

# חובות האמון במשפט העברי ובדין הישראלי

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מאת

ירון אונגר

הפקולטה למשפטים

הוגש לסנט של אוניברסיטת בר-אילן



# חובות האמון במשפט העברי ובדין הישראלי

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מאת

ירון אונגר

הפקולטה למשפטים

הוגש לסנט של אוניברסיטת בר-אילן



עבודה זו נעשתה בהדרכתו של

פרופ' שלום לרנר

מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר אילן



## שלמי תודה

מחקר זה נכתב במקביל לעבודה במשרה מלאה בלשכה המשפטית של כנסת ישראל, ולעבודה במשרה מלאה לא פחות, כאב ומפרנס של משפחתי היקרה. לא בחרתי להסתגר במגדל השן ולא לקבל תמיכה מקרן מחקר כזו או אחרת. אך רבים וטובים תמכו בי, עודדו ותרמו לעבודתי זו, ברוח ובחומר, ובזכותם זכיתי לברך על המוגמר. חוב משמח הוא לי, להזכירם בפתח עבודה זו, ו"של רבו קודמת".

רבותיי בישיבה הגבוהה שבבית אל, ובראשם מו"ר הרב זלמן ברוך מלמד, ועמו הרב חיים ירוחם סמוטריץ', הרב חיים כ"ץ והרב דני איזק, הפקידו בידיי משוטים בעודי עול ימים, למדוני לחתור בים התלמוד, להתגבר על משבריו וגליו, לצלול בין דפיו ולדלות פנינים ממעמקיו. לולי תורה שנטעו בי, אז אבדתי בעוניי.

אל העולם המרתק של חקר המשפט העברי הכניסני הרב, פרופ' נחום רקובר, עוד בהיותו מכהן כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה. פרופ' רקובר היה ועודנו איש חזון שילוב המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלית. אין שני לו בתרומה לחקר המשפט העברי, בצד עשייה ציבורית עניפה לשילובו במשפט המדינה, והצמחתם והדרכתם של חוקרים רבים ממשיכי דרכו, ואף אני הדל בכללם. עבודה זו היא מפירות ומפירי פירותיו של האמון שנתן בי בראשית דרכי, בהפקידו בידיי את מלאכת הכתיבה של המחקר המקיף על חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, במסגרת סדרת "חוק לישראל" שבעריכתו.

תלמיד חבר הייתי, שנים רבות, לממשיך דרכו במחלקה למשפט עברי שבמשרד המשפטים, ד"ר מיכאל ויגודה. עמו נשאתי ונתתי בדבר הלכה, ונהניתי ממנו עצה ישרה ותושיה. חלק ניכר מן התובנות שבחיבור זה התעוררו בעקבות דיונים ארוכים ומחכימים עמו.

את יסודות המחקר המשפטי רכשתי באווירה החמה והייחודית של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן. אסיר תודה אני לסגל ההוראה המשובח, ולא פחות, לצוות המנהלי האיכותי, שליווני בכל שנות לימודי. אך חוששני שאם אבקש לפרט את כל אלו שלהם עליי להודות, אשמיט מבלי משים אחד מהם. על כן יהיו בעיני הקורא כאילו הייתי פורטם.

פרופ' שלום לרנר גילה עניין במחקר, וניאות לשמש לי מנחה. הדרכתו היעילה, האמון שנתן בי והביטחון שנסך בי לאורך הליך הכתיבה, הפכו את ההליך כולו למהנה ומועיל.

ואחרונים אחרונים חביבים, בני משפחתי היקרים. הוריי היקרים תמכו בי מאז ומתמיד, ומילדות נטעו בי סקרנות בריאה, אהבת אמת וחתירה למצוינות. ידעתי שהשלמתה של עבודה זו מסבה להם נחת רוח רבה, אך לא אשלה את עצמי. נחת זו איננה אלא פירעון דל וחלקי של חוב גדול, שספק אם אוכל אי פעם לפרוע.

ביטחון בכוחי להשלים מחקר זה שאבתי גם מחמי, הרב בן ציון קריגר ורעייתו מרים, אשר התעניינו תמיד בהתקדמות המחקר, ודחקו בי להשלימו.

ילדיי האהובים: ישי, בניה, טוביה, עדי, יונתן, טל ושהם נאלצו (מבלי שאיש שאל לדעתם), להסתפק במשך שנים אחדות באב למחצה, לשליש או לרביע, המשלש עתותיו בין המשפחה, העבודה, והמחקר האקדמי. נכונותם לסבול בהבנה (יחסית) את 'השיגעון של אבא' ולאפשר לי להסתגר בחדר העבודה לשם כתיבתו של מחקר זה, כלל אינה מובנת מאליה.

בן אחתום, חפצי יקירתי, אך דלות המילים, ודל כשרון ההבעה. על כן לא אדע להביע את עומקן של רגשות התודה וההערכה הגואים בי כלפיך, ולא אוכל לתאר את תרומתך לכל אורחות חיינו בכלל, ולעבודה זו בפרט. על כן אקדיש לך עבודה זו, כי שלי שלך ושלך שלך.





## תוכן עניינים כללי

א	תקציר
<b>1</b>	<b>חלק ראשון: פתיחת שערים</b>
1	א. מבוא
5	ב. מטרת המחקר
6	ג. שיטת המחקר
8	ד. מהמורות מתודיות ופתרון
13	ה. אתוס האמון המקראי
17	ו. משמעותן של חובות האמון
25	ז. תכליתן של חובות האמון
36	ח. המקור הנורמטיבי של חובות האמון
41	ט. יחסי האמון
<b>53</b>	<b>חלק שני: החובה למלא את התפקיד בנאמנות</b>
55	א. הנחת היסוד
59	ב. טבע האדם בתפיסת העולם היהודית
81	ג. איסור ניגוד עניינים
94	ד. האיסור להפיק טובת הנאה
103	ה. איסור ניגוד עניינים במשפט העברי
132	ו. האיסור להפיק טובת הנאה במשפט העברי
141	ז. שלב הסיכומים
146	ח. נספח: 'והייתם נקיים': על משמעות העיקרון והיקפו
<b>151</b>	<b>חלק שלישי: חובת הגילוי</b>
152	א. גילוי ודיווח
153	ב. חובת הגילוי
164	ג. חובת הדיווח
167	ד. חובת הגילוי במשפט העברי
174	ה. חובת הדיווח במשפט העברי
<b>211</b>	<b>חלק רביעי: חובת ההשגחה</b>
212	א. ביצוע אישי
218	ב. חובת השקידה
227	ג. ביצוע אישי במשפט העברי
244	ד. חובת השקידה במשפט העברי
270	ה. חובת המסירות במשפט העברי
288	ו. חובת המיומנות במשפט העברי
<b>292</b>	<b>נעילת שערים</b>
<b>297</b>	<b>ביבליוגרפיה</b>
<b>I</b>	<b>תקציר באנגלית</b>



## תוכן עניינים מפורט

א	תקציר
1	<b>חלק ראשון: פתיחת שערים</b>
1	<b>א. מבוא</b>
1	1. מהו אמון?
3	2. 'חובות אמון'
3	3. לידתן של חובות האמון
5	<b>ב. מטרת המחקר</b>
6	<b>ג. שיטת המחקר</b>
6	1. השוואה מושגית
7	2. שלבי המחקר
8	<b>ד. מהמורות מתודיות ופתרון</b>
8	1. תיחום שדה המחקר
8	2. אופיים של דיני האמון ואופיו של המשפט העברי
10	3. האנכרוניזם
11	4. האפולוגטיקה
13	<b>ה. אתוס האמון המקראי</b>
17	<b>ו. משמעותן של חובות האמון</b>
17	1. השגחה, נאמנות וגילוי
20	2. תום לב ואמון
22	3. אמון וזולתנות
25	<b>ז. תכליתן של חובות האמון</b>
25	1. תכליות פרטיות
25	1.1 <i>הגנה על אינטרס הצפיות</i>
26	1.2 <i>הגנה על אינטרס ההסתמכות</i>
26	1.3 <i>צמצום עלויות העסקה</i>
27	2. תכליות חברתיות
28	2.1 <i>שמירה על לכידות החברה</i>
28	2.2 <i>הגנה על מוסדות חברתיים</i>
29	2.3 <i>שגשוג כלכלי</i>
31	2.4 <i>חינוך לערכים של נאמנות</i>
36	<b>ח. המקור הנורמטיבי של חובות האמון</b>
36	1. משפט הטבע
39	2. הסכמת הצדדים
41	<b>ט. יחסי האמון</b>
42	1. תיאוריות חד-ממדיות
42	1.1 <i>התיאוריה הקניינית</i>
43	1.2 <i>התיאוריה החוזית</i>

43	1.3	תיאוריית ההסתמכות
45	1.4	התיאוריה של עשיית עושר ולא במשפט
45	1.5	תיאוריית היחסים הלא שוויוניים
46	1.6	תיאוריית הכח והשליטה
47	1.7	תיאוריית הפקדת הכח
48	1.8	תיאוריית התועלת המסחרית
49	2.	תיאוריות מורכבות
50	3.	תיאוריות נסיבתיות
50	4.	יחסי האמון בחקיקה בישראל
53		<b>חלק שני: החובה למלא את התפקיד בנאמנות</b>
55	א.	<b>הנחת היסוד</b>
59	ב.	<b>טבע האדם בתפיסת העולם היהודית</b>
59	1.	היצר והנעורים
62	2.	צלם אלוקים שבאדם
63	3.	"כל הגדול מחברו בולע את חברו"
64	4.	האם מי שנגוע בניגוד עניינים מסוגל לקבל הכרעה אובייקטיבית?
64	4.1	מקורות שמהם ניתן להסיק שניגוד עניינים שולל הכרעה אובייקטיבית
72	4.2	מקורות שמהם ניתן להסיק שניגוד עניינים אינו שולל הכרעה אובייקטיבית
74	4.3	הצעות ליישוב הסתירות שבין המקורות
81	ג.	<b>איסור ניגוד עניינים</b>
81	1.	ה'עניין'
82	2.	ה'ניגוד'
83	2.1	ניגוד אובייקטיבי או סובייקטיבי?
84	2.2	ניגוד ממשי או סביר?
85	3.	ניגוד עניינים אסור
87	4.	תכליותיו של האיסור
87	4.1	הבטחת התמסרותו של חב האמון לתפקידו
87	4.2	סייג מפני ניצול התפקיד לרעה
88	4.3	שמירה על אמון הציבור בנושא התפקיד
88	5.	היקפו של האיסור
89	6.	התנאה על האיסור
91	7.	מודל הסדרה
93	8.	תוצאות ההפרה
94	ד.	<b>האיסור להפיק טובת הנאה</b>
95	1.	על מי חל האיסור?
96	2.	תכליתו של האיסור
96	2.1	ביטוי לנאמנותו של חב האמון לזכאי
98	2.2	ביטוי לתפיסה שטובות ההנאה הן קניינו של הזכאי
98	2.3	סייג מפני ניגוד עניינים
99	3.	היקפו של האיסור

99		3.1	'טובת הנאה'
100	מעורבותו של חב האמון בהפקתה של טובת הנאה	3.2	
101	זהותו של המוטב	3.3	
101	התחולה בזמן	3.4	
103	<b>ה. איסור ניגוד עניינים במשפט העברי</b>		
103	1. ניגוד עניינים במרחב הציבורי		
104	1.1 מינויים ציבוריים		
108	1.2 הפעלתן של סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות		
109	1.3 רכישה עצמית		
110	1.4 ניגוד עניינים מוסדי		
111	1.5 סיכום ביניים		
112	2. איסור רכישה עצמית		
113	2.1 טעמו של האיסור		
119	2.2 על מי חל האיסור?		
121	2.3 בין הדין העברי לדין הישראלי		
124	2.4 תמורות בהבנת משמעותו והיקפו של האיסור		
130	3. ניגוד עניינים מוסדי		
132	<b>ו. האיסור להפיק טובת הנאה במשפט העברי</b>		
132	1. איסור שימוש		
134	2. איסור הפקת רווחים		
136	3. איסור קבלת טובות הנאה		
137	4. ניצול הזדמנות עסקית		
137	4.1 ניצול הזדמנות שלא על חשבוננו של הזכאי		
138	4.2 ניצול הזדמנות על חשבוננו של הזכאי		
141	<b>ז. שלב הסיכומים</b>		
146	<b>ח. נספח: 'והייתם נקיים': על משמעות העיקרון והיקפו</b>		
146	1. תכליתו של העיקרון		
148	2. היקפו של העיקרון		
151	<b>חלק שלישי: חובת הגילוי</b>		
152	<b>א. גילוי ודיווח</b>		
153	<b>ב. חובת הגילוי</b>		
153	1. תכליתיה של חובת הגילוי		
153	1.1 כיבוד חופש הרצון של הזכאי		
154	1.2 יצירת בסיס עובדתי המאפשר הכרה בסמכויותיו של שליח		
155	1.3 תרופה לבעיית הנציג		
156	1.4 אמצעי עזר לשוב סכסוכים בין חב האמון לזכאי		
157	2. היקפה של חובת הגילוי		
157	2.1 גילוי כללי וגילוי מיוחד		
158	2.2 גילוי במובן הצר וגילוי במובן הרחב		
160	2.3 מידע ממשי		

161	2.4	חובת הגילוי ועיקרון ההגנה על הפרטיות
162	3.	המועד לחשיפת המידע
164	ג.	חובת הדיווח
164	1.	חובת הדיווח הסטטוטורית
165	2.	דיווח על פי הדין
166	3.	חובת הדיווח המוטלת על הרשות הציבורית
167	ד.	חובת הגילוי במשפט העברי
167	1.	האם מוטלת חובת גילוי על השליח?
169	2.	האם מוטלת חובת גילוי על אפוסטרופוס ליתומים?
169	2.1	שיטת הרמב"ם
170	2.2	שיטת הרא"ש
170	2.3	ניסיונות ליישב בין שיטת הרמב"ם לשיטת הרא"ש
173	3.	סיכום ומסקנות
174	ה.	חובת הדיווח במשפט העברי
174	1.	"ואלו נשבעין שלא בטענה"
175	1.1	תוכן השבועה
176	1.2	עילת השבועה
178	1.3	ההצדקה להטלת השבועה
180	1.4	העיתוי
180	1.5	סיכום ביניים
181	2.	מן השבועה אל הדוח
181	2.1	נושא ונותן בחשבון
182	2.2	"יצור וימנה"
186	2.3	"דרך כל העולם למסור חשבון בכל שנה"
188	3.	שבועת האפוסטרופוס בסיום כהונתו
189	3.1	תכלית השבועה
190	3.2	פשר ההבחנה שבין ממונה על ידי אבי היתומים לממונה על ידי בית הדין
194	3.3	היקף תחולתה של ההלכה
195	4.	חובת האפוסטרופוס להגיש חשבון בסיום כהונתו
195	4.1	חיוב משלים לשבועה
196	4.2	חיוב חלופי לשבועה
197	4.3	חיוב עצמאי
198	4.4	ירידת השבועה ועליית סעד החשבון
200	5.	חובתם של פקידי ציבור להגיש דוחות
204	6.	סיכום
207	7.	נספח: שטר שימוש בית דין
211		חלק רביעי: חובת ההשגחה
212	א.	ביצוע אישי
212	1.	כללי
213	2.	ביצוע אישי ושיקול דעת אישי

213	3.	בין האצלה להסתייעות
217	4.	תוצאותיה של הפרת החובה
<b>218</b>	<b>ב.</b>	<b>חובת השקידה</b>
218	1.	כללי
221	2.	בין חובת השקידה לחובת הזהירות
224	3.	'שקידה', 'שקידה ראויה' ו'שקידה סבירה'
225	4.	נספח: מסירות עבד אברהם כמודל לקיומה של חובת השקידה
<b>227</b>	<b>ג.</b>	<b>ביצוע אישי במשפט העברי</b>
227	1.	דיני השליחות
<b>227</b>	1.1	כללי
<b>229</b>	1.2	מתי אין השולח מקפיד על ביצוע אישי?
<b>231</b>	1.3	שליחות ל'דברים' ('מילי לא ממסרן לשליח')
234	2.	דין האפוטרופוס
<b>234</b>	2.1	האצלה של תפקיד טכני
<b>234</b>	2.2	האצלה של תפקיד הדורש הפעלה של שיקול דעת
<b>236</b>	2.3	העברת התפקיד לאחרים
<b>241</b>	2.4	מה בין האצלה להסתייעות?
241	3.	האצלת סמכויות של עובד ציבור
<b>244</b>	<b>ד.</b>	<b>חובת השקידה במשפט העברי</b>
244	1.	הלכת האריס
<b>247</b>	1.1	הפרשנות החוזית
<b>248</b>	1.2	הפרשנות הנזיקית
<b>250</b>	1.3	תקנה ייחודית: "שכך התנו בית דין"
252	2.	הלכת המתעסק
<b>254</b>	2.1	שיטת בעל 'העיטור'
<b>255</b>	2.2	שיטת הרמב"ם
<b>256</b>	2.3	שיטת חוות יאיר
<b>256</b>	2.4	שיטת נתיבות המשפט
258	3.	הלכת השליח
<b>259</b>	3.1	הפרשנות החוזית
<b>262</b>	3.2	הפרשנות הנזיקית
<b>263</b>	3.3	תקנה ייחודית: "התם תקינו משום דבידר"
264	4.	שקידה סבירה
268	5.	סיכום ביניים
<b>270</b>	<b>ה.</b>	<b>חובת המסירות במשפט העברי</b>
270	1.	"שבקתיה להימנותך?"
271	2.	הלכת החנווני הראשונה
<b>272</b>	2.1	בין החנות לכיתה
<b>273</b>	2.2	בין חנווני למורה
<b>273</b>	2.3	טיבו של העיסוק הצדדי

274	2.4	"עושה עמו בחנות"
275	.3	הלכת החנווני השנייה
275	3.1	בין הלכת החנווני הראשונה להלכת החנווני השנייה
277	3.2	תוצאות ההפרה של חובת המסירות
281	.4	"המשתתף עם חברו בסתם"
282	.5	הלכת המתעסק
282	5.1	הסתמכותו של הזכאי
283	5.2	מועד ביצוע העיסוק הצדדי
284	5.3	טיבו של העיסוק הצדדי
284	.6	סיכום
288	ו.	חובת המיומנות במשפט העברי
292		נעילת שערים
297		ביבליוגרפיה
I		תקציר באנגלית



ואין הקב"ה חפץ אלא באמונה, וכן הוא  
אומר: "אמונים נוצר ה'" (תהילים לא, כד);  
ואומר: "פתחו שערים ויבא גוי צדיק שומר  
אמונים" (ישעיה כו, ב); ואומר: "עיני בנאמני  
ארץ לשבת עמדי" (תהילים קא, ו); ואומר:  
"עינך הלא לאמונה" (ירמיה ה, ג).  
רמח"ל, מסילת ישרים, פרק יא

## תקציר

האמון שבין הבריות הוא אבן היסוד ליכולת האדם לכונן קשרים חברתיים ועסקיים, לקיומה של החברה, וליעילות הפעילות הכלכלית בה.

חובות האמון נועדו להעניק תוקף משפטי לאמון זה, ולהבטיח שמי שבידיו הופקד עניינו של הזולת (להלן: חב אמון), יעשה שימוש בכוח שנמסר בידיו רק לשם קידום העניין שלמענו הוא נמסר בידיו.

חובות האמון עומדות על שלוש 'רגליים': **החובה למלא את התפקיד בנאמנות (Duty Of Loyalty)**, **חובת הגילוי (Duty of Disclosure)** ו**חובת ההשגחה (Duty of Care)**.

מן החובה למלא את התפקיד בנאמנות נגזרים שני איסורים: האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים והאיסור להפיק טובת הנאה עקב מילוי התפקיד.

שני האיסורים האמורים שוכללו והורחבו בחקיקה הישראלית, בפסיקת בתי המשפט והמלומדים עסקו בהם בהרחבה. כך נקבע, שהעניין האישי האסור יכול שיהיה כלכלי, רגשי או משפחתי. ענין זה יכול גם עניינים של קרוביו של חב האמון, ידידיו, שותפיו או כל עניין אחר שחב האמון נדרש לייצג ולפעול בשמו (ניגוד עניינים מוסדי).

על חב האמון נאסר להפיק כל סוג של טובת הנאה מתפקידו, בין במישרין, בין בעקיפין, בין אם מטובת ההנאה נהנה חב האמון בעצמו ובין אם נהנים ממנה קרוביו, ידידיו או שותפיו. האיסור חל גם על הבטחה להעניק טובת הנאה בעתיד, והוא אינו פוקע משסיים חב האמון את תפקידו.

בהיבטים רבים, תחולת האיסור רחבה יותר כאשר חב האמון הוא עובד ציבור. לדעת רבים, על חב אמון זה יוחל מבחן אובייקטיבי לבחינת ניגוד העניינים האסור, ייאסר עליו להימצא במצב של ניגוד עניינים גם כאשר לא קיים ניגוד ממשי, אך קיימת סבירות גבוהה לכך שבעתיד יתקיים ניגוד שכזה, ותוקמנה 'חומות סיניות' כדי להבטיח שחב האמון לא ימצא מלכתחילה במצב של ניגוד עניינים. זאת, על מנת להבטיח לא רק את ההגנה על עניינו של הזכאי, אלא גם את שמירת אמון הציבור בנושאי המשרה הציבורית.

בכל אלו, קיים פער משמעותי בין הדין הנוהג במשפט הישראלי לזה הנוהג במשפט העברי.

ההלכה התנאית אסרה אמנם על חייבי האמון לרכוש לעצמם נכס מן הנכסים שהופקדו בידיהם, אך מן המקורות עולה שהאיסור נועד למנוע פגיעה בשמו הטוב של חב האמון ובאמון הציבור בחייבי האמון, ולא למנוע ניצול הכוח שנמסר בידיו של חב האמון לרעה. בהתאם לכך, האיסור חל אך ורק על רכישה עצמית ממש, ולא על מכירה לקרובים.

ההלכה התנאית אף לא אסרה על חב האמון להפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידו.

תמונה דומה עולה גם מן המקורות העוסקים בחייבי אמון הנושאים בתפקיד ציבורי, אם כי, כאן נראה שקיימת רגישות גבוהה יותר לפגיעה באמון הציבור בחייבי האמון. בשל כך, כבר בדור הראשון לאמוראי בבל נקבע שאין למנות אדם שיש לו עניין אישי בנכסיו של החסוי, כאפוטרופוס לחסוי.

פוסקים רבים הקישו מן ההלכות שנקבעו בעניינם של דיינים לדרך שבה מן הראוי שינהגו נציגי הציבור, ומכוחו של היקש זה נאסר על נציגי ציבור לקבל הכרעות שיפוטיות או מעין שיפוטיות בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים.

היו שנטו להרחיב את תחולת איסור הרכישה העצמית ולהחילו גם על מכירת נכסיו של הקדש ציבורי לקרוביו של חב האמון, ובדורות האחרונים, היו שנטו לקבוע ככלל, שנאמן של הקדש כאמור אינו רשאי לפעול בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים, ופעולות שנעשו תוך הפרת איסור זה בטלות.

נראה שהתפתחויות הלכתיות מאוחרות אלה קשורות לערעור אמון הציבורי בחייבי האמון הנושאים בתפקידים ציבוריים, ובצורך לחזק את אמון הציבור בנציגיו.

פער דומה בין שתי שיטות המשפט מתגלה גם בעניינין של חובות הגילוי והדיווח. חובות אלו פותחו במשפט הישראלי, ומכוחן נקבע שעל חב האמון לחשוף בפני הזכאי כל מידע הנוגע לשמירת ענייניו, לוודא שהזכאי מבין את המידע שנמסר לו, ולמסור לו דוחות מעת לעת בדבר הוצאותיו, הכנסותיו ותוצאות הפעולות שביצע.

ההלכה התנאית לא קבעה חובת גילוי כללית מעולם, ולא הטילה על חייבי אמון חובת דיווח.

אמנם, גם בעניינין של חובות אלו חלה התפתחות הלכתית דומה לזו שנמצאה בעניינה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות. כך, כבר במאה ה-13, ניתן למצוא פסיקה המטילה על נציגי ציבור חובה לדווח לציבור או לבית הדין על הכנסותיהם, הוצאותיהם ותוצאות פעולותיהם בנכסים שהופקדו בידיהם. אף התפתחו הלכתית זו, כך נראה, קשורה לערעור אמון הציבור בחייבי האמון ולצורך הציבורי לשקם אמון זה.

נראה שהפערים האמורים קשורים הן לתפיסות פילוסופיות מנוגדות בדבר טיבם של בני אנוש, והן לתפיסה חינוכית בדבר השפעותיו של הסדר משפטי המרחיב את היקפן של חובות האמון ומעצים את נוכחותן על האמון שבין הבריות.

המשפט הישראלי אימץ את ההנחה הפילוסופית בדבר היות האדם ייצור תועלתני, המונע מכוחה של שאיפה אחת ויחידה – השאיפה להשיא את הרווחה האישית. מהנחה זו נגזרה המסקנה, שכאשר האדם נדרש לייצג את ענייניו של הזולת הוא מוצא עצמו ב'בעיית נציג', שכן הוא חשוד שינצל את מעמדו לשם השאת רווחתו האישית. כדי להתמודד עם בעיה זו פותחה מערכת עניפה של איסורים ושל חובות גילוי, שנועדה למנוע מחב האמון לנצל את הכוח שהופקד בידיו לרעה.

תפיסתו הפילוסופית של המשפט העברי שונה. מקורות רבים מלמדים שחכמי ישראל גיבשו תפיסה מורכבת יותר על אופיים של בני אנוש. הם הכירו בכך שבאדם קיימת, מנעוריו, נטייה לפעול לטובת עצמו תוך התעלמות מרווחתם של אחרים, אך מצאו בו גם את הנטייה להיטיב לזולת, המוטמעת בו מכוח היותו נברא ב'צלם אלוקים'. מתפיסה זו נגזרת המסקנה, שחב האמון יכול אמנם לנצל את מעמדו כדי לקדם את ענייניו, אך אין הוא מוכרח לפעול כך על פי טבעו.

בהתאם לתפיסה זו עוצבו החובות המוטלים על חב האמון, לא מתוך מגמה לרסנו, אלא מתוך מגמה לכונן ולשמר תרבות של אמון באמצעות יצירת אווירה ציבורית של אמון בחייבי האמון.

כאמור, ה'רגל' השלישית של חובות האמון היא **חובת ההשגחה**, הקובעת את תקן ההתנהגות שעל חב האמון להפעיל בעת שהוא ממלא את תפקידו.

כאן, דווקא הדין העברי הרחיב ופיתח את החובה, בעוד שהחוק הישראלי הסתפק במליצות המבהירות בקווים כלליים את תוכנה של החובה, והותיר את המלאכה של יציקת תוכן ממשי לחובה זו בידיהם של בתי המשפט.

ההלכה דרשה מחב האמון למלא את התפקיד שהוטל עליו באופן אישי, אלא אם הנסיבות מלמדות שהזכאי אינו מקפיד על ביצוע אישי. בעניין זה יוחס משקל רב לאופיו של הקשר המשפטי שבין הזכאי לחב האמון ולטיבן של הפעולות שנדרש חב האמון לבצע.

ההלכה התנאית העניקה לזכאי את הזכות לתבוע מחב האמון פיצוי כספי על אבדן רווח שנגרם בשל הפרתה של חובת השקידה.

חב האמון נדרש למלא את תפקידו במסירות, ולהימנע מביצוע תפקידים נוספים או מלאכות אחרות במקביל לתפקידו העיקרי, אלא אם אין בכך כדי לפגוע בהתמסרותו לתפקיד שהטיל עליו הזכאי. אף בהקשר זה הוצעו מבחנים מורכבים ומשוכללים, שהתבססו על טיב ההסתמכות של הזכאי על חב האמון, על טיב העיסוק הראשי ועל טיבו של העיסוק הצדדי, כדי לקבוע באלו נסיבות ייחשב העיסוק הצדדי הפרה של חובת המסירות.

ההלכה דרשה מחב האמון להפעיל מיומנות בבצעו את תפקידו, ויש אף שקבעו, שבמידה ולא מצויה בידיו של חב האמון מיומנות הדרושה לשם מילוי התפקיד שהוטל עליו בצורה מיטבית, עליו לרכוש אותה או להסתייע בבעל מקצוע מיומן.

דומה שהמשקל הרב שניתן לחובות ההשגחה בהשוואה לחובות הנאמנות והגילוי, קשור לגורמים להפרתה של החובה ולהערכה המוסרית של מי שמפר את החובה.

הפרה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות מבטאת התנכרות מוחלטת לעיקרון האמון, בגידה, פגיעה בזולת לשם השאת רווח אישי. לכן, מי שמפר חובה זו "זוכה" בלשון חכמים לתואר הגנאי – 'רמאי'.

כאמור, ההלכה אינה מניחה שחב האמון הוא רמאי ואינה חושדת בו שינצל את מעמדו על חשבוננו של מי שנתן בו את אמונו. לכן, היא אינה מטילה חובות ואיסורים שכל תכליתם היא, למנוע ממנו לנהוג כך.

לעומת זאת, הפרה של חובות ההשגחה נתפסת ככניעה לחולשות אנוש, לעייפות החומר' הבאה לידי ביטוי בעצלות, חוסר מודעות או פיזור הדעת. כניעה לחולשות אנוש היא טבעית, אנושית, אך אין להשלים עמה. בשל כך שקדו חכמי ישראל על קביעתן של חובות ברורות, שיבהירו לחב האמון כיצד עליו לנהוג על מנת שחולשותיו לא יגרמו לו להפר את חובתו להשיג ולטפל בעניינו של הזכאי כראוי.

הנחת היסוד של המשפט הישראלי היא הפוכה. המשפט הישראלי מניח שבשל נטייתו של האדם להשיא את רווחיו הוא חשוד תמיד כמי שינצל את מעמדו לשם השאת רווחים על חשבונות של הזכאי. התנהגות המנוגדת להנחה זו נתפסת, לפי הנחה זו כהתנהגות בלתי אנושית, 'מלאכית'. בשל כך, הוא מעניק משקל רב יותר לחובה למלא את התפקיד בנאמנות ולחובת הגילוי, חובות שנועדו 'לשבור' את טבעו של האדם ולגרום לו לפעול בניגוד לנטייתו הטבעית.

נראה שהתפיסה האמורה השפיעה גם על המשקל שניתן לחובות ההשגחה, המבטאות את הדרגה הגבוהה ביותר של הגשמת עיקרון האמון: ההתמסרות המוחלטת לקידום עניינו של הזולת. רבים ראו בהתמסרות שכזו מידה שהיא מעבר להישג ידו של המשפט. המשפט, לפי תפיסה זו, יכול לצוות

על האדם להתנכר לטבעו התועלתני כדי לא לבגוד באמון שניתן בו, אך לא לצוות על האדם להתמסר לקידום עניינו של הזולת.

לכן, היו שנטו לסווג את חובות ההשגחה כענף של דיני הנזיקין דווקא, ולא של חובות האמון. לאמור, אנו יכולים לדרוש מאדם שלא יזיק לזולת, אך אין אנו יכולים לדרוש ממנו את ההתמסרות.

נמצאנו למדים, שהן הפערים המשמעותיים שבין חובות הנאמנות שמטיל המשפט הישראלי על חב האמון לחובות הנאמנות שמטיל המשפט העברי עליו, והן המשקל היחסי של כל אחת מחובות האמון בכל אחת משיטות המשפט, נובעים מתפיסות מנוגדות בנוגע לטבע האדם ולתכליתן של החובות שמטיל המשפט על חב האמון.

# חלק ראשון

## פתיחת שערים

### א. מבוא

#### 1. מהו 'אמון'?

צעד ראשון בהבנת המשמעות של הביטוי 'חובות אמון' הוא, הבנת משמעותו הלשונית של הביטוי 'אמון'.<sup>1</sup>

במשפט האנגלו-אמריקאי, שרבים רואים בו את ערש לידתם של דיני האמון המודרניים,<sup>2</sup> מכונות חובות האמון<sup>3</sup> בשם Fiduciary Duties.

מקורו של המונח Fiduciary במונח הלטיני fiducia, שמשמעותו נאמנות (trust), אמון או מבטח (confidence) ומן הפועל fidere - להאמין (בדומה ל-faith).<sup>4</sup>

1

<sup>1</sup> אמנם משמעותו המשפטית של ביטוי אינה חופפת בהכרח את משמעותו הלשונית (ראו לעניין זה, אהרון ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית עמ' 120-125), אך חשיפתה של המשמעות הלשונית חיונית לשם הכרת 'סל' המשמעויות שמתוכן יש לברור את משמעותו המשפטית של הביטוי.

<sup>2</sup> ראו עמיר ליכט, דיני אמונאות עמ' 4 (להלן: ליכט, דיני אמונאות). וראו גם: רות פלאטו-שנער, דיני בנקאות – חובות האמון הבנקאית עמ' 1-2 (להלן: פלאטו-שנער, דיני בנקאות); דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט עמ' 533 (להלן: פרידמן, עשיית עושר).

<sup>3</sup> בביטוי זה נעשה שימוש גם בפרק חובות האמון שבהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות). וראו גם, ראובן אלקלעי, המילון האנגלי-עברי השלם ערך Fiduciary.

בהתאמה, האדם שעליו מוטלות חובות האמון הוא 'חב אמון'. אמנם, ליכט סבור שביטוי זה הוא בעייתי משום ש"המונח "חב אמון" מסורבל וקשה להטיה, והוא גם אינו מדויק, מכיוון שה-fiduciary חב חובות נוספות לצד חובות האמון" (עמיר ליכט, "חובות אמון - אימתי?" עתיד להתפרסם בתוך: רות פלאטו-שנער ויהושע שגב (עורכים) חובות אמון בדין הישראלי 2015 (ע"פ גרסה עדכנית לחודש ספטמבר 2014 שפורסמה ב-SSRN בכתובת [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2497877&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2497877&download=yes)).

עמ' 2, הערה 5 להלן: ליכט, חובות אמון). בשל כך, הציע ליכט את הביטוי 'אמונאי' כביטוי שיתאר את האדם שעליו מוטלות חובות האמון, והוא אף הציע חידוש לשוני זה לאקדמיה ללשון העברית (ראו ליכט, דיני אמונאות עמ' 1). אולם, לטעמנו, המונח 'אמונאי' מסורבל מ'חב אמון', לא ברור מדוע הוא קל להטיה מ'חב אמון', ואף לא ברור מדוע הוא מוציא מכלל אפשרות את הטלתן של חובות נוספות על חב האמון, חובות שאינן חובות אמון.

<sup>4</sup> ליכט, חובות אמון עמ' 8. יצויין שבמשפט הרומי, הביטוי Fiducia שימש כסימן היכר למוסד המשפטי שמוכר בימינו כ'נאמנות' (Trust). בהקשר זה נעשתה הבחנה בין נאמנות אשראי (Fiducia cum creditore), שנועדה בעיקר כדי להעניק לנושה את הזכות למכור את המשכון שהופקד בידי במקרה שהחייב לא יפרע את חובו כלפיו במועד, לנאמנות לשם פיקדון

ואולם, נראה שמשמעותו הלשונית של ה'אמון' בשפה העברית היא עשירה יותר.<sup>5</sup> בלשון מקרא, האמון מבטא מסירות למטרה או לאדם,<sup>6</sup> יושר וכנות<sup>7</sup> ותחושה של יציבות.<sup>8</sup> בלשון חכמים, האמון והנאמנות מבטאים כנות,<sup>9</sup> מסירות לתפקיד<sup>10</sup> והסתמכות<sup>11</sup>

הקשר שבין הכנות<sup>12</sup> למסירות וליציבות איננו מקרי. מסירותו של אדם לתפקיד מבטאת את נכונותו להעניק **תוקף** להבטחותיו, לבל יעשו הבטחות שווא ושקר. בשל כך, ניתן **לסמוך** על אדם זה כעל עמוד איתן ויציב.

(Fiducia cum amico), ששימשה בסיס משפטי לרבים מדיני החיובים המוכרים כיום, כדיני השכירות, השעבודים, השליחות וכיוצא בזה. כך למשל, מי שביקש להשכיר את ביתו לחברו, ולהבהיר שאין הוא מעביר לו את הבעלות בבית, היה יוצר נאמנות לשם פיקדון, וכך גם, מי שביקש למנות שליח כדי שיבצע פעולה שיש לה משמעות משפטית בנכסיו, היה מעניק לו את הנכסים בנאמנות לשם פיקדון, שמכוחה היה השליח מוסמך לבצע את הפעולה.

כדי לאפשר לנאמן לפעול בנכסי הנאמנות, היה נהוג להעביר לנאמן את זכויות הקניין בנכס (mancipatio), בתוספת הערה המבהירה שזכויות הקניין הועברו רק לשם נאמנות (fiducia), שמשמעותה הייתה, שהקונה צריך להחזיק בנכס בזכות בעלות רק לשם תכלית ידועה, ולאחר שיתחיל יפוי כוחם של התנאים שהותנו בשעת ההתקשרות, הוא חייב להחזירו.

בעקבות הצורך לתת ביד הזכאי כלי משפטי שיאפשר לו להגיש תביעה כנגד הנאמן בשל הפרת אמון, התפתח המוסד של actio fiduciae, עילת תביעה כנגד נאמן, בשל הפרת חובת האמון כלפי הזכאי. להרחבה בעניין זה ראו למשל: - R. Sohm, *The Institutes A Text* pp. 59-62; W.W. *Book Of The History And System Of Roman Private Law* pp. 260-261; Buckland *A Manual of Roman Private Law* pp. 259-261.

**תולדות המשפט הרומאי עמ' 254-259.**

<sup>5</sup> ראו מילון ספיר ומילון אבן שושן ערך 'אמון'.

<sup>6</sup> ראו מילון ספיר ומילון אבן שושן שם; ובמקרא, ראו למשל: **במדבר יב**, ז ("בכל ביתי נאמן הוא"); **שמואל א ב**, לה ("והקימותי לי כהן נאמן כאשר בלבבי ובנפשי יעשה")

<sup>7</sup> ראו **במילון ספיר** ערך 'אמון' וערך 'נאמנות'; **מילון אבן שושן המרוכז** ערך 'אמון' וערך 'נאמנות'. ובמקרא, ראו למשל, משלי יד, ה ("עד אַמוֹנִים לא יכזב").

<sup>8</sup> הדוגמה הבולטת לכך היא הפסוק, "וַיְהִי יָדְיוֹ אֶמוֹנָה עַד בֵּא הַשֶּׁמֶשׁ" (שמות יז, יא-יב), וראו גם **שמואל א ב**, לה ("ובניתני לו בית נאמן"); מלכים ב יח, טז.

<sup>9</sup> ראו למשל: **פסיקתא זוטרתא** (לקח טוב) פרשת וישב לח, כג ("פן נהיה לבוז - שלא תאמר אין בהם אמונה"); **תלמוד בבלי** חולין קלגב, ("אין אמונה בגויים").

<sup>10</sup> ראו להלן, ליד הציון להערה 940.

<sup>11</sup> ראו למשל **מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי** יד, טו ("כדיי אמנה שהאמינו ב(נ)י ישראל במצרים קורע אני להן את הים. שלא אמר לו למשה 'לאין אנו יוצאין למדבר תהו הזה שאין בו כלום ואין בידינו מחיה לדרך' אלא יצאו על אמונה").

<sup>12</sup> יצויין, שאף כנות קשורה הן למחוייבות לאמת והן ליציבות. ראו רונית גדיש ותמר כץ, "אמת ונכון", **מילת השבוע** 15.

## 2. 'חובות אמון'

הביטוי 'חובות אמון' מעורר קושי, משום שהאמון שבין הבריות מבטא הלך רוח, תחושה של ביטחון פנימי, שהאדם שניתן בו אמון יפעל בהתאם לציפיות של אלו אשר נתנו בו את אמונם, ויעשה כל אשר ביכולתו כדי לקדם את עניינם. תחושת האמון מבוססת על הערכה אישית. היא נוצרת ומתקיימת מכוחן של נסיבות החיים, מכוחו של עבר משותף וכדומה, ולא מכוחן של חובות חיצוניות שהוטלו על חב האמון. נראה אפוא, שהאמון אינו מתחיל במשפט ואין המשפט יכול להבטיח את קיומו.

בשל כך, הביטוי 'חובות אמון' הוא במידה רבה פרדוקסאלי: אם האמון קיים אין צורך ב'פיגומים' משפטיים כדי לקיימו או לחזקו, ואם יש צורך ב'פיגומים' אלה, אות הוא שהאמון נעדר.<sup>13</sup>

נראה אפוא, שהנחת היסוד הבסיסית של דיני האמון היא אפוא, שאין בכוחו של האמון הטבעי להבטיח שמי שניתן בו אמון אכן יפעל בהתאם לציפיותיו של מי שנתן בו את אמונו. או במילים אחרות, הנחה של חוסר אמון בחיבי האמון.

## 3. לידתן של חובות האמון

חובות האמון המודרניות, כפי שהן מוכרות לנו כיום, התגבשו ככל הנראה תחת המשטר הפיאודלי באנגליה של המאה ה-12.<sup>14</sup> אולם, תהיה זו טעות לחשוב, שהמשפט האנגלי היה ערש לידתן ההיסטורית של חובות אלו.

משחר ההיסטוריה האנושית הסתייע האדם באחרים כדי לשרוד וכדי לפתח את עסקיו. הוא העביר חומרי גלם לאומן כדי שיכין עבורו ביגוד או ריהוט ומסר שדה תבואה בידי של אריס כדי שיגדל בה תבואה בתמורה לחלק מפירות עמלו. כשביקש לרכוש סחורה במקום רחוק, הוא מסר כספים בידי איש אמונו שנסע לאותו מקום כדי שירכוש עבורו את הסחורה, וכאשר הוא ביקש למכור את סחורתו במדינות רחוקות בהן היא הייתה מבוקשת, הוא מסר אותה בידי של סוכן מסחרי כדי שימכור עבורו את הסחורה.

לעיתים, ריחוק המקום או העדר משאבי זמן ומיומנות הובילו לכך שאדם יפקיד את ענייניו בידיהם של אחרים, ולעיתים היה זה הרצון להבטיח שענייניו ינוהלו בהתאם לרצונו גם בהעדרו או אפילו לאחר מותו.

בשל כך, אך טבעי הוא שמשחר ההיסטוריה האנושית, כמעט כל שיטות המשפט המוכרות עסקו בהסדרת היחסים שבין מי שקיבל לידי את הכוח לטפל בענייני הזולת (להלן: חב האמון) לבין מי שבשמו ולמענו הוא פועל (להלן: הזכאי).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> על פרדוקס זה ראו בהרחבה להלן, אחר הציון להערה 134.

<sup>14</sup> ראו ליכט, דיני אמונאות עמ' 4.

<sup>15</sup> לסקירה היסטורית ראו למשל, Aikin, B. & Fausti, K. "Fiduciary: A historically significant standard" 30 *Review of Banking & Financial Law* 155, 156-160 (2010-2011).

חובות האמון תרגמו ל'שפה המשפטית' את ציפייתו הלגיטימית של הזכאי, שחב האמון לא ימעל באמון שניתן בו, וסיפקו לו 'רשת הגנה' יעילה מפני הפרת האמון ושימוש לרעה בכוח שנמסר בידיו של חב האמון.<sup>16</sup>

מאחר שהעיסוק בתחום של חובות האמון הוא עתיק ימים, ניתן היה לצפות שבמאה ה-21, המשמעות של חובות האמון, גדרן והיקפן יהיו ברורים לכל, אך לא כך הדבר. כל מי שמתחיל לעיין בסוגיה משפטית זו מגלה במהרה שהמשימה המשפטית של קביעת גדריהן והיקפן של חובות האמון, ושל הנסיבות שבהן תוטלנה על אדם חובות אלה היא מורכבת מאין כמוה, ולמעשה, היא מעולם לא הושלמה. לא בכדי נחשבת משימה זו עד היום, כאחת מן המשימות הסבוכות שבעולם המשפט.<sup>17</sup>

הכתיבה האקדמית סביב נושאים אלו, רק במשפט האנגלו-אמריקני, גואה על גדותיה. בישראל, הכתיבה בתחום זה היא דלה באופן יחסי, ומושפעת במידה לא מבוטלת מן התובנות שהעלו מלומדים שמעבר ליס.<sup>18</sup>

מצב המחקר בעניינים אלו מן ההיבט של המשפט העברי איננו שונה. מעטים מבין חוקרי המשפט העברי עסקו בחובות האמון, ואלו שבכל זאת עסקו בכך התמקדו בעיקר באיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים, כשעל פי רוב, עיקרו של הדיון עסק בשאלת קיומו של האיסור במרחב הציבורי,<sup>19</sup> תוך הזנחה כמעט מוחלטת של הדיון בחובות האמון במשפט הפרטי.

יתר על כן. אף כאשר התקיים דיון בחובות האמון על ידי חוקרים אלו, על פי רוב, הדיון לא עסק ביסודות התיאורטיים של ההסדרים או בהשוואתם ליסודות התיאורטיים של דיני האמון המודרניים.

---

<sup>16</sup> Tamar Frankel, *Fiduciary Law* Oxford University Press, 2011, at pp. 79. (להלן: פרנקל, דיני האמון).

<sup>17</sup> Deborah DeMott, "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation", 1988 *Duke L.J.* 879, 879 ("one of most elusive concepts in Anglo-American law"); Paul. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (Sydney Law Book Co., 1977) ("one of the most ill-defined, if not altogether misleading terms in our law")

<sup>18</sup> בהקשר זה יש לציין במיוחד את המחקרים הבאים: יובל קרניאל, **הפרת אמונים בתאגיד במשפט האזרחי והפלילי** (להלן: קרניאל, הפרת אמונים. הספר עוסק ברובו אמנם בעבירה הפלילית של הפרת אמונים, אך בחלקו הראשון מניח יסודות חשובים להבנת המושג של חובות אמון במשפט האזרחי); **פלאטו-שנער, דיני בנקאות** (הספר מתמקד אמנם בהקשר הבנקאי אך מקיים גם דיון תיאורטי בנושא שבנדון); **ליכט, דיני אמונאות** (פורש דיון תיאורטי מרשים בהיקפו המתבסס במידה רבה על כתיבה ופסיקה בנושא שבנדון במדינות המשפט המקובל, שבהתאם אליה, לפי דעת המחבר, יש לעצב את דיני האמון של המשפט הישראלי). בשל הזיקה הדוקה שבין הנושא שבנדון לדיני הנאמנות, גם ספרו של שלמה כרם, **דיני נאמנות** (מהדורה רביעית) פרלשטיין-גינסור 2004 (להלן: כרם, נאמנות) היה לנו לעזר רב (אם כי, בשל אופיו היישומי, קשה להכניסו לקטגוריה של "כתיבה אקדמית").

<sup>19</sup> ראו להלן, הערה 426.



## ב. מטרת המחקר

מטרת המחקר הכללית היא: לבחון את ההסדרים המקובלים במשפט הישראלי בתחום של חובות האמון ולהשוותם לאלו המקובלים בתחום זה במשפט העברי, תוך ניסיון לעמוד על ההבדלים התיאורטיים שבין שיטות המשפט, לאפיינם ולהבהיר את פשר קיומם.<sup>20</sup>

השוואה שכזו עשויה להעשיר את החשיבה המשפטית, להבהיר את משמעותם של ההסדרים שאומצו בכל אחת משיטות המשפט, ולאפשר בחינה ביקורתית של ההסדרים הקיימים, לאור התובנות שעלו מן ההשוואה האמורה.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> פורת מעיר בהקשר זה, שניסוח מטרת המחקר בדרך זו מתבסס על ההנחה, שהחלקים המשפטיים שבהלכה מתפקדים בדרך הדומה למערכת משפט, במובן זה שהיא מהווה מערכת של כללים נורמטיביים שנועדו לספק תשתית משפטית לניהול החיים (בנימין פורת, "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל (תשע"ה) 179, 194. להלן: פורת, הפילוסופיה של המשפט העברי). הנחה זו שנויה במחלוקת. לעניין זה ראו למשל: מנחם אלון, "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח (תשל"ז), 99, ומנגד, יצחק אנגלרד, "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו-תשל"ז), 34. וראו מקורות נוספים לעניין זה אצל פורת, הפילוסופיה של המשפט העברי הערה 56.

<sup>21</sup> כידוע, שאלת המשקל שמן הראוי להעניק למשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי, כמקור נורמטיבי לשאיבת הסדרים, פרשנות והשראה משפטית, שנויה במחלוקת שמעולם לא הוכרעה. לעניין זה ראו למשל: יצחק אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", בתוך: יצחק בזק (עורך) המשפט העברי ומדינת ישראל עמ' 110; הנ"ל, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"ל) 268; אהרון ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265; הנ"ל, "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט (מב) 197, 201-202; ברכיהו ליפשיץ, "המשפט הישראלי והמשפט העברי - זיקה ועצמאות", משפטים יט (תש"ן) 859; אליאב שוחטמן, "המשפט הישראלי והמשפט העברי - זיקה וניכור", שם עמ' 871; אשר מעוז, "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל", הפרקליט מ (תשנ"א) 53; חיים כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית-עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט ספר היובל (1993) 9; מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז(3) (תשנ"ג) 659; מנחם אלון, "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?", מחקרי משפט יב(2) (תשנ"ו) 253; דניאל סינקלר, "המשפט העברי במדינת ישראל" בתוך: ישראל בתחילת המאה ה-21 עמ' 37; אליהו אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 467; ליאון שלף "הפורמליזם של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל" שם עמ' 489.

בשוליו של ויכוח זה אעיר, שאף לשיטתם של השוללים את קיומו של מעמד 'פורמאלי' מחייב למשפט העברי במסגרת משפט המדינה, ערכיו של המשפט העברי משקפים את ערכיה של המדינה היהודית, ובשל כך, ערכים אלו אמורים לשמש השראה הן למחוקק והן לשופט. לעניין זה יפים דבריו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' אהרון ברק, שכתב ש"במסגרת ערכיה של ישראל כמדינה יהודית, בהיבטה המורשתי, יש למשפט העברי תפקיד מרכזי... השופט... יקבל השראה פרשנית מהמשפט העברי... המשפט העברי משפיע גם על התכלית האובייקטיבית של החקיקה. הוא משפיע גם אם החוק לא הושפע כלל מהמשפט העברי. השפעה פרשנית זו מתבטאת בכך, שבמסגרת ערכיה של שיטת המשפט שלנו, המהווה את תכליתו הכללית של כל חוק, יש לכלול גם אותם ערכים יהודיים אשר נקלטו במשפטנו באמצעות המשפט העברי. אכן, הננו מדינה

## ג. שיטת המחקר

### 1. השוואה מושגית

ההשוואה שבין ההסדרים המקובלים בשתי שיטות משפט יכולה להתבצע בשלוש רמות: ברמה הבסיסית ביותר, הרמה היישומית, החוקר פורס את ההסדר המקובל בכמה שיטות משפט בתחום מסוים, על מנת לבחון מהו ההסדר הראוי בעיניו לאימוץ בשיטת המשפט שבתוכה הוא חי ופועל.

מטבע הדברים, ברמה זו ההשוואה תיעשה בין שיטות משפט שהן דומות זו לזו, על מנת להימנע מאימוצו של הסדר שמבוסס על מערכת ערכים שונה מזו המקובלת בשיטת המשפט של החוקר.

ברמה גבוהה יותר מבחינה מחקרית מצוי המשפט ההשוואתי הקלאסי, המתמקד בגורמים שהשפיעו על עיצובו של ההסדר המשפטי. ברמה זו, החוקר בוחן השפעות היסטוריות, תרבותיות וכדומה, של שיטת משפט אחת על חברתה. גם השוואה שכזו מחייבת בחירה בשתי שיטות משפט שהן קרובות זו לזו במקום ובזמן, שתתכן השפעה הדדית ביניהן.<sup>22</sup>

שיטת השוואה שלישית היא ההשוואה המושגית.<sup>23</sup> שיטת השוואה זו אינה מבקשת את ההסדר היישומי הנכון לאימוץ, ואף לא מתעניינת בתהליכים היסטוריים-תרבותיים שהובילו להתפתחותו של ההסדר המשפטי. ההשוואה המושגית מעוניינת אך ורק ב'תוצר' המשפטי, במשמעותו ובתיאוריה המשפטית והערכית הנגזרת ממנו. בשל כך, השוואה שכזו אינה מחייבת לבחור במושאי השוואה הקרובים זה לזה בזמן ובמקום.

בין המשפט העברי למשפט הישראלי קיים פער היסטורי ותרבותי רב, השולל

---

צעירה, אך אנו עם עתיק. שורשינו נעוצים במסורתנו ארוכת השנים. ערכי היסוד של המשפט העברי מעצבים את דמותנו כעם וכמדינה. בהם באה לידי ביטוי היותנו לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית. ערכי יסוד אלה הם חלק מערכי היסוד של משפטנו... הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פניית חובה" (אהרון ברק, **השופט במדינה דמוקרטית** עמ' 290).

<sup>22</sup> על פי פורת, הפילוסופיה של המשפט העברי עמ' 193.

<sup>23</sup> פורת (שם) מבחין בין שני סוגים של משפט השוואתי: "המשפט ההשוואתי הקלאסי", שהוא "מבקש לבדוק את הדומה ואת השונה בין שתי שיטות משפט שיש ביניהן קרבת מקום וזמן. נבחנים קשרי השפעה הדדית, אופני תגובה לאתגרים דומים, קבלת השפעה ממקורות שלישיים וכדומה", לבין משפט השוואתי מושגי, שתכליתו "אינה לחשוף נקודות מגע ריאליות בין השיטות אלא לעמת את תפיסותיהן המושגיות". לטעמנו, כאמור בגוף הדברים, ניתן לדבר גם על משפט השוואתי מסוג שלישי, והוא המשפט ההשוואתי היישומי, שעניינו במציאת ההסדר המיטבי מבין ההסדרים המוצעים בכמה שיטות משפט בעלות תרבות משפטית דומה לזו שבתוכה פועל המשפטן, ולא בחקר התהליכים ההיסטוריים שהובילו להתגבשותו של ההסדר המשפטי.

כמעט לחלוטין את מהימנותו המחקרית של מחקר השוואתי קלאסי. פער זה מעורר חשש כבד לאנכרוניזם, במידה ותכליתה של ההשוואה היא יישומית.

מנגד, ההשוואה המושגית, המבקשת לבחון את הנחות היסוד התיאורטיות שביסודם של ההסדרים, עשויה להעשיר את החשיבה המשפטית, והפער התרבותי וההיסטורי שבין שתי שיטות המשפט אינו עומד לה לרועץ.

ההשוואה המושגית מעשירה את החשיבה המשפטית ואת פיתוחם של שתי שיטות המשפט המשוות. היא מאפשרת לחוקר המשפט העברי לעמת את ההלכה עם שאלות, דילמות או תובנות מודרניות ומסייעת לו לנסח את עמדתה לגביהן.<sup>24</sup>

במקביל, ההשוואה המושגית מאפשרת בחינה ביקורתית של ההסדרים הקיימים בשיטת המשפט הישראלית, לאורן של הנחות יסוד ערכיות שונות.<sup>25</sup>

## 2. שלבי המחקר

פורת<sup>26</sup> מתאר את שיטת המחקר של ההשוואה המושגית ככזו המחייבת את החוקר לעבוד בשלושה שלבים: **בשלב הראשון**, החוקר נדרש לערוך השוואה דוגמטית בין ההסדר המשפטי שקיים במשפט העברי לזה הקיים במשפט הישראלי. **בשלב השני** בוחן החוקר את הכתיבה התיאורטית שכבר הוקדשה בספרות ליסודות הפילוסופיים של ההסדר המודרני, ולבסוף, **בשלב השלישי**, הוא מנסה להיעזר ביסודות התיאורטיים של ההסדר המודרני כדי להאיר את המשמעויות התיאורטיות הנגזרות מתוך הדוקטרינה ההלכתית, ולהבהיר את פשר ההבדל התיאורטי שבין שיטות המשפט.

נראה כי שלושת השלבים חיוניים אמנם לטובת שלמותה של ההשוואה המושגית, אך הסדר הכרונולוגי שתיאר פורת אינו הכרחי. כאשר קיימת כתיבה תיאורטית רבה בנושא הנחקר, לא מן הנמנע שהחוקר יבחן תחילה את יסודותיה התיאורטיים של הדוקטרינה המשפטית, לאחר מכן יעבור להשוואה הדוגמטית, ולבסוף, יעמוד על משמעותם התיאורטית של ההבדלים שמצא בין ההסדרים שבכל אחת משיטות המשפט.

לטעמי, שיטת עבודה זו עדיפה, בעיקר משום שהכרתם של היסודות התיאורטיים של הדין מאפשרת לחוקר, בשלב מאוחר יותר, לזהות בקלות יחסית את התפיסה הערכית המשתקפת מן ההלכות.

<sup>24</sup> על פי פורת, הפילוסופיה של המשפט העברי עמ' 199.

<sup>25</sup> שם.

<sup>26</sup> שם.

## ד. מהמורות מתודיות ופתרון

ההשוואה המושגית בתחום של דיני האמון מציבה בפנינו ארבע בעיות מתודיות: בעיית תיחום שדה המחקר, בעיית האופי הקודיפיקטיבי של דיני האמון, בעיית האנכרוניזם ובעיית האפולוגטיקה. להלן נבהיר בקצרה את משמעותה של כל אחת מן המהמורות האלה, ונציג את הדרך בה נבקש להתמודד עמן.

### 1. תיחום שדה המחקר

כאמור לעיל, הבנת משמעותן של חובות האמון היא מן המשימות המורכבות ביותר הניצבות בפני חוקרים מודרניים העוסקים בתחום זה.<sup>27</sup> קושי זה מתעצם, כאשר החוקר מבקש להבין את משמעותן של חובות אלה בדין העברי, משום שהענף המשפטי של דיני האמון לא קיים כלל בהלכה, כענף משפטי עצמאי.

המשימה שעמה נדרש להתמודד חוקר משפט עברי העוסק בדיני השליחות, בדיני הנזיקין, בדיני הקניין וכדומה, היא פשוטה באופן יחסי, משום שענפי משפט אלו מסווגים במקורות ההלכה כענפי משפט עצמאיים, המאפשרים לחוקר לזהות בקלות יחסית את המקורות הרלבנטיים למחקר.

לעומת זאת, כאמור, דיני האמון אינם מסווגים כענף משפטי עצמאי במקורות ההלכה. ספרי הפסיקה או השו"ת אינם מכילים פרקים העוסקים ב"הלכות אמון". בשל כך, החוקר נדרש תחילה לזהות את 'אבני היסוד' הדרושות לו לשם הקמתו של ה'בניין' המחקרי.

לשם כך, יהא עלינו לבחון יחסים משפטיים הקרובים במהותם לאלו שבהם מטיל המשפט המודרני על אדם חובות אמון, ולבחון מה הן החובות שמטילה ההלכה על אדם המצוי ביחסים אלו, ובהמשך, להשוות בין חובות אלו לחובות שמטיל הדין הישראלי על אדם המצוי ביחסים משפטיים זהים או דומים.

### 2. אופיים של דיני האמון ואופיו של המשפט העברי

דיני האמון מתאפיינים בשימוש בכללים רחבים ובמונחי שסתום, שנועדו לאפשר את החלתם של דינים אלו על מגוון רחב של יחסים משפטיים, בהקשרים שונים ובנסיבות שונות שביניהן קיים מכנה משותף ההופך יחסים אלו ל'יחסי אמון'.<sup>28</sup>

בשל כך, דיני האמון מתרחקים מן הכלל הסגור ומבכרים את אמות המידה הפתוחות כ'נאמנות', 'תום לב', 'שקידה', 'מסירות', 'סבירות' וכדומה, המאפשרות לכלל המשפטי לחול על מגוון רחב ככל שניתן של יחסים משפטיים. אמות מידה שכאלו מאפשרות לשופט למלא את הכלל בתוכן המתאים, בהתאם לסוג היחסים

<sup>27</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 17.

<sup>28</sup> על עניין זה ראו בהרחבה להלן, אחר הציון להערה 152.

כידוע, השימוש בכלל הפתוח זר לרוחו של המשפט העברי, והחוקרים הציעו להסביר עניין זה בדרכים שונות. אֶלּוֹן<sup>30</sup> סבר, שהרתיעה של המשפט העברי מאמות מידה פתוחות נובעת מתפיסה ריאלי, הגורסת שאמות מידה מסוג זה מבטיחות אולי את "שלמות" החוק, אך לא את ה"שלום". לדבריו, בחתירה אחר האסתטיקה המשפטית והדיוק האנליטי, לא אחת נופל הצדק קרבן, משום שהפתרון הצודק איננו תמיד גם הפתרון ה"נכון" מבחינה אנליטית.

לפי אֶלּוֹן, דווקא הכלל הסגור והניסוח הקזואיסטי מאפשרים לפוסק להבחין בין הנסיבות, ולהתאים לבעיה המוצגת בפניו את הפתרון ההלכתי המתאים והצודק ביותר, הגזור בדיוק לפי מידותיה של בעיה זו.<sup>31</sup>

לעומתו, זילברג<sup>32</sup> סבר שההעדפה של הכלל הסגור על פני אמת המידה הפתוחה אינה קשורה לתוצר המשפטי, אלא לשאיפתו של המשפט העברי להפוך את החוק לעממי ומובן לכל. לדבריו, אמות המידה הפתוחות מחייבות פרשנות והרחבה רבה, ובשל כך הן מובנות בעיקר לחכמי המשפט, ליודעי ח"ן ולא להמון.<sup>33</sup>

לפי זילברג, זו גם הסיבה לכך שהמשפט העברי מבכר את ההלכה הקזואיסטית, את ה'שור שנגח את הפרה' ואת 'שנים אוחזין בטלית', המובנים לאדם הפשוט כפי שהם מובנים ליושב על מדין, על פני ה'סבירות', ה'רשלנות' ו'תום הלב'.

כך או אחרת, ברור שאופיו זה של המשפט העברי מקשה על ההשוואה שבין שיטות המשפט, שהרי קיומה של 'שפה משותפת' הוא תנאי בסיסי לכל השוואה.

כדי להתמודד עם מהמורה זו יהא עלינו ללכת מן הפרט אל הכלל, לדלות את

<sup>29</sup> על השימוש בכלל הפתוח בחקיקה הקודיפיקטיבית הישראלית ראו למשל: גד טדסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", **משפטים** א (תשל"ט) 639, 639; אהרון ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", **עיוני משפט** ג 5, 13-17; אהרון ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", **משפטים** ז (תשל"ו) 17, 15; דניאל פרידמן, "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", **עיוני משפט** ח (תשמ"א) 26; אהרון ברק, "חקיקה שיפוטית", **משפטים** יג (תשמ"ג) 25, 41; מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה", **משפטים** יז (תשמ"ח) 321, 330; מנחם מאוטנר, "קודקס של המשפט המקובל" **משפטים** לו (תשס"ז) 199, 204-203.

<sup>30</sup> ראו, מנחם אֶלּוֹן, "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" - ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", בתוך: **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** רמות, אוניברסיטת תל-אביב (1998), עמ' 400-402.

<sup>31</sup> ראו למשל: **אלון, המשפט העברי** ב, 879; משה זילברג, **כך דרכו של תלמוד** מהדורה שניה, אקדמון 1984, 22 (להלן: זילברג, **כך דרכו של תלמוד**); אביעד הכהן, "קודיפיקציה במשפט - בין מורשת ישראל לבין הצעת חוק דיני ממונות" **פרשת השבוע** ג, 271.

<sup>32</sup> ראו **זילברג, כך דרכו של תלמוד**, 55-56.

<sup>33</sup> על עממיותו של החוק כאידיאל של המשפט העברי, ראו דוד משען, "ידיעת החוק - פיקציה או אידיאל?" **פרשת השבוע** ה, 39.

העיקרון המשפטי מן ההלכות ולנסח מחדש את ההלכה בשפת העקרונות והכללים, כדי לאפשר את קיומה של השוואה מושגית בין שתי שיטות המשפט.

### 3. האנכרוניזם

דומה כי הבעיה המתודית החמורה ביותר האורבת לפתחו של כל מי שמבקש להשוות בין המשפט העברי לכל שיטת משפט מודרנית היא סכנת האנכרוניזם. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגים של אנכרוניזם: אנכרוניזם משפטי ואנכרוניזם מושגי.

**האנכרוניזם המשפטי** מבטא ניסיון להציג כלל משפטי ככלל תקף בעידן המודרני, תוך התעלמות מוחלטת מן התקופה שבה הוא התגבש, מן המקום שבו הוא התגבש ומן הרקע חברתי והכלכלי שבמסגרתו הוא נוצר.<sup>34</sup>

**האנכרוניזם המושגי** מבטא ניסיון לשים בפיו של פוסק ההלכה טיעון תיאורטי שהוא לא יכול היה להעלותו על דעתו, ולו בשל כך שהתיאוריה שעליה מבוסס הטיעון התפתחה במקום, בזמן ובתרבות שהם רחוקים מעולמו של הפוסק.<sup>35</sup>

שיטת המחקר של ההשוואה המושגית מאפשרת להתגבר על סכנת האנכרוניזם המשפטי, משום שכאמור, השוואה שכזו אינה מתמקדת בהסדר המשפטי אלא בתיאוריה המשפטית, וזו איננה תלויה בזמן ובמקום.<sup>36</sup>

כדי להתמודד עם סכנת האנכרוניזם המושגי מציע פורת<sup>37</sup> את שיטת המחקר של ההבניה הרציונאלית של המקורות. שיטה זו אינה מבקשת לשחזר את תודעתו של הפוסק, אלא לתאר את התפיסות הפילוסופיות הנגזרות מן ההלכה, אף אם הפוסק כלל לא היה מודע, ולא יכולים היה להיות מודע לתפיסות אלה.

ההצדקה התיאורטית שמציע פורת לפרשנות מסוג זה מבוססת על התפיסה ההרמנויטית, שהפרשן עשוי להבין משמעויות ורבדים פילוסופיים החבויים בטקסט טוב יותר ממחברו.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> על סכנה זו, בהקשר של חובות האמון, ראו למשל, אביעד הכהן, "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי" בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 114, בעמ' 119. (להלן: הכהן, ניגוד עניינים במשפט העברי).

<sup>35</sup> לדיון בעניין זה ראו אצל פורת, הפילוסופיה של המשפט העברי עמ' 204.

<sup>36</sup> ע"פ פורת, שם.

<sup>37</sup> שם.

<sup>38</sup> על פי פורת (שם, עמ' 211), להצדקה זו יש בסיס גם בהגות הרבנית, וכדוגמה לכך הוא מביא מה שנכתב בשר"ת נשמת חיים (ברלין) סז, בשם רבי חיים מוולוז'ין ("יש לומר פירוש בלשון הרמב"ם והשו"ע אם הוא עולה ע"פ ההלכה, אף שבודאי לא כווננו לזה, משום שרוח הקודש נזרקה על לשונם"). הדברים התפרסמו מאוחר יותר בכתב עת המאיר ב (תשכ"ד), עמ' ט, והובאו גם על ידי שי עקביא וזנר, "עצמאות ומחויבות פרשנית: על תפיסות פרשניות בספרות הרבנית", אקדמות ד (תשנ"ח), 9, 28. רעיון זה מצוי גם בדבריו של רבי יהונתן

## 4. האפולוגטיקה

סכנת האפולוגטיקה נובעת מן המתח הפנימי שבין המסקנות האובייקטיביות של המחקר להשקפת עולמו של החוקר.

בדרך הטבע, משפטן הנטוע היטב בשיטת המשפט שבתוכה הוא חי ופועל, נוטה להזדהות עם ערכי היסוד של שיטה משפטית זו. הזדהות לאומית, דתית או תרבותית של חוקר המשפט עם ערכיה של שיטת משפט אחרת, שערכיה אינם בהכרח עולים בקנה אחד עם החינוך המשפטי שקיבל, יוצרת בקרבו סתירה פנימית. כדי ליישב סתירה זו, עלול החוקר לאמץ פרשנות אפולוגטית של ההלכה, שכל תכליתה היא, להסביר הסדרים הנוהגים בשיטת משפט אחת, מתוך מגמה ברורה להתאימם עם ההסדרים המקובלים בשיטת משפט אחרת או ליישב בין ערכיה של שיטה אחת עם ערכיה של שיטה אחרת.

11

הפרשנות האפולוגטית היא פסולה מבחינה מחקרית, משום שהיא אינה דנה בטקסט ההלכתי ב'דיים נקיות'. היא מניחה את המבוקש מראש, ואינה מותירה מקום לכל פרשנות אחרת, שאינה מאפשרת ליישב בין ההסדרים שבשתי שיטות המשפט.

בהקשרו של המחקר דנן, סכנתה של הפרשנות האפולוגטית חמורה שבעתיים, בעיקר משום שבתחום מחקרי שבו יש לשיטת המשפט הנוהגת משנה סדורה ובהירה, בעוד שמשנתו של המשפט העברי בתחום זה אינה ברורה וסדורה. בשל כך, המרחב הפרשני העומד לרשותו של החוקר הוא רחב באופן יחסי, ומאפשר לו לגלוש בקלות מן המחקר האובייקטיבי אל הפרשנות האפולוגטית.

הפרשנות האפולוגטית היא אויבתה של ההשוואה המושגית, משום שפרשנות שכזו כופרת בקיומם של הבדלים בין שתי שיטות המשפט, או למצער, מניחה מראש שההבדלים הם קלים בלבד.

עם סכנת האפולוגטיקה יש להתמודד בשלושה מישורים: **במישור התודעתי**, על החוקר לזכור בכל עת שסכנה זו אורבת לפתחו של החוקר ומאיימת לרדד את מסקנותיו.<sup>39</sup> **במישור הקוגניטיבי**, על החוקר לסגל לעצמו חשיבה חסרת פניות,

---

אייבשיץ, בדיון על פרשנות של האחרונים לדברי השולחן ערוך. ר"י אייבשיץ קובע בהקשר זה ש"אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם", ולכן, הרשו המפרשים לעצמם להקשות ולתרץ את דברי השולחן ערוך והרמ"א "בדרך חריף ועמוק, וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה", אף ש"אין ספק שלא כווננו להכל". וההצדקה התיאורטית לכך היא, ש"רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב וחפץ ה' בידם הצליח" (אורים ותומים על קיצור תקפו כהן סוף ס"ק קכג-קכד).

<sup>39</sup> ראו למשל, **זילברג, כך דרכו של תלמוד עמ' ד**. ואולם, ראו אביגדור לבונטין, "כך דרכו של תלמוד (ביקורת)", **הפרקליט יח (תשכ"ב)**, עמ' 188, המעיר שבכל זאת "דבק שמץ ממנה [=מן האפולוגטיקה] בכסותו... ואת לב הקורא מרטיט החשש שמא הרצון "להראות העמים והשרים" הוא שהניע את המחבר, ולו מתחת לסף ההכרה".

המתאפיינת ביושר אינטלקטואלי. ולבסוף, במישור המתודי, על החוקר להרחיב את הבסיס הדוגמטי של המחקר, כדי שיהיו בפניו מקורות רבים ככל שניתן, שמכוחם יוכל לאשש או לדחות את הפרשנות המוצעת. עליו להיזהר מפני היקש שאינו ממין העניין, ולבחון בזהירות רבה את היקפה של החפיפה הקיימת או שאינה קיימת, בין ההסדר הנוהג בדין הישראלי לזה הנוהג בדין העברי.



## ה. אתוס האמון המקראי

רבים עמדו על כך שלדיני האמון יש יסודות במקרא, ויסודות אלו השפיעו ומשפיעים עד עצם היום הזה על הדרך שבה המשפט מעצב את דיני האמון.<sup>40</sup> אולם, לא רבים עמדו על יסוד מקראי עמוק יותר, זה המחזק את אתוס האמון, ומתאר את האדם השלם כחב אמון, העסוק בשמירת ענייניו של הזולת.<sup>41</sup>

אתוס האמון המקראי בא לידי ביטוי כבר בסיפור בריאת העולם. בסיפור זה, בורא העולם מתואר כמי שכל העולם הוא קניינו ומסור לשליטתו, אך הוא עושה בו שימוש לטובת האנושות. השימוש בכוח לטובת אחרים הוא אבן היסוד לקיומו של העולם.

האדם הראשון נברא בצלמו ובדמותו של בוראו. המקרא אינו מתאר את האדם הראשון כבעלים של האדמה שממנה הוא נוצר, אלא כמי שבידיו הופקדה האדמה "לעבדה ולשמרה",<sup>42</sup> להגן עליה מפני הפסד או נזק ולפתחה למען האנושות כולה.

השימוש בפירות האדמה לתועלתו האישית של האדם ולא לטובתה של האנושות הוא הפרת האמון הראשונה בהיסטוריה, הפרה שבשלה גורש האדם מגן עדן ונגזרה עליו מיתה.<sup>43</sup>

מכאן ואילך, הסיפור המקראי וסיפוריה של האנושות כולה הוא הסיפור של החתירה המתמדת והבלתי מתפשרת להשבת האמון שבין הבורא לאדם.<sup>44</sup>

בהמשך, מתואר במקרא הסכסוך הראשון בין בני אדם – הסכסוך שבין קין להבל.<sup>45</sup> קין, איש האדמה, מתואר כמי שבקש לנכס לעצמו את האדמה ולעבדה לצרכיו. הוא מייצג אפוא את התפיסה הרמוזה בשמו, התפיסה הקניינית, הרואה את האדם כבעלים של משאבי הטבע, וכמי שעושה שימוש בעושר שהופקד בידיו, לשם השאת רווחתו האישית.

מנגד, הבל אחיו מתואר כרועה צאן, עיסוק המדגיש את השימוש במשאבי הטבע

---

<sup>40</sup> ראו למשל: כרם, נאמנות עמ' 5, הערה 2; דנ"א 1522/94 שמואל נייגר נ' רינה מיטלברג פ"ד מט(5) 314, 343 (להלן: פרשת נייגר); Mary Szto, "Limited Liability Company Morality: Fiduciary Duties in Historical Context" 23 *Quinnipiac L. Rev.* 61, 89-87 [2004]. (להלן: צו, חובות אמון); Stephen B. Young, "Fiduciary Duties as a Helpful Guide to Ethical Decision-Making in Business" 74(1) *Journal of Business Ethics* (Aug., 2007) 1, 2-3

<sup>41</sup> מארי צו היא ככל הנראה היחידה שכתבה על כך, אך גם כתיבתה לוקה בחסר. ראו מאמרה הנ"ל בהערה 40, בעמ' 88.

<sup>42</sup> בראשית ב, טו.

<sup>43</sup> בראשית ג, ו.

<sup>44</sup> ראו מאמרה של מארי צו, לעיל הערה 40 עמ' 87.

<sup>45</sup> ע"פ בראשית ד, ג-ח.

לטובת אחרים. הרועה דואג לצרכי העדר, מטפל בו ולא רודה בו. עיסוק זה, המאפיין את כל אבות האומה היהודית,<sup>46</sup> ממשיך את מסורת האמון של הוריו של הבל.<sup>47</sup>

הבורא מבכר את דרכו של הבל על פני דרכו של קין, ובחירה זו מציתה מריבה שתוצאותיה הטראגיות לימדו את האנושות מה עלולות להיות התוצאות ההרסניות של אימוץ התפיסה הקניינית.

אף על פי כן, האנושות לא למדה את הלקח, הארץ מלאה חמס,<sup>48</sup> והדבר הביא לכיליונה. עתידה של האנושות הובטח על ידי נח. בידי הופקד עתידו של העולם תוך שהוא נדרש לשרת במשך שנה תמימה את בעלי החיים שעתידיים היו להמשיך את קיומם של החיים עלי אדמות. בכך, הטמיע נוח בתוכו את תחושת השליחות של האדם כמי שבידו הופקדו אוצרות העולם לשם הבטחת התפתחותו החומרית והמוסרית של העולם.

מסורת זו הונחלה לאבי האומה היהודית, אברהם, המתואר במקרא כאדם עשיר הרואה עצמו כמי שבידו הופקדו נכסים כדי שיוכל להשתמש בהם אך ורק כדי לקדם את רווחתה של האנושות, ולא לשם קידום טובתו האישית.<sup>49</sup>

אברהם עצמו הפקיד את ניהול נכסיו בידי עבדו,<sup>50</sup> ובכך יצר את המודל המקראי של יחסי אמון וחובות אמון הנגזרות מיחסים אלו.<sup>51</sup> מודל זה משמש עד היום לבתי המשפט כהשראה להבנת היקפן ועצמתן של חובות האמון של חב האמון כלפי הזכאי.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> בכך עסקו אברהם (בראשית יג, ז), יצחק (שם כו, יד) ויעקב (שם לא, יח), זה היה העיסוק של בני יעקב (שם מו, לב) בארץ מצרים שיושביה תיעבו את רועי הצאן (שם מו, לד) וזה היה עיסוקו של משה (שמות ג, א).

<sup>47</sup> ראו, הלל צייטלין, "מושג הרכוש והקניין בכתבי הקודש", בתוך: הלל צייטלין, ספרן של יחידים ירושלים תש"מ, עמ' 217; אלחנן סמט, עיונים בפרשות השבוע ירושלים תשס"ב, עמ' 6. לתפיסת ה'רועה' כאב הטיפוס של חב האמון, ראו גם דבריו של Young, לעיל הערה 40, עמ' 2.

<sup>48</sup> בראשית ו, יא.

<sup>49</sup> ראו מארי צו, לעיל הערה 40, עמ' 87-88.

<sup>50</sup> בראשית כד, ב. וראו גם, מדרש שכל טוב (בובר) בראשית כד, ב ("זקן ביתו" – שכבר היה זקן ועדיין היה בביתו... 'המושל בכל אשר לו' – שמינהו אפוטרופוס בנכסיו").

<sup>51</sup> במדרש שכל טוב (בובר) בראשית כד, י מתואר העבד כנאמן המחזיק בידו זכויות קניין בנכסי אברהם ("וכל טוב אדוניו בידו" – זו דייתיקי, להראות שהוא אפוטרופוס של אברהם, והיה הדייתיקי יוצאת על שמו (של העבד), וכן אתה דורש ביוסף בבית פוטיפר, דכתיב ויפקדהו על ביתו וכל יש לו נתן בידו (בראשית לט, ד), דכתיב ויבא הביתה לעשות מלאכתו (שם שם יא)). לפי מדרש זה, אפשר שעבדו של אברהם היה הנאמן הראשון בהיסטוריה האנושית שקיבל לידו בעלות על נכסי הנאמנות. אך השוו לדברי רבי שמעון בפרקי דרבי אליעזר (היגר), טז ("כתב אברהם אבינו את כל אשר לו ליצחק") ולמדרש אגדה בראשית כד, י. וראו גם, ירון אונגר הבעלות הפונקציונאלית של הדין העברי כמצע עיוני לדיני הנאמנות עבודה לשם קבלת התואר מוסמך במשפטים, בר אילן, רמת גן תשס"ט, עמ' 73-74 (להלן: אונגר, הבעלות הפונקציונאלית).

<sup>52</sup> ראו למשל, פרשת ניגור שם.

נכדו, יעקב, שימש כרועה צאן חותנו. בשל התמסרותו המוחלטת לתפקידו זה, עד כדי סיכון אישי, תואר יעקב על ידי חכמים כמי שביצע את תפקידו "באמונה"<sup>53</sup>. מסורת האמון עברה מיעקב לבנו יוסף, שהתגלגל למצרים ושם שימש כנאמן ביתו של פוטיפר שר הטבחים.<sup>54</sup> נאמנותו ומסירותו לתפקיד שהוטל עליו עושה רושם רב על אדונו.<sup>55</sup>

כדי שלא להפר את האמון שניתן בו, יוסף מוכן גם לסבול מאסר ממושך בתנאים משפילים, ובלבד שלא ינצל את הכוח שנמסר בידיו לטובת סיפוק מאווייו.<sup>56</sup> משה רבנו, המנהיג הגדול של העם היהודי, מתואר כ'נאמן',<sup>57</sup> בשל התמסרותו

<sup>53</sup> **מדרש רבה** בראשית ע, כ. וראו להלן, ליד הצייון להערה 940.

<sup>54</sup> ראו **בראשית** לט, ד ולעיל בהערה 51

<sup>55</sup> **בראשית** לט, ב-ה.

<sup>56</sup> ראו **בראשית** לט, ד-י ("הן אדני לא ידע אתי מה בבית וכל אר יש לו נתן בידו. איננו גדול בבית הזה ממני, ולא חשך ממני מאומה כי אם אותך באשר את אשתו, ואיך אעשה הרעה הגדולה הזאת וחטאתי לא-להים"). לפי פשוטו של מקרא, רתיעתו של יוסף מניצול הכוח שהופקד בידיו נובעת מתפיסה מוסרית טבעית שבעל הכוח אינו רשאי לעשות שימוש בכוח שנמסר לו לשם הגשמת מאווייו או למטרות שונות מאלו שלשמן נמסר בידיו הכוח. כך אמנם מסביר הרמב"ן בפירושו לתורה, שם ("וחטאתי לאלהים בבגידה הזאת כי רעה גדולה היא שיהיה בה לי חטא לפני האלהים, כי עיניו בנאמני ארץ (תהלים קא, ו), ולא לפניו בוגד יבא, ודברו אמת").

אולם, במדרשים יש נטייה להסביר את רתיעתו של יוסף כרתיעה מפני ביצוע של חטא דתי של ניאוף (ראו: **מדרש תנחומא (בובר)** מצורע, ד; **אליהו רבה (איש שלום)** פרשה כד; **פסיקתא זוטרתא (לקח טוב)** בראשית ב, טו; **פסיקתא זוטרתא (לקח טוב)** בראשית חנוכה פרק מא; **תלמוד ירושלמי** פאה א, א. וראו גם, פירושיהם של רש"י, אור החיים, אלשיך, רבנו בחיי ומלבי"ם לבראשית שם). או של חילול השבועה שנשבע לעצמו, שלא ייכנע לפיתוייה של אשת פוטיפר (ראו **מדרש תנחומא** וישב, ח; **מדרש רבה (מרגליות)** ויקרא כג, יא; **מדרש רבה (וילנא)** רות, ו; **מדרש זוטא (בובר)** רות ג, יג; **מדרש תנחומא (ורשא)** בראשית ח; **אליהו רבה (איש שלום)** כד; **פסיקתא זוטרתא (לקח טוב)** בראשית לט; **פסיקתא זוטרתא (לקח טוב)** רות ג; **מדרש שכל טוב (בובר)** בראשית לט; **מדרש רבה (תיאודור-אלבק)** בראשית פז).

אפשר שפרשנות זו מתבססת על התפיסה שחטא "לאלקים" הוא חטא דתי בהכרח (על אף שתאור חובות מוסריות ביחסים שבין אדם לחברו כחובות כלפי האלוקים אופייני לספר בראשית. כך למשל, התורה מתארת את אנשי סדום כ"רעים וחטאים לה' מאד" (**בראשית** יג, יג) בשל יחסם העוין לאורחים. אברהם חושש שהפלשתים יהרגו אותו כדי לקחת את אשתו משום ש"אין יראת א-לוהים במקום הזה" (**בראשית** כ, יא), ויוסף עצמו מצהיר שאין הוא אטום לצערו של אביו, כי "את האלקים אני ירא" (**בראשית** מב, יח).

ייתכן גם, שהפרשנות האמורה מבוססת על ההנחה, שנורמה שמקורה במוסר הטבעי אינה מסוגלת למנוע מאדם להיכנע לפיתוי לעשות שימוש בכוח שנמסר בידיו לשם קידום עניינו האישי. כך ניתן להסיק ממדרש **שכל טוב (בובר)** בראשית לט, המביא את דבריו של רבי אבין שלפיהם "הכניסתו לחדרי חדרים עד שהעמידו לפני מיטתה, והייתה לה עבודה זרה חקוקה על גבי מיטתה, נטלה סדין וכיסתה פניה. אמרה: יכול[ה] אני לכסות פניה, ומי יודיע? אמר לה: פני עבודה זרה זו יכולה את לכסות פניה, אבל פני צור עולמים אי אתה יכול לכסות... **לך כתיב 'וחטאתי לאלהים'.**"

<sup>57</sup> **במדבר** יב, ז. וראו גם, **מדרש רבה (וילנא)** שמות נא, א ("פתח רבי תנחומא בר אבא: "איש

המוחלטת להנהגת העם בדרך התורה, בהתאם לציווי שנצטווה על ידי הקב"ה, אשר שלחו למלא תפקיד זה.

משה רבנו היה אף זה שלימד את האנושות עד היכן מגיעה חובת הגילוי והשקיפות הנדרשת מנאמן המחזיק בידיו כספי ציבור, כאשר הגיש לעם דין וחשבון מפורט של כל הנכסים שקיבל לידי לשם בניית המשכן, ושל כל דבר אשר נעשה בנכסים אלו. אתוס האמון המקראי משמיע תפיסה עקרונית, שלפיה, האמון מהווה מרכיב מרכזי בדמותו של האדם. האדם נדרש לראות עצמו תמיד כחב אמן: לבוראו, לבני ביתו, למעסיקו, לעמו ולאנושות כולה.

נראה שאתוס זה מנוגד לאתוס הקנייני, שמעלה על נס את עצמתו של האדם, את שליטתו באחר, את זכויותיו ולא את חובותיו.<sup>58</sup>

אמונות רב ברכות" (משלי כח, כ) - אתה מוצא כל מי שהוא נאמן, הקב"ה מביא ברכות על ידיו... "איש אמונות" - זה משה, שהוא נאמן של הקב"ה, שנאמר: "לא כן עבדי משה, בכל ביתי נאמן הוא" (במדבר יב, ז)... שכל הדברים שהיה גזר עליהם, היו מתברכים, לפי שהוא נאמן). וראו גם פירוש אור החיים על התורה במדבר שם ("כנאמן הזה שהכל בידו וברשותו לעשות כל אשר יחפוץ, כמו כן משה"). והשוו גם לפירוש אבן עזרא על התורה במדבר, שם. אתוס זה משתלב היטב בתפיסה המקובלת על רבים מן המלומדים, שלפיה, המשפט העברי מתאפיין כשיטת משפט המעוררת שיח של חובות, לעומת המשפט המערבי המודרני, המתאפיין כשיטת משפט המעוררת שיח של זכויות. ראו לעניין זה: זילברג, כך דרכו של תלמוד עמ' 66; חיים הרמן כהן, המשפט עמ' 521; רוברט קובר, "זכות" מול 'חובה': תורת המשפט היהודית של הסדר החברתי, בתוך: יוסף דוד (עורך), שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית, עמ' 139; מיכאל ויגודה, "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי", בתוך: יורם רבין ויובל שני (עורכים) זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל עמ' 233; אברהם שרמן, "עקרונות חוק זכויות היסוד של האדם-לאור עקרונות תורת ישראל ומשפטיה" בתוך זכויות האדם ביהדות עמ' 305 ("תורת ישראל תובעת שהזכות הגדולה ביותר לאדם היא הגשמת חובות, מצוות ויעוד").

אמנם, יש הסבורים שהפער בין המשפט העברי למשפט המערבי בהקשר זה אינו משמעותי. על כך ראו למשל: Suzanne Z. Stone, "In Pursuit of the Counter – Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory", 106 Harv. L. Rev. 813, 865–887 (1993); George P. Fletcher, "Defensive Force as an Act of Rescue", Soc. Phil. & Pol'y, Spring 1990, at 170, 170; George P. Fletcher, "Punishment and Self-Defense", 8 Law & Phil. 201, 206, 210 (1989); וכבוד האדם" בתוך: שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה עמ' 102 (יוסף דוד עורך, התשס"ו); יחיאל ש' קפלן, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות קרית המשפט ח (התשס"ט) 145, 155. בהקשר זה ארשה לעצמי להעיר, שגם לדעת הסבורים שהפער בין תורת המשפט של המשפט העברי לזו של המשפט המערבי אינו רב, אין לראות בהבדלי הניסוח של החוק עניין סמנטי בלבד. להבדלים אלו יש משמעות חינוכית-ערכית רבה. שפת הזכויות מרגילה את האדם לחשוב ש"בשבילי נברא העולם" (משנה סנהדרין ד, ה), שהמשפט נועד לשרת את צרכיו ולהגן עליו. שפה זו מעודדת ניכור ואפתיה לסבלותיו של הזולת. לעומת זאת, אדם שהורגל בשפת החובות, מתרגל לתפיסה הפוכה. על פער זה בדיוק עמד חיים כהן, באומרו ש- "If human

## ו. משמעותן של חובות האמון

כדי להבין את משמעותן של חובות האמון יש להבהיר את תוכנן המעשי, ולהסביר במה הן נבדלות מחובות משפטיות קרובות, המטילות על האדם לאמץ לעצמו תקן התנהגות של הגינות, תום לב והתחשבות בזולת.

### 1. השגחה, נאמנות וגילוי

מקובל לומר שחובות האמון נחלקות לשני ענפים 'קלאסיים': **חובת ההשגחה**<sup>59</sup> (Duty of care) ו**החובה למלא את התפקיד בנאמנות**<sup>60</sup> (Duty of loyalty).

שני הענפים האמורים שונים באופיים. **חובת ההשגחה** מתמקדת באיכות השירות שנדרש חב האמון לתת, והחובות הנגזרות ממנה מנוסחות בדרך כלל בצורה של **צווי עשה** שתכליתם להדריך את חב האמון כיצד עליו לפעול כדי למלא את תפקידיו כהלכה.<sup>62</sup> לעומתה, **החובה למלא את התפקיד בנאמנות** מתמקדת **בתנאים המקדמיים** הדרושים לשם ביצוע התפקיד כהלכה,<sup>63</sup> והחובות הנגזרות ממנה מנוסחות על פי רוב בצורה של **צווי לא תעשה**.<sup>64</sup>

---

rights' can be said to provide a basis or starting point, or perhaps also the ultimate goal, of the norm-creating process, it is the duties, the do and the do-not, the care and respect for the other man, that make for true law (Haim H. Cohn, **Human Rights in Jewish Law** New York 1984, 231). בפראפרזה על דברים אלה ניתן לומר, שההתמקדות ב'זכויות' במקום ב'חובות', אינה מקדמת תרבות משפטית של דאגה וכבוד לזולת, תרבות היוצרת את החוק האמיתי.

<sup>59</sup> לביטוי האנגלי care יש גם משמעות של 'זהירות'. לטעמנו, תרגומו של הביטוי care בהקשר זה כ'זהירות' הוא שגוי, וראו לעניין זה להלן, אחר הציון להערה 85.

<sup>60</sup> תרגום 'אלגנטי' יותר של הביטוי Duty of loyalty הוא 'חובת הנאמנות'. אולם, בהקשר של המשפט הישראלי, ביטוי זה עלול לבלבל את הקורא עם החובות המוטלות על נאמן, שחלקן אמנם נכללות ב-Duty of loyalty אך חלקן אינו קשור לחובות אלה (תודתי לגב' דבורה אביבי, עורכת 'דברי הכנסת' על העצה הלשונית).

<sup>61</sup> ראו למשל, **פרנקל, דיני האמון** עמ' 106, 169.

<sup>62</sup> שם, עמ' 169.

<sup>63</sup> ראו **פרנקל, דיני האמון** עמ' 107, 169.

<sup>64</sup> בשל כך יש המתארים חובות אלו כחובות פרוסקריפטיביות. ראו למשל, Lionel Smith, "The Motive, Not the Deed" in: Joshua Getzler (ed.), **Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn** (London: LexisNexis UK, 2003) 53, 56 ("These duties are sometimes called 'proscriptive' duties because they forbid the fiduciary from being in certain situations; they do not require him to do anything"). פרוסקריפטיביות. ראו למשל, Patrick Parkinson, "Fiduciary Obligations", in:

שני ענפיה של חובת האמון באים לידי ביטוי בדרך שבה מלומדים נוהגים להגדיר חובות אלו. כך למשל, גצלר מגדיר את חובת האמון כ –

legal requirement that a person in a fiduciary position should **promote** exclusively the beneficiary's interests, and **refrain** from allowing any self-interest or rival interest to touch or affect his or her conduct.<sup>65</sup>

בחקיקה הישראלית, שני הענפים האמורים באים לידי ביטוי בדרישה לפעול "באמונה ובשקיטה", הקיימת בחלק ניכר מן החקיקה הישראלית העוסקת בחובות האמון.<sup>66</sup> החובה לנהוג באמונה מבטאת את האיסור לערב שיקולים זרים במילוי של התפקיד, בעוד שהחובה לנהוג בשקיטה מבטאת את החובה להתמסר לטובת הגשמת המטרות שלמען הופקד הכוח בידי של חב האמון.

18

שני ענפיה של חובת האמון עולים גם מן ההגדרה של חיוב האמון שבסעיף 434 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות)<sup>67</sup> שלפיה –

חיוב אמון הוא חיובו של אדם... כלפי אדם אחר... לקיים את חיוביו בשקיטה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות, ולנהוג בתום לב לטובת עניינו של הזכאי ולא לטובת עניינו שלו.

נוסח זה מקפל בתוכו הן את החובה להתמסר לקיום חיוביו ולהקדיש לכך את כל מרצו וכישוריו, והן את האיסור לערב שיקולים זרים במילוי התפקיד.<sup>68</sup>

במאמר מוסגר יוער, שהביטוי "באמונה", הקיים בחוקים רבים העוסקים בחובות המוטלות על חב האמון, הושמט מנוסח ההצעה, אף שהיה קיים בנוסחים

---

Parkinson, ed, **The Principles of Equity** (1996) 325, at 331-332 ("fiduciary obligations prescribe what it is impermissible to do, not what ought to be done")

Joshua Getzler, "The Duty of Care" in: Peter Birks & Arianna Pretto-Sakmann, <sup>65</sup> (eds.) **Breach of Trust** Hart Publishing 2002, at pp. 41.

<sup>66</sup> ראו: סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות); סעיף 11(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995; סעיף 75(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994; סעיף 75(ח) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; סעיף 78(ט) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981; סעיף 3(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005; סעיף 15(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), התשס"ה-2005.

<sup>67</sup> ה"ח הממשלה 595, 15 ביוני 2011.

<sup>68</sup> מן הראוי לתת את הדעת לכך, שעל פי נוסח ההצעה, חובת הנאמנות מסתכמת בכך שחב האמון נדרש "לנהוג בתום לב לטובת עניינו של הזכאי ולא לטובת עניינו שלו", אך החובה להימנע מעירוב של שיקול הנוגע לאינטרס יריב (rival interest), המופיעה בהגדרה הנזכרת של גצלר, נעדרת מהגדרתו של חיוב האמון בהצעת חוק דיני ממונות. אפשר שמנסחי ההצעה סברו, שהאיסור לשקול שיקול הנוגע לאינטרס יריב כלול בחובה "לנהוג בתום לב לטובת עניינו של הזכאי".

ראשונים של הצעת החוק.

מפרוטוקול הוועדה שעסקה בניסוחה של הצעת החוק עולה,<sup>69</sup> שפרופ' מיגל דויטש הבהיר בפני חברי הוועדה שרמת החיוב גבוהה מזו הנדרש מכוחו של החיוב לנהוג בתום לב, אך השימוש בביטוי זה נדחה לאור עמדתם של פרופ' דניאל פרידמן, פרופ' גלעד ופרופ' אהרון ברק, שהחובה לנהוג בתום לב "לטובת עניינו של הזכאי" מבהירה בצורה מדויקת את החובה לפעול "באמונה".

ואולם, כפי שניווכח להלן,<sup>70</sup> חובת תום הלב שונה במהותה מן החובה לבצע תפקיד באמונה. בשל כך, נראה שהבחירה 'לוותר' על הביטוי "באמונה", שגויה.<sup>71</sup> עיון בפסיקה הישראלית בתחום של דיני האמון מגלה, שהפסיקה התמקדה בעיקר בחובה למלא את התפקיד בנאמנות, והזניחה במידת מה את חובות ההשגחה. כך למשל, בפרשת ברנוביץ' הובהר ש –

19

היסוד המשותף לחובת האמונים בכל הקשר הוא קיומה של אחריות למלא את התפקיד ואת התכלית הטמונה בו בלא פניות, בלא קיום מניע זר, ובלא ניצול לרעה של הכח והסמכות הנתונים בידי בעל התפקיד... [החובה] בנויה על ערך אחד עיקרי – הפעלת הכח ומרות התפקיד אך לתכלית שלשמה ניתנו, ואיסור ניצול לרעה של כח הסמכות.<sup>72</sup>

ה"אחריות" המוטלת על חב האמון היא "למלא את התפקיד... בלא פניות". אחריות עצמאית למלא את התפקיד, איננה נתפסת כיסוד מהותי של חובת האמון.

תפיסה זו מתחדדת בדבריו של נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), אהרון ברק, בפרשת בוכבינדר, שבה נדונה חובת האמון המוטלת על הדירקטור. ברק מדגיש שם שתכליתה של החובה להבטיח שלנגד עיניו של הדירקטור יעמוד האינטרס של החברה ולא עניינו האישי, וזאת משום ש"קיים חשש – המבוסס על ניסיון החיים – כי הכוח ינוצל לרעה",<sup>73</sup> ו"כדי למנוע ניצול לרעה זה הוכרה חובת האמונים, שמטרתה להגן על החברה... חובת האמונים נועדה למנוע ניצול כוחו של הדירקטור לטובתו שלו".<sup>74</sup>

<sup>69</sup> פרוטוקול מס' 138, מיום 27 באפריל 1999.

<sup>70</sup> אחר הציון להערה 76.

<sup>71</sup> בפרוטוקול שם מובא שפרופ' מיגל דויטש העיר שהביטוי "אינו אלגנטי", כנראה בשל המעגליות בהגדרה שלפיה חיוב אמון הוא חיוב לנהוג באמונה.

<sup>72</sup> רע"א 6830/00 אריה ברנוביץ' נ' משה תאומים תק-על 2003 (2) 2943.

<sup>73</sup> ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס נכסים של בנק צפון אמריקה סעיף 73 (פורסם במאגר המשפטי 'נבו'. להלן: פרשת בוכבינדר).

<sup>74</sup> פרשת בוכבינדר, שם. וראו גם, ראו למשל, ע"א 817/79 אדוארד קוסוי נ' בנק יל. פויכטונגר בע"מ פ"ד לח (3) 253, 278 (להלן: פרשת קוסוי); בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה ואח' פ"ד לד (2) 566, 570-571 (להלן: פרשת סיעת הליכוד).

בשנים האחרונות, מצטרף אל שני הענפים הוותיקים של חובות האמון ענף משפטי נוסף, הוא הענף של 'חובת הגילוי' (Duty of disclosure).<sup>75</sup> ענף זה, בשונה מן החובה למלא את התפקיד בנאמנות, קורא את חב האמון לפעולה – לחשוף בפני הזכאי את הדרך שבה הוא בחר לקדם את ענייניו, ואת תוצאות פעולותיו. ואולם, בשונה מחובות ההשגחה, חובת הגילוי אינה מתמקדת באיכות השירות שנדרש חב האמון לספק, אלא בחשיפה של מידע שלזכאי עשוי להיות עניין בו.

## 2. תום לב ואמון

קיימת קרבה רעיונית בין חובת תום הלב לחובת האמון. שתי החובות נועדו לקבוע תקן התנהגות גבוה ושתיהן נועדו למנוע ניצול של הכוח המצוי בידיו של אדם כדי לקדם את עניינו על חשבון עניינו של הזולת.<sup>76</sup>

אף על פי כן, שני הבדלים יסודיים בין החובות יוצרים הפרדה ברורה ביניהן. ההבדל הראשון, שעליו עמד ברק, נוגע לטיבם של המניעים הפועלים על הצדדים –

חובת תום הלב... מבוססת על ההנחה כי בעל החוזה אינו פועל מתוך מניע אלטרואיסטי, אלא מבקש הוא לקדם את ענייניו שלו. חובת תום הלב באה לקבוע מערכת נורמטיבית שתבטיח הגשמה הוגנת של אינטרס עצמי זה. שונה הדבר לעניין חובת האמון או חובת ההגיינות. אלה אינן מבוססות על ההנחה של אינטרסים נוגדים שיש לאזן ביניהם.<sup>77</sup>

חובת תום הלב חלה במצב של שני יריבים המתחרים זה בזה. חובה זו אינה מבקשת לטשטש את האינטרסים המנוגדים או להכהותם.<sup>78</sup> תכליתה היא להבטיח שכל צד

<sup>75</sup> ראו למשל, איריס חביב-סגל דיני חברות נבו 2007, פרק י, סעיף 1 ("בשני העשורים האחרונים, התפתחה חובת אמון נוספת, אשר הוכרה כחובה עצמאית, החלה ללא תלות בחובות האמון האחרות, היא חובת הגילוי"). אמנם, יש הסבורים שחובת הגילוי אינה חובה עצמאית, אלא היא ענף של החובה למלא את התפקיד בנאמנות (ראו למשל, פרנקל, דיני אמון עמ' 130). נראה שתפישה זו מבוססת על ההנחה, שחובות הגילוי נועדו אך ורק כדי למנוע מחב האמון לנצל את מעמדו לרעה. אולם, כפי שניווכח להלן, אחר הציון להערה 590, תכלית זו אינה תכליתם היחידה של חובות הגילוי. נראה שאף העובדה שחובות הגילוי אינן בעלות אופי פרוסקריפטיבי כחובות הנגזרות מן החובה למלא את התפקיד בנאמנות, מובילה למסקנה, שאין לסווגן כענף של החובה למלא את התפקיד בנאמנות.

<sup>76</sup> רות פלאטו-שנער מוצאת שלוש נקודות דמיון נוספות בין שתי החובות: "שתיהן פועלות במישור החוזי והלבר-חוזי... שתיהן גמישות בהפעלתן ומנוסחות בצורה של סטנדרט פתוח. וכן, שתיהן אינן ניתנות להתנאה, או לפחות לא להתנאה גורפת" (פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 20).

<sup>77</sup> אהרון ברק, שיקול דעת שיפוטי עמ' 492, וראו גם: שם, עמ' 473-475, 496; פלאטו-שנער, דיני בנקאות שם.

<sup>78</sup> וראו גם, גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי עמ' 97 ("עקרון תום הלב סמן נטישה מסוימת של האינדיבידואליזם והאגואיזם, אולם אין הוא מחייב אלטרואיזם מוחלט. מכוחו של עקרון תום הלב נדרשת התחשבות בזולת ובאינטרסים שלו, אך לא נדרשת הזנחת האינטרסים של הצד הפועל").



יקדם את ענייניו הוא, בהגינות. בלשונו המליצית של ברק, חובה זו נועדה להביא את האדם מהתנהגות של "אדם לאדם - זאב", להתנהגות של "אדם לאדם - אדם".<sup>79</sup> לעומת זאת, חובת האמון מניחה שהחייב והזכאי הם בעלי עניין משותף אחד. היא אינה מניחה קיומה של יריבות בין חב האמון לבין הזכאי. נהפוך הוא, חובה זו מניחה הזדהות מוחלטת של החייב עם ענייניו של הזכאי, עד כדי העדפת עניין זה על פני ענייניו שלו.<sup>80</sup> לפיכך, תקן ההתנהגות הנדרש מתם הלב הינו נמוך מתקן ההתנהגות הנדרש מחב האמון,<sup>81</sup> כפי שהדגיש נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), אהרון ברק, בפרשת סלומון –

אם מטרתו של עקרון תום הלב הינה "למנוע אדם לאדם-זאב" ולהבטיח "אדם לאדם-אדם" הרי מטרתה של חובת האמונים להבטיח "אדם לאדם-מלאך"<sup>82</sup>... תום הלב אינו מניח "מידת חסידות"... תום הלב אינו דורש כי האחד לא יתחשב באינטרס העצמי שלו. בכך שונה עקרון תום הלב מעקרון הנאמנות.<sup>83</sup>

תיאורה של חובת האמון כחובה הדורשת מאדם לסגל לעצמו התנהגות 'מלאכית' הוא בעייתי, משום שהתנהגות שכזו אינה ברת השגה לבן אנוש.<sup>84</sup> נראה אפוא

<sup>79</sup> ע"פ מליצתו של השופט ברק בד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב פ"ד מג(1) 441, 484. וראו גם דבריו בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד לה(1) 828, 834, וברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פ"ד נה(1) 199, 279 (להלן: פרשת סלומון).

<sup>80</sup> פרשת בוכבינדר עמ' 332. על הבחנה זו עמד כבר השופט פוזנר בפרשת *Chocolate Chip*, שנים אחדות לפני שניתן פסק הדין בעניין בוכבינדר:

Contract law does not require parties to behave altruistically toward each other; it does not proceed on the philosophy that I am my brother's keeper. That philosophy may animate the law of fiduciary obligations but parties to a contract are not each other's fiduciaries (*Original Great Am. Chocolate Chip Cookie Co. v. River Valley Cookies, Ltd.*, 970 F.2d 273, 280 (7th Cir. 1992)).

<sup>81</sup> פלאטו- שניער, דיני בנקאות עמ' 21.

<sup>82</sup> דברים דומים, אם כי, מעודנים יותר, כתב השופט קרדוזו בפסק הדין בעניין *Salmon*:

A trustee is held to something stricter than the morals of the marketplace. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior... the level of conduct for fiduciaries [has] been kept at a level higher than that trodden by the crowd (*Meinhard v. Salmon* (1928) 249 NY 458, 464, 164 NE 545, 546 (NYCA))

<sup>83</sup> פרשת סלומון עמ' 279.

<sup>84</sup> כפי שברק עצמו קבע בפסק הדין בעניין בית יולס ("רמת ההתנהגות של *homo homini deus* (=אדם לאדם מלאך - י.א.) אינה בת השגה" - ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ פ"ד לז(1) 533, 558. תובנה זו מקופלת למעשה כבר באמרה התלמודית הידועה, ש"לא ניתנה תורה למלאכי השרת" (תלמוד בבלי ברכות כה,ב)). ניתן אמנם לטעון שברק חזר בו

שתיאור זה, יותר משנועד להבהיר את תוכנה הממשי של החובה, נועד להדגיש את חומרתה, ואת עדיפותה על חובת תום הלב.

ההבדל השני, קשור ליחסי הכוחות שבין הצדדים. "עקרון האמון... חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כח ושליטה על זולתו".<sup>85</sup> זאת, בניגוד לחובת תום הלב, החלה בדרך כלל על שני צדדים שווי כוחות.

בשל כך, עיקרון האמון דורש מחב האמון לפרוס את חסותו על הזכאי,<sup>86</sup> בעוד שעיקרון תום הלב אינו דורש מאדם אלא לנהוג בהגינות כלפי אדם שאינו זקוק לחסות.

### 3. אמון וזולתנות (אלטרואיזם)

תיאור חובת האמון כנורמה "מלאכית" והדרישה שחב האמון "לא יתחשב באינטרס העצמי שלו" קרובה להפיכתה של חובת האמון לחובה לנהוג בזולתנות (אלטרואיזם),<sup>87</sup> המוגדרת כ"אהבת הזולת, מסירות ואהבה לאחרים יותר מעצמו".<sup>88</sup>

אולם, יש הסבורים שאין להסיק מתיאורים אלה שחובת האמון דורשת מחב האמון להיות זולתן (אלטרואיסט).<sup>89</sup> הזולתנות מבטאת פעולה שהיא "מעל ומעבר לחובה הרגילה של עזרה לזולת".<sup>90</sup> אכן, "מעשי-התנדבות, אלטרואיזם, ועזרה למך

---

מקביעה זו, אך נראה נכון יותר לפרש את דבריו בפסק הדין בעניין סלומון כמטאפורה שיש בה מן הגוזמה. וראו בכיוון זה אצל רות פלאטו-שנער ואביבה גבע, "חובת האמון הבנקאית – המודל הישראלי" משפט ועסקים יא (התשס"ט) 393, 397 להלן: פלאטו-שנער וגבע, חובת האמון הבנקאית).

<sup>85</sup> ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל פ"ד לח (4) 94, 104

<sup>86</sup> וראו דברי השופט פוזנר בפרשת *Chocolate Chip* הנ"ל בהערה 80.

<sup>87</sup> ראו למשל, ע"א 4309/06 בשארה ורור בע"מ נ' גלידת ויטמן (1979) בע"מ (פורסם ב'נבו'), עמ' 22 ("המציאות האנושית מזמנת... נסיבות שרמת האמון בין הצדדים ירדה בהן מאוד... לצפות מהם בכגון אלה ליציאה מגדרי המינימום המחויב בדין לעבר רוחב לב מסוים, יהא כנראה בחינת אלטרואיזם - בחינת "Homo Homini Deus"... שאינו כשיגרת אנוש, בשר ודם"). וראו גם דבריו של השופט פוזנר, לעיל הערה 80.

<sup>88</sup> אברהם אבן שושן המילון החדש (התשמ"ח) ערך 'אלטרואיזם'. הגדרה עשירה יותר מצויה במילון ספיר ולפיה האלטרואיזם הוא "דאגה לזולת כעיקרון של התנהגות, אהבת הזולת במידה יתרה, העדפת טובת הזולת מטובת עצמו, זולתנות".

<sup>89</sup> פלאטו-שנער וגבע, חובת האמון הבנקאית שם. וראו גם, פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 27-22. דברים דומים ניתן למצוא, למשל, אצל Eileen A. Scallen, "Promises Broken vs. Promised Betrayed: Metaphor, Analogy, and the New Fiduciary Principle", U. ILL. L. REV. (1993) 897, at 908 ("[T]he fiduciary obligation is not one of selflessness; it imposes no duty of altruism. Even in the original fiduciary relationship, that of trustee/beneficiary, there is no black letter principle that the trustee must always put the beneficiary's interest ahead of her own")

<sup>90</sup> פלאטו-שנער דיני בנקאות עמ' 23.

[קרי, לדל] ולזקן, חברה בריאה וראויה לא תקום בלעדיהם, ואולם אלה – בעיקרם – חיים הם מחוץ למסגרת המשפט<sup>91</sup>.

פלאטו-שנער וגבע אף טוענות, שפרשנות הגורסת שחובת האמון דורשת התנכרות לעניין האישי תוביל להדרה של מגזרים שלמים מתחולתם של דיני האמון. זאת משום שתאגידיים עסקיים (כבנקים), למשל, מבוססים על התכלית הכללית של התאגיד – להשיא את רווחיו.<sup>92</sup> תאגיד עסקי שינהג באלטרואיזם עלול בסופו של דבר לפגוע בעניינם של לקוחותיו ושל בעלי המניות שהשקיעו את מיטב כספם בו, משום שהלקוחות ובעלי המניות נשכרים מכך שהתאגיד מנוהל בצורה רווחית.<sup>93</sup> בשל כך, אין לחייב תאגידיים מסוג זה לאמץ לעצמם התנהגות שהיא בגדר זולתנות.<sup>94</sup>

ואולם, פרנקל סבורה שהביקורת על הזיהוי של חובת האמון עם הזולתנות אינה מוצדקת, בעיקר בשל העירוב שבין המובן העממי של הזולתנות כתכונת נפש המבטאת הקרבה טוטאלית של כוחותיו ומשאביו של אדם לטובת קידום ענייניו של הזולת, לבין המובן המשפטי של הזולתנות, שהוא צר בהרבה, ומתמקד אך ורק בשימוש בכוח שנמסר בידיו של חב האמון. ובלשונוה –

Some courts decisions may suggest that the duty of loyalty requires fiduciaries to be altruistic: to commit only to the interests of the entrustors, and put these interests before their own. The substance of these decisions suggests a narrower interpretation. **Fiduciaries need not sacrifice their property and interests to benefit entrustors. The duty of loyalty is limited to the entrusted power that fiduciaries receive for the purpose of performing their services.** The duty requires fiduciaries to be honest. Refrain from converting entrusted power to unauthorized uses.<sup>95</sup>

בכיוון דומה, בירקס מבחין בין הזולתנות כתיאור המניע ומכוון את פעולות האדם, לזולתנות המשפטית, המתארת את התוצאה המעשית המתבקשת, ואין לה עניין

<sup>91</sup> דברי השופט (כתוארו אז) מישאל חשין בבג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר פ"ד נב(1) 289, 367.

<sup>92</sup> ראו פלאטו-שנער דיני בנקאות עמ' 26-25.

<sup>93</sup> וראו גם, פלאטו-שנער וגבע, חובת האמון הבנקאית עמ' 399.

<sup>94</sup> ראו, פלאטו-שנער וגבע, חובת האמון הבנקאית עמ' 397-398.

<sup>95</sup> Tamar Frankel, 'fiduciary duties', in: **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law** Vol. 2 (E-O) Palgrave Macmillan, 2002 (Ed. Peter Newman) 127, 129.

חב האמון נדרש לעשות שימוש בכוח שנמסר בידיו אך ורק לטובת המטרה שלשמה נמסר הכוח בידיו, והוא אינו רשאי לעשות שימוש בכוח זה לשם קידום ענייניו האישי. אכן, דרישה זו מטילה עליו לעיתים, להתעלם מענייניו האישי. התעלמות זו, שעשויה להיחשב כהקרבה עצמית בכל הקשר אחר, נחשבת כהגינות בסיסית, כאשר נמסר בידיו של אדם כוח לשם ביצוע תפקיד, מתוך אמון שהוא יעשה שימוש בכוח זה אך ורק למען המטרות שלמן נמסר הכוח בידיו.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Peter Birks, "The Content of Fiduciary Obligation", 34 *Isr. L. Rev.* 3, 17 (2000)

("[T]he law...requires conduct not virtue...What the law requires when it requires altruism is at most action in the interest of others, outcomes, not motives")

<sup>97</sup> פטר בירקס (שם, עמ' 17-23) מנתח את החובה המשפטית לנהוג בזולתנות תוך שהוא מבחין בין שלושה רבדים: **הרובד הראשון** הוא **האלטרואיזם השלילי**, הדורש מן האדם **לקחת בחשבון** את ענייניו של הזולת, לבל ייפגע. על סוג זה של אלטרואיזם מבוססים דיני הרשלנות בנזיקין. **הרובד השני** הוא **האלטרואיזם החיובי**, הדורש מן האדם **לפעול למען** הזולת. דרישה שכזו עשויה לקום מכוחו של חוזה או מכוחו של החוק (למשל, במסגרת חובות ההורים כלפי ילדיהם). ולבסוף, **הרובד השלישי** והמשמעותי מכולם הוא **האלטרואיזם החיובי הבא מתוך ביטול העניין האישי**. אלטרואיזם זה דורש מן האדם לעשות שימוש בכוח שנמסר בידיו אך ורק לטובת המטרה שלשמה נמסר בידיו הכוח, ללא כל התחשבות בענייניו האישי, והוא האלטרואיזם המשפטי של דיני האמון.

## ז. תכליתן של חובות האמון

חובות האמון נועדו להגשים שני סוגים של תכליות: תכליות פרטיות המתמקדות בקידום עניינו של הזכאי, ותכליות חברתיות, המתמקדות בקידום החברה, מוסדותיה, ערכיה, וחוסנה.

### 1. תכליות פרטיות

לחובות האמון שלוש תכליות פרטיות: הגנה על אינטרס הצפיות, הגנה על אינטרס ההסתמכות וצמצום עלויות השליחות.<sup>98</sup>

#### 1.1. ההגנה על אינטרס הצפיות

החיים טומנים בחובם הפתעות רבות. שינויי אקלים, תאונות מחלות וכדומה יכולים לשבש לחלוטין את חיי האדם. בשל כך, אך טבעי הוא, שכל אדם ישאף להפחית את אי הוודאות על מנת שיוכל לתכנן את חייו ולשלוט בהם.

אחד הגורמים המרכזיים לקיומה של אי וודאות הוא, חוסר היכולת של האדם לנבא מראש כיצד יפעל אדם אחר, שעמו הוא מתקשר לטובת ביצוע עסקה, קבלת שירות וכדומה. "כאשר ניתן אָמון באדם, קיימת הנחה, שפעולתו צפויה והיא תהיה במסגרת הנורמות וכללי החברה. קיימת ציפייה לתוצאה ידועה כתגובה לפעולה או למציאות מוגדרת. בני אדם זקוקים לתת אָמון בזולתם בגלל הצורך להפחית את אי-הוודאות ומתוך הנחה שמצבם יהיה טוב יותר אם הכל יפעלו כך".<sup>99</sup>

בהתאם לכך טענה דימוט, שדיני האמון נועדו להגן על ציפייה מוצדקת<sup>100</sup> של הזכאי לנאמנות מצדו של חב האמון.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> בעקיפין, כל אחת מן התכליות הבאות היא גם תכלית חברתית, שהרי עיקרון חופש החוזים, ההגנה על אינטרס ההסתמכות, על זכויות הקניין או על הוודאות תורמים לחיי המסחר התקינים והיעילים של החברה כולה.

<sup>99</sup> ניסן לימור, "רגולציה ופיקוח על ארגוני מגזר שלישי" ביטחון סוציאלי 70 (דצמבר 2005), 159, בעמ' 165 (להלן: לימור, רגולציה ופיקוח). יש להעיר, שההגנה על אינטרס הצפיות איננה ייחודית לדיני האמון. הגנה זו נחשבת כאחת ממטרות-העל של דיני החוזים. לעניין זה ראו למשל, שלו, דיני חוזים עמ' 9 ("לשקם – בעין או בכסף – את ציפיותיו המוצדקות של צד לחוזה, שנכזבו, על ידי העמדתו במצב שבו היה אילו קיום החוזה על ידי משנה").

<sup>100</sup> דימוט סבורה שההגדרה המדוייקת צריכה להיות "ציפייה מוצדקת", ולא "ציפייה סבירה", משום ש"ציפייה מוצדקת" קשורה לאופיים של היחסים שבין חב האמון לזכאי. ראו Deborah A. DeMott, "Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences" 48 Ar. Law Rev. 925, 937-938 (1998), הערה 68 על העדפת אמת המידה של "ציפייה סבירה" בקרב חלק מן המלומדים במדינות המשפט המקובל.

<sup>101</sup> שם, עמ' 926 ("the law applicable to fiduciary duty can best be understood as responsive to circumstances that justify the expectation that the actor's conduct will be loyal to

## 1.2. ההגנה על אינטרס ההסתמכות

אינטרס ההסתמכות, במובחן מאינטרס הציפיות, לא מתמקד בפגיעה בציפיותו המוצדקות של הזכאי, אלא בהשלכותיה של פגיעה זו. הצורך להגן על אינטרס זה מבוסס על התפיסה, שאדם זכאי לנהל את ענייניו מתוך הסתמכות על ההנחה, שהבטחות תכובדנה, שהאמון יישמר וכדומה.<sup>102</sup>

פרנקל<sup>103</sup> סבורה, שחובות האמון נועדו להגן על אינטרס ההסתמכות של הזכאי, שהפקיד כסף או נכסים בידיו של חב האמון מתוך הנחה שהאחרון יפעל בהם אך ורק לשם הגשמתן של מטרות מסוימות וימלא את תפקידו במסירות.

למעשה, מדובר בהצדקה נזיקית לקיומן של חובות אמון, שביסודה מונחת ההנחה בדבר קיומה של ההסתמכות, הנובעת במידה רבה מן המצג שמציג חב האמון בפני הזכאי.<sup>104</sup> לפי הצדקה זו, מי שגורם לזולת לסמוך עליו, נושא באחריות לתוצאותיה של הסתמכות זו.

## 1.3. צמצום עלויות העסקה

הגישה הכלכלית למשפט אימצה דפוס חשיבה ליברטריאני המניח ש"הן הנורמות החוקיות והן הנורמות החוזיות מכוונות לעיתים קרובות לקידום העדפותיהם האוטונומיות של הפרטים".<sup>105</sup>

גישה זו הובילה לטשטוש משמעותי של ההבחנה המסורתית שבין 'חוק', המבטא "הבעת רצון כופה של השלטון המרכזי, ולפיכך הציות לחוק הוא קבלת עול הריבון עלידי הנתינים",<sup>106</sup> לבין 'חווה', שהוא "מעין חקיקה פרטית עלידי הנתינים

the interests of another").

<sup>102</sup> ראו למשל, ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה פ"ד מו(4) 45, בעמ' 56.

<sup>103</sup> ראו למשל, Tamar Frankel, "Fiduciary Duties as Default Rules" 74 *Or. Law Rev.* 1209, at pp. 1227

<sup>104</sup> ראו למשל, אוריאל פורת, "אחריותם של בנקים בגין רשלנות – התפתחויות אחרונות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (לשכת עורכי-הדין – ועד מחוז תל-אביב, בעריכת א' רוזן-צבי, תשנ"ד) 324, בעמ' 324 ("לקוחות ושאנים לקוחות נוהגים לתת אמון מיוחד בבנקאי שעומו הם באים במגע, כמו גם בכישוריו של הבנק ובאמצעיו הטכניים. במקרים רבים אין הם נדרשים לחוות-דעת נוספת לפני שהם נוהגים על-פי עצתו ואף אין הם בודקים בעין בוחנת את פעולותיו... התפקידים הציבוריים שממלאים הבנקים רק מחזקים רושם זה. הבנקים מצדם שוקדים על הגברת אמון הציבור בהם, ואך סביר שיוטלו עליהם חובות הבאות להגשים את הציפיות הסבירות שהם עצמם תורמים להיווצרותן". הובא בהסכמה ע"י נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), השופט מאיר שמגר בע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נתן צבאח פ"ד מח(2) 573, 592 (להלן: פרשת צבאח)).

<sup>105</sup> אוריאל פרוקצ'יה, "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גד טדסקי" עיוני משפט טו(2) 385, 385.

<sup>106</sup> אוריאל פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק?" משפטים יח (תשמ"ט) 395, 397 (להלן: פרוקצ'יה, זה חוזה?). לביקורת על מאמר זה ראו, גד טדסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו(תש"ן)

עצמם, הנהנים בהתקשרויותיהם מגיבוי של השלטון המרכזי ומכוח הכפייה של<sup>107</sup>.

טשטוש זה, בא לידי ביטוי בעיקר בתחום של החקיקה המרשה (דיספוזיטיבית), שתוארה על ידי חסידי הגישה הכלכלית למשפט כחקיקה שנועדה "לחסוך בעלויות עסקה (transaction costs) בלעדיה הצדדים היו חייבים לטרוח הרבה על עיצוב רצונותיהם ולהעסיק מומחים ומסייעים לצורך גיבוש החוזי הנאות. אם המחוקק יכול לנחש מהם ההסדרים שהצדדים היו מגיעים אליהם מרצונם החופשי בעולם שיש בו אינפורמציה מלאה ואין בו עלויות עסקה, עליו לגבשם בהוראה סטטוטורית מרשה ובכך להוזיל לצדדים את מה שהיו רוצים לעשות בלאו הכי. הוזלה זו עשויה לאפשר עסקאות שלא היו מתבצעות בלעדיה ולהוסיף נופך נוסף של אטרקטיביות לעסקאות שהיו אמנם מתבצעות גם בלעדיה, אך בדמים מרובים. תפקידו של המחוקק במילוייה של פונקציה זו הוא תפקיד של חקיין. אין הוא צריך להשליט את רצונה על הזולת, אלא עליו לשקף כבראי את רצונו המשוער של הזולת ולעצבו בדבר חקיקה"<sup>108</sup>.

מלומדים מן האסכולה הכלכלית טוענים שחובות האמון נועדו לעמוד על כוונותיהם המשוערות של חב האמון ושל הזכאי, ולנסח בהתאם לכך את החוזה המשוער שהיה נכרת ביניהם, אילו היה בכוחם לפרט את כל תנאיו של החוזה.<sup>109</sup> חובות אלו, בהתאם לגישה זו, אינן אלא "שיקוף או חיקוי של רצון הצדדים ליחסי הנאמנות"<sup>110</sup>.

5. וראו תגובו של פרוקצ'יה לביקורתו של טדסקי במאמרו הנ"ל בהערה 105.

<sup>107</sup> פרוקצ'יה, זה חוזה? שם.

<sup>108</sup> שם, עמ' 401.

<sup>109</sup> ראו קרניאל, הפרת אמונים עמ' 36-37.

<sup>110</sup> שם, עמ' 37. לכאורה, לפי תפיסה זו, חובות האמון אמורות להיות דיספוזיטיביות. מלומדים המצדדים בגישה הכלכלית מבקשים ליישב את התפיסה שחובות האמון נועדו לחסוך לצדדים עלויות עסקה עם התפיסה המקובלת, שלפיה, ליבתן של חובות האמון היא קוגנטית (ראו למשל: סעיף 11 חוק הנאמנות וכן אצל פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 276 ובאסמכתאות שבהערה 73, שם), מכוחה של ההנחה שבשל העדר יכולתם של הצדדים לנסח את כל תנאיו, הם מותירים את קביעת התנאים בידי של בית המשפט (ראו למשל, R.P. Ezersky "Intra-Corporate Mail and Wire Fraud: Criminal Liability for Fiduciary Breach" 94 Yale Corporate Mail and Wire Fraud: Criminal Liability for Fiduciary Breach" 94 Yale L. J. (1985) 1427. מכוחה של ההנחה שלעיתים, כשלי שוק מונעים מן הצדדים לנסח כראוי את ההסכמות שביניהם באופן שיאפשר להם להגשים את מאווייהם. וראו בהרחבה: פרוקצ'יה, זה חוק? 410-406 ובהערה 56, שם; קרניאל, הפרת אמונים עמ' 41-43.

## 2. תכליות חברתיות

רבים עמדו על כך, שהאמון בקרב האזרחים תורם לחברה במובנים רבים. הוא מבטיח שמירה על הלכידות החברתית, הגנה על מוסדות חברתיים חיוניים, שגשוג כלכלי וחינוך לנאמנות.

ההנחה, שחובות האמון נועדו לקדם ערכים אלו מבוססת על הנחת יסוד שהיא ראויה לדיון כשלעצמה, ההנחה שיש בכוחו המחנך של המשפט, וביכולתו להטמיע בחברה ערכים. נפתח אם כן בהצגת התכליות החברתיות של האמון, ונסיים בדיון על הנחת היסוד האמורה.

### 2.1 שמירה על לכידות החברה

האמון הוא שהופך אוסף של פרטים לקהילה מלוכדת,<sup>111</sup> שכל החברים בה מגלים נכונות לשאת בעול המשימות החברתיות, למען כל חברי הקהילה.<sup>112</sup> לפי ג'ונסטון, כיבודן של חובות האמון מבטיח את קידומו של האמון בקרב האזרחים, ובכך תורם ללכידותה של החברה.<sup>113</sup>

אמנם, האמון איננו צומח 'יש מאין'. הוא "תוצר של ערכים חברתיים, אתיקה ורשתות חברתיות היוצרים תיאום חברתי, כלכלי ויכולת לפעול יחד".<sup>114</sup> בהתאם לכך, "הנכונות לקבל בני אדם בעלי השקפות, אמונות ורצונות שונים מאתנו מושתתת על ההנחה, שהם שותפים לנו בערכים הבסיסיים המהווים את התשתית לאמון בחברה".<sup>115</sup>

בשל כך, האמון יימצא בעיקר בחברה חד-תרבותית. בחברה רב-תרבותית, ישמשו חובות האמון כאמצעי, מלאכותי במידת מה, לאיחוי הסדקים באמון החברתי באמצעות יצירתם של כללי אמון מחייבים, המאפשרים את כינונו של האמון ואת סילוקה של העמימות ביחסים שבין אנשים.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> ראו למשל, פרנסס פוקוימה עניין של אמון עמ' 42 ("קהילות מותנות באמון הדדי, והן לא תקומנה באופן ספונטני, בלתי אמצעי, ללא קיומו").

<sup>112</sup> שם, עמ' 24 ("היכולת להתאגד, מצדה, תלויה במידה שבה קהילות נוהגות לחלוק בנורמות ובערכים, ובמידה שבה הן מסוגלות לשעבד אינטרסים אישיים לאינטרסים של קבוצות גדולות יותר – דהיינו, את טובת הפרט לטובת הכלל" (להלן: פוקוימה, עניין של אמון).

<sup>113</sup> Joseph F. Johnston, "Natural Law and the Fiduciary Duties of Business Managers", *Journal of Markets & Morality* Vol. 8(1) (Spring 2005), 27, at pp.

30 (להלן: ג'ונסטון, משפט הטבע). וראו גם, Adam B. Seligman, *The problem of trust* Princeton University Press (1997), at pp. 13-14

<sup>114</sup> לימור, רגולציה ופיקוח שם.

<sup>115</sup> שם. וראו גם פוקוימה, עניין של אמון, לעיל הערה 112, וכן בעמ' 43 ("אמון היא הציפייה המתעוררת בקרב קהילה, שהתנהגות כל אחד מחבריה תהיה תקינה, הגונה ומשתפת פעולה, והיא מבוססת על אמות מידה מוסריות משותפות לכל חברי הקהילה").

<sup>116</sup> שם. וראו גם להלן, אחר הציון להערה 574.



## 2.2. הגנה על מוסדות חברתיים

מוסדות חברתיים הם מוסדות המבטיחים לחברה רווחה ושגשוג. מוסדות שכאלה זקוקים לקיומו של אמון בהם, כתנאי לקיומם ולהמשך פעילותם. אמון הציבור במערכת הבנקאית, למשל, מתואר "נשמת אפה ולחם חוקה" של המערכת הבנקאית.<sup>117</sup> אמון הציבור חיוני גם להבטחת קיומו של מנהל תקין<sup>118</sup> –

קיומו של מנהל תקין מחייב כי הציבור ייתן בו את אמונו. בעל תפקיד – הנחזה בעיני הציבור כמי ששם לנגד עיניו את עניינו האישי, ולא רק את העניין הציבורי – עלול לעורר אכזבה ואי אמון בלב הציבור, ולהרגשה זו עלולות להיות תוצאות שליליות ביותר בעתיד, הן ביחסו של האזרח כלפי החוק ושלטון החוק הן ביחסו כלפי נבחריו.<sup>119</sup>

כפיפותם של נציגי ציבור או של בעלי תפקיד במוסדות חברתיים למערכת נורמטיבית של חובות אמון, עשויה לסייע בבנייה ובשימור של אמון הציבור במוסדות אלה.<sup>120</sup>

## 2.3. שגשוג כלכלי

שגשוג כלכלי הוא אחד מתנאיה העיקריים של הרווחה החברתית, והוא מותנה ביעילותן של העסקאות המתבצעות בשוק המסחרי.

אחד החסמים העיקריים להיווצרותן של עסקאות יעילות קשור לזהותו של מי שמבצע את העסקה. כאשר מי שמבצע את העסקה אינו בעל העניין הישיר בה, מתעוררת הבעיה המכונה על ידי הכלכלנים כ"בעיית הנציג".<sup>121</sup>

<sup>117</sup> ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 483, 221.

<sup>118</sup> לתפיסה הרווחת, שנבחרי הציבור נושאים בחובות אמון כלפי הציבור, ראו למשל: בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר פ"ד מא(1) 73, 78; בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס פ"ד מד(3) 353, 364; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה פ"ד מה(1) 749, 841 (להלן: פרשת ז'רז'בסקי); בג"ץ 6163/93 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מז(2) 229, 266; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' י"ר מפלגת העבודה פ"ד מט(1) 758, 778.

<sup>119</sup> שי ניצן, "ניגוד עניינים של חברי כנסת" משפטים כ, תשנ"א 457, בעמ' 461. והשוו לטיעוניה של סוזי נבות, "חבר הכנסת כ"נאמן הציבור" משפטים לא(2) תשס"א, 433. נבות סומכת את מרבית טיעוניה על ההגנה על ציפיותיו המוצדקות של האזרח (בדומה לגישת בית המשפט בפרשת צבאח), ואינה מבססת את טיעוניה על הצורך החברתי בהגברת האמון של האזרחים במערכת השלטונית.

<sup>120</sup> ראו J. Seligman "The Historical Need for a Mandatory Corporate Disclosure System" 9 J. Corp. L. 1 (1983) וראו גם, תמר פרנקל, "נפילת המחסומים שניצבו בפני השימוש לרעה באמון והולכת שולל" משפט ועסקים ה 113, 125.

אמנם, בפרשת צבאח עמ' 585 הוצדקה חובת האמון הבנקאית בכך ש"הבנקים מצידם שוקדים על הגברת אמון הציבור בהם, ואך סביר שיוטלו עליהם חובות הבאות להגשים את הציפיות הסבירות שהם עצמם תורמים להיווצרותן" (וראו גם שם, עמ' 592). לדעת פלאטו-שנער, הסיבה לכך היא, שבתו המשפט ראו את חובת האמון הבנקאית כמכשיר להגנת הלקוח, ולא כמכשיר להגנת המערכת הבנקאית (ראו פלאטו שנער, דיני בנקאות עמ' 67).

<sup>121</sup> ראו למשל: R. H. Sittkoff "The Economic Structure of Fiduciary Law", 91 Boston

בקליפת אגוז, "בעיית הנציג" נגזרת מן הנחה, שבני אדם רציונאליים פועלים לשם השאת רווחתם האישית.<sup>122</sup> כאשר כל ה"שחקנים" בזירה העסקית מתנהגים באופן רציונאלי, נוצר "שוק חופשי" שבמסגרתו כל "שחקן" משתדל להשיא את רווחיו ככל שיוכל. בשוק שכזה, כל הסדר שייקבע הוא ההסדר היעיל ביותר עבור כל ה"שחקנים". ואולם, כאשר אדם פועל כנציגו של אדם אחר (כשליח, נאמן או כל חב אמון אחר), יש להניח שהוא יפעל לשם קידום ענייניו, אף אם הדבר יבוא על חשבון חובתו לקדם את ענייניו של זה שהוא נציגו. לפיכך, נוצר "כשל שוק" המביא לכך שהעסקה איננה משקפת את התנהלותו הרציונאלית של מבצעה (באמצעות הנציג), ובשל כך היא איננה יעילה.

בעיני רבים, חובות האמון נועדו לפתור את בעיית הנציג, או לפחות לצמצם את נזקה, בהטילן על הנציג חובות משפטיות שמאפשרות לזכאי לפקח בצורה טובה יותר על פעולות הנציג ולמנוע ממנו לנצל את מעמדו לשם קידום ענייניו.<sup>123</sup>

30

טיעון מסוג שונה פיתח חתן פרס נובל לכלכלה, קנת ארוואו. לדבריו, לאמון יש תרומה לשגשוג החברתי משום ש –

האמון הוא אחד משמני הסיכה החשובים ביותר בכל מערכת חברתית. הוא תורם רבות ליעילות; האפשרות לסמוך על המלה של מישהו אחר, חוסכת בעיות מרובות... האמון וערכים דומים כגון נאמנות ואמירת האמת הנם דוגמאות למה שהכלכלנים מכנים "השפעות חיזוניות" (או "השפעות שכנות"). הם בבחינת סחורות, הם מצרכים; יש להם ערך כלכלי ריאלי, מעשי; הם מעלים את היעילות של כל המערכת, הם מאפשרים לך לייצר כמות גדולה יותר של סחורות או של כל דבר אחר הנחשב בעיניך.<sup>124</sup>

בין שני הטיעונים יש הבדל משמעותי, שיש להדגישו. הטיעון הקשור ל"בעיית הנציג" מבוסס על כשל שוק שאותו ניתן לרפא באמצעות כוחו הכופה של המשפט. לעומת זאת, טיעונו של ארוואו מבוסס על אוירה חברתית, שכוחו של המשפט לייצרה או לעודד את קיומה, תלוי בגורמים רבים, כפי שיובהר בהמשך.

---

University Law. Rev. 1039; אהרון ברק חוק השליחות כרך ב 1035; קרניאל, הפרת אמונים עמ' 28-29; עמיר ליכט, "סמכות רשות ניירות ערך להסדיר ענייני משטר חברות (הערה בעקבות מאמר של נייגר ואלשיך-קפלן)" תאגידים 6/ב (דצמבר 2005) 46, עמ' 47-53; הנ"ל, דיני אמונאות, חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי בורסי, תל אביב תשע"ג 6-8 (להלן: ליכט, דיני אמונאות).

<sup>122</sup> ראו למשל, 2, Robyn M. Dawes & Richard H. Thaler, "Anomalies: Cooperation", *Journal of Economic Perspectives* 187, at pp. 187 ("much economic analysis - and virtually all game theory - starts with the assumption that people are both rational and selfish")

<sup>123</sup> ראו המקורות הנ"ל בהערה 121.

<sup>124</sup> מובא אצל פוקוימה, עניין של אמון עמ' 192.

## 2.4. חינוך לערכים של נאמנות

בעיני רבים, חובות האמון מחנכות לכיבודם של צווים מוסריים המקובלים בקרב בני תרבות. כך למשל, סמט הראתה שבאיסור על ניגוד עניינים ניתן לראות בבואה של הצו הקטגורי הקנטיאני, השולל שימוש באדם כאמצעי לקידום מטרותיו של הזולת.<sup>125</sup>

ההוגה האמריקני, יהושע רויס, הקדיש חלק ניכר מהגותו לחקר הערך של הנאמנות. את הנאמנות הגדיר רויס כנכונות מעשית ומתמשכת להתמסר למטרה שאינה קידום הרווחה האישית.<sup>126</sup>

רויס טען שערך זה הוא שעומד ביסוד נכונותם של אנשים להיחלץ מן המסגרת הפרטית ולהתמסר למען הגשמתן של מטרות נעלות, להגן על המולדת, לדאוג לבני משפחה, לחברים, לבני העם, לאנושות וכדומה.<sup>127</sup>

בשל כך ראה רויס בנאמנות 'לב' של כל הערכים, ומצא ערך זה כמעין "נייר לקמוס" לבחינת ערכם המוסרי של מעשים, באמצעות מבחן "הנאמנות לנאמנות".<sup>128</sup>

ובעת האחרונה, תמר פרנקל הדגישה את תרומתן של חובות האמון לקידום ערכים של כנות והגינות.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> Irit Samet, "Fiduciary Loyalty as Kantian Virtue" in: Andrew S. Gold and Paul B. Miller (eds.) **Philosophical Foundations of Fiduciary Law** Oxford University Press (2014) 125, at pp. 131 ("In taking advantage of an opportunity that came to you as a result of your fiduciary role, without asking for the principal's permission, you would be using him as a mere means to your own ends").

סמט, נאמנות כערך קנטיאני). וראו גם להלן, אחר הציון להערה 147.  
<sup>126</sup> Josiah Royce, **Philosophy of Loyalty** New York 1908, 1918, pp. 9 ("Loyalty shall mean... The willing and practical and thoroughgoing devotion of a person to a cause) (להלן: רויס, הפילוסופיה של הנאמנות).

<sup>127</sup> רויס, הפילוסופיה של הנאמנות שם.  
<sup>128</sup> לפי מבחן זה, מעשה המקדם את ערך הנאמנות הוא מעשה ראוי, בעוד שמעשה שאינו מקדם נאמנות הוא מעשה בלתי ראוי. להרחבה בעניין זה ראו שם, עמ' 48-70.  
אמנם, דימוט נוטה להבחין בין ערך הנאמנות במובן הרחב שעליו דיבר רויס, הדורשת מן האדם התמסרות מוחלטת למטרה, עד כדי דיכוי האישיות הפרטית, לבין החובה למלא את התפקיד בנאמנות, המתמקדת בביצוע התפקיד בהגינות, ומבלי לנצל את המעמד לשם השאת רווח אישי. ראו דימוט, **ציפיות מוצדקות** עמ' 926 ("Loyalty for the law's purpose, unlike Josiah Royce's, does not mandate an all-embracing "thoroughgoing devotion" to the beneficiary of fiduciary duty")

<sup>129</sup> תמר פרנקל הקדישה לרעיון זה את ספרה **Trust and Honesty: America's Business Culture at a Crossroad** Oxford University Press (2005). ספר זה נכתב במידה רבה כריאקציה לתרבות העסקית האמריקנית, הנעה בכיוון של קבלה והצדקת התנהגות עסקית של הולכת שולל ושימוש לרעה באמון, ובמסגרתו מבקשת המחברת להבהיר את התפקיד המשמעותי שיש לדיני האמון בקידום התנהגות אמינה ומהימנה במסגרת העסקית. שני פרקים של ספר זה

בהקשר הישראלי, תמר פלאטו-שנער העלתה את ההשערה, שהתגברות השימוש בחובות האמון בענפי המשפט השונים נועד לבלום את היחלשות הערכים שעבר על החברה הישראלית בשנות השמונים.<sup>130</sup>

טענות מסוג זה מבוססות על ההנחה, שיש בכוחו של המשפט לחנך, ולהטמיע ערכים בקרב האזרחים.<sup>131</sup>

בהקשר זה יש להעיר שתי הערות: ראשית, ההנחה בדבר כוחו המחנך של המשפט תלויה במידה רבה באופיה של שיטת המשפט וב'אקלים החברתי', בכל הנוגע למקומו של המשפט בעיצוב פניה של החברה.

אכן, "המשפט כשלעצמו יכול לשמש גורם חיובי בעיצוב דמות החברה, אך לא ימלא תפקיד זה אלא אם כן קיימים נתונים הדרושים לכך. הוא יכול לפעול רק כשהאקלים נוח לפעולתו, וכשהלוח-הרוח בחברה, ובעיקר אצל מנהיגיה, נוטה לראות במשפט כוח חיובי וחיוני".<sup>132</sup>

ואולם, אף אם הלכי הרוח בחברה יספקו אקלים נוח לפעולתו המחנכת של המשפט, המשפט לא יצליח להטמיע ערכים בחברה, אם אופיו העצמי אינו מתאים לכך. בהקשר

תורגמו לעברית ופורסמו בכתב העת **משפט ועסקים** ה (תשס"ו-2006), עמ' 113-149. וראו גם, פרשת ז'רז'בסקי עמ' 841 ("נאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגינות אינה קפואה") אמנם, יש להבחין בין ההגינות כערך מוסרי לחובת ההגינות המשפטית, הנתפסת כחובה פחותה בדרגתה מחובת האמון. לעניין זה ראו, ליכט, **דיני אמונות** עמ' 100-102.

<sup>130</sup> **פלאטו-שנער, דיני בנקאות** עמ' 44 ("ייתכן שניתן לייחס את התגברות השימוש בחובות האמון בענפי המשפט השונים לצורך לבלום את היחלשות הערכים, שעבר על החברה הישראלית בשנות השמונים...").

<sup>131</sup> לעניין זה ראו למשל, אלפרד ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" **משפט ושיפוט** (תשמ"ח) 39 ("החברה יוצרת את המשפט, אך המשפט יוצר גם את החברה. מבחינה אחת משרת הוא את החברה, שבחרה בו, בהגשמת מטרותיה... ומהבחינה השנייה מופיע הוא כגורם בעל אישיות משלו ותורם את תרומתו לעיצוב דמות החברה". להלן: ויתקון, המשפט). וראו גם, Melvin A. Eisenberg., "Corporate Law and Social Norms" (May 1999) **Colum. L. Rev.** ("While social norms differ from legal rules, :Vol. 99, 1253 at pp. 1269 -1270 there is often a symbiotic relationship between law and norms. On the one hand, legal rules are often based on social norms. On the other hand, many legal norms have an expressive effect -- that is, in addition to their regulatory effects, legal norms send messages of various kinds. Adoption of a legal rule that is based on a social norm sends a message that the community regards the norm as especially important") בעניין זה מפנה אייזנברג גם למאמרו של סנסשטיין, Cass R. Sunstein, "Social Norms and Social Roles", 96 **Colum.L.Rev.** 903 (1996). וראו גם, עלי בוקשפן, **המהפכה החברתית במשפט העסקית** האוניברסיטה העברית, ירושלים תשס"ז, עמ' 219, ליד הציון להערה 88 (להלן: בוקשפן, המהפכה החברתית).

<sup>132</sup> **ויתקון, המשפט** עמ' 42.

זה העיר רוזן-צבי, ש"הטוטליות של העשייה המשפטית היא הבסיס לחינוך".<sup>133</sup> בשל כך, לשיטת משפט המציגה תפיסה טוטאלית, המבקשת לעצב את דמותו המוסרית של האדם יש סיכוי גבוה להשפיע גם על ערכיו של האדם. לכן, לשיטת משפט דתית יש "מקדם חינוכי גבוה" מזה שיש לשיטת משפט שאיננה דתית.<sup>134</sup>

הערה שניה נוגעת למחיר הכרוך בהפיכתה של נורמה מוסרית לנורמה משפטית –

מעורבות שיפוטית, בצד הנורמות שהיא משליטה במערכת החברתית ובצד יתרונותיה הבלתי-מבוטלים, גובה, במקרים מסוימים, גם מחיר... לא היינו רוצים שיחסים חבריים יהיו נחלתו של החוק. אנו מעדיפים שיחסי אהבה יהיו לבר-משפטיים. המשפט משליט תרבות. כל אימת שהמשפט סופח אליו תחום מסוים או משליט מרות משפטית, במיוחד באמצעות מעורבות שיפוטית, יש לכך מחיר חברתי, מוסרי, תרבותי ומעשי.<sup>135</sup>

הפיכתה של הנורמה המוסרית לנורמה משפטית מעיבה על האנושיות שביחסים שבין בני אדם, מסתירה את המניעים האמיתיים של ההתנהגות - התנדבות הלב, אמפתיה, רגש, חמלה וכדומה.

<sup>133</sup> אריאל רוזן-צבי, "תרבות של משפט" עיוני משפט יז(3) 689, 692 (להלן: רוזן-צבי, תרבות של משפט).

<sup>134</sup> **רוזן-צבי, תרבות של משפט** עמ' 697. בהקשר זה מעיר רוזן-צבי, שהטוטליות המשפטית של המשפט העברי מקנה לו "מקדם חינוכי גבוה" ("ההלכה היא תיקון האדם בעולם. "רב אמר: "לא ניתנו המצוות אלא על מנת לצרף בהן את הבריות" (מדרש רבה בראשית מד, א). ההלכה היא תיקון עולם במלכות ש-די. "לא ניתנה התורה אלא על מנת לקדש שמו הגדול" (מדרש רבה בראשית א, ב). התפיסה היהודית היא, שהמשפט נובע מאמונה פנימית עמוקה של תיקון עולם במלכות ש-די. לא הסדר נורמטיבי גרידא, אלא הסדר חברתי, חינוכי, ארגוני ותכליתי... מטרת המשפט היא לחנך, לטהר, לקדש, לתקן את האדם והעולם. הוא מבקש להשיג אחריות אנושית, סולידריות חברתית, שלמות אישית לפרט והרמוניה קהילתית לעדת המאמינים"). וראו גם, אבי שגיא **נאמנות הלכתית, בין פתיחות לסגירות** בר אילן 2012, 16-17 ("ההלכה... חותרת לעצב את האדם, לחנכו ולצרפו... אין היא רק בגדר חובה חוקה שיש לממשה, היא מיועדת לפעול על האדם, לתקן את דרכיו ולעצבו לפי האידיאלים השונים שהיא משרטטת").

<sup>135</sup> **רוזן-צבי, תרבות של משפט** עמ' 697. על מחיר זה ראו גם אצל יובל שרלו, "מערכת המשפט בדילמה אתית – פיל בחנות חרסינה" **רפואה ומשפט** גיליון מיוחד (ינואר 2013) 75, 76 ("מדינת ישראל עוברת תהליך משפטיזציה של תחומים רבים ומגוונים... לתהליך זה מחיר אתי כפול. ראשית, הוא מביא לעירוב בית המשפט בסוגיות הנתונות בוויכוח ציבורי... שנית, השיח האתי הופך להיות שיח פורמאלי. החברה איננה הופכת להיות אתית יותר, אלא מצפה להכרעת השופט, אם מותר או אסור לעשות דבר מה... בית המשפט אינו חלק מתהליך שינוי אמיתי של החברה, אלא פועל בחסות הכוח שצבר" (ההדגשות אינן במקור)). בניגוד לרוזן-צבי, המכיר בכוחו המחנך של המשפט, כאמור בהערה הקודמת, אך מביע חשש שהפיכתו של חלק מן הנורמות המוסריות לנורמות משפטיות יגרום לצינון המחוייבות המוסרית לנורמה, הרב שרלו מביע חוסר אמון מוחלט ביכולתו של המשפט להטמיע ערכים בחברה.

לפי קימל, להפיכתו של האמון הטבעי לאמון משפטי יש אף תוצאה חמורה יותר. לדבריו, המרת האמון הטבעי בחובות אמון עלולה ליצור אפקט מצנן לכל גילויי האמון בחברה. קימל סבר שהאכיפה המשפטית יוצרת מעין 'וילון' עבה ומקיף, המסתיר את המניעים הנאצלים העומדים ביסודן של ההבטחות,<sup>136</sup> ו'וילון' זה פוגע במוטיבציה של הצדדים לקיים את הבטחותיהם.

טיעון דומה פיתח ריבשטיין, באומרו שהחוק מעניק לצדדים להתחייבות נשק שניתן לעשות בו שימוש בהתאם לגחמותיו של כל אחד מן הצדדים. לדבריו, עצם הפקדת הנשק בידיהם של הצדדים הופכת אותם ליריבים ומגבירה את אי האמון ביניהם.<sup>137</sup>

הטיעונים שהציגו קימל וריבשטיין קיבלו חיזוק במחקרים של כלכלנים בני זמננו המתארים את תוצאותיה השליליות של הפיכת הנורמה המוסרית לנורמה משפטית כ"דחיקה" (crowding out).<sup>138</sup> מחקרים אלו העלו, שהחלה של משטר משפטי המדכא אופורטוניזם על אנשים שאינם אופורטוניסטים מטבעם עלולה להיתפס כעלבון בעיני אנשים אלו, המקבלים את המסר השלילי שהמשפט רואה

Dori Kimel, "Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract", 21 **Oxford J. Legal Stud.** 473, 491 (2001) ("By systematically creating powerful reasons to refrain in the first place from conduct which amounts to harming the other party, enforceability casts a thick and all-encompassing veil over parties' motives and attitudes towards each other, thus leaving reliance, performance, and other aspects of contractual conduct largely devoid of expressive content—the kind of expressive content that promissory conduct so typically possesses")<sup>136</sup>

Larry E. Ribstein, "Law v. Trust" 81 **B.U. L. Rev.** 556 (2001) p. 556<sup>137</sup>

ההסבר שמציע Sliwka לתופעה זו הוא כדלהלן:<sup>138</sup>

Not trusting a person reveals your belief that there is a danger that this person is selfish and will choose a harmful action. A reason for distrusting someone is that you have had a bad experience in a similar situation before, and therefore you are pessimistic about the trustworthiness of your counterpart. Distrust hence reveals your belief about the typical behavior in a reference group. If your counterpart is influenced by social norms, i.e. his beliefs about what others would do in the same situation, this information may then indeed let him become selfish. On the other hand, trusting a person may reveal your confidence that a person with such characteristics would not be selfish. But this in turn makes being selfish more "costly" for the person as it reveals that not being selfish is the social norm. (Dirk Sliwka, "Trust as a Signal of a Social Norm and the Hidden Costs of Incentive Schemes", **American Economic Review** 97(3) 999-1012).

למקורות נוספים לעניין זה ראו אצל ליכט, דיני אמונות עמ' 10, הערה 24.

בהם אופורטוניסטים-בכח. מסר זה עלולה לגרום לאנשים להידחק החוצה מן המחנה הלא-אופורטוניסטי אל המחנה האופורטוניסטי.

ואולם, בליה<sup>139</sup> טען שטיעוניהם של קימל וריבשטיין מבוססים על תמונת עולם לא מציאותית, המניחה שתמיד ניתן יהיה להשתית את האמון שבין אנשים על יסוד יחס אישי של חברות ביניהם.<sup>140</sup> בשל תפיסה זו, טען בליה, שגה קימל גם בהערכת יחסי הגומלין שבין המשפט להטמעת ערך האמון הבינאישי.

לדברי בליה, על פי רוב, אנשים מתקשרים זה עם זה שלא על בסיס חברי, והאמון מתפתח בהדרגה. בליה מדגים טיעון זה באומרו, שבהתקשרות הראשונה של אדם עם בעל המוסך שבו הוא נוהג לתקן את רכבו, הוא יבקש ממנו מסמך שיבטיח שיוכל לאכוף את התחייבויות המוסך כלפיו. כך יעשה אולי גם בפעם השנייה או השלישית כשיבוא לתקן את רכבו במוסך, אך עם הזמן יוסרו המחיצות ולא יבקש זאת עוד. משלב זה ואילך הופך הלקוח לחבר, ואין הוא צריך עוד את ה"קביים" של החוק כדי לנסוך בו אמונה שההבטחות ההדדיות תכובדנה. כך, טוען בליה, תורם החוק להתפתחות האמון הבין-אישי, במציאות האנושית שבה אנו חיים.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Anthony J. Bellia Jr. "Promises, Trust, and Contract Law" 47 *American Journal of Jurisprudence* 25 (2002) (להלן: בליה, הבטחות).

<sup>140</sup> בליה, הבטחות עמ' 31.

<sup>141</sup> בליה, הבטחות עמ' 33. ביקורת דומה מותח גם בוקשפן על קימל, תוך שהוא מעריך ש"קימל אינו מאמין בקשרי הגומלין ההדדיים והסימביוטיים בין נורמות חברתיות לנורמות משפטיות". ראו, בוקשפן, המהפכה החברתית עמ' 213.

## ח. המקור הנורמטיבי של חובות האמון

חובות אמון אפשר שתוטלנה על האדם מכוחה של חקיקה מפורשת או מכוח פסיקת של בתי המשפט.<sup>142</sup> ואולם, בעיני רבים, מקורות נורמטיביים אלו הם המקורות הפורמאליים בלבד של חובות האמון, בעוד ששורשיהן העמוקים של חובות אלו נטועים במשפט הטבע או בהסכמה החוזית שבין חב האמון לזכאי.

### 1. משפט הטבע

העיקרון של 'משפט הטבע' מייצג את התפיסה הגורסת שהאנושות מחויבת למערכת כללים המשקפת את הצדק המוחלט, שמקורה בעקרונות מוסר שלא האדם קבע, ותוקפה רב מכל חוק אנושי.<sup>143</sup>

<sup>142</sup> בסעיף 435 להצעת חוק דיני ממונות הוצע להחליף את הביטוי "על פי חוק" שבסעיף 2 לחוק הנאמנות בביטוי "על פי דין". החלפה זו, כעולה מדברי ההסבר, נועדה להבהיר שחוב האמון אינו נוצר אך ורק מכוחן של הוראות חוק מפורשות, אלא גם מכוחן של החלטות בתי המשפט, הקובעות כי במצב דברים מסוים מן הראוי להטיל על אדם חובות אמון. חוב אמון מסוג זה מכונה גם חוב אמון "קונסטרוקטיבי".

לפי ברק, כוחם של בתי המשפט ליצור חובות אמון בפסיקתם מבוסס על "מסורת בת למעלה מששים שנה, אשר קשרה את גורלן של שיטת המשפט הארצישראלית והישראלית למסורת המשפט המקובל. מכוחה של מסורת זו, כאשר שופט יוצר דין חדש, הקהילייה המשפטית הישראלית רואה פעולה זו כלאגימיטית", ודין זה הופך ל"משפט מקובל נוסח ישראל" (אהרון ברק פרשנות במשפט כרך א, תורת הפרשנות הכללית, עמ' 186. וראו גם דבריו בבג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים פ"ד מז(4) 702, 707 ("ניתן היה לבחון מבנה משפטי, שעל פיו חובתו של העובד כלפי מעבידו - הנגזרת מחובת האמון שהוא חב לו - עומדת על רגליה שלה, בלא שנראה בה אך חלק מהחובה שבין הצדדים ובלא שנאפיין אותה אך כביצוע שלא בתום-לב של החוזה... חובה זו עשויה להיתפש כחלק מדיני האמון, המהווים חלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל").

ברכיהו לפשיץ חולק על תפיסה זו. לדבריו, "בשיטת המשפט האנגלית מעמדו של השופט נגזר, במידה רבה מן המאבק בין המלך לבין בתי המשפט של ה-commons. השופטים של ה-Common Law טענו כלפי המלך שהם פוסקים לפי ה-Common Law, והמלך אינו יכול להתערב בכך. טענה זו נועדה לבצר את עצמאותם של השופטים אל מול השלטון. האם זוהי הדמות הראויה למשפטנו להידבק בה ולקשור עמה את גורלו? האם נרצה לומר שהכנסת היא כשלטון המלך, העומד בניגוד לעם ומצוי בעימות עם נציגו של העם, הוא בית המשפט?" (ברכיהו לפשיץ, "מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית" עלי משפט ו (תשס"ז) 75, בעמ' 81).

ביקורת מסוג שונה עולה מדבריו של גרוס, הטוען שמשעה שקבענו שעל הדירקטור חלות חובות אמון מכוחו של הדין, "קבענו תחום יריעה רחב, המקנה סמכות לבתי המשפט למלאו בתוכן מעת לעת לפי ראות עיני השופטים, ומבלי שניתן יהיה לצפות מראש את פרטי החבויות ונגזרותיהם" (יוסף גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בחברה עמ' 248 (להלן: גרוס, דירקטורים). וראו גם, כרם, נאמנות עמ' 45.

<sup>143</sup> לסקירה ממצה של ההגות שנכתבה בעניין זה ראו למשל, יצחק אנגלרד, מבוא לתורת המשפט הוצאת יהלום, ירושלים תשנ"א עמ' 57-63.

לדיון על מעמדו של משפט הטבע בתפיסת העולם היהודית, ראו למשל: דוד נובק, "ספר בראשית



אחד הסממנים המובהקים להיותה של נורמה משפטית מבוססת על משפט הטבע הוא, שנורמה זו מעוגנת בשיטות משפט רבות לכל אורך ההיסטוריה האנושית.<sup>144</sup> בהתאם למבחן זה טען ג'ונסטון, שמקורן של חובות האמון הוא במשפט הטבע,<sup>145</sup> שהרי לחובות אלה יש נוכחות משמעותית כמעט בכל שיטות המשפט המוכרות, החל מחוקי חמורבי והמזרח הקדום דרך המשפט הרומי וכלה בשיטות משפט בנות זמננו.<sup>146</sup> לפי ריפשטיין,<sup>147</sup> ניתן להוכיח שחובות האמון הן חובות שמבוססות על כללי צדק טבעיים מכוחו של הצו הקטגורי של קאנט, הקובע ששימוש באדם או ברכושו לשם הגשמת יעדיו של אדם אחר הוא בלתי מוסרי.<sup>148</sup>

לדברי ריפשטיין, בהתאם לעמדה זו, כל שימוש במשאבי הזולת עלול להיחשב כבלתי מוסרי, אלא אם הזולת הסכים לשימוש זה. ההסכמה מצדיקה את השימוש במשאביו של הזולת, אם משום שהיא מתפרשת כהיתר שימוש במשאבים אלו, ואם משום שהיא מתפרשת כזיהוי השימוש ככזה המגשים את מטרותיו של הזולת.

ואולם, לעיתים אנשים מוצאים עצמם ביחסים הדדיים הדורשים מהם לפעול במשאבי הזולת, מבלי שלזולת תהיה היכולת להסכים לפעולות אלה. כך למשל, הילד בא לעולם שלא מרצונו, וכל עוד הוא אינו עומד על דעתו, אין בכוחו להסכים

והחוק הטבעי – על תרומתה של היהדות למוסר האנושי" תכלת 14 (אביב התשס"ג-2003); אבי שגיא יהדות: בין דת למוסר הוצאת הקיבוץ המאוחד, תל אביב 1998, 138-103; 157-152; דניאל סינקלר, "מוסר ומשפט טבעי במשפט העברי" בתוך: פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גליון מס' 281 (תשס"ז) זמין להורדה באתר המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים; Louis E. Newman, *Past Imperatives: Studies in the History and Theory of Jewish Ethics* (Albany: SUNY Press, 1998), pp. 117–138. וראו גם: יוסף פאור, "מקור חיובן של המצוות לדעת הרמב"ם" תרביץ לח(1) (תשכ"ט) 53-43; אברהם מלמד, "חוק הטבע במחשבה המדינית-יהודית של ימי הביניים והרנסנס" דעת 17 (1986) 55-52.

<sup>144</sup> ראו למשל, Timothy L. Fort and James J. Noone, "Challenges to Corporate Governance: Bundled Contracts, Mediating Institutions, and Corporate Governance: A Naturalist Analysis of Contractual Theories of the Firm," *L. & Contemp. Probs.*, 62 (1999): 163, 198–99 ("If many cultures repeatedly articulate the same norm, that norm is evidence of a 'natural law' that all persons must take into account in making moral judgments").

<sup>145</sup> ראו למשל, ג'ונסטון, *משפט הטבע* עמ' 36-32. וראו גם: עמ' 4011/05 דגש סחר חוץ בע"מ ואח' נ' רשות הנמלים ואח' (פורסם ב'נבו') עמ' 28 ("האיסור על ניגוד עניינים מקורו בכללי הצדק הטבעי...").

<sup>146</sup> ראו בהרחבה, שם, עמ' 36-29; פרנקל, *דיני אמון* עמ' 96-79. וראו גם, Edmund Burke, "Thoughts and Details on Scarcity" in: *Works* vol. 2, (1795; repr., Boston: C. C. Little & J. Brown, 1839), 180 ("The laws of commerce . . . are the laws of nature, and consequently the laws of God")

<sup>147</sup> Arthur Ripstein, "Authority and Coercion" 32(1) *Philosophy and Public Affairs* 2, 15-19

<sup>148</sup> וראו גם לעיל, ליד הציון להערה 125.

לפעולות שונות של הוריו, שיש בהן כדי להשפיע במישרין על בריאותו, דעותיו, רווחתו וכדומה. כדי שהיחסים שבין ההורה לילד לא ייהפכו ליחסים של ניצול, מוטלת על ההורה חובה מוסרית לפעול בדרך שתהיה מכוונת אך ורק לטובתו של הילד, תוך התעלמות מן המטרות האישיות של ההורים.

לפי ריפשטיין, מצב דברים זה משותף לכל יחסי האמון. בשל תלותו של הזכאי בחב האמון וחוסר במידע הנחוץ לו לשם פיקוח על חב האמון, אין בכוח הזכאי להסכים לכל פעולה שמבצע חב האמון במשאביו. בהעדר הסכמה, חב האמון נדרש, בדיוק כמו ההורה, לכוון את פעולותיו בדרך שתפעל אך ורק לטובתו של הזכאי, כדי שלא יבוא לנצל את משאביו של הזכאי לצרכיו.

## 2. הסכמת הצדדים

יש הסבורים שביסודן, חובות האמון הן חובות חוזיות, שמקורן בהסכמת הצדדים (חב האמון והזכאי).<sup>149</sup> לפי תפיסה זו, דיני האמון נועדו לנסח את מכלול ההסכמות החוזיות שבין חב האמון לזכאי, בשל חוסר יכולתם של הצדדים לנסח בעצמם הסכמות אלה.<sup>150</sup>

תפיסה זו 'מצננת' את השיח סביב חובות האמון, מפחיתה ממשקלן המוסרי של חובות אלו וכופרת בתפיסה הרואה בדיני האמון ענף משפטי עצמאי, בעל מאפיינים ייחודיים, השונים מאלו של דיני החוזים.

תפיסה זו אף אינה מתיישבת עם הרטוריקה המקובלת בבתי המשפט בכל הנוגע לחובות האמון, רטוריקה המתארת חובות אלה כחובות שלהן יש משקל מוסרי גבוה מן החובה לכבד הסכמים, ואת תפקידו של המשפט כתפקיד נאצל של הגנה על החלש, ולא כמלאכה 'טכנית', של מתן תוקף להסכמות חוזיות וסעד בשל הפרתן.<sup>151</sup>

<sup>149</sup> מייצגיה הבולטים של אסכולה זו הם איסטרברוק ופישל, ולא למותר יהיה להביא כאן את עיקרי טיעונם -

No contract can cover all contingencies, but often the parties can handle the major ones. Sometimes, however, the contracting problem is intractable ... One party to the contract may desire an objective... but have neither an idea nor much concern how the objective is to be achieved. Specialists in achieving this objective... agree to lend their efforts. When the task is complex, when efforts will span a substantial time, when the principal cannot measure (or evaluate) the agent's effort, when an assessment of the outcome is not a good substitute for measuring effort... and when a relative shortage of information hinders the drawing of conclusions even when the outcome may be highly informative, a detailed contract would be silly. When one party hires the other's knowledge and expertise, there is not much they can write down. Instead of specific undertakings, the agent assumes a duty of loyalty in pursuit of the objective and a duty of care in performance. These legal duties reflect both the nature of the principal's choice... and an obvious condition... This is the "fiduciary" package...

(Frank H. Easterbrook & Daniel Fischel, "Contract and Fiduciary Duty"

36 *Journal of Law & Economics* 425, 426 (1993))

וראו גם בהפניות למאמרים נוספים שבהם הם הביעו תפיסה זו שם, הערה 2, וכן אצל John H.

Langbein, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts" *Yale L. J.* 105 (1995).

<sup>150</sup> וראו גם לעיל, ליד הציון להערה 108.

<sup>151</sup> איסטרברוק ופישל (שם, עמ' 429) אינם מייחסים משקל רב לרטוריקה זו, משום שלדעתם,

---

הרטוריקה אינה מבטאת את המשמעות המשפטית של הפסיקה של  
when fiduciary duties arise and what form they take, not a theory of rhetoric-a  
434 עמ' שם, גם וראו theory of what judges do, not of explanations they give")  
("Moral rhetoric does not distinguish opinions about fiduciary duties from many  
other judicial efforts and is in any event a proposition about judges rather than  
about rules")

## ט. יחסי האמון

את הנסיבות שבהתקיימן יוטלו על אדם חובות אמון מקובל לכנות בשם 'יחסי אמון'.<sup>152</sup> הגדרת הנסיבות המדויקות שבהתקיימן יטיל המשפט על אדם חובות אמון העסיקה ומעסיקה מלומדים העוסקים בתחום זה. את התיאוריות השונות שהוצעו בעניין זה ניתן לסווג בשלוש קבוצות, כדלהלן:

**תיאוריות חד-ממדיות** – תיאוריות התרות אחר עיקרון מוסרי-משפטי אחד, שמספק הצדקה להטלתן של חובות אמון ומאפשר לצפות מראש באלו נסיבות ייווצרו יחסי אמון.

**תיאוריות מורכבות** – תיאוריות המציעות שילוב של מספר עקרונות, שבהצטרפם יחד מבהירים את הנסיבות שבהתקיימן תוטלנה על אדם חובות אמון.

**תיאוריות נסיבתיות** – תיאוריות שאינן מבקשות להבהיר את העיקרון המשפטי

<sup>152</sup> במובן זה שונה המשמעות המשפטית של הביטוי 'יחסי אמון' מן המשמעות החברתית-פסיכולוגית המקובלת של ביטוי זה. ייתכן בהחלט שבין בני אדם ישררו יחסי אמון והערכה במשמעות החברתית-פסיכולוגית של הביטוי, אך המשפט לא יראה צורך להתערב ביחסים אלה. כך המצב בנוגע ליחסים שבין חברים, בני משפחה, בני זוג וכדומה. לניתוח עיוני מקיף של האפשרות להחיל על חברים חובות אמון ראו אצל, Ethan J. Leib, "Friends as Fiduciaries", 86 *Washington University L. Rev.* 665 [2009] להטיל חובות אמון ביחסים שבין הורים לילדיהם ראו אצל, Elizabeth S. Scott and Robert E. Scott, "Parents as Fiduciaries" 81(8) *Virginia L. Rev.* 2401 [1995]. על אף האמור כאן, ניתן למצוא בפסיקה הישראלית ערבוב מושגים בעניין זה. כך למשל, בפרשת ולנטין נקבע ש"יחסי הנישואין בנויים באופן עקרוני על אמון הדדי בדרגה גבוהה" (ע"א 1581/92 א' ולנטין נ' ד' ולנטין וערעור שכנגד פ"ד מט(3) 441, 454-455), אך "יש הבדל בין זוג לזוג, יש הבדל בין מצב של יום-יום לבין מצב שלפני חתימה על הסכם בין בני הזוג, יש הבדל בין חיי משפחה תקינים לבין חיי משפחה מעורערים, ויש הבדלים אחרים, רבים מספור ומגוונים ללא גבול" (שם), ואף יש לבחון היטב את השאלה, "עד כמה ניתן וראוי להסדיר את יחסי המשפחה... באמצעות כללים משפטיים" (שם). השאלה האחרונה צריכה להיות השאלה הראשונה. במידה ואין טעם משפטי ראוי להסדיר את יחסי המשפחה באמצעות כללים משפטיים, אין מדובר ביחסי אמון מן הסוג שיש לו נפקות משפטית.

שימוש באמון הבינאישי כעילה להכרה בקיומם של יחסי אמון ניתן למצוא גם בפסק הדין בפרשת לסלו, שבה נקבע ש"יסודה של כל שותפות הינו אמון הדדי בין השותפים. מסיבה זו, יחסי השותפים בינם לבין עצמם מתוארים לעתים קרובות כיחסי נאמנות המחייבים כנות שלמה והתגלות מוחלטת" (ע"א 283/62 אברהם ר' הסס נגד הלנה לסלו ר"עדי" מפעלי בטרויות בע"מ פ"ד יז 758, 764). כך גם בפרשת קוט, שעסקה ביחסי האמון שבין מנהלים לבעלי מניות בחברה פרטית קטנה, שבה "קיימת נטייה גוברת לייחס למנהלים חובות אימון כלפי בעלי המניות" (עמ' 172) משום ש"היחסים בה הם כמעין שותפות המתנהלת מתוך אמון הדדי ולכן נוצרת חובת אמון בין המנהל לבעל מניות לנהוג כלפיו בנאמנות" (שם). עצם קיומו של האמון ההדדי אינו עניין המצדיק התערבות של בית המשפט. גם היחסים שבין בעל לאשתו מתנהלים מתוך אמון הדדי, ובכל זאת, אמון זה אינו מאפשר לבן זוג להגיש תביעה משפטית כנגד בן זוגו שבגד בו או כנגד בן זוג שאיננו נושא באחריות לפרנסת הבית או לחינוך הילדים.

שמכוחו נוצרים יחסי האמון, אלא את הנסיבות שבהתקיימן ניתן יהיה לצפות שיוטלו על אדם חובות אמון.

דומה כי ניתן לתאר הליך רציף בהתפתחותן של התיאוריות השונות בעניין זה. בתחילה, סברו המלומדים שניתן יהיה לאתר עיקרון מוסרי אחד שממנו ניתן יהיה לגזור את כל המצבים שבהתקיימם יחוב אדם בחובות אמון.

ואולם המציאות, העולה על כל דמיון, הוכיחה שכל אחד מן העקרונות שהוצעו אינו מסוגל להחזיק תחת כנפיו את כל הנסיבות שבהתקיימן הכירו בתי המשפט בקיומן של חובות אמון, ובשל כך החלו המלומדים להציע תיאוריות מורכבות.

בשלב האחרון, משכשלו אף התיאוריות המורכבות בתיאור ממצה ומקיף של הנסיבות שבהתקיימן יחולו חובות האמון, נואשו המלומדים מן החשיבה הקודיפיקטיבית בהקשר זה וביקשו לקבוע את הכלל הקזואיסטי המאגד את כל קשת המצבים שבהם הכירו בתי המשפט בקיומן של חובות אמון.

## 1. תיאוריות חד-ממדיות

### 1.1. התיאוריה הקניינית

התיאוריה הקניינית מבוססת במידה רבה על דיני הנאמנות, ולפיה, יחסי אמון יתקיימו בין אדם שהוא בעל הסמכות החוקית או השליטה על רכושו של אחר או על כל זכות אחרת השייכת לו.<sup>153</sup>

הגבלת דיני האמון ליחסים שבמסגרתם מחזיק אדם ברכושו של הזולת מצמצמת במידה רבה את קשת המצבים שבהתקיימם יחולו דיני האמון, או מחייבת פרשנות יצירתית למושגי הקניין והרכוש, פרשנות שלעיתים היא איננה מתקבלת על הדעת.<sup>154</sup>

כדי לפתור קושי זה, היו שהציעו לשכלל את התיאוריה ולקבוע שיחסי אמון יתקיימו כאשר אדם פועל עבור אדם אחר, ומפעיל שיקול דעת בנוגע למשאב חיוני (Critical Resource) השייך לו.<sup>155</sup> אך גם לפי הצעה זו, ספק אם ניתן יהיה

<sup>153</sup> J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (Carswell Company Ltd. ראו למשל, Toronto 1981), pp. 52

L.S. Sealy, "Fiduciary Relationships" [1962] *Cam. L. J.* 69, at pp. 74-75.

וראו גם, פרידמן, עשיית עושר עמ' 9, הערה 38. וראו גם, פלאטו-שנער, דיני

בנקאות עמ' 9, הערה 38. וראו גם, פרידמן, עשיית עושר עמ' 545 המוצא בסעיף 1 לחוק הנאמנות המדבר על המדבר על "זיקה לנכס" המחייבת את הנאמן "להחזיק" בו לטובת הנהנה, מקור לתפיסה שלפיה חובות אמון קמים מכוחו של "הסכם הכרוך בחזקה או בשליטה פיסית ברכוש הזולת".

<sup>154</sup> שפרד, דיני האמון עמ' 53-54.

<sup>155</sup> ראו, Gordon Smith, "The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty", 55 *Vand. Law Rev.* 1399, 1402 (2002).

להטיל חובות אמון, למשל, על יועץ ההשקעות,<sup>156</sup> על הסנגור הציבורי<sup>157</sup> או על החוקר הפרטי.<sup>158</sup> דומה כי דרושה לוליינות פרשנית על מנת לראות את אלה כמחזיקים בנכס השייך לזולת או כמי שמפעילים שיקול דעת בנוגע למשאב חיוני השייך לזולת.

### 1.2. התיאוריה החוזית

לעיל<sup>159</sup> עמדנו על כך שבעיני רבים, חובות האמון אינן אלא ביטוי להסכמה חוזית שבין חב האמון לזכאי.<sup>160</sup>

גם בפסיקת בתי המשפט בישראל ניתן למצוא הד לתפיסה זו, בעיקר בפסקי דין שעסקו בחובות האמון המוטלת על העובד כלפי המעביד. חוזה העבודה הוגדר בבתי הדין לעבודה כ"חוזה יחס", שאחד ממאפייניו המובהקים הוא – קיומם של יחסי אמון בין הצדדים לחוזה.

כך למשל עולה מפסק הדין בעניין גירית שבו נקבע שחוזה העבודה הוא "חוזה יחס מתמשך... חוזה לשיתוף פעולה המושתת על יחסי אמון ועל חובת הנאמנות החלה על הצדדים".<sup>161</sup>

התיאוריה החוזית שוללת לכאורה את החלתן של חובות האמון בנסיבות שבהן לא יכול להתקיים קשר חוזי בין מי שמבקשים להטיל עליו את חובות האמון לבין הזכאי. כך למשל, בהתאם לתיאוריה זו, ספק אם ניתן יהיה להטיל חובות אמון על הורים כלפי ילדיהם הקטינים, על מטפלים כלפי חוסים פסולי דין התלויים בהם וכדומה.<sup>162</sup> התיאוריה החוזית אינה מקדמת אפוא מדיניות משפטית המבקשת להטיל חובות אמון על כל מי שעלול לנצל את מעמדו לשם הפקת רווחים על חשבון התלויים בו.

### 1.3. תיאוריית ההסתמכות

ג'ון סטיוארט מיל ההסתמכות של אדם על חברו יוצרת חובות מוסריות של האדם שעליו הסתמכו, כלפי מי שהסתמך עליו –

אם אדם מעודד אדם אחר, באמצעות הבטחה מפורשת או על ידי התנהגותו, לסמוך על כך שהוא ימשיך לפעול באופן מסוים, לבנות ציפיות

<sup>156</sup> לביקורת זו ראו למשל, דימוט, ציפיות מוצדקות עמ' 935-936.

<sup>157</sup> כפי שנקבע בסעיף 15(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.

<sup>158</sup> כפי שנקבע בסעיף 6 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972.

<sup>159</sup> אחר הציון להערה 149.

<sup>160</sup> וראו שפרד, דיני האמון עמ' 64-68; פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 11.

<sup>161</sup> ע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ נ' מרדכי אביב ואח' פד"ע לט 728. וראו גם, ע"ע (ארצי)

1341/01 רחל רפפורט נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ; תלא (חי')

16685-06 סונול ישראל בע"מ נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ ס' 23 לפסק הדין.

<sup>162</sup> וראו להלן, הערה 152.

וחישובים, ולסכן כל חלק שהוא מתכנית חייו על בסיס הנחה זו – או אז צומח מערך חדש של התחייבויות מוסריות שיש לו כלפי אדם זה.<sup>163</sup>

רבים סבורים שחובות האמון הן אמצעי שיצר המשפט כדי להעניק תוקף משפטי לחובות המוסריות הנוצרות בעקבותיה של ההסתמכות.<sup>164</sup>

תפיסה זו באה לידי ביטוי בדבריו של השופט שניאור זלמן חשין בפרשת מקבל הנכסים הרשמי, שעסקה ביחסי האמון שיש בין נאמן לנהנה. השופט חשין הזכיר בהקשר זה את פסק הדין האנגלי בפרשת *Reading*,<sup>165</sup> שממנו עולה שיחסי אמון יתקיימו "כל אימת שמפקיד התובע בידי הנתבע נכסים וסומך על הנתבע כי יטפל בנכסים אלה לטובת התובע או לצרכים שאושרו על-ידיו ולא לכל מטרה אחרת".<sup>166</sup> לאמור, עצם הפקדת הנכסים בידי של הזולת אינה הופכת את הזולת לחב אמון. הדבר שהופך אותו לחב אמון הוא הסתמכותו של המפקיד עליו, יטפל בנכסים שהופקדו לטובתו.

תפיסה זו עלתה גם מפסק הדין בפרשת צבאח,<sup>167</sup> שעסק ביחסי האמון שבין הבנק ללקוח, המבוססים על ההסתמכות של הלקוח על התנהלותו הראויה של הבנק. כך עלה גם מפסק הדין בפרשת גרבי, שם הוטלה על הבנק חובת סודיות מכוחם של יחסי האמון שבין הבנק ללקוח, ש"עניינו... כי פעולותיו הכספיות ומצבו הכלכלי לא יהיו נחלת הכלל, ונותן הוא את אמונו בבנק, כי לא ייתן להם פומבי".<sup>168</sup>

בפרשת קוט, שעסקה ביחסי האמון שבין מנהלי החברה לבעלי המניות, הודגש ש"המנהלים הציגו בפני בעלי המניות דרכי פעולה אפשריות",<sup>169</sup> ובכך הם "נטלו על עצמם... אחריות וחובות אימון כלפי בעלי המניות",<sup>170</sup> משום ש"בעלי המניות הסתמכו על המצגים שהונחו בפניהם ושאומו מהם את מלוא הנתונים הנדרשים לצורך קבלת החלטתם".<sup>171</sup>

<sup>163</sup> ג'ון סטיוארט מיל, על החירות עמ' 192-193.

<sup>164</sup> ראו שפרד, דיני האמון עמ' 56-57; פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 9-10.

<sup>165</sup> *Reading v. R.* (1949), 2 K.B. 232, 236; 65 T.L.R. 405

<sup>166</sup> ע"א 218/57 מקבל הנכסים הרשמי והמפרק של פלס חברה לפרסומים בע"מ (בפירוק) נ' רודולף מאיר פ"ד יב תשי"ח 1696, 1708.

<sup>167</sup> פרשת צבאח, לעיל הערה 104.

<sup>168</sup> רע"א 1917/92 סקולר ואח' נ' גרבי ואח' פ"ד מז(5) 764, 771 (להלן: פרשת גרבי). וראו גם תפ (ת"א) 4580/02 מדינת ישראל נ' נפתל שם הכיר בית המשפט בקיומם של יחסי אמון בין הנאשם ללקוחותיו, על יסוד עדותו ש"הלקוחות שהוא טיפל בהם סמכו עליו במאה אחוז ונתנו לו לעשות מה שנראה לו".

<sup>169</sup> ע"א 741/01 מאיר קוט נ' עזבון ישעיהו ואח', פ"ד נז(4) 171, 172 (להלן: פרשת קוט).

<sup>170</sup> שם.

<sup>171</sup> שם. דומה כי מכוחה של תיאוריה זו ניתן גם להטיל חובות אמון על מי שהתיימר לפעול כבעל סמכות לבצע תפקיד של חב אמון, אף שלמעשה מעולם לא נמסרה בידי סמכות זו. לעניין זה ראו פרידמן, עשיית עושר עמ' 550-552.



תיאוריית ההסתמכות, כמו התיאוריה החוזית, אינה מאפשרת הטלה של חובות אמון בהעדרה של הסתמכות, ולכן קשה יהיה להצדיק מכוחה את הטלתן של חובות אמון על הורים, כלפי ילדיהם הקטנים, על רופאים, כלפי חולים מחוסרי הכרה שלא ידעו אפילו שהם מטופלים על ידם, וכדומה.

קושי נוסף שמעוררת תיאוריה זו קשור ל'גבולות הגזרה' של יחסי האמון. הסתמכות קיימת בהקשרים רבים ומגוונים: בני זוג סומכים זה על זה בהקשרים שונים, חברים סומכים זה על זה בהקשרים שונים וכדומה. לכן, קביעת ההסתמכות כאבן הבוחן לקיומם של יחסי אמון הופכת כמעט את כל האנשים לחיבי אמון בדרך זו או אחרת. האמנם נרצה שהמשפט ישמש זירה להתגוששות בין בני משפחה או בין ידידים, כל אימת שנפגע אינטרס ההסתמכות של אחד מהם?<sup>172</sup>

היו שניסו ליישב קושי זה באמצעות הקביעה שיחסי אמון יתקיימו כאשר יש לזכאי **ציפייה מוצדקת** לכך שהוא ינהג עמו בנאמנות ובמסירות. ציפייה שכזו קיימת רק ב"מערכות יחסים שבהן המושג "אמון" מקבל משמעות משפטית מיוחדת".<sup>173</sup>

#### 1.4. התיאוריה של עשיית עושר ולא במשפט

התיאוריה של עשיית עושר ולא במשפט גורסת, שיחסי אמון יתקיימו, כל אימת שאדם מחזיק בידיו בנכס או בזכות שהצדק מחייב שיועברו לאחר.<sup>174</sup> אדם כזה ייחשב כמעין 'נאמן' של מי שהצדק מחייב שהנכס או הזכות יועברו לידי.

תיאוריה זו, כמו התיאוריה הקניינית, אינה מאפשרת את החלת יחסי אמון על מי שאינו מחזיק בנכס או בזכות השייכים לזולת, כיועץ השקעות, סנגור, רופא וכדומה.<sup>175</sup>

#### 1.5. תיאוריית היחסים הלא-שוויוניים

על פי תיאוריית היחסים הלא-שוויוניים, יחסי אמון יתקיימו בין שני צדדים שלאחד מהם יש דריסת רגל לא שוויונית בענייניו של האחר, להלכה (כגון כאשר פלוני משמש כנאמן או שליח של אלמוני), או למעשה (כגון שפלוגי מחזיק בפועל בזכות השייכת לאלמוני, מבלי שאיש ביקש ממנו לעשות זאת).<sup>176</sup>

<sup>172</sup> ראו שפרד, דיני האמון עמ' 57-60; פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 9-10. לדיון רחב בהחלתן של חובות אמון ביחסים שבין חברים ראו 86 Ethan J. Leib, "Friends as Fiduciaries" Wash. University Law Rev. 665 וביתר הרחבה בספרו, **Ethan J. Leib, Friend v. Friend: The Transformation of Friendship and What the Law Has to Do with It**, Oxford University Press, 2010, בעיקר בפרק החמישי. וראו ביקורתו של פרופ' פוזנר, Eric A. Posner, "Huck and Jim and Law" **New Republic** (21 February 2011) <http://www.newrepublic.com/book/review/friend-transformation-ethan-leib>.

<sup>173</sup> פלאטו שנער דיני בנקאות עמ' 10.

<sup>174</sup> ראו למשל, שפרד, דיני האמון עמ' 71; פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 9, הערה 38.

<sup>175</sup> לביקורת נוספת על תיאוריה זו, ראו בהרחבה, שפרד, דיני האמון עמ' 72, 74-75.

<sup>176</sup> ראו שפרד, דיני האמון עמ' 170-171; סילי, דיני האמון עמ' 78-79.

הד לתיאוריה זו ניתן למצוא בפסק הדין בפרשת דעקה,<sup>177</sup> שבו נקבע שבין רופא לחולה קיימים יחסי אמון, המבוססים על "נכונותו של החולה להפקיד את חייו, בריאותו ורווחתו בידי של הרופא", על כך ש"החולה... נמצא במעגל הסיכון הראשוני להיפגע אם עובר לטיפול לא יימסר לו כל המידע הרלוונטי", וש"הרופא הוא זה שמצוי בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזקים", ולו "יתרון מוחלט בידע על פני החולה", שלו "אין כלים המאפשרים לו לעמוד בכוחות עצמו על ההיבטים השונים הנוגעים לטיפול".

באופן דומה, בפרשת בנק הפועלים, נאמר שיש להטיל על הבנק חובות אמון משום ש"הבנק הוא 'צד חזק'... בהיותו ספק שירות חיוני ובעל עוצמה רבה".<sup>178</sup>

תיאוריית היחסים הלא שוויוניים אינה קובעת מבחן ברור ובהיר לקיומם של יחסי אמון, משום שכמעט כל יחס עסקי בין שני בני אדם איננו שוויוני. אף על פי כן, ברור שאין בכוונתנו להגדיר כמעט כל יחס עסקי כיחס של אמון.<sup>179</sup>

לפי שפרד, הצגת דיני האמון כמערכת של חובות שנועדו להגן על החלש, מתארת את המשפט כמעין 'רובין הוד', האציל המגן על החלשים. לדברי שפרד, תיאור זה איננו תיאור ראוי של העשייה המשפטית, בעיקר משום שהוא מעודד אנשים להשליך יתבם על המשפט במקום להגן על עניינם בעצמם.<sup>180</sup>

#### 1.6. תיאוריית הכוח והשליטה

תיאוריית הכוח והשליטה אינה מתמקדת במערכת היחסים שבין חב האמון לזכאי, אלא בעצם העובדה שעניין חיוני לאדם מצוי בשליטתו של אדם אחר. שליטה זו מעניקה לאותו אדם כוח,<sup>181</sup> ההופך אותו לחב אמון.<sup>182</sup>

<sup>177</sup> ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה פ"ד נגד (4) 526, 577-576.

<sup>178</sup> ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' קריסטין הורש (פורסם במאגר המשפטי 'נבו'), ס' 12 לפסה"ד של השופט ג'ובראן. וראו גם, ריקארדו בן-אוליאל, "כספת בבנק: תפיסה חדשה להגדרת טיב העסקה ולקביעת מידת האחזיות מצד הבנק" הפרקליט לז (תשמ"ז) 76, 83-84 ("כוחו של הבנק מול הלקוח הרגיל, אשר תלוי בו במתן השירות... גורם ליצירת חובה מיוחדת של הבנק כלפי הלקוח, כלומר חובת אמונים", המתבססת על כך ש"נמצא הלקוח לעיתים קרובות בתלות כלפי הבנק, הן במתן השירות עצמו, והן בקביעת ההסדר המשפטי שחל עליו"). עם זאת, בן אוליאל מוסיף שהיחס שבין הבנק ללקוח מבוסס גם על "אמון שיש ללקוח במומחיות הבנק במתן השירות... במתן השירות מאמין הלקוח... כי למען הגשמת תפקידו יתנהג הבנק ברמה גבוהה של מקצועיות, הגינות וזהירות מופרזת". דברים אלו מזכירים יותר את תיאוריית ההסתמכות ליצירתם של יחסי אמון.

<sup>179</sup> ראו שפרד, דיני האמון עמ' 63.

<sup>180</sup> ראו שם, עמ' 64.

<sup>181</sup> יש הגורסים שמדובר בכוח לשנות את מצבו המשפטי של הזולת, ויש הגורסים שמדובר בכוח לשלוט בזולת. להרחבה בעניין זה ראו שפרד, דיני האמון עמ' 85-86.

<sup>182</sup> ראו למשל, Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation", 25 U. Toronto Law.

J. I (1975); פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 11-12.

לפי תיאוריה זו, חובות האמון נועדו להקהות את עוקצו של הכוח, ולהבטיח שלא ייעשה שימוש בכוח לרעה.

בחלק ניכר מפסיקות בית המשפט העליון מודגש ההיבט של הפקדת הכוח והשליטה, כהיבט המרכזי, שמכוחו ייוצרו יחסי האמון. תפיסה זו באה לידי ביטוי לראשונה בפרשת אדלר, בה דובר על יחסי אמון שיש בין "פרקליט ולקוחו, רופא וחולה שבטיפולו, אפוטרופוס וחסוי, הורה וילדו",<sup>183</sup> הקמים מכוחם של "יחסים מיוחדים... בשל טעמים של תקנת הציבור, המבקשת למנוע מראש שימוש לרעה בכח ההשפעה וביחסי האמון".<sup>184</sup>

תפיסה זו התחדדה בפרשת קוסוי, בה נקבע ש"המשפט מטיל על בעל הכוח חובת אמון",<sup>185</sup> ושעיקרון האמון "חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו".<sup>186</sup>

אולם, רובנו נושאים עמנו את הכוח לשלוט בענייניו של הזולת: צד לחוזה יכול להפר את החוזה במידה והוא מוכן לשאת בפיצוי ההפרה שיטיל עליו בית המשפט, אדם יכול לפתוח בהליכי גירושין נגד בן זוגו ומנהל המפעל יכול למנות עובד לתפקיד בכיר. בכל המצבים האלו, מתקיים המבחן של הכוח או השליטה לשנות את מצבו המשפטי של הזולת או לשלוט בגורלו, ובכל זאת, אין אנו רואים בכל אדם החתום על חוזה חב אמון, ואין אנו מגדירים את בני הזוג או את מנהל המפעל כחב אמון, רק בשל השליטה שיש להם על חיי הזולת.<sup>187</sup>

בשל חוסר בהירות זה מתאר שפרד את תיאוריית הכוח והשליטה כתיאוריה הנושאת אופי תיאורי בלבד, ובשל כך היא אינה מאפשרת לנבא מראש האם במצב דברים מסוים יתקיימו יחסי אמון בין הצדדים או לאו.<sup>188</sup>

### 1.7. תיאוריית הפקדת הכוח

בניסיון לשכלל את תיאוריית הכוח והשליטה, מציע שפרד את תיאוריית הפקדת הכוח (Transfer of Encumbered Power). על פי תיאוריה זו, יחסי האמון

<sup>183</sup> ע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור ואח' פ"ד לד(4) 29, 39-40.

<sup>184</sup> שם.

<sup>185</sup> פרשת קוסוי עמ' 278.

<sup>186</sup> שם. וראו גם, ע"א (חי) 4735-07 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' אחמד בדוי (ס' 53 לפסק הדין), בנוגע לחובת הגילוי, שם נאמר ש"כאשר יש יחסי אמון, ולאחד הכוח והשליטה על זולתו... חלה חובת הגילוי המוגברת". וראו גם, אהרון ברק, "האיסור על ניגוד עניינים", בתוך: דפנה ברק-ארז, דורות נבות ומרדכי קרמניצר (עורכים), ניגוד עניינים במרחב הציבורי עמ' 30-31. לא למותר להדגיש, שמושג השליטה הוא נזיל ועשוי להשתנות בהתאם לערכיה של החברה ולרגישותה לבעלי השליטה שבקרבה. וראו דבריו של ברק שם, עמ' 33 על כך ש"ככל שחברה נעשית רגישה יותר לבעלי השליטה שבה, ולאופן שבו הם משתמשים בשליטתם, כן גוברת ההכרה כי מן הראוי להעמיד את בעלי השליטה במערכת יחסים מיוחדת [=יחסי אמון - י.א.]".

<sup>187</sup> לביקורת ברוח זו ראו למשל, שפרד, דיני האמון עמ' 86-87.

<sup>188</sup> שם, עמ' 87.

נוצרים מכוחה של העברת כוח, בתנאי שמקבל הכוח יקבל עמו גם את החובה לפעול בכוח זה למען קידום עניינו של מוסר הכוח.<sup>189</sup>

בפסיקה הישראלית, ניתן למצוא הד לתיאוריה זו בפסק הדין בפרשת סיעת הליכוד שבו נקבע שהמכנה המשותף לכל אותם מצבים שבהם הדין מכיר בקיומם של יחסי אמון הוא, ש"בידיו של אדם הופקד אינטרס של אחר, אשר על הפעלתו הוא אמון".<sup>190</sup>

### 1.8. תיאוריית התועלת המסחרית

לפי תיאוריית התועלת המסחרית, יחסי אמון יתקיימו כל אימת שבית המשפט יגיע למסקנה ששיקולי תועלת כלכלית מחייבים להטיל על אדם חובות אמון.<sup>191</sup> מבקריה של תיאוריה זו טוענים שהיא מצמצמת את דיני האמון לשדה המסחרי בלבד, שהיא מספקת לשופט כלי מעורפל למדי כדי להכריע האם חלות חובות האמון בנסיבות העניין, ושהיא יוצרת טשטוש בין כללים משפטיים למדיניות משפטית.<sup>192</sup>

כמו כן, תיאוריה זו אינה מאפשרת לצדדים להכיר בקיומם של יחסי אמון ביניהם, לפני שיחסיים אלו הגיעו לפתחו של בית המשפט.<sup>193</sup>

תיאוריה דומה, שיש לה ביטוי גם בפסיקה הישראלית, מתמקדת בתועלת החברתית. לפי תיאוריה זו, חובות אמון יוטלו כל אימת שהפרתן עלולה לפגוע במוסד שקיומו חיוני להתפתחותה של החברה.

כך למשל, בפרשת ג'רבי הוצדקה הקביעה שבין הלקוח לבנק מתקיימים יחסי אמון מכוחה של העובדה ש"המערכת הבנקאית מושתתת על יחסי אמון... בלעדי אלה לא תיכון, ונמצא אז נפגע גם האינטרס הלאומי-כלכלי בקיומה של מערכת זאת".<sup>194</sup>

<sup>189</sup> ראו בהרחבה, שפרד, דיני האמון עמ' 93-123, וכן פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 9, הערה 38, ובאסמכתאות המובאות שם. וראו פרידמן, עשיית עושר עמ' 537 ("...הקטגוריות של יחסי אמון אינן סגורות. הקטגוריה המרכזית, המושתתת על יסוד עיוני ברור, היא זו שבה הוסמך אדם אחד לנהל את ענייני זולתו. כוח זה שניתן בידיו, מחייב, מטבע הדברים, אמון בדרגה גבוהה. שיקול זה, בצירוף החשיבות שמיחסיים למניעת שימוש לרעה באותו כוח, הוא המחייב לראות בחובותיו של מי שהוסמך לנהל את ענייני הזולת, חובות אמון"). וראו שם, עמ' 545-541, שגם כאשר אדם אינו מוסמך לנהל את ענייני הזולת, אך הוטל עליו תפקיד שיש בו כדי להשפיע על מצבו של הזכאי מתוך הסתמכות על מקצועיותו ועל שיקול דעתו, עשוי הוא להיחשב כחב אמון.

<sup>190</sup> פרשת סיעת הליכוד סעיף 3 לפסק הדין.

<sup>191</sup> שם, עמ' 78.

<sup>192</sup> שם, עמ' 79-82.

<sup>193</sup> שם, עמ' 81.

<sup>194</sup> פרשת ג'רבי עמ' 771. וראו גם, רע"א 9374/04 אי. אנד. ג'. מערכות מתקדמות למורה נהיגה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ סניף רחובות (פורסם במאגר המשפטי 'נבו'), סעיף 6 לפסק

בדומה לכך, בפסיקת בתי המשפט בערכאות הנמוכות מן השנים האחרונות ניתן לזהות מגמה, להגדיר יחסים שבין גוף המוגדר כ"סוכנות חברתית" לאדם אחר כיחסי אמון.

הגדרתו של גוף כ"סוכנות חברתית" מבוססת על התפיסה שלפיה גוף זה ממלא תפקיד ציבורי חשוב, תפקיד שלשם קיומו ושגשוגו יש להבטיח את אמון הציבור בגוף זה. כך למשל, בפרשת רשף קובע השופט אוקון, ש"הבנק מהווה סוכנות חברתית אשר מוטלות עליו חובות אמון מוגברות לא רק כלפי לקוחותיו אלא כלפי הציבור בכללותו... תוך לימוד אנלוגיה מן ההלכות המשפטיות המגדירות אחריותן של רשויות ציבוריות".<sup>195</sup>

## 2. תיאוריות מורכבות

49

התיאוריות המורכבות משלבות בתוכן מספר עקרונות כדי להגיע אל הנוסחה שתסביר את נסיבות היווצרותם של יחסי האמון.

כך למשל, וינריב<sup>196</sup> הציע לקבוע שיחסי אמון יתקיימו כל אימת שיש לאדם כוח או שליטה על הזולת, ויש בידו לנצל את כוחו כדי להפיק תועלת אישית על חשבוננו של הזולת, או שהדבר ראוי משיקולי תועלת מסחרית (שילוב של תיאוריית הכוח והשליטה עם תיאוריית התועלת המסחרית).

וולינסקי ואקונום<sup>197</sup> הציעו, שיחסי אמון יתקיימו כאשר בידו של אדם הופקד כוח או שליטה על ענייניו של אדם אחר, שהוא פגיע באופן יחסי, ובעל הכוח עלול לנצל את הכוח לשם קידום מטרותיו האישיות.

השופט הקנדי גטראו הציע, שיחסי אמון יתקיימו כאשר אדם מקבל על עצמו, במפורש או במשתמע, לפעול בענייניו של הזולת, באופן המוסכם על ידם, ומקבל לידיו את הכוח לפעול לטובת עניין זה. כמו כן, מוסר הכוח סומך על מקבל הכוח שיפעל למענו, ומקבל הכוח מודע לכך, וכתוצאה ממצב זה, מוסר הכוח הופך

דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>195</sup> ה"פ 2247/03 אהרון רשף ואח' נ' פלוני ואח', תק-מח 2004(1), 6761 סעיף 13 לפסק הדין. קביעה זו מבוססת במידה רבה על מאמר שכתב יחד עם השופטת מיכל רובינשטיין, "הבנק כסוכנות חברתית", ספר שמגר מאמרים חלק ג' 819 (2003). וראו גם, ע"א 2539/01 יוסף עובדיה ובניו בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ תק-מח 2005(1), 5119; ת"א (ת"א) 621/97 פרי עץ חיים בע"מ נ' בנק הפועלים סניף אשדוד (פורסם במאגר המשפטי 'נבו') סעיף 5 לפסק הדין, בסופו; ע"א (חי') 4735-07 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' אחמד בדווי (פורסם במאגר המשפטי 'נבו'), ס' 53 לפסק הדין; עש"א (קריות) 4912-11-08 דוד ספיאשוילי נ' בנק הפועלים בע"מ עמ' 4 (פורסם ב'נבו').

<sup>196</sup> לעיל הערה 182.

<sup>197</sup> Sidney M. Wolinsky and Janet Econome, "Seduction in Wonderland: The Need for a Seller's Fiduciary Duty toward Children" 4 *Hastings Const. L.Q.* 249 (1977) at pp. 266.

לפגיע מן השימוש בכוח (שילוב של התיאוריה החוזית, תיאוריית ההסתמכות ותיאוריית היחסים הלא-שוויוניים).<sup>198</sup>

### 3. תיאוריות נסיבתיות

התיאוריות הנסיבתיות מבקשות לקבוע כלל משפטי המבוסס על הניסיון, המאגד תחתיו רשימה בעלת אופי קזואיסטי, המתארת את המצבים השכיחים, שבהתקיימם יטיל המשפט על האדם חובות אמון.

נסיבות אלו עשויות אמנם להצביע על ההצדקה המוסרית להטלתן של חובות האמון, אך אין הן מגבילות את יחסי האמון אך ורק לאותם מצבים שבהם יתקיים צידוק זה.

כך למשל, פרנקל<sup>199</sup> הציעה לקבוע שיחסי האמון יתקיימו כאשר אדם מעניק לזולת שירות הדרוש לו, הדורש על פי רוב ידע מקצועי (למשל: מורה, יועץ משפטי, רופא וכדומה); כאשר לשם הענקת השירות, יש להעביר לנותן השירות רכוש או כוח; כאשר המינוי כרוך בסיכון שנותן השירות ימעל באמון שניתן בו ולא יבצע את תפקידו כהלכה; כאשר יש להניח שמקבל השירות לא יוכל להגן על עצמו מפני תוצאותיה של המעילה באמון, שכוחות השוק לא יגנו עליו ושעלות מיסודם של יחסי האמון באופן שיגן היטב על מבקש השירות גבוהה מן התועלת שתצמח לו מעצם קיומם של יחסי האמון.

### 4. יחסי האמון בחקיקה בישראל

על מנת לבחון איזו תיאוריה לכינונם של יחסי אמון אומצה בחקיקה הישראלית, יש לבחון את הנסיבות שבהן הוטלו בחוק חובות אמון. ככלל, ניתן לסווג את הנסיבות שבהן מטיל החוק הישראלי על אדם חובות אמון בשלוש קבוצות של בעלי תפקיד:

א. **נציגים, כשליח**,<sup>200</sup> נאמן<sup>201</sup> וסנגור<sup>202</sup>;

ב. **יועצים, כיועץ ההשקעות**,<sup>203</sup> יועץ המס,<sup>204</sup> הבנקאי,<sup>205</sup> החוקר הפרטי<sup>206</sup>

<sup>198</sup> Maurice Gautreau, "Demystifying the Fiduciary Mystique", 68 *Can. Bar Rev.* 1 at pp. 7 (1989)

<sup>199</sup> פרנקל, דיני אמון עמ' 6.

<sup>200</sup> ע"פ סעיף 8 לחוק השליחות.

<sup>201</sup> ע"פ סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות או ע"פ סעיף 75(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות.

<sup>202</sup> ע"פ סעיף 15(א) לחוק הסניגוריה הציבורית.

<sup>203</sup> ע"פ סעיף 11(א) לחוק הסדרת העיסוק ביועץ השקעות, ע"פ סעיף 15(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים).

<sup>204</sup> ע"פ סעיף 14(א) לחוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס.

<sup>205</sup> ראו לעיל, ליד הציו להערה 194.

<sup>206</sup> ע"פ סעיף 6 לחוק חוקרים פרטיים.

ג. נציגי ממסד כבורר<sup>208</sup> וכחבר בוועדת התכנון והבניה.<sup>209</sup>

נראה שחובות האמון המוטלות על הנציגים מבוססת על השליטה שיש להם על משאבי הזולת או על עניינו של הזולת, והיא מתאימה לתיאוריית הכוח והשליטה או לתיאוריית הפקדת הכוח.

חובות האמון המוטלות על היועצים היא שונה, ונראה כי היא מבוססת על הכוח של היועץ להשפיע על דרך הפעולה של אחרים, וניתן להסבירה בהתאם לתיאוריית ההסתמכות<sup>210</sup> או בהתאם לתיאוריית היחסים הלא שוויוניים.<sup>211</sup>

חובות האמון המוטלות על נציגי ממסד נגזרות מתיאוריית התועלת החברתית, כאמור לעיל.

כאמור לעיל, כמעט לכל התיאוריות שהוצעו ניתן למצוא סימוכין בפסיקת בתי המשפט בישראל, ובשל כך, הגדרה אחת ואחידה, של נסיבות היווצרותם של יחסי אמון היא משימה קשה.

משימה זו עמדה לפתחם של מנסחי הצעת חוק דיני ממונות, כשביקשו לקבוע בחוק את הנסיבות שבהתקיימן יוטלו על אדם חובות האמון. בעניין זה היו דעות המומחים חלוקות, כעולה מפרוטוקול הדיון של הוועדה שעסקה בניסוח הצעת החוק משלהי אפריל 1999. בפרוטוקול מובאת הערתו של פרופ' ישראל גלעד ש"המקור לחיוב האמון הוא הסתמכות".<sup>212</sup> הערה זו זכתה לתגובה מיידית מכיוונו של פרופ' ברק, שטען ש"המקור לחיוב האמון הוא השליטה".<sup>213</sup>

נראה שמחלוקת זו מוצאת את ביטויה גם בתוצאה הסופית, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדרך שבה נוסח סעיף 436 להצעת החוק. סעיף זה קובע שחובות האמון יוטלו כאשר:

- (1) ענייניו או נכסיו של הזכאי מופקדים בידי חב האמון בהסכמתו של חב האמון, או על פי חיקוק, לשם שמירתם או ניהולם, לטובת הזכאי;
- (2) הזכאי הפקיד בידי חב האמון מידע, בהסכמתו של חב האמון או על פי חיקוק, תוך הסתמכות סבירה של הזכאי כי חב האמון לא יעבירו לאחר ולא יעשה בו שימוש למטרה השונה מהמטרה שלשמה הוא הופקד;

<sup>207</sup> ע"פ סעיף פרק ז' של חוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות, התשס"ח-2008.

<sup>208</sup> ע"פ סעיף 30 לחוק הבוררות.

<sup>209</sup> ע"פ סעיף 144-144 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

<sup>210</sup> שהרי המתייעץ מסתמך על המייעץ שייתן לו מידע אמין ויכוון אותו לפעול בדרך הטובה ביותר עבורו.

<sup>211</sup> בשל פערי המידע שבין היועץ למתייעץ ויכולתו של המייעץ לנצל את האמון שניתן בו כדי לגרום למתייעץ לפעול בדרך הנראית לו.

<sup>212</sup> פרוטוקול 138, עמ' 8.

<sup>213</sup> שם.

(3) חב האמון מספק לזכאי שירות בעל אופי אישי, הכרוך מטבעו בהסתמכות של הזכאי על יושרו והגינותו.<sup>214</sup>

הנסיבה הראשונה נגזרת מתיאוריות הכוח והשליטה והפקדת הכוח, ומן התיאוריה הקניינית להגדרת יחסי האמון, ככל שהדבר נוגע לחיוב אמון הנובע מ"הפקדת נכסים". שתי הנסיבות הבאות נגזרות במישורין מתיאוריית ההסתמכות, כעולה מניסוחן.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> סעיף 436 להצעת חוק דיני ממונות.

<sup>215</sup> ההבדל בין ההסתמכות של ס"ק (2) לזו של ס"ק (3) נוגע למושא ההסתמכות. בס"ק (2) ההסתמכות קשורה לכך שחב האמון לא ימסור מידע שהופקד בידיו לאחרים, בעוד שבס"ק (3) ההסתמכות קשורה לכך שחב האמון יבצע את תפקידו ביושר ובהגינות. יש לזכור שרשימת הנסיבות שבסעיף 436 להצעת החוק איננה רשימה סגורה (ע"פ דברי ההסבר להצעת החוק. וראו גם, פרשת סיעת הליכוד עמ' 570; פרידמן, עשיית עושר עמ' 537). בשל כך, רשימה זו אינה שוללת את יכולתם של בתי המשפט להרחיב בעתיד את הרשימה ולהטיל חובות אמון גם בנסיבות אחרות.



## חלק שני

### החובה למלא את התפקיד בנאמנות

תכונת הנאמנות מבטאת מצב נפשי של הזדהות מוחלטת של אדם עם עניינו של אחר.<sup>216</sup> כאשר אנו אומרים שאישה נאמנת לבעלה ובעל נאמן לאשתו, כוונתנו לומר, שכל אחד מבני הזוג מזדהה באופן מוחלט עם צרכיו, מאווייו ורווחתו של בן זוגו.

נאמנותו של אדם לזולת נבחנת במעשים, באימוץ דרך התנהגות המבטאת התחשבות מרבית בקידום עניינו של הזולת, מבלי לערב שיקול זר שאינו מקדם עניין זה. בהתאמה, החובה למלא את התפקיד בנאמנות באה לידי ביטוי בצווי לא תעשה. היא אינה קוראת לחב האמון לפעול בדרך מסוימת, אלא להימנע מפעולה מסוימת או להימנע מפעולה בנסיבות מסוימות, שעצם קיומן מעורר את החשש שחב האמון לא ישים את עניינו של האדם שנתן בו אמון – הזכאי – בראש מעייניו.<sup>217</sup>

על תוכנה של החובה נוכל ללמוד מן הדרך שבה הוגדרה חובת האמון בסעיף 434 של הצעת חוק דיני ממונות –

חיוב אמון הוא חיובו של אדם (בפרק זה - חב האמון) כלפי אדם אחר (בפרק זה – הזכאי), לקיים את חיוביו בשקידה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות, ולנהוג בתום לב<sup>218</sup> לטובת עניינו של הזכאי ולא לטובת עניינו שלו.

<sup>216</sup> ע"פ פרנקל, **דיני אמון** עמ' 107. ואולם, יש שתארו את מושג הנאמנות כמושג עשיר, בעל סקלה רחבה של משמעויות, כאשר ברמה הנמוכה ביותר, הנאמנות מוגדרת כציפייה ממי שניתן בו אמון, שלא יבגוד האמון שניתן בו, וברמה הגבוהה יותר, הנאמנות מוגדרת בהתאם להגדרה שמציעה פרנקל. ראו לעניין זה, George P. Fletcher, **Loyalty: An Essay on**, *the Morality of Relationships* (1993) 41–77, 61. חב האמון מצויה בקצה התחתון של סולם הנאמנויות שמציע פלטשר. ראו **סמט, נאמנות כעוד קנטיאני** (לעיל, הערה 125) עמ' 127 ("On Fletcher's scale, the loyalty of fiduciaries rests near the minimal end") בשפה העברית נקשרת הנאמנות גם לתכונות של יושר ומהימנות. ראו: **מילון אבן שושן ומילון ספיר**, ערך 'נאמנות'.

<sup>217</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 64.

<sup>218</sup> יש להדגיש כאן, שלתום הלב יכולות להיות שתי משמעויות שונות. משמעות אחת היא של 'תום לב' **כיסוד נפשי**, במובן שבו נעשה שימוש, למשל, בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968. משמעות זו משווה לביטוי זה משמעות של תמימות, חוסר ידיעה של עובדות שאמורות לעורר חשד וכדומה. משמעות אחרת היא המשמעות של 'תום לב' **כתקן התנהגות** (במובן שבו נעשה שימוש, למשל, בסעיף 39 לחוק החוזים, המחייב צד לחוזה לקיים את החוזה "בדרך מקובלת ובתום לב", שהוחל בעקיפין על כל פעולה משפטית מכוחו של סעיף 61(ב) לחוק החוזים).

כבר במבט ראשון ניתן להיווכח שהסעיף מורכב משני חלקים, החופפים לשני ההיבטים של חובות האמון: חובת ההשגחה והחובה למלא את התפקיד בנאמנות.<sup>219</sup> חובת ההשגחה באה לידי ביטוי בחובה לקיים את החיוב "בשקידה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות", בעוד שהחובה למלא את התפקיד בנאמנות באה לידי ביטוי בדרישה לקיים את החיוב בתום לב לטובת עניינו של הזכאי ולא לטובת עניינו של חב האמון.

מן החובה למלא את התפקיד בנאמנות נגזרים שני איסורים: האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים,<sup>220</sup> והאיסור להפיק טובת הנאה עקב מילוי התפקיד.<sup>221</sup>

---

בהקשר של חובת הנאמנות, אנו מוצאים את דרישת תום הלב, למשל, בסעיף 254(א) של חוק החברות, התשנ"ט-1999 ("נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה"). כאן אין אנו עוסקים בתום לב כיסוד נפשי, אלא בתום לב כתקן התנהגות. וראו **ליכט, דיני אמונות עמ' 96-95**. משמעותו של תום לב זה היא, שחב האמון נדרש לפעול מתוך אמונה סובייקטיבית שאין הוא מפר במעשיו את חובות האמון המוטלות עליו. כך למשל, חב האמון נדרש שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים, ואף לא להעלים עין מן האפשרות שהוא יימצא במצב זה. וראו שם, עמ' 97.

<sup>219</sup> ע"פ סעיף 10 לחוק הנאמנות. בנוסח זה נעשה שימוש במספר חוקים נוספים. ראו למשל: סעיף 11(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995; סעיף 75(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994; סעיף 35(ח) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

<sup>220</sup> סעיף 438 להצעת חוק דיני ממונות. הוראה זו קיימת בצורות שונות בחוקים שונים. ראו למשל: סעיף 8(2), ו-5 לחוק השליחות, סעיף 10(ג) לחוק הנאמנות וסעיף 48 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות).

<sup>221</sup> סעיף 439 להצעת חוק דיני ממונות. גם הוראה זו קיימת בצורות שונות בחוקים שונים. ראו למשל: סעיף 8(4) לחוק השליחות וסעיף 13(א) לחוק הנאמנות.

יש לציין, שהצעת החוק קובעת הוראה חדשה שנועדה להכניס את חובת הסודיות (סעיף 441) בגדרן של חובות האמון. כרם קושר חובה זו לחובת המסירות, ולדבריו, חובה זו אינה חלה על נאמן (כרם, נאמנות עמ' 73). מבחינה אנליטית, ספק רב אם חובה זו קשורה לחובות האמון דווקא, משום שקיומה אינו מותנה בקיומם של יחסי אמון. לעניין זה ראו למשל: מיגל דויטש, **עוולות מסחריות וסודות מסחר** נבו תשס"ב, סעיף 11.5 עמ' 635 ("אין לזהות את חובת הסודיות עם חובת האמון. חובת סודיות יכולה לצמוח גם בהיעדר חובת אמון, וחובת אמון יכולה לצמוח גם ללא חובת סודיות ביחס למידע שנמסר לחייב האמון, אף שהכלל הוא כי חייב אמון גם חב סודיות").

דומה שהקישור שבין חובת הסודיות לבין חובת האמון בא בעקבות פסיקה בעניינם של עובדים שהעבירו סודות מסחר לגופים מתחרים עם אלו שכלפיהם הייתה להם חובת אמון בתמורה לטובת הנאה כזו או אחרת. ואולם, במקרים אלו ניתן לטעון שהסודיות מתחייבת מכוח חובתו של חב האמון להימנע מלהפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידו, ולא דווקא מכוחה של חובה עצמאית של סודיות. בהקשר זה יש להזכיר שפרופ' דויטש שימש כחוקר הראשי של הוועדה שעמלה על הכנתה של הצעת חוק דיני ממונות. כמו כן, יש להעיר שפרופ' ליכט, בדיני אמונות, לא עסק כלל בסעיף 441 להצעת החוק, ונראה שגם לדעתו חובת הסודיות איננה חובת אמון. בהתאם לכך, נראה כי העיסוק בחובה זו חורג מגבולותיה של עבודה זו.

## א. הנחת היסוד

הטלת איסור לפעול במצב של ניגוד עניינים או להפיק טובת הנאה עקב מילוי התפקיד משמיעה הנחת יסוד שלפיה, על המשפט להיחלץ להגנתו של הזכאי, משום שאם לא יעשה כן, חזקה על חב האמון שהוא יעשה שימוש בכוח שנמסר בידי לשם השאת רווחתו האישית ולא לטובת קידום עניינו של הזכאי. ביטוי להנחה זו נמצא, למשל, בפסק הדין בפרשת בוכבינדר –

חובת האמונים משמעותה כי הדירקטור חייב לפעול כאשר לנגד עיניו עומד האינטרס של החברה ולא אינטרס אישי... ביסוד חובה זו עומד כוחו של הדירקטור, אשר חברותו בדירקטוריון מעניקה לו שליטה על רכושו של אחר (החברה). קיים חשש - המבוסס על ניסיון החיים - כי הכוח ינוצל לרעה.<sup>222</sup>

55

בהתאם לתפיסה זו מתאר ברק את חובת האמון כחובה המבקשת לכפות על האדם לסגל לעצמו התנהגות 'מלאכית',<sup>223</sup> כזו המבכרת את טובתו של הזולת על פני טובתו האישית של חב האמון. נורמת התנהגות מתאימה למלאכים, משום שהיא נתפסת כמנוגדת לטבעו של האדם.

ההנחה האמורה רואה לנגד עיניה את האדם כ *Homo economicus*, יצור שהתנהגותו מונחית על ידי שיקול אחד ויחיד – השיקול של השאת הרווחה האישית. תפיסה זו היא בסיס קיומה של "בעיית הנציג" שנדונה לעיל,<sup>224</sup> בעיה שלדעת רבים, חובות האמון נועדו לפתרה, או לכל הפחות להקהות את עוקצה.<sup>225</sup>

התפיסה האמורה נשענת על מסורת פילוסופית ותיקה. אפלטון היה בין הראשונים שביטאו תפיסה זו ב'פוליטאה', כאשר הצהיר, מפיו של תרזימכוס ש"הצדק אינו אלא תועלתו של מי שחזק יותר",<sup>226</sup> ו"בכל מקום ומקום אין צדק אלא זה: תועלתו של החזק יותר".<sup>227</sup>

<sup>222</sup> פרשת בוכבינדר עמ' 332. וראו גם: בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת ואח' פ"ד נו(6) 117, 169 ("תכלית הדוקטרינה היא להגן על אנשים טובים וישרים מפני יצר הרע - השוכן בכל אחד מאתנו - שמא יינקשו ונפלו" להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון); רות פלאטו-שנער, חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981: על היעדרה של חובת אמון בחוק" חוקים ה (2013) 179, 215-216 ("מטרת האיסור היא למנוע את הרע בטרם יארע. זהו איסור הצופה פני עתיד, אלה הם "שוליים של ביטחון" שבאים לחזק את חובת האמון ולהחמירה, ולהרחיק את חב האמון מהסיכון של הפרתה"). וראו אסמכתאות שם, בהערות 183, 184.

<sup>223</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 82.

<sup>224</sup> ליד הציון להערה 122.

<sup>225</sup> שם.

<sup>226</sup> פוליטיאה ספר א', כתבי אפלטון, מהדורת ליבס, כרך ב', עמ' 175.

<sup>227</sup> שם עמ' 176.

לדבריו של אפלטון, החוק לא נולד מכוח הנטייה האנושית לכונן עולם מוסרי יותר, אלא מכוחו של יצר ההישרדות האנושי. לדבריו, טבעם של בני האדם לעשות עוול זה לזה ולסבול עוול זה מזה, ו"אלה שאין בכוחם להימנע מזה ולאחוז בזה, להם יראה שכדאי להתנות ביניהם לבלתי עשות עוול ולבלתי סבול עוול. והנה מטעם זה החלו שמים לעצמם חוקים וחוזים, וקראו למצוות החוק 'חוקי' ו'צודק'".<sup>228</sup>

מכוחה של תפיסה זו נגזרת ממילא גם המסקנה הבלתי נמנעת, ש"מי שכוחו עמו לעשות עוול, והוא גבר אמיתי, ודאי לא יתנה לעולם עם שום אדם לבלתי עשות עוול ולבלתי סבול עוול, שאם כן, הרי משוגע יהא".<sup>229</sup>

תפישה זו פותחה מאוחר יותר על ידי תומאס הובס, שראה באדם יצור ש"מטבע ברייתו אוהב חירות ושליטה באחרים".<sup>230</sup> בהתאם לתפיסה זו קבע הובס שהמניע לכינון של קהילות חברתיות ושל הנכונות של הבריות לקבל על עצמם את עולו של החוק היה הרצון "לשמור בדרך זו על קיומם, ולחיות חיים של יתר קורת-רוח".<sup>231</sup> זאת, משום שאילולא החוק שקיבלו בני האדם על עצמם, לא היו בני האדם מצליחים לשרוד, משום ש"החוקים הטבעיים, כגון צדק, דין-יושר, צניעות, חמלה... ובקיצור: 'עשה לחברך מה שהיית רוצה שיעשה לך' ... נוגדים את היפעלויותינו הטבעיות, שמביאות אותנו אל משוא-פנים, גאווה, נקם, וכיוצא בהם".<sup>232</sup>

על רקע זה התפתחה בהגות המודרנית, בעיקר בעקבות ג'ון סטיוארט מיל, התפיסה של האדם כיצור תועלתני, *Homo economicus*, שהשיקול המרכזי העומד ביסוד התנהגותו הוא השיקול של השאת הרווחה האישית.<sup>233</sup>

אמנם, במקביל למסורת הפילוסופית האמורה, התפתחה גם מסורת פילוסופית הפוכה, שאין להתעלם ממנה. אם אפלטון ראה באדם יצור אינדיבידואליסטי שטבעו לעשות עוול ולסבול עוול, אריסטו ראה בו "בעל חיים מדיני על פי הטבע",<sup>234</sup> דבר הבא לידי ביטוי בעיקר בכוח הדיבור שלו, המאפשר לו לייצר חיים חברתיים מלאים. אריסטו סבר, שלא יצר ההישרדות הוא המניע העיקרי ליצירתו של החוק, אלא דווקא תכונת הידידות, המניעה את האדם לכונן משטר צודק, ואף

<sup>228</sup> פוליטיאה ספר ב, עמ' 203.

<sup>229</sup> שם.

<sup>230</sup> תומס הובס, לוייתן עמ' 161

<sup>231</sup> שם.

<sup>232</sup> שם.

<sup>233</sup> לסקירת הרקע להתפתחותו של מושג זה בהגות המודרנית, ראו למשל, Joseph Persky,

"Retrospectives: The Ethology of Homo Economicus" 9(2) *Journal of Economic Perspectives* 221 (1995)

<sup>234</sup> אריסטו, פוליטיקה (תרגום: ח"י רות) ירושלים, מאגנס תשל"ה, עמ' 9.

"את המדיניות קושרת הידידות יחדיו". לדידו, הידידות היא התכונה ש"המחוקקים שוקדים עליה יותר משישקדו על הצדק... אל זו הם שואפים מעל לכל ואת ריב האזרחים הם מרחיקים בחינת אויב שאין גרוע ממנו. ואמנם, כשהאזרחים הם ידידים זה לזה, שוב אין להם צורך בצדק, ובהיותם צדיקים עוד יש להם צורך בידידות".<sup>235</sup>

רוסו, מחשובי ההוגים בעידן הנאורות, דחה בשתי ידיים את טענותיו של הובס בדבר טבעו של האדם,<sup>236</sup> באומרו ש"יש עיקר אחר שהובס לא הבחין בו", והוא ההבחנה בין מצבו הטבעי, ה'פראי' של האדם, לבין מצבו של האדם שהתרחק מן המצב הטבעי של האדם. לדברי רוסו, ב'פרא' קיימת "הרתיעה המולדת מראות את רעו בן האנוש מתענה בסבלו". רגש הרחמים, טען רוסו, הוא "רגש מעומעם ועז אצל האדם-הפרא, מפותח אך חלש אצל האדם האזרח". לפי רוסו, רגש זה מבוסס על ההזדהות האנושית עם הזולת, ולדידו "ברור שהזדהות זו הייתה לאין ערוך אינטימית יותר במצב הטבע מאשר במצב התבוני".<sup>237</sup>

מכוחה של תפיסה זו הגיע רוסו למסקנה, ש"יצרים ראשוניים שבטבע - הגונים הם לעולם. אין שרירות מלידה בלבו של אדם. אין לך קלקול שבו, שאין אתה יכול לומר עליו כיצד ומנין בא".<sup>238</sup>

ואולם, דומה שעד שלהי שנות השלושים של המאה העשרים הנחילה תפיסתם של אפלטון, הובס ומיל תבוסה מוחצת לתפיסתם של אריסטו ורוסו בדבר טבעו של האדם. נסיון החיים, כפי שהתבטא השופט ברק בפרשת בוכבינדר,<sup>239</sup> הראה שכוח שנמסר בידי של אדם מנוצל לעיתים קרובות לרעה, וניסיון עגום זה גבר על כל טיעון אחר.

אולם, משלהי שנות השלושים של המאה העשרים החלו מתרבים הקולות המפקקים במהימנותה של תפיסת האדם כ *Homo economicus* או למצער,

<sup>235</sup> אריסטו, **אתיקה: מהדורת ניקומאכוס** שוקן, תשל"ג, עמ' 188

<sup>236</sup> ז'אן ז'אק רוסו, **מאמרים** תרגום: עידו בסוק (ערך: יעקב גולומב), הוצאת מאגנס, 1993 עמ' 152-149.

<sup>237</sup> דיוויד יום יוצא נגד תפיסה זו, **במסכת על טבע האדם** עמ' 402 ("אנחנו יכולים לקבוע שאין ברוח האדם שום רגש כזה של אהבת אדם באשר הוא אדם... נכון הוא שאין שום יצור אנושי, ובעצם שום יצור בעל תחושה, שאושרו או סבלו אינם נוגעים ללבנו כשנותנים לנו להציץ בהם מקרוב ומתארים אותם בצבעים חיים; אבל זו פשוט תוצאה של הזדהות, ואין ממנה ראייה למציאותה של חיבה אוניברסלית לאנושות, שכן הדאגה הזאת חורגת מגבולות מין האדם").

<sup>238</sup> ז'אן ז'אק רוסו, **אמיל או על החינוך** עמ' מו. לביקורת על תפיסה זו ראו אצל ג'ון דיואי, **דימוקראטיה וחינוך: מבוא לפילוסופיה של החינוך** עמ' 93-94 ("דבריו הנלהבים של רוסו בזכות הטוב הכמוס בכל הנטיות הטבעיות היו בחינת ריאקציה נגד המושג הרווח על שחיתותו המוחלטת של "יצר לב האדם מנעוריו", והשפיעו השפעה עצומה לשינוי היחס כלפי צורכיהם של הילדים. אך למותר לומר, שאימפולסים ראשוניים כשהם לעצמם אינם לא טובים ולא רעים").

<sup>239</sup> לעיל, ליד הציון להערה 222.

מבקשים להציג תמונה מורכבת יותר של דמות האדם.<sup>240</sup> קולות אלו גוברים בשלהי שנות ה-90 של המאה הקודמת, בעקבות מחקרים אמפיריים המוכיחים שלא ניתן עוד לראות את האדם כייצור שלנגד עיניו קיים שיקול אחד ויחיד – השיקול התועלתני.<sup>241</sup>

אף על פי כן, דומה כי קולות אלו לא חוללו שינויים בתפיסת היסוד של דיני האמון בדבר טבעו של האדם והצורך להגן על הזכאי מפניו של חב האמון.

---

<sup>240</sup> ראו למשל: Drucker, Peter, **The End of Economic Man: A Study of the New Totalitarianism** New York John Day Co., 1939; Leibenstein, Harvey, **Beyond Economic Man: A New Foundation for Microeconomics** Cambridge mass.: Harvard University Press, 1976; Ferber, Marianne, and Julie Nelson, (eds.) **Beyond Economic Man: Feminist theory and Economics** Chicago University Press, 1993.

<sup>241</sup> ראו אסמכתאות אצל ליכט, **דיני אמונאות** עמ' 9, הערה 20, וכן: Jon D. Hanson & Douglas Kysar, "Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation", 74 **N.Y.U. L. Rev.** 630 (1999) ("in recent years, legal scholars dissatisfied with the behavioral assumptions of the rational actor model have increasingly turned to the findings of cognitive psychologists and decision theorists to enhance the accuracy of efficiency analysis"); Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, "Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate law", **Georgetown Working Paper no. 241403** (available at: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=241403](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=241403)), at pp. 3 ("people often trust, and often behave trustworthily, to a far greater degree than can possibly be explained by legal or market incentives. Although this picture of internalized trust conflicts with the neoclassical portrait of homo economicus as a hyperrational, purely self-interested actor, it is supported not only by casual observation but by an overwhelming amount of empirical evidence") (להלן: בלייר וסטאוט, אמון ואמינות). וראו גם שם, עמ' 25-26 (מסכמים תוצאות של מאות (!) ניסויים שנערכו על ידי סוציולוגים בארבעים השנים האחרונות, המוכיחים ש – "Homo sapiens in a social dilemma - unlike Homo economicus - shows a marked and predictable tendency toward "irrationally" cooperative behavior in general, and toward trust behavior in particular" וראו גם אצל יובל פלדמן, "הפסיכולוגיה של ניגוד עניינים" בתוך: **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 57 (להלן: פלדמן, ניגוד עניינים), עמ' 82 המסכם את מצאיו של טיילר, שקבע באופן נחרץ ש"כוחה של ההוגנות גדול יותר מזה של האינטרס העצמי" (וראו גם שם, עמ' 85). פלדמן עצמו (שם, עמ' 83) טוען שממצאיו של טיילר סובלים מכמה בעיות מהותיות ומתודולוגיות, המצמצמות את היכולת לקבל את הדומיננטיות הגורפת של ההוגנות על פני האינטרס העצמי, אך גם הוא מודה ש"להוגנות יש פוטנציאל להקטין במידת מה את החשש משיקול דעת פגום של נושא משרה הנמצא בניגוד עניינים" (שם).

## ב. טבע האדם בתפיסת העולם היהודית

לדעת ליכט,<sup>242</sup> התפיסה בדבר היות האדם יצור תועלתני מוצאת ביטוי כבר במקרא, בקביעה על דבר היות "יצר לב האדם רע מנעוריו".<sup>243</sup>

ואולם, נראה שקשה לבסס מכוחו של פסוק אחד טיעון מקיף בדבר טבעו של האדם בתפיסת העולם היהודית. לשם כך יש צורך לעיין היטב בפרשנות המקובלת לפסוק האמור בדברי חז"ל ובדבריהם של מפרשי המקרא, הראשונים והאחרונים, וכן לבחון מקורות נוספים, מקראיים ומאוחרים יותר, העוסקים בטבע האדם.<sup>244</sup>

### 1. היצר והנעורים

אילו נאמר במקרא ש"האדם רע", לא היה מקום לחמוק מן המסקנה המתבקשת, שהתורה רואה את האדם כיצור מושחת, שטבעו רע. הקביעה ש"יצר לב האדם" הוא "רע", ושרוע זה נטוע בו "מנעוריו", נראית במבט ראשון כסיוג של הקביעה, הדורש עיון במובן המדויק של היצר, ושל הנעורים.

בלשון מקרא, נראה שמשמעותו של ה'יצר' היא – נטיית הלב.<sup>245</sup> אולם, בספרות חז"ל קיבל הביטוי משמעות שונה לחלוטין, לפיה "יצר הרע הוא אחד הרכיבים במערכת דואלית של שני יצרים, העומדים זה מול זה, ונלחמים זה בזה".<sup>246</sup>

תפיסה זו באה לידי ביטוי בדבריו של אבא יוסי התורתני, במדרש –

כי יצר לב האדם רע מנעוריו - אמר רבי חייא עלובה היא העיסה שנחתמה מעיד עליה שהיא רעה. כי יצר לב האדם רע מנעוריו אבא יוסי התורתני אומר עלוב הוא השאור שמי שברא אותו מעיד עליו

<sup>242</sup> ליכט, דיני אמונאות עמ' 9

<sup>243</sup> בראשית ה, כא

<sup>244</sup> העיסוק בטבע האדם בתפיסת העולם היהודית מחייב הרחבה של היריעה, והוא עשוי לספק חומר רב למחקרים רבים. במסגרת זו לא נוכל כמובן להקיף נושא זה בצורה מלאה, אך נבקש להצביע על כיווני חשיבה המייצגים לטעמנו תפיסת עולם כללית, השונה מזו שהתפתחה בהגות המערבית, כפי שתוארה לעיל.

<sup>245</sup> ראו בראשית ו, ה ("כל יצר מחשבת לבו רק רע כל היום"). ויש שזיהו את "יצר לב האדם" עם הדמיון. ראו אוצר לשון המקרא ערך 'יצר', עמ' 259 ("the imagination of man's heart").

<sup>246</sup> ישי רוזן-צבי, "יצר הרע בספרות האמוראית: בחינה מחדש" תרביץ עז (תשס"ח) 71, 72. וראו אצל מיכה רואי, "בין אלוהים לאדם: האחריות על הרוע בסיפורי ספר בראשית" דברים: אחריות (נובמבר 2014) הערה 4 ("רק בספרות הבת-מקראית, ובייחוד בספרות החז"לית המאוחרת, היצר משמש "כישות עצמאית (דמונית) השוכנת בלבו של אדם"), לדין רחב יותר בהתפתחות זו מפנה רואי למאמרו הנ"ל של רוזן-צבי, וכן לישי רוזן-צבי, "דברה תורה כנגד היצר": דבי ר' ישמעאל ומקורו של יצר הרע. תרביץ עז (תשס"ז), 34 ולמנחם קיסטר, "'יצר לב האדם", הגוף והטיהור מן הרע: מטבעות תפילה ותפיסות עולם בספרות בית שני ובקומראן וזיקתם לספרות חז"ל ולתפילות מאוחרות" מגילות ח-ט (תש"ע) 243.

רבי חייא מייחס את הרוע ל'עיסה'. לשיטתו, משמעות הקביעה ש'יצר לב האדם רע' היא, שהאדם רע מטבע יצירתו. הרוע האנושי הוא נתון אינהרנטי לטבע האדם, ולא אופי חיצוני, נרכש.

לעומתו, אבא יוסי התורתי מייחס את הרוע ל'שאור', לגורם חיצוני המעורבב אמנם ב'עיסה', אך הוא אינו חלק אינהרנטי שלה. לפי פרשנות זו, הרוע האנושי אינו ביטוי לטבע האדם, אלא לכוח חיצוני שהאדם רכש ב'נעוריו'.

נראה כי המחלוקת בעניין זה קשורה לדיון בין רבי יהודה הנשיא לאנטונינוס בנוגע למשמעות הנעורים שבפסוק, המובא במדרש בסמוך למחלוקתם של רבי חייא ואבא יוסי התורתי –

שאל אנטונינוס את רבינו, אמר לו: 'מאימתי יצר הרע נתון באדם משיצא ממעי אמו או עד שלא יצא ממעי אמו?'  
 אמר לו: 'עד שלא יצא ממעי אמו'.  
 אמר לו: 'לאו, שאילו היה נתון בו עד שהוא במעי אמו, היה חוטט את בני מעיה ויוצא', והודה לו רבי שהשווה לדעת המקרא, שנאמר:  
 'כי יצר לב האדם רע מנעוריו'.  
 רבי יודן אמר: 'מנעוריו כתיב, משעה שהוא ננער לצאת ממעי אמו'.<sup>248</sup>

רבי יהודה הנשיא [רבינו] סבר שיצרו הרע של האדם מצוי בו מטבע בריאתו, ממעי אמו. טבע זה אינו קשור בנסיבות החיים אלא במהותה היסודית של האנושיות.

אנטונינוס דוחה אינו מקבל עמדה זו ומציג עמדה אופטימית יותר, הגורסת שהאדם מטבע ברייתו איננו רע. לשיטתו, הרוע האנושי הוא תולדה של ימי הנעורים, של מאבק ההישרדות של הילד, שאינו מכיר בשנות חייו הראשונות אלא את עצמו. "והודה לו רבי, שהשווה לדעת המקרא".

בעקבות פרשנות זו, רבים ממפרשי המקרא הסבירו, שהיצר הרע 'מנעוריו' של האדם מתאר את אופיו הילדותי של האדם, ולא את אופיו כאדם בוגר.<sup>249</sup>

<sup>247</sup> **מדרש רבה** (וילנא) בראשית, פרשת נח, פסקה י.

<sup>248</sup> שם. התפיסה שלפיה טבע האדם הבוגר הוא טבע מוסרי מטבעו של הנער עולה גם מתיאורו של יצר הרע **באבות דרבי נתן** טז א-ב ("שלוש עשרה שנה גדול יצר הרע מיצר טוב. ממעי אמו של אדם היה גדל ובא עמו... לאחר י"ג שנה נולד יצר טוב").

<sup>249</sup> ראו למשל: **פירוש רמב"ן על התורה** בראשית, שם ("שיצירתם בתולדת רעה בימי הנעורים ולא בימי הזקנה... או יאמר כי מן הנעורים, כלומר מחמתם תהיה רעת היצר באדם, שהם יחטיאו אותו"). יש לשים לב לכך, שהרמב"ן מעלה שתי אפשרויות להבנת התפקיד שממלאים הנעורים. לפי פרשנות אחת, הטבע של האדם הצעיר הוא רע, ולפי פרשנות אחרת, ימי הנעורים מטיביעים באדם טבע נרכש, של רוע וחטא); **פירוש מלבי"ם** בראשית שם ("ציורי התאוה באים בו מנעוריו, שמאז יולד יצטיירו בלבו ציורים רעים, קנאה וגאוה ונקמה וחמדה



פרשנות זו משתלבת היטב גם בהקשר המקראי שבמסגרתו מובאת הקביעה שיצר האדם הוא 'רע מנעוריו'. קביעה זו נאמרת על ידי אלוקים לאחר המבול, לאחר קבלת קרבנותיו של נוח וההבטחה שלא להחריב עוד את האנושות.

הקשר זה מלמד שהקביעה האמורה לא נועדה לשמש כתב אישום כלפי האנושות, אלא להציג 'נסיבות מקילות', המצדיקות את המתקתו של עונש עתידי שעלול להביא, שוב, כיליון על האנושות. ההנחה שהרוע אינו אינהרנטי לאדם, אלא זהו אופי שנרכש בימי הנעורים, משרתת היטב מגמה זו. אם הרוע אינו אינהרנטי לאדם, הרי שיש לאנושות תקווה, יש בכוחו של האדם לחלץ עצמו מן הרוע ששקע בתוכו, ובשל כך יש להעניק לו את ההזדמנות לעשות כן, ולא לחרוץ את דינו לכלייה.

אמנם, הצדקה זו מעוררת קושי. אם ההנחה שיצר לב האדם 'רע מנעוריו' מצדיקה הקלה בעונש, מדוע לא זכו הנספים במבול להקלה בעונשם?

61

בשל קושי זה רבים מן המפרשים נטו מפשוטו של מקרא ופירשו שהביטוי 'נעוריו' אינו עוסק בנעוריו של האדם אלא בנערותה של האנושות. לדבריהם, לפני המבול היה יצרו של האדם רע, ובשל כך נחרבה האנושות. אולם לאחר המבול, יצרו של האדם אינו רע עוד, ובשל כך האנושות לא תיחרב שוב.<sup>250</sup>

כיוון פרשני שונה במקצת מציע רש"ר הירש. לדבריו, את המילה 'כי' שבפסוק אין להבין במשמעות של סיבה, אלא במשמעות של תנאי. בהתאם לכך הוא מסביר ש"פסוק זה... הוא מאמר מוסגר: אם יצר לב האדם ישוב להיות רע - ואף רע מנעוריו - והשמדת הדור תהיה הדרך היחידה להצלה, אף על פי כן לא אוסיף לקלל עוד, כדרך שעשיתי עד כה".<sup>251</sup>

וכדומה והם נעשו אזרחיים בנפשו... עת יגדל ויתחיל השכל להתעורר... יצירו בו ציורים אחרים טובים - כמו ציורי הענווה והבושת ויראת ה' ואהבתו, ועשות צדקה וחסד ורחמים וכדומה - כבר ימצאו שנפשו מלאה מציורים הרעים שקדמו ברעיוניו ונעשו בו טבע שני"; **אור החיים** בראשית שם ("האדם מנעוריו, קודם שיבחין למאוס ברע ולבחור בטוב, יקדמו הרע משננער ממעי אמו, והרע מדריכו בבחינתו. והיה כי יגדל, כבר הטביע בו הרע").

<sup>250</sup> ראו למשל: **רד"ק** בראשית שם; **אברבנאל** בראשית שם; **עקידת יצחק** פרשת נח, שער יד (אך השוו לדברי **ספורנו** בראשית שם, המסביר שדווקא לפני המבול, האדם היה בשיא כוחו הרוחני, ובשל כך, הוא נענש בחומרה על כישלונותיו. אך לאחר המבול, "לא יאיר הכוח השכלי מנעוריהם כבראשונה", ובשל כך, יש להקל בעונש המוטל על אדם בשל מעשיו הרעים). לביקורת על פרשנות זו, ראו אצל Wenham, G.J. **World biblical commentary** Vol. 1 Genesis 1-15 p. 190-191.

<sup>251</sup> **פירוש רש"ר הירש לתורה** בראשית, שם. לא למותר לציין, שפרשנות זו מובאת בהסכמה על ידי הרמן כהן (Hermann Cohen, **religion der vernunft**, Leipzig 1919, 212) וראו תרגום של הדברים ב**אנציקלופדיה מקראית** (עורך: בנימין מזר), אוצר הידיעות של המקרא ותקופתו - ג : חבב - יתת, ירושלים תשכ"ה, 761.

בין אם נקבל פרשנויות אלה ובין אם לאו, התמונה הכללית המצטיירת, הן מפשרו של מקרא, הן מן ההקשר המקראי של הפסוק, הן מן הפרשנות התנאית של הפסוק והן מן הפרשנות המאוחרת שלו היא, שהפסוק לא נועד לתאר את האדם כ-*Homo economicus*.

אכן, קיימות באדם נטיות שליליות 'מנעוריו', אך נטיות אלו הן נרכשות, ואינן מייצגות את טבעו הקבוע. הן אינן בגדר 'גזירת גורל' דטרמיניסטית, שאיננה מאפשרת לאדם לשחרר עצמו מנטיותיו השליליות.

## 2. צלם אלוקים שבאדם

דומה כי המשוכה הגבוהה ביותר העומדת בפניה של התפיסה הגוזרת מתיאורו של האדם כ'רע מנעוריו' את ההנחה, שהאדם מטבעו הוא יצור תועלתני היא תיאורו של האדם במקרא כמי שנברא 'בצלם אלוקים' (בראשית א, כז).

מן הקביעה שהאדם נברא 'בצלם אלוקים', שתכונותיו המוסריות של האדם דומות לאלו של בוראו, כמאמר המדרש –

זה שאמר הכתוב 'לבד ראה זה מצאתי אשר עשה האלהים את האדם ישר' (קהלת ז, כט).<sup>252</sup> לא בראו הקב"ה שנקרא צדיק וישר את האדם בצלמו, אלא כדי להיות צדיק וישר כמוהו.<sup>253</sup>

ומאחר שהבורא הוא טוב לכל,<sup>254</sup> כך גם טבעו של האדם. אמנם, בעלי המדרש לא התעלמו מן הרוע הטבוע באדם מנעוריו –

ואם תאמר: 'למה ברא יצר הרע שכתוב בו כי יצר לב האדם רע מנעוריו'? אתה אומר שהוא רע, מי יוכל לעשותו טוב?  
אמר הקב"ה: **אתה עושה אותו רע**. למה? תינוק בן חמש בן שש ושבע ושמנה ותשעה אינם חוטאים אלא מבן עשר ואילך ואז הוא מגדל יצר הרע!  
ואם תאמר: 'אין אדם יכול לשמור את עצמו'!  
אמר הקב"ה: **אתה עשית אותו רע**. למה? תינוק היית ולא חטאת, נתגדלת וחטאת.

<sup>252</sup> קהלת ז, כט וראו פירוש רשב"ם שם ("שברא אותו בדמותו ובצלמו"), ופירוש ר"י מטראני שם ("ישר – בלי רשע").

<sup>253</sup> מדרש תנחומא בראשית ג, ז. לסקירה מקיפה של תפיסת 'צלם אלוקים' שבאדם ומשמעותה ראו אצל Samuel Belkin, *In his Image*, esp. ch. 5, "The Sacredness of Human Life," pp. 97–116.

<sup>254</sup> ע"פ תהלים קמה, ט. וראו דעת תבונות סעיף יח ("כי האל יתברך שמו הוא תכלית הטוב ודאי. ואמנם, מחק הטוב הוא להטיב, וזה הוא מה שרצה הוא יתברך שמו - לברוא נבראים כדי שיוכל להטיב להם, כי אם אין מקבל הטוב אין הטבה").

כמה דברים קשים יש בעולם יותר מיצר הרע ומרים ממנו ואתם  
ממתקין אותן... ומה מרים שבראתי אותן ממתקין לצורכך, יצר הרע  
המסור בידיך על אחת כמה וכמה!<sup>255</sup>

המדרש מתאר דו שיח שבו האדם בא בטענה אל בוראו: 'אם ביקשת לעשות אותי  
ישר כדי שאהיה צדיק וישר, מדוע בראתי בי יצר רע?' על שאלה זו משיב הבורא,  
"אתה עשית אותו רע". כלומר, הרוע האנושי הוא נרכש, שהרי "תינוק היית ולא  
חטאת!". מאחר שהרוע האנושי הוא נרכש, אל לו לאדם אלא להלין על עצמו, אם  
הוא לא השכיל להשיל מעליו את תכונותיו הרעות ולגלות את צלם אלוקים שבתוכו.  
בהתאם לתפיסה זו הדגישו הוגים בני זמננו דווקא את היושר האנושי כתכונה  
הדומיננטית באדם. כך למשל, הרב קוק הדגיש ש"האדם הישר צריך להאמין...  
בחיי עצמו והרגשותיו ההולכות בדרך ישרה מיסוד נפשו, שהם טובים וישרים  
ושהם מוליכים בדרך ישרה".<sup>256</sup>

63

בסגנון שונה, הרי"ד סולובייצ'יק מסכם ש"היהדות קידשה את האדם והורתה כי  
יש בו ניצוץ אלוקי; מעולם לא הסכימה היהדות עם ההשקפה אשר על פיה שרוי  
האדם בחטא מטבע ברייתו... בעיני היהדות האדם הוא בכוח (=בפוטנציה) יצור  
טוב, יצור מתפתח".<sup>257</sup>

### 3. "כל הגדול מחברו בולע את חברו"

שנים רבות לפני שדימה הובס את האדם ללוייתן, שבהעדרה של סמכות חוקית  
שתעצור אותו מלהגשים את כל תאוותיו הוא יבלע את כל הנקרה בדרכו, עשה  
האמורא שמואל שימוש בדימוי זה בדיוק –

אמר רב יהודה אמר שמואל: מאי דכתיב ותעשה אדם כדגי הים,  
כרמש לא מושל בו? למה נמשלו בני אדם כדגי הים?... מה דגים  
שבים כל הגדול מחברו בולע את חברו, אף בני אדם אלמלא מוראה  
של מלכות כל הגדול מחברו בולע את חברו, והיינו דתנן, רבי חנינא  
סגן הכהנים אומר: הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה  
של מלכות איש את רעהו חיים בלעו.<sup>258</sup>

<sup>255</sup> שם.

<sup>256</sup> הרב אברהם יצחק הכהן קוק, **אורות התורה** יא.

<sup>257</sup> הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, **דברי הגות והערכה** עמ' 252-253. עם זאת, אמנם, הרי"ד  
סולובייצ'יק איננו נאיבי. הוא מודע לכך ש"האדם מוצא את עצמו תכופות אחוז בלחץ של  
כוח מכניע, כוח שאין לעמוד בפניו, הגוררו מטה", ובשל כך "המקרא בוטח באדם, אך גם  
חושד ומפקפק בו" (שם).

<sup>258</sup> **תלמוד בבלי** עבודה זרה ד,א. על הדמיון שבין דבריו של שמואל לדברי הובס, ראו גם אצל  
חיים כהן, **המשפט** מוסד ביאליק, ירושלים תש"ס, עמ' 126; אביעזר רביצקי, "האם תתכן  
מדינת הלכה? הפרדוקס של התיאוקרטיה היהודית" בתוך: אביעזר רביצקי (עורך) **דת ומדינה**

שמואל אינו כופר בתפישה העקרונית בדבר היות האדם נברא בצלם אלוקים, והוא אף אינו טוען שאין בכוחו של האדם לסגל לעצמו תכונות של נאמנות, מסירות, הגינות וכדומה. שמואל אינו עוסק באופיו של המין האנושי, אלא בתיאורו של מצב עובדתי. ההיסטוריה האנושית מלמדת שלא אחת, האדם מנצל את כוחו כדי "לבלוע" את החלש,<sup>259</sup> וכדי לרסן נטייה זו על החברה לבצר את מוסדות השלטון ולכונן מערכת משפט שיש בכוחה להגן על החלש.

ואולם, הדרך שבה יבחר המשפט להגן על החלש, באמצעות סעד שיינתן למי שזכותו נפגעה או באמצעות הרחקתם של בני אדם ממוקדי כוח, תלויה בהערכה הבסיסית של אופיו של האדם: האם האדם מסוגל להימנע מן השימוש בכוחו לרעה או לאו?

המסקנה המתבקשת מן התפישה העקרונית בדבר היות האדם 'ישר', נברא ב'צלם אלוקים' היא, שיש בכוחו של האדם לנהוג בנאמנות ולהימנע מן השימוש בכוחו לרעה, כשם שיש בכוחו להימנע מלגנוב, מלרצוח או מלהתעמר בעובד. בהתאם לכך, הסדר משפטי שנועד למנוע מן האדם לעשות שימוש בכוחו לרעה, יעניק לנפגע סעד בדיעבד, ולא יפעל לפירוקם של מוקדי הכוח.

#### 4. האם מי שנגוע בניגוד עניינים מסוגל לקבל הכרעה אובייקטיבית?

כאמור לעיל, מן התפיסה בדבר היות האדם *Homo economicus* נגזרת המסקנה, שהאדם הרציונאלי איננו מסוגל להעדיף את טובת הזולת על פני טובתו האישית. על מנת לבחון האם, ברמה הנורמטיבית, המשפט העברי שותף לתפיסה זו, יש לבחון האם ההלכה מניחה שכל אימת שיימצא האדם במצב של ניגוד עניינים, הוא יפעל לשם קידום עניינו האישי.

לשם כך, ייבחנו הלכות העוסקות בקבלתן של הכרעות הלכתיות כאשר האדם שנדרש לקבל את ההכרעה מצוי במצב של ניגוד עניינים.

##### 4.1 מקורות שמהם ניתן להסיק שניגוד עניינים שולל הכרעה אובייקטיבית

###### 4.1.1 "נגעי עצמו", "נדרי עצמו" ו"בכורות עצמו"

המשנה במסכת נגעים עוסקת בשאלה, האם כוהן יכול לראות נגעי עצמו כדי להכריע אם טהורים הם או לאו. אגב כך, המשנה עוסקת גם בכוחו של חכם להתיר נדרי עצמו או לבחון האם נפל מום בבכורותיו, הפוטרו מן החובה לתתם לכהנים –

כל הנגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו. רבי מאיר אומר: אף לא נגעי

---

בהגות היהודית במאה העשרים המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2005, 9, 11.  
<sup>259</sup> ויש שיאמרו, מצב עובדתי-היסטורי שהיה ייחודי לדורו של שמואל. לעניין זה ראו למשל, בנימין לאו, חכמים: כרך ראשון, ימי בית שני ידיעות אחרונות, 2006, עמ' 242. בהקשר זה יש לזכור גם, ששמואל היה גם זה שקבע את העיקרון ההלכתי הקובע ש"דינא דמלכותא דינא" (תלמוד בבלי בבא קמא קיג,ב)

כל הנדרים אדם מתיר חוץ מנדרי עצמו. רבי יהודה אומר: אף לא נדרי אשתו שבינה לבין אחרים.

כל הבכורות אדם רואה חוץ מבכורות עצמו.<sup>261</sup>

לפנינו שלוש הלכות העוסקות בסמכותו של חכם להכריע בעניין שבו יש לו נגיעה אישית. אביעד הכהן סבור שהרציונאל המנחה את ההלכות בעניין זה קשור לחשש מפני הטיית הדין עקב ניגוד העניינים שהחכם שרוי בו, והמחלוקת שבין התנאים משקפת חילוקי דעות באשר להיקפו של חשש זה –

תנא קמא מגביל את האיסור רק לדברים שיש לבעל הסמכות אינטרס אישי בהם, ואילו רבי מאיר ורבי יהודה מרחיבים את האיסור להחליט גם בענייניו של 'קרוביו' או אשתו.<sup>262</sup>

אולם, הסבר זה אינו מציע פשר לעמדת רבי מאיר בנוגע ל'נדרי קרוביו', לא לעמדת רבי יהודה בנוגע ל'נגעי אשתו' ולא לעמדת שני התנאים בנוגע לבכורות אשתו וקרוביו של החכם. בשל כך, ההסבר אינו עומד במבחן הביקורת. אם רבי מאיר סבר שעניינם של קרובים עלול להטות דעתו של אדם, מדוע לא פסק שהחכם אינו רשאי להתיר את נדרי קרוביו? אם רבי יהודה סבר שעניינם של הקרובים אינו עלול להטות את דעתו של אדם, אך עניינה של אשתו של החכם עלול להטות את דעתו, מדוע לא פסק שחכם אינו רשאי לראות את נגעי אשתו? ומדוע אף אחד מהם לא סייג את ההלכה האחרונה שבמשנה, בקביעה שאדם אינו רשאי לבקר את בכורות קרוביו או אשתו?

יתר על כן. התחקות אחר ההצדקה שהציעו חכמים לכל אחת מן ההלכות האמורות תגלה שאין להן כל קשר לחשש מפני הטיית הדעת עקב ניגוד עניינים.

כאמור, תנא קמא במשנה סבור שהכהן אינו רואה "נגעי עצמו". אם ההלכה מבוססת על החשש שמא בשל העניין האישי דעת הכהן תהיה מוטה, מן הדין היה לאסור על הכהן לראות את נגעי אשתו, שהרי יש לו עניין אישי מובהק בשאלה, האם יוכל לחיות עם אשתו כדרך כל העולם או שייאלץ להתרחק ממנה! מדוע עניין זה אינו שולל את סמכותו של הכהן לראות את נגעי אשתו?

מסתבר אפוא ההסבר של ר"י לפשיק, "דכתיב 'והובא אל הכהן', משמע אל אחר".<sup>263</sup> לפי הסבר זה, לא הסברה האנושית, אלא גזירת הכתוב היא שעמדה

<sup>260</sup> דעתו של רבי מאיר נשמרה בחלק מן המקורות התנאיים. ראו למשל: ספרי בהלותן קה ("שהיה אהרן דורש אין אדם רואה בנגעי קרוביו"); **מדרש רבה** (וילנא) ויקרא טו, ח ("מי ראה נגע מרים?... אם תאמר אהרן ראה, אין קרוב רואה את הנגעים...") מובא בשינויי לשון קלים בתלמוד בבלי זבחים קב, א.

<sup>261</sup> משנה נגעים ב, ה.

<sup>262</sup> הכהן, ניגוד עניינים עמ' 152.

<sup>263</sup> תפארת ישראל יכין, נגעים שם.

ביסוד ההלכה השוללת את סמכותו של הכהן לראות 'נגעי עצמו'.

בהתאם לכך, עמדתו של רבי מאיר נדרשה לביסוס מכוחה של גזירת כתוב אחרת –

'ועל פיהם [של הכהנים] יהיה כל ריב וכל נגע' (דברים כא, ה) – הוקש

נגע לריב, מה ריב שלא בקרובים אף נגע שלא בקרובים.<sup>264</sup>

ושוב, הצורך להיזקק להיקש על מנת ללמוד את ההלכה מלמד שאילולי ההיקש לא היינו מניחים שעניינם של הקרובים יוביל להטיית דעתו של הכהן הרואה את הנגע, שהרי אם סברא היא, למה לי קרא?

אף ההלכה האוסרת על החכם להתיר את נדרי עצמו, הוסברה בתלמוד ככזו שמקורה בגזירת הכתוב: "לא יחל דברו - מכאן לחכם שאין מתיר נדרי עצמו".<sup>265</sup>

גם כאן, עצם הצורך לתור אחר מקור בפסוקים שממנו ניתן להסיק שהחכם אינו מתיר נדרי עצמו, מעיד שההנחה, שניגוד העניינים פוגם בהליך התרת הנדר, אינה מובנת מאליה.

בהתאם לכך, אף עמדת רבי יהודה, שהחכם אינו רשאי להתיר את נדרי אשתו "שבינה לבין אחרים", אינה קשורה להיקפו של החשש מפני הטיית דעתו של החכם, אלא להיקפה של גזירת הכתוב. לפי רבי יהודה, מאחר ש"אשתו כגופו",<sup>266</sup> הרי כשם שאין החכם מתיר נדרי עצמו, אין הוא מתיר אף את נדרי אשתו.

ההלכה היחידה האוסרת על חכם להכריע בעניין שבו יש לו עניין אישי ולא מכוחה של גזירת הכתוב היא ההלכה בעניין ראיית 'בכורות עצמו'. בהבנת הלכה זו התקשו חכמים, כעולה מן הדיון התלמודי בעניינה –

'כל הבכורות אדם רואה חוץ משל עצמו' – במאי עסקינן? אילימא

בחד - מי מהימן? אלא בתלתא - ומי חשידי? והתנן: מיאנה או

שחלצה בפניו - ישאנה, מפני שהוא בית דין!

לעולם בחד, וכדאמר רב חסדא א"ר יוחנן: ביחיד מומחה, הכא נמי

- ביחיד מומחה.

ההלכה אוסרת על חכם יחיד להכריע בעניינו של בכור, אף אם הבכור אינו שייך לו. לכן, אין להניח שמדובר כאן בחכם יחיד הפוסק הלכה לעצמו. אין גם להניח גם שמדובר בבית דין שמכריע בעניינו של הבכור, משום שהדיינים אינם חשודים להטות הכרעתם לטובת אחד מחברי ההרכב.

לפיכך, מפרש התלמוד את המשנה כעוסקת בחכם שהוא בגדר 'מומחה לרבים', דין שרשאי לדון יחידי, וככזה, הוא נהנה ממעמד של בית דין, ויכול להכריע בעצמו אם הבכור הוא בעל מום או לאו, ובכל זאת, אינו רואה 'בכורות עצמו', מפני

<sup>264</sup> תלמוד בבלי סנהדרין לד, ב.

<sup>265</sup> תלמוד בבלי נדרים פא, ב.

<sup>266</sup> תלמוד בבלי ברכות כד, א; בכורות לה, ב ועוד.

החשד.

ודוק. מפני החשד אסרו לחכם לראות בכורות עצמו, ולא מפני החשש שמא הכרעתו תושפע מעניינו האישי.<sup>267</sup> אם אמנם העניין האישי עלול להשפיע על הדרך בה יכריע אדם בעניין שבו יש לו עניין אישי, מן הדין היה לנמק את האיסור בחשש שמא הכרעתו של החכם תהיה שגויה בשל השפעת העניין האישי עליה. נראה אפוא שההתעלמות מחשש זה וההתמקדות בחשד, מלמדת שהנחת היסוד התלמודית היא, שהאדם מסוגל לקבל הכרעה אובייקטיבית גם בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים.

#### 4.1.2. בנה וכן חברתה

בברייתא המובאת במסכת כתובות מובאת הלכה בעניין זכותה של אישה להניק בעת ובעונה אחת את בנה ואת בן חברתה –

תנו רבנן: הרי שנתנו לה בן להניק - הרי זו לא תניק עמו לא בנה

ולא בן חברתה.<sup>268</sup>

לכאורה, ההלכה עוסקת במינקת בשכר,<sup>269</sup> הנדרשת להניק אך ורק את התינוק שהושכרה להניקו, ואינה רשאית להניק עמו לא את בנה ולא את בן חברתה.

בתלמוד נשאלה השאלה, "השתא בנה אמרת לא, בן חברתה מיבעיא?"<sup>270</sup> אם

<sup>267</sup> לך שם לב גם אביעד הכהן (הכהן, ניגוד עניינים עמ' 153) כשהעיר ש"הנימוק אינו בהכרח משום החשש שמא אותו חכם יטה את הדין כאשר מדובר ברכושו שלו, אלא 'מפני החשש' של 'מה יאמרו'".

<sup>268</sup> תלמוד בבלי כתובות ס, ב.

<sup>269</sup> כך היא משמעותה הפשוטה של הברייתא, וכך עולה מדברי רש"י במהדורא קמא של פירושו לכתובות שם, המובאים בשיטה מקובצת כתובות שם, ומדברי השגות הראב"ד אישות כא, יב. אולם, יש להעיר שהרמב"ם ניסח את ההלכה בדרך שונה: "הרי שרצת האשה להניק בן חברתה עם בנה הבעל מעכב ואינו מניחה אלא להניק בנו בלבד" (משנה תורה אישות כא, יב, ובלשון זו נפסק גם בשולחן ערוך אבן העזר פ, יד. וראו גם: מגיד משנה אישות שם; ביאור הגר"א אבן העזר פ, ס"ק כד; משנת יעקב אישות שם). מדברים אלו עולה שהרמב"ם הבין שהברייתא עוסקת באישה שמלכתחילה הניקה את בנה, והתבקשה להניק עם בנה את בן חברתה. מן ההדגשה ש"הבעל מעכב", משמע שהחשש הוא מפני פגיעה באינטרס של הבעל, ולא מפני פגיעה בתינוקות. נראה אפוא שלפי הרמב"ם, ההלכה כלל אינה קשורה לחשש מפני פגיעה באחד התינוקות בשל ניגוד העניינים שבו מצויה המינקת, אלא לחשש שמא בשל הצורך של המינקת בתזונה מיוחדת (כעולה מן הסוגיה בתלמוד הבבלי שם), נכונותה של המינקת להניק גם את בן חברתה עם בנה תבוא בסופו של דבר על חשבוננו של בעלה.

לפי הסבר זה, את הדיון שבהמשך הסוגיה ("השתא בנה אמרת... מהו דתימא") יש להסביר כך: אישה המניקה את בנה אינה רשאית לקבל על עצמה להניק ילד אחר באותה עת מחשש שמא בעלה יאלץ להוציא הוצאות מרובות יותר מאלו שהוא ממילא מחוייב בהן לשם הזנתה, והיא אף אינה רשאית לקבל על עצמה להניק תינוק יחד עם "בן חברתה" שהתחייבה להניקו בשכר, מחשש שמא הוצאות ההזנה הנוספות, הדרושות בשל הנקת שני תינוקות, יפלו על חשבון אלו ששכרו אותה בתחילה.

<sup>270</sup> תלמוד בבלי כתובות שם.

אפילו את בנה אין האישה רשאית להניק יחד עם הבן שהתחייבה להניק, לשם מה נדרש התנא להבהיר שגם את בן חברתה אין היא רשאית להניק עמו?

על שאלה זו משיב התלמוד –

מהו דתימא, בנה הוא דחייס עילויה ממציא ליה טפי [=הייתי סבור שבנה הוא, שחסה עליו, תמציא לו יותר חלב], אבל בן חברתה, אי לאו דהוה לה מותר לא הוה ממציא ליה [=אם לא שהיה לה חלב מיותר, לא הייתה ממציא לה חלב], קא משמע לן.<sup>271</sup>

הסבר זה מניח שבשל עניינה של האישה להאכיל את בנה היא עלולה לתת לבנה חלב על חשבון הילד שהתחייבה להניקו. בהתאם לכך, ניתן להבין שבמילים "ולא בן חברתה" ביקש התנא לחדש, שאנו חוששים לניגוד העניינים של המינקת, גם כאשר היא מצרפת לתינוק שהתחייבה להניק את בן חברתה.

68

אולם, ניתן להסביר את ה"קא משמע לן" גם בדרכים אחרות. למשל, אפשר שהתנא ביקש להבהיר שההלכה אינה מבוססת כלל על החשש מפני ניגוד עניינים, אלא על ההנחה שהאישה אינה מסוגלת להעריך האם כמות החלב שבדדיה מספיקה עבור התינוק, ובשל כך, אם היא הושכרה כדי הניק תינוק אחד, אל לה להניק שניים.

לחילופין, אפשר שהתנא ביקש להבהיר שההלכה אינה מבוססת על חשש מפני ניגוד עניינים אלא על ההנחה שהצורך לטפל בשני תינוקות יפגע ביכולתה של המינקת להתמסר לתינוק שהתחייבה להניק בשכר.<sup>272</sup>

#### 4.1.3. מלך וכוהן בעיבור השנה

רבים מבקשים ללמוד על כוחו המשחית של ניגוד העניינים מן ההלכה האוסרת על מלך וכהן להשתתף בהרכב הדין בעיבור השנה.<sup>273</sup>

לפי הפרשנות הבבלית של ההלכה, הסיבה לשלילת זכותו של המלך להשתתף בהרכב הדין בעיבור השנה היא – "משום אפסניא".<sup>274</sup> כלומר, מאחר שהמלך "מחלק ממון לחיילותיו כך וכך לשנה, ונוח לו שיהיו כל השנים מעוברות"<sup>275</sup> כדי שהשכר השנתי יספיק לזמן רב ככל שניתן,<sup>276</sup> יש לאסור עליו להיות מעורב בהליך

<sup>271</sup> שם.

<sup>272</sup> כך הבין שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי עמ' 330.

<sup>273</sup> תוספתא (צוקרמאנדל) סנהדרין ב, יד, וכך נפסק להלכה במשנה תורה קידוש החודש ד, יא.

<sup>274</sup> תלמוד בבלי סנהדרין יח, ב.

<sup>275</sup> רש"י סנהדרין שם, ד"ה משום אפסניא.

<sup>276</sup> לפי פירוש אחר, המלך מעוניין דווקא שהשנה לא תתעבר, משום שבעקבות זאת יתגייסו בני השנתון החדש לשירות צבאי חודש אחד מוקדם יותר (ראו מרגליות הים סנהדרין שם, ע"פ משנה תורה קידוש החודש ד, יא). פירוש נוסף, המובא בשם ר"י ברלין בספר הליקוטים על משנה תורה הוצאת פרנקל, הלכות קידוש החודש ד, יא (עמ' תרלא). לפי פירוש זה, המלך איננו מעוניין בעיבור השנה שכן בכך יתארך משך הפטור משירות צבאי של המתחננים הטריים



עיבור השנה, שבו יש לו עניין אישי<sup>277</sup> כאמור.

הסבר דומה מובא בתלמוד הבבלי<sup>278</sup> לשלילת זכותו של הכוהן הגדול להשתתף בהרכב זה. לכוהן הגדול יש עניין דווקא בהחלטה הקובעת שהשנה לא תעובר, "משום צינה". כלומר, מאחר שכוהן גדול טובל ביום הכיפורים פעמים אחדות במקווה של מים טהורים, יש לו עניין בכך שהשנה לא תהיה מעוברת, כדי שיום הכיפורים יחול מוקדם יותר בעונות השנה, בעיצומו של קיץ, וממילא תהיה מידת חומם של מי הטבילה גבוהה יותר.<sup>279</sup>

מדברים אלו ניתן ללמוד, שהחשש מפני הטיית הדעת בשל ניגוד העניינים שבו מצויים המלך והכהן הוא שהביא לכך שחכמים אסרו עליהם להשתתף בהרכב שדן בעיבור השנה.<sup>280</sup>

בהתאם לציווי "לא יצא בצבא... נקי יהיה לביתו שנה אחת" (דברים כד, ה).

<sup>277</sup> לדעת שפירא, "האינטרסנטיות של המלך אינה אישית אלא מוסדית. המלך מעוניין בעיבור השנה שכן שכר חייליו משתלם שנתית. לפיכך הוא מעוניין שמשך השנה יתארך כך שחייליו ישרתוהו תקופת זמן ארוכה יותר באותו שכר שהיו מקבלים אם השנה לא הייתה מתעברת" (שפירא, הפרת אמונים עמ' 12). אולם, לא ברור על מה מבוססת מסקנה זו. הרי שכר החיילים משולם מאוצרו של המלך, כפי שמדגיש הערוך בערך 'אפסניא', ש"אם יוסיפו חודש צריך ליתן משלו". אכן, במשטר דמוקרטי, שבו 'אוצר המלך' הוא 'אוצר המדינה', ואין המנהיג רשאי להוציא מ'אוצר' זה לצרכיו הפרטיים, ההגנה על אוצר המדינה היא עניין מוסדי ולא אישי. אך לא במשטר כזה עוסקת המשנה. אמנם, לפי שני הפירושים הנוספים שהוצעו בדברי האחרונים לניגוד העניינים שהמלך מצוי בו, כמבואר לעיל בהערה 276, ניגוד העניינים שהמלך מצוי בו הוא מוסדי, ולא אישי.

<sup>278</sup> תלמוד בבלי סנהדרין, שם.

<sup>279</sup> רש"י סנהדרין שם, ד"ה כהן גדול. בעלי התוספות מציעים פירוש אחר ולפיו דעתו של הכהן הגדול עלולה להיות מוטיית בשל הצינה של רצפת השיש של בית המקדש, שעליה הוא אמור לדרוך ברגליו היחפות ביום הכיפורים (ראו תוספות סנהדרין שם, ד"ה משום צינה).

<sup>280</sup> מסיבה שאינה ברורה, אלו שהתעסקו בסוגיה זו התעלמו מן הסוגיה המקבילה בתלמוד ירושלמי סנהדרין ב, א, שאינה קושרת את פסולתם של מלך וכוהן גדול להליך עיבור השנה לניגוד העניינים שהם לכאורה מצויים בו. בסוגיה זו מובאת מחלוקת בין רבי חנינה ורבי מנא. לדעת אחד מן החכמים "אין המלך יושב בסנהדרין מפני החשד ולא בעיבור מפני החשד, ולא מלך וכהן גדול יושבין בעיבור [מפני כבודו של המלך]" ולדעת אחר, "אין המלך יושב בסנהדרין מפני החשד ולא בעיבור מפני החשד, ולא מלך וכהן גדול יושבין בעיבור" שאין כבוד המלך לישיב בשבעה" (התיקון, בהתאם לנוסח שבשרידי הירושלמי מן הגניזה אשר במצרים) (בעריכת לוי גינצבורג), ניו יורק תרס"ט, עמ' 257, הוא מתבקשת מקריאת נוסח התלמוד הירושלמי שבפנינו, וכן תיקן ר"י תמר בעלי תמר על הירושלמי סנהדרין ב, א (ק,א)).

הסוגיה מציעה אפוא שני נימוקים להלכה השוללת את שיתופם של מלך וכהן גדול בהליך העיבור. הנימוק הראשון הוא – "מפני החשד" והנימוק השני קשור לשמירה על מעמד הרם של המלך והכהן הגדול. הסוגיה אינה מבהירה אמנם מהי עילת קיומו של החשד, אך מן הסמיכות להוראה הקובעת שהמלך לא יישב גם בסנהדרין מפני החשד ניתן להבין שהחשד אינו קשור לעניין האישי שיש למלך בהליך עיבור השנה. מסתבר שהחשד שעלול להתעורר הוא, שבשל מעמדו הרם של המלך, חבריו להרכב יימנעו מלחלוק עליו, ונמצא שההליך איננו תקין. לפי פרשנות זו, דומה כי לא ניתן להסיק מן ההלכה השוללת את שיתופם של מלך וכהן גדול

#### 4.1.4. הלכות דיינים ועדות

כידוע, עדות מפיו של אדם שעשוי להיות לו עניין אישי בתוצאות ההליך המשפטי איננה קבילה.<sup>281</sup> לדעת רבים, הסיבה לכך היא, שהעניין האישי שיש לעד בתוצאות ההליך עלול להטות את עדותו.<sup>282</sup>

ההלכה קובעת גם, שדיין פסול מלדון בעניין שבו יש לו נגיעה אישית,<sup>283</sup> ואף מכאן ניתן להסיק שאין האדם יכול להפעיל שיקול דעת אובייקטיבי כאשר הוא מצוי במצב של ניגוד עניינים.<sup>284</sup>

איסור נטילת השוחד<sup>285</sup> יכול ללמד שכאשר לדיין יש עניין קל בתוצאות הדיון, הוא עלול להטות את פסק הדין בשל ניגוד העניינים שהוא מצוי בתוכו.<sup>286</sup>

דבר לעניין פסלותו של בעל עניין להכריע בנושא שבו עשוי להיות לו עניין אישי. אמנם, ראו **קרבן העדה** סנהדרין שם, שמסביר שהחשד שבשלו אין מלך יושב בסנהדרין הוא "שיאמרו שהסנהדרין מטין הדין מאימת המלך", אך החשד שבשלו אין המלך יושב בהרכב הדן בעיבור החודש הוא "שיאמרו משום אפסניה הוא דעביד...". ברור שפירוש זה נועד להתאים את הסוגיה הירושלמית לסוגיה הבבלית, אך גם לפי פירוש זה עולה שקיים הבדל משמעותי בין הסוגיות. בעוד שלפי הסוגיה הבבלית קיים **חשש ממשי** שהמלך יטה את הכרעתו כדי לקדם את עניינו האישי, לפי הסוגיה הירושלמית, חשש ממשי לא קיים, אך יש לסלק גם את **החשד הציבורי** שעלול להתלוות להליך עיבור שבו ישתתף המלך.

281 ראו: **משנה תורה** עדות טו, א; **שולחן ערוך** ח"מ לז, א; אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי** ברלין, תרפ"ב, ספר רביעי, עמוד 154. וראו גם, ת"א (י-ם) 3064/01 **להב אמנון נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ ואח'** (פורסם ב'נבו'), פסקאות 31-33.

282 ראו למשל: Joshua Fogel and Hershey H. Friedman, "Conflict of Interest and the Talmud" 78 (1/2) **Journal of Business Ethics** (Mar., 2008) 237, 238 (להלן: פוגל ופרידמן, ניגוד עניינים). מסקנה זו מבוססת על ההנחה, שפסילת עדותו של 'נוגע בדבר' מבוססת על החשש מפני הטיית הדעת של העד. הנחה זו נדחתה על ידי שמשון אטינגר באופן משכנע למדי בספרו, **ראיות במשפט העברי** האוניברסיטה העברית, ירושלים תשע"א, עמ' 96.

283 ראו **שולחן ערוך** חושן משפט ז, יב ("ל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו").

284 ראו: **הכהן, ניגוד עניינים** עמ' 138-139.

285 איסור זה מפורש בתורה בשלושה מקומות: **בשמות** כג, ח ("ושוחד לא תקח, כי השוחד יעור פקחים ויסלף דברי צדיקים"), **בדברים** טז, יט ("לא תטה משפט לא תכיר פנים, ולא תקח שוחד כי השוחד יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים"). ובדברים כז, כה ("ארור לוקח שוחד להכות נפש דם נקי, ואמר כל העם אמן").

בתלמוד בבלי כתובות קה, ב מובאות עדויות רבות המעידות על החומרה הרבה של האיסור בעיני החכמים, עד שאסרו גם שוחד דברים. אפילו טובת הנאה שאינה ממונית כמילת הערכה מצדו של בעל הדין תיחשב כשוחד ותביא לפסילתו של הדיין. וראו גם, **הכהן, ניגוד עניינים** עמ' 142-143.

286 יש להעיר, שבמבט ראון נראה שהשוואה בין איסור השוחד לאיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים אינה מדויקת מבחינה מושגית. משמעותו של 'עניין' בכל הנוגע ל'ניגוד עניינים', היא, עניין הלוכד את התעניינותו של אדם ואת תשומת לבו עד שניתן לומר שרגשותיו, מעייניו ומחשבותיו נתונים לו (ראו, יותם בניזמן, "על בעלי תפקיד ובעלי ענין", בתוך: **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** (להלן: בניזמן, על בעלי תפקיד). העדפה פוליטית, השקפה כלכלית ואפילו ידידות אישית,

בעיני רבים,<sup>287</sup> אף האיסור לדון קרובים או ידידים,<sup>288</sup> המובא בתלמוד בסמיכות לדיון באיסור השוחד, מלמד שהמשפט העברי שולל קבלתן של הכרעות במצב של ניגוד עניינים.

לדעת אביעד הכהן, אף ההלכה הקובעת ש"אין עד נעשה דיין"<sup>289</sup> מבוססת על ההנחה ש"כהונה כפולה... [נתפסת] כדבר שלילי... בשל ניגוד העניינים (המוסדי) הטמון בתפקיד הכפול".<sup>290</sup>

עולים אמנם לעורר חשש למשוא פנים, אך הם אינם יוצרים 'ניגוד עניינים'. ואולם, מדברי חלק מן האחרונים משתמע שגם הכרעת דין על ידי דיין שיש לו עניין אישי בהכרעה כלולה באיסור השוחד. ראו למשל: **חזון אי"ש** אמונה וביטחון תל אביב תשד"מ, עמ' מב (להלן: אמונה וביטחון); **ש"ת דעת כהן** (יר"ד) ד ("בדיינים שתלוי בשקול הדעת, הכל מודים דאסור בכל מקום שיש נגיעת ממון או כבוד, ואין לך שוחד גדול מזה").

287 ראו: **הכהן, ניגוד עניינים עמ' 134-138**.

288 ראו **תלמוד בבלי** כתובות קהב ("א"ר פפא לא לידון דינא למאן דרחים ליה, ולא למאן דסני ליה, דרחים ליה לא הווי חזה ליה חובה, ודסנאי ליה לא חזי ליה זכותיה") וראו גם בסנהדרין כט,א, שאיסור זה נלמד מן הפסוקים, וכך נפסק להלכה ב**שולחן ערוך** ח"מ ז, ו. לדיון בהיקפה של הלכה זו ובטעמיה ראו: אליאב שוחטמן, **סדר הדין בבית הדין הרבני עמ' 75-85**; תיק 1-35-8935 (אזורי ירושלים) א' ו' ואח' נ' **מוסדות פלוני** (פורסם באתר 'דעת' בכתובת <http://www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=116>); תיק 1-13-002793529 **פלוני נ' פלונית** (הגדול, פורסם ב'נבו') עמ' 12-18; תיק 812378/2 **פלונית נ' פלוני** (הגדול, פורסם ב'נבו').

289 **תלמוד בבלי** בבא בתרא קיג,ב.

290 **הכהן, ניגוד עניינים עמ' 165**. וראו גם: עת"מ (ת"א) 44865-07-13 **רון אליעזר מלכה נ' סיעת תנועת התושבים בקריית אונו** (פורסם ב'נבו') עמ' 7 ("חז"ל אמרו: "אין עד נעשה דיין"... הרשב"ם מבאר... אני הייתי מוסיף שאין זו מגבלה "טכנית" בלבד. החיוב מדאורייתא שעד יתייצב פנים אל פנים לפני הדיין נובע מן הצורך שדיין בלתי משוחד ובלתי מוטה ישמע את דברי העד ויבחן את אמיתותם ומשמעותם"); ת"א (רח"ל) 3058/97 **מילוא רפי נ' סיני צבי** (פורסם ב'נבו') עמ' 6 פסקה 13; ע"מ (איר"ש) 2369/11 **התביעה הצבאית נ' פארס פארוק פארס** (פורסם ב'נבו'), עמ' 6.

אולם, המפרשים לא הסבירו את ההלכה על רקע ניגוד העניינים המוסדי שבו שרוי כביכול הדיין. לפי **רשב"ם** (בבא בתרא קיד,א ד"ה ואין עד נעשה דיין), העד אינו יכול להיעשות דיין משום ש"גזירת הכתוב היא דכתיב ועמדו שני האנשים... לפני ה' היינו לפני הדיינין", ואם עד נעשה דיין לא מתקיימת הדרישה שהעד יתייצב בפני הדיינים. לפי חלק מבעלי התוספות, העד אינו יכול להיעשות דיין משום משום "דבעינן עדות שאתה יכול להזימה, ואם העדים נעשו דיינין - עדות שאין אתה יכול להזימה היא, שלא יקבלו הזמה על עצמן" (**תוספות** כתובות כא,ב ד"ה הנח). להרחבה בעניין זה ראו למשל, **אנציקלופדיה תלמודית** כרך א עמ' שכ-שכא (עמ' תרפה-תרפט במהדורה ב); אליאב שוחטמן **סדר הדין בבית הדין הרבני עמ' 89-91**.

נראה כי הסיבה לכך שהראשונים לא הסבירו את ההלכה בהתאם לפרשנות שמציע הכהן היא, שפרשנות זו מבוססת על תפיסה שגויה של תפקיד העדים בהליך המשפטי, לפי המשפט העברי. בשיטת המשפט האדברסרית, תפקידו של העד הוא לסייע לבעל הדין שהוא מעיד לטובתו בעוד שתפקידו של הדיין הוא לפסוק את הדין באובייקטיביות. בין שני תפקידים אלה אכן קיים ניגוד מוסדי. אולם, לפי המשפט העברי, כפי שהוכיח אטינגר, העדים מהווים מעין "גוף עצמאי ונבדל שבידו הסמכות לקבוע את העובדות בדין, עובדות שבית הדין מקבלן ועליהן הוא בונה את הכרעתו" (שמשון אטינגר, **ראיות במשפט העברי** האוניברסיטה העברית

## 4.2. מקורות שמהם ניתן להסיק שניגוד עניינים אינו שולל הכרעה אובייקטיבית

### 4.2.1 "נאמן הוא על נגעי עצמו"

בסמוך להלכה בעניין ראיית הנגע, מופיעה בתוספתא<sup>291</sup> הלכה נוספת, העוסקת בנאמנותו של כהן להעיד האם נראו בנגע סימני טומאה, כדי שכהן אחר יטהר את הנגע או יטמאו בהתאם להצהרתו של הכהן המנוגע.

נאמן הכהן לומר נגע זה פשה נגע זה לא פשה אם בהרת קדמה את שער לבן ואם שער לבן קדם את הבהרת ונאמן הוא על נגעי עצמו.

לפי הרא"ש, משמעות ההלכה היא, שכהן הבקי בהלכות נגעים רשאי לאמר ל"כהן עם הארץ נגע זה טהור, ויטהרנו הכהן עם הארץ. אבל הוא לא יטהר עצמו".<sup>292</sup> אם העניין האישי צפוי להטות את דעתו של הכהן בראותו את נגעי עצמו, מדוע לא נחשוש שעניין זה יגרום לו גם להעיד עדות שקר בפני חברו?

### 4.2.2 "רואה את קדשיו ואת מעשרותיו, ונשאל על טהרותיו"

במסכת בכורות מובאת ברייתא הדנה בסמכותו של אדם לקבל הכרעה הלכתית בעניין שבו יש לו נגיעה אישית –

תנו רבנן: כל הבכורות אדם רואה חוץ משל עצמו, ורואה את קדשיו ואת מעשרותיו, ונשאל על טהרותיו.<sup>293</sup>

אדם שהקדיש בהמה לבית המקדש רשאי לבקרה בעצמו ולבחון אם יש בה מום, ובמידה ונמצא בה מום, הוא רשאי לפדות את הבהמה, ובשרה מותר בהנאה.

אדם שהפריש מעדרו מעשר בהמה, רשאי לבקר בעצמו את הבהמות שהופרשו ובמידה וימצא שנפל באחת מהן מום, הוא פטור מן החובה להעלותה לירושלים ולהקריבה במקדש, והוא רשאי לשחטה ולאכלה בכל מקום.

אדם רשאי גם להחליט בעצמו אם יש בכליו או במאכליו טומאה או טהרה, ואינו חשוד לומר על טמא שהוא טהור כדי שלא ייפסד ממונו.

בכל אחת מן ההכרעות האמורות מצוי האדם שנדרש להכריע בעניין במצב של ניגוד עניינים מובהק. אף על פי כן, ההלכה מלמדת שניגוד זה אינו שולל ממנו את היכולת לקבל הכרעה אובייקטיבית.

---

בירושלים, נבו תשע"א, עמ' 41). לפי תפיסה זו, לא קיים ניגוד בין תפקידם של הדיינים לתפקידם של העדים. הדיין אינו נדרש להעריך את מהימנותה של העדות, אלא רק לבחון את קבילותה, בהתאם לכללים שנקבעו בהלכה. משנקבעה קבילותה של העדות בהתאם לכללי ההלכה, יש לה כוח עצמאי, והעד אינו נדרש 'לשכנע' את הדיין במהימנותה של עדותו. בשל כך, לא קיים כלל ניגוד מוסדי בין תפקיד ה'עד' לתפקיד ה'דיין'.

<sup>291</sup> תוספתא (צוקרמאנדל) נגעים א, יד.

<sup>292</sup> פירוש רא"ש למשנה נגעים ב, ה.

<sup>293</sup> תלמוד בבלי בכורות לא, א (ההדגשה אינה במקור).

### 4.2.3. בדיקת סכין השחיטה

לפי רבא, תלמיד חכם הבקי בהלכות שחיטה רשאי לבדוק לעצמו את סכין השחיטה והוא אינו נדרש לקחתה לחכם אחר כדי שיורה לו אם הסכין כשרה לשחיטה או לאו.<sup>294</sup>

ברור שלתלמיד חכם זה יש עניין ברור בהכשרתה של הסכין, אם משום ההפסד הכספי הצפוי לו בשל הצורך לרכוש סכין חדשה ואם בשל עגמת הנפש שתיגרם לו ולכל בני ביתו מכך שלא יוכלו לשחוט את הבהמה וליהנות מבשרה באופן מדי. אף על פי כן, רבא לא חשש שמא עניין זה יטה את דעתו של החכם.<sup>295</sup>

### 4.2.4. "הרואה טריפה לעצמו"

בשורה של היגדים המתארים את דמותו הראויה של תלמיד חכם, מתאר רב חסדא את התלמיד חכם כמי שאינו מושפע מנגיעה אישית –

אמר רב חסדא: איזהו תלמיד חכם - זה הרואה טריפה לעצמו. ואמר רב חסדא: איזהו בשונא מתנות יחיה - זה הרואה טריפה לעצמו. דרש מר זוטרא משמיה דרב חסדא: כל מי שקורא ושונה, ורואה טריפה לעצמו, ושימש תלמידי חכמים עליו הכתוב אומר 'יגיע כפיך כי תאכל אשריך וטוב לך'. רב זביד אמר: זוכה ונוחל שני עולמות העולם הזה והעולם הבא, אשריך - בעולם הזה, וטוב לך - לעולם הבא.<sup>296</sup>

<sup>294</sup> תלמוד בבלי עירובין סג,א.

<sup>295</sup> אביעזר הכהן העלה את ההשערה ש"אפשר שהרציונל מאחורי היתר זה הוא שמדובר בתלמיד חכם שאינו חשוד לעבור עברה כדי להשיג רווח קל" (הכהן, ניגוד עניינים עמ' 156). ההנחה שפסילתה של הסכין היא הפסד קל בלבד אינה עומדת במבחן הביקורת. ייתכן שבשל פסילתה של הסכין לא יוכלו בני משפחתו של החכם לאכול בשר בשבת או בחג. האם זהו הפסד קל בלבד? יתר על כן, לפי הסבר זה, מן הדין היה למנוע מחכם להורות לעצמו אם הבהמה ששחט היא טריפה, שהרי אבדן הבהמה ודאי אינו הפסד קל. אולם, כפי שנלמד בסמוך, לפי ההלכה התלמודית, תלמיד חכם רשאי גם לפסוק לעצמו בעניין זה. וראו גם רש"י עירובין שם, ד"ה לנפשיה שמדגיש, ש"בודק סכין לשחוט בו הוא עצמו, ואין צריך להראות לרבו". משמע, שההלכה עוסקת בתלמיד חכם, לא משום שהוא אינו חשוד להורות היתר לעצמו, אלא משום שתלמיד חכם רשאי לסמוך על ידיעותיו, ולא להידרש לשאלת רב. מי שאינו תלמיד חכם אינו רשאי לבדוק לעצמו את הסכין, לא משום שיושרו מוטל בספק, אלא משום שהוא אינו מסוגל לדעת עם הסכין כשרה אם לאו.

גם ההשערה הנוספת של הכהן (שם), ש"מדובר בהלכות רווחות, שכל ניסיון לסטות מהן יתגלה על נקלה, ומכיוון שכך אין חשש שהפוסק, חכם ההלכה, יבוא לשקר בהן" תמוהה. הרי מדובר בתלמיד חכם הבודק לעצמו את הסכין. מי יגלה את סטייתו מן ההלכה? אשתו? בני ביתו? ואף אם הסכין תגיע לידיהם של תלמידי חכמים אחרים משום מה, האם לא ניתן יהיה לטעון שהיא נפסלה זמן רב לאחר שהורה החכם שהיא כשרה?

<sup>296</sup> תלמוד בבלי חולין מד,ב.

'הרואה טרפה לעצמו' הוא חכם שדן בכשרותה של הבהמה שלו.<sup>297</sup> לדברי רבנו ישעיה די טראני, תלמיד חכם ה'רואה טרפה לעצמו' הוא תלמיד חכם הדן בכשרותה של בהמתו "ומחמיר לעצמו" מחשש שמא "אם היה מיקל היו מרננים אחריו לומר לעצמו היקל, ואילו הייתה של אחרים היה מטריף".<sup>298</sup>

מהסבר זה עולה, שהחכם רשאי לדון בכשרותה של בהמתו, ולא זו בלבד, אלא שגם אם יקל לעצמו, אין אנו חוששים שיעשה כן בשל נגיעתו האישית, אבל אנו חוששים שיהיו "מרננים אחריו".

ואחרים פירשו, שהשבח הוא על עצם הנכונות לדון באובייקטיביות על כשרות הבהמה השייכת לו.<sup>299</sup> לפי פירוש זה, לא זו בלבד שההלכה אינה מתנגדת לקבלת הכרעה במצב של ניגוד עניינים, אלא שהיא אף מעודדת קבלת הכרעה בנסיבות אלו.

#### 4.2.5 "לראות דמי אשתו"

מן המשנה השוללת את סמכותו של כהן לראות את נגעי עצמו ואת סמכותו של חכם להתיר את נדרי עצמו (ואשתו לדעת רבי יהודה), דייקו בעלי התוספות<sup>300</sup> ש"אין לומר דאסור לראות דמי אשתו" ולהכריע בטהרתם של כתמי דם נידה של אשתו, וכך הסיקו רבים מן הראשונים.<sup>301</sup>

מובן מאליו שבהכרעה בעניין זה יש לבעל עניין אישי רב. אף על פי כן, חכמים לא חששו שהעניין האישי יטה את דעתו של הבעל ויגרום לו לקבוע שאשתו טהורה כאשר מן הדין ראוי לקבוע שהיא טמאה בטומאת הנידה.

### 4.3 הצעות ליישוב הסתירות שבין המקורות

מן המקורות שנסקרו לעיל עולה, שלעיתים אסרו חכמים על אדם לקבל הכרעה בעניין שבו יש לו נגיעה אישית ולעיתים התירו את הדבר. רבים הציעו הסברים שונים לשניות זו, אך דומה שעל פי רוב, ההסברים אינם מציעים תיאוריה כוללת, שיש בה כדי ליישב את כל המקורות בעניין זה. להלן נסקור את ההסברים האמורים, ונבקש להציע הסבר אחר, שלטעמנו יש בו כדי להציע תיאוריה כוללת, שמכוחה ניתן להבהיר את תפיסתו העקרונית של המשפט העברי בכל הנוגע לקבלת הכרעה במצב של ניגוד עניינים.

#### 4.3.1 עצמתו של העניין האישי

<sup>297</sup> ראו למשל: רש"י חולין שם ד"ה זה הרואה; ר"ן על הר"ף ט, ב, (בדפי הר"ף) ד"ה זה הרואה; פירוש ר' יהודה הכהן (בשיטת הקדמונים) חולין מד, ב, ד"ה זה הרואה.

<sup>298</sup> פסקי ר"ד חולין שם.

<sup>299</sup> ר"ן על הר"ף שם, ד"ה יגיע כפיד, בשם 'אחרים'.

<sup>300</sup> תוספות נדה כ, ב, ד"ה כל יומא.

<sup>301</sup> ראו למשל: חידושי הרשב"א נידה שם, ד"ה ילתא; חידושי הר"ן נידה שם, ד"ה ילתא. אבל השוו לדברי בית הבחירה נידה שם, ד"ה כשם שאמרו.

יש שביקשו ליישב בין המקורות באמצעות הבחנה הנוגעת לעצמת העניין האישי שיש לאדם. לפי הצעה זו, יש להניח שכאשר משקלו של העניין האישי הוא קל, יוכל האדם לקבל הכרעה אובייקטיבית על אף היותו מצוי במצב של ניגוד עניינים. רעיון זה מובא כבר בתלמוד, כהסבר להלכה המתירה לאדם לראות את קדשיו ואת מעשרותיו ולהישאל על טהרותיו<sup>302</sup> –

רואה את קדשיו - דאי בעי מיתשיל עליהו [=שאם ירצה יישאל עליהם], ומעשרותיו - דאי בעי שדי ביה מומא בכליה עדריה [=שאם ירצה יטיל מום בכל עדרו]<sup>303</sup> ונשאל על טהרותיו - דהא חזא ליה בימי טומאתו [=שהרי ראוי לו בימי טומאתו].<sup>304</sup>

אין אנו חוששים שענייניו של החכם ליהנות מבהמה שהקדיש יטה את דעתו, משום שהוא מסוגל להשיג את התוצאה המבוקשת (התרת הבהמה לשימוש אישי) בדרך קלה יחסית, באמצעות שאילת חכם שיוכל להתיר את נדר ההקדש ובכך להתיר את הבהמה לשימוש אישי.

בדומה לכך, החכם יכול לבחון האם נפל מום בבהמה שהופרשה כמעשר בהמה על ידו, משום שהוא יכול להתיר לעצמו א הבהמה גם באמצעות הטלת מום בכל העדר, באופן שימנע את קיומן של עשר בהמות שאינן בעלות מום, שמהן יש להפריש את מעשר הבהמה.

ולבסוף, החכם רשאי גם להכריע בנוגע לטהרתם של כלים או מאכלים על אף שהכרעה זו מתירה או אוסרת לו את השימוש בהם בתקופה שבה הוא טהור ומקפיד על שימוש בכלים ובמאכלים טהורים, משום שהכרעה זו אינה פוגעת אנושות בענייניו האישי, משום שהוא יוכל להשתמש בכלים או במאכלים בימי טומאתו.

ואולם, הנחות היסוד של ההסבר האמור דחוקות. אמנם, החכם יכול להישאל על קדשיו, אך החכם העוסק בהתרת הנדרים איננו 'חותמת גומי'. הוא יכול להתיר את נדר ההקדש אך יכול גם לקבוע שהנדר אינו בר התרה. האם לא פשוט יותר עבור החכם לקבוע שנפל מום בבהמה, ובכך להתיר לעצמו ליהנות ממנה, מאשר להפקיד את ההכרעה בידיו של אדם אחר?

קשה מכך ההסבר המפחית מעצמתו של העניין האישי בשל קיומה של האפשרות ההיפותטית (שלא נוצלה!), להטיל מום קל בכל העדר. הרי בפועל, החכם לא הטיל

<sup>302</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 293.

<sup>303</sup> אמנם, גם בכור שנפל בו מום נשחט במקומו ואין צורך להעלותו לבית המקדש. אולם, הטלת מום בכור היא אסורה, בעוד שהטלת מום במעשר בהמה אינה אסורה כמבואר ברש"י בכורות שם, ד"ה שדי מומא.

<sup>304</sup> תלמוד בבלי בכורות, שם.

מום בכל עדרו. בשלב זה, ניגוד העניינים ברור וחד. מדוע בשלב זה לא תאסור ההלכה על החכם להכריע בעניין שבו יש לו ניגוד עניינים מובהק?<sup>305</sup>

ולבסוף, האמנם העובדה שהחכם יוכל בעתיד לעשות שימוש בכלי או במאכל שוללת את קיומו של עניין אישי בהווה!?

מובן מאליו שהסבר המבוסס על עצמתו הנמוכה של ניגוד העניינים אינו מבהיר מדוע הותר לחכם להכריע האם בהמתו כשרה לאכילה או שמא היא טריפה, או מדוע הותר לכהן להעיד על נגעי עצמו.<sup>306</sup>

#### 4.3.2. קיומה של 'חזקת איסור'

רבנו שמשון משאנץ מצייע ליישב בין ההלכה המתירה לתלמיד חכם לבדוק את כשרותה של בהמתו לבין ההלכה האוסרת על כהן לראות את נגעיו כן –

שמא יש לחלק [= להבחין] בין היכא דאיתחזיק איסורא להיכא דלא איתחזיק איסורא... דצורבא מרבנן חזי לנפשיה היכא דלא איתחזיק איסורא אבל היכא דאיתחזיק איסורא לא.<sup>307</sup>

ר"ש משאנץ סבור שבאופן עקרוני אדם יכול להכריע באופן אובייקטיבי גם כאשר הוא מצוי במצב של ניגוד עניינים, אך קיים חשש שניגוד העניינים יטה את דעתו. חשש זה שולל את סמכותו של מי שיש לו עניין אישי בהכרעה ההלכתית לקבל הכרעה כאשר 'אתחזק איסורא', כאשר הורעה חזקת הכשרות, אך אינו שולל את סמכותו לקבל הכרעה כאמור, כאשר 'לא אתחזק איסורא'. נגעו של הכהן כבר הוחזק כטמא, והשאלה העומדת לדיון היא, אם ניתן לטהרו. במקרה זה אנו חוששים להטיית את הדעת של הכהן הרואה את נגעו. לעומת זאת, כאשר החכם בוחן את כשרותה של הבהמה, 'לא אתחזק איסורא', ובשל כך אנו מוכנים 'לקחת את הסיכון' שעניינו האישי יטה את שיקול דעתו.

ההבחנה בין 'אתחזק איסורא' ל'לא אתחזק איסורא' היא ייחודית לדיני האיסור וההיתר, ובשל כך אין בה כדי להסביר הלכות שאינן מתחום זה, כהלכה האוסרת על מלך וכהן להשתתף בהליך עיבור השנה, או כהלכות העוסקות בסדרי הדין.

הבחנה זו אף אינה מצליחה ליישב את כל המקורות בדיני האיסור וההיתר. ההלכה

<sup>305</sup> אמנם, אפשר שההסבר מבוסס על ההנחה, שאם נוכחנו שהחכם לא הטיל מום בכל העדר, אות הוא לכך שהוא אינו חושש לאבד את זכות ההנאה מבהמות המעשר. אולם זוהי הנחה בלתי מבוססת, משום שיכולות להיות סיבות רבות אחרות לבחירתו של החכם שלא להטיל מום בכל העדר. ייתכן שהטלת מום בכל העדר אינה כדאית עבורו מבחינה כלכלית, או שהטורח הכרוך בכך הוא רב, וייתכן גם שבשל שיקולים דתיים, החכם אינו מעוניין לנקוט בצעד שלמעשה יביא לכך שהוא לא יקיים את מצוות מעשר הבהמה אפילו בבהמה אחת בעדרו.

<sup>306</sup> וראו הרחבה לעניין הסמכות להורות לעצמו על כשרות השחיטה או סכין השחיטה בנפש אדם יר"ד הלכות שחיטה כלל א, הלכה יא.

<sup>307</sup> פירוש ר"ש למשנה נגעים שם.



הקובעת שהכהן 'נאמן על נגעי עצמו' קובעת שכהן שכבר הוסגר והוצא מן המחנה כמי שעלול להיות מצורע, רשאי להעיד בפני כהן שאינו בקי במראות הנגעים, האם יש בנגע סימני טהרה או לאו. בשתי ההלכות מעמדו ההלכתי של הנגע זהה. אם חזקת האיסור היא השוללת את סמכותו של הכהן לראות את נגעיו, מדוע חזקה זו לא תשלול את סמכותו להעיד על נגעיו בפני כהן אחר?

ואף לגופו של ההסבר קשה. מדוע אנו מוכנים 'לסבול' חשש להטיית הדעת כאשר עדיין 'לא אתחזק איסורא'? אם חשש זה הוא ממשי, וקיים סיכוי להטיית הדעת, האם לא מן הראוי היה לקבוע שמי שאיננו נגוע בניגוד עניינים יקבל את ההכרעה?<sup>308</sup>

### 4.3.3. ניגוד עניינים והפגיעה באמון הציבור במוסדות חברתיים

ייתכן שההבדל שבין המקורות שנסקרו יוסבר מכוחו של עיקרון השמירה של אמון הציבור במוסדות חברתיים החיוניים לקיומה של החברה.

לפי הצעה זו, הנחת היסוד של הדין העברי היא, שיש בכוחו של אדם לקבל הכרעה אובייקטיבית, גם בהיותו נגוע בניגוד עניינים.<sup>309</sup> אף על פי כן, יש וההלכה תבקש

<sup>308</sup> אפשר שקשיים אלו לא נעלמו מעיניו של ר"ש משאנן, ובשל כך הוא ניסח את הצעתו בלשון מסויגת ("שמא").

<sup>309</sup> מי שביטא הנחה זו בצורה הברורה ביותר היה הרב אברהם ישעיה קרליץ, החזון אי"ש, בספרו 'אמונה ובטחון'. חזון אי"ש ביקר בחריפות את התפיסה הגורסת שאדם אינו יכול לקבל הכרעה אובייקטיבית בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים, וכינה תפיסה זו כ"רעה חולה אשר היצר ילפת בה" (אמונה וביטחון פרק ג, סימן ל (עמ' מ') (להלן: חזון אי"ש, אמונה וביטחון)). לדברי חזון אי"ש, "לפי ההנחה הזאת מתייתם כל הדור, ואין שופט בארץ, ונתבטלה סנהדריה של הארץ, כי אף אם יסכים האדם על גדלות חכמתו של החכם, לא יחייב את נפשו לשמוע אליו אחרי שימצא לתלות את הוראתו באיזה נגיעה, וזה לא יבצר מכל מי שאינו שבע רצון מהוראת החכם. ועל ידי זה קם דור ששופט את שופטיו, וכל איש הישר בעיניו יעשה" (שם). יש לציין שדברים אלו הוצאו מהקשרם פעמים אחדות, והובאו כראיה לכך שחזון אי"ש שולל את ההימצאות של נציגי ציבור במצב של ניגוד עניינים בשל הפגיעה באמון הציבור בנציגיו. ראו: ת"פ 1872/99 מ"י נ' אריה דרעי תק-של 2003(3) 569, פסקה 5; וכן אצל רון קליינמן, "ניגוד עניינים של עובדי ציבור" פרשת השבוע ד, 149 להלן: קליינמן, ניגוד עניינים של עובדי ציבור).

אמנם, חזון אי"ש אינו מתעלם מן המקורות שמהם ניתן להסיק שהשוחד אינו מאפשר לדיין לדון בצורה אובייקטיבית (ראו למשל דבריו של רבא, כתובות קה, א על כן ש"כיון דקביל ליה שוחדא מיניה, איקרבא ליה דעתיה לגביה והוי כגופיה, ואין אדם רואה חובה לעצמו" [=כיון שקיבל הדיין שוחד מבעל הדין, התקרבה אליו דעתו ונעשה כגופו, ואין אדם רואה חובה לעצמו]). לדבריו, מקורות אלה אינם סותרים את תפיסתו העקרונית, משום ש"השוחד ענין מיוחד, והוא כי מקח שוחד הוא מן הגנויות במוחלט, שהתורה תיעבתו, ובעקבו בסוד כוחות הנפשות לעור עיני חכמים ולסלף משפט, ובהיות שאמרו שהסתכל הקב"ה בתורה וברא עולמו, חייבה התורה כח בשוחד לעור ולסלף... והנה נוסף על כח נגיעה שהוא ממנה העולם כפי טבעת (=טבע) בני אדם, החזמן כח טומאה בשוחד לטמטם הלב ולרדם את הבינה, להנעים בפי הדיין לזכות את משחדו, ואחרי שהתורה פסלתו לדיין זה לדון בין משחדו לרעהו, הוסר ממנו גם מחסה החכמה אשר הובטח בה תמיד" (שם, עמ' מא (ההדגשות אינן במקור)). לפי הסבר זה, איסור השוחד יצר באדם נטייה החורגת מטבעו האנושי, וכופה עליו להתמסר לנטייתו האישית. מאחר שנטייה זו ייחודית לאיסור השוחד, ההנחה בדבר אי יכולתו של

למנוע מאדם להימצא במצב של ניגוד עניינים, ולא בשל החשש שמא ניגוד העניינים ימנע ממנו לבצע את תפקידו כהלכה, אלא בשל החשש מפני פגיעה באמון הציבור במוסד החברתי שבמסגרתו הוא פועל.

כאשר הדיין מקבל שוחד, הוא לא רק מכניס עצמו למצב שעלול להטות את דעתו, אלא גם מערער את אמון הציבור במערכת המשפטית. מסיבה זו ביקשה ההלכה להרחיק את הדיין מן הדיון בכל עניין שבו יש לו נגיעה אישית.<sup>310</sup>

הליך עיבור השנה איננו הליך שיפוטי במובן המקובל של הביטוי,<sup>311</sup> אך זהו הליך פומבי, שענייני כל ישראל נשואות אליו. זהו הליך שיש לו השלכות משמעותיות על

האדם לפעול בניגוד לענייניו האישי תקפה אך ורק במסגרת של ההליך המשפטי.  
<sup>310</sup> דומה כי תפיסה זו עולה מן הדיון בזכותו של דיין לקחת שוחד משני הצדדים לדיון, כמובא בתלמוד בבלי כתובות קה, א –

קרנא הוה שקיל איסתירא מזכאי ואיסתירא מחייב, ודאין להו דינא [=קרנא היה נוטל מטבע מהזכאי ומטבע מהחייב, ודן להם את הדין]. והיכי עביד הכי? [=ואיך עשה כן] והכתיב: 'שוחד לא תקח!' וכי תימא הני מילי היכא דלא שקיל מתרוייהו, דלמא אתי לאצלויי דינא, קרנא כיון דשקיל מתרוייהו לא אתי לאצלויי דינא [=ואם תאמר, דברים אלו כשלא נטל משניהם, קרנא, כיון שנטל משניהם לא יבוא להטות דין], וכי לא אתי לאצלויי דינא מי שרי? [=וכי כשלא בא להטות דין מותר?]. והתניא: 'שוחד לא תקח' מה תלמוד לומר? אם ללמד שלא לזכות את החייב ושלא לחייב את הזכאי, הרי כבר נאמר: 'לא תטה משפט!' אלא אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב, אמרה תורה: ושוחד לא תקח!

מדברים אלו עולה, שנטילת שוחד שיש בה כדי להטות את דעתו של הדיין אסורה מכוח הציווי 'לא תטה משפט'. מובן אפוא, שאיסור נטילת השוחד קיים, גם כאשר אין חשש שנטילת השוחד תטה את דעתו של הדיין. נראה שהסיבה לכך שהאיסור קיים גם כאשר אין חשש לעיוות דין היא, שעצם נטילת השוחד, עצם העובדה שהציבור יודע על דיין שנוטל שוחד, די בה כדי לערער את אמון הציבור בדייניו (אבל, השוו לדברי **ספר החינוך** שמסביר את איסור נטילת השוחד משני הצדדים בכך שהתורה התכוונה "להסיר מבינינו ההרגל הרע פן נבוא מתוך כך לדון בשוחד דיני שקר" (**ספר החינוך** פג), וכעין דברים אלו גם בפני יהושע כתובות שם ("דסופו ליטול מאחד מהן"). וראו גם **ברכי יוסף** חו"מ ט, ג האוסר מתן שוחד גם כאשר בעל הדין יודע שבעל דינו כבר נתן לדיין שוחד, ומתן השוחד נועד 'לאזן' את שיקול הדעת של הדיין. אבל, השוו לדברי **שו"ת חוות יאיר** קלו, שמדבריו משמע שאין הדבר אסור.

והשוו גם לדבריהם של קרמניצר ולבנון, שטענו ש"אמון הציבור הוא בוודאי לא הערך המרכזי מאחורי עבירת השוחד, וספק אם הוא בכלל אחד הערכים שעליהם אמורה העבירה להגן" (מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, "עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד" **עלי משפט** א(תשס"א) 369, 373).

<sup>311</sup> אמנם, חזון אי"ש (**אמונה וביטחון** עמ' מב) סבור שגם הליך זה הוא בגדר 'משפט'. קביעה זו מבוססת על הדרשה שבתלמוד **הבבלי** (ראש השנה, כה, ב) על הפסוק "תקעו בחודש שופר בכסה ליום חגנו, כי חוק לישראל הוא משפט לאלהי יעקב" (תהלים פא, ד-ה) שממנה עולה שהליך קידוש החודש מכונה 'משפט'. מכוחה של דרשה זו למדו חכמים שניתן להקיש מהלכות סדר הדין האזרחי גם להלכות סדר הדין בהליך קידוש החודש. את הקושי הנובע מכך שהפסוק עוסק בהליך קידוש החודש ולא בהליך עיבור השנה, פוטר חזון אי"ש בטענה ש"גם עיבור שנה כקידוש החודש".

קביעת לוח השנה היהודי, על כל המשתמע מכך. בשל כך, הליך זה חייב להתבצע בדרך המסירה כל צל של לזות שפתיים בעניין הגינותו של ההליך.

גם הליך ראיית נגע הצרעת איננו הליך משפטי, אך זהו הליך מעין פלילי, כנגד מספר לשון הרע,<sup>312</sup> שתוצאותיו יכולות להיות נידוי חברתי. הליך זה מנוהל על ידי הכהן, נציג הממסד הדתי, המשמש כמעין 'תובע כללי' ו'דיין' כאחד.<sup>313</sup>

הסיבה לכך שהכהן נאמן להעיד על נגעי עצמו אך אינו נאמן לראות את נגעי עצמו היא, שהצהרתו בפני חברו איננה חלק מהליך ראיית הנגע הקובע את הסטאטוס של המצורע. זוהי מעין הקדמה להליך, שהיא חיונית רק כאשר לכהן הרואה את הנגע חסרה מיומנות הנחוצה לו לשם קיומו של ההליך. משום כך, בניגוד להליך ראיית הנגע, ההצהרה בנוגע לצורתו, היקפו צבעו של הנגע וכדומה, יכולה להיעשות גם על ידי הכהן הנגוע.

ולבסוף, גם ביקורת הבכורות או התרת הנדרים הם הליכים מעין משפטיים, כעולה מדבריו של הגר"א –

כל ההלכות שבתורה אדם מורה לעצמו חוץ משלשה אלו: נגעים, ונדרים ובכורות. **שתלויין במאמר פה** – נגעים, שיאמר הכהן 'טמא' או 'טהור'; נדרים – שיאמר החכם 'מותר'; ובכורות – שיאמר היחיד מומחה או שלשה הדיוטות 'כשר'.<sup>314</sup>

תלותו של ההליך ב'מאמר פה' מלמדת שאין כאן הלכה המתקיימת מכוחן של עובדות, אלא סטאטוס המתקיים כתוצאה ממתן 'פסק דין הצהרתי' ('מאמר פה'). פסק דין שכזה איננו יכול להינתן על ידי כהן או חכם שיש לו נגיעה אישית

<sup>312</sup> ע"פ דבריו של ריש לקיש בתלמוד בבלי ערכין טו, ב, "מאי דכתיב 'זאת תהיה תורת המצורע'?" זאת תהיה תורתו של מוציא שם רע".

<sup>313</sup> הדמיון שבין הליך ראיית הנגע להליך המשפטי הקלאסי עולה גם מן ההסבר של התנאים לעמדת רבי מאיר בעניין ראיית נגעי הקרובים: "מקיש נגעים לריבים, מה ריבים שלא בקרובים - אף נגעים שלא בקרובים" (מדרש תנאים דברים כא, ה. וראו גם: מדרש רבה (וילנא) דברים שופטים, פרשה ה, אות א; תלמוד בבלי נידה נ, א; סנהדרין לד, ב). האיסור לדון בעניינם של קרובים מבוסס על הצורך להגביר את אמון הציבור במערכת המשפטית (שהרי אין חושדים באדם שיטה דין למען קרוביו, וראו להלן, הערה 488). בדומה לכך, גם בהליך ראיית הנגע לא ניתן לדון בעניינם של קרובים, משום שהדבר יפגע באמון הציבור בממסד הדתי. נראה אפוא שאת המחלוקת שבין רבי מאיר לתנא קמא בנוגע לראיית נגעי הקרובים יש לתלות ברמת ההשוואה להליך המשפטי. לדעת תנא קמא, ההליך המשפטי חשוף יותר לביקורת ציבורית מהליך ראיית הנגע, ובשל כך אין ליצור זהות מלאה בין ההליכים. (והשוו גם לדברי ספר החינוך מצווה תקפט בעניין הסיבה לפסילתם של עדים בעלי עניין אישי בעדות ("רצה המקום להרחיק ממנו, לבלתי עשות דין בין בני אדם רק בעדות חזק, אמיתי, נקי מכל חשד...")).

<sup>314</sup> אליהו רבא וורשא תרכ"ג, נגעים ב, ה (עמ' י). וראו גם, נתן פריז נידה א, יו"ד קפחב, עו, א ד"ה והנה.

בתוצאותיו של ההליך, משום שהדבר יפגע באמון הציבור בהגינותו של ההליך ובהגינותם של אלו האמונים על ביצועו.<sup>315</sup>

לעומת זאת, בדיקתן של בהמות המעשר או הקדשים, בדיקתה של סכין השחיטה, בדיקת כתמי הנידה וכשרות הבהמה לאכילה הן הכרעות הלכתיות שאין בהן סממנים של הליך משפטי, הן מבחינת פומביות ההליך והן מבחינת מהותו. אלו הכרעות עובדתיות בעיקרן, שמקומן בחדרי חדרים. קבלתן של הכרעות אלו על ידי מי שנגוע בניגוד עניינים אינה מערערת את אמון הציבור במוסדות חברתיים שיש להגן על אמון הציבור בהם, ובהעדר חשש מפני פגיעה באמון הציבור, יש להניח ש"אין נגיעה בעולם בעלת כח להטות לב חכם לעוות משפט".<sup>316</sup>

הנחה זו עולה בקנה אחד עם תפיסת טבע האדם במקרא ובהגות היהודית, המלמדת שהאדם איננו *Homo Economicus*. האדם הוא יצור מורכב, שבצד היותו דומה ל"דגים שבים", שכל הגדול שבהם בולע את חברו, טבועות בו גם תכונות של חמלה, אמפתיה נאמנות ומסירות, שמקורן בצלמו של הבורא, שבדמותו נברא האדם. בשל כך, הנחת המוצא של ההלכה היא, שיש בכוחו של האדם להתגבר על נטיותיו האנוכיות ולקבל הכרעות אובייקטיביות, גם בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים.

<sup>315</sup> אמנם, הליך התרת הנדר משפיע בעיקר על האדם הנודר ולא על החברה בכללה (בניגוד להליך המשפטי, להליך עיבור השנה ואפילו להליך ראיית הנגע). אפשר שבשל כך סבר רבי מאיר שניתן להתיר את נדרי הקרובים. כך סבר גם רבי יהודה, אך בכל זאת הוא אסר על החכם להתיר את נדרי אשתו. המפתח להבנתה של עמדה זו מצוי בדרשה התנאית על הפסוק 'לא יחל דברו' (במדבר ל, ג): "לא יחל דברו. הוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו" (פסיקתא זוטרתא (לקח טוב) פרשת מטות; מדרש אגדה (בובר) במדבר ל, ג, ב; שם דברים ג, כד; תלמוד בבלי חגיגה י, א). התרת הנדר כרוכה בניתוח פסיכולוגי של רצינותה של ההתחייבות. ניתוח שכזה יכול לבצע רק אדם אחר, שאיננו הנודר בעצמו. רבי יהודה סבר, שבשל הקשר הנפשי ההדוק שבין בעל ואשתו, אף הבעל אינו יכול להיחשב 'אחר', שביכולתו להתיר את הנדר, כפי שמטעים ר"י ליפשיץ: "טעמא דרבי יהודה משום דאשתו כגופו דמי, ולא הוה בכלל 'אבל אחרים מוחלין לו'. ואפילו הכי, לרבי יהודה רואה נגעי אשתו, דאף על גב דכגופו דמי, על כל פנים שייך גבה 'והובא אל הכהן', דאף על גב דכגופו דמי, על כל פנים רק הוא כהן ולא היא. וקיימא לן שאין בעל מתיר נדרי אשתו... אבל כל קרוב מתיר, אפילו אב לבן ואיפכא" (תפארת ישראל יכין, נגעים ב, ה אות לג).

<sup>316</sup> חזון אי"ש אמונה וביטחון עמ' מא.

## ג. איסור ניגוד עניינים

כאמור לעיל, לחובה למלא את התפקיד בנאמנות יש שני ענפים: החובה להימנע מן ההימצאות במצב של ניגוד עניינים או מביצוע פעולה במצב של ניגוד עניינים, והחובה להימנע מהפקת טובת הנאה עקב ביצוע התפקיד.

האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים עשוי לקום מכוחן של הוראות חוק,<sup>317</sup> כללי אתיקה, הוראות מנהל<sup>318</sup> או מכוחו של "המשפט המקובל הישראלי".<sup>319</sup>

תחולתו של איסור זה אינה מוגבלת למשפט הפרטי. הוא חל על שליחים, על מנהלי חברה, על חברי כנסת ועל שרי הממשלה.<sup>320</sup>

כדי להבין היטב את משמעותו של האיסור, יש לפרק את הביטוי 'ניגוד עניינים' ליסודותיו הבסיסיים ביותר: 'העניין', 'הניגוד' ו'האיסור'.

### 1. ה'עניין'

ההגדרה המילונית של הביטוי 'עניין' היא: (1) עסק, דבר או מעשה שאדם עוסק בו. (2) פרק, נושא, סוגיה, דבר שנותנים את הדעת עליו (3) התעניינות, תשומת לב, 'אינטרס'.<sup>321</sup>

משמעותו של ה'עניין' שב'ניגוד עניינים' נגזרת מן ההגדרה המילונית השלישית: נושא הלכוד את התעניינותו של אדם ואת תשומת לבו עד שניתן לומר שרגשותיו, מעייניו ומחשבותיו של האדם נתונים לו.<sup>322</sup>

<sup>317</sup> ראו למשל: סעיפים 28(2), 8(3), ו-8(5) לחוק השליחות; סעיף 10(ג) לחוק הנאמנות; חוק החברות, סעיף 254(א)(1)-(2); סעיף 438 להצעת חוק דיני ממונות.

<sup>318</sup> ראו למשל, כללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, "פ התשס"ג 1136.

<sup>319</sup> ראו, אהרון ברק, "איסור ניגוד עניינים" בתוך: **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 29, 39 ובאסמכתאות שבהערה 53, שם (להלן: ברק, ניגוד עניינים).

<sup>320</sup> ראו למשל: בג"ץ 595/89 **שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים** פ"ד מד (1) 409, 413 ("העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים הינו... עקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והציבורי גם יחד"); בג"ץ 7279/98 **חבר הכנסת שריד, יושב ראש תנועת מרצ ישראל הדמוקרטית נ' ממשלת ישראל** פ"ד נה(1) 740, 757 (להלן: פרשת שריד). וראו גם, ברק, **ניגוד עניינים** עמ' 29-30, ובאסמכתאות המובאות שם בהערות 2-9.

<sup>321</sup> מילון אבן שושן, ערך 'עניין'. והשוו גם להגדרה המוצעת במילון ספיר: "(1) **דבר שיש בו נגיעה או חשיבות (לאדם או לציבור)**; (2) חומר למחשבה או לדיון וכדו'; (3) **התעניינות, רצון או סקרנות לדעת, תשומת לב**; (4) מקרה, עסק; (5) פירוש, משמעות, הוראה; (6) משפט, דין, נושא משפטי".

<sup>322</sup> ראו, יותם בנזימן, "על בעלי תפקיד ובעלי עניין", בתוך: **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 45, 46-45 (להלן: בנזימן, על בעלי תפקיד). פלדמן מעיר, שמנקודת מבט פסיכולוגית, עניין אישי יכול להיות גם "דימוי עצמי, הימנעות מהודאה בכישלון, זהות קבוצתית ועוד" (פלדמן, **ניגוד**

ה'עניין' יכול שיהיה כלכלי, רגשי או משפחתי,<sup>323</sup> ובלבד שיהיה זה עניין שאיננו זניח.<sup>324</sup> הוא יכול להיות עניינו האישי של חב האמון (להלן: עניין אישי), ובכלל זה גם עניינם האישי של קרוביו, ידידיו או שותפיו,<sup>325</sup> או עניין הנובע מחובות אחרות המוטלות על חב האמון כלפי זכאים אחרים (להלן: עניין מוסדי).<sup>326</sup>

## 2. ה'ניגוד'

כדי שהמשפט יידרש לניגוד העניינים על הניגוד להיות כזה שיש בו כדי להשפיע על הכרעותיו של חב האמון. השאלה כיצד ניתן להבחין בין ניגוד משמעותי לניגוד שאיננו משמעותי היא "שאלה מורכבת וקשה".<sup>327</sup>

בפרשת שריד,<sup>328</sup> שעסקה בניגוד עניינים של עובד ציבור, הוצעו שלושה מבחני עזר להערכת עצמתו של הניגוד. מבחנים אלו התמקדו במידת האינטנסיביות של המגע בין התפקיד לבין העיסוק הפרטי, בסוג הנושאים שלגביהם קיים ניגוד עניינים ובמספר העניינים שלגביהם קיים ניגוד שכזה.

את המבחנים האמורים ניתן להפעיל על דרך ההיקש גם לבחינת עצמתו של הניגוד

---

**עניינים עמ' 70.** אולם, פלדמן עצמו (שם) מעיר שהרחבת היקפו של העניין האישי באופן שיכלול גם עניין פסיכולוגי יקשה מאוד את קביעת גדרו של העניין האישי, ובשל כך "עולה השאלה אם נורמטיבית, נהיה מעוניינים לקבוע שאינטרסים כגון דימוי עצמי או הגשמה עצמית ייחשבו אינטרסים לא לגיטימיים, שמעוררים חשש לניגוד עניינים".

<sup>323</sup> ראו למשל, ע"פ 3891/04 **ערד השקעות ופתוח תעשיה בע"מ נ' מדינת ישראל** פ"ד ס (1) 294, 335 ("כל זיקה אישית שיש לבעל מניות לעסקה הנדונה, שהינה בנוסף לזיקה שיש לבעל המניות בחברה בתור שכזה, עשויה להחשב ליענין אישי' של בעל המניות בעסקה הנדונה. הזיקה אכן יכולה, אך לא חייבת, להיות טובת הנאה כלכלית לכיסו הפרטי של בעל המניות") וראו גם: **ברק, ניגוד עניינים עמ' 37.**

<sup>324</sup> ראו: ע"פ 3891/04 הנ"ל בהערה 323, עמ' 329 ("יש לבחון את משקלו של האינטרס האישי באופן מידתי המביא בחשבון את טיבו של האינטרס הנוגע לעסקה הנדונה, וייתכנו מקרים שבהם יהיה מוצדק לקבוע כי אינטרס שולי וזניח אינו מקים עניין אישי"). וראו גם, יצחק זמיר, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" בתוך: **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 226, 241 ("לא כל טובת הנאה רחוקה ודלה, ואף לא כל נזק קל, יוצרים מצב של ניגוד עניינים. רק טובת הנאה ממשית או נזק ממשי יוצרים מצב כזה" להלן: זמיר, ניגוד עניינים).

<sup>325</sup> ראו למשל: סעיף 13(א) ו-13(ב) לחוק הנאמנות; סעיף 1 לחוק החברות, הגדרת "עניין אישי" ("ענין אישי של אדם בפעולה או בעסקה של חברה, לרבות ענין אישי של קרובו ושל תאגיד אחר שהוא או קרובו הם בעלי ענין בו...").

<sup>326</sup> למשל, סעיף 10(ג) לחוק הנאמנות ("נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן") עוסק בניגוד עניינים מוסדי, בעוד שסעיף 13(א) לחוק זה ("נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו") עוסק בניגוד עניינים אישי.

<sup>327</sup> **פרשת שריד עמ' 757.**

<sup>328</sup> שם.

במשפט הפרטי, אך דומה כי גם מבחנים אלו אינם מספקים מענה שלם לשאלת הדרך בה ניתן להעריך את עצמתו של הניגוד.

## 2.1 ניגוד אובייקטיבי או סובייקטיבי?

מאחר שהאיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים נועד למנוע מחב האמון לשקול שיקולים זרים בביצוע תפקידו, יש טעם לבחון את השפעתו של הניגוד עליו במשקפיים 'סובייקטיביות' ולהבין מה עשוי להשפיע על חב האמון, בשים לב ליכולותיו האישיות, להעדפותיו, לניסיונו וכדומה.

אולם, כאשר בניגוד עניינים של עובדי ציבור עסקינן, אימצו בתי המשפט אמת מידה מחמירה יותר, הבוחנת את קיומו או אי קיומו של ניגוד עניינים במשקפיים אובייקטיביות, תוך התעלמות מנסיבותיו האישיות של חב האמון.<sup>329</sup>

לדעת ברק-ארז, נבות וקרמניצר, הגישה האובייקטיבית היא אמנם "הגישה המנחה את הדיון המשפטי בנושא" של ניגוד עניינים במרחב הציבורי,<sup>330</sup> אך "אף היא אינה מסירה לחלוטין את המבוכה המושגית שמעורר הדיון בניגוד עניינים".<sup>331</sup> בשל כך הם סבורים שיש להקפיד על כך ש"יישומם של המבחנים הכלליים חייב להיעשות בתשומת לב לנסיבותיו האישיות של מקבל ההחלטה - ובכלל זה החברה שהוא חי בה והקשר התרבותי שהוא פועל בו".<sup>332</sup> ניתן לכנות גישה זו כגישה

<sup>329</sup> ראו למשל: פרשת סיעת הליכוד עמ' 572 (די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים... אפשרות ממשית זו נמדדת באמות מידה אובייקטיביות, ולא על פי חששותיו הסובייקטיביים של צד זה או אחר"); ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' יצחק גרוסמן פ"ד (לו) 405, 420 ("עובד ציבור עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים, גם אם הוא סובייקטיבית סבור, שהוא אינו נתון במצב זה. הטעם לכך הוא, שהמבחן לניגוד עניינים במשפט מינהלי הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי" (ההדגשה אינה במקור)); בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים פ"ד מה(2) 265, 273 ("היכן יוצב הגבול, ומתי תיפסק אותה 'שרשרת' של ניגוד עניינים? תשובתי היא פשוטה: השרשרת תיקטע באותה חוליה, שממנה ואילך שוב לא יעלה החשש האובייקטיבי לניגוד עניינים").

ייתכן שההבדל הקיים בהקשר זה בין ניגוד העניינים במרחב הציבורי לניגוד העניינים במשפט הפרטי קשור לצורך להגביר את אמון הציבור בנציגי הממסד הציבורי (על צורך זה ראו למשל, בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מז(2) 229, 269 ("אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים"). הציבור הרחב אינו מודע תמיד לנסיבותיו המיוחדות של כל פקיד ציבור. לכן, די בקיומו של ניגוד עניינים אובייקטיבי כדי לפגוע באמון הציבור בהגנות פעילותה של הרשות הציבורית. השמירה על אמון הציבור ברשות הציבורית ובנציגיה, מחייבת אפוא את האימוץ של אמות מידה אובייקטיביות לניגוד העניינים במרחב הציבורי.

<sup>330</sup> דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר, "מבוא: ניגוד עניינים במרחב הציבורי" בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי 9, בעמ' 14 (להלן: ברק-ארז, נבות וקרמניצר, ניגוד עניינים במרחב הציבורי).

<sup>331</sup> שם.

<sup>332</sup> שם.

אובייקטיבית-סובייקטיבית, המבקשת ללמוד על עצמתו של הניגוד הן מ"מבחינים כלליים" אובייקטיביים, והן מנתונים סובייקטיביים, המתבססים על "נסיבותיו האישיות של מקבל החלטה".

## 2.2 ניגוד ממשי או סביר?

ניגוד תיאורטי בין עניינים אינו מצדיק התערבות של המשפט.<sup>333</sup> אולם, אין זה אומר שהמשפט יאסור על חב האמון לבצע פעולה, רק כאשר הוא מצוי בניגוד עניינים ממשי.

כדי לנסות ולתחום את גבולותיו של הניגוד, נוכל להסתייע בהבחנה שפותחה במשפט המנהלי, בין שתי רמות של 'ניגוד': ניגוד 'ממשי', המתאר מצב עניינים שבו קיים ניגוד בפועל בין העניין שאותו נדרש חב האמון לקדם לעניין אחר שלו, וניגוד 'סביר', המתאר מצב עניינים שבו כרגע לא ניתן להצביע על קיומו של ניגוד עניינים 'ממשי', אך קיימת סבירות גבוהה שבעתיד ניגוד שכזה יקרה.

בשאלה, האם ניגוד עניינים אסור חייב להיות ניגוד 'ממשי' או שמא די בכך שיהיה זה ניגוד 'סביר', קיימת נטייה להבחין בין סוגים שונים של יחסי אמון ובין סוגים שונים של חייבי אמון.

כך למשל, בפרשת שריד קבע השופט ברק ש"כאשר האינטרסים המתנגשים הם אינטרס פרטי ואינטרס ציבורי, הדעה המקובלת היא כי די בקיומו של חשש סביר להתנגשות כזו".<sup>334</sup> מקביעה זו ניתן להסיק, שכאשר ההתנגשות אינה בין אינטרס פרטי לאינטרס ציבורי, הניגוד צריך להיות ממשי.

אף על פי כן, בפרשת סיעת הליכוד נאמר שהשאלה אם נדרשת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים, או שמא די בחשש סביר כי עשוי להתקיים ניגוד עניינים היא "שאלה יפה",<sup>335</sup> ובפסיקת בית המשפט העליון "יש סימוכין לשתי ההשקפות",<sup>336</sup> אך כפי שציין זמיר, "שאלה יפה זו אינה מפסיקה להעסיק את בית המשפט ולהטריד את הקהילה המשפטית כולה".<sup>337</sup>

לפי זמיר, "על פי רוב מחיל בית המשפט את מבחן האפשרות הממשית כדבר שבשגרה, אך לעתים מזומנות הוא מחיל את מבחן החשש הסביר",<sup>338</sup> ואף ציין

<sup>333</sup> פרשת שריד עמ' 757 ('שאלה מורכבת וקשה היא השאלה אימתי האינטנסיביות של ניגוד עניינים מגיעה לדרגה הדורשת התערבות... אין ספק כי לא די לעניין זה בחשש רחוק או תיאורטי').

<sup>334</sup> שם. כאמצעי עזר לבדיקת קיומה של דרגת החומרה ניתן לבחון את הנתונים האלה: (א) מידת האינטנסיביות של המגע בין התפקיד הציבורי לבין העיסוק הפרטי. (ב) סוג הנושאים שלגביהם קיימים ניגודי עניינים. (ג) מספר העניינים שלגביהם קיים ניגוד כזה.

<sup>335</sup> פרשת סיעת הליכוד עמ' 572.

<sup>336</sup> שם. לאסמכתאות מן הפסיקה לשתי ההשקפות, ראו ברק, ניגוד עניינים עמ' 36, הערה 37.

<sup>337</sup> זמיר, ניגוד עניינים עמ' 257.

<sup>338</sup> שם.



ש'פסקי דין אחדים הביעו במפורש תמיכה במבחן החשש הסביר כמבחן כללי העדיף על מבחן האפשרות הממשית בכל מקרה של ניגוד עניינים.<sup>339</sup>

הנטייה הגוברת להחיל את מבחן החשש הסביר, דווקא במצבים של ניגוד עניינים אישי, להבדיל ממצבים של ניגוד עניינים מוסדי, שבהם יוחל מבחן החשש הממשי,<sup>340</sup> מבוססת על התחושה, שניגוד עניינים אישי הוא חמור יותר, משום שהוא נושא עמו 'ריח' של שחיתות.<sup>341</sup>

זמיר נוטה לדחות את ההבחנה האמורה ולאמץ את מבחן החשש הסביר לכל הסוגים של ניגוד העניינים, הן בשל הקושי להבחין בין 'אישי' ל'מוסדי' והן בשל הטענה, שייחוסה של השחיתות דווקא לניגוד העניינים האישי אינה חדה כלל ועיקר.<sup>342</sup> לעומתו, ברק מעדיף להותיר את הנושא בעמימותו, ולדון במבחן הראוי להערכת עצמתו של ניגוד העניינים בהתאם ל'מהות ההקשר'.<sup>343</sup> בהתאם לכך, בעקבות דבריו של מרזל,<sup>344</sup> ברק סבור שבכל הנוגע לשופטים, אפשר להסתפק במבחן 'האפשרות הממשית', וזאת בשל מקצועיותו, יושרו ואי תלותו של השופט.<sup>345</sup>

### 3. ניגוד עניינים אסור

'ניגוד עניינים' הוא אם כן, מצב שבו 'עניין' של אדם במובן האמור, מתנגש עם 'עניין' אחר שלו.<sup>346</sup> אולם, לא כל 'ניגוד עניינים' הוא אסור. לאדם עשוי להיות עניין רב בבילוי זמן איכות עם ילדיו, ובו בעת יכול להיות לו עניין בפעילות קהילתית. מובן מאליו שקיים ניגוד בין שני העניינים האמורים, אך ניגוד זה אינו פסול, הוא חלק טבעי מחייו של כל אדם.<sup>347</sup>

339 ש.ם.

340 ראו זמיר, **ניגוד עניינים** עמ' 257-258 והאסמכתאות שבהערה 110, ש.ם.

341 ראו זמיר, **ניגוד עניינים** עמ' 61.

342 ש.ם. זמיר טוען גם, שלהבחנה שבין 'חשש סביר' ל'אפשרות ממשית' נודעת משמעות אקדמית בעיקר, משום שקשה לחשוב על מצב המקיים 'חשש סביר' של ניגוד עניינים' אך לא יוצר 'אפשרות ממשית' לכך. ראו ש.ם, עמ' 260.

343 **ברק, ניגוד עניינים** עמ' 35. כך למשל, ניתן להציע שהמבחן לקיומו של ניגוד עניינים יהיה מחמיר יותר, שעה שבאים לדון האם להתיר לאדם לפעול מלכתחילה, ומיקל יותר שעה שדנים בתוקפה של פעולה שבוצעה תוך הפרת האיסור. להצעה מסוג זה ראו למשל, משה הירש, 'ניגוד עניינים אצל בוררים' **משפטים** כב (תשנ"ג) 169, 175 (להלן: הירש, ניגוד עניינים).

344 יגאל מרזל, **דיני פסלות שופט** לשכת עורכי הדין, תל אביב 2006, עמ' 32, 38, 103-104.

345 **ברק, ניגוד עניינים** עמ' 35. אבל, מנגד, ניתן לטעון שלאור חומרתה של הפגיעה בתדמית עשיית הצדק ובאמון הציבור בעקבות השימוש בתפקיד שיפוטי תוך ניגוד עניינים, יש להעדיף דווקא את המבחן המחמיר. לטיעון ברוח זו ראו למשל, **הירש, ניגוד עניינים** עמ' 175-176. אמנם, הדברים נאמרו במסגרת הדיון בניגוד עניינים של בוררים, שאינם בהכרח שופטים מקצועיים.

346 ש.ם, עמ' 46.

347 ראו ש.ם.

ניתן אם כן לומר, ש'ניגוד העניינים' חייב להיות קשור לעניינם של שני אנשים. אולם גם הגדרה זו אינה מדויקת. לאדם אחד עשוי להיות עניין רב לטייל בנחת בפארק עם זוגתו בשעות בין הערביים, בעוד שלחברו יש עניין רב לשחק כדורגל עם ילדיו בדיוק בשעה זו ובמקום זה. ניגוד עניינים זה דורש לעיתים התערבות משפטית, אך עצם קיומו איננו פסול.<sup>348</sup>

אי לכך, כדי להבין את מהותו של האיסור על ניגוד עניינים, יש להבחין בין ניגוד עניינים מותר לניגוד עניינים אסור, ולהגדיר בצורה מדויקת, מהו ניגוד העניינים האסור.

אכן, **תנאי הראשון** לכך שניגוד העניינים יהיה אסור הוא, שהניגוד צריך להיות בין עניינו של אדם אחד לעניינו של אדם אחר.<sup>349</sup> אך תנאי זה איננו תנאי מספיק.

**התנאי השני** הוא, שבין שני בעלי העניין צריכים להתקיים יחסי אמון.<sup>350</sup> לתפיסתו של ברק, יחסי אמון אלה מתאפיינים בתלות של אדם אחד בזולתו, ושליטה של הזולת בענייניו.<sup>351</sup>

יחסים מסוג זה קיימים, למשל, "בין עובד הציבור... לבין הציבור שהוא משרת; בין מנהל לבין התאגיד שבו הוא משמש אורגן; בין שלוח לבין שולח; בין צדדים לבוררות לבין הבורר; בין אפוטרופוס לבין הנתון לפיקוחו; בין בעל מקצוע... לבין לקוח הנזקק לשירות; בין נאמן לבין נהנה".<sup>352</sup>

רשימה זו איננה רשימה סגורה כמובן, משום ש"ככל שחברה נעשית רגישה יותר לבעלי השליטה שבה, ולאופן שבו הם משתמשים בשליטתם, כן גוברת ההכרה כי מן הראוי להעמיד את בעלי השליטה במערכת יחסים מיוחדת, שממנה ייגזר גם האיסור על ניגוד העניינים".<sup>353</sup>

ואולם, גם תנאי זה עדיין איננו מספיק כדי למצות את הגדרתו המשפטית של ניגוד העניינים האסור. **תנאי שלישי**, המגלם בתוכו את ההצדקה לקיומו של האיסור הוא, שהאדם שבידו נמסרה השליטה בענייניו של הזולת מסוגל להפעיל שיקול דעת שיש בו כדי להשפיע על עניינו של הזולת,<sup>354</sup> ויש לו אינטרס שונה מזה של הזולת בתוצאות החלטתו.<sup>355</sup>

<sup>348</sup> ראו ברק, **ניגוד עניינים** עמ' 33 ("האינטרס של האחד לאוטונומיה של הרצון הפרטי שלו נוגד את האינטרס של האחר לאוטונומיה של הרצון הפרטי שלו. ניגוד אינטרסים זה הוא הבסיס למשפט הפרטי. הוא משקף את ה'פיזיולוגיה' של המשפט הפרטי").

<sup>349</sup> **בנזימן, בעלי תפקיד** עמ' 46.

<sup>350</sup> **ברק, ניגוד עניינים** עמ' 30-31.

<sup>351</sup> **שם** עמ' 31-32.

<sup>352</sup> **שם** עמ' 32, וראו באסמכתאות המובאות שם, בהערות 11-21.

<sup>353</sup> **שם** עמ' 33.

<sup>354</sup> וראו ברק שם, עמ' 35, שמעיר ש"לעניין זה אין נפקא מינה אם אותה החלטה היא פרי שיקול דעת או בעלת אופי טכנימכני".

<sup>355</sup> **שם** עמ' 31.

## 4. תכליותיו של האיסור

בפסיקה ובספרות האקדמית בנושא של איסור ניגוד העניינים ניתן למצוא שלוש תכליות שונות לקיומו של האיסור. התכלית הראשונה מתמקדת בחובת ההתמסרות המוטלת על חב האמון. התכלית השנייה מתמקדת בחשש פני ניצול התפקיד לרעה והתכלית השלישית מתמקדת בשמירת אמון הציבור בנושא בתפקיד.

### 4.1 הבטחת התמסרותו של חב האמון לתפקידו

ניגוד העניינים עלול לערפל את מחשבתו של חב האמון ולמנוע ממנו להתמסר לחלוטין לטובת העניין שעליו לקדם. כך קבע השופט ש"ז חשין בראשית ימיה של המדינה בפרשת אגיון –

מנהלי חברה משמשים שלוחי החברה ועושי דברה. במידה מסוימת הם נאמני החברה, וכמנהלים עליהם לכוון את מעשיהם לטובת החברה, ורק לטובתה. שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע עליהם ויסיר את לבם מאחרי החברה וטובתה.<sup>356</sup>

לפי נימוק זה, ביסודו של האיסור מונח החשש שאינטרס אישי או צדדי יסיר את לבו של חב האמון מן העניין שעל קידומו הוא הופקד.<sup>357</sup>

### 4.2 סייג מפני ניצול התפקיד לרעה

בעיני רבים, האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים נועד לתת מענה ל"בעיית הנציג" שבה מצוי חב האמון.<sup>358</sup> ביטוי לתפיסה זו ניתן למצוא בפסק הדין בעניין בוכבינדר –

חובת האמונים משמעותה כי הדירקטור חייב לפעול כאשר לנגד עיניו עומד האינטרס של החברה ולא אינטרס אישי... ביסוד חובה זו עומד כוחו של הדירקטור, אשר חברותו בדירקטוריון מעניקה לו שליטה על רכושו של אחר (החברה). קיים חשש - המבוסס על ניסיון החיים - כי הכוח ינוצל לרעה.<sup>359</sup>

<sup>356</sup> המרצה 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' יוסף ואדוארד אגיון פ"ד ו 887, 889 (ההדגשות שלי - י.א). וראו גם פרשת התנועה למען איכות השלטון עמ' 149 ("האינטרס האישי או האינטרס הציבורי האחר יכולים שיערפלו את מחשבתו הנקייה של איש הציבור – מחשבה האמורה להטביע עצמה אך באינטרס שהוא מופקד על קידומו – יסטו אותו מדרך הישר וירחיקו את ליבו מן העיקר שהוא חייב בו").

<sup>357</sup> אילו זה היה אמנם הנימוק המרכזי לקיומו של האיסור, מבחינה אנליטית, נכון היה לשלב איסור זה דווקא במסגרת הדיון על חובות ההשגחה, שחובת ההתמסרות לתפקיד היא ענף של חובות אלה, כפי שיובהר להלן. אולם, כפי שניווכח בהמשך, הפסיקה והכתיבה האקדמית סביב נושא זה מוכיחות שנימוק זה איננו הנימוק העיקרי לקיומו של האיסור.

<sup>358</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 121.

<sup>359</sup> פרשת בוכבינדר עמ' 332. וראו גם: בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש

כדי למנוע את ניצולו של הכוח שהופקד בידיו של חב האמון לרעה, הדין אוסר עליו להימצא במצב שבו הוא עלול לנצל את כוחו לרעה.

### 4.3 שמירה על אמון הציבור בנושא התפקיד

התכלית השלישית של האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים רלבנטית במיוחד לחייבי אמון שתפקידם דורש שמירה על אמון הציבור במוסד שבו הם מכהנים. כך למשל, בפרשת התנועה למען איכות השלטון נאמר שהאיסור נועד "להבטיח את אמון הציבור במערכת, שהצדק לא אך ייעשה אלא כי גם ייעשה גם יופיע במלוא הדרו".<sup>360</sup>

ואולם, ניתן בהחלט להחיל תכלית זו גם בהקשרים שאינם ציבוריים, שהרי "מן הראוי הוא, שקליינט יוכל לתת אמון בעורך דינו וברואה החשבון שלו, כבעצמו; מן הראוי הוא, שבעל מניות יוכל לסמוך על אלה המנהלים את העסק שבו השקיע את כספו",<sup>361</sup> משום ש"רוצים אנו לקיים בישראל חברה מתקדמת, הבנויה על מנהל ציבורי תקין, על שלטון החוק ועל יחסי אנוש המעוצבים על בסיס של יושר, הגינות וטוהר מידות".<sup>362</sup>

## 5. היקפו של האיסור

לאיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים יש נפקויות רבות. חב אמון אינו רשאי לרכוש לעצמו או לקרובו נכס, או כל זכות בנכס שנמסר בידיו מתוקף תפקידו.<sup>363</sup>

**הממשלה פ"ד נט(3) 145, 169** ("תכלית הדוקטרינה היא להגן על אנשים טובים וישרים מפני יצר הרע - השוכן בכל אחד מאתנו - שמא יינקשו ונפלו" להלן: פרשת איכות השלטון); **פרשת סיעת הליכוד עמ' 572-573** ("מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד... מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאונו לידי ניסיון"); רות פלאטו-שנער, "חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981: על היעדרה של חובת אמון בחוק" **חוקים** ה' (2013) 179, 215-216 ("מטרת האיסור היא למנוע את הרע בטרם יארע. זהו איסור הצופה פני עתיד, אלה הם "שוליים של ביטחון" שבאים לחזק את חובת האמון ולהחמירה, ולהרחיק את חב האמון מהסיכון של הפרתה"). וראו אסמכתאות שם, בהערות 183, 184.

<sup>360</sup> **פרשת התנועה למען איכות השלטון עמ' 166**.

<sup>361</sup> אהרון ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י' (תש"מ) 11, 16.

<sup>362</sup> שם (ההדגשה אינה במקור). וראו גם, חיים כהן, "כשרותם של משרתי ציבור", **משפט וממשל** ב' (תשנ"ח) 265, 288 ("יכול וגם 'אמון הציבור' אינו אלא מטפורה. מאחוריה עומדת השאיפה לרמה ציבורית כללית של הגשמת מוסר ודמוקרטיה ושלטון החוק"). כמו כן, באופן תיאורטי, פגיעה באמון הציבור באדם או בתאגיד עלולה לעלות כדי פגיעה ממשית בעניינו של התאגיד. לעניין זה ראו למשל, ע"פ 752/90 **ברזל ואח' נ' מדינת ישראל** פ"ד מו(2) 539, 559 (פסקה 63).

<sup>363</sup> ראו למשל: סעיף 13 לחוק הנאמנות; סעיף 8 לחוק השליחות. יצוין, שבע"א 604/77 **מוברמן נ' סגל** פ"ד לב(3) 85 נדונה השאלה, האם מנהל עיזבון רשאי לעשות עסקה עם עצמו בנכסי העיזבון. חוק הירושה לא טיפל בשאלה זו במישרין ובשל כך השופט אלון נדרש לאסור את הדבר מכוחו של ההיקש ומכוח גישת המשפט האנגלי והעברי בסוגיה זו. שילה מעיר, שאם פסק הדין היה ניתן שנים ספורות מאוחר יותר, ניתן היה לאסור את קיומה של העסקה ולבטל

בכלל זה: אין הוא רשאי לשכור נכס כאמור,<sup>364</sup> או ליטול מנכסים שהופקדו בידי נכסים בשיעור שלפי דעתו, ערכם מגיע כדי ערך ההוצאות המגיעות לו בשל מילוי תפקידיו.<sup>365</sup>

חב האמון אינו רשאי להפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה מנכסים אלה, והוא אינו רשאי לעשות דבר שיש בו סתירה בין טובת העניין שאותו הוא נדרש לייצג לבין עניינו שלו או של קרובו.

כך למשל, אין הוא רשאי להשתמש בנכסים שהפקיד הזכאי בידי והוא אינו רשאי להפיק מהם רווחים. הוא אינו רשאי לנצל לטובת עצמו הזדמנות עסקית שבאה לידי עקב ביצוע תפקידו, והוא אינו רשאי לקבל מאדם טובת הנאה כלשהי, עקב מילוי תפקידיו.<sup>366</sup>

חב האמון אף אינו רשאי לייצג במסגרת עסקה אחת שני גופים שהוא חב אמון כלפי כל אחד מהם (ניגוד עניינים מוסדי).<sup>367</sup>

## 6. התנאה על האיסור

תכליותיו של האיסור משליכות במישרין על שאלת הדיספוזיטיביות של האיסור. אם האיסור מבוסס על החשש מפני פגיעה בעניינו של הזכאי, יש טעם בקביעה, שניתן להתנות על איסור זה. זאת משום שהמשפט אינו צריך להגן על עניינו של אדם יותר מכפי שהוא עצמו מגן על עניינו.

לעומת זאת, אם האיסור נועד לקדם עניין חברתי כאמון הציבור באדם הנושא בתפקיד לשם הגנה על המוסד החברתי שבו הוא מכהן, יש טעם לשלול את זכותם של הצדדים להתנות על האיסור, אלא אם דבר קיומה של ההתניה יהיה מפורסם ברבים.<sup>368</sup>

בהקשר זה, נראה שהדין הישראלי מבחין בין חייבי אמון שונים. האיסור להימצא

---

את תוצאותיה מכוחם של סעיפים 13 ו-14 לחוק הנאמנות. ראו שמואל שילה, **פירוש לחוק הירושה ג**, בורסי 2002, עמ' 148.

לדעת פרוקצ'יה, האיסור מבוסס על ההנחה שהזכאי אינו מסוגל להגן על עצמו מפני חב אמון המבקש לנצל את תפקידו לרעה. בשל כך הוא סבור ש"איסור מוחלט על עריכת עסקאות בין הדירקטור לבין החברה איננו יעיל, שכן אפשר שהדירקטור מסוגל להציע לחברה תנאים טובים יותר מכפי שהיא יכולה ל קבל מאחרים. היא, מצידה, מסוגלת להחליט בעצמה אם תנאי העסקה נראים בעיניה, ובלבד שהאורגן המאשר לא יהיה כחומר ביד היוצר בידי הדירקטור" (אוריאל פרוקצ'יה **דיני חברות חדשים לישראל** 337-338). וראו גם **כרם, נאמנות** עמ' 547-548.

<sup>364</sup> ראו **כרם, נאמנות** עמ' 550.

<sup>365</sup> שם.

<sup>366</sup> ראו ע"א 1631/02 **גודבן ואח' נ' עמותת תשובה יצחק לפתרון מצוקת הזיור** (פורסם ב'נבו').

<sup>367</sup> ראו למשל: סעיף 28(2) לחוק השליחות; סעיף 10(ג) לחוק הנאמנות; סעיף 48 לחוק הכשרות.

<sup>368</sup> וראו גם להלן, אחר הציון להערה 273.

במצב של ניגוד עניינים נתפס כדיספוזיטיבי כאשר מדובר בשליח,<sup>369</sup> בנאמן,<sup>370</sup> או בבנקאי,<sup>371</sup> אך הוא נתפס כקוגנטי, כאשר מדובר, למשל, בעורך דין.<sup>372</sup>

את ההבדל שבין עורך הדין לשליח הסביר השופט דרורי בלשון זו –

עורך הדין הוא בעל המומחיות, אשר נשכר על ידי לקוחו לשרתו באמונה. פער הכוחות, הנובע מהידע המקצועי העודף של עורך הדין, מצדיק את המסקנה, לפיה הסכמת הלקוח אינה משנה דבר ביחס לחובת עורך הדין, ואינה מאפשרת לעורך הדין לנהוג ולפעול במצב של ניגוד עניינים.<sup>373</sup>

הסבר זה, בכל הכבוד, נראה שגוי, הגם שהתוצאה המשפטית נכונה. גם בין נהנה לנאמן יש פערי כוחות ובוודאי שקיימים פערי כוחות ומומחיות בין הלקוח לבנק. אם המומחיות ופערי הכוחות מצדיקים את שלילתה של הזכות להתנות על איסור ניגוד העניינים, מן הדין היה, שגם הבנק לא יהיה רשאי להתנות על איסור זה.

אף על פי כן, כפי שהוזכר לעיל, האיסור על ניגוד העניינים הוא דיספוזיטיבי, גם בדיני הבנקאות.

נראה אפוא שההסבר להבדלים שבין עורך הדין לשליח או לנאמן אינו קשור לפערי הידע והמומחיות אלא לאופיו של מקצוע עריכת הדין, כפי שהודגש בפרשת ערד פלוני –

חובתו של עורך הדין היא... לשרת את לקוחו בנאמנות ובמסירות. הנאמנות ללקוח היא הדיברה הראשונה מן הדיברות שניתנו לעורכי הדין... נאמנות זו היא רוח אופיו של המקצוע, היסוד עליו הוא בנוי. טול את מידת הנאמנות אשר הלקוח רוחש לפרקליטו ונטלת את נשמתו של המקצוע. על ידי הסמכת עורך הדין לעסוק במקצוע

<sup>369</sup> ראו ברק, שליחות סעיף 769 דוגמה להתניה על האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים יש בע"א 4092/90 מיטלברג נ' נייגר פ"ד מח(2) 529, שם התקיים דיון באב שנתן לבנו יפוי כוח לרשום את דירתו על שמו כמתנה.

<sup>370</sup> ראו למשל: סעיף 11 לחוק הנאמנות.

<sup>371</sup> ראו: סעיפים 15, 17(א) ו-17(א)5 לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995. וראו גם, סעיף 255(א) לחוק החברות, המאפשר לחברה לאשר פעולות הנגועות בניגוד עניינים, ובלבד שנושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה, וכן, שנושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי שיש לו בפעולה; קרניאל, הפרת אמונים עמ' 68.

<sup>372</sup> ראו תקנה 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, וראו ת"א (י-ם) 3324/01 אלמוני נ' ערד פלוני (פורסם ב'נבו') פסקה 104 (במערכת היחסים שבין עורך דין ללקוח, חובת הנאמנות איננה דיספוזיטיבית, כמו ביחסי שליחות רגילים. הדין הוא זה אשר מטיל על עורך הדין, ככזה, איסור להימצא בניגוד עניינים").

<sup>373</sup> שם, פסקה 105.

מכריזים השלטונות לפני העולם ומודיעים, כי פלוני המוסמך הגון  
הוא וראוי לכך, שהציבור ייתן בו אמון בתחומי מקצוע המשפט ובכל  
הכרוך בו ומסתעף ממנו.<sup>374</sup>

האיסור המוטל על עורך הדין להימצא במצב של ניגוד עניינים לא נועד אך ורק לשם הגנת עניינו של הלקוח, אלא גם לשם הגנת מעמדו של מקצוע עריכת הדין ומעמדם של מוסדות המשפט. בשל כך, ורק בשל כך, איסור זה לא ניתן להתנאה.<sup>375</sup>

## 7. מודל ההסדרה

ישנם שלושה מודלים אפשריים להתמודדות עם בעיית ניגוד העניינים. המודל הראשון, והליברלי מכולם, יכונה **מודל ההגינות המלאה**. על פי מודל זה, תיבחן פעולה שבוצעה במצב של ניגוד עניינים **בדיעבד**, ובמידה ויתברר שהפעולה בוצעה תוך שמירה על הגינות מלאה כלפי הזכאי, היא תהיה תקפה.<sup>376</sup>

המודל השני יכונה **מודל איסור הפעולה**. לפי מודל זה, החוק אינו אוסר אמנם על חב האמון להימצא במצב של ניגוד עניינים, אך מטיל עליו איסור גורף **לפעול** במצב שכזה. השימוש במודל זה בחקיקה הישראלית הוא שכיח למדי.<sup>377</sup>

המודל השלישי הוא **מודל 'החומה הסינית'** בלשונם של חנס וידלין.<sup>378</sup> לפי מודל

<sup>374</sup> עמ"מ 9/55 ע"ד פלוני נגר י"ר וחברי המועצה המשפטית פ"ד י' 1720, 1730 (ההדגשות אינן במקור). וראו גם, גבריאלי קלינג, **אתיקה בעריכת דין** לשכת עורכי הדין, 2001, 169.

<sup>375</sup> דומה שזו גם הסיבה לכך שכללי האתיקה אינם קובעים מנגנון המאפשר להתיר לעורך הדין את האיסור, בהסכמת הלקוחות או בהתאם לאישור מיוחד של בית הדין המשמעותי של הלשכה, בדומה, למשל, למנגנון שנקבע בסעיף 13(ג) לחוק הנאמנות. אם האיסור נועד למנוע פגיעה בעניינו של הזכאי, יש מקום להתיר את האיסור כאשר העמידה על קיומו עלולה אף היא לגרום נזק לזכאי. למשל, כאשר יש צורך למכור נכס של הזכאי וקיים חשש שערכו של הנכס יפחת אם לא יימכר באופן מיד, וחס האמון הוא היחיד המוכן ברגע זה לרכוש את הנכס. במקרה זה, ההקפדה על קיומו של האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים עלולה להזיק לזכאי יותר מהפרתו של האיסור. בשל כך, בנסיבות אלה יש לצפות שהחוק או בית המשפט יתיר את האיסור.

לעומת זאת, אם אמון הציבור הוא העומד ביסודו של האיסור, יש טעם לקבוע שהאיסור יחול גם בנסיבות מעין אלה, משום שהנזק הצפוי מן הפגיעה באמון הציבור באדם המכהן בתפקיד הדורש את קיומו של אמון שכזה רב מן הסתם מערכו של הנזק הכלכלי הצפוי בשל ההקפדה על קיומו של האיסור. כך הדין במדינת דלאוור שבארצות הברית. ראו בהרחבה, **ליכט, דיני אמונות** פסקה 68, עמ' 111-112.

<sup>377</sup> ראו למשל: סעיף 254(א) לחוק החברות (אוסר על נושא משרה בחברה לבצע "פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין ענייניו האישיים", וכן להימנע "מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה"); סעיף 10(ג) לחוק הנאמנות ("נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן"); סעיף 8(3) לחוק השליחות ("לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו". אבל השוו להוראה שבס"ק (ב), שהשלוח "לא יהא שלוח של שליחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו").

<sup>378</sup> שרון חנס, עמרי ידלין, "על המגרעות של טיפול בניגודי עניינים בעזרת חומות סיניות: מוועדת

זה, חב אמון אינו רשאי להימצא במצב של ניגוד עניינים. השימוש במודל זה מקובל בדיני הבנקאות<sup>379</sup> ובמשפט המנהלי.<sup>380</sup>

מודל זה אף אומץ בהצעת חוק דיני ממונות, שבה נקבע ש"חב אמון לא ימצא במצב של ניגוד עניינים".<sup>381</sup>

הבחירה במודל החומה הסינית משקפת תפיסה עקרונית שלפיה, אין להעמיד את חב האמון בפני נסיון, משום שיש להניח שייכשל בו. תפיסה זו נגזרת מן התפיסה העקרונית שעליה דובר לעיל, על כך שהאדם הרציונאלי יפעל תמיד להשיא את רווחתו האישית, גם אם הדבר יבוא על חשבונם של אחרים.<sup>382</sup>

---

ביסקי ועד רפורמת בכר" בתוך: נילי כהן ועופר גרוסקופף (עורכים), **ספר דניאל: עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן** אוניברסיטת תל אביב ונבו, התשס"ח-2008, 961. (להלן: חנס וידלין, חומות סיניות)

<sup>379</sup> ראו בהרחבה, **פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 176-177**.

<sup>380</sup> ראו למשל, **פרשת סיעת הליכוד עמ' 572-573** ("האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על ההימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד... מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאונו לידי ניסיון"); **פרשת התנועה למען איכות השלטון עמ' 169**; בג"ץ 244/86 **אברהם רביבו נ' יחיאל בנטוב, ראש המועצה המקומית אופקים פ"ד מב(3) 185, 183** ("אסור לו לעובד ציבור להימצא במצב, בו קיים חשש של ניגוד עניינים בין אינטרס שלטוני לאינטרס פרטי או בין שני אינטרסים שלטוניים. אם מוצא עובד ציבור את עצמו במצב, שבו שני תפקידים יכולים להביאו למצב של ניגוד עניינים כזה, עליו להתנתק מאחד מהם").

<sup>381</sup> הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 438 (והשוו להוראות שבסעיפים 28), (3) ו-5 לחוק השליחות, 10(ג) לחוק הנאמנות, 20(5) ו-48 לחוק הכשרות). לא למותר לציין, שבדברי ההסבר להצעת החוק נאמר ש"ההוראה מבוססת על איסורים שונים המופיעים, בנוסחים שונים, בסעיף 28), (3) ו-5 לחוק השליחות, בסעיף 10 (ג) לחוק הנאמנות, ואף בסעיפים 20(5) ו-48 לחוק הכשרות". ואולם, באף אחד מסעיפי החוק המצוינים, אין איסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים, אלא רק על פעולה במצב שכזה. מן הדין היה שמנסחי דברי ההסבר יעמדו על החידוש שבהוראה המוצעת לעומת הדין הקיים, כפי שעשו במקומות אחרים בהצעת החוק, שבהם נוסח ההצעה משנה את הדין הקיים.

<sup>382</sup> חנס וידלין עמדו על חסרונות אחדים של מודל החומה הסינית, הנובעים מכך שמודל זה אינו מאפשר לנצל את היתרונות, הקיימים לעיתים בהיותו של חב האמון מצוי במצב של ניגוד עניינים.

**היתרון הראשון** קשור למידע המצוי בידיו של חב האמון (ראו בהרחבה, **חנס וידלין, חומות סיניות עמ' 983-985**). לעיתים רבות, עיסוקו של חב האמון באותו עניין שהוא נדרש לקדם עבור הזכאי מקנה לו יתרון בידע ובמקצועיות על פני חייבי אמון שעיסוקם אינו קשור לעסקיו של הזכאי. יתר על כן, נכונותו של חב האמון לפעול בדרך מסוימת בניהול עסקיו, עשויה ללמד בצורה מהימנה, שהוא סבור באמת ובתמים שדרך פעולה זו היא מיטבית. כך למשל, ייתכן שהזכאי ירצה להפקיד את ניהול קרן הנאמנות שבבעלותו בידי מנהל קרן נאמנות שהשקיע את כספיו באותה קרן, מתוך הנחה שהמנהל יודע טוב מכל אדם אחר את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהשקעה, ושנכונותו להשקיע את כספו הפרטי בקרן זו מלמד על האמון הרב שיש לו בה.

ניתן להרחיב את הטיעון האמור ולומר, שחב אמון המשקיע את כספיו בקרן שהוא מנהל עבור הזכאי הוא גם משקיע מיומן יותר בהשקעות מן הסוג שהוא נדרש לבצע עבור הזכאי. אפשר אם



## 8. תוצאות ההפרה

התוצאה של הפרתו של האיסור להימצא או לפעול במצב של ניגוד עניינים, היא – בטלות תוצאותיה המשפטיות של הפעולה המפרה.<sup>383</sup> בהתאם לכך, למשל, רכישה אסורה תבוטל, וحب האמון יידרש להשיב לזכאי את הנכס שנרכש. הפיק חב האמון טובת הנאה מנכסים שהופקדו בידיו לשם מילוי תפקידו, יהא עליו להשיב לזכאי את ערכה של טובת הנאה זו.<sup>384</sup>

כן, שרצונו של הזכאי להסתייע בשירותיו של חב אמון הנגוע בניגוד עניינים אינו נובע מהערכה לקויה של בעיית הנציג שבה עלול להיות מצוי חב האמון, אלא משיקול ענייני של עלות-תועלת, שמכוחו שהוא הגיע למסקנה, שיתרונותיה של ההעסקה רבים מחסרונותיה. יתרון נוסף שעשוי להיות לכך שחב האמון יפעל במצב של ניגוד עניינים קשור לרמת ההתמסרות של חב האמון לקידום ענייניו של הזכאי (חנס וידלין, **חומות סיניות** עמ' 985-986). עצם קיומו של ניתוק מוחלט בין ענייניו של הזכאי לענייניו של חב האמון מעמיד את חב האמון במצב של ניגוד עניינים, משום שכל השקעה של זמן ומאמץ בענייניו של הזכאי בא על חשבון יכולתו של חב האמון להשקיע זמן ומאמץ בקידום ענייניו. לעומת זאת, כאשר קיימת חפיפה, מלאה או חלקית, בין ענייניו של הזכאי לענייניו של חב האמון, השקעה בקידום ענייניו של הזכאי אינה חייבת לבוא על חשבון קידום ענייניו של חב האמון. מצב זה עשוי ליצור תמריץ חיובי לחב האמון, להשקיע את מיטב זמנו ומרצו בקידום ענייניו של הזכאי.

שוב, ייתכן שזכאי שיעמיד לנגד עיניו יתרון זה לעומת החיסרון הכרוך בסיכון שבשל קיומו של ניגוד עניינים יפגע הנציג בענייניו, יעדיף את היתרון האמור על פני הסיכון האמור. חנס וידלין מעירים גם (שם, עמ' 986-988, וראו גם, **פלאטו-שנער, דיני בנקאות** עמ' 174), שלעיתים, בייחוד כאשר לא ניתן למנוע באופן מוחלט את קיומו של ניגוד עניינים, הניסיון לצמצם את היקפו של ניגוד העניינים עלול דווקא להעצימו. כך למשל, כאשר בנק רשאי להציע בפני לקוחותיו השקעה במגוון רחב של קרנות נאמנות שבניהולו, הוא יהיה אדיש באופן יחסי לבחירתו של הלקוח, ויכול להשיא בפני הלקוח עצה נטולת פניות. לעומת זאת, כאשר הבנק רשאי להציע הפני הלקוח רק אפיק השקעה אחד ויחיד המנוהל על ידי הבנק, הוא עשוי להתפתות ליעץ ללקוחותיו להשקיע באפיק זה, אף שהשקעה זו איננה ההשקעה המיטבית עבורם.

על דבריהם של חנס וידלין יש להוסיף, שלעיתים, דווקא אלו המצויים במצב של ניגוד עניינים הם הראויים ביותר לאמון, בשל אופיים הסובייקטיבי של היחסים שבינם לבין הזכאי. כך למשל, כאשר אדם ממנה את אשתו כמנהלת עיזבונו, מובן מאליו שהאישה נגועה בניגוד עניינים בשל חלקה בכספי העיזבון. אף על פי כן, אדם עשוי לבחור דווקא באשתו כמנהלת העיזבון, בשל האמון הרב שהוא רוחש אדם לה, אמון שאין הוא רוחש לאיש עלי אדמות, שמכוחו הוא יכול להיות משוכנע שהאישה תבצע את תפקידה בצורה הטובה ביותר, ובהתאם לרצונו. בשל אמון זה, החיסרון של הפקדת העיזבון בידיו של חב אמון הנגוע בניגוד עניינים נראה בעיני הזכאי כחיסרון שמשקלו אינו רב, לעומת היתרון שבהפקדת העיזבון בידי איש אמונו המובהק.

כמו כן, שימוש גורף במודל החומה הסינית עלול לגרום להרחקתם של אנשים מתאימים מביצוע תפקידי אמון. לעניין זה ראו גם ע"א 6983/94 **פחימה נ' פריץ** פ"ד נא(5) 829, 835 (מובן, שכל אימת שקיים ניגוד עניינים, יש לעשות למניעתו. עם זאת, יש ליישם את הכלל בצורה זהירה ואחראית, משום ששימוש בו בצורה קיצונית ובלתי מאוזנת עלול להרחיק אנשים טובים ומוכשרים מתפקידים שאותם מתאימים הם למלא, בלי שקיים חשש של ממש לפגיעה בטוהר המידות").

<sup>383</sup> ראו סעיף 15 לחוק הנאמנות.

<sup>384</sup> ראו **כרם, נאמנות** עמ' 574. בהיקש מסעיף 30 לחוק החוזים (כללי) התשל"ג-1973, כרם סבור שבית המשפט יהיה רשאי לפטור את חב האמון מחובת ההשבה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן.

## ד. האיסור להפיק טובת הנאה

דברי חקיקה רבים עוסקים באיסור המוטל על חב האמון להפיק לעצמו או לקרוביו טובת הנאה, עקב מילוי התפקיד שהוטל עליו (להלן: איסור טובת הנאה).<sup>385</sup> בפסיקה, איסור זה הוחל על דרך ההיקש, גם ליחסי אמון שבעניינם לא אמר החוק את דברו.<sup>386</sup>

את טובת ההנאה יכול חב האמון להפיק באמצעות ביצוע עסקה עם עצמו או באמצעות קבלת טובת הנאה מצד שלישי. בין כך ובין כך הפקת טובת ההנאה אסורה, אלא אם הזכאי אישר מראש את הפקתה.<sup>387</sup>

<sup>385</sup> ראו למשל: סעיף 13(א) לחוק הנאמנות ("נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה"); סעיף 3(8) לחוק השליחות ("קיבל אדם עליו להיות שלוח... לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו"); סעיף 4(8) לחוק השליחות ("קיבל אדם עליו להיות שלוח... לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח").

<sup>386</sup> ראו למשל, עמ' (י-ם) 643/04 **עזבון המנוח מ' א' ז"ל נ' ער"ד איתן קדמי, מנהל עזבון זמני** (פורסם ב'נבו'), עמ' 23 ("מאחר שחוק הירושה אינו מסדיר גביית חובות מהעזבון על-ידי מנהל העזבון, וקיימת לאקונה בחוק למצב בו מנהל עזבון הנו גם נושה של העזבון, הרי יש להחיל את הוראות חוק הנאמנות על מנהל העזבון... בנסיבות שלפנינו ניתן להסתמך על הוראת סעיף 13(א) לחוק הנאמנות, לפיה "נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו"). וראו גם: **כרם, נאמנות עמ' 547**, סעיף 257; **שילה, ירושה עמ' 148**. לפסיקה בעניין זה לפני חקיקתו של חוק הנאמנות, ראו ע"א 604/77 **מוברמן נ' סגל פ"ד** (לב) 85.

<sup>387</sup> ראו למשל: סעיף 4(8) לחוק השליחות; 13(ג) לחוק הנאמנות. בחוק השליחות השולח הוא זה שמוסמך להסכים להפקת טובת ההנאה, משום שהחוק מניח שהשולח כשיר להסכים לכך. בחוק הנאמנות, מאחר שקיימת הנחה שלעיתים יוצר הנאמנות אינו יכול להסכים לכך. אולם, ההוראה שבחוק הנאמנות היא גורפת, ואינה מבחינה בין מצב שיש בכוחו של יוצר הנאמנות להביע את עמדתו בנוגע להאצלה לבין מצב שבו אין בכוחו לעשות כן. ייתכן שההוראה מבוססת על ההנחה, שיוצר הנאמנות, ביודעו שיתכן ולא תמיד יוכל להביע עמדה בנוגע להאצלה, מעוניין שבית המשפט יכריע בעניין זה.

בהצעת חוק דיני ממונות לא נקבע כלל מנגנון של הסכמה בפרק העוסק בחיוב האמון, אם כי, סעיף 581(ב) להצעת החוק קובע מנגנון שכזה בנוגע לנאמנות, הזהה למנגנון הקיים כיום בסעיף 13(ג) לחוק הנאמנות.

כאן המקום להדגיש את ההבחנה שבין איסור טובת ההנאה לאיסור קרוב, שמקורו בדיני החברות, הלא הוא האיסור על ניצול הזדמנות עסקית של החברה (על פי סעיף 254(א)(3) לחוק החברות ("נושא משרה... יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר"). על הגיונו של כלל זה והיקפו ראו בהרחבה אצל יהודית קורן, "דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה" **הפרקליט** (מה) 350). האיסור האחרון עוסק בטובת הנאה שמקורה בהזדמנות עסקית שהחברה יכולה הייתה לנצל, ונושא המשרה בחברה ניצל הזדמנות עסקית זו לטובתו.

ניצול הזדמנות עסקית הוא גם הפקה של טובת הנאה, אך הפקת טובת הנאה אינה חייבת להיות כרוכה בניצול של הזדמנות עסקית. כך למשל, חב אמון המקבל מתנה מצד שלישי שעמו הוא בא במגע עקב מילוי תפקידיו, אינו מנצל הזדמנות עסקית של החברה, אך בכל

## 1. על מי חל האיסור?

החוק אוסר על נאמן,<sup>388</sup> על שליח<sup>389</sup> ועל חייבי אמון אחרים<sup>390</sup> להפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידם. ושאלה היא, האם ניתן ללמוד מהוראות החוק בעניינם של חייבי אמון אלו לחייבי אמון אחרים?

לדעת גרוס, על אף שחוק החברות איננו שולל במפורש את זכותו של הדירקטור להפיק טובת הנאה מתפקידו,<sup>391</sup> איסור טובת הנאה חל, בהיקש מחייבי אמון אחרים שבהם נקבע איסור זה בצורה מפורשת.<sup>392</sup>

לעומתו, פרוקצ'יה סבור שאין לאסור על הדירקטור לבצע עסקה עם החברה שבה הוא מכהן כדירקטור, משום ש –

איסור זה מתאים אולי ליחסים שבין נאמן לנהנה: הדין מניח שהנהנה עלול שלא להיות מסוגל לדאוג לענייניו, ועל המחוקק לסתום כל פרצה אפשרית לניצולו לרעה על ידי הנאמן. בדיני חברות שאני. איסור מוחלט על עריכת עסקאות בין הדירקטור לבין החברה איננו יעיל, שכן אפשר שהדירקטור מסוגל להציע לחברה תנאים טובים יותר מכפי שהיא יכולה לקבל מאחרים. היא, מצידה, מסוגלת להחליט בעצמה אם תנאי העסקה נראים בעיניה, ובלבד שהאורגן המאשר לא יהיה כחומר ביד היוצר בידי הדירקטור.<sup>393</sup>

דומה שהמחלוקת בעניין זה משקפת הבדלי גישות באשר לאופיים של היחסים הראויים להיקרא 'יחסי אמון', אשר מכוחם יוטלו על אדם חובות אמון.

לפי גרוס, עצם השליטה בענייניו של הזולת יוצרת את יחסי האמון, מבלי להתחשב

---

זאת הוא עבר על האיסור להפיק טובת הנאה מתפקידו.

<sup>388</sup> ראו סעיף 13 לחוק הנאמנות.

<sup>389</sup> ראו סעיף 4(8) לחוק השליחות.

<sup>390</sup> ראו למשל, סעיף 254(א)(3) לחוק החברות.

<sup>391</sup> זאת במובחן מן הדין שהיה קיים בישראל לפני חקיקתו של חוק החברות, ששלל הפקת טובת הנאה על ידי דירקטור מכוחה של ההוראה שבסעיף 85(א) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, שבה נקבע ש"דירקטור אינו זכאי לגמול בעד היותו דירקטור, אלא אם נקבע הדבר בתקנון וכפי שנקבע בו".

<sup>392</sup> ראו, גרוס, **דירקטורים** עמ' 246. בדומה לכך, פלאטו-שנער טוענת שאיסור זה חל גם על הבנקאי. ראו **פלאטו-שנער, דיני בנקאות** עמ' 164.

<sup>393</sup> **פרוקצ'יה, חברות** עמ' 336-337. אמנם, לכאורה, ההצדקה של פרוקצ'יה לכך שהאיסור לא יחול על הדירקטור אינה תקפה ברווח נסתר, כשהחברה אינה יכולה לדעת האם טובת הנאה שהופקה פגעה בענייניה של החברה. ואמנם, גרוס סבור ש"דירקטור המקבל רווח נסתר כתוצאה ממעמדו בחברה, מפר בכך את חובת האימון שלו, כשם ששליח המקבל שוחד מפר את חובת האימון שלו כלפי שולחו. מערכת יחסי האימון בין הדירקטור לחברה אוסרים עליו לקבל עמלות או לזכות בכל יתרון לעצמו שלא הוסכם עליו עם החברה, והנובעים מתפקידו כדירקטור" (יוסף גרוס, **הדירקטור בחברה הממשלתית** עמ' 190).

ביחסי הכוחות שבין חב האמון לזכאי. תפיסה זו מבוססת על ההנחה, שעצם השליטה טומנת בחובה סיכון לעניינו של הזכאי.

מנגד, פרוקצ'יה סבור שהשליטה כשלעצמה אינה מסכנת את עניינו של הזכאי, אם אמנם יש בכוחו של הזכאי לעמוד על השימוש בסמכות שניתנה לחב האמון, לרעה.

כאמור לעיל, לגישתו של פרוקצ'יה ניתן אמנם למצוא סימוכין בפסיקות בתי המשפט,<sup>394</sup> אך נראה שהעמדה המקובלת היא, שיחסי האמון נובעים מעצם קיומה של שליטה בעניינו של הזולת, ואין לקשור אותם ביחסי הכוחות שבין הצדדים.<sup>395</sup> כך עולה גם מדברי החקיקה המטילים על אדם חובות אמון<sup>396</sup> וכן מנוסח הסעיף העוסק בנסיבות המטילות על אדם חובות אמון בהצעת חוק דיני ממונות.<sup>397</sup>

## 2. תכליתו של האיסור

לעיקרון השולל את זכותו של חב האמון להפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידיו ניתן להציע שלוש תכליות שונות, כדלהלן.

### 2.1 ביטוי לנאמנותו של חב האמון לזכאי

לדעת רבים, דיני הנאמנות המודרניים התפתחו על רקע מסעי הצלב.<sup>398</sup> בצאתם של האצילים למלחמות בארץ הקודש דאגו היוצאים למסע לרכושם ולבני משפחותיהם שנותרו מאחור, ובשל כך הפקידו את הרכוש בידי חברים ממעמדם. לעמיתיהם לא הייתה בעיה כלכלית, ובשל כך הם לא היו זקוקים לשכר בעד נכונותם לנהל את עסקי חבריהם עד שובם מן המסע. בדרך זו הביעו האצילים שנותרו באנגליה את הערכתם לקרבנם של חבריהם היוצאים למסע הצלב, ואף הבטיחו את השליטה בנכסיהם של האצילים תישאר בידי מעמד האצולה.<sup>399</sup>

<sup>394</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 173.

<sup>395</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 185.

<sup>396</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 200.

<sup>397</sup> ראו סעיף 436 להצעת חוק דיני ממונות, ובדבריו של ברק, ליד הציון להערה 213.

<sup>398</sup> ראו בהרחבה, Gary Watt, **Trusts and Equity** Oxford University Press, sixth ed., 2012, at p. 8-9 יש הטוענים שהצלבנים הביאו את רעיון הנאמנות עמם ממסעות הצלב, לאחר שהושפעו מרעיון הווקף המוסלמי. לטענה זו ראו, Monica M. Gaudiosi, "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", 136(4) **University of Pennsylvania Law Rev.** 1231.

<sup>399</sup> אברהם טננבוים מעיר בהקשר זה, ש"כל דיני הנאמנות האנגליים מתאימים לחברה שיש בה בעלי הון שאינם טרודים לפרנסתם, חברה שיש בה מעמד גבוה שחלק מחובותיו הרשמיים הם עזרה לידידים ולציבור. רק על רקע זה, ניתן להסכים ולדרוש שהנאמן לא יקבל שכר (וממילא תישאר השליטה בנאמנות בידי אותו מעמד)" (אברהם טננבוים, "האם זכאי הנאמן

על הרקע הנזכר התפתח הכלל השולל את זכותם של נאמנים לשכר.<sup>400</sup> שלילת זכות הנאמנים לשכר ביטאה שהיחסים שבין הנאמן לזכאי הם יחסי אמון המבוססים על כבוד והערכה הדדית, ולא על הרצון לנצל את מצוקתו של האציל הנאלץ לעזוב את עסקיו.

לפי גרוס, זה היה גם הרקע להוראה שהייתה קיימת בסעיף 85(א) לפקודת החברות, אשר שללה את זכותם של דירקטורים לשכר –

עדיין מקובל לראות באנגליה ובישראל את תפקידו של הדירקטור בחברה כתפקיד של כבוד. כתוצאה מכך מונו באנגליה דירקטורים מקרב האצולה, קציני צבא בדימוס וכו' אשר עניינם בחברה היה מועט... כתוצאה מכך, העיקרון כפי שנתגבש בפסיקה האנגלית הוא, כי דירקטורים אינם זכאים ל שכר בגין תפקידם, בין שכר ראוי או בכל דרך אחרת, אלא אם קובע התקנון אחרת.<sup>401</sup>

97

רקע זה איננו רלבנטי עוד לימינו,<sup>402</sup> ובשל כך, גם במדינות המשפט המקובל קיימת נטייה לסגת מן הכלל השולל את זכות הנאמן לשכר.<sup>403</sup>

מסתבר שגם לאיסור להפיק טובת הנאה עקב ביצוע התפקיד יש שורשים היסטוריים דומים, שהרי טובת הנאה יכולה לשמש מעין תחליף לשכר הנאמן.

אמנם, מאחר שכאמור לעיל, העיקרון השולל את זכותו של הנאמן לשכר הוא ארכאי במידה רבה, והוא אף אינו תקף ביחסי אמון מחוץ לדיני הנאמנות, צידוק זה אינו יכול עוד להסביר מדוע תישלל זכותם של חייבי אמון בימינו להפיק טובת הנאה ממילוי תפקידם.

על רקע זה התפתחו הצדקות שונות לכלל השולל מחב האמון את הזכות להפיק הנאה עקב מילוי תפקידו, שעליהן נעמוד להלן.

לשכר? בתוך: **פרשת השבוע** (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גליון מס' 286 (תשס"ז), זמין באתר המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים.

<sup>400</sup> שם.

<sup>401</sup> יוסף גרוס, "שכר וגמול לדירקטור", **רואה החשבון** ל"ה(4) 319, 319.

<sup>402</sup> טננבוים (שם), מעיר ש"מסיבות היסטוריות גרידא, קלט המשפט הישראלי דווקא את ההלכה האנגלית על אי-מתן שכר לנאמן, תוך אי-התייחסות לכל ההתפתחות בעולם האנגלו-סקסי... יש הטוענים שסעיף זה הוא אחד הגורמים הישירים למצבם הבעייתי והקשה של ההקדשות בישראל". וראו סעיף 578(א) להצעת חוק דיני ממונות, הקובע ש"נאמן זכאי לשכר בעד מילוי תפקידו, אלא אם כן נקבע אחרת בחוזה או בכתב הנאמנות". הוראה זו מבקשת לתקן את המצב המשפטי בעניין זה, ולהתאימו לדין הקיים בהקשר זה משפט העברי. ראו דברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, סעיף 578(א) ובהרחבה אצל **אונגר, נאמנות בנכסים** עמ' 160-163.

<sup>403</sup> ראו למשל, בארצות הברית, Restatement of the Law, Trusts 2D Clauses 242-243 p.

## 2.2 ביטוי לתפיסה שטובות ההנאה הן קניינו של הזכאי

לפי גרוס, "העיקרון המונח ביסוד הכלל" השולל מנושא משרה בחברה את הזכות לנצל הזדמנות עסקית של החברה "רואה בהזדמנויות העסקיות את קניינה של החברה".<sup>404</sup> במילים אחרות, מאחר שלחברה יש חלק ביצירתה של ההזדמנות העסקית, ניתן לראות הזדמנות עסקית זו כקניינה של החברה.<sup>405</sup> בהתאם לטיעון זה, ניתן גם לטעון שחב אמון המפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידו, פוגע בקניינו של הזכאי.

אולם, הסבר זה נוטה להתעלם מחלקו של חב האמון בהפקתה של טובת ההנאה. נניח למשל שמנהל החברה יצר קשרים חברתיים עם לקוח, וכתוצאה מקשרים אלה העניק לו הלקוח מתנה לראש השנה. ניתן אמנם לטעון שלחברה יש חלק ברווח זה, שהרי אילולא היא לא היה המנהל זוכה להכיר את הלקוח הנדיב. אולם, האם לקסמו האישי ולאופיו של המנהל לא היה חלק בנכונותו של הלקוח לתת את המתנה? מדוע אפוא יוכר רק חלקה של החברה במתנה זו, ולא יוכר חלקו של המנהל בה?

## 2.3 סייג מפני ניגוד עניינים

ההצדקה המקובלת ביותר לאיסור טובת ההנאה היא זו הקושרת איסור זה לאיסור להימצא ולפעול במצב של ניגוד עניינים. אם חב האמון יוכל להפיק הנאה ממילוי תפקידו, קיים חשש שהוא יכוון את פעולותיו בדרך שבעזרתה יוכל להפיק לעצמו טובות הנאה,<sup>406</sup> או לחילופין, יושפע בהחלטותיו לטובת מי שהעניק לו בעבר טובת הנאה.<sup>407</sup>

<sup>404</sup> יוסף גרוס, **דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי** לשכת עורכי הדין, 2011, עמ' 188, סעיף 8.1.

<sup>405</sup> אמנם, ניתן לטעון שהתפיסה האמורה מבטאת פיקציה משפטית שנועדה להגשים מדיניות השוללת מנושא המשרה את הזכות לנצל הזדמנות עסקית של החברה.

<sup>406</sup> ראו למשל, ע"א 1631/02 **לאה ומיכאל גורבן נ' עמותת תשובה יצחק דינים עליון**, סה 80 ("לידי הנאמן נמסר הכוח לנהל את הנכס נשוא הנאמנות, ובמצב זה הוא עלול להיקלע לניגוד עניינים, ואף להתפתות לפעול בניגוד לאינטרסים של הנהנה, ועל כן סבר המחוקק כי יש צורך לקבוע סייג לפעולות הנאמן, על ידי הטלת איסור להפיק רווח או טובת הנאה מנכסי הנאמנות"). וראו גם: **כרם, נאמנות 546-544; ברק, שליחות סעיפים 749, 750; גואליטרו פרוקצ'יה**, "סעיף 8 ל חוק השליחות, תשכ"ה-1965" **מחקרי משפט** ג (תשמ"ד) 7, 26 ("בהטלת איסור זה התכוון המחוקק למנוע יצירת ניגוד אינטרסים בין השלוח לשולחו"); **פרידמן, עשיית עושר עמ' 559**, סעיף 6.22 ("אם ניתן לנאמן להפיק רווחים לעצמו, עלול הדבר לשמש לו פיתוי להפעיל את סמכויותיו כנאמן לטובת עצמו, ולא לטובת האינטרס שעליו הוא מופקד").

<sup>407</sup> ראו ע"פ 5046/93 **מדינת ישראל נ' רפאל הוכמן פ"ד** (1) 2, 14 ("ראש עירייה המקבל מימון מחברה הפועלת בתחומי העירייה להשתתפותו בכינוס המאורגן על-ידיה, מעמיד עצמו במצב של ניגוד אינטרסים אפשרי בין טובת העירייה לבין טובת החברה. כאשר אותה חברה תבוא לבקש בעתיד היתר או רישיון מאת ראש העירייה, היא תזכיר לו - והוא עצמו יזכור - כי על

לכאורה, הקישור של איסור טובת הנאה לאיסור ניגוד העניינים אמור להוביל לתוצאה שלפיה חב אמון יהיה רשאי להפיק לעצמו טובת הנאה עקב מילוי תפקידו, כאשר הדבר אינו כרוך בחשש מפני ניגוד עניינים. כך למשל, שליח שהתבקש לבצע פעולה משפטית עם פלוני, והלה, לאחר שביצע עמו את העסקה החליט לתת לו מתנה כאות הערכה על מסירותו, הגינותו ומקצועיותו. במקרה זה, הפקת טובת הנאה אינה מעלה חשש לניגוד עניינים, משום שבפני השליח לא הוצבו ברירות רבות, ולא ניתן לטעון שהוא פנה דווקא אל פלוני, בשל הציפייה לקבל תמורה כלשהי. אם החשש מפני ניגוד עניינים הוא שעומד ביסודו של האיסור להפיק טובת הנאה, לכאורה, מן הדין היה להתיר לשליח ליהנות מן המתנה שקיבל.

אולם, הוראות החוק העוסקות באיסור טובת הנאה אינן מבחינות בין טובת הנאה שהפקתה מעלה חשש לניגוד עניינים לבין טובת הנאה שהפקתה אינה מעלה חשש שכזה.<sup>408</sup> מכאן, שגם אם קיים קשר איתן בין איסור ניגוד העניינים לבין איסור טובת הנאה, קשר זה אינו קובע את גדרו של האיסור.<sup>409</sup>

מהו אם כן הצידוק לקיומו של האיסור גם כאשר הפקתה של טובת הנאה אינה מעלה חשש לניגוד עניינים? דומה כי ניתן להסביר זאת כך: הפקתה של טובת הנאה מן התפקיד יוצרת 'אווירה', שהכהונה בתפקיד היא 'משתלמת', שניתן לעשות בתפקיד שימוש לטובת קידום ענייניו האישיים של חב האמון.<sup>410</sup> 'אווירה' שכזו מנוגדת למהותן של חובות האמון, ועלולה לשמש כר פורה להעדפת העניין האישי על פני עניינו של הזכאי במצבים שבהם יתקיים ניגוד עניינים. האיסור נועד אפוא לא רק למנוע מחב האמון לפעול במצב של ניגוד עניינים, אלא גם לעקור מקרבו את התחושה, שיהא בידו 'למנף' את התפקיד שהוטל עליו לשם קידום עניינו.

### 3. היקפו של האיסור

#### 3.1 'טובת הנאה'

משמעותו של הביטוי 'טובת הנאה' היא, תועלת אישית מפעולה הנעשית למען הזולת.<sup>411</sup> תועלת זו יכולה להיות כזו שניתן לכמתה מבחינה כספית, אך ייתכן גם

---

חשבונה שלה הוא נסע והשתתף בכינוס. ואין זו תשובה ראויה כי ראש העירייה יעדיף תמיד את טובת העירייה".

<sup>408</sup> ראו הוראות החוק הנ"ל בהערה 385.

<sup>409</sup> ראו פרידמן, עשיית עושר עמ' 560, סעיף 6.22.

<sup>410</sup> דברים דומים אמר השופט גולדברג בע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון דוד ואלזה פ"ד (מח) 156, 163, כשקבע ש"לא יכול להיות ספק כי המושג "נאמנות" שולל מניה וביה אינטרס אישי של הנאמן בנכס. הפעולה לטובת מישוהו אחר, או למטרה זולת מטרתו של הנאמן, היא שעומדת ביסוד הנאמנות".

<sup>411</sup> ראו למשל, מילון ספיר ערך 'טובה'. אמנם, יש להעיר שבלשון חכמים, משמעותו של הביטוי 'טובת הנאה' הייתה מצומצמת יותר, שכן הביטוי שימש לתיאור "תועלת שולית העשויה לצמוח מן הנכס", כתועלת הצומחת מן הזכות לבחור למי מן הכהנים יינתנו מתנות הכהונה.

שלא ניתן לכמתה כלל,<sup>412</sup> והיא יכולה לבוא לידי ביטוי בקבלת שירות, זכות שימוש ללא תמורה בנכס וכדומה.<sup>413</sup> טובת הנאה עשויה להתקבל במישרין או בעקיפין, והיא אסורה, יהא מקורה אשר יהא.<sup>414</sup>

חוק השליחות אוסר על השליח לקבל גם "הבטחה לטובת הנאה".<sup>415</sup> נראה שתכליתו של איסור זה זהה לתכליתו של האיסור לקבל טובת הנאה ממשית, שכן יש לחשוש שקבלתה של הבטחה לטובת הנאה עלולה להשפיע על חב האמון, בדיוק כשם שתשפיע עליו טובת הנאה הממשית. למשל, אם חב האמון יקבל הבטחה להיות מועסק בחברה פלונית אם יבצע עסקה עם חברה זו, יש לחשוש שהוא ייטה לבצע את העסקה עם החברה האמורה, אף אם אין זו העסקה המיטבית ביותר שניתן לבצע עבור הזכאי.

איסור כאמור לא מצוי בחוק הנאמנות, ואף לא שולב בהצעת חוק דיני ממונות. ייתכן שהסיבה לכך היא, שמנסחי ההצעה סברו שהביטוי 'טובת הנאה' רחב דיו כדי לכלול גם את ההבטחה לטובת הנאה.<sup>416</sup> אולם, נראה שלמען הסר ספק, מן הראוי היה לאמץ ניסוח דומה לזה שאומץ בחוק השליחות.

### 3.2 מעורבותו של חב האמון בהפקתה של טובת הנאה

שאלה יסודית הנוגעת לאיסור טובת הנאה היא, האם האיסור חל אך ורק על טובת הנאה שחב האמון שותף בהפקתה, או שמא האיסור הוא גורף, ותחולתו אינה תלויה במעורבותו של חב האמון בהפקתה של טובת הנאה.

לכאורה, בהתאם לתפיסה שהאיסור נועד למנוע מחב האמון לפעול בדרך שתשיא את רווחיו, אין לשלול ממנו את הזכות ליהנות מטובת הנאה שהוא לא היה מעורב בהפקתה כלל. כך לכאורה ניתן היה להבין את ההוראה שבסעיף 13(א) לחוק הנאמנות, האוסרת על נאמן להפיק לעצמו טובת הנאה מנכסי הנאמנות.

אולם, לא כך פירש בית המשפט את ההוראה האמורה –

אין לפרש את הוראת סעיף 13(א)... באופן המחיל את האיסור להימצא בניגוד עניינים רק ככל שהדבר נוגע לפעולות שמבצע הנאמן עצמו ולא מקום שבו... מוענקת לנאמן... טובת הנאה כתוצאה מפעולת החסוי. האיסור חל בין אם בעל התפקיד תרם ליצירת מצב

וראו נחום רקובר, **ניבי תלמוד** עמ' 156 ערך 'טובת הנאה'.

<sup>412</sup> ראו, יהושע ויסמן, "שמירת נכסים" **מחקרי משפט** טז (תשס"א-2001) 277, 307-308.

<sup>413</sup> ראו, **כרם, נאמנות** עמ' 552.

<sup>414</sup> שם.

<sup>415</sup> סעיף 8(4) לחוק השליחות.

<sup>416</sup> סברה זו אינה מובנת מאליה כלל, משום שניסוחו של סעיף 8(4) לחוק השליחות מעיד שהמחוקק לא סבר שהבטחה לטובת הנאה כלולה ב'טובת הנאה'.



זה בפעולותיו שלו ובין אם נקלע אליו בשל פעולות של אחר.<sup>417</sup>

פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם הדרך בה נוסח סעיף 8(4) לחוק השליחות, האוסר על השליח לקבל טובת הנאה בקשר לנושא השליחות.<sup>418</sup>

### 3.3 זהותו של המוטב

לכאורה, אף אם מי שיקבל את טובת הנאה לא יהיה חב האמון עצמו, אלא קרובו, ידידו וכדומה, יש בכך כדי לעורר חשש להטיית הדעת של חב האמון. בשל כך נקבע בחוק הנאמנות במפורש, שאיסור טובת הנאה חל גם על "קרובו" של הנאמן,<sup>419</sup> ובכלל זה גם ידידו הקרובים, שותפיו ואפילו תאגיד שבהונו, ברווחיו או בשליטתו יש לנאמן או לבן משפחתו חלק העולה על חמישה אחוזים.<sup>420</sup>

לפי כרם, החלת האיסור גם על מוטב שהוא קרובו של הנאמן נועדה גם למנוע מהנאמן להשתמש בקרובו כמסווה לשם הפרת האיסור.<sup>421</sup>

חוק השליחות אינו אוסר אמנם במפורש על השליח לקבל טובת הנאה עבור קרובו, אך מקובל לפרש את האיסור לקבל טובת הנאה כחל גם על טובת הנאה המתקבלת עבור קרוביו של השליח.<sup>422</sup>

### 3.4 התחולה בזמן

לדעת ברק,<sup>423</sup> האיסור להפיק טובת הנאה המוטל על השליח חל גם לאחר שהלה סיים את שליחותו. קביעה זו מתיישבת הן עם הנוסח של סעיף 8(4) לחוק השליחות ("קיבל אדם עליו להיות שלוח... לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות"), התולה את האיסור בקבלת השליחות, ולא בכהונה כשליח,<sup>424</sup> והן עם תכליתו של האיסור. אם אנו חוששים שהשליח יכוון את

<sup>417</sup> ע"א 4377/04 גל גורן הולצברג נ' אביבה מירז פ"ד סב(2) 661, 663.

<sup>418</sup> לא למותר לציין, שנוסח זה הועדף בניסוחו של סעיף 439 להצעת חוק דיני ממונות.

<sup>419</sup> ראו סעיף 13(א) לחוק הנאמנות.

<sup>420</sup> ראו סעיף 13(ב) לחוק הנאמנות.

<sup>421</sup> על פי כרם, נאמנות עמ' 558, סעיף 264.

<sup>422</sup> ראו פרוקציה, שליחות עמ' 299 (מובא בהסכמה בע"א 2664/90 פרידה פרלוב נ' יואלי נסימי פ"ד מח(1) 787, 795). בהתאם לפרשנות זו הוצע לקבוע בסעיף 439 להצעת חוק דיני ממונות ש"חב אמון לא יקבל טובת הנאה מאדם שלישי ביחס לקיום חיוביו", מבלי להזכיר את נושא מתן טובת הנאה לקרובים.

<sup>423</sup> ברק, שליחות סעיף 809.

<sup>424</sup> אמנם, סעיף 13(א) לחוק הנאמנות קובע ש"נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובתה של הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו". לכאורה, לפי נוסח זה, האיסור מוטל רק על מי שמשמש בפועל כנאמן. כך עולה לכאורה גם מן הנוסח של האיסור בסעיף 439 להצעת חוק דיני ממונות, הקובע ש"חב אמון לא יקבל טובת הנאה מאדם שלישי ביחס לקיום חיוביו".

פעולותיו באופן שיאפשר לו להפיק טובת הנאה מן השליחות, מדוע לא נחשוש שיעשה כן מתוך תקווה לקבל טובת הנאה לאחר שיסיים את תפקידו?<sup>425</sup>

---

<sup>425</sup> וראו **ויגודה, שליחות** עמ' 452 הערה 91 שתמה על ברק: "הדבר תמוה, משום שהשליח עשה את שליחותו מתוך כיבוד כללי הנאמנות. על כן, לא ברור מדוע אסור לו גם עתה לקבל טובת הנאה ממני שבחר לעשות עמו את פעולת השליחות (ובלבד כמובן שזו לא הובטחה לו מראש לפני ביצוע השליחות), הלוא כעת אינו פועל עוד כשלוחו של השולח ואינו עלול עוד לפעול כנגד האינטרסים שלו?".

בשל תמיהה זו מציע ויגודה ש"זה משום ה"חשד", שלא יחשדו בו [=בשליח] שהייתה קנוניה בינו לבין מי עמו עשה את פעולת השליחות".

על תמיהה זו יש להשיב שתי תשובות. ראשית, מאחר שהשליח פועל הרחק מעיניו של השולח, תמיד קיים חשש שתובטח לו טובת הנאה במסתרים, ולא יהא בכוחו של השולח להוכיח את הדבר. כדי לסתום פרצה זו יש לקבוע שהשליח לא יהיה רשאי להפיק טובת הנאה בקשר למילוי השליחות, בין אם טובת הנאה תופק לפני ביצוע השליחות ובין אם היא תופק לאחר סיומה.

שנית, גם אם מעולם לא הובטחה לשליח טובת הנאה בצורה מפורשת, ייתכן שהשליח צופה שלאחר סיום שליחותו הוא יזקק לחסדיו של אדם מסויים, ובשל צפי זה הוא עלול לבצע את פעולת השליחות דוקא עמו ולא עם אחר.

## ה. איסור ניגוד עניינים במשפט העברי

את הדיון באיסור ניגוד העניינים המשפט העברי נפתח מנקודת מבטו של המרחב הציבורי. בהקשר זה נדון הן בכוחם של חייבי האמון להימצא ולפעול במצב של ניגוד עניינים, והן בשאלת כשרותם של אנשים לכהן בתפקיד, כאשר מראש ידוע שהם עלולים להיקלע למצב של ניגוד עניינים.

לאחר מכן נעבור אל המרחב הפרטי, וכאן נדון בשני היבטים של האיסור: האיסור לבצע פעולת רכישה או מכירה עם העניין שעליו הופקד חב האמון (להלן: איסור רכישה עצמית), והאיסור לייצג בעת ובעונה אחת שני זכאים באותו עניין.

### 1. ניגוד עניינים במרחב הציבורי

מלומדים שעסקו באיסור ניגוד העניינים במשפט העברי, מיקדו את מחקרם בעיקר במרחב הציבורי,<sup>426</sup> וכמעט שלא עסקו בקיומו של איסור זה במשפט הפרטי.

אפשר שהסיבה לכך היא, שמטבע הדברים, יש עניין ציבורי רב יותר במרחב הציבורי מאשר במרחב הפרטי, והעיסוק האקדמי כיוון עצמו לדיון בנושא המרתק והמשפיע יותר.

אולם, נראה שהייתה לכך סיבה נוספת. כפי שניווכח להלן, הדיון בקיומו של האיסור מרחב הציבורי מאפשר לחוקר להגיע למסקנות נחרצות יותר וברורות יותר מן הדיון במשפט הפרטי. מסקנות אלה קרובות לעמדה המשפטית המקובלת כיום במשפט הישראלי. לא מן הנמנע שגם הרצון להציג את עמדת המשפט העברי כקרובה באופן יחסי לזו של המשפט הישראלי, השפיעה על הנטייה למקד את מושא המחקר במרחב הציבורי.

ואולם, הבנה ממצה ומעמיקה של עמדתו העקרונית של המשפט העברי בסוגיות הקשורות לחובות הנאמנות מחייבת דיון בשני המישורים: במרחב הציבורי והמרחב הפרטי. אי לכך, נפתח את הדיון באיסור ניגוד העניינים במרחב הציבורי,

---

<sup>426</sup> ראו: נחום רקובר, **שלטון החוק בישראל** עמ' 94-95 (להלן: רקובר, שלטון החוק); **הכהן, ניגוד עניינים במשפט העברי; קליינמן, ניגוד עניינים של עובדי ציבור; הנ"ל**, "מאולמו של הדיין לעולמו של עובד הציבור: שלושה דגמים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים", בתוך: יעקב חבה ועמיחי רדזינר (עורכים), **עיונים במשפט עברי ובהלכה: דיין ודיין אוניברסיטת בר אילן**, רמת-גן, תשס"ז 159 (להלן: קליינמן, מאולמו של הדיין); יעקב שפירא, "על מרמה והפרת אמונים" **פרשת השבוע** (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גליון מס' 320 (תשס"ח), זמין באתר המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים; **פוגל ופרידמן, ניגוד עניינים** Ron Kleinman, "Conflicts of Interest of Public Officials in Jewish Law: Prohibition, Scope and imitations", *X Jewish Law Association Studies* (2000), pp. 93-116 (להלן: קליינמן, ניגוד עניינים).

ובהמשך נעבור לדיון בניגוד העניינים במשפט הפרטי.

לאחר הצגת התמונה המלאה, ננסה להשוות בין היקפו, משמעותו וגדריו של האיסור במשפט הישראלי, לעומת היקפו, משמעותו וגדריו במשפט הישראלי.

בחינה יסודית של גדרו והיקפו של האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים במרחב הציבורי מחייבת דיון בשלושה תחומים נפרדים. הראשון שבהם הוא, כשרותו של אדם להתמנות לתפקיד ציבורי שבו הוא צפוי להימצא במצב של ניגוד עניינים. התחום השני הוא, כוחו של נציג ציבור המצוי במצב של ניגוד עניינים להפעיל סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים. התחום השלישי הוא, כוחו של נציג ציבור המצוי במצב של ניגוד עניינים להפעיל סמכויות ביצוע בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים.

### 1.1 מינויים ציבוריים

ההלכה התנאית עסקה במינויים של אפוטרופוסים לניהול עניינם של קטינים, וכך קבעה –

אין בית דין עושין אפוטרופין נשים ועבדים<sup>427</sup> [ל]כתחילה, ואם מינה אותן אביהם בחייו עושין אותן אפוטרופין.<sup>428</sup>

ההנחה התנאית הייתה, שנשים ועבדים חסרים את הכישורים הדרושים לשם ניהול נכסי היתומים בהצלחה,<sup>429</sup> ובשל כך בית הדין לא ימנה אותם כאפוטרופוסים. אולם, אם האב מינה נשים או עבדים כאפוטרופוס ליתומיו, לאחר מותו, בית הדין יקיים את המינוי.<sup>430</sup>

מהעדרו של דיון במינויים של אפוטרופוסים שלהם עשוי להיות עניין אישי בנכסיהם של היתומים ניתן להסיק שההלכה התנאית לא שללה את מינויים של בעלי עניין כאפוטרופוסים של היתומים.

ואולם, כבר בדור הראשון של אמוראי בבל אנו מוצאים מחלוקת בין רב לשמואל בעניין מינויים של קרוביו של נעדר כמנהלי עיזבוננו –

<sup>427</sup> בתלמוד בבלי גיטין נב, א מובאת הברייתא הקובעת ש"אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים", וראו ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה תרומות, עמ' 303-304, שמציין שבכל דפוס התלמוד מובאת הברייתא בלשון זו, למעט בספר העיטור, הרשאה, דף עה ע"א ("כדתניא אין עושין אפוטרופוס נשים ועבדים. ואם מינהו אב יתומים הרשות בידו". נוסח זה הוא ע"פ שאלה שהופנתה לשמואל בן חפני גאון).

<sup>428</sup> תוספתא תרומות א, יא.

<sup>429</sup> ראו בהרחבה, אונגר, נאמנות בנכסים עמ' 565-570.

<sup>430</sup> כך היא המשמעות הפשוטה של ההלכה, וראו גם תוספתא כפשוטה תרומות שם. אך השוו לדברי הרשב"א, בחידושי הרשב"א גיטין נב, א, ד"ה הא דתניא שהסביר ש"אם מינן אבי יתומין על נכסיו בחייו, לשאת ולתת בהן, לומר שהיו מוחזקין אצלו בנאמנין וזריזין, הרשות ביד בית דין לעשותן אפוטרופין מדעתן על נכסיו לאחר מותו". וראו הרחבה בעניין זה אצל אונגר, נאמנות בנכסים עמ' 559-562.

שבוי שנשבה. רב אמר: אין מורידין קרוב לנכסיו, שמואל אמר: מורידין קרוב לנכסיו... רב אמר: אין מורידין, דלמא מפסיד להו. ושמואל אמר: מורידין, כיון דאמר מר שיימינן להו כאריס - לא מפסיד להו.<sup>431</sup>

הנימוק "דלמא מפסיד" מבוסס על ההלכה הקובעת שהיורד לנכסיו של השבוי זכאי ליהנות מפירותיה של השדה עד למועד שחרורו של השבוי. בשל זכות זו, עלול היורד לשדותיו של השבוי לגרום נזק לקרקע בשל להיטותו להפיק ממנה פירות.<sup>432</sup> לפי רב, ניגוד עניינים זה שולל אפילו את הורדתו קרוב למקרקעיו של השבוי, על אף שלקרוב יש עניין אישי בשימור איכות הקרקע, שאולי ביום מן הימים ירש אותה.<sup>433</sup>

ואולם, האמורא שמואל חלק על רב וסבר ש"מורידים קרוב לנכסי שבוי", וכן הלכה.<sup>434</sup> מן הדיון בתלמוד בעמדתו של שמואל עולה, שלדעת שמואל, מאחר

<sup>431</sup> **תלמוד בבלי** בבא מציעא לח, ב. בסוגיה נעשה אמנם ניסיון לקשור מחלוקת זו במחלוקת שבין חכמים לרבן שמעון בן גמליאל בשאלה, האם רשאי שומר שבידיו הופקדו פירות למכור את הפירות תחת פיקוח של בית הדין, בראותו שהפירות עומדים להירקב, אך הקישור האמור נדחה.

סוגיה קרובה לסוגיה זו עוסקת בשאלה, האם בית הדין יעביר לשליטתו של קרוב של קטין את מקרקעיו של הקטין (ראו דברי רב הונא, **תלמוד בבלי** בבא מציעא, לט, א). אולם שאלה זו אינה מתמקדת בניגוד העניינים שבו עלול הקרוב למצוא את עצמו, אלא בחשש שהורדת הקרוב למקרקעיו של הקטין עלולה לסייע לו ליצור חזקה בקרקעות ולמעשה לנכס לעצמו את נחלת הקטין. על סוגיה זו ראו בהרחבה אצל י"ק רייניץ, "מעמדם של קרובי היתום במשפט העברי ובחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962" **מחקרי משפט** ה (תשמ"ו) 151, עמ' 157-173.

<sup>432</sup> כך הסבירו רוב המפרשים. ראו למשל: **רש"י** בבא מציעא לח, ב ד"ה מפסיד להו ("ולא יזבל הקרעות, ויזרעם תמיד ויכחישם"); **תוספות** בבא מציעא לט, א ד"ה וכולם שמין ("לפי שירא שיבואו הבעלים קודם שיקצור ויאכל ולא יטול כלום ולא ישיבח הקרקע אלא כל מה שימצא יאכל בחנם"); **פסקי ר"ד** בבא מציעא לח, ב ד"ה איתמר ("לא יחוש לטרוח עליהם ולהשביחם, שהוא ירא שמא יבואו הבעלים ויוציאום מידר").

<sup>433</sup> על פי **שיטה מקובצת** בבא מציעא, שם (בשם רמב"ן); **חידושי הריטב"א** בבא מציעא שם, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ז, עמ' שכד, ד"ה רב אמר.

אמנם, גם הזנחת השדה מסבה לה נזקים, וסביר להניח שאילו היה נשאל על כך, היה השבוי או הנער מעדיף את האפשרות ששדותיו יעובדו, תוך נטילת הסיכון שבשל ניגוד עניינים תעובד השדה בדרך שתפגע באיכות הקרקע, על פני האפשרות ששדותיו יזנחו. אף על פי כן, רב סבר שאין להוריד את הקרוב לנכסיו של השבוי כי "מוטב שיאבדו מאליהן הרבה ולא על ידינו מעט" (**חידושי הריטב"א** בבא מציעא שם (הוצאת מוסד הרב קוק, עמ' שכג). וראו גם: **חידושי הרמב"ן** בבא מציעא, שם; **חידושי הר"ן** בבא מציעא, שם). במילים אחרות, האדם הפרטי רשאי להפקיד את ענייניו בידיו של חב אמון המצוי במצב של ניגוד עניינים בין ענייניו האישי לענייני שאותו הוא התבקש לקדם, משיקוליו הוא, אך לא כן הציבור. כאשר הציבור ממנה אדם לתפקיד שיש בו כדי להשפיע על זכויותיו של היחיד, עליו להימנע ממינוי של אדם המצוי במצב של ניגוד עניינים, שכן שיקולי עלות-תועלת שזכאי אדם להפעיל בניהול נכסיו הפרטיים, אין הציבור רשאי לשקול בניהול נכסיו של היחיד.

<sup>434</sup> ראו, **שולחן ערוך** חושן משפט, רפה, ב.

שזכות הקרוב בפירות השדה היא קצובה, בהתאם לשיעור הפירות שמקובל לתת לאריסים, בין אם ישוחרר קרובו מן השבי לפני שתצמיח השדה פירות ובין אם ישוחרר לאחר מכן.<sup>435</sup> לכן, אין לחשוש שהקרוב יעבד את השדה באופן שיגדיל את כמות הפירות על חשבון איכותה של הקרקע.<sup>436</sup>

מדבריו של שמואל עולה אם כן, שבהעדר מנגנון המבטיח את ריסונו של חב אמן המצוי במצב של ניגוד עניינים, אין למנות לתפקיד אדם המצוי במצב שכזה.

העיקרון האמור יושם בדורות מאוחרים יותר, כנימוק לשלילת מינויין של נשים כאפוטרופסיות לילדיהן, אף כאשר ברור היה שיש נשים שכוחן במסחר אינו פחות מזה של גברים.

רצונה של אם לשמש כאפוטרופוסית לילדיה הוא טבעי ומובן שהרי האם, יותר מכל אחד אחר, מעוניינת ברווחתם וטובתם של ילדיה, דבר ההופך אותה למועמדת טבעית לשמש כאפוטרופוסית שלהם.

<sup>435</sup> ההסבר, על פי: רש"י בבא מציעא לח, ד"ה כיון ולט, א ד"ה שמין; פסקי הרא"ש בבא מציעא ג, יב; משנה תורה נחלות ז, ה (ע"פ טור חו"מ רפה, ד). אולם, לדעת ר"י הזקן והראב"ד, גם לדעת שמואל הקרוב זוכה לקבל את כל פירות השדה, ושמין לו כאריס רק לעניין השבח שהשביח את השדה (ראו תוספות בבא מציעא שם, ד"ה וכולם; הגהות מיימוניות נחלות שם, אות ד; השגות הראב"ד נחלות שם; טור חו"מ שם; רמ"א חו"מ רפה, ב). לשיטה זו, נראה שאין חוששים שבשל רצונו להרבות את חלקו בפירות עלול הקרוב לפגוע באיכות הקרקע, משום שהוא צופה שהוא יירש את השדה ופגיעה באיכות הקרקע תפגע בסופו של דבר בו. לשיטה זו, החשש של רב הוא, שהקרוב יימנע מלהשביח את השדה מחשש שמא קרובו יגיע לפני שהוא יספיק ליהנות מפירותיה של השדה כתמורה למאמצים שהשקיע בעיבודו.

<sup>436</sup> בהתאם להסבר זה, את המחלוקת שבין רב לשמואל ניתן להסביר באחת משתי דרכים: לפי דרך אחת, רב מסכים לכך שקציבת שכרו של היורד לשדותיו של השבוי מפיגה את החשש שמא בשל ניגוד עניינים הוא יפגע באיכותה של הקרקע, אך לדעתו לא תקנו חכמים ליורד לשדות השבוי שיעור קצוב בפירות השדה (כך הסבירו תוספות בבא מציעא לט, א ד"ה וכולם). לפי דרך אחרת, רב אינו מקבל את ההנחה, שקציבת שכרו של היורד לשדותיו של השבוי מפיגה את החשש שמא בשל ניגוד עניינים הוא יפגע באיכותה של הקרקע, משום שבכל זאת, ככל ששיעור הפירות שהשדה תצמיח יהיה רב יותר, כך גם, שיעור חלקו בפירות יגדל, ונמצא שניגוד העניינים בעינו עומד (כך משמע, למשל, מפירוש רש"י הנ"ל בהערה 432). אמנם, ניתן לטעון שלפי הסבר זה, כל אריס מצוי במצב של ניגוד עניינים, ומאחר שמקובל שאנשים מוסרים את שדותיהם לשליטתם של אריסים, מדוע לא נתיר לכל אדם לשמש כאריס בשדותיו של השבוי? על שאלה זו ניתן להציע שתי תשובות: האחת היא, שניגוד העניינים שבו מצויים אריסים רגילים אינו כה חריף משום שמקובל שהאריס יורד לשדות הזולת לשנים רבות (ראו להלן, אחר הציון להערה 945). לפיכך, אם יעבד את השדה שנה אחת באופן המגדיל את שיעור הפירות שתצמיח על חשבון השמירה על איכות הקרקע, הדבר יפגע בסופו של דבר בו, משום שבשנים הבאות הוא יזכה לכמות מועטה של פירות בשל הפגיעה באיכות הקרקע. לחילופין, ניתן לטעון שבהתאם להנחה ש"מוטב שיאבדו מאליהן הרבה ולא על ידינו מעט" (ראו לעיל, הערה 433), אכן כל אריס מצוי במידה מסוימת במצב של ניגוד עניינים, אך בעל השדה רשאי למסור את שדותיו לשליטתו של חב אמן המצוי במצב של ניגוד עניינים, בעוד שבית הדין כנציג הציבור אינו רשאי לקבל החלטה שכזו, המסכנת את נכסיו של היחיד, בשמו.

אולם, יש לזכור שפעמים רבות, לאם, כנושה של העיזבון לטובת פירעון כתובתה, יש עניין אישי בעיזבון, ובדרך בה הוא ינוהל. עניין זה עלול להתנגש עם עניינם של היתומים.

בשל כך התנגד הריב"ש<sup>437</sup> למינויה של אישה ש"רוצה לגבות כתובתה" כאפוטרופוס ליתומים, ופסק "שצריך למנות אפוטרופוס שיטעון כנגדה לזכות הקטן".

באופן דומה, רבי שלמה בן שמעון דוראן פסק שכל זמן ש"האחים עדיין לא חלקו הנכסים שהניח להם אביהם ואין חלק הקטנים מבורר ועדיין צריכין לחלוק הנכסים קרקעות ומטלטלין... אין ראוי למנות האח הגדול [כאפוטרופוס לאחיו הקטנים]"<sup>438</sup>, בשל ניגוד העניינים שהאח הגדול עלול למצוא עצמו בתוכו.<sup>439</sup>

בהתאם לעיקרון זה קבע הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל עיקרון כללי שלפיו –

קרובי היתומים שהם בעלי חוב של המוריש או שיש להם זכות ירושה בעיזבון, פסולים<sup>440</sup> להיות אפוטרופוסים על נכסי יתומים אלו שהם נוגעים בדבר, וכן כל מי שיש לו תביעות או שהוא חייב להם, אינו ראוי להיות אפוטרופוס מדין נוגע בדבר.<sup>441</sup>

ניתן לסכם אפוא, שההלכה התנאית לא התנגדה למינויו של בעל עניין לתפקיד ציבורי הדורש אמון, אך בתקופת האמוראים עלה החשש שמא מינוי בעלי עניין יגרום

<sup>437</sup> שו"ת הריב"ש כ. כך פסק גם הרב צמח בן רבי שלמה בן שמעון דוראן (רצב"ש) בשו"ת יכין ובוועז א, קלו (וראו בית יוסף ח"מ רצ, ב, שמביא בשם "ר"ש בר צמח" ש"אין מעמידין אשה אפוטרופוס כל שכן אשת המת שרוצה להרבות בכתובתה מנכסי יתומים").

<sup>438</sup> שם.

<sup>439</sup> לכאורה, פסיקה זו מנוגדת להלכה התלמודית, המכירה בזכותו של 'גדול האחים' לשמש כאפוטרופוס לאחיו הקטנים, וראו אונגר, נאמנות בנכסים עמ' 68. אולם, ההלכה התלמודית עסקה בזכותו של 'גדול האחים' לשמש כאפוטרופוס בפועל (ממילא), ולא במינוי של אח כאפוטרופוס לאחיו.

<sup>440</sup> פסילה זו נוגעת אך ורק למינוי בידי בית הדין, משום שכאשר אדם ממנה אפוטרופוס לילדיו, שתפקידו יהיה לנהל את נכסיהם לאחר מותו, הוא רשאי למנות את מי שיחפוץ בו, ובית הדין אינו רשאי להתערב בהחלטה זו. לעניין זה ראו בהרחבה, אונגר, נאמנות בנכסים עמ' 557-559.

<sup>441</sup> שערי עוזיאל שער ח, פרק א, סעיף ה. וראו גם פסק הדין בתיק 063136469-64 בבית הדין הרבני הגדול (מובא בספר בשערי בית הדין ג, עמ' 26, פסילת מינוי עורך דינו של נהנה כנאמן קבוע להקדש מחמת החשש מפני ניגוד עניינים).

יש להדגיש שמן הדברים עולה, שבהעדרה של תביעה מסוימת של האפוטרופוס כלפי העיזבון, אין חושדים באפוטרופוס שינצל את מעמדו כדי להשיא רווחים על חשבונם של היתומים. וראו שו"ת משפטי שמואל (קלעי) צ (כאשר אביה של יורשת יתומה מבקש לשמש לה כאפוטרופוס אך הוא ידוע כאדם עני וכ"איש רע מעללים", אין למנותו כאפוטרופוס. מן התשובה עולה ששילת מינויו של האב אינה מבוססת רק על ניגוד העניינים שהוא צפוי להיות בו, אלא גם, וכנראה בעיקר, בשל אופיו של המועמד ומצבו הכלכלי).

לפגיעה בעניינם של חסויים, ועיקרון זה הורחב ושוכלל בדורות מאוחרים יותר עד שנקבע ש"כל מי שיש לו תביעות או שהוא חייב להם, אינו ראוי להיות אפוטרופוס".

## 1.2 הפעלתן של סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות

בספרות הפסיקה והשו"ת החל מן המאה העשירית לספירה, ניתן למצוא היקש בין ה'דיינים' לנציגי ציבור כ'טובי העיר', 'נאמני הקהל' ו'פרנסים'.<sup>442</sup> מכוחו של היקש זה, ובהסתמכם על ההלכה השוללת את סמכותם של דיינים לדון כאשר הם מצויים במצב של ניגוד עניינים, הסיקו מלומדים בני זמננו<sup>443</sup> שנציגי ציבור מנועים מלמלא את תפקידיהם בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים.

אולם, נראה שזוהי מסקנה מרחיקת לכת, משום שהיא מתעלמת מן ההבחנה שבין הפעלתן של סמכויות שיפוטיות לבין הפעלתן של סמכויות ביצוע. המקורות השוללים מן הדיין את הסמכות לדון בהיותו נגוע בניגוד עניינים עוסקים בהפעלתה של סמכות שיפוטית.<sup>444</sup> לכן, מן ההיקש ניתן ללמוד, לכל היותר, שנציגי ציבור אינם רשאים להפעיל סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות בהיותם נגועים בניגוד עניינים. לא ניתן ללמוד מן ההיקש האמור, שנציגי הציבור אינם רשאים לבצע את תפקידיהם בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים.<sup>445</sup>

במילים אחרות: נציגי הציבור, כמו הדיין, חשוד כמי שהכרעתו תהיה מוטה מכוחו של העניין האישי שיש לו בעניין שנמסר לשיפוטו, אך הוא אינו חשוד שינצל את מעמדו כדי לקדם את עניינו על חשבונם של אחרים.

ההבחנה האמורה עולה לכאורה גם מן ההלכה המכירה בזכותו של גבאי צדקה לחלק כספי צדקה לקרוביו הנזקקים.<sup>446</sup> מהלכה זו עולה, שאין חושדים בגבאי שהוא יבכר את קרוביו על פני אחרים בהפעילו את סמכויותיו.<sup>447</sup>

<sup>442</sup> ראו קלינמן, ניגוד עניינים עמ' 100-101, ובמקורות שציין שם בהערה 27.

<sup>443</sup> ראו למשל: קלינמן, ניגוד עניינים עמ' 99-100; קלינמן, מאולמו של הדיין עמ' 162-163; הכהן, ניגוד עניינים עמ' 132-143.

<sup>444</sup> בסמכות מסוג זה עוסקת גם ההלכה בעניין שיתופם של כהן גדול או מלך בהליך עיבור השנה, כמבואר שם.

<sup>445</sup> קלינמן הרגיש כנראה בקושי זה ובשל כך הציע להוכיח את המסקנה שנציגי ציבור אינם רשאים לפעול בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים מתשובת רבי יחזקאל לנדא בעניין סמכותם של 'טובי העיר' לקבוע תקנות בענייני מס כאשר לפי התקנות מוענקת הטבה לחלק מ'טובי העיר' (שו"ת נודע ביהודה קמא חו"מ, כ). ראו קלינמן, ניגוד עניינים עמ' 114). אולם, גם הסמכות לקבוע תקנה בענייני מס היא סמכות מעין שיפוטית, משום שבהפעלתה נדרשים טובי העיר לאזן בין זכויותיהם של החברים בקהילה ולקבוע מי זכאי להקלה ומי לא.

<sup>446</sup> שולחן ערוך יו"ד רנז, י.

<sup>447</sup> אמנם, ניתן (בדוחק) לטעון שההלכה אינה חוששת שהגבאי ימעל בתפקידו לטובת קרוביו, אך היא חוששת שהוא ימעל בתפקידו לטובת קידום עניינו האישי, וראו גם להלן, הערה 488. אולם, משמצאנו שיש להבחין בין הפעלתן של סמכויות שיפוטיות להפעלתן של סמכויות ביצוע, טענה זו דורשת הוכחה.



כאמור לעיל, שלילת סמכותם של הדיינים לדון בעניין שבו יש להם נגיעה אישית אינה מבוססת על החשש שמא הדיין לא יהיה מסוגל לקבל הכרעה אובייקטיבית, אלא על החשש שמא קבלת הכרעות שיפוטיות בנסיבות כאמור תפגע באמון הציבור במערכת השיפוטית. סביר אם כן להניח, שמאותו הטעם יש לשלול את כוחם של נציגי הציבור לקבל הכרעות שבהן יש להם עניין אישי. קבלת הכרעות בנסיבות כאמור עלולה לערער את אמון הציבור בנציגיו, וכתוצאה מכך, לגרום לאבדן הלגיטימיות של המנהל הציבורי.<sup>448</sup> מאותו הטעם יש לשלול גם את זכותו של נציג הציבור להפיק טובת הנאה אישית מנכסי הציבור שהופקדו בידיו.

### 1.3 רכישה עצמית

בתוספתא<sup>449</sup> נקבע שגבאי תמחוי אינו רשאי לרכוש לעצמו מזון שאסף עבור העניים. בתלמוד הוסבר, שהאיסור הוא משום החשש שמא אם ימכרו הגבאים לעצמם, "יחשדום שלקחום בזול"<sup>450</sup>, ונמצאו הגבאים עוברים על הציווי "והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר לב, כב).<sup>451</sup>

<sup>448</sup> אפשר גם, שההלכה אינה שוללת את סמכותם של נציגי ציבור להפעיל סמכויות ביצוע כאשר עשוי להיות להם עניין אישי בתוצאה של הפעלת סמכויות, בשל כך ששלילת הסמכות לפעול בנסיבות אלה עלולה לשתק את המערכת הציבורית, משום שפעולותיהם של נציגי הציבור נוגעות לכל הציבור, וכמעט כל פעולה שלהם תהיה נגועה בדרך זו או אחרת בניגוד עניינים. וראו גם, קליינמן, מאולמו של הדיין עמ' 168.

בהקשר זה, מעניין להשוות את ההלכה לדין המקובל כיום, בעניין זכותם של חברי כנסת להצביע בעניין שבו יש להם נגיעה אישית. בעניין זה קיימת הבחנה בין הצבעה במליאה להצבעה בוועדות. לפי סעיף 6 לכללי האתיקה של חברי הכנסת (על פי תקנון הכנסת – החלטות בענייני נוהל, כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה, מעודכן ליום ט"ו בשבט התשע"ה, 4 בפברואר 2015), הכלל הוא, ש –

היה לחבר הכנסת עניין אישי בדיון או בהצבעה, בכנסת או בוועדותיה, יודיע על כך, מיד, לוועדת האתיקה וכן ליושב ראש הכנסת או ליושב ראש הוועדה, לפי העניין; חבר הכנסת כאמור לא ייזום, בין במישרין ובין בעקיפין, הצעה כלשהי באותו נושא, ולא ישתתף בדיון בו, אלא לאחר שהודיע, בכנסת או בוועדה, לפי העניין, במעמד הדיון, על עניינו האישי; **היה הדיון בוועדה - לא ישתתף חבר הכנסת בהצבעה על אותו נושא.**

ההגיון שביסוד ההבחנה שבין דיון במליאה לדיון בוועדות הוא, שבדיון במליאה לא ניתן להחליף את חבר הכנסת באדם אחר, ובשל כך, שלילת זכות ההצבעה תפגע ביישומה של העיקרון הדמוקרטי, המחייב להעניק לכל מפלגה בכנסת את הכוח שנתן לה הציבור בבחירות. לעומת זאת, בדיון בוועדה, ניתן להחליף את חבר הכנסת הנגוע בניגוד עניינים בחבר כנסת אחר. בשל כך, ניתן לאסור על חבר כנסת שלו יש עניין אישי להשתתף בדיון, ובכך לכפות על סיעתו להחליפו באחר, לטובת הדיון בעניין שבו יש לחבר הוועדה עניין אישי. אמנם, יש להדגיש שהפרתה של חוב הגילוי האמורה, לא תוביל לפסילתה של הצבעה במליאה. וראו לעניין זה אצל שי ניצן, "ניגוד עניינים של חברי כנסת" משפטים כ 457, 473.

<sup>449</sup> תוספתא (ליברמן) בבא מציעא ג, ט.

<sup>450</sup> רש"י פסחים שם, ד"ה ואין.

<sup>451</sup> ראו: תלמוד בבלי פסחים יגא; בבא בתרא חב. וראו גם, בבא מציעא לחא (שם הושמטה הסימנה)

מנימוק זה עולה, שההלכה אינה חוששת שהגבאי ינצל את מעמדו כדי לקדם את ענייניו על חשבון העניים, אלא שהרכישה עצמית תגרום לציבור לחשוד בו שהוא נהג כן.<sup>452</sup>

#### 1.4 ניגוד עניינים מוסדי

תפקיד האפוטרופוס ליתומים הוא תפקיד ציבורי במהותו. האפוטרופוס הוא למעשה שלוחו של בית הדין, 'אביהם של יתומים',<sup>453</sup> לדאוג לרווחתם של היתומים.<sup>454</sup>

לעיל עמדנו על כך שאין ממנים אדם לתפקיד של אפוטרופוס, אם אדם זה צפוי להימצא במצב של ניגוד עניינים בעת שימלא תפקיד זה. על מינויו של אדם לתפקיד זה, כאשר המועמד צפוי להימצא במצב של ניגוד עניינים מוסדי נלמד מדבריו שקבע ש"יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם, בית דין מעמידים להם אפוטרופוס ובוררים להם חלק יפה".<sup>455</sup>

'משום שנאמר' וכו'). על הקושי הרב שיש בהגשמת חובה זו, ראו ש"ת חתם סופר ו, נט.  
<sup>452</sup> אביעד הכהן מציג שהסיבה לכך היא, ש"לא מתקיים ניגוד עניינים בפועל (שהרי הגבאים משלמים את מחיר השוק של שווי מצרכי המזון)" (הכהן, **ניגוד עניינים** עמ' 151). אולם ההנחה שברכישה במחיר השוק לא מתקיים ניגוד עניינים איננה נכונה, משום ש"אילו ניתנה לנאמן הזדמנות שווה לזו של כל אדם אחר לרכוש את הנכס, די היה בה כדי שתתעורר סכנה, שהנאמן לא יעשה מאמצים מרביים למצוא את הרוכש שירבה במחיר" (כרם, **נאמנות** סעיף 259, עמ' 550. על חשש זה עמד כבר ר"י פלק. לדבריו, גם לדעת הסוברים שהרכישה מתבצעת לפי שומה רשמית, המוודאת שהמחיר ששולם הוא כמחיר השוק (ואז לכאורה אין סיבה לחשוש לזנות שפתיים), יש טעם לאסור על הגבאי לרכוש לעצמו את המזון "כדי שישא קצת, ואפשר שיעלה בדמים יותר מדמי השומא" (פני יהושע בבא מציעא לח, א ד"ה בגמרא). וראו גם להלן, אחר הציון להערה 508).

<sup>453</sup> ראו: **תלמוד בבלי** גיטין לז, א (ר"בן גמליאל ובית דינו, אביהן של יתומים); בבא קמא לז, א; **משנה תורה** נחלות י, ה; **שולחן ערוך** חו"מ רצ, א. ובהרחבה אצל אריה אדרעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", **דיני ישראל** יט (תשנ"ז), עמ' ה-מא. על ת שהרי לפי תפיסת המשפט העברי, ההגנה על עניינם של יתומים, עניים ונזקקים מוטלת על הרשות הציבורית. וראו גם: **קהילות יעקב** בבא בתרא, סימן ח, ד"ה וידעתי ("נראה דכל בית דין, מלבד כח בית דין שלהם [=סמכות השיפוט], אית בהו נמי כח של גבאי צדקה"); הרב אברהם ח' שרמן, "סדר דין מיוחדים בהקדשות" בתוך: **משפטי ארץ - דין, דיין ודיון** עמ' 118, בעמ' 124 ("בית דין, מלבד תפקידו, שמינוהו לדון בכל דבר הצריך משפט, מוטל עליו לעסוק בצרכי ציבור החומריים והרוחניים... עצם המינוי על בית דין, לשפוט ולדון בכל דבר המשפט, מגלה דעת ורצון הציבור, שרואה בהם חשובים ונאמנים להיות שלוחיו לעניינים הציבוריים הנ"ל"); הנ"ל, "סמכותו של בית דין לדון בעניינים ציבוריים", **תחומין** כה, 243; הרב שלמה דיכובסקי, "בית דין הוא אביהם של ישראל", **שם** עמ' 247.

<sup>454</sup> וראו גם, **שערי עוזיאל** אפוטרופוסות, א, עמ' 22 ("הא למדת שהאפוטרופוסות, לפי השקפתה של תורת ישראל... היא חובה משפטית המוטלת בעיקרה על שופטי העם ונבחריו, שהם לפי תפקידם נקראים ממונים מאת אבי יתומים השוכן בערבות לעשות משפט יתום ואלמנה"). משום כך נראה לנו שסיווג משפט האפוטרופוסות כחלק מן המשפט הפרטי (ראו הכהן, **ניגוד עניינים** עמ' 145), שגוי.

<sup>455</sup> **תלמוד בבלי** יבמות, סז, ב, כתובות ק, א, גיטין, לד, א, קידושין, מב, א. כך נפסק במשנה תורה

לדעת רבים מן הראשונים, כוונת שמואל היא, שיש להעמיד לכל אחד מן היתומים אפוטרופוס כדי שיהפך בזכותו בעת חלוקת העיזבון בין היתומים.<sup>456</sup> מהסבר זה עולה, שאין להניח לאפוטרופוס אחד לייצג שני יתומים כאשר צפוי ניגוד עניינים בין ענייניו של זה לענייניו של זה.

אמנם, יש שהסבירו שהלכת שמואל עוסקת בחלוקה של העיזבון בין היתומים הגדולים ליתומים הקטנים. כשבאים לבצע חלוקה שכזו, בית דין מעמידים ליתומים הקטנים אפוטרופוס ובוררים להם [=לקבוצת היתומים הקטנים] חלק יפה.<sup>457</sup>

אולם, גם מפרשנות זו ניתן ללמוד שאין להעמיד אפוטרופוס במצב של ניגוד עניינים מוסדי, שהרי לפי פרשנות זו, בעוד היתומים קטנים אין לחלק את העיזבון ביניהם, ובכך ליצור צורך למנות אפוטרופוס לכל אחד מהם, כדי להימנע ממצב שבו אפוטרופוס מכהן ימצא עצמו במצב של ניגוד עניינים מוסדי.<sup>458</sup>

ממחלוקת האמוראים בעניין הורדתו של קרוב לנכסי השבוי למדנו שבאופן עקרוני, אין למנות לתפקיד ציבורי אדם שבהפעילו את סמכויותיו יהיה מצוי

נחלות י, ד ובשולחן ערוך ח"מ רפט, א.

<sup>456</sup> ראו למשל: רש"י יבמות סז, ב ד"ה יתומים ("ובורר כל אפוטרופוס חלק אחד יפה לחלק"), כתובות ק, א, ד"ה ובוררין, וגיטין לד, א, ד"ה ובוררין; תוספות כתובות שם, ד"ה ובוררין, וקידושין מב, א, ד"ה ובוררין (בדעת ר"י); חידושי הרשב"א גיטין לג, ב, ד"ה ומלשון בוררין; פירוש ר"י מלוניל קידושין שם (שיטת הקדמונים עמ' סד-סה).

חידושי חתם סופר גיטין לד, א, כותב שלשיטה זו יש לתקן את הנוסח גם במילה 'אפוטרופוס', ולהחליפה ב'אפוטרופסים', וכך אמנם הנוסח בתלמוד בבלי כ"י רומי 130 ליבמות סז, ב וראו תלמוד בבלי עם שינויי נוסחאות, הוצאת מכון התלמוד הישראלי, יבמות שם.

העמק שאלה שאלתא קלט, ס"ק א כותב שמן המילה 'בוררין' משמע אמנם שיש כמה אפוטרופוסים (בניגוד לנוסח המצוי בכמה מכתבי היד, 'בורר', כפי שמופיע בתלמוד דפוס וילנא, יבמות סז, ב), אבל הוא מעיר שר"ן על הר"ף כותב שאפשר לפרש שהמילה 'בוררין' מכוונת לבית הדין, שהם הבוררים לכל אחד מן היתומים את חלקו, ולפי זה, אפשר שהמילה 'בוררין' אינה מלמדת שיש כמה אפוטרופוסים. ואמנם, חידושי חתם סופר גיטין לד, א כותב בדעת רבנו חננאל, שיש רק אפוטרופוס אחד לכל היתומים, ובית הדין הם הבוררים ומחלקים, והאפוטרופוס רק שומר על החלקים שנבררו עבור כל אחד מן היתומים.

<sup>457</sup> ראו למשל: חידושי הריטב"א קידושין מב, א; משנה תורה נחלות י, ד (ע"פ ר"ן על הר"ף קידושין יז, א (דפי הר"ף)), וראו עוד על דעת הרמב"ם בעניין זה בפני יהושע כתובות ק, א, ד"ה גמרא ובבירור הלכה קידושין מב, א, ציון ד; שולחן ערוך חושן משפט רפט, א ("מעמידין בית דין אפוטרופוס לקטנים, ובורר להן החלק היפה"); שאילתות דרב אחאי גאון שאלתא קלט (ע"פ העמק שאלה שם, ס"ק א).

<sup>458</sup> וראו גם לעיל, הערה 277 ששפירא סבור שההלכה האוסרת על מלך וכוהן להשתתף בהרכב הדין בעיבור השנה מלמדת על הסתייגותה של ההלכה ממצב שבו חב אמון ימצא עצמו במצב של ניגוד עניינים מוסדי. אך נראה שזוהי מסקנה שאיננה הכרחית, כפי שהערנו על דבריו שם. כמו כן, ראו לעיל, אחר הציון להערה 289, שאביעד הכהן סבור שמן ההלכה הקובעת ש"אין עד נעשה דיין" יש ללמוד שהמשפט העברי מסתייג מהימצאותו של חב אמון במצב של ניגוד עניינים מוסדי. אף לטענה זו אין לדעתנו על מה לסמוך, כפי שהוכחנו לעיל, בהערה 290.

במצב של ניגוד עניינים. עיקרון זה נשמר גם בתקופות מאוחרות יותר, בפסיקות העוסקות במינוי אפוטרופוסים שיש להם עניין בעיזבון.

נציגי ציבור אינם רשאים להפעיל סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות, בהיותם נגועים במצב של ניגוד עניינים, ואפילו בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים מוסדי.

עם זאת, הם רשאים להפעיל סמכויות ביצוע בהיותם נגועים בניגוד עניינים, אך הם אינם רשאים לרכוש לעצמם נכס שנמסר לניהולם, מחשש שמא הדבר יעורר לזות שפתיים.

שלילת כשרותם של בעלי עניין מלמלא תפקיד ציבורי ומהפעלה של סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות מהוה הרחבה טבעית של העיקרון השולל את מעורבותם של בעלי עניין בהליך המשפטי. מעורבותם של בעלי עניין בהליך שכזה פוגעת במראית פני הצדק, ומערערת את אמון הציבור במערכת המשפט. בהתאמה, מינויים של בעלי עניין לתפקידים ציבוריים או הכרה בסמכותם להפעיל סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות, מערערת את אמון הציבור במוסדות השלטון.

ההסבר שלפיו שלילת סמכותם של נציגי הציבור לרכוש לעצמם נכס שנמסר לניהולם נובעת מן החשש מפני לזות שפתיים מלמד על תפיסה עקרונית שלפיה, ההלכה אינה חושדת בנציג הציבור שהוא ינצל את מעמדו לרעה, אך דורשת ממנו לשמור על אמון הציבור בו, ובשל כך, דורשת ממנו להימנע מרכישה עצמית, פעולה שבדרך הטבע עלולה לעורר לזות שפתיים.

## 2. איסור רכישה עצמית

כזכור, הדין הישראלי אוסר על חב אמון לרכוש נכס מן הנכסים המופקדים בידי לשם מילוי תפקידיו, לעצמו או לקרוביו, או למכור נכס השייך לו או לקרוביו, לזכאי.<sup>459</sup> איסור זה מבוסס על ההנחה, שבעסקה שכזו חב האמון עלול לנצל את מעמדו כדי לקדם את ענייניו בדרכים שונות. כאשר הוא רוכש נכס, הוא עלול להשיג לעצמו מחיר טוב עבור הנכס שרכש או לרכוש נכס שבו יש לו עניין אישי, גם אם עניינו של הזכאי מחייב שנכס זה לא יימכר. כאשר הוא מוכר נכס, הוא עלול להביא לכך שיקבל מחיר גבוה מזה שהיה משולם לאדם אחר או למכור נכס שאין בו צורך לזכאי.<sup>460</sup>

בעניין זה, כפי שניווכח להלן, חלו במשפט העברי תמורות משמעותיות במהלך הדורות.

<sup>459</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 363.

<sup>460</sup> וראו כרם, נאמנות עמ' 544-545.

## 2.1 טעמו של האיסור

### 2.1.1 חשש מפני ניצול הסמכות לרעה

בעניינה של אלמנה המבקשת להיפרע כתובתה ממקרקעי העיזבון פסק רב נחמן ש"אלמנה ששמה לעצמה - לא עשתה ולא כלום",<sup>461</sup> משום "דאמרי לה: מאן שם לך?".

מן הסוגיה התלמודית<sup>462</sup> בעניין זה עולה, שגם אם האלמנה ביצעה מכרז לאיתור רוכש של המקרקעין במחיר הגבוה ביותר, ונמצא שהתמורה שהיא עצמה הציעה היא הגבוהה ביותר, אין היא רשאית ליטול לעצמה את המקרקעין.

לפי הגאונים, משמעות השאלה "מאן שם לך" היא –

שמא לא דקדקת יפה בשומא, [ו]אף על פי שבבית דין הדיוטות לקחה

חיישינן שמא כיון דלעצמה הוא, לא דקדקו יפה בשומתם.<sup>463</sup>

מדברי הגאונים משמע, שבשל ניגוד העניינים בו מצויה האלמנה, היא עלולה שלא לדקדק בשומת הקרקעות, להעריך את שוויין של קרקעות העיזבון בערך הנמוך משוויין הריאלי, ולזכות בקרקעות במחיר מציאה. ולא זו בלבד, אלא שקיים חשש ממשי, שניגוד העניינים שבו מצויה האלמנה עלול להשפיע גם על בית הדין המפקח על הליך ההערכה של שווי הקרקע.<sup>464</sup>

<sup>461</sup> תלמוד בבלי כתובות צח, א, וכך נפסק במשנה תורה אישות יז, יד.

<sup>462</sup> שם.

<sup>463</sup> על פי חידושי הריטב"א כתובות שם, בשם הגאונים, וכך הסביר רש"י במהדורה קדומה של פירושו לתלמוד, על פי שיטה מקובצת כתובות שם, ד"ה אלמנה. וראו גם, מחנה אפרים שלוחין ושותפים, כ, שמפרש כך בדעת הרמב"ם במשנה תורה אישות יז, יד. אמנם, מדברי הרמב"ם שם משמע שהאלמנה שמה לעצמה ממש, ללא מעורבות כלשהי של בית דין של הדיוטות, ולשיטתו, אם מכרה לאחרים המכר קיים, ואם מכרה לעצמה, "לא עשת[ה] כלום", וכדבריו פסק שולחן ערוך אהע"ז קג, ד-ה (וראו מגיד משנה אישות שם, שהסביר שלשיטת הרמב"ם, הצורך בפיקוח של בית דין, כעולה מן המשנה כתובות יא, ב-ג הוא לכתחילה, אך בדיעבד המכר קיים גם כשבית דין לא היה מעורב במכירה אם "מכרה שוה בשוה", אלא שכאשר מכרה לעצמה המכר בטל משום שאין כאן הוצאה של הנכס הנמכר מרשות לרשות, וכשיטת רשב"א שלהלן, בהערה 471. וכעין דברים אלו כתבו גם: משנה למלך שלוחין א, ה; אבני מילואים אהע"ז קג, ו).

<sup>464</sup> הנחה זו דורשת הסבר. הרי בית הדין אינו מצוי במצב של ניגוד עניינים. מדוע אם כן יושפע בית הדין מניגוד העניינים שבו מצויה האלמנה?

ייתכן שלשיטת הגאונים, בית הדין אינו חשוד אמנם להטות את תוצאות המכרז, אך הצלחת המכרז תלויה במידה רבה בריבוי ההצעות שיוגשו ובזמן העומד לזכותם של רוכשים פוטנציאליים כדי להגיש את הצעותיהם. ההנחה של הגאונים היא, שכאשר האלמנה מתכוונת לרכוש את המקרקעין לעצמה, הליך המכרז הוא פגום משום שאין צורך לחכות להגעתן של הצעות רכישה, ובית הדין עלול להתפתות לעשות לעצמו 'חיים קלים', לקבל את ההצעה של האלמנה ככזו המשקפת את מחיר השוק של הנכסים, ולא להמתין עד להגעתה של ההצעה הטובה ביותר. כמו כן, ייתכן שמאחר שהאלמנה משתתפת במכרז והיא זו שהזמינה את בית הדין כדי שישומו

אמנם, מן הראוי להדגיש, שהגאונים אינם חוששים שחב האמון ינצל את מעמדו לרעה באופן מודע, אלא שדעתו של חב האמון תהיה מוטית באופן תת הכרתי, בשל ניגוד העניינים שהוא מצוי בו. לכן, אין אוסרים על האישה להיפרע ממקרקעי היתומים לפי שומתה בשל החשש שתיטול יותר מן המגיע לה, אלא בשל החשש שלא תדקדק בשומה.

אמנם, לכאורה פרשנות זו נסתרת מן הסוגיה התלמודית העוסקת בהוראה של רבי יהוה הנשיא שלפיה שומר שבידיו הופקד חמץ, נדרש למכור את החמץ בערב הפסח, בשעה החמישית של היום. בעקבות מחלוקת התנאים בשאלה, האם מותר לאכול את החמץ בשעה החמישית של יום י"ד בניסן, נחלקו האמוראים בהבנת הוראתו של רבי יהודה הנשיא –

מאי לאו - לנכרים, כרבי יהודה? [שסבר שיהודי אינו רשאי לאכול

חמץ בשעה החמישית]

אמר רב יוסף: לא, לישראל, כרבי מאיר [שסבר שיהודי רשאי לאכול

חמץ בשעה החמישית].

אמר ליה אביי: אי לישראל - נישקליה לנפשיה!

משום חשדא. דתניא: גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק - פורטין לאחרים

ואין פורטין לעצמן. גבאי תמחוי שאין להם עניים לחלק - מוכרין לאחרים

ואין מוכרין לעצמן משום שנאמר: 'והייתם נקים מה' ומישראל'.<sup>465</sup>

לפי רב יוסף, השומר אינו רשאי לרכוש בעצמו את החמץ שמא יחשדוהו שניצל את מעמדו כדי לרכוש את החמץ במחיר מוזל, ובכך יעבור על הציווי: 'והייתם נקיים מה' ומישראל' (במדבר לב, כב).

לכאורה, לשיטתם של הגאונים, היה מקום לנמק את ההלכה על יסוד החשש שמא בשל ניגוד העניינים ירכוש השומר את החמץ במחיר מוזל ויפגע בבעל החמץ, ולא בחשד מפני לזות שפתיים.

דומה כי המפתח להבנת שיטתם של הגאונים בסוגיה זו מצוי בדבריו של רב האי גאון בספק המקח בעניין זכותו של שליח לרכוש לעצמו קרקע שהתבקש למכור עבור השולח –

השליח הזה, אם שלחו השולח למכור מקרקעותיו כלום, לא יקנה

לעצמו מאותן קרקעות ולא כלום, שאם שם אותו קרקע ונוטלו

לעצמו, הרי אותו מעשה בטל אם הוא קרקע, כמו שפירשתי בדין

האלמנה.<sup>466</sup>

---

את ערכה של הקרקע, בעיני הציבור יראה המכרז כ'תפור' מראש, והדבר יגרום לכך שמעטים יגישו הצעות רכישה. במצב זה, קשה יהיה להשיג עבור המקרקעין את המחיר הגבוה ביותר שניתן להשיג עבורם (על חשש זה ראו להלן, ליד הציון להערה 504).

<sup>465</sup> תלמוד בבלי פסחים יג, א.

<sup>466</sup> ספר המקח והממכר שער ו, דין שביעי. וראו גם מחנה אפרים שלוחין ושותפים, כ.

מדברי רה"ג עולה שבכל הנוגע לאיסור הרכישה העצמית, יש להבחין בין רכישת מקרקעין לרכישת מטלטלין. הבחנה זו מבוססת על ההנחה, שמחירם של מיטלטלין ידוע בדרך כלל, ולכן, השליח אינו צפוי לטעות בהערכת שוויים.<sup>467</sup> לעומת זאת, מחירם של מקרקעין אינו ידוע, ובירור המחיר המדויק דורש קיומו של הליך שומה מורכב. בנסיבות אלה, אם נתיר לשליח לבצע את השומה בעצמו, בשל ניגוד העניינים שהוא מצוי בו, הוא עלול לטעות בשומה ולגרום הפסד לשולח.

ההבחנה האמורה מסייעת לנו להבין את שיטת הגאונים בפירושה של הסוגיה בעניין מכירת החמץ. מאחר שהחמץ הוא מיטלטל שמחירו ידוע, אין אנו חושדים בשומר שיטעה בהערכת שווי החמץ. אולם, קיים חשש שגם בנסיבות אלו, לשונות רעות ילעזו על השומר שניצל את מעמדו לרעה. בשל כך, ורק בשל כך, לקיים 'והייתם נקיים', אסרו חכמים על השומר לרכוש את החמץ לעצמו.<sup>468</sup>

נוכל אם כן לסכם, שהגאונים לא חששו שחב אמון ינצל את מעמדו כדי להפיק רווחים על חשבוננו של הזכאי, אך הם חששו שבשל ניגוד עניינים עלולה דעתו של חב האמון להיות מוטית, באופן שיסב לזכאי הפסדים. חשש זה הוגבל לעסקאות

<sup>467</sup> וראו גם דברי הרב מיכל לפקוביץ' בפירוש **עמק השער** על ספר המקח והממכר, הוצאת בית היתומים דיסקין, ירושלים תש"ט, סח,א (מטלטלים, כיון שאינן טעונים כ"כ שומא... אין שייך חשדא, ויכול ליקח גם לעצמו אבל קרקע ששומתן אין ידוע, אין לו ליקח לעצמו). ברור מאליו שאילו היה רה"ג חושש לניצול מודע של התפקיד לשם השאת רווחים, לא היה מבחין בין מיטלטלין למקרקעין.

להסבר אחר (באופן המבקש ליישב בין דברי רה"ג לפירושו של רש"י שלהלן ליד הציון להערה 469, ראו **מחנה אפרים** שלוחין ושותפין כ, ד"ה עוד. אמנם, מהמשך הסוגיה שם משמע שדין זה יהיה גם כאשר האלמנה מבקשת לפרוע כתובתה ממטלטלין של העיזבון, וכן פסק **חלקת מחוקק** אה"ע צג, ס"ק מז.

<sup>468</sup> אמנם, לכאורה, ההבחנה האמורה נסתרת מהמשכה של הסוגיה **בתלמוד בבלי** כתובות צח,א, המשווה בין ההלכה האוסרת על האלמנה להיפרע כתובתה מקרקעות היתומים להוראה של רבי אמי בעניינו של אדם שהפקידו אצלו 'כיסתא דיתמי'. משמעותו המדויקת של 'כיסתא דיתמי' אינה ברורה, אך ברור שלא מדובר במקרקעין. לפי המסופר בתלמוד, השומר העריך את ה'כיסתא' בארבע מאות זוז, ולבסוף התייקר ה'כיסתא' ומחירו הגיע עד כדי שש מאות זוז. רבי אמי הורה שהשומר לא זכה ב'כיסתא' ולא ברווחים שבאו עקב עליית מחירו, משום ש'אמר ליה: מאן שם לך?'. מכאן עולה לכאורה, שהנימוק "מאן שם לך" אינו ייחודי לעסקאות במקרקעין. אמנם, ראו **רש"י** כתובות צח,א ד"ה כיסתא שמפרש 'כיסתא': "מספוא. לשון אחר: 'כיסתא' גרס, עצי אלמוגים שקורין קורא"ל". עצי האלמוגים, או 'האלגומים', כעולה ממקורות רבים (ראו **מלכים** א, י, יא-יב; **דברי הימים** ב, ט, י-יא ובהרחבה אצל נגה הראובני, **שיח ועץ במורשת ישראל נאות קדומים** 1984 (הדפסה שניה – 1989), עמ' 104 וכן אצל יהודה פליקס, **עצי בשמים יער ונוי** הוצאת ראובן מס, ירושלים תשנ"ז, עמ' 131-133) הם אלמוגים מיוחדים שנמשו מן הים ונחשבו כאבנים יקרות שערכן רב ביותר. על רקע זה, יש להניח שהגאונים גרסו 'כיסתא', ופירשו שהוראתו של רבי אמי עסקה אמנם במיטלטלין, אך במיטלטלין הדומים למקרקעין בכך שבשל ערכם הרב וייחודיותם בירור ערכם דורש קיומו ל הליך שומה מורכב. לכן, הוראתו של רבי אמי לא סותרת את פירושם.

במקרקעין, שבהן קיים קושי אובייקטיבי להעריך את שווי המקרקעין.

### 2.1.2 פגם בהעברת הבעלות בנכס

ההלכה התלמודית אסרה על אלמנה לשום את נכסי היתומים וליטול מהם כדי להיפרע כתובתה, משום שאומרים לה: "מאן שם לך?"

רש"י מסביר טענה זו כך –

ממי קבלת מכירה זו לא מבית דין ולא מיתומין לפיכך לא יצא הקרקע מרשות היתומין אבל היכא דשמת לאחריני נפק מרשות היורשין שהרי נתנו לה חכמים רשות למכור.<sup>469</sup>

לפי רש"י, הביטוי 'שם' אינו מתפרש במובן של 'העריך', אלא במובן של ביצוע עסקת מכר.<sup>470</sup>

לפי פירוש זה, המקובל על רבים מן הראשונים,<sup>471</sup> הנימוק העומד ביסודה של ההלכה איננו קשור להגנה על עניינם של היתומים, אלא לעקרון יסודי בדני הקניין

<sup>469</sup> רש"י כתובות צח, א ד"ה מאן שם לך.

<sup>470</sup> פרשנות זו פחות מתיישבת עם משמעותו המקובלת של הביטוי, והעיר על כך **חידושי הריטב"א** כתובות שם ד"ה אלמנה ששמה ('ולישנא דמאן שם לך לא אתיא שפיר להאי פירושא').

וראו גם פירושו של רש"י לדבריו של שמואל **בתלמוד בבלי** בבא מציעא כט, ב ש"המוצא תפילין בשוק - שם דמיהן ומניחן לאלתר", לפיו משמעות המילים "מניחן לאלתר" היא, שהמוצא "מוכרן, ומניח הדמים אצלר" (רש"י בבא מציעא כט, ב ד"ה שם דמיהן). גם כאן מפרש רש"י את הביטוי "שם דמיהן" במובן של "מוכרן".

בהערת אגב יש להעיר, שמדברי רש"י עולה שמכירה שנועדה להציל את ממון הזולת מהפסד (השבת אבידה), אינה שוללת את החשש מפני לזות שפתיים (כך עולה גם מפירושו של רש"י בבא מציעא פ, ב ד"ה מותר, שמגביל את הוראתו של דבריו אבא שאול, ש"רשאי אדם להשכיר משכוננו של עני להיות פוסק והולך עליו, מפני שהוא כמשיב אבידה" (**משנה** בבא מציעא ו, ז) להשכרה "לאחרים", אף שההשכרה נועדה להציל ממנו של העני).

ואולם, מדברי רבים מן המפרשים עולה, שמוצא אבידה רשאי לרכוש את האבידה לעצמו (ראו למשל: רשב"א בשם 'יש מפרשים', **בשיטה מקובצת** בבא מציעא כח, ב ד"ה גמרא ('ויש מפרשים שם דמיהן אפילו לעצמו דאין כאן חשד דהא משיב אבידה הוא'); תוספות שאנץ, **בשיטה מקובצת** שם ד"ה שם דמיהן ('ונראה דלגופיה נמי יכול לשום שכך משמע הלשון. ולא דמי לגבאי צדקה דלקמן פרק המפקיד דהא ליכא חשד כיון שהוא משיב אבידה'); **חידושי הרמב"ן** בבא מציעא כח, ב ("דגבי מציאה ליכא למיחש לחשדא, שאם רצה לא היה מכריז ומחזיר כלום"). וראו גם, יהודית האופטמן, "שלשת המרכיבים היסודיים של הסוגיה: הסתם, המימרא והברייתא" בתוך: אהרן עמית ואהרן שמש (עורכים) **מלאכת מחשבת: קובץ מאמרים בנושאי עריכה והתפתחות של הספרות התלמודית** 39, 47.

<sup>471</sup> ראו למשל: **תוספות** שם, ד"ה דאמרי לה מאן שם לך; **רא"ש** כתובות יא, יג; **חידושי הריטב"א** כתובות שם, ד"ה אלמנה ששמה לעצמה; **חידושי ה"ר"ן** כתובות שם; **ר"ן** על ה"ר"ף, כתובות נז, א (דפי ה"ר"ף), ד"ה מאן שם לך; **ש"ת הרא"ש** קה, ב (בשם הרשב"א); **ש"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן** מד; **מגיד משנה** אישות יז, יד; **ש"ת מהרשד"ם** ח"מ, מ, שכה; **ש"ת מהר"ט** א, קכו; **ש"ת מהרש"ך** ב, סימנים קג ו-קיז; שם ג, סימנים סה-סו; **ש"ת דברי ריבות** רסז. מדברי **שולחן ערוך** ח"מ קפה, ב משמע שאף הוא סבור שהאלמנה אינה יכולה לרכוש מנכסי היתומים משום שאין אדם יכול להיות קונה ומקנה כאחד (וראו גם, **ויגודה, שליחות** עמ' 465,



שלפיו, העברת הבעלות בנכס דורשה מעבר של הנכס מרשות לרשות. מאחר שהאלמנה משמשת כשלוחתם של היתומים למכירת הקרקע לשם פירעון הכתובה ו"שלוcho של אדם כמותו", הרי ש"יד" האלמנה היא "יד" היתומים, ורשותה היא רשותם. משום כך, אין היא יכולה לרכוש נכס מנכסי היתומים, שכן, התנאי הדורש העברה של הנכס מרשות לרשות אינו יכול להתקיים.

כך מסביר אף הרשב"א, בתשובה לשאלה בעניין זכותו של שליח לרכוש לעצמו נכס שהוא התבקש למכרו –

אין השליח יכול לקנות לעצמו, אפילו באותם דמים שהרשוהו הבעלים למוכרו. לפי שהוא נעשה שליח להקנות הקרקע ללוקח. אבל לעצמו אינו יכול לזכותו ולהקנותו. דאין אדם מקנה לעצמו. שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות. וזה לא יצא מרשותו, שהוא עומד במקומו.<sup>472</sup>

117

מדברי הרשב"א עולה, ששליח אינו רשאי לרכוש את הנכס נשוא השליחות לעצמו, אפילו כאשר המחיר שדורש השולח עבור הנכס סוכם מראש, משום ש"אין אדם מקנה לעצמו".<sup>473</sup>

אמנם, מדבריו של רש"י הנזכרים לעיל ניתן להבין, שאילו היה בית הדין מעורב בהליך רכישת הקרקעות, ניתן היה להעביר את הקרקעות לאלמנה. הסיבה לכך היא, שבמקרה זה, בית הדין היה משמש כשלוחם של היתומים לעניין המכירה, וניתן היה לבצע את העברת הבעלות מרשות בית הדין לרשותה של האלמנה.

על רקע זה ניתן גם להבין מדוע הסוגיה בעניינו של שומר המוכר את החמץ מצדיקה את איסור הרכישה העצמית על יסוד החשש מפני לזות שפתיים ולא על יסוד הבעיה של העברת הנכס מרשות לרשות.

ובהערה 158, שם)

יש להעיר, שהגאונים הנ"ל ליד הציון להערה 463 לא סברו שאין השליח יכול לשמש קונה ומקנה בעת ובעונה אחת כעולה מש"ת הגאונים שפד. וראו ש"ת סם חיי סלוניקי תק"ו, ד"ה איברא (פ, ע"ד) שמסכם ש"סברה זאת של הגאונים היא יחידה... שכל חכמי ישראל פליגי עם ההוא סברה".

מרדכי בבא מציעא, תכח, וש"ת הריב"ש שצו, הציעו את שני הפירושים, ולא הכריעו ביניהם. אבל יש החולקים וסבורים ששליח שהתבקש למכור נכס של המשלח יכול לרכוש לעצמו את הנכס. ראה למשל, ש"ת מנחת יצחק י, קא, ובמקורות שהביא שם.

<sup>472</sup> ש"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן מד.

<sup>473</sup> בעקבות הרשב"א נפסק בשולחן ערוך חו"מ קעה ש"מי שעשאו בעל הבית שליח למכור שדהו, אף על פי שהשליח עצמו מצרן, אינו רשאי לקנות" (כך נפסק בש"ת הרא"ש קה, ב, ובש"ת מהרשד"ם שכה. וראו גם: טור חו"מ קפה, ג; בית יוסף שם; שולחן ערוך חו"מ קפה, ב; בית הבחירה כתובות צח, א. וראו בהרחבה בעניין זה אצל ויגודה, שליחות עמ' 465-474). מפרשי השולחן ערוך הציעו, שהלכה זו מבוססת על החשש מפני לזות שפתיים (סמ"ע חו"מ שם, ס"ק כו) או על התפיסה, שאין השליח יכול לשמש קונה ומקנה כאחד (ש"ך חו"מ שם, ס"ק טז; ביאור הגר"א חו"מ שם, ס"ק מז).

ההלכה התנאית קבעה שכאשר שומר פירות מבחין בכך שהפירות מתחילים להרקב, "עושה אותן דמים בבית דין,<sup>474</sup> מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו".<sup>475</sup> מאחר שהשומר מוכר את הפירות בבית דין, ניתן לראות בבית הדין את מי שהעביר את הבעלות בנכס ולכן, רכישת הנכס על ידי השומר אינה מעוררת בעיה קניינית,<sup>476</sup> אלא בעייה של לזות שפתיים בלבד, "שלא יחשדוהו שמא לקחן בזול"<sup>477</sup>.

מדברי רש"י עולה אפוא, שרכישה עצמית אינה תקפה משום שאין בה העברת נכס מרשות לרשות. רכישה עצמית תחת פיקוח של בית הדין תקפה, משום שרואים את בית הדין כמי שהעביר את הבעלות בנכס לידיו של חב האמון. ואולם, רכישה שכזו אסורה, ולא בשל החשש מפני פגיעה בענייניו של הזכאי, כפי שטענו הגאונים, אלא בשל החשש מפני לזות שפתיים.<sup>478</sup>

נראה שהראשונים דחו את הפרשנות של הגאונים בעיקר בשל הקושי לקבל את ההנחה, שניגוד העניינים עלול להשפיע לא רק על מי שנגוע בניגוד עניינים (האלמנה), אלא גם על בית הדין, המפקח על הרכישה.

### 2.1.3 "והייתם נקיים"

בעלי התוספות הסבירו את הביטוי "מאן שם ליך" כביטוי אירוני שכוונתו לרמוז על החשד הכרוך בביצוע עסקה של רכישה עצמית. לדבריהם, הסיבה האמיתית לכך שהאלמנה אינה יכולה להיפרע כתובתה ממקרקעי היתומים היא, ש"כיון שלוקחת לעצמה נראה לעולם שמעכבת מנכסי יתומים בידה, אף על פי שיש בית דין הדיוטות, כיון דליכא מומחין".<sup>479</sup>

לאמור, לא חשש לפגיעה ממשית בעניינים של היתומים עומד ביסודה של ההלכה

<sup>474</sup> יש הסוברים שאין מדובר כאן בבית דין כערכאה שיפוטית אלא בצוות של שלושה שמאים, המכונים גם "בית דין של הדיוטות". וראו בהרחבה אצל ברוך כהנא, **שומרים** עמ' 363 (להלן: כהנא, שומרים).

<sup>475</sup> **תוספתא** (ליברמן) בבא מציעא ג, ח; **תלמוד בבלי** בבא מציעא לח, א.

<sup>476</sup> ראו: **ש"ת סם חיי מ** (אם כי לדעתו המכירה מתבצעת בפני בית דין של מומחים דווקא, משום שאין בכוח בית דין של הדיוטות להעביר נכס מרשות לרשות, כעולה גם מדברי **תוספות** כתובות צח, א ד"ה דאמרי לה); **שבט בנימין** עז; **אורים גדולים** לימוד קצג. וראו הצעות נוספות ליישב בין הלכת מוכר חמץ לפירושו של רש"י ברוך כהנא, **שומרים** עמ' 1116-1117.

<sup>477</sup> **רש"י** בבא מציעא לח, א ד"ה ואין מוכרן לעצמו. וכך הסבירו גם: **פסקי ריא"ז** בבא מציעא ג, ד; **שולחן ערוך** חו"מ רצב, יט.

<sup>478</sup> וראו גם **ויגודה, שליחות** עמ' 451 ("אף שהמכירה נעשית בפיקוח בית דין, עליו להימנע מלקנות לעצמו, לא כדי להגן על בעל הפירות, אלא כדי להוציא את עצמו מן החשד ולהגן על שמו הטוב, מפני שעליו להיות "נקי מהשם ומישראל". אין כאן אפוא חובת נאמנות כלפי השולח במובנה שבחוק אלא חובה מוסרית של האדם כלפי עצמו וכלפי החברה").

<sup>479</sup> **תוספות** בבא מציעא לב, א, ד"ה בית דין הדיוטות (ההדגשה אינה במקור). וראו גם **אבני מילואים** קג, ס"ק ו, ד"ה ולענ"ד, וס"ק ת, ד"ה לפ"ז וד"ה ואפשר. אבל מדברי בעלי **התוספות** בכתובות צח, א ד"ה דאמרי לה, נראה שמפרשים כשיטתו של רש"י הנ"ל ליד הציון להערה 469.

אלא החשד מפני הפגיעה בשמה הטוב של האלמנה.

## 2.2 על מי חל האיסור?

איסור הרכישה העצמית מופיע בהקשרים שונים. הוא חל על שומר,<sup>480</sup> על אלמנה המבקש ליטול מנכסי היתומים לשם פירעון כתובתה<sup>481</sup> ועל גבאי צדקה המבקש לרכוש מזונות מן התמחוי.<sup>482</sup>

השומר, האלמנה וגבאי הצדקה הם חייבי אמון השולטים על רכושו של הזכאי. לכאורה, מכאן מתבקשת המסקנה, שאיסור הרכישה העצמית יחול על כל מי ששולט ברכושו של הזולת.

אולם, דומה כי מתשובת מהר"ם מרוטנבורג ניתן ללמוד שאיסור זה לא יחול על כל מי ששולט ברכושו של הזולת.

בפני המהר"ם הוצגה שאלה בעניינו של סוכן מסחרי (סרסור), שהתבקש למכור טבעת, "והפסיד האבן מן הטבעת".

המהר"ם הטיל את האחריות לאבדן האבן על הסוכן משום שלדעתו, הסוכן הוא בגדר שומר שכר, בשל הזכות לעכב את הטבעת כערובה לפירעון שכרו של הסוכן היא שכרו כשומר.

בכך יכולה היתה התשובה להסתיים, מבלי שתהיה לה כל נגיעה לענייננו. אולם, כאן הוסיף מהר"ם תוספת חשובה: "וכל שכן הכא שהוא עצמו תגר ואם ירגיש שיש רווח בדבר יקחנו לעצמו".<sup>483</sup>

מהר"ם מרוטנבורג סבור שיש להגדיר את הסוכן כשומר שכר בשל הזכות שיש לו לרכוש לעצמו את הנכס שהתבקש למכור, "אם ירגיש שיש רווח בדבר".

מדוע הסוכן המסחרי רשאי לרכוש את האבן לעצמו? מדוע שונה דינו מדין האלמנה, מדין השומר או מדין גבאי הצדקה?

שאלות אלה הובילו את חלק מן הפוסקים לנסות להציע פירוש יצירתי לנסיבותיה של השאלה שבה עסק מהר"ם מרוטנבורג.

רבי אפרים נבון סבר, שמהר"ם מרוטנבורג עסק בסוכן שהתבקש למכור טבעת במחיר מסוים, ובשל כך אין לחשוש ללזות שפתיים, ואף אין קושי בהעברת הנכס הנמכר מידיו של מוכר לידיו של קונה, משום שכאשר בעל הטבעת קבע מראש את מחירה, הרי שהמוכר הוא בעל הטבעת, ולא הסוכן.<sup>484</sup>

<sup>480</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 465 וליד הציון להערה 474.

<sup>481</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 461.

<sup>482</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 449.

<sup>483</sup> שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) תקמז (מובא במרדכי בבא מציעא (האומנין) שנט).

<sup>484</sup> מחנה אפרים שלוחין ושותפין, כ.

פירוש זה קשה, משום שהציבור הרחב אינו מודע בהכרח לכך שהסוכן התבקש למכור את הטבעת במחיר מסוים, ובראותו שהסוכן רכש את הטבעת לעצמו יחשוד בסוכן שניצל את מעמדו לשם השאת רווח לעצמו.

הרב מרדכי בירדוגו, מחשובי הפוסקים במרוקו, במאה ה-19, הציע, ש"אולי היה [הסרסור] קונה אותו ע"י אחר שיזכה לו בו".<sup>485</sup> הצעה זו פותרת אמנם את הפגם הקנייני שברכישה העצמית, אך לא את החשש מפני לזות השפתיים.<sup>486</sup>

שני ההסברים האמורים קשים גם משום שהם מניחים הנחות שאין להן יסוד בתשובת מהר"ם מרוטנבורג.

דומה שניתן להציע הסבר אחר, המבוסס על אופי הקשר העסקי שבין חב האמון לזכאי.

האלמנה, השומר וגבאי הצדקה הם חייבי אמון שלא התבקשו על ידי הזכאי לרכוש את נכסי הזכאי לעצמם. האלמנה מבקשת ליטול מנכסי היתומים כדי להקל על עצמה להיפרע כתובתה, והשומר וגבאי הצדקה מבקשים לרכוש את הנכסים שהופקדו בידיהם כדי להצילם מן ההפסד.

בכל ההלכות מדובר בעסקאות שחב האמון הוא שיוזם את קיומן, ולא הזכאי.

לעומת זאת, תשובת מהר"ם מרוטנבורג עסקה בסוכן מסחרי שהתבקש למכור נכס, לכל המרבה במחיר. בהכירו בכך שהסוכן עצמו הוא סוחר תכשיטים, יש להניח שהזכאי, בעליה של הטבעת, היה מודע מראש לאפשרות שהסוכן יבקש לרכוש בעצמו את הטבעת. לכן, משלא סייג הזכאי את הסמכות שנמסרה בידיו של הסוכן ולא אסר עליו לרכוש את הטבעת לעצמו, אין להניח שהזכאי מתנגד לכך.

בנסיבות אלה, אין לחשוש ללזות שפתיים, משום שהציבור יודע שכאשר מוסרים נכס לסוכן מסחרי כדי שימכור אותו לכל המרבה במחיר, מעניקים לסוכן גם את הסמכות להחליט להותיר נכס זה אצלו ולשלם את תמורתו לבעליו.

נראה כי הסבר זה פותר גם את הפגם הקנייני שברכישה העצמית. מאחר שבמסירת הטבעת לידיו של הסוכן מקופלת גם הסכמה לכך שהסוכן ירכוש את הטבעת לעצמו, אם יחליט הסוכן לעשות כן, יתברר למפרע, שמועד מסירת הטבעת לידיו הוא מועד העברת הנכס מן המוכר לקונה. במועד זה הייתה יציאה של הנכס שנמכר מרשות לרשות, כבכל עסקת מכר.

בהתאם להסבר זה נוכל לסכם, שכאשר ניתן להניח שבעת מסירת נכסיו לשליטתו של חב האמון היה הזכאי מודע לאפשרות שחב האמון יבקש לרכוש את נכסיו

<sup>485</sup> מובא על ידי הרב שלמה יוסף בירדוגו, "הגהות על שו"ת מהר"ק" בתוך **מקבציאל** לה (תשס"ט) ט, בעמ' טו.

<sup>486</sup> אלא אם מניחים שהאדם שנדרש להקנות את הנכס לסרסור נדרש גם לפקח על הגינותה של המכירה.

לעצמו ואין סיבה להניח שהוא התנגד לכך, יהיה חב האמון רשאי לרכוש את הנכס שהופקד בידיו לעצמו.

מסקנה זו מתיישבת היטב, כאמור לעיל, עם הגיונו של איסור הרכישה העצמית בדין העברי. אולם, נראה כי היא אינה יכולה להתיישב עם הגיונו של האיסור בשיטת המשפט הישראלית.

זאת משום שתכליתו של איסור ניגוד העניינים במשפט הישראלי היא, להגן על הזכאי מפני ניצול הסמכות שהופקדה בידיו של חב האמון, לרעה. הגיון זה מבוסס על ההנחה, שחב האמון חשוד שינצל את מעמדו כדי לקדם את ענייניו על חשבונו של הזכאי. בהתקיימה של הנחה שכזו, קשה להניח שבעל הטבעת יסכים לכך שהסוכן ירכוש את הטבעת לעצמו, ואין להסיק משתיקתו שהוא אינו מתנגד לכך.

### 2.3 בין הדין העברי לדין הישראלי

121

תכליתו של הכלל המשפטי משליכה על גדריו ועל היקפו. מן המקורות שנסקרו עולה, שהפרשנות שהתקבלה על דעת רוב הפוסקים היא, שהרכישה העצמית פסולה בשל הבעייתיות הקיימת בהעברת בעלות מבלי להוציא את הנכס המועבר מרשות לרשות. אמנם, ההלכה אסרה את הרכישה העצמית גם בנסיבות שבהן בעייתיות זו אינה קיימת, בשל החשש מפני לזות שפתיים שעלולה להתעורר בעקבות העסקה.

ודוק. האינטרס שעליו נועד האיסור להגן, לפי המשפט העברי הוא, שמו הטוב של חב האמון. זאת, בניגוד לאינטרס שעליו נועד האיסור להגן לפי תפיסתו של המשפט הישראלי – השמירה על ענייניו של הזכאי.

הבדל זה נגזר מתפיסת האמון בחב האמון של המשפט העברי, תפיסה שלפיה חב אמון איננו חשוד לנצל את מעמדו כדי להשיא את רווחיו על חשבונו של הזכאי. תפיסה זו משותפת גם לתפיסתם של הגאונים, שחששו אמנם שבשל ניגוד עניינים דעתו של חב האמון תהיה מוטית, אך לא חששו לכך שחב האמון ינצל במודע את מעמדו לשם השאת רווחים על חשבונו של הזכאי.

להבדל האמור יש השלכות מרחיקות לכת על היקפו של האיסור, על האפשרות להתנות עליו, על טיב השיקולים שישקול בית המשפט בבואו להתיר את האיסור ועל תוצאות הפרתו של האיסור.

בנוגע להיקפו של האיסור, כפי שנוכחנו לעיל, הדין הישראלי אוסר לא רק את הרכישה העצמית, אלא גם את הרכישה לקרובים. איסור דומה לא מצאנו בדין העברי,<sup>487</sup> ולא בכדי. אם חב האמון עלול לנצל את מעמדו לשם קידום ענייניו

<sup>487</sup> כך מסיק קליינמן משתיקה של ההלכה התנאית בעניין זה (קליינמן, ניגוד עניינים עמ' 101).

אמנם, אביעד הכהן מסתייג ממשקנה זו, תוך שהוא מתבסס על הלכה המובאת בתלמוד הירושלמי, שלפיה כאשר שומר נאלץ למכור פירות שהופקדו בידיו, בפני בית הדין, אין הוא רשאי למכור את הפירות לאחד מן הדיינים. מהלכה זו מסיק הכהן, שהאיסור המוטל על

האישי על חשבון עניינו של הזכאי, לא רחוק הדבר להניח, שהוא יעשה כן גם לשם קידום עניינם של קרוביו ומקורביו.

התנאים לא חשדו בחב האמון שימעל בתפקידו כדי לקדם את עניינו האישי, וודאי שלא חשדו בו שינצל את מעמדו לשם קידום עניינם של קרובים או מקורבים. אמנם, ההלכה התנאית חששה שמא רכישה עצמית תעורר לזות שפתיים, אך היא הניחה שהלשונות הרעות לא ירחיקו לכת עד כדי חשד באדם שינצל את מעמדו לשם קידום עניינם של אחרים.<sup>488</sup>

ההבדל שבין תכליות האיסור בדין העברי לתכליות האיסור במשפט הישראלי בא לידי ביטוי גם ביכולתם של הצדדים להתנות על האיסור, ובעניין זה נראה שהדין העברי מחמיר מן הדין הישראלי.

כאמור לעיל,<sup>489</sup> הדין הישראלי מאפשר התניה על איסור הרכישה, והדבר מתיישב עם תכליתו של האיסור. מאחר שאיסור הרכישה העצמית נועד להגן על עניינו של הזכאי, הסכמת הזכאי לביצוע הרכישה פוטרת את המשפט מן הצורך להגן על עניינו באמצעות הטלת האיסור.

לעומת זאת, אם החשש מפני לזות שפתיים הוא שעומד ביסודו של האיסור, ייתכן וההתניה לא תועיל להסרת לזות שפתיים, אלא אם יש להניח שלהתניה יהיה הד ציבורי.<sup>490</sup>

השומר למכור לעצמו, אינו שולל קיומו של איסור למכור לאדם אחר (הכהן, ניהוד עניינים עמ' 144 הערה 76). בעניין זה דעתנו נוטה לקבל את פרשנותו של קליינמן בעיקר משום שקשה להניח שההלכה התנאית תאסור מכירה לקרובים אך לא תקבע איסור זה בצורה מפורשת בהלכות העוסקות באיסור הרכישה העצמית. על המקור שהביא הכהן לביסוס הסתייגותו מן הפרשנות של קליינמן יש להשיב, שהאיסור למכור לאחד מן הדיינים אינו נובע מן החשש שמא המכירה תעורר לזות שפתיים כלפי השומר, אלא משום שהיא תעורר לזות שפתיים על הדיין, שהיה מעורב בהליך המכירה. לכן, האיסור למכור לדיין אינו אלא הרחבה טבעית של האיסור למכור לעצמו. כלומר, כל מי שמעורב בהליך המכירה אינו רשאי להיות הרוכש של הנכס. מכאן ועד למסקנה שאיסור הרכישה העצמית עשוי לחול גם על קרוביו של חב האמון, הדרך רחוקה.

<sup>488</sup> קליינמן קושר הנחה זו לחזקה התלמודית ש'אין אדם חוטא ולא לו' (קליינמן, ניהוד עניינים עמ' 102). על חזקה זו ראו בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית כרך א, ערך 'אין אדם חוטא ולא לו'. לענייננו, משמעותה של חזקה זו היא, שאין להניח שחב אמון ימעל באמון שניתן בו כדי לקדם את עניינם של קרוביו, ובשל כך אין לחשוש ללזות שפתיים במכירה לקרובים. יש להעיר שקישור זה מצוי כבר בתשובת מהר"ט בעניין זכותו של נאמן למכור נכס נאמנות לנאמן המכהן עמו יחד בצוות של נאמנים. מהר"ט מתיר את הרכישה, משום ש'לא חיישינן שגם הוא יחפה עליו... דלא נחשד האחד לעשות קנוניא ולהיות חוטא ולא לו' (שו"ת מהר"ט א, צג).

<sup>489</sup> אחר הציון להערה 368.

<sup>490</sup> כך עולה מדברי ש"ך חו"מ עב, ס"ק ד בנוגע לזכותו של הנושה לעשות שימוש במשכון שהופקד בידי כושר החייב הסכים לכך מראש ('דאיכא מאן דידיע שהוא ממושכן אצלו ולא ידע שהתנה עמו'). אמנם, הרמ"א שם, בסעיף א מתיר למלווה להשתמש במשכון אם הלווה התיר לו את הדבר (ע"פ רש"י בבא מציעא פב, ב ד"ה במלוה צריך למשכון וראו בית יוסף חו"מ עב,

בכל הנוגע לשיקולים שישקול בית המשפט בבואו להתיר את העסקה,<sup>491</sup> אם האיסור נועד להגן על עניינו של הזכאי, יש להניח ששיקולים אלו יהיו קשורים להבטחת השמירה על עניינו של הזכאי.<sup>492</sup> בהתאם לכך, יש להניח שפיקוח מקצועי על העסקה עשוי להפיג את החשש שחב האמון ינצל את מעמדו כדי להפיק טובת הנאה על חשבוננו של הזכאי. כמו כן, יש להניח שהעסקה תאושר גם כאשר המחיר שנדרש עבור הנכס נקבע מראש על ידי הזכאי.

מנגד, כאשר אמון הציבור בחייבי האמון מונח על הכף, ייתכן שגם פיקוח מקצועי לא יהיה מספיק כדי להתיר את האיסור,<sup>493</sup> ואפילו הוכחת כדאיותה של העסקה לא תספק צידוק לכך.<sup>494</sup> כמו כן, ייתכן שאף קביעת המחיר המבוקש עבור הנכס על ידי הזכאי, לא תצדיק מתן היתר לרכישה עצמית, כל עוד לא יהיה ברור שאלו שישמעו על העסקה, יידעו גם שהמחיר המבוקש עבור הנכס נקבע על ידי הזכאי מראש.<sup>495</sup>

ב וכן מובא בשם הריטב"א בשיטה מקובצת בבא מציעא פב, ובחידושי הרשב"א בבא מציעא (שם), אם משום שיש להניח שמי שיודע על הרכישה של הנכס, יודע גם על ההתנאה על איסור הרכישה (ע"פ סמ"ע חו"מ שם, ס"ק ד), ואם משום ש"לא חיישינן לחשד דכשיחקרו ידעו האמת שהותנה" (נתיבות המשפט חו"מ שם, ס"ק ג). ואולם, גם מדברי הרמ"א ניתן להבין שכאשר קיים חשש שלהתניה לא יהיה הד ציבורי או שקשה יהיה לברר האם הנושה מורשה לעשות שימוש במשכון, לא ההתניה אינה יכולה להסיר את החשש מפני לזות שפתיים. וראו גם שו"ת נבחר מכסף חו"מ צז, שבמקום שנהוג שהנאמן נוטל את השקים שבהם אוכסנה הסחורה שהתבקש למכור, הוא זכאי ליטול את השקים לעצמו, ובמקום שנהוג שמוכרי המשי נותנים במתנה לנאמן העסקי חתיכה קטנה של בד משי לאחר סיום העסקה עמו, הנאמן רשאי ליטול את הבד. לכאורה, פסיקה זו מבוססת על ההנחה שהנהוג האמור משמש כמעין התנאה על האיסור להפיק טובת הנאה מנכסים שהופקדו בידיו של חב האמון. אפשר שבעניין זה גם הש"ך יודה שההתנאה מועילה, משום שהנהוג ידוע לכל, ובשל כך סר החשש מפני לזות שפתיים.

<sup>491</sup> ראו בהרחבה כרם, נאמנות סעיף 269 עמ' 565-570.

<sup>492</sup> וראו כרם, נאמנות סעיף 269 עמ' 565 ("לשם אישור פעולה על ידי בית-המשפט, על בית המשפט להשתכנע שהפעולה היא "לטובת הנאמנות").

<sup>493</sup> ראו למשל, דברי תוספות, לעיל ליד הציון להערה 479 ודברי פני יהושע להלן בהערה 509. אך מנגד, ראו שו"ת דבר משה (אמריליו) ב, קא (ד"ה אבל), שמדבריו עולה שאם ביקש יוצר הנאמנות שהמכירה תיעשה תחת פיקוח של אדם שלישי שהוא ידידו, יכול הנאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות לעצמו, ואין חשש מפני לזות שפתיים.

<sup>494</sup> וראו מעיני החכמה מהדורא בתרא, בבא מציעא לב, א אות קלח שקובע שאם השומר מבקש לרכוש את הפירות במחיר גבוה מן המחיר שקבע בית הדין, או שהוא לא מצליח למצוא רוכש שיסכים לשלם עבור הנכס מחיר זה, והוא מוכן לרכוש את הנכס במחיר זה, הוא רשאי לרכוש לעצמו את הנכס. אבל בית יעקב חו"מ רצב, יט, מפקפק בחידוש זה, משום שלא משמע כך מסתימת הפוסקים. וראו גם, כהנא, שומרים עמ' 364.

<sup>495</sup> כך עולה מדבריהם של פוסקים המצדיקים את איסור הרכישה העצמית, אפילו לאחר שבית דין קבע מראש מהו המחיר המבוקש עבור הנכס, בשל החשש מפני לזות שפתיים כנזכר לעיל ליד הציון להערה 479. וראו גם דברי פני יהושע להלן בהערה 509. לעומת זאת, פוסקים שנימקו את קיומו של האיסור בנסיבות אלו בשל אי יכולתו של אדם לשמש קונה ומקנה כאחד, כאמור לעיל ליד הציון להערה 471, סבורים ככל הנראה שבנסיבות אלו אין יסוד לחשש שהעסקה תעורר חשד.

ולבסוף, בנוגע לתוצאות הפרתו של האיסור, הדין הישראלי קובע שהרכישה העצמית בטלה.<sup>496</sup> קביעה זו מובנת לאור ההנחה שקיים חשש ממשי שרכישה שכזו פגעה בעניינו של הזכאי. לעומת זאת, הדין העברי אינו מבטל את העסקה, "כל שלא נודע שזלזל במכירתם",<sup>497</sup> משום שאין הוא מניח שרכישה עצמית פוגעת בעניינו של הזכאי.

כך עולה הן משתיקתה של ההלכה התנאית בעניין זה, והן מדברי בעלי התוספות, שקבעו, שההלכה המתירה לגבאי לרכוש לעצמו מספוא של יתומים שהופקד בידיו אם בית הדין קבע את ערך המספוא מלכתחילה,<sup>498</sup> נאמרה "דווקא בדיעבד".<sup>499</sup> כלומר, לכתחילה הגבאי אמנם אינו רשאי לרכוש לעצמו את המספוא, אך אם עשה כן, העסקה לא תבוטל,<sup>500</sup> וכך עולה גם מדברי פוסקים אחרים.<sup>501</sup>

ביטול העסקה משמיע שאנו חושדים בחב האמון שניצל את מעמדו לקידום ענייניו על חשבון עניינו של הזכאי. מאחר שתפיסתו העקרונית של המשפט העברי היא, שאין חושדים את חב האמון בכך, אין לבטל את העסקה, מהלך שעלול להתפרש כהטלת דופי בחב האמון.

התמונה המצטיירת בשלב זה היא של שתי שיטות משפט שבשתיהן קיים איסור דומה, אך תהום פעורה ביניהן בשל תכליותיו השונות של האיסור, בכל אחת מהן. אולם, כפי שניווכח להלן, נראה שבדורות מאוחרים יותר הצטמצם פער זה.

#### 2.4 תמורות בהבנת משמעותו והיקפו של האיסור

החל מן המאה ה-16 ניתן למצוא 'קולות' הלכתיים חדשים, המערערים במידת מה את תפיסתה העקרונית של ההלכה בכל הנוגע לאיסור הרכישה העצמית. קולות אלה באים לידי ביטוי הן בדיון על היקפו של האיסור, הן בדיון על משמעותו והן

<sup>496</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 383.

<sup>497</sup> שו"ת מהר"ט א, צג.

<sup>498</sup> ע"פ תלמוד בבלי כתובות צח,ה.

<sup>499</sup> תוספות פסחים יג,א, ד"ה מאי לאו ובבא מציעא לב,א ד"ה בית דין הדיוטות.

<sup>500</sup> אמנם, בעלי התוספות הציעו גם הסבר אחר לסוגיה, ויש שביקשו לטעון שהסבר זה חולק על הנחת היסוד של ההסבר הראשון, שהעסקה תקפה בדיעבד. ראו לעניין זה: שו"ת דבר משה (אמריליו) ב, קא, ד"ה אמנם, המביא את תשובתו של ר' יונה אבן ריי, שדן בשאלה אם מסקנה זו מקובלת גם לפי התירוץ השני המובא בתוספות שם. והשוו לדבריו, שם, קג, ד"ה אך אמנם וד"ה הרי מבואר. כמו כן, ראו שם, ד"ה אך עדיין וסימן קג (השגתו של ר' משה אמריליו), ד"ה עוד בא הרב הפו'. וראו גם אנציקלופדיה תלמודית יז, ערך 'חשד' – מראית העין, עמ' תקסז, הערה 404, שהשאירו את הדבר ב"צריך בירור".

<sup>501</sup> ראו למשל: שו"ת מהר"ט א, צג ("ולעניין שהוא נוגע בדבר שקנה לעצמו אין לחוש שאם כן אף לא ימכור לאביו ולא לאחיו דמוזיל גביהו אלא כל שלא נודע שזלזל במכירתם ממכרו ממכר"); ט"ז חו"מ קעה, טו ("ופשוט לפ"ז שאם עבר השליח וקנאו דלא מסלקינן ליה"). וראו גם, כהנא, שומרים עמ' 364, ובמקורות שהביא בעניין זה בהערה 165, ובמילואים להערה זו, שם, עמ' 1117.



בדיון על תוצאות הפרתו.

כאמור לעיל,<sup>502</sup> ההלכה התנאית לא שללה מכירה של נכס המסור לשליטתו של חב אמון, לקרוביו של חב האמון, על יסוד ההנחה שמכירה שכזו אינה מעוררת לזות שפתיים.

אף על פי כן, מהר"ט אסר על נאמן של הקדש ציבורי להשכיר נכס הקדש לקרוביו כשהוא מדגיש, ש"כיון דטעמא משום 'והייתם נקיים', הוא הדין שאינו רשאי למכור לקרוביו".<sup>503</sup>

נראה שלפי המהר"ט, החשש מפני לזות שפתיים הוא דינאמי באופיו, ובשל כך הוא כפוף לתנאי המקום והזמן. לכן, כאשר רמת האמון בחייבי האמון היא נמוכה והאווירה הציבורית היא כזו המקבלת טענות בדבר ניצול המעמד לשם קידום קרובים ומקורבים, יורחב היקפו של איסור הרכישה העצמית.

125

אמנם, הנימוק שהציע מהר"ט לפסיקתו נותר ב"מגרש המשחקים" של עיקרון "והייתם נקיים". במילים אחרות, על אף הרחבת היקפו של האיסור והחלתו גם בעסקאות עם קרוביו של חב האמון, האינטרס המוגן היה ונותר – אמון הציבור בחב האמון.

אולם, בהמשך התשובה ניכר שינוי תפיסתי של ממש, כאשר מהר"ט מסביר את שלילת סמכותו של הנאמן להשכיר את נכס ההקדש לקרוביו בנימוק הבא –

דתנן בערכין שום היתומים ל' יום וכו' ומכריזין בבוקר ובערב ולא נכסי יתומים בלבד אלא אף נכסי הדיוט שומא והכרזה בעינין... ושומא לבדה לא סגיא אלא שיודיעו לרבים, דשכירות קרקע נמי רגילות הוא להכריז, כדי שיקפצו עלייהו שוכרים ומעלין זה על זה, ומתוך כך מתעלין בדמים. אבל זה האפטרופוס שהשכיר הבתים לבני אחיו היאך יבואו בני אדם ויקפצו עליהם מאחר שהם יודעים שלא ייקחום? ולא יועילו אלא שתכנס בלבם טינא על כך ומשום הכי פרשי אנשי מיניהו ונמצא שהוא חב להקדש בשכירות כזה ונגרע מערכו, ולא כל הימנו של האפטרופוס לעשות כן.<sup>504</sup>

כאן, מהר"ט אמנם אינו מעלה עדיין את החשש שהאפטרופוס ינצל את מעמדו לרעה, אך האינטרס המוגן דומה יותר לזה שעליו מבקש להגן איסור הרכישה העצמית

<sup>502</sup> ליד הציון להערה 487.

<sup>503</sup> ש"ת מהר"ט ב, חו"מ א (מובא בהסכמה בחידושי רבי עקיבא איגר על שולחן ערוך חו"מ רצב, יט). לא למותר לציין, שמהר"ט עצמו היה זה נמצא, שהתיר לנאמן למכור נכס נאמנות לנאמן אחר המכהן יחד עמו בצוות של נאמנים, בשל החזקה ש"אין אדם חוטא ולא לו" (ראו לעיל, הערה 488). אמנם, חזקה זו אמורה לחול גם על קרוביו של חב האמון (ראו בהרחבה, אנציקלופדיה תלמודית א, ערך 'אין אדם חוטא ולא לו'). אף על פי כן, מהר"ט סבר שמכירה לקרובים עלולה לעורר לזות שפתיים, ובשל כך יש לאוסרה.

<sup>504</sup> ש"ת מהר"ט ב, חו"מ א (ההדגשה אינה במקור).

במשפט הישראלי – עניינו של הזכאי. כדי להשיג עבור הנכס המושכר את דמי השכירות הגבוהים ביותר שניתן להשיג, על הנאמן לקיים הליך של הערכת שווי הנכס (שומא) ומכרז (הכרזה). לפי מהר"ט יש לאסור את השכרת הנכס לקרובים, ולו בשל החשש שבעיני הציבור יראה המכרז כ'מכרז תפור' לטובת קרוביו של הנאמן, ובשל כך, שוכרים פוטנציאליים, שיתכן והיו מציעים דמי שכירות גבוהים יותר עבור הזכות להשתמש בנכסי ההקדש, לא ישתתפו כלל במכרז.

אמנם, מהר"ט עדיין אינו מעלה את החשש שהנאמן ינצל את מעמדו לשם קידום עניינם של קרוביו, אך הנימוק הבא שהוא מציע לפסיקתו בהחלט מתקרב לכך –

ומה גם עתה הם קרובים **שלא יוכל לטעון דבר לחובתם שלא ירגילו קטטה ביניהם**, וכי היכי דאינו רשאי לעצמו, כדאמרינן 'אין הגזברים רשאים לפרוע לעצמן'... ומשום והייתם נקיים מה' ומישראל... וכיון דטעמא משום והייתם נקיים, הוא הדין שאינו רשאי למכור לקרוביו שפסולין לדון ולהעיד עליהם, **דלא חזי להו חובה, וגם לא יוכל להתגרות בהם**, כי אנשים אחים הם.<sup>505</sup>

לפי שיקול זה, הפגיעה בעניינו של הזכאי איננה תוצר של הליך פגום, אלא תוצר של מגבלותיו האישיות של חב האמון. מהר"ט אינו חושד אמנם שחב האמון ינצל באופן מודע את מעמדו,<sup>506</sup> אך הוא מפקפק ביכולתו האובייקטיבית להתמודד עם קרוביו השוכרים ולטעון נגדם אם ידרש הדבר, הן בשל רצונו להימנע מסכסוכים במשפחה והן בשל נטייתו הטבעית להצדיק את קרוביו.<sup>507</sup>

שיקול דומה נמצא אצל הרב יעקב יהושע פלק, רבה של לבוב במאה ה-18. ר"י פלק התקשה להסביר מדוע ההלכה התנאית אסרה על גבאי הצדקה לרכוש לעצמם את מזונות התמחוי אף שחזקתם שהם כשרים ונאמנים, ומדוע נשללה זכותו של שומר לרכוש פירות פיקדון לעצמו, גם כאשר הרכישה מתבצעת תחת הפיקוח של צוות שמאים מקצועי ('בית דין'). כדי ליישב קשיים אלו הציע ר"י פלק את ההסבר הבא –

והטעם נראה לי, דעל ידי שאנו אוסרים לו ליקח לעצמו, ישהא אותן קצת עד שיעלה בדמים, ואם כן, הוא הדין והוא הטעם בפקדון, דאף על גב שכבר נישום בבית דין, אפילו הכי אינו רשאי למכרו לעצמו כדי שישאה קצת, ואפשר שיעלה בדמים יותר מדמי השומא.<sup>508</sup>

<sup>505</sup> שם (ההדגשות אינן במקור).

<sup>506</sup> אף שמנוסח השאלה ניתן להבין שהשואלים חשדו בכך.

<sup>507</sup> מן הדרך שבה מנסח מהר"ט את תשובתו נראה שהוא אינו רואה פער פרשני בין הנימוק של 'הייתם נקיים' לנימוקים שהוא מציע לאסור את השכרת נכסי ההקדש לקרובים. בהתאם לכך, ייתכן שמהר"ט סבר שהנימוק 'והייתם נקיים' שבמשמעותו הפשוטה אינו מדבר על חשד לניצול התפקיד לרעה, איננו אלא כסות 'נקיה' לחשד ממשי מפני ניצול התפקיד לרעה.

<sup>508</sup> פני יהושע בבא מציעא לח, א ד"ה בגמרא, צד, א.

כדי להשיג את המחיר המרבי עבור הפירות או עבור מזונות התמחוי, על הגבאי והשומר לנהל הליך של מכרז שבמסגרתו יוערך השווי של הפירות או המזונות ויוגשו הצעות רכישה. כדי להשיג את המחיר הטוב ביותר, על מי שמבצע את הליך הרכישה להשהות את הרכישה מעט, ולא להזדרז למכור את הנכסים המוצעים למכירה לראשון שמציע הצעה שוות ערך למחיר השוק, שמא תוגש הצעה גבוהה יותר.

כאשר הרוכש הוא זה שגם מבצע את הליך המכרז, קיים חשש שהוא יזדרז לקבל את ההצעה הראשונה שהיא שוות ערך למחיר השוק של הנכס המוצע למכרז, הצעתו שלו, ולא ימתין לקבלתן של הצעות אחרות, טובות יותר.<sup>509</sup>

את השלמת המהלך של אימוץ התפיסה שלפיה חובות האמון נועדו להגן על עניינו של הזכאי ולא על שמו הטוב של חב האמון או מוצאים בפסק דין בן זמננו של בית הדין הרבני הגדול, בו הסביר הרב אברהם שרמן את ההלכה השוללת את זכותו של גבאי התמחוי לרכוש לעצמו ממזונות התמחוי שנותרו בידיו בלשון זו –

מהותם של הלכות אלו לאסור על הממונה על כספי צדקה לפעול בממון עניים במצב של ניגוד אינטרסים, שהרי כאשר הממונה קונה את מזון התמחוי הוא יוצר מצב שצד אחד כמוכר הוא עומד במקום העניים כדי להציל את ממונם במכירת המזון לפי שוויו. ומצד שני הוא כקונה את המזון, ויש לו את האינטרס האישי לקנותו בזול. ההלכה האוסרת לממונה על ממון עניים לפעול במצב של ניגוד אינטרסים משום החשד לפגיעה בממון העניים, נאמרת גם ביחס לגבאי צדקה הכשרים שבאמונה הם עושים את תפקידיהם... ואין לסמוך על נאמנותם ותכונותיהם, שגם במצב של ניגוד אינטרסים האינטרס האישי שלהם לא יפגע באינטרס הציבור.<sup>510</sup>

הסבר זה זהה לחלוטין להסבר המקובל בבתי המשפט בישראל בעניין תכליתו של איסור הרכישה העצמית, ולא מן הנמנע שהוא מושפע מהסבר זה. על כל פנים, ברור שלהסבר שמציע הרב שרמן אין יסוד של ממש במקורות ההלכה. אף במקורות שהוזכרו בפרק זה, שבמידה מסוימת הכירו בכך שאיסור הרכישה

<sup>509</sup> ר"י פלק היה ער כנראה לחדשנות שבפירושו, ובשל כך הוא מציע גם הסבר שונה, התואם את פרשנותם של הראשונים לאיסור הרכישה העצמית: "אי נמי דעניין להשהותה לעצמו חיישין בחששא כל דהו, לקיים מה שנאמר 'והייתם נקיים מה' ומישראל' (שם). לאמור, גם כאשר הרכישה מבוצעת בידי גבאי הצדקה הנאמנים ביותר, או שהיא נעשית תחת פיקוח מקצועי, כאשר הרוכש הוא חב האמון יש לחשוש ללזות שפתיים.

<sup>510</sup> הרב אברהם שרמן, "אחריות נבחרת הציבור על ענייני הציבור" בתוך: הרב רצון ערוסי (עורך), **שערי צדק** ד (תשס"ג) 337, 341-342 (ההדגשות אינן במקור). יש לציין שהרב שרמן מסתמך במידה רבה על דברי פני יהושע הנ"ל אחר הציון להערה 506, תוך התעלמות מכך שפרשנותו של הפני יהושע היא חריגה, ומהסתייגותו המשתמעת של ר"י פלק עצמו מפרשנות זו, כאמור בהערה הקודמת.

העצמית נועד להגן גם על הזכאי, לא הועלה החשד שחב האמון ינצל באופן מודע את מעמדו כדי לקדם את ענייניו על חשבונם של אחרים. פרשנותו של הרב שרמן לאיסור, יוצרת אם כן זהות מלאה בין איסור הרכישה העצמית בדין הישראלי לאיסור זה בדין העברי.

שינוי של התפיסה ההלכתית בנוגע לתכליתו של איסור הרכישה העצמית ניתן למצוא גם בעמדותיהם של הפוסקים בעניין תוצאות הפרתו של האיסור. כאמור לעיל,<sup>511</sup> מדבריהם של בעלי התוספות עולה, שלכתחילה הגבאי אמנם אינו רשאי לרכוש לעצמו את מספוא שרכש עבור היתומים, אם מחיר השוק של המספוא נקבע מראש על ידי בית הדין, אך אם עשה כן, העסקה לא תבוטל.

לדעת הרב חיים מנחם אלגאזי, מחשובי הרבנים בטורקיה בשלהי המאה ה-17, יש לצמצם את המסקנה האמורה רק לנסיבות שבהן היא נאמרה, "דכיון דאיכא בית דין, מסתמא יפה עשו ויפה כיוונו. אלא משום חשדא דאחריני במה שאינו, לא מהדרינן עובדא".<sup>512</sup>

מדבריו ניתן להבין, שכאשר לא קדמה שומת בית דין לרכישה, החשד איננו "במה שאינו", אלא חשד מבוסס וממשי לפגיעה בעניין שאותו אמור לייצג חב האמון, ובשל כך חשד זה מצדיק את ביטולה של העסקה.

למסקנה דומה מגיע הרב שרמן בפסק דין הנכר לעיל, מכוחה של הקביעה שרכישה עצמית היא בעצם פעולה שאיננה בסמכותו של חב האמון. כדי לבסס קביעה זו משתמש הרב שרמן בפסיקה המתנה את זכותו של אפוטרופוס להשקיע כספים של היתומים בתמורה לחלק ברווחים, בקבלת אישור מראש לעשות כן, מבית הדין.<sup>513</sup> את התנאי האמור מסביר הרב שרמן בלשון זו –

**שהאפוטרופוס הוא שליח אבי היתומים או שליח בית דין לפעול למען היתומים, ובוודאי שפעולה בנכסי היתומים שעושה האפוטרופוס בניגוד לדין, אין דעת המשלחים, בית הדין או אבי יתומים, שיעשה פעולה של איסור, ולזה לא מינוהו כשליחם. על כן, כדי שהאפוטרופוס יוכל למלא שליחותו כלפי היתומים, הוא חייב לקבל הסכמה מפורשת שהוא רשאי לפעול בנכסי היתומים, כאשר בית הדין או אבי יתומים יודעים שלמרות שהוא עושה בעצמו את העסקה בנכסיהם, וקיים חשש וחשד, הוא ישמור שרק טובת היתומים כנגד עיניו ולא טובתו שלו. על פי זה הסכמת הבית דין או אבי יתומים היא התנאי בעצם שליחותו ומינויו, וכאשר אין הסכמת הבית דין או אבי יתומים, חסר בעצם תוקף מינויו ושליחותו, וכל**

<sup>511</sup> אחר הציון להערה 497.

<sup>512</sup> בני חיי (אלגזי) ח"מ קפה, הגהות בית יוסף, אות ה.

<sup>513</sup> על הלכה זו ראו להלן, אחר הציון להערה 534.

עסקה שעשה כאפוטרופוס בנכסי היתומים חסרה ופגומה והיא  
חסרת תוקף.<sup>514</sup>

הסבר זה קשה מסיבות רבות. ראשית, מקורות רבים המוכיחים שאפוטרופוס  
איננו שליח, ושסמכויותיו אינן מוגבלות בהתאם ל"דעת המשלחים".<sup>515</sup>

שנית, ההנחה שפעולת שליחות המבוצעת בניגוד לדין מהוה חריגה מסמכות  
נסתרת מדבריהם המפורשים של בעלי התוספות שהוזכרו לעיל,<sup>516</sup> שהכשירו  
בדיעבד רכישה עצמית, אף שהיא נעשתה בניגוד לדין.

ולבסוף, מדברי הפוסקים עולה שהדרישה לקבל היתר מבית הדין לשם הפקת  
רווחים מנכסי היתומים לא נועדה להקנות לאפוטרופוס סמכות לבצע את  
הפעולה, אלא להסיר לזות שפתיים.<sup>517</sup>

נראה אפוא שהתפיסה העקרונית, שכאמור, אין לה יסוד של ממש בהלכה, שיש  
לבטל פעולות של רכישה עצמית היא שהביאה את הרב שרמן לפרש את המקורות  
כפי שפירש, על אף הדוחק שיש בפרשנות זו.

את שינוי התפיסה בנוגע לאיסור הרכישה העצמית נראה שיש לקשור לאבדן  
האמון בחייבי האמון.<sup>518</sup> ההלכה הקלאסית נתנה אמון בחייבי האמון ושקדה על  
שמירתו של אמון הציבור בהם. אולם, בתקופות מאוחרות יותר, אצל חלק מן  
הפוסקים המאוחרים, התערער אמון זה ובשל כך הובן איסור הרכישה העצמית  
לא רק כאמצעי להסיר חשד שווא ולהגביר את אמון הציבור בחייבי האמון, אלא  
כאמצעי להגן על הזכאים מפני פגיעה בעניינם.

עם זאת, מן הראוי להדגיש שהמקורות שנסקרו, המעידים על שינוי התפיסה,  
אינם משקפים את הזרם המרכזי בפסיקה, שנותר נאמן לתפיסה הקלאסית, שאין

<sup>514</sup> מתוך הנימוקים בתיק ערעור 059410092-44-1 ש.מ.נ' כולל רומניה (לא פורסם), שהובאו אצל  
שרמן, אחריות נבחר ציבור עמ' 346-347

<sup>515</sup> לעניין זה בהרחבה, ראו אונגר, הבעלות הפונקציונאלית עמ' 55-57; 64; 70-68; 78-76.

<sup>516</sup> אחר הציון להערה 497.

<sup>517</sup> ראו למשל דברי בית יוסף המובאים להלן אחר הציון להערה 166.

<sup>518</sup> ישנן מספר עדויות לשימוש לרעה בתפקיד בדורות המאוחרים. כך למשל, ט"ז י"ד רנח, ה  
כותב ש"אנו רואין שברבות השנים הנאמנים מעוטים וכמה יתומים שנתמוטטו נכסים שלהן  
על ידי האפוטרופין, אף על פי שהיו בחזקת כשרות... וכבר נהגו בקהילות קדושות למנות אבי  
יתומים ולפקח בעסקי אפוטרופסים". על הירידה באמינותם של אפוטרופוסים עמדו גם  
חוקרים אחדים. כך למשל, גולאק ציין ש"בדיננו, כל האפוטרופוסות בנויה על יסוד האמון  
והביטחון...בתקופת הפוסקים, באו שינויים נכבדים בתכונה זו של האפוטרופוסות..." (יסודי  
המשפט העברי ג, 146). על תופעה זו בטרנסילבניה, בימי הביניים המאוחרים, ראו 'פרי  
(פרידמן), תולדות היהודים בטרנסילבניה בימי הביניים המאוחרים ת"א תשנ"ד, עמ' 313  
(חלק מן האפוטרופוסים באותם הימים העלימו מרכוש היתומים או מכספיהם לשימושם  
האישי... בשל תופעות כאלה, אנוס היה בית הדין להפעיל לחצים על האפוטרופסים). תופעה  
דומה ניתן למצוא גם בנוגע לאמינותם של נאמני קהל, כאמור להלן, אחר הציון להערה 787.

חושדים בחב האמון שניצל את מעמדו לרעה.

### 3. ניגוד עניינים מוסדי

בהתאם לשיטתו של הרשב"א, שהשליח אינו יכול לרכוש לעצמו את הנכס מושא השליחות כי אין אדם יכול לשמש קונה ומקנה כאחד,<sup>519</sup> הסיק מהרי"ט שהשליח אינו יכול גם "לזכות לאחרים על יד עצמו",<sup>520</sup> כלומר, לשמש שליח של המוכר למכירת נכס ושליח של הקונה רכישתו של הנכס, בעת ובעונה אחת.<sup>521</sup>

מנגד, הש"ך<sup>522</sup> ואחרים סברו שאין ללמוד כך משיטת הרשב"א, כנראה משום שלהבנתם, הבעייתיות ברכישה העצמית אינה קשורה לחוסר היכולת הטכנית להעביר את הנכס שנמכר מידו של המוכר לידו של הקונה, אלא לכך שעסקת מכר מחייבת מעבר של הנכס מרשותו הקניינית של אדם אחד לרשותו הקניינית של אחר. בעייתיות זו אינה קיימת בעסקה שבה השליח מייצג שני שולחים שונים.<sup>523</sup>

כך או אחרת, לכל הדעות אין שוללים את תוקפה של עסקה שבה מצוי השליח במצב של ניגוד עניינים מוסדי בשל החשש מפני הפגיעה בענייניו של הזכאי.<sup>524</sup> מסקנה זו מתיישבת היטב עם התפיסה העקרונית שעלתה מן המקורות שנלמדו עד כה. אם אין חוששים שחב האמון ינצל את מעמדו לשם קידום ענייניו על חשבוננו של הזכאי, אין סיבה לחשוש שהוא יעשה כן לשם קידום עניינם של אחרים. חב האמון ההגון יכול, לפי תפיסה זו, להיות משרתם הנאמן של שני אדונים.<sup>525</sup>

<sup>519</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 471.

<sup>520</sup> ש"ת מהרי"ט א, קכז.

<sup>521</sup> לכאורה, השאלה, האם שליח יכול לייצג בעת ובעונה אחת שני שולחים שונים תלויה במחלוקת האמוראים בשאלה, האם שליח להוכת הגט יכול לשמש גם שליח לקבלתו (תלמוד בבלי גיטין סג, ב). במחלוקת זו נפסקה הלכה כדעת רבי חייא, ש"הרי זו ספק מגורשת, עד שיגיע גט לידה" (שולחן ערוך אבן העזר קמא, א). בתלמוד הוסבר שהמחלוקת בעניין זה קשורה לשאלה, האם יש לפסול את השליחות משום ש"לא חזרה שליחות אצל הבעל". על הגיונו של כלל זה ראו בהרחבה אצל ויגודה, שליחות עמ' 475-482. לעניינו, ברור שכלל זה אינו קשור לחשש מפני ניגוד עניינים מוסדי, משום שכלל זה נאמר במקרה שבו עניינם של שני השולחים (הבעל והאישה) הוא זהה. לשיטתו של מהרי"ט יש לומר שהרשב"א קבע שהשליח "אינו יכול לזכות לאחרים על יד עצמו", משום שמלבד החיסרון של "לא חזרה שליחות אצל הבעל", קיים גם חיסרון הקשור לדיני הקניין, שהנכס שנמכר לא עבר מיד ליד. ש"ך חו"מ קפה, א וראו אצל ויגודה, שליחות עמ' 474, 477.

<sup>523</sup> לשיטה זו, גורלה של העסקה ייקבע בהתאם להלכה בעניין "לא חזרה שליחות אצל הבעל", כאמור לעי בהערה 521.

<sup>524</sup> אמנם, כפי שכבר למדנו לעיל, אחר הציון להערה 453, אין מניחים לאפוטרופוס של יתומים להימצא במצב של ניגוד עניינים מוסדי. אולם, כפי שהובהר שם, הדבר נובע בעיקר מן הזהירות היתירה הנדרשת במינויים של נציגי ציבור לתפקידים ציבוריים.

<sup>525</sup> ויגודה מגיע למסקנה זו על יסוד הלכת התוספתא שקבעה ש"הנותן מעות לחברו ליקח בהן

---

פירות למחצית שכר, רשיי הלוקח ליקח לו מאותו המין" (ראו לעיל, ליד הציון להערה 551). כזכור, מהלכה זו עולה שההלכה מניחה שהשותף ינהג בהגינות ואין לחשוש שיקנה לעצמו סחורה יותר משובחת מן הסחורה שיקנה עבור השותפות. לדברי ויגודה, מהלכה זו יש להסיק בקל וחומר, ש"אם אין ההלכה חוששת שאדם יעדיף את עצמו על פני שולחו, ודאי שאין מקום לחשוש שיעדיף שולח אחד על פני משנהו" (ויגודה, **שליחות** עמ' 448). אמנם, הוא מודה ש"יש אולי מקום לפקפק בראיה זו, שכן בעסקא יש לשליח אינטרס לקנות סחורה טובה, שהרי גם הוא עתיד להשתתף ברווח, מה שאין כן אולי כשאין לשליח כל נגיעה ואינטרס בשליחות" (שם הערה 70).

נראה שניתן לפקפק בראיה זו גם מכיוון אחר. הלכת התוספתא עוסקת בניגוד עניינים פוטנציאלי. ייתכן שתהיה בשוק סחורה משובחת בכמות מוגבלת, והוא יאלץ להכריע בין עניינו האישי לעניינה של השותפות. לעומת זאת, ייצוג של שני שולחים בעסקה אחד כרוך בניגוד עניינים ממשי, אינהרנטי, שלא ניתן לחמוק ממנו. ייתכן אפוא שחכמים לא חששו לניגוד העניינים בהלכת התוספתא, משום שזהו ניגוד עניינים פוטנציאלי, ואם כך הדבר, ברור שאין ללמוד מהלכה זו לניגוד עניינים ממשי.

## ו. האיסור להפיק טובת הנאה במשפט העברי

חב האמון יכול להפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידו בארבע דרכים שונות: באמצעות שימוש בנכסים שהופקדו בידיו (להלן: איסור שימוש), באמצעות הפקת רווחים מהם (להלן: איסור הפקת רווחים), באמצעות קבלת טובת הנאה מצד שלישי עקב מילוי התפקיד (להלן: איסור קבלת טובת הנאה) או באמצעות ניצול הזדמנות עסקית (להלן: איסור ניצול הזדמנות עסקית).

### 1. איסור שימוש

בתלמוד<sup>526</sup> מסופר על אפוטרופוס שרכש בגדים עבור עצמו מכספי היתומים, וקרובי היתומים ביקשו מרב נחמן שיפטר את האפוטרופוס בל כך. רב נחמן דחה את הבקשה, בנימוק שייתכן שהאפוטרופוס רכש את הבגדים "כי היכי דלישתמען מיליה [=כדי שישמעו דבריו]".

ממקור זה קשה להסיק, האם האפוטרופוס רשאי לרכוש לעצמו בגדים מנכסי היתומים כדי שישמעו דבריו, או שמא, אין הוא רשאי לעשות כן, אלא שכדי לפטרו בשל השימוש בנכסי היתומים יש להוכיח שהשימוש לא נעשה לשם קידום עניינם של היתומים.

במקור אחר, העוסק בגדול האחים<sup>527</sup> המשמש כמנהל העיזבון עד לחלוקת העיזבון בין האחים, מובאת הוראה של רבא, שקבע ש"גדול אחי דלבש ואיכסי מביתא - מאי דעבד עבד".<sup>528</sup>

רבא אינו מבהיר מה הייתה תכלית רכישת הבגדים, אך מסתימת לשונו משמע שאין בוחנים מה הייתה תכלית הרכישה כי בכל מקרה, "מאי דעבד עבד".<sup>529</sup>

ניסוח ההלכה ("מאי דעבד עבד") הוביל חלק מן המפרשים למסקנה, שלכתחילה לא ראוי ש'גדול האחים' ירכוש לעצמו בגדים מן העיזבון.<sup>530</sup> אולם, לדעת רוב הפוסקים, 'גדול האחים' רשאי לכתחילה לרכוש לעצמו ביגוד מכספי העיזבון, כדי

<sup>526</sup> תלמוד בבלי גיטין נב, ב.

<sup>527</sup> אין הכוונה בהכרח לאח המבוגר ביותר, אלא לאח המנוסה ומיומן מכולם בניהול עסקים. וראו: בית הבחירה בבא קמא יא, ב; רש"י בבא קמא יא, ב, ד"ה בגדול; אנציקלופדיה תלמודית ערך 'גדול האחים' כרך ה, עמ' קנג-קנו.

<sup>528</sup> תלמוד בבלי בבא בתרא קלט, א (הדין מוזכר גם בבבא קמא יא, ב בשם רב פפא).

<sup>529</sup> וראו תלמוד בבלי בבא קמא שם, ופירוש רשב"ם בבא בתרא שם, ד"ה גדול אחי, שהסיבה לכך שהאחים אינם יכולים למחות בגדול האחים על כך שהוא רוכש ביגוד מנכסי העיזבון היא, שרכישת הבגדים משרתת את עניינם, משום שהביגוד מאפר לגדול האחים לייצג את עניינם של אחיו בצורה מכובדת יותר.

<sup>530</sup> ראו: רשב"ם שם, ד"ה מאי דעבד עבד; רש"י על הר"ף בבא בתרא סד, ב (בדפי הר"ף), ד"ה מאי דעבד עבד; ערוך השולחן חו"מ רפג, ג; שם חו"מ רצ, ח.



שיוכל לייצג את ענייני העיזבון בצורה נאותה יותר.<sup>531</sup>

אמנם בנוגע לזכותם של גבאי צדקה לפרוט לעצמם כספים מכספי הצדקה נקבע בתוספתא ש"גבאי צדקה פורטין לאחרים ואין פורטין לעצמך",<sup>532</sup> בשל החשש מפני לזות שפתיים.<sup>533</sup>

נראה שפשר ההבדל בין ההלכות קשור לתכלית השימוש בנכסים. כאשר גדול האחים או האפוטרופוס עושה שימוש בנכסי העיזבון כדי לרכוש לעצמו בגדים ולהשתמש בהם, הוא אינו עושה זאת כדי להפיק לעצמו טובת הנאה מן התפקיד שהוטל עליו (אף שבכוחו לעשות כן), אלא לשם קידום עניינם של היתומים.

<sup>531</sup> ראו למשל: רא"ש בבא בתרא ח, נה; משנה תורה נחלות יא, ה ("יש לאפוטרופוס ללבוש ולהתכסות מנכסי יתומים כדי שיהיה מכובד ויהיו דבריו נשמעים" וראו גם בית יוסף ח"מ רפו, ג); בית הבחירה בבא בתרא קלט, א (בשם חכמי התוספות); שולחן ערוך ח"מ רפו, ב; שם ח"מ רצ, ד; נימוקי יוסף על הר"ף בבא בתרא סד, ב (בדפי הר"ף ד"ה גרסי). על השאלה, האם יש בכוחם של היתומים למנוע מן האפוטרופוס לרכוש ביגוד מנכסיהם, ראו: תוספות בבא קמא יא, ב (ד"ה גדול); טור ח"מ רפח, ד; שולחן ערוך ח"מ רפח, ב; סמ"ע ח"מ רצ, ס"ק י; ערוך השולחן ח"מ רצ, ח.

בשאלה, האם יידרש גדול האחים להשיב את הביגוד שרכש לאחר שיסיים את תפקידו עם חלוקת העיזבון בין האחים, חלוקת הדעות. יש מי שסבר שמשעה שסיים 'גדול האחים' את תפקידו, עליו להשיב את הבגדים לעיזבון כדי שניתן יהיה לחלק את ערכם בין האחים בשווה (ראו: בית יוסף ח"מ רפח, ד (בדעת הרמב"ם, אך ראו דרישה שם, שדוחה את הבנתו בדברי הרמב"ם). אולם, לדעת רוב הפוסקים, גדול האחים לא יידרש להשיב את הבגדים שרכש מכספי העיזבון בשעה שיסיים את תפקידו (ראו: תוספות ר"ד בבא בתרא שם; שיטה מקובצת בבא קמא שם ד"ה וז"ל הר"ר מאיר ז"ל (בשם ר"מ מסרקסטה); טור ח"מ רפח, א; דרישה שם; רמ"א ח"מ רפח, א).

לעמדה ההלכתית האחרונה הוצעו שני הסברים. לפי הסבר אחד, גדול האחים רשאי להשאיר בידי את הבגדים שרכש משום שיש להניח שאחיו מחלו לו על הבגדים (ראו: תוספות ר"ד שם; שיטה מקובצת שם; דרישה שם; פרישה ח"מ רפח, ד). ייתכן שנימוק זה תקף בעיקר ביחסי אמון שבהם קיימת קרבה מיוחדת בין חב האמון לזכאי.

הסבר אחר שהוצע הוא, שאין לדרוש מן האח להשיב לעיזבון בגדים שרכש, משום שדרישה זו עלולה לגרום לו להימנע מראש מרכישת בגדים נאים במיוחד, והדבר יפגע בסופו של דבר בייצוג ענייני העיזבון (בית יוסף ח"מ רפח, ד). נראה שנימוק זה תקף גם ביחסי אמון שבהם לא קיימת קרבה מיוחדת בין חב האמון לזכאי.

להשלמת התמונה יש להעיר, שבש"ת ר' בצלאל אשכנזי לה, מובאת עמדה מעניינת, בשם "שיטה לא נודע למי", שלפיה, אף לדעת הסוברים שגדול האחים אינו נדרש להשיב ביגוד שרכש מכספי העיזבון בשעה שהוא מסיים את תפקידו, עליו להשיב לעיזבון "בגדי שבת ומועד". ואולם, אין זכר להבחנה זו בדברי פוסקים אחרים.

<sup>532</sup> תוספתא (ליברמן) ג, ט, וכך נפסק בשולחן ערוך יו"ד רנז, ב.

<sup>533</sup> ע"פ תלמוד בבלי פסחים יג, א. וראו גם: רש"י בבא בתרא ח, ב ד"ה ואין פורטין. וראו גם: רבנו גרשום בבא בתרא שם ד"ה פורטין לאחרים ("שלא יחשדום שמרויחים בצדקה"); שיטת הקדמונים ר"י קרקושא בבא בתרא שם, ד"ה פורטין; בית הבחירה בבא בתרא שם ד"ה פורטין.

יש לזכור, שבתקופתם של התנאים, ערכם של מטבעות נקבע בהתאם לשווי המתכת שממנה הם נוצרו, ומטבע שנפחתה הייתה שווה פחות ממטבע חדשה. ברור אפוא שהזכות להחליף מטבעות צדקה במטבעות פרטיים מזמנת לגבאי הצדקה הזדמנות להפיק רווח מכספי הצדקה.

ההלכה אינה חושדת באפוטרופוס שינצל את הזכות שניתנה לו, להשתמש בעיזבון כדי לרכוש בגדים שיאפשרו לו לייצג את עניינם של היתומים בכבוד, על מנת להגדיל את מלתחתו ולא לשם קידום עניינם של היתומים.

אמנם, ההלכה חוששת ללזות שפתיים, וייתכן שיהיו שירננו על האפוטרופוס ויטענו שהוא ניצל את מעמדו לשם הפקת טובת הנאה, אך התועלת הצפויה בשל הכישרת הבגדים עולה על הערך של השמירה על שמו הטוב של האפוטרופוס.

לעומת זאת, כאשר הגבאי פורט את כספו בכספי הצדקה, אף אם עשויה לצמוח מכך תועלת מסויימת לניהולה של קופת הצדקה, תועלת זו היא שולית, ואין בה כדי להצדיק פעולה שעלולה לעורר לזות שפתיים.

## 2. איסור הפקת רווחים

134

בתלמוד<sup>534</sup> נקבע שכאשר נפטר הותיר עיזבון שבו יש כספים, יש לחפש אדם מתאים כדי שישקיע את הכספים בתמורה לחלק ברווחים. ההלכה התלמודית אינה עוסקת במישרין בשאלה, האם האפוטרופוס של היתומים רשאי להשקיע בעצמו את הכספים.

המפתח לעניין זה תלוי בפירושה של פסיקתו של רבא בעניין זכותו של רב ספרא ליטול רווחים שהפיק מעיזבון אביו. וכך מתאר התלמוד את הפסיקה –

רב ספרא שבק אביו זוזי, שקלינהו<sup>535</sup> עבד<sup>536</sup> בהו עיסקא; אתו אחי תבעוהו בדינא קמיה דרבא,<sup>537</sup> אמר להו: רב ספרא גברא רבה הוא, לא שביק גירסיה וטרח לאחריני.<sup>538</sup>

המשמעות הפשוטה של המעשה היא, שרב ספרא, כיוורש, נטל כספים מן העיזבון כדי להפיק מהם רווחים. אחיו של רב ספרא טענו שהכספים הם כספי העיזבון, ובשל כך יש להניח שרב ספרא השקיע את הכספים בשם העיזבון, על מנת לחלוק בהם עם אחיו, ואילו רב ספרא טען שהוא נטל את חלקו בעיזבון כדי להפיק מחלק

<sup>534</sup> תלמוד בבלי בבא מציעא ע,א.

<sup>535</sup> לפי כת"י Firenze, Biblioteca Nazionale Centrale, II.1.8-9, "שקלינהו רב ספרא".

<sup>536</sup> לפי עליות דרבנו יונה בבא בתרא קמד,א הנוסח המדויק הוא "עבדי בו עיסקא". לפי נוסח זה, כל אח נטל חלקו, והאחים טענו שמאחר שהעיזבון לא חולק ביניהם, לאחר שכל אחד מהם הפיק רווחים יש להכניס את כל הרווחים לקופת העיזבון, ולחלקם בין היורשים בצורה שווה. לעומתם, רב ספרא טען שהוא לא התכוון לזכות את העיזבון ברווחיו, אלא להפיק את הרווחים לטובת עצמו. אולם לא מצאנו תמיכה בנוסח זה בכל עדי הנוסח המצויים בידנו.

<sup>537</sup> לפי כת"י Paris, Bibliotheque Nationale, Suppl. Heb. 1337, "קמיה דרב" אך זו כנראה טעות סופר, משום שרב חי שנים רבות לפני רב ספרא, ואין להניח שאחיו של רב ספרא תבעוהו לדין בפניו. לעומת זאת, רבא היה רבו של רב ספרא, ומסתבר שהאחים תבעו את התלמיד בפני הרב.

<sup>538</sup> תלמוד בבלי בבא בתרא קמד,א.

זה רווחים לעצמו. רבא דחה את תביעתם של האחים בשל ההנחה שאדם גדול העסוק כל היום בלימוד התורה איננו עוזב את הלימוד כדי להפיק רווחים לאחיו.<sup>539</sup>

אולם הראב"ד<sup>540</sup> הבין את הסכסוך שבין רב ספרא לאחיו בדרך שונה. לדבריו, רב ספרא שימש כאפוטרופוס של כל האחים. הראב"ד סבור שהאפוטרופוס רשאי להשקיע נכסי יתומים בתמורה לחלק ברווחים, ובלבד שיקבל אישור לעשות כן, מאבי היתומים (בחייו) או מבית הדין (לאחר מותו של המוריש). מאחר שרב ספרא לא קיבל רשות מפורשת להשקיע את הכספים, טענו אחיו שכל הרווחים שהפיק שייכים לעיזבון. מנגד, רב ספרא טען שמאחר והוא אדם גדול, אין להניח שהוא היה מקבל על עצמו להפיק רווחים מנכסי היתומים מבלי שיזכה לתמורה הולמת על כך. לפיכך, אף שלא ניתנה רשות מפורשת להפיק רווחים מנכסי העיזבון, ניתנה רשות במשתמע, ורבא קיבל טענה זו.

135

לפי פרשנות זו, חב אמון רשאי להפיק רווחים מנכסים שהופקדו בידיו, רק אם הזכאי או בית הדין התיירו לו מלכתחילה לעשות כן.

עמדתו של הראב"ד הובאה בספר ה'טור', אך ה'טור' העיר עליה: "נראה לי שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק, משום לזות שפתיים".<sup>541</sup>

ואולם, ר"י קארו דחה הערה זו באומרו ש"אין בו בית מיחוש, כיון שהודיע הדבר לבית דין",<sup>542</sup> ובעקבותיו פסק רמ"א ש"יש אומרים [ש]כמו שהאפוטרופוס יכול

<sup>539</sup> כך הסביר רשב"ם בבא בתרא שם, ד"ה לא שביק.

<sup>540</sup> ע"פ נימוקי יוסף בבא בתרא סז,א (דפי הר"ף) ד"ה אמר המחבר הראב"ד; חידושי הריטב"א בבא בתרא קמד,א ד"ה רב ספרא.

<sup>541</sup> טור חר"מ רצ, טו.

<sup>542</sup> בית יוסף חר"מ, שם. פרישה שם הקשה, מדוע ההיתר מבית הדין מסלק את החשש מפני לזות שפתיים כאשר מדובר בהשקעת כספי היתומים, אך אין הוא מסלק חשש זה כאשר מדובר במכירת פיקדון (ראו לעיל, אחר הציון להערה 474). פרישה הציע, שבמכירת הפיקדון, מאחר שנכס שהיה בעבר שייך למפקיד נמצא בידיו של השומר והוא עושה בו שימוש לצרכיו, החשש מפני לזות שפתיים מתגבר. לחילופין הוא הציע, שהשקעת כספי יתומים על ידי האפוטרופוס מקובלת יותר מרכישת הפיקדון על ידי השומר.

אולם, פרישה עצמו מקשה על הצעות אלה מכוחה של ההלכה האוסרת על הגבאי לפרוט מעותיו במעות בצדקה המצויות בידיו (אם כי, הלכה זו אינה עוסקת בהפקתה של טובת הנאה בפיקוח של בית הדין). בשל כך הוא מציע, שהיתר מלכתחילה להפיק רווחים מסלק את החשש מפני לזות שפתיים אך פיקוח בדיעבד אינו מסלק חשש זה. לדבריו, מאחר שבית הדין הם 'אביהם של יתומים', ההיתר שלהם להפיק רווחים מנכסי היתומים נחשב כהיתר מלכתחילה, ולא כפיקוח בדיעבד בלבד.

אפשר שניתן להציע הסבר אחר, פשוט יותר. ההלכה בעניין מכירת הפיקדון אינה עוסקת במכירה על פי היתר של בית דין, אלא על פי היתר של גוף מקצועי העוסק בהערכת שווי הנכס, המכונה גם 'בית דין של הדייטות'. היתר להפקת טובת הנאה מבית דין שכזה אינו מסלק את החשש מפני לזות שפתיים. לעומת זאת, ההלכה בעניין השקעת כספי היתומים מחייבת היתר מבית דין במשמעות של ערכאה שיפוטית המשמשת כמפקחת על ניהול נכסי

ליתנם לאחרים, כך יכול לקבל המעות לעצמו, ובלבד שיעשה בבית דין, משום לזות שפתיים<sup>543</sup>.

מדבריהם למדנו שההלכה אינה חוששת לכך שהענקת הסמכות להפיק רווחים מנכסי היתומים תנוצל על ידי האפוטרופוס לרעה,<sup>544</sup> ובשל כך גם, לא נדרש פיקוח על האופן שבו השקיע האפוטרופוס את הכספים ואין האפוטרופוס נדרש לדווח ליתומים כמה הרוויח וכמה נטל לעצמו.

עם זאת, ההלכה חוששת שהענקת סמכות כאמור תגרום לזות שפתיים שתערער על אמינותו ויושרו של האפוטרופוס. בשל כך, אין האפוטרופוס רשאי להשקיע את הכספים וליטול חלק ברווחים, אלא על פי היתר מיוחד של בית הדין.

### 3. איסור קבלת טובות הנאה

136

המשפט הישראלי אוסר על חב האמון להפיק טובת הנאה עקב מילוי תפקידו, בין אם טובת הנאה הופקה ביוזמתו ובין אם לאו. איסור זה מבוסס על החשש שרצונו של חב האמון להשיג את טובת הנאה יגרום לו לפעול בדרך שתבטיח שיקבל את טובת הנאה, אף אם דרך פעולה זו אינה משרתת היטב את עניינו של הזכאי.

ההלכה התנאית לא עסקה במישרין בעניין זה, אך מן ההלכה שבתוספתא<sup>545</sup> בעניין שליח שהתבקש לקנות בכספי המשלח "עשר גלוסקין ועשר אגודות ירק" ניתן להסיק שההלכה לא אסרה את הדבר. ההלכה האמורה עסקה בשליח שהתבקש לרכוש "עשר גלוסקין ועשר אגודות ירק" במחיר קצוב, אך כשבדק את מספר אגודות הירק שבידו, מצא שהמוכר נתן לו אגודת ירק יתירה.

התוספתא מציגה מחלוקת בשאלה, מי יזכה באגודת הירק היתירה. רבי יהודה סבור, שהאגודה היתירה שייכת לשליח משום שיש להניח שהיא ניתנה לו כמחווה מאת המוכר, ולעומתו, רבי יוסי סבור, שבאגודה היתירה יחלקו השליח והמשלח משום שאילולא השולח, לא היה השליח זוכה במתנה.<sup>546</sup>

בתלמוד<sup>547</sup> הוסבר, שהמחלוקת עוסקת בסחורה שיש לה מחיר שוק ידוע ("דבר

היתומים. היתר מערכאה שכזו אכן מסלק את החשש מפני לזות שפתיים.

אולם, יש שסברו שגם מכירת הפיקדון צריכה להתבצע בפני בי דין של מומחים ראו לעניין זה כהנא, שומרים עמ' 363.

<sup>543</sup> רמ"א חו"מ רצ, ח.

<sup>544</sup> אך השוו לדברי בית הדין הרבני הנ"ל בהערה 497.

<sup>545</sup> תוספתא (ליברמן) דמאי ח, הלכה ג.

<sup>546</sup> כך אמנם נפסק להלכה, ראו: משנה תורה שלוחין ושותפין א, ה; שולחן ערוך חו"מ קפג, ו. מובן מאליה שאין מדובר כאן ברווח טבעי הקשור במישרין לעסקה. לגבי רווח שכזה (הטבת 'נוסע מתמיד' לשליח שנדרש לטוס לחו"ל כדי לבצע את שליחותו) פסק בש"ת שבט הלוי ט, שההרווח כולו שייך למשלח.

<sup>547</sup> תלמוד בבלי כתובות צח, ב.

שיש לו קצבה"), ומשום כך, ברור שהאגודה היתירה אינה חלק מן העסקה, אלא היא ניתנה לשליח במתנה כדי "שיחזור ויקנה ממנו פעמים אחרות"<sup>548</sup>.

לא כאן המקום להרחיב במחלוקת שבין התנאים בעניין זה.<sup>549</sup> לענייננו, די בכך שלכל השיטות, אין אוסרים על השליח ליהנות מן המתנה שקיבל, כדי להוכיח שההלכה לא אסרה על חב אמון לקבל טובות הנאה אגב מילוי תפקידו.

מהלכה זו עולה, שאין חוששים שהשליח ינצל את מעמדו כדי להתקשר דווקא אם אלו שההתקשרות עמם עשויה להצמיח לו טובת הנאה, אף כאשר התקשרות שכזו אינה מקדמת בצורה הטובה ביותר את ענייניו של השולח.

#### 4. ניצול הזדמנות עסקית

הדין הישראלי אוסר על חב אמון לנצל הזדמנות עסקית שהגיעה לידי עקב מילוי תפקידו, בין אם ניצולה של הזדמנות זו שולל את ניצולה של ההזדמנות לטובתו של הזכאי, ובין אם ניצולה של ההזדמנות אינו שולל את האפשרות שההזדמנות תנוצל גם לטובת הזכאי.<sup>550</sup>

לעומת זאת, הדין העברי מבחין בין ניצולה של הזדמנות הבא על חשבוננו של הזכאי לניצולה של הזדמנות שאינו בא בהכרח על חשבוננו, כפי שניווכח להלן.

##### 4.1 ניצול הזדמנות שלא על חשבוננו של הזכאי

בתוספתא נקבעה הלכה בענייניו של סוכן מסחרי שנשלח כדי לרכוש ולמכור פירות תמורת חלק ברווחים –

הנותן מעות לחברו ליקח בהן פירות למחצית שכר, רשיי הלוקח ליקח לו [לעצמו, מכספו שלו] מאותו המין.<sup>551</sup>

מנוסח ההלכה ("רשיי") אנו למדים, שההלכה התנאית אינה רואה אפילו פגם מוסרי בכך שהשליח רוכש לעצמו נכס מן הסוג שהתבקש לרכוש עבור השולח.

רבים הסבירו שההלכה מבוססת על ההנחה שהסוכן ינהג בהגינות ואין אנו חוששים שבשל ניגוד העניינים שהוא מצוי בו, הוא יקנה לעצמו סחורה משובחת מן הסחורה שהוא אמור לקנות עבור שולחו.<sup>552</sup>

<sup>548</sup> לשון חידושי הריטב"א כתובות שם.

<sup>549</sup> להרחבת העיון בסוגיה זו ראו אצל ויגודה, שליחות עמ' 557-564; נחום רקובר, עושר ולא במשפט שער ג; יהונתן בלס, עשיית עושר ולא במשפט עמ' 92-93.

<sup>550</sup> ראו למשל: קרניאל, הפרת אמונים עמ' 70; ליכט, דיני אמונות עמ' 55, הערה 174.

<sup>551</sup> תוספתא בבא מציעא (ליברמן) ד, כא.

<sup>552</sup> ראו למשל: בית יוסף יר"ד קעז, בסופו; פני משה בבא מציעא ה, ג ("אין זה יכול לומר לו אם תקח מדמי עצמך מאותו המין תשתדל יותר בשלך מבשל שותפות"). וראו להלן, הערה 525.

## 4.2 ניצול הזדמנות על חשבוננו של הזכאי

בניגוד לניצול הזדמנות עסקית שלא על חשבוננו של הזכאי, שאינו נתפס כפגום מבחינה מוסרית, ניצול ההזדמנות על חשבוננו של הזכאי נחשב למעשה רמאות, כעולה מן התוספתא –

האומר לחברו 'צא וקדש לי אשה פלנית', והלך וקדשה לעצמו, 'צא וקח לי מקח פלוני', והלך ולקח לעצמו, מה שעשה עשוי **אלא שנהג מנהג הרמיות**.<sup>553</sup>

התוספתא אינה מבהירה מהי הסיבה שבשלה נחשב השליח רמאי, ובעניין זה ניתן להציע שלוש גישות.

**הגישה הראשונה** מתמקדת בחוסר ההגינות במסחר. לפי גישה זו, הגינוי כלפי השליח אינו קשור ליחסיו עם השולח אלא לדין 'עני המהפך בחררה', המתמקד ב'חטיפה' של הזדמנות עסקית ממי שכבר החל להתעניין בהזדמנות זו.<sup>554</sup> בהתאם לגישה זו מדגיש המאירי –

לא סוף דבר בשנתן לו חברו מעות לקנות לו וקנה לעצמו שהוא מנהג רמאות, אלא כל שראה חברו מחזר באיזה דבר לקנותו והוא מקדמו בסתר ולוקחה, הרי זה רמאות.<sup>555</sup>

הדוקטרינה ההלכתית של 'עני המהפך בחררה' איננה דוקטרינה המבוססת על חובות אמון אלא על חוסר ההגינות במסחר.<sup>556</sup> בשל כך, דוקטרינה זו אינה מוגבלת לצדדים שביניהם מתקיימים יחסי אמון.

הצמדתה של ההלכה שבתוספתא לדין 'עני המהפך בחררה' מחייבת את הכפפתה לסייגים שנקבעו בדין זה.<sup>557</sup> אחד מן הסייגים החשובים לדין 'עני המהפך בחררה'

<sup>553</sup> **תוספתא** (ליברמן) יבמות ד, ג (ההדגשה אינה במקור). הלכה זו מובאת בשינוי קל **בתלמוד בבלי** קידושין נט, א. וראו שם, נחב, שזו גם כוונת המשנה (קידושין ג, א): "האומר לחבירו 'צא וקדש לי אשה פלונית', והלך וקדשה לעצמו, מקודשת לשני" – "והלך – ברמאות". בעקבות ההלכה התנאית פסק הרמב"ם ש"העושה שליח לקדש לו אישה, והלך וקדשה לעצמו – הרי זו מקודשת לשליח. ואסור לעשות כן. וכל העושה דבר זה וכיוצא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע" (**משנה תורה** אישות ט, יז; מכירה ז, י, וכן פסק **בשולחן ערוך** אה"ע לה, ט)

<sup>554</sup> על דין זה ראו למשל: הרב ישראל מאיר לאו, "איסור הסגת גבול – עני המהפך בחררה", **תורה שבעל פה** 22 יט (תשל"ז), עמ' קו; נחום רקובר, **המסחר במשפט העברי** עמ' 123-132 (להלן: רקובר, המסחר).

<sup>555</sup> **בית הבחירה** קידושין נט, א וראו גם **נתיבות המשפט** חידושים חו"מ קפג, ס"ק ו ("דהא עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה הוי רשע, וכיון דהיה משטה בחבירו שעשאו שליח לקנות וקנאו לעצמו הוי רשע").

<sup>556</sup> **תלמוד בבלי** קידושין נט, א. רש"י למשל מסביר, שמי שמנצל הזדמנות עסקית שהזולת ביקש להתעסק בה נקרא רשע, משום שהוא "יורד לחיי חבירו" (**רש"י** קידושין שם ד"ה נקרא רשע). להרחבה בעניין זה ראו **רקובר, המסחר** עמ' 123-132.

<sup>557</sup> ראו **ויגודה, שליחות** עמ' 438-439.

הוא, שכאשר ההזדמנות שעליה מתחרים הצדדים היא הזדמנות ייחודית ובלתי חוזרת, אין אנו אוסרים על אדם לעשות כל אשר לאל ידו כדי לנצל הזדמנות זו, גם אם חברו החל להתעניין בניצולה של הזדמנות זו.<sup>558</sup> בנסיבות אלו ניסינו של כל אדם לזכות בהזדמנות שלא תחזור עוד אינה מגונה מבחינה מוסרית, ובשל כך, אין להעדיף את עניינו של מי שהחל להתעניין בהזדמנות זו על פני עניינו של כל אדם אחר, המבקש לנצל את ההזדמנות.

אמנם, מן התוספתא עולה שגם מי שנשלח כדי לקדש את האישה לשולח והלך וקידשה לעצמו נחשב רמאי. קידושי האישה הם כמובן הזדמנות בלתי חוזרת. לפיכך, הכתרתו של השליח ב"תואר" 'רמאי' ושילוב ההלכה בעניין שליח שהתבקש לקדש אישה לשולח עם ההלכה בעניין שליח שהתבקש לרכוש נכס עבור השולח מעידים שהפגם המוסרי שבהתנהגותו של השליח חורג מגבולותיו של דין 'עני המהפך בחררה'.

139

**הגישה השנייה** מתמקדת בהפרתה של חובת הביצוע המוטלת על השליח. בהתאם לגישה זו קובע הרב יחזקאל לנדא, ששליח שהתבקש לרכוש נכס ורכש את הנכס לעצמו או לקדש אישה והוא קידשה לעצמו נחשב 'רמאי', לא בשל ניצולה של ההזדמנות לטובתו האישית, אלא פשוט משום שהוא לא ביצע תפקיד שהוא קיבל על עצמו לבצע.<sup>559</sup>

חובת הביצוע היא חובת אמון המשויכת לחובות ההשגחה המוטלות על חב האמון, שעליהן נרחיב בהמשך. הצמדה של הלכת התוספתא לחובת הביצוע משחררת את ההלכה ממגבולותיו של דין 'עני המהפך בחררה', אך מאידך גיסא, מצמצמת את היקפה לנסיבות שבהן קיימת הסתמכות חזקה של השולח על השליח, שיבצע את השליחות, ושההזדמנות שניצל השליח היא בלתי חוזרת.<sup>560</sup>

**הגישה השלישית** קושרת את הגינוי המוסרי להפרתה של חובת הנאמנות המוטלת על חב האמון. לפי גישה זו, שליח שרכש לעצמו נכס שהתבקש לרכוש עבור המשלח הוא 'רמאי', משום שהוא הפר את חובתו לפעול בנאמנות עבור השולח, תוך דיכוי עניינו האישי והתמסרות לקידום עניינו של הזכאי.<sup>561</sup>

<sup>558</sup> ראו אצל **רקובר, המסחר** עמ' 126-127.

<sup>559</sup> ראו **שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא** אה"ע עא ("שלדעתי עיקר העבירה בכאן, שחברו סמך עליו שיקיים שליחותו, והוא רימה אותו ולא קיים שליחותו, ואפילו לא קידשה לעצמו כלל, רמאי הוא, שחברו סמך עליו, והוא אינו מקיים שליחותו"). וראו גם שם, שם, עב, ובשו"ת **אגרות משה** אה"ע א, צא ("האיסור בכאן הוא מה שהבטיח להמשלח לקדשה עבורו וסמך עליו ולא קיים הבטחתו").

<sup>560</sup> כך עולה מדבריו הנזכרים בהערה הקודמת, וראו גם **ויגודה, שליחות** עמ' 437, הערה 17.

<sup>561</sup> זוהי סברתו של השואל ב**שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא** אה"ע עב. וראו גם דברי ר' שניאור זלמן הירשוביץ בספרו **אבן בוחן** (נדפס בסוף ספר **אבן ישראל** לרבו ר' ישראל מסלנט, וילנא תרע"ב), דרוש לחג השבועות (עמ' 86, ד"ה אמנם), המייחס את הגינוי המוסרי לדין 'עני המהפך בחררה', אך סבור שהגינוי המוסרי כלפי חב אמון ה"חוטף" הזדמנות עסקית מן הזכאי

כך או אחרת, מן התוספתא ניתן להבין שהגינוי המוסרי אינו נושא עמו תוצאות משפטיות. ואולם, בדורות מאוחרים יותר היו שביקשו לצקת לגינוי המוסרי גם תוכן משפטי. כך, הרמב"ן מביא בשם רבנו תם, ש"כל מקום שנקרא רשע, בית דין מחייבים אותו להחזיר הדמים".<sup>562</sup>

אמנם, עמדה הלכתית זו נדחתה מן ההלכה, אך בכל זאת קבעו רבים שלגינוי המוסרי כלפי השליח יש תוצאות משפטיות מובהקות, הן בהפיכת הגינוי לפומבי, תוך ביושו של האדם בפני קהילתו,<sup>563</sup> והן בתחום של סדרי הדין ודיני הראיות, בשל הפיכת השליח לפסול לעדות ולשבועה.<sup>564</sup>

הוא חריף וקשה מן הגינוי המוסרי כלפי אדם ה"חוטף" מחברו הזדמנות עסקית כאשר אין ביניהם יחסי אמון ("דתרי גונוני עני המהפך בחררה נינהו. דהיכא שהלך ברמאות, שעשאו שליח לזכות לו (וקרוב הדבר שאם לא משלחו, לא היה יודע מזה כלל), ולולי שהבטיחו לקיים שליחותו, היה המשלח בעצמו משתדל להגביה המציאה או לקדש האשה, רק שסמך על השליח שהבטיחו בפירוש לעשות שליחותו או על ידי שתיקה דהויא כהודאה, ולכן לא זכה בעצמו, בזה איכא איסורא דעני המהפך בחררה אפילו במציאה כמו גבי אשה במתניתין, דהאומר כו', משום דמאי הוי ליה גביה לרמותו ולהפסידו על ידי שסמך עליו, ומקרי רשע ורמאי אפילו גבי אישה או מציאה או סחורה בזול... ודווקא בעני המהפך בחררה כמו עובדא דרב גידל... שלא שלח רב גידל לרבי אבא, רק דהוה מהפך בההיא ארעא לקנותה ורבי אבא אזיל וזבין לה מעצמו ורב גידל לא עשאו שליח... בכל כהאי גוונא דוקא סבירא ליה לרבנו תם וסיעתיה דבמציאה וסחורה בזול דלא שכיח להשיג במקום אחר ליכא ביה משום עני המהפך בחררה, אבל לא במקום ששלחו וסמך עליו").

<sup>562</sup> **חידושי הרמב"ן** בבא בתרא נד, ד"ה נכסי הכותי הרי הן כמדבר. מנוסח הדברים ניתן להבין שרבנו תם חייב מוכר שניצל הזדמנות עסקית להחזיר את התמורה שקיבל עבור הנכס, אם המכירה נעשתה תוך ניצול הזדמנות עסקית. אולם ב**חידושי הר"ן** בבא בתרא שם ד"ה כל המחזיק בהן מובאים דברי רבנו תם שהביאם הרמב"ן בהשמטת המילה 'דמים'. לפי נוסח זה, נראה שרבנו תם סבר שיש לבטל את העסקה, בין אם ניצול ההזדמנות היה באמצעות מכירה של נכס ובין אם באמצעות רכישה של נכס.

<sup>563</sup> ראו **הגהות מימוניות** חובל ומזיק ה, ב אות א ("שפוסקים דינו כן, לקרותו רשע... יש לחזן הכנסת להכריז עליו בבית הכנסת ברבים. וכן היה מורה ובא מורי רבינו מאיר"). בהקשר זה יש להדגיש, שגינוי ציבורי פומבי, בעיקר בקהילות קטנות שבהן חולקים רוב החברים בקהילה ערכים משותפים ועמדות מוסריות דומות, הוא סנקציה שאין להמעיט בחומרותה. לספרות מודרנית בנוגע לשימוש בסנקציה של ביוש (shaming) לשם הטמעתן של חובות אמון בהקשר של חברות עסקיות, ראו למשל, David A. Skeel, "Shaming in Corporate Law" **149 Pennsylvania Law Rev.** 1811 (2001) רייכמן, "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 469, 534 בהערה 166. לשאלה, האם ניתן ליישב סנקציה מסוג זה עם עיקרון השמירה על כבוד האדם, ראו אצל דניאל סטטמן, "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד(3) (2001) 541, בעיקר בעמ' 594-600.

<sup>564</sup> ראו **הגהות מימוניות** שם ("שפוסקים דינו כן, לקרותו רשע ופסול לעדות (כמו כל רשע של חמס), ושכנגדו נשבע ונוטל, עד שישוב מרשעו ויקבל דין") וראו מקורות לעניין זה אצל **ויגודה, שליחות עמ' 532-536.**



## ז. שלב הסיכומים

עיון במקורות העוסקים באיסור ניגוד העניינים חושף הבחנה ברורה בין המרחב הציבור למרחב הפרטי.

במרחב הציבורי, נדרשים נציגי הציבור להימנע מלקבל הכרעות הנוגעות למילוי תפקידם בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים בשל הצורך לשמר ולהגביר את אמון הציבור במנהל הציבורי.

לעומת זאת, במרחב הפרטי, תחולתו של האיסור הוגבלה לרכישה עצמית, הוא לא חל על רכישה עבור קרובים, ולא במצבים של ניגוד עניינים מוסדי.

מאחר שלתפיסתו של המשפט העברי, האיסור נועד להגן על שמו הטוב של חב האמון ולהגביר את אמון הציבור בחייבי האמון, ולא להגן על עניינו של הזכאי (משום שאין חושדים שעניין זה מצוי בסכנה אמיתית), הפרתו של האיסור לא גררה את ביטולה של העסקה.

ואולם, בדורות מאוחרים יותר, כנראה בעקבות אבדן האמון בחייבי האמון, היו שביקשו להחיל את האיסור גם על קרוביו של חב האמון, ולבטל את תקפו של עסקאות שבוצעו תוך הפרתו של איסור זה, מחשש לפגיעה בעניינו של הזכאי.

בשל החשש מפני לזות שפתיים, אסר המשפט העברי על חייבי האמון לעשות שימוש בנכסים שהופקדו בידיהם, אך התיר את הדבר, כאשר השימוש שעושה חב האמון בנכסים צפוי להניב תועלת ממשית לעניינו של הזכאי.

ההלכה התיר לחב האמון גם להפיק רווחים מנכסים שהופקדו בידיו, אך לשם הסרת לזות שפתיים, דרשה שהדבר ייעשה על פי היתר מבית הדין.

לעומת זאת, ההלכה התירה לחב האמון לקבל מתנות מגופים או אנשים שעמם הוא ביצע עסקאות מתוקף תפקידו, אף כאשר היה ברור שמתנות אלו ניתנו לשליח על מנת שיוסיף לבצע עסקאות עם אנשים או גופים אלה.

ההלכה אף התירה לחב האמון לנצל הזדמנות עסקית שנקלעה בדרכו עקב ביצוע תפקידו, אף אם הזדמנות עסקית זו עשויה לעניין גם את הזכאי.

אמנם, ההלכה אסרה ניצול של הזדמנות עסקית על חשבונו של הזכאי, אך הסנקציה על הפרתו של איסור זה היא בעיקר חברתית, ולא ממונית.

התפיסה העולה מן המקורות היא אפוא, שהתפיסה המקובלת במשפט העברי היא, שחב אמון אינו חשוד שינצל את מעמדו כדי להשיא רווחים על חשבונו של הזכאי. בשל כך החובה למלא את התפקיד בנאמנות מוגבלת למצבים שבהם ניגוד העניינים עלול לעורר לזות שפתיים.

מסקנה זו מעוררת את השאלה, מדוע אמנם לא חששו חכמים לפגיעה בעניינו של הזכאי? האמנם הם הקילו ראש בכוחו של העניין האישי להשפיע על דעתו של

האדם? ויגודה הציע תשובה לשאלה זו, על יסוד עקרונות דיני השליחות של המשפט העברי –

**הנימוק לגישתו המחמירה של החוק קשור קשר הדוק לעובדה שלפי השקפת החוק, הכוח שמעניק השולח לשליח לפעול בשמו עלול להיות מנוצל לרעתו... גישת המשפט העברי היא גישה הפוכה. לשליח אין כוח רב לנצל את השליחות לרעת השולח, שכן כלל יסודי הוא בדיני שליחות שכל אימת שהשליח עושה פעולה אשר יש בה פגיעה באינטרסים של השולח, אין הפעולה מחייבת את השולח. משעה שנפגע השולח מאופן ביצוע השליחות, הוא יכול לטעון כנגדו "לתקן שלחתיך ולא לעוות"<sup>565</sup>... לפי זה, נמצא שאם יעלה ביד השולח להראות שאופן הביצוע של השליחות היה בניגוד לשמירת**

<sup>565</sup> ראו: **תלמוד בבלי** קידושין מב,ב; כתובות צט,ב; בבא בתרא קסט,ב; **משנה תורה** שלוחין ושותפין א, ב. להיקפו של עיקרון זה ראו בהרחבה, **ויגודה, שליחות 252-258**. נראה שכוחו של השולח לטעון 'לתקוני שדרתיך' נגזר מהנחת היסוד של דיני השליחות, ששיקול הדעת המסור בידי של השליח הוא מוגבל. הנחה זו אינה קיימת אצל נאמנים. לעניין זה ראו למשל, **ש"ת נודע ביהודה תניינא** ח"מ, נ ("דגבאי שנתמנה מהציבור לחלק צדקה לעניים הנה הטובת הנאה (=הזכות להחליט למי לתת את הצדקה – י.א) הוא לגבאי, ליתן הצדקה כפי שיקול דעתו לאיזה עני שיבחר ולהרבות במתנות ולמעט לכל עני, כפי ראות עיניו. וגם אין הגבאי קורא בשם, כשנותן הצדקה, ממי שניתן לו הצדקה. וכיון שכן, **אין הגבאי נחשב שליח מהנותנים צדקה דהא אין ביד הנותן לצוות להגבאי איך שיתנהג בחלוקת הצדקה** רק שהגבאי גובה הצדקה מבני העיר בסתם והוא מחלק קופת הצדקה לפי ראות עיניו, על פי דיני צדקה. מה שאין כן אם אדם נותן לחברו מנה ואמר הולך מנה לפלוני עני... בזה אין ביד זה שנמסר לו המנה שם גבאי, דהא אין בכח ידו ליתנו לעני אחר ולשנות דעת בעלים ואינו כי אם שליח מהנותן ואין לו טובת הנאה רק שהוא נותן לעני בשם הנותן המשלחו... וכל זמן שהוא ביד השליח הוא כמו שהוא ביד הנותן המשלחו... אבל אם מסר מנה לאדם, אף שאינו גבאי קבוע, ואמר תן מנה זו לעניים כפי רצונך, בזה באמת נעשה כגבאי צדקה למעות אלו, כיון שיש לו טובת הנאה לחלק לעניים כפי רצונו, ואין לו דין שליח אלא דין גבאי ממש"). וראו גם דבריו של שמגר, להלן, הערה 596, וכן אצל אהרון ברק, "חוק השליחות ותורת האורגנים" **עינוי משפט** ב עמ' 318. ("הצורך בקיומה של חובת אמון ביחסיו של השלוח כלפי השולח נובע בעיקר מתוך כך, כי בידי השלוח הכוח להשפיע על מעמדו המשפטי של השולח. בידי, לרוב, נכסים וזכויות של השולח. לא תמיד מצוי בידי השולח הכוח להשפיע בדרך אפקטיבית על האופן בו ישתמש השלוח בכוחו זה. כדי למנוע ניצול לרעה של כוח זה, מוטלת על השלוח חובת אמון כלפי השולח" להלן: ברק, שליחות ותורת האורגנים). אפשר שבשל הבדל זה שבין נאמן לשליח, נפסק שפעולה משפטית שנעשתה על ידי שלוחי הציבור מחייבת, אף כאשר יש בה פגיעה באינטרס הציבורי. ראו **ש"ת מים עמוקים** סג (הובא בבג"ץ 376/81 **לוגסי נ' שר התקשורת** פ"ד לו(2) 449). כאמור, העיקרון המאפשר את ביטול פעולתו של שליח מכוח הטענה של "לתקוני שדרתיך ולא לעוות" מבוסס על הנחת היסוד בדבר כפיפותו של השליח להוראותיו ולהכוונתו של השולח. לפיכך, מאחר ששלוחי ציבור הם למעשה 'נאמני קהל' במובן זה ששיקול הדעת המסור בידי דומה לזה שנמסר בידי של נאמן, לא חל בהם הכלל של "לתקוני שדרתיך ולא לעוות" (לשימוש בביטוי 'נאמני קהל' ככינוי של שלוחי ציבור ראו למשל, בג"ץ 1635/90 **יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר** פ"ד מה(1) 749, 821; בג"צ 4566/90 **דוד דקל נ' שר האוצר** פ"ד מה(1) 28, 34-35).

האינטרסים שלו, השליחות בטלה, ופעולתה אינה יכולה לחייב אותו. לפי זה, יש לצפות שדרישות הנאמנות וכללי "ההתנהגות הראויה" המוטלים על השליח יהיו מחמירים פחות לפי המשפט העברי מאשר לפי החוק, משום שככל שכוחו של השליח לפגוע באינטרס של השולח מצומצם יותר, כך פוחת הצורך להגביל את השליח לעניין אופן ביצוע השליחות. לדוגמה, אין הכרח לאסור עליו להיכנס למצב של ניגוד אינטרסים בינו ובין שולחו.<sup>566</sup>

הסבר זה איננו עומד במבחן הביקורת, משום שהוא מבוסס על הנחה עובדתית שגויה. ויגודה מניח שבמידה וייפגע עניינו של השולח, יעלה בידו של השולח להבחין בפגיעה, ולבטל את פעולת השליחות.

תקפותה של הנחה זו מותנית בקיומם של שלושה תנאים: שהשולח הוא אדם בקי ומיומן, המבין בענייני השליחות לא פחות מן השליח; שכל המידע המצוי בידו של השליח מצוי גם בידו של השולח; ושהשולח מסוגל להפעיל פיקוח יעיל על פעולות השליח.

תנאים אלו, על פי רוב, אינם מתמלאים, במלואם או בחלקם. פעמים רבות השולח הוא אדם חסר מיומנות, ומשום כך הוא מינה את השליח המיומן שייצגו. פעמים רבות, אין בידו של השולח מידע עדכני שיאפשר לו לבחון 'בזמן אמת' האם עניינו נשמר היטב, ואין בידו משאבים מספיקים כדי לפקח כראוי על השליח.

בשל כך, ברוב המקרים השולח לא יידע כלל שעניינו נפגע, כדי שיוכל לטעון "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי". נמצא, שהכלל המאפשר לשולח לבטל פעולות שליח שפגעו בעניינו אינו מפיג את החשש שבשל ניגוד העניינים שבו מצוי השליח ייפגע עניינו של השולח.

פרופ' שילה ניתח את הסוגיה בעניין זכותו של השליח ברווחים שהופקו אגב ביצוע השליחות, וביקש להסביר את זכותו של השליח ברווחים אלה בדרך זו –

לפי המשפט העברי אין לסווג את מוסד השליחות בתור מוסד בעל סממנים חזקים של נאמנות, אלא הוא קרוב יותר ליחסי מעביד ועובד... כל זאת, לא בגלל העדר מוסד משפטי במשפט העברי שיש בו סממנים חזקים של נאמנות, אלא בשל העובדה כי המשפט העברי בדעה שאין יחסים כאלה שוררים בין שולח ושלוח... אף אם יש מקום לסברה שדברי גולאק שנביא עתה אינם מדויקים די צרכם, יש, לדעתנו, הרבה יותר מגרעין של אמת בדבריו: "השליח אינו מתחייב לעשות את שליחותו ואינו אלא מבטיח להיות לעזר ולסיוע למשלחו"... מנוי השליח אינו מביא אפוא בינו ובין משלחו יחס של

התחייבות, אך יש כאן משום בקשה לעשות דבר מה והבטחה לעשות את המבוקש, הבטחה כזו שאינה גוררת אחריה כל תוצאות משפטיות למי שאינו מקיים אותה. השליח מיופה כח לפעול פעולות משפטיות בשביל שולחיו, אבל בעיקרו של היחס בין המשלח מונח לא יסוד משפטי, רק יסוד של רעות ועזר וסיוע של איש לאחיו.<sup>567</sup>

גם הסבר זה אינו מניח את הדעת. ההנחה שקיומם של יחסי אמון מותנה בחיוב לבצע תפקיד איננה מבוססת. אולם, גם אם נקבל את ההנחה האמורה, לא ניתן לגזור מהנחה זו את המסקנה, שהשליח יכול לבצע את שליחותו גם בדרך המסכנת את עניינו של השולח. גם אם השליח אינו מחויב לבצע את השליחות, הוא מחויב להימנע מלפגוע בשולח.

בשל כך, אם נקבל את הנחת היסוד, ששיקול דעתו של אדם המצוי במצב של ניגוד עניינים אישי מוטה בהכרח לטובת עניינו האישי, עלינו למנוע מן השליח לפעול בהיותו מצוי במצב זה, בין אם מינויו של השליח כרוך ביצירתן של התחייבויות של השליח כלפי השולח ובין אם לאו.

ולבסוף, הסברו של שילה, כמו הסברו של ויגודה, מתמקד בדיני השליחות, ואין בו כדי להסביר את עמדתו של המשפט העברי בנוגע לאיסור ניגוד העניינים בהקשרים אחרים.

על רקע זה אבקש להציע תיאוריה שונה, העולה ממכלול המקורות שנסקרו עד כה, העוסקים בקבלתן של הכרעות במצבי ניגוד עניינים.<sup>568</sup>

המשפט העברי הכיר בכוחו של העניין האישי להטות את שיקול דעתו של האדם, אך בניגוד לתפיסה הרווחת, הוא האמין שיש בכוחו של אדם להתגבר על טבעו האנוכי ולפעול למען הזולת במסירות, אף כאשר יש לו עניין אישי בדבר.

ההלכה לא דרשה מחב האמון לברוח מן ההתמודדות שבין נטייתו הטבעית לקדם את עניינו לבין חובת האמון המוסרית המוטלת עליו, אלא לנצח את נטייתו הטבעית ולפעול בצורה מוסרית.

<sup>567</sup> שמואל שילה, "רווחים בלתי צפויים בשליחות" שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 1, 34-35 (להלן: שילה, רווחים בלתי צפויים). הדברים נאמרו בנוגע לזכותו של שליח לזכות ברווחים שהגיעו לו אגב ביצוע השליחות, נושא שיידון בהרחבה להלן, אחר הציון להערה 545. עם זאת, נראה כי העיקרון הרחב ששילה מבקש לקבוע, שבין השליח לשולח לא שוררים יחסי אמון במובן המשפטי של הביטוי, עשוי להסביר לא רק מדוע המשפט העברי אינו אוסר על השליח להפיק רווחים מן השליחות, אלא גם, מדוע הוא אינו אוסר עליו להימצא במצב של ניגוד עניינים. וראו גם להלן, ליד הציון להערה 753.

<sup>568</sup> בעבר העלינו גם את ההשערה, שהמשפט העברי אינו שולל מן הנציג את הכוח לפעול בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים בשל החשש שאיסור שכזה יפגע בסופו של דבר ביכולתו של הנציג לקדם כראוי את עניינו של הזכאי. ראו **אונגר, נאמנות בנכסים** עמ' 328. אולם, כדי למנוע מן האיסור לפגוע בעניינו של הזכאי ניתן לקבוע סייגים לאיסור, ואין צורך 'לשפוך את התינוק עם מי האמבט' ולשלול לחלוטין את קיומו של האיסור.

דרישה שכזו מבוססת על ההנחה שחייבי אמון ראויים לאמון, ואיסור גורף להימצא במצב של ניגוד עניינים מלמד על חוסר אמון בהם, ומשדר לציבור שאין לתת אמון בחייבי האמון.

אכן, לעיתים נוצל אמון זה לרעה, ובעקבות זאת היו פוסקים שנטו להרחיב את היקפו של האיסור ואימצו גישה דומה לזו שמקובלת כיום בתחום דיני האמון. אולם, הכלל העקרוני הוסיף להשפיע על היקפו ומשמעותו של האיסור בהקשרים רבים, שלא שונו גם כאשר אבד במידה רבה האמון בחייבי האמון.

אמנם, במרחב הציבורי החמירה ההלכה על חייבי האמון וחייבה אותם לעמוד באמות המידה הגבוהות הנדרשות מדיינים. החמרה זו ביטאה את הצורך הציבורי בשימורו של אמון הציבורי במערכת המשפטית ובמוסדות השלטון, אמון שעלול היה להתערער אילו פקידי ציבור היו יכולים לקבל הכרעות שיפוטיות גם כאשר יש להם עניין אישי בהכרעה זו.

## ח. נספח: 'והייתם נקיים': על משמעות העיקרון והיקפו

מן המקורות שנדונו עד כה עולה שהגיונו הפנימי של איסור הרכישה העצמית לפי המשפט העברי מבוסס על עיקרון 'והייתם נקיים', המחייב אדם לנהוג בדרך שאינה מעוררת חשד.<sup>569</sup>

הבנת משמעותו של עיקרון זה חיונית להבנת ההיגיון הפנימי של חובות הנאמנות שבדין העברי ולהבנת היקפן של חובות אלה וגדריהן.

### 1. תכליתו של העיקרון

עיקרון משפטי יכול לקדם אחד משלוש סוגים של תכליות: הגנה על זכויות הפרט (כזכות הקניין, הזכות לשם טוב וכדומה), קידומו של עניין חברתי (כיעילות כלכלית, ביטחון הציבור סדר ציבורי וכדומה) וקידום של ערכי דת ומוסר (כהגנה על המוסר הציבורי, על ערכים דתיים וכדומה).

לעיל, נוכחנו לדעת שחכמים הצדיקו את קיומו של איסור הרכישה העצמית בצורך לעמוד בעיקרון של "והייתם נקיים". קריאה 'חתרנית' במידת מה של הצדקה זו, תסביר שהצדקה זו נועדה להגן על עניינו הפרטי של הזכאי. חכמים אכן חששו שרכישה עצמית תפגע בעניינו של הזכאי, אך בחרו לנסח חשש זה ב'לשון נקיה', כדי שלא להטיל דופי בחייבי האמון.<sup>570</sup>

פרשנות שכזו לעיקרון אינה עומדת במבחן הביקורת, משום שהעיקרון של "והייתם נקיים" מופיע בהקשרים נוספים, גם כאלו שאינם מעוררים את החשד שמא ינוצל התפקיד לרעה.

כך למשל, התוספתא קובעת שכאשר נכנס הכהן להוציא כספים מן הקופות שבהן נשמרו כספי מחצית השקל לטובת רכישת קרבנות ציבור –

היו מפשפשיין בו בכניסה וביציאה ומדברין עמו משעה שנכנס ועד

<sup>569</sup> להשלכות הלכתיות של החובה להישמר מן החשד אצל עובדי ציבור, ראו גם רמב"ם, **שלטון החוק** עמ' 91-93.

<sup>570</sup> לקריאה שכזו, ראו: ירון אונגר, "ניגוד עניינים בדיני הנאמנות" פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גליון מס' 320 (תשס"ח), זמין באתר המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים (להלן: אונגר, ניגוד עניינים); מאיר תמרי ורות צוריה, "כופין אותנו: עקרונות ההתנהלות הכלכלית וחובת הציבור למיסוי לאור היהדות" בתוך: איתמר ברנר ואהרון אריאל לביא (עורכים) **על הכלכלה ועל המחיה: יהדות, חברה וכלכלה** הוצאת ראובן מס, ירושלים 2008, 338, בעמ' 350-351 ("הרמב"ם פוסק (בעקבות המשנה) שהנכנס לתרום ללשכה חייב להיכנס לחדר יחף ולבוש במעיל חסר שרוולים או כיסים - בכדי שלא יהיה פתחון פה למלעזים לומר שהכהנים גונבים מהקופה הציבורית, כפי שכתוב: "והייתם נקיים מה" ומישראל". לצד מטרה זו, היפה לכשעצמה, יש להניח שאיסור זה בא גם למנוע מהתורם לגזול את הקופה הציבורית (אלא שהמשנה והרמב"ם נוקטים כאן לשון נקיה)" ההדגשה אינה במקור).

שעה שיצא. לקיים מה שנאמר: 'והייתם נקיים מה' ומישראל' (במדבר לב, כב), ואומר: 'ועשית הישר והטוב בעיני ה' (דברים ו, יח): 'הטוב' בעיני שמים, ו'הישר' בעיני אדם, דברי רבי עקיבה. רבי ישמעאל אומר אף 'הישר' בעיני שמים. ואומר: 'ומצא חן ושכל טוב בעיני אלהים ואדם' (משלי ג, ד). הכריעו חכמים לקיים דברי רבי ישמעאל, שנאמר: 'כי תעשה הישר בעיני ה' (דברים יב, כח), ואין כאן טוב. ואומר: 'אל אלהים ה', אל אלהים ה', הוא יודע וישראל הוא ידע' (יהושע כב, כב).<sup>571</sup>

אמנם, היו תקופות שבהן כיהנו בבית המקדש כהנים מושחתים.<sup>572</sup> אך קשה להניח שהתוספתא קבעה הלכה לדורות מתוך הנחה שכל כהן הנוטל כספים לרכישתם של קרבנות ציבור, חשוד כמי שימעל בכספי ציבור.

קשה גם להניח שעיקרון 'והייתם נקיים' נועד להגן על שמו הטוב של האדם הנדרש להסיר מעליו לזות שפתיים, משום שאין טעם בהגנה על שמו הטוב של מי שמצידו אינו חס על שמו הטוב, ומוכן לנהוג בדרך שתפגע בשמו הטוב. נותרנו אפוא עם הערך החברתי או עם הערך המוסרי-דתי שבהיות האדם נקי בעיני אלוקים ואדם. שני ערכים אלה באים לידי ביטוי בפרשנותו של הרב ישעיה הלוי הורביץ, השל"ה, לעיקרון שבנדון –

מצינו הרבה דברים בתלמוד שאסרו מפני החשד... כדי שיתרבה כבוד שמים, שאם אדם אחד נחשד בדבר עבירה, אז חס ושלום נתמעט כבוד שמים, כי יאמרו פלוני זה מרד בהשי"ת, ועשה כך וכך, ואולי גם ילמדו אחרים ממנו לעשות ככה חס ושלום.<sup>573</sup>

<sup>571</sup> תוספתא (ליברמן) שקלים ב, ב.

<sup>572</sup> לעניין זה ראו למשל: אייל דודסון, "הכהונה בישראל לדורותיה: מיעוד וערך לאיבוד הדרך" טללי אורות ט (תש"ס), 169.

<sup>573</sup> שני לוחות הברית (של"ה) א אות פ (נא,ג) (ההדגשה אינה במקור). דומה שקדמוהו בדרך הסברה זו הרמב"ם ורבו מנוח בן יעקב, מחכמי פרובנס במאה ה-13. ראו אגרת השמד להרמב"ם (הוצאת גייגר, ברסלוי תר"י, עמ' ד ("שישתדל האדם מעצמו שלא יתקן פעולותיו הגשמיות עד שיגלו אצל ההמון ממנו ספורים מגונים מאוד. ואע"פ שלא עשה עבירה כבר חלל את השם... כמו שאמר ית' (במדבר לב, כב) 'והייתם נקיים מה' ומישראל..."); משנה תורה יסודי התורה ה, יא ("ויש דברים שהם בכלל חילול השם, והוא שיעשה אותם אדם גדול בתורה ומפורסם בחסידות; דברים שהבריות מרננים אחריו בשבילם ואף על פי שאינם עבירות, הרי זה חילל את השם"); ספר המנוחה הלכות תפילה, פרק ה, בעניין האיסור להתפלל בחוברה ("כי הקב"ה אמר כל הנקרא בשמי לכבוד בראתיו, וזה שגרם לבני אדם לדבר עליו דברים אשר לא כן, לא נבראו [צ"ל: נברא] לכבודו של הקב"ה"). יש להעיר שלכאורה, ניתן היה להציע הסבר 'דתי' נוסף, המבוסס על האיסור לחשוד בכשרים (ע"פ תלמוד בבלי שבת צז,א). אך ראו ספר חסידים מד שכותב ש"הנותן לאישה בסתר שהוא מביא עצמו לידי חשד שנאמר (במדבר לב, כב) והייתם נקיים מה' ומישראל. ועוד שהוא מכשיל את החושדים אותו ונענשים על ידו שכל החושד בכשרים לוקה בגופו" (הדגשה אינה

לפי הסבר זה, ביסודו של העיקרון מצויה תכלית דתית: עצם החשד ממעט כבוד שמים, משום שהבריות סבורות שהאדם מרד במצוות בוראו. כמו כן, ההנחה שאדם ביצע עבירה עלולה גם לגרום לאחרים ללמוד מדרכיו ולחקות אותו.

אולם, השל"ה אינו מסתפק בהסבר האמור, ומציע הסבר נוסף –

כי חפץ ה' שיאהבו איש את אחיו, והשונא עובר בלאו, ואהבה היא המצווה אשר עליה עומדת כל התורה, ואהבת לרעך כמוך, ואם הוא סובר שעשה עבירה מותר לשנאתו, ואפילו מצוה, שנאמר יראת ה' שנאת כל רע.<sup>574</sup>

הסבר זה מנוסח אמנם באופן שמדגיש את הערך הדתי שבשמירה על עיקרון "והייתם נקיים", אך לאור הדיון שלעיל דומה שניתן להוסיף לו נופך חשוב, המדגיש דווקא את התכלית החברתית שעומדת ביסוד העיקרון.

148

חברה שבה אנשים ינהגו בדרך המעוררת לזות שפתיים היא חברה שאין בה אמון, ואמון בין האנשים המרכיבים את החברה, כפי שהובהר לעיל,<sup>575</sup> הוא מתנאי היסוד ללכידותה של החברה, לרווחה ולהצלחתה הכלכלית.

ואולם, קיומו של האמון מותנה בכך שהבריות יימנעו מפעולות שעלולות לעורר לזות שפתיים. פעולות שכאלה מטילות צל על אמינותו ועל יושרו של אדם, מערערות את האמון בו, ובסופו של דבר, תורמות לערעורו של האמון בחברה בכללה.

ייתכן אפוא שהעיקרון של 'והייתם נקיים' נועד להגן על האמון החברתי, באמצעות הדרישה הבסיסית, המופנית אל כל אדם מישראל, להימנע מפעולות שעלולות לערער את האמון בו.

## 2. היקפו של העיקרון

בתוספת הנזכרת לעיל הוצגה מחלוקת בין רבי עקיבא לרבי ישמעאל –

"ועשית הישר והטוב בעיני ה'" (דברים ו, יח): 'הטוב' בעיני שמים, ו'הישר' בעיני אדם, דברי רבי עקיבא. רבי ישמעאל אומר אף 'הישר' בעיני שמים.

במבט ראשון, נראה שרבי ישמעאל אינו דורש מן האדם לנהוג בדרך שתבטיח

---

במקור). מדבריו משמע שעיקרון 'והייתם נקיים' אינו קשור לאיסור לחשוד בכשרים. יתר על כן, בספר המנוחה (שם) מדגיש (בניגוד למשתמע מדברי ספר חסידים), שמאחר שהביא אדם חשד על עצמו "אף על פי שהוא כשר, אין החושדים אותו לוקין בגופן", אם כי, ייתכן שגם אם אין הם לוקים בגופם, עדיין הם עוברים על איסור.

<sup>574</sup> של"ה שם. נראה כי הסבר זה עולה כבר מן הדרך בה הוסבר עיקרון 'והייתם נקיים' במסכת דרך ארץ רבה פרק דרך ארץ, עמ' קלח, ד"ה לפיכך ("לפיכך צריך אדם להיות בו יראת שמים ודרך ארץ כדי שיהיה רצוי לכל אדם וכדי שתהיה רוח הבריות נוחה הימנו...").

<sup>575</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 111.



שמעשיו ייראו ישרים בעיני הבריות, וכך אמנם פירש פינקלשטיין<sup>576</sup> את דבריו. לפי פרשנות זו, משמעותה של ההכרעה שבתוספתא כדעתו של רבי ישמעאל היא, שאדם אינו נדרש לנהוג בדרך שתסלק חשד מעליו.

אולם, כפי שנוכחנו לדעת, הלכות רבות הוצדקו מכוחו של עיקרון 'והייתם נקיים', ואין אנו מוצאים שרבי ישמעאל חולק עליהן.

יתר על כן. פרשנותו של פינקלשטיין אף אינה מתיישבת עם נוסח התוספתא, בה מובא הפסוק "ומצא חן ושכל טוב בעיני אלהים ואדם" מייד לאחר דבריו של רבי ישמעאל. אם אמנם רבי ישמעאל סבור שאין צורך למצוא חן בעיני אדם כלל, היה על העורך להביא פסוק זה אחרי דבריו של רבי עקיבא, ולא אחרי דבריו של רבי ישמעאל.<sup>577</sup>

רקובר מציע לפרש את דבריו של רבי ישמעאל כנוגעים אך ורק להלכה שבה עסקה התוספתא: "הוא דורש מן האדם שיתרחק מן הכיעור ומן הדומה לו, אלא שבענייננו אין אפילו 'דומה לכיעור' מצד העושה, ולכן אינו חייב להוכיח את ישרותו בעיני אדם".<sup>578</sup>

אף פרשנות זו אינה מניחה את הדעת, משום שבתוספתא מנוסחת עמדתו של רבי ישמעאל כעמדה עקרונית, ולא כעמדה הנגזרת מנסיבותיה הייחודיות של ההלכה.<sup>579</sup>

נראה אפוא להציע פרשנות אחרת למחלוקת התנאים. רבי עקיבא סבר, שהצורך לצאת ידי שמים יכול לעיתים להתנגש עם הצורך לצאת ידי הבריות. בני האדם, הנוטים לחשוד בנציג הציבור שהוא מועל בכספי הציבור המופקדים בידיו, עשויים לדרוש בדיקה מעמיקה של חשדותיהם, הכוללת חיפוש גופני, חיטוט בחפציו של הכהן וכדומה. אמנם, שפוש בבגדיו של הכהן איננו ישר בעיני שמים משום שיש בו פגיעה בכבודו של הכהן, ופגיעה במעמדם של הכהנים.

אולם, אם רוצים לצאת ידי הבריות, יש לסלק כל לזות שפתיים, אף אם לשם כך יהיה צורך לעשות מעשים שאינם ישרים בעיני שמים.<sup>580</sup> רבי עקיבא סבר אם כן,

<sup>576</sup> במהדורתו לספרי, ראה עט, עמ' 145 (מובא אצל רקובר, שלטון החוק עמ' 92).

<sup>577</sup> וראו גם אצל רקובר, שלטון החוק עמ' 92, שמעיר על הדוחק שבפרשנות זו גם מכוח העובדה שבמדרש התנאים מיוחס הכלל "הרחק מן הכיעור ומן הדומה לה" (מדרש תנאים כב, ה (עמ' 134)), המלמד שיש התחשב בדעתן של הבריות, לרבי ישמעאל. פינקלשטיין היה ער לקושי זה וטען שהכלל האמור נוגע אך ורק לענייני עריות, אך רקובר (שם) טוען שזוהי פרשנות דחוקה של הכלל, ונראה שהדין עמו.

<sup>578</sup> רקובר, שלטון החוק שם.

<sup>579</sup> ייתכן שבעניין זה נמשך רקובר אחרי ליברמן, שאף הוא טען ש"נראה שעיקר המחלוקת שלהם הוא בנידון שלנו, אם מפשפשים באדם נאמן שנכנס לתרום את הלשכה" (תוספתא כפשוטה ד, שקלים עמ' 677). גם פרשנותו של מוריאל, שהמחלוקת בין התנאים היא פרשנית ולא הלכתית (יהודה מוריאל, "הישר והטוב" סיני ע (תשל"ב) צב, צג), אינה נראית בעינינו, במיוחד לאור הקביעה ש"הכריעו חכמים לקיים דברי רבי ישמעאל".

<sup>580</sup> אמנם, ראו אצל ליברמן (תוספתא כפשוטה שם), שמסביר בדיוק ההיפך, כלומר, שישירות בעיני אלוקים מאפשרת חיפוש גופני המבזה את הכהן, אך אין הדבר ישר בעיני אדם. וראו

שבהתנגשות שבין החובה לצאת ידי שמים לחובה לצאת ידי הבריות, ידה של החובה לצאת ידי הבריות צריכה להיות על העליונה. מנגד, רבי ישמעאל סבר שהצורך לצאת ידי הבריות אינו יכול להצדיק פרקטיקה פסולה בעיני שמים.

לפי פרשנות זו, משמעות ההכרעה כדעת רבי ישמעאל היא, שיש להשתדל לסלק לזות שפתיים, להיות נקי בעיני הבריות, אך לא בדרך המבזה את האדם, דרך שהיא איננה ישרה בעיני שמים.

דומה כי 'בחשבון ארוך', הכרעה זו מתיישבת היטב עם הצורך להיות 'נקי' בעיני אדם. חיטוט יתר בענייניו של אדם משדר חוסר אמון. חוסר אמון זה מונע בסופו של דבר את הגשמת העיקרון של "והייתם נקיים" בעיני אדם, וכאמור לעיל, הוא אף דוחק אנשים שלפי אופיים וטבעם היו נותני אמון ומכבדי אמון, לפעול בניגוד לאופיים, ולסגל לעצמם התנהגות לא שאין בה כבוד לנאמנות ולאמון שניתן באדם.<sup>581</sup>

---

150

ייתכן שבשל כך בדיוק קבע רבי ישמעאל, שהסרתה של לזות שפתיים מאדם חייבת להיעשות בדרך שהיא ישרה לא רק בעיני הבריות, אלא גם בעיני שמים.

---

דיון ביקורתי בפרשנות זו אצל מוריאל, לעיל הערה 579, בעמ' צד-צה.

<sup>581</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 138.

# חלק שלישי

## חובות הגילוי

חובות הגילוי עוסקות בדרישה שחב האמון יחשוף בפני הזכאי מידע הנוגע למילוי תפקידו, שבו עשוי להיות לו עניין.<sup>582</sup>

על פי רוב, המחוקק קובע במפורש שחב האמון נדרש למסור לזכאי מידע או לדווח לו על פעולותיו. אולם, גם בהעדרן של חובות גילוי סטטוטוריות, מקובל ש"חובת הגילוי חלה בכל מערכת נסיבות של יחסי אמונאות ולא רק בנסיבות המסוימות, המצוינות בחוק החברות ובחקיקה לגבי אמונאים מסוימים אחרים".<sup>583</sup>

את חובות הגילוי ניתן לסווג לשתי ענפי משנה: חובת הגילוי וחובת הדיווח, שלכל אחד מהם מאפיינים ייחודיים, שעליהם נעמוד להלן. המכונה המשותף לשתי החובות הוא – הדרישה שחב האמון יחשוף בפני הזכאי מידע הנוגע לניהול ענייניו.

הניתוח המשפטי של חובות הגילוי מחייב דיון מקדים בתכליתן של חובות אלו. לאור דיון זה ניתן יהיה לבחון מהו היקף המידע שיש למסור? מהו המועד שבו נדרש חב האמון למסור את המידע, ומי זכאי לקבל את המידע?

<sup>582</sup> היקפה הרחב של חובת הגילוי, שעליו נעמוד להלן בהרחבה, מחייב את המסקנה, שחובה זו היא חובה שהיא ייחודית לדיני האמון, ולא ניתן לגזור אותה מחיובים אחרים הקיימים בחוק, כחובת תום הלב המוטלת על מי שמבצע פעולה משפטית מכוחו של סעיף 61 לחוק החוזים. וראו לעניין זה אצל ליכט, אמונאות עמ' 72 (וביקורתו על ייחוסה של חובה זו לחובת תום הלב על ידי השופטת פרוקצ'יה בפרשת קוט, עמ' 187). וראו גם, פרידמן, עשיית עושר עמ' 573, הערה 162 ("קיומה של חובת אמון גורר חובת גילוי. אך ההיפך איננו נכון בהכרח, שכן תיתכן חובת גילוי ללא יחסי אמון"). אך כאמור, נראה שהיקפן של חובות גילוי שלא מכוח דיני האמון (כדוגמת זו שמכוח סעיף 15 לחוק החוזים) צר בהרבה מחובת הגילוי המוטלת על חב האמון.

<sup>583</sup> ליכט, אמונאות עמ' 69. וראו גם, ה"פ (ת"א) 41063-01-13 דוד עמיקם נ' ירון כהן (פורסם ב'נבו') פסקה 5 של פסק הדין ("אין מחלוקת, כי מסירת מידע היא אחת מחובותיו של הנאמן כלפי הנהנה בכל מערכת של יחסי אמון" להלן: פרשת עמיקם); פרשת צבאח עמ' 595 ("משקבענו כי בין הבנק ללקוחותיו מתקיימים יחסי נאמנות, הרי נובע מכך כי על הבנק מוטלות חובות נוספות מעבר לחובות הרגילות שבין צדדים לחוזה. אחת מחובות אלו היא חובת הגילוי").

## א. גילוי ודיווח

ההבדל שבין חובת הגילוי לחובת הדיווח נוגע הן לסוג המידע הנדרש, הן למועד מסירתו והן לדרך בה הוא נמסר.

בהיבט של **תוכן המידע**, חובת הגילוי עוסקת בעיקר **בהווה**, במצב דברים עכשווי, שלזכאי יש עניין להכיר אותו.<sup>584</sup> לעומת חובה זו חובת הדיווח מתמקדת **בעבר**, בסקירה של פעולות שבוצעו על ידי חב האמון ובבחינה של תוצאותיהן.<sup>585</sup>

חובת הגילוי עוסקת גם במידע הנוגע במישרין לפעולותיו של חב האמון אך גם במידע שאינו קשור לפעולות שביצע אך הוא עשוי להשפיע על עניינו של הזכאי.<sup>586</sup> לעומתה, חובת הדיווח מתמקדת בפעולות שביצע חב האמון עבור הזכאי.<sup>587</sup>

בהיבט של **מועד קיומה של החובה**, חוב הגילוי מוטלת על חב האמון בכל רגע נתון שבו מכהן חב האמון בתפקידו,<sup>588</sup> בעוד שחובת הדיווח חלה במועדים מסויימים, כגון, אחת לשנה או בסיום כהונתו של חב האמון.<sup>589</sup>

ולבסוף, בהיבט של **יישום החובה**, חובת הגילוי יכול שתיעשה בכתב או בעל פה, בעוד שחובת הדיווח תיושם באמצעות הגשה של דין וחשבון בכתב.<sup>590</sup>

<sup>584</sup> למשל, השליח נדרש לגלות לשולח "כל ידיעה... (ו)מסמך הנוגעים לנושא השליחות" (סעיף 18(1) לחוק השליחות). נושא משרה בחברה נדרש לגלות לחברה "כל ידיעה... (ו)מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה" (סעיף 254(א)(4) לחוק החברות). שותף נדרש "למסור לכל שותף או לבא-כוחו... מידע שלם בכל עניין הנוגע לשותפות" (סעיף 29 לפקודת השותפות), ומנהלי חברה ציבורית נדרשים "לגלות למשקיעים כל פרט מהותי, אשר עשויה להיות לו השפעה על קבלת ההחלטות שלהם" (ראו בהרחבה, אירית חביב-סגל **דיני חברות** נבו 2007, פרק י, אחר הציון להערה 3). לעניין חובות הגילוי החלות על בנקים כלפי לקוחותיהם ראו למשל, ע"א 8098/09 **אורה כהן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ - סניף חדרה** פסקאות 50-52.

<sup>585</sup> למשל, השליח נדרש לתת לשולח "דין וחשבון על פעולותיו" (סעיף 18(1) לחוק השליחות),

נאמן "חייב לתת לנהנים דין וחשבון על ענייני הנאמנות" (סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות) ושותף נדרש "למסור לכל שותף או לבא-כוחו חשבונות נכונים" (סעיף 29 לפקודת השותפות). וראו גם, **כרם, נאמנות** עמ' 346 ("הדין-וחשבון מתאר מצב בתאריך מסוים וכן פעולות שבוצעו עד אותו מועד, כלומר: במרבית המקרים אין הוא מספק מכשיר להחלטה להניא את הנאמן מלבצע פעולות מסוימות, שכן הנאמן ידווח על פעולותיו בדרך כלל לאחר ביצוען").

<sup>586</sup> ראו למשל, סעיף 18(1) לחוק השליחות וסעיף 254(א)(4) לחוק החברות.

<sup>587</sup> ראו למשל, הדוגמאות הנ"ל בהערה 585.

<sup>588</sup> כך עולה, למשל, מהוראות החוק הנ"ל בהערה 584. וראו גם: **ברק, שליחות** עמ' 1058 ("במצב הדברים הרגיל על השלוח להנהיג שיטת עבודה לפיה יימסר באופן סדיר מידע לשולח. עם זאת, אין לדרוש כי השלוח יעסוק כל העת במסירת מידע. כרגיל יסכימו ביניהם השולח והשלוח על מועדים למסירת המידע. עם זאת, כאשר בא לידיעת השלוח מידע או מסמך אשר לפי הערכתו על השולח לדעתו שכן הם עשויים להשפיע על המשך פעולות השלוח או פעולות השולח בנושא השליחות, על השלוח להעבירם במהירות האפשרית לשולח").

<sup>589</sup> ראו להלן, ליד הציון להערה 689.

<sup>590</sup> ראו **כרם, נאמנות** עמ' 348, ובהערה 17, שם..

## ב. חובת הגילוי

את הדיון בחובת הגילוי המוטלת על חב האמון נפתח בהבהרת תכליותיה של החובה. לאחר מכן, נדון בהיקפה של החובה ובעיתוי לקיומה על ידי חב האמון.

### 1. תכליותיה של חובת הגילוי

לחובת הגילוי יכולות להיות ארבע תכליות שונות: אמצעי להבטחת חופש הרצון של הזכאי, תרופה ל"בעיית הנציג", אמצעי לעיגון סמכותו של חב האמון לפעול בשמו של הזכאי והבטחת קיומו של אמצעי עזר לשוב סכסוכים בין חב האמון לזכאי.

#### 1.1 כיבוד חופש הרצון של הזכאי

בפרשת ברנוביץ' תיאר בית המשפט את חובת הגילוי המוטלת על יועצי השקעות בדיני ניירות ערך, כחובה שנועדה להגשים שתי תכליות –

מקובל לראות את פועלו של הגילוי בשניים: האחד - **הספקתו של בסיס מידע נאות למשקיעים**, באופן המאפשר קבלת החלטות רציונאליות בנוגע להשקעותיהם; השני - **הרתעתם של בעלי הכוח** בחברות ציבוריות מתרמית ומהתנהגות מניפולטיבית, תוך אפשרות פיקוח על פעולותיהם.<sup>591</sup>

פרידמן וכהן מכנים את התכלית הראשונה של הגילוי, בהקשר של דיני הנאמנות, ככזו שעניינה להבטיח את חופש הרצון של הנהנה –

בעוד שבחווה בין צדדים שאין ביניהם חובת אמון חייבים הצדדים לנהוג זה כלפי זה בתום לב... מטילים יחסי האמון דרישה פוזיטיבית על הנאמן, **להבטיח את חופש הרצון של הנהנה**. הדבר משתקף בכך שעל הנאמן מוטלת חובת גילוי מלאה כלפי הנהנה.<sup>592</sup>

בהתאם לעיקרון זה מסביר ברק את חובת הגילוי המוטלת על השליח כלפי השולח –

ביסוד השליחות מונחת ההנחה כי השליחות נועדה לקיים ולקדם את ענינו של השולח. לכן טבעי הוא כי הדין מטיל על השלוח חובת גילוי בכל ענין הנוגע לנושא השליחות. בלא גילוי זה עשוי השולח לגשש באפלה, והשליחות עשויה לפעול שלא בהתאם לאינטרסים שלו. משיגלה השלוח לשולח כל ענין הנוגע לשליחות, יוכל השולח לקבל החלטה בענין השליחות המבוססת על ידיעת העובדות והערכתן.<sup>593</sup>

<sup>591</sup> ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך פ"מ מו(2) 818, 831 (ההדגשות אינן במקור).

<sup>592</sup> דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים ב, עמ' 657-658 (ההדגשות אינן במקור).

<sup>593</sup> ברק, שליחות עמ' 1053 (ההדגשות אינן במקור). וראו גם: ע"א 262/86 וולטר רוט נ' deak

כך הוא בנוגע לחובות אמון של שליח כלפי שולח, וכך הוא גם בנוגע לחובות אמון של בנקאי כלפי לקוח, של סוכן ביטוח כלפי מבוטח,<sup>594</sup> של מנהל עיזבון כלפי הנהנים מן העיזבון<sup>595</sup> וכדומה.<sup>596</sup>

## 1.2 יצירת בסיס עובדתי המאפשר הכרה בסמכויותיו של שליח

לפי ברק, את חובת הגילוי המוטלת על השליח ניתן לקשור גם לעצם סמכותו לבצע את התפקיד שהוטל עליו –

החובה למסור ידיעה קשורה בקשר הדוק עם הכלל שידיעת השלוח מחייבת ומזכה את השולח. הבסיס העובדתי להצדקת כלל זה היא חובתו המקבילה של השלוח למסור כל מידע שיש לו בנושא השליחות לשולח.<sup>597</sup>

**and co. Inc** פ"ד מה(2) 367-366, 353 (להלן: פרשת רוט); ת"א (נצ') 621/95 **סרוגי נ' סרוגי** פ"מ תשס"א(1) 796, 769 (להלן: פרשת סרוגי).

<sup>594</sup> ראו למשל, ת"א (י-ם) 75/87 **חנוך טננבאום נ' פזית - סוכנות לביטוח בע"מ** פ"מ תש"ן(3) 177, 190.

<sup>595</sup> ראו למשל, תמש (ת"א) 101630/98 **של נ' יא** פסקה 44 של פסק הדין (פורסם ב'נבו').

<sup>596</sup> לכאורה, תכלית זו מתאימה יותר ליחסי אמון שבין שליח לשולח, ופחות ליחסי אמון שבין נאמן לנהנה. זאת משום שהשליח אכן נתפס כידו הארוכה של השולח, וככזה, עליו להבטיח שפעולותיו ישקפו בכל עת את רצונו. לעומתו, הנאמן אינו נתפס כ'עושה דברו' של הנהנה, כפי שהדגיש השופט שמגר בפרשת גת –

נקודת המוצא לבחינת מערכת היחסים באשר לנכס היא שונה בשני המקרים: בשליחות - השליח הוא נציגו של השולח לעניינים מוגדרים. לשלוח אין סמכות לפעול בתחומים אשר בהם לא ניתנה לו הרשאה. נקודת המוצא לגבי שלוח היא של היעדר כוח, וכל סמכות הקיימת לו מוענקת לו על ידי ההרשאה. נאמן, לעומת זאת, פועל מתוך נקודת מוצא של סמכות מלאה... נקודת המוצא היא כי נאמן של נכס הוא בעל כוח לעשות בנכס כל דבר אשר הבעלים יכול היה לעשותו (ע"א 3829/91 **אבינועם וואלס נ' נחמה גת ואח'** פ"ד מח(1) 801, 808.

(ההדגשות אינן במקור). וראו בעניין זה גם את הויכוח שבין פרופ' פרוקצ'יה לפרופ' ברק בדבר החלתה של חובת הציות של דיני השליחות גם על מנהלי החברה. עמדתו של פרוקצ'יה הוצגה בהרחבה במאמרו, גואלטיארו פרוקצ'יה, "חוק השליחות, תשכ"ה-1965 ומנהלי החברה" **עיוני משפט** א (תשל"ב) 234, בעיקר בעמ' 257. עמדתו של ברק הוצגה במאמרו, ברק, **שליחות ותורת האורגנים** בעיקר בעמ' 304).

ניתן אפוא לטעון, שבנאמנות, 'חופש הרצון של הנהנה' נשלל במידה רבה כבר בשעת יצירתה של הנאמנות. משעה זו ואילך, הנאמן פועל "מתוך נקודת מוצא של סמכות מלאה", ולא ניתן להצדיק את קיומה של חובת הגילוי על יסוד הצורך להבטיח את 'חופש הרצון של הנהנה'. אולם, יש לדחות טענה זו, משום שבסעיף 39 של חוק הנאמנות הכיר המחוקק בזכותם של נהנים לפנות לבית המשפט בדרישה לתת לנאמן הוראות, לבטל את פעולותיו, לפטרו וכדומה. מכאן, שעל אף הגבלת חופש הרצון של הנהנה, אין לטעון בצורה גורפת, שיצירתה של הנאמנות שוללת את חופש הרצון של הנהנה או של יוצר הנאמנות.

<sup>597</sup> ברק, **שליחות** עמ' 1054. אמנם, בהתאם להבחנה שעשה שמגר בין השליחות לנאמנות, כאמור לעיל בהערה 596, דומה כי גם צידוק זה הוא ייחודי לחיבי אמון שסמכותם לבצע את

לפי הסבר זה, חובת הגילוי נועדה להפוך את הכלל המשפטי המייחס לשולח ידיעה על כל עניין הידוע לשליח מפיקציה שקשה להצדיק את קיומה, לכלל המבוסס על הנחה עובדתית ריאלית.

### 1.3 תרופה לבעיית הנציג

כאמור לעיל, בפרשת ברנוביץ' תוארה חובת הגילוי כחובה שתכליתה גם להרתיע את בעלי הכוח מתרמית ומהתנהגות מניפולטיבית, תוך אפשרות פיקוח על פעולותיהם.<sup>598</sup>

בהתאם לתפיסה זו, רבים ראו בחובת הגילוי מעין תרופה ל"בעיית הנציג", לא רק במישור ההרתעתי, אלא במישור העמוק יותר, של ביטול או צמצום של פערי מידע בין חב האמון לזכאי. פערי מידע אלו הם אחד הגורמים העיקריים שמאפשרים לחב האמון לנצל את מעמדו לשם קידום ענייניו.<sup>599</sup>

תפקידיהם מבוססת על דיני השליחות. סמכותו של הנאמן אינה מבוססת על ידיעתו או אי ידיעתו של הזכאי, ולא על הסכמתו לביצוע פעולה זו או אחרת. בשל כך, תכלית זו אינה יכולה להצדיק את קיומה של חובת הגילוי המוטלת על נאמנים.

<sup>598</sup> ראו: **כרם, נאמנות** 346 ("הואיל ולנאמן שליטה על נכסי הנאמנות, הוא עשוי לעשות בהם כרצונו. הגשת דין וחשבון על ידו תחשוף את פעולותיו, ואולי גם תצביע על מחדליו... בעצם הטלת החובה על הנאמן לדווח יש כדי להרתיע בפני שימוש לרעה בשליטתו בנכסי הנאמנות, שכן באמצעות הדינים והחשבונות שעל הנאמן להגיש בפרקי זמן קבועים עשויות להיחשף פעולות שעשה שלא כהלכה"); **קרניאל, הפרת אמונים** עמ' 87 ("...חובת הגילוי... שואבת את השראתה מהשאיפה לגלות ניגודי עניינים בין הנציג לחברה, מהדוקטרינה המקיפה של 'הגילוי הנאות' ושל היותו של הפנס השוטר הטוב ביותר"); **ליכט, דיני אמונות** 69, שאף הוא מצטט בהקשר זה את אמרתו הידועה של השופט ברנדייס על כך שאור השמש הוא המחטא הטוב ביותר ואור החשמל הוא השוטר היעיל ביותר (Louis D. Brandeis, **Other People's Money and How Bankers Use It** 1914, 62). דברי ההסבר לסעיף 440 להצעת חוק דיני ממונות ("חובה כללית לגילוי ומסירת מידע... מאפשרת לזכאי לפקח על פעולותיו של מי שחב כלפיו בחיוב אמון").

<sup>599</sup> ראו **ברק, שליחות** 1054 ("חובת הגילוי מבטיחה העדר הסתרה, ומקטינה על ידי כך את האפשרות שהשולח יפעל שלא למען האינטרסים של השולח. חובת הגילוי נועדה להבטיח כי השולח לא ינצל את השליחות להגשמת אינטרסים שאינם של השולח"); אורי ידן **חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981** עמ' 43 ("פיתוחה של חובת הגילוי באה כדי לגשר על הפער בין הצדדים באשר לידע של פרטים רלבנטיים"); **ליכט, דיני אמונות** 67 ("חובת הגילוי המלא מתמודדת עם בעיית המידע החלקי"). אבל ראו **פלאטו-שנער, דיני בנקאות** עמ' 13 (סעיף 1.11) שטוענת ש"דיווח אינו מונע בהכרח ניצול רעה של הכוח. הוא בסך הכל מיקל על הפיקוח".

פלאטו-שנער סבורה, שהגילוי כשלעצמו אינו פותר את בעיית הנציג, אך הוא מאפשר לזכאי להסכים באופן מודע ושקול לפעולותיו של חב האמון בנכסיו. הסכמה זו היא שמכשירה את פעולותיו של הנציג, על אף קיומו של חשש שהנציג יפעל לטובת עניינו האישי ולא לטובת העניין של הזכאי (**פלאטו שנער, דיני בנקאות** עמ' 190).

לפי הסבר זה, נראה שכדי שההסכמה האמורה לא תיהפך לפיקציה, יש להבטיח שהגילוי יהיה רחב במידה כזו המאפשרת לזכאי להבין היטב את משמעותו של המידע שנמסר לו, ואת

#### 1.4 אמצעי עזר לשוב סכסוכים בין חב האמון לזכאי

ליכט הציע תכלית נוספת לקיומה של חובת הגילוי -

גילוי מלא יכול לספק לנהנה גם מידע שאחרת היה בלתי-ניתן-לאימות (non verifiable). בכך הגילוי מקנה לבית המשפט או טריבונל אחר אמצעים יעילים להכריע בסכסוך. אלמלא הגילוי, היו הצדדים נאלצים ליישב את מחלוקותיהם מחוץ לבית המשפט... במסגרות קהילתיות או דתיות, או פשוט בכוח הזרוע. סדר חברתי, המושתת על מרות המשפט ושוויון בפני החוק, ישאף למזער את מרחב המצבים, שבהם ידו של בית המשפט קצרה מלסייע למי שפונה לסעד משפטי.<sup>600</sup>

אכן, הגילוי עשוי לסייע בפתרון סכסוכים עתידיים שבין הזכאי לחבה האמון. אך קשה לראות את הסיוע בפתרון סכסוכים כתכלית עצמאית של חובות הגילוי. מצבים שבהם ידו של בית המשפט קצרה מהושיע הם בלתי רצויים כמובן, אך מצבים מעין אלו קיימים גם שלא במסגרת של יחסי אמון, ובכל זאת, המחוקק לא ראה לנכון למנוע את קיומם באמצעות הטלתן של חובות ייחודיות. החוק אינו דורש מצדדים לחוזה לערוך את החוזה בכתב או בפני עדים כתנאי לתקפותו של החוזה, הגם שעריכת חוזה בדרך זו מבטיחה שיהיו "אמצעים יעילים להכריע בסכסוך" עתידי בין הצדדים.

הסיבה לכך שהחוק אינו דורש זאת היא, שהמשפט מכיר בזכותם של הצדדים להסדיר את היחסים שביניהם כרצונם, ולקחת את הסיכון שביום מן הימים לא יהיו בידיהם ראיות שיסייעו להם להגן על זכויותיהם.

אם סיכון זה יתממש, לא יהיה בכך כל פגיעה בעיקרון מרות המשפט והשוויון בפני החוק, משום שהצד שלא יזכה לסעד מבית המשפט לא יוכל להלין אלא על עצמו. לא קוצר ידה של המערכת המשפטית הוא שפגע בו, אלא בחירתו להסדיר את יחסיו המשפטיים עם בעל דינו בדרך שבה בחר להסדירם.

יתר על כן. החשש שמא בשל תשתית ראייתית דלה ייאלצו הצדדים ליישב את הסכסוך מחוץ לכתלי בית המשפט לא יהיה מעולם צידוק להטלת חובה לייצר מראש ראיות, כדי לאפשר דיון עתידי בסכסוך אפשרי, בפני בית המשפט.

אי לכך, קשה לקבל את הטענה, שחובת הגילוי המוטלת על חב האמון נועדה לשרת תכלית זו.<sup>601</sup>

השלכותיו.

<sup>600</sup> ליכט, דיני אמונות 67.

<sup>601</sup> אמנם, ניתן לטעון שהסכסוך שבין חב האמון לזכאי הוא ייחודי, בשל פערי המידע הקיימים ממילא בין הצדדים. אף על פי כן, נראה שקיומם של פערי מידע אלו לא יכול להצדיק התערבות פטרנליסטית של המשפט, שכל תכליתה היא, להבטיח את קיומם של תנאים



## 2. היקפה של חובת הגילוי

היקפה של חובת הגילוי נגזר משני גורמים: סוג המידע שיש לחשוף בפני הזכאי והדרך בה יש למלא את החובה. בהקשר זה יש להכיר שתי הבחנות יסוד: ההבחנה שבין גילוי כללי לגילוי מיוחד וההבחנה שבין גילוי במובן הצר לגילוי במובן הרחב. כמו כן, יש לבחון האם חובת הגילוי דורשת מחב האמון גם לחשוף עובדות שאינן ידועות לו לעת עתה.

ולבסוף, יש לבחון האם חובת הגילוי דורשת מחב האמון גם לחשוף פרטים שחשיפתם עלולה לפגוע בפרטיות.

### 2.1 גילוי כללי וגילוי מיוחד

הדין מטיל על חייבי אמון חובת גילוי מלא של מידע המצוי בידיו של חב האמון שבו עשוי להיות לזכאי עניין. כך למשל, שליח נדרש לגלות "כל ידיעה... (ו)מסמך הנוגעים לנושא השליחות",<sup>602</sup> נושא משרה בחברה נדרש לגלות לחברה "כל ידיעה... (ו)מסמך הנוגעים לענייניה",<sup>603</sup> שותף נדרש "למסור לכל שותף או לבא-כוחו... מידע שלם בכל עניין הנוגע לשותפות",<sup>604</sup> ונאמן נדרש למסור לנהנים "ידיעות... לפי דרישתם הסבירה".<sup>605</sup>

גילוי מלא, כעולה מהוראות אלו, קשור לכל עניין שיש לו נגיעה לעניין המסור לשליטתו של חב האמון. חובת הגילוי המצויה בהוראות אלו היא חובת גילוי כללית, באשר היא אינה מתמקדת במידע מסויים או במידע מסוג מסויים.

לעתים, הדין מטיל על חב האמון חובת גילוי ספציפית המתמקדת בגילוי של מידע מסוג מסויים. כך למשל, חוק החברות מטיל על "נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה ציבורית או בחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב"<sup>606</sup> חובת גילוי ספציפית על קיומו של "ענין אישי בעסקה קיימת או מוצעת של החברה".<sup>607</sup>

דומה כי ההבדל שבין חובת הגילוי הכללית לחובת הגילוי הספציפית הוא מהותי, והוא חורג מעבר להיבט הצר של סוג המידע שיש לחשוף בפני הזכאי. חובת הגילוי הכללית קשורה לתכלית של הבטחת חופש הרצון של הזכאי. כלליותה של החובה מלמדת על כוונת המחוקק לאפשר לזכאי לקבל מידע שוטף הנוגע לניהול ענייניו,

---

שיאפשרו בירור של הסכסוך בפני בית המשפט דווקא.

<sup>602</sup> סעיף 18(1) לחוק השליחות.

<sup>603</sup> סעיף 254(א)(4) לחוק החברות.

<sup>604</sup> סעיף 29 לפקודת השותפות.

<sup>605</sup> סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות.

<sup>606</sup> חוק החברות, התשנ"ט-1999 סעיף 269(א).

<sup>607</sup> שם. ובהתאם לכך, "נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי... יראו אותו כמי שהפר את

חובת האמונים" (סעיף 283(א)).

ללא כל קשר לשאלה, האם חשיפת המידע תגן עליו מפני ניצול הכוח שבידי חב האמון לרעה או לאו.

לעומת זאת, חובת הגילוי הספציפית מתקשרת יותר לתכלית של מניעת השימוש בכוח שנמסר בידי חב האמון, לרעה. בשל כך, חובה זו תתמקד, על פי רוב, בגילוי של מידע שקשור לחשש מפני ניצול הכוח לרעה.

יישומה של חובת הגילוי הספציפית אינו מעורר קושי פרשני מיוחד משום שחובה זו היא מוגדרת בהיקפה ומאפשרת לחב האמון לדעת בדיוק איזה מידע מצופה ממנו לגלות לזכאי.<sup>608</sup>

לעומת זאת, יישומה של חובת הגילוי הכללית מעורר קושי: מהו בדיוק המידע שעל חב האמון לחשוף בפני הזכאי?

כדי להשיב על שאלה זו אימצה הפסיקה את **מבחן מהותיות המידע**, שלפיו, המידע שנדרש חב האמון לחשוף בפני הזכאי הוא כזה שיש בו כדי להשפיע על הזכאי בהחלטתו, האם להוסיף ולקיים את מערכת היחסים, היקף הסמכויות המסורות בידי חב האמון והגדרות התפקיד שלו במתכונתם הנוכחית.<sup>609</sup>

מבחן זה שולב בהגדרתה של חובת הגילוי שבהצעת חוק דיני ממונות, בה הוצע לקבוע ש"חב אמון ימסור לזכאי כל ידיעה ומסמך **מהותיים**, הנוגעים לקיום החיובים המוטלים עליו".<sup>610</sup>

## 2.2 גילוי במובן הצר וגילוי במובן הרחב

לדבריה של פלאטו-שנער, כאשר קיימים פערי מידע ומיומנות מקצועית בין הזכאי לחב האמון יש להבין את חובת הגילוי המוטלת על חב האמון כ"גילוי במובן הרחב",<sup>611</sup> שמשמעותו היא, שחב האמון לא ייצא ידי חובת הגילוי בעצם העברת

<sup>608</sup> אמנם, לעיתים גם חובת הגילוי הספציפית עשויה לדרוש מחב האמון לגלות מידע נוסף, מעבר למידע הספציפי הנדרש על פי החוק, וזאת כדי לאפשר לזכאי להבין את משמעותו של המידע הספציפי. לעניין זה ראו למשל, אוריאל פרוקצ'ה, **דיני חברות חדשים לישראל** עמ' 343 ("עצם ההכרה בקיומו של אינטרס אישי איננה משמעותית לגבי מי שאינו בקי בפרטי העסקה, ואינו יכול לאמוד את עלויותיה ויתרונותיה לחברה").

<sup>609</sup> ראו למשל: ע"א 5320/90 א.צ. **ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך** פ"מ מ(2) 818, 837 ("ככלל, ניתן לומר כי חובה זו (=חובת הגילוי) תחול לגבי כל מידע שהינו מהותי למשקיע הסביר, ואשר אין מגבלה חוקית או מגבלה שבסבירות המצדיקה מניעת גילוי. אמת המידה של ה'מהותיות' (materiality) הינה זו השלטת במשפט האמריקאי, שם נקבע כי... חובת הגילוי משתרעת על עובדה אשר לו המשקיע הסביר בניירות ערך היה יודע אודותיה, היה בכך כדי לשנות באופן משמעותי את מכלול האינפורמציה שעל בסיסה יקבל החלטות הנוגעות להשקעה בניירות ערך בחברה הנוגעת לעניין". ולעניין חובת הגילוי המוטלת על השליח, ראו **ברק, שליחות** עמ' 393 ("נראה לנו כי מבחן אפשרי הוא זה: היש בידיעה כדי להשפיע על החלטתו של השולח להמשיך בשליחות בצורתה הנוכחית?").

<sup>610</sup> הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 440.

<sup>611</sup> רות פלאטו-שנער, "חובת הגילוי הבנקאית כלפי הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר",

המידע שיש לגלותו לידי של הזכאי, אלא יהא עליו גם להבטיח שהמידע שסופק על ידו יובן על ידי הזכאי. בהתאם לכך, הבנקאי אינו יכול להסתפק בגילוי של מידע ללקוח, אלא עליו לוודא גם, שהלקוח הבין את משמעויותיו של מידע זה, ואת האפשרויות הפתוחות בפניו, לאור מידע זה.

לפי פלאטו-שנער, חובת הגילוי במובן הרחב מורכב משלוש חובות משנה: **חובת ההדגשה וההבלטה של מידע שיש להדגישו מפאת חשיבותו, החובה להסביר את משמעותו של המידע והחובה לוודא שההסבר הובן היטב.**

ניתוח זה מקובל כיום בפסיקה הישראלית העוסקת בחובת הגילוי הבנקאית.<sup>612</sup> כדי לבחון האם מן הראוי להטיל על חייבי האמון חובת גילוי במובן הרחב גם בהקשרים אחרים, יש לבחון את הטעמים שהעלתה פלאטו-שנער להחלתה של חובה שכזו על הבנקים.

הנימוק הראשון קשור לטיב היחסים שבין הבנק ללקוח –

חובת הגילוי מושפעת מאופי היחסים בין הצדדים, וכשקיימים בין הצדדים יחסי אמון – תקום חובת גילוי מוגברת. במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מקבל האמון משמעות משפטית מיוחדת ומחייב סטנדרט גבוה במיוחד של התנהגות מצד הבנק. אווירת האמון יוצרת ציפייה סבירה מצד הלקוח להתנהגות הגונה של הבנק, תוך יכולת להסתמך על מצגי הבנק. מכאן חובתו של הבנק לא להסתפק במסירת נתונים אינפורמטיביים (חובת גילוי במובן הצר), כי אם לקיים את כל אותן חובות נוספות, המיועדות להבטיח את הבנת הלקוח בכל הנוגע לעסקה.<sup>613</sup>

נימוק זה יפה במידה רבה גם ליחסי אמון בין נאמן לנהנה, בין שליח לשולח או בין שותף לשותפו.

נימוק נוסף קשור ל"מידע העצום המצוי במאגרי המידע של הבנק אשר אינו נחלתו של הלקוח הפשוט; המערך המקצועי של הבנק – כלכלי, משפטי ופיננסי – המסוגל להעריך אל נכון את משמעות העסקה, יכולת שאינה קיימת אצל לקוחות רבים; הניצול המיטבי של המשאבים שבידי הבנק; ניסיונו של הבנק בביצוע עסקאות מהסוג הנדון; מורכבות תוכנם של המסמכים הבנקאים וניסוחם בשפה

הפרקליט מט(2) 385, 402.

<sup>612</sup> ראו: ת"א (י-ם) 3515/09 יצחק סדן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ פסקה 12 (פורסם ב'נבו'); ע"א 8564/06 סעיד חסן סולטאני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ פסקה 15 (פורסם ב'נבו'); רע"א 7096/12 אביטל אלט נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ פסקה 11 (פורסם ב'נבו'); ע"א 11120/07 דינה שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ פסקה כ"ו (פורסם ב'נבו'); ע"א 8611/06 בנק הפועלים בע"מ נ' מיכל מרטין פסקה 37 (פורסם ב'נבו'); ת"א (מרכז) 36133-12-09 ראובן מלמד כהן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ פסקה 69 (פורסם ב'נבו'); ת"א (ב"ש) 3010/09 בנק מזרחי-טפחות בע"מ נ' מרים בני פסקה 35 (פורסם ב'נבו').

<sup>613</sup> פלאטו-שנער דיני בנקאות 200-199.

גבוהה שאינה מובנת לכל<sup>614</sup>. כל אלה יוצרים פער כוחות גדול בין הבנק ללקוח המצדיק את הרחבתה של חובת הגילוי כדי להקטין את הפער שבין הצדדים ולמנוע מן הבנק לעשות שימוש בכוחו הרב לרעת הלקוח.

מאפיינים אלו עשויים אמנם לאפיין גם יחסי אמון נוספים, אך נראה שאין הם קיימים בכל יחסי האמון. אי לכך, כאשר המידע המצוי בידיו של חב האמון הוא מצומצם בהיקפו, פשוט להבנה ולזכאי יש את האמצעים הדרושים כדי להבינו בעצמו, נראה שלא נכון יהיה להטיל על חב האמון חובת גילוי במובנה הרחב, וניתן יהיה להסתפק בגילוי במובנו הצר.

יתר על כן. המאפיינים האמורים אינם קשורים בהכרח לדוקטרינה משפטית זו או אחרת. אם פערי המקצועיות, המיומנות והמשאבים הם שמצדיקים את הרחבתה של חובת הגילוי, הרי שחובה זו עשויה להצטמצם כאשר הזכאי הוא מתוחכם או שיש בידו לרכוש שירותי ייעוץ מקצועי.<sup>615</sup> בהקשר זה, נראה שראוי לקחת בחשבון את רמת ההשכלה של הזכאי, ניסיונו, גילו,<sup>616</sup> עצמתם של יחסי האמון,<sup>617</sup> מורכבותו של המידע,<sup>618</sup> רמת הסיכון הכרוך בפעולותיו של חב האמון,<sup>619</sup> ועוד.

### 2.3 מידע ממשי

החוק אינו מבהיר, האם חובת גילוי המידע המוטלת על חב האמון דורשת ממנו גם לחשוף מידע שאינו מצוי לעת עתה בידיו, אך יש בכוחו לגלותו.

הדעה הרווחת בין המלומדים היא, שחובת הגילוי אינה דורשת מחב האמון לבצע חקירות כדי לחשוף מידע שאינו מצוי בידיו.<sup>620</sup>

<sup>614</sup> שם.

<sup>615</sup> כך סבורה אמנם פלאטו-שנער, שם, וכך נקבע באמרת אגב בע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' שרה רייז פ"ד נח (3) 934 בסוף פסקה 15 ("יתכנו מקרים שבהם ישתנה היקפה של חובת הגילוי. כך למשל, מקום בו מסתייע הלווה בייעוץ משפטי בעת שהוא מעמיד את דירתו כערובה לחיוב, או מקום בו אין יתרון כלכלי או אחר למלווה על-פני הלווה").

<sup>616</sup> ראו פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 253-254.

<sup>617</sup> ראו למשל, פרשת צבאח עמ' 593 ("כאשר הסתמכותו של הלקוח על הבנק היא מוגברת, רמת האמון שהבנק יחוב כלפי הלקוח תגבר אף היא, וכך גם היקפן ורמתן של חובות הגילוי שיחוב הבנק").

<sup>618</sup> ראו פלאטו-שנער, דיני בנקאות עמ' 252.

<sup>619</sup> ראו שם.

<sup>620</sup> ראו: ע"א 751/89 ברכה מוסהפור ואח' נ' שוחט ואח' פ"ד מו(4) 529, 534 ("לעניין חובת הגילוי אין להטיל על אדם חובת גילוי בקשר לעובדות שאינן ידועות לו"); ה"פ (ת"א) 1207/03, ד"ר ברוך דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ פ"מ תשס"ג(2) 673, 713 ("חובת הגילוי הנאות אינה כוללת בחובה פרסום מידע הנוגע לאירועים שטרם התגבשו סופית. חובה כזו לא עוגנה בחוק או בתקנות בישראל וספק אם תעוגן בעתיד"); ברק, שליחות עמ' 393-394 ("נראה כי ס"ק זה (=סעיף 18) של חוק השליחות – י.א) אינו מטיל על השלוח את החובה לחפש אחר ידיעות או מסמכים הנוגעים לנושא השליחות. חובתו של השלוח על פי סעיף זה היא למסור

אולם, נראה שלמעשה, לדיון בעניין זה יש משמעות אקדמית בעיקר. זאת משום שככל שמדובר במידע מהותי, שהכרתו עשויה להשפיע על החלטות הקשורות לניהול ענייניו של הזכאי, על חב האמון להכיר מידע זה, והעובדה שהוא אינו מכיר את המידע מהוה כשלעצמה הפרה של החובה למלא את התפקיד בשקידה. במידה וחב האמון לא סבר שעליו לחשוף מידע מסויים כדי לדעת כיצד לנהוג, קשה להניח שהוא או הזכאי יעלו על דעתם לחשוף מידע זה אך ורק לשם הגשמתה של חובת הגילוי.

#### 2.4 חובת הגילוי ועיקרון ההגנה על הפרטיות

לעיתים מתנגשת חובת הגילוי עם הצורך להגן על פרטיותם של אנשים שבעניינם עוסק הגילוי. בפרשת רודל<sup>621</sup> דובר על שותפים שפתחו יחד חשבון בנק עבור השותפות, בבנק שבו אחד מהם ניהל חשבון בנק אחר, המצוי ביתרת חובה. השותפות לא צלחה, אך לאחר זמן מה התברר לאחד השותפים ששותפו צבר חוב ניכר בחשבון המשותף, ללא ידיעתו. בין הטענות שהועלו כנגד הבנק, הועלתה גם הטענה, שהבנק הפר את חובת הגילוי שלו, בכך שלא גילה לשותף על מצבו של החשבון הנוסף שניהל שותפו בבנק זה, בעיקר מאחר שהתברר שהבנק יכול היה להעביר יתרת זכות מחשבון השותפות לחשבוננו האחר של השותף באותו סניף.

בהקשר זה נפסק, ש"בנסיבות אלה, היה על הבנק לגלות מצב חשבונותיו של הנתבע לנתבעת על מנת שתוכל להעריך את הסיכון שבהתקשרות עם הנתבע".<sup>622</sup>

בערעור שהוגש על ידי הבנק לבית המשפט המחוזי, נטען ש"מדובר בשותפה בחשבון בנק משותף, כלפיה לא חייב הבנק בחובת גילוי כלשהי",<sup>623</sup> ואף אם הייתה קיימת חובה שכזו, אין להחילה על חשבונותיו האחרים של השותף בסניף הבנק, משום שחובה שכזו מנוגדת לחובת הסודיות המוטלת על הבנק ולזכותו של הלקוח לפרטיות.<sup>624</sup>

טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי, שקבע שבשל הקישור שיצר הבנק בין חשבונותיו השונים של השותף, מוטלת עליו חובת גילוי כלפי שותפו באשר למצבם של חשבונותיו האחרים של השותף, "במסגרת חובת הנאמנות שהוא חב ללקוחותיו".<sup>625</sup>

לשולח ידיעות או מסמכים שיש לה".

<sup>621</sup> ת"א 4138/07 רודל נ' בנק אוצר-החייל סניף נווה רסקו ואח' (לא פורסם). הציטוטים לקוחים מפסק הדין בערעור)

<sup>622</sup> תאק (נת') 4138-07 בנק אוצר-החייל סניף נווה רסקו נ' אליהו אבידן (פורסם ב'נבו') עמ' 8 (סעיף 48).

<sup>623</sup> ע"א 23040-11-10 רודל נ' בנק אוצר-החייל סניף נווה רסקו ואח'; ע"א 23321-11-10 בנק אוצר החייל בע"מ נ' חנה רודל (פורסם ב'נבו'), פסקה 6.

<sup>624</sup> שם.

<sup>625</sup> שם, פסקה 11.

מן הדברים עולה אם כן, שטענות בדבר חסינות או סודיות של מידע אינן יכולות לפטור חב אמון מגילוי מלא, כאשר מידע זה הוא מהותי, ויש לזכאי עניין לגיטימי בו.<sup>626</sup>

### 3. המועד לחשיפת המידע

בעניין העיתוי לגילוי של מידע שמוטל על חב האמון לגלותו ישנם הבדלים משמעותיים בחקיקה הנוגעת לחיובי אמון שונים. חוק השליחות אינו קובע מהו המועד שבו על השליח לגלות לשולח ידיעה הנוגעת לנושא השליחות, והוא אף אינו מתנה את קיומה של החובה בדרישת מידע מצדו של השולח.<sup>627</sup> ברק סבור ששתיקת המחוקק בעניין זה אינה מותירה לשליח חופש פעולה בלתי מוגבל בכל הנוגע ליישומה של חובת הגילוי –

במצב הדברים הרגיל על השלוח להנהיג שיטת עבודה לפיה יימסר באופן סדיר מידע לשולח. עם זאת, אין לדרוש כי השלוח יעסוק כל העת במסירת מידע. כרגיל יסכימו ביניהם השולח והשלוח על מועדים למסירת המידע. עם זאת, כאשר בא לידיעת השלוח מידע או מסמך אשר לפי הערכתו על השולח לדעתו שכן הם עשויים להשפיע על המשך פעולות השלוח או פעולות השולח בנושא השליחות, על השלוח להעבירם במהירות האפשרית לשולח.<sup>628</sup>

הסדר שונה מצוי בחוק הנאמנות, הקובע שהנאמן נדרש למסור מידע לנהנים על פי דרישתם הסבירה בלבד.<sup>629</sup> לפי ליכט, הסדר זה הוא המשקף את העיתוי הנכון ליישומה של חובת הגילוי המוטלת על חב האמון, ונראה שעמדה זו אומצה בהצעת חוק דיני ממונות, בהוראה הדורשת מחב האמון למסור לזכאי "כל ידיעה ומסמך מהותיים, הנוגעים לקיום החיובים המוטלים עליו ובלבד שמסירתם לזכאי נדרשת באופן סביר".<sup>630</sup>

דומה כי ההבחנה שיצר החוק בין השלוח לנאמן בהקשר זה קשורה להבדל

<sup>626</sup> עם זאת, כאשר מבקש הגילוי אינו לקוח של הבנק, לא קמה לבנק "חובת גילוי אקטיבית", המטילה עליו חובת גילוי של פרטים שבעניינם חל חיסיון או חובת סודיות. לעניין זה ראו **פרשת עמיקם פסקה ב.**

<sup>627</sup> ראו, סעיף 108(1) לחוק השליחות; **ברק, שליחות** 1055. הסדר דומה נקבע גם בדיני השותפות (סעיף 29 לפקודת השותפות) והחברות (סעיף 254(א)(4) לחוק החברות).

<sup>628</sup> **ברק, שליחות** 1058. פרשנות זו משקפת כיום את ההלכה הרווחת בבתי המשפט. ראו: **פרשת רוט עמ' 367**; ע"א 4998/11 **סמי חליו נ' אברהם כהן** (פורסם ב'נבו') פסקה 26; ה"פ (ת"א) 320/82 **צבי שאול נ' בנק המזרחי המאוחד, הסניף המרכזי פ"מ תשמ"ד**(1) 177, 188; **פרשת סרוגי** 796.

<sup>629</sup> סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות.

<sup>630</sup> הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 440. עם זאת, ראוי להעיר שהניסוח לקוי. הביטוי "מסירתם..." נדרשת יכול להתפרש גם כמכוון לומר שהמסירה נדרשת בשל הנסיבות, מבלי שמישהו ידרוש את מסירת המידע. מדברי ההסבר המפנים לסעיף 7(ב) לחוק הנאמנות נראה כי לא זו הייתה כוונת המנסחים. לפיכך, מן הראוי היה לנסח: "ובלבד שהזכאי דרש זאת".

העקרוני שבין השליח לנאמן.<sup>631</sup> השלוח הוא עושה דברו של השולח ושיקול דעתו מצומצם באופן יחסי מזה של הנאמן. לפיכך, יש טעם לחייבו למסור מידע לשולח באופן סדיר, ולהסב את תשומת לבו למידע שעשוי להשפיע על החלטותיו.

לעומת זאת, הנאמן מוסמך לנהוג בנכסי הנאמנות כמנהג בעלים ובידיו נמסר שיקול דעת רחב בכל הנוגע להגשמת מטרותיה של הנאמנות. בשל כך, אין הצדקה להטיל עליו את העול של מסירת מידע באופן סדיר או אפילו מסירת מידע שעשוי לעניין את הזכאי בסמוך למועד שבו נחשף אליו הנאמן, כל עוד הזכאי לא בקש זאת ממנו.

במילים אחרות ניתן לומר שמידת האמון שיש לזכאי בשלוח היא מועטה ממידת האמון שיש לזכאי בנאמן. בשל כך, חובת הגילוי של השלוח רחבה מזו של הנאמן.

בהתאם לכך, משמעותה של ההצעה לקבוע את חובת הגילוי המוטלת על חב אמון בדין הישראלי בהתאם להסדר שנקבע בחוק הנאמנות היא, שחייבי אמון ייתפסו מעתה כנציגים בעלי שיקול דעת רחב, שחובתם לגלות מידע המצוי ברשותם מותנית בדרישה לגילוי של מידע זה מצדו של הזכאי.<sup>632</sup>

---

<sup>631</sup> ראו לעיל, הערה 596.

<sup>632</sup> לא למותר לציין שהצעת החוק קובעת ששליח ייחשב כחב אמון, ומכאן, שחובות הגילוי שלו ייקבעו בהתאם להצעה שבסעיף 440 להצעת החוק.

## ג. חובת הדיווח

חובת הדיווח מתמקדת בגילוי מידע הנוגע לפעולות שביצע חב האמון, לנכסים המוחזקים בידי, להתחייבויותיו, הכנסותיו, הוצאותיו, רווחיו והפסדיו.<sup>633</sup> חובה זו הושמטה מן הניסוח של חובותיו של חב האמון בהצעת חוק דיני ממונות, ככל הנראה בשל התפיסה, שחובה זו מקופלת בחובתו של למסור לזכאי "כל ידיעה ומסמך מהותיים, הנוגעים לקיום החיובים המוטלים עליו".<sup>634</sup> אולם, לאור ההבדלים המשמעותיים שבין חובת הגילוי לחובת הדיווח, כמבואר לעיל,<sup>635</sup> דומה שיש להעדיף את ההסדרים הקיימים, המבחינים בין חובת הגילוי לחובת הדיווח.

### 1. חובת הדיווח הסטטוטורית

164

לעיתים נקבע חובת הדיווח בחוק, ובמסגרת זו נקבעים גם התנאים לקיומה, כמועד למסירת הדיווח,<sup>636</sup> זהותו מי שזכאי לקבל לידיו את הדיווח<sup>637</sup> ותוכנו של הדיווח.<sup>638</sup>

<sup>633</sup> **כרם, נאמנות** 347. ליכט קושר את חובת הדיווח למשטר האקאונטביליות (אחריות דיווח) שהתפתח בשלהי המאה ה-11, באנגליה (**ליכט, דיני אמונות** 235-245).

<sup>634</sup> סעיף 440 להצעת חוק דיני ממונות. זהו ככל הנראה ההסבר לכך שהוראה בעניין חובתו של שלוח לדווח לשולחו על פעולותיו נעדרת מנוסח הצעת החוק. אמנם, חובתו של הנאמן להגיש דין וחשבון לנהנה לא הושמטה מניסוח ההצעה (ראו סעיף 577(ב) להצעת חוק דיני ממונות), אך זאת כנראה בשל הרצון לחדש, שהחובה להגיש דין וחשבון תחול גם כלפי יוצר הנאמנות. אחר הציון להערה 583.

<sup>636</sup> על פי רוב, אחת לשנה. ראו למשל: סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות; סעיף 92(א) לחוק החברות; סעיף 86 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 53 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיף 148(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] התש"מ-1980. אמנם, יש והמחוקק דורש דיווח כל חצי שנה. ראו למשל: סעיף 199 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983; סעיפים 313(א) ו-371(א) לפקודת החברות; תקנה 68 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ו-1987; סעיף 54 לחוק העמותות, התש"ם-1980.

<sup>637</sup> על פי רוב, יהיה זה הגורם שבעיני המחוקק אמור לפקח על פעילותו של חב האמון. בהתאם לכך, הנאמן ימסור את הדין וחשבון לנהנים (סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות, אם כי, בהצעת חוק דיני ממונות מוצע לקבוע שהדין וחשבון יימסר גם ליוצר הנאמנות (סעיף 577(ב)), ככל הנראה, בשל כך שהחוק מעניק לו את הזכות לפנות לבית המשפט בכל ענין הנוגע לניהולה של הנאמנות (סעיף 39 לחוק הנאמנות). נאמן של הקדש ציבורי ימסור את הדין וחשבון לרשם הקדשות (סעיף 29 לחוק הנאמנות); הדירקטור של החברה ימסור את דוחותיו לאסיפה השנתית של החברה (סעיף 92(א) לחוק החברות); מנהל-עזבון יגיש דין וחשבון לאפוטרופוס הכללי (סעיף 86 לחוק הירושה); , וכך יעשה גם אפוטרופוס ממונה, לפי סעיף 53 לחוק הכשרות. נאמן בפשיטת-רגל נדרש יגיש את הדין וחשבון לבית המשפט, "לפחות אחת לשנה" (סעיף 148(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] התש"מ-1980.

<sup>638</sup> על פי רוב, חב האמון נדרש למסור דיווח על כל העניינים שעליהם הוא הופקד (ראו למשל, סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות ("על ענייני הנאמנות"); סעיף 92(א) לחוק החברות ("על מצב



לעיתים, חב האמון נדרש גם להגיש דו"ח מסכם על פעילותו, בסיום כהונתו.<sup>639</sup>

## 2. דיווח על פי הדין

השאלה, האם ניתן לדרוש מחב אמון למסור לזכאי דין וחשבון גם כאשר החוק אינו מטיל עליו חובה זו בצורה מפורשת נדונה כבר בראשית ימיה של המדינה, בפסק הדין בעניין פופקו,<sup>640</sup> שעסק בתביעה למתן חשבונות בשבועה, שהוגשה נגד מנהלת העיזבון, אחותה של התובעת. תביעה זו התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי, וערעור על פסק דין זה הוגש לבית המשפט העליון.

מפסק הדין בערעור עולה, שהתובעת טענה, שמתן החשבונות הוא סעד טבעי הנלווה לכל תביעה כספית, שתכליתו לברר את גובה החיוב הממוני שחב הנתבע לתובע.<sup>641</sup>

בית המשפט דחה עמדה עקרונית זו משום שלא מצא לה "יסוד ושורש בחוקי הארץ", ומשום שהיא מתעלמת מ"נשמת אפה של תביעה למתן חשבונות, והוא העיקרון, שבתביעה מסוג זה פוקד בית המשפט על הנתבע להגיש חשבון מפורט בשבועה".<sup>642</sup>

ואולם, על אף שבית המשפט קיבל אמנם את הטענה, ש"בחוק הכתוב של הארץ הזאת אין זכר לתביעה על מתן חשבונות",<sup>643</sup> הערעור נדחה ואומצה ההלכה האנגלית המכירה בתקפותה של תביעה מסוג זה משום ש"במצב התפתחותה הענפה של הכלכלה הישראלית... יש בכך מן הרצוי ומן המועיל, כי אדם העושה פעולות בתוקף אימון מיוחד אשר ניתן בו על ידי חברו — סוכנו של בית חרושת, למשל, או ממונה על קרן נאמנות — יהא חייב לתת חשבונות לחברו זה, וכי לבתי המשפט יהיה הכוח לכפותו לעשות כן".<sup>644</sup>

הלכת פופקו השתרשה והשתכללה במהלך השנים בפסיקה הישראלית. על פי ההלכה העדכנית, תביעה למתן חשבונות נבחנת בשני שלבים. בשלב הראשון בוחן

---

ענייני החברה ועל התוצאות העסקיות" שלה); סעיף 86 לחוק הירושה ("בכל ענייני העיזבון"). לעיתים, חב האמון נדרש גם לדרש לספק הסברים לשינוי במצב העניינים מתקופת הדיווח הקודמת (הדוגמה הבולטת לכך היא ההוראה המצויה בסעיף 173(ב) לחוק החברות, הדורשת מן הדירקטור לספק לאסיפה הכללית במסגרת הדוח השנתי גם "הסברים לגבי האירועים והשינויים שחלו במצב ענייני החברה").

<sup>639</sup> ראו למשל: סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות; סעיף 86 לחוק הירושה; סעיף 53 לחוק הכשרות המשפטית; סעיף 199(2) לפקודת החברות.

<sup>640</sup> ע"א 89/49 פופקו נ' חמדי פ"ד ה 242.

<sup>641</sup> "ב"כ המשיבה... אינו רואה מה בין תביעת ממון רגילה לבין תביעה למתן חשבונות. בתביעה רגילה... דורש התובע לחייב את הנתבע בתשלום ממון בסכום קבוע ומסויים, ואילו בתביעה מהמין המדובר כאן דורש התובע, בעיקרו של דבר, סכום בלתי קבוע ובלתי מסויים, אלא שתוך מהלך הדיון, וכצעד מוקדם לקביעת גודל החוב, נערכים חשבונות..." (שם, עמ' 244).

<sup>642</sup> שם, עמ' 245.

<sup>643</sup> שם, עמ' 248.

<sup>644</sup> שם.

בית המשפט האם בין הצדדים מתקיימים יחסי אמון שיש בהם כדי להצדיק את החיוב במתן חשבונות. לאחר שבית המשפט הסיק שיחסים שכאלו אמנם מתקיימים בין הצדדים, על התובע להוכיח שיש לו זכות תביעה על הכספים שבעניינם נדרש החשבון. אם הצליח להוכיח זאת, ייתן בית המשפט צו מיוחד, המורה לחב האמון למסור חשבונות לזכאי.<sup>645</sup>

הלכה זו מדגישה את אופיו של החיוב במתן חשבונות כחיוב עצמאי, שתכליתו לאפשר לזכאי לפקח בצורה יעילה על חב האמון, ולא כחיוב שנועד לשמש מעין "קביים" לתביעה הכספית הרגילה, ולסייע לתובע להגדיר את תביעתו.<sup>646</sup>

### 3. חובת הדיווח המוטלת על הרשות הציבורית

חובת הדיווח חלה במרחב הפרטי, אך גם במרחב הציבורי. היא מוטלת על שליח, נאמן, שותף או בנקאי, אך גם על נציגי ציבור, שהם חייבי אמון כלפי הציבור. עם זאת, מובן מאליו שקיימים הבדלים בין חובת הגילוי המוטלת על הנציג במשפט הפרטי לזו המוטלת על הרשות הציבורית –

חובתו של נאמן לגלות מידע לנהנה נושאת אופי שונה בנאמנות ציבורית. אמנם יחסי הנאמנות ה"ציבורית" מטילים על רשות ציבורית חובה להעמיד מידע שברשותה לידיעת האזרח בנסיבות המתאימות... אולם חובת הגילוי הזו אינה זהה לחובתו של נאמן במערכת יחסים מיוחדת המקימה יחסי נאמנות במשפט הפרטי. אין לומר כי חובת הנאמנות של רשות ציבורית כלפי האזרח יוצרת, בכל הליך שבין אזרח לרשות ציבורית, "יחסים מיוחדים" המצדיקים מתן חשבונות. אין גם לומר כי כל אזרח יוכל לתבוע "מתן חשבונות" מכל רשות מנהלית ולבסס את זכותו על חובת הנאמנות של הרשות.<sup>647</sup>

מן הדברים ניתן להבין שישנן נסיבות שגם ביחסים שבין האזרח לרשות הציבורית יתקיימו "יחסים מיוחדים" המצדיקים מתן חשבונות. ואולם, בית המשפט לא הבהיר באלו נסיבות יתקיימו יחסים מסוג זה.

<sup>645</sup> ראו למשל: ע"א 127/95 מועצת הפירות יצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ פ"ד נא(4) 337, 344-345 (להלן: פרשת מועצת הפירות); ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף מקסימוס סלום פ"ד נא(4) 811, 819; ע"א 4724/90 א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד פ"ד מו(3) 570, 584; ע"א 4087/04 מוטי גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם ב'נבו') פסקה 11. וראו גם: ליכט, דיני אמונאות 250-254.

<sup>646</sup> ראו למשל: פרשת מועצת הפירות עמ' 345 ("ככלל, אין תובע יכול לבקש צו למתן חשבונות כדי לברר כמה חייב לו הנתבע"); רע"א 5064/90 סאסי נ' יקבי ארזה ת.ר.ז. בע"מ פ"ד מה(2) 130, 132 ("כשיש פלוני חוב מוגדר של אלמוני, אין פלוני יכול לבקש צו למתן חשבונות כדי לברר כמה פרע לו אלמוני על חשבון החוב").

<sup>647</sup> פרשת מועצת הפירות עמ' 346.

## ד. חובת הגילוי במשפט העברי

לעיל עמדנו על ארבע תכליות שונות לחובת הגילוי: אמצעי להבטחת חופש הרצון של הזכאי, תרופה ל"בעיית הנציג", אמצעי לעיגון סמכותו של חב האמון לפעול בשמו של הזכאי והבטחת קיומו של אמצעי עזר לשוב סכסוכים בין חב האמון לזכאי.

להלן נבקש לבחון באלו נסיבות נדרש חב האמון לחזור אל הזכאי ולחשוף בפני מידע הנוגע לניהול ענייניו. נמצא שבעניין זה קיימים הבדלים משמעותיים בין חובת הגילוי המוטלת על השליח לזו המוטלת על האפוטרופוס. נבקש להסביר הבדלים אלו, ולאור זאת, להבהיר את תכליתה של חובת האמון לפי הדין העברי.

### 1. האם מוטלת חובת גילוי על השליח?

בדונו בחובת הגילוי המוטלת על שליח לפי הדין העברי, מציע ויגודה<sup>648</sup> שני מקורות לקיומה של חובת הגילוי. הראשון שבהם מלמד על חובתו של שליח לגלות בפני השולח את כוונתו לבצע את השליחות בדרך מסויימת, כאשר ניתן לבצעה גם בדרך אחרת.

במשנה<sup>649</sup> נקבע כלל הקובע ש כאשר השולח ביקש מן השליח לבצע שליחות הכרוכה במעילה בנכסי הקדש, אם השליח עשה שליחותו – בעל הבית [=המשלח] מעל, אך אם "לא עשה שליחותו – השליח מעל". המשנה מדגימה כלל זה ואומרת: "כיצד? אמר לו 'תן בשר [של הקדש] לאורחים', ונתן להם כבד [של הקדש], 'כבד' [של הקדש], ונתן להם בשר [של הקדש] – השליח מעל". מן הסוגיה התלמודית<sup>650</sup> בעניין זה עולה שההרשאה להגשת בשר כוללת הגשת כבד, ובכל זאת השליח נחשב כמי שמעל, משום שמאחר שישנן שתי דרכים להשלמתה של השליחות, היה לו להיוועץ בשולח ולשאול אותו אם הוא מעוניין בהגשת הכבד, ומשלא עשה כן, "גלי אדעתיה דלא מתורת שליחות בעל הבית הוא דקא יהיב להו, אלא מדעתו".<sup>651</sup>

המקור השני שמביא ויגודה עוסק בחובתו של השליח להיוועץ במשלח בשל שינוי נסיבות. גם מקור זה עוסק בדיני המעילה. במשנה<sup>652</sup> מובאת מחלוקת בדינו של שליח שהתבקש לרכוש בסכום מסויים מכספי ההקדש נכס, אך הוא מצא שניתן

<sup>648</sup> ויגודה, שליחות עמ' 443-444.

<sup>649</sup> משנה מעילה ו, א.

<sup>650</sup> תלמוד בבלי מעילה כב, נדרים נד, א.

<sup>651</sup> חידושי הרשב"א נדרים שם ד"ה ואי ר"ע. וראו גם ר"ן נדרים נד, ב, ד"ה מי לא מודה רבי עקיבא דצריך אימלוכי ("הלכך לענין מעילת שליח, ודאי כיון דצריך אימלוכי ולא ממליך, אדעתא דנפשיה קעביד, ובעל הבית נמי סמיק, דכל כמה דלא מימליך לא יתן להם כבד, הלכך לא עשה שליחותו").

<sup>652</sup> משנה מעילה ו, ד.

לרכוש את הנכס במחצית מסכום זה, ובשל כך רכש את הנכס שהתבקש לרכוש, ונכס נוסף, ביתרה.

לדעת חכמים – "שניהם מעלו": השליח מעל, משום שרכש בכספי הקדש נכס שלא התבקש לרכשו, ובהתאם לכלל הנזכר למעלה, כיון שלא עשה שליחותו – שליח מעל. והמשלח אף הוא מעל, שהרי נרכש נכס שביקש לרכוש, ויש להניח שנוח למשלח שנכס זה יירכש גם בסכום קטן מזה שביקש לרכוש בו את הנכס מלכתחילה. לפיכך, בהתאם לכלל הנזכר למעלה, כיוון שבעניין זה נעשתה שליחותו של המשלח – המשלח מעל.

לעומת חכמים, רבי יהודה סבר שהמשלח לא מעל, והסיבה לכך היא, שמאחר שהשתנו הנסיבות, היה על השליח לחזור אל המשלח ולהיוועץ בו.<sup>653</sup> משלא עשה כן, אין מעשה השליחות מיוחס עוד לשולח, והשליח מעל.

ודוק. חכמים אינם חולקים על העיקרון שלפיו שינוי הנסיבות דורש מן השליח להיוועץ במשלח, אלא שלשיטתם, כאשר ניתן לרכוש נכס במחיר מוזל מזה שביקש המשלח לרכוש אותו בו, פטור השליח מחובת ההיוועצות, כי לא היה לו להעלות על דעתו שהשולח ישנה את השליחות ויורה לו להימנע מן הרכישה בשל שינוי נסיבות שכזה.

לטעמנו, שני המקורות הנזכרים אינם עוסקים בחובת גילוי, אלא, לכל היותר, בחובה שניתן לכנותה כ"חובת היוועצות". כפי שהוזכר לעיל, חובת הגילוי היא חובה רחבה, שקיומה אינו תלוי בקיומו של ספק באשר לדרך שבה על חב האמון למלא את תפקידו או ברצונו של הזכאי שחב האמון ימשיך לפעול בשמו.

חובת היוועצות נועדה לחייב את השליח לפנות אל השולח כדי לבחון האם הוא עדיין מעוניין בקיומה של השליחות. תכלית זו אינה קשורה לחובת הגילוי המוטלת על חייבי האמון, והיא אף אינה התכלית העיקרית שלשמה הטיל המחוקק הישראלי על השליח את חובת הגילוי.<sup>654</sup>

ראיה לכך שהדין העברי אינו מטיל על השליח חובת גילוי כלפי השולח ניתן למצוא בהלכה הנזכרת לעיל, המכירה בזכותו של שליח לקבל מתנות ממי שעמו הוא ביצע את השליחות. לכאורה, יש לצפות שקבלתה של טובת הנאה עקב השליחות היא מן הדברים שעל השליח לחשוף בפני השולח, שהרי קבלת טובת הנאה עלולה לבוא על חשבוננו של השולח. אף על פי כן, לא מצאנו בהלכה התלמודית או בדברי הראשונים סייג הקובע שזכות השליח לקבל את המתנה מותנית בכך שהוא יודיע לשולח שקיבל את המתנה, אף כאשר ברור לכל שנותן המתנה נתן

<sup>653</sup> ע"פ שפת אמת מעילה כא.ב. ייתכן שהגיונה של שיטת רבי יהודה הוא, שיייתכן שהשולח לא ירצה לרכוש נכס שאין לו ביקוש, ובשל כך מחירו נמוך. לכן, משלא נועץ במשלח, לא תיוחס פעולת השליחות למשלח.

<sup>654</sup> אמנם, השוו לדבריו של ברק, לעיל, אחר הציון להערה 596.

את המתנה לשליח בשל נכונותו לבצע את העסקה עמו או כדי להשפיע עליו שיבצע בעתיד עסקאות דומות עמו.<sup>655</sup>

נראה כי ההסבר לכך פשוט. ההלכה התנאית לא חששה לניצול התפקיד לרעה, ובשל כך לא ראתה צורך להגן על השולח באמצעות הטלתן של חובות גילוי, והותירה עניין זה להסכמה שבין השליח לשולח.

## 2. האם מוטלת חובת גילוי על אפוטרופוס ליתומים?

מאחר שה'זכאים' ביחסי האמון שבין האפוטרופוס ליתומים הם על פי רוב קטינים, אין ערך בקיומה של חובת גילוי כלפיהם. לפיכך, הדיון מתמקד בחובת הגילוי כלפי נציגם של היתומים – בית הדין.

הסוגיה המנחה לעניין חובתו של אפוטרופוס לחשוף בפני בית הדין מידע שיכול להוביל את בית הדין לתת לו הוראות לפעול בדרך שונה מזו שהוא היה נוהג בה אילולא כן היא המעשה המובא בתלמוד<sup>656</sup> בעניינו של רבינא, שבידו הופקדו חביות יין שהיו שייכות לבן אחותו היתום. מן המסופר בתלמוד עולה, שרבינא ביקש לצאת ממקומו בספינה ולקחת עמו חביות יין שלו, אך עלב בלבו החשש שמא צירופן של חביות היין למסע יסכנו. רבינא סיפר על חשש זה לחברו רב אשי, וזה השיב לו: "זיל, לא עדיף מדידך".

מן המעשה הנזכר הגיעו הראשונים לשתי מסקנות הפוכות לכאורה. להלן יוצגו העמדות השונות בעניין זה, ומשמעותן לעניין חובת הגילוי המוטלת על האפוטרופוס.

### 2.1 שיטת הרמב"ם

הרמב"ם למד מדברי רב אשי ש"מי שהיה בידו שכר של יתומים, אם יניחו כאן עד שיימכר שמא יחמיץ ואם יוליכנו לשוק שמא יארענו אונס, הרי זה עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו, וכן כל כיוצא בזה"<sup>657</sup>, וכן פסק ה'שולחן ערוך'<sup>658</sup>.

מדברי הרמב"ם משמע, שהוא הבין את הוראתו של רב אשי כהלכה כללית, שמי שמחזיק בידיו רכוש של היתומים רשאי לנהוג בנכסים כדרך שהוא נוהג בשלו, אף אם הפעולה שהוא מבקש לעשות עלולה לסכן את נכסי הנאמנות, ובלבד שהוא

<sup>655</sup> אמנם, סייג כאמור מצאנו אצל חלק מן המחברים בני זמננו, אך דבריהם בעניין זה מבוססים על אדני הסברה בלבד. ראו: איתמר ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר - לו או למעביד?", **תחומין** יז (תשנ"ז) 293, בעמ' 299; הרב "מ אפשטיין, "מתנות לסוכני מכירות" בתוך: הרב "מ אפשטיין, **חבל נחלתו** עצמונה תשס"א, א, צ, עמ' 431, בעמ' 433-435; **מנחת צבי** סימן ח, אות ח (מחייב את השליח לגלות בפני השולח שקיבל טובת הנאה עקב ביצוע השליחות או על העובדה שגורמים שעמם הוא מתקשר מקורבים לו).

<sup>656</sup> **תלמוד בבלי** כתובות ק, ב.

<sup>657</sup> **משנה תורה** נחלות יא, ג.

<sup>658</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רצ, ט-י.

## 2.2 שיטת הרא"ש

הרא"ש למד מן המעשה הנזכר ש"כן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו ממון יתומים, שיעשה במאמר בית דין, ולא שיאמר מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי'".<sup>660</sup>

מלשון הרא"ש ("ראוי") ניתן להבין שגם אם טוב הדבר שהאפוטרופוס יבקש עצה מבתי הדין לפני ביצוע פעולה שעלולה לסכן את נכסי היתומים, הוא אינו **חייב** לעשות כן. אולם, הטור הביא את דברי אביו הרא"ש בשינוי לשון –

מי שיש בידו מנכסי יתומים סחורה שיש לחוש שאם ישהה אותה עד שתתייקר שמא תפסד או אם יוליכנה לשוק שמא תאנס בדרך, לא יאמר 'אעשה בהן כמו שהייתי עושה בשלי', אלא **לא יעשה בהן דבר כי אם על פי בית דין**.<sup>661</sup>

170

מדברי ה'טור' משמע שהבין מדברי אביו, שהמחזיק בנכסי היתומים **חייב** לבקש הוראות מבית הדין, ואין דבריו בגדר המלצה בלבד.<sup>662</sup>

אבל ה'טור' מסייג את היקף תחולתה של הוראה זו למי שמחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינויו כאפוטרופוס, ומדבריו עולה, שמי שאפוטרופוס אינו נדרש להיוועץ בבית דין, גם כאשר הוא מתעתד לבצע פעולה שעלולה לסכן את עניינם של היתומים.<sup>663</sup> סייג זה הובא להלכה על ידי הרמ"א.<sup>664</sup>

## 2.3 נסיונות ליישב בין שיטת הרמב"ם לשיטת הרא"ש

לכאורה, בין הרא"ש לרמב"ם יש מחלוקת קוטבית: הרא"ש סבור שבעיקרון, מי שמחזיק בידיו נכסי יתומים אינו רשאי להחליט על דעת עצמו כיצד לנהוג בהם כאשר השתנו הנסיבות וקיים חשש שדרך פעולה שהוא מעוניין לנקוט בה תסכן

<sup>659</sup> כך אמנם הבינו בשר"ת מהרשד"ם חו"מ מו, ובש"ך, חו"מ שם, ס"ק י. וראו גם שר"ת שער אפרים קמט.

<sup>660</sup> פסקי הרא"ש כתובות יא, כא.

<sup>661</sup> טור חו"מ רצ, טז. אמנם, היו שחלקו על פרשנותו המצמצמת של הטור לדברי אביו. ראו למשל: בית יוסף חו"מ רצ, ס"ק טז; שר"ת מהרשד"ם שם.

<sup>662</sup> כך משמע גם משר"ת מהרשד"ם שם, שהסיק מדברי הרא"ש ש"אין לאדם לסמוך על דעתו בזה עד שיטול רשות מבית דין... שכל מי שיש בידו נכסי יתומים... שלא יעשה דבר בלי רשות בית דין", וכך משמע גם מפרישה חו"מ רצ, ס"ק טז ('אסור כי אם על פי בית דין'). וראו גם שר"ת מהרשד"ם חו"מ, שג ו-תלד.

<sup>663</sup> טור חו"מ רצ, טז. וכך נראה שהבין אף סמ"ע חו"מ שם, ס"ק כו, בדעת השולחן ערוך. וראה גם: שר"ת דרכי נועם אהע"ז, יח; שר"ת דברי ריבות סימן קכג.

אמנם, לשונו הכללית של הרא"ש, המפנה את ההוראה ל"כל מי שיש בידו ממון של יתומים", אינה מתיישבת לכאורה עם צמצום תחולתה של ההוראה למחזיק שלא מכוח מינוי, ועל כן רבים דחו את הסייג האמור. ראו: למשל: בית יוסף חו"מ רצ, ס"ק טז, ושר"ת מהרשד"ם חו"מ, מו. וראו גם: ב"ח חו"מ שם; ערוך השולחן חו"מ שם, סעיף יט.

<sup>664</sup> רמ"א חו"מ, שם.

את הנכסים. לעומתו, הרמב"ם סבור שגם בנסיבות כאמור, המחזיק בנכסי היתומים רשאי להפעיל את סמכויותיו לפי שיקול דעתו העצמאי.<sup>665</sup>

אף על פי כן, הפוסקים ביקשו ליישב בין עמדותיהם של הרא"ש והרמב"ם בדרכים שונות. דרך אחת מתבססת על נוסח אחר של המעשה שבתלמוד, ולפיו שאלתו של רבינא הייתה: "נשקליה - דלמא מיתניס (יטבע); נישבקייה - דלמא מיתקיף (יחמיץ)".<sup>666</sup>

לפי נוסח זה, הדילמה שבפניה ניצב רבינא היתה מורכבת, משום שכל דרך שבה הוא היה בוחר הייתה מעמידה את נכסי היתומים בסכנת אבדון ("ספק משני צדדים").

לדעת הסמ"ע<sup>667</sup>, כאשר המחזיק בנכסי היתומים ניצב בפני דילמה של ספק משני צדדים, הוא רשאי להכריע על דעת עצמו כיצד לפעול, אף לשיטת הטור.<sup>668</sup> מאחר שדברי הטור מבוססים על דברי אביו הרא"ש, הרי שההבחנה שבין ספק משני צדדים לספק מצד אחד מיישבת בין פסיקת הרא"ש (שנאמרה בספק מצד אחד) לפסיקת הרמב"ם (שנאמרה בספק מני צדדים).<sup>669</sup>

<sup>665</sup> כך אמנם סבר ש"ך חו"מ רצ, ס"ק י.

<sup>666</sup> ראו: ר"ף כתובות נח,א (דפי הר"ף); העיטור 'אפיטרופוס', עח,ב; משנה תורה נחלות יא, ג; פסקי הרא"ש כתובות יא, כא. וראו גם: בית יוסף חו"מ רצ, טז.

<sup>667</sup> סמ"ע חו"מ רצ, ס"ק כו.

<sup>668</sup> בערוך השולחן חו"מ רצ, כא, מבאר שהסיבה להבדל הקיים לדעת הסמ"ע בין שני סוגי הספקות נעוץ ביכולתו של האפוטרופוס להימנע מעשייה. כאשר הספק הוא מצד אחד, האפוטרופוס יכול להימנע מעשייה מבלי לפגוע בנכסי ההקדש, ולכן אם הוא רוצה לפעול וליטול סיכון - עליו להיוועץ בבית הדין. אולם כאשר הספק הוא משני צדדים, גם הימנעות מעשייה עשויה לפגוע בנכסי ההקדש, ולכן הנאמן חייב לפעול בדרך כלשהי, ולסכן בכך את נכסי ההקדש, כדי שנכסי ההקדש לא ייפגעו. במקרה כזה, כיוון שממילא חייב האפוטרופוס לפעול, לא חייבו אותו חז"ל להיוועץ בבית הדין.

הסבר זה קשה, משום שהעובדה שהאפוטרופוס חייב לנקוט באחת מדרכי הפעולה העומדות בפניו, ואינו רשאי לשבת בחיבוק ידיים, עדיין לא מסבירה מדוע לא יפעל בעצה אחת עם בית הדין?

אפשר להציע נימוק שונה להבחנה בין ספק מצד אחד לספק משני צדדים. ספק משני צדדים יוגדר על ידי הסמ"ע כמצב שבו כל דרך פעולה שינקוט בה הנאמן עלולה לסכן את נכסי היתומים, במידה שווה. בנסיבות אלו, דומה ששיקול דעת בית הדין אינו עדיף על שיקול דעתו של הנאמן, שכן כל אחת מן הדרכים שתיבחר עלולה לסכן את נכסי היתומים במידה שווה, והבחירה בדרך אחת אינה עדיפה על הבחירה בדרך אחרת. לעומת זאת, כאשר הספק הוא מצד אחד בלבד, משמעות הדבר היא, שהנאמן מבקש לעשות פעולה שעלולה לסכן את נכסי היתומים, בעוד שאילו היה נמנע ממנה, לא היה הדבר מסכן את נכסיהם. בנסיבות אלו, נדרש שיקול דעת של בית הדין כדי לבחון, האם התכלית שלטובתה מבקש הנאמן לסכן את הנכסים היא ראויה, והאם סיכון הנכסים לשם השגתה של תכלית זו הוא סיכון סביר. אכן, לפי הסבר זה, יצומצם היקף תחולתו של המושג "ספק משני צדדים" לאותם מצבים שבהם הסיכון הצפוי מאימוץ כל אחת מדרכי הפעולה העומדות בפני הנאמן הוא זהה.

<sup>669</sup> כך מסביר גם מגיד משנה נחלות שם. וראו גם ש"ך חו"מ שם, ס"ק י, יא שהבין מדברי הסמ"ע הנ"ל בהערה 667, שההבחנה בין "ספק מצד אחד" ל"ספק משני צדדים" נועדה גם ליישב בין

לפי הסבר זה, מי שמחזיק בנכסי יתומים נדרש להיוועץ בבית הדין כאשר הדילמה שבפניה הוא ניצב היא בגדר 'ספק מצד אחד'. בהתאם לכך, רבים קבעו שאם הפעולה שמבקש הנאמן לעשות עלולה לסכן את נכסי היתומים, וההימנעות ממנה אינה מסכנת את הנכסים ("ספק מצד אחד"), על האפוטרופוס ליטול עצה מבית הדין לפני שיעשה את הפעולה<sup>670</sup>.

אולם, הסבר זה אינו עומד במבחן הביקורת, משום שדברי הטור, מבוססים על דברי אביו הרא"ש, והמעין בדברי הרא"ש במקורם,<sup>671</sup> ימצא שהוא עסק ב'ספק משני צדדים', ובספק מסוג זה פסק שראוי לאפוטרופוס להיוועץ בבית דין.

הסבר אחר<sup>672</sup> מבקש ליישב בין פסיקתו של הרמב"ם לזו של הרא"ש באמצעות ההבחנה בין מחזיק בנכסי יתומים ללא מינוי לאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. לפי הצעה זו, הרא"ש, שחייב את המחזיק בנכסי היתומים להיוועץ בבית הדין עסק במי שמחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינוי כאפוטרופוס. רק אדם כזה נדרש לקבל הוראות מבית הדין לפעולה שיש בה כדי לסכן את נכסי היתומים, אולם אפוטרופוס על נכסי היתומים אינו נדרש לכך, והרמב"ם עסק באפוטרופוס.

גם הסבר זה אינו עומד במבחן הביקורת, משום שהרמב"ם עסק ב"מי שהיה בידו שכר של יתומים". נוסח ההלכה אינו רומז על כך שהיא עוסקת דווקא באפוטרופוס.

פסיקת הרמב"ם לזו של הרא"ש. וראו גם שו"ת מהריב"ל ב, כז.

<sup>670</sup> ראו למשל: שו"ת מהריב"ל שם; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, תלד; שו"ת מהרש"ך ב, קח. בהתאם למסקנה זו, בית הדין הרבני האזורי בירושלים פיטר את נאמניו של "הקדש בלילוס" משום ששעבדו את נכסי ההקדש לטובת מטרה שאינה ממטרות ההקדש, בלי להיוועץ בבית דין (תיק 1176/תשט"ו, בבית הדין ירושלים, פד"ר א, 360. אמנם, בפסק דין זה נאמר שנאמני ההקדש גם חרגו מסמכותם והשתמשו בנכסי ההקדש לטובת מטרות שאינן ממטרותיו של ההקדש, וגם מסיבה זו פוטרו הנאמנים. עם זאת, עולה באופן ברור מפסק הדין שהימנעותם של הנאמנים מלבקש הוראות מבית הדין די בה כדי להצדיק את פיטוריהם). על פסק דין זה הוגש ערעור, שהודפס בפד"ר ב, 18 ואילך, והערעור נדחה. אלא שבערעור לא נזכרה חובת ההיוועצות בבית דין.

לא למותר לציין, שהרב עובדיה יוסף חלק על פסיקת בית הדין הרבני. לדבריו, "נראה שזהו רק לעניין לכתחילה שצריך להימלך בבית הדין, ותשועה ברוב יועץ, אבל בדיעבד אין לפטר ולהדיח אפוטרופוס ששגג ולא התייעץ עם בית הדין" (שו"ת יביע אומר ת, חו"מ, סימן ז, אות ה). עמדה זו מתאימה לפרשנותו של בית יוסף לדברי הרא"ש (לעיל הערה 661), שדבריו הם בגדר המלצה בלבד.

יש לציין, שבפסק דין זה יש מרכיב עדתי מובהק. במקורה, התביעה בפני בית הדין הרבני הייתה לסלק את נאמני ההקדש (ועד העדה הספרדית) מתפקידם, בגלל קיפוח זכויותיהם של עניים אשכנזיים בפירות ההקדש. בהרכבי בית הדין שדנו בתיק זה היה תמיד רוב אשכנזי, וייתכן שלדעת הרב עובדיה יוסף, עובדה זו פעלה לרעת הנאמנים.

<sup>671</sup> בפסקי הרא"ש כתובות יא, כא.

<sup>672</sup> שו"ת דרכי נועם אהע"ז, יח.



### 3. סיכום ומסקנות

מן המקורות עולה, שעל השליח מוטלת חובה לפנות אל השולח בבקשה לקבל הוראות כל אימת שקיים ספק באשר לרצונו המשוער של השולח, אם בשל חוסר בהירות של הוראותיו ואם בשל שינוי נסיבות. פניה שכזו מחייבת את השליח למסור בפני השולח את המידע הנוגע לביצוע הפעולות שבדעתו לבצע ולקבל ממנו הוראות כיצד לפעול בעתיד.

חובה זו איננה חובת גילוי במובן המקובל במשפט הישראלי. זוהי למעשה חובת היועצות, שתכליתה להבטיח שהשליח ימלא את שליחותו בהתאם לרצונו של השולח, ולא חובת גילוי, שתכליתה המרכזית היא, להבטיח פיקוח יעיל על הדרך שבה בוחר השליח למלא את שליחותו.

מדברי רוב הפוסקים עולה, שאף חובה מצומצמת זו, אינה מוטלת על אפוטרופוס, אם כי, יש פוסקים הסבורים שכאשר האפוטרופוס מבקש לבצע פעולה שעלולה לסכן את נכסי היתומים, וההימנעות מפעולה שכזו אינה עלולה לגרום לנכסיהם נזק, עליו לחשוף את כוונתו לפעול באופן זה בפני בית הדין, כנציגם של היתומים, ולקבל מהם הוראות.

נראה שההבדל שבין דיני השליחות לדיני האפוטרופוס בהקשר זה קשור להבדל העקרוני שבין סמכויות השליח לאלו של האפוטרופוס, שעליו עמדנו בהרחבה לעיל.<sup>673</sup>

האפוטרופוס נתפס כבעל סמכות מלאה לפעול בנכסי היתומים ולנהוג בהם כמנהג בעלים. בשל כך, ככלל, לא מוטלת עליו חובת גילוי. לעומתו, השליח הוא עושה דברו של השולח. בשל כך, כל אימת שמתגלה לשליח נתון שיכול היה להשפיע על דעת השולח בכל הנוגע להמשך קיומה של השליחות או לאופן השלמה, עליו לחשוף מידע זה בפני השולח ולבקש ממנו הוראות כיצד לנהוג מכאן ואילך.

נראה שהעדרה של חובת גילוי בדין העברי קשור לתפיסה העקרונית שעליה עמדנו בהרחבה בדיון על איסור ניגוד העניינים. ההלכה אינה חושדת בחב האמון שינצל את הכוח שהופקד בידי לרעה, ובשל כך אינה רואה צורך להטיל עליו חובת גילוי, על מנת לאפשר פיקוח יעיל על הדרך שבה הוא ממלא את תפקידו.

אכן, לעיתים יידרש חב האמון לחשוף מידע הנוגע לדרך שבה הוא ממלא את תפקידו בפני הזכאי, אך הדבר ייעשה לא על מנת לאפשר לזכאי לפקח עליו, אלא על מנת לאפשר לזכאי לחוות דעה בכל הנוגע לדרך שבה ראוי לנהל את ענייניו, כדי שחב האמון יקדם את ענייניו של הזכאי בדרך הטובה ביותר.

## ה. חובת הדיווח במשפט העברי

הדיון בחובת הדיווח המוטלת על חב האמון לפי הדין העברי יחולק לשניים: חובת דיווח במהלך כהונתו של חב האמון, וחובת דיווח לאחר סיום כהונתו.

תכליתו של דיווח במהלך כהונתו של חב האמון שונה מתכליתו של דיווח לאחר סיום כהונתו. דיווח במהלך כהונתו של חב האמון יכול אמנם לאפשר לזכאי לגלות שימוש לרעה בכח הסמכות שנמסר בידי חב האמון, אך הוא עשוי גם להגן על חופש הרצון של הזכאי באמצעות מתן אפשרות לפקח על פעולותיו של חב האמון, לבקרן, ולבחון האם להמשיך את יחסי האמון במתכונתם הנוכחית או לאו, האם להותיר את ההוראות שנתן בעבר לחב האמון על כנו, או שמא לשנותן.

לדיווח בסיום הכהונה יש תכלית אחרת. דיווח זה לא נועד לאפשר פיקוח על תפקודו של חב האמון (שהרי ממילא הוא מסיים את תפקידו), אלא לתת לזכאי את הכלים לגלות האם חב האמון מעל בנכסיו, או שגרם לו נזק או הפסד.

### 1. "ואלו נשבעים שלא בטענה"

האמצעי הקדום והמהימן ביותר בעולם העתיק לבירורן של עובדות בהעדרן של ראיות ממשיות היה השבועה. אי לכך, אך טבעי הוא שההלכות הקדומות בעניין הטלתה של חובת הדיווח על חייבי האמון עוסקות בדיווח באמצעות שבועה. וכך נקבע בעניין זה במשנה –

ואלו נשבעים שלא בטענה: השותפין והאריסין והאפוטרופין<sup>674</sup>

והאישה הנושאת והנותנת בתוך הבית<sup>675</sup> ובן הבית<sup>676, 677</sup>.

<sup>674</sup> קיימת מחלוקת בין הראשונים בפירושו של ביטוי זה. רב האי גאון (משפטי שבועות א, שער ה), כותב שמדובר במנהל עסקי, ואילו באפוטרופוס של יתומים חיובו להישבע תלוי אם מינהו אבי יתומים או בית דין. כך הסביר גם רש"י שבועות מח, ב, ד"ה והאפוטרופין. וראו גם פרישה חו"מ צג, א (אך השוו לדברי ב"ח חו"מ שם ב, שכותב שבית יוסף שם הבין שלפי רש"י המשנה עוסקת באפוטרופוס של יתומים שמונה על ידי בית דין). כך הסביר גם חידושי הריטב"א שבועות מח, ב ד"ה והאפוטרופין. לפי הרמ"ה (מובא בטור חו"מ שם), המשנה עוסקת הן באפוטרופוס של יתומים והן במנהל עסקי. לפי הרמב"ם (משנה תורה שלוחין ושותפין ט, א), ה"אפוטרופין" הם אפוטרופוסים של יתומים שמונו על ידי בית דין.

<sup>675</sup> "שהושיבה בעלה חנונית, או שמינה [אותה] אפוטרופוס, לעסוק בנכסיו" (רש"י שבועות מח, ב ד"ה אשה הנושאת והנותנת בתוך הבית, ע"פ משנה כתובות ט, ד; תלמוד בבלי כתובות פו, ב).

<sup>676</sup> רש"י שם (ד"ה ובן הבית) פירש: "אחד מן האחין שנתעסק בנכסים משמת אביהם". אבל רמב"ם (משנה תורה שלוחין ושותפין ט, ד), פירש: "בן הבית... שמכניס פועלים ומוציא פועלים ומכניס לו פירות ומוציא לו פירות", וכך פירש בעקבותיו שולחן ערוך חו"מ צג, א ("...ובן הבית, שהוא נושא ונותן בענייני בעל הבית"). הרמב"ם (שם שם, ה) מסביר שגם "המשלח ביד חברו חפץ למכרו או ששלח מעות בידו לקנות לו פירות או סחורה... הואיל ונשא ונתן בממון חברו הרי זה כבן בית". וראו גם פד"ר ה, 92.

<sup>677</sup> משנה שבועות ז, ח (תלמוד בבלי שבועות מה, א).

המשותף לכל בעלי התפקיד המנויים במשנה הוא, שבידיהם מופקדים נכסי הזולת ויש להם שליטה מלאה עליהם.

הבנת משמעותה המדוייקת של המשנה מחייבת דיון בארבע שאלות: מהו תוכן השבועה? מה פשר הקביעה שהשבועה היא "שלא בטענה"? מהי ההצדקה לדיון הייחודי בעניינם של חייבי האמון המוזכרים במשנה? ומהו העיתוי להטלתה של השבועה?

### 1.1 תוכן השבועה

מן הדיון התלמודי על עילת השבועה עולה, שהשבועה נועדה לדחות טענות שלפיהן חב האמון מעל בנכסי הזכאי או שהותיר מהם בידיו בשוגג, וכך אמנם עולה מדברי הפוסקים.<sup>678</sup>

השבועה לא נועדה אם כן לוודא שחב האמון ביצע את תפקידו כהלכה או שהוא לא הפר הוראות, ובשל כך, היא אינה מאפשרת לזכאי לפקח על הדרך שבה בחר חב האמון לבצע את תפקידו.

אולם, נראה שהגאונים סברו שלשבועת המשנה יש משמעות רחבה יותר, כעולה מתשובה המיוחסת לרב נסים גאון בעניינו של סכסוך שבין שני שותפים שבמסגרתו הועלו טענות על כך שאחד השותפים מעל בכספי השותפות ולא מילא את תפקידו כהלכה. ר"נ גאון חייב את הנתבע להישבע כדי לדחות את טענות התובעים והטעים, ש –

יש על שמעון להישבע לראובן כי אף הוא עושה באמונה ולא גנב

כלום ולא פשע. דתנן ואלו נשבעין שלא בטענה.<sup>679</sup>

מדברים אלו ניתן להבין שלדעת ר"נ גאון, שבועת המשנה הנזכרת, מאפשרת לזכאי לדרוש מן החייב להישבע לו גם שלא התרשל במילוי תפקידו.<sup>680</sup>

לפי פרשנות זו, אפשר שהשבועה נועדה לשמש כלי בידיו של הזכאי, לא רק כדי להסיר מלבו חשד לניצול התפקיד לרעה, אלא גם, ואולי בעיקר, כדי לאפשר לו לפקח על התנהלותו של חב האמון.

<sup>678</sup> ראו למשל: **בית הבחירה** שבועות מחב, ("שכל זמן שיאמר החושד לאחד מהם הריני מפקק וחושד בך שלא חשבת עמי באמונה או שמא עכבת משלי נשבע לו..."); **שולחן ערוך** חר"מ צג, א ("כל אחד מאלו נשבע מדבריהם... שמא גזל חברו במשא ומתן, או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם"); **טור** חר"מ צג, א ("אף על פי שאינו טוען ודאי, אלא אומר סובר אני שאתה תפשת משלי").

<sup>679</sup> **תשובות הגאונים** (הרכבי) רלה (ההדגשות אינן במקור).

<sup>680</sup> מדברי ר"נ גאון עולה, שחוששים שחב האמון התרשל במילוי תפקידו, אף באין ראייה ממשית לכך. אך השוו לדברי הרא"ש **בפסקי הרא"ש** גיטין ה, ז ("אף על גב דמיחייב אפוטרופא אפשיעה, אין לחייבו שבועה שלא פשע כל כמה דלא ידעינן אם נאבד ליתומים דבר, דנהי נמי דמשבעינן ליה דלא עיכב משלהם, לגניבה ואבידה לא חיישינן ואין להשביעו על דבר זה שלא בטענה"). כעין דבריו כתבו גם **תוספות** גיטין נב, ב ד"ה הלכה (שניהם הובאו להלכה ב**טור** חר"מ רצ, כ). וראו גם **שרת תורת אמת** נב ("נהי דמשביעין ליה שלא עכב משלהם כלום לגנבה ואבדה לא חיישינן ולא משביעין ליה בלא טענה").

לפי המשנה, שבועת חב האמון היא "שלא בטענה". בתלמוד הבבלי מפרש ביטוי זה בצמצום –

אלו נשבעין. אטו בשופטני עסקינן? הכי קאמר, ואלו נשבעין שלא  
בטענת ברי אלא בטענת שמא...<sup>681</sup>

התלמוד מניח שחב האמון אינו נדרש להישבע אם לא ידרוש זאת הזכאי ממנו. ואולם, דרישה כשלעצמה אינה מספיקה. הדרישה צריכה להיות מלווה בטענה קונקרטית שבמסגרתה מעלה הזכאי חשד שחב האמון מעל באמונו.

אולם, פרשנות זו אינה כמשמעותה הפשוטה של המשנה. משמעותה הפשוטה של המשנה היא, שהזכאי רשאי לדרוש מחב האמון להישבע לו, אף אם אין הוא חושד בו שמעל בנכסיו, וזו ככל הנראה הייתה הפרשנות של המשנה אצל חכמי ארץ ישראל, כעולה מכך שבתלמוד הירושלמי לא נאמר שהשבועה באה בתגובה לטענת שמא.<sup>682</sup> נראה אפוא, שבארץ ישראל סברו, שהזכאי רשאי לדרוש מחב האמון להישבע לו על סך הנכסים המצויים בידיו ושלא נותרו בידיו כספים או נכסים השייכים לזכאי, אף אם אין הוא חושד בו שהוא מועל בתפקידו.

שבועה שכזו יכולה לשכך חשד המקנן בלבו של הזכאי, אך היא יכולה גם לשרת את עניינו הלגיטימי, לפקח על ניהול ענייניו.

פרשנות זו שרדה אצל 'חכמי ההר', שדבריהם מובאים על ידי המאירי: "ומכל מקום, חכמי ההר כתבו שאף בלא שום חשד משביעין".<sup>683</sup>

אולם המאירי<sup>684</sup> דוחה פרשנות זו, שאינה הולמת את הסוגייה הבבלית, שבעקבותיה נפסקה ההלכה, שכדי לחייב את חב האמון להישבע, יש צורך לטעון נגדו טענה המעוררת חשד למעילה בנכסיו של הזכאי.<sup>685</sup>

<sup>681</sup> תלמוד בבלי שבועות מח, ב.

<sup>682</sup> אמנם, ראו פני משה על התלמוד ירושלמי שם, ד"ה ואלו נשבעין שלא בטענה, שמסביר: "שלא בטענת ברי אלא בטענת שמא". נראה שפרשנות זו נועדה ליישב את הסוגייה הירושלמית באופן שתעלה בקנה אחד עם הסוגייה הבבלית. על מגמתם של פרשני הירושלמי לפרש את הירושלמי באופן שיעלה בקנה אחד עם דברי הבבלי, ראו למשל, עזרא ציון מלמד, פרקי מבוא לספרות התלמוד ירושלים תשל"ג, עמ' 597.

<sup>683</sup> בית הבחירה כתובות פו, ב (ההדגשות אינן במקור). בהמשך הדברים, מביא המאירי מדבריהם, ש"מה שאמרו שם 'והוא שיהא כפירת טענה שתי כסף' פירושו שיהא אותו ממון שנתעסקו בו בכדי שיוכל לגנוב ממנו כך בלא היכר". בדברים אלו ביקשו חכמי ההר ליישב את פרשנותם עם הסוגייה הבבלית, שממנה משתמע שכדי לחייב את חב האון שבועה יש לטעון נגדו טענה שערכה 'שתי כסף'. אמנם, יש להודות שפרשנות זו דחוקה בסוגייה הבבלית.

<sup>684</sup> בית הבחירה שם.

<sup>685</sup> שולחן ערוך חו"מ צג, א.

צמצום נוסף של היקף תחולתה של הלכת המשנה בא בעקבות הוראתו של רב נחמן, שקבע שהשבועה תידרש רק אם "יש טענה בינייהו שתי כסף".<sup>686</sup>

בפירושו של סייג זה נחלקו הדעות. לדעת רבים, כוונת רב נחמן היא שהחוב להישבע קיים רק כאשר הזכאי טוען טענת שמא שחב האמון מעל בכספו בסכום של לפחות "שתי כסף",<sup>687</sup> והנתבע מודה במקצת הטענה.<sup>688</sup>

אחרים סברו שכוונת רב נחמן היא שחוב השבועה יוטל רק אם סך התביעה הוא לפחות "שתי כסף", אף שהוא כפר בכל התביעה, ולא הודה כלל.<sup>689</sup>

מאחר שההלכה בעניין זה לא הוכרעה,<sup>690</sup> למעשה, לא ניתן לדרוש מחב אמון להישבע שלא מעל, אם הוא כופר באופן מוחלט בכל הטענות שמעלה נגדו הזכאי.<sup>691</sup>

סייג זה מונע כמעט לחלוטין את האפשרות להשתמש בשבועה כדי לברר שחב האמון לא מעל בכספו של הזכאי.<sup>692</sup>

<sup>686</sup> תלמוד בבלי שבועות מח, ב.

<sup>687</sup> הכוונה לשתי מעות, שהן 64 פרוטות; סכום השווה לכסף צרוף במשקל גרם וחצי, בערך. במושגי ימינו, מדובר על סכום פעוט של כשקל וחצי.

<sup>688</sup> ראו: רש"י שבועות שם, ד"ה שיש טענה; שו"ת הרשב"א א, תתקכ; שם ב, סב; רמ"ה (ע"פ טור חו"מ צג, ד); מרדכי שבועות תשעב; רבנו ישעיה, מובא בטור חו"מ צג, ד (ע"פ בית יוסף שם. אבל ב"ח ודרישה שם, וש"ך חו"מ צג, ס"ק ג, פירשו את דעתו בדרכים שונות).

<sup>689</sup> חידושי ר"י מיגאש שבועות מח, ב (ד"ה מתני', הובא בר"ן על הר"ף, שבועות לב, ב בדפי הר"ף); משנה תורה שלוחין ושותפין ט, ב; ר"ף שבועות לב, ב בדפי הר"ף (ע"פ בית יוסף חו"מ צג, ד); רא"ש שבועות ז, יז (ע"פ בית יוסף שם); הגהות מיימוניות שלוחין ושותפין ט, אות ב (ע"פ שו"ת מהרשד"ם חו"מ קנט); רמ"ה וטור (ע"פ שו"ך חו"מ שם, ס"ק ג). וראו גם: פתחי תשובה חו"מ צג, ס"ק ה; יעקב קופל רייניץ, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי: אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור במשפטים" האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים, התשד"ם עמ' 205, הערה 214 (להלן: רייניץ, האפוטרופוס); בירור הלכה שבועות מח, ב, ציון ח.

<sup>690</sup> פסיקת השולחן ערוך בעניין זה אינה ברורה. במקום אחד פסק: "אלו נשבעים בטענת שמא... כל אחד מאלו נשבע מדבריהם בנקיטת חפץ בטענת ספק שמא גזל חברו במשא ומתן או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם. ואין כל אחד מאלו נשבע בטענת ספק עד שיחשוד המשביע אותן בשתי מעין כסף" (חו"מ צג, א). מדברים אלו משמע שאומצה פרשנותם של ר"י מיגאש והרמב"ם. ואולם, במקום אחר פסק ש"כשמשיבין אפוטרופוס שבועת המשנה, צריך שיטענוהו בית דין או היתומים אפילו בטענת שמא שתי כסף ופרוטה וכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה" (חו"מ רצ, ט). מדברים אלו עולה שאומצה הפרשנות שלפיה אין לחייב שבועה אלא כאשר חב האמון מודה במקצת הטענות המועלות נגדו (על הסתירה בפסקי השולחן ערוך ראו: שו"ך חו"מ, שם, ס"ק ג; ט"ז שם, ס"ק א; ביאור הגר"א חו"מ צג, ס"ק ה, ושם רצ, ס"ק מ; אורים ותומים צג, תומים, ס"ק ב).

<sup>691</sup> ראו: שו"ת מהרשד"ם חו"מ קנט; שו"ת תורת אמת קיד; שו"ת ר' עקיבא איגר קמא נג; פד"ר ה, 92. לשאלה האם טענת "קים לי" מועילה לפטור משבועה, ראו גם: שו"ת מהר"ט א, קנא; שו"ת מהריב"ל ב, מו; שב שמעתתא שמעתא ד, כו.

<sup>692</sup> יש שסברו ששבועת המשנה היא 'שבועה חמורה' "בנקיטת חפץ" (ראו למשל, חידושי הריטב"א כתובות פו, ב ד"ה הרי זה), ובהתאם לפרשנות זו הציעו, שגם לדעת המפרשים

ולבסוף, היקף תחולת ההלכה שבמשנה צומצם עוד, בעקבות הדיון בדבר טיבו של החשד שמכוחו מבקש הזכאי להשביע את חב האמון. ה'טור' סבר שהשבועה תידרש גם כאשר הזכאי "אינו טוען ודאי, אלא אומר סובר אני שאתה תפשת משלי".<sup>693</sup> מדבריו ניתן להסיק שהזכאי אינו נדרש לשכנע את בית הדין בדבר קיומו של חשד סביר למעילה, כדי שיוכל לאלץ את חב האמון להישבע.<sup>694</sup>

אולם ה'ט"ז סבר ש"על כל פנים צריך שיהיה חשוד בעיני התובע עליו מאיזה הוכחה שיש לו, ולכך אומר סבור אני כו'. אבל אם מודה שאין לו שום הוכחה לחשוד אותו, אינו משביעו".<sup>695</sup>

משמעותה של פרשנות זו היא, שכדי להצדיק את השבועה, על הזכאי להציג בפני בית דין 'דבר מה' המבסס את חשדותיו.

### 1.3 ההצדקה להטלת השבועה

בתלמוד הבבלי הוסבר שהצורך בשבועה נובע מכך שחייבי האמון המנויים במשנה מרשים לעצמם למעול בנכסים המופקדים בידיהם ("מורו בה היתרא").<sup>696</sup> יש שהסבירו, שחייבי האמון שהוזכרו במשנה מרשים לעצמם למעול בנכסים המופקדים בידיהם משום שהם חשים שהם לא מקבלים שכר ראוי עבור טרחתם בנכסי הזכאי.<sup>697</sup>

בהתאם להסבר זה, היו פוסקים שסברו, שכאשר חב האמון מקבל שכר אין להשביעו משום שאין לו סיבה להורות היתר לעצמו למעול בנכסי הנאמנות, שכן הוא מקבל שכר ראוי עבור מאמציו.<sup>698</sup>

---

הסוברים שהשבועה המוזכרת במשנה תוטל רק אם חב האמון הודה במקצת הטענה, ניתן לדרוש מחב האמון להישבע שבועה קלה, "שבועת היסת" (ראו: ט"ז חו"מ צג, ד; שו"ת הרדב"ז ד, אלף רעג (רב) (הובא בפתחי תשובה חו"מ צג, ס"ק ה)). אבל שו"ת ר' עקיבא איגר שם (הובא בפד"ר ה, 93) חולק על פרשנות זו וסובר שאין לדרוש מחב האמון להישבע אם הוא לא הודה במקצת הטענה, אף לא שבועת היסת.

<sup>693</sup> טור חו"מ צג, א.

<sup>694</sup> וראו גם ערוך השולחן חו"מ צג, א ("דכיון דחז"ל חששו מפני הוראת היתר, כמו שנתבאר, למה לא יחוש המשביעו אף כשאין לו הוכחה"?)

<sup>695</sup> ט"ז חו"מ צג, א, וכך פסקו גם: נתיבות המשפט רצ, ס"ק א, ושערי עוזיאל, שער יז, פרק א, אות ה.

<sup>696</sup> תלמוד בבלי שבועות מח, ב.

<sup>697</sup> ראו: רש"י שבועות שם, ד"ה משום דמורו ("לפי שטרחו בנכסים"); פסקי רי"ד שבועות שם ("מפני שטרחו בנכסים מורים התר לעצמן ליהנות מהן").

<sup>698</sup> כך אמנם פסק רבנו תם (מובא בתוספות שבועות מח, ב ד"ה דמורו, במרדכי שבועות תשפ, ובהגהות מיימוניות שלוחין ושותפין ט, אות א). בית יוסף חו"מ צג, ג מסביר על פי דברי רבנו תם מדוע רש"י פירש שבן הבית הוא דווקא אחד מן האחים (ראה לעיל, הערה 676): "לפי שדרך אחד מן האחים שמתעסק בנכסי אביו שלא ליטול שכר, הילכך מורי היתרא [=מורה היתר], אבל אינש דעלמא [=אדם מן העולם], אין דרך להתעסק שלא בשכר, וכיון דמתעסק בשכר - לא מורי היתרא ואינו צריך לישבע" (אבל ראו להלן, הערה 700, שלדעת פרישה, רש"י

אחרים סברו, שחייבי האמון הנזכרים במשנה עלולים לטעות ולחשוב שיש להם זכות על פי דין ליהנות מן הנכסים שהופקדו בידיהם.<sup>699</sup> לפי הסבר זה, נראה שאין הצדקה לפטור מקבלי שכר מן השבועה.<sup>700</sup>

ואולם, גם בעניין זה שונה הסוגיה שבתלמוד הירושלמי מן הסוגיה הבבלית. בתלמוד הירושלמי לא הוזכר הטעם שחייבי האמון שבמשנה "מורו היתרא" כצידוק להטלת שבועה עליהם.

נראה אפוא שלשיטתם של חכמי ארץ ישראל, השבועה איננה אמצעי לבירור

---

אינו מקבל את עמדתו ההלכתית של רבנו תם) .

לשאלה, האם בן בית נאמן לטעון שהוא מקבל שכר עבור מילוי תפקידו, ראו **ש"ת תורת אמת קיד**.

אמנם, יש להעיר ש**ש"ת נודע ביהודה קמא חו"מ ל**, אות לא, כותב שגם לדעת רבנו תם, אם חב האמון מבקש להתפטר מתפקידו הדבר מעיד שהשכר אינו גבוה מספיק לטעמו וחוזר החשש שהוא מורה היתר לעצמו ליטול מנכסי הנאמנות להשלמת שכרו. מדבריו הסיק בית הדין הרבני (**פד"ר ז**, 349-348), שגם כאשר חב אמון הצהיר שיש בדעתו לבקש תוספת שכר על עבודתו בעבר, יש לחשוש שהוא מורה היתר לעצמו למעול בנכסים שהופקדו בידיו.

<sup>699</sup> ראו: **רבנו חננאל** שבועות שם, ד"ה משום דמורו ("כיון שאנו נושאים ונותנים ומשמשים לו מותר לנו ליהנות מממונו"); **בית הבחירה** שבועות שם ("מורים היתר לעצמם ממה שהם טורחים בדבר ודורשים לעצמם תורה מדיישיה קא אכיל"); **חידושי ר"י מיגאש** שבועות שם ("כיון שהן מתעסקין בצרכי בעל הבית מורו ואמרי תורה מדיישיה אכיל").

<sup>700</sup> הרמב"ם פוסק ש"משלח ביד חבירו חפץ למכרו או ששלח מעות בידו לקנות לו פירות או סחורה, אף על פי שלא נתן לו שכר על זה ואין לו חלק ולא הנאה בשליחות זו, הואיל ונשא ונתן בממון חברו - הרי זה כבן בית ויש לו להשביע מספק שלא גזל לו כלום בעת שהביא לו הסחורה שקנה או מקצתה או המעות שמכר לו מהן" (**משנה תורה** שלוחין ושותפין ט, ה). מדברי הרמב"ם משמע ש"אף על פי שנושא שכר, מורי ואמר שלא נתנו לו כראוי לפי טרחו" (**בית יוסף חו"מ צג**, ג). יש להעיר שמדברי בית יוסף משמע שחייב השבועה במי שאינו מקבל שכר פשוט מחייב השבועה במי שמקבל שכר, בעוד שמן הלשון "אף על פי" שבדברי הרמב"ם משמע שיש יותר מקום לדרוש מחב אמון הנוטל שכר להישבע, מלהציג דרישה כזו כלפי חב אמון שאינו נוטל שכר, וראו **ש"ת מהרש"ך ב**, רא שעמד על כך, ונשאר בקושיה).

לשון הרמב"ם הועתקה גם **בשולחן ערוך חו"מ צג**, ד, ולדעת **פרישה חו"מ צג**, ג, זו גם דעתם של רש"י וטור. וראו **ש"ת מהרש"ך ב**, רא, שמסתפק בדעתו של הרשב"א ע"פ דבריו **בש"ת הרשב"א א**, תתקכ, אם דעתו כרבנו תם הנ"ל בהערה 698 או כרמב"ם.

יש לשים לב לכך שמלשון הרמב"ם משמע שיש יותר מקום לדרוש ממקבל שכר להישבע, מאשר ממי שאינו מקבל שכר. האחרונים הציעו להסביר את הדבר בדרכים שונות. היו שסברו שלדעת הרמב"ם, האמון שיש לתת במקבל שכר צריך להיות נמוך מזה שיש לתת במי שאינו מקבל שכר, משום שמקבל שכר מצפה לקבל תמורה הולמת למאמציו, ומשהוא נוכח לדעת שהתמורה שהוא מקבל אינה מספקת, הוא נוטה למעול בנכסים המופקדים בידיו (ראו **ב"ח חו"מ צג**, ח). אחרים סברו שמי שאינו מקבל שכר מוחזק כמי שעושה חסד עם חברו, ויש לחשוש שהטלת השבועה תניא אנשים מלהסכים לעשות חסד עם אחרים (ראו **פרישה חו"מ צג**, ג).

הסבר אפשרי אחר הוא, שלדעת הרמב"ם, הטלתה של שבועה על מי שמבצע תפקיד בשכר היא טבעית יותר, משום שהשכר נושא עמו אחריות וחובות כלפי המעסיק. החידוש שבהלכה הוא אפוא, שבשל הוראת ההיתר של חב האמון, הוא נדרש להישבע גם אם הוא אינו מקבל שכר עבור ביצוע התפקיד, ובשל כך, לכאורה, אין הזכאי רשאי להציב בפניו דרישות מיוחדות.

חשדות, אלא אמצעי שנועד לאפשר לזכאי לפקח על הדרך שבה מנהל חב האמון את ענייניו. בשל כך, גם אם אין אנו חוששים שחב האמון ינצל את מעמדו כדי ליהנות מנכסי הזכאי בתואנות שונות, יש הצדקה להטלתה של השבועה.

#### 1.4 העיתוי

כאן באים אנו לשאלת העיתוי. האם הזכאי יכול לדרוש מחב האמון שישבע בפניו בכל עת שיחפוץ בכך? לכאורה, מנוסח המשנה הנזכרת לעיל עולה, שהתשובה לשאלה זו חיובית. כך משמע גם ממשנה אחרת, הקובעת ש"המושיב את אשתו חנונית או שמינה אפוטרופא, הרי זה משביעה כל זמן שירצה"<sup>701</sup>. ממשנה זו הסיק הרא"ש ש"אפוטרופא ושותפין ואריסין הנשבעין שלא בטענה - אי בעו משבעי אהדדי כל יומא ולא אמרינן ימתין עד לבסוף ואז ישבע על הכל"<sup>702</sup>.

אמנם, כאמור לעיל, מן הסייגים להלכת המשנה שהובאו בתלמוד הבבלי עולה, שהזכאי לא יוכל להטיל שבועה על חב האמון אם לא יתעורר בלבו חשד שחב האמון מעל בכספים שהופקדו בידיו, ולדעת חלק מן הפוסקים, זכאי שיבקש להטיל שבועה על חב האמון יידרש להמתין להתגבשות חומר ראיתי מספיק, שיש בו כדי להקים חשד סביר להפרת אמונים.

סייגים אלו, כאמור לעיל, מתאימים להנחה, שהשבועה נועדה לברר חשדות של ניצול התפקיד לרעה. אולם, לשיטת הירושלמי, שהשבועה נועדה לאפשר לזכאי לפקח על הדרך בה מתנהלים ענייניו, מובן שזכותו של הזכאי לדרוש את השבועה אינה מוגבלת בזמן, והיא קיימת "כל זמן שירצה" ממש.

#### 1.5 סיכום ביניים

השבועה הייתה האמצעי הקדום לבירור עובדות, בהעדרן של ראיות ממשיות. מן המשנה למדנו שהזכאי רשאי לדרוש מחב האמון להישבע בפניו, בכל עת שירצה בכך. נראה כי חכמי ארץ ישראל ראו בשבועה זו מעין גלגול קדום של חובת הדיווח המודרנית, שתכליתה להגן על חופש הרצון של הזכאי ולאפשר לו פיקוח יעיל על הדרך שבה מתנהלים ענייניו.

פרשנות זו שרדה במידת מה בתורתם של הגאונים ושל 'חכמי ההר', חב האמון נדרש להישבע בכל עת שהזכאי יחפוץ בכך, שהוא ניהל את ענייניו של הזכאי כראוי, ולהצהיר שלא הפיק הנאה מן הנכסים שהופקדו בידיו.

אולם בבבל התפתחה פרשנות שונה, שהובילה לסיוגה של ההלכה באופן שכמעט והפך אותה ל'אות מתה'. על פי פרשנות זו, השבועה נועדה להזים חשדות למעילה בכספיו של הזכאי. את קיומם של החשדות היה צורך להצדיק באמצעות ההנחה שחייבי האמון נוטים להתיר לעצמם ליהנות מן הנכסים שהופקדו בידיהם.

<sup>701</sup> משנה כתובות ט, ד (ההדגשות אינן במקור).

<sup>702</sup> רא"ש כתובות יא, ג (הובא ברמ"א חו"מ צג, א וראו גם ביאור הגר"א חו"מ צג, ס"ק ז).



בהתאם לפרשנות זו הוגבלה ההלכה באופן שיבטיח שרק חשד סביר למעילה משמעותית יצדיק את הטלת השבועה.

ייתכן שהבדלי הגישות בעניין זה משקפים תפיסות מנוגדות בנוגע לאמון שיש לתת בחייבי האמון. בארץ ישראל לא סברו שחייבי האמון חשודים לנצל את מעמדם לשם הפקת רווחים לעצמם. בשל כך, חכמי ארץ ישראל לא ראו בשבועה המוטלת על חב האמון אמצעי להזמתו של חשד הרובץ על חב האמון. לדידם, השבועה נועדה להעניק לזכאי את האפשרות אפקטיבית לפקח על הנעשה בנכסיו. פיקוח זה יכול אמנם לחשוף מעילה באמון, אך תכליתו העיקרית היא, להבטיח את חופש הרצון של הזכאי ואת יכולתו להבין כיצד מתנהלים ענייניו, ובמידת הצורך, לתת הוראות חדשות או לשנות הוראות שנתן בעבר.

מנגד, אולי בשל ערעור האמון בחייבי האמון שהוזכרו במשנה, חכמי בבל ראו בחב האמון חשוד פוטנציאלי לניצול המעמד לרעה. בשל כך, הם פירשו את השבועה כאמצעי להזמת חשדות. לפי פרשנות זו, תכליתה העיקרית של השבועה הייתה, לשמש תרופה יעילה כנגד בעיית הנציג.

אמנם, יש להדגיש, גם בבבל לא סברו שחייבי האמון הם בחזקת חשודים, כל עוד לא עורר הזכאי טענה נגדם ולא הצליח לשכנע את בית הדין בקיומו של חשד סביר למעילה.

## 2. מן השבועה אל הדוח

### 2.1 נושא ונותן בחשבון

ישנם מקורות המעידים שכבר בתקופות קדומות יחסית היו שהעדיפו את ההתחשבנות המפורטת על פני השבועה. כך למשל עולה מהערתו של רבי יוסי על הלכת המשנה בעניין חובתם של חייבי אמון להישבע "שלא בטענה" –

הדא אמרה בנושא ונותן שלא בחשבון אבל בחשבון לא בדא. ואהן  
בן בית עוד הוא בנושא ונותן שלא בחשבון [= זהו שנאמר בנושא  
ונותן שלא בחשבון. אבל בחשבון, לא עסקו. וזה בן הבית, אף הוא  
נושא ונותן שלא בחשבון].<sup>703</sup>

מדברי רבי יוסי עולה, שכבר בזמנו היו שני סוגים של חייבי אמון, כאלו שנדרשו למסור חשבונות על מצב הנכסים שבידיהם, וכאלו שלא נדרשו לעשות כן. לפי רבי יוסי, רק חייבי אמון שאינם נדרשים להגיש חשבונות, נדרשים להישבע שלא בטענה. אבל, חייבי אמון שנדרשים להגיש חשבונות, אינם נדרשים להישבע. מכאן עולה, שהשבועה הייתה תחליף לסעד של הגשת חשבונות, ובמקום שלא ניתן סעד זה, נדרש חב האמון להישבע.<sup>704</sup>

<sup>703</sup> תלמוד ירושלמי שבועות ז, ח (לט,א) וראו פירוש פני משה על הירושלמי, שם.

<sup>704</sup> לפי הרב דוד פרדימן, השבועה אף נדרשה ביתר שאת, כאשר חב האמון לא הגיש דין וחשבון,

רבי יוסי אינו מבהיר את פשר קיומן של שתי החלופות: 'נושא ונותן בחשבון' ו'נושא ונותן שלא בחשבון', ואפשר שקיומן של שתי החלופות היה קשור בהעדפתם האישית של חייבי האמון. היו שהעדיפו את השבועה על פני הטורח הרב הכרוך בהגשת דין וחשבון, והיו שהעדיפו את הדין וחשבון על פני הצורך להישבע.<sup>705</sup>

אולם, דומה שהשימוש בשתי החלופות קשור גם לרמת האמון שהייתה לזכאי בחב האמון. כך עולה מן ההמלצה של רבי אלעזר, ש"אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן<sup>706</sup> בתוך ביתו - יצור וימנה".<sup>707</sup>

לפי רש"י, 'גזבר נאמן' הוא גזבר (נאמן) שהזכאי נותן בו אמון מוחלט, עד כדי כך שהוא "אינו בא עמו לחשבון לאחר מכאן". נמצא, שהגשת חשבונות נדרשה רק כאשר הגזבר לא היה 'גזבר נאמן'.<sup>708</sup>

## 2.2 "יצור וימנה"

כזכור,<sup>709</sup> רבי אלעזר המליץ שגם חב אמון שהוא 'גזבר נאמן', "יצור וימנה". מהו

משום ש"כשנושאים ונותנים שלא בחשבון פרטי על כל עסק ועסק, שאינו בא אצלם מבורר כתוב בחשבון הפנקס שלהם כל מה שיוציאו... וכל מה שיכניסו... יכול להיות שיהיה מורה היתר לעצמו שיהיה רווח יותר או שטרחו שווה יותר, ולוקח לעצמו... או שחושב איזה הוצאות יתירות שהוציא... שלא היה צריך להוציא כל כך, וכן אין הדבר יכול להתברר כמה היה רווח והוצאה והפסד בהעסק כיון שלא בא הכל בחשבון פרוטרוט, וכן אין הדבר יכול להתברר כמה מיני סחורות קנה ובאיזה עת ובאיזה מקום וכן באיזה עת מכר הסחורות, ולכן יכול להיות שעייב לעמו איזה סך בטעות ולכן רמינן עליה שבועה" (פסקי הלכות-יד דוד ג, אישות טז, עמ' קעב. וראו גם: אורים ותומים צד, תומים, ס"ק ו; ש"ת אבן שהם חו"מ קד, ד"ה גם מה שהביא). אולם, לאור הסבר שיטתם של חכמי ארץ ישראל, כמבואר לעיל, נראה שלפחות בארץ ישראל, הן השבועה והן החשבון היו אמצעים לפיקוח על חב האמון, יותר מאשר אמצעי לחשוף שחיתויות. על הבריחה מן השבועה ראו: אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני ב, ירושלים תשע"א <sup>705</sup> 743-738; פד"ר ג, 235; נתן חיי, "השבועה בבית הדין הרבני - בין חזון למציאות", משפטי ארץ ב (תשס"ה), 477-459.

<sup>706</sup> הביטוי "גזבר נאמן" מופיע גם בסוגיה שבתלמוד בבלי בכורות ה,א. בסוגיה זו הועלתה בפני החכמים הטענה, שמשה רבנו "גנב היה או קוביוסטוס (=שודד) היה או אינו בקי בחשבונות", משום שנמצא חוסר התאמה בין כמות הכספים שהופקדו בידיו של משה רבנו לבין הוצאות שנדרשו לטובת הקמת המשכן. החכמים הוכיחו שהטעות בחשבון הייתה של השואל, ו"משה רבנו גזבר נאמן היה ובקי בחשבונות היה". מכאן ש"גזבר נאמן" הוא גזבר שאינו מועל באמון שניתן בו, שאין לחשוש בו שהותיר בידיו נכס מן הנכסים שהופקדו בידיו בנאמנות במזיד, ו"בקי בחשבונות" הוא מי שמסוגל להימנע מטעות בחישוב כמות הנכסים שעליו להעביר לזכאי, ובשל כך אין לחשוש בו שהותיר בידיו נכס מן הנכסים שהופקדו בידיו בנאמנות בשוגג.

<sup>707</sup> תלמוד בבלי בבא בתרא ט,א (ההדגשה אינה במקור). הוראה זו נלמדה מן הפסוק במלכים ב יב, יא המתאר מגביית מיוחדת שקיים יהואש מלך יהודה לשם חיזוק בדין הבית. הכסף שנאסף נמסר בידיהם של גזברים, שהעבירוהו לבעלי המלאכה שביצעו את העבודות הדרושות לשם חיזוק בדין הבית. על פי הכתוב, גזברים אלו לא נדרשו למסור דוחות על הוצאותיהם, ובכל זאת מסופר ש"כראותם כי רב הכסף בארון, ויעל ספר המלך והכהן הגדול, ויצרו וימנו את הכסף הנמצא בית ה".

<sup>708</sup> רש"י בבא בתרא שם, ד"ה יצור וימנה.

<sup>709</sup> ליד הציון להערה 706.

פשר ההתחשבנות של "יצור וימנה"? האם זוהי המלצה טובה או שמא זוהי הוראה מחייבת? על מנת להשיב על כך יש לבחון תחילה מהי תכליתה של ההתחשבנות.

### שיטת רש"י: חשבון מוקדם

מדברי רש"י הנזכרים לעיל<sup>710</sup> משמע, שלאחר שנמסרו הנכסים בידיו של 'גזבר נאמן', אין הזכאי רשאי עוד לדרוש ממנו פירוט של הנכסים המצויים בידיו, ומצבם. מכאן, שההתחשבנות הכלולה ב"יצור וימנה" עוסקת בהערכת כמות הנכסים ושוויים, לפני העברתם לשליטתו של חב האמון.<sup>711</sup>

בשל כך, ההתחשבנות האמורה אינה דורשת שיתוף פעולה מצידו של חב האמון, ולמעשה, היא אינה מטילה עליו כל חובה שהיא.

נמצא, שדבריו של רבי אלעזר נותרו בגדר 'עצה טובה' בלבד, המופנית אל הזכאי, ולא אל חב האמון.<sup>712</sup>

### שיטת רמ"ה: חשבון כללי

רבי מאיר הלוי אבולעפיה הסביר את דברי רבי אלעזר כך –

אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו יצור וימנה... דהא דתני אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה ולא בהקדש עם הגזברים, חשובי הוא דלא מחשבין כמה שקלי מהאי וכמה שקלי מהאי וכמה יהבי להאי וכמה יהבי להאי, הא מימנא מנינן למחזי מאי דאיכא בידיהו.<sup>713</sup>

לפי הסבר זה, ההבחנה שבין חשבון מפורט ל"יצור וימנה" אינו קשורה למועד עריכתו של החשבון אלא לתוכנו. חשבון מלא כולל פירוט של כל ההוצאות וההכנסות שחב האמון הוציא והכניס. פירוט שכזה מאפשר הרתעה מפני ניצול התפקיד לרעה וחשיפתו של חב אמון שמעל בתפקידו. לעומת זאת, "יצור וימנה" הוא חשבון שלא נועד להרתיע מפני ניצול התפקיד לרעה אלא לאפשר לזכאי

<sup>710</sup> ליד הציון להערה 708.

<sup>711</sup> שיטת רש"י קשה לכאורה. אם באמת "אינו בא עמו חשבון לאחר מכן", מה התועלת שיש בספירת המלאי לפני העברתו לידיו של הגזבר? לפי מהרש"א, 'ספירת המלאי' היא "מטעם שלא יהיה רשות למזיקים עליהם, כדאמרינן בפרק כל הבשר (חולין קה,ב), כל מילי דצייר וחתים ומנוי וכו'" (חידושי אגדות בבא בתרא ט, א ד"ה אע"פ שיש). הרב פיינשטיין (דברות משה בבא בתרא א, עמ' קמד הערה מז) הציע שהספירה נועדה לאפשר לחב האמון להפעיל ביקורת עצמית. ('אם לא ידע הגבאי כמה נמסר לידו לא ידע על כמה לראות אם נשמרו היטב... אבל כשידע המספר וגם שהיו קשורים באופן שמור, ידע מהחשבון שהוציא כמה צריכים להיות בידו, דאף שאין מחשבין אתו מטעם שבאמונה הם עושין ואין חושדין אותן, אבל הגבאי בעצמו צריך להתחשב עם עצמו לידע היטב באיזה אופן הוציא וכמה הוציא וכמה עדיין צריכין להיות אצלו'). דברים ברוח זו ראו גם במוסר הנביאים מלכים ב' יב, יא, ביאור, אות ה.

<sup>712</sup> אמנם, כפי שניווכח להלן, לפחות בהלכות האפוטרופסות, 'עצה טובה' זו התמסדה בתקופות מאוחרות יותר בדמות שטר שימוש בית הדין, שעליו נרחיב בנספח לפרק זה.

<sup>713</sup> יד רמ"ה בבא בתרא שם.

לפקח על מצבם של נכסיו ועל הדרך בה הם מנוהלים. בשל כך, דין וחשבון שכזה אינו מתמקד בפירוט ההוצאות וההכנסות, בעבר, אלא במצאי, בכמות הנכסים המצויים בהווה בידיו של הגזבר ובמצבם ("מאי דאיכא בידייהו").

מאחר וההתחשבות של "יצור וימנה" נעשית לאחר שהנכסים הועברו כבר לידיו של חב האמון, התחשבות זו דורת שיתוף פעולה מצידו. המשמעות המעשית של הדבר היא, שרבי אלעזר מטיל על חב האמון חובה להגיש דין וחשבון כללי, שאינו מפרט אמנם את ההכנסות וההוצאות, אך מאפשר לזכאי להבין מה מצבם העכשווי של נכסיו.

מסתבר שאף הרשב"א סבר שלזכאי יש זכות לדרוש מחב האמון לחשוף בפניו את מצבם של הנכסים שהופקדו בידיו, כעולה מתשובתו בעניין הקדש שהוקם על ידי אדם פרטי שמינה נאמנים ("אפורופוסים") על נכסי ההקדש, והורה להם שבכל שנה בהגיע חג החנוכה, יחלקו מנכסיו צדקה לעניים, ליתומים ולאלמנות, לפי שיקול דעתם.

בשלב מסוים, הקהל "רצו... לדעת כמה הוא ההקדש, ובמה - אם בקרקע, אם במטלטלין". הנאמנים סירבו למסור מידע זה לקהל, והעניין הובא להכרעתו של הרשב"א, שהשיב –

אלו הקדיש לעניי העיר סתם, היה באפשר שיהא עליהם להודיע, מפני שמן הדין היה מתחלק לעניים שבעיר כלם, כפי ההלכה... ואז היה באפשר שיהא עליהם להודיע, לפי שהיו להם תובעים<sup>714</sup>. אבל עכשיו, שהם רשאים לחלק למי שיראה בעיניהם, נמצא שאין להקדש זה תובע, והרי זה כמעשרות, שאין הלויים והעניים יכולין לומר לבעלי בתים: הודיעונו כמה מעשר ראשון או מעשר שני יש בידיכם, לפי שאין להם תובע...<sup>715</sup>

מן התשובה עולה, שהרשב"א סבר שניתן באופן עקרוני לחייב את הנאמנים למסור מידע לעניי העיר, אם אמנם הייתה לעניים זכות תביעה בנכסי ההקדש.

הרשב"א אינו קושר אמנם את חובת הגילוי להדרכתו של רבי אלעזר. ייתכן שהרשב"א למד חובה זו מדברי רב אלעזר, כרמ"ה, וייתכן שלמד חובה זו מסברת עצמו.

לדעת מהרשד"ם<sup>716</sup>, הסיבה לכך שהרשב"א ניסח את עמדתו בעניין חובת הגילוי

<sup>714</sup> מדברי הרשב"א משמע, שבקרב המיועדת לכלל עניי העיר נחשבים עניי העיר כבעלי זכות תביעה. אולם, יש פוסקים הסוברים שרק כאשר לכל אחד מן העניים יש זכות קצובה בכספי הקרבן, עניי העיר יכולים להיחשב כתובעים. נראה שהמחלוקת בעניין זה קשורה לשאלה, האם ניתן להתייחס אל כלל עניי העיר כאל קולקטיב שיש בכוחו להגיש תביעה כללית הדומה במהותה לתביעה הייצוגית המודרנית, או שמא, בהעדרה של זכות מוגדרת לכל אחד מן העניים, לא ניתן לתבוע את נאמני ההקדש בשמם של כלל עניי העיר. למחלוקת בעניין זה ראו למשל, כהנא, שומרים עמ' 564-565; אונגר, נאמנות בנכסים עמ' 290-293.

<sup>715</sup> שו"ת הרשב"א ג, רצז.

<sup>716</sup> שו"ת מהרשד"ם י"ד קעא.

בצורה לא החלטית ('היה באפשר') היא, שלדעת הרשב"א אין לציבור זכות לשנות את ייעודם של כספים שהוקדשו על ידי היחיד לטובת מטרה מסוימת. לפיכך, הציבור אינו יכול להיחשב כ'תובע', אלא מכוח היותו נציג של כלל הנהנים (עניי העיר). כיון שהרשב"א לא היה משוכנע שלקהילה יש סמכות לייצג את עניינם של עניי העיר, הוא לא יכול היה להכריע שבהקדש לטובת עניי העיר יש לפרנס את העיר לדרוש מן הנאמנים לחשוף בפניהם את הנתונים הנוגעים למצבם של נכסי ההקדש.

בהתאם לפרשנות זו מכריע מהרשד"ם, שכאשר הקדיש אדם קרן לטובת הגשמתה של מטרה מסוימת, וקבע שבמידה ולא ניתן יהיה להגשים את מטרות ההקדש יוחזרו אליו כספי הקרן –

פשיטא ודבר ברור הוא שהדין עמו לידע היכן הם המעות וביד מי נמסרים... שהמקדיש בעצמו הוא התובע ויש לו זכות גדול באלו המעות... שהדין מחייב שיודיעהו.<sup>717</sup>

185

הכלל העולה הוא אפוא, שחובת גילוי מוטלת על חב האמון רק כלפי מי שיש לו 'זכות' בנכס. זכות זו יכולה להיות זכות אישית (כזכותם של העניים לקבל כספי קרן צדקה), או אפילו כוח משפטי לשלוט בנכסים (כזכות לשנות את ייעודה של הקרן, לבטלה וכדומה).

#### שיטת ראב"ן: חשבון מפורט

הסבר שלישי לדבריו של רבי אלעזר מציע ראב"ן –

ואין מחשבין צדקה עם גבאי צדקה, הלכה. והא דאמר רבי אלעזר אף על פי שיש לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו יצור וימנה, עצה טובה קא משמע לן.<sup>718</sup>

מדברי ראב"ן עולה שדבריו של רבי אלעזר עוסקים בדיוק באותו נושא שבו עוסקת ההלכה הפוסרת גבאי צדקה מהגשת דין וחשבון בסיום כהונתם. הלכה זו, שבה נרחיב בהמשך, עוסקת בדין וחשבון שבו יש פירוט של הוצאותיו והכנסותיו של חב האמון, והיא מבוססת על התפיסה, שאין להרהר אחר גבאי הצדקה ולתבוע מהם להגיש דין וחשבון, "כי באמונה הם עושים". רבי אלעזר מחיל עיקרון זה על כל חב אמון, אך בכל זאת, הוא קובע כ"עצה טובה", שמן הראוי בכל זאת לערוך דין וחשבון גם עם "גזבר נאמן".

אולם, אם לא ניתן לדרוש מחב האמון שיגיש דין וחשבון, מהי משמעותה של העצה הטובה?

דומה שהמפתח לשאלה זו קשור להבחנה שבין הביטוי 'הלכה' שבדברי ראב"ן לביטוי 'עצה טובה'. הביטוי 'הלכה' פירושו, קיומה של חובה סטטוטורית. בהתאם

<sup>717</sup> שם.

<sup>718</sup> ספר ראב"ן ג, בבא בתרא תסג (עמ' רז).

להנחה העקרונית שחב האמון אינו חשוד כמי שמועל בתפקידו, ההלכה אינה מחייבת אותו להגיש דין וחשבון. אף על פי כן, ראב"ן מייעץ לזכאי לדרוש מחב האמון שיגיש לי דין וחשבון. בהעדרו של מקור סטטוטורי לדרישה זו, הדרישה יכולה להתבסס אך ורק על התחייבות חוזית של חב האמון כלפי הזכאי.<sup>719</sup>

בהתאם לכך, משמעות הדרכתו של רבי אלעזר היא, שעל אף שההלכה אינה מחייבת את חב האמון להגיש דוחות במהלך כהונתו, מן הראוי לזכאי שיעגן חובה שכזו מכוחה של התחייבות חוזית של חב האמון כלפיו.

### 2.3 "דרך כל העולם למסור חשבון בכל שנה"

על אף שההלכה התנאית מעולם לא חייבה אפוטרופוסים להגיש דוחות במהלך כהונתם, חלו בעניין זה שינויים מרחיקי לכת בתקופות מאוחרות יותר, המעבירים את חובת ההגשה של הדין וחשבון מאחורי הבמה ההלכתית אל קדמת הבמה, כהליך גילוי מועדף.

דומה כי הראשון שדרש מן האפוטרופוסים להציג מידע הנוגע למילוי תפקידם גם במהלך כהונתם הוא רב האי גאון, בתשובה שבה הוא קובע ש –

בית דין חייבין לחפש זכות ליתומים בכל מה שימצאו אפשר... ואף על פי שהאב העמידו אפטרופוס... ואין בזאת למנוע את בית דין ואת הזקנים הנאמנים מלהשיג על עיקרי הממון והעזבון... ואם מפסיד האפטרופוס כמעט, הרי בית דין מסלקין אותו מן האפטרופוסות ומוציאין כל מה שבידו... ואם אינן משגיחין על מעשיו, מנין יודעין כי הפסיד? אף מצוה להשיג ולראות אם מפסיד אם לא... ואין לו להימנע מלהודיעם כל מה שהוא עושה... ואם נמנע מזו - זה הוא דרך ההפסד,<sup>720</sup> ואם עומד על מדתו מסלקין אותו.<sup>721</sup>

<sup>719</sup> להשלמת התמונה יש להעיר שקיים גם פירוש נוסף, רביעי, המוציא את כל העניין מנושא ההגשה של הדין וחשבון, הוא פירושו של המאירי. לפי המאירי, "כל מה שאפשר לו לאדם להשתדל שלא יבוא לחשוד את הבריות ישתדל. אף בתוך ביתו ראוי לו לאדם שיזהר בשמירתו ובשמירת מה שבו, כדי שלא יהא הדבר מצוי לו לחשוד הבריות ועל זה אמרו: אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו יצור וימנה, שנאמר: 'ויצורו וימנו' (בית הבחירה בבא בתרא שם). מדברים אלו משמע, שרבי אלעזר הורה למנות את הנכסים המצויים בידיו של אדם בכל עת (ולא את אלו שהוא מוסר לגזבר נאמן), וזאת כדי שלא יבוא לחשוב שנעלמו לו נכסים ולחשוד בכשרים. פירוש זה קשה, משום שהמקור להוראתו של רבי אלעזר עוסק במניין הנכסים שנמסרו בידיו של הגזבר, ולא במניין הנכסים שנותרו ביד הזכאי.

<sup>720</sup> רה"ג מבליע כאן פרשנות מרחיבה של קביעתו של רב המובאת בתלמוד בבלי גיטין נב,ב, ש"אפוטרופא דמפסיד – מלסקינן ליה". על פי סוגיה זו, בית הדין מוסמך לפטר אפוטרופוס אם נוכח דעתו הוא גורם נזק או הפסד לנכסי היתומים. לפי פרשנותו של רה"ג, לא רק הוכחת הפסד ממשי תהווה עילה לפיטורין, אלא גם הוכחת התנהלות שעלולה לגרום נזק או הפסד ("דרך הפסד"), יכולה לשמש עילה לכך.

<sup>721</sup> תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח.

בתשובה זו רה"ג אמנם לא הזכיר בצורה מפורשת את החובה להגיש דין וחשבון מעת לעת, משום שהוא העדיף הסדר המאפשר לבית הדין לדרוש הצגת מידע בכל עת, ללא הגבלה.

בתקופות מאוחרות יותר אנו עדים לניסיונות למסד את החובה למסור מידע במהלך כהונתו של האפוטרופוס, באמצעות דרישה להגשת חשבונות מעת לעת. כך, מהר"ם גלאנטי מעיד שכבר במאה ה-17, "מענין חשבון משנה לשנה... מוטל על האפוטרופוס ליטול חשבוננו... ולכן בכל שנה ושנה ייתן החשבון מדמי העסק, כי כן דרך כל העולם למסור חשבון בכל שנה".<sup>722</sup>

תקנה דומה התקבלה גם במרוקו, שם קבעו ש"כל אפוטרופוס, הן מינהו בית דין הן מינהו אבי יתומים, ייתן חשבון מדויק לבית דין, ואם נראה להם שהחשבון אינו מדויק - מסלקים אותו".<sup>723</sup> תקנה זו, כעולה מלשונה, עוסקת בחובה להגיש דין וחשבון במהלך כהונתו של האפוטרופוס, והיא נועדה "למי שרוצה להיות נמשך במינוי".<sup>724</sup> תקנה כאמור נקבעה גם בתקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל, ולפיה אפוטרופוס ליתומים, מנהל עיזבון או נאמן הקדש "חייב למסור דין וחשבון לבית הדין בהתאם לנקבע בצו המינוי או בשטר ההקדש, ובכל עת שיידרש לכך על ידי בית הדין".<sup>725</sup>

במקומות שבהם לא התקבלה תקנה כאמור, ביקשו לחייב אפוטרופוסים להגיש דוחות במהלך כהונתם מכוחה של התחייבות חוזית. לשם כך נכתב בכתב המינוי של האפוטרופוס, ש"כל זמן שיתבעו בית דין ומהק"ק [=ומנהיגי קהילת קודש] הנזכרת חשבון מפלוני האפוטרופוס מכל הנכסים המגיעים לידו מהיתומים וכו', יחוייב ליתן חשבון ישר מהכל".<sup>726</sup>

דומה כי הנכונות של פוסקים מאוחרים לעשות שימוש בסעד החשבון, שלא היה מקובל בתקופתם של התנאים והאמוראים, קשורה לערעור של אמון הציבור באפוטרופוסים, שעליו עמדנו כבר לעיל.<sup>727</sup>

<sup>722</sup> ש"ת מהר"ם גלאנטי ג (ההדגשה אינה במקור).

<sup>723</sup> כרם חמר ב, ספר התקנות, תקנות השייכות לחושן משפט, סימן ח, דף לו, ג (הובא בפעמוני זהב רצ, ג).

<sup>724</sup> פעמוני זהב שם. והסכים לפירושו בש"ת ישמח לבב חו"מ, ח (דף קיז ע"ב).

<sup>725</sup> תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל התשנ"ג, תקנה קצג. וראו גם, רייניץ, האפוטרופוס עמ' 255, הערה 372. ליישום הוראה זו בבתי הדין הרבניים, ראו למשל: פסקי דין ירושלים ג, עמ' רנא; פד"ר א, 360; פד"ר ב, 22.

<sup>726</sup> תיקון סופרים (יפה), שטר לו. גולאק (אוצר השטרות עמ' 141) מעיר, שנוסח שטר זה הוא בלשון של מינוי מורשה, כדי שיהיה דינו של האפוטרופוס כדין שליח של בית הדין ושל מנהיגי הקהילה, שחייב לתת דו"ח כל זמן שיידרש, ולא יהיה כאפוטרופוס רגיל של יתומים, שאינו חייב להגיש דין וחשבון. אולם, לא מצאנו יסוד לקביעה, ששליח חייב להגיש דוחות בכל עת שיידרש לכך. וראו גם ויגודה, שליחות עמ' 445-446.

<sup>727</sup> ראו לעיל, הערה 518.

### 3. שבועת האפוטרופוס בסיום כהונתו

בדור הרביעי של התנאים אנו מוצאים מחלוקת בעניין חובתו של אפוטרופוס ליתומים להישבע בסיום כהונתו<sup>728</sup>

אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים - ישבע, מינהו בית דין - לא ישבע;  
אבא שאול אומר: חילוף הדברים<sup>729</sup>.

דעה שלישית מובאת בברייתא –

תניא, רבי אליעזר בן יעקב<sup>730</sup> אומר: זה וזה ישבע, <sup>731</sup> והלכה כדבריו.  
תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דרבי אבהו: אפוטרופוס שמינהו  
אבי יתומים ישבע<sup>732</sup> מפני שהוא נושא שכר. אמר ליה: את אייתת

<sup>728</sup> על תקנה זו ראו גם, ישראל שציפנסקי, **התקנות בישראל ב, ירושלים תשס"ד**, תקסז-תקסח.

<sup>729</sup> **משנה גיטין ה, ד. בתוספתא (ליברמן) בבא בתרא ח, יג מובא בשם אבא שאול: "אף שמינהו בית דין ישבע מפני שהוא כנושא שכר".** מנוסח זה משמע, בניגוד לעולה מן המשנה, שלדעת אבא שאול, אפוטרופוס שמינהו על ידי אבי יתומים - ישבע. יש המבקשים ליישב בין דברי אבא שאול שבתוספתא לבין דבריו במשנה באמצעות השמטת המילה "אף" מנוסח התוספתא, באופן שמאפשר להבין בדברי אבא שאול, שמי שמינהו בית דין ישבע, אך לא מי שמינהו אבי יתומים (ראו: **חסדי דוד על התוספתא, שם; ר"נ אפשטיין, מבואות לספרות התנאים עמ' 167**). הלבני (דוד הלבני, **מקורות ומסורות נשים, עמ' תקסט, הערה 4**) סבור שבמשנת אבא שאול המקורית נאמר רק שמי שמינהו בית דין ישבע מפני שהוא כנושא שכר, ודברים סתומים אלו סובלים שני פירושים: **רק מי שמינהו בית דין ישבע** (כפי שפירשה המשנה), או **גם מי שמינהו בית דין ישבע** (כפי שפירשה התוספתא). לפי הסבר זה, הסיומת שבמשנה: "חילוף הדברים", אינה מדבריו של אבא שאול, שהרי אם סיומת זו הייתה מדבריו, לא היה מקום לספק בעניין זה. אולם, ר"נ אפשטיין (שם) סבור, שהלשון "חילוף הדברים" היא מדבריו של אבא שאול.

ליברמן (**תוספתא כפשוטה בבא בתרא, עמ' 430**) טוען, שלעיתים נעשה שימוש במילה "אף" במשנה לא כמילה נרדפת ל"גם", אלא כמילה המציינת את קיומה של מחלוקת (ראו ר"נ אפשטיין, **מבוא לנוסח המשנה ב, ירושלים תש"ח, עמ' 1019**). לכן, גם אם לא תושמט המילה "אף", ייתכן שלדעת אבא שאול רק מי שמינהו בית דין ישבע, כמובא במשנה שלפנינו. אך נראה שזהו הסבר דחוק, ואף ליברמן עצמו אינו נתלה בו אלא כדי לטעון ש"אין בידי לומר בוודאות גומרה שיש כאן מחלוקת בין המקורות". ייתכן שבנוסח המקורי של ההלכה שבתוספתא נכתב: "אבא שאול אומר: אפוטרופוס שמינהו בית דין ישבע", אך המעתיק קיצר ל"אפ" ובהמשך הושמט הפסיק ו"אפ" הפך בטעות ל"אף".

<sup>730</sup> נראה שזהו ראב"י השני, בן הדור הרביעי לתנאים, מתלמידי רבי עקיבא ראו: זכריה פרנקל **דרכי המשנה א, לפסיא תר"ט, 73-75**; אהרון היימאן **תולדות תנאים ואמוראים** לונדון תר"ע, 181-182), משום שכאמור לעיל, התקנה המחייבת את האפוטרופוסים להישבע נוצרה בדור הרביעי לתנאים, זמן רב לאחר מותו של ראב"י הראשון, בן הדור השני לתנאים. בהתאם להנחה זו ולדבריו של פרנקל (שם) נראה שהנוסח הנכון הוא "רבי אלעזר בן יעקב", ולא "רבי אליעזר בן יעקב".

<sup>731</sup> דעה זו זהה לדעת אבא שאול שבתוספתא לפי הנוסח שבפנינו, אך ראו לעיל הערה 729, שנראה שנוסח זה משובש.

<sup>732</sup> דעת זו היא כדעת תנא קמא של המשנה. אבל בכתב יד מינכן, הנוסח הוא: "תני רב תחליפא... אפוטרופוס שמינהו בית דין ישבע, מפני שהוא נושא שכר...". וזהו הנוסח המצוטט אצל רוב הראשונים. לפי נוסח זה, דברי רב תחליפא זהים לדברי אבא שאול שבתוספתא לפי תיקון



על מנת להבין את משמעותה של שבועה זו, יש להבהיר מהי תכליתה של השבועה, ומהו פשר ההבחנה שבין אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים לאפוטרופוס שמינהו בית דין?

### 3.1 תכלית השבועה

רב האי גאון ראה בשבועת האפוטרופוס אמצעי להזמת חשדות, הדומה במהותו לשבועת חייבי האמון במהלך כהונתם –

כך ראינו, כי כל זמן שלא נתברר על האפוטרופוס שהפסיד, ולא שפירש מדבר אמת ולא כי דבר שקר בעסק העזבון אלא חשד בעלמא הוא שנחשד, אין כח להשביעו. אבל ודאי, אם [יש ראייה או עדות שהפסיד או דבר שקר בעסק העיזבון, בית דין נכנסין בדבר]<sup>735</sup> ומסלקין אותו. הרי (הכי?)<sup>736</sup> ידוע מדברי רבואתא קמאיי. ומיגו דמסלקינן ליה, משבעינן ליה.<sup>737</sup> ושבועה זו שנחלקו בה חכמים, ששנינו אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע, מינוהו בית דין לא יישבע, אבא שאול אומר חילוף הדברים וכו' על טענת שמא הוא, והיא ששנינו ואלו נשבעין שלא בטענה: השותפין והאריסין והאפיטרופין והאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ובן הבית. אמר לו: מה אתה טוענני? אמר לו רצוני שתשבע לי - חייב. וכל זמן שהאפוטרופוס עושה אפוטרופוסותו לא נחלקו שאין להשביעו. ואין דבריהן אלא בזמן שגדלו היתומין והרי הוא יוצא מן האפוטרופוסות, ומוסר להן את שלהן, והן תובעין אותו להישבע שהלך באמונה במשאו ובמתנו במה שלהן ולא גזל ולא גנב.<sup>738</sup>

לפי רה"ג, אין משביעים את האפוטרופוס אלא מכוחן של ראיות לקיומו של חשד שמצדיק את השבועה. השבועה בסיום כהונתו של האפוטרופוס תלויה בכך

הנוסח הנ"ל בהערה 729. אולם ר"ח אלבק (מחקרים בברייתא ותוספתא ויחסן לתלמוד עמ' 82, וכן בהשלמות והוספות לפירוש המשנה גיטין, עמ' 402), סבור שהנוסח הנכון הוא: "תני רב תחליפא... אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע".

<sup>733</sup> הביטוי "מפני שהוא בנושא שכר" מופיע כבר בתוספתא הנ"ל בהערה 729.

<sup>734</sup> תלמוד בבלי גיטין נב, א.

<sup>735</sup> הצעתו של הרכבי.

<sup>736</sup> הרכבי מניח שמשפט זה נשמט משום מה מן התשובה, והצעתו מסתברת.

<sup>737</sup> כעין זה כתב גם במשפטי שבועות א, ה ("אבל אם יתברר בעדות שהוא מפסיד אע"פ שמינהו אבי יתומים מורדין אותו מאפיטרופותו ומשביעין אותו"). על שבועה זו ראו גם: תשובות הגאונים (הרכבי) קפח; ר"ף גיטין כו, ב (בדפי הר"ף); העיטור 'אפיטרופוס', ליד אות מ, עה, ג; פסקי הרא"ש גיטין ה, ז; מרדכי גיטין, שפט (בשם אביאסף); משנה תורה נחלות י, ז; שולחן ערוך חו"מ רצ, ה-ו.

<sup>738</sup> תשובות הגאונים (הרכבי) קעח (עמ' 79) ההדגשות אינן במקור.

שהיתומים "תובעין אותו להישבע". מכאן, ש'ברירת המחדל' היא, שהאפוטרופוס אינו נשבע בסיום כהונתו.<sup>739</sup> ברירת מחדל זו מלמדת שככלל, האפוטרופוס אינו מוחזק כחשוד למעול בחובתו למלא את תפקידו באמונה.<sup>740</sup>

אולם, מדברי רבים משמע שהשבועה שנדרש האפוטרופוס להישבע בסיום כהונתו אינה מותנית בדרישה להישבע,<sup>741</sup> וכן הלכה.<sup>742</sup>

נראה שהמחלוקת בעניין זה קשורה למהימנותו הציבורית של האפוטרופוס. התפיסה המתנה את השבועה בקיומו של חשד משקפת את התפיסה העקרונית, שאין לחשוד בחב האמון כל עוד לא התעורר נגדו חשד ממשי. לעומתה, התפיסה הדוחה התניה שכזו גורסת שהאפוטרופוס מוחזק כחשוד, אף אם הזכאי לא מערער על אמינותו.

### 3.2 פשר ההבחנה שבין ממונה על ידי אבי היתומים לממונה על ידי בית הדין

כאמור, התנאים נחלקו בהיקף תחולתה של התקנה המחייבת את האפוטרופוס להישבע בסיום כהונתו. לדעת חכמים התקנה חלה רק על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, לדעת אבא שאול התקנה חלה רק על אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, ולדעת רבי אליעזר בן יעקב, התקנה חלה על כל האפוטרופוסים ללא יוצא מן הכלל, והלכה נפסקה כדעת אבא שאול.<sup>743</sup>

<sup>739</sup> וכעין זה גם בבית הבחירה גיטין שם ד"ה אמר המאירי ("אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע. פירוש, בטענת ספק").

<sup>740</sup> מן הניסוח "שהלך באמונה במשאו ובמתנו" ניתן להבין שהשבועה שתוטל תכלול גם הצהרה על כך שהאפוטרופוס מילא תפקידו באמונה, במובן זה שהוא עשה כל אשר לאל ידו לשם קידום עניינם של היתומים, לא התרשל ולא גרם להם הפסדים (וראו גם, **חידושי הרשב"א** גיטין שם (עמ' תפ"ה), שמדמה בין השבועה שנדרש האפוטרופוס להישבע בסיום כהונתו לשבועת שומר שכר שלא פשע). אולם, לפי רבים מן הראשונים, שבועת האפוטרופוס נועדה לוודא אך ורק "שאינו לו כלום משלהן", ולא לברר שמילא את תפקידו במסירות (ראו: **רש"י** גיטין נב, א ד"ה ישבע; **תוספות** גיטין שם ד"ה הלכה; בבא קמא לט, א ד"ה דאי; בבא מציעא מב, ב ד"ה נימא ליה; **משנה תורה** נחלות יא, ה ("כשיגדילו היתומים נותן להם ממון מורישן... ונשבע בנקיטת חפץ שלא גזלן כלום")).

בעניין זה, פרשנותו של רב האי גאון מתאימה לפרשנות של רב נסים גאון לשבועת חייבי האמון על פי המשנה (כאמור לעיל ליד הציון להערה 679), ופרשנותם של הראשונים הנ"ל מתאימה לפרשנות המאוחרת לשבועה זו (כאמור לעיל, ליד הציון להערה 678), המתמקדת בצורך לחשוף ניצול של התפקיד לרעה. ייתכן שהגאונים סברו שאין מקום לחשוד באפוטרופוס שמעל בנכסי היתומים, ולכן אין להשביעו על כך אלא אגב שבועה "שהלך באמונה במשאו ובמתנו", בעוד שמפרשים מאוחרים יותר סברו שיש מקום לחשוד כאמור, ולכן יש להשביע את האפוטרופוס בסיום כהונתו, שלא מעל בנכסי היתומים.

<sup>741</sup> ראו הראשונים הנזכרים לעיל בהערה הקודמת, וראו גם, **שו"ת הריב"ש** שכד ("נותן ליתומים הנשאר בידו מנכסיהם, ונשבע בנקיטת חפץ שלא גזלם כלום").

<sup>742</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רצ, טז.

<sup>743</sup> **משנה תורה** נחלות יא, ה; **מרדכי** גיטין, שפט (בשם ר"ח); **שולחן ערוך** חו"מ רצ, טז. וראו גם **בירור הלכה** גיטין נב, ציון ו.

בשני התלמודים מוצע פשר שונה להבחנה שבין אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים לאפוטרופוס שמינהו בית דין נבחן כל אחד מן ההסברים ונעמוד על משמעותם.

### 3.2.1 הפרשנות הבבלית

הסוגיה הבבלית התמקדה בחשש שמא השבועה תרתיע אנשים מלשמש בתפקיד האפוטרופוס. לדעת חכמים, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יישבע, ואין לחשוש שהשבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד, כי "אי לאו דאית ליה הנאה מיניה, לא הוה ליה אפוטרופוס [=אם לא שיש לו הנאה ממנו, לא היה אפוטרופוס], ומשום שבועה לא אתי לאמנועי".<sup>744</sup>

לעומת זאת, נכונותו של אפוטרופוס שממונה על ידי בית הדין למלא את התפקיד שהוטל עליו אינה נובעת ממחויבות אישית אלא מנכונות לכבד את בקשת בית הדין: "מילתא בעלמא הוא דעביד לבי דינא, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי". מאחר וההנעה האישית במינוי על ידי בית הדין נמוכה יותר, יש לחשוש שמא הטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס, ומשום כך אין לחייבו שבועה.

מנגד, אבא שאול סבור שאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין יישבע, שכן אין לחשוש שהצורך להישבע ירתיע אדם מלקבל על עצמו תפקיד שהוטל עליו על ידי בית הדין, שהרי "נפיק עליה קלא דאיניש מהימנא הוא, דהא סמך עליה בי דינא",<sup>745</sup> ובשל כך, "משום שבועה לא אתי לאמנועי".<sup>746</sup>

היסוד המשותף לכל הדעות, לפי הסבר זה הוא, שמן הראוי להטיל שבועה על כל אפוטרופוס של יתומים, בין אם הוא מונה על ידי אבי היתומים ובין אם הוא מונה על ידי בית הדין, אלמלא החשש שהשבועה תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס. לכן, אם תיוצר הנעה מספיקה שתבטל חשש זה, למשל, באמצעות תגמול כספי מכובד, האפוטרופוס ידרש להישבע בסיום כהונתו, ויהא הגורם אשר מינה אותו לתפקיד אשר יהא.<sup>747</sup>

<sup>744</sup> תלמוד בבלי גיטין נב,ב.

<sup>745</sup> שם. לפי הסבר זה, נכונות אדם להיענות לבקשת בית הדין לשמש כאפוטרופוס מבוססת על שיקול תועלת: המינוי ייצור לממונה שם של אדם נאמן, שאפילו בית הדין סומך עליו. לדעת ערוך השולחן חו"מ רצ, לו, דינו של אפוטרופוס שמונה לתפקידו על ידי ערכאה אזרחית כדין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, משום שלדעתו רק מינוי על ידי בית דין מפרסם את מהימנותו של הממונה. אבל **שערי עוזיאל** א, יז, פרק א, אות ת, סבור שדין אפוטרופוס זה כדין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, מפני "שכבוד והנאה לאפוטרופוס להיותו מוחזק לנאמן על פי הערכאות".

<sup>746</sup> שם. לדעת יוסף ריבלין (הירושה והצוואה במשפט העברי עמ' 232, הערה 213), הנחה זו לא עמדה במבחן המציאות, ובפועל נרתעו אנשים מלשמש כאפוטרופוסים אף כאשר בית דין ביקש למנותם לתפקיד, ועל כן גברה הנטייה לפטור משבועה גם אפוטרופוס שמונה על ידי בית דין.

<sup>747</sup> כך אמנם פסקו רבים. ראו למשל: העיטור 'אפיטרופוס', ליד אות סד (עט,א); חידושי הרמ"ה

המשמעות של דרך זו בהבנת מחלוקת התנאים היא, שכעיקרון, האפוטרופוס מוחזק כחשוד למעול בנכסי היתומים, ומן הראוי להשביעו כדי להזים חשד זה.

### 3.2.2 הפרשנות הארץ-ישראלית

בתלמוד הירושלמי מוסברת המחלוקת שבין אבא שאול לחכמים בדרך שונה מזו של הבבלי –

אפיטרופוס שמינהו אבי יתומין ישבע, שאין דרכו לבחן. שמינהו בית דין לא ישבע שדרכו לבחן. אבא שאול אומר חילוף הדברים אפיטרופוס שמינהו אבי יתומין לא ישבע מפני דיכיל מימר ליה טבות הוינא עבידנא לך. שמינהו בית דין ישבע, מפני שהוא כנושא שכר.<sup>748</sup>

שאלת ההשפעה של השבועה על נכונותם של אנשים לקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס כלל אינה עולה בסוגיה הירושלמית.<sup>749</sup> כמו כן, נראה שמערכת השיקולים העקרונית של חכמים, שונה מזו של אבא שאול.

לשיטת חכמים, הצורך בשבועה ייבחן לאור מידת מהימנותו של האפוטרופוס. לכן, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יישבע, משום שהוא אינו עובר הליך

ושיטות קדמונים גיטין נב, (עמ' מד); טור חו"מ רצ, כה; שולחן ערוך חו"מ רצ, טז; ערוך השולחן חו"מ רצ לה-לו; שערי עוזיאל א, שער יז, פרק א, סעיף ג.

וראו רייניץ, האפוטרופוס עמ' 222, שמעיר שרבנו תם (לעיל, הערה 698) חולק על פוסקים אלו, שהרי הוא סובר שחב אמון (כולל אפוטרופוס ליתומים) המקבל שכר על מילוי תפקידו פטור משבועה על טענת שמא מפני שהוא לא יורה היתר לעצמו למעול בנכסי הנאמנות. מכאן עולה, שאף שהשבועה לא תניא את האפוטרופוס מלקבל על עצמו את התפקיד, אין להשביעו. לפיכך הוא תמה על הרמ"א (חו"מ צג, ד), שהביא את שיטת רבנו תם, אך לא העיר דבר על פסיקת השולחן ערוך בעניין השבעתו של אפוטרופוס המקבל שכר עבור מילוי תפקידו.

אולם, דומה שאין הנדון דומה לראיה. רבנו תם עסק בהטלת שבועה על האפוטרופוס במהלך כהונתו. שבועה שכזו תוטל, כפי שיובהר להלן, רק כאשר נטענת כלפי האפוטרופוס טענת שמא. בשעת המינוי אין האפוטרופוס מעלה בדעתו שיועלו נגדו טענות, ובשל כך הוא אף אינו חושש שיושבע. לעומת זאת, השבועה שבה דן אבא שאול היא שבועה שגרתית, המוטלת (לדעת רוב הראשונים) על כל אפוטרופוס בעת סיום כהונתו, גם אם לא נטענת נגדו טענת שמא. לפיכך, האפוטרופוס מודע מראש לכך שתוטל עליו שבועה בסיום כהונתו, ושבועה זו עלולה להרתיעו.

יתר על כן, השבועה בסיום הכהונה היא שבועה העוסקת בכל התקופה שבה מילא האפוטרופוס את תפקידו. שבועה שכזו עלולה אמנם להרתיע אנשים רבים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס. לעומת זאת, השבועה שבה עסק רבנו תם היא ממוקדת יותר, ונוגעת אך ורק לטענה מסוימת שנטענת נגד האפוטרופוס. שבועה שכזו אינה מרתיעה כשבועה שבסיום הכהונה. לשאלה, האם יש להטיל שבועה גם על אפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו" (אפוטרופוס למעשה), ראו אוצר מפרשי התלמוד גיטין נב, א עמ' רנה, אחרי ציון הערה 22.

<sup>748</sup> תלמוד ירושלמי גיטין ה, ד.

<sup>749</sup> אמנם, השווו לפירוש של פני משה על הירושלמי שם ("מפני דיכיל אפוטרופוס למימר טובה בעלמא הוינא עבידנא לך שנעשיתי אפוטרופוס ולא מתוך הנאת ממון, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי"). מדבריו ניכר שהוא מנסה להתאים בין ההסבר לדברי אבא שאול בבבלי לזה שבירושלמי, וראו לעיל, הערה 682.

שבמסגרתו נבחנת אישיותו ומהימנותו על ידי גורם ציבורי אובייקטיבי, ובשל כך יושרו איננו מוכח. לעומת זאת, אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לא יישבע, משום שבית הדין נוהג לבחון היטב את אישיותו של האדם שהוא ממנה, ומשעה שמונה אדם לתפקיד על ידי בית הדין יש להניח שאדם זה הוא נאמן, ואין צורך לפקח עליו.

לשיטת אבא שאול, שאלת חיובו של אפוטרופוס להישבע בסיום כהונתו אינה תלויה במידת מהימנותו של האפוטרופוס ואף לא בחשש שמא חיוב שבועה יניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס. השאלה היחידה שעומדת לדיון היא, האם האפוטרופוס עושה 'טובה' או שהוא "כנושא שכר".

"נושא שכר", כפי שדייק הנשקה, הוא "שם כללי למחזיק חפצו של חברו לשם מלאכה או שימוש המזכה בשכר",<sup>750</sup> ומכוחו של השכר מוטלת על המחזיק אחריות מיוחדת כלפי בעל הנכס המוחזק.<sup>751</sup>

193

הניגוד ל"נושא שכר" הוא "עושה טובה". אולם, יש להדגיש, ה"שכר" איננו אלא סממן חיצוני לנכונותו של אדם לקחת אחריות על ביצוע העבודה. לכן, אף אם בית הדין לא ישלם לאפוטרופוס פרוטה עבור ביצוע תפקידו, הוא בכל זאת "כנושא שכר", משום שנכונותו של האפוטרופוס לבצע את התפקיד איננה נובעת מן הרצון "לעשות טובה" בלבד.

לעומת זאת, כאשר האב הוא שמינה את האפוטרופוס, בהחלט ייתכן שהאפוטרופוס "עושה טובה" לאב, ומעולם לא התכוון ליטול על עצמו אחריות מלאה לשמירת עניינם של היתומים. בשל כך, אין להשביעו בסיום הכהונה שמילא תפקידו כהלכה.<sup>752</sup>

דומה שהסבר זה מחזיר אותנו לתאוריית ההסתמכות כבסיס לקיומם של יחסי האמון. כאשר אדם מגלה נכונות "לעשות טובה" לחברו, אין המוטב מסתמך על כך שמיטיבו יוסיף להיטיב עמו גם מחר, מחרתיים, עוד חודש, עוד שנה. לכן, לא

<sup>750</sup> דוד הנשקה, **משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים** רמת גן תשנ"ז, עמ' 45.

<sup>751</sup> לכן, למשל, התוספתא מטילה על השולחני אחריות מקצועית במקרה שהראו לו דינר והוא קבע שהדינר הוא טוב, ובכל זאת "נמצא רע" ( **תוספתא** (ליברמן) בבא קמא י, י), שהרי "השולחני הוא כבעל מלאכה הנוטל שכר בעבור עבודתו, ולכך אם קלקל במלאכתו הרי הוא חייב" (הנשקה, שם). נשיאת השכר היא אפוא סממן לנטילת אחריות לביצוע המלאכה, ומי שאינו "נושא שכר" הוא מי שאינו נוטל על עצמו אחריות להשלמתה של המלאכה.

<sup>752</sup> אמנם, **רייניץ, האפוטרופוס** עמ' 201, מציע לפרש את המחלוקת כך: לפי תנא קמא, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יישבע משום שלא נבדקה אמינותו, בניגוד לאפוטרופוס שמונה על ידי בית דין, שאמינותו נבדקה על ידי בית הדין. לעומתו, אבא שאול סבור שאם האמין האב לאפוטרופוס, אין סיבה שבית הדין יתערב וידרוש מן האפוטרופוס שבועה; ורק במקום שבית הדין היה הממנה, יש להטיל שבועה על האפוטרופוס כדי שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידי הדיינים. נראה שלפרשנות זו אין יסוד בסוגיה התלמודית בבבלי או בירושלמי.

קמים בין הצדדים יחסי אמון שמכוחם ניתן להטיל על אדם חובות אמון.<sup>753</sup>

רק כאשר אדם מקבל תמורה, מכל סוג שהוא, עבור נכונותו לבצע את התפקיד, אנו יכולים להניח שנכונותו לקבל על עצמו את התפקיד מהוה מעין הסכמה חוזית לבצע את תפקידו באמונה ובשקיפה, בתמורה לשכר שיקבל עבור ביצוע התפקיד. התחייבות זו יוצרת אצל מי שמסר את נכסיו בידיו של "נושא שכר" הסתמכות מוצדקת שהתפקיד יבוצע כהלכה, ובשל כך, הפרתה של ההתחייבות מצדיקה את הטלתה של האחריות לתוצאות הפרת ההתחייבות, על הנושא שכר.<sup>754</sup>

### 3.3 היקף תחולתה של ההלכה

לכאורה, השיקולים שהניעו את התנאים לחייב את האפוטרופוס שבועה בסיום כהונתו, כפי שהובהרו לעיל, אינם ייחודיים לאפוטרופוס של יתומים. ואמנם, מדברי רב האי גאון המובאים לעיל<sup>755</sup> נראה שהוא איננו סבור שהלכה זו היא ייחודית לאפוטרופוס של יתומים.

אולם, לא מצאנו אצל פוסקים מאוחרים יותר הלכה המחייבת, למשל, מנהל עסקי או סוכן מסחרי להישבע בסיום כהונתם.

ייתכן שהסיבה לכך היא, שהפוסקים הניחו שקיים גורם משמעותי נוסף שמכוחו ניתן להצדיק את חיוב השבועה, והוא הגורם של פגיעותו ותלותו של הזכאי בחב האמון. לכן, מן ההלכה בעניינו של אפוטרופוס ליתומים ניתן אולי ללמוד על חובתם של חייבי אמון המנהלים את עניינם של חסרי ישע להישבע בסיום כהונתם,<sup>756</sup> אך אין ללמוד מהלכה זו דבר לעניין חובות הגילוי או הדיווח שיש להטיל על אלו השולטים בנכסי הזולת שאיננו חסר ישע.

<sup>753</sup> הסבר זה קרוב להסבר שהציע פרופ' שילה לסיבה שבשלה הדין העברי אינו אוסר על השליח לקבל טובות הנאה עקב מילוי תפקידו, כאמור לעיל, ליד הציון להערה 567. וראו גם להלן אחר הציון להערה 992, בשיטת נתיבות המשפט.

<sup>754</sup> בהתאם לכך, ייתכן שרב תחליפא סבר שדווקא אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים הוא "כנושא שכר", על פי ההנחה שבסוגיית הבבלי, ש"אי לא דאית ליה הנאה מיניה, לא הוה ליה אפוטרופוס".

<sup>755</sup> אחר הציון להערה 737 ("ושבועה זו שנחלקו בה חכמים, ששינו אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע, מינהו בית דין לא יישבע, אבא שאול אומר חילוף הדברים וכו' על טענת שמא הוא, והיא ששינו ואלו נשבעין שלא בטענה" ההדגשה אינה במקור).

<sup>756</sup> להיקש זה יש יסוד בדברי הפוסקים. ראו למשל: ש"ת הריטב"א קסב ("כשם שבית דין חייבין ליטפל בנכסי יתומים, כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם ואפילו הוא גדול... וכן בדין! דמאי שנא?... וכשם שב"ד אביהם של יתומים, כך הם אביהם של אלו, ולא דברו ביתומים אלא בהוזה"). מכוחה של פרשנות זו הוסמך בית הדין למנות אפוטרופוס גם לשוטים (ראו: משנה תורה מכירה כט, ד; נחלות י, ח; ש"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סו; שולחן ערוך חו"מ רלה, כ; שם שם, רפה, ב; ש"ת מהריב"ל ב, עו; פד"ר ה, שלג; ש"ת הריב"ש כ ("אין ב"ד ממנין אפוטרופוס לטפשים כי אם לשוטים")), לחרשים (משנה תורה נחלות, שם) ולדומיהם (ראו למשל, ש"ת משפטי שמואל צ, המזכיר את מנהג קהילת קורפו, שאם נפטרה אישה והותירה בן קטן יתום מאם, יופקדו כספי הנדוניה שלה בידי נאמן, עד שיגדל ויקבל לידי את כספי הנדוניה).

#### 4. חובת האפוטרופוס להגיש חשבון בסיום כהונתו

בשאלה, האם אפוטרופוס של יתומים נדרש להגיש ליתומים דין וחשבון בסיום כהונתו נחלקו רבי יהודה הנשיא<sup>757</sup> ואביו, רבן שמעון בן גמליאל –

רבי אומר... וצריך לחשב עימהן באחרונה, רבן שמעון בן גמליאל  
אומר: אינו צריך.<sup>758</sup>

הדבר הבולט לעין במחלוקת זו הוא, שבניגוד לדין בעניין חובתו של האפוטרופוס להישבע בסיום כהונתו, כאן אין אנו מוצאים הבחנה בין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לזה שמונה על ידי בית הדין. כדי להבין את משמעותו של הבדל זה יש להבין את משמעותו של החשבון במחלוקת רבי ורשב"ג.

##### 4.1 חיוב משלים לשבועה

195

דרך אחת להסביר עניין זה היא באמצעות הבנת המחלוקת שבין רבי לרבן שמעון בן גמליאל כבנויה על גבי מחלוקתם של אבא שאול וחכמים, כשהחיוב בהגשת דין וחשבון הוא חיוב משלים לשבועה. כך עולה, למשל, מפירושו של רש"י לדבריו של רבי. לדבריו, רבי קבע ש"כשיגדלו [היתומים], יחשב עימהן וישבע שלא נשאר

להשלמת התמונה יצויין, שהפוסקים נטו להקיש גם בין ההלכות שנאמרו בעניינו של אפוטרופוס ליתומים להלכות בעניינם של נאמני הקדש למטרות צדקה (ראו למשל: ש"ת הר"ן ב ("דין הקדש עניים כיתומים"); ש"ת הרמב"ם (בלאו) תכ ד"ה דבר ידוע; התרומות שער מו חלק ד אות ח (וגידולי תרומה שם ד"ה ומה שכתב רבינו); ש"ת הריב"ש תסה, תקז; ש"ת תורת אמת קסב; ש"ת מהר"י בי רב לו; ש"ת מהר"ם אלשיך קלב; ש"ת מים עמוקים ב, עו ד"ה מ"מ בעניין ("ההקדשות שלנו דינן שוה דין היתומים") ש"ת שואל ומשיב מהדורא קמא, ג, קצג ד"ה ובזה מיושב ("וגם הקדש דינו כיתומים"); ש"ת ציץ אליעזר ז, מח; ארחות המשפטים יא (נעדרים ומחוסרי דעת); פד"ר ב, 18; שם ד, 97; שם ו, 225). נראה שההגיון העומד ביסודו של היקש זה הוא, שהעניים, בדומה ליתומים, הם קבוצה פגיעה ותלויה לחלוטין בדרך בה יבחר הגבאי לנהל את כספי הצדקה ולחלקם.

<sup>757</sup> בנוסח התלמוד שבדפוס וילנא, מובאת תחילה הלכה בשם רבי, שרשאי האפוטרופוס לקבל מידי עבד היתומים "דמי עצמר", ולשחררו, ורק לאחר מכן נאמר: "וצריך לחשב עמהן...". לפי נוסח זה, אפשר שההלכה ש"צריך לחשב עמהן באחרונה" אינה מדברי רבי. אולם לפי הנוסח ברבים מכתבי היד של התלמוד, ההלכה היא מדבריו של רבי, וכן היא גרסתם של רבים מן הראשונים (ראו: דקדוקי סופרים השלם גיטין נב, א; ר"ף גיטין כה, ב (בדפי הרי"ף); פסקי הרא"ש גיטין ג, ה; פסקי הרי"ד גיטין נב, א; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (נדפס תחילה בשם חידושי הריטב"א מ"י) גיטין שם; חידושי הרשב"א גיטין שם; חידושי רבנו קרשקש גיטין שם; ובית הבחירה גיטין שם). לפי זה, הכרעת ההלכה כרבן שמעון בן גמליאל (להלן, הערה 763) עשויה להיות מוסברת בכך שרשב"ג הוא אביו של רבי, והלכה כאב נגד בנו (ר"ף שם, כו, א, בשם גאון), או בכך שרשב"ג היה גם רבו של רבי, והלכה כרב נגד התלמיד (רמ"ה שם). וראו עוד לעניין הכרעת ההלכה במחלוקת זו בש"ת עדות ביהוסף (אלמושינו) ב, ב, ד"ה ואומר עד ד"ה איברא (ה, א-ה, ב).

<sup>758</sup> תלמוד בבלי גיטין נב, א (ע"פ תוספתא (ליברמן) תרומות א, יג, ותוספתא (ליברמן) בבא בתרא ח, טו, בשינויים קלים).

כלומר, לשיטתו של רבי, השבועה שבה דנו אבא שאול וחכמים אינה שבועה כללית, אלא הגשת תצהיר בשבועה. לעומתו, רבן שמעון בן גמליאל שפסק ש"אינו צריך", סבר שהשבועה יכולה להיות שבועה כללית, שאינה מלווה בתצהיר חשבונאי מפורט.

לפי הסבר זה, המחלוקת עוסקת באפוטרופוס שנדרש להישבע בסיום כהונתו, ולכל הדעות, מי שאינו נדרש להישבע אינו נדרש גם להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו.<sup>760</sup>

#### 4.2 חיוב חלופי לשבועה

הסבר שונה למחלוקת מציע רבי יצחק ממרסיליה, בעל ה'עיטור' –

ומסתברא דפלוגתא דרבי ורשב"ג כפלוגתא (בפלוגתא?) דאבא שאול ורבנן שייכא, דמאן דאמר צריך לחשוב (=לחשב), כמאן דאמר<sup>761</sup> לא ישבע. וכיון דאפסיקא הלכה כאבא שאול באפוטרופוס שמינהו אבי יתומין צריך לחשוב, כרבי. ומינהו בית דין אין צריך לחשוב, כרשב"ג.<sup>762</sup>

לפי הסבר זה, חיוב ההגשה של הדין והחשבון הוא חיוב חלופי לשבועה, המוטל על מי שאינו נדרש להישבע. בשל כך, מחלוקת רבי ורשב"ג היא מעין תמונת ראי של מחלוקת אבא שאול וחכמים, והיא עוסקת באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. לדעת רבי, אפוטרופוס זה אמנם אינו נשבע (כדעת חכמים), ובשל כך עליו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו. מנגד, לדעת רשב"ג, שהלכה כמותו,<sup>763</sup> אפוטרופוס זה

<sup>759</sup> רש"י גיטין נב, א ד"ה באחרונה (ההדגשות אינן במקור). וראו גם: פסקי ר"ד גיטין שם ("וצריך לחשב עמהן באחרונה... פירוש: צריך לחשב עמהן ולהשבע להן שלא נשאר בידן משלהם כלום"); ר"ן על הר"ף כה, ב בדפי הר"ף ("וצריך לחשב עמהן באחרונה. פירוש: ולהשביען אם נטלו משל יתומים כלום").

<sup>760</sup> הסבר זה מסלק את קושיית בית הבחירה גיטין שם על שיטתו של רש"י, "... ואם כן, מה הוצרכנו לישא וליתן בה אם הלכה כרבי אם כרשב"ג? אם מנהו אבי יתומים – הדבר ידוע שאינו נשבע בטענת ספק; ואם מנהו בית דין – הדבר ידוע שנשבע בטענת ספק!". וראו גם שו"ת מעיל שמואל (פלורנטינ) מה, ד"ה ומה שנראה.

<sup>761</sup> נראה שאין פירושו "כמי שאמר", אלא "כאילו אמר".

<sup>762</sup> העיטור אות פ, אפוטרופוס, עה, ב ליד אות כח (ההדגשות אינן במקור. פרשנות זו הובאה גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג תקצב; בהגהות מיימוניות נחלות י, אות ז; בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים גיטין נב, ב; ובמרדכי גיטין שצ). מאחר שנוסח דבריו של בעל העיטור משובש, התקשו רבים בהבנת דבריו (לדיון רחב בדבריו ראו למשל, שו"ת תוקפו של יוסף ב, קכד (פ, ב); פסקי מר שמואל כב (עמ' לב); שו"ת לב שמח חו"מ כט).

<sup>763</sup> ראו: ר"ף גיטין כו, א (דפי הר"ף); פסקי הרא"ש גיטין ה, ה (אך השוו לפסקי הרא"ש מועד קטן ג, לב, שם הוא פוסק כרבי, והעיר על הסתירה בדבריו קרבן נתנאל על פסקי הרא"ש שם, אות ק); משנה תורה נחלות יא, ה; שולחן ערוך חו"מ רצ, טז; שו"ת הריב"ש שכד. בעניין זה ראו גם בירור הלכה גיטין נב, א ציון נ.

מנגד, ראו מרדכי כתובות רפז, שכתב שבמחלוקת רבי ואביו רשב"ג, הלכה כרבי, וכך כתב גם



נשבע (כדעת אבא שאול), ובשל כך הוא פטור מהגשת דין וחשבון.

מאחר שהלכה כאבא שאול, פסק העיטור שאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין פטור מהגשת דין וחשבון מפני שהוא חייב להישבע, בעוד שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, חייב בכך מפני שהוא פטור מלהישבע, וכך פסק גם הרמ"א.<sup>764</sup>

#### 4.3 חיוב עצמאי

מדברי רבים עולה, שהגשת דין וחשבון נתפסה כחיוב המערער במידה רבה יותר את האמון באפוטרופוס מכפי שעושה חיוב השבועה. כך עולה, למשל, מדבריו של מהר"י וייל בתשובה לשאלה בעניין "פרנס שנתמנה על הציבור ואחר עשרים שנה קראו עליו תגר, האם צריך לעשות חשבון לכל אחד ואחד?" מהר"י וייל משיב על שאלה זו –

הדעת מכרעת, אם נתמנה על פי הצבור שביררו אותו להיות פרנס מדעתם אז אין צריך לעשות חשבון כיון דהימנוהו עליהו. סמך לדבר אפוטרופוס שמנוהו בית דין או אבי יתומים אינו צריך לעשות חשבון... והטעם כיון דהימנוהו בית דין או אבי יתומים משום הכי אין צריך לעשות חשבון.<sup>765</sup>

**ערוך השולחן** חו"מ רצ, לו, בדעת רשב"ם בבא בתרא קעב, ד"ה א"ל). וראו הרחבה להצדקת פסיקה זו ב**שר"ת עדות ביהוסף** ב, ב, ד"ה אמנם כנראה.

בשאלה הכללית כמי הלכה במחלוקת בין רבי לרשב"ג, ראה: **שדי חמד** כללים, מערכת ה, אות קא; **אנציקלופדיה תלמודית** ט, 'הלכה', עמ' רפט, ליד ציוני הערות 672-675.

<sup>764</sup> **רמ"א** חו"מ רצ, טז, שם, וכך פסקו גם: **שר"ת מהר"ם פדואה** לח; **שר"ת מהרשד"ם** חו"מ שב (על פי **שר"ת מהר"ק** כג); **שר"ת בקש שלמה** מב. וראו גם **בית אהרן** (וולקין) גיטין שם, ד"ה בגמ' וצריך לחשב עמו.

<sup>765</sup> **שר"ת מהר"י וייל** קעג. כך עולה גם מדברי **ערוך השולחן** חו"מ רצ, לד ("דאם מינוהו ב"ד, מסתמא בחרו באיש נאמן וישר, ואם מינהו אבי היתומים, הלא האמין לו". וראו גם **שר"ת ישמח לבב** חו"מ, ח (קיח,א)).

הסבר דומה במקצת מציע **שר"ת ישמח לבב** שם. לדבריו, יש להניח שאפוטרופוס של יתומים לא ינצל את מעמדו כדי להתעשר על חשבונם של היתומים, כי "הכל יראים וחרדים מאביהם של אלו [=היתומים], שהוא רוכב בערבות וכו'". לפי הסבר זה, נראה שגם 'אפוטרופוס למעשה' (ראו בהרחבה **אנציקלופדיה תלמודית** ב, 'אפוטרופוס', עמ' קכח-קכט; "ק רייניץ, "האפוטרופוסות מכוח 'יתומים שסמכו אצל בעל הבית", **מחקרי משפט** א (תש"מ), 219) לא יידרש להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו. אך ראו **שר"ת משפט צדק** ב, נז שכותב לגבי אפוטרופוס מסוג זה ש"פשיטא דצריך לתת חשבון".

כמו כן, יש להעיר שההסבר של ערוך השולחן יכול להתאים גם לחיבי אמון אחרים, בעוד שההסבר של **שר"ת ישמח לבב** יכול להצדיק את הפטור מהגשת דין וחשבון רק כאשר חב האמון מנהל את עניינם של יתומים, נזקקים וכדומה.

ר"י ברמן ("שיטת האפוטרופוסות בישראל", בתוך: **ספר היובל לר"ל פישמן** עמ' מ) קושר את הפטור מן החובה להגיש דין וחשבון בפגיעה ברגשותיו של האפוטרופוס ("האפוטרופוס עוסק במצווה כמו גבאי, וב"ד מדקדקין מאוד במידותיו ומעלותיו וכו'. לאיש כזה, לעלבון ייחשב אם לא נאמינהו"). פגיעה זו יכולה הייתה להיות מוצדקת אמנם אילו היה בה כדי להבטיח את שמירת עניינם של היתומים, אך "מכיוון שהנהלת נכסי זר הוא ברובו דבר שבלב, מוטב שנעמיד

מהר"י וייל מודע כמובן למחלוקתם של אבא שאול וחכמים בעניין השבועה בסיום כהונתו של האפוטרופוס. אף על פי כן, הוא סברו שמחלוקת זו אינה נוגעת כלל למחלוקתם של רבי ורשב"ג, משום שהוא תופס את החובה להגיש דין וחשבון ככזו המערערת את האמון באפוטרופוס, יותר מכפי שעושה חיוב השבועה.<sup>766</sup>

במילים אחרות, השבועה נתפסת כאמצעי להבטיח שהאפוטרופוס לא טעה בחשבונותיו, בעוד שהחובה להגיש דין וחשבון מפורט רומזת שהוא העלים כספים מן היתומים. רבי סבר שחשש זה הוא ממשי, ובשל כך פסק שיש לחייב את האפוטרופוס להגיש ליתומים דין וחשבון מפורט בסיום כהונתו, בעוד שרשב"ג סבר שאין לחשוך במי שמונה כאפוטרופוס על ידי אבי היתומים או על ידי בית הדין, שימעל במזיד בכספם של היתומים.

#### 4.4 ירידת השבועה ועליית סעד החשבון

פרשנותם של מהר"י וייל ואחרים, שלפיה הגשת הד"ח בסיום כהונתו של האפוטרופוס נתפסה כאמצעי קשה מן השבועה, המערער במידה רבה יותר מן השבועה את האמון באפוטרופוסים, מסמנת התפתחות מרתקת של ההלכה.

מלכתחילה, לא אולצו אפוטרופוסים להישבע בסיום כהונתם שלא הותירו בידיהם דבר משל היתומים.

בדור הרביעי של התנאים נקבע תקנה המחייבת אותם לעשות כן, אך נחלקו אבא שאול וחכמים בהיקף תחולתה של תקנה זו. לדעת חכמים היא חלה על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, בעוד שלדעת אבא שאול היא חלה על אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין.

רבי יהודה הנשיא, בן הדור החמישי של התנאים ביקש להחמיר עוד עם האפוטרופוסים ולחייבם להגיש דין וחשבון בסיום כהונתם, אך עמדתו נדחתה על ידי אביו, רבן שמעון בן גמליאל.

אף על פי כן, חיוב הגשת הדין והחשבון חזר לעולמם של האפוטרופוסים 'בדלת האחורית', מכוח פרשנותו של 'העיטור' למחלוקת שבין רבי לרשב"ג, שלפיה עולה שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים נדרש להגיש דין וחשבון.

ואולם, המגמה להחזיר את הדין והחשבון שבסיום הכהונה לא באה לידי ביטוי

הכל על האימון ולא על החשבון, שאין לנו תמיד מסמכים ויסודות לבחון אותה" (שם).

<sup>766</sup> **שו"ת ישמח לבב** (שם) רמז גם לאפשרות שדרישת החשבון עלולה לשמש כלי בידיהם של היתומים כדי להוציא מידי של האפוטרופוס כספים שלא כדין ("החשבון באחרונה הוא מצודה רעה ודבר המזיק לאפוטרופוס, יען שדרך היתומים כשיגדלו שוכחים טובת האפוטרופוס ומה שטרח בשמירת נכסיהם, ואינם זוכרים רק מה שלקח בעד שכר טורחו ועמלו... ותמיד חורשים עליו רעה להתעולל ולהתנפל עליו... וגם יצטרך לזכור הנשכחות וסבי הסבות של כל פעולה ופעולה מהפעולות בכדי להשיב על השאלות שלהם... וכבר ראו עינינו מה שקרה לאיזה אפוטרופוסין...").

אך ורק בפרשנותו של 'העיטור' למחלוקת התנאים.

בהתאם למגמה זו, חכמי ישראל החלו לצמצם את ההלכה השוללת את חובתו של אפוטרופוס להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, בדרכים שונות.

כך למשל, רבי יצחק בר ששת, מגדולי חכמי ספרד במאה ה-14, פוסק שניתן לדרוש מאישה המבקשת להתמנות כאפוטרופוס לילדיה לאחר שהתייטמו מאביהם, להישבע או להגיש דוחות מעת לעת משום ש"בהא ליכא למיחש דילמא מימנע ולא עביד, כיון שהיא אמו ודעתה קרובה אצל בנה, וגם שהייתה חפצה בדבר".<sup>767</sup>

ודוק. השיקול של "דילמא ממנע ולא עבד" הוזכר אמנם בסוגיה העוסקת בחובתם של אפוטרופוסים להישבע בסיום כהונתם, אך לא הוזכר כלל בסוגיה העוסקת בחובתם להגיש דין וחשבון. אף על פי כן, ריב"ש סבור כנראה שבעיקרון מן הראוי להטיל על כל אפוטרופוס להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, אלמלא החשש שחובה זו תניא אנשים מלשמש כאפוטרופוסים. בהתאם לפרשנות זו, ריב"ש מחייב את האם האפוטרופוסית להגיש דין וחשבון, משום שבשל העניין האישי שיש לה בתפקיד, אין לחשוש שחובה זו תניא אותה מכוונתה לקבל על עצמה תפקיד זה.<sup>768</sup>

בתשובה אחרת<sup>769</sup> מטיל ריב"ש את החובה להגיש דין וחשבון בסיום הכהונה גם על אפוטרופוס "שנתמנה בערכאות של גוים ובדיניהם, ונתחייב לתת חשבון ליתומים, כי כן דרכם מחקיהם ומנימוסיהם, שהאפטרופא מתחייב לשופט הממנה אותו לתת חשבון שלם מכל הנכסים". זאת, מכוחה של ההנחה, שאפוטרופוס שמונה על ידי ערכאה המחייבת הגשת דין וחשבון מעת לעת הוכיח, בעצם נכונותו לקבל את המינוי, שהחובה להגיש דוחות אינה מרתיעה אותו מלקבל על עצמו את התפקיד, ובשל כך, בית הדין לא יחוש שמא הטלת חובת ההגשה של דין וחשבון תרתיע אותו מלקבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס.

בהתאם לעיקרון זה קובע רבי שלמה צרור, מגדולי החכמים באלג'יר של המאה ה-17, ש"אפטרופא שמינוהו בית דין, אף על פי שמן הדין אינו צריך לתת חשבון... דווקא אם לא נתן חשבון, אבל אם בא ונתן החשבון - כבר חייב עצמו בנתינת החשבון וצריכין בית דין לדקדק עמו בחשבון".<sup>770</sup> מאחר שמהר"ש צרור מניח שהפטור מן החובה להגיש דין וחשבון מבוסס על החשש שחובה שכזו תניא אדם מלשמש בתפקיד האפוטרופוס, הוא מניח שמי שכבר הגיש דוח גילה דעתו שחובה שכזו אינה מרתיעה אותו, ובשל כך, אין מניעה מלדרוש ממנו להגיש דוחות גם בעתיד.

בדורות מאוחרים יותר אנו יכולים למצוא בתקנות הקהילות ביטול כמעט מוחלט

<sup>767</sup> ש"ת ריב"ש תצה.

<sup>768</sup> בהתאם לעיקרון זה פוסק ערוך השולחן חו"מ רצ, לו, שכאשר אפוטרופוס מקבל שכר עבור מילוי תפקידו, ניתן לדרוש ממנו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו.

<sup>769</sup> ש"ת הריב"ש שכד (הובא להלכה ברמ"א חו"מ רצ, יז).

<sup>770</sup> תשב"ץ ד [חוט המשולש], טור ב, לג.

של עמדת רבן שמעון בן גמליאל, מכוחן של תקנות הקובעות שכל אפוטרופוס נדרש להגיש דין וחשבון בסיום הכהונה, בין אם הוא מקבל שכר ובין אם לאו, בין אם הוא גילה דעתו שהוא אינו נרתע מהגשת דוחות ובין אם לאו.<sup>771</sup>

רמז לסיבת ההחזרה של הדין והחשבון שבסיום הכהונה אל קדמת הבמה ההלכתית אנו מוצאים בתשובת הרב ישועה שמעון חיים עובדיה, מחשובי הרבני במרוקו בשלהי המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20, הכותב לפי תומו, ש"לא דברו הפוסקים שאין צריך חשבון אלא באדם כשר, וגם יש לו ידיעה ובקיאות לשמור נכסי היתומים והולך בתום לקרב הנאתם. הא לאו הכי הדר דינא לתת דין וחשבון לפני הבית דין או לפני אנשים בקיאים".<sup>772</sup>

מסתבר אם כן, שהפיחות במהימנותם של אפוטרופוסים הוביל לצמצום עיקרון האמון הקדום, השולל את חיובם של אפוטרופוסים בהגשת דוחות.<sup>773</sup>

## 5. חובתם של פקידי ציבור להגיש דוחות

להגשת דין וחשבון לציבור על ידי נציגי הציבור יש תקדים מקראי ידוע. פרשה שלמה בתורה עוסקת בדוח שהציג משה רבנו בפני העם, לאחר שנמסרו בידיו כסף, זהב, נחושת, עורות, עצים ובדים יקרים לטובת הקמת המשכן.

המדרש מתאר את לזות השפתיים כגורם העיקרי שהניע את משה רבנו להגיש דוח זה –

והביטו אחרי משה. רבי חמא אמר: היו אומרים, 'חמי קדל דבריה דעמרם [ראו צווארו של בן עמרם] וחברו אומר לו: 'אדם ששלט על מלאכת המשכן, אין אתה מבקש שיהא עשיר?', כששמע משה כך, אמר להם משה: 'חייכם, נגמר המשכן אתן לכם חשבון', אמר להם: 'בואו ונעשה חשבון'.<sup>774</sup>

מן המדרש עולה, שמשה רבנו יזם את הגדת הדוחות מרצונו החופשי, וזאת, אך ורק משום שהוא נוכח שבשל אי הגשת הדוח, קיימת ביקורת ציבורית כלפיו.

תכליתה של הגשת הדוח הייתה אפוא, הגברת אמון הציבור ברשות הציבורית

<sup>771</sup> ראו למשל, ברית כהונה חו"מ מערכת אלף, אות ד ("המנהג פשוט [בקהילת ג'רבה] דהאפוטרופוס עושה לו פנקס ובו כתוב כל הנכנס לידו מצד אחד וכל היוצא מידו מצד שני. ובעת שהדיינים או היתומים כשהגדילו תובעים החשבון, מראה להם... וכן ועד הבית דין בעיר ואם בישראל תובע לתת דין וחשבון על זה"). יש לציין, שאמנם המחבר, הרב משה כלפון הכהן נוקט בלשון "מנהג", אך הספר מתעד את תקנות קהילת ג'רבה ומנהגיה, ולכן יש להתייחס ל"מנהג" כאל תקנת הקהל.

<sup>772</sup> שו"ת ישמח לבב שם.

<sup>773</sup> וראו גם לעיל, הערה 518.

<sup>774</sup> מדרש רבה שמות נא, ו, וכעין זה גם במדרש תנחומא פקודי, ז.

העושה שימוש בכספי הציבור.

כאמור, משה הגיש את הדוח לציבור מיוזמתו. השאלה, האם נציגי הציבור נדרשים להגיש לציבור דוחות, נדונה בברייתא –

תנו רבנן: אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברין.<sup>775</sup> ואף על פי שאין ראייה לדבר, [יש] זכר לדבר, שנאמר: 'ולא יחשבו את האנשים אשר יתנו את הכסף על ידם לתת לעושי המלאכה כי באמונה הם עושים' (מלכים ב, יב, טז)<sup>776, 777</sup>.

גבאי הצדקה וגזברי ההקדש אינם נדרשים לדווח לציבור מה עשו בנכסים שנמסרו בידיהם.<sup>778</sup> הברייתא מדגישה שלקביעה ש"אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברין" אין ראייה. ואולם, לקביעה זו יש "זכר" בספר מלכים, שם מסופר שהגזברים שקיבלו לידיהם כספים לשם העברתם ל"עושי המלאכה" כדי שיחזקו את בדיק הבית, לא נדרשו להגיש דוחות המפרטים מה נעשה בכספים שהופקדו בידיהם.

בהבנת הסיבה לכך שהתקדים מספר מלכים אינו אלא "זכר", ולא ראייה של ממש, נחלקו הראשונים.

לפי רש"י, הפסוק מספר מלכים הוא בגדר 'זכר לדבר' בלבד, משום שפסוק זה עוסק בגזברי הקדש שנדרשים להעסיק פועלים לשם הגשמת מטרות ההקדש, ו"אי אפשר לעמוד על החשבון... בעל הבית טרוד בפועליו הוא, ואינשי [=ושוכח]<sup>779, 780</sup>.

לפי הסבר זה, ייתכן שהסיבה לכך שלא חייבו את הגזברים למסור דין וחשבון היא, שהיקף הפעילות שעליה הם היו מופקדים הפך חובה זו ללא מעשית. בשל כך, באופן עקרוני, ניתן היה לחייב פקידי ציבור להגיש דין וחשבון, כאשר היקף פעילותם מאפשר זאת. אף על פי כן, חכמים בחרו לפטור את גבאי הצדקה וגזברי ההקדש מן החובה להגיש דין וחשבון בסיוע כהונתם, אף כאשר היקף פעילותם

<sup>775</sup> אמנם, הרמ"א מעיר, בהתאם למדרש הנ"ל ליד הציון להערה 774, ש"מכל מקום, כדי שיהיו נקיים מה' ומישראל טוב להם ליתן חשבון" (רמ"א, יר"ד, סימן רנז, סעיף ב. וראו גם ביאור הגר"א שם, ס"ק א).

<sup>776</sup> כך הוא לפי הנוסח של התלמוד הבבלי בבא בתרא ט, א, דפוס וילנא. אולם בחלק מכתבי היד המקור להלכה זו נלמד מפסוק דומה, במלכים ב', כב, ז: "אך לא יחשב אתם הכסף הנתן על ידם כי באמונה הם עושים" ראו דקדוקי סופרים בבא בתרא שם, וכך גרסו חלק ניכר מן הגאונים והראשונים, ראו למשל: שאילתות דרב אחאי גאון סד; משנה תורה מתנות עניים ט, יא. על עניין זה ראה עוד: ש"ת שואל ומשיב תניינא א, פ (סב, ב ד"ה ובה עמדתי, מסביר שהפסוק שהביא הרמב"ם עוסק גם בגבאי צדקה, והרמב"ם ביקש להדגיש שהפטור מחובת ההגשה של דין וחשבון חל לא רק על גזברי ההקדש אלא גם על גבאי צדקה); ג, שעח.

<sup>777</sup> תלמוד בבלי בבא בתרא ט, א.

<sup>778</sup> כך מפרש גם רש"י בבא בתרא שם, ד"ה אין מחשבין: "לומר היכן נתתם מעות שגביתם".

<sup>779</sup> על פי תלמוד בבלי שבועות מה, ב.

<sup>780</sup> רש"י בבא בתרא שם, ד"ה שאין ראייה לדבר.

מאפשר להם להגיש לציבור דין וחשבון.<sup>781</sup>

בעלי התוספות<sup>782</sup> סברו שהפסוק מספר מלכים הוא בגדר 'זכר לדבר' בלבד מסיבה שונה. לדבריהם, גזברי ההקדש לא חויבו להגיש דין וחשבון משום "שהיו צדיקים גמורים", ובשל כך אין ללמוד מעניינם ראייה לכך שיש לפטור מחובה זו גם גזברים שאינם צדיקים גמורים.<sup>783</sup>

לפי הסבר זה, אפשר שהפטור מהגשת דין וחשבון לא יחול אלא על מי שמוחזק כאדם כשר ומהימן.<sup>784</sup>

אפשר שנכונותם של החכמים להסיק מן הפסוקים שבספר מלכים על קיומו של פטור גורף, החל על כל נאמני קהל, גם בדורות מאוחרים יותר, נובעת גם מן הרצון לעודד אנשים לשמש בתפקידים ציבוריים.<sup>785</sup>

אם זהו המניע לקיומו של הפטור האמור, אפשר שכאשר לאדם יש עניין מיוחד לקבל על עצמו את התפקיד (למשל, בשל שכר גבוה שישולם לו) הוא ידרש להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, שכן בנסיבות אלו, אין לחשוש שהחובה להגיש דין וחשבון תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד.<sup>786</sup>

נמצאנו למדים שההלכה הקלאסית הסתייגה מן הדרישה שפקידי ציבור יגישו

<sup>781</sup> וראו **העמק שאלה** סד, אות ה, הסבור שהפטור מהגשת דין וחשבון ניתן לגבאי צדקה וגזברי הקדש שהיקף פעילותם משמעותי, אם כי, לא כהיקף הפעילות של הגזברים שבעניינם נאמר ש"לא יחשבו" עמם.

<sup>782</sup> **תוספות** בבא בתרא שם, ד"ה ואע"פ. וראו גם: **יד רמה** בבא בתרא א, אות קד; **בית הבחירה** בבא בתרא שם.

<sup>783</sup> הסבר אחר הציע הרב אליהו שיק (**עין אליהו** ד, בבא בתרא ט, א ד"ה ת"ר (פט ע"ב)). לדבריו, בשפה העברית יש "עתיד המרשה" ו"עתיד המצווה". לפיכך, את המילים "ולא יחשבו" ניתן לקרוא בשתי דרכים: כתיאור של התרחשות צפויה שאין לו כל מעמד נורמטיבי, או כהוראה מחייבת, האוסרת על העם לדרוש מן הממונים להגיש דין וחשבון. בשל הספק הפרשני האמור, כל היסק נורמטיבי מן הפסוק אינו אלא "זכר לדבר" בלבד. אולם, לפי הסבר זה יש לדחות את מסקנתו ההלכתית של ערוך השולחן (שם), משום שאם השם הטוב הנלווה למינוי אינו מספיק כדי לעודד אנשים לקבל על עצמם תפקיד ציבורי, בשל הצורך להגיש דין וחשבון בסיום הכהונה, מניין לנו ששכר כספי יעודד אנשים לקבל על עצמם תפקיד ציבורי, למרות הצורך להגיש דין וחשבון בסיום הכהונה?

<sup>784</sup> כך אמנם סבור **העמק שאלה** שם, וכך עולה מדברי הרמ"ה שכתב שהפטור מחובת ההגשה של דין וחשבון בסיום כהונתו של הגזבר חל "דווקא היכא דמתחזקי בהימנותא [=במקום שמוחזקים כנאמנים], אבל היכא דלא מתחזקי בהימנותא, מסתמא מחשבין" (**יד רמה** בבא בתרא שם), וכך משמע גם מפסיקת הרמ"א י"ד רנז, ב. וראו גם **רד"ק** מלכים ב, יב, טז ("ולא יחשבו את האנשים - מכאן אמרו רבותינו ז"ל שאין מחשבין עם גבאי צדקה, כי כשממנין אנשים על הצדקה - אנשים נאותין ממנין, ואין מחשבין עמהם **שאין חושדין בכשרים**").

<sup>785</sup> כך סבור הנצי"ב (**העמק שאלה** שם), הקובע ש"חכמים ראו טובת הצדקה וההקדש להקל על הגבאים. וכמו שהקילו על אפורופוס יתומים... משום דאתי לאמנועי [=שיבוא להימנע]."

<sup>786</sup> כך אמנם פסק **ערוך השולחן** י"ד רנז, יב (וראו גם: **דרך אמונה** מתנות עניים ט, ס"ק סח; **פסקי דין ירושלים** ח, עמ' שלב).

דוחות על פעילותם מתוך הנחה, שמי שנבחר לכהן בתפקיד ציבורי חזקתו שהוא אדם נאמן, שאין צריך עוד לבדוק אחריו.

אולם, תופעה דומה לזו שהיינו עדים לה בעניינם של אפוטרופוסים וחייבי אמון אחרים התגלתה גם בעניינם של נאמני הקהל, ואולי אף ביתר שאת. במהלך הדורות התערער האמון בנאמנים ציבוריים, ובעקבות זאת שונתה גם ההלכה.

דומה כי העדות הראשונה לירידה באמון הציבור בגבאי הצדקה מצויה בתשובת רבי יצחק מוינה, בן המאה ה-13, שבה נקבע שלמרות הפטור העקרוני מן החובה להגיש דין וחשבון "מכל מקום יבררו ב' או ג' אנשים חשובים מן הקהילה שהגבאים יעשו תמיד חשבון לפניהם כמה יש מן הצדקה ומה עושים ממנה ומה רווח יש להם".<sup>787</sup>

מינוי 'ועדת ביקורת' שתכליתה לפקח ולבקר את פעילותם של גבאי הצדקה מעיד שככל הנראה היה צורך במינוי ועדה שכזו כדי להגן היטב על עניינם של העניים והנזקקים.

רבי משה חלאווה, מן החשובים שבפוסקי ספרד במאה ה-14 מעיד שבתקופתו "נתקלקלו הדורות, וכל מי אשר נשאו לבו להיות גבה רוח ולהיות גבאי משתרר בזה עד שיתמנה, רבו הגבאין שאינן ראויין",<sup>788</sup> ומשום כך נהגו "בכל מקום לחשב עמהן באחרונה".<sup>789</sup>

גם רבי יעקב וייל, בן המאה ה-15,<sup>790</sup> הכיר את התופעה של גבאי ש"לא נתמנה מדעת הציבור, אלא על ידי השררה או בחזקה ובאלמות, כגון שאימתו מוטלת על הבריות ואין אדם רשאי לדבר ולהתריס נגדו ולמחות בידו", ולגביו פסק ש"פשיטא שצריך לעשות חשבון".

לעיתים, הגבאי מונה אמנם מדעת הציבור, אך במשך הזמן נתערער האמון בו ו"קוראים עליו תגר שלא נהג כשורה וחושדין אותו ששלח יד בממון הציבור שלא כדין". גם בנסיבות אלו פסק מהר"י וייל,<sup>791</sup> שהגבאי חייב להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, ובלבד שבית הדין מצא שהחשד ש"שלח יד בממון הציבור" הוא חשד סביר ("דבר שראוי להסתפק בו לפי ראות עיני הדיין").

מצב זה לא השתנה גם בדורות הבאים, ואולי אף החמיר, כעולה מדבריו הנרגשים של הרב חיים הלברשטאם, האדמו"ר מצאנז, ומגדולי המשיבים במאה ה-19 –

ובעיני ראיתי גודל העושק הנעשה בעיר, והכל 'לשם שמיים'. וגם

<sup>787</sup> שו"ת מהר"ח אור זרוע סה.

<sup>788</sup> שו"ת מהר"ם חלאווה סימן צד, ד"ה תשובה אם.

<sup>789</sup> שם.

<sup>790</sup> שו"ת מהר"י וייל קעג. על תשובה זו ראו גם לעיל, ליד הציון להערה 765, וכן אצל רקובר, שלטון החוק עמ' 90-91.

<sup>791</sup> שם.

אם נמנה איזה נאמן, מסתמא נוטה אחר הנגידיים כידוע... ולכן נכון שביט דין של שלושה יעמדו היטב על המחקר... ואין להביא ראיה מדורות הראשונים, שרוב נגידי הקהל היו צדיקים כאשר אבותינו סיפרו לנו, וגם היה הבושה גדולה לפני תלמידי חכמים. אבל עתה בעונותינו הרבים המנהיגים המה לא בגדר צדיקים וחוצפא יסגא בעקבות משיחא... ועושים תקנות סדום, הכל 'לשם שמים'.<sup>792</sup>

מצב עגום זה הוביל להתפתחותן של תקנות ברבות מן הקהילות בישראל, שחייבו נאמני קהל להגיש דין וחשבון על פעולותיהם.<sup>793</sup>

## 6. סיכום

חובת הדיווח של חייבי האמון בדין העברי התפתחה בתהליך אבולוציוני איטי אך עקבי, שתחילתו בהלכה התנאית הקדומה, שהכירה בזכותו של הזכאי לדרוש מחייבי האמון להישבע **במהלך כהונתם**, "שלא בטענה".

נראה כי זכות זו נועדה מתחילתה לאפשר לזכאי **לפקח על פעילותו של חב האמון**, ולא בהכרח **להפריך חשדות נגדו**. בשל כך, לא נדרש הזכאי להעלות בפני בית הדין חשד כלשהו נגד חב האמון, על מנת לחייבו להישבע, ותוכן השבועה עסק הן בנכסים המצויים בידיו של חב האמון והן בניהול התקין של ענייניו של הזכאי.

פרשנות זו של השבועה השתמרה בעיקר בתלמוד הירושלמי ובתורתם של הגאונים. אולם, חכמי בבל הבינו את ההלכה בעניין זה בצורה שונה. לדידם, השבועה נועדה אך ורק **להפריך חשדות שלפיהן חב האמון ניצל את מעמדו לרעה**. כדי להצדיק את נכונותה של ההלכה להתחשב בחשדות אלו, שלכאורה היו חסרי בסיס עובדתי, נקבעה הנחה פסיכולוגית שלפיה חייבי האמון עלולים להורות היתר לעצמם למעול בכספים שהופקדו בידיהם.

ואולם, הנחה זו לא הובילה להטלת חשד אוטומטי על חייבי האמון, כזה המחייבם להישבע גם ללא שהועלתה נגדם טענה מכל סוג שהוא. רק חייבי אמון שהועלתה

<sup>792</sup> ש"ת דברי חיים א, חר"מ, כה.

<sup>793</sup> ראו למשל: **פנקס ועד ק"ק איטאליאני בוויניציאה** ז, שנת ת"ד ("יחויבו הגבאים עד כל חדש אלול לתת ולמסור חשבון צודק לפרנסים שלהם מכל מה שעבר על ידם, הכנסות והוצאות וכל מה שיש לגבות"); תקנות העיר גאיי, בתוך: 'הלפרין, **תקנות מדינת מעהרין** תקנה פח, עמ' 28 ("וידקדקו היטב ויעיינו על כל פרט, ויראו אם החשבון מכוון הוא. ואחר כך מחויבים האלופים מבוררים ללכת לבית מיוחד בפני עצמם, ולקחת אתם את כל הרשימות, ולעבור על כל חסרות ויתירות וחליפות, וישאו ויתנו אם כל ההוצאות הן כדת וכדין"). עדויות לקיומן של תקנות מסוג זה מצויות גם בספרות השו"ת (ראו למשל, **שו"ת פנים מאירות** ב, יז) ואף בפסיקת בתי הדין בישראל (ראו למשל: **בשערי בית הדין** א, עמ' 113-117, 263, 276-275, 358, 418) וראו גם, נחום רקובר, **שלטון החוק בישראל** ירושלים תשמ"ט, עמ' 89-91, וכן עמ"מ 9660/03 **עיריית רחובות נ' שבדרון** סעיף ט(5) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם ב'נבו').



נגדם טענת מעילה בסכום משמעותי נדרשו להישבע, ולדעת חלק מן הפוסקים, רק כאשר טענה זו הצליחה לטעת בלב בית הדין חשד סביר לכך שחב האמון אכן מעל בנכסים שהופקדו בידי.

בעקבות פרשנות זו צומצם באופן ניכר היקף תחולתה של ההלכה, והאפשרות להשביע את חייבי האמון במהלך כהונתם נעשתה לאפשרות תיאורטית, שקשה ביותר ליישמה.

החל מן הדור הרביעי של התנאים אנו מתחילים לשמוע על מוסד משפטי של "נושא ונותן בחשבון", המעיד על כך שלעיתים, במסגרת ההתחייבויות החוזיות שבין חב האמון לזכאי, נדרשו חייבי האמון להגיש דוחות במהלך כהונתם.

בדור החמישי של התנאים, רבי אלעזר קובע שגם מי שיש בביתו "גזבר נאמן", בכל זאת "יצור וימנה". קביעה זו, לדעת חלק מן הראשונים, מכירה לראשונה בזכותו של הזכאי לדרוש מחב האמון תצהיר החושף בפניו את מצבם של נכסיו בהווה, אף אם אין בו פירוט של ההוצאות וההכנסות.

לדעת אחרים, קביעה זו מעודדת את הזכאי לערוך 'רשימת מצאי' לפני מסירת נכסים בידי של חב אמון, או לסכם עמו על נוהל להגשת דוחות מכוחה של התחייבות חוזית.

מאוחר יותר, לגבי אפוטרופוסים או נאמנים העוסקים בניהול ענייניהם של קטינים, נזקקים וכדומה, נקבעה חובת הגשת דוחות במהלך הכהונה מכוחן של תקנות הקהילות. תקנות אלו משקפות את ירידת האמון בחייבי אמון אלו במהלך הדורות.

התפתחות דומה התגלתה גם בנוגע לחובת הדיווח בסיום הכהונה, בדיני האפוטרופוסות. נראה כי ההלכה התנאית הקדומה לא חייבה אפוטרופוסים להישבע בסיום כהונתם, אך מפנה בעניין זה חל בדור הרביעי של התנאים, עם קביעתה של התקנה המחייבת אפוטרופוסים להישבע בסיום כהונתם.

אמנם, התקנה הוגבלה לסוג מסויים מאוד של אפוטרופוסים, ובעניינה של הגבלה זו נחלקו אבא שאול וחכמים. אבא שאול סבר שהתקנה חלה על אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין בלבד, בעוד שחכמים סברו שהתקנה חלה על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים.

מן הדיון במחלוקת זו בתלמוד הבבלי עלה, שבמוקד המחלוקת עמד הרצון למנוע הרתעתם של מועמדים פוטנציאליים לתפקיד האפוטרופוס מלקבל על עצמם תפקיד זה.

אולם, מן הדיון במחלוקת זו בתלמוד הירושלמי עלה ששיקולים שונים לחלוטין הנחו את התנאים. לדעת חכמים, המבחן היחיד לעניין הטלת חיוב השבועה צריך להיות מבחן האישיות. בשל כך הם סברו, שאפוטרופוס שמונה לתפקידו על ידי רשות ציבורי, חזקתו שהוא אדם מהימן, ואין צורך לחייבו בשבועה. לעומתם, אבא שאול סבר שהמבחן היחיד לעניין זה צריך להיות מבחן המחוייבות לתפקיד.

בהתאם למבחן זה, אפוטרופוס המקבל תמורה עבור ביצוע התפקיד יידרש להישבע, בעוד שאפוטרופוס שאינו מקבל תמורה על כך, ש'עושה טובה' בלבד, לא יידרש לכך.

בדור הבא של התנאים, רבי יהודה הנשיא ביקש להעלות את חובת הדיווח מדרגה אחת, ולחייב את האפוטרופוסים להגיש לבית הדין וליתומים דין וחשבון בסיום כהונתם.

רש"י סבר שכוונתו של רבי יהודה הנשיא הייתה, להצמיד את הדוח לשבועה, ובדרך זו להטיל על אפוטרופוס שנדרש להישבע בסיום כהונתו, להישבע על תצהיר המפרט את הכנסותיו והוצאותיו במשך תקופת כהונתו.

ר"י ממרסיליא, בעל העיטור, סבר שרבי יהודה הנשיא ביקש לקבוע את הדוח כאמצעי בירור חלופי לשבועה, שבו ייעשה שימוש רק כאשר לא ייעשה שימוש בשבועה. בהתאם לפרשנות זו הוא הסיק, שלמעשה, בהתאם לפסיקת ההלכה במחלוקת בעניין חיובם של אפוטרופוסים להישבע בסיום כהונתם, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יידרש להגיש ליתומים דין וחשבון בסיום כהונתו.

אחרים סברו, שרבי יהודה הנשיא ביקש להוסיף בירור באמצעות הגשת דוחות בסיום כהונתו של האפוטרופוס, אך עמדתו בעניין זה נדחתה מן ההלכה לאחר שאביו, רבן שמעון בן גמליאל דחה אותה.

ואולם, כפי שקרה לחובה להגיש דוחות במהלך הכהונה, קרה גם לחובה לעשות כן בסיומה של הכהונה. בעקבות ערעור האמון הציבורי באפוטרופוסים, החלו הפוסקים לסייג את העיקרון הפוטר את האפוטרופוס מן החובה להגיש דוחות בסיום כהונתו בדרכים שונות. חלקם פסקו, שכאשר האפוטרופוס אינו נהנה מחזקת כשרות סיבות שונות, ניתן יהיה לחייבו להגיש דוחות. אחרים פסקו, שכאשר ניתן לגלות קיומו של עניין אישי במילוי התפקיד ניתן לחייב את האפוטרופוס להגיש דוחות, שהרי במקרה זה, אין לחשוש שהחובה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד. ולבסוף, היו שקבעו שכאשר ניתן ללמוד על נכונות משתמעת להגיש דוחות, יחוייב האפוטרופוס להגיש דוחות, משום שגם במקרה זה, אין לחשוש שהחובה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד.

עקרונות אלו יושמו למעשה לא רק על אפוטרופוסים של יתומים, אלא על חייבי אמון שמתוקף תפקידם נדרשו להגן על עניינם של חסרי ישע כקטינים, נזקקים, בעלי מוגבלויות וכדומה.

אולם, עקרונות אלה לא יושמו על חייבי אמון במרחב הפרטי. כאן, דומה כי ההלכה הותירה את עניין חיובו של חב האמון להגיש דוחות מסכמים בסיום כהונתו לרצונם הטוב של הצדדים, ולא קבעה חובה סטטוטורית הדורשת מחב האמון להגיש דוחות בסיום כהונתו, כל עוד לא דרש זאת הזכאי ממנו.

## 7. נספח: שטר שימוש בית דין

כאמור לעיל, רבי אלעזר קבע, ש"אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו, יצור וימנה", ורש"י הסביר שכוונתו היא, ש"יצור וימנה - הכסף שהוא מוסר בידו". אולם, גם לפי פירוש זה, לא מוטלת על מי שמוסר כספים בידיו של גזבר שכזה חובה לערוך מסמך כתוב ובו פירוט כל הנכסים שמופקדים בידיו של חב האמון.

התפתחות מרתקת של ההלכה בעניין זה אנו מוצאים בספר העיטור. בעל העיטור<sup>794</sup> קבע, שבעת העברת נכסי יתומים לאפוטרופוס, יש לערוך פירוט של כל הנכסים שעברו לשליטתו.

מסמך זה מכונה אצל הפוסקים בשם 'שטר שימוש'<sup>795</sup>, ויש המכנים אותו בשם "אוינטריר"<sup>796</sup> או "אינוטאר"<sup>797</sup>, כינויים המזכירים לנו את השטר הנוטריוני המודרני.

לפי גולאק, "דין זה על דבר מסירתם של הנכסים לאפוטרופוס על פי רשימה נתפשט, כנראה, בימי הפוסקים,<sup>798</sup> ובתקופת התלמוד לא היה נהוג, כי האפוטרופוסות הייתה מיוסדת בימים ההם על האמון ועל הבטחון".<sup>799</sup>

מדברי העיטור עולה שתכלית כתיבתו של השטר היא, להבטיח את יכולתם של היתומים, אם ירצו בכך, לבחון אם הוא החזיר להם את כל הנכסים שלהם, ולא

<sup>794</sup> העיטור אות פ, אפוטרופוס, ליד אות ל (הובא בחידושי הרשב"א גיטין נב, א, בר"ן על הר"ף גיטין כו, א, בדפי הר"ף, בש"ת הריב"ש שכד, ובשולחן ערוך חו"מ רצ, ג). רייניץ, האפוטרופוס עמ' 236, כותב ש"ההוראה כדבר שבחובה, לערוך 'החשבון בראשונה', יצאה מבית מדרשם של חכמי פרובנס", שהרי רבנו ירוחם, מישרים נתיב כו, חלק א, מביא הלכה זו בשם "גאון", והוא ככל הנראה בעל העיטור, שהרי לשונם דומה.

<sup>795</sup> הביטוי "שטר שימוש" מופיע לעיתים בכתבי הראשונים גם ככינוי לפרוטוקול בית הדין, והוא נקרא כך משום שהוא משמש את הדיינים כדי להיזכר בטענות הצדדים. ראו: ר"ף בבא מציעא יא ע"ב (בדפי הר"ף); חידושי הרשב"א כתובות כ, א. על לשון זו ראה בהרחבה: הרב שאול חנה קוק, "חומר להוראת שימוש", סיני כד, שפב-שפד; גדעון ליבזון, "שטר שימוש בית דין" (מחצ"ר) אצל רס"ג ובגניזה, וה'מחצ"ר המוסלמי" גנזי קדם ה (תשס"ט) 99, בהערה 12 ובעמ' 107, ע"פ מרגליות, גיטין ואחרים. אמנם, ליבזון מציין שהיו חוקרים שייחסו לשימוש' משמעות מצומצמת יותר, של "זכרון דברים כדי לעגן את העובדות בכתב לצורך ביטחון משפטי בדיון עתידי" (שם, עמ' 109).

אצל חלק מן הראשונים מכונה שטר זה "שטר משמוש", שהוא כינוי הרומז יותר לתכלית השטר - בדיקה (ראו למשל בתלמוד בבלי עירובין יג, ב: "ימשמש במעשיר", כפי שפירש רש"י שם, ד"ה ימשמש). לשון זו כתבו: ש"ת הר"ן ט (הובא בש"ת באר שבע לט, השאלה החמישית); ש"ת מים עמוקים ק; ש"ת בני חיי ח"מ א, ריב-ריג; ש"ת שאלת יעבץ ב, ב; ש"ת זקני יהודה סימן קל (א).

<sup>796</sup> ראו ש"ת הר"ן שם; ש"ת מהר"ם פדוואה לח.

<sup>797</sup> ש"ת הריב"ש שכד.

<sup>798</sup> אמנם, ראו ש"ת הרשב"א החדשות שעו, שכותב על שטר זה: "אנו לא ראינו מעולם מי שנהג כן במקומנו, אלא בודקין אחר אדם נאמן ומוסרין לו". אבל ראו הערה 16 של המהדיר, שם, שמציין מקומות אחדים שבהם הרשב"א כותב דין זה בפשטות.

<sup>799</sup> יסודי המשפט העברי ג, 150.

השאיר מהם בידיו. כך עולה גם מדברי הריב"ש<sup>800</sup> שמסביר ש"אף אם באחרונה אין מחשבין עמהם, הרי יראו הבית דין לפי השטר ההוא אם מחזיר להם את שלהם. ואם בית דין ימצאו ברשותו בעין מאותן מטלטלים,<sup>801</sup> הרי הן בחזקת היתומים. וכן אם יחסר מן הנכסים כל כך, שאי אפשר שהוציא אותן בצרכי היתומים, ויראה לבית דין בברור שהוא גזלם, אין ספק שהבית דין מונעין אותו ומוציאין ממנו"<sup>802</sup>.

עריכתו של השטר מוטלת על בית הדין,<sup>803</sup> וככל הנראה היא אינה תלויה בשאלה, האם האפוטרופוס חייב על פי דין להישבע או לתת ליתומים דין וחשבון בסיום כהונתו או לאו.<sup>804</sup>

לפי הראב"ד,<sup>805</sup> "כותבין שני שטרות, אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים של יתומים אות באות<sup>806</sup>, והוא הנקרא שטר שמוש בית דין"<sup>807</sup>. הדעת נותנת, שהדרישה

<sup>800</sup> ש"ת הריב"ש שכד.

<sup>801</sup> מדברים אלו משמע שאין כותבים שטר שימוש על מקרקעין. אבל מנוסח שטר השימוש שבספר העיטור (להלן, הערה 807) משמע שהיו כותבים שטר שימוש גם על מקרקעין. גולאק (לעיל הערה 799, בעמ' 149) משער ש"מתחילה הנהיגו לכתוב שטר שימוש בית דין על המיטלטלין שמסרו לאפוטרופוס, ואחר כך התחילו כותבים גם על הקרקעות". אך לא מצאנו תימוכין להשערה זו, וראו גם רייניץ, האפוטרופוס עמ' 237, הערה 315, שדוחה אותה.

<sup>802</sup> וראו סמ"ע חו"מ רצ, ס"ק ט, ונתיבות המשפט רצ, ס"ק א, על מצבים שונים שבהם האפוטרופוס חייב להישבע, ומחמתם חשוב שיהיה שטר עם פירוט הנכסים.

<sup>803</sup> כך משמע מדברי העיטור שם (ע"ב), וש"ת הר"ן ט. יש להעיר שמדברי הר"ן (שם) משמע שכתבתו של השטר אינה בגדר חובה גמורה ("ראוי להם שיעשו כך, לתועלתם של היתומים"). אבל אצל רבים מן הפוסקים מופיע נושא זה כחובה גמורה. ראו למשל: שולחן ערוך חו"מ רצ, ג ("כשימנו אותו, צריכין בית דין לחשוב עמו ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל דבר שמוסרים בידו"); ש"ת תורת חסד רלט, ולהלן, אחר הציין להערה 813.

וראו גם בש"ת באר שבע לט, השאלה החמישית, המליץ לאפוטרופוס לדאוג לעריכת שטר שימוש אף אם בית הדין לא עשה זאת, כדי להסיר מעצמו לזות שפתיים (וראה שם, בסוף שאלה שביעית).

<sup>804</sup> ראו: ש"ת תורת חסד שם, ד"ה על כן נלע"ד; ש"ת אבקת רוכל קנט; ש"ת בעי חיי חו"מ א, ריב-ריג (בשם ש"ת מהריב"ל ב, כח, ש"ת דברי ריבות כח, וש"ת מהרש"ך א, קפז); כנסת הגדולה חו"מ רצ, הגהות הטור, אות כה; פעמוני זהב רצ, ג; כרם חמר ב, נח, ד"ה אפוטרופא; רייניץ, האפוטרופוס עמ' 239-240. אמנם, מש"ת אבקת רוכל (שם) משמע שיש תלות בין חובת האפוטרופוס לערוך דין וחשבון בסיום כהונתו לבין החובה לערוך שטר שימוש. לדבריו, אם אין משביעים את האפוטרופוס אלא מחייבים אותו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, יש לערוך שטר שימוש, כדי שניתן יהיה לערוך השוואת חשבונות.

<sup>805</sup> מובא בר"ן על הר"ף גיטין כו, א (דפי הר"ף), ד"ה גמ' (לא ברור אם בעל הדברים הוא הראב"ד, בעל ההשגות על הרמב"ם, או הרב אב"ד; ראה בעיטור שם, ובשער החדש שם, אות לא). ראו גם: חידושי הרשב"א גיטין נב, א, ד"ה ר' אומר; ספר השטרות שטר נח; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים גיטין נב, א (ד"ה וצריך); ש"ת הריב"ש שכד, תצה; תשב"ץ ג, רכ, רלז; שולחן ערוך, חו"מ רצ, ג; ש"ת אבקת רוכל קנב; ים של שלמה גיטין ה, ו; ש"ת בעי חיי חו"מ א, ריד; ש"ת תוקפו של יוסף ב, קכד.

<sup>806</sup> וראו גם: רבנו ירוחם, מישרים שם; ר"ן על הר"ף שם וש"ת הר"ן שם; טור חו"מ שם.

<sup>807</sup> זהו נוסח שטר השימוש שבספר העיטור, שם, דף עח ע"ד: "במותב תלתא הוינא לאוקמי אפטרופא להלין יתמי דפלוני בן פלוני, דחיי לרבנן ולכל ישראל שבק, ואשכחנא ליה מקרקעי כך וכך ומטלטלי ומאני כך וכך וחובות כך וכך, ובדקינן איניש מהימנא ואשכחנא הדין פלוני

להפקיד עותק אחד של שטר השימוש בידי קרוביהם של היתומים נועדה לאפשר ליתומים לתבוע את האפוטרופוס בתום כהונתם, כאמור.

פוסקים אחרים נקטו שמוסרים את שטר השימוש בידי בית הדין, ולא בידיהם של הנהנים או נציגם<sup>808</sup>.

בהתאם לכך, נקבע בתקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל<sup>809</sup>: "במינוי או באישור מינויו של אפוטרופוס, לרבות מנהל עיזבון ומנהל הקדש, על ידי בית הדין, ידרוש בית הדין פירוט הרכוש הנמסר לאפוטרופוס. דרך הגשת הפירוט, מועד ההגשה ואופן אימות הפירוט ייקבעו על ידי בית הדין". ועוד נקבע: "אחר אימות הפירוט, יוציא בית הדין שטר פירוט הרכוש, שהעתק אחד ממנו יישמר בתיק בית הדין והעתק יימסר לכל אחד מהאפוטרופוסים"<sup>810</sup>.

מנוסחו של שטר השימוש<sup>811</sup> עולה שבפירוט נכסי ההקדש יש לכלול את כל נכסי ההקדש, מקרקעין ומיטלטלין.

יש שכתבו שיש לכלול בו גם את כל ה"חובות"<sup>812</sup>, אך לא ברור אם הכוונה לחובות שאחרים חייבים להקדש, לחובות של ההקדש או לשניהם גם יחד. כעניין של מדיניות, נראה שיש לפרט הן את חובות ההקדש והן את חובותיהם של אחרים להקדש, כדי שתהיה תמונה ברורה של הנכסים העומדים לרשותו של חב האמון.<sup>813</sup>

בנוגע לתוצאות הפרתה של החובה לכתוב את שטר השימוש, פסק בעל העיטור<sup>814</sup>

---

דגברא זריזא ומהימנא הוא וידע לאפוכי בזכותא דיתמי, ומנינן ליה אפטרופוס, ומנינן ליה כל הלן נכסי למעבד בהון כאפטרופוס בקי ומהימן, ויהא ליה רשותא למיעבד ולמיזבן כל מידי דמצטריך ליתמי מיומא דנן עד דגדלי יתמי, ומאי דאיתגלי לנא מנכסי דיתמי יהבינן לדידיה כאפטרופוס, בשנת כך וכך שאנו מונים, ופלוני ופלוני עדים". בשער החדש, על העיטור, שם, אות ג, הציע שהגרסה צריכה להיות: "יהבינן לדידיה באפטרופוסות", או: "יהבינן ליה לדידיה לאפטרופוס".

<sup>808</sup> **ספר השטרות** (ל"י ברצלוני), עמ' 7 (יש נמי שכותבין שטר אחד בהאי ליטנא, אות באות תיבה בתיבה, שיעמוד ביד נאמן אחד או ביד בית דין, וכל מה דאפשר לעיוני ליתמי טפי [לענין ליתומים יותר], עדיף); **ספר העיטור** שימוש, מט, ב (ביד נאמן); **שולחן ערוך** חו"מ רצ, ג (אחד לאפטרופוס ואחד לבית דין). וראו להלן, אחרי ציון הערה 809.

<sup>809</sup> תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תשנ"ג, תקנה קצ"ב, ס"ק (1). והשווה לנוסח תקנה קע"ו של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תש"ך.

<sup>810</sup> שם, ס"ק (2).

<sup>811</sup> לעיל, הערה 807.

<sup>812</sup> ראו: **חידושי הרשב"א** גיטין נב, א; **ש"ת הרשב"א** ב, קמז; **מגיד משנה** נחלות יא, ה; **טור** חו"מ רצ, ה; **ש"ת הר"ן** ט; **ר"ן על הר"ף** גיטין כה, ב (בדפי הר"ף).

<sup>813</sup> אין נראה שהכוונה לחובות המוטלות על ההקדש, שהרי בש"ת הרשב"א שם מזכיר בענין אפוטרופוס ליתומים "חובות ופקדונות", ולגבי פקדונות ברור שהכוונה לחפצים של העיזבון המופקדים בידי אחרים, שאילו פקדונות של אחרים המופקדים אצל היתומים (או שהופקדו אצל אביהם המנוח), אין לרשום, אלא יש להשיבם מיד לבעליהם.

<sup>814</sup> **העיטור** אפטרופוס, עח, ג.

ש"בית דין שמינו אפוטרופוס ולא חשבו [=לא ערכו חשבון של נכסי היתומים], צריך להוציא הכל מידם בשבועה כתחילה, ולכתוב הכל". כלומר, שאם לא עשו פירוט של הנכסים בעת העברת השליטה בהם לאפוטרופוס, יש להוציא מידיו את הנכסים, תוך הצהרה בשבועה מצדו שלא הותיר מהם בידי. לאחר מכן יש לערוך פירוט בכתב של הנכסים, ושוב להעביר לנאמן את השליטה בהם. מכאן, שפירוט נכסי ההקדש הוא תנאי להעברת השליטה בנכסי ההקדש לידי של הנאמן.

## חלק רביעי

### חובת ההשגחה

חובת ההשגחה (Duty of care) נועדה לקבוע תקן התנהגות שתכליתו להנחות את חב האמון כיצד עליו למלא את התפקיד שהוטל עליו.

במובחן מן החובה למלא את התפקיד בנאמנות, שהיא חובת לא תעשה, המבקשת להגביל את כוחו של חב האמון, חובת ההשגחה היא חובת עשה,<sup>815</sup> המבקשת להבהיר כיצד על חב האמון למלא את תפקידו.<sup>816</sup>

הבדל נוסף שבין חובת ההשגחה לחובה למלא את התפקיד בנאמנות קשור לתחימת גבולותיהן של החובות. טבעה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות הוא, שהיא קובעת איסורים ברורים, שגדרם ידוע ומובן. לעומתה, חובת ההשגחה מנוסחת בדרך המותירה לה "קצוות פתוחים"<sup>817</sup> המאפשרים לבתי המשפט לעצבה ולהרחיב את היקפה ומשמעותה בהתאם לצרכי המקום והשעה. בשל כך מקובל לומר שחובות הנגזרות מחובת ההשגחה הן חובות אלו כחובות שאין להן שיעור,<sup>818</sup> המכילות "איכויות שמניינן לא יבוא בחוק".<sup>819</sup>

ההשגחה על קידום ענייניו של הזכאי דורשת מחב האמון לבצע את התפקיד שהוטל עליו באופן אישי, ולא להעביר את סמכויותיו לאחרים. בהפעילו את סמכויותיו, חב האמון נדרש לבצע את תפקידו בשקידה.

---

<sup>815</sup> ראו Arthur B. Laby, "Resolving Conflicts of Duty in Fidiciary Relationships" 54 *American University Law Rev.* 75, 78 ("The duty of loyalty is primarily a negative duty not to harm the principal... The duty of care is positive—a duty to promote the ends of the principal")

<sup>816</sup> ראו גם פרנקל, *דיני אמון עמ'* 169.

<sup>817</sup> Laby, *ibid* ("The duty of care is... open-ended and variable in nature")

<sup>818</sup> כרם, *נאמנות עמ'* 452.

<sup>819</sup> דנ"א 1522/94 שמואל נייגר נ' רינה מיטלברג פ"ד מט(5) 314 (להלן: פרשת נייגר).

## א. ביצוע אישי

### 1. כללי

ביצוע אישי משמעו, שחב האמון נדרש להימנע מהעברת סמכויותיו לאחרים. הוראות מפורשות בעניין זה קיימות, למשל, בסעיף 10(ד) של חוק הנאמנות ("נאמן אינו רשאי לאצול מתפקידו לזולתו"), ובסעיף 16 של חוק השליחות ("אין שליח עושה שליח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא").<sup>820</sup>

החובה לבצע את התפקיד באופן אישי מבוססת על אופיים של יחסי האמון שבין הזכאי לחב האמון. הזכאי בוחר בחב האמון לשם ביצוע תפקיד, בשל ההערכה האישית והמקצועית שיש לו כלפיו. הזכאי סומך אם כן על חב האמון שיבצע את תפקידו באופן אישי, ובשל כך חב אמון ש"מוכתבת לו דרכו, ואין הוא פועל על פי מצפוננו ושיקול דעתו - לא באמונה הוא עושה".<sup>821</sup>

חובה זו מקפלת בתוכה את הנחה שמן הראוי להתעכב עליה מעט. הנחה שלפיה האמון שיש לזכאי בחב האמון הוא מוגבל. הזכאי סומך על חב האמון שיפעיל את שיקול דעתו ומיומנותו המקצועית בדרך הטובה ביותר לשם קידום ענייניו, אך אין הוא סומך עליו שיידע לבחור אנשים שיקדמו את ענייניו בדרך הטובה ביותר.

ניתן לאמץ גם הנחה שונה, שלפיה, האמון שנותן הזכאי בחב האמון הוא מוחלט, ובשל כך, משעה שנתן הזכאי את אמונו בחב האמון, מוסמך חב האמון לבצע כל

<sup>820</sup> בנוגע לדינו של מנהל עיזבון, ראו שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965**, ג, עמ' 192.

אמנם, ניתן להסביר הוראה זו על יסוד ההנחה שמינויו של שליח אינו בגדר "פעולה משפטית" שיכולה לשמש נושא לשליחות בהתאם לסעיף 1 לחוק השליחות, ולא על יסוד ההנחה שהעברת השליחות לאחר מהוה הפרה של חובת אמון המוטלת על השליח. לדיון בשאלה עקרונית זו, ראו: **ברק, שליחות** סעיף 1023, ומנגד, גואליטרו פרוקצ'יה **דיני שליחות בישראל** עמ' 385-386 (להלן: פרוקצ'יה, שליחות).

לשם השלמת התמונה יש להעיר שקיימת מחלוקת פרשנית בנוגע למשמעותה של ההוראה שבחוק השליחות. לפי פרופ' ברק, ההוראה נועדה לאסור את מינויו של "שלוח משנה" (Sub-agent), שהוא נציגו של השליח, ולא לאסור את מינויו של "שלוח מחליף" (Substitute-agent), שהוא נציגו של השולח (**ברק, שליחות** סעיף 1002). לעומתו, פרופ' פרוקצ'יה טען שהאיסור נוגע הן למינויו של שלוח משנה והן למינויו של שלוח מחליף (**פרוקצ'יה, שליחות** עמ' 383-384). המחלוקת בעניין זה אינה משמעותית לנושא הדיון כאן, משום שהן במינויו של שליח משנה והן במינויו של שליח מחליף, השלוח מתנער מחובתו לבצע את תפקידו באופן אישי.

<sup>821</sup> בג"צ 750/84 **יגאל כהן נ' ראש עיריית רחובות** (פורסם ב'נבו', צוטט בהסכמה בע"א 9225/01 **רונית זימן נ' גד קומרון** פסקה 9 של פסק הדין). וראו גם, דברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, סעיף 437 ("בחיוב אמון הכלל הוא שאין להתיר לחב האמון לאצול את חיובו לאדם אחר, וזאת בשל הסתמכותו של הזכאי על אישיותו של חב האמון"), וכן אצל **כרם, נאמנות** סעיף 218, עמ' 464.



פעולה שלפי מיטב שיקול דעתו מקדמת את ענייניו של הזכאי, כולל העברה של סמכויותיו לאחרים.

הנחה זו אומצה, למשל, בסעיף 1949 של הקוד האזרחי הצרפתי (Code Civil), הקובע שהשליח רשאי למנות שליח אחר תחתיו, כל עוד הדבר לא נאסר עליו במפורש.

נראה אפוא, שהחובה, כפי שעוצבה בדין הישראלי, משקפת תפיסה הגורסת שהאמון בחב האמון מוגבל מזה שניתן בו בקוד האזרחי הצרפתי.

## 2. ביצוע אישי ושיקול דעת אישי

ההוראות מחוק הנאמנות ומחוק השליחות שהוזכרו לעיל, משתמשות בצורת ניסוח **שליחית**, שתכליתה **לאסור** על חב האמון להעביר סמכויות לאחרים. סעיף 437 להצעת חוק דיני ממונות מציג צורת ניסוח הפוכה, שלפיה "חב אמון יקיים את חיוביו וימלא את תפקידיו באופן אישי".

בדברי ההסבר להצעת החוק לא יוחסה חשיבות רבה לשינוי צורת הניסוח, אך נראה שיש לשינוי זה משמעות דרמטית. סעיף 10(ד) של חוק הנאמנות עסק בהאצלה של התפקיד. ההאצלה היא מעשה פורמאלי של העברת סמכות מאדם לאדם. בדומה לכך, סעיף 16 לחוק השליחות אוסר על השליח לעשות "שליח לנושא שליחותו". גם כאן, ההוראה מתמקדת באיסור למנות אדם ובכך להעביר אליו סמכויות. לכן, אם, למשל, יבחר הנאמן לבסס את החלטותיו על הצבעה שתיערך בקרב בני משפחתו, לא יעבור על איסור ההאצלה, ואף השליח לא יעבור על ההוראה שבסעיף 16 לחוק השליחות אם יעשה כך.

לעומת זאת, נראה כי במידה ויתקבל הנוסח המוצע בהצעת חוק דיני ממונות, יעבור הנאמן על החובה לבצע את תפקידו באופן אישי, משום שהחלטה המתבססת על עמדותיהם של אחרים אינה מתיישבת עם החובה לבצע את התפקיד "באופן אישי".<sup>822</sup>

שינוי נוסח זה מבטא הרחבה של היקפה של החובה לבצע את התפקיד באופן אישי מחד גיסא, אך גם, צמצום של היקפו של האמון שניתן בחב האמון מלכתחילה.

## 3. בין האצלה להסתייעות

לא תמיד יש בכוחו של חב האמון לבצע בעצמו את כל הפעולות הדרושות לשם מילוי תפקידו. בשל כך, אילו היינו דורשי מחב האמון לבצע את כל תפקידיו באופן אישי ללא סיוע זר, היה בכך כדי לפגוע ביכולתם של חייבי האמון לבצע את תפקידיהם בהצלחה.

<sup>822</sup> אמנם, ייתכן לטעון שביסוס ההחלטה על דעתם של אחרים מהווה הפרה של חובת השקיפה,

וראו להלן, אחר הציון להערה 842.

בשל כך מקובל לקבוע, שאיסור ההעברה של התפקיד לאחרים אינו שולל את זכותו של חב האמון לקבל סיוע מאחרים. כך למשל, סעיף 10(ד) של חוק הנאמנות קובע שאין באיסור ההאצלה "כדי למנוע העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות".<sup>823</sup> סייג דומה נקבע גם בסעיף 437 להצעת חוק דיני ממונות, ולפיו, החיוב לבצע את התפקיד באופן אישי אינו שולל את זכותו של חב האמון "להסתייע באדם אחר" לשם ביצוע התפקיד.<sup>824</sup>

ואולם, ההבחנה שבין האצלה אסורה להסתייעות מותרת איננה פשוטה, וכבר התחבטו בה רבים. כך למשל, כרם הציע שני מבחנים אפשריים, שמקורם במשפט האגלו-אמריקאי. המבחן הראשון הוא **מבחן שיקול הדעת**. לפי מבחן זה, חב האמון רשאי להסתייע באחר כ'קבלן ביצוע', אך אינו רשאי להעביר לאחר את שיקול הדעת שהוא נדרש להפעיל.<sup>825</sup>

כרם מבקר מבחן זה משלוש סיבות. ראשית, הוא טוען ש"אין לך כמעט פעולה שאינה דורשת מידה מסוימת של שיקול דעת".<sup>826</sup> שנית, הוא טוען ש"במקרים רבים אין הצדקה להטיל על הנאמן לקבל אישית כל החלטה הכרוכה במילוי תפקידיו. מומחה לעניין עשוי להחליט ולפעול בצורה טובה יותר מהנאמן עצמו".<sup>827</sup> ושלישית, "לא ניתן לקבוע אמת-מידה לטווח שיקול הדעת שמותר לנאמן לאצול לאחרים; כלומר: מהו מרחב שיקול הדעת שאצילתו היא אצילת תפקיד, ומהו לעומתו – מרחב שיקול הדעת שאצילתו אינה אצילת תפקיד".<sup>828</sup>

דומה כי ביקורתו של כרם נובעת מערבוב מושגי בין שני סוגים של שיקול דעת: **שיקול דעת מהותי**, לעומת **שיקול דעת טכני**. שיקול הדעת הטכני עוסק בשאלה,

<sup>823</sup> סייג דומה לא נקבע אמנם בסעיף 16 לחוק השליחות, אך מקובל שגם שליח רשאי להסתייע באחרים לשם ביצוע שליחותו, כל עוד אין הוא מעביר את התפקיד שהוטל עליו לאחר (וראו **ברק, שליחות** סעיף 1007). וראו לעניין מנהל עיזבון אצל **שילה, ירושה** שם. לדעת פרופ' פרוקצ'ה, ההוראה שבסעיף 10(ד) לחוק הנאמנות אינה מתאימה לדירקטור בחברה, משום ש"מן המפורסמות היא שלעתים חייב הדירקטוריון כולו, והדירקטורים המרכיבים אותו, להסתייע בעזרת הזולת ולהאציל לו מסמכיותיהם" (אוריאל פרוקצ'ה **דיני חברות חדשים לישראל** סעיף 216, עמ' 338. להלן: פרוקצ'ה, חברות). בעניין זה אנו נוטים להסכים עם כרם, שסבר שחובתו של הדירקטוריון להסתייע באחרים, אינה גורעת מחובתו לפקח על פעולתו של הגורם שבו הוא מסתייע, ובשל כך, הסתייעות זו אינה מנוגדת לעיקרון שלפיו אין חב האמון רשאי לאצול מתפקידו לאחרים (ראו **כרם, נאמנות** 465, ליד הציון להערה 120). תפיסה זו עולה בקנה אחד גם עם ההוראה שבהצעת חוק דיני ממונות (להלן, אחר הציון להערה זו) המחילה את איסור ההאצלה על כל חייבי האמון באשר הם.

<sup>824</sup> על פי דברי ההסבר להצעת החוק, המעבר מהעסקה להסתייעות נועד להבהיר ש"האדם האחר אינו חייב דווקא להיות מועסק על ידי חב האמון".

<sup>825</sup> **כרם, נאמנות** עמ' 466.

<sup>826</sup> שם.

<sup>827</sup> שם.

<sup>828</sup> שם.

"איך" לבצע פעולה מסוימת, בעוד ששיקול הדעת המהותי עוסק בשאלה, "האם" לבצע את הפעולה. נראה כי מבחן שיקול הדעת מתמקד בהאצלת שיקול הדעת המהותי, ולא בהאצלה של שיקול הדעת הטכני.

אכן, ביצוע של כל פעולה דורש הפעלה של שיקול דעת, אך זהו שיקול דעת טכני. מומחה שבו מסתייע חב האמון רשאי להפעיל שיקול דעת טכני, אך אין בכך כדי לפטור את חב האמון מן החובה לקבל מן המומחה תמונה מלאה של הסיכונים והסיכויים שבביצוע פעולה מסוימת, ולאור תמונה זו, להחליט בעצמו האם וכיצד לפעול. לכן, ניתן גם לקבוע, בקלות יחסית, מהו "מרחב שיקול הדעת שאצילתו היא אצילת תפקיד", לעומת "מרחב שיקול הדעת שאצילתו אינה אצילת תפקיד". שיקול דעת מהותי הוא שיקול דעת שאצילתו היא בגדר אצילת תפקיד, בעוד ששיקול דעת טכני איננו בגדר זה.

המבחן השני שמציע כרם הוא **מבחן הסיכון**. לפי מבחן זה, הקו המפריד בין 'האצלה' להסתייעות' קשור לרמת הסיכון הצפויה עקב העסקתו של אדם. כאשר העסקת אדם כמסייע לחב האמון עלולה "לסכן לכל היותר חלק קטן של נכסי הנאמנות", העסקה זו לא תחשב כאצילת התפקיד, בעוד שכאשר ההעסקה עלולה לסכן חלק משמעותי של נכסי הנאמנות, היא תחשב כאצילת התפקיד.<sup>829</sup>

מבחן זה הוא בעייתי משתי סיבות. ראשית, אין הוא מאפשר הבחנה ברורה בין אצילת תפקיד להעסקת אדם לצורך ביצוע פעולות.<sup>830</sup> ושנית, מבחן זה אינו נותן משקל ראוי לאינטרס ההסתמכות של הזכאי. הזכאי הסתמך על כך שחב האמון יבצע באופן אישי את חיוביו, ונראה כי הסתמכות זו אינה מוגבלת לרמת סיכון זו או אחרת. אם יש להגן על הסתמכות זו, קשה להבין מדוע רמת הסיכון תשפיע על רמת ההגנה שתניתן.<sup>831</sup>

ההבחנה שבין האצלה אסורה של התפקיד להסתייעות מותרת, נדונה בהרחבה במשפט המנהלי, ונראה כי יש מקום להשליך מן הדין שנקבע במשפט המנהלי בהקשר זה לדיני האמון.

<sup>829</sup> שם, עמ' 467.

<sup>830</sup> שם.

<sup>831</sup> בשל הקשיים שמוצא כרם בשני המבחנים, הוא מסיק (שם) ש"אין מבחן אחד, חד-משמעי, שעל פיו ניתן לקבוע איזו פעולה חייב נאמן לבצע בעצמו ואיזו רשאי הוא להעביר את ביצועה לאחרים", ובשל כך "יש צורך לבחון בכל מקרה, בהתאם לנסיבותיו המיוחדות, אם העברת ביצועה של פעולה מסוימת לאחרים היא אצילת תפקיד" (שם). מסקנה זו אינה מקדמת את ההבנה של איסור ההאצלה, והיא אף זורעת חוסר וודאות משפטית, משום שבהעדר קנה מידה קבוע להבחנה שבין אצילת תפקיד להסתייעות, היא שוללת מחב האמון את היכולת לדעת מראש האם הוא רשאי להעביר את ביצועה של פעולה מסוימת לאחרים או לאו. יתר על כן. בהעדרו של מבחן מוסכם להבחנה שבין האצלה להסתייעות, כלל לא ברור מה יהיו הפרמטרים שלאורם ניתן יהיה "לבחון בכל מקרה, בהתאם לנסיבותיו המיוחדות, אם העברת ביצועה של פעולה מסוימת לאחרים היא אצילת תפקיד".

כלל מקובל וידוע במשפט המנהלי הוא, שרשות שלטונית שהחוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואין היא רשאית להאצילה לאחר, אלא אם הורשתה לכך בדין.<sup>832</sup>

איסור זה מבוסס על ההנחה שהסמכות המנהלית נמסרה בידי של אדם משום שבשל מעמדו, כישוריו ומיומנותו הוא נמצא מתאים להפעלתה של הסמכות.<sup>833</sup> מן הקביעה שככלל המפקח אינו רשאי לאצול מסמכויותיו לגורמים פרטיים, אין להסיק שהוא אף אינו רשאי לקבל עזרה במילוי תפקידו מגורמים פרטיים –

הפסיקה הבחינה בין אצילת הסמכות, ובין קבלת עזרה מאחר לשם ביצוע הסמכות. בעל הסמכות רשאי להיעזר בגורם אחר לביצוע תפקידו, לצורך מילוי תפקידו, על-ידי העברה של תפקידים בעלי אופי טכני, ואפילו כרוכה בכך הפעלה מוגבלת של שיקול דעת על-ידי אותו גורם... ההבחנה בין אצילה לבין היעזרות בעניינים טכניים אינה תמיד קלה... האבחנה העיקרית שנעשתה בין אצילה והסתייעות נגזרה מהיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוענק לגורם הנאצל על-ידי הרשות המוסמכת והתמקדה במהות התפקיד המוטל על האחר, דהיינו, האם מדובר בתפקיד הכרוך בהפעלת שיקול דעת מנהלי או שמא מדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותיר את שיקול הדעת המנהלי בידי הרשות.<sup>834</sup>

<sup>832</sup> בג"צ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות פ"ד מו(1) 410, 420; (להלן: פרשת פיליפוביץ'); בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (פורסם ב'נבו') סעיף 17 של פסק הדין (להלן: פרשת עיר עמים); ע"א 3962/97 בארותיים מושב עובדים נ' ארד מרים ואח', פ"ד נב(4) 614, 618 ("בעל סמכות חייב להפעילה באופן אישי, ואינו רשאי לאצול אותה לאחר אלא אם הורשה לכך באופן מפורש או אם התכוון החוק להתיר אצילה"). וראו בהרחבה, ברוך ברכה, המשפט המנהלי כרך ב, חלק ג', פרק 20 (להלן: ברכה, משפט מנהלי). להשלמת התמונה יש להעיר, שההנחה שלפיה בעל הסמכות אינו רשאי לאצול מתפקידו לאחרים הוגדרה על ידי בית המשפט כ"חזקה פרשנית" (ראו למשל, בג"ץ 70/50 מ' מיכלין נ' שר האספקה ואח' פ"ד ד 319, 323; בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר פ"ד מג(2) 501, 507; פרשת פיליפוביץ' עמ' 427; בג"ץ 347/84 עיריית פתח-תקוה נ' שר הפנים פ"ד לט(1) 813, 817; פרשת מנהל השירותים הוטרינריים סעיף 12 לפסק הדין. וראו גם, ברכה, משפט מנהלי עמ' 151). חזקה זו אמנם, "ניתנת לסתירה בשים לב להיקף האצילה, מעמדו של המאציל, מידת הייחוד של משרתו, היקף שיקול הדעת הניתן לבעל הסמכות ועוד" (פרשת פיליפוביץ' עמ' 421; פרשת עיר עמים סעיף 17). אך הדבר ייעשה רק "בנסיבות מיוחדות" (פרשת עיר עמים פסקה 17, ובאסמכתאות, שם. וראו גם: יצחק זמיר, "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", משפט ועסקים ב (תשס"ה) 67, בעמ' 137; דפנה ברק-ארז, "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים לז (תשס"ז) 667, 679-680).

<sup>833</sup> ראו ברכה, משפט מנהלי חלק ב, עמ' 150. נימוק נוסף לקיומו של האיסור, שאינו קשור להצדקות לאיסור האצילה במשפט הפרטי הוא, שההאצלה פוגעת גם בהיבט הדמוקרטי של הסמכות, הנשענת על הבחירה הדמוקרטית בגורם המסמיק, כמי שבו, ודווקא בו, בחר הציבור לשם הפעלתה של הסמכות (שם).

<sup>834</sup> ראו ע"א 7565/12 באמונה חברה לניהול נאמנויות והקדשות בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם

נמצאנו למדים, שהאצלה אסורה היא העברה של שיקול הדעת המהותי שנדרש חב האמון להפעיל, לאחרים. ההסתייגות המותרת היא העברה של תפקיד בעל אופי טכני לאחר, באופן המותיר את שיקול הדעת המהותי בידי של חב האמון.

#### 4. תוצאותיה של הפרת החובה

סעיף 16 של חוק השליחות קובע ש"אין שליח עושה שליח לנושא שליחותו". מכאן, שהשליח אינו יכול להעביר את שליחותו לאחרים, ואם עשה כן, חרג מסמכויותיו.

נוסח זה שונה מן הנוסח שהתקבל בסעיף 10(ד) לחוק השליחות, הקובע ש"נאמן אינו רשאי לאצול מתפקידו לזולתו". מנוסח זה ניתן להסיק שאיסור ההאצלה אינו מפקיע את יכולתו של הנאמן לאצול מכוחו או מסמכויותיו, ובשל כך, "מבחינה חוקית, האצילה תהא תקפה"<sup>835</sup> אף שהנאמן עבר על איסור ההאצלה.

נראה שזוהי איננה תוצאה רצויה. איסור ההאצלה איננו איסור צדדי, מגבלה שאינה מהותית לעצם קיומה של חובת האמון. איסור ההאצלה מבטא את לבה של חובת הנאמנות, ובשל כך נכון יהיה לומר שמעצם הגדרתו של אדם כחב אמון נגזרת המסקנה, שאדם זה מעולם לא הוסמך לאצול מתפקידו לאחרים. לכן, נראה כי להאצלת התפקיד אין תוקף.

ב'נבו' סעיף 35 של פסק הדין ובאסמכתאות המובאות שם (ההדגשות אינן במקור).

<sup>835</sup> כרם, נאמנות עמ' 465.

## ב. חובת השקידה

### 1. כללי

בחקיקה הישראלית, חובות ההשגחה באות לידי ביטוי, פעמים רבות, בדרישה למלא את התפקיד **בשקידה**.<sup>836</sup> על פי ההגדרה המילונית, ה"שקידה" מבטאת חריצות, זריזות והתמדה.<sup>837</sup> אולם, כפי שניווכח, משמעות זו רחוקה מלהכיל את מלוא היקפה של חובת השקידה.

ניסיון ראשון להגדיר בחוק את תוכנה של חובת השקידה נעשה בחוק הנפט, התשי"ב-1952. על פי חוק זה, מי שקיבל היתר לבצע בדיקות לשם גילוי נפט או מי שקיבל רישיון להפקת נפט נדרש "להבטיח שכל פעולה הכרוכה בהיתר המוקדם או בזכות הנפט תיעשה **בשקידה הראויה**".<sup>838</sup> השקידה הראויה הוגדרה בסעיף 1 של החוק כ"אותה מידה של **שקידה, מומחיות, יעילות, תבונה וראיית הנולד** שאדם בעל ניסיון בחיפוש נפט ובהפקתו היה נוהג בה בנסיבות הקיימות".

מהגדרה זו ניתן לחלץ שלוש יסודות כלליים של החובה לבצע את התפקיד בשקידה: התמדה וזריזות (שקידה); מיומנות (מומחיות, יעילות); הפעלה של שיקול דעת (תבונה, ראיית הנולד).

הביטוי "שקידה ראויה" הופיע אמנם במספר מועט של דברי חקיקה מאוחרים יותר,<sup>839</sup> אך באף אחד מהם לא הפנה המחוקק להגדרה שבחוק הנפט.

מלאכת הפיתוח של הגדרתה של חובת השקידה הושארה אפוא בידיהם של בתי המשפט, ואלו אמנם מילאו חובה זו בתוכן ממשי.

ניתוח של המשמעויות שניתנו בפסיקת בתי המשפט לחובת השקידה מגלה חמש

---

<sup>836</sup> ראו למשל: חוק הנאמנות, סעיף 10(ב); חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, סעיף 75(א) (להלן: חוק השקעות משותפות בנאמנות); חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, סעיף 78(ט); חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, סעיף 11(א); חוק המניות הבנקאיות שבהסדר (הוראת שעה), התשנ"ד-1993, סעיף 10; חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, סעיף 35(א); חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005, סעיף 3(ב); חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), תשס"ה-2005, סעיף 15(א).

<sup>837</sup> ראו: אברהם אבן שושן, **המילון החדש** קרית ספר, ירושלים תשמ"ג, ערך 'שקידה'; **מילון ספיר** (עורך, איתן אבניאון), הד ארצי, 1997, ערך 'שקידה'.

<sup>838</sup> סעיף 75 לחוק הנפט.

<sup>839</sup> ראו: סעיף 92 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009; סעיף 51א(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ישנן עוד מספר הוראות חוק שבהן מופיע הצירוף "שקידה ראויה" כתנאי לתחולתה של הוראה. ראו למשל, סעיף 188 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980.

חובות משנה הנגזרות מחובת השקידה: חובת ההתמדה והזריזות, חובת המיומנות, חובת ההפעלה של שיקול דעת, חובת ההשגחה וחובת ההתמסרות.

**בפרשת מחול** הובהר שמתוקף "חובתה של רשות מנהלית לנהוג... בשקידה ראויה"<sup>840</sup>, עליה להשלים את המשימה שהוטלה עליה "במהירות הראויה"<sup>841</sup>. מובן מאליה שעל מנת להשלים את המשימה "במהירות הראויה", יש צורך להזדרז בכניסה לפעולה, ולהתמיד בביצוע המשימה, במהלך ביצוע התפקיד.

בפסק הדין **בעניין בורלא נקבע**, שחובת השקידה דורשת מנאמן לנהוג בזהירות, ולפעול "במיומנות, כנדרש באופן סביר בנסיבות העניין, לצורך קידום מטרות הנאמנות והגנה על ענייניו של הנהנה"<sup>842</sup>.

בפסק הדין **בעניין זיימן נקבע**, שחובת השקידה המוטלת על הנאמן דורשת ממנו "לפעול על-פי מיטב שיקול דעתו בדאגה להשגת מטרות הנאמנות"<sup>843</sup>. החובה

<sup>840</sup> בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר פ"ד נ(1) 309, 324 (להלן: פרשת מחול). וראו גם: ע"מ 10398/02 וייס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (פורסם ב'נבו') פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט ברק; ע"מ 1369/06 הלביץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה פ"ד סב(4) 634, פסקה 60 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס.

<sup>841</sup> פרשת מחול שם, בהסתמך על סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (ההדגשה אינה במקור). וראו גם, אצל כרם, נאמנות עמ' 455 (ע"פ ת"א (ירושלים) 400/89 הכונס הרשמי כמפרק בנק צפון אמריקה בע"מ נ' א' זוסמן ואח' פ"מ נד(2) 3 (להלן: פרשת זוסמן), שעומד על כך שהחובה לפעול בזריזות ובהתמדה דורשת מחב האמון לא לחכות שעניין הדורש טיפול יעלה "בדרך הרגילה", אלא לגלות יוזמה, ולתקן את כל הדורש תיקון באופן יעיל ונמרץ.

<sup>842</sup> ה"פ (י-ם) 288/95 בורלא יוסף ואח' נ' נופית ים אילת ניהול 1988 בע"מ (פורסם ב'נבו') עמ' 14 (להלן: פרשת בורלא). וראו גם, ת"א (חי') 19627/07 פאינה מוסנז נ' ע"ד עלא נזמי מחאג'נה (פורסם ב'נבו') סעיף 62 של פסק הדין ("היחסים המיוחדים בין לקוח לעורך דין מטילים על האחרון חובות אמון מיוחדות. ביחסים אלו הלקוח הוא הדיוט הסומך על עורך דינו שיגן על זכויותיו ויפעל לטובתו בנאמנות, מסירות, שקידה ראויה תוך הפעלת מיומנות מקצועית"). מן הדברים משתמע שהפעלתה של מיומנות מקצועית היא חלק מחובת השקידה החלה על עורך הדין. מנגד, ראו ת"א (י-ם) 7032/04 ת. דורון חברה לעבודות בניין בע"מ נ' ע"ד אהוד עמרם (פורסם ב'נבו') סעיף 19 של פסק הדין ("חובת הזהירות המוטלת על עורך הדין, נקבעה על פי תפקידו ולאור יחסי האמון המיוחדים הנוצרים בינו ובין הלקוח, המחייבים אותו בנאמנות, מסירות, שקידה ראויה ומיומנות מקצועית"), שממנו משמע שהחובה להפעיל מיומנות מקצועית היא חובה עצמאית, שאינה נגזרת מחובת השקידה. כך משמע גם מסעיף 434 להצעת חוק דיני ממונות, הקובע שחב האמון נדרש "לקיים את חיוביו בשקידה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות".

נראה שהחובה לפעול במיומנות היא רחבה מן החובה להפעיל מיומנות קיימת. חב האמון נדרש להפעיל מיומנות "כנדרש באופן סביר בנסיבות העניין", ולפיכך, במידה וחסרה לחב האמון מיומנות הדרושה לשם מילוי של התפקיד המוטל עליו, עליו לרכוש מיומנות זו.

<sup>843</sup> ע"א 9225/01 רונית זיימן נ' גד קומרון (פורסם ב'נבו') פסקה 9 של פסק הדין ("חובת הנאמן לנהוג בשקידה ראויה בענייני הנאמנות גוברת על הוראה בחוזה הנאמנות, הכופפת אותו להוראות הנהנה, ככל שהוראות אלה אינן מתיישבות עם טובת הנאמנות... על הנאמן להתעלם מהוראות הנהנה ולפעול על-פי מיטב שיקול דעתו בדאגה להשגת מטרות הנאמנות". להלן: פרשת זיימן). אמנם, במובחן מחובת ההפעלה של שיקול הדעת בהתאם להגדרה שבחוק הנפט, שנשאה

להפעיל שיקול דעת מיטבי מחייבת את חב האמון לעשות שימוש בכל המידע המצוי בפניו הנוגע להחלטות שעליו לקבל, וגם ללמוד ביסודיות את כל הדרוש לשם קבלת ההחלטה, לבחון את סבירותו של המידע שקיבל, ולבחון מעת לעת את תוצאותיהן של הפעולות שביצע בעבר.<sup>844</sup>

**בפרשת ורד תעשיות פלסטיקה** הורחב היקפה של חובת השקידה כשנקבע, ש"ששקידה ראויה" של דירקטור מחייבת אותו **להשגיח על תפקודם של עמיתים או אנשים הכפופים לו**,<sup>845</sup> ואין הוא יכול להסתגר בד' אמותיו בלבד.

אמנם, בעניין זה העירה השופטת אלשיך, ש"אין לצפות ואין לדרוש כי איש יעקוב יום-יום אחר פעולותיו של רעהו בהעדר טעם מיוחד לחשד או לחשש מפני מעשים בלתי-כשרים", שכן "דפוסי התנהגות כגון אלו מהווים מתכון בדוק להתרופפות יחסי האמון ההדדיים ועלולים להחיש את קריסת החברה".<sup>846</sup>

בשל כך, "בחברה משפחתית, בחברת מעטים ובכל חברה פרטית המנוהלת על בסיס אמון הדדי וקשרים בין-אישיים", הדרישה להשגיח על פעולותיהם של אחרים תהיה "מצומצמת לאין-ערוך מזו הנדרשת מדירקטור וממנהל בחברה ציבורית".<sup>847</sup>

**בפרשת פלוני תוארה** חובת השקידה כחובה לנהוג ב"אדיקות",<sup>848</sup> וכחובה הדורשת משליח "לשוות נגד עיניו כל העת בכל יום תמיד את טובתו של השולח".<sup>849</sup> בדומה לכך, **בפרשת נייגר** תוארה חובת השקידה ככזו הדורשת מחב האמון "מסירות, מאמץ יתר, דבקות, השתתפות...".<sup>850</sup>

דומה כי הביטויים 'מסירות'<sup>851</sup> ו'התמסרות'<sup>852</sup> מבטאים כראוי את כל האיכויות

---

אופי אובייקטיבי כשעסקה ב"תבונה" וב"ראיית הנולד", נראה שאמת המידה בהתאם לפסיקת בית המשפט בפרשת זיימן היא סובייקטיבית. חב האמון נדרש לפעול לפי "מיטב שיקול דעתו", ובמידה ויוכח שפעל כך, הוא ייצא ידי חובת השקידה, גם אם התברר שמיטב שיקול הדעת שיש בכוחו להפעיל, אינו מספיק על מנת לבצע את תפקידו בהצלחה.

<sup>844</sup> ראו כרם, נאמנות סעיף 213 (עמ' 455-456).

<sup>845</sup> ת"א (ת"א) 336/94 ורד תעשיות פלסטיקה וכימיקלים בע"מ נ' דוד כהן (החלטה), פורסמה ב'נבו', סעיף 25 של החלטה.

<sup>846</sup> ש.ם.

<sup>847</sup> ש.ם.

<sup>848</sup> על"ע 7/73 עורך דין פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, תל-אביב יפו פ"ד כ"ח(ו) 679.

<sup>849</sup> ש.ם.

<sup>850</sup> דנ"א 1522/94 שמואל נייגר נ' רינה מיטלברג פ"ד מט(5) 314.

<sup>851</sup> ראו מילון ספיר הד ארצי, 1997, ערך 'מסירות' ('נכונות נפשית מלאה לפעולה'); מילון אבן שושן המרוכז עם עובד 2010, ערך 'מסירות' ('העמדת עצמו לטובת מישהו או לטובת אידאה').

<sup>852</sup> ראו מילון אבן שושן ערך 'התמסרות'; מילון ספיר ערך 'התמסרות' ('נכונות נפשית מלאה, הקדשת עצמו לתפקיד').



בסעיף 434 של הצעת חוק דיני ממונות הוצע לקבוע שחב האמון נדרש לקיים את חיוביו בשקידה, במיומנות ובמסירות.

נראה כי קביעה זו מבקשת לאגד תחתיה את כל האיכויות של חובת השקידה, כפי שנקבעו בפסיקה. אולם, ספק אם היא אכן מצליחה לאגד כל איכויות אלה תחתיה.

כמו כן, מאחר שהפסיקה קבעה שהביטוי 'שקידה' מכיל את כל האיכויות האמורות, לא ברור מה הטעם בנסיון לפרוט את החובה לפרוטות, תוך סגירת קצוותיה של החובה.<sup>854</sup>

## 2. בין חובת השקידה לחובת הזהירות

הזיהוי של חובת השקידה כחובת אמון שנוי במחלוקת.<sup>855</sup> יש הנוטים לדעה,

מן הראוי להעיר שאת חובת המסירות ניתן לקשור גם לאיסור על ניגוד עניינים, משום שהעדפתו של חב האמון לנצל את זמנו לשם קידום ענייניו מבטאת העדפה של העניין האישי על פני עניינו של הזכאי. לניתוח החובה בדרך זו ראו למשל, **חנס וידלין, חומות סיניות עמ' 982-983**.

אפשר שדרך הניסוח שנבחרה נועדה לקדם את התכלית השנייה של הצעת החוק, כאמור בסעיף 21(2) של הצעת החוק: "קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט". אם כך הדבר, מן הדין היה להשמיט את הביטוי "בשקידה", שהוא ביטוי בעל "קצוות פתוחים", להחליפו ב"זריזות והתמדה", ולהוסיף גם את החובה להפעיל שיקול דעת אישי והשגחה על עמיתים. שיטת ניסוח זו היא מסורבלת, והיא אף אינה שוללת את הסכנה של צמצום לא ראוי של היקפה של חובת השקידה.

Joshua Getzler, "Ascribing and Limiting Fiduciary Obligations: Understanding the Operation of Consent" in: Andrew S. Gold and Paul B. Miller (eds.) **Philosophical Foundations of Fiduciary Law** Oxford University Press (2014) 39, at pp. 42 ("More controversial are claims that there are affirmative fiduciary duties requiring positive conduct from the fiduciary. The foundational positive duty is stipulated as a duty to seek the "best interests" of beneficiaries, which would seem to correlate with a right to have one's interests served. The overarching "best interests" duty can be broken down into component parts, for example to offer due care and prudent management; to exercise powers and wield discretions with a proper purpose, and with advertence only to due decisional considerations; to act in good faith... Duties of positive performance have attracted at least some degree of recognition in most common law jurisdictions. Moreover it is a commonplace of United States fiduciary law that positive duties form part of the fiduciary suite. However influential decisions of appellate courts in England, Australia, and elsewhere have now asserted that there are properly no positive fiduciary duties; such duties must find their source in contract or tort, or elsewhere in equity doctrine")

שחובות האמון הן חובות בעלות אופי אוסר בלבד, שתכליתן היא למנוע את ניצולו של הכוח לרעה. לפי תפיסה זו, חובות שנועדו להטיל על אדם חובה פוזיטיבית לפעול בדרך מסויימת מבוססות על דיני החוזים או הנזיקין,<sup>856</sup> ואין הן חובות אמון.

תמיכה במסקנה זו מוצא ליכט בפסיקת בית המשפט בפרשת קוסוי ובחוק החברות.<sup>857</sup> כזכור, בפרשת קוסוי תוארו חובות האמון כ"מערכת דינים, שיהא בה לרסן את הכוח".<sup>858</sup> תיאור זה אכן אינו מתיישב עם החובה למלא את התפקיד בשקידה, הנתפסת, כחובת הזהירות, כחובה שלא נועדה לרסן את הכוח אלא לכבד את הסתמכותו של הזכאי, שחב האמון ימלא את תפקידו בשקידה.

ואמנם, **בפרשת זוסמן** הביע ברק את עמדתו בעניין זה בצורה מפורשת –

חובת האמונים נבדלת מחובת הזהירות. חובת האמונים נועדה למנוע ניצול כוחו של הדירקטור לטובתו שלו. חובת הזהירות נועדה למנוע נזק לחברה... על כן תופר חובת האמונים של דירקטור, גם אם בהתנהגותו לא נגרם נזק לחברה. כמו כן תופר חובת הזהירות של דירקטור גם אם הדירקטור לא ניצל את כוחו לרעה. אכן, **זהירות לחוד ואמונים לחוד**.<sup>859</sup>

עמדה זו עולה בקנה אחד עם הדרך שבה תוארה חובת האמון בפרשת קוסוי, אך יש החולקים על תיאור זה. הד למחלוקת בעניין זה ניתן למצוא בדיון של הועדה שעסקה בניסוח הסעיף בהצעת חוק דיני ממונות, הקובע את תוכנה של חובת

<sup>856</sup> ראו **ליכט, דיני אמונות** עמ' 51, 128, 139. בע"א 610/94, 1989/94 **זוסמן נ' כונס הנכסים הרשמי כמפרק בנק צפון אמריקה** פ"ד נז(4) 289, פסקה 75 קובע הנשיא ברק שתכליתה של חובת האמונים היא "למנוע ניצול כוחו של הדירקטור לטובתו שלו", בניגוד לחובת הזהירות, ש"נועדה למנוע נזק לחברה" (להלן: פרשת זוסמן). **קרניאל, הפרת אמונים** עמ' 65, וראו גם באסמכתאות שם, הערה 1.

<sup>857</sup> **ליכט, דיני אמונות** עמ' 51.

<sup>858</sup> **פרשת קוסוי** עמ' 277-278 (ההדגשה אינה במקור).

<sup>859</sup> **פרשת זוסמן** פסקה 75. וראו גם: יוסף גרוס **חוק החברות החדש** בעמ' 432 ("מקובל לחלק את חובות הדירקטורים ונושאי המשרה לשתי קטגוריות של אחריות: חובת האמונים (Duty of Loyalty), ובארצות הברית (Duty of Fiduciary) וחובת הזהירות (Duty of Care). חובת אלו נבדלות זו מזו"; הנ"ל, **דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי** עמ' 181 ("חובת האמונים נועדה למנוע ניצול מקורות החברה על ידי נושא המשרה על חשבון החברה, בעוד שחובת הזהירות נועדה למנוע נזק לחברה עקב התנהגות רשלנית, תוך קביעת נורמות התנהגות של נושא משרה סביר...").

אולם, יש המבקרים את ההבחנה החדה שבין חובת הזהירות לחובת האמון. לעניין זה ראו למשל, **קרניאל, הפרת אמונים** עמ' 66 ("ההבחנה בין שתי החובות [=חובת האמון וחובת הזהירות – י.א.]... לא תמיד מובנת מאליה. לאחרונה נשמעת הדעה, גם בקרב כותבים בישראל, כי ההפרדה המעשית ואולי גם התאורטית, בין הפרות של חובת הזהירות להפרות של חובת האמון אינה חדה כלל").

האמון. בדיון זה טען פרופ' ברק ש"המקור לחיוב האמון הוא השליטה", ובשל כך "יש לבחון האם זהו (=פרק חובות האמון שבהצעת החוק) המיקום הנכון למבחן "השקידה הראויה"<sup>860</sup>.

אולם, פרופ' ישראל גלעד טען, ש"המקור לחיוב האמון הוא הסתמכות"<sup>861</sup>. בהתאם לתפיסה זו העיר פרופ' דויטש ש"חלק מההסתמכות הסבירה היא, שחייב האמון לא יהיה פסיבי", ובשל כך "ניתן למקם את חובת השקידה הראויה כאן"<sup>862</sup>.

כאמור, לדעת ליכט, גישתו של ברק מוצאת ביטוי גם בדרך שבה נוסח חוק החברות, התשנ"ט-1999, בו קיימת הפרדה ברורה בין חובת הזהירות (שבה עוסקים סעיפים 252 עד 253א של החוק), לחובת האמונים (שבה עוסק סעיף 254 של החוק). טענה זו יכולה הייתה לעמוד במבחן הביקורת, אילו ניתן היה לקבוע שסעיף 254 של חוק החברות, המתמקד בחובות הנאמנות והגילוי ממצה את כל חובות האמון המוטלות על נושא המשרה בחברה. אולם סעיף 106(א) של החוק קובע שדירקטור שלא הפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון הפר את חובת האמונים שלו לחברה.<sup>863</sup> החובה להפעיל שיקול דעת עצמאי, כאמור לעיל,<sup>864</sup> קשורה בטבורה לחובת השקידה, ולא לחובות הנאמנות או הגילוי. בשל כך, ספק רב אם ניתן לייחס למחוקק חשיבה אנליטית שנועדה לקבוע שחובות השקידה אינן חובות אמון.

בהתאם לגישה הגורסת שחובת השקידה אינה שייכת במהותה לחובות האמון, טוען ליכט,<sup>865</sup> שהצירוף "באמונה ובשקידה", המתאר בסעיף 10(ב) לחוק הנאמנות את החובות המוטלות על נאמן, הוא צירוף שגוי, "תקלה ניסוחית" ש"עלולה להתפשט לדין הכללי".

אולם, "תקלה" זו כבר החלה לתת את אותותיה בדין הכללי, שכן הצירוף "באמונה ובשקידה" שולב בהוראות חוק רבות העוסקות בחובות האמון המוטלות על נושא המשרה,<sup>866</sup> וכאמור לעיל, חובה זו שולבה גם בסעיף 434 של הצעת חוק דיני ממונות, כחובה שהיא חובת אמון, ובניגוד לעמדתו של ברק.<sup>867</sup>

נראה כי מן הראוי לראות בחובות השקידה חלק בלתי נפרד מחובות האמון. אכן,

<sup>860</sup> פרוטוקול מס' 138, מיום 27 לאפריל 1999 (לא פורסם).

<sup>861</sup> שם.

<sup>862</sup> שם.

<sup>863</sup> לא למותר לציין שסעיף 106(א) נחקק במסגרת תיקון מס' 16 לחוק, זמן רב לאחר שנחקק סעיף 254 של החוק.

<sup>864</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 843.

<sup>865</sup> ליכט, דיני אמונאות עמ' 127.

<sup>866</sup> ראו הפניות לעיל, הערה 820.

<sup>867</sup> ואמנם ליכט סבור שניסוח זה הוא ניסוח קלוקל, המקבע את התקלה הניסוחית שיסודה בסעיף 10(ב) של חוק הנאמנות (ליכט, דיני אמונאות עמ' 51, הערה 163).

גם חובת הזהירות הנזיקית מבוססת על כיבוד ההסתמכות הלגיטימית של אדם על מי שנותן לו שירות, מבצע עמו עסקה וכדומה. אולם, נראה שיש מרחק רב בין הסתמכות זו להסתמכותו של הזכאי על חב האמון. הסתמכות זו מבוססת לא רק על מיומנותו המקצועית של חב האמון אלא גם על מערכת יחסים של אמון, המבטיחה התמסרות מוחלטת לטובת קידום עניינו של הזכאי. מרחק זה מצדיק את התפיסה העקרונית, הרואה בחובות השקידה חלק בלתי נפרד מחובות האמון.

### 3. 'שקידה', 'שקידה ראויה' ו'שקידה סבירה'

לעיתים נעשה שימוש בביטוי 'שקידה ראויה', כדי להבהיר את רמת השקידה המוטלת על חב האמון. מן הדיון של וועדת הקודיפיקציה בעניין זה<sup>868</sup> עולה ש'שקידה ראויה' מבטאת שקידה לפי מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי, שמשמעותו היא, שחב האמון נדרש לשקידה המותאמת גם למיומנותו המקצועית, אך גם לאמות מידה אובייקטיביות המקובלות בקרב אנשי המקצוע.

ההעדפה להימנע מהטלת חיוב לנהוג ב'שקידה ראויה' מבטאת אפוא את הרצון להימנע מהצבת מבחן אובייקטיבי לעמידה בחובת השקידה.

ואולם, דחייתו של המבחן האובייקטיבי אינה פועלת אך ורק להנמכה של רף השקידה הנדרש. כך עולה מדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, שם הובהר שהועדף הנוסח של 'שקידה' על פני הנוסח הקיים, למשל, בחוק הנאמנות, המטיל על הנאמן את החובה להפעיל 'שקידה סבירה', בשל התפיסה שהחובות לנהוג "בשקידה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות" הן חובות "מוגברות יחסית לחובה לנהוג בסבירות"<sup>869</sup>.

נראה כי חובות אלו נתפסות כמוגברות ביחס לחובה לנהוג בסבירות, משום שהן אינן מניחות לחייב לאמץ לעצמו סטנדרט התנהגות ממוצע, לכוון את פעולותיו בהתאם למנהגם של אחרים. חובות אלו דורשות ממנו לפעול בשקידה, במיומנות, בשיקול דעת, ביצירתיות ובמסירות ברמה הדרושה לשם ביצוע התפקיד, בין אם האדם הסביר נוהג כך ובין אם לאו.<sup>870</sup>

<sup>868</sup> לעיל, הערה 860.

<sup>869</sup> דברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, עמ' 882.

<sup>870</sup> והשוו גם להלן, ליד הציון להערה 843, הגדרתה של השקידה בפסיקת בית המשפט בפרשת זיימן. בהקשר זה יש להעיר, שבחוק הנאמנות נקבע שעל הנאמן לבצע את תפקידו "בשקידה, כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות" (סעיף 10(ב)). וראו גם, דנ"א 1522/94 **שמואל נייגר נ' רינה מיטלברג** פ"ד מט(5) 314, 343. לפי כרם, "האדם הסביר" בהקשר זה איננו אחד האדם, אלא "הנאמן הסביר", משום שהחוק קושר בין סבירותה של השקידה לנסיבות שבמסגרתן פועל הנאמן (ראו סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות), ונסיבות אלו כוללות גם את מעמדו של מבצע הפעולה, התפקיד שהוטל עליו והחייבים המוטלים עליו מכוח החוק (כרם, **נאמנות** עמ' 457). זו גם פרשנותו של פרופ' אהרון ברק, כעולה מפרוטוקול מס' 138 של דיוני ועדת הקודיפיקציה, עמ' 12 ("הכוונה בחוק הנאמנות (הכוונה) היא, שהנאמן ינהג **כשם שנאמן סביר**

#### 4. נספח: מסירות עבד אברהם כמודל לקיומה של חובת השקידה

בפרשת נייגר הפנה השופט חשין אל הפרשה המתארת את התנהלותו של עבד אברהם, כמודל ליישומה של חובת השקידה –

מאז הושבע בידי אברהם, הייתה משימתו העיקרית של אליעזר למצוא אישה ליצחק על-פי ההוראות שהורה אותו אברהם. ואמנם, אך סיים את שבועתו ואליעזר יצא לדרכו: "ויקח העבד עשרה גמלים מגמלי אדונו וילך וכל-טוב אדניו בידו ויקום וילך אל-ארם נהריים אל-עיר נחור" (שם, י) ... יש בה [בנאמנות] יותר ממילוי חובה גרידא. נאמנות כורכת איכויות שמניינן לא יבוא בחוק: מסירות, מאמץ יתר, דבקות, השתתפות, תום-לב בדרגה עילאה....<sup>871</sup>

לא בכדי רואים מלומדים בישראל את עבד אברהם כמודל מקראי למילוייה של חובת השקידה.<sup>872</sup> עבד אברהם<sup>873</sup> מתואר בתורה כ"זקן ביתו"<sup>874</sup> של אברהם, הדמות החשובה בבית,<sup>875</sup> "המושל בכל אשר לו".<sup>876</sup>

בידיו של העבד נמסרות אם כן סמכויות כמעט בלתי מוגבלות לשם הגשמתה של מטרה, באופן היוצר תלות משמעותית של הזכאי (אברהם) בו.<sup>877</sup>

---

היה נוהג. לפיכך, חייב האמון צריך לנהוג כשם שאדם סביר באותו תפקיד היה נוהג (רופא סביר, דירקטור סביר וכ"ו ב").

שם.<sup>871</sup>

ראו גם, כרם, נאמנות עמ' 5, הערה 2.<sup>872</sup>

לפי המסורת, העבד היה דמשק אליעזר. ראו למשל, תלמוד בבלי תענית ד,א.<sup>873</sup>

בראשית כד, ב.<sup>874</sup>

הביטוי "זקן ביתו" אינו קשור לגיל מופלג, אלא לשון חשיבות הוא – האיש החשוב ביותר בבית, שעל פיו יישק דבר (ראו: דעת מקרא בראשית כד, ב; אברבנאל שם "ועשה אליעזר אפוטרופוס לפי שהיה זקן ביתו ומושל ומנהיג בכל אשר לו בדעתו שיצחק ילך אחר עצתו"). בדומה לכך, בתקופות מאוחרות יותר, לאחר פטירת האב, האח המנהל את העיזבון עבור יתר אחיו מכונה "גדול האחים", אף שאין הוא בהכרח האח הגדול בגיל מכולם (ראו: מאירי בבא קמא יא,ב; רש"י בבא קמא שם, ד"ה בגדול, ובהרחבה, באנציקלופדיה תלמודית ערך 'גדול האחים', כרך ה, עמ' קנג-קנו).

בראשית שם.<sup>876</sup>

לעניין זה ראו למשל, Kent R. Wilson, *Steward Leadership: Characteristic of the Steward Leader in Christian Nonprofit Organizations* A Dissertation Presented for the Degree of PhD University Of Aberdeen 2010, 145 ("...An overarching characteristic of the steward exemplified in this passage...is the master's confidence in the steward that involves both dependent and independent authority").<sup>877</sup> (the fact that the steward has a unique authority. **He is a fully authorized** idea is the fact that the steward has a unique authority. **He is a fully authorized**

שקידתו של העבד באה לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בהפעלת שיקול הדעת. כזכור, ההגבלה היחידה שמטיל אברהם על עבדו במילוי המשימה היא, שהוא לא ייקח אישה מבנות הכנעני.<sup>878</sup> אולם, העבד מוצא שתנאי זה דורש השלמה: "אולי לא תאבה האשה ללכת אחרי אל הארץ הזאת? ההשב אשיב את בנך אל הארץ אשר יצאת משם?"<sup>879</sup>

כך באה לידי ביטוי חובת השקידה כבר בשלבים הראשונים של הכניסה לתפקיד. חב האמון נדרש לחשוב על התפתחויות עתידיות שהזכאי לא העלה אולי בדעתו, ולבקש הוראות גם למקרה שהתפתחויות אלה יתגשמו.

לאחר שהאדון מבהיר ש"אם לא תאבה האשה ללכת אחריך, ונקית משבעתי זאת",<sup>880</sup> חש העבד שהוא מבין היטב את משימתו, והוא מתחיל בה ללא כל דיחוי –

ויקח העבד עשרה גמלים מגמלי אדניו וילך וכל טוב אֲדָנָיו בידו. ויקם וילך אל ארם נהרים אל עיר נחור.<sup>881</sup>

226

ודוק. משימתו של העבד לא הוגבלה בזמן. לא נאמר לו המועד להשלמתה של המשימה, ובכל זאת הוא אינו משתהה לרגע. הוא שוקל בדעתו מה הם האמצעים הדרושים לו כדי הצליח במשימתו, מצטייד באמצעים אלו, חש מיד לדרכו, ומגיע ליעדו "לעת ערב".<sup>882</sup>

בהמשך, העבד עורך מדעתו מבחן אישיות לכלה הראויה, שתכליתו להבטיח שבחירתו תהיה מתאימה לרוחו של האדון, בעלת תכונות המתאימות לבית אברהם.<sup>883</sup>

ולבסוף, לאחר שנבחרה הנערה והעבד מקבל את הסכמה לשידוך הוא דוחק במארחיו: "אל תאחרו אתי וה' הצליח דרכי. שלחוני ואלכה לאדני".<sup>884</sup>

פרשה זו מהווה אם כן מופת לביצוע המשימה בזריזות, בצייתנות, במסירות ובהפעלת שיקול דעת רחב, מתוך מגמה לבצע את התפקיד בצורה התואמת ככל הניתן את רצונו של הזכאי (אברהם).

representative, free to deal independently on behalf of his master, at the same time that he is completely dependent upon his master". Helge Brattgard, *God's Stewards* pp. 41)

<sup>878</sup> **בראשית** כד, ג.

<sup>879</sup> **שם**, ה. על קשר אפשרי בין שאלה זו לאיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים ראו **אונגר**, **ניגוד עניינים** עמ' 1.

<sup>880</sup> **בראשית** שם, ח.

<sup>881</sup> **שם**, י.

<sup>882</sup> **שם**, יא. וראו גם לעיל, אחר הציון להערה 877. כמו כן, ראו מיכאל ויגודה, "על השליחות" בתוך: **פרשת השבוע** א, 115, בעמ' 116.

<sup>883</sup> **בראשית** כד, יב-כב.

<sup>884</sup> **שם**, נו.

## ג. ביצוע אישי במשפט העברי

את חובתו של חב האמון לבצע את התפקיד באופן אישי נבחן דרך שני סוגים של יחסי אמון: שליחות ואפוטרופסות.

### 1. דיני השליחות

#### 1.1 כללי

בנוגע לכוחו של שליח למנות שליח אחר שיבצע את השליחות במקומו יש בידנו מקורות תנאיים סותרים.

המקור הראשון הוא מדרש ההלכה, הלומד מן המילים 'ושלח' ו'שלחה' שבפסוקים העוסקים בדיני הגירושין בתורה, ש"השליח עושה שליח"<sup>885</sup>. ממקור זה ניתן להבין שההלכה אינה מתנגדת להעברת השליחות משליח לשליח.

אולם, מסקנה הפוכה ניתן להסיק מן המשנה שבה נקבע ש"המביא גט בארץ ישראל וחלה - הרי זה משלחו ביד אחר"<sup>886</sup>. לכאורה, ההלכה שבמשנה מלמדת שזכותו של השליח למנות לעצמו מחליף מותנית בכך שהוא חלה, ואינו מסוגל עוד למלא את שליחותו. מכאן, ש'ברירת המחדל' היא שהשליח אינו רשאי למנות לעצמו מחליף.

הרמב"ן מציע ליישב בין המקורות בדרך הבאה –

ואף על גב דכתיב: 'ושלח ושלחה' ודרשינן בפרק האיש מקדש (מא,א) 'מלמד שהשליח עושה שליח', ובין חלה ובין לא חלה משמע... מיהו אמור רבנן דחלה בעינן, משום דאיכא אינשי קפדני דקפדי ואי שמעי מבטלי שליחותיהו, אבל בחלה ליכא דקפיד.<sup>887</sup>

מהצעה זו ניתן להבין שמלכתחילה, ההלכה התירה לשליח למנות שליח אחר תחתיו, ללא כל סייג. אולם, בעקבות ההכרה בכך שיש אנשים המקפידים בכך ומבטלים את השליחות אם שמעו שהשליח מינה שליח אחר תחתיו ורצונם של החכמים למנוע את ביטולן של שליחויות, סויגה ההלכה התנאית באופן המאפשר את מינויו של השליח החלופי רק כאשר ברור שהשולח אינו מקפיד בדבר.

אולם, הרמב"ן מעלה גם השערה נוספת לפשר הסתירה שבין המקורות –

אי נמי, קרא להיכא דגלי בעל דעתיה דלא קפיד איצטריך כי ההוא דסוף המביא תניין ואתו רבנן ופרישו דחלה נמי לא קפיד.

לפי הצעה זו, הפער שבין המקורות אינו מוסבר מכוחה של התפתחות היסטורית

<sup>885</sup> תלמוד בבלי קידושין מא,א. לדין בהחלת עיקרון זה, שבמקורו נאמר בדיני הגירושין, על כל

דיני השליחות, ראו בהרחבה אצל ויגודה, שליחות עמ' 710.

<sup>886</sup> משנה גיטין ג, ה.

<sup>887</sup> חידושי הרמב"ן גיטין כט,א.

שהביאה לסיוגה של ההלכה הקדומה, אלא מכוח הוספת נתון חסר שיש בו כדי להאיר באור חדש את ההלכה הקדומה.

לפי הסבר זה, העיקרון שהיה תקף מאז ומתמיד הוא, שהשליח רשאי למנות שליח אחר תחתיו אך ורק אם הדבר הוא על דעתו של השולח. ההלכה הקדומה חידשה רק, שכאשר גילה השולח דעתו שהוא מוכן לכך שהשליח ימנה שליח אחר תחתיו, יש לשליח כוח משפטי לעשות כן.

לפי הצעה זו, המשנה הרחיבה את העיקרון ההלכתי האמור. אם בעבר היה מקובל היה שרק גילוי דעת מפורש מצדו של השולח עשוי להתיר לשליח למנות שליח אחר תחתיו, באו חכמים וקבעו שגם כאשר ניתן להניח בוודאות שהשולח מעוניין בהחלפת השליח, רשאי השליח למנות שליח אחר תחתיו.

מקור תנאי שלישי הוא מחלוקת התנאים המובאת בתלמוד<sup>888</sup> עוסק אף הוא בזכותו של שליח להולכת הגט להעביר שליחותו לאחר –

'הולך גט זה לאשתי' – הרי זה משלחו ביד אחר, 'את הולך גט זה לאשתי' - הרי זה לא ישלחנו ביד אחר;  
רבן שמעון בן גמליאל אומר: בין כך ובין כך אין השליח עושה שליח!

מן המחלוקת האמורה עולה שהתנא הפותח סייג את ההלכה שנלמדה במדרש ההלכה לפיה השליח רשאי למנות לעצמו מחליף, לנסיבות שבהן נוסח המינוי אינו מעיד שהשולח מקפיד בדבר.

עמדה מסויגת יותר מציג רשב"ג, ולפיה, יהא נוסח המינוי אשר יהא, "אין השליח עושה שליח". לכאורה, זוהי עמדה הלכתית הפוכה מזו שהוצגה במדרש התנאים. כדי ליישב בין עמדת רשב"ג למדרש התנאים מציעים רבים מן הראשונים את ההסבר הבא –

הא דקיימא לן הכא שהשליח עושה שליח לא תיקשי למאי דאמרין במסכת גיטין (כט, א) אליבא דרשב"ג... דהתם הוא שלא מדעת משלחו, וחיישין דילמא קפידא הוה שיוליכנו הוא בעצמו... אבל הכא מיירי מדעתו, שנתן לו רשות בכך ולדברי הכל עושה שליח.<sup>889</sup>

לפי הסבר זה, מדרש ההלכה ביקש להדגיש, שלשליח יש את הכוח למנות שליח אחר תחתיו,<sup>890</sup> ולא שהוא רשאי למנות שליח אחר תחתיו ללא הסכמת השולח.<sup>891</sup>

<sup>888</sup> בתלמוד בבלי גיטין כט, א.

<sup>889</sup> חידושי הריטב"א קידושין שם, ד"ה שליחות מנלן (עמ' תי בהוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ה. ההדגשות אינן במקור), וכן כתב בחידושי הריטב"א (מכתב יד) גיטין שם, ד"ה דתניא (עמ' קעז בהוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ם).

<sup>890</sup> הדיון במשמעותו המשפטית של 'כוח' זה ותוצאותיו חורג מנושא הדיון כאן. להרחבה בעניינים אלו ראו אצל ויגודה, שליחות עמ' 711-719.

<sup>891</sup> כך הסבירו גם: חידושי הרשב"א גיטין שם ד"ה ואי רשב"ג (עמ' רנו בהוצאת מוסד הרב קוק,



'ברירת המחדל', לפי פרשנות זו היא, שהשליח אינו עושה שליח כל עוד לא קיבל הסכמה מפורשת לכך מאת השולח.

לפי פרשנות אחרת, גם ללא הסכמה מפורשת מצדו של השולח, כאשר ידוע שהוא אינו מקפיד על ביצוע אישי, השליח עושה שליח.<sup>892</sup> גם לפי פרשנות זו, 'ברירת המחדל' היא, שאת השליחות יש לבצע באופן אישי, בשל ההנחה שהשולח מקפיד על ביצוע אישי. אולם, בניגוד לפרשנות הקודמת, לפי פרשנות זו, ניתן לערער הנחה זו גם מכוחה של הסכמה שאינה מפורשת לביצוע השליחות על ידי אחרים.

לפי הסברים אלו מדרש ההלכה עוסק בכוח המשפטי להעביר את השליחות לאחרים בעוד שמחלוקת התנאים המובאת בתלמוד עוסקת בזכות לעשות כן לכתחילה, ובשל כך המקורות אינם סותרים.

## 1.2 מתי אין השולח מקפיד על ביצוע אישי?

לכאורה, בין המקורות הנזכרים קיימת סתירה גם בנוגע לנסיבות שעשויות להצדיק את ההנחה, שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי.

מן המשנה בעניין המביא גט בארץ ישראל וחלה ניתן להבין שהנחה כאמור תלויה אך ורק ביכולתו של השליח להשלים את שליחותו. לעומת זאת, ממחלוקת התנאים בעניין 'הולך גט זה' ניתן להבין שלדעת תנא קמא, גם נוסח המינוי משחק תפקיד לעניין זה, ואילו מדעתו של רשב"ג ניתן להבין שלא ניתן להצדיק הנחה כאמור, בכל מקרה.

בתלמוד הוצעו שלוש הצעות ליישב בין המקורות לענין זה –

**איבעית אימא:** 'הולך', והוא דחלה;

**ואי בעית אימא:** 'את הולך', וחלה שאני;

**ואי בעית אימא:** רשב"ג היא, וחלה שאני.

לפי ההצעה הראשונה, רשב"ג סבור אמנם שלעולם אין להניח שהשולח מסכים

---

ירושלים תשמ"ח: "והא דאמרינן 'ושלח ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח, בשגלה הבעל דעתו שאינו מקפיד בכך"; **בית הבחירה** גיטין שם, בית הבחירה גיטין שם ד"ה יש שואלים בה ("איפשר דקראי בשהתנה הבעל בכך... ואפילו הכי איצטריך קרא לאשמועינן דנימא שלוחו כמותו אף בשליח של שלוחו"). בהתאם לפרשנות האמורה, נראה שמסקנתו של ויגודה, שלפי המשפט העברי, "בשונה מן החוק, השליח אינו זקוק לרשות (מפורשת או מכללא) של השולח למנות לעצמו שליח משנה" (**ויגודה, שליחות עמ' 719**), אינה מדויקת.

אמנם, נראה שאף לפי אסכולה פרשנית זו, אין צורך בהרשאה מפורשת, כדרישת חוק השליחות, ודי ב'גילוי דעת' בלבד. וראו גם, **בית שמואל** אבן העזר קמא, נד ("אפילו לא התנה בפירוש דיכול לעשות שליח, רק גילה דעתו דאינו מקפיד, יכול [השליח] לעשות שליח")

<sup>892</sup> ראו למשל: **תוספות** גיטין כט, א ד"ה רשב"ג אומר ("והא דדרשינן (קדושין דף מא, א) "ושלח ושלחה" – מלמד שהשליח עושה שליח, היינו היכא דאין הבעל מקפיד"); **שו"ת הריב"ש** רכח ("וכן לעולם, במידי דליכא קפידא, אע"פ שלא פירשו הבעלים לשליח ראשון שיוכל למנות אחר תחתיו". וראו שם, שמבקש להוכיח מדברי הרמב"ם **במשנה תורה** שלוחין ושותפין ג, ת, שכך היא גם דעתו).

שהשליח יעביר את סמכויותיו לאחרים. לעומתו, תנא קמא סבור שניתן להניח כך בהתמלא **שני תנאים מצטברים**: נוסח מינוי המאפשר מינוי שליח מחליף, ונסיבות שבהתקיימן ניתן להניח שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי. הסבר זה מסייג את הלכת המשנה לנסיבות שבהן נוסח מינוי של השליח מאפשר להניח שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי.

גם לפי ההצעה השנייה, רשב"ג סבור אמנם שלעולם אין להניח שהשולח מסכים שהשליח יעביר את סמכויותיו לאחרים. בניגוד להצעה הראשונה, לפי הצעה זו תנא קמא סבור שניתן להניח שהשולח מסכים שהשליח לכך שהשליח יעביר את סמכויותיו לאחרים בהתמלא **אחד משני תנאים חלופיים**: נוסח מינוי המלמד שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי, או נסיבות המאפשרות להניח כך. הסבר זה מרחיב את כוחו של השליח למנות לעצמו מחליף.

לפי ההצעה השלישית, גם רשב"ג יודה שישנן נסיבות שבהתקיימן ניתן יהיה להניח שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי. אולם, בהעדרן של נסיבות מיוחדות, לא ניתן להיתלות בצורת ניסוח זו או אחרת של מינוי השליח, כדי להניח שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי.

להלכה, פסק ה'שולחן ערוך' –

השולח גט לאשתו, ואמר לו: 'הולך גט זה לאשתי' או שאמר לו: 'אתה הולך', לא ישלחנו ביד אחר, אלא אם כן חלה או נאנס, או שפירש לו שיוכל למנות שליח ושליח שליח עד כמה שלוחים... **ויש מי שחולק** ואמר דבהולך סתם יכול לשלחו על ידי אחר, אף על פי שלא חלה. ובאתה הולך, לא ישלחנו ע"י אחר, אלא א"כ חלה או שפירש לו שיוכל למנות שליח.<sup>893</sup>

'שולחן ערוך' מביא אמנם להלכה גם את ההצעה השנייה וגם את השלישית, אך מן הדרך שבה הוא בחר לנסח את ההלכה ברור שהוא נוטה לפסוק כרשב"ג, בהתאם להסבר השלישי. משמעותה של פסיקה זו היא, שככלל יש להניח שהשולח מקפיד על ביצוע אישי, ורק בנסיבות חריגות, בהן הקפדה זו עלולה להביא לכישלונה של השליחות, יש להניח שהוא מוכן להסכים למינוי של שליח מחליף.<sup>894</sup>

אמנם, ניתן להסתייג מן המסקנה האמורה, משום שמדובר בשליחות להעברת גט, שלגביה ניתן לטעון שזוהי שליחות שאופייה דורש ביצוע אישי, ודווקא משום כך יש להניח שהשולח מקפיד על ביצוע אישי.<sup>895</sup> ייתכן שהנחה כזו קיימת גם כאשר

<sup>893</sup> **שולחן ערוך** אה"ע קמא, לח.

<sup>894</sup> וראו **רמ"א** אבן העזר שם, שמעיר שאם "פירש לו שלא ישלחנו ביד אחר, לא יוכל לעשות שליח, אפי' חלה או נאנס".

<sup>895</sup> על פי **המשנה** גיטין ג, ה ("ואם אמר לו [הבעל לשליח]: 'טול הימנה חפץ פלוני', לא ישלחנו ביד אחר, 'שאינ רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'"). וראו גם **שו"ת הריב"ש** רכח ("שמא הבעל מקפיד לגרש על ידי זה, ולא שיִדעו כולם בגירושי"). לעניין זה בהרחבה אצל **ויגודה, שליחות**

ביצוע השליחות כרוך בביצוע הוראות מדויקות בדקדקנות.<sup>896</sup>

בהתאם להסתייגות האמורה, נראה שהכלל שניתן להסיק מן המקורות שנדונו עד כה הוא, שבשליחות הנושאת אופי אישי או שביצועה דורש מיומנות מקצועית מיוחדת, יש להניח שהשולח מקפיד על ביצוע אישי. בשל כך, בשליחות כאמור, אין השליח רשאי להעביר סמכויותיו לאחרים אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות שיש בהן כדי ללמד שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי. לעומת זאת, כאשר השליחות אינה נושאת אופי אישי וביצועה אינו דורש מיומנות מקצועית מיוחדת, "שליח עושה שליח".<sup>897</sup>

### 1.3 שליחות ל'דברים' ('מילי לא ממסרן לשליח')

עד כה עסקנו בעיקר בזכותו של השליח להעביר שליחותו לאחרים. אולם, ישנן שליחויות שבהן אין לשלוח כוח משפטי להעביר את שליחותו לאחרים. שליחויות אלה מכונות שליחויות ל'דברים' ('מילי').

המקור של ההלכה השוללת את כוחו של השליח להעביר לאחר את כוחו בשליחות מסוג זה הוא במשנה –

אמר לשנים: 'תנו גט ל אשתי', או לשלשה: 'כתבו גט ותנו ל אשתי' –  
הרי אלו יכתבו ויתנו. אמר לשלשה: 'תנו גט ל אשתי' – הרי אלו  
יאמרו לאחרים ויכתבו, מפני שעשאו  
בית דין, דברי רבי מאיר.

עמ' 719-720. על עניין זה העיר גם הרב יצחק הרצוג בנוגע להחלת הכלל ש"שליח עושה שליח" שמקורו בדיני הגירושין, גם על שליחויות עסקיות:

It does not, however, necessarily follow that the same rule operate in commercial transactions, for the delivery of a bill of divorce is a relatively simple matter, whereas a commercial transaction may be a matter of considerable difficulty and complexity and the principal may have the right of refusing to be bound by the acts of a sub-agent even though there has been no deviation from the instructions given to the agent (*The Main Institutions of Jewish Law* vol. 2, p. 150)

<sup>896</sup> על פי רש"י גיטין כט, ב ד"ה ואזל איהו, וראו בהרחבה על עיקרון זה אצל ויגודה, שליחות עמ' 720.

<sup>897</sup> לפי זה, עמדתו של הדין העברי בנוגע להעברת סמכויות השליח ממוצעת, בין הדין הישראי לדין הצרפתי (ראו לעיל אחר הציון להערה 821). שלא כדין הישראלי, הדין העברי אינו גורס באופן קטגורי, שאין שליח עושה שליח. קביעה כאמור נכונה רק כאשר השליחות נושאת אופי אישי או כאשר ביצועה דורש מיומנות מיוחדת, ואף בשליחות שכזו, ייתכנו נסיבות שבהתקיימן ניתן יהיה להניח שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי, ובשל כך יוכל השליח למנות לעצמו מחליף. מנגד, שלא כדין הצרפתי, הדין העברי אינו גורס באופן קטגורי, ששליח עושה שליח, משום שבשליחות הנושאת אופי אישי או שביצועה דורש מיומנות מיוחדת, הכלל הוא שאין השליח עושה שליח, אלא בהתקיימן של נסיבות מיוחדות המלמדות שהשולח אינו מקפיד על ביצוע אישי.

וזו הלכה העלה רבי חנינא איש אונו מבית האסורין: מקובל אני באומר לשלשה: 'תנו גט ל אשתי', שיאמרו לאחרים ויכתבו. אמר רבי יוסי: נומינו לשליח – אף אנו מקובלין, שאפילו אמר לבית הדין הגדול בירושלים: 'תנו גט לאשתי', שילמדו ויכתבו ויתנו'.<sup>898</sup>

מדברי רבי יוסי שנפסקו להלכה<sup>899</sup> עולה, שגם אם מינה אדם כשליח לכתיבת הגט ונתינתו את בית דין הגדול שבירושלים, אין בית הדין מוסמך להעביר את השליחות לכתוב את הגט ולהעבירו לאישה, לשליח אחר.

בתלמוד<sup>900</sup> הובא ההסבר של רבא לדברי רבי יוסי,<sup>901</sup> ולפיו, ההלכה זו מבוססת על כך שהוראתו של השולח במקרה זה היא בגדר 'מילי' (=דברים), ו'מילי לא מסרן לשליח'.

הדיון ההלכתי בהבנת משמעותו של העיקרון חורג מגבולותיה של עבודה זו,<sup>902</sup> ובשל כך נביא להלן רק את הגישות העיקריות בהבנתו של העיקרון, כעולה מדברי הראשונים בעניין זה.

לפי הגישה הראשונה והמצמצמת מכולן, שליחות 'מילי' היא שליחות לביצוע פעולה טכנית, שאין לה כל תוצאה משפטית.<sup>903</sup>

גישה אחרת גורסת ששליחות תוגדר כ'מילי' כאשר במסגרתה מוסר השולח לשליח הנחיות בלבד, ולא חפץ ממשי.<sup>904</sup>

<sup>898</sup> משנה גיטין ו, ז. וראו ועיין שינויי נוסחאות אצל רמ"ש פלדבלום, דקדוקי סופרים גיטין, ניו יורק, "חורב" ישיבה אוניברסיטה, תשכ"ו.

<sup>899</sup> ראו שולחן ערוך אבן העזר קמא, מג.

<sup>900</sup> תלמוד בבלי גיטין כט, א.

<sup>901</sup> הסבר אחר שהובא בתלמוד הוא ההסבר של אבין, ולפיו, בית הדין אינו רשאי למנות שליח משנה משום בזיון הבעל. לפי חלק מן המפרשים, הביזיון נובע מכך שהבעל עשוי לחזור בו מן הכוונה לגרש את אשתו, ואין הוא מעוניין שכוונה זו תתגלה לרבים (רב"מ לוי אוצר הגאונים גיטין, "פירוש רבנו חננאל למס' גיטין" ירושלים, מוסד הרב קוק, תש"א עמ' 17-18, מובא גם בחידושי הריטב"א גיטין, כט, א), ויש המפרשים שהביזיון נובע מכך שיתגלה ברבים שאינו הוא יודע לכתוב גט (רש"י גיטין שם ד"ה בזיון דבעל).

<sup>902</sup> לדיון ממצה בעיקרון זה ראו למשל: מנחת אשר (וייס), גיטין סג, סד; הרב יצחק בר דע, "מילי לא ממסרן לשליח", בתוך: משפט והלכה – עיונים בשאלות המשפט העברי הנוהג במדינה רמת גן תשל"ז, 196; הרב עזריאל אריאל, "מילוי מקום המשגיח להפרשת תרו"מ" התורה והארץ ג (תשנ"ז) 291; אהרון קירשנבאום, "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': ניתוח תיאוריטי", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), 243 (להלן: קירשנבאום, ניתוח תיאוריטי); הנ"ל, "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': הלכה למעשה", שנתון המשפט העברי ו-י (תשל"ט-תש"ס) 271; ויגודה, שליחות עמ' 724-738.

<sup>903</sup> על פי מרדכי גיטין תכ. וראו בהרחבה, ויגודה, שליחות עמ' 726. במונחים מודרניים, שליחות מסוג זה מכונה שליחות מטריאלית (במובחן משליחות משפטית) וראו: ברק, שליחות עמ' 388-389; גואליטרו פרוקצ'יה דיני שליחות בישראל 79-80.

<sup>904</sup> על פי מרדכי שם, בשם "יש מפרשים". וראו בהרחבה, ויגודה, שליחות עמ' 727.

לפי גישה שלישית, שליחות תוגדר כשליחות ל'מילי' כאשר השגת תוצאותיה של השליחות אינה תלויה בחפץ מסוים ומוגדר.<sup>905</sup> למשל, כאשר אדם מסר כסף לשליח כדי שיקדש לו אישה, מאחר שהאישה יכולה להתקדש גם בכסף אחר או בחפץ אחר, עיקרה של השליחות אינו בחפץ אלא בהנחיות שקיבל השליח ('מילי'). לפיכך, לא ניתן להעביר שליחות זו לשליח אחר. לעומת זאת, כאשר קיומה של השליחות תלוי בחפץ מסוים ומוגדר שלא ניתן להחליפו באחר (כמו במקרה של שליחות למסירת הגט), תהיה זו שליחות שאיננה בגדר 'מילי', שאותה ניתן להעביר לשליח משנה.

ולבסוף, גישה רביעית היא גישתו של ה"ר שלמה בר' יהודה מדרוויש ('הקדוש מדרוש'),<sup>906</sup> שלפיה כל שליחות שהשלמתה מותנית בהסכמתו של צד שלישי ואין בכוחו של השלוח לבדו להשלימה מוגדרת כ'מילי'.<sup>907</sup>

לענייננו, דומה שניתן למצוא מכנה משותף לכל הגישות: שליחות שהיא בגדר 'מילי' היא שליחות שבמסגרתה נמסר לידי השליח כוח מוגבל.

בהתאם לכך מציעים רבים את ההסבר הבא כהגיונו הפנימי של הכלל –

נראה דזהו הכוונה דמילי לא ממסרן לשליח, דהחסרון הוא כבר בשליח הראשון... והוא משום דבמילי אינו נעשה כמותו ממש, ורק [=אלא] [ש]אם יעשה השליח את השליחות יהני למשלח, אבל לא חשיב השליח כמותו... ובמקום שהשליח כמותו ממש, יכול גם לעשות שליח אחר.<sup>908</sup>

לפי הסבר זה, ישנם שני סוגים של שליחויות: שליחות 'טכנית' שמכוחה ניתן לייחס את פעולות השליח לשולח, ושליחות 'מהותית' המכניסה את השליח בנעליו של השולח ממש, עד שניתן לומר עליו ש"שלוחו של אדם כמותו". כאשר נמסרת בידי השליח שליטה מוחלטת בענייניו של השולח יתקיים הכלל ששלוחו של אדם כמותו, והשליח יוכל למנות שליח אחר תחתיו. לעומת זאת, כאשר שליטתו של השליח בענייניו של השולח היא מוגבלת,<sup>909</sup> פעולותיו של השליח ייוחסו אמנם לשולח, אך לא יהא בידי הכוח למנות שליח אחר תחתיו.<sup>910</sup>

<sup>905</sup> על פי תוספות ר"ד קידושין מא, א ד"ה אשכחן. וראו בהרחבה אצל ויגודה, שליחות שם.

<sup>906</sup> צרפת, המאות הי"ב-י"ג, מתלמידיו החשובים של ר"י הזקן. וראו עליו אצל אפרים אלימלך אורבך, בעלי התוספות ירושלים, מוסד ביאליק, תשכ"ח, עמ' 279-280.

<sup>907</sup> על פי הגהות מרדכי קידושין, תקה.

<sup>908</sup> הרב אלחנן וסרמן, בתוך: ספר הזיכרון לר' יצחק דוד שינקר, אהל יצחק – גיטין (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"ה, עמ' תלח (להלן: אהל יצחק – גיטין). למקורות נוספים הסוברים כך ולדיון בהסבר זה ראו, ויגודה, שליחות עמ' 733-734.

<sup>909</sup> אם משום שאין בכוחו לשנות את מצבו המשפטי של השולח, אם משום שנמסרו לו הנחיות בלבד ואם משום שהצלחתו של השליח מותנית בשיתוף פעולה מצד אדם שלישי, בהתאם לכל אחת מארבעת השיטות שלעיל. וראו קירשנבאום, ניתוח תיאורטי עמ' 40-41.

<sup>910</sup> הסבר אחר שהציעו האחרונים מבוסס על ההנחה שהשליחות מתגבשת באופן מלא רק עם

## 2. דין האפוטרופוס

את הדיון בזכותו של האפוטרופוס להעביר את סמכויותיו לאחרים נכון לחלק לשלושה חלקים, בהתאם לרמתה של ההאצלה: האצלת תפקיד טכני; האצלת תפקיד הדורש הפעלה של שיקול הדעת; העברת התפקיד לאחרים.

### 2.1 האצלה של תפקיד טכני

ההלכה התנאית הכירה בכוחם של חייבי אמון להסתייע באחרים לשם ביצוע תפקידם. גזבר ההקדש העסיק פועלים, ושילם את שכרם מקופת ההקדש,<sup>911</sup> ולעיתים נתן שכרם מעודף שנשאר מהקטורת של המקדש.<sup>912</sup>

מפסיקה זו לומד בית הדין הרבני ש"פשוט שאין להסיק... שבכלל אין גבאי יכול למנות בא כח שלו שיטפל בענייני ההקדש, וזה מסתבר, דאפוטרופוס נוהג בהקדש וכן בנכסי יתומים כפי שנוהג בשל".<sup>913</sup>

### 2.2 האצלה של תפקיד הדורש הפעלה של שיקול דעת

בפני הרא"ש הוצגה השאלה הבאה: לפי שטר חוב שנמסר ליתומים, החייבים הסכימו לכך שהסמכויות לעניין הגביה של החוב יימסרו בידיו של אדם מסוים (ראובן), ששימש כאפוטרופוס של היתומים. האפוטרופוס העביר את סמכויות הגביה שנמסרו בידיו לאדם אחר (יהודה), והלה משכן את נכסי החייבים לטובת פירעון החוב. החייבים טענו שהמשכון אינו תקף, משום שהאפוטרופוס לא היה רשאי להעביר את סמכויות הגביה שנמסרו בידיו.

הרא"ש דוחה את טענתם של החייבים בטיעון הבא –

יראה, כיון שראובן היה אפוטרופוס של יתומים לגבות הממון הכתוב בשטר ולכתוב שובר עליו, הרי הוא כאלו כתוב בשמו, והקטנים

---

ביצוע פעולת השליחות. לכן, שליחות ל'מילי' אינה מתגבשת ברמה המספיקה כדי להעניק לשליח את הכוח למנות שליח אחר תחתיו. להסבר זה ראו, ויגודה, שליחות עמ' 732-733. הסבר זה קושר את הכלל 'מילי לא ממסרן לשליח' לעקרונות שהם ייחודיים לדיני השליחות, ולפיו, נראה שאין בכלל זה כדי ללמד דבר על כוחם של חייבי אמון שאינם שליחים, להעביר את סמכויותיהם לאחרים.

<sup>911</sup> תלמוד בבלי מורה לא, ב.

<sup>912</sup> משנה שקלים ד, ה. תשלום שכר לאומנים העובדים בבית המקדש נזכר גם בתלמוד בבלי שבועות י, ב, כריתות ו, א, ומעילה יד, א-ב. וראו חידושי הרמב"ן שבועות י, ב, שמפרש שגזברי ההקדש הם שמשלמים את השכר. כמו כן, בתוספתא (ליברמן) שבת יח, טז, ובבא מציעא ח, א (הובאה בתלמוד בבלי בבא מציעא נח, א) מדובר על "השוכר את הפועל לשמור את הפרה, לשמור את התינוק, לשמור את הזרעים". רש"י (בבא מציעא שם, ד"ה השוכר את הפועלים) הסביר שהשוכר הוא "גזבר של הקדש ששכר פועלים משל הקדש" (אבל חידושי הר"ן בבא מציעא שם (מובא בשינוי לשון בשיטה מקובצת בבא מציעא שם, ד"ה ורמינהו, ושם ציין שכך כתב רבנו חננאל), מפרש שהתוספתא אינה עוסקת בגזבר של הקדש

<sup>913</sup> בית הדין הרבני, בתיק 6.2.712, נדפס בספר בשערי בית הדין א, 69 בעמ' 71.

הוזכרו בשטר כדי לידע שהממון שלהם. וראובן אפוטרופוס שלהם, ובידו לגבות הממון ולעשות כל מה שהוא טוב ליתומים; ומאחר שראה שהיה טוב למסור השטר ליהודה, מפני שאפשר שהיו הלווין תקיפים ממנו, או מפני צד אחר שלא היה רוצה למשכנם, מסירתו מסירה. כי האפוטרופוס יש לו כח לעשות בממון הנמסר לידו בטובת בעליו כאלו היה שלו.<sup>914</sup>

מתשובה זו הסיק רבי יעקב קאסטרו, "שהאפוטרופוס רשאי למנות שליח או מורשה, דחשיב כיד היתומים".<sup>915</sup>

עיקרון זה חוזר גם בתשובת הרא"ש בעניין זכותם של נציגי הציבור למנות אדם שייצג בשמם את עניינו של הציבור בפני הערכאות. הרא"ש התיר את הדבר וקבע ש"כל מעשיהם קיימים".<sup>916</sup>

בן דורו, הרשב"א, נשאל האם אפוטרופוס המתקשה להשקיע כספי יתומים בשל ריחוק מגוריו מן המקום שבו מצויים הכספים רשאי למנות אדם שישקיע את הכספים במקומו ויקבל חלק מן הרווחים בשכרו,<sup>917</sup> והתיר את הדבר.

ברור שייצוג עניינו של הזכאי או השקעת כספיו הם תפקידים הדורשים שיקול דעת רחב. אף על פי כן, הפוסקים הכירו בסמכותו של האפוטרופוס להעביר גם תפקידים אלה לאחרים.

דומה כי ההצדקה לכך מצויה בדבריו של הרא"ש על כך ש"האפוטרופוס יש לו כח לעשות בממון הנמסר לידו בטובת בעליו כאלו היה שלו".<sup>918</sup>

בהתאם לעיקרון זה, אם מעמדו של האפוטרופוס הוא כמעמדו של הבעלים, כשם שהבעלים ראשי למנות לו נציגים שיפעלו בשמו ויפעילו שיקול דעת רחב לשם כך, אף האפוטרופוס רשאי לעשות כן.

### 2.3 העברת התפקיד לאחרים

לכאורה, מן התפיסה העקרונית ש"האפוטרופוס יש לו כח לעשות בממון הנמסר לידו בטובת בעליו כאלו היה שלו" נגזרת המסקנה, שהאפוטרופוס רשאי גם להעביר את כל סמכויותיו לאחרים. אולם, לא כך משתמע מתשובת הרא"ש בעניין

<sup>914</sup> ש"ת הרא"ש פז, ב (מובא בטור חו"מ רצ, לז. ההדגשות אינן במקור). יש להדגיש, שאמנם מדברי הרא"ש משמע שלאפוטרופוס אין זכויות קניין מכל סוג שהוא בנכסי היתומים ("כאילו היה שלו", והשוו לדברי ש"ת חקרי לב להלן בהערה 926) אולם, יש מקורות שמהם עולה שלאפוטרופוס יש זכויות קניין בנכסי היתומים, הדומות במהותן לאלו שיש לנאמן בנכסי הנאמנות. לעניין זה ראו בהרחבה, אונגר, הבעלות הפונקציונאלית עמ' 56, 63-65, 69-70, 74-76.

<sup>915</sup> ערך לחם חו"מ רצ, קושטא תע"ח, קכג, א (בסופו)

<sup>916</sup> ש"ת הרא"ש ו, כד.

<sup>917</sup> ש"ת הרשב"א ד, קמו.

<sup>918</sup> הסיבה לכך היא, שהאפוטרופוס, בניגוד לשליח, הוא בעלים פונקציונאלי של נכסי היתומים שהופקדו בידיו. לעניין זה ראו לעיל, ליד הציון להערה 515, הערה 515, הערה 596 והערה 914.

התשובה עסקה באפוטרופוס שהעביר את תפקידו לבנו, ששימש בתפקיד לאחר מות אביו. הבן השכיר דירה השייכת ליתומים לאדם אחר, והלה השתמש בה לשם אחסון תבואה. בשל אחסון התבואה זמן רב בדירה, חששו השכנים שהדבר יפגע בחוסן של הדירות הסמוכות ואף התריעו על כך בפניו של השוכר. השוכר התעלם מן ההתרעות, ואמנם, כעבור זמן מה התמוטט המבנה כולו ונגרם ליתומים ולשכניהם נזק רב.

הניזוקים ביקשו לתבוע את הנזק מן השוכר, תוך שהם טוענים שהשוכר "ירד לדור בו שלא ברשות", משום שבנו של האפוטרופוס לא היה רשאי להשכיר לו את הדירה כי "אין לאפוטרופוס כח למנות אפוטרופוס אחר במקומו".

הרא"ש דחה את הטענה האמורה מן הטעם ש"נהי דלא מנוהו בית דין, מכל מקום, כיון שנשתדל בנכסי היורש ימים רבים... לא גרע מיתומים שסמכו אצל בעל הבית, שיש לו כל דין אפוטרופוס".<sup>920</sup>

כלומר, האפוטרופוס אמנם אינו יכול להעביר את תפקידו לאחר,<sup>921</sup> אך לבנו של האפוטרופוס בכל זאת היה דין של אפוטרופוס, משום שהיתומים סמכו על שולחנו "ימים רבים".<sup>922</sup>

<sup>919</sup> ש"ת הרא"ש פז, ו.

<sup>920</sup> אמנם, הרא"ש מעיר, ש"ודאי אם היה ניכר וידוע קלקול הכותלים, והתרו בו (=בשוכר) השכנים לסלק החיטה ולא סלקה, פושע הוא". גם בש"ת רדב"ז ג, תנ נקבע שעל אף שאין אפוטרופוס עושה אפוטרופוס, אם האפוטרופוס נפטר ומינה את בנו לשמש כאפוטרופוסים תחתיו, "אם ראו בית דין שהוא ראוי לכך, מניחין אותו על מינויו, ואם לאו מסלקין אותו. ובין כך ובין כך, מה שעשה עשוי אם היתומים סמוכין אצל בנו של האפוטרופוס דלא גרע מיתומים שסמכו אצל בעל הבית".

<sup>921</sup> בעקבות דברי הרא"ש פסק בית הדין הרבני האזורי בירושלים, שנאמן של הקדש אינו רשאי למנות נאמן אחר תחתיו. ראו, תיק 6.2.712, בתוך: **בשערי בית הדין** א, 69. ושם עמ' 72 נקבע שאם העביר הנאמן את סמכויותיו לאחרים, אין לכך תוקף.

<sup>922</sup> על האפוטרופסות מדין 'תומים שסמכו' ראו: **משנה** גיטין ה, ד; **תלמוד בבלי** גיטין נב,א; **שולחן ערוך** חו"מ רצ כד. להרחבה, ראו: **אנציקלופדיה תלמודית** 'אפוטרופוס', כרך ב, עמ' קכח-קכט; יעקב קופל רייניץ, "האפוטרופסות מכוח 'תומים שסמכו אצל בעל הבית'", **מחקרי משפט** א (תשמ"מ), עמ' 219.

אפוטרופסות מסוג זה נקבעה בסעיף 67 לחוק הכשרות והמשפטיות והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, בו מכונה אפוטרופסות מסוג זה בשם "אפוטרופוס למעשה". סעיף זה קובע, ש"מי שפועל כאפוטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יהיה לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפוטרופסותו". מקורה של הוראה זו בהצעת חוק היחיד והמשפחה, התשט"ז-1956, סעיף 162 (הצעת החוק המקיפה, שנועדה להסדיר כמקשה אחת את נושאי המעמד האישי פורסמה על ידי משרד המשפטים בדצמבר 1955, אך היא נגנזה בשלב מאוחר יותר). בדברי ההסבר לסעיף האמור בהצעת החוק נאמר בין השאר: "בספרי החוקים של ארצות המשפט האזרחי לא מצאנו הוראות דומות להוראה זו. אך מצאנו דוגמתה בחו"מ סימן ר"ץ, סעיף כד: יתומים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר, ואפילו סמכו אצל אישה...".



בתשובה זו, הרא"ש מניח כדבר המובן מאליו, שהאפוטרופוס אינו רשאי להעביר את תפקידו לאחר, אך הוא אינו מבהיר על מה מבוססת הנחה זו.

הבהרה שכזו אנו מוצאים בתשובת רבי יוסף קולון, המהרי"ק,<sup>923</sup> בעניינה של אישה שבעלה מינה אותה לפני מותו כנאמנת על כספיו כדי שתשקיע אותם ותעביר את הרווחים למטרות צדקה.

מן התשובה עולה שלאחר מותו של הבעל, האישה העבירה את הכסף לאדם אחר כדי שהוא ישקיע אותו ויעביר את הרווחים ליעדם.<sup>924</sup>

על כך מעיר מהרי"ק, שהאישה לא נהגה כדין, משום ש"לא השליט המת במעות ההם כי אם אותה באשר היא אשתו, ואיך תוכל להשליט אחרים עליהם?",<sup>925</sup> ובשל כך הוא אף מסיק, ש"אין לה כח להשליט אחר בנכסים",<sup>926</sup> והמינוי של הנאמן המחליף הוא חסר תוקף.<sup>927</sup>

<sup>923</sup> **ש"ת מהרי"ק** שורש ו (ד"ה גם על מה), מקוצר בשו"ת מהרי"ק פסקים, צה (הובא להלכה בשולחן ערוך יו"ד רנז, יא, ובשו"ת מהרשד"ם יו"ד קסב, וחו"מ שנט). לכאורה, אפשר לטעון שמהרי"ק אסר רק משום שמדובר בהעברת נכס של הנאמנת לידי של אחר, והרי נאמן הוא שומר, ושומר אינו רשאי להעביר את הנכס לאחר. כך לכאורה משתמע גם מן הנימוק המובא בתשובת המהרי"ק, שהזכאי יכול לטעון: "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" כסיוע לפסיקתו (וראו גם ש"ך יו"ד רנז, ס"ק כ, וביאור הגר"א שם, ס"ק יט, שהזכירו עיקרון זה). בהתאם לכך, ייתכן שאין ללמוד מתשובת מהרי"ק עיקרון כללי שלפיו אין האפוטרופוס רשאי להעביר לאחרים את תפקידו, כאשר הדבר אינו כרוך בהעברה של הנכסים שהופקדו בידיו לשליטת אחרים. אולם, מהסתמכותו של מהרי"ק על תשובת מהר"ם מרוטנבורג המובאת להלן בהערה 925, שבה לא שייך הנימוק ש"אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" משתמע, שהתנגדותו של מהרי"ק להעברת הסמכויות אינה נובעת אך ורק מעקרונות דיני השומרים (כך הוכיח בשו"ת שער אפרים קלג (פה ע"ג)). כמו כן, בספר בשערי בית הדין א, 70, הוכיח שאין טעמו של מהרי"ק מצד "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", שהרי בנידונו המפקיד כבר מת, ואין אחריות שמירה כלפיו. מן העובדה שמהרי"ק מביא ראיה לדינו מתשובת מהר"ם (במרדכי, בבא קמא קח), שמי שיש לו זכות בלעדית לבנות בבית כנסת, אינו יכול להעביר את הזכות לאחר - והרי שם לא שייך "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר".

<sup>924</sup> ראוי להדגיש, שבנידונו של מהרי"ק האדם שאליו העבירה האישה את הסמכות היה אדם אמין ומוכשר בניהול כספים יותר מן האישה, ובכל זאת פסק שאסור היה לה להעביר אליו את הסמכות בניגוד לרצון המת.

<sup>925</sup> בדבריו מסתמך מהרי"ק גם על תשובת מהר"ם מרוטנבורג (מובאת במרדכי בבא קמא קח), בעניינם של שני אחים שקיבלו הרשאה ציבורית לבנות את בית הכנסת, ו"אין שום אדם רשאי לבנות דבר בבית הכנסת זולתם", וביקש אחד האחים למכור לאדם אחר את זכותו זו. מהר"ם מרוטנבורג פסק, שהאח אינו רשאי לעשות כן, "שהרי לא השליטו הקהל על אותה מצוה אלא לאותו האיש ולזרעו אבל לא למכור לאחרים".

<sup>926</sup> **ש"ת מהרי"ק** שם. והשוו לדבריו של כרם בעניין תוקפה של האצלת התפקיד לפי חוק הנאמנות, לעיל, ליד הציון להערה 835.

<sup>927</sup> וראו **ש"ת מהרשד"ם** חו"מ, שלט, בעניין בקשתה של אישה שמונתה כאפוטרופוס על נכסי בעלה הנפטר, להאציל את תפקידה לאדם אחר. מהרשד"ם פסק שהאישה אמנם אינה רשאית לאצול את תפקידה לאחר מדעתה, אך "יש לה כח לעשות זה בעצת בית דין, שאם יראה להם

שלילת זכותה של האישה למנות לעצמה מחליף מבוססת על כיבוד רצונו של המת. לפי מהר"ק, היקף הסמכויות שנמסרו בידיה של האישה נקבע בהתאם לציפיותיו של המסמך. מאחר שהבעל מינה את אשתו על בסיס של אמון אישי ("באשר היא אשתו"), יש להניח שהוא לא ביקש למסור בידיה גם את הסמכות להעביר את תפקידיה לאחרים.

עיקרון דומה עולה גם מתשובת ריב"ש בנוגע לזכותם של חברת בועדת איתור להעביר לאחרים את סמכותם. מן התשובה עולה ששלושה 'נאמני קהל' הוסמכו על ידי השלטון לבחור (יחד עם בית הדין) ברוב דעות, מועצה בת שלושים חברים שתפקידה לפקח "על עסקי הקהל בענייני המסים והתשחורות"<sup>928</sup> וברירת הקהל.<sup>929</sup>

לפי כתב המינוי, כל אחד מחברי הגוף הבוחר נדרש להישבע לבחור את חברי המועצה "ביושר ובאמונה לתועלת הקהל" ושלא להעביר את תפקידו לאחר. אולם, לאחר שחברי הגוף הבוחר לא הצליחו להגיע לעמק השווה בבחירת "מועצת השלושים", הם החליטו לאצול את סמכותם לשני אנשים, כדי שיבחרו במקומם את שלושים חברי המועצה. כדי לצאת ידי שבועתם, הסכימו נאמני הקהילה שכשתוצג לפנייהם רשימת חברי המועצה, יאשרו אותה בחתימת ידם, וכך ממילא תהיה ההחלטה הסופית שלהם.

ואולם, משבחרו שניים אלו את חברי המועצה, לא נשאה בחירתם חן בעיני נאמני הקהל, ומאחר שרובם סירבו לאשר את הבחירה, הובאה המחלוקת להכרעתו של הריב"ש. בתשובתו, הריב"ש מעיר שאמנם "בעלמא 'שליח עושה שליח' היכא

---

שהאפטרופוס שהיא מנחת במקומה הוא הנאה ותועלת ליתומים, תעשה".

דבריו, משרטט המהרשד"ם גם את קווי המתאר להצדקת ההתערבות השיפוטית, באומרם ש"אפילו שאבי היתומים מנה אפטרופוס פלוני בפירוש, ואחר כך ראו בית דין טעם מספיק שלא יהיה הוא אפטרופוס, חייבין לסלקו ולהעמיד אחר במקומו". כלומר, בדרך כלל, על בית הדין לכבד את רצונו של מי שמינה את האפטרופוס. אולם, לבית הדין יש אחריות לניהול התקין של נכסי היתומים, ומתוקף תפקידם זה, הם מוסמכים לפטר אפטרופוס ולמנות אחר תחתיו אם ראו שהדבר דרוש לטובת שמירת עניינם של החסויים (על תפקיד זה של בית הדין ראו: **תלמוד בבלי** גיטין לז, א ובבא קמא לז, א ("רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים"); **משנה תורה** נחלות י, ה; **שולחן ערוך** חו"מ רצ, א; אריה אדרעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", **דיני ישראל** יט (ירושלים תשנ"ז), ה-מא). מאחר שבנסיבות השאלה היה ברור שהאישה אינה מסוגלת להמשיך ולמלא את תפקידה, בית הדין רשאי לסלקה, ולמנות אפטרופוס אחר תחתיה. נמצא, שלא האישה היא שהאצילה את תפקידה לאחרים, אלא בית הדין קיבל את התפטרותה, ומינה אפטרופוס אחר תחתיה, בהתאם להמלצתה.

<sup>928</sup> הביטוי 'תשחורות' שימש בלשון ימי הביניים לציון מס או עבודת כפייה מטעם השלטון. ראו הערת נ"ה טור-סיני לערך "תשחורת" במילון **אליעזר בן-יהודה** עמ' 7935; **ספר השטרות** לר"י אלברצלוני (הוצאת מקיצי נרדמים), עמ' 137 ("שבעוונותינו ובעוון דורנו גברו היגונות ועצמו התלאות ורבו האנחות מכובד הפורעניות וגודל המסים ועוצם מיני התשחורת היוצאות עלינו בכל יום").

<sup>929</sup> **שו"ת הריב"ש** רכח. בכותרתה של התשובה נאמר שהיא שלוחה ל"נאמני קהל ברצלונה", ששמותיהם באים בסוף חלקה הראשון. בתשובה זו דן השופט מנחם אלון בבג"צ 702/79 **גולדברג נ' שרמן** פ"ד לד(4) 85 וראו גם, יוסף גולדברג, **טובי העיר** שער המשפט, ירושלים תש"ס, עמ' ע.

בנדון זה נראה שהנאמנים והבית דין, שהם שלוחי הקהל לעשות ברירת השלושים, לא היו יכולין למנות אחרים תחתיהם לעשות הברירה ההיא, כיון שלא פורש כן ביכולת [=בהרשאה] הנתון להם, לפי שיש קפידא גדולה בדבר זה. שהרי בברירת השלושים תלוי כל ענייני הקהל, וצריכין הבוררין אותם לדקדק הרבה באומד הדעת ובמחשבה, שיהיו אנשים חכמים ונבונים ויודעים בענייני הקהל ובמשפטיהם והנהגותיהם ותקנותיהם, אוהבי צדק ורודפי שלום, ושיתפייסו מהם רוב הקהל; ואין ספק שיש קפידא בדבר זה מי יהיו הבוררים. ואחרי שיש קפידא לקהל באנשים הבוררים שיהיו חשובים ומעולים, אם כן אין כוונת הקהל שהבוררים אותם יהיו יכולין למנות אחרים תחתיהם, ואפילו יהיו כמותם בחכמה ובמניין.

הכלל הרחב העולה מדברי הריב"ש הוא, שכאשר יש להניח שהזכאי אינו מעוניין שחב האומן יאצול את תפקידו לאחרים, אין חב האומן רשאי לעשות כן.

כדי לדעת מה הן ציפיותיו של הזכאי, מציע ריב"ש שלושה מבחני עזר. המבחן הראשון הוא מבחן שיקול הדעת ("צריכין הבוררין אותם לדקדק הרבה באומד הדעת ובמחשבה"). לפי מבחן זה, כאשר עיקרו של התפקיד הוא הפעלה של שיקול דעת רחב, יש להניח שהזכאי אינו מעוניין שחב האומן יאצול את תפקידו לאחרים.<sup>930</sup>

<sup>930</sup> מבחן זה עולה גם בתשובת מהר"י בן לב בעניין סמכותם של נאמני הקהל לאצול את סמכותם לתקן תקנות קהל לאחרים, שהרי "סברא גדולה היא, והגע עצמך שאדם מקבל עליו לדיינים לפלוני ופלוני פשיטא ופשיטא שלא יהיה להם רשות למנות אחרים במקומם" (שו"ת מהריב"ל א, מז (מה)).

וראו שו"ת חקרי לב חו"מ ב, כד המבקש ליישב בין תשובת הריב"ש לפסיקתו של הרא"ש הנ"ל ליד הציון להערה 916 באמצעות העיקרון של 'מילי לא ממסרן לשליח'. לדבריו, העברת הסמכות לבחור נציגי ציבור היא העברה של 'מילי' ו'מילי', כמבואר לעיל אחר הציון להערה 897, 'לא ממסרן לשליח'. לעומת זאת, מינויו של מורשה, שבו עסק הרא"ש, אינו בגדר 'מילי', משום שההרשאה כרוכה בהעברת נכסי הציבור לבעלותו של המורשה. חקרי לב אינו היחיד מבין האחרונים שביקש להסביר את דברי הריב"ש על יסוד העיקרון של 'מילי לא ממסרן לשליח' (ראו למשל: ר' אלחנן וסרמן (בדרכו הראשונה), בתוך: אהל יצחק – גיטין עמ' תלח, ד"ה ונראה; שיעורי מורנו הגאון רבי אבא ברמן על מסכת גיטין, שיעור לג, עמ' רח, ד"ה ועיין. וראה עוד משפטי השליחות שער שני, סימן ז, ענף ב, אות א (עמ' פו), ד"ה ומצאתי). אולם, נראה שדרך הסברה זו היא שגויה, הן משום שהיא אינה מתאימה לנוסח דבריו של הריב"ש, הן משום שהבעלות המוקנית למורשה בנכסי הזכאי אינה מקנה לו שליטה ומעשה זוהי בעלות פונקציונאלית בלבד, שספק אם יש בה כדי לסלק את החיסרון של 'מילי' (ראו בעניין זה: זילברג, כך דרכו של תלמוד עמ' 136-137; אביגדור לבונטין, "כך דרכו של תלמוד (ביקורת)", הפרקליט יח (תשכ"ב), 188; נחום רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי ירושלים תשל"ב, 176, הערה 522; אונגר, הבעלות הפונקציונלית עמ' 39 הערה 145) והן משום שברמה המושגית, דומה שהיקף הסמכויות המסורות בידיהם של נציגי הציבור מלמד שמערכת הדינים הראויה לחול עליהם היא מערכת הדינים של האפוטרופוסות, ולא זו של השליחות (אמנם, ראו שו"ת הרשב"א ה, קפג שכותב ש"הפרנסין ממונים הם, וכאפוטרופוסים או שלוחים להם".

מבחן העזר השני הוא **מבחן התלות** ("בברירת השלושים תלוי כל ענייני הקהל"). לפי מבחן זה, כאשר הפעלתה של הסמכות צפויה לשנות את מצבו המשפטי או הריאלי של הזכאי בצורה דרמטית, יש להניח שהזכאי אינו מעוניין בהאצלתה של סמכות זו לאחרים.

מבחן העזר השלישי הוא **מבחן האישיות** ("שיש קפידא... שיהיו חשובים ומעולים"). על פי מבחן זה, ככל שניתן להניח שהבחירה בחב האמון קשורה לאישיותו ולמוסריותו של חב האמון, יש להניח שהזכאי אינו מעוניין שחב האמון יאצול את תפקידו לאחרים.

מתשובתו של הריב"ש קשה להסיק, האם שלושת המבחנים האמורים הם חלופיים, אך במקרה שלושתם יחד התכנסו במקרה בו הוא דן, או שמא אלו שלושה מבחנים מצטברים, שבהעדר אחד מהם לא ניתן יהיה לקבוע שחב האמון אינו רשאי לאצול את תפקידו לאחרים.

240

אולם, נראה שמתשובת המהרי"ק הנזכרת לעיל ניתן להסיק שאין אלו מבחנים מצטברים. מבחנים אלו אמורים אמנם לסייע לפוסק להכריע האם הממנה מקפיד על ביצוע אישי או לאו, אך משעה שמצא הפוסק שהממנה מקפיד על ביצוע אישי, הוא יאסור את העברת התפקיד לאחרים, בין אם התמלאו התנאים שבכל שלושת מבחני העזר שקבע ריב"ש ובין אם לאו.

#### 2.4 מה בין האצלה להסתייעות?

ר"ח בנבנישתי מיישב בין פסיקתו של הרא"ש, שלפיה רשאים נאמני הקהל למנות מורשה שייצג במקומם את הציבור, לפסיקת מהריב"ל, שנאמני הקהל אינם

---

מלשון זו משתמע שהרשב"א מסופק בשאלה, איזו מערכת דינים ראוי להחיל על נציגי הציבור. אולם, ראו **ויגודה, שליחות** עמ' 70, שמעיר שגם אם תתקבל ההנחה ש"דיני השליחות משפיעים גם על דיני המנהל הציבורי", ברור ש"כוח הייצוג של מנהיגי ציבור גדול יותר משל שליח רגיל".

יש להעיר, שמדברי חקרי לב משתמע, שגם אם הציבור היה מתיר במפורש לנציגיו להעביר לאחרים את זכותם לבחור נציגי ציבור, הדבר לא היה מאפשר לנציגים להעביר סמכות זו, כי 'מילי לא ממסרן לשליח' (אמנם, ייתכן שבמקרה זה, לדעת הפוסקים המכירים בסמכותו של שולח להורות לשליח לבחור עבורו שליח ('אומר אמרו'), לדעת חלק מן הפוסקים היתר שכזה עשוי להיות תקף, משום שרואים את השולח כמי שמינה בעקיפין את השליח שנבחר, אך נראה שזו אינה דעת רוב הפוסקים. להרחבה בעניין זה ראו, **ויגודה, שליחות** עמ' 734-738). אולם, מתשובת הרשב"א הנ"ל אחר הציון להערה 916 עולה, שאילו היה הציבור מתיר לנציגיו להעביר לאחרים את זכותם לבחור נציגי ציבור, היו הנציגים רשאים לעשות כן, ועיקרון 'מילי לא ממסרן לשליח' לא היה עומד בדרכם.

גם מתשובת מהריב"ל (שם) העוסקת בהאצלת סמכויות החקיקה שבידי טובי העיר, בה לא נזקק מהריב"ל לעיקרון 'מילי לא ממסרן לשליח' עולה, שעיקרון זה אינו מגביל את סמכויותיהם של נציגי הציבור.

עוד יש להעיר בהקשר זה, שלפי דרכו של חקרי לב, האצלת סמכויות הכוללת גם העברה של נכסים לשליטתו של חב האמון תהיה תקפה. ואולם, כל המעיין בדבריו של ריב"ש המובאים כאן יבין שהוא לא היה מקבל תוצאה זו.

רשאים להעביר את סמכותם לתקן תקנות לאחרים על יסוד היקף ההאצלה –

דבנידון הרא"ש ז"ל [העסקת מורשה], לא נתרוקנו כוחם מכל וכל, אלא שלדבר ההוא נתנו כח ורשות ועשאום מורשים לדון בשביל הקהל. אבל בנידון מהריב"ל ז"ל [אצילת התפקיד], סלקו כוחם ורשותם מכל וכל, ונתנו רשותם לממונים אחרים.<sup>931</sup>

נראה שההבחנה בין סילוק כוחו של חב האמון "מכל וכל" לנתינת "כח ורשות" קשורה לאחריות הכוללת לביצוע התפקיד. סילוק הכוח "מכל וכל" משמעו, הסרת האחריות לביצוע התפקיד, בעוד שנתינת "כח ורשות" משמעה קבלת סיוע, מבלי להתנער מן האחריות הכוללת לביצוע התפקיד.

### 3. האצלת סמכויות של עובד ציבור

241

בתשובה הנזכרת לעיל<sup>932</sup> בעניין סמכותה של אישה שמונתה כנאמנת של הקדש להאציל את סמכויותיה לאחרים, נדרש מהרי"ק למסופר על רב יוסף בתלמוד, שהפקיד קופת צדקה שהיה אחראי עליה בידי של אדם אחר. מהרי"ק מסביר שרב יוסף היה רשאי לעשות כן –

<sup>931</sup> **כנסת הגדולה** חו"מ, סימן קסג, הגהות בית יוסף, אות קטז. וראו גם **מטה שמעון** חו"מ קסג, הגהות בית יוסף, פט. הבחנה זו עשה גם בית הדין הרבני האזורי בירושלים בתיק 6.2.712, (הובא בספר **בשערי בית הדין** א, עמ' 69), מבלי שהזכיר את דברי כנסת הגדולה בעניין זה. בעניין העסקת אדם על ידי נאמן של הקדש, באומרו שאצילת סמכות היא הסתלקות של הנאמן לחלוטין, שבעקבותיה מי שמנהל את נכסי הנאמנות אינו פועל כבא כוחו של הנאמן, אלא "מכוחו הוא ועל פי שיקול דעתו הוא". זאת בניגוד למי שמועסק על ידי הנאמן, הפועל כבא כוחו, ואינו עצמאי בהחלטותיו על ניהול נכסי הנאמנות. למסקנה דומה הגיע אף השופט מנחם אלון בבג"צ 702/79 **גולדברג נ' שרמן** פ"ד לד(4) 85, לאור מקורות המשפט העברי.

<sup>932</sup> לעיל, ליד ציון הערה 923. וראו גם, **שולחן ערוך** יו"ד רנו, יא, שפסק על פי דברי מהרי"ק, ש"המניח מעות להרוויח לתלמוד תורה, וממנה אשתו עליהם לתת הרווח למי שתחפוץ, אינה יכולה להפקידם ביד אחר... אבל אם המתנדב מינה עליהם חבר עיר, יכול החבר עיר להפקידם ביד אשתו". וראו גם **ביאור הגר"א** שם ס"ק כ, שמסביר את ההלכה בהתאם לעיקרון ש"כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" (**תלמוד בבלי** בבא מציעא לו, ב), אך ראו **ט"ז** שם, ס"ק ו שמעיר, שדברי המהרי"ק אינם מבוססים על עיקרון זה אלא על מעמדו של 'חבר עיר' ש"יכול לעשות בו מה שיהיה רוצה, כל שכן להפקידו ביד אחר", ובשל כך מסיק ש"דברי השולחן ערוך כאן שלא בדקדוק", וקובע עיקרון כללי שלפיו "אם השליט שום אדם על הקרן ויעשה מה שירצה ברווח, אין כח בידו להפקיד הקרן ביד אחר, כי אם הרווח. אבל אם השליט אותו שיעשה גם עם הקרן מה שירצה, כל שכן יש לו רשות להפקיד ביד מי שירצה לשום אדם בעולם, ובהא לחוד תליא מילתא". **חכמת אדם** קמו, יב, מביא את דברי ה"ט"ז כהלכה מוסכמת בלשון זו: "המניח מעות שהקרן יהיה קיימת והפירות יתנו לצדקות - כיון שאין בידם אלא הפירות, אינם יכולים להפקידם ביד אחר או להמנות אחרים. אבל אם יש להם רשות אפילו על הקרן, יכול להמנות אחרים".

כמו כן, ה"ט"ז (שם) דוחה את הבנתו של בעל ה'לבוש', שסבר שייחודו של 'חבר עיר' הוא בכך ש"הוא טרוד", ובשל כך הזכאי מניח ש"בודאי לא יעסוק הוא בזה", משום שאין להסבר זה יסוד בתשובת מהרי"ק, שהיא המקור של ההלכה. וראו גם פסק הדין הרבני המובא ב**בשערי בית הדין** א, 71.

שהרי הוא 'חבר' עיר... ואם כן, כל דאתי אדעתא דידיה הוא דאתי...  
כל שכן וכל שכן שהיה יכול רב יוסף להפקיד הארנקי ביד כל מי  
שהיה רוצה כיון דכל מאי דבעי הוה מצי למיעבד ביה.<sup>933</sup>

מדברי מהרי"ק עולה, שבמידה ובידיו של חב האמון נמסרה שליטה בלתי מוגבלת  
בנכסי הזכאי, הזכאי לא יוכל לטעון שהוא הקפיד על ביצוע אישי של התפקיד,  
משום שמשעה שנמסרה סמכות רחבה שכזו בידיו של אדם, הוא רשאי לנהוג  
בנכסים שהופקדו בידיו כמנהג בעלים לכל דבר ועניין.<sup>934</sup>

סמכויות מסוג זה נמסרו על ידי הציבור בידיו של 'חבר', שהוא מנהיג ציבור שכל  
ענייני הציבור נחתכים על פיו.<sup>935</sup> סמכותו הרחבה של 'חבר' עיר מעניקה לו מעין  
מעמד של בעלים על כספי הציבור המופקדים בידיו, ומעמד זה מאפשר לו אפילו  
להעביר את סמכויותיו לאחרים.<sup>936</sup>

לפי הסבר זה, חב אמון רשאי להעביר לאחרים את סמכויותיו, רק אם שליטתו  
בנכסי הזכאי היא מוחלטת. שליטה מוחלטת מוגדרת כשליטה המאפשרת לחב  
האמון לקבוע, לא רק מה יעשה ברווחים שיופקו מן הנכסים שהופקדו בידיו,  
אלא גם, מה יעשה בקרן.

<sup>933</sup> לכאורה, ניתן היה לדחות את השאלה בטענה שההשוואה שבין הפקדת כספי צדקה לשמירה ביד  
אחרים להאצלת תפקידיו של האפוטרופוס אינה ממין העניין, משום ששמירת הכספים היא פעולה  
טכנית שאינה דורשת הפעלה של שיקול דעת. בשל כך, מסירת קופת הצדקה לאחר היא הסתייעות  
טכנית, שהיא מותרת (כמבואר לעיל ליד הציון להערה 911), ולא האצלה של תפקיד. אך נראה  
שהשואל הבין שהפקדת ארנק הצדקה הייתה האצלה ל כל הסמכויות שהיו בידיו של רב יוסף,  
כולל הסמכות לחלק את כספי הצדקה ולנהלם, וריב"ש ככל הנראה קיבל פרשנות זו.

<sup>934</sup> מדברי מהרי"ק משמע שהסמכות הרחבה הופכת את חב האמון ל'בעלים' של הנכסים  
שהופקדו בידיו, ובשל כך הוא זכאי לנהוג בהם מנהג בעלים ולמנות אחרים שינהלו את  
הנכסים במקומו. אולם, ניתן להסביר גם, שכוחו של חב האמון להעביר סמכויותיו לאחרים  
בנסיבות אלה אינו נובע מהגדרתו כ'בעלים' של הנכסים שהופקדו בידיו, אלא מן ההנחה  
שכאשר נמסרת בידיו של חב האמון שליטה מוחלטת בנכסי הזכאי, הזכאי מסכים בדעתו  
שהוא יעשה בנכסים ככל אשר יראה לנכון, לרבות העברת השליטה בנכסים לאדם אחר (כך  
נימק **נקודות הכסף** יו"ד רנז, על ט"ז, ס"ק ו).

<sup>935</sup> ראו **אלון, המשפט העברי** עמ' 501, הערה 110.

<sup>936</sup> לפי הסבר זה, גם נאמן שאיננו 'חבר' עיר, אך בידיו נמסרו סמכויות דומות לאלו שנהוג למסור  
בידיו של 'חבר' עיר, יהיה רשאי להאציל את סמכויותיו לאחרים. מהרי"ק היה ער למסקנה  
אפשרית זו והעיר: "וכי תימא, הכא נמי הרי פירש בעלה הנותן שהכל תלוי בה ואדעתא דידה  
מסר ונתן, ואם כן, הוא הדין שתוכל להפקיד ביד מי אשר תחפוץ!", אך הוא דוחה את  
ההשוואה שבין 'חבר' עיר לאישה שמונתה על יד בעליה כנאמנת להקדש שיצר משום ש"לא  
דמי, דהתם כל דאתי אדעתא דרב יוסף הוה אתי, אבל הכא נהי דהשליטה המת על השבח...  
מכל מקום על הקרן לא השליטה כלל...". הסבר זה נכון לכל חב אמון במשפט הפרטי, משום  
שעולם אין הזכאי מעניק לחב האמון את הסמכות לקבוע מה יעשה בנכסיו, מבלי לקבוע  
קיום מנחים לפעילותו של חב האמון.

בהתאם לעיקרון זה מציע רבי יוסף אבן עזרא<sup>937</sup> להבחין בין נבחר ציבור שבידיהם מסורות גם סמכויות ביצוע וגם סמכויות חקיקה ("טובי העיר"), שיכולים לאצול סמכויות, לפקידי ציבור שבידיהם מסורות בעיקר סמכויות ביצוע ("ממוני הקהילות"), שאינם יכולים לעשות כן<sup>938</sup>.

אולם, מדבריהם של רוב הפוסקים נראה שהבחנה זו לא התקבלה להלכה.<sup>939</sup> אמנם, יש להדגיש, שכוחם של נציגי הציבור להאציל סמכויותיהם לאחרים, מבוסס על ההנחה, שבידיהם נמסר כוח בלתי מוגבל לפעול בנכסי הציבור. הנחה שכזו אינה נכונה במשטר דמוקרטי כמובן, ובשל כך, אין להסיק מדברי הפוסקים בעניין 'חבר עיר', שנבחר ציבור בימינו רשאים להעביר את סמכויותיהם לאחרים.

<sup>937</sup> **משא מלך חלק ה**, שער א, משפט ה (מה ע"ד). ההבחנה נועדה ליישב בין פסיקתו של **שו"ת הרא"ש** ו, כג, ש"טובי העיר הרגילים להשתדל בצרכי הקהל יכולין למנות מורשה לדון בשביל הקהל, וכל מעשיהם קיימים" לבין פסיקת מהריב"ל ב**שו"ת מהריב"ל** א, מז (מה), שפסק ש"ממוני הקהילות" אינם רשאים לאצול לאחרים את תפקידם כמתקני תקנות קהל. ואולם, ניתן ליישב בין ההלכות בדרך פשוטה יותר, כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 916.

<sup>938</sup> יש להוסיף, שמשא מלך שם הציע הבחנה נוספת, בין טובי העיר ש"דנו כבר הם תחילת הדברים", לבין טובי העיר שאצלו את תפקידם לאחרים בלי שהם התחילו לדון בדבר. אולם הוא מסיים: "והראשון נראה עיקר". וראו **חקרי לב** ח"מ ב, כד (דף ל ע"ד), דוחה את הבחנתו של משא מלך מכוחה של תשובת הריב"ש (לעיל, הערה 929), "דהרי נידון הריב"ש דאיירי בנאמני הקהל, דנראה **דגדול כוחם יותר מטובי העיר**, ואפילו הכי [=ואפילו כך] כתב דאין כח בידם למנות אחרים".

<sup>939</sup> כמו כן, כנסת הגדולה, המצוין לעיל בהערה 931 מציע הבחנה אחרת כדי ליישב בין תשובת הרא"ש לתשובת מהריב"ל, ומכאן שהוא אינו מקבל את הבחנת מהריב"ל.

## ד. חובת השקידה במשפט העברי

המדרש מתאר את עבודתו של יעקב אבינו כרועה צאן לבן חמיו כעבודה "באמונה" –

בנוהג שבעולם, פועל עושה מלאכה עם בעל הבית שתים שלוש שעות באמונה ובסוף הוא מתעצל במלאכתו. ברם הכא [אצל יעקב], מה הראשונות שלימות אף האחרונות שלימות, מה הראשונות באמונה אף האחרונות באמונה.<sup>940</sup>

עבודה באמונה היא אם כן עבודה ללא התעצלות,<sup>941</sup> ועבודה שלא באמונה מתבטאת בביצוע העבודה בחוסר חשק, באיטיות, ללא התלהבות.<sup>942</sup>

### 1. הלכת האריס

244

דומה כי ההלכה התנאית הקדומה ביותר, העוסקת בהפרתה של חובת השקידה היא זו הקשורה לעצלנות בעיבוד השדות על ידי האריס. כדי להבין את משמעותה של ההלכה, יש להבהיר תחילה את משמעותו של מוסד האריסות.

המוסד המשפטי של האריסות, המוכר משחר ימיה של ההיסטוריה האנושית, שימש כדרך מקובלת למדי לניהול הרכוש הקרקעי של בעלי השדות, העשירים.<sup>943</sup> האריסים, שעל פי רוב באו מקרב השכבות החלשות בחברה, היו חסרי הון אישי ורק כוח העבודה שלהם עמד לרשותם.<sup>944</sup> לפיכך, הם קיבלו לידיהם את השדות לשם עיבודן, בתמורה לחלק מוסכם בפירות.

<sup>940</sup> **מדרש רבה** בראשית ע, כ. וראו גם, **מדרש שוחר טוב** קה ("בשעה שהפועל עושה עם בעל הבית באמונה ונותן לו שכרו, אין צריך להחזיק לו טובה. אבל בשעה שאינו עושה עמו באמונה ונותן לו שכרו, צריך להחזיק לו טובה").

<sup>941</sup> בהתאם לכך, נראה שנכון היה עושה המחוקק אילו החליף את הביטוי "באמונה" בביטוי "בנאמנות", שהרי הביטוי "באמונה" קשור גם לחובה לבצע את התפקיד בשקידה. וראו גם, **פרידמן, עשיית עושר עמ'** 534, הערה 6, שמעיר ש"המונח 'אמונה' משמש במאמר חז"ל בביטוי 'נשאת ונתת באמונה', דרישה שאותה השוו אצלנו לתום לב בקיום חוזה או במשא ומתן לקשירת חוזה. ראה את דברי השופט קיסטר בע"א 242/70 **משעול הכרך בע"מ נ' גרובנר** פ"ד כד(2) 692, 702 וע"א 148/77 **רוט נ' ישופה בע"מ** פ"ד לג(1) 617, 631. לאור האמור כאן, דבריו בעניין זה אינם מדויקים, אם כי, בשל המרחב הפרשני מאפשרת המילה "באמונה", נראה כאמור, שנכון היה להחליפה במילה "בנאמנות".

<sup>942</sup> בין התנאים, היו שסברו שחובת העובד לבצע את עבודתו בשקידה היא סטוטורית, ומקורה בפסוק "לא תִעֲשֶׂךָ שְׂכִיר עֲנִי וְאֲבִיּוֹן... בְּיוֹמוֹ תִּתֵּן שְׂכָרוֹ... כִּי עֲנִי הוּא, וְאֵלֹהֵי הוּא נוֹשֵׂא אֶת נַפְשׁוֹ" (ויקרא כד, יד-טו), כאמור **במדרש תנאים** (הופמן) דברים כד, טו: "ואליו הוא נושא את נפשו" – **הרי זו אזהרה לפועל, שיעשה בכל כוחו**.

<sup>943</sup> ראו, זאב ספראי, "מבני השדה הקדומים – הכפר בארץ-ישראל הרומית" **קתדרה** 89 (תשנ"ט) 7, 10-15 (להלן: ספראי, מבני השדה).

<sup>944</sup> ראו אשר גולאק, **לחקר תולדות המשפט העברי** חלק ראשון: דיני קרקעות, עמ' 110 (להלן: גולאק, דיני קרקעות).



על פי רוב, האריסות נמשכה שנים אחדות,<sup>945</sup> ולעיתים היא אף נמשכה לדורות. אריסות שכזו כונתה 'אריסות עולם', העוברת בירושה מאב לבן.<sup>946</sup>

האריס קיבל לידיו שליטה מלאה בשדות, שלעיתים אף הייתה כרוכה בהעברת זכויות קנייניות בשדה לידיו,<sup>947</sup> ולמעשה, משעה שירד האריס לשדה, בעל השדה לא יכול היה לפקח עליו, והאריס יכול היה לעשות בשדה ככל שברצונו.<sup>948</sup>

נסיבות אלו גרמו לבעלי השדות לחשוש שמא האריס יפר את חובתו לעבד את השדה בשקידה, ובכך יסב הפסדים לבעל השדה. דומה כי הביטוי הקדום ביותר לחשש זה מצוי בהוראה הבאה שבחוקי חמורבי –

If a man rent a field for cultivation and do not produce any grain in the field, they shall call him to account, because he has not performed the work required on the field, and he shall give to the owner of the field grain on the basis of the adjacent (fields)<sup>949</sup>

245

חוק זה מקנה לבעל הקרקע זכות לתבוע פיצוי מן האריס, שערכו כערך הפירות שצמחו בשדה סמוכה לזו שאותה הוא אמור היה לעבד בשקידה. זהו אמנם איננו פיצוי קלאסי, שכן הוא אינו מבוסס על הפסד ממשי שניתן לכמתו. במונחי דיני האמון של המשפט האנגלי ניתן לראות בפיצויים אלה 'פיצויים שביושר',<sup>950</sup> המוטלים על חב אמון שלא מילא את תפקידו בשקידה, שנועדו להשיב לזכאי את הרווח שהיה מפיק אילו מילא חב האמון את תפקידו בשקידה.

הלכה דומה נקבעה גם על ידי התנאים, אם כי, יש מספר הבדלים משמעותיים בין ההלכה התנאית לחוקי חמורבי בעניין זה. על פי ההלכה התנאית –

המקבל שדה מחברו משזכה בה<sup>951</sup> הבירה - שמין אותה כמה הייתה ראויה לעשות ונותן לו ואין שמין אותה כנגד שדות שבצדה שמא זו

<sup>945</sup> ראו, גולאק, דיני קרקעות עמ' 109.

<sup>946</sup> ראו שם, עמ' 124-129.

<sup>947</sup> ראו שם, עמ' 115, ולהלן בהערה 951.

<sup>948</sup> ראו ספראי, מבני השדה עמ' 12-13.

<sup>949</sup> Hammurabi, *The Code of Hammurabi King of Babylon about 2250 B.C.*

Autographed Text Transliteration Translation Glossary Index of Subjects Lists of Proper Names Signs Numerals Corrections and Erasures with Map Fronticepiece and Photograph of Text, by Robert Francis Harper (Chicago: University of Chicago Press, 1904, sect. 42.

<sup>950</sup> ראו ליכט, דיני אמונאות עמ' 3369-358.

<sup>951</sup> הביטוי "משזכה בה", מופיע בתוספתא (כתובות ובבא מציעא), אך לא במשנה. לפי ליברמן (תוספתא כפשוטה בבא מציעא ט, עמ' 284, הערה 15), משמעות הביטוי היא – "ירד לתוכה".

נירה וזו אינה נירה זו מזובלת וזו אינה מזובלת זו מטייבת וזו אינה מטייבת, אלא שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו שכותב לו אם אביר ולא אעביד אשלם במיטבא<sup>952,953</sup>

ההדגשה, ש"אין שמין אותה כנגד שדות שבצדה", נועדה ככל הנראה לשרש את המנהג, שמקורו בחוקי המזרח הקדום אך הוא הוסיף להתקיים גם בימי התנאים, לחשב את גובה הפיצוי שנדרש האריס העצלן לשלם לבעל הקרקע בהתאם לשיעור התבואה או הפירות שגדלו בשדות סמוכות.<sup>954</sup>

שיטת חישוב זו היא אמנם פשוטה, אך היא מתעלמת מנתוני הייחודיים של השדה שעל עיבודה הופקד האריס. בשל כך העדיפו התנאים לחשב את גובה הפיצוי שיושת על האריס בהתאם לפוטנציאל הגידול של השדה שבה הוא היה אמור לבצע את תפקידו.

246

הבדל נוסף קשור לבסיס המשפטי של חובת הפיצוי. בעוד שבחוק חמורבי אין כל הסבר הנוגע לבסיס המשפטי של חובת הפיצוי המוטלת על האריס, ההלכה התנאית מסבירה שחובת הפיצוי מבוססת על ההנחה שהאריס "כותב לו [למעביד] 'אם אביר ולא אעביד אשלם במיטבא'".

נימוק זה דורש הבהרות. מניין לתנא ש"כך כותב לו"? האם זוהי הנחה עובדתית? חזקה חלוטה? פיקציה משפטית? מה יהיה הדין אם ימצא שחוזה האריסות לא הכיל תנאי המחייב את האריס לשלם "במיטבא" אם לא ימלא את תפקידו בשקידה? מדוע לא הציעו התנאים לבדוק האם חוזה האריסות מכיל תנאי כאמור או לא? התשובות לשאלות אלו יבהירו מהו בדיוק הבסיס המשפטי של חובת האריס למלא את תפקידו בשקידה ומהי בדיוק העילה המשפטית שמכוחה ניתן לחייבו לפצות את בעל השדה אם הפר חובה זו.

לפי פרשנות זו, חובת הביצוע המוטלת על האריס לא מוטלת עליו אלא לאחר שהחל במילוי תפקידו. אולם, אפשר גם שביטוי זה מלמד על כך שהאריסות המדוברת דומה במהותה לאריסות ההלניסטית-רומית (אמפיטוסיס), שבה האריס היה רוכש גם זכויות קנייניות בקרקעות שנמסרו לידיו. לדיון על התפשטותה של אריסות מסוג זה בארץ ישראל והשתקפותה של תופעה זו במקורות חז"ל, ראו בהרחבה, יחיעם שורק, "מנהגי אריסות הלניסטיים-רומיים המשתקפים בספרות חז"ל" ציון לט (תשל"ד), 217.

<sup>952</sup> המשמעות הפשוטה של המילה "במיטבא" היא – בתבואה שנגמר בישולה, ובדומה למקובל כיום לקרוא לסחורה בשם Goods או "טובין". ראו לעניין זה: הרב י"י ויינברג, **מחקרים בתלמוד** חלק ראשון עמ' 16; שמואל אטלס, "לשאלת הלכת עידית" **חורב** ט (חוברת י"ז-י"ח), תש"ו) 59, 66; מיכאל וילנסקי, "בעניין הלכת עידית" **חורב** י (חוברת י"ט-כ (אלול תש"ח) 35, 43-45. לפרשנות שונה של הביטוי ראו להלן, הערות 958 ו-960.

<sup>953</sup> **תוספתא** (ליברמן), בבא מציעא ט, יב. ההלכה מופיעה בשינויי לשון גם **בתוספתא** (ליברמן), כתובות ד, י, ובמשנה בבא מציעא ט, ג. בתוספתא כתובות מיוחסת ההלכה לרבי מאיר, אולם בשני המקורות האחרים היא אינה מיוחסת אליו, ואף מסוגיית התלמוד הבבלי בבא מציעא קד, משמע שרבי מאיר אינו בעל ההלכה.

<sup>954</sup> ראו **גולאק, קרקעות** עמ' 114.

## 1.1 הפרשנות החוזית

מן הנימוק "שכך כותב לו" ניתן להסיק שהבסיס המשפטי של חובת הפיצוי המוטלת על אריס שלא מילא את תפקידו כהלכה הוא חוזי, ו"מחמת זה הלשון **שכתב לו** (האריס לבעל השדה), נתחייב (האריס) לשלם".<sup>955</sup>

נראה זו גם הדרך שבה פירש הרמב"ם את הלכת האריס, כעולה מן הדרך שבה בחר לנסח את הלכת האריס –

מקבל שדה מחבירו, ואחר שזכה בה הובירה – שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו. **שכך כותב לבעל הקרקע:** 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא', והוא הדין אם הוביר מקצתה. ומפני מה נתחייב לשלם? **מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב, כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא, אלא התנה שישלם במיטבא. ולפיכך גמר ושיעבד עצמו...**<sup>956</sup>

247

מדברי הרמב"ם ניתן להבין שבהעדרו של תנאי מפורש המטיל על האריס את חובת הפיצוי, לא ניתן יהיה להטיל חובה זו עליו. אולם, הרמב"ן קבע שחובת הפיצוי אינה תלויה בקיומו של תנאי חוזי מפורש המחייב את האריס לפצות את בעל השדה, משום ש"אף על פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל".<sup>957</sup>

יש להניח שבתחילה היה נהוג לכלול בחוזי האריסות תנאי המחייב אריס שהתרשל במלאכתו לפצות את בעל השדה על אבדן הרווח שנגרם לו. משעה שנפוץ המנהג, נקבעה הלכה הקובעת שחובת הפיצוי קיימת גם אם לא שולב בחוזה האריסות תנאי כאמור, משום שניתן להניח שגם בהעדרו של התנאי, כל חוזה אריסות מכיל תנאי מכללא המחייב את האריס לפצות את בעל השדה אם הוא יתרשל במילוי תפקידו.<sup>958</sup>

<sup>955</sup> **תוספות ר"ד** בבא מציעא קד, א. אבל השוו לדבריו בפסקי ר"ד בבא מציעא עג, ג, ("התם כיון דבידו למיעבד ולא עבד, הוה ליה כמזיקו בידים דארעא לזריעה קיימא") וראו גם **אור זרוע** בבא מציעא ט, שלט (הובא בהגהות **אש"ר** בבא מציעא ט, ג), שמסביר שהאריס חייב לפצות את בעל השדה "**משום שכתב לו** אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא". וראו גם, **מרדכי** בבא מציעא שע, וכן אצל **ורהפטיג, ההתחייבות** עמ' 61.

<sup>956</sup> **משנה תורה** שכירות ח, יג.

<sup>957</sup> **חידושי הרמב"ן** בבא מציעא קד, א. הרמב"ן מסביר כך בעקבות דברי רבי יצחק, המסכם את ההלכה במילים הקצרות: "המבטל שדה חברו - חייב לשפות לו" (**תלמוד ירושלמי** בבא מציעא ה, ה). אם אמנם הדרך היחידה לחייב את האריס שהתבטל ממלאכתו לפצות את בעל השדה היא באמצעות התחייבות חוזית לעשות כן, שאל הרמב"ן את עצמו, כיצד הושמט תנאי זה בדבריו של רבי יצחק? לפי ההסבר שמציע הרמב"ן, התנאי הושמט משום שגם ללא התחייבות מפורשת, יש לראות את מי שמקבל שדה מחברו כדי לעבדה כמי שהתחייב במפורש לפצות את בעל השדה אם הוא יוביר את השדה.

<sup>958</sup> פרשנותו של הרמב"ן התקבלה על דעתם של חלק ניכר מן המפרשים. ראו למשל: **תוספות** בבא מציעא קד, א ד"ה היה דורש; **בית הבחירה** בבא מציעא שם, ד"ה יש מי שאומר; **שיטה**

## 1.2 הפרשנות הנזיקית

התיאוריה הנזיקית מבקשת לראות בחובת הפיצוי המוטלת על אריס שהפר את חובתו לעבד את השדה בשיקדה, חובת פיצוי נזיקית קלאסית. הד לתיאוריה זו ניתן למצוא כבר בדבריו של רבי יצחק בתלמוד הירושלמי –

הדא אמרה - 'המבטל כיס חברו - אין לו עליו אלא תרעומת'. 'המבטל שדה חברו - חייב לשפות לו'. המבטל ספינת חברו וחנות חברו מהו?<sup>959</sup>

המילים "הדא אמרה" מלמדות שרבי יצחק מפנה למקור קדום, ואמנם, המפרשים הסבירו שההלכה הקובעת ש"המבטל שדה חברו – חייב לשפות לו", היא הלכת האריס הנזכרת לעיל. אולם, רבי יצחק משמיט את הנימוק המופיע בתוספתא להלכה זו ("שכך כותב לו...") ומחליף את הנוסח של "המקבל שדה מחברו והובירה" ב"המבטל שדה חברו".

נראה, ששינויים אלו אינם מקריים. רבי יצחק הבין שעילת הפיצוי איננה קשורה לכך שהאריס **קיבל על עצמו** לעבד את השדה, אלא לכך שהוא "מבטל שדה חברו" – **מזיק לרכוש הזולת**.

אמנם, לכאורה, ההסבר שמופיע בתוספתא להלכת האריס, "שכך כותב לו", אינו מתיישב עם התפיסה שחובת הפיצוי המוטלת על האריס היא נזיקית. כדי ליישב קושי זה הצייע אחד הגאונים את ההסבר הבא –

מי שהתנה על עצמו תנאי לעתיד, בלשון אם, והיה חייב אלו לא התנה על עצמו, אין לשון אם הנזכר בו מבטל אותו, מפני שהוא מתחייב בתנאי... כי מי שקבל שדה מחברו לעבדה, ובאה ברשותו על אופן שקבלו ממנו, חייב להשלים כל מה שקבל. ואם פשע, נעשה מזיק, ונתחייב במה שאמר הכתוב "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם".<sup>960</sup>

**מקובצת** בבא מציעא שם, בשם ראב"ד; **רבנו ירוחם** מישרים נתיב יב, חלק ב, דף מג, טור ב ("... ונותן לו שכך כתב לו אם אוביר ולא איעביד אשלם במיטבא כלומר ממיטב נכסים דלא הוי גוזמא, ואף על פי שלא כתב לשון הדיוט הוא והוא כמו תנאי בית דין, ואף על גב דלא כתב כמו שכתבו דמו"). וראו גם, שלום אלבק, **הראיות בדיני התלמוד** עמ' 292.

<sup>959</sup> **תלמוד ירושלמי** בבא מציעא ה, ה. מן הנוסח שבכתבי היד המצויים בידינו עולה ששאלה זו נותרה בצריך עיון. כך כתב גם **פני משה** על הירושלמי שם, וכך נקטו גם: **חידושי הרשב"א** בבא קמא כ, א ד"ה אלא בחצר; **בית הבחירה** בבא מציעא סח, ב ד"ה וכן אמרו. ואולם, כנראה היו בין הראשונים כאלו שלפניהם הייתה גרסה שבה שאלתו של רבי יצחק נפשטה. ראו, **אור זרוע** בבא מציעא ט, שלט ("המבטל ספינת חברו... מהו? א"ל – פטור"); וכעין זה גם **בהגהות מיימוניות** שלוחין ז, ס"ק ב. **בסמ"ג** עשין פב כתב: "אמר רבי יצחק, הד"א המבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומת, וכן ספינתו וחנותו...". ואפשר שגם לפניו הייתה גרסה הפושטת את הספק (אבל ראו פירוש **מראה הפנים** על הירושלמי שם, שמבאר שפסק כך משום שהיא "בעיא דלא איפשיטא", וכך הסביר גם **בערוך השולחן** ח"מ רצב, כ).

<sup>960</sup> דומה כי דברים אלו היו היסוד להערתו של רבי יהודה אלברצלוני (**גנזי קדם** ה, 100), ש"איכא

ועניין זה מבואר במשנה האומרת, "המקבל שדה מחברו ומשזכה בה הובירה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן ל'". **לכן, התנאי שיהיה בו בלשון 'אם', אינו מבטל תנאי זה המחויב הראוי אופני התנאי, מפני שהיה מקוים בלא תנאי, ואינו על דרך זו אסמכתא.**<sup>961</sup>

אמנם, אם "מי שקבל שדה מחברו לעבדה... חייב להשלים כל מה שקבל. ואם פשע, נעשה מזיק", לשם מה נדרש התנא לנמק את ההלכה בכך ש"כך כותב ל'?" נראה שלדעת הגאון, הנימוק "שכך כותב ל'" לא נועד להבהיר את הבסיס המשפטי של חובת הפיצוי, אלא את הנסיבות שמחמתן ניתן לקבוע שהאריס שהפר את חובתו לעבד את השדה בשקידה נחשב כמזיק.<sup>962</sup> התנאי "אם אוביר" הוא תנאי חוזי פסול בהיותו 'אסמכתא'. אולם, תנאי זה מועיל כדי לטעת בלבו של בעל השדה את האמונה שהאריס יעבד את השדה בשקידה, ומשכנע אותו לסמוך עליו. בשל תנאי זה ניתן לראות את האריס כמי שהזיק בידינו לבעל השדה.<sup>963</sup>

דגריס אשלם במיטבא, כלומר: משלם במיטב שדהו של מקבל, דכמזיק ממון חברו הוא" (ולא כפי שהציע ליברמן לפרש, ש"כוונתו שמתחייב לשלם כמזיק" (תוספתא כפשוטה בבא מציעא עמ' 284, ליד הציון להערה 16)).

<sup>961</sup> **משפטי התנאים** א, צח,א (הודפס בסוף ספר המקח והממכר לרב האי גאון). בשל כריכת ספר זה עם ספר המקח והממכר לרב האי גאון, היו שייחסו ספר זה לרה"ג. ייחוס זה יצר סתירה בין הפרשנות המובאת כאן בשמו של גאון, לפרשנותו של רה"ג המובאת להלן, ליד הציון להערה 964 (כפי שהעירו באנציקלופדיה תלמודית ב, אסמכתא (קנין), קט, 2, הערה 27). אולם, זיהוי ספר משפטי התנאים עם רב האי גאון הוא שגוי, ראו **יצחק ברנד**, "ההנושא ונותן בדברים" - בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית" **מחקרי משפט** כד (תשס"ח) 5, הערה 130 (להלן: ברנד, התחייבות).

<sup>962</sup> וראו **חידושי הריטב"א** עד,א ד"ה האי מאן (עמ' תרכ"ה בהוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ג) שמבקר תפיסה זו בשל הטענה שהיא אינה מתיישבת עם עיקרון היסוד של דיני הנזיקין של המשפט העברי, שאין אדם נושא באחריות לנזק שנגרם על ידו בעקיפין. וראו גם: **חידושי הרשב"א** בבא קמא כ,א; **ש"ת משאת בנימין** כח; **ברנד, התחייבות** 31 ("הרקע לקושי הוא הבעייתיות של מוסד הפיצויים על פי המשפט התלמודי. הלכה רווחת שבתלמוד קובעת שמגיעת רווח אינה עילת חיוב (נזיקית) משום שהיא גורמת בעקיפין לנזק, ואין חיוב פיצויים חל על נזקים הנגרמים בעקיפין (גרמא)").

אפשר שבשל קושי זה הסביר מהר"ם מרטנבורג שהאריס "מזיק **בגוף הקרקע** במה שהובירה" (**ש"ת מהר"ם מרטנבורג** (דפוס פראג) רצח). הזנחת השדה, לפי הסבר זה, גורמת נזק ישיר לאיכות השדה, נזק שהוא בר פיצוי לפי הדין העברי. לפי הסבר זה, נראה מהר"ם הבין את הקביעה שבתוספתא ש"שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן ל'", כך: שמין כמה תבואה הקרקע מסוגלת להפיק כעת, לאחר הפגיעה באיכותה, לעומת כמות התבואה שיכולה הייתה להפיק אילו עובדה כראוי, ובהתאם לכך יוערך שווי הפגיעה באיכותה של הקרקע. אך פרשנות זו דחוקה.

<sup>963</sup> לדעת ברנד, הבריחה מן הפרשנות החוזית של ההלכה אל הפרשנות הנזיקית קשורה לירידת קרנה של ההתחייבות בעקבות ההתקבעות של ההלכה השוללת את תוקפה של התחייבות מותנית ('אסמכתא') או של התחייבות לביצוע פעולה ("דברים"). ראו **ברנד, התחייבות** 43 ("מעיקרא הייתה ההתחייבות תקפה כחיוב חוזי, וזהו דין המשנה. ההלכה האמוראית החלישה את ההתחייבות... הואיל ודין המשנה לא זז ממקומו, נדרש לספחו למקור חיוב חדש. כאן חל

### 1.3 תקנה ייחודית: "שכך התנו בית דין"

אסכולה פרשנית שלישית להלכת האריס מציעה לנתק את ההלכה מענפי המשפט הקלאסיים, ולראות בה חקיקה מיוחדת, שנועדה להגן על הזכאי מפני הפרת חובות האמון מצדו של חב האמון.

הד לפרשנות זו מצוי כבר בתשובה המיוחסת לרב האי גאון –

ודקאמר "שכך כותב לו: 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במטבא'" כמאן דקאמר, שכך התנו בית דין או (אי) הבר ולא עבד, ישלם במיטבא.<sup>964</sup>

את המילים "שכך כותב לו" מפרש רה"ג כמעין פיקציה משפטית<sup>965</sup> המבטאת תקנה של חכמים.<sup>966</sup> אולם, דומה כי תקנה זו צמחה "מלמטה", מצרכי השוק, כהיענות של החכמים לדרישה הציבורית.

כך עולה מייחוסה של הלכת האריס בחלק מן המקורות התנאיים לרבי מאיר, שהיה "דורש לשון הדיוט".<sup>967</sup> הפרשנות המקובלת לביטוי "לשון הדיוט" היא, תנאי חוזי שהעם נהג לשלב בחוזים שונים, שדרישתו היא פרשנותו,<sup>968</sup> או תנאי מכללא המבוסס על נוהג מקומי.<sup>969</sup>

לפי הרשב"א, משמעות הקביעה ש"רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט" היא, שהוא היה "חוקר אחר לשון ההדיוטות, כלומר, התנאים שהם רגילים להתנות ביניהן".<sup>970</sup>

---

המעבר... מן החיוב ההסכמי-החוזי אל החיוב הנזיקי שמן הדין".

<sup>964</sup> **תשובות הגאונים** (הרכבי) רכו. בהתאמה, את השאלה התלמודית (תלמוד בבלי בבא מציעא קד, ב), מדוע אין מחייבים אריס שקיבל על עצמו לשלם אלף זוז אם יוביר את השדה, לשלם את הפיצוי המוסכם, מסביר רב האי גאון כך: "מאי טעמא לא תקינו רבנן דיאהיב לי מידעם, כדתקיננו בהמקבל שדה והובירה" (תשובות הגאונים שם).

<sup>965</sup> כך עולה גם מחידושי הרשב"א בבא מציעא קד, א ("לשון 'שכך כותב לו' בכל מקום, [כוונתו] לומר שכן הורגלו או שכן תקנו")

<sup>966</sup> על משמעות 'תנאי בית דין' כתקנת חכמים ראו למשל, שמואל אטלס, "התנאים שהתנה יהושע ותנאי בית דין", בתוך: שמואל אטלס, נתיבים במשפט העברי עמ' 41-60; הנ"ל, "תנאי בית דין ולב בית דין מתנה עליהם" שם, עמ' 61-65; נחום רקובר, "דין ו'תנאי בית דין' בהצלת רכוש", בתוך: ספר יובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'ק ירושלים - ניו-יורק תשמ"ד, כרך א', תכד-תלה; ישראל פרנצוס, "תנאי בית דין ומעשה בית דין" סיני קטו (כסלו-טבת תשנ"ה) קמט-קסא; ברנד, התחייבות 42, ושם, בהערה 145.

<sup>967</sup> **תוספתא** (ליברמן) כתובות ד, ט-יג.

<sup>968</sup> ראו למשל, ר"י אלברצלוני, מובא בחידושי הר"ן בבא מציעא קד, א ("דורשין לשון הדיוט כלשון הכתוב, שאף על פי שהיה אפשר לפרש הלשון כפשוטו, היו דורשין ומוסיפין בו משמעות עניינית"); תוספות בבא מציעא שם, ד"ה היה דורש. וראו גם, אלון, המשפט העברי 350-355.

<sup>969</sup> ראו למשל: רון ש' קליינמן, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא) חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, התש"ס, עמ' 42-37; הנ"ל, "קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי, בסיס עיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני מחקרי משפט כד (תשס"ח) 243, 251; אלון, המשפט העברי 355-358.

<sup>970</sup> **חידושי הרשב"א** בבא מציעא קד, א. והשוו לדבריו בחידושי הרשב"א בבא מציעא עג, ב ד"ה

על פשר מחקר זה והצורך בו אנו למדים מהמשך הדברים של הרשב"א –

**ודורש, כמו חוקר ותובע, כמו 'ודרשת היטב'. ורבי מאיר היה חוקר תנאי ההדיוטות, והיה אומר: כל שהן מורגלין להתנות בכך, אף על פי שאינו כן מעיקר הדין בתנאי זה שהם מורגלים בו להתנות... שיש בו אסמכתא... אפילו הכי, כיון דבידו, ולא גזים,<sup>971</sup> והורגלו להתנות כן, בית דין מקיימין דבריהם, ודנין עליהם. ולא עוד, אלא אפילו לא כתבו, כמי שכתבו דמי.<sup>972</sup>**

הדרישה יכולה להתפרש כפרשנות, אך גם כ'תביעה' או 'חיפוש'.<sup>973</sup> רבי מאיר הכיר את התנאי העממי, וידע ש"אינו כן מעיקר הדין", שתנאי זה משקף מנהגי מסחר שלא הותאמו להלכה הפסוקה.<sup>974</sup> אף על פי כן, רבי מאיר החליט לאמץ את הנוהג העממי, ופסק ש"בית דין מקיימין דבריהם".<sup>975</sup>

החידוש שבדרישת לשון הדיוט אינו בעצם הענקת התוקף ההלכתי לנוהג, אלא בהענקת תוקף הלכתי לנוהג<sup>976</sup> שאינו מתיישב עם ההלכה הפסוקה.<sup>977</sup>

251

משלם (לשון הדיוט הוא מנהג קדום), ולדבריו בחידושי הרשב"א לבבא מציעא קד,א ("לשון 'שכך כותב לו' בכל מקום, [כוונתו] לומר **שכן הורגלו או שכן תקנו**").

<sup>971</sup> תנאי זה מבוסס על הסוגיה בתלמוד הבבלי בבא מציעא עג,ב, שם נשאלה השאלה, מדוע לא ניתן תוקף לתנאי שלפיו האריס מתחייב לשלם אלף זחים אם לא יעבד את השדה. תשובת התלמוד לשאלה זו היא, ש"התם (=בהלכת האריס), לא גזים". ומפרש הרשב"א בחידושו שם ששאלת התלמוד הייתה, "מפני מה לא תקנו בהא כדתקינו בהאי? ואהדר ליה משום דגזים ובדגזים לא תקינו".

<sup>972</sup> **חידושי הרשב"א** בבא מציעא קד,א.

<sup>973</sup> זוהי המשמעות המקראית של השורש ד.ר.ש. ראו למשל: **ויקרא** י, טז ("ואת שעיר החטאת דָּרַשׁ דָּרַשׁ משה"); **דברים** כב, ב ("והיה עמך עד דָּרַשׁ אחיך אותך"); **ירמיהו** ל, יז ("ציון היא, דורש אין לה").

<sup>974</sup> וראו גם: רבנו חננאל בתוך: **גנזי קדם** ה, 100 ("אינון כלשון [אם], ולית בהו תנאי כפול" מובא בשינויי לשון קלים בחידושי הרמב"ן בבא מציעא קד,א ד"ה רבי מאיר); **רש"י** בבא מציעא שם, ד"ה דורש ("שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים").

<sup>975</sup> למשמעות הפועל 'דורש' כחיזוק ההלכה, ראו למשל, אפרים אלימלך אורבך, **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** עמ' 70. פרשנותו של הרשב"א מבוססת ככל הנראה על דברי רבנו חננאל, שהסביר שרבי מאיר היה "דורש דברי הדיוט... כדברי תורה שאין צריכין חיזוק, וקיים דבריהן" (מובא בגנזי קדם ה, 100, וכן בחידושי הרמב"ן בבא מציעא קד,א). לא מן הנמנע ש החלפת "לשון הדיוט" ב"דברי הדיוט" נועדה ללמד שאין דנים כאן בענייני לשון אלא בענייני נוהג (למשמעות השורש ד.ב.ר כמבטא הנהגה, ראו למשל: **תלמוד בבלי** סנהדרין ח,א ("דבר אחד לדור ואין שני דברים לדור"), וראו בהרחבה לעניין משמעותו של שורש זה גם אצל ברכיהו ליפשיץ, "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה?", **משפטים** כה (תשנ"ה), 161, 175).

<sup>976</sup> השתמשנו במושג 'נוהג', כדי להבהיר שבשלב זה עדיין היה מדובר בהתנהגות מקובלת שלא הייתה לה משמעות משפטית. להבחנה המקובלת כיום בין 'נוהג' ל'מנהג', המבטא התנהגות מקובלת שיש לה משמעות משפטית, ראו למשל: ע"א 25/50 **ולפסון נ' ספיניס** פ"ד ה, 265, 275; ע"א 236/60 **עיריית נצרת נ' דוד יוסף ששון** פ"ד יד(4) 2367, 2369.

<sup>977</sup> תופעה דומה קיימת גם ב"לשון הדיוט" שהוזכר בנוגע לנוסח כתובתם של אנשי אלכסנדריה.

"תנאי ההדיוטות" מבטא "מנהגים שנהגו לפיהם הקדמונים"<sup>978</sup>. מנהגים אלו קיבלו גושפנקה הלכתית בשלב מאוחר יותר, אף שהם לא עלו בקנה אחד עם ההלכה המקובלת.<sup>979</sup> משעה שהמנהג קיבל הכרה הלכתית, הוא הפך לתקנה עצמאית, "תנאי בית דין", שקיומה אינו תלוי עוד במנהג או בכוונת הצדדים. תקנה זו נועדה להגן על מוסד האריסות ולהעניק סעד משפטי לבעל השדה, נגד אריס המנצל את האמון שניתן בו, לרעה.<sup>980</sup>

## 2. הלכת המתעסק

הלכה דומה להלכת האריס מצויה בתוספתא,<sup>981</sup> והיא דנה בזכותו של אדם שהפקיד כספו בידיו של מתעסק כדי שהלה ירכוש בו פירות לשם מכירתם בתמורה למחצית מן הרווחים, לתבוע מן המתעסק פיצוי בשל אי מילוי התפקיד שהוטל עליו בשקידה –

הנותן לחברו מעות ליקח בהן פירות למחצית שכו, ואמר לא לקחתי

– אין לו עליו אלא תרעומת.<sup>982</sup>

גולאק, שחקר את "לשון הדיוט" בשטר הכתובה של בני אלכסנדריה, שממנה הסיק הלל הזקן שבני אלכסנדריה נהגו להתנות את תוקפם של הקידושין בכניסה לחופה, הסיק ש"לשון הדיוט" זו נועדה לגשר בין הנוהג המקומי, שהושפע ממעמד האירוסין במשפט המצרי, לבין המעמד ההלכתי של האירוסין בהלכה היהודית (ראו, אשר גולאק, "שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה", **תרביץ** ג (תרצ"ב) 365).

<sup>978</sup> ראו **גנזי קדם** ה, 100 (תרגום מן המקור הערבי), וכן **אוצר הגאונים החדש** ירושלים תשל"ב עמ' 290-291. וראו גם, אפרים אלימלך אורבך, **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** עמ' 74. מפירוש זה משמע שהכינוי "דיוט" מכוון לאותם קדמונים שנהגו בהתאם למנהג זה. לפירוש אחר, שלפיו "לשון הדיוט" הוא לשון עממית, בשפה הארמית, ראו שמואל גרינברג, "דורש לשון הדיוט" **סיני** יב (כסליו-אייר, תש"ג) ש"ד, ש"ה. אולם, הסברו של גרינברג אינו הולם את נוסח ה**תוספתא** (ליברמן) בבא בתרא יא, יג, העושה שימוש ב"לשון הדיוט" גם בתנאים המנוסחים בשפה העברית.

<sup>979</sup> וראו גם אצל שמעון פדרבוש, **המוסר והמשפט בישראל 88-90**, שמסביר שהשימוש ב"תנאי בית דין" נועד כדי "להפוך חוק מוסרי לחוק משפטי".

<sup>980</sup> הרב יצחק אייזיק הלוי רבינוביץ' (**דורות הראשונים** פרנקפורט תרס"ו, א, 355-356) הציע, ש"לשון הדיוט" מבטאת תקנה מקומית שאינה מתקנות בית הדין הגדול של כלל ישראל ("כל שאינו תיקון כללי של כל חכמי ישראל נקרא רק "לשון הדיוט"... מפני שלא היה זה מתקנה כוללת של כל חכמי ישראל בכלל, יקרא זה רק "לשון הדיוט"... שלשון הדיוט בכל זה היינו מה שהנהיגו במקומות ההם, אבל אין זה מתקנותיהם של בית דין הגדול של כל ישראל"). לפי פרשנות זו, ההתפתחות ההלכתית היא מתקנה מקומית שאינה מחייבת את כלל ישראל, להלכה כללית המחייבת את כלל ישראל מכוח דרישת לשון הדיוט של רבי מאיר.

ואולם, **בתוספתא** (ליברמן) בבא בתרא יא, יג מופיע הצירוף "לשון הדיוט" כביטוי ללשון בני אדם ("האומר: 'עשו טבי עבדי בן חורין', והיו שם שני 'טבי', אין דורשין אותו לשון הדיוט, לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב, אלא שניהן יוצאין בני חורין"). כנראה זו הסיבה לכך שהראשונים לא פירשו את המושג כדרך שפירשו הרב רבינוביץ'.

<sup>981</sup> **תוספתא** (ליברמן) בבא מציעא ד, כב. וכן נפסק ב**שולחן ערוך** חו"מ קפג, א.

<sup>982</sup> לפי פשוטם של דברים נראה שאין זו "זכות" משפטית של ממש, אלא ביטוי שנועד להבהיר שלבעל



ההלכה (להלן: הלכת המתעסק) עוסקת בשותפות מסוג 'עסק', שבה אחד מן השותפים (בעל הממון) תורם את ההון הדרוש לפעילותה של השותפות, והאחר (המתעסק) תורם את העבודה הדרושה כדי להפיק רווחים מן ההון, בתמורה לחלק מוסכם ברווחים.<sup>983</sup>

שותפות מסוג זה הייתה מקובלת בעולם היהודי בתקופות קדומות ביותר,<sup>984</sup> והיא

הממון אין כל תביעה כספית כנגד המתעסק. אמנם, בדורות מאוחרים יותר היו שביקשו למצוא "זכות" של ממש בתרעומת זו. כך, היו שהסבירו שהזכות לתרעומת היא מעין היתר לכעוס על אדם מישראל (ראו: **אור ישראל** (ליפקין) וילנא תר"ס, נתיבות אור, נח-נט; **אורח משפט** חו"מ כא; **חזון יחזקאל** ביאורים, בבא מציעא ד, יא; **ורהפטיג, ההתחייבות** עמ' 412). לפי **כף החיים** אר"ח תרו, ס"ק ז, ה'תרעומת' היא מעין זכות למחול על העוול שנגרם, מחילה היא תנאי לכך שעוון הפרת ההבטחה יכופר. לפי הסבר זה, בעל הממון יוכל לתמחר את נכונותו למחול למתעסק, ולדרוש פיצוי כספי תמורת נכונותו זו.

253

יש שזיהו בין ה'תרעומת' לחיוב בדיני שמים (ראו למשל: **ש"ת רדב"ז** א, פד; **ש"ת אבני נזר** יר"ד קל"ג, ג; **ש"ת אמרי יושר** א, קמט; **ש"ת דבר יהושע** ג, יר"ד כו. אך מנגד, ראו: **ש"ת בית אפרים** חו"מ כח; **ש"ת מהרש"ג** א, קו; **ש"ת בית מאיר** י; **ש"ת להורות נתן** ט, נח, אות כח; **ש"ת זית רענן** ב, יר"ד טו, ב. למשמעותו של החיוב בדיני שמים ראו למשל: **גולאק, יסודי ב** 19-18 (הדפסה שנייה התשכ"ז); **אנציקלופדיה תלמודית** ז (שפב), התשט"ז; פרץ סגל, "**חיוב בדיני שמים**": **חיובי מיתות בית-דין וחיובי מיתה לשמים** חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ"ו; אהרון קירשנבאום, "אין שליח לדבר עבירה?" **פרשת השבוע** ב, 72; יוסף אביטן "גדר החיוב בדיני שמים" בתוך: מאיר ברקוביץ' (עורך) **אבני משפט** (אלול תשע"ב), 14). אף זיהוי זה מאפשר להטיל על המתעסק פיצוי כספי, בהתאם לדעת הסוברים שבית דין שהוסמך לדון "בין לדין בין לפשרה" רשאי לחייב בעל דין שמוטל עליו חיוב בדיני שמים, לפצות את מי שהוא פגע בו, ולו באופן חלקי (ראו אליאב שוחטמן, **סדר הדין בבית הדין הרבני** עמ' 623).

להשלמת התמונה יש לציין שלדעת חלק מפוסקי ההלכה בדורנו, החיוב בדיני שמים מכשיר את הקרקע לאימוץ הלכתי של חוק אזרחי שתכליתו לאכוף חיוב זה בדיני אדם (ראו למשל: הרב אברהם שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" **תחומין** ג (תשמ"ב) 238, 240-239 ("מקובל היום לחייב גם במקרים של גרמא בנזיקין... **אולי יש מקום להכיר בחקיקה בנושאים אלו, שכן אי אפשר לומר שחיוב בגרמא הוא נגד הדין**". "גרמא" למשל חייב בדיני שמים, וחיוב בדיני שמים, יש לו משמעות מעשית גם כן); הרב דב ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה" **שם** 247, 248; הרב זלמן נחמיה גולדברג, בתוך: אברהם שיינפלד, **נזיקין מורשת המשפט בישראל**, ירושלים תשנ"ב, נספח א', עמ' 378 ("בכל מזיק בגרמא, כיוון שהוא חייב לצאת ידי שמים, אפשר שהולכים אחר דינא דמלכותא").

ראו: אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי** ספר שני עמ' 196, 197 ("עסקה היא אופן מיוחד של עסק השותפות, שבה האחד משתתף בממון בלבד, והשני משתתף בפעילות התעסקותו בלבד. המשתתף בממונו נקרא בעל הממון או בעל הכיס, המשתתף בפעולתו נקרא מתעסק... נכסי העסקה נחשבים לפי דיננו חציים על חשבון בעל הכיס בתור חלקו בשותפות וחציים על חשבון המתעסק, בתוד מלווה שקבל מאת בעל הממון ושהבנים כחלקו בשותפות... לפי הדין יש אפוא למתעסק ולבעל הממון חלקים שווים בעסקא" להלן: גולאק, יסודי). פלק מכנה את העסקה בשם "שותפות שקטה", משום שבשותפות זו, בעל הממון הותיר את כספו בידיו של שותפו, ומשעה זו נעשה שותף סמוי, כאשר "מקבל הכסף נשאר בעליו היחיד של העסק ופועל בשמו בלבד כלפי חוץ" (זאב פלק, "כעין דיני מסחר בהלכה" **דיני ישראל** א (תשל"ל) 53, 58 להלן: פלק, דיני מסחר).

ראו, פלק, **דיני מסחר** עמ' 57 (מוכיח שנעשה שימוש בעסקה מסוג זה כבר בשנת 174 לפני

אפשרה לבעלי הממון להסתייע בשירותיהם של סוחרים שלא היו בידיהם אמצעים הדרושים לשם רכישת הסחורות, מבלי להיכשל באיסור ההלוואה בריבית.<sup>985</sup>

ה'עסק' הוא מוסד משפטי הדומה לאריסות. שני המוסדות מסדירים עסקאות שבמסגרתן אדם מקבל לידיו שליטה בנכסי הזולת כדי להפיק מהם רווחים, בתמורה לחלק ברווחים. אולם, בניגוד להלכת האריס, הלכת המתעסק אינה מכירה בזכותו של בעל הממון לפיצוי במידה והמתעסק לא מילא את תפקידו בשקידה.<sup>986</sup> ו"אין לו עליו אלא תרעומת". מדוע?<sup>987</sup>

## 2.1 שיטת בעל 'העיטור'

'העיטור' סבור שהלכת המתעסק מבוססת על הסיכון שנוטל חב האמון על עצמו לשם הפקת הרווח –

ומסתברא דווקא למחצית שכר דאין לו עליו אלא תרעומת, שיכול  
לומר ראיתי בו הפסד ולא רציתי לקבל. אבל שלוחו משלם.<sup>988</sup>

מכך שהעיטור אינו עוסק בקיומו של נזק או בקשר הסיבתי שבין מחדלו של המתעסק להתרחשות הנזק אנו מסיקים שהעיטור לא סבר שהבסיס המשפטי של חובת הפיצוי הוא נזיקי. טענת ההגנה "שיכול לומר..." מתאימה לתפיסה חוזית של חובת הפיצוי. לפי תפיסה זו, החיוב החוזי שנוטל המתעסק על עצמו בעת שהוא מקבל לידיו את כספו של בעל המעות שונה מן החיוב החוזי שנוטל האריס על עצמו. האריס מתחייב לפעול בכל רגע נתון לשם הפקת רווחים. לעומתו, המתעסק מתחייב לפעול לשם הפקת רווחים לפי שיקול דעתו, כל עוד הדבר לא יהיה כרוך בנטילת סיכונים כלכליים מבחינתו.

לכן, אריס הוביר את השדה יידרש לפצות את בעל השדה, בעוד שמתעסק לא יידרש לעשות כן.<sup>989</sup>

ספירת הנוצרים בקרב יהודי מצרים).

<sup>985</sup> פלק, דיני מסחר עמ' 57, וראו גם, אביעד הכהן וזלמן סורוצקין, "בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטיה" – הלכה ואין מורין כן? שערי משפט (1) תשנ"ט 77, 80.

<sup>986</sup> ההלכה איננה עוסקת בשאלה, האם ניתן לכפות על המתעסק לבצע את תפקידו, אלא רק בשאלת זכותו של בעל הממון לקבל ממנו פיצוי, אם לא מילא את תפקידו. ההנחה המקובלת במחקר היא, שלא ניתן לכפות על המתעסק לבצע את תפקידו, וראו במקורות שלהלן, הערה ... אולם, יש להעיר על דעה חריגה, המובאת בשו"ת הרשב"ש קד. הרשב"ש דן בשותף שהתבקש לרכוש סחורה בכספי השותפות כדי שניתן יהיה להפיק מהם רווחים, וקובע ש"לענין מה שתפס המעות ולא רצה לקנות בהם סחורה. אם עדיין אפשר לקנות בהם סחורה מכריחין אותו לקנות, ואם כבר עבר זמן אותה סחורה ואינו מוצא לקנות אין לו עליו אלא תרעומת דברים".

<sup>987</sup> השאלה, מדוע לא הוטלה על המתעסק חובת פיצוי דומה לזו שהוטלה על האריס לא נדונה בתלמוד הבבלי, כנראה משום שהלכת המתעסק לא הייתה ידועה לאמוראי בבבל, כפי שמשער בשו"ת חתם סופר חו"מ קעח.

<sup>988</sup> ספר העיטור אות ק, קבלנות, סג ע"ג (ההדגשות שלי).

<sup>989</sup> להשלמת התמונה נעיר, שבסיום הדברים מציע בעל העיטור הסבר אחר לפשר ההבדל שבין

מן ההסבר שמציע בעל העיטור עולה, שהלכת המתעסק היא החריג ההלכתי לכלל הקובע שניתן לדרוש מחב אמן פיצוי על אבדן רווחים שנגרם בשל אי מילוי התפקיד בשקידה. 'ברירת המחדל' לפי פירוש זה היא, שחב אמן שלא מילא את תפקידו בשקידה יידרש לפצות את הזכאי על רווח שנמנע ממנו. רק אם ניתן להניח שהפקת הרווח עלולה הייתה להסב לו הפסדים, הוא יוכל לפטור עצמו מן החובה לפצות את הזכאי.

בהתאם לכך, שליח יידרש לפצות את השולח אם לא מילא שליחותו בשקידה, ואף המתעסק יידרש לעשות כן, אם יוכח שיכול היה להפיק רווחים באמצעות השקעה סולידית שאין בה סיכונים, ובכל זאת הוא נמנע מכך.

## 2.2 שיטת הרמב"ם

הרמב"ם אינו מביא את הלכת המתעסק כלשונה, אלא בלשון זו –

255

הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים או מין ממיני סחורה ולא לקח

– אין לו עליו אלא תרעומת.<sup>990</sup>

הנוסח "אין לו עליו אלא תרעומת" מלמד שמקורה של ההלכה היא הלכת המתעסק.<sup>991</sup> אולם הרמב"ם משמיט את הנתון המופיע בתוספתא, שהשליח התבקש לרכוש פירות "למחצית שכר". השמטה זו מלמדת שהרמב"ם סבר, בניגוד לבעל העיטור, שהסיכון הכרוך בהפקת הרווח אינו הגורם שבשלו פטרה ההלכה את המתעסק מחובת הפיצוי.

כזכור, הרמב"ם סבר הבסיס המשפטי של חובת הפיצוי המוטלת על האריס הוא חוזי. מסתבר אם כן שהרמב"ם סבור ש –

מנוי השליח אינו מביא... בינו ובין משלחו יחס של התחייבות, אך יש כאן משום בקשה לעשות דבר מה והבטחה לעשות את המבוקש, הבטחה כזו שאינה גוררת אחריה כל תוצאות משפטיות למי שאינו מקיים אותה.<sup>992</sup>

הלכת האריס להלכת המתעסק: "אי נמי, התם תנאה הוה ליה לשלם, הכא ליכא תנאה, אין לו עליו אלא תרעומת". הצעה זו מתאימה לפרשנות החוזית של הלכת האריס, אך היא אינה מבהירה מדוע בהסכם האריסות היה מקובל לשלב תנאי המחייב את האריס לפצות את בעל השדה בשל הפרתה של חובת השקידה, בעוד שבהסכם ההתעסקות לא היה מקובל לשלב תנאי כאמור.

<sup>990</sup> משנה תורה שלוחין א, ה.

<sup>991</sup> כך אמנם מסיק הגהות מיימוניות שלוחין ושותפין, שם

<sup>992</sup> **שילה, רווחים בלתי צפויים** עמ' 35 (וראו שם שמצטט גם את גולאק, הסבור ש"השליח אינו מתחייב לעשות את שליחותו ואינו אלא מבטיח להיות לעזר ולסיוע למשלחו". אמנם, יש להדגיש שמשעה שהחל השליח בביצוע שליחותו, משתנה המצב. משעה זו הוא נעשה מעין 'פועל' של השולח, וחלים עליו כל החיובים שמוטלים על הפועל מכוחם של יחסי העבודה שבינו לבין המעביד. הרחבה לעניין זה ראו אצל **ויגודה, שליחות** עמ' 490.

### 2.3 שיטת 'חוות יאיר'

רבי יאיר חיים בכרך, ה'חוות יאיר', דן בהבדל שבין הלכת המתעסק להלכה שבתלמוד הירושלמי,<sup>993</sup> שממנה ניתן להבין שסוכן שהתבקש להשכיר בית או ספינה והוא לא השתדל בעניין זה, נדרש לפצות את בעל הספינה או הבית על אבדן רווח שנגרם בשל כך –

נראה לי לחלק, דבית וספינה שעומדים להשכיר ודרך העולם שאינם עומדים פנויים דשכיחי טובא שוכרים ואין צריך בעלים דידהו לשום טורח ועמל להמציא פירותיהם שהם שכרם דממילא באו. מה שאין כן מעות, דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה וחליפין וכהאי גוונא. לכן, אפילו אם ידוע וברור שהיה בעל המעות מרויח בהן אם היו מעותיו בידו, מכל מקום פטור זה.<sup>994</sup>

256

בניגוד לבעל העיטור, ההסבר שמציע חוות יאיר לפטור שניתן למתעסק מחובת הפיצוי שהוטלה על האריס, אינו מתמקד בטענת ההגנה שיש למתעסק, אלא בקיומו של נזק בר פיצוי.

כאשר הרווח הצפוי הוא טבעי ואין צורך ב"שום טורח ועמל" להמציאו, ניתן לראותו כגלום בנכס שממנו הוא הופק. לכן, אריס שהוביר את הקרקע שהוא הופקד על עיבודה, נתפס כמי שגרם נזק ישיר לבעל הקרקע. לעומת זאת, כאשר הפקת הרווח דורשת "התחכמות והתעסקות", לא ניתן לראות את הרווח כגלום בנכס שהופקד בידיו של חב האמון. בנסיבות אלו, הנזק שנגרם לבעל הממון הוא נזק עקיף, שאין אדם נושא באחריות לקיומו.<sup>995</sup>

ביסודו של הסבר זה מונחת התפיסה שחובת הפיצוי שהוטלה על האריס היא נזיקית, וההבדל שבין ההלכות יוסבר בהתאם לעקרונות דיני הנזיקין של הדין העברי.

### 2.4 שיטת נתיבות המשפט

נתיבות המשפט מסיק מן המקורות העוסקים בחובת הפיצוי המוטלת על אריס, מתעסק או שליח, ש"בכל דבר שבידו תיקנו דלשלם במיטב".<sup>996</sup> כלומר, חכמים תקנו שכל חב אמון שיש בידו למלא את תפקידו בהצלחה ולהפיק רווחים, והוא לא מילא תפקיד זה (באופן מלא או חלקי), יידרש לפצות את הזכאי על הרווח שהפסיד.

לדברי נתיבות המשפט, באופן עקרוני, תקנה זו חלה גם על שליח, שותף, פועל וכדומה. לדבריו, מתעסק למחצית שכר אינו נדרש לפצות את בעל הממון אם לא

<sup>993</sup> לעיל, ליד הציון להערה 959.

<sup>994</sup> שו"ת חוות יאיר קנא.

<sup>995</sup> הסבר זה משכלל למעשה את ההסבר שהציע מהר"ם מרוטנבורג כנ"ל בהערה 962.

<sup>996</sup> נתיבות המשפט שו"ו. וראו גם דבריו בסימן קפג, ס"ק א.

מילא את תפקידו בשקידה, משום ש"מיירי בנותן לו למחצית שכר על זמן, וכיון דפועל יכול לחזור בו... מלהיות פועל, פטור מלשלם".<sup>997</sup>

בהתאם לעיקרון זה הוא גם מסביר את ההלכה הקובעת שאם השליח לא ביצע שליחותו אין לשולח עליו אלא תרעומת,<sup>998</sup> "שליח בחנם הוא, יכול לחזור משליחותו... ולכך אין לו עליו אלא תרעומת".<sup>999</sup>

נראה אפוא שלדעת הנהגות, תקנת חכמים הדורשת מחב אמון לפצות את הזכאי על אבדן רווחים בשל אי מילוי התפקיד בשקידה נתקנה לנסיבות שבהן יש לזכאי הסתמכות לגיטימית על חב האמון.

מאחר ששליח בחינם רשאי לחזור בו משליחותו בכל עת, השולח אינו יכול להסתמך על ביצוע שליחות ו"הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיחזור".<sup>1000</sup> בשל כך, לא תקנו עבורו חכמים את חובת הפיצוי.<sup>1001</sup>

נמצא, שכאשר הופקד בידיו של אדם עניינו של הזולת באופן קבוע, ואין הוא רשאי להתנער מן התפקיד שהוטל עליו בכל עת שיחפוץ בכך, מוטלת עליו חובת שקידה, שהפרתה מעניקה לזכאי את הזכות לדרוש פיצוי בשל אבדן רווחים שנגרם עקב הפרתה של חובת השקידה.<sup>1002</sup>

<sup>997</sup> ש.ם.

<sup>998</sup> שולחן ערוך חו"מ קפג, א.

<sup>999</sup> נתיבות המשפט ש.ם.

<sup>1000</sup> לשון חזון אי"ש חו"מ בבא קמא כב, א בהצגת דברי הנהגות.

<sup>1001</sup> חזון אי"ש (שם) מבקר את דבריו של הנהגות בטענה ש"הדבר תימה, דנהי דיכול לחזור... אבל כל אדם אחראי שלא יבוא לחברו היזק על ידו!". לאמור, בשל חובתו המוסרית של השליח להימנע מלגרום נזק לזולת, אין לומר שזכותו המשפטית של השליח לחזור בו מהסכמתו לבצע את השליחות הופכת את הסתמכותו של השולח, שהשליח יעמוד בדיבורו ומלא את התפקיד שקיבל על עצמו, להסתמכות בלתי לגיטימית.

ואולם, דומה שכוונת הנהגות שונה. הנהגות אינו טוען שזכות השליח לחזור בו משליחותו, כשלעצמה, הופכת את הסתמכות השולח עליו לבלתי לגיטימית, אלא שזכות זו היא סממן ליחסים משפטיים לא קבועים, יחסים שאינם יחסי אמון, ובשל כך אין הדין מעניק הגנה לזכאי. אופיו של הקשר שבין השולח לשלוח שונה באופן מהותי מאופיו של הקשר שבין האריס לבעל השדה. העובדה שניתן לנתק את הקשר בכל עת מלמדת על היותו של הקשר זמני, קשר שאינו קבוע ויציב. זאת, בניגוד לקשר שבין האריס לבעל השדה, שהיה על פי רוב קשר ארוך-טווח, וכאמור לעיל, לעיתים אף נשא אופי קנייני, והצדדים לא יכולים היו להשתחרר ממנו בנקל. קשר שכזה אינו מבוסס על אמון רב, ואינו דורש הגנה משפטית מיוחדת.

<sup>1002</sup> בהתאם לעיקרון זה היו שקבעו, שהלכת האריס תחול גם על שותפים. ראו: שו"ת מהריט"ץ החדשות כזו; נתיבות המשפט ביאורים קעו, לא.

לדעה חולקת, ראו שו"ת פני יצחק ה, חו"מ ח, שמסיק (בהתאם לתפיסה חוזית של חובת הפיצוי), ששאלת חובתו של השותף לפצות את שותפיו על אבדן רווחים בשל אי מילוי חובותיו בשקידה נגזרת מן השאלה, האם בין השותפים קיים הסכם המחייב כל אחד מהם לפצות את שותפיו על אבדן רווחים שנגרם בשל אי מילוי התפקיד בשקידה. חובת פיצוי עשויה לחול גם על שליח, ביחסי שליחות מיוחדים, היוצרים קשר מחייב בין

### 3. הלכת השליח

בתלמוד מובאת מחלוקת בין האמוראים בשאלה, האם ניתן לחייב שליח לפצות את השולח בשל אבדנה של הזדמנות עסקית, שנגרם בשל עצלנותו של השליח במילוי התפקיד שהוטל עליו. לשיטת רב חמא –

האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה – משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט.<sup>1003</sup>

לפי רב חמא, שליח שהתבקש לקנות יין בשעה ובמקום שבהם ניתן היה לרכשו בזול,<sup>1004</sup> אך הוא לא רכש את היין במועד, ובכך גרם להחמצתה של הזדמנות העסקית, נושא באחריות להפסד שנגרם בשל מחדליו.

רב זביד מבקש לסייג את הלכתו של רב חמא באמצעות פרשנות מצמצמת של ההלכה,<sup>1005</sup> שלפיה חובת הפיצוי קיימת רק כאשר השליח התחייב לרכוש שאינו מסוג מסוים ('יין סתם'). לעומת זאת, אם הוא התבקש לרכוש יין מסוים ('יין זה') אין הוא נדרש לפצות את השולח, כי "מי יימר דמזבני ליה ניהליה?".

ואולם, רב אשי<sup>1006</sup> דוחה את הלכת רב חמא מן ההלכה, אף לפי הפרשנות

---

השולח לשלוח, ואינם מאפשרים לשלוח לסיים את השליחות בכל עת שיחפוץ בכך. כך למשל, לכן, כאשר השלוח מקבל שכר בתמורה למילוי השליחות, מאחר שההלכה קובעת שהשליח אינו רשאי לסיים את השליחות בכל עת שירצה בכך, הרי שדין השליח יהיה כדין האריס (כך פוסק אמנם **נתיבות המשפט** קפג, א).

<sup>1003</sup> **תלמוד בבלי** בבא מציעא עג, ב.

<sup>1004</sup> ע"פ רש"י בבא מציעא שם, ד"ה למיזבן; **תוספות** בבא מציעא שם, ד"ה אפרוותא; **תוספות** ר"ד בבא מציעא שם; **פסקי הרא"ש** בבא מציעא פרק חמישי סט; **נימוקי יוסף** בבא מציעא מד, א (דפי הרי"ף). ואולם, יש המפרשים שמדובר בשליח שהתבקש לרכוש יין במקום שבו הוא נמכר בזול, ולמכור אותו במקום שבו הוא נמכר ביוקר. ראו **שיטה מקובצת** בבא מציעא שם בשם ראב"ד; **חידושי הריטב"א** בבא בתרא צח, א ד"ה ואמר.

<sup>1005</sup> מסדר התלמוד מציג אמנם את דבריו של רב זביד כפרשנות להלכתו של רב חמא, אך נראה שזוהי עמדה עצמאית המנוסחת מפני הכבוד כפרשנות, ושני סימנים לכך. ראשית, המילים "כי קאמר רב חמא", המצויות בנוסח הסוגיה הבבלית בכתב יד וילנא, אינן מצויות בחלק ניכר מכתבי היד האחרים של התלמוד (ראו **הלבני, מקורות ומסורות** עמ' רל"ח הערה 2). שנית, הלכת רב חמא נמסרה על ידי אמימר תלמידו (ראו אהרון היימאן **תולדות תנאים ואמוראים** א, לונדון תר"ע, 228). רב זביד לא היה תלמידו של רב חמא (ראו שם, עמ' 380). קשה להניח שבידו של רב זביד מסורת מדויקת של דברי רב חמא מזו המצויה ביד אמימר תלמידו.

<sup>1006</sup> ברכיהו ליפשיץ סבור שהאמורא איננו רב אשי אלא רבא, ואחד מן המדפיסים סבר בטעות שהתיבה "רבא" היא ראשי תבות של "רב אשי" (רב"א), וכפי שעולה מעדי נוסח בודדים שבהם מופיע "רבא" במקום רב אשי (**ליפשיץ, אסמכתא** עמ' 15). השערותו של לפשיץ קשורה כמובן לכך שרבא היה זה שקבע ש"כל דאי אסמכתא היא, ואסמכתא לא קני" (**תלמוד בבלי** בבא מציעא סו, ב), ואם כן, סביר להניח שמי ששלל את עמדתם של רב חמא ורב זביד מטעם האסמכתא הוא רבא, ולא רב אשי.

המצמצמת של רב זביד, משום ש"אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא"<sup>1007</sup>.

מטיעון זה עולה שרב אשי הניח שרב חמא ביקש לחייב את השליח לפצות את השולח על אבדן ההזדמנות העסקית מכוחו של תנאי חוזי דומה לזה שהיה מקובל לשלב בהסכמי האריסות, אך הוא סבר שתנאי שכזה הוא תנאי פגום בשל היותו 'אסמכתא'.

טיעון זה מעורר כמובן את השאלה, "מאי שנא מהא דתנן: אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא?", מדוע תנאי כאמור הוא כשר באריסות אך פסול בשליחות? התשובה המובאת בתלמוד לשאלה זו היא: "התם בידו, הכא לאו בידו".

עיון בדרכים שהציעו המפרשים להסביר את הדעות השונות בעניין זה ואת משמעות עמדתו של רב אשי, חושף שלוש גישות, המתאימות לשלוש הגישות הפרשניות להלכת האריס.

### 1.1 הפרשנות החוזית

259

מן השימוש ב"אסמכתא" כדי לדחות את הלכת רב חמא<sup>1008</sup> הסיקו רבים שרב אשי הניח שהצדדים הסכימו, במפורש או במשמע, שהשליח יישא באחריות לאבדן ההזדמנות העסקית בשל אי מילויו של התפקיד בשקידה.<sup>1009</sup>

רב אשי סבר שתנאי כאמור איננו תקף משום שהוא בגדר 'אסמכתא', ואין תנאי זה דומה לתנאי של 'אם אוביר' המקובל בעסקאות האריסות, משום ש"התם בידו, הכא לאו בידו". כלומר, עיבוד השדה והפקת הפירות ממנה היא דבר שבשליטתו של האריס. לכן, ההתניה בעניין זה אינה פגומה. לעומת זאת, רכישת היין מותנית בשיתוף פעולה של צד שלישי, ומאחר ששיתוף הפעולה אינה מובטח, הרי שהתנאי הוא בגדר 'אסמכתא', ואין לו תוקף.

הקושי העיקרי שבהסבר זה הוא, שבניגוד להלכת האריס המאזכרת את דבר קיומו של התנאי בצורה מפורשת, הלכת השליח אינה מאזכרת את דבר קיומו של תנאי

<sup>1007</sup> **תלמוד בבלי** בבא מציעא עגב. לא ברור האם הנימוק 'אסמכתא היא' הוא מדבריו של רב אשי או מדברי סתמא דגמרא. הלבני נוטה לומר ש הן השאלה, "מאי טעמא?", והן התשובה "אסמכתא היא", הן מדברי סתמא דגמרא, ולא מדברי רב אשי (**הלבני, מקורות ומסורות עמ' רל"ט**).

<sup>1008</sup> ליפשיץ קושר לכך את עובדת היותו של רב חמא מחכמי נהרדעא, שסברו ש"אסמכתא" קניא, ולכן לא מצאו כל פגם בתנאי האמור (ראו **ליפשיץ, אסמכתא עמ' 17**).

<sup>1009</sup> ראו למשל: **חידושי הרשב"א** בבא מציעא שם, ד"ה משלם ליה ("הכא כשהתנה בפירוש שאם לא יקנה לו שישלם כדקאזיל בשוקא דבילשפט"); **תוספות** בבא מציעא עד, ד"ה והכא (בשם ר"י); **חידושי הר"ן** בבא מציעא שם; **חידושי הריטב"א** בבא מציעא שם, בשם ר"י (וכך מובא בשמו גם **בשיטה מקובצת** בבא מציעא שם); **פסקי הרא"ש** בבא מציעא ה, סט; **מרדכי** בבא קמא קטו; **נימוקי יוסף** בבא מציעא מד, א (בדפי הר"ף).

כנראה בשל קושי זה הסביר רש"י שרב אשי קבע ש"אפילו הבטיחו ואמר אם איני קונה לך אפרע משלי, אין זו אלא אסמכתא" (**רש"י** בבא מציעא עגב, ד"ה "אסמכתא היא"). לפי הסבר זה, לא ברור מהי עילת החיוב לשיטתו של רב חמא, מהי סיבת דחייתה של ההלכה בידי רב אשי, ומדוע פתחה הסוגיה בעילת חיוב אחת וסיימה באחרת. וראו על הדוחק שבפרשנות זו גם **אצל ליפשיץ, אסמכתא עמ' 14**.

שכזה, "ומכיון שלא הוזכר, מסתבר שלא היה".<sup>1010</sup>

אפשר שבשל קושי זה הציע הריטב"א, בשם מורו,<sup>1011</sup> הסבר שונה במקצת לדבריו של רב חמא –

ומורי הרב תירץ דהכא... כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא, היה לוקח על ידי עצמו או על ידי אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו. דבהיה הנאה דסמך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה משום ערב... וזה דין גדול.<sup>1012</sup>

לפי הסבר זה, הסתמכותו של השולח על הבטחתו של השליח מקימה חיוב שיסודו בדיני הערבות, ולפיו השליח ערב לכל הפסד שייגרם מחמת הפרתה של ההבטחה.<sup>1013</sup>

<sup>1010</sup> דוד הלבני מקורות ומסורות ירושלים תשס"ג, עמ' רל"ט. וראו חידושי הריטב"א בבא מציעא שם, שמציע ש"לא הזכיר התלמוד כן, מפני דהא פשיטא".

כנראה בשל קושי זה הסביר רש"י שרב אשי קבע ש"אפילו הבטיחו ואמר אם איני קונה לך אפרע משלי, אין זו אלא אסמכתא" (רש"י בבא מציעא עג, ב ד"ה "אסמכתא היא"). לפי הסבר זה, לא ברור מהי עילת החיוב לשיטתו של רב חמא, מהי סיבת דחייתה של ההלכה בידי רב אשי, ומדוע פתחה הסוגיה בעילת חיוב אחת וסיימה באחרת. וראו על הדוחק שבפרשנות זו גם אצל ליפשיץ, אסמכתא עמ' 14.

ליפשיץ מציע פרשנות ייחודית למחלוקת בעניין זה. לדבריו ההבחנה שבין 'יין זה' ל'יין סתם' נועדה לסמן את הגבול שבין נכס שניתן להימכר לנכס שאינו ניתן להימכר. לפי רב זביד, אדם יכול למכור נכס, אף אם אין הוא בידיו כעת, ובלבד שיש בכוחו להשיגו. אולם, אין בכוחו של המוכר להשיג את הנכס שאותו הוא מבקש למכור הרי שהתחייבותו למכור את הנכס תחשב כאסמכתא. בהתאם להסבר זה, טוען ליפשיץ, רב זביד סבר שכאשר השליח קיבל כסף כדי לרכוש 'יין סתם', ניתן לראות בעסקה זו עסקה קניינית תקפה, שכן יש בכוחו של השליח להשיג את היין המבוקש. לכן, אם השליח לא סיפק את התמורה, עליו לתת לקונה את היין שרכש או את תמורתו. לעומת זאת, כאשר השליח קיבל כסף כדי לרכוש 'יין זה', לא ניתן לראות בעסקה זו עסקה קניינית תקפה, שכן לא ברור אם יש בכוחו של השליח להשיג את היין המבוקש (ראו ליפשיץ, אסמכתא עמ' 400).

לפי פרשנות זו (שליפשיץ עצמו מודה שאין לה יסוד בדברי הראשונים) (ראו שם, עמ' 414 הערה 90), אכן אין צורך להניח את קיומו של תנאי המחייב את השליח לפצות את השולח, אך פרשנות זו קשה. את ההנחה שאין מדובר כאן בחובת פיצוי חוזית אלא בחובה קניינית ניתן לקבל כאשר מדובר בעסקה פשוטה שבה אדם קיבל כסף מחברו לשם רכישת נכס, אך עסקת האריסות איננה עסקה שכזו. זוהי עסקה שבה האריס מתחייב לבצע עבודה (ולא להעניק פירות), והוא אף אינו מקבל תמורה מראש עבור הפירות שיפיק, לכן, קשה לתאר עסקה זו כעסקה קניינית. יתר על כן, גם הניסוח של התנאי ("אם אויבר ולא אעביד אשלם") אינו הולם את ההנחה שמדובר בעסקה קניינית.

<sup>1011</sup> כנראה הכוונה לרבנו אהרון הלוי, תלמיד הרמב"ן, מחשובי הפוסקים בספרד (ברצלונה) במאה ה-13.

<sup>1012</sup> חידושי הריטב"א בבא מציעא עג, ב ד"ה האי מאן (מובא גם בשיטה מקובצת בבא מציעא שם, ד"ה האי מאן. ההדגשות אינן במקור). וראו גם, רקובר, המסחר עמ' 149, ועמ' 233, הערה 2; כהנא, שומרים עמ' 629, 935, ו-1108.

<sup>1013</sup> אמנם, השימוש בדיני הערבות כדי להטיל על שליח אחריות לאבדנו של רווח צפוי מותנה



ייחודה של התחייבות זו לעומת ההתחייבות החוזית המפורשת או ההתחייבות מכללא הוא, שזוהי התחייבות חד-צדדית, שהמניע לקיומה הוא, ההנאה הנגרמת לשליח מן העובדה שהשולח סומך עליו, ונותן בו אמון.<sup>1014</sup>

התחייבות שכזו אינה מבוססת על הנוהג, אלא על ההנחה הכללית, שמי שסומכים עליו מקבל על עצמו לכבד את ההסתמכות ולפצות את המסתמך על פגיעה בהסתמכות זו. בשל כך, עיקרון זה הוא עיקרון כללי, "דין גדול" בלשונו של הריטב"א, התקף בכל יחסי האמון שבמסגרתם קיימת הסתמכות דומה.

לפי הסבר זה, רב אשי טען שלא ניתן לחייב את השליח מדין ערב לפצות את השולח, משום שהשליח לעולם לא מתחייב להשיג תוצאה שאין ביכולתו להגשימה בכוחות עצמו, ואם יתחייב כך, תהיה התחייבות זו חסרת תוקף, בשל פגם ה'אסמכתא'.

הקושי העיקרי שבהסבר זה הוא, שהוא אינו הולם את לשונו של התנאי המופיע בהלכת האריס: "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא". אם התחייבותו של האריס לבצע את העבודה, כשלעצמה, משעבדת אותו 'מדין ערב' ומטילה עליו אחריות להפסדים שנגרמים בשל אי קיומה של ההתחייבות בשקידה, לשם מה דרוש התנאי האמור?<sup>1015</sup>

## 1.2 הפרשנות הנזיקית

יש שביקשו להסביר את הלכתו של רב חמא על פי דיני הנזיקין. לפי פרשנות זו, הפיצוי שנדרש השליח לשלם לשולח בשל אבדנה של ההזדמנות העסקית הוא

---

בכך שהרווח יהיה וודאי, שהרי הערבות מבוססת על התחייבות חוזית, והתחייבות כאמור אינה תקפה כאשר שיעורו של החיוב החוזי אינו ברור מלכתחילה. בהתאם לכך פסק 'חתם סופר' ש"מי שנתן מעות ליקח לו סחורה והלה יושב לו ואינו עוסק כלום והוא תובעו במעותיו ומברר שיכול להרוויח ריווח ברור ומכל מקום זה מעכבו הרי זה צריך לשלם לו כל הפסדו שעל ידי עיכובו" (**ש"ת חתם סופר** ח"מ, קעח).

<sup>1014</sup> ברנד מתאר את החיוב אליבא דמורו של הריטב"א כפיצויי הסתמכות: "הבטחת הסוחר-הסוכן יוצרת הסתמכות מצד הלקוח, ועל כן, אם נגרם הפסד בגין ההסתמכות - נוצר על המבטיח חיוב לפצות את המסתמך" (**ברנד, התחייבות** 32). לפי הבנתנו, זוהי פרשנות זו אינה מתיישבת עם לשונו הברורה של הריטב"א, "דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, **משעבד ליה משום ערב**", שממנה עולה שהחיוב מבוסס על נכונותו של הנפקד לשעבד עצמו לקיומו של החיוב.

<sup>1015</sup> אפשר שבשל קושי זה 'הדין הגדול' של מורו של הריטב"א שנוי במחלוקת, ולדעת רבים הוא נדחה מן ההלכה. ראו: **ש"ת חתם סופר** ח"מ קעח, דינים היוצאים, אות ה כותב אמנם ש"כל הפוסקים מודים לו [=למורו של ריטב"א], אך למעשה הוא קובע ש"הואיל ולא מצאתי כן להדיא... על כן כשיבוא לידי, אראה לפשר ולבצע על כל פנים". וראו גם: **מרדכי** בבא קמא, קטו; **ערוך** שי ח"מ קפה, ז; **נחלת צבי** ח"מ רצב, ז, בהג"ה; **אמרי בינה** דיני הלוואה, סימן לט ד"ה אולם ("כמעט מכל הראשונים מבואר שחייב רק אם התחייב בפירושו"); **מראה הפנים** על הירושלמי, בבא מציעא ה, ג, ד"ה הדא ("לא מצאתי חבר לו ולסברא ז"). וראו גם: **כהנא, שומרים** עמ' 598, מילואים להערה 20, אות ב; **כהנא, ערבות** עמ' 80 ועמ' 518.

והפסידו (השליח) בזה שסמך עליו ולא שלח לשם ביד אחר. והני מילי ביין סתם דבודאי סמכה דעתיה דבעל המעות שימצא שם יין הרבה למכור שהרי אינו מקפיד בין יין ליין בין אדום ללבן אבל ב"יין זה", כלומר ביין כזה שהוא יין לבן וחשוב ומרוקח ולא אחר לא משלם ליה, לפי שלא היה לו לסמוך עליו שהיה לו לחשוב שמא לא ימצא כזה והיה לו הוא בעצמו לילך לשם ולקנות אותו יין ואם לא ימצא ממנו יקנה מאחר. אי נמי הוה ליה למימר לשליח שיקבל מעותיו ואם לא ימצא כזה יקנה לו יין אחר.<sup>1016</sup>

לפי הסבר זה, השליח נדרש לשלם לשולח 'פיצויי הסתמכות' בשל ההפסד שגרם למשלח בכך שהוא גרם לו להאמין שהוא יבצע את התפקיד שהוטל עליו בשקידה כשלמעשה לא הייתה לו כוונה לנהוג כך, ובכך גרם לכך שהשולח לא יטיל את התפקיד על אדם אחר, שהיה מבצעו כראוי.

אמנם, כאשר העסקה שנדרש השליח לבצע היא ייחודית, אין השליח נדרש לפצות את השולח, משום ש"לא היה לו לסמוך עליו", כי סיכויי ההצלחה של השליח לוטים בערפל.

הקושי שמעורר הסבר זה נובע מן ההתמקדות בהסתמכות על כך שהשליח יצליח בתפקידו ולא בכך שהשליח יבצע את תפקידו. אכן, השולח אינו יכול להסתמך על כך שהשליח יצליח בשליחותו כאשר סיכויי ההצלחה אינם ברורים, אך הוא בהחלט יכול להסתמך על כך שהשליח יבצע את השליחות שקיבל על עצמו לבצע, וימלא את תפקידו בשקידה. לכן, לא ברור מדוע, בשל חוסר הבהירות הנוגע לסיכויי ההצלחה, "לא היה לו [לשולח] לסמוך" על השליח.

אפשר שבשל קושי זה הציע ראב"ה הסבר אחר. לפי הסבר זה, כאשר סיכויי ההצלחה אינם ברורים, לא ניתן לחייב את השליח לפצות את השולח על ההפסד שנגרם בשל אי מילוי התפקיד בשקידה, משום שבמקרה זה יוכל השליח לטעון, "שמא הייתי מרוויח בו, ומספק לא יפרע לי".<sup>1017</sup>

כלומר, גם אם היה לו לשולח להסתמך על השליח (אפילו שסיכויי ההצלחה אינם ברורים), לא ניתן לחייב את השליח לפצות את השולח, משום שחובת פיצוי לא תקום אלא אם יוכח קיומו של נזק. מאחר שקיומו של הנזק אינו ברור (כי סיכויי ההצלחה לא ברורים), לא ניתן לחייב את השליח לפצות את השולח.

אף הסבר זה קשה, משום שנראה שההנחה הקטגורית, שרווח מביצוע עסקה מסוימת הוא רווח שקיומו אינו וודאי בעוד שרווח מעיבוד השדה הוא רווח וודאי,

<sup>1016</sup> מובא בשיטה מקובצת בבא מציעא, שם. כך הסבירו גם: פסקי ר"ד עמ' רנא; סמ"ג מ"ע פב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), רחצ.

<sup>1017</sup> ראב"ה, תשובות וביאורי סוגיות תתקנז.

אינה מבוססת. גורמים רבים עלולים להשפיע לרעה על הצלחתו של האריס, כשינויי מזג אוויר, פגיעה באיכות הזרעים, מזיקים ועוד. אם ההלכה מטילה על האריס חובת פיצוי תוך התעלמות מסיכונים אלה, מדוע לא תוטל חובה דומה על השליח, תוך התעלמות מן הסיכון שהוא לא יצליח לרכוש את היין המבוקש?

בשל כך, ההנחה האמורה אינה מספקת הסבר מניח את הדעת לפסיקת רב זביד, שכאשר השליח התעצל במילויה של שליחות לרכוש 'יין זה', לא ניתן לחייבו לפצות את השולח, וודאי שלא לשיטתו של רב אשי, הסבור שגם כאשר השליח התעצל במילויה של שליחות לרכוש יין 'סתם', לא ניתן לחייבו לפצות את השולח.

### 1.3 תקנה ייחודית: "התם תקינו משום דבידו"

פרשנות הלכתית להלכתו של רב חמא, אך קדומה בזמן לשתי הפרשנויות הנזכרות לעיל, מיוחסת לרב האי גאון. לפי רב האי גאון, חובת הפיצוי שנוטלה על האריס אינה מבוססת על התחייבות חוזית ואף לא על דיני הנזיקין, אלא על תקנת חכמים, שהיא מעין קנס המוטל על חב אמון שהפר את חובתו למלא את תפקידו בשקידה. תקנה זו היא היסוד להלכתו של רב חמא.

אמנם, הסבר זה מעורר את השאלה המתבקשת, לשיטתו של רב אשי, מדוע לא נקבעה תקנה דומה בעניינו של השליח? לפי רה"ג, זהו בדיוק תוכן השאלה שבתלמוד, "מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" –

והא דאקשינן: 'מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא'... הכי קאמר: **מאי שנא דלא תקנו בהא כדתקינו בהיא?** ואהדר ליה דהתם תיקנו משום דבידו ובהא לא תקנו משום דלאו

בידו.<sup>1018</sup>

לפי פרשנות זו, מחלוקת האמוראים בעניין חובתו של שליח לפצות את השולח על אבדנה של הזדמנות עסקית בשל אי ביצוע התפקיד בשקידה עוסקת ביסודותיה של תקנת חכמים המזכה אדם בפיצוי בשל הפרתה של חובת השקידה.

לפי פרשנות זו, יסוד ה'בידו' אמור להצדיק את החלתה של תקנת האריס. לפיכך, יסוד זה חייב להיות קשור להגיונה של התקנה.

אם התקנה נועדה 'להעניש' חב אמון שהפר את חובת השקידה המוטלת עליו, מדוע חוסר הבהירות סביב סיכויי הצלחתו אמור להשפיע על היקף תחולתה של התקנה?

<sup>1018</sup> **חידושי הרשב"א** בבא מציעא עגב, בשם רב האי גאון (ההדגשות אינן במקור). וראו גם: **חידושי הרמב"ן** שם; **נימוקי יוסף** בבא מציעא מד, א בדפי הר"ף ("חזינן דתקנו הכא גבי מקבל שדה מחברו והובירה לו ולא זרע שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו... אלמא כיון דאפסדיה בהכי [ו?]עלייהו סמין, תקנו רבנן דלישלם כנגד הפסדו. הכא נמי, הוה להו לתקוני דלישלם כנגד הפסיד. התם בידו. לזורעה ולא להובירה וכיון דלא עבד קנסו רבנן: הכא לאו בידו. דשמא לא ימכרו לו, הלכך לא חזו רבנן למקנסיה").

ייתכן שפירוש דבריו של רב אשי הוא כדלהלן: הביטוי "בידו" מבטא שליטה מוחלטת על עניינו של הזכאי. לפי רב אשי, תקנת האריס חלה על כל חב אמון שעניינו של הזכאי מסור באופן בלעדי ומוחלט לשליטתו. רק שליטה מוחלטת בעניינו של הזולת הופכת את מי שבידו מסורה שליטה שכזו לחב אמון. שליטה שכזו מבוססת על אמון אישי, שמכוחו מוכן אדם להפקיד את עניינו בידי הזולת. הפרתו של אמון זה מצדיקה 'עונש' הבא לידי ביטוי בפיצויים שהוטלו על האריס בשל אי מילוי התפקיד בשקידה.

כאשר עניינו של הזכאי מסור בידיהם של גורמים אחדים, וקידום עניינו מותנה בשיתוף פעולה של גורמים אלה, עניינו אינו מסור באופן בלעדי ומוחלט בידו של הזולת. בנסיבות אלו, יחסי האמון שבין המעורבים בעסקה אינם כאלה שיש בהם כדי להצדיק את קיומה של תקנה כאמור.

בהתאם להסבר זה, רב חמא סבר, שקיומה של התקנה אינו מותנה בקיומה של שליטה מוחלטת על עניינו של הזולת, אלא בכוח להשפיע על עניינים אלו. מאחר שכוח שכזה מסור גם בידו של הסוכן העסקי, אין סיבה שלא להחיל עליו את תקנת האריס.

#### 4. שקידה סבירה

מאחר שחב האמון פועל הרחק מעינו של הזכאי, קשה להוכיח הפרה של חובת השקידה. עדות לקושי זה נמצאת בתשובת הרשב"א בעניין תביעה שהגישו יתומים נגד האפוטרופוסים שלהם, בטענה שהאפוטרופוסים "לא השביחו הנכסים כראוי"<sup>1019</sup>.

להגנתם, טענו האפוטרופוסים, ש"פעמים היו גובין ומניחין אצלם פן יפסידו העסק"<sup>1020</sup>. לאמור, האפוטרופוסים הודו אמנם שלא ניצלו את כל הזמן שבו היו נכסי היתומים בידיהם לשם השקעת הנכסים והשאת רווחים מהם, אך טענו שעשו כן בשל תנאי שוק קשים וחשש מפני סיכון נכסי היתומים.

הרשב"א קיבל את טענת ההגנה תוך שהוא מטעים, שמן התלמוד מוכח ש"חוששין לכמה חששות" ולא משקיעים את כספי היתומים אלא לאחר שהתקבלו הערובות המתאימות לכך שההשקעה לא תסכן את הנכסים.<sup>1021</sup>

נראה כי ההתמקדות של הרשב"א בהיבט הראייתי של התביעה ולא בהיבט המהותי שלה, מלמדת שהרשב"א אינו כופר באפשרות לתבוע מן האפוטרופוס

<sup>1019</sup> ש"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן ג.

<sup>1020</sup> שם.

<sup>1021</sup> מדברי הרשב"א עולה, שאילו הצליחו היתומים להוכיח שהאפוטרופוסים לא מילאו את תפקידם בשקידה, הייתה תביעתם מתקבלת, וכך מסיק גם רייניץ, האפוטרופוס עמ' 75, וראו גם להלן, הערה 1026.

פיצוי בשל אבדן רווחים עקב אי מילוי התפקיד בשקידה.

כך ניתן להסיק גם מתשובת מהרשד"ם שעסקה ביחסי אמון שבין סוכן מסחרי לסוכר. מן השאלה עולה שפלוני היה חייב כספים לסוחר. כדי לפרוע את חובו כלפיו, העביר החייב לסוחר בגדים כדי שימכרם בשוק, ובתמורה יפרע את החוב ויכסה את הוצאות השיווק. למעשה, לאחר המכירה התברר שהתמורה שהתקבלה עבור הבגדים אינה מכסה את החוב ולא את הוצאות השיווק, והסוחר תבע מן החייב לפרוע את יתר החוב וכן את הוצאות השיווק.

להגנתו טען החייב: "מכרת הבגדים בזול ופשעת בשלי ואין לי לשלם לך דבר".<sup>1022</sup> טענה זו מקפלת בתוכה את הטענה, שאם היה הסוכן מתאמץ למצוא קונה במחיר ראוי, היה מצליח לפרוע את החוב, לכסות את הוצאות השיווק ואפילו להפיק רווחים. בהתאם לכך טען הסוחר, שמאחר שהסוכן הפר את חובת השקידה המוטלת עליו ("פשעת בשלי"), עליו לשאת בהפסדים שנגרמו בשל כך.

על טענה זו השיב הסוחר: "אני השתדלתי הרבה מאד וכפי הזמן לא מצאתי למוכרם יותר טוב... ולא פשעתי בשלך יען כי נתתה לי רשות למכרם כאשר יראה היותר טוב בעיני".<sup>1023</sup>

טענת ההגנה האמורה מבטאת תפיסה שלפיה, מאחר שנמסרו בידיו של חב האמון סמכויות רחבות שאותן הוא רשאי להפעיל לפי שיקול דעתו, לא ניתן להלין עליו, שביצע את תפקידו שלא כראוי. מהרשד"ם קיבל טענה זו בטענה ש –

**אין שום שליח משועבד למשלח אלא לעשות השתדלות ביושר ואמונה ואם לא בא מידו להרוויח כפי רצון המשלח לא מפני זה הפסיד טרחו, כיון שנתן לו רשות וכח מספיק לעשות ככל אשר יכשר בעיניו...<sup>1024</sup> וחייב לוי... לפרוע לו טרחו ועמלו כדרך שפורעים הסוחרים למי שעושה מלאכה כזאת.<sup>1025</sup>**

אכן, בידיו של חב האמון נמסר הכוח "לעשות ככל אשר יכשר בעיניו", ובשל כך לא ניתן לערער על הדרך שבה בחר למלא את תפקידו. אולם, הכוח "לעשות ככל אשר יכשר בעיניו" אינו בלתי מוגבל. חב האמון נדרש לבצע את תפקידו "ביושר ואמונה", ומכאן, שאם יוכח שחב האמון לא ביצע את תפקידו בדרך זו, ניתן יהיה לחייבו לפצות את הזכאי על הפסדים שנגרמו בשל הפרת החובה לבצע את

<sup>1022</sup> ש"ת מהרשד"ם חו"מ קיד.

<sup>1023</sup> שם. טענה נוספת שהייתה בפי הסוחר הייתה, ש"לא היה לי לעכבם בידי עד שימכרו ביוקר, כי כבר הגיע זמן פירעון החוב...".

<sup>1024</sup> בהערת אגב, מעיר כאן מהרשד"ם, ש"אפילו לא נתן לו רשות [לפעול לפי שיקול דעתו] אלא כיון שהגיע זמן הפירעון כפי הזמן שקבעו ביניהם, היה יכול למכור כדי להיפרע ממנו חובו".

<sup>1025</sup> שם.

כיצד ניתן אפוא להוכיח הפרה של החובה לנהוג ביושר ובאמונה? מהי אמת המידה לכך? לכאורה, תשובתו של רב אשי לרבינא, הנזכרת לעיל, "זיל, לא עדיף מדידך"<sup>1027</sup> מלמדת שהמבחן להערכת העמידה של חב האמון בחובת השקידה הוא סובייקטיבי – חב אמון רשאי לנהל את ענייניו של הזכאי בהתאם לדרך שבה הוא מנהל את ענייניו.<sup>1028</sup>

אולם, רבי אהרון ששון מבהיר, שאין ללמוד כך –

שודאי שאלת רבינא היתה, **אף על פי שהיה עושה כמנהג**, וקמבעיא ליה כיון שהוא ענין יתומים היה ראוי להרחיק לו ההיזק מכל צד שאפשר, והיה ירא שמא תטבע הספינה. ולכן נסתפק ושאל מרב אשי. ומה שתירץ לו זיל לא עדיף וכו' לאו למימרא שבכל מקום יכול לעשות בחלק חברו מה שעושה בחלקו... אלא הכי פירושו: כיון שהוא מנהג יכול אתה לעשות ממנו בחלקך, אף על פי שהוא יתום.<sup>1029</sup>

לפי הסבר זה, התלבטותו של רבינא הייתה, האם לשם שמירת חביותיהם של היתומים יש לנהוג באמת מידה מחמירה מזו של מנהג המדינה, ורב אשי השיב, שאמת מידה זו מחייבת, אף בנוגע לשמירת חביותיהם של היתומים.<sup>1030</sup>

<sup>1026</sup> אבל השוו לדברי הרב חיים שבתי ב**ש"ת תורת חיים** א, נב, שדן בתביעה זהה לזו שנדונה בתשובת הרשב"א הנ"ל אחר הציון להערה 1019, ומסיק שהאפוטרופוס אינו נושא באחריות לרווח שאבד ליתומים בשל עצלנותו, משום שהאפוטרופוס נחשב כמי ש"הניח המעות מונחין בתיבה ולא נשא ונתן בהם והפסידו היתומים במה שלא הרוויח הממון". לדעת מהרח"ש, אדם זה אינו נושא באחריות להפסד שנגרם משום ש"קיימא לן... המבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומות".

רייניץ מבקר את פסיקתו של מהרח"ש (**רייניץ, האפוטרופוס** עמ' 76) בטענה ש"יש להתייחס לאפוטרופוס בקנה מידה שונה, ואין להחיל עליו הלכת "מבטל כיסו של חברו" משום ש"היקף אחריותו של האפוטרופוס... הוא פונקציה של היקף התנאים – שאף שלא הותנו במפורש, כמי שהותנו דמי מכוח משפט האפוטרופוסות" (שם, עמ' 74).

<sup>1027</sup> **תלמוד בבלי** כתובות ק, ב. וראו לעיל, ליד הציון להערה 658.

<sup>1028</sup> אבל ראו לעיל, ליד הציון להערה 666, שהיו שהגבילו את ההוראה "לא עדיף מדידך" למצב דברים שבו עומדות בפניו של חב האמון שתי דרכי פעולה, שאין לאחת מהן יתרון מהותי על פני חברתה. לפי סייג זה, המבחן הסובייקטיבי מתאים רק לנסיבות שבהן לא ניתן למצוא יתרון ברור לדרך פעולה אחת על פני דרך פעולה אחרת.

<sup>1029</sup> **ש"ת תורת אמת** קצ.

<sup>1030</sup> הסבר זה מבוסס על הלכות רבות המלמדות שחב אמון נדרש לנהל את ענייניו של הזכאי בהתאם למנהג המדינה. ראו למשל: **משנה תורה** שלוחין ושותפין ה, א (על שותף); **שם** ח, ד (על שותף ועל המתעסק בסחורה של אחר על מנת להתחלק ברווחים); **שולחן ערוך** ח"מ קעו, י; **ש"ת הרשב"א** א, א, אלף צד (קובע שאת כספי היתומים נדרש אפוטרופוס להשקיע באופן סולידי, "כדרך שמתעסקים האנשים האמודים ובקיאין בשומא". לאמור, ההשקעה צריכה להתבצע כמקובל בקרב אנשי מקצוע ("בקיאין בשומא") עשירים ("אמודים"), שעושרם

כך עולה גם מתשובת מהרשד"ם בעניינו של סוכן מסחרי (פאטור) שנטען כלפיו שהוא התעצל בגביית חובות מקוני סחורה, עד שהחייבים פשטו את רגלם ולא היו מסוגלים עוד לפרוע את החוב. לפי המהרשד"ם –

פשיעה זו צריכה להתברר על פי סוחרים, שיאמרו שאם היה הפאטור תובע החובות בזמנם כדרך הסוחרים, היה יכול לגבות חובותיו משמעון, ובשביל שנתעצל לא גבה ונאבדו. דאם לא כן, מי יאמר שפשע? שגם בזה, אם אי אפשר להתברר, נאמן בשבועתו שעשה כל השתדלותו... **שכל מקבל פאטוריאס אדעת מנהג הסוחרים מקבל.**<sup>1031</sup>

מכאן, שחב אמון ייחשב כמי שהפר את חובתו למלא את התפקיד בשקידה, רק אם יוכח שבמילוי התפקיד הוא חרג מן הנוהג המקובל בניהול עסקים מן הסוג שהופקד בידי.

267

עם זאת, יש להדגיש שאת מבחן השקידה הסבירה האמור יש להפעיל בתום לב, ומתוך הערכה אישית של מנהג המדינה, האם מנהג זה הוא מנהג ראוי או מנהג פסול. כך עולה מתשובת רבי שלמה צרור בעניינו של סוכן מסחרי (פאטור) שקיבל סחורה כדי למכרה במדינה מסוימת, שהחוק בה מחייב להשאיר סחורה מיובאת מספר ימים מחוץ למדינה במעין "הסגר", מטעמי בריאות. הסוכן הכניס את הסחורה למדינה תוך שהוא חומק מחובת ההסגר, ולאחר שהדבר התגלה לשלטונות, הסחורה הוחרמה. משנתבע הסוכן לשאת באחריות לכך, הוא טען להגנתו שסוכנים רבים נהגו כמוהו "והבריחו... מהמקום ההוא ולא אירע להם שום הפסד ולא ידע אדם בהם". מהר"ש צרור דחה טענת הגנה זו משום ש"אין מביאין ראיה מן השוטים... ומה גם כי אדם רשאי לעשות בשלו מה שלבו חפץ מה שאינו רשאי לעשות בשל אחרים".<sup>1032</sup>

מתשובה זו עולה, שחב האמון אינו רשאי להסתמך על מנהג המדינה, כאשר הוא מסוגל לצפות שיישומו של מנהג זה יסכן את עניינו של הזכאי. במילים אחרות, ההיצמדות למנהג המדינה אינה פוטרת את חב האמון מחובתו להפעיל שיקול דעת עצמאי, ולבחון בהתאם לנסיבות העניין, האם פעולה בהתאם למנהג זה היא הדרך הטובה ביותר לקדם את עניינו של הזכאי או לאו.

עשוי להעיד על הצלחותיהם העסקיות).

<sup>1031</sup> **שו"ת מהרשד"ם** חו"מ קכה, תמד. וכעין זה גם ב**שו"ת מהרש"ך** ב, מו. על מנהג הסוחרים כמדד לרמת השמירה של נכסים שהופקדו בידי סוכן מסחרי, ראו גם, **שו"ת גינת ורדים** חו"מ א, א ("כל השולח איזו סחורות... ביד הפאטוריש, שולח הוא שינהוג בהם הפאטור כמנהג המדינה"); **שו"ת תורת אמת** קצ (מהדורת זכרון יהודה, ירושלים תשס"ו, עמ' תרפא).

<sup>1032</sup> **תשב"ץ** ד, חוט המשולש, טור ב, סימן ה, בסופו.

בהלכה התנאית נמצאו שתי הלכות הנראות במבט ראשון כסותרות זו את זו, בכל הנוגע לתוצאות הפרתה של חובת השקידה: **הלכת האריס**, שהטילה על האריס חובה לפצות את בעל השדה במידה והוא לא עיבד את השדה כראוי, **והלכת המתעסק**, שקבעה שאם השליח התבקש לרכוש פירות ולמכור אותם בתמורה לחלק ברווחי העסקה והוא התעצל במילוי תפקידו ולא רכש את הפירות כמוסכם, אין לשולח עליו "אלא תרעומת".

היו שביקשו להסביר את הלכת האריס על יסוד פרשנות חוזית, שלפיה, חובת הפיצוי שהוטלה על האריס מבוססת על תנאי חוזי ששולב בחוזי האריסות, תנאי שמסיבה שאיננה ברורה, לא שולב בהסכמים מסוג 'עסק'.

אחרים ביקשו להסביר את הלכת האריס על יסוד פרשנות נזיקית, שלפיה, הפיצויים שנדרש האריס לשלם לבעל השדה בשל התרשלותו בעיבוד השדה הם פיצויי הסתמכות.

בהתאם לפרשנות זו, היו שטענו שהמתעסק אינו נדרש לפצות את מי שהפקיד בידיו כספים כדי להפיק מהם רווחים, אם בשל כך שאין הוא נדרש לקחת על עצמו סיכונים כלכליים כדי למלא את תפקידו, ואם בשל היות הנזק שנגרם נזק עקיף בלבד.

מסורת פרשנית שתחילתה ככל הנראה עוד בימיהם של הגאונים, מציעה פרשנות שונה בתכלית. לפי פרשנות זו, חובת הפיצוי שהוטלה על האריס מבוססת על תקנת חכמים שצמחה 'מלמטה', כהיענות לדרישה ציבורית להטיל על חייבי ארון חובת פיצוי, כאשר ניתן להעריך שאילו היו ממלאים את תפקידיהם בשקידה, היו מפיקים רווחים עבור הזכאי.

תקנה זו לא חלה מלכתחילה על המתעסק, משום שאופי היחסים שבינו לבין השולח הוא של יחסים עסקיים ארעיים, שאינם מבוססים על אמון הדדי רב.

בדור החמישי לאמוראי בבל, ביקש רב חמא להרחיב את היקף תחולתה של הלכת האריס גם לשליחים שבשל כך שלא מילאו את שליחותם בשקידה, גרמו לאבדנה של הזדמנות עסקית שהשולח היה מעוניין לנצלה.

ואולם, רב אשי דחה נסיון זה תוך שהוא מבהיר שאין לדמות בין אריס שהפר את חובת השקידה המוטלת עליו לבין שליח שגרם לאבדנה של הזדמנות עסקית, משום ש"התם בידו, הכא לאו בידו".

בהתאמה לשלושת הגישות הפרשניות שנדונו בעניינה של הכת האריס, נמצאו שלוש גישות פרשניות מקבילות, במחלוקת זו.

היו שסברו שרב חמא ביקש לחייב את השליח לפצות את השולח מכוח קיומו של תנאי חוזי בהסכם השליחות, המחייבו לעשות כן, אך רב אשי סבר שתנאי זה הוא בגדר 'אסמכתא' משום שקיומו של התנאי אינו 'בידו' של השליח.



פרשנות זו חייבה את המצדדים בה להניח שבדומה להלכת האריס, גם מחלוקת האמוראים עסקה בהסכם הכולל תנאי פיצוי, אף שלהנחה זו אין יסוד בדברי רב חמא. היו שסברו שרב חמא ביקש לחייב את השליח לפצות את השולח מכוח התפיסה שמי שגורם לזולת להסתמך על הבטחתו נעשה 'ערב' ומחייב עצמו באופן חד צדדי לפצות את המסתמך עליו על כל הפסד שנגרם בשל הפרתה של ההבטחה. פרשנות זו קשה בעיקר משום שהיא אינה מתיישבת עם התנאי: "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא".

היו שהציעו פרשנות נזיקית, לפיה רב חמא ביקש להטיל על השליח אחריות כמעין 'פיצויי הסתמכות'. לפי פרשנות זו, רב אשי דחה את עמדתו של רב חמא משום שכאשר ההצלחה אינה 'בידו' של השליח, הסתמכותו של השולח עליו אינה לגיטימית, או משום שלא ניתן להוכיח קיומו של נזק.

שני ההסברים קשים, הן בשל הקושי להסביר את התלות שבין סיכויי ההצלחה ללגיטימיות של ההסתמכות והן בשל העובדה שגם הצלחתו של האריס אינה וודאית, ובכל זאת הוא חויב לפצות את בעל השדה.

קשיים אלו הובילו אותנו אל הפרשנות השלישית של המחלוקת, שיסודה בתורתם של הגאונים, ולפיה, רב חמא ביקש להרחיב את היקף תחולתה של התקנה הקדומה שהטילה על האריס חובת פיצוי בשל כך שלא עיבד את השדה כראוי, ולהחילה על כל חב אמון שלא מילא את תפקידו בשקידה.

רב אשי דחה את עמדתו בטענה, שהתקנה חלה אך ורק על מי שקיבל לידיו שליטה מוחלטת על עניינו של הזולת ('בידו'), ולא על מי שיש לו כוח לקדם על עניינו של הזולת, אך שליטתו בענייני הזולת אינה מוחלטת, משום שלשם מילוי תפקידו הוא נדרש לשיתוף פעולה מצד גורמים נוספים.

בהתאם לכך, נמצאו ראיות בספרות התשובות לכך, שחייבי אמון שבידיהם נמסרה שליטה מוחלטת על עניינו של הזכאי, כאפוטרופוסים או סוכנים מסחריים, נושאים באחריות לאבדן רווח בשל אי מילוי התפקיד בשקידה.

מדברי הפוסקים עולה שאמת המידה להערכת סבירותה של השקידה מבוססת על הנוהג המקובל בניהול עסקים מן הסוג שהופקד בידיו. אולם, הפעלתו של מבחן זה חייבת להתבצע בתום לב, וחב אמון לא יוכל להתגונן בטענה שנהג בהתאם למנהג המדינה, אם ניתן יהיה להוכיח שהיה עליו לדעת שפעולה בהתאם למנהג זה תסכן את עניינו של הזכאי.

## ה. חובת המסירות במשפט העברי

חובת המסירות, במובחן מחובת השקידה, אינה מתמקדת באופן ביצוע התפקיד, אלא בהיבט הנפשי של ביצוע התפקיד, בנכונותו הנפשית של חב האמון להקדיש עצמו לתפקיד שהוטל עליו.

את היקפה של החובה נבקש ללמוד מכוחן של שלוש סוגיות מנחות. הראשונה עוסקת במסירותו של המלמד ושתי האחרות עוסקות במסירותו של השותף.

### 1. "שבקתיה להימנותך?"

הקשר שבין המסירות לאמון מצוי בתיאור התלמודי של המפגש בין רבי שמעון לרב שמואל בר שילת, ששימש כמלמד תינוקות -

רב אשכחיה לרב שמואל בר שילת דהוה קאי בגינתיה,<sup>1033</sup>

אמר ליה: שבקתיה להימנותך?

אמר ליה: הא תליסר שנין<sup>1034</sup> דלא חזיא לי, והשתא נמי דעתאי

עלויהו.<sup>1035</sup>

רב מוצא את ר"ש בר שילת, ששימש כמלמד, בוחן את גינתו בשעה היעודה ללימוד<sup>1036</sup> ותמה עליו: "שבקתיה להימנותך?", האם עזבת את נאמנותך?

<sup>1033</sup> בדפוס וילנא נדפס אמנם "בגינתא", אך ברוב כתבי היד הנוסח הוא "בגינתיה", וכך משתמע גם מן הסיפור בכללו. וראו דקדוקי סופרים בבא בתרא ח,ב, שמעיר שבדפוסים ישנים הודפס "בגית", וכנראה בטעות היו שפתחו את הקיצור והדפיסו "בגינתא". מובן אפוא שר"ש בר שילת לא יצא להינפש בגינה, אלא להשיג על גינתו.

<sup>1034</sup> ככל הנראה זוהי לשון גוזמא, וראו הגהות רבי מתתיהו שטראשון בבא בתרא ח,ב בעניין זה.

<sup>1035</sup> תלמוד בבלי בבתרא ח,ב.

<sup>1036</sup> כך עולה מפירושו של רש"י לביקורת של רב: "שבקתיה להימנותך: שהיית רגיל ללמד באמונה וללמד ולישב על גבם תמיד", כך עולה מפירושו רבנו גרשום מאור הגולה בבא בתרא שם ("... כלומר אם היית מלמד עדיין לא היית מבטל לעמוד בגינה... שלא הסחתי דעתי מהם שלא לזרזם ממקום זה שאני עומד"), וכך עולה מן המרדכי בבא מציעא שמג ("גם יש לפסוק שהמלמד אין לו לעסוק בשום מלאכה אחרת עם הלימוד... דרב שמואל בר שילת היה מלמד תינוקות, והוא אמר שלא סיר לגינתיה בתליסר שנין"). וראו שם, שקושר מעשה זה להלכת התוספתא שלהלן, ליד הציון להערה 1038.

אמנם, יש מפרשים שמדבריהם ניתן להבין שהמעשה המתואר התרחש לאחר סיומן של שעות הלימוד. כך עולה למשל מפירושו של המאירי בבית הבחירה בבא בתרא שם: "מלמד תינוקות ראוי לו לפנות מכל עסקיו ולעסוק בהם ובלמודם אף בשעה שהוא פורש מהם לפי הצורך ההכרחי ראוי לו להיות לבו ומחשבתו עליהם", וכך עולה גם מפירושו של מהרש"א א חידושי אגדות בבא בתרא שם (...ומצדיקי הרבים וגו'... והם ככוכבים לעולם ועד שהכוכבים גם ביום רואין ומשתמשים לעולם, אבל אינן נראין. כן יהיה המלמד תינוקות, אף בשאינו נראה להם, יהיה מפקח ורואה להיות דעתו עליהן כדמסיק ומייתי תליסר שנין דלא חזיא לי והשתא נמי דעתאי עליהו"). נראה שפרשנות זו הושפעה מן הנוסח "בגינתא", שממנו ניתן להבין שר"ש בר שילת יצא להנפש בגינה, וזה ודאי לא ייתכן שעשה במהלך שעות הלימוד.

על שאלה זו משיב ר"ש בר שילת שהוא לא הפר את חובת האמון שלו כלפי מעסיקו, משום שהוא עשה כל אשר יש בכוחו לעשות כדי שלא להטריד את דעתו בעניינים אחרים שאינם נוגעים לעבודתו, ואף בשעה שבליט ברירה נאלץ לעסוק בעניינים אחרים, דעתו הייתה נתונה לתלמידיו.<sup>1037</sup>

ממעשה זה ניתן ללמוד, שאדם המבצע תפקיד המוטל עליו רשאי לעסוק במקביל בענייניו, ובלבד שהתעסקות זו לא תסיט לחלוטין את תשומת לבו מן העניין שעליו הוא הופקד. מסקנה שונה עולה לכאורה מן התוספתא העוסקת בזכות החנווני לעסוק באומנותו בשעה שהוא ממלא את תפקידו בחנות.

## 2. הלכת החנווני הראשונה

התוספתא קובעת הלכה בעניין זכותו של חנווני לעסוק באומנותו בשעה שהוא ממלא את תפקידו בחנות (להלן: הלכת החנווני הראשונה) –

271

המושיב את חברו בחנות למחצית שכר:

אם היה אומן – לא יעסוק באומנותו, לפי שאין עיניו על החנות בשעה שעוסק באומנותו.

ואם היה שותף<sup>1038</sup> עמו בחנות – מותר.<sup>1039</sup>

אומן המתעסק באומנותו בהיותו בחנות, אף שאין לקוחות באותה שעה, אינו ערני די הצורך לצרכי החנות ואין הוא מסוגל לתת דעתו עוברי אורח ולשדלם

---

דרישת המסירות לפי פרשנות זו היא כמובן חמורה מן הדרישה להתמסר לתפקיד בעת ביצועו של התפקיד בלבד, אך כאמור, נראה שהיא שגויה.

<sup>1037</sup> יש להניח שהסכנה של ניצול האמון לרעה הייתה חמורה בעיקר אצל מלמדי תינוקות, שהוריהם הלכו לעבודתם והפקידו אותם בידי המלמדים. ממקורות מאוחרים יותר ניתן אמנם להסיק על קיומה של תופעה של הפרת חובת השקידה על ידי מלמדי תינוקות בעיקר. כך למשל, בתשובה שעסקה במלמדים שנטשו את עבודתם כדי להעיד בשכר, מלין הרמב"ם, ש"אלו מלמדי תינוקות שבאלו הימים כמה בטלות מבטלים בכל יום בדברים בטלים ותמיד הם עוברים והלוואי שלא יבטלו מלאכתם אלא להעיד בלבד בחנם" (ש"ת הרמב"ם (בלאו) שסט). ככל הנראה, תופעה זו, של ניצול שעות ההוראה לטובת התעסקות בעניינים אחרים הייתה קיימת גם בדורות מאוחרים יותר. כך עולה למשל מתקנות בית התלמוד תורה בורונה שבהן נקבע שהמלמדים לא ייצאו מ"בית ההסגר" (קלויז, הכינוי לבית המדרש), כי אם בשעות האכילה, ולא יעסקו באומנות אחרת או בלימוד אחר בשעות המיועדות להוראה, "כי לא יתכן לרועה לעזוב את צאנו כרגע" (ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל ד, עמ' רעו).

<sup>1038</sup> כך הנוסח בתשובות הגאונים, שערי צדק ד, שער ח, עמ' ריד ובספרי רבנו סעדיה גאון, תשובות עמ' 111, כך גרס בחזון יחזקאל בבא מציעא ד, ז, וכנוסח זה מצוי גם בתוספתא (ליברמן) דמאי ג, י. בתוספתא (ליברמן) בבא מציעא ד, יב, הנוסח הוא "עושה בחינם", ובחלק מן הנוסחים נכתב "שוהה עמו בחנות" או "שורה עמו בחנות". ונראה שהבדלי הנוסח נובעים מהעתקות שגויות של התוספתא.

<sup>1039</sup> תוספתא (ליברמן) שם. וכן פסק הרמב"ם משנה תורה שלוחין ושותפין ז, ז.

להיכנס לחנות.<sup>1040</sup> משום כך, הוא אינו רשאי לעסוק בענייניו בשעה שהוא ממלא את תפקידו בחנות.

לכאורה, הלכה זו אינה מתיישבת עם המסקנה העולה ממעשה ר"ש בר שילת, בשני מובנים:

**ראשית**, בניגוד למעשה האמור, שממנו עלה שחובת האמון אינה דורשת מאדם לזנוח את עיסוקיו כאשר אין עיסוקים אלו מסיטים את דעתו מן העניין שעליו הוא הופקד, מן ההלכה התנאית בעניין החנווני משתמעת שלילה קטגורית של כל התעסקות בעניינים אישיים בעת מילוי התפקיד שהוטל על חב האמון.

**שנית**, בהלכת החנווני מופיע סייג, המאפשר התעסקות בעניין האישי כאשר בעל החנות "עושה עמו בחנות". סייג כאמור אינו מוזכר במעשה ר"ש בר שילת.<sup>1041</sup>

את ההבדלים שבין המקורות ניתן לייחס למקום העיסוק, לאופיו של העיסוק העיקרי או לאופיו של העיסוק הצדדי.

## 2.1 בין החנות לכיתה

היו שטענו שלעניינה של חובת ההתמסרות יש להבחין בין מי שמתוקף תפקידו נדרש להשיג על מקום ולהפעילו במשך זמן מוגדר, כחנווני, לבין מי שמבצע תפקיד בזמן ובמקום שאינם מוגדרים.<sup>1042</sup>

בהתאם לגישה זו ניתן לומר, שחובת ההתמסרות של המלמד קלה מחובת ההתמסרות של החנווני, משום שהמלמד אינו נדרש להשיג על מקום מסוים ולא להפעילו. לפיכך, כל עוד ההתעסקות הצדדית אינה מסיטה את דעתו מתלמידיו, הוא אינו נחשב כמי שהפר את חובת המסירות המוטלת עליו.

אולם, אחרים סברו, שכל התעסקות בענייניו האישיים של חב האמון מנוגדת לחובת ההתמסרות המוטלת עליו, ובשל כך היא אסורה, בין אם תפקידו להשיג כל היום על החנות ובין אם תפקידו לנהל עסקאות, ואגב כך הוא גם מקדם את ענייניו.<sup>1043</sup>

<sup>1040</sup> ראו למשל, רש"י חולין נד, ד"ה אין בעלי אומניות ("וצריך להזהר ולתת עיניו שם ולהשתדל עם כל העוברים לשאול מה הם צריכים והכי תניא בתוספתא המושיב את חבריו בחנות למחצית שכן אם היה אומן לא יעסוק באומנותו לפי שאין עיניו על החנות בשעה שעוסק באומנותו").

<sup>1041</sup> ניתן אמנם לטעון שבמעשה ר"ש בר שילת, בפועל, הורי התלמידים לא היו נוכחים בבית הספר, ואילו היו נוכחים יכול היה ר"ש בר שילת לטעון להגנתו, בהתאם להלכת החנווני, שכאשר "בעל החנות" עמו, ההתעסקות הצדדית מותרת. אולם, לטעמנו נראה כי זהו הסבר דחוק, משום שנוכחותו של רב במקום אינה צריכה להיות מאיימת פחות מנוכחות ההורים. <sup>1042</sup> כך למד **בית יוסף** חו"מ קעו, י מדברי הטור, וכך סבר **דרישה** חו"מ שם, ס"ק טז, ולדבריו כך היא גם דעת הרמב"ם.

<sup>1043</sup> כך היא דעת הרמב"ם, ע"פ **בית יוסף** שם, ו**דרישה** שם. לדעת **סמ"ע** חו"מ שם, לב, זו גם דעת **שולחן ערוך** על פי דבריו בחו"מ שם, יא (אך ראו **ש"ך** חו"מ שם, כב, שדוחה את הראיה מהלכה זו). כך גם דעת **שר"ת מהרשד"ם** חו"מ קסד, ו-קסח.

## 2.2 בין חנווני למורה

את ההבדל שבין המקורות ניתן להסביר גם על יסוד ההבדל שבין עבודתו של המורה לעבודתו של החנווני.

בעבר, אמנם, חלק מעבודתו של המלמד היה **אקטיבי**, אך חלק ניכר מעבודתו היה **פסיבי**. המלמד הניח לתלמידו לקרוא בספר ולבצע מטלות שונות, כאשר הוא **מפקח** עליהם שיבצעו את המטלה שהוטלה עליהם כראוי. בכך, שונה תפקידו של המלמד מזה של החנווני שהוא **אקטיבי** בעיקרו. החנווני נדרש אמנם לפקח על החנות, אך בעיקר, הוא נדרש לחפש לקוחות חדשים, להציע עזרה לבאי החנות, לסדר את החנות וכדומה.

לשם ביצוע של **עבודת פיקוח**, די בכך שדעתו של חב האמון לא תוסט מן העניין המסור לפיקוחו. משום כך, המלמד רשאי לעסוק בענייניו במהלך ביצוע תפקידו, ובלבד שעיסוק זה לא יסיט את דעתו ברמה כזו המונעת ממנו את האפשרות לפקח על תלמידיו כהלכה.

לעומת זאת, לשם ביצוע **תפקיד אקטיבי** כטיפול בנכסים, השקעת כספים וכדומה, יש צורך בכך בהקדשת מלוא תשומת לבו של חב האמון לעניין המסור לטיפולו. לפיכך, חב האמון אינו רשאי להתעסק בענייניו בשעה שהוא אמור למלא את תפקידו, ולטעון "השתא נמי דעתאי עלויהר".

## 2.3 טיבו של העיסוק הצדדי

לחילופין, אפשר להסביר את ההבדל שבין המקורות על יסוד אופייה של ההתעסקות הצדדית. הלכת החנווני עוסקת במי שמבקש **לעסוק באומנותו** בשעה שהוא ממלא את תפקידו. עיסוק שכזה אינו יכול להותיר אצל החנווני פגניות נפשית מספקת כדי להשיג על ענייני החנות.

לעומת זאת, במעשה ר"ש בר שילת לא דובר על **התעסקות אקטיבית** בעניינים אחרים, אלא על **פיקוח** על מצבה של הגינה. עיסוק שכזה אינו דורש מן המלמד להשקיע בו את כל מרצו וכוחותיו. בשל כך, אם מתברר שהפיקוח על הגינה אינו מסיט את דעת המלמד מתלמידו, הוא רשאי לפקח על גינתו בשעות הלימוד.<sup>1044</sup>

<sup>1044</sup> נראה שבהתאם להסבר זה ניסח הרמב"ם את ההלכה **במשנה תורה ב**, ג: "מלמד תינוקות שהוא מניח את התינוקות ויוצא, או שהוא עושה מלאכה אחרת עמהן... הריהו בכלל ארור עשה מלאכת ה' רמיה (ירמיהו מח, י)" (וכלשון זו גם ב **שולחן ערוך** י"ד רמה, יז). הרישא של ההלכה עוסקת במלמד שאינו "עושה מלאכה אחרת", אך הוא "מניח את התינוקות". כלומר, יוצא מחדר הלימוד כדי לפקח על עסקיו, ומוציא את התינוקות מדעתו. המקור להלכה זו (כפי שמציין **ביאור הגר"א** י"ד רמה, ס"ק כז). הוא המעשה של ר"ש בר שילת. לעומת זאת, הסיפא של ההלכה עוסקת במלמד שבאופן אקטיבי "עושה מלאכה אחרת" בשעות הלימוד. כאן האיסור הוא גורף, ולא נדרש שהמלמד יניח את התינוקות. המקור להלכה זו הוא הלכת התוספתא הנ"ל ליד הציון להערה 1038. (כפי שאמנם מציין **ביאור הגר"א** י"ד רמה, ס"ק כח, אבל השוו לדבריו **ביאור הגר"א** חו"מ שלט, ס"ק כט).

## 2.4 "עושה עמו בחנות"

הלכת החנווני קובעת סייג לחובת המסירות שלפיו, החנווני רשאי לעסוק בענייניו בשעה שהוא יושב בחנות, אם בעל החנות "עושה עמו בחנות".<sup>1045</sup>

את הסייג האמור ניתן להסביר בשתי דרכים. לפי דרך אחת, נוכחות השותף בחנות מבטיחה שהעיסוק הצדדי לא יפגע בניהולה של החנות, ובשל כך הוא מותר.<sup>1046</sup> לפי דרך אחרת, כאשר בעל החנות נמצא בחנות והוא אינו מביע התנגדות לכך שהחנווני יעסוק בענייניו, יש לפרש את שתיקתו כהסכמה לכך שהחנווני יעסוק בענייניו, ומחילה על ההפסד שעלול להיגרם לו בשל כך.<sup>1047</sup>

## 3. הלכת החנווני השניה

### 3.1 בין הלכת החנווני הראשונה להלכת החנווני השניה

בסמוך להלכה האוסרת על חנווני לעסוק באומנותו בהיותו בחנות מובאת הלכה דומה, העוסקת בזכותו של חנווני להיות "לוקח ומוכר דברים אחרים" (להלן:

<sup>1045</sup> כך עולה מדברי כל המפרשים שלהלן בהערות הבאות. אולם, ר"ד פארדו פירש (חסדי דוד על התוספתא בבא מציעא שם), שהביטוי 'עמו' מכון לאומנות ("רוצה לומר שאם היה יכול לעסוק באומנותו שם בתוך החנות עצמה שבה מתעסק בעסק החנות, מותר, לפי שאין צריך על ידי זה ליבטל ממלאכת העסק, שכל זמן שלא בא אדם לקנות, עוסק הוא באומנותו, וכשבא איזה קונה, פוסק ומוכר").

<sup>1046</sup> כך הסבירו: **כנסת הגדולה** חו"מ קעה, הגהות בית יוסף קיט ("דכין רהשותף עמו בחנות, כשיבא הלוקח לקנות, השותף יאמר לו שיקום מאומנותו וימכור מה ששואלים לו"); **לחם משנה** שלוחין ושותפין ז, ז ("דכשיבא הלוקח ליקח הרי יש השותף האחר שימכור"); **יקר תפארת** שלוחין ושותפין שם ("ואם היה שותף עמו בחנות מותר כיון ששניהם בחנות, אף על פי שזה יעסוק באומנותו חברו יהיו עיניו בחנות וכל שכן שאם היה שותף עמו באומנות שמותר"). אפשר שעשויה להיות נפקות בין שני ההסברים האחרונים להסבר שהציע 'כנסת הגדולה', כאשר בעל החנות אינו מסוגל לבצע בעצמו את העבודה, כגון שמדובר בעבודה הדורשת מומחיות מקצועית שאינה בידיו של בעל החנות. במקרה זה, נוכחותו של בעל החנות במקום לא תאפשר לו להחליף את החנווני המתעסק בענייניו, אך היא תאפשר לו להעיר לו על הצורך להסב את תשומת לבו לענייני החנות.

ייתכן גם להסביר, שכאשר בעל החנות מצוי בחנות, אין לחשוש שהחנווני יעסוק באומנותו יתר על המידה הראויה, משום שהוא חש שעינו של בעל החנות פקוחה עליו. לכן, בנסיבות אלו רשאי החנווני לעסוק בענייניו. גם לפי הסבר זה, נוכחותו של בעל החנות במקום תאפשר לחנווני להתעסק בענייניו, גם אם בעל החנות אינו מסוגל להחליפו.

<sup>1047</sup> ראו **כנסת הגדולה** שם ("אי נמי, כיון שהשותף עמו בחנות וראה שעוסק באומנותו ואינו מונעו, מחל על שעבודו המשועבד לו למכירה"); **ספר השותפות והעסקא** לר"ש הכהן ריש מתיבתא (= **גנזי קדם** ו, 63: "והראיה [על רש]ותם להתנות שתהא רשותם לעשות כראות עיניהם... היא מאמר קדמונו המושיב את חברו בחנות למחצית [שכר]... ואם [היה שותף] עמו בחנות – מותר"). לפי הסבר זה, נוכחותו של חנווני נוסף בחנות, שאינו הבעלים של החנות, אינה יכולה להתיר לחנווני להתעסק בענייניו, משום שחנווני זה אינו מוסמך למחול לחברו על אי ביצוע התפקיד בשקידה.

המושיב את חברו בחנות למחצית שכר לא יהא לוקח ומוכר דברים

אחרים ואם לקח ומכר השכר לאמצע.<sup>1048</sup>

בשל סמיכותה של הלכה זו להלכה האוסרת על החנווני לעסוק באומנותו במהלך יום העבודה, רבים סברו שהלכה זו עוסקת בחנווני שנדרש לרכוש ולמכור סחורות, אך הוא בוחר לרכוש ולמכור סחורות עבור עצמו, בדומה לחנווני העוסק באומנותו בשעות שבהן הוא שוהה בחנות.<sup>1049</sup>

השוואתה של הלכה זו להלכת החנווני הראשונה מעוררת שאלות רבות. מה ביקש התנא לחדש באומרו ש"לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים"? מדוע ההלכה האחרונה איננה מנמקת מדוע "לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים", כפי שנעשה בהלכת החנווני הראשונה? מדוע ההלכה האחרונה אינה מתירה לקחת ולמכור "דברים אחרים" אם בעל החנות "עושה עמו בחנות", בדומה להיתר שניתן בהלכה הראשונה? ומדוע ההלכה האחרונה מחייבת את החנווני להתחלק ברווחים שהפיק לעצמו עם בעל החנות בעוד שההלכה הראשונה אינה מחייבת זאת?

אפשר שבשל קשיים אלו היו שהסבירו שהלכת החנווני השניה אינה עוסקת בהפרה של חובת המסירות, אלא בחריגה מסמכות. לפי פרשנות זו, משמעות ההלכה האחרונה היא, שאם החנווני התבקש לבצע עסקאות בסחורות מסוימות, והוא ביצע עבור השותפות עסקאות "בדברים אחרים", אין אומרים שהרווחים מעסקאות אלו ייזקפו לטובתו, אלא "השכר לאמצע".<sup>1050</sup>

אולם, כאמור לעיל, רבים סברו שהלכה זו, כקודמתה, עוסקת בהפרה של חובת המסירות. פרשנות זו מחייבת דיון בהבדלים המשמעותיים שבין הלכת החנווני

<sup>1048</sup> **תוספתא** (ליברמן) בבא מציעא ד, יג, וכך נפסק במשנה תורה שלוחין ושותפין ז, ז, ובשולחן ערוך י"ד קעז, כט.

<sup>1049</sup> ראו למשל: **תשובות הגאונים שערי צדק** ד, יח (עמ' ריד: "שותפין שלא הזכירו ביניהן שותפות שלישי, אבל המשתכר הוא יושב בחנות שכל משאו ומתנו בה, אין לו רשות להשתתף עם אחר, אף לא להתעסק במלאכה אחרת, כאשר שנינו: המושיב את חברו בחנות למחצית שכר, אם היה אומן... המושיב את חברו בחנות למחצית שכר, לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים..."); **שר"ת הר"ף קעט** ("ואמר התוספתא דמושיב את החנווני בחנות למחציה שכר אם היה אומן לא יעסוק באומנתו לפי שאין עיניו עליו על החנות בשעה שהוא עוסק באומנתו. ואמרה נמי המושיב את חברו בחנות לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים... לפי שהוא בטל ממלאכתו..."); **שר"ת הרשב"א** ג, קמב ("המפקיד מעות לחברו להתעסק בחנות, אינו רשאי להתעסק בחנות אחר, אפילו בחנות עצמו. שכך שנינו בתוספתא... המושיב את חברו בחנות למחצית שכר, אם היה אומן לא יעסוק באומנותו, לפי שאין עיניו על החנות בשעה שעוסק באומנותו, ואם היה שורה עמו בחנות, מותר; המושיב את חברו במחצית שכר בחנות, לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים, ואם לקח ומכר, השכר לאמצע"); **רא"ש** בבא מציעא ה, מ ("המושיב את חברו בחנות לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים... דכיון שהושיבו בחנותו אין רוצה שיתעסק אלא בשלר"), וכך פירש גם בנו **בטור** י"ד, קעז, לז. וראו גם: **שר"ת מהרש"ך** א, קפה.

<sup>1050</sup> לפרשנות זו ראו למשל, **דרישה** חו"מ קעו, ס"ק טז; **שר"ת בעי חיי חו"מ** א, קכט.

ר"י מולכו מחשובי הפוסקים באיטליה במאה ה-17 הציע, שבהלכת החנווני השניה לא הובא הסייג של "עושה עמו בחנות" משום שהלכה זו עוסקת במתעסק שנדרש לצאת מהחנות מעת לעת לשם ביצוע עסקאות, ובשל כך הסייג של "עושה עמו בחנות" אינו רלבנטי.<sup>1052</sup>

אולם, קשה למצוא בלשון התוספתא תמיכה בהנחה שהלכת החנווני השניה עוסקת במי שנדרש לצאת מעת לעת מן החנות.<sup>1053</sup>

אפשר שההסבר להבדל שבין ההלכות אינו קשור למקום ביצוע התפקיד אלא לאופיו של העיסוק הצדדי.

העיסוק באומנותו של החנווני הוא עיסוק אחר, שונה לחלוטין מן העיסוק של החנווני בחנות, במסגרת תפקידו. בשל כך, ברור שעיסוק זה לא יכול להתבצע באותה העת שבה מבצע החנווני את תפקידו בחנות. לפיכך, יש להניח שהחנווני מבקש לעסוק באומנותו בשעה שאין קונים בחנות. בשעה זו, לכאורה, העיסוק הצדדי אינו פוגע בשותף. אף על פי כן, ההלכה שוללת את העיסוק, משום ש"אין עיניו על החנות בשעה שעוסק באומנותו". אולם, אם החנווני משאיר במקום אדם אחר שישגיח על החנות בשעה שהוא עוסק באומנותו, אין סיבה לאסור עליו להתעסק באומנותו.

לעומת זאת, בהלכת החנווני השניה העיסוק דומה במהותו לזה שנדרש החנווני לבצע מתוקף תפקידו. לכן, לא מן הנמנע שהעיסוק הצדדי יתבצע במקביל לעיסוק העיקרי בחנות. העדר ההפרדה שבין העיסוק הצדדי לעיסוק העיקרי גורם לכך שמעיניו של החנווני יהיו נתונים, בעת ובעונה אחת, לשני עניינים שונים. במקרה זה, הבעיה איננה ש"אין עיניו על החנות", אלא שאין לבו ומחשבותיו על העסק. לפיכך, הימצאותו של בעל החנות במקום אינה יכולה לרפא את הפרתה של חובת המסירות.

<sup>1051</sup> כך עולה מן הפרשנות המוצעת על ידי כל המפרשים הנזכרים לעיל בהערה 1049. לפי הפרשנות הגורסת שההלכה השנייה אינה עוסקת כלל בהפרה של חובת המסירות אל בחריגה מסמכות, ייתכן שגם כאשר החנווני מבצע עסקאות לטובת עצמו, הוא יזכה ברווח, ולא יידרש לחלוק בו עם בעל החנות, וכך אמנם פסק בשו"ת בעי חיי שם.

יש להעיר שהתשובה האמורה עסקה בשותפים ששניים מהם נכנסו לעסק חדש של סוכנות מסחרית (פאטוריאה), והשותף השלישי תבע חלק ברווחי עסק זה. וראו שם, שמסתמך בדבריו על שו"ת תורת אמת קלד ו-קלה, שו"ת משפט צדק ב, ט"ז; שו"ת הרשב"א ב, עט. אולם, בתשובות אלו אין דיון בהלכת התוספתא שבנדון, ולא בכדי. הלכת התוספתא עוסקת בשותף שבשעה שהוא אמור לבצע עסקאות עבור השותפות, הוא מבצע עסקאות עבור עצמו. הלכה זו אינה שוללת משותף להקים עסק עצמאי ולהפיק ממנו רווחים לעצמו.

<sup>1052</sup> שלחן גבוה סלוניקי תק"מ יו"ד קעז, ס"ק נד.

<sup>1053</sup> וראו גם דברי רס"ג להלן, ליד הציון להערה 1076, שמהם משמע שהחנווני נשאר בחנות גם כאשר הוא מתעסק בקניה ומכירה של נכסים.



### 3.2 תוצאות ההפרה של חובת המסירות

בהלכת החנווני השניה נקבע שהפרתה של חובת המסירות המוטלת על החנווני תביא לכך שכל רווח שיפיק עקב הפרתה של החובה יחולק בינו לבין שותפיו. קביעה דומה לא קיימת בהלכת החנווני הראשונה. את ההסבר להבדל שבין ההלכות בהקשר זה ניתן להסביר בשלוש דרכים, כדלהלן.

#### 3.2.1 הפרשנות החוזית

לפי 'נתיבות המשפט', הסיבה לכך קשורה להיקף ההתחייבויות ההדדיות של השותפים –

שותפין בכל ודאי השכר לאמצע... המושיב חברו בחנות, דשם מיירי שנתחייב נגדו לעסוק בכל מה שימסור לו הבעל הבית, מה שירצה... והוי נגדו כפועל דידו כיד בעל הבית... כששכרו לכל מלאכות, אף שהרוויח במלאכה אחרת, הוי של בעלים... וכיון דהוי כפועל על כל העסקים, דמי לשותפים בכל עסקיהם דאפילו נתעסק במעות עצמו הוא לאמצע. ובאמת גם במושיב חברו בחנות, אם לא נתחייב לעסוק רק [=אלא] בעסק ידוע, והוא קנה במעותיו עסק אחר, אף שאסור לכתחילה, מכל מקום, כיון שידו אינו מחויב לעסוק בעסק כזה לבעל הבית, לא הוי ידו כיד בעל הבית לעניין הרווח שמרוויח בעסק אחר... ומשום הכי, אף שאסור לעשות כן, מכל מקום אם עבר ועשה, הרווח לעצמו.<sup>1054</sup>

לפי הסבר זה, "השכר לאמצע" משום שהסכם השיתוף של חנווני קובע שכל רווח שיגיע לידיה של חב האמון, מכל מקור שיהיה, "השכר לאמצע". לעומת זאת, כאשר ההסכם מוגבל לרווחים מסוג מסוים, הרי שגם אם הפר חב האמון את חובת השקיפה המוטלת עליו, הוא לא יידרש לשתף את הזכאי ברווחים שהפיק מן העיסוק הצדדי.<sup>1055</sup>

אמנם, לכאורה, להבחנה פרשנית כאמור אין כל אחיזה בנוסח ההלכות שבתוספתא. בשל כך מציע הרב ישעיה דיין את ההסבר הבא –

באמנות יש סברא לומר דהרווח שלו משום דלא שיעבד גופו לעסוק באומנתו וליתן רווח לשותפו, דלא שיעבד עצמו רק להתעסק בסחורה, אבל לעסוק באומנות לא שיעבד עצמו, משום הכי אמרינן דהרווח לעצמו, מה שאין כן בסיפא דנתעסק בסחורה אחרת בהאי ודאי אמרינן דהרווח לאמצע, ואפילו במעות עצמו... משום דהוי כאילו הלוח מעותיו לבעל החנות.<sup>1056</sup>

<sup>1054</sup> נתיבות המשפט קעו, כ.

<sup>1055</sup> וראו כעין הסבר זה גם בכנסת הגדולה חו"מ קעו, הגהות בית יוסף, טז.

<sup>1056</sup> שו"ת זה כתב ידי הוצאת מכון הכתב, ירושלים תשמ"ו, חו"מ ד בעמ' 90.

לפי הסבר זה, הקביעה שרווחים שהופקו אגב הפרתה של חובת המסירות יתחלקו בין המפר לבין שותפיו היא מוגבלת לדיני השותפות, ולהפרה הקשורה לעיסוק צדדי בעניין שבו נדרש השותף לעסוק במסגרת השותפות.

בשל כך, אין מקום להרחיב את היקף תחולתה של ההלכה האמורה גם ליחסי אמון אחרים.

### 3.2.2 סנקציה בשל הפרת חובת האמון

לדעת הרב רפאל ברדוגו, מחשובי הפוסקים במרוקו במאה ה-18, רווחיו של המתעסק בחנות בענייניו יחולקו בינו לבין שותפיו "כיון שאינו ראוי להתעסק והתעסק, אנו אומרים כאלו הלווה מעותיו וחציים הוא בתורת פיקדון של בעל החנות, ולהכי נוטל הרווח בעל החנות".<sup>1057</sup>

לפי הסבר זה, מאחר שהסוחר אינו רשאי להפיק רווחים לעצמו בזמן שעליו לפעול לטובת עסקי החנות, אנו קובעים שגם פעולות שביצע בכספו ייחשבו כפעולות שנעשו לטובת השותפות שבינו לבין בעל החנות. זוהי למעשה פיקציה משפטית, שנועדה להעניש את הסוחר על כך שהפר את חובת המסירות המוטלת עליו.

אולם, לפי הסבר זה, יש להבהיר מדוע ראוי להעניש את החנווני שביצע עסקאות לטובת עצמו בעת שהיה עליו לבצע עסקאות עבור החנות, אך לא ראוי להטיל עונש דומה על חנווני שעסק באומנותו בעת שהיה עליו להשגיח על ענייני החנות?

אפשר שהסיבה לכך קשורה לעצמתה של ההפרה של חובת ההתמסרות ולסיכון הכרוך בה לענייניו של הזכאי. חנווני הנדרש לבצע עסקאות עבור החנות, ובה בשעה שהוא אמור לעשות כן הוא מבצע עסקאות לטובת עצמו, לא רק מסיר עיניו מענייני החנות, אלא גם נוטל את הסיכון שייקלע למצב של ניגוד עניינים, ויבצע עסקאות לטובת עצמו במקום עסקאות שהיה עליו לבצע עבור העסק.<sup>1058</sup> אצל חנווני זה, העיסוק הצדדי אינו מעורר רק את החשש ש"אין עיניו על החנות", אלא גם שבעצם קיומו של העיסוק הצדדי הוא מסב הפסדים לעסק.

בהתאם להסבר זה נראה שנוכל לקבוע כלל ולפיו, חב אמון אינו רשאי לבצע פעולות לטובת קידום ענייניו בעת שהוא מבצע את תפקידו.<sup>1059</sup> כאשר פעולות

<sup>1057</sup> ש"ת משפטים ישרים א, מד (ע"פ פסקי הרא"ש בבא מציעא ה, מ, שנימק: "כאילו הלוה מעותיו לבעל החנות").

<sup>1058</sup> אך השוו לש"ת מים עמוקים סד, הרואה צד חומרה דווקא בהפרה של חובת המסירות על ידי התעסקות באומנות, משום ש"כשעוסק באומנותו מתבטל לגמרי מהעיסוק מה שאין כן בסחורה אחרת דאינו מתבטל כל כך". וראו גם דברי ר"י נזיר, להלן ליד הציון להערה 1080.

<sup>1059</sup> אמנם, סמ"ע ח"מ קעו, לב, קובע (בעקבות הטור), שכאשר העיסוק העיקרי הוא העיסוק הפרטי, ואגב עיסוק זה מתבקש אדם גם לפעול לטובת הזולת, אין בכך פסול. כך למשל, מי שמנהל את כספיו בקרן להשקעות ומתבקש להוסיף לקרן גם את כספיו של אחר, רשאי לעשות כן, משום שבנסיבות אלה, קיימת חפיפה מלאה בין העיסוק הפרטי לפעולה למען הזכאי, ואין העיסוק הפרטי מעורר חשש לפגיעה בענייניו של הזכאי.

אלו הן מסוג הפעולות שהוא נדרש לבצע עבור הזכאי, רווחים שיופקו מפעולות אלו יתחלקו בין חב האמון לבין הזכאי.<sup>1060</sup>

אולם, הסבר זה מעורר קושי: אם ראוי להעניש חב אמון על כך שהפר את חובת המסירות, מדוע לא תישלל לחלוטין זכותו ברווח שהופק עקב הפרתה של החובה?

### 3.2.3 פרשנות קניינית

לעיל, הוזכרה מחלוקת התנאים בעניין זכותו של השליח באגודת ירק יתירה שניתנה לו מאדם שממנו רכש בשם השולח עשר אגודות ירק. כזכור, לדעת רבי יוסי, שהלכה כמותו, המתנה תחולק בין השליח לשולח, ונחלקו המפרשים בהבנת ההגיון המשפטי העומד ביסוד חלוקת הרווח.<sup>1061</sup>

יש שהסבירו שאגודת הירק היתירה היא מתנה, אלא שקיים ספק בשאלה, למי התכוון המוכר לתת את המתנה, לשליח או לשולח? בשל ספק זה, ערכה של המתנה יחולק בין השליח לשולח.<sup>1062</sup>

אחרים הסבירו, שגם אם ברור שאגודת הירק היתירה ניתנה לשליח, בכל זאת עליו לחלוק בה עם השולח "הואיל ובאתה לו לשליח הנאה על ידי בעל הבית".<sup>1063</sup>

<sup>1060</sup> הוראה דומה קיימת גם בסעיף 15 לחוק הנאמנות, הקובע שכל "רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות". נראה שהוראה זו אינה מאפשרת לזכאי לתבוע רווחים שהפיק הנאמן, למשל, באמצעות הימורים שעשה בשעה שהיה עליו למלא את תפקידו, משום שרווח שכזה אמנם הופק "שלא כדין", תוך הפרתה של חובת השקיפה, אך הפקתו אינה "עקב הנאמנות".

<sup>1061</sup> לדיון בשיטות השונות בעניין זה ובניתוח הסוגיות הנוגעות לעניין ראו בהרחבה: נחום רקובר **עושר ולא במשפט** שער שלישי, עמ' 79; שמואל שילה, "רווחים בלתי צפויים מראש בשליחות במשפט העברי ובחוק השליחות, תשכ"ה-1965", **שנתון המשפט העברי** ג-ד (תשל"ו תשל"ז), עמ' 341; שילם ורהפטיג, **דיני מתווך במשפט העברי** פרקים יב-יד; איתמר ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר – לו או למעביד?", **תחומין** יז (תשנ"ז), עמ' 293; הנ"ל, "רווח שליח מטעות במקח – לשליח או לשולח?", **מים מדליו** (התשנ"ח), עמ' 84; **פתחי חושן** פיקדון ושאלה יא, סעיף ט ואילך; הרב יעקב אפשטיין, **חבל נחלתו** א, עצמונה תשס"א, סימן צ, עמ' 431; **ויגודה, שליחות** 556-567; **אונגר, נאמנות בנכסים** עמ' 339-340.

<sup>1062</sup> ראו למשל: **ספר המקח והממכר** לרב האי גאון, שער ו; **רש"י** כתובות צח, ב ד"ה שיש לו קצבה; **ש"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן** ס (אך השוו לדבריו בתשובות המובאות בהערה הבאה); **תשובות מיימוניות** כ; **חידושי הריטב"א** כתובות צח, ב, ד"ה דתניא; **תוספות ר"ד** כתובות, שם ("חולקין, שיש לומר בעבור המעות עשה [כלומר, בעבור בעל המעות], ויש לומר פניו [של השליח] נשא". כך עולה גם מהגהת הרמ"א ח"מ קפג, ו, מדברי **סמ"ע** שם, ס"ק יח, **ולבוש** שם.

<sup>1063</sup> **ר"ף** כתובות נז, ב (בדפי הר"ף). כך סבורים גם: **אור זרוע** בבא קמא, תיג (בשם רבנו חננאל); **משנה תורה שלוחין ושותפין** א, ה (ע"פ כסף משנה שם); **רבנו תם** בתוספות כתובות צח, ב, ד"ה אמר (ע"פ **נתיבות המשפט** קפג, ס"ק ט, אך השוו לדבריו כפי שהם מובאים ב**פסקי הרא"ש** כתובות יא, טו; ר"י הזקן, **בתוספות** שם (לפי הגהת מהרש"ל, וכך מובא בשמו במדרכי כתובות פרק אלמנה ניזונית, רנה); **ש"ת הרשב"א** א, תרעא (= שם ג, כה) אך השוו ל (והשוו לדבריו הנ"ל בהערה הקודמת); **פסקי הרא"ש** שם; **ספר העיטור** שלישות ממון (מהדורת ר"מ יונה א, מג ע"ד). זו ככל הנראה גם עמדת שולחן ערוך שולחן ערוך ח"מ קפג, ו, שהעתיק את לשון

לפי הסבר זה, מאחר שהרווח הופק עקב ביצוע השליחות, לשולח יש חלק ברווח זה. ההגיון המשפטי העומד ביסודו של הסבר זה הוא, שלכל מי שהשתתף בהפקתו של הרווח יש חלק קנייני ברווח שהופק.<sup>1064</sup>

בהתאם לכך, אפשר שהלכת החנווני השניה מבוססת על ההנחה, שעל פי רוב, כאשר שותף ביצע עסקאות דומות לאלו שהוא נדרש לבצע בשם השותפות, הוא מנצל הזדמנות עסקית שבאה אליו עקב ביצוע תפקידו. בשל כך, יש לשותפות חלק ברווח שהופק.

לפי זה מובן גם מדוע בהלכת החנווני הראשונה, לבעל החנות אין חלק ברווח שהופק. כאשר הרווח הופק משום שהשותף עוסק באומנותו, הרווח אינו קשור לתפקיד שהשותף נדרש לבצע, ובשל כך אין לשותפות חלק ברווח זה.<sup>1065</sup>

#### 4. "המשתתף עם חברו בסתם"

280

הרמב"ם פסק ש"המשתתף עם חברו בסתם... לא יתעסק בסחורה אחרת".<sup>1066</sup> לדעת רבים, משמעותה של הגבלה זו היא, שבשל היותו של השותף מחויב לפעול בשקיפה לטובת השותפות, הוא אינו רשאי להתעסק "בסחורה אחרת", שלא לטובת השותפות, בשעה שעליו לפעול למען השותפות.<sup>1067</sup>

הרמב"ם במשנה תורה שם, שלדעתו (בכסף משנה שם), קיבל את ההסבר של הר"ף להלכה. בהתאם לכך, יש לדחות את מסקנתו של ויגודה מפרשנות זו, ש"לפי הסבר זה, זכותו של השולח במחצית הרווח היא זכות אובליגטורית" (ויגודה, שליחות עמ' 561, הערה 39). יש לציין, שויגודה (שם, עמ' 562) תוהה על הגיונה של פרשנות זו: "וכי העובדה שהשולח גרם בצורה עקיפה לרווח די בה לזכות אותו בחלק מן הרווח?!", ומציע את ההסבר של סמ"ע חו"מ קפג, ס"ק יח, וס"ק כא, ש"מן הדין היה הכל לשליח, אלא כיון דבאתה הנאה להשליח על ידי מעותיו של המשלח, אמרו חז"ל שיחלקו בהדדי המותר" (וכעין הסבר זה גם בערוך השולחן חו"מ קפג, ח, ובחזון איש חו"מ, בבא קמא כב, ס"ק ה ("ועיקרו נראה תקנת חכמים דלא ליתי לאינצויי, דבגרם כזה לא זכי חלק ברווחא מן הדין"). אולם, נראה שהמשמעות הפשוטה של ההסבר האמור היא, שמאחר שהרווח הופק עקב ביצוע השליחות, השולח נחשב כשותף בהפקתו, ובשל כך יש לו זכות קניינית ברווח זה.

להשלמת התמונה, יש לציין שקיים גם הסבר שלישי, הסברו של רבנו יואל הלוי (ע"פ מרדכי כתובות פרק אלמנה ניזונית, רנט) שלפיו חלוקת הרווחים מבוססת על ההנחה שהרווח הופק מכוח המזל של השולח ושל השליח גם יחד. על שיטה זו ראו אצל ויגודה, שליחות עמ' 563.

לפי הסבר זה, העיסוק הצדדי אינו נחשב כעיסוק עבור השותפות אלא כעיסוק פרטי לחלוטין, וחלקו של בעל החנות ברווחים אינו נובע מהסכם השיתוף שבינו לבין החנווני אלא מן הזכות הקניינית שיש לו ברווחים אלה.<sup>1065</sup>

<sup>1066</sup> משנה תורה שלוחין ושותפין ה, א; שולחן ערוך חו"מ קעו, י.

<sup>1067</sup> כך עולה מדברי: בית יוסף חו"מ קעו, כ; ביאור הגר"א חו"מ שם, ס"ק נב; סמ"ע חו"מ שם, ס"ק לב; ש"ך חו"מ שם, ס"ק כב.

אולם, יש שפירשו שכוונת הרמב"ם היא לאסור על השותף להתעסק עבור השותפות בסחורות אחרות מאלו שהוסכם בין השותפים להתעסק בהן. ראו למשל: ערוך השולחן חו"מ קעו, כט ("ואם עסק זה קיבלה שותף אחד מחבירו בתורת עיסקא ובאופן שיתעסק רק

מדברי המפרשים עולה שמקורה של ההלכה הוא בהלכת החנווני הראשונה.<sup>1068</sup> אף על פי כן, נתיבות המשפט מקשה על הלכה זו דווקא מהלכת החנווני השניה –

ולפי זה קשה, דהא ביר"ד סימן קע"ז סעיף כ"ט מבואר בהדיא דמושיב חבירו בחנות, אם מכר והתעסק במעותיו השכר לאמצע!  
ונראה לחלק, דהכא בשותפות על כרחך מיירי שנשתתפו על סך ידוע... דשותפין בכל ודאי השכר לאמצע... ולפ"ז לא דמי להמושיב חבירו בחנות, דשם מיירי שנתחייב נגדו לעסוק בכל מה שימסור לו הבעה"ב מה שירצה...<sup>1069</sup>

לפי הסבר זה, יש לפרש את ההלכה כעוסקת בשותפות מוגבלת ("שנשתתפו על סך ידוע"), להבדיל משותפות מוחלטת, שבה עסקה הלכת החנווני השניה. להבחנה האמורה אין יסוד בלשונה של ההלכה או בלשונה של הלכת החנווני השניה.

281

ואולם, נראה שההסבר לתמיהתו של נתיבות המשפט הוא פשוט יותר. ההלכה הנזכרת אינה נלמדת מהלכת החנווני השניה, אלא מהלכת החנווני הראשונה. כאמור לעיל, הבדל העיקרי שבין ההלכות קשור לטיבו של העיסוק הצדדי. כאשר העיסוק הוא בעסקה הקרובה במהותה לזו שנדרש השותף לבצע בשמה של השותפות, הרווחים שיופקו בשל עיסוק זה יחולקו בין השותפים מן הטעמים שהוזכרו לעיל.<sup>1070</sup> לעומת זאת, כאשר העיסוק הצדדי הוא "בסחורה אחרת",<sup>1071</sup> הרווחים שהופקו מעיסוק זה שייכים באופן בלעדי למי שהפיק את הרווחים.<sup>1072</sup>

בסחורה זו לא יתעסק בסחורה אחרת"; שו"ת מים עמוקים סד ("שאם היה השותפות בחטין ונתן לו המעות אדעתא דחטין לא ילבישם בשעורים"); שו"ת מהריט"ץ (ישנות) קמא ("אם נשתתף לקנות סחורה א' לא ישנה ויקנה סחורה אחרת"). ויש מי שפירש שהרמב"ם עשה שימוש בלשון שמשמעותה אינה ברורה על מנת לכלול את שתי הפרשנויות גם יחד. ראו שו"ת מכתם לדוד חו"מ כב ("כילל בהאי לישנא תרתי: חדא, שאם התנו ליקח באותן המעות ששמו בשותפות סחורה אחת, אין לאחד מהם ליקח במעות ההם סחורה אחרת, רק [=אלא] אותה שהתנו... זאת ועוד אחרת, שאין רשות לשום אחד מהם להתעסק בשום סחורה אחרת, אפילו במעות עצמו. וזה, לפי שיבא להתרשל על ידי זה בעסק השותפות").

<sup>1068</sup> ראו בית יוסף חו"מ קעו, כ; ביאור הגר"א חו"מ שם, ס"ק נב.

<sup>1069</sup> נתיבות המשפט חו"מ קעו, כ.

<sup>1070</sup> פרק 3.2 תוצאות הפרתה של חובת המסירות.

<sup>1071</sup> אבל ראו סמ"ע חו"מ שם, ס"ק לב, שמפרש "סחורה אחרת" כסחורה "שאינה מהשותפות".

<sup>1072</sup> להשלמת התמונה יש להזכיר שהסמ"ע (שם) למד מן ההלכה, שההגבלה האמורה קיימת רק כשהשותף מבקש לעסוק בעסק אחר לבדו, ולא כשהוא מבקש לעשות כן עם שותף אחר. נראה שלשיטתו, כאשר העיסוק הצדדי נעשה בשותפות, הדבר אינו שולל את יכולתו של השותף להקדיש את כל מרצו ומעייניו בטובתה של השותפות.

לעומתו, ש"ך חו"מ שם, ס"ק כב סבר, ששותף אינו רשאי לעסוק "בסחורה אחרת", בין אם הוא עושה כן בעצמו ובין אם הוא עושה כן באמצעות שותף. נראה שלשיטתו, גם מעורבות שולית בפעילות עסקית אחרת, מנוגדת לחובתו הבסיסית של כל שותף, לפעול לקידום ענייניה של השותפות במסירות.

## 5. הלכת המתעסק

ההלכות האחרונות שנדונו עסקו בחובת המסירות המוטלת על חב אמון הנדרש לבצע תפקיד בזמן ובמקום מוגדרים (חנות). לגבי חב אמון שאינו נדרש לבצע את תפקידו בזמן ובמקום מוגדרים קובעת התוספתא –

הנותן מעות לחברו ליקח בהן פירות למחצית שכר, רשיי הלוקח ליקח לו [=לעצמו, מכספו] מאותו המין.<sup>1073</sup>

הלכה זו הובאה להלכה על ידי הרמב"ם,<sup>1074</sup> שפסק להלכה גם את ההלכה שבתוספתא, האוסרת על חנווני לעסוק באומנותו בשעה שהוא יושב בחנות משום שהתעסקות זו מונעת ממנו להשיג היטב על ענייני החנות.<sup>1075</sup>

מדוע אם כן, בניגוד להלכת החנווני (הראשונה והשניה), כאן נקבע שחב האמון רשאי לעסוק בענייניו בעת מילוי תפקידו? כדי ליישב קושי זה הוצעו שלושה הסברים, המבוססים על ההסתמכות של הזכאי, על מועד ביצוע העיסוק הצדדי ועל אופיו של העיסוק הצדדי.

### 5.1 הסתמכותו של הזכאי

רב סעדיה גאון מסביר את ההבדל שבין הלכות החנווני להלכת המתעסק תוך שהוא מבחין בין מי ש"כל משאו ומתנו בחנות" למי ש"יש לו רשות להתעסק במלאכות אחרות" –

שותפים... והמשתכר אין כל משאו ומתנו בחנות אלא לוקח ומוכר במקומות רבות, כענין הזה יש לו רשות להתעסק במלאכות אחרות בין ממון שלו ובין מן ממון אחרים והשכר לעצמו. כי כן שנו רבותינו: הנותן מעות לחברו ליקח בהן פירות למחצית שכר רשאי הלוקח ליקח לו מאותו המין.<sup>1076</sup>

לפי הסבר זה, האיסור להתעסק בענייני עצמו במקביל לעיסוק בתפקיד שחב האמון נדרש לבצע עבור הזכאי מוגבל לחב אמון הנדרש לבצע את תפקידו בזמן ובמקום מוגדרים. בנסיבות אלו, העיסוק בענייני עצמו בזמן ובמקום שבהם היה חב האמון אמור להתעסק בענייניו של הזכאי מהווה הפרה של חובת המסירות. לעומת זאת, כאשר חב האמון נדרש לבצע תפקיד בזמן ובמקום שאינם מוגדרים,

<sup>1073</sup> תוספתא (ליברמן) בבא מציעא ד, כא. הלכה זו מעוררת גם את השאלה, האם אין בהיתר ליקח לעצמו מאותו המין בעיה של ניגוד עניינים. לעניין זה ראו בהרחבה לעיל, ליד הציון להערה 551.

<sup>1074</sup> משנה תורה שלוחין ושותפין ה, ג.

<sup>1075</sup> ראו לעיל, הערה 1039.

<sup>1076</sup> תשובות הגאונים שערי צדק ד, שער ת, יב (וכך כתב גם בפרישה יר"ד קעז, ס"ק נ, מדעתו). על תשובה זו ראו אצל דוד קרלין, "ההלכה והמשפט בתורתו של רס"ג" בתוך: "ל הכהן פישמן (עורך), רב סעדיה גאון: קובץ תורני-מדעי ירושלים תש"ג, תכ"ח, תל"ד.

הזכאי מניח שהוא יתעסק גם בענייניו במקביל לעיסוק בענייניו של הזכאי, ובשל כך, עיסוק זה אינו מהווה הפרה של חובת המסירות המוטלת על חב האמון.<sup>1077</sup>

## 5.2 מועד ביצוע העיסוק הצדדי

הרב יעקב שאול אלישר, מחשובי הפוסקים בארץ ישראל במאה ה-19, שכיחן גם כ'חכם באשי' ו'ראשון לציון', אינו מקבל את ההסבר שהציע רס"ג בטענה ש –

כיון דכל הטעם מפני דכשעוסק בדברים אחרים מתבטל מן השותפות, מה לי בחנות מה לי בביתו, ואדרבא, בבית נראה יותר ביטול, מפני דכשהוא בחנות איפשר לו ליבטל מעסקו כשיבוא לו איזה עסק מהשותפות שבחנות, אבל בבית קרוב לודאי שיבטל מן השותפות לגמרי!<sup>1078</sup>

בשל ביקורת זו, הרב אלישר<sup>1079</sup> מבחין בין התעסקות בענייני עצמו במהלך שעות העבודה השגרתיות, שהיא אסורה, לבין התעסקות בענייני עצמו לאחר שעות העבודה השגרתיות, שהיא מותרת.

לפי הסבר זה, כאשר השותף נדרש לבצע עבודה 'בחנות', כל עוד העיסוק הצדדי מבוצע בזמן היותו ב'חנות', הרי שהעיסוק הצדדי ייחשב כהפרה של חובת המסירות. לעומת זאת, כאשר השותף אינו מבצע את תפקידו במקום מוגדר, לא ניתן לראות את העיסוק הצדדי כעיסוק המהווה הפרה של חובת המסירות.

## 5.3 טיבו של העיסוק הצדדי

הבחנה שונה מציע הרב יוסף נזיר, מחשובי הפוסקים במצרים במאה ה-17, והיא מתמקדת בהבדל שבין עיסוק דומה לעיסוק שנדרש חב האמון לבצע מתוקף תפקידו לבין עיסוק שונה באופן מהותי מעיסוק זה –

<sup>1077</sup> מדברי בית יוסף חו"מ קעו, כ נראה שזו גם דעת הטור ('כתב הרמב"ם... המשתתף עם חבירו בסתם כו' ולא יתעסק בסחורה אחרת. ולא כתבו רבינו ואפשר שסובר שאותו דין אינו אלא דוקא במושיב את חבירו בחנות"). מדברי הטור עולה, שהרמב"ם אינו מבחין בין עיסוק צדדי של מי שנדרש לבצע את תפקידו במקום מוגדר לעיסוק צדדי של מתעסק שאינו נדרש לבצע את תפקידו במקום מוגדר "דכשמשתתף עם חבירו הוא כדי שישים לבו ונפשו על עסק השותפות ואם הוא מתעסק בסחורה אחרת לא יתן עיניו כל כך בעסק השיתוף".

<sup>1078</sup> איש אמונים פד-פה. על ביקורת זו יש להשיב, על פי דברי הרא"ש, שמסביר ש"כיון שהושיבו [בעל החנות] בחנות, אין רוצה שיתעסק אלא בשלו" (פסקי הרא"ש בבא מציעא ה, מ). מדברים אלו עולה, שהיקפה של חובת ההתמסרות נקבע בהתאם לציפיותיו של הזכאי. אכן, כאשר העבודה מתבצעת 'מן הבית', סביר להניח שהחייב יהיה פחות מסור לתפקיד, אך דווקא משום כך, הזכאי אינו מצפה ממנו להקדיש את כל זמנו לתפקיד. בשל כך, התעסקותו של החייב בענייניו איננה נחשבת כהפרה של חובת ההתמסרות המוטלת עליו. בהתאם לכך, נראה ששליח, למשל, לא יידרש להימנע מלקבל על עצמו שליחויות נוספות לאחר שקיבל על עצמו לבצע שליחות אחת, וראו ויגודה, שליחות עמ' 448, הערה 70.

<sup>1079</sup> שם.

דעד כאן לא קאמר הרמב"ם שלא יתעסק בסחורה אחרת, אלא בסחורה שאינה מסוג הסחורה של השותפות, כגון אם השותפות הוא למכור בגדים, לא יתעסק הוא לעצמו בעניין אחר, כגון להסתחר באבנים טובות או באריגה וכיוצא בה, שאין מלאכת שניהם שוה כאחד, ובשעה שעוסק בזו אינו יכול להתעסק בסחורה של השותפות, ועל ידי כן מתבטל מעסק השותפות, בהא הוא דקאמר הרמב"ם ולא יתעסק בסחורה אחרת. אבל כשהסחורה שקונה לעצמו היא מסוג הסחורה של השותפות, כגון שקונה פירות למכרם על ידו להרוויח בהם, יכול הוא לקנות לעצמו מאותו המין או ממין אחר ולמכרם בפני עצמן, דבזה אין שום ביטול מעסק השותפות, שהרי שניהם גם יחד מונחים לפניו, וכל הרוצה לקנות משלו נותן לו, ואם משל השותפות נותן לו. וכין שכן, אין איסור בדבר.<sup>1080</sup>

אולם, דומה שההנחה ש"כשהסחורה שקונה לעצמו היא מסוג הסחורה של השותפות... אין שום ביטול מעסק השותפות" אינה מבוססת. העובדה שהעיסוק הוא בעניין הדומה לענייני השותפות אינה מקטינה את החשש מפני הסחת הדעת מטובתה של השותפות.

## 6. סיכום

חב אמון נדרש לבצע את תפקידו במסירות. מדברי רב אשי למדנו, שמשמעותה העיקרית של חובת המלמד לבצע את תפקידו במסירות היא, שהוא אינו רשאי לבצע במקביל לעבודתו העיקרית עבודות צדדיות, שעלולות להסיט את מחשבותיו מביצוע תפקידו העיקרי.

אף על פי כן, ההלכה התנאית אסרה באופן קטגורי על שותף שנדרש להימצא בחנות, לעסוק בעיסוק צדדי, מבלי לדון בשאלת יכולתו הסובייקטיבית להקדיש את כל מעייניו לתפקידו העיקרי.

כדי להסביר את ההבדל שבין היקפה של חובת המסירות המוטלת על המלמד לזו המוטלת על השותף, הוצעו שלושה הסברים.

לפי הסבר אחד, יש להבחין בין חב אמון שנדרש לבצע תפקיד בזמן ובמקום מוגדרים, שעליו מוטלת חובת מסירות רחבה, לבין חב אמון שאינו נדרש לבצע תפקיד בזמן ובמקום מוגדרים, שעליו מוטלת חובת מסירות מצומצמת יותר.

לפי הסבר שני, ההבדל קשור לאופיו של העיסוק העיקרי. לפי הסבר זה, על מי שנדרש לבצע תפקיד של פיקוח והשגחה מוטלת חובת מסירות מצומצמת יחסית לחובת המסירות המוטלת על מי שנדרש לבצע תפקיד אקטיבי.

<sup>1080</sup> שו"ת מטה יוסף חו"מ ט (עמ' תקסה-תקסו במהדורת טוב מצרים, ירושלים תשע"א). וכעין

זה גם בשו"ת באר מים חיים ב, יח ד"ה וא"כ.



לפי הסבר שלישי, ההבדל קשור לאופיו של העיסוק הצדדי. לפי הסבר זה, כאשר העיסוק הצדדי הוא עיסוק פסיבי (פיקוח, השגחה וכדומה), אין לאוסרו אלא אם קיים חשש שעיסוק זה יסיט את מחשבותיו מביצוע תפקידו העיקרי. לעומת זאת, כאשר העיסוק הצדדי הוא אקטיבי (ביצוע עסקאות, ניהול עסק וכדומה), יש לאסור על חב האמון את העיסוק הצדדי באופן קטגורי.

אמנם, ההלכה התנאית סייגה את החובה בקביעה, שכאשר בעל החנות מצוי בחנות, החנווני רשאי לעסוק באומנותו. להבנת הגיונו המשפטי של סייג זה הוצעו שני הסברים.

לפי הסבר אחד, הימצאותו של בעל החנות בחנות מבטיחה שהעיסוק הצדדי לא יפגע בעניינו של הזכאי, ובשל כך אין לראות בעיסוק זה הפרה של חובת המסירות.

לפי הסבר אחר, הימצאותו של בעל החנות בחנות, מבלי למחות לנוכח ביצוע העיסוק הצדדי על ידי חב האמון, מהווה הסכמה שבשתיקה לביצוע העיסוק הצדדי.

285

לפי ההסבר הראשון, כאשר בעל החנות אינו מסוגל או אינו מיומן דיו כדי לבצע את התפקיד שהוטל על חב האמון, הימצאותו בחנות לא תאפשר לחנווני לעסוק באומנותו. כמו כן, לפי הסבר זה, גם הימצאותו של אדם אחר בחנות (שאינו בעל החנות), המסוגל לבצע את התפקיד שהוטל על חב האמון, עשויה לאפשר לחב האמון להתעסק באומנותו.

לעומת זאת, לפי ההסבר השני, הימצאותו בחנות תאפשר לחנווני לעסוק באומנותו, אף אם בעל החנות אינו מסוגל או אינו מיומן דיו כדי לבצע את התפקיד שהוטל על חב האמון. מנגד, הימצאותו של אדם אחר בחנות לא תוכל להתיר לחב האמון לעסוק באומנותו.

הלכת החנווני השניה קבעה, שחנווני שנדרש לרכוש ולמכור סחורה מסוג מסוים, לא יהיה לוקח ומוכר "דברים אחרים". הלכה זו לא מנמקת את האיסור ואף אינה מסייגתו בקביעה, שניתן לבצע עסקאות ב"דברים אחרים" כאשר בעל החנות מצוי בחנות.

נראה שהסיבה לכך קשורה לאופיו של העיסוק הצדדי. כאשר העיסוק הצדדי שונה במהותו מן העיסוק העיקרי, עיסוק זה לא יכול להתבצע בעת ובעונה אחת עם העיסוק העיקרי. לכן, יש להניח שעיסוק זה מבוצע בשעה שאין חב האמון נדרש לעסוק בעיסוק העיקרי. אמנם, גם בשעה זו, העיסוק הצדדי עלול לפגוע בחובת המסירות, משום ש"אין עיניו על החנות בשעה שעוסק באומנותו". לפיכך, אם חב האמון משאיר במקום אדם אחר שישגיח על עניינו של הזכאי במקומו, עיסוק זה מותר.

לעומת זאת, כאשר העיסוק הצדדי דומה במהותו לעיסוק העיקרי, לא מן הנמנע שהעיסוק הצדדי יתבצע במקביל לעיסוק העיקרי. בנסיבות אלו, העדר ההפרדה שבין העיסוק הצדדי לעיסוק העיקרי גורם לכך שמעייניו של החנווני יהיו נתונים, בעת ובעונה אחת, לשני עניינים שונים, ולא רק שאין עיניו של החנווני על החנות, אלא

שגם לבו ומחשבותיו אינם נתונים לעסק. לכן, בנסיבות אלו, הימצאותו של בעל החנות במקום אינה יכולה לרפא את הפרתה של חובת המסירות.

על פי הלכת החנווני השניה, רווח שהופק אגב הפרתה של חובת המסירות יחולק בין החנווני לבין הזכאי. לקביעה זו הוצעו שלושה הסברים.

**לפי הסבר אחד**, הרווח יחולק משום שלפי הסכם השיתוף עם חנווני, הרווחים מכל עסקה שהוא מבצע בחנות, הזוהה במהותה לסוג העסקאות שנדרש החנווני לבצע עבור בעל החנות, וכוונותיו של החנווני אינן מעלות ואינן מורידות לעניין זה.

**לפי הסבר שני**, הרווח יחולק משום שיש להניח שהפקתו כרוכה בניצול הזדמנות עסקית שהגיעה לידיעתו של החנווני עקב תפקידו, ובשל כך יש לבעל החנות זכות קניינית ברווח זה.

**לפי הסבר שלישי**, הרווח יחולק כסנקציה שנועדה להרתיע את החנווני מניצול מעמדו לשם קידום ענייניו האישיים. סנקציה זו תוטל רק על מי שהפיק רווח עקב מילוי תפקידו, ולא על מי שהפר את חובת המסירות על מנת להפיק רווח, אך אין קשר ישיר בין התפקיד ליכולתו של חב האמון להפיק את הרווח.

ההלכות התנאיות בענייניו של החנווני סותרות לכאורה הלכה תנאית אחרת, בענייניו של מי שקיבל מחברו כספים כדי "ליקח בהן פירות למחצית שכר". בעניין זה נקבע שאדם זה רשאי "ליקח לו מאותו המין", ואין רואים ברכישה לטובת עצמו משום הפרה של חובת המסירות.

כדי ליישב בין ההלכות הוצעו שלושה הסברים שונים. **לפי רס"ג**, ההבדל שבין ההלכות קשורת להסתמכותו של הזכאי, הנגזרת מאופיה של העבודה. מעובד בחנות יש ציפייה סבירה, שהוא לא יתעסק בעניינים שאינם מענייניה של החנות, במהלך שעות עבודתו. בשל כך, התעסקות שכזו אסורה.

לעומת זאת, מעובד קבלן המתעסק בענייניו של הזכאי בזמנו החופשי, אין ציפייה שהוא ימנע מכל עיסוק אחר כל עוד לא השלים את תפקידו. בשל כך, ההתעסקות הצדדית אינה נתפסת כהפרה של חובת המסירות.

**לפי ר"ש אלישר**, ההבדל שבין ההלכות קשור למועד ביצוע העיסוק הצדדי. לפי הסבר זה, הפרה של חובת המסירות היא עיסוק בעניין שאינו מעניינו של הזכאי, בזמן שחב האמון אמור לעסוק בעניינו. עיסוק צדדי של מתעסק בקבלנות אינו נחשב כעיסוק צדדי 'בשעות העבודה', ובשל כך אין לראותו כהפרה של חובת המסירות. לעומת זאת, עיסוק צדדי של שכיר הנדרש לבצע את תפקידו במקום ובזמן מוגדרים, במקום ובזמן שבהם הוא נדרש לבצע את תפקידו העיקרי, מהוה הפרה של חובת המסירות.

ולבסוף, **לדעת ר"י נזיר**, ההבדל שבין ההלכות קשור לאופיו של העיסוק הצדדי. לשיטה זו, דווקא עיסוק הקרוב במהותו לעיסוק העיקרי מותר, משום שעיסוק זה אינו מחייב את חב האמון להסיט את דעתו ומחשבותיו מעניינו של הזכאי. לעומת

זאת, עיסוק שאין לו קשר מהותי לעיסוק העיקרי, דורש מחב האמון להסיט את דעתו, מחשבותיו ומשאביו מביצוע תפקידו העיקרי, ובשל כך, עיסוק זה ייחשב כהפרה של חובת המסירות.

## 1. חובת המיומנות במשפט העברי

כאשר מוסר אדם בידיו של חב אמון את ענייניו, הוא מסתמך על כך שחב האמון יפעיל את כישוריו כדי למלא את תפקידיו בהצלחה. לכן, חב אמון חייב להפעיל מיומנות אישית בביצוע התפקיד שהוטל עליו.

דוגמה לחובה זו ניתן למצוא בהלכה התלמודית בענייניו של אפוטרופוס שרכש שור עבור היתומים, אך לימים מת השור ברעב. חקירה שלאחר המוות העלתה, שהשור היה חסר שיניים, ובשל כך לא אכל מן האוכל שהניח בפניו הרועה. בהקשר זה שאל רמי בר חמא: "היכי נדיינו דייני להאי דינא? נימא ליה לאפוטרופא: זיל שלים, אמר: אנא לבקרא מסרתיה!"<sup>1081</sup>

מדברים אלו עולה, שהאפוטרופוס יכול להסיר מעליו אחריות לתוצאה העגומה, בטענה, שהוא מסר את השור לרועה, ועל הרועה היה לבדוק את מצבו של השור.

אולם, מסקנה זו הייתה קשה בעיני הרמב"ן –

נהי נמי דלא פשע בתר דזבניה, מכל מקום בעידן דזבניה הוה ליה פושע, דזבין תורא דלית ליה ככי, דהוה ליה לעיוני!<sup>1082</sup>

לאמור, על האפוטרופוס מוטלת החובה לבדוק את מצבו של השור לפני שרכש אותו. אי לכך, מסירת השור לידיו של הרועה אינה אמורה להסיר מעליו את האחריות להפסד שנגרם.

על שאלה זו משיב הרמב"ן, שייתכן ש"הדבר צריך לבקיאין ורוב אינן בקיאין, ואין כאן פשיעה"<sup>1083</sup>.

מתשובה זו עולה, שכאשר מניעת ההפסד דורשת מיומנות מיוחדת, שאינה מצויה בידיו של האדם הסביר, לא ניתן להטיל על האפוטרופוס את האחריות להפסד.<sup>1084</sup>

<sup>1081</sup> תלמוד בבלי בבא מציעא מ,א.

<sup>1082</sup> חידושי הרשב"א בבא מציעא שם.

<sup>1083</sup> חידושי הרמב"ן בבא מציעא שם.

<sup>1084</sup> הרמב"ן (שם) מציע גם, ש"אפשר משום דלא מינכר ביה, ויש שאוכלין בהנהו ככי דהוה ליה,

וזה שלא אכל ומת איגלאי מילתא דמשום ככי דלא הוה ליה מית". לפי הסבר זה, לא ניתן מלכתחילה לערוך בדיקה שתבהיר האם השור מסוגל לאכול בשיניים שיש לו או לאו. לפי הסבר זה, ייתכן שאילו ניתן היה לבצע בדיקה שכזו, היינו דורשים מן האפוטרופוס לבצעה, בעצמו או באמצעות אחרים, המסוגלים לבצעה.

הסבר נוסף שמביא הרמב"ן (שם), בשם "ואחרים אמרו" הוא, ש"מילתא דלא שכיחא היא ולא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שמא ניטלו שיניו, ולא הוה ליה לעיוני" (כך פירשו גם חידושי הרשב"א בבא מציעא שם (בשם "ואיכא דמתרין") וחידושי הריטב"א בבא מציעא שם). לפי הסבר זה, גם אם ניתן לבצע את הבדיקה, אין האפוטרופוס נדרש לבצע בדיקות שנועדו לשלול קיומם של פגמים נסתרים שאינם שכיחים. ייתכן אפוא, שכאשר קיים חשש לקיומו של פגם שכיח, האפוטרופוס ידרש לבצע בדיקות שישללו את קיומו של הפגם, ואם אין הוא מיומן לביצוע בדיקות שכאלה, יהא עליו לבצע את הבדיקות באמצעות אחרים.

אולם, הרשב"א מציע תשובה שונה לשאלתו של הרמב"ן -

ויש לומר דהיינו דקאמר 'אנא לבקרא מסרתיה', כלומר וסמכתי עליו  
שיעיין בו, מפני שהוא בקי בשוורים יותר ממני, ואם היה מוצא בו  
מום הייתי מחזירו לבעלים כדין מקח טעות.<sup>1085</sup>

מדברים אלו עולה, שהיעדרה של מיומנות, כשלעצמה, איננה טענת הגנה ראויה,  
משום שבהיעדרה של מיומנות שהיא נחוצה כדי למנוע את ההפסד, האפוטרופוס  
נדרש להסתייע באדם שבידיו מצויה מיומנות זו. הסיבה שאין אנו מאשימים את  
האפוטרופוס בהפסד שנגרם ליתומים היא, שהוא אכן עשה שימוש בשירותיו של  
אדם מיומן ('לבקרא מסרתיה').

מחלוקת דומה משתמעת מדבריהם של הפוסקים בנוגע לאחריותו של אפוטרופוס  
להפסד שנגרם ליתומים בשל ייצוג רשלני.

289

מהר"ם מרוטנבורג נשאל על "ראובן שטוען על אפוטרופוס שלו שפשע, שטען בבית  
דין מה שלא ציוהו לטעון, ובזה נתחייב, ואם היה טוען כאשר אמר היה יוצא מבית  
דין זכאי".<sup>1086</sup> השואל ביקש להטיל על האפוטרופוס אחריות להפסד שנגרם בשל  
ייצוג רשלני.

מהר"ם דוחה את התביעה משום שמן השאלה עולה שלא הוכח שהאפוטרופוס  
גרם לזכאי נזק ישיר וודאי.<sup>1087</sup> מדברי מהר"ם עולה, שאם יוכח שהייצוג הרשלני  
גרם לנזק ישיר וודאי, יהא על חב האמון לשאת באחריות להפסד זה.

<sup>1085</sup> חידושי הרשב"א בבא מציעא שם; חידושי הריטב"א בבא מציעא שם; חידושי הר"ן בבא  
מציעא שם.

<sup>1086</sup> שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס קרימונה, קנז (הובא גם בשו"ת הרשב"א א, אלף קו, במדכ"י  
בבא מציעא רצ, בפסקי ריקאנטי תו, ובבית יוסף חו"מ קפג, בסופו).

<sup>1087</sup> מהר"ם טען, שלא ברור מדברי השואלים, האם בשל הדרך שבה ייצג חב האמון את עניינו  
נמנעה מן הזכאי האפשרות לזכות בדין לאחר שיישבע על טענותיו, או שמא, בשל הדרך שבה  
ייצג חב האמון את עניינו נמנעה מן הזכאי האפשרות לזכות בדין ללא שבועה, ובעל דינו זכה  
בדין מבלי שיידרש להישבע. לדברי מהר"ם (שם), "לא מקרי פשיעה אלא אם כן שבדברי ראובן  
היה פטור בלא שבועה ובדברי האפטרופא שקיל היאך בלא שבועה". כאשר הייצוג הרשלני  
שלל מן הזכאי את האפשרות לזכות בדין מכוחה של שבועה, הנזק שנגרם הוא נזק עקיף  
בלבד ('גרמא'), שלא ניתן לחייב את המייצג לשאת באחריות בגינו.  
יש להעיר שפסיקתו של מהר"ם מבוססת על דיני הנזיקין, אך היו שביקרו את תפיסתו  
העקרונית וסברו, שמבחינה עיונית, נכון יותר להחיל על המקרה שבנדון את דיני השומרים,  
המאפשרים להטיל על האפוטרופוס אחריות גם לנזק עקיף שנגרם בשל הייצוג הרשלני. ראו  
למשל: שו"ת רדב"ז ב, תשנט ("לא אמרינן גרמא בנזקין פטור אלא בדבר שאינו מסור לו, אבל  
בדבר המסור לו לא אמרינן הכי"); שער משפט רצ, ס"ק ב, קסב ע"ג ("הא דמחייבין  
לאפוטרופוס שלא טען לטובת היתומים, לא מטעם דינא דגרמי מחייבין ליה, אלא מדין  
שומרים הוא דחייב בפשיעה..."). וראו גם, נתיבות המשפט רצ, ס"ק יא. אפשר שלדעת מהר"ם,  
האפוטרופוס, במובחן משומר, נדרש לבצע פעולות בנכס, ובשל כך, אין להחיל עליו את דיני  
השומרים.

אולם, רדב"ז מסייג, ש"אין הדברים אמורים אלא בזמן שאמרו לו 'לטעון כך וכך', ולא טען אלא טענה המחייבת את היתומים. כל כהאי גוונא פשיעה היא. אבל לא אמרו לו דבר, מצי למימר 'לא ידעתי טענה טובה מזו'.<sup>1088</sup>

מדברי הרדב"ז עולה, שחובת המיומנות דורשת שימוש במיומנות קיימת, ואינה דורשת רכישה של מיומנות או הסתייעות באדם אחר שבידיו מצויה המיומנות הדרושה.

עמדה זו מבוססת על התפיסה, שמי שמטיל על חב אמון תפקיד, לוקח בחשבון את ידיעותיו וכישוריו, ואינו מצפה שיפעיל כישורים ומיומנויות שאינם בידיו. אי לכך, במידה ואין הכישורים והידע המצויים בידיו של האפוטרופוס מספיקים כדי להבטיח הצלחה בתפקיד, אל לו לזכאי להלין, אלא על עצמו.

אולם, הרמ"א מביא את תשובת מהר"ם מרוטנבורג בדרך שונה –

290

אפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון ועל ידי זה בא לזה שלכנגד היתומים השבועה, ואילו טען כהוגן היה מגיע ליתומים השבועה לא מקרי פשיעה, דמי יימר דמשתבע. ולא מקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואילו טען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה.<sup>1089</sup>

פשיעתו של האפוטרופוס, לפי הרמ"א, אינה נובעת מכך שהוא סטה מן ההוראות שנמסרו לו, אלא מכך שהוא טען "מה שלא היה לו לטעון", ואילו היה טוען "כהוגן", היה זוכה בדין.<sup>1090</sup> מן הדרך שבה ניסח הרמ"א את ההלכה עולה, שלדעת הרמ"א, האפוטרופוס אינו יכול להתגונן בטענה ש"לא ידעתי טענה טובה מזו", משום שאם לא ידע טענה טובה יותר, היה לו להיוועץ במומחים, ללמוד את דרך הטיעון הנכונה או להעסיק טוען אחר במקומו. משלא עשה כך, ניתן להטיל עליו אחריות לתוצאותיו של הייצוג הכושל, אם יוכח שאם היה פועל בצורה מיומנת, היה זוכה בדין.<sup>1091</sup>

<sup>1088</sup> שו"ת רדב"ז שם (ההדגשות אינן במקור).

<sup>1089</sup> רמ"א חו"מ רצ, כ.

<sup>1090</sup> לפי פרשנות זו לתשובת מהר"ם, אפשר שכוונת מהר"ם במילים "מה שלא צוהו לטעון" היא, שטענת האפוטרופוס הייתה טענה שהוא בדה מליבו, ולא טענה שהזכאי הורה לו לטעון, משום שאם היה טוען בהתאם להוראות הזכאי, יכול היה להתגונן בטענה, שהוא מילא אחר הוראותיו של הזכאי, והזכאי אינו יכול לתבוע אותו על תוצאותיו של הציות להוראות אלו.

<sup>1091</sup> ייתכן שמחלוקת הפוסקים בעניין זה קשורה לנוסח הלא ברור של תשובת מהר"ם מרוטנבורג. מן הרישא של השאלה ("שטען בבית דין מה שלא צוהו לטעון") ניתן להסיק שהאפוטרופוס לא קיבל הוראות הנוגעות לדרך שבה עליו לייצג את עניינו של הזכאי. אולם מן הסיפא ("כאשר אמר") ניתן להסיק שהוא קיבל הוראות המדריכות אותו כיצד לייצג את עניינו של הזכאי, אך הוא הפר אותן. (כך עולה באופן ברור יותר מנוסח השאלה בשו"ת הרשב"א (לעיל, הערה 1086): "... כאשר אמרו לו". במדכי בבא מציעא רצ השאלה פותחת ב"ראובן שטען על אפוטרופוס שלו שפשע שטען בב"ד מה שלא צוהו לטעון", תוך השמטת הסיפא: "ואם היה טוען...").

עמדה זו מתאימה לשיטתו של הרשב"א הנזכרת לעיל, שסבר שאפוטרופוס שלא בדק את מצב שיניו של השור פטור מן האחריות, רק אם הוא העסיק איש מקצוע שתפקידו היה לעשות בדיקה זו במקומו.

אפשר שמחלוקת הפוסקים בעניין זה נגזרת מתפיסות מנוגדות בנוגע למהותן של חובות האמון המוטלות על האפוטרופוס, שעליהן עמדנו בהרחבה בפרקי המבוא.

אם חובות אלו נגזרות אך ורק מן ההסתמכות של הזכאי על חב האמון, והן אינן אלא ביטוי להסכמה החוזית שבין חב האמון לזכאי, יש להניח שהסתמכותו של הזכאי מבוססת על כשרונותיו המצויים של חב האמון, ואין הוא סומך על כך שהאפוטרופוס יעשה שימוש בכישורים שאינם מצויים בידיו. לכן, אם עשה חב האמון שימוש במיומנות המצויה בידיו, יצא ידי חובת המיומנות המוטלת עליו.

לעומת זאת, אם חובות האמון נועדו להגן על הזכאי, והן מבוססות על החוב המוסרי המוטל על חב האמון כלפי מי שהפקיד בידיו את ענייניו, יש הגיון בהנחה, שחובה זו דורשת מחב האמון לעשות כל אשר לאל ידו לשם הגנה על ענייניו של הזכאי. לכן, במידה ואין בידיו של חב האמון מיומנות הדרושה לשם ביצוע התפקיד שהוטל עליו, הוא נדרש לרכוש מיומנות זו או להעסיק עובדים שבידיהם מצויה מיומנות זו, ואם לא עשה כן, מעל באמון שניתן בו.

## נעילת שערים

באחת ממימרותיו הידועות של רבא, מתואר דין שמים שעתיד האדם להתייצב בפניו לאחר שישיב את נשמתו לבוראו, שבמסגרתו נדרש האדם להשיב על שאלות אחדות –

אמר רבא: בשעה שמכניסים אדם לדין [בבית דין של מעלה], אומרים לו: **נשאת ונתת באמונה?**<sup>1092</sup> קבעת עתים לתורה? עסקת בפריה ורביה? צפית לישועה? פלפלת בחכמה? הבנת דבר מתוך דבר?<sup>1093</sup>

היו שהסבירו, שהשאלה, "נשאת ונתת באמונה?" היא השאלה הפותחת את דינו של האדם משום שהיא מבטאת את הדרישה הבסיסית ביותר, הטבעית ביותר –

שמתחלה מעמידין אותו למשפט, אם השלים חובותיו **שנתחייב בהן מצד שהוא אדם, דברים שהן מצד הסברא, שנתחייב בהן מיום ברוא אלקים אדם על הארץ**, כדברי רב נסים גאון ז"ל, ואז השאלה הראשונה היא: "נשאת ונתת באמונה?". ואחרי כן מעמידין אותו לדין, אם השלים חובותיו שנתחייב בהן **מצד שהוא ישראל זרע עם סגולה**, ועמדו אבותיו על הר סיני, ואז השאלה הראשונה על דברי תורה.<sup>1094</sup>

<sup>1092</sup> לעיתים קיימת נטייה לפרש את הדרישה לשאת ולתת באמונה כדרישה שהיא מתחום דיני החוזים: יש לנהל משא ומתן בתום לב (ראו למשל: שילם ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי עמ' 16 ("לחובה מוסרית זו של משא ומתן באמונה נודעת חשיבות בראש ובראשונה לגבי הסכמים בשלבי היווצרותם, כלומר לגבי הסכמים שעדיין לא נגמרו ולא קיבלו תוקף חוקי מלא"); ע"א 242/70 **משעולי הכרך בע"מ נ' גרובנר** פ"ד כד(2) 692, 702 ("אחד הכללים המקובלים כעיקרון אוניברסאלי בתורת החוזים הוא שהצדדים חייבים לנהוג במילוי חוזה בתום לב; לפי דברי חז"ל השאלה הראשונה שנשאל אדם שעה שמכניסים אותו לבית הדין היא: 'נשאת ונתת באמונה?...'; ע"א 10582/02 **ישראל בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ** (פורסם ב'נבו') עמ' 17). אולם, נראה שזוהי פרשנות מצמצמת של דרישה זו, שאין לה יסוד של ממש בלשון חכמים. משמעותה של הדרישה היא, שעיקרון האמון ינחה את כל התקשרויותיו של האדם. שהאינטראקציה שבין הבריות תתבסס על עיקרון זה, לא רק בעת ניהול משא ומתן ולא רק בעת קיומו של חיוב חוזי, אלא גם בעת ביצוע התפקיד, בעת מתן השירות וכדומה.

<sup>1093</sup> **תלמוד בבלי** שבת לא, א. השאלה השניה שנשאל האדם היא: "קבעת עתים לתורה?" והשוו **תלמוד בבלי** קידושין מ, ב ("אין תחילת דינו של אדם אלא על דברי תורה"), והיישוב של בעלי התוספות לפיו דבריו של רבא נאמרו "דווקא לענין שאלה, ששואלין לו על משא ומתן, אבל מכל מקום נפרעים ממנו תחלה על שלא קבע עתים לתורה". והשוו לדברי **תוספות** סנהדרין ז, א, ד"ה אלא ("והא דאמרינן... ששואלין לו נשאת ונתת באמונה ואח"כ קבעת עתים לתורה, התם באדם שעוסק בתורה מיירי אלא שלא קבע עתים והכא מיירי כשלא עסק כלל. אי נמי, שואלים לו תחילה על משא ומתן באמונה ומ"מ יקבל דינו תחילה על דברי תורה"). וראו גם **בית יוסף** או"ח קנה, א ("ונראה שרבינו סובר... דתחלת דינו אינו אלא על דברי תורה ובפרק במה מדליקין לא נחת אלא למימר על כמה דברים שואלים אותו ולא דק בסדרא").

<sup>1094</sup> **שול"ת יד חנוך** סב. הסבר דומה הציע הרא"ה קוק **בעין א"ה** למסכת שבת, שם. לדברי הרב קוק, משא ומתן באמונה מבטא את "הצדק הטבעי" (שם). לדבריו, "למרות עומק ההטבעה שיש בנפש הישרה שעשה אותה אלהים להיות סולדת מכל עוול, הנה המאפל החמרי משגיא



תפיסה זו היא הפוכה מן התפיסה המקובלת בפסיקת בתי המשפט בישראל, שלפיה אין שום דבר 'טבעי' בקיומה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות. אדרבה, זוהי חובה לא טבעית, הדורשת מאדם להתכחש לטבעו ולאמץ לעצמו נורמות לא אנושיות, 'מלאכות'.

הצענו, שהבדל זה נובע מהבדלי תפיסה פילוסופיים, הנוגעים להערכת טבעו של האדם: האם האדם הוא יצור תועלתני, שהמניע המרכזי והדומיננטי לכל פעולותיו הוא השאת הרווח האישי, או שמא הוא יצור מורכב, שקיימת בו גם נטייה טבעית להיטיב עם הזולת ולהתמסר לקידום עניינם של אחרים?

הבדלי התפיסה האמורים קשורים הן לפערים שנמצאו בין שיטות המשפט בכל הנוגע להיקף ולמשמעות של החובה למלא את התפקיד בנאמנות ושל חובת הגילוי והן למשקל היחסי שניתן לחובות האמורות, לעומת המשקל שניתן לחובת ההשגחה.

הפרה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות מבטאת התנכרות מוחלטת לעיקרון האמון, בגידה, פגיעה בזולת לשם השאת רווח אישי. לכן, מי שמפר חובה זו "זוכה" בלשון חכמים לתואר הגנאי – 'רמאי'.

ההלכה אינה מניחה שחב האמון הוא רמאי ואינה חושדת בו שינצל את מעמדו על חשבון מי שנתן בו את אמונו. לכן, היא אינה נוטה להטיל חובות ואיסורים שכל תכליתם היא, למנוע ממנו לנהוג כך.

לעומת זאת, הפרה של חובות ההשגחה נתפסת ככניעה לחולשות אנוש, 'עייפות החומר' הבאה לידי ביטוי בעצלות, חוסר מודעות או פיזור הדעת. כניעה לחולשות אנוש היא טבעית, אנושית, אך אין להשלים עמה. בשל כך שקדו חכמי ישראל על קביעתם של כללים ברורים, שיבהירו לחב האמון כיצד עליו לנהוג על מנת שחולשותיו לא יגרמו לו להפר את חובתו להשגיח ולטפל בענייניו של הזכאי כראוי.

הנחת היסוד של המשפט הישראלי היא הפוכה. זוהי הנחה שלפיה, בשל נטייתו של האדם להשיא את רווחיו הוא חשוד תמיד כמי שינצל את מעמדו לשם השאת רווחים על חשבונות של הזכאי. בשל כך, יש לפתח חובות, איסורים וסייגים רבים שכל תכליתם היא, 'לשבור' את טבעו של האדם, לגרום לו לפעול בניגוד לנטייתו הטבעית ולתת ביד הזכאי כלים שיאפשרו לו לחשוף שימוש בכוח לרעה.

מכוחה של תפיסה זו נגזרת גם ההנחה, שחובות ההשגחה אינן דורשות מחב האמון התמסרות מוחלטת לקידום ענייניו של הזולת. התמסרות שכזו נתפסת כסוג של אלטרואיזם, שהוא מעבר להישג ידו של המשפט. במילים אחרות, המשפט

---

אותה ג"כ מזה הדרך הסלול" (שם). השאלה שנשאל האדם היא אפוא, האם נותר נאמן לטבע המוסרי הישר שבו, או שמא נטה מטבע זה בשל "המאפל החמרי" שהוא היה שרוי בו בחייו. רק לאחר מכן נשאל האדם אם קבע עיתים לתורה, האם הסתפק במוסר הטבעי או שמא ביקש גם את החוק המפורט, הדרוש לאדם משום ש"אין הצדק נשלם רק בזאת המדה שהוא בא בהרגשה הישרה, שהרי מדת ההרגשה קצרה היא מהשכיל אל כל פרטי הצדק המסתבכים לרבבות אפניהם" (שם).

יכול לדרוש מאדם להתנכר לטבעו התועלתני כדי לא לבגוד באמון שניתן בו, אך לא לדרוש ממנו להתמסר לקידום עניינו של הזולת.

לכן, היו שנטו לסווג את חובות ההשגחה כענף של דיני הנזיקין דווקא, ולא של חובות האמון. לאמור, אנו יכולים לדרוש מאדם שלא יזיק לזולת, אך אין אנו יכולים לדרוש ממנו את ההתמסרות.

דומה שהצדקת האיסור שהוטל על חייבי אמון, לרכוש מן הנכסים שהופקדו בידיהם לעצמם, מכוחו של העיקרון הדורש מהם להיות נקיים בעיני אלקים ואדם מלמדת לא מעט על הסיבות שבשלהן הסתייג המשפט העברי מהרחבת גבולה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות.

כנראה לא רק ההנחה העובדתית בדבר טבעו של האדם השפיעה על הדרך בה עוצבו דיני האמון במשפט העברי, אלא גם השיקול החינוכי, הקשור למשמעויות הערכיות והחברתיות של הרחבת גבולה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות.

ייתכן שביסודה של ההסתייגות מהרחבת גבולה של חובה זו עמד החשש שמא הפיכתו של האמון הטבעי שבין הבריות ל'חובות אמון' ייטול את נשמת אפם של יחסי האמון, ויהפוך אותם מיחסים של הערכה וכבוד הדדי ליחסים משפטיים קרים ומנוכרים. שהטלתן של חובות גילוי נרחבות ויצירת הסדרים מפורטים שכל תכליתם היא לבער כל חשש שחב האמון ינצל את מעמדו לרעה, תקרין מסר ציבורי שלפיו הבגידה באמון היא טבעית, אנושית, מתקבלת על הדעת, בעוד שכיבודו של האמון הוא מעשה לא טבעי, כמעט מלאכי.

קריאה עקבית של מקורות ההלכה שעסקו בחובה למלא את התפקיד בנאמנות, בהיקפה, בתוצאות הפרתה ובזכותם של הצדדים להתנות עליה מותרת את הרושם שההלכה היהודית ביקשה לכונן תרבות של אמון, אף אם לעיתים עלול היה הדבר לסכן את עניינו של הזכאי.

אכן, במהלך הדורות התגלה לעיתים שהאידיאל אינו עומד תמיד במבחן חיי המעשה. היו שניצלו את מעמדם לשם השאת רווחיהם האישיים, וכאשר התרבו מקרים שכאלה, ההלכה הגיבה בהתאם, הורחב היקפה של החובה ואף הוטלו על חייבי אמון חובות גילוי שההלכה התנאית לא הטילה עליהם.

ואולם, גם כאשר הורחב היקפה של החובה למלא את התפקיד בנאמנות, הקפידו הפוסקים להצדיק הרחבה זו בצורך לשמר את אמון הציבור בחייבי האמון, ונזהרו מלייחס להם חשד, שהם עלולים לנצל את מעמדם לשם השאת רווח אישי. לכן, אין לראות בהתפתחות ההלכתית האמורה משום שינוי של הפרדיגמה ההלכתית במשפט הפרטי, וכרסום בעיקרון האמון בחייבי האמון.

מסקנות אלו מותירות בנו הרהורים על תפקידו של המשפט ועל האחריות שיש למשפטן על שמירתן של זכויות הפרט מחד גיסא, ועל השפעותיו של ההסדר המשפטי על דמותה של החברה, מאידך גיסא. האם המשפטן נדרש לשקול את המשמעות הציבורית והחינוכית של ההסדר המשפטי או שמא תפקידו העיקרי

הוא לקדם את ההסדר היעיל ביותר, שמגן בצורה הטובה ביותר על עניינם של אלו הנתונים למרותו של ההסדר המשפטי? ובהנחה שזהו תפקידו, האם רשאי המשפטן לקדם הסדר שאיננו מגשים תפקיד זה בצורה הטובה ביותר כדי להטמיע בחברה ערכים או כדי להימנע מיצירת אווירה חברתית פסולה?<sup>1095</sup>

שאלות אלו חורגות כמובן מגבולותיה הטבעיים של עבודה זו, ויש להניח שהתשובה להן עומדת ביסוד חלק ניכר מן ההבדלים שבין המשפט העברי לשיטות משפט מערביות בנות זמננו.<sup>1096</sup> אלו שאלות מרתקות וחשובות מאין כמותן. הן העסיקו את עולם המשפט מאז ומתמיד, ויש להניח שהן יוסיפו וינסרו בחללו של עולם גם לאחר הצבתה של הנקודה בסיומה של עבודה זו.

---

<sup>1095</sup> בשאלות אלו, יש גם משמעות רבה לאופייה של שיטת המשפט וכנגזרת מכך, לכוחה המחנך של שיטת המשפט. לעניין זה ראו לעיל, הערה 131.

<sup>1096</sup> יש הסבורים שתפקידו העיקרי של המשפט העברי הוא לחנך, ובהתאם לתכלית זו עוצבו הסדריו. לטיעון זה ראו בהרחבה בספרו של אבינועם רוזנק, **ההלכה כמחוללת שינוי: עיונים ביקורתיים בפילוסופיה של ההלכה 42-48**.

אמנם, ניתן להציג גם תפיסה פחות רדיקאלית, שלפיה המשפט העברי תר אחר הסדר משפטי יעיל, שלא יהיו לו תוצאות מזיקות מבחינת השפעותיו החינוכיות על החברה. דוגמאות להשפעתם של שיקולים חינוכיים על עיצוב ההלכה ראו אצל שמואל גליק, "ממחקר היסטורי למחקר פילוסופי הלכתי-חינוכי: שיקולים אידאולוגיים-חינוכיים בתשובותיהם של פוסקים בעת החדשה" בתוך **דור לדור: קבצים לחקר ולתיעוד תולדות החינוך היהודי בישראל ובתפוצות** מד, אוניברסיטת תל אביב, תשע"ג, עמ' 36.

## ביבליוגרפיה

## מקורות ראשוניים

- אבות דרבי נתן  
מהדורת שכטר, ניו יורק תשכ"ז.  
דפוס וילנה, תרל"ח
- מדרש רבה  
מהדורת 'י תיאודור וח' אלבק, ירושלים תשנ"ו.  
מהדורת מרגליות, ירושלים תשי"ח (ויקרא).  
מהדורת בובר, וילנא תרע"ג.  
דפוס ורשה, ירושלים תשי"ח.
- מדרש תנחומא  
מהדורת בובר, וינה תרנ"ד.  
מהדורת רד"צ הופמן, ברלין תרס"ח.
- מדרש אגדה  
מדרש תנאים  
מדרש זוטא  
ספרא  
פסיקתא זוטרית  
משנה  
תלמוד בבלי  
תלמוד ירושלמי
- שרידי הירושלמי מן הגניזה אשר במצרים (בעריכת לוי גינצבורג), ניו יורק תרס"ט.  
מהדורת בובר.  
מהדורת איש-שלום, וינה 1904.  
הוצאת רמות, ירושלים תשנ"ב.

## גאונים

- רב אחא משבחה  
רב האי גאון  
רב אחא משבחה  
רב האי גאון
- שאילתות דרב אחאי גאון ונציה ש"י, הוצאת מוסד קוק, עם ביאור העמק שאילה לרב נפתלי צבי יהודה ברלין.  
משפטי שבועות ונציה, 1602.
- ספר המקח והממכר וינה, 1800 (ובהוצאה מחודשת עם פירוש 'עמק השער' לרב מיכל יהודה לפקוביץ', ירושלים תש"ט).  
ספרי רבנו סעדיה גאון תשובות, פריס תרנ"ג.  
שו"ת הגאונים מהדורת מוסקוביץ', ירושלים תש"ך.  
תשובות הגאונים מהדורת הרכבי, ברלין תרמ"ז.

תשובות הגאונים, שערי צדק ירושלים תשכ"ו.

אוצר הגאונים החדש ירושלים תשע"ב.

גנזי קדם (בעריכת בנימין משה לוין) חיפה, תרפ"ב.

## ראשונים

### פרשנות למקרא

מדרש רבנו בחיי ירושלים, תשי"ח.	רבנו בחיי אבן חלואה
פירוש אבן עזרא לתורה מהדורת מחוקקי לב, ירושלים תשכ"א.	אבן עזרא, אברהם
פירוש אברבנאל לתורה ורשה, תרכ"ב.	אברבנאל, יצחק
פירוש התורה רומא ר"ל (בערך), בתוך: כתבי הרמב"ן (בעריכת חיים שעוואל), מוסד קוק, ירושלים תשמ"ד.	גירונדי, משה ב"ר נחמן
פירוש על קהלת, עשרה מאמרים הגדולים הוצאת חיים גד, יוהנסבורג תשי"ג.	די טראני, ישעיה
ביאור לתורה וונציה 1567, מהדורת עוז והדר, בני ברק תש"ע.	ספורנו, עובדיה
פירוש רד"ק לתנ"ך שונצינו, רמ"ו.	קמחי, דוד בן יוסף
פירוש התורה מהדורת ראזין, ברעסלויא, תרמ"ב 1882.	שמואל בן מאיר (רשב"ם)
פירוש התורה רומא ר"ל (בערך), ע"פ מהדורת מוסד קוק (בעריכת חיים שעוואל), ירושלים תשמ"ב.	שלמה בר יצחק (רש"י)

### פרשנות לתלמוד ופסיקה

חידושי הרמ"ה ושיטות הקדמונים הוצאת מכון אופק (בעריכת אברהם שושנה), ירושלים תשמ"ה.	אבולעפיה, מאיר הלוי
יד רמ"ה (פרטי פרטין) על מסכת בבא בתרא (סלוניקי, 1790) ועל מסכת סנהדרין (סלוניקי, 1798).	
חידושי הרשב"א לתלמוד, הוצאת מוסד קוק.	אדרת, שלמה בן אברהם
חידושי הריטב"א הוצאת מוסד קוק.	אשבילי, יום טוב בן אברהם
שיטה מקובצת (אסיפת זקנים) אמשטרדם תפ"א, הוצאת ברמן, ירושלים תשס"ח.	אשכנזי, בצלאל
עליות דרבנו יונה הוצאת מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים תשנ"ג.	גירונדי, יונה בן אברהם
חידושי הרמב"ן לתלמוד, הוצאת מוסד קוק.	גירונדי, משה ב"ר נחמן.
תוספות ר"ד איטליה, המאה הי"ג, הוצאת מעין החכמה, ירושלים תשכ"ג.	די טראני, ישעיה
פסקי ריא"ז הוצאת יד הרצוג, תשכ"ד-תשע"ב.	די טראני, ישעיה ב"ר אליה
בית הבחירה מהדורת זיכרון יעקב, ישראל תשל"ד.	המאירי, מנחם בן שלמה

וידאל, קרשקש	חידושי רבנו קרקש למסכת גיטין, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"א.
אליעזר בר נתן	אבן העזר (ספר ראב"ן) ירושלים תרע"ה, הוצאת דבליצקי, בני ברק תשע"ב.
	שיטת הקדמונים, קידושין מהדורת בלוי, ניו יורק תש"ל.
<b>ספרי מצוות ופסיקה</b>	
די טראני, ישעיה	פסקי רי"ד הוצאת מכון התלמוד הישראלי, ירושלים תשמ"ב.
הלוי, אהרון	ספר החינוך מהדורת שעוואל, ירושלים תש"ך.
הלוי, אליעזר בן יואל	תשובות וביאורי סוגיות מהדורת דבלצקי, בני ברק תש"ס.
הסרדי, שמואל	ספר התרומות פראג, שס"ה, וכן בהוצאה המחודשת של מכון ירושלים, ירושלים תשמ"ח (עם פירוש גידולי תרומה לרבי עזריה פיגו).
יהודה ב"ר שמואל החסיד	ספר חסידים ברלין 1891, והוצאת מוסד קוק, ירושלים תשי"ז.
יצחק בן אבא מארי	העיטור ונציה, שס"ח.
ירוחם בן משולם	מישרים ונציה, שי"ג.
יהודה מברצלונה	ספר השטרות מהדורת הלבשרטאם, ברלין 1898.
מנוח בן יעקב	ספר המנוחה מהדורת פרידברג, ירושלים תשס"ו.
משה בן מיימון	משנה תורה (היד החזקה), מהדורת שבת פרנקל.
<b>שאלות ותשובות</b>	
אדרת, שלמה בן אברהם	שו"ת הרשב"א מהדורת ירושלים, תשנ"ז-תשס"ה.
	שו"ת הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן) ונציה, רע"ט.
	שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד) מכון ירושלים, ירושלים תשס"ה.
אור זרוע, חיים ב"ר יצחק	שו"ת מהר"ח אור זרוע ירושלים, תש"ך.
אלפאסי, יצחק	שו"ת הר"ף בילגורי, תרצ"ה.
אשבילי, יום טוב בן אברהם	שו"ת הריטב"א מהדורת קפאח, ירושלים תשי"ט.
אשכנזי, בצלאל	שו"ת בצלאל אשכנזי ירושלים, תשכ"ח.
אשר בן יחיאל	שו"ת הרא"ש קושטא, רע"ז.
ברפת, יצחק בר ששת	שו"ת הריב"ש קושטא, ש"ו-ש"ז.
גירונדי, ניסים בן ראובן	שו"ת הר"ן רומא, ש"ה.
דוראן, צמח ושמעון	שו"ת יכין ובוועז מכון הכתב, ירושלים תשנ"ב.
דוראן, שמעון בן צמח	תשב"ץ לעמברג, תרנ"א.
וייל, יעקב ב"ר יהודה	שו"ת מהר"י וייל ונציה, ש"ט.

חלאווה, משה	שׁוֹת מהר"ם חלאווה מכון שלם, ירושלים תשמ"ז.
מאיר בן ברוך	שׁוֹת מהר"ם מרוטנבורג חלק ד (דפוס פראג), תל-אביב תשכ"ט.
משה בן מיימון	שׁוֹת הרמב"ם מהדורת בלאו, ירושלים תשי"ח-תשכ"א.
קולון, יוסף	שׁוֹת מהר"ק ירושלים, תשל"ג.
<b>מחשבה והגות</b>	
משה בן מיימון	איגרת השמד הוצאת גייגר, ברסלוי תר"י.
<b>אחרונים</b>	
<b>פרשנות המקרא</b>	
אלשיך, משה	תורת משה קושטא, 1593.
בן עטר, חיים	אור החיים ונציה, תק"ב.
גינזבורג, יהודה ליב	מוסר הנביאים דנוור, תש"ה.
הירש, שמשון רפאל	פירושי רש"ר הירש לתורה מהדורת ברויאר, ירושלים תשמ"ט.
וייזר, מאיר ליבוש	התורה והמצווה ורשה, תרל"ו.
סמט, אלחנן	עיונים בפרשות השבוע ירושלים, תשס"ב.
עראמה, יצחק	עקידת יצחק סלוניקי, רפ"ב.
<b>פרשנות המשנה, התוספתא והתלמוד</b>	
אברמסקי, יחזקאל	חזון יחזקאל ירושלים, תשמ"ו.
אלתר, יהודה אריה לייב	שפת אמת ניו יורק תשט"ו.
אליהו בן שלמה זלמן (הגר"א)	אליהו רבא (פירוש למשנה סדר טהרות), ורשה, תרכ"ג.
ברמן, אבא	שיעורי מורנו הגאון רבי אבא ברמן על מסכת גיטין, ירושלים תשמ"ט.
הלר, אריה ליב הכהן	שב שמעתתא מהדורת נתיבות התורה והחסד, ירושלים תשמ"ח.
ויינברג, יחיאל יעקב	חידושי בעל "שרידי אש" על הש"ס (בעריכת אברהם אבא וינגורט), ירושלים תשנ"ח.
מרגליות, ראובן	מרגליות הים מוסד קוק, ירושלים תשל"ז.
פארדו, דוד	חסדי דוד מהדורת וגשל, ירושלים, תשנ"ד.
פיינשטיין, משה	דברות משה (בבא קמא, בבא מציעא ובבא בתרא), בני-ברק תשד"מ.
פלק, יעקב יהושע	פני יהושע חלק שני, אמסטרדם, תצ"ט; חלק שלישי, פרנקפורט, תקט"ז.
צינץ, אריה ליב	מעייני החכמה (בבא מציעא) ורשה, תרנ"ה.
קנייבסקי, יעקב ישראל	קהילות יעקב בני ברק, תשל"א.

שבת, חיים	תורת חיים סלוניקי, תע"ג.
שיק, אליהו	עין אליהו וילנה, תרל"ג.
ששון, משה הלל	משפטי השליחות ירושלים תשס"ה.
תמר, יששכר	עלי תמר תל אביב, 1979.
מחברים שונים	אוצר מפרשי התלמוד (גיטין) מכון ירושלים, תשס"ג.

אהל יצחק – גיטין אסופת כתבי יד, שיעורים והערות מרבתינו הראשונים, האחרונים וראשי ישיבות לזכר ר' יצחק דוד שינקר, ירושלים תשס"ה.

## פסיקה

אויערבאך, מאיר	אמרי בינה ירושלים, תרל"א.
אייבשיץ, יהונתן	אורים ותומים קרלסרוה, תקל"ה.
אלגזי, חיים בן מנחם	בני חיי קושטא, תע"ב.
אלישר, יעקב שאול	איש אמונים ירושלים, תרמ"ח.
אנקאווא, רפאל	פעמוני זהב ירושלים, תרע"ב.
אנקאווא, אברהם	כרם חמר (ספר התקנות) ליוורנו, תרכ"ט.
אפשטיין, יחיאל מיכל הלוי	ערוך השולחן ורשה, תרנ"ג.
אשכנזי, שמואל יפה	תיקון סופרים ליוורנו, תקמ"ט.
בלוי, יעקב ישעיה	פתחי חושן פיקדון ושאלה, ירושלים תשמ"ד.
בן זמרא, דוד	יקר תפארת ירושלים, תש"ה.
בבנישתי, חיים	כנסת הגדולה ליוורנו, תצ"א.
גשטטנר, נתן	נתן פריז (נידה) בני ברק, תשנ"ב.
הכהן, משה כלפון	ברית כהונה ג'רבה, תש"א.
הלפרין, שמעון	מטה שמעון סאלוניקי, תקע"ד.
הלר, אריה ליב הכהן	אבני מילואים ניו יורק, תשכ"ו.
וולף, ישראל איסר	שער משפט מאהלוב, תק"ע.
וולף, משה	נפש אדם (פירוש לספר 'חיי אדם') לעמברג, תרנ"ו.
טאיטצאק, שמואל	פסקי מר שמואל יד ניסים, ירושלים, תשמ"ז.
טבאק, שלמה יהודה	ערוך שי סיגט, תרנ"ב.
טבשוונסקי, יעקב	בית יעקב ורשה תרע"ב.
ישראל, שאול	חוות בנימין מכון התורה והארץ, כפר דרום ת"ו, תשנ"ב.
כ"ץ, אברהם שלמה	ארחות המשפטים סטו מרה, תרצ"ט.



כ"ץ, צבי הירש	נחלת צבי ונציה, תכ"א.
לורברבוים, יעקב	נתיבות המשפט זולקווה, תקס"ט.
לוריא, שלמה	ים של שלמה פראג, שע"ו-שע"ח.
נבון, אפרים	מחנה אפרים קושטנדינא, תצ"ח.
סופר, יעקב חיים	כף החיים ירושלים, תרס"ה.
עוזיאל, בן ציון מאיר ח"י	שערי עוזיאל הלכות אפוטרופסות יתומים וילדים ונכסים עזובים, מוסדות הציבור צדקות והקדש, הועד להוצאת כתבי זצ"ל, ירושלים תשנ"א.
פרידמן, דוד	פסקי הלכות-יד דוד מוסד קוק, ירושלים, תשל"א.
קארו, יוסף	שולחן ערוך (ונושאי כליו) וילנה, תרע"א-תרע"ג.
קנייבסקי, שמריהו יוסף חיים	דרך אמונה (פירוש למשנה תורה), בני ברק, תשנ"ב.
קרליץ, אברהם ישעיה	חזון איש הוצאת המסורה, ירושלים תשי"ד.
קשטרו, יעקב	ערך לחם קושטא, תע"ח.
רוזנטל, יעקב ניסן	משנת יעקב (נשים א') כפר חסידים, תשנ"א.
שפיץ, צבי	מנחת צבי ירושלים, תשמ"ט.
מחברים שונים	בירור הלכה הוצאת מכון הלכה ברורה ובירור הלכה, שנים שונות.
	פנקס ועד ק"ק איטאליאני בוויניציאה דפוס קארפי, ירושלים תשס"ג.
	תקנות מדינת מעהרין בהוצאת ישראל הלפרין, ירושלים תשי"ב.

### פסקי דין רבניים

פסקי דין רבניים (א) הוצאת גדעון, חלק א, ירושלים תשי"ד; חלק ב, ירושלים תשי"ח.

פסקי דין ירושלים המועצה הדתית ירושלים, ירושלים 1993-2005.

בשערי בית הדין (א-ג) אוצר הפוסקים, ירושלים תשנ"ט-תשס"ז.

תיק 1-35-8935 (ירושלים) א' ו' ואח' נ' מוסדות פלוני (זמין בכתובת <http://www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=116>)

תיק 1-13-002793529 פלוני נ' פלונית (פורסם ב'נבו') עמ' 12-18; תיק 812378/2 פלונית נ' פלוני (פורסם ב'נבו').

### שאלות ותשובות

אבולעפיה, יצחק	פני יצחק ליוורנו, תרמ"ו.
אבן דנאן, שלמה	בקש שלמה קזבלנקה, תרצ"א.
אבן חיים, אליהו ומזרחי, אליה	מים עמוקים ברלין, תקל"ח.
אבן עזרא, יוסף	משא מלך סלוניקי, שס"א.
אדרבי, יצחק	דברי ריבות סדילקוב, תקצ"ג.

אהרנברג, יהושע מנחם	דבר יהושע בני ברק, תשנ"ח.
איגר, עקיבא	עקיבא איגר בני ברק, תשמ"ז.
אייזנשטט, מאיר	פנים מאירות אמסטרדם, תע"ה.
איילנבורג, יששכר בער	באר שבע ונציה, שע"ד.
אליגרי, אברהם	לב שמח קושטא, תי"ב.
אלמושנינו, יוסף	עדות ביהוסף קושטא, תצ"ג.
אלמליח, יוסף	תוקפו של יוסף ליוורנו, 1823.
אלשיך, משה	מהר"ם אלשיך בני ברק, תשמ"ב.
אמרליו, חיים משה	דבר משה סלוניקי, תק"ב.
אפשטיין, יעקב	חבל נחלתו א, עצמונה תשס"א.
אריק, מאיר	אמרי יושר מונקץ, תרע"ג.
בורנשטיין, אברהם	אבני נזר (י"ד) פיטרקוב תרע"ג.
בי רב, יעקב	מהר"י בי רב ירושלים, תשי"ח.
בן זמרא, דוד	הרדב"ז ירושלים, תשל"ב
בן לב, יוסף	מהר"י בן לב (חלקים א, ב), אמסטרדם, תצ"ח.
בנבנשת, חיים	בעי חיי חו"מ, מכון הכתב, ירושלים תשד"מ.
ברלין, חיים	נשמת חיים בני ברק תשס"ב.
גלאנטי, משה	מהר"ם גלאנטי ונציה, שס"ח.
גרינפלד, שמעון	מהרש"ג ירושלים, תשכ"א.
גשטטנר, נתן	להורות נתן (חלק ט) בני ברק, תשנ"ג.
דוראן, שלמה בן שמעון	רשב"ש מכון אור המזרח ומכון ירושלים, ירושלים תשנ"ח.
די מודינה, שמואל	מהרשד"ם לבוב, תרכ"ב.
הכהן, שלמה	מהרש"ך ירושלים, תש"ן
הכהן, אפרים	שער אפרים מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשס"ב.
הלברשטאם, חיים	דברי חיים זולקווא, תרכ"ד.
הלוי, אברהם	גינת ורדים מהדורת ישמח לב ותורת משה, ירושלים, תשס"ח.
הלוי, מרדכי	דרכי נעם ונציה, תנ"ז.
הלוי, חיים דוד	עשה לך רב תל-אביב, תשל"ה-תשמ"ט.
ואזנר, שמואל הלוי	שבט הלוי בני ברק, תשנ"ז.
וייס, יצחק יעקב	מנחת יצחק א-ג, לונדון תשט"ו-תשכ"ב; ד-י, ירושלים תשל"ט-תש"ן.

ולדנברג, אליעזר יהודה	ציץ אליעזר (א-כב) ירושלים, תש"ה-תשנ"ו.
זילברברג, משה יהודה לייב	זית רענן ורשה, תרכ"ט.
חזן, יוסף	חקרי לב סלוניקי, תקמ"ז-תרל"ה.
חסון, שלמה	משפטים ישרים סלוניקי, תצ"ג.
טייטלבוים, חנוך הניך	יד חנוך ברוקלין, תש"ס.
טראני, יוסף בן משה	מהרי"ט (א-ב) תל אביב, תשי"ט.
יוסף, עובדיה	יביע אומר ירושלים תשט"ז-תש"ס.
ישועה, שמעון חיים	ישמח לבב מהדורת ישמח לב-תורת משה, ירושלים תשנ"ד.
לנדא, יחזקאל סגל	נודע ביהודה מהדורת מכון ירושלים, תשנ"ד-תשס"ט.
מודינה, יהודה אריה	זקני יהודה מהדורת מוסד הרב קוק, ירושלים תשט"ז.
מוצירי, חיים נסים	באר מים חיים סלוניקי, תקנ"ד.
מלמד, מאיר	משפט צדק סלוניקי, תקנ"ה.
מרגליות, אפרים זלמן	בית אפרים (ח"מ) ורשה, תרמ"ד.
נזיר, יוסף	מטה יוסף קושטא, תפ"ו.
נתנזון, יוסף שאול	שואל ומשיב מהדורא קמא, ירושלים תשל"ג; מהדורא תניינא, כלילת יופי, ברוקלין תש"מ.
סולניק, בנימין אהרון	משאת בנימין קראקא שצ"ג.
סופר, משה	חתם סופר פיעטריקוב, תרס"ג.
עמדין, יעקב בן צבי	שאלת יעבץ למברג, תרמ"ד.
עשאל, חיים	סם חיי סלוניקי, תק"ו.
פוזנר, מאיר	בית מאיר מהדורת מכון ירושלים (מהדורה ראשונה, ירושלים, תשל"ו; מהדורה שנייה עם הוספות, ירושלים, תשנ"ה).
פארדו, דוד	מכתם לדוד סלוניקי, תקל"ב.
פרלמוטר, משה	אבן שהם פיוטריקוב תר"ע.
פיינשטיין, משה	אגרות משה (אה"ע, א) ניו יורק, תשכ"א.
פינטו, יאשיהו	נבחר מכסף ארם צובה, תרכ"ט.
פלורנטין, חיים שמואל	מעיל שמואל סאלוניקי, תפ"ה.
פרדקין, שניאור זלמן	תורת חסד ורשה, תרמ"ג-תרס"ט.
צהלון, יום טוב	מהרי"ט צהלון החדשות מהדורת מכון ירושלים, תש"ם-תשמ"א.
קארו, יוסף	שו"ת אבקת רוכל, לייפציג תרי"ט.
קוק, אברהם יצחק הכהן	אורח משפט ירושלים, תשל"ט.

מנחם משיב לובלין, תרצ"ה.

משפטי שמואל ונציה, שני"ט.

מהר"ם פדוואה קראקא, תרמ"ב.

באר חיים מרדכי קלוז', תרפ"ד.

תורת אמת ונציה, שפ"ו.

#### מחשבה, מוסר והגות

שני לוחות הברית (של"ה) חלק א, ורשה תר"ץ.

דעת תבונות מהדורה חדשה, בני ברק תשמ"ט.

אבן ישראל ירושלים, תשי"ד.

דברי הגות והערכה ירושלים, 1982.

אורות התורה מרכז שפירא, תשס"ד.

עין אל"ה שבת, המכון ע"ש הרצ"ה קוק, ירושלים, תשנ"ד.

אמונה וביטחון בני ברק, תשנ"ז.

פוקד עקרים פיעטריקוב, תרפ"ב.

#### מחקר – משפט עברי

#### ספרים

הבעלות הפונקציונאלית של הדין העברי כמצע עיוני לדיני הנאמנות  
עבודה לשם קבלת התואר מוסמך במשפטים, בר אילן, רמת גן תשס"ט.

נאמנות בנכסים מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשע"א.

ההלכה – מקורותיה והתפתחותה ירושלים תשמ"ד.

ראיות במשפט העברי האוניברסיטה העברית, ירושלים תשע"א.

מחקרים בברייתא ותוספתא ויחסן לתלמוד מוסד הרב קוק, ירושלים  
תש"ל.

פירוש המשנה ששה סדרי משנה, מוסד ביאליק, הדפסה אחרונה  
תשס"ח-2008.

הראיות בדיני התלמוד ירושלים תשמ"ז.

המשפט העברי (מהדורה שלישית, מורחבת ומתוקנת) הוצאת מאגנס,  
ירושלים תשמ"ח.

מבואות לספרות התנאים הוצאת מאגנס, ירושלים תשי"ז.

מבוא לנוסח המשנה הוצאת מאגנס, ירושלים תשכ"ד.

עשיית עושר ולא במשפט מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשנ"ב.

קירשבוים, מנחם מנדל

קלעי, שמואל

קצנלבוגן, מאיר

קולר, חיים מרדכי

ששון, אברהם

הורוויץ, ישעיה הלוי

לוצאטו, משה חיים

ליפקין, ישראל

סלובייצ'יק, יוסף דב הלוי

קוק, אברהם יצחק הכהן

קרליץ, אברהם ישעיה

רובינשטיין, צדוק הכהן

אונגר, ירון

אורבך, אפרים אלימלך

אטינגר, שמשון

אלבק, חנוך

אלבק, שלום

אלון, מנחם

אפשטיין, יעקב נחום

בלס, יהונתן

גולאק, אשר	יסודי המשפט העברי ברלין, תרפ"ב.
	אוצר השטרות ירושלים, תרפ"ו.
גולדברג, יוסף	טובי העיר שער המשפט, ירושלים תש"ס.
דובנוב, שמעון	פנקס ועד הקהילות הראשיות במדינת ליטא ברלין, תרפ"ה.
הכהן, אביעד	משפט חוקתי ומנהלי במשפט העברי: קובץ מקורות הוצאת מכללת שיערי משפט, הוד השרון, התשנ"ו.
הלבני, דוד	מקורות ומסורות ביאורים בתלמוד, הוצאת דביר, תל אביב תשל"ט.
הנשקה, דוד	משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תשנ"ז.
הראובני, נגה	שיח ועץ במורשת ישראל נאות קדומים 1984 (הדפסה שניה – 1989).
ויגודה, מיכאל	שליחות (בהשתתפות חיים י' צפרי) מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשע"ד.
ויינברג, יחיאל יעקב	מחקרים בתלמוד, בית המדרש לרבנים בברלין, תרצ"ז/תרצ"ח.
וייס, אשר זעליג	מנחת אשר (גיטין) ירושלים, תשנ"ז.
ורהפטיג, שילם	דיני חוזים במשפט העברי ירושלים, תשל"ד.
	דיני מתווך במשפט העברי ירושלים, תשמ"ו.
ורהפטיג, איתמר	ההתחייבות מורשת המשפט בישראל, ירושלים, תשס"א.
זילברג, משה	כך דרכו של תלמוד מהדורה שניה, אקדמון 1984.
כהנא, ברוך	שומרים מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשנ"ט-1998.
	ערבות מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשנ"ב.
לאו, בנימין	חכמים: כרך ראשון, ימי בית שני, ידיעות אחרונות, 2006.
ליברמן, שאול	תוספתא כפשוטה (שקלים, בבא מציעא, בבא בתרא) בית המדרש לרבנים, ניו יורק וירושלים, תשס"א-תשס"ב.
ליפשיץ, ברכיהו	אסמכתא: חיוב וקניין במשפט העברי האוניברסיטה העברית, ירושלים תשמ"ח.
מלמד, עזרא ציון	פרקי מבוא לספרות התלמוד, ירושלים תשל"ג.
פדרבוש, שמעון	המוסר והמשפט בישראל ניו יורק, תש"ד.
סגל, פרץ	"חיוב בדיני שמים": חיובי מיתות בית-דין וחיובי מיתה לשמים חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ"ו.
פליקס, יהודה	עצי בשמים יער ונוי הוצאת ראובן מס, ירושלים תשנ"ז
פרי (פרידמן), יצחק	תולדות היהודים בטרנסילבניה בימי הביניים המאוחרים הוצאת המחבר, ת"א תשנ"ד.

מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא) חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, התש"ס.	קלינמן, רון
דורות הראשונים פרנקפורט תרס"ו.	נוביץ', יצחק אייזיק הלוי
ההלכה כמחוללת שינוי: עיונים ביקורתיים בפילוסופיה של ההלכה מאגנס, ירושלים, 2009.	רוזנק, אבינועם
הירושה והצוואה במשפט העברי הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תשנ"ט.	ריבלין, יוסף
האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי: אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור במשפטים" האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים, תשמ"ד.	רייניץ, יעקב קופל
עושר ולא במשפט מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשמ"ח.	רקובר, נחום
המסחר במשפט העברי מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשמ"ח.	
שלטון החוק בישראל מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשמ"ט-1989.	
השליחות וההרשאה במשפט העברי מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשל"ב.	
נאמנות הלכתית, בין פתיחות לסגירות בר אילן, 2012.	שגיא, אבי
יהדות: בין דת למוסר הוצאת הקיבוץ המאוחד, תל אביב 1998.	
סדר הדין בבית הדין ני הוצאת בורסי, ירושלים תשע"א.	שוחטמן, אליאב
התקנות בישראל מוסד קוק, ירושלים תשנ"א-תשנ"ג.	שצ'פנסקי, ישראל

Belkin, Samuel	<b>In His image:</b> the Jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition. London-New York, Abelard-Schuman [1960].
Cohen, Hermann	<b>religion der vernunft</b> Leipzig, 1919. <b>Human Rights in Jewish Law</b> New York, 1984.
Herzog, Isaac	<b>The Main Institutions of Jewish Law</b> London, 1936.
Newman, Louis E.	<b>Past Imperatives: Studies in the History and Theory of Jewish Ethics</b> Albany: State University of New York Press, 1998.
Wenham, G.J	<b>World biblical commentary</b> Vol. 1 Genesis 1-15 Waco: Word Books, 1987.

**מאמרים**

"גדר החיוב בדיני שמים" <b>אבני משפט</b> (אלול תשע"ב), 14.	אביטן, יוסף
"בית הדין כאביהם של יתומים", <b>דיני ישראל</b> יט (תשנ"ז), עמ' ה.	אדרעי, אריה
"ניגוד עניינים בדיני הנאמנות" <b>פרשת השבוע</b> (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גיליון מס' 268, בכתובת <a href="http://index.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Gilyonot/268.rtf">http://index.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Gilyonot/268.rtf</a>	אונגר, ירון

- אטלס, שמואל "לשאלת הלכת עידית" חורב ט (חוברת י"ז-י"ח, תש"ו) 59.
- "התנאים שהתנה יהושע ותנאי בית דין", בתוך: שמואל אטלס, נתיבים במשפט העברי ניו-יורק תשל"ח עמ' 41-60
- "תנאי בית דין ולב בית דין מתנה עליהם" בתוך: שמואל אטלס, נתיבים במשפט העברי ניו-יורק תשל"ח, עמ' 61-65.
- אלון, מנחם "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית: פרק במשפט הציבורי העברי" שנתון המשפט העברי ג-ד (התשל"ו-התשל"ז) 7.
- אנקר, אהרון "רצח מתוך הכרח וצורך במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), 154
- אפשטיין, יעקב "מתנות לסוכני מכירות" בתוך: יעקב אפשטיין, חבל נחלתו עצמונה תשס"א, א, צ, עמ' 431.
- אריאל, עזריאל "מילוי מקום המשגיח להפרשת תרו"מ" התורה והארץ ג (תשנ"ז) 291.
- בלידשטיין, יעקב "הלכות ציבור של ימי הביניים: מקורות ומושגים" דיני ישראל ט (התשל"ח) 127.
- "כבוד הבריות' וכבוד האדם" בתוך: יוסף דוד (עורך), שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2006, עמ' 102.
- בר-דע יצחק "מילי לא ממסרן לשליח", בתוך: משפט והלכה – עיונים בשאלות המשפט העברי הנוהג במדינה רמת גן תשל"ז, 196.
- ברמן, יעקב "שיטת האפוטרופסות בישראל", בתוך: ספר היובל לר"ל פישמן ירושלים תרפ"ו, עמ' מ.
- ברנד, יצחק ""הנושא ונותן בדברים" - בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית" מחקרי משפט כד (תשס"ח) 5.
- גדיש, רונית וכץ, תמר "אמת ונכון", מילת השבוע 15, י"ב בטבת תשע"א, 19 בדצמבר 2010, באתר האקדמיה ללשון העברית בכתובת <http://hebrew-academy.org.il/2011/03/14/%D7%90%D7%9E%D7%AA-%D7%95%D7%A0%D7%9B%D7%95%D7%9F>
- גולאק, אשר "שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה", תרביץ ג (תרצ"ב) 365.
- גליק, שמואל "ממחקר היסטורי למחקר פילוסופי הלכתי-חינוכי: שיקולים אידאולוגיים-חינוכיים בתשובותיהם של פוסקים בעת החדשה" דור לדור: קבצים לחקר ולתיעוד תולדות החינוך היהודי בישראל ובתפוצות מד (תשע"ג) 36.
- גריןברג, שמואל "דורש לשון הדיוט" סיני יב (כסליו-אייר, תש"ג), שנ"ד.
- דודסון, איל "הכהונה בישראל לדורותיה: מייעוד וערך לאיבוד הדרך" טללי אורות ט (תש"ס), 169.
- דיכובסקי, שלמה "בית דין הוא אביהם של ישראל" בתוך: תחומין כה (תשס"ה), 247.
- האופטמן, יהודית "שלשת המרכיבים היסודיים של הסוגיה: הסתם, המימרא והברייתא" בתוך: אהרן עמית ואהרן שמש (עורכים) מלאכת מחשבת: קובץ מאמרים

בנושאי עריכה והתפתחות של הספרות התלמודית הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת גן 2011, 39.

הכהן, אביעד  
"המשפט העברי וחירות הביטוי: על עקרונות חופש הביטוי ומגבלותיו במשפט העברי" פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גיליון מס' 205 בכתובת <http://index.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Gilyonot/205.rtf>

"קודיפיקציה במשפט – בין מורשת ישראל לבין הצעת חוק דיני ממונות" פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גיליון מס' 210, בכתובת: <http://index.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Gilyonot/210.rtf>

"האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי" בתוך: דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר (עורכים), ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה נבו 2009, 114 (להלן: ניגוד עניינים במרחב הציבורי).

309

הכהן, אביעד וסורוצקין, זלמן – "בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" – הלכה ואין מורין כן? שערי משפט ב(1) תשנ"ט 77.

וונזר, שי עקביא "עצמאות ומחויבות פרשנית: על תפיסות פרשניות בספרות נית", אקדמות ד (תשנ"ח), 9.

ויגודה, מיכאל "על השליחות" בתוך: מיכאל ויגודה ואביעד הכהן, פרשת השבוע הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט, ירושלים תשע"ב, חלק א, עמ' 115.

וילנסקי, מיכאל "בעניין הלכת עידית" חורב י (חוברת י"ט-כ (אלול תש"ח) 35.

ורפהטיג, איתמר "טובת הנאה לעובד מאחר - לו או למעביד?", תחומין יז (תשנ"ז) 293.

"רווח שליח מטעות במקח – לשליח או לשולח?", מים מדליו (התשנ"ח), 84.

חי, נתן "השבועה בבית הדין נ"י - בין חזון למציאות", בתוך: אונגר, ירון (עורך) משפטי ארץ ב - טענות וראיות, מכון משפטי ארץ, עפרה תשס"ה.

טננבוים, אברהם "האם זכאי הנאמן לשכר?" בתוך: פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גיליון מס' 286. (זמין בכתובת <http://index.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Gilyonot/286.rtf>).

כהן, חיים "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית-עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט ספר היובל (1993) 9.

לאו, ישראל מאיר "איסור הסגת גבול – עני המהפך בחררה", תורה שבעל פה 22 יט (תשל"ז), עמ' קו.

לבונטין, אביגדור "כך דרכו של תלמוד (ביקורת)", הפרקליט יח (תשכ"ב), עמ' 188.

ליאור, דב "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג (תשמ"ב) 247.

ליבזון, גדעון "שטר שימוש בית דין (מחצ'ר) אצל רס"ג ובגניזה, וה'מחצ'ר' המוסלמי" גנזי קדם ה (תשס"ט) 99.

ליפשיץ, ברכיהו "המשפט הישראלי והמשפט העברי - זיקה ועצמאות", משפטים יט (תש"ן) 859.



- מוריאל, יהודה "הישר והטוב" סיני ע (תשל"ב) צב.
- מלמד, אברהם "חוק הטבע במחשבה המדינית-יהודית של ימי הביניים והרנסנס" דעת 17 (1986) 52.
- מעוז, אשר "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל", הפרקליט מ (תשנ"א) 53.
- משען, דוד "ידיעת החוק – פיקציה או אידיאל" בתוך: פרשת השבוע חלק ד, עמ' 39.
- נובק, דוד "ספר בראשית והחוק הטבעי – על תרומתה של היהדות למוסר האנושי" תכלת 14 (אביב התשס"ג-2003), 99.
- נחלון, אהרון "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ: הגוף המתקין התקנות" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 142.
- סינקלר, דניאל "המשפט העברי במדינת ישראל" בתוך: ישראל בתחילת המאה ה-21 תל אביב 2002, 37.
- "מוסר ומשפט טבעי במשפט העברי" פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט) גיליון מס' 281 בכתובת <http://index.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Gilyonot/281.rtf>.
- ספראי, זאב "מבני השדה הקדומים – הכפר בארץ-ישראל הרומית" קתדרה 89 (תשנ"ט) 7.
- פאור, יוסף "מקור חיובן של המצוות לדעת הרמב"ם" תרביץ לח(1) (תשכ"ט) 43.
- פורת, בני "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל (תשע"ה) 179.
- פלך, זאב "כעין דיני מסחר בהלכה" דיני ישראל א (תש"ל) 53.
- פרנצוס, ישראל "תנאי בית דין ומעשה בית דין" סיני קטו (כסלו-טבת תשנ"ה) קמט.
- צייטלין, הלל "מושג הרכוש והקניין בכתבי הקודש", בתוך: הלל צייטלין, ספרן של יחידים ירושלים תש"מ, עמ' 217.
- קובר, רוברט "זכות' מול 'חובה': תורת המשפט היהודית של הסדר החברתי", בתוך: יוסף דוד (עורך), שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2006, עמ' 139.
- קוק, שאול חנה "חומר להוראת שימוש" בתוך: סיני כד, שפב-שפד.
- קיסטר, מנחם "'יצר לב האדם", הגוף והטיהור מן הרע: מטבעות תפילה ותפיסות עולם בספרות בית שני ובקומראן וזיקתם לספרות חז"ל ולתפילות מאוחרות" מגילות ח-ט (תש"ע) 243.
- קירשנבאום, אהרון "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': ניתוח תיאוריטי", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), 243.
- "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': הלכה למעשה", שנתון המשפט העברי ז-י (תשל"ט-תש"ם) 271.
- אהרון קירשנבאום, "אין שליח לדבר עבירה?" פרשת השבוע חלק ב, עמ' 72.

"מאולמו של הדיין לעולמו של עובד הציבור: שלושה דגמים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים", בתוך: יעקב חבה ועמיחי רדזינר (עורכים), **עיונים במשפט עברי ובהלכה: דיין ודיון**, אוניברסיטת בר אילן, רמת-גן תשס"ז, 159.

"קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי, בסיס עיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני **מחקרי משפט** כד (תשס"ח) 243

"ניגוד עניינים של עובדי ציבור" בתוך: **פרשת השבוע חלק ד**, עמ' 149.

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" **קריית המשפט** ח (התשס"ט), 145.

"ההלכה והמשפט בתורתו של רס"ג" בתוך: "ל הכהן פישמן (עורך), **רב סעדיה גאון: קובץ תורני-מדעי ירושלים תש"ג**, תכ"ח.

"האם תתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התיאוקרטיה היהודית" בתוך: אביעזר צקי (עורך) **דת ומדינה בהגות היהודית במאה העשרים המכון הישראלי לדמוקרטיה**, ירושלים 2005, 9.

"יצר הרע בספרות האמוראית: בחינה מחדש" **תרביץ** עז (תשס"ח) 71.

"דברה תורה כנגד היצר": דבי ר' ישמעאל ומקורו של יצר הרע". **תרביץ** עו (תשס"ז), 34.

"האפוטרופסות מכוח 'יתומים שסמכו אצל בעל הבית'", **מחקרי משפט** א (תש"מ), 219.

"מעמדם של קרובי היתום במשפט העברי ובחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962" **מחקרי משפט** ה (תשמ"ו), 151.

"דין ו'תנאי בית דין' בהצלת רכוש", בתוך: **ספר יובל לכבוד יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק** ירושלים - ניו-יורק תשמ"ד, כרך א', תכד.

"חובת ההנמקה במשפט העברי" **שנתון המשפט העברי** ו-ז (התשל"ט-התש"ם) 319.

"מנהגי אריסות הלניסטיים-רומיים המשתקפים בספרות חז"ל" **ציון** לט (תשל"ד), 217.

**נזיקין מורשת המשפט בישראל**, ירושלים תשנ"ב.

"רווחים בלתי צפויים בשליחות" **שנתון המשפט העברי** ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 1.

"הפורמליזם של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל" **עיוני משפט** כה (תשס"ב) 489.

"מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" **תחומין** ג (תשמ"ב) 238.

"על מרמה והפרת אמונים" **פרשת השבוע מקוון** גיליון מס' 320.

"סדרי דין מיוחדים בהקדשות" בתוך: ירון אונגר (עורך) **משפטי ארץ - דין, דיין ודיון**, עפרה תשס"ב, 118.

"אחריות נבחרת הציבור על ענייני הציבור" בתוך: רצון ערוסי (עורך), **שערי צדק** ד (תשס"ג), 337.

"סמכותו של בית דין לדון בעניינים ציבוריים", **תחומין** כה (תשס"ה), 243.

"עקרונות חוק זכויות היסוד של האדם-לאור עקרונות תורת ישראל ומשפטיה" בתוך: גידי פרישטיק (עורך), **זכויות האדם ביהדות: חובות האדם וזכויותיו במשפט העברי** מכון סנהדרין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 305.

"כופין אותו: עקרונות ההתנהלות הכלכלית וחובת הציבור למיסוי לאור היהדות" בתוך: איתמר ברנר ואהרון אריאל לביא (עורכים) **על הכלכלה ועל המחיה: יהדות, חברה וכלכלה** הוצאת ראובן מס, ירושלים 2008, 338.

תמרי מאיר וצוריה רות

Fogel, Joshua & Friedman, Hershey H. "Conflict of Interest and the Talmud" 78 (1/2) **Journal of Business Ethics** (Mar., 2008), 237.

Kleinman, Ron "Conflicts of Interest of Public Officials in Jewish Law: Prohibition, Scope and imitations", **Jewish Law Association Studies**, X (2000), 93.

Stone, Suzanne Z. "In Pursuit of the Counter – Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory", 106 **Harv. L. Rev.** 813 (1993)

### ספרי יעץ ואנציקלופדיות

מילון אבן שושן המרוכז הוצאת עם עובד, 2010.	אבן שושן, אברהם
מילון ספיר הד ארצי, 1997.	אבניאון, איתן
המילון האנגלי-עברי השלם הוצאת ידיעות אחרונות, 1996.	אלקלעי, ראובן
שדי חמד ניו יורק, תשכ"ב.	מדיני, חיים חזקיהו
אנציקלופדיה מקראית ג, ירושלים תשכ"ה.	מזר, איתן (עורך)
דקדוקי סופרים בבא בתרא, מינכן, תרמ"א.	רבינוביץ, רפאל נתן נטע
דקדוקי סופרים השלם גיטין, מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים תש"ע.	חברי מכון התלמוד הישראלי השלם
אנציקלופדיה תלמודית א – לא, 2 כרכי מפתחות, יד הרב הרצוג, ירושלים תש"ז – תשע"ג.	

### מחקר – כללי

	<b>ספרים</b>
מבוא לתורת המשפט הוצאת יהלום, ירושלים תשנ"א.	אנגלרד, יצחק
פוליטיאה בתוך: כתבי אפלטון, (בתרגומו של יוסף ג. ליבס), כרך שני, הוצאת שוקן, ירושלים-תל-אביב תשנ"ח.	אפלטון
נאמנות מכוח הדין רמת גן, תש"ס.	ארדמן, שלמה
פוליטיקה (תרגום: ח"י רות) ירושלים, מאגנס תשל"ה.	אריסטו
אתיקה: מהדורת ניקומאכוס שוקן, תשל"ג.	
המהפכה החברתית במשפט העסקית האוניברסיטה העברית, ירושלים תשס"ז.	בוקשפן, עלי
המשפט המנהלי נבו, 1997.	ברכה, ברוך
שיקול דעת שיפוטי בפירוס, 1987.	ברק, אהרון

חוק השליחות מהדורה שניה, 1996.

השופט במדינה דמוקרטית הוצאת כת-נבו, 2004

פרשנות במשפט כרך א, תורת הפרשנות הכללית נבו, תשנ"ב.

הדירקטור בחברה הממשלתית מהדורה שניה, משרד האוצר - רשות החברות הממשלתיות, 1982.

דירקטורים ונושאי משרה בחברה אוניברסיטת תל אביב, תשמ"ט-1989.

חוק החברות החדש תאגידים, 2007.

דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי לשכת עורכי הדין, 2011.

עולות מסחריות וסודות מסחר נבו, תשס"ב.

דימוקראטיה וחינוך: מבוא לפילוסופיה של החינוך (תרגום: י"ט הלמן) מוסד ביאליק, ירושלים תש"ך.

לויתן, או: החומר, הצורה והכוח של מדינה כנסייתית ומדינתית (עורך: מנחם לורברבוים; תרגום: אהרן אמיר), מהדורת מכון שלם, ירושלים, תש"ע-2009.

דיני חברות נבו, 2007.

חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, בעריכת גד טדסקי, התשמ"ד.

מסכת על טבע האדם (תרגום: יפתח בריל. ערך: מרק שטיינר) הוצאת שלם, ירושלים תשע"ד.

המשפט מוסד ביאליק, ירושלים תש"ס.

חוזים (ב) הוצאת אבירם, 1992.

דיני נאמנות (מהדורה עית) הוצאת פרלשטיין-גינורסר 2004

דיני אמונאות הוצאת בורסי, התשע"ג-2013

על החירות (תרגום אהרן אמיר, ראשית דבר מאת ירון אזרחי), הוצאת שלם, ירושלים התשס"ז-2006.

דיני פסלות שופט לשכת עורכי הדין, תל אביב 2006.

עניין של אמון מהדורה ראשונה (בתרגומה של שושנה ינקוביץ), הוצאת אור עם, תל אביב תש"ס-1999.

דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית הוצאת לשכת עורכי הדין 2010

"הפסיכולוגיה של ניגוד עניינים" בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי, 57.

דיני חברות חדשים לישראל: דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשמ"ט-1989.

דיני עשיית עושר ולא במשפט מהדורה שנייה, אבירם תשנ"ח-1998.

אתיקה בעריכת דין לשכת עורכי הדין, 2001.

הפרת אמונים בתאגיד במשפט האזרחי והפלילי הוצאת נבו 2001

מאמרים (תרגום: עידו בסוק, ערך: יעקב גולומב) הוצאת מאגנס, ירושלים 1993.

אמיל, או: על החינוך (תרגום: ארזה טיר-אפלרויט. ערך: עמוס הופמן), הוצאת מאגנס, כנרת זמורה-ביתן, דביר, 2010.

פירוש לחוק הירושה בורסי, 2002.

דיני חוזים – החלק הכללי, 1995.

גרוס, יוסף

דויטש, מיגל

דיואי, ג'ון

הובס, תומאס

חביב-סגל, אירית

ידין, אורי

יום, דייוד

כהן, חיים הרמן

כהן, נילי ופרידמן, דניאל

כרם, שלמה

ליכט, עמיר

מיל, ג'ון סטיוארט

מרזל, יגאל

פוקויומה, פרנסס

פלאטו-שנער, רות

פלדמן, יובל

פרוקצ'יה, אוריאל

פרידמן, דניאל

קלינג, גבריאל

קרניאל, יובל

רוסו, ז'אן ז'אק

שילה, שמואל

שלו, גבריאלה

- Blair, Margaret M. & Stout, Lynn A. "Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate law" **Georgetown Working Paper no. 241403** available at: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=241403](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=241403)
- Brattgard, Helge  
Drucker, Peter  
Ferber, Marianne & Julie Nelson, (eds.)  
Frankel, Tamar
- Finn, Paul. D.  
Fletcher, George P.
- Hammurabi
- Hanson, Jon D. & Kysar, Douglas
- Leibenstein, Harvey
- Royce, Josiah
- Seligman, Adam B.
- Shepherd, J. C.
- Watt, Gary
- Wilson, Kent R.
- God's Stewards** Augsburg 1963.
- The End of Economic Man: A Study of the New Totalitarianism** New York John Day Co., 1939
- Beyond Economic Man: Feminist theory and Economics** Chicago University Press, 1993.
- Fiduciary Law** Oxford University Press, 2011.
- Trust and Honesty: America's Business Culture at a Crossroad** Oxford University Press, 2005.
- Fiduciary Obligations** Sydney Law Book Co., 1977.
- Loyalty: An Essay on the Morality of Relationships** New York: Oxford University Press, 1993.
- The Code of Hammurabi King of Babylon** Autographed Text Transliteration Translation, Glossary Index of Subjects, Lists of Proper Names. Signs, Numerals Corrections and Erasures with Map Frontispiece and Photograph of Text, by Robert Francis Harper Chicago, University of Chicago Press, 1904.
- "Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation", 74 **N.Y.U. L. Rev.** 630 (1999).
- Beyond Economic Man: A New Foundation for Microeconomics** Cambridge mass.: Harvard University Press, 1976.
- The Philosophy of Loyalty** Vanderbilt University Press, 1995.
- The problem of trust** Princeton University Press, 1997
- The Law of Fiduciaries** Carswell Company Ltd. Toronto, 1981.
- Trusts and Equity** Oxford University Press, sixth ed. 2012.
- Steward Leadership: Characteristic of the Steward Leader in Christian Nonprofit Organizations** A Dissertation Presented for the Degree of PhD University Of Aberdeen 2010.

#### מאמרים

- אדרעי, אליהו "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 467
- אלון, מנחם "דרך חוק בחוקה - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז(3) (תשנ"ג) 659

"חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?", מחקרי משפט  
יב(2) (תשנ"ו), 253.

"אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן' - ערעורים  
והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", בתוך: רב-תרבותיות במדינה  
דמוקרטית ויהודית רמות, אוניברסיטת תל-אביב, 1998, 400.

"מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"ל) 268

אנגלרד, יצחק

"שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", בתוך: יצחק בזק (עורך)  
המשפט העברי ומדינת ישראל ירושלים תשכ"ט, עמ' 110.

"כספת בבנק: תפיסה חדשה להגדרת טיב העסקה ולקביעת מידת  
האחריות מצד הבנק" הפרקליט לז (תשמ"ז), 76.

בן אוליאל, ריקרדו

"על בעלי תפקיד ובעלי ענין", בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי, 45.

בנזימן, יותם

"חוק השליחות ותורת האורגניזם" עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג), 318.

ברק, אהרון

"לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (תשל"ג), 5.

"עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים",  
משפטים ז (תשל"ו) 17.

"ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (תש"ם) 11.

"חקיקה שיפוטית", משפטים יג (תשמ"ג) 25

"שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ(ב) (תשנ"ב), 197.

"חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265.

"היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט"  
בתוך: הפרקליט ספר היובל (תשנ"ד), 512.

"האיסור על ניגוד עניינים", בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי, 29.

"מבוא: ניגוד עניינים במרחב הציבורי" בתוך: ניגוד עניינים במרחב  
הציבורי, 9.

ברק-ארז, דפנה, נבות, דורון  
וקרמניצר, מרדכי

"המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים לז (תשס"ז) 667.

ברק-ארז, דפנה

"שכר וגמול לדירקטור", רואה החשבון ל"ה(4) 319.

גרוס, יוסף

"ניגוד עניינים אצל בוררים" משפטים כב (תשנ"ג) 169.

הירש, משה

"שמירת נכסים" מחקרי משפט טז (תשס"א-2001) 277.

ויסמן, יהושע

"המשפט בארץ מתפתחת" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 39.

ויתקון, אלפרד

"ניגוד עניינים בשירות הציבורי" בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי, 226.

זמיר, יצחק

"פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", משפט ועסקים ב (תשס"ה) 67.

"על המגרעות של טיפול בניגודי עניינים בעזרת חומות סיניות: מוועדת  
ביסקי ועד רפורמת בכר" בתוך: גילי כהן ועופר גרוסקופף (עורכים), ספר  
דניאל: עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן אוניברסיטת תל אביב  
ונבו, התשס"ח-2008, 961.

חנס, שרון וידלין, עמרי

"על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", משפטים א (תשכ"ט) 639

טדסקי, גד

"כשרותם של משרתי ציבור", משפט וממשל ב (תשנ"ח) 265.

כהן, חיים

- ליכט, עמיר "סמכות רשות ניירות ערך להסדיר ענייני משטר חברות (הערה בעקבות מאמר של נייגר ואלשיך-קפלן)" **תאגידים** ב/6 (דצמבר 2005) 46.
- "חובת אמון - אימתי?" עתיד להתפרסם בתוך: רות פלאטו-שנער ויהושע שגב (עורכים) **חובות אמון בדין הישראלי** 2015 (נוסח לא סופי פורסם ב-SSRN בכתובת:
- [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2497877&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2497877&download=yes)
- לימור, ניסן "רגולציה ופיקוח על ארגוני מגזר שלישי" **ביטחון סוציאלי** 70 (2005), 159.
- ליפשיץ, ברכיהו "מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית" **עלי משפט** ו (תשס"ז), 75.
- מאוטנר, מנחם "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה", **משפטים** יז (תשמ"ח) 321
- "קודקס של המשפט המקובל" **משפטים** לו (תשס"ז) 199.
- מינץ, מאיר "Jus Naturales" **המשפט** 6 (1995), 56.
- נבות, סוזי "חבר הכנסת כ"נאמן הציבור" **משפטים** לא (2) תשס"א, 433.
- ניצן, שי "ניגוד עניינים של חברי כנסת" **משפטים** כ, תשנ"א 457.
- סטטמן, דניאל "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד(3) (2001) 541.
- פורת, אוריאל "אחריותם של בנקים בגין רשלנות - התפתחויות אחרונות" בתוך: **ספר השנה של המשפט בישראל** תשנ"ב-תשנ"ג (לשכת עורכי-הדין - ועד מחוז תל-אביב, בעריכת א' רוזן-צבי, תשנ"ד) 324
- פלאטו-שנער, רות "חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981: על היעדרה של חובת אמון בחוק" **חוקים** ה (2013) 179.
- "חובת הגילוי הבנקאית כלפי הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר", **הפרקליט** מט(2) 385.
- פלאטו-שנער, רות "חובת האמון הבנקאית - המודל הישראלי" **משפט ועסקים** יא (התשס"ט) 393
- וגבע, אביבה "סעיף 8 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965" **מחקרי משפט** ג (תשמ"ד) 7.
- פרוקצ'ה, גואליטרו "חוק השליחות, תשכ"ה-1965 ומנהלי החברה" **עיוני משפט** א (תשל"ב) 234.
- פרידמן, דניאל "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", **עיוני משפט** ח, (תשמ"א) 26
- פרנקל, תמר "נפילת המחסומים שניצבו בפני השימוש לרעה באמון והולכת שולל" **משפט ועסקים** ה, 113.
- קורן, יהודית "דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה" **הפרקליט** מה(ב) 350.
- קרמניצר, מרדכי "עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד" **עלי משפט** א(תשס"א) 369.
- ולבנון, ליאת "תרבות של משפט" **עיוני משפט** יז(3) 689.
- רוזן-צבי, אריאל "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 469.
- רייכמן, אמנון "המשפט הישראלי והמשפט העברי - זיקה וניכור", **משפטים** יט (תש"ן) 871.
- שוחטמן, אליאב

- Aikin, B. & Fausti, K. "Fiduciary: A historically significant standard" 30 **Review of Banking & Financial Law** 155.
- Bellia, Anthony J. Jr. "Promises, Trust, and Contract Law" 47 **American Journal of Jurisprudence** 25 (2002).
- Birks, Peter "The Content of Fiduciary Obligation", 34 **Isr. L. Rev.** 3
- Burke, Edmund "Thoughts and Details on Scarcity," in: **Select Works of Edmund Burke**, vol. 2, (1795 repr., Boston: C. C. Little & J. Brown, 1839)
- DeMott, Deborah "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation", 1988 **Duke Law Journal** 879
- "Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences" 48 **Ar. Law Rev.** 925
- Dawes, Robyn M. & Thaler, Richard H. "Anomalies: Cooperation", 2 **Journal of Economic Perspectives** 187
- Easterbrook, Frank H. & Fischel, Daniel "Contract and Fiduciary Duty, 36 **J.L. & Econ.**, 425 (1993).
- Edelman, James "When do Fiduciary Duties Arise?" 126 **L. Q. R.** 302 (2010)
- Eisenberg, Melvin A. "The Duty of Good Faith in Corporate Law", 31 **Del. J. Corp. L.** 1.  
"Corporate Law and Social Norms" 99 **Colum. L. Rev.** 1253 (May 1999).
- Ezersky, R. P. "Intra-Corporate Mail and Wire Fraud: Criminal Liability for Fiduciary Breach" 94 **Yale L. J.** 1427 (1985).
- Fletcher, George P. "Defensive Force as an Act of Rescue" 7 **Social Philosophy and Policy** 170 (1990).  
"Punishment and Self-Defense", 8 **Law and Philosophy** 201 (1989)
- Fort, Timothy L. & Noone, James J. "Challenges to Corporate Governance: Bundled Contracts, Mediating Institutions, and Corporate Governance: A Naturalist Analysis of Contractual Theories of the Firm" 62 **L. & Contemp. Probs.** 163 (1999)
- Frankel, Tamar "Fiduciary Duties as Default Rules" 74 **Or. Law Rev.** 1209
- Gaudiosi, Monica M. "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", 136(4) **University of Pennsylvania Law Rev.** 1231.



- Gautreau, Maurice "Demystifying the Fiduciary Mystique", 68 **Can. Bar Rev.** 1 (1989).
- Getzler, Joshua "The Duty of Care" in: Peter Birks & Arianna Pretto-Sakmann, (eds.) **Breach of Trust** Hart Publishing 2002, 41.
- "Ascribing and Limiting Fiduciary Obligations: Understanding the Operation of Consent" in: Andrew S. Gold and Paul B. Miller (eds.) **Philosophical Foundations of Fiduciary Law** Oxford University Press (2014) 39.
- Johnston, Joseph F. "Natural Law and the Fiduciary Duties of Business Managers", **Journal of Markets & Morality** Vol. 8(1) (Spring 2005), 27.
- Kimel, Dori "Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract", 21 **Oxford J. Legal Stud.** 473.
- Laby, Arthur B. "Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships" 54 **American University Law Rev.** 75.
- Langbein, John H. "The Contractarian Basis of the Law of Trusts" 105 **Yale Law Journal** 625 (1995)
- Leib, Ethan J. "Friends as Fiduciaries", 86 **Washington University Law Review** 665 (2009)
- Miller, Paul B. "Justifying Fiduciary Duties" 58:4 **McGill Law Journal** 970 (2013).
- Parkinson, Patrick "Fiduciary Obligations", in: Patrick Parkinson, ed, **The Principles of Equity** (1996) 325.
- Persky, Joseph "Retrospectives: The Ethology of Homo Economicus" 9(2) **Journal of Economic Perspectives** 221 (1995)
- Ripstein, Larry E. "Law v. Trust" 81 **B.U. L. Rev.** 556 (2001).
- Ripstein, Arthur "Authority and Coercion" 32(1) **Philosophy and Public Affairs** 2.
- Samet, Irit "Fiduciary Loyalty as Kantian Virtue" in: Andrew S. Gold and Paul B. Miller (eds.) **Philosophical Foundations of Fiduciary Law** Oxford University Press (2014) 125.
- Scallen, Eileen A. "Promises Broken vs. Promised Betrayed: Metaphor, Analogy, and the New Fiduciary Principle", 1993 **University of Illinois Law Review** 897
- Scott, Austin "The Fiduciary Principle" 37 **Cal. Law Rev.** 539 (1948-1949).
- Scott, Elizabeth S. & Robert E. "Parents as Fiduciaries" 81(8) **Virginia L. Rev.** 2401.
- Sealy, L. S. "Fiduciary Relationships" 1962 **Cam. L. J.** 69.
- Seligman, J. "The Historical Need for a Mandatory Corporate Disclosure System" 9 **J. Corp. L.** 1 (1983)

- Sittkoff, R. H. "The Economic Structure of Fiduciary Law", 91 **Boston University L. Rev** 1039.
- Skeel, David A. "Shaming in Corporate Law" 149 **Pennsylvania Law Rev.** 1811 (2001)
- Sliwka, Dirk "Trust as a Signal of a Social Norm and the Hidden Costs of Incentive Schemes", **American Economic Review** 97(3) 999.
- Smith, Gordon "The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty", 55 **Vand. Law Rev.** 1399 (2002).
- Smith, Lionel "The Motive, Not the Deed" in: Joshua Getzler (ed.), **Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn** (London: LexisNexis UK, 2003)
- Sunstein, Cass R. "Social Norms and Social Roles", 96 **Colum. L. Rev.** 903 (1996)
- Szto, Mary "Limited Liability Company Morality: Fiduciary Duties in Historical Context" 23 **Quinnipiac L. Rev.** 61 [2004]
- Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation", 25 **U. Toronto Law. J.** 1 (1975).
- Wolinsky, Sidney M. & Econome, Janet "Seduction in Wonderland: The Need for a Seller's Fiduciary Duty toward Children" 4 **Hastings Const. L.Q.** 249 (1977)
- Young, Stephen B. "Fiduciary Duties as a Helpful Guide to Ethical Decision-Making in Business" 74(1) **Journal of Business Ethics** 1 [2007]

### חקיקה ישראלית

- סעיף 30 חוק הבוררות, התשכ"ח-1968
- סעיפים: 11, 15, 17. חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995
- סעיף 14 חוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, התשס"ה-2005
- סעיף 22 חוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות, התשס"ח-2008
- סעיף 75 חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994
- סעיף 92 חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009
- סעיף 6 חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972
- סעיפים: 1, 92, 173, 252, 253, 254, 255 חוק החברות [נוסח חדש] התשנ"ט-1999
- סעיף 86 חוק הירושה, התשכ"ה-1965.

- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. סעיפים: 20, 48, 53, 67.
- חוק הנאמנות, התשל"ט-1979. סעיפים: 1, 2, 7, 10, 11, 13, 14, 15, 29.
- חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. סעיפים: 35, 75, א.
- חוק הנפט, התשל"ב-1952. סעיפים 1, 75.
- חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995. סעיף 15.
- חוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף 51א(ב).
- חוק העמותות, התש"ם-1980. סעיף 54.
- חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981. סעיפים: 75, 78, ג.
- חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005. סעיף 3.
- חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), התשס"ה-2005. סעיף 15.
- חוק השליחות, התשכ"ה-1965. סעיף 8.
- חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. סעיפים 44-44ד.
- פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983. סעיפים: 85, 199, 313, 371.
- פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] התש"ם-1980. סעיף 188.
- הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011. סעיפים 434-440, 577-581.
- תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל התשנ"ג-1993. תקנה קצ"ב, קצ"ג.
- תקנון הכנסת – החלטות בענייני נוהל, כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה, מעודכן ליום ט"ו בשבט התשע"ה, 4 בפברואר 2015. כללי האתיקה, סעיף 6.

### פסיקה ישראלית

- ע"א 51/48 בורנשטיין נ' הממונה על רכוש אויב פ"ע א, 429.
- ע"א 89/49 פופקו נ' חמדי פ"ד ה 242.
- ע"א 136/50 זיברט נ' בית ונחלה פ"ד ג, 958.
- בג"ץ 70/50 מ' מיכלין נ' שר האספקה ואח' פ"ד ד 319.
- ע"א 25/50 וולפסון נ' ספיניס פ"ד ה, 265.
- המרצה 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' יוסף ואדוארד אגיון פ"ד ו 887.
- ע"פ 232/55 היועץ המשפטי נ' מלכיאל גרינוולד פ"ד יב 2017.
- עמ"מ 9/55 ער"ד פלוני נגר יר"ר וחברי המועצה המשפטית פ"ד י, 1720.
- ע"א 218/57 מקבל הנכסים הרשמי נ' רודולף מאיר פ"ד יב תשי"ח, 1696.
- ע"א 236/60 עיריית נצרת נ' דוד יוסף ששון פ"ד יד(4) 2367.

- ע"א 283/62 אברהם ר' הסס נגד הלנה לסלו ר"עדי" מפעלי בטריות בע"מ פ"ד יז, 758.
- ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית פ"ד יט (3) 365.
- ע"א 242/70 משעול הכרך בע"מ נ' גרובנר פ"ד כד(2) 692.
- על"ע 7/73 עורך דין פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, תל-אביב יפו פ"ד כ"ח(1) 679.
- ע"א 604/77 מוברמן נ' סגל פ"ד לב(3) 85.
- ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בע"מ פ"ד לג(1) 617.
- ע"א 817/79 אדוארד קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ פ"ד לח(3) 253
- בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה ואח' פ"ד לד(2) 566
- ע"א 207/79 ב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ פ"ד לז(1) 533.
- ע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור ואח' פ"ד לד(4), 29.
- בג"צ 702/79 גולדברג נ' שרמן פ"ד לד(4) 85.
- בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד לה(1) 828
- ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' יצחק גרוסמן פ"ד לו(1) 405.
- בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת פ"ד לו(2) 449
- ד"נ 22/82 בית יולס נ' ב פ"ד מג(1) 441.
- ה"פ (ת"א) 320/82 צבי שאול נ' בנק המזרחי המאוחד, הסניף המרכזי פ"מ תשמ"ד(1) 177.
- ע"פ 122/84 23 מנצור נ' מדינת ישראל פ"ד לח (4) 94
- בג"צ 750/84 יגאל כהן נ' ראש עיריית רחובות (פורסם ב'נבו').
- בג"ץ 347/84 עיריית פתח-תקוה נ' שר הפנים פ"ד לט(1) 813.
- בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר פ"ד מא(1) 73.
- ע"א 262/86 וולטר רוט נ' deak and co. Inc פ"ד מה(2) 353.
- בג"ץ 244/86 אברהם בו נ' יחיאל בנטוב, ראש המועצה המקומית אופקים פ"ד מב(3) 183.
- ת"א (י-ם) 75/87 חנוך טננבאום נ' פזית - סוכנות לביטוח בע"מ פ"מ תש"ן(3) 177.
- בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר פ"ד מג(2) 501.
- בג"ץ 142/89 תנועת לאר"ר נ' יר"ר הכנסת פ"ד מד(3) 529.
- בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים פ"ד מד (1) 409.
- ע"א 751/89 ברכה מוסהפור ואח' נ' שוחט ואח' פ"ד מו(4) 529.
- ע"א 400/89 הכונס הרשמי כמפרק בנק צפון אמריקה בע"מ נ' א' זוסמן ואח' פ"מ נד(2) 3.
- ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה פ"ד מו(4) 45.
- בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס פ"ד מד(3) 353.

בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה פ"ד מה(1) 749.

בג"צ 4566/90 דוד דקל נ' שר האוצר פ"ד מה(1) 28.

ע"א 2738/90 שלום יהב נ' מאיר בן טובים פ"ד מז(1) 695.

בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים פ"ד מה(2) 265.

ע"פ 752/90 ברזל ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד מו(2) 539.

ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך פ"מ מו(2) 818.

ע"א 4724/90 א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד פ"ד מו(3) 570.

רע"א 5064/90 סאסי נ' יקבי ארזה ת.ר.ז. בע"מ פ"ד מה(2) 130.

בג"צ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות פ"ד מו(1) 410.

ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נתן צבאח פ"ד מח(2) 573.

ע"א 3829/91 אבינועם וואלס נ' נחמה גת פ"ד מח(1), 801.

ע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון דוד ואלזה פ"ד מח(3) 156.

ע"א 1581/92 א' ולנטין נ' ד' ולנטין וערעור שכנגד פ"ד מט(3), 441.

רע"א 1917/92 סקולר ואח' נ' ג' ואח' פ"ד מז(5) 764.

בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מז(2) 229.

בג"ץ 6163/93 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מז(2) 229.

בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים פ"ד מז(4) 702.

ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה פ"ד נג(4), 526.

ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' רפאל הוכמן פ"ד נ(1) 2.

דנ"א 1522/94 שמואל נייגר נ' רינה מיטלברג פ"ד מט(5) 314

ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס נכסים של בנק צפון אמריקה סעיף 73 (פורסם ב'נבו')

ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 221.

בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה פ"ד מט(1) 758.

ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית פ"ד נ(3), 133.

ע"א 6983/94 פחימה נ' פרץ פ"ד נא(5) 829.

ת"א (ת"א) 336/94 ורד תעשיות פלסטיקה וכימיקלים בע"מ נ' דוד כהן (פורסם ב'נבו').

ע"א 610/94, 1989/94 זוסמן נ' כונס הנכסים הרשמי כמפרק בנק צפון אמריקה פ"ד נז(4) 289.

ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב פ"ד נג(4), 199.

ת"א (נצ') 621/95 סרוגי נ' סרוגי פ"מ תשס"א(1), 769.

ע"א 127/95 מועצת הפירות יצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ פ"ד נא(4) 337.

- ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף מקסימוס סלום פ"ד נא(4) 811.  
בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר פ"ד נ(1) 309.  
ה"פ (י-ם) 288/95 בורלא יוסף ואח' נ' נופית ים אילת ניהול 1988 בע"מ (פורסם ב'נבו').  
רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פ"ד נה(1), 199.  
בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר פ"ד נב(1) 289.  
ת"א (רח') 3058/97 מילוא רפי נ' סיני צבי (פורסם ב'נבו').  
ת"א (ת"א) 621/97 פרי עץ חיים בע"מ נ' בנק הפועלים סניף אשדוד (פורסם ב'נבו').  
ע"א 3962/97 בארותיים מושב עובדים נ' ארד מרים ואח', פ"ד נב(4) 614.  
בג"ץ 7279/98 חבר הכנסת שריד, יושב ראש תנועת מרצ ישראל הדמוקרטית נ' ממשלת ישראל פ"ד נה(1) 740.  
תמש (ת"א) 101630/98 ש.ל.נ' י.א. (פורסם ב'נבו').  
ת"פ 1872/99 מ"י נ' אריה דרעי תק-של 2003(3) 569  
בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת ואח' פ"ד נו(6) 117.  
ת"פ 1872/99 מ"י נ' אריה דרעי תק-של 2003(3) 569.  
רע"א 6830/00 אריה ברנוביץ נ' משה תאומים תק-על 2003 (2) 2943.  
ע"א 7380/00 תנובה בע"מ נ' שרעבי ז"ל ויורשיו פ"ד נז(2), 745.  
ע"א 741/01 מאיר קוט נ' עזבון ישעיהו איתן ז"ל פ"ד נז(4) 171.  
ע"ע 1341/01 רחל רפפורט נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ע"א 2539/01 יוסף עובדיה ובניו בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ תק-מח 2005(1), 5119  
ת"א (י-ם) 3064/01 להב אמנון נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ ואח' (פורסם ב'נבו').  
ת"א (י-ם) 3324/01 אלמוני נ' ער"ד פלוני (פורסם ב'נבו').  
ע"א 9225/01 רונית זיימן נ' גד קומרן (פורסם ב'נבו').  
תפ (ת"א) 4580/02 מדינת ישראל נ' נפתל (פורסם ב'נבו').  
ע"א 1631/02 גודבן ואח' נ' עמותת תשובה יצחק לפתרון מצוקת הדיור (פורסם ב'נבו').  
ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' שרה רייז פ"ד נח(3) 934.  
עע"ם 10398/02 וייס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (פורסם ב'נבו').  
ע"א 10582/02 ישראל בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ע"ע 189/03 גרית בע"מ נ' מרדכי אביב ואח' פד"ע לט 728.  
ה"פ 2247/03 אהרון רשף ואח' נ' פלוני ואח', תק-מח 2004(1), 6761.  
ה"פ (ת"א) 1207/03, ד"ר ברוך דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ פ"מ תשס"ג(2) 673.  
עע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון (פורסם ב'נבו').

רע"א 9374/04 אי. אנד. גי. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ סניף רחובות (פורסם ב'נבו').  
ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד ס(1) 294.  
בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה פ"ד נט(3) 145.  
בע"א 4377/04 גל גורן הולצברג נ' אביבה מירז פ"ד סב(2) 661.  
עמ (י-ם) 643/04 עזבון המנוח מ' א' ז"ל נ' ער"ד איתן קדמי, מנהל עזבון זמני (פורסם ב'נבו').  
ע"א 4087/04 מוטי גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ת"א (י-ם) 7032/04 ח. דורון חברה לעבודות בניין בע"מ נ' ער"ד אהוד עמרם (פורסם ב'נבו').  
עע"ם 4011/05 דגש סחר חוץ בע"מ ואח' נ' רשות הנמלים ואח' (פורסם ב'נבו').  
תלא (חי') 16685-06 סונול ישראל בע"מ נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ע"א 8564/06 סעיד חסן סולטאני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ע"א 8611/06 בנק הפועלים בע"מ נ' מיכל מרטין (פורסם ב'נבו').  
עע"ם 1369/06 הלבין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה פ"ד סב(4) 634.  
ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' קריסטין הורש (פורסם ב'נבו').  
ע"א (חי') 4735-07 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' אחמד בדווי (פורסם ב'נבו').  
ע"א 11120/07 דינה שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ת"א 4138/07 רודל נ' בנק אוצר-החייל סניף נווה רסקו ואח' (לא פורסם).  
ת"א (חי') 19627/07 פאינה מוסנז נ' ער"ד עלא נזמי מחאג'נה (פורסם ב'נבו').  
עש"א (קריות) 4912-11-08 דוד ספיאשוילי נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ע"א 8098/09 אורה כהן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ - סניף חדרה (פורסם ב'נבו').  
ת"א (י-ם) 3515/09 יצחק סדן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ת"א (מרכז) 36133-12-09 ראובן מלמד כהן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ת"א (ב"ש) 3010/09 בנק מזרחי-טפחות בע"מ נ' מרים בני (פורסם ב'נבו').  
ע"א 23040-11-10 רודל נ' בנק אוצר-החייל סניף נווה רסקו ואח'; ע"א 23321-11-10 בנק אוצר החייל בע"מ נ' חנה רודל (פורסם ב'נבו').  
בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (פורסם ב'נבו').  
ע"א 4998/11 סמי חליו נ' אברהם כהן (פורסם ב'נבו').  
ע"מ (איר"ש) 2369/11 התביעה הצבאית נ' פארס פארוק פארס (פורסם ב'נבו').  
רע"א 7096/12 אביטל אלט נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם ב'נבו').  
ע"א 7565/12 באמונה חברה לניהול נאמנויות והקדשות בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם ב'נבו').  
ה"פ (ת"א) 41063-01-13 דוד עמיקם נ' ירון כהן (פורסם ב'נבו').

עת"מ (ת"א) 44865-07-13 רון אליעזר מלכה נ' סיעת תנועת התושבים בקריית אונו (פורסם ב'נבו').

### פסיקה זרה

**Bristol and West Building Society v. Mothew** [1998] Ch 1, 18.

**Meinhard v. Salmon** 249 NY 458, 464, 164 NE 545, 546 (NYCA)(1928)

**Original Great Am. Chocolate Chip Cookie Co. v. River Valley Cookies, Ltd.**, 970 F.2d 273 (7th Cir. 1992).

**Reading v. R.** (1949), 2 K. B. 232





he Holy One, Blessed be He, desires only faithfulness, and thus He says: “The Lord preserves the faithful” (Psalms 31:24); and He says: “Open the gates, That the righteous nation that keep faithfulness may enter in” (Isaiah 26:2); and He says: “My eyes are upon the faithful of the Land, that they may dwell with me: (Psalms 101:6); and it says: “Are not Your eyes upon the truth” (Jeremiah 5:3).

Rabi Moses Hayyim Luzzatto,

**Mesillat Yesharim: The Path of the Upright**, Chap. 11

## ABSTRACT

Trust is the cornerstone of people’s ability to establish social and commercial connections, of the existence of society and of society’s effective functioning in the economic sphere.

Fiduciary duties were designed to confer legal validity upon this trust, to ensure that a person to whom the affairs of another have been entrusted (the fiduciary) will use the power that he has been given only for the purpose of promoting the matter entrusted to him.

Fiduciary duties stand on three legs: **The duty of loyalty, the duty of disclosure and the duty of care.**

Two prohibitions derive from the duty of loyalty: the prohibition against being in a situation of conflict of interest, and the prohibition against deriving a benefit as a result of fulfilling the designated task.

These two prohibitions have been refined and expanded in Israeli legislation, in the case law of the courts, and in extensive scholarly discussion. Thus it was ruled that the prohibited personal interest could be economic, emotional or familial. It could also be a matter concerning the relatives of the fiduciary, his friends, his partners, or any other matter that the fiduciary is required to represent and in the name of which it must act (institutional conflict of interests).

The fiduciary is not permitted to derive any sort of benefit from his role, whether directly or indirectly, and whether he benefits personally or his relatives, friends or

partners benefit. The prohibition applies also to a promise to grant a future benefit, and it does not lapse when the fiduciary completes his task.

In many aspects, the application of the prohibition is wider when the fiduciary is a public servant. According to many, such a fiduciary will be subject to an objective criterion for testing the prohibited conflict of interests; it is forbidden for him to be in a situation of conflict of interest even when there is no real conflict, but there is a high probability that in the future, such a conflict will exist; and a “Great Wall of China” will be erected that will ensure that the fiduciary is not, from the outset, in a situation of conflict of interest. The purpose of this is not only to protect the interest of the beneficiary, but also to preserve public trust in public office bearers.

In all of these aspects, a significant gap exists between Israeli law and Jewish law.

Tannaitic *halakhah* prohibited fiduciaries from acquiring for themselves any property from amongst the property that had been placed in their hands, but from the sources it emerges that the prohibition was designed to prevent harm to the reputation of the fiduciary and to public trust in fiduciaries, rather than preventing abuse of the power placed in the hands of the fiduciary. Accordingly, the prohibition applies only to personal acquisition, and not to sale to relatives.

Neither did tannaitic *halakhah* prohibit the fiduciary from deriving a benefit as a result of fulfilment of his task.

A similar picture emerges from the sources dealing with fiduciaries who hold public office, although here, it would appear that there is greater sensitivity to damaging public trust in the fiduciaries. For this reason, the first generation of the Babylonian Amoraim already ruled that a person may not be appointed as the custodian of a ward in whose property he has a personal interest.

Many decisors drew analogies from the laws governing rabbinical court judges to the appropriate mode of conduct for public representatives, and by virtue of such an analogy, public representatives were forbidden to make judicial or quasi-judicial decisions in a situation of conflict of interest.

Some tended to extend the application of the prohibition on personal acquisition and to apply it also to the sale of property of a public endowment to the relatives of the fiduciary; in recent generations, some have ruled that the trustee of an endowment as

### III

aforesaid is not authorized to act when he is in a situation of conflict of interest, and actions that were executed in violation of this prohibition are void.

It would seem that these later halakhic developments are connected to the loss of public trust in fiduciaries who bear public office, and to the need to restore the trust of the public in its representatives.

A similar gap between the two legal systems is also found in relation to the duty of care and the duty of disclosure. These duties were developed in Israeli law, and by virtue of these duties it was established that a fiduciary must disclose to the beneficiary all information concerning the tending of his affairs, he must ascertain that the beneficiary understands the information furnished to him, and he must provide the beneficiary with periodic reports concerning outlays, income and the results of the actions that he took.

Tannaitic *halakhah* never established a general duty of disclosure, nor did it impose on fiduciaries a duty of reporting.

Indeed, in these matters too there was a halakhic development similar to that which occurred in relation to the duty of loyalty. Thus, case law can be found already in the 13th century imposing upon public servants a duty to report to the public or to the rabbinical court on their income, their expenses and the results of their actions in relation to the property entrusted to them. However, this halakhic development – so it seems – was connected to the loss of public trust in fiduciaries and with the public need to restore this trust.

Apparently, these gaps result both from opposing philosophical conceptions concerning human nature, and from an educational approach to the effects of a legal arrangement that expands the scope of fiduciary duties and enhances them as a component of trust between people.

Israeli law adopted the philosophical conception whereby man is a utilitarian creature, who is motivated by the force of one single aspiration – the aspiration to maximize personal welfare. From this assumption is derived the conclusion that when a person is required to represent the interests of another, he find himself with the “problem of a representative”, for he is suspected of wishing to exploit his status for his personal welfare. In order to deal with this problem, a copious system of prohibitions and duties of disclosure was developed, which was designed to prevent the fiduciary from abusing the power placed in his hands.

The philosophical approach of Jewish law is different. Many sources demonstrate that the Jewish sages formulated a more complex approach to human nature. They recognized the fact that from his youth, man harbors a tendency to act for his own benefit, disregarding the welfare of others, but they also found in man the proclivity to benefit the other, embodied in him by virtue of having been created *imago dei*. From this conception is derived the conclusion that a fiduciary **can** exploit his position in order to promote his own interests, but he is not **forced** to do so by virtue of his nature.

In accordance with this approach, the duties of the fiduciary were fashioned, not with a view to restraining him, but in order to establish and preserve a culture of trust by means of the creation of a public atmosphere of trust in fiduciaries.

As stated, the third leg of the fiduciary duties is the **duty of care**, which sets the standard of conduct with which the fiduciary must comply in the fulfilment of his task.

Here, Jewish law expanded and developed the obligation, whereas Israeli law rested content with pronouncements that explained, along general lines, the content of the duty, and left the work of providing this duty with real substance in the hands of the court.

The *halakhah* required of the fiduciary that he personally perform the task laid upon him, unless the circumstances showed that the beneficiary was not particular about personal performance. In this context, great weight was attributed to the nature of the legal connection between the beneficiary and the fiduciary, and the nature of the actions that the fiduciary was required to perform.

Tannaitic *halakhah* granted the beneficiary the right to sue the fiduciary for monetary compensation for loss of profit caused by violation of the duty of care.

The fiduciary was required to fulfil his task with devotion, and to refrain from performing additional tasks or functions alongside his primary task, unless they did not affect his dedication to the task with which the beneficiary charged him. In this context, too, complex and sophisticated criteria were proposed, based on the nature of the reliance of the beneficiary on the fiduciary, and on the nature of the main occupation and of the secondary occupation, in order to determine the circumstances in which the secondary occupation would be considered a violation of the duty of dedication.

*Halakhah* required that the fiduciary act with expertise in fulfilling his task, and there were those who even ruled that in the event that the fiduciary did not have the necessary

expertise in order to fulfil the task laid upon him in the best way possible, he must acquire it or get help from a skilled professional.

The great weight that is accorded to duties of care as compared to the duties of loyalty and disclosure is apparently connected to the causes of the breach of duty and to the moral assessment of the person who is in breach of the duty.

The breach of a duty to fulfil the task loyally is an expression of total rejection of the principle of trust, of betrayal, and of harming the other for the sake of maximization of personal profit. A person who is in breach of this duty therefore “merits” – in the words of the sages – the pejorative title of “cheat”.

As stated, the *halakhah* does not assume that the fiduciary is a cheat and it does not suspect him of abusing his position at the expense of the person who put his trust in him. Therefore, it does not impose duties and prohibitions that are directed solely at preventing him from acting in this way.

As opposed to this, a breach of the duties of care is seen as surrender to human weakness, to “fatigue of the flesh” that manifests itself in laziness, lack of awareness or inattention. Surrendering to these weaknesses is natural and human, but unacceptable. For this reason, the Jewish sages took pains to establish clear duties from which the fiduciary would understand how he must act in order that his weaknesses not cause him to violate his obligation to attend to and care for the affairs of the other as he ought.

The basic assumption of Israeli law is different. Israeli law presumes that due to the human tendency to maximize personal welfare, a person is always suspect as one who will exploit his position in order to maximize his welfare at the expense of the beneficiary. Behavior contrary to this assumption is perceived, according to this assumption, as inhuman, “angelic” behavior. Consequently, it accords greater weight to the obligation to fulfil the task loyally, and to the duty of disclosure – duties that were designed to “break” human nature and to cause a person to act contrary to his natural tendency.

It would seem that the said approach also had an effect on the weight that was attributed to the duty of care, which expresses the highest degree of realization of the principle of trust: total dedication to advancement of the affairs of the other. Many see in such dedication a virtue that is beyond the reach of the law. The law, according to this approach, can order a person to deny his utilitarian nature in order **not to betray trust**

that was placed in him, but it cannot order a person to **dedicate himself to the advancement of the affairs of the other.**

Therefore, there were some who tended to classify the duties of care as a branch of the law of torts, and not as fiduciary obligations. In other words, we can require of a person not to harm another, but we cannot command his dedication.

Thus we see that both the significant differences between the fiduciary duties imposed by Israeli law upon a fiduciary and the fiduciary duties imposed upon him by Jewish law, as well as the relative weight of each of the fiduciary duties in each of the legal systems, stem from opposing conceptions regarding human nature and the purpose of the duties imposed by the law on a fiduciary.

## Table of Contents

<b>Hebrew Abstract</b>	<b>8</b>
<b>Part one: Opening</b>	<b>1</b>
Chapter One: preface	1
Chapter Two: The Objectives of the Study	5
Chapter Three: The Method of the Study	6
Chapter Four: Methodical problems and their solution	8
Chapter Five: The Fiduciary Ethos of the Bible	13
Chapter Six: The Meaning of the Fiduciary Duties	17
Chapter Seven: The Objectives of the Fiduciary Duties	25
Chapter Eight: The Normative Source of Fiduciary Duties	36
Chapter Nine: The Fiduciary relationships	41
<b>Part Two: The Duty of Loyalty</b>	<b>53</b>
Chapter One: The premise	55
Chapter Two: The Human Nature in the The Jewish Outlook	59
Chapter Three: The Prohibition against Conflicts of Interest	81
Chapter Four: The Private benefit prohibition	94
Chapter Five: The Prohibition against Conflicts of Interest in Jewish Law	103
Chapter Six: The Private benefit prohibition in Jewish Law	132
Chapter Seven: summaries	141
Appendix – "And You shall be innocent before God and Israel": The Meaning of the Principle and its Scope	146
<b>Part Three: Disclosure Duties</b>	<b>151</b>
Chapter One: Disclosure and Reporting	152
Chapter Two: The Duty of Disclosure	153
Chapter Three: The Duty of Reporting	164
Chapter Four: The Duty of Disclosure in Jewish Law	167
Chapter Five: The Duty of Reporting in Jewish Law	174
<b>Part Four: The Duty of Care</b>	<b>211</b>
Chapter One: The Personal Performance rule	212
Chapter Two: The Duty of Care	218
Chapter Three: Personal Performance in Jewish Law	227
Chapter Four: The Duty of Care in Jewish Law	244
Chapter Five: The Duty of Devotion in Jewish Law	270
Chapter Six: The Duty of Proficiency in Jewish Law	288
<b>Closing remarks</b>	<b>292</b>
<b>Bibliography</b>	<b>297</b>
<b>English Abstract</b>	<b>I</b>





**This work was carried out under the supervision of**

**prof. Shalom Lerner**

**Faculty of Law, Bar-Ilan University**



# **Fiduciary Duties in Jewish and Israeli Law**

**Yaron Unger**

**Faculty of Law**

**Ph.D Thesis**

Submitted to the Senate of Bar-Ilan University

Ramat-Gan, Israel

October, 2015





# **Fiduciary Duties in Jewish and Israeli Law**

**Yaron Unger**

**Faculty of Law**

**Ph.D Thesis**

Submitted to the Senate of Bar-Ilan University

Ramat-Gan, Israel

October, 2015