בשולחן ערוך חו"מ רנב, ב.

3. "ביום הנחילו את בניו" – רבי יוחנן בן ברוקה למד מכאן שאדם רשאי לשנות את החלוקה בין היורשים – כגון, בן בין הבנים או בת בין הבנות – אבל אין אפשרות לצוות לתת חלק מהירושה למי שאינו מוגדר כ"יורש". ועוד, לדעת הרמב"ם¹³ ושולחן ערוך¹⁴ הדברים אמורים דווקא בשכיב מרע, ולא בצוואה של אדם בריא המבוססת על מתנה. לכן הדרך המועילה מבחינת ההלכה היא שהמצווה ייתן את הנכסים במתנה (בלשון הפוסקים: מתנה מחיים) או שיתחייב כלפי המקבלים.

ג. מתנה מחיים

מתנה מחיים פירושה שהמצווה נותן את רכושו למקבלים. אולם, אחד העקרונות הבסיסיים בהלכה הוא שבדרך כלל פעולות משפטיות יכולות לחול רק בעת ביצוען, ולא לאחר זמן (ראו על כך עוד בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חזים" עמ' 39). ולכן, כל מתנה של המצווה אמורה לחול לכאורה בעת עריכת הצוואה.

אלא שבדרך כלל, המצווה רוצה שגם לאחר כתיבת צוואתו, תהיה לו זכות עד יום מותו להשתמש בנכסים ואף למכור אותם, לחזור בו ולבטל את הצוואה או לשנות אותה ולחלק את רכושו באופן אחר. זאת, כדי לא להיות תלוי ברצונם הטוב של המקבלים, אפילו הם ילדיו.

לפיכך, יש למצוא דרך שמחד גיסא מבוססת על מתנה בעלת תוקף שתחול באופן מידי, ומאידך גיסא תשאיר בידי המוריש סמכויות נרחבות לשימוש בנכסיו ואף לשינוי הצוואה. לשם כך קיימות כמה אפשרויות:

1. גוף מהיום ופירות לאחר מיתה

דרך ההקנאה שמופיעה כבר במשנה היא בנוסח "מהיום ולאחר מיתה":

מתני'. הכותב נכסיו לבניו – צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, דברי רבי יהודה...

גמ'... אבל הכא הכי קאמר ליה: גופא קני מהיום, פירא – לאחר מיתה.¹⁵

דהיינו, כאשר אדם רוצה לתת את נכסיו לבנו הדרך המועילה היא לכתוב שהנכסים נתונים "מהיום ולאחר מיתה", ומבארת הגמרא שגוף הנכסים ניתן מהיום, ואילו הזכות ליהנות מפירות הנכסים נשארת בידי הנותן עד לאחר מותו. הסדר זה נעשה בצירוף מעשה קניין מתאים (בימי חז"ל בדרך כלל קניין סודר).

אלא שהנותן אינו רשאי לחזור בו או למכור את הנכסים, שכן הגוף אינו שלו.¹⁶

13. רמב"ם זכיה ומתנה יב, א.

14. שולחן ערוך חו"מ רפא, א.

15. בבא בתרא קלו, א.

16. רמב"ם זכיה ומתנה יב, יג; שולחן ערוך חו"מ רנו, א.

2. מהיום אם לא אחזור בי

דרך שמשמרת ביד המצווה גם את הפירות וגם את היכולת לחזור בו מהצוואה או לשנות אותה מופיעה בדברי רבנו תם.¹⁷ הכוונה למתנה מותנית, שמאפשרת למצווה לחזור בו, וכך נפסקו הדברים בשולחן ערוך:

מתנת בריא שכתוב בה: מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינה קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום ואינו יכול לחזור בו, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה.
כתב לו: מהיום אם לא אחזור בו עד לאחר מיתה, היא לגמרי כמתנת שכיב מרע ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף.
הגה: ומ"מ צריך קנין במתנת בריא.¹⁸

דהיינו, כאשר הנוסח הוא משולב, וכולל גם "מהיום ולאחר מיתה", וגם את האפשרות לחזרה – אזי המצווה יכול ליהנות מפירות הנכסים עד יום מותו, וגם מגוף הנכסים הוא יכול לחזור בו. בדרך זו הלכנו בספר זה.

3. מהיום ושעה קודם מיתתו של המצווה

דרך זו הוזכרה בתשובת הרא"ש,¹⁹ והובאה בדברי הרמ"א²⁰ בהקשר שאינו מענייננו. האחרונים התלבטו במשמעות המשפטית של הנוסח הזה.²¹ לאור המחלוקת בפירוש הנוסח, ולאור העובדה שמדובר בנוסח שמשמעותו אחת מהדרכים שהוזכרו לעיל או להלן, לא ייעשה שימוש בנוסח זה.

4. קניין לאחר זמן

דרך נוספת שמוזכרת כבר במשנה²² היא קניין שיחול במועד מאוחר יותר. הדבר מותנה בכך שמעשה הקניין יתבצע גם הוא בעת העברת הבעלות, ולכן הדבר אפשרי רק בקניין שטר וכסף, ובלבד שאלה יהיו קיימים במועד שנקבע להעברת הבעלות, כפי שפסק הרמ"א: מכר לו קרקע בשטר או במעות (וא"ל: קני) לאחר שלשים יום, ונקרע השטר תוך הזמן, או נאבדו המעות,²³ אם אמר לו: קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום, קנה. ואם לא אמר: מעכשיו, לא קנה. והוא הדין לקנין חזקה.²⁴

17. תוספות בבא בתרא קלה, ב, ד"ה כל.

18. שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רנו, רז.

19. שו"ת הרא"ש פד, ד.

20. שולחן ערוך חו"מ רפא, י.

21. ראו קצות החושן רפא, ח, שכתב שהכוונה למתנה מותנית. נתיבות המשפט רפא, יא, כתב שהכוונה לגוף מהיום ופירות לאחר מיתה.

22. קידושין נח, ב.

23. הצורך בהישארות המעות בעת התחולה הוא תמוה, והוא נוגד לכאורה את המשתמע מהסוגיה בקידושין נט, א. נושאי הכלים נדחקו בהסבר דברי הרמ"א, ראו ט"ז, שם, קצות החושן שם, ג, נתיבות המשפט שם, ד. ואין כאן המקום לדיון זה.

יתרונה של דרך זו בכך שהעברת הזכויות כולה מתבצעת במועד מאוחר יותר, אולם, חסרונה בכך שהיא תלויה בקיומם של החפצים ששימשו לצורך מעשה הקניין (שטר וכסף), ולכן לא נלך בדרך זו.

ד. מתנה בחיים ברכוש שלא ניתן להקנות

עד כאן עסקנו בדרכי העברת בעלות, אולם, עדיין נותרה השאלה, מה בדבר נכסים שלא ניתן להקנות, כחובות וזכויות, ונכסים שיגיעו למצווה לאחר כתיבת הצוואה?²⁵ שני פתרונות הוצעו באשר לאלו: התחייבות והודאה (אודייתא). לכל אחד מאלו שתי דרכי ביצוע.²⁶ נפרט, ונדגים ביחס לאדם שרוצה לתת חלק מרכושו לבתו:

1. התחייבות

דרך זו מתחלקת לשני אופנים:

אופן אחד – הנותן מתחייב כעת למקבלים אחוז מסוים מרכושו, כפי שיוערך בשעת מותו. למשל, אם ברצונו לתת לבתו 20% מרכושו. הוא כותב כי הוא מתחייב לבתו 20% מרכושו שיהיה לו בשעת מותו (כולל חובות שלא נפרעו לו וכדו'), ושעת הפירעון תהיה שעה לפני מותו. נמצא שעם מותו בתו נושה ברכושו סך 20% מהם. הוא גם משעבד לשם כך כל רכושו, כולל מיטלטלין, נמצא שלפני חלוקת הירושה היא גובה את החוב שלה. דרך זו מוזכרת בדברי הרמ"א:

ואפילו קנין אינו מהני אם רוצה ליתן להן דבר שאינו בידו אז, דאין אדם מקנה דבר שלא ברשותו, ואין מהני אלא דרך הודאה²⁷ שמודה שחייב לכל אחד מהן כפי מה שירצה. ועיין לעיל סימן ס סעיף ו.²⁸

אפשר בדרך זו לוותר לגמרי על הקנאת הנכסים שברשותו, או אפשר להקנות נכסים שברשותו ולהתחייב רק על אותם נכסים שלא ניתן היה להקנותם מראש כאמור לעיל, ואז

24. רמ"א חו"מ קצא, ד.

25. בעיה זו הזכיר הרמ"א חו"מ רנו, ז; שם רפא, ז.

26. הסברנו מדוע אי אפשר להסתפק בהקנאה ללא התחייבות, אבל לכאורה אפשר לשאול להיפך: מדוע לא נסתפק בהתחייבות ללא הקנאה, היינו שיתחייב לתת ערך כל נכסיו כפי שיהיו שעה לפני מותו בחלוקה שווה (או לא שווה) לפי אחוים?

התשובה היא מעשית, לעתים המצווה מעוניין לתת נכס מסוים למקבל מסוים, משיקולי מס או משיקולים אחרים. לעומת זאת, בדרך ההתחייבות הנכסים לא יהיו של המקבלים עם מותו, אלא היורשים יאלצו לפרוע מהם את חובו כלפיהם, ואולי היורשים יעדיפו לשלם מכספם, כך שאותו נכס יישאר בידם.

27. מקור הלכה זו הוא בשו"ת הרשב"א ג, קיח, ושם נזכרה דרך ההתחייבות, וצ"ע מדוע הרמ"א הזכיר הודאה, והרי גם בהפנייתו לסימן ס' מדובר בהתחייבות.

28. רמ"א חו"מ רנו, ז.

היא זוכה בחלק מרכושו מכוח מתנה, ובחלק אחר מכוח התחייבות.²⁹ אף שמדובר על התחייבות על סכום שאינו קצוב הדבר תקף.³⁰

אופן שני – התחייבות גדולה בתנאי ("שטר חצי זכר"). הנותן מתחייב כעת סכום גדול לבתו, ומוסיף כי תנאי היה ביניהם שהתחייבות תלויה בכך שהיורשים לא יתנו לה חלק בגודל מסוים אותו הוא מגדיר. נמצא כעת שכדאי ליורשים לתת את החלק האמור בצוואה, שאם לא כן, חייבים הם לה סכום עתק.

בדרך זו נהגו לתת חלק לבת. היו שנהגו לתת לה חלק כחצי זכר (ולכן נקרא הסדר זה בשם "שטר חצי זכר" (=שטח"ז)), והיו שנתנו חלק כזכר שלם. וכך נפסקו הדברים על ידי הרמ"א:

דמה שנהגין עכשיו לכתוב שטר חוב לבתו ולהתנות שאם יתן לבתו חלק חצי זכר יפטור מן החוב, צריך ליתן לה בכל אשר לו, דעיקר הוא החוב. ולכן צריך לקיים תנאו או ישלמו החוב, וכן המנהג.³¹

בשני אופני ההתחייבות ניתן להוסיף תנאי שמאפשר לו חזרה.

2. אודיטא

הודאת בעל דין היא אחת מדרכי הראיות. "אודיטא" היא דרך קניין המבוססת על יסוד הודאה, בדרך זו אפשר להקנות נכסים ולהתחייב בחיובי ממון.³² נחלקו המפרשים אם הודאה פועלת כהתחייבות או כנאמנות, כלומר, כראיה שמתקבלת כקניין, ואין כאן המקום לדיון זה.³³

גם כאן ייתכנו שני אופנים כאמור לעיל:

אופן אחד – בהתאם לדוגמה הקודמת: הנותן מודה שהוא חייב לבתו 20% מנכסיו שיהיו לו בשעת מותו.

אופן שני – שטר חצי זכר. הנותן מודה שהוא חייב לבתו סכום גדול, וזאת בתנאי שלא תקבל מן היורשים חלק מהירושה שהוא מגדיר. אבל אם יתנו לה אותו חלק, אינו חייב לה דבר, וכפי שהתבאר לעיל.

כמו כן, הנותן יכול להוסיף, שהודאה זו היא בתנאי שלא יחזור בו.³⁴

עוד יש להעיר, כי מתנה צריכה להינתן באופן גלוי, ואם אין מודיעים על כך, יש המפקקים בתוקפה,³⁵ ולכן יש להצהיר על הפרסום בשטר הצוואה.

29. יש להיזהר שלא להקנות וגם להתחייב באשר לאותם נכסים, שכן במקרה כזה מגיע למקבל לכאורה יותר ממה שרוצה הוא לתת – הרכוש שבעין שנתן, והתחייבות לתת אחוז מאותו רכוש, אלא יתחייב לתת אחוז רק מן הרכוש שנתר, שאינו נכלל בנתינת הקודמת.

30. **שולחן ערוך** חו"מ ט, ב; והרמב"ם מכירה יא, טז חלק על כך. ראו עוד מאמרו של מו"ר הרב זלמן נ. גולדברג, "ירושת הבת (לחידוש מנהג שטר חצי זכר)", **תחומין ד**, עמ' 342.

31. **רמ"א** חו"מ רפא, ז.

32. ראו **בבא בתרא** קמט, א; **רמב"ם** זכיה ומתנה ט, ט; **שולחן ערוך** חו"מ רנ, ג.

33. ראו איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, פרק עשירי.

34. ראו **פד"ר יז**, עמ' 355.

35. **בבא בתרא** מ, ב; **רמב"ם** זכיה ומתנה ה, א-ב; **שולחן ערוך** חו"מ רמב, ג-ה.

ה. מעמדה החוקי של הצוואה

אף על פי שמבחינה הלכתית, מדובר במתנה או התחייבות, נשתמש להלן גם בלשון ציווי, ("אני מצווה"). כדי שיחול על הצוואה שלפנינו חוק המדינה, קרי חוק הירושה, תשכ"ה-1965. כלומר, הצוואה תקפה גם על פי חוק המדינה. חוק הירושה קובע שהצוואה תקבל תוקף חוקי לאחר מותו של אדם, רק אם יינתן צו קיום צוואה על ידי רשם לענייני ירושה. בהסכמה בכתב של הצדדים המעורבים בעניין לאחר מות המוריש, אפשר לקיימה גם בבית דין רבני (ראו סעיף 155 לחוק הירושה). הליך קיום הצוואה כולל בין היתר פרסום ברבים של הגשת הבקשה ומתן אפשרות לכל אדם להתנגד לקיום הצוואה, למשל בטענה שאותו אדם מחזיק צוואה מאוחרת יותר של המצווה.³⁶

כדאי מאוד לכותב הצוואה להיוועץ גם בעורך דין, כדי שזו תעמוד גם בדרישות החוק. כך, למשל, החוק³⁷ קובע שלא יהיה תוקף להוראה בצוואה המוכה אדם שלקח חלק בעריכת הצוואה או בן זוג של אדם זה. כמו כן החוק אינו מאפשר לבית דין רבני לדון בקיום צוואה כאשר אחד היורשים או יותר הם קטינים, ובמקרה כזה יש להיוועץ ברב ובעו"ד.³⁸

ו. מנהל עיזבון

אין חובה הלכתית או חוקית למנות מנהל עיזבון.³⁹ המצווה ישקול אם ברצונו למנות אחד מקרוביו (בשכר או שלא בשכר) כמנהל העיזבון. ואם הוא צופה קושי בביצוע הצוואה ימנה עו"ד או רב או דיין (בדימוס) או כל אדם אחר שהוא סומך עליו, ואפילו אם הוא אחד היורשים, לנהל את העיזבון עד חלוקתו או תוך כדי חלוקתו, לפי תנאי שכר מקובלים או מוסכמים או ללא שכר. במקרה כזה יוסיף סעיף בסוף הצוואה, ראו להלן סעיף 8 בשטר הצוואה.

אם לאחר מות המצווה, מנהל העיזבון אשר מונה על ידי המצווה במסגרת הצוואה אינו יכול או אינו מסכים לקבל את התפקיד, רשאים היורשים להציע אדם אחר תחתיו. כמו כן, רשאים הם להגיש בקשה לפיה אין צורך כלל במינוי מנהל עיזבון.⁴⁰

36. רמב"ם זכיה ומתנה ה, ה.

37. סעיף 35 לחוק הירושה תשכ"ה-1965.

38. השופט בן ציון גרינברגר מפקפק בתוקפה של צוואה הלכתית, שבעצם היא מתנה מחיים כאמור, ולא צוואה במובנה האזרחי – מתנה לאחר מיתה, ולדעתו יש לערוך צוואה חילונית קצרה, שייאמר בה, שהנכסים יחולקו על פי האמור בצוואה ההלכתית. אולם, לא ידוע לנו על ביטול צוואה הלכתית מחמת החשש הזה.

39. בהלכה מצינו מינוי אפוטרופוס שיטפל בצרכי היתומים. לא נכנסנו כאן לשאלה אם ועד כמה מנהל העיזבון נחשב כאפוטרופוס.

40. סעיף 81 לחוק הירושה תשכ"ה-1965. גם בהלכה נקבע שיורשים גדולים רשאים להתנגד למינוי אפוטרופוס (רמ"א ח"מ רצ, כו): "מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים, יכולים לומר: אין אנו צריכין אפוטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת".

ז. התאמת נוסח הצוואה למטרות המצווה

למעשה יש כמה נוסחי צוואה שמשקפים מטרות שונות של המצווה.

א. חלוקה ללא שיוך נכסים מסוימים – דרך זו מיועדת למצווה שמעוניין בחלוקה שווה או לפי אחוזים של כלל רכושו בין המקבלים. כך הוא בדרך כלל בצוואה שבאה להעניק חלקים שווים לכל הילדים, לפיה הבכור והבת יקבלו חלקים שווים כיתר אחיהם. אם המצווה מעוניין בחלוקה לא שווה יציין זאת בפירוט המקבלים, כפי שמודגם להלן, בנוסח הצוואה.

ב. חלוקה הכוללת שיוך נכסים מסוימים – דרך זו מיועדת למצווה שרוצה לתת נכסים מסוימים למקבלים מסוימים. למשל, כאשר יש למצווה כמה דירות, מטעמי מיסוי כדאי לו לתת דירה זו למקבל אחד ודירה זו למקבל השני. כך לא תיווצר שותפות שמצריכה אחר כך בדרך כלל מכירה הדדית ביניהם וחיוב במס. לאחר שיוך הנכסים המסוימים, יש שתי אפשרויות:

ב(1) חלוקת יתר הרכוש באופן כזה שבו התוצאה הסופית תהיה שוויונית. לשם כך, יש לבצע הערכת שמאי לנכסים ולחלק את יתרת הרכוש בהתאם או לבצע תשלומי איזון בין היורשים על מנת להביא למצב שכל יורש יקבל חלק שווה – אם ברכוש ואם בכספים.

ב(2) אפשרות נוספת היא שיתרת הרכוש תינתן ללא קשר לחלוקת הנכסים. כגון אדם שרוצה לתת את ביתו כתרומה, ואת יתרת הרכוש לחלק בין ילדיו. בצוואה המובאת לקמן נציע כמה מסלולים בהתאם לאמור כאן.

צוואת אדם לא־נשוי עם הערות מבארות

נערכה ונחתמה ב_____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש____ (/ / _ למנינים)

אני הח"מ _____ ת"ז _____ המתגורר ביישוב _____ ברח' _____ מצווה, נותן ומתחייב,⁴¹ בדעה צלולה ומיושבת⁴² בלא אונס וכפייה⁴³ ובלא השפעה בלתי הוגנת מצד מאן דהוא, כדלהלן:

1. הצוואה חלה על כל רכושי:⁴⁴ מקרקעין ומיטלטלין, פיקדונות והסכונות בבנקים, הן במטבע ישראלי הן במטבע זר, ניירות ערך, איגרות חוב, כספים, חובות שחייבים לי אחרים הן בעל פה הן בשטר, זכויות, קופות גמל, זכויות על פי פוליסות ביטוח, קרנות פנסיה וכל רכוש אחר שיהיה בבעלותי שעה אחת קודם מותי.

2. סכום בשקלים השווה ל – 1,000 \$ יחולק על פי דין תורה.⁴⁵

3. חלוקת הרכוש (בחרו באחת האפשרויות להלן (א, ב, או ג) ומחקו את האפשרויות האחרות):

[א. חלוקה ע"פ אחוזים]

מלבד הסכום הנקוב לעיל בסעיף (2) ומלבד ההוצאות והחובות המפורטים להלן בסעיף (6), אני מודה בהודאה גמורה שאני חייב לכל אחד מן המקבלים הנקובים

41. כדי לוודא שיש למתנה תוקף הלכתי, יש להתאים את מעשה הקניין לרכוש שמצויים עליו. כיוון שכך, בחרנו להשתמש במילים: "נותן", שמשמעה העברת בעלות של רכוש; "מתחייב", שפירושה התחייבות אישית, כשאין מדובר ברכוש בעין; ו"מצווה", כדי להחיל על הצוואה את חוק הירושה, כאמור לעיל במבוא.

42. אין המתנה תקפה אם לא ניתנה מתוך גמירות דעת הנותן. בסתם מניחים שכך היה, אך בצוואה, שבמקרים רבים ניתנת על ידי זקן או אף חולה, יש התוקפים את הצוואה בטענה שהמצווה לא היה צלול ומיושב בדעתו באותה שעה, ונפגמה גמירות דעתו (ראו **רמב"ם** מכירה כט, ה; **שולחן ערוך** חו"מ רלה, כא). לכן ראוי להוסיף הצהרה זו.

43. לדעת **הרמב"ם** (מכירה י, א"ד), כל מתנה צריכה להינתן בלב שלם. לכן, אם הנותן מגלה את דעתו שאינו מעוניין לתת את המתנה – היא בטלה, גם אם לא אמר זאת במפורש. לכן כדאי להוסיף משפט זה שמחוק את גמירות הדעת.

44. פירוט הרכוש שהצוואה חלה עליו. לגבי פנסיה, יש להעיר שבדרך כלל חלוקת הכספים נעשית בהתאם לחלקו של כל מקבל כפי שרשם המצווה בהודעתו לחברה. בכל זאת, כדאי לציין את המקבלים גם בצוואה, מפני שאם החלוקה לפי מסמכי החברה אינה אפשרית (כגון שיש מקבל וחליפיו שכבר אינם בין החיים), כתוב בתקנות של חלק גדול של החברות שהחלוקה תהיה בהתאם לצו ירושה או צו קיום צוואה.

45. חלק הרכוש שיחולק על פי דין תורה, כדי שלא לבטל את סדר הירושה לפי דין תורה לגמרי (**קצות החושן** רפב, ב).

בשמותם לקמן סך השווה לחלקו הרשום לקמן⁴⁶ ואותו סך שהודיתי בו, אני מקבל עלי כך גם בתורת התחייבות⁴⁷ בקניין גמור אגב סודר ומשעבד את נכסיי לחוב זה, מיטלטלי אגב מקרקעי. חוב זה והתחייבות זו הותנו אף הם, בתנאי שלא אחזור בי מצוואה זו.⁴⁸

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים: _____

[ב. חלוקה הכוללת שיוך נכסים מסוימים והשלמה לחלוקה ע"פ אחוזים]

(א) מלבד הסכום הנקוב לעיל בסעיף (2) ומלבד ההוצאות והחובות המפורטים להלן בסעיף (6), אני מקנה את הרכוש המוזכר להלן במתנת בריא שתחול מהיום ולאחר מיתה,⁴⁹ אם לא אחזור בי,⁵⁰ כמתנה גלויה ומפורסמת,⁵¹ דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי.⁵² ואני מודה שנתתי כל דבר ודבר לפי קניינו המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר,⁵³ וכל תנאי המתנה נעשו כתיקון חכמים,⁵⁴ בהקנאה גמורה למקבלים הרשומים להלן.⁵⁵

(ב) ביחס לרכוש שלא מוזכר להלן, אני מודה בהודאה גמורה שאני חייב לכל אחד מן המקבלים הנקובים בשמותם להלן, סך המשלים לחלקו המוזכר להלן, כך שבסך הכל,

46. אם חילק את הרכוש באופן לא שווה, כגון שנתן לבן אחד דירה יקרה יותר מן הדירה שנתן לבן השני, ורוצה הוא בחלוקה שווה, יוסיף כאן; לאחר הערכת השמאי כיצד להשוות – או בשווה או לפי אחוזים – בחלוקה הסופית בין כל המקבלים.

47. התחייבות זו באה להבטיח שאם לא חלה ההודאה (ש"ת הרשב"א ד, ז; תשב"ץ א, קנב; הגהות מהרש"ל גיטין יג, ב), בכל זאת תחול ההתחייבות. ואם לא חלה ההתחייבות (כגון לפי הרמב"ם מכירה יא, טז, שאי אפשר להתחייב על דבר שאינו קצוב), אפשר שבכל זאת תחול ההודאה.

48. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ שולחן ערוך חו"מ רנו, ר"ז).

49. זהו לב הצוואה על פי הנוסח המופיע במשנה (בבא בתרא קלו, א). משמעותו שגוף הנכסים ניתן למקבלים ואילו המצווה יוכל להמשיך ליהנות מפירותיהם עד יום מותו.

50. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ שולחן ערוך חו"מ רנו, ר"ז).

51. מתנה צריכה להינתן בגלוי, ואם אין מודיעים על נתינתה, יש חשש לתקפותה (בבא בתרא מ, ב; רמב"ם זכיה ומתנה ה, א"ב; שולחן ערוך חו"מ רמב, ג"ה). לכן, יש להצהיר על הפרסום בשטר הצוואה.

52. זהו נוסח מקובל, שמטרתו להדגיש שהשטר תקף (בבא בתרא מד, ב; רמב"ם מלוה ולוה יח, ב).

53. הודאת בעל דין היא אחת מדרכי הראיות. "אודיתא" היא דרך קניין המבוססת על הודאה. בדרך זו, אפשר להקנות נכסים ולהתחייב בחיובי ממון (בבא בתרא קמט, א; רמב"ם זכיה ומתנה ט, ט; שולחן ערוך חו"מ רנ, ג). די בהודאה של הנותן בלי לבחון אם הקניינים נעשו בפועל.

54. לשון זו מייטרת את הצורך במשפטי התנאים, כתנאי כפול (שולחן ערוך חו"מ רמא, יב; שולחן ערוך אה"ע לח, ג).

55. אם אחד המקבלים עדיין לא בא לעולם, כגון נכד העתיד להיוולד, אי אפשר להקנות לו, ואף לא להתחייב כלפיו (גיטין יג, ג; רמב"ם מכירה כב, י). לכן, צריך לתת למי שקיים שיוכה עברו לכשיבוא לעולם (אמנם גם דרך זו יכולה לעורר בעיה, וכבר האריך בעניין זה הרב מיכאל בלייכר, שורת הדין ב, תשנ"ד, עמ' שלז).

הרכוש המוזכר (כפי שהוערך ע"י שמאי) בתוספת ההתחייבות, יהיו בשיעור המוזכר להלן.

(ג) אותו סך שהודיתי בו, אני מקבל עלי כך גם בתורת התחייבות⁵⁶ בקניין גמור אגב סודר ומשעבד את נכסיי לחוב זה, מיטלטלי אגב מקרקעי. חוב זה והתחייבות זו הותנו אף הם, בתנאי שלא אחזור בי מצוואה זו.⁵⁷

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____⁵⁸
 חלקו של יורש זה באחוזים מכלל העיזבון: _____
 שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____
 חלקו של יורש זה באחוזים מכלל העיזבון _____
 שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____
 חלקו של יורש זה באחוזים מכלל העיזבון _____

[ג. חלוקה הכוללת שיוך נכסים מסוימים וחלוקה ע"פ אחוזים של נכסים אחרים]

(א) מלבד הסכום הנקוב לעיל בסעיף (2) ומלבד ההוצאות והחובות המפורטים להלן בסעיף (6), אני מקנה את הרכוש המוזכר להלן במתנת בריא שתחול מהיום ולאחר מיתה,⁵⁹ אם לא אחזור בי,⁶⁰ כמתנה גלויה ומפורסמת,⁶¹ דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי.⁶² ואני מודה שנתתי כל דבר ודבר לפי קניינו המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר,⁶³ וכל תנאי המתנה נעשו כתיקון חכמים,⁶⁴ בהקנאה גמורה למקבלים הרשומים להלן.⁶⁵

56. התחייבות זו באה להבטיח שאם לא חלה ההודאה (ש"ת הרשב"א ד, ז; תשב"ץ א, קנב; הגהות מהרש"ל גיטין יג, ב), בכל זאת תחול ההתחייבות. ואם לא חלה ההתחייבות (כגון לפי הרמב"ם מכירה יא, טז, שאי אפשר להתחייב על דבר שאינו קצוב), אפשר שבכל זאת תחול ההודאה.
57. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ שולחן ערוך רנו, ר"ז).
58. אם מדובר בנכס מקרקעין, יש לתאר את הנכס כאן במדויק – כתובת הנכס ומספר גוש וחלקה.
59. זהו לב הצוואה על פי הנוסח המופיע במשנה בבא בתרא קלו,א. משמעותו שגוף הנכסים ניתן למקבלים ואילו המצווה יוכל להמשיך ליהנות מפירותיהם עד יום מותו.
60. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ שולחן ערוך רנו, ר"ז).
61. מתנה צריכה להינתן בגלוי, ואם אין מודיעים על נתינתה, יש חשש לתקפותה (בבא בתרא מ,ב; רמב"ם זכיה ומתנה ה, א"ב; שולחן ערוך חו"מ רמב, ג"ה). לכן, יש להצהיר על הפרסום בשטר הצוואה.
62. זהו נוסח מקובל, שמטרתו להדגיש שהשטר תקף (בבא בתרא מד,ב; רמב"ם מלוה ולוה יח, ב).
63. הודאת בעל דין היא אחת מדרכי הראיות. "אודיתא" היא דרך קניין המבוססת על הודאה. בדרך זו, אפשר להקנות נכסים ולהתחייב בחיובי ממון (בבא בתרא קמט,א; רמב"ם זכיה ומתנה ט, ט; שולחן ערוך חו"מ רג, ג). די בהודאה של הנותן בלי לבחון אם הקניינים נעשו בפועל.
64. לשון זו מייטרת את הצורך במשפטי התנאים, כתנאי כפול (שולחן ערוך חו"מ רמא, יב; שולחן ערוך אה"ע לח, ג).
65. אם אחד המקבלים עדיין לא בא לעולם, כגון נכד העתיד להיוולד, אי אפשר להקנות לו, ואף לא להתחייב כלפיו (גיטין יג,ב; רמב"ם מכירה כב, י). לכן, צריך לתת למי שקיים שיזכה עבורו לכשיבוא

(ב) ביחס לרכוש שלא מוזכר להלן, אני מודה בהודאה גמורה שאני חייב לכל אחד מן המקבלים הנקובים בשמותם להלן, סך השווה לחלקו המוזכר להלן.⁶⁶

(ג) אותו סך שהודיתי בו, אני מקבל עלי כך גם בתורת התחייבות⁶⁷ בקניין גמור אגב סודר ומשעבד את נכסיי לחוב זה, מיטלטלי אגב מקרקעי. חוב זה והתחייבות זו הותנו אף הם, בתנאי שלא אחזור בי מצוואה זו.⁶⁸

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים מיתרת העזבון: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים מיתרת העזבון: _____

4. אני מקבל על עצמי את דעת הפוסקים המקיימים שטר זה,⁶⁹ וכן אני מקבל על עצמי שכל ספק בלשון השטר יהיה נידון לטובת המקבלים, וידם תהיה על העליונה.⁷⁰
5. צוואה זו אינה מונעת ממני למכור או לתת או להקדיש מרכושי בעודי בחיים.⁷¹ חזרה ביחס לרכוש שיהיה בבעלותי שעה אחת קודם מותי לא תיעשה כי אם בצוואה חדשה ובחתימת ידי ובעדים כשרים שקיבלתי בקניין,⁷² או בצוואת שכיב מרע.⁷³

לעולם (אמנם גם דרך זו יכולה לעורר בעיה, וכבר האריך בעניין זה הרב מיכאל בלייכר, שורת הדין ב, תשנ"ד, עמ' שלז).

66. אם חילק את הרכוש באופן לא שווה, כגון שנתן לבן אחד דירה יקרה יותר מן הדירה שנתן לבן השני, והוא רוצה בחלוקה שווה, יוסיף כאן: לאחר הערכת השמאי כיצד לאזן – או בשווה או לפי אחוזים – בחלוקה הסופית בין כל המקבלים

67. התחייבות זו באה להבטיח שאם לא חלה ההודאה (ש"ת הרשב"א ד, ז; תשב"ץ א, קנב; הגהות מהרש"ל גיטין יג, ב), בכל זאת תחול ההתחייבות. ואם לא חלה ההתחייבות (כגון לפי הרמב"ם מכירה יא, טז, שאי אפשר להתחייב על דבר שאינו קצוב), אפשר שבכל זאת תחול ההודאה.

68. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ שולחן ערוך רנז, ר"ז).

69. כדי שתחול הצוואה אף במקום שיש מחלוקת בין הפוסקים באשר לתקפותה, יש שהציעו להוסיף משפט זה. כך לא יוכלו היורשים לטעון טענת "קים לי", כדעת הפוסלים את הצוואה (הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, ג, עמ' קפא).

70. כשיש ספק בפירוש הכתוב בשטר, בדרך כלל יד בעל השטר על התחונה (בבא בתרא קסו,א). כלומר, המקבל עלול להפסיד (רמב"ם מלווה ולווה כז, טז; שולחן ערוך חו"מ מב, ה). לכן יש להוסיף משפט זה לטובת המקבל.

71. זהו תנאי המרחיב את אפשרות החזרה של המצווה הנזכרת באפשרויות השונות המובאות בסעיף (3). בהיעדר משפט זה, אין הנותן רשאי לתת מתנה כלשהי מנכסיו, מפני שלא חזר בו כפי שהתנה (בצוואה חדשה וכו').

72. זהו פירוט של התנאי המופיע בסעיפים הקודמים "על מנת שלא אחזור בי".

73. צוואת שכיב מרע היא צוואה הניתנת בדרך כלל בעל פה על ידי חולה שמצבו קשה ולאחר מכן מת מחוליו (ראו רמב"ם זכיה ומתנה ח, ב; שולחן ערוך חו"מ רו, א"ד). לפי החוק, יש תוקף לצוואת שכיב מרע רק אם ניתנה במעמד שני עדים שרשמו בויתרון דברים את דברי המצווה ואת הנסיבות שנאמרו, חתמו עליו והפקידו אותו בידי רשם לענייני ירושה בהקדם האפשרי.

6. לפני חלוקת העיזבון, ישלמו המקבלים את כל חובותיי מעיזבוני.⁷⁴ רק לאחר תשלום חובות אלה ולאחר תשלום הוצאות הקבורה, המצבה ההלוויה והשבעה, יחולק העיזבון על פי האמור בצוואה זו.
7. אם חלק מצוואתי לא יהיה תקף מסיבה כלשהי, לא יתבטל החלק האחר.⁷⁵
8. <סעיף רשות> מנהל עיזבון
- (א) אני ממנה את מר/גברת _____ להיות מנהל עזבוני ומבצע צוואתי באופן שיפעל לבדו או באמצעות מי מטעמו בכל הקשור לעיזבון – טיפול, מכירה, חלוקה וקיום הצוואה ללא צורך בהפקדת ערובה.
- (ב) מנהל העיזבון ינהל את חלקם של כל המקבלים: _____ עד הגיעם לגיל _____ ולפחות במשך שנתיים מיום מותי, המאוחר מביניהם.
- (ג) מנהל העיזבון לא יישא באחריות לכל נזק שייגרם לעיזבון למעט נזק שנגרם במזיד או בפשיעה.
9. כל מחלוקת בעניין פירוש הצוואה ויישומה תוכרע בבית דין _____ או על ידי בא כוחו.⁷⁶
10. ולראיה וקניין באתי על החתום: _____ היום: _____
- אנו החתומים מטה⁷⁷ מאשרים בזה כי בא לפנינו _____ ת"ז _____ בבקשה שנערוך לו צוואה זו על פי רצונו. הנ"ל הקנה בפנינו בקניינים ע"פ דין תורה, וכן ציווה וחתם בפנינו, בהיותו בדעה צלולה, וכן אמר לנו: הוו עלי עדים על כל האמור לעיל וזכו בשטר זה עבור המקבלים בצוואה זו.
- ולראיה באנו על החתום היום _____
- שם _____ ת"ז _____ כתובת: _____
- שם _____ ת"ז _____ כתובת: _____
74. לפי ההלכה, היורשים חייבים לשלם את כל חובותיו של המוריש מן הרכוש שהותיר אחריו (שולחן ערוך חו"מ קז, א).
75. בתלמוד (בבא בתרא קמג,א) מובאת דעה האומרת שאם חלק מן המתנה בטל, כל המתנה בטלה. ואולם לא נפסק הלכה כדעה הזאת (רמב"ם מכירה כב, יב; שולחן ערוך חו"מ רי, ג). אך כדי לצאת גם ידי חובת דעה זו, הוספנו את הנוסח הזה.
76. אין משמעות משפטית למשפט הזה, כיוון שאם יתגלע סכסוך כלשהו בעקבות הצוואה, הוא יהיה בין היורשים, והנותן אינו צד לו. והדברים האמורים בסעיף זה הם בגדר בקשה של הנותן. ואולי היורשים יתחשבו בסעיף זה, מצד "מצוה לקיים דברי המת", ראו פתחי תשובה חו"מ רנב, ג.
77. מכאן ואילך באים דברי העדים לכתיבת הצוואה. לפי ההלכה, חובה שיחתמו עדים כשרים על הצוואה כדי לתת לה תוקף של שטר ועדות.

צוואת אדם נשוי

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

- א. בעלות בני זוג על הרכוש
- ב. המצב ללא צוואה
- ג. צוואה בדרך של "אחריך"
- ד. צוואה הדדית

הצוואה שהובאה לעיל לא התייחסה לבני זוג: גבר נשוי המשאיר אלמנה וילדים לאחר מותו, וכן לאישה המשאירה אלמן וילדים לאחר מותה.

א. בעלות בני זוג על הרכוש

בטרם נדון בצוואה לכשעצמה עלינו להקדים כמה מילים באשר למצב הרכוש של בני זוג. אדם יכול לצוות ולתת רכוש שלו, אך מה נחשב של הבעל ומה נחשב של האישה במערכת המשפחתית?

התשובה לשאלה זו נדרשת כדי שאדם יוכל באופן מושכל להחליט כיצד יתחלק רכושו לאחר מותו. כדי להסביר את העניין נדגים: נניח שאדם רוצה שבסופו של דבר אשתו תקבל חצי מהרכוש, והילדים יחלקו בשאר. בהתאם לכך הוא יכתוב שהוא נתן לאשתו חצי מהרכוש. אלא שאם למשל הדירה שייכת לשני בני הזוג בשווה נמצא שהוא נתן לאשתו, מעבר לחצי שכבר שייך לה, רבע דירה נוספת (חצי ממה שהיה בבעלותו) אם כן, האישה קיבלה שלושת רבעי דירה ולא חצי דירה כפי שהתכוון הבעל.

לאור זאת, הכרחי לבחון היטב מהי חלוקת הבעלות בין בני הזוג טרם כתיבת הצוואה, והדבר גם ישפיע על נוסח הצוואה.

שאלת חלוקת הבעלות בין בני זוג מורכבת ומסועפת ואין זה המקום להאריך בה. לצורך ענייננו עלינו לציין כמה נקודות חשובות:

לגבי רכוש בני הזוג, ישנו הבדל בין ההלכה לבין החוק. בהלכה נקבע שבאופן בסיסי הרכוש שהבעל והאישה צברו במהלך שנות הנישואין מעבודתם שייך לבעל בלבד, שכן מעשה ידי האישה שייך לבעל. נוסף על כך, כשהבעל נפטר ראשון, האישה זכאית לכתובה ותנאי כתובה (בעיקר מדור ומזונות בתנאים מסוימים) בלבד¹ ואילו כאשר האישה נפטרה

* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, מכון משפטי ארץ, עפרה; אוניברסיטת בר אילן.

ראשונה הבעל יורש אותה.² חשוב לציין, תיאור זה הוא חלקי ביותר ולא ממצה, ובכל זאת ניתן לומר שהסדר זה הבטיח לאישה סכום קבוע, שאינו תלוי במצב הכלכלי של המשפחה (מעין ביטוח), והטיל על הבעל את הסיכונים להפסד ואת הסיכויים לרווח.

לעומת זאת, בחוק המדינה³ נקבע שבני הזוג הם שותפים, וכדי לחלק את הרכוש יש לבצע "איזון משאבים" שלוקח בחשבון שיקולים רבים. באשר להכרת ההלכה בחוק זה קיימת מחלוקת בין פוסקי זמננו. יש המכירים בחוק,⁴ ויש שאינם מכירים בו.⁵

למעשה, ישנם דיינים הסבורים שדרך חלוקת הרכוש בין בני הזוג תלויה ברקע ובכוונות שלהם. כאשר חזקתו של זוג חילוני שהוא נוהג על פי החוק וגומר בדעתו שבני הזוג הם שותפים שווים, ואילו בני זוג חרדיים נוהגים על פי ההלכה ובהתעלמות מהחוק והנהוג, והבעל הוא הבעלים.⁶

בפועל, הפסיקה המקובלת בבתי הדין הרבניים היא שהאישה תקבל חצי מהרכוש או את הכתובה – הגבוה מבין שניהם.⁷

גם לפי החוק יכולים בני זוג לקבוע ביניהם הסדר ממון אחר, ולהודיעו לרושם הנישואין. הם יכולים לבחור בהסדר ההלכתי או בכל הסדר אחר. הם גם יכולים לפרט זכויותיהם מראש בנכסים שונים שיש להם כעת או שיהיו להם בעתיד. מקובל ביותר ואף מומלץ לערוך הסדר ממון בזוג שני, כאשר כל אחד מבני הזוג מעוניין להבטיח שהרכוש שצבר עד היום יישאר לילדיו מהנישואין הראשונים.

בנוגע לרכוש שיש לגביו רישום, כגון, דירות, מכוניות, וחשבונות בנק, מקובל ללכת באופן בסיסי אחר הרישום.⁸ ובכל זאת, ישנם חריגים, כגון, במקרים בהם תרומתם של שני בני הזוג לקניית הדירה הייתה בלתי שווה, ייתכן שהדירה תחולק באופן לא שווה גם אם היא נרשמה על שם שניהם.⁹ וכן: גם אם הדירה נרשמה רק על שם אחד מבני הזוג, והתברר כי היא נרכשה במהלך הנישואין בזכות מאמץ משותף של שני בני הזוג, תיחשב הדירה כרכוש של שני בני הזוג, על אף הרישום.¹⁰

לכן בבוא בני הזוג או אחד מהם לערוך צוואה עליהם לברר מראש מהו רכושם המשותף ומהו רכושם הנפרד.

1. שולחן ערוך אה"ע סט, בי"ג; שם, צג, ג; צד, א.
2. שולחן ערוך אה"ע צ, א.
3. חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג-1973.
4. הרב שלמה דיכובסקי, "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא?," תחומין יח, 18-31.
5. הרב אברהם שרמון, "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא?," תחומין יח, 32-40; "הלכת השיתוף" אינה מעוגנת בדיני ישראל," תחומין יט, 205-220.
6. ראו בעניין זה פד"ר ביה"ד הגדול תיק 835665/1 בהרכב הרבנים: אברהם שרמון, חגי איזירר וציון אלגרבל.
7. הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה א, מז.
8. ראו בעניין זה: שו"ת הרשב"א א, תתקנז; פד"ר א עמוד 116; פד"ר ט, עמ' 134; פד"ר יא, עמ' 120.
9. ראו בעניין זה: פד"ר חיפה תיק 582635/2.
10. ראו בעניין זה: פד"ר אשדוד תיק 13878/4.

עוד עליהם לדעת כי ביכולתם כעת לשנות את הסדר יחסי הממון ביניהם. כך, למשל, יכולים הם להחליט כעת על שותפות ברכוש, ואז יקנו האחד לשני נכסיהם וזכויותיהם הממוניות בדרך הלכתית תקפה, כך שיחול עליהם הסדר השיתוף. אלא שאם מדובר בהסכם ממון שיחתמו עתה הצדדים, אזי לפי החוק כל שינוי כזה שנעשה לאחר הנישואין זקוק לאישור בית המשפט. אבל אם מדובר בהעברות ממש – כגון העברה ללא תמורה של מחצית הדירה מהבעל לאישה – אין צורך באישור.

גם אם בני הזוג יבררו את מצבם הכספי כעת, כדאי לקחת בחשבון שייתכן ויתברר בעתיד שטעו, וחלוקת הרכוש לא תתאים לכוונותיהם, וגם לכך התייחסו להלן.

ב. המצב ללא צוואה

על פי ההלכה, כאשר גבר נשוי נפטר ומשאיר אלמנה לאחר מותו – לפי דין תורה היא אינה יורשת אותו, אולם היא זכאית לכתובה ותנאי כתובה, היינו בעיקר מזונות ומגורים (מדור). מזונות יש לה רק מנכסי העיזבון עד שתינשא לאיש.¹¹ זכות למדור יש לה רק בדירה שגרה בה בחייה, אך אין לה זכות למגורים בבית אחר,¹² למשל בית אבות, אם תרצה בכך. לכן, רצוי שכל המעוניין לדאוג לעתיד בן זוגו ובראשונה, יציין זאת במפורש בצוואה.¹³

כאשר האישה נפטרת ראשונה, על פי ההלכה, הבעל יורש אותה.¹⁴ לעומת כל זאת, על פי חוק המדינה,¹⁵ בהעדר צוואה, ואם הנפטר הותיר בן זוג וילדים, בן הזוג יורש חצי מהרכוש והילדים מתחלקים בחצי השני בחלקים שווים ביניהם.

כדי שהרכוש יתחלק על פי רצונו של הנפטר ובהתאם להלכה, עליו לנסח צוואה מתאימה. בדרך כלל בן הזוג מעוניין להבטיח זכויות בן זוגו שיישאר אחריו, אך גם להבטיח זכויות מקבלים אחרים – בעיקר ילדיו – לאחר פטירת בן הזוג הנותר. יש והוא סומך על בן הזוג שיכתוב צוואה בהתאם לרצונם המשותף כעת, ויש והוא מגביל כוחו של בן הזוג, כך שהילדים או המקבלים האחרים לא יקופחו.

בהקשר זה יש לציין שכאשר בעל כותב את אשתו כמקבל יחיד, דהיינו, שהיא מקבלת את כל הרכוש, עליו לציין שהיא איננה אפוטרופוס. זאת, כיוון שבגמרא נאמר: "אמר רב יהודה אמר שמואל: הכותב כל נכסיו לאשתו – לא עשאה אלא אפוטרופא",¹⁶ וכך נפסק בשולחן ערוך.¹⁷

11. שולחן ערוך אה"ע צג, ז, ויש אומרים שבנסיבות מסוימות, עד שתתבע כתובתה, שם, צג, ה.

12. שולחן ערוך אה"ע, צד, א"ה.

13. בזאת נוסף, כאשר הבעל כותב צוואה כאמור, מומלץ לכתוב את חלק האישה במפורש ולא לסמוך על טוב ליבם של המקבלים.

14. שולחן ערוך אה"ע צא, א.

15. סעיף 11 לחוק הירושה תשכ"ה-1965, ראו עוד שם הסדרים אחרים במצבים אחרים.

16. בבא בתרא קלא, ב.

17. שולחן ערוך אה"ע קז, א.

ג. צוואה בדרך של "אחריך"

ניתן לכתוב צוואה בדרך של "אחריך". כלומר, הנותן קובע שלאחר מות המקבל הראשון, הנכסים לא יעברו ליורשי המקבל אלא למקבל שני.¹⁸ צוואה כזו מועילה בעיקר לרכוש בלתי מתכלה, כגון, נדל"ן. נמצא שבן הזוג הנותן מקבל את הנכסים, ולאחר פטירתו הם עוברים למקבלים שהם בגדר "אחריך" שבדרך כלל הם יורשי המצווה. בחייו של המקבל הראשון אסור לו למכור או לתת את הנכסים, ובכך לסכל כוונת הנותן, אך בדיעבד, אם עשה כן, מעשיו הועילו. אפשרות כזו מוכרת גם לפי חוק המדינה (כמובן, ללא ביקורת מוסרית על המקבל הראשון שסיכל את כוונת הנותן).¹⁹

כדי למנוע מהמקבל הראשון למכור או לתת את הרכוש, יש לכתוב שהמתנה ניתנת "ואחריך מהיום לפלוני".²⁰ במצב זה למקבל יש רק קניין פירות בנכסים (כלומר, זכות שימוש ולא בעלות מלאה).²¹ גם על פי החוק ניתן להגביל את המקבל הראשון ולמנוע ממנו לתת את הרכוש למי שירצה.²²

חשוב להדגיש את המורכבות ההלכתית של מסלול זה. כאמור, אחד הנוסחים המקובלים הוא "מהיום ולאחר מיתה" (ראו לעיל, עמ' 379), שפירושו: מתן קניין הגוף למקבל מיד, והשארת קניין הפירות בידי הנותן עד פטירתו. ואילו כאשר הנותן כותב: "ואחריך מהיום לפלוני", הוא נותן למקבל הראשון קניין פירות בלבד.

התוצאה היא שעד לפטירתו של המצווה היה למקבל הראשון קניין הגוף. לאחר הפטירה יש למקבל הראשון רק קניין פירות ולמקבל השני יש קניין הגוף. כיצד מתבצע מעבר זה מקניין הגוף לקניין פירות?²³

כדי להימנע מקושי זה, יש לנקוט בדרך אחרת שהובאה לעיל (עמ' 380), דהיינו, שהמקבל, היינו בן הזוג, אינו מקבל כלום בחיי הנותן, אלא שעה לפני הפטירה ("מהיום ושעה לפני מותי"). במקרה כזה הוא זוכה בעזרת קניין שטר, שעה קודם לפטירתו של המצווה, ובלבד שהשטר עדיין קיים (כדי למנוע שאלת "בלתה קניינו", דהיינו, תחולה של הקניין לאחר סיום מעשה הקניין). אמנם כבר עמדנו שם על הקשיים שבדרך זו, ולא נחזור על הדברים כאן.

כיוון שנוסח "אחריך" במתנה מחיים על פי ההלכה מורכב, למעשה אנו ממליצים על המסלול הראשון הפשוט או על המסלול המותנה שמוצע לקמן בהקשר של צוואה הודית. אפשרות נוספת היא (במקרה שרק אחד משני בני הזוג כותב צוואה) שהמצווה יכתוב צוואה לבן זוגו, ויתנה את הצוואה בכך שבן הזוג יכתוב צוואה שכוללת חלוקה מסוימת לאחר מותו תוך זמן קצוב.

18. בבא בתרא קלו"ב; שולחן ערוך חו"מ רמח"ג, וראו שם פרטי ההלכה.

19. סעיף 42 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

20. שולחן ערוך חו"מ רמח"ג, ז.

21. סמ"ע שם, כ"בא.

22. סעיף 53 לחוק הירושה תשכ"ה-1965.

23. ראו בעניין זה: הרב עדו רכניץ, "צוואה בדרך של 'אחריך'", אמונת עתיד 110, עמ' 103-105.

ד. צוואה הדדית

החוק²⁴ קובע שאם שני בני זוג כתבו צוואה או שתי צוואות מתוך הסתמכות האחד על הצוואה של השני, הרי שיש להניח שהצוואות הסתמכו זו על זו. רוצה לומר, כל אחד מבני הזוג הסכים לחלוקת רכושו, על סמך ידיעתו את אופן חלוקת הרכוש של בן זוגו. כך, לא יהיה מצב בו אחד מבני הזוג ביטל את הצוואה שלו ואילו הצוואה של בן הזוג השני תתקיים, שכן לא הייתה זו דעת בני הזוג בעת חתימת הצוואה ההדדית.

אשר על כן, אם בעוד ששני בני הזוג בחיים, יבטל או ישנה אחד מהם את הצוואה שלו, חייב המבטל למסור הודעה על כך לבן הזוג השני. עם קבלת ההודעה, בטלות שתי הצוואות. כמו כן, אם לאחר מות אחד מבני הזוג, מבקש בן הזוג שנותר בחיים לשנות את צוואתו, עליו לוותר על כל זכות שהיה אמור לקבל מבן זוגו על פי הצוואה ואף להחזיר לעיזבון נכסים שקיבל על פי הצוואה של בן הזוג, אם כבר חולק העיזבון.

אולם, החוק מאפשר לבני זוג לקבוע במפורש בצוואה שגם אם בן הזוג שיאריך ימים שינה את הצוואה שלו, בכל זאת, הצוואה של בן הזוג שכבר נפטר לא תבטל.²⁵

המשמעות של צוואה הדדית היא, שגם אם שני בני הזוג כתבו צוואה על פי ההלכה, אזי אם אחד מהם ישנה את צוואתו לאחר פטירת בן זוגו, הדבר יגרום לביטול צוואתו של בן הזוג שנפטר, והרכוש של הנפטר יתחלק על פי החוק, דבר שהוא בעייתי מבחינה הלכתית. לבעיה זו שני פתרונות:

א. לנתק את הקשר בין הצוואות, זאת, למשל, אם יקבע במפורש בצוואה שהצוואות אינן תלויות זו בזו.

ב. לכתוב שהצוואות תלויות זו בזו, אולם, לכתוב כיצד יתחלק הרכוש אם בן הזוג שיאריך ימים ישנה את הצוואה שלו.

יש להעיר, כי ניתן, ואולי אף מומלץ, להגביל את התנאי רק לרכוש שיקבל בן הזוג השני מבן הזוג הראשון. כלומר, שכל אחד מבני הזוג יוכל לעשות בחלק שלו כרצונו, אולם, אם ישנה את החלוקה בחלק שיקבל מבן הזוג השני, אזי בן הזוג השני מחלק את חלקו באופן אחר. במקרה כזה יש לנסח את הצוואה באופן אחר, וכדאי להתייעץ בעניין זה עם עו"ד.

כדי להציג מסמך שניתן להשתמש בו, נחזור שוב על נוסח הצוואה המלא שכבר הוצג בפרק על שטר צוואה לאדם לא-נשוי, תוך שינוי הפרטים הנדרשים לצורך אדם נשוי. כדי שלא להאריך נבחרה האפשרות של שיוך נכסים למקבלים, וחלוקת יתרת הרכוש באופן מסוים.

24. סעיף 8א לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

25. סעיף 8א(ג) לחוק הירושה תשכ"ה-1965. בכל מקרה המצווה לא יכול לבטל את זכותו לשנות את הצוואה בחייו (שם).

צוואת אדם נשוי עם הערות מבארות

נערכה ונחתמה ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____ (/ / _ למנינים)

אני הח"מ _____ ת"ז _____ המתגורר ביישוב _____ ברח' _____ מצווה, נותן ומתחייב,²⁶ בדעה צלולה ומיושבת²⁷ בלא אונס וכפייה²⁸ ובלא השפעה בלתי הוגנת מצד מאן דהוא, כדלהלן:

1. הצוואה חלה על כל רכושי:²⁹ מקרקעין ומיטלטלין, פיקדונות והסכונות בבנקים, הן במטבע ישראלי הן במטבע זר, ניירות ערך, איגרות חוב, כספים, חובות שחייבים לי אחרים הן בעל פה הן בשטר, זכויות, קופות גמל, זכויות על פי פוליסות ביטוח, קרנות פנסיה וכל רכוש אחר שיהיה בבעלותי שעה אחת קודם מותי.

2. סכום בשקלים השווה ל – 1,000 \$ יחולק על פי דין תורה.³⁰

3. חלוקת הרכוש

(א) מלבד הסכום הנקוב לעיל בסעיף (2) ומלבד ההוצאות והחובות המפורטים להלן בסעיף (6), אני מקנה את הרכוש המוזכר להלן במתנת בריא שתחול מהיום ולאחר מיתתה,³¹ אם לא אחזור בי,³² כמתנה גלויה ומפורסמת,³³ דלא כאסמכתא ודלא כטופסי

26. כדי לוודא שיש למתנה תוקף הלכתי, יש להתאים את מעשה הקניין לרכוש שמצויים עליו. כיוון שכך, בחרנו להשתמש במילים: "נותן", שמשמעה העברת בעלות של רכוש; "מתחייב", שפירושה התחייבות אישית, כשאינן מדובר ברכוש בעין; ו"מצווה", כדי להחיל על הצוואה את חוק הירושה, כאמור לעיל במבוא.

27. אין המתנה תקפה אם לא ניתנה מתוך גמירות דעת הנותן. בסתם מניחים שכך היה, אך בצוואה, שבמקרים רבים ניתנת על ידי זקן או אף חולה, יש התוקפים את הצוואה בטענה שהמצווה לא היה צלול ומיושב בדעתו באותה שעה, ונפגמה גמירות דעתו (ראו רמב"ם מכירה כט, ה; שולחן ערוך חו"מ רלה, כא). לכן ראוי להוסיף הצהרה זו.

28. לדעת הרמב"ם מכירה י, א"ד, כל מתנה צריכה להינתן בלב שלם. לכן, אם הנותן מגלה את דעתו שאינו מעוניין לתת את המתנה – היא בטלה, גם אם לא אמר זאת במפורש. לכן כדאי להוסיף משפט זה שמחזק את גמירות הדעת.

29. פירוט הרכוש שהצוואה חלה עליו. לגבי פנסיה, יש להעיר שבדרך כלל חלוקת הכספים נעשית בהתאם לחלקו של כל מקבל כפי שרשם המצווה בהודעתו לחברה. בכל זאת, כדאי לציין את המקבלים גם בצוואה, מפני שאם החלוקה לפי מסמכי החברה אינה אפשרית (כגון שיש מקבל וחליפיו שכבר אינם בין החיים), כתוב בתקנות של חלק גדול של החברות שהחלוקה תהיה בהתאם לצו ירושה או צו קיום צוואה.

30. חלק הרכוש שיחולק על פי דין תורה, כדי שלא לבטל את סדר הירושה לפי דין תורה לגמרי (קצות החושן רפב, ב).

31. זהו לב הצוואה על פי הנוסח המופיע במשנה (בבא בתרא קלו,א). משמעותו שגוף הנכסים ניתן למקבלים ואילו המצווה יוכל להמשיך ליהנות מפירותיהם עד יום מותו.

דשטרי.³⁴ ואני מודה שנתתי כל דבר ודבר לפי קניינו המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר,³⁵ וכל תנאי המתנה נעשו כתיקון חכמים,³⁶ בהקנאה גמורה, שלא כאפוטרופוס,³⁷ למקבלים הרשומים להלן.³⁸

(ב) ביחס לרכוש שלא מוזכר להלן, אני מודה בהודאה גמורה שאני חייב לכל אחד מן המקבלים הנקובים בשמותם להלן, סך השווה לחלקו המוזכר להלן.³⁹

(ג) אותו סך שהודיתי בו, אני מקבל עלי כך גם בתורת התחייבות⁴⁰ בקניין גמור אגב סודר ומשעבד את נכסיי לחוב זה, מיטלטלי אגב מקרקעי. חוב זה והתחייבות זו הותנו אף הם, בתנאי שלא אחזור בי מצוואה זו.⁴¹

(יכתוב את בן הזוג כמקבל יחיד או בין שאר המקבלים)

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים מיתרת העובון: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים מיתרת העובון: _____

32. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ **שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ רנו, ו"ז).

33. מתנה צריכה להינתן בגלוי, ואם אין מודיעים על נתינתה, יש חשש לתקפותה (**בבא בתרא** מ,ב; **רמב"ם** זכיה ומתנה ה, א"ב; **שולחן ערוך** חו"מ רמב, ג"ה). לכן, יש להצהיר על הפרסום בשטר הצוואה.

34. זהו נוסח מקובל, שמטרתו להדגיש שהשטר תקף (**בבא בתרא** מד,ב; **רמב"ם** מלווה ולווה יח, ב).

35. הודאת בעל דין היא אחת מדרכי הראיות. "אודיתא" היא דרך קניין המבוססת על הודאה. בדרך זו, אפשר להקנות נכסים ולהתחייב בחיובי ממון (**בבא בתרא** קמט,א; **רמב"ם** זכיה ומתנה ט, ט; **שולחן ערוך** חו"מ רנ, ג). די בהודאה של הנותן בלי לבחון אם הקניינים נעשו בפועל.

36. לשון זו מייטרת את הצורך במשפטי התנאים, כתנאי כפול (**שולחן ערוך** חו"מ רמא, יב; **שולחן ערוך** אה"ע לח, ג).

37. מילים אלו יוסיף רק הבעל כאשר הוא כותב את אשתו כמקבל יחיד. כאשר בעל נותן לאשתו את כל נכסיו ההנחה היא שבעצם הוא מינה אותה לאפוטרופוס (**שולחן ערוך** אה"ע קז, א), כדי למנוע הבנה כזו, נכתבו הדברים למעלה.

38. אם אחד המקבלים עדיין לא בא לעולם, כגון נכד העתיד להיוולד, אי אפשר להקנות לו, ואף לא להתחייב כלפיו (**גיטין** יג,ב; **רמב"ם** מכירה כב, י). לכן, צריך לתת למי שקיים שיוכה עבורו לכשיבוא לעולם (אמנם גם דרך זו יכולה לעורר בעיה, וכבר האריך בעניין זה הרב מיכאל בלייכר, **שורת הדין** ב, תשנ"ד, עמ' שלז).

39. אם חילק את הרכוש באופן לא שווה, כגון שנתן לבן אחד דירה יקרה יותר מן הדירה שנתן לבן השני, ורוצה הוא בחלוקה שווה, יוסיף כאן: לאחר הערכת השמאי כיצד להשוות – או בשווה או לפי אחוזים – בחלוקה הסופית בין כל המקבלים.

40. התחייבות זו באה להבטיח שאם לא חלה ההודאה (**שו"ת רשב"א** ד, ז; **תשב"ץ** א, קנב; **הגהות מהרש"ל** גיטין יג, ב), בכל זאת תחול ההתחייבות. ואם לא חלה ההתחייבות (כגון לפי הרמב"ם מכירה יא, טז, שאי אפשר להתחייב על דבר שאינו קצוב), אפשר שבכל זאת תחול ההודאה.

41. זו ההשלמה ללב הצוואה, והיא מאפשרת למצווה לחזור בו מהצוואה עד יום מותו (ע"פ **שולחן ערוך** חו"מ רנו, ו"ז).

4. התניית הצוואה (מחקו את המיותר):

[א. צוואה בלתי מותנית]

אני מצהיר שצוואה זו אינה תלויה בצוואה של בן זוגי _____, וגם אם בן זוגי ישנה את צוואתו, צוואתי זו לא תבטל. אין בכך כדי למנוע ממני לשנות את צוואתי בחיי אם אחפוץ בכך.⁴²

[ב. צוואה מותנית]

אני מצהיר שצוואה זו מותנית בכך שבן זוגי _____ כתב/ה צוואה והיא מצורפת כנספח לצוואה זו.⁴³ אם בן זוגי ישנה את צוואתו אזי המקבלים יהיו:

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ רכוש: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים מיתרת העובון: _____

שם: _____ ת"ז _____ חלק באחוזים מיתרת העובון: _____

5. אני מקבל על עצמי את דעת הפוסקים המקיימים שטר זה,⁴⁴ וכן אני מקבל על עצמי שכל ספק בלשון השטר יהיה נידון לטובת המקבלים, וידם תהיה על העליונה.⁴⁵

6. צוואה זו אינה מונעת ממני למכור או לתת או להקדיש מרכושי בעודי בחיים.⁴⁶ חזרה ביחס לרכוש שיהיה בבעלותי שעה אחת קודם מותי לא תיעשה כי אם בצוואה חדשה ובחתימת ידי ובעדים כשרים שקיבלתי בקניין,⁴⁷ או בצוואת שכיב מרע.⁴⁸

42. סעיף זה נועד כדי שהצוואה לא תיחשב כצוואה הודית, כמוסבר במבוא.

43. סעיף זה מסדיר צוואה הודית על פי ההלכה, כך שהצוואה של בן זוג אחד מותנית בכך שבן הזוג השני יכתוב צוואה שיש בה חלוקה מסוימת שמקובלת על כותב בן הזוג הראשון. אם בן הזוג השני ישנה את הצוואה אזי החלוקה בצוואה של הראשון – בטלה, ומוגדרת חלוקה באופן אחר. הדבר נעשה כדי שהחלוקה לא תהיה על פי החוק במקרה שבן הזוג השני שינה את הצוואה שלו.

44. כדי שתחול הצוואה אף במקום שיש מחלוקת בין הפוסקים באשר לתקפותה, יש שהציעו להוסיף משפט זה. כך לא יוכלו היורשים לטעון טענת "קים לי", כדעת הפוסלים את הצוואה (הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, ג, עמ' קפא).

45. כשיש ספק בפירוש הכתוב בשטר, בדרך כלל יד בעל השטר על התחונה (בבא בתרא קס"א). כלומר, המקבל עלול להפסיד (רמב"ם מלווה ולווה כו, טז; שולחן ערוך חו"מ מב, ה). לכן יש להוסיף משפט זה לטובת המקבל.

46. זהו תנאי המרחיב את אפשרות החזרה של המצווה הנזכרת באפשרויות השונות המובאות בסעיף (3). בהיעדר משפט זה, אין הנותן רשאי לתת מתנה כלשהי מנכסיו, מפני שלא חזר בו כפי שהתנה (בצוואה חדשה וכו').

47. זהו פירוט של התנאי המופיע בסעיפים הקודמים "על מנת שלא אחזור בי".

48. צוואת שכיב מרע היא צוואה הניתנת בדרך כלל בעל פה על ידי חולה שמצבו קשה ולאחר מכן מת מחוליו (ראו רמב"ם זכיה ומתנה ח, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, א"ד). לפי החוק, יש תוקף לצוואת שכיב מרע רק אם ניתנה במעמד שני עדים שרשמו בוזכרון דברים את דברי המצווה ואת הנסיבות שנאמרו, חתמו עליו והפקידו אותו בידי רשם לענייני ירושה בהקדם האפשרי.

7. לפני חלוקת העיזבון, ישלמו המקבלים את כל חובותיי מעיזבוני.⁴⁹ רק לאחר תשלום חובות אלה ולאחר תשלום הוצאות הקבורה, המצבה ההלוויה והשבועה, יחולק העיזבון על פי האמור בצוואה זו.

8. אם חלק מצוואתי לא יהיה תקף מסיבה כלשהי, לא יתבטל החלק האחר.⁵⁰

9. <סעיף רשות] מנהל עיזבון

(א) אני ממנה את מר/גברת _____ להיות מנהל עזבוני ומבצע צוואתי באופן שיפעל לבדו או באמצעות מי מטעמו בכל הקשור לעיזבון – טיפול, מכירה, חלוקה וקיום הצוואה ללא צורך בהפקדת ערובה.

(ב) מנהל העיזבון ינהל את חלקם של כל המקבלים: _____ עד הגיעם לגיל _____ ולפחות במשך שנתיים מיום מותי, המאוחר מביניהם.

(ג) מנהל העיזבון לא יישא באחריות לכל נזק שייגרם לעיזבון למעט נזק שנגרם במזיד או בפשיעה.

10. כל מחלוקת בעניין פירוש הצוואה ויישומה תוכרע בבית דין _____ או על ידי בא כוחו.⁵¹

11. ולראיה וקניין באתי על החתום: _____ היום: _____

אנו החתומים מטה⁵² מאשרים בזה כי בא לפנינו _____ ת"ז _____ בבקשה שנערוך לו צוואה זו על פי רצונו. הנ"ל הקנה בפנינו בקניינים ע"פ דין תורה, וכן ציווה וחתם בפנינו, בהיותו בדעה צלולה, וכן אמר לנו: היו עלי עדים על כל האמור לעיל וזכו בשטר זה עבור המקבלים בצוואה זו.

ולראיה באנו על החתום היום _____

שם _____ ת"ז _____ כתובת: _____

שם _____ ת"ז _____ כתובת: _____

49. לפי ההלכה, היורשים חייבים לשלם את כל חובותיו של המוריש מן הרכוש שהותיר אחריו (שולחן ערוך חו"מ קז, א).

50. בתלמוד (בבא בתרא קמג,א) מובאת דעה האומרת שאם חלק מן המתנה בטל, כל המתנה בטלה. ואולם לא נפסק הלכה כדעה הזאת (רמב"ם מכירה כב, יב; שולחן ערוך חו"מ רי, ג). אך כדי לצאת גם ידי חובת דעה זו, הוספנו את הנוסח הזה.

51. אין משמעות משפטית למשפט הזה, כיוון שאם יתגלע סכסוך כלשהו בעקבות הצוואה, הוא יהיה בין היורשים, והנותן אינו צד לו. והדברים האמורים בסעיף זה הם בגדר בקשה של הנותן. ואולי היורשים יתחשבו בסעיף זה, מצד "מצוה לקיים דברי המת", ראו פתחי תשובה חו"מ רנב, ג.

52. מכאן ואילך באים דברי העדים לכתובת הצוואה. לפי ההלכה, חובה שיחתמו עדים כשרים על הצוואה כדי לתת לה תוקף של שטר ועדות.

הסכם בוררות

הרב הלל גפן

מבוא
א. לב ההסכם – "על פי דין או לפשרה"
ב. סמכות למתן צו עשה
ג. התחייבות לשלם על נזק עקיף (גרמא)
ד. חיוב על מניעת רווח
ה. הוצאות משפט
ו. פשרה על פי רוב דעות
ז. מעמדו ההלכתי של תאגיד משפטי

מבוא

דיון בבית דין לממונות מתחיל בחתימה של שני הצדדים על הסכם בוררות. הדבר נדרש הן על פי ההלכה, כדי להגדיר את סמכויות בית הדין, והן על פי החוק, כדי להעניק לבית הדין את הסמכויות המוגדרות בחוק הבוררות. חוק הבוררות מאפשר אכיפה של פסק הדין באמצעות "רשות האכיפה והגביה" (לשעבר, 'ההוצאה לפועל'). זאת, לאחר אישור פורמאלי של בית המשפט המחוזי. על פי חוק הבוררות הסכם בוררות יכול להיחתם לאחר שהתגלעה מחלוקת בין צדדים או מראש, למשל, בעת חתימת חוזה ניתן לקבוע שכל מחלוקת תתברר בפני בורר:

"הסכם בוררות" – הסכם בכתב למסור לבוררות סכסוך שנתגלע בין צדדים להסכם או שעשוי להתגלע ביניהם בעתיד, בין שנקוב בהסכם שמו של בורר ובין אם לאו.¹

הצורך ההלכתי ביכולת האכיפה שמעניק החוק נובעת מכך שתפקידו של בית הדין אינו מסתיים בהוראת ההלכה, אלא הוא מצווה על מימוש פסקי הדין שלו. כפי שנאמר:² "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך". ופירש רש"י: "שופטים – דיינים הפוסקים את הדין. ושוטרים – הרודין את העם אחר מצותם. שמכין וכופתין במקל וברצועה עד שיקבל עליו את דין השופט".

מכאן למדנו שאין די בכך שבית הדין יאמר את דברו, אלא צריך שתהיה יכולת לאכוף את פסקי הדין ולהוציא אותם לפועל. לפיכך, אם אין אפשרות לאכוף את פסק הדין, כגון כאשר הצדדים לא חתמו על הסכם בוררות, או כאשר אין תוקף להסכם הבוררות, בית הדין לא ידון בעניין.

* הרב הלל גפן, מכון משפטי ארץ, עפרה; הישיבה הגבוהה בית אל.

1. סעיף 1 לחוק הבוררות תשכ"ח-1968.

2. דברים טז, יח.

לעומת הנוסח המינימאלי שדורש החוק, במקרים רבים הסכם הבוררות ארוך ומפורט יותר, ותפקידו לקבוע את זהות בית הדין ולהגדיר את הסמכויות ההלכתיות שלו, ואכן שטר שבו מוגדר בית הדין מופיע כבר במשנה.³

במאמר זה נבאר את הסכם הבוררות, שהוא המסמך שמעניק את התוקף החוקי לפסק הדין של בית הדין. לשם כך נבחר הסכם הבוררות של רשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית" שהוא מפורט מאוד, וממנו ניתן להבין הסכמים קצרים יותר.

א. לב ההסכם – "על פי דין או לפשרה"

בכל בתי הדין מקובל לכתוב בהסכם הבוררות שבית הדין מוסמך לדון את הצדדים "על פי דין או לפשרה". נוסח זה נקבע בהמשך למה שנפסק בשולחן ערוך: "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה".⁴ הטעם הוא משום החשש שהדיינים אינם יודעים לדון דין תורה כראוי ואינם יכולים להתחייב שהדין יצא לפי דין תורה במדויק.

הסכמת הצדדים לפשרה כוללת כמה סוגים של פשרות:

האחד, פשרות על פי שורת הדין. למשל, כאשר אדם מחויב בשבועה, כתבו בתוספות⁵ שניתן להמיר את השבועה בחיוב חלקי במסגרת פשרה, וכך נפסק בשולחן ערוך.⁶ כמו כן, כאשר לא ניתן להגיע לחקר האמת כתב הרא"ש⁷ שיש לפשר בין הצדדים כדי לסיים את המחלוקת, וכך נפסק בשולחן ערוך.⁸

השני, פשרה שנעשית כאשר הנסיבות של המקרה הנדון בפני בית הדין מחייבות סטייה מן הדין, כפי שכתב הראי"ה קוק:

דבאמת מקום הנטיה מהדין אל הפשרה תלוי או אם הדין מסופק לדיינים, דראוי להתרחק מן הספק, כמורגל כמה פעמים בתשובות, שמיעצים לפשרה וביצוע במקום ספק;

או מפני שאין הדין יכול לצאת בלא סכסוכים, כי אי אפשר יהיה להוציא אל הפועל...

והדרך האחר הוא שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה.⁹

3. בבא מציעא כ,א, "שטרי בירורין", כפי אחד מפירושי הגמרא שם.
4. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.
5. סנהדרין ו,ב, ד"ה נגמר הדין.
6. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.
7. שו"ת הרא"ש קו, ו.
8. שולחן ערוך חו"מ יב, ה.
9. שו"ת אורח משפט, חו"מ א.

דהיינו, יש מקום לפשרה כאשר יש ספק בדין, או כאשר היצמדות לשורת הדין תביא לתוצאה שקשה ליישמה או כאשר במקרה המסוים פסיקה על פי שורת הדין תהיה מנוגדת ל"יושר השכלי".

השלישי, נוסח זה מעניק לבית הדין את הסמכויות המלאות של בית דין, סמכויות שהוגבלו במשך השנים על ידי ההלכה עצמה.¹⁰ כך לדוגמה, הדבר מאפשר לבית הדין להכריע על פי השכנוע הפנימי שלו גם כאשר אין שני עדים.¹¹ כמו כן, הדבר מאפשר לבית הדין להכריע במחלוקות הלכתיות ואין אחד הצדדים יכול לטעון 'קים לי' כדעת המיעוט.¹² הרביעי, פשרה על פי שיקול דעתו של בית הדין. למשל, בתי הדין נוהגים להשתמש בסמכות הפשרה כדי להכריע לפי אומדן דעתם כאשר מדובר בנושא קטן שעלות בירוור איננה סבירה.¹³

חשוב להדגיש, שנוסח זה איננו מאפשר לדיינים לפסוק באופן שרירותי, אלא רק לסטות מן הדין כאשר ישנו הכרח. סטייה כזו מכונה בפוסקים "פשרה קרובה לדין".¹⁴ לעומת זאת, בגמרא מכונים דיינים המחייבים בחצי מהתביעה ללא טעם "דייני דחצתא"¹⁵ ופירש רשב"ם:¹⁶ "דייני דחצתא – דייני פשרה שאין בקיאיין בדין וחוצצין מחצה לזה ומחצה לזה כדין ממון המוטל בספק". ובכל זאת יש להעיר על כך שיש בתי דין שאינם מקפידים על הוראה זו ופוסקים פשרה שרירותית על הצדדים.

מה דינו של נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן להעניק לבית הדין את הסמכות לכפות פשרה על הצדדים?

שאלה זו נדונה בפני בית הדין הרבני בירושלים,¹⁷ ונחלקו בה דייני בית הדין: דעת המיעוט¹⁸ הייתה שבמקרה כזה הנתבע אינו מוגדר כמי שסירב להתדיין בדין תורה, ואף שפשרה היא מצווה, אין לכפותה על מי שאינו מעוניין בפשרה.¹⁹

10. ראו עוד בעניין זה: הרב עדו רכניץ, "פשרה כחזרה אל הדין", תחומין לג, עמ' 94.

11. ראו בעניין זה רמב"ם סנהדרין כד, א-ב.

12. הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א – דין דיין ודיון, עמ' 78-84 (המאמר הובא במלואו גם בספרו של הרב יעזר אריאל דיני בוררות, עמ' רסג), וראו שם נפקויות נוספות.

13. הראי"ה קוק, שו"ת אורח משפט חו"מ, ד, כתב שאם ערכה הכספי של התביעה נמוך לא ראוי להשביע, ובית הדין רשאי להתייחס אל תביעת השבועה כקנטרנית ולכפות פשרה על בעלי הדין.

14. ביטוי זה מופיע פעמים רבות בספרות התשובות. ראוי לציין את שו"ת רדב"ז ד, קסד, שביטל פשרה בנימוק שאיננה קרובה לדין כלל. ראו גם ספר אורח משפט (אנאליק) כה, ה, שכתב "ונראה דודאי עיקר מצות פשרה שיהיה קרוב לדין תורה... אלא אם אי אפשר כפי הענין יפשר לפי מה שיכול גם כן".

15. בבא בתרא קלג, ב.

16. רשב"ם שם.

17. פד"ר יא 262-267.

18. הרב משה יוסף מילצקי.

19. לדבריו, גם אם יסכימו שני הצדדים לחתום על הסכם בוררות שלא מעניק לדיין את הסמכות לכפות פשרה, יש לדיין זכות להסתלק מן הדין על פי ההלכה ש"צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדין דין תורה" (שולחן ערוך חו"מ יב, כ).

לעומת זאת דעת הרוב הייתה שנתבע שאינו מוכן לחתום על הנוסח "בין לפשרה" הוא בגדר סרבן, ועל בית הדין להתיר לתובע לתבוע אותו בערכאות.

גם הרב אליעזר וולדינברג²⁰ כתב שהמסרב לקבל עליו את מנהג בתי הדין לכתוב בהסכם הבוררות "בין לדין ובין לפשרה" מוגדר כסרבן מחמת שני נימוקים: האחד, כיוון שעל פי השולחן ערוך יש סמכות לדיין לעשות דין כעין פשרה, או "לוותר חוץ מן הדין כדי להשקיט ממריבות", ובעל הדין אינו יכול לדרוש מבית הדין לוותר על הסמכות הנתונה לו לפי הדין. הנימוק השני הוא שמנהג בתי הדין הוא להחתים את הצדדים על שטר בוררות שכתוב בו "הן לדין והן לפשר", ובעל הדין אינו יכול לדרוש שינהגו בו אחרת.

הרב יעזר אריאל²¹ כתב שהאפשרות לסרב לנוסח "בין לפשר" מותרת רק אם הנתבע מוצא בית דין אחר בעירו שמוכן לדון אותו לפי דין תורה בלבד, אבל אם לא יציג תוך זמן סביר הסכם בוררות שנחתם על ידו בבית דין אחר הוא אינו רשאי לסרב.²² יש לציין שכיום לא ידוע על בית דין שמוכן לדון שלא על פי הנוסח המקובל.

אמנם, אדם יכול לדרוש שהנוסח שייכתב הוא "בין לדין ובין לפשרה הקרובה לדין". נוסח כזה מותר בידי בית הדין את מרחב שיקול הדעת הנדרש, אולם, מגביל מרחב זה.²³

לסיכום, בכל הסכמי הבוררות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין בין לדין ובין לפשרה. הדבר מאפשר לבית הדין להשיב לעצמו את סמכויות הדיון המקוריות על פי ההלכה ואף להרחיב אותן. נתבע שמסרב לחתום על הסכם בוררות בנוסח המקובל רשאי לכל היותר לבקש להתדיין בבית דין שדן רק על פי הדין. אולם, אם לא ימצא בית דין כזה (וכאמור לא ידוע שיש בית דין כזה) יהיה עליו לחתום על הנוסח המקובל.

ב. סמכות למתן צו עשה

שאלה הלכתית מתעוררת ביחס ל"צו עשה", כגון צו הריסה וכדומה. שהרי אדם אינו יכול להתחייב לעשות מעשה, כיוון שהדבר מוגדר כ"קניין דברים" שאינו חל. דוגמה לדבר: שותפים שהתחייבו לחלק את החצר המשותפת, ועשו מעשה קניין על כך, יכול כל אחד מהם לחזור בו ומעשה הקניין אינו מחייב, כיוון שהוא מוגדר כקניין דברים. נשאלת השאלה: מה מחייב את בעל הדין לקיים צו עשה של בית הדין, הרי התחייבותו בהסכם בוררות זה היא בגדר "קניין דברים".

20. שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, קונטרס ארחות המשפטים, ח. מובא על ידי הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' שיז.

21. הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' שטו.

22. אליאב שוחטמן, סדר הדין עמ' 375: דעת הרוב בבי"ד הייתה שאפשר לדונו כמסרב. וכן שו"ת נאות דשא א, נא, שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, ח. שו"ת עטרת דבורה ב חו"מ, ג, ב.

23. בעקבות נייר עמדה של הרב דניאל כ"ץ, כיצד מפשרים? בין פשרה לצדק, נייר עמדה 4 (תשס"ט), מכון משפטי ארץ, רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית הגבילה את דייני הרשת בכך שקבעה מדיניות הלכתית לשימוש בסמכות הפשרה, ראו בכתובת:

<http://eretzhemdah.org/Data/UploadedFiles/SitePages/714-sFileRedir.pdf>

הרב יעוזר אריאל²⁴ משיב על כך ואומר שלא מדובר בקניין דברים, אלא ההתחייבות והקניין חלים על נכסים ממשיים, כיוון שהצדדים משעבדים את נכסיהם לביצוע פסק הדין של בית הדין. צו הריסה פירושו הוא שבית הדין מונע מצד א' את פעולת הבנייה או השימוש בנכס בהסתמך על כך שהנכס משועבד לצד השני. לפיכך, למעשה בית הדין מוסמך על פי ההלכה לתת צו עשה.

ג. התחייבות לשלם על נזק עקיף (גרמא)

בנוגע לנזקים עקיפים נחלקו ראשונים: יש ראשונים הסוברים שיש לחלק בין שני מונחים תלמודיים לגרימת נזק: "גרמא" ו"גרמי". לגבי "גרמא בנזקין" נאמר בכמה מקומות בתלמוד "גרמא בנזקין פטור"²⁵, ואילו לגבי "דינא דגרמי" נחלקו תנאים,²⁶ ונפסק להלכה שחייב.²⁷ אלא שנחלקו אותם ראשונים בהגדרת "גרמי" שבו יש לחייב את המזיק.²⁸ לעומתם הריצב"א²⁹ ושעמו סוברים שאין הבדל בין גרמי לגרמא באופן גרימת הנזק, אלא שחכמים קנסו את המזיק בכל היזק המצוי ורגיל לבוא וקראוהו גרמי, וכל שאינו מצוי ורגיל קראוהו גרמא. הרמ"א³⁰ הביא את שתי השיטות האמורות. בניגוד לשיטות שהוזכרו לעיל, הרמב"ם,³¹ לא חילק בין גרמי לגרמא לא באופן גרימת הנזק ולא בדין. אחרונים³² ביארו שעל פי הרמב"ם האומרים "גרמא בנזקין פטור" פוטרים גם בגרמי, והמחייבים בגרמי מחייבים גם בגרמא. הרמב"ם פסק להלכה ש"כל הגורם להזיק – חייב",³³ אלא שגם לשיטתו יש מקרים בהם פטור.³⁴ על רקע המחלוקת יש קושי לבית הדין לחייב בחלק מהנזקים העקיפים. לפיכך, יש מפוסקי זמננו³⁵ שכתבו שיש לתקן תקנות להרחבת סמכות בית הדין לחייב בנזקים עקיפים.

24. הרב יעוזר אריאל, דיני בוררות עמ' פו.

25. בבא קמא ט,א. בבא בתרא כב,ב.

26. בבא קמא ק,א. רבי מאיר מחייב וחכמים פוטרים.

27. שולחן ערוך חו"מ שפו, א.

28. רשב"ם בבא בתרא צד,א, ד"ה נותן; ר"י בתוספות בבא בתרא כב,ב, ד"ה זאת, ובמרדכי בבא קמא ט, קיט, ואור זרוע בבא קמא ב, קלז; העיטור אות מ, מחילה; רמב"ן בבא בתרא כב,ב; ובדינא דגרמי; שו"ת הרשב"א ג, קז; שם במיוחסות, רמ; רא"ש בבא קמא ט, יג; בבא בתרא ב, יז; שו"ת הרא"ש לא, ג; ר"ן סנהדרין ע"ב, ועוד.

29. ריצב"א בתוספות בבא בתרא כב,ב, ד"ה זאת; מרדכי בבא קמא, קיט, בשם ריב"א; ש"ך חו"מ שפו, א. ועי' סמ"ע שם, א.

30. רמ"א חו"מ שפו, ג.

31. רמב"ם הלכות חובל ומזיק ז, ז.

32. סמ"ע חו"מ שפו, א; ש"ך חו"מ תיח, ד; קצות החושן שפו, ב, חולק על הסמ"ע וסובר שגם לדעת הרמב"ם יש חילוק בין גרמא לגרמי.

33. רמב"ם הלכות חובל ומזיק ז, ז.

34. רמב"ם הלכות נזקי ממון ב, יט; שם ד, ב; שם יד, ה וי"ד; הלכות חובל ומזיק ב, ז.

35. ראו: שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי, עמ' 200; הרב אברהם שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 239.

הרב זלמן נ. גולדברג כתב שניתן לחייב את המזיק בגרמא מדין פשרה.³⁶ הוא נימק זאת בכך, שבחלק גדול ממקרי הגרמא המזיק חייב בדיני שמים,³⁷ ולפי קצות החושן³⁸ הכוונה היא שהוא חייב לשלם כדי לצאת ידי שמים אלא שבית הדין אינו כופה אותו לשלם את מה שהוא חייב. אולם, הפשרה שכופה בית הדין פוטרת את המזיק מדין שמים,³⁹ כיוון שהסכמת התובע לפשרה כמוה כמחילה על הסכום הנוסף המגיע לו. נמצא שלשני הצדדים יש תועלת בפשרה זו: לתובע יש תועלת בכך שהוא מקבל חלק מהסכום על פי פסק בית הדין, ולנתבע יש תועלת בכך שאינו משלם את מלוא הסכום שהיה צריך לשלם בדיני שמים.

יש אומרים שהמזיק בגרמא חייב בדיני שמים רק אם הזיק במזיד, אבל אם הזיק בשוגג או באונס פטור מדיני שמים.⁴⁰ במקרה כזה אין בית הדין יכול לחייב על גרמא מדין פשרה. לפיכך ישנם הסכמי בוררות שמסמיכים את בית הדין באופן מפורש לחייב בנוזקי גרמא, והדבר מועיל במקרים שהנוק נעשה בשוגג,⁴¹ וגם כאשר נעשה במזיד או מתוך רשלנות פושעת הדבר ישפיע על גובה החיוב.

בנוסף, התחייבות מפורשת של הצדדים בוודאי טובה יותר מאשר שימוש בסמכות הכללית לפשר.

ד. חיוב על מניעת רווח

במקרה של מניעת רווח יש פחות מקום לחייב בתשלום, אפילו ביחס לנוק עקיף.⁴² מניעת רווח יכולה שתהיה במקרה שלווה מסרב להחזיר הלוואה במועד ומונע מהמלווה להפיק רווחים מהכסף. כך גם כאשר שוכר מפנה את הדירה המושכרת באיחור, ומקשה על המשכיר למצוא שוכר חלופי במחיר גבוה. בעניין זה נאמר בירושלמי:

תני הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית ואמר לא לקחתי אין לו עליו אלא תרעומת... אמר רבי יצחק הדא אמרה המבטל כיס חבירו אין לו עליו אלא תרעומת, המבטל שדה חבירו חייב לשפות לו, המבטל ספינת חבירו וחנות חבירו מהו.⁴³

דהיינו, אדם נתן את כספו לאחר כדי שזה יעשה בו עסקים והרווחים יתחלקו בין שניהם, ואילו המקבל לא עשה עם הכסף דבר – המקבל פטור. לעומת זאת, ישנם מקרים כמו מבטל

36. הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א – דין דיין ודיין, עמ' 82.

37. בבא קמא נה,ב.

38. קצות החושן לב, א.

39. ראו הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א – דין דיין ודיין, עמ' 78. הרב יעזר אריאל, "הצורך ההלכתי בשטר בוררות", תחומין יד, עמ' 152.

40. מאירי בבא קמא נ,א.

41. הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' קצג.

42. להרחבת דברים ראו: פתחי חושן נויקין ג, כט, עמ' קיא; שם, מב, עמ' קלג. אנצ' תלמודית ו, ערך: "גרמא בנוקין", עמ' תפב.

43. ירושלמי בבא מציעא ה, ג.

שדה חברו שמחייבים אותו לשלם כיוון שהיו רגילים להתחייב על כך.⁴⁴ ישנו ספק בירושלמי האם מבטל ספינת חברו וחנות חברו דומים למבטל שדה או למבטל מעות, והספק לא נפשט.

לדעת הרמ"א ישנם מקרים שבהם המבטל כיסו של חברו חייב, כגון לאחר שבעל המעות תבע אותן מהמחזיק בהן, והמחזיק סירב להחזיר והרוויח בעצמו מהכסף:

ואם הרויח במעות, בין היה לו רשות להשתמש בהן או לא, אין צריך לתת מן הרויח לבעל הפקדון. מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר: תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי, והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרויח מכאן ולהבא.⁴⁵

החתם סופר הוסיף וכתב שאם בעל המעות יוכיח שהייתה לו אפשרות ממשית להשקיע את הכסף בעסקה רווחית אזי המחזיק במעות חייב לשלם לו לפחות מחצית השכר:

מתביעה ואילך ומברר שיש לו עיסקא להרוויח והוא מעכבו אז הוה ליה זה נהנה וזה חסר וצריך לשלם לו פלגא על כל פנים והוא יקבל פלגא בהפסד...

הנותן מעות לשלוחו ליקח לו פירות או סחורה וישב והלך לו ולא קנה כלום וביטל כיסו, אם אין הזיקו של זה ברור אין לו בו כלום אבל אם הזיקו של זה ברור והשליח היה יכול על זה בודאי ופשע ולא עשה מבואר מהריטב"א הנ"ל שחייב לשלם.⁴⁶

לפי דברי החתם סופר יש יסוד לחייב על מניעת רווח מוכח. לעומת זאת, לדעת המהרש"ל המבטל כיסו של חברו פטור, אפילו אם בעל המעות תבע לקבל את כספו ויש לו עדים שיכול להרוויח בהם רווח גמור, זאת, אף אם המחזיק בכסף הרוויח ממנו:

אלא נראה בעיני שבין פקדון בין מלוה לא שייך בטול כיס אפילו אם הרוויח וכן איתא במסקנא במרדכי, ואפילו תבעו זה לדין ואמר תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו בפני שני עדים וזה מעכבו פטור משום גרמא ואפי' אם הוציאו לעצמו והרויח פטור משום גולנותא אם לא בגולן עתיקא כדפירשתי.⁴⁷

האחרונים הוכיחו מדברי המרדכי⁴⁸ שאם אדם התחייב לשלם לחברו במקרה שימנע ממנו רווח הוא חייב לשלם על פי התחייבותו.

כדי להכריע על פי הדעות המרחיבות (כגון החתם סופר) בחוזה שלפנינו הצדדים מתחייבים לשלם על מניעת רווח כפי שיקבע בית הדין.

ה. הוצאות משפט

מעיקר הדין הוצאות בית הדין מוטלות על שני הצדדים. כך עולה מהמקורות הבאים.

44. ראו משנה בבא מציעא קד,א, ותוספות שם, ד"ה היה דורש; רמב"ן שם, ד"ה וקשה עלינו; רשב"א שם, ד"ה רבי מאיר; ועוד.

45. שולחן ערוך חו"מ רצב, ז.

46. שו"ת חתם סופר ה, קעח.

47. ים של שלמה בבא קמא ט, ל.

48. מרדכי בבא קמא, קטו. כך מוכח גם ברא"ש בבא מציעא ה, טט.

במשנה "אין כותבין שטרי בירורין אלא מדעת שניהם ושניהם נותנים שכר".⁴⁹ לפי אחד הפירושים בגמרא⁵⁰ מדובר בשטרי טענות, כלומר סופרי הדיינים כותבים את טענות בעלי הדין ומוסרים לדיינים כדי שבעלי הדין לא יוכלו לחזור בהם ממה שטענו.

הריב"ש⁵¹ למד מכאן שכל הוצאות בית הדין מוטלות בשווה על שני הצדדים. כגון: שכר בטלה לדיין, וכן אם בית הדין היה צריך להתייעץ עם דיינים מומחים או להזמין עד מומחה שכרו מוטל על שני הצדדים. הטעם הפשוט לכך הוא ששני הצדדים מעוניינים בהוצאת האמת לאור, ולכן הם חייבים בשווה בהוצאות בית הדין ובכלל זה, אגרת בית הדין,⁵² שכר טרחה של מומחה וכדומה.

לעומת זאת באופן עקרוני כל אחד מבעלי הדין נושא בהוצאות שהוא הוציא, ואין לחייב בהן את חברו. כך למדו תוספות מהגמרא,⁵³ ואלו דבריהם:

ויוציא מנה על מנה – מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו אף על פי שמזיקו לילך לו לדון בעיר אחרת.⁵⁴

דהיינו אף מי שחייב בדין אינו מחויב לשלם את ההוצאות הכרוכות בדין. דברי בעלי התוספות הובאו בראשונים רבים,⁵⁵ וכך נפסק בשולחן ערוך: "המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אע"פ שהזיקו לדון בעיר אחרת".⁵⁶

המצב שונה כאשר מדובר בבעל דין שמסרב לדון בדין תורה. בעקבות הגמרא⁵⁷ כתב הרא"ש בשם מהר"ם מרוטנבורג:

מכאן ראייה מי שנתחייב בדין אינו משלם לכשנגדו יציאותיו אף על פי שהזיקו לדון בעיר אחרת והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבוא לב"ד והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדין היה ר"מ מחייבו לפרוע כל יציאותיו והביא ראייה מפרק הגזול בתרא (ב"ק קיב, ב) דאמר רבא שליחא דבי דינא דינא מהימן כבי תרי והני מילי לשמתא אבל למיכתב עליה פתיחא לא מהימן דממונא קמחסר ליה. פירוש קודם שיקרעו כתב הפתיחא עליו לתת שכר הסופר שכתב הפתיחא והוא הדין לכל שאר הוצאות שהוציא.⁵⁸

49. בבא בתרא קסז, ב.

50. שם קסח, א.

51. שו"ת הריב"ש, תעה.

52. שו"ת תשובות והנהגות ב, תרצו, בסופו.

53. סנהדרין לא, ב.

54. תוספות שם, ד"ה מנה.

55. פסקי תוספות עט; פסקי הרא"ש סנהדרין ג, מ; שם בבא קמא י, ו; תוספות רא"ש סנהדרין לא, ב; שו"ת הרא"ש עג, ה; אור זרוע סנהדרין, עג, בשם ר"ש משאנץ; פסקי רקנאטי, תכט, בשם ר"ש משאנץ; שו"ת מהר"ם דפוס פראג, תנד, בשם ר"י; שם, תשמ; מרדכי סנהדרין, תשז, בשם ר"י; הגהות מיימוניות סנהדרין כה, ב; רבנו ירוחם מישרים ג, א; טור חו"מ, יד; מהרי"ק יא; קמד.

56. שולחן ערוך חו"מ יד, ה.

57. בבא קמא קיב, ב.

58. רא"ש סנהדרין ג, מ.

דעה זו הובאה על ידי פוסקים רבים.⁵⁹ וכן פסק להלכה בשולחן ערוך:

המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזיקו לדון בעיר אחרת. והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא, אלא שרוצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו.⁶⁰

ישנם מקרים נוספים אשר בהם אחד הצדדים גורם הוצאות מיותרות לחברו, ואפשר לחייבו בהוצאות מדין גרמי, כמו בהלכה שכתב הרמ"א:

מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: לך ואני אבוא אחריו, והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו.⁶¹

וכן בתביעה קנטרנית, כגון כאשר התובע תבע תביעה שקרית בדין תורה כדי להטריד את הנתבע.⁶² כמו גם אדם שחתם על הסכם בוררות ונעדר בזדון מדין שנקבע מראש,⁶³ או ביקש דיון שלא היה בו צורך וכדומה.⁶⁴ במקרים אלו אפשר לחייב מדין גרמי כיוון שהייתה כוונה להזיק ולגרום להוצאות.

לגבי גובה ההוצאות הרמ"א פסק: "כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא ויטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או הבית דין ישומו לו הוצאותיו וכזה ישלם לו".⁶⁵

יש מפוסקי זמננו שכתבו שיש לתקן תקנה שתרחיב את החיוב על הוצאות משפט.⁶⁶ למעשה, בתי הדין מחייבים על בסיס ההתחייבות לשלם הוצאות משפט בהסכם הבוררות. התחייבות זו מרחיבה את סמכות בית הדין לחייב בהוצאות גם מי שנהג ברשלנות וגרם הוצאות לצד השני, או על הוצאות שהן בגדר מניעת רווח כגון אובדן ימי עבודה.⁶⁷

59. שו"ת הרא"ש קז, ו, בשם מהר"ם; נימוקי יוסף בבא קמא לטב, בדפי הרי"ף, ד"ה ממונא; שו"ת מהר"ם דפוס פראג, תצז; שם, תקי, "הר"ם ז"ל רגיל לפסוק"; כל בו קכד, מב, בשם מהר"ם; רבנו ירוחם מישרים ג, א; טור חו"מ יד.

60. שולחן ערוך חו"מ יד, ה.

61. רמ"א חו"מ יד, ה.

62. ישועות ישראל יד, ד.

63. מרדכי סנהדרין, תשו; רמ"א חו"מ יד, ה. האחרונים דנו בדינו של מי שנעדר מדין בגלל אונס (שו"ת הרמ"א יב; פד"ר ג, עמ' 34). הפסד גדול (שו"ת הרמ"א, ב; ישועות ישראל יד, ה), או בגלל ששכח את קיומו של הדיון (הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' תכט).

64. הרב צבי יהודה בן יעקב, משפטי ליעקב ג, מג.

65. רמ"א חו"מ יד, ה.

66. הרב מרדכי אליהו, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 245.

67. הרחבת דברים בנושא זה אפשר לראות במקורות הבאים: סדר הדין, שוחטמן, פרק 16, עמ' 1206 ואילך; הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, שער שמיני; הרב דניאל כ"ץ, נייר עמדה מס' 8: חיוב בהוצאות משפט, אתר "דין תורה". וכן במאמריהם של הרב אליעזר שנקולבסקי, "הוצאות משפט", תחומין יב, עמ' 335 ואילך; הרב שלמה אישון בתר ו (תשס"ח), לא.

בכלל גרימת הוצאות ברשלנות: בעל דין ששכח להגיע לדין למרות שקיבל הזמנה,⁶⁸ תביעת שווא שהוגשה ברשלנות, וכן קיום הליכי ביניים מיותרים,⁶⁹ ובעל דין שלא שילם חוב ברור וכדומה, ואילץ את בעל דינו לתבוע אותו.⁷⁰

ו. פשרה על פי רוב דעות

כתב בשולחן ערוך: "אם רבים הם הפשרנים, יש אומרים שאין הולכים אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולם".⁷¹ זו דעת הנימוקי יוסף⁷² והמרדכי⁷³ בתחילת מסכת סנהדרין. רבי עקיבא איגר בחידושו על השולחן ערוך⁷⁴ הביא את דעת המהריק"ש שהדברים אמורים כאשר הצדדים מקבלים עליהם פשרנים. אולם, אם קיבלו עליהם בית דין "לדין או לפשרה" כוונתם היא שהפשרה תהיה בדומה לדין, כשם שהדין מוכרע על פי הרוב כך גם הפשרה. אבל מדברי הסמ"ע⁷⁵ משמע שגם כאשר קיבלו בית דין 'לדין או לפשרה' אין הולכים אחר הרוב.

כדי לצאת ידי הספק, בהסכם הבוררות שלפנינו הצדדים מסכימים שגם פשרה תוכרע על פי רוב דעות. הסכמה זו מועילה גם לפי דעת השולחן ערוך: "אם ביררו להם עשרה אנשים שידונו להם, בין בדין בין בפשרה, ושאלם לא יסכימו לדעת אחת ילכו אחר הרוב..."⁷⁶.

ז. מעמדו ההלכתי של תאגיד משפטי

על פי המקובל בעולם, וכן בחוקי מדינת ישראל, תאגיד משפטי הוא אישיות משפטית בפני עצמה. בעולם המשפט חלוקות הדעות האם חברה היא אישיות משפטית אמיתית (ריאלית) או שהיא מתנהגת כמו אישיות משפטית אף שאיננה כזו (אישיות משפטית פיקטיבית, קיימות גם גישות נוספות).

פוסקי דורנו נחלקו בשאלה כיצד להתייחס ליצירה משפטית זו על פי ההלכה.⁷⁷ יש מהם שקבעו שגם על פי ההלכה ניתן להגדיר את החברה או התאגיד המשפטי כאישיות

68. ראו הרב יעזר אריאל, דיני בורות, עמ' תכט, שלכאורה הדבר שנוי במחלוקת, ונראה שכאשר ישנה התחייבות אפשר לחייב.

69. כנ"ל בהערה הקודמת.

70. במקרה של חוב ברור בשיק ניתן אפילו לפנות ישירות להוצאה לפועל ושם הוא יחויב בהוצאות גבייה (משפטיך ליעקב ב, ו, עמ' קה; פס"ד ארץ חמדה גזית מס' 70020, בראשות הרב יעקב אריאל). לכן, מסתבר שיש מקום לחייב הוצאות משפט גם בדין תורה כאשר הייתה התחייבות לכך. ראו בעניין זה: פס"ד ארץ חמדה גזית מס' 70075, בראשות הרב דניאל מן, ופס"ד ארץ חמדה גזית מס' 69008 בראשות הרב אליעזר שנקולבסקי. כל פסקי הדין מפורסמים באתר ארץ חמדה גזית.

71. שולחן ערוך חו"מ יב, יח.

72. נימוקי יוסף סנהדרין דף א.ב בדפי הרי"ף, ד"ה אמר.

73. מרדכי סנהדרין, תרעט.

74. רבי עקיבא איגר על שולחן ערוך חו"מ, יג.

75. סמ"ע יג, כ.

76. שולחן ערוך חו"מ יג, ז.

העומדת בפני עצמה. ככזו היא בעלת נכסים ויכולה לתבוע ולהיתבע בדין תורה. ויש שקבעו שאין בהלכה חברה שהיא אישיות משפטית ריאלית, וכל בעלות היא של אדם חי. לפי דעה זו בעלי המניות הם הבעלים של כל נכסי התאגיד, אלא שבעלותם ואחריותם האישית מוגבלת לפי חלוקת הזכויות בין ההנהלה לבין בעלי המניות.

שאלה זו משמעותית בעיקר לשאלות שבין אדם למקום, כגון, החזקת מניות של חברה שבבעלותה חמץ בפסח, או שהיא פועלת בשבת. אולם, מבחינה ממונית אין הבדל גדול בין ראיית החברה כאישיות משפטית ריאלית או כאישיות משפטית פיקטיבית. ולכן למעשה מקובל שחברה יכולה לתבוע ולהיתבע.

בהסכם שלפנינו הצדדים מקבלים על עצמם את הדעה הרואה בתאגיד אישיות משפטית נפרדת, והדבר כולל מחילה על תביעות כלפי בעלי המניות בגין מעשי התאגיד, וכן התחייבות של מנהלי התאגיד לשלם מנכסיו כפי שיפסוק בית הדין. זאת, כאמירה מעשית, ומבלי להכריע בשאלה המהותית.

77. לדיון מפורט בנושא ראו: הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, "ריבית בתאגידים", **כתר א** (תשס"ו), עמ' 242 ואילך.

הסכם בוררות "ארץ חמדה – גזית" עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התשׁ _____ (/ / _ למניינם)

_____	לבין:	_____	בין:
_____	ת.ז.ח.פ.	_____	ת.ז.ח.פ.
_____	מרחוב	_____	מרחוב
_____ מיקוד _____	עיר	_____ מיקוד _____	עיר
_____	טל:	_____	טל:
_____	פקס:	_____	פקס:
_____	דוא"ל	_____	דוא"ל

הואיל: ובין הצדדים נתגלעו חילוקי דעות כמפורט ו/או יפורט בכתבי בית הדין.
והואיל: וברצון הצדדים למסור את הסכסוך האמור לבוררות.

אי לזאת הסכימו הצדדים כדלקמן:

1. הצדדים חוזרים ומאשרים את האמור במבוא דלעיל.
2. הצדדים ממנים בזה את בית הדין שיקבע ע"י הנהלת "ארץ חמדה – גזית" בתור בורר (להלן – "בית הדין").⁷⁸
3. בית הדין ידון ויפסוק בסכסוך שבין הצדדים ובכל הטענות והתביעות שיש לצדדים אחד כלפי השני כמפורט ו/או יפורט בכתבי בית הדין אשר יגישו הצדדים וכן בכל נושא אחר הקשור לנושא הבוררות אשר יועלה ע"י הצדדים במהלך הבוררות.
4. בית הדין יפסוק בסכסוך, על פי דין או לפשרה,⁷⁹ לפי שיקול דעתו ומיטב שפיתתו, עפ"י החומר שבפניו, בהתאם למדיניות ההלכתית של בית הדין.

78. סעיף זה מעניק למעשה את התוקף החוקי וההלכתי (בבא מציעא כ"א, "שטרי בירורין") לפסק הדין של בית הדין, באופן שיהיה ניתן לאכיפה על ידי רשות האכיפה והגביה.

79. נוסח זה מקובל בכל בתי הדין, ומטרתו לפטור את הדיינים מהחשש להתחייב לדון על פי דין תורה (שולחן ערוך חו"מ יב, יב). נוסח זה איננו מאפשר לדיינים לפטוק באופן שרירותי, אלא רק לסטות מן הדין כאשר ישנו הכרח, ובלשון הפוסקים "פשרה קרובה לדין". הסכמת הצדדים כוללת כמה סוגים של פשרות: האחד, פשרות על שורת הדין. למשל, כאשר אדם מחויב בשבועה, יש להמיר את השבועה בחיוב חלקי במסגרת פשרה (שולחן ערוך חו"מ יב, ב). כמו כן, כאשר לא ניתן להגיע לחקר האמת יש לפשר בין הצדדים כדי לסיים את המחלוקת (שולחן ערוך חו"מ יב, ה). השני, פשרה שנעשית כאשר הנסיבות של המקרה הנדון בפני בית הדין מחייבות סטייה מן הדין, (שו"ת אורח משפט חו"מ, א). השלישי

5. בית הדין יהיה רשאי לתת פסק הצהרתי, צו עשה או לא תעשה, צו ביצוע בעין, צווי ביניים, סעדים זמניים, החלטות ביניים אחרות, וכל סעד אחר שבית משפט מוסמך לתת. כן רשאי הוא לתת פסק ביניים המכריע בנושא הבוררות חלקים חלקים. סמכותו האמורה לעיל של בית הדין תופעל בהתאם לסדרי הדין של בית הדין. כל הצדדים הנוגעים לבוררות זו מתחייבים בזה לציית לכל הוראותיו והכרעותיו של בית הדין בנידונים הנ"ל.
6. הצדדים מתחייבים לשלם בגין נזקי גרמא⁸⁰ והפסדים של מניעת רווח⁸¹ בהתאם לנסיבות, כפי שייקבע על ידי בית הדין ולפי שיקול דעתו.
7. הצדדים מתחייבים לשלם הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין כפי שייקבע על ידי בית הדין, לפי שיקול דעתו.⁸²
8. הצדדים מסכימים שגם אם יוכרע הדין בפשרה ההחלטה תקבע על פי רוב דעות.⁸³
9. בית הדין לא יהיה כבול למועדים המופיעים בסעיף טו לתוספת לחוק הבוררות, תשכ"ח – 1968. עם זאת בעלי הדין ובית הדין ישתפו פעולה כדי לסיים את הבוררות במהירות האפשרית.⁸⁴

– נוסח זה מעניק לבית הדין את הסמכויות המלאות של בית דין, כמו הכרעה על פי השכנוע הפנימי של בית הדין גם כאשר אין שני עדים, או הכרעה במחלוקות הלכתיות ללא שאחד הצדדים יוכל לטעון "קים לי" כדעת המיעוט.

80. ישנה מחלוקת בין הפוסקים בשאלה אימתי לפסוק "גרמא בנוקין פטור", ובאלו מקרים יש לחייב בתשלום נזק גם אם הוא נזק עקיף (ראו בהקדמה להסכם הבוררות ליד הע' 23). יש מפוסקי זמננו שכתבו שיש לתקן תקנות להרחבת סמכות בית הדין לחייב בנוקים עקיפים (שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי, עמ' 200; הרב אברהם שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 239). סעיף זה מסמיך את בית הדין לחייב בנוקי גרמא כאשר הדבר נראה לו צודק ונכון.
81. לפי דברי החתם סופר, שו"ת חתם סופר ה, קעח, יש יסוד לחייב על מניעת רווח מוכחת. לעומת זאת, לדעת המהרש"ל, ים של שלמה בבא קמא ט, ל, המבטל כיסו של חברו פטור, אפילו אם בעל המעות תבע לקבל את כספו ויש לו עדים שיכול להרוויח בהם רווח גמור, זאת, אף אם המחזיק בכסף הרוויח ממנו. סעיף זה מאפשר לבית הדין לפסוק כדעת החתם סופר.
82. מעיקר הדין הוצאות בית הדין מוטלות על שני הצדדים (שו"ת הריב"ש, תעה). כגון: שכר בטלה לדיין מוטל על שני בעלי הדין, וכן אם בית הדין היה צריך להתייעץ עם דיינים מומחים או להזמין עד מומחה שכרו מוטל על שני הצדדים. הטעם הפשוט לכך הוא ששני הצדדים מעוניינים בהוצאת האמת לאור. לעומת זאת באופן עקרוני כל אחד מבעלי הדין נושא בהוצאות שהוא הוציא, ואין לחייב בהן את חברו (תוספות סנהדרין לא, ב, ד"ה מנה; שולחן ערוך חו"מ יד, ה). ישנם מקרים בהם בעל דין שנהג באופן לא ראוי וגרם נזק לחברו חייב (כגון, שולחן ערוך חו"מ יד, ה).
- לגבי גובה ההוצאות, הרמ"א חו"מ יד, ה, פסק: "כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא ויטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או הבית דין ישומו לו הוצאותיו וכזה ישלם לו". ההתחייבות לשלם הוצאות משפט מרחיבה את סמכות בית הדין לחייב בהוצאות גם מי שנהג ברשלנות וגרם הוצאות לצד השני, או על הוצאות שהן בגדר מניעת רווח כגון אובדן ימי עבודה.
83. ישנה מחלוקת האם יש תוקף לפסק הדין כאשר הוא התקבל ברוב דעות ולא פה אחד (שולחן ערוך חו"מ יב, יח). בהסכם הבוררות שלפנינו הצדדים מסכימים שגם פשרה תוכרע על פי רוב דעות, ולהסכמה זו יש תוקף הלכתי (שולחן ערוך חו"מ יג, ז).

10. א. הצדדים מכירים בעקרון שתאגיד משפטי הוא בעל זכויות וחובות ובכוחו לתבוע ולהיתבע.⁸⁵

ב. הצדדים מכירים בעקרון הגבלת האחריות של תאגידים, ועל כן תביעותיהם מופנות כלפי נכסי התאגיד ולא כלפי נציגי התאגיד הפועלים בשמו ולא כלפי בעלי מניותיו, אלא אם כן בית הדין סבור כי מנהלי או נציגי התאגיד או בעלי מניותיו אחראים אישית.

ג. בכפוף לאמור בסעיף ב' דלעיל, הצדדים מוחלים על האפשרות לתבוע את הנכסים שמעבר לרכוש התאגיד.

11. הצדדים מצהירים כי קראו את סדרי הדין של בית הדין ומקבלים אותם על עצמם ומתחייבים לנהוג על פיהם.⁸⁶

12. הצדדים מצהירים ומודים בזה כי הם קיבלו קניין מועיל כדין עפ"י דין תורה בבית דין חשוב, על כל התחייבויותיהם בכל סעיף וסעיף שבהסכם זה, וכחומר כל התנאים וכחומר כל השטרות.⁸⁷

ולראיה באו הצדדים על החתום

היום _____ לחודש _____ תש _____	היום _____ לחודש _____ תש _____
_____ / _____ / _____	_____ / _____ / _____
_____	_____
צד ב'	צד א'

84. בסעיף טו לתוספת לחוק הבוררות תשכ"ח-1968 נקבע: "על הבורר לתת את פסק הבוררות תוך שלושה חודשים מהיום שהתחיל לדון בסכסוך...". כוונת החוק היא למנוע סחבת בדיון. הסעיף שלפנינו מאפשר לבית הדין להיות מתונים בדיון, ומצד שני כלולה בו גם התחייבות שלא לגרום סחבת בדיונים.

85. פוסקי דורנו נחלקו בשאלה כיצד להתייחס לחברה בע"מ (ראו הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, "ריבית בתאגידים", **כתר א** (תשס"ו), עמ' 242 ואילך). בסעיף שלפנינו הצדדים מקבלים על עצמם את הדעה הרואה בתאגיד אישיות משפטית נפרדת, והדבר כולל מחילה על תביעות כלפי בעלי המניות בגין מעשי התאגיד, וכן התחייבות של מנהלי התאגיד לשלם מנכסיו כפי שיפסוק בית הדין. זאת, כאמירה מעשית, ומבלי להכריע בשאלה המהותית.

86. ברשת בתי הדין ארץ חמדה גזית ישנם גם סדרי דין, והצדדים מקבלים על עצמם את סדרי הדין האלה בחתימה על הסכם הבוררות.

87. כל התחייבות מותנית יש בה פגם של אסמכתא. בהסכם שלפנינו הצדדים מתחייבים לשלם תשלומים שונים על פי מה שיחליט בית הדין, וזו התחייבות מותנית. משום כך סעיף זה כולל הודאה שנעשה קניין בבית דין חשוב כדי לסלק את פגם אסמכתא.

הסכם קבלנות להפעלת עסק בשבת

הרב שמואל פולצ'ק

הקדמה	ג. יישום היתר קבלנות בעסקים גדולים
א. הפתרונות האפשריים	1. התקשרות עם הלקוחות
1. העסקת גוי כשכיר יום בשבת	2. התקשרות עם עובדים
2. שותפות עם גוי	3. הגדרת שכרו של הקבלן לפי תפוקה או לפי פעולה
3. קבלנות	4. הסיכון הכלכלי של הקבלן ופתרונו
ב. קבלנות בעסקים גדולים	5. דיני אמירה לגוי בהיתר הקבלנות
1. מקור ההיתר וטעמו	ד. סיכום
3. התקבלות ההיתר למעשה	ה. מבוא והוראות לחותמים על ההסכם

הקדמה

בשנים האחרונות מיזמים רבים בעלי אופי כלל עולמי (גלובלי) עושים שימוש משמעותי ברשת האינטרנט הבינלאומית. בכלל זה מסחר בעזרת האינטרנט, העברת תכנים בעזרת האינטרנט וסינום, רשתות חברתיות ואמצעי תקשורת מגוונים. הציפייה של המשתמשים היא ששירותים אלה יפעלו ללא הפסקה, ואף יעניקו שירות לקוחות בכל רגע. הרווחיות של עסקים מסוג זה מבוססת על קהל עצום ובינלאומי של משתמשים. כדי להצליח במיזם כזה יש לפנות לקהל בינלאומי הכולל גם נכרים שלא יקבלו בהבנה את סגירת פעולת השירות בשבתות וחגים.

השאלה שהעלו בעלי עסקים היא אם ניתן להפעיל שירות כזה גם בשבתות ובחגים.¹

* הרב שמואל פולצ'ק, מכון משפטי ארץ, עפרה.

מאמר זה מבוסס על מאמרי, "הפעלת עסק הפועל באינטרנט בשבת", תחומין לד, עמ' 337-348. 1. הרב ישראל רוזן עסק במאמרו "שותפות עסקית עם מחללי שבת", תחומין יב, עמ' 399-413, בהתמודדות עם הקושי שיצר החילון הנרחב בעם ישראל, המצריך לשתף פעולה עסקית עם יהודים מחללי שבת. הרב רוזן בוחן במאמרו הנ"ל איזו מהאפשרויות הקיימות בהלכה לפעולה משותפת עם גוי בשבת, קיימות גם ביהודי המחלל שבת. בשונה מכך, מאמר זה עוסק ביהודים שומרי מצוות שאין להם כל אילוץ לשתף פעולה בעסק עם גוי או חילוני, אבל צורכי העסק עצמו ולקוחותיו הגויים מחייבים רציפות פעולה גם בשבתות וחגים. הפתרון המוצע כאן הוא שיתוף פעולה עם גויים באופן מסוים, וכמובן אין כל מקום לפתור בעיה זו על ידי שימוש ביהודים.

מאמר זה מבוסס על הפתרון ההלכתי המכונה "קבלנות בעסקים גדולים". בחלק הראשון נדון בקיצור בפתרונות אחרים ובדחייתם, וכן ביתרוננו של היתר קבלנות בעסקים גדולים. בחלק השני נדון ביישום ההיתר. בחלק השלישי נציע נוסח של חוזה קבלנות עם הערות מבארות.

א. הפתרונות האפשריים

1. העסקת גוי כשכיר יום בשבת

לא ניתן לפתור את הבעיה על ידי העסקת עובדים גויים בחברה בשבת,² כיוון שהדבר אסור. בגמרא³ ובפוסקים (שם) מבואר שאריסות והשכרה לגויים ניתן להתיר רק כאשר אין מראית עין שהעובדים הם שכירי יום בשבתות, ומכאן ששכיר יום בשבת אסור מעיקר הדין. טעם האיסור⁴ הוא כי אז הגוי הוא מעין שליח של היהודי לעשות מלאכה בשבת.⁵ כאשר ניהול העסק נעשה על ידי גוי, והיהודי הוא רק בעל מניות פסיבי – יש מקום לדון אם האיסור הזה חל או לא.⁶ אולם מאמר זה יעסוק במצב שבו העסק מנוהל על ידי בעליו היהודי.

2. שותפות עם גוי

פתרון נוסף שאיננו מועיל הוא ליצור שותפות עם גוי. בגמרא⁷ נאמר שאין להתיר ששותפים יהודי וגוי יחלקו ביניהם את העבודה והרווחים כך שהגוי יעבוד בשבת ויקבל את רווחי השבת, והיהודי יעבוד באחד מימי החול ויקבל את רווחיו, ואת השאר יחלקו בשווה, כי אז הם נחשבים זה לשלוחו או לשכירו של זה. אולם אם מתחילת השותפות יתנו ביניהם שרווחי הפעלת העסק בשבתות שייכים רק לגוי, וכנגדם יום אחד מימות החול שייך רק ליהודי והשאר בשותפות שווה, הדבר מותר. דין זה נפסק גם בשולחן ערוך.⁸

2. בכל מאמר זה כשמדובר על שבת, הוא הדין ליום טוב. לגבי חול המועד, מכיוון שמדובר כאן בדברים שהם בגדר "דבר האבד" מותר ליהודי לעשותם בחול המועד, וראו **תוספות** בבא מציעא צ,א, ד"ה אבל, בעניין ההשוואה בין שבת, יום טוב וחול המועד.

3. **עבודה זרה** כא, א-ב.

4. על פי **המשנה ברורה** רמג, ה.

5. **מרש"י** עבודה זרה שם; שבת קכא, א, ד"ה כבה, משמע שזהו חלק מאיסור "אמירה לגוי שבות" (וכן משמע מה**משנה ברורה** רמג, ה), לעומת זאת, משמע בשו"ת **הר צבי** או"ח א, קב, שאלה שני איסורים שונים.

6. ראו שו"ת **אגרות משה** או"ח ד, נד, שמקל בכך; וראו הרב ישראל רוזן במאמרו הנ"ל, עמ' 405-403, ואבמ"ל.

7. **עבודה זרה** כב, א.

8. **שולחן ערוך** או"ח רמה, א, ג.

הר"ן? והרמ"א¹⁰ מתירים גם באופן נוסף, והוא כשהגוי עובד בשבתות לפי החלטתו, ואז מותר להתחלק בשווה ברווחי השבוע (כולל שבת). היתר זה אפשרי אם היהודי אינו מחייב את הגוי לעבוד בשבת (ומבחינתו ניתן להשאיר את העסק סגור בשבת לגמרי), ואז הגוי נחשב כעובד בעבור עצמו. אבל בנסיבות שבהן אין אפשרות כלכלית שלא יעבוד אחד השותפים בשבת, והיהודי מסתמך על עבודת הגוי, ועבודת השבת כן מוטלת על היהודי כשותף שווה בעסק, נראה שהגוי ייחשב לשלוחו של היהודי והדבר יהיה אסור אף לפי דברי הר"ן והרמ"א.¹¹

דרך השותפות אינה מועילה אפוא במקרים שבהם אנו עוסקים. ההיתר של הר"ן והרמ"א אינו מועיל כאן, כיוון שהיהודי אינו יכול להסכים שהשירות לא יינתן בשבת. גם האפשרות שבתחילת השותפות יוסכם שהשבתות אינן שייכות ליהודי כלל, וכנגדן אחד מימי השבוע אינו שייך לגוי כלל, אינה מועילה, וזאת משתי סיבות:

1. בשותפות כזו, שכל מטרתה להינצל מאיסור שבת, יש חשש מראית העין, כי הבעלות היהודית בעסק ידועה, ואילו השותפות של הגוי אינה מפורסמת. ממילא העובדים נראים כשכירים של היהודים ולא של השותף הגוי.¹² זאת בניגוד לשותפות אמתית רגילה ומפורסמת, שבה ברור לכול שהגוי אינו פועל בעבור היהודי אלא בעבור עצמו.
 2. כשהיהודי התחייב (בשם עצמו או בשם השותפות) כלפי לקוח לבצע עבודה מסוימת, זוהי מלאכה המוטלת עליו לעשותה. גם אם הוא יסכם עם שותפו הגוי שיעשה את כל המלאכה, כל עוד היהודי לא פטר את עצמו מההתחייבות כלפי הלקוח, הרי הגוי השותף מבצע מלאכה המוטלת על היהודי, והוא כשלוחו או כשכירו.
- בעיה זו היא מעיקר הדין, ולא משום מראית עין גרידא, ולכן יש איסור בזה אף אם המלאכה תיעשה שלא בפומבי (בבית הגוי בצנעא). נראה שזו אחת הסיבות שנדרש בהלכה¹³ בשותפות רגילה שהשותפות תפורק ותוקם מחדש בתנאי חלוקת הימים. כך היהודי לא יהיה מחויב כלפי הלקוחות לעבוד בשבת.
- אם כן, אם רוצים לעשות כאן שותפות עם גוי, צריך לפנות אל הלקוחות שכלפיהם כבר התחייב היהודי בעל העסק, ולבקש מהם לפטור אותו מחלק השבתות של העבודה (בתמורה להתחייבות של השותף הגוי). כמובן קשה מאוד ליישם זאת, ובכך נסתם הגולל על פתרון זה.

9. ר"ן עבודה זרה ו,ב, בדפי הרי"ף, ד"ה ומהא.
10. רמ"א או"ח רמה, א. לגבי שיטת השולחן ערוך והפוסקים ההולכים בדרכו נחלקו אחרוני ימינו, ראו בעניין זה: שו"ת שמחת-כהן או"ח, סב; שו"ת משיב-משפט או"ח, ג.
11. כך מדברי הרמ"א שם: "ואין הישראל נהנה במלאכתו בשבת, כיון שאין המלאכה מוטלת עליו לעשות". וכן מהמשנה ברורה רמה, יא, משמע שאם היהודי צריך שהמלאכה תיעשה, אין ההיתר קיים. וכן גם משמע בשו"ת אגרות משה או"ח ד, נו, בנוסח השותפות שלו, וכן מפורש בשו"ת אגרות משה יו"ד ב, סג.
12. שו"ת שבט-הלוי ג, כג, וכן משמע בשו"ת חתם-סופר או"ח, נח.
13. שולחן ערוך או"ח רמה, ג.

3. קבלנות

פתרון נוסף שלכאורה איננו מועיל במקרים הנדונים הוא דרך הקבלנות. "קבלנות" או "קציצה" היא הסכם שבו הגוי מקבל שכר גלובלי על תפוקה מסוימת שאותה מזמין היהודי, והגוי מחליט איך ומתי להפעיל את העסק.¹⁴

בגמרא¹⁵ נאמר שלפי בית הלל (שהלכה כמותם) מותר לתת סמוך לכניסת השבת בגדים לכיבוס או עור לעיבוד לאומן גוי, אף על פי שיש להניח שהגוי יעשה בהם מלאכה בשבת. כמו כן נאמר בגמרא¹⁶ שכאשר נקצב שכר לשליח, מותר (לפי בית הלל) לשלוח אתו איגרת מערב שבת, אע"פ שיש להניח שהוא יטלטלנה בשבת (ארבע אמות ברשות הרבים, שהוא איסור מהתורה).

הראשונים¹⁷ ביארו שגם במקרה הראשון מותר דווקא על ידי קביעת שכר גלובלי, היוצרת קבלנות, ושטעם דינים אלה באופן כללי הוא שהגוי נחשב כעובד בעבור עצמו באופן כזה,¹⁸ בניגוד לשכיר לזמן הנחשב כעובד בעבור מעסיקו.

יש שתי דרכים להבין את הטעם להיתר זה: א) בקבלנות נחשב הגוי הקבלן כעוסק בשלו, ולא בשל היהודי.¹⁹ לעומת זאת, השכיר נחשב כעושה בשל המעסיק. ב) בקבלנות הגוי מחליט בעצמו מתי הוא עובד, וליהודי לא אכפת אם הגוי עובד בשבת או בחול. לכן הבחירה של הגוי לעבוד בשבת דווקא היא בעבור הגוי ולא בעבור היהודי.²⁰

היתר הקבלנות מוגבל למצבים שבהם אין מראית עין שהגוי הוא פועל שכיר של היהודי. לכן ההיתר הוא דווקא בעבודה במיטלטלין, כשהגוי אינו עובד בבית היהודי ואין ניכר שהמלאכה היא מלאכת היהודי. וכן יש היתר בעבודה במחובר לקרקע של היהודי, אם העבודה היא מחוץ לתחום שבת, ויהודים אינם יכולים להגיע לשם בשבת.²¹

בענייננו, מצד מראית עין, אם מדובר בגויים קבלנים העובדים במשרדי החברה ובאים לעבוד בשבת כבחול, יש בעיה של מראית עין שהם שכירים של החברה. אבל אם העבודה נעשית על ידי העובדים הגויים בקבלנות מבתיהם, לכאורה אין בעיה.

אולם הבעיה בענייננו היא מעיקר הדין, ולא רק בגלל מראית עין. בקבלנות שהותרה בגמרא ובפוסקים, לקבלן הגוי יש בחירה מתי לעבוד. לעומת זאת בענייננו העבודה חייבת

14. שולחן ערוך או"ח רמז, א; שם רנב, ב.

15. שבת יז, ב.

16. שבת יט, א.

17. תוספות שבת יט, א, ד"ה אלא.

18. רש"י שם ד"ה, אלא אם כן קצץ לו דמים.

19. ראו למשל רש"י שבת יט, א, ד"ה אלא: "דכיון דקוצץ לו דמים – בדידיה טרח"; וכן ר"ן ז, א, בדפי הר"ף, ד"ה ת"ר אין משלחין; רמב"ן תורת האדם, שער האבל – ענין האבלות, נו, ב; רמב"ן עבודה זרה כא, ב; רשב"א עבודה זרה כא, ב; כלבו קמו; אוריזרוע ב, הל' ערב שבת ב, א; שו"ת הרשב"א ג, שסח; שו"ת דברי יחיים או"ח א, ו.

20. משנה ברורה רמד, ב, וכן משמע מדברי תוספות ישנים המובאים בסוף התוספות שבת יז, ב, ד"ה אין נותנין עורות. ואפשר שזו גם משמעות דברי הרמב"ם שבת ו, יב.

21. שולחן ערוך או"ח רמד, א"ב; שם, ד; שם רנב, ב"ג.

להיעשות בשבת דווקא. אמנם יש מהראשונים שסברו שדבר זה מותר,²² אך להלכה²³ נפסק כשיטות הראשונים²⁴ הסוברים שאסור לומר לגוי לעבוד בשבת, אף אם מדובר באמירה מערב שבת והעבודה נעשית בקבלנות.²⁵ לכן, בענייננו, שבעל העסק אינו יכול לאפשר לקבלן שלא לעבוד בשבתות, לכאורה אין פתרון בדרך זו של קבלנות.

ב. קבלנות בעסקים גדולים

אמנם בשולחן ערוך וברמ"א מובא שניתן להסתמך על היתר קבלנות במקום הפסד:
יהודי הקונה מכס ומשכיר [=שוכר] לו א"י [=אינו יהודי] לקבל מכס בשבת, מותר אם הוא בקבולת, דהיינו שאומר לו לכתגבה מאה דינרים אתן לך כך וכך... הגהה... דבמקום פסידא כי האי גוונא לא חששו. וישראל הממונה על מטבע של מלך, דינו כדין הממונה על המכס...²⁶
בדומה לכך נפסק גם בעוד עסקים גדולים,²⁷ שהשבתתם בשבת היא הפסד גדול כל כך, שהפוסקים ראו לנכון להתיר, אף שככלל לא הותרה קבלנות כאשר המלאכה מחויבת להיעשות בשבת. הכוונה היא לעסקים גדולים מאוד, שבהם עשוי להיות רווח גדול כאשר

22. יש ראשונים שמהם נראה בפירוש שמוותרת קבלנות גוי גם כאשר היא מחויבת בשבת, ובחלקם מפורש שגם האמירה בפה מותרת. כך הוא בראב"ה א, הלכות עירובין, שצא: "ואחרי [ש]איסור אמירה לגוי >מותר בקצץ- מותר לומר לגוי בחול עשה בשבת בקצץ". וכן משמע בראשונים הבאים: הגהות מרדכי שבת ד, תנט; שיטת ר"ת המובאת באור זרוע ב, הל' ערב שבת, ב, א; שו"ת התשב"ץ ב, נד. נראה שלפי ראשונים אלה אין איסור באמירה לגוי כשהיא מערב שבת שלא בשליחות או בשכירות. וראו רא"ש בבא מציעא ז, טו, בעניין אמירה מערב שבת ובעניין זיקת היהודי האוסרת אמירה לגוי.

23. שולחן ערוך או"ח רמז, א; רנב, ב; רמה, ה; שז, ד; משנה ברורה רמד, ב; שז, טו.

24. בית יוסף או"ח, רמז, בשם מהר"י אבוהב בשם הרשב"א, כלבו, הסמ"ג והתרומה, וכן בבית יוסף או"ח, רנב.

25. מכיוון שכשהקבלנות אינה קבועה לשבת והיא מותרת, ההיתר מותנה בכך שלא תהיה מראית עין כנ"ל ליד הע' 21. ברור שכשאנו אוסרים קבלנות שבה הקבלן חייב לעבוד בשבת, האיסור הוא גם כאשר היא נעשית בצנעא ואין בה מראית עין. מכאן יש לתמוה על העולה ממאמרו של הרב ישראל רוזן, תחומין יב, עמ' 402, שכאשר העבודה נעשית בקבלנות, ואין בעיה של מראית העין, הדבר מותר גם כשהיא מחויבת להיעשות בשבת. וכל שכן שיש לתמוה על העולה שם, שמספיק שיש רכיב מהשכר שהוא לפי התפוקה, אע"פ שחלק מהשכר הוא לפי הזמן, כשאין בעיה של מראית עין. וכך עולה לכאורה גם מהספר אורחות שבת ב, כג, קנו, בשם "יש מהפוסקים". וכן כתב גם הרב אליעזר מלמד בספר פניני הלכה שבת ב, כה, ו, הע' 7. אבל שם ב, כה, ח, ליד הע' 10 אסר קבלנות המחויבת בשבת. וכן משמע לאיסור באורחות שבת כג, הע' שיב, וצ"ע. וכמקור להיתר זה הובא שו"ת נודע ביהודה תניינא או"ח, כט. אך נראה שכוונתו שם להקל דווקא במקום הפסד, או בעסקים גדולים. וגם זה אינו פשוט להתיר. וראו לקמן הע' 55.

26. שולחן ערוך או"ח רמד, ו.

27. הביטוי "עסק גדול" כמגדיר את המקרים שבהם ניתן להשתמש בהיתר זה מופיע בט"ז או"ח רמד, ו; או"ח רמה, ג. בלשון רבים "עסקים גדולים" בשו"ת אגרות משה או"ח א, נג; יו"ד ב, סג, כמה פעמים.

הם מצליחים, ועלולים להיות הפסדים גדולים מאוד אם לא יימצא פתרון להפעלת העסק בשבת.²⁸

1. מקור ההיתר וטעמו

מקור ההיתר הוא במרדכי בשם המהר"ם מרוטנבורג:²⁹

פסק רבינו מאיר על אודות היהודים הקונים מכסיים ומשכירין [=שוכרים] להם נכרי לקבל מכס בשבת ונראה דבקיבולת מותר... אבל בשכירות אסור.³⁰
המרדכי מנמק תחילה את ההיתר בקבלנות והאיסור בשכירות לפי המקורות שהבאנו לעיל המבחינים בין הקבלנות המותרת לשכירות האסורה. אבל אחר כך אומר:

ואם תמצי לומר שיש לחלק בין הנך שאין ישראל קובע מלאכתו לנכרי לעשות רק בשבת וב[י]ן³¹ נדון זה שקובע לו ליטול המכס בשבת? מכל מקום נראה להביא ראיה להתיר מדתניא מי שהחשיך לו בדרך נותן כיסו לנכרי דמשום פסידא שרי ליה רבנן דאי לא שרי ליה אתי לאתויי ארבע אמות ברשות הרבים הכא נמי לא שנא. וכל שכן להציל מידם דאי לא שרי ליה יפסיד כל חובו בדיחוי כל שהוא.

כלומר, המרדכי מעלה את הבעיה שהצבנו בפני פתרון הקבלנות, והיא שלא ניתן להתיר קבלנות כאשר היהודי קובע לגוי הקבלן לעשות מלאכה דווקא בשבת. לאחר מכן מביא ראיה שכאשר יש חשש להפסד גדול, העלול להביא את היהודי לעבור עברה חמורה יותר, מתירים אמירה לגוי. אם כן טעם ההיתר הוא חשש זה³² ולא עצם הקבלנות.

לכאורה לפי מסקנת המרדכי היה מקום להתיר אפילו בשכירות רגילה ולא רק בקבלנות. אבל לא משמע כך בדבריו, וגם השולחן ערוך והפוסקים שהביאו את המרדכי להלכה לא הרחיבו את ההיתר מעבר לקבלנות.³³

נראה שיש שני הסברים אפשריים לכך:

הסבר אחד – גם לשיטת הראשונים שנפסקה להלכה, שקבלנות אסורה כאשר הקבלן מחויב לעבוד בשבת, טעם היתר הקבלנות הוא שהקבלן נחשב כעושה בשלו.³⁴ על פי זה

28. בתשובת הרב שלמה אישון, **כתר ו (תשס"ח)**, יד, הובאה מחלוקת בין המהרש"ל ל**שו"ת אגרות משה** אם מניעת רווח גדול הוא גם כן כמו הפסד גדול לעניין היתר זה. אמנם נראה שמכיוון שמותר להיכנס לעסק גדול וליצור "מקום הפסד" כמסקנת האחרונים המובאת לקמן ליד הע' 41, אין החילוק בין הפסד למניעת רווח מעשי כל כך, כי ההוצאות וההשקעות הרגילות בעסקים גדולים הן בדרך כלל כאלה שמניעת הרווח תביא גם להפסדים בחשבון הכולל, ובוודאי ביחס לחשבון השבתות בפני עצמן. וראו גם **מגן אברהם** רמד, יח; **שו"ת חת"ם סופר** אר"ח, נח.

29. בשו"ת **מהר"ם מרוטנבורג** א (מהדורת מוסד הרב קוק) פסקים ומנהגים, קצד, הובאו הדברים מהמרדכי. ושם גם הפנו לכך שדברי המהר"ם מרוטנבורג בעניין זה הובאו בקצרה גם בספר **האגודה** שבת א, כו.

30. **מרדכי** שבת, רמורמוז.

31. הצעת תיקון הנוסח לתיקון הלשון ועל פי הנוסח המקביל בהגהות **מרדכי** שבת, תנב.

32. וכן כתב גם **המשנה ברורה** רמד, לב.

33. **משנה ברורה** רמד, לה.

34. וכפי הטעם הנוכח לעיל ליד הע' 19. מכאן הוכיח בשו"ת **דברי חיים** אר"ח א, ה, שזהו הטעם ולא הטעם האחר. ויש להוכיח מדברי הראשונים הנוכחים לעיל בהע' 24 שאכן כך הם סוברים. ואכמ"ל.

היה צריך להתיר קבלנות אף כשהיא נקבעת בפירוש לשבת,³⁵ אלא שהיא נאסרה משום איסור³⁶ אמירה לגוי לעשות מלאכה בשבת, החל אפילו על אמירה מערב שבת.³⁷ במקום הפסד הותר אמנם איסור אמירה לגוי. אבל איסור ההעסקה של גוי בשכירות או בשליחות ישירה לא הותר. על כן יש היתר דווקא בקבלנות.

הסבר שני – לפי השיטה שקבלנות המחויבת בשבת אסורה, ניתן היה להתיר במקום הפסד גם העסקה בשכירות רגילה. אבל לשיטת הראשונים (לעיל ליד הערה 22) המתירה קבלנות כשהקבלן חייב לעבוד בשבת, גם ללא חשש הפסד, אין מקום להתיר העסקה בשכירות אף במקום הפסד, כשניתן להעסיק בקבלנות. להלכה מחמירים³⁸ כשתי השיטות, ואין מתירים אלא קבלנות במקום הפסד.

2. היקף ההיתר

מסקנת האחרונים³⁹ היא שהיתר זה קיים, גם כאשר העבודה שעושה הגוי אסורה רק מדרבנן,⁴⁰ ומותר גם להיכנס לעסק כזה מלכתחילה.⁴¹ עוד הוסיפו האחרונים על דברי

35. וייתכן שכך יש לפרש את הלשון הכתובה במגן אברהם רמד, יז, ובמשנה ברורה רמז, לב, "דאז שרי מדינא", כלומר שאין איסור ההעסקה בשכירות חל על העסקה בקבלנות (וראו לקמן בהע' 38 אפשרות אחרת לפרש ביטוי זה). אבל אין לפרש ש"מדינא" כאן הוא בניגוד ל"משום מראית עין" כפי שמתפרש ביטוי זה במגן אברהם רמג, א, ובמשנה ברורה רמג, ג. וראו לעיל הע' 25. ובמרדכי שהוא מקור הדין לא נזכר עניין הפרהסיא כלל. וראו לקמן הע' 38 אפשרות אחרת לפרש ביטוי זה.

36. הסבר זה מתאים לאפשרות המובאת לעיל בהע' 5 בשם שו"ת הר צבי.

37. בניגוד לשיטה הנזכרת לעיל ליד הע' 22.

38. ניתן לומר שאנחנו מטופקים כמי ההלכה, או שהעיקר כשיטה שקבלנות אסורה בקובע לשבת, וסומכים במקום הפסד על השיטה שהיא מותרת. אך מסתבר יותר שבמקום הפסד הולכים כעיקר הדין (וראו הקדמת הרמ"א לספר תורת חטאת), במיוחד בדין דרבנן. ולכן מסתבר שהעיקר כשיטה המתירה את הקבלנות בכל אופן, ולכן מחמירים במקום הפסד שלא להתיר יותר מזה. וכשאין מקום הפסד חוששים לשיטות המחמירות. וכך נשמע מלשון המרדכי הפותח בהיתר מטעם קבלנות, ורק לאחר שהוא מקשה בלשון "ואם תמצו לומר" שיש לחלק בין קבלנות המחויבת בשבת לשאינה מחויבת בשבת, הוא אומר שיש להקל במקום הפסד. וייתכן שכך יש להסביר את הלשון "דאז שרי מדינא" הכתובה במגן אברהם ובמשנה ברורה שהבאתי לעיל בהע' 35. ור' שם את הדין בפירוש לשון זו.

39. מגן אברהם רמז, יז. וטעמו שהוא שבות דשבות שיש מתירים משום הפסד. ואף לאוסרים – יש להתיר כשהוא מציל מיד הגויים כבמכס או מטבע. והמגן אברהם שז, ז, עצמו מתיר אמירה לגוי בדרבנן במקום הפסד גדול וכן הט"ז או"ח רמז, ו. וטעמם שאיסור דרבנן של אמירה לגוי הוא קל מאיסור דרבנן שיעשה היהודי בעצמו, ולכן גם במקרה כזה יש להתיר לעשות את האיסור הקל יחסית כדי שלא יעבור על האיסור החמור יותר – משנה ברורה רמז, לב.

40. אף שלכאורה או אין חשש שהיהודי יבוא לעשות איסור דאורייתא, שהוא טעם ההיתר.

41. אף שלכאורה טעם ההיתר מצדיק רק להתיר למי שכבר נכנס לעסק ועלול בהיילותו לעשות בעצמו, אם לא תתיר לו. כך נראית המסקנה בבית יוסף או"ח, רמז, ד"ה כתב המרדכי. וכך נראה גם מלשון השולחן ערוך או"ח רמז, ו. וכן משמע מלשון הט"ז, המגן אברהם והמשנה ברורה שלא סייגו את ההיתר דווקא למי שכבר נכנס אל העסק. ובערוך השולחן או"ח רמז, טז, הוסיף טעם להיתר: "דא"כ ינעלו כל העסקים בפנינו וא"א לעמוד בזה", ומלשון זה מובן שההיתר הוא להיכנס לעסק מלכתחילה. ייתכן שלאור שיטת הראשונים הנזכרת לעיל הע' 22 המתירה קבלנות בשבת לגמרי, מובן יותר כיצד הקלו בזה האחרונים בשעת הדחק גם ללא החשש שיבוא היהודי לעשות איסור בעצמו.

המרדכי, שבמקום הפסד ועסק גדול כזה הותר גם האיטור שמטעם מראית העין.⁴² אמנם, מסתבר⁴³ שכאשר ניתן שהעבודה תיעשה בצנעא, יישאר האיטור בתוקפו, ורק אם צריך שהעבודה תיעשה בפרהסיא דווקא – הדבר מותר.

3. התקבלות ההיתר למעשה

מלבד האחרונים שהזכרנו,⁴⁴ שפסקו את דברי השולחן ערוך להלכה, ניתן לראות כי בהיתר זה נעשה שימוש למעשה ע"י הרב משה פינשטיין⁴⁵ בעניין בנק שצריך לבדוק אם יש כיסוי לצ'קים לפני אישור למשיכת הכסף, ועלול להפסיד אם יימשכו צ'קים בלי כיסוי בשבת. וכן נעשה שימוש בהיתר זה בעניין דומה לשלנו ע"י הרב שלמה אישון.⁴⁶ אם כן נראה שהיתר נהוג להלכה ולמעשה וניתן לסמוך עליו, אף שיש אחרונים המסתייגים משימוש נרחב בהיתר זה.⁴⁷ פתרון זה הוא המתאים לעסקים הנידונים כאן, המצריכים רציפות פעולה בכל ימות השבוע. על כן יש לערוך הסכם קבלנות עם גוי, או עם חברה בבעלות וניהול של גוי, להפעלת העסק בשבת. האופן המעשי המדויק של יישום פתרון הלכתי זה יידון בפרק הבא של המאמר.

ג. יישום היתר קבלנות בעסקים גדולים

לאחר הקביעה כי היתר הקבלנות בעסקים גדולים הוא ההיתר הרלוונטי להפעלת עסק באינטרנט בשבת, יש לדון בפרטי היישום של ההיתר. בהקשר זה עולות מספר שאלות שבהן נדון להלן: התקשרות עם לקוחות ועובדים, דרך התמחור של עבודת הקבלן והשאלה אם מותר להגדיר לקבלן מה לעשות בשבת.

1. התקשרות עם הלקוחות

כאמור לעיל, בפתרון של שותפות עם גוי המחולקת לימים צריך ליידע על כך את לקוחות העסק, כדי שלא תהיה העבודה בשבת מוטלת מצדם על היהודי. לעומת זאת, בפתרון הקבלנות בעסקים גדולים, אין צורך לפנות אל הלקוח ולבקש להיפטור מההתחייבויות

42. בית יוסף או"ח, רמד, ד"ה כתב המרדכי; ט"ז או"ח רמד, ו; מגן אברהם או"ח רמד, יז; משנה ברורה רמד, לב.

43. כך לענ"ד. יש לציין שבמרדכי לא הוזכר בפירוש שההיתר הוא גם בפרהסיא, והבית יוסף חידש זאת. לכאורה ניתן להעמיד את דברי המרדכי במכס שהוא מחוץ לתחום, או שיש פרסום באופן העסקת הגוי, השולל את מראית העין. ולפי זה אין ראיה מהמרדכי להיתר זה.

44. השולחן ערוך והרמ"א, המגן אברהם, הט"ז, המשנה ברורה וערוך השולחן.

45. שו"ת אגרות משה או"ח ד, נג.

46. הרב שלמה אישון, בטר ו (תשס"ח), יד, ויותר קרוב לענייננו שם, יח.

47. בהם שו"ת חת"ם סופר או"ח, נט. וגם בשו"ת דברי חיים או"ח א, ז; או"ח ב, ל. בשו"ת שבט הלוי ג כג כתב שיש לסמוך על היתר זה דווקא למי שזקוק לכך כדי להתפרנס וכדומה, אבל לא למי שכבר עשיר ורוצה להתעשר יותר. ומכל מקום, בנסיבות אחרות משמע שגם הוא מתיר זאת למעשה. נראה קצת מלשונו שהסתייגותו מההיתר היא מבחינת מראית העין, ולא לגבי היות הקבלנות מחויבת בשבת. ולפי זה, כשהעובדים הגויים עובדים בבתיהם מהמחשב, ההיתר יותר מרווח גם לדעתו. וראו לעיל הע' 43.

הנוגעות לשבת, כדי להטיל על הגוי, שכן כלפי הלקוח, היהודי בעל העסק מחויב במתן השירות אף בשבת. אלא שבפועל, השירות יינתן על ידי קבלן משנה,⁴⁸ ולזה אין צורך בהסכמת הלקוח, כי האחריות נותרת על בעל העסק. כך עולה גם מהפוסקים שהזכירו היתר זה ולא ציינו שיש ליידע את הלקוח על הקבלן. זהו יתרונו הגדול של פתרון זה והסיבה שדווקא הוא ניתן ליישום, בניגוד לפתרון השותפות הנ"ל.

2. התקשרות עם עובדים

שאלה דומה עולה לגבי ההתקשרות של החברה עם עובדיה, לגבי עבודה בשבת. ראשית, ברור שניתן להעסיק רק עובדים גויים בשבת, ויש לבחון כיצד יש לעשות זאת.

ברור שאם הגוי הקבלן מעסיק בעצמו גויים שכירים, אין בזה כל בעיה. מהותית – כי אין איסור לגוי להעסיק גויים כשכירים בשבתות. ומבחינת מראית העין כבר הבאנו את מסקנת האחרונים המתירים איסור זה של מראית עין בעסקים גדולים כאלה.⁴⁹

אם מדובר על עובדים שנשכרו ע"י בעל העסק ולא ע"י הקבלן, הרי שלאחר הכנסת הקבלן הגוי, יש הכרח להבהיר לכל עובד גוי העובד בשבת שאין הוא עובד של בעל העסק או של החברה כלל, אלא רק עובד של הגוי הקבלן. העניין משמעותי הן לעניין מתן הוראות הן לעניין חיוב תשלום המשכורת.

אמנם מותר לקבלן לבחור להעסיק בשבתות את עובדי העסק או החברה הגויים, הרגילים לעבוד בה בימות החול ומועסקים בהם ישירות. אבל אסור שהחברה או בעל העסק יקבעו בעבור הקבלן מי יהיו העובדים השכירים שלו, כמה שכר הם יקבלו ומה יהיו תנאי עבודתם. כמוכן ניתן לדרוש מהקבלן דרישות מקצועיות ביחס לאיכות עבודת העובדים, אבל לא מהעובדים באופן ישיר. וכן חובה על בעל העסק לדרוש מהקבלן שכל העובדים בשבתות יהיו לא-יהודים, ושהם יקבלו שכר ראוי ותנאי עבודה הולמים. אבל זה לא ייעשה על ידו כמעסיק ישיר של העובדים, אלא מתוקף האחריות של כל מי שיכול להשפיע על זולתו להתנהלות ראויה במה שניתן להשפיע עליו.⁵⁰

נראה שגם מותר לקבלן להיעזר בחברה לצורך הנהלת החשבונות וביצוע התשלומים לעובדים, ובלבד שיהיה ברור לכל המעורבים בעניין שהעבודה של העובדים בשבתות אינה באופן ישיר בעבור העסק או החברה אלא בעבור הקבלן, ושהתשלומים הם מהקבלן ולא מבעל העסק.

3. הגדרת שכרו של הקבלן לפי תפוקה או לפי פעולה

בדרך כלל קבלנות פירושה שכר קבוע מראש בעבור תוצאה מסוימת, ללא תלות בשאלה

48. רצוי לפרסם שהדברים נעשים בדרך היתר, כדי להקטין את בעיית מראית העין.

49. בעניין עובדים שכירים של קבלן גוי באופן שהותרה קבלנות – מביא הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר ח, א"ח, כח, ו, מחלוקת אחרונים אם יש בזה בעיה משום מראית עין או בעיה אחרת, ומסקנתו להתיר. בענייננו – אף אם יש נסיבות של חשש מראית עין, הרי כבר הבאנו לעיל ליד הע' 42 שבמקום הפסד הותר האיסור שמטעם מראית העין.

50. ראו מאמרו של הרב אורי סדן, "העסקת עובדים של חברת כח אדם", תחומין כו, עמ' 394-400.

מתי היא נעשית. הגדרה זו אינה מתאימה כאן, כיוון שזמן העבודה ורציפותה הם קבועים וידועים. לפיכך המרדכי הגדיר זאת כך:

והיכי דמי קיבולת גבי מכס? כגון שהשכירו [=שכרו] כך: לכשתגבה בה ק' ליטרין אתן לך כך וכך...⁵¹

כלומר, בניגוד לשכירות רגילה שבה העובד השכיר מקבל שכר לפי שעות או לפי ימי עבודה, בקבלנות העובד מקבל שכר על פי תפוקה, וככל שהוא מפיק יותר כך שכרו עולה. לכן יש לקבוע בהסכם הקבלנות ששכר הקבלן לא יהיה על פי משך הפעלת העסק על ידו אלא על פי התפוקה שיפיק הקבלן מהעסק במהלך הפעלתו.

מבחינה מעשית, יש לקבוע סכום שישתלם לשני הצדדים: מצד אחד, הסכום צריך להספיק לכיסוי ההוצאות הצפויות של הקבלן, במיוחד ההוצאות הקבועות (כגון שכר), וכן שישאר לו רווח גבוה מספיק כדי שישתלם לו להסכים להפעלת העסק בקבלנות. מצד שני הסכום צריך להיות כזה שנשאר לבעל העסק רווח מספיק לאחר התשלום לקבלן, כך שישתלם הדבר גם לו. לפעמים אי אפשר לדעת מראש את התפוקה בדיוק, וצריך לבצע הערכה מושכלת כדי לקבוע שכר שיתאים לדרישות אלה.

יש מצבים שבהם אין תפוקה ממשית הניתנת למדידה כספית פשוטה, ומתעוררת השאלה כיצד יש להגדיר את השכר במקרה כזה, ולהישאר בגדרי ההיתר. הפתרון במצב כזה הוא להגדיר את השכר לכל פעולה הנדרשת לביצוע בשבת על ידי הקבלן. כל פעולה כזאת, גם אם לא הפיקה ממש דבר הניתן למכירה,⁵² ואפילו אם לא הניבה ערך ישיר לעסק,⁵³ ניתן לשלם עליה סכום שיוגדר מראש, והקבלן המבצע ייחשב כעושה זאת בעבור עצמו (כדי לקבל את השכר שהובטח לו על ביצוע הפעולה).

4. הסיכון הכלכלי של הקבלן ופתרונו

לא תמיד ידוע מראש מה תהיה התפוקה או מה יהיו מספר הפעולות שיידרשו לביצוע במהלך השבת. למשל, חברת שמירה הנדרשת לפעול בכל מקרה של התראה, או קבלן שירות לקוחות הנדרש לפעול בכל פנייה של לקוח. הבעיה קיימת גם כאשר השכר ניתן לפי תפוקה שאינה ידועה מראש, כגון במקרה של איש מכירות. במקרה כזה, עובד שצריך לעמוד הכן במשך זמן רב, ולא מובטח לו שכר ראוי על כך – לא יסכים לתנאים כאלה. כמובן, תשלום לפי זמן ההעסקה הוא בעייתי, כיוון שהוא בגדר שכירות ולא בגדר קבלנות.

51. מרדכי שבת, רמו.

52. על פי שו"ת אגרות משה או"ח ד, נד.

53. על פי שו"ת אגרות משה או"ח ד, נו – שם מדובר בתשלום על העברת הזמנות לבעל העסק. באורחות שבת ב, כג, קצד, הביא דוגמה של תשלום בעבור סיור של חברת שמירה, אע"פ שלכאורה אין בזה כל תוצר ממשי, חוץ רק פעולה בעלמא. הרב אישון, כתר ו (תשס"ח), יד, לא הציע פתרון של קבלנות בדבר שאין בו תפוקה, אלא הציע שבמקרים כאלה יועסקו העובדים שאין תפוקה ברורה מעבודתם בשכירות רגילה, על ידי ראש צוות או מנהל גוי, שהוא יהיה קבלן, וינתן לו תקציב מוגדר לצורך זה, והוא ישתמש בו לפי ראות עיניו (וראו לקמן הע' 58).

כיצד ניתן לפתור בעיה זו? השאלה מחריפה כאשר הקבלן מעסיק עובדים שכירים, ומתחייב לשלם להם משכורות, והכנסתו עצמה היא בספק, וייתכן שהוא יפסיד ולא ירוויח. קשה להניח שיימצאו בקלות גויים רבים המסכימים לתנאי הסכם כאלה.

לכאורה ניתן היה לפתור זאת על ידי הבטחת משכורת מינימלית שאינה תלויה בתפוקה, כלומר, שכר בסיסי לפי זמן, ובנוסחים יינתנו לפי התפוקה או הפעולות. וכך אכן כתבו כמה מפורקי זמננו.⁵⁴

אבל נראה שהדבר אסור,⁵⁵ כי כאשר יש רכיב שכר שהוא לפי הזמן, ואינו נובע מביצוע פעולות או מתפוקה, מוגדרת העבודה המתבצעת כנעשית בשכירות ובשליחות של היהודי המעסיק, וההיתר בטל. אמנם, אם רכיב השכר לפי הזמן הוא על דברים שאין בהם איסור ליהודי בשבת, כגון נוכחות ושמירה, והבונוסים הם על הפעולות האסורות – יש מקום להקל בזה. אולם לא תמיד זהו פתרון מעשי. למשל ייתכן שדרישה להיות זמין לפניות במחשב, שבכך כרוך צורך להפעיל תוכנות מסוימות במחשב וכדומה, תיחשב לדבר שאסור ליהודי לעשות בשבת, ויהיה אסור לשלם על זה לגוי שכר לפי זמן.

לכן נראה שעדיף לפתור זאת על ידי הלוואה בעירבון מוגבל.⁵⁶ כלומר, ייקבע סכום מסוים האמור להספיק לקבלן בעבור ההוצאות הנדרשות לביצוע קבלנותו, כולל שכר העובדים, ואולי בתוספת סכום נוסף ("מלגת קיום"). בכל חודש שבו יתברר ששכר הקבלנות אינו מגיע לסכום זה, יוסיף המעסיק על שכר הקבלנות המגיע לקבלן הלוואה להשלמת הסכום האמור, שפירעונה יבוא משכר הקבלנות שיגיע לו בחודשים הבאים. כאשר שכר הקבלנות יהיה גבוה מסכום זה, ינכה המעסיק משכר הקבלנות את העודף על הסכום, כפירעון על חשבון יתרת ההלוואה הנוקפת לחובת הקבלן, עד לפירעון מלא של ההלוואה. עוד יוסכם

54. **אורחות שבת** כג, קעו. והביאו כמקור את **שו"ת נודע ביהודה** תניינא א"ח, כט. וראו לעיל הע' 25 מקורות בני זמננו שהתירו ע"פ מקור זה גם ללא מקום הפסד, ושיש לתמוה על כך. וראו לקמן בהע' 55 דיון בשו"ת נודע ביהודה הנ"ל.

55. כך מפורש בשו"ת **אגרות משה** א"ח, ד, נג. וכן משמע לאיסור גם בשו"ת **הר צבי** א"ח, א, קכג. ואע"פ שלכאורה נראה מדברי הנודע ביהודה הנ"ל הע' 54 שמתיר שילוב כזה אף בלא מקום הפסד – אין לפרשו כך. המציאות בשאלה המתוארת שם היא בוודאי עסק גדול הנחשב למקום הפסד. ויש להוכיח כך גם מזה שהנודע ביהודה מביא בהקשר זה את דברי הרמ"א א"ח רמד, ו, העוסק בהיתר הקבלנות בעסקים גדולים. לגבי עסקים גדולים – אחרי שבמדכי ובשולחן ערוך ונושאי כליו לא התירו שילוב כזה, משמע שהדבר אסור. ולתירוץ תשובת הנודע ביהודה הנ"ל, ראו בשו"ת **חת"ם סופר** א"ח, נח, שהקשה על דברי הנודע ביהודה בתשובה זו קושייה אחרת, ולכן פירש אותה באופן לא מילולי. ולפי פרשנותו דובר שם על השכרה גמורה של כל העסק לגוי לשבת. וייתכן שלפי פירושו זה ניתן לתרץ גם את קושייתנו, כי אם הגוי שכר את העסק, הוא משלם את המשכורת לעצמו. ממילא אין ללמוד משם להתיר שילוב שכר רגיל וקבלנות במקרה אחר. תירוץ אפשרי אחר הוא שרכיב השכר לזמן היה על דברים שאינם אסורים בשבת, כגון נוכחות במקום ושמירה.

56. המקור בגמרא לאפשרות הלוואה בעירבון מוגבל הוא בגיטין ל,א, שם מפורש שניתן להלוות ללוי או לעני באופן שפירעון ההלוואה הוא רק מהמעשרות המגיעים להם. היום הדבר מקובל מאוד במסגרת חברות רשומות בע"מ. לכן נראה שאין זו הערמה, ומדובר בקבלנות ולא בשכירות רגילה. ובתנאי שהצפי הוא שהשכר הקבלני יעלה על גובה ההלוואה והיא תיפרע במלואה תוך זמן סביר.

ביניהם שפירעון ההלוואה יהיה רק משכר הקבלנות, ושאם תיפסק ההתקשרות ביניהם, ולא יהיה בשכר הקבלנות כדי לפרוע את החוב, יימחק החוב.⁵⁷

כל זה בתנאי שצפוי ששכר הקבלנות יהיה גבוה מסכום ההלוואה, שזהו המצב הרגיל בעסק רווחי, שהרווח צריך להספיק כדי לכסות את ההוצאות ויישאר עדיין רווח המספיק לבעל העסק לפרנסתו. אבל אין לעשות הערמה כך ששכר הקבלנות לא יבוא לידי ביטוי, הכל יהיה "הלוואה" שאינה עומדת להיפרע לעולם שהיא בעצם משכורת.⁵⁸

5. דיני אמירה לגוי בהיתר הקבלנות

האם יש בעיה שיהודי יאמר מערב שבת לעובדים השכירים לעבוד בשבתות בעבור הקבלן הגוי? בפשטות אין איסור ליהודי לומר לגוי לעבוד, כשהוא אומר לו לעבוד בעבור גוי אחר,⁵⁹ ובלבד שהגוי העובד יודע שהוא עובד בעבור הגוי הקבלן ולא בעבור היהודי.⁶⁰

אם כן, יכול הקבלן הגוי לבקש מהיהודי בעל העסק שבערב שבת יטפל בעבורו בהעסקת העובדים בשבתות. אך נראה שעדיף בכל זאת שכל ההעסקה של הגויים תיעשה בפועל על ידי גוי, ולא על ידי יהודי. בוודאי שאין להעסיק בשבתות את הגוי השכיר ישירות על ידי החברה, שהיא בבעלות יהודית ובניהול יהודי.

לגבי השאלה אם מותר לומר במפורש לקבלן מערב שבת מה נדרש ממנו לעשות בשבת, ובאופן מעשי יותר: להגדיר לקבלן מהי איכות השירות הנדרשת ממנו במונחי זמן,⁶¹ אם ניתן להימנע מלומר לו בפירוש לעשות בשבת מה שאסור ליהודי לעשות – כך עדיף.⁶² אמנם, אם צריך לומר לו בפירוש מה מוטל עליו, נראה שהדבר כלול בהיתר של המרדכי שנפסק בשולחן ערוך (כך משמע גם באג"מ שם שרק לכתחילה יש עדיפות בזה).

57. אם הקבלן יהיה חברה רשומה בע"מ בניהול ובעלות של גויים, ותינתן הלוואה כזו לכיסוי הוצאות הקבלנות, התוצאה תהיה דומה. אולם ניתן לעשות הסכם כזה גם ללא הקמת חברה רשומה בע"מ.

58. הרב שלמה אישון, **כתרו** (תשס"ח), יד, כתב שניתן להעמיד מסגרת תקציבית שמתוכה יוכל הקבלן הגוי להעסיק עובדים, כל עוד לא נקבע על ידי בעל השליטה היהודי אילו עובדים יועסקו וכמה, מתוך תקציב זה. משמע שלדעתו מותר שהכסף המשולם לעובדים יהיה של היהודי, ולא של הקבלן הגוי, כל עוד ההעסקה בפועל היא על ידי הגוי. חזו קולא גדולה יותר. ולכאורה זה נראה יותר מדי כשכירות רגילה האסורה, ולא כקבלנות המותרת, וצ"ע. ועיינו לעיל הע' 6.

59. כך מפורש בשו"ת **דברי חיים** או"ח א, ו. וגם אם יש צד להחמיר כאן, מסתבר להקל בעסקים גדולים כשאין העסקה ישירה.

60. כשם שאין איסור לומר לגוי לעשות מלאכה בעבור עצמו, **רמ"א** או"ח שז, כא. ובמשנה **ברורה**, שם, משמע שהמחבר אינו חולק עליו. וצ"ע כי בפשטות נראה שהמחבר מחמיר כשיטות האוסרות אמירה לגוי אף כשאין זיקה ליהודי. אם כן, לשיטתו גם כאן יהיה אסור. ואולי יש לומר שכשהאמירה היא מערב שבת ולא בשבת עצמה, יודו הרא"ש והשולחן ערוך שהדבר מותר, ור' ברא"ש הנזכר בהע' 22 לעיל. ומהשולחן ערוך יו"ד רצז, ב, נראה שאינו חולק על הרמ"א כאן, וצ"ע.

61. יש מושג בתחום הטכנולוגיה העילית (הייטק) הנקרא sla=service level agreement שפירושו המעשי – רמת המיידיות הנדרשת בביצוע הפעולות הנדרשות. נשאלנו אם מותר להגדיר לקבלן בפירוש שעליו לבצע פעולה מסוימת (האסורה בשבת) בתוך זמן מוגדר, כגון 10 שניות, או שאמירה מפורשת עד כדי כך אסורה, ויש להסתפק ברמו.

62. **משנה ברורה** רמד, לג; **שו"ת** **אגרות משה** או"ח, ד, נג.

מהאמור לעיל בעניין טעם ההיתר בקבלנות בעסקים גדולים עולה שלחלק מהראשונים האמירה מותרת מערב שבת בקבלנות בכל אופן, ולחלק מהראשונים האיסור שהותר בעסקים גדולים הוא דווקא איסור האמירה, ולחלק מהראשונים מסתבר שיש להתיר אז אפילו שכירות רגילה. על כן, לא נראה שיש טעם משמעותי להחמיר בעניין אמירה בקבלנות עסקים גדולים, וככל הנראה אין שיטה הסוברת שהאיסור שהותר בעסקים גדולים הוא דווקא קביעת הקבלנות בשבת, ולא איסור האמירה. וכך משמע מפשט לשון המדרכי והשולחן ערוך, שלא סייגו את ההיתר להעסקה בדרך רמז דווקא. יש להוסיף שכל איסור האמירה לגוי הוא מדרבנן. על כן נראה שבמידת הצורך יש להקל לומר בפירוש לגוי הקבלן לעשות את המוטל עליו בשבתות, בעסקים גדולים.⁶³

ד. סיכום

1. חברה הפועלת באינטרנט וצריכה לפעול ברציפות, והשבתתה בשבת תגרום להפסד גדול, אין אפשרות לשכור גוי לביצוע העבודה בשבת בשכירות רגילה, וגם לא מעשי לעשות שותפות עם גוי באופן המועיל על פי ההלכה. על כן, בנסיבות כאלה יש להתיר להסתמך על היתר "קבלנות בעסקים גדולים" המובא בשולחן ערוך,⁶⁴ העוסק במקרים כאלה, ולשכור קבלן גוי שינהל את מה שצריך להתנהל בעסק בשבתות.

2. שכרו של הקבלן לא יהיה לפי זמן העבודה אלא לפי התפוקה שלו, או הפעולות שאותן הוא מבצע, באופן שצפוי להשתלם לקבלן מצד אחד, ועדיין יישאר גם רווח לבעל העסק. כמובן שכר הקבלן צריך להיקבע תוך התחשבות בהוצאות שהקבלן יצטרך להוציא, ובכלל זה ההוצאות על העובדים.

3. אסור שרכיב משכר הקבלן יהיה בלתי תלוי בתפוקה או בפעולות הנדרשות לביצוע, אלא אם כן מדובר בתשלום על דברים שמותר ליהודי לעשותם בשבת. אולם מותר לבעל העסק היהודי להלוות לקבלן סכום שיספיק לו להוצאות תפעול העסק בשבת, ושפירעונו יהיה רק משכרו כקבלן, ובתנאי שאכן שכרו כקבלן צפוי להיות גדול יותר מההלוואה, כדי שלא תהיה הערמה בעניין זה.

4. מותר לקבלן להעסיק עובדים גויים בשכירות, ובלבד שכל הצדדים הנוגעים בדבר (בעל העסק, הקבלן והעובדים) ידעו שהמעסיק של העובדים האלה העובדים בשבת הוא הגוי הקבלן ולא היהודי בעל העסק. במידת הצורך מותר ליהודי בעל העסק להעסיק עובדים מערב שבת, בעבור הקבלן הגוי, ובלבד שיהיה ברור לכל הצדדים שהקבלן הוא המעסיק ולא היהודי, וכך גם לגבי תשלום המשכורות שיכול להיעשות על ידי היהודי, אם ברור שהוא עושה זאת בשליחות הקבלן. ומותר גם שהעובדים של הקבלן יהיו עובדי העסק בימות החול.

63. נראה (עי' דברי שו"ת חת"ם סופר א, אר"ח, נט, וכן מדוקדק במשנה ברורה עצמו) שדברי המשנה ברורה שצריך לא להזכיר שבת, אינם מדין אמירה לגוי אלא מדין שכר שבת. כשקובע היהודי לקבלן את שכרו, ואומר לו כמה יקבל לכל יחידת תפוקה, דווקא אז לא יזכיר את יום השבת, כדי שהרווחים של היהודי ייחשבו לשכר שבת בהבלעה. ואם כן אין ללמוד משם להחמיר כאן.

64. שולחן ערוך אר"ח רמד, ו.

5. אם אפשר, רצוי שהיהודי לא יאמר בפירוש לקבלן הגוי לעשות מלאכה בשבת, אך אם צריך להגדיר לקבלן את משימותיו בשבת, מותר לומר לו אותן מערב שבת בפירוש ולא רק ברמז.

ה. מבוא והוראות לחותמים על ההסכם

ההסכם זה נועד לאפשר פעילות עסק בשבת על פי ההלכה. ההסכם מבוסס על היתר "קבלנות בעסקים גדולים" המוזכר בשולחן ערוך ורמ"א.⁶⁵ היתר זה מוגבל לעסקים בעלי מאפיינים מסוימים ולכן מופיע בהסכם סעיף שבו מוזכר שמו של הרב שהתיר את השימוש בהסכם זה במקרה זה.

מהות ההסכם היא העברת פעילות העסק לקבלן שאיננו יהודי כדי שזה יפעיל אותו בשבתות ובמועדי ישראל. בדרך כלל ההסכם קבלנות משאיר שיקול דעת רחב בידי הקבלן בתחומים רבים: אלו עובדים להעסיק, מאיזה מקום תבצע העבודה ועוד. גם במקרה זה אכן יש לקבלן שיקול דעת רחב, למעט בשאלה האם להפעיל את העסק – אותו הוא התחייב להפעיל.

הנחת היסוד היא שלא מדובר בקבלן שמטרתו בעיקר כלכלית, אלא בהסכם (ממשי) שנועד לפתור את בעייתו ההלכתית של בעל העסק שללא פעילות של העסק בשבת יאלץ לסגור אותו. למרות זאת, הציפייה היא שבשבתות ובמועדים, אם יש צורך בכך, יהיה הקבלן בתפקיד אחראי, ואליו יופנו פניות של עובדים ולקוחות.

ההסכם הכלכלי בין בעל העסק והקבלן מבוסס על כך שהקבלן יקבל תשלום בעבור כל יחידת תפוקה שהוא מייצר (כגון, תשלום קבוע בעבור כל עיבוד של תמונה, או בעבור כל שיחה של תמיכה טכנית).

כאמור, באופן עקרוני הקבלן יכול לבחור עובדים (לא יהודים) משלו להפעלת העסק בשבת, אולם, יש לשער כי יהיה לו נוח לעבוד עם עובדי העסק הקבועים (שאינם יהודים) ובעזרת תשתיות העסק הקבועות. ולכן, מן הסתם באופן מעשי עובדי החברה הקבועים יעבדו בשבת בעבור הקבלן ויקבלו שכר על כך מהעסק בשליחותו של הקבלן.

לאור כל זאת, יש להניח שהצדדים יחשבו את התמורה שיקבל הקבלן כך:

הצדדים יחשבו מראש את עלות התשתיות והעובדים הנדרשים להפעלת העסק, ואשר הקבלן אמור לשלם בעבורם לבעל העסק וזהו החוב של הקבלן לעסק (לפי אופי העסק ניתן לבצע את החישוב מחדש אחת לכמה חודשים).

הצדדים יחשבו בכל חודש כמה יחידות תפוקה היו ויכפילו אותן בתמורה שנקבעה לכל יחידה, וזהו החוב של העסק לקבלן.

בפועל הקבלן יקבל את מה שהעסק חייב לו לאחר ניכוי מה שהוא חייב לעסק.

הטוב ביותר הוא שהקבלן יהיה עוסק מורשה שאינו עובד בעבור העסק בדרך כלל, או חברה בע"מ ויוציא חשבונית למעסיק על התשלום המגיע לו.

אולם, בהרבה מקרים מסתבר שנוח לעשות הסכמים כאלה עם גוי שכבר עובד ממילא

65. שולחן ערוך ורמ"א א"ח רמד, ו.

בעסק, ואז מתעוררת השאלה אם מבחינה משפטית והלכתית הדבר אפשרי. לפי המקובל בפסיקות בתי הדין לעבודה, קיום יחסי עובד ומעביד המקנה לעובד את כל הזכויות המוקנות לעובדים בחוקי המגן, אינו ניתן להתנאה, והוא נחשב ל'סטטוס' של העובד, ואינו נובע מההסכם החופשי ביניהם. לפי זה מסתבר שלא ניתן להעסיק מי שהוא בימות החול עובד של העסק כקבלן בשבתות ובחגים, ללא הבטחת זכויותיו כעובד, ובכלל זה שכר מינימום על עבודתו בשבת. על כן לכאורה לא ניתן לעשות הסכם כזה עם מי שהוא עובד של העסק כלל, שכן אם מובטח שכר מינימום על עבודת הקבלן בשבת, נחשב הקבלן כשכיר, וכאמור ההיתר הנדון הוא דווקא באופן של קבלנות ולא של שכירות.

על כן עדיף אכן להעסיק גוי שאינו עובד של העסק ואין בינו לבין בעלי העסק יחסי עובד ומעביד על פי החוק. אולם אם הדבר קשה ליישום, נראה שניתן למעשה להקל ולהעסיק בקבלנות לפי הסכם זה גוי שהוא עובד שכיר של העסק בימות החול ויש בינו לבין בעלי העסק יחסי עובד ומעביד. הטעם לכך הוא שמבחינה הלכתית מסתבר שכאשר יש הסכם קבלנות מפורש כזה, אין להגדיר את ההעסקה כהעסקה בשכירות האסורה בשבת.⁶⁶ כדי למנוע מצב שבו הקבלן מפסיד (מה שאכן עלול לקרות, אם הפעילות בשבת נמוכה מהצפוי) הוצע מנגנון מיוחד בהסכם.

66. ישנה מחלוקת בין הפוסקים האם התניה מפורשת בין עובד למעביד לגבי ויתור על זכויות העובד, תקפה על פי ההלכה, גם כאשר לפי החוק היא אינה תקפה (ראו למשל בשו"ת משפטי ארץ א, עמ' 82-83). גם לפי הדעה שתניה כזאת אינה תקפה לפי ההלכה, נראה שהדבר נכון דווקא כאשר מדובר בעובד שכיר אשר מתנה לקבל פחות משכר מינימום וכדומה, ואז לא תועיל הגדרתו כקבלן כאשר אין לכך הצדקה במציאות הממשית. אולם כאשר נעשה הסכם הוגן וסביר שאינו סותר את חוקי העבודה, כי באמת היחסים בין העובד למעסיק בהקשר לחוזה זה הם יחסי קבלן ומומין ולא יחסי עובד ומעביד, ורק הגדרת יחסי עובד ומעביד כ'סטטוס' אשר אינו ניתן לחלוקה הם המונעים את תקפות החוזה לפי דיני העבודה המקובלים, לא מסתבר שההלכה תשלול תוקף מהסכם כזה.

אמנם הסברא של 'סטטוס' היא שלמעסיק יש כוח רב ביחס כלפי העובד, והוא עלול להכתיב לו הסכמה לתנאים שאינם הוגנים, ולכן נוצרו חוקי העבודה, כדי להגן עליו ולשלול את תוקף ויתוריו לזכויותיו, וזה שייך גם אם מדובר בהסכם לשעות אחרות מחוץ למשרה הרגילה שלו. אולם, מכיוון שהסכם זה הוא הסכם הוגן, והוא שולל את הבטחת השכר המינימלי מטעמים הלכתיים של שמירת שבת ולא מטעמים של רצון המעסיק לנצל את העובד שלו ולנצל לרעה את כוחו, לא מסתבר להרחיב את ההגנה על זכויות העובד עד כדי שלילת תוקף ההסכם הזה.

במיוחד יש לומר שההלכה, המעוניינת בשמירת שבת, אינה צריכה לבטל תוקף של סעיפים בחוזה, כאשר הביטול הופך את החוזה ממותר לפי הלכות שבת לאסור לפי הלכות שבת. ייתכן שסברות אלה יתקבלו גם בבתי הדין לעבודה אם יתגלע סכסוך בעניין חוזה זה והוא יצטרך להידון שם. מכל מקום, גם אם בתי הדין לעבודה לא יקבלו סברות אלה, מסתבר שאין להגדיר את העובד כשכיר מבחינת הלכות שבת, כאשר מוסכם בין הצדדים שהוא קבלן ולא שכיר, וכאשר בפועל השכר המשולם הוא שכר קבלני ולא שכר שעותי, כל עוד לא הובא החוזה לבית הדין לעבודה ונפסק שם אחרת.

אמנם, היה מקום לומר שעצם הזכות של הקבלן לקבל שכר מינימום על ידי תביעה בבית הדין לעבודה מגדירה אותו הלכתית כשכיר ולא כקבלן. אולם נראה יותר שאין זה כך, ואם בית הדין יחייב את המזמין לשלם לקבלן שכר מינימום על עבודתו בשבת בניגוד למוסכם בחוזה ביניהם, זהו חיוב חיצוני ולא חיוב הנובע מההסכם ביניהם, ואין בו כדי לשנות את ההגדרה של הקבלן לעובד שכיר. כל זאת נכון, גם אם התשלום הקבלני ייעשה במסגרת תלוש המשכורת החודשי של העובד, כי אין בזה כדי לשנות את ההסכם המפורש לפיו העבודה בשבתות היא בקבלנות ולא בשכירות.

הסכם קבלנות עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש"____ (/ / _ למניינם)

בין

צד א' – בעל העסק / חברה פלונית (להלן "המזמין")

לבין

צד ב' – אינו יהודי פלוני / חברה פלונית שהיא בבעלות ובניהול של אינם יהודים (להלן

"הקבלן")

(שניהם יחד ייקראו להלן "הצדדים")

מבוא

הואיל והמזמין הוא יהודי שחייב על פי ההלכה לשמור שבת, או שהוא חברה שבבעלות או ניהול של יהודים החייבים לשמור שבת על פי ההלכה,⁶⁷ ולפי ההלכה אסור ליהודי להעסיק באופן ישיר אדם שאינו יהודי לעשות דבר שאסור ליהודי לעשות בשבת בעצמו,⁶⁸ והואיל והמזמין מנהל עסק גדול, שלפי הוראת הרב _____ רשאי המזמין להפעילו בשבת על ידי קבלן שאינו יהודי לפי ההיתר שבשולחן ערוך אורח חיים סימן רמד סעיף ו,⁶⁹ והואיל והקבלן הוא אדם שאינו יהודי על פי ההלכה, או שהוא חברה שבבעלות וניהול של מי שאינם יהודים על פי ההלכה,⁷⁰

והואיל והקבלן הסכים לקבל על עצמו את הפעלת העסק שמנהל המזמין בעבור המזמין בשבתות ובחגי ישראל, בקבלנות לפי הסכם זה,

הסכימו הצדדים על הסכם קבלנות להפעלת העסק כמפורט בהסכם זה:

67. היתר זה בא לפתור את בעיית הפעלת עסק השייך ליהודי בשבת. לאור הספק מה קובע מבחינה הלכתית – יהדות הבעלים או יהדות המנהלים, נבחר כאן נוסח שמאפשר הן לחברות שבבעלות יהודית והן לחברות שבניהול יהודי לחתום על החוזה. שאלה זו קשורה לשאלת מהותה של חברה בע"מ ע"פ ההלכה אולם כדי לצאת ידי השיטות השונות נבחר הנוסח המוצע.

68. שולחן ערוך אורח חיים רמג, א.

69. היתר זה אינו היתר לכתחילה לכל עסק, אלא רק לעסקים גדולים (ט"ז או"ח רמד, ו), שמשקולים של הפסד גדול, ושעת הדחק, וחשש שיבואו לעבור איסור חמור יותר אם לא יתירו איסור זה, התיירו אותו במקרים מסוימים. על כן יש צורך בשיקול דעת של מורה הוראה בכל מקרה ומקרה אם ניתן להתיר בעסק מסוים את הפעלתו בשבת. התייחסות מפורשת להוראה כזו בחוזה, הן בפתחה, והן בחתימה בסוף (חתימת הרב המתיר), מצמצמת קצת את החשש שחווה סטנדרטי כזה יופץ בין אנשי העסקים באופן שיביא לפריצת גדרות השבת שלא כדין.

70. ההיתר מבוסס על כך שהקבלן איננו מחויב בשמירת שבת. אם הוא מחויב בשמירת שבת ההיתר אינו תקף.

בללי

1. המבוא להסכם זה הוא חלק בלתי נפרד ממנו.⁷¹
2. הקבלן מקבל על עצמו להפעיל את העסק בשבתות בקבלנות.⁷² מהות העסק ופרטי הדרישות להפעלתו מפורטים בנספח א' להסכם זה (ואם לא נכתב נספח כזה מהות העסק ופרטי הדרישות להפעלתו יהיו כפי שסוכם בין הצדדים בעל פה).⁷³
3. לא יהיו יחסי עובד ומעביד בין הקבלן לבין המזמין, לגבי הסכם זה. זאת, אף אם מתקיימים ביניהם יחסים כאלה במסגרת הסכם אחר שאינו נוגע לשבתות.⁷⁴
4. בהסכם זה: "שבת" או "שבתות" פירושו מערב שבת עד מוצאי שבת וכן מערב יום טוב ועד מוצאי יום טוב. "יום טוב" פירושו שני ימי ראש השנה, יום הכיפורים, היום הראשון של חג הסוכות, יום שמיני עצרת, היום הראשון של פסח, היום השביעי של פסח, יום חג השבועות. "ערב" פירושו היום שלפני, שעתיים לפני שקיעת החמה בירושלים. "מוצאי" פירושו שלוש שעות אחרי שקיעת החמה בירושלים בסוף היום.⁷⁵

השכר

5. מחק את המיותר:
 - א. יחידות התפוקה לפיהן יחושב שכר הקבלן תהיינה ____ (יחידת תפוקה מסוג x) ו ____ (יחידת תפוקה מסוג y).
 71. אם יתברר שהקבלן הוא יהודי, או שבמקרה שהניהול או הבעלות של החברה הקבלנית עברו לבעלות ו/או ניהול של יהודים, אזי, יוכל המזמין להשתחרר מהסכם הקבלנות לפי סעיף זה.
 72. כאן לב ההסכם העקרוני. הגדרת השכר, שהיא הכרחית להגדרת ההסכם כקבלנות בניגוד לשכירות רגילה, נמצאת בסעיף 6. התמורה לא מוזכרת כאן כדי למנוע בעיה הלכתית של שכר שבת מפורש שלא בהבלעה אם ישתמע בחוזה שהתשלום הוא בעבור עבודה בשבת דווקא (משנה ברורה רמד, לג, ומקורו בפרי מגדים אשל אברהם רמד, יח).
 73. ברור שצריך לסכם עם הקבלן מה המשימות שלו, סיכום זה יעשה לכתחילה בהסכם נפרד בכתב, ובדיעבד אף בהסכם על פה.
 74. זוהי הבהרה נוספת לכך שהקבלן אינו שכיר של המזמין, כדי לא לעבור על האיסור שנוכר בסעיף "הואיל" הראשון במבוא. זאת, אף אם הקבלן מקבל את שכרו בתלוש משכורת מאת בעל העסק. סעיף זה מאפשר למזמין לחתום על הסכם זה עם אחד מעובדיו הקבועים (שאינו יהודי). כאמור לעיל במבוא, מבחינה משפטית לא לגמרי ברור שלסעיף זה יש תוקף לגבי מי שהוא עובד שכיר של המזמין בימות החול, עקב התפיסה בבתי הדין לעבודה שיחסי עובד ומעביד הם "סטטוס". אולם מבחינה הלכתית מסתבר שיש תוקף לסעיף זה, וייתכן שבתי הדין לעבודה יוכלו להסכים לזה גם כן. ובכל אופן סעיף זה מאפשר את ההיתר ההלכתי המצריך קבלנות דווקא ולא שכירות.
 75. ההגדרה המדויקת של זמן עבודת הקבלן חשובה כדי שיהיה ברור מתי הקבלן אחראי על העבודה ומתי המזמין אחראי על העבודה.
- הוגדר שהקבלן אחראי שעתיים לפני שבת ושעתיים אחריה, כיוון שהחלפת העובדים בדיוק בכניסת השבת בלתי אפשרית, וכן כדי שהתמורה בעבור השימוש בתשתיות תהיה גם בעבור השימוש בימי חול ולא רק בשבת (שכר התשתיות בהבלעה – ע"פ שולחן ערוך או"ח רמו, א).

ב. (הפעולות לפיהן יחושב שכר הקבלן יהיו ____ (פעולה מסוג x) ו ____ (פעולה מסוג y).⁷⁶

6. המזמין מתחייב לשלם לקבלן שכר של ____ ש"ח לכל יחידת תפוקה/פעולה מסוג x שיפיק הקבלן, ושכר של ____ ש"ח לכל יחידת תפוקה/פעולה מסוג y שיפיק הקבלן. להערכת הצדדים, זהו שכר המשתלם הן למזמין והן לקבלן.⁷⁷
7. אם כעבור ____ חודשים מחתימת הסכם זה לא יגיע שכר זה לגובה הסכום המופיע בסעיף 14 לקמן, יבחנו הצדדים מחדש האם שכר זה מתאים לצורכיהם, וכיצד ניתן לקבוע אותו באופן מדויק יותר לשביעות רצון שני הצדדים.⁷⁸

עובדי הקבלן

8. הקבלן מתחייב שלא יהיה חילול שבת על ידי יהודים במסגרת הפעלתו את העסק בשבת. כל הפעולות האסורות ליהודים בשבת שיעשו לצורך הפעלת העסק בשבתות, יעשו על ידי הקבלן או על ידי עובדים לא יהודים של הקבלן.⁷⁹
9. הקבלן יהיה רשאי להעסיק את עובדי המזמין, או שלא להעסיקם, וכן להעסיק עובדים אחרים, והמזמין לא יתערב בכך.⁸⁰ ובלבד שהעובדים לא יהיו יהודים, ויקבלו שכר ותנאי עבודה כחוק. עובדי הקבלן לא ייחשבו לעובדי המזמין,⁸¹ בהקשר לעבודתם בשבתות כעבור הקבלן, גם אם עבודתם תהיה באותו מקום ובאותם תנאים בהם הם עובדים כעבור המזמין בימות החול.⁸²

76. מהותו של קבלן שהוא מקבל שכר על תוצר ולא על זמן עבודתו. לפיכך, עדיף להגדיר את השכר לפי יחידת התפוקה (כפי שנכתב בשולחן ערוך א"ח רמד, ו). אם זה לא ניתן לפי מהות העסק, ניתן להגדיר את השכר לפי מספר הפעולות (ע"פ אורחות שבת ב, כג, קצד).
77. כאן מוגדרת התמורה שהקבלן מקבל כעבור שירותיו. בדרך כלל הסכם קבלנות כולל תשלום על תפוקות ללא קשר לעלויות, וכך אמור להיות גם כאן. אלא שיש חשש שהקבלן יפסיד, כיוון שההוצאות שלו תהיינה גבוהות מההכנסות שלו. לשם כך, בהמשך יובא מנגנון שמבטח את הקבלן במקרה כזה. דווקא בגלל מנגנון זה חשוב מבחינה הלכתית לשמור על האופי הקבלני של ההסכם, ולכן באופן בסיסי (גם ללא מנגנון ה"ביטוח") ההסכם צריך להיות רווחי (לפי הצפי) כעבור הקבלן, ולכן נכתב למעלה שהוא משתלם לשני הצדדים כאשר מבחינה הלכתית חשובה הרווחיות כעבור הקבלן.
78. סעיף זה נועד למנוע מצב שבו במשך הזמן מתברר לצדדים ששכר הקבלנות אינו גבוה מספיק ובאופן בסיסי ההסכם אינו משתלם לקבלן (אמנם, יש מנגנון "ביטוח" אבל אסור שהוא יהפוך להסכם העיקרי). בסעיף זה מצוין בפירוש בתוך כמה זמן יש לבדוק את המצב, כדי להימנע מבעיה הלכתית זו, שבה הקבלן הופך לשכיר. מטרתו להזכיר לצדדים המעוניינים בקיום ההלכה לבחון אם הם בתוך גדר ההיתר.
79. עקב העצמאות של הקבלן בהפעלת העסק בשבת, נוצר הצורך בסעיף זה כדי שהמזמין לא יימצא בעקיפין מכשיל יהודים בחילול שבת.
80. בכך מומחש שאין קשר ישיר בין עובדי הקבלן למזמין.
81. שכן כאמור יש איסור בהעסקה ישירה, וראו לעיל הע' 68.
82. כך יכול הקבלן להעסיק את העובדים הרגילים של המזמין, בלי שהם ייחשבו כמועסקים ישירות על ידי המזמין.

ניכויים משכר הקבלנות

10. אם הצדדים ירצו בכך,⁸⁵ יוכל הקבלן להשתמש בשירותי המזמין, הן באיתור עובדים, הן בהדרכתם המקצועית שתתקיים בימות החול, והן בהנהלת החשבונות ותשלום המשכורות. ובלבד שיובהר לעובדים שמעסיקם בשבתות הוא הקבלן ולא המזמין, ושירותים אלה ניתנים מהמזמין לקבלן ונעשים בשליחות הקבלן. אם יהיה צורך בהדרכת העובדים בשבתות, הדבר לא יוטל על המזמין גם אם הדבר יהיה מוטל עליו בימות החול.⁸⁴ התמורה שייתן הקבלן למזמין על שירותים כאלה הוסכמה ביניהם בהסכם נפרד (ראו הצעת חלופות בהערה⁸⁵). התשלום יתבצע על ידי ניכוי משכר הקבלנות המגיע לקבלן.⁸⁶
11. אם יוסכם בין הצדדים שהמזמין ישלם משכורת לעובדי הקבלן, כפי שנוכר בסעיף 10 לעיל, הקבלן ישפה את המזמין על כך על ידי ניכוי סכום המשכורת משכר הקבלנות המגיע לו.⁸⁷
12. הקבלן ישלם סכום של ____ ש"ח למזמין לכל חודש⁸⁸ על שימוש בתשתיות ונכסים אחרים של המזמין לצורך הפעלת העסק.⁸⁹ התשלום יתבצע על ידי ניכוי משכר הקבלנות המגיע לקבלן.⁹⁰
13. עם חתימת הסכם זה ולפני תחילת עבודת הקבלן⁹¹ ייתן המזמין לקבלן הלוואה על סך ____ ש"ח.⁹² הקבלן יפרע הלוואה זו על ידי ניכוי משכר הקבלנות המגיע לו.⁹³ (הריבית וההצמדה על הלוואה זו יהיו לפי התנאים המפורטים לקמן בסעיף 14.
83. עצם אי הקביעה בחוזה האם הקבלן ייעזר בשירותי המזמין ביחס לעובדים, בצירוף שאר הפרטים הכתובים בחוזה בעניין זה, מטרתם להבהיר את עצמאותו של הקבלן בהעסקת העובדים, ואת אי הזיקה של העובדים למזמין, באופן שאינו יוצר חשש להעסקה ישירה האסורה בשבת, וראו לעיל הע' 68.
84. הפעלת העובדים בשבתות היא רק על ידי הקבלן שאינו יהודי. וכך גם בעניין הדרכתם בשבת, הקרובה להפעלתם. ועיינו רמ"א או"ח רמד, ו, ובמשנה ברורה שם, לו.
85. חלופה א:
התמורה תהיה סכום של ____ ש"ח לעובד בתפקיד א, וסכום של ____ ש"ח לעובד בתפקיד ב. y.
- חלופה ב:
התמורה תהיה ____ ש"ח לאיתור עובד שיועסק על ידי הקבלן, ____ ש"ח בכל חודש להדרכה מקצועית כללית לעובד בימות החול, ____ ש"ח בכל חודש להנהלת חשבונות וטיפול בתשלום המשכורת לכל עובד (מלבד השיפוי על המשכורת עצמה כמופיע בסעיף 11).
86. ראו לקמן הע' 90.
87. אם הקבלן הוא חברה אוי הבעלים של החברה לא יקבל שכר בתלוש מאת המזמין. זהו הסיכון הכלכלי העיקרי שנחסך מהקבלן כאמור בהע' 90 לקמן.
88. התשלום הוא לכל חודש ולא לפי ימים או שעות. כך שכר השבת הוא בהבלעה (עיינו שולחן ערוך או"ח רמו, א, וכן בביאור הלכה או"ח רמד, ו, ד"ה דבמקום פסידא). ובמיוחד זה כך, לאור תוספת השעות שלפני כניסת השבת ואחרי יציאתה, בהגדרת השבתות בסעיף 4.
89. חיוב הקבלן בתשלום על השימוש בתשתיות ונכסי המזמין ממחויבים אף הם את עצמאותו ואי היותו שכיר רגיל.
90. בסעיפים 14 ו-15 לקמן יובהר שתשלום זה כמו תשלומים אחרים יבוא רק משכר הקבלנות, וכך לא נוטל על עצמו הקבלן סיכון כלכלי שאין הוא מעוניין ליטול.

מועדי התשלום והניכויים

14. שכר הקבלנות יחושב כאמור בסעיף 6 לעיל, וישולם לקבלן בכל חודש לועזי, על עבודתו בחודש הלוועזי הקודם, לא יאוחר מ- ימים לאחר תום החודש הלוועזי הקודם. במועד התשלום ייבדק אם שכר הקבלנות בניכוי חובות הקבלן למזמין על פי סעיפים 10-13 שווה ל- ש"ח (שהוא הסכום הנקוב בסעיף 13 לעיל) או עולה עליו, ואם כן ישולם לו שכר הקבלנות בניכוי החובות הנ"ל. אם שכר הקבלנות בניכוי החובות הנ"ל נמוך מסכום זה, יוסיף המזמין על שכר הקבלנות המגיע לקבלן סכום נוסף, כך שהתשלום המגיע לקבלן בכל חודש לא יפחת מהסכום הנ"ל. תוספת זו תיחשב להלוואה (ללא ריבית/בריבית שנתית של __%) (וללא הצמדה/ובהצמדה)⁹⁴ למדד המחירים לצרכן,⁹⁵ ופירעונה יהיה בחודש הבא, על ידי ניכוי החוב משכר הקבלנות, כפי שמנוכחים החובות שלפי סעיפים 10-13. אולם אם נפסקה ההתקשרות בין הצדדים, ישלם המזמין לקבלן רק את השכר המגיע לו בניכוי החובות הנ"ל, ולא יותר.⁹⁶

15. הקבלן לא יהיה חייב לפרוע את החובות שלפי סעיפים 10-14 אלא באופן של ניכוי משכר הקבלנות, כמפורט בסעיף 14. אם תיפסק ההתקשרות בין הקבלן למזמין מכל סיבה שהיא, ולאחר התשלום האחרון המגיע לקבלן לפי סעיף 14 נותרה יתרת חוב, החוב יימחק.⁹⁷

91. ראו לקמן בהע' 96 מזה הסיבה לסעיף זה.

92. זהו הסכום המינימלי שהקבלן יכול לספוג כשכר חודשי לעבודתו למשך התקופה הנקובה בסעיף 6 לעיל. וסכום זה מופיע שוב בסעיף 14.

93. וכך הוא מובטח בסכום זה, אבל אין זה נחשב לשכר רגיל, כי צפוי ששכר הקבלנות יהיה גבוה מספיק כדי לפרוע את ההלוואה, וכך לא נפגע האופי הקבלני של ההסכם ושל העבודה. התשלום הוא מראש, כדי למנוע מצב שבסיום ההתקשרות יימצא שהקבלן עבד בחודש האחרון לחינם, או בתמורה לשכר שידוע שלא יצטרך להחזיר (וראו לקמן הע' 96).

94. מכיוון שאחד הצדדים אינו יהודי – אין כאן בעיה של איסורי ריבית, ואין צורך בהיתר עסקה (שולחן ערוך יו"ד קנט, א).

95. החישוב פשוט יותר ללא ריבית והצמדה, וגם החשש ששכר הקבלנות לא יספיק לפירעון החובות פוחת. אבל ייתכן שקביעת ריבית והצמדה ממחישים את הריאליות של ההסכם, ומקטינים את יסוד ההערמה שבו. נראה שהצדדים רשאים להחליט בנושא זה כרצונם. (ובלבד שהריבית תהיה כמקובל, ולא שיהיה בזה הערמה שהופכת את הפירעון לבלתי מעשי). ייתכן שיש להמליץ על הצמדה ללא ריבית כשביל הזהב המתאים לשאלה זו.

96. הסיבה לכך היא שכאמור לקמן בסעיף 15 כשנפסקת ההתקשרות נמחק החוב. אם כן, כאשר משולם שכר לאחר תום ההתקשרות, אין משמעות לכינוי ההשלמה לסכום הקבוע בשם "הלוואה", כי ידוע מראש שאין צורך לפרוע אותה. אם כן, זהו שכר רגיל, ויוצא שהקבלן הוא שכיר רגיל. על כן באופן כזה ישולם רק מה שעודף משכר הקבלנות על החובות. כדי "לפצות" על כך ניתנת הלוואה במלוא גובה הסכום הקבוע לפני תחילת העבודה, כנ"ל בסעיף 13. ולא מתעוררת הבעיה, כי בשלב התחלתי זה עדיין צפוי ששכר הקבלנות יהיה גבוה מספיק כדי לפרוע את ההלוואה, ולכן אין העבודה נעשית על מנת לקבל שכר רגיל, ואופי ההסכם והעבודה כקבלנות לא נפגע.

97. בכך הקבלן נמנע מלהיכנס לסיכון כלכלי.

תוקף ההסכם, הפסקתו ובוררות

16. כל צד רשאי להפסיק את ההתקשרות בהודעה מראש של _____ ימים.
17. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁹⁸
18. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁹⁹ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראייה שהבורר רואה אותה כמספקת.¹⁰⁰
19. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.¹⁰¹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב 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 באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.¹⁰²
20. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,¹⁰³ הצדדים מודים שכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.¹⁰⁴ כל
98. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לטורב להופיע לפני הבורר שנקבע.
99. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.
100. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
101. 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 חתימת שני הצדדים.
102. 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. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
103. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שניים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).
104. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". בשולחן ערוך חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב רמ"א אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש חלקת מחוקק אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל¹⁰⁵ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁰⁶

חתימת הצדדים:

הקבלן

המזמין

שם וחתימת הרב המאשר¹⁰⁷ את ההיתר לעסק זה:

105. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

106. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

107. הצורך באישור הוא כדי לוודא שאכן יש צורך כלכלי שמתיר את השימוש בהסכם זה, ראו עוד הע' 69 לעיל.

פרוזבול

הרב איתי אליצור

- א. שמיטת כספים
ב. תקנת פרוזבול
ג. באיזה בית דין אפשר לעשות את הפרוזבול?
ד. האם הדיינים עצמם צריכים לחתום על הפרוזבול?
ה. הקנאת קרקע לחייב
ו. נוסח הפרוזבול

א. שמיטת כספים

בתורה נאמר:

מקץ שבע שנים תעשה שמטה. וזה דבר השמטה שמוט כל בעל משה ידו אשר ישה ברעהו לא יגש את רעהו ואת אחיו כי קרא שמטה לה.¹
על פי הכתוב, זמן השמיטה הוא "מקץ שבע שנים", כלומר: בסוף שנת השמיטה פוקעים החובות. וכך מפרשת הגמרא, שהשביעית משמטת בסופה.²
המשנה מונה כמה מקרים שבהם החוב אינו משמט:
הקפת החנות אינה משמטת... שכר שכיר אינו משמט... האונס והמפתה והמוציא שם רע וכל מעשה בית דין אין משמטין המלוה על המשכון והמוסר שטרותיו לבית דין אינן משמטין. פרוזבול אינו משמט.³
המשנה מונה כאן כמה מקרים שאינם משמטים: א. הקונה בחנות בהקפה. ב. שכר שכיר. ג. קנס שאדם מחויב בו בבית הדין. ד. כאשר ביד בעל החוב יש משכון על החוב. ה. כאשר בעל החוב מסר את שטרותיו לבית הדין לגביה עוד לפני סוף שנת השמטה. ו. כאשר יש פרוזבול.
בגמרא⁴ דנו בחוב שהגיע מועד פירעונו בסוף השמיטה (כרגע שבו שומטים החובות) אם הוא נשמט אף שלא הגיע מועד פירעונו. להלכה נפסק, שהשמיטה חלה רק על חובות

* הרב איתי אליצור, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. דברים טו, א-ב.
2. ערכין כח, ב. אמנם, הרא"ש גיטין ד, כ, אומר שאת הפרוזבול יש לעשות עוד לפני תחילת שנת השמיטה, ושכל שנת שמיטה היא זמן שבו אין גבייה. אבל רוב הפוסקים חולקים עליו.
3. שביעית י, א-ג.
4. מכות ג, א-ב.

שהגיע מועד פירעונם לפני סוף השנה, אבל חוב שמועד פירעונו לאחר סוף שנת השמיטה – אינו נשטם.⁵

ב. תקנת פרוזבול

עם זאת נאמר במשנה:

פרוזבול אינו משטם זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן כשראה שנמנעו העם מלהלוות זה את זה ועוברין על מה שכתוב בתורה השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל וגו' התקין הלל לפרוזבול...⁶

פרוזבול הוא שטר שבעורתו בעל החוב מחסן את החוב מפני מחיקה. כיצד פרוזבול מבטל את ההלכה המוחקת את החובות? בעניין זה ישנן כמה דעות:

א. בימינו מצוות שמיטה היא מדרבנן – פרוזבול אינו מועיל אלא בזמן הזה, שבו שמיטה היא דרבנן. מן התורה אין שמיטה נוהגת אלא כאשר רוב ישראל יושבים על אדמתם בארץ ישראל. חכמים תיקנו שהשביעית תישטם גם בזמן הזה, ולכן יש להם סמכות לתקן שהיא לא תשטם כשנעשה פרוזבול.

ומדוע תיקנו כן? כיוון שללא פרוזבול ישנו חשש שאנשים יימנעו מלהלוות ויעברו על מצוות התורה:

השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמר קרבה שנת השבע שנת השמטה ורעה עינך באחיק האביון ולא תתן לו וקרא עליך אל ה' והיה בך חטא.⁷

לפיכך, עדיפה תקנה שתבטל מצווה דרבנן ותמנע עבירה דאורייתא,⁸ אבל אחרים⁹ חלקו על כך.

ב. תביעה לפני השמיטה – הציווי הוא "לא יגש את רעהו ואת אחיו כי קרא שמטה לה".¹⁰ אחרי השמיטה אסור לתבוע את חברו שישלם לו חוב מלפני השמיטה. ע"י פרוזבול, בעל החוב תובע את תשלום החוב כבר לפני סוף השמיטה. הפרוזבול הוא למעשה תביעה בבית הדין לגבייה, ומעתה בית הדין הוא התובע.¹¹

ג. מוסר שטרותיו לבית דין – במשנה שצוטטה לעיל¹² נאמר ש"המוסר שטרותיו לבית דין" חובותיו אינם נשטמים, וביאר בבית יוסף: "מוסר שטרותיו היינו שתופס שטרותיו בידו

5. רמב"ם שמיטה ויובל ט, ט; שולחן ערוך חו"מ סז, י.

6. שביעית י, ג.

7. דברים טו, ט.

8. רמב"ם שמיטה ויובל ט, טז, בעקבות הגמרא גיטין לו, א.

9. ראב"ד על הרמב"ם שם, ועוד.

10. דברים טו, ב.

11. כך משמע מרש"י גיטין לו, א, ד"ה מוסרני לכם; סמ"ג לא תעשה רע-רעא.

12. שביעית י, ב.

ומוסרן לבית דין שיגבוהו¹⁵, דהיינו מדובר על מסירה בפועל של השטרות לידי בית הדין לצורך גבייה.¹⁴

רבים אומרים שפרוזבול הוא דרך למסור את החובות לבית דין, או תקנה המאפשרת להעביר את השטרות לבית דין גם בלי למסרם בפועל.¹⁵

ד. פרוזבול הופך את החוב לגבוי – על ידי הפרוזבול החוב נחשב גבוי, או לפחות כחוב שיש עליו משכון. הפרוזבול יוצר שעבוד על כל קרקעותיו של החייב. וכביכול הן כבר ביד בעל החוב. כאשר יבוא החייב לפרוע, הוא בעצם לא בא לפרוע את חובו אלא לפדות את קרקעותיו המשועבדים לבעל החוב. גם חוב שיש עליו משכון אינו משמט, מפני שהוא כבר מוחזק ביד בעל החוב עוד לפני השמיטה.¹⁶

ה. הפקר בית דין הפקר – על פי כלל זה יש לחכמים סמכות לתקן תקנה שתחייב אדם בממון שאינו חייב בו מעיקר הדין. גם כאן, בית הדין הוא שקובע שהחייב ישלם לבעל החוב, למרות שעברה השמיטה והחוב נמחק.¹⁷

ג. באיזה בית דין אפשר לעשות את הפרוזבול?

בגמרא מובא:

...אמר שמואל לא כתבינן פרוזבול אלא אי בבי דינא דסורא אי בבי דינא דנהרדעא... דלמא כי תקין הלל לדרי עלמא כגון בי דינא דידיה וקרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא אבל לכולי עלמא לא...¹⁸

כלומר: יש למסור את השטרות דווקא לבית הדין הגדול שבדור, שיש לו סמכות להפקיע ממון. כך פסקו גם הרמב"ם,¹⁹ הר"ן,²⁰ מהר"ם,²¹ מרדכי²² וראשונים רבים נוספים. לעומתם

13. בית יוסף חו"מ סז, א.

14. הרמב"ם בפירוש המשניות שם: "וזה כבר העמיד בית דין במקומו באותו החוב ונסתלק מלתבוע ומסר הדבר להם, שנעשו בית דין הם שיש להם החוב אצל אחיו". כלומר: מדובר כשבעל החוב כבר תבע את החוב ומעתה מלאכת הגבייה מוטלת על בית הדין, ולא על בעל החוב. דברים דומים כתב הרמב"ם בהלכות שמיטה ט, טו: "המוסר שטרותיו לבית דין ואמר להם אתם גבו לי חובי זה – אינו נשמט שנאמר ואשר יהיה לך את אחיך וזה בית דין תובעין אותו...". מדבריו נראה שהמוסר שטרותיו לבית דין היינו שבעל החוב מסר לבית הדין את השטרות וביקש מהם לגבות את החוב. בדומה לכך מפרשים ספר התרומות מא, יא, וסמ"ג לא-תעשה, רע.

15. כך משמע מרש"י בבא בתרא כז, א, ד"ה פרוזבול; שם גיטין לו, א, ד"ה מוסרני; ר"ן על הר"ף גיטין יח, ב, ד"ה פיסקא. וכן בספרי ראה קיג, ג, שנינו: "ואשר יהיה לך את אחיך, ולא של אחיך בידך מיכן אתה אומר המלוה על המשכון אין משמט. את אחיך תשמט ירך, ולא המוסר שטרותיו לבית דין מיכן אמרו התקין הלל פרוזבול מפני תיקון העולם שראה את העם שנמנעו מלהלוות זה את זה ועברו על מה שכתוב בתורה עמד והתקין פרוזבול".

אמנם הרמב"ן גיטין לו, א, ד"ה ומי, שולל את הדרך הזאת. לדעתו גם מסירת שטרות לבי"ד אינה מועילה מן התורה אלא היא חלק מתקנת הפרוזבול.

16. ר"ש משאנץ ורא"ש על המשנה פאה ג, ו; מעין זה כתב גם רדב"ז על הרמב"ם שמיטה ויובל ט, יט.

17. ים של שלמה גיטין ד, מב.

18. גיטין לו, ב.

19. רמב"ם שמיטה ויובל ט, יז.

סוברים הרמב"ן,²³ הרא"ש,²⁴ הטור²⁵ והרמ"א,²⁶ שאין הלכה כשמואל, וכל בית דין ראוי לכתוב פרוזבול.²⁷

הסוברים שצריך בית דין מיוחד וגדול, נחלקו בהגדרתו המדויקת: האם דווקא בית הדין הגדול שבדור, או בית הדין הגדול שבאותה עיר, או כל בית דין שיש לו כח לגבות ולהפקיע ממון, כמפורט מיד:

מדברי תוספות²⁸ משמע שצריך בית דין הגדול שבדור, וכך משמע מדברי רבי יוסף קארו.²⁹ לעומת זאת, הרמב"ם כתב:

אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של רבי אמי ורבי אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם, אבל שאר בתי דינין אין כותבין.³⁰

דהיינו, רק בית דין שמוסמך להפקיע ממון יכול לכתוב פרוזבול.

הרדב"ז וכסף משנה³¹ כתבו שאין כוונתו דווקא לדיינים ששקולים בחכמתם לרבי אמי ורבי אסי (המוזכרים בגמרא וברמב"ם), אלא כוונתו לבתי דין חשובים יחסית לדורם, שהם ראויים להפקיע ממון.

20. ר"ן גיטין יט, ב, בדפי הרי"ף, בראשו.

21. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג פראג, תתקעב.

22. מרדכי גיטין, שפא.

23. רמב"ן גיטין לו, ב, ד"ה ונראה.

24. רא"ש גיטין ד, יג.

25. טור חו"מ, סז.

26. רמ"א חו"מ סז, יח.

27. את העמדה על פיה אין צורך בבית דין חשוב ניתן להסביר כך: פרוזבול חל מכוח תקנתו של בית דינו של הלל הזקן שתיקן את תקנת הפרוזבול ולכן אין צורך בבית דין שיפקיע את הממון כעת, לחילופין ניתן לומר שהדבר מבוסס על העמדה שכל בית דין יכול להפקיע ממון (ראו בעניין זה: שו"ת מהר"י בן לב א, א, קכו). על פי ההסבר שפרוזבול מבוסס על כך שהחוב נחשב כגבוי אין צורך בבית דין שיכול להפקיע ממון (שו"ת מנחת יצחק ג, קונטרס דברי חפץ).

לעומת זאת, את העמדה שלפיה יש צורך בבית דין שיכול להפקיע ממון, ניתן להסביר לפי ההסברים השונים שהסברנו לפיהם לעיל את דין הפרוזבול: על פי ההסבר שפרוזבול מבוסס על הכלל הפקר בית דין – הפקר, מובן מדוע צריך כעת בית דין שיפקיע את הממון (ראו בעניין זה: חידושי הרשב"א בבא מציעא ע, א, ד"ה ויהינן; ראב"ן גיטין, ד"ה שביעית; סמ"ע סז, לו).

על פי ההסבר שפרוזבול חל משום שתביעה המוגשת לבית הדין דינה כגבויה, רק בבית דין שיש לו סמכות לקבוע שפלוני שלם, התביעה יכולה להיחשב כגבויה. לפי ההסבר שפרוזבול מועיל משום שעל ידי הפרוזבול האחריות על הגבייה כבר עברה לידי בית הדין ומעתה הוא התובע. או שדינו כדין מוסר שטרותיו לבית דין, שמעתה הם יגבו, אי אפשר לבאר כך כאשר אין לבית הדין סמכות לגבות את החוב בעצמו. ממילא לא יועיל פרוזבול בבית דין כזה.

28. תוספות גיטין לו, ב, ד"ה דאלימי.

29. כסף משנה שמיטה ט, יז; בית יוסף חו"מ סז, יט.

30. רמב"ם, שמיטה ויובל ט, יז.

31. רדב"ז וכסף משנה על הרמב"ם שם.

הרדב"ז³² כותב שאפשר לכתוב פרובול דווקא בבית דין שיש לו סמכות להפקיע ממון, ובשו"ת שלו³³ כתב שדי בבית דין הגדול שבעיר (אף שהוא מודה שהרמב"ם מצריך בית דין גדול עוד יותר).

נמצא שיש דעות שלפיהן יש למסור את החובות דווקא לבית הדין הגדול שבדור, או לפחות לבית הדין הגדול שבעיר, ובכל מקרה, זה צריך להיות דווקא בית דין שיש לו סמכות להפקיע ולגבות ממון מבני העיר. אבל, כפי שכתבנו לעיל, יש סוברים שכל בית דין ראוי למסור לו את החובות. למעשה נפסק בשולחן ערוך:

פרובול אינו משמט. ואינו נכתב אלא בבית דין חשוב, דהיינו שלשה בקיאים בדין ובענין פרובול, ויודעים ענין שמיטה, והמחום רבים עליהם באותה העיר.³⁴

כלומר, את הפרובול יש לעשות בפני בית דין שבקיא בהלכה ובדיני פרובול והתקבל על ידי בני העיר. לבית דין כזה, יש סמכות להוציא ממון בעל כורחו של החייב, ולכן הפרובול שלו תקף, לפי הטעמים שבארנו לעיל. בניגוד לכך הרמ"א פסק שניתן לכתוב פרובול בכל בית דין: "ויש אומרים דכותבין פרובול בכל בית דין, ונראה לי דיש להקל בזמן הזה".³⁵

ד. האם הדיינים עצמם צריכים לחתום על הפרובול?

בתוספות מובא: "דחשיב פרובול אע"פ שלא חתמו בו הדיינים עצמם".³⁶ גם במדרכי כתב: יכול לומר מוסרני לפלוני ופלוני הדיינין שבמקום פלוני אפילו רחוקין ממנו הרבה אע"פ שאינם בפניו שפיר דמי.³⁷

כלומר, אין צורך לחתום בפני הדיינים, וממילא אין צורך בחתימתם. שאלה נוספת היא האם צריך שלושה דיינים או שדי בשנים? בספר בית יוסף³⁸ כתב שמלשון הגמרא³⁹ משמע שדי בשנים, אבל מלשון ספר התרומות⁴⁰ והטור⁴¹ משמע שצריך שלושה, ומהרמב"ם אי אפשר להכריע. לכן נראה שלכתחילה רצוי שיהיו שלושה דיינים. כמובן אם מוסר שלא בפניהם, די להחתים שני עדים על כך שמסר להם. למעשה נפסק בשולחן ערוך שניתן לכתוב פרובול בפני עדים, ועדיף שיהיו שלושה עדים:⁴²

32. רדב"ז על הרמב"ם שם.

33. שו"ת הרדב"ז א, קעו.

34. שולחן ערוך חו"מ סז, יח.

35. רמ"א, שם.

36. תוספות גיטין לג, א, ד"ה לא; רש"י שם פירש אחרת.

37. מרדכי גיטין, שפ.

38. בית יוסף חו"מ סז, יט.

39. גיטין לג, א.

40. ספר התרומות מה, יז.

41. טור חו"מ סז, יט.

42. ראו אורים סז, מא, שם דן בשאלה אם מדובר בעדים מדוע יש טעם וצורך בשלושה, וראו שם תירוצו.

יש מי שכתב ענין שטר פרוזבול כך הוא: הולך המלוה אצל שלשה עדים, ויש אומרים אפילו לשנים, ואומר: הווי עלי סהדי וחזו דאנא מסרנא פרוזבול קמי שלשה דיינים דאינון פלוני ופלוני ופלוני דיינים שבמקום פלוני, ודי לו אם יחתמו בו אותם עדים. ואי חתמו ביה דייני, טפי מעלי, ואין צריך שם עדים.⁴³

אמנם, השולחן ערוך לא כתב בפירושו שמדובר על פרוזבול שנעשה שלא בפני הדיינים (אף שבהחלט ניתן להבין אותו כך). הרב עובדיה יוסף⁴⁴ הביא פוסקים רבים שכותבים שהמנהג הוא להעיד עדים שמוסר את חובותיו לבית דין. הרב עובדיה יוסף כותב שמנהג זה נעשה כדי להקל על בעלי החוב. מעבר לכך, יתרונו הוא בכך שהכול יכולים למסור את חובותיהם לבית הדין הגדול שבדור (ראו בפרק הקודם), ואינם צריכים לסמוך על הדעה שכל בית דין יכול לעשות פרוזבול.

לכן, עדיף לכתוב פרוזבול שבו נמסרים החובות לבית הדין הגדול של הרבנות הראשית, או לפחות לרב העיר.⁴⁵

ה. הקנאת קרקע לחייב

במשנה⁴⁶ נאמר: "אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע אם אין לו מזכה הוא בתוך שדהו כל שהוא". כלומר: כדי לכתוב פרוזבול נדרש שלחייב תהיה קרקע כלשהי, אפילו אם היא שווה פחות מהחוב. ואם לחייב אין קרקע, הפרוזבול לא יחול.

מדוע אין כותבים פרוזבול אלא על הקרקע? ר"ש משאנץ ורא"ש⁴⁷ כתבו: "וכשיש ללוה קרקע חשוב כגבוי בבית דין דמי ולא קרינא ביה ולא יגוש", דהיינו, הקרקע נחשבת כתחילתו של פירעון, כי היא אמצעי שעל ידו יכול בעל החוב לגבות את החוב. רש"י תוספות ורשב"א⁴⁸ כתבו שתקנת חכמים נקבעה רק במקרים השכיחים שבהם יש לחייב קרקע.

לכן צריך בעל החוב להקנות לחייב קרקע כלשהי בתוך שדהו, מעתה יש לחייב קרקע ואפשר לכתוב פרוזבול. לכן נהגו להוסיף בפרוזבול פסקה ובה הקנאת קרקע לחייב שאין לו קרקע. בספר הישר⁴⁹ מוסיף על נוסח הפרוזבול: "וקנין הארבע אמות קנינא מן פלוני זה לפלוני זה בכל מה דכתוב ומפרש לעיל במנא דכשר למיקניא ביה ומה שעשינו כתבנו

43. שולחן ערוך חו"מ סז, כא.

44. שו"ת יביע אומר ג, חו"מ, ו.

45. אמנם, לכאורה היום, כאשר החוק אינו מאפשר אפילו לבית הדין הגדול ביותר לדון ולהוציא ממון ללא הסכמה מראש של הצדדים, וגם בידיהם אין אמצעי כפייה, ייתכן שאפילו הם לא יועילו, ואי אפשר יהיה לעשות פרוזבול כלל. אמנם, נהגו ישראל לעשות פרוזבול. אפשר להסביר זאת בכך שעל פי החוק החוב בוודאי איננו נשמט, וכיוון שמבחינה הלכתית ודאי ראויים הרבנים הגדולים לדון ולהוציא ממון הם רשאים לקבוע שהחוב לא יישמט, הרי שהתוצאה הסופית היא שהחוב לא נשמט על פי ההלכה ועל פי החוק.

46. שביעית י, ו.

47. ר"ש משאנץ ורא"ש על המשנה פאה ג, ו.

48. רש"י, תוספות ורשב"א גיטין לו, א.

49. ספר הישר חלק החידושים, קלח.

וחתמנו". מכאן שאין צריך להגדיר קרקע מסוימת, אלא די לכתוב שבעל החוב הקנה לחייב קרקע כלשהי.

ו. נוסח הפרוזבול

במשנה מנוסח פרוזבול כך:

זהו גופו של פרוזבול מוסר אני לכם איש פלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה והדיינים חותמין למטה או העדים.⁵⁰

במשנה הנוסח הוא "שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה". אבל בר"ן⁵¹ ובית יוסף⁵² הגרסה היא: "מוסרני לכם את כל חוב שיש לי" (ויש מדרשים, כגון בפסיקתא,⁵³ שבהם הגרסה היא: "מוסרני לכם כל חוב שיש לי". כך גרס גם ר"ש משאנץ.⁵⁴ גרסה זו יכולה להתפרש לשני הכוונים).

כמובן ההבדל בין שני הנוסחים האלה הוא משמעותי מאוד. אם אדם מוסר לבית הדין את כל חוב שיש לו, הרי מסר שטרותיו לב"ד (כאמור לעיל, זה אחד ההסברים לתוקפו של פרוזבול). אבל אם הנוסח הוא "שכל חוב יגבנו כל זמן שירצה", לא ברור כיצד מסירה כזו מחסנת את החוב מפני מחיקה. ואולם, ברוב מוחלט של הנוסחאות שלפנינו הגרסה היא "שכל חוב".⁵⁵

אולם בגמרא⁵⁶ הגרסה היא: "שכל חוב שיש לי אצל פלוני". כלומר, לפי הגרסה שבגמרא צריך להזכיר בפרוזבול גם את שמו של הלוח, או את שמם של הלוחים. בנוסח הפרוזבול שבשולחן ערוך⁵⁷ לא הוזכר דין זה.

50. שביעית י"ד.

51. ר"ן גיטין יח, ב, בדפי הרי"ף.

52. בית יוסף חו"מ סז, יח.

53. פסיקתא שמות יב, ב.

54. ר"ש משאנץ פאה ג, ו.

55. ויש שכתבו שכוונתם שמוסר "את כל" גם אם כותב "שכל". ראו למשל דברי מלכיאל א, צד, ב; וראו תורה תמימה דברים טו, ג הע' טו, שתמה על נוסח "שכל חוב": "ותמה אני מאד שעיקר הענין חסר מגוף הנוסח, והיינו מוסרני לכם שאתם תהיו הנוגשים ולא אני... ובהכרח צריך לפרש שהלשון שאגבנו לשון קצר הוא, והכונה שאתם הבית דין תהיו הגורמים והמסייעים שאגבנו, והיינו שתגבו אתם מהלוח ועל ידכם אגבה אני, ועדיין צ"ע".

56. גיטין לו, א.

57. שולחן ערוך חו"מ סז, יט.

פרוזבול עם הערות מבארות

ביום _____⁵⁸ בא לפנינו _____ בן _____, ואמר: קנו ממני בקניין גמור ושלם, בכלי שכשר לקנות בו, שאני מזכה על ידיכם קרקע כלשהי מן הקרקע שיש לי, לכל אחד מהאנשים שחייבים לי שאין להם קרקע אף לא בשאלה או בשכירות ואף לא עציץ נקוב וכד', וכן לערבים על החובות כנ"ל.⁵⁹ וקנינו מידו בקניין גמור ושלם בכלי שכשר לקנות בו.⁶⁰ וכך אמר לנו⁶¹ _____ בן _____ היו עלי עדים שאני מוסר כל חוב⁶² שיש לי לבית הדין הגדול של הרבנות הראשית לישראל,⁶³ הרב _____, הרב _____ והרב _____.⁶⁴ שאגבנו כל זמן שארצה. ובאנו על החתום יום _____, למסור את חובותיו של הנ"ל לביה"ד הנ"ל, והכל שריר ובריר וקיים.

עד _____ עד _____

58. על הפרוזבול צריך להיכתב תאריך. ניתן לכתוב תאריך מוקדם יותר מהתאריך שבו נעשה הפרוזבול בפועל, אך לא תאריך מאוחר יותר (**משנה שביעית**, י, ד).
- טעם הדבר, משום שפרוזבול מחסן רק חובות שזמן פירעונם היה לפני כתיבת הפרוזבול. לפיכך, הקדמת התאריך הכתוב על הפרוזבול גורעת מכוחו של הפרוזבול, המקדים את המועד בסך הכל מחל על זכותו לגבות חובות שמועדם מאוחר לתאריך שכתב.
- אבל מי שכתב תאריך מאוחר יותר, מבקש לעצמו זכות שאינה מגיעה לו על פי הדין: לגבות חובות שמועדם מאוחר לתאריך החתימה האמיתית. כיוון שהוא מבקש לעצמו זכות שאינה מגיעה לו – נפסל הפרוזבול.
- רצוי לעשות את הפרוזבול ביום האחרון, דהיינו כ"ט באלול בשנה השביעית, ולרשום את התאריך הזה. כי הפרוזבול מאפשר את גבייתו של כל חוב שמועד פירעונו היה לפני עשית הפרוזבול. אם בפרוזבול יהיה כתוב, למשל כ' באלול, הרי שאי אפשר יהיה לגבות על פיו חוב שמועד פרעונו בכ"א באלול.
59. כאמור, כדי לכתוב פרוזבול יש צורך שללווה תהיה קרקע (**שולחן ערוך** חו"מ ס, כב) אם יש ללווה או לערב קרקע בשאלה או בשכירות, די בכך והפרוזבול חל (שם).
- במקרה שאין לחייב קרקע, בעל החוב מקנה לו קרקע במסגרת הפרוזבול.
60. כדי להקנות את הקרקע בעל החוב מודה שעשה קניין סודר כנדרש, ולכן, יש לעשות מעשה קניין בפועל כאשר חותמים על הפרוזבול. אמנם בדיעבד, כיוון שציווה לכתוב, אע"פ שלא קנו, מהני (**רמ"א** רז, טו).
61. כאן מתחיל שטר הפרוזבול עצמו.
62. כאמור בהקדמה ישנם שני נוסחים, בחרנו בנוסח המקובל, המופיע ב**שו"ת ציץ אליעזר** יב, פה. וכך מעיד הרב עובדיה יוסף **יביע אומר** ג, חו"מ ו; **יחזה דעת** ד, סג, שכן הוא המנהג בירושלים. וראו גם בנוסח הפרוזבול (השני) של הרבנות הראשית בכתובת:
- http://www.dintora.org/files/pruzbul_rhr.pdf.
- וכן בפרוזבול של נדיבי ארץ, באתר דין תורה, בכתובת:
- <http://www.dintora.org/freetext.asp?ChildID=637>.
63. לפי מה שבארנו במאמר המקדים, לדעת פוסקים רבים, את הפרוזבול יש למסור לדיינים הגדולים שבדור (**רמב"ם** שמיטה ויובל ט, יז; **שולחן ערוך** חו"מ סו, יח). אמנם, אין צורך לעשותו בנוכחותם של הדיינים (**תוספות** גיטין לג, א, ד"ה לא, **יביע אומר** ג חו"מ ו). לכן העדפנו את מסירת השטרות לבית הדין הגדול, גם אם אינו נוכח בשעת עשיית הפרוזבול.
64. כאן יבואו שמות הרבנים הראשיים לישראל, ושמו של דיין נוסף היושב עמם בבית הדין. יש לעקוב אחר פרסומי הרבנות. בדרך כלל הם מודיעים את שמות הדיינים היושבים בדין בערב ראש השנה.

היתר מכירה לגידולי חממה

הרב אהרן פלדמן

מבוא	ד. הסכם המכירה
א. מלאכות חקלאיות בגידולים	ה. זרעים ושתילים שאינם ברשות המוכר
שבחממה	בזמן חתימת ההסכם
ב. מלאכות חקלאיות בעציץ שאינו נקוב	ו. הבטחת זכויותיו של בעל החממה
ג. זריעה על גבי מצע מנותק בחממה	סיכום מעשי

מבוא

התורה מצווה להימנע ממלאכות חקלאיות בקרקע בשנת השמיטה. בתורה נזכרות מספר מלאכות חקלאיות האסורות,¹ אולם חכמים הרחיבו את האיסור, כך שנכללות בו כמעט כל המלאכות החקלאיות שאינן הכרחיות לצמח.² עם חזרת עם ישראל לארץ במהלך הדורות האחרונים, נעשו ניסיונות לטפח חקלאות עברית, ולהפריח את השממה. אחד האתגרים הקשים ביותר לחקלאות המתפתחת היה ההתמודדות עם שנת השמיטה, המחייבת שביטה מהעבודות החקלאיות. הפוסקים דנו באפשרות למכור את הקרקעות לנכרי למשך שנת השמיטה, במסגרת "היתר מכירה" שעשוי להתיר את העבודות בקרקע ולהפקיע את קדושת הפירות, ובכך יאפשר את המשך קיומו של המפעל החקלאי. סביב "היתר המכירה" התפתח פולמוס ער, הכולל היבטים הלכתיים, אידיאולוגיים, ופוליטיים. אחד ההיבטים ההלכתיים שהפוסקים הרבו לדון בו, הוא איסור "לא תחנם"³ שנתפרש בגמרא: "לא תחנם – לא תתן להם חנייה בקרקע,"⁴ דהיינו שאסור למכור ולהשכיר שדות ובתים לנכרים בארץ ישראל.⁵

* הרב אהרן פלדמן מכון משפטי ארץ, עפרה; מנהל רשת בתי הדין "ארץ חמדה – גזית". המאמר נכתב בשיתוף מרכז הלכה והוראה בראשות הרב י.צ. רימון.

1. זריעה, קצירה, זמירה ובצירה. ראו **רמב"ם** שמיטה ויובל א, ב. לגבי מלאכות חרישה ונטיעה, נחלקו ראשונים ואחרונים האם הן אסורות מדאורייתא או מדרבנן.
2. **רמב"ם** שמיטה ויובל, פרק א.
3. **דברים** ז, ב.
4. **עבודה זרה** כ, א.
5. **רמב"ם** עבודה זרה י, ג.

במאמר זה נדון ביישום היתר המכירה בגידולי חממה. מעמדם ההלכתי של גידולי חממה קל משל גידולים רגילים הגדלים בשדה, כפי שנראה בהמשך. כמו כן, במכירת העפר המנותק מן הקרקע אין איסור משום "לא תחנם", שהרי העציצים תלושים מן הקרקע, ואין במכירתם משום נתינת חנייה בארץ לקונה. לפיכך, בשילוב ההיתרים הללו ניתן יהיה לעבוד בחממות לכל השיטות.

א. מלאכות חקלאיות בגידולים שבחממה

הירושלמי דן במעמדם של גידולים שנזרעו בתוך הבית בהקשרים שונים:

רבי יוחנן בשם רבי ינאי: אילן שנטעו בתוך הבית חייב בערלה ופטור מן המעשרות, דכתיב [דברים יד כב] עשר תעשר את כל תבואת זרעך היוצא השדה. ובשביעית צריכא, דכתיב [ויקרא כה ב] ושבתה הארץ שבת לה; וכתוב [שם ד] שדך לא תזרע וכרמך לא תזמור.⁶

לענייננו, ביחס לאיסורי שמיטה, הירושלמי מסתפק: מצד אחד התורה אומרת "שדך לא תזרע", ומכך משתמע שבתוך הבית אין איסור; אך מצד שני, התורה אומרת "ושבתה הארץ", וגם גידולים בתוך הבית נחשבים לגדלים על "ארץ".

למעשה, רבי ישראל משקלוב, בעל פאת השולחן,⁷ פוסק להתיר. לדעתו, כיוון ששביעית בזמן הזה מדרבנן, הרי שמדובר בספק דרבנן בלבד, ולכן יש להכריע בו לקולא.⁸ אולם החזון איש⁹ כתב שהדעה נוטה להחמיר ומציין שתי סיבות לכך:

1. הירושלמי הסתפק בגלל הפסוקים הסותרים, וספק דאורייתא – לחומרא, אף שבזמן הזה שביעית אינה אלא מדרבנן.¹⁰
2. ייתכן שהירושלמי הסתפק רק לעניין איסור תורה, אך מכל מקום יש איסור דרבנן. קושיה זו על פאת השולחן הקשה גם בספר מנחת שלמה.¹¹

ב. מלאכות חקלאיות בעציץ שאינו נקוב

כאשר צמח נשתל בעציץ, מעמדו ההלכתי נגזר בין היתר מסוג העציץ: כאשר העציץ נקוב, נחשב הצמח כמחובר לקרקע. אך אם העציץ אינו נקוב, נחשב הצמח כתלוש מן הקרקע.¹²

6. ירושלמי ערלה א, ב.

7. פאת השולחן כ, נב.

8. וכן דעת הרב עובדיה יוסף, השביעית והלכותיה עמ' כב הע' ה.

9. חזון איש שביעית כב, א; כו, ד.

10. עיינו גם ש"ך יו"ד קי, דיני ספק ספיקא, יט.

11. מנחת שלמה נא, ז.

12. ראו משנה דמאי ה, י; ירושלמי כלאים ז, ו; בבלי שבת צה, א-ב.

לגבי השמיטה בעציץ שאינו נקוב אין מקורות מפורשים בגמרא ובראשונים. בהקשרים אחרים, כגון חיוב תרומות ומעשרות או כלאיים מצאנו שיש איסור מדרבנן.¹³ הרב שלמה זלמן אויערבך¹⁴ מעלה את האפשרות שבשמיטה לא יהיה אפילו איסור מדרבנן: לדבריו, טעם האיסור בעציץ שאינו נקוב הוא רק גזרה שמא יבואו לזרוע בעציץ נקוב, וייתכן שבשמיטה שהיא אירוע המתרחש רק אחת לכמה שנים לא גזרו. למרות זאת, הרב אויערבך אינו מקל למעשה, כיוון שמדברי הראשונים נראה להחמיר בכך. וכן הכריע **החזון איש** (ולמד כן מדברי הרדב"ז¹⁵).

אולם כתב **החזון איש**¹⁶ שהמקל לזרוע בעציץ שאינו נקוב המונח בתוך בית – יש לו על מה לסמוך, היות שניתן לצרף שתי קולות: דעת פאת השולחן המקל בזריעה בבית אפילו בעציץ נקוב; וכן העובדה שלא מצאנו איסור מפורש על זריעה בעציץ שאינו נקוב אפילו כשהוא בחוץ. גם הרב אהרן ליכטנשטיין¹⁷ כתב שיש מקום להקל בעציצים, ולא רק מצד דיני הספקות, אלא גם מצד הפסוקים עצמם: הירושלמי הסתפק, כאמור, האם זריעה בבית מותרת כי אינו "שדך", או שהיא אסורה כי בית הוא בכלל "הארץ". עציץ שאינו נקוב המונח בבית, אינו בכלל "הארץ" שכן הוא מנותק מהארץ, ואינו בכלל "שדך" כי הוא בבית.

ג. זריעה על גבי מצע מנותק בחממה

לגבי זריעה בחממות על גבי מצעים מנותקים, נחלקו האחרונים אם אפשר להתירה כזריעה בבית בעציץ שאינו נקוב. לדעת הרב שלמה זלמן אויערבך¹⁸ יש להתיר זריעה כזו, בפרט שהיום שמיטה נוהגת רק מדרבנן.

אולם לדעת המנחת יצחק¹⁹ אין להקל בחממה, ודינה כשדה, כיוון שכיום זוהי דרך מקובלת ונפוצה לזריעה. יסוד חילוקו של המנחת יצחק בין בית לחממה, נעוץ ביישוב הסתירה בין הירושלמי הנ"ל, לדברי המשנה במסכת שביעית: "עושין להם (=לנטיעות) בתים... עד ראש השנה".²⁰

המשנה מציינת שמותר לעשות בתים לנטיעות עד ראש השנה, אך משנכנסה השמיטה אסור לעשות בתים כאלו. הרמב"ם²¹ מבאר ש"עשיית בתים היא": "שעושין להן סככות כדי לשמרם מן הגשם בזמן שמוזקן או מן השמש". ולכאורה קשה, אם המשנה אסרה עשיית

13. רמב"ם תרומות ה, טז; כלאיים א, א.

14. מנחת שלמה מא, ד.

15. רדב"ז שמיטה ויובל א, ו.

16. חזון איש שביעית כב, א; כו, ד.

17. הובאו דבריו אצל הרב יוסף צבי רימון, שמיטה, תשע"ד עמ' 87.

18. מנחת שלמה ג, קנח.

19. שו"ת מנחת יצחק י, קטז.

20. משנה שביעית ב, ד.

21. פירוש המשנה לרמב"ם שביעית ב, ד.

בתים לנטיעות, הרי שסברה שאיסורי שמיטה נוהגים אפילו בבית, ומדוע הסתפק הירושלמי בדין שמיטה בבית?

החזון איש²² מיישב, שהמשנה אסרה עשיית בתים שמטרתם להועיל ולהטיב לגידולים, ואילו הירושלמי הסתפק לגבי בית המזיק לצמחים הגדלים בו, כי הוא מונע מהם אור גשם וטל, "והבית להם לרוועץ". לדעת המנחת יצחק, העובדה שהגידול בחממות מקובל ונפוץ, מלמדת שגידול באופן זה נעשה לתועלת הצמחים, ולפיכך אסור בשמיטה.

הנחת מוצא זו, שהגידול בחממות נעשה לתועלת הצמחים, אינה פשוטה כל כך. ישנם גידולים שהסיבה לגידולם בחממה אינו התועלת לצמח עצמו, אלא תועלת צדדית אחרת. כך למשל בגידולי עלים, ניזוקים הצמחים מתנאי האקלים השוררים בחממה. בגידולים אלו, השימוש בחממה נעשה כדי למנוע כניסת חרקים, מטעמי כשרות.²³

למעשה, כדי להוציא עצמנו מכל ספק, מוצע למכור את הגידולים שבחממה, ואת האדמה שבה הם גדלים. בפתרון זה, בצירוף להיתרים הקיימים בחממות ועציץ שאינו נקוב, יש היתר לכתחילה. החשש הרגיל שקיים בהיתר מכירה לאיסור "לא תחנם" אינו קיים באופן זה, היות שמוכרים רק את רגבי האדמה (soil), ואין בכך מתן חנייה לנכרים בארץ.

ד. הסכם המכירה

אחת השאלות ההלכתיות שעמדו בבסיס פולמוס היתר המכירה, היא האם מכירת הקרקע לנכרי מפקיעה אותה מהחוב במצוות התלויות בארץ בכלל, וממצוות השמיטה בפרט.

מבחינה היסטורית, מדובר בנושא שהיה שנוי במחלוקת במשך דורות רבים. הוויכוח החל בצפת לפני כ-450 שנה בין רבי יוסף קארו בעל השולחן ערוך, לבין רבי משה דיטיראני, ונמשך עד פוסקי דורנו.²⁴

בהקשר בו אנו עוסקים, מטרת המכירה היא להכניס סניף נוסף להיתר, כך שגם אם העציצים בחממה נחשבים כקרקע החייבת בשמיטה, המכירה לנכרי תפקיע אותם מהחוב בדיני השמיטה, ותתיר את המלאכות החקלאיות בהם.

מהצורך הזה נגזרות המטרות של הסכם המכירה:

- להבטיח שהזרעים, השתילים, העציצים והאדמה שבעציצים (להלן: ז"ש) – יעברו כולם לרשות הנכרי;
- שמעשי הקניין יחולו גם על ז"ש שאינם ברשותו של בעל החממה כיום, והוא עתיד לקנותם עד תום שנת השמיטה;

22. חזון איש שביעית ב, ו.

23. ראו דבריו של פרופסור יפתח בן אשר, התורה והארץ ו עמ' 336, מומחה לאגרוביולוגיה מאוניברסיטת בן גוריון.

24. ראו בסף משנה שמיטה ד, כט; שו"ת אבקת רובל, כה; שו"ת מהרי"ט א, מג; ברכי יוסף יו"ד, שלא; חזון איש שביעית, ב, עמ' 290; שו"ת יביע אומר י, יו"ד, מב.

- להבטיח שבעל החממה יוכל להמשיך לטפל, לגדל ולשווק את כל יבולי החממה, בלי התערבות מצד הנכרי הקונה;
 - להבטיח שבעל החממה יקבל את התמורה על מכירת הזו"ש, או במקרה של אובדן התוצרת החקלאית ח"ו, את הפיצויים שמעניק הביטוח;
 - להבטיח שבעל החממה יקבל חזרה לבעלותו את כל הזו"ש בתום שנת השמיטה.
- לצורך כך, מקנה בעל החממה את כל הזו"ש המצויים ברשותו כעת, לנכרי הקונה. בגלל המחלוקות והספקות באשר לאופן קניינו של נכרי מיהודי, פורטו בהסכם כל מעשי הקניין שניתן לבצעם בנסיבות הקיימות (קניין כסף,²⁵ סיטומתא,²⁶ סודר,²⁷ אודיתא,²⁸ חצר, אגב²⁹ – באופן המפורט בסעיפים 1-3 להסכם).³⁰ בשלב זה, על הנכרי לשלם לבעל החממה סך כסף (להלן: התשלום הראשון), אשר באמצעותו נעשים הקניינים הנ"ל על הזו"ש הקיימים.

ה. זרעים ושתילים שאינם ברשות המוכר בזמן חתימת ההסכם

- הקניית הזו"ש שאינם ברשותו של בעל החממה, ושיגיעו לרשותו רק בהמשך השנה, סבוכה יותר, משום שאדם אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו.³¹
- לפיכך, הנכרי יפקיד סך כסף נוסף אצל בעל החממה (להלן: כסף הפיקדון), ובכל פעם שסחורה חדשה תגיע לידי בעל החממה – הוא ימכור אותה לנכרי, תמורת פרוטה מכסף הפיקדון. מעשה קניין באופן זה מועיל, כמבואר בגמרא:
- האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך, והלכה ומצאתו שנגנב או שאבד, אם נשתייר הימנו שוה פרוטה – מקודשת.³²
- בברייתא מבואר שאדם שהפקיד כסף אצל אישה, יכול לקדשה קידושי כסף באותו פיקדון. הברייתא מתנה זאת בכך שלפחות פרוטה אחת מהפיקדון תהיה מצויה אצל האישה, אך
25. לעניין תחולת קניין כסף במכר מיטלטלין מידי ישראל לנכרי ולהפך, ראו **סמ"ע** חו"מ, קצד, א; טז; ש"ך שם, א; ד; גר"א שם, יא.
26. לעניין תחולת קניין סיטומתא במכר מיטלטלין מידי ישראל לנכרי ולהפך, ראו **פתחי תשובה** יו"ד, שכ, ד. ונחלקו שם אם קניין זה מועיל מדאורייתא או מדרבנן, ואף אם מועיל רק מדרבנן, האם קניין מדרבנן מועיל לדאורייתא.
27. לעניין תחולת קניין סודר במכר מיטלטלין מידי ישראל לנכרי ולהפך, ראו **תוספות** קידושין ג, א ד"ה ואשה; ש"ך חו"מ קבג, ל; **קצות החושן** קצה, א.
28. לעניין תחולת קניין אודיתא במכר מיטלטלין מידי ישראל לנכרי ולהפך, ראו **קצות החושן** קצד, ד.
29. לעניין תחולת קניין חצר ואגב במכר מיטלטלין מידי ישראל לנכרי ולהפך, ראו **טור** יו"ד, שכ, לגבי הקניית און בהמה מבכרת לנכרי; ט"ז שם, ז; **גליון מהרש"א** שם ד"ה ויקנה לו המקום; **שו"ת משאת בנימין**, צו; **קצות החושן** קצד, ג.
30. יש להעיר, שבנדון דידן ישנה קולא חשובה בהשוואה להקשרים אחרים בהם דנו במכירה לנכרי: ישנה מחלוקת ראשונים האם מעשה קניין שתוקפו מדרבנן מועיל לדאורייתא, ולכן עמלו הפוסקים למצוא מעשה קניין שיועיל למכירת חמץ, בכור ועוד. אולם בנדון דידן די במעשה קניין שתוקפו דרבנן, היות שלרוב הדעות שביעית בזמן הזה מדרבנן בלבד.
31. **שולחן ערוך** חו"מ רט, ה.
32. **קידושין** מז, א.

אם נשתייר פחות מכך – אין הקידושין חלים בפחות משווה פרוטה. מכל מקום, למדנו מהגמרא שאין מניעה לבצע קניין כסף בפיקדון המופקד אצל המוכר, למרות שאין מעשה פיזי של העברת ממון בזמן מעשה הקניין.

למעשה כאן, בזמן המכר, זוכה בעל החממה בפרוטה מכסף הפיקדון אצל³³ על ידי קניין חצר,³⁴ ומקנה לנכרי תמורתה את הזו"ש החדשים. תמורת פרוטה נוספת מתוך כסף הפיקדון משכיר בעל החממה את מקום הזו"ש החדשים לנכרי למשך שעה, ובכך מאפשר לו לזכות בזו"ש החדשים בקניין חצר. בתמורה לפרוטה שלישית מתוך כסף הפיקדון משכיר בעל החממה לנכרי ארבע אמות בפתח ביתו, ומתכוון לאפשר לו לזכות בזו"ש החדשים בקניין אגב.

אף שבשעת העברת הבעלות הקונה והמוכר אינם מודעים להליך הקנייני שאירע, הקניין חל, משום שדי בגילוי הדעת המוקדם של שני הצדדים שהיה בעת חתימת ההסכם:

ניתן ללמוד שאין הכרח שהמוכר יהיה מודע למעשה הקניין בעת התרחשותו, מדין קניין חזקה שבו המוכר אומר לקונה "לך חזק וקני",³⁵ ואף שהמוכר אינו נוכח בעת ביצוע מעשה הקניין, הקניין חל. וכן מדין קנייה של פיקדון על ידי הנפקד, שמועיל אף שהמפקיד אינו מודע להעברת הבעלות, ובלבד שהנפקד הודיע מראש שבכוונתו לקנות את הפיקדון.³⁶

כמו כן ניתן ללמוד שאין הכרח שהקונה יהיה מודע למעשה הקניין בעת התרחשותו, מדין חצר, שחצרו של אדם קונה לו גם שלא מדעתו.³⁷ לדעת חלק מהפוסקים דין זה נכון גם בחצרו של נכרי, ואף שנכרי אינו בר שליחות, וחצר שאינה משתמרת קונה מדין שליחות – לא מדין שליחות ממש קונה "הא בשליחות בעיני בני ברית וכי חצר בן ברית הוא?! אלא הכוונה דהוי כשליחות ולא כיד דלא בעינן שיהא עומד בצדו".³⁸

33. לעניין תחולת קניין חצר כדי לקנות מטבעות, ראו **שולחן ערוך** חו"מ רג, ט ושם בסמ"ע שם, טו.

34. האחרונים דנו בשאלה האם נפקד יכול לקנות את החפץ המופקד אצלו באמצעות קניין חצר. בשו"ת **מהרי"ט** א, סה, כתב שאין מניעה שהנפקד יזכה בפיקדון, שהרי פיקדון זה נמצא ברשותו. ואף שבהסכמתו לשמור על הפיקדון נתרצה גם לייחד עבורו מקום, ולכאורה זכה הנפקד במקומו של הפיקדון – אין הדבר כן, שהרי במה קנה הנפקד את מקום החפץ? ועוד, שהרי לרוב הנפקד אינו מתחייב להניח את הפיקדון במקום מסוים, ואם כן כיצד נאמר שהשאליל למפקיד את המקום? ואף אם נאמר שהמפקיד זכה במקום החפץ, יש לומר שהנפקד חוזר וזוכה במקום, ויחד עמו בחפץ.

קצות החושן קפט, א, חולק על המהרי"ט, עיינו שם באריכות. עם זאת, במקרה דנן יודה קצות החושן למהרי"ט, משום שכבר בזמן ההפקדה הוסכם בין הצדדים שהנפקד יזכה בחלקים מהפיקדון לעתים מזומנות. באופן זה לכלי עלמא יכול הנפקד לזכות, "ולא הוי אלא כמפקיד לשלשים יום, דאחר שלשים יום הדרא חצר למריה קמא" – היות שהוסכם מראש בין הצדדים שהנפקד יוכל לקנות את הפיקדון על ידי חצרו, הסתיימה השאלת מקום החפץ בשעה שהנפקד רוצה להחיל קניין חצר.

35. **בבא בתרא** נב, ב.

36. **טור ושולחן ערוך** חו"מ קפט, א. ט"ז וקצות החושן שם נחלקו האם הנפקד יכול לקנות את החפץ המופקד בקניין חצר, כאשר הדבר לא הוסכם מראש בינו לבין המפקיד. אולם כאשר הדבר הוסכם מראש, מוסכם על כל הפוסקים כי קניין זה אפשרי.

37. **בבא מציעא** יא, א; **רמב"ם** זכיה ומתנה א, ד; **שולחן ערוך** חו"מ רמג, כ

38. **ערוך השולחן** חו"מ קצד, יב.

וכן מצאנו שגם כשהמוכר והקונה אינם מודעים למעשה הקניין בעת התרחשותו, עדיין יחול הקניין: רבי עקיבא איגר בתשובותיו,³⁹ דן במי שמכר בהמה מבכרת לנכרי בקניין כסף, והיה סבור שדי במעשה קניין זה. אחר כך לקח הנכרי את הבהמה לעדרו. והשיב רבי עקיבא איגר שקניין המשיכה חל, אף שגם המוכר וגם הקונה לא נתכוונו לקנות בעזרתו. שכיוון ששניהם רצו בתוצאת המכר, חל מעשה הקניין ואין פגם בכך שלא הייתה כוונה בשעת המשיכה.

כדי שמעשי הקניין הנ"ל יחולו, חיוני שהכסף שנתן הנכרי כפיקדון יונח במקום שמור ברשותו של בעל החממה. אם אבד כסף הפיקדון – יש להפקיד סך חדש במקומו. שווייה של פרוטה כיום כ-5 אגורות,⁴⁰ וממילא עבור כל סחורה חדשה שרוכש בעל החממה ומוכר אחר כך לנכרי – זוכה בעל החממה ב-15 אג' מתוך הפיקדון. מטעם זה, יש להבטיח שכסף הפיקדון יוכל 'לכסות' את כל המשלוחים. לדוגמה: אם הופקדו 30 ש"ח, יהא בהם די עבור 200 רכישות של סחורה חדשה. על הצדדים להתאים את כסף הפיקדון לאופייה המסחרי של החממה ולהיקף רכישותיה.

ו. הבטחת זכויותיו של בעל החממה

יש להבטיח שפרנסתו של בעל החממה לא תיפגע, אף שכעת הוא אינו הבעלים על הזו"ש. לפיכך ההסכם מעגן את זכויותיו: הזכות הבלעדית לטיפול בזו"ש מוענקת לו, משלב הגידול ועד שלב השיווק, במסגרת הסכם שכירות עם הנכרי. את הגידול עליו לעשות לפי ההגבלות ההלכתיות, אך זה אינו עניין להסכם בינו לבין הנכרי. ההסכם מבטיח כי אם הנכרי ישנה דעתו ולא ירצה להמשיך להעסיק את בעל החממה בגידול הזו"ש, יזכה בעל החממה לפיצוי על אובדן הפרנסה. פיצוי בסך 110% מסך הרווח שהיה בשנה הקודמת, מהווה פיצוי הגון, ואינו נתפס כהבטחה תלושה שאין בכונתו הצדדים לעמוד בה, שהיא אסמכתא ואינה תקפה.⁴¹

39. שו"ת רבי עקיבא איגר קמא, לו.

40. פרוטה שווה 1/40 גרם כסף. נכון למועד כתיבת שורות אלו (חשוון תשע"ו), מחיר גרם כסף כ- 2.2 ש"ח, ולפיכך שווי הפרוטה כ- 5.5 אגורות.

הסמ"ע פח, ב, והש"ך יו"ד שה, א, הסתפקו אם ערכה של פרוטה מוצמד לערכה של חצי שעורה כסף, בין אם החלה ובין אם הוקרה; או שמדובר בערך המינימלי ביותר שעוד יש לו חשיבות. לפי דבריהם ספק אם יהיה ב-5 אג' די לביצוע הקניינים. אך האבני מילואים כו, א, כתב שהעיקר כרוב הראשוניים שסוברים שפרוטה שווה לחצי שעורה, בין אם הוקרה ובין אם החלה, אף על פי שאין לסכום פעוט זה חשיבות. נראה שבנידון דידן – שמיטה בזמן הזה – ניתן להקל ולסמוך על דעת האבני מילואים.

41. בהתאם לדברי הגמרא בבא מציעא קד, א: "המקבל שדה מחבירו והובירה – שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא". משנה זו קובעת שפועל שקיבל עליו לטפל בשדה חברו, יתחייב לשלם את סך ההפסד שנגרם לבעל הקרקע, אם התחייב לכך. התחייבות כזו תקפה, משום שהיא משקפת את הנוק האמיתי שנגרם לבעל השדה, ואין בה משום גומא. זאת בניגוד למקרה שבו התחייב הפועל התחייבות מוגזמת שלא היה בכונתו לעמוד בה, כמבואר בגמרא שם, ב: "ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר: אי מוברנא לה – יהיבנא לך אלפא זו"י". להתחייבות זו אין תוקף, משום ש"אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא".

מלבד הזכות להמשיך לטפל בזו"ש, יכול בעל החממה לרכוש את התוצרת שגדלה בחממה, כך שיהנה מפירות עמלו. בעל החממה יכול לבחור באחד משני מסלולים שבהם הוא נהנה מהתמורה לעמלו: לגבות את הוצאותיו ושכר עמלו מתוך התמורה שנתקבלה על הגידולים שנמכרו, ולצורך כך עליו לתת דו"ח על כל ההוצאות; או לשלם סך מוסכם עבור כל חודש (להלן: התשלום החודשי; להלן נקטנו בתשלום חודשי של 5 ש"ח), וליטול את כל התוצרת החקלאית שנתקבלה לעצמו. ניתן לשלם לכל השנה כבר בעת חתימת ההסכם, וסכום זה יחשב הלוואה שממנה יקוזז התשלום החודשי.

כמו כן, בעל החממה רשאי לקנות עבור עצמו את כל הזו"ש אם יחפוץ בכך. **אנו ממליצים לבעל החממה לעשות כן במוצאי שנת השמיטה, ובכך להחזיר לעצמו את הבעלות על כל הזו"ש שמכר לנכרי.** הקנייה חוזרת של הזו"ש יכולה להיעשות על ידי קניין חצר, ולפיכך אין צורך בהסכם חדש או במעשה קניין נוסף. אם בעל החממה בחר לשלם את התשלום החודשי עבור קניית התוצרת ולהיפטר מנתינת דו"ח על ההוצאות, לא יהיה עליו להעביר סכום נוסף לצורך הקניין, כיוון שכבר שילם במסגרת התשלום החודשי.

ההסכם מגן על הצדדים במקרה של אונס ח"ו שיארע לאחד מהצדדים. במקרה כזה, מוסכם כי בעל החממה קונה את כל הזו"ש שעה אחת קודם התרחשות האונס. קניין כזה מועיל, כמו שמצאנו בנותן מתנה שעה אחת לפני מותו.⁴²

סיכום מעשי

- בעל המשתלה (שיש בה חממות עם מצע מנותק) והנכרי יחתמו על ההסכם.
- הנכרי ישלם לבעל המשתלה סך של 10 ש"ח עבור הזו"ש שכבר בבעלות בעל המשתלה.
- הנכרי יפקיד אצל בעל המשתלה סכום כסף עבור הזו"ש שיקנה במהלך השמיטה. על בעל המשתלה לשמור סכום זה כפיקדון עד סוף שנת השמיטה. באמצעות סכום זה יקנה הנכרי את כל הזו"ש החדשים שיגיעו למשתלה במהלך השנה.
- בעל המשתלה ישלם לנכרי עבור התוצרת סך של 5 ש"ח עבור כל חודש משנת השמיטה, ובסך הכל 60 ש"ח.

42. קצות החושן רפא, ח. בקניית הזו"ש אין חשש ש"כלתה קניינו", כיוון שהזו"ש עדיין עומדים בחממה, וניתן לקנותם בקניין חצר.

הסכם מכירה לגידולי חממה עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש _____ (/ / _ למניינם)

בין (בעל המשתלה):

שם _____ ת.ז.ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן, צד א')

ובין (הנכרי):

שם _____ ת.ז.ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן, צד ב')

הואיל וצד א' הוא בעלים על זרעים, שתילים, אדמה לעציצים (soil), וכלים לגידול עציצים (להלן: זו"ש),

והואיל וכבר כיום יש בידי צד א' זו"ש, והוא עשוי לרכוש זו"ש במשך שנת השמיטה,

והואיל וצד ב' מעוניין לרכוש את הזו"ש שישנם ושיהיו בידי צד א' בשנת השמיטה,

וכן הואיל וצד ב' מעוניין שצד א' יטפל בעצמו או על ידי פועליו בהנבטה ובגידול ושיווק של הזו"ש,

על כן הוסכם בין הצדדים למכור ולקנות ולהתחייב ולהתעסק ככל האמור להלן:

1. צד א' מוכר לצד ב' את כל הזו"ש, הנמצאים בחממה שכתובתה מצוינת בסוף ההסכם, באופן המועיל על פי הדין, בקניין כסף בסך 9 ש"ח, שקיבל צד א' עבור הזו"ש הנ"ל (כסף זה ישמש הן בתורת מעשה קניין על כל הזו"ש הנ"ל והן בתורת תחילת פירעון על כל הזו"ש הנ"ל), ו/או על ידי שטר זה בתורת סיטומתא, ו/או על ידי קניין סודר בכלי הכשר לקנות בו (שנעשה במעמד חתימת שטר זה), ו/או בקניין אודיתא שבשטר זה, ו/או על ידי קניין אגב, ו/או על ידי קניין חצר.⁴³

2. לשם מעשי קניין אלו משכיר צד א' לצד ב' ארבע אמות על ארבע אמות בכניסה לדירתו למשך שעה אחת מעכשיו, ואגב זה מקנה את הזו"ש בקניין אגב, וכן משכיר צד

43. צד א' מקנה לצד ב' את הזו"ש. ישנה מחלוקת בין הפוסקים באיזה מעשי קניין קונה נכרי מיד יהודי, ועל כן נהוג לבצע את כל הקניינים המוכרים בהסכם בסעיפים 1-3: קניין כסף; קניין סיטומתא; קניין סודר; קניין אודיתא; קניין אגב וקניין חצר.

- א' לצד ב' את המקום עליו נמצאים הזו"ש למשך שעה מעכשיו, על מנת לקנות את הזו"ש בקניין חצר.⁴⁴
3. לצורך קנייני אגב וחצר הנ"ל, מושכרות הקרקעות (המקום בו נמצאים הזו"ש, וכן הד' על ד' אמות בכניסה לדירתו) בקניין כסף בסך 1 ש"ח, ו/או בקניין סודר בכלי הכשר לקנות בו שנעשה במעמד חתימת שטר זה, ו/או על ידי שטר זה בתורת סיטומתא, ו/או בקניין אודיתא שבשטר זה.⁴⁵
4. שני הצדדים מעוניינים בכך שצד א' יקנה לצד ב' את כל הזו"ש שיקנה במשך שנת השמיטה, ושלפי שיקול דעתו של צד א' ייעשה בהם שימוש בשנת השמיטה; אחר הגעת הזו"ש ולפני השימוש בהם ייעשו הקניינים האמורים לעיל בסעיף 1, באופן המועיל, בשלוש פרוטות מתוך סך הפיקדון, המוזכר בסוף ההסכם, שהפקיד צד ב' אצל צד א', ושיעמדו בביתו של צד א'.⁴⁶
5. צד ב' שוכר את צד א' לטפל, לגדל ולשווק את הזו"ש כפי שמבואר בסעיף 6. צד ב' קיבל עליו מעכשיו, ושעבד את כל נכסיו שיש לו ושעתיד לקנות, לשלם לצד א' 110% מן הרווח שהיה לצד א' בשנה שלפני שנת השמיטה הנוכחית ממכירת הזו"ש – אם צד ב' יחזור בו מן השכירות.⁴⁷
6. צד א' מתחייב לטפל בזו"ש של צד ב': לזרעם ו/או לשותלם, להנביטם ולגדלם, להשקותם ולדשנם – הכול על פי הידע המקצועי שיש בידו ועל פי מה שההלכה מתירה לו, כל זאת על פי שיקול דעתו של צד א'. כמו כן, יש בידו הרשות להוציא כל הוצאה שיראה לנכון לצרכים אלו. הזריעה ו/או השתילה וכן כל עבודות הגידול עד שעת השיווק ייעשו על ידי צד א' עבור ובשם צד ב'. לצד א' לא יהיו כל טענת בעלות על הזו"ש מחמת עבודת הגידול והטיפול בהם.⁴⁸
7. המחיר המלא שצד ב' יתחייב על קניית הזו"ש הנ"ל בסעיף 1 ובסעיף 4, וכן התשלומים עבור ההוצאות הנ"ל בסעיפים 5-6, ועבור הניהול והידע המקצועי, ייקבעו על ידי שלושה שמאים הבקיאים בשומא. התשלומים עבור כל הנ"ל וכן תשלומים שיעברו על ידי צד א' לכל גוף עבור הזו"ש, נוקפים על צד ב' כהלוואה שהוא מחויב לשלמה. צד ב' מרשה לצד א' לגדל ולשווק את הזו"ש על פי שיקול דעתו הבלעדי, ובכלל זה לקנות
44. השכרת מקומות אלו נצרכת כדי לבצע קניין אגב וקניין חצר.
45. תשלום 9 השקלים המוזכרים בסעיף 1, ותשלום השקל הבודד המוזכר בסעיף 3 הם התשלום הראשון, שתמורתו נמכרים כל הזו"ש שבבעלות צד א' בעת חתימת הסכם המכירה. תשלום זה הנו תחילת פירעון בלבד. קביעת סכום התשלום המלא מוסדרת בסעיף 7.
46. סעיף זה מסדיר את מכירת הזו"ש שיגיעו לרשותו של צד א' אחרי חתימת הסכם המכירה. המכירה נעשית על ידי כסף הפיקדון שיקבל צד א' מצד ב'. תשלום זה הנו תחילת פירעון בלבד. קביעת סכום התשלום המלא מוסדרת בסעיף 7.
47. סעיף זה נועד להבטיח שצד א' ימשיך לגדל ולטפל בחממה ובזו"ש שבה; לחלופין, אם צד ב' לא ירצה להמשיך להעסיק את צד א' בטיפול בחממה ובזו"ש, יקבל צד א' פיצוי הולם מצד ב'.
48. סעיף זה מבאר שהצמחים הגדלים בחממה כבר אינם בבעלות צד א'. מטעם זה, אין איסורי השמיטה חלים על זו"ש אלו.

- לעצמו את הזו"ש; את כל המגיע לצד א' עבור ההוצאות הנ"ל, הוא יוכל לגבות מההכנסות ממכירת הזו"ש.⁴⁹
8. צד א' יהיה זכאי לגבות את ההלוואה הנ"ל מההכנסות ממכירת הזו"ש, ולא מנכסים אחרים של צד ב'.⁵⁰
9. עוד הוסכם בין הצדדים, שאם ייתן צד א' לצד ב' סכום של 5 ש"ח לחודש, ייפטרו שני הצדדים מהעמדת שמאים כנ"ל, ויהיה צד א' רשאי לשמור לעצמו את כל התמורה משיווק הזו"ש.⁵¹
10. צד ב' פוטר את צד א' מכל חיובי שמירה על הזו"ש, ובכלל זה מפשיעה.⁵² הצדדים הסכימו, כי אם יארע אונס ח"ו שלא יאפשר לצד א' לטפל בזו"ש, ייקנו הזו"ש לצד א' באופן המועיל שעה אחת לפני האונס. וכן במקרה של פטירה ח"ו של צד ב', ייקנו הזו"ש לצד א' באופן המועיל שעה אחת קודם הפטירה.⁵³
11. הוסכם בין הצדדים, כי רק צד א' רשאי לבטח את הזו"ש; רק צד א' רשאי לדרוש את כספי הביטוח בעקבות הפסדים של הזו"ש; ורק צד א' יהיה זכאי לקבל עבור הזו"ש את כספי הביטוח, או כל פיצוי כספי אחר הניתן בדרך כלל לבעל הזו"ש.⁵⁴
12. הצדדים הסכימו שבכל מקרה של סכסוך, יובאו הדברים לבוררות בפני בית הדין _____, או לבית דין אחר המוסכם על שני הצדדים, הן לדין הן לפשרה.⁵⁵
49. סעיף זה מסדיר את קביעת גובה התשלום המלא בו יישא צד ב' עבור כל הזו"ש שנמכרו לו מחתימת ההסכם ועד סוף שנת השמיטה, וכן עבור הטיפול והגידול וכו' שמטפל צד א' בזו"ש שבבעלות צד ב'. הסעיף מבטיח את זכותו של צד א' לשווק את הזו"ש שנמכרו וכבר אינם בבעלותו, וכן את זכותו לגבות את החוב הנ"ל מהזו"ש ומהתקבולים שיתקבלו ממכירת הזו"ש. כמו כן, רשאי צד א' לרכוש את הזו"ש בחזרה לעצמו, ואף מומלץ לעשות כן בסוף שנת השמיטה.
50. סעיף זה מגן על צד ב' במקרה שנוצרו הפסדים, והרווח שהתקבל ממכירת הזו"ש נמוך מההוצאות שהוציא צד א' במהלך הטיפול בהם.
51. כאמור, בעל החממה יכול לבחור באחד משני מסלולים שבהם הוא נהנה מהתמורה לעמלו: לגבות את הוצאותיו ושכר עמלו מתוך התמורה שנתקבלה על הגידולים שנמכרו, ולצורך כך עליו לתת דו"ח על כל ההוצאות, כאמור בסעיף 7; או לשלם סך מוסכם עבור כל חודש – נקטנו בסכום 5 ש"ח, וליטול את כל התוצרת החקלאית שנתקבלה לעצמו, כאמור בסעיף זה.
52. אף על פי שמעיקר הדין בעל החממה נחשב שומר שכר על הזו"ש, הצדדים מסכימים לפטור אותו מכל חיובי שומרים, ובכלל זה מהפסדים שיארעו לזו"ש אם יפשע בשמירתם ובטיפול בהם.
53. ההסכם מבקש להגן על הצדדים מפני מקרי אונס או פטירה ח"ו, העלולים – מלבד האובדן הכרוך בהם – להוביל למצב בו ההתחייבויות שבהסכם זה אינן חלות עוד עליהם ועל הבאים מכוחם. הצדדים מסכימים שאם יתרע מזלם ויארע מקרה כזה, יקנה צד א' את כל הזו"ש שמכר בחזרה, שעה קודם האירוע המצער, באופן של קניין חצר ו/או קניין אודיתא, ו/או בכל אופן מועיל אחר.
54. ההסכם מעגן את הסכמת הצדדים, שהרשות לבטח את הזו"ש, והזכות ליהנות מפיצויים כלשהם – נתונים לבעל החממה, היות שהוא זה שמשקיע מהונו ומרצו בעסק, על אף שאינו בעלים.
55. הפנייה לבוררות בדין תורה מעוגנת בהסכם, על מנת להבטיח טיפול מהיר במקרה של תקלות, על פי דין תורה.

13. הצדדים מודים ומאשרים שקראו את דברי ההסבר להסכם המכירה. הסבר זה הוא חלק בלתי נפרד מההסכם, ובכל מחלוקת על פרשנות ההסכם – לדברי ההסבר יינתן משפט הבכורה בפרשנותו.

הצדדים מודים ומאשרים כי כל הנ"ל נעשה בקניין גמור בכל דבר לפי עניינו על פי תורתנו הקדושה וחוקי המדינה, ואם אחד הקניינים דלעיל אינו יכול לחול על פי תורתנו הקדושה אין הוא מבטל את שאר הקניינים. כמו כן, תוקף שטר זה כתוקף כל השטרות הנעשים כתיקון חז"ל ודלא כאסמכתא וכיוצא בזה. וכן ישנה הזכות לשני הצדדים לאשר תוקף שטר זה אצל עו"ד נוטריון.

כתובת החממה: _____

סכום הפיקדון המצוין בסעיף 4:56 _____

ועל זה באנו על החתום

צד ב'

צד א'

56. כדי להקנות את הזו"ש שנרכש לאחר חתימת ההסכם, חיוני שכל הכסף שנתן הנכרי כפיקדון יונח במקום שמור ברשותו של בעל החממה. אם אבד כסף הפיקדון – יש להפקיד כסף חדש במקומו. שוייה של פרוטה כיום כ-5 אגורות, וממילא עבור כל סחורה חדשה שרוכש צד א' ומוכר אחר כך לצד ב' – זוכה בעל החממה בכ-15 אג' מתוך הפיקדון. מטעם זה, יש להבטיח שסכום כסף הפיקדון יוכל "לכסות" את כל המשלוחים. לדוגמה: אם הופקדו 30 ש"ח, יהא בהם די עבור 200 רכישות של סחורה חדשה. על הצדדים להתאים את כסף הפיקדון לאופייה המסחרי של החממה ולהיקף רכישותיה. בסוף השמיטה יכול צד א' לקחת לעצמו את כסף הפיקדון.