

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-ריתלמודיים. 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: גבריאלה 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 ועקרון הצדק החוזי – עיון משפטי-פילוסופי בסוגיית תליוהו חבין", **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* (1967) *UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW* 485. ראו גם: Joel Levin & Banks McDowell, *The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations*, 24 *MCGILL LAW JOURNAL* 29 (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-בנייה של המבנה הישן שבו הם התגוררו. הם יצרו קשר עם חברת הבנייה "דיור לעולה".⁸ לאחר משא ומתן הוסכם, כי בעבור פיננסי כל דירה בשטח 47 מ"ר יקבל בעליה דירה חדשה בת שלושה חדרים בגודל של 90 מ"ר, וכן תשלום שכר דירה החל ממועד הפיננסי 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** מו,ב; **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 כלל".

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 (=תלואה ומכר אמר) אבל תליוהו ויהיב לא הוי (=תלואה 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 הנז' [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, אז אמנם הוא יקבל תמורה בלתי מספקת במונחים סובייקטיביים.³⁵ אך לכל הפחות הוא יקבל תמורה שתשפר את מצבו במונחים אובייקטיביים. ברם, רב הונא, כפי שפירשהו 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. הראייה 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 הנידון 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 גרינ' ג' גרינ', 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 דזבוניה 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 הנז' [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, קיח. 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 בן 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, קכט (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 חריצית. 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 דנין 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, אז 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 והייב 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 ליותר 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 וזוי (=אונסו וכספו) גמר ומקנה. שלא אמרו אלא בזוי (=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 כמוה 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 ופטרה, 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 הדיון 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 הדרית, 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 הדרתיים ומחילות הדריות 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 שייתכן 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 מייגש, קכב. אולם המעיין בתשובת הר"י מייגש ייווכח שהר"י מייגש 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"טו). 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 הויזק, 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 תלוהו ויהיב, אלא כאונס של תלוהו 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 תלוהו 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 בטיפולו 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 זכיותיה שהיא זוכה בחיובי הבעל לה, וכיון דאנן סהדי (=שאנו עדים) שזכיות 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 התחייבותיו 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 שפירשוה 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 בבני זוג נשואים.

שאינן אנו צריכין לדון 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 לצייט 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 גבריאאלה 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 לו(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 מחב) – 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 מבספ 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 (=שאינו 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).