

חוזים על פי דיני התורה

**מבוא, דינים ועקרונות לניסוח חוזים בהתאם להלכה
בצירוף דוגמאות**

הרב דוד בס

חוזים על פי דיני התורה

מבוא, דינים ועקרונות
לניסוח חוזים בהתאם להלכה

בצירוף דוגמאות

תוכן העניינים

24	הקדמה
27	מבוא
36	פרק ראשון: תוקפם ההלכתי של חוזים (בעיית "קנין דברים")
60	פרק שני: הדרכים בהן נוצרת עיסקא
75	פרק שלישי: התנאות תנאים
85	פרק רביעי: ריבית והצמדה
102	פרק חמישי: שונות
128	סיכום קצר ותמציתי של עיקרי החיבור
129	נספח א': הסכמה על התדיינות לפי דיני מדינת ישראל
138	נספח ב': הצמדה למדד בעת אינפלציה (תוספת עיון)
173	נספח ג': דוגמאות (טופסי חוזים המנוסחים בהתאם להלכה ותוספות נלוות)
214	נספח ד': הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג

תוכן עניינים מפורט

24	הקדמה
27	מבוא
36	פרק ראשון: תוקפם ההלכתי של חוזים (בעיית "קנין דברים")
	א. הצגת הבעיה 36
	1. כללי 36
	2. התחייבות להתנהגות מסוימת 37
	3. התחייבות כספית 42
	4. התחייבות למכור 47
	5. התחייבות לבצע עבודה 47
	6. סיכום ומסקנות 48
50	ב. דרכי פתרון
	1. התחייבות ממונית מותנית ("קנס") 50
	2. שבועה 53
	I. כללי 53
	II. צורת השבועה וניסוחה 54
	3. יתרונותיהן וחסרונותיהן של הדרכים השונות 55
	ג. סיכום 59
60	פרק שני: הדרכים בהן נוצרת עיסקא
	א. כללי 60
	ב. חובת רישומה של עיסקת מקרקעין 72
75	פרק שלישי: התנאת תנאים
	א. דרישות פורמליות 75
	1. תנאי כפול 75
	2. "הן קודם ללאו" 76
	3. תנאי קודם למעשה – בסדר המלים 77
	4. "דבר שאפשר לקיימו" 78
	5. התנאת המעשה – ולא שינוי הדין 79
	ב. זמן ההתנאה 79

ג. זמן שכלול החוזה ("חלות") 80

ד. אסמכתא 80

85

פרק רביעי: ריבית והצמדה

א. כללי 85

ב. שימוש המוכר בממכר עד סיום ביצוע התשלומים 87

ג. קנס פיגורים 88

1. קנס פיגורים קצוב מראש 88

2. קנס התופח והולך עם הזמן 89

ד. הצמדה 92

1. הצמדה למדד 92

I. הצגת הבעיות 92

II. הפתרונות האפשריים 92

2. הצמדה למטבע זר 93

3. שילוב הצמדות שונות 93

ה. היתר עיסקא 94

1. כללי 94

2. בעיות הלכתיות 96

3. סיכונים אפשריים 98

102

פרק חמישי: שונות

א. הסכמה מראש על התדיינות לפי החוק 102

ב. נטל הראיה 106

ג. קנין שבטל מקצתו 109

ד. סתירה בין לשונות שונים בחוזה 111

ה. הסכם בורות 112

ו. שמיטת כספים 118

ז. גובה הפיצויים בגין הפרת חוזה 118

ח. יפוי כח בלתי חוזר 119

ט. כללי הפרשנות 120

י. עילות ביטול 122

128

סיכום קצר ותמציתי של עיקרי החיבור

129	הסכמה על התדיינות לפי דיני מדינת ישראל	נספח א':
138	הצמדה למדד בעת אינפלציה (תוספת עיון)	נספח ב':
139	מבוא	
141	חלק ראשון: האם יש איסור ריבית בהצמדה למדד?	
	א. הצגת הבעיות 141	
	ב. ערכו המוחלט של המטבע 141	
	ג. השפעתו של "דינא דמלכותא" על שאלת ההצמדה למדד 148	
	1. הצגת הבעיה 148	
	2. שאלת קיומה של הבעיה במדינת ישראל 152	
	3. עמדת הדין הישראלי ביחס לחייב הפורע בזמנו 157	
	4. מסקנה 163	
	ד. "סאה שהוזלה" 163	
	ה. ההבדל בין עליית המדד לבין ירידת ערך הכסף 165	
	ו. סיכום 168	
169	חלק שני: בעית "דבר שאינו קצוב"	
	א. הצגת הבעיה 169	
	ב. שאלת "דבר שאינו קצוב" ביחס להצמדה למדד 170	
172	סיכום נספח ב'	
173	דוגמאות (טופסי חוזים המנוסחים בהתאם להלכה ותוספות נלוות)	נספח ג':
	א. טופס חוזה מכר דירה 175	
	ב. טופס חוזה שכירות דירה 192	
	ג. הוראות טכניות הקשורות בהכנת הטפסים ובחתימתם 206	
	ד. מעשה קנין 207	
208	ה. שבועה	
	ו. הסכם בוררות 209	
	ז. "קנס פיגורים" הגדל בהדרגה	
214	הערות הרב זלמן נחמיה גולדברג	נספח ד':

הנני מקדיש חיבור זה לעילוי נשמת אבי מורי
ר' יעקב אריה ב"ר מרדכי דב בס ע"ה

שגידלני וחינכני על ברכי התורה והמצוות והעמידני

על האמת ועל השלום, ואף בין בתרי כתב היד

של חיבור זה עבר וסייעני בכמה נושאים,

אלא שהשיב נשמתו לבוראו ולא זכה לראות את החיבור יוצא לאור.

דברי תודה

בראשית הדברים ברצוני להוקיר תודה למי שסייעוני רבות ביצירת חיבור זה, ופותחין, כנהוג, בכבודה של אכסניה. החיבור נכתב במסגרת מכון כת"ר ע"ש משה ומעטל הלר. ההשראה ליצירת החיבור נובעת מן הרוח הייחודית השוררת במכון, שמקורה בכל הקשורים להפעלתו ומסייעים להצלחתו. תעמוד על הברכה הנהלת המכון וכל המחזיקים ידיה, שבזכותם קמו והיו כל מפעלי המכון. ברך ה' חילם ופועל ידם תרצה.

רובו של החיבור היה לפני עיני נשיא מכון כת"ר, מו"ר הרה"ג זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, חבר בית הדין הרבני בירושלים, אשר האיר את עינינו בנקודות רבות. חלק מהערותיו שולבו בתוך החיבור, וחלקן – הובאו בנספח ד'. יצויין, כי הרב גולדברג שליט"א היה מן הראשונים שהעמידונו על החשיבות הגדולה שבבניית כלים משפטיים המותאמים לדיני התורה.

הפרופ' ברכיהו ליפשיץ, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, הקדיש רבות מזמנו וממרצו לקריאה יסודית של החיבור, והעיר לנו הערות חשובות ומועילות. יעמוד על התודה והברכה.

תודה מיוחדת לרב יצחק בזק, מנהל מכון כת"ר, שלולי חריפותו ובקיאותו, אישיותו הקורנת והרעננה, מרצו הבלתי נלאה ועזרתו בכל התחומים, לא היה חיבור זה עשוי לצאת לאור העולם.

רבים הם הדברים המשוקעים בעבודה זו, אשר מקורם ברב שלמה אישון, מרכז המחקר במכון, אשר הדריך, הוביל וליווה את כל שלבי העבודה. ברוב המקרים לא

כתבתי דבריו בשמו, לפי שאי אפשר לפורטם כי רבים הם. לולי הדרכתו, עזרתו והערותיו, לא היתה העבודה מגיעה אף לחצי דרכה.

אודה כאן לאמי מורתי, אשת חיל, אשר ביחד עם אבי מורי ז"ל – להבדיל בין חיים לחיים – העמידוני על ברכי התורה והעבודה ועזרוני לאורך ימים ושנים. יתן ה' ויוסיף לה שנים רבות של בריאות ונחת רוח.

באחרונה אודה כאן לרעייתי, רינה, שבזכות מסירותה הגעתי עד הלום והיה ביכולתי להקדיש עתותי לעסוק בתורה ולכתוב חיבור זה. שלי – שלה הוא.

ומעל כל אלה – אודה כאן לה' ששם חלקי מיושבי בית המדרש.

בס"ד, מנחם אב תשנ"ו

דוד בס

הקדמה

דיני החוזים מהווים את אחד התחומים החשובים של המשפט. כבכל תחום, גם בתחום זה ישנם הבדלים בין ההלכה¹ לבין דיני מדינת ישראל. אשר על כן מובן, כי צדדים המעוניינים בחוזה שיהיה קביל וישים גם בבית דין הדן על פי ההלכה, צריכים להביא בחשבון, בעת ניסוח החוזה, את עמדת ההלכה בנושא. פעמים רבות נערכים חוזים ע"י עורכי דין אשר אינם מומחים בהלכה, דבר הגורם לעיתים קרובות לבעיות שונות הקשורות לתקפות החוזה על פי דין תורה². בעיות אלה מקשות על תביעה למימוש החוזה. הסובלים מכך הינם בעלי הדין, המעוניינים לבוא ולהתדיין על פי דין תורה. צדדים לחוזה שכזה אינם יכולים, פעמים רבות, לקבל על פיו את הסעדים שסברו שיש ביכולתם לקבל. במקרים רבים הם אינם יכולים לכוף על הצד שכנגד את ביצוע החוזה, ואף לא לקבל פיצויים מלאים שישפו אותם על הנזק שגרמה ההסתמכות על החוזה או על אבדן הציפיה לקיומו. עובדה זו היא אחד

1 בקרב ציבור המשפטנים מקובל השימוש במונח "הלכה" גם ביחס לפסיקת בתי המשפט של מדינת ישראל. אשר על כן נציין כאן, כי בחיבור זה, כוונת המונח היא למובנו המקורי, קרי, ההלכה היהודית (חוץ ממקומות בהם מובן אחרת מן ההקשר).
נמנענו, בדרך כלל, משימוש במטבע הלשון "המשפט העברי", המקובל בקרב המשפטנים, ואיננו מצוי כלל אצל פוסקי "המשפט העברי" עצמו. יצויינו בהקשר זה דברי ההסתייגות של הפרופ' א' גולאק, שהוא האיש שטבע את מטבע הלשון הזו (בשפה העברית) לפני כשמונה עשורים, בספרו **יסודי המשפט העברי**, וזו לשונו (ח"א סעיף ג' עמ' 6-8):

"אנו משתמשים כאן בטרמין 'המשפט העברי', לפי שתורת המשפטים מדברת תמיד על סדרי המשפט לאומיים, כמו המשפט הרומי, המשפט הגרמני, האנגלי, והיוריסטן שבימינו רגיל לחקור במשפט לאומי של עם ועם. אולם הקורא העברי, אם שאב את ידיעתו במקצוע המשפטים ממקורות עבריים לבד ולא ממעינות אחרים, ודאי ירגיש איזו זרות בטרמין זה 'משפט עברי'. כי לפי ההשקפה העברית הטהורה, המשפט הוא מוחלט ויחיד לכל האדם, כמו הצדק והחסד, וכשם שאין צדק עברי, רומי או גרמני, רק צדק אחד, השופע מאלהי הצדקות, כך גם המשפט לאלהים הוא ולכן אחד הוא לכל... תורת המשפטים העברית – בקודש מחצבתה, ובהכרת העם נראתה תמיד ראשית התגלותה בדברות א-ל, מודיע משפטיו לעמו".

בהקשר זה ראה עוד: מ' אלון, **המשפט העברי, תלודותיו, מקורותיו, עקרונותיו** עמ' 151-150; ש' בן דוב, "המשפט העברי ומדינת ישראל", בקובץ **המשפט העברי ומדינת ישראל** (י' בזק, עורך) עמ' 145; י' אנגלרד, "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" **משפטים** כרך ז' (תשל"ו) עמ' 34; מ' אלון, "עוד לענין מחקרו של המשפט העברי" **משפטים** כרך ח' (תשל"ז) עמ' 99.

2 ראה דוגמא לכך במאמרו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג "התחייבות למכור בזכרון דברים" **תחומין** י"ב עמ' 279 ואילך. המאמר הוא עיבוד פסק דינו של המחבר, כדין, בעניין הפרת חוזה. מנוסח סעיפי החוזה שהובאו במאמר נראה בבירור, שעורך הדין שניסחו לא העלה בדעתו את הבעיות הקיימות בהלכה. הניסוח מאלץ את הדיין להתלבט ארוכות בבעיות שונות בדבר תוקפם של סעיפים שונים, ובסופו של דבר, מסיים הרב גולדברג את מאמרו במלים "בסופו של דיון, כיוון שנכנסנו לספיקות, עדיף להציע בפני המתדיינים פשרה".

הגורמים המרכזיים לכך שרבים, ובתוכם גם שומרי תורה ומצוות ואף תלמידי חכמים, מעדיפים להתדיין בשעת הצורך בבית משפט הדן על פי החוק, ואינם מוכנים להתדיין על פי דין תורה.

כאמור, יסודה של תופעה זו אינו אלא בניסוח החוזה ע"י עורך הדין, שברוב המקרים אינו מצוי במבואותיה הסבוכים של ההלכה, בבעיות המיוחדות המתעוררות בה ובדרכים לפתרון.

מעבר לשאלת תקפות החוזה, קשור ניסוחו על פי ההלכה בבעיות נוספות, כגון הבעיה החמורה של איסור הריבית ובעיות פורמאליות שונות בניסוח החוזה ותנאיו.

העולה מן הדברים הוא כי נחוץ חיבור מקיף, שיבאר ויפרט את הבעיות המיוחדות הקשורות לניסוח חוזים לפי ההלכה, ואף יציע דרכים לפתרון³. אתגר זה ניסה מכון כת"ר לקחת על עצמו בחיבור היוצא כעת לאור. חיבור זה מציע דרכים לניסוח חוזה משופר אשר יעמוד גם במבחן הדיון בבית דין הדן על פי ההלכה ויתמודד עם הבעיות הנוספות.

השקענו מאמצים רבים במגמה שהתוספות המיוחדות שהוכנסו בחוזה לא יפגעו בזכויות הצדדים בשעת התדיינות אפשרית בפני בית משפט, כך שגם אופציה זו תישאר פתוחה בפניהם לשעת הצורך⁴.

ברם, כפי המקובל בעולם המשפט, אין אנו נוטלים על עצמנו כל אחריות ליישומם המעשי של העקרונות המותווים כאן. הקורא יבדוק בעצמו את כל הנאמר בספר, כל רעיון וכל ציטוט, ורק אז יגש לישום המעשי.

מבנה החיבור:

בשלושת הפרקים הראשונים מובא תאור של בעיות התוקף ("כללי הכח") העיקריות המתעוררות בהלכה בקשר לחוזים, ואת פתרונותיהן המוצעים.

הפרק הרביעי עוסק בבעיית הריבית, השכיחה בחוזים, ובדרכים להימנע ממנה.

בפרק החמישי מתוארים עיקרי ההבדלים המהותיים בין ההלכה לבין דינייה של מדינת ישראל, בנושאים הקשורים במישרין לניסוח חוזה וניתנים להתנאה.

לאחר מכן מובא סיכום קצר ותמציתי של עיקרי החיבור. בסיכום זה מובאים

3 הקדוש הד"ר א"ח פריימן הי"ד, במאמרו "דיני ישראל בארץ ישראל" בקובץ המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק עורך) עמ' 36, בעמ' 40, מספר, שעוד באייר תרע"ט (1919) נתכנסה אסיפה של רבני ארץ ישראל, שהחליטה, בין השאר, "...להכין ולהפיץ טפסים של שטרות בעניני מקח וממכר, חוזים וחיובים שיהיו עשויים על פי משפטי התורה ויהיו מצויים ביד כל אדם להשתמש בהם". אין לנו אלא להצטער על כך שהחלטה זו לא קויימה בשעתה.

4 דיון מקיף בנושא עמדת ההלכה כלפי התדיינות בפני בתי המשפט של מדינת ישראל ראה במאמרו של א' שוחטמן, "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" תחומין י"ג 337.

בקיצור ההוראות המעשיות הדרושות לניסוח חוזה כדי שיהיה יעיל גם בדין תורה. נספח א' עוסק בבירור עמדת ההלכה בנוגע לאפשרות שצדדים לחוזה יקבלו עליהם להתדיין בענייני החוזה על פי חוקי המדינה.

נספח ב' דן בשאלת ההצמדה למדד מהבחינה ההלכתית. עיקרו של הדיון עוסק בבעיית הריבית הקשורה בכך, ומיעוטו – בבעיות נוספות המתלוות להצמדה.

בנספח ג' מובאות דוגמאות לטפסים מוכנים של חוזים, המנוסחים לפי העקרונות המוצגים בחיבור זה. דוגמאות אלה הן למעשה "מוצר מוגמר" המיישם את העולה מן המחקר. בניסוח טפסים אלה הושקע מאמץ רב, שמטרתו הינה שניתן יהיה לאכוף את החוזים גם בבית דין הדן על פי ההלכה.

בנספח ד' מובאות כלשונן הערותיו של מו"ר הרה"ג ז"נ גולדברג שליט"א, נשיא מכון כת"ר.

מבוא

מטרתו של חיבור זה, כפי שכבר צוין בהקדמה, היא לבחון דרכים לניסוח חוזים באופן שיהיה להם תוקף גם בבית דין הדן לפי ההלכה.

בבתי הדין רגילים הדיינים לדון על פי דיני ה"שלחן ערוך", ולא על פי דיני מדינת ישראל⁵. לפי הדעה הרווחת בפסיקת בתי הדין הרבניים, אין לרוב הפרטים העולים מחוקי החוזים של מדינת ישראל תוקף הלכתי, לא על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא", לא על יסוד הכלל "הכל כמנהג המדינה" ולא על יסוד כללים דומים⁶. לרוב, תשומת לבם ומודעותם של הדיינים כלל אינן מופנות לחוק הישראלי, לפרשנות ולפרטיו. לפיכך, אם לא התנו הצדדים אחרת⁷, דנים בתי הדין לפי ההלכה שנפסקה ב"שלחן ערוך" ובנושאי כליו. אשר על כן, אם מעוניינים הצדדים בחוזה שיוכל לעמוד גם בהתדיינות בבית דין הדן על פי ההלכה, חייבים הם לנסחו באופן התקף על פיה. הדבר כרוך, כאמור בהקדמה, בהתמודדות עם בעיות שונות.

ברם, נושא אחד יש לתאר כבר בשלב זה של המבוא, שכן מדובר בעניין יסודי אשר השלכות רבות לו לאורך כל החיבור. כוונתנו היא למושג ההלכתי הידוע בשם "קים

5 ראה סקירתו המקפת והממצה של דבריו של א' שוחטמן במאמרו "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** כרך טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 417. נציין כאן את דבריו בעמ' 450: "אם נסקור את פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל מאז קום המדינה ועד עצם היום הזה, לא נמצא ולו מקרה אחד שבו הוכר חוק מחוקי המדינה בתחום המשפט הפרטי, כשאותו חוק קבע הסדר **הסותר** דין קיים בהלכה, אלא אם כן מצאו בו בתי הדין יסוד של תקנת הציבור. כל המקרים שבהם הוכר חוק המדינה כדינא דמלכותא עניינם בנושא **חדש** מבחינה הלכתית, או שעל כל פנים היה בו יסוד של תקנת הציבור, ולכן לא ראו בתי הדין מניעה מלאמצו, משום שבאופן עקרוני מן הראוי היה שחכמי ההלכה עצמם יתקינו הסדר שכמותו, ולפיכך לא ראו כל פגם במתן אישור הלכתי להסדר שכבר היה קיים ממילא במצוות המחוקק".

אמנם, בתי הדין מכירים לפעמים בפרט זה או אחר הכתוב בחוק כ"מנהג המדינה". לשאלת התוקף ההלכתי של חוקי מדינת ישראל (על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא" ועל יסוד כללים אחרים) ראה גם לקמן, י' בן שחר וי' הס, "תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה"; מאמרו של א' מעוז, "הרבנות ובתי הדין", **שנתון המשפט העברי** שם, בעמ' 351-356; לביביליוגרפיה נרחבת בנושא ראה נ' רקובר, **אוצר המשפט** חלק א' עמ' 145-146, וחלק ב' עמ' 141-143. ראה גם ההערה הבאה.

6 יצויין, כי במקרה של ספק בשאלת קיומם של מנהג מסוים או תקנה מסוימת, חובת הראיה מוטלת על הטוען לקיומו של המנהג או של התקנה. בהעדר ראיה כזו, נקבעת ההלכה לפי דין התלמוד. ראה רמב"ם מכירה פרק כ"ו הלכה ח'; שו"ת מהרשד"ם חלק חו"מ סוף סימן ל"ג; פתחי תשובה חו"מ סימן י"ח סק"ח. משמעותו של נטל ראיה זה מרחיקה לכת – לאור החלת הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" גם על שאלות שבדין (ראה לקמן הערה 13), ולאור פרשנותו כדורש ראיה מעל כל ספק (ראה לקמן הערה 230). מכאן, כי הטוען, שיש להכריע סכסוך מסוים על פי דינא דמלכותא, ולא על פי דין התלמוד – ידו על התחתונה.

7 על התנאה בהסכמה מראש (כגון בחוזה עצמו) להתדיין לפי דיני מדינת ישראל, ראה לקמן פרק חמישי, סמוך לציון 219 ואילך; ראה גם נספח א'.

ל"י. מושג זה אינו קיים בשיטות משפט אחרות; הוא ייחודי לדיני התורה, שבהם קיימת תופעה מיוחדת של **ריבוי דעות** ללא אפשרות של הכרעה מוחלטת ביניהן. מאז שבתה עבודת הסנהדרין אין גוף מרכזי שביכולתו להכריע במחלוקות ולקבוע פסיקה חד משמעית⁸. מצב זה מתואר בלשון חריפה בדבריו של רבינו יעקב בעל הטורים⁹:

"ברוך ה' אלוקי ישראל אשר בחר בנו מכל העמים, ונתן לנו תורת אמת ומשפטים ישרים תמימים... ועוד צוה אותנו על דבר המשפט כי יפלא ממך דבר למשפט, **שאם יעלה בלב היחיד לחלוק על המרובים שילכו אל השופט אשר יהיה בימים ההם ויגד להם דבר המשפט שלא תחזור תורה כשתי תורות זה יאמר בכה וזה יאמר בכה, אבל תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכלנו... בעונינו חרב מקדשינו, ובטלו כל אלה, ואין לשכה ואין סנהדרין, לא בירה ולא פרהדרין, לא שועים ולא חורים, לא נביא ולא אורים, ולא כהן ולא מורים, ואין שופט צדק, גם אפסו מחזיקי בדק, אך פרצות ולא גדרים, עקוב ולא משרים, עקלקלות ולא ישרים, חשך ולא מאורים, אופל ולא נהורים, צלמות ולא סדרים. השופטים נשפטים, השוטרים נשטרים, העוצרים נעצרים, העוזרים נעזרים, התומכים נתמכים, המושיעים נושעים, המוכיחים נוכחים, איש הישר בעיניו יעשה, ומי יאמר לו מה תעשה. יצא יצא לו מאם הדרך וקלקל. על כן יצא המשפט מעוקל. יש אשר ידרוש דבר המשפט ולא ישכן עליו ענן אורו, כי קט מהשיגו שכלו; ויש אשר ישכן עליו ענן אורו – אבל הוא ברצונו יחשיך מאורו, כי יראת מדת הדין מתוחה כנגדו. יאמר, משפט אבחרה לי, בדבר אחד מהמחברים ובהם אדברה וירוח לי, ומקל"י¹⁰ יגיד לי"י.**

בכל תחומי התורה, פרט לדיני ממונות, נפסקת ההלכה על פי כללי פסיקה מקובלים ומוסכמים¹¹. בדיני ממונות המצב שונה. בדיני ממונות הכלל הוא שבכל שאלה שבה

8 ראה תוספתא חגיגה ב' ט': "בתחילה לא היתה מחלוקת בישראל, אלא בית דין של שבעים ואחד היה בלשכת הגזית... משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן, הרבו מחלוקת בישראל, ונעשו שתי תורות".

9 בהקדמתו, הנדפסת בראש טור חושן משפט.
10 הגרשיים הן מעין "נקוד עלי", כדי לסמן שאין לקרוא את המלה כפי שהיא מנוקדת ונקראת במקרא (מי בפתח, קי בשוא) אלא מ' צרויה וק' צרויה (מי שמקל עלי, השיטה הנוחה לי. פרופ' ברכיהו ליפשיץ האיר עינינו בנושא זה). ראה גם מהרי"ק (מהד' אורייתא), שורש קמ"ט: "מי הוא שיורה לו" – כל המיקל לו מגיד לו". ראה גם מהרי"ק (מהד' אורייתא), שורש קמ"ט: "מי הוא שיורה להקל ומקלו יגיד לו, הלא דבר פשוט הוא דבשל תורה הולך אחר המחמיר".

11 ראה אנצ' תלמודית ערך "הלכה", כרך ט' עמ' רמ"א.

יש מחלוקת בין הפוסקים לא יוכל בית הדין לחייב את הנתבע לשלם¹². הסיבה לכך היא שבדיני ממונות הכלל המחייב הוא "המוציא מחברו עליו הראיה"¹³. על יסוד

12 למעשה ניתן לומר כי בכל המקרים שבהם יש מחלוקת בין הפוסקים, בית הדין אינו מכריע ואינו פוסק כמי ההלכה. ראה דברי הרמ"א, בהג"ה לשו"ע חו"מ סימן כ"ה סעיף ב':

"ולא יאמר האדם אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת, ואם עושה כן – הרי זה דין שקר. אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות – הרשות בידו; ואי לא בר הכי הוא – לא יוציא ממון מספק, דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא – אין מוציאין ממון מיד המוחזק".

כפי המקובל, אין בדורנו מי שיוודע להכריע בין הראשונים. אמנם, במקרים של חוסר ברירה גמור מצינו לפעמים אחרונים העושים כן. הרב משה פיינשטיין מכריע באג"מ או"ח ד' סימן י"א במחלוקת הראשונים בענין אדם העושה רוב מלאכתו בידו האחת וכותב באחרת, באיזו יד מניח תפילין. זהו הסברו של הרב משה פיינשטיין שם:

"אף שאיני שייך להכריע בדברי רבותינו איך לעשות למעשה בשום דבר, אבל הא איכא דברים שלא שייך לצאת ידי כל השיטות, ומוכרחין להורות לאלו השואלים ואין יודעין למי לפנות אלא אלי... ולהצריך לאיטר כזה להניח שני זוגות תפילין בזה אחר זה... לא מסתבר כלל, שהוא טירחא גדולה מאד, ולא מצינו בספרי רבותינו עצה כזה, ולכן הא מוכרחין אנו להכריע בזה למעשה איך להורות להשואלים אותי דבר ברור מה שנראה לעניות דעתי, שיש הרשות וגם הוא חיוב גם לחכמי דור הזה להורות למעשה לפי מה שנראה להם אחרי רוב עמל ויגיעה לברר ההלכה בש"ס ופוסקים כפי כחו בכובד ראש וביראה מהש"י, כדברתי בהקדמתי על ספרי אגרות משה".

אולם דומה, שגישה זו אינה מקובלת בין האחרונים. הדבר מתבטא גם בשאלה הלכתית זו עצמה: ב"מנחת יצחק" להרב וייס כתב בשם "כף החיים" שיניח שני הזוגות בזה אחר זה; וכן פסק ב"בן איש חי" בפרשת חיי שרה; כך נאמר גם בשמו של הרב שלמה זלמן אורבך זצ"ל; ראה בכיוון זה גם את פסיקתו של הרב עובדיה יוסף בשו"ת "יביע אומר" חלק ו' חלק או"ח סימן ב' אות ו'. מכל מקום, **בענייני ממון** מקובל לכל הדעות להימנע מהכרעה ולהניח את הממון ביד המוחזק.

13 "זה כלל גדול בדין: המוציא מחברו עליו הראיה" (גמ' ב"ק מ"ו ע"א; וראה גם לקמן פרק חמישי הערה 230). כלל זה נתפרש במובן רחב, באופן המחיל אותו לא רק על ספקות **עובדתיים** אלא גם על מחלוקות **שבדין**. נראה, כי מקורה של שיטה זו במהר"ם מרוטנבורג ותלמידיו.

אמנם, כבר בגמרא מצינו בכמה מקומות את הרעיון, שגם בספק דיני (ולא רק בספק עובדתי) מוטלת חובת הראיה על התובע. ראה, למשל, כתובות ס"ד ע"א: "השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי, תפסה – לא מפקינן מינה; לא תפסה – לא יהיבין לה". הגמרא במסכת בבא בתרא (ל"ב ע"ב) אף מיישמת רעיון זה בקשר **למחלוקת**, שקשה להכריע בה: "הלכתא כוותיה דרבה בארעא, והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי, דהיכא דקיימי זוזי לוקמי". אלא שמקרים אלה, שבהם נמנעו מלהכריע, הינם בבחינת יוצאים מן הכלל, ואין להם אלא דוגמאות מועטות. ברוב רובם של המקרים היו האמוראים מכריעים ופוסקים, ולא היו נמנעים מלהוציא ממון. כך הוא הדבר גם אצל ראשונים שקדמו למהר"ם, או שלא שאבו מתורתו. ראה, למשל, תוס', ב"ב ס"ב ע"ב, סוף ד"ה איתמר: "והיכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וסבירא ליה לדיין כחד מינייהו, ועבד – מאי דעבד עבד... ואי מספקא לדיין כמאן הלכתא – המוציא מחברו עליו הראיה". ראה גם דברי ניומוקי יוסף, ב"ב פרק ד', דף ל"ד ע"א בדפי הרי"ף: "וכתב ה"ר יונה זצ"ל בשם רבינו יצחק ז"ל:

היכא דלא אשכחן סוגייתא בעלמא דמכרעת כחד, יש רשות לדיין לדון כפי מה שדעתו נוטה".

כפי הנראה, מהר"ם מרוטנבורג הוא שהורה על ה**שיטה** להימנע מלפסוק בכל מקרה בו נחלקו הגדולים הקדמונים. אנו מוצאים את הדברים במפורש אצל שני תלמידיו המובהקים – רבינו

כלל זה יכול תמיד הנתבע להיאחז בשיטה הגורסת שהצדק עמו, מכיוון שהתובע לעולם לא יוכל להוכיח את ההיפך, שהרי כאמור בטלה סנהדרין ואין אפשרות של הכרעה מוחלטת במחלוקות. טענה זו של הנתבע מכונה "קיים ליי" (=ברור לי), כלומר, אני סבור כשיטה פלונית.

לפי המקובל בבתי הדין הרבניים יכול הנתבע לזכות בטענה זו גם במקרים בהם הדעה שהוא מסתמך עליה היא דעת מיעוט קטן בלבד¹⁴. אשר על כן טענת "קיים ליי"

מרדכי בר הלל אשכנזי והרא"ש. המרדכי כותב (בהגהות מרדכי, כתובות פרק חמישי, סימן ר"צ): "מהר"ם היה רגיל לפסוק, היכא שגדולים חלוקים בדבר, אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה, דאמר ליה האי, אייתי ראייה שהלכה כזה הרב שפסק כן". הרא"ש אף הוא כותב (בשו"ת הרא"ש, כלל פ"ה סימן י"א): "כך קבלתי מפי מרנא מאיר ז"ל, היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא – לא מפיקין ממונא מספק, ואוקי ממונא בחזקתיה". כך אנו מוצאים גם בפסקיו, בסנהדרין פרק ד' סימן ו': "והיכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה, לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה, ואם עשה כן – זהו דין שקר. אלא אם חכם גדול הוא, גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות – הרשות בידו... ואם לאו בר הכי הוא – לא יוציא ממון מספק". את השפעת מהר"ם על ההלכה בנושא זה (כבנושאים רבים אחרים) ניתן לראות במקומות רבים; ראה דוגמא בד"מ לאה"ע סימן ע"ה בסוף דבריו.

גם **המונח** "קיים ליי" עצמו מקורו, ככל הידוע לי, בדברי המרדכי למסכת כתובות, פרק נערה, סימן קנ"ד:

"ואומר הרב רבינו שמואל בן רבינו ברוך, דאם יתפוס החתן – המוציא מחבירו עליו הראיה, שאמר **קיים לן** כרבינו שלמה יצחקי דפסק... הלכך המוציא מחבירו עליו הראיה". המונח "קיים ליי" והרעיון שמאחוריו מצוטט בשם מקור זה כמה פעמים בדברי מהר"ק (מהד' אורייתא שורשים צ"ד, קמ"ט, קס"א).

בימינו, מכל מקום, כבר נתפשטה שיטה זו של מהר"ם מרוטנבורג ברוב בתי דיני ישראל; מקובל ומוסכם על הכל, שאין בזמננו יכולת להכריע במחלוקות. אפשר, שדבר זה הוא הגורם המכריע לאחד ההבדלים הגדולים שבין "משנה תורה" להרמב"ם לבין ה"שלחן ערוך": הרמב"ם מכריע בכל מחלוקות ונוהג להביא בכל סוגיא דעה אחת בלבד, ואילו השו"ע נוהג להביא דעות שונות ומנוגדות, ללא הכרעה ביניהן. זאת, למרות שברור מהקדמתו לחיבורו כי **רצונו** היה לחבר אף הוא ספר "אשר כולו מחמדים, הלכה פסוקה באין אומר ואין דברים" (אמנם, ראה בענין זה את דעתו השונה והחדשנית של א' שוחטמן במאמרו "על הסתירות בשו"ע ועל מהותו של החיבור ומטרותיו" **אסופות ג' עמ' שכי"ג**).

בנושא טענת "קיים ליי" והתפתחותה ראה הרב ע' בצרי, "דיני ממונות" חלק ד', שער שלישי (מהד' שניה עמ' קל"ד ואילך); מאמרו של ח' בן מנחם, "קיים ליי", **שנתון המשפט העברי** כרך ו-ז (תשל"ט-תש"ס) עמ' 45 (המאמר עוסק בבעיה מן ההיבט הפילוסופי); פ' שיפמן, "הספק בהלכה ובמשפט", **שנתון המשפט העברי** כרך א' (תשל"ד) עמ' 328.

14 ראה, למשל, פד"ר ב' עמ' 227, שם נפסק (בעקבות הייבית חדש" אה"ע סימן פ', היחלקת מחוקק" שם ס"ק ב' והייבית שמואל" שם ס"ק ב') כי אשה יכולה לטעון "קיים ליי" כדעתו של רבינו חננאל, הסובר, שמעשי ידי אשה, שבאו ע"י מאמץ ("העדפה הבאה ע"י הדחק") שייכים לה ולא לבעלה. זאת, למרות שדעתו של רבינו חננאל בסוגיא זו היא דעת יחיד (או, על כל פנים, כמעט דעת יחיד), ומתנגדים לה רב האי גאון, הר"ף, הרמב"ם והרא"ש גם יחד; ולמרות שהשו"ע פסק כדעתם של ראשונים אלו, ואף לא הזכיר כלל את דעתו של ר"ח, ואף הרמ"א לא השיג על כך, ומכאן שגם הוא מסכים לפסק זה (אה"ע סימן פ' סוף סעיף א').

יצוין, שלא בכל מקרה יכולה דעת מיעוט לשמש בסיס לטענת "קיים ליי"; אלא שהאבחנה בין המקרים וקביעת הגדרה מדויקת בשאלה זו הינה סבוכה עד מאד, והפוסקים הרבו לעסוק בכך. ישנם חיבורים שלמים שכל ענינם הוא בירור שאלה זו (דוגמת ספרו המפורסם של הש"ך, "תקפו

שכיחה מאוד. הדבר מכביד על היציבות והוודאות בהלכה. מצב זה מתואר בדבריו של ר"י אייבשיץ בספרו "אורים ותומים". זו לשונו¹⁵:

"ובעונותינו הרבים, נשכח התורה מאתנו. אשר אין בכל חושן משפט ממש דין אחד, שאין בו – בכללים או בפרטים – מחלוקת הפוסקים, ראשונים או אחרונים. ואם כן, לשוא עמלו הבונים, הפוסקים ומחברים, בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון 'קים ליה', וחס ושלום תורתנו הפקר; ולכן צריך ישוב רבי"¹⁶.

פוסקים רבים עמלו למצוא דרך לצמצם את היקפה של בעיה זו¹⁷, אבל טרם נמצא לה פתרון המקובל על הכל.

כהן"; "קיצור תקפו כהן" לר"י אייבשיץ, שהוא קיצור ספרו של הש"ך, בתוספת רחבה של מראי מקומות ושל דיון ומשא ומתן בדבריו; החיבור נדפס בתוך ספרו "אורים ותומים", אחרי סימן כ"ה. באותו מקום נדפסו בשו"ע חו"מ גם חיבורים אחרים באותו נושא: "דיני תפיסה" לבעל נה"מ; ובהוצאה החדשה של השו"ע – מורשה להנחיל – נדפסו גם "כללי קים ליי" של הסמ"ע ושל הח"מ). סקירה רחבה של דעות הפוסקים בשאלה זו מובאת בספרו של הרב בצרי, "דיני ממונות", מהדורה שניה, חלק ד' עמ' קע"ד; וראה לקמן, הערה 17.

15 אורים ותומים, קיצור תקפו כהן, סימן קכ"ג קכ"ד; וראה לקמן, הערה 17 את הפתרון שר"י אייבשיץ מציע.

16 ראה גם מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** עמ' 1063: "מיותר להוסיף, כי יש בה, בטענת 'קים ליי', משום חתירה תחת אשיותיו של שיפוט סביר וסדיר".

17 ישנן דעות יחידניות שצמצמו מאד את האפשרות לטעון "קים ליי". למשל, ראה את דבריו של בעל "ערוך השלחן", חו"מ סימן כ"ה סעיף י"ג:

"כלל גדול הוא, שהבעל דין בעצמו אין ביכולתו לומר 'קים ליי', אלא בזמן שאיזה חכם מובהק יסכים עמו, דאם לא כן – לא שבקת חיי לכל דין, ומעולם לא יצא הדין לאורה". דעות נוספות אף קבעו שאין לקבל טענת "קים ליי" אלא מאדם הטוען **שבדי** לו כי הצדק עם אותה שיטה בראשונים הנוחה לו. כך היא דעת קונטרס הספקות, כלל ה' סימנים ב-ג וכלל ו' אות ט'. על דעה זו כבר תמה הרב שלמה זלמן אוירבך, בהערות לספר "שב שמעתא" מהדורת שערי זיו, שמעתא ד' פרק ט"ז:

"הלא יודעים ברור שהוא משקר ואינו יודע בין ימינו לשמאלו להכריע בדבר שגדולי הדורות לא ידעו להכריע".

אכן, במקומות רבים אנו מוצאים בשטף לשון הפוסקים שאין בעל הדין צריך לטעון ברי כדעה שהוא מבקש להסתמך עליה. כך, למשל, לשון הבי"י חו"מ קע"ה בסוף הסימן (סוף מחודש ל'): "כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא דיינינן ביה קולא ללוקח, דכיון שהוא מוחזק – אמר **דילמא** כי האי פוסק או כי האי פירושא קיימא ליי".

גם ה"חיות יאיר" קובע, בסימן קס"ה, כי "ברור דלא דוקא דאמר 'קים ליי', דלאו כולי עלמא דינא גמירא; רק הדיינים יפסקו כד"; והוכיח כן ממקומות רבים בהם קבעו הפוסקים, כי אין להוציא ממון בסיטואציה מסוימת, משום שנחלקו בה הדעות – **ולא הזכירו שלשם כך צריך בעל הדין לטעון בעצמו 'קים ליי'**. גם הרב עובדיה יוסף, בהקדמתו לשו"ת "יביע אומר", קובע (הסוגריים במקור):

"שאיין צורך שהבעל דבר בעצמו יטעון קים ליי, רק על הדיין לחקור ולדעת אם יש ב' פוסקים (ואפילו אחרונים) המסייעים את המוחזק... על הדיין לטרוח ולעיין היטב בספרי האחרונים כדי שלא יהיה בסוג מוציא ממון שלא כדין".

כאמור לעיל, בעיה זו היא מן המרכזיות שצריך להביא בחשבון בעת ניסוח חוזה. חוזה, או סעיף מסעיפיו, לא יהיו ישימים בבית דין אלא אם כן ינוסח החוזה באופן שיהא תקף **לכל הדעות**. אשר על כן, **שאיפתנו המרכזית לכל אורך החיבור היתה ליצור בסיס רחב ומוסכם ככל האפשר לכל סעיף מסעיפי החוזה**. השתדלנו להפנות

כך כותב כבודך אגב גם הרב י"מ בן מנחם, פד"ר כרך ד' עמ' 113:
 "והזכות דטענת קים לי אינו דווקא כשהבעל דין יודע הדעות החולקות וטוען בעצמו קים לי כהנך, אלא שבית הדין טוען כן בשבילי".

נסיון נרחב ביותר לצמצם את מספר המקרים בהם נשמעת טענת "קים לי", נעשה ע"י השיטה הגורסת שאין לטעון "קים לי" כשיטה שלא הוזכרה בשו"ע וברמ"א. כך היא דעתו של ר' יהונתן אייבשיץ באורים ותומים, קיצור תקפו כהן סימן קכ"ג-קכ"ד. לאחר הדברים הקשים שהוא מטיח בטענת "קים לי" והשלכותיה (ראה לעיל, טקסט, ציון 15), הוא כותב:

"דין שנוצר בשלחן ערוך, והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק, קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים וכן דן אני ובא, מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק; כיוון שהרב ב"י ורמ"א שמו זכרוננו אחרי הדלת, אין לחוש לו. וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שלחן ערוך והגהת הרב רמ"א... רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב, וחפץ ה' בידם הצליח. ולכן חס ושלום לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א... וכן ראוי להורות בלי פקפוק".

ר"י אייבשיץ כותב שגם דעתו של ה"חיות יאיר" היתה כך; כוונתו לדברי ה"חיות יאיר" בסימן קס"ה. אמנם, ב"חיות יאיר" עצמו נאמרו הדברים בצורה מתונה יותר:
 "מה דסתם לן הב"י בשלחן ערוך, דזכה שנקבע הלכה כמותו, ולא חלקו עליו הבאים אחריו, אין לומר קים לי כלל נגד הכרעתו".

בצורה מצמצמת זו הבין אותו גם בעל ה"נתיבות המשפט", דיני תפיסה, כלל כ'; זו לשונו, בשם החו"י:

"במקום שסתמו המחבר והרמ"א בהג"ה, ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אין יכול לומר קים לי כפוסק אחר".

יש בין האחרונים מי שקיבל את עמדתו זו של ר"י אייבשיץ. ראה פתחי תשובה חו"מ סימן י"ב סק"א; פד"ר, כרך ג' עמ' 72; הרב עובדיה יוסף, במקורות שצוטטו ב"ילקוט יוסף", חלק כללי מרן השולחן ערוך וכללי ש"ס, עמ' ד' הערה 15; ונוסף על המקורות שהובאו שם, בשו"ת "יביע אומר" חלק ז' חו"מ סימן ב'. גם דעתו של בעל שו"ת "כנסת יחזקאל", כפי שצוטטה בפת"ש חו"מ סימן קצ"ד סק"ג, דומה: "קבלה בידנו, במקום דרמ"א מכריע – הכרעתו הכרעה, אף להוציא ממוין".

אף הריא"ה הרצוג קובע, בשמו של ר"י אייבשיץ, שאין לטעון "קים לי" כדעה שלא הובאה בשו"ע ("פסקים וכתבים", כרך ט', חו"מ סימן כ"ח עמ' צ"א). במקום אחר מתבטא הריא"ה הרצוג בחריפות מרובה בנושא זה. זו לשונו (מתוך פסק דינו שהובא בהקדמה לחלק חו"מ (כרך ט') של ספרו "פסקים וכתבים"; ההקדמה נכתבה ע"י הרב ש' שפירא):

"הרב עדס השיב שכאן בארץ ישראל נוהג בבתי הדין של אחינו הספרדים הי"י שלא לתת לטעון קים לי כנגד מרן המחבר ז"ל, ואני אומר שאם משום כך כבר הגיע הזמן שגם אנו האשכנזים נתאסף יחד עם כל רבני ארץ ישראל הי"י מכל העדות ונקבל החלטה שאין לקבל טענת קים לי על יסוד דיעה שלא הובאה בשולחן ערוך כלומר בשני עמודי ההוראה רבותינו הב"י והרמ"א ז"ל, כלומר כדעת גאון הגאונים שר התורה רבינו יהונתן מפראג ז"ל בקיצור תקפו כהן סוף ס"ק קכ"ד. בחיי ראשי שענין זה של קים לי מצערני מאד כלפי פנים וכלפי חוץ כי ע"י כך תפוג תורה חס ושלום, וזה גרם שכמעט נסתם אותו המעיין המתגבר, דיני ממונות, ואיזה זלזול כבוד תורתנו הקדושה וזלזול כבוד שופטי ישראל נגרם בעמים ע"י

את תשומת הלב לחילוקי דעות שישנן בבעיות המתעוררות בדרך כלל בניסוח חוזים. לגבי הבעיות האלה ניסינו להציע פתרונות שימנעו ספקות ו"יעקפו" את כל המחלוקות.

משפט הירושה הידוע שהתקיים לפני תריסר שנה בבומביי בהודו אחרי פסקי בתי דין שלנו, שכולו הסתובב על "קיים ליי", וזמן רב השופטים והעורכי דין שלהם היה מרגלא בפומייהו, גם בבתי המשתאות בדרך בדיחותא 'קיים לי', אוי לה לאותה בושה אוי לה לאותה כלימה, ואם ל"קיים ליי" כמעט שלא תמצא ידיך ורגליך להוציא שום דין תורה לאורה, ובטוחני שאם נמשיך באותה הדרך, בשום אופן לא נצליח להכניס את חושן המשפט בתור הקודיקס של המדינה העברית, וזה מזכיר לנו נבואת התוגה, שלא ימצאו הלכה ברורה ומשנה ברורה, וכאילו חס ושלום תשתכח תורה מישראל. ומעיד אני שזה מקרוב ישבתי עם גדולי תורה ראשי ישיבה קדושה וגדולה בירושלים עיר הקודש תבנה ותכונן, ועוררתי על הזנחת החושן משפט, המקצוע בתורה שאין לך גדול ממנו ושעליו אמרו ז"ל הרוצה להחכים וכו', ושהוא חכמתנו ובינתנו לעיני העמים, כפשטא דקרא, והשיבו לי פה אחד: "ואיזה תועלת למעשה יצא מזה אחרי לימוד בעיון של שבע או שמונה שנים, שזה דרוש כדי להיות באמת מומחה בדיני ממונות – מה היא? 'קיים ליי' ושוב תמיד 'קיים ליי'".

במקום אחר מציע הרב הרצוג פתרון מקורי ומהפכני לבעיה (בספר **תחוקה לישראל על פי התורה** כרך ב' עמ' 72; הסוגרים במקור, ואילו ההדגשה שלי – ד' ב'):

"עולה בדעתי, בנוגע למציאות שנתחדשה בעולם המסחר והתעשייה, דבר כללי: שמציאות כזאת, ומצב כזה, לא היה קיים בימי חז"ל; [אף] שאפשר לנו לקבוע הדין בזה עפ"י הכללים שאינם תקנות, אלא משפטים ממש, [מכל מקום], מכיון שמציאות כזאת ומצב כזה לא היו קיימים בימיהם, ויש לנו יסוד לשער, שאילו היה מתחדש בימיהם, היו מתחשבים עם המציאות, וקובעים תקנה משום תיקון העולם, וכדרך שתיקנו שלא לנעול דלת וכו' משתנתמעטו דיינים סמוכים וכו' – **יש לקבל דין המלכות בזה הממלא אותו הצורך שהיתה תקנה כזו ממלאה. ואולי גם בספק פלוגתא דרבוותא יש להסתמך בזה בדינא דמלכותא...** אך אינני אלא מעורר ולא קובע שום דבר".

עצם העיקרון, שחוקים הממלאים צורך מסוים הינם תקפים, כאשר ניתן להניח שאף חכמי ההלכה היו מתקנים כמותם אילו היה הדבר בידם – הינו עקרון מקובל מאד בין הפוסקים בדורות האחרונים. ראה: שו"ת חת"ס, חלק חו"מ סימן מ"ד; שו"ת אמרי יושר, חלק ב' סימן קנ"ב סעיף ב'; פד"ר ו' עמ' 382; פד"ר כרך י"ב עמ' 294; שו"ת "ישכיל עבדי" חלק ו' חו"מ סימן ח'; מו"ר הרב אברהם שפירא במאמרו "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" **תחומין** כרך ג' 238; שו"ת "ציץ אליעזר" חלק י"ז סימן ס"ח; הרב נ' בר אילן במאמרו "עדות על תאונת דרכים בבית משפט" **תחומין** כרך י' 179; הרב נחום מנשה וייספיש, **משנת זכויות היוצר**, עמ' כ"ו; הרב ד' ליאור, **תחומין** ג' עמ' 247; סקירה מפורטת וממצה בענין הכרת ההלכה בחוקי הכנסת שיש בהם צורך מופיעה במאמרו של א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** ט"ז-י"ז (תש"ך-תשנ"א) 417. **ברם**, הריא"ה הרצוג **מחדש** כאן, שאף **עצם העובדה שבנושא מסוים ישנה מחלוקת יוצרת צורך** לתקן תקנה, ומהווה בסיס להכרה **בדין המלכות** באותו נושא. זהו חידוש מופלג ומרחיק לכת, שכן, כאמור לעיל, כמעט אין נושא בהלכה שאין בו מחלוקת.

מכל מקום ראוי להדגיש כי דעות אלו, המצמצמות את יכולת בעל הדין לטעון "קיים ליי", אינן מקובלות בדרך כלל על רוב הדיינים. הדעה המקובלת בבתי הדין מניחה לבעל דין לטעון "קיים ליי" כמעט בכל מחלוקת שהיא; ראה למשל לעיל הערה 14. הסיבה לכך היא, כנראה, עצמת החשש שחוששים הדיינים שמא יוציאו ממון שלא כדין.

ברם, משימה זו קשה לבצעה בשלמות, שכן די בדעת מיעוט הנמצאת אי שם ברחבי ים ההלכה, הפסיקה וספרות השו"ת, כדי להוות בסיס לטענת "קים ליי". משום כך עלול לקרות, שהחווה או אחד מסעיפיו יהיה בטל לפי שיטה מסוימת, והדבר יתגלה רק תוך כדי דיון בבית הדין.

כדי להתגבר על קושי זה, הפתרון המומלץ על ידינו הוא לנסח בחווה סעיף שבו מוותרים הצדדים לחווה על האפשרות לטעון "קים ליי".

יתר על כן: אף ר"י אייבשיץ עצמו, שהוא, כאמור לעיל, מרא דשמעתא של הגישה הקובעת שהכרעת המחבר והרמ"א הינה חזקה דייה להוציא ממון, נראה כסותר עצמו בנושא זה. במקום אחר בדבריו שלו עצמו משתמע, כי אין הרמ"א יכול להכריע במחלוקת ראשונים ולהוציא ממון על פי הכרעה זו. אלו דבריו בספרו "בני אהובה" על הרמב"ם הלכות אישות, פרק י"ד הלכה ח' (דף מ"ד ע"ב):

"בוזו יכול הבעל להחזיק ולומר קים לי כהרמב"ם ור"ת, ומספיקא – מי יוציא ממון נגד ר"ת והרמב"ם? ולכך השמיט ברמ"א בסימן ע"ז דעת הרא"ש והרשב"א... כיוון דיכול הבעל המוחזק בכתובה לטעון קים לי כר"ת והרמב"ם ז"ל".

נסכם ונאמר, שהדעה הגורסת שאין אפשרות לטעון "קים ליי" נגד הכרעת המחבר והרמ"א, אינה מקובלת בין הפוסקים.

עם זאת, קיים עקרון אחד המקובל על כל הפוסקים, ומצמצם במקצת את האפשרות לטעון "קים ליי". עקרון זה הוא שאין אפשרות לטעון "קים ליי" כדעת **יחיד**. ראה מהרי"ק (מהדורת אורייתא) שורש קמ"ט: "ופשיטא, כהאי גוונא, אפילו בענין ממון לא הוה מצי למימר 'קים לי' כדברי היחיד, ודלא ככל חכמי ישראל; ואפילו תפס הוא – מפקינן מיניה. וזה פשוט לכל מאן דנחית לעומקא דדינא". אמנם, ב"יתקפו כהן" לבעל הש"ך, בסימן קכ"ג, הובאה דעתו של מהרשד"ם, סימן כ"ד, שדקדק מדברי מהרי"ק, שאם המוחזק הוא "מוחזק **מעיקרא**" (היינו, **שלא** ע"י תפיסה בא הממון לידו) יכול הוא לטעון "קים ליי" אפילו כהיחיד, אם הוא "מומחה כרבינו תם", ואפילו כל חכמי ישראל חלוקים עליו; אבל הש"ך עצמו חלק עליו שם, וכתב שאין לדייק כן ממהרי"ק. דעתו של הש"ך היא הדעה המקובלת בין הפוסקים. מפיו של מו"ר הרב א' שפירא שמעת, כי ההסבר לכך הוא, שאם רק אחד מכל חכמי ישראל סבור כך, וכל חכמי ישראל כולם חלוקים עליו, עד שאין לו אפילו חבר אחד – הרי מוכח מכאן, שבמקרה זה אין דעתו אלא **טעות**. אמנם, אם מצינו רק שלושה מן הפוסקים דנים בענין מסוים, והם חלוקים שנים כנגד יחיד, יש אומרים שיכול בעל דין לטעון "קים ליי" כדעת היחיד, כיוון שרק שנים חלוקים עליו; ראה דיון בנושא ב"דיני ממונות" להרב בצרי, חלק ד' שער שלישי פרק שני, מהדורה שניה עמ' קמ"א, הערה 1; ונוסף על המקורות שהובאו שם, בית מאיר לאה"ע סימן ע"ז סעיף א' ד"ה הג"ה.

ישנן דעות הגורסות, שגם דעת שני פוסקים אינה יכולה להוות בסיס לטענת "קים ליי", במקרה שחלוקים עליהם פוסקים רבים מאוד. ראה ש"ך חו"מ סימן קכ"ח, שכתב על דעת ר"ת – אשר לדעת הסמ"ע, גם הרא"ש פסק כמותה, ונמצא שהיא דעת שני פוסקים גדולים – שדעה זו "בטלה בשלושים" פוסקים אחרים שהביא שם, וכתב שלכן אי אפשר לטעון "קים ליי" כדעה זו (אמנם, הרב בצרי כתב שם, בעמ' קמ"ב, ש"קים לי כשני פוסקים אפילו נגד מאה יכולים לומר", אם מדובר בפוסקים גדולים ומפורסמים; אבל לא הביא מקור לדבריו). דיון מפורט ומקורות נוספים בנושא "קים ליי" הובאו בדברי הרב בצרי שם.

ויתור זה יהיה תקף אם ינוסח **כהתחייבות ממונית** (ניסוח אחר עלול להתקל בטענת חוסר תקפות, מחמת בעית "קנין דברים"¹⁸ – בעיה הנדונה בהרחבה לקמן בפרק הראשון). כלומר, הניסוח יכלול התחייבות של כל אחד מן הצדדים לשלם לרעהו את כל מה שהוא חייב לשלם לו לפי השיטה הנותנת יתר תוקף לחוזה ולתניותיו, ומקנה לרעהו כל זכות שעל פי שיטה זו יש לרעהו.

בהקשר זה יצויין עוד, כי העובדה שהחיבור ממליץ על התחשבות בדעה פלונית או אלמונית בשעת ניסוח חוזה, אין משמעותה בהכרח שזו גם עמדתו ההלכתית האישית של הכותב. יתכן, שבשעת הכרעת הדין, אין להתחשב בדעה זו כלל. אולם בעת ניסוח חוזה אין לדעת מראש מי יהיו הדיינים שידונו בענין (למעט מקרה בו יש בחוזה סעיף בוררות), ואין אפוא לדעת מראש את עמדתם ההלכתית. לפיכך דרכנו בחיבור זה היא להשתדל להתחשב בכל דעה הקיימת בהלכה, בין במקורות הקדומים ובין אצל רבני זמננו.

18 זו הוראתו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג (ראה לקמן נספח ד' הערה א'). אמנם, ב"שטר הברורין" הנהוג ב"בית דין בינלאומי" בראשות הרב ע' בצרי, אנו מוצאים נוסח זה: "אנו מקבלים על עצמנו סברת הפוסק המקיים שטר ברורין זה עם כל חיוביו, ואפילו הוא פוסק יחיד, ולא נוכל לטעון קים לי נגדו". שטר בנוסח זהה נהוג גם בבית הדין לממונות שבמטה בנימין.

תוקפם ההלכתי של חוזים

(בעיית "קנין דברים")

א. הצגת הבעיה

1. כללי

המונח "חוזה" אינו מצוי כלל במקורות ההלכה²¹. אולם, כמובן, השאלה העקרונית איננה שאלת המינוח אלא השאלה המהותית: האם מכירה ההלכה בחובה לקיים חוזים? האם מורה ההלכה על מתן סעד משפטי לאכיפת הסכם?

אין כל ספק, כי ההלכה מכירה באפשרות **להעביר רכוש**; הדבר ניתן לביצוע על נקלה באמצעות מעשה "קניין". אלא שרוב החוזים אינם עוסקים כלל בעיסקה ריאלית המעבירה רכוש, אלא בהתחייבות אובליגטורית, כלומר, בהתחייבות עתידית – לשלם, לבנות, לחתום על מסמך, למכור, לקנות, להימנע מלמכור, להימנע מלהגיש התנגדות, וכיו"ב²². השאלה היא אפוא, האם ההלכה מכירה בכלל באפשרות להתחייב התחייבות עתידית בת תוקף.

בדיניה של מדינת ישראל שאלה זו אינה מתעוררת כלל. דיני מדינת ישראל הולכים בענין זה בעקבות הכלל הרומי המפורסם: כי "הסכמים יש לכבד" ("Pacta sunt servanda"). המשפטנים הרומאים, מאז קבעו את כלל זה, היו כופים אדם לעמוד בדיבורו ובהתחייבויותיו. כלל זה מקובל, אולי כאקסיומה, על שיטות המשפט המודרניות²³. הכלל הינו רחב ומשתרע על חוזים העוסקים בכל תחום שהוא – חוץ

21 אמנם, הוא נמצא פעם אחת במקרא: "כרתנו ברית... עשינו חֻזָה" (ישעיהו כ"ח, ט"ו).
22 הדבר כה מקובל, עד שיש משפטנים הכוללים זאת בהגדרת המונח "חוזה". ראה, למשל, את דברי הפרופ' ג' טדסקי, בערך "חוזה" באנציקלופדיה העברית, המגדיר חוזה כ"הסכם... שעל פיו מתחייב צד אחד כלפי השני (או מתחייב כל אחד כלפי רעהו) להתנהגות מסויימת".
חוזה "ריאלי", העוסק בהעברת בעלות גופה, אינו אלא בבחינת יוצא מן הכלל, אם בכלל ייקרא לו חוזה. ראה פרק א' לחוק המכר, תשכ"ח-1968: "מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר. חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, רואים אותו כחוזה מכר". אלא שלעתים מבלבל המחוקק בין המונחים השונים; על כך ראה א' זמיר, **חוק המכר תשכ"ח-1968** (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי), עמ' 691.
23 הכלל הזה אינו תנאי בלעדי לקיומה של שיטת משפט. למשל, השיטה המוסלמית, כנראה, אינה מכירה בו. ראה דבריו של א' ורהפטיג, "למהותו של החוזה במשפט העברי (לבעיית קנין דברים)", עבודה לשם קבלת תואר ד"ר, הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשל"ח, בעמ' 329. ראה גם ב' ליפשיץ, **אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי** (ירושלים תשמ"ח) עמ' 417.

מיוצאים מעטים מן הכלל²⁴. באופן כללי ניתן לומר אפוא כי לפי דיני מדינת ישראל כל התחייבות הינה תקפה.

לעומת זאת, בהלכה אין הדברים כה פשוטים. אין בשיטת משפט זו כלל רחב, הקובע כי כל התחייבות הינה תקפה. העיון בהלכה מעלה, כי יש צורך להבחין בין תחומים שונים וסוגים שונים של חוזים, ולדון בכל תחום לגופו. מתוך כל הסוגים האפשריים – שהינם רבים ומגוונים – בחרנו לעסוק כאן בארבע קטגוריות טיפוסיות, שהן השכיחות ביותר בחוזים הרגילים: התחייבות להתנהגות מסוימת, התחייבות כספית, התחייבות למכור חפץ והתחייבות לבצע עבודה.

2. התחייבות להתנהגות מסוימת

הקטגוריה הראשונה – התחייבות להתנהגות מסוימת (התחייבות לפעול פעולות מסוימות, או התחייבות להימנע מפעולות מסוימות) – אינה מוכרת כלל ע"י דין תורה. במלים אחרות, לפי דין תורה אין שום תוקף משפטי להתחייבותו של אדם להתנהג בצורה זו או אחרת²⁵. אמנם, ההלכה קובעת כי אדם צריך לעמוד בדיבורו. על פי ההלכה "כל החוזר בו, בין לוקח, בין מוכר... הרי זה ממחוסרי אמנה, ואין רוח חכמים נוחה הימנו"²⁶; אבל ההלכה איננה כופה, במקרים רבים, את קיום ההסכם **בסנקציות משפטיות**²⁷. "הבטחה לעשיית מעשה בעתיד איננה

גם הרומאים, אבות כלל זה, לא החזיקו בכלל הזה מאז ומתמיד. הוא נתחדש בבית מדרשו של המשפט הרומי במאתיים השנים האחרונות שלפני הספירה. "עד אז היתה קיימת ברומא – כמו בעולם העתיק כולו – זהות מוחלטת של המושגים 'מכר' ו'העברה'; אם לא היתה העברת בעלות, גם מכירה לא היתה – אפילו הגיעו הצדדים לכלל הסכמה הן על האובייקט והן על המחיר – ולא ניתן סעד למי שלא עמד בדיבורו". רק מאותה תקופה ואילך, "המשפט הרומי הכיר בעצמאות החוזית של המכר, וחייב את הסרבן לתת פיצוי לצד המוכן לקיים את המוסכם" (לשון הפרופ' ר' ירון, באנציקלופדיה העברית, ערך "רומי, המשפט ה-", כרך ל' עמ' 778). ראה, באופן כללי, ספרו של מ"א ראבילו, **פרקים בדיני חיובים – מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש**.

24 כגון חוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או נוגד את "תקנת הציבור", שדינם, באופן כללי, להיות בטלים (ראה סעיפים 30-31 לחוק החוזים הכללי); או חוזים העוסקים בסוגים מסוימים של משחקי הגרלות והימורים, שדינם הוא, שאין הם מהווים עילה לאכיפה או לפיצויים (ראה סעיף 32 שם).

25 אבל ראה יוצאים מן הכלל לקמן, סמוך לציון 57 ואילך.

26 רמב"ם, מכירה פ"ז הלכה ח'.

27 על תפיסתו העקרונית של דין התורה בנושא זה ראה אנציקלופדיה תלמודית ערך התחייבות, כרך י"א עמ' רמ"ה; א' ורהפטיג, בחיבורו שנוכר לעיל הערה 23; ב' ליפשיץ, **אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי** (ירושלים תשמ"ח).

טעמה של ההלכה שאינה מכירה, עקרונית, בחיובו של אדם לקיים את התחייבותו, הינו, אולי, תמיכה מעמיקה וקיצונית בחירות האדם עד כדי חוסר נכונות להכיר ביכולתו לכבול את עצמו בחוזה ולחייב עצמו להתנהג בצורה מסוימת. ראה בכיוון זה ובהרחבה, דבריו של א' ורהפטיג בחיבורו הנ"ל בהערה 23, בעמ' 312 ואילך; ב' ליפשיץ במאמרו "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה?" **משפטים** כרך כ"ה (תשנ"ה 1995) עמ' 161-179.

בת אכיפה במשפט העברי²⁸.

כך, למשל, נקבע בגמרא²⁹, כי שני שותפים בקרקע, שהסכימו ביניהם כי יחלקו את אדמתם המשותפת לשני חלקים, ואף עשו קנין על כך – אין הם יכולים לכופ איש את רעהו לקיים את ההסכם. קנין על הסכמה כזו נקרא **"קנין דברים"**³⁰, ואין לו תוקף.

ההלכה מכירה, כמובן, באפשרות לחלק קרקע, אך לא בהתחייבות לחלק. התחייבות לחלוקה אינה דבר ממשי. ההלכה קובעת, בלשונו של הרמב"ם³¹, כי "אין אדם מקנה, לא במכר ולא במתנה, אלא **דבר שיש בו ממש**; אבל דבר שאין בו ממש³² –

28 כלשונו של ב' ליפשיץ בספרו **עובד וקבלן – בין קנין לבין התחייבות** עמ' 24.

29 ב"ב ג' ע"א. ראה גם דבריו של רב נחמן, שם קמ"ז ע"ב.

30 שם. להגדרת המונח ראה גם: א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק א' סעיף כ"ח; א' ורהפטיג, בחיבורו הנזכר לעיל הערה 23.

31 מכירה פכ"ב הי"ג, בעקבות המקורות שהובאו לעיל בהערה 29.

32 רב האי גאון מגדיר את ה"ממשות" הנדרשת בלשון ציורית מאד (ספר המקח, שער שני):

"אין מכר מתקיים אלא בדבר שיש בו מששא, דומיא דגוף אדם, שיש בו ארך ורחב ועומק; ושלושה יסודות הללו אתה מוצא בכל דבר שיש בו מששא. אבל כל דבר שאין בו מששא – אין מכר מתקיים בו".

מהגדרה מחמירה זו יוצא, שלא רק חוזים אובליגטוריים הם בעיה. גם חוזה ריאלי, המעביר **רכוש** בין צדדים לחוזה, עשוי להיות בעייתי, אם הרכוש הינו נכס **בלתי מוחשי**. זהו אחד ההסברים לדין המפתיע הנמצא בגמרא (כתובות פ"ו ע"א): "המוכר שטר חוב לחבירו, וחזר ומחלו – מחול" (ראה רי"ף ורי"ן שם, דף מ"ד ע"ב בדפי הרי"ף). ראה גם טושו"ע חו"מ סימן קכ"ג סעיפים א' – ב', הדנים, בהקשר לבעיה שאנו דנים בה, באפשרות להקנות פקדון או מלווה או זכות תביעה; ראה בענין זה גם את דבריו של א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק ד' סעיף כ"ד. מכל זה נראה, לכאורה, כי בעייתיות היא מכירתן של קנינים רוחניים, כגון זכות יוצרים, מוניטין, ניירות ערך וכדומה (אולי קשורה בכך העובדה שדין התורה שולל את תוקפה של עיסקא שבה אדם מעביר את הזכות, הציפיה, לרשת את מורישו לכשימות; ראה ר"ן כתובות דף מ"א ע"א בדפי הרי"ף). ברם, מתקבל יותר על הדעת, כי רב האי גאון לא ביקש אלא לשלול את התקפות של התחייבות **להתנהגות** מסוימת, אבל לא למנוע עיסקות של העברת **בעלות**. לפי זה, אם ההלכה מכירה כיום בקנין הרוחני, מ"דינא דמלכותא" או ממקור אחר, אין סיבה שלא להכיר באפשרות העברת ומכירת זכות מסוג זה. ראה, בכיוון זה, את פסיקת בית הדין הרבני הגדול (כפי שהובאה בת"א (בי"ש) 42/81 **חדד נגד ארגמן**, פסי"מ תשמ"ה (2) עמ' 337, בעמ' 340, ומשם צוטטה במאמרו של מ' דרורי "דירת בני הזוג בפסיקתם של בתי הדין הרבניים ושל בתי המשפט האזרחיים" **שנתון המשפט העברי** ט"ז-י"ז (תשי"ן-תשנ"א), עמ' 89, בעמ' 93):

"אלא שחוקי המדינה עשו את האיין יש ושאיין בו ממש ממש, ודנין בו כדין קרקע או מטלטלין".

על מקומם של הקניינים הללו בעולם המשפט בכלל, ראה י' ויסמן, **דיני קנין** עמ' 365 ואילך, וגם עמ' 352. על הקנין הרוחני בדין התורה בפרט, ראה ז' פלק, **הקנין הרוחני בדיני ישראל**; נ' רקובר, **זכות היוצרים במקורות היהודיים**.

מכל מקום, ודאי הוא שאין כל קושי בהעברת או במכירת **זכות בנכס מוחשי**. משום כך, אין כל בעיה במכירת זכות חכירה בדירה (כידוע, רוב הדירות בארץ הינן רכוש המוכר של מינהל מקרקעי ישראל). "השכירות – מכירה לזמן קצוב היא" (רמב"ם, הלכות שכירות פ"ז ה"א);

אינו נקנה"³³. כך כותב הרמב"ם גם במקום אחר, וזו לשונו³⁴:

"הדברים שאין בהם ממש – אין הקנין מועיל בהם כלום. כיצד? הרי שכתב בשטר 'וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני'³⁵ או 'שיחלקו החצר שביניהם'... הרי זה **קנין דברים**, ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסוים וידוע".

"השוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן" (רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון פ"א ה"ה). העברת זכויות בנכסים חמריים הינה אפשרית, שכן זכות חכירה בדירה נידונה, בעצם, **כחלק** מן הדירה. הריטב"א (בשו"ת, סימן קל"ט עמ' קס"ד) עסק בשאלה זו ממש. הוא נשאל לגבי שטר, שבו נתן אדם לאשתו "כל זכות שהיה לו בנכסיה". הריטב"א קובע כי השטר תקף. הוא מסביר, ש"אין לומר כי... זכות מטלטלין אינו נקנה באגב, כי הוא דבר שאין בו ממש; שזה אינו, כי **הזכות הזו היא החלק שיש לו בנכסיה**". אגב, גם חכמי המשפט הישראלי רואים כך את מושג הזכות הקנינית המודרנית. ראה, למשל, י' ויסמן, **דיני קנין** עמ' 366, הקובע, כי חוקים הקובעים דינים ביחס למקרקעין, חלים גם על זכויות שיש לאדם בקרקע (אמנם, הפרופ' ב' ליפשיץ העיר לנו, כי הרומים סברו שזכות שכירות היא אישית, ויש לכך רמזים בתוספתא).

33 לפי דעות מסוימות, ניתן לפתור את הבעיות של מושאי קנין אשר הקנין אינו יכול לחול עליהם, ע"י קנין "סיטומתא" (ראה דיון בפד"ר כרך ח' עמ' 51 ואילך; וראה לקמן הערה 106) או ע"י "אודיתא" (ראה אנצ' תלמודית ערך "אודיתא" כרך א' עמ' ר"ט). ועוד חזון למועד לדון בע"ה בענין פתרונות לבעיות אלה.

34 רמב"ם, מכירה פ"ה הלכה י"ד.

35 ראה גם לשון תשובות מיימוניות, משפטים סימן ס"ז:

"ודיקא (=ודווקא) דמקני ליה מידי דלא הוי ליה מעיקרא, אבל היכא דלא מקני ליה אלא שלא יחזרו בדבר שביניהם – קנין דברים בעלמא הוא... כגון, תגרי דאתנו אהדדי בקנין, כי זביננא להו ('צ"ל להווא?) מידי, להוי בשותפות ביננא (=סוחרים שהתנו ביניהם בקנין: 'כאשר אקנה משהו, יהיה הדבר שייך לשנינו בשותפות') ואז לאידך וזבן – לית ליה לאידך למבעי ליה מידי (=והלך חברו וקנה, אין לחברו זכות לדרוש ממנו דבר), דקנין דברים הוא".

בעיה זו, של כריתת חוזה שותפות, הטרידה את גדולי הראשונים. מהם שמצאו לה פתרון בדמות **הקנאת גופו של השותף**. ראה השגת הראב"ד לדברי הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין פרק ד' הלכה ב', זו לשונו: "ורבותי הורו, שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין עבדים". ראויה לציון העובדה, שהראב"ד אומר את דבריו בימינו, כאשר דין "עבד עברי" אינו נוהג. ראה גם חזו"א, ב"ק סימן כ"א ס"ק כ"ח; קצות החושן, סימן של"ג ס"ק ה' וס"ק ו'; שאילת דוד, חו"מ סימן א'; ברכת שלמה (טנא) סימן י"ח; י' לרר במאמרו "מהות השותפות" **ניצני ארץ** י' (תשנ"ג) עמ' 119; ב' ליפשיץ בספרו **אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי** עמ' 270 ואילך. ראה על כך גם דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה ג'.

ראה גם את לשונו של ראב"י אב"ד, חותנו של הראב"ד, בתשובה (הוצאת קאפח) סימן רי"ט. אחרי שגם הוא מסביר את השותפות על הבסיס הדחוק של דיני פועל, כאילו כל אחד מהצדדים הינו פועל ושכיר של חברו, הוא מסיים: "אין לנו ראייה אחרת, אבל זה נזרק מפי חבורתינו, ע"י מעשה בנרבונה" (הציטוט הוא מתוך א' ורהפטיג, בחיבורו שהובא לעיל הערה 23, בעמ' 231). למקורות רבים ולניתוח מפורט של כריתת חוזה השותפות בהלכה, ראה א' רהפטיג, בחיבורו הנ"ל בהערה 23, עמ' 225 ואילך; ב' ליפשיץ, **עובד וקבלן – בין קנין לבין התחייבות** עמ' 118 ואילך.

דין התורה אינו מכיר אפוא בהתחייבויות חוזיות³⁶ להתנהגות מסוימת – לעשות דבר מה או להימנע מעשייתו³⁷. על פי ההלכה, כאשר מופר חוזה, לעתים קרובות לא

36 זו גם דעתו של א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק ב' סעיף כ"ז, עמ' 63: "לפי חומר דיני התלמוד, אין חיוב עשיה חל, לפי שאין בו נשוא ממש, שעליו יתחייב האדם וישתעבדו נכסיו... ומשום כך, חוג פעולת החיוב בדינינו מוגבל הוא וצר מחוג פעולתו של החיוב בדיני הרומיים והעמים הנאורים בימינו. על פי תורת המשפטים הרומית, החיוב, על פי תכנו, בא על עשיה או על מניעת עשיה שיש בה תועלת של ממון, ואין כל צורך שתהא בו נתינת דבר ממש. בתורת משפטינו – החיוב מוטבע בדמות קנין החפצים, וצריך שיהא בו נשוא ממש... במקום שאין נתינת שווי ממשי כזה, כמו בהתחייבות על מניעת העשיה או על עשיה שאין בה ממש, אין חיוב חל".

פרופ' ש' אלבק, בספרו **יסודות דיני הממונות בתלמוד** עמ' 186 ואילך, קובע – תוך התעלמות מוחלטת מכל דברי הגמרא והראשונים לגבי "קנין דברים" – כי ההלכה מכירה בתוקפה של התחייבות חוזית. העובדה שאין בדין תורה מושג מקביל ל"חוזה", אין מקורה – לדעתו של אלבק – אלא בכך, שחכמים לא ראו במושג כזה צורך עיוני כלשהו. ראייה אחת להוכחת דעתו מביא הפרופ' אלבק מכך שאדם יכול להתנות על מה שכתוב בתורה (למשל: שומר שכר יכול להתנות שדינו כשומר חנם – ובכך לפטור עצמו מחיובי ממון מסוימים, אשר מן הדין היה חייב בהם; בעל יכול להתנות עם אשתו, שאין הוא חייב לזון אותה). משם למד הפרופ' אלבק קל וחומר:

"אם יכול אדם להתנות עם חברו תנאים ולקבל עליו התחייבויות שהם נגד מה שמפורש בתורה, על אחת כמה וכמה יכול הוא להתנות תנאים שלא נתפרשו בתורה כלל, ואינם כנגד מה שכתוב בתורה, ויכול הוא להתחייב בכל התחייבות שירצה ועל פי הדין הוא חייב לקיים את התחייבותו".

אולם ראייה זו אינה משכנעת. בענין השומרים אין מדובר כלל בחיוב להתנהגות מסוימת, אלא בנטילה או במחילה של חיובים כספיים וזכויות כספיות מסוימות, כאשר תוקף חיובים אלו הוא **מעכשיו**. ראה דברי התוספות, כתובות נ"ד ע"ב ד"ה אף על פי, וראה לקמן סמוך לציון להערה 51 ו-54. לבד מזאת, שם אין מדובר ביצירת חיוב חוזי "חדש", אלא בהתנאה על מבנה החיוב הקיים בדין התורה.

37 אלא שיש הבדל בין התחייבות לעשות להתחייבות שלא לעשות. התחייבות לעשות דבר מה – **לעתיים**, לדעות מסוימות, תהיה תקפה. למשל, אם מדובר בהתחייבות לתת כסף או שווה כסף, שכן היא עשויה להתפרש כמתן דבר **ממשי**. לעומת זאת, התחייבות **להימנע** מעשיית דבר מה, **לעולם** אין היא תקפה. "לא יחול החיוב, לפי דינינו, על מניעת העשיה; כגון, שלא לעשות כך וכך. כי מניעת העשיה, גם אם יש בה תועלת של ממון – לא תביא לעולם לידי נתינת דבר לבעל חוב, ולא יתכן עליה השעבוד" (כלשונו של א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק ב' סעיף כ"ז עמ' 63). כך, למשל, נפסק, בפד"ר י"א עמ' 331 (ישבו בדין הרבנים ש' גורן, א' שפירא, ש' מזרחי): "נראה שגם כאשר ישנה התחייבות מפורשת של האשה לא לתבוע הגדלת המזונות, אך אין התחייבות מצדה לשפות את האב על כך, אין זאת אלא קנין דברים בעלמא, שאינו תופס לפי הדין, ואין זה מחייב את האשה להמנע מלתבע בניגוד להסכם".

ז' ורהפטיג, בספרו **מחקרים במשפט העברי** עמ' 83, ואחיו, ש' ורהפטיג, בספרו **דיני חוזים במשפט העברי** עמ' 327, סבורים, כי התחייבות חוזית להימנע מעשיית דבר מה היא תקפה, שכן לא שייכת בה בעיית "עבדי הם ולא עבדים לעבדים". האחים ורהפטיג מוכיחים את דעתם מדברי הגמרא ב"ב ט' ע"א, לגבי "הנהו טבחי". הגמרא שם מכירה, עקרונית, בתוקף חיובים של טבחים שלא לעבוד איש ביומו של רעהו, כפי שהתנו והסכימו הדדית. ברם, ראייה זו אינה מוכיחה דבר, שכן דברי הגמרא מבוססים על יסוד דיני **תקנות הקהל**, ולא על יסוד דיני החוזים. ראה לקמן נספח א', הערה 311; ראה גם א' ורהפטיג בחיבורו שהובא לעיל הערה 23, בעמ' 230, שעמד על הדבר היטב.

זוכה הצד הנפגע **לשום סעד** – לא אכיפת ביצוע בעין, ואף לא פיצויים. עמדה זו של ההלכה באה לידי ביטוי מעשי בדברי הפוסקים לאורך כל הדורות לרבות בפסיקת בתי הדין הרבניים בימינו³⁸.

38 ראה הדוגמא המובאת לעיל בהערה הקודמת, בדבר התחייבות להימנע מהגשת תביעה משפטית מסוימת.

דוגמא נוספת לענין זה היא התחייבות של בני זוג (בהסכם גירושין) להתגרש זה מזה. התחייבות זו אינה תקפה, והחוזר בו רשאי שלא לקיימה, ואף אינו חייב לפצות את הצד הנפגע. זו לשונה של הפסיקה בפד"ר כרך ח' עמ' 179, בהרכב הרבנים ש"ב ורנר, ע' אזולאי, ח"ג צימבליסט (ההדגשה אינה במקור):

"הנה זה ברור שהפס"ד לגירושין שניתן בהסכמה, אף שקיבלו הצדדים בקנין, אינו מחייב לגבי עצם הגירושין... מעצם הגירושין יכול כל צד לחזור בו, כי על זה לא קיבלו בקנין, ועל זה גם לא שייך קנין, כי הוא קנין דברים".

הדיינים כיוונו לדעתו של מהרא"י איסרלן (שעסק בבעיה כזו בדיוק, בפסקיו, סימן קע"ג), מבלי להביאו. אמנם, ראה דיון נרחב ומפורט בנושא, בפד"ר כרך ז' עמ' 353 (ישבו בדין הרבנים ש' טנא, י' נשר, א' הורוביץ). הרבנים הביאו גם דעה הגורסת כי אם נוסח הסכם גירושין בלשון **חיוב**, הרי הוא תקף, ואינו בבחינת "קניין דברים". אולם נראה כי זו דעת יחיד (ראה לקמן, הערה 53; ועוד על תקפותו של הסכם גירושין ראה לקמן הערה 72). התחייבות לישא או להינשא אף היא אינה תקפה. כך היא לשונו של הרי"י מיגש (שו"ת הרי"י מיגש, סימן קל"ה):

"שהקנין שהעידו בו על ראובן, שקנו מידו שישא את בת דודו, אינו קנין כפי שורת הדין, להיותו קנין על פעולה שיעשה אותה, והוא נקרא קנין דברים שאינו קנין. לפי שהקנין אינו מועיל אלא בכל דבר שיש בו עצם, או (כנראה צ"ל: ולא) בפעולות, שהם מקרים ואין להם עצם".

הדבר מצוי גם בדבריו של החת"ס, וזו לשונו (שו"ת חת"ס, אה"ע ח"ב סימן ק"ה):
"האמת, שאי אפשר לשום קנין שיחול על אדם שיתחייב לישא אשה פלונית, ומשום הכי הצריכו קדמונינו לתקן חרמות וקנסות בתנאים של שדוכים, משום שאין שום קנין וחייב חל על נישואי אשה".

"ה"חרמות" ו"הקנסות" שהוזכרו בדברי החת"ס הינם הדרכים בהן נוהגים להתמודד עם בעיית "קניין דברים". על מהותם של הפתרונות הללו ראה בהרחבה לקמן, סעיף ב' ("דרכי פתרון"). סיטואציה מעניינת נוספת שבה נידון ענין תקפותה של התחייבות להתנהגות, היא הסכם רוטציה שערכו פוליטיקאים. מעשה בפוליטיקאים שערכו רשימה משותפת ("חזית דתית מאוחדת", שהתמודדה בבחירות למועצת עיריית רחובות). המועמד הראשון ברשימה התחייב, כי אם תזכה הרשימה בשני מקומות בלבד, אזי יתפטר בתום שנתיים, לטובת המועמד השלישי ברשימה. כאשר הגיע המועד – הפר הלה את התחייבותו. הנפגע הגיש אפוא תביעה לבית הדין. להגנתו טען המפר-הנתבע, כי התחייבותו לא היתה אלא קנין דברים ולפיכך אינה מחייבת. בית הדין קבע, כי הסכם זה שבין פוליטיקאים, רואים אותו כאילו הוא תקנה שתיקן הציבור, שדינה שהיא מחייבת, בלא תלות בדיני החוזים הפרטיים (ישבו בדין הרבנים י' קוליץ, ש' מזרחי, ש' קוק. ראה פד"ר כרך ו' עמ' 166 ואילך). פסק הדין אושר גם בערעור (ישבו בדין הרבנים י' נסים, י"ש אלישיב, א' גולדשמידט. ראה שם, עמ' 173 ואילך). בהקשר זה מעניינת היא העובדה, כי דווקא בתי המשפט הדנים על פי החוק הישראלי – המקבל את עקרון החובה לקיים חוזים – אינם מוכנים לתת סעד, לא של אכיפה ולא של פיצויים, במקרה של הסכם רוטציה או הסכם קואליציוני, בנימוק שאלה נוגדים את "תקנת הציבור" או בנימוקים אחרים (ראה, למשל, בג"צ 501/80, **זועבי נגד אבו רביע**, פ"ד ל"ה (2) עמ' 267; בג"צ 669/86, **רובין נגד ברגר**, פ"ד מ"א (1) בעמ' 77; בג"צ 1635/90,

כאמור לעיל, בניגוד לעמדת ההלכה, מכירות השיטות המודרניות כולן בתוקפה של התחייבות חוזית. חילוקי הדינים בין השיטות המודרניות אינם סובבים אלא על השאלה איזה סוג של סעד יתן בית משפט: אם אכיפת ביצוע "בעין"³⁹, או שיסתפק בפיצויים⁴⁰ בלבד⁴¹.

יש להדגיש כי האמור לעיל ביחס לעמדת ההלכה תקף גם כאשר נעשה מעשה "קנין" (ראה לקמן, פרק שני). אין בכחו של מעשה "קנין" לתת תוקף להסכם שהוא בבחינת "קנין דברים".

3. התחייבות כספית

הקטגוריה השניה שנדון בה כאן הינה **התחייבות כספית**. התחייבות כספית – ישירה ומפורשת – יש לה, לפי ההלכה, תוקף מלא. לאמר: אדם, המחייב עצמו בממון, יהיה חייב לשלם את הכסף.

"המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום – הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא"⁴².

ז'רז'בסקי נגד ראש הממשלה, פ"ד מ"ה (1) בעמ' 845. סיטואציה נוספת, בה עשו דיינים שימוש בדיני התקנות, כדי לתת תוקף לחוזה, ניתן לראות בפד"ר כרך ו' עמ' 323-324. הדיינים שם חייבו חברה ציבורית (בשם "שיכון ופיתוח, חברה למימון והשקעות של אגודת ישראל") לעמוד בהתחייבות ליתן דירה לקונה; העילה שמצאו הדיינים היא "דמאחר והנתבעת היא חברה ציבורית, יש תוקף להתחייבותה מדין דבר הנעשה ברבים, וכשם שבדבר הנעשה ברבים מועיל קנין אף על דבר שלא בא לעולם ועל דבר שאין בו ממש".

ענין נוסף, בו באה לידי ביטוי מעשי בעיית "קנין דברים", הוא ניסוח הסכם הבוררות; ראה לקמן פרק חמישי, סמוך לציון 257 ואילך. הבעיה מתעוררת גם בניסוח הסכם למניעת טענת "קים ליי"; ראה לעיל, הערה 18, ודברי הרב ז"נ גודלברג, לקמן נספח ד' הערה א'. דוגמה נוספת לחוזה שאינו תקף, משום בעיית "קנין דברים", הינו חוזה שבו מתחייב שומר להישבע על כך שלא שלח ידו בפקדון; ראה ש"ד, חו"מ סימן ס"ו ס"ק קכ"ח, בשם הבי"י. הש"ד קובע, כי הד"מ והסמ"ע, שהשיגו על הבי"י, וכתבו שאדם יכול להתחייב בקנין להיות שומר חינוס על קרקע, לא שתו לבם לכך שבענין הזה מתעוררת בעיית "קנין דברים".

39 כמקובל, ברוב המקרים, בישראל כיום. ראה סעיפים 2-5 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"ג-1973; ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 17 ועמודים 527-545.

40 פיצויים שביאו את הנפגע למצב הכספי בו היה עומד **אילו קיים החוזה**. על כך, ועל עמדת ההלכה בנושא זה, ראה לקמן פרק חמישי סעיף ז' (סמוך לציון 270 ואילך).

41 כעמדתו המסורתית של המשפט המקובל האנגלי; ראה סקירתה של ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 17.

42 רמב"ם הלכות מכירה פ"א ה"ו. ראה גם שו"ע חו"מ סימן ס' סעיף ו'.

ראוי לציון, כי יש להבחין בין התחייבות כספית – שהיא תקפה – לבין התחייבות להפקיד כסף ביד שלישי. זו האחרונה אינה אלא קנין דברים, ככל התחייבות להתנהגות, ואין לה כל תוקף (שו"ת מהרש"ם, חלק ד' סימן י"ט. ברם, אפשר, שמכל מקום משמע מדבריו שהמתחייב חייב להפקיד את הכסף ביד שלישי כלשהו, ורק על זהותו אין אפשרות להתחייב).

נראה, כי קביעה זו מקובלת על רוב רובם של הפוסקים⁴³, ולא ניתן לטעון כנגדה "יקים ליי"⁴⁴.

הדין⁴⁵, לפי הדעה המקובלת⁴⁶, הוא שאדם יכול להתחייב כל סכום, אפילו הוא גבוה

43 ראה לקמן הערה 46.

בעיה מיוחדת מתעוררת, לפי דעות מסוימות, במקרה שהתחייבות הכספית אינה קצובה (כגון: התחייבות לספק מזונות במשך תקופה מסוימת, בלא תלות בעליית מחירים אפשרית במשך התקופה). אולם לפי רוב רובן של דעות הפוסקים גם התחייבות כזו היא תקפה, ורוב הדיינים פוסקים שאי אפשר לטעון "יקים ליי" כדעת המיעוט הסבור שאין להתחייבות תקפה. על הסוגיא (ועל השלכתה האפשרית להתחייבות צמודה למדד) ראה לקמן נספח ב', סמוך לציון 408 ואילך.

44 על טענה זו ופרטי דיניה ראה לעיל, מבוא.

45 שו"ע חו"מ סימן ס' סעיף ו'. מבחינת דיני מדינת ישראל לא מתעוררות בהקשר זה בעיות כלשהן.

46 קיימות, אמנם, גם דעה אחרת, אבל אין לה, לענייננו, כל השלכה מעשית. מדובר בשיטתו של רבינו תם המובאת בתוס' כתובות נ"ד ע"ב ד"ה "אף על פי". לדברי הטור, חו"מ סימן ס', זו היא גם דעתו של הר"ף; אולם כבר כתב שם הב"י, שלשון הטור אינה מדויקת, וכי "הר"ף מודה בהיא דהרא"ש, שאדם יכול להתחייב בדבר שאינו חייב, אע"פ שאין לו נכסים, לפי שגופו ועצמו הוא מחייב ומשעבד" (השווה נימוק זה לדבריו של הר"ף בכתובות ריש פ"ב, דף ס"א ע"א בדפי הר"ף). אמנם, גם בטי"ז על חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז, כתב בשם הר"ף כפי שכתב הטור בשמו; אבל המקורות לדברי הטי"ז, ברי"ף, אינם ברורים. ראה עוד בענין זה את המקורות המובאים באנציקלופדיה התלמודית, ערך התחייבות, כרך י"א עמ' רנ"ה, ובהערות שם.

לדעה זו אין כל השלכה מעשית, שכן משנה מפורשת (כתובות נ"ד ע"ב) קובעת, כי "אם רצה להוסיף – אפילו מאה מנה – יוסיף". השיטות הגורסות שאין אדם יכול לחייב עצמו בסכומים הגדולים ממה שיש לו באותה שעה, יאלצו אפוא להודות, כי בסופו של דבר יחייב אדם, כמעט בכל הנסיבות, לעמוד בהתחייבותו זו. ראשונים אלה מסבירים, כי עצם ההתחייבות, על הסכום הגדול, מהווה הודאה (מכללא) בכך שיש לו נכסים בשווי שעליו התחייב (ראה דברי התוספות, כתובות נ"ד ע"ב סוף ד"ה אע"פ). כאמור לקמן בהערה 100, הודאה היא לכל הפחות ראייה חזקה וטובה, ואין אחריה ולא כלום, גם אם יעידו עדים, שאין לו (או שבשעת ההתחייבותו לא היו לו) נכסים בשווי זה. בעיה עלולה להוציא רק במקרה שיהיה אומדן ברור וגלוי – "אנן סהדי" – שאין לו נכסים, או אם יודה הצד הנהנה, כי לאמיתו של דבר לא היו לצד המתחייב נכסים (במקרים אלה – ישנם ראשונים האומרים שאין ההודאה מועילה, כדלקמן בהערה שם). ברם, לרוב – בעיה זו לא תתעורר, שכן "אנן סהדי" על כך אינו שכיח; ולרוב, אדם לא יודה בכך שלצד השני לא היו נכסים, מן הטעם הפשוט, שאינו יודע בוודאות גמורה מה בליבו ומה בכיסו של חברו.

אמנם, ישנם ראשונים הסבורים, כי אין "אודיתא" תקפה אלא לגבי שכיב מרע (ראה לקמן בהערה שם); לפי זה, לכאורה תתעורר כאן בעיה, אם נרכיב שיטה זו על גבי השיטה הקובעת, שאין אדם יכול להתחייב על סכום הגבוה משווי נכסיו. ברם, לאמיתו של דבר, גם שיטה זו אינה יכולה לעורר כאן בעיה. כאמור, משנה מפורשת קובעת, כי אדם יכול להתחייב על מאה מנה; לכן, ראשונים אלו, המפחיתים את ערכה של ההודאה כראיה, יצטרכו, כנראה, לסבור, כי אדם יכול להתחייב על סך הגדול משווי נכסיו. אמנם, לכאורה, אפשר לומר, שהם יקבעו, שאין המשנה אמורה אלא במי שיש לו מאה מנה, ולא כמנהג שכבר הוזכר בדברי התוספות שם "שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אף על פי שאין לו שוה פרוטה". אבל אפשרות זו היא דחוקה ומחודשת ביותר.

לכן, נראה שהתחייבות – גם על סכום הגבוה משווי הנכסים – תפעל היטב, בסופו של החשבון.

מסך כל הרכוש שיש לו באותה עת; ובלבד שלא יהא הסכום גבוה עד כדי כך שיתקבל רושם ברור שאין ההתחייבות נעשית ברצינות⁴⁸.

ההבדל בין התחייבות להתנהגות לבין התחייבות כספית מוסבר, כנראה, בכך, שחיוב ממון אינו הבטחה לפעולה **עתידיה**, אלא שינוי המצב המשפטי **דהאידינא**: כבר מרגע זה רובץ על המתחייב חוב כספי, השייך למקבל⁴⁹. לפיכך חשוב להקפיד

א' ורהפטיג, בחיבורו שצויין לעיל הערה 23, בעמ' 95, מדייק מדבריו של ר"י מיגש, שו"ת, סימן ע"א, שלשיתנו, לכאורה, גם התחייבות כספית הינה בבחינת קנין דברים, ואינה תקפה (ולפי זה צ"ל בדוחק, ושלא כמנהג, שהמשנה דיברה רק במי שיש ברשותו מאה מנה או נכסים בשווי זה, והוא משעבדם לכלה). אלא שמדבריו של ר"י מיגש עצמו בסימן צ"ז נראה אחרת, ואף בסימן ע"א אין הכרח לפרש כך את דבריו. ראה גם דברי הר"י מיגש בחידושו לבי"ב דף ק"מ ע"ב. דיון נרחב בשיטתו של ר"י מיגש בענין זה ראה בספרו של ב' ליפשיץ, **אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי** עמ' 95 ואילך. נוסף לכך, השיטה שאינה מכירה באפשרות להתחייב התחייבות כספית כלל לא נדונה בספרי הפוסקים האחרונים, כאילו אבדה; ומכל זה נראה, שאין כאן מקום לטענת "קים ליי" כשיטה זו.

לפי דבריו של הבי"י, חו"מ ריש סימן מ', נראה מדברי רש"י (בכתובות ק"א ע"ב), ששיטתו היא, שאין התחייבות מועילה כלל; אבל אין הכרח גמור לפרש כך את שיטת רש"י שם. מכל מקום, משנה מפורשת קובעת, כאמור, כי חתן יכול להתחייב על תוספת כתובה של מאה מנה; וכי יידחק רש"י לומר, שמדובר דווקא בחתן שיש ברשותו באותה עת מאה מנה, ושלא כמנהג הפשוט שלנו (שהוזכר כבר בתוספות)? הריא"ה הרצוג קובע בפסקנות (בספרו **פסקים וכתבים** כרך ט', חו"מ סימן כ"ח, עמ' צ"א), כי אי אפשר לטעון "קים ליי" כשיטה זו של רש"י, לפי שלא הובאה להלכה בשו"ע (כך היא דעתו של הריא"ה הרצוג גם באופן כללי בענין "קים ליי"; ראה לעיל במבוא, בהערה 17. אמנם, אין זו הדעה המקובלת, ראה שם בסמוך).

48 ראה לקמן הערה 152.

49 ראה בכיוון זה דבריו של ר"ש שקופ, שערי יושר שער ה', פרק ב' (הובאו כבר בחיבורו של א' ורהפטיג הנ"ל בהערה 23, בעמ' 317). אמנם, ראה דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן בספר ד' הערה ב', בהסבר שיטת קצה"ח; וצ"ע.

עוד ראה ב' ליפשיץ, **עובד וקבלן – בין קנין לבין התחייבות** עמ' 24-32 וגם בעמ' 118-133. בהערה 397, בעמ' 125, המחבר מציע פתרון חדש ומקורי. הוא מצביע על אפשרות של השפעה של שקיעתו של המוסד הפיאודלי, אפוף המסתורין, של הקשר בין הצמית לבין הקרקע (שהיה קיים במשפט ימי הביניים באירופה), על המוסד של חיוב שנוטל אדם על עצמו כלפי רעהו (שהתקיים באותם ימים ובאותם אזורים במשפט העברי). ברם, הפרופ' ליפשיץ עצמו מודע לכך, שאין להשערות ראיות מוצקות (אולם אפשר שניתן למצוא להשערה תמיכה (בנוסף לתמוכין שהביא המחבר עצמו), בכך שיש בנושא הבדל בין ראשונים אשכנזים לראשונים ספרדים – וניתן למצוא הבדל מקביל ומתאים במשפט המשווה; ראה תיאוריו של א' ורהפטיג בחיבורו שהובא לעיל הערה 23, בעמ' 329-332).

לדעתו של הריא"ה הרצוג, מקורו של "החיוב, שהועיל הרבה להרחבת הקשרים המסחריים בישראל, הוא מתקנת חכמים" ("פסקים וכתבים" כרך ט', חו"מ סימן קי"ב, עמ' תכ"ה; ראה שם דיון נרחב בענין).

מדברי התוספות, כתובות נ"ד ע"ב ד"ה "אף על פי", עולה, כי בסוגיא דנן, כמו בסוגיות רבות אחרות, המנהג הוא המקור לדין. ההסברים התיאורטיים צמחו רק אחר כך, כדי להצדיק בדיעבד. ראה גם לעיל, הערה 35, בענין השותפות. ראה גם את דבריו של א' ורהפטיג, בחיבורו הנ"ל בעמ' 300-301, ובעמ' 306 ואילך. הד"ר ורהפטיג מסביר שם, כי בנושא זה חלה דינמיקה במשך השנים.

על ניסוח ברור בחוזה: הנוסח "מתחייב לשלם" הינו תקף; ואילו הנוסח "ישלם" או "יתן" הינם בעייתיים ושנויים במחלוקת⁵⁰, שכן הם ניתנים להתפרש כאמירה עתידית, להבדיל מיצירת חוב בהווה.

יש להבחין בין התחייבות **ישירה** בחוב כספי, שתוקפה אינו שנוי במחלוקת, לבין התחייבות שתוכנה אמנם כספי אך היא מנוסחת במונחים התנהגותיים. זו האחרונה, אף שיש בה, בעקיפין, **תועלת** כספית לצד אחד והוצאה כספית לצד שני, אינה נחשבת להתחייבות כספית רגילה, ועל כן מתעוררים ספקות בנוגע לתוקפה. ברם, ההבדל בין שתי הקטגוריות הינו, לעתים, בבחינת "דק מן הדק עד אין נבדק", ולכן, במקרים רבים עשויים ניסוחי החוזה להתפרש באופן דו משמעי. כתוצאה מכך מתעוררים חילוקי דעות באשר לתקפותם של ניסוחים אלה⁵¹. אכן ניתן במקרים

50 ראה: שו"ע חו"מ סימן רמ"ה סעיף א' והגהת הרמ"א שם; שו"ת הרשב"א, חלק א' סימן אלף ולי"ג; שם, סימן קמ"ב (הובאו בב"י לאה"ע סוף סימן קי"ח); ודבריו שהובאו בב"י חו"מ סימן קצ"ה מחודש כ"י (הב"י מצטט את התשובה מתולדות אדם, כלומר, משו"ת הרשב"א חלק ב', סימן ש"א; אולם התשובה אינה נמצאת שם בדפוסים שלנו); בית מאיר לאה"ע סימן ס"ט, בדבריו שהובאו בפת"ש שם סק"ג; ועוד.

על מחלוקת הראשונים בקשר לקנין "אתן", ראה מקורות מלאים וניתוח נרחב בחיבורו של א' ורהפטיג שנזכר לעיל הערה 23, בעמ' 98-106.

51 ראה, למשל, את מחלוקת הראשונים בענין התחייבות **לתת מעות** או התחייבות **לבנות**. יש מן הראשונים מי שסבור, כי התחייבויות כאלה מתפרשות כהתחייבות כספית; ויש מי שאומר, שאין אלא התחייבות להתנהגות גרידא, ושולל ממנה כל תוקף. מחלוקת זו מתוארת היטב בדברי הטור והב"י, חו"מ סימן קנ"ז סעיף כ'. זו לשון הטור שם:

"וכתב הרמ"ה (בי"ב פרק ראשון אות כ"ו): ומיהו דווקא דקנו מינייה דמיחייב **ליתן** כך וכך... **דרך שעבוד דשיעבד נפשיה להכי**, ולא קנין דברים הוא. אבל, אם קנו מידו **לתת** כך וכך, או **לבנות**, כיוון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון, אלא על הנתינה עצמה, והנתינה – אין בה ממש, **אלא מעשה בעלמא**, הוי קנין דברים, ומצי הדר ביה. ואיכא מרבנותא דסבירי להו, דקנין לתת לאו קנין דברים הוא. דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך, עד כאן (לשון הרמ"ה). ויראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל, **דלבנות** לא הוי קנין דברים".

הב"י שם נחלק על הטור בפרשנות לשונו של הרא"ש; לדעת הב"י, גם הרא"ש מסכים, שאם קנו מידו לבנות, אין זה אלא קנין דברים; ואין הקנין חל אלא אם "יקנו מידו בלשון זה כלומר שהוא **משעבד נכסיו** לבנין הכותל; הא לאו הכי – קנין דברים הוא".

ביטוי נוסף לעדינותו של החילוק ולקושי ליישמו אנו מוצאים בתשובת הרשב"א אלף ל"ג (הובאה גם בב"י חו"מ סימן קצ"ה מחודש י"ב עד י"ד. הבאתי כאן את תחילת התשובה לפי הגירסה הנדפסת בב"י, משום שלשונה שלמה ורהוטה יותר):

"מי שקנו מידו בפני עדים שיחזיר לראובן כל זכיות שיש לו עליו גם שיעשה לו שטר מחילה הוא ואשתו; מי הוי קנין דברים? תשובה: זו מחלוקת ישנה כי יש מהגאונים שאמרו דכל לשון עתיד שאעשה כך או שאתן כך הוי קנין דברים... ויש מי שאומר דכל האומר אתן כך וכך לאו קנין דברים הוא אלא הרי הוא כאלו קנו מידו בחיוב אותו סך, ואין קנין דברים אלא באומר 'אחלוק כך עמך' – שאלו דברים בעלמא הם. וכן מעשים בכל יום בעסק הנדוניא, שקונין מפלוני שיתן לפלוני כך וכך זהובים... ולפיכך מסתברא, דכל שקנו מידו

אלה לפתור את הבעיה באמצעות ניסוח מתאים שיבהיר כי החוזה מוסב על ההתחייבות הכספית או על מכר ריאלי⁵².

עם זאת ראוי להדגיש כי פתרון זה, כלומר ניסוח מתאים, אינו אפשרי אלא בסוג זה של מקרים, שבהם ניתן לנסח את החוזה כך שיהא מוסב על דבר שלגביו מועילה הקנאה או התחייבות. אולם במקרים, בהם מושא החוזה אינו ניתן להקנאה, ולא ניתן לנסח את החוזה כמוסב על מושא אחר, שהוא הניתן להקנאה – לא ניתן לפתור את בעיית "קנין דברים" בעזרת ניסוח זה או אחר⁵³.

שיחזיר כל זכויות שיש לו עליו, לאו קנין דברים הוא; אבל במה שקנו מידו שיעשה לו הוא ואשתו שטר מחילה – נראה שלא עשה כלום. ואין צריך לומר במה שקנו מידו שתעשה אשתו שטר מחילה, שזה אין צריך לפנינו שאינו כלום... אלא אפילו במה שקנו מידו שיעשה הוא מחילה, לא עשה ולא כלום, שזה קנין דברים בעלמא הוא, שאין מחילה אלא סילוק שעבוד, ואם קנו מידו שישלך לאחר זמן שעבוד שיש עליו – אין זה אלא דברים בעלמא, ולא עשה ולא כלום."

הב"י מביא שם דוגמאות נוספות לפרטים שנחלקו בהם. בענין פירושן של מחלוקות הראשונים הללו ראה ש"ך חו"מ סימן ס"ו ס"ק קכ"ח; ראה גם דבריו של מו"ר הרב ז"י גולדברג, לקמן נספח ד', הערה ב'.

52 ראה סמ"ע לחו"מ סימן ס' סק"י"ח:

"דהכל תלוי בלשון. ומשום הכי, אם כתב 'הריני מחייב נפשי ליתן לך', אף שהוא במתנה, והוא דבר שאינו מצוי בידו, מכל מקום, החיוב חל על גופו שהוא בעולם."

ראה עוד לעיל בטקסט לציון 50.

53 אמנם, בשו"ת "פרח מטה אהרן", חלק א' סימן ח' כתב, כי "הדעת נותנת והשכל מחייב... דאין לך דבר שאינו נתפס בקנין בלשון חיוב" (הדברים הובאו כבר בחיבורו של א' ורהפטיג שהובא לעיל הערה 23, בעמ' 311 ובעמ' 317 לחיבור). כך עולה גם מדבריו של שו"ת "קול אריה", שצוטטו בפד"ר כרך ז' עמ' 359, שכתב, שאם אשה מתחייבת להתגרש, הדבר מועיל, שכן לשון "חיוב" מונעת את בעיית "קנין דברים". ברם, אם להבין דברים אלה כמשמעם, הרי הם מנוגדים לדברי פוסקים רבים. ראה יד רמ"ה, ב"ב פרק ראשון אות י"ז: "אף על גב דקנו מיניה דמחייב לחלוק, כיוון דלא חייב נפשיה ממונא, אלא חלוקה בעלמא, הוה ליה קנין דברים בעלמא, ולא מחייב". ניתן להוכיח בבירור שזו גם דעתם של בעלי התוספות, ב"ב ג' ע"א ד"ה "כי רצוי". התוספות שם שואלים מדוע הגמרא אינה מתקיפה את מ"ד מחיצה גודא, בקושיה "נהדרו בהו"; תשובתם של בעלי התוספות היא, "דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל; אלא למ"ד פלוגתא – לא מהני קנין, דקנין דברים בעלמא הוא". עולה מכאן, כי למ"ד מחיצה פלוגתא, אין כל אפשרות להתחייב לחלק, ואין לפתור את הבעיה בניסוח זה או אחר. ראה גם את דבריו של הש"ך, חו"מ סימן ס"ו ס"ק קכ"ח, שכתב, שהתחייבות להישבע (שאינה תקפה משום שהיא "קנין דברים" – ראה לעיל סוף הערה 38) אינה תקפה, גם אם קנו מידו שהוא משעבד עצמו לכך. הש"ך מוכיח את דבריו "מסוגיא דש"ס ריש פרק קמא דבבא בתרא – מדלא אוקמה בהכי שקנו מידו ושעבד נפשיה לחלוק; אלא משמע, שבכל ענין הוי קנין דברים".

4. התחייבות למכור

הקטגוריה השלישית שנדון בה כאן היא התחייבות **למכור חפץ**. הפוסקים נחלקו אם התחייבות כזו בטלה, כדן "קנין דברים", או שהיא קיימת, כדן התחייבות כספית⁵⁴. בין אלה הסבורים שהתחייבות כזו מועילה, יש הסבורים, שהיא מועילה אפילו ב"דבר שלא בא לעולם", כגון דירה בבנין שטרם נבנה⁵⁵ וכיו"ב.

כאמור לעיל במבוא, כדי למנוע טענת "קים ליי" יש להביא בחשבון, בשעת ניסוח חוזה, את כל השיטות ההלכתיות הרלוונטיות לענין. מכאן שניסוח חוזה כהתחייבות למכור (ניסוח שהוא חלק מהותי מחוזים רבים) אינו נותן בידי הצדדים סעד מספיק, שהרי ניסוח זה מותיר אפשרות פתוחה בידי צד שירצה בכך, לסרב לקיים את החוזה, תוך הסתמכות על השיטות שאינן מכירות בתוקפו. הפתרון המומלץ יובא לקמן (סעיף ב').

5. התחייבות לבצע עבודה

להשלמת התמונה יש להזכיר את התחייבותו של הפועל או הקבלן לבצע עבודה. ההלכה מכירה בהתחייבות זו לכל הפחות לענין חיוב בפיצויים⁵⁷, ויש הסבורים

54 לענין מחלוקת זו, ראה (רשימת מקורות חלקית): אמרי בינה סימן נ"א; שו"ת מנחת יצחק חלק ה' סימן י"ט; "פסקים וכתבים" לריא"ה הרצוג, כרך ט', חו"מ סימן כ"ח; פד"ר ו' עמ' 217; שם, עמ' 322 בשם סמ"ע סימן ס' סק"ח; פד"ר כרך י"ב עמ' 228. לסקירות מקיפות ראה: חיבורו של א' ורפטיג שהובא לעיל בהערה 23; אנציקלופדיה תלמודית ערך "התחייבות", כרך י"א עמ' רנ"ח; דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, במאמרו "התחייבות למכור בזכרון דברים" **תחומין** כרך י"ב עמ' 282 ואילך; ודבריו לקמן בנספח ד', הערה ט"ז.

לדעתו של א' ורפטיג, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 299, העובדה שהמשנה והגמרא בתחילת פרק רביעי של ב"מ, הדנות בפרוטרוט בתוקפן של עיסקאות מכירה בדרכי קנין רבות ושונות, לא דנו בתקפותה של התחייבות למכור, מרמזת כי בעיניה של הגמרא היה פשוט שאין התחייבות כזו תקפה. לדעתו של ה"תורת ריבית" פרק י"ב הערה י"ח, לא זו בלבד שהתחייבות למכור הינה תקפה, אלא שכיוון שהיא תקפה, הרי המקח כבר נחשב ברשותו של הקונה מאותו רגע (ה"תורת ריבית" אף בנה על גבי קביעה זו חידוש מעשי מרחיק לכת; ראה לקמן, הערה 177). לדעתו זו לא הביא ראיות; אפשר, אולי, שניתן למצוא לדבריו תמיכה קלושה מדקדוק לשונו של הכס"מ, פכ"ג מהלכות מכירה הלכה ז' (לגבי נשבע למכור פירות שדה).

נעיר עוד, כי ייתכן, שאף לשיטתם של הסבורים שעל פי מקורותיה הקלאסיים של ההלכה אין תוקף להתחייבות להתנהגות או להתחייבות למכור, ייתכן כי יש מקום להכיר בתוקפה ההלכתי של התחייבות חוזית מכח דיני החוזים של מדינת ישראל, בתורת מנהג, תקנות הקהל או דינא דמלכותא; אלא שאין זה נושא חיבור זה, ולא ראינו צורך להאריך בדבר כאן. מכל מקום ודאי, שכאשר עורכים חוזה, יש לנסח אותו כך שהוא ותנאיו יהיו תקפים לכל הדעות. אשר על כן אין להסתמך לכתחילה על דעות אלה השנויות במחלוקת הלכתית בין דיני דורנו.

55 ראה המקורות בהערה הקודמת.

57 ראה משנה ב"מ ע"ה ע"ב: "השוכר את האומנין... ופועלין להעלות פשתנו מן המשרה, וכל דבר שאבד, וחזרו בהן — מקום שאין שם אדם, שוכר עליהן או מטען". אמנם, גובהם של הפיצויים אינו בהכרח מלא, ולעתים אינו אלא ניכוי יחסי משכרו של הפועל בעד השעות שבהן אינו עובד; ראה שם בגמרא ע"ז ע"ב.

שבנסיבות מסוימות ניתן **לאכוף** את הקבלן, או אף את הפועל, לבצע את עבודתו **בעין**⁵⁸. לכאורה, אמנם, מדובר בהתחייבות להתנהגות, ודינה להיות בטלה, כאמור לעיל. אולם הפוסקים מבארים, כי התחייבות לעבוד הינה **מכירת כח העבודה של הגוף** למעביד; זהו מעין מכר ריאלי, כדוגמת מכירת עבד(!)⁵⁹.

6. סיכום ומסקנות

בעיית "קנין דברים" משמעותה היא, שבדרך כלל אין תוקף להתחייבויות להתנהגות מסוימת. הדוגמאות הקלאסיות למקרים שבהן מתעוררת בעיית "קנין דברים", הן התחייבויות לביצוע פעולות משפטיות שונות: התחייבות להסכים לחלוקת שדה, התחייבות להישבע, התחייבות לחתום על מסמך, התחייבות להימנע מלתבוע מישהו לדין, התחייבות להתפטר ממשרה, התחייבות להשליש כסף; וכמו כן התחייבויות

58 בענין זה ראה: גמרא ב"מ י' ע"א; שם, ע"ה ע"ב; מרדכי ב"מ פרק השוכר את האומנין סימן ש"נ; ב"י בחו"מ סימן שלי"ג בשם הריטב"א בשם רבותיו; שו"ת הריטב"א, ירושלים תשי"ט סימן קי"ז; חידושי הריטב"א למסכת בבא מציעא דף ע"ה ע"ב, בהוצאת המכון להוצאת ראשונים ואחרונים; חידושי הריטב"א החדשים (יצא לאור לראשונה בתשמ"ה, בירושלים) שם; שטמ"ק ב"מ ע"ה ע"ב בשם הריטב"א; ש"ך, חו"מ סימן שלי"ג ס"ק י"ד; מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים סימן ב'; שבות יעקב, חלק ב' סימן קפ"ד; חזו"א, ב"ק סימן כ"א ס"ק כ"ח; שם, סימן כ"ג סק"ג (אבל ראה דבריו הסותרים, לכאורה, בסק"ח שם, וכן בגיטין סימן ק"ח סק"י; ראה גם מהרי"ק (מהד' אורייתא) שורש קפ"א.

59 ראה השגת הראב"ד לדברי הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין פרק ד' הלכה ב' (דבריו הובאו לעיל בהערה 35). הדברים נאמרו, אמנם, ביחס לכריתת חוזה **שותפות**; אולם הבעיה המתעוררת הינה (זהה). ראה גם דברי הרמב"ם הלכות מכירה פרק י"ג הלכה ט"ו (אבל ראה לעומת זאת הלכה י"ח שם). סעד הפיצויים ניתן גם להסבר נוסף – על יסוד דיני הנוזיקין. בהקשר לכך דנים הפוסקים גם בהתחייבותו של הבעל לפרנס את אשתו. לפי דעות מסוימות, הבעל חייב **לעבוד** כדי לפרנס את אשתו. חובה זו מעוגנת, לדעות אלה, בהתחייבותו של הבעל בשטר הכתובה, במלים "אנא אפלח ואוקיר ואזון ואפרנס" וכי' (ראה תוס' כתובות ס"ג ע"א ד"ה באומר; רמ"א בהגהתו לשו"ע אה"ע סימן ע' סעיף ג'; ביאור הגר"א שם סק"ט; "משנת יעקב" הלכות אישות פרק י"ב סעיף ז' עמ' קס"א; פד"ר כרך ב' עמ' 86; פד"ר כרך ה' עמ' 310). לכאורה, אם כן, מצינו התחייבות להתנהג בצורה מסוימת – לעבוד – שיש לה תוקף משפטי, ובית הדין כופה את ביצועה. ברם, החזו"א, גיטין סימן ק"ח סק"י, מסביר, כי גם דעות אלה מסכימות כי אדם יכול תמיד לחזור בו מהתחייבות לעבוד. את חובתו המיוחדת של הבעל לעבוד, מסבירות דעות אלה, לדברי החזו"א, בכך **שחכמים חייבו** את הבעל לעבוד (ולשון הכתובה – אינה אלא **סימן** וראיה לכך שכך אמנם תיקנו חכמים, ולא סיבה לחובתו. הבעל עצמו אינו יכול להתחייב על כך). הסבר **אחר** יתכן, כאמור, על בסיס הקניית הגוף, כאמור בפסיקה הקודמת. בעיה נוספת מתעוררת בכך שההלכה מכירה בתוקפו של הסכם בין בני זוג ביחס למקום מגוריהם (ראה טושו"ע אה"ע סימן ע"ה). לדעתו של א' ורהפטיג, בחיבורו הנ"ל בהערה 23, בעמ' 238, הסברו של הדבר הוא כי זהו דין מדיני הנישואין, ולא מדיני החוזים. כלומר, כך תיקנו חז"ל, שמקום המגורים, שבו חייב כל אחד מבני הזוג לגור עם רעהו, הינו המקום שהוסכם ביניהם. על בעיית "קנין דברים" ביחס לחוזי **שמירה** ראה לעיל בהערה 36. על השקפתה של בעיית קנין דברים בסוגיות אלה ואחרות, ראה בהרחבה א' ורהפטיג, בחיבורו שהובא לעיל בהערה 23; במיוחד בעמ' 223 ואילך.

כלליות להתנהגות, כגון התחייבות לציית לצו "עשה" או "לא תעשה" וכיו"ב. פעולות אלה אינן דבר ממשי, חוב כספי או חוב לבצע עבודה, ואין בהן כל העברת בעלות. לפיכך, הקנין לא יועיל בהן.

התחייבות למכור או לקנות חפץ הינה בעייתית, שכן לפי דעות מסוימות הינה בבחינת "קנין דברים". אמנם, חוזה שינוסח באופן שיהא מוסב על החפץ הנמכר, כגון חוזה בו נאמר כי המכונה מכורה לקונה או הדירה מושכרת לשוכר וכדומה, היא אכיף⁶⁰. אלא שבאופן מעשי פתרון זה אינו אפשרי במקרים רבים, שכן בדרך כלל אין הוא תואם את רצון הצדדים.

זאת ועוד: חוזים שאינם עוסקים בהקניית זכויות או רכוש כלשהו, לא ניתן כלל לנסח כעיסקא ריאלית. דוגמא לחוזה כזה היא התחייבות להימנע מלעשות פעולות מסוימות, כגון חוזה זכיון שבו מתחייב היצרן שלא לספק את מוצריו לשום אדם מלבד לסוכן פלוני, או התחייבות שלא לבטל יפוי כח וכיו"ב⁶¹.

יתר על כן: גם חוזה מכירה, לא תמיד ניתן לנסחו כעיסקא ריאלית. דוגמא לכך היא חוזה למכירת מוצר שעדיין לא נוצר. מוצר זה – המכונה בלשון ההלכה "דבר שלא בא לעולם", אינו חפץ ממשי הניתן למכירה בהווה⁶². דוגמא נוספת היא, לפי דעות מסוימות, עיסקת מכירת מקרקעין. לפי דעות אלה⁶³ מכירה ההלכה בתוקפו של החוק בענין זה, ולפיכך לא יהיה תוקף הלכתי לעיסקא כזו בלא רישום בפנקס המקרקעין. על כן לדעתם אי אפשר⁶⁴ להקנות את הדירה מידיית בזמן עריכת החוזה (שכן הרישום אינו ניתן לביצוע מידי). הסכמת הצדדים על כך שהדירה "מכורה", אלא שהמכירה תחול רק בזמן הרישום – אינה פותרת כל בעיה, שכן לאחר

60 ליתר דיוק, הסכם זה שבו מדובר כאן אינו מוגדר כ"חוזה". המונח "חוזה", במשמעותו הנוהגת כיום, כולל בתוכו התחייבות עתידית, עיסקא **אובליגטורית** (ראה לעיל הערה 22), ואילו ההסכם שבו מדובר כאן אינו בגדר עיסקא **ריאלית**. למרות זאת, בחרנו להשתמש במונח "חוזה", משום שבאופן מעשי זהו הסכם שאמור להשיג אותן תוצאות שמשגים החוזים המקובלים כיום.

61 בהלכה, יפוי כח ושליחות הינם דברים "שבירים", הניתנים תמיד לביטול ע"י כל אחד מהצדדים (היינו השולח והמשלח). ראה לקמן פרק חמישי סעיף ח' (סמוך לציון 276 ואילך).

62 אמנם, יש אומרים שהעובדה שאי אפשר להקנות "דבר שלא בא לעולם" אינה נובעת מכך שאין לקנין על מה לחול, אלא מכך שאין אפשרות לגמירות דעת (ראה א' ורפהטיג בחיבורו שהובא לעיל בהערה 23, בפרט עמ' 229. לפי דעה זו, יש אומרים כי הבעייה עשויה להיפתר בעזרת קנין "סיטומתא" – ראה לקמן הערה 106). על מחלוקת זו ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, כרך ז' עמ' ל' ואילך; במיוחד עמ' ל"א פיסקה שניה.

לפי השיטה הגורסת, שהתחייבות למכור חפץ הינה תקפה (ראה לעיל הערה 54), יש האומרים, כי גם התחייבות למכור דשלב"ע היא תקפה. ראה אנצ' תלמודית, ערך התחייבות, כרך י"א עמ' רנ"ה.

ראה עוד דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה ד'.

63 ראה לקמן, פרק שני, סעיף ב, בעיקר הערה 124.

64 וגם לא רצוי, משום שהדבר עשוי לעורר, במקרים מסוימים, בעיות של איסור ריבית; ראה לקמן פרק רביעי.

הסכמה כזו יוכלו לחזור בהם, עד רגע המכירה גופו (כלומר, עד הרגע שבו תחול המכירה)⁶⁵.

פתרון חלקי אפשרי ע"י הוספת סעיף בחוזה ובו הודאה כללית של הצדדים בכך שהדברים נעשו באופן המועיל⁶⁶. אך אין בפתרון זה כדי לפתור את כל הבעיות⁶⁷, ועל כן יש צורך להשתמש גם בדרכי עקיפין. באמצעות דרכים אלה יוכלו הצדדים להבטיח כל התחייבות שהיא, לרבות התחייבויות להתנהגות מסוימת. דרכי עקיפין אלה יוצגו בפרק הבא.

ב. דרכי פתרון

1. התחייבות ממונית מותנית ("קנס")

כפי שנאמר לעיל, ההלכה מבחינה בין התחייבות כספית שהיא תקפה, לבין התחייבות להתנהגות מסוימת, שבמקרים רבים אינה תקפה.

על יסוד האמור ניתן להבטיח קיומה של כל התחייבות להתנהגות, ע"י גיבויה של התחייבות זו – בעקיפין – במעין "קנס". אדם יכול לחייב את עצמו ממון, ולהתנות, שאם יבצע התנהגות מסוימת – זו או אחרת, כרצון הצדדים – יימחל לו החוב⁶⁹. אם גובהו של החוב המותנה יהיה גדול דיו הרי הדבר ירתיע מפני הפרה ויאכוף בפועל את קיום החוזה. בפתרון זה, של "קנס" מותנה, השתמשו חכמי ישראל כבר בימים קדמונים. כך מתאר את הדבר הרמב"ם⁷⁰:

65 ראה מעין זה ברמב"ם הלכות אישות פרק ז' הלכה י'; הלכות גירושין פ"ח הלכה א-ז. דבר נוסף שיש לתת עליו את הדעת, כאשר עוסקים בחוזה שזמן שיכלולו חל לאחר זמן כריתתו, הוא, שקנין **סודר** אינו מועיל במצב זה (כי הסודר הוחזר לפני שהקנין תפס); שו"ע חו"מ סימן קצ"ה סעיף ה'.

66 ראה לשונו של הרמ"א בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן רי"ב סעיף א': "שטר, שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי, רק כתוב בו שנתן לו כח ליקח הפירות כתיקון חכמים, הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים, ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל". על חשיבותה של הודאה כזו ראה תה"ד, פסקים וכתבים, סימן ר"ו; פד"ר, כרך ד', עמ' 70-71.

67 על כחה ההלכתי של הודאה ועל מגבלותיה ראה לקמן הערה 100.

69 כדי למנוע טענת אסמכתא נהוג, שהמתחייב נוטל עליו את החוב בצורה **מוחלטת ובלתי מותנית**, ואילו חברו מוחל מיד את החוב בתנאי שהמתחייב יתנהג לפי המוסכם. ראה לקמן, הערה 152.

70 רמב"ם מכירה פ"א הלכה י"ח.

לדעתו של הרי"א⁷¹ הרצוג ("פסקים וכתבים" כרך ט', חו"מ סימן קי"ב, עמ' תט"ז), אפשר שזמנה של המצאת העקיפין הזאת קדום בהרבה: "עצה זו לא נתפרשה בתלמוד, אבל אפשר ואפשר שהיו משתמשים בה כבר בימי חז"ל". את חשיבותה של ההמצאה מבטא הרי"א⁷² הרצוג (שם) במלים קולעות: "החויב מסוג זה נעשה גורם כביר בהתפתחות תורת ההתקשרות [קונטרקט'ט בלע"ז] ובכלל במו"מ המסחרי וגם בצוואות".

במאות השנים האחרונות היה רווח מאוד השימוש בפיתרון הנדון (יחד עם הפתרון השני –

"כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא, כך היו עושים: קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין; ואחר שחייב עצמו, קונין מבעל חובו, שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך – הרי החוב זה מחול לו מעכשיו; ואם לא יהיה או לא יעשה – הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו. ועל דרך זו היינו עושים בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשדוכין⁷¹ ובכל הדברים הדומין להם.

בדרך זו ניתן להבטיח את ביצוע התחייבותו של אדם להתנהגות מכל סוג שהוא⁷². בכלל זה גם מקרים מובהקים של "קנין דברים" – כגון התחייבות לחתימה על מסמכים בעתיד, התחייבות שלא לבטל מינוי שליח וכדומה.

יש להבהיר, כי מבחינת ההגדרה המשפטית הטהורה, ההתחייבות הכספית אינה יכולה להעניק למסמך תוקף של חוזה; החיוב לא יהא לקיים את החוזה משום שהוא תקף, ועל יסוד דיני החוזים, החיוב יהיה לפרוע את ההתחייבות הכספית אם

השבועה; (ראה להלן) בעולמה של ההלכה. דוגמא קלאסית לכך מהווים הסכמי השידוכין (ראה ההערה באה). כך היו עושים גם ב"שטרי חליצה", שהיו נוהגים לערוך לפני נישואין, בהם התחייב אדם בקנס ובשבועה לתת חליצה לאשת אחיו, אם תיפול לפניו לייבום (אמנם ראה דבריו של שו"ת שבות יעקב, ח"ב סימן ק"ל, המגיע מטעמים שונים למסקנה, כי מעיקרא לא מתעוררת בשטרי חליצה בעיית "קנין דברים"). דוגמאות רבות לנוסחים של שטרות שונים המשתמשים בפתרונות אלה, ניתן למצוא בספר "נחלת שבעה".

71 ראה גם: שו"ע אה"ע סימן נ' סעיף ו'; דברי החת"ס שהובאו לעיל, הערה 39. דוגמא מיוחדת במינה ניתן למצוא בדבריו של ר' יאיר בכרך, בעל "חות יאיר" (סימן קצ"ו), שהמליץ לנקוט בדרך זו כדי לפתור בעיה חריפה ומעוררת עניין שהתעוררה בפניו. המדובר היה באיש עשיר שאשתו חלתה במחלה סופנית. האיש חפץ לארס את המשרתת שלו, כדי לשאתה לאחר מות אשתו. בעל ה"חוות יאיר" קובע נחרצות כי אל לו בשום פנים לערוך קידושין בעוד אשתו בחיים, דבר שהוא בעיניו "עצה רעה, אשר לא בדעת ויראת ה' יעץ כזאת", וגם עצם השאלה "שאלה שאינה הוגנת היא" (הפכתי את סדר הציטטות). אולם, כאחת הדרכים לפתור את הבעיה, הוא מציע לאיש להתקשר עם המשרתת בחוזה ע"י התחייבות כספית מותנית:

"כי יש כמה דרכים אשר בהם נוכל להתקשר... בדרך היתר. הלא יכול ליתן שטר חוב שיתחייב לראובן (=אחי המשרתת) אלף רייכסטאליר, וזמן פרעון יהיה אחר שנה אחר פטירת אשתו או בזמן נישואין שלא (צ"ל שלו) עם אשה אחרת. אכן אם ישא בתולה פלונית (רצונו לומר, המשרתת), פטור ומסולק (יהיה) משטר חוב זה לגמרי" (ההוספות שבתוך הסוגריים – שלי הן. ד' ב').

72 ראה לשונו של הרמ"א בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז: "וודרך זו מהני בכל דבר ובכל ענין". אמנם, ישנו תחום אחד בו אפילו דרך יעילה זו הינה בעייתית מעט: הסכם המיועד לכפות על הבעל, לפי דרישת האשה, **גירושין** (כלומר, הסכמה על "קנס" המותנה בכך שאדם לא יגרש את אשתו כשתרצה בכך). יש אומרים, שהדבר יוצר בעיה של "גט מעושה" (זו היא דעתו של הרשב"א, שו"ת חלק ד' סימן מ', כפי שנתפרשו דבריו בפת"ש לאה"ע סימן קל"ד סק"ט בשם ה"תורת גיטין"). לא זו בלבד: לפי שיטות אלה, בית הדין **ימנע** מלסדר גט לזוג כזה, וממילא **פטור** הבעל אף מן ה"קנס" (שכן הוא יטען, ובצדק, שהוא מצידו מוכן לגרש, אלא שבית הדין אינו מוכן לאפשר את הדבר). אולם ישנן צורות שבהן ניתן להתגבר על הבעיה, ולנסח הסכם יעיל שאין בו חשש "גט מעושה" (ראה שם). על הנושא ראה מאמרו של א' שוחטמן, "לתקנתם של הסכמי גירושין" **שנתון המשפט העברי** י"ח-י"ט (תשנ"ב-תשנ"ד) עמ' 455; פד"ר כרך ב' עמ' 9 ואילך; לקמן הערה 78; לקמן הערה 141.

אין רצונו של בעל החוזה לקיים את החוזה^{72א}. ברם, בפועל תגרום ההתחייבות הכספית לכך שהצדדים ימנעו מלהפר את החוזה⁷³.

כדי למנוע ספק, שמא הוספת ה"קנס" גורעת מתוקפו של החוזה לפי דיני המדינה, יש להדגיש בחוזה כי ההתחייבות הממונית המותנית לא באה כאלטרנטיבה לחובה לקיים את החוזה, אלא בנוסף עליה.

יש להוסיף בסעיף המחילה, כי חיובו של צד לחוזה נמחל לאו דווקא ע"י קיום החוזה, אלא גם ע"י כל התנהגות שלו כל זמן שהיא תואמת את החוזה על פי דיני

72א השווה לדבריה של ג' שלו בספרה **דיני חוזים** עמ' 17, על המשפט המקובל: "המלומד הולמס העיר פעם, בסרקוז מסוים, כי החוזה האנגלי אינו אלא חוזה לתשלום פיצויים, ומי שרוצה להשתחרר מן החבות לשלם פיצויים, יכול לקיים את החוזה". כידוע שינו האנגלים תוצאה זו באמצעות דיני ה"ישראל". מכל מקום אצלנו מדובר כאמור לעיל ב"קנס" בגובה כזה שירתיע וימנע הפרה; התוצאה הטבעית שלו תהיה אפוא קיום החוזה.

73 החת"ס סבור, שאם אין למתחייב כסף לשלם את ההתחייבות הממונית המותנית, הרי כופין אותו לקיים את החוזה עצמו, כך שלא יהא "לווה רשע ולא ישלם". החת"ס עסק באכיפת שטר שידוכין שכלל בין השאר "קנס", כלומר, התחייבות ממונית המותנית בהפרת ההתחייבות לשאת את בן הזוג. החת"ס סבור, שהתחייבות, שאדם נטל על עצמו בקנס, יש חיוב כלפי שמיא לקיימה. זו לשונו של החת"ס (שו"ת ח"ג, אה"ע חלק א' סימן קי"ב. ההדגשות וההוספות שבסוגריים – שלי, ד' ב):

"כופין אותו עד שיאמר 'רוצה אני', משום דניחא ליה דלהוי ליה כפרה... שהתחייב עצמו בחרם וקנס, ואפילו אם שלם הקנס לא נפטר מהחרם; ומכל שכן בנידון דידן, (ש)אין לו לשלם, פשיטא דבעי כפרה; והקידושין (שהתחייב עליהם) היינו כפרתו, **וכל קנסים נמי כפרה הוא**, כדפסק בתרומת הדשן (סימן רפ"ב) שהבעל חייב לשלם קנס עבור אשתו, דה"ל בכלל כפרה, והבעל חייב להביא קרבן עבור אשתו... אף על פי שיש לחלק קצת בין קנס מתקנת הקהלה לקונס את עצמו לעשות דבר... מכל מקום הכא ודאי לכפרה אתי ולכפרה צריך... ואם כן הוה שפיר כמו קרבן; **וחמיר לפי דעתי מקנס תקנת הקהל, וכופין אותו לכלוי עלמא, ואין על זה שום חולק**".

מפשטות לשונו של החת"ס משמע, שגם אילו לא היה בשטר "חרם" (שבועה; ראה להלן), היו כופין את קיום החוזה, שכן חטא הוא שלא לקיים את הדבר שעליו התחייב אדם בקנס לקיימו, ממש כמו שחטא הוא לעבור על תקנת הקהל שיש עליה קנס. אולם לפי זה תמוה הוא, מדוע צמצם החת"ס את דבריו רק למקרה שבו אין למפר כסף לשלם את הקנס; וכי נניח לאדם לעבור עבירה ולהביא עליה קרבן לכפרתו?! עוד יש להעיר, שמדבריו של הטי"ז, יו"ד סימן רכ"ח סקמ"ב, משתמע, שהדין הקובע, שהעובר על תקנת הקהל שיש עליה קנס הוא אשם גם כלפי שמיא, אינו אמור אלא בתקנה שמטרתה –

"למיגדר מילתא דעבירה... כי הכח והממשלה מן התורה ביד הצבור לעשות גדרים לעבירות, שהרי כתיב 'ושמרתם את חקותי', ודרשינן עשו משמרת למשמרת... אבל אם הקהל עושים תקנה בשביל תועלת ממון... בענייני מסים, וכן בשאר מינויים שהם על עסקי ממון" –

כי אז אין התקנה אלא חולין, ועבירה על התקנה אינה בהכרח עבירה כלפי שמיא (נושא דבריו של הטי"ז הינו חלות שבועה לעבור על תקנת הקהל, ולא אכיפה כשלעצמה, אבל נראה שניתן לדמות בין הנושאים). לפי זה אין עבירה כלפי שמיא בהפרת החוזה הכולל התחייבות "קנס", שהרי מדובר בענייני ממון גרידא; ואין כופין את המפר לקיים את ההתחייבות החוזית (אם כשלעצמה

החוזים של מדינת ישראל⁷⁴. כך יימחל גם חיובו של מי שאינו מקיים את החוזה מפני שנאלץ לבטלו בגלל הפרה קודמת או הטעיה וכדומה ע"י הצד השני, או בגלל נסיבות מוצדקות אחרות. כמו כן יש להוסיף שכל צד לחוזה מוחל את חיובו של הצד השני במקרה שיקבל את הסעדים והתרופות המגיעים לו על פי דיני החוזים של מדינת ישראל. כך יימנע מצב של כפל סעדים^{74א}.

לגבי בעית איסור הריבית המתעוררת בהקשר זה (אם באים להבטיח ביצוע תשלום במועדו, ע"י התחייבות ב"קנס פיגורים", וכיוצא בזה) – ראה לקמן פרק רביעי.

2. שבועה

I. כללי

דרך אחרת להבטיח שאדם יתנהג בצורה מסוימת, היא להשביע על כך⁷⁵. אדם חייב, לפי דין התורה, לבצע כל מה שנשבע לעשות, ולהימנע מכל מה שנשבע לא לעשות. כך נאמר בתורה: "איש כי ידר נדר לה', או השבע שבועה לאסור אסר על נפשו – לא יחל דברו, ככל היצא מפיו יעשה"⁷⁶. לדבר יש משמעות משפטית ומעשית: בית דין יהודי יעשה כל שביכולתו כדי לכפות אדם לקיים את שבועתו, שהרי בית דין כופין

74 במקרה זה אין ההסכמה מעוררת בעיה הלכתית; ראה לקמן, סוף נספח א'. אמנם, לא לגמרי ברור אם יש צורך להתנות זאת, שהרי אפשר שהפטור משלם את הסכום במקרה של ביטול מחמת הפרה ע"י הצד השני, או במקרה של סיכול, מובן מאליו. ראה דוגמא לעיל הערה 72; ולקמן, בהקשר דומה, הערה 82.

74א כגון פיצויים בגין הפרת חוזה, בנוסף לסכום עליו התחייב צד במסגרת תיקון חכמי ספרד. בעיה נוספת העולה להתעורר בבית משפט בקשר לסכום זה היא שלא ברור אם חלה עליו סמכות ההפחתה לפי סעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970 ("הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים... יהיו הפיצויים כמוסכם... אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנוזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה"). לכאורה, כיוון שחיוב חכמי ספרד מנוסח בהתחייבות עצמאית ולא כפיצויים, לא חלה עליה סמכות ההפחתה הנ"ל; ואולם נראה, כי בית משפט יירד למהות העניין ויטול לעצמו סמכות להפחית את הסכום עד לקצה הגבוה של גבול הסבירות של נזק שעלול להיווצר כתוצאה מסתברת של ההפרה. מכל מקום, לכתחילה עדיף למנוע ספקות והתדיינות בשאלה זו. גם מסיבה זו רצוי לקבוע במפורש בחוזה שהחיוב אינו מיועד לגביה בבית משפט הדין על פי דיני מדינת ישראל.

בהקשר זה יש להעיר, כי במקורות ההלכה – אין לבית הדין סמכות הפחתה כנ"ל. לפיכך, צד המקבל על עצמו סכום גבוה בפרוצדורה של חכמי ספרד, לא יוכל אחר כך לבקש הפחתת הסכום (אלא אם הצדדים קיבלו על עצמם, בחוזה, את הוראות החוק, או אם יסבור בית הדין שיש לחוק תוקף הלכתי על יסוד דיני תקנות הקהל וכדומה).

75 "שבועה חלה על דבר שאין בו ממש, כגון שנשבע שלא יישן או שלא ידבר" (שו"ע יו"ד סימן רל"ט סעיף ג').

76 במדבר ל' פסוק ג'.

על המצוות⁷⁷. גם בצורה זו ניתן אפוא לפתור את בעיית "קניין דברים", ולהבטיח קיומו של כמעט כל חוזה שהוא⁷⁸.

בדומה לדברינו לעיל לגבי ההתחייבות הממונית, נבהיר גם כאן, כי מבחינת ההגדרה המשפטית הטהורה, השבועה אינה יכולה להעניק למסמך תוקף של חוזה. החיוב לא יהא לקיים את החוזה משום שהוא תקף, ועל יסוד דיני החוזים; החיוב יהיה לקיים את השבועה בלבד (והשבועה היא חיוב כלפי שמים ולא כלפי חבירו). החוזה רק מפרט מה הם הדברים שהשבועה כוללת, כיוון שהשבועה מפנה אליו. אולם למעשה יכפה בית הדין את המפר לקיים את החוזה לפי דרישת הצד הנפגע, ממש כאילו היה החוזה תקף.

II. צורת השבועה וניסוחה

הצורה הפשוטה להישבע היא לומר "הנני נשבע⁷⁹ לעשות כך וכך". הפוסקים נחלקו בשאלה אם ניתן להישבע על ידי **כתיבת** המלים הללו, במקום אמירתן⁸⁰. אולם מוסכם לכל הדעות, כי ניתן להישבע **בתקיעת כף**, בתנאי שהיא נעשית **דרך שבועה**:

"תקיעת כף דינה כדין שאר שבועות... והני מיילי (=והדברים אמורים) כשהיא דרך שבועה, אבל כשהיא כדרך הסוחרים שתוקעים כפם זה לזה לקיים המקח – אין לה דין שבועה כלל"⁸¹.

לכן, כדי להישבע בתקיעת כף, יש צורך להבהיר במפורש – בעל פה או בכתב, בחוזה – שתקיעת הכף מכוונת להיות כשבועה.

חשוב לציין בנוסח השבועה במפורש, כי הנשבע מתכוון לתת תוקף לשבועתו, גם אם הקנין אינו תקף. אחרת, יוכל הלה לטעון, כי לא התכוון להישבע אלא על מה

77 ראה גמ' כתובות פ"ו ע"א וע"ב: "סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו".

78 כתבנו "**כמעט**", ולא **כל** חוזה, שכן בהסכם **גירושין**, שבו אדם נשבע לגרש את אשתו, קיימת בעייה של "גט מעושה". על כך ראה מאמרו המפורט של א' שוחטמן הנזכר לעיל הערה 72.

79 אין צורך להזכיר שם שמים, כי השבועה תקפה גם בלעדיו (שו"ע יו"ד סימן רל"ז סעיף א'). ברם, שבועה "בשמים ובארץ", או בנביא מסוים או בחכם מסוים, או בכתב מכתבי הקודש, אינה תקפה (שם סעיף ו'; ואולם עי"ש סעיף ז').

80 ראה על נושא זה סקירתו של הרב מ' אליהו בפד"ר כרך ד' עמ' 162 ואילך.

81 שו"ע יו"ד סימן רל"ט סעיף ב'. מקור דבריו של השו"ע היא דרשתו של ר"ת (צוטטה בתשובת ר"י שהובאה בתשובות מיימוניות לספר הפלאה, תשובה ג', וגם במרדכי לשבועות סימן תשנ"ז, ונפסקה להלכה בדברי מהרי"ק, מהד' אורייתא, שורש נ"ב) מן הפסוק ביחזקאל י"ז, י"ח: "ובזה אלה (אל"ף ולמ"ד קמוצות) להפר ברית, והנה **נתן ידו**, וכל אלה (אל"ף ולמ"ד צרויות) עשה לא ימלט". ר"י מודה בתשובתו, כי קשה להוכיח את דברי ר"ת מן הפסוק, אבל הוא קובע, כי "אפילו לא היתה נחשבת ברית בימי הנביאים וגם לא בימי חכמי התלמוד, הוחשבה (לנו) לברית, כיוון שקבעה לברית הדורות, וגם רגילין לעשות במקום ברית, יותר מהעברת בין בתרים" (הנוסח תוקן לפי הציטוט שבמהרי"ק שם).

שהקניין כבר חייב אותו לקיים, ולא להגדיל את חיוביו מעבר לכך, ולכן אינו חייב יותר ממה שהקניין מחייב אותו^{81א}.

יש לציין בשבועה, כי היא מתייחסת לעיקר החוזה ולא לעניינים משניים הנזכרים בו. כך ימנע מצב בו שינוי מזערי מן האמור בחוזה, כגון שקע חשמל שמוקם שלא במקום המבוקש, יהיה בגדר הפרת שבועה על כל המשמעות הנובעת מכך^{81ב}.

עוד כדאי לציין בנוסח השבועה, כי אין הנשבע מתחייב לקיים את החוזה אלא כחובתו על פי דיני מדינת ישראל, ורק בנסיבות בהן הדינים הללו אינם מצדיקים הפרת החוזה. כך יהיה ברור לגמרי, שמותר לצד לבטל את החוזה כדין בנסיבות של הפרה או הטעיה ע"י הצד השני או נסיבות מוצדקות אחרות⁸².

3. יתרונותיהן וחסרונותיהן של הדרכים השונות

בין שתי הדרכים שהצענו לפתרון בעיית קניין דברים ישנם מספר הבדלים הנוגעים לסעדים שיוכלו הצדדים לחוזה לקבל.

^{81א} ראה מ"מ מכירה פ"א ה"ז.

^{81ב} כך הורה לנו מ"ר הרב ז"י גולדברג בשיחה בעל פה. הנימוק הוא, שבמקום שהחוזה מורכב, וזמן ביצועו מתמשך על פני פרק זמן ארוך, כמעט לא ניתן יהא להימנע מהפרתו; לכן יש לנסח את השבועה ניסוח "גמיש", שימנע הכרח של הפרתה. למשל: קבלן, הנשבע לבנות בנין לפי מפרט טכני מסוים, לא יישבע שלא להפר את החוזה כלל, שהרי אין כל בריה יכולה לעמוד במפרט טכני כהלכתו בלא להזיז אפילו כדי סנטימטר שום קיר בשום מקום; לפיכך יסתפק בשבועה שלא להפר את החוזה **הפרות גסות**, או הפרות יסודיות, או הפרות שאינן הפרות של מה בכך, וכיו"ב מן הניסוחים ה"גמישים". בהקשר זה אמר לנו הרב, שהוא תמה על המנהג הנפוץ בחלק מעדות ישראל, שהחתן נשבע לכלה, תחת החופה, לקיים כל חיוביו כלפיה. הרב אמר לנו, שהוא תמה אם יש מי שמסוגל לקיים כל חיוביו בכל שנות הנישואין בלא להפר כלום אפילו פעם אחת. התמיהה גדולה עוד יותר על רקע העובדה שאין כל צורך – הלכתי או פרקטי – להישבע שבועה גורפת זו, וניתן בהחלט להסתפק בשבועה שלא יישא אחרת על פניה וכיו"ב.

⁸² לאמיתו של דבר, במקרה של הפרה או הטעיה ע"י הצד השני, זכאי הנשבע לבטל את החוזה, גם אם לא הותנה הדבר במפורש; על דעת כן לא נשבע:

"מי שאמר לחבירו שהשר כלל אותו בפשרה שלו, ועל ידי כך נשבע לתת לו כך וכך מעות, ואיגלאי מילתא (=ונתגלה הדבר) שהשר פטרו לזה, אין ממש באותו שבועה כיוון שהטעהו" (שו"ע יו"ד סימן רל"ב סעיף י"א).

ועוד:

"נשבע לתת בתו לפלוני לאשה לזמן פלוני, ובתוך הזמן קלקל המשודך מעשיו, פטור הלה משבועתו, והוא הדין אם המירה אחות המשודך" (שם, סימן רכ"ח סעיף מ"ג; וראה גם סעיף מ"ד שם).

ראה עוד מ"מ הלכות אישות פרק כ"ג הלכה י"ז. המ"מ עוסק שם בדינו של חתן, שנשבע לשאת אשה פלונית או להימנע מלגרשנה בעל כרחו, וכנגד זה, התחייב כלפיו חותנו במתן נדוניא, אלא שאחר כך פשט החותן את הרגל. המ"מ קובע, כי בנסיבות אלה נקי החתן משבועתו ורשאי הוא להימנע מלשאת את האשה או, אם נשאה כבר, לגרשנה בעל כרחו, "שאדעתא דהכי לא נשבע". הכלל הוא, אפוא, שהשבועה אינה אלא לקיים חוזה תקף, ולא לקיים חוזה שבוטל כדין. אלא ש"לרווחא דמילתא" טוב לפרש בנוסח השבועה עצמה, שהנשבע מתחייב לקיים את החוזה רק ככל הנדרש ממנו על פי דיני מדינת ישראל (או בניסוח דומה לזה), כך שהבעיה לא תתעורר מעיקרה.

לשבועה מספר חסרונות. ראשית, היא מעוררת בעיות איסוריות מסוימות. השבועה הינה עניין חמור, ויש מי שאומר, שיש בה סרך איסור⁸³. אמנם, לדעת מו"ר הרב ז"נ גולדברג שליט"א, האיסור אמור רק ביחס לשבועה על העבר, ולא ביחס לשבועה לעתיד⁸⁴. לפי דעה זו, כאן האיסור אינו קיים, שהרי כאן אנו עוסקים בשבועה לעתיד⁸⁵. עוד יצויין בהקשר זה, כי שבועה **בתקיעת כף** הינה פחות חמורה משבועה

83 ראה דבריו של הראב"ד בהשגתו לרמב"ם, הלכות שבועות פרק י"א הלכה י"ג: "שמעתי שתקנו הגאונים שאין משביעין עכשיו לא בשם ולא בכנוי, כדי שלא יהא העולם חרב על ידי החוטאים שרבו; אלא שמחרימין אותו ומקללים אותו ומחרימין עליו בשופרות וכבוי נרות ומטות כפויות, לאיים עליו שאם יחטא – לעצמו יחטא" (למקור זה הפנה אותי אבי מורי ר' יעקב בס ע"ה).

דברים אלה הובאו להלכה בשו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ט (גם בשם ראשונים אחרים; ראה ב"י שם). ראה בענין זה גם את דבריו של הראי"ה קוק, שו"ת אורח משפט חלק חו"מ סימן ד'. ברם, העובדה שביטלו את הטלת ה**חיוב** להישבע על בעל דין, איננה אומרת **שאסור** לאדם להישבע. מקור אפשרי לאיסור כזה נמצא, אולי, בשו"ע או"ח סימן קנ"ו, המורה לאדם כי **"יזהר** מלישבע אפילו באמת"; אבל אין בכך לשון **איסור** ממש, אלא הוראה לה**יזהר** משבועה שלא במקום צורך ממשי. אמנם, בחת"ס חו"מ סימן צ' כתב, שאסור להישבע אפילו על אמת; והדברים צוטטו בקצרה בפת"ש חו"מ סימן פ"ז סקכ"ב, ולא הובאה שם שום דעה חולקת. ברם, המקורות שהוא מביא לדבריו, נעוצים במקורות מסופקים: החת"ס מבסס את האיסור על כמה פירושים בלתי מוכרחים לגמרא, על מעשים המובאים בספר חסידים (סימן ת"י ת"ט) – הידוע בחומרותיו המפליגות הרבה מעבר לדין (ראה דבריו בסימן ר"י: "אם ראית ת"י שהאריך ימים, דע לך שהוסיף דקדוקים על חברו שאינם כתובים בתורה... דקדוקי של סברא שאינן של תורה"), ובעיקר על כך ש"רגיל על לשוננו" ו"מנהג ישראל תורה" לאסור שבועת אמת. ספק אם התכוון החת"ס לשנות בכך את הנהוג מדורי דורות – שכותבים שטר המכיל שבועה. הספרדים רגילים להישבע בכתובה שלא ישא אחרת; והאשכנזים רגילים לתת בשעת החופה, ולעיתים אף בשעת השידוכים, "תקיעת כף", שלפי המקובל חמור דינה כשבועה ממש; ובספר נחלת שבעה מובאים שטרות רבים ושונים המכילים שבועות (ולדעתו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג – שאין איסור להישבע על העתיד, ראה לקמן – הקושי מיושב). גם מדבריו של שו"ת חוות יאיר, סימן קצ"ו עולה, שאין איסור להישבע להתנהג בדרך כזו או אחר, בשעת הצורך (חלק מדבריו הובא לעיל, הערה 71). אחד הפתרונות שהמשיב מציע כדי לפתור את הבעיה הנידונה – ראה לעיל שם – הינו שהאיש יישבע לישא את המשרתת לאחר מות אשתו). אכן, שבועה הינה דבר חמור ביותר, ראה גמרא שבועות דף ל"ט; אבל לא מצינו **איסור** גמור בדבר. ראה גם פד"ר כרך ד' עמ' 59, שם מספרים הדיינים לפי תומם כי הורו לבעלת דין "שאיין כל איסור להישבע על האמת" (ישבו בדין הדיינים ע' הדאיייה, י' הדס, ב' ז'ולטי). עוד יש לציין כי בפד"ר י"ד עמ' 43 ואילך מתקיים דיון, אם אין עצם החתימה על שטר מהווה שבועה לקיים מה שהתחייב שם; וצ"ע. לדיון רחב, תוך הבאת מקורות רבים לסוגיא, ראה שו"ת "ציץ אליעזר" חלק ח' סימן ח'. ראה גם מאמרו של אברהם שמידל: "אם נמצאת כבר בתלמוד הקפדה שלא להישבע אפילו שבועת אמת?" **בית תלמוד שנה א'** (תרמ"א) עמ' 245-247.

84 ראה חידושו ונימוקיו לקמן, נספח ד', הערה ה'.

85 בסיס אחר להיתר הכללת שבועה בסכם מציע הפרופ' א' שוחטמן במאמרו הנ"ל הערה 72, בעמ' 473 ואילך. פרופ' שוחטמן מבסס את ההיתר על ההלכה הקובעת כי "מותר לאדם להשבע על המצוה לעשותה כדי לזרז את עצמו, ואף על פי שהוא מושבע עליה מהר סיני, שנאמר: 'נשבעתי ואקיימה לשמור משפטי צדקך'" (רמב"ם, הלכות שבועות פרק י"א הלכה ג'). לדעתו של הפרופ' שוחטמן, כיוון שגם התחייבות שאינה ניתנת לאכיפה על ידי בית דין, מכל מקום מוטלת על צד להסכם חובה **דתית מוסרית** לקיימה (ראה לעיל, סמוך לציון 26), הרי שבועה לקיים את החוזה הינה בבחינת זרוז לקיים מצוה, והיא מותרת.

בדיבור פה⁸⁶. בשעת צורך להישבע יש לנקוט אפוא דרך זו.

שנית, כאמור לעיל, יש לציין בשבועה כי היא מתייחסת לעיקר החוזה בלבד. **לכן, אין היא יכולה לשמש פיתרון לאכיפת הפרטים המשניים שבו.**

שלישית, שימוש בשבועה הינו בעייתי כאשר הצד המתחייב הוא תאגיד (כגון חברה), שהרי לא ניתן להשביע תאגיד. אמנם, עקרונית ניתן להשביע אישית את בעלי המניות או בעל השפעה אחר, שיגרמו לכך שהתאגיד ינהג בהתאם לחוזה; אולם הדבר תלוי כמובן בהסכמתם, ובמקרים רבים זו לא תינתן, שכן הסכמה כזו מערערת את עצם הגבלת הערבות ואת ההפרדה המשפטית שבין התאגיד לבין האנשים הקשורים בו.

חסרונות נוספים של השבועה קשורים לכך, שלדעת חלק מן הפוסקים, החובה לקיים את השבועה נתפסת כחובה דתית בלבד של הנשבע, ולא כזכות של הצד השני; לדבר זה עשויות להיות השלכות על הסעדים המשפטיים שיוכל ליכות להם. כך, למשל, לאכיפת חיוב ממוני ממש, ירדו בית הדין לנכסיו של החייב; ואילו לאכיפת שבועה – יסתפקו בנידוי האיש⁸⁷.

86 לדעת ר"י, בתשובתו שהובאה לעיל הערה 81, זו היא הסיבה לכך שנהגו בתקיעת כף – "שלא רצו לקבל עליהם אלא תקיעת כף, כי יראו עונש השבועה". גם מהר"ק (מהד' אורייתא שורש נ"ב) מסביר, בשמו, "דלהכי נהגו בהאי שבועות, דלית בה הזכרת שם ולא נקיסת חפץ", כדי "להקל מעלינו עונש שמים של שבועה". גם חכמי הספרדים, הרגילים כאמור לעיל להשביע את החתן בכתובה, עושים זאת בתקיעת כף. ספק הוא, אם החת"ס התכוון, בדבריו שהובאו בהערה 83, לאסור גם שבועה בדרך של תקיעת כף.

אגב, לדבריו של פרופ' ש' ליברמן, **יונית ויונות בארץ ישראל** עמ' 87-110, יצירת "ידות" ו"כינויים" השבועות והנדירים באה מסיבה דומה: העם השתדל להימנע מלהזכיר שבועה ונדר מפורשים, מחמת יראת עונשם.

87 שו"ת הריב"ש, סימן של"ה: "וכן נפקא מינה, שאפילו בחייו אין בית דין יורדין לנכסיו... אלא שבית דין משמתין אותו אם הוא מתרשל מלקיים שבועתו".

הבדל דומה לכך קשור בשאלת מימוש חובות מתוך נכסיו של החייב או הנשבע, אם שועבדו או נמכרו **אחרי כריתת החוזה** לאדם אחר. **חוב כספי** מקנה, מיד עם היווצרו, שעבוד נכסים; שעבוד זה מקנה (לצד השני לחוזה) יתרון של קדימה על פני בעלי חובות שילוו אחר כך למתחייב או קונים שיקנו אחר כך את נכסי החייב. לעומת זאת, **שבועה** אינה מקנה לצד השני כל זכות קניינית בנכסי הנשבע. לכן, אם עבר הנשבע ומכר או נתן את נכסיו לאדם אחר, הפעולה הקניינית תקפה. ראה הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ סימן ר"ח סעיף א'; שו"ת חת"ס ח"א אה"ע סימן קמ"ז.

הבדלים נוספים בכיוון זה: מסתבר, שלגבי זכות **ממון**, אין זכותו של אדם נפגעת כתוצאה מקשיים לבצעה בצורתה הפשוטה; החייב יצטרך לבצעה כפי שאפשר. לעומת זאת, לגבי מחויבות הנובעת **משבועה**, נחלקו הפוסקים אם חייב הנשבע לקיימה כלל, כאשר אי אפשר לקיימה ככתבה וכלשונה המדויקת. ראה רמ"א חו"מ סימן ע"ג סעיף ח', ושי"ד שם סק"ז. מבחינה זו עדיפה אפוא זכות ממונית על פני זכות הנובעת משבועה.

מעלה נוספת נודעת למחויבות הממונית על פני מחויבות הנובעת משבועה בלבד: אם המתחייב

עם זאת, תפיסת השבועה כחובה דתית עשויה להביא בכנפיה גם יתרון מה: בית הדין יחייבו ויכפו את הנתבע לבצע את מה שהתחייב, "בעיני"; הוא לא יוכל להתחמק מכך (כשם שיכול הוא להתחמק ע"י תשלום ה"קנס"⁸⁸).

כופר בכך שהתחייב, יכול התובע לדרוש ממנו **שבועת היסת**. לעומת זאת, אם כל טענתו של התובע היא שהנתבע נשבע לתת לו דבר מה, והנתבע מכחיש, יש האומרים, כי הנתבע פטור אף משבועה, שכן לא מדובר כאן בזכות של התובע כלל – אלא בחיוב (דתי בלבד) של הנשבע לקיים את מה שנשבע (ראה דברי הריב"ש שהובאו בבי"ח חו"מ סימן ע"ה מחודש ל"ה; מרדכי, בי"מ פ"ק סימן רנ"א; רמ"א, בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף כ"ה, ושי"ך שם סקפ"א).

יתרון נוסף למחויבות הממונית יהיה, אולי, במקרה **שמת האדם, אשר המתחייב התחייב לתת לו, או נשבע לשלם לו**. אין ספק, כי מחויבות ממונית עוברת בירושה, והמתחייב חייב לתת את מה שהתחייב – ליורשים; ואילו לגבי דינו של הנשבע, אין הסכמה ברורה בין הפוסקים, האם הוא חייב ליתן ליורשים, או שהוא פטור לגמרי. ראה דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג במאמרו "תוקפה המשפטי של הבטחה" **תחומין** י"ג עמ' 371 ואילך.

שאלה דומה עשויה להתעורר אם **מת הנשבע** – **המתחייב**: חוב ממוני שנטל על עצמו עומד לגביה מתוך נכסי העזבון, אבל חיוב דתי לקיים שבועה הינו בעיקרו חיוב אישי שאינו עובר בירושה. כך היא דעתו של הריב"ש, בשו"ת סימן של"ה, וכ"פ רמ"א, בהג"ה לשו"ע חו"מ סימן ר"ט סעיף ד'. אמנם, הסמ"ע בחו"מ סימן ר"ז סקנ"ג כתב שדעת רוב הראשונים הינה שהשבועה משמשת תחליף לקניין, ובעצם הינה מעבירה את הבעלות; אבל בנו"ב מהדורה קמא חו"מ סימן ל"א כתב, שדברי הסמ"ע הם דברי יחיד, והביא רבים מן האחרונים החולקים עליו (וראה שם גם דיון מפורט בכל המשמעויות המשפטיות של השבועה בחוזה; ראה גם סימן ל"ג שם).

בעייתיות נוספת הקיימת בשבועה היא שהנשבע יכול להישאל לחכם שיתיר את שבועתו בעקבות חרטה, וכך יהיה פטור מלבצע את החוזה. אמנם, לפי ההלכה, "נדר על דעת חבירו, אין מתירין לו אלא... מדעתו ורצונו" (שו"ע ורמ"א יו"ד סימן רכ"ח סעיף כ'), וראה ט"ז סקכ"ח ושי"ך סקל"ט שם שכתבו, שאין בנושא מחלוקת; ראה גם שו"עאה"ע סימן קי"ח סעיף ט"ו; אבל בדיעבד, אם כבר התיר החכם את הנדר, הרי ישנן דעות בין הראשונים, כי הנדר הותר (ראה תוס' גיטין ל"ה ע"ב ד"ה ליחוש; חידושי הרשב"א נדרים ס"ה ע"א; שו"ת הריב"ש סימן של"ה, ובהוצאת מכוון ירושלים, הערות 42-43 שם). כך גם פסק הרמ"א, בהג"ה לשו"ע סימן ר"ט סעיף ד'. ייתכן שניתן לפתור את הבעיה בעקיפין באמצעות **נזירות שמשון**. "מי שנדר נזיר כמששון אינו יכול להשאל על נדרו, שנזירות שמשון לעולם היתה" (רמב"ם הלכות נזירות פרק ג' הלכה י"ד). כמוכך, נזירות שמשון אינה שייכת לקיום חוזה אלא בדרך עקיפין (בדומה ל"קנס" המתואר לעיל): צד לחוזה יכול לנדור נזירות שמשון **המותנית** בכך שיפר את החוזה, ואז, כדי שלא יצטרך להנזר כל ימיו מן היין ומן התגלחת, יאלץ לקיים את החוזה. אולם אפשר שאין בכך הרתעה מספיקה.

בעיה נוספת עלולה להתעורר בקשר לשבועתה של **אשה נשואה** (אם היא אחד הצדדים לחוזה). על פי ההלכה יש לבעל סמכות להפר נדרים ושבועות של אשתו (במדבר ל' פס' ב' ואילך). אמנם, סמכות זו מוגבלת לנדרים ושבועות "שיש בהן עינוי נפש או שהן דברים שבינו לבינה" (רמב"ם, הלכות נדרים פרק י"ב הלכה א'). אולם אפשר שביצוע חוזים מסוימים, עליהם נשבעה האשה, ייכללו בקטגוריות אלה.

88 יתרון נוסף של השבועה על ה"קנס" הוא, שבשבועה ניתן להבטיח דרכי **גבייה** שאינן מקובלות בהלכה. לפי ההלכה, לווה, שאין לו כסף לשלם את ההלוואה, אין חובשין אותו בבית האסורים, ואף אין מחייבין אותו לעבוד כדי לשלם את ההלוואה, אלא מניחים אותו לנפשו. גם אם הלווה הסכים, בשטר ובקנין, כי המלווה יוכל לאסור אותו אם לא ישלם את ההלוואה, הרי התנאי אינו תקף (ראה שו"ת הרא"ש, כלל ע"ח סימן ב'; שו"ע חו"מ סימן צ"ז סעיף ט"ו). אמנם, ראה מחנה

משום כך נראה, שהטוב ביותר הוא לאחוז בזה וגם מזה לא להניח את היד: ניתן לקבוע בחוזה את שתי הדרכים זו בצד זו, שהרי אין ביניהן כל סתירה.

ג. סיכום

ההלכה מכירה בתוקפה של עיסקא ריאלית החלה בהווה – כגון העברת בעלות, התחייבות כספית והדומה להן. לעומת זאת, אין ההלכה מכירה, בדרך כלל, בתוקפו של חוזה שיש בו התחייבות לעשות מעשה בעתיד. התחייבות כזו מכונה בהלכה "קניין דברים".

אולם כמעט תמיד ניתן להתגבר **למעשה** על בעיית "קניין דברים" בדרכים שונות: בצורה ישירה – ע"י שבועה, או בצורה עקיפה – ע"י הוספת התחייבות כספית מותנית ("קנס") לחוזה. בדרכים אלה יובטח ביצוען של התחייבויות להתנהגות, אשר כשלעצמן אינן ניתנות לאכיפה.

נמצא, שלמרות בעיית "קניין דברים", ניתן לנסח ולכרות הסכמים אשר יאכפו על ידי בית הדין.

אפרים הלכות שכירות פועלים סימן ב', תומים סימן צ"ז סקל"ז, ערוה"ש שם סעיף כ"ב, ו"משנת יעקב" הלכות אישות פרק י"ב סעיף ז' עמ' קס"א, שמשמע מדבריהם, כי תנאי שהתנה שיהיה חייב לעבוד ולשלם את ההלוואה – מועיל, לפי שיטות ראשונים מסוימות; אבל מבואר הגר"א חו"מ סימן צ"ז סקמ"ד משמע להדיא, שלדעתו, כל הראשונים מודים, שאין תנאי כזה עשוי להועיל. ראה גם חו"מ גיטין סימן ק"ח סק"י, ד"ה ולענין לכופו). כמובן, בענין זה, שום סידור של "קנס" לא יפתור את הבעיה. אבל אם **נשבע** הלווה, כי לא יצא מבית הסוהר עד שיפרע החוב, או כי יעבוד ע"מ לשלם את החוב, הרי השבועה חלה, ובית הדין כופין אותו (אם יש סיפק בידם) למלא אחר שבועתו. ראה הגהת הרמ"א שם (במראה המקום לדברי הרמ"א שם נפלה טעות, וצ"ל שו"ת הריב"ש סימן תפ"ד). אולם, כמובן, לא ניתן ליישם דין זה במדינת ישראל (ראה א' ברק: "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט ומנהל** 1 (תשנ"ב-1992) עמ' 9, בעמ' 25-26; אמנם ראה בקורתו של י' ויסמן, **דיני קניין** עמ' 74-75 הערה 9). עוד ראה דבריו של מו"ר הרב גולדברג, לקמן נספח ד', הערה ו'.

פרק שני

הדרכים בהן נוצרת עיסקא⁸⁹

א. כללי

בפרק הקודם עסקנו בבעיה העקרונית של תוקפו ההלכתי של החוזה. ראינו, כי ההלכה מכירה בהתחייבות כספית, ובכל עיסקא ריאלית. נותר לנו לעסוק בבעיה טכנית: **הדרך בה נוצרת עיסקא**. בעיה זו אינו כה עקרונית כקודמתה, ואולם, גם בענין זה ניתן לראות את אחד ההבדלים החשובים והבולטים שבין דיני החוזים שבהלכה לבין אלה שבמשפט הישראלי.

לפי עמדת ההלכה, "כדי לוודא אם ניתנה אמנם הסכמה רצינית שהיה בה משום גמירת דעתו של המתחייב, ולא משום פטומי מלים בעלמא, יש צורך בגורם נוסף (על הסכמה בעל פה) המהווה אבן בוחן לרצינותה של ההסכמה שניתנה"⁹⁰. בדרך כלל, דורשת ההלכה, לשם כך, **מעשה קנין**. בדיניה של מדינת ישראל, לעומת זאת, ניתן לבצע כל עיסקא שהיא, בין עיסקא ריאלית ובין עיסקא אובליגטורית, גם ללא כל מעשה, ודי בדיבור או בכל דבר אחר אשר יעיד על גמירות דעתם של הצדדים⁹¹.

89 העדפנו מונח זה על המונח "חוזה", שאינו מופיע במקורות ההלכה. ראה לעיל, פרק ראשון, סמוך לציון 21.

90 כלשונו של ז' ורהפטיג, **מחקרים במשפט העברי** עמ' 113. שונה במקצת דעתו של ש' אלבק, לפיה, תפקידו של מעשה הקניין הוא **לגרום ולהביא** לגמירות הדעת, ולא להעיד עליה בלבד. ראה דבריו בספרו **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** עמ' 192.

דיון נרחב בתפקידו של מעשה הקנין ראה ב"פסקים וכתבים" להריא"ה הרצוג, כרך ט', חו"מ סימן קי"א.

91 ראה חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973, סעיפים 2 ו-5 המסתפק בדרישה שיהיה דבר כלשהו "המעיד" על מפגש הרצונות, על "גמירת דעתו של המציע" ועל "גמירת דעתו של הניצע" ליצור יחסים משפטיים קונקרטיים.

חסרונה של השיטה הזו הוא ברור: הדבר גורם לאי וודאות ולהתדיינות ממושכות ויקרות. ראה לדוגמא: ע"א 158/77 **רבינאי נגד חברת מן שקד**, פ"ד ח"ג (2) עמ' 281; ע"א 440/75 **זנדנבק נגד דנציגר**, פ"ד ל (2) עמ' 260; ע"א 692/86 **בוטקובסקי ושות' נגד גת ואחרים** פ"ד מ"ד (1) עמ' 57; ע"א 726/71 **גרוסמן את ק.ב.ק. נגד עזבון בידרמן**, פ"ד כ"ו (2) עמ' 781. מן הסתם, במציאות גדול מספר המקרים הללו עוד הרבה יותר. דרכו של עולם היא, שלבתי המשפט מגיעים חלק קטן בלבד של המקרים הבעייתיים; בחלקם הגדול של המקרים נכנע החלש שבין הצדדים לחברו, ואינו פונה כלל לבית משפט. כך יכול צד שאינו הגון לעשות שימוש בכחו – הנובע מכך שהתנהלה שיחה על כריתת חוזה – לאיים בתביעה, וכך לאלץ את חברו – שאין שעתו פנויה למיקם בדינא ודיינא – להסכים לתנאיו.

דרישת המעשה בהלכה הינה, בדרך כלל⁹², תנאי בל יעבור לתקפות ההסכם⁹³. זו לשון הרמב"ם⁹⁴:

"המקח אינו נקנה בדברים; ואפילו העידו עליהם עדים. כיצד? 'בית זה אני מוכר לך', 'יין זה אני מוכר לך', 'עבד זה אני מוכר לך'; ופסקו הדמים; ורצה הלוקח, ואמר 'קניתי'; ורצה המוכר, ואמר 'מכרתי'; ואמרו לעדים: 'הו

הבעייה מחריפה עוד יותר בעקבות נטייתם של בתי המשפט להקל מאד בהכנסת בעלי דין אל תחום החבות החוזית. בין השאר, החלו בתי המשפט לראות בעקרון תום הלב תחליף לגמירות הדעת. כך, למשל, החליטו, שאם התנהגות שלא בתום לב של אחד הצדדים, היא זו שמנעה את כריתת החוזה, אזי יש לראות את המצב המשפטי בין הצדדים כאילו נכרת ביניהם חוזה; ואת דרישת תום הלב פירשו בצורה מחמירה. טול, לדוגמא, את פסק הדין ע"א 829/80 **שיכון עובדים נגד זפניק**, פ"ד ל"ז (1) עמ' 579. מתואר שם מעשה בחברה, אשר לא העמידה פקידים די הצורך כדי לקבל את הקהל עד שעת סיום העבודה ביום האחרון בו יכול היה הציבור לרכוש ממנה דירות, לפי תנאי מבצע מסוים שהכריזה. נפסק, באופן עקרוני, כי החברה חייבת לפצות את כל מי שפנה לחברה ולא הספיק לכרות חוזה באותו יום. שיעור הפיצוי נקבע להפריש המחיר בין מחירי המבצע של הדירות לבין מחירי השוק שלהן. כלומר: בית המשפט חייב את החברה, באופן עקרוני, לשלם למי שלא הספיק לכרות חוזה, פיצויים על כל מה שיכול היה להרוויח אילו נכרת החוזה, וזאת רק משום שהחברה התרשלה ביצירת התנאים **שיכולים היו להביא** לכריתת חוזה. בית המשפט ראה בהתנהגות רשלנית זו חוסר תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה. בתי המשפט מקילים מאד גם בדרישת הכתב בהתחייבות לעשות עיסקא במקרקעין – עד שכמעט לא נותר הימנה שריד ופליט (נקבע, למשל, כי העובדה שלא הוסכם על מועדי התשלום ומסירת הממכר, אינה רלוונטית, שכן ניתן להשלים מועדים אלו מתוך הוראות החוק. דומה, לפי זה, שאף אם לא הוסכם על המחיר, החוזה תקף, שהרי אפשר להשלים את הדבר מתוך הוראת סעיף 20 (ב) לחוק המכר, תשכ"ח 1968, הקובע כי אם "לא הוסכם על המחיר או על דרך קביעתו, ישולם המחיר הראוי!" בתי המשפט נוהגים גם להקל בדרישת המסוימות ובדרישת ההעדה על גמירות הדעת הדרושה לשם יצירת חוזה (עד שוויתרו על דרישת **החתימה** על שטר החוזה!). ראה מקורות לכל זה, עם דברי ביקורת חריפים, במאמרה של ד"ר שי רנר, "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כ"א עמ' 33 ואילך. לדבריה, דיני החוזים, כפי שהם מתפרשים ע"י בתי המשפט בישראל, מחייבים אדם לעמוד לא רק בהבטחתו, אלא גם בכל מה **שהצד השני האמין** שהוא הבטיח, אם אמונה זו נובעת מ**רשלנותו** (של הראשון). "רעיון **הרשלנות** אכן החליף את רעיון **הכוונה** ביצירת חוזים" (שם, עמ' 77). כך, אדם שקיים שיחה שהיא ספק-רצינית-ספק-אקראית, על מכירת דירה לאדם אחר, עשוי למצוא עצמו במצב מאד לא ברור, ולהאלץ להסכים למכירת הדירה קודם שסיכמו את תנאי העיסקא הנוחים לו. כאמור, דעתה של הד"ר רנר אינה נוחה מהמצב הקיים, והיא מסיימת את מאמרה בקריאה ל"צמצום מושג החוזה".

על רקע זה ניתן להבין היטב את דבריו של הרא"ש (שו"ת הרא"ש, כלל י"ב, סימן ג'): "סטומתא (ראה לקמן סמוך לציון ציון 106 – ד' ב') היינו דוקא שנעשה מעשה... אבל

דיבור בעלמא לא. אפילו אי נהוג – **מנהג גרוע הוא**, ולא אזלינן בתריה".

ראה גם לקמן, הערה 93.

92 לרשימה מפורטת של יוצאים מן הכלל, ודיון במשמעותם, ראה מו"ר הריא"ה הרצוג, "פסקים וכתבים", כרך ט', חו"מ סימן קי"א; ז' ורהפטיג, **מחקרים במשפטי העברי** עמ' 103-115.

93 על השאלה אם יש תוקף של "סיטומתא" למנהג לקנות בדיבור בעלמא, או שזהו "מנהג גרוע", ראה מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** עמ' 744-746.

94 מכירה פרק א' הלכות א-ב. כן הוא (בלשון שונה מעט) גם בטור ובשו"ע חו"מ סימן קפ"ט סעיף

עלינו עדים, שמכר זה ושלקח זה' – הרי זה אינו כלום; וכאילו לא היו ביניהם דברים מעולם... אבל אם נקנה המקח באחד מהדברים שהוא נקנה בהם – קנה הלוקח, ואינן צריכים לעדים כלל, ואין אחד מהן יכול לחזור בו".

ההלכה קבעה צורות שונות של מעשים שבהם נקנה המקח. מעשים אלה מכונים בשיגרת הלשון ההלכתית "מעשי קנין" או "קנינים". מתוך כלל מעשי הקנין נציין כאן את קנין ה"חליפין", המכונה גם קנין "סודר". קנין זה מתבצע באמצעות החלפת הדבר הנקנה בחפץ מטלטל אחר (לרוב – מטפחת או סודר, ומכאן השם "קנין סודר"⁹⁵). על פי המנהג, מוחזר חפץ זה לבעלים המקורי מיד לאחר מעשה הקנין⁹⁶.

"קנין סודר" קל ונוח לביצוע יותר מכל ה"קנינים" האחרים⁹⁷. ל"קנין" זה נודעת חשיבות רבה, היות שהוא תקף כמעט בכל דבר, לרבות קרקעות ומטלטלים. כמו כן ניתן ליצור באמצעותו מחויבות כספית – דבר שיש לו חשיבות מכרעת לגבי יצירת

95 על קדמותו של קנין הסודר מעיד הנאמר במגילת רות (ד', ז'): "וזאת לפנינו בישראל, על הגאולה ועל התמורה, לקים כל דבר, שלף איש נעלו ונתן לרעהו, וזאת התעודה בישראל". ראה דבריו של ר' שלמה קלוגר, חכמת שלמה, חו"מ סימן קכ"ג סעיף י"ד.

96 ראה לקמן, נספח ג', הערה 480.

97 **השטר** אינו קונה עד שיתן כל הדמים (שו"ע חו"מ סימן קצ"א סעיף א' וסמ"ע שם סק"ה). הנייר, שהשטר כתוב עליו, צריך להיות משל המוכר, ובשעת עשיית הקנין צריך הוא להקנותו ללוקח (ראה קצות החושן שם סק"א).

גם ל"חזקה" חסרונות שונים לעומת קנין ה"סודר". קנין "חזקה" אינו נוהג אלא במקרקעין בלבד, ונוסף לכך הוא קשה לביצוע יותר מן ה"סודר". על פי הדין, צריך הקונה ללכת לדלת הדירה הנמכרת ולנעול אותה. אם אין הצדדים נמצאים בדירה בזמן עריכת החוזה, צריך גם לקבל ציווי מפורש של המוכר – "לך חזק וקני", ורק אחר כך ללכת ולנעול. אגב, צ"ע, האם ניתן להקנות דירה במעמד חתימת חוזה, באמצעות "חזקה". גם אם נניח שאין ההלכה מכירה בצורך ברישום כדי להקנות קרקע (ראה לקמן הערה 124), מכל מקום, שאלה היא האם חזקה מועילה כאשר המוכר משייר לעצמו זכות לדור בדירה ולאכול פירותיה עד סיום תהליך התשלומים. קשה לראות כאן "חזקה", כאשר המוכר ממשיך להחזיק בדירה לזמן רב. אמנם, עיין בשו"ע שם סעיף ט"ז.

תקפו של קנין **חצר** מותנה בכך שהחפץ הנקנה נמצא בתוך חצרו של הקונה.

קנין **אגב** דורש קודם להקנות את הקרקע, שאגבה נקנים הטובין האחרים.

לגבי קנין **כסף**, לא ברור אם למטבעות ולשטרות שלנו יש דין כסף (ראה לקמן נספח ב' חלק ראשון סעיף ב', סמוך לציון 343 ואילך).

הגבהה ומשיכה אינן שייכות במקרקעין, וגם לגבי מטלטלין הן בעייתיות: לא תמיד קל להגביה את המטלטל או למשכו, והמשיכה – לא תמיד היא תקפה, והדבר תלוי בפרטים רבים, ואכמ"ל (לגבי כל זה ראה טושו"ע חו"מ סימנים קצ"ז-ז"ר"ג).

הקנין הנוח ביותר הוא אפוא "קנין **סודר**" (ראה שו"ע חו"מ סימן ק"צ סעיף א'). נוחותו ויעילותו עשו אותו לנפוץ מאוד, עד שסתם "קנין" בלשון הספרות ההלכתית – הוא "קנין סודר".

חוזה⁹⁸. מעשה החליפין, לאחר אמירת (או כתיבת) "אני מחייב עצמי ליתן לפלוני סך כזה וכזה", יוצר את החיוב.

אמנם, לא תמיד מועיל קנין הסודר, ולעיתים רחוקות יש עדיפות לקנין אחר על פניו⁹⁹; אבל מקרים אלה אינם נפוצים.

לפיכך, "קנין סודר" הוא "קנין" המומלץ, בדרך כלל, על ידינו⁹⁹. אך מכל מקום, כדי להימנע מהצורך לבדוק בכל עיסקה אם יש בו דבר שלגביו קנין "הסודר" אינו מועיל, רצוי להכניס בכל מסמך חוזה הודאה של שני הצדדים זה לזה כי עשו "קנין" תקף על כל פרטי העיסקה ותניותיה. לאחר הודאה כזו לא תישמע טענה השוללת את תקפו של "קנין"¹⁰⁰.

98 כפי שהסברנו בסוף הפרק הקודם, ההתחייבות הכספית היא גורם מרכזי באכיפת הסכמים רבים. אף אנו השתמשנו בהתחייבות כספית מותנית בטופס החוזה המוצע לקמן נספח ג'. אמנם, ישנם פוסקים הסבורים, כי יצירת חיוב חדש יכולה להיות אף בדיבור; אולם יש החולקים על סברה זו, ולדעתם יש צורך במעשה קנין (ראה ש"ך חו"מ סימן מ' סק"ב, שלדבריו זו היא דעתו של רש"י. מקורות נוספים ראה באנצ' תלמודית, ערך התחייבות, כרך י"א, עמ' רמ"ט, הערה 45). אולם, אם נעשה קנין – החיוב תקף, לכל הדעות (ראה גמרא ב"ב קע"ו ע"ב; ב"מ נ"ח ע"א רש"י ד"ה בשקנו מידו; למקורות נוספים ראה אנצ' תלמודית, ערך "התחייבות", כרך י"א עמ' רמ"ו הערה 6). לכן, אם עושים הצדדים להסכם קנין, יוצאים הם ידי חובת כל הדעות, ומונעים בכך טענת "קים לי" (על טענה זו ראה לעיל, מבוא).

99 קנין "הסודר" אינו מועיל להקנות מעות, ולפי דברי פוסקים מסוימים, גם כל דבר שאינו מסוים, כגון חצי אגוז וחצי רימון (ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סימן אלף ק"ד, בעקבות גמרא ב"מ מ"ז ע"א). אלה נקנים בקניינים אחרים, כגון הגבהה, משיכה או אגב. ברם, דברים אלה אינם שכיחים (יש להדגיש כאן, כי נטילת התחייבות כספית אינה הקנות מעות, וניתן אפוא להעמידה ב"קנין סודר").

להשוואה של יעילות והתפתחות הקניינים השונים, ראה סקירתו המפורטת והממצה של א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק א' סעיפים ל"ט-מ"ד. ראה גם אנצ' תלמודית בערכים: "אגב", כרך א' עמ' קי"ז; "ארבע אמות", כרך ב' עמ' קנ"ג; "הגבהה", כרך ח' עמ' קנ"ה; "חזקה", כרך י"ג עמ' תס"ה; "חליפין", כרך ט"ו עמ' תס"ט; "חצר", כרך י"ז עמ' קע"ב; כרך המפתח, עמ' רפ"ט, ערך "קנין".

99א הדרכה מעשית ופרטי דינים מובאים בנספח ג'.

100 "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי" (גיטין מ' ע"ב).

לכאורה, ניתן היה לוותר לגמרי על עשיית הקנין, על ניסוחים בצורה מועילה וכו', ולהסתפק בהודאה פיקטיבית לגמרי, **שכביכול** הדברים הללו נעשו. דרך זו אף מקובלת ונפוצה עד מאד ב"פרקטיקה" של ההלכה. הודאה פיקטיבית שכזו מכונה בלשון ההלכה "אודיתא".

מקורה של השיטה הוא בגמרא, בסיפור על גר בשם איסור. זו לשון הגמרא (ב"ב קמ"ט ע"א): "איבעיא להו: שכיב מרע שהודה מהו? תא שמע: איסור גיורא הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי רבא. רב מרי בריה – הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הוא... אמר רבא: היכי ליקנינהו רב מרי להני זוזי? אי בירושה – לאו בר ירושה הוא... מתקיף לה רב איקא בריה דרב אמר: אמאי? ולודי איסור דהלן זוזי דרב מרי נינהו, וליקנינהו באודיתא!! אדהכי נפק אודיתא מבי איסור. איקפד רבא. אמר, קא מגמרי טענתא לאינשי ומפסדי ליי".

במקרה המתואר בגמרא לא היתה לאיסור, הגר השרוע על ערש דווי, כל דרך אחרת להעביר את

הפוסקים נחלקו אם "קנין סודר" מתקיים בלא נוכחות עדים. הדעה הרווחת היא, כי ה"קנין" יוצר חיוב או מעביר רכוש גם בלא נוכחות עדים. אולם יש בין הפוסקים

רכושו לבנו; אולם, משום מה, דרך פיקטיבית זו נעשתה מקובלת גם בעסקי משא ומתן רגילים, כאשר אפשר ואפשר לנקוט בדרך טבעית יותר להתחייבות או להעברת רכוש. בלשונו של הריא"ה הרצוג (פסקים וכתבים), כרך ט', חו"מ סימן קי"ב):

"על אף יסודה המשפטי הרעוע, הצליחה האודיטא לתפוס לה מקום חשוב במציאות המשפטית, והיא משמשת דוגמא נאותה ליכולת התפתחותם של דיני הממונות במשפט התורה".

המעייין בספר "נחלת שבעה", הכולל קובץ גדול של שטרות מימי הביניים המאוחרים, ימצא "אודיטא" במקרים רבים. גם בזמננו יש הנהגים לעשות כך; ראה, למשל, את דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג, "ירושת הבת (לחידוש מנהג שטר חצי זכר)" **תחומין** כרך ד' עמ' 346, שהציע לעשות כן בשטר חצי זכר.

לא לגמרי ברור ההסבר התיאורטי ל"אודיטא". הפוסקים נחלקו בדבר. לפי הדעה הרווחת בין האחרונים, ה"אודיטא" הינה דרך מדרכי ההקנאות, ובכוחה **ליצור חיוב חדש**, בחינת יש מאין, ככל הקנאה (ראה קצוה"ח סימן מ' סק"א וסימן קצ"ד סק"ג). אולם רבים מן הראשונים סבורים כי ההודאה **אינה** בעלת משמעות יוצרת, אלא **ראיית** בלבד. כך היא, לדוגמא, שיטתו של **הרשב"א**, בתשובותיו חלק ג' סימן ס"ז:

"יש מי שמדקדק מההיא דאיסור, שההודאה בכעניין זה אחד מדרכי הקניות. אלא שאני תמה בדבר זה, ובמה יקנה, והלא אין נכסים שאין להם אחריות נקנין אלא או במשיכה או בהגבהה או בחליפין או באגב, ולא מצינו בשום מקום שתהא קנייתן בהודאה".
ראה גם תשובתו בח"ד סימן נ' (הובאה בב"י חו"מ סימן רנ"ב, מחודש ג'; הנוסח המובא כאן הוא זה של הבי"י):

"עיקר שאלה באומר ... מטלטלין אלו של פלוני... ואם שניהם מודים, שלא היו של שמעון, אלא שראובן בא להקנותם בהודאה זו — לא קנה".

כך היא גם דעתו של **בעל התרומות**, שער נ"א חלק ח' דין א':
"הודאה — אין עניינה הקנאה, אלא ענין הבא על מה שכבר היה, שמגלה האמת".
כך עולה מדבריו גם במקומות אחרים (ראה לקמן). כך היא גם שיטתו של **הראב"ד**, כפי שעולה מדבריו המובאים בספר התרומות שער מ"ב, חלק ד', סעיף ג'; ועיין בגידו"ת שם ובהערות המהדיר הרב גולדשמידט (מהדורת מכון ירושלים). ראה עוד דברי הרב גולדשמידט, שם, הערה 27, שהראה שניתן למצוא סימוכין לדעה זו בדברי ראשונים נוספים. מקורות נוספים לדעה זו ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך אודיטא, כרך א' עמ' ר"ג הערה 3.

דעה **שלישית** קובעת, כי האודיטא הינה אמנם דרך הקנאה, אבל רק בשכיב מרע (כמו במעשה של איסור). באדם בריא אין היא עשויה לשמש אלא במישור דיני הראיות.

"שאינן פקדון ולא מלווה נקנין בהודאה אלא בשכיב מרע, משום דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו; אבל בבריא — לא, שאם כל אדם היה יכול להקנות בהודאה — אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות?" (תשב"ץ, חלק א' סימן קנ"ב), "ולא אשכחן בשום דוכתא דאמרי דנכסים נקנין בהודאה" (שם, חלק ג' סימן שכ"ה).

דעה **רביעית** מצמצמת יותר את התחום שבו קונה ה"אודיטא", ומעמידה אותו על שכיב מרע **גר** בלבד (כלומר, בדיוק כמו במעשה שבגמרא), שאין לו יורשים, ואין לו דרך אחרת להקנות את נכסיו, ומשום כך תקנו עברו חכמים דרך זו של הקנאה, שלא תטרף דעתו (אור זרוע, שו"ת סימן תשנ"ב).

בדבר ההסבר התיאורטי למהותה ותוקפה של האודיטא, ראה עוד דיון נרחב בדברי הריא"ה

הרצוג, "פסקים וכתבים" כרך ט' חו"מ סימנים כ"ו, כ"ח וק"י"ב. מכל מקום, נראה, כי האודיטא הינה דרך יעילה לפי כל השיטות. ודאי כך הוא הדבר לפי הדעה הגורסת, כי האודיטא היא דרך **הקנאה**, שהרי לדעה זו תועיל האודיטא אפילו כאשר אין היא אלא שקר מוחלט וגלוי.

אך גם לפי הדעה האחרת, זו הגורסת, שלאודיטא אין אלא משקל ראייתי בלבד – נראה, כי אין מקום לפקפק בתוקפה למעשה. כאמור לעיל, משקלה הראייתי של ההודאה הינו גדול מאד, עד שהגמרא קובעת שההודאה היא "כמאה עדים".

אמנם, נחלקו הראשונים (לפי השיטה שאודיטא אינה אלא ראייה), האם יכולה האודיטא לעמוד מול "אנן סהדי" כלומר, מול האמת הניכרת בעליל. לפי דעה אחת – ההודאה עשויה לעמוד אפילו מול "אנן סהדי". זו היא דעתו של רבינו תם, ב"ב מ"ג ע"ב תוד"ה דלא; זו היא גם הדעה המובאת בתוסי' כתובות נ"ד ע"ב ד"ה אע"פ בשם יש מפרשים. לפי דעה זו, ה"אודיטא" טובה יותר מכל דרך אחרת של בירור האמת, והמסתמך עליה יכול אפוא להיות בטוח בסיכויי הצלחתו.

הדעה השנייה סבורה, כי הודאה אינה יכולה לעמוד מול "אנן סהדי". ראה דברי הרא"ש, בפסקיו, ריש פרק אע"פ, שכתב שאין הודאה (שהיו לו נכסים) מועילה "לנכסים הידועים שלא היו לו באותה שעה". כך עולה אף מדברי בעה"ת שער מ"ג חלק א' סוף סעיף י"ד; שם כתב, שהודאה, שהיו לו נכסים, מועילה, אפילו באו עדים ואמרו שידועים הם שלא היו לו מעולם, משום ש"יש לנו לומר שהוא יודע שיש לו נכסים במדינה אחרת, ואין אנו יודעים אותן". מכאן ניתן לדייק, כי אם אין **בשום פנים** כל אפשרות כזו, אזי אין הודאה יכולה להועיל כנגד האמת עצמה, שכן הראיה נופלת, כאשר היא מתנפצת אל מול פני האמת. ראה גם ש"ך לחו"מ סימן ס' סקל"ב. ראה בהקשר זה גם את דברי הרב י' קאפח, פד"ר כרך ד' עמ' 160, כי הודאת חתן בחתימתו על הכתובה, אינה מועילה, כי אנן סהדי שאין החתנים של היום יודעים פירושה של הכתובה; נראה מנימת דבריו של הרב קאפח שם, כי גם אם יכתוב החתן, כי הוא מודה כי קרא והבין את כל האמור בכתובה לפני שהודה וחתם עליה (כנהוג במסמכים רבים כיום), לא יועיל הדבר – שכן הוא מנוגד לאמת הברורה בעליל (אולם ראה דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג לקמן, נספח ד' הערה ח').

מכל מקום, כאמור, גם לפי דעה זו ה"אודיטא" נחשבת לראיה טובה באופן יחסי, "כמאה עדים". כלומר, עדות של **עדים** אינה יכולה לעמוד כנגדה או לערער אותה. הצד שירצה להסתמך על ה"אודיטא" יוכל אפוא, כמעט תמיד, לעשות כן – אף שאין אמת בדבריו. רק לעתים רחוקות מאד – כאשר לטובת הצד השני יעמוד אומדן ברור בעליל, ברמה של "אנן סהדי" – לא תצלח דרכו. הסיכוי שבית הדין יקבע, כי ניכר בעליל כי ההודאה אינה אמת, הוא קטן מאד. כאמור בלשונו של בעל התרומות, די באפשרות תיאורטית ורחוקה שההודאה היא אמיתית – וברוב המקרים האפשרות התיאורטית קיימת. בהקשר זה יש להדגיש, כי עקרונית ייתכן שאדם יקנה וייצור חיוב למישהו אחר, אף שאין הוא מכיר אותו, ואף **בלא ידיעתו של הנהנה** (כך שגם הודאה של הצד הנהנה, שאין הוא יודע על יצירת החייבות כלפיו ע"י הצד השני, לא תהיה בעוכריו. ראה גם גמ' גיטין מ' ע"ב).

לדעת מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לכל הדעות תועיל ההודאה כנגד כל רמה של אומדן, ואפילו "אנן סהדי". לדעתו, לעולם לא תהיה כל נפקא מינה בין השיטות השונות בהסברה של ה"אודיטא"; המחלוקת אינה, לדעתו, אלא עיונית בלבד. ראה דבריו לקמן נספח ד', הערות ז'-ט', שם האריך לדון במקורה ותקפה של ה"אודיטא".

אין לחשוש גם ממצב בו שופטים לא יכירו בתוקפה של האודיטא (שכן אינם מורגלים בה, וייתכן שיראו בה שקר חסר ערך; ראה בכיוון זה ע"א 457/61 **גרינ נגד גרינ**, פ"ד ט"ז עמ' 318, בעמ' 324-325), שהרי כאמור לעיל, מומלץ לנתק את התוספת ההלכתית לחוזה משאר החוזה ולכתוב כי תוספת זו אינה מיועדת להתדיינות בפני בית משפט. ראה גם דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג לקמן נספח ד', הערה י'.

ברם, שאלה קשה היא אם יש להמליץ למעשה להסתפק באודיטא בלבד. זאת – מארבע סיבות. ראשית – כחה הגדול של ההודאה כראיה אינו אמור אלא לגבי טענת "**שיקרה** בהודאתי";

כאמור, טענה זו לא מתקבל אפילו אם יוכיח המודה את גירסתו החדשה בעדים. אולם, אם טענתו החדשה של המודה היא כי **טעה** בהודאתו, רשאי הוא לחזור בו. זו לשון השו"ע, חו"מ סימן פ"א סעיף כ':

"המודה לחבירו בחזקת שהוא חייב לו, או מסר לו שטר בעדים ועדים חתומים עליו, ואחר כך נתברר הדבר שטעה – לאו הודאה היא" (וראה לקמן הערה 104).

אמנם, בדרך כלל אין לחשוש לכך, שהרי לא בנקל יוכיח המודה שטעה בהודאתו. **שנית** – אפשר, שאם הופכת ההודאה הפיקטיבית למנהג מצוי, אזי כוחה הראייתי סר ממנה. ראה שו"ע חו"מ סימן קצ"א סעיף ד', לגבי הודאה על קבלת מעות הכתובה בשטר, שאין היא תקפה אלא במקום בו רגילים לתת את המעות קודם לכתובת השטר, אבל במקום בו רגילים לכתוב את השטר קודם לקבלת המעות – אינה תקפה. ראה גם דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג לקמן נספח ד' הערה ח'; וראה גם דבריו במקום אחר (בהערותיו למאמרו של הרב מ' בלייכר, "צוואה עריכתה וניסוחה" בקובץ **שורת הדין** כרך ב' בעמ' ש"ס, הערה י"ד), שהודאת אדם שבשטר מתנה, שהמתנה שנתן הינה "גלויה" (שכן, לפי ההלכה, מתנה בסתר אינה תקפה; ראה שו"ע חו"מ סימן רמ"ב סעיף ג') – לא תועיל, אם אנו מוצאים את שטר המתנה בכיסו אחרי מותו, שכן מכך רואים בבירור **שלא** מסר את השטר לאחר אלא הסתירו אצלו. המקור שהביא הרב גולדברג לדבריו שם הוא הסמ"ע (בחו"מ סימן ל' סק"א), שכתב כי יתכן שאדם, המתכוון לעשות דבר בעתיד, יודה שכבר עשהו.

שלישית – לא לגמרי ברור היחס **הערכי** של ההלכה לשיטה זו של פיקציה. לדברי מהרש"ל (חכמת שלמה גיטין י"ג ע"ב), הסיבה לכך שחז"ל הוצרכו לתקן קנין מעמד שלשתן, ולא הסתפקו באפשרות ה"אודיתא", היא שלא רצו חכמים שעם ישראל יתרגל לאודיתא של שקר, שהרי "דובר שקרים לא יכון לנגד עיני" (ראה בהקשר זה גם את דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, "ירושת הבת (לחידוש מנהג שטר חצי זכר)" **תחומין** כרך ד' עמ' 346). ראה גם בדברי הרב גולדשמידט בהערותו במהדורה של מכון ירושלים לספר התרומות שער מ"ב, חלק ד, סעיף ג' בשם הרב מקוטנא, בהערותו לשו"ת הרשב"א חלק ד' סימן נ', כי "אם יודע המקבל שאינו שלו – הוי גזל בידו". אמת היא, שכמעט תמיד ישנה אפשרות תיאורטית לכך שהמודה אכן הודה על אמת, והנהנה יכול להסתתר מאחוריה, ולטעון שאין זה גזל; אבל "הלב יודע, אם לעקל אם לעקלקלות". אמנם, ב"שטר חצי זכר" (כעין צוואה שמטרתה לתת לבת – שמדין תורה אין היא יורשת מאומה – חלק מן הרכוש) נהגו מאות שנים להשתמש בדרך ה"אודיתא" (ראה העתקי שטרות כאלה בספר "נחלת שבעה"); אולם יש אומרים שהדבר הינו מיוחד למקרה זה משום הצורך החריף שבדבר: "דדבר ידוע הוא שהחוב הוא הודאה של שקר, ולא הנהיגו האחרונים כן אלא לחבב האשה על בעלה, לומר כבן אני חשוב" (חת"ס, אה"ע ח"א סימן קמ"ז). משום כך הסתפק בשו"ת "מנחת יצחק" (חלק ח' סימן קמ"א) לגבי שימוש בדרך "אודיתא" בצוואה רגילה, שאינה לבת: "לעשות כן לכתחילה, היכא דליכא ענין של מצוה וצדקה – אני חוכך בזה" (דבריו צוטטו כבר במאמרו הנ"ל של הרב מ' בלייכר, בעמ' ש"מ). יש לציין עוד, שגם בגמרא נוצרה דרך ה"אודיתא" דווקא בסיטואציה שבה לא היתה למקנה כל דרך חלופית להקנות את הרכוש (כאמור לעיל, במעשה של איסור גיורא); יש להניח, שאין זה צירוף מקרים בלבד (אמנם, מדברי התוס' ב"ב מ"ד ע"ב משתמע, שלדעתם אין לחוש ל'מיחוי כשיקרא" באודיתא. הפרופ' ב' ליפשיץ אף העיר, כי העובדה שבתקופת הגאונים והראשונים מצויה לעתים דרך האודיתא כאחת מדרכי ההקנאה, מראה שתפסו שדרך זו תקינה היא). מכל מקום, גם אם נקבע בבירור, שאין כאן חשש לאיסור הלכתי ממש, שהרי נהגו מאות שנים להתחייב ב"אודיתא" פיקטיבית – מכל מקום נראה, שבעיה אסתטית, לכל הפחות, ודאי שיש כאן. גם הרב שרגא פיייל הכהן בקונטרסו "מדור לדור", בהצעתו בענין "שטר חצי זכר", המליץ על דרך ההתחייבות ולא על "אודיתא" (צוטט במאמרו הנ"ל של הרב בלייכר, בעמ' שלי"ח ואילך).

רביעית – לפי הדעה המקובלת יותר בין הפוסקים, הרי הסוברים ש"אודיתא" היא קנין, מצריכים להעיד עדים במעמד מסירת ההודאה; ולדעתם, אם לא נכחו עדים, אין ה"אודיתא" מועילה (ראה אנצ' תלמודית, ערך "אודיתא", כרך א' עמ' רמ"ט, בעמ' רנ"ב). העדת עדים הינה מובן טירחה יתירה. אמנם, ישנו מיעוט בין הפוסקים, הסבור כי גם קנין ממשי צריך עדים

גם דעה חולקת, לפיה, לעדי הקנין יש תפקיד קונסטרוקטיבי בכריתת העיסקא¹⁰¹. נראה, כי אם נעשה קנין בלא עדים, יוכל בעל דין, החפץ להפר את החוזה, לטעון "קים ליי" כדעה זו. הכנסת הודאה¹⁰² למסמך החוזי תפתור גם בעיה זו, ותמנע את הצורך בהעמדת עדים, שהיא קשה ואינה נוחה ליישום. בנוסח ההודאה יודה כל אחד מהצדדים לחבירו, כי קנו מידו עבור הצד השני באופן המועיל¹⁰³, והוא יודע זאת בבירור לאחר שלמד את הדין¹⁰⁴.

לפיכך, צדדים יכולים לבצע עסקות בלא עדים. גם מבחינת דיני הראיות אין צורך מכריע בעדים: את עצם יצירת החיוב ניתן להוכיח בעזרת כתב ידו, או חתימתו, של

(ראה לקמן, בגוף החיבור, סמוך לציון 101; וראה שם, שהפתרון שמצאנו לכך היה להודות שהקנין נעשה כדין). אולם, עדיף לעשות קנין ממשי ללא עדים, דבר שיועיל לדעת רוב הפוסקים, ולצורך לו הודאה שתפתור את הבעיה הקיימת לדעת המיעוט, מאשר לעשות הודאה שאינה מועילה אלא למיעוט הפוסקים.

על יסוד כל האמור ניתן להמליץ על יצירת התחייבות. בדרך ההודאה מומלץ להשתמש רק כדי לפתור את הבעיות השיוריות – דברים שאינם נקנים בסודר, הצורך בעדים, סילוק בעיות אסמכתא (ראה לקמן פרק שלישי, סמוך לציון 162), באשר לגביהן אין אלטרנטיבה קלה טובה יותר.

ראה לכל זה הערותיו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערות ז'-י.

101 ראה, לענין מחלוקת זו, את המקורות שהובאו באנציקלופדיה תלמודית ערך "חליפין", כרך ט"ו, עמ' תקע"ז, הערות 116-127.

משמעות מהותית מסוימת לנוכחותם של העדים יש במקרה המיוחד של יצירת חיוב כספי. ישנה דעה, כי חוב שנוצר שלא בעדים, אין אפשרות לגבותו מנכסים "משועבדים", כלומר מנכסים שמכר בינתיים המתחייב לאחר. ברם, גביה כזו אינה מעשית בין כה וכה. לגבי מקרקעין, הרי במדינת ישראל, עיסקא במקרקעין – ושעבוד בכלל זה – אינה תופסת בלא רישום בפנקס המקרקעין (ולפי דעה מקובלת, גם ההלכה מכירה בחיקוק זה; ראה לקמן הערה 124). גביה ממטלטלים משועבדים אינה מעשית כלל, על פי רוב (שכן קשה לעקוב אחרי נכסים כאלה); וגם לפי ההלכה ממילא אין היא אפשרית, מאז נתקנה בתקופת הראשונים תקנת השוק בנושא זה. ראה טור ושו"ע חו"מ סימן ס' סוף סעיף א.

לעומת זאת, כדי לגבות מבני חורין ומיורשים, אין צורך בעדים (ראה מו"ר הרב ז"נ גולדברג, "ירושת הבת (לחידוש מנהג שטר חצי זכר)" תחומין ד' עמ' 348 סעיף ט'). לכן, ענין זה אינו מהווה סיבה מספקת המצדיקה את ההכבדה הכרוכה בהבאת עדים.

102 על כחה המחייב של הודאת בעל דין בהלכה ראה לעיל הערה 100.

103 הניסוח "קנו מידו עבור הצד השני" (ולא "קנה הצד השני ממנו") נועד למנוע אפשרות שהצד הנהנה יודה שלא קנה מן הצד המתחייב. בניסוח "קנו מידו עבור הצד השני" אין הצד השני יודע, וממילא אינו יכול להודות, שלא היו דברים מעולם. ראה לקמן נספח ד', הערות הרב ז"נ גולדברג, הערה י'.

אשר לצורך להודות שה"קנין" נעשה "באופן המועיל", ראה לעיל פרק ראשון, סמוך לציון 67.

104 אפשר, כי בלא הוספה זו, עשוי בעל הדין לחזור בו מהודאתו ולהסביר, כי כאשר הודה כי העיסקא נכרתה באופן המועיל, לא ידע היטב את הדין, ורק עתה דקדק בדבר. זאת, משום שהמדובר כאן אינו בהודאה בענין עובדתי, אלא בהודאה בענין נורמטיבי – משפטי. לאו כולי עלמא דינא גמירי ולכן טענתו מתקבלת על הדעת. במקרים בהם יכול המודה להסביר ולהוכיח בבית הדין כי טעה בהודאתו, ההודאה בטלה. ראה לעיל הערה 100.

המתחייב¹⁰⁵.

אמנם, יש מקום לטעון, כי ניתן לוותר על מעשי ה"קניין", כיוון שעל פי ההלכה¹⁰⁶, כל דרך שבה רגילים הסוחרים ליצור ביניהם הסכמים, הינה תקפה¹⁰⁷. עיקרון הלכתי זה ידוע בשם "סיטומתא"¹⁰⁸. ייתכן אפוא, כי עצם החתימה על החוזה, כנהוג, מהווה "סיטומתא"¹⁰⁹.

105 אמנם, שטר שאינו אלא כתב ידו של החייב, שאין עליו עדים, יוצר, לכאורה, בעיה מסוימת בענין נטל הראיה בטענת **פרעון** (יש הפוסקים, כי לגבי שטר כזה, נאמן החייב לטעון לגביו "פרעתי", ואין בעל החוב יכול לומר לו "שטרך בידי מאי בעי"; ראה שו"ע חו"מ סימן ס"ט סעיף ה'). אולם על בעיה זו ניתן להתגבר בקלות, בעזרת התנאה מתאימה בגוף החוזה, שהרי נטל הראיה הינו נושא הניתן בהתנאה (ראה לקמן פרק חמישי סעיף ב', הערה 238). לכן, כחו של שטר בחתימת יד המתחייב יפה דיו גם מבחינה זו.

106 ב"מ ע"ד ע"א; שו"ע חו"מ סימן ר"א. ישנן דעות בין הפוסקים, כי ל"סיטומתא" כח גדול עוד יותר מזה של "קנינים" רגילים. קנינים רגילים – שמקורם בדין – אינם קונים אלא מה שניתן לקנות על פי הדין; סיטומתא – שמקורה במנהג – קונה, לפי דעות אלה, כל מה שנוהגים לקנות בה, ואפילו דבר שלא בא לעולם (שאינו נקנה ב"קנינים" המקוריים שבהלכה), ולפי דעות קיצוניות – אפילו דבר שאין בו ממש (ראה פד"ר כרך ח' עמ' 51 ואילך). אולם ישנן גם דעות, הסבורות שאין הסיטומתא חזקה יותר מן הקנינים המסורתיים. ראה על כך דיון במרדכי, שבת, תע"ב – תע"ג. בדברי הרא"ש יש לכאורה סתירה בנושא: בכלל י"ב סימן ג' כתב, שאין הסיטומתא חזקה יותר מקנין רגיל (והשיג על רבו המהר"מ מרוטנבורג); ואילו בתשובתו כלל י"ג סימן כ', כתב בפירוש כך: "ומה שטענו המורשין לבטל החכירות משום דהוי דבר שלא בא לעולם ומשום דאין אדם מקנה לחברו דבר שאינו ברשותו, בזה אני מודה לדבריהם, דמדין תורה אין קנין נתפס בחכירות... וכל שכן חכירות אלמנונה דשנה, הוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא, שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה... וכיון שנהגו כן הוי קנין דאין בו חזרה כדאמרינן... 'האי סיטומתא קניא'".

האחרונים נחלקו בכך. החת"ס, חו"מ סימן ס"ו, הלך בעקבותיו של הרא"ש בכלל י"ג (דבריו הובאו גם בפת"ש לחו"מ סימן ר"א סק"ב); ואילו רעק"א (קובץ תשובות, סימן קל"ד, בשם רדב"ז) סבור, שאין לסיטומתא משמעות גדולה מעבר לזו של קנין רגיל. ראה בענין זה גם פד"ר ה' עמ' 310 ואילך.

107 על מקור תקפו של דין ה"סיטומתא" נחלקו הפוסקים: יש הרואים בה דין תורה, שהרי תקפו של מנהג הוא מן התורה, ככל תנאי שבממון (שו"ת חת"ס, חו"מ סימן י"ב; שם, יו"ד סימן שט"ו; ר"ש קלוגר, חכמת שלמה, חו"מ סימן קכ"ג סעיף י"ד); ויש הרואים בה תקנה דרבנן בלבד (נה"מ, סימן ר"א סק"א). ראה עוד לקמן הערה 118.

108 להשלכות מרחיקות לכת שמקורן בדין הסיטומתא, ראה חידושי רעק"א, חו"מ סימן ג' סעיף א'.
109 ואכן, ישנן באחרונים דעות המכירות בחתימה על חוזים כ"סיטומתא", ואף מעניקות להם משום כך כח מעבר ל"קנינים" רגילים (ראה לעיל, הערה 106). כך נפסק בפד"ר (ראה איזכור בהערה 106; ישבו בדין הרבנים ש"ב ורנר, י' הלוי אפשטיין, ש' טנא) בעקבות כמה פוסקים. בין השאר, הובאו שם דברי ה"ברית יעקב" חו"מ סימן כ':

"תמה אני על כבודכם, הלא כבר כתבתי, כיוון דאיכא קונטרקט הוי כסיטומתא, ומהני אפילו בדבר שלא בא לעולם... כיוון שנהגו עלמא... ובזה נגמר העסק לקיים כל דבר, הוי כסיטומתא".

כך גם נפסק גם בפד"ר כרך ו' עמ' 216 (ישבו בדין הרבנים ש"ב ורנר, י' גולדשמידט, ע' אזולאי). ראה גם דבריו של הרי"א הרצוג, "פסקים וכתבים" כרך ט', חו"מ סימן כ"ז. ראה גם פד"ר כרך ח' עמ' 51 ואילך, וראה גם לקמן הערה 114.

ברם, למעשה לא כדאי להסתמך על כך, משום שישנן בעיות שונות הקשורות בתוקפה של חתימת החוזה על יסודו של דין ה"סיטומתא". ראשית, יש אומרים, שיש בין הראשונים שיטה שכלל אינה מכירה בקנין ה"סיטומתא"¹¹⁰. שנית, יש הסוברים, ש"סיטומתא" לא נאמרה אלא לענין מטלטליו, ולא קרקעות¹¹¹ – ולפיכך אין לה מקום בחוזים הקשורים לעסקאות במקרקעין. בעיה נוספת היא, שמקובל לומר, שהתחייבות כספית (הכלולה, לעיתים, בחוזים) אינה נוצרת ב"סיטומתא"¹¹². עוד ניתן לטעון, שחוזה **ריאלי**, כלומר, חוזה המעביר רכוש מבעלות לבעלות, אינו נהנה מתוקפה של "סיטומתא". זאת, משום שלא נהגו להעביר רכוש (לקנות ולמכור) בחוזים, אלא **להתחייב למכור, ולהתחייב לקנות בלבד**¹¹³; והרי סיטומתא כפופה למנהג, שממנו

110 לפי דברי הרב ש' רפאל (בהערותיו למהדורתו לחידושי הריטב"א למסכת ב"מ, הוצאת המכון להוצאת ראשונים ואחרונים, ב"מ ע"ד ע"א ד"ה האי סיטומתא, הערה 53; וגם במבוא שהקדים לספר, בעמ' 8-9), זו היא דעת הריטב"א בשם רבו הרא"ה. לפי דברי הריטב"א, המונח "סיטומתא" שבגמרא כלל אינו מציין מנהג של הסוחרים, אלא דבר אחר לגמרי, שאינו ענין לכאן. לפי הבנת הרב רפאל, הריטב"א סבור כי מנהג הסוחרים אינו קנין לקנות בו. הרב רפאל אף תמה מדוע לא דנו הפוסקים בשיטה זו, שהובאה בשטמ"ק – והיתה אפוא ידועה להם. ידידי הרב ש' אישון הסב את תשומת לבי לכך, שבהחלט ניתן להבין את כוונת הריטב"א בצורה מצמצמת הרבה יותר, לפיה, לא שלל הריטב"א את תוקפה של הרושם שרושמים הסוחרים כמעשה קנין אלא רק, כלשונו, "באתרא דלא נהיגי" לקנות בכך. ברם, המלים "באתרא דלא נהיגי", קשה על כל פנים להלמן שם (דאם כן – קשה להבין את תירוצו של הריטב"א שם בהמשך), ואפשר שיש כאן שיבוש בגירסא, וצ"ל "באתרא דנהיגי", וצ"ע.

111 ההבדל הוא, שבמטלטלים "איכא משא ומתן טובא, ואין פנאי (ולכן נהגו להסתפק בסיטומתא – ד' ב'...) אבל בקרקע – אין מנהג, והילכך, אפילו תקעו כפס זה לזה – אינו כלום" (ב"ח חו"מ סימן ר"א ס"ב. בהגהות אמרי ברוך שם כתב בשם שו"ת ב"י סימן צ', ששיטתו כשיטת הב"ח, אולם לא מצאנו כן בדברי הב"י שם). אמנם, רוב האחרונים רגילים להכריע שסיטומתא מועילה אף בקרקע. ראה ש"ך שם סק"א, שכתב, שאפשר שגם הב"ח מודה, שאם **נהגו** לקנות קרקע בסיטומתא, הדבר יועיל (והב"ח רק "גילה לנו מנהגו עכשיו"); וכתבו בפד"ר ו' עמ' 216, כי "כבר הכריעו גדולי הפוסקים דמועיל גם בקרקע כשהגו כן בקרקע" (ישבו בדין הרבנים ש"ב ורנר, י' גולדשמידט, ע' אזולאי). גם הרב ש' דיקמן, בפד"ר כרך י"ב עמ' 292, כתב כי "כבר התגבשה והוכרעה ההלכה בבתי הדין הרבניים בישראל, שקנין סיטומתא קונה גם בקרקעות"; אבל אין בדבריהם כדי להבטיחנו, כי הוסר כל ספק וחשש לטענת "קים ליי" (ראה בהגהות אמרי ברוך, חו"מ סימן ר"א (על דברי הש"ך סק"א) אנו מוצאים כך:

112 "נראה פשוט, דלענין התחייבות שאדם מתחייב את עצמו נגד חברו, אין התקיעת כף שקורין האנד שלאק מחזק ההתחייבות; דאינו אלא מנהגא בין התגרים כשגומרין זה לקנות וזה למכור (ולא להתחייב ממון – ד' ב'").

אמנם, לפי זה, אם נהגו להתחייב ממון בחוזה, הדבר יהא תקף מדין סיטומתא; והרי במדינת ישראל אין כל ספק שנהגו כך. ברם, ב"כסף הקדשים" שם (סעיף א') נימק את הדבר בנימוק עקרוני יותר:

"סטומתא, לגבי קנין, לגבי שחייב את עצמו במה שאינו חייב, נראה שאינו מועיל... ואין על זה סטומתא. כי בקנין סודר חל חיוב, על ידי חלופי קנין הסודר; מה שאין כן בשאר סטומתא".

לפי זה, גם במדינת ישראל לא יועיל חוזה להתחייב ממון. ראה בכיוון זה גם דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים" **תחומין** כרך י"ב עמ' 289.

113 ראה לעיל הערה 22.

היא נובעת¹¹⁴. ולבסוף, יש רבנים בני זמננו, הסבורים, כי מנהג שמקורו ב**חיקוק**, אינו יכול להוות "סיטומתא"¹¹⁵. כאמור לעיל במבוא, לכתחילה יש להשתדל לסתום, בשעת ניסוח חוזה, כל פירצה; לשם כך יש לחוש לכל דעה שיש בהלכה, כדי למנוע ספקות, טענת "קים ליי"¹¹⁶, והתדיינות מיותרות. לכן, לכתחילה, לא מומלץ להסתמך על תקפות החתימה על חוזה כ"סיטומתא", אלא לעשות "קנין סודרי", כמקובל בהלכה.

גם **הסכמה** הודית מפורשת של הצדדים, כי לגביהם תיחשב החתימה על החוזה למעשה קנין, לא תועיל. אמנם, לכאורה, ענין זה אינו אלא ענין של ממון, והרי בעניני ממון רשאים אנשים להסכים ביניהם כרצונם¹¹⁷. ברם, למעשה אין לסמוך על טענה זו: הפוסקים נחלקו, אם יכולים צדדים לעיסקא ליצור ביניהם, בהסכמה,

114 כך משמע, אולי, מלשונו של הגהות אמרי ברוך שהובאו לעיל בהערה 112. ראה גם פד"ר כרך ה' עמ' 120 (הרבנים הרב א' י' ולדנברג, ע' יוסף, י' קאפח) שכתבו כן מנימוק קיצוני יותר: "שטר חוזה משמש עודנו רק כשטר התחייבות בלבד, אבל גמר המכירה – כולי עלמא ידעי שלא נעשה כי אם בהעברת הרכוש בטאבו מידי המוכר לידי הקונה. וראיה לכך – דבהחוזה כותבים קנס על החוזר בו, סימן שביכולתו עוד לחזור מהמכירה".
ראייתם ניתנת להפרכה, כמובן, ואין להאריך כאן; אבל עיקר הרעיון ברור. אמנם, מצינו גם דעות, המכירות בהתחייבות שבחוזים כ"סיטומתא". ראה דבריו של "כסף הקדשים" (בהמשך לדבריו שהובאו בהערה 112):

"משמע, שגם שלא הובחן תוקף מקח בכך, גם בערכאות של גויים או בנהוג, כל שסוחרים סמכי דעתם בכך לקיום מקח – הו"ל סטומתא. ועל ידי זה, מכתב הנהוג לקנות בו מגוים, מה שקורין קאנטראקט, גם גבי מטלטלין הו"ל סטומתא היטב".

גם הרב ש' דיקמן קובע בפד"ר כרך י"ב עמ' 291 ואילך, כי חוזה התחייבות למכירת קרקע מהווה סיטומתא (דיון נוסף בשאלה זו ראה בפד"ר ו' עמ' 216 ואילך. ראה גם דבריו של הרב ש' דיכובסקי, "הפרת חוזה בין קבלן ודייר" **תחומין** כרך ד' עמ' 378). מכל מקום, מידי חשש לספיקות וטענות לא יצאנו, ולכן עדיף לכתחילה שלא לסמוך על כך.

115 ראה דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג במאמרו "תוקף ההתחייבות למכור ביזכרון דברים" **תחומין** י"ב, בעמ' 290. מדבריו יוצא, כי אין תוקף של "מנהג" לנוהג, אשר מקורו בחוק. נימוקו של הרב גולדברג הוא בכך, שמקורו של הנהוג אינו ברצון **חפשי** של הציבור (וממילא אי אפשר לומר שיש לנוהג כזה תוקף של תנאי). הרב גולדברג מוכיח את הטענה מדברי החת"ס, שמסביר, כי קנין דרבנן, להבדיל מסיטומתא, אינו קונה מן התורה, משום שהסוחרים נהגו בו רק מכיון שהיו "אנוסים בתקנות חכמים", ולא מרצונם החפשי.
אלא שצריך עיון אם יש להשוות את תקנות רבנן, עליהם כתב החת"ס שהסוחרים "אנוסים" בהם, לחוקי הכנסת של ימינו – שהם, לפחות ברמה מסוימת, פרי בחירה חפשית של אזרחי המדינה.

נוסף לכך יש להעיר, כי קשה לקבוע בענייננו את הקשר הסיבתי הנכון בין הדברים. האמנם "מה שנהגו לכתוב זכרון דברים, הדבר בא מכח שרוצים שיועיל בערכאות", כלשונו של הרב גולדברג שם – או שמא קודם נהגו אנשים לערוך ביניהם הסכמים בכתב, ורק אחר כך בא המחוקק והטביע חותם רשמי על הנהוג הקיים מכבר.

ועוד: עולה בבירור בבירור מדברי רבינו יונה, שהובאו בשמו בשטמ"ק ב"ב נ"ה ע"א סוף ד"ה אריסות, שכתב, כי קנין נהוג – אף שמקורו בדינא דמלכותא – תקף מדין "סיטומתא".

116 ראה לעיל, מבוא.

117 "בדבר שבממון תנאו קיים"; ב"מ נ"א ע"א.

"קניין" חדש; לפי הדעה המקובלת, דרכי ה"קניינים" אינם נתונים להתנאה¹¹⁸. על כן אין לבסס על כך את תקפות החוזה, ויש להקפיד על עשיית "קנין סודר" או "קנין" אחר שההלכה מכירה בתוקפו בבירור.

118 הריטב"א, קידושין כ"ה ע"ב, כותב כך כדבר פשוט:

"והוי יודע, שכל מקום שאמרו חכמים שאין קנין מן הקניינים קונה, אף על פי שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו – אינו קונה, והרי הוא כאלו אמר שיקנה באמירה בעלמא... כשאומר שיקנה במסירה במקום שדינו במשיכה או בהגבהה – לאו כל הימננו". דבריו של הריטב"א הובאו ונפסקו להלכה ע"י הש"ך, חו"מ סימן קצ"ח סק"י; וראה קצה"ח ונה"מ שם.

אפשר, שניתן להוכיח שכך היא גם דעתו של ריה"ל. ראה דבריו בספר הכוזרי, מאמר שלישי, סעיף נ"ג, המשווה את דיני קנייני מקרקעים ומטלטלים ועבדים – לדיני הקידושין והגירושין, והטומאה והטהרה, שכולם "מעשים שהתורה מצוה עליהם... שאת רשמיהם משער רק האלוה יתברך, ואין ביכלת בשר ודם לשערם". לפי זה, כמסתבר, לא תועיל התנאה. אולם, כידוע, "אין למדין מן ההגדות".

ראוי לציין כאן גם את דבריו של המאירי בענין זה. זו לשונו (ב"ב פרק חמישי דף ע"ה ע"ב): "כל שהזכיר לו קנין שפל, כגון: דבר שקניינו בהגבהה שאמר לו לך משוך, או דבר הראוי למשיכה שאמר לך אחוז בה בתורת מסירה וקנה, יראה לי שלא קנה. וגדולי עולם חולקין בזו, וכותבין ההפך, דרך הנחה פשוטה ובלא שום מחלוקת; ואיני רואה דבריהם כלל, ומהיכן נתן רשות להדיטות להפקיע דין הקניינים; ואלו נתנה להקנות בלא שום הקנאה, כלום הוא... להפקיע את הקנין אין בידו בשום פנים".

למרות נחרצותו של המאירי, יש לשים לב לכך שהוא עצמו אומר שיש חולקים בדבר. איננו יודעים למי מן הראשונים כוונתו; אולם אנו מוצאים את הדעה החולקת בדברי פוסקים מאוחרים. כך עולה, כנראה, מדבריו של מהרשד"ם חו"מ סימן ש"פ:

"דכל דבר שבממון – יש לו שני פנים במה שיתקיים: או באחד מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד, או – בכל תנאי שיתנה האדם עם חבירו. ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות הנוהגים הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה, ואינם מן הדין, אלא – שכיון שנהגו כך, הוה ליה **שכל אחד מתנה עם חבירו שכשיהיה כך יתקיים הדבר**, ואדעתא דהכי תינח וסלקי. ומטעם זה אמרין בגמרא... האי סיטומתא קניא". כאן רואים בבירור גמור, שלדעתו של מהרשד"ם ניתן ליצור קניין חדש בהסכמה הדדית (צ"ע אם ניתן להוכיח כך גם מדבריו של שו"ת הריב"ש, סימן ש"ה).

מדברי החת"ס, שו"ת יו"ד סימן ש"ד, עולה, לפחות לכאורה, שהסכמה ליצור קנין חדש מועילה. החת"ס מנמק את קנין הסיטומתא באותו נימוק שמצינו בדברי מהרשד"ם: "כל שהנהיגו הסוחרים, הוה ליה כאלו התנו; וכל תנאי שבממון קיים מן התורה". לפי זה נראה, שאף חתימה על שטר עשויה להועיל, מאותו נימוק.

לעומת זאת, מדברי נתיבות המשפט, סימן ר"א, ביאורים סק"א, מוכח שאינו סובר כך. ה"נתיבות" כתב, שקנין סיטומתא אינו אלא דרבנן; והרי ודאי שהסוחרים מתכוונים להקנות בסיטומתא; מכאן, שעצם הכוונה וההסכמה אינן מועילות.

בשו"ת "דבר אברהם" (חלק א' סימן א') כתב, בשם בעל "משכיל לאיתן", שזה האחרון סבור כנה"מ, שאין הסכמה ליצור קנין חדש מועילה; ואילו ה"דבר אברהם" עצמו סבירא ליה, שאף לשיטתו של החת"ס, אין התנאת הצדדים מועילה ליצור קנין חדש; ולא אמר החת"ס שמועילה, אלא לגבי הסכמת **הרבים**, שהיא מנהג ומעין תקנה. יש להעיר, שמלשון החת"ס לא משמע כן, שהרי ביסס את דבריו על "תנאי שבממון" ולא על תקנת הקהל.

לאחרונה דן בשאלה זו מו"ר הרב ז"נ גולדברג (במאמרו "תוקף ההתחייבות למכור ב"זכרון דברים", תחומין כרך י"ב בעמ' 298); גם הוא נוטה (בעקבות ה"דבר אברהם") לדעה, שאין

ג. חובת רישומה של עיסקת מקרקעין

בנוגע לעיסקת במקרקעין אנו עדים להבדל בכיוון הפוך: החוק קובע, כי "עיסקת במקרקעין טעונה רישום, ותהיה נגמרת ברישום"¹¹⁹ (בפנקס המקרקעין¹²⁰). לעומת זאת, במקורותיה של ההלכה לא מצוינו דרישה מכבידה מסוג זה: לפי ההלכה, "קרקע נקנה באחד מארבע דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקנין סודר"¹²¹. שיטת הרישום המסודר של המקרקעין באה לעולם רק בעת החדשה¹²².

אמנם, אפשר, שההלכה מכירה בחיקוק זה, על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא"¹²³

הסכמה עשויה ליצור קנין חדש. הרב ז"נ גולדברג הביא לכך ראיה מאיסור גיורא (בי"ב קמ"ט ע"א), שהיה במבוך ולא היתה לו דרך להקנות, עד שנודעה לו דרך האודיאה; ומכאן מוכח, לדעת הרב ז"נ גולדברג, שלא יכול היה ליצור קנין חדש. ברם, לענ"ד, ראיה זו ניתנת להפרכה. שם היה מדובר **במעות**; הקנית מעות היא בעיה עקרונית, משום שאין לחומר המטבע ערך כשלעצמו: "שאיין המטבע חשוב אלא ע"י צורה שבו, וצורתא עבידא דבטלה, שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת" (רש"י ב"מ מ"ה ע"ב ד"ה "משום דדעתיה אצורתא"). זו היא הסיבה, שאין קנין "חליפין" מועיל במעות (ורק קנינים מיוחדים – משיכה, אגב והתקנה המיוחדת, הי"הלכתא בלא טעמא", שהיא מעמד שלשתן – קונים). אפשר, שבעייתיות מיוחדת זו היא הסיבה לכך שאיסור לא יכול היה ליצור קנין חדש לגביהן. לפי זה, אין להשליך מכאן על סתם **מטלטלים או מקרקעין**, הנקנים בקלות ב"חליפין" ובקנינים שונים, לגביהם עשויה הסכמה להיות תקפה. בסתם מטלטלין או מקרקעין אין שאלת מעשה הקנין שאלה **עקרונית**, אלא שאלה **טכנית** – איזה מעשה פורמלי, סמלי, יביע את גמירות הדעת; נראה, שבזה תועיל הסכמה. ראה תשובתו של הרב גולדברג להשגות הנ"ל, לקמן נספח ד' הערות י"א-י"ג.

דיון בפני עצמו קיים באחרונים בענין מעשי קניין המועילים מדין תורה, אלא שחכמים ביטלו את תוקפם – האם רשאים צדדים לחוזה להתנות ביניהם שקנינים אלו יועילו (יש אומרים, שאפילו אם מועילה הסכמה לגבי סתם מעשה חדש שהמציאו הצדדים, מכל מקום, דווקא כאן לא תועיל; שכן "חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה", וקבעו שלא ניתן להתנות נגד דבריהם אפילו בדבר של ממון). ראה רמ"א, חו"מ סימן קצ"ח סעיף ה'; ש"ך שם, סק"י. מקורות רבים נוספים ראה בהערת המהדיר (הרב א' דינין) לחידושי הריטב"א למסכת קידושין, דף כ"ה ע"ב, הוצאת המכון להוצאת ראשונים ואחרונים, עמ' רע"ח הערה 291.

119 סעיף 7 (א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. סעיף קטן (ב) לאותו סעיף בחוק קובע, כי "עיסקת שלא נגמרה ברישום – רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".

120 המתנהל לפי הוראות החוק. ראה סעיף 1 וסעיפים 115-125 לחוק הנ"ל.

121 שו"ע חו"מ סימן ק"צ סעיף א'.

122 ראשיתה ב-1857 בדרום אוסטרליה, בחקיקה שיזם Sir Robert Torrens (ועל כן יש מכנים את שיטת הרישום "שיטת טורנס"). תכניתו של טורנס לא באה, בשעתה, לעולם, "בשל הרצון להעניק שירות מועיל לאזרחים, אלא בכדי לייעל את הגבייה של מסים מבעלי מקרקעין"; אלא שבדיעבד "שירת המרשם מטרות נוספות, כגון: מניעת תרמיות, הקלה על ביצוע עיסקאות וסיפוק מידע אמין בדבר בעלי זכויות במקרקעין" (י' ויסמן, **דיני קנין** עמ' 290-291).

123 שכן מטרותיה של ההוראה הן ייעול גביית המסים והסדרת ענייני מקרקעין (ראה ההערה הקודמת). ענייני מסים ומקרקעין הם לכל הדעות בתוך התחום, שבו חל הכלל "דינא דמלכותא דינא". בענין תחום תחולתו של הכלל הזה, ועל תוקף חוקיה של מדינת ישראל על יסוד כלל זה ועל יסוד כללים אחרים, ראה ספרו של ש' שילה, **דינא דמלכותא דינא**; מאמרו המקיף והממצה של א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** ט"ז-י"ז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417-500; ראה גם לקמן חיבורם של הרב י' בן שחר והרב י' הס "תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה". לביבליוגרפיה נוספת ראה נ' רקובר, **אוצר המשפט** חלק א' עמ' 227 וחלק ב' עמ' 224.

או כללים דומים. בשאלה זו נחלקו רבנים ודיינים בדורנו¹²⁴, ולפיכך, כאשר מנסחים

124 בין המחייבים את ההכרה בחיקוק ניתן למנות שורה ארוכה של פסקי דין רבניים: פד"ר כרך ה' עמ' 120 (ישבו בדין הרבנים א"י ולדנברג, ע' יוסף, י' קאפח); כרך ו' עמ' 382 ואילך (ישבו בדין הרבנים י' נסים, י"ש אלישיב ובי' זילטי); שם, עמ' 252 (ישבו בדין הדיינים א"י ולדנברג, י' קאפח וי' כהן); שם, עמ' 318 (ישבו בדין הרבנים מ' שלזינגר, י' וילנסקי וי' סורוצקי); כרך י"ב עמ' 294 (ישבו בדין הרבנים ב' רקובר, מ"א אוריה, ש' דיקמן). דומה, שזו היא דעתם של רוב הדיינים. גם הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חו"מ חלק ב' סימן ס"ב, קובע כי אין כיום תוקף למכירת קרקע בלא רישום; זאת, גם בלא הכלל "דינא דמלכותא דינא", שכן אין דעת הצדדים נגמרת בלא שיהיה לעסקא תוקף חוקי:

"מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדין הקרקעות... רק כדיניהם, משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלוה, ובודאי ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה. ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים לא נקנו במדינתנו וכדומה לא בכסף ולא בשטר כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה, דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה".

כך קובע גם הרב הדא"ה בשו"ת ישכיל עבדי (ח"יב סימן ט'):

"כי האמת יורה דרכו, לפום דינא דמלכותא דינא, כי כל מכר ומשכנתא ומתנה, אם לא נעשה על פי חוק הממשלה ירום הודה, הגם שהצוואה והמכר נעשה כתקנת חז"ל... ואין שום פקפוק, עם כל זה, לא הועילו חכמים בתקנתם, והצוואה והמכר בטלה ומבוטלת, ולא כלום כלל... עד שיכתוב הקרקעות לקונה ולמקבל המתנה בממשלה ירום הודה בקושאן... ולא סמכא דעתייהו, ויכולים לחזור, אפילו היו כל הקנינים שבעולם כתקנת חז"ל – לא יועיל ולא יציל כלל, והכל בחזקת מרא קמא ובחזקת היורשים כל זמן שלא נכתב הקושאן".

גם במקום אחר (חלק ו' חו"מ סימן י"ח) קבע הרב הדא"ה כי "כבר נתפשטה ההוראה" מפי "הגאונים רבנן תקיפי ארעא דישראל, הגאון הראשון לציון ישא ברכה" ועוד רבנים מגדולי הפוסקים, "דלא יועיל ולא יציל שום הקנאה כי אם בכתיבת הקושאן וכו' ועל זה סומכים הקונה והמוכר" (וכ"כ עוד שם ח"ג סימן ד'). בספרו של ש"י ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי** בעמ' 392-394, הובאו מספר פוסקים נוספים מן הדור הקודם, הסבורים, כולם, כי אין עסקא במקרקעין תקפה בלא רישום. זוהי, אפוא, הדעה המקובלת (ראה באותו הקשר גם פד"ר כרך א' עמ' 281 ואילך).

מאידך גיסא, בין השוללים את תוקפו של החיקוק, ניתן למנות את החזו"א. הוא קובע, כי **קרקע נקנית** בקנינים המקובלים בהלכה, **בלא צורך ברישום** בלשכת רישום המקרקעין. נימוקו הוא, כי אין המדינה מתנגדת להתדיינויות בפני בוררים, וממילא אין במדינת ישראל כלל דין מחייב של המלכות, שיהיה ניתן להחיל עליו את הכלל "דינא דמלכותא דינא". בעקבותיו הלכו בפד"ר כרך ו' עמ' 217 (ישבו בדין הרבנים ש"ב ורנר, י' גולדשמידט, ע' אזולאי). מחזיק בדעה זו (שקרקע נקנית בלא רישום) גם הרב א"ר היישריק (בספרו "תורת ריבית" פרק י"ב עמ' קצ"ב בירור הלכה סק"א; אם כי נימוקיו אחרים). זו גם דעה ששמעתי בשיחות בעל פה מרבנים נוספים מגדולי הפוסקים בדורנו: ממו"ר הרב אברהם שפירא, מאחיו הרב שמואל שפירא וכן ממו"ר הרב ז"נ גולדברג.

שאלה זו – אם מכירה בלא רישום הינה תקפה – הוותה אחד מסלעי המחלוקת הקשורים בענין היתר מכירת הקרקעות. היו מי שטענו, כי כיוון שאין קרקע נקנית בלא רישום, אין היתר מכירת הקרקעות יכול להיות תקף (בין השאר, הביאו כן בפד"ר כרך ו' עמ' 382, בשם בית רידב"ז בתחילת ספרו; אולם לא מצאנו שם). לכאורה, החזו"א מנוע מלתקוף את היתר המכירה בחזית זו, שהרי, כאמור, דעתו היא שאין להכיר בענין זה ב"דינא דמלכותא". ברם, בדבריו מאוחר יותר, חזר בו החזו"א חלקית, וקבע, שאם הקונה הוא גוי, אין הוא קונה בלא רישום. אלו דבריו (בי"ק סימן י' סק"ט):

"לקמן בליקוטים סימן ט"ז כתבנו דישראל שמכר קרקע לנכרי בארץ ישראל, אף על גב

חוזה, יש לקחת בחשבון הן את האפשרות שבית הדין יכיר בהעברת בעלות על מקרקעין בלי רישום, והן את האפשרות, שלא יכיר בה¹²⁵.

דבדיניהם אין קונים אלא בכתיבת הטב"ו, מכל מקום, כיוון דבדינו קני בכסף ושטר, חשיב קנין; והא דבדינו דיינן להו – אינו אלא היתר; ועכשיו, שזכינו למה שכתבנו לעיל, הדרגא בי, ונראין הדברים, דיש לישראל זכות דיניהם, ולא קני לה נכרי, ולענין תרומות ומעשרות ושביעית – כל שלא נכתב בטב"ו, הרי היא של ישראל כדיניהם... 'כך דינכם' הוא חיוב על העכו"ם שלא לקפח זכות ישראל שיש לו בדיניהם".

דעתו זו – היותר מאוחרת – היא שנכתבה גם בדבריו בשביעית, סימן כ"ז סק"ז, כנגד היתר המכירה. – כמובן, פולמוס זה שוב אין לו מקום מאז שנת תשל"ט, שעה שנתקבל חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצות שמיטה), התשל"ט-1979, הקובע כי עיסקא שקיבלה את אישורה של מועצת הרבנות הראשית, הינה תקפה בלא צורך ברישום או במסי רכישה וכדומה.

125 לא נכנסו כאן להשוואת הדרך בה נוצרת התחייבות לעשות עיסקא במקרקעין בחוק לעומת הדרך בה נוצרת התחייבות כזו בהלכה. לכאורה, יש בענין זה הבדל בולט הדורש דיון: על פי החוק התחייבות כזו טעונה מסמך בכתב (סעיף 8 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969), ואילו בהלכה – לא מצינו דרישה כזו. ברם, לאמיתו של דבר קשה לערוך את ההשוואה, משום שדרישה זו של החוק, לא נותר ממנה, אחרי פסיקת בית המשפט, כמעט שריד ופליט (ראה לעיל הערה 91); ואילו לפי ההלכה – לא ברור כלל אם התחייבות כזו, לעשות עיסקא, הינה תקפה, שכן לא ברור אם ההלכה מכירה בתוקפה של התחייבות למכור (ראה לעיל הערה 54).

פרק שלישי

התנאת תנאים

א. דרישות פורמליות

דבר פשוט הוא, שצדדים יכולים להתנות תנאים אשר יגבילו את תוקפו המשפטי של החוזה, כולו או מקצתו. ברם, ההלכה קובעת כללים מסוימים המעצבים את צורת הניסוח של תנאים¹²⁶. לפי רבים מן הראשונים¹²⁷, תנאי, שנוסח שלא בהתאם לכללים הללו, בטל הוא. כללים אלה עושים את מלאכת ניסוח החוזים למלאכה ש"בנקל יכשלו בה בלשונם רוב בני אדם"¹²⁹.

כאן נסקור את הכללים הפורמליים הללו ואת דרכי ביצועם, ונציע דרכי פתרון – קלות ככל האפשר – לבעיות.

1. תנאי כפול

לפי דעות מסוימות, כדי לתת תוקף לתנאי, יש **לכפול** אותו. כלומר: לא די לומר "אם יתקיים התנאי – יתקיים השטר", אלא צריך לומר "אם יתקיים התנאי – יתקיים השטר, ואם לא יתקיים התנאי – לא יתקיים השטר". דרישה זו עשויה, לכאורה, להכביד ולסרבל מאד את ניסוח החוזים.

אולם בעיה זו ניתנת לפתרון פשוט. על פי ההלכה, אם נכתב בחוזה כי התנאים שבו תקפים "כתנאים העשויים כתיקון חכמים" או "כתנאי בני גד ובני ראובן", מהווה

126 סימוכין לכללים אלה מצאו חז"ל בתנאי המפורסם שהתנה משה רבינו ע"ה עם בני גד ובני ראובן (במדבר ל"ב, פסוקים כ"ט-ל'): "אם יעברו בני גד... – ונתתם להם את ארץ הגלעד... ואם לא יעברו חלוצים אתכם – ונאחזו בתוככם בארץ כנען".

127 האוחזים בשיטה הגורסת כי הצורך ב"תנאי כפול" ו"הן קודם ללאו" ודומיהם, תקף גם בדני ממונות, ולא רק בעניני אישות. זו דעתו של הרא"ש בפסקיו, ב"ב פרק יש נוחלין סימן מ"ח; טור חו"מ סימן ר"ז, סעיף ג'; אה"ע סימן ל"ח בשם אביו הרא"ש. כך היא גם דעת ר"ת, ר"י, ר"ח והר"ן; ראה ב"י שם. אמנם, אין דעה זו מוסכמת על הכל. הר"ף סובר שאין מצריכים תנאי כפול אלא בגיטין וקידושין, ולא בעניני ממונות; ראה ב"י שם. אף הראב"ד סבור כמותו, ראה דבריו בפ"ג מהלכות זכיה הלכה ח'. הרמב"ם, רבינו האי ואחרים, סבורים כי בתנאי "מעכשיו" או "על מנת" אין צורך בכל הדרישות הללו. ראה ב"י שם. ברם, לכתחילה, כמובן, יש לחוש לאלה הסוברים כך, ולנסח את החוזה כך שיהא תקף לכל הדעות, כדי למנוע טענת "קים ליי" (על טענה זו ראה לעיל, מבוא).

על משפטי התנאי לפי השיטות השונות בהלכה ראה סקירתו המפורטת של ב' ליפשיץ בספרו **אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי** עמ' 118-176.

129 כלשונו של אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי** ח"א סעיף כ"ד.

תוספת זו תחליף להכפלת התנאי¹³⁰. באופן זה ניתן ליישם בקלות את הצורך בתנאי כפול, תוך המנעות מסרבול.

2. "הן קודם ללאו"

כאמור, אין צורך לכפול את תנאי החוזה: מספיק לכתוב כי התנאים תקפים כתנאים שנעשו כתיקון חכמים. ברם, אם בכל זאת נכתב בשטר, במקרה, תנאי כפול – למשל, כאשר הדבר דרוש לשם ההטעמה והבהירות – אזי יש לסדר את המלים במשפט בצורה כזו, ש"הן קודם ללאו". למשל: "אם תעשה כך אז המתנה קיימת, ואם לא תעשה כך – אז המתנה בטלה"; **ולא להיפך**: "אם לא תעשה כך – אז המתנה בטלה, ואם תעשה כך – אז המתנה קיימת".

על דרישה זו יש להקפיד (אם כותבים תנאי כפול): לדעת חלק מן הפוסקים, אם ה"לאו" קודם ל"הן", לא יתרפא הפגם ע"י הצהרת הצדדים כי התנאים שבחוזה הותנו כך שהם תקפים "כתנאים העשויים כתיקון חכמים"¹³¹ (שלא כמו לגבי דרישת "תנאי כפול").

130 ראה שו"ע חו"מ סימן רמ"א סעיף י"ב; הגהת הרמ"א לשו"ע אה"ע סימן ל"ח סעיף ג. ניתן, לכאורה, להבין את כוונת הפוסקים בצורה מצמצמת, כאילו לא אמרו אלא שקביעה כזו בחוזה היא הודאה בכך שבשעת כריתת החוזה נעשו התנאים בפועל כדין. ראה לבטיו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג לגבי סעיף כזה על תנאים שבהם הותנתה התחייבות בתוך "שטר חצי זכר" (מעין צוואה). זו לשונו של הרב גולדברג בהערותיו למאמרו של הרב מ' בלייכר, "צוואה עריכתה וניסוחה", בספר **שורת הדין**, בעמ' ש"ס, הערה י"ג):

"ואני קצת מסופק, שאפשר שהשו"ע מדבר כשהעדים כתבו שהשטר נעשה כחומר כל תנאים וקנינים, הרי זה כמעידים שבאמת היה תנאי כפול, אבל לא ברור אם מותר לעדים לכתוב כך כשבאמת לא עשה תנאי כפול. ובאם הוא עצמו כותב כן – יש לדון, שהרי אין כאן הודאת בעל דין, שהרי התנאי הוא לטובתו של הנותן ולא לרעתו, ולא שייך הודאת בעל דין; וזולת אם נאמר שנאמן במיגו שהיה יכול לא ליתן" (אולי צריך להיות לא להודות – ד' ב.).

אולם מאי דמספקא ליה לרב ז"נ גולדברג, פשיטא ליה להחזו"א. החזו"א קובע, כי אף בשעת ביצוע הפעולה המשפטית (כגון כריתת החוזה) ניתן לוותר על כפילת התנאי, ולומר **במקומה** את הנוסח "אנו מתנים כתיקון חכמים" וכדומה. זו לשונו של החזו"א (דמאי, סימן ט"ו סק"ו):

"מי שיש לו נוסח כתוב להפרשת תרומות ומעשרות על פי חכם, והוא בדרך, ואין בידו הנוסח, ואינו בקי להפריש, יקח יותר מאחד ממאה ויאמר 'יחול הכל כמו שכתוב בנוסח כדתי, וזה מועיל – כמו שמצינו באה"ע סימן ל"ח סעיף א', שאם אמר כתנאי בני גד ובני ראובן מהני... ואף אם אין בידו נוסח, ולקח יותר מאחד ממאה, ואמר שתהא חלה ההפרשה הכל כמו שצריך – מן הדין מהני... כיוון שאמר שיהא כמו שצריך... ואע"ג דכשבא להתנות, צריך להתנות כדין, ולא סגי במה שיש בדבריו גילוי דעת... וצריך דיבור דוקא, מכל מקום, באמר 'כתנאים המקוימים' – חשיב דיבור מפורש".

מכל מקום, בנושא שלנו – חוזים – נראה שהבעיה נפתרת לכל הדעות באמצעות "הודאת בעל דין". בחוזים – בניגוד לצוואה, עליה מדבר הרב ז"נ גולדברג – שני הצדדים חותמים ומודים בכך שהתנאים נעשו כדין.

131 ראה ב"ש סימן ל"ח סק"ד; אמנם באבני"מ שם סק"ד נחלק עליו, והוא סבור שכיוון שמסיים בחיזוק התנאי, הרי אינו נלכד בבעיה של סיום בתקפות המוחלטת של החוזה (ראה לשון הר"ן בהערה הקודמת) – ולכן התנאי תקף; אלא שלכתחילה יש לחוש לכל הדעות (כאמור לעיל, במבוא). אגב, הציטוט המוקשה שהביא האבני"מ מן הבי"ש סק"ה – מקורו, כנראה, בגירסא מוטעית שנודמנה לו; והגירסא בבי"ש שלפנינו אכן שונה מזו של האבני"מ.

לעתים, יש הבדל בין ה"הן" של התנאי לבין ה"הן" של המעשה (כלומר, של תקפות הפעולה המשפטית האמורה בחוזה). למשל: "אם לא תצא מארץ ישראל – אז המתנה קיימת, ואם תצא – אז היא בטלה". במקרים אלו נשאלת השאלה, איזה "הן" יש להקדים – זה של התנאי או זה של המעשה. רוב רובם של הפוסקים סבורים, כי יש להקדים את ה"הן" של המעשה, ולא זה של התנאי¹³². אולם יש גם דעה אשר ממנה משמע, כי יש להקדים את ה"הן" של התנאי¹³³. מכאן עולה, כי בין אם ינוסח התנאי לפי הסדר הזה, ובין אם ינוסח לפי הסדר האחר, בכל מקרה, התנאי יהיה, לפי דעה אחת, בטל.

לכתחילה מומלץ אפוא שלא להכנס לספק זה. לפיכך, במקרים אלה יש לנסח תנאי פשוט ולא כפול (אלא שיש להוסיף עליו – כאמור לעיל – את הקביעה שהתנאי נעשה כתיקון חכמים, כדי לפתור את הדרישה לתנאי כפול). צורה אחרת של עקיפת הבעיה תהיה ע"י ניסוח פוזיטיבי (למשל: במקום "אם לא יסכים" לכתוב "אם יסרב" וכיו"ב).

במקרים, בהם אי אפשר לעקוף את הבעיה בצורות האמורות (כגון, כאשר שיקולים של בהירות הניסוח מונעים זאת) – יש להקדים את ה"הן" של המעשה. יש להניח שלא ניתן יהיה לטעון "קים ל"י" כאותה דעה יחידה הגורסת שהתנאי בנוסח זה הינו חסר תוקף¹³⁴.

3. תנאי קודם למעשה – בסדר המלים

על התנאי להיות קודם למעשה, מבחינת סדר המלים במשפט. יש לנסח את המשפט כך, שהתנאי ייאמר קודם למעשה התלוי בו¹³⁵.

לדוגמא: לא "הדירה מכורה לך אם יהיה כך וכך" אלא "אם יהיה כך וכך הדירה

132 ראה המקורות שהובאו ב"אוצר הפוסקים" אה"ע סימן ל"ח סק"ו אות ב'. נוסף על המקורות המובאים שם, ניתן להוכיח כי גם הרא"ש אחז בשיטה זו. ראה לשונו בתשובה, כלל ע"ב סימן ג' (הובאה בטור חו"מ סימן רמ"א סעיף ט"ז-י"ז; ובב"י שם נכתב בטעות שמקור התשובה בכלל ע"א): "והן קודם ללאו ותנאי כפול כגון: 'אם לא יתרצה בנה הקטן בפשרה אז מתנת הגדול קיימת, ואם יתרצה – אז המתנה בטלה'; אז התנאי קיים". רואים בלשונו בבירור, כי "הן קודם ללאו" הוא במעשה, בתוקף השטר, ולא בקיום התנאי.

133 כך משמע מדבריהם של התוספות, קידושין סי"ב ע"א ד"ה בשלמא (וראה עוד שם ב"אוצר הפוסקים", שיש גם מי שנדחק לפרש את דעת התוספות בצורה כזו שלא יחלקו על הדעה המקובלת). אמנם, כפי שהובא באוצה"פ שם, יש אומרים שניתן למצוא סימוכין מסוימים לדעה זו גם בדברי כמה ראשונים אחרים.

134 שכן מדובר במיעוט קטן מול רוב גדול. על טענת "קים ל"י" ראה לעיל, מבוא.

135 לדעתם של הרמב"ן וסיעתו, זה הוא פירושה הנכון של דברי המשנה ב"מ צ"ד ע"א; ראה דברי המ"מ, אישות פ"ו ה"ד; וראה ב"י אה"ע סימן ל"ח דף ס"ח ע"א – ע"ב. אמנם, אנו חוששים אף להבנת הרמב"ם, במשנה (ראה לקמן הערה 147); אולם, כאמור לעיל במבוא, דרכנו היא לחוש לכל הדעות, כדי למנוע טענת "קים ל"י".

מכורה לך". נכתב התנאי רק אחרי המעשה – עשוי הוא להיות בטל, כאילו לא נכתב. הרעיון שמאחורי דרישה זו הוא, "דמאי מהני ליה (=מה מועיל לו הדבר), כיוון שכבר הקדים המעשה לתנאי – אם כן כבר נתקיים המעשה בלא תנאי, דילפינן (=שאנו למדים) מבני גד, דכל שהקדים המעשה – אין התנאי מבטל את המעשה"¹³⁶.

בדומה לדרישת "הן קודם ללאו", גם על דרישה זו יש להקפיד: אם המעשה כתוב לפני התנאי, לא יתרפא הפגם ע"י הצהרת הצדדים כי התנאים שבחווה תקפים "כתנאים העשויים כתיקון חכמים"¹³⁷.

4. "דבר שאפשר לקיימו"

תנאים בלתי אפשריים אינם תקפים. על כן, אם ההסכם מותנה בתנאי שאין כל אפשרות תיאורטית לקיימו¹³⁸, ההסכם יהיה תקף, ואילו התנאי – בטל¹³⁹, כאילו לא הותנה¹⁴⁰.

בעיה דומה קיימת במקרה של **סתירה** בין התנאי לבין ההסכם התלוי בו; גם כאן, ההסכם יהיה תקף, ואילו התנאי – בטל. כך למשל, במקרה של תנאי הקובע כי "הבית מכור על מנת שהוא נשאר שייך למוכר לזמן מסוים", יהיה הבית, לפי דעות מסוימות, מכור, ואילו התנאי – בטל. ניתן, כמובן, לשייר זכויות למוכר; אבל יש להבהיר היטב מה נמכר ומה משוייר, לבל תהא סתירה בין התנאי לבין העיסקה – דבר העשוי, כאמור, לשלול מהתנאי את תוקפו¹⁴².

136 לשונו של ה"אבני מילואים" סימן ל"ח סק"ד.

137 ראה ח"מ אה"ע סימן ל"ח סק"ג ובי"ש שם סק"ה.

138 הכוונה לדברים המנוגדים לטבע, כגון שאדם יעוף באוויר בכחות עצמו ללא אמצעי עזר (ראה אוצה"פ אה"ע סימן ל"ח סעיף ב' ס"ק ח'). תנאי שקיומו אפשרי, אך כרוך בעלות גבוהה, נחשב ל"דבר שאפשר לקיימו, אף אם הצדדים לחוזה הינם עניים ואין ידם משגת כדי קיום התנאי (רמ"א אה"ע סימן ל"ט סעיף ד'; וראה אוצה"פ שם סק"ב). לענין דינם של מעשים שאי אפשר לעשותם כיוון שהם **אסורים**, ראה דיונו של הרב ש"י ז"ן במאמרו "משפט שיילוק", בתוך ספרו "לאור ההלכה" (מהד' שניה תשי"ז) עמ' ש"י-שט"ז).

139 עמדתו של המשפט הרומי שונה, בענין זה, מזו של ההלכה. זו לשונו של א' גולאק (יסודי המשפט העברי ח"א סעיף כ"ד; ההוספה שבסוגריים – שלי, ד' ב'):

"על פי דיני רומי... אם הותנה בדבר שאי אפשר לקיימו, אין המעשה קיים; ולא כמו שמצינו בדיני ישראל, אלא אומרים אנו (הרומאים): מכיון שאי אפשר למלאות את התנאי – המעשה בטל".

140 גם תנאי המנוגד בגלוי למציאות הינו בטל, מאותה סיבה. ראה אבני מילואים סימן ל"ח סק"ה: "על מנת שאני כהן וכיוצא, אם היא יודעת שאינו כהן – אינו תנאי כלל, ומעשה קיים. דכל תנאי שאי אפשר לקיימו – אינו אלא כמפליג בדברים; וכיון שידעת שאינו כהן – הרי אי אפשר לקיימו, וסברה וקבלה".

142 סתירה בין התנאי לבין המעשה מכונה בלשון ההלכה "תנאי ומעשה בדבר אחד". פרטי דינים אלה ראה הגהת הרמ"א לשו"ע אה"ע סימן ל"ח סעיף ד'.

גם פגמים אלה אינם מתרפאים ע"י הצהרה שהם תקפים "כתנאים העשויים כתיקון חכמים".

5. התנאת המעשה – ולא שינוי הדין

אדם יכול, כמובן, להתנות את תקפות המעשה שהוא עושה (מכירה, התחייבות וכיו"ב) בתנאים, ככל העולה על רוחו. הוא יכול גם להתנות – בכל ענין של ממון – תנאים שהם שונים ומנוגדים לדין התורה¹⁴³, כמעט¹⁴⁴ בכל דבר וענין. אך אין הוא יכול לשנות את הדין לגבי העולם כולו. התנאי יכול להיות תקף אם הוא מבטא את הסכמת הצדדים לקבל על עצמם זכויות וחובות, אך אין הוא תקף אם הוא מנוסח באופן המביע שינוי בזכויות והחובות הנוגעות לכל העולם. טעות בניסוח עלולה להביא לבטלות התנאי. דוגמא לכך ניתן למצוא בדברי הרמב"ם בענין שמיטת כספים, וזו לשונו¹⁴⁵:

"המלווה את חברו, והתנה עמו שלא תשמטנו שביעית, הרי זה נשמט, שאינו יכול לבטל דין השביעית. התנה עמו שלא ישמיט הוא חוב זה ואפילו שביעית – תנאו קיים; שכל תנאי שבממון קיים, ונמצא זה חייב עצמו בממון שלא חייבתו תורה, שהוא חייב"¹⁴⁶.

ב. זמן ההתנאה

את התנאי יש להתנות קודם לביצוע הפעולה המשפטית. לדוגמא, אדם המעונין לתת מתנה מותנית, צריך להתנות את התנאי לפני שהוא מעניק את המתנה. אם לא עשה

143 "בדבר שבממון תנאו קיים"; ב"מ צ"ד ע"א. ראה גם רמב"ם, הלכות אישות פ"ו ה"ט: "כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, חוץ מדבר שבממון – שתנאו קיים".

144 למעט ענינים אשר בהם מונעת את ההתנאה בעיה עקרונית. למשל, במקרה שמדובר ב"דבר שאין בו ממש" (ראה לעיל פרק ראשון) – כמו, למשל, התנאה על זכות הבעל לירש את אשתו; או במקרים ש"חכמים עשו חיזוק לדבריהם", כמו בענין זכות האשה לכתובה (ראה שו"ע, רמ"א ונו"כ, אה"ע סימן ל"ח סעיף ה'; סימן ס"ט סעיף ו-ז) ועוד.

145 הלכות שמיטה ויובל פרק ט' סעיף י', על פי גמרא מכות ג' ע"ב; וראה שם רש"י ד"ה לדידי מיפרש לי: "השביעית אינה מסורה בידו, להתנות שלא תהא השביעית משמטת; לפיכך, אין כאן תנאי".

146 דוגמא נוספת לענין זה היא, כנראה, דברי הירושלמי בסוף פ"ו במסכת ב"מ (צוטטו במרדכי, ב"מ סימן שס"ט): "אמר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת... שאם מתי לא תהא זקוקה לייבום – הרי זו מקודשת ותנאו בטל". נראה, כי הבעיה כאן היא רק בניסוח; שהרי ודאי הוא, שניתן להתנות על הקידושין, כך שהאשה לא תיזקק לייבום: "המקדש אשה ויש לו אח מומר, יכול לקדש ולהתנות בתנאי כפול, שאם תפול לפני מומר ליבם – שלא תהא מקודשת" (הגהת הרמ"א לשו"ע אה"ע, סימן קנ"ז סעיף ד'). מסתבר, שאף על העונה ניתן להתנות בדרך זו: ראה ב"ש אה"ע סימן ל"ח סק"א, ואוצה"פ שם סעיף ה' סק"ב.

כך, אפילו התנה את התנאי מיד לאחר נתינת המתנה, "בתוך כדי דיבור", המתנה תיחשב מוחלטת ובלתי מותנית¹⁴⁷.

לכן, יש לערוך את החוזה ולהתנות בתוכו את התנאים קודם לביצוע מעשה ה"קניין" (אם כי **חתימת** החוזה אינה צריכה להיות קודמת ל"קניין").

ג. זמן שכלול החוזה ("חלות")

ההלכה קובעת, לגבי ניסוחים מסוימים¹⁴⁸, כי אפילו נתקיים התנאי, אין החוזה התלוי בו תקף, אלא משעה שנתקיים התנאי¹⁴⁹. אדם החפץ, כי החוזה שהוא עורך יהיה תקף מרגע חתימתו (אם התנאי יתקיים בעתיד), יוסיף להתנאה את המלה "מעכשיו". לדוגמא: "אם ירד גשם בעוד שבוע, אזי השדה מכור לך מעכשיו"¹⁵⁰.

ד. אסמכתא

בעיה נוספת הקשורה לענין התנאי הינה בעית ה"אסמכתא". ההלכה דורשת שהסכמתו של אדם לעיסקא כלשהי תהא בהחלטה גמורה ובדעה שלמה¹⁵¹; הסכמה **מותנית** עשויה לגרור את הטענה כי לא היתה רצינית לחלוטין, ולא היתה אפוא

147 כן כתב הרמב"ם בהלכות אישות פ"ו הלכה ד'. הרמב"ם הבין, שזו היא כוונת המשנה ב"מ צ"ד ע"א: "כל תנאי שיש מעשה בתחילתו – תנאו בטל". בהבנה זו של המשנה נחלקו עליו, אמנם, פוסקים אחרים (ראה לעיל הערה 135); אבל על עצם הדין שכתב הרמב"ם אפשר שאין הם חולקים. מכל מקום, בניסוח חוזה יש לחוש לכל הדעות (ראה לעיל, מבוא).
ברם, ראה דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה י"ד.

148 ראה טור ובי"ו וש"ע אה"ע סימן קמ"ד סעיפים ב-ד.

149 ראה ש"ע אה"ע סימן ל"ח סעיף ז'.

150 נמנענו מלתת הנחיה לכתוב "על מנת", מחמת ריבוי המשמעויות הנודע לצירוף מלים זה בשפה העברית המודרנית (תכלית לעומת התניה וכו').

151 לא ניכנס כאן להסבר מפורט יותר, לפי "שנתחבטו חכמי הדורות הראשונים והאחרונים בענין האסמכתא, מהו הדבר שנקרא אסמכתא, ובמה תלוי, ולא ראיתי לאחד שהסכים עם חבירו" (לשון הרשב"א בתשובתו, חלק א' סימן תתקל"ג). הרוצה לעמוד על הפרטים, יעיין בטור, ב"י וש"ע חו"מ סימן ר"ז. להסבר בהיר ומאיר עיניים, ראה א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק א' סעיף כ"א (מקצת מדבריו יובאו לקמן, הערה 154). מבחינה היסטורית, מעניינת במיוחד תגליתו של הפרופ' ב' ליפשיץ, בספרו **אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי**; הפרופ' ליפשיץ מראה, כי בתלמוד ובתקופת הגאונים, עד ימי הרמב"ם, מקובלת היתה הדעה שהמונח "אסמכתא" בשפה הארמית אינו אלא "הבטחה" בשפה העברית; ולפי זה בעיית האסמכתא אינה אלא בעיית "קניין דברים" (שנידונה בהרחבה לעיל, פרק ראשון). ראה במיוחד דבריו בעמ' 34 ואילך ובעמ' 64 ואילך. ברם, אף שהרעיון מבוסס כדבעי מבחינה מחקרית, קשה לסמוך עליו כהלכה למעשה, משום שרוב הראשונים והאחרונים לא הלכו בדרך זו אף שההנחה צריכה להיות שהם ידעו עליה מתוך המקורות הקדומים (ראה דברי הפרופ' ליפשיץ עצמו בעמ' 78). ראה דבריו של הרמ"א בחו"מ סימן כ"ה סעיף ב'.

מחייבת. בעיה זו אמורה ביחוד – ויש אומרים, רק¹⁵² – בחיובי קנסות שאדם נוטל על עצמו ("אם אפר את החוזה, אזי אשלם כך וכך"). חיובים אלה מבוססים על ההנחה שלעולם לא יבוא לידי מימוש, ומכאן מקור חולשתם.

דוגמא לכך מצויה במשנה¹⁵³ האומרת:

"מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו, ואמר לו (לשליש): 'אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני – תן לו שטרו' (=ויגבה את כולו, למרות שלאמיתו של דבר כבר נפרע חלק מן החוב); הגיע זמן ולא נתן... לא יתן".

טעמו של דבר הוסבר בגמרא שם במלים "אסמכתא לא קניא"¹⁵⁴.

דוגמא נוספת ניתן למצוא בדברי הגמרא¹⁵⁵:

"ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר: 'אי מוברנא לה – יהיבנא לך אלפא זוזי' (=אדם שקיבל באריסות אדמה מחבירו, והבטיח, שאם יזניח את האדמה ולא יעבד אותה – ישלם אלף זוז)".

152 זו דעתו של הרשב"א, שו"ת חלק א' סימן תתקל"ג; זו גם דעתו של ספר החינוך, מצוה שמ"ד: "שכל שיתנה האדם עם חבירו דרך קנס, כלומר אם לא יהיה כן יענש בממון כן וכן, יקרא אסמכתא, ועל זה יאמרו זכרונם לברכה דאסמכתא לא קניא, ובלשון אחרת אמרוה זכרונם לברכה גם כן: 'כל דאי – לא קני'. אבל כל תנאי שיתנה האדם עם חבירו ויאמר: 'אם אתה תעשה כן – אף אני אעשה כן וכן', וכדרך בני אדם שמתנין בלשון זה, אין זה בכלל אסמכתא כלל חלילה, שאם כן – איך נמצא דינו ורגלינו על כל תנאי בני אדם זה עם זה, שכולם בלשון אם הם, דאי אפשר בלאו הכי".

מקורות נוספים לדעה זו ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך אסמכתא, כרך ב' עמ' קי"ב הערה 88.

ברם, נראה, שלכל הדעות, יתכנו גם מצבים של התחייבויות שאינן מותנות כלל, ובכל זאת הן נגועות בחוסר רצינות, מעין "אסמכתא". המדובר בחיובים שניכר מראש שהם בלתי אפשריים: אדם עני, המתחייב לשלם מליון דולר – הדעת נותנת, שהוא יוכל אח"כ לטעון, כי בעצם מובן מאליו, שלא דיבר ברצינות; שהרי ברור היה לצדדים, כבר בעת חתימת השטר, שלעולם לא יוכל לגייס סכום כזה. אמנם, המשנה במסכת כתובות, בתחילת פרק חמישי, אומרת שאדם יכול להתחייב בכתובה "מאה מנה", אבל מסתבר שזה אינו בלתי מוגבל. מפי מו"ר הרב ז"נ גולדברג שמענו, שמטעם זה הוא נוהג, כאשר שהוא מסדר חופה וקידושין, לעמוד על כך שסכומי תוספת הכתובה יהיו סבירים ובתחום יכולתו התיאורטית של החתן.

153 ב"ב קס"ח ע"א.

154 ראה רשב"ם שם: "המבטיח לחבירו דבר על מנת שיעשה דבר לעתיד וסומך בלבו בשעת התנאי, שיוכל לקיים הדבר כשיגיע זמן, וכשיגיע הזמן – יאנס ולא יוכל לקיים". לדבריו של א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק א' סעיף כ"א, עמ' 67 ואילך, שיטת הרמב"ם בהבנת המושג "אסמכתא" שונה מזו תכלית שינוי. מכל מקום, ההבדל העיוני בין השיטות אינו רלוונטי לענייננו.

155 ב"מ ק"ד ע"ב.

הגמרא קובעת כי :

"אסמכתא לא קניא... כיוון דקאמר מילתא יתרתא — גוזמא בעלמא הוא דקגזים (=אסמכתא אינה קונה; כיוון שהפליג בדבריו — סתם גוזמא היא שהגזים)¹⁵⁶."

יש להדגיש, כי אדם יכול, כמובן, לחייב עצמו באלף זוז; אלא שהתלות בין ההתחייבות לבין הוברת השדה, מולידה את הספק שמא סכום גדול זה אינו אלא גוזמא, ומעולם לא גמר בדעתו לשלמו.

מן האמור לעיל עולה, כי מומלץ למעט ככל האפשר בניסוחים המשאירים מקום לטענה שהסכמה זו או אחרת לא היתה מוחלטת, משום שהיתה תלויה בדבר אחר.

ברם, כיוון שעל פי רוב לא ניתן להימנע מהתנית תנאים בחוזה, תנאים העלולים כאמור ליצור בעיה של אסמכתא, יש צורך להשתמש גם לענין זה בדרכים שהוצעו בפרק הראשון — התחייבות כספית ושבועה, ובדרך זו להבטיח את אכיפתם של סעיפי החוזה.

156 נראה, שמושג ה"אסמכתא" הינו ייחודי לדיני התורה, ואינו קיים בשיטות משפט אחרות. בדיניה של מדינת ישראל, למשל, הסכם על פיצויים גבוהים בשל הפרת חוזה הינו תקף באופן עקרוני, אפילו אם גובה הפיצויים נקבע "ללא כל יחס סביר לנוק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". אמנם, במקרה כזה, בית המשפט רשאי להפחית את הפיצויים (סעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970), אבל, לפי פסיקת בית המשפט העליון, אין בית המשפט רשאי לבטל לגמרי את ההסכמה על הפיצויים המוגזמים, אלא רק להפחית את גובה הסכום (ע"א 748/80 גולדשטיין נגד גוב ארי, פ"ד ל"ח (1) עמ' 309, בעמ' 319) "עד לקצה הגבוה של גבול הסבירות" (כלשון השופטת בן פורת בע"א 77/300 רוזנר נגד בניני ט.ל.מ., פ"ד ל"ב (3) עמ' 682, בעמ' 687). מכל מקום, ודאי שאין הדין הישראלי רואה בהסכם לפיצויים מוגזמים דבר הבטל מאליו. כך אנו מוצאים גם במשפט המקובל האנגלי. ראה פסק הדין המפורסם בענין I [1893] Carllil V. Carbolic Smoke Ball co., Q.B. 256. מדובר שם בחברה שפרסמה בעיתון מודעה, בה התרברה, כי כל השואף אל קרבו את עשנם של הכדורים המבריאים שהיא מייצרת (לפי הוראות השימוש שלה), מובטח לו שלא יחלה בהצטננות; ואם יחלה — כך נאמר במודעה — יקבל מאת החברה 100 לירות שטרלינג (סך גדול באותם הימים). אשה אחת, אשר הצטננה חרף העשן המבריא הנ"ל, תבעה את החברה — וזכתה בדין. בין טענות ההגנה, שנדחו כולן, נאמר, כי ההתחייבות לא יכולה היתה להיאמר ברצינות, שכן התחייבות לשלם סכום כה גדול — בלא אפשרות, אפילו, לבדוק ולפקח על צורת השימוש בכדוריה ע"י הלכות — הינה אבסורדית וטפשית (insensate). בית המשפט לא קיבל טענה זו. אלו דבריו :

"If a person chooses to make an extravagant promises of this kind, he probably does so because it pays him to make them; and if he made them, the extravagance of the promises is no reason by law why he should not be bound by them"

(=אם אדם בוחר להבטיח הבטחות מוגזמות מסוג זה, מסתבר, שהסיבה לכך היא שהדבר משתלם לו; ואם הבטיח כך — ההגזמה שבהבטחות אינה עילה משפטית הפוטרת אותו מלהיות קשור בהן)."

כמוכן, ההתחייבות הכספית תפתור את בעיית האסמכתא, רק אם בה עצמה לא תהיה בעיית אסמכתא. כדי להשיג מטרה זו, כלומר, להבטיח את תקפותה המוחלטת של ההתחייבות הכספית המותנית, יש לנסחה כאילו היתה בלתי מותנית. את התנאי יש להציב בסעיף העוסק במחילה (מחילה נעשית לפי ההלכה בקלות רבה יותר; במחילה הנעשית מעכשיו אין חשש לטענת אסמכתא¹⁵⁷). כלומר: **נטילת התחייבות ל"קנס" בגין הפרת חוזה תיעשה בפני עצמה, בלא כל תנאי**¹⁵⁸. רק **בנפרד** ייקבע, כי החוב **מחול, אם** תקויימנה דרישות החוזה¹⁵⁹. כך תבוצר ההתחייבות הכספית מפני טענת אסמכתא, וע"י כך יסור החשש לטענת אסמכתא לגבי כל סעיפי המסמך, בתוכם פרטים המותנים, מטבעם, בתנאים רבים.

הדרך השנייה שראינו בפרק ראשון להבטחת אכיפתה של עיסקא היא שבועה. גם דרך זו מועילה לפתור גם את בעיית האסמכתא¹⁶⁰: "נדר ושבועה ותקיעת כף מהני אפילו באסמכתא"¹⁶¹. במקרה כזה, אף שבהתחייבויות עצמן עדיין תהיה בעיית אסמכתא, והן לא תהיינה תקפות מבחינת דיני הממונות, הרי למעשה, מחמת השבועה, יושיט בית הדין סעד אכיפה לצד הנפגע.

דרך נוספת לפתרון בעיית האסמכתא מבוססת על הכלל הקובע כי "הודאת בעל דין – כמאה עדים דמי". אדם שהודה, שחיוב שנטל על עצמו, נעשה באופן שאינו נגוע בפגם אסמכתא – מנוע מלטעון מאוחר יותר, כי השטר פגום באסמכתא. כך, לדוגמא, קובע הרמ"א¹⁶²:

"אם צוה לכתוב בשטר, שקנו ממנו בבית דין חשוב (הדבר מראה על רצינות וגמירות דעת), אף על גב דלא קנה (לאמיתו של דבר) – מהני, שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי"¹⁶³.

157 ראה גם דבריו של הריא"ה הרצוג, **פסקים וכתבים**, כרך ט', חו"מ סימן קי"ב, בעמ' תט"ז.
158 ראה שו"ע ורמ"א חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז; סמ"ע שם סקמ"ה; נה"מ ביאורים סק"ט;
ערוה"ש שם סעיף מ"ז. וראה בפד"ר י"ד עמ' 30 ואילך, דיון על שטר שבו נוסחה התחייבות הקנס בלשון "יוצג לפרעון אם לא ימולאו התחייבותיהם".

159 ראה דוגמא בסעיף 13 וסעיף 14 לחוזה מכר שבנספח ג'.

160 על הבעיה האיסורית המתעוררת, לכאורה, בשבועה, ראה לעיל הערה 83, ודברי מו"ר הרב ז"י גולדברג, לקמן נספח ד' הערה ה'.

161 שו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ט.

162 בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ו.

163 ראה לעיל הערה 100, שהודאה פיקטיבית הינה טכניקה המקובלת בהלכה לעשיית עיסקאות.

יש מן הפוסקים¹⁶⁴ שיעצו לכתוב באופן כללי יותר, כי החיוב נעשה באופן שאין בו בעיית אסמכתא. פתרון זה יעיל בדרך כלל¹⁶⁵.

בדרך זו של הודאה ניתן להשתמש הן כתחחליף לדרכים הקודמות והן כתוספת עליהן.

164 ט"ז לחו"מ סימן ר"ז סעיף י"ח; נה"מ חידושים שם סקנ"ז; וראה אנציקלופדיה תלמודית ערך אסמכתא, כרך ב' עמ' קט"ו. ברם, נראה שאין זו דעת הכל; ראה ההערה הבאה.

165 דברי הרמ"א, הט"ז והנה"מ מיוסדים ובנויים על הנחה, שהודאה מועילה אף כנגד האמת הידועה לכל; רק על יסוד הנחה זו ניתן לקבל את קביעתם, כי הודאה שאין השטר עשוי כאסמכתא, מועילה אפילו אם אנו רואים שבשטר יש פגם אסמכתא. ברם, הנחה זו תלויה במחלוקת ראשונים (ראה לעיל הערה 100). לפיכך נראה, שבמקרה שיתברר (או שיודה בעל הדין), שהחיוב לא נעשה באמת "בב"ד חשוב", או שיתברר שהיה בתהליך יצירת החיוב פגם אסמכתא (או שישנה דעה לפיה היה התהליך נגוע באסמכתא) – יצא מפר החוזה וידו על העליונה, בטענת "קים לי", למרות הודאתו כי לא היה כל פגם בהתחייבותו (על טענת "קים לי" ראה לעיל, מבוא). ראה דברי ערוך השלחן, חו"מ סימן ס"א סעיף י"א:

"דכתיבת 'דלא כאסמכתא' אינו מועיל אלא במקום שאין האסמכתא מפורש כל כך בשטר אבל כדחזינו (=כאשר אנו רואים) אסמכתא מפורשת אינו מועיל כתיבה זו אלא אם כן עשו באופן שלא יהיה בזה אסמכתא, כמו בקניין ובבית דין חשוב, או במעשיו מתנה גמורה, כפי הדיעות שיתבארו בסימן ר"ז בדיני אסמכתא".

פרק רביעי

ריבית והצמדה

א. כללי

אחת הבעיות השכיחות בחוזים היא בעית איסור הריבית¹⁶⁶. ההלכה אוסרת הלוואה בריבית באיסור חמור¹⁶⁷. האיסור חל לא רק על המלווה והלווה, אלא אף "כל מי שהיה ערב או סופר או עד ביניהן הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר, לא תשימון עליו נשך"¹⁶⁸. חז"ל גזרו אף על ריבית שאינה באה בהלוואה, אלא בדרך

166 האיסור מוזכר בתורה בכמה מקומות (שמות כ"ב פסוק כ"ד; ויקרא כ"ה פסוקים ל"ה-ל"ח; דברים כ"ג, פסוקים כ"א-כ"ב) ונידון בהרחבה בתלמוד ובפוסקים; הפרק החמישי של מסכת בבא מציעא – פרק "איזהו נשך" – עוסק כולו בבעיות הקשורות בריבית; הרמב"ם הקדיש לנושא את הפרקים ד"י בהלכות מלוה ולוה; הטור ושו"ע הקדישו לכך את הסימנים קנ"ט-ק"פ ב"יורה דעה"; ועוד.

167 על המלווים בריבית אמרו חכמים דברים חריפים: "כופרין בעיקר... עושין את התורה פלסטר ואת משה טיפש ואומרין אילו היה משה יודע שכך אנו מרויחין – לא היה כותבו" (תוספתא, ב"מ פרק ו' הלכה ו', וראה גם ירושלמי, ב"מ פרק חמישי הלכה ח'); "כל המלווה בריבית – נכסיו מתמוטטים" (ב"מ ע"א ע"א); "כל הכותב שטר ריבית הרי זה ככותב ומעיד עליו עדים שכפר בה' אלוהי ישראל. וכן כל הלוה ומלוה בריבית בין לבין עצמן הרי הן ככופרים בה' אלהי ישראל וכפרו ביציאת מצרים" (רמב"ם, הלכות מלווה ולוה פ"ד הלכה ז'). ראה גם את לשונו של מהר"ל מפראג (נתיב הצדקה, פרק ו', עמ' קפ"ד): "הדברים האלו עמוקים מאוד מאוד בחטא הריבית, עד שאי אפשר לפרש בפירוש ולרדת על עומק החטא הזה; ולא מצינו חטא ועון שהפליגו בו חכמים כמו שהפליגו בחטא הזה".

168 רמב"ם, שם (ההערה הקודמת), הלכה ב'. צ"ע האם בלאו זה נכלל גם **עורך-דין**, הנותן לצדדים או לאחד מהם **ייעוץ** לשוני ומשפטי בעריכת החוזה, ולעיתים **מייצג** אחד מהם במשא ומתן. ראוי לציין, כי גם אם נניח שהייעוץ והייצוג אינו בכלל עבירה על הלאו הזה, הרי לדעת פוסקים רבים, כאשר מדובר בחוזה שלא ניתן לערכו אלא ע"י עורך דין, יעבור עורך הדן על איסור תורה (ויקרא י"ט י"ד): "לפני עור לא תתן מכשלי" (ראה **שדי חמד**, מערכת ו' כלל כ"ו ס"ק טו). זאת ועוד: גם במקרים בהם יכולים היו הצדדים לחוזה לערוך את החוזה ללא סיועו של עורך דין, אפשר שעורך הדן יעבור על איסור דרבנן של "**מסייע** ידי עוברי עבירה". הדבר תלוי בדיונים המתקיימים בדברי הפוסקים בשאלות, אם קיים איסור (דרבנן) על סיוע לעוברי עבירה, במקום שהעובר עושה את העבירה במוזד וכאשר אין כל סיכוי לשכנעו להימנע מכך. על כל אלה ראה, מחד גיסא, תוס' שבת ג' ע"א ד"ה בבא, ופסקי הרא"ש, שם פרק א' סימן א'; ומאידך גיסא – תוס' ע"ז ו' ע"ב ד"ה מנין; פסקי הרא"ש שם, סימן ב'; מרדכי, שם סימן תשצ"ה. לגבי פסיקת האחרונים בחילוקי דעות אלה, ראה הגהת הרמ"א לשו"ע יו"ד קנ"א סעיף א'; ש"ך, דגול מרובה, ברכי יוסף ופתחי תשובה שם; מל"מ, פ"ד מהלכות מלווה ולוה הלכה ב'; טורי אבן, אבני מילואים, חגיגה י"ג ע"א ד"ה אין מוסרין; שו"ת בנין ציון סימן ט"ו; שו"ת עזרת כהן, סוף סימן ס"ו; שו"ת אגרות משה, אה"ע ח"ד סימן ס"א אות ב'; מכתבו של הרב משה

מקח וממכר, כגון, העלאת המחיר בגין מכירה בתשלומים¹⁶⁹. לאיסור ריבית יש גם השלכה משפטית: על פי ההלכה, אין תוקף להתחייבות לשלם ריבית¹⁷⁰.

ההגדרה הבסיסית של ריבית היא תמורה שמקבל אדם בעד העובדה שכספו שוהה אצל אדם אחר (בלשון חז"ל: "אגר נטר"¹⁷¹, כלומר שכר המתנה). אולם חז"ל אסרו גם מקרים רבים נוספים, בשל דמיונם לריבית או בשל היותם בבחינת "הערמת ריבית". כך למשל, אין להלוות סחורה כאשר הלווה מתחייב להחזיר כמות זהה אף אם ישתנה מחירה. מקרה זה המכונה בספרות ההלכתית "סאה בסאה", נאסר בשל דמיונו לריבית¹⁷².

פייננטיין שהתפרסם באסיא חוברת נ"ג-נ"ד (אלול תשנ"ד, אוגוסט '94), עמ' 25; ילקוט יוסף, שבת סימן רמ"ו סעיף ט' וס"ט סעיף ז'. עוד על כך ראה בדבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה ט"ז.

בבעיה נוספת, הקרובה לכך, נתקלים שופטים יראי שמיים, שעה שהם נדרשים להטיל על בעל דין חיוב ריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, או לפי חיקוקים דומים. יש אומרים, שהדבר מותר, שכן הריבית כאן אינה באה כתוצאה מהסכמה בין הצדדים, אלא בתורת פיצוי על העולה שבעיכוב הכספים. זו היא דעתו של שו"ת "שואל ומשיב" מהדורא תנינא, חלק רביעי סימן קכ"ג, וזו לשונו (ההדגשות וההוספות שבסוגריים – שלי, ד' ב):

"נתתי אל לבי במעשה שהיה, אחד החליף מטבעות אצל אחד...לא רצה השני לתת לו המטבעות, ותבעו לדין, ולא רצה לעמוד בדין, והלך בערכאות. וסיפר לי האיש, שיצא משפטו, שחברו צריך לשלם לו, וחייב לשלם ששה פ' (=פרסנט, כלומר תוספת של ששה אחוזים) כנימוסי הקיר"ה. ואני אמרתי בהחפזי, שאסור לקחת הריבית שהרי לא עשה היתר ("היתר עיסקא"). **אחר כך נתיישבתי, שאין שייך בזה משום ריבית, דהרי לא הלוה לו כלל, וזה עיכב מעותיו.** ואף דמעכב כיסו של חברו פטור (ראה לקמן פרק חמישי סעיף ז', סמוך לציון 274), אבל משעה שתבעו שיחזירו לו – צריך להחזיר לו, ואין בזה משום ריבית, דהוה ליה כגזלן".

ראה עוד סקירתו של השופט הרב אסף בע"א 207/51 **אגד נגד ברנדס**, פ"ד ו' עמ' 1089, בעמ' 1103-1104. היתר אחר יכול להיות על בסיס חיובו של הצד, שעוכב את הכספים שלא כדין, בתורת **קנס**. ראה סקירתו של א' שוחטמן, **סדר הדין** עמ' 390 הערה 3.

169 ראה הגהת הרמ"א לשו"ע יו"ד סימן קס"א סעיף א'. הדרך הרגילה, בה באה ריבית במקח וממכר, היא באדם האומר "אם תפרע עתה – המקח מכור לך בעשרה, ואם תפרע לאחר זמן – **מכור לך מעכשיו בחמישה עשר**". ראה שו"ת תשורת ש"י סימן רנ"ד, המסתפק, אם האומר "המחיר הינו עשרה; אם תפרענו עתה – תשלם רק את המחיר הזה, ואילו אם תפרע רק לאחר זמן – תשלם חמישה עשר" עובר באיסור דרבנן בלבד או באיסור תורה. השאלה היא, אם הריבית הזו היא דרך מקח וממכר, לפי **שמקור** החוב במקח וממכר, או, שזו ריבית הבאה דרך הלוואה, לפי שהמכירה היא בכל מקרה בעשרה בלבד, והמחיר נעשה **חוב רגיל**, ואם כן – הריבית היא בדרך הלוואה. ראה גם לקמן הערה 184.

170 ראה שו"ע חו"מ סימן ר"ח; יו"ד סימן קס"א סעיף י"א. לגבי החובה להחזיר ריבית שכבר שולמה, ראה יו"ד שם בתחילת הסימן, וראה א. שוחטמן, "מעשה הבא העבירה".

171 "כללא דריביתא, כל אגר נטר ליה – אסור", כלשונו של רב נחמן בפרק "איזהו נשך".

172 שו"ע יו"ד סימן קס"ב סעיף א': "אסור ללות סאה בסאה... דשמא יתייקרו – ונמצא שנותן לו יותר ממה שהלווה... נתייקרו – נותן לו הדמים שהיו שוים בשעת הלוואה". אמנם, כאשר מדובר בכמות קטנה, הרי "יש מי שאומר דמותר ללוות ככר לחם בככר לחם.. דמאחר דדבר מועט הוא – לא קפדי בני אדם להדדי בזה, וכך נוהגין להקל" (רמ"א שם; וראה גם שם סימן ק"ס סעיף י"ז).

דוגמא ל"הערמת ריבית" ניתן למצוא בדבריו של הרמב"ם¹⁷³:

"אמר לו: 'הלווני מנה'. אמר לו: 'מנה אין לי; חטים יש לי במנה'. ונתן לו חטים במנה (באשראי, בהקפה), וחזר ולקחן ממנו בתשעים (זוז), בפרעון מידי; והקונה הסכים למחיר הפסד זה, לפי שהיה דחוק במעות והיה לו צורך מידי בתשעים (זוז); – הרי זה מותר, אבל אסרוהו מפני הערמת ריבית, שהרי נתן לו תשעים ולוקח מנה".

לקמן נתייחס למספר בעיות הקשורות בריבית ונגזרותיה, המתעוררות לעתים קרובות אגב כריתת חוזה¹⁷⁴.

ב. שימוש המוכר בנכס עד סיום ביצוע התשלומים

לעתים, בשעת עיסקא של מכירת נכסי דלא נידי, מסכימים הצדדים על כך שהבעלות על הנכס עוברת **מיד** לקונה, בעוד המוכר **ימשיך** להחזיק בנכס ולהשתמש בו **עד לסיום התשלומים**. הסכם כזה, העשוי להופיע במכירת דירה, אסור באיסור ריבית. זאת, משום שאם הנכס שייך כבר לקונה, וחרף זאת המוכר נשאר בו, משמעותו של דבר היא, שהקונה משאיל את הנכס למוכר, עד סיום התשלומים. השאלת הנכס למוכר, ע"י הקונה, אינה אלא ריבית, שמשלם הקונה למוכר, עבור תקופת ההמתנה עד לסיום פרעון התשלום¹⁷⁵.

כדי לפתור בעיה זו יש צורך בכך שהצדדים יסכימו ביניהם כי הבעלות על הנכס אינה עוברת לקונה אלא **לאחר ששילם עליו**. בענין זה תיתכנה שתי אופציות:

1. הצדדים יקבעו שהבעלות על הנכס כולו אינה עוברת אלא בסיום התשלומים ובבת אחת (כמקובל בדרך כלל).

2. הצדדים יקבעו כי הבעלות עוברת לשיעורים (כלומר, תמורת כל תשלום מקבל הקונה חלק פרופורציוני מן הבעלות על הדירה).

באף אחת משתי אופציות אלה אין כל מתן אשראי (שהרי מחירו של החלק שנקנה – אם נקנה – כבר שולם, ומחירו של החלק האחר – עדיין לא נתחייב הקונה בו, שהרי עדיין לא קנהו). כיוון שאין כאן חוב, אין כאן איסור ריבית. אמנם, על הקונה לשלם עבור הדירה במועד שנקבע בחוזה¹⁷⁶, אך זו אינה התחייבות כספית

173 הלכות מלווה ולווה פ"ה הלכה ט"ו, בעקבות ברייתא ב"מ ס"ב ע"ב.

174 על ריבית בחברות בע"מ ראה דיון נרחב במאמר נפרד.

175 משנה, ב"מ ס"ה ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולוה, פרק ו' הלכה ו'. לפי השיטה הסבורה, כי אין מכירת קרקע מקבלת תוקף בלא רישום בלשכת רישום המקרקעין (ראה לעיל, הערה 124), הבעיה איננה מתעוררת כלל, כי הבעלות על המקח אינה עוברת לקונה עד הרישום, והרישום אינו מתבצע, כנהוג, אלא עם סיום התשלומים. הבעיה מתעוררת רק לפי השיטה הסבורה, כי מכירת קרקע תקפה גם בלא רישום (ראה שם).

176 לפי דעות מסוימות, התחייבות לקנות הינה תקפה; ראה לעיל, פרק ראשון, סמוך לציון 54. גם לפי הדעות האחרות יהיה הקונה אנוס, בסופו של דבר, לעמוד בהתחייבויותיו – מחמת ה"קנס" המותנה המוטל על מי שאינו נוהג כאמור בחוזה, כמפורט לעיל בפרק ראשון סעיף ב-1.

כי אם התחייבות לקנות את הדירה. חיוב זה אינו בבחינת אשראי, שכן הבעלות על הנכס אינה עוברת לקונה עד לאחר התשלום¹⁷⁷.

פתרון זה אינו אלא הצעה. יש להניח, כי בדרך כלל עולה פתרון זה בקנה אחד עם רצונם של הצדדים (שכן נהוג להימנע מהעברת בעלות עד אחרי סיום התשלומים). ברם, אם אין הצדדים מעוניינים בפתרון זה, הרי יוכלו להשתמש, במקום שיטה זו, ב"היתר עיסקא" (ראה לקמן סעיף ה').

ג. קנס פיגורים

בחוזים רבים מצויים סעיפים המטילים קנסות על המאחר בפרעון חובותיו על פי החוזה. סעיפים אלה עלולים להיות כרוכים באיסור ריבית, כמפורט לקמן.

1. קנס פיגורים קצוב מראש

הראשונים נחלקו בדינו של קנס המוטל על המאחר בפרעון הלוואה. יש מי שהתיר את הדבר¹⁷⁹, ויש מי שחך לאסור, מפני הערמת ריבית¹⁸⁰; וכדעה זו נפסק

177 כך הורה לנו הלכה למעשה מו"ר הרב ז"נ גולדברג; ואף שלא מצא ראייה מפורשת להיתר הזה, מכל מקום אמר שכן מסתבר לו. וכן כתב הרב בלוי ב"ברית יהודה", פרק כ"ח סעיף כ"ב הערה נ"ד (עמ' תפ"ד), זו לשונו: "פשוט שאין כאן שום איסור ריבית אף אם אחד מהם יאכל כל הפירות (=בהקשר שלנו: ישתמש בדירה – ד' ב'), שהרי, כנגד מה שנתן קנה, ומה שלא נתן – אין כאן המתנה (=וממילא אין כאן שכר המתנת מעות)". הרב בלוי גם מציין, שכבר כתב כן בתורת חיים על ב"מ ס"ה ע"ב.

לפי דעתו של ה"תורת ריבית" (פרק י"ב הערה י"ח), כיוון שעל פי חוקי המדינה אין הצדדים יכולים לחזור בהם, הרי לענין איסור ריבית עשויה הדירה להחשב בבעלותו של הקונה מיד עם חתימת החוזה, ללא קשר להתנאת הצדדים בנושא (ראה גם לעיל הערה 54. ראה עוד מה שהעיר על כך הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה י"ז). לפי דעה זו, הפתרון הנ"ל אינו מועיל. לכן, המחבר כותב (שם, סעיף י"ב, והערה כ'), שהשימוש בנכס ע"י המוכר אסור משום ריבית, ושהבעיה אינה נפתרת בכך שיכתבו בטרם שהעברת הבעלות על הדירה תהיה רק כנגד ביצוע התשלומים. אדרבא, לדבריו, במקרה כזה "נראים הדברים שגר בדירה בשכר המתנת המעות שחייב לו הקונה עבור הדירה, שתולה זה בזה". לדעתו של ה"תורת ריבית", צדדים יכולים להסכים על כך שהמוכר ימשיך לגור בדירה עד **תאריך מסוים**, אולם אסור להסכים על כך שהמוכר יישאר לגור בדירה עד **סיום התשלומים בפועל**. ברם, נראה שהוראה זו, מלבד הקושי המעשי הגדול שהיא מעוררת, אין היא הכרחית מבחינה הלכתית. מסתבר, כי אם הצדדים מתנים במפורש, שאין הבעלות וזכות השימוש עוברות לרשות הקונה, עד אחר ביצוע התשלומים, התנאי קיים, ככל דבר שבממון.

179 הר"י מיגש בחידושו ב"ב קס"ח ע"א ד"ה משנה. הוא מוכיח את ההיתר מכך, שבמשנה שם (שהובאה לעיל, פרק שלישי, בטקסט הסמוך לציון 153) לא נחלקו על ענין כזה אלא מצד **אסמכתא**; המסקנה המתבקשת היא, שמצד **ריבית** אין הקנס אסור.

180 הרשב"א (בשו"ת המיוחסות להרמב"ן סימן רכ"א) דן באריכות בענין השטרות שרגילים לכתוב בהם "אם לא אפרעך עד זמן פלוני אתן לך כך וכך דינר, אם יש בזה משום ריבית, או אבק ריבית, או לא". בתחילת תשובתו הקל הרשב"א בדבר וכתב ש"יראה דאין כאן משום ריבית כללי" (כדעתו של ר"י מיגש, ומאותה ראייה שהביא זה. ראה לעיל בהערה הקודמת). אבל בהמשך כתב הרשב"א, כי "אף על פי שיש לדון בדבר כן, וכן נראין הדברים, אף על פי כן אין מורין בדבר זה להקל. וכל שכן כאן, שהדעת מכרעת שהם מתכוונים להערמת ריבית, ואין ראוי לעשות כן".

להלכה¹⁸¹.

ברם, שונה הדין, כאשר מדובר בעיסקות מכירה ולא בהלוואה. על פי ההלכה, רשאים הצדדים להסכים על קנס קצוב מראש, אשר יוטל על המאחר בפרעון דמי המקח¹⁸².
הבדל זה שבין הלוואה לבין מקח וממכר נובע מכך שריבית בדרך מקח וממכר אסורה מדרבנן בלבד¹⁸³, לעומת ריבית בגין הלוואה האסורה מדין תורה.

גם מסיבה זו מומלץ, שהצדדים יסכימו ביניהם, שהבעלות על החפץ לא תעבור לרשות הקונה עד גמר התשלומים. זאת, משום שיש אומרים¹⁸⁴, שאם עברה כבר הבעלות לרשות הקונה, והתשלומים באים רק לאחר מכן, נחשב פרעון התשלומים כפרעון הלוואה שנתן המוכר לקונה. לדעות אלה תהיה הטלת קנס פיגורים במקרה זה אסורה, כדין קנס המוטל בדרך הלוואה.

2. קנס התופח והולך עם הזמן ("קנס המתרבה")

לעיל ראינו את דינו של קנס חד פעמי, אשר "ברגע אחד בעבור קץ הזמן הוא מתחייב בבת אחת בכל התוספות, ואין זה נקרא ריבית אלא קנס"¹⁸⁵. לעומתו, קנס המתרבה, כלומר, תוספת על הקרן התופחת והולכת עם הזמן, אסור לא רק משום "הערמת ריבית", אלא הינו ריבית ממש¹⁸⁶.

181 שו"ע יו"ד סימן קע"ז סעיף י"ד. על האיסור שבהתחייבות לשלם קנס בגלל איחור בתשלום חוב, ותוקפה של התחייבות שכזו, ראה ברית יהודה פרק ד'; א' שוחטמן, **סדר הדין**, עמ' 390 הערה 3.

182 ראה שו"ת הרדב"ז חלק א' סימן תצ"ג; שו"ת תשורת ש"י ח"א סימן רנ"ד; ועיין בברית יהודה פרק ד', בפרט סעיף ז' והערות שם.

183 ראה לעיל הערה 169.

184 שו"ת מנחת יצחק חלק ה' סימן י"ט. אמנם נראה, שאף לדעתו, אם יתנו הצדדים, כי תוספת התשלום נספחת למחירו של החפץ, כלומר, שאם יאחר הקונה לשלם, הרי מוסכם מעתה, כי מחירו של החפץ גבוה יותר, הדבר מותר, שזהו דרך מקח וממכר ממש; ראה לעיל הערה 169.

185 לשון הריב"ש סימן שלי"ה.

186 ראה שו"ע ורמ"א יו"ד סימן קע"ז סעיפים י"ד-י"ח ונו"כ שם.

אמנם, משום הצורך החריף שבדבר, היה בין הפוסקים מי שהתיר לעשות את הדבר (בהלוואה!).
ראה הגהות מרדכי למסכת בבא מציעא, פרק איזהו נשך, סימן תנ"ד:

"תופס שטר זה העתקתי מכתיבת ה"ר יעקב מאורלייני"ש והתיר ללוות בריבית מתוך שטר זה; וזה לשונו: הנני חתום מטה מודה הודאה גמורה שאני חייב לפב"פ כך וכך מחמת שהלוחה לי... והנני מחויב לפרועם לו תוך ט"ו ימים להזמנתו... וכל זמן שאעכבם ולא אפרע לו עלי לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבן מיום ההלואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין ממטבע פלוני וכן בכל שבוע ושבוע".

אולם הרשב"א, הבי"י ופוסקים אחרים דחו בתוקף את ההיתר הזה; הסמ"ע, ב"קונטרס הסמ"ע" סימן כ"ה, התיר, בתנאי שהצדדים יבינו שאין התשלום המתרבה ריבית אלא קנס. למקורות ולסקירה מפורטת ראה נ' רקובר, "פיצויים על עיכוב כספים", **תורה שבעל פה** י"ט (תשל"ז) עמ' קכ"ג ואילך (במיוחד ראה עמ' ר"א); **המסחר במשפט העברי** עמ' 139 ואילך.

ישנם אחרונים¹⁸⁷ המחמירים ומסיקים מכאן, שאסור לקבוע קנס התופח והולך בגין איחור בתשלום, כנהוג בחוזים. לפי דעה זו, לא רק בהלוואות, אלא גם בחוזים העוסקים במקח וממכר, יהיה הדבר אסור, שהרי מדובר לא ב"הערמה" בלבד אלא בריבית ממש.

לעומתם, נתפרסמה לאחרונה דעתו של הרב שלמה זלמן אויערבך זצ"ל המתירה את הדבר. הרב אויערבך קובע, כי האיסור האמור אינו אלא על ריבית המשתלמת בגין עיכוב **כדין** של כספים. אולם, לדעתו, אם אדם מעכב תחת ידו **שלא כדין** כספים שהוא חייב לחברו, הרי תשלום המתלווה לכך אינו ריבית אלא פיצויים בגין העוולה, ומותר לצדדים להסכים מראש על תשלום כזה, אפילו שיעורו של התשלום תופח והולך¹⁸⁸. הרב אויערבך התיר את הדבר אפילו בהסכמי הלוואה. מכאן נראה, כי בחוזים העוסקים במקח וממכר, בהם כל בעיית הריבית אינה אלא דרבנן, ניתן להקל בלא חשש.

ברם, לכתחילה, בעת ניסוח חוזה, עדיף להשתדל לנסחו כך שיהיה מותר **לכל הדעות**, וכך ימנעו אחר כך התדינויות מיותרות.

דא עקא, שהימנעות מהטלת קנס מתרבה יוצרת בעיה קשה, כיוון שקנס מסוג זה נדרש במקרים רבים לשם הבטחת עמידה בלוח הזמנים שבחוזה; ולעתים אין לקנס מסוג זה כל תחליף יעיל.

187 "ברית יהודה" פרק ד' סעיף ד'; "תורת ריבית" פרק ששי סעיף ח'.

188 זו לשונו של הרב אויערבך בהערתו לפרק איזהו נשך, כפי שנתפרסמה בהמעין כרך ל"ו גליון ג', ניסן תשנ"ו (הוספתי הדגשות וסימני פיסוק – ד' ב'):

"לענין קנסות הנהוגים בגמחי"ם, אשר הקנס הוא לפי ערך הזמן, שכשמאחר בהחזרת ההלוואה חצי שנה משלם שקל אחד, וכשמאחר שנה משלם שני שקלים. וטענו רבים, שדינו כריבית ולא כקנס. יש לומר, דכיון שאחר שהגיע זמן הפרעון יכול הגמ"ח לגבות החוב, נמצא דלאחר הזמן הו"ל כגזילה אצלו, ואין כאן שכר המתנת מעות כי אם שיעור גודל העולה, ועל עולה של חצי שנה משלם רק שקל אחד, ושל שנה שלמה משלם שני שקלים. ורק אם היתה תקנה, שאם התנה ליתן את הקנס של שקל אחד, שוב אין הגמ"ח יכול לתבוע ממנו עד סוף חצי שנה, שפיר חשיב אגר נטר. ועיין בזה היטב בסימן קע"ז סעיף י"ד ובמפרשים ודוק היטב. כי אף על פי שבכל הלוואות ריבית, אפילו אם התנה המלוה שיוכל לגבות בכל שעה שירצה ואז יעשו חשבון לשלם עבור כל שבוע ושבוע, ודאי חשיב ריבית, מכל מקום הכא, דשלא בהיתר הוא מאחר את הפרעון, שפיר שייך שם של קנס".

אמנם, לפי דין התורה, "המבטל כיסו של חברו" אינו חייב, בדרך כלל, בתשלום פיצויים על מניעת הרווח שגרם; אולם אם הסכים מראש, חייב הוא בתשלום הנזק שגרם (ראה לקמן פרק חמישי, הערה 274; ושם נכתב, שישנן בין הפוסקים דעות, הנוטות לחייב במקרים רבים, אף בלא הסכמה הדדית. ראה עוד דבריו של ה"שואל ומשיב" שהובאו לעיל, סוף הערה 168).

אחד הפתרונות הפשוטים לבעיה זו הוא שימוש ב"היתר עיסקא". אמנם, יש המטילים ספק בתוקפו של היתר זה בנסיבות מסוימות (דיון מפורט בהיתר זה ובבעיותיו יובא לקמן, סעיף ה').

פתרון אחר אשר הוצע ע"י מו"ר הרב ז"י גולדברג¹⁸⁹ הינו באמצעות הדרך הבאה: הצדדים מסכימים ביניהם, כי הדירה נמכרת לשיעורים, כנגד התשלומים. כלומר: בכל פעם שהקונה משלם סכום כסף למוכר, הוא קונה בכך חלק פרופורציוני של הדירה¹⁹⁰. כאמור לעיל, במקרה שמסכימים על הסדר זה, אין כלל חוב שחייב הקונה למוכר (כי אין הקונה מתחייב כסף אלא בשעת הקנייה, כלומר ברגע שבו הוא משלם). כיוון שכך, יכולים הצדדים להסכים, כי **מחירה של הדירה ילך ויגדל עם הזמן**, בעקבות כל איחור (שהרי הצדדים רשאים לקבוע את מחיר המוצר כרצונם באופן שרירותי). הגדלת המחיר אינה נחשבת אפוא לריבית, שכן היא אינה נובעת מאיחור בתשלום חוב (שאינו קיים, כאמור) אלא מאיחור בקנייה.

כאשר נעשה שימוש בדרך זו, ראוי להוסיף בחוזה סעיף המתנה את העיסקא בכך שהתשלומים יבוצעו בזמנם, ובכך שלא יארע לנכס נזק יסודי עד סיום ביצוע התשלומים. סעיף זה יבטיח, שהמוכר לא יאבד את בעלותו על הנכס, בלא לקבל את המגיע לו מן הקונה, וכן שהקונה לא ייאלץ לשאת כבר מעת כריתת החוזה בסיכון של נזק אפשרי שייגרם לנכס.

לפתרון זה שני חסרונות עיקריים.

1. ניסוחו מצריך לשון ארוכה ומסורבלת (דוגמא לכך ניתן למצוא בנספח ג').
2. יש מן הפוסקים החולקים עליו מבחינה הלכתית¹⁹¹, ולדעתם, הפתרון היחיד

189 בשיחה בע"פ. "לרווחא דמילתא" המליץ הרב להוסיף בחוזה סעיף הקובע, כי הצדדים הסכימו שעל המוכר לשלם לקונה שכר דירה. הרב הטעים, כי סעיף זה אינו כרוך בהכרח בתשלום בפועל: ניתן להוסיף ולכתוב באותו סעיף, כי שכר הדירה כבר נוכה ממחיר הדירה, והמחיר האמור בחוזה הוא לאחר ניכוי זה.

190 יצוין, כי אין כל מניעה חוקית למכירה לשיעורין של מקרקעין; ניתן אף לרשום את העיסקא החלקית בלשכת רישום המקרקעין. סעיף 13 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 שולל, אמנם, את תוקפה של "עיסקא בחלק מסויים במקרקעין"; אולם החוק אינו מונע מכירת חלק בלתי 191 כך היא דעתו של מו"ר הרב א' שפירא, כפי ששמעתי מפי. לדעתו, אופיו הפיקטיבי של ההסדר פוסל אותו מלמשש היתר של ממש. על ההערמה בהלכה ראה אנצ' תלמודית בערכה, כרך ט' עמ' תרצ"ז ואילך; מאמרו של מ' זילברג, "הערמה על החוק", בתוך ספרו **כך דרכו של תלמוד**, מהדורה שניה, עמ' 26 ואילך; "ציץ אליעזר" חלק ו' סימן א'; מכתבו של הרב צ"י קוק שהובא בספרו של א' שוחטמן ו**יעמידה ליעקב לחק עמ' 29**.

יש להעיר, כי כחו של הפתרון שמציע הרב גולדברג אינו יפה אלא לפי השיטה הגורסת שניתן למכור קרקע בלא רישום בפנקס המקרקעין. לעומת זאת, לפי השיטה הגורסת שאין מכירת קרקע תקפה בלא רישום (ראה לעיל הערה 124), הפתרון של מכירה לשיעורים אינו מועיל (אלא אם בכל פעם יגשו הצדדים ללשכת הרישום ויבצעו רישום על העיסקא החלקית – דבר שאיננו מעשי).

העשוי להתיר את הקנס התופח הינו "היתר עיסקא", כמוזכר לעיל¹⁹².

כאמור לעיל, בכל אחת מהדרכים קיימים חסרונות הלכתיים. אשר על כן, צדדים הרוצים להבטיח שהחווה שהם עורכים יהיה נקי לכל הדעות מבעיות הלכתיות, ראוי שישתמשו בשתי הדרכים הללו יחד; אולם גם מי שיבחר באחת הדרכים לבדה, יש לו על מי שיסמוך.

ד. הצמדה

1. הצמדה למדד

I. הצגת הבעיות

שאלה נוספת המתעוררת בחוזים קשורה בעובדה שצדדים לחווה נוהגים לעיתים קרובות להצמיד חוב למדד. השאלה, אם יש בהצמדה חשש לאיסור ריבית, שנויה במחלוקת בין פוסקי דורנו. דיינים רבים מכירים בהסכמת הצדדים על הצמדת חוב למדד, וסבורים שאין בכך משום ריבית, לכל הפחות כאשר מדובר במקח וממכר. אבל יש גם הסוברים שיש איסור ריבית בהצמדה למדד. ישנם דיינים הנמנעים, משום כך, מלהצמיד חוב למדד, ואף אינם מכירים בתוקפה של התחייבות להצמדה. יש בין הדיינים גם הסובר, שהסכמה על הצמדה הינה משוללת תוקף גם מנימוק נוסף: התחייבות צמודה הינה, לדעתו, **התחייבות על דבר שאינו קצוב**, אשר, לדעת חלק מן הראשונים, איננה תקפה¹⁹³.

II. הפתרונות האפשריים

הסכמה הדדית מפורשת אינה יכולה לפתור בעיה זו. אם יזדמנו הצדדים לחווה להתדיין לפני דיינים, הסבורים, כי ההצמדה כמוה כריבית – כי אז, בית הדין לא

192 אלא שניתן לטעון כנגד זה, שאף "היתר עיסקא" עשוי להיראות פיקטיבי. ראה דבריו של הרב ז"י גולדברג, לקמן נספח ד' הערות י"ח-י"ט. בענין אופיו הפיקטיבי של ה"היתר עיסקא", ראה לבטיו של בעל "תרומת הדשן" (סימן ש"ב):

"יראה למצוא תקנה וצדדים לעשות בהיתר, אלא דמיסתפינא דשמא על ידי דקדוקי הללו ובקשות לתחבולות להתיר מקח ומתן בריבית יהיה דברי תורה דומה לחוכא ואיטלולא שחוק והיתול; אמנם, מכל מקום, אומרים: 'וצדיקים ילכו בה'... וכהאי גוונא אשכחן קצת שדקדקו רבוותא למצוא היתר על ידי תנאי, ואף על גב דבוודאי אין דעת שניהם שיתקיימו התנאים, ואין מתניין אותו אלא כדי ליקח הריבית בהיתר".

ראה גם דבריו החדשניים של ר' ברוך הלוי עפשטיין ב"תורה תמימה" ויקרא כ"ה ל"ו, ודבריו המפורשים יותר ב"תוספת ברכה" שם; אולם ראה דבריו של הנצי"ב ב"העמק דבר", שם, שם ל"ח, השוללים גישה זו.

193 על כל זה ראה בהרחבה לקמן, נספח ב; וראה הערות מו"ר הרב ז"י גולדברג, לקמן נספח ד' הערות כ"א-כ"ב.

יכבד הסכמה זו. איסור הריבית אינו ניתן להתניה¹⁹⁴, וכמותו, כמובן מאליו, גם בעית "דבר שאינו קצוב".

ברם, בעית הריבית שבהצמדה ניתנת לפתרון בקלות יחסית, ע"י "היתר עיסקא"¹⁹⁵.

את בעית "דבר שאינו קצוב" נראה שניתן לפתור באמצעות **שבועה**. אם יישבע המתחייב לשלם את החוב, ויפרש בשבועתו, שהשבועה תחול גם אם אין הקנין חל – יכפו אותו בית הדין לקיים את שבועתו¹⁹⁶.

אפשרות נוספת, שבעזרתה יוכלו צדדים לחוזה לפתור את הבעיות הללו, היא באמצעות הסכמה מראש על זהות ה**בורר**, שידון ביניהם בסכסוכים¹⁹⁷. הצדדים רשאים להסכים ביניהם על בורר הסבור, שאין כל בעייה הלכתית בהצמדת חוב למדד, ובאופן זה יבטיחו את אכיפתו של הסדר ההצמדה.

2. הצמדה למטבע זר

יש מן הפוסקים שכתב, שאין איסור להצמיד הלוואה לדולר¹⁹⁸; ודומה שכן הוא המנהג – להקל בדבר. ובדרך מקח וממכר – הדבר מותר לכל הדעות; וכן העולם נוהג.

3. שילוב הצמדות שונות

גם המתירים הצמדת חוב למדד או למטבע זר, אינם מתירים זאת אלא כאשר הצדדים קובעים מראש באיזו הצמדה הם מעוניינים. אולם שילוב הצמדה למדד ולמטבע זר (יחד, או לחילופין "לפי הגבוה יותר", כפי שרגילים עורכי דין רבים לנסח), או לשני מטבעות שונים (כולל המטבע המקומי ומטבע זר) וכדומה, יהיה בעייתי לכל הדעות^{198א}.

194 "כל אופני הריבית, לא שייך בהו המחילה"; תשובות הרמב"ם סימן קפ"ט. הנימוק לכך מובן: "שכל ריבית שבעולם מחילה היא, אבל התורה לא מחלה, ואסרה מחילה זו". ראה רמב"ם הלכות מלווה ולווה פ"ד הלכה י"ג; ראב"ד שם; טור ובי"י ושו"ע יו"ד סימן ק"ס סעיף ה. אם **כבר נתן** הלווה את הריבית, ומחל **אחר כך**, דעת הרמב"ם היא שמועילה המחילה, ואינו חייב להחזיר לו; ואחרים חולקים עליו ואומרים, שאפילו במקרה כזה אין המחילה מועילה. ראה 195 ראה תורת ריבית פרק י"ט סעיף ל"ו; ראה גם מנחת יצחק ח"ו סימן קס"א. על "היתר עיסקא" באופן כללי ראה לקמן סעיף ה'.

196 ראה מ"מ מכירה פי"א הלכה ט"ז. דבריו מובאים לקמן הערה 419.

197 הסכם בוררות הוא תקף, ואינו לוקה בבעית "קנין דברים". ראה לקמן, פרק חמישי, סעיף ה', בטקסט הסמוך לציון 251 ואילך.

198 ראה המקורות המובאים בתורת ריבית פרק י"ט סעיף מ' ואילך ובהערות שם; ונוסף עליהם, פד"ר כרך י"ד עמ' 147.

198א ראה "תורת ריבית" פרק י"ט הערה פ"ט.

מכאן, שעל צדדים המעוניינים לשלב שתי הצמדות, להוסיף לחוזה שביניהם סעיף של "היתר עיסקא". על "היתר" זה ופרטי דיניו ראה לקמן.

ה. היתר עיסקא

1. כללי

הדרך המקובלת להתמודד עם בעיית הריבית היא באמצעות "היתר עיסקא"¹⁹⁹. בהיתר זה משתמשים כל הבנקים המסחריים במדינת ישראל²⁰⁰, ורוב שלומי אמוני ישראל סומכים עליו.

"היתר עיסקא" מבוסס על כך, שאף שיש איסור על הלוואה בריבית, אין איסור על **השקעה** בנאמנות תוך חלוקת הרווחים. מותר לשני צדדים להסכים ביניהם, כי אחד מהם (לקמן: ה"נותן") יתן לחבירו סכום כסף, והמקבל (לקמן: ה"עוסק") ישקיע את זמנו ומרצו בעיסוק בכסף זה על מנת להפיק ממנו רווחים. רווחים אלה יתחלקו ביניהם לפי מפתח מוסכם מראש. במצב זה, התשלום שמשלם החייב לבעל החוב **אינו** שכר או פיצוי על כך שזה נאלץ להמתין למעותיו, ולכן אינו אסור באיסור ריבית. התשלום הוא חלקו של בעל הכסף ברווחים שהופקו מכספו.

יש לציין, שעל פי ההלכה אין הכרח שהרווחים שיקבל הנותן יהיו הרווחים הישירים מן הכסף שנתן. ניתן לקבוע גם שתמורת הכסף שקיבל מקנה החייב לבעל החוב חלק מעסקיו האחרים (של החייב), הרווחיים ביותר²⁰¹. באופן זה מובטחת לנותן קבלת כספו בצירוף רווחים, גם אם רק חלק קטן מעסקיו של המקבל צלחו.

עיסקא מעין זו, אשר היתה קיימת באופן בסיסי כבר בזמן הגמרא²⁰², עומדת ביסודו של "היתר עיסקא". אלא שהנוסח המקובל כיום מכיל שני "שכלולים".

199 יוצרו של ה"היתר עיסקא" הוא ר' מנדל ב"ר אביגדור, דיין בקראקא במאה השבע עשרה. הסבר מפורט בדבר היתר זה והתפתחותו, ראה בברית יהודה פרק מ', ובתורת ריבית פרק ט"ו ופרק ט"ז.

200 נוסח של "היתר עיסקא" יובא לקמן בנספח ג', בסעיף 24 לטופס הדוגמא של חוזה מכר. נוסחים נוספים המקובלים בימינו, עם הערות שוליים וניתוח ביקורתי, מובאים בספר "תורת ריבית", עמ' רצ"ו-שכ"ח.

201 ראה "תורת ריבית" פרק ט"ז סעיף ט"ו והערה פ', בעמ' רעב; הרב ש' דיכובסקי, "הצעה לנוסח מתוקן של שטר 'היתר עיסקא'" **תחומין** ח' עמ' 167.

202 ב"מ ק"ד ע"ב:

"להכי קרו ליה 'עיסקא', דאמר ליה, כי יהבינא לך – לאיעסוקי ביה, ולא למישתי ביה שכרא (לכן קוראים לזה 'עיסקא', שאומר לו, אני נותן לך (את הכסף) לעסוק בו, ולא לשתות בו שכר)".

נעיר, כי היה מקובל, שחלק מהכספים ניתנים בצורת הלוואה, כך שלגבי חלק זה מובטח הנותן מפני הפסדים של המקבל בהשקעותיו. ראה דברי הגמ' שם: "האי עיסקא, פלגא מלוה ופלגא פקדון (=העיסקא הזו, חציה מלווה וחציה פקדון)".

ה"שכלול" הראשון נועד לאפשר לצדדים לקבוע מראש מהו שיעור ה"רווח" אותו יתן ה"עוסק" ל"נותן". הצדדים מסכימים מראש על כך שאם ירצה ה"עוסק", ישלם ל"נותן" **סכום מסוים**, או אחוז מסוים מן הקרן, בשיעור **קבוע מראש**, במקום חלקו של ה"נותן" ברווחים, ובכך יפטר ה"עוסק" מכל וכל. הסכום הקבוע מראש מכונה **"דמי התפשרות"**.

על מנת שהצדדים יפיקו מעסקא זו אותן תוצאות כלכליות שהיו מפיקים אילו היו מסכימים על הלוואה רגילה בריבית, קובעים הם כי **שיעורם** של "דמי התפשרות" אלה יהיה זהה לשיעור הריבית המקובל במשק.

הצורך ב"שכלול" השני התעורר לאור קביעתם של חכמים, עוד בימי המשנה, שאסור להשקיע ב"עסקאות" מעין אלה אלא בתנאי שמשקיע הכסף (ה"נותן") יהיה שותף גם בסיכון הכרוך בהן, כלומר יטול על עצמו חלק מן ההפסדים, במקרה שיהיו כאלה²⁰⁴ (מטרת קביעה זו הינה למנוע הערמת ריבית). קביעה זו יוצרת קושי, שכן, כמובן, רצונו של ה"נותן" הוא להימנע מסיכונים, ולהבטיח את קבלת כספו בצירוף "דמי התפשרות" בכל מקרה, אפילו לא תשרה הברכה במעשיו של ה"עוסק".

אמנם, ניתן להכליל בשטר ה"עסקא" הסכמה על כך שה"עוסק" חייב לעסוק בעסקים **סולידיים** בלבד, ולהימנע מהשקעה במניות וכד'; ולא זו בלבד, אלא שמו"ר הרב ז"נ גולדברג הורה, בשיחה בע"פ עמי, שמותר לחייב את ה"עוסק" לבטח את עסקיו בחברת ביטוח, כך שהסיכון יצטמצם למקרה נדיר של התמוטטות חברת הביטוח. לדעת הרב גולדברג, במקרה שהעוסק לא ינהג כאמור, הרי יחוייב לשאת בהפסדים שהתהוו כתוצאה מכך, שכן הפרה זו של תנאי ה"עסקא" הינה "פשיעה גמורה" (רשלנות). ברם, מן הסתם, לא כל "עוסק" מסוגל למצוא חברת ביטוח המוכנה לבטח את עסקיו, כך שדרך זו מעוררת שאלות מסוימות.

ה"שכלול" אותו מציע ה"היתר עסקא" מתגבר על קושי זה באמצעות **דיני הראיות**. "שכלול" זה מבוסס על כך, שעל פי ההלכה מותר ל"עוסק", גם במקרה של הפסדים, להימנע מהתדיינות משפטית ולשלם במקומה את "דמי ההתפשרות"²⁰⁵. ב"היתר עסקא" מסכימים אפוא הצדדים ביניהם, שה"עוסק" **לא יהא נאמן** לומר שהפסיד, או שלא הרוויח, אלא בפרוצדורה שקשה יהיה לו לעמוד בה. הפוסקים התירו, למשל, להתנות, שלא יהא ה"עוסק" נאמן לומר **שהפסיד** את הקרן או את חלקה, או שהרוויח פחות מדמי ההתפשרות, אלא אם כן ידווח מדי חודש בחודשו ל"נותן"

204 ב"מ ס"ח ע"ב.

205 שכן אין תשלום זה ריבית אלא פשרה. ראה "תורת ריבית" פרק ט"ו סעיף כ"א, ופרק ט"ז סעיף

י."

על מצב עסקיו ויישבע על כך שבועה חמורה. פרוצדורה זו תקטין את הסיכוי שה"נותן" יפסיד את כספו, שהרי יש להניח שה"עוסק" לא יעמוד בדרישות אלה, ועל כן יהיה חייב לשלם את הקרן בצירוף מלוא דמי ההתפשרות.

הפוסקים דנו בשאלה עד כמה ניתן על פי ההלכה להחמיר על ה"נותן" במסגרת פרוצדורה זו, בלא לפגוע בעיקרון על פיו ה"נותן" נושא בחלק מהסיכונים. מוסכם ומקובל על כולם, כי ניתן להתנות שלא יהא העוסק נאמן אלא בשבועה חמורה ורק בתנאי שדיווח ל"נותן" באופן שוטף על מצב עסקיו. כמו כן אין חולק על כך שביחס לקרן, מותר להתנות שה"עוסק" לא יהא נאמן לטעון שהפסידה, אלא על פי שני עדים כשרים. ברם, נחלקו הפוסקים²⁰⁶ בשאלה האם מותר להתנות שגם על הרווח לא יהא נאמן אלא בעדים (כלומר, שלא יהא נאמן לומר שלא הרוויח, וחייב יהא לשלם את חלק בעל החוב ברווח, אם לא יביא עדים כשרים שלא הרוויח). יש שהתירו את הדבר²⁰⁷, ויש שאסרוהו, ולא הקילו אלא להצריך שבועה חמורה²⁰⁸. גם בשבועה זו נחלקו²⁰⁹: יש שהקילו להתנות על קשיים בביצועה, כגון, שלא יהא נאמן בשבועה אלא בבית הכנסת בין "אשרי" ל"למנצח", ובפני קהל רב, ובפני הרב וכדומה, ויש שאסרו את הדבר. מו"ר הרב ז"י גולדברג הורה, בשיחה בע"פ עמי, כי כל הכבדה בתנאים, הבאה להחמיר את השבועה (כגון להצריך להישבע בבית דין ובמעמד עשרה מישראל וכדומה), הרי מותר להסכים עליה; ואילו הכבדה הבאה סתם להקשות ולהקטין את הסיכוי לביצועה של השבועה (כגון להצריך שיארע מקרה פלוני, שאינו תלוי ברצונו של ה"עוסק" וכדומה), הרי אסור להסכים עליה.

הנוסח הרווח של "היתר עיסקא" כולל חיוב שבועה בלבד. אולם נראה לכאורה, כי בחוזי מכירה וכדומה ניתן להקל בשאלות אלה, כיוון שריבית בדרך מקח וממכר אינה אסורה אלא מדרבנן.

2. בעיות הלכתיות

"היתר עיסקא" אינו נקי משאלות הלכתיות²¹⁰. כך, למשל, יש מן הפוסקים שאינם מכירים בתוקפו של ההיתר על פי נוסחו הרווח, במקרה בו שיעור "דמי

206 ראה סקירה חלקית ב"תורת ריבית" פרק ט"ו סעיף י"ג, ופרק ט"ז סעיף י"ב, ובהערות השולים שם. נימוקם של האוסרים הוא, ש"אין דרך בני אדם לידע הרווח של חבירו", ואין כל אפשרות, אפוא, שביא החייב עדים ויפטר מהרווח; נמצא, שיש כאן ריבית קצוצה.

207 תה"ד סימן ש"ב. צ"ע מהי דעתו של הרב משה פיינשטיין בנושא: במקום אחד התיר בפירוש להצריך עדים הן על הקרן והן על הרווח (אגרות משה יו"ד ח"ג סימן מ'), ובמקום אחר (סימן ל"ט) – משתמע מדבריו לאסור.

208 זו הדעה המקובלת על "תורת ריבית" (ראה איזכור לעיל הערה 206). ראה גם בקיצור שולחן ערוך לר"ש גנצפריד סימן ט"ו סעיף ב', שכתב, כי "יכולים להתנות שלא יהא העוסק נאמן לומר שהפסיד מן הקרן כי אם על פי עדים כשרים, ועל הריווח לא יהא נאמן כי אם בשבועה".

209 ראה ב"תורת ריבית" שם, עמ' רל"ז הערה כ"ח.

210 ואכן, לא מעט משלומי אמוני ישראל מונעים עצמם מלהקל על סמך "היתר עיסקא", כשמדובר בבעיה שאין בה צד נוסף להקל.

ההתפשרות", שעליו הסכימו הצדדים, **גבוה** משיעור הרווח המקסימלי אותו ניתן להרוויח בשוק העסקים. במקרה זה קיימת לדעתם **אומדנא ברורה** שה"עוסק" לא הרוויח את שיעור "דמי ההתפשרות". כיוון שעל פי ההלכה, אומדנא ברורה פוטר את אדם משבועה, סוברים אותם פוסקים,²¹¹ שבמקרה כזה, למרות התנאי שהותנה בין הצדדים, יהיה ה"עוסק" פטור מן השבועה אף אם לא ישלם את דמי ההתפשרות.²¹² ברם, התנאה מפורשת, הקובעת, כי אין ה"עוסק" נפטר אלא בשבועה אפילו באומדנא דמוכח, אפשר שהיא מועילה.²¹³ אם כך הוא הדבר, ניתן לפתור בעיה זו בצורה קלה, בפרט לאור העובדה, שלא נודע על בתי דינים שפסלו מטעם זה, למעשה, "היתר עיסקא" שבא לפניו.²¹⁴

211 ראה דבריו של הרב משה פיינשטיין (בי"אגרות משה" חלק ב' יו"ד סימן ס"ג):
 "לא טוב לפני המלוה כשתהיה ההלוואה לעסק מיוחד כמו לקניית בתים וקרקעות, דאז אפשר שכולי עלמא יודעין, וכל שכן הבאנק, אם היה הפסד, ויפטר הלוה משבועה ומלברר בעדים".
 מו"ר הרב ז"י גולדברג אף הביא ראיה לדבר (בשיחה בע"פ) מדינו של מי שהתרשל בשמירת ארנק שהופקד אצלו, והתגלעה מחלוקת באשר לתכולתו:
 "הפקיד אצלו כיס מלא זהובים, ופשע בו. הבעלים אומרים: 'מאתים דינר היו', והשומר אומר: 'ודאי שהיה בו דינרים, אבל איני יודע כמה היו'. נמצא, זה כטוען מאתים, והודה לו במקצת, ואמר 'השאר איני יודע', שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלים" (רמב"ם פ"ה מהלכות שאלה ופקדון ה"ו).

ההלכה מסייגת דין זה וקובעת, כי אין השומר חייב אלא אם הבעלים טוען דבר שהוא **אמוד** בו (שם). על כן, אם יטען המפקיד, כי היה בארנק סכום שאינו סביר, לא יחויב השומר לשלם סכום זה, למרות שאינו יכול להישבע. המסקנה המתבקשת מכאן, לדברי הרב גולדברג, היא, ש"אומדנא דמוכח" פוטר את אדם מן השבועה.

212 בעיה נוספת קיימת במקרה, ש"נותן העיסקא" יודע היטב את מצב רווחיו ועסקיו של ה"עוסק"; דוגמא מעשית לכך היא כאשר הבנק, "נותן העיסקא", הוא גם המשקיע את הכספים (דרך קרן נאמנות). אם שטר העיסקא אינו כולל הקנאה של עסקיו הרווחיים **האחרים** של ה"עוסק", אלא רק חלוקת רווחים בכסף הספציפי שנותן הבנק ללקוח (כפי שהדבר מצוי בחלק מהשטרות), אזי, שוב – אין ה"עוסק" חייב שבועה, שכן יש "הודאת בעל דין" שלא הרוויח מאומה (דבר מצוי, כמובן) – ו"דמי ההתפשרות" אינם אלא ריבית (ראה סידרת המאמרים **בתחומין** כרך ח' עמ' 133 ואילך; ולקמן הערה 218). ברם, גם בעיה זו ניתנת לפתרון בדרך האמורה, היינו, באמצעות הוספת התניה בשטר, על פיה שום מסמכים, ואפילו הודאת בעל דין, לא יפטרו את ה"עוסק" משבועה. ראה דבריו של הרב ש' דיכובסקי, "הצעה לנוסח מתוקן של היתר עיסקא", **תחומין ח'** עמ' 167 בעמ' 168; וכן ראה בספר "תורת ריבית", עמ' שכ"ב הערה י'.

213 כל זאת מפי מו"ר הרב ז"י גולדברג.

214 "תורת ריבית" (פרק י"ט עיף מ"ב הערה ק') עסק גם הוא בבעיה זו. לדבריו, הבעיה אינה קיימת, שכן "כבר ראינו שהרוויחו אנשים ביום אחד בבורסה מאות אחוזים", ולפיכך בדרך כלל אין "אומדנא דמוכח" שלא הרוויח כשיעור הנקוב בשטר העיסקא. תשובה זו כחה יפה בתקופה בה גאתה הבורסה; אבל אין הדבר מתיר את ה"עיסקא" בתקופות שפל בבורסה וגיאות בריבית. טול, לדוגמא, את המצב ששרר במשק הישראלי בשנות השמונים המאוחרות, כאשר שיעור הריבית הרקיע שחקים, ואילו התעשייה, וממילא גם משקיעי הבורסה, צברו הפסדים (כזכור, האוצר ובנק ישראל הקשו בימים ההם, בכוונה תחילה, על השקעות במשק, כדי להקטין את הביקוש לכסף, במגמה להלחם באינפלציה). ברם, ניתן, לכאורה, לטעון טענה חלופית: ניתן לטעון, כי **לעולם** אין אומדנא דמוכח שה"עוסק" לא הרוויח את השיעור הנקוב, שכן השיעור הנקוב הוא, בדרך כלל, ביטוי לשיעור הריבית הרגיל במשק באותו זמן בו נערכת ההלוואה. קיימת אפוא אפשרות, שה"עוסק" גלגל הלאה (בעיסקא אחרת או בהלוואה בריבית לגוי וכ"ו) את הדמים שקיבל, והרוויח כשיעור הנקוב ויותר.

שאלה נוספת המתעוררת בענין תוקפו ההלכתי של "היתר עיסקא" קשורה במעמדו **המשפטי**. ישנם פוסקים הסוברים, שאם אין ל"היתר" תוקף משפטי, אין לו גם תוקף הלכתי. הם מנמקים זאת בכך, שהצדדים אינם גומרים בדעתם להתייחס ברצינות לחוזה, אם אי אפשר לאכפו בבית משפט מוסמך על פי החוק²¹⁵. על פי דעה זו בכל מקרה בו אין "היתר עיסקא" תקף מבחינה משפטית, יהיה תשלום "דמי ההתפשרות" אסור באיסור ריבית²¹⁶. ברם, נראה, שבדרך כלל לא תתעורר בעיה זו, שכן אין סיבה לפקפק בתוקפו המשפטי של "היתר עיסקא" אלא בנסיבות מיוחדות.

מן הדברים עולה, כי למרות השאלות ההלכתיות, ניתן להבטיח את תוקפו ההלכתי של "היתר עיסקא". קביעה זו מקבלת משנה תוקף בנידון דנן, חוזים העוסקים במקח וממכר (ולא בהלוואה), בהם הבעיה מיסודה קלה יותר, משום שריבית בדרך מקח וממכר אינה אסורה אלא מדרבנן.

3. סיכונים אפשריים

אירעו בעבר מספר מקרים, בהם ניסה החייב (או ה"עוסק") לנצל את תנאי ה"היתר עיסקא", ולהשתמט מלשלם את הרווח, או אף את הקרן, לבעל החוב (או "נותן העיסקא"). המציאות הוכיחה, כי נסיונות אלה לא צלחו, לא בהתדיינות בבית משפט הדן על פי החוק²¹⁷ ולא בבית דין הדן לפי

215 ראה רעיון כזה בדבריו של הרב משה פיינשטיין שהובאו לעיל, פרק שני, הערה 124.
216 דוגמא מוחשית לכך היא האיסור שהטילו על רקע זה הרבנים נ' קרליץ וי"ש אלישיב בקיץ תשנ"ה על לקיחת הלוואות מהבנקים. ראה **יתד נאמן** 8 בספטמבר 95; **המודיע** 11 בספטמבר 95. הרבנים הנ"ל שבו והתירו ללוות מן הבנקים לאחר שהללו חתמו על הצהרה, אשר, לדעת הרבנים, הקנתה ל"היתר עיסקא" תוקף משפטי; ראה **יתד נאמן** כ"ז אלול תשנ"ה, 22 בספטמבר 95. על הפרשה ראה מאמרו של הרב י' אפרתי "לפרשת הריבית בבנקים", **יתד נאמן** 27 באוקטובר 95; א"ד הכהן רייכמן, **קונטרס בדבר הנידון של ריבית בבנקים ובחברות בעלי מניות שהם בערבון מוגבל** (קריית גת, תשנ"ו).

לא כאן המקום לדון בשאלת מעמדו המשפטי של "היתר עיסקא", ובשאלה האם היתה הצדקה לסערה שפרצה; דיון בנושא זה יתפרסם אי"ה במחקר נפרד מטעם מכון כתר.

217 הדבר עמד למבחן בהמ" 5317/86, **בנק המזרחי המאוחד נגד טישלר**, פ"מ תשמ"ח כרך ב' עמ' 353 ואילך. סיפור העובדות שם הוא כזה: לקוח של הבנק, שקיבל אשראי בריבית, טען, כי העסקים שעשה בכספי האשראי לא הביאו לו רווחים אלא הפסדים. החייב היה גם מוכן להישבע על טענתו באופן הנקוב בתנאי שטר העיסקא. ב"כ הבנק טען (שם, עמ' 360), כי "אין להעלות טענה בדבר תוקפו של זה (=היתר עיסקא)" בבית דין אזרחי, בהיותו מסמך מהדין ההלכתי". השופט (א' גורן) אינו מקבל טענה זו. השופט קובע כך: "שטר העיסקא' הריהו חוזה ככל שאר החוזים, ואין כל מניעה שבית משפט אזרחי

(כהגדרת ב"כ הבנק) ידון בתוקפו של הסכם, אך ורק משום שתוכנו מכיל את הדין הדתי/ הלכתי".

השופט עומד על כך, שאין לשלול לחלוטין את זכותו של החייב להתגונן בשבועה מפני התביעה, "שאחרת הופכת העיסקא לפיקציה" (עמ' 363 שם). אולם בסופו של דבר, מסקנתו המעשית של השופט היא כזו:

"מסכים אני עם פרקליט הבנק, שאין בית משפט זה המקום בו יכול החייב לממש את זכותו להשבע... ובכל מקרה על בית משפט זה להזקק לראיה ככל ראייה אחרת, כי השבועה בוצעה בדרך ובאופן הנקובים בשטר העיסקא ועל פי הלכות הדין העברי... בהעדר טענה כי החייב נשבע ו/או כי העיד עדים, אין להזקק לטענותיו כמפורט לעיל, מחמת שאין הם מצמיחים הגנה ולו לכאורה".

קשה להבין את המהלך הלוגי של התמרון הזה, אבל המדיניות המשפטית שבו ברורה. השופט קובע כי דבריו נובעים ישירות "ממהותה של העיסקא", ובהקשר זה הוא מצטט את דבריו של א' גולאק (**ניסודי המשפט העברי**, חלק ב' עמ' 176):

"בפועל היו מבטלים אחריותו של המלווה, והיו מתנים, שאם יהיה הפסד בעסקא, יצטרך הלווה להביא ראיה כזו – שלעולם לא יוכל להביאה".

למרות זאת סומכים על "היתר עיסקא", בשל האפשרות ה**תיאורטית** שה"עוסק" ייפטר מן החוב (ראה לעיל הערה 191 והערה 192).

הבעיה העקרונית חזרה ונידונה בשני מקרים נוספים, שניהם בבית משפט השלום (למיטב הידוע, אלה המקרים היחידים שנידונו בפסיקה הישראלית עד היום).

אחד המקרים הוא בת"א 6136/89 המרצה מס' 5247/89 (בית משפט השלום בירושלים) ו**יזל נגד בנק איגוד לישראל**, בהחלטה מיום 20 ביוני '91, מפי השופטת מ' שידלובסקי-אור. מדיניותה של השופטת שידלובסקי-אור דומה לזו של השופט גורן. גם פסק הדין של השופטת שידלובסקי-אור מכיל את שני האלמנטים – האחד, שה"היתר עיסקא" הינו חלק בלתי נפרד מתנאי החוזה שבין הבנק לבין הלקוח, והשני, שאף על פי כן, הבנק אינו מפסיד פרוטה מן המגיע לו. במקרה זה היה הגישור בין שני האלמנטים בעייתי אף יותר מאשר במקרה הקודם, שכן הנתבעים למדו בינתיים מנסיונו המר של טישלר ומדבריו של השופט גורן. כדי למנוע מהשופטת אפשרות לחזור על דרך פסיקתו של השופט גורן (שקבע, כזכור, שאין הוא ערכאה מתאימה לערוך בפניה שבועה דתית), הקדימו הנתבעים וסידרו את הנושא בבית דין רבני. בית הדין הרבני אישר, לבקשתם, כי הובאו בפניו שני עדים שהעידו כי המבקש פעל בכסף שלו מהבנק בנאמנות, ובכל זאת הפסיד. בית הדין הרבני אף ראה לנכון להוסיף ולקבוע במפורש כי האיש "פעל כשורה על פי היתר העיסקא, ואל לו לבנק לבוא אליו בתביעות נוספות". ברם, השופטת שידלובסקי-אור לא התייאשה מלמצוא מוצא מהסבך. היא הבחינה בכך שנוסח השטר התלוי על קיר הבנק כולל הפניה קצרה וסתמית ל"היתר עיסקא" שבספר "חכמת אדם". השופטת חיפשה בספר זה ומצאה בו עילה לפסק דינה:

"בחינה מדוקדקת של תנאי ההיתר עיסקא כפי שמופיעים ב"חכמת אדם" מורה כי המבקשים לא פעלו על פי תנאי השטר... כמו כל שותפים דורש השטר על פי נוסח "החכמת אדם" כי המקבל יהא חב חובת דיווח מדי חודש בחודשו לנותן – כמנהג שותפים, כשמטרת קביעה זו היא למנוע טענה כמו טענת המבקש מלהטען... לא ראיתי בשום מקום בטענותיו ובתצהירו כי הקפיד לדווח לבנק מידי ערב ראש חודש על התקדמות עסקיו, ומה עשה עם כספי הנותן – הבנק. מסיבה זו לא נהג הוא עצמו על פי תנאי היתר העסקא, ולכן אין מקום מצידו לבוא ולטעון כי הבנק לא פעל כך, וכל טענה כזו הינה טענה בחוסר נקיין כפיים".

בהמשך דבריה מצטטת השופטת את דבריו של הרב ע' בר שלום שיובאו לקמן (הערה 218), ונימת דבריה נוזפת בלקוח המנסה להתחמק מתשלום חובו לבנק, ש"טען בפני שהוא אדם חרד", ואילו התנהגותו גורמת "חילול השם".

המקרה האחר בו הובא ענין "היתר עיסקא" לדיון הוא בת"א 26037/95-ב' המרצה מס' 95/122821 (בית משפט השלום בת"א-יפו), **גולד נגד בנק פאג"י**, בהחלטה מיום 29 באוקטובר '95,

ההלכה²¹⁸, אפילו במקרים בהם ברור היה כשמש, שלא היו כל רווחים אלא

מפי השופטת נ' אחיטוב. מדובר היה בתביעה שתבע בנק פאג"י שניים מלקוחותיו. הנתבעים ביקשו רשות להתגונן בטענה כי הבנק חייב, לפי "היתר עיסקא", לשאת בחלק מהפסדיהם. השופטת אחיטוב נתנה לנתבעים את הרשות להתגונן, בקבעה, כי הנתבעים הראו כי בפייהם עילת הגנה אפשרית (מובן, כי בכך אין משום פסק דין סופי לטובתם, אלא רק פתיחת הליך שבו תידון טענת ההגנה לגופה. בשעת כתיבת שורות אלה טרם נסתיים הדיון בעניין). יצוין, כי גם באי כח הבנק לא התכחשו לתקפו המחייב של "היתר עיסקא" כחלק מן החוזה שבניסן לבין הלוקח, אלא שטענו שבמקרה הספציפי הנדון לא עמדו הנתבעים בתנאי השבועה החמורה שמטיל עליהם "היתר עיסקא".

חובה נעימה היא לנו להודות כאן להאי צורבא מרבנן, חריף ובקי בדיני ריבית, עורך הדין א' מונטג, היועץ המשפטי של בנק ישראל, שהעמיד לרשותנו באדיבות מרובה את אוסף החומר שלו בנושא.

בפסק דין של מדינת ניו יורק (Leibovici V. Rawicki, 290 N.Y.S.2D 997) הוכר "היתר עיסקא" כעיסקא תקפה לכל דבר וענין. המדובר היה ב"עיסקא" אשר "דמי ההתפשרות" שנקבעו בה (כלומר, הכסף שהחייב ישלם לנושה כפשרה כדי להימנע משבועה), היו **בשיעור גבוה מן השיעור המקסימלי המותר של הריבית במדינה זו באותם הימים**. נתקבלה טענתו של ה"נותן", שבעצם לא מדובר כאן כלל בהלוואה בריבית אלא בעיסקא של השקעה תוך חלוקת רווחים, ולכן אין החוק אוסר על עיסקאות כאלה בשיעורי רווח גבוהים כרצון הצדדים. ראה על כך גם מאמרו של הרב מ' בלייך, (2) TRADITION 19; ראה גם Secular Law Enforcement Of The Heter 'Iska', "The Journal Of Halacha" 66.

חן חן להרב ד' וולף, לעו"ד הרב דוד משען ולמר בנימין סנדר, על הסיוע האדיב והמיומן שהושיטו בהפניה לפסיקה האמריקאית בנושא.

218 ראה סידרת המאמרים בתחומין כרך ח' עמ' 133 ואילך. המאמרים נכתבו ע"י הדיינים ש' דיכובסקי, ע' בר שלום, א' שרמן. לפני הרכב זה של דיינים בא אדם בטענה הנראית על פניה טובה עוד יותר מזו שהיתה בפרשת בנק המזרחי נגד טישלר, שתוארה בהערה הקודמת. התובע קיבל מן הבנק – שבו הוא מנהל את חשבונותיו (מדובר בבנק צפון אמריקה) – אשראי, לצורך השקעה במניות. ההשקעה בוצעה דרך קרן נאמנות הנמצאת **בשליטת הבנק**. הבורסה התמוטטה, וכתוצאה מכך נגרם הפסד גדול. על עובדות אלה לא היו עוררין, והבנק עצמו הודה בדבר על יסוד ידיעתו שלו. עתה, טוען התובע, צריך הבנק להחזיר לו כל ריבית שגבה ממנו תמורת האשראי, שכן ה"עיסקא" לא צלחה. אמנם, תנאי "היתר העיסקא" שנעשה בין הצדדים כללו גם הסכמה על כך, שאין הוא נאמן לומר שלא הרוויח, אלא בשבועה חמורה; אולם, כך טען, בנידון הזה אין מקום לשבועה, כי יש כאן **הודאת בעל דין**, שהרי הבנק מודה שהוא לא הרוויח אלא הפסיד מן העיסקא (ולראיה הביא את העתקים מדפי החשבונות שנערכו בידי הבנק, המעידים על שנעשה בכספו בחשבון העו"ש ובקרן הנאמנות). טיעונו של האיש היו אפוא כבדי משקל מבחינה פורמלית (ואף הנמקת השופט גורן, שהובאה בהערה הקודמת, אינה מועילה כאן, שכן כאן אין צורך בשבועה, ואף אם היה צריך, בית דין רבני הינו מקום בו יוכל החייב, באופן עקרוני, לממש את זכותו להישבע). אולם קבלת טיעונו אלה תביא לתוצאה קשה; משום כך עשה בית הדין מאמץ למצוא הצדקה הלכתית לחייב את האיש. הדיינים פסקו, ברוב דעות, לטובת הבנק, תוך הסתמכות על עניני פרוצדורה: הנימוק לפסק הדין היה, שהאיש לא השיג על האמור בדף החשבון שהבנק שלח לו במשך חמישה עשר יום; הרב דיכובסקי קבע, כי בכך איבד האיש את זכותו לתבעם לדין. הרב בר שלום מצטרף אליו, לאחר לבטים מסוימים, ואילו הרב שרמן אינו מקבל קביעה זו, משום שלפי דיני המדינה (לדעתו) אין השהיה זו של ההשגה על דף החשבון רלוונטית אלא לענין חישוב **המספרים** הנקובים בחשבון בלבד, ולא לענינים **מהותיים**. הרב שרמן מדגיש, כי חוזים בין צדדים יש לפרש לפי מנהגי וחוקי המדינה.

הפסדים^{218א}. מכאן, שהכנסת סעיף "היתר עיסקא" בכל חוזה אינה צריכה לגרום חשש ממשי לנזק כלשהו.

טענה זו, שהיא לכאורה הגיונית, אינה משכנעת את הרוב. הרב דיכובסקי חושף (שם, עמ' 142) את השיקול שהניע אותו לפסוק לטובת הבנק:

"כבר בעבר כתב בעל הסמ"ע... כי כמה מן התקנות בענין היתר עיסקא הם 'דברים תמוהים ונראים כהערמה ומכל מקום לצורך שעה אין לאוסרם, כדי ליתן מחיה לבעלי ברית'. מטעם זה בלבד, יש לצמצם ככל האפשר את אפשרויות הטענה כלפי בנקים הנוהגים לפי ההלכה, ולהתבסס על העובדה שהנתבע איחר את המועד בהתנגדותו לבנק".
אף הרב בר שלום מוצא לנכון להקדיש דברים לענין זה (שם, עמ' 147):

"מקדמת דנא עמלו קדמונינו וטרחו למצוא דרך ותיקון לישובו של עולם למסחר ולהלוואות ולא לנעול דלת בפני לוויין. וכבר אמרו רז"ל על בן תורה המקדש שם שמים שמשאו ומתנו באמונה; ואינו מוצא פירצה דחוקה היאך ליפטר מחוב שנטל על עצמו... ואנשים ישרי לב ונקיי כפיים, היו טורחים למצוא דרך היתר לשלם לבנק חובותם ולא לחפש דרך זו הגורמת נזק לרבים ולחילול שם שמים. בסיכומו של הלוח נכתב, שאין להטות הדין מנימוקים שאינם הלכתיים, וישלא תנעל דלת בפני לוויין אין בו משקל להכריע נגד ההלכה... מבקש הוא דין תורה. ואמינא ליה אנא, אפילו יהיב ליה כל דיליה (=ואומר לו אני, כי אפילו היה צודק בכל דבריו) – על כגון דא נאמר: 'לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה'".

בהקשר לדבריו של הרב בר שלום, לא למותר יהיה להביא דברים ברוח דומה, שנאמרו, בנושא אחר, כבר ע"י הרא"ש (שו"ת הרא"ש, כלל ע"ח סימן ג'):
"תורת אמת וחקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לעמו ישראל על ידי משה רבינו עליו השלום, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בס; ופושעים – המתנכלים לעקש הישרה, להגדיל שקל במאזני מרמה – חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם, ועל זה נאמר צדק צדק תרדוף".

218א אמנם, ראה פסיקתו של בית הדין הרבני, המצוטטת בפסק הדין ת"א 6136/89 (לעיל הערה 217), המזכירה את הלקוח בטענתו כנגד הבנק, על יסוד "היתר עיסקא". אולם יש לשים לב לכך שפסיקה זו לא היתה **למעשה**, שכן סמכות הדיון והקביעה הסופית בין הצדדים באותה פרשה היתה בידי בית משפט השלום. גם מפי מו"ר הרב ז"נ גולדברג שמענו בשיחה בעל פה, שדעתו היא, שבמקרים בהם ברור שהלקוח הפסיד את הכסף שלוה מן הבנק, הרי הוא (הלקוח) צודק בתביעתו, בתנאי, שההפסד נגרם כתוצאה מהשקעה שנעשתה על פי ייעוץ של הבנק (לדעתו, השקעה בבורסה בדרך כלל נחשבת לענין זה כרשלנות, ולפיכך הפסד הנובע ממנה אינו פוטר את הלקוח; רק אם הדבר נעשה על פי הבנק, אין זו רשלנות). מכל מקום טרם נודע על פסיקה שזיכתה **למעשה** לקוח של בנק בטענה כזו.

שונות

א. הסכמה מראש על התדיינות לפי החוק

צדדים לחוזה המעדיפים, כי התדיינות אפשרית ביניהם בעתיד תתקיים לפי דיני מדינת ישראל, ולא לפי דיני התורה, יכולים להתנות על דינים אלה באופן שההתנאה תהיה תקפה גם לפי ההלכה. הם יכולים לעשות זאת בשתי צורות:

1. התניה נקודתית לגבי דינים מסוימים.
2. התניה כוללת, כלומר, להסכים על כל הדינים האמורים בחוקים מסוימים, כגון חוקי החוזים, חוקי המקרקעין וכדומה.

במקרה של הסכמה נקודתית, לגבי פרט מסוים של החוק הישראלי, מומלץ לכתוב בצורה בהירה ומפורטת את כל הרקע החוקי הקיים בסביבתו. **ללא פירוט זה עלול אותו פרט להתפרש באופן שונה לגמרי ממשמעותו המקורית בחוק, שאליה התכוונו הצדדים.** לדוגמא: צדדים המעוניינים לקבוע בחוזה סכום בתורת "פיצויים מוסכמים" (לפי סעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970), יפרטו גם את האמור בחוק (בס"ק (ב) באותו סעיף), כי הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים בשיעור גבוה יותר, אם יוכח שבפועל נגרם נזק בשיעור זה. בדיון בבית משפט הדן על פי החוק אין, כמובן, צורך בפירוט זה, שהרי שהשופטים פועלים לפי הוראות החוק, המפרטות את הדבר. אולם בבית דין, הדן על פי ההלכה, יש בדבר צורך. לא תמיד מופנית תשומת לבם של הדיינים לסעיפי החוק מהם נשאבה ההשראה לניסוח החוזה (כשם ששופטים נתקלים בבעיה כאשר הם נצרכים למובאה מן המשפט העברי, שאינו בתחומי מומחיותם). אשר על כן, עלולים הם להבין אותו פרט מוסכם בצורה שונה מכוונת הצדדים.

ברם, כתיבה פרטנית שכזו שתכלול דינים רבים מן החוק, עשויה להיות מסורבלת מאד. לכן מומלץ להשתמש בדרך השניה שהזכרנו, ולכתוב בצורה כוללת כי **הצדדים מקבלים עליהם את כל ההוראות של חוקים מסוימים.**

קבלה זו תהיה תקפה על פי ההלכה אם תנוסח **כהתחייבות ממונית** (ניסוח אחר עלול להתקל בטענת חוסר תקפות, מחמת "קנין דברים"²¹⁹). כלומר, הניסוח יכלול

התחייבות של כל אחד מן הצדדים לשלם לחברו כל מה שהוא חייב לו על פי אותו חוק, ומחילה של כל אחד מהם על כל מה שלפי החוק אין חברו חייב לו²²⁰.

מבחינה הלכתית וערכית, אין כל פסול בקבלת החוק לגבי תחום מסוים²²¹, כל זמן שאין מדובר בהחלפת מערכת דיני התורה כולה במערכת דינים זרה.

גם כאשר מתנים בצורה כזו יש צורך בפירוט נוסף, שיבהיר כי הצדדים מקבלים חוקים אלה במשמעותם הרגילה, כלומר, **כפי שנתפרשו ע"י בתי המשפט בישראל**²²². בהעדר פירוט זה, עשוי גם במקרה זה להיווצר מצב, שבו בית הדין שידון בענין יפרש את החוק בצורה שונה, בניגוד לכוונת הצדדים. אמנם, אפשר שהדיינים יקבלו את פרשנות בתי המשפט בתור חלק מן החוק²²³, אבל אין לדעת

220 דבר דומה לכך ראה לעיל במבוא, סמוך לציון 18, ובהערה שם.

221 ראה לקמן, נספח א'.

222 פסקי בית המשפט העליון הינם חלק אינטגרלי מדיני מדינת ישראל. לעתים קרובות קשה להבחין בין דין הנובע ישירות מן החוק לבין דין הנובע מן הפסיקה. דוגמא לדבר היא הקביעה, כי דרישת הכתב לגבי התחייבות לעשות עיסקא במקרקעין היא "קונסטטוטובית" (מהותית, קיומית, ולא ראייתית בלבד) – קביעה, שהיא פשוטה היום בעיני כל משפטן יותר מ"ביעתא בכותחא" – לא באה אלא מן הפסיקה (זו פרשנותה של הפסיקה לסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. פסק הדין בו נקבעה ההלכה הוא ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נגד עזבון בידרמן, פ"ד כ"ו (2) עמ' 781, בעמ' 789; ראה ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 289 הערה 11). דוגמא נוספת היא הקביעה, ששיעור הפיצויים על הפרת חוזה הוא "פיצויים חיוביים" (פיצויים שיביאו את הנפגע למצב הכספי בו היה אילו קיים החוזה, ולא רק למצב בו היה אילו לא נכרת החוזה מעולם). גם קביעה זו מקורה בפסיקה, ואינה מפורשת בחוק (ראה ג' שלו, **דיני חוזים**, עמ' 578). אף על פי כן, דומה כי משפטנים רבים אף לא יזכרו כלל שמקורה של הקביעה אינו אלא בפסיקה.

223 שהרי, כאמור, התקדימים והפירושים לחוק המצויים בפסיקה הם חלק אינטגרלי מן הדין הישראלי.

כאן המקום לדון בשאלת מעמדה של פסיקת בית המשפט העליון של מדינת ישראל כ"דינא דמלכותא".

הרשב"א, בתשובתו שהובאה בב"י חו"מ סימן כ"ו, מבחין בין "משפטי המלוכה" לבין דיני ה"ערכאות". וזו לשונו:

"בענין דינא דמלכותא דינא, דע, שלא אמרו אלא במאי דאיכא הורמא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות; כי כמו שיש לנו משפטי מלוכה, כמו שאמר שמואל לישראל, כך בשאר העכו"ם – **דינים ידועים** יש למלכות, ועליהם אמרו דדיניהם דין. אבל דינים שדנים בערכאות – אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות **דין לעצמם** כמו שימצאו בספרי הדיינים. שאם אי אתה אומר כן – בטלת חס ושלום דיני ישראל".

מכאן, שלדיני "ערכאות" אין תוקף של "דינא דמלכותא". השאלה היא, האם בית המשפט העליון של מדינת ישראל דינו, לענין זה, כ"ערכאות" שציין הרשב"א. זאת, לאור הסבריו והגדרתו של מהרי"ז עניזל, הקובע גם הוא (בשו"ת, סימן ד'), בעקבות הרשב"א, בזו הלשון: "ערכאות שלהם, והם השופטים על פי דתות ונמוסים מספריהם הקודמים, אינם ענין כלל לדינא דמלכותא... בין ישראל לחברו צריכין אנו להתנהג על פי דין תורתנו הקדושה, ולא על פי משפטיהם, שאין להם משפט דינא דמלכותא".

ואולם יש להדגיש את ה**נימוק** שמביא מהרי"ז עניזל לדבריו:

"**ותדע**, שהרי כל פסקי דיניהם הנקראים סענטעצין (=SENTENCE), גם אצלם אינם נחשבים לדינא דמלכותא, ואין להביא ראיה מפס"ד אחד שלהם על כיוצא בו; ואפילו שלחו ממקום משפטי היותר גבוה כידוע מנימוסי משפטיהם. ועוד אנו רואים מעשים בכל יום, שמבטלים פסקי דיניהם של השופטים ממי שלמעלה מהם, וגם משתנים לפעמים משפט ב' עניינים, שיש בכל כלליהם ופרטיהם, בשני מקומות המשפט, ואין אומר השב. וכמה פעמים ראינו ענין אחד נופל ליד דיין והוא מחייב, וכל היועצים חביריו מסכימים עמו, וכשיפול ליד דיין אחר ענין דומה לזה בכל הצדדים לגמרי, ובאותו מקום המשפט – והוא מזכה, ואין נודד כנף, ושניהם מוחלטים. איך אפוא נאמר שכל משפט חרוץ מאיזה מאגיסטרי או מאיזה שופט בעיר או בכפר יש לו דינא דמלכותא? אם כן בטלו כל דיני תורה", ואויבינו פלילים! ישתקע הדבר ולא יאמר".

יוצא מכאן, שבמדינת ישראל הדין שונה. בישראל ישנו תוקף משפטי **מחייב** להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון. זו לשונו של המחוקק (בסעיף 20 (ב) לחוק יסוד: השפיטה):
 "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט זולת בית המשפט העליון".
 אמנם, כיוצא מן הכלל רשאי בית המשפט העליון עצמו, כאמור בחוק, להתעלם מתקדימיו שלו; אולם בפועל רשות זו הינה כמעט תיאורטית, שכן בית המשפט העליון נוהג להיזהר מאוד מלסטות מתקדימיו. ראה דבריו של השופט זילברג (בד"נ 23/60, **בן נגד המוציאים לפועל של צוואת ליטווינסקי**, פד ט"ו עמ' 70, בעמ' 75-76. ההדגשה וסימני הפיסוק – במקור):

"הוראה זו אינה הופכת לינייר חלקי את הדפים שנכתבו עליהם פסקיו הקודמים של בית המשפט העליון. הוראת סעיף 33 (ב) (זהו הסעיף 20 (ב) בחוק הנוכחי – ד' ב') מתירה רק במקצת את רצועת התקדים, אך אינה מבטלת אותו כליל. לא רצה המחוקק הישראלי, כי בית המשפט העליון יהא פטור לגמרי מעול מלכות תקדים וכל אחד משופטיו – כתוצאה מכך – יש עשה שבת לעצמו בכל אותן אלפי הלכות שנקבעו אחרי מחקר עמל וטורח על ידי פוסקים ראשונים. חלילה לנו מנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייחפך מוסד שיפוטי זה מ'בית משפט' לי'בית שופטים', אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו, בכל אחת ואחת מן השאלות לאין ספור שניקרו על דרכו במהלך שיפוטו. מטרתה החשובה – אולי העיקרית – של פסיקת בית המשפט העליון היא: לקבוע **ארחות חיים**, למנוע על דרך הפרופילכסה התעוררותם של סכסוכים וספקות עתידים, ומטרה זו לא תושג על ידה אם לא תהיה בה, לפחות, אותה מידת יציבות מינימאלית העומדת בפני רוח מצויה".

לאור עמדתו זו קובע השופט זילברג כבר שנים רבות קודם לכן (ע"א 150/50 **קאופמן ואחרים נגד מרגינס**, פ"ד ו' עמ' 1005, בעמ' 1010-1011), כי יש לצמצם את המקרים בהם יסטה בית המשפט מתקדימיו רק למקרים בהם התקדים "איננו מתיישב עם המלה הכתובה של החוק... ואני מוכן להוסיף: איננו מתיישב **כלל ועיקר**" (ההדגשה במקור – ד' ב').

אכן, שופטי בית המשפט העליון נשמרים ככל האפשר מלהפוך הלכות מושרשות. ראה דוגמא קיצונית בדברי השופט י' כהן בע"פ 389/73 **בן לולו נגד מדינת ישראל**, פ"ד כ"ח (1) עמ' 489 בעמ' 496-497, הקובע, כי ההלכה הנידונה שם אינה מוצדקת, והיא אף מנוגדת ללשון המחוקק בכמה דברי חקיקה, ואף על פי כן, כיוון שההלכה "מושרשת אצלנו בפסיקה עשרות שנים" הרי, כלשונו, "נראה לי שלא נצליח להשתחרר ממנה אלא אם המחוקק יתן את דעתו על כך וימצא שמן הראוי לבטלה, ולעניות דעתי – יפה לשם כך שעה אחת קודם".

גם בדברי מלומדים אנו מוצאים ביטוי לדעה, שמעמדם של תקדימים ותיקים **זהה למעמדו של חוק**. זו לשונו של ש"ז פלר (**יסודות ביני עונשין** חלק ב', עמ' 296, סעיף 347. ההוספה שבסוגריים שלי – ד' ב'):

"משהושלמה מלאכה זו, של הבהרה בסיסית (של החוק – ע"י בית המשפט), יש להתייחס לפירותיה כאל מערכת נורמות שמעמדן שווה בכל לנורמות של חוק חרות; ויחס זה צריך לבוא בעיקר מן הרשות השופטת, כולל הערכאה העליונה עצמה, במובן זה שרק החוק הכתוב מוסמך עוד להתערב, אם מתבקשים תיקונים. שאם לא כן – אין לדבר סוף".
 יתר על כן: מנקודת המבט הפנימית של המשפט הישראלי עצמו, אין הבחנה משמעותית בין דינים שמקורם בחקיקה לבין דינים שמקורם בפסיקת בית המשפט העליון. חוק יסודות

מראש את הדבר בוודאות²²⁴. לכן, כדאי לציין זאת במפורש.

המשפט, התש"ס-1980, קובע בסעיף 1 את ה"הלכה הפסוקה" כמקור של המשפט, בצידו של "דבר חקיקה". במשפט הישראלי אף מקובל הביטוי "חקיקה שיפוטית", ובתי המשפט בישראל הינם שותפים כמעט רשמיים למלאכת החקיקה. ראה דברים מפורטים, בליווי אסמכתאות מחכימות מדברי מספר רב של שופטים ומלומדים, בספרו של הפרופ' ב' ברכה, **משפט מנהלי** עמ' 28, ובפרט הערה 80 שם. משום כך נראה כי פסיקת בית המשפט העליון נחשבת כחלק מן הדין הישראלי לכל דבר וענין, לרבות לגבי ההגדרה ההלכתית של "דינא דמלכותא".

מובן, כי לא לכל דין ודין של מדינת ישראל יש תוקף של "דינא דמלכותא". אילו היה הדין כך, כי אז בטלו, חלילה, כל דיני התורה. אלא שאת ההבחנה, בין הדינים הראויים להכרה הלכתית לבין אלה שאינם ראויים, יש לערוך לא על בסיס **פורמלי** – הקובע הבחנה לפי מקור הדין, **בחוק** או **בפסיקה** – אלא על בסיס **ענייני**. הבחנות כאלה שכיחות בדברי הראשונים. לדוגמא, ידועה הבחנת רבים מן הראשונים, לענין "דינא דמלכותא", בין דינים העוסקים בתחומי מסים ומקרקעין לבין דינים אחרים. גם את ההבחנה הנ"ל, בדברי הרשב"א, יש מי שמסביר על דרך זו. כך, למשל, מסביר מו"ר הרב ש' ישראלי זצ"ל בספרו "עמוד הימיני" סימן ח' סעיף ח' (מהדורת ארץ חמדה עמ' ע"ד), וזו לשונו:

"הבחנה זו בין דברים שעיקרם בהכרעה שכלית לבין דברים שעיקרם בחינת התיקון שיש מזה לעולם, היא הקובעת את ההבדל שבין דין ערכאות לבין דין המלכות".

לפי זה, ההבחנה אינה הבחנה פורמלית מוסדית, בין דינים שנקבעו בכנסת או בממשלה לבין דינים שנקבעו בבית המשפט, אלא בין תחומים וסוגים שונים של דינים. כידוע, גם בית המשפט העליון קובע לפעמים דינים שמקורם בשיקולים של "תיקון העולם".

זאת ועוד: אפשר, שלבית המשפט העליון עצמו סמכויות של "מלך". אין סיבה לקבוע כי הממשלה לבדה היא המחזיקה היחידה והבלעדית בסמכויות המלך. בעידן הפרדת הרשויות המודרני, סמכויותיו של המלך נחלקות בין רשויות שונות. רק חלק מן הסמכויות שהחזיק בעבר המלך נתונות היום בידיה של הרשות המבצעת (הממשלה). חלק אחר נתון בידיה של הרשות המחוקקת (הכנסת), וחלק נוסף – בידיה של הרשות השופטת.

הקביעה, כי בית המשפט העליון הינו שותף מרכזי בסמכויות השלטון, נכונה במיוחד במדינת ישראל, שבה התעצם מאד כחו בעשורים האחרונים, והחל להתערב בנושאי מימשל מובהקים. על יסוד כל הנ"ל נראה, כי לפסיקת בית המשפט העליון מעמד הלכתי דומה לזה של חקיקה. ואכן, דינים נוהגים, לעיתים, לעשות שימוש בפסקי דין של בית המשפט העליון, כדי לפרש את החוק. ראה, למשל, **בתחומין** כרך ד' (בפרט עמ' 378), את השימוש שעושה הרב ש' דיכובסקי בתקדימים, כחלק מן הפולמוס שבינו לבין הרב י' אליעזרוב, והאסמכתאות המובאות שם. ראה, לעומת זאת, דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג בהערותיו, לקמן נספח ד' הערה י"ט והערה כ"ח.

224 נציין כדוגמא לפרשנות עצמאית לחוק שניתנה בבית הדין, את פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בתל אביב יפו בפרשת **וילוז'ני** המפורסמת. פסק הדין אושר בערעור לבית הדין הרבני הגדול. עתירה לבג"צ נגד פסק הדין, שאחת מטענותיה התבססה על דרכם העצמאית של הדיינים בפירוש חוק המדינה, נדחתה. ראה בג"צ 323/81, **וילוז'ני נגד בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד ל"ו (2) עמ' 733 ואילך. ראה במיוחד לשונו של השופט מ' אלון שם עמ' 744: "אך מובן הוא, שמיישם הוא (בית הדין הרבני) הוראות אלה (של החוק) על פי דרכו (ולא על פי פסיקת בית המשפט העליון)" (ההוספות שבסוגריים – שלי הן, ד' ב'). השופט אלון עצמו תומך שם בפירוש החוק על פי דרכם של הדיינים, ומסביר כיצד פירוש זה עושה צדק בצורה מוצלחת הרבה יותר מאשר הפירוש שפירש קודם לכן בית המשפט העליון. בסופו של דבר, פירושים של הדיינים השפיעו על הפסיקה והחקיקה החילונית בארץ. על פסיקת בית הדין בפרשה זו והתפתחויותיה המעניינות ראה במאמרו של מ' דרורי "דירת בני הזוג בפסיקתם של בתי הדין הרבניים ושל בתי המשפט האזרחיים" **שנתון המשפט העברי** ט"ז-י"ז (תש"ן-תשנ"א) עמוד 89, בעמוד 116.

יצויין, כי קבלת דין או חוק מסוים דורשת מעשה קנין. משמעותה האמיתית של קבלת החוק היא הקניית הזכויות והחובות שבחוק²²⁵; וזו דורשת קנין, ככל התחייבות ממונית או הקניית זכויות ממוניות.

כאן המקום להדגיש, כי אין להתנות בניסוח גורף שהצדדים מקבלים עליהם את כל דיני מדינת ישראל. התנאה כזו עלולה להידון בבית דין לבטלות, כי יתכן שהדבר אסור ואף אינו תקף, על פי שיטת פוסקים מסוימים²²⁶.

בסעיפים הבאים יוצגו עיקרי הנושאים שבהם נבדלים דיני ה"שלחן ערוך" מדיני מדינת ישראל, בעניינים הקשורים במישרין²²⁸ לניסוח חוזים. המודעות להבדלים אלה חיונית בעת כריתת חוזה.

ב. נטל הראיה

דיני הראיות של ההלכה שונים בתכלית מאלה של מדינת ישראל, המוכרים בציבור הרחב. השוני קיים בכמה וכמה מישורים²²⁹, ואולם המרכזי שבהם נעוץ בשאלת

225 סמ"ע חו"מ סימן כ"ב סקט"ו.

226 דיון בענין זה מופיע בנספח א', סמוך לציון 324.

228 לא הבאנו כאן את ההבדלים שבין ההלכה לבין החוק בדין המהותי; זאת, למרות, שגם לעניינים אלה ייתכנו, כמובן, השלכות חשובות על כריתת חוזה. למשל, ראה את ההבדל הקיים בין ההלכה לחוק בנושא חלוקת רווחי עסק שותפות. החוק הישראלי קובע כי חלוקת רווחים בין השותפים תיעשה ביחס ישר לסכום ההשקעה (ראה סעיף 34 (1) לפקודת השותפויות (נוסח חדש) תשל"ה-1975). לעומת זאת, ההלכה קובעת, בנסיבות מסוימות, כי "שנים שהטילו לכיס, זה מנה וזה מאתיים, השכר לאמצע" (כתובות צ"ג ע"א וע"ב). להבדל כזה תיתכן, כמובן, השלכה, על השאלה מה צריך אדם להתנות בעת כריתת חוזה שותפות, אם אינו מעוניין בהסדר הקיים בדין. אלא שלא ניתן, כמובן, לערוך כאן השוואה של כל הדין המהותי בדיני התורה ובמשפט הישראלי. הסתפקנו אפוא במה ששייך ישירות לניסוח חוזים.

229 הבדל מפורסם אחד קשור בשאלת כשרותם של עדים וקבילותן של עדויות וראיות. בעיני של החוק הישראלי, "הכל כשרים להעיד בכל משפט", לרבות התובע והנתבע עצמם, ולמעט רק מקרים מעטים היוצאים מן הכלל, כגון בן זוג הבא להעיד במשפט פלילי לחובת בן זוגו, והורה או ילד הבא להעיד במשפט פלילי לחובת משנהו (פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971, סעיפים 2-4. על התפתחות החוק בענין הזה ראה מ' זילברג, **באין כאחד** עמ' 196). לעומת זאת, ההלכה פוסלת לעדות שורה שלמה של דמויות (ראה שו"ע חו"מ סימנים ל"ג-ל"ז). כך היא פוסלת את הרשעים, היינו, בעלי עבירות – שמא ישקרו; את בעלי הדין, את כל מי שיש לו נגיעה לענין הנדון, את כל קרוביהם, ואף את כל הנשים והעבדים ועוד. ברם, לאמיתו של דבר, ההבדל בין השיטות אינו רב כאן כל כך. קביעת ההלכה, שהקרובים והנשים פסולים להעיד, אינה באה לשלול את שמיעתם בבית הדין והכרעת דין על פיהם, במידה שעדותם היא אמינה. זו לשון הרמב"ם:

"יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן... אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו – סומך עליו ודן... וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן, למה הצריכה תורה שני עדים? – שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן אף על פי שאינן יודע אם באמת העידו או בשקר" (רמב"ם סנהדרין

נטל הראיה²³⁰. שאלה זו הינה בעלת חשיבות רבה, והיא מתעוררת במקרים רבים מאד.

לדוגמא: נטל הראיה בטענת "פרעתי", במצב בו הוכח קיומו של חוב, אלא שהחייב טוען כי פרע את החוב. לפי דין ה"ש"לחן ערוך", רק אם יש בידי התובע **שטר חוב**²³¹, אין הלווה נאמן לטעון "פרעתי" (שהרי עומדת למולו טענת "שטרך בידי מאי בעיי", כלומר, כיצד הנחת בידי את השטר²³², ולא דרשת אותו בעת הפרעון²³²). אבל אם נעשתה ההלוואה "על פה", בלא שטר – נאמן החייב בטענת "פרעתי", אפילו אם ישנם עדים למעשה ההלוואה. יתר על כן: לדעות מסוימות, אפילו היה בידי התובע

פכ"ד ה"א; אבל עיין שם בהלכה ב', דיון בבעייתיות של נושא זה).

פסול הקרובים אינו מחשב לשקר, אלא מ"גזירת מלך" (ולכן אפילו משה ואהרן פסולים להעיד זה לזה; ב"ב קנ"ט ע"א); לכן, כאמור, לעתים יש נפקות משפטית לדבריהם (ראה גם תומים, כללי מינו, אות י"ח). כפי המקובל, גם הנשים אינן פסולות אלא מטעם זה בלבד (פתי"ש אה"ע סימן קע"ח סק"ב, וכ"כ מו"ר הרב אברהם שפירא, **תחומין** ג' עמ' 239; וראה עוד דבריו של הרב ב"צ עוזיאל, "האשה במושב בית הדין", בתוך ספרו "פסקי עוזיאל בשאלות הזמן" סימן מ"ג. אמנם הריא"ה הרצוג, **תחוקה לישראל ע"פ התורה** כרך ב' עמ' 57, כתב שיש להסביר את פסלותן של הנשים לעדות על יסוד "הפסיכוזה המיוחדת של המין החלש, לאמר, ביתרון כח המדמה, העלול להשפיע על הזכרון"). מכל מקום, ההלכה קובעת שלעתיים, בשעת הצורך, שומעים עדויות של נשים (ראה, הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ סימן ל"ה סעיף י"ד; שו"ע אה"ע סימן פ' סעיף ט"ז, וח"מ שם סק"ח; רמ"א, בהגהתו לשו"ע אה"ע סימן קנ"ד סעיף ג'). ראה עוד אנצ' תלמודית בערך "אשה", כרך ב' עמ' רמ"ב, בעמ' רנ"ב-רנ"ג; מאמרו של ג' הולצר "עדות אשה במשפט העברי" **סיני** כרך ס"ז (אייר סיון תשל"ל) עמ' צ"ד. לביבליוגרפיה נוספת ראה נ' רקובר, **אוצר המשפט** ח"א עמ' 246-247.

230 הבדל זה מודגש על רקע העובדה, שמשמעותו של נטל הראיה בדיני התורה רחבה בהרבה מן המשמעות הנודעת לכך במשפט הישראלי. במשפט האזרחי הישראלי די לתובע שישכנע את בית המשפט כי גירסתו מסתברת יותר ("עודף ראיות", או "ראיה של חמישים ואחד אחוזים"). ראה: ע"א 21/64 **וורביצ'יק נגד שינגרטון**, פ"ד י"ח (3) עמ' 95; ע"א 414/66 **פישביין נגד דגלס**, פ"ד כ"א (2) עמ' 453. לעומת זאת, בדיני התורה צריך התובע להוכיח הוכחה גמורה – מעל לכל ספק ("ראיה של מאה אחוזים"). ראה, למשל, רמב"ם, הלכות נזקי ממון פרק ח' הלכה י"ד; בענין זה ישנם גם יוצאים מן הכלל, כמובא בשו"ע חו"מ סימן ט"ו סעיף ה'. ראה סקירת הסוגיא כולה באנציקלופדיה תלמודית, ערך "אומדנא", כרך א' עמ' רצ"ה.

231 רמב"ם, פ"א מהלכות מלווה ולווה הלכות א'-ג'; ראה גם פ"ו מהלכות טוען ונטען הלכה ה'. אמנם, אין הנתבע נאמן לטעון שפרע, אלא רק אחרי שהגיע זמן הפרעון, שכן חזקה היא, שאין אדם פורע תוך זמנו. ראה שו"ע חו"מ סימן ע"ח.

232 אמנם, לדעתו של הגר"ח מבריסק, אין טענה זו בבחינת "הגדת עדות שלא נפרע עוד", כלומר, ראייה, אלא "זכות ונאמנות בדיני ממונות הם... **ומתנה** המלווה שיהיו זכותי ממון אלו לו, דהיינו הנאמנות על פרעון המלווה" (חידושי הגר"ח מבריסק על השי"ס, סימן שט"ו; ראה גם בסימן קט"ו).

232א בהקשר זה יש לציין את פסיקתו של הנו"ב מהד' קמא חו"מ סימן י"א, לגבי שטר שעל פי דין המלכות אין לו תוקף, כי "לכל הדעות נאמן לטעון 'פרעתי'; ולא שייך 'שטרך בידי מה בעיי', דהאי שטרא – חספא בעלמא הוא".

שטר חוב כתוב וחתום בעצם ידו של הנתבע, אלא שאין חתומים עליו עדים²³³ – יכול הנתבע לטעון "פרעתי"²³⁴, מפני ששטר כזה, אין רגילים לדרשו בחזרה בעת פרעונו. לעומת זאת, דיני מדינת ישראל, נטל הראיה בטענת "פרעתי", לגבי חוב שדבר קיומו הוכח, מוטל על שכמו של החייב²³⁵.

דוגמא – הלקוחה מענייננו – עשויה להמחיש את הענין. חיובים האמורים בחוזה מכירה, לפי ההלכה נאמן הקונה לטעון שפרעם (במועד פרעונם) ואין צריך להביא ראיה על כך. לעומת זאת, לפי דיני מדינת ישראל, חייב הטוען שפרע, עליו הראיה²³⁶.

233 במקרה שיש בידי התובע שטר החתום בידי עד אחד, נחלקו הראשונים בשאלה האם יכול החייב לטעון "פרעתי". ראה: רמב"ם, הלכות טוען ונטען פ"ד הלכה ח'; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן צ"י; שו"ת הריב"ש, סימן שצ"ב; שו"ע חו"מ, סימן נ"א סעיף ב'.

234 ראה שו"ע, רמ"א ונו"כ, חו"מ סימן ס"ט סעיף ב'.

235 על טענת נטל הראיה בטענת "לוותי ופרעתי" ("הודאה והדחה"), ראה ע"א 642/61 **ספר נגד מרלה**, פ"ד ט"ז עמ' 1000; י' זוסמן, **סדר הדין האזרחי** (מהד' רביעית) סעיף 257 עמ' 246; ס' גולדשטיין, **סדר הדין האזרחי** (רשימות לפי הרצאה ותרגיל, כתבו וערכו נתן בביוף ואחרים) עמ' 76.

236 יתרה מזו: על פי ההלכה, לעתים, אפילו הביא התובע שטר הלוואה, שחתומים עליו עדים, רשאי הנתבע לטעון "פרעתי". זאת כאשר אין התובע יכול להוכיח את אמיתותן של החתימות, ולכן אימותן של אלה אינו נעשה אלא מתוך הודאת הנתבע. נאמנותו של הנתבע נובעת מן הכלל הידוע בשם "מיגו" (=מתוך). כלומר, מתוך שהיה נאמן לטעון שהשטר מזויף, נאמן הוא לטעון שפרע (ראה שו"ע חו"מ סימן פ"ב סעיף א'. על טענת "מיגו" באופן כללי ראה שם בהמשך הסימן; וראה ניתוחו של א' שוחטמן, **סדר הדין** עמ' 254-256. על דיני הראיות בכלל בהלכה ראה מאמרו של ח"ש חפץ "מקום בעלי הדין בשיטת דיני הראיות במשפט העברי" **דיני ישראל** 14-13 עמ' ס"ט-פ"ט). לעומת זאת, הדין הישראלי אינו מכיר את המושג "מיגו" כמושג בעל אופי מחייב שכלליו מוגדרים ומפורטים, כפי שהוא קיים בהלכה. ניתן לטעון, אמנם, כי בדרך כלל עשוי שופט להפעיל כללים אלה באופן אינטואיטיבי, על יסוד סעיף 53 לפקודת הראיות: "ערכה של עדות שבעל פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". אולם למעשה ספק אם הדבר מתבצע כך. ראה, למשל, דבריו של י' זוסמן, **סדר הדין האזרחי** (מהד' רביעית) סעיף 242-243, עמ' 233, הממליץ לנתבע, במקרים מסוימים, להימנע מהודאה על האמת ולהכחיש את חתימתו על השטר שבידי התובע, כדי לאלצו להוכיח את הדבר בעדים (דבר שיאפשר לנתבע לחקור אף הוא את העדים ולהוכיח את העובדות הדרושות לו). זו לשונו של הד"ר זוסמן:

"הכחשה כזו, אמר בית המשפט, היא 'טכסיס מוצדק בהחלט'... על אמירה זו נמתחה בקורת, אך מה פסול יש בה? למה זה לא יקל הנתבע על עצמו... לעתים אין לו לנתבע דרך אחרת כדי לאלץ את התובע להביא את עדיו, זולת הכפירה בטענה שהתובע חייב להוכיח. אם הנתבע לא ינהג כך, ייתכן שלא יצליח להרים את נטל הראיה, וכתוצאה מכך, יזכה התובע ללא צידוק".

ראה גם דבריו שם בסעיף 257, עמ' 246. דברים חריפים המתייחסים לדיני ראיות מעין אלה כתב כבר הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק ו' סימן רנ"ד):

"המלווה את חברו שלא בעדים אינו נאמן לומר פרעתי; ומי שגובה כן על ידי ערכאות של גויים ודאי גזלן הוא... בדיניהם, שאפילו הלוקח חפץ מחבירו, אם יש למוכר ראיה שהיה שלו – מוציאו מיד הלוקח, ולא שבקת חיי לכל בריה".

צדדים לחוזה, אשר אינם מודעים להבדלים אלה, עשויים להכשל בהשלכותיהם²³⁷.
**לכן, מומלץ להתנות מראש בתוך החוזה בצורה מפורשת, מי מן הצדדים יהיה
 נאמן, ובאילו טענות יהיה נאמן.**

התנאה בדבר נאמנות בעלי הדין ונטל הראיה תהיה תקפה, בדרך כלל, לפי ההלכה²³⁸.

ג. קנין שבטל מקצתו

כאן תידון בעיה חשובה נוספת שיש לתת עליה את הדעת. **אם חלק מן החוזה בטל
 וחסר תוקף מסיבה כלשהי, עלול הדבר לסכן, לפי שיטות הלכתיות מסוימות²³⁹, את**

237 בהקשר זה ראה דברי הרמב"ם (הלכות טוען ונטען פ"ז ה"ו):

"שנים שבאו לדין, ונתחייב האחד לשני, ואמרו לו צא ותן לו, ויצא וחזר ואמר פרעתי... הרי
 זה נשבע היסת שפרעו – ונפטר. לפיכך היו בקיאי הדעת שבספרד, כשיודה הלוח או
 כשיתחייב שבועה בבית דין, אומר לו בפני בית דין: יהיו עלי עדים, שלא יפרעני או שלא
 ישבע לי אלא בפני עדים".

כידוע, לא כל אדם נמנה על בקיאי הדעת הללו.

אמנם, בין אנשים ישרים, חשיבות הנושא הזה קטנה יותר, שהרי אלה לא יבואו, מן הסתם,
 לכפור בעובדות. ברם, גם בין אנשים כאלה ייתכנו בעיות – למשל, במקרה שימות אחד מהם;
 במקרה כזה בית הדין טוענין לירש את **כל הטענות שהיה האב יכול לטעון** (ראה ב"ב כ"ג ע"א).
 הדבר נפוץ במיוחד כאשר אחד מבעלי החוזה הינו חברה השייכת לבעלי מניות רבים מאד, ואחד
 מהם עלול ללכת לעולמו בין שעת כריתת החוזה לבין שעת ההתדיינות. – בעיה זו מתעוררת רק
 לפי אותם הגורסים, כי אין ההלכה מכירה בישות המשפטית הנפרדת של התאגיד. בשאלת
 הכרת ההלכה בישות המשפטית הנפרדת של תאגיד, בהקשר של דיני הראיות הנוגעים
 ליורשים, נחלקו דיינים. הרב ש' דיכובסקי (פד"ר כרך י', עמ' 278 ואילך) מכיר בישותו הנפרדת
 של התאגיד. לעומתו, הרב ח"ג צימבליסט (שם, עמ' 292 ואילך) אינו מכיר בכך. רק לענין הגבלת
 האחריות הוא מכיר בדיני התאגידים, "שזהו פירושו של 'בערבון מוגבל'"; אבל לענין טענת
 "פרעתי" – אין הרב צימבליסט מוכן להכיר בישותו הנפרדת של התאגיד. לפי דבריו, אם מת
 בעליה של חברה, יש לטעון לבעלים החדשים של החברה, היינו היורשים, את כל מה שלפי
 ההלכה "טענין ליתמי". יש להעיר, כי קשה להבין את דבריו. גם לפי הנחתו, כי הישות
 המשפטית הנפרדת אינה קיימת כהלכה, מדוע לא יהווה המושג "בערבון מוגבל" מעין תנאי
 הכולל בתוכו את **כל** דיני התאגידים? הרב צימבליסט עצמו מקבל, כאמור, את הגבלת
 האחריות, והוא מבסס אותה על כך שהמושג "בערבון מוגבל" מהווה התנאה תקפה לגבי הגבלת
 האחריות. מדוע, אפוא, לא יהווה מושג זה התנאה תקפה גם לגבי נטל הראיה ונאמנות?
 לשאלת הכרת ההלכה בתאגידים ראה מאמרם של הרב י' בן שחר והרב י' הס, "ריבית בחברה
 בע"מ" המובא לקמן; מאמרו של ש' מירון, "מעמד החברה בע"מ במשפט העברי", סיני כרך נ"ט
 תשכ"ו עמ' רכח-רמ"ה. לביבליוגרפיה נוספת ראה נ' רקובר, **אוצר המשפט**, חלק א' עמ'
 317-316 וחלק ב' עמ' 317-316.

238 ראה שו"ע חו"מ סימנים ע"ע"א; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה פט"ו; ראה גם לעיל הערה 232.
 אמנם, ראה שו"ע חו"מ סימן פ"ב סעיף א', אימתי ולאילו דברים מועיל תנאי בענין נאמנות אחד
 הצדדים.

אגב, גם לפי דיני מדינת ישראל יש תוקף, בדרך כלל, להתנאה בדבר נטל השכנוע או בדבר
 מהימנותה של ראייה. ראה ע"א 61/84 **ביאזי נגד לוי**, פ"ד מ"ב (1) עמ' 446; ע"א 551/89 **מנורה
 חברה לביטוח נגד סדובניק**, פ"ד מ"ו (3) עמ' 158.

239 על מחלוקת הראשונים בנושא ראה ב"י לאה"ע סימן מ"א; וראה מאמרו של א' וינרוט, "בטלות
 התחייבות למתן גט בהסכם גירושין", **תחומין** י"ד עמ' 277.

תוקפו של החוזה **כולו**. כך עלול לקרות, לדוגמא, בהסכם גירושין, שאחד מסעיפיו הוא התחייבות לתת גט. התחייבות זו בטלה, שהרי איננה אלא "קנין דברים"²⁴⁰. כתוצאה מכך גם תקפותם של הסעיפים **האחרים** בהסכם מוטלת בספק²⁴¹, אם נעשה "קנין" אחד על כל סעיפי ההסכם²⁴². יש לשקול נושא זה כאשר שוקלים **להוסיף לחוזה סעיף, אשר יש ספק בתקפותו**.

לכאורה, יכולנו להמליץ על פתרון פשוט – להימנע מהוספת סעיפים מסוג זה לחוזה. ברם, פתרון זה הינו, למעשה, בלתי אפשרי, הואיל והתאמתו של החוזה לדיני מדינת ישראל, לצורך הכנתו להתדיינות אפשרית בבית משפט, דורשת הכנסת סעיפים משוללי תוקף הלכתי (ראה, למשל, סעיף ח' לקמנ).

אשר על כן, הפתרון המומלץ על ידינו הוא להוסיף בשטר **הודאה**²⁴³, לגבי הדברים

240 ראה לעיל, פרק ראשון.

241 ראה פסקי מהרא"י, סימן קע"ג:

"אשר שאלתני על דבר קנין סודר שנעשה בין איש לאשתו שיעשו גירושין, וגם העמידו קנסות על ככה, מי שיעבור שיתחייב כך וכך... נראה לפקפק אהאי קנין סודר שהקנה הבעל לאשתו שיגרשנה, ואהיה אין שום קנין חל כלל... דאין שום קנין נתפס על זה. אם כן יש לומר, דאף על הקנס אינו חל, כיוון דבקנין אחד נעשה".

242 ישנן שתי דרכים לבאר את העניין.

א. הבעיה היא עקרונית – מהותית, מעין עדות שבטלה מקצתה וכד'. זו כנראה דעתו של המגיד משנה, כפי המשתמע מסוף דבריו בהלכות אישות פ"ט ה"ב; וכן דעת מהרא"י בדבריו המובאים בהערה הקודמת; וכמו כן ניתן לדייק מדברי קצה"ח סימן ר"י סק"ה.
ב. הבעיה היא בגמירות הדעת של הצדדים. ראה לשון הר"ן בקידושין, דף כ"ב ע"א בדפי הר"י: "שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת משום יפה... יכול לומר, כל מקחי אני רוצה, ולא חציו וחצי דמיו".

בענין זה יש לציין את דברי הדיינים בפד"ר ח' עמ' 179, לגבי הסכם גירושין שהכיל הסכמים בנושאים כספיים וגם התחייבות למתן גט (שהיא בטלה), כי "אם יתברר שלפי ההלכה האשה חייבת לקבל גט והם באים להתגרש, שוב יהיו התנאים הכספיים שהסכימו עליהם שרירים וקיימים. כי הרי הסכימו שאם מתגרשים, אלה הם התנאים, ומאי נפקא מינה אם מתגרשים ברצון או שבית הדין מחייבם על כך" (ישבו בדין הרבנים ש"ב ורנר, ע' אזולאי, ח"ג צימבליסט).

פסיקה זו מורה, כי תפסו לעיקר את טעמו של הר"ן; לפי המ"מ, אחת דינו של קנין שבטל מקצתו – ליבטל כולו, אפילו אם ממילא חייבים הצדדים, מן הדין, לקיים את החלק הבטל של הקנין. עוד בנושא זה ראה הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ סימן ר"ג סעיף י', וסמ"ע שם סק"ט; א' וינרוט "בטלות ההתחייבות למתן גט בהסכם גירושין" **תחומין** י"ד עמ' 277.

243 ראה דוגמא לקמן נספח ג', בסעיף 18 (א) לחוזה המכר.

המלצנו על **הודאה** בכך שנעשה קנין, ולא על עשיית קנין נוסף **בפועל**, שכן עשייה בפועל של כמה מעשי קנין כרוכה בטירחה רבה, בפרט שבמקרה כזה יש לפרט בעל פה, לפני ביצוע כל אחד ממעשי הקנין, על מה בדיוק הוא מוסב. על כן מומלץ להסתפק באודיאת (ראה לעיל הערה 100).

החשובים והקריטיים שבו, שהקניין נעשה לגביהם **בפני עצמם**, ולא רק באופן כללי יחד עם החוזה כולו.²⁴³

ד. סתירה בין לשונות שונים בחוזה

לעתים, מתוך רצון להבטיח את תקפות החוזה, כותבים הצדדים בחוזה שני לשונות שונים, שעלולה להוצר ביניהם **סתירה**. למשל, צדדים עשויים לכתוב מחד גיסא כי הדירה מכורה ע"י השטר לקונה, ומאידך גיסא – כי המוכר מתחייב למכור. סתירה כזו עשויה להיראות, בעיני משפטן ישראלי, כנטולת כל ערך; אבל בעיני ההלכה היא בעייתית. את הסתירה נוהגת ההלכה לפתור בדרכים שונות. בדרך כלל נקבע הדין לפי הלשון האחרון האמור בשטר (מתוך הנחה, כי בכתיבת הלשון המאוחרת יותר חזרו בהם הצדדים מן הלשון המוקדמת יותר)²⁴⁴; אבל ישנם גם כללי הכרעה אחרים ושונים. לעיתים מביאות סתירות מסוימות אף לבטלות שני הלשונות גם יחד, ולעקירת רצון הצדדים כליל.²⁴⁵

איננו יכולים להסתפק, כפתרון לכך, בהמלצה הפשוטה להימנע מסתירות. לעתים צריכים הצדדים לכתוב שני לשונות סותרים בחוזה – כאשר לא ברור למנסח החוזה איזה משניהם תקף לפי ההלכה, והוא מעוניין לצאת ידי שניהם.

לפיכך, הפתרון הוא כדלקמן: יש להבהיר בחוזה במפורש את פשר הסתירה, היינו – אם נחזור לדוגמא דנן – להבהיר, כי הוספת ההתחייבות למכור אינה

243 פתרון אחר, לכאורה, הוא לבודד את הסעיפים של החוזה זה מזה, ולעשות קנין (או אודיאתא בדבר קנין שנעשה כביכול) על כל אחד ואחד מהם, כך שבטלותו של אחד לא תשפיע על השני. אולם למעשה פתרון זה רק מכביד על הבעיה: בצורה זו עלולים הצדדים לחוזה למצוא עצמם מחזיקים בחוזה שחלקו תקף וחלקו אינו תקף, באופן שלא שיערו מראש ולא רצו בו מראש. מצב זה גרוע עוד יותר מביטול החוזה כולו.

244 ראה שו"ע חו"מ סימן מ"ב סעיף ה'.

"היה כתוב בו למעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר, ואפשר לקיימם – מקיימם אותם; אבל אם הם סותרים זה את זה, כגון שכתוב למעלה מנה ולמטה מאתים, או איפכא, הולכים אחר התחתון... ויש מי שאומר, שאם למעלה היה פורט והולך, ולמטה כתוב סכום הכל כך וכך, ופיחת או הוסיף, בזה אנו אומרים ודאי טעה בחשבון, ואחר הפרט אנו הולכים; ונראין דבריו. במה דברים אמורים שהולכים אחר התחתון? כשאין האחד תלוי בחבירו; אבל אם היה כתוב בו: 'מאה שהם מאתים', או 'מאתים שהם מאה', אינו גובה אלא מאה, שהוא הפחות שבשניהם, דיד בעל השטר על התחתונה".

245 ראה ב"ב קנ"ב ע"א. מדובר שם במתנת שכיב מרע (היינו צוואה), שהמצווה הוסיף בה מעשה קנין, כדי שיהיה לה גם תוקף של מתנה. לדעתו של שמואל (דעה שנפסקה להלכה, שו"ע חו"מ סימן ר"נ סעיף י"ז; וראה שם סעיף ט' בהגהת הרמ"א), גם הצוואה וגם המתנה בטלות. הצוואה – לפי שהוספת הקנין מלמדת על רצונו של המצווה שלא להשתמש באפשרות לתת מתנת שכיב מרע (שאינה זקוקה לקנין); ואילו המתנה בטלה, לפי שהניסוח כמתנת שכיב מרע מלמד, שכונתו היתה שהמתנה תחול רק לאחר מיתה; והרי מתנה אינה יכולה לחול לאחר מיתתו (רשב"ם שם).

באה לגרוע מן המכירה, אלא להוסיף עליה, ליפות כח השטר ולא לפחות ממנו²⁴⁶.

ה. הסכם בוררות

במשפט הישראלי ישנו הסדר הקובע²⁴⁷ במידה סבירה של בהירות, מהו הפורום הנאות והמוסמך לדון בכל סכסוך שיתגלע בין הצדדים. לעומת זאת, בהלכה, אין בענין זה הסדר המוסכם על דעת הכל. ההלכה אינה מכירה במוסד מרכזי כלשהו, הקובע ומחייב את הצדדים להתדיין בפניו דווקא. אם תהיה התדיינות בין הצדדים, יצטרכו אלה אפוא לבחור בית דין המוסכם על שניהם. לאחר שיתגלע הריב, סביר מאד שיהיה קשה לצדדים לבחור בית דין המוסכם על שניהם²⁴⁹. הדבר עשוי לגרום

246 ראה בגמרא שם (הערה הקודמת).

247 חלוקת סמכויות בתי המשפט השונים נקבעת בעיקר ע"י חוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984.

249 בהלכה קיים, אמנם, כלל המסדיר את קביעת הדיינים:

"אחד מבעלי דינים שאמר איש פלוני ידון לי, ואמר בעל דינו פלוני ידון לי, הרי אלו שני דיינים, שברר זה אחד וזה אחד, בוררים להם דין שלישי... ושלשתם דנים אותם, שמתוך כך יצא הדין לאמתו" (שו"ע חו"מ סימן י"ג סעיף א').

ברם, כלל זה אינו פותר את כל הבעיות. לדוגמא: במקרה ששני הדיינים שנבחרו אינם מצליחים להגיע להסכמה על הדין השלישי, נוצרת בעיה. הרמ"א קובע (בהגהתו שם) כי במקרה כזה – "מנהיגי העיר יתנו להם שלישי". פתרון זה אינו קל ליישום (ובפרט בימינו), שכן הוא כרוך בהשגת הסכמה על זהותם של "מנהיגי העיר". הסכמה זו קשה להשיגה, עקב חילוקי דעות צפויים בין הצדדים ובין ה"מנהיגים" גם יחד.

דוגמא נוספת: החובה להתדיין בפני בוררים אינה קיימת במקום שבו ישנם "דיינים קבועים" (רמ"א בהג"ה לשו"ע חו"מ סימן ג' סעיף א'); במקרה כזה יכולים הצדדים לכפות איש את רעהו להתדיין לפני ה"דיינים הקבועים". אלא שגם כאן נתקלים אנו בשאלת ההגדרה. כיצד מוגדרים אותם "דיינים קבועים". בימינו עוררה שאלה זו לא אחת מחלוקת סמכויות בין בתי הדין מטעם המדינה לבין בתי דין פרטיים. בתי הדין הרבניים ה"ממלכתיים" רגילים לראות עצמם כבית הדין הקבוע, העדיף על בתי הדין החרדיים ה"פרטיים"; בעוד אלה רגילים לראות עצמם כקבועים וכעדיפים על פני ה"דיינים מטעם" (ראה סקירתו הנרחבת של א' מעוז, "הרבנות ובתי הדין", שנתון המשפט העברי ט"ז-י"ז, עמ' 343-351). גם אם יסכימו בתי הדין השונים, כי כולם נחשבים "קבועים", עדיין אין בכך פתרון מושלם: לפי ההלכה, במצב זה הצדדים "צריכין למצוא ב"ד השווה לשניהם" (ב"י לטור חו"מ סימן י"ד סעיף ג'). הסכמה זו אף היא קשה להשגה. בהעדר הסכמה, קובעת ההלכה כי שני בתי הדין (היינו, זה הנבחר ע"י התובע וזה הנבחר ע"י הנתבע) ישבו יחד, ויבחרו להם בית דין שלישי שיצטרף עמהם (ונמצא שתשעה דיינים ישבו בדין). למעשה, קשה ליישם פתרון זה, מחמת מורכבות המבנה המתואר.

כתוצאה מכל האמור לעיל, התובע נאלץ, למעשה, להתדיין לפני בית הדין שיבחר הנתבע לבדו, ולקתה מידת הדין. מעבר לכך, הנתבע יכול להשהות זמן רב את בחירתו ולעכב בכך את ההתדיינות.

להם עיכובים ובעיות שונות. לכן, כדאי לציין מראש, בחוזה עצמו, מיהו האיש או הגוף המוסכם על הצדדים, שיבואו להתדיין בפניו²⁵⁰.

הסכם בוררות בכתב²⁵¹ הוא תקף²⁵², ואין צורך להוסיף על הכתיבה "מעשה קניין". במה דברים אמורים? בהסכם, שכל עניינו הוא ברירת הדיינים, כלומר, הסכמה על זהות הדיינים שידונו בין הצדדים. במצב כזה אין ההסכם כולל שום עיסקא בין הצדדים. זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות אחרי כתיבת ההסכם נשארו בדיוק כפי שהיו לפני הכתיבה. הדבר היחיד שנקבע הוא זהות הדיינים המוסמכים לדון בענין. קביעה זו אינה אלא חלק מהפרוצדורה של הדיון. הדין **המהותי** לפיו ידונו הדיינים הינו דין תורה, שהוא, כמובן, תקף בלא צורך בהסכם בין הצדדים. לכן, אין כאן צורך במעשה קניין. אבל בדרך כלל כוללים הסכמי הבוררות גם פרטים נוספים. הסכמי הבוררות המקובלים בדרך כלל בבתי הדין הרבניים ובתי דין אחרים כוללים הסמכה של הדיינים **לעשות פשרה** בין הצדדים. במקרה כזה, ההסכם זקוק לקניין²⁵³. כדי שיהיה תוקף להסכם שכזה, יש צורך לנסחו כשורת עיסקאות ממשיות, שלפי ההלכה הינן תקפות, ואשר יתאמו את החלטות המפשרים: התחייבות (מעכשיו) לשלם מה שיחליטו המפשרים לחייב, הקנאה (מעכשיו) של חפץ שיחליטו להעבירו מבעלות לבעלות, מחילה (מעכשיו) על מה שיחליטו לפטור וכו'²⁵⁴. כך מקבלים הצדדים עליהם מראש את החלטת המפשרים, אפילו החלטה זו **שונה** מן הדין – כטבעה של פשרה. הסכם כזה אינו חלק מן הפרוצדורה, אלא הוא קביעת נורמה מהותית. דבר זה הוא, בעצם, עיסקא ממונית בין הצדדים; ובתורת שכזו, צריכה היא מעשה קניין.

בנסיבות מסוימות, גם הסכמה על זהות הדיינים גרידא עשויה להיות זקוקה למעשה קניין. הכוונה היא למקרה שבו מקבלים הצדדים עליהם דין, אשר מצד הדין הינו

250 על הסכם בוררות ובעיותיו המיוחדות בדיני התורה ראה ז' ורהפטיג, **מחקרים במשפט העברי** עמ' 23-45; ב' ליפשיץ, **אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי** עמ' 87 ואילך; שו"ת אגרות משה חו"מ חלק ב' סימן כ"ו; הרב ח"ד הלוי, "דין או בוררות", **תחומין** י"ד עמ' 141; הרב י' אריאל, "הצורך ההלכתי בשטר בוררות", **תחומין** י"ד עמ' 147; הרב א"ח שרמן, "מעמד בית דין פנימי של תנועה על פי ההלכה", **תחומין** י"ד עמ' 159.

על תקפו של הסכם בוררות וסמכויות הבורר לפי דיני מדינת ישראל, ראה חוק הבוררות, התשכ"ח-1968; וראה ספרה של ס' אוטולנגי, "בוררות, דין ונוהל".

251 ראה שו"ע ורמ"א, חו"מ סימן י"ג סעיף ב'.

252 גם על פי החוק טעון הסכם בוררות מסמך בכתב (סעיף 1 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968). דרישה זו היא קונסטיטוטיבית, ובלעדיה, יהיה ההסכם נדון כחוזה רגיל ולא כהסכם לפי חוק הבוררות (ראה ס' אוטולנגי, **בוררות, דין ונוהל** עמ' 20-21). משום מה נשמט הדבר מרשימת החוקים הדורשים כתב כדרישה מהותית, המצויה בספרה של ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 289-290.

253 שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף א'; ועיי"ש סמ"ע סק"ח.

ישנם פוסקים הסבורים, כי הסכם המסמיך שלושה אנשים או יותר לעשות פשרה, אינו זקוק לקניין. לדעתם של חלק מן האחרונים, ניתן לטעון "קים ליי" (ראה לעיל, מבוא) כדעה זו, ולדעות אחרות – לא ניתן; ראה פת"ש לחו"מ סימן י"ב סק"א. ברם, לכתחילה יש לעשות קניין בכל מקרה ולצאת מידי ספקות ומחלוקות.

254 פירוש אחר להסכם יגורר בעיית "קנין דברים"; ראה לקמן.

פסול לדון בעניינם (למשל, אם הוא קרוב משפחה של אחד הצדדים, או אף של שניהם). יודגש כאן, כי באופן עקרוני דבר זה הינו בהחלט אפשרי לפי ההלכה²⁵⁵. הסכמת הצדדים "מרפאת" את הפסול, שהרי בענייני ממון יכול אדם להתנות על מה שכתוב בתורה. ברם, במקרה כזה יש צורך בקנין²⁵⁶. גם כאן הנימוק הוא שהסכם זה אינו סתם קביעה, מי הם הדיינים שידונו את הדין (שהרי הדיינים הללו פסולים על פי דין תורה). פירושו האמיתי של הסכם בוררות כזה הוא קבלת נורמה מהותית: הצדדים מתחייבים לעשות כפי שיורה להם הפסול, ובכך, למעשה, הם מקבלים עליהם זכויות וחובות השונות מן הדין. עיסקא זו זקוקה לקנין.

במקרים אלה מתעוררת גם בעיית "קנין דברים". הניסוח המקובל – "הסכסוך יימסר להכרעת בוררות לפלוני" – נראה, לפי דעות מסוימות, כמו התחייבות להתנהגות מסוימת, יותר מאשר כהקניה של ממון או חפץ. כזכור, התחייבות להתנהגות – אין לה תוקף²⁵⁷. לכן, לדעות אלו, יש לנסח את הסכם הבוררות (הכולל הסמכת הדיינים לעשות פשרה²⁵⁸ או הסכמה על דיינים פסולים) **כהקנייה של גוף הממון שעליו דנים**. כלומר: לדעות אלה, יש לנסח²⁶⁰ את הסכם הבוררות כשורת עיסקאות ממשיות²⁶¹, כפי המתואר לעיל לגבי הסמכת הדיינים לפשר בין

255 שו"ע חו"מ סימן כ"ב סעיף א'. ברם, אם הדיין, שהצדדים מקבלים עליהם, הינו גוי, יש אומרים שהדבר אסור ואינו תקף. ראה שו"ע חו"מ סימן כ"ב סעיף ב', ונו"כ שם; וראה דיון בענין, בחיבורו של א' ורהפטיג שהוזכר לעיל הערה 23, בעמ' 239 ואילך.

256 שם (ההערה הקודמת).

257 ראה לעיל, פרק ראשון.

258 ראה מרדכי, סנהדרין פרק ראשון סימן תרע"ט-תר"פ:

"והלכתא פשרה צריכה קנין... **החפץ** צריך לקנות, כדי שלא יהא קנין דברים בעלמא, כי ההיא דריש בבא קמא" (אמנם, ראה הגהת הבי"ח שם סק"מ; וצ"ע בדבריו).

דברי המרדכי נפסקו להלכה ע"י הרמ"א בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ז'.

260 ראה דבריו של ראב"ן, פרק שבועת הדיינים (הובאו בש"ך חו"מ סימן כ"ב סק"ד; הציטוטים כאן הם מתוך "קונטרס שם כתוב" בהוצאת מורשה להנחיל, שם הלשון מלאה יותר). לפי דבריו, "היכא דקיבל עליו קרוב או פסול לדין", יש לנסח את ההסכם כהתחייבות "לעשות כאשר ידין... הן לחיוב הן לפטור" ואז "לאו קנין דברים הוא אלא ממון"; אבל אם נוסח ההסכם כהתחייבות "שלא לחזור בו – זהו קנין דברים". ראה גם דבריו של ר"י אייבשיץ, "אורים" סימן כ"ב סק"ז, הסבור, כי מדבריו של המרדכי לגבי פשרה, ניתן להקיש שזו עמדתו גם לגבי דיינים פסולים.

261 אם נשוא ההסכם אינו בר הקנאה, כגון, כאשר מתעוררת בעיית "קנין דברים" (על בעייה זו ראה לעיל פרק ראשון), אין כל אפשרות הלכתית להקנות לבורר את הסמכות לצוות בתורת פשרה. לפיכך, אין לבורר סמכות לצוות, בתורת פשרה, לעשות מעשה או להימנע ממנו (למעט מקרים יוצאים מן הכלל, בהם יש תוקף להתחייבות להתנהגות; ראה לעיל פרק ראשון, סמוך לציון 57 ואילך). לדוגמא: הבורר אינו יכול לצוות על אחד הצדדים להשליש כסף בקופת בית הדין (לשם בטחון וכד'), גם אם הצדדים הסכימו מראש על מתן סמכות כזו לבורר. לפתרונה של בעיית קניין דברים עיין לעיל פרק ראשון; הפתרונות שהוצעו שם יפים גם כאן.

ראוי להדגיש, כי הדברים הללו אינם אמורים אלא על סמכותו של הבורר לצוות על **פשרה** (שכן סמכות זו אינה נובעת אלא מהסכם הבוררות; וההסכם אינו יכול לחול על התחייבות להתנהגות). אבל מובן, כי בורר יכול, לפי ההלכה, לתת צו מניעה על פי **דין** (כגון לצוות על אדם להימנע מלהזיק לחבירו), כשם שבית דין רשאי לעשות כן.

בעלי הדין²⁶². בין האחרונים קיימת גם דעה הגורסת, כי יש צורך להקפיד על ניסוח כזה **בכל** הסכם בוררות (ולא רק בהסכם המסמך את הדיינים לעשות פשרה או דיינים פסולים)²⁶³.

אמנם, נראה כי הדעה הרווחת בין הפוסקים היא, שאין צורך לנסח את הדבר בפירוש²⁶⁴:

"דסתמא הוי באופן המועיל, דבכדי לא הוי עביד... וכן המנהג בין הדיינים, שמקבלין קנין על פשרה, וכמדומה שאין מדקדקים שיאמרו בפירוש שמקנה לו החפץ או שמתחייב את עצמו"²⁶⁵.

אולם, למרות זאת, הקפדה על ניסוח ברור עשויה רק להועיל.

262 ראה ניסוחו של הסמ"ע, חו"מ סימן י"ב סק"ט וסק"כ; והשגת האחרונים בפת"ש שם סק"ג; ערוך השולחן חו"מ סימן י"ב סעיף ז'; שם, סימן כ"ב סעיף א'; שם, סימן י"ג סעיף ז'. ראה גם פד"ר כרך ד' עמ' 70, שם עסק בית הדין הרבני הגדול (בהרכב הרבנים י' בן מנחם, י' הדס, י"ש אלישיב) בשטר שבו קיבל אדם עליו את אשתו כנאמנה לעדות. בית הדין קבע שהשטר חסר תוקף מחמת "קנין דברים", משום שלא נאמר בו במפורש שהקניין מתייחס להתחייבות ממונית.

263 לדבריו של ערוך השולחן, חו"מ סימן י"ג סעיף ז', קביעת הרכב הדיינים כמוה, לענין זה, כקנין על קבלת קרוב או פסול; ובענין קרוב או פסול גילה דעתו בדבריו בסימן כ"ב סעיף א', שצריך לקבל על עצמו ליתן כל מה שיתחייב על פי דינו של הפסול. אבל צריך עיון בדבר (ראה לעיל סמוך לציון 252 ואילך). עובדה היא, שהפוסקים לא דנו בבעיית "קנין דברים" בסימן י"ג (העוסק בקבלת כשרים לדון), אלא רק בסימן י"ב (העוסק בפשרה) ובסימן כ"ב (העוסק בקבלת פסולים). ראה גם נימוקי, סנהדרין דף ד' ע"ב בדפי הרי"ף; לדעתו, "קנין מחזק הדברים" ופותר את בעיית "קנין דברים", כאילו נוסחו הדברים כראוי. כדעה זו נראים דברי הרשב"א בתשובתו שהובאה בב"י חו"מ סוף סימן קצ"ה). כך עולה גם מדברי רש"י, סנהדרין כ"ד ע"ב ד"ה "יוקנו מידו". מדברי המחבר (חו"מ סימן י"ב סעיף ז') נראה שפסק כדעה זו.

לדעתו של א' ור הפטיג, בחיבורו שהוזכר לעיל הערה 23, בעמ' 238, ההסבר לתקפות ההסכם במקרה הזה (לפי הדעה הנותנת לו תוקף), הינו על יסוד דיני סדרי הדין. אין במשפט העברי כלל רחב הקובע חובה לקיים חוזים; אבל סדר הדין העברי מרשה הסכמה בין הצדדים על קבלת קרוב או פסול. לפי סדר דין זה, ברגע שבעלי הדין הסכימו, הרי הקרוב נעשה כשר לגבי בעלי הדין, ודינו יחייב את שניהם. את הצורך במעשה הקניין מסביר ור הפטיג רק על בסיס הדרישה להראות שההסכמה נעשתה בלב שלם, ולמנוע טענת "משטה הייתי בד".

265 שו"ת בית שלמה (סקאלה) סימן ה' (לדעתו, גם הראב"ן, המובא לעיל הערה 260, יסכים, ש"סתמא – הוי באופן המועיל", ולא בא הראב"ן למעט אלא אם אמר בפירוש שהקנין הוא "שלא יוכל לחזור בו", שזהו קנין דברים ממש). כך סבור גם הריא"ה הרצוג, **פסקים וכתבים** כרך ט', חו"מ סימן כ"ח בעמ' פ"ז, וסימן ק"י בעמ' תי"ט. אמנם, לא כל האחרונים מסכימים לדבר: ראה ערוך השולחן, לעיל הערות 262-263; ר"י אייבשיץ, חו"מ סימן י"ב אורים סק"ג; שם, סימן כ"ב סק"ז. בימינו ישנם בתי דין, שבנוסח שטר הבוררות המקובל אצלם אין ניסוח מפורש של התחייבות לשלם (כך, למשל, השטר המקובל בבית הדין הרבני האזורי בירושלים), ויש בתי דין המקפידים על הניסוח (כך, למשל, "בית הדין הבינלאומי" בראשותו של הרב ע' בצרלי). אפשר, שגם אצלם זו רק הקפדה לכתחילה, אבל בדיעבד, אם שטר הבוררות נחתם כבר, אף הם לא יקפידו ולא יפסלו את תוקף השטר, ולא יפקדו בסמכותם לעשות פשרה. ראה עוד בהערותיו של מו"ר הרב ז"ע גולדברג, לקמן נספח ד' הערה כ"א.

יש אומרים, כי הסכם, המסמך אדם אחד להחליט לבדו על פשרה בין הצדדים, אינו תקף. לפי דעה זו, צריכים להיות לכל הפחות שני מפשרים²⁶⁶. לפיכך מומלץ להסכים על שני אנשים ומעלה שיעשו את הפשרה, כדי למנוע טענות ומענות בדבר תקפות ההסכם. כמוכן, כאן מדובר על הסכם המסמך את הבורר **לכונן** את הפשרה, שיחליט עליה, על הצדדים, ולא רק **להציע** פשרה משלו לשיקול דעתם בלבד. בהסכם מן הסוג האחרון, שהוא בעצם עיסקא בדבר שירותי תיווך, אין כל צורך בשני בוררים.

כדאי לציין בפירוש בהסכם הבוררות, כי במקרה של סירוב אחד הצדדים לבוא לדיון בפני הבורר, רשאי הבורר לדון ולהוציא פסק דין במעמד צד אחד. אם לא נכתב כך, עלול הסכם הבוררות לאבד את משמעותו. מחד גיסא, יש אומרים כי הבורר אינו רשאי, לפי ההלכה, לדון במעמד צד אחד, ואפילו הוזמן הצד השני וסירב לבוא²⁶⁷; ומאידך גיסא, דיני הבוררות הישראלים אינם מקנים לבורר סמכות לכונן

266 ראה שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ז'; אבל ראה דברי הבי"ח שם.
267 השאלה איננה פשוטה כלל ועיקר. ראשית יש לברר את הדין בבית דין "רגיל" (כלומר, כזה שיש לו, לפי ההלכה, סמכות אכיפה, בלא צורך בהסכמת הצדדים לבוררות), להבדיל מ"בורר" המוסכם על שני הצדדים. הדין, באופן כללי, קובע:
"אסור לדיין לשמוע דברי בעל דין האחד שלא בפני בעל דין חברו" (שו"ע חו"מ סימן י"ז סעיף ה').

ברם, לא לגמרי ברור כיצד על בית הדין לנהוג במקרה שאחד הצדדים מסרב לבוא לדין לאחר שהוזמן. השאלה היא האם צריך בית הדין להימנע משום כך מלדון בענין. בשו"ע נאמר, כי **כופין** את הסרבן לבא לדין, בעזרת נידוי (שו"ע חו"מ סימן י"א); אולם השו"ע **אינו** דן במקרה, שבו הנידוי אינו מועיל (דבר העשוי בהחלט להיות מצוי בימינו). לדעתו של **החזו"א**, הדין הוא, שבשום פנים אין דנים את האדם שלא בפניו – ואפילו אם בכך ניתנת לסרבן מעין "זכות ויטו" על עריכת דיון בעניינו. זו לשונו של החזו"א (חו"מ סימן ג' סעיף י"א):

"טיבו של כח הדין בדיני ממונות, אינו אלא אחר שישמעו ב"ד טענות שניהם. שבדיני ממונות אין כל עדות מכרעת אלא לעומת הטענות, שהרי, אם ראו עדים שגזלו – יתכן שלקח ממנו החפץ ולא רצה ליתנו, ולכן חטף ממנו, וכן בכל דבר, אפשר שקדמו מאורע נעלם המשנה את כל הדין; **ובלא טענת הנתבע אין על מה לדון.** והנה הכפיה לנתבע הוא בנדוי, וכדאיתא בסימן י"א סעיף א', ולא נחתינן לנכסיו".

לא ברור, האם בסיטואציה שבה הנידוי אינו יעיל כדרך כפיה לבוא לדין, יודה החזו"א שישנה אפשרות להוציא פסק זמני שלא בפני הנתבע, בתורת כפיה. מכל מקום, החזו"א עצמו ער לקשיים שונים העולים מקביעתו הנ"ל. מצינו בהלכה מצבים שונים, בהם דנים את האדם שלא בפניו. ראה, למשל, דינו של **מי שהלך למדינת הים**:

"מלווה שבא להפרע בשטר שבידו שלא בפני לווה, אם יכולין בית דין לשלוח אליו ולהודיעו עד שיעמוד עמו בדין – שולחין ומודיעין לו, ואם אי אפשר להודיעו במהרה – אומרים למלווה שישבע ויטול מנכסיו" (רמב"ם, הלכות מלווה ולווה פ"ג ה"א).

לעתים אף נגרם לנתבע הפסד משום כך, לפי שכאשר יחזור ממדינת הים, כבר לא יהא "מוחזק" בממון (שכבר ניתן לתובע) ולכן לא יהא נאמן לטעון "פרעתי" וכד', ואף על פי כן – אין דורשים מן התובע לחכות עד שישוב הנתבע (ראה למשל: שו"ע אה"ע סימן ע" סעיף ז' וסעיף י'; ח"מ סק"ב שם). אכן, הרשב"א קובע מפורשות שדינו של הסרבן דומה לדינו של מי שהלך למדינת

את הסרבן לבוא לפניו²⁶⁸.

הים. זו לשון הרשב"א (הובאה בב"י, חו"מ סימן שפ"ח):
 "לפעמים אנו מקבלים עדים שלא בפני בעל דין, שהרי אמרו 'היה הוא חולה או עדי חולים'
 וכו' מקבלין שלא בפניו; ואפילו בששלחו ולא בא היא המימרא, וכן פירשה הראב"ד ז"ל,
 והוא הנכון".

ראה גם דברי החת"ס (חו"מ סימן קס"ב):
 "מה שקיבלו עדות שלא בפני הבעל דין – יפה עשו, וכדין תורה, יען שלחו אחריו כמה
 פעמים וסירב לעמוד לפניהם".

אמנם, שם מדובר בענין כעין פלילי, ולא בדיני ממונות; אולם נראה שאין הבדל בין המקרים.
 גם קביעתו של החזו"א, שדברי העדים המעידים כי הנתבע חטף מהתובע, אינם רלוונטיים
 כשלעצמם, בלא לשמוע את טענת הנתבע – הינה קביעה שלכאורה קשה ליישבה עם דברי
 ראשונים. ראה, למשל את דברי המרדכי ב"ב סימן תקכ"ח, המסביר, כי מי שמודה שחטף
 מחבירו, אפילו הוא טוען ששלו הוא החפץ שחטף – דין היה שייפסל מיד לעדות ולשבועה, אלא
 שאין אדם משים עצמו רשע. המרדכי (שם) אף מסביר בדרך זו את הדין המפורסם בענין "נסכא
 דרבי אבא" ("מחויב שבועה שאינו יכול ליטבע משלם"): עצם העובדה שחטף את החפץ (כפי
 שהודה וכפי שהעד מעיד) פוסלת אותו לשבועה (למרות האפשרות התיאורטית שהחפץ הוא שלו,
 כפי שהוא טוען).

על כל פנים, לדעתו של החזו"א, לעולם אין לדון אדם שלא בפניו, ואפילו הוא מסרב לבוא. ראה
 בענין זה גם מאמרו של פרופ' ז' לב, "דיני ממונות במעמד צד אחד", **תחומין** י' עמ' 151 ואילך;
 ומאמר התגובה של הרב א' שרמן באותו כרך, בעמ' 168 ואילך.

אמנם, במקרה של בורר מוסכם – להבדיל מבית דין הון בכפיה – מסתבר, שאף החזו"א
 יסכים, כי בית הדין רשאי לדון שלא בנוכחות הצד הסרבן. זאת, אף אם אין בהסכם סעיף
 מפורש העוסק בדין במעמד צד אחד. מכל מקום, לצאת מן הספק, הטענות והמענות, מומלץ
 לכתוב במפורש בחוזה, כי הצדדים מרשים לבורר לדון שלא בפניהם, במקרה של סירוב לבוא.
 גם אם נניח כי בית דין רשאי לדון אדם שלא בפניו לאחר שהוזמן ולא בא ואפילו בלא שההסכם
 מתייחס לכך מפורשות, מכל מקום, להתייחסות המפורשת בהסכם ישנו יתרון חשוב. כאשר יש
 הסכמה מפורשת על כך, שבית הדין מוסמך לדון בהיעדר צד אחד, הרי לא רק שבית הדין רשאי
 לעשות כן, אלא שוב אין לראות **כל פגם** בכך שבעל הדין לא יבוא. הדיון שיקיים בית הדין לא
 יהא עוד "רע במיעוטו". העובדה, שבית הדין עלול להיכשל אולי בפסק דינו בחוסר דיוק משום
 שלא יוכל לרדת כראוי לחקר האמת, אינה מעוררת כל בעיה, שכן על כך **הסכימו** הצדדים. ענין
 זה דומה לנדון של ערוך השולחן, סימן י"ג סעיף ח':

"יש הדיינים לשמוע טענותיהם מפייהם, דמתוך דבריהם ילמדו להבין מי הוא הטוען אמת
 ומי טוען שקר; ולא לבא בטענות סדורות על הכתב, ומיפה אותן בתקון לשונו כפי אשר בדה
 מלבו טענות שקריות... ואם שני הבעלי דין מתרצים ליתן הטענות רק בכתב, ולא בעל פה –
 הרשות בידם, ואין הדיינים יכולים למחות בהם, **דכיון שהם עצמם לא יחושו לקלקול** –
אנו מה איכפת לנו?"

אגב, בנושא הזה ניכר הבדל בולט ואופייני בין שיטת המשפט הישראלי לבין שיטת ההלכה. דיני
 מדינת ישראל אינם מחייבים בשום מקרה את הנתבע לבוא לדין; אלא שזה מסתכן בכך שבית
 הדין יפסוק את הדין על סמך כתב התביעה בלבד (ראה תקנה 157 (2) לתקנות סדר הדין
 האזרחי, תשמ"ד-1984). ההלכה, לעומת זאת, מחייבת את הנתבע להתייצב ולהשיב על טענות
 התובע (וכפי שראינו, יש אומרים שהדבר הינו תנאי שבלעדיו אין לדון).

268 שהרי החוק אינו מעניק לבורר סמכות לכפות הבאת בעל דין לפניו (אלא רק להוציא פסק דין
 שלא בפניו. ראה סעיף 15 (א) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968). אמנם, אפשר שיכול הבורר לכוף
 על בעל דין לבוא ולהשמיע טענותיו **בתורת עד** (מכח סעיף 16 (א) (1) וסעיף 16 (א) (2) לאותו
 חוק); אבל לא ניתן לחייבו לבוא כדי לאפשר את שמיעת עדי הצד השני וכדומה.

ו. שמיטת כספים

נושא נוסף, שהוא ייחודי להלכה, הוא שמיטת כספים. יש להסב את תשומת לב הצדדים לאפשרות להתנות בשטר במפורש, שלא ישמיט בעל החוב את החוב בשביעית. לעתים שוכח אדם לעשות פרוזבול, והחובות שבחווה עלולים אפוא להישמט מידי, אם לא הכניסו בחווה סעיף התנאה כזה.²⁶⁹

ז. גובה הפיצויים בגין הפרת חווה

במקרים, בהם מכירה ההלכה בתוקפה של התחייבות אדם לקיים חווה²⁷⁰, הרי הפרת החווה תגרור חיוב פיצויים מסוימים²⁷¹. ברם, **שיעור** הפיצויים בהלכה הוא שונה משיעור הפיצויים שמחייבים דיני מדינת ישראל. שני הבדלים עיקריים קיימים בעניין זה בין ההלכה לבין דיני מדינת ישראל, ואלו הם:

1. דיני מדינת ישראל קובעים²⁷² כי שיעורם של פיצויים בגין הפרת חווה הוא "פיצויים חיוביים", כלומר, פיצויים שיביאו את הנפגע למצב הכספי שבו היה עומד **אילו קיים** החווה. הרעיון הגלום מאחורי הדין הזה הוא שהקשור בחווה אחראי לקיומו, פיזית, באכיפה – או כספית, בפיצויים. לעומת זאת, חיוב הפיצויים **שבהלכה** – מוגבל הוא, בדרך כלל, לכל היותר ל"פיצויים שליליים", כלומר, פיצויים שיביאו את הנפגע למצב שבו היה עומד **לולא נכרת** החווה, ולא למצב בו היה עומד **אילו קיים** החווה.

2. דיני מדינת ישראל מביאים בחשבון הנזק גם את מניעת הרווח²⁷³, ואילו ההלכה אינה מחייבת את המזיק לשלם בעבור מניעת הרווח²⁷⁴. לפיכך, צדדים לחווה

269 על ניסוח התנאי הזה ראה לעיל, פרק שלישי, סעיף א-5 (סמוך לציון 143 ואילך).

270 ראה לעיל, פרק ראשון.

271 ראה למשל, מרדכי, סנהדרין פרק זה בורר, סימן תשי"ז, בענין "לך ואני אבוא אחרוך". המפר אינו יכול להפטר מפיצויים על הנזק שגרם, ע"י התגוננות בטענת "גרמא". הסיבה לכך היא שרואים נזק זה כ"גרמא" (כך סבור מו"ר הרב ז"י גולדברג במאמרו "התחייבות למכור בזכרון דברים", **תחומין** י"ב בעמ' 296) או מפני שאנו רואים את המצב כאילו התחייב כך, "מכללא".

272 סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה), כפי שנתפרש ע"י בית המשפט העליון (במקומות רבים; ראה, לדוגמא, ע"א 355/80 **אניסימוב נגד מלון טירת בת שבע**, פ"ד ל"ה (2) עמ' 800, בעמ' 808). ראה ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 578; טדסקי, ברק, אנגלרד, חשין, **דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית**, עמ' 571-572 הערה 2.

273 ראה הגדרת המונח "נזק" בסעיף 1 לחוק הנ"ל.

274 "המבטל כיסו של חבירו, אין לו עליו אלא תרעומת" (ירושלמי ב"מ פ"ה ה"ג). ראה גם דבריו של מו"ר הרב ז"י גולדברג במאמרו הנ"ל (בהערה 271).

אמנם, קביעה זו אינה חד משמעית, וניתן למצוא סימוכין מסוימים לחיובו של המזיק בנוק שגרם. לפי דעת חלק מן הפוסקים, ניתן לחייב את המעכב לשלם פיצויים בגין מניעת רווח על יסוד **המנהג** (ראה דבריו של השופט הרב אסף בע"א 207/51 **"אגד" נגד ברנדס**, פ"ד ו' עמ'

המעוניינים בפיצויים "חיוביים", ומעוניינים שמניעת רווח תובא בחשבון הנזק – יתנו זאת במפורש בחוזה²⁷⁵.

ח. יפוי כח בלתי חוזר

מתן יפוי כח ומינוי שליחות הינן, על פי ההלכה, פעולות הניתנות לביטול. כלומר, שני הצדדים – השליח והמשלח – יכולים בכל עת לחזור מהם. השליח, מצדו, אינו משועבד כלל לבצע את הפעולה שלשמה נשתלח²⁷⁶; ואילו לשולח יש תמיד הכח

1089, בעמ' 1103, בשם "בית הלל" לשו"ע יו"ד סימן ק"ע). לפי דעות אחרות, ניתן להטיל חיוב על יסוד דיני "גרמין" או על בסיס החיוב **לצאת ידי שמים** ב"גרמא"; ראה נ' רקובר, "פיצויים על עיכוב כספים" **תורה שבע"פ** י"ט (תשל"ז) קכ"ו, בעמ' קע"א-קע"ח. מקור אפשרי נוסף לחיוב הוא מדין "נהנה", וזאת כאשר המעכב הפיק הנאה כספית מעיכוב התשלום. במקרה זה חייב הוא להשיב למעוכב את העושר שעשה על חשבוננו (ראה המקורות המובאים במאמרו הנ"ל של רקובר, בעיקר בעמ' קמ"ד ואילך). כך היא גם דעתו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג במאמרו הנ"ל (בהערה 271). מקור אפשרי נוסף לחיוב הוא על יסוד **הסכמה** הדדית מראש (למשל, בגוף החוזה). הכלל הוא, ש"כל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום לו הפסד – שהוא חייב" (מרדכי, ב"ק פרק הגוזל, סימן קט"ו, וראה לקמן דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג בנספח א'). מו"ר הרב א' שפירא, במאמרו "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" **תחומין** ג' עמ' 239, הביא דברים אלה של המרדכי, והוסיף עוד לומר, שייתכן שיש מקור נוסף לחייב את המזיק בגרמא, ואפילו **לא** קיבל עליו את הדבר מראש. זאת, **על יסוד דיני מדינת ישראל**, שההלכה עשויה להכיר בהם כ"**תקנת הקהל**". לדעתו של בעל "ערוך השולחן" (חו"מ סימן ס"א סעיף י"א), אין המעכב פטור אלא במקרה של "מניעת הריח מעסק שאינו קבוע אצלו למחייתו", שזה "לא מקרי היזק, אבל מעסק **קבוע** אצלו למחייתו – **שפיר מקרי היזק**, ולא הוי אסמכתא (ראה ההערה הבאה – ד' ב'). וכן אם הפסיד לו על ידי זה מסחור כריד הקבוע מזמן לזמן, שפיר מקרי היזק". בעל "ערוך השולחן" הוכיח כן מדיני דבר האבד בחול המועד, שנתבאר בטושו"ע או"ח סימן תקל"ט. בדומה לכך כתב החת"ס (חו"מ סימן קע"ח), כי מסתבר, שאם מניעת הרווח היא **וודאית**, חייב לשלם, ולא אמרו שפטור אלא כשהניזוק אינו יכול להוכיח את מניעת הרווח בוודאות גמורה.

לדיון בסוגיא ראה שו"ת חת"ס שם; מאמרו הנ"ל של נ' רקובר; א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק ב' סעיף ל"ב, עמ' 72 ואילך; הרב ש' דיכובסקי, במאמרו "הצמדת חוב למדד" **תחומין** ו' עמ' 208, בעמ' 210-211; ש' ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי** עמ' 341-346. ביבליוגרפיה נוספת מובאת בספרו של נ' רקובר, **אוצר המשפט** חלק א' עמ' 411, וחלק ב' עמ' 417.

275 אמנם, לדעתו של "ערוך השולחן", חו"מ סימן ס"א סעיף י"א, הסכמה כזו היא אסמכתא, בדרך כלל, ואינה תקפה. אולם בין הפוסקים ישנן, כנראה, דעות שונות בנושא. ראה דיון ממצה בספרו של ש' ורהפטיג **דיני חוזים במשפט העברי** בעמ' 341-347. ברם, גם אם בהתחייבות עצמה ישנה בעיית אסמכתא, מכל מקום, הקנס המותנה בהפרת החוזה (שכבר המלצנו לכלול אותו בכל חוזה), או השבועה (שניתן לכללה בכל חוזה) נותנים מענה לבעייה. על כך ראה לעיל פרק שלישי, סמוך לציון 157 ואילך.

276 ראה קידושין נ"ט ע"ב. אמנם, כחו של השליח לפעול כשליחו של המשלח, מוגבל לתנאים שבהם נשלח: "האומר לשלוחו, צא וקדש לי אשה פלונית במקום פלוני, והלך וקדשה במקום אחר – אינה מקודשת" (קידושין נ' ע"א).

לבטל את מינויו של השליח²⁷⁷, עד ביצועה של השליחות בפועל. כך הוא הדין גם ביפוי כח הניתן לטובת אדם שלישי או לטובת מיופה הכח עצמו.

כחו של המשלח לחזור בו אינו תלוי גם בניסוח מינוי השליחות. גם אם המשלח כתב וחתם על שטר, שבו הוא נותן לשליח "יפוי כח בלתי חוזר", ומוותר על כחו לחזור בו – עדיין יוכל לבטל בכל עת את השליחות²⁷⁸. התחייבות של המשלח, שלא לחזור בו, גם היא אינה תקפה, שהרי אין היא אלא "קנין דברים"²⁷⁹. הדבר היחיד העשוי להביא, בסבירות גבוהה, לכך שהמשלח לא יחזור בו, הוא "קנס" מותנה. כפי שכבר הוסבר לעיל²⁸⁰, ניתן ומומלץ לאבטח את כל פרטי החוזה ע"י התחייבות ממונית, שמחילתה מותנית בקיום החוזה. התחייבות כזו היא "מנוף" שבעזרתו ניתן לאכוף את כל סעיפי החוזה. צד לחוזה שבו כלולה התחייבות מותנית שכזו, היא אנוס לקיים את התחייבויותיו, לרבות אלה שאין להן כשלעצמן תוקף הלכתי, מאימת הקנס. גם בענייננו ניתן למנוע בצורה זו את ביטול השליחות, ע"י הכללת התחייבות מפורשת שלא לבטל את יפוי הכח בגוף החוזה²⁸¹.

ברם, לעת עתה חשיבותה של תוספת כזו הינה מוגבלת, שכן השימוש ביפוי כח אינו נעשה בבית דין (הדן לפי ההלכה) אלא בלשכת רישום המקרקעין או בגופים אחרים השייכים למדינה; גופים אלה נוהגים לפעול לפי דיני מדינת ישראל, ולא לפי ההלכה.

ט. כללי הפרשנות

במגמה שחוזרה יעמוד בבית דין הדן על פי ההלכה, יש להביא בחשבון בעת ניסוחו את כללי הפרשנות המקובלים בה. כללים אלה הינם שונים בתכלית מאלה של דיני

277 ראה, למשל, גיטין ס"ב ע"ב; ראה גם דבריו של א' גולאק, יסודי המשפט העברי חלק א' סעיף י"א:

"אם נתחקה על תוכן השליחות על פי דיני ישראל ועל היחסים המשפטיים, שבין השליח והמשלח, נראה, כי השליחות אינה מעמידה יחס של התחייבות בין השליח ומשלחו. ובה נבדלת השליחות הבדל עיקרי מן Mandatum של תורת המשפטים הרומית והמודרנית, שעל פיו איש אחד מתחייב למלאות את פקודתו של אחר המשלחו".

278 ראה לשון הר"ן בתשובתו סימן מ"ג (הובאה בב"י אה"ע סוף סימן קל"ד):
 "שאיני מוצא בשום מקום בשום ענין בעולם שיכול אדם לבטל בענין שלא יוכל אחר כך לבטל שליחותו... היאך אפשר שיכול אדם לסלק כחו מחמת שום בטול שיעשה עכשיו, שלא יוכל אחר כך לבטל שליחותו, זה איני מוצא לו מקום ולא ענין".

ראה גם נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, עמ' 75, הערה 135.

279 ראה לעיל, פרק ראשון, בסביבת ציון 25 ואילך.

280 ראה לעיל, פרק ראשון, סעיף ב, סמוך לציון 69 ואילך.

281 ראה דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה כ"ב.

מדינת ישראל. למשל, הכלל "פירוש נגד המנסח"²⁸² אינו מוכר בהלכה. הכלל ההלכתי העיקרי בפירוש חוזים הוא "יד בעל השטר על התחתונה"²⁸³. כלומר, בכל מקרה של אי בהירות²⁸⁴ מפסיד התובע המעוניין להסתמך על השטר, ומרוויח הנתבע²⁸⁵. לכן, כדאי לו לבעל חוזה לדאוג לכך, כי התחייבויות משנהו ייכתבו בצורה בהירה וברורה, שאינה משתמעת לשתי פנים ואינה משאירה מקום לפרשנויות שונות.

282 ראה ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 320-323.

283 שו"ע חו"מ סימן מ"ב סעיף ה' (ראה שם גם כללי פרשנות נוספים).

כלל פרשנות זה ישנם יוצאים רבים מן הכלל; לעיתים מכריעים ומפרשים את הלשון (המשתמעת, כשלעצמה, לשתי פנים) לפי אומדן דעת הצדדים, ואפילו לטובתו של התובע ונגד בעל השטר; ראה שו"ת הרשב"א ח"ד סימן קפ"ו. לדוגמה ראה שו"ע שם סעיף ט'; באה"ט לשו"ע חו"מ סימן ע"א סק"א.

נוסף לכך, נראה שהצדדים יכולים להתנות על כלל הפרשנות בעזרת ניסוח מתאים. ראה שו"ע חו"מ סימן מ"ב סעיף י'.

"הרבה מהמפרשים כתבו, שעכשיו שנהגו לכתוב 'דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי', אמרינן בכל לשון מסופק: יד בעל השטר על העליונה".

הרמ"א מעיר שם בלשון זו:

"וכן לשון שהוא כולל יותר ליפוי כח בעל השטר, וסתמא משמע כך לפי דעת השומעים, דנין אותו כך, אפילו ליפוי בעל השטר".

284 מונח המשתמע – ואפילו בדוחק – לשתי פנים, גם הוא יוביל לאותה תוצאה; זאת, אף אם ברור לגמרי, שבפניהם של **רוב** האנשים משמש המונח במשמעות אחת בלבד; "אין הולכים בממון אחר הרוב" (ב"ק כ"ו ע"ב). ברם, אם ישנה משמעות אחת מקובלת "בפי הכל", ומשמעות אחת שאינה מקובלת, הדין נקבע לפי המשמעות המקובלת. ראה ב"ב ל' ע"א, בענין "נכסי דבי בר סיסין"; רמב"ם, מכירה פכ"א הלכה כ"א; שו"ת הרשב"א, חלק ב' סימן רס"ט. ישנם גם מקרים בהם מתפרש כפל המשמעות דווקא לטובתו של בעל השטר, התובע. ראה לשונו של הריטב"א בחידושו לקידושין, ו' ע"ב:

"נתתי שדה פלוני דמשמע להבא ולשעבר, וכן יגט זה בטל הוא משמע שתי לשונות; ודין בהן בכל מקום כאלו היו כותבין שתי לשונות בפירוש, לשון הודאה ולשון הקנאה; וזוכה בעל השטר באי זה שירצה, ואין בזה משום יד בעל השטר על התחתונה".

לא לגמרי ברור מהו הכלל המנחה בנושא.

לעמדת החוק בשאלה זו, ראה סעיף 25 (ג) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973; חוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 5.

285 ולכן, הדעה המקובלת היא, שאם המוחזק הוא המסתמך על השטר (כגון שהשטר הוא שובר, כלומר קבלה על תשלום חוב) – אזי ידו על העליונה. אמנם, יש חולקים וסבורים, כי כל המנסה להסתמך על שטר, דינו כתובע ולא כמוחזק, וידו על התחתונה תמיד (ראה על כך: שו"ע חו"מ סימן מ"ב סעיף ח' בהגהת הרמ"א; שם, סימן ל' סמ"ע סקכ"ח; שם, סימן מ"ג סעיף כ"ה; שם, סימן מ"ד סעיף ו'; שם, סימן מ"ו באה"ט סקפ"ח; שם, סימן מ"ז באה"ט סקמ"ג; שם, סימן מ"ט סעיף ח' ובאה"ט על אתר; שם, סימן נ"ב באה"ט סק"י; שם, סימן נ"ד סעיף ה').

הדבר מקבל חשיבות גדולה עוד יותר, לאור העובדה, שגם עקרון תום הלב, המשפיע רבות, במשפט הישראלי, על פירוש החוזה ואומדן דעת הצדדים²⁸⁶, אינו מוכר כעיקרון משפטי בהלכה. הצדדים עצמם הם האחראים הבלעדיים לניסוח החוזה ותנאיו, ובית הדין לא יעשה את מלאכתם במקומם, ולא ישלים בחוזה דברים, שזכרם לא בא בתוכו בפירוש. נמצא, שיש להקפיד ביותר על ניסוח מפורט ומפורש.

י. עילות ביטול

החוק הישראלי קובע, כי מי שכרת חוזה עקב הטעיה שהטעהו הצד השני, רשאי לבטל את החוזה²⁸⁷. כמו כן בעל חוזה, אשר הצד השני הפך את החוזה עמו, רשאי לבטל את החוזה (לאחר שנתן תחילה ארכה למפר וזה לא עמד בה)²⁸⁸.

בהלכה, לעומת זאת, אין אנו מוצאים, כי ההפרה או ההטעיה, כשלעצמן, הינן עילות ביטול²⁸⁹. אמנם, ההלכה אוסרת את ההטעיה באיסור חמור²⁹⁰, וגם הפרת החוזה

286 ראה ג' שלו, דיני חוזים עמ' 55; וראה דבריו של השופט ברק בבג"צ 59/80, שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נגד בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (1), בעמ' 834.

287 חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 15.

288 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), סעיף 7 (ב). הפרה "ייסודית" מזכה את הנפגע בזכות לביטול החוזה בלא צורך בארכה; ראה שם סעיף (א). אולם כאן אנו עוסקים בהפרה שאינה "ייסודית", משום שבהפרה כזו ניתן לראות הבדל בין ההלכה לבין החוק הישראלי. ראה לקמן.

289 לדעתו של ש' ורהפטיג בספרו דיני חוזים במשפט העברי עמ' 93 ואילך, ההלכה מכירה בהטעיה כעילה לביטול חוזה; אלא שיש לבעל הדין מקום לחלוק על ראיותיו, ואין כאן המקום לדיון מפורט.

290 הדבר נאמר במקומות רבים; נביא כאן דוגמאות מעטות. זו לשון השו"ע (חו"מ סימן רכ"ז סעיף א'):

"אסור להונות את חבירו בין במקחו בין בממכרו".

במקום אחר פירט השו"ע יותר; זו לשונו (סימן רכ"ח סעיף א'):

"אסור לרמות בני אדם במקח וממכר, או לגנוב דעתם, כגון, אם יש מום במקחו – צריך להודיעו ללוקח. אף אם הוא עכו"ם, לא ימכור לו בשר נבילה בחזקת שחוטה".

הרמב"ם, דעות פרק ב' הלכה ו', מאריך בדבר:

"אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי. ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב, אלא תוכו כברו, והענין שבלב הוא הדבר שבפה. ואסור לגנוב דעת הבריות, ואפילו דעת הנכרי. כיצד? לא ימכור לנכרי בשר נבילה במקום בשר שחוטה, ולא מנעל של מתה במקום מנעל של שחוטה, ולא יסרהב בחבירו שיאכל אצלו, והוא יודע שאינו אוכל, ולא ירבה לו בתקרובת, והוא יודע שאינו מקבל, ולא יפתח לו חביות שהוא צריך לפותחן למוכרן, כדי לפתותו שבשביל כבודו פתח, וכן כל כיוצא בו. ואפילו מלה אחת של פיתוי ושל גניבת דעת – אסור, אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות".

ראה גם גמרא חולין צ"ד ע"א; רמב"ם, הלכות דעות פרק ה' הלכה י"ג; הלכות מכירה פרק י"ח הלכה ב'.

הינה דבר מגונה: מי שאינו עומד בדיבורו, "אין רוח חכמים נוחה הימנו"²⁹¹. **אף על פי כן, אין אלה עילות ביטול.** רק הפרה²⁹² או הטעיה²⁹³, אשר הדעת נותנת, כי אילו היה הנפגע יודע עליהן מראש, לא היה מתקשר בעיסקא (בלשון החוק הישראלי – הפרות "יסודיות"), הן עילות לבטלותו של המקח מעיקרו²⁹⁴. הנימוק לכך הוא, שלא

291 ואפילו "הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדיבורו... וכל החוזר בו אע"פ שאינו חייב לקבל מי שפרע – הרי זה ממחוסרי אמנה, ואין רוח חכמים נוחה הימנו... שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו" (רמב"ם מכירה פ"ז ה"ח).

משמעותו של הביטוי "אין רוח חכמים נוחה הימנו" מתבארת בדברי הרשב"ם במלים "חרון אף גורם להן, שכוּעסין עליו" (רשב"ם, ב"ב קל"ג ע"ב ד"ה אין). ביטוי זה שכיח במקומות רבים בגמרא; ראה למשל משנה ב"ב שם; בבא קמא, צ"ד ע"ב. מצויה גם הדוגמא ההפוכה: "המחזיר חוב בשביעית, רוח חכמים נוחה הימנו" (שביעית פרק י', משנה ט').

292 ראה שו"ע חו"מ סימן ק"צ סעיף י'.

293 לדוגמא, אשה שהסתירה מבעלה, טרם הנישואין, את העובדה שהיא אסורה לו על פי דין, אינה זכאית, בעת הגירושין, לדרוש מן הבעל לממש את האחריות שנטל על עצמו בקשר לכניסה שאבדו ("נכסי צאן ברזל"), לפי שחזקה היא, שאילו ידע על כך, לא היה מסכים לישאנה ולטול על עצמו את האחריות הזו (ראה שו"ע אה"ע סימן קט"ז סעיף א'). לעומתה, אשה המתגרשת משום "רואה דם מחמת תשמיש" (אשה, שלאחר שנישאה, התברר כי התשמיש גורם לה לראות דם ולהיטמא, ובכך להאסר על בעלה), זכאית, לדעות מסוימות (ראה ח"מ אה"ע סימן קי"ז סק"ב, ובי"ש שם סק"ב; אבל ראה ב"מ שם, וחזו"א אה"ע סימן ע"ט סק"ה), לאחריות זו – בין השאר משום שהיא לא ידעה על בעייתה ולא הטעתה את הבעל (שם בח"מ ובי"ש; הבדלים מסוג זה ראה גם באוצה"פ אה"ע סימן ל"ט סעיף ה' סק"ב אות י"ג בשם דברי מלכאל ח"א סימן פ"ו אות ו' ז', המבחין, לעניינים מסוימים, "בין קדש שתמא ובין חקר והטעתו"). בדומה לכך, לפי דעות מסוימות, השאלה אם יש לאשה תוספת כתובה תלויה לפעמים בשאלה אם היתה הטעיה מצידה, ולא רק טעות (כך, למשל, מבחין הרמב"ן בין הרואה דם מחמת תשמיש – שלדעתו, זכאית היא לתוספת, אף שאין לה עיקר כתובה – לבין בעלת מום, שאינה זכאית לתוספת. ראה מ"מ לאישות פכ"ה ה"ח). אולם גם הבסיס להבחנה זו אינו ההטעיה כשלעצמה, אלא אומדן דעתו של הבעל, שאין אדם מקנה מתנה לרמאית. נוסף לכך יש להזכיר, כי אין הלכה כדעה זו (אלא כרמב"ם), שלרואה דם מחמת תשמיש אין לא עיקר ולא תוספת כתובה, ולפי זה אין הבדל בין בעלת מום שהטעתה את הבעל לבין רואה דם מחמת תשמיש, שלא ידעה על בעייתה. ראה שו"ע אה"ע סימן קי"ז סעיף א' ונו"כ שם. ראה עוד לקמן הערה 295.

294 דין "מקח טעות" יסודו בכך, שבכל עיסקא שעושים אנשים, ישנו תנאי מכללא, שאם יש במקח מום – או שהתנאים גרועים במידה רבה מן המקובל, וכדומה – העיסקא תהא בטלה מעיקרה. זו לשון הרמב"ם (הלכות מכירה פרק ט"ו הלכה ג"ה):

"המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא... כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה – מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום – הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש; **שכל הנושא ונותן סתם – על מנהג המדינה הוא סומך**".

ההלכה מכירה בתוקפם של תנאים, גם אם אינם מפורשים – אם הם מובנים מאליהם: "אי איכא אומדנא דמוכח – נתבטל המקח" (הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף ד'), "לעולם אמדינן דעת הנותן; אם היו הדברים מראים סוף דעתו, עושים על פי האומדן, אף על פי שלא פירש" (שו"ע חו"מ סימן רמ"ו סעיף א'). ראה גם, לשון כיוצא בזה בענין אחר, ברמב"ם

על דעת כן נכרתה העיסקא. הפרה והטעיה שאינן מסוג זה (אינן "יסודיות") – אינן מהוות, בדרך כלל²⁹⁵, עילות לביטול.

דוגמא העוסקת בהטעיה מובאת בשו"ת "חוות יאיר"²⁹⁶:

"לוי שבא לשמעון ואמר לו, 'ביתך הפנוי... מכור אותו לי'. ואמר לו (שמעון): 'אם תתן לי מחירה 500 רייכס טאליר – אתננה לך'. אמר לוי: 'אתן לך 300'. השיב לו שמעון: 'כבר רוצה נפתלי ליתן לי 350 רייכס טאליר'; ונשבע בנקיטת חפץ: 'שאם יבוא היום אחד, ויתן לי בעדה 400 רייכס טאליר, לא אתננה לי'. ומפני כך, נתן לו לוי 410 רייכס טאליר, וקנה הבית. ויהי העם כמתלוננים, שקנה בית ביוקר מאד. שאל לוי לנפתלי, אם אמת הוא, שביקש ליתן 350 רייכס טאליר בעד הבית, והשיב: 'לא היו דברים מעולם; ואם ביקש ליתנה לי בעד 300, לא חפצתי לקחתה'. ותבע לוי

מכירה פי"ט הלכה ו'; יש עוד רבים רבים נוספים). כאן המקום לציין, כי בטלותה של עיסקא מחמת "מקח טעות", תיתכן בהחלט גם במקרה שאיש מן הצדדים לא יכול היה לדעת על הטעות, ושניהם נהגו בתום לב. טול, לדוגמא, את הרואה דם מחמת תשמיש (ראה לעיל הע' 293). הדין הוא שהכתובה, שכתב לה בעלה, הינה בטלה מעיקרה, מחמת מקח טעות. זאת, למרות שהאשה, במקרה זה, תמימת לב לחלוטין, שהרי לא יכולה היתה לדעת על המום שבה. 295 רק במקרים בודדים מהווה ההטעיה כשלעצמה עילה להפקעת ההתקשרות; ואף מקרים אלה מנומקים בעקרונות כלליים בלבד. כך, למשל, קובע הרמ"א (אה"ע סימן ע"ז סעיף ג):

"אם עשה דלא כהוגן, שקדשה ברמאות ובתחבולות, כופין אותו לגרש". אמנם, ראה הסייג שבדברי הפת"ש שם סק"ח. מקורו של דין זה בשו"ת הרא"ש, כלל ל"ה סימן ב'; הרא"ש מבסס את קביעתו על דבריה של הגמרא ביבמות ק"י ע"א:

"הוא עשה שלא כהוגן, נעשה עמו שלא כהוגן".
גם הח"מ, בסימן ע"ז סק"ח, קובע, לגבי מי שנשא אשה ברמאות ובתחבולות:
"אין יורש אותה, דלענין ממון ודאי אמרינן 'הוא עשה שלא כהוגן', ואיך יהיה חוטא נשכר".

הב"ש, בסימן קי"ז סוף סקכ"ד, משליך למקרה מקביל. הוא קובע, כי במקרה שאדם נשא אשה אשר העלימה ממנו פגמים מסוימים שבה, רשאי אותו אדם, למרות חרם דרבינו גרשום, לגרשה על כרחא – "כיון שעשתה שלא כהוגן".

למרות האמור, נראה, כי אלה אינם אלא חידושים נקודתיים, האמורים במקרים קיצוניים בלבד, הנתונים לשיקול דעתו של בית הדין בכל מקרה הבא לפניו; אין כאן עיקרון מחייב, כמו זה הקיים בחוק החוזים הכללי.

יתירה מזה: יתכן, שמדובר כאן במקרים של הטעייה יסודית דווקא, ומטעם מקח טעות. אמנם, לפי זה לא ברור, לכאורה, מדוע נזקקו הפוסקים לנימוקים "איך יהיה חוטא נשכר" ו"הוא עשה שלא כהוגן", ולא הסתפקו בטעם "מקח טעות". אולם ניתן להסביר זאת בכך שביטול מקח מחמת טעות אינו ביטול ודאי. כך, לדוגמא, אשה שנתקדשה "סתם" (היינו, בלא תנאי), ואחר כך נמצא בה מום, אינה מותרת לשוק בלא גט, משום החשש שמא נתרצה בעלה וקידש אותה אפילו היא בעלת מום (ראה שו"ע אה"ע סימן ל"ט סעיף ה'). אפשר, שמשום כך נזקקים הפוסקים לנימוקים "הוא עשה שלא כהוגן", ו"איך יהיה חוטא נשכר". מכל מקום, אין אפשרות להוכיח מכאן כלל על מקרים של הטעיה שאינה יסודית. ראה עוד לעיל הערה 293.

ראה דבריו של מו"ר הרב ז"ל גולדברג לקמן נספח ד', הערה כ"ג.

296 סימן ס"ט; הובא בפת"ש לחו"מ סימן ר"ז סק"ט.

לשמעון בדין. והשיב (שמעון): 'בענין נפתלי – להשביח מקחי אמרתי שקר, כי זה דרך התגררים, לשבע שכך קנו הסחורה, אף כי שקר הוא. ועל דבר השבועה שנשבעתי, הייתי אומר בפי ומבטל בלבי, ואם חטאתי – אקבל דין שמים. ומלבד זה, אמת נשבעתי, כי אם בו ביום נתן לי אחד בעד הבית 400 רייכס טאליר – לא מכרתי לו הבית, מפני השבועה שנשבעתי; ועל דעת כך נשבעתי, כי ידעתי, שאין אדם בעולם יתן לי כל כך; לכן סמכתי על זה – שלא הזיק לי השבועה, ואין כאן שבועת שוא כללי'.

בתשובתו קובע ה"חוות יאיר", שאין אפשרות משפטית לנקוט בסנקציה כלשהי כנגד המוכר הממולח. הוא מדגיש, אמנם, כי דרך פעולתו של שמעון – "עוון פלילי הוא"; אלא שאף על פי כן, הוא פוסק כי אם כבר נעשתה העיסקא – והמעוות שולמו תמורת הבית – **אין בדיני אדם תרופה למכה**²⁹⁷. זו לשונו:

"נראה לי, שמעון פטור מדין אדם, אף על פי שהתל שמעון בו בערמתו... ולוי לא שאל פיו (של נפתלי) לפני קנייתו, וסמך על הימנותיה... **ויש לו תרעומות** על חברו ועל עצמו... ופתי יאמין"²⁹⁸.

לפי דיני מדינת ישראל, לעומת זאת, יתכן כי הנפגע היה זכאי במקרה הנדון לביטול המקח בשל הטעיה²⁹⁹; מכל מקום בודאי זכאי הוא, לכל הפחות, לפיצויים בשל

297 לא ניתן לבטל את המקח מחמת "אונאה" (ראה שו"ע חו"מ סימן רכ"ז), שכן גזירת הכתוב היא, שאין אונאה למקרקעין (שם, סעיף כ"ט). ישנן דעות, שאם מכר במחיר הגדול מכפליים מן המחיר הרגיל, המקח חוזר. הרמ"א שם הביא דעה זו בהגהתו, אבל בד"מ על אתר כתב שהמוציא מחברו עליו הראיה.

298 צריך עיון מדוע לא חייב ה"חוות יאיר" את הרמאי בנזק, מדין "גרמיי". לפי ההלכה, המטעה את חברו ברשלנות, חייב בנזקו (בתנאי שעשה זאת בודעו, שחבירו יסמוך עליו. ראה ב"ק ק' ע"א; שו"ע ורמ"א, חו"מ סימן ש"ו סעיף ו', ושי"ד שם סק"ב). מדוע יהא דינו של המטעה במזיד קל מדינו של המטעה ברשלנות?

ראה דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג לקמן נספח ד', הערה כ"ד.

299 אלא שיש להסתפק, שמא אין זו אלא הטעיה "בכדאיות העיסקא", אשר, לפי הוראת סעיף 14 (ד) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 **איננה** עילה לביטול החוזה. נחלקו חכמי המשפט מהי טעות והטעיה "בכדאיות העיסקא"; שלש דעות קיימות בנושא.

א. דעתו של הפרופ' ד' פרידמן במאמרו "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות", **עיוני משפט** י"ד (התשמ"ט) עמ' 459. לפי דעה זו, "הטעיה בכדאיות העיסקא" אינה מתייחסת אלא לסיכונים שנטל המוטעה על עצמו – במסגרת העיסקא (ולפי זה, הוראת החוק בענין טעות בכדאיות – מיותרת לחלוטין). לדוגמא: קונה, שהודיע למוכר, במסגרת המשא ומתן, שאינו מוכן לשלם אלא סך מסוים "ולא פרוטה יותר", לא הטעה אלא "בכדאיות העיסקא"; ואף אם יוכח, בהמשך, כי שיקר, ולאמיתו של דבר היה מוכן לשלם אף סכום כפול מזה – אין כאן עילה לביטול המקח, לפי שהמוכר נטל סיכון כזה על עצמו במסגרת העיסקא. אולם אם מקבל אדם מחברו מידע מוטעה לגבי מחירה של מניה בבורסה, ומשום המידע הזה הוא מסכים לקנות ממנו את המניה במחיר מסוים, הרי זו הטעיה של ממש, וזכאי הוא לבטל את המקח. לפי דעה זו, ודאי, שאף בנדוננו זכאי הקונה לבטל את העיסקא.

חוסר תום לב במשא ומתן³⁰⁰.

צדדים לחוזה המבקשים לקבוע זכות לביטול עקב הטעיה או הפרה – יתנו זאת, אפוא, בפירוש, בחוזה שביניהם.

בעייה נוספת הקשורה בשאלת עילות הביטול היא בטלות חוזה שנכרת מחמת כפייה (או, בלשון המקובלת יותר בהלכה, "אונס"). לפי ההלכה, אפילו עיסקא שנכרתה בכפייה הינה תקפה, ואינה ניתנת לביטול חד צדדי, ובלבד שהאונס קיבל תמורה בעד הסכמתו³⁰¹. ההנחה היא, כי בסופו של דבר, כיוון שהאיש מקבל תמורה, נתרצה והסכים לעיסקא בלב שלם. ברם, ההלכה הקדימה רפואה למכה וקבעה, כי אדם רשאי למסור "מודעא" בפני עדים, ולומר, כי לאמיתו של דבר אינו רוצה בעיסקא ואינו מסכים לה אלא מחמת האונס; במקרה כזה תהיה העיסקא בטלה מעיקרה^{301א}. כמובן, לשם כך צריך האיש להוכיח גם את עצם

ב. דעתו של הפרופ' ג' טדסקי, במאמרו "טעות בכדאיות העיסקא" משפטים י"ב (תשמ"ב) עמ' 706 ואילך. לפי דעה זו, יש להבחין "בין טעות הנוגעת להווה (או לעבר) ובין זו הנוגעת לעתיד". גם לפי דעה זו, זכאי הקונה, בנידונו, לבטל את העיסקא, שכן ההטעיה (הסיפור הבדוי אודות הביקוש הרב לממכר) נוגעת לעבר.

ג. קביעת הפסיקה. זו עמדת הפסיקה (ע"א 838/75 ספקטור נגד צרפתי, פ"ד ל"ב (1) עמ' 231, בעמ' 242, מפיו של השופט אשר):

"טעות מתבטאת בסתירה שבין המצב העובדתי או המשפטי המוצהר לבין אותו המצב לאשורו, ואילו טעות בכדאיות של עסקה משמעה טעות רק ביחס לשווי נשוא ההתחייבות הכלולה בעסקה".

הגדרה זו חזרה ואושרה בפסיקה, בע"א 488/83 צנעני נגד אגמון, פ"ד ל"ח (4) עמ' 141, בעמ' 152, מפני הנשיא שמגר, ובע"א 280/87 קופלמן נגד בינקין, פ"ד מ"ג (2) עמ' 753, מפיו השופט מלץ. לפי הגדרה זו, נראה שאין הקונה בנידון שלנו זכאי לבטל את העיסקא (במקביל לפסק ה"חוות יאיר" על פי ההלכה). אולם ראה את ביקורתו המוצלחת של פרידמן על גישה זו,

300 זו לשונה של ג' שלו (דיני חוזים עמ' 227):

"אין להסיק... כי הטעיה לגבי כדאיות העסקה היא לגיטימית ומותרת. סעיף 12 לחוק החוזים, המגלם את עקרון תום הלב, עומד בפרץ ומונע הטעיה גם כאשר היא מתייחסת רק לכדאיות העסקה. אמת, נכון הדבר: הטעיה לגבי כדאיות העסקה אינה מזכה את המוטעה בביטול. אולם, אם אכן הופרה החובה להתנהגות בתום לב – יוענקו לו פיצויים בגדר

301 ב"ב מ"ז ע"ב: "תליוהו וזבין – זביניה זביני".

301א ראה לשונו של השופט זילברג, ע"א 457/61 גרין נגד גרין פ"ד ט"ז עמ' 318, בעמ' 329:

"בדיני ישראל, אין אונס מבטל כל עיסקא ועיסקא... השקפה זו, שעלולה היתה לגרור אחריה תוצאות קשות מאד, הולידה בדיני ישראל מוסד אחד, ישראלי מקורי, העשוי לשמש לה תבלין, והוא: מסירת מודעא. הקשר ההסטורי הסיבתי בין מכת האונס ורפואת המודעא עולה מתוך מלה אחת ('לפיכך') בלשון הרמב"ם – דבר המעיד על דיוקו הבלתי רגיל של המחבר הגדול הזה:

"מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח... ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות, שמפני אונסו גמר ומקנה... לפיכך אם מסר מודעא קודם שימכור ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני שאני אנוס, הרי הממכר בטל".

דבריו של השופט זילברג שם מצויה סקירה של דיני האונס וה"מודעא".

העובדה שהופעל עליו לחץ שהכריח אותו שלא כדין להסכים לעסקא³⁰².

על רקע פרטי דינים אלה נוצר המנהג המקובל בקהילות ישראל, לכלול בנוסח השטרות ביטול כל מודעה שמסרו הצדדים לפני כריתת העסקא. כמו כן מבטלים גם "מודעא דמודעא", כלומר, "מודעא" הקובעת כי ביטול ה"מודעא" אף הוא נעשה באונס, והוא בטל מעיקרו. ברם, לפי דעות מסוימות, ניתן לבטל מראש גם את ביטולי הביטולים, כך שדרך זו אינה מספיקה. הדרך היעילה לכל הדעות היא **פסילה** מראש של עדי המודעה. כלומר, בשעת העסקא הצדדים פוסלים כל **עד** שיעיד אחר כך על אונס ועל מודעה שנמסרה בקשר לעסקא³⁰³. פתרון זה מבוסס על הכלל "הודאת בעל דין – כמאה עדים דמי". אין אדם יכול להביא לטובתו עדים, שכבר הודה שהם עדי שקר.

אמנם, ברוב רובם של המקרים אין תוספת זו נחוצה (שכן, כאמור, על הטוען לכפייה להוכיח את הדבר). מכל מקום, היות וניתן לנסחה בסעיף קצר בחוזה, מומלץ לעשות כן.

302 ב"ב מ' ע"א וע"ב: "אמרי נהרדעי: כל מודעא דלא כתיב בה' אגן ידעינן ביה באונסא דפלניא' – לאו מודעא".

303 רגילים להקפיד על כך במיוחד קודם מתן גט (שכן בטלות גט עלולה להביא לממזרים). ראה פרטי הדינים ומחלוקות הראשונים בב"י לטור אה"ע סימן קל"ד.

סיכום קצר ותמציתי של עיקרי החיבור

על מנת לאפשר אכיפת חוזה גם בבית דין הדן עפ"י דין תורה, יש להקפיד על כך שהחוזה ותניותיו יהיו תקפים לפי כל הדעות הקיימות בהלכה, כדי למנוע אפשרות לטעון "קיים ל"י" ולהתנער בכך מקיום החוזה. לשם כך, יש לעמוד בעיקר על הנקודות הבאות:

1. התחייבות להתנהגות תאובטח ע"י התחייבות כספית מותנית ("קנס").
הוא הדין בקשר ליפוי כח ולכל דבר שיש ספק בתקפותו.
2. יש לעשות "מעשה קנין" כדין.
3. אם מצויים בחוזה תנאים – יש להקפיד על הדרישות הפורמליות הכרוכות, לפי ההלכה, בתנאי. כמו כן יש להיזהר מלהיכשל בניסוח שיש בו אסמכתא.
4. יש להיזהר מאיסורי ריבית. ניתן להימנע מאיסור זה ע"י הכנסת סעיף "היתר עיסקא" בחוזה, וע"י ניסוחים המונעים את הבעיה מעיקרה.
5. אם הצדדים הסכימו לקבל עליהם חוקים מסוימים של המדינה, או הוראות מסוימות הכלולות בחוק, עליהם לציין זאת במפורש בחוזה.
- ניתן להסכים בחוזה על פרטי דינים מסוימים, או על חוקים שלמים מסוימים של המדינה; אבל לא לקבל את שיטת המשפט הישראלית (או אחרת) כולה, בצורה גורפת.
6. ניתן, ואף מומלץ לצדדים, לקבל על עצמם (בדרך האמורה בסעיף 5 לעיל) את דיני מדינת ישראל, או הסדר הדומה להם, בנושאים הבאים: נטל הראיה ודיני הראיות בכלל; הפרה והטעייה כעילות ביטול; פיצויים "חיוביים".
7. יש להיזהר מסתירות כלשהן הנובעות מניסוחים לא מדוקדקים בלשון החוזה.
8. יש לשים לב לכל ספק שעלול להיווצר בתקפות חלק מסעיפי החוזה, או אף אחד מהם. מצב כזה עלול להעמיד בספק את תוקפו של ההסכם כולו. כפתרון לכך יש לעשות מעשה קנין נפרד להתחייבות הכספית המותנית ("קנס"), המאבטחת את כל החוזה.
9. מומלץ להכניס בחוזה סעיף בוררות.
10. יש לתת את הדעת על דין שמיטת כספים, ולהתנות בהתאם.
11. ניסוח החוזה ייעשה בצורה מפורשת ומפורטת ככל האפשר.
12. יש להדגיש בחוזה, שהוספות הבאות לאפשר סעדים גם לפי ההלכה, אינן באות לגרוע מתקפן של ההתחייבויות שהצדדים נוטלים על עצמם לפי דיני מדינת ישראל.

הסכמה על התדיינות לפי דיני מדינת ישראל

א. הצגת הבעיה

מטרתו של נספח זה היא לברר את תוקפה ההלכתי של הסכמה בין צדדים להתדיין לפי דיני מדינת ישראל.

דיון זה מניח, לצורך הענין בלבד, כי בלא הסכמה כזו אין לדינים אלה כל תוקף הלכתי.³⁰⁴

נבהיר כי אנו עוסקים כאן במקרה שבו קיבלו עליהם הצדדים את דיני מדינת ישראל בפירוש. כשאין קבלה מפורשת שכזו, יש מקום לדיון נפרד שיגדיר באילו מקרים ניתן להסיק מכללא מהתנהגות הצדדים כי למעשה לכך כוונתם; לא ניכנס לדיון בשאלה זו.

לא נעסוק גם בחוקים פרובלמטיים אחדים, אשר עליהם לא ניתן להסכים, מכח היותם מנוגדים לאיסורי התורה ולעקרונותיה, כגון ריבית³⁰⁵ וכדומה. נעסוק רק בחוקים שאינם מנוגדים בצורה חריפה לערכי התורה.

ב. הסכמה לנהוג לפי הוראותיו של חוק מסוים

לפי ההלכה ניתן להתנות על דין תורה בדבר שבממון. כלומר, צדדים לחוזה יכולים להתנות ביניהם, בענייני ממון, לנהוג באופן שונה מן הדין האמור בתורה, והסכמה

304 אין כאן משום קביעה שאמנם זהו המצב ההלכתי, אלא הנחה לצורך הדיון בלבד. לשאלת תוקפם ההלכתי של חוקי מדינת ישראל, ראה לפי ההפניות לעיל, מבוא, הערה 5.

305 או הסכמה על זכות הנתונה למלווה לאסור את הלווה, אם לא ישלם את חובו במועד, או למכור את נכסיו שלא כדין. הסכמה כזו לא תהא תקפה, שכן הינה מנוגדת ניגוד עמוק לעקרונות הצדק והיושר של ההלכה. ראה שו"ע חו"מ סימן ס"א סעיף ו':

"שטר שכתוב בו שיש רשות למלווה לירד לנכסי לווה בין בפניו בין שלא בפניו, בלא רשות בית דין, ובלא שומא והכרזה, אינו רשאי לעבור על דברי תורה לירד לנכסיו; שהמלווה את חבירו – לא ימשכנו אלא בבית דין".

אמנם ראה דברי הסמ"ע שם סק"ד, ופרישה שם סק"א, שלא נאמרו דברים הללו אלא כשאין ההסכמה ברורה; אבל ראה לקמן הערה 321.

כזו תהא תקפה. על זה נאמר בגמרא: "בדבר שבממון תנאו קיים"³⁰⁶.

אמנם, לכאורה ניתן לטעון כי צד שקיבל עליו את החוק יכול להתנער מהסכמתו, בטענה, שלא ידע או לא הבין את פרטי החוק אשר קיבל עליו. ברם, לפי ההלכה, טענה זו לא תהא רלוונטית. נראה כי עצם החתימה מהווה הודאה בידיעת החוק, ולפי ההלכה "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי"³⁰⁷. יתירה מזאת: הצדדים הרי קיבלו עליהם את החוק, וקבלה זו כוללת את כל פרטיו, בין אותם הידועים להם, ובין אותם שאינם ידועים להם³⁰⁸.

נראה אפוא, שאין כל ספק בתוקפה ההלכתי של הסכמת הצדדים לנהוג לפי הוראותיו של חוק מסוים, זה או אחר, או קבוצת חוקים כזו. נראה גם, שאין בדבר

306 ב"מ נ"א ע"א.

307 ראה לעיל הערה 100.

308 ראה שו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סימן ע"ז:

"שאלה: הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן של כותים מהו, כיוון דלא ידיעי למקרי לא מהני, או דילמא... בהודאת בעל דין הא אודי בכל מה דכתיב עליה? (תשובה:) כל שחתם ידו יוצא עליו, גובין ממנו... דאפילו לכשתמצא לומר דכשאינו יודע לקרות לא מתחייב, מכל מקום מסתמא אני אומר כל שהוא חותם – ודאי קרא ואחר כך חתם. ומאן לימא לן שאינו יודע? ואף על פי שאין רובן של ישראל יודעים לקרות בשטרי ארמאי, כיוון שדאפשר דידיע – חזקה, כיוון דחתם, ידע וקרא... ועוד אני אומר לפי עיקר השאלה, שאפילו כשהמלוה מודה לו שאינו יודע לקרות, אי נמי (=או, גם) שיש עדים שחתם עד שלא קראו, מכל מקום – מתחייב הוא עתה בכל מה שכתוב בו, כיוון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר. שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו".

כך נפסק להלכה בשו"ע בכמה מקומות: חו"מ סימן מ"ה סעיף ג'; שם, סימן ס"א סעיף י"ג; שם, סימן ס"ח סעיף ב' בהגהת הרמ"א. אמנם, בשו"ת הרשב"א חלק א' סימן תרכ"ט נראה, כי הרשב"א חזר בו מדעתו, בעקבות מה ששמע בשם המהר"ם מרוטנבורג:

"נשאל, ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו, ואמרו לו בית דין שיפרע לה כתובה, ואמר, שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנה ולא הבין התנאים. ואמר, כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל, והשיב דשומעין לו. והוא (הרשב"א) אומר, דאין שומעין לו, דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו. ואם אין אתה אומר כן – לא הנחת חיוב לעמי הארץ, ולא על הנשים, דכולן יטענו כן. ואין אלה אלא דברי תמה. אבל, מה אעשה, שכבר הורה זקן יושב בישיבה, חכם עם איש שיבה".

אלא שהב"י, אה"ע סוף סימן ס"ו, כבר הטיח כנגד דברים אלה:

"ואיני יודע למה נחבא אל הכלים, משום דחזא גברא, כיוון דתיובתא לא חזא. ולענין הלכה – נראה לי כדברי הרשב"א, משום דאם לא כן – לא שבקת חיי, דכל עמי הארץ יאמרו כן".

אמנם, ראה את הויכוח בין מו"ר הרב ש' ישראלי לבין הרב י' קאפח, פד"ר כרך ד' עמ' 152 ואילך, בשאלה אם החותם על כתובה מתחייב בכל פרטיה גם במקרה שברור לחלוטין שלא ידע ולא הבין מה כתוב בה, וגם ברור, שלא ידע שיש הבדל בין הנוסחאות השונות, ולפיכך – לא ידע שיש נפקות כלשהי לחתימתו על נוסח הכתובה המונח לפניו. לדעת הרב קאפח, אין תוקף לחיובים שמכילה כתובה זו. דיון מקיף בשאלה זו ראה בשו"ת יביע אומר חלק ג' אה"ע סימן י"ג.

309 לכאורה, ניתן לטעון כי ישנה בעיה מסוימת בהתנאה המקבלת את החוק, שכן בכך מעדיפים הצדדים את החוק החילוני על פני התורה וקובעים שאין בדיני התורה פתרון נאות לכל בעיה משפטית.

טענה זו נראית רק בנסיבות מסוימות. ייתכנו בהחלט גם נסיבות, בהן לא תהא בקבלת החוק כל דבר רע. עצם ההתנאה לתת תוקף לחוק, מראה, שבעיניהם של הצדדים, הנורמה העליונה – ברמה העקרונית והערכית – איננה החוק (שכן ראו צורך להסכים על מתן תוקף לחוק). גם הטענה, כאילו צדדים לחוזה שכזה תרים אחר פתרונות מחוץ לתורה, ובכך מביעים דעה שאין בתורה פתרונות נאותים לכל בעיה משפטית, איננה נכונה. שתי תשובות בדבר. ראשית, "אם דבר רק הוא – מכס הוא רק"; הבעיה איננה שבתורתנו אין פתרון לכל בעיה, אלא שאנו, ברובנו הגדול, יתמי דיתמי, ואיננו יודעים את התורה לכל עמקה (ראה: אגרתו של הרמב"ם לר' פנחס הדיין, תשובות הרמב"ם מהדורת ווארשא תרל"ח, דף ט"ו ע"א, הובאה בהקדמת הרב עובדיה יוסף לשו"ת יביע אומר; טור חו"מ סימן י"ב ס"ק ו' בהוצאה המקובלת; ש"ך חו"מ סימן ג' ס"ק י'). שנית, התנאה לנהוג לפי החוק איננה פתרון "מחוץ" לתורה. אדרבא, התורה הקדושה עצמה נותנת את הפתרון, בדמות ההלכה המפורשת הקובעת ש"בדבר שבממון תנאו קיים"! בדומה לכך, התורה אינה אוסרת על התקנת תקנות, שמטבען הן שונות ומנוגדות לדין תורה "המקורי". כך תיקנו חז"ל תקנות רבות – דומה, שאך למותר יהיה להביא כאן דוגמאות – ואיש לא ראה בכך מעולם בעיה. מצינו דוגמא לדבר גם בעולם הזה: אנו קוצרים חיטים, טוחנים אותם וכו', ואיננו רואים בכך בעיה, כאילו הדבר מראה שבריאתו של הקב"ה אינה שלמה וזקוקה לתיקון משלנו. על כגון דא נאמר "אשר ברא אלהים לעשות" (בראשית ב' ג'; ראה מדרש רבה בראשית פרשה י"א סעיף ו').

עם זאת, מובן, שאם כוונת הצדדים איננה שתם להתנות לנוחותם על נורמות שישרתו אותם, אלא להחליף את דיני התורה בחוקים אחרים, הרי לא ניתן להצדיק את הדבר. לכן נראה, שהדבר תלוי בנסיבות ובאור שהן שופכות על כוונת הצדדים.

הרב ע' בצר, בספרו "דיני ממונות" (מהדורה שניה תש"ן) חלק ב' עמ' שס"ה, מייפץ לדיירי בתים משותפים לחתום על תקנון בנוסח שהוא מציע שם; קריאה של הנוסח מלמדת בבירור שהנוסח הועתק, כמעט בכל פרטיו, מהתקנון המצוי בתוספת לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (ראה סעיף 64 לחוק, המפנה לתקנון זה). ברור, שאין בדבריו כל כוונה לדחות דיני התורה מפני דינים אחרים, אלא רצון לחסוך בעבודת ניסוח מחדש בלבד.

מו"ר הרב ז"נ גולדברג כתב לנו בנושא זה את דעתו, וזו לשונו:

"לענ"ד אין הדברים פשוטים כל כך. ופוק חזי מה שכתב הרשב"א שהובא בב"י סימן כ"ו מחודש ז' (לשון תשובת הרשב"א הובאה לעיל, סמוך לציון 315 – ד' ב'). ומסברא נראה, שלא אסר הרשב"א אלא להתנות נגד התורה, בגלל שהוא חוקי עכו"ם, בזה אסר; אבל אם בא להתנות תנאי שאינו נגד התורה, והוא הדבר שגם לר"מ מהני, כגון שמתנה שיתחייב לשלם אם אוביר ולא אעביד, שזה אינו סותר דברי תורה, בזה מסתבר שאין בו איסור. וכן אם מתנים שכל השכנים ישלמו עבור תיקון הגג, שזה אינו סותר דברי תורה, וגם לרבי מאיר ניתן להתחייב כך. וכל שכן אם מתנה לשלם מה שיזיק בגרמא שזה גם בדין תורה חייב לשלם בדיני שמים, בזה נראה מסברא שלא אסר הרשב"א. וכן מה שנהוג היום, שבית ועליה מחלקים גוף הקרקע שוה בשוה, אף שמדין הגמרא יש לבעל העליה רק שליש מהקרקע, בזה לא אסר הרשב"א, שאין זה דין תורה אלא בנוי על אומדנא, וכל שנשתנה האומדנא – גם אם השינוי בא מחמת שהורגלו בדיני עכו"ם – יתכן שלא אסר הרשב"א. אבל מכל מקום בודאי אם להתחייב, יכתוב מה שלדעתו נחוץ, ויכתוב אותו בפירושו, ולא לכתוב סתם שמקבל עליו דיני ערכאות. ומכל מקום אם כתב בפירושו שמקבל דיני עכו"ם, נראה מהסמ"ע בסימן כ"ו, שמחייב, וצ"ע בזה.

יתכן עוד, אם מתנה כך לא בגלל שכן נהגו העכו"ם, אלא שרוצה לחסוך מלפרט כמה

ג. הסכמה כללית לנהוג לפי דיני מדינת ישראל

בעיה חמורה יותר מתעוררת במקרה של הסכמה כללית על קבלת מערכת חוקים שונה בשלמותה. יש לדון בתוקפה של הסכמה שכזו, על יסוד העיקרון ההלכתי הכללי הקובע כי ניתן להתנות על דיני ממונות³¹⁰. יתכן כי עיקרון זה אינו אמור אלא לגבי פרטי דינים כבודדים, אבל לא לגבי החלפת כל מערכת דיני הממונות שבהלכה, כמכלול, במערכת אחרת.

דיון בענין מובא בתשובת הריב"ש, העוסקת בקהילה שלמה – קהילת מיורקה – שהחליטה להמיר את מערכת דין התורה בדין זר. לדעת הריב"ש הסכמתם תקפה, שכן זהו מנהג הציבור³¹¹ המשקף את רצונו והסכמתו. זו לשון הריב"ש³¹²:

"זה (לדון לפי דין התורה) היה אמת, אם היה המעשה בין יהודים במקום שדנין דיניהם בדיני ישראל. אבל המצוה הזו היה דר במיורקה בחזקת עובד כוכבים, וכן האשה הבאה לירש מכח הצוואה בחזקת נכרית... וגם ביהדותם היה להם לדון בדיני עובדי כוכבים, כי כן נהגו מעולם קהל מיורקה מרצונם".

ענינים, ולכן כולל הכל בקבלת דיני הערכאות, אולי לא אסר הרשב"א. אבל זה ברור שאין להורות לרבים לכתוב כן, אלא לפרט דברים שיש לפי דעתו נחיצות להתחייב; ובאופן כזה אינו חילול השם".

בשיחה בעל פה הוסיף והרב והבהיר, כי כוונתו כאן באזהרתו מלהורות לרבים, משום חילול השם, לא התייחסה אלא לקבלת מערכת זרה שלמה של חוקים, באופן גורף; אבל לא לקבלת חוק בודד, או קבוצת חוקים מסוימת, מטעמי קיצור לשון ובהירות. אכן, הכנסת פרטי דיני חוזים רבים (כגון גובה הפיצויים בגין הפרת חוזה, הצורך בהוכחת נזק בגין הפרת חוזה ומשמעותו, הזכות לביטול החוזה בגין הפרה או הטעיה וכו') קשה לביצוע, משום שהיא יוצרת סרבול מכביד. מסיבה זו בלבד הוכנס בנוסח החוזה לדוגמא (נספח ג') סעיף שבו מתחייבים הצדדים לשלם איש לרעהו כל חיוב המוטל עליהם לפי חוקים מסוימים של מדינת ישראל (סעיף 16 לחוזה המכר), וכן הוזכרו דיני מדינת ישראל בכמה הקשרים בחוזה. משום כך הוסיף הרב ואישר את הכללת סעיפים אלה בטופס

310 ב"מ צ"ד ע"א.

311 כחו של הציבור אף גדול מכחם של היחידים; הציבור יכול לקבל תקנות בדברים שבהם קנין אינו מועיל. למשל, התחייבות להתנהגות מסוימת, אשר בין יחידים אינה תופסת, שהרי היא בבחינת "קנין דברים" (ראה לעיל, פרק ראשון) – בתקנה, עשויה היא לחייב. לדוגמא: "הנהו טבחי דעבדי ענינא בהדי הדדי, דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה" (ב"ב ט' ע"א). בין שני יחידים סתם לא היה חוזה כזה בר תוקף; ואילו הגמרא שם מכירה בתוקף התקנה, שכן לבני אומנות של מקום מסוים סמכות לתקן תקנות, כאילו היו קהילה בפני עצמם. הראשונים פירשו באר היטב, שהגמרא שם עוסקת בתקנה, והבחינו בצורה חדה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. ראה, למשל, פסקי הרא"ש, שם פרק ראשון סעיף ל"ג; ראה גם דבריו של מהר"ם מרוטנבורג שהובאו במרדכי לבבא מציעא סימן תנ"ז-תנ"ח, שניתן להוכיח מדברים אלה של הגמרא שכל דברי הקהל אין צריכים קנין. גם ה"דבר אברהם", חלק א' סימן א' עמד על כך, "דיחיד שהתנה בכה"ג לאו כלום הוא", ואין מדובר בגמרא שם אלא על תקנה. לגבי הבדל בין תקנות לבין חוזים סתם, ראה גם דבריו של החת"ס חו"מ סימן צ"ו, דף ל"ז ע"ב, פסקה שניה.

מ' אלון בספרו המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו עמ' 572 הערה 59, הקשה על המהר"ם, מנין למד שלא היה שם קנין? והגיע למסקנות מרחיקות לכת. אבל לפי מה שכתבנו – הדברים מבוארים, שהרי קנין אינו מועיל כלל בכה"ג, שהרי יהא זה קנין דברים! מהר"ם מוכיח מן הגמרא, שתקנות אינן חוזה (שהרי הן מועילות גם בדבר שאין חוזה תופס לגביו), וממילא

ברם, דעתו של הריב"ש שנויה במחלוקת בין הראשונים. על דבריו אלה של הריב"ש, חולק בן פלוגתתו המובהק, התשב"ץ. לאחר שהתשב"ץ מביא את לשון הריב"ש, הוא תוקף אותם בלשון חריפה³¹³:

"ואלו דברים בלא ראייה, ואין הדעת סובלתן כלל... ומה שהוא ברשות ישראל – חס ושלוש שיוציא אותו מרשותו, להפקיע זכות ישראל תובע, ולמוסרו ביד עכו"ם לדונו בדיניהן, להעלות יראתן, להיות אויבנו פלילים, לא תהא כזאת בישראל! ומה שהוא ברשותם – אלו היה אפשר להוציא מרשותם, לדון בדיני ישראל, היה קדוש השם; כל שכן שלא נוציא מה שיש לנו יד תקיפה עליו לדון בדינינו, למוסרו ברשותם לדונו בדיניהם... ומה שכתב 'כי כן נהגו קהל מיורקה', גם כי יהיה הדבר כן, אין מביאין ראייה ממנהג של איסור, ותא חזי מה סלקא בהו"³¹⁴.

למד מכאן בדרך אגב, שאין צורך בקנין (גם דברי המרדכי בבי"ק סימן קע"ו, בשם מהר"ם, צריכים להתפרש ברוח זו, ולו רק כדי שלא תיווצר סתירה בין שני דיבוריו של המרדכי). אמנם, במהרי"ק (מהד' אורייתא) שורש ק"פ כתב שהחידוש בגמרא הוא שאין צורך בקנין (ולא שההסכמה מתגברת על בעיית "קניין דברים"); וצ"ע.

האחים ש' ורהפטיג (בספרו **דיני חוזים במשפט העברי** עמ' 327) וז' ורהפטיג (בספרו **מחקרים במשפט העברי** עמ' 83) כתבו, כי עולה מהכרת הגמרא בתוקף ההסכמה של הנהו טבחי, שהתחייבות **חוזית, להימנע** מעשיית דבר מה, תופסת והיא אכיפה (כי אין בה בעיית "עבדים לעבדים"). הצדק אינו עמוס, שכן, כאמור, הגמרא אינה עוסקת כלל בחוזה (ראה גם לעיל הערה 31) אלא בתקנה, והדין בנושא הוכרע לא לפי כללי המשפט הפרטי אלא על יסוד דיני המשפט הציבורי. ראה גם א' ורהפטיג בחיבורו הנזכר לעיל הערה 23, בעמ' 230.

312 שו"ת הריב"ש, סימן נ"ב; ההוספה שבסוגריים – שלי. ראה גם דבריו של המהדיר בהוצאת הטור השלם, חו"מ סימן כ"ו. הרמ"א, בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן רמ"ח סעיף א', פסק להלכה כדבריו אלה של הריב"ש; אולם ראה נ"כ שם, וכן ראה לקמן הערות 314 ו-317. גם בסימן ש"ה אומר הריב"ש, שביד הקהל לתקן כך: "ששטרות העולות בערכאות של עובדי כוכבים יהיו שרירין וקיימין עלינו כמו על העובדי כוכבים בדיניהם... דתנאי שבממון הוא".

ברם, משם אין ראייה, שכן שם אין מחליפים את כל דיני הממונות שבתורה, אלא רק ענפים מסוימים שלהם (חלק מדיני החיובים והראיות).

313 שו"ת התשב"ץ חלק א' סימן ס"א.

314 שיצאו כולם לשמד (ראה שם). החת"ס, חח"מ סימן קמ"ב (הובאו שבריו בפת"ש סימן רמ"ח סק"ב), סומך בכל כחו על דברי התשב"ץ כנגד דברי הריב"ש. החת"ס מצייין (בשם קצה"ח, סימן רמ"ח סק"ד) שמהרי"ט חלק חו"מ סימן ו' פסק כבר כתשב"ץ. לדבריו של החת"ס, גם הרמ"א, שהביא את דברי הריב"ש להלכה (ראה לעיל הערה 312 ולקמן הערה 317), לא עשה כן אלא מפני שלא ראה את דברי התשב"ץ. לבד מכך, החת"ס מפרש את דברי הריב"ש בצורה מצמצמת ככל האפשר. ראשית, החת"ס מצביע על כך, שהנדון שהובא לפני הריב"ש עסק באנשים משומדים, ולדעתו של הריב"ש דינם כגויים (וגם על זה נחלק התשב"ץ, עיי"ש); הערתו של הריב"ש, לפיה, אפילו היו בעלי הדין יהודים, היה הדין נקבע לפי דיני עכו"ם – אינה אלא הערת אגב, ואין לה המשקל של פסיקת הלכה למעשה. שנית, החת"ס סבור, כי כוונת הריב"ש לא היתה אלא לכך, שפרשנות לשונו של אדם תהיה לפי הדין שהוא רגיל לנהוג לפיו (שכן זהו אומדן דעתו של אדם); אבל לעולם אין **תוקף** הלכתי לחוק המהותי של שיטה זרה, בשום אופן; והוא קובע, כי "חלילה להעלות על הדעת לעקור חקי ומשפטי התורה אפילו כחוט השערה".

נראה, כי גם הרשב"א חולק על סברתו של הריב"ש. הרשב"א קובע, כי קיים **איסור** להתנות על **כל** דיני התורה, ולהחליפם במערכת שונה.

זו לשון השאלה שנשאל הרשב"א:

"אחד שמתה בתו, ותבע את חתנו בערכאות העכו"ם שיחזיר לו כל הנדוניא, בטענה, (שאף על פי שבדיני ישראל הבעל יורש את אשתו – כיוון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני העכו"ם, הרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן". הרשב"א משיב בלשון חריפה³¹⁵:

"כל דבר שבממון – תנאו קיים... אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט העכו"ם – באמת נראה לי דאסור, לפי שהוא מחקה את העכו"ם; וזהו שהזהירה התורה: 'לפניהם – ולא לפני העכו"ם'. ואף על פי ששניהם רוצים בכך, והוא דבר שבממון; שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם, שייקרו חוקות העכו"ם ודיניהם, ולא אפילו לעמוד לפניהם לדין... לילך בדרכי העכו"ם ומשפטיהם – חס ושלום לעם קדוש לנהוג ככה... ועושה אלה מפיל חומות התורה, ועוקר שורש וענף, והתורה מידו תבקש... ובכלל עוקר כל דיני התורה השלימה. ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי, ואחריו רבינא ורב אשי?! ילמדו את בניהם דיני העכו"ם, ויבנו להם במות טלואות בבית מדרשי העכו"ם!! חלילה, לא תהא כזאת בישראל, חס ושלום, שמא תחגור התורה שק עליהם"³¹⁶.

השאלה, אם רשאים קהל יהודים להנהיג ביניהם דיני עכו"ם בהסכמה הדדית, נתונה אפוא במחלוקת ראשונים³¹⁷. ברם, יש מן האחרונים מי שסבור, כי רק לגבי

315 בתשובתו המפורסמת שהובאה בב"י חו"מ סימן כ"ו, מחודש ז'. ראה, באותו כיוון, הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ סעיף ד', ובהגרי"א שם סקט"ז; למקור זה הפנה את תשומת לבי הרב א' אביגד, ותודה לו על כך. ראה גם דבריו של מהרי"ק (מהד' אורייתא), שורש ח':

"כמדומה אני שהשאלה היתה באחד שרוצה להפקיע ירושת בן הבכור באמרו כי מנהג מבטל הלכה, וכי נהגו בארץ ההיא להשוות הבכור והפשוט וחלק כחלק יטלו. לעניות דעתי נראה דבר פשוט יותר מביעתא בכותחא, שאין במנהג זה ממש... שעוקר דין תורה ומבטל ירושת דין הבכור, שאין ללכת אחריו חלילה... לתקן ולהנהיג דבר כולל ושוה לכל בכור שלא יטול פי שנים ואפילו היכא שלא התנה עליו בלשון מתנה – פשיטא שאין עקירה מה שכתוב בתורה גדול מזה".

316 אמנם, ראה דבריו של הרשב"א עצמו, בתשובה בכתב יד שצוטטה בשו"ת מהרשד"ם סוף סימן ש"פ – הסותרים מה שכתב כאן; וצ"ע.

317 לדברי הסמ"ע, חו"מ סימן שס"ט סק"כ, אף הרשב"א לא אמרה אלא מצד שלא היה בנידון דידיה גילוי דעת ברור דיו, שרצונו לנהוג כמנהג העכו"ם; אבל אילו גילה דעתו, היה תנאו קיים. זו, כנראה, גם דעתו של הרמ"א, שהביא בסימן רמ"ח סעיף א' את דברי הריב"ש (ראה גם לעיל הערות 312 ו-314), ואילו בסימן שס"ט סעיף י"א את דברי הרשב"א, ולא סבר שיש סתירה ביניהם; מכאן נראה שהבין, בדומה לסמ"ע, שהרשב"א לא אמר את דבריו אלא מצד שבנידון שלו לא היה גילוי הדעת, שרצונו לנהוג כמנהג העכו"ם, ברור דיו. אבל עיין ט"ז בסימן רמ"ח סעיף א', שחולק על פירושו המצמצם של הסמ"ע לדברי הרשב"א; ובאמת, קשה "להכניס" את פירושו של הסמ"ע בלשונו של הרשב"א, שהיא חד משמעית וקיצונית.

קהל נחלקו; אבל לגבי **יחידים**, מודים **כל** הראשונים, שמותר לצדדים להסכם להתנות כרצונם³¹⁸.

מכל מקום, ישנן דעות בקרב האחרונים שעל פיהן יש תוקף להסכמה שכזו בין יחידים. כך עולה בבירור מדברי הסמ"ע. זו לשונו³¹⁹:

"דאם כתב בפירוש שידון עמו בדין עכו"ם, מפני הזכות שיש לו בדיניהם יותר מבדין ישראל, צריך לדון עמו בדין עכו"ם³²⁰... ידונו דיני ישראל באותן זכות שיש לו לפני דיני עכו"ם³²¹, מאחר שקיבל עליו וחייב נפשו בזה".

318 כך עולה לכאורה מדבריו של הרב ע' בצרי. הרב בצרי כותב (בספרו "דיני ממונות", חלק ג' פרק שמיני סעיף ג', מהדורה שניה עמ' קצ"ז), לאחר שהוא מביא דיון ארוך בדברי הרשב"א, בזו הלשון:

"ואף החילוק ברור בין אדם פרטי או כמה אנשים שעושים ביניהם תנאים מסוימים כיצד לנהוג בממונם במקרה מסוים, אדם חפשי לעשות בממונו מה שירצה, אולם כשנוהגים באופן כללי כחוקי ערכאות הרי מנהג זה בא לעקור את התורה, וממילא בטל הוא".
ברם, מדברי הרשב"א עצמו לא משתמעת הבחנה בין המקרים, ונראה שהוא אוסר את הדבר גם על יחידים. מסקנה זו משתמעת הן מכך שהוא מתייחס למצב שבו "שניהם רוצים בכך", והן מכך שהוא מבסס את דבריו על על איסור "ערכאות", המוטל גם על יחידים.
על אף האמור, עדיין נותר מקום לבירור אם איסורו של הרשב"א לקבל חוקי עכו"ם, ייאמר גם בקבלת דיני מדינת ישראל.

319 סימן ס"א סק"ד.

320 אפשר, שמדבריו של הסמ"ע נשמע גם היתר לעשות כך. הסמ"ע אינו אומר, אמנם, במפורש, שבעלי דין **רשאים** לקבל עליהם את כל מערכת החוקים של המדינה. הוא אומר רק שהסכמה כזו תהא תקפה. אבל מכך ניתן, אולי להסיק, שהדבר גם מותר. בפרט עולה כך מן העובדה, שהסמ"ע לא העיר שהצדדים עברו על איסור. יתר על כן: הסמ"ע אינו מסייג את דבריו ליחידים דווקא, ואפשר שאף לקהל התיר (וכן משתמע, אולי, מדבריו שהובאו לעיל הערה 317). ברם, "אולם המשפט", חו"מ סימן כ"ו, סבור, כי הסמ"ע לא התכוון אלא להתיר לצדדים להסכם להתנות ביניהם כל מה שירצו, אבל לא התיר לקהילה "לעשות זה מנהג בישראל שידונו תמיד כדיני עכו"ם, זה ודאי נגד התורה, כמו שהאריך הרשב"א בזה".

ראה עתה דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה כ"ה, שהביא דעה הפוכה: לקהל מותר להתנות כך, וליחיד אסור.

321 עוד כתב הסמ"ע שם, שאם דיני ישראל מנועים מחמת איסור מלדון כך, כגון ממון שעברה עליו שמיטה, יתבע את הממון לפני דיני עכו"ם. דבר זה מרפסן איגרא; וכבר השיגו עליו הט"ז (על אתר) ונה"מ (משפט האורים סק"ט) במלים חריפות, וכתבו שדבריו תמוהים. גם ערוך השלחן קובע כי "אחר השמיטה אסור לו לגבות ממנו אפילו ע"י ערכאות, דמה לי אם נוגשו בעצמו אם נוגשו ע"י הערכאות, כיוון דכבר עברה שביעית — הרי השמיטתו התורה"; ורק "אם נתן השטר בהערכאות קודם השמיטה על פי ציווי ב"ד, יכול לקבל ממנו גם אחר שביעית, כיוון דהוא בעצמו אין צריך לגבות — לא קרינן ביה ולא יגושי" (חו"מ סימן ס"ז סעיף ט'; הפכתי את סדר הציטוט). עם זאת, ראה מה שהסיק מדברי הסמ"ע הרב ח' ש' שאנן במאמרו "הפניית תובע לבית משפט" **תחומין** י"ב עמ' 251. דבריו של הסמ"ע נידונו גם בהקשרים אחרים. הסמ"ע קובע, שגם דבר שבגוף — שאין מועיל בו תנאי — "היינו דווקא בתנאי בעלמא, אבל בקנין — אין אחר קנין כלום". דבריו צוטטו מתוך הסכמה בבאה"ט לאה"ע סימן ס"ט סק"ד, ושם הסיק מכך, שניתן להתנות, בקנין, על זכות האשה לעונה. ברם, ראה השגתו של ב"מ שם (הובאה בפת"ש סק"ג).

ברם, כדי להימנע מלהכנס לשאלה מסובכת, הטומנת בחובה ספקות איסורים וגם חשש לטענת "קים ליי"³²², מומלץ לצדדים לחוזה להימנע מלקבל עליהם את כל מערכת החוקים של המדינה, ולהסתפק בקבלת חוקים מסוימים. בצורה זו לא מתעוררת בעיית "מחקה את העכו"ם", שכן העובדה שהצדדים לחוזה מקבלים רק חלק ממערכת החוקים, ולא את כולה, מוכיחה, שאין כאן כוונה לחקות. אדרבא, משתמע מקבלה זו, שהצדדים לחוזה לא קיבלו את החוקים המסוימים האלה אלא מפני שסברו שחוקים אלה נוחים להם במקרה הקונקרטי שלהם; והרי כל האיסור הוא "לנהוג כן מפני שהוא משפט העכו"ם". תנאי כזה יהא, אפוא, שריר וקיים, ככל תנאי שבממון³²³.

ברם לדבר יש סייג אחד, שהוא כמעט מובן מאליו: הצדדים אינם יכולים לתת תוקף, בדרך של התניה, אלא בעניינים בהם יש תוקף ל"קנין". לכן, התחייבויות להתנהגות (המעוררות בעיית "קנין דברים", שנדונה לעיל, פרק ראשון) – אם אין להן תוקף לפי ההלכה – לא יהא להן תוקף גם אחרי שקיבלו עליהם הצדדים את דיני מדינת ישראל (הקובעים שיש להן תוקף). הדבר אינו ניתן, מעצם טבעו, להתניה, שכן כשם שהסכמה ישירה על דברים אלו אינה תקפה, כך גם הסכמה עקיפה, באמצעות קבלת דיני המדינה בענין זה. אולם רוב ההבדלים שבין דיני מדינת ישראל ובין ההלכה מצויים בתחום שבו מועילה התנאה. כך, למשל, תועיל קבלת דיני המדינה, בענין גובה החיוב בפיצויים שבהם יתחייב מפר החוזה³²⁴, בענין הצורך ברישום בעיסקת מקרקעין, בענין זכות ביטול בגין הטעיה או הפרה וכדומה. אמנם, אפשר, שאם עשו הצדדים מעשה קנין אחד בלבד על קבלת כל מערכת החוקים של המדינה יחד, יגרמו החלקים הבעיתיים של החוק לבעיה גם בתוקפה של כל ההסכמה, כלומר לרבות החוקים האחרים³²⁵; זאת נוסף על הבעיה העקרונית שבהחלפת המערכת הנורמטיבית ההלכתית במערכת זרה, בעיה שנדונה בהרחבה לעיל.

322 על טענה זו ראה לעיל, מבוא.

323 ראה גם פסקי דין של ביה"ד לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים, כרך א', עמ' פ"ז, שהכירו בהתניה כזו (ישבו בדין הרב עובדיה, הרב לוי, הרב ביבס).

324 ההסכמה על הפיצויים, כשלעצמה, אינה פגומה ב"אסמכתא". ראה בענין קרוב לזה פסק דין של ביה"ד הרבני הגדול (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בית הדין הגדול לערעורים, תש"י-1950, בעריכת ז' ורהפטיג ואחרים, עמ' פ"ט; פסקי הדין שפורסמו בקובץ זה נוסחו מחדש ע"י המערכת, ואינם אפוא לשונם של הדיינים ממש), שנתנו תוקף לסעיף פיצויים בחוזה שהיה בין בעלי הדין; ולא חששו לפגם "אסמכתא", שההלכה רגילה לחוש לו. נימוקם היה כדלקמן:

"שאם לא כן, ביטלת את כל העסקים והקבלניות; יש לראות סעיף מעין זה כאילו מפורט בו 'שלא כאסמכתא' וכאילו מפורש שנעשה בבית דין חשוב ועדיף מסיטומתא".

325 ראה לעיל, פרק חמישי סעיף ג.

דבר נוסף שיש להדגישו: נראה, שכל הבעיה אינה מתעוררת אלא במקרה שהצדדים מקבלים עליהם את החוק בצורה ישירה, כלומר, מסכימים להתדיין לפי החוק. אולם במקרה של הפנייה אל החוק כאל **עובדה**, הבעיה כלל אינה מתעוררת. למשל, אם הצדדים יכתבו בחוזה שחוב פלוני יימחל אם צד יקיים את כל המוטל עליו על פי דיני מדינת ישראל³²⁶ אזי אין סיבה ומקום שלא להכיר בתוקף המחילה ובתוקף התנאי שבו היא מותנית. במקרה כזה הצדדים לא קיבלו עליהם את דיני מדינת ישראל כנורמה מחייבת, שמכחה יהיו חייבים לפעול, אלא רק כתאור מקוצר של ההתנהגות המהווה תנאי למחילת החיוב. לכן, אין מקום לספק בדבר תקפות ההסכמה, גם לשיטות הפוסקים הסבורים שאין תוקף להסכמה להתדיין לפי החוק.

לסיכום:

1. לכל הדעות מותר לבעלי דין לקבל עליהם חוקים מסוימים, שהם **חלק** ממערכת חוקים זרה. הסכמה כזו היא תקפה, ככל שהדברים אמורים לגבי פרטי דינים הניתנים להתנאה.
2. כפי הנראה, יש מחלוקת פוסקים בשאלה אם מותר לבעלי דין להסכים ביניהם להתדיין באופן גורף וכולל, לפי מערכת חוקים זרה, הבאה **במקום** מערכת דין התורה. במחלוקת זו תלויה גם השאלה, אם יש תוקף להסכמה כזו.

326 ניסוח העשוי להיות נוח מאד בניסוח המחילה ב"תיקון חכמי ספרד", שנידון לעיל פרק ראשון, סמוך לציון 69 ואילך. בדבר הצורך להתנות כך ראה הערה 74 שם, ובהקשר דומה – הערה 82 שם.

הצמדה למדד בעת אינפלציה

(תוספת עיון)

מבוא

חלק ראשון: האם יש איסור ריבית בהצמדה למדד?

- א. הצגת הבעיות
- ב. ערכו המוחלט של המטבע
- ג. השפעתו של "דינא דמלכותא" על שאלת ההצמדה למדד
 1. הצגת הבעיה
 2. שאלת קיומה של הבעיה קיימת במדינת ישראל
 3. עמדת הדין הישראלי ביחס לחייב הפרע בזמנו
 4. מסקנה
- ד. "סאה שהוזלה"
- ה. ההבדל בין עליית המדד לבין ירידת ערך הכסף
 - ו. סיכום

חלק שני: בעית "דבר שאינו קצוב"

- א. הצגת הבעיה
- ב. שאלת "דבר שאינו קצוב" ביחס להצמדה למדד

סיכום נספח ב'

הצמדה למדד בעת אינפלציה

(תוספת עיון)

מבוא

האינפלציה המודרנית³²⁶ מעמידה בעיה חדשה בפני הפוסק העוסק בדיני חוזים. האם הסכמת הצדדים, כי חוב מסוים יהא צמוד למדד המחירים לצרכן³²⁷ (להלן: "המדד"), תהא תקפה?³²⁸

326 בימי קדם היה המטבע עשוי מתכת יקרה, ושוויו היה תלוי תלות מוחלטת בחומר ממנו הוא עשוי (אף מקור המונח "כסף" הינו בשמה של המתכת, שממנה היו עשויים רוב המטבעות). הצורה הטבעה בחומר, בתקופה זו, לא היתה אלא אישור של המטבעה המלכותית לכך, שהמטבע נשקל ונבדק, ונמצא שמשקלו כך וכך, והוא מורכב ממתכת נקיה מסוימת. אישור זה חסך מהמוכר את הצורך לבדוק ולשקול (כדרך שנהגו בימי המקרא) כל חתיכת מתכת שהוא מקבל. אמנם, בגמרא במסכת בבא מציעא מ"ה ע"ב נאמר, כי דעתו של אדם על צורת המטבע ולא על חומר ("דעתיה אצורתא"). אבל אין הכוונה לכך שאין ערך המטבע תלוי בחומר, אלא שבני אדם מעוניינים, במטבע, בדרך כלל, כדי להעבירו הלאה ולקנות בו סחורה, ולא לשם ניצול סגולותיו החומריות. מכל מקום, שער החליפין, שבו החליפו בני אדם מטבע זהב במטבע כסף, או במטבע נחושת וכו', היה מבוסס על יחס החליפין בין מחירי **המתכות** הללו (ראה אנציקלופדיה עברית ערך נומיסמטיקה, כרך כ"ד עמ' 960). **מטבעות כאלה, ערכם עשוי היה להשתנות, אפוא, אך במעט** – עקב עליית היצע המתכת בשוק וכדומה; ובשום אופן לא יתכן בתקופה זו אינפלציה של אלפי אחוזים לשנה. בימינו, לעומת זאת, המטבע אינו עשוי מתכת יקרה. לאחרונה איבדו השטרות אפילו את "כיסוי" הזהב שהיה להם (ראה לקמן). על כן ערכם יכול להשתנות שינויים גדולים. ערכו של המטבע תלוי, בעיקר, בכמויות בהן מזרימה אותו המדינה; עלול לקרות אף שהמדינה מחליטה, באופן שרירותי, להזרים לשוק שטרות רבים, ובכך לגרום לאינפלציה באלפי אחוזים. הרב פיינשטיין (בתשובתו יו"ד ח"ב סימן קי"ד) מנמק את תופעת האינפלציה המודרנית כך: "הדארס ניזולים בכל יום... ואפשר שמה שקונים בעצם כל דבר, אולי הוא משום דסוברים דהמלכות ודאי במשך הזמן ישלמו בעד איזה סך, שלכן כשעובר עוד שנה ועוד שנה, ואין משלמין כלום (כוונת המשיב כאן לביטול "כיסוי הזהב"; ראה לקמן סמוך לציון 349 – ד' ב') נתקטן אצל העם עצם המחשבה שישלמו איזה סך, וגם אם ישלמו הוא רק לסך קטן מכפי שחשבו תחלה, ולכן ניזולים מיום ליום".

אולם הכלכלנים רגילים להסביר את תופעת האינפלציה בצורה שתוארה לעיל. ראה יקיר פלסנר, **יסודות הכלכלה נוסח ישראל** עמ' 89 ואילך; אנציקלופדיה עברית, ערך דפלציה ואינפלציה, כרך י"ב עמ' 972 ואילך; האוניברסיטה הפתוחה, **מבוא לכלכלה מקרו**, יחידה 3, עמ' 27 ואילך.

327 זהו המדד המוכר ביותר לציבור הרחב, ומשום כך ראוי הוא לדיון יותר ממדדים אחרים. לגבי שאר המדדים ראה לקמן הערה 405.

328 לא נעסוק כאן בשאלה הרחבה יותר, הנוגעת לצדדים שלא הסכימו במפורש על הצמדת החוב למדד. במקרה זה מתעוררת השאלה האם יש להניח שהסכימו על כך **מכללא**, או לא. שאלה זו אינה נוגעת ל**ניסוח** חוזים (שהוא נושא מחקר זה), אלא לפרשנותם, או לחיוב **שלא** על יסוד דיני החוזים (אלא על יסוד דיני הנוזיקין או "נהנה" וכדומה); והדבר תלוי, כמובן, במקרה הקונקרטי ונסיבותיו המדויקות. לשאלה זו, ראה סדרת המאמרים ב**תחומין** כרך ו', החל מעמ' 208; שו"ת שערי עזרא, חו"מ סוף סימן ק"כ.

אותה שאלה עצמה מתעוררת גם במשפט הישראלי. ראה ע"א 158/77 **רבינאי נגד מן שקד**, פ"ד ל"ג (2) עמ' 281; ע"א 554/83 **אתא נגד עזבון זלוטולוב**, פ"ד מ"א (1) עמ' 282 (וראה לקמן הערה 386).

הכלל הרגיל בדיני ממונות הוא "בדבר שבממון תנאו קיים"³²⁹, ועל פי כלל זה יכולים צדדים להסכים ביניהם לנהוג בדיני ממונות ככל העולה על רוחם. אולם בנידון שלנו מתעוררות בעיות הלכתיות משני סוגים:

- א. בעיות מתחום דיני איסור והיתר, הנוגעות באיסור ריבית.
- ב. בעיות משפטיות פורמליות הכרוכות בתוקפה של התחייבות בדבר שאינו קצוב (ידוע, מסוים). זאת, משום שחוב "צמוד" אינו קצוב מראש בסכום נומינלי.

מחמת שתי בעיות אלה, ישנם דיינים הנמנעים מלשערך חוב לערכו הריאלי, ופוסקים שהחייב ישלם רק את חובו הנומינלי. כבר התריעו רבים, כי פסיקה זו היא מן הגורמים המכריעים המביאים לכך שישנם רבים, ובתוכם גם שומרי תורה ומצוות, שאינם מביאים את משפטם לפני בתי דין הדנים על פי ההלכה, שכן תשלום נומינלי אינו תשלום מלא. כך כותב חבר בית הדין הרבני הגדול, הרב ש' דיכובסקי³³⁰:

"אנשים – גם שומרי מצוות – נמנעים מלהזדקק לדין תורה בדיני ממונות, כי גם במקרה הטוב, כשיזכו בדין, יקבלו את הסכום הנומינלי בלבד; ובתנאים השוררים כיום – זהו הפסד כמעט מוחלט של הקרן".

במקום אחר³³¹ שב הרב דיכובסקי ומתריע על חשיבות הנושא:

"הרי גלוי וידוע לכולם, שאילולי 'הצמדה' לא שבקת חיי לכל בריה, לאור האינפלציה הגבוהה; ולמעשה כל המסחר, התשלומים השונים שאדם משלם ושואדם מקבל, בנויים על הצמדה; ואין שום אפשרות מעשית, בתנאי החיים של ימינו, למכור ולקנות ללא הצמדה".

נספח זה סוקר את עיקרי³³² דברי הפוסקים לגבי הבעיות השונות, מתוך מגמה לנסות ולמצוא פתרון למצוקה החריפה שהן מעוררות.

329 ב"מ צ"ד ע"א.

330 במאמרו "חיובי הצמדה בבתי דין רבניים", **דיני ישראל** י"ב (תשמ"ד-תשמ"ה). יש להוסיף, כי בעיסקא מסחרית ארוכת טווח, גם אינפלציה של אחוזים בודדים לשנה עשויה "לאכול" את כל הרווח (בהעדר הצמדה), ונמצאת העיסקא כולה בלתי אפשרית.

331 במאמרו "הצמדת חוב למדד" **תחומין** כרך ו' עמ' 214. בסופו של דבר, הרב דיכובסקי מסיק (בנדון שלו) שיש לעשות פשרה; אבל מקור הדבר אינו באיסור הצמדה, אלא בבעיות אחרות שאינן שייכות לכאן, וביניהן בעית אומדן דעת הצדדים (הצדדים לא הסכימו מראש, במקרה הנדון שם, על הצמדה, וקשה היה לקבוע מה הוא הפירוש הנכון לדעתם. על בעיה זו ראה לעיל הערה 328).

332 הסקירה כאן הינה חלקית בלבד. ראה לשונו של שו"ת צדקה ומשפט (ח"א יו"ד סימן ג'): "אם אמרתי אבא העיר, להעלות על ספר כל דברי הפוסקים הם המדברים בענין ירידת ועליית המטבעות לענין הלואה ופרעון, אספרם מחול ירבון, והרי זה מעלה ארוכה, ולכן אמרתי עת לקצר".

לסקירות נוספות בענין זה ראה: ש' ורהפטיג, **דיני מטבע במשפט העברי**; הנ"ל, "דיני פירות המטבע בישראל עם השוואות למשפט העברי", **סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי**, חוברת מ"ג; הנ"ל, "שינוי ערך המטבע בחוזים", הסדרה הנ"ל, חוברת מ"ב; ראה גם את דבריו של השופט זילברג בע"א 248/53 **רוזנבאום נגד זגר**, פ"ד כרך ט' עמ' 533, בעמ' 548 ואילך.

חלק ראשון

האם יש איסור ריבית בהצמדה למדד?

א. הצגת הבעיות

לכאורה, הצמדה למדד אינה אלא שמירה על הקרן מפני פחיתת ערכה, ולא **תוספת** לקרן, ואם כך אין בה כל חשש איסור ריבית. בכל זאת, ישנה דעה הגורסת כי הצמדת חוב למדד הינה בבחינת ריבית. ארבעה המה נימוקי בעלי הדעה הזו. נסקור אותם כאן בקצרה:

1. ישנם דעות בין הפוסקים, הסוברות כי מטבעות מסוימים הינם בעלי ערך **קבוע** ומוחלט, שאינו משתנה. אם כך הוא הדבר, נמצא, שאת עליית המחירים אין לייחס לירידת ערך המטבע, אלא לעליית ערך הסחורות בלבד. לפי זה הצמדה למדד תהיה ריבית.

2. אם דין המלכות פוטר את הלווה בתשלום נומינלי, גם ההלכה עשויה לפטור אותו באותו תשלום, שכן "דינא דמלכותא דינא". כיוון שכך, תשלום גדול יותר עשוי להיות בבחינת ריבית.

3. חכמים קבעו, כי מי שלוה חפץ, וזה הוזל, אינו חייב להחזיר את הדמים שהיה החפץ שווה בשעת ההלוואה, אלא מחזיר את המוצר עצמו ודיו בכך. משום כך יש מקום לטענה, שאף בכסף הדין כך: לווה מטבע והוזל (ערכו ירד) – אינו מחזיר אלא את המטבע; וכיוון שאינו חייב להחזיר יותר, נמצא שהדבר יהא אסור משום ריבית.

4. עליית מדד יוקר המחיה אינה בהכרח זהה לירידת ערך הכסף. לעיתים משקפת עליית המדד עליית מחירים אמיתית. כך הוא המצב, למשל, כאשר נשדפים שדות הירקות מחמת פגעי מזג האוויר, או כשיש מצור, או כאשר מגיע לארץ זרם גדול של עולים המעלים פתאומית את הביקוש לדירות. הצמדה למדד במצב זה עשויה להיות בבחינת ריבית מובהקת, תוספת אמיתית על הקרן.

עתה נדון בבעיות אלה אחת לאחת, בצורה מפורטת, וננסה לראות האם יש בהן כדי לאסור את ההצמדה.

ב. ערכו המוחלט של המטבע

מן ההגיון הפשוט היה מקום להסיק, לכאורה, כי מטבע עשוי להתייקר או להיעשות זול, ככל סחורה או מוצר שבעולם. ברם, בגמרא מצינו, כנראה, קביעה שונה. הגמרא

במסכת בבא מציעא³³³ מבחינה בין "טבעא" (=מטבע) לבין "פירא" (=פירות, כלומר סחורה). מדבריה של הגמרא משמע, בפשטות, כי למטבע דין מיוחד, המבדיל אותו משאר כל המוצרים והסחורות: ערכו הוא מוחלט ואינו משתנה. הרעיון הוא, כנראה, שערכם הכספי של כל המוצרים אינו נמדד אלא בכסף, במטבעות; נמצא, שלמטבעות עצמם אין לייחס שינויים. את כל שינויי המחירים יש לייחס, לפי זה, לשינוי בערך הסחורות, ולא בערך הכסף. כך מנסח החזו"א³³⁴ את הדברים:

"כן הוא הדין בחקי התורה, שהמטבע תחשב לקיץ (=דבר קצוב, ערך מוחלט), והיוקר והזול תיחשב להפרי, ואף אם באמת סיבת היוקר והזול מצד המטבע".

הסיבה לכך קשורה, כנראה, בטיבו של המטבע, שהוא יותר אמצעי חליפין ומדד לסחורות אחרות מאשר סחורה כשלעצמו³³⁵.

אמנם, פירוש זה לדברי הגמרא אינו מקובל על הכל. ישנן דעות בין הפוסקים, שמעולם לא קיבלו את הקביעה, שלכסף ערך מוחלט. לדעתו של **מהרשד"ם**, יש לחשב את ערך הכסף במונחים ריאליים, ולא נומינליים. מהרשד"ם אסר, מן הטעם הזה, להחזיר הלואה בצורתה הנומינלית בתנאי דפלציה. זו לשונו החריפה³³⁶:

"מיום שאירע עלית הגרושות... נתרבו ההפרשים והמחלוקות בין הסוחרים... ואני החתום מטה סדרתי פסק אחד, והארכתי והוכחתי, מן הדין הגמור אינו חייב ליתן אלא שוה מאה גרושות, לא מאה גרושות ממש. וזה, כי עינינו הרואים – דרך משל – כי בשביל גרוש אחד היו נותנים סאה קמח, ועתה, אחר העליה, זילי פירי, ונותנים בעד גרושי סאה ורביע; הייטב בעיני ה'! הא ודאי לא! ומה גם עתה בעניין זה, דאיכא צד ריבית³³⁷, ודבר זה אין הדעת סובלו, והוכחתי בראיות³³⁸ כאשר יראה המעיין...

333 מ"ד ע"ב. הגמרא שם מבחינה בין "טיבעא" לבין "פירי". ראה מהרי"ט, חלק חו"מ חלק א' סימן י'; ראה גם לשון הרב משה פיינשטיין שתובא לקמן, סמוך לציון 350.

334 חזו"א יו"ד סימן ע"ב סוף סק"ט. החזו"א קובע, בעקבות דברים אלה של הגמרא, כי גם השטרות של ימיו, כגון המארק והרובל, דין מטבע להם, ולא שייך בהם יוקר וזול. ראה גם את דבריו שם סק"ח. לעומת זאת בסימן ע"ד סק"ה (בדבריו שיובאו לקמן הערה 406) כותב החזו"א דברים הנראים לכאורה כסותרים את דבריו כאן. סתירה זו תידון לקמן הערה 406.

335 ראה י' ויסמן, **דיני קנין עמ' 335** ואילך.

336 בשו"ת, חלק יו"ד, סימן קע"ו.

337 כוונתו במלים "צד ריבית" היא להדגיש שאין כאן ריבית ודאית. הסיבה לספק יכולה להיות העובדה שללווה יש, מן הסתם, מטבע משלו בשעת ההלוואה; והרי נאמר כבר בגמרא "יש לו סאה – לוה עליה כמה כורין" (ב"מ ע"ה ע"א).

338 ראיותיו מפורטות בתשובתו בחו"מ סימן ע"ה, שחלקה יובא לקמן; ראה נוספת ניתן, לכאורה, להביא מדברי רב אשי בב"ק צ"ז ע"ב: "אי מחמת טיבעא זיל – מנכינ ליה". אמנם, חלק מן הראשונים פירשו מימרא זו כעוסקת בשינוי **במשקל** המטבע, והם מבחינים בין מקרה זה לבין שינוי **ערך** המטבע; אולם מהרשד"ם אינו מקבל הבנה זו. ראה דבריו לקמן.

והלווה אומר: הלויתני דבר שוה סאה; איך אתן לך דבר שווה סאה ורביע?!".

מהרשד"ם מדבר כאן, אמנם על דפלציה, ולא על אינפלציה; אבל ברמה העקרונית – השאלה היא אחת: האם יש לשערך חוב בצורה ריאלית או להשאירו בצורתו הנומינלית. ואכן, במקום אחר אומר מהרשד"ם בפירוש, שהוא הדין לאינפלציה. זו לשונו:³³⁸

"לכאורה יראה מלשון התלמוד והפוסקים ז"ל, כי מי שנתחייב לחבירו גרושוש או זהובים בזמן העלייה... יפרע עתה בעת הירידה אותו סכום מגרושוש או מזהובים ולא יותר... כל זה היה נראה לכאורה בלי ספק. אלא שלפי האמת, אין הדעת סובל שימכור אדם סחורה ומרויח בה כפי התנאי שעושיין... ובשעת הפרעון – נהפוך הוא, שמפסיד מן הקרן... למדנו מכאן, שאם אנו רואים שבשביל המטבע חדש נותנים לאיש פירות יותר ממה שנותנים בשביל הישן, לא יפרע אלא לפי חשבון הישן... אם כן, כשם שאם הוסיפו על משקל המטבע, אם הוזלו הפירות בשביל אותו התוספת – לא יתן לו מן המטבע החדש, דהוי ריבית, [כל] שכן להפך, אם פחתו משקל המטבע, עד שנראה שאין נותנים כל כך פירות עתה במטבע החדש כמו שנותנים במטבע הראשון, צריך שיתן לו שווי המטבע הראשון, כדי שלא יפסיד מלוה. ואחר שאנו רואים שתלוי ענין זה בזילי פירי או ביקירי פירי, מה לי שיהיה הפחת או העילוי מצד המשקל, או מחמת גזרת ומאמר המלך ירום הודו, הכל אחד, דדינא דמלכותא דינא. ואם כן אחר שאנו רואים שבשעת עליית הגרוש או הזהוב היו נותנים סאה בשקל אחד, ועתה שירד על פי גזרת המלך ירום הודו, באותו שקל אין נותנין אלא ג' קבין, נמצא שאם היה פורע הגרו' באותו שווי שהיה בשעת מלוה – אין כאן פרעון, אלא ודאי שחייב הפורע ליתן לפי שיווי דהשתא... ואם כן נתברר מה שאמרנו, שהגרושי"ש יש להם יקר' וזולא, כדנרי זהב, וצריך לשלם דמים כמו שהיו שוים בשעת הוצאה, ומלוה להוצאה נתנה, לא פחות ולא יותר".

מדברים אלה של מהרשד"ם עולה בבירור, כי העקרון המנחה הוא העקרון הריאלי, ולא הנומינלי. לפי דעה זו ברור, אם כן, שמותר וצריך להחזיר הלוואה בערכה הריאלי.

ברם, דברי מהרשד"ם אינם מקובלים על רוב הפוסקים, ובנושא התפתח פולמוס נרחב בין הפוסקים³³⁹. הדעה הכללית, בניגוד לדעת מהרשד"ם, הבינה את הגמרא כמשמעותה הפשוטה, וגרסה אפוא כי למטבע יש ערך מוחלט, וחשובים באשר

³³⁸ א חו"מ סימן ע"ה. תשובה זו אוזכרה כבר בספר "ברית יהודה" פרק כ' סעיף ז' הערה י"ג, עמ' ש"ס, וכן במאמרו של הרב ש' דיכובסקי "הצמדת חוב למדד" **תחומין** ו' עמ' 208, בעמ' 216. ³³⁹ לסקירה מקיפה וממצה של הדיון שבין הפוסקים והמתקפות כנגד דברי מהרשד"ם, ראה ברית יהודה, פרק כ' סעיף ה' וסעיף ז' וההערות שם. יש גם מי שסבור, שמהרשד"ם עצמו לא אמר את דבריו אלא במטבע שאינו עובר לסוחר, ולא במטבעות רגילים – אשר בעניינין יודה מהרשד"ם, שערך נחשב מוחלט; ראה שם.

לחובות יש לעשות בצורה נומינלית ולא ריאלית. מכאן ניתן לכאורה להסיק, כי גם בזמננו אסור להצמיד חוב למדד, מטעם ריבית. זאת משום, שאם ערך הקרן נחשב מוחלט, אזי ההצמדה אינה אלא תוספת, כלומר ריבית. אכן, יש מרבני זמננו מי שסבור כך³⁴⁰. ברם, מסקנה זו מבוססת על ההנחה שגם הכסף של ימינו דינו כדין "מטבע" במובן ההלכתי. אולם הנחה זו טעונה בירור, שכן מימי הגמרא והראשונים חלו תמורות מרחיקות לכת באופיו של המטבע העובר לסוחר.

המטבע המקורי, שהיה מקובל בימי הגמרא והראשונים, היה עשוי מתכת יקרה. לגבי מטבע זה, משתמע מן הגמרא כי הוא בעל ערך מוחלט. לפני כמאתיים שנה חל שינוי מהותי באופי המטבע. נעשה מקובל³⁴¹ השימוש ב**שטרות** כסף, שלמעשה לא היו אלא שטרות חוב על אוצר המדינה. תמורת שטרות אלה התחייב האוצר לשלם כמות מסוימת של זהב³⁴². השימוש בשטרות כסף נעשה במקביל לשימוש במטבעות מתכת, **בעלי ערך נקוב**. ערך נקוב זה עלה על שווייה של המתכת עצמה, אם כי עמד בפרופורציה מסוימת לערך המתכת.

340 ראה לקמן הערה 353.

341 התחיל בכך אדם פרטי, בנקאי סקוטי שפעל בצרפת בשם ג'ון לו. לו הגה את הרעיון, כי "הכסף הוא בעל ערך רק בהתאם לתועלת שהוא מביא, ועל כן אינו צריך להיות בעל ערך עצמי (כמטבע הזהב למשל)" (אנציקלופדיה עברית, ערך "לוי", כרך כ"א עמ' 237). הוא החל להגשים את רעיונו בצרפת, בשנת 1719, והיה הראשון שהנפיק שטרי כסף. אולם לאחר שפשט בנק זה את הרגל, נעשה מקובל בעולם שהנפקת כסף נייר היא בחזקת מונופולין של המדינה (ראה שם, ערך נומיסמטיקה, כרך כ"ד עמ' 969).

342 היו אף מדינות שפירשו את הדבר בשטרות גופם. כך, למשל, בשטר רוסי בן חמישים רובל, מסוף המאה התשע עשרה, התנוססו זו מעל זו הכותרות "שטר חוב ממלכתי" ו-"חמישים רובל", ומתחת להן המלים: "בנק המדינה פורט שטרות למטבע זר בלי הגבלת סכום. רובל אחד שווה 1/15 של אימפריאל, והוא כולל בתוכו 17.424 חלקי זהב טהור". מצדו השני של השטר נכתב, בין השאר: "פריטת שטרות המדינה למטבע זהב מובטחת ע"י כל רכוש המדינה. שטרות המדינה תקפים ברחבי כל האימפריה בשווה למטבע זהב". נוסח זה היה מופיע על השטרות הרוסיים אפילו לאחר המהפכה הקומוניסטית. נציין עוד, כי אף שהרובל הוא שטר רוסי, הוא היה עובר לסוחר בכל אירופה. במדינות אחרות לא היו רגילים לציין בשטר גופו את שיעור הזהב שניתן לקבל תמורת השטר, אבל הדבר היה כתוב בספר החוקים או התקנות. משום כך ניתן היה לפחת, מדי פעם, את המטבע בצו ממשלתי. על תולדות שטרות ומטבעות הכסף במאה התשע עשרה, ראה ש' רובינשטיין **המטבעות, שיעורי המידה והמשקלות שנהגו בא"י בשלהי התקופה העותומנית**, ירושלים 1988. על תולדות השטרות במאה התשע עשרה באירופה, ופדיונם בזהב, ראה (בגרמנית) DAS PAPERGELD IM DEUTSCHEN REICH, בהוצאת DEUTSCHE BUNDESBANK, FRANKFURT, 1965.

כאן המקום להכיר טובה וברכה לגברת ססיליה מאיר, המזכירה המדעית של ביתן קדמן למטבעות במוזיאון ארץ ישראל בתל אביב, על העזרה האדיבה שהושיטה לנו במחקר הסוגיא. מומחיותה הרבה בשטח זה היתה לנו לעיניים. כמו כן אודה כאן לאבי מורי ר' יעקב בס ע"ה, ויבדלו ממנו לחיים, לד"ר מנחם אנדריי זילברפלד ולטוענת הרבנית סופיה רון, על העזרה האדיבה שהושיטו בתרגום חומר הקשור בנושא ובהתמצאות בו.

נשאלת, אפוא, השאלה, אם יש דין "מטבע" לטטרות ומטבעות אלה. יש מקום לטעון, כי אין דין "מטבע" אלא למטבעות המתכת היקרה, ואילו טטרות ומטבעות הכסף, שהיו נפוצים במאתיים השנים האחרונות – דינם כדין "שטר חוב", הנחשב לסחורה ככל הסחורות (ומחירם עשוי להשתנות). האחרונים הרבו לעסוק בנושא, ונציין כאן מקצת מדבריהם³⁴³.

בעל שו"ת "עונג יום טוב" מבחין³⁴⁴ בין **מטבעות** ימיו – שלגביהם יש, לדעתו, דין "מטבע" (משום שיש שווי ממשי לחומרם, אף שאין שווי זה זהה לערכם הנקוב) – לבין **טטרות** הכסף המודפסים על נייר (ששויו אינו עומד בשום פרופורציה לערכו הנקוב). הוא קובע, כי אין לטטרות הכסף של ימיו אלא דין שטר חוב רגיל, ולא דין "מטבע", ולכן אין לפדות את הן בטטרות³⁴⁵.

לפי זה יתכן, כי לגבי מטבעות **ימינו**, שערך המתכת שבהם אינו בהכרח פרופורציוני לערכם, יקבע ה"עונג יום טוב" כי אין דינם כמטבעות, ואין כל הבדל בינם לבין הטטרות.

החת"ס קובע³⁴⁶, לכאורה בניגוד^{346א} לדברי ה"עונג יום טוב", כי גם הטטרות שהיו מקובלים בימיו, יש להם דין "מטבע". הוא קובע, כי הם נבדלים משטר חוב רגיל, בכך שכל אדם חייב **מדינא דמלכותא** לקבלם כתשלום³⁴⁷.

ברם, אם נדייק נמצא, כי לאמיתו של דבר אין הכרח להסיק מכאן כי קיימת

343 רשימה חלקית של מקורות נוספים: ר' מאיר אריק, שו"ת אמרי יושר, חלק ב' סימן קנ"א; ר' שלמה קלוגר, "חכמת שלמה" על שו"ע חו"מ סימן ע"ד סעיף ז'; ישכיל עבדי, חלק ה', יו"ד סימן י"ח.

344 שו"ת, חלק יו"ד סימן ק"ב.

345 אין אפשרות לפדות בן בשטר חוב (משנה בכורות נ"א ע"א).

346 שו"ת, יו"ד סימן קל"ד; ראה עוד דבריו בקובץ סימן ס"ט, והערת המהדיר אות ג' שם; קובץ, סימן צ"ד, הערת המהדיר אות י' שם; יו"ד סימן רפ"ט; אה"ע, ח"א סימן קכ"ו.

346א ראה הרב ש' דיכובסקי, "הצמדת חוב למדד" **תחומין** ו' עמ' 208, בעמ' 217, שלדעתו יש מחלוקת בנושא בין החת"ס לבין ה"עונג יום טוב".

347 יצויין, כי קיים הבדל תהומי בחומרת ההוראה השלטונית האוכפת קבלת מטבעות בשוויים הנקוב, בין מדינת ישראל של ימינו ובין מקומות מסוימים באירופה בזמנו של החת"ס. באותם הימים היה איסור זה חמור מאד, עד שלעתים היה נאכף בפעל בעונש מוות (ראה אנצ' עברית, ערך אסיניטים, כרך ד' בעמ' 949). בחוק הישראלי, לעומת זאת, העונש על כך אינו אלא שלושה חודשי מאסר בלבד (ראה סעיף 489 לחוק העונשין, תשל"ז-1977). יתירה מזאת, הוראת חוק זו נמצאת בפרק שכותרתו היא "עבירות קלות" (פרק י"ג לחוק הנ"ל), יחד עם איסור כניסה לשטח חקלאי ללא הרשאה, טעינת יתר של בהמה באופן הגורם צער בעלי חיים, מחדל של בעל בית מלון מהצבת פנס בחצירו ועוד.

ברם, למרות הבדל גדול זה בחומרת העונש, עדיין ניתן להשליך מדבריו של חת"ס על הדין במדינת ישראל. העובדה הבסיסית היא כי גם במדינת ישראל החוק מחייב לקבל את המטבע בשווי הנקוב. נראה, כי העובדה שהעונש שבו נאכף החוק הוא עונש קל, מקורה רק בכך שאין צורך משמעותי להעניש בחומרה, שכן אין תופעה נפוצה של סרוב לקבל את המטבע.

מחלוקת בין החת"ס לבין בעל "עונג יום טוב". בהמשך דבריו, מתלבט החת"ס בשאלה אם גם לגבי פדיון הבן יש לשטרות דין "מטבע", מכח דין המלכות, או שדין המלך אינו תקף אלא לגבי פרטי דינים שבין אדם לחבירו, ולא לגבי פדיון הבן. בעל "עונג יום טוב", לעומת זאת, קבע לגבי פדיון הבן כי אין לשטרות דין מטבע; לא מן הנמנע הוא שיודה, כי לגבי שאר הדינים יש לשטרות דין "מטבע", מכח "דינא דמלכותא", כדברי החת"ס³⁴⁸.

מכל מקום, הכסף עבר שינוי נוסף מאז. בשנת 1968 נשללה לחלוטין האפשרות לקבל תמורה בזהב עבור שטרות ומטבעות³⁴⁹. מאז אין למטבעות ולשטרות, בעצם, כל "כיסוי". משמעותו של דבר היא, שמאז הכסף אינו אלא אמצעי חליפין. אין הוא אפילו שטר חוב על כמות של זהב, כדרך שהיה לפני כן. לכן ניתן לומר, כי אין לו כל ערך כשלעצמו. אך טבעי יהיה אפוא לקבוע, כי לכסף של ימינו אין "ערך מוחלט". יתכן אם כן שאף החת"ס, הסבור ששטרות זמנו יש להם דין "טיבעא", יודה, כי שטרות ומטבעות ימינו אינם "טיבעא" ואין להם "ערך מוחלט". השטרות של היום עשויים להתייקר או להיעשות זולים, ככל סחורה שבעולם.

כדברים האלה קובע, על כל פנים, אחד מגדולי הפוסקים האחרונים, הרב משה פיינשטיין (מבלי להזכיר כלל לא את דבריו של החת"ס ולא את דבריו של ה"עונג יום טוב"). זו לשונו³⁵⁰:

"והנה במטבע ממש של כסף ושל זהב, הוא דין להחשיב זול ויוקר בכל הפירות והדברים ולא בהמטבע, שהוא אינו ביוקר וזול... אף בידוע שהיוקר והזול בא מצד המטבע ולא מצד הפירות... ולכן אם היה במטבע ממש – ודאי אף שהזול הוא מצד המטבע, לא שייך שיתחייב יותר, וכשיטול יותר

348 מו"ר הרב ז"נ גולדברג הוא שהפנה את תשומת לבנו לכך. ראה דבריו לקמן נספח ד' הערה כ"ו.
349 אמנם, הרבה מדינות נטשו את התחייבותן להמיר את שטרותיהן בזהב זמן רב לפני מועד זה. אנגליה, למשל, נטשה חובה זו בשנת 1925. בארץ ישראל לא היו, כנראה, מעולם, מחליפים שטרות בזהב. מצוותו של הכתר הבריטי, בסעיף 12(א) לדבר המלך על מטבעות פלשתינה א"י, 1927, לצקת "מטבע זהב של פונט פלשתינאי (א"י) אחד, המכיל 123.27447 גרגירים של זהב מקובלי", לא נתבצעה, כנראה, מעולם. על ענין זה ראה דברי השופט זוסמן בע"א 370/62, בכר נגד בידרמן, פ"ד כרך י"ז עמ' 886, בעמ' 892.

ברם, כל מטבע בעולם ניתן היה להחלפה בדולר, בשער חליפין מסוים; ואילו את הדולר התחייבה ארצות הברית להחליף בכמות קבועה של זהב. לכן נהוג לומר, כי בעקיפין היה לכל מטבע כיסוי בזהב. בשנת 1968 ביטלה ארה"ב את כיסוי הזהב לדולר, וכך אירע שכל מטבעות העולם איבדו את ערך הזהב שבהם, והפכו חסרי כיסוי. ראה אנציקלופדיה עברית, ערך "כסף", עמ' 962.

350 אגרות משה יו"ד ח"ב סימן קי"ד. התשובה נכתבה בשנת תשל"א, היא שנת 1971 למנינם, כלומר שלוש שנים אחרי ביטול "כיסוי הזהב".

ראה דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג לקמן נספח ד' הערה כ"ז, ותגובתנו שם.

יהיה ריבית... אבל **במטבעות דהניירות, שרק מטבעות אלו איכא במדינותינו, שאין בעצמן שום שיוי, ואף שיוי דשטרי מלוכה שהיו להם – שצריכים למי שרוצה להחליפם על מטבעות כסף וזהב שהיו מחליפין להם – גם כן אין להם**; דלבד שלמעשה חזינן שאין מחליפין אותם במטבעות כסף וזהב, (גם) **פירשו זה ממש, שאין המלכות מחוייב לשלם להם בשום דבר**. רק שמכל מקום קונים במטבעות אלו של נייר שאיכא חותם המדינה, כל דבר; ואולי משום שהמלכות גם כן מקבלתן בחשיבות מעות בעד המסים, ובעד דברים שקונים מהם. **הרי ודאי, אין מקום להחשיב זה לדבר שיהיה קיים** ולא יהיה ביוקר וזול³⁵¹, דכיון שכל חשיבותם הוא מצד שהמלכות מקבלתן בחשיבות מעות, הרי זה שייך להוקיר ולהוזיל... ולא שייך שיהיה דבר קבוע וקייץ בשווי, מאחר דאין לו שום שיווי בעצם...³⁵².

351 לולי דבריו של הרב פיינשטיין ניתן היה לטעון מסברה את ההיפך. המטבע של ימינו הוא מטבע "טהור" יותר מזה של ימי הגמרא, שכן זוהי בדיוק הנקודה המבדילה את המטבע שונה מכל שאר הסחורות שבעולם. זו לשון הראב"ד (הובאה בשטמ"ק ב"מ דף ס' ע"ב, ריש פרק איזהו נשך):

"כי כל הדברים שבעולם, תמצא בהן כל מין ומין מעלה זה על זה **מחשיבות גופם** בטעם או בריח או במראה או שהוא מתקיים, זולתי המטבע, **שאין צרכו אלא בדמיו, במקנתו**; ואם אין – מה תועלת יש בריבוי או מיעוטו, בגסותו ובדקותו?"

על המטבע של ימי הגמרא אפשר היה לומר, כי אין הוא "לגמרי" מטבע: הוא היה גם אמצעי חליפין וגם בעל ערך עצמי – מתכת יקרה. משום כך ניתן לומר, כי רק "צד אחד" שלו היה קבוע – ערכו כמטבע, כאמצעי חליפין, כמדד לסחורות. הצד השני שלו – ערכו כמתכת יקרה – הינו סחורה, וערכה משתנה. דווקא המטבע שלנו הינו מטבע "טהור": אין לו כל ערך כשלעצמו – ואינו אלא אמצעי חליפין, מדד לערך של כל הסחורות. מכאן יוצא אפוא לכאורה, להיפך מדברי הרב פיינשטיין, אלא שאין משיבין את הארי לאחר מיתה.

352 ראה עוד דברי הרב שלמה גורן בפס"ד בפד"ר כרך י"א עמ' 241 ואילך. הרב גורן מתיר את ההצמדה, והוא מנמק את דבריו, בין השאר, בלשון זו:

"המטבעות שלנו, שהם שטרות הכסף, לכאורה אין להם דין של טיבעא בהלכה, ואינם אלא שטרי חוב של הממשלה".

ראה גם דבריו של הרב ש' דיכובסקי במאמרו "הצמדת חוב למדד" **תחומין** ו' עמ' 208, בעמ' 217-218 (ההוספה שבסוגריים, וההדגשות – שלי, ד' ב'):

"דברי החזו"א (שהובאו לעיל בטקסט, סמוך לציון 334) אינם גזירת הכתוב, אלא דבר התלוי בסברה. ומסתבר שהדברים אמורים בתקופתנו, כאשר הפיחותים היו לעיתים רחוקות, אחת לכמה שנים, ואז בהחלט צריך לראות את המטבע כערך קבוע ואת הפירות כערך נייד. **אבל בתקופתינו** שהפיחות הוא יום יומי, **קשה לראות את השקל הישראלי כטיבעא לכל דבריו וכבעל ערך קבוע**, ואת הפירות כניידים. ויש מקום לומר שהשקל אינו נחשב למטבע במובן ההלכתי בשל אי יציבותו והפיחותים הבלתי פוסקים שבו, ובשל העובדה שכמעט בכל עיסקא מעריכים את השקל בהתאם לשער הדולר או שמצמידים אותו למדד. לפי"ז יש מקום לדון שהלואה או חוב בשקלים, לא יחשב כהלואה של מטבע אלא כהלואה של **פירות, דהיינו של ערך המטבע** בזמן ההלואה. ותהיה מותרת הלואה כזו בהתאם לכללים המתירים הלואת סאה בסאה".

לסיכום: אין לכסף של ימינו ערך מוחלט, ועל כן אין לאסור מטעם זה הצמדת הלוואה למדד.³⁵³

הלכה למעשה, אמנם, כתב הרב פיינשטיין בהמשך תשובתו, כי קיים איסור בהצמדת הלוואה למדד. אולם איסור זה נגרם כתוצאה מדין המלכות (כלומר, דינה של ארצות הברית של אמריקה, בימיו של הרב פיינשטיין). על בעיה זו נרחיב את הדיבור עתה, במגמה לבדוק את השלכותיה במדינת ישראל.

ג. השפעתו של "דינא דמלכותא" על שאלת ההצמדה למדד

1. הצגת הבעיה

ראינו שבאופן עקרוני המטבעות של ימינו אינם בעלי "ערך מוחלט", בניגוד למטבעות שהיו בעבר. על פי זה אין, לכאורה, בעית ריבית בהחזר חוב בשיעור הצמוד למדד, שהרי בצורה זו הלווה מחזיר בדיוק את מה שלוה.

353 כמה מרבני זמננו כתבו, מן הטעם הזה (שלמטבע ערך מוחלט) לאסור את ההצמדה בימינו. שנים מהם (הרב יעקב בלוי בספר "ברית יהודה", פרק כ', סעיפים א' ב'; הרב היישריק, בספר "תורת ריבית", פרק י"ט סעיף ל"ה) הביאו ראיה מדברי החזו"א שהבאנו לעיל (בטקסט, ציון 334). גם בן ציון אליאש, במאמרו "שערוך חיובים חוזיים במשפט העברי – ראשי פרקים" **דיני ישראל** 12 (1986) עמ' ס"ה ואילך, סבור כי החזו"א מחמיר בדבר. אולם ראייתם אינה הכרחית כלל. סברתם נובעת מכך שאינם מבחינים (כדרך שמבחין הרב פיינשטיין) בין מטבעות זמנו של החזו"א (שנפטרו בשנת 1953) לבין המטבעות שאחרי 1968 למנינם (שאו בוטל כיסוי הזהב). אפשר, שהיום היה אף החזו"א מודה שההצמדה מותרת ואין בה חשש ריבית.

הרב בלוי מחמיר שם עוד יותר וסובר שאפשר שהצמדת חוב למדד אסורה **מן התורה**, משום ריבית **קצוצה**. דברים אלה קשים עוד יותר, שהרי כאן אין כל קציצה על סכום מסוים מראש, ואין כל וודאות כמה יתן לו בסופו של דבר (לפי הדעה המקובלת, "ריבית קצוצה" האסורה מן התורה, אינה אלא כאשר סכום הריבית קבוע מראש; כך משמע מלשון השו"ע יו"ד סימן קס"א סעיף ה'. אמנם, יש מי שחולק על הגדרה זו, וסובר, שעצם ההסכמה המוחלטת מראש לתת ריבית, הופכת את הריבית ל"קצוצה"; ראה מאירי, ב"מ, ריש פרק חמישי. הדברים הובאו בספרו הנ"ל של הרב בלוי, פרק א' הערות כ"א). על כל פנים, ראיותיו של הרב בלוי ממצב דפלציוני (עליו כתבו חלק מן הפוסקים, שאם הסכימו מראש שישלם לו הסכום נומינלית, הרי ריבית קצוצה), אינה ראייה, שכן שם קצבו סכום מראש.

גם רבנים נוספים קובעים, כי לכסף שלנו דין "טיבעא", וערכו מוחלט, ולכן יש איסור ריבית בהצמדתו למדד. כך נוטה דעתו של הרב ע. בצרי בספרו **שערי עזרא** חו"מ סימן ק"ב; וכך גם דעתו של הרב א' שרמן, האוסר הצמדת הלוואה למדד במאמרו "הצמדה, קנסות פיגורים וריבית בחיובי מזונות" **תחומין** כרך י"ב עמ' 378 (הרב שרמן פוסק כך בעקבות דברי ה"ברית יהודה" שהובאו לעיל). גם הרב משה שטרנבוך ב"קיצור דיני ריבית", פרק ג', אוסר להצמיד חוב למדד, מאותו הנימוק; זו כנראה גם דעתו של הרב ש' אבינר, "עם כלביא", חלק א' סימן רס"ג. כל אלה מתעלמים מקביעתו של הרב פיינשטיין, שהכסף שלנו – אין לו כסוי בזהב, ואין לו אפוא כל ערך עצמי.

ברם, במקומות מסוימים העלו הפוסקים בעיה אחרת, שמחמתה אסרו להצמיד חוב למדד. באותם מקומות ובאותם הזמנים, שבהם דיברו אותם פוסקים, קבע דין המלכות כי החייב יוצא ידי חובו בתשלום נומינלי. כיוון שעל פי ההלכה "דינא דמלכותא דינא", נמצא, שגם לפי ההלכה אין הלווה חייב יותר מן התשלום הנומינלי; ואם כך, אם יוסיף החייב וישלם לפי הערך הריאלי – הרי תוספת זו היא בבחינת ריבית. דינא דמלכותא יוצר כאן איסור הלכתי, שלא היה קיים בלעדיו³⁵⁴.
הקביעה, ששיעור חיובו של הלווה נקבע לפי דין המלך, נמצאת בדברי פוסקים רבים. זו לשונו של הריב"ש³⁵⁵:

"שאלת, ראובן היה חייב ללוי שבעה אלפים... בשני שטרות מן המטבע הישן; **ואחר כך המלך דון אנרי"ק עשה מטבע חדשה, שלא היה שוה רביע המטבע הראשון.** וזה עשה, כאשר לא היה יכול לתת שכר לחיילותיו בזולת זה. וצוה בכל מלכותו, שיקובל המטבע ההוא בכל מלכותו כמו המטבע הראשון. ואחר שנים שנתישב במלכותו וראה כי היה נזק והפסד גדול בכל מלכותו מן המטבע ההוא, ושהפירות נתייקרו הרבה לרוע המטבע ההוא, פסל אותו. וראובן הלווה שהיה הולך בחצר המלך, כשהבין רצון המלך ודעתו לפסול המטבע ההוא **שם... ששת אלפים מן המטבע הגרוע לפרעון לוי...** ואחר כך **דנו הדיינים** בהסכמת החכמים דרך כלל, שכל מי שפרע... מן המטבע הגרוע, קודם שפסלו המלך, **שיהיה פרעון גמור,** מטעם **'דינא דמלכותא דינא'**. ועתה נפל מחלוקת בין ראובן ולוי, כי ראה (לוי) שאין הפרעון ההוא כלום.

354 יש להבדיל בין השאלה שאנו עוסקים בה, דהיינו תשלום ריאלי בעת אינפלציה, לבין שאלה אחרת שנידונה בפוסקים, שהיא החזר נומינלי בעת דפלציה. החזר כזה האחרון הוא **מטבעו** בעייתי מבחינת איסור ריבית, שכן המלווה מקבל **יותר** ממה שהלווה. על שאלה אחרונה זו אמרו הפוסקים כי דין מלכות, המצווה על תשלום נומינלי, עשוי **להשמיט את בסיס האיסור ולהביא לכך שהדבר יהא מותר.** זו לשון הרמ"א בהגה לשו"ע יו"ד סימן קס"ה סעיף א':
"אם גזר המלך, שכל מי שיפרע יפרע ממטבע חדשה (השווה יותר), הולכים אחר גזירת המלך, דדינא דמלכותא דינא, ואין בזה לא משום ריבית ולא משום איסור גזל".
ראה גם ש"ך שם סק"ח.

ההיתר בנוי על העובדה, שמכיון שדינא דמלכותא דינא, נמצא שהלווה חייב מן הדין לשלם את התשלום הנומינלי, ואין זו ריבית. יש להבחין היטב בין שני המצבים: **בדפלציה** – דין המלך בא **להתיר את מה שהיה אסור בלעדיו**; ואילו **באינפלציה** – דין המלך הוא **היוצר** את הבעיה האיסורית, שהרי אם נתעלם מדין המלך נמצא ששערך ריאלי יביא לכך שהמלווה יקבל בדיוק את ערכה של ההלוואה, ואין כאן כל מקום לאיסור ריבית. ההבחנה בין שני המצבים תבוא לידי ביטוי מעשי במקום שבו **המלך אינו מתערב** ביחסים החוזיים בין הצדדים (כלומר, שאין "דינא דמלכותא" מיוחד בנושא): להחזיר נומינלית בתנאי דפלציה – יהא אסור, ואילו להחזיר ריאלית בתנאי אינפלציה – יהיה מותר.

355 שו"ת הריב"ש סימן קצ"ז.

תשובה, אין אחר מעשה בית דין יפה של קהל אשביליה הקדוש י"ץ כלום, וחלילה לי מלפקפק ומלהרהר אחר מדותיהם במה שדנו... לפי שדינא דמלכותא דינא. וכיון שהמלך צוה בפירוש, שכל אדם יקח בכל מלכותו המטבע החדש הגרוע בערך היפה, ושיוכלו לפרוע בו חובותיהם – **לפי שענין המטבע הוא מחקי המלוכה, שהמלך יש לו חק בנימוסי המלכות לעשות המטבע כרצונו ולשים לו ערך קצוב, וגורע ומוסיף כרצונו**³⁵⁶. ואם לפעמים, לפי צורך השעה, כמו שהיה בידו לשאול מסים כדי ליתן אפסניא ושכר לחילו; ועושה בדרך זה, שגורע המטבע יתר מאד, מי ייאמר לו מה תעשה, אחר שהרשות בידו?! ודרך המלך בזה אין לו שעור".

ברם, יש לשים לב להמשך דבריו של הריב"ש. הריב"ש ממשיך וקובע, כי אותו פטור שנפטר הלווה בתשלום נומינלי של הכסף, אינו חל אלא אם ציווה המלך כך **בפירוש**. במלים אחרות: **עצם העובדה, שהמלך ציווה להחליף את המטבע הישן בחדש, אינה מועילה לו לפטור אותו בתשלום נומינלי. לשם כך צריך הלווה להראות, כי המלך הוציא צו מיוחד העוסק ביחסים המשפטיים שבין הלווים לבין המלווים**. זו לשונו של הריב"ש בהמשך דבריו³⁵⁷:

"ועם היות שאם לא צוה המלך בפירוש על פרעון החובות – היה מן הדין לפרוע מן המטבע הישן היפה שהלווה... שאין לו למלוה לקבל המטבע

356 כך היא גם דעתו של בעל התרומות (שער מ"ו, חלק ח' סעיף ה') בשם הרמב"ן. הרמב"ן קובע, שאפילו לאותה שיטה הגורסת שהכלל "דינא דמלכותא דינא" (ראה ההפניות שהובאו לעיל הערה 123), אינו חל אלא בענייני דרכים וקרקעות המעלות מסים, מכל מקום, עניני המטבע בודאי כלולים בתחום סמכותו של המלך. הרמב"ן מנמק את הדבר במלים אלה: "אין לך עסק מלכות גדול מזה, שהם (=המלכים) בעלי המטבע והם שעושים אותו ומוציאים אותו בארץ שלהם. ואם אין פסק שלהם בעלי המטבע מתקיים, הפסידו כל הריח שלהם וכל זכותם במטבע. והדין הזה הוא שוה לגמרי לדין הקרקע שמעלה טסקא (=מס)". דברים אלה צוטטו ונפסקו להלכה בש"ך ליו"ד סימן קס"ה סק"ח (אמנם, הובאה ונידונה שם גם דעה אחרת, שיש לה קיום מסוים בין הפוסקים), וכן בש"ך חו"מ סימן ע"ד ס"ק כ"ח; ראה גם דבריו של ר' שלמה קלוגר, חכמת שלמה שם סעיף ז': "דינא דמלכותא דיכול לפרוע בהם... דדינא דמלכותא כן הוא, שישלם לו באנק נאטען (=שטרות, בצורה נומינלית), ודינא דמלכותא דינא, ואין זה צריך לפנים". כך פסק גם החת"ס, קובץ תשובות סימן ס"ט. בימינו נפסק כך על ידי הרב פיינשטיין (דבריו יובאו לקמן).

אמנם יש מקום לבחון, אם **נימוקו** של הרמב"ן תקף גם בתנאי האינפלציה המודרנית. בימינו, הרווח שמרוויח השלטון מהדפסת שטרות כסף אינו תלוי בשאלה אם חובות איש לרעהו יהיו צמודים למדד או נומינליים; אכן, זו היא הסיבה לכך שאין המשפט הישראלי נוהג להתערב בשאלת הצמדת חובות בין אדם לרעהו (ראה לקמן).

מכל מקום, לפי השיטה המרחיבה את סמכות המלך גם לעניינים שאינם נוגעים ישירות למלך, גם שאלה זו של חובות וסדר תשלומם תוכרע על פי דיני המלך.

357 שם. כך עולה גם מלשונו של הרמ"א, חו"מ סימן ע"ד סעיף ז' בהג"ה.

ההוא בערך הקצוב, רק בערך שויו, כי אף על פי שהמלך קצב דמיו, היינו לענין מקח וממכר הנעשה עתה, אבל מי שחייב מזמן העבר – נשאר זה על דינו... **אבל, מאחר שהמלך צוה בפירוש בענין פרעון החובות, שיקובל המטבע החדש בערך הראשון...** דינא דמלכותא הוא זה".

כלומר, החייב אינו נפטר מחובו בתשלום נומינלי מעצם העובדה שהמלך החליט לפחת את המטבע; כדי להיפטר, זקוק החייב לציווי מיוחד של המלך, העוסק ביחסים המשפטיים שבין החייבים ובין המלווים.

קביעה זו מצויה במפורש גם בדבריו של הרא"ש³⁵⁸:

"ומה שכתבת שנפלה מחלוקת בין המפרשים, כשהמלך גזר על המטבע לפחות או להוסיף, אם דינא דמלכותא דינא או לא, לא ידענא מה שייד להזכיר כאן דינא דמלכותא. אם המלך עשה מטבע חדש שיצא במלכותו במשא ומתן במקח וממכר, ופסל את הראשונים, בשביל זה לא גזר להפסיד למלוה שהלוה מטבע טוב, שיקבל מטבע גרוע! המלך אינו מקפיד אלא שיהא מטבע הראשון נפסל ומועבר מן העולם, ויהיה משא ומתן במטבע אחרון, ואינו חושש אם יפרעו למלוה כפי ערך מטבע הראשון, כי בזה אין המלך מפסיד כלום".

לענין זה תיודע בהמשך דיוננו חשיבות מכרעת לשאלת ההצמדה במדינת ישראל.

מכל מקום, מן האמור לעיל מתבאר כי במקום שהמלך ציווה מפורשות, שהחייבים ייפטרו מחובם בתשלום נומינלי במטבע החדש והזול – דינו דין.

דין כזה של ה"מלכות" היה קיים בארצות הברית של אמריקה עד לפני שנים לא רבות³⁵⁹. החוק האמריקאי קבע, כי אדם פטור מחובו בתשלום נומינלי. **החוק האמריקאי אף הרחיק לכת בנושא זה, וקבע, כי גם הסכמה מפורשת בין לווה לבין מלווה בדבר הצמדת החוב למדד הינה בטלה, כנוגדת את תקנת הציבור**³⁶⁰.

358 שו"ת הרא"ש, כלל ק"ג סימן א'.

359 החוק בוטל בשנת 1977.

360 כך פירש בית המשפט העליון האמריקאי את ה-Gold Clause Joint Congressional Resolution משנת 1933 (מתקופת ה-"New Deal"). דין זה בוטל ע"י הקונגרס רק בשנת 1977. הדין האמריקאי אוזכר גם בדברי השופט זוסמן בענין **בכר נגד בידרמן** (לקמן, סמוך לציון 370). תודתנו נתונה למשפטן והכלכלן הפרופ' שאול לב-מור מאוניברסיטת וירג'יניה, לטוענת הרבנית רחל לב-מור, וכן למר בנימין סנדר, על הסיוע האדיב שהושיטו בבדיקת הדין האמריקאי והתפתחותו בנושא.

על רקע זה נקל להבין את פסיקתו של הרב פיינשטיין (שמקום מושבו ופסיקותיו היה בארה"ב), הקובעת כי אסור לשלם חוב בהצמדה למדד. זו לשונו של הרב פיינשטיין³⁶²:

"אבל מכל מקום בעניני תשלומין דינא דמלכותא דינא... (במקרה) שהופחת המטבע, דינא דמלכותא, הוא שיפרעו (נומינלית) ממטבע החדשה – הוא דינא... ומאחר שנפטר מחיובו בסך הדאלארס והפונטים שלוו, ממילא איכא איסור ריבית כשישלם לו ביותר³⁶³".

2. שאלת קיומה של הבעיה במדינת ישראל

בספר "תורת ריבית"³⁶⁴ נכתב, כי מדברי הרב פיינשטיין עולה שאסור להצמיד הלוואה למדד. הספר, שנכתב והוצא לאור במדינת ישראל, מתעלם מן האפשרות שקביעתו של הרב פיינשטיין, האוסרת הצמדה למדד, אינה רלוונטית למדינת ישראל, שהרי איסור זה הינו תוצאה של דין המלכות האמריקאי באותם הימים. לאמיתו של דבר, כדי לבדוק את שייכות דברי הרב פיינשטיין למדינת ישראל, יש להשוות את "דין המלכות" הישראלי ל"דין המלכות" שהיה בארה"ב בימיו של הרב פיינשטיין.

השוואה זו מעלה, כי אין כל דימיון בין השניים. דיני מדינת ישראל אינם מכילים כל קביעה השוללת את תקפו של הסכם הצמדה, ואף לא ציווי כי לווה יפטר מחובו בתשלום נומינלי.

אמנם, הממשלה קובעת, בעקיפין, את ערך המטבע, שכן בידה הכח לקבוע את שער החליפין שלו³⁶⁵. יתירה מזאת, הממשלה יכולה להשפיע רבות על שוויו של המטבע, ע"י הדפסת שקלים נוספים, ע"י שינוי שער הריבית במשק ובדרכים אחרות.

362 אג"מ יו"ד ח"ב סימן קע"ד (ההוספות שבסוגריים – שלי, ד' ב'). התשובה נכתבה בשנת תשל"א (1971).

363 לכאורה, היה מקום לטעון כנגד דבריו של הרב פיינשטיין, כי "דין המלכות" האמריקאי כלל אינו אוסר את הריבית; אדרבא, מכיר הוא בתוקפו של הסכם ריבית ואוכף אותו. נמצא, שאם הסכימו הצדדים על תשלום צמוד, מובן מאליו שהדבר תקף וניתן לאכיפה בערכאותיהם. סברה זו (בהקשר לא לגמרי זהה) כבר נידונה בחת"ס חו"מ סימן ס"ב (צוטט בפת"ש חו"מ סימן ע"ד סק"ו). ברם, בהמשך דבריו פקפק החת"ס בסברה זו ודחאה. הוא הבחין, בין עניני מטבע – שבהם דין המלכות תקף, לבין עניני איסור והיתר (ואיסור הריבית בכלל זה) – שבהם אין דין המלכות תקף.

364 פרק י"ט סעיף ל"ה סוף הערה ע"ח. ראה עוד לקמן הערה 378.

365 בהנחה, שלענין זה דין **בנק ישראל** כדין ה"מלכות", למרות שמדובר בתאגיד ממשלתי, ולא בזרוע הכפופה ישירות לממשלה. אם לא נקבל הנחה זו, נשמט בסיס זה להנחה שהמלכות הישראלית עוסקת בענין המטבע וקובעת את שעריו. לפי זה, הבעיה כלל אינה מתעוררת מעיקרא.

למרות זאת, **אין כאן התערבות מפורשת ביחסים שבין לווה למלווה**. חשוב להזכיר, לענין זה, כי הרא"ש והריב"ש קובעים במפורש – בדבריהם שהובאו לעיל – **שכדי לפטור את הלווה מחובו, זקוק הוא לקביעה מפורשת ומיוחדת של המלכות**, המכוונת אל הלווה והפוטרת אותו בתשלום נומינלי. לא די בשינוי שער המטבע גרידא; וודאי שלא די בכך שהמלך **ימנע** מלצוות על הלווה לשלם בהצמדה. אם המלך אינו מתערב בענין חיובו של הלווה – הרי הלווה חייב, כדברי הראשונים הנ"ל, לשלם את הערך הריאלי שלוה³⁶⁶.

כאמור, אין בישראל דין מלכות הקובע כי החייב נפטר בתשלום נומינלי. בעבר, אמנם, היו בא"י התערבויות של הדין בשאלות מעין אלה. כך, למשל, קבע השלטון הבריטי בשנת 1927³⁶⁷ בזו הלשון:

"מקום שחייבים לשלם כל סכום בפלשתינה (א"י)... בפונטים מצריים... מותר לשלם את הסכום בפונטים פלשתינאיים (א"י)... בשעור של פונט פלשתינאי (א"י) אחד לכל תשע מאות ושבעים וחמישה חלקי אלף מכל פונט מצרי".

אולם כיום שוב אין ממשלת ישראל נוהגת, בדרך כלל, להתערב ביחסים שבין לווים למלווים. כך, למשל, חוק מטבע השקל החדש, תשמ"ה-1985, אינו מזכיר כל הוראה מסוג זה, בניגוד לדבר המלך במועצתו הנ"ל.

אמנם, בשנות החמישים המוקדמות עדיין פסק בית המשפט המחוזי בת"א³⁶⁸ כי סעיף הצמדה בחוזה הינו בטל, משום שהוא נוגד את "הסדר הציבורי"; ואולם פסק דין זה בוטל בערעור לבית המשפט העליון³⁶⁹. הערכאה העליונה קבעה, מפיו של השופט זילברג, בלשון זו:

366 אמנם, הריב"ש מדבר על מקרה של הנפקת מטבע חדש, השונה מקודמו, ולא על פיחות זוחל בערכו של המטבע הישן. אולם הראינו כבר, כי למטבעות שלנו אין ערך מוחלט, ולכן הם דומים, לענין זה, למטבע חדש.

367 דבר המלך על מטבעות פלשתינה א"י, סעיף 4.

368 מפיו של השופט י' לם בת"א 10/53 **רוזנבאום נגד זגר**.

369 ע"א 248/53 **רוזנבאום נגד זגר**, פ"ד כרך ט' עמ' 533, בעמ' 537.

יש להטעים, כי הכוונה כאן איננה בהכרח להניח כי לפסקי הדין של בית המשפט העליון של מדינת ישראל יש תוקף הלכתי של "דינא דמלכותא" (על שאלה זו ראה לעיל פרק חמישי הערה 223). גם אם נקבל את ההנחה הרווחת, כי אין להם תוקף כזה, מכל מקום ניתן להביא **ראיה** מן הפסיקה על דין ה"מלך", שכן פסקי הדין משקפים ומפרשים את החוק. מן המפורסמות הוא, שבית המשפט העליון **מכיר** היטב את החוק הישראלי, היוצא מלפני הכנסת, ואת התקנות והצווים היוצאים מלפני הממשלה. גם **נאמנותו** של בית המשפט לחוק היא מן המפורסמות. לכן ניתן להוכיח מן הפסיקה שגם **החוק** הישראלי אינו מצווה לפטור לווה בתשלום נומינלי; שהרי אילו היה כך, לא היה בית המשפט מעז לפסוק אחרת ולהמרות את פיו.

"עוד לא הכריעו חכמים, כי הצמדת הלוואות לסעיפי ערך מהווה גורם אינפלציוני מזיק למדינה, ואף אילו החליטו כך מומחי אומות העולם, עדיין לא הייתי בטוח, כי הלכה אוניברסלית זו חלה גם על משקה הכלכלי המיוחד של מדינת ישראל".

בית המשפט חזר והבהיר נקודה זו בצורה מפורשת, והפעם מפיו של השופט זוסמן³⁷⁰:

"אמת נכון הדבר, ישנן ארצות אשר נקטו קו של מדיניות לפיה נחשב דבר ההצמדה כמזיק לטובת הכלל, ומשום כך הכריזו על סעיף של הצמדה כעל בטל ומבוטל, מפני תיקון העולם. כך עשתה ארצות הברית בהחלטת בית המחוקקים מס' 10 לשנת 1933. אך הצרכים של טובת הציבור אינם זהים בכל אתר ואתר, כי מדינות שונות נוקטות במדיניות שונה. סעיף של הצמדה כאן בישראל, לא נחשב כפוגע בטובת הציבור, ולא הוכרז בטל. נהפוך הוא; מיד עם קום המדינה הוציאו הממשלה והסוכנות היהודית איגרות חוב צמודות לדולר, ועדיין מוצאות איגרות חוב ממשלתיות צמודות למדד יוקר המחיה. אות הוא, כי הצמדת חוב לקנה מידה יציב אינו נוגד את טובת הציבור בישראל"³⁷¹.

נמצא, שהדין הישראלי אינו מצווה על בטלותו של סעיף הצמדה. **משום כך ניתן לקבוע, כי דין המלכות הישראלי אינו יוצר בעיה של איסור ריבית.**

יתירה מזאת. לא זו בלבד שהחוק הישראלי אינו אוסר על הצמדה למדד, ואינו מבטל את תוקפו של הסכם בין צדדים בדבר הצמדה למדד; אלא שהחוק הישראלי עצמו מתייחס למטבע בצורה ריאלית. כלומר, דעת המחוקק היא כי ערכה הריאלי של המטבע הוא הקובע, ולא ערכה הנקוב. באופן כללי, המחוקק נוטה לכך שחובות ישולמו בערכם הריאלי.

את מדיניותו זו של המחוקק הישראלי ניתן לראות בכמה וכמה תחומים שונים. נציין כאן דוגמאות מעטות.

בשנת תשל"ט קבע המחוקק הישראלי כי בתי המשפט רשאים להוסיף לכל חיוב הפרשי הצמדה³⁷².

370 ע"א 370/62, **בכר נגד בידרמן**, פ"ד כרך י"ז עמ' 886, בעמ' 892-893.

371 פסקי דין אלה צוטטו כבר בספרו של ש' ורהפטיג, **דיני מטבע במשפט העברי**, עמ' 266.
372 חוק פסיקת ריבית (תיקון מס' 3), תשל"ט-1979; מאז התיקון קרוי החוק "חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961". ראה סעיף 3 לחוק.

יש להדגיש, כי ההנמקה, שהניעה את המחוקק לקבוע את ההצמדה, הינה הרצון להביא לכך שהנושה יקבל את כספו לפי ערכו המקורי. המחוקק מבדיל היטב בין הצמדה לבין **ריבית**. לגבי ריבית קובע החוק, כי "ריבית שנפסקה לפי חוק זה, תצורף לקרן אחת לשנה"³⁷³; ואילו לגבי הצמדה נקבע כי "לענין תשלומים על חשבון החוב, דין הפרשי הצמדה כדין הקרן"³⁷⁴. נמצא, שדבריו של המחוקק משקפים כאן **גישה ריאלי**, שלדידה הצמדת חוב למדד אינה אלא שיערוך ערכו האמיתי של החוב, ולא רווח לנושה.

על עמדתו זו של המחוקק ניתן ללמוד גם מדבריו בכמה וכמה תחומים אחרים.

373 סעיף 7 לחוק.

374 סעיף 3א(ד) לחוק.

ראה גם דבריו של השופט די' לויך בע"א 627/84 **נודל נגד פינטו**, פ"ד מ' (4) עמ' 477, בעמ' 483-484 (ההדגשה שלי – די' ב'):

"הוראה שבדין אמנם אין, אולם הלכות שהתגבשו על ידי בית המשפט הזה קיימות גם קיימות. ההלכות הללו נוטות יותר ויותר לאימוץ מדיניות של שיערוך ריאלי של סכומי כסף, המשתלמים מכוחם של הסכמים או חיובים שבעבר.

אמנם, כאשר סוגיה זו החלה להתעורר, בגבור האינפלציה, הייתה הססנות מסוימת וגם רתיעה משיערוך מחירים שנקבעו בחוזה, משום העיקרון השולט בדיני חוזים והקובע, כי החוזה כפי שהתגבש מבטא, בדרך כלל, את רצונם החופשי והמלא של הצדדים, ומשכנרת – אין להוסיף או לגרוע ממנו דבר.

אולם, מדיניות זו הלכה והשתנתה עם הזמן, ככל שגאתה האינפלציה. התהוו מצבים קשים וחמורים, שבהם הייתה לבית המשפט התחושה הקשה, כי הימנעות מהצמדה זו או אחרת, מקום שהצדדים עצמם לא קבעו בהסכם תנאי הצמדה, תגרום עוול חמור ותחטא לעקרונות החשובים של עשיית הצדק ושל תום הלב.

כאן ראוי להדגיש ולומר, שקביעת השיערוך אינה באה להיטיב עם מקבל התשלום, שהרי הוא לא יוצא נשכר מכך. כל שנעשה במקרה כזה הוא העמדת החיוב על הערך הריאלי, לבל ייצא נפסד, זאת ותו לא. מכאן, שהשיערוך אינו נותן יתרון לא צודק למקבל התשלום ואינו מקפח, קונס או מעניש את מבצע התשלום...

מניתוח הפסיקה הענפה בסוגיה זו, כפי שהתגבשה, עולה, כי מדיניות השיערוך ננקטה על ידי בית משפט זה במקרים המתאימים מטעמים שונים... נראה, שחלוף השנים והתגברות אחוזי האינפלציה הביאו את בתי המשפט למסקנה, כי אין עוד מקום להימנע משיערוך המחיר, וכי התעלמות משינויים בערך הכסף תגרום עוול לאחד מבעלי הדין".

יצוין עוד, כי בהבדל מריבית, ההצמדה תשולם כל אימת שאין להסיק מתוך החוזה כי הצדדים התכוונו שהנושה ישא בסיכונים; מה שאין כן לגבי ריבית, שאין צד לחוזה מחויב בתשלום ריבית אלא אם אומד הדעת מראה שהצדדים התכוונו שהוא ישלם ריבית. ראה דבריו של

השופט ברק בע"א 554/83 שויבאו לקמן סמוך לציון 380.

ראה גם דבריו של השופט זילברג בע"א 248/53 (לעיל הערה 369) בעמ' 533 ואילך. השופט זילברג לומד את העיקרון הריאלי, בין השאר, מדיני ישראל. השאלה שנידונה בפניו היתה, האם "סעיף ערך" עשוי להיות בלתי חוקי, כאשר האינפלציה עולה על שיעור הריבית המקסימלית (לפי החוק העותומני על הריבית, שעדיין היה אז בתוקף). השופט קובע, כי כיוון שאין כאן **שכר ורווח**, אלא שמירת הערך בלבד, אין מדובר כאן בריבית.

כך, לדוגמא, בתחום דיני העונשין³⁷⁵. חוק העונשין קובע דרך לעדכן בהתאם למדד את הקנסות המוטלים בו, בלא צורך בחקיקה נוספת. סעיף 35 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע (לאחר תיקוניו בשנת תשמ"ב ובשנת תשמ"ח), כי על אף שאין מטילים על אדם עונש היעולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה" (שהרי אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה), מכל מקום, אם "היה העונש קנס... יהיה בית המשפט רשאי לקבעו בשיעור... **המעודכן ביום החלטת בית המשפט**". את דרך העידכון קובע סעיף 64 (א) לאותו חוק: **"שר המשפטים רשאי לשנות בצו את שיעורי הקנסות הקבועים בכל חוק, על פי השינויים שחלו במדד מן המדד שפורסם בחודש שבו הם נקבעו לאחרונה"**.

בקביעה זו של המחוקק ניתן להבחין בגישה המאמצת את עקרון הערך הריאלי של הכסף. מסיבה זו מאציל המחוקק סמכות לשר לעדכן את שיעור הקנסות, שכן לא מדובר בהגדלתם (שמשמעותה החמרת הענישה ואינה ענין לשר אלא למחוקק הראשי), אלא בעדכון בלבד.

ראיה מובהקת יותר ניתן להביא מפרט דין אחר, הקשור אף הוא בעידכון הקנסות. סעיף 35 לחוק הנ"ל מוסיף וקובע, כי **"בית המשפט רשאי להטיל קנס... בשיעור שאינו עולה על שיעורו ביום ביצוע העבירה בצירוף הפרשי הצמדה למדד לפי שינויים במדד שפורסמו עד יום החלטת בית המשפט"**. אילו החזיק המחוקק בתפיסה נומינליסטית, לא היה מעלה בדעתו להרשות לבית המשפט להטיל על העבריין את שיעור הקנס המעודכן ליום מתן ההחלטה, אלא את שיעורו הנומינלי ביום ביצוע העבירה בלבד. כלל גדול הוא בדין, שאין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה, ואין מחמירים בעונשו של עבריין יותר ממה שהזהירו תחילה, בטרם בוצעה העבירה.

375 בעייתי יותר הוא תחום דיני המסים. אין בחוק קביעה כוללת, לפיה מחושב המס תמיד לפי בסיס ריאלי; אולם ניתן לראות מגמה כזו של המוחוקק בכמה מעשי חיקוק ספציפיים. ראה לדוגמא חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה) תשמ"ב-1982; חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985; צו מס הכנסה (פטור ממס על הפרשי הצמדה), התשמ"ד-1984. נוסף לכך מסתבר, שמה שהחסיר המחוקק הולך ומתמלא ע"י הפסיקה. ראה ע"א 167/58 נציב מס הכנסה נגד בית החרושת לסיגריות לוד, פ"ד י"ד עמ' 1475; דברי השופט אשר בעמ"ה (ת"א) 149/75 הבורסה נגד פקיד השומה ת"א, פד"א ח' עמ' 169, בעמ' 170. לסקירת הנושא ראה י' גרוס, **דיני מסים – פרקי הוראה עמ' 40-55 ועמ' 147-160**; י' גרוס, **מיסוי חברות פרק 15**; ברנע, "ניתוח כלכלי של הגישה והפתרונות בחוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה)", התשמ"ב-1982 **"עיוני משפט ט' עמ' 394**; הדרי, "היבטים בחוק המיסוי בתנאי אינפלציה" **עיוני משפט ט' עמ' 405**; י' שטרואס ור' אבירם, **מס הכנסה לשנים 1985-1987**; י' פלומין וא' צחור, **חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה)**.

מוכח מכאן, כי המחוקק סבור חד משמעית, כי מה שחשוב אינו הערך הנומינלי של סכום כסף, אלא הערך הריאלי³⁷⁶.

מכל המקובץ עולה, שבמדינת ישראל לא קיים דין מלכות הפוטר חייב בתשלום נומינלי. לא זו בלבד, אלא תפיסתו של המשפט הישראלי לגבי המטבע היא תפיסה ריאלית, המתייחסת לערכו האמיתי. אין כאן, אפוא, "דינא דמלכותא" היוצר בעייה של איסור ריבית בהצמדת חוב למדד. האיסור עליו הורה הרב פיינשטיין אינו קיים אפוא במדינת ישראל³⁷⁷.

3. עמדת הדין הישראלי ביחס לחייב הפורע בזמנו

בנושא זה צריך להיזהר מטעות נפוצה. דעה רווחת קובעת, כי ישנו במדינת ישראל דין, הפוטר אדם מלשלם את הפרשי ההצמדה למדד, אם הוא משלם את החוב בזמנו.

כך, למשל, קובע ספר **תורת ריבית**³⁷⁸. לדבריו, הדין הישראלי מבחין בין חוב שהחייב משלם אותו בזמנו, לבין חוב שהחייב **עיכב** שלא כדין. זו לשונו:

"על פי החוק אין מגיע לו הצמדה... כל שלא הותנה על הצמדה ובא לשלם את חובו **במועד**, (ש)קבעו שאין לו להוסיף על סכום שלווה אף שהיה פחות בינתיים. **ומאידך**, בכל תשלום **שעיכב** אדם לחבירו כסף, בעבור הלוואה או

376 מדד המחירים לצרכן נזכר בחקיקה הישראלית עוד פעמים רבות. ראה למשל חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, סעיף 4 (ב).

על התפתחות הדין האזרחי בנושא זה ראה בן ציון אליאש "שיערוך חיובים חוזיים" **דיני ישראל** י"ב (תשמ"ד-תשמ"ה).

377 יש מקום לדון בדברי הרב יצחק יעקב וויס במנחת יצחק חלק ו' סימן קס"א. הרב וויס אוסר להצמיד חוב למדד, ואחד מנימוקיו הוא ש"גם הוי כן דינא דמלכותא, דאין לו להלוה לשלם, רק מה שהלוהו". דברים אלה נכתבו במדינת ישראל. ברם, אפשר, שדברים אלה נאמרו רק בימיו, אבל בימינו הדין שונה. התשובה הודפסה בשנת 1976. בינתיים נשתנה דין המלכות בכמה עניינים – חוק פסיקת ריבית והצמדה תוקן בשנת 79; באותה שנה ניתן גם פסק הדין התקדימי בענין רבינאי נגד מן שקד (שניתן בשנת 1979. ראה לקמן הערה 381), ומאז יצאו סדרה של פסקי דין ששינו את התמונה; ראה לקמן, סמוך לציון 381 ואילך. על עמדתו של הרב וויס ראה גם לקמן הערה 397.

378 פרק י"ט סעיף ל"ט בירור הלכה אות ב, עמ' שע"ו-שע"ז. במקום אחר בספר – סעיף ל"ה באותו פרק – כתובים דברים מוחלטים עוד יותר (ולכאורה סותרים): שם נאמר בשם הרב פיינשטיין, שיש לאסור כליל תשלום חוב בהצמדה; במקום זה המחבר אינו מחלק בין חוב תוך זמנו לבין אחר זמנו. ראה עוד מה שכתבנו על יישום דבריו של הרב פיינשטיין במדינת ישראל, לעיל סמוך לציון 364.

ראיה נוספת שמביא ה"תורת ריבית" (סעיף ל"ה באותו פרק, הערה צ"ב) לאיסור ההצמדה היום, היא מדברי בעל ה"מנחת יצחק"; אבל ראה דיון בדבריו אלה של ה"מנחת יצחק", לעיל הערה 377 ולקמן הערה 397.

ראה דברי מו"ר הרב ז"נ גולדברג לקמן נספח ד' הערה כ"ח, ותגובתנו שם.

עבור קניה שקנה ממנו או חוב שחייב לממשלה ולעיריה, בכל אלו נוהגים בתי המשפט לחייב הצמדה וזאת משום שרואים את החוב לא בסכום נומינלי אלא בערך הכסף, ופשוט להם מבט זה, ומחייבים בהצמדה, וכן בחובות שחייבת הממשלה לאזרח מוסיפה הצמדה, נמצא שבכל אלו קיים דינא דמלכותא לחייבו בהצמדה... ולפי זה, בכל מקרה שעיקב תשלום שלא כדין **מעבר לזמן שנקבע**, והיה פחות לאחר מכן, יש מקום לחייבו הצמדה כנהוג באותו מקום".

לפי דבריו של ה"תורת ריבית", יש אפוא להבדיל בין חובות המשולמים לאחר זמנם, שלגביהם "יש מקום לחייבו הצמדה", לבין חובות המשולמים בתוך זמנם, שלגביהם יהיה הדבר אסור משום ריבית, משום שדין המלכות פוטר את החייב בתשלום נומינלי.

יש מקום להשיג על דעה זו. כאמור, אף אם דין המלכות אינו מחייב אדם לשלם הצמדה, הדבר אינו פוטר אותו לפי ההלכה; כדי להיפטר, צריך החייב להראות כי **המלך ציווה בצורה מפורשת על פטור** בתשלום נומינלי. כך נאמר בדברי הרא"ש והריב"ש שהובאו לעיל. פטור מפורש כזה אינו קיים בחוק הישראלי. אדרבא, תפיסתו של הדין הישראלי הינה ריאלית, בדרך כלל, כפי שהוזכר לעיל.

העובדה שבדרך כלל אין המשפט הישראלי מחייב אדם לשלם את חובותיו בהצמדה (אם הוא משלם בזמנם), אין מקורה ב"גזירת מלכות", אלא באומד דעת הצדדים לחוזה ההלוואה. ההנחה היא, כי המלווה שלא דרש הצמדה, הסכים לפטור את הלווה בתשלום נומינלי³⁷⁹. מסיבה זו בלבד נובעת ההבחנה בין מי שמשלם בזמן לבין מי שמפר את החוזה. כך מנמק את הדבר בית המשפט העליון, מפיו של השופט ברק³⁸⁰:

"ההבחנה היסודית הראשונה שיש לעשות היא בין חוזה שהופר לבין חוזה מקוים. הופר החוזה, קובע הדין הכללי... מערכת של תרופות. התחשבות באינפלציה במסגרתו של דין זה אין בה כדי לפגוע בהסכם שעשו הצדדים, ואין בה כדי להביא לשינוי במוסכם על ידיהם. שיערוך הנעשה במסגרת התרופות הניתנות להפרת חוזה אינו פוגע ב"קדושת החוזה", ואין בו משום עשיית חוזה חדש לצדדים. לעומת זאת, שיערוך בחוזה המקוים נוגע להתחייבויות החוזיות שנטלו על עצמם הצדדים. עד כמה ששיערוך זה

379 ראה מקבילה (לרעיון שאדם שלא התנה, נחשב כאילו וויתר) בהלכה, שו"ע חו"מ סימן רס"ד סעיף ה' וסמ"ע שם סקט"ז.

380 ע"א 554/83 **אתא נגד זולוטוב**, פ"ד מ"א (1) עמ' 282, בעמ' 297. ההדגשה שלי – ד' ב'.

מקורו בחוזה עצמו, הריהו ביטוי לאומד דעתם של הצדדים, כפי שבא לידי ביטוי בחוזה שעשו. **עד כמה ששיערוך זה מקורו מחוץ לחוזה, הריהו התערבות בהתקשרות, שנטלו על עצמם הצדדים, ופגיעה בקדושת החוזה**”.

גם במקום אחר שב השופט ברק ומסביר את העיקרון הזה. מדובר שם בחוזה שכלל התחייבויות לתשלומים שונים. לגבי חלק מן התשלומים נאמר באותו חוזה במפורש כי הם צמודים במפורש למדד מסוים, ואילו לגבי חלק אחר – לא צוין דבר. משום כך רואה השופט ברק בעייתיות בציווי על שיערוך המחיר³⁸¹:

”הנימוק העיקרי למניעת האכיפה – דהיינו, הירידה הרבה בערך הכסף – היה ענין שהצדדים צריכים היו לתת דעתם עליו שעה שכרתו את החוזה, שהרי החוזה נכרת ב־1972, שעה שסיכוני האינפלציה היו ידועים. זאת ועוד: הלכה למעשה נתנו הצדדים דעתם לסיכוני האינפלציה, ואף הצמידו חלק מהמחיר לאינדקס”.

גם השופטת בן פורת אומרת בפירוש, שקביעת הפסיקה, הפוטרת בתשלום נומינלי, במקרה בו לא הותנה במפורש שהתשלום ייעשה בהצמדה, מקורה רק ברעיון שהעדר ההתנאה בענין כמוהו כוויתור; ולכן קביעה זו תקפה רק במקרה בו ניתן להסיק כך מן הנסיבות. זו לשונה³⁸²:

”בימינו הנחיצות וההכרה כאחת בהצמדת הערך של חובות כספיים... הפכו מובנות מאליהן לכל אדם סביר. ההצמדה הפכה לכלל, והעדרה – לחריג. כאשר מודעות זו הפכה, עקב האינפלציה הדוהרת, לנחלת הכלל, דיברו גם בתי המשפט בלשון אחרת. עתה, כשצפוי היה שכל אדם שעיניו בראשו יגן על ערך כספו ורכושו, קבעה ההלכה הפסוקה, **שאם אין הוא דואג לסעיף ערך – אין לו להלין אלא על עצמו בלבד...** (אבל, בהסכם שנכרת בעבר, בתקופה שביחס אליה) אין כל בטחון שהייתה כבר מודעות מספקת להתפתחות אינפלציונית נמשכת... יש אמנם לתת להעדרו של סעיף ערך כשלעצמו משקל מה, אך ודאי לא מכריע. ההכרעה בשאלת **אומד הדעת** צריכה ליפול לאור כלל הוראותיו של החוזה”.

נמצא, שהפטור בתשלום נומינלי – שבדרך כלל אדם זוכה לו, לפי הדין הישראלי, אם הוא משלם את החוב תוך זמנו – **אין מקורו אלא באומד דעת הצדדים, ולא בדבר מלכות**.

381 ע"א 158/77 רבינאי נגד מן שקד, פ"ד ל"ג (2) עמ' 281, בעמ' 291.

382 ע"א 554/83 הני"ל לעיל הערה 380, בעמ' 318. המלים שבסוגריים שלי – ד' ב'.

אומד זה של דעת הצדדים תלוי בנסיבות המדויקות של המקרה. משום כך ניתן אף לומר, כי הטענה, שהדין הישראלי פוטר את האדם בתוך זמנו של החיוב, בתשלום נומינלי – לא תמיד היא נכונה.

אמנם, בעבר הרחוק שלטה בדין הישראלי התפיסה הנומינאליסטית³⁸³, אולם הדבר השתנה. כבר בשנת 1963 פסק בית המשפט העליון³⁸⁴ כהאי לישנא:

"העקרון הנומינליסטי אינו תורת משה מסיני. הוא נוהג על שום שהצדדים עומדים בחזקה שהתכוונו לפרעון החוב בדרך זו... מכאן, שהצדדים בני חורין לקבוע עקרון אחר, ובית המשפט יכבד את כוונתם, ובלבד שיגלוהו בחוזה שעשור".

ואכן, לא תמיד פוטר הדין הישראלי את החייב בתוך זמנו, בתשלום נומינלי של חובו. הדבר תלוי באומד דעת הצדדים בשעת כריתת חוזה ההלוואה. כך אנו מוצאים בפסיקתו של בית המשפט העליון, מפיו של השופט ברק³⁸⁵:

"טול המקרה, בו נעשה חוזה המחייב השבת כספים, בלא שנקבע בו דבר לעניין הצמדה. נניח כי החוזה נעשה בתקופה שבה אין כל אינפלציה במשק, ואף לא הייתה כל צפייה כי האינפלציה תתפתח בעתיד הקרוב (אם החוזה הוא קצר מועד), או הרחוק (אם החוזה הוא ארוך טווח). באופן בלתי צפוי חלה ירידה בערך הכסף. כיצד תפורש חובת ההשבה? בנסיבות אלה, סביר להניח כי הצדדים לא היו מודעים כלל לאפשרות של שינוי בערך הכסף. אין אפוא כל יסוד להניח, כי "אומד דעתם" הוא שהנושה יישא בהפסדי האינפלציה. נהפוך הוא: יש יסוד להניח, כי אומד דעתם של הצדדים היה, כי הנושה לא יישא בהפסד זה. ועל כן ניתן לפרש את הוראת ההשבה במונחים ריאליים.

383 דוגמא לדבר נמצאת, אולי, בדבריו של השופט מני בע"א 448/62 סטרן נגד אפשטיין, פ"ד י"ז עמ' 1093. שם נדון עניינו של קונה שהתחייב לשלם את מחירו של הממכר בהצמדה לדולר. הקונה סבר, כי אינו חייב לשלם סכום זה, שכן עליית שער הדולר לעומת השקל היתה גבוהה יותר משער הריבית המירבי המותר בחוק הריבית, תשי"ז-1957. בית המשפט, מפיו של השופט מני, דחה טענה זו מחמת טיעון מקומי: הוא קבע, כי חוק הריבית חל על הלוואות רגילות, ולא על עסקת מכר בתשלומים. מכאן נראה, שבאופן עקרוני קיבל בית המשפט את הטענה, כי הצמדת תשלום לדולר, או למדד – לשם שמירת ערכו של הכסף – נחשבת לריבית. כלומר, בית המשפט נקט בעיקרון הנומינלי.

עוד דוגמאות לדרך חשיבה נומינלית (בצד דוגמאות לחשיבה ריאלי), ראה טדסקי, ברק, אנגלרד, חשין, דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 626.

עוד על סוגיא זו של זניחת העיקרון הנומינלי בפסיקה, ראה בסקירתו הממצה והנוקבת של השופט ברק בע"א 554/83 הני"ל (בהערה 328), בעמ' 294 ואילך; ראה גם מאמרו של א' פרוקציה, "הצמדה, שערך וריבית: עבר, הווה ועתיד" משפטים י' (תש"ס) עמ' 262.

384 ע"א 370/62 בכר נגד בידרמן, פ"ד י"ז עמ' 886, בעמ' 892 (מפיו השופט זוסמן).

385 ע"א 554/83 הני"ל לעיל הערה 380, בעמ' 306.

אך נניח עתה, כי החוזה נעשה שעה שבמשק קיימת אינפלציה, וקיימת אף תחזית בדבר התגברותה. בנסיבות אלה סביר להניח, כי הצדדים היו מודעים לאפשרות של שינוי בערך הכסף. העדר הוראה בעניין שיערוך מצביע על ההנחה הסבירה, כי הם ביקשו להטיל את הסיכון שבירידת ערך הכסף על הנושה. בנסיבות אלה יש מקום לפרש את הוראת ההשבה במונחים נומינאליים".

מדבריו של השופט ברק עולה, שאם, למשל, יכתבו הצדדים בחוזה את המלים הבאות: "מתוך העובדה שאין בחוזה סעיף הצמדה, אין להסיק שהצדדים הסכימו שלא להצמיד את החוב", יפסקו בתי המשפט, שהחייב יצטרך לפרוע את החוב בהצמדה (שהרי במקרה זה לא וויתר בעל החוב על זכותו המובנת מאליה, לקבל את הערך הריאלי של כספו). לכן, הניסוח הנכון של הדין הוא, שבתי המשפט בישראל אינם פוטרים אדם מלשלם הפרשי הצמדה (אלא אם כן הוסכם כך, במפורש או מכללא)³⁸⁶.

במקרה אחד³⁸⁷ חתם אדם על חוזה שבו התחייב למכור את דירתו, ולאחר מכן חזר בו וטען שהחוזה כלל אינו תקף (ובנסיבות העניין היה ברור, שהוא סבר כן בתום לב). הקונה עמד על זכותו לרכוש את הדירה. עד שנסתיימו ההליכים המשפטיים בין הצדדים עברו יותר משבע שנים; בסופה של ההתדיינות קבע בית המשפט העליון כי החוזה תקף. אז דרש הקונה שהמוכר יסתפק בקבלת המחיר בסכום הנומינלי

386 ראה דבריו של השופט לוי שהובאו לעיל הערה 374, הקובעים כך בפירוש ובצורה מפורטת. דבריו הקיצוניים של השופט לוי מעוררים עליהם בקורת של השופטת מ' בן פורת. ראה דבריה בע"א 554/83 הנ"ל בהערה 380, בעמ' 320:

"הייתי, בכל הכבוד, מהססת לצרף דעתי למשתמע מהנאמר שם... כאילו חלפה הרתיעה מפני שיערוך מחירים, שנקבעו בחוזה שאין בו תניה של הצמדה וכאשר גם מכלל הוראותיו אין להסיק אומד דעת שהמחירים יסולקו בערכם הריאלי".

מכל מקום, אף השופטת בן פורת מסכימה, כי כאשר בית המשפט עוסק במלאכת אומדן הדעת של הצדדים, הרי "מותר ואף צריך להיעזר בכללי הגינות המקובלים על הבריות", ובנדון שלה היא מגיעה למסקנה, כי "אומד הדעת העולה במשתמע מן החוזה הנדון הוא, שהפיקדון יוחזר לסוכן בערכו הריאלי ביום התשלום". לאומד זה הסכימו שם רוב השופטים, ורק השופט ש. לוי נחלק עליהם בדעת מיעוט; אולם שאלה זו אינה מעניינת כאן.

387 ענין רבינאי נגד מן שקד. ראה גם פרשת אתא נגד זולטולוב (ע"א 554/83 הנ"ל לעיל בהערה 380); בפרשה זו נחלקו השופטים באומד דעת הצדדים. לדעת הרוב, מפיו של השופט ברק, אומד הדעת חייב את השיערוך, וכך נפסק. השופט לוי, בדעת מיעוט, מותח ביקורת על הפרשנות של הרוב, וקובע כי "הסכנה שלפניה עשוי הפרשן לעמוד היא שמא "יגניב", דרך קביעת אומד דעתם של הצדדים לחוזה, את אומד דעתו שלו לגבי התוצאה הצודקת לפי הערכתו, וייחס את הערכתו שלו לצדדים לחוזה". לאמר, לדעתו מבטאת הפסיקה של הרוב מדיניות ריאליה כעיקרון שליט, בלא תלות באומד דעת הצדדים. לפי זה, ההנמקה התולה את ההצמדה באומד הדעת אינה אלא מלאכותית.

שנקבע בחוזה, בלא הצמדה, שכן החוזה לא כלל כל התניה בדבר הצמדה למדד. בית המשפט סירב לקבל עמדה זו, והתנה את אכיפת המכירה בשיערוך המחיר, כדי למנוע פגיעה בצדק. המניע להחלטת בית המשפט היה, שבנסיבות אלה **אין להסיק מאומד דעת הצדדים ויתור של הנושה-המוכר על ערך כספו**. המוכר לא צפה מראש, בעת ניסוח החוזה, כי יחול עיכוב כה גדול בביצועו. יודגש, כי בית המשפט לא חיפש בחוזה בסיס לכך שהצדדים התכוונו באופן מיוחד להצמדת המחיר, אלא הסתפק בכך **שלא מצא בסיס להנחה שהנושה התכוון לוותר** על המגיע לו. תפיסת היסוד היא, שתשלום מגיע לאדם במונחים ריאליים. כך עולה גם מדבריה של השופטת בן פורת³⁸⁸.

נמצאנו למדים, שלעיתים מחייב בית המשפט את החייב לפרוע את חובו בתשלום ריאלי, למרות שהוא משלם בזמנו, ולמרות שלא הותנה במפורש שכן ייעשה. בית המשפט מסתפק בכך שהצדדים לא התנו (במפורש או מכללא) שהנושה מוותר על ההצמדה.

מכאן גם מובן, כי **מזיק חייב**, לפי הדין הישראלי, לשלם את הנזק בערכים ריאליים ביום התשלום בפועל. זאת, גם אם לא עיכב את התשלום באופן מיוחד³⁸⁹.

אמור מעתה: המדיניות המשפטית הבסיסית בישראל בנושא דנן נוקטת שיערוך ריאלי של חיובים.³⁹⁰ **העובדה, שפוטרים חייב בתשלום נומינלי כאשר הוא משלם בזמנו, מקורה רק בכך ששתיקת החוזה בענין ההצמדה מלמדת על כך שהנושה ויתר על ההצמדה, בסיטואציות מסוימות. בסיטואציה שבה אין מקום להסיק כך (כמו במקום בו לא היתה האינפלציה צפויה, או בחיוב שאין מקורו בחוזה אלא בדין, כמו מזיק) – החיוב הוא בערכים ריאליים, גם בתוך זמנו.**

ואכן, מעשים שבכל יום הם, שגופים ציבוריים³⁹⁰, מהם אף כאלו הממלאים תפקיד על פי דין, או אף רשויות המדינה עצמן, מצמידות מראש חובות של הלוואות, בלא שנעשה כל איחור בתשלום. כך, לדוגמא, נוהגים הבנקים בענין הלוואות רבות, ביניהן הלוואות לדיור (משכנתאות), ובכלל זה הלוואות המסובסדות ע"י המדינה; כך נוהגות רשויות שונות לגבי חובות שונים

388 בסוף דבריה שהובאו לעיל סמוך לציון 382.

389 ראה דבריו של השופט ברק בע"א 554/83 הנ"ל לעיל בהערה 380, בעמ' 296.

390 ראה, כדוגמא אחת מני רבות, את תפיסתה של האוניברסיטה העברית בירושלים, בחוברת "הסברים לסדרי הרשמה ותשלום לשנת הלימודים תשנ"ה", בעמ' 5:

"שכר הלימוד צמוד למדד המחירים לצרכן שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה אחת לחודש. ההצמדה איננה קנס, אלא אמצעי לשמירת הערך ביום התשלום, ומחויבים בה כל המשלמים לשיעורין וכן הנרשמים באיחור... תשלום שכר לימוד מראש חוסך הצמדה למדד".

המשולמים בסדרה של תשלומים. את העובדה שבמקרים רבים אחרים אין רגילים להצמיד את חובו של מי שמשלם את החוב **בתוך זמנו**, יש לראות, אפוא, כנובעת **לא** מתפיסה נומינלית, אלא מפני שמראש כך הותנה, משיקולים של נוחות ופישוט החישובים או משיקולים אחרים.

על פי האמור נמצא כי אין כל יסוד לטענה שיש בישראל דין מלכות הפוטר את החייב בתשלום נומינלי, אם החייב משלם בזמנו. לא נכונה היא, אפוא, הסברה כי דין המלכות הישראלי יוצר בעיית ריבית בהצמדת חוב למדד.

4. מסקנה

בניגוד לדין שהיה בימיו של הריב"ש במלכותו של המלך דון אנריק, ולדין האמריקני בימיו של הרב פיינשטיין, כאן – במדינת ישראל – לא זו בלבד שאין המדינה שוללת את ההצמדה, אלא שההצמדה מהווה חלק בלתי נפרד מסדרי התשלום שלה. כלשונו של הרב היישריק דלעיל: "משום שרואים את החוב לא בסכום נומינלי אלא בערך הכסף, ופשוט להם מבט זה". אין חיקוק הקובע שמי שחייב כסף, יוצא ידי חובתו בתשלום נומינלי. בעיה זו, אם כן, אין צורך לקחת בחשבון בארץ³⁹¹.

נמצא שגם מבחינה זו, ככל שהדברים אמורים במדינת ישראל, אין איסור ריבית בהצמדת הלוואה למדד.

ד. "סאה שהוזלה"

בעיה נוספת, הקיימת לכאורה בהצמדת הלוואה למדד, קשורה בדין "סאה שהוזלה". אדם, שלוה מחבירו כמות מסוימת של מוצרים, נפטר מחובו זה בהחזרת כמות זו של סחורה, אפילו הוזל בינתיים מחירה של סחורה זו, וערכה של הכמות ירד³⁹⁴.

השאלה היא אם דין זה תקף גם במי שלוה **מטבע** שערכו ירד (כתוצאה מאינפלציה). אחד מגדולי הפוסקים האחרונים, ר' שלמה קלוגר, סבור שהתשובה היא חיובית; וזו לשונו³⁹⁵:

391 גם ב"צ אליאש, במאמרו "שיערוך חיובים חוזיים" **דיני ישראל י"ב** (תשמ"ד-תשמ"ה), סבור שמדברי הרב פיינשטיין עולה, כי במדינת ישראל של היום מותר להצמיד חוב למדד.

394 "ואם הוזלו – נותן לו הסאה שהלווהו"; יו"ד סימן קס"ב סעיף א' (ולא כפי שנדפס בטעות בדברי ר' שלמה קלוגר שיובאו לקמן).

395 חכמת שלמה, חו"מ סימן ע"ד סעיף ז'.

"והנה נשאלתי... בנדון באנק נאטען (=שטרות כסף) שהוזלו, האיך ישלמו הלויין... (תשובה): על כל פנים יהיה כמו לוח סאה בסאה, דמפורש בש"ס... דבלוח סאה בסאה, בהוזלו – נותן לו הסאה, ובהוקרו נותן לו דמיו. אם כן, מוכח, דבהוזל – יכול לחזור לו סאה כזו, אף שהוזיל; והוא הדין בשטרות, הוי כן, אם מחזיר לו שטרות מאותו הלוח בעצמו שהלוח ממנו – יכול לחזור לו. כן הכא נמי בבאנק נאטען... ויכול להחזיר לו שטרות כאלו וזה ברור ופשוט"³⁹⁶.

מכאן עולה, לכאורה, כי תשלום גבוה יותר – כגון הצמדה, יהיה ריבית, שהרי כל תשלום מעבר לחיוב אינו אלא ריבית.

ברם, סברה זו – שהלווה מטבע, נפטר בתשלום נומינלי – קשה להלמה במטבעות שלנו. אכן, סאה שהוזלה, דין הוא, שלא ישלם לו אלא אותה סאה; אבל במטבע – הדבר שונה. הבדל גדול יש בין המטבעות שלנו לבין כל שאר מיני הסחורות והמוצרים. כל שאר המוצרים והסחורות, ניתן להפיק מהן שני מיני הנאה.

1. ההנאה הישירה: השימוש הישיר בסחורה (לדוגמא: השימוש הישיר בפירות הינו אכילתם).

2. ההנאה האלטרנטיבית: החלפת הסחורה באחרת.

כאשר יורד ערכה של הסחורה, נפגמת ההנאה האלטרנטיבית ממנה, שכן ניתן להחליפה בכמות קטנה יותר של סחורה אחרת. אולם ההנאה הישירה אינה נפגמת כלל (אם נשוב לדוגמא שנקטנו, ערכה התזונתי של כמות מסוימת של פירות נשאר כשהיה, גם אם מחירה ירד).

מכאן נבין מדוע המחזיר את הסאה שלוה, לאחר שהוזלה, יוצא ידי חובתו: מבחינת ההנאה הישירה, אין המלווה מפסיד מאומה, ומבחינה זו, הוא מחזיר מה שלוה.

לאור דברים אלה מובן, כי במטבע שלנו הדין שונה, שהרי כאן סברה זו אינה קיימת. מטבע זה אין בו כל הנאה ישירה, וכל כולו לא נוצר אלא להחליפו בסחורה אחרת, כאמצעי תשלום בלבד. אשר על כן, כאשר ירד ערכו של המטבע, לא יוכל הלווה להיפטר מחובו בהחזרתו הנומינלית, שהרי נמצא מחזיר פחות ממה שלוה.

396 גם מדברי החת"ס, חו"מ סימן ס"ב, עולה כי דין תורה מחייב את הלווה רק בתשלום המטבע כפי שהוא, אף שהוזל. אלא שיש לומר, שהחת"ס לשיטתו, רואה הוא ב"באנק נואטן" מטבע (ראה לעיל), שיש לו ערך קבוע.

משום כך דומה, שר' שלמה קלוגר לא דיבר אלא במטבעות של ימיו³⁹⁷, שניתנים היו להמרה בכמות מסוימת של זהב³⁹⁸. לפיכך ניתן היה להפיק מהם הנאה ישירה. אולם המטבעות שלנו – שונים הם ושונה דינם.

לסברה זו יש תימוכין מסוימים גם בדברי הרב קלוגר עצמו. הוא מודה, בדבריו שם, שאם הסאה נפגמה, ונפל בה מום ממשי, אינו יכול להחזירה. מכאן ניתן להסיק, שאף הוא יודה, שבמצב שגם ההנאה הישירה נפגמה, אינו יכול להחזיר את הסאה.

כך ניתן לדייק גם מדברי הרב משה פיינשטיין שהובאו לעיל (סוף סעיף ב', וסעיף ג'–ה). הרב פיינשטיין מזכיר לגבי המטבעות שלנו, שאין להם כיסוי בזהב, רק את בעית "דינא דמלכותא", ולא את בעית "סאה שהזלה". מכאן ניתן לדייק, כי דין "סאה שהזלה" אינו שייך למטבעות שלנו (שבוטל כיסוי הזהב שלהם).

ה. ההבדל בין עליית המדד לבין ירידת ערך הכסף

בעיה נוספת הקשורה בהצמדה למדד היא, שלעיתים אין זהות בין מדד המחירים לצרכן שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לבין הירידה האמיתית בערך הכסף. זאת, בגלל מספר קשיים חישוביים, ואלו הם:

1. מחיריהם של מוצרים שונים עולים, לא משום שערך הכסף ירד, אלא משום שההיצע של המוצרים הללו ירד (למשל, בשל שידפון) או שהביקוש להם עלה (למשל, גל עליה מעלה בבת אחת את הביקוש לדירות ולמוצרים אחרים). זוהי עליית מחירים "אמיתית". אם רוצים אנו לקבוע את שיעור ירידת ערך הכסף, יש לעקר מן המדד, אפוא, את השפעת המוצרים הללו. משום כך, קובע הרב משה פיינשטיין³⁹⁹,

397 אמנם, ראה דבריו של הרב יצחק יעקב וייס, במנחת יצחק חלק ו' סימן קס"א. הרב וייס מצטט מתוך הסכמה את דברי ר' שלמה קלוגר, ומסיק ממנו שאסור להצמיד הלוואה למדד. תשובתו של הרב וייס נדפסה בשנת 1976; וכיסוי הזהב הוסר כבר בשנת 1968, ומכאן נראה, לכאורה, כי לדעתו של הרב וייס אין הדברים קשורים זה בזה, ודין "סאה שהזלה" קיים בכל מטבע, ואפילו במטבעות שלנו, שאין להם כל כיסוי ולא ניתן להפיק מהם כל הנאה ישירה. אולם יתכן שהשוואל לא הסב את תשומת לבו של הרב וייס להסרת כיסוי הזהב, שהתרחשה אז בארה"ב. ניתן להסיק כך גם מן העובדה, שהרב וייס לא הזכיר כלל שינוי זה, כדרך שעשה הרב פיינשטיין – שישב בארה"ב והכיר את מנהגם ועסקיהם. ראה עוד לעיל הערה 377.

398 ראה הערה 342 לעיל.

399 אגרות משה יו"ד חלק ב' סימן קי"ד:

"מכיון שלא לכל דבר הוזלו הפונטים והדאלארים בשוה, ונמצא שיש לאיזה דברים גם טעמים אחרים להשינוי, כמחמת תרעא וכדומה; צריך לשער לפי הפירות, שקונים זה ביותר רוב בני אדם, ובדברים הנחוצים וקונים תמיד, כעניני אכילה וכדומה, שהן צרכי החיים ממש לחיותם, כי הדברים הגדולים כבתים וקרקעות והדברים שקונים אותם רק מהרוחה גדולה שיש לאדם, לא שייך לשער בהם. כי לדברים האלו יש הרבה טעמים שמשנים את השיוי שלהם, ולא שייך לשער בהם".

אפשר, שהבתים והקרקעות אינם אלא דוגמא. אפשר, למשל, שבשעת שדפון או מצור, יש לעקר, לדברי הרב פיינשטיין, דווקא את מחירי המזון, שהאמרתם אינה משקפת ירידה בערך הכסף.

כי כדי לקבוע נכונה את ירידת ערך הכסף, יש להוציא מחשבון המדד את מחירי **הדירות**, שכן שהביקוש וההיצע להם קשורים ביותר, ומחיריהם משתנים בצורה קיצונית בקלות יחסית, ואינם משקפים אפוא בצורה מדויקת את ערך הכסף.

2. תנודה עונתית במחירו של מוצר (בעיקר תוצרת חקלאית) גורמת לשינוי בצריכתו, שכן אנשים **ממעטים** לקנות עגבניות בחורף, כאשר הן יקרות, מאשר בקיץ, כאשר הן זולות. שינוי זה **אינו** בא לידי ביטוי מידי בהרכב סל המוצרים הנמדד, שכן, מטעמי נוחות ופישוט החישובים, אין הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה טורחת לשנות את הרכב סל המוצרים שלה מדי חודש⁴⁰⁰.

3. שינויים עונתיים **באיכות** המוצר הנמדד – או שינויים הנגרמים עקב התפתחות איכות המוצר ע"י התקדמות הטכנולוגיה – אינם ניתנים למדידה מדויקת. לפיכך, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה נאלצת להשוות תפוזים שבאו מבית קרור בקיץ לתפוזים טריים בחורף, להשוות מחירו של מחשב מסוג מתקדם ומודרני למחשב מיושן וכדומה.

4. ניתן לטעון, כי קביעת סל המוצרים ע"י הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, וקביעת המשקל המסויים לכל מוצר בתוכו, הינן שרירותיות במובן מסויים (כמובן, טענה זו ניתן היה לטעון כנגד כל סל אחר שהלשכה היתה קובעת).

5. אפשר להניח שישנן גם טעויות מסוימות בדגימה.

מכאן שישנו פער מסוים בין עליית המדד לבין הירידה ה"אמיתית" בערך הכסף⁴⁰¹.

נמצא, שהמצמיד הלוואה למדד בלא להתחשב בפערים אלה, מצמיד את ההלוואה

400 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה אינה משנה את הרכב סל המוצרים שלה אלא פעם אחת בכמה שנים. כך היא השיטה הנוהגת מאז 1978. לפני כן היו נוהגים להקצות לכל מין של ירק או פרי משקל משתנה מדי חודש, לפי הכמות שהיתה נצרכת ממנו **בפועל** באותו חודש. ראה החוברת **מדד המחירים לצרכן** בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ומרכז ההסברה, ירושלים תשנ"ד, עמ' 17.

אפשר, שזה הוא גם פירוש דבריו של הרב משה שטרנבוך, בחיבור "קיצור דיני ריבית" (נדפס בתוך ספר "טעם ריבית") פרק ג' סעיף ד' בהערה:

"כשקוצץ צמוד למדד אסור, כיוון שדין תורה – שאין תולין במחיר הפירי. וכל שכן במדד שקובעים הממשלה, דשיעור המדד אצלם תלוי גם בשעשועים ולוקסוס; וראוי היה לתלות ביוקר דברים חיוניים וחיי נפש לבד".

נימוקם של הדברים הללו הוא, כנראה, שהביקוש למוצרים שאינם חיוניים הינו גמיש, ותלוי במחירים.

401 ואכן, ראה הודאתה המפורשת של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה עצמה (בחוברת הני"ל בהערה הקודמת, עמ' 22), כי

"השינויים במחירים שמשקף המדד מושפעים בחלקם מתנודות מחירים עונתיות, במיוחד במחירי התוצרת החקלאית, ולכן אין המדד החודשי חופשי מהשפעת תנועות אלו. כמו כל מכשיר מדידה, גם המדד אינו משיג דיוק מוחלט. דבר זה נכון לגבי המדד בישראל, כפי שהוא נכון לגבי מדדי מחירים במדינות אחרות".

לא לערך הכסף אלא **למחירי מוצרים מסוימים** (סל המוצרים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה). **הצמדה כזו עשויה להיות אסורה משום "סאה בסאה"**⁴⁰².

אמנם, כאשר מדובר בדרך **מקח וממכר**, הבעיה של הצמדה לחלק מן המוצרים כלל אינה מתעוררת. במקח וממכר לא גזרו "סאה בסאה"⁴⁰³. אולם **בהלוואה** – הבעיה לכאורה קיימת.

ברם, לאמיתו של דבר נראה שאין כאן איסור. הפער שבין עליית המדד לבין ירידת ערך הכסף אינו יכול, מן הסתם, להיות בעל משמעות של ממש, ולפיכך, גם לגבי ריבית הוא זניח. כך ניתן ללמוד, אולי, מדברי הרמ"א בהקשר אחר, שאף הוא עוסק בעניין ריבית, וזו לשונו⁴⁰⁴:

"יש מי שאומר דמותר ללוות ככר לחם בככר לחם. דמאחר דדבר מועט הוא – לא קפדי בני אדם להדדי בזה, וכן נוהגין להקלי".

יתר על כן: כיוון שהשגיאה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה יכולה להיות **בשני הכיוונים** במידה שווה, נראה שאין כאן ריבית שמשלם הלווה למלווה. ההסכם בין הצדדים לסמוך על קביעתה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **נוח לשניהם במידה שווה** ומעמיד את שניהם באותה מידה של סיכוי וסיכון. שניהם מוכנים לשלם מחיר זה של סיכוי מסוים להפסד זעיר. תמורת מחיר זה יהיה בידם כלי זמין ומקורב לדיוק, שימנע מהם התדיינויות מסובכות על ערך הירידה ה"אמיתית" בערך הכסף – שאלה שלמעשה לעולם לא תיתכן לה תשובה מדויקת לחלוטין, עקב הגורמים שהזכרנו⁴⁰⁵.

402 ראה לעיל פרק רביעי, סעיף א'. מכל מקום, אין כאן בעיה של ריבית קצוצה, שלא כדברי ה"ברית יהודה" שהובאו לעיל הערה 353.

ראה עוד דברי מו"ר הרב ז"י גולדברג לקמן נספח ד' הערה כ"ט.

403 ט"ז יו"ד קס"ב סק"א.

404 יו"ד סימן קס"ב סעיף א'; וראה גם שם סימן ק"ס סעיף י"ז.

405 בעיה קשה יותר תהיה לגבי הצמדה למדדים **שאינם** מדד יוקר המחיה (כגון מדד תשומות הבניה). כאן כבר מדובר בפירוש על מחירים של שירותים ומוצרים **מסוימים**, ולא על סל מוצרים גדול ובעל פיזור מירבי כמו במדד יוקר המחיה. בעצם, אין כאן כל **כוונה** של הצדדים לשמור על ערך הכסף, אלא להצמיד את החוב למחיריהם של שירותים ומוצרים מסוימים. משום כך גם יהיה ההבדל שבין מדד תשומות הבניה ודומיו לבין הירידה האמיתית בערך הכסף, הבדל ממשי ביותר, ולכן לא ניתן להתירו כ"דבר מועט", שעליו אין מקפידים. לפיכך, הדבר דומה ל"סאה בסאה" (או ל"צד אחד בריבית"), ומכאן נראה שאסור להצמיד הלוואה למדדים אלה. ברם, בדרך כלל אין מצמידים למדדים אלה הלוואות אלא חובות שהם **דרך מקח וממכר** (למשל: משתמשים במדד תשומות הבניה בהסכם קבלנות למכירת דירה בבנין שיש להקימו וכיו"ב), ובמקרים אלה אין איסור "סאה בסאה", כאמור לעיל (הערה 403).

1. סיכום

הצמדת חוב למדד אינה עשויה כלל להיות ריבית דאורייתא. במקרים קיצוניים מתעוררת, אולי, בעית איסור דרבנן של "סאה בסאה". בדרך מקח וממכר גם בעיה זו אינה קיימת, ולכן במקרים אלה היא מותרת לגמרי ללא ספק⁴⁰⁶. ואכן, דיינים רבים נוטים להתיר את ההצמדה⁴⁰⁷.

406 גם חלק מן המחמירים, האוסרים את ההצמדה באיסור ריבית, לא אסרו אלא באינפלציה ברמה סבירה; כלומר, הם מודים, כי אם האינפלציה "דוהרת", מותר להצמיד החוב למדד. באינפלציה "דוהרת" מוסכם ומקובל על כולם, שאין למטבע כל ערך קבוע, ואין הוא אלא מייצג כח קניה בלבד. ראה: קיצור דיני ריבית להרב מ' שטרנבוך, פרק ג' סעיף ב' והערה שם. ראה גם "תורת ריבית" פרק י"ט סעיף מ"א, והערה צ"ז-צ"ח:

"כאשר האינפלציה דוהרת... בזמן הזה, אין לשקל כל ערך כמטבע, נמצא שאינו מלווה כמות כסף, אלא ערך הכסף, וזה כח הקניה שיש לכסף באותו רגע... ולפיכך יש מקום להקל אף בהצמדה למדד, ומכל מקום עדיין צריך עיון (הפכתי את סדר הציטטות – ד' ב'").

"תורת ריבית" הביא שם ראיות לכך מדברי פוסקים רבים. חילוק דומה ראה בדברי הרב מ' אלחדד בתחומין כרך ו' עמ' 234 בשם כמה גדולים. ראה גם הרב ש' דיכובסקי, "חיובי הצמדה בתי דין רבניים" דיני ישראל י"ב (תשמ"ד-תשמ"ה), הסבור שהחזו"א – שהחמיר ואסר בתקופתו את ההצמדה – היה מקל כיום, בתקופת האינפלציה הדוהרת. גם הרב ש' גורן (פד"ר, כרך י"א עמ' 244) סבור שכך היה החזו"א מודה, והביא ראיה מלשונו של החזו"א (הלכות ריבית סימן ע"ד סק"ה), האומר כך:

"ענין המטבעות בזמננו נשתנו. שיש מטבעות שאין להם שיווי בחומרים כלום, רק שהם כשטר על אוצר הממשלה, ובהם הם מקיימים ערכם, וכשנפסלו – אינם שוים כלום. ונראה, דבזה אפילו לוה סתם, אם נפסלו ואינם מטבע כלל, חייב ליתן לו מטבע היוצא, דלא חשיב כהוול, דלא היה לו רק צורה, והצורה נאבדה כולה. ואם מטבע החדש נפחת מפני שאין אנשים נותנין לו אמון בערך שהיה להם אמון למטבע הראשון, חשיב כנפחת. ואם הוקרו פירי בשביל זה – יש לחשוב את המטבע החדש כמטבע שנפחת, וצריך להוסיף למלווה את הפחת".

ברם, אין מדברים אלה של החזו"א ראייה גמורה, שהיה מתיר את ההצמדה בתנאי אינפלציה דוהרת. סביר יותר לפרש את דברי החזו"א כפי הפירוש השני שמציע הרב גורן לדבריו, בהמשך פסק הדין. לפי הפירוש הזה, כלל אין כוונת החזו"א בדבריו האחרונים לאינפלציה, אלא רק למקרה בו נפסל לגמרי המטבע הישן. כך היא גם דעתו ההחלטית של הרב י"י וייס (מנחת יצחק, חלק ו' סימן קס"א) בפרשנות לשונו של החזו"א. לפי פרשנות זו אין ראייה לכך שהחזו"א היה מודה באינפלציה דוהרת. המתירים באינפלציה "דוהרת" לא הסבירו מה טעמה העקרוני של ההבחנה בין אינפלציה "רגילה" לבין "דוהרת"; וגם לא ביארו כמה הוא שיעור "דוהרת", כלומר, כמה אחוזים לשנה צריכה אינפלציה כדי להיות "דוהרת". נראה, כי הנימוק העקרוני הוא, שכאשר אין אנשים מחשבים יותר את המחיר בעזרת המטבע (בשנות השמונים ניתן היה להיתקל תכופות במחירים הנקובים בדולרים) שוב אין המטבע נכלל בהגדרתו של "טבעא" המתואר בגמרא, שהרי הוא חסר את התכונות המיוחדות "טבעא", אינו משמש מדד לערך הסחורות ואין ערכו נחשב למוחלט. זהו אפוא גם שיעור "דוהרת". לפי זה יוצא מדברי פוסקים אלה, שהיום, כאשר רמת האינפלציה הינה סבירה (סביב עשרה אחוזים לשנה), ואנשים משתמשים בשקל כדי לנקוב ולחשב בעזרתו מחירים, אסור להצמיד חוב למדד.

407 היתר כזה עולה מדברי כמה דיינים. ראה דברי הרב דיכובסקי שהובאו לעיל הערה 331. בפד"ר כרך י"א נתפרסמו פסקי דין של הרכבים שונים, שאינם רואים בהצמדה ריבית, ונותנים תוקף להסכמה על הצמדה. כך עולה מדברי הרבנים רוזנטל, הדאיה ורקובר, בפס"ד שניתן ברוב דעות (עמ' 209 ואילך); וכן כותב הרב ש' גורן (בעמ' 241 ואילך), בפסק שהרב מ' אליהו מסכים עמו (הרב י' קאפח – בדעת המיעוט – נחלק מטעמים שאינם קשורים לאיסור הריבית, ראה לקמן חלק שני).

חלק שני

בעית "דבר שאינו קצוב"

א. הצגת הבעיה

דנו עד כאן בבעיה האיסורית של ריבית. אולם בנוסף לכך יש לתת את הדעת גם על שאלה אחרת המתעוררת, לכאורה, בענין תוקפו של הסכם הצמדה. ניתן לטעון, כי אף אם אין כל איסור בהסכם הצמדה, מכל מקום הוא אינו תקף, שכן מדובר בהתחייבות לדבר שאינו קצוב ומסוים.

הראשונים נחלקו בשאלת תוקפה של התחייבות בדבר שאינו קצוב. לדעתו של הרמב"ם, התחייבות כזו אינה תקפה, בגלל בעיה משפטית פורמלית. הדוגמא, שהרמב"ם מביא, היא התחייבות לזון את חברו למשך תקופה מסוימת⁴⁰⁸:

"חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר: הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים, אף על פי שקנו מידו – לא נשתעבד; שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. וכן הורו רבותי"⁴⁰⁹.

לעתים, גם התחייבות על כמות מסוימת של מוצר מסוים נחשבת לדבר שאינו קצוב:

"האומר מדות כך וכך של חטים אני נותן לכל שנה ושנה, מכאן ועד חמש שנים, כשכר שאינו קצוב הוא, שמא יוקרו החטים הרבה"⁴¹⁰.

גם בפד"ר ט' עמ' 251 ואילך פורסם פס"ד העוסק (בין היתר) בהצמדה למדד (ישבו בדין הרב ש' ישראלי, הרב מ' אליהו, הרב י' קאפח). איש מהם אינו מזכיר כלל את הרעיון שהצמדה כזו היא בה משום ריבית (אמנם, אפשר שפשוט לא הוצרכו לרעיון זה, כי דחו את התביעה ממילא, מטעמים אחרים).

עוד ראה בדברי הרב מסעוד אלחדד, תחומין כרך ו' עמ' 232, המגיע למסקנה, שישנה מחלוקת אם ההצמדה מותרת, אולם אם מדובר באופן שאינו הלוואה גמורה – שאז, כאמור לעיל, לא שייך איסור תורה – מותר. כן הביא שם את דברי הכנה"ג, הקובע כי על יסוד הכלל הידוע "ספיקא דרבנן לקולא", הרי שבכל מקום בו נחלקו הפוסקים אם יש איסור אבק ריבית – יש להקל.

408 הלכות מכירה פרק י"א הלכה ט"ז.

409 אמנם, עיין מל"מ שם, המביא מחלוקת בין הפוסקים, אם הרמב"ם סבר כך רק במי שהתחייב "דרך מתנה וגמילות חסדים", אבל במי שמקבל תמורה ומחיר בעד התחייבותו מודה הרמב"ם "דחל החיוב, דאגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה", או, שהרמב"ם אינו מחלק בדבר. אולם כבר הזכרנו לעיל, במבוא, כי דרכנו היא לחוש, בעת ניסוח חוזה, לכך שהחוזה וסעיפיו יהיו תקפים לכל הדעות, כדי למנוע אפשרות לטענת "קים לי".

סיטואציה אחרת, שבה ברור שהרמב"ם מודה כי התחייבות על דבר שאינו קצוב הינה תקפה, הינה התחייבות בשעת נישואין. ראה לקמן, הערה 418.

410 דברי הרמב"ן המצוטטים בבעה"ת שער ס"ד.

לדעתו של הרמב"ם, אי אפשר אפוא להתחייב על כמות של סחורה, שכן מחירה עשוי להתייקר הרבה.

רובם המכריע של הראשונים נחלקו על הרמב"ם בנושא זה⁴¹¹, ופסקו שניתן להתחייב על דבר שאינו קצוב.

הלכה למעשה, נחלקו הפוסקים האחרונים, אם ניתן לטעון טענת "קים לך"⁴¹² כהרמב"ם בענין זה. יש אומרים שאין להוציא ממון כנגד דעת הרמב"ם ורבותיו⁴¹³; ויש אומרים כי כאן יש להוציא ממון כנגד דעתו, שכן "כבר ידוע, שאין לומר קים לי כהיחיד, היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו"⁴¹⁴.

ב. שאלת "דבר שאינו קצוב" ביחס להצמדה למדד

לענין זה השלכה ישירה על נושא הדיון שלנו. נחלקו דיני דורנו בענין תקפותה של התחייבות צמודה למדד. בסיס המחלוקת הוא חילוקי הדעות בענין "דבר שאינו קצוב". לדעתו של הרב יי קאפח, יכול אדם לטעון "קים לך" כרמב"ם בענין זה. משום כך הוא קובע⁴¹⁵, כי הסכמה על הצמדה למדד אינה תקפה.

אולם דעתו של הרב קאפח היא דעת מיעוט^{416,417}. דעת הרוב, מפיו של הרב ש' גורן⁴¹⁸, היא שבענין זה אי אפשר לטעון "קים לך" כרמב"ם, שדעתו דעת יחיד. הסכם הצמדה יהא אפוא תקף, לרוב הדיינים.

411 הראב"ד על אתר; הרמב"ן (צוטט במ"מ שם); הרשב"א, שו"ת ח"ב סימן פ"ט (ושם סיים וכתב: "דברי הרמב"ם אינם תפוסים בידינו בעיקר, ומעשים בכל יום אנו עושין בהפכך"; בעל התרומות, שער ס"ד; טור חו"מ סימן ס' (עכ"פ לפי פרשנותו של הבי"י שם); ועוד רבים המובאים בש"ך חו"מ סימן ס' סק"ב.

412 על טענת "קים לך" ראה לעיל, מבוא.

413 מהרשד"ם, מהר"י בן לב ומהרש"ך, כולם צוטטו בש"ך חו"מ סימן ס' סק"ב.

414 ש"ך שם (וכן כתב הש"ך גם בסימן ע"ג סק"ג). ראויה לציון העובדה, שהש"ך אינו נמנע מלהציג את דעת הרמב"ם כדעת יחיד, למרות שהרמב"ם קיבל את הדבר מרבותיו.

415 פד"ר כרך ט' עמ' 251, וגם בפד"ר כרך י"א עמ' 252.

416 בשני המקומות שהובאו בהערה הקודמת. בפד"ר י"א פסקו הרוב שיש להצמיד את המזונות למדד, בעקבות הסכם בין הצדדים. בפד"ר ט' אמנם נפסק, ברוב דעות, כי אין להצמיד את מזונות הילדים למדד, אבל זאת מסיבות מקומיות שאינן קשורות לענינו, ולא מטעם "דבר שאינו קצוב".

417 הר"י קאפח נוהג לפסוק כרמב"ם אפילו במקומות שבהם דעתו היא דעת יחיד המנוגדת לדעת רובם המוחלט של הפוסקים. כך, למשל, הוא פוסק כרמב"ם בשאלת כפית גט בטענת "מאיס עלי". ראה דבריו בהערותו לרמב"ם (מהדורתו), הלכות אישות פרק י"ד הלכה י"ב הערה ט"ו; בהערותו לשו"ת הריטב"א סימן קנ"ג (מהדורתו); והדברים המובאים בשמו בשו"ת יביע אומרי" חלק ג' אה"ע סימן י"ט סוף סק"א.

418 פד"ר י"א עמ' 240. ניתן היה גם לטעון, כי אין כאן כלל "דבר שאינו קצוב". עליית המדד אינה אלא ביטוי לשינוי ערך הכסף, והתחייבות צמודה אינה אלא התחייבות לסל מוצרים מסוים קבוע מראש. אמנם, ראינו שגם "כך וכך מידות של חיטים" הינו דבר שאינו קצוב, "שמא יוקרו

גם לדעת המיעוט, נראה שניתן לפתור את הבעיה בדרך של **שבועה** של המתחייב. אם ישבע הלה לשלם אפילו דבר שאינו קצוב, שבועתו מחייבת אותו, ובלבד, שיציין בשבועתו⁴¹⁹, שהיא מחייבת גם אם יתברר שלפי הדין אין תוקף להתחייבות בדבר שאינו קצוב⁴²⁰.

הרבה". אבל הדעת נותנת, שיש להבחין בין התייקרות מוצרים **אמיתית**, הנובעת מירידה בהיצע – או עליה בביקוש – לבין עלית מדד המחירים. זו האחרונה אינה משקפת התייקרות הסחורות, שהיא שינוי המצב הקודם, אלא ירידת ערך המטבע בלבד (סל המוצרים, עליו מבוסס המדד, מכיל מוצרים רבים, ולא מסתבר, שכולם ירדו בהיצע או עלו בביקוש. אמנם ראה לעיל הערה 399). לכן, התחייבות על סכום צמוד הינה התחייבות לדבר קצוב, לכמות מוצרים מסוימת – שמחירה אף הוא קבוע, פחות או יותר.

ראה, בכיוון זה, את דבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה כ' והערה ל'. ניתן היה להשיג על דברי הרב קאפח גם מכיוון אחר. הרמב"ם מודה, כי בנסיבות קיצוניות, בהן ברור שהמתחייב נטל את ההתחייבות בדעת שלמה – אזי ההתחייבות תהא תקפה, גם כאשר מדובר בדבר שאינו קצוב. דוגמא לדבר היא התחייבות אדם, בעת נישואיו, לזון את ילדי אשתו (מנישואיה הקודמים) במשך פרק זמן מסוים; התחייבות כזו היא תקפה (זו משנה ערוכה בריש פרק שנים עשר במסכת כתובות, ונפסקה להלכה בדברי הרמב"ם, פ"א מהלכות מכירה הלכה י"ז). רואים מכאן, שבעיית "דבר שאינו קצוב" – לא בכל הנסיבות היא קיימת. ניתן לטעון, כי בימינו, כאשר עליות המדד היא תופעה מקובלת ומוכרת, הסכמת הצדדים על חוב צמוד נעשית בדעה שלמה וצלולה. אדרבא, אפשר, שחווה שאינו מכיל סעיף הצמדה טעון בדיקה, שמא שכחו לכתוב את הסעיף, מתוך דעה שאינה שלמה וצלולה (בבחינת "אחריות טעות סופר").

419 ראה מל"מ הלכות מכירה פ"א ה"ז. לדעתו של המל"מ, אם לא הזכיר הנשבע בפירוש את הדבר בשבועתו, תעמוד לזכותו הטענה:

"שטעה בדין, וסבר דלכולי עלמא קנה, ונשבע לזרז הענין, כל שנתגלה לו אחר כך דטעה בדין – ויכול ליפטר מחיובו... דשבועה נמי אין כאן".

420 הרב קאפח מעלה גם בעיה נוספת (פד"ר י"א, עמ' 252; ההדגשות במקור):

"דל מהכא קצוב ושאינו קצוב, הלכה פסוקה היא שאומדים דעת המתחייב אפילו היתה זו התחייבות שרירה וקיימת לכל הדעות, בית הדין רשאי וחייב לבטל כל התחייבות שתוצאותיה שרירותיות, ואחת היא, חיוב על ידי בית דין דאמרינן טעו באומדן הדעת, או התחייבות עצמית על ידי המתחייב בהסכם. בכל ההיזקים שבעולם אמדינן דעת המתחייב... ולא מטעם קצוב ולא קצוב נגעין בה, אלא משום שהצמדה שרירותית וגורמת **לאי צדק**, ואזלינן בתר אומדן דעתא... הואין ונראה לנו כי הענין הזה של הצמדה למדד גורם לעתים לאי צדק, והרי כלל הוא בהלכה דלעולם אומדינן דעת המתחייב או הנותן... לא להשאיר את הדבר תלוי בשרירות המדד".

גם בנושא זה, עמדתו של הרב קאפח – עמדת מיעוט היא, ורבו עליו חבריו החולקים עליו באותו פסק דין.

דומה, כי אפילו לדעתו של הרב קאפח, הרי **כיום** אין לפסול סעיף הצמדה מן הטעם הזה. הרב קאפח אמר את דבריו בשנת תשל"ט, כאשר היה מדובר באינפלציה של כחמישים אחוזים בשנה. רק לאחר מכן ראתה מדינת ישראל אינפלציה דוהרת מהי: בראשית שנות השמונים הרקיעה האינפלציה שחקים, והגיעה לכשש מאות אחוזים בשנה. בני אדם שחוו את האינפלציה היא מבינים היטב, שאין משמעות למספר המטבעות, אלא לערכן ככח קנייה בלבד. אנשים החותמים על הסכם הצמדה מתכוונים לכח הקנייה של הכסף, ולא למספר המטבעות. דוגמא יפה לשינוי זה בהלך רוחם של הבריות יכול הקורא לראות בהתפתחות הפסיקה בבית המשפט העליון (ראה לעיל, חלק ראשון, בעיקר סמוך לציון 382). התפתחות זו אינה אלא פרי השינוי שחל בתפיסתם

סיכום נספח ב'

נראה כי העיקרון המנחה בהשבת חוב בהלכה הוא העיקרון הריאלי ולא הנומינלי. לכן, במצב של אינפלציה מותר להצמיד חוב למדד המחירים לצרכן. ברוב המקרים, בעית איסור הריבית אינה מתעוררת כלל, וכן ניתן להתגבר גם על בעית תוקפו של ההסכם. בפועל, נראה שרוב הדיינים מכירים בתוקפו של הסכם הצמדה למדד⁴²¹, ורק מיעוט שוללים את תוקפו משום איסור ריבית⁴²² או מפני טעמים אחרים. לסיום נדגיש את הצורך החיוני בהתקנת תקנות בנושא זה⁴²³. המצב הנוכחי, בו חסרות וודאות ויציבות מינימליות, מהווה פירצה גדולה, שמוכרחים לגדרה ולעשות סייג לתורה.

של השופטים את מהותו של הכסף. משום כך אפשר שכיום, אף הרב קאפח יסכים לכך, שהסכם הצמדה אינו נגוע בבעיה של אומדן דעת המתחייב. יש לציין, בהקשר זה, כי חובת הראייה באשר לאומדן הדעת מוטלת תמיד על שכמו של המבקש לפסול את תוקפו של הסכם או להכניס בו תנאי שאינו מפורש. הכלל הוא, ש"דברים שבלב אינם דברים"; היוצא מן הכלל הוא רק מקום בו קיים "אומדנא דמוכח" המורה על תנאי מכללא. ראה שו"ע ורמ"א, חו"מ סימן ר"ז סעיף ג'; ראה גם שם, סימן רמ"ו סעיף א'.

על כל פנים, בעיה זו שהעלה הרב קאפח, היא תלויה זמן ומקום, ואינה אמורה בכל בני האדם ובכל הנסיבות שהן. דומה, שאין מנוס מלהשאיר את הדיון באומדן דעת הצדדים לדיון קונקרטי בכל מקרה ומקרה בו תתעורר הבעיה, לבית הדין שידון בענין. זה יקבע את הדין לפי מכלול הנסיבות השופכות אור על מצב דעתם של הצדדים.

421 ראה לעיל הערה 407.

422 ב"פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות של הרבנות הראשית לירושלים", כתבו (בעמ' קמ"ו); ישבו בדין הרבנים ד' עובדיה, א"ד לוי, ש' ביבס) בלשון קצרה זו:

"פלא הוא בעינינו תביעת התובע, שהוא בר אוריין ובר אבהן, לשלם לו דמי תביעתו בתוספת הצמדה למדד, תביעה אשר כמוה כתביעה לריבית חס ושלוס".

לאור הדברים שכתבנו, בהחלט מובנת דרישתו של אותו "בר אוריין ובר אבהן".

423 ראה דברי הרב ש' דיכובסקי במאמרו שהובא לעיל, הערה 330, בסיום דבריו:

"הפתרון המלא לסוגיית ההצמדה ימצא רק במסגרת תקנות מיוחדות, שמן הראוי שגדולי התורה יתקינו; וכפי שנהגו בדורות הקודמים לתקן תקנות כאשר השתנה ערך המטבע והתעוררו בעיות הלכתיות רבות".

גם הפרופ' א' שוחטמן במאמרו "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" תחומין י"ג עמ' 364, מצביע בהרחבה וביסודיות על הצורך החיוני בהתקנת תקנות בנושא זה, מאותה סיבה.

דוגמאות

(טופסי חוזים המנוסחים בהתאם להלכה ותוספות נלוות)

בטופסי החוזים המובאים כאן – שהאחד מהם הוא חוזה מכירת דירה, והשני הוא חוזה שכירות דירה – הוכנסו תוספות מסוימות על הנוסח השיגרתי של חוזים. תוספות אלה מבטיחות שהחוזים יהיו קבילים ושימיים גם בבית דין הדן על פי ההלכה. חוזה, הערוך לפי הנוסח המובא כאן, יתן לצדדים החתומים עליו אפשרות להשתמש בו, להשיג על פיו סעדים ותרופות ולמנוע את הפרתו, גם בבית דין הדן על פי ההלכה. כמו כן מונעות התוספות לחוזה חששות של איסורים דתיים, כגון ריבית.

לאחר המבוא, הערוך באופן שיגרתי, מחולק הטופס לשני פרקים: הפרק הראשון הוא בעיקרו של דבר הנוסח השיגרתי המקובל של חוזים; ואילו הפרק השני הוא בעיקרו התוספת היחודית המיועדת להבטיח את האפשרות לקבל סעדים גם על פי דין תורה.

השקענו מאמצים רבים במגמה שהתוספות והשינויים לא יפגעו בתקפותו של החוזה לפי דיניה של מדינת ישראל, כך שהצדדים, החותמים על חוזה כזה, לא יפסידו דבר כתוצאה משינויי הנוסח המוצעים בזה, ועם זאת יפתחו לעצמם גם אפשרות לקבל סעדים על פיו, בהתאם להלכה.

כפי שהוזכר בהקדמה, נוסח החוזה נערך ע"י צוות של תלמידי חכמים מובהקים, ונבדק ואושר ע"י סמכויות מן השורה הראשונה בתחומי ההלכה והמשפט, ובראשם נשיא המכון הרה"ג ז"נ גולדברג שליט"א, ודיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים הפרופ' ברכיהו ליפשיץ. כמו כן בדק את הטפסים המוצעים עורך הדין משה יזרעאלי, פרקליט בעל נסיון רב בניסוח חוזים, והערותיו המחכימות האירו את עינינו והיו לנו לעזר רב ולאחיסמך.

עם זאת, מובן מאליו, שאין לראות בנוסח אלא מעין אב-טיפוס מופשט, שיש צורך לבדוק את התאמתו לתנאים המיוחדים של כל עיסקא ועיסקא ולהתאימו לרצון הצדדים; זו היא מלאכתו של עורך הדין שינסח את המסמך המשפטי הספציפי שבין הצדדים.

תוכן

- א. טופס חוזה מכר דירה
- ב. טופס חוזה שכירות דירה
- ג. הוראות טכניות הקשורות בהכנת הטפסים ובחתימתם
- ד. מעשה קנין
- ה. שבועה
- ו. הסכם בוררות
- ז. "קנס פיגורים" הגדל בהדרגה

א. טופס חוזה מכר דירה

חוזה מכר

שנערך ונחתם בעיר _____ ביום _____ לחודש _____ בשנת _____.

בין

1. _____ מ. ז. _____
2. _____ מ. ז. _____

(להלן: "המוכרים")

לבין

1. _____ מ. ז. _____
2. _____ מ. ז. _____

(להלן: "הקונים")

מבוא

הואיל

והמוכרים מצהירים כי הינם הבעלים הבלעדיים⁴²⁷ ובעלי החזקה הבלעדית בדירה, בת _____ חדרים, אשר מספרה _____ בקומה _____ בבנין

427 במקרה של חכירה יש להוסיף כאן: "של זכות החכירה לדורות", ואם הקרקע מהוונת: "של זכות החכירה לדורות המהוונת".

ברחוב _____ בשכונת _____ בעיר _____, הידועה כחלקה
בגוש _____⁴²⁸

(להלן: "הדירה");

והואיל

והמוכרים מצהירים כי הדירה וזכויותיהם בה נקיות מכל שעבוד ו/או עיקול ו/או צו
הריסה ו/או חוב ו/או התחייבות ו/או זכות צד ג' כלשהי (להלן: "התחייבות צד ג'"),
למעט משכנתא לטובת בנק _____ בעבור הלוואה מספר
שערכה הנוכחי כ- _____ (במלים: _____) שקלים חדשים;

והואיל

והמוכרים מעוניינים למכור ולהעביר לקונים את מלא זכויותיהם בדירה, והקונים
מעוניינים לקנות ולקבל את הנ"ל מהמוכרים, הכל בתמורה, במועדים ובתנאים
האמורים להלן בחוזה זה;

לכן הוסכם והותנה כדלהלן:

428 במקרה שהדירה רשומה בחברה משכנת, יש לשנות בהתאם: הזכויות בדירה רשומות
ב- _____ בתיק מס' _____.

פרק א'

1. המבוא לחוזה זה על ההצהרות שבו מחייב את הצדדים והוא חלק בלתי נפרד מן החוזה.
2. המוכרים מתחייבים בזה למכור ולהעביר לקונים את הדירה ומלא זכויותיהם בה; הקונים מתחייבים בזה לקנות ולקבל מהמוכרים את הנ"ל; הכל בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן.
3. תמורת מלא הזכויות בדירה מתחייבים הקונים לשלם למוכרים סך השווה ל _____ דולר ארה"ב, במועדים ובתנאים המפורטים לקמן:
 - (א). במעמד חתימת החוזה משולם סך השווה ל _____ דולר ארה"ב⁴³⁰;
 - (ב). ביום _____ ישולם סך השווה ל _____ דולר ארה"ב.
 - (ג). סך השווה ל _____, דולר ארה"ב ישולם מיד לאחר שהקונים יקבלו את המשכנתא לאחר נישואיהם.
 - (ד). ביום _____ ישולם סך השווה ל _____ דולר ארה"ב, כנגד מסירת החזקה בדירה לרשות הקונים וכנגד העברת הזכויות בדירה על שם הקונים ב _____ כשהזכויות נקיות מכל זכות צד ג' מכל מין וסוג. אם לא יועברו הזכויות כאמור – ישאירו הקונים בידיהם סך השווה ל _____ דולר ארה"ב עד להעברת הזכויות בפועל.
 - (ה). כל הסכומים ישולמו בשקלים, לפי שער היציג של דולר ארה"ב הידוע בעת ביצועו בפועל של כל תשלום ותשלום. הוראה זו תחול גם על כל סכום אחר הנקוב בחוזה זה בדולרים.
4. החזקה בדירה תימסר לקונים, כשהדירה נקיה מכל אדם וחפץ ומכל זכות צד ג', לא יאוחר מיום _____, וזאת כנגד התשלום הנקוב בסעיף 3 (ד) לעיל. בעת מסירת החזקה, הדירה תהיה במצב כמו שהיא בעת חתימת חוזה זה פרט לבלאי הנובע משימוש זהיר וסביר.

430 לפי האמור לעיל פרק רביעי סעיף ד', וכן בנספח ב', ניתן לקבוע גם מחיר בשקלים, בהצמדה למדד המחירים לצרכן. אלא שכאמור שם, ישנה מחלוקת בנושא זה בין רבני זמננו, ואנו משתדלים לנסח את החוזה כך שיהא תקף ותקין לכל הדעות.

5. (א). הקונים מתחייבים את כל התחייבויותיהם ביחד ולחוד, כך שהם ערבים זה לזה; ממי שירצו המוכרים יגבו תחילה את המחיר כולו, בלא צורך לתבוע את חברו⁴³¹. אף המוכרים מתחייבים את כל התחייבויותיהם ביחד ולחוד, כך שהם ערבים זה לזה; וממי שירצו הקונים יגבו תחילה את חיובי המוכרים כולם, בלא צורך לתבוע את חברו.

(ב). אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות חוק הערבות, תשכ"ז-1967.

6. הבעלות על הממכר וזכות השימוש בו יעברו לידי הקונים רק בסיום הביצוע בפועל של תשלומי מחיר הדירה.

7. (א). בכפוף למילוי התחייבויות הקונים על פי חוזה זה, הזכויות בדירה ירשמו על שם הקונים ב_____ , כשהן נקיות מכל זכות צד ג', וזאת לא יאוחר מיום _____.

(ב). הצדדים מתחייבים זה כלפי זה להתייבב בכל מקום שיידרשו, לאחר תיאום סביר מראש, ולהמציא ו/או לחתום על כל מסמך, טופס או הצהרה שיהיה נחוץ או מועיל לשם המטרה האמורה בס"ק א'.

(ג). המוכרים מצהירים כי ידוע להם שהקונים עומדים לממן חלק מהתמורה בעזרת הלוואה שיקבלו מהבנק. המוכרים מתחייבים להמציא כל מסמך הדרוש כדי לאפשר לקונים לקבל את הלוואה.

8. המוכרים מתחייבים לפרוע לבנק _____ את הלוואה מס' _____ האמורה לעיל בפרק המבוא, ולהביא להסרת המשכנתא מעל הדירה, עד לתאריך _____.

9. (א). מס שבח מקרקעין, אם יחול, יחול על המוכרים; הם מתחייבים לשלמו⁴³².

(ב). מס רכישה יחול על הקונים; הם מתחייבים לשלמו.

(ג). כל המיסים ותשלומי החובה, ממשלתיים, עירוניים, נציגות הבית ואחרים, וכן חובות לחברת החשמל או חשבונות מים, החלים על הדירה, בעליה או

431 ראה שו"ע חו"מ סימן ע"ז סעיף א' – שאם לא נקבע כך בפירוש בחוזה, אין בעל החוב יכול לתבוע כל החוב מאחד מהם, כשיש לשני נכסים (על עמדת ההלכה בנושא זה ראה סקירתו של א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** חלק ב', סעיף ל"ה עמ' 85, וסעיף מ"א עמ' 95). בנוגע ללשון – "ממי שירצה יפרע תחילה" – ראה שם סימן קכ"ט סעיף י"ד, ושו"ך שם סקל"א.

432 במקרה של חכירה נוהגים להוסיף ולכתוב כי על המוכרים לשלם את דמי ההסכמה, אם יחולו, ועל הקונים (בס"ק ב') – לשלם את דמי ההיוון, אם יחפצו בכך, לאחר ניכוי דמי הסכמה.

מחזיקיה עד למסירת הדירה לקונים, יחולו על המוכרים והם מתחייבים לשלם⁴³³; מאותו מועד ואילך – על הקונים, והם מתחייבים לשלם.

(ד). בעת מסירת החזקה בדירה יקראו הצדדים את הרישום במוני החשמל והמים, כדי לקבוע את שיעור הנשיאה של כל צד בתשלומים האמורים בס"ק ג'.

(ה). בסמוך לאחר מסירת החזקה בדירה לידי הקונים, המוכרים יעשו את כל הנדרש מצידם על מנת שהקונים יירשמו כמוני בחברת החשמל, הגז ובעריה. הקונים יפקידו כל פקדון שנדרש במקומות אלה ואילו המוכרים יקבלו בחזרה כל פקדון שהם בזמנם הפקידו.

10. (א). פרע צד תשלום החל על משנהו, הרי הצד השני חייב להחזיר ולשלם לו את התשלום במועד בו היה חייב לשלמו לולא פרעו הצד השני; עבר מועד זה – חייב הוא לשלמו מיד עם דרישה ראשונה⁴³⁴.

433 מגמת הסעיף היא להסיר ספק בלבד. חוזה שלא מצויין בו מי ישלם את המיסים, אינו נפסל עקב זאת משום חוסר מסויימות או חוסר גמירות דעת. ראה ע"א 235/75 קאדרי נגד מסדר האחיות, פ"ד ל (1) עמ' 800.

434 לכאורה, אין צורך חיוני בתנאי זה, שהרי גם בלעדיו יכול הצד שפרע את החוב לתבוע החזר מן הצד השני. זאת, על יסוד הדין הקובע, כי בכל מקרה בו נהנה אדם על חשבון חברו (יזה נהנה וזה חסר), חייב הוא לשלם את הנאתו (ראה שו"ע חו"מ סימן שע"ה). זה גם המצב המשפטי לפי דיניה של מדינת ישראל (חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979). ניתן היה לטעון כי בהלכה קיים צורך בסעיף מעין זה, שכן בלעדיו אין כאן אלא פורע חובו של חברו שלא על פי בקשתו. במקרה זה, על פי רוב הפוסקים, אין חברו חייב לשלם לו (משום טענת "מפייס הייתי את בעל חובי והיה מוחל ל"י וטענות דומות; ראה טושו"ע חו"מ סימן קכ"ח). משום כך יש צורך בסעיף הקובע מפורשות חיוב לשלם לצד שפרע חוב שלא היה חייב בו. אמנם, נראה כי במקרה שלנו, גם בלא התנאה מפורשת בסעיף, דינו של צד הפורע כדן "יורד ברשות" (שלגביו לא נאמר הפטור הנ"ל). מקורו של הדין, הקובע שהפורע חובו של חברו "הניח מעותיו על קרן הצבי", ואינו זכאי לקבל החזר, הוא, כנראה, מצד העובדה שהורע כחו, כיוון שפעל שלא ברשות. ראה מהרי"ט ח"א סימן קכ"ד (הובא בפד"ר כרך ב' עמ' 167), הקובע כך: "אותו הטעם שאמר בירושלמי – 'מפייס הוינא ליה' – אינה טענה עיקרית, אלא שזה עונשו של עושה שלא ברשות, שתהא ידו על התחתונה; דמי אמר לו שיפרע?... עילה מצאו שלא לחייבו בזה, מפני שעשה שלא ברשות".

זהו, כנראה, לב לבו של הדין המיוחד הזה.

לפי זה, במקרה שלנו, כאשר (בדרך כלל) צדדים לחוזה פורעים חוב חברים בגלל צורך אמיתי ומוצדק, ולא בהתנדבות בעלמא (לדוגמא: שכיח הוא הדבר, שהקונה משלם למינהל המקרקעין את דמי ההסכמה, שהמוכר הוא החייב בהם, משום שהוא – הקונה – זקוק לדבר בדחיפות, כדי לזרז את העברת הדירה על שמו לשם סידור ענייני המשכנתא וכדומה), מגיע לו החזר (וראה בפד"ר שם, פסיקה דומה לגבי אם שהוציאה הוצאות לפרנסת בנה, ותובעת מן האב את החזר ההוצאות).

אולם מצינו דינים רבים המחילים למעשה את דין "הניח מעותיו על קרן הצבי" וטענת "מפייס הוינא ליה", תוך התעלמות מדבריו של מהרי"ט (ראה, למשל, את דברי הרב מ' אלחדד, תחומין ו' עמ' 227). מסיבה זו יש צורך בהתנאה מפורשת בחוזה.

(ב). הסכום ששולם יהיה צמוד לשער היציג של דולר ארה"ב, מרגע ששולם עד לרגע הפרעון.

11. (א). הקונים מצהירים כי ראו את הדירה, בדקה בדיקת קונים ומצאוה מתאימה למטרותיהם, והינם מוותרים על כל טענה בדבר אי התאמה ו/או פגם גלויים.

(ב). המוכרים מצהירים כי לא ידוע להם על שום מום נסתר בדירה.

(ג). שני הצדדים מצהירים שמחירן של דירות מסוג זה באיזור זה ידוע להם, ואין להם כל טענה בדבר הטעיה בנושא זה.

12. (א). מוסכם על הצדדים, כי הצהרות המוכרים אשר לעיל בפרק המבוא הן תנאים יסודיים בחוזה, ופגם יסודי בנכונותן ייחשב להפרה יסודית של החוזה. לפיכך הסכימו, כי אם⁴³⁵ יתברר שבהצהרות קיים פגם כזה, אשר אדם סביר, אילו ידע עליו מראש, היה נמנע מחמתו מלהתקשר בחוזה, אזי המוכרים מתחייבים לשלם לקונים פיצויים בשל הפרת חוזה, ובנוסף לכך, רשאים הקונים להודיע למוכרים, בתוך זמן סביר מרגע שיוודע להם הדבר, כי הם מבטלים את החוזה. אם יודיעו כאמור, הרי המכירה בטלה⁴³⁶, בלא שתבטל זכותם לפיצויים.

אין בס"ק זה כדי לפגוע בכלליות האמור לקמן בסעיף 16, ולא בזכות הקונים לכל סעד או תרופה אחרת.

(ב). מוסכם על הצדדים כי הפרת תנאי מתנאי חוזה זה, הקשור בתשלום התמורה, כולה או חלקה, במועדים הנקובים לעיל, וכן במועד מסירת החזקה לידי הקונים, ייחשבו להפרה יסודית של החוזה זה.

13. במעמד חתימת חוזה זה יחתמו המוכרים על יפוי כח בלתי חוזר לצורך ביצוע הוראות חוזה זה. המוכרים לא יוכלו לחזור בהם ולא יודיעו על ביטול יפוי הכח. יפוי הכח יופקד בידיו הנאמנות של עורך הדין _____ מרחוב _____

435 הסעיף מנוסח לפי דיני התנאים שבהלכה – התנאי קודם למעשה.

436 חשיבותו של סעיף זה תובן לאור הדין הקובע כי אם לא הותנה כן בשטר, ונשתמש הקונה בקרקע קודם שיצאו עליה "עסיקין" (בעלי דין הטוענים שהקרקע שלהם והמוכר גולה מהם), אינו יכול עוד לבטל את הקניה (רמב"ם הלכות מכירה פרק י"ט סעיף ב'; ראה עוד שם פרק ט"ו הלכה ג' ואילך). אמנם, סעיף 1 לחוזה מסדיר את הנושא (וגם בלא התניה מפורשת, במקרים רבים ניתן יהא לטעון לטובת הקונה המרומה על יסוד כללי אומד הדעת), אלא שהוספנו גם את הסעיף הזה כדי להסיר ספק בהבנת כוונת הצדדים בנושא חיוני ומרכזי זה.

ב. _____, אשר יהיה רשאי לעשות בו שימוש רק לאחר שהתמורה שולמה למוכרים או הופקדה לטובתם.

14. מוסכם על הצדדים, כי הודעה שנשלחה מצד אחד למשנהו בדאר רשום, רואים אותה כאילו נתקבלה בתום שלושה ימים מתאריך מסירתה, אלא אם יוכח ההיפך.

כתובת הקונים לענין זה: _____

כתובת המוכרים לענין זה: _____

15. (א). צד שיפר את החוזה הפרה יסודית, מתחייב לשלם לרעהו כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק, סך השווה ל_____ דולר ארה"ב.

(ב). אם יפגרו המוכרים במסירת החזקה בדירה לקונים, מתחייבים הם לשלם לקונים כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק סך _____ דולר ארה"ב עבור כל יום של פיגור, עד לביטול החוזה ע"י הקונים. כל זאת בנוסף לתשלום האמור לעיל ס"ק א'.

(ג). הצדדים מצהירים, כי שיעורי הפיצויים המוסכמים שנקבעו בסעיף זה נקבעו בהתחשב בנזק שניתן לראותו מראש בעת כריתת חוזה זה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

(ד). סעיף זה אין בו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצויים בשיעור גבוה יותר מהאמור, או לכל סעד או תרופה אחרים.⁴³⁹

439 לאמיתו של דבר, קביעה זו מובנת מאליה – הן לפי החוק (ראה: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, סעיף 2; סעיף 15 (ב) לאותו חוק; ג' שלו, דיני חוזים עמ' 577; שם, עמ' 589) והן, להבדיל, לפי ההלכה (ראה למשל שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ט': "שנים שקיבלו פשרנים בקנין ובקנס חמישים, ואחר הפשרה אמר אחד מבעלי דינים לא אקיים הפשרה – אין בדבריו כלום"; ראה גם הגהת הרמ"א לשו"ע אה"ע סימן נ' סוף סעיף ו'). הצורך לפרט את הדבר נובע רק מן החשש להבנה מוטעית של כוונת הצדדים בחוזה.

פרק ב'

16. (א). הצדדים מקבלים עליהם את החוקים הבאים⁴⁴⁰ של מדינת ישראל⁴⁴¹: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; חוק המכר, תשכ"ח-1968; חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979; חוק הנאמנות, תשל"ט-1979; חוק השליחות, תשכ"ה-1965; חוק הערבות, תשכ"ז-1967; פקודת הפרשנות (נוסח חדש); חוק הפרשנות, התשמ"א-1981. הצדדים קיבלו על עצמם את כל החובות המוטלות עליהם ואת כל הזכויות העומדות להם לפי החוקים הנ"ל. הצדדים קיבלו עליהם את החוקים האמורים כמשמעותם לפי הפרשנות המחייבת על פי דיני מדינת ישראל. כל אחד מן הצדדים מתחייב לשלם לחברו כל חוב המוטל עליו לפי החוקים הנ"ל; ומקנה לחברו כל זכות העומדת לחברו לפי החוקים הנ"ל⁴⁴². הצדדים הסכימו, כי אם ייערך ביניהם דיון, בכל גוף שיפוטי או מעין שיפוטי, בין בבית דין של תורה ובין בערכאה אחרת – הדיון יהיה לפי החוקים הנ"ל בכפוף לפרשנותם הנ"ל. גם פירוש החוזה ייעשה בהתאם להוראות החוקים הללו.

(ב). סעיף קטן (א) אינו בא בשום פנים לגרוע מתוקפו של כל דין אחר של מדינת ישראל, ומזכותם של הצדדים לכל סעד או תרופה לפי דין כנ"ל.

(ג). בכל מקום בחוזה זה בו משתמשים הצדדים במונחים המופיעים בחוק

440 חלקו הראשון של החוזה, כלומר, מראשית החוזה עד כאן, ערוך בדרך כלל כמקובל, בלא שינויים מיוחדים. בעיקרו של דבר, רק מסעיף זה ואילך מתחילה התוספת המיוחדת המאפשרת את יישומו ואכיפתו של החוזה בבית דין הדן על פי ההלכה. סעיף זה בא למנוע הבנה מוטעית, לפיה, משמעותה של התוספת כולת גם וויתור על זכויות הצדדים לסעדים המופיעים בחוק הישראלי ואינם מופיעים בהלכה (כגון, כנראה, אכיפה), **ולהמיר** זכות זו ב"קנס" האמור לקמן סעיפים 18-19 לחוזה.

441 הסעיף נועד לקבוע בין הצדדים נורמות ידועות מראש, ולחסוך בצורך לפרט באריכות פרטי דינים רבים, כגון התחייבות לפיצויים בגין מניעת רווח ובגין הציפייה למימוש החוזה, עליות ביטול הקיימות על פי החוק והתנאים בהם ניתן להפעילן, וכדומה. הקבלה הספציפית של החוקים הרלוונטיים לחוזה פוטרת אותנו מהזיקקות לשאלה ההלכתית האם יכולים הצדדים, בהסכמה הדדית, להחליף באופן גורף את כל מערכת הדינים החלה עליהם במערכת דיני מדינת ישראל.

442 משפט זה בא להבטיח את תקפות הסעיף: התחייבות כספית ישירה הינה תקפה, לפי ההלכה, לכל הדעות. כל שאר לשונות ההתחייבות והקבלה שבסעיף זה – אין בטחון מלא בתקפותן ההלכתית, בגלל בעיית "קניין דברים" (ראה לעיל, פרק ראשון). לשונות אלה לא נכתבו אלא לשם הבהרת כוונת הצדדים.

הישראלי, כוונתם במונחים אלה היא למשמעות הנודעת להם בדין הישראלי וכן כוונתם לקבל עליהם את פרטי הדינים שבדין הישראלי הקשורים למונחים אלה, אלא אם ניכרת כוונה אחרת.

17. (א). כוונת הצדדים בסעיפים 18-20 לקמן הינה להבטיח שניתן יהיה להיעזר בחוזה ולקבל באמצעותו סעדים גם בפני גוף שידון על פי דין תורה, אם ייערך דיון בין הצדדים בפניו; ומתוך חשש שמא הגוף הנ"ל יסבור, שעל פי דין תה"ק אין לבעל דין אפשרות לקבל את כל הסעדים על פי דיני מדינת ישראל.

ברם, למען הסר ספק ייאמר כאן במפורש, כי הצדדים גמרו בדעתם להתחייב משפטית בכל התחייבויותיהם האמורות לעיל פרק א', והוראות סעיפים 18-20 לקמן לא תגרענה כהוא זה מגמירות דעתם ושלמות כוונתם להתחייב כאמור. לפיכך לא תגרענה הוראות הסעיפים מאומה מתקפו החוזי של פרק א', לפי דיני מדינת ישראל לכל פרטיהם. הצדדים אינם מוותרים, בשום פנים, על כל זכות לכל סעד או תרופה שהיתה עומדת להם, על פי דיני מדינת ישראל, אילו לא נכתבו הוראות סעיפים 18-20 בחוזה.

יתר על כן: הוסכם והותנה בין הצדדים, כי אם וכאשר יוחלט ע"י גוף שידון בין הצדדים, כי התחייבויות הצדדים שבפרק א' דלעיל כולן תקפות, וניתן לאכפן ולהושיט בהתאם להן את הסעדים על פי דיני מדינת ישראל, הרי כל החיובים האמורים בסעיפים 18-19 מחולים⁴⁴³.

במלים אחרות, החוב האמור לקמן בסעיפים 18-19 אינו ניתן לגבייה אלא בפני גוף שלא ידון את הצדדים על פי דיני מדינת ישראל.

(ב). אין באמור בסעיף זה, ולא באמור בסעיפים 18-19 לקמן, כדי לגרוע מהאמור בסעיף 16 לעיל.

443 ההתניה מיוחסת למחילה ולביטול, ולא לעצם החוב, כדי שלא לעורר בעיית אסמכתא. ראה גם לקמן הערה 448.

18. (א). המוכרים⁴⁴⁴ מתחייבים⁴⁴⁵ ליתן לקונים סך השווה ל _____ דולר

444 סעיף זה, והסעיף שלאחריו, נועדו לאבטח את תקפות החוזה כולו. ישנן בהלכה שיטות, לפיהן התחייבות להתנהגות – כמו למכור או לקנות וכדומה – אינן אכיפות; לעומת זאת, התחייבות כספית הינה תקפה ואכיפה לכל הדעות. התחייבות כספית, המותנית בהפרת החוזה (או כזו שאינה מותנית, אבל מחילתה מותנית בקיום החוזה; ראה לקמן הערה 448), משיגה בעקיפין את המטרה של אכיפת החוזה, שהרי כל צד יהא אנוס להיענות לדרישת הצד השני לקיים את החוזה, שאם לא כן – יתבענו זה על הסכום המותנה בו התחייב (ראה לעיל, פרק ראשון, סעיף ב', סמוך לציון 69 ואילך). מובן, כי ציפיית הצדדים היא, שהחוזה יבוצע, ואז לא ייגבה החוב האמור כאן כלל.

גודלו של הסכום משתנה בהתאם לשווי העסקא. העיקרון הוא שגודל הסכום צריך להיות כזה, שירתיע מפני הפרה.

כאן המקום להדגיש, כי רק ההתחייבויות להתנהגות – למכור, לחתום על מסמכים וכד' – בעייתיות מבחינת ההלכה. לעומת זאת, התחייבות כספית לפיצויים בשל הפרת חוזה הינה תקפה. נראה, שהתחייבות הפיצויים תקפה גם מבחינת דיני ה"אסמכתא", חרף היות התחייבות זו מותנית והצדדים מקווים שלא תבוא לידי ביצוע. הדבר דומה להתחייבות "אם אוביר ולא אעביר – אשלם במיטבא", שהיא תקפה (משנה ב"שם ק"ד ע"א). נוסף לכך יש להזכיר כאן את הכלל שקבע החת"ס בתשובותיו, חו"מ סימן ס"ו, וזו לשונו:

"דבאסמכתא מהני מנהג העולם... דכל טעמא דלא קני – משום דלא סמכא דעתיה, ומכיון שנהגו – שפיר סמכא דעתיה וקני".

נוסף לכך, העובדה שמקורו של החיוב **בחוק**, נותנת לו צביון רציני ומוחלט, ומקלה על בעיית האסמכתא. ראה דברי הרמ"א בהגהתו לשו"ע חו"מ סימן ר"ז סוף סעיף ט"ו, ששטר העשוי במשפטי עכו"ם קנה אפילו באסמכתא, משום "דינא דמלכותא". אמנם, ראה חזו"א חו"מ ליקוטים סימן ט"ז סק"א, שכתב בזו הלשון:

"אע"ג דמהני מדינא דמלכותא, מכל מקום, כיוון שהוא דין בין ישראל לחברו, אין כאן דינא דמלכותא; ואין לומר: כיוון דמהני מדינא דמלכותא, אין דעתו לאסמכתא אלא לקנין גמור. דלא שמענו דמשום דמצי למזכי בדינא דמלכותא תבטל אסמכתא; ואין סברא בזה, כיוון שאינו רשאי לדון בערכאות. ואם אתה אומר כן – בטלה אסמכתא, דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא".

ראה גם פ"ד"ר י"ד עמ' 33, שם צוטטו דבריו של החזו"א מתוך הסכמה. נוסף לכך, גם ההודאה, האמורה בסעיף 28 (א) לחוזה, שהשטר נעשה בצורה שאין בה אסמכתא, כחה יפה; ראה בהערה 475.

אשר לבעיית "דבר שאינו קצוב" (המתעוררת כאן משום שהנוק שגרום הפרת החוזה אינו ידוע מראש, ותלוי הוא בגורמים משתנים – מחירי הדירות בעת ההפרה וכד') – נראה שגם בעיה זו אינה צריכה לגרום טרדות רבות. עיין לעיל נספח ב', חלק שני, סעיף א', סמוך לציון 408 ואילך. כפי שנאמר שם, רוב רובם של הפוסקים סבורים שאין מניעה להתחייב בדבר שאינו קצוב, ורק חלק קטן מן הפוסקים (ובכללם הרמב"ם) סבורים כי התחייבות על "דבר שאינו קצוב" אינה תקפה. כפי שצויין שם, רוב רובם של הדיינים סבור שאין הנתבע יכול להסתמך על שיטת הרמב"ם בענין; ורק מיעוט קטן של הדיינים פוסק אחרת. מכל מקום, לאבטחה, באה גם ההתחייבות הבלתי מותנית שבסעיפים 18 ו-19, שהיא ודאי נקייה מכל בעייה של אסמכתא וגם מבעית "דבר שאינו קצוב".

445 לדעתו של פרופ' ב' ליפשיץ (כפי ששמענוה מפיו), הניסוח הנכון הוא "חייבים ליתן"; "מתחייבים" הינה, לדעתו, לשון עתידי, והיא נתפסת בבעיית "קניין דברים" (על בעיה זו ראה לעיל פרק ראשון). אולם בשו"ע חו"מ סימן ס' סעיף ו' וסמ"ע שם סק"ח כתוב, שהלשון "מתחייב" מועילה. הלשון "חייבים" מעוררת, אולי, בעיות מסוג אחר, משום שהיא עשויה להיתפס כהודאה; על הבעיות המיוחדות המעוררות בהודאה פיקטיבית ראה לעיל הערה 100.

ארה"ב⁴⁴⁶. הם מודים, כי התחייבות זו מוחלטת היא⁴⁴⁷, אינה מותנית בתנאי כלשהו⁴⁴⁸ ונעשתה בפני עצמה⁴⁴⁹ בקנין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בב"ד חשוב, בגלוי, וגם באופן היותר מועיל, כתיקון חכמים.

(ב). על אף האמור בס"ק אי לעיל, אם התנהגותם של המוכרים, ובנסיבות מתאימות לכך – יורשיהם אחריהם או חליפיהם, תהיה בהתאם להוראות פרק אי דלעיל, עד כמה שנדרש מהם לפי דיני מדינת ישראל; או שהתנהגותם של המוכרים תהיה קרובה להתנהגות הנ"ל, כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך; או שמכל סיבה אחרת לא תהיה לקונים עילת תביעה, על פי דיני מדינת ישראל, לאכיפת החוזה או

446 במקום ההתחייבות האמורה כאן, ניתן היה לנסח הודאה בקיומו של חוב הקיים, כביכול, משכבר. לגבי אפשרות זו ראה לעיל הערה 100.

447 ניסוח ההתחייבות כהתחייבות עצמאית ובלתי תלויה בהפרת החוזה מעוררת לכאורה שאלה בקשר לסמכות בית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים מראש שנקבעו בסכום מופרז. על בעיה זו ראה לעיל הערה 72א.

448 את התנאי בחרנו להציב בס"ק הבא, העוסק במחילה, ולא בעצם ההתחייבות; זאת, כדי למנוע חשש "אסמכתא". במחילה מעכשיו אין חשש "אסמכתא" (ראה לעיל פרק שלישי סעיף ד, הערה 152).

הרמ"א בסימן ר"ז סעיף ט"ז כתב כהאי לישנא:

"יש מקומות שנהגו לכתוב שני שטרי חובות גמורים, ונותנין שניהן לשליש, ואיזה צד שיעבור יתן (השליש) שני השטרות לשכנגדו".

היתרון בדרך זו הוא, שאז חסומה לחלוטין הדרך בפני טענת אסמכתא, כי אין המתחייב יכול להראות שההתחייבות שנתן היתה מותנית (ראה סמ"ע סקמ"ה; נה"מ חידושים סק"ט). ברם, שיטה זו גורמת סירבול וחוסר נוחות מסוים; ואם אין השליש אמין לחלוטין, יש בה אף סיכון. נוסף לכך, הנוהגים בשיטה האמורה יצטרכו "לשמור שוברם מן העכברים" כל ימיהם (אף שלאחר ששילמו יכולים הם לדרוש את השטר שלהם מן הצד השני, כמבואר בשו"ע חו"מ סימן נ"ז סעיף א', וסימן ס"א סעיף י"ב, וסמ"ע שם סקכ"ב וסקכ"ה – אבל הצד השני יוכל לטעון שהשטר אבד וכדומה).

לכן, קל יותר לכתוב הכל בשטר אחד, ולצרף הודאה מפורשת, כי התחייבות זו אינה מותנית. נראה, שהמתחייב לא יוכל לטעון, אחרי הודאה כזו, שההתחייבות היתה מותנית, ואסמכתא היא (נוסף לכך, גם בסוף החוזה ישנה הודאה כללית, שכל מה שנכתב בחוזה נעשה באופן שאין בו משום אסמכתא, וגם זה מונע את הבעיה האמורה).

449 מלים אלה נועדו למנוע בטלות של ההתחייבויות הכספיות, במקרה שיימצא שפרט זה או אחר בחוזה הינו מסוג הדברים שהקנין אינו תקף לגביהם. לפי סברה מסוימת, עיסקא שבטלה מקצתה בטלה כולה (לפי דעת הסוברים כן, זו היא משמעותה של בעיית "קני את וחמור" הנידונה במסכת בבא בתרא קמ"ג ע"א ובמסכת קידושין נ"א ע"א). לכן, הקנין האמור לקמן סעיף 27, החל על כל סעיפי החוזה, אינו ומספיק כדי להוציא מידי כל ספק. הבעיה נפתרת כאן בדרך של הודאה על עשיית קנין נוסף לחוד.

לפיצויים⁴⁵⁰; או שהקונים יקבלו את הסעדים המגיעים להם, על פי דיני מדינת ישראל, בהתאם להוראות פרק א' דלעיל – אזי הקונים מוחלים את החוב האמור בס"ק א' לעיל.

19. (א). הקונים מתחייבים ליתן למוכרים סך השווה ל _____ דולר ארה"ב. הם מודים, כי התחייבות זו מוחלטת היא, אינה מותנית בתנאי כלשהו ונעשתה בפני עצמה בקנין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בב"ד חשוב, בגלוי, וגם באופן היותר מועיל, כתיקון חכמים.

(ב). על אף האמור בס"ק א' לעיל, אם התנהגותם של הקונים, ובנסיבות מתאימות לכך – יורשיהם אחריהם או חליפיהם, תהיה בהתאם להוראות פרק א' דלעיל, עד כמה שנדרש מהם לפי דיני מדינת ישראל; או שהתנהגותם של הקונים תהיה קרובה להתנהגות הנ"ל כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך; או שמכל סיבה אחרת לא תהיה למוכרים עילת תביעה, על פי דיני מדינת ישראל, לאכיפת החוזה או לפיצויים; או שהמוכרים יקבלו את הסעדים המגיעים להם, על פי דיני מדינת ישראל, בהתאם להוראות פרק א' דלעיל – אזי המוכרים מוחלים את החוב האמור בס"ק א' לעיל.

20. (א). ביטול החוזה כדון, על ידי מי שנפגע מהפרת חוזה, לא יפגע בזכותו של הנפגע לקבלת החוב האמור לעיל סעיפים 18 ו-19 או לפיצויים לפי דיני מדינת ישראל.

450 אריכות לשון זו באה להתמודד עם מקרה של **סיכול** (ראה סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970). נראה, שלמקרה של **ביטול** החוזה כדון ע"י המוכרים (לפי זכויותיהם על פי פרק ב' לחוק הנ"ל או לפי פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, או ע"י בית המשפט (לפי סעיף 14 שם) אין צורך באריכות לשון זו, שכן ביטול כדון של חוזה הוא בכלל התנהגות על פי החוזה "ככל המוטל עליהם לפי דיני מדינת ישראל"; ועוד, שלא מסתבר שעל דעת כן נטל עליו את החוב. ראה לעיל פרק ראשון הערה 74, ובהקשר דומה הערה 82 שם. אפשר, שלמרות אריכות הניסוח כאן (ראה ההערה הקודמת), המתחייב ב"קנס" יהא חייב בו בכל מקרה של הפרת החוזה, ואפילו נגרמה זו כתוצאה מקשיים גדולים שנתקל בהם בבואו לקיים את החוזה, כגון, אם חלה ולא הספיק לפנות את הדירה במועד (שהרי "סיכול", על פי פרשנות בית המשפט העליון, אינו אלא "אות מתה"; בתי המשפט קבעו שאין הכרה ב"סיכול" אלא בהתקיים תנאים נדירים ובלתי מציאותיים. ראה ג' שלו, **דיני חוזים** עמ' 509). יתכן, שדינים אלה אינם תואמים את ה"קנס" דן, שהוא סכום גדול ומרתיע. אולם ניתן לטעון, שהמפר באונס יהא פטור על פי דיני האונס שבהלכה, הקובעים, כי אומדים דעתו של אדם ועל פי זה מעריכים האם התכוון ליטול עליו חיובים בנסיבות קיצוניות או לא. ראה: גמרא גיטין דף ע"ג ע"א; הגהת הרמ"א לשו"ע אה"ע סימן נ' סעיף ו' ונו"כ שם; מל"מ, הלכות מכירה פ"א הלכה י"ח; ערוה"ש חו"מ סימן ר"ז סקמ"ט; הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ סימן ק' סעיף א; שו"ע חו"מ סימן שכ"א סעיף א'; שו"ע חו"מ סימן ר"נ סעיף ב'; שם, סימן רמ"ו סעיף א'; שם, סימן ס"א סעיף ט"ז; שם, סימן ר"ז סעיף ד' בהגהת הרמ"א (רשימת מקורות חלקית). מכל מקום, אם רצונם בכך, יכולים צדדים להוסיף כאן תנאי מפורש שיקבע מחילת החוב במקרה של הפרה שאירעה באונס.

(ב). מאידך גיסא, מוסכם על הצדדים, כי סילוק החיוב לפי סעיף 18 ו/או 19 אינו מבטל את העיסקא, אינו פוטר איש מן הצדדים מלמלא אחר חיוביו שבחווה, אינו מתיר איחור כל שהוא בביצוע חיובים על פי החווה, ואינו פוגע בזכות הנפגע לכל סעד או תרופה שהיא העומדים לו לפי דיני מדינת ישראל⁴⁵².

21. (א). הוסכם בין הצדדים, כי כל החובות האמורים בחווה זה ישולמו אך ורק באמצעות שיק משורטט או שיק בנקאי או כסף מזומן זולת התשלום האחרון שייעשה במזומן או בשיק בנקאי בלבד.

(ב). מוסכם על הצדדים, כי כל אחד מהם, אשר הצד השני חייב לו חוב לפי חווה זה, נאמן כשני עדים על הצד השני ועל יורשיו ועל חליפיו, לטעון שהחוב טרם נפרע⁴⁵³, ובמקרה כזה, יפרע הצד החייב את חובו בלא חרם ובלא שבועה ובלא הדרת הראש ובלא שום טענה בעולם. כל זה אמור רק אם לא ישתכנע הגוף שידון בין הצדדים, שהחוב נפרע.

(ג). למען הסר ספק ייאמר כאן, שסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכותו של גוף שידון בין הצדדים להטיל, כראות עיניו, שבועה או כל חיוב אחר, ככל שיראה לו לנחוץ.

22. הצדדים קובעים ומודיעים בזאת, כי כל התנאים האמורים בחווה, כולם תקפים, שרירים וקיימים, כתנאי שהתנה משה רבינו ע"ה עם בני גד ובני ראובן, וכתנאים העשויים כתיקון חכמים⁴⁵⁴.

23. הצדדים מסכימים ומקבלים עליהם זה כלפי זה, כי לא ישמיטו בשביעית שום חוב הקשור לחווה זה בדרך כלשהי.

24. (א). כדי להיזהר מאיסור ריבית, הסכימו הצדדים על ההסדר הבא⁴⁵⁵. הצדדים מקנים איש לרעהו קנין פירות בחלק בנכסיהם ובעסקיהם המניבים רווח. גודלו של החלק הוא כזה, שהרווח הצפוי ממנו הוא _____ דולר

452 משום חשיבות העניין נכפלו כאן דברים האמורים לעיל סעיף 17.

453 הסעיף נועד למנוע טענת "פרעתי" (לפי ההלכה ניתן לטעון טענה זו במקרים רבים, אפילו הוכח קיומו של החוב).

454 הסעיף נועד למנוע את הצורך ב"תנאי כפול", למשל בסעיף 12 לעיל.

455 זה הוא ההסדר הידוע בהלכה בשם "היתר עיסקא". הסדר זה נועד להתגבר על חשש איסור ריבית בחלקים מסוימים של החווה.

אמנם, בחווה זה, על פניו, אין בעיות חריפות של ריבית, אולם יש בו חלקים שעלולים להיראות בעייתיים בעיני פוסקים מסוימים. למשל, ההצמדה של המחיר לדולר.

איסור הריבית, בנוסף לחומרתו הדתית, מהווה גם בעיה הקשורה לתקפות החווה, שכן לפי ההלכה התחייבות לשלם ריבית אינה תקפה.

ארה"ב⁴⁵⁶ בכל חודש. צד שלא ירוויח, משום שינהג בעסקיו ברשלנות, מתחייב לשלם בכל זאת את הסכום הנ"ל.

(ב). אם יטען צד מן הצדדים, שלמרות שקידתו הראויה, עסקיו לא הניבו רווח בגודל הנ"ל – לא יהא נאמן על כך, אלא אם ידווח בכל ערב ראש חודש לצד השני דיווח מפורט בכתב ובחתימת רואה חשבון מוסמך על מצב כל עסקיו, וגם אחרי מילוי תנאי זה לא יהא נאמן בטענתו הנ"ל אלא בשבועה חמורה בבית הדין הרבני הגדול במעמד עשרה מישראל⁴⁵⁷. אם לא ישבע כאמור בתוך שבועיים מסיום כל חודש, לא יהא נאמן עוד להישבע על מצב רווחיו באותו חודש. אין צד פטור משבועה זו, אפילו יהיה אומדנא דמוכח שלא הרוויח כנ"ל, או אף יהיו מסמכים המוכיחים זאת, או אפילו תהיה בעניין הודאת בעל דין של הצד השני.

(ג). ברם, אם ירצה בכך יכול צד להיפטר מהתשלומים והחיוב הנ"ל, על ידי אחת משתי אלה:

1. ינהג לפי הוראות פרק א' דלעיל, עד כמה שנדרש ממנו לפי דיני מדינת ישראל; או שהתנהגותו תהיה קרובה להתנהגות הנ"ל כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך; או שמכל סיבה אחרת לא תהיה לרעהו, על פי דיני מדינת ישראל, עילת תביעה לאכיפת חוזה או לפיצויים על יסוד הוראות פרק א' דלעיל.

2. אם יפר את החוזה, ישלם לרעהו את החיובים אשר פרק א' דלעיל, על פי דיני מדינת ישראל, מחייב אותו לשלם בשל ההפרה.

456 גודלו של הסכום משתנה בהתאם לשווי העיסקא. העיקרון הוא שגודל הסכום צריך להיות כזה, שירתיע מפני הפרה.

457 לכאורה, מתעוררת כאן בעיית "דבר שאינו מסויים". ראה דבריו של הרמב"ם, הלכות מכירה פרק כ"א הלכה ג':

"האומר לחבירו 'כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך בכך וכך, וכל מה שיש בתיבה זו אני מוכר לך בכך וכך', או 'בשק הזה אני מוכר לך בכך וכך', ורצה הלוקח ומשך, אין כאן קניין, שלא סמכה דעתו של לוקח, שהרי אינו יודע מה שיש בו, אם תבן או זהב, ואין זה אלא כמשחק בקוביא".

ברם, כאן הערך של הממכר הוא קצוב, אף שהממכר עצמו אינו מסויים; לכן נראה שהבעיה אינה חלה במקרה זה. ראה דברי הרמב"ם שם בתחילת הפרק.

457 התנאים באו להכביד ולהקשות על ביצוע השבועה, כדי שהחייב לא ייפטר בקלות מן החיובים המוטלים עליו בחוזה. עם זאת, אי אפשר, לפי ההלכה, לבטל כליל את האפשרות להישבע ולהיפטר, שהרי אז לא יהא תוקף ל"היתר עיסקא".

אם אחת משתי אלה יעשה, כי אז הרי הוא פטור מכל חיוב לשלם עבור רווחיו או להישבע כנ"ל.

(ד). מוסכם על הצדדים, כי תשלום הרווח לפי האמור לעיל ס"ק א', אינו מבטל את העיסקא, אינו פוטר איש מן הצדדים מלקיים אחר חיוביו שבחווה, אינו מתיר איחור כל שהוא בביצוע חיובים על פי החווה, ואינו פוגע בזכות הנפגע לכל סעד או תרופה שהיא.

(ה). אם יש בחווה זה לשון, אשר משמעותה הפשוטה היא שצד הסכים הסכמה שיש בה איסור ריבית, בכסף או בשווה כסף⁴⁵⁸, יש להבין לשון זו לא כמשמעה הפשוט, אלא שאותו צד ישלם לפי ס"ק ג' לעיל, ועל צד היתר עיסקא, ולא כתשלום ריבית.

25. אם ישנה מחלוקת הפוסקים בקשר לענין הכרוך בתקפות החווה, סעיף מסעיפיו, תנאי מתנאיו או דבר מכל דבריו, הצדדים מקבלים עליהם את השיטה הנותנת יתר תוקף לכל האמור, כך שלא יוכלו לטעון "קיים ליי" כנגדה⁴⁵⁹. כל צד מתחייב לשלם כל חוב המוטל עליו על פי שיטה זו, ומקנה לרעהו כל זכות ששיטה זו סבורה שיש לחברו.

26. כל מקום שנאמר בחווה זה שצד מתחייב התחייבות כלשהי, הכוונה היא להתחייבות מעכשיו⁴⁶⁰. נוסף לכך, הוא גם משעבד נכסיו לחוב האמור – הן נכסים שיש ברשותו עכשיו, והן אלה שיבואו לרשותו בעתיד. גם כל המחילות האמורות בחווה הינן מחילות מעכשיו.

27. (א). כל העיסקאות, ההקנאות, החיובים והמחילות⁴⁶¹ האמורים לעיל, בכל

458 לרבות מגורי המוכר בדירה עד לסיום קבלת מעותיו, כשהדירה כבר שייכת לקונה. ראה לעיל פרק רביעי, סעיף ב', סמוך לציון 175 ואילך.

459 הסעיף נועד למנוע השתמטות מקיום החווה תוך הסתמכות על מיעוט פוסקים (טענת "קיים ליי"). על בעיה זו ראה לעיל במבוא לחיבור.

460 הסעיף נועד למנוע ספקות בתקפותן של ההתחייבויות והמחילות: בהלכה, עיסקאות החלות בהווה הינן תקפות, ואילו התחייבויות עתידיות הינן בעייתיות. אמנם, ייתכן, שחלק מן ההתחייבויות ייראו כבטלות בעיניהם של פוסקים רבים, גם לאחר הוספת סעיף זה. כך, למשל, ההתחייבות לרשום את העיסקא בפנקס המקרקעין, האמורה בסעיף 7 לעיל, שאיננה עניין קנייני ולכן התחייבות "מעכשיו" לא תסייע לה. במקרים אלה, כאשר לא ניתן יהיה לאכוף את ההתחייבות כשלעצמה – הרי עומדות לרשות הנפגע תרופות רבות אחרות המפורטות בחווה ובדין.

461 אמנם, בדרך כלל מחילה אינה צריכה קנין; אולם כאשר המחילה הינה מותנית (כמו כאן), יש צורך בקנין. ראה ט"ז חו"מ סימן ר"ז סעיף ט"ז.

החוזה, נעשו בקנין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו⁴⁶², בב"ד חשוב, בגלוי, וגם באופן היותר מועיל, כתיקון חכמים; כל אחד מהצדדים מודה בחתימתו, לאחר שהוא למד היטב את הדין ואת העובדות הרלוונטיות, כי כל האמור נעשה.

(ב). בנוסף לאמור לעיל ס"ק א' ובלא לגרוע ממנו בשום אופן, הסכימו הצדדים כי לחתימתם על חוזה זה יהיה ערך של סיטומתא⁴⁶³, וכך תהווה אף היא קנין על כל האמור בחוזה⁴⁶⁴.

(ג). כדי להסיר צל של ספק בדבר בעלותם של הקונים על הדירה מהמועד האמור לעיל סעיף 7 (א), הסכימו הצדדים כי התשלום האחרון ייחשב ל"קנין כסף" שגם הוא מעביר את הבעלות על הדירה לקונים; כמו כן רשאים הקונים באותו מועד לעשות "קנין חזקה" בדירה. ברם, אין בס"ק זה כי לפגוע בזכותם הקניינית של הקונים בדירה במועד אחר, מוקדם יותר או מאוחר יותר, לפי כל דין ולפי כל שיטת משפט.

(ד). הצדדים מודים שקראו את החוזה ואין להם טענות בדבר אי הבנה. עם זאת, גם אם היו פרטים שלא הובנו אל נכון, בכל זאת הצדדים מקבלים עליהם, בקנין ובסיטומתא כאמור, את כל מה שכתוב בחוזה, ובכלל זה גם הפרטים הנ"ל.

28. (א). כל האמור לעיל נעשה, נכתב ונחתם בגמירות דעת ומתוך יישוב הדעת; הכל נעשה באופן שאינו פגום בפגם אסמכתא או פגם אחר, וחתימת הצדדים על החוזה מהווה הודאה בכך⁴⁶⁵.

(ב). הודאות האמורות בחוזה זה, הינן הודאות גמורות ונאמרו ברצינות גמורה, ולא נבעו מחמת שום כורח או אונס או דבר דומה.

(ג). כמו כן, הצדדים מודים שכל האמור בחוזה נעשה על ידיהם מתוך רצונם החפשי. הצדדים מבטלים כל מודעא הנוגדת את האמור, שמסרו אי פעם, כולל "מודעא דמודעא", ופוסלים כל עדים שיעידו על מודעא הנוגדת את האמור בחוזה.

462 על נפקותן של מלים אלה ראה תה"ד, פסקים וכתבים, סימן ר"ו.

463 משמעותה של החתימה על החוזה כסיטומתא נידונה בהרחבה לעיל פרק שני.

464 הצורך בסעיף זה, בנוסף על הסעיף הקודם, מתעורר גם משום יתרונותיה המיוחדים של הסיטומתא (ראה לעיל הערה 106). פרט לכך, הצורך מובן גם לאור החשש, שמא הצדדים יזלזלו ולא יעשו קנין חליפין (ואז, אפשר שהצד שיפר את החוזה יעלה את הטענה שגם בסיטומתא (בחתימה) לא נכרתה העיסקא, שכן מהסעיף הקודם משמע, ש"לא ניחא להו" לצדדים לקנות בסיטומתא; ראה ב"מ דף י' ע"א).

465 לגבי כחה של הודאה זו לפתור את בעיית האסמכתא ראה לעיל פרק שלישי, סמוך לציון 162 ואילך.

29. על כל האמור לעיל באים הצדדים על החתום⁴⁶⁶.

467

חתימת הצדדים

466 על תוקפה של החתימה כ"סיטומתא" ראה לעיל פרק שני, סמוך לציון 106 ואילך.
467 החתימה באה ברציפות לחוזה – מיד בשורה שאחרי סיומו, כדי למנוע טענה של זיוף או של בטלות מחמת עצם האפשרות של זיוף (כגון, האפשרות לגזור את החוזה כולו ולהשאיר את החתימה עם השורה הריקה שמעליה, שם יכול הזייפן לכתוב כל מה שיעלה בדעתו. על פי ההלכה עלול לקרות, שתוקפו של חוזה ייפסל רק בגלל עצם האפשרות הזו. ראה שו"ע חו"מ סימן מ"ה סעיף ו' ואילך. לעומת זאת, את סעיפי החוזה לא הצמדנו אחד לרעהו, שכן לא חששנו להוספות בין השורות; הוספה כזו עשויה להתגלות.

ב. טופס חוזה שכירות דירה

חוזה שכירות של דירה
(שחוקי הגנת הדיור אינם חלים עליה)

שנחתם בעיר _____ ביום _____ לחודש _____ בשנת _____ .

בין

1. _____ ת.ז. _____

2. _____ ת.ז. _____

(להלן: "המשכירים")

לבין

1. _____ ת.ז. _____

2. _____ ת.ז. _____

(להלן: "השוכרים")

מבוא

הואיל

והמשכירים הינם הבעלים הבלעדיים / של זכות החכירה לדורות / ובעלי החזקה הבלעדית בדירה בת _____ חדרים, אשר מספרה _____ בקומה _____ בבנין _____ ברחוב _____ בשכונת _____ בעיר _____, הידועה כחלקה _____ בגוש _____ (המחסן הצמוד אל הדירה, והנמצא בקומה _____, אינו מהווה חלק מן הדירה לענין חוזה זה)

(להלן: "הדירה");

והואיל

והמשכירים הם המחזיקים בפועל בדירה;

והואיל

ומעולם לא ניתנו בגין שכירות של דירה זו דמי מפתח;

והואיל

ואין משלמים ואין שום התחייבות לשלם בגין השכירות שבחווה זה דמי מפתח, והשוכרים מצהירים שלא שילמו ולא התחייבו לשלם למשכירים שום סכום כדמי מפתח בשום צורה שהיא;

והואיל

והשוכרים מצהירים שלא השתתפו במאומה בהשקעות הבניה או במבנה הדירה או בחלק מהם, ואין להם כל חלק בבעלות ואו בזכות כל שהיא על הדירה;

והואיל

והדירה נמצאת בבנין חדש שבנייתו נסתיימה בשנת _____;

/או (לפי הענין): וביום כ"ו באב תשכ"ח (20 ביוני 1968) (להלן: "תשכ"ח") לא היה דייר זכאי להחזיק בדירה על פי חוזה או מכח חוקי הגנת הדייר או בכל אופן אחר שהוא והדירה לא הושכרה בדמי מפתח;/

והואיל

והשוכרים ראו את הדירה, נוכחו לדעת שהיא במצב טוב ותקין, מתאימה לצרכיהם והם מעוניינים לשכור אותה;

והואיל

והמשכירים מעוניינים להשכיר את הדירה לשוכרים למטרת מגורים בלבד בשכירות שאינה מוגנת על פי חוק הגנת הדייר (נוסח משולב) תשל"ב-1972, באופן ובתנאי מפורש שלא יחולו על השכירות בשום פנים ואופן חוקי הגנת הדייר, הן אלה שבתוקף היום והן אלה שיהיו בתוקף בעתיד שעניינם הגנת הדייר, ובאופן ובתנאי מפורש שהשוכרים לא יהיו בשום פנים ואופן דיירים מוגנים, והשוכרים מעוניינים לשכור את הדירה באופן זה, הכל בתמורה, במועדים ובתנאים האמורים להלן בחוזה זה;

לכן הוסכם והותנה כדלהלן:

פרק א'

1. המבוא לחוזה זה על ההצהרות שבו מחייב את הצדדים והוא חלק בלתי נפרד מן החוזה.
2. המשכירים משכירים לשוכרים והשוכרים שוכרים מהמשכירים את הדירה למטרת מגורים בלבד לתקופה מוגבלת של _____ (במלים: _____) חודש, המתחילה ביום _____ המסתיימת ביום _____ (להלן: "תקופת השכירות"), בתמורה ובתנאים האמורים להלן.
3. תמורת תקופת השכירות מתחייבים השוכרים לשלם למשכירים סך השווה ל _____ דולר ארה"ב הינו סך השווה ל _____ דולר ארה"ב עבור כל חודש, אשר ישולם מדי חודש בחודשו, הכל במועדים ובתנאים המפורטים לקמן:
 - (א). במעמד חתימת החוזה משולם סך השווה ל _____ דולר ארה"ב, עבור _____ חודשים מראש; חתימת המשכירים על החוזה מהווה גם הודאה בקבלת שיק משורטט על סכום זה.
 - (ב). יתרת התשלום – בסדרה של _____ תשלומים חודשיים שווים ורצופים, שיחלו ביום _____ ומועדיהם יהיו ב _____ בכל חודש.
 - (ג). כל הסכומים ישולמו בשקלים, לפי שערו היציג של דולר ארה"ב שיהיה ידוע בעת ביצועו בפועל של כל תשלום ותשלום. הוראה זו תחול גם על כל סכום אחר הנקוב בחוזה זה בדולרים.
 - (ד). מקום התשלום: _____ שני הצדדים מתחייבים להתייצב במקום זה במועד כל תשלום ותשלום, לאחר תיאום סביר מראש, לשם ביצוע התשלום.
 - (ה). אם יפרו השוכרים את החוזה ויאחרו בפרעון אחד או יותר מן התשלומים האמורים לעיל בסעיף קטן ב', הרי זמן פרעונם של יתר התשלומים יהיה מיד עם דרישה ראשונה של המשכירים, ולא במועדים האמורים בסעיף קטן ב'. זאת בנוסף על כל סעד או תרופה אחרים העומדים למשכירים לפי חוזה זה או לפי כל דין.

4. הזכות להשתמש בדירה במשך חודש אחד, בכל פעם, תעבור לידי השוכרים רק לאחר סיום הביצוע בפועל של התשלום מראש עבור אותו חודש.
5. (א). חובת השוכרים לשלם את כל דמי השכירות, עבור משך תקופת השכירות כולה, תעמוד בעינה אף אם יחליטו השוכרים לעזוב את הדירה, מסיבה כלשהי, לפני מועד תום השכירות.
- (ב). אם יפרו השוכרים את החוזה הפרה יסודית, רשאים המשכירים לדרוש את פינוי הדירה וסיום תקופת השכירות באופן מיידי או בתוך תקופה שיקבעו. אין בסעיף זה כדי לפגוע בזכותם של המשכירים לכל סעד אחר או נוסף העומד להם.
6. (א). השוכרים מתחייבים את כל התחייבויותיהם ביחד ולחוד, כך שהם ערבים זה לזה; ממי שירצו המשכירים יגבו תחילה את המחיר כולו, בלא צורך לתבוע את חברו. אף המשכירים מתחייבים את כל התחייבויותיהם ביחד ולחוד, כך שהם ערבים זה לזה; וממי שירצו השוכרים יגבו תחילה את חיובי המשכירים כולם, בלא צורך לתבוע את חברו.
- (ב). אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות חוק הערבות, תשכ"ז-1967.
7. (א). להבטחת חיוביהם, מוסרים השוכרים למשכירים במעמד כריתת החוזה סדרה של _____ שיקים משורטטים לפקודת המשכירים. ברם, מוסכם על הצדדים, כי עצם קבלת השיקים האלה לא תיחשב לביצוע תשלום בפועל. מוסכם בזאת שהמשכירים יהיו רשאים למלא את זמן הפרעון וכן את הסכום בשיקים וכן כל פרט אחר שיהיה חסר בהם. המשכירים מתחייבים שלא לרשום בשיק סך העולה על הסכום אותו חייבים להם השוכרים אותה שעה.
- (ב). כנגד ביצוע בפועל של כל אחד מהתשלומים, יחזירו המשכירים לשוכרים שיק אחד מן השיקים האמורים בסיק א'.
8. (א). במעמד כריתת החוזה מפקידים השוכרים בידי המשכירים שיק משורטט על סך השווה ל _____ דולר ארה"ב לשם הבטחת תשלום חיוביהם לפי חוזה זה. חתימת המשכירים על חוזה זה מהווה הודאה בקבלת השיק המשורטט, אולם רק לאחר פרעון בפועל של השיק ייחשב הסכום כנתקבל על ידי המשכירים.
- (ב). ביום _____, דהיינו חודש אחד לאחר תום תקופת השכירות, אולם לא לפני שהשוכרים ביצעו את האמור להלן סעיף 11 (ה), יוחזר סכום זה לשוכרים כשהוא צמוד לדולר ארה"ב אך ללא כל ריבית או הצמדה אחרת כלשהי, ובניכוי כל סכום שיהיו השוכרים חייבים למשכירים באותו מועד.

9. (א). עד ליום _____ יפקידו השוכרים בידי המשכירים שטר ערבות בנקאית על סך _____ (במלים: _____) ש"ח להבטחת קיום חיוביהם של השוכרים על פי חוזה זה.

(ב). מוסכם בזאת שאין בסכום הנקוב בשטר החוב כדי להגביל את סכום חיוביהם של השוכרים על פי חוזה זה או כדי לשמש ראיה על גובה חיוביהם של השוכרים על פי חוזה זה.

(ג). אם ביום _____, דהיינו חודשיים לאחר תום תקופת השכירות, יהיה ברור כי השוכרים אינם חייבים דבר למשכירים, יוחזר להם שטר החוב בו ביום.

10. (א). איחור בן _____ ימים בביצוע בפועל של תשלום חוב שאינו קטן מסך השווה ל _____ דולר ארה"ב, הינו הפרה יסודית של החוזה. דברים אלה אמורים בין בתשלום דמי שכירות, בין בתשלום מן התשלומים האמורים לקמן סעיף 11, בין בתשלומים האמורים לקמן סעיף 24, בין בתשלום פיצויים בשל הפרת החוזה, בין כל תשלום אחר שהשוכרים חייבים בו.

(ב). קבלת תשלום ע"י המשכירים או אחר מטעמם לאחר המועד שבו אמור היה התשלום להיפרע, לא תיחשב כוויתור מצדם על הסעדים או התרופות המגיעות להם בשל הפרת התחייבותם של השוכרים, או כהסכמתם לאיחור של אותו תשלום או של הבאים אחריו.

11. (א). מס רכוש ממשלתי, אם יחול, יחול על המשכירים וישולם על ידם.

שאר כל המיסים ותשלומי החובה, ממשלתיים, עירוניים, נציגות הבית ואחרים, וכן חובות לחברת החשמל או חשבונות מים, גז וטלפון, החלים על הדירה, בעליה או מחזיקיה, במשך ועבור כל תקופת השכירות, יחולו על השוכרים, והם מתחייבים לשלם. התחייבות זו תקפה גם אם יחליטו השוכרים לפנות את הדירה ו/או ימסרו החזקה עליה לידי המשכירים לפני תום תקופת השכירות.

(ב). אם יפרו השוכרים את החוזה ויתאחרו מלפנות את הדירה לאחר תום תקופת השכירות, מתחייבים הם לשלם את כל התשלומים האמורים בס"ק א' עד סיום הפינוי בפועל.

(ג). אין בס"ק ב' כדי להקנות לשוכרים איזו שהיא זכות לפגר פיגור כל שהוא במסירות החזקה על הדירה לידי המשכירים, וכן אין כדי לשלול מהמשכירים כל זכות לכל סעד או תרופה אחרים העומדים להם.

(ד). אם ישלמו המשכירים תשלום כלשהו, מלא או חלקי, מן התשלומים המוטלים על השוכרים לפי חוזה זה, הרי השוכרים מתחייבים לשלם להם את התשלום בתוך עשרה ימים מן היום בו יודיעו להם המשכירים על אודות התשלום וסכומו. אולם אם ישלמו המשכירים את התשלום בטרם מועדו, אין השוכרים חייבים לשלמו להם עד המועד בו היו חייבים לשלמו לולא פרעוהו המשכירים.

(ה). השוכרים מתחייבים להמציא לידי המשכירים, במסירה ישירה לידיהם או בדואר רשום, העתקים מלאים של קבלות ואישורים על סילוקו של כל תשלום שהם חייבים בו לפי חוזה זה. השוכרים ימציאו העתק קבלה על כל תשלום בתוך שלושים יום ממועד הפרעון. אם לא ישלימו עד ליום _____ המצאת העתקי הקבלות על כל התשלומים שהם חייבים בהם בכל תקופת השכירות, הרי הדבר ייחשב להפרה יסודית של החוזה.

12. (א). הדירה תימסר לשוכרים כשהיא נקיה מכל אדם וחפץ לא יאוחר מיום _____, וזאת כנגד התשלום הנקוב בסעיף 3 (א) לעיל, הפקדת השיקים האמורה לעיל סעיף 7, הפקדת הסכום האמור לעיל סעיף 8 ומסירת שטר החוב כאמור לעיל סעיף 9. איחור בן _____ ימים בביצוע ס"ק זה הוא הפרה יסודית של החוזה.

(ב). אם יפגרו המשכירים במסירת הדירה לשוכרים, מתחייבים הם לשלם לשוכרים כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק סך _____ דולר ארה"ב עבור כל יום של פיגור, עד לביטול החוזה ע"י השוכרים.

(ג). הצדדים מצהירים, כי שיעורי הפיצויים המוסכמים שנקבעו בסעיף זה נקבעו בהתחשב בנזק שניתן לראותו מראש בעת כריתת חוזה זה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

(ד). אין בסעיף זה כדי לגרוע מזכות השוכרים לכל סעד או תרופה אחרים העומדים להם.

13. (א). השוכרים מתחייבים להתפנות ולפנות את חפציהם מן הדירה, ולמסור אותה לידי המשכירים כשהיא במצב טוב, תקין ונקי מיד בתום תקופת השכירות, דהיינו ביום _____. איחור בן _____ ימים בביצוע סעיף קטן זה הינו הפרה יסודית של החוזה.

(ב). אם יפגרו השוכרים בפינוי הדירה בתום תקופת השכירות, מתחייבים הם לשלם לקונים כפיצוי מוסכם מראש וללא צורך בהוכחת נזק סך _____ דולר ארה"ב עבור כל יום של פיגור.

(ג). הצדדים מצהירים, כי שיעורי הפיצויים המוסכמים שנקבעו בסעיף זה נקבעו בהתחשב בנוק שניתן לראותו מראש בעת כריתת חוזה זה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

(ד). אין בסעיף זה כדי לגרוע מזכות המשכירים לפינוי השוכרים מן הדירה ומזכותם לכל סעד או תרופה אחרים או נוספים העומדים להם.

14. (א). צד שיפר את החוזה הפרה יסודית, מתחייב לשלם לרעהו סך השווה ל _____ דולר ארה"ב וזאת בנוסף על התשלום האמור לעיל בסעיף 12 (ב) ובסעיף 13 (ב), במקרה שיחולו גם תנאי אותם סעיפים. כוונת הצדדים בס"ק זה היא לקבוע שיעור פיצויים מוסכמים, כמשמעותם ופרטי דיניהם בדיני מדינת ישראל. ס"ק זה אינו גורע מזכות הצד הנפגע לכל סעד או תרופה אחרים העומדים לו.

15. הצהרות המשכירים אשר לעיל בפרק המבוא הן תנאים יסודיים בחוזה, ופגם יסודי בנכונותן כמוהו כהפרה יסודית של החוזה. לפיכך הסכימו הצדדים, כי אם יתברר שבהצהרות קיים פגם כזה, אשר אדם סביר, אילו ידע עליו מראש, היה נמנע מחמתו מלהתקשר בחוזה, אזי המשכירים מתחייבים לשלם לשוכרים פיצויים בשל הפרת חוזה, ובנוסף לכך, רשאים השוכרים להודיע למשכירים, בתוך זמן סביר מרגע שיוודע להם הדבר, כי הם מבטלים את החוזה. אם יודיעו כאמור, הרי השכירות בטלה, בלא שתבטל זכותם לפיצויים.

אין בס"ק זה כדי לפגוע בכלליות האמור לקמן סעיף 27, ולא בזכות השוכרים לכל סעד או תרופה אחרת.

16. (א). השוכרים מצהירים כי ראו את הדירה, בדקוה בדיקת שוכרים ומצאוה מתאימה למטרותיהם, והינם מוותרים על כל טענה בדבר אי התאמה ו/או פגם גלויים.

(ב). המשכירים מצהירים כי לא ידוע להם על שום מום נסתר בדירה.

(ג). שני הצדדים מצהירים שמחירה של שכירות דירות מסוג זה באיזור זה ידוע להם, ואין להם כל טענה בדבר הטעיה בנושא זה.

17. מוסכם על הצדדים, כי הודעה שנשלחה מצד אחד למשנהו בדאר רשום, רואים אותה כאילו נתקבלה בתום שלושה ימים מתאריך מסירתה בסניף הדואר, אלא אם יוכח ההיפך.

כתובת השוכרים לענין זה: כתובת הדירה

כתובת המשכירים לענין זה: _____

18. אין לשוכרים זכות להשתמש בדירה אלא אך ורק למטרת מגורים בלבד. השוכרים מתחייבים להימנע מלהשתמש בה לכל מטרה אחרת. הפרה ממשית של סעיף זה הינה הפרה יסודית של החוזה.

19. השוכרים מתחייבים לשמור על נקיון הדירה וכן על נקיון חדר המדרגות, החצר, הגינה וכל שאר המקומות המשותפים לשאר דיירי הבית, וכמו כן לקיים כל הוראה של נציגות הבית בתחום סמכותה.

20. (א). אין לשוכרים זכות לעשות שינוי כלשהוא במבנה או להוסיף עליו הוספה כלשהיא, מלבד שינויים ותוספות של מה בכך כגון נעיצת מסמר בקיר כדי לתלות עליו תמונה, ומלבד שינויים ותוספות שהמשכירים יתנו להם את הסכמתם מראש, בכתב ובחתימת ידם.

(ב). השוכרים מתחייבים להימנע מלעשות ומלאפשר לאחרים לעשות שינויים ותוספות מלבד אלה שהם זכאים לעשותם לפי סעיף קטן א'. הפרה של סעיף זה היא הפרה יסודית של החוזה.

21. (א). אין לשוכרים זכות להעביר או להשכיר את הדירה או חלק ממנה לאחר, או לשתף אחר – חוץ מבני משפחתם הקרובים – בשימוש ובהנאה מהדירה או מחלק ממנה, בין בתמורה בין שלא בתמורה, בין אם השימוש או ההנאה מוגדרים ובין אם אינם מוגדרים, בין חלק מסוים מן הדירה ובין חלק שאינו מסוים.

(ב). השוכרים מתחייבים להימנע מכל האמור לעיל בסעיף קטן א'. הפרה ממשית של סעיף זה היא הפרה יסודית של החוזה.

22. המשכירים רשאים בכל עת להעביר את כל זכויותיהם הקשורות בדירה לאחר, ללא כל צורך בהסכמת השוכרים. אם יעשו כן, אותו אחר יבוא במקום המשכירים לכל דבר וענין, ולכן השוכרים מתחייבים כלפיו בכל מה שהם חייבים לפי חוזה זה כלפי המשכירים עצמם.

23. (א). השוכרים מודים בזאת כי קיבלו את הדירה במצב תקין. הם מתחייבים להחזירה בתום תקופת השכירות באותו מצב תקין כפי שקיבלו.

(ב). השוכרים מתחייבים להשתמש בדירה באופן זהיר והוגן בלבד; לעשות מאמצים למניעת כל קלקול או נזק בדירה; ולהחזיק את הדירה וכל מערכותיה, לרבות האינסטלציה החשמלית, הסניטרית, ואביזרי המים, החשמל, הגז והטלפון במצב טוב, תקין ונקי.

24. (א). השוכרים מתחייבים לתקן מיד על חשבונם כל קלקול או נזק שיגרם בדירה ו/או באביזריה, בין על ידם ובין על ידי אחרים, מסיבה כלשהי, במשך התקופה בה תהיה הדירה בידיהם, מלבד בלאי רגיל ומקובל.

(ב). אם השוכרים לא ימלאו אחרי תנאי סעיף זה בתוך זמן סביר מעת דרישת המשכירים, הרי הם מתחייבים לשלם למשכירים מיד עם דרישתם את כל ההוצאות שהוציאו המשכירים לצורך התיקון, בין אם הוציאו את הכסף בתוך תקופת השכירות ובין אם היה הדבר לאחר שנסתיימה; ואם ידרשו המשכירים מן השוכרים לשלם להם את הדרוש לתיקונים מראש – חייבים השוכרים לשלם להם מראש את המחיר המשוער של התקון. אין בס"ק זה כדי לפגוע בזכותם של המשכירים לכל תרופה או סעד אחר.

25. (א). מוסכם על הצדדים, כי המשכירים משיירים בידם זכות ורשות להכנס לדירה בעצמם ו/או ע"י שליח או שליחים בכל עת סבירה כדי לבדוק את מצב המושכר או כדי להראות את הדירה לקונים או אנשים אחרים, או כדי לעשות בה תיקונים שיהיה לדעתם צורך בהם, ושירצו לעשותם.

(ב). אין בסעיף זה כדי להטיל על המשכירים חובה לעשות איזה שהם תיקונים ו/או הוספות בדירה.

26. הצדדים מסכימים כי כל שינוי בחוזה זה ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים בלבד.

פרק ב'*

27. (א). הצדדים מקבלים עליהם את החוקים הבאים⁴⁴⁰ של מדינת ישראל⁴⁴¹: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; חוק השכירות וההשאלה, התשל"א-1971; חוק המכר, תשכ"ח-1968; חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979; חוק הנאמנות, תשל"ט-1979; חוק השליחות, תשכ"ה-1965; חוק הערבות, תשכ"ז-1967; פקודת הפרשנות (נוסח חדש); חוק הפרשנות, התשמ"א-1981. הצדדים קיבלו על עצמם את כל החובות המוטלות עליהם ואת כל הזכויות העומדות להם לפי החוקים הנ"ל. הצדדים קיבלו עליהם את החוקים האמורים כמשמעותם לפי הפרשנות המחייבת על פי דיני מדינת ישראל. כל אחד מן הצדדים מתחייב לשלם לחברו כל חוב המוטל עליו לפי החוקים הנ"ל; ומקנה לחברו כל זכות העומדת לחברו לפי החוקים הנ"ל.⁴⁴² הצדדים הסכימו, כי אם ייערך ביניהם

* ההערות לפרק זה נמצאות לעיל, עמ' 182 ואילך.

דיון, בכל גוף שיפוטי או מעין שיפוטי, בין בבית דין של תורה ובין בערכאה אחרת – הדיון יהיה לפי החוקים הנ"ל בכפוף לפרשנותם הנ"ל. גם פירוש החוזה ייעשה בהתאם להוראות החוקים הללו.

(ב). סעיף קטן (א) אינו בא בשום פנים לגרוע מתוקפו של כל דין אחר של מדינת ישראל, ומזכותם של הצדדים לכל סעד או תרופה לפי דין כנ"ל.

(ג). בכל מקום בחוזה זה בו משתמשים הצדדים במונחים המופיעים בחוק הישראלי – כוונתם במונחים אלה היא למשמעות הנודעת להם בדין הישראלי, וכן כוונתם לקבל עליהם את פרטי הדינים שבדין הישראלי הקשורים למונחים אלה, אלא אם ניכרת כוונה אחרת.

28. (א). כוונת הצדדים בסעיפים 29-30 לקמן הינה להבטיח שניתן יהיה להיעזר בחוזה ולקבל באמצעותו סעדים גם בפני גוף שידון על פי דין תורה, אם ייערך דיון בין הצדדים בפניו; ומתוך חשש שמא הגוף הנ"ל יסבור, שעל פי דין תה"ק אין לבעל דין אפשרות לקבל את כל הסעדים על פי דיני מדינת ישראל.

ברם, למען הסר ספק ייאמר כאן במפורש, כי הצדדים גמרו בדעתם להתחייב משפטית בכל התחייבויותיהם האמורות לעיל פרק א', והוראות סעיפים 29-30 לקמן לא תגרענה כהוא זה מגמירות דעתם ושלמות כוונתם להתחייב כאמור. לפיכך לא תגרענה הוראות הסעיפים מאומה מתקפו החוזי של פרק א', לפי דיני מדינת ישראל לכל פרטיהם. הצדדים אינם מוותרים, בשום פנים, על כל זכות לכל סעד או תרופה שהיתה עומדת להם, על פי דיני מדינת ישראל, אילו לא נכתבו הוראות סעיפים 29-30 בחוזה.

יתר על כן: הוסכם והותנה בין הצדדים, כי אם וכאשר יוחלט ע"י גוף שידון בין הצדדים, כי התחייבויות הצדדים שבפרק א' דלעיל כולן תקפות, וניתן לאכפן ולהושיט בהתאם להן את הסעדים על פי דיני מדינת ישראל, הרי כל החיובים האמורים בסעיפים 29-30 מחולים.⁴⁴³

במלים אחרות, החוב האמור לקמן בסעיפים 29-30 אינו ניתן לגבייה אלא בפני גוף שלא ידון את הצדדים על פי דיני מדינת ישראל.

(ב). אין באמור בסעיף זה, ולא באמור בסעיפים 29-30 לקמן, כדי לגרוע מהאמור בסעיף 27 לעיל.

29. (א). המשכירים מתחייבים ליתן לשוכרים סך השווה ל _____ דולר ארה"ב. הם מודים, כי התחייבות זו מוחלטת היא, אינה מותנית בתנאי כלשהו, ונעשתה בפני עצמה בקניין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בב"ד חשוב, בגלוי, וגם באופן היותר מועיל, כתיקון חכמים.

(ב). על אף האמור בס"ק א' לעיל, אם התנהגותם של המשכירים, ובנסיבות מתאימות לכך – יורשיהם אחריהם או חליפיהם, תהיה בהתאם להוראות פרק א' דלעיל, עד כמה שנדרש מהם לפי דיני מדינת ישראל; או שהתנהגותם של המשכירים תהיה קרובה להתנהגות הנ"ל, כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך; או שמכל סיבה אחרת לא תהיה לשוכרים עילת תביעה, על פי דיני מדינת ישראל, לאכיפת החוזה או לפיצויים⁴⁵⁰; או שהשוכרים יקבלו את הסעדים המגיעים להם, על פי דיני מדינת ישראל, בהתאם להוראות פרק א' דלעיל – אזי השוכרים מוחלים את החוב האמור בס"ק א' לעיל.

30. (א). השוכרים מתחייבים ליתן למשכירים סך השווה ל _____ דולר ארה"ב. הם מודים, כי התחייבות זו מוחלטת היא, אינה מותנית בתנאי כלשהו, ונעשתה בפני עצמה בקנין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בב"ד חשוב, בגלוי, וגם באופן היותר מועיל, כתיקון חכמים.

(ב). על אף האמור בס"ק א' לעיל, אם התנהגותם של השוכרים, ובנסיבות מתאימות לכך – יורשיהם אחריהם או חליפיהם, תהיה בהתאם להוראות פרק א' דלעיל, עד כמה שנדרש מהם לפי דיני מדינת ישראל; או שהתנהגותם של השוכרים תהיה קרובה להתנהגות הנ"ל כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך; או שמכל סיבה אחרת לא תהיה למשכירים עילת תביעה, על פי דיני מדינת ישראל, לאכיפת החוזה או לפיצויים; או שהמשכירים יקבלו את הסעדים המגיעים להם, על פי דיני מדינת ישראל, בהתאם להוראות פרק א' דלעיל – אזי המשכירים מוחלים את החוב האמור בס"ק א' לעיל.

31. (א). ביטול החוזה כדון, על ידי מי שנפגע מהפרת חוזה, לא יפגע בזכותו של הנפגע לקבלת החיוב האמור לעיל סעיפים 29 ו-30, או לפיצויים לפי דיני מדינת ישראל.

(ב). מאידך גיסא, מוסכם על הצדדים, כי סילוק החיוב לפי סעיף 29 ו/או 30 אינו מבטל את העיסקא, אינו פוטר איש מן הצדדים מלקיים אחר חיוביו שבחוזה, אינו מתיר איחור כל שהוא בביצוע חיובים על פי החוזה, ואינו פוגע בזכות הנפגע לכל סעד או תרופה שהיא העומדים לו לפי דיני מדינת ישראל.

32. (א). הוסכם בין הצדדים, כי כל החובות האמורים בחוזה זה ישולמו אך ורק באמצעות שיק משורטט.

(ב). מוסכם על הצדדים, כי כל אחד מהם, אשר הצד השני חייב לו חוב לפי חוזה זה, נאמן כשני עדים על הצד השני ועל יורשיו ועל חליפיו, לטעון שהחוב טרם נפרע, ובמקרה כזה, יפרע הצד החייב את חובו בלא חרם ובלא שבועה ובלא הדרת הראש ובלא שום טענה בעולם. כל זה אמור רק אם לא ישתכנע הגוף שידון בין הצדדים, שהחוב נפרע.

(ג). עוד הסכימו הצדדים, כי כל צד נאמן כשני עדים על רעהו ועל יורשיו ועל חליפיו, לטעון שלא נעשה שינוי בחוזה, אלא אם יוכיח הצד השני, בעזרת מסמך בכתב בחתימת הצד השני, שנעשה שינוי, או יצליח לשכנע את הגוף שידון בין הצדדים, ששינוי בכתב נעשה אלא שהמסמך אבד.

(ד). למען הסר ספק ייאמר כאן, שסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכותו של גוף שידון בין הצדדים להטיל, כראות עיניו, שבועה או כל חיוב אחר, ככל שיראה לו לנחוץ.

33. הצדדים קובעים ומודיעים בזאת, כי כל התנאים האמורים בחוזה, כולם תקפים, שרירים וקיימים, כתנאי שהתנה משה רבינו ע"ה עם בני גד ובני ראובן, וכתנאים העשויים כתיקון חכמים.

34. הצדדים מסכימים ומקבלים עליהם זה כלפי זה, כי לא ישמיטו בשביעית שום חוב הקשור לחוזה זה בדרך כלשהי.

35. (א). כדי להיזהר מאיסור ריבית, הסכימו הצדדים על ההסדר הבא.⁴⁵⁵ הצדדים מקנים איש לרעהו קנין פירות בחלק בנכסיהם ובעסקיהם המניבים רווח. גודלו של החלק הוא כזה, שהרווח הצפוי ממנו הוא _____ דולר ארה"ב⁴⁵⁶ בכל חודש⁴⁵⁶. צד שלא ירוויח, משום שינהג בעסקיו ברשלנות, מתחייב לשלם בכל זאת את הסכום הנ"ל.

(ב). אם יטען צד מן הצדדים, שלמרות שקידתו הראויה, עסקיו לא הניבו רווח בגודל הנ"ל – לא יהא נאמן על כך, אלא אם ידווח בכל ערב ראש חודש לצד השני דיווח מפורט בכתב ובחתימת רואה חשבון מוסמך על מצב כל עסקיו, וגם אחרי מילוי תנאי זה לא יהא נאמן בטענתו הנ"ל אלא בשבועה חמורה בבית הדין הרבני הגדול במעמד עשרה מישראל.⁴⁵⁷ אם לא ישבע כאמור בתוך שבועיים מסיום כל חודש, לא יהא נאמן עוד להישבע על מצב רווחיו באותו חודש. אין צד פטור משבועה זו, אפילו יהיה אומדנא דמוכח שלא הרוויח כנ"ל, או אף יהיו מסמכים המוכיחים זאת, או אפילו תהיה בעניין הודאת בעל דין של הצד השני.

(ג). ברם, אם ירצה בכך יכול צד להיפטר מהתשלומים והחיוב הנ"ל, על ידי אחת משתי אלה:

1. ינהג לפי הוראות פרק א' דלעיל, עד כמה שנדרש ממנו לפי דיני מדינת ישראל; או שהתנהגותו תהיה קרובה להתנהגות הנ"ל כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך; או שמכל סיבה אחרת לא תהיה לרעהו, על פי דיני מדינת ישראל, עילת תביעה לאכיפת חוזה או לפיצויים על יסוד הוראות פרק א' דלעיל.

2. אם יפר את החוזה, ישלם לרעהו את החיובים אשר פרק א' דלעיל, על פי דיני מדינת ישראל, מחייב אותו לשלם בשל ההפרה.

אם אחת משתי אלה יעשה, כי אז הרי הוא פטור מכל חיוב לשלם עבור רווחיו או להישבע כנ"ל.

(ד). מוסכם על הצדדים, כי תשלום הרווח לפי האמור לעיל ס"ק א', אינו מבטל את העיסקה, אינו פוטר איש מן הצדדים מלקיים אחר חיוביו שבחוזה, אינו מתיר איחור כל שהוא בביצוע חיובים על פי החוזה, ואינו פוגע בזכות הנפגע לכל סעד או תרופה שהיא.

(ה). אם יש בחוזה זה לשון, אשר משמעותה הפשוטה היא שצד הסכים הסכמה שיש בה איסור ריבית, בכסף או בשווה כסף⁴⁵⁸, יש להבין לשון זו לא כמשמעה הפשוט, אלא שאותו צד ישלם לפי ס"ק ג' לעיל, ועל צד היתר עיסקה, ולא כתשלום ריבית.

36. אם ישנה מחלוקת הפוסקים בקשר לענין הכרוך בתקפות החוזה, סעיף מסעיפיו, תנאי מתנאיו או דבר מכל דבריו, הצדדים מקבלים עליהם את השיטה הנותנת יתר תוקף לכל האמור, כך שלא יוכלו לטעון "קים ליי" כנגדה. כל צד מתחייב לשלם כל חוב המוטל עליו על פי שיטה זו, ומקנה לרעהו כל זכות ששיטה זו סבורה שיש לחברו.

37. כל מקום שנאמר בחוזה זה שצד מתחייב התחייבות כלשהי, הכוונה היא להתחייבות מעכשיו. נוסף לכך, הוא גם משעבד נכסיו לחוב האמור – הן נכסים שיש ברשותו עכשיו, והן אלה שיבואו לרשותו בעתיד. גם כל המחילות האמורות בחוזה הינן מחילות מעכשיו.

38. (א). כל העיסקות, ההקנאות, החיובים והמחילות האמורים לעיל, בכל החוזה, נעשו בקנין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בב"ד חשוב, וגם באופן היותר מועיל, כתיקון חכמים; כל אחד מהצדדים מודה בחתימתו, לאחר שהוא למד היטב את הדין ואת העובדות הרלוונטיות, כי כל האמור נעשה.

(ב). בנוסף לאמור לעיל ס"ק א', ובלא לגרוע ממנו בשום אופן, הסכימו הצדדים, כי לחתימתם על חוזה זה יהיה ערך של סיטומתא, וכך תהווה אף היא קנין על כל האמור בחוזה.

(ג). הצדדים מודים שקראו את החוזה ואין להם טענות בדבר אי הבנה. עם זאת, גם אם היו פרטים שלא הובנו אל נכון, בכל זאת הצדדים מקבלים עליהם, בקנין ובסיטומתא כאמור, את כל מה שכתוב בחוזה, ובכלל זה גם הפרטים הנ"ל.

39. (א). כל האמור לעיל נעשה, נכתב ונחתם בגמירות דעת ומתוך יישוב הדעת; הכל נעשה באופן שאינו פגום בפגם אסמכתא או פגם אחר, וחתימת הצדדים על החוזה מהווה הודאה בכך.

(ב). הודאות האמורות בחוזה זה, הינן הודאות גמורות ונאמרו ברצינות גמורה, ולא נבעו מחמת שום כורח או אונס או דבר דומה.

(ג). כמו כן, הצדדים מודים שכל האמור לעיל נעשה על ידיהם מתוך רצונם החפשי. הצדדים מבטלים כל מודעא הנוגדת את האמור, שמסרו אי פעם, כולל "מודעא דמודעא", ופוסלים כל עדים שיעידו על מודעא הנוגדת את האמור בחוזה.

40. על כל האמור לעיל באים הצדדים על החתום.

חתימת הצדדים:

ג. הוראות טכניות הקשורות בהכנת הטפסים ובחתימתם

לאחר עריכת החוזה יחתמו הצדדים בחתימת ידם הרגילה על כל אחד מעמודיו⁴⁶⁸. בסוף כל עמוד, יש לתת בטוי לכך שאין זה עמוד יחיד בחוזה. לשם כך, יש לתת לכל עמוד מספר סידורי, ולכתוב בכל עמוד כמה עמודים מכיל המסמך כולו (למשל: עמוד 3 מתוך 5 עמודים). הצדדים יחתמו מיד מתחת השורה האחרונה של העמוד. יש להקפיד, שלא להשאיר בין השטר לבין החתימה מרחק העולה על שורה אחת. מרחק זה עשוי לשמש מקום להוספות מאוחרות; ואפילו לא יוסיף שם איש מאומה, עצם האפשרות להוסיף יוצרת בעייתיות⁴⁶⁹. מאותו הטעם, יש להקפיד, כי השטר יהיה מודפס או מצולם במכונת צילום, או כתוב בעט, אך לא בעפרון⁴⁷⁰.

בהחלט ניתן ומותר⁴⁷¹ להכין מראש טפסים מוכנים של שטרות כאלה, אולם על דבר אחד יש להקפיד: יש להשאיר מקום ריק מוכן לתאריך; בשום אופן אין לכתוב את תאריך הכנת השטר, אלא את תאריך החתימה.

כדי להימנע מבעיות, יש לחתום את השטר באותו יום שבו נעשה הקניין⁴⁷². לא נעשה כך, יש לתת לדבר ביטוי ברור בשטר⁴⁷³.

ניתן לחתום על מספר עותקים של החוזה, כרצון הצדדים.

468 כיום רגילים לחתום בכל עמוד חתימות בראשי תיבות בלבד, ורק בסוף החוזה חתימות מלאות; וכן הורה הרב ע' בצרי ב"דיני ממונות", חלק ב' עמ' שע"ב. ברם, מקורו של הרגל זה אינו שאוב מן ההלכה; ונראה, שמבחינה הלכתית הינו בעייתי, שכן קשה יותר יהיה לקיים כך את החתימות, במקרה של טענת זיוף. ניתן, אמנם, לטעון, שההרגל מועיל למנוע אפשרות של רמאות, בכך שהוא יוצר הבדל ניכר בין העמוד האחרון לבין כל עמוד אחר של החוזה; ע"י כך נמנעת טענת שקר כאילו החוזה מסתיים במקום מסויים, בעוד שלאמיתו של דבר יש לחוזה המשך. אלא שלאמיתו של דבר פתרון זה אינו יעיל, שהרי ישנם אנשים שכל חתימתם המלאה, הרגילה, הינה ראשי התיבות. הפתרון הנכון למניעת הטעיה שכזו הינו לציין בכל עמוד מה מספרו הסידורי וכמה עמודים מכיל המסמך כולו, כאמור בגוף החיבור.

469 ראה שו"ע חו"מ סימן מ"ה סעיף ו'.

470 ראה טור, ב"י ושו"ע, חו"מ ריש סימן מ"ב.

471 מותר – שו"ע סימן מ"ח סעיף א.

472 ראה שו"ע חו"מ סימן מ"ג סעיף י"ח. אם נכתב בשטר תאריך **מוקדם** מזה האמיתי, יש הפוסלים את השטר לגמרי. ראה שו"ע ורמ"א, חו"מ סימן מ"ג סעיף ז-ח. אמנם, כאן עסקינן בשטר בכתב יד, שלעולם אינו גובה מ"משועבדים", וממילא אין, לכאורה, כל סיבה לפסלו; אבל אפשר שלפי דעות אלה – "לא פלוג", וצ"ע. לכתחילה, על כל פנים, בשעת ניסוח חוזה, יש להביא בחשבון כל אפשרות ולמנוע טענות ומענות.

473 כך תימנע אפשרות של הטעיה, ויסור החשש לפסלות השטר, כנ"ל.

ד. מעשה קנין

לאחר שהצדדים הסכימו על העיסקה ועל תנאיה, וניסחו את החוזה⁴⁷⁴, יעשו "קנין סודר" (המכונה גם "חליפין") **לפני החתימה**⁴⁷⁵. הפרוצדורה לכך היא כמתואר להלן: כל אחד מן הצדדים⁴⁷⁶ יתן⁴⁷⁷ לרעהו כלי כלשהו – לדוגמא: עט – השייך לנותן⁴⁷⁸. המקבל יתפוס את הכלי הניתן לו בידו⁴⁷⁹ ויגביהו שלושים ס"מ. ניתן להשתמש באותו כלי, כלומר, לתיתו ולקבלו בחזרה. אפשרות חלופית היא, שאדם **שלישי** יתן כלי השייך לו לכל אחד מן הצדדים, זה אחר זה. לאחר גמר מעשי הקנין יוחזרו כל הכלים לבעליהם המקוריים⁴⁸⁰.

ה"כלי" שהוזכר לעיל צריך להיות דווקא מכשיר שנעשה בידי אדם, למעט דבר הקיים בטבע⁴⁸¹. לכן, אין להשתמש בפירות וכיו"ב. כמו כן, צריך הכלי להיות מסוג

474 ולא לפני ההסכמה על החוזה והתנאים. זאת משום שלפי ההלכה, כדי לתת תוקף לתנאי, יש להתנותו לפני עשיית הפעולה המשפטית התלויה בו ("מעשה קודם לתנאי"). ראה לעיל, פרק שלישי, סעיף ב', סמוך לציון 147.

475 ולא לאחר החתימה, שאז ההודאה (בחוזה) כי עשו קנין, נראית כשקר. הקנין אינו גורם סיבוכים, במקרה שאחד הצדדים יסרב לחתום אח"כ על השטר; שכן, במקרה כזה, אין הקנין תקף. כלל הוא, ש"אע"פ שנגמר הדבר בקנין סודר, כל אחד משניהם יכול לחזור בו כל זמן שעוסקים באותו ענין" (שו"ע חו"מ סימן קצ"ה סעיף ו'; וראה פת"ש לשו"ע אה"ע סימן קל"ד סק"ט). כל שכן במקום שנוהגים לכתוב שטר – ואפילו אין זה אלא שטר ראה בלבד – אפילו כסף אינו קונה עד שיכתוב את השטר. ראה שו"ע חו"מ סימן ק"צ סעיף ו' וסמ"ע שם סק"ח. 476 שני הצדדים יעשו קנין, שכן שניהם מתחייבים בחוזה חיובים שונים (המוכר – מתחייב למכור את הדירה; הקונה – מתחייב לקנות ולשלם בעד הדירה וכו').

477 אין צורך לומר "קנה כלי זה חלף המקח שמכרת לי", כי מסתמא אדעתא דהכי הוא נותן לוי" (טור חו"מ סימן קצ"ה סעיף ג, ונפסק להלכה בהגהת הרמ"א בשו"ע שם סעיף א'), וכן נהגו. אמנם, הרמב"ם (מכירה פ"ה הלכה ה') מחייב לומר כן, אבל נראה בבירור כי בדיעבד הדבר לא יעכב; כמו שמצינו לענין קידושין וגירושין (ראה רמב"ם אישות פרק ג' סעיף ח').

478 ברוב המקרים, אפשר לכרות את העיסקה גם בכך שאדם אחר, שאינו צד לעיסקה, יתן את סודרו שלו לצד המקנה (כך נהגו שאחד העדים מושיט מטפחת משלו לחתן, תחת החופה). יסודו של הדין הוא בכך, שאדם יכול לזכות עבור חברו, בתורת שליח; ולפיכך, חלים על הדבר דיני שליחות ומגבלותיה (ראה, למשל, משנה ברורה סימן תמ"ח סק"ז).

479 מעיקר הדין, די שיתפוס המקבל את **מקצתו** של הכלי, ובלבד שיהא במקצת ג' טפחים, או שיוכל (ויש אומרים: וגם שיוכל) לנתקו ולהביאו אצלו (שו"ע ורמ"א חו"מ סימן קצ"ה סעיף ד').

480 אמנם, לכאורה, לאחר ה"קנין" שייך הכלי לזה שקיבלו, ואינו חייב להחזיר. הגמרא במסכת נדרים (מ"ח ע"ב) מסתפקת בדבר: "ומאן לימא לן, דסודרא, אי תפיס ליה לא מיתפיס"? ואכן, בעקבות דברים אלה של הגמרא פסק רב עמרם גאון, כי "אי בעי המקנה תפיס סודרא ופסיק ליה" (צוטט בהגהת אשר"י ב"ב מציעא פרק רביעי, על הרא"ש סעיף ז', סוף דף קל"א ע"א). ברם, הרמ"א, בהגהתו לשו"ע, קובע כי "אין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו, דסתם קנין – על מנת להחזיר הכלי הוא". הגר"א בביאורו שם, סקכ"א, הסביר, כי דברי הגמרא אינם אלא דיחוייא בעלמא, אבל לאמיתו של דבר חליפין הם מתנה ע"מ להחזיר (ראה גם דבריו של הגר"א על הגהת אשר"י שם).

481 סמ"ע סימן קצ"ה סק"ח.

המיועד לשימוש רב פעמי, ולא חד פעמי. לדוגמא: ניתן להשתמש במטפחת של בד, אך לא בטישו חד פעמי. בנוסף יש לומר, שאין להשתמש למעשה הקנין **במטבע** או בשטר מסוג כלשהו, שכן אלה אינם כשרים לקנין סודר⁴⁸².

ה. שבועה

צדדים הרוצים בכך יכולים להוסיף ולחזק את החיוב לקיים את החוזה באמצעות הוספת שבועה⁴⁸³. במקרה כזה, יש להוסיף אחרי סעיף 21 את השורות הבאות:

"**21א. (א).** כל צד מקבל עליו, בתקיעת כף דרך שבועה, לנהוג כך שתתקיים לפחות אחת משלוש מאלה:

1. שהתנהגותו תהא בהתאם להוראות פרק א' דלעיל, עד כמה שנדרש ממנו לפי דיני מדינת ישראל;

2. שהתנהגותו תהא התנהגות הקרובה להתנהגות הנ"ל, כך שאין בינה ובין ההתנהגות הנ"ל אלא הבדלים של מה בכך;

3. שמכל סיבה אחרת לא תהא לרעהו, על פי דיני מדינת ישראל, עילת תביעה לאכיפת חוזה או לפיצויים על יסוד פרק א' לעיל.

(ב). תקיעת כף זו דינה דין שבועה, והיא מחייבת כמוה. שבועה זו תחייב את הצדדים לחוזה לקיים כל דבר שקיבלו על עצמם בחוזה זה, בכפוף ובהתאם לתנאיו ותניותיו, כלליו ופרטיו. השבועה תחול אף אם הקניין אינו חל על אלה או על חלק מהם.

(ג). השבועה אינה באה במקום חיובים אחרים הקשורים בחוזה, אינה פוטרת איש מן הצדדים משום חיוב, ואינה שוללת ממנו שום זכות לכל סעד או תרופה."

482 כלי הוא דבר שבו כשלעצמו טמון ערך, ולכן ניתן להחליפו באחר. מטבע אינו כשר לקנין חליפין, כי ערכו האמיתי מנותק מגופו עצמו. אנשים מעוניינים במטבע לשם השווי שהוא **מייצג**, ולא לשם החומר שממנו הוא בנוי. רמב"ם מכירה פ"ו; וראה א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** ח"א סעיף מ"ג (ראה גם י' ויסמן, **דיני קניין** עמ' 335 ואילך). כך הדין אפילו במטבעות הזהב והכסף שהיו נוהגים בזמנים הקדומים, וכל שכן במטבעות שלנו, שאין להם כל שימוש בפני עצמן, אלא לקנות בהן. דבר נוסף הפסול לקנין הם איסורי ההנאה; אולם אין דבר זה שכיח בינינו.

483 לבירור ההיבט האיסורי המתעורר בהקשר זה, ראה לעיל פרק ראשון הערות 83-85, ודבריו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, לקמן נספח ד' הערה ה'.

שים לב ל"הגמשת" נוסח השבועה. ("התנהגות הקרובה... הבדלים של מה בכך" וכו'). הגמשה זו נעשתה לפי הוראתו של מו"ר הרב ז"נ גולדברג, והיא נועדה למנוע הכרח של הפרה של השבועה (ראה לעיל, הערה 81 ב). מאידך, לא הנחנו כאן פתח מילוט למקרה של חוסר אפשרות לקיים את החוזה, כי אין צורך לעשות כן. ממילא, אם יאנס, לא תהא בכך עבירה על השבועה, דאנוס רחמנא פטריה, וגם לא על דעת כן נשבע. אולם הוא יהיה מוכרח לעשות כל מאמץ אפשרי לקיים את החוזה.

הצדדים ילחצו ידים לפני החתימה, לאחר עשיית הקניין. לחיצת היד – ולא עצם הכללת השבועה בחוזה – היא הנותנת תוקף לשבועה.

ו. הסכם בוררות

צדדים המעוניינים כי התדיינות אפשרית ביניהם תיערך לפי דין תורה, מומלץ להם להסכים ביניהם מראש על בורר מסויים שיוסמך להכריע בסכסוכים ביניהם. כמובן, צד שהסכים לכך וחתם על הסכם בוררות, לא יוכל בעתיד לחזור בו ולהביא את עניינו לפני בית משפט, אלא בהסכמת הצד השני.

את הסכם הבוררות מומלץ לנסח בצורה שלא תותיר מקום לספקות וויכוחים. ניתן לעשות זאת ע"י הוספה של הסעיף הבא לחוזה, אחרי סעיף 25 לחוזה המכר:

25א. (א). מוסכם⁴⁸⁴ בין הצדדים, כי כל סכסוך או חילוקי דעות ביניהם בקשר עם חוזה זה, ביצועו, הפרתו, פירושו, תחולתו או תקפו; הן סכסוך או חילוקי דעות הקיימים כיום, והן שיתגלעו בעתיד, ימסרו בין לדין, בין לפשרה ובין לטעות, להכרעת בוררות ל _____ . חתימת הצדדים על חוזה זה מהווה כריתת הסכם בוררות, המסמיך את הנ"ל לדון ולהכריע לפי הכללים המקובלים אצלו, כפי שייקבעו על ידיו לפי שיקול דעתו הבלעדי מעת לעת. כללים אלה יהיו הקובעים בכל דבר – בין בעניין שיטת המשפט שהוא ידון באופן בסיסי על פיה, בין בענין סדרי הדין (ובכלל זה גם השאלה אם ובאילו תנאים יהיו הצדדים רשאים להיות מיוצגים; וגם השאלה באילו תנאים יהיה הבורר רשאי לערוך דיון ולהוציא צו או פסק דין שלא בנוכחות שני הצדדים; וכל נושא אחר), בין בענין דיני הראיות, בין בענין סמכותו לעשות פשרה ובין בענין סמכותו לפסוק הוצאות משפט לרבות גם הוצאות לדוגמא, ולפסוק פיצויים לדוגמא, שלא מן הדין, כראות עיניו, ובין בכל ענין פרוצדורלי⁴⁸⁵ אחר.

(ב). כל אחד מן הצדדים מתחייב לשלם לרעהו כפי פסיקת הבורר⁴⁸⁶; מוחל על כל זכות שלו אשר ממנה יפטור הבורר את הצד השני; ומקנה לצד השני כל חפץ – מקרקעין או מטלטלין – כפי שיפסוק הבורר.

(ג). הבורר מוסמך להכריע בכל שאלה הקשורה בחוזה זה, ואפילו לא הציגו אותה הצדדים לפניו במסגרת הסכסוך שמסרו לו.

484 חובה נעימה לנו להודות כאן לעו"ד יואל בריס על עזרתו הרבה בניסוח סעיף זה. מומחיותו בנבכי דיני הבוררות היתה לנו לעיניים.

485 אבל הדין המהותי לא הוזכר כאן, שלא ליצור מתח עם סעיף 16 לעיל. מובן, שצדדים לחוזה הרוצים בכך, יכולים להסכים ביניהם על היפוכם של הדברים הכתובים כאן.

486 ס"ק זה בא למנוע טענה שהניסוח שבס"ק (א) אינו תקף, משום שהוא בבחינת "קניין דברים". כאן מנוסח הסכם הבוררות בהתחייבות כספית, וזו תקפה, לפי ההלכה, לכל הדעות.

(ד). למען הסר ספק יצויין במפורש, כי הבורר מוסמך להכריע גם בכל שאלה הקשורה בתחום תחולתו של הסכם הבוררות, כלומר בהיקף סמכותו שלו.

(ה). הסכם הבוררות יהא תקף בכל מקרה, לרבות מקרה של ביטול או בטלות החוזה או חלק ממנו מסיבה כלשהי.

בנוסף לכך, יש להוסיף בסוף סעיף 20 (א) לחוזה המכר את המלים "ולא יפגע בתוקף האמור לקמן סעיף 25א".

ז. "קנס פיגורים" הגדל בהדרגה

אם הצדדים מעוניינים להוסיף בחוזה "קנס פיגורים" הגדל בהדרגה עם גידול הפיגור בתשלום, כלומר, סעיף הקובע כי התשלום שחייבים הקונים לשלם גדל עם כל איחור נוסף בפרעון חובם, עליהם לדעת שסעיף כזה (המכונה בהלכה: "קנס מתרבה") מעורר, לדעות מסוימות, בעיה של איסור הריבית – וממילא גם בעיה הלכתית באשר לתקפו של הסעיף. ישנם פתרונות הלכתיים שונים לשאלה זו. הדעה הרווחת והנוהגת היא לסמוך על ה"היתר עיסקא" אפילו בהלוואה ובריבית תופחת. לפי דעה זו, אין כאן קושי מיוחד, שכן טופסי החוזים שהבאנו דלעיל כוללים "היתר עיסקא" (בחוזה המכר – סעיף 24). צדדים, הסומכים על "היתר" זה, יוכלו לכלול "קנס פיגורים" בחוזה; הם יוסיפו לחוזה, אחרי סעיף 15 (ב) בחוזה המכר, את המלים הבאות:

"(ג). צד, שיפגר בתשלום חוב החל עליו, ישלם לצד השני פיצויים בסך _____ אחוזים מן החוב שהוא מפגר בתשלומו, עבור כל יום של פיגור בפרעון, בנוסף על האמור לעיל סעיף קטן א'".

אמנם, לא כל הפוסקים סומכים על "היתר עיסקא" בכל הנסיבות;⁴⁸⁷ ולכאורה, גם אם הצדדים עצמם, מבחינה דתית, אינם מפקפקים בתוקפו של ה"היתר", עליהם לחשוש מן האפשרות שהדיינים שידונו ביניהם יסברו שאין תוקף ל"היתר עיסקא", ולפיכך יראה את הסעיף הזה כבטל. ברם, מעולם לא שמענו על דין שפסק כך הלכה למעשה, ופטר את החייב מלשלם את חיוביו; נוסף לכך, הצדדים יכולים לפתור בעיה זו ע"י הסכמה על בורר, שעמדתו ההלכתית בנושא ידועה לצדדים מראש (כלומר, שידוע לצדדים שהוא סבור ש"היתר עיסקא" הינו תקף, או שאינו מחמיר בשאלת ה"קנס המתרבה").

צדדים החוששים לאיסור ריבית בנסיבות אלה, יכולים בכל זאת להסכים בחוזה מכר על "קנס פיגורים" הגדל בהדרגה, בעזרת ניסוח שיעקוף את הבעיה. עליהם

487 ראה לעיל פרק רביעי, סמוך לציון 213 ואילך.

לנסח את "קנס הפיגורים" **כשינוי במחיר**, כאשר הדירה נמכרת לשיעורים. כך הם מבטיחים לעצמם כי ההסכמה ביניהם תהיה מותרת לכל הדעות, שכן, ביחד עם ה"היתר עיסקא", נוצר כאן מנגנון המבטיח את הצדדים מפני איסור הריבית.

צדדים שהחליטו לפעול כך, ישמיטו את סעיף 6 לחוזה המכר. סעיף 3 לחוזה המכר אף הוא יושמט, ובמקומו יבואו אחרי סעיף 2 הסעיפים הבאים:

3. (א). הדירה, על כל הזכויות שבה, תימכר לקונים לשיעורים – תמורת כל חלק של המחיר שישלמו הקונים, יקנו ב"קנין כסף" או ב"קנין חזקה", כרצונם, חלק יחסי בלתי מסויים בדירה.

(ב). ברם, המוכרים משיירים לעצמם זכות לדור בדירה ולהשתמש בה כדרך בעלים, עד שיגיע יום _____, וגם עד סיום קבלת התשלומים בפועל (כלומר, עד המועד המאוחר בין שניהם). שיור זה יהא שריר וקיים, ללא תלות בסיבה מחמתה יתעכב, אולי, התשלום – בין אם תהא הסיבה רצונם של הקונים, ובין אם תהא הסיבה אונס שיארע להם, ואפילו אונס גמור, מכת מדינה וכיו"ב. תמורת השימוש בדירה שסיבתו איחור בתשלום, הסכימו הצדדים שכדי להיזהר מאיסור ריבית, ראוי, באופן עקרוני, לשלם לקונים שכר דירה (שהרי הדירה כבר שייכת בחלקה להם); אלא ששכר שזה כבר נוכה מן המחיר האמור לקמן.

3א. (א). מחירה של הדירה, המוסכם על הצדדים, הינו _____ דולר ארה"ב. הקונים מתחייבים לקנות את הדירה ולשלם סכום זה בשקלים חדשים.

(ב). ברם, מחיר זה אינו מוסכם אלא בתנאי, שהקניה והתשלום יבוצעו בזמניהם האמורים לקמן סעיף 3ב. אם יאחרו הקונים במועדי הקניה איחור כמתואר בס"ק (ה) לקמן, מחיר הדירה יהיה המחיר הנ"ל בתוספת _____ אחוזים (במלים: _____ אחוזים) לכל יום איחור.

(ג). אם ייקנה חלק מן הדירה באיחור כנ"ל, הרי מחירו של אותו חלק יעלה לפי החישוב הנ"ל.

(ד). תוספת זו חושבה לאחר הורדת שכר דירה שניכו המוכרים מן התשלום, עבור שכר דירה לקונים תמורת השימוש בדירה – בפרקי הזמן בהם תהיה מקצתה שלהם.

(ה). איחור בקניה המביא להגדלת המחיר לפי סעיפי (ב) ו-(ג) דלעיל, הינו דווקא איחור הבא מחמתם של הקונים. אין נפקא מינה בין אם בא מרצונם ובין בא מאונסם, ואפילו אונס גמור; אבל איחור שהוא תוצאה של נסיבות המתוארות בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970, אינו מגדיל את המחיר.

10. כל סכום, שקיבלו המוכרים עקב הגדלת המחיר לפי סעיף זה, ינוכה מכל סכום שחייבים הקונים לשלם להם כפיצויים עקב הפרת חוזה או לפי סעיף 19 לקמן.

11. כל סכום, שקיבלו המוכרים לפי סעיף 19 לקמן, או כפיצויים בשל הפרת חוזה, ינוכה מכל סכום שחייבים הקונים לשלם להם עקב הגדלת המחיר לפי סעיף זה.

12. מועדי הקניה ופרעון המחיר יהיו על פי הפירוט הבא:

א. _____ מן הדירה נמכר במעמד חתימת החוזה, ותמורתו משולם סך השווה ל _____ דולר ארה"ב במעמד חתימת החוזה; חתימת המוכרים על החוזה מהווה הודאה בקבלת סך זה, בשיק משורטט.

ב. _____ מן הדירה יימכר ביום _____ תמורת סך השווה ל _____ דולר ארה"ב, שישולם בשיק משורטט בו ביום.

ג. _____ מן הדירה יימכר מיד לאחר שהקונים יקבלו את המשכנתא לאחר נישואיהם, תמורת סך השווה ל _____ דולר ארה"ב, שישולמו בשיק משורטט בו ביום.

ד. _____ הנותר מן הדירה יימכר ביום _____ תמורת סך השווה ל _____ דולר ארה"ב שישולמו בשיק משורטט בו ביום, כנגד מסירת החזקה בדירה מידי המוכרים לידי הקונים⁴⁸⁸.

ה. כל הסכומים ישולמו בשקלים, לפי שער היציג של דולר ארה"ב הידוע בעת ביצועו בפועל של כל תשלום ותשלום. הוראה זו תחול גם על כל סכום אחר הנקוב בחוזה זה בדולרים.

13. א. העברת הבעלות על חלקי הדירה במועדים הנ"ל מותנית⁴⁸⁹ בכך

488 נמנענו מלהוסיף סעיף שבו מתחייבים הצדדים לרשום בפנקס המקרקעין כל חלק מן הדירה בעת שבו הוא נמכר, שכן סעיף כזה ירתיע את הצדדים. הדבר עלול להקשות על ביטול החוזה, מאוחר יותר, בשל הפרה וכד', ועל השבת המצב לקדמותו לרווחת הצד הנפגע מן ההפרה (ראה סעיף 33 לחוזה לקמן). עדיין, הפתרון של מכירה לשיעורין יועיל לפי חלק מן הפוסקים – אותם פוסקים שאינם מתנים את תקפותה של עיסקת מקרקעין ברישומה (ראה לעיל פרק שני, הערה 124).

489 הצורך בהתנאה כזו מתעורר עקב המכירה לשיעורים של הדירה. המוכרים מעוניינים לשמור באפשרותם את האופציה לבטל את החוזה במקרה של הפרת החוזה ע"י הקונים, ואף הקונים אינם מעוניינים לקנות את הדירה אם יארע בה נזק יסודי לפני שהיא עוברת, בשלמותה, לבעלותם. בהעדר סעיף כזה, נראה שההפסד הוא של הקונים, שהרי "נסתחפה שדהו" (או, יותר מדויק, חלק מן ההפסד הוא של הקונים – חלק יחסי לחלק מן הדירה, שכבר עבר לבעלותם). במספר מקומות ציינתי את מקורות דברי הרב, לשם הבהרתם; ובמקצתם אף דנתי בשולי הדברים – ד' ב'.

שהחווה יעמוד בתקפו. אם החווה יבוטל כדין ע"י צד מן הצדדים, או ע"י גוף שידון בין הצדדים, או שיתברר שהחווה בטל מעיקרו על פי דין – אזי גם העברת הבעלות, לרבות העברה שכבר נעשתה היתה לפני המועד בו בוטל החווה, בטלה מעיקרה והדירה כולה נשארת ברשות המוכרים.

(ב). כמו כן מוסכם על הצדדים כי אם יארע בדירה נזק יסודי לפני מסירת החזקה בה לקונים, אזי רשאים הקונים לבטל את החווה.

(ג). סעיף זה אינו בא לגרוע מזכותם של הצדדים לכל סעד או תרופה אחרת.

נוסחו של ס"ק 9 (ג) יוחלף בנוסח הבא:

"(ג). כל המיסים ותשלומי החובה, ממשלתיים, עירוניים ואחרים, החלים על הדירה, בעליה או מחזיקיה, עד למסירת הדירה בפועל לידי הקונים, יחולו על המוכרים והם מתחייבים לשלם לבדם, על אף האמור לעיל שחלק מן הבעלות על הדירה כבר תהיה בידי הקונים לפני כן; מאותו מועד ואילך – יחולו המיסים והתשלומים הנ"ל על הקונים, והם מתחייבים לשלם."

נוסחו של ס"ק 27 (ג) יוחלף בנוסח הבא:

(ג). כדי להסיר צל של ספק בדבר בעלותם הגמורה של הקונים על הדירה מהמועד האמור לעיל סעיף 7 (א) ואילך, הסכימו הצדדים כי הקונים רשאים לגמור את העברת הדירה לרשותם באותו היום ב"קנין חזקה" בדירה. ברם, אין בס"ק זה כי לפגוע בזכותם הקניינית של הקונים בדירה במועד אחר, מוקדם יותר או מאוחר יותר, לפי כל דין ולפי כל שיטת משפט.

צדדים הבוחרים בפתרון הראשון מרוויחים את הניסוח הבהיר והפשוט; ואילו הבוחרים באפשרות השניה מרוויחים מחד גיסא את ההידור שבכשרות העיסקא ואת גידול המרחק מן האיסור, ומאידך גיסא – משלמים מחיר המתבטא בסרבול משמעותי של הלשון שבחווה.

נספח ד'

הערות הרב ז"נ גולדברג*

א'. למבוא, בהערה 18 (על הנוסח של "בית הדין הבינלאומי"):

לעניות דעתי יש לדון בזה אם מועיל מה ש"מסכימים לדון כפי דעה זו". שנראה, שאם היו מנסחים באופן כזה, שהצדדים מתחייבים זה לזה לשלם כל חיוב, שאחד מהפוסקים סובר שחייב, אז בודאי מועיל, אם יש בשטר קנין, וזה התחייבות רגילה; ומסתבר שאין בזה משום אסמכתא, שהרי אינו תולה התחייבותו בדבר שחושב לא יקרה. אכן, אם יכתוב לשון "שמסכים לדון כדעה המחייבת", אין זו התחייבות ממונית, אלא קנין דברים. זולת אם נגדירו כאומר "נאמן עלי אבא" או "אביך" או "שלושה רועי בקר", שמועיל; וכן אם מקבל דעה של פוסקים, המחייבת, הרי זה כקיבל את הפוסק הזה. אכן, אינו מוכרח כל כך. וגם בענין "נאמן עלי אבא", יש לפרש, שהכוונה שמתחייב לשלם כפי שיאמר אבא. אבל ה"נמוקי יוסף", סנהדרין, נראה שמפרש שזה קנין לקיים, וקורא לזה קנין דברים, עיי"ש. על כל פנים יש לנסח כמו שכתבתי, ואז בודאי יועיל.

ב'. לפרק ראשון, בהערה 51:

הביא מחלוקת הראשונים אם מתחייב לבנות אם זהו קנין דברים. ובפשטות, זוהי מחלוקת לא עקרונית, אלא מחלוקת בפירוש דבריו. שכל שאומר "אני מבטיח לבנות", לכו"ע זהו קנין דברים; ואם אומר "אני מתחייב לבנות כפועל", זהו התחייבות גמורה, שמשעבד גופו לפעולה, וכמו שכתבנו בהערה ג'. ומה שהביא הלשון שמשעבד נכסיו, היינו הכוונה שלא שיעבד גופו כפועל, שיבנה הוא בעצמו, לכן צריך לשעבד נכסיו, שיגבה ממנו זה שנתחייב לו סכום לבנות. ועיין בתוס' ריש "אף על פי", שדנו אם חתן עני יכול לשעבד עצמו לשלם תוספת כתובה. שיש סברה, שרק עשיר משעבד נכסיו, ולא עני; ויש סברה, שגם עני משעבד גופו שיגבה ממנו תוספת כתובה; עיין רע"א בהשמטות שם. והנה, בשו"ע סימן רמ"ה סעיף א', שתי דעות אם קנין אתן מחייב. ובפשטות המחלוקת היא בכוונת המלה "אתן", אם זה הבטחה, ואז הוא קנין דברים, או זה שיעבוד על נכסיו או גופו, ואז הקנין חל. אכן, עיין שם בקצות החושן, שאלה שסוברים ש"אתן" מועיל, היינו שמועיל לענין זה שכופין אותו לקיים; אבל לא שחל

* בהערות השוליים לנספח זה, ציינתי במקצת המקומות את מקורות דברי הרב, לשם הבהרתם; ופעמים אף דנתי בדבריו – ד' ב'.

הקנין. ולכן, כל שמת המתחייב, לא קנה. ונראה שלדעה זו, קנין אתן היינו שמשעבד גופו ליתן, וגם ליתן יש מקום לשעבד גופו, שזוכה מי שנתחייב, לא בגופו [אלא] לענין שיתן לו מתנה. והחולקים נראה שסוברים, שאין פועל אלא לדברים שעושים בכוחו של האדם, ובוזה יתכן להקנותו לאחרים כעבד ופועל. אבל ליתן אינו דבר שנעשה בכוח, אלא ברצון, שמסכים ומקנה לקונה, ורצון אינו דבר שניתן להקנותו לאחרים ולא לשעבדו. ויש לי בזה אריכות דברים, ואינו כאן המקום לזה.

ג'. שם, בגוף החיבור, ליד ציון 59:

לעניות דעתי, שכירת פועלים הינו קנין שיש בו העברת בעלות, שמשעבד גופו לשוכר אותו, וקנה השוכר את הפועל, ונעשה גופו וכוחו של הפועל נהיה של השוכר אותו. ומה שפועל יכול לחזור בו, מבואר בגמ' ב"מ דף ט' ע"ב, שכל זמן שלא חזר בו הפועל, ידו כיד בעל הבית, ומה שיכול לחזור – משום שנאמר "לי בני ישראל עבדים", ולא עבדים לעבדים". היינו, שאין פועל כעבד לענין זה, שיכול לחזור בו. ודעת המהר"ם מרוטנבורג, שפועל הינו כעבד, וגם עבד יכול לפדות עצמו, כל שמחזיר דמיו מה ששווה באופן יחסי לסכום שקנו אותו, וכן פועל שחוזר הרי זה כמחזיר הכסף בזה שאינו נוטל; ועבד עברי גופו קנוי. ועיין דו"ח רע"א כתובות בהשמטות ריש פרק "אף על פי", בתוס' ד"ה "אף על פי", מה שכתב לענין התחייבות לשמור כשואל.

ד'. שם, בהערה 62:

לעניות דעתי נראה, שאף שזה נכון, שדבר שלא בא לעולם, מה שאינו קונה הוא משום חסרון גמירות דעת, היינו רק לומר, שכל שיש גמירות דעת (או לר"מ, הסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם), היינו, שהקנה דבר שלא בא לעולם, הרי זה דומה למקנה דבר הבא לעולם שיחול הקנין לאחר ל' יום, ואז קונה אם לא כלתה הקנין. אכן יש לדעת, שמכל מקום, החפץ עדיין הוא של המוכר, וכל שמת לפני שהגיע יום הלי, בטל הקנין, וכן יכול לחזור בו. ואם כן, הוא הדין במקום שמועיל להקנות דבר שלא בא לעולם, מכל מקום, כל זמן שלא בא לעולם עדיין – אינו של הקונה (ופלא על הקצות החושן שכתב בסימן ר"ד סעיף קטן ג', שכל שבידו לזכות – יכול לתרום מיד תרומות ומעשרות. וכבר תמהו על הקצה"ח בבית אפרים ובחידושי רע"א ב"מ דף מ"ו. והנה, לר"מ יכול אדם למכור ירושה שיירש מאביו; וכי נאמר שיכול הקונה להפריש תרומה בחיי האב? הרי הפירות של האב עדיין!). ומעתה נראה, שגם אם נאמר שבסיטומתא יכולים לקנות דבר שלא בא לעולם, אבל עדיין לא קנה. אכן, לענין חזרה, דעת כמה ראשונים שכל שאמר "מעכשיו", בדבר שלא בא לעולם, דעת התוס' ב"מ י"ט א' ד"ה "מעכשיו", שיכול לחזור בו. אכן דעת הרשב"א ריש "האשה רבה", שאינו יכול לחזור (אף שצ"ע בסברת הדבר, שכיון שלא קנה, למה לא יכול לחזור בו? עיין קצות החושן סימן ר"ט סק"ח).

ה'. שם, בהערה 83:

ולעני"ד לא מצאתי בספרים אלו שיש איסור להישבע לעשות כך וכך. והחתי"ס דיבר בנשבע על העבר, שכך היה הדבר. וחילוקים יש בין שבועה על העבר לשבועה על העתיד. אחד, שעל העבר יותר חמור. עיין בסימן ל"ד שיש סוברים שהעובר על שבועה דלהבא כשר לעדות. ועוד חילוק שהנשבע על העבר ושיקר בשבועתו, ומחמת השקר הרוויח ממון, בזה חייב קרן חומש ואשם, וצריך להוליכו אחר הנגזל אפילו למדי, ואם מת והיה גר, ואין לו יורשים – צריך ליתן לכהנים; מה שאין כן הנשבע ליתן לחבירו מתנה ולא קיים, אין עליו חיוב קרן חומש ואשם.

ועוד עיין בתוס' גיטין ל"ה ד"ה "לא" שכתבו שם על מה שמבואר שם בגמרא הטעם שנמנעו מלהשביע אלמנה משום מעשה שהיה, שנשבעה אלמנה שלא נהנתה מהפקדון שהופקד אצלה ובסוף מת אחד מבניה. והקשו תוספות, למה נענשה? והרי לבו אנסה ופטור משבועה גבי מי שנשבע שכך אמר רב! ותירצו, שגבי ממון יש להחמיר, והיה לה להיזהר ולאסוקי אדעתיה. והנה לכאורה השבועה שנשבעה האלמנה שלא נהנתה מהפקדון אינה שבועת הפקדון שחייבין עליה קרן חומש ואשם, אלא שבועת ביטוי, שחייבין עליה חטאת, שהרי שבועה זו שלא נהנתה מהפקדון לא נפטרה מתשלומים, שמכל מקום פשעה בדינר, וחייבת לשלם, ולכן חיובה חטאת, וכמבואר בגמרא בבא מציעא דף ל"א ע"א. ואם כן, צריך ביאור מה שכתבו תוספות שבפקדון היה לה לאסוקי אדעתיה! ואולי כוונתם כיוון שהיה לו לאסוקי אדעתיה שוב חייב גם על מה שנשבע לשקר כדין ביטוי. עוד יש לומר, שכיון ששומר משביעין אותו ג' שבועות, והראשונה שאינה ברשותו, שוב נחשב שבועתה שלא נהנתה מהדינר, כשבועה שאינה ברשותי ושלא שלחתי בה יד, אף שעדיין חייבת לישיבע שלא פשעה, ועדיין לא נשבעה שבועה זו, כדמוכח בגמרא, שהקשו למה נענשה, ואם גם נשבעה שלא פשעה – הרי נשבעה לשקר, שהרי פשעה מה ששכחה היכן הדינר!

ולפי [זה] אם נשבע האדם ליתן מתנה ולבסוף לא נתן, אפשר שאינה חמורה, ודינה כמו שנשבע שבועה שרב אמר ככה, ולבו אנסו. ולכן יוצא שלא מצאנו איסור לישיבע על העתיד. זולת מה שאמרו בריש הלכות נדרים: טוב אשר לא תדור משתדור ולא תשלם; וטוב מזה ומזה – שאינו נודר כל עיקר, וכמו שנתבאר בשו"ע שם. אכן מצינו שהשביעו שלא לישא אשה על אשתו; ויתכן שזה אין כל כך חשש, שיעבור אדם על שבועה זו. על כל פנים בזמן השולחן ערוך היה רגיל מאד שהיו כותבים בכל שטר שקבל הלוח בשבועה לשלם. וכן עדיין המנהג בשטר שידוכין, שכותבין: "הקנס לא יפטור החרם והחרם לא יפטור הקנס". ועיין בכמה תשובות הנודע ביהודה ועוד שדנו אם שבועה בכתב ולא בביטוי שפתים אם דינה כשבועה וכן ברע"א בתשובה גבי ספר העומר בכתב – וכמו שכתב כת"ר כל זה.

ו'. שם, בהערה 87:

נראה, שעוד יתרון יש בשבועה, שחייב לשלם הכל, ואין דין מסדרין לבעל חוב, וחייב להתפשט ערום לשלם חובו⁴⁹⁰. ועוד, שיש לדון שחייב מספק, ואין דנים בזה דין המוציא מחבירו עליו הראיה⁴⁹¹. ואין בשבועה בעיה של אסמכתא, שכל שנשבע

490 גם בלא שבועה ניתן להתנות שלא יהיה דין "מסדרין", אם זה רצון הצדדים. ראה שו"ע חו"מ סימן צ"ז סעיף כ"ח, לפי טור שם סעיף מ"ח בשם בעה"ת. נמצא, לכאורה, שההבדל מצטמצם למקרה בו הצדדים לא התנו, שאז – בשבועה אין "מסדרין" ובקנין רגיל יש. יתר על כן. לאמיתו של דבר, גם בשבועה הדין הדומה, מבחינה מעשית, לדין "מסדרין". אם נשבע אדם כשהיה אמיד, ואחר כך ירד מנכסיו, אזי הוא פטור מלקיים שבועתו. כך היא לשונו של הרא"ש (שו"ת הרא"ש, כלל ח' סימן ד'):

"אם אין לראובן ממה לפרוע, לא מחובותיו ולא מקרקעות וחפצים, חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו, אז הוא פטור משבועתו ואינו עובר עליה כל זמן שאין לו ממה לפרוע, דאין לך אונס גדול מזה כי היה לו ממון רב בשעה שנשבע, ועתה הפסידו, ואנוס גמור הוא... אדעתא דהכי לא נשבע למכור קרקעותיו וחפציו... אבל ביתו וכלי תשמישו – אפילו עני המתפרנס מן הצדקה, אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו. הלכך אינו מחוייב למכור לקיים שבועתו, דאדעתא דהכי לא נשבע ללין ברחוב ולמות ברעב".

הדברים נפסקו להלכה בשו"ע יו"ד סימן רכ"ח סעיף ט"ז ושו"ך שם סקמ"ב; למקורות נוספים לכך ראה י" ב"ק, **משפט והלכה מבחר תשובות עמ' 116**, בהערת השוליים.

491 כוונתו של הרב כאן הינה להבדיל בין איסור לממון, ולומר שענייני איסורים אי אפשר לטעון "קים ליי". הבדל זה מופיע במפורש בדברי מהרי"ק (מהד' אורייתא) שורש קמ"ט, וזו לשונו: "מי הוא שיורה להקל, ומקלו יגיד לו? והלא דבר פשוט הוא דבשל תורה הולך אחר המחמיר! ומה מאד היתה שגגה גדולה ומכשלה תחת יד מי שאמר דמצי בעל הקאפ"ה למימר קים לי כר' שמחה דאמר דבעל ה' (=בגד שלו חמש כנפות) פטורה מציצית... דאנן מי מדמינן איסורא לממונא?! והלא הלכה רווחת היא בישראל, עד כי תינוקות של בית רבן יודעים אותה, דספק איסורא לחומרא וספק ממונא לקולא; ומה ענין זה לזה? ודאי גבי ממונו מצי למימר המוחזק קים ליה כחד מרברבתא, ואף על גב דשכנגדו חלוק עליו... דאמר ליה המוחזק למוציא, אייתי ראייה דלית הלכתא כרש"י אלא כר"ת ושקיל, דהמוציא מחבירו עליו הראיה. אבל הכא, גבי איסור – מי יקל ראשו כנגד תורתנו, להתיר איסורא מספק? חלילה, לא תהא כזאת בישראל!"

ההבדל מבוסס על ההבחנה בין "איסורא" לבין "ממונא". הבחנה זו מקובלת בהלכה ויש לה משמעויות והשלכות רבות (על ההסבר שבבסיסה, ראה דבריו של ר"ש שקופ, שערי יושר שער ה' פרק א'; אולם ראה דעתו השונה של בעל שו"ת "חוות יאיר", סוף סימן קל"ו). ברם, צריך ברור האם שבועה כגון זו הנידונה כאן (שמטרתה האמיתית ליצור חיוב המוטל על הנשבע לטובת חברו), נחשבת כ"איסורא" או כ"ממונא". בנו"ב (מהדורה קמא חו"מ סימן ל"א) כתב, כי במקרה של ספיקא דדינא על מה בדיוק חלה השבועה ועל מה לא חלה, יכול הנשבע לטעון "קים ליי". וזו לשונו:

"יכול לומר קים לי שהשבועה לא חלה על זה, ואין אנו יכולים לכפותו שיקיים ולא יעבור על שבועתו, כיוון שהוא אומר קים לי שאני מקיים שבועתי... שהוא נקרא מוחזק, ויכול למימר קים לי שלא נשבעתי על זה".

מכאן נראה שהשבועה נחשבת כ"ממונא". אולם ראה דבריו של הנו"ב שם, סימן ל' סקכ"ח, לגבי ספק חרם, ויש מקום לדיון בנושא.

שישלים – חייב אפילו באסמכתא, כך נראה⁴⁹².

ז'. לפרק שני, בהערה 100:

לעניות דעתי יש לדון בדברים אלו.

ונתחיל בדברים, שכל הדעות מודים בלי חולק, הנה הכלל שהודאת בעל דין יותר ממאה עדים, וכמו שכתב הרמ"א בסימן ע"ט סעיף א': "ונאמן על עצמו יותר ממאה עדים. ולכן האומר 'לא לויתיי', ובאו עדים, ואמרו שלוה ופרע, חייב, דכל האומר 'לא לויתיי' כאומר 'לא פרעתי', ונאמן על עצמו יותר ממאה עדים", עיי"ש בסמ"ע סק"ב. עכ"פ נראה פשוט, שאין חולק על קביעה זו שנאמן יותר ממאה עדים. וגם הרמב"ם והטור, שכתבו שנאמן כמאה עדים, אינם חולקים על הרמ"א, אלא שסוברים שגם [אם] הוא כמאה עדים, יש כוח לחייב הלווה לשלם, וכמו שסבור הסמ"ע שם.

הנחה ב': שדבר שכל העולם יודע שאינו כן, אין אומרים "תרי כמאה". ונאמנים המאה יותר מהשנים. דבר זה מפורש בתוספות יבמות פ"ח ע"א ד"ה אתא, שהקשו על מה שאמרו בגמרא בשנים מעידים שמת הבעל ונשאת, ואחר כך חזר הבעל, שתצא; והקשו, כיוון דאיכא תרי דאמרי מת, אפילו איכא מאה דאמרי שזהו הבעל, מה בכך? הא תרי כמאה! ויש לומר, דלגבי דבר הנראה וידוע לכל, לא היה רב אומר. אבל בעדים לא תצא. ועיין ש"ך סימן מ"ו ס"ק ס"ו, שהביא דברי התוס' אלו, ליישב מה שהקשו תוספות כתובות כ"ב, שאם שנים אומרים עליו שהוא עבד, אין כל העולם יכולים להכחישם, שתרי כמאה! ודעת הש"ך, שבדבר העשוי להיגלות לכל העולם, אין אומרים 'תרי כמאה'. ולעניות דעתי, יש לומר ולחלק בין אם שנים אומרים על הבעל שמת, והאיש נמצא לפנינו, בעל כרחך שהשנים אומר שזה הנמצא לפנינו אינו הבעל אלא אחר, ונמצא שהויכוח אינו על עובדא אם קרה הדבר שמת או לא קרה הדבר ולא מת, אלא הויכוח הוא על הכרת האדם, אם הוא ראובן או שמעון, ודבר זה הוא ויכוח בחכמה, וכל ויכוח בחכמה הולכין אחר רוב דעות כבדיינים. וסברה כזו כתב הנתיבות בסימן מ"ו סק"ז דבדבר התלוי בטביעת עין הולכין אחר רוב דעות. ולכן, אם שנים מכירים חתימות העדים, ושלושה אומרים שזהו חתימה מזויפת, הולכין אחר רוב דעות, עיי"ש. ולפי דבריו נדחו דברי הש"ך. ועיין "נודע ביהודה" קמא, אבן העזר סימן ס"ה, שכתב שם במעשה פלא בשתי ערים, שכל עיר הכירה את אותו איש, וכל אנשי העיר אחת אמרו שהוא פלוני בן

492 מקורו בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעיף י"ט.

ברם, על פי הדרך שבה ניסחנו את הקנס (לפי תיקון חכמי ספרד), מובן כי גם בצורה זו נפתרת בעיית האסמכתא. גם אם ההתחייבויות, כשלעצמן, אינן תקפות, יעדיף בעל החוזה לקיימן כדי להיפטר מתשלום הקנס (לעיל פרק שלישי, סעיף ד', סמוך לציון 157 ואילך).

עירם, ואנשי העיר השניה אמרו שהוא פלוני בן עירם. ופלפל שם הנו"ב, אם יתרי כמאה' הוא דווקא, עיין שם. ומזה נראה שחולק על הנתיבות שהבאנו. והנה בהודאת בעל דין במקרה שאילו היו עדים מעידין כן לא היינו מאמינים, אם הודאת בעל דין חייב יותר מעדים, או שבפרט זה דינו כעדים.

הנחה ג' היא, שאם הבעל דין כנגד המודה הוא יודה שאינו כמו שהודה השני, אז נעשה הדבר כספק, תרי ותרי, ואין להוציא ממון מספק. אכן התובע עצמו שיודע האמת שאין המודה מודה באמת, אסור לו ליקח הממון, שהרי יודע שגזל בידו.

הנחה ד' אכן כל זה בהודאה שבאנו לסמוך ולהאמין הודאתו, אבל אם בא להקנות בהודאה, בזה קונה גם אם האמת אינו כהודאתו. ומותר לזה שהודה לו ליקח ההממון שקנאו בהודאה.

והנה מה שהביא מר"ת שסובר שהודאה אינו סתם ראייה אלא חזקה חלוטה, לעני"ד שר"ת לא דיבר בהודאת בעל דין שנאמן בהודאתו, אלא דיבר בהודאה בעל דין שגדרו קנין, ואינו מצד שנאמן שכך האמת. הדבר מפורש בתוספות ב"ק ב' (?) ד"ה "אגב", שכתבו שם טעם המנהג שמקנין באגב קרקע אף שידוע שאין לו קרקע, מטעם הודאת בעל דין. והביאו מאיסור גיורא. וכתבו לתרץ, למה אינו מקנה מי שעומד בגורן ואין בידו מעות, יקנה המעות לחבירו בהודאתו?! ותירצו, שכיון שאינו קנין אלא מדרבנן, ואינו מועיל לפדיון רבעי. ואם כן ברור, שמדבר בקנין ולא בנאמנות של הודאה; שאם בנאמנות – קשה להבין מאי קשה – שיודה שהמעות של חבירו? אבל מה יועיל מה שמרמה להתיר איסור מעשר שני ורבעי? וגם למה זה דרבנן, והרי הודאת בעל דין הוא מן התורה, ונלמד ממודה במקצת, וכמו שכתב רש"י קידושין, הביאו הקצה"ח סימן ל"ד. וגם מקורו מקרא ד"נפש כי תשמע קול אלה והוא עד או ידע או ראה"; ואיך יתכן שעד יודע ולא ראה? ועל כרחך ששמע הודאה, וכמו שאמרו במסכת שבועות. הרי שנאמן בהודאת בעל דין מן התורה. ומעתה, בהיות שבב"ק התכוונו בודאי להודאה שהוא מטעם נאמנות, בודאי שגם בכתובות כוונתם כן, וכן ב"ב. ונמצא שהמקנה באגב קרקע ואין לו קרקע רק מודה שיש לו, שהוא קנין מורכב מאודיתא ואגב, וני"מ שיכול לשעבד מטלטל אגב קרקע וגובה מלקוחות ולזה אינו מועיל שום קנין זולת אגב.

ומעתה מה שכתב הרא"ש כתובות, שלא נראה לו תירוץ זה, "שאיין זה מספיק לנכסים הידועים שלא היו לו באותה שעה" עד כאן, אינו מובן, שהרי אודיתא זו קנין הוא, וקונה, אף שידוע שאינו כן! ואולי נאמר, שהרא"ש חולק על דין קנין אודיתא, וסובר שמה איסור גיורא שהודה שהמעות של רב מארי, הוא משום שמאמינים לאיסור שבאמת המעות של רב מארי. ומה שכתב בריש פרק אף על פי שאין "שאיין הודאה שהיו לו נכסים מועילה לנכסים הידועים שלא היו לו באותה שעה" – ייתכן שמדובר שהאשה מודה שלא היו לו לחתן נכסים בשעה שהתחייב תוספת לכתובה. אכן, לשון הרא"ש לא נראה כן, וצ"ע. גם צ"ע מה הלשון "שאיין זה מספיק לנכסים הידועים שלא היו לו באותה שעה", וקשה מה צריך שיהיו לו נכסים

אלו! והיה די אם רק היו לו נכסים, אפילו לא אלו, כיוון שהיה עשיר נעשה השיעבוד על נכסיו. ומה שהוסיף שמשעבד מה שיקנה, מועיל שאדם משעבד דבר שלא בא לעולם, כל שכבר יש חוב.

וייתכן שכוונת הרא"ש היא על דרך שהעלה הקצות החושן בסימן קצ"ד שאודיתא אינו קונה אלא בדבר ששיך בו קנין אבל דבר שאינו שייך בו קנין כמו הלואה, ואינו ברשותו, גם קנין אודיתא אינו מועיל. ולכן יש לומר, שאינו יכול לשעבד נכסיו כשהוא עני, כיוון ששום קנין אינו מועיל בדבר שלא בא לעולם, גם אודיתא אינו מועיל. עוד יש לומר בכוונת הרא"ש, על פי מה שנפסק בסימן ר"פ סעיף ז' ברמ"א, שאין קונים באגב בידענו שאין לו קרקע. וביאר שם התיבות בסי"ק ג' מהרשב"א, שהיינו בכותב סתם אגב קרקע שבזה אם לא הרגשנו שיש לו קרקע – אינו מועיל, שאילו היה לו, היינו מרגישים; אבל אם כתב בפירוש שמודה שיש לו קרקע – מועיל. ואם כן יש לומר, שגם הרא"ש כיוון לכך, שז"ל הרא"ש: "ויש מפרשים הואיל וכתב סתמא ושעבדתי לו כל נכסי הרי הודאה שיש לו נכסים אף על פי שאנו יודעים בבירור שאין לו, אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים, מידי דהוה אמה שאנו כותבין בשטרות 'והקנתי לו ד' אמות בחצירי', אף על פי שאנו יודעים בבירור שאין לו קרקע. ואומר רבינו תם דהיינו טעמא דהואיל ומודה שיש לו, הודאת בעל דין כמאה עדים. ונראה לי, שאין טעם זה מספיק לנכסים הידועים שלא היו לו באותה שעה; והראשון עיקר". עד כאן לשונו. הרי שמדבר בסתמא, ולא בכותב "שאני מודה שיש לי קרקע, ובזה סובר הרא"ש כהרשב"א, וכמו שפסק הרמ"א שאין בזה הודאה. ולכן אם ידוע לנו שאין לו נכסים אלו לא נשתעבדו; ומדובר שלא כתב 'דאקני'. ואם היה כותב 'דאקני' אז היה מועיל בסתם בשאינו ידוע אם יש לו נכסים, אבל כל שידוע שאין לו כלל, אפילו ידוע זאת על פי אומדנא, אינו קונה באגב. על כל פנים מבואר ברשב"א הזה שהביא הבי"י בסימן ר"ב, שכל שמודה שיש לו קרקע – קונים אגביו אף שלא שמענו ולא הרגשנו שיש לו קרקע. ומה שהביאו מהרשב"א שהביא רנ"ב מחודש ג' "שאם שניהם מודים שלא היו של ראובן – לא קנה" עד כאן. אבל לא שמענו מושג אן סהדי נגד הודאה שלא נסמוך על הודאה.

ח'. שם, בהמשך (בענין דברי הרב קאפח):

ולעניות דעתי נראה, לפי מה שנפסק בחו"מ סימן קצ"א ס"ד, קנה קרקע בדמים ידועים, והמוכר אומר לא קבלתי המעות, והלוקח אומר נתתי, אם הוא מקום שנותנים המעות ואח"כ כותבים, וכתב בשטר שהודה שקבל [מן] הלוקח, נאמן. ובסמ"ע שם סק"ח, דאף שכתב בשטר שקבל המעות, יש מקומות שכתבו כן על שם העתיד, שיתנו מעות אחר הכתיבה מזומנים לבעל השטר וכי, עד כאן לשונו. הרי, כל שמנהג המקום לכתוב הודאה על שם העתיד, אין סומכין על הודאה. ולפי זה יש לומר, שכל מקום שיודעים שמודה לא על האמת, אין סומכין על הודאתו. ואם כן גם בנידון של הרב קאפח נאמר כן! אכן נראה, שאין הדבר כן. ועיין בסמ"ע סימן ל' סקכ"א שכתב וזו לשונו: "ואפילו אם העיד עד הראשון בפני הודה לו בניסן, והשני

מעיד בפני הלוח לו באייר, גם כן אין צריך לתבוע שניהם, ואין זה מקרי הכחשה, דאיכא למימר דאמה דרוצה להלוות לו הודה לו קודם הלוואה, ולא נזדמן שילוה לו באותו יום עד זמן שאמר עד השני. וכן משמע מהרא"ש פרק זה בורר ובנמוקי יוסף שם", עד כאן לשונו. הרי שגם הודאה שמודה אדם על שם העתיד סומכין עליו; ובעל כרחך שהוא מדין אודיתא, וכאילו המודה מתחייב מיד וחייב על סמך התחייבותו לשלם לו. ולפי זה נראה שגם הרא"ש סובר שאודיתא קנין הוא, וזה דלא כמו שנראה מהרא"ש ריש פרק "אף על פי" שהובא בהערה ז'⁴⁹³. וכן ממה שרגילין לכתוב שטר חצי זכר בלשון הודאה וסומכין עליו, אף שכך הרגילות לכתוב אף שאינו חייב לו כלום, וצריך לומר, שהמודה בשטר ששילם הלוקח אינו מתכוין להודות ולמחול לו מדין אודיתא, רק בא להודות על האמת, ולכן, כל שהדרך לכתוב השטר קודם האמת – אין סומכין על הודאה זו. אבל אם בא להתחייב בהודאתו – בזה מועיל, וצ"ע.

ט'. שם:

לעניות דעתי [אין חשש להיווצרות בעיות כתוצאה מהסתמכות על אודיתא], כיוון ששטר חצי זכר היה נהוג ונפוץ בכל הקהלות האשכנזיות, וכל האחרונים דנו בזה, ברמ"א בית שמואל רע"א ועוד, והרי שטר חצי זכר מנוסח באודיתא, ואף על פי כן לא פקפקו בסברה זו.

י'. שם, בהמשך:

נראה, שיש לכתוב האודיתא בנוסח כזה: "אני מודה שהתחייבתי לפלוני בקנין המועיל, וזכיתי לו על ידי אחר כך וכך...". ובנוסח כזה גם בית המשפט יסכים שהדבר נכון. אם מנסחים "שאני מודה שאני חייב", אז הם מניחים שזה לא נכון, שלא הלוה לו; אבל "התחייבתי" – למה לא נאמין לו? זולת אם בית המשפט אין מכיר התחייבות על ידי קנין⁴⁹⁴.

י"א. שם, בהערה 118:

בדיבור המתחיל לאחרונה, הבאתם בשמי הוכחה שלא מועיל להסכים שיועיל קנינים חדשים שאינם מועילים בדין תורה. והוכחתי ממה שחיפש איסור גיורא, דרכים להקנות למארי; ואמאי לא אמר שמסכים שיועילו קנינים חדשים? ודחיתם,

493 ניתן, לכאורה, ליישב את הסתירה בדברי הרא"ש, ולטעון, שגם הוא רואה בהודאה ראייה גרידא; אלא שכוונת דבריו בפרק שנים עשר היא שאין סתירה בין שני העדים, כי לפעמים אדם מודה קודם שלוה.

494 דיני מדינת ישראל מכירים בתוקפה של התחייבות על ידי אחר (בלשון המחוקק "חווה לטובת אדם שלישי"; פרק ד' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). ברם, השאלה היא האם נוסח זה יניח את דעתו של בית המשפט, והאם לא יבחין באופי הפיקטיבי של ההודאה.

שאפשר שמעות לא ניתן להקנות גם בקנין חדש, וכמו שלא מועיל קנין סודר על מעות, משום שדעתיה אצורתא, וצורתא עבידא שבטלה.

לעניות דעתי לא נהירא, שאם באנו לומר שיכול אדם להמציא קנינים, בהכרח שזה מיוסד על הגיון של קנין סיטומתתא, וכמו שמנהג הסוחרים יוצר קנין, כך האדם בעצמו הממציא קנין גם כן מועיל; וכי במעות לא יועיל קנין סיטומתתא? אכן בעיקר הדבר אם מועיל הסכמת הצדדים לעשות קנין, יש ללמוד מסימן קצ"ח ס"ה, שכתב הרמ"א: "וכן אם התנה בהדיא דמעות יקנו – קנו". ועיין שם בש"ך סק"י שחולק וסובר שאינו מועיל מה שהתנה. והנה מוכח מדבריהם שם, וכן ממה שכתב הנהיבות בחידושים סק"י? שגם לדעת הרמ"א שמועיל מה שהתנו, רק שיקנו בכסף, כיוון שכסף קונה מן התורה, וגם רבנן לא בטלו לגמרי, רק אמרו שיש זכות חזרה בזה לטובת הלוקח; ובוזה יכול הלוקח לומר "לא ניחא לי בתקנתא דרבנן". אבל לכו"ע לא יתכן להתנות שיועיל קנין חדש. ועיין שם בקצה"ח סק"ג שהביא שיכול גוי לומר שמקבל עליו דיני ישראל ויקנה בקנין שקונה ישראל; ומזה מוכח, דכל מידי דהוי קנין בשום מקום, מהני ליה תנאי, שיהיה מועיל, ולכן מועיל אם ישראל יתנה לקנות בכסף, כמו בגוי, או שיקנה מטלטלים בקנין שקונין קרקע. אבל זה לא עלה על דעת שום פוסק, שיועיל להתנות לקנות בדבר שאינו קנין כלל. ועיין הערה י"ב.

י"ב. שם, בהמשך:

נראה, שעיקר סברת הריב"ש, סימן ש"ה, שמועיל מדין תקנת הקהל. והרבה דינים נמצאים בשו"ע שמועיל תקנת בני העיר, עיין סימן ל"ז סכ"ב, ובבאר הגולה שם ציין להרא"ש בתשובה כלל ה', ותשובת הרשב"א ותשובת הריב"ש סימן קצ"א וקס"ה, ולא הוזכר שם שיכול כל אחד להתנות על עצמו. לכן נראה, שהריב"ש לא הוסיף הדברים "שזה כאלו כל אחד התנה על עצמו" אלא להסביר שלכן מועיל מה שהקהל תיקן, שזה כאלו כל אחד קבל על עצמו; היינו שאף שרק מנהיגי הקהל תקנו, מועיל תקנתם כאילו כל אחד מהקהל הסכים לתקנה; אבל מה שמועיל – הוא מדין תקנה.

י"ג. שם, בהמשך (על הראיה מדברי מהרשד"ם, שכתב "ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות הנוהגים הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה, ואינם מן הדין, אלא – שכיון שנהגו כך, הוה ליה שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כך יתקיים הדבר" וכו'):

אולי גם זה ניתן לפרש על דרך שכתבנו בהערה הקודמת, שמיוסד על תקנת הקהל, וצריך עיון. על כל פנים, כל הפוסקים שנדחקו מאד למצוא קנין נכון במכירת חמץ, עיין קצות החושן סימן קצ"ד, למה לא עלה על דעתם עצה זו, שיתנו שיועיל קנין פלוני? וכן לענין מכירת בכור. וגם כל מה שמצא בריב"ש ומהרשד"ם, כולם מדברים על קנין שתקנו הקהל וסיטומתתא. וגם מסברא קשה להבין איך יתכן שיועיל מה שיתנו שזה יחשב קנין.

י"ד. לפרק שלישי, בגוף החיבור, סמוך לציון 147:

ולעני"ד נראה, שיש עצה, שיחזור ממה שנתן המתנה, ויחזור ויתן ויקדים התנאי לפני שיתן פעם שניה. זולת לדעת המקנה הסובר שאין מועיל במתנה חזרה אפילו תוך כדי דיבור; עיין פ"ת סימן כ"ז סק"ב. ובאבני מילואים שם חולק על המקנה, וסובר שמתנה ניתן לחזור תוך כדי דיבור.

ט"ו. לפרק רביעי, בהערה 168:

נראה, שיש להביא כאן חידושו של המל"מ⁴⁹⁵, באם העובר יכול היה לעבור את העבירה על ידי עזרתו של אדם אחר. ומחדש המל"מ, אם האחר הוא ישראל, אין זה היתר לעבור לזה, כיוון שגם האחר אסור, ואם יעזור – יעבור האחר בלפני עיור, ממילא גם הוא עובר בלפני עיור. אבל אם האחר הוא גוי, שאינו מוזהר בלפני עיור, או שיכול לעבור בעצמו בלי עזרתו של ישראל אחר, אז המסיעו אינו עובר. והנה בתוספות קידושין דף נ"ו ע"א ד"ה "אבל" לכאורה מבואר דלא כהמל"מ. אכן נראה בכונתם, שמדובר שהאחר יתן כשהוא שוגג, ובזה אינו עובר גם המזיד אם יכול להשיג העבירה אצל אחד שוגג.

ט"ז. שם, בהערה 177 (על הציטוט מדברי ה"תורת ריבית"):

לעני"ד נראה, שהמתחייב למכור אינו חייב לקיים התחייבות, שזה קנין אתן, ואינו מחייב, ככל קניין דברים. ורק אם יחזור בו יתחייב קנס, אבל המקח לא יקנה. ואף להסוברים שקנין אתן קונה, עיין סימן רמ"ב, מכל מקום: לדעת הסוברים שאינו קונה גוף המקח, רק שחייב לקיים מה שהתחייב, אבל גוף המקח לא קנה; וכל זמן שלא הקנה ונתן – עדיין גוף החפץ של המוכר, ואינו אלא כפועל שנתחייב לעשות מלאכה – אין בזה משום ריבית, שהרי המוכר גר בבית של עצמו. ולהסוברים שקנין אתן נקנה מיד גוף המקח – נראה, שלשיתם "אתן" מתקפרש כנתון לך; ואם כן, אם מתנה במפורש שלא יקנה מיד, שוב אין המקח שלו.

י"ז. שם, סמוך לציון 191:

ולא זכיתי להבין למה יש כאן אופי פיקטיבי, שהרי לפי האמת רצונם של המוכר והקונה, כפי שכתבתם לעיל בסמוך, שיקנה הלוקח כל הנכס בסוף, כשיתן כל התשלומים; ונמצא שמתנה שיקנה כל חלק מיד, ולמה זה נראה פיקטיבי ולא אמת? והנה, אם סתם הכוונה שיקנה הקונה בסוף כל התשלומים, יש בזה איסור ריבית גם אם לא יכתוב קנס, שהרי אם אומר המוכר "אם מעכשיו אתה משלם – אתה משלם אלף, ואם בתשלומים – אתה משלם אלף ומאתים", זה ריבית, שהרי המחיר הוא מה שפוסק שישלם מעכשיו, לכן, מה שרוצה יותר בתשלומים – זהו משום המתנת המעות, וזהו ריבית. אבל בשכירות מותר לומר "אם מעכשיו באלף ואם בתשלומים באלף ומאתים", כיוון שזמן תשלומי שכירות הוא בסוף, נמצא,

495 פ"ד מהלכות מלווה ולווה הלכה ב'.

שהסכום שרוצה בתשלומים הוא המחיר של השכירות האמיתית. והנה, מה שאסור לקנות בתשלומים ומותר לקנות במזומן, כל זה בנוותן הסחורה מיד, שאז הוא זמן התשלומים. אבל אם [אינו כן – לא. ואם] פוסק עמו שאם ישלם מיד ישלם אלף, ואם בתשלומים – ישלם אלף ומאתים, הרי זה אגר נטר, שבגלל שמקדים לו המעות – מוזיל גביה. ובפרט אם הדירה לא בנויה עדיין, שאז גם אם לא יוזיל גם כן אסור, שהרי אין פוסקין על פירות אם לא יצא השער. ואם כן, בבא למכור ולהתחייב דירה שעוד לא בנויה, זהו ריבית. ונראה שגם בלא יתחייב כלל ליתן הריבית, אבל יתחייב בקנס אם לא יעמיד לו דירה – גם זה יש לאסור, שהרי מתחייב ליתן דירה. אף שהתחייבות אינה חלה, מכל מקום חייב כדי ליפטר מהקנס. וכן אם ישבע שיעמיד לו דירה, יש לאסור. לפי זה יש לעיין, במוכר פירות דקל לרבי מאיר או לחכמים בנשבע, וכמו שכתב הכסף משנה ברמב"ם פכ"ג ממכירה הלכה ז'. אם נתן הכסף מיד – אסור. כך נראה מסברה, וצריך עיון וחיפוש בספרים, ומכח הטרדה איני יכול לעיין ולחפש.

על כל פנים, הדרך הנכונה היא שיכתוב שכל סכום שיתן הקונה קונה חלק כפי הסכום בדירה, ובזה אין חשש ריבית. אלא שצריך המוכר לשלם שכר דירה בחלק לקונה. אבל אם לא יקח, אין כאן ריבית. ויש לכתוב שהשכר דירה שחייב המוכר ללוקח נכלל ששוויו של החלק שלא קנה מתיקר, ובזה גם אין חשש מה שיכתוב שכל שמאחר התשלום משלם יותר.

י"ח. שם:

לעניות דעתי, אם לדעת המחבר, אם יתנה (יו"ד בפת"ח, נו"ן בסגו"ל) לקנות בכסף חלק בבית זה פיקטיבי, אם כן, היתר עיסקא – שפירושו ומשמעותו הוא שהכסף שמקבל המוכר אינו שלו, אלא [הוא] שליח לעסוק במעות הלוקח במחציתו, ונמצא שכל מה שקונה המוכר במעות הם חצי של הקונה – זה לא פיקטיבי!?

וביותר, אם המוכר גר בבית בחינם, נמצא שנותן הלוקח ריבית למוכר עבור שממתין המוכר בקבלת מעות. ומה עסק עושה הלוקח במעות שהיה צריך ליתן למוכר? ובזמן שאין לו כלל מעות, וכן הקנס שיתן הלוקח אם יאחר בתשלומים, איזה עסק עושה הלוקח במעות, שצריך ליתן למוכר⁴⁹⁶? לכן פשוט, שהעצה לינצל מריבית הוא בדרך

496 בשיחה שבעל פה ביאר לנו הרב, כי דבריו כאן מתייחסים לנוסח המצוי של ה"היתר עיסקא". ברם, לפי הנוסח המשופר שנערך על ידינו (ראה בסעיף 24 לחוזה המכר שבנספח ג'), לאור הפקת לקחים מבעיות שנוצרו בשטרות המצויים בשוק (ראה לעיל, סמוך לציון 201, והערה 212), הבעיות נפתרות, שכן הצדדים מקנים איש לרעהו חלק **בכל** עסקיהם. לפיכך, ההתחייבות לשלם את הרווחים אינה דווקא מכסף זה שאותו מעכב הקונה. אם ירצה צד לטעון שלא הרוויח מאומה באותה תקופה, יצטרך להישבע, שכן אחרת אין סיבה להאמין לו. התשלום שמשלם הצד הינו אפוא דמי פשרה, כדי להימנע מהצורך להישבע על כך שלא הרוויח כלל באותה תקופה, בשום עסק בעולם.

שכתבנו: לקנות חלק בדירה לפי המעות שנתן. וממילא יכול לומר, שכל מה שיקנה בעתיד – יתקיים.

י"ט. שם, בגוף החיבור, סמוך לציון 193:

לעניות דעתי נראה, שהלוה ולא הצמיד, אינו חייב לשלם בהצמדה. וזה לפי מה שפסק הרמ"א ביור"ד סימן קס"ה סעיף א': "אם גזר המלך שכל מי שיפרע יפרע ממטבע חדשה – הולכין אחרי גזירת המלך, דדינא דמלכותא דינא, ואין בזה לא משום ריבית ולא משום גזל". ועיין שם בש"ך סק"ח, שבענייני מטבעות הולכין אחר המלך. ומעתה, בזמנינו גזר המלך לא לשלם הצמדה⁴⁹⁷.

ומה שהשופט מחייב הצמדה – היינו כשלא שילם בזמן. ואין בזה משום דינא דמלכותא, אלא דין ערכאות. אבל מה שמשלם כשלא איחר הזמן – זה דין המלך לא לשלם הצמדה. וממילא הלוה ומתחייב לשלם הצמדה, יש בזה איסור ריבית.

אכן, נראה, שאם היה מצמיד למצרכים שניתן להשיג מיד בשעת הלואה, לא יהיה בזה חשש ריבית, שהרי מותר לפסוק על הפירות שיצא השער. אכן, כיוון שהמדד כולל גם מצרכים שלא ניתן להשיגם מיד, לכן יש בהצמדה משום ריבית. אכן יש להתנות, שהוא מצמיד למצרכים הניתן להשיגם מיד, והצמדה לא תכלול כל מה שנכלל בהצמדה, אלא רק חלק. ומסתבר שאין הבדל גדול בין הצמדה מלאה להצמדה לחלק מן המצרכים. אלא שיהיה קושי לחשבן ולדעת את שווי של הצמדה חלקית. אבל יתכן שמותר ליקח כהצמדה מלאה כשלא יודעים לחשב, ולתלות שאין הבדל בין ההצמדות. עוד יש לדון, באם לא הייתה הלואה בסכום גדול מאד, שאז, אם יבוא להשיג את המצרכים הניתנים להשגה מיידית – יתכן שקשה ולא מעשי להשיג אותם, שאם נחלק את הסכום יוצא שצריך להביא חצי תפוז ומאה גרם סוכר וכדומה, וקשה להשיג בכמויות קטנות כאלו. וצריך עיון אם זה מעכב לענין להחשיב כיצא השער.

כ'. שם:

נראה, שהלכה פשוטה שניתן להתחייב גם דבר שאינו קצוב, וכמו שנפסק בסימן ס' סעיף ב', שחלקו על הרמב"ם כל הבאים אחריו, והכי נקטינן. ולכן יתכן שרק התימנים פוסקים בזה כהרמב"ם, וכן העלה הרב קאפח.

ונראה, שגם להרמב"ם, הצמדה נקרא קצוב לדעת הש"ך שם. וביותר, וכי חולק הרמב"ם על זה שפוסקין על פירות שיצא השער, שיכולים להתייקר, ומכל מקום מתחייב! הרי שזה נחשב כקצוב. וצריך עיון.

497 לשון הרב כאן מדוקדקת – "גזר המלך שלא לשלם הצמדה", ולא "לא גזר המלך לשלם הצמדה", שכן כדי לפטור לווה בתשלום נומינלי, יש צורך בגזירה מפורשת על כך. בענין זה, ובענין עמדתו המדויקת של הדין הישראלי בנושא, דנו בהרחבה לעיל בספח ב'.

כ"א. לפרק חמישי, בהערה 265:

ועיין בשי"ס מאורות שהביאו על הגליון בגמ' מהרבי"ה שהקשה, איך מועיל לר"מ לקבל עליו קרוב או פסול, והרי לר"מ מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל! עיי"ש. הרי שמועיל מדין מתנה על מה שכתוב בתורה, היינו שמסכים שעדים פסולים ודיינים פסולים יהיו כשרים לדון אותו. ובוה מובן למה שייך הזמה באם הוזמו העדים הפסולים, עיין תשובות רע"א סימן קע"ט⁴⁹⁸.

כ"ב. שם, בגוף החיבור, סמוך לציון 277:

נראה, שיפוי כח שנותנין לעו"ד להעביר דירה, כתוב שם שמודה המשלח שקבל את מלא התמורה עבור הדירה, ואם כן יש לקיים את המקח מדין קנין כסף, והודאת בעל דין כמאה עדים. ואף שבמקום שכותבין שטר אין כסף לחוד קונה, אבל יש לומר, שכל שיש לו יפוי כח שיש לו תוקף בחוק, שוב סמכה דעתו ונקנה המקח, והרי זה כמקום שכותבין שטר ראיה, שאז, אחר שנתנו לקונה שטר ראיה נקנה השדה ללוקח למפרע, וכמו שביאר הר"ן קידושין, עיין סימן קצ"א.

כ"ג. שם, בהערה 295:

נראה, שדינו של הח"מ, הוא מטעם שבאופן כזה כופין לגרש, הרי הוא נידון כגרשה, וצריך עיון⁴⁹⁹. ובדינו של הבי"ש, היינו שלא תיקן רבינו גרשום תקנתו לא לגרש אשתו בעל כרחו באופן שהטעתו וקדשה ברמאות של האשה⁵⁰⁰. אבל אין למדים מזה למקומות אחרים.

498 בתשובה זו, אליה מפנה הרב, כתב רע"א כי קרוב, שקיבלו אותו הצדדים עליהם בתורת עד, אינו בתורת הזמה, שכן בעצם אינו עד; ורק כאשר קיבלו עד אחד כשנים הוא שייך בתורת הזמה. 499 מעמדו של בעל שכופין אותו לגרש, לענין זכותו לרשת את אשתו, נתון במחלוקת ראשונים. דעת רובם המכריע של הפוסקים היא, שאין הבעל מפסיד בכך את זכותו. ראה רי"ף כתובות פרק חמישי, דף כ"ז ע"א בדפי הרי"ף; פסקי הרא"ש שם, סוף דין ל"ה; רמ"א בהגהתו לשו"ע אה"ע סימן עז סעיף ג' (שעליו מוסבים דברי הח"מ הנידונים כאן, והח"מ אינו משיג על פסיקה זו); בי"ש שם סק"ו. יתר על כן: אף בבעל שהחליט לגרש את אשתו מרצונו, אין הדבר מונע ממנו לירש, לפי רוב הדעות: ראה רא"ש בי"ב שם פ"ט דין ט"ז (דלא כרשב"ס שם קמ"ו ע"ב ד"ה נפלה); שו"ע חו"מ סימן צ' סעיף ד' בהגהת הרמ"א; וראה ד"מ שם. מקרה מיוחד הוא בעל מורד. בבעל זה רבים הם סבורים כי הוא מאבד את זכות הירושה: ראה שלטי הגיבורים, כתובות כ"ז ע"ב בדפי הרי"ף; אבל ראה ח"מ אה"ע סימן צ' ס"ק י"ז; בי"ש שם סק"ג; בית יעקב, סימן צ' סק"ה; פד"ר כרך י"ב עמ' 316.

500 לכאורה ניתן להוכיח מלשון הבי"ש. לשון הבי"ש היא, שיסוד הדין הוא "היא עשתה שלא כהוגן", ולא מפני שרבינו גרשום תיקן כך או כך. הבי"ש מביא ראיתו מדברי הרא"ש, שכתב כן גבי האישה שקידש ברמאות ובתחבולות, דילפינן מההיא דנרש, דאמרין "הוא עשה שלא כהוגן"; ובאיש כלל לא שייך, כמובן, לומר שרבינו גרשום לא תיקן ככה"ג. מקור דבריו של הבי"ש הוא בשו"ת הרא"ש סימן ל"ב, ושם מדובר על הפקעת קידושין מאיש רמאי; והרי שם לא שייך לתלות את הדבר בתנאים שהתנה רבינו גרשום בתקנתו!

כ"ד. שם, בהערה 298:

לעניות דעתי נראה, שאין כאן גרמי, מכמה טעמים.

א. לא היה צריך לסמוך עליו ולהאמין לו. ואינו דומה לשולחני שאמר "חזי דעלך קא סמיכנא". ששאני שולחני, שאין לו נגיעה לשקר.

ב. והוא עיקר: נראה ששם בשולחני שאמר שהמטבע אמיתי ולא מזויפת, גרם לו הפסד, שעל סמך דבריו החזיר השטר ללוה, או נתן סחורה לקונה, ונמצא שהפסיד לו הסחורה. אבל בנדון דידן – לא הפסיד, רק שקנה ביוקר, ואינו נגדר כהפסד. תדע, שהמוכר ביוקר אינו נחשב כמזיק או כמקח טעות; ורק מדין אונאה, שזה איסור חדש, חייב להחזיר האונאה. וזה אינו נוהג בקרקע. ולכן אינו נגדר כמזיק מה שגרם שיקנה הלוקח ביוקר.

כ"ה. שם, סמוך לציון 319:

ובאמרי ברוך סימן רמ"ח סעיף א' מבואר להיפך, שקהל שנהג עדיף מיחיד, וקהל מותר וליחיד אסור, עיין שם. רק בהמשך ראיתי, שבציון 318 הביאו מאולם המשפט שקהל חמור מיחיד.

כ"ו. לנספח ב', סמוך לציון 348:

אכן, בענין פדיון הבן, גם דעת החת"ס שנידונים כשטרות, ואין פודים בהם את הבן. וטעם הדבר, שכח השטרות כסף שנידון כמטבע הוא מכח דינא דמלכותא, ואין להם כח אלא בעניני ממון, ולא לענין פדיון הבן, שהינו ענין איסור ולא ממוני. והנה זה שמטבעות תלויים במלך, פסק הרמ"א ביור"ד סימן קס"ה סעיף א'. ומסתבר שגם העונג יום טוב סובר כן, שאין שטרות כסף נחשב כשטרות, ואם כן אין שומרים חייבים על שמירת מעות; וכן אין דין מודה במקצת בזמן הזה, וממילא אין דין נסכא דר' אבא? ועוד הרבה הלכות, שאין דין גזילה? ואין אפשרות להקנות מעות למי שנולד אחר שהוטבע המטבע?

והנה החזו"א, דעתו שניתן לחלל מעשר שני גם על מטבעות שלנו, וגם על מטבעות ניר. ולכאורה חולק על החת"ס, וסובר שדינא דמלכותא קיים גם לענין איסור, ואם כן גם פדיון הבן נוכל לפדות במעות שלנו. אכן יש לומר, שיש הבדל בין פדיון מעשר שני לפדיון הבן. שפדיון מעשר שני הוא פדיון בדרך מקח, וקונה הפירות מרשות גבוה, ולכן שייך גם לענין קניה מרשות גבוה דינא דמלכותא. אבל פדיון הבן אינו קניה מרשות גבוה, ואינו אלא מצוה ליתן חמש סלעים לכהן; ומה שקוראין אותו "פדיון הבן" – אינו אלא שם בעלמא, ולא פדיון אמיתי. ולכן אין בזה מושג קניה, ואין דינא דמלכותא קיים בזה.

כ"ז. שם, סמוך לציון 350:

הביאו מאגרות משה, יור"ד חלק ב' סימן קי"ד; ועיינתי שם. ולדעתי, דעת האגרות משה, דעתו שישלם המטבע; אם לוח מאה מטבעות – ישלם מאה. ואין נפקא מינה אם המטבעות הוזלו או הוקרו, לעולם הולכין אחר דינא דמלכותא. ורק לענין חיוב

מעשר כספים, בזה דעתו שהולכין אחר הפירות, ואם המטבעות הוזלו, נמצא שלא הרויח אם קנה במאה ומכר במאה ועשרים, עיין שם; והרב המחבר בעצמו הביא דברים אלו להלן ציון 362⁵⁰¹.

כ"ח. שם, סמוך לציון 378:

לעניות דעתי נראה, שמה שהולכין אחר דיני דמלכותא בתשלום מטבעות, היינו מה שגזר המלך, כמו פירות או יסוף שגוזר המלך או שר האוצר. אבל מה שערכאות מחייבין הצמדה כשמאחר זמן התשלום, אינו בכלל דינא דמלכותא, וזה חוקים, ואינו דין המלך, והרי זה כשאר חוקים שסותרין דין תורה⁵⁰². על כל פנים נראה, שבזה אין לילך אחר החוק או השופט. אכן שר האוצר ארידור רצה לקבוע שכל המטבע הישראלי צמודה לדולר, ואז היה בזה חוק המלך, אבל לא הצלית, ואין מטעם המלך חוק הצמדה. כן נראה לעניות דעתי. וממילא, יש איסור ליקח הצמדה גם במאחר בתשלום. ולכן מה שהביאו משופט, שאם ניתן להסיק מתוך אומדן הדעת שרצו הצמדה, יש לחייב הצמדה, אינו דין המלך. ואף אם נודה שגם בדין תורה יש לילך אחר אומדנא, מכל מקום, יש בזה איסור ריבית. ולכן, אפילו התנה – אסור ליקח הצמדה; כל שכן שלא נחייבו על פי אומדנא.

אכן, לפי מה שכתבנו בהערה, שניתן להתחייב הצמדה למצרכים שניתן להשיגם כעת בעת ההלואה, ובזה אין איסור ריבית, הזה יש לדון אם נלך אחר אומדנא שרצה בכך. כיוון שאין מקובל להצמיד להצמדה כזו, שוב אין בזה אומדנא. אכן, אינו מוכרח כל כך. עוד יש לדון אם הצמיד בפירוש החוב, אם נאמר שנחשב לריבית ואינו צריך לשלם רק החוב עצמו, או נאמר, שמכל מקום חלק מהצמדה שניתן להשיג ומצוי בשוק בשעת הלואה, הצמדה זו ישלם; ולכן אם למשל שמונים אחוז מהצמדה הוא מדברים שניתן להשיג, ישלם שמונים אחוז מהצמדה; וצריך עיון. על כל פנים, מה שהרב המחבר האריך מדברי השופטים, לעני"ד אינו ענין לדין לאיסור ריבית, ומטעם שכתבנו. אחר כך ראיתי שהרב המחבר הביא בעצמו מהחת"ס (בציון 363) פתחי תשובה סימן ע"ד. והדבר פשוט שאין דינא דמלכותא יכול להתיר איסור ריבית⁵⁰³. לכן, גם מה שהביא המחבר בציון 377 לדחות להרב וויס – אינו צודק.

501 אכן, הבאתי דברים אלה כמו שכותב הרב; ובפרק שאחר כך, סמוך לציון 362 ואילך, מצויה התייחסות מפורטת לכך. כתבתי שם, שהרב פיינשטיין לא כתב שישלם נומינלית, אלא לפי דין המלכות האמריקני שהיה בזמנו ובמקומו; אבל במדינת ישראל של היום – דין המלכות מחזיק בתפיסה ריאלי, ולא נומינלית, ואינו שולל את ההצמדה אלא אף מחייב אותה.
502 מעמדה ההלכתי של פסיקת בית המשפט העליון כ"דינא דמלכותא" נדונה לעיל, פרק חמישי, הערה 223.

503 אלא שכאן מדובר, לכאורה, בשאלה אם מתעוררת בעייה איסורית שיצירתה אינה אלא מכח דין המלכות, כלומר, האם דיניה של מדינת ישראל כוללים פרט אשר יוצר בעיה. כל זה נידון באריכות לעיל, בהערה 497.

כ"ט. שם, סמוך לציון 400 ואילך:

ולענין כתבתי לעיל, שיש להתיר להצמיד למצרכים הניתנים להכנס מיד בעת קבלת הלואה, וזה כפוסק על הפירות משיצאו השער, שמוותר להצמיד, למצרכים שאינם ניתנים להשיגם מיד. אכן נראה, שיש לנסח: "פלוגי נתן לפלוגי סך כך וכך מעות, והמקבל התחייב להחזיר מצרכים הניתנים להשגה כעת והכלולים בסל המצרכים הנקבעים שעל פיהם מודדים את המדד, שישלם על המצרכים האלו כמות הניתן להשיג במעות שקיבל". אכן ניתן לקצר הנוסח, אבל באופן שיצא כוונת הדברים.

ל'. שם, בהערה 418:

נראה, שלפי מה שכתבתי בהערה כ"ט, שנותן למקבל מעות, וחבירו מתחייב לו מצרכים שניתן להשגה בשעת קבלת המעות, גם להרמב"ם מתחייב, שזה קצוב. והרי זה מפורש שניתן להתחייב פירות שיצא השער. ומסתבר שגם במתחייב פירות שלא יצא השער, נחשב כקצוב; וראיה ממה שניתן להתחייב פירות דקל. עיין סימן ס'. ועד כאן לא אמר הרמב"ם, אלא במתחייב לזון, שכמות המזונות אינו ברור. ודעת הרא"ש שבגלל רפואה נחשב אינו קצוב, אבל מזונות נחשב קצוב, ואף שהרמב"ם כנראה חולק, אבל מסתבר ש[לגבי שיעור קבוע מראש של פירות – יסכים]⁵⁰⁴.

504 השלמנו את לשונו של הרב, לפי הענין, על פי הוראתו.

