

הסכם קבלנות להפעלת עסק בשבת

הרב שמואל פולצ'ק

הקדמה	ג. יישום היתר קבלנות בעסקים גדולים
א. הפתרון האפשריים	1. התקשרות עם הלקוחות
1. העסקת גוי כשכיר יום בשבת	2. התקשרות עם עובדים
2. שותפות עם גוי	3. הגדרת שכרו של הקבלן לפי תפוקה או לפי פעולה
3. קבלנות	4. הסיכון הכלכלי של הקבלן ופתרונו
ב. קבלנות בעסקים גדולים	5. דיני אמירה לגוי בהיתר הקבלנות
1. מקור ההיתר וטעמו	ד. סיכום
3. התקבלות ההיתר למעשה	ה. מבוא והוראות לחותמים על ההסכם

הקדמה

בשנים האחרונות מיזמים רבים בעלי אופי כלל עולמי (גלובלי) עושים שימוש משמעותי ברשת האינטרנט הבינלאומית. בכלל זה מסחר בעזרת האינטרנט, העברת תכנים בעזרת האינטרנט וסינום, רשתות חברתיות ואמצעי תקשורת מגוונים. הציפייה של המשתמשים היא ששירותים אלה יפעלו ללא הפסקה, ואף יעניקו שירות לקוחות בכל רגע. הרווחיות של עסקים מסוג זה מבוססת על קהל עצום ובינלאומי של משתמשים. כדי להצליח במיזם כזה יש לפנות לקהל בינלאומי הכולל גם נכרים שלא יקבלו בהבנה את סגירת פעולת השירות בשבתות וחגים.

השאלה שהעלו בעלי עסקים היא אם ניתן להפעיל שירות כזה גם בשבתות ובחגים.¹

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

מאמר זה מבוסס על מאמרי, "הפעלת עסק הפועל באינטרנט בשבת", תחומין לד, עמ' 337-348. הרב ישראל רוזן עסק במאמרו "שותפות עסקית עם מחללי שבת", תחומין יב, עמ' 399-413, בהתמודדות עם הקושי שיצר החילון הנרחב בעם ישראל, המצריך לשתף פעולה עסקית עם יהודים מחללי שבת. הרב רוזן בוחן במאמרו הנ"ל איזו מהאפשרויות הקיימות בהלכה לפעולה משותפת עם גוי בשבת, קיימות גם ביהודי המחלל שבת. בשונה מכך, מאמר זה עוסק ביהודים שומרי מצוות שאין להם כל אילוץ לשתף פעולה בעסק עם גוי או חילוני, אבל צורכי העסק עצמו ולקוחותיו הגויים מחייבים רציפות פעולה גם בשבתות וחגים. הפתרון המוצע כאן הוא שיתוף פעולה עם גויים באופן מסוים, וכמובן אין כל מקום לפתור בעיה זו על ידי שימוש ביהודים.

מאמר זה מבוסס על הפתרון ההלכתי המכונה "קבלנות בעסקים גדולים". בחלק הראשון נדון בקיצור בפתרונות אחרים ובדחייתם, וכן ביתרוננו של היתר קבלנות בעסקים גדולים. בחלק השני נדון ביישום ההיתר. בחלק השלישי נציע נוסח של חוזה קבלנות עם הערות מבארות.

א. הפתרונות האפשריים

1. העסקת גוי כשכיר יום בשבת

לא ניתן לפתור את הבעיה על ידי העסקת עובדים גויים בחברה בשבת,² כיוון שהדבר אסור. בגמרא³ ובפוסקים (שם) מבואר שאריסות והשכרה לגויים ניתן להתיר רק כאשר אין מראית עין שהעובדים הם שכירי יום בשבתות, ומכאן ששכיר יום בשבת אסור מעיקר הדין. טעם האיסור⁴ הוא כי אז הגוי הוא מעין שליח של היהודי לעשות מלאכה בשבת.⁵ כאשר ניהול העסק נעשה על ידי גוי, והיהודי הוא רק בעל מניות פסיבי – יש מקום לדון אם האיסור הזה חל או לא.⁶ אולם מאמר זה יעסוק במצב שבו העסק מנוהל על ידי בעליו היהודי.

2. שותפות עם גוי

פתרון נוסף שאיננו מועיל הוא ליצור שותפות עם גוי. בגמרא⁷ נאמר שאין להתיר ששותפים יהודי וגוי יחלקו ביניהם את העבודה והרווחים כך שהגוי יעבוד בשבת ויקבל את רווחי השבת, והיהודי יעבוד באחד מימי החול ויקבל את רווחיו, ואת השאר יחלקו בשווה, כי אז הם נחשבים זה לשלוחו או לשכירו של זה. אולם אם מתחילת השותפות יתנו ביניהם שרווחי הפעלת העסק בשבתות שייכים רק לגוי, וכנגדם יום אחד מימות החול שייך רק ליהודי והשאר בשותפות שווה, הדבר מותר. דין זה נפסק גם בשולחן ערוך.⁸

2. בכל מאמר זה כשמדובר על שבת, הוא הדין ליום טוב. לגבי חול המועד, מכיוון שמדובר כאן בדברים שהם בגדר "דבר האבד" מותר ליהודי לעשותם בחול המועד, וראו **תוספות** בבא מציעא צ,א, ד"ה אבל, בעניין ההשוואה בין שבת, יום טוב וחול המועד.

3. **עבודה זרה** כא, א-ב.

4. על פי **המשנה ברורה** רמג, ה.

5. **מרשי** עבודה זרה שם; שבת קכא, א, ד"ה כבה, משמע שזהו חלק מאיסור "אמירה לגוי שבות" (וכן משמע מה**משנה ברורה** רמג, ה), לעומת זאת, משמע ב**שו"ת הר צבי** או"ח א, קב, שאלה שני איסורים שונים.

6. ראו **שו"ת אגרות משה** או"ח ד, נד, שמקל בכך; וראו הרב ישראל רוזן במאמרו הנ"ל, עמ' 403-405, ואבמ"ל.

7. **עבודה זרה** כב, א.

8. **שולחן ערוך** או"ח רמה, א-ג.

הר"ן? והרמ"א¹⁰ מתירים גם באופן נוסף, והוא כשהגוי עובד בשבתות לפי החלטתו, ואז מותר להתחלק בשווה ברווחי השבוע (כולל שבת). היתר זה אפשרי אם היהודי אינו מחייב את הגוי לעבוד בשבת (ומבחינתו ניתן להשאיר את העסק סגור בשבת לגמרי), ואז הגוי נחשב כעובד בעבור עצמו. אבל בנסיבות שבהן אין אפשרות כלכלית שלא יעבוד אחד השותפים בשבת, והיהודי מסתמך על עבודת הגוי, ועבודת השבת כן מוטלת על היהודי כשותף שווה בעסק, נראה שהגוי ייחשב לשלוחו של היהודי והדבר יהיה אסור אף לפי דברי הר"ן והרמ"א.¹¹

דרך השותפות אינה מועילה אפוא במקרים שבהם אנו עוסקים. ההיתר של הר"ן והרמ"א אינו מועיל כאן, כיוון שהיהודי אינו יכול להסכים שהשירות לא יינתן בשבת. גם האפשרות שבתחילת השותפות יוסכם שהשבתות אינן שייכות ליהודי כלל, וכנגדן אחד מימי השבוע אינו שייך לגוי כלל, אינה מועילה, וזאת משתי סיבות:

1. בשותפות כזו, שכל מטרתה להינצל מאיסור שבת, יש חשש מראית העין, כי הבעלות היהודית בעסק ידועה, ואילו השותפות של הגוי אינה מפורסמת. ממילא העובדים נראים כשכירים של היהודים ולא של השותף הגוי.¹² זאת בניגוד לשותפות אמתית רגילה ומפורסמת, שבה ברור לכול שהגוי אינו פועל בעבור היהודי אלא בעבור עצמו.
 2. כשהיהודי התחייב (בשם עצמו או בשם השותפות) כלפי לקוח לבצע עבודה מסוימת, זוהי מלאכה המוטלת עליו לעשותה. גם אם הוא יסכם עם שותפו הגוי שיעשה את כל המלאכה, כל עוד היהודי לא פטר את עצמו מההתחייבות כלפי הלקוח, הרי הגוי השותף מבצע מלאכה המוטלת על היהודי, והוא כשלוחו או כשכירו.
- בעיה זו היא מעיקר הדין, ולא משום מראית עין גרידא, ולכן יש איסור בזה אף אם המלאכה תיעשה שלא בפומבי (בבית הגוי בצנעא). נראה שזו אחת הסיבות שנדרש בהלכה¹³ בשותפות רגילה שהשותפות תפורק ותוקם מחדש בתנאי חלוקת הימים. כך היהודי לא יהיה מחויב כלפי הלקוחות לעבוד בשבת.
- אם כן, אם רוצים לעשות כאן שותפות עם גוי, צריך לפנות אל הלקוחות שכלפיהם כבר התחייב היהודי בעל העסק, ולבקש מהם לפטור אותו מחלק השבתות של העבודה (בתמורה להתחייבות של השותף הגוי). כמובן קשה מאוד ליישם זאת, ובכך נסתם הגולל על פתרון זה.

9. ר"ן עבודה זרה ו,ב, בדפי הרי"ף, ד"ה ומהא.
 10. רמ"א או"ח רמה, א. לגבי שיטת השולחן ערוך והפוסקים ההולכים בדרכו נחלקו אחרוני ימינו, ראו בעניין זה: שו"ת שמחת-כהן או"ח, סב; שו"ת משיב-משפט או"ח, ג.
 11. כך מדברי הרמ"א שם: "ואין הישראל נהנה במלאכתו בשבת, כיון שאין המלאכה מוטלת עליו לעשות". וכן מהמשנה ברורה רמה, יא, משמע שאם היהודי צריך שהמלאכה תיעשה, אין ההיתר קיים. וכן גם משמע בשו"ת אגרות משה או"ח ד, נו, בנוסח השותפות שלו, וכן מפורש בשו"ת אגרות משה יו"ד ב, סג.
 12. שו"ת שבט-הלוי ג, כג, וכן משמע בשו"ת חתם-סופר או"ח, נח.
 13. שולחן ערוך או"ח רמה, ג.

3. קבלנות

פתרון נוסף שלכאורה איננו מועיל במקרים הנדונים הוא דרך הקבלנות. "קבלנות" או "קציצה" היא הסכם שבו הגוי מקבל שכר גלובלי על תפוקה מסוימת שאותה מזמין היהודי, והגוי מחליט איך ומתי להפעיל את העסק.¹⁴

בגמרא¹⁵ נאמר שלפי בית הלל (שהלכה כמותם) מותר לתת סמוך לכניסת השבת בגדים לכיבוס או עור לעיבוד לאומן גוי, אף על פי שיש להניח שהגוי יעשה בהם מלאכה בשבת. כמו כן נאמר בגמרא¹⁶ שכאשר נקצב שכר לשליח, מותר (לפי בית הלל) לשלוח אתו איגרת מערב שבת, אע"פ שיש להניח שהוא יטלטלנה בשבת (ארבע אמות ברשות הרבים, שהוא איסור מהתורה).

הראשונים¹⁷ ביארו שגם במקרה הראשון מותר דווקא על ידי קביעת שכר גלובלי, היוצרת קבלנות, ושטעם דינים אלה באופן כללי הוא שהגוי נחשב כעובד בעבור עצמו באופן כזה,¹⁸ בניגוד לשכיר לזמן הנחשב כעובד בעבור מעסיקו.

יש שתי דרכים להבין את הטעם להיתר זה: א) בקבלנות נחשב הגוי הקבלן כעוסק בשלו, ולא בשל היהודי.¹⁹ לעומת זאת, השכיר נחשב כעושה בשל המעסיק. ב) בקבלנות הגוי מחליט בעצמו מתי הוא עובד, וליהודי לא אכפת אם הגוי עובד בשבת או בחול. לכן הבחירה של הגוי לעבוד בשבת דווקא היא בעבור הגוי ולא בעבור היהודי.²⁰

היתר הקבלנות מוגבל למצבים שבהם אין מראית עין שהגוי הוא פועל שכיר של היהודי. לכן ההיתר הוא דווקא בעבודה במיטלטלין, כשהגוי אינו עובד בבית היהודי ואין ניכר שהמלאכה היא מלאכת היהודי. וכן יש היתר בעבודה במחובר לקרקע של היהודי, אם העבודה היא מחוץ לתחום שבת, ויהודים אינם יכולים להגיע לשם בשבת.²¹

בענייננו, מצד מראית עין, אם מדובר בגויים קבלנים העובדים במשרדי החברה ובאים לעבוד בשבת כבחול, יש בעיה של מראית עין שהם שכירים של החברה. אבל אם העבודה נעשית על ידי העובדים הגויים בקבלנות מבתיהם, לכאורה אין בעיה.

אולם הבעיה בענייננו היא מעיקר הדין, ולא רק בגלל מראית עין. בקבלנות שהותרה בגמרא ובפוסקים, לקבלן הגוי יש בחירה מתי לעבוד. לעומת זאת בענייננו העבודה חייבת

14. שולחן ערוך או"ח רמז, א; שם רנב, ב.

15. שבת יז, ב.

16. שבת יט, א.

17. תוספות שבת יט, א, ד"ה אלא.

18. רש"י שם ד"ה, אלא אם כן קצץ לו דמים.

19. ראו למשל רש"י שבת יט, א, ד"ה אלא: "דכיון דקוצץ לו דמים – בדידיה טרח"; וכן ר"ן ז, א, בדפי הר"ף, ד"ה ת"ר אין משלחין; רמב"ן תורת האדם, שער האבל – ענין האבלות, נו, ב; רמב"ן עבודה זרה כא, ב; רשב"א עבודה זרה כא, ב; כלבו קמו; אוריזווע ב, הל' ערב שבת ב, א; שו"ת הרשב"א ג, שסח; שו"ת דברי יחיים או"ח א, ו.

20. משנה ברורה רמד, ב, וכן משמע מדברי תוספות ישנים המובאים בסוף התוספות שבת יז, ב, ד"ה אין נותנין עורות. ואפשר שזו גם משמעות דברי הרמב"ם שבת ו, יב.

21. שולחן ערוך או"ח רמד, א"ב; שם, ד; שם רנב, ב"ג.

להיעשות בשבת דווקא. אמנם יש מהראשונים שסברו שדבר זה מותר,²² אך להלכה²³ נפסק כשיטות הראשונים²⁴ הסוברים שאסור לומר לגוי לעבוד בשבת, אף אם מדובר באמירה מערב שבת והעבודה נעשית בקבלנות.²⁵

לכן, בענייננו, שבעל העסק אינו יכול לאפשר לקבלן שלא לעבוד בשבתות, לכאורה אין פתרון בדרך זו של קבלנות.

ב. קבלנות בעסקים גדולים

אמנם בשולחן ערוך וברמ"א מובא שניתן להסתמך על היתר קבלנות במקום הפסד:

יהודי הקונה מכס ומשכיר [=שוכר] לו א"י [=אינו יהודי] לקבל מכס בשבת, מותר אם הוא בקבולת, דהיינו שאומר לו לכתגבה מאה דינרים אתן לך כך וכך... הגהה... דבמקום פסידא כי האי גוונא לא חששו. וישראל הממונה על מטבע של מלך, דינו כדין הממונה על המכס...²⁶

בדומה לכך נפסק גם בעוד עסקים גדולים,²⁷ שהשבתתם בשבת היא הפסד גדול כל כך, שהפוסקים ראו לנכון להתיר, אף שככלל לא הותרה קבלנות כאשר המלאכה מחויבת להיעשות בשבת. הכוונה היא לעסקים גדולים מאוד, שבהם עשוי להיות רווח גדול כאשר

22. יש ראשונים שמהם נראה בפירוש שמוותרת קבלנות גוי גם כאשר היא מחויבת בשבת, ובחלקם מפורש שגם האמירה בפה מותרת. כך הוא בראבי"ה א, הלכות עירובין, שצא: "ואחרי [ש]איסור אמירה לגוי >מותר בקצץ- מותר לומר לגוי בחול עשה בשבת בקצץ". וכן משמע בראשונים הבאים: הגהות מרדכי שבת ד, תנט; שיטת ר"ת המובאת באור זרוע ב, הל' ערב שבת, ב, א; שו"ת התשב"ץ ב, נד. נראה שלפי ראשונים אלה אין איסור באמירה לגוי כשהיא מערב שבת שלא בשליחות או בשכירות. וראו רא"ש בבא מציעא ז, טו, בעניין אמירה מערב שבת ובעניין זיקת היהודי האוסרת אמירה לגוי.

23. שולחן ערוך או"ח רמז, א; רנב, ב; רמה, ה; שז, ד; משנה ברורה רמד, ב; שז, טו.

24. בית יוסף או"ח, רמז, בשם מהר"י אבוהב בשם הרשב"א, כלבו, הסמ"ג והתרומה, וכן בבית יוסף או"ח, רנב.

25. מכיוון שכשהקבלנות אינה קבועה לשבת והיא מותרת, ההיתר מותנה בכך שלא תהיה מראית עין כנ"ל ליד הע' 21. ברור שכשאנו אוסרים קבלנות שבה הקבלן חייב לעבוד בשבת, האיסור הוא גם כאשר היא נעשית בצנעא ואין בה מראית עין. מכאן יש לתמוה על העולה ממאמרו של הרב ישראל רוזן, תחומין יב, עמ' 402, שכאשר העבודה נעשית בקבלנות, ואין בעיה של מראית העין, הדבר מותר גם כשהיא מחויבת להיעשות בשבת. וכל שכן שיש לתמוה על העולה שם, שמספיק שיש רכיב מהשכר שהוא לפי התפוקה, אע"פ שחלק מהשכר הוא לפי הזמן, כשאין בעיה של מראית עין. וכך עולה לכאורה גם מהספר אורחות שבת ב, כג, קנו, בשם "יש מהפוסקים". וכן כתב גם הרב אליעזר מלמד בספר פניני הלכה שבת ב, כה, ו, הע' 7. אבל שם ב, כה, ח, ליד הע' 10 אסר קבלנות המחויבת בשבת. וכן משמע לאיסור באורחות שבת כג, הע' שיב, וצ"ע. וכמקור להיתר זה הובא שו"ת נודע ביהודה תניינא או"ח, כט. אך נראה שכוונתו שם להקל דווקא במקום הפסד, או בעסקים גדולים. וגם זה אינו פשוט להתיר. וראו לקמן הע' 55.

26. שולחן ערוך או"ח רמד, ו.

27. הביטוי "עסק גדול" כמגדיר את המקרים שבהם ניתן להשתמש בהיתר זה מופיע בט"ז או"ח רמד, ו; או"ח רמה, ג. בלשון רבים "עסקים גדולים" בשו"ת אגרות משה או"ח א, נג; יו"ד ב, סג, כמה פעמים.

הם מצליחים, ועלולים להיות הפסדים גדולים מאוד אם לא יימצא פתרון להפעלת העסק בשבת.²⁸

1. מקור ההיתר וטעמו

מקור ההיתר הוא במרדכי בשם המהר"ם מרוטנבורג:²⁹

פסק רבינו מאיר על אודות היהודים הקונים מכסיים ומשכירין [=שוכרים] להם נכרי לקבל מכס בשבת ונראה דבקיבולת מותר... אבל בשכירות אסור.³⁰
המרדכי מנמק תחילה את ההיתר בקבלנות והאיסור בשכירות לפי המקורות שהבאנו לעיל המבחינים בין הקבלנות המותרת לשכירות האסורה. אבל אחר כך אומר:

ואם תמצי לומר שיש לחלק בין הנך שאין ישראל קובע מלאכתו לנכרי לעשות רק בשבת וב[ין]ן³¹ נדון זה שקובע לו ליטול המכס בשבת? מכל מקום נראה להביא ראיה להתיר מדתניא מי שהחשיך לו בדרך נותן כיסו לנכרי דמשום פסידא שרי ליה רבנן דאי לא שרי ליה אתי לאתויי ארבע אמות ברשות הרבים הכא נמי לא שנא. וכל שכן להציל מידם דאי לא שרי ליה יפסיד כל חובו בדיחוי כל שהוא.

כלומר, המרדכי מעלה את הבעיה שהצבנו בפני פתרון הקבלנות, והיא שלא ניתן להתיר קבלנות כאשר היהודי קובע לגוי הקבלן לעשות מלאכה דווקא בשבת. לאחר מכן מביא ראיה שכאשר יש חשש להפסד גדול, העלול להביא את היהודי לעבור עברה חמורה יותר, מתירים אמירה לגוי. אם כן טעם ההיתר הוא חשש זה³² ולא עצם הקבלנות.

לכאורה לפי מסקנת המרדכי היה מקום להתיר אפילו בשכירות רגילה ולא רק בקבלנות. אבל לא משמע כך בדבריו, וגם השולחן ערוך והפוסקים שהביאו את המרדכי להלכה לא הרחיבו את ההיתר מעבר לקבלנות.³³

נראה שיש שני הסברים אפשריים לכך:

הסבר אחד – גם לשיטת הראשונים שנפסקה להלכה, שקבלנות אסורה כאשר הקבלן מחויב לעבוד בשבת, טעם היתר הקבלנות הוא שהקבלן נחשב כעושה בשלו.³⁴ על פי זה

28. בתשובת הרב שלמה אישון, **כתר ו (תשס"ח)**, יד, הובאה מחלוקת בין המהרש"ל ל**שו"ת אגרות משה** אם מניעת רווח גדול הוא גם כן כמו הפסד גדול לעניין היתר זה. אמנם נראה שמכיוון שמותר להיכנס לעסק גדול וליצור "מקום הפסד" כמסקנת האחרונים המובאת לקמן ליד הע' 41, אין החילוק בין הפסד למניעת רווח מעשי כל כך, כי ההוצאות וההשקעות הרגילות בעסקים גדולים הן בדרך כלל כאלה שמניעת הרווח תביא גם להפסדים בחשבון הכולל, ובוודאי ביחס לחשבון השבתות בפני עצמן. וראו גם **מגן אברהם** רמד, יח; **שו"ת חת"ם סופר** א"ח, נח.

29. בשו"ת **מהר"ם מרוטנבורג** א (מהדורת מוסד הרב קוק) פסקים ומנהגים, קצד, הובאו הדברים מהמרדכי. ושם גם הפנו לכך שדברי המהר"ם מרוטנבורג בעניין זה הובאו בקצרה גם בספר **האגודה** שבת א, כו.

30. **מרדכי** שבת, רמורמוז.

31. הצעת תיקון הנוסח לתיקון הלשון ועל פי הנוסח המקביל בהגהות **מרדכי** שבת, תנב.

32. וכן כתב גם **המשנה ברורה** רמד, לב.

33. **משנה ברורה** רמד, לה.

34. וכפי הטעם הנוכח לעיל ליד הע' 19. מכאן הוכיח בשו"ת **דברי חיים** א"ח א, ה, שזהו הטעם ולא הטעם האחר. ויש להוכיח מדברי הראשונים הנוכחים לעיל בהע' 24 שאכן כך הם סוברים. ואכמ"ל.

היה צריך להתיר קבלנות אף כשהיא נקבעת בפירוש לשבת,³⁵ אלא שהיא נאסרה משום איסור³⁶ אמירה לגוי לעשות מלאכה בשבת, החל אפילו על אמירה מערב שבת.³⁷ במקום הפסד הותר אמנם איסור אמירה לגוי. אבל איסור ההעסקה של גוי בשכירות או בשליחות ישירה לא הותר. על כן יש היתר דווקא בקבלנות.

הסבר שני – לפי השיטה שקבלנות המחויבת בשבת אסורה, ניתן היה להתיר במקום הפסד גם העסקה בשכירות רגילה. אבל לשיטת הראשונים (לעיל ליד הערה 22) המתירה קבלנות כשהקבלן חייב לעבוד בשבת, גם ללא חשש הפסד, אין מקום להתיר העסקה בשכירות אף במקום הפסד, כשניתן להעסיק בקבלנות. להלכה מחמירים³⁸ כשתי השיטות, ואין מתירים אלא קבלנות במקום הפסד.

2. היקף ההיתר

מסקנת האחרונים³⁹ היא שהיתר זה קיים, גם כאשר העבודה שעושה הגוי אסורה רק מדרבנן,⁴⁰ ומותר גם להיכנס לעסק כזה מלכתחילה.⁴¹ עוד הוסיפו האחרונים על דברי

35. וייתכן שכך יש לפרש את הלשון הכתובה במגן אברהם רמד, יז, ובמשנה ברורה רמד, לב, "דאז שרי מדינא", כלומר שאין איסור ההעסקה בשכירות חל על העסקה בקבלנות (וראו לקמן בהע' 38 אפשרות אחרת לפרש ביטוי זה). אבל אין לפרש ש"מדינא" כאן הוא בניגוד ל"משום מראית עין" כפי שמתפרש ביטוי זה במגן אברהם רמג, א, ובמשנה ברורה רמג, ג. וראו לעיל הע' 25. ובמרדכי שהוא מקור הדין לא נזכר עניין הפרהסיא כלל. וראו לקמן הע' 38 אפשרות אחרת לפרש ביטוי זה.

36. הסבר זה מתאים לאפשרות המובאת לעיל בהע' 5 בשם שו"ת הר צבי.

37. בניגוד לשיטה הנזכרת לעיל ליד הע' 22.

38. ניתן לומר שאנחנו מטופקים כמי ההלכה, או שהעיקר כשיטה שקבלנות אסורה בקובע לשבת, וסומכים במקום הפסד על השיטה שהיא מותרת. אך מסתבר יותר שבמקום הפסד הולכים כעיקר הדין (וראו הקדמת הרמ"א לספר תורת חטאת), במיוחד בדין דרבנן. ולכן מסתבר שהעיקר כשיטה המתירה את הקבלנות בכל אופן, ולכן מחמירים במקום הפסד שלא להתיר יותר מזה. וכשאין מקום הפסד חוששים לשיטות המחמירות. וכך נשמע מלשון המרדכי הפותח בהיתר מטעם קבלנות, ורק לאחר שהוא מקשה בלשון "ואם תמצו לומר" שיש לחלק בין קבלנות המחויבת בשבת לשאינה מחויבת בשבת, הוא אומר שיש להקל במקום הפסד. וייתכן שכך יש להסביר את הלשון "דאז שרי מדינא" הכתובה במגן אברהם ובמשנה ברורה שהבאתי לעיל בהע' 35. ור' שם את הדין בפירוש לשון זו.

39. מגן אברהם רמד, יז. וטעמו שהוא שבות דשבות שיש מתירים משום הפסד. ואף לאוסרים – יש להתיר כשהוא מציל מיד הגויים כבמכס או מטבע. והמגן אברהם שז, ז, עצמו מתיר אמירה לגוי בדרבנן במקום הפסד גדול וכן הט"ז או"ח רמד, ו. וטעמם שאיסור דרבנן של אמירה לגוי הוא קל מאיסור דרבנן שיעשה היהודי בעצמו, ולכן גם במקרה כזה יש להתיר לעשות את האיסור הקל יחסית כדי שלא יעבור על האיסור החמור יותר – משנה ברורה רמד, לב.

40. אף שלכאורה או אין חשש שהיהודי יבוא לעשות איסור דאורייתא, שהוא טעם ההיתר.

41. אף שלכאורה טעם ההיתר מצדיק רק להתיר למי שכבר נכנס לעסק ועלול בבהילותו לעשות בעצמו, אם לא תתיר לו. כך נראית המסקנה בבית יוסף או"ח, רמד, ד"ה כתב המרדכי. וכך נראה גם מלשון השולחן ערוך או"ח רמד, ו. וכן משמע מלשון הט"ז, המגן אברהם והמשנה ברורה שלא סייגו את ההיתר דווקא למי שכבר נכנס אל העסק. ובערוך השולחן או"ח רמד, טז, הוסיף טעם להיתר: "דא"כ ינעלו כל העסקים בפנינו וא"א לעמוד בזה", ומלשון זה מובן שההיתר הוא להיכנס לעסק מלכתחילה. ייתכן שלאור שיטת הראשונים הנזכרת לעיל הע' 22 המתירה קבלנות בשבת לגמרי, מובן יותר כיצד הקלו בזה האחרונים בשעת הדחק גם ללא החשש שיבוא היהודי לעשות איסור בעצמו.

המרדכי, שבמקום הפסד ועסק גדול כזה הותר גם האיטור שמטעם מראית העין.⁴² אמנם, מסתבר⁴³ שכאשר ניתן שהעבודה תיעשה בצנעא, יישאר האיטור בתוקפו, ורק אם צריך שהעבודה תיעשה בפרהסיא דווקא – הדבר מותר.

3. התקבלות ההיתר למעשה

מלבד האחרונים שהזכרנו,⁴⁴ שפסקו את דברי השולחן ערוך להלכה, ניתן לראות כי בהיתר זה נעשה שימוש למעשה ע"י הרב משה פינשטיין⁴⁵ בעניין בנק שצריך לבדוק אם יש כיסוי לצ'קים לפני אישור למשיכת הכסף, ועלול להפסיד אם יימשכו צ'קים בלי כיסוי בשבת. וכן נעשה שימוש בהיתר זה בעניין דומה לשלנו ע"י הרב שלמה אישון.⁴⁶

אם כן נראה שהיתר נהוג להלכה ולמעשה וניתן לסמוך עליו, אף שיש אחרונים המסתייגים משימוש נרחב בהיתר זה.⁴⁷ פתרון זה הוא המתאים לעסקים הנידונים כאן, המצריכים רציפות פעולה בכל ימות השבוע. על כן יש לערוך הסכם קבלנות עם גוי, או עם חברה בבעלות וניהול של גוי, להפעלת העסק בשבת. האופן המעשי המדויק של יישום פתרון הלכתי זה יידון בפרק הבא של המאמר.

ג. יישום היתר קבלנות בעסקים גדולים

לאחר הקביעה כי היתר הקבלנות בעסקים גדולים הוא ההיתר הרלוונטי להפעלת עסק באינטרנט בשבת, יש לדון בפרטי היישום של ההיתר. בהקשר זה עולות מספר שאלות שבהן נדון להלן: התקשרות עם לקוחות ועובדים, דרך התמחור של עבודת הקבלן והשאלה אם מותר להגדיר לקבלן מה לעשות בשבת.

1. התקשרות עם הלקוחות

כאמור לעיל, בפתרון של שותפות עם גוי המחולקת לימים צריך ליידע על כך את לקוחות העסק, כדי שלא תהיה העבודה בשבת מוטלת מצדם על היהודי. לעומת זאת, בפתרון הקבלנות בעסקים גדולים, אין צורך לפנות אל הלקוח ולבקש להיפטור מההתחייבויות

42. בית יוסף או"ח, רמד, ד"ה כתב המרדכי; ט"ז או"ח רמד, ו; מגן אברהם או"ח רמד, יז; משנה ברורה רמד, לב.

43. כך לענ"ד. יש לציין שבמרדכי לא הוזכר בפירושו שההיתר הוא גם בפרהסיא, והבית יוסף חידש זאת. לכאורה ניתן להעמיד את דברי המרדכי במכס שהוא מחוץ לתחום, או שיש פרסום באופן העסקת הגוי, השולל את מראית העין. ולפי זה אין ראיה מהמרדכי להיתר זה.

44. השולחן ערוך והרמ"א, המגן אברהם, הט"ז, המשנה ברורה וערוך השולחן.

45. שו"ת אגרות משה או"ח ד, נג.

46. הרב שלמה אישון, בטר ו (תשס"ח), יד, ויותר קרוב לענייננו שם, יח.

47. בהם שו"ת חת"ם סופר או"ח, נט. וגם בשו"ת דברי חיים או"ח א, ז; או"ח ב, ל. בשו"ת שבט הלוי ג כג כתב שיש לסמוך על היתר זה דווקא למי שזקוק לכך כדי להתפרנס וכדומה, אבל לא למי שכבר עשיר ורוצה להתעשר יותר. ומכל מקום, בנסיבות אחרות משמע שגם הוא מתיר זאת למעשה. נראה קצת מלשונו שהסתייגותו מההיתר היא מבחינת מראית העין, ולא לגבי היות הקבלנות מחויבת בשבת. ולפי זה, כשהעובדים הגויים עובדים בבתיהם מהמחשב, ההיתר יותר מרווח גם לדעתו. וראו לעיל הע' 43.

הנוגעות לשבת, כדי להטיל על הגוי, שכן כלפי הלקוח, היהודי בעל העסק מחויב במתן השירות אף בשבת. אלא שבפועל, השירות יינתן על ידי קבלן משנה,⁴⁸ ולזה אין צורך בהסכמת הלקוח, כי האחריות נותרת על בעל העסק. כך עולה גם מהפוסקים שהזכירו היתר זה ולא ציינו שיש ליידע את הלקוח על הקבלן. זהו יתרונו הגדול של פתרון זה והסיבה שדווקא הוא ניתן ליישום, בניגוד לפתרון השותפות הנ"ל.

2. התקשרות עם עובדים

שאלה דומה עולה לגבי ההתקשרות של החברה עם עובדיה, לגבי עבודה בשבת. ראשית, ברור שניתן להעסיק רק עובדים גויים בשבת, ויש לבחון כיצד יש לעשות זאת.

ברור שאם הגוי הקבלן מעסיק בעצמו גויים שכירים, אין בזה כל בעיה. מהותית – כי אין איסור לגוי להעסיק גויים כשכירים בשבתות. ומבחינת מראית העין כבר הבאנו את מסקנת האחרונים המתירים איסור זה של מראית עין בעסקים גדולים כאלה.⁴⁹

אם מדובר על עובדים שנשכרו ע"י בעל העסק ולא ע"י הקבלן, הרי שלאחר הכנסת הקבלן הגוי, יש הכרח להבהיר לכל עובד גוי העובד בשבת שאין הוא עובד של בעל העסק או של החברה כלל, אלא רק עובד של הגוי הקבלן. העניין משמעותי הן לעניין מתן הוראות הן לעניין חיוב תשלום המשכורת.

אמנם מותר לקבלן לבחור להעסיק בשבתות את עובדי העסק או החברה הגויים, הרגילים לעבוד בה בימות החול ומועסקים בהם ישירות. אבל אסור שהחברה או בעל העסק יקבעו בעבור הקבלן מי יהיו העובדים השכירים שלו, כמה שכר הם יקבלו ומה יהיו תנאי עבודתם. כמובן ניתן לדרוש מהקבלן דרישות מקצועיות ביחס לאיכות עבודת העובדים, אבל לא מהעובדים באופן ישיר. וכן חובה על בעל העסק לדרוש מהקבלן שכל העובדים בשבתות יהיו לא-יהודים, ושהם יקבלו שכר ראוי ותנאי עבודה הולמים. אבל זה לא יעשה על ידו כמעסיק ישיר של העובדים, אלא מתוקף האחריות של כל מי שיכול להשפיע על זולתו להתנהלות ראויה במה שניתן להשפיע עליו.⁵⁰

נראה שגם מותר לקבלן להיעזר בחברה לצורך הנהלת החשבונות וביצוע התשלומים לעובדים, ובלבד שיהיה ברור לכל המעורבים בעניין שהעבודה של העובדים בשבתות אינה באופן ישיר בעבור העסק או החברה אלא בעבור הקבלן, ושהתשלומים הם מהקבלן ולא מבעל העסק.

3. הגדרת שכרו של הקבלן לפי תפוקה או לפי פעולה

בדרך כלל קבלנות פירושה שכר קבוע מראש בעבור תוצאה מסוימת, ללא תלות בשאלה

48. רצוי לפרסם שהדברים נעשים בדרך היתר, כדי להקטין את בעיית מראית העין.

49. בעניין עובדים שכירים של קבלן גוי באופן שהותרה קבלנות – מביא הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר ח, אור"ח, כח, ו, מחלוקת אחרונים אם יש בזה בעיה משום מראית עין או בעיה אחרת, ומסקנתו להיתר. בעניינו – אף אם יש נסיבות של חשש מראית עין, הרי כבר הבאנו לעיל ליד הע' 42 שבמקום הפסד הותר האיסור שמטעם מראית העין.

50. ראו מאמרו של הרב אורי סדן, "העסקת עובדים של חברת כח אדם", תחומין כו, עמ' 394-400.

מתי היא נעשית. הגדרה זו אינה מתאימה כאן, כיוון שזמן העבודה ורציפותה הם קבועים וידועים. לפיכך המרדכי הגדיר זאת כך:

והיכי דמי קיבולת גבי מכס? כגון שהשכירו [=שכרו] כך: לכשתגבה בה ק' ליטרין אתן לך כך וכך...⁵¹

כלומר, בניגוד לשכירות רגילה שבה העובד השכיר מקבל שכר לפי שעות או לפי ימי עבודה, בקבלנות העובד מקבל שכר על פי תפוקה, וככל שהוא מפיק יותר כך שכרו עולה. לכן יש לקבוע בהסכם הקבלנות ששכר הקבלן לא יהיה על פי משך הפעלת העסק על ידו אלא על פי התפוקה שיפיק הקבלן מהעסק במהלך הפעלתו.

מבחינה מעשית, יש לקבוע סכום שישתלם לשני הצדדים: מצד אחד, הסכום צריך להספיק לכיסוי ההוצאות הצפויות של הקבלן, במיוחד ההוצאות הקבועות (כגון שכר), וכן שישאר לו רווח גבוה מספיק כדי שישתלם לו להסכים להפעלת העסק בקבלנות. מצד שני הסכום צריך להיות כזה שנשאר לבעל העסק רווח מספיק לאחר התשלום לקבלן, כך שישתלם הדבר גם לו. לפעמים אי אפשר לדעת מראש את התפוקה בדיוק, וצריך לבצע הערכה מושכלת כדי לקבוע שכר שיתאים לדרישות אלה.

יש מצבים שבהם אין תפוקה ממשית הניתנת למדידה כספית פשוטה, ומתעוררת השאלה כיצד יש להגדיר את השכר במקרה כזה, ולהישאר בגדרי ההיתר. הפתרון במצב כזה הוא להגדיר את השכר לכל פעולה הנדרשת לביצוע בשבת על ידי הקבלן. כל פעולה כזאת, גם אם לא הפיקה ממש דבר הניתן למכירה,⁵² ואפילו אם לא הניבה ערך ישיר לעסק,⁵³ ניתן לשלם עליה סכום שיוגדר מראש, והקבלן המבצע ייחשב כעושה זאת בעבור עצמו (כדי לקבל את השכר שהובטח לו על ביצוע הפעולה).

4. הסיכון הכלכלי של הקבלן ופתרונו

לא תמיד ידוע מראש מה תהיה התפוקה או מה יהיו מספר הפעולות שיידרשו לביצוע במהלך השבת. למשל, חברת שמירה הנדרשת לפעול בכל מקרה של התראה, או קבלן שירות לקוחות הנדרש לפעול בכל פנייה של לקוח. הבעיה קיימת גם כאשר השכר ניתן לפי תפוקה שאינה ידועה מראש, כגון במקרה של איש מכירות. במקרה כזה, עובד שצריך לעמוד הכן במשך זמן רב, ולא מובטח לו שכר ראוי על כך – לא יסכים לתנאים כאלה. כמובן, תשלום לפי זמן ההעסקה הוא בעייתי, כיוון שהוא בגדר שכירות ולא בגדר קבלנות.

51. מרדכי שבת, רמו.

52. על פי שו"ת אגרות משה או"ח ד, נד.

53. על פי שו"ת אגרות משה או"ח ד, נו – שם מדובר בתשלום על העברת הזמנות לבעל העסק. באורחות שבת ב, כג, קצד, הביא דוגמה של תשלום בעבור סיור של חברת שמירה, אע"פ שלכאורה אין בזה כל תוצר ממשי, חוץ רק פעולה בעלמא. הרב אישון, כתר ו (תשס"ח), יד, לא הציע פתרון של קבלנות בדבר שאין בו תפוקה, אלא הציע שבמקרים כאלה יועסקו העובדים שאין תפוקה ברורה מעבודתם בשכירות רגילה, על ידי ראש צוות או מנהל גוי, שהוא יהיה קבלן, וינתן לו תקציב מוגדר לצורך זה, והוא ישתמש בו לפי ראות עיניו (וראו לקמן הע' 58).

כיצד ניתן לפתור בעיה זו? השאלה מחריפה כאשר הקבלן מעסיק עובדים שכירים, ומתחייב לשלם להם משכורות, והכנסתו עצמה היא בספק, וייתכן שהוא יפסיד ולא ירוויח. קשה להניח שיימצאו בקלות גויים רבים המסכימים לתנאי הסכם כאלה.

לכאורה ניתן היה לפתור זאת על ידי הבטחת משכורת מינימלית שאינה תלויה בתפוקה, כלומר, שכר בסיסי לפי זמן, ובנוסחים יינתנו לפי התפוקה או הפעולות. וכך אכן כתבו כמה מפורקי זמננו.⁵⁴

אבל נראה שהדבר אסור,⁵⁵ כי כאשר יש רכיב שכר שהוא לפי הזמן, ואינו נובע מביצוע פעולות או מתפוקה, מוגדרת העבודה המתבצעת כנעשית בשכירות ובשליחות של היהודי המעסיק, וההיתר בטל. אמנם, אם רכיב השכר לפי הזמן הוא על דברים שאין בהם איסור ליהודי בשבת, כגון נוכחות ושמירה, והבונוסים הם על הפעולות האסורות – יש מקום להקל בזה. אולם לא תמיד זהו פתרון מעשי. למשל ייתכן שדרישה להיות זמין לפניות במחשב, שבכך כרוך צורך להפעיל תוכנות מסוימות במחשב וכדומה, תיחשב לדבר שאסור ליהודי לעשות בשבת, ויהיה אסור לשלם על זה לגוי שכר לפי זמן.

לכן נראה שעדיף לפתור זאת על ידי הלוואה בעירבון מוגבל.⁵⁶ כלומר, ייקבע סכום מסוים האמור להספיק לקבלן בעבור ההוצאות הנדרשות לביצוע קבלנותו, כולל שכר העובדים, ואולי בתוספת סכום נוסף ("מלגת קיום"). בכל חודש שבו יתברר ששכר הקבלנות אינו מגיע לסכום זה, יוסיף המעסיק על שכר הקבלנות המגיע לקבלן הלוואה להשלמת הסכום האמור, שפירעונה יבוא משכר הקבלנות שייגיע לו בחודשים הבאים. כאשר שכר הקבלנות יהיה גבוה מסכום זה, ינכה המעסיק משכר הקבלנות את העודף על הסכום, כפירעון על חשבון יתרת הלוואה הנוקפת לחובת הקבלן, עד לפירעון מלא של הלוואה. עוד יוסכם

54. אורחות שבת כג, קעו. והביאו כמקור את שו"ת נודע ביהודה תניינא א"ח, כט. וראו לעיל הע' 25 מקורות בני זמננו שהתירו ע"פ מקור זה גם ללא מקום הפסד, ושיש לתמוה על כך. וראו לקמן בהע' 55 דיון בשו"ת נודע ביהודה הנ"ל.

55. כך מפורש בשו"ת אגרות משה א"ח, ד, נג. וכן משמע לאיסור גם בשו"ת הר צבי א"ח, א, קכג. ואע"פ שלכאורה נראה מדברי הנודע ביהודה הנ"ל הע' 54 שמתיר שילוב כזה אף בלא מקום הפסד – אין לפרשו כך. המציאות בשאלה המתוארת שם היא בוודאי עסק גדול הנחשב למקום הפסד. ויש להוכיח כך גם מזה שהנודע ביהודה מביא בהקשר זה את דברי הרמ"א א"ח רמד, ו, העוסק בהיתר הקבלנות בעסקים גדולים. לגבי עסקים גדולים – אחרי שבמדכי ובשולחן ערוך ונושאי כליו לא התירו שילוב כזה, משמע שהדבר אסור. ולתירוץ תשובת הנודע ביהודה הנ"ל, ראו בשו"ת חת"ם סופר א"ח, נח, שהקשה על דברי הנודע ביהודה בתשובה זו קושייה אחרת, ולכן פירש אותה באופן לא מילולי. ולפי פרשנותו דובר שם על השכרה גמורה של כל העסק לגוי לשבת. וייתכן שלפי פירושו זה ניתן לתרץ גם את קושייתנו, כי אם הגוי שכר את העסק, הוא משלם את המשכורת לעצמו. ממילא אין ללמוד משם להתיר שילוב שכר רגיל וקבלנות במקרה אחר. תירוץ אפשרי אחר הוא שרכיב השכר לזמן היה על דברים שאינם אסורים בשבת, כגון נוכחות במקום ושמירה.

56. המקור בגמרא לאפשרות הלוואה בעירבון מוגבל הוא בגיטין ל"א, שם מפורש שניתן להלוות ללוי או לעני באופן שפירעון הלוואה הוא רק מהמעשרות המגיעים להם. היום הדבר מקובל מאוד במסגרת חברות רשומות בע"מ. לכן נראה שאין זו הערמה, ומדובר בקבלנות ולא בשכירות רגילה. ובתנאי שהצפי הוא שהשכר הקבלני יעלה על גובה הלוואה והיא תיפרע במלואה תוך זמן סביר.

ביניהם שפירעון ההלוואה יהיה רק משכר הקבלנות, ושאם תיפסק ההתקשרות ביניהם, ולא יהיה בשכר הקבלנות כדי לפרוע את החוב, יימחק החוב.⁵⁷

כל זה בתנאי שצפוי ששכר הקבלנות יהיה גבוה מסכום ההלוואה, שזהו המצב הרגיל בעסק רווחי, שהרווח צריך להספיק כדי לכסות את ההוצאות ויישאר עדיין רווח המספיק לבעל העסק לפרנסתו. אבל אין לעשות הערמה כך ששכר הקבלנות לא יבוא לידי ביטוי, הכל יהיה "הלוואה" שאינה עומדת להיפרע לעולם שהיא בעצם משכורת.⁵⁸

5. דיני אמירה לגוי בהיתר הקבלנות

האם יש בעיה שיהודי יאמר מערב שבת לעובדים השכירים לעבוד בשבתות בעבור הקבלן הגוי? בפשטות אין איסור ליהודי לומר לגוי לעבוד, כשהוא אומר לו לעבוד בעבור גוי אחר,⁵⁹ ובלבד שהגוי העובד יודע שהוא עובד בעבור הגוי הקבלן ולא בעבור היהודי.⁶⁰

אם כן, יכול הקבלן הגוי לבקש מהיהודי בעל העסק שבערב שבת יטפל בעבורו בהעסקת העובדים בשבתות. אך נראה שעדיף בכל זאת שכל ההעסקה של הגויים תיעשה בפועל על ידי גוי, ולא על ידי יהודי. בוודאי שאין להעסיק בשבתות את הגוי השכיר ישירות על ידי החברה, שהיא בבעלות יהודית ובניהול יהודי.

לגבי השאלה אם מותר לומר במפורש לקבלן מערב שבת מה נדרש ממנו לעשות בשבת, ובאופן מעשי יותר: להגדיר לקבלן מהי איכות השירות הנדרשת ממנו במונחי זמן,⁶¹ אם ניתן להימנע מלומר לו בפירוש לעשות בשבת מה שאסור ליהודי לעשות – כך עדיף.⁶² אמנם, אם צריך לומר לו בפירוש מה מוטל עליו, נראה שהדבר כלול בהיתר של המרדכי שנפסק בשולחן ערוך (כך משמע גם באג"מ שם שרק לכתחילה יש עדיפות בזה).

57. אם הקבלן יהיה חברה רשומה בע"מ בניהול ובעלות של גויים, ותינתן הלוואה כזו לכיסוי הוצאות הקבלנות, התוצאה תהיה דומה. אולם ניתן לעשות הסכם כזה גם ללא הקמת חברה רשומה בע"מ.

58. הרב שלמה אישון, **כתרו** (תשס"ח), יד, כתב שניתן להעמיד מסגרת תקציבית שמתוכה יוכל הקבלן הגוי להעסיק עובדים, כל עוד לא נקבע על ידי בעל השליטה היהודי אילו עובדים יועסקו וכמה, מתוך תקציב זה. משמע שלדעתו מותר שהכסף המשולם לעובדים יהיה של היהודי, ולא של הקבלן הגוי, כל עוד ההעסקה בפועל היא על ידי הגוי. חו קולא גדולה יותר. ולכאורה זה נראה יותר מדיי כשכירות רגילה האסורה, ולא כקבלנות המותרת, וצ"ע. ועיינו לעיל הע' 6.

59. כך מפורש בשו"ת **דברי חיים** או"ח א, ו. וגם אם יש צד להחמיר כאן, מסתבר להקל בעסקים גדולים כשאין העסקה ישירה.

60. כשם שאין איסור לומר לגוי לעשות מלאכה בעבור עצמו, **רמ"א** או"ח שז, כא. ובמשנה **ברורה**, שם, משמע שהמחבר אינו חולק עליו. וצ"ע כי בפשטות נראה שהמחבר מחמיר כשיטות האוסרות אמירה לגוי אף כשאין זיקה ליהודי. אם כן, לשיטתו גם כאן יהיה אסור. ואולי יש לומר שכשהאמירה היא מערב שבת ולא בשבת עצמה, יודו הרא"ש והשולחן ערוך שהדבר מותר, ור' ברא"ש הנזכר בהע' 22 לעיל. ומה **שולחן ערוך** יו"ד רצז, ב, נראה שאינו חולק על הרמ"א כאן, וצ"ע.

61. יש מושג בתחום הטכנולוגיה העילית (הייטק) הנקרא sla=service level agreement שפירושו המעשי – רמת המיידיות הנדרשת בביצוע הפעולות הנדרשות. נשאלנו אם מותר להגדיר לקבלן בפירוש שעליו לבצע פעולה מסוימת (האסורה בשבת) בתוך זמן מוגדר, כגון 10 שניות, או שאמירה מפורשת עד כדי כך אסורה, ויש להסתפק ברמו.

62. **משנה ברורה** רמד, לג; **שו"ת אגרות משה** או"ח, ד, נג.

מהאמור לעיל בעניין טעם ההיתר בקבלנות בעסקים גדולים עולה שלחלק מהראשונים האמירה מותרת מערב שבת בקבלנות בכל אופן, ולחלק מהראשונים האיסור שהותר בעסקים גדולים הוא דווקא איסור האמירה, ולחלק מהראשונים מסתבר שיש להתיר אז אפילו שכירות רגילה. על כן, לא נראה שיש טעם משמעותי להחמיר בעניין אמירה בקבלנות עסקים גדולים, וככל הנראה אין שיטה הסוברת שהאיסור שהותר בעסקים גדולים הוא דווקא קביעת הקבלנות בשבת, ולא איסור האמירה. וכך משמע מפשט לשון המרדכי והשולחן ערוך, שלא סייגו את ההיתר להעסקה בדרך רמז דווקא. יש להוסיף שכל איסור האמירה לגוי הוא מדרבנן. על כן נראה שבמידת הצורך יש להקל לומר בפירוש לגוי הקבלן לעשות את המוטל עליו בשבתות, בעסקים גדולים.⁶³

ד. סיכום

1. חברה הפועלת באינטרנט וצריכה לפעול ברציפות, והשבתה בשבת תגרום להפסד גדול, אין אפשרות לשכור גוי לביצוע העבודה בשבת בשכירות רגילה, וגם לא מעשי לעשות שותפות עם גוי באופן המועיל על פי ההלכה. על כן, בנסיבות כאלה יש להתיר להסתמך על היתר "קבלנות בעסקים גדולים" המובא בשולחן ערוך,⁶⁴ העוסק במקרים כאלה, ולשכור קבלן גוי שינהל את מה שצריך להתנהל בעסק בשבתות.

2. שכרו של הקבלן לא יהיה לפי זמן העבודה אלא לפי התפוקה שלו, או הפעולות שאותן הוא מבצע, באופן שצפוי להשתלם לקבלן מצד אחד, ועדיין יישאר גם רווח לבעל העסק. כמובן שכר הקבלן צריך להיקבע תוך התחשבות בהוצאות שהקבלן יצטרך להוציא, ובכלל זה ההוצאות על העובדים.

3. אסור שרכיב משכר הקבלן יהיה בלתי תלוי בתפוקה או בפעולות הנדרשות לביצוע, אלא אם כן מדובר בתשלום על דברים שמותר ליהודי לעשותם בשבת. אולם מותר לבעל העסק היהודי להלוות לקבלן סכום שיספיק לו להוצאות תפעול העסק בשבת, ושפירעונו יהיה רק משכרו כקבלן, ובתנאי שאכן שכרו כקבלן צפוי להיות גדול יותר מההלוואה, כדי שלא תהיה הערמה בעניין זה.

4. מותר לקבלן להעסיק עובדים גויים בשכירות, ובלבד שכל הצדדים הנוגעים בדבר (בעל העסק, הקבלן והעובדים) ידעו שהמעסיק של העובדים האלה העובדים בשבת הוא הגוי הקבלן ולא היהודי בעל העסק. במידת הצורך מותר ליהודי בעל העסק להעסיק עובדים מערב שבת, בעבור הקבלן הגוי, ובלבד שיהיה ברור לכל הצדדים שהקבלן הוא המעסיק ולא היהודי, וכך גם לגבי תשלום המשכורות שיכול להיעשות על ידי היהודי, אם ברור שהוא עושה זאת בשליחות הקבלן. ומותר גם שהעובדים של הקבלן יהיו עובדי העסק בימות החול.

63. נראה (ע"פ דברי שו"ת חת"ם סופר א, אר"ח, נט, וכן מדוקדק במשנה ברורה עצמו) שדברי המשנה ברורה שצריך לא להזכיר שבת, אינם מדין אמירה לגוי אלא מדין שכר שבת. כשקובע היהודי לקבלן את שכרו, ואומר לו כמה יקבל לכל יחידת תפוקה, דווקא אז לא יזכיר את יום השבת, כדי שהרווחים של היהודי ייחשבו לשכר שבת בהבלעה. ואם כן אין ללמוד משם להחמיר כאן.

64. שולחן ערוך אר"ח רמז, ו.

5. אם אפשר, רצוי שהיהודי לא יאמר בפירוש לקבלן הגוי לעשות מלאכה בשבת, אך אם צריך להגדיר לקבלן את משימותיו בשבת, מותר לומר לו אותן מערב שבת בפירוש ולא רק ברמז.

ה. מבוא והוראות לחותמים על ההסכם

הסכם זה נועד לאפשר פעילות עסק בשבת על פי ההלכה. ההסכם מבוסס על היתר "קבלנות בעסקים גדולים" המוזכר בשולחן ערוך ורמ"א.⁶⁵ היתר זה מוגבל לעסקים בעלי מאפיינים מסוימים ולכן מופיע בהסכם סעיף שבו מוזכר שמו של הרב שהתיר את השימוש בהסכם זה במקרה זה.

מהות ההסכם היא העברת פעילות העסק לקבלן שאיננו יהודי כדי שזה יפעיל אותו בשבתות ובמועדי ישראל. בדרך כלל הסכם קבלנות משאיר שיקול דעת רחב בידי הקבלן בתחומים רבים: אלו עובדים להעסיק, מאיזה מקום תתבצע העבודה ועוד. גם במקרה זה אכן יש לקבלן שיקול דעת רחב, למעט בשאלה האם להפעיל את העסק – אותו הוא התחייב להפעיל.

הנחת היסוד היא שלא מדובר בקבלן שמטרתו בעיקר כלכלית, אלא בהסכם (ממשי) שנועד לפתור את בעייתו ההלכתית של בעל העסק שללא פעילות של העסק בשבת יאלץ לסגור אותו. למרות זאת, הציפייה היא שבשבתות ובמועדים, אם יש צורך בכך, יהיה הקבלן בתפקיד אחראי, ואליו יופנו פניות של עובדים ולקוחות.

ההסכם הכלכלי בין בעל העסק והקבלן מבוסס על כך שהקבלן יקבל תשלום בעבור כל יחידת תפוקה שהוא מייצר (כגון, תשלום קבוע בעבור כל עיבוד של תמונה, או בעבור כל שיחה של תמיכה טכנית).

כאמור, באופן עקרוני הקבלן יכול לבחור עובדים (לא יהודים) משלו להפעלת העסק בשבת, אולם, יש לשער כי יהיה לו נוח לעבוד עם עובדי העסק הקבועים (שאינם יהודים) ובעזרת תשתיות העסק הקבועות. ולכן, מן הסתם באופן מעשי עובדי החברה הקבועים יעבדו בשבת בעבור הקבלן ויקבלו שכר על כך מהעסק בשליחותו של הקבלן.

לאור כל זאת, יש להניח שהצדדים יחשבו את התמורה שיקבל הקבלן כך:

הצדדים יחשבו מראש את עלות התשתיות והעובדים הנדרשים להפעלת העסק, ואשר הקבלן אמור לשלם בעבורם לבעל העסק וזהו החוב של הקבלן לעסק (לפי אופי העסק ניתן לבצע את החישוב מחדש אחת לכמה חודשים).

הצדדים יחשבו בכל חודש כמה יחידות תפוקה היו ויכפילו אותן בתמורה שנקבעה לכל יחידה, וזהו החוב של העסק לקבלן.

בפועל הקבלן יקבל את מה שהעסק חייב לו לאחר ניכוי מה שהוא חייב לעסק.

הטוב ביותר הוא שהקבלן יהיה עוסק מורשה שאינו עובד בעבור העסק בדרך כלל, או חברה בע"מ ויוציא חשבונית למעסיק על התשלום המגיע לו.

אולם, בהרבה מקרים מסתבר שנוח לעשות הסכמים כאלה עם גוי שכבר עובד ממילא

65. שולחן ערוך ורמ"א א"ח רמד, ו.

בעסק, ואז מתעוררת השאלה אם מבחינה משפטית והלכתית הדבר אפשרי. לפי המקובל בפסיקות בתי הדין לעבודה, קיום יחסי עובד ומעביד המקנה לעובד את כל הזכויות המוקנות לעובדים בחוקי המגן, אינו ניתן להתנאה, והוא נחשב ל'סטטוס' של העובד, ואינו נובע מההסכם החופשי ביניהם. לפי זה מסתבר שלא ניתן להעסיק מי שהוא בימות החול עובד של העסק קבלן בשבתות ובחגים, ללא הבטחת זכויותיו כעובד, ובכלל זה שכר מינימום על עבודתו בשבת. על כן לכאורה לא ניתן לעשות הסכם כזה עם מי שהוא עובד של העסק כלל, שכן אם מובטח שכר מינימום על עבודת הקבלן בשבת, נחשב הקבלן כשכיר, וכאמור ההיתר הנדון הוא דווקא באופן של קבלנות ולא של שכירות.

על כן עדיף אכן להעסיק גוי שאינו עובד של העסק ואין בינו לבין בעלי העסק יחסי עובד ומעביד על פי החוק. אולם אם הדבר קשה ליישום, נראה שניתן למעשה להקל ולהעסיק בקבלנות לפי הסכם זה גוי שהוא עובד שכיר של העסק בימות החול ויש בינו לבין בעלי העסק יחסי עובד ומעביד. הטעם לכך הוא שמבחינה הלכתית מסתבר שכאשר יש הסכם קבלנות מפורש כזה, אין להגדיר את ההעסקה כהעסקה בשכירות האסורה בשבת.⁶⁶ כדי למנוע מצב שבו הקבלן מפסיד (מה שאכן עלול לקרות, אם הפעילות בשבת נמוכה מהצפוי) הוצע מנגנון מיוחד בהסכם.

66. ישנה מחלוקת בין הפוסקים האם התניה מפורשת בין עובד למעביד לגבי ויתור על זכויות העובד, תקפה על פי ההלכה, גם כאשר לפי החוק היא אינה תקפה (ראו למשל בשו"ת משפטי ארץ א, עמ' 82-83). גם לפי הדעה שתניה כזאת אינה תקפה לפי ההלכה, נראה שהדבר נכון דווקא כאשר מדובר בעובד שכיר אשר מתנה לקבל פחות משכר מינימום וכדומה, ואז לא תועיל הגדרתו כקבלן כאשר אין לכך הצדקה במציאות הממשית. אולם כאשר נעשה הסכם הוגן וסביר שאינו סותר את חוקי העבודה, כי באמת היחסים בין העובד למעסיק בהקשר לחוזה זה הם יחסי קבלן ומומין ולא יחסי עובד ומעביד, ורק הגדרת יחסי עובד ומעביד כ'סטטוס' אשר אינו ניתן לחלוקה הם המונעים את תקפות החוזה לפי דיני העבודה המקובלים, לא מסתבר שההלכה תשלול תוקף מהסכם כזה.

אמנם הסברא של "סטטוס" היא שלמעסיק יש כוח רב ביחס כלפי העובד, והוא עלול להכתיב לו הסכמה לתנאים שאינם הוגנים, ולכן נוצרו חוקי העבודה, כדי להגן עליו ולשלול את תוקף ויתוריו לזכויותיו, וזה שייך גם אם מדובר בהסכם לשעות אחרות מחוץ למשרה הרגילה שלו. אולם, מכיוון שהסכם זה הוא הסכם הוגן, והוא שולל את הבטחת השכר המינימלי מטעמים הלכתיים של שמירת שבת ולא מטעמים של רצון המעסיק לנצל את העובד שלו ולנצל לרעה את כוחו, לא מסתבר להרחיב את ההגנה על זכויות העובד עד כדי שלילת תוקף ההסכם הזה.

במיוחד יש לומר שההלכה, המעוניינת בשמירת שבת, אינה צריכה לבטל תוקף של סעיפים בחוזה, כאשר הביטול הופך את החוזה ממותר לפי הלכות שבת לאסור לפי הלכות שבת. ייתכן שסברות אלה יתקבלו גם בבתי הדין לעבודה אם יתגלע סכסוך בעניין חוזה זה והוא יצטרך להידון שם. מכל מקום, גם אם בתי הדין לעבודה לא יקבלו סברות אלה, מסתבר שאין להגדיר את העובד כשכיר מבחינת הלכות שבת, כאשר מוסכם בין הצדדים שהוא קבלן ולא שכיר, וכאשר בפועל השכר המשולם הוא שכר קבלני ולא שכר שעותי, כל עוד לא הובא החוזה לבית הדין לעבודה ונפסק שם אחרת.

אמנם, היה מקום לומר שעצם הזכות של הקבלן לקבל שכר מינימום על ידי תביעה בבית הדין לעבודה מגדירה אותו הלכתית כשכיר ולא כקבלן. אולם נראה יותר שאין זה כך, ואם בית הדין יחייב את המזמין לשלם לקבלן שכר מינימום על עבודתו בשבת בניגוד למוסכם בחוזה ביניהם, זהו חיוב חיצוני ולא חיוב הנובע מההסכם ביניהם, ואין בו כדי לשנות את ההגדרה של הקבלן לעובד שכיר. כל זאת נכון, גם אם התשלום הקבלני ייעשה במסגרת תלוש המשכורת החודשי של העובד, כי אין בזה כדי לשנות את ההסכם המפורש לפיו העבודה בשבתות היא בקבלנות ולא בשכירות.

הסכם קבלנות עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב _____ ביום _____ בחדש _____ שנת התש"____ (/ / _ למניינם)

בין

צד א' – בעל העסק / חברה פלונית (להלן "המזמין")

לבין

צד ב' – אינו יהודי פלוני / חברה פלונית שהיא בבעלות ובניהול של אינם יהודים (להלן

"הקבלן")

(שניהם יחד ייקראו להלן "הצדדים")

מבוא

הואיל והמזמין הוא יהודי שחייב על פי ההלכה לשמור שבת, או שהוא חברה שבבעלות או ניהול של יהודים החייבים לשמור שבת על פי ההלכה,⁶⁷ ולפי ההלכה אסור ליהודי להעסיק באופן ישיר אדם שאינו יהודי לעשות דבר שאסור ליהודי לעשות בשבת בעצמו,⁶⁸ והואיל והמזמין מנהל עסק גדול, שלפי הוראת הרב _____ רשאי המזמין להפעילו בשבת על ידי קבלן שאינו יהודי לפי ההיתר שבשולחן ערוך אורח חיים סימן רמד סעיף ו,⁶⁹ והואיל והקבלן הוא אדם שאינו יהודי על פי ההלכה, או שהוא חברה שבבעלות וניהול של מי שאינם יהודים על פי ההלכה,⁷⁰

והואיל והקבלן הסכים לקבל על עצמו את הפעלת העסק שמנהל המזמין בעבור המזמין בשבתות ובחגי ישראל, בקבלנות לפי הסכם זה,

הסכימו הצדדים על הסכם קבלנות להפעלת העסק כמפורט בהסכם זה:

67. היתר זה בא לפתור את בעיית הפעלת עסק השייך ליהודי בשבת. לאור הספק מה קובע מבחינה הלכתית – יהדות הבעלים או יהדות המנהלים, נבחר כאן נוסח שמאפשר הן לחברות שבבעלות יהודית והן לחברות שבניהול יהודי לחתום על החוזה. שאלה זו קשורה לשאלת מהותה של חברה בע"מ ע"פ ההלכה אולם כדי לצאת ידי השיטות השונות נבחר הנוסח המוצע.

68. שולחן ערוך אורח חיים רמג, א.

69. היתר זה אינו היתר לכתחילה לכל עסק, אלא רק לעסקים גדולים (ט"ז או"ח רמד, ו), שמשיקולים של הפסד גדול, ושעת הדחק, וחשש שיבואו לעבור איסור חמור יותר אם לא יתירו איסור זה, התיירו אותו במקרים מסוימים. על כן יש צורך בשיקול דעת של מורה הוראה בכל מקרה ומקרה אם ניתן להתיר בעסק מסוים את הפעלתו בשבת. התייחסות מפורשת להוראה כזו בחוזה, הן בפתחה, והן בחתימה בסוף (חתימת הרב המתיר), מצמצמת קצת את החשש שחזה סטנדרטי כזה יופץ בין אנשי העסקים באופן שיביא לפריצת גדרות השבת שלא כדין.

70. ההיתר מבוסס על כך שהקבלן איננו מחויב בשמירת שבת. אם הוא מחויב בשמירת שבת ההיתר אינו תקף.

בללי

1. המבוא להסכם זה הוא חלק בלתי נפרד ממנו.⁷¹
2. הקבלן מקבל על עצמו להפעיל את העסק בשבתות בקבלנות.⁷² מהות העסק ופרטי הדרישות להפעלתו מפורטים בנספח א' להסכם זה (ואם לא נכתב נספח כזה מהות העסק ופרטי הדרישות להפעלתו יהיו כפי שסוכם בין הצדדים בעל פה).⁷³
3. לא יהיו יחסי עובד ומעביד בין הקבלן לבין המזמין, לגבי הסכם זה. זאת, אף אם מתקיימים ביניהם יחסים כאלה במסגרת הסכם אחר שאינו נוגע לשבתות.⁷⁴
4. בהסכם זה: "שבת" או "שבתות" פירושו מערב שבת עד מוצאי שבת וכן מערב יום טוב ועד מוצאי יום טוב. "יום טוב" פירושו שני ימי ראש השנה, יום הכיפורים, היום הראשון של חג הסוכות, יום שמיני עצרת, היום הראשון של פסח, היום השביעי של פסח, יום חג השבועות. "ערב" פירושו היום שלפני, שעתיים לפני שקיעת החמה בירושלים. "מוצאי" פירושו שלוש שעות אחרי שקיעת החמה בירושלים בסוף היום.⁷⁵

השכר

5. מחק את המיותר:
 - א. יחידות התפוקה לפיהן יחושב שכר הקבלן תהיינה ____ (יחידת תפוקה מסוג x) ו ____ (יחידת תפוקה מסוג y).
 71. אם יתברר שהקבלן הוא יהודי, או שבמקרה שהניהול או הבעלות של החברה הקבלנית עברו לבעלות ו/או ניהול של יהודים, אזי, יוכל המזמין להשתחרר מהסכם הקבלנות לפי סעיף זה.
 72. כאן לב ההסכם העקרוני. הגדרת השכר, שהיא הכרחית להגדרת ההסכם כקבלנות בניגוד לשכירות רגילה, נמצאת בסעיף 6. התמורה לא מוזכרת כאן כדי למנוע בעיה הלכתית של שכר שבת מפורש שלא בהבלעה אם ישתמע בחוזה שהתשלום הוא בעבור עבודה בשבת דווקא (משנה ברורה רמד, לג, ומקורו בפרי מגדים אשל אברהם רמד, יח).
 73. ברור שצריך לסכם עם הקבלן מה המשימות שלו, סיכום זה יעשה לכתחילה בהסכם נפרד בכתב, ובדיעבד אף בהסכם על פה.
 74. זוהי הבהרה נוספת לכך שהקבלן אינו שכיר של המזמין, כדי לא לעבור על האיסור שנוכר בסעיף "הואיל" הראשון במבוא. זאת, אף אם הקבלן מקבל את שכרו בתלוש משכורת מאת בעל העסק. סעיף זה מאפשר למזמין לחתום על הסכם זה עם אחד מעובדיו הקבועים (שאינו יהודי). כאמור לעיל במבוא, מבחינה משפטית לא לגמרי ברור שלסעיף זה יש תוקף לגבי מי שהוא עובד שכיר של המזמין בימות החול, עקב התפיסה בבתי הדין לעבודה שיחסי עובד ומעביד הם "סטטוס". אולם מבחינה הלכתית מסתבר שיש תוקף לסעיף זה, וייתכן שבתי הדין לעבודה יוכלו להסכים לזה גם כן. ובכל אופן סעיף זה מאפשר את ההיתר ההלכתי המצריך קבלנות דווקא ולא שכירות.
 75. ההגדרה המדויקת של זמן עבודת הקבלן חשובה כדי שיהיה ברור מתי הקבלן אחראי על העבודה ומתי המזמין אחראי על העבודה.
- הוגדר שהקבלן אחראי שעתיים לפני שבת ושעתיים אחריה, כיוון שהחלפת העובדים בדיוק בכניסת השבת בלתי אפשרית, וכן כדי שהתמורה בעבור השימוש בתשתיות תהיה גם בעבור השימוש בימי חול ולא רק בשבת (שכר התשתיות בהבלעה – ע"פ שולחן ערוך או"ח רמו, א).

ב. (הפעולות לפיהן יחושב שכר הקבלן יהיו ____ (פעולה מסוג x) ו ____ (פעולה מסוג y).⁷⁶

6. המזמין מתחייב לשלם לקבלן שכר של ____ ש"ח לכל יחידת תפוקה/פעולה מסוג x שיפיק הקבלן, ושכר של ____ ש"ח לכל יחידת תפוקה/פעולה מסוג y שיפיק הקבלן. להערכת הצדדים, זהו שכר המשתלם הן למזמין והן לקבלן.⁷⁷
7. אם כעבור ____ חודשים מחתימת הסכם זה לא יגיע שכר זה לגובה הסכום המופיע בסעיף 14 לקמן, יבחנו הצדדים מחדש האם שכר זה מתאים לצורכיהם, וכיצד ניתן לקבוע אותו באופן מדויק יותר לשביעות רצון שני הצדדים.⁷⁸

עובדי הקבלן

8. הקבלן מתחייב שלא יהיה חילול שבת על ידי יהודים במסגרת הפעלתו את העסק בשבת. כל הפעולות האסורות ליהודים בשבת שייעשו לצורך הפעלת העסק בשבתות, ייעשו על ידי הקבלן או על ידי עובדים לא יהודים של הקבלן.⁷⁹
9. הקבלן יהיה רשאי להעסיק את עובדי המזמין, או שלא להעסיקם, וכן להעסיק עובדים אחרים, והמזמין לא יתערב בכך.⁸⁰ ובלבד שהעובדים לא יהיו יהודים, ויקבלו שכר ותנאי עבודה כחוק. עובדי הקבלן לא ייחשבו לעובדי המזמין,⁸¹ בהקשר לעבודתם בשבתות כעבור הקבלן, גם אם עבודתם תהיה באותו מקום ובאותם תנאים בהם הם עובדים כעבור המזמין בימות החול.⁸²

76. מהותו של קבלן שהוא מקבל שכר על תוצר ולא על זמן עבודתו. לפיכך, עדיף להגדיר את השכר לפי יחידת התפוקה (כפי שנכתב בשולחן ערוך או"ח רמד, ו). אם זה לא ניתן לפי מהות העסק, ניתן להגדיר את השכר לפי מספר הפעולות (ע"פ אורחות שבת ב, כג, קצד).
77. כאן מוגדרת התמורה שהקבלן מקבל כעבור שירותיו. בדרך כלל הסכם קבלנות כולל תשלום על תפוקות ללא קשר לעלויות, וכך אמור להיות גם כאן. אלא שיש חשש שהקבלן יפסיד, כיוון שההוצאות שלו תהיינה גבוהות מההכנסות שלו. לשם כך, בהמשך יובא מנגנון שמבטח את הקבלן במקרה כזה. דווקא בגלל מנגנון זה חשוב מבחינה הלכתית לשמור על האופי הקבלני של ההסכם, ולכן באופן בסיסי (גם ללא מנגנון ה"ביטוח") ההסכם צריך להיות רווחי (לפי הצפי) כעבור הקבלן, ולכן נכתב למעלה שהוא משתלם לשני הצדדים כאשר מבחינה הלכתית חשובה הרווחיות כעבור הקבלן.
78. סעיף זה נועד למנוע מצב שבו במשך הזמן מתברר לצדדים ששכר הקבלנות אינו גבוה מספיק ובאופן בסיסי ההסכם אינו משתלם לקבלן (אמנם, יש מנגנון "ביטוח" אבל אסור שהוא יהפוך להסכם העיקרי). בסעיף זה מצוין בפירוש בתוך כמה זמן יש לבדוק את המצב, כדי להימנע מבעיה הלכתית זו, שבה הקבלן הופך לשכיר. מטרתו להזכיר לצדדים המעוניינים בקיום ההלכה לבחון אם הם בתוך גדר ההיתר.
79. עקב העצמאות של הקבלן בהפעלת העסק בשבת, נוצר הצורך בסעיף זה כדי שהמזמין לא יימצא בעקיפין מכשיל יהודים בחילול שבת.
80. בכך מומחש שאין קשר ישיר בין עובדי הקבלן למזמין.
81. שכן כאמור יש איסור בהעסקה ישירה, וראו לעיל הע' 68.
82. כך יכול הקבלן להעסיק את העובדים הרגילים של המזמין, בלי שהם ייחשבו כמועסקים ישירות על ידי המזמין.

ניכויים משכר הקבלנות

10. אם הצדדים ירצו בכך,⁸⁵ יוכל הקבלן להשתמש בשירותי המזמין, הן באיתור עובדים, הן בהדרכתם המקצועית שתתקיים בימות החול, והן בהנהלת החשבונות ותשלום המשכורות. ובלבד שיובהר לעובדים שמעסיקם בשבתות הוא הקבלן ולא המזמין, ושירותים אלה ניתנים מהמזמין לקבלן ונעשים בשליחות הקבלן. אם יהיה צורך בהדרכת העובדים בשבתות, הדבר לא יוטל על המזמין גם אם הדבר יהיה מוטל עליו בימות החול.⁸⁴ התמורה שייתן הקבלן למזמין על שירותים כאלה הוסכמה ביניהם בהסכם נפרד (ראו הצעת חלופות בהערה⁸⁵). התשלום יתבצע על ידי ניכוי משכר הקבלנות המגיע לקבלן.⁸⁶
11. אם יוסכם בין הצדדים שהמזמין ישלם משכורת לעובדי הקבלן, כפי שנוכר בסעיף 10 לעיל, הקבלן ישפה את המזמין על כך על ידי ניכוי סכום המשכורת משכר הקבלנות המגיע לו.⁸⁷
12. הקבלן ישלם סכום של ____ ש"ח למזמין לכל חודש⁸⁸ על שימוש בתשתיות ונכסים אחרים של המזמין לצורך הפעלת העסק.⁸⁹ התשלום יתבצע על ידי ניכוי משכר הקבלנות המגיע לקבלן.⁹⁰
13. עם חתימת הסכם זה ולפני תחילת עבודת הקבלן⁹¹ ייתן המזמין לקבלן הלוואה על סך ____ ש"ח.⁹² הקבלן יפרע הלוואה זו על ידי ניכוי משכר הקבלנות המגיע לו.⁹³ (הריבית וההצמדה על הלוואה זו יהיו לפי התנאים המפורטים לקמן בסעיף 14.
83. עצם אי הקביעה בחוזה האם הקבלן ייעזר בשירותי המזמין ביחס לעובדים, בצירוף שאר הפרטים הכתובים בחוזה בעניין זה, מטרתם להבהיר את עצמאותו של הקבלן בהעסקת העובדים, ואת אי הזיקה של העובדים למזמין, באופן שאינו יוצר חשש להעסקה ישירה האסורה בשבת, וראו לעיל הע' 68.
84. הפעלת העובדים בשבתות היא רק על ידי הקבלן שאינו יהודי. וכך גם בעניין הדרכתם בשבת, הקרובה להפעלתם. ועיינו רמ"א או"ח רמד, ו, ובמשנה ברורה שם, לו.
85. חלופה א:
התמורה תהיה סכום של ____ ש"ח לעובד בתפקיד א, וסכום של ____ ש"ח לעובד בתפקיד y.
- חלופה ב:
התמורה תהיה ____ ש"ח לאיתור עובד שיועסק על ידי הקבלן, ____ ש"ח בכל חודש להדרכה מקצועית כללית לעובד בימות החול, ____ ש"ח בכל חודש להנהלת חשבונות וטיפול בתשלום המשכורת לכל עובד (מלבד השיפוי על המשכורת עצמה כמופיע בסעיף 11).
86. ראו לקמן הע' 90.
87. אם הקבלן הוא חברה אזי הבעלים של החברה לא יקבל שכר בתלוש מאת המזמין. זהו הסיכון הכלכלי העיקרי שנחסך מהקבלן כאמור בהע' 90 לקמן.
88. התשלום הוא לכל חודש ולא לפי ימים או שעות. כך שכר השבת הוא בהבלעה (עיינו שולחן ערוך או"ח רמו, א, וכן בביאור הלכה או"ח רמד, ו, ד"ה דבמקום פסידא). ובמיוחד זה כך, לאור תוספת השעות שלפני כניסת השבת ואחרי יציאתה, בהגדרת השבתות בסעיף 4.
89. חיוב הקבלן בתשלום על השימוש בתשתיות ונכסי המזמין ממחויבים אף הם את עצמאותו ואי היותו שכיר רגיל.
90. בסעיפים 14 ו-15 לקמן יובהר שתשלום זה כמו תשלומים אחרים יבוא רק משכר הקבלנות, וכך לא נוטל על עצמו הקבלן סיכון כלכלי שאין הוא מעוניין ליטול.

מועדי התשלום והניכויים

14. שכר הקבלנות יחושב כאמור בסעיף 6 לעיל, וישולם לקבלן בכל חודש לועזי, על עבודתו בחודש הלוועזי הקודם, לא יאוחר מ- ימים לאחר תום החודש הלוועזי הקודם. במועד התשלום ייבדק אם שכר הקבלנות בניכוי חובות הקבלן למזמין על פי סעיפים 10-13 שווה ל- ש"ח (שהוא הסכום הנקוב בסעיף 13 לעיל) או עולה עליו, ואם כן ישולם לו שכר הקבלנות בניכוי החובות הנ"ל. אם שכר הקבלנות בניכוי החובות הנ"ל נמוך מסכום זה, יוסיף המזמין על שכר הקבלנות המגיע לקבלן סכום נוסף, כך שהתשלום המגיע לקבלן בכל חודש לא יפחת מהסכום הנ"ל. תוספת זו תיחשב להלוואה (ללא ריבית/בריבית שנתית של __%) (וללא הצמדה/ובהצמדה)⁹⁴ למדד המחירים לצרכן,⁹⁵ ופירעונה יהיה בחודש הבא, על ידי ניכוי החוב משכר הקבלנות, כפי שמנוכחים החובות שלפי סעיפים 10-13. אולם אם נפסקה ההתקשרות בין הצדדים, ישלם המזמין לקבלן רק את השכר המגיע לו בניכוי החובות הנ"ל, ולא יותר.⁹⁶

15. הקבלן לא יהיה חייב לפרוע את החובות שלפי סעיפים 10-14 אלא באופן של ניכוי משכר הקבלנות, כמפורט בסעיף 14. אם תיפסק ההתקשרות בין הקבלן למזמין מכל סיבה שהיא, ולאחר התשלום האחרון המגיע לקבלן לפי סעיף 14 נותרה יתרת חוב, החוב יימחק.⁹⁷

91. ראו לקמן בהע' 96 מזה הסיבה לסעיף זה.

92. זהו הסכום המינימלי שהקבלן יכול לספוג כשכר חודשי לעבודתו למשך התקופה הנקובה בסעיף 6 לעיל. וסכום זה מופיע שוב בסעיף 14.

93. וכך הוא מובטח בסכום זה, אבל אין זה נחשב לשכר רגיל, כי צפוי ששכר הקבלנות יהיה גבוה מספיק כדי לפרוע את ההלוואה, וכך לא נפגע האופי הקבלני של ההסכם ושל העבודה. התשלום הוא מראש, כדי למנוע מצב שבסיום ההתקשרות יימצא שהקבלן עבד בחודש האחרון לחינם, או בתמורה לשכר שידוע שלא יצטרך להחזיר (וראו לקמן הע' 96).

94. מכיוון שאחד הצדדים אינו יהודי – אין כאן בעיה של איסורי ריבית, ואין צורך בהיתר עסקה (שולחן ערוך יר"ד קנט, א).

95. החישוב פשוט יותר ללא ריבית והצמדה, וגם החשש ששכר הקבלנות לא יספיק לפירעון החובות פוחת. אבל ייתכן שקביעת ריבית והצמדה ממחישים את הריאליות של ההסכם, ומקטינים את יסוד ההערמה שבו. נראה שהצדדים רשאים להחליט בנושא זה כרצונם. (ובלבד שהריבית תהיה כמקובל, ולא שיהיה בזה הערמה שהופכת את הפירעון לבלתי מעשי). ייתכן שיש להמליץ על הצמדה ללא ריבית כשכיל הזהב המתאים לשאלה זו.

96. הסיבה לכך היא שכאמור לקמן בסעיף 15 כשנפסקת ההתקשרות נמחק החוב. אם כן, כאשר משולם שכר לאחר תום ההתקשרות, אין משמעות לכינוי ההשלמה לסכום הקבוע בשם "הלוואה", כי ידוע מראש שאין צורך לפרוע אותה. אם כן, זהו שכר רגיל, ויוצא שהקבלן הוא שכיר רגיל. על כן באופן כזה ישולם רק מה שעודף משכר הקבלנות על החובות. כדי "לפצות" על כך ניתנת הלוואה במלוא גובה הסכום הקבוע לפני תחילת העבודה, כנ"ל בסעיף 13. ולא מתעוררת הבעיה, כי בשלב התחלתי זה עדיין צפוי ששכר הקבלנות יהיה גבוה מספיק כדי לפרוע את ההלוואה, ולכן אין העבודה נעשית על מנת לקבל שכר רגיל, ואופי ההסכם והעבודה כקבלנות לא נפגע.

97. בכך הקבלן נמנע מלהיכנס לסיכון כלכלי.

תוקף ההסכם, הפסקתו ובוררות

16. כל צד רשאי להפסיק את ההתקשרות בהודעה מראש של _____ ימים.
17. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁹⁸
18. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁹⁹ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראייה שהבורר רואה אותה כמספקת.¹⁰⁰
19. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.¹⁰¹ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב לו חוב לפי חוזה זה, והבורר לא השתכנע שהחוב נפרע, נאמן כשני עדים על הצד השני, יורשיו או חליפיו, לטעון שהחוב טרם נפרע. במקרה כזה, יפרע הנתבע את החוב באופן מייד, בלא חרם, שבועה וכדומה.¹⁰²
20. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,¹⁰³ הצדדים מודים שכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.¹⁰⁴ כל
98. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לטורב להופיע לפני הבורר שנקבע.
99. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 הלאה.
100. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
101. מן הדין שטר שניתן להוסיף בו פרטים לאחר שנחתם, מבלי שניתן יהיה לדעת על כך – פסול (שולחן ערוך חו"מ סימן מב) לפיכך, יש צורך להגביל את היכולת להוסיף סעיפים ללא חתימת שני הצדדים.
102. כאשר יש לתובע שטר בחתימת הנתבע, נחלקו ראשונים האם הנתבע נאמן לטעון שפרע את החוב, וכן נחלקו בעניין זה השולחן ערוך והרמ"א חו"מ סט, ב. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
103. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).
104. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". בשולחן ערוך חו"מ רמא, יב, מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב רמ"א אה"ע לח, ג). לעומת זאת, בפירוש חלקת מחוקק אה"ע לח, ג, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל¹⁰⁵ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁰⁶

חתימת הצדדים:

הקבלן

המוזמין

שם וחתימת הרב המאשר¹⁰⁷ את ההיתר לעסק זה:

105. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: רמ"א חו"מ רז, טו).

106. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

לדעת שולחן ערוך חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") והרמ"א שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיאה בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (שולחן ערוך חו"מ רז, טו). לדעת הרמ"א, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם ההתחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

107. הצורך באישור הוא כדי לוודא שאכן יש צורך כלכלי שמתיר את השימוש בהסכם זה, ראו עוד הע' 69 לעיל.