

## 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 לאיכפו 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 שלוהו 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 קניין, 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"<sup>1</sup>, 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"<sup>2</sup>. 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 עצמו<sup>3</sup> להלן תיקרא, זכות קניינית; והשנייה, הנקראת בדרך כלל הקנאה – מבטאת פעולה המשנה את זכויות הקניין של הנושאים והנותנים<sup>4</sup>, 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 ראייה, כלומר שהוא בגדר ראייה 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"<sup>5</sup>, ביטוי לפגם המוסרי שבמעשהו. מונחים נוספים יובהרו להלן, אגב הדין בבעיות החוזה.

## א. חוזה חיוב (אובליגטורי) ודיניו

### 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.<sup>6</sup> מה הדין לגבי חוזה חיוב? באופן כללי ניתן לומר שגם חוזה זה זוקק מעשה קניין,<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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,<sup>9</sup> או בחתימת ידו של המתחייב.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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

**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.<sup>14</sup> התלבטו המפרשים אם זו היא הודאה ראייתית כנוכח 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.<sup>15</sup>

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 סט, א.

11. שם.

12. שו"ת ריב"ש, תעח.

13. שולחן ערוך חו"מ סט, 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".<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> בדומה לכך, נאמר שערב מתחייב בתמורה לאמון שנתן בו המלווה ללא מעשה קניין.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup>

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

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,<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

**אפותיקי** – זוהי מילה בארמית שמשמעה הטלת שעבוד על נכס מסוים, המהווה בטוחה לחוב.<sup>23</sup>

למרות הכתוב למעלה, ששטר גורר גם יצירת שעבוד נכסים, כבר בתקופת הראשונים קבע הרא"ש<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין<sup>26</sup> 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,<sup>27</sup> 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 אמת<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

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

תוספות<sup>33</sup> 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",<sup>34</sup> ויש הסוברים שזוהי התחייבות ממונית,<sup>35</sup> וכך מקובל לפסוק<sup>36</sup> (ראו עוד בספר זה,

29. שולחן ערוך ח"מ פב, א.

30. שולחן ערוך ח"מ קנז, ב.

31. שולחן ערוך ח"מ רג, א.

32. שולחן ערוך ח"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 משבועות<sup>37</sup> 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 תובא 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.<sup>38</sup>

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 הסיטומתא<sup>39</sup> 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 מנהג<sup>40</sup>. מכאן התוקף ההלכתי של הסכמים בדבר פטנטים או יצירה מופשטת, לדעת חלק מהפוסקים<sup>41</sup>.

ד. **תלוית 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<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

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.<sup>44</sup>

**קניין משיכה** – בדרך כלל, משמעותו של קניין משיכה היא, שהקונה מוציא את המוצר שקנה מרשות המוכר ומכניסו לרשות המיוחדת לו.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

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

**קניין מסירה** – פירושו העברת החבל שבו קשורה הספינה או הבהמה מיד המוכר ליד הקונה, קניין זה מתבצע אך ורק ברשות הרבים.<sup>49</sup> 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 התוספות<sup>50</sup> קניין זה ייחודי רק להם. הרא"ש<sup>51</sup> 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).<sup>52</sup>

לגבי מעשה קניין **במקרקעין** נאמר בשולחן ערוך: "קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקנין סודר".<sup>53</sup> 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".<sup>54</sup>

**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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup>

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.<sup>57</sup>

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.<sup>58</sup>

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.<sup>59</sup>

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

למרות שלא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו, ניתן להתחייב על דבר שלא בא לעולם.<sup>63</sup> 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, ו; 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 קיים<sup>64</sup> ויש חובה להחזיר את הכסף כאשר העסקה מתבטלת.<sup>65</sup> ומכאן, שבמעשי קניין אלה מעשה הקניין הוא מתמשך וחופף למועד התחולה של החוזה. לעומת זאת, קניין סודר,<sup>66</sup> משיכה,<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup>

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".<sup>69</sup> גם על החוזה האובליגטורי חלה הגבלה דומה.<sup>70</sup>

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...<sup>71</sup>

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 ח"מ קצא, ד.

65. קצות החושן קצא, ג.

66. שולחן ערוך ח"מ קצה, ה.

67. שולחן ערוך ח"מ קצו, ז.

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

69. שולחן ערוך ח"מ רי, א.

70. שולחן ערוך ח"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.<sup>72</sup>

### 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.<sup>73</sup>

דהיינו, כאשר התנאי אינו מנוסח כראוי – התנאי בטל והעסקה קיימת. בשולחן ערוך<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup>

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.<sup>77</sup>

לעומת זאת, לפי בעלי התוספות<sup>78</sup> והרמ"א,<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup>

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

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".<sup>83</sup> 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".<sup>84</sup>

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 למדר, 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 שבחווה 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

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

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

### 1. חווה חיוב

בנוגע לחווה 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.

חווה 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. חווה ריאלי

גם חווה ריאלי נכרת במעשה קניין ואין די בסיכום בעל פה. המגבלות על חווה 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, חווה חיוב חל במקרים אלה.

### 3. מגבלות כלליות

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

1. חווה 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 בחווה.
  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 כוונות הצדדים ואשר מעניקים לצדדים את הסעדים אותם הם מצפים לקבל במקרה של הפרה.