

**עקרונות הלכתיים
בהסכמי ביטוח**

הרב יהודה פרומן

תוכן המאמר

219 תוכן עניינים מפורט
229 הקדמה
231 האחריות במשפט העברי
250 יצירת התחייבות בת תוקף
267 אסמכתא בחוזה ביטוח
305 עסקת הביטוח - עסקת מכר או שכירות
319 הסכם הביטוח כהסכם שכירות - השלכות הלכתיות
332 אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה
365 מצג שווא
386 ביטוחי חבויות - אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי
400 מעין סיכום

תוכן עניינים מפורט

231	פרק ראשון: האחריות במשפט העברי	
231	כללי	
231	1. אחריות מכר ומתנה	
235	2. חיוב אחריות בגנב וגזלן	
237	3. אחריות שומרים	
241	4. אחריות שואל באונסין	
241	האם אחריות זו היא חלק מהסכם השמירה או חיוב עצמאי	
244	הגורם המחייב שואל באחריות אונסין	
245	5. מחויבות באחריות כתוצאה מהתחייבות	
247	6. סיכום	
250	פרק שני: יצירת התחייבות בת תוקף	
250	כללי	
250	1. יצירת התחייבות	
250	כללי	
253	2. הקניין	
253	כללי	
253	חוזה הביטוח כשטר התחייבות	
256	פרמיית הביטוח כיוצרת שעבוד	
258	תשלום מאוחר	
259	חוזה הביטוח כסטומתא היוצרת את השעבוד	
260	פוליסת הביטוח כסטומתא	
263	פרמיית הביטוח כסטומתא	
264	חוזה הנעשה בעל-פה כסטומתא	
267	פרק שלישי: אסמכתא בחוזה ביטוח	
267	כללי	
267	1. הגדרת אסמכתא	
	2. אסמכתא בחוזה על תנאי בכלל ובחוזה ביטוח בפרט,	
270	לאור ההגדרות השונות	
270	חוזה ביטוח לשיטת הרמב"ן ולשיטת ר"י והרא"ש	
273	חוזה ביטוח לשיטת הרשב"א ורבנו תם	
273	חוזה ביטוח לשיטת הרמב"ם	
273	המונח "מעין אסמכתא"	
275	חוזה ביטוח - אסמכתא גמורה או מעין אסמכתא	
277	תשובת הבית אפרים	
279	3. דרכי סילוק האסמכתא לשיטת הרמב"ם	
279	כללי	

280	דינא דמלכותא כמוציא מידי אסמכתא
282	סטומתא כמוציא מידי אסמכתא
282	סטומתא
283	סטומתא דאורייתא או דרבנן
283	סטומתא בדברים שאין מועיל בהם קניין
284	סטומתא בהתחייבות
285	סיכום
285	צירוף דינא דמלכותא עם סטומתא
286	שיטת נתיבות המשפט - ישנה משמעות לצרוף שני הדינים
289	סיכום
290	פרמיית הביטוח כמסלקת אסמכתא
294	סיכום
294	4. האם הסכם הביטוח על-פי תכנו לקוי באסמכתא
294	כללי
295	השוואת הסכם ביטוח למשחק בקוביה לאור עקרון זיקת הביטוח
295	הקדמה - דין משחק בקוביה
297	חוזה ביטוח לעומת חוזה הימור
299	תגמולי ביטוח גבוהים באופן מוגזם
299	שיעור הגוזמא לעניין הגדרת החוזה כאסמכתא
302	דין חוזה הלקוי באסמכתא עקב קביעת תגמולי ביטוח מוגזמים
305	פרק רביעי: עסקת הביטוח - עסקת מכר או שכירות
305	כללי
306	1. תפיסת המשפט העברי את הסכם הביטוח
306	הסכמי ביטוח הדדי ואופיים
308	תנאי החמרים והספנים - ביטוח הדדי או תנאי בני העיר
311	ביטוח הדדי - הסכם שכירות הדדי או התחייבות הדדית
313	הבנת הראשונים את הסכם הביטוח
315	2. תפיסת החוק את חוזה הביטוח
319	פרק חמישי: הסכם הביטוח כהסכם שכירות - השלכות הלכתיות ...
319	כללי
319	1. עסקת שכירות לעומת עסקת מכר
320	העברת בעלות על פוליסת הביטוח
320	בהנחה שעסקת הביטוח היא עסקת מכר
323	חוזה הביטוח - חוזה ייחודי שאינו ניתן להעברה
324	מעשה הקניין שבאמצעותו ניתן להקנות את פוליסת הביטוח
324	הקניית פוליסה כדרך הקניית שטרות
325	הקניית פוליסת הביטוח במעמד שלושתן

327	העברת הפוליסה בהנחה שמדובר בעסקת שכירות
328	סדרי התשלום לנושים במקרה של פשיטת רגל
329	2. השכירות בהסכם ביטוח לעומת הסכם השמירה
329	כללי
329	השפעת מימוש האחריות על תשלום דמי השכירות

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה

332	לעניין ביטול החוזה
332	הקדמה
332	1. שכירות פועלים לשם דבר שאינו מוגדר מלאכה
336	2. הגדרת פעולה לעניין דין חזרת פועל בחצי היום
340	ביטול חוזה הביטוח מבחינה מוסרית
341	הן צדק ולא צדק
341	חסרון אמנה
344	3. התוצאות של ביטול חוזה הביטוח
344	ביטול החוזה על ידי המבטח
346	כמות הפיצוי שמשלם המבוטח עבור הפרת החוזה
347	נזק שנגרם כתוצאה מביטול הפוליסה על ידי המבטח
348	לא היו בנמצא אלא פועלים אלו
350	תשלומי נזיקין במקרה חזרה בדבר האבוד
352	תנאי מפורש המתיר למבטח לחזור בדבר האבוד
354	נזק הנגרם מביטול הפוליסה על ידי המבטח אינו מוגדר גרמי
355	4. נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי
357	5. החמרת או הפחתת הסיכון בתוך תקופת הביטוח
357	המשך קיום החוזה למרות שינוי בעניין מהותי
359	ביטול חוזה הביטוח כתוצאה מהחמרה בסיכון
362	תנאי מפורש המבטל את הפוליסה עקב החמרת הסיכון

פרק שביעי : מצג שווא

365	1. חובת הגילוי על פי חוק חוזה הביטוח ותוצאותיה
366	2. מיקח טעות במשפט העברי
368	3. מצג שווא בדיני השומרים על פי המשפט העברי
368	כללי
369	גורם הגבלת האחריות : הטעות או ההטעיה
371	דיני השומרים לעומת חוזה הביטוח
372	טעות בהקף האחריות לעומת טעות ברמת הסיכון
	4. הגדרת קבלת השמירה כטעות
374	לאור עקרונות מיקח טעות במשפט העברי
376	5. הגורמים להגדרת הסכם ביטוח כהסכם בטעות

376 כללי
377 אי גילוי מרכיבי סיכון שגרר תעריף ביטוח מוזל
380 אי השפעה של העלמת פרט מהותי
382 6. מועד פקיעת החוזה
384 הצד השווה למשפט העברי ולחוק החוזים
פרק שמיני: ביטוחי חבויות -	
386 אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי
386 הקדמה
387 1. תפיסת הפוליסה כערבות לנזק
387 כללי
388 התחייבות כלפי מי שלא בא לעולם
391 דין ברירה כפוגם בהתחייבות
392 דין ברירה
395 הסכם ביטוח חבויות אינו נסמך על דין ברירה
397 2. תפיסת ביטוח חבויות כהתחייבות לאחריות כלפי המבוטח
398 סיכום
400 מעין סיכום

הקדמה

בבואנו לחקור את תפיסת המשפט העברי באשר להסכם הביטוח אנו עומדים בפני מצב דיאלקטי. מחד הסכם הביטוח המודרני, כפי שהוא משתקף בחוק חוזה הביטוח, אינו מוגבל בתבניות משפטיות קודמות. ההנחה היא כי כל הסכם ניתן לניסוח בחוזה וכל הסכם הנרשם בחוזה הריהו ביטוי לרצון הצדדים לבצעו.

במשפט העברי לעומת זאת קיימות תבניות משפטיות קבועות. בהסכם שניתן לסווגו כשייך לאחת מתבניות אלו ישנן הלכות קבועות ומוגדרות. כך לדוגמא דיני השומרים אינם חלים על עבדים שטרות וקרקעות. לכן מי שקיבל על עצמו שמירה על אחד מאלו אינו מחויב בחיובים שיוצרת קבלת השמירה. על הסכם כזה יחולו דיני הנזיקין הכלליים.

במאמר זה ניסינו לבחון את התבניות של המשפט העברי אשר לתוכן ניתן ליצוק את הסכם הביטוח המודרני. זאת למרות שכאמור ההסכם כלל לא חובר מתוך כוונה כזו. בחלק מן הפרקים עסקנו בהשלכותיהן של תבניות אלו בכדי להמחיש את משמעותן.

הפרק הראשון עוסק במונח "אחריות", שמשמעותו דומה במשפט העברי ובמשפט הכללי. מסקנתנו היא שלא ניתן ליצוק את הסכם הביטוח לתוך תבנית קדומה של מחויבות באחריות, אלא זוהי אחריות שנוצרה כתוצאה מהתחייבות חברת הביטוח.

מסקנה זו גוררת בעקבותיה חיפוש אחר תבניות יצירת התחייבות בת תוקף במשפט העברי. זו נידונה בפרק השני תוך השוואה למה שקורה בפועל, ובדיקה האם הצורה שבה הדברים נעשים עונה על הנדרש במשפט העברי.

נושא גמירות הדעת בחוזה ביטוח נידון בפרק השלישי. הפרק דן בליקוי האסמכתא בחוזים, בשאלה האם חוזה הביטוח לקוי באסמכתא וכיצד ניתן להתגבר כך.

הפרקים הרביעי והחמישי דנים בהגדרת העסקה בין חברת הביטוח לבין המבוטח: האם זוהי עסקת מכר - מכירת שטר חוב, או שזוהי עסקת שכירות שבה שוכר המבוטח את שירותי הביטוח. נטייתנו היא כתפיסה השנייה ולכן דננו בפרק החמישי בהשלכות של תפיסה זו. הפרק השישי הוא סיכום של הפרקים הקודמים ודן באופי השכירות המתוארת.

הפרק השביעי עוסק בהשוואת מצג שווא כפי שהוא מוגדר בפוליסת הביטוח לבין מיקח טעות כפי שהוא מופיע בתבניות העסקאות הידועות במשפט העברי.

עקרונות הלכתיים בהסכמי ביטוח

הפרק השמיני דן באופיו של ביטוח חבויות תוך הצגת שתי אפשרויות: האחת לפיה חברת הביטוח היא ערב לניזק לחוב הנובע מתשלומי נזיקין, והשנייה היא שחברת הביטוח רואה את עצמה כאחראית כלפי המבוטח.

כאמור מאמר זה אינו מגיע לידי יצירת פוליסת הביטוח הראויה על פי המשפט העברי והוא בבחינת חריש ראשוני בלבד.

האחריות במשפט העברי

כללי

במבוא לפוליסת ביטוח מצויה, מופיע נוסח מעין זה :
"פוליסה זו היא חוזה בין חברת הביטוח לבין המבוטח ששמו מפורט ברשימה. לפיו מסכימה החברה לשלם למבוטח תגמולי ביטוח בשל מקרי ביטוח שאירעו בתקופת הביטוח, בגבולות הסכומים וגבולות האחריות שבפוליסה וברשימה, תמורת דמי הביטוח. זאת בכפוף לתנאים ולהוראות אשר בפרקי הפוליסה ובכפוף לסייגים ולתנאים הכלליים של הפוליסה והרשימה המצורפת אליה".

ניתן לפיכך לומר :

א. עסקת ביטוח היא עסקה שכתוצאה ממנה תהיה החברה מחויבת באחריות מושא הביטוח, בגבולות המפורטים בהסכם.

ב. מבנה העסקה הוא דו סטרי. תמורת מחויבות החברה באחריות ישלם המבוטח דמי ביטוח.

כדי להבין כיצד מתקבלת מהסכם הביטוח התוצאה שעל פיה מחויבת החברה באחריות, עלינו לסקור תחילה את המצבים השונים במשפט העברי שבהם מחויב אדם באחריות על נזק שאירע לא מכוחו ושלא באשמתו.

1. אחריות מכר ומתנה

כתבו הרמב"ם¹ והמחבר² :

"כל המוכר קרקע או עבד או שאר מיטלטלין הרי זה חייב באחריותו. כיצד, אם הוציאו המיקח מיד הלוקח מחמת המוכר, חוזר הלוקח ונוטל כל הדמים שנתן מן המוכר שהרי נלקח מחמת המוכר. כך הוא הדין בכל ממכר אע"פ שלא פירש הלוקח דבר זה אלא קנה סתם אפילו מכר הקרקע בשטר ולא הזכיר בו האחריות הרי זה חייב באחריותה. שהאחריות שלא הוזכרה טעות סופר היא".

1. מכירה יט, ג.

2. רכה, א. ציונים סתמיים בשו"ע הם מחלק חושן משפט.

מקור הדברים הוא במסקנת הסוגיה בפרק ראשון במסכת בבא מציעא³ כמו שציין המגיד משנה בפרושו על הרמב"ם. הנימוקי יוסף⁴ כותב בשם רב האי גאון שמדובר כאן בשלושה סוגי אחריות:

א. "אחריות דמעלמא" - אחריות כנגד עוררין שיוכחו שהשדה הנמכר הוא שלהם.

ב. "אחריות דמחמתיה" - אם וכאשר יבוא בעל חוב של המוכר שיטרוף את השדה הנמכרת, המוכר אחראי לפצות את הקונה.

ג. "אחריות דנפשיה" - המוכר אחראי מפני עצמו, שלא יבוא הוא בעצמו לטרוף את השדה מחמת זכויות שיש לו בקרקע זו מצד אחר.

בשלושת סוגי האחריות הנזכרים מחויב המוכר באחריות כפיצוי על נזק שנגרם לקונה השדה מחמתו.

אולם הרמב"ם⁵ והמחבר⁶ כותבים שישנה אפשרות להרחיב את גבולות האחריות: "המוכר קרקע לחברו והתנה עמו שכל אונס שיוולד בקרקע זו יהיה חייב לשלם אפילו בא גוי וגזלה **מחמת המוכר** חייב לשלם".

מה שכתב "מחמת המוכר" אין פירושו באשמתו של המוכר שהרי מדובר באחריות אונסין. אך הפירוש הוא⁷:

"דווקא שאם גזלה הגוי מחמת המוכר כגון שטען שהמוכר גזלה ממנו, אבל אם גזלה שלא מחמת המוכר כגון שטען שהלוקח גזלה ממנו, פטור".

אמנם הטור⁸ כתב בסתם:

"ואם קיבל עליו כל אונס שיארע לו בזה המיקח אז חייב באחריות אפילו אם הוציאו עכו"ם מידו".

ולא הזכיר שהגוי הוציאו מידו מחמת המוכר.

מקור דין זה של קבלת אחריות אונסין הוא במסכת גיטין⁹:

3. יד, ב.
4. ח, ב, מדפי הרי"ף.
5. שם הלכה ה.
6. שם סעיף ג.
7. כסף משנה שם.
8. רכה, ד.
9. עג, א.

"ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא דמתיליד. לסוף אפיקו בה נהרא (ציווה המלך שיעבירו את הנהר דרך אותה שדה - רש"י) אתו לקמיה דרבינא, אמר ליה זיל שפי ליה (העמידה לפניו בשופי - רש"י), דהא קבילת עלך כל אונסא דמתיליד. אמר ליה רב אחא בר תחליפא אונסא דלא שכיח הוא".

ובהמשך שם :

"רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע זבון שומשמי (קנו שומשמין) אגודא דנהר מלכא. אגור מלחי לעבורינהו (שכרו ספנים להוליכם לביתם - רש"י). קבילו עליהו (המוכרים) כל אונסא דמתיליד. לסוף אסתכר נהר מלכא (ולא יכלו ספינות לעבור, שעשו בו סכר). אמרו להו (למוכרים) אגורו חמרי אפקעינהו ניהלן דהא קבילתו עליכו כל אונסא דמתיליד (שכרו חמורים להובילם לנו, שהרי קיבלתם עליכם כל אונס שיולד). אתו לקמיה דרבא אמר להו קאקי חורי (אווזים לבנים) משלחי גלימי דאינשי. אונסא דלא שכיח הוא".

ברור שאחריות כל אונס שייוולד אינה באה בתורת פיצוי שהרי אונס רחמנא פטריה. אחריות כזו היא תוצאה של הסכם בין המוכר לקונה.

בדומה לכך מצינו באחריות מתנה. הרמב"ם¹⁰ כותב :

"מתנה ששבחה מחמת הוצאה (שהשביח אותה מקבל המתנה על חשבוננו) אין בעל חוב גובה משבחה כלום. אלא רואין כמה הייתה שווה בשעת מתנה וגובה. ואם שבחה מאליה בעל חוב גובה את כולה. ואם קיבל הנותן אחריות המתנה הרי בעל חוב גובה ממנה את השבח כדרך שגובה מן הלוקח".

בטעם הדבר שבמיקח ובמתנה שכתב לו עליה אחריות בעל חוב גובה מן השבח כותב הרמב"ם שמשמעות שטר האחריות הוא שעל דעת כן ירד הלוקח או מקבל המתנה. גם במתנה אין קבלת האחריות באה בתורת פיצוי. ההוכחה לכך היא שבמכר נקבעה ההלכה שאחריות טעות סופר כי חזקה היא שאין אדם מוציא מעותיו בחינם. האחריות היא אם כן פיצוי למעות שהוציא במכר זה. לעומת זאת סתם מתנה שלא כתב עליה אחריות אין אומרים אחריות טעות סופר.

נראה שאת מחויבות המוכר לאחריות אונסין ואת מחויבות הנותן לאחריות המתנה ניתן להשיג בשתי דרכים :

10. מלווה ולווה כא, ג, הובא בשו"ע חו"מ קטו, ג.

א. על ידי התחייבות המוכר לדאוג לכך שהמכר יעמוד בשופי ביד הלוקח. במקרה שמתברר שהדבר לא עלה בידו הוא יהיה חייב לפצות את הלוקח. על פי תפיסה זו קבלת אחריות אונסין אינה אלא הרחבה של האחריות הרגילה הכוללת את שלושת המרכיבים הנ"ל.

ב. על ידי התחייבות ישירה של המוכר לשלם במקרה של אונסין או במקרה שהמתנה תיטרף מיד המקבל.

אפשר שבכך תלויה מחלוקת הרמב"ם והטור באשר לשאלה האם המקבל על עצמו אחריות אונסין קיבל דווקא אחריות אונסין שמחמתו. דעת הרמב"ם היא שקבלת אחריות אונסין היא התחייבות נרחבת יותר לדאוג להעמדת המכר. לפיכך ברור שרק אונסין שמחמת המוכר נכללים בגבולות האחריות. לעומת זאת, דעת הטור, שמדובר כאן בהתחייבות ישירה לשלם, ומה לי אונסין מחמת המוכר מה לי אונסין שלא מחמת המוכר.

יתכן שאף האחרונים חולקים בדבר. המהרי"ט בתשובה כתב¹¹ "ומה שטענו עוד מדין אסמכתא ודבר שאין לו קצבה אין עניינו בזה. כלומר דלא נאמר זה אלא בדבר שאינו חייב. אבל מוכר שכותב לקונה לפרוע כל מה שיוציא בבתים שליחותיה קעביד בכל מה שבונה וסותר וסומך על אמונתו שמרשהו בכך"....

נחלקו בהבנת דבריו האחרונים. בקצות החושן¹² הבין שלדעתו הרמב"ם¹³ הסובר שאין אדם משתעבד לדבר שאין לו קצבה, יודה שהתחייבות הבאה בתורת פיצוי חלה אף בדבר שאין לו קצבה. וכך יש להבין את דינו של הרמב"ם¹⁴ שנותן מתנה המקבל על עצמו אחריות, חלה האחריות גם על השבח שהשביחה המתנה, למרות ששבח זה אינו קצוב. אין הכוונה, מסביר בעל קצות החושן, שישלם לו את כל השבח, אלא רק את הפיצוי על ההוצאות שהוציא עבור השבחת הקרקע, וכאמור התחייבות שעניינה פיצוי תקפה.

נחלק עליו בעל נתיבות המשפט¹⁵. לדעתו כוונת המהרי"ט היא כדברי המהרי"ש חיון¹⁶, שמודה הרמב"ם שהתחייבות שבה קיבל המתחייב תמורה להתחייבותו,

11. ח"ב חו"מ סוס"י קג.

12. סימן ס"ק ב.

13. מכירה יא, טז.

14. מלווה ולווה כא, ג.

15. סימן ס"ק ג.

16. בספר בני שמואל סימן ל. ודבריו הובאו במשנה למלך ה' מכירה פי"א ה"יז ד"ה כתב הרב פני משה.

חלה אף בדבר שאין לו קצבה, "דאגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה". התחייבות לאחריות אונסין במכר היא תמורת דמי המכר ולכן היא חלה גם על השבח אף על פי שאינו קצוב. מתנה שכתב בה הנותן אחריות סתמה מכר¹⁷, שכן אין אדם כותב אחריות על מתנה, ולכן אף כאן נתקבלה תמורה עבור ההתחייבות. לדעתו האחריות כוללת את כל השבח שהשביחה המתנה, כמו במכר, ולא רק את ההוצאות שהוציא הנותן להשביחה.

מסתבר כי שתי ההבנות בדברי המהרי"ט קשורות בתפיסה היסודית את אחריות המכר והמתנה. לדעת בעל קצות החושן אחריות היא בגדר פיצוי ולכן גם כאן נפרש אותה כפיצוי דווקא. לדעת בעל נתיבות המשפט אחריות זו היא התחייבות לתשלום ולכן גם כאן היא תתפרש כך.

2. חיוב אחריות בגנב וגזלן

כתבו הטור והמחבר¹⁸:

"תבעו הפיקדון וכפר בו מיד נעשה גזלן וחייב באונסין".

הרי שגזלן חייב באונסין. כך אמרו במסכת סנהדרין¹⁹:

"כי אוקימנא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוי אשואל".

בראשונים נראה שישנן שתי גישות בהבנת חיוב גנב וגזלן באחריות אונסין. תוספות²⁰ כתבו:

"ואין נראה לחלק כלל בין קניין גנב שאינו אלא להתחייב באונסין לשאר קניות, מדדרשינן לעיל²¹ גבי גנב 'אין לי אלא ידו, גגו חצירו וקרפיפו מנין' משמע דלא מחייב אלא במקום שראוי לקנות כי היכי דדרשינן²² 'ונתן בידה'".

לשיטה זו כתב הקובץ שעורים²³:

"ובירורן של דברים לפי הנראה לי דמיד בשעת הגזלה נקנית לו לאחר שיהא נפקע חיוב השבה. והזכות שיש לו בגזלה יכול למכור ולהוריש.

17. סמ"ע קה ס"ק ל.

18. רצד, א.

19. עב, ב.

20. ב"ק עט, א ד"ה או שהוציאו.

21. סה, א.

22. גיטין עז, א.

23. ב"ק אות טז.

ומאחר דשינוי רשות מפקיע חיוב השבה כמו שינוי מעשה ממילא חל הקנאתו (וקנה הלוקח את החפץ לגמרי ע"י מכירת הגזלן את זכויותיו בחפץ הגזול) דלעניין זה הוא בעלים משעת גזלה".

רוצה לומר מבחינה ממונית יוצר קניין הגזלה של הגזלן בעלות מלאה. לכן דרוש קניין גמור ולא די בקניין לחצאין. אולם בעלותו של הגזלן אינה ניתנת למימוש מלא עקב חיוב ההשבה המוטל עליו. עם זאת לא פקעה הזכות הבסיסית של בעלים באשר הוא - להעביר את בעלותו לאחר. הקונה את הגזלה מן הגזלן כבר אינו מחויב בהשבה, וממילא יש בידו לממש את כל הזכויות הנובעות מבעלותו על הגזלה.

היות שהגזלן קנה את החפץ לגמרי, מלבד הבעיה הצדדית של חיוב ההשבה המוטל עליו, ברור שאחריות אונסין תחול עליו ככל לוקח חפץ על מנת להחזירו.

תוס' בכתובות²⁴ מביאים בשם ר"י דעה שונה:

"והא דאמר בהמוכר את הספינה²⁵ דאביי ורבא דאמרי תרוויהו דמשיכה לא קניא ברשות הרבים, אומר ר"י דלא פליגי אדרבינא דהכא (הסובר שגנב שמשך ברשות הרבים קנה). דהא דקאמר דקני היינו לעניין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי".

לשיטת ר"י אין לגנב ולגזלן בעלות על החפץ שגנבו וגזלו שהרי לא עשו מעשה קניין. חיובם באחריות אונסין נובע מכך שהוציאו את החפץ מרשות הבעלים ומשלטונם. כאותה שאמר²⁶:

"גזל ולא נתייאשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו".

לפיכך, לשון הגמרא בסנהדרין²⁷ "כי אוקימנא רחמנא ברשותיה - לעניין אונסין", מדוקדקת.

ופירש רש"י:

"והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי אמר ליה נאנסו ומפטר, משום דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל ההנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס".

24. לא, ב ד"ה ברשות הרבים.

25. ב"ב פד, ב.

26. ב"מ ז, א.

27. עב, א.

מסתבר כי ככל שגדילה רמת הוצאתו של החפץ מרשות הבעלים כן תגדל רמת האחריות המוטלת על מי שהחפץ עתה ברשותו. לפיכך גנב וגזלן שהוציאו את החפץ לחלוטין משלטונו של הבעלים חייבים באחריות אונסין. לעומת זאת בשומרים רמת האחריות קטנה יותר מפני שהפקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמרייהו איתיה.

לסיכום, ניתן לומר שיתכנו שני מחייבים אפשריים לאחריות אונסין בגנב וגזלן :

1. א. הקניין שעשה הגזלן בשעת הגזלה מקנה לו את גוף הגזלה לעניינים שונים ולפיכך הריהו כבעל החפץ וכשנפסד נפסד לו.
2. ב. העובדה שהגנב או הגזלן הוציא את החפץ מרשות ומשלטון הבעלים לחלוטין ומעתה החפץ ברשותו, מחייבת אותו באחריות אונסין.

3. אחריות שומרים

משיכה בשומרים

במסכת ב"ק²⁸ מובא :

... "אתמר נמי אמר רבי אלעזר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים. תניא נמי הכי כדרך שתקנו כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים".

הראשונים נחלקו, לגבי מה תקנו חז"ל משיכה בשומרים. הרמב"ם²⁹ סתם וכתב: "כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים".

ופירש המגיד משנה בדעת הרמב"ם :

"ופירוש שאם היה משאיל חפץ לחברו כיוון שמשך השואל החפץ אין המשאיל יכול לחזור בו. וכן בנושא שכר שמתחייב השומר באונסין משעת משיכה ולא קודם".

ואע"פ שכאן סתם הרמב"ם, במקום אחר³⁰ כתב :

"השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאילתה".

חיוב המזונות הוא חלק ממחויבות השומר באחריות. כך מבואר במסכת בבא מציעא³¹ :

28. עט, א.

29. שכירות ב, ח.

30. שאילה ופקדון א, ד.

"נימא לבקרא זיל שלים אמר אנא בהדי תורי אוקמיתיה. אוכלא שדאי ליה לא הוא ידעינן דלא אכל (אני בין השוורים העמדתי. אוכל הנחתי לפניו. לא ידעתי שאינו אוכל). מכדי בקרא **שומר שכר דיתמי הוא איבעי ליה לעיוניה?** אי איכא פסידא ליתמי הכי נמי".

אם כן לדעת הרמב"ם תקנת חכמים שתקנו משיכה בשומרים היא לחייבו משעת משיכה באחריות השמירה.

אמנם תוספות³² והרא"ש³³ כתבו שלא תקנו חז"ל משיכה אלא לעניין שאחר שמשך השואל שוב אין המשאיל רשאי לחזור בו מלהשאילו. אך חיוב השומרים והשואל באחריות הוא משעה שנסתלקו הבעלים משמירה.

אחריות שומרים לשיטת תוספות והרא"ש

בספר מחנה אפרים³⁴ הקשה על שיטת תוס' והרא"ש הסוברים ששומר חנם ושומר שכר מתחייבים בחיובי השמירה בלי משיכה משום שעל פיו של זה סמכו הבעלים וסלקו שמירתו מעל חפצו.

"וצריך להבין מאיזה טעם קא מתחייב. דאי מדין ערב, אי אפשר לומר דהלא בזרוק מנה לים ואתחייב אני לך כתב הרא"ש ז"ל³⁵... כי לא מטי הנאה לשום איניש לא דמי לערב ולא קא מתחייב. ואפילו לדעת הרמב"ן ז"ל³⁶ דסבירא ליה בזרוק מנה לים דמתחייב הרי כתב דהיינו דווקא כשאמר לו בהדיא ואתחייב אני לך הא לאו הכי לא מתחייב. והכא גבי שומר שלא אמר ואתחייב אני לך כי אם אמר לו ואני אשמור במה מתחייב".

נראה מדברי בעל המחנה אפרים שהוא נוטה לומר שלשיטת תוס' והרא"ש אחריות השומרים נובעת מהתחייבותם לשמור. אלא, שהוקשה לו הרי התחייבו רק לשמור ולא לשלם. אמנם יש להשיב על כך שאחר שירדה התורה לסוף דעתו של שומר חנם שהוא מוכן לשלם במקרה של פשיעה וכן שומר שכר³⁷ במקרה של גניבה ואבדה הרי התשלומים בכלל ההתחייבות לשמור³⁸. ואף בדעת הרא"ש יש לומר שלא הצריך

31. מב, ב.

32. ב"מ צט, א, ד"ה תקנו.

33. ב"מ פ"ח סימן טו.

34. שומרים ז.

35. קידושין פ"א סימן יג.

36. קידושין ח, ב.

37. תוס' כתובות נו, א, ד"ה הרי זו.

38. נתיבות המשפט סימן שדמ סוסי"ק א.

שתגיע הנאה ללווה אלא בהתחייבות כעין הערב, מאחר ש"ההיא הנאה" אינה תמורה גמורה להתחייבותו של הערב. על כרחנו שהתחייבותו היא כנגד ההלוואה והוא כמכניס עצמו תחת הלווה וכשאין לווה ואין חובת פרעון אין מקום להתחייבות הערב. לעומת זאת התחייבות השומר היא הרחבה של חובתו להשיב את הפיקדון לפיכך כל זמן שהעיקרון קיים אפילו לא משכו יכול לומר הריני כאילו התקבלתי. מעין עקרון זה כתב הש"ך³⁹ לגבי שומר חנם שמתנה להיות כשואל בדברים בלבד "דהוא כאילו אמר הריני שואל, דומה להריני כאילו התקבלתי". אמנם גם כדי להתחייב התחייבות כזו צריכה לבוא בתמורה הנאה, כאותה שאמרו⁴⁰ לגבי מתנה שואל חנם להיות כשואל:

"בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה".

כשמדובר בשומר שטר פשוט הדבר שיכול הוא להתחייב בהנאת שטר השמירה. השאלה אם הנאה כזו ישנה אף במתחייב להיות שומר חנם, תלויה בשני התירוצים בתוספות פרק הזהב⁴¹. בפתחי תשובה⁴² כתב שמסקנת הפוסקים היא שאין חילוק בין התחייבות להיות כשואל לבין התחייבות להיות כשומר ובשניהם קיימת הנאה. אף בספר שער משפט⁴³ מצדד באפשרות כזו שחיוב השומרים באחריות נובע מהתחייבות. כך מוכח גם מתשובת הרא"ש⁴⁴.

בספר קצות החושן⁴⁵ כתב בדעת התוספות והרא"ש שחיוב השומרים באחריות נובע מהתחייבותם לשמור והקניין שנותן תוקף להתחייבות זו הוא התחלת השמירה שהיא כתחילת מלאכה המהווה קניין בשכירות פועלים. אכן לגבי שומר חנם הדבר צריך עיון שהרי כתב הרמ"א⁴⁶:

"פועל שעושה בחינם עם בעל הבית יכול לחזור אפילו בדבר האבוד".

39. שא ס"ק ז.

40. ב"מ צד, א.

41. ב"מ נח, א, ד"ה א"ר יוחנן. אם ההנאה האמורה בשומר חנם המתנה להיות כשואל היא שהעולם סבורים שהשאל לו, יש לומר שהנאה כזו אינה קיימת במתנה להיות כשומר חנם. אך אם ההנאה היא מעצם היות השומר נאמן למפקיד הרי אף במתנה להיות כשומר חנם קיימת הנאה כזו.

42. רצא, ס"ק כב.

43. סו ס"ק כב.

44. כלל א סימן ה; הובאה גם בטור ובמחבר סוף סימן שטו.

45. שז, א.

46. שלג, ה בהגהה.

וטעמו של דבר הוא שבפועל העושה בחינם אין תחילת המלאכה מהווה קניין לפיכך אינו מתחייב כלל לעבוד ולכלל היותר ניתן לחייבו כדין מזיק אך לא כתוצאה מהפרת התחייבות⁴⁷.

אחריות שומרים לשיטת הרמב"ם

בשיטת הרמב"ם, הפוסק שתקנו משיכה בשומרים, כתב בקצות החושן שם: "אמנם נראה לעניות דעתי דמשיכה בשומר חינם ושומר שכר אף על גב דלא קנו שום דבר".

לכאורה כוונתו שהשומר קונה את החפץ לעניין חיובו באחריות, מעין קניין גוף לפרות. אלא שאם כן דבריו תמוהים שכן בקניין גוף לפרות מדובר שהקונה קונה לעצמו **זכויות** מסוימות בחפץ אך קשה להסביר קניין גוף לאחריות כקניין גוף לפרות שהרי באחריות הקונה רק מתחייב ואינו זוכה בכלום. היות שהקצות משווה את קניין השומרים לקניין גב וגזלן נראה שישנן שתי אפשרויות להבין את דבריו, על פי שתי ההבנות שהעלינו לעיל לגבי חיוב גב וגזלן באחריות.

האפשרות הראשונה היא לומר שכשם שגב וגזלן קונים בשעת המשיכה קניין גמור, לעניין שינוי ולעניין ייאוש ושינוי רשות, וכתוצאה מכך נחשב החפץ שלהם לעניין אונסין כך יש לומר בשומר. גם לגבי קניין השומר את הכפל אמר רבא⁴⁸: "נעשה כאומר לו לכשתיגבב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו".

ונפקא מינא לעניין הקנאת הכפל כמובא שם וכן לעניין מצב שבו יתייקר הפיקדון אחר שהשומר שילם שיוקר זה שייך לשומר כמובא שם בהמשך הסוגיה⁴⁹. היות שהשומר נחשב כלוקח לעניין כפל ויוקר יש לומר שהתורה עשתה את החפץ כשלו לעניין חיוב באחריות.

אפשרות שניה היא לומר שאין מדובר כאן כלל בקניין בחפץ, ומה שכתב הקצות "דהוי ליה קניין להתחייב על החפץ באחריות" כוונתו היות שהחפץ הוא ברשות השומר, מצב זה עצמו מחייב את השומר באחריות⁵⁰.

47. באור הגר"א שם ס"ק לו.

48. ב"מ לד, א.

49. לה, א, במעשה דכיפי.

50. עיין יסודי המשפט העברי, גולאק, חלק א פרק שמיני. בפירוט דן בנושא הקניין בשומרים ד"ר איתמר ורהפטיג בספר הזיכרון לרב יצחק ניסים - "הלכה ומשפט".

כזכור לגבי אחריות אונסין בגנב וגזלן העלינו, שאם המחייב הוא יחס הרשות אזי אין צורך בקניין גמור ודי במשיכת הגניבה לרשות הרבים. לעומת זאת, בשומרים האפשרות שלפיה המחייב באחריות הוא יחס רשות היא על פי שיטת הרמב"ם שחז"ל תקנו משיכה גמורה בשומרים. אכן אין סתירה בין השניים. בגנב וגזלן נוצר יחס הרשות בניגוד לרצון הבעלים, לפיכך מיד כאשר יצא החפץ מרשות הבעלים הרי הבעלים אבדו את שלטונם בחפץ כמובא במסכת בבא מציעא⁵¹.

"גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו. זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו".

לעומת זאת יחס הרשות בשומרים נוצר במקביל ליחס הרשות שעדיין יש לבעלים בחפץ שהרי הבעלים יכולים להקדישו ולהשכירו ומרצונם הכניסו הבעלים את החפץ לרשות השומר. במצב כזה בכדי ליצור יחס הרשות על השומר למשוך את החפץ המופקד בידו משיכה גמורה.

לסיכום, ניתן לומר כי ישנם שלושה מחייבים אפשריים באחריות השומרים:

1. א. התחייבות השומר עצמו באחריות הפיקדון - הבנת האחרונים בשיטת תוספות והרא"ש.
 2. ב. הבעלות החלקית לעניין כפל ויוקר שיש לשומר בחפץ, עושה אותו כבעלים גם לעניין הפסד החפץ.
 3. ג. יחס הרשות של השומר לחפץ מחייב אותו באחריות.
- אמנם שונה הוא יחס הרשות בשומר מיחס הרשות בגזלן. בעוד שבאחרון יחס הרשות הוא מחייב בלעדי באחריות, הרי לגבי שומר, מבוסס החיוב על הסכמת השומר להתחייב בחיובי השמירה עקב היות הפיקדון ברשותו.
- שתי האפשרויות האחרונות עולות מפירוש בעל קצות החושן את שיטת הרמב"ם.

4. אחריות שואל באונסין

האם אחריות זו היא חלק מהסכם השמירה או חיוב עצמאי

במסכת בבא מציעא⁵² מובא:

"תנו רבנן שמור לי ואשמור לך השאיליני ואשאלך שמור לי ואשאלך השאילני ואשמור לך כולן נעשו שומרי שכר זה לזה. ואמאי שמירה

51. ז, א.

52. פא, א.

בבעלים היא? אמר רב פפא דאמר ליה שמור לי היום ואשמור לך למחר".

ופירש רש"י:

"שמירה בבעלים היא - אשמור לי ואשמור לך קאי שניהם זה במלאכתו של זה אבל השאילני כליך ואני אשאיל לך כליי, שמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך אין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר".

לכאורה שיטת רש"י שהשאילני ואשאילך אינם נעשים שומרים זה לזה תמוהה שהרי כל אחד מהם נעשה שואל מחברו ומחויב בחיובי השמירה.

שני תירוצים נאמרו באחרונים בישוב קושיא זו על שיטת רש"י. בספר נתיבות המשפט⁵³ כתב שטעמו של רש"י הוא ששמירת השואל את החפץ המושאל לו אינה לטובת הבעלים אלא לטובתו עצמו בלבד שהרי כל ההנאה שלו. לכן לא ניתן להתייחס לשואל כאל מי שמשועבד לבעלים לעניין חיובי שמירה ועל כן לא שייך גם לפטור את שכנגדו מטעם שמירה בבעלים. לדעת בעל הנתיבות אם כן חיוב האחריות בשואל נובע מכך שהחפץ הוא כשלו ולפיכך כאשר נפסד החפץ חל הפסד עליו. כך לשיטת רש"י.

הקובץ שעורים⁵⁴ כותב שטעמו של רש"י הוא שחיוב האחריות בשואל אינו נובע מחיובי השמירה. אין על השואל חיובי שמירה כלל. חיובו באחריות אונסין הוא כגנב וגזלן. אף לתירוץ זה נראה כי חיוב האחריות בשואל הוא מפני שהחפץ כקנוי לו לעניין תשמישים וכהבנת הקובץ שעורים את חיוב האחריות בגנב וגזלן⁵⁵.

הרמב"ם⁵⁶ סבור שאף השאילני ואשאילך הרי זו שמירה בבעלים. לשיטתו, אם כך, שואל משועבד לבעלים כשומר. כך מבין הקובץ שעורים גם בדעת תוספות במסכת כתובות⁵⁷ ובדעת הרמב"ן והריטב"א⁵⁸. לשיטה זו כאשר השואל תחילתו בפשיעה וסופו באונס הריהו מחויב כשעת פשיעה כאשר האונס מחמת הפשיעה ככל שומר אחר. לעומת זאת לשיטת רש"י אף שהאונס מחמת הפשיעה, לעולם לא יתחייב אלא כשעת האונס, כגנב וגזלן.

53. שה ס"ק ב.

54. כתובות אות קכו.

55. ב"ק אות טז.

56. שכירות י, ב.

57. לד, ב, ד"ה אבל.

58. שם.

בנתיבות המשפט⁵⁹ כותב בדעת הרמ"א כהבנתנו בשיטת רש"י וזה לשונו :
"אמנם דעת הרב נראה מדסתם ולא הגיה לעיל בסימן ש"ה גבי שומר
שכר ובסימן רצ"א גבי שומר חנם... דלאחר שבא השמירה לידו אינו
יכול להתנות (להיות פטור מאחריות) נראה דדעת הרב לחלק דדוקא
בשואל שיש לו קניין בגוף החפץ, דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא
וכיוון שהוא בתוך הזמן צריך לעשות קניין חדש, דהאונסין דחייביה
רחמנא לשואל אינו מטעם חיוב שמירה דהא מאונסין אינו יכול
לשמור. רק הטעם **דעשאו רחמנא כשלו בתוך ימי השאלה לעניין
דכשנאנס אמרינן דדידיה נאנס**"...

ברור שאין כוונתו שהשואל יצא מכלל דיני השעבוד לדיני קניין פרות והחפץ השואל
הוא כשלו לעניין תשמישין שהרי קיימא לן⁶⁰ "אין השואל רשאי להשאל". בטור⁶¹
כתב :

"ומה הפרש יש בין קונה שדה זו לפרותיה ובין השוכר שדה מתברו...
השוכר אינו רשאי להשכיר והקונה מקנה כל מה שקנה".

הדין שאין השואל רשאי להשאל, שאין חולק עליו, הוא תוצאה של מעמד השואל,
שאינו קונה את החפץ השואל לפרותיו ואין לו בחפץ אלא שעבוד לשימוש.
לפיכך יש לומר **שהתורה** עשתה את החפץ כשל **השואל**, לשיטה זו, על בסיס עיקרון
ההדדיות רוצה לומר היות שכל ההנאה היא של השואל דין הוא שאף החיובים
הקשורים בחפץ המושאל יחולו עליו.

ניתן לסכם ולומר ששתי הבנות ישנן באשר למסגרת בה נכלל חיוב השואל באחריות
אונסין :

א. זוהי תוצאה של הסכם השמירה, כאשר מן השואל נתבעת שמירה יתירה,
אפילו מפני אונסין.

ב. מדובר בחיוב עצמאי שאינו חלק מהסכם השמירה והוא תוצאה של הזכויות
הנרחבות המוענקות לשואל בחפץ המושאל.

59. שדמ ס"ק א.

60. ב"מ נט, א : טור ושו"ע שמב, א.

61. ריב, ז.

הגורם המחייב שואל באחריות אונסין

את חיוב האחריות בגנב וגזלן תלינו⁶² בשתי הדעות בתוספות לגבי המשיכה הדרושה כדי להתחייב.

הדעה הגורסת שחיוב האחריות נובע מקניין הגזלה מצריכה משיכה גמורה, בסמטה. לעומת זאת לדעה הגורסת שחיוב האחריות נובע מיחס הרשות, די בקניין חלקי - משיכה לרשות הרבים⁶³.

בדומה לכך פירשו תוספות לגבי משיכה של שואל⁶⁴:

"כיוון שיצאתה מתחת משאיל נתחייב שואל באונסין' - לכאורה נראה דמיירי שיצאתה מיד לסמטה או לצידי רשות הרבים דחשיב כאילו משכה שואל. אבל יצאתה מיד לרשות הרבים לא, כיוון דמשיכה אינו קונה בר"ה... ועוד יש לומר דהכא מיירי אפילו יצאת מיד לרשות הרבים, דלענין להתחייב באונסין קניא משיכה ברשות הרבים אף על גב דלא קניא לענין מיקח"...

אף כאן נראה שלדעה המצריכה משיכה גמורה בשואל טעמו של דבר הוא שהתורה עשתה את החפץ כשלו לענין חיוב אונסין ועל כן על המשיכה להיות בסמטה כמו בקניין. אולם לדעה השניה שאינה מצריכה משיכה גמורה מקור חיוב השואל באונסין הוא יחס רשות, כלומר, היות החפץ ברשותו מחייב אותו באחריות. לשיטה זו יש לחלק בין חיוב השומרים באחריות, שם כתבנו שאם המחייב הוא יחס הרשות דרושה משיכה מעולה, לבין חיוב השואל באחריות מחמת יחס הרשות שבו די במשיכה חלקית. ההבדל נובע מכך שבשואל החפץ נחשב ברשותו לא רק מחמת היותו בפועל ברשותו אלא גם מחמת היות החפץ המושאל משועבד לשואל. השעבוד נוצר מיד כשיצא החפץ מרשות המשאיל ליד השואל או שלוחו כנזכר במשנה פרק השואל⁶⁵ לכן משעה זו מחויב השואל באחריות אונסין.

לסיכום, נראה כי בשואל ישנם שני מחייבים אפשריים באחריות אונסין:

1. א. התורה עשתה את החפץ המושאל כחפץ של השואל לענין אחריות אונסין שמאחר שכל ההנאה שלו דין הוא שגם כל החיובים יהיו שלו.

62. בסעיף 2 בפרקנו.

63. עיין יסודי המשפט העברי, גולאק, פרק ה סעיף 40.

64. ב"מ צט, א, תוד"ה כיוון.

65. ב"מ צח, ב.

2. ב. יחס הרשות של השואל בחפץ, הנובע הן מכך שהחפץ בפועל ברשותו, והן מכך שלבעלים אין במשך תקופת השאילה כל רשות ושליטה בחפץ המושאל, הוא המחייב את השואל באחריות אונסין.

5. מחויבות באחריות כתוצאה מהתחייבות

במסכת בבא מציעא מובאים שני מקרים של מחויבות באחריות כתוצאה מהתחייבות עצמית.

1. בסוף פרק השוכר את הפועלים⁶⁶ :

”מתנה שומר חינם להיות כשואל”.

הגמרא שם מעלה שתי אפשרויות שעל ידן ניתן לתת תוקף משפטי להתחייבות. לדעת שמואל מדובר בשקנו מידו (קניין סודר) להתחייב בכך. לדעת רבי יוחנן אין צורך בקניין, שבאותה הנאה שיוצא על השומר קול שהוא אדם נאמן, גומר בדעתו להשתעבד.

2. בפרק הזהב⁶⁷ :

”השוכר את הפועל לשמור את הפרה (פרה אדומה) לשמור את

התינוק לשמור את הזרעים (למנחת העומר, עד שלא נתלשו) אין

נותנים לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו”.

מקשה הגמרא : והרי שומרי עבדים, שטרות וקרקעות פטורים מאחריות?

”אמר רב ששת בשקנו מידו. וכן אמר רבי יוחנן משקנו מידו”.

תוספות⁶⁸ תמהים מדוע לגבי שומר חינם המתנה להתחייב כשואל מסתפק רבי יוחנן בההיא הנאה ואילו בשומרי עבדים שטרות וקרקעות המתנים להתחייב דרוש לדעתו קניין. שתי תשובות בדבר לדעתם :

א. שומרי עבדים, שטרות וקרקעות אינם מלכתחילה בכלל דיני השומרים, ואם רצונם ליצור חיוב חדש לגמרי, דרוש קניין.

ב. בשומר המתנה להתחייב כשואל ישנה הנאה ייחודית שהעולם סבורים שהשאל לו ולכן דווקא שם משתעבד בההיא הנאה.

הש”ך⁶⁹ מביא תשובה נוספת להבדל בין תנאי שומר להיות כשואל לבין שומרי עבדים שטרות וקרקעות שהתחייבו באחריות. שומר המתנה להיות כשואל הריחו

66. צד, א.

67. נח, א.

68. שם ד”ה אמר רבי יוחנן.

כאומר הריני כאילו קיבלתי את החפץ בהשאלה אלא שאני מוחל על זכות השימוש בחפץ. מה שאין כן שומרי עבדים, שטרות וקרקעות אפילו יהיה דין שואל עליהם עדיין הם פטורים מאחריות.

להלכה פסקו הרמב"ם⁷⁰ והשולחן ערוך⁷¹ ששומרי עבדים, שטרות וקרקעות שקנו מידם להתחייב באחריותם חייבים.

כמו כן פסק השולחן ערוך⁷² כרבי יוחנן שמתנה שומר חינם להיות כשואל בדברים בלבד בלא קניין וכך פסק גם הרמב"ם⁷³.

לגבי החילוק בין שומרי עבדים, שטרות וקרקעות לתנאי שומר חינם להיות כשואל כתב הפתחי תשובה⁷⁴ שרוב הפוסקים הסכימו שלא כתירוץ השני בתוספות ועל כן שומר חינם המתנה להיות כשומר שכר מתחייב בכך בדברים בלבד בההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאיניש מהימן הוא.

בדומה למה שכתבנו בהתחייבות לאחריות⁷⁵ מכר, נראה שגם כאן ניתן להבין את מבנה ההתחייבות בשתי צורות:

1. א. ההתחייבות היא לדאוג לכך שהעבדים או השטרות והקרקעות יושבו בשלמותם לבעלים. כתוצאה מכך אם הופרה ההתחייבות על המתחייב לפצות את הבעלים ולשלם לו.

2. כך הבין זאת ערוך השולחן ולכן כתב⁷⁶ שהמתחייב חייב גם בשבועות השומרים יחד עם חיובו לשלם במקרה שלא שמר כראוי.

3. ב. ההתחייבות היא לשלם אך היא תלויה בתנאי, והמתחייב לא ישלם אלא אם יאבד הרכוש או השטרות שנמסרו לו לשמירה.

4. כך הבין הש"ך⁷⁷ ועל כן כתב שההתחייבות היא התחייבות על תנאי ובזו מודה גם הרמב"ם שאין אפשרות להתחייב באמירה בלבד ודרוש גם קניין כדי לתת תוקף להתחייבות, אף שלשיטתו חיוב חד משמעני ניתן להחיל באמירת הוו עלי עדים.

69. שא ס"ק ט.

70. שכירות ב, א.

71. שא, ד.

72. רצא, כז.

73. שאילה ופקדון ב, טו.

74. רצא ס"ק כב.

75. השאלה אם התחייבות תקיפה מן התורה או מדרבנן תידון בפרק יצירת התחייבות בת תוקף.

76. שא, ה.

77. שא ס"ק ז.

6. סיכום

לסיכום סקירה זו ניתן לומר שישנם שלושה מחייבים אפשריים באחריות :

1. א. תפיסת מקבל האחריות **כבעלים** על הרכוש כך שכאשר הרכוש או החפץ נפסד, נזקף ההפסד לחובת מקבל האחריות.
2. ב. **יחס הרשות** של האחראי על החפץ הוא המחייב אותו באחריותו. יחס זה יכול להיות תוצאה של אחד משלושה גורמים אפשריים :
 1. הסכמה לקבל את החפץ לרשותו ולאחריותו, כשומרים.
 2. שעבוד החפץ לאחראי לשם שימוש בו מכניס אותו לרשותו גם לעניין אחריות, כשואל.
 3. הוצאת החפץ מרשות הבעלים שלא בדיון, מחייבת את הגנב והגזלן באחריות, מאחר שבפועל יצא החפץ לחלוטין משלטונם של הבעלים עד שאין ביכולתם אפילו להקדישו.

1. ג. גם ללא כל מחייב אחר יכול אדם **להתחייב מעצמו** באחריות.

לכאורה ההבנה הרווחת יותר לגבי מחויבות חברת הביטוח באחריות היא שזו תוצאה של התחייבות עצמית של חברת הביטוח, כך כותב הריב"ש⁷⁸ :

... "כעין קנס הוא **שמתחייב עתה** בכל המאה ליטריין באבוד הספינה".

הבנה זו של חיוב חברת הביטוח באחריות נותנת לנו תחום רחב של ענפי ביטוח שניתן לבנות אותם על התחייבות החברה.

בענפי ביטוח מסוימים ניתן להבין את המחויבות באופן אחר. הרדב"ז⁷⁹ דן באופן כללי באיסורי ריבית הקשורים להסכמי ביטוח סיכונים. זהו ענף הביטוח הנפוץ באותה תקופה והוא מתקשר בעיקר להובלת סחורה בדרך היס. בהקשר זה כותב הרדב"ז :

"אלא דרך האחריות הוא שזוכה בסחורה והרי היא כאילו היא שלו לאחריות".

כבר הזכרנו שבעל קצות החושן⁸⁰ מתבטא בדרך דומה, אלא שקשה מאוד להבין את קניין החפץ לעניין חיוב באחריות כקניין חפץ לזכויות שימוש. הדרך היחידה שבה ניתן להבין את חיוב האחריות כתוצאה של בעלות על החפץ המבוטח היא אם נראה

78. סימן שח.

79. ח"א סימן שנט.

80. שז ס"ק א.

את מקבל האחריות כקונה את החפץ ליוקרא, היינו שאם ישלם לבעלים ואחר כך ימצא הרכוש המבוטח ולפי ההסכם הוא שייך לחברת הביטוח הרי אם יתייקר בינתיים זכתה בכך חברת הביטוח. בהקשר שבו מובאים הדברים בתשובת הרדב"ז הבנה זו מופרכת שכן מדובר באחריות על הובלת סחורה בספינה. האפשרות שהסחורה תאבד היא על ידי טביעת הספינה או לחילופין ע"י שוללים. בשני המקרים הסיכוי שמקבל האחריות יזכה בסחורה חזרה, אינו קיים. מסתבר אם כן שכוונת הרדב"ז היא שמקבל האחריות מחויב מאחר ואנו רואים את הסחורה שבספינה כנמצאת ברשותו.

בדומה לכך כתב בשו"ת בית אפרים⁸¹:

"שזה המבטיח (מקבל האחריות) הוא עיקר המקבל את הסחורה מן הסוחר. ואף שבעל החבילה (הספינה) הולך לקחתה מבית הסוחר מכל מקום כיוון שאין הסוחר נותנה לו בהקפה על אחריותו רק על פי השטר חוב (שטר האחריות) מהמבטיח, אם כן איהו (בעל הספינה) אינו רק שליח של המבטיח והסוחר דינו עם המבטיח".

בעל הבית אפרים רואה את המבטח כאילו קיבל את הסחורה **לרשותו** והוא זה שמוביל אותה בספינה, ויחס הרשות הזה הוא הגורם למחויבותו.

תתכננה השלכות הלכתיות לשאלה אם נתפוס את האחריות כתוצאה של התחייבות לבין אם נתפוס אותה כנובעת מיחס הרשות.

שתיים מהן:

- א. אם האחריות היא תוצאה של התחייבות אזי כדי לתת לה תוקף צריך המבוטח לקנות את ההתחייבות ממקבל האחריות ע"י קניין סודר, כלומר המבטח יאחז בסודר וחליפי הסודר יקנה שעבוד לאחריות למבוטח. לעומת זאת אם המבטח צריך לקבל לרשותו את הרכוש המבוטח הריהו כשומר ולדעת הרמב"ם והמחבר דתקנו משיכה בשומרים עליו למשוך את הסחורה המבוטחת.
- ב. אם האחריות נובעת מיחס הרשות אזי עיקרון **זיקת הביטוח**, לפיו אין אדם יכול לבטח רכוש שאינו שלו, אינו תנאי נוסף על הסכם הביטוח הבסיסי, אלא חלק בלתי נפרד ממנו. שכן חברת הביטוח לא תוכל לקבל לרשותה את החפץ המבוטח וליצור כלפיו יחס הרשות, אלא מן הבעלים עצמם, או מבאי כוחם. לעומת זאת אם האחריות היא תוצאה של התחייבות אזי עיקרון זיקת הביטוח הוא תנאי חיצוני לתחולת ההתחייבות.

81. חו"מ סימן לד.

פרק ראשון : האחריות במשפט העברי

היות שהבנת אחריות חברת הביטוח כנובעת מיחס הרשות נוגעת למגזר מצומצם של ביטוח רכוש כאשר הרכוש צריך להיות מיטלטלין דווקא נראה כי לעניינינו ניתן להתעלם מאפשרות זו ולהתייחס לאחריות כנובעת מהתחייבות חברת הביטוח. כך היא בפשטות כוונת המבוא לפוליסת הביטוח⁸².

82. עיין שו"ת שו"מ מה"ת ח"ג סימן קכח-קכט; מהרש"ם ח"ב סימן ריא; או"ש שכירות פ"ה ה"ו; מנחת יצחק ח"ב סימן עו, אז, ועוד.

יצירת התחייבות בת תוקף

כללי

חוזה ביטוח הוא התחייבות של חברת הביטוח למבוטח, בכפוף לתנאי החוזה. תמורת התחייבות זו משלם המבוטח פרמיה לחברת הביטוח. בפרק זה ננסה לברר את מידת ההתאמה של חוזה ביטוח על פי תכנון וצורתו לתנאים הנדרשים על פי המשפט העברי בכדי להעניק תוקף להסכם מסוג זה.

הדיון יתמקד בשני נושאים:

1. עקרונות כלליים באשר לאופן שבו ניתן ליצור התחייבות בת תוקף.
2. הצורך במעשה קניין בחוזה בכלל ובחוזה ביטוח בפרט, בכדי להעניק לחוזה תוקף משפטי.

1. יצירת התחייבות

כללי

אבי אבות ההתחייבות בתלמוד הוא הערב. כך כותב הרמב"ם¹:
"המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב... שהרי חייב עצמו וגמר ושעבד עצמו כמו שישתעבד הערב. וכזה הורו רוב הגאונים".

המקור לכך שערב משתעבד, מובא במסכת בבא בתרא²:
"אמר רב הונא מנין לערב שמשתעבד דכתיב³ 'אנכי אערבנו מידי תבקשנו'. מתקיף לה רב חסדא הא קבלנות היא דכתיב 'תנה אותו על ידי ואני אשיבנו', אלא אמר רבי יצחק מהכא 'לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו'⁴ ואומר 'בני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפיך נוקשת באמרי פיך נלכדת באמרי פיך עשה זאת אפוא בני והנצל כי

1. מכירה, יא, טו.
2. קעג, ב.
3. בראשית מג.
4. משלי כ.

באת בכף רעך לך והתרפס ורהב רעיד⁵. אם ממון יש לו בידך התר לו פיסת יד ואם לאו הרבה עליו רעים".

האחרונים נחלקו בשאלה האם התחייבות שאדם מקבל על עצמו כאשר לא היה חייב מקודם תקפה מן התורה או רק מדרבנן. בנתיבות המשפט⁶ כתב שתקפה של התחייבות שאדם מחייב את עצמו הוא מן התורה. לפיכך מכירת שטר כזה בכתיבה ומסירה אף היא מן התורה למאן דאמר מכירת שטרות דאורייתא. בעל קצות החושן נחלק עליו שם בספרו משובב נתיבות וסובר שהתחייבות תקפה מדרבנן בלבד.

אף לגבי האופן שבו ניתן להתחייב נחלקו הראשונים ומחלוקת זו תלויה בפירוש סוגיה בכתובות⁷:

"אתמר האומר לחברו חייב אני לך מנה רבי יוחנן אמר חייב וריש לקיש אמר פטור. היכי דמי אי דאמר להו אתם עדיי מאי טעמא דריש לקיש דקא פטר. אי דלא אמר להו אתם עדיי מאי טעמא דרבי יוחנן דקא מחייב. לעולם דלא קאמר להו אתם עדיי והכא במאי עסקינן דאמר ליה חייב אני לך מנה בשטר. רבי יוחנן אמר חייב, אלימא מלתא דשטרא כמאן דאמר להו אתם עדים דמי. ריש לקיש אמר פטור, לא אלימא מלתא דשטרא".

ונפסקה ההלכה כרבי יוחנן. אך הראשונים נחלקו בפירוש הסוגיה וממילא נחלקו במסקנות הנובעות מן הסוגיה. ושלוש דעות ישנן:

א. לדעת הרמב"ם ניתן ליצור התחייבות אף בלא קניין, באמירה בעלמא, בפני עדים, וכל שכן על ידי כתיבת שטר התחייבות. כך הוא כותב⁸:

"כיצד, האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה, אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אף על פי שלא אמר אתם עדי הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו וגמר ושעבד עצמו כמו שמשמעבד הערב".

5. משלי י.

6. סימן סו ס"ק כג.

7. קא, ב.

8. מכירה יא, טו.

ב. לדעת רבנו תם, הרמב"ן והרשב"א, אף על פי שאין צורך בקניין כדי להתחייב, מכל מקום לא ניתן להתחייב בדברים בעלמא, אלא, צריך המתחייב לכתוב שטר. כך כותב הרא"ש⁹:

"ורבנו תם פירש דלא איירי בהודאה (שלא כפירוש רש"י), אלא בשכתב לו בכתב ידו אני פלוני חייב לך מנה ומשעבד עצמו להתחייב לו מנה בזה השטר. רבי יוחנן סבר אלימא מלתא דשטרא להתחייב לו ממון כאילו הודה לו בפני עדים ואמר אתם עדי. ואין לתמוה היאך מתחייב בשטר זה הא אין מיטלטלין נקנין בשטר, דהואיל וטרח למכתב בלשנא דחיובא גמר ומשעבד נפשיה שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדאמרינן בסמוך. והכא נמי מתוך שטרח ליתן לו שטר גמר ומקני ודווקא מיטלטלין המיוחדים אינן נקנין אלא במשיכה אבל שעבוד וחוב מהני בשטר".

וכך פירשו גם הרמב"ן והרשב"א¹⁰.

ג. דעה שלישית היא דעת רש"י¹¹ הסובר שלא ניתן להתחייב במה שלא היה חייב קודם, לא באמירה ואף לא בשטר אלא בקניין בלבד. ולדעתו סוגיה זו אינה עוסקת בהתחייבות חדשה, אלא, בהודאה במה שכבר היה חייב.

להלכה פסק המחבר¹² כרמב"ם.

נחלק עליו הש"ך¹³ ופסק שהעיקר כרבנו תם וסיעתו וכתב שכן היא דעת הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א וכן דעת תוספות והרא"ש.

ובשלטי הגיבורים פסק כרש"י והש"ך דחה את דבריו.

אכן בנתיבות המשפט¹⁴ כתב שהמוחזק יכול לומר קים לי. ומשמעות דבריו שהמתחייב יכול לומר גם קים לי כרש"י שבלא קניין אין ההתחייבות חלה¹⁵.

לכל האמור לעיל יש להוסיף את הבנת הש"ך בדעת הרמב"ם. הרמב"ם כותב לגבי ערב לאחר מתן מעות¹⁶:

9. כתובות פרק יב סימן ב.

10. כתובות קא, ב.

11. שם.

12. מ, א.

13. סימן מ ס"ק ב.

14. שם חידושים ס"ק ג.

15. אמנם הגרי"א הרצוג בתשובות ופסקים חח"מ סימן כח כתב ששיטת רש"י דחוייה ומאחר שאינה מוזכרת כלל בשו"ע אין המוחזק יכול לטעון קים לי כרש"י. ברם מסתבר כי יש לחוש כאן לדעת בעל הנתיבות.

"המלווה את חברו ואחר שהלווה אמר לו אחד אני ערב, או שתבע את הלווה בדין ואמר לו אחר הנח ואני ערב, או שהיה חונק את חברו בשוק ליתן לו ואמר לו הנח ואני ערב - אין הערב חייב כלום.... **ואם קנו מידו שהוא ערב ממון זה ... - נשתעבד**".

מדין זה למד הש"ך¹⁷ שאף לשיטת הרמב"ם במקרה של התחייבות על תנאי דרוש קניין בכדי להעניק להתחייבות תוקף משפטי.

בבואנו אפוא לדון ביצירת התחייבות בת תוקף בכלל ובתקפו של חוזה הביטוח בפרט עלינו לצאת ידי כל שיטות הראשונים כפי שעולה מדברי בעל נתיבות המשפט הנ"ל.

2. הקניין

כללי

הוכחנו לעיל שמטעמים שונים חוזה ביטוח וחוזים הדומים לו זקוקים לקניין כדי לקבל תוקף בדיני ישראל:

1. שיטת רש"י שהתחייבות אינה חלה ללא קניין.
2. שיטת רבנו תם, הרמב"ן והרשב"א שהתחייבות אינה חלה ללא כתיבת שטר עליה (אף שלדעתם ניתן להתחייב ללא קניין).
3. הבנת הש"ך בדעת הרמב"ם שכל התחייבות על תנאי זקוקה לקניין.

בפרק זה נדון בשאלה כיצד צריך הקניין להתבצע והאם בחוזה הביטוח המצוי יש משום קניין הנותן תוקף להתחייבות חברת הביטוח על פי דיני ישראל.

חוזה הביטוח כשטר התחייבות

- את השאלה האם חוזה ביטוח מועיל כשטר התחייבות יש לחלק לשני חלקים:
- (1) האם יש לחוזה ביטוח תוקף של שטר למרות שלא חתומים בו עדים.
 - (2) אם אכן יש לו תוקף כזה האם יש בכך בכדי ליצור התחייבות בת תוקף של החברה כלפי המבוטח בהתאם לתנאים המפורטים בחוזה.

לגבי תקפו של שטר ללא חתימת עדים, משנה שלמה שנינו¹⁸:

16. מלוה ולוה כה, א.

17. קכט ס"ק ד.

"הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני חורין".

כך פסק הרמב"ם¹⁹, וכך פסק המחבר²⁰ וזה לשונו:

"הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני חורין בין שכתב אני פלוני הבא על החתום מודה שאני חייב לפלוני מנה וחתם למטה בין שכתוב בכתב יד אחר והוא חתום למטה".

חוזה שבו חתם המתחייב דינו לכאורה כשטר התקף על פי דיני ישראל לגבות מבני חורין. ברם דין שטר כנותן תוקף להתחייבות אמור דווקא בשטר שאכן ניתן לשם התחייבות. אולם שטר שנכתב לראיה בלבד אין לראותו כנותן תוקף להתחייבות. כך כותב הר"ן²¹:

"ושטר ראיה דקאמרינן שאינו מועיל, היינו שטר הודאה בעלמא, שמודה שמכר, דשטר כזה אינו קונה".

יש אם כן לבדוק מהו מעמדו של חוזה הביטוח. האם התחייבות חברת הביטוח נעשית באמצעות החוזה דווקא, או שהחוזה אינו אלא שטר ראיה.

בסעיף 2 לחוק חוזה הביטוח נאמר:

א. נכרת חוזה ביטוח, על המבטח למסור למבוטח מסמך חתום בידי המבטח המפרט את זכויות הצדדים וחיוביהם (להלן פוליסה) זולת אם נהוג באותו סוג ביטוח שלא להוציא פוליסה.

ב. כל עוד לא נמסרה הפוליסה לידי המבוטח יראו כמוסכמים בין הצדדים את התנאים הנהוגים באותו סוג ביטוח אצל אותו מבטח, כפי שהוגשו למפקח על הביטוח... זולת אם הוסכם בין הצדדים על סטייה מאותם תנאים.

משמעותו של החלק השני בסעיף זה היא שחוזה ביטוח מחייב את הצדדים גם אם נעשה בעל-פה. כך נאמר גם באופן כללי בחוק החוזים סעיף 23:
חוזה יכול שייעשה בעל-פה, בכתב, או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים.

סעיף זה הוא שלא כדין תורה, אשר בו נפסקה ההלכה²²: "אין המיקח נקנה בדברים". כאשר חברת הביטוח מנפיקה פוליסה יש להניח שהיא מסתמכת על חוק

18. ב"ב קעה, ב.

19. מלוה ולוה יא, ג.

20. סט, א.

21. קידושין כו, א.

22. רמב"ם מכירה א, א; שו"ע קפט, א.

המדינה. לכן אין כוונתה בחתימה על הפוליסה להקנות לחוזה תוקף משפטי, שכן התוקף המשפטי קיים עוד בטרם החתימה. החתימה על הפוליסה ומסירתה ליד המבוטח נעשית מתוך הצורך לתת ביד המבוטח שטר ראייה ומידע על העסקה שנעשתה, כפי שדורש החוק. לאור זאת פוליסת הביטוח אינה יכולה להיחשב שטר התחייבות, אלא שטר ראייה בלבד, וכאמור אין בכוחו לתת תוקף משפטי להתחייבות.

גם באשר לחלקה השני של השאלה - יצירת התחייבות חברת הביטוח באמצעות החוזה נראה כי אין בכך פתרון לכל שיטות הראשונים.

1.1. לשיטת רש"י התחייבות חלה רק בקניין ולא בשטר. אמנם אפשר שיש לסייג את שיטת רש"י כך שחוזה ביטוח יוכל עקרונית לקבל את תקפו מכוח שטר.

בספר נתיבות המשפט²³ תמה על מה שפירש רש"י²⁴: "שטרי אקנייתא - שמשעבד עצמו בין ילווה בין לא ילווה". שכן לכאורה רש"י סותר את דברי עצמו מאחר ולדעתו לא ניתן להתחייב בשטר. תירץ בעל הנתיבות שכאשר אין הלווה משעבד את עצמו חנם אלא **בתמורה** להתחייבות המלווה להלוות לו, מודה רש"י שיכול לשעבד את עצמו בשטר, שדבר זה הוא כחליפין, שחליפי השעבוד התחייב המלווה להלוות לו.

לשיטת בעל הנתיבות אף לרש"י חוזה ביטוח יקבל את תקפו בשטר מאחר שאף כאן מדובר בחוזה הכולל התחייבות בתמורה לדמי הביטוח.

1.2. להבנת הש"ך בדעת הרמב"ם, שהתחייבות על תנאי זקוקה דווקא לקניין ולא די בשטר כדין מי שנעשה ערב לאחר מתן מעות, אף הסכם ביטוח לא יוכל לקבל את תקפו המשפטי מכוח שטר.

יש לציין שלדעת הרמב"ן והרשב"א²⁵ אף בערב מה שאמרו שאחר מתן מעות אינו משתעבד אלא בקניין לאו דווקא קניין סודר. גם אם כתב הערב שטר ערבות והחתים עדים או כתב בכתב ידו ומסר למלווה השתעבד הערב, ואם כן גם בחוזה ביטוח יועיל החוזה כשטר. אך דעת הרמב"ם²⁶, ודעת הטור²⁷ שהערב מתחייב בקניין

23. מ, ס"ק א.

24. ב"מ יג, א.

25. בחידושיהם סוף מסכת ב"ב.

26. מלוה ולוה כו, א.

27. קכט, ה.

סודר דווקא ולא בשטר. לשיטתם כך הדין בכל התחייבות²⁸ ואם כן לדעתם לא נוכל להסתמך על חוזה הביטוח כיוצר את התחייבות החברה.

לסיכום נראה כי כדי להפוך את פוליסת הביטוח לשטר התחייבות על הצדדים להתנות שהסכם הביטוח יכנס לתקפו רק עם חתימת המבטח על הפוליסה ומסירתה לידי המבוטח. גם בהתניה כזו עדיין לא יצאנו ידי הבנת הש"ך בדעת הרמב"ם, שחוזה על תנאי זוקק קניין סודר דווקא.

פרמיית הביטוח כיוצרת שעבוד

הריטב"א²⁹ מסביר מדוע שומר חנם אינו יכול להתנות להיות כשואל בדברים בלבד וזה לשונו:

"דהכא חיוב הוא שמחייב עצמו ומשעבד נכסיו יותר מדינו ואין אדם מתחייב במה שהוא פטור מן הדין אלא בקניין או בכסף או בהנאה".

נמצא שכשם שערב משתעבד בהנאת מהימנותו כך הוא משתעבד בכסף וממילא ברור שפרמיית הביטוח יכולה להוות את כסף השעבוד.

לגבי האופן שבו נוצר השעבוד בכסף בהנאה או בקניין כותב הרשב"א³⁰:

"שלא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחברו בהלוואה או שנעשה לו שומר שכר או שואל שההנאה שלו וכיוצא בזה או שההנה לאחר על פיו כקבלן וערב דבשעת מתן מעות ואי נמי בקניין שהיא כחליפין אליבא דהלכתא דבעינן בכליו של קונה".

לדעת הרשב"א כל שעבוד הוא תמורה לקבלת הנאה או כסף או סודר. בתמורה לכך משתעבד אדם למי שקיבל ממנו את שקיבל.

לגבי קניין סודר ישנם ראשונים החולקים על הרשב"א³¹ וסבורים שבקניין קונה מי שהתחייבו לו את ההתחייבות ואין הוא מבוסס על עקרון התמורה אולם באשר לכסף ולהנאה לדעת כל הראשונים השעבוד נוצר בתמורה להנאה.

ברור הדבר שכאשר התשלום מתבצע במזומן אזי תמורת התשלום משתעבדת חברת הביטוח למבוטח. אולם מה קורה במקרה של תשלום בשיק או בכרטיס אשראי, האם בתשלום באופן כזה קיים עקרון התמורה?

28. נתיבות המשפט מ, ס"ק ב.

29. ב"מ צד א.

30. סוף פרק השוכר את הפועלים.

31. ראה למשל רבנו פרץ שם ומאירי כתובות תחילת פרק הנושא.

באשר לתשלום בשיק הדבר מפורש בשי"ך³²:

"מעשה בא לפני בראובן שקנה קרקע משמעון ולא החזיק בה, רק שנתן לו ממרנ"י³³ שיש לו על לוי בדמי הקרקע, ויש שהיו רוצים לומר כיוון דשטרות אין גופן ממון ואין בהם דין אונאה ושומרים ושאר דברים אין המיקח נקנה בהם. ופסקתי דנקנה המיקח בנתינת ממרנ"י זו ואינו יכול לחזור".

קצות החושן³⁴ ונתיבות המשפט³⁵ הסכימו לדעת השי"ך אלא שהעלו ספק בשטר חוב שיש לו על אחרים ואינו ממרנ"י האם הוא מועיל מדין קניין כסף. לגבי מעמד שיק בנקאי נראה שיש לו מעמד ממרנ"י - שטר חוב שיש לבעל החשבון על הבנק, והבנק מחויב לכל המוציא³⁶, וממילא כשם שהוא מועיל ככסף קניין כך הוא מועיל ככסף תמורה היוצר שיעבוד. נראה שהוא הדין לגבי תשלום בכרטיס אשראי.

ברם השוואה זו בין כסף היוצר שיעבוד לבין כסף הקונה קרקעות שהוזכר בדברי השי"ך אינה ברורה מאליה, שכן במבט ראשון נראה שהללו ממלאים שתי פונקציות שונות. בעוד קניין כסף בקרקעות מהווה פעולה פורמלית המעבירה את הבעלות על הקרקע, ביצירת שיעבוד מדובר בתמורה המשולמת עבורו, והיא זו היוצרת את השיעבוד. בכדי להשוות בין השניים אנו צריכים להניח אחת משתי הנחות:

א. אם נניח שגם בהתחייבות נקנה השיעבוד בקניין כסף, ולא נוצר מעצמו בתמורה להנאה או לכסף המתקבל על יד המתחייב. כך כתב בספר נחל יצחק³⁷ שהמושג **ההיא הנאה** היוצר את שיעבוד הערב הריהו כקבלת כסף. והוסיף וכתב שאין קבלת כסף נותנת תוקף להתחייבות אלא לדעת רבי יוחנן³⁸ הסובר: "דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעלייה". מאחר שבהתחייבות גזירה זו אינה רלוונטית ניתן לתת להתחייבות תוקף על ידי קניין כסף. אך לדעת ריש לקיש³⁹ הסובר שאין מעות קונות מיטלטלין מן התורה אף כסף לא יוכל להוות קניין הנותן תוקף להתחייבות. לדעת ריש לקיש המושג **ההיא**

32. קצ ס"ק א.

33. שטר שאדם מתחייב בו לכל מי שיוציאנו עליו.

34. שם ס"ק א.

35. שם ס"ק א.

36. עיין הרב צבי יהודה בן יעקב / השקים תקפס והליכותם / תחומין יג. ולעניות דעתי מעמד השקים הוא כמו שכתבתי.

37. מ, ט.

38. ב"מ מז, ב.

39. שם.

הנאה הריהו כחליפין. דא עקא שמטבע אינו נעשה חליפין⁴⁰. לכן כסף אינו יכול להוות תחליף להנאה היוצרת שעבוד.

ב. אם נניח שהן בקניין כסף והן ביצירת שעבוד תפקיד הכסף הוא להוות תמורה. לגבי יצירת שעבוד הדבר עולה בברור מדברי הרשב"א הנזכרים⁴¹, אולם באשר לקניין כסף הדבר שנוי במחלוקת האחרונים.

דעת הסמ"ע⁴² היא שאכן על הכסף לבוא בתורת פרעון דווקא. טעמו של דבר הוא שקניין כסף נלמד משדה עפרון ושם נתן אברהם לעפרון ארבע מאות שקל כסף **בתמורה** לשדה. לפיכך כאשר הקונה נותן פרוטה למוכר בתורת כסף עליו לזקוף את שאר הדמים עליו במלווה. כדעת הסמ"ע כתב גם בספר אבני מילואים⁴³.

ברם הטי"ז⁴⁴ חולק על הסמ"ע ולדעתו קניין כסף אינו אלא פעולה פורמלית, כקניין סודר. ראיתו היא מכך שאישה נקנית בכסף וודאי לא יעלה על הדעת שאדם מקדש אישה בשווייה. אף על פי כן מעולם לא שמענו שיזקוף על עצמו את שאר הדמים במלווה. כדעה זו פסק בעל נתיבות המשפט⁴⁵. בספר מחנה אפרים⁴⁶ הביא את דברי הר"ן ששמעם כדעת הטי"ז. לשיטה זו עדיין הדבר צריך תלמוד האם ניתן להתייחס לתשלום בשיק ובכרטיס אשראי ככסף הנותן תוקף להתחייבות.

תשלום מאוחר

בחוק חוזה הביטוח סעיף 14א נאמר:

"דמי הביטוח ישולמו עם כריתת החוזה או תוך זמן סביר לאחר מכן.
ואם נקבעו לתקופות קצובות - בראשית כל תקופה".

לאור זאת מאפשרות חברות הביטוח בפוליסות המוצעות על ידן תשלום במזומן או לחילופין גבייה בשקים דחויים. כאשר התשלום אינו בתחילת תקופת הביטוח יש מקום לשאלה האם קיימת הנאה או תשלום היוצר שעבוד.

נראה כי ניתן לענות על שאלה זו על פי הלכה מהלכות קידושין. הרמב"ם⁴⁷ והמחבר⁴⁸ פסקו:

40. ב"מ מה, ב; רמב"ם מכירה ו, א; שו"ע רג, א.

41. סוף פרק השוכר את הפועלים.

42. קצ ס"ק א.

43. כט ס"ק ב.

44. קצ ס"ק א.

45. קצ ס"ק ב.

46. קניין מעות, א.

47. אישות ה, יז.

"היה לו חוב ביד אחרים ואמר לה הרי את מקודשת לי בחוב שיש לי ביד זה במעמד שלושתן הרי זו מקודשת"⁴⁹...

הפוסקים חולקים בשאלה האם הקידושין תקפים מן התורה או מדרבנן בלבד⁵⁰. שאלה זו קשורה בדיון רחב יותר: האם קניין דרבנן, כמעמד שלושתן, יכול להחיל חלויות הלכתיות אשר תהיינה תקפות מן התורה. דעת רבנו ירוחם וסיעתו היא שהקידושין תקפים במצב כזה מדרבנן בלבד. הבית יוסף⁵¹ חולק וסובר שתקפם של קידושין אלו מן התורה.

על כך כותב בספר אבני מילואים⁵² שהמחלוקת היא רק במקרה שהלה מעוניין לקדש במעות המלווה. אך אם ברצונו לקדשה בהנאת קבלת המלווה ושטר החוב מודה רבנו ירוחם שהקידושין תקפים מן התורה. שכן לצורך קבלת הנאה זו אין צורך בקניין כלל. עולה מדברי בעל האבני מילואים והר"ן⁵³ שעליו הוא מסתמך, שבשעת קבלת שטר חוב שמועד פירעונו עדיין לא היגיע ישנה הנאה, אשר בה ניתן לקדש אישה. ברור מאליה שהנאה כזו יכולה גם ליצור שעבוד.

יש להעיר שבתשלום בשקים שווי ההנאה שמקבל המבטח הוא כשווי דמי הביטוח שהוא דורש. לעומת זאת בקידושין שווי ההנאה הוא כשווי שטר החוב בהתאם למחירו בשוק. שווי זה נמוך מן הערך הנקוב בשטר מן הטעם הפשוט שוודאות הגבייה אינה מוחלטת⁵⁴.

לאור מסקנה זו שלפיה ניתן להתייחס לתשלום בשיק כקבלת הנאה הדבר יכול להיאמר גם בנוגע לדיון הקודם. גם אם נניח שלא ניתן להתייחס לשיק או לכרטיס אשראי בתורת כסף, הריהם נותנים תוקף להתחייבות המבטח בתורת "ההיא הנאה".

חווה הביטוח כסטומתא היוצרת את השעבוד

בגמרא בפרק איזהו נשך⁵⁵ מובאת מימרא:

48. אה"ע כח, יג.
49. המחבר הביא בשם יש אומרים את דעת הר"ן, שאינה מקודשת מפני שאינה סומכת דעתה להתקדש בכך. דעה זו אינה נוגעת לענייננו.
50. עיין ב"ש שם ס"ק לה, ובאוצר הפוסקים באריכות.
51. אה"ע סימן כח.
52. שם ס"ק לג.
53. קידושין כ, א מדפי הר"ן ד"ה וגרסינן תו בגמ' אמר רב.
54. רא"ש כלל סט. שו"ע סו, לב.
55. ב"מ עד, א.

"אמר רב פפי משמיה דרבא האי סטומתא קניא, למאי הלכתא רב חביבא אמר למקניא ממש. רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהיגי למקני ממש - קני".

לכאורה פשוט הדבר שסטומתא תועיל כקניין היוצר שעבוד, כשם שקניינים אחרים נותנים תוקף לשעבוד. שכן חוזה בכלל וחווה ביטוח בפרט הוא הדרך הרווחת לסגירת עסקאות, ואחר חתימת החוזה רואים שני הצדדים את העסקה כסגורה. חתימה על חוזה מהווה אם כך סטומתא והריהי בכלל קניין היוצר שעבוד. כך כותב הרא"ש⁵⁶:

"ורבנו חננאל פירש (סטומתא הוא) כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המיקח תוקע כפו לכף חברו ובזה נגמר המיקח. וכל כיוצא בזה דאיזה דבר שנהגו הסוחרים בגמר המיקח, כגון מקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע למוכר ובזה נגמר המיקח".

אם כן, חוזה ביטוח הוא בכלל מה שכתב הרא"ש בשם רבנו חננאל "דאיזה דבר שנהגו הסוחרים בגמר המיקח" ועל כך פסקו הרמב"ם⁵⁷ והמחבר⁵⁸:
"ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קניין גמור נקנה המיקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו"⁵⁹.

ברם כדי להסתמך על סטומתא כקניין המעניק תוקף משפטי לחוזה הביטוח יש לדון תחילה איזו פעולה המתבצעת במהלך הסכם הביטוח מהווה סטומתא. ניתן לחשוב על שלושה שלבים שיתכן כי יחשבו לסטומתא: החתימה על פוליסת הביטוח, פרמיית הביטוח או סגירת ההסכם בעל-פה. נדון בכל אחת מן הפעולות להלן.

פוליסת הביטוח כסטומתא

כאמור פוליסת הביטוח אינה מוגדרת שטר התחייבות כי אם שטר ראייה בלבד. לאור זאת אין החתימה על הפוליסה ומסירתה יכולות להיחשב כקניין שטר. לכאורה כך יהיה המצב גם לגבי סטומתא. אפילו אם נניח שהדרך הרווחת לסגירת עסקאות היא חתימה על חוזה, הרי בחוזה ביטוח חתם המבטח על החוזה שלא

56. ב"מ פ"ה סימן עב.

57. מכירה ז, ו.

58. רא, א.

59. להלן בפרק שלישי נרחיב בעניין תקפו וכוחו של קניין סטומתא.

מתוך כוונה להקנות בחתימה זו. אף המבוטח לא בהכרח תלה את מעשה הקניין בחתימת המבטח על הפוליסה, או במסירת הפוליסה לידו.

האחרונים דנו בשאלה מהו תקפו של מעשה קניין אשר נעשה תוך מגמה כללית לקנות ולהקנות, אך לא הייתה כוונה מיוחדת לקנות על ידי מעשה זה דווקא. בספר קצות החושן⁶⁰ כתב לגבי ההלכה המובאת בשולחן ערוך⁶¹ שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו לא קנה:

"ודע שכל זה הוא דווקא במציאה ובנכסי הגר. אבל במתנה באופן כזה קנה כיוון דאית דעת אחרת מקנה, אף על גב דהמקבל לא ידע, כיוון שהחזיק בו זכה. ולמדנו אותו מתורתו של הראב"ד הובא בנימוקי יוסף⁶² וזה לשונו: 'ושמענין מהכא דאילו ידע המזכה אף על גב דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה... ואף על גב דאמרינן פרק רבן גמליאל⁶³ העודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה כיוון דזוכה גופיה לא ידע, תירץ הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה' עד כאן לשונו".

בספר נתיבות המשפט⁶⁴ העיר על כך שלא אמרו הראשונים שאין צורך בכוונת קניין בדעת אחרת מקנה אלא במצב שבו המזכה מתכוון להקנות לקונה באותה פעולה. אך אם שניהם, המקנה והקונה, לא התכוונו למעשה קניין לא תועיל דעת אחרת מקנה. אף מדברי בעל קצות החושן נראה שדעת אחרת מקנה מועילה מדין זכייה, והמקנה זוכה לקונה אף ללא דעתו, בדומה למה שכתבו הרמב"ם⁶⁵ והמחבר⁶⁶:

"קטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו לפי שזכין לאדם שלא בפניו".

ברור שלא אמרו דין זה אלא כאשר ישנה דעת מקנה לזכות לקטן שאם לא כן אין שם דעת כלל. לדעת בעל קצות החושן ונתיבות המשפט לא יהיה לכאורה במסירת פוליסת הביטוח משום סטומתא מאחר שאין בכוונת המבטח להקנות על ידי מסירת הפוליסה. ברם יש לחלק בין הדוגמא המובאת בנתיבות המשפט לבין חוזה

60. ערה ס"ק ד.

61. ערה, כה.

62. ב"ב מא, א, לגבי מעשה דרב ענן.

63. יבמות נב, ב.

64. ר, ס"ק יד

65. מכירה כט, יא.

66. רלה, ז.

ביטוח. הדוגמא שהביא בעל נתיבות המשפט היא זו המובאת בטור⁶⁷ ובשולחן ערוך⁶⁸:

”מדד המוכר על החמורים - לא קנה. ויש מי שאומר שאפילו מדד הלוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוון למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוון⁶⁹. ויש חולקים⁷⁰ וסבירא להו אם מדד הלוקח קנה”.

בדוגמא זו מעשה המדידה קודם למעשה המשיכה. לפיכך אם לא גמר המוכר בדעתו להקנות במעשה המדידה הרי חסרה כאן דעת מקנה לחלוטין. לכן לדעת הראב”ד לא קנה שהרי לא הייתה דעת לא מצד המקנה ולא מצד הקונה. לעומת זאת בחוזה ביטוח מדובר במצב שבו דעת מקנה כבר קיימת משעה שהוסכם בין הצדדים בעל-פה לערוך ביניהם הסכם ביטוח.

בשו”ת דברי חכמים⁷¹ דן במצב דומה, שבו אדם מכר קרקע בשטר ואחר כך עשה הקונה חזקה שלא בכוונת קניין. לאחר מכן התברר שהשטר לא נכתב כתקנו. מסקנתו היא שמאחר שכוונת שני הצדדים היא לקניין גמור, ושניהם גמרו בדעתם להקנות ולקנות מזמן כתיבת השטר, נקנה הקרקע בחזקה.

עקרון זה מובא באופן רחב יותר בתשובות רבי עקיבא איגר⁷². תחילה כתב שבמקרה שבו קיימת דעת אחרת מקנה אף שכוונת הצדדים הייתה לקנות בקניין כסף ובקניין כסף לא קנו, מכל מקום מועילה המשיכה שלאחר מכן בתורת מעשה קניין⁷³. אחר כך הוסיף וכתב שאף בדין מדד הלוקח, מאחר שדעת הצדדים באופן כללי לקנות ולהקנות, סוברים רבנו יונה והטור שהמדידה מהווה מעשה קניין אף על פי שאין כוונה מוגדרת לקנות במדידה⁷⁴. אכן הראב”ד החולק על כך סבור שמאחר שהוא מודד הרי גילה דעתו שעדיין אינו מעוניין לקנות ולכן לדעתו לא קנה⁷⁵.

לאור זאת בחוזה ביטוח שבו מסירת הפוליסה היא הפעולה האחרונה המתבצעת במסגרת ההסכם נראה כי ניתן לראות אותה כסטומתא, למרות היותו של השטר

67. ר, יג.

68. ר, ח.

69. ראב”ד.

70. עליות דרבנו יונה ב”ב פד, ב, ד”ה מתניתין; טור ר, יג.

71. ח”א חו”מ סימן לב.

72. פסקים לו.

73. שם ד”ה מכל מקום נראה.

74. שם ד”ה שוב ראיתי.

75. שם ד”ה ומדברי הראב”ד.

שטר ראייה בלבד. אולם בהתאם לכך לא יהיה ההסכם תקף בטרם תימסר הפוליסה למבוטח.

פרמיית הביטוח כסטומתא

הטור⁷⁶ והמחבר⁷⁷ פסקו בין שאר המעשים המהווים סטומתא: "וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר"...

משמע שנתנית מעות יכולה להיחשב כסטומתא אף במקום שאין מעות קונות. האחרונים דנו בשאלה האם יש לדייק מלשון הטור והמחבר שדווקא מעשה סמלי כנתנית פרוטה נחשב לסטומתא, או שגם תשלום מלוא המעות קונה בתורת סטומתא. הסמ"ע⁷⁸ כתב שדווקא לגבי פרוטה נאמרו הדברים, אך המשלם את מלוא התשלום, כשם שבטלו חז"ל קניין מעות שמא יאמר לו המוכר אחר קבלת המעות "נשרפו חיטיך בעלייה"⁷⁹ כך לגבי סטומתא.

ברם מלבד העובדה שיש מן האחרונים החולקים על הסמ"ע⁸⁰, לעניין התחייבות טעמו של הסמ"ע אינו רלוונטי, שכן התחייבות מקבלת את תקפה גם בנתנית כסף כמובא לעיל והחשש שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעלייה אינו קיים.

לכאורה אין משמעות לעובדה שפרמיית הביטוח יכולה להוות סטומתא, מאחר שכבר הסקנו לעיל שפרמיית הביטוח יכולה לבוא ככסף היוצר שעבוד כדברי הריטב"א⁸¹. עם זאת ישנו הבדל בין תפקיד המעות בתורת כסף לבין תפקידן בתורת סטומתא. כאשר באות המעות בתורת כסף נוצר השעבוד **בתמורה** לקבלתן. לפנינו עסקת תמורה רגילה ולכן אין צורך בהוכחה נוספת לכך שישנה גמירות דעת מצד המתחייב להשתעבד. לעומת זאת כאשר באות המעות כסטומתא, אין המעות מחוללות את השעבוד. יצירת השעבוד היא על ידי התחייבות עצמית והמעות באות כהוכחה לכך שישנה גמירות דעת מצד המתחייב. באופן תיאורטי יכולה להיות לכך משמעות הלכתית במקרה של תשלום בשיק דחוי אשר מועד פירעונו יחול לאחר תחילת תקופת הביטוח⁸². תורת כסף אין כאן, ובכל זאת תשלום כזה יכול לתת

76. רא, ג.

77. רא, ב.

78. שם ס"ק ד.

79. ב"מ מו, ב.

80. מהרש"ם בספרו משפט שלום סימן רא, סעיף ב, ד"ה ובמדינתנו.

81. עיין לעיל הערה 29.

82. בהתעלם מכך שההנאה למקבל השק יכולה ליצור שעבוד בתמורה.

תוקף לחוזה כסטומתא מאחר שישנה כאן פעולת תשלום המוכיחה גמירות דעת, בפרט לאור העובדה שחוק המדינה אינו מכיר בהוראת הביטול של שיקים.

אפשר שאף המנהג הרווח, להנפיק חשבונית אשר בה מפורטים פרטי השקים הדחויים יכול לבוא בתורת סטומתא, אם כשלעצמו ואם בצירוף לתשלום המאוחר⁸³.

חוזה הנעשה בעל-פה כסטומתא

כאמור, על פי חוק החוזים תקף הסכם הביטוח גם כאשר הוא נעשה בעל-פה, שלא כדין תורה. עם זאת אפשר להעלות על הדעת שגם בדין תורה יהיה תקף חוזה בעל-פה מדין סטומתא. ברם הדבר נראה מופרך משלושה טעמים:

א. המהרש"ם במשפט שלום⁸⁴ כתב:

"והנה מה שכתב הכנסת יחזקאל⁸⁵ שבמדינתנו תקיעת כף לבד מועיל להפקיע קדושת בכור לעניות דעתי הכנסת יחזקאל דיבר במדינת אשכנז. כי שם הסוחרים מקיימים דיבורם ובפרט בתקיעת כף נגמרים כל המסחרים הגדולים ולא ישנו את טעמם בשום אופן. על כן מועיל התקיעת כף לקנות קניין גמור. אבל במדינתנו צריך עיון אם יש להורות כן כי אין המנהג כן כלל בין רוב הסוחרים שיהיה תוקף כל כך לתקיעת כף בלא כסף כלל. רק האנשים הישרים מקיימים דיבורם והמה מועטים בעוונותינו הרבים בזמן הזה".

נראה כי דבריו תקפים אף בזמנינו. למרות שחוק המדינה נותן תוקף להסכמים בעל-פה, עסקאות בסדר גודל של הסכם ביטוח נעשות בחוזה בכתב מפני חוסר סמיכות הדעת שבדברים שבעל-פה⁸⁶. רק בענפי מסחר בודדים, כגון בענף היהלומים, נהוג לסגור עסקאות בינוניות וגדולות בעל-פה, באמירת מזל וברכה וכדומה. במציאות כזו לא יוכל חוזה בעל-פה להיחשב כסטומתא.

ב. תפיסת הסכם דברים כסטומתא היא נקודה השנויה במחלוקת הפוסקים. הרא"ש בתשובה⁸⁷ כתב:

"והנה הראה לי מורי החזן כתב דרבנו מאיר ז"ל⁸⁸ וזה לשונו: 'ומי שנדר לחברו לעשותו בעל ברית אף על גב דהוי דבר שלא בא לעולם יש

83. עיין פתחי חושן קניינים פרק י הערה ג.

84. רא, א.

85. סימן ח; סימן יד, ועוד.

86. ראה שו"ת הרב הרצוג חח"מ סימן נט.

87. כלל יב סימן ג.

לנו לילך אחר המנהג. וכיוצא בזה אמרו⁸⁹ סטומתא באתרא דקנו ממש קני. אף על גב דמדינא לא קני, אזיל בתר מנהגא למקני קניין גמורי עד כאן לשונו.

ויש להשיב על דבריו חדא דסטומתא היינו דווקא שנעשה מעשה כדפירש רש"י ז"ל⁹⁰ שרושמים על החבית. ורבנו חננאל ז"ל פירש: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המיקח... אבל דיבור בעלמא לא. אפילו אי נהוג מנהג גרוע הוא ולא אזלין בתריה".

לדעת המהר"ם מרוטנבורג אף דיבור מחייב הוא בכלל סטומתא. אך הרא"ש חולק על כך וסובר כדעת רבנו חננאל שאין דין סטומתא אלא במעשה. אפשר שלדעת המהר"ם דווקא בנודר לחברו מועיל הדבר בתורת סטומתא מאחר שיש לדיבור משמעות הלכתית מחייבת כדין הפלאה, ולדעתו התכונה העיקרית של תקיעת כף שבגללה היא מהווה סטומתא היא תוקף השבועה שיש לה.

ברם הרדב"ז⁹¹ דן במי שאמר לחברו שיהיה בעל ברית שלו ועתה הוא חוזר בו. והוא משיב שאם היה הדיבור אחר שנולד התינוק קנה זה את זכותו בתורת סטומתא. לדעתו אפילו אין בדיבורו ממד איסורי של הפלאה - קנה, מפני המנהג.

גם בספר כנסת הגדולה⁹² הביא את מחלוקת הפוסקים בעניין זה ונראה כי דעתו נוטה לכך שיש להסכם דברים תורת סטומתא. ובשו"ת שואל ונשאל⁹³ הניח את השאלה הזו בספק. לאור זאת קשה להסתמך על הסכם בעל-פה כעל קניין סטומתא.

ג. קניין סטומתא נשען על מנהג הסוחרים. אולם הרא"ש⁹⁴ עמד על כך שבמצבים מסוימים אף על פי שהסוחרים נוהגים מנהג מסוים, המנהג מנהג גרוע ואינו יכול להיחשב כסטומתא. גם בשו"ת שואל ונשאל⁹⁵ כתב שבמקום שיש לתלות את המקור למנהג בטעות והליכה אחר מנהג

88. דברי מהר"ם אלו הובאו גם בהקשר למחלוקתו עם רבנו יחיאל בדין סטומתא בדבר שלא בא לעולם, בהגהות מרדכי שבת פ"ט סימן תעב.

89. ב"מ עד, א.

90. שם.

91. ח"א סימן רעח.

92. רא, קא.

93. חו"מ סט.

94. כלל יב סימן ג.

95. חו"מ סט.

הישמעאלים אין מנהג כזה מהווה סטומתא. נראה כי כך הוא גם לגבי חוזה בעל-פה השואב את תקפו המשפטי מכוח חוק המדינה כאשר חוק זה במפורש סותר את דין תורה שאין המיקח נקנה בדברים. מנהג המבוסס על חוק כזה הריהו מנהג גרוע ואין לו תורת סטומתא⁹⁶.

דן בשאלה זו במפורש בעל כנסת הגדולה⁹⁷ וכתב בשם משפטי שמואל⁹⁸:
"מנהג שנהגו בני העיר לכתוב שטרותיהם על פי ספרי גויים ועדים גויים אין הולכים אחריו כיוון שהוא מנהג שיש בו צד לבטל דין תורה".

לעומת זאת אחרונים אחרים⁹⁹ סבורים שאם המנהג פשוט באותה העיר או קבוע על פי ותיקין הולכים אחריו. באשר להסכם בעל-פה קשה לראותו כמנהג קבוע כפי שכבר נתבאר לעיל. ודאי שתקפו אינו נובע ממנהג ותיקין. לפיכך נראה שאף לסיעה זו של ראשונים לא ניתן לראות בסגירת הסכם הביטוח בעל-פה סטומתא המעניקה תוקף משפטי להסכם.

לסיכום פרק זה נראה כי חוזה הביטוח שואב את תקפו מנקודת מבטו של המשפט העברי משני מקורות אפשריים:

א. פרמיית הביטוח מהווה תמורה שבגינה מסכימה חברת הביטוח להשתעבד למבוטח והשעבוד חל באופן דומה לשעבודו של הערב קודם מתן מעות - בההיא הנאה.

ב. ישנו במהלך הסכם הביטוח מעשה קניין המעניק תוקף להתחייבותה של חברת הביטוח. אין זה קניין שטר מאחר שפוליסת הביטוח היא שטר ראייה בלבד. הקניין הוא קניין סטומתא והוא בא לידי ביטוי בפרמיית הביטוח או לחילופין בנתינת הפוליסה.

מעשית מאחר שמקובל לחשוב שההסכם תקף עוד בטרם קבלת פוליסת הביטוח על ידי המבוטח עדיף לתפוס את תשלום הפרמיה כמעשה הקניין הנותן תוקף להסכם.

96. כך כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג בתחומין יב עמ' 290. ועיין כנסת הגדולה סימן רא סעיף מ שכתב בשם מהרש"ך (ח"ב סימן לג) שהרשאה הנעשית בערכאות, אפילו כאשר המנהג להוציא בה ממון אין הולכין בזה אחר המנהג.

97. רא, סד.

98. קג; קד.

99. רשד"ם חו"מ דש; רדב"ז ח"ב רכז; מהריב"ל א, סב; מהר"י הלוי ע, ועוד.

אסמכתא בחוזה ביטוח

כללי

המונח אסמכתא הוא מונח כללי אשר בא לתאר מצב של הסכם שחסרה בו גמירות הדעת. מצב זה יכול להיות תוצאה של מספר גורמים: גילוי דעת בזמן כריתת ההסכם שהצדדים עדיין לא גמרו בדעתם להוציא אל הפועל; הסכם שמצד תכנו ברור שאחד הצדדים אינו מעוניין לקיימו; או הסכם שגמירות דעת אינה אפשרית לגביו.

בפרק זה נדון בהגדרת המונח אסמכתא, ובעקבות כך נדון בשאלה האם חוזה ביטוח לקוי באסמכתא, וכיצד ניתן לסלק ליקוי זה.

1. הגדרת אסמכתא

ישנה מחלוקת בין הראשונים כיצד להגדיר את המונח אסמכתא. הרמב"ם¹ כותב: "וכן כל התנאים שמתנין בני אדם ביניהן, אף על פי שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה, לא אקנה לך ולא אתן לך, אף על פי שעשה או שהיה הדבר לא קנה שכל האומר אם יהיה או אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה".

ניתן לסכם ולומר שלדעת הרמב"ם כל תנאי על קניין עתידי הופך את הקניין לאסמכתא ולא קנה. לעומת זאת אם מדובר בקניין עכשווי, כגון האומר מעכשיו, או לחילופין בקניין עתידי ללא תנאי הרי זה קנה².

שיטה אחרת בהגדרת אסמכתא יש לר"י בעל התוספות³:

"ודאי דבר שהוא בידו ממש לגמרי, כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא... ולא גזים... שסובר הוא שכך הפסיד חברו אם לא ישלים תנאו... בההיא ודאי גמר ומקני ולא חשיב אסמכתא... אבל הא דאשלם אלפא זוזי, דגזים וגם בידו להשלים תנאו יש לנו לומר דנתכוון

1. מכירה יא, 1.

2. יש להעיר שהרמ"ה והרא"ש בתחילת מסכת ב"ב חלוקים על הרמב"ם ולדעתם קניין אתן הוא קניין דברים ואף שאינו מתנה תנאי לא קנה, אלא אם כן משעבד את עצמו מעכשיו.

3. שיטתו הובאה בתוס' סנהדרין כה, א, ד"ה כל.

להסמיך ולהטעות חברו היא אסמכתא משום דגוזמא קאמר ולא גמר ומקנה. ומסתברא דלהכי גזים שהוא סובר ודאי שיעבדנה, ועוד שבידו הוא".

שתי הגדרות לאסמכתא לדעת ר"י:

א. כל שמחייב את עצמו בדרך גוזמא.

ב. כל שמחייב את עצמו על תנאי, כאשר קיום התנאי אינו בידו אלא ביד אחרים, או ביד מי שנתחייב לו.

שיטת ר"י הובאה בטור⁴ וכך היא גם דעת הרא"ש⁵.

דומה לשיטת ר"י היא שיטת הרמב"ן⁶ אלא שלדעתו המתנה תנאי, כך שברור לו שקיום התנאי אינו תלוי בו, בין אם קיום התנאי תלוי באחרים, בין שאינו תלוי לא בו ולא באחרים אין זו אסמכתא. לעומת זאת לשיטת ר"י דווקא כאשר התנאי אינו תלוי לא בו ולא באחרים כגון המתנה על מנת שירדו גשמים וכדו', יצא התנאי מגדר אסמכתא⁷.

שיטה נוספת יש לרשב"א בתשובה⁸:

"ואני יגעתני עד שמצאתי בחמלת השם עניין שכל ההלכות שבאסמכתא תלויות בו... ואכללנו לך במילות והוא בכל דאי שאמרו דרך קנס הוי אסמכתא - אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני החזר לו שטר⁹, אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלי¹⁰ אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זו¹¹ ואפילו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא¹² אסמכתא, אלא משום דרישת ההדיוטות" (חייבוהו חז"ל לשלם).

4. רז, טז.

5. ב"מ פ"ב סימן ע.

6. בחידושיו ב"ב קסח, א.

7. נתיבות המשפט סימן רז ס"ק יא.

8. ח"א סימן תתקלג.

9. ב"ב קסח, א.

10. ב"מ סו, ב.

11. ב"מ קד, ב.

12. שם.

לשיטה זו דווקא חיוב על תנאי הנאמר על דרך קנס הוא אסמכתא. ברם, מדברי הרשב"א בתשובה רחבה יותר¹³ עולה כי אין כוונתו לקנס דווקא כי אם לעסקה הנלווית לעסקה העיקרית וכל מטרתה אינו אלא להבטיח את קיומה של זו. הדרך שבה מבטיחה עסקה נלווית את העסקה העיקרית היא בהיותה מחייבת את הצדדים אם לא תתקיים העסקה הראשונה. מאחר והעסקה הנלווית פחות קוסמת מן העסקה העיקרית יעדיפו הצדדים עקרונית לקיים את העסקה העיקרית.

כך מביא הרשב"א כדוגמא לאסמכתא מסיבה זו את הדין שהובא במסכת גיטין שהמתנה עם אשתו: אם לא באתי מכאן ועד שלושים יום יהא גט, במקרה שאכן לא בא מן הדרך לביתו בתוך הזמן הקצוב הרי זה גט. טעם הדבר הוא שתנאי כזה לא נועד להבטיח את ביאתו מן הדרך בתוך הזמן הקצוב. זהו תנאי ענייני שמטרתו להבטיח שאף אם לא יגיע מן הדרך לא תשב אשתו עגונה.

מן הדוגמא הזו קל להבין שכוונת הרשב"א בביטוי "קנס" אינה ממונית אלא כפי שהסברנו.

פירוש דומה לזה הובא בשם רבנו תם בתוספות במסכת בבא מציעא¹⁴ וככל הנראה זהו גם הפירוש שהובא בשמו בהגהות מרדכי¹⁵.

להלכה פסק המחבר¹⁶ כרמב"ם.

הרמ"א¹⁷ פסק כשיטת ר"י כפי שהובאה בטור וזה לשונו:
"יש אומרים ששלושה חילוקים בדיני אסמכתא:

1. א. דכל מה שאין תלוי בידו ותלוי ביד אחרים, כגון שאמר לו קנה לי יין ממקום פלוני ואם לא תקנה תתחייב לי בכך וכך דזה אינו תלוי בו דדלמא לא ירצו למכור לו - הוי אסמכתא בכל עניין ולא קנה.

2. ב. ומה (-ותנאי) שיש בידו לעשות:

1. אי לא גזים, שאמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא - לא הוי אסמכתא וקנה.

2. אבל אם גזים ואמר אם לא אעביד אשלם אלפא זוזי - הוי אסמכתא ולא קנה. לפיכך כשמוכר מקנה ללוקח על תנאי, אם תעשה לי כך וכך תקנה, הוי אסמכתא, כיוון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר רק ביד הלוקח.

13. המיוחסות לרמב"ן סימן כד ד"ה תשובה

14. עד, א ד"ה הכא. שם הובא קודם לכן פירוש אחר של רבנו תם ופירוש זה הוצג שם כפירושו השני.

15. סוף מסכת סנהדרין, סימן תשכא.

16. רז, יג.

17. שם.

1. ג. אבל אם אין בידו לגמרי ולא ביד אחרים כגון המשחק בקוביא וכיוצא בזה, שאינו יודע אם ינצח או לא, ואפילו הכי התנה, ודאי גמר ומקני מספק".

2. אסמכתא בחוזה על תנאי בכלל ובחוזה ביטוח בפרט, לאור ההגדרות השונות

חוזה ביטוח לשיטת הרמב"ן ולשיטת ר"י והרא"ש.

מאליה עולה השאלה האם בחוזה על תנאי, כדוגמת חוזה ביטוח, יש משום אסמכתא. שתי דוגמאות הובאו בתלמוד להתחייבות על תנאי או על הספק:

א. בפרק השוכר את הפועלים הובאה תוספתא¹⁸:

"תנא ומתנה שומר שכר¹⁹ להיות כשואל".

ברור מתוכנו של התנאי שהוא התחייבות על הספק. רק אם ייאנס הפיקדון יתחייב השומר לשלם.

ב. התחייבות הערב גם היא התחייבות על תנאי, שהרי הערב יצטרך לשלם רק במקרה שהמלווה לא יצליח להיפרע מהלווה עצמו.

וכבר הועלתה האפשרות שערבות היא אסמכתא. בפרק גט פשוט²⁰:

"אמר אמימר: ערב דמשתעבד מחלוקת רבי יהודה ורבי יוסי. לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא - ערב משתעבד. לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא - ערב לא משתעבד (והיינו אסמכתא אם לא יפרע לך אני אשלם לך, וכל דאי הוי אסמכתא - סומך ובוטח בלבו שהלווה יפרענו ואילו היה יודע שלא יפרע הלווה לא היה נכנס בערבות - רשב"ם).

והא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד. אלא אמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה".

בשאלה האם יש בהתחייבות על תנאי משום אסמכתא, דן הרמב"ן במסכת בבא בתרא²¹ וכותב:

"ואי קשיא...אם כן היאך שומר חינם מתנה להיות כשואל²². זו אינה קושיא, שכבר נתפרש הדבר מכלל מה שכתבנו שכל התולה בדעת

18. ב"מ צד, א.

19. לגרסת הרי"ף והרא"ש "שומר חינם".

20. ב"ב קעג, ב.

21. קסח, א.

22. כגרסת הרי"ף.

אחרים לאו אסמכתא היא, והוא אינו יכול לתלות בדעת עצמו שלא יבוא עליו אונס".

התחייבות שבה ברור מלכתחילה שהספק לחלוטין אינו תלוי במתחייב, כאותה ששנינו "מתנה שומר חינם להיות כשואל", אינה אפילו מעין אסמכתא לדעת הרמב"ן.

ממשיך ושואל הרמב"ן: כיצד עלה בדעת הגמרא²³ לומר שלרבי יהודה, הסובר שאסמכתא אינה קונה, ערב עקרונית אינו אמור להשתעבד למלווה, אלמלא הטעם הצדדי של ההיא הנאה דמהימן ליה. והרי ברור לערב שאין הדבר תלוי בו אם יפרע הלווה אם לאו ואם כן מלכתחילה גמר בדעתו להשתעבד על הספק? תשובתו: "יש לומר שאני התם משום דעביד איניש דפרע חוביה, ואנן סהדי דאהכי סמך מעיקרא וכתולה בדעת עצמו דמי. ועוד דמימר אמר כפינא ליה ופרענא לך מדידה. ואי לא, פרענא לך מדידי, דאי לאו דאמר קים לי בנפשאי לא הוה מתנה הכי".

לדעת הרמב"ן ישנו הבדל בין שומר חינם המתנה להתחייב באונסין, לבין ערב. בעוד שלראשון לא הייתה סיבה לחשוב ששמירה מפני אונס תלויה בו עצמו בצורה כלשהי, ועל כן מעיקרא התחייב על דעת הספק, הרי שערב סבור היה שהדבר תלוי בו עצמו במידה רבה. אם כן אפשר שסמך בדעתו שיצליח לכפות על הלווה לשלם. אכן הידיעה שבסופו של דבר אין הכל תלוי בו עצמו, מוציא את הערב מכלל אסמכתא גמורה ואין התחייבותו אלא מעין אסמכתא.

הרמב"ן מוכיח שהתחייבות הערב אינה אסמכתא גמורה:

"תדע דהא ערב דלאחר מתן מעות, דליכא הנאה דמהימן ליה, ואף על פי כן קנו מידו משתעבד²⁴, ואילו אסמכתא גמורה שהתנה על עצמו לא קניא עד דקנו מיניה בבית דין חשוב בביטול זכוותיה כדפריש רבנו הגדול ז"ל²⁵. שמע מינה ערב לאו אסמכתא גמורה היא לפי שאין הכול תלוי בדעת עצמו".

חוזה ביטוח מעצם אופיו דומה להתחייבות שומר חינם להיות כשואל, שכן הוא נעשה מתוך ידיעה שהשאלה אם יצטרך בעתיד לממש את התחייבותו אינה תלויה בו עצמו כלל. ולפיכך נראה כי לשיטת הרמב"ן חוזה ביטוח אינו אפילו "מעין אסמכתא" כערבות, אלא הריהו כהתחייבות רגילה שגמירות הדעת בה מלאה. כך

23. קעג, ב.

24. גיטין כא, א.

25. הרי"ף על אתר.

כתב הריב"ש²⁶ לשיטה זו, לגבי שאלת האסמכתא במי שמקבל על עצמו אחריות במקרה שיארע נזק לספינה המפליגה בים, ותמורת קבלת האחריות הוא גובה כחמישית משווייה. זה לשונו:

"אבל בנדון זה שתולה בדבר שהוא מקרה גמור אם תהיה רוח סערה בים מפרק אניות ומשבר ספינות או יחד יבואו גדודים וחברת גנבים ושודדים לשלול שלל ולבוז בז ואין בידו להיות נכון לבו בטוח לא יירא מכל אלה, כשהתנה מתחילה גמר ומקני ואין כאן אסמכתא".

וכבר הראה מקום לתשובת ריב"ש זו בשו"ת בית אפרים²⁷. יש להעיר שבמצבים מסוימים חברת הביטוח תנסה לגבות פיצויים מן המזיק. במצב כזה הופך חוזה הביטוח לחוזה בעל אופי של ערבות, שבו השאלה אם יהיה צורך לממש את ההתחייבות תלויה לפחות חלקית בחברת הביטוח. חוזה כזה הוא מעין אסמכתא וזקוק לקניין לשיטה זו. העובדה שחברת הביטוח תשלם תחילה למבוטח ורק אחר כך תנסה לגבות את התשלום מן המזיק הופכת אותה לקבלן אך אופן התחייבות הערב והקבלן שווים כמבואר בשולחן ערוך²⁸:

"כשם שאין הערב משתעבד אלא בקניין או בשעת מתן מעות או בבית דין, כך הקבלן אינו משתעבד אלא באחד מדרכים הללו".

נראה כי באשר להעדר אסמכתא מחוזה ביטוח ניתן להקיש משיטת הרמב"ן לשיטת הרי"י והרא"ש. טעמו של דבר הוא שמעצם אופייה של אחריות חברת הביטוח, לעולם יהיה החוזה בקטגוריה השלישית שהביא הרמ"א²⁹ - שאינו בידו לגמרי ולא ביד אחרים, ואף לא ביד מי שנתחייבו לו. ואף על פי שמרבית חוזה הביטוח תקפים גם במקרה שהנזק אירע באשמת המבוטח או באשמת אחרים, ברור שאם חברת הביטוח תוכיח שהמבוטח גרם בזדון לנזק תהיה החברה פטורה משיפוי. כמו-כן כל זמן שאין ידוע לנו על מי שרוצה לגרום נזק לחברת הביטוח מותר להניח שאין גורמים כאלה, ואם כן אין גם לראות את התנאים המפורטים בחוזה כתלויים ברצונם של אחרים. במצב כזה אף ר"י והרא"ש מסכימים שאין בחוזה כזה משום אסמכתא.

26. סימן שח.

27. חח"מ סימן לד.

28. קכט, ה.

29. רז, יג.

לסיכום פרק זה ניתן לומר כי לשיטת הרמב"ן וכן לשיטת ר"י והרא"ש אין בחוזה ביטוח משום אסמכתא מאחר שאין לחברה המבטחת על מה להסתמך בתקוותה כי לא תגיע לכדי מימוש התנאי.

חוזה ביטוח לשיטת הרשב"א ורבנו תם

כזכור לשיטת הרשב"א כל אסמכתא כוללת את מרכיבי הקנס. נראה כי בחוזה ביטוח נעדר מרכיב האסמכתא לשיטה זו לאור עיקרון זיקת הביטוח.

עיקרון זה גורס שאין לפצות אדם עבור נזק שאינו שלו. כתוצאה מכך, בכדי להיחשב כמפסיד הזקוק לשיפוי, על המבוטח יהיה להוכיח שאמנם נגרם לו נזק של ממש. ברור שהשיפוי יינתן לעולם על-פי ערך ההפסד. אם נניח שפרמיית הביטוח מהווה תשלום הולם עבור התמורה שמספקת חברת הביטוח³⁰ הרי שלא אמור להיווצר מצב שבו השיפוי יינתן בהגזמה או בתורת קנס, שכן עסקת הביטוח היא הסכם ממון רגיל ואף השיפוי ניתן על-פי ערך הנזק. וכבר כתב כך הרשב"ש³¹.

גם אם נבין את שיטת הרשב"א בצורה רחבה יותר - כשיטת רבנו תם - עדיין אין חוזה ביטוח לוקה באסמכתא. בחוזה ביטוח הסכם הביטוח אינו הסכם משני שנועד להבטיח קיומו של הסכם עיקרי כלשהו. אדרבה, זהו ההסכם העיקרי ולמעשה היחיד הנעשה בין הצדדים.

חוזה ביטוח לשיטת הרמב"ם

המונח "מעין אסמכתא"

לכאורה החלוקה שמחלק הרמב"ן - בין אסמכתא גמורה לבין ערב שהוא מעין אסמכתא, ובין ערב לבין שומר חינוס המתנה להיות כשואל, שהתחייבותו על הספק נעשית בגמירות דעת מלאה - בנויה על הגדרתו את מושג האסמכתא.

אך לדעת הרמב"ם המגדיר אסמכתא: תנאי על קניין עתידי, השאלה עומדת בעינה - הן ערבות והן התחייבות שומר חינוס להיות כשואל, וכך גם כל התחייבות אחרת על הספק עונים על הגדרת הרמב"ם לאסמכתא. מדוע בהתחייבות מסוג זה לא יידרש קניין בבית דין חשוב, או לחילופין הקנאה מעכשיו, בכדי לעקוף את בעיית האסמכתא.

וכבר תמה הסמ"ע³² על מה שכתבו הרמב"ם³³ והמחבר³⁴: "אבל אם קנו מידו שהוא ערב ממון זה...נשתעבד". וכתב הסמ"ע:

30. להלן ידון מצב שבו השיפוי גבוה באופן מוגזם ביחס לתמורה שמשלם המבוטח.

31. בתיקון סופרים שלו, ערך אסמכתא.

32. קכט, ס"ק ד.

"וקצת קשה למה יועיל בזה קניין בלא בית דין חשוב כיוון דאסמכתא הוא. דאומר אם לא יפרע הוא, אני אפרע לך. והגמרא³⁵ והפוסקים כתבו דווקא בערב בשעת מתן מעות לא שייך אסמכתא משום שבהיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה".

הש"ך³⁶, בכדי לתרץ את קושיית הסמ"ע, הראה מקום לדברי הרמב"ן שהובאו לעיל, הכותב שערב אינו אסמכתא גמורה, אלא מעין אסמכתא בלבד, ולכן מועיל קניין גרידא כדי להוציא מידי מצב הביניים של מעין אסמכתא.

לכאורה, דבריו תמוהים שכן הרמב"ן תירץ כך לשיטתו בהגדרת אסמכתא. אולם על-פי הגדרת הרמב"ם את המונח אסמכתא השאלה בעינה עומדת. יתר על כן, בהלכות הלואה³⁷ כתב הש"ך:

"ולי נראה לדעת הרי"ף והרמב"ם דדווקא הכא מהני כשחייב עצמו בשטר או באתם עדי כיוון שמחייב עצמו מיד בלי תנאי, מה שאין כן בשומר קרקעות ושואל כיוון שאינו מתחייב מיד, רק אם יאבד, דמי לערב, שכתב הר"ן גופיה דדמי לאסמכתא ולא מהני רק בקניין".

הש"ך כאן מכליל: כשם שערב הוא התחייבות על תנאי וכתבו הרמב"ן והר"ן שהתחייבות הערב דומה לאסמכתא וזקוקה לקניין, כך כל התחייבות על תנאי - כאותה שאמרו מתנה שומר חינם להיות כשואל - אינה חלה אלא אם כן עשה קניין. אך כבר ראינו לעיל שהרמב"ן והר"ן לשיטתם שערב הוא מעין אסמכתא לא כתוצאה ממבנה ההתחייבות הכולל בתוכו תנאי, אלא כתוצאה מאופי התנאי שהוא תנאי שבידו ולא בידו. דבר זה נכון בערב אך אינו עניין לגבי שומר חינם המתנה להיות כשואל. שם התנאי הוא כשאר תנאים שאדם מתנה בכל עסקה ואינם אסמכתא.

נראה כי הש"ך סבור שאף לדעת הרמב"ם ערב אינו אסמכתא גמורה, אך מסיבה אחרת מזו שכתב הרמב"ן, ולדעתו שיטת הרמב"ם כך היא:

א. המתחייב ממון לאחר ללא התניה כלשהי, כיוון שמבחינת המתחייב קיימים הן השעבוד והן ודאות מימושו - הרי זה מתחייב בדברים בלבד.

ב. התחייבות מסוג ערבות, או התניית שומר חינם להיות כשואל, שבהן השעבוד חל מעכשיו, אך מימושו מותנה, כך שהתשלום יצא אל הפועל רק

33. מלוה ולווה כא, א.

34. קכט, א.

35. ב"ב קעג, ב.

36. קכט, ס"ק ד.

37. מ, ס"ק ד.

אם וכאשר יקרה נזק או יתברר שהלווה אינו משלם, זקוקה לקניין או לשעבוד בההיא הנאה כדי לוודא את גמירות הדעת³⁸. ללא ההנאה או הקניין אנו חוששים שהמתחייב סמך בדעתו שמא לא תבוא התחייבותו לידי מימוש.

ג. כאשר עצם השעבוד תלוי בתנאי הרי זו אסמכתא גמורה ואפילו קניין לא יועיל.

על כן כתב הרמב"ם³⁹:

"וכן הערב או הקבלן שחייבו עצמן על תנאי, אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד מפני שהוא אסמכתא. כיצד כגון שאמר לו ואני אתן לך אם יהיה כך וכך או אם לא יהיה. שכל התולה שיעבוד שאינו חייב בו באם יהיה ואם לא יהיה לא גמר והקנה קניין שלם ולפיכך לא נשתעבד".

רוצה לומר כשם שתנאי על קניין עתידי הוא אסמכתא גמורה כך תנאי על שעבוד עתידי הוא אסמכתא גמורה. נמצא שלשיטת הרמב"ן והר"ן דווקא התחייבות המותנית בתנאי שקיומו תלוי חלקית בלבד בדעת המתחייב זוקקת קניין או הנאה, אך התחייבות המותנית בתנאי שאינו תלוי כלל במתחייב ניתן ליצור אף בשטר. לעומת זאת לדעת הרמב"ם כל התחייבות היוצרת שעבוד מעכשיו, אולם מימושה תלוי במה שיקרה בעתיד הרי זו מעין אסמכתא ואינה חלה אלא בתמורה להנאת המתחייב, או לחילופין על-ידי קניין.

חוזה ביטוח - אסמכתא גמורה או מעין אסמכתא

נותר לנו לברר בדעת הרמב"ם תחת איזו משלוש הקטגוריות האלו, נופל חוזה הביטוח. דבר זה מפורש לכאורה ברמב"ם עצמו⁴⁰:

"ראובן שמכר לשמעון שדה, ובא לוי וקיבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה כל עת שירצה שיתבענו לשמעון הרי זה חייב, וכזה הורו רבותיי".

כלומר, אם האחריות היא פיצוי עבור אבדן השדה הנטרפת, הרי זו התחייבות עתידית אשר היא עצמה מותנית בכך שהשדה תיטרף והרי זו אסמכתא גמורה. לעומת זאת אם הערבות היא עבור המעות שהוציא הלוקח בקניית השדה הרי זו התחייבות עכשווית לשלם ללוקח מעותיו בכל שעה שירצה. בהתאם לכך חוזה

38. עי' מחנה אפרים הלכות ערב סימן א.

39. מלווה ולווה כה, ח.

40. מלווה ולווה כה, ז.

ביטוח הוא אסמכתא גמורה, שכן השעבוד יחול רק אם וכאשר יקרה הנזק. ואפשר שהדבר תלוי בהבנת דברי הרמב"ם האלו. בדברי הרמב"ם נאמרו שלושה פירושים: א. המגיד משנה⁴¹ פירש שהיות שמדובר על התחייבות עתידית - לכשיתרף השדה, ואף זו תלויה בתנאי - אם אכן השדה תיטרף, הרי זו להגדרת הרמב"ם אסמכתא גמורה.

הגר"א בביאורו על השולחן ערוך⁴² מסביר את החילוק בין ערבות עבור הלוואה לערבות עבור מיקח. בערבות עבור הלוואה השתעבד הלווה מעכשיו, והערב על-ידי קניין או בההיא הנאה גומר בדעתו להיכנס תחת הלווה ולהתחייב אף הוא מעכשיו אם לא יפרע הלווה, והרי זו כהתחייבות עכשווית על תנאי שלא יפרע הלווה עצמו. אך בערבות עבור מיקח או חוזה ביטוח, גם אם יסכים הערב לשעבד את עצמו תמורת הנאה או תמורת כסף, הדבר לא יועיל היות שמושא השתעבדותו - הנזק - עדיין לא אירע. נמצא שבכל מקרה השתעבדותו היא עתידית ואף מותנת בכך שהנזק אכן יקרה והרי זו אסמכתא גמורה.

ב. הטור פירש שערבות עבור מיקח היא אסמכתא גמורה מפני שלא על אמונתו קנה את השדה, שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות, דעביד איניש דזבין ארעא ליומא (עשוי אדם לקנות קרקע ליום אחד). רוצה לומר, שלא כמו בערבות רגילה, שבה המלווה מסכים להוציא את כספו מתוך נאמנות הערב, ואף הערב בההיא הנאה מסכים להשתעבד, כאן הלוקח קנה את המיקח שלא מתוך אמונתו בערב, וממילא אף לערב לא הייתה הנאת מהמנות ולא גמר בדעתו להשתעבד.

וכתב הדרישה שנראה שישנה השלכה הלכתית להבדל בין פירוש המגיד משנה לבין פירוש הטור. לדברי הטור בערבות על המיקח הפגם הוא בכך שלערב לא הייתה הנאה. הדבר נכון דווקא כאשר הייתה הערבות בשעת המיקח ממש. במצב כזה מן הסתם סבר הערב שהלוקח קנה קרקע ליומא ולא גמר ושעבד עצמו. אך אם אחר שקנה הלוקח את השדה ביקש מהערב שיערוב בעד מקחו הרי גילה דעתו שלא קנה ארעא ליומא ואם כן כאשר ערב זה בעד המיקח יודע שהלוקח סומך עליו וגמר ומשעבד עצמו. מובן שבמצב כזה הערבות זקוקה לקניין היות שערב לו לאחר מתן מעות.

אמנם לפירוש המגיד משנה אף ערבות בקניין לא תחול, הואיל וזו אסמכתא גמורה ולא מצב הביניים של מעין אסמכתא.

41. שם.

42. קלא, ס"ק יט.

ג. לדעת רבי יוסף קארו בחיבורו בית יוסף, ההבדל בין ערבות בהלוואה לערבות עבור מיקח הוא שבערבות עבור הלוואה מלכתחילה מודע הערב לאפשרות ברמה כלשהי של הסתברות שהלווה לא יפרע את ההלוואה והוא יאלץ לפרוע אותה. לעומת זאת, בערבות עבור מיקח, כיוון שהערב רואה שבשעת המכר אין מערער בדבר בטוח הוא ששוב לא יערער איש על המכר. אילו היה יודע שיוציאו מתחת ידו לא היה נעשה ערב. על כן זוהי אסמכתא.

מסתבר כי להסבר הטור בדעת הרמב"ם, בחוזה ביטוח גילה המבוטח דעתו שהוא מעוניין בביטוח ואף מסכים לשלם בתמורה, ופשוט הדבר שהחברה המבטחת מכירה ברצינות כוונתו ואין כאן אסמכתא.

אף להסבר הבית יוסף בדעת הרמב"ם בחוזה ביטוח אין לחברה במה לתלות את בטחונה שלא יארע נזק למבוטח.

אולם על-פי הסבר המגיד משנה והגר"א את דברי הרמב"ם, חוזה ביטוח הריהו אסמכתא גמורה, מאחר שמדובר בקבלת אחריות על נזק עתידי שאין ודאות שאכן יקרה. נראה שאין בפירושי הטור והבית יוסף בדברי הרמב"ם בכדי להוציא או להפחית מן הבעייתיות שיש בהתחייבות עתידית על קבלת אחריות נזיקין אם וכאשר הנזק יקרה.

תשובת הבית אפרים

בשו"ת בית אפרים⁴³, דן בדעת הרמב"ם בעניין אסמכתא בחוזה ביטוח. לשון השאלה:

"דבר רגיל הוא בין הסוחרים כשרוצים לשלוח סחורה למדינה אחרת והדרכים בחזקת סכנה עושין מעמד עם מי שרגיל בדרך הזה להוליך הסחורה ונותנים לו סך כך וכך למאה והוא מקבל על עצמו אחריות הסחורה...וגם יש דרך אחר שאין המוליך מקבל עליו אחריות הסחורה רק איש אחר מקבל עליו אחריות הסחורה ונותן שטר חוב על סך מעות שיווי הסחורה לסוחר בעל הסחורה והוא נוטל עבור זה סך כך וכך למאה עבור קבלת האחריות... ואם נלקחה הסחורה והיא אבודה השכר אבד וזה שקיבל אחריות משלם את אשר נתחייב בשטר חוב בלי טענה ומענה והוא מנהג שנתפשט בין הסוחרים מקדם במדינה ואין איש שם לב לדעת אם הוא דינא או מנהגא, שמצד הדין

43. חלק חושן משפט סימן לד, הובא בקיצור בפתחי תשובה חו"מ סימן רז ס"ק יז.

יש לומר קבלת אחריות זה אסמכתא הוא, כיוון שלא נעשה בקניין ובבית דין חשוב".

והוא משיב שאכן לדעת הרמב"ן והרא"ש אין כאן אסמכתא כלל כמבואר בריב"ש⁴⁴ שהוזכר בפרק הקודם. אולם לאור מה שכותב הרמב"ם הנ"ל נראה לכאורה הסכם כזה כאסמכתא. באשר לפירוש דברי הרמב"ם הדבר פשוט שלפירוש הטור ולפירוש הבית יוסף לא מתעוררת כל בעיה במצב המתואר בשאלה - ביטוח סיכונים: "דטעם הטור פשיטא דלא שייך הכא... וגם טעם הבית יוסף, דכשמתערב אדעתא דקים ליה שלא יוציאו נתערב, ליתא בנדון דידן שהכל יודעים שהדרכים בחזקת סכנה וכשנכנס לערבות הוא בא בשכרו ומכניס עצמו"

נראים הדברים שיש להשליך מדבריו לכל סוגי הביטוח שלדברי הטור והבית יוסף אין בהם משום אסמכתא וכמו שכתבתי לעיל.

אמנם הבית אפרים עצמו נוטה לפרש את הרמב"ם כפירוש הגר"א ואף על פי כן לדעתו אין בביטוח סיכונים המתואר בשאלה משום אסמכתא. וזאת מחמת שני חילוקים הקיימים לדעתו בין אסמכתא לבין ביטוח סיכונים:

א. כאשר המבטח מקבל על עצמו אחריות על השדה, הרי זו התחייבות עתידית, על תנאי - אם וכאשר תיטרף השדה. לעומת זאת בביטוח סיכונים "אף שעיקר החיוב מתחיל בשעת אונסין, מכל מקום חיוב על חזרת הסחורה מתחיל מיד, וכמו ערב דשואל".

יתר על כן, אדם המקבל על עצמו אחריות על סחורה אינו בכלל ערב, אלא, קבלן והריהו כמי שקיבל בעצמו את הסחורה להוליכה בים, ומוליך הסחורה בפועל הריהו שלוחו. ופשוט הדבר שאם אנו רואים את המבטח כמי שקיבל בעצמו את הסחורה הרי נתחייב להחזירה מיד וממילא מדובר בהתחייבות עכשווית.

אמנם יתכן שכדי שנוכל לראות את המבטח כמי שהתחייב מעכשיו להחזיר את הסחורה או את תמורתה דרוש שהתחייבות זו תהיה מפורשת בשטר, אך בפועל כפי המתואר בלשון השאלה נותן המבטח למבטוח שטר חוב רגיל.

ב. מאחר שהמבטח נותן למבטוח שטר חוב גמור על עצמו, ואם הסחורה תגיע בשלום מוחל לו המבטוח על השטר, הרי זה כתיקון חכמי ספרד המובא ברמב"ם⁴⁵ ובשולחן ערוך⁴⁶:

44. סימן שח.

45. מכירה יא, יח.

46. רז, טז.

"כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחברו מאה דינרים, ואחר שחייב עצמו קונים מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זה היו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכים ובכל הדברים הדומים להם וכן אנו נוהגים".

החילוק הראשון שכתב הבית אפרים נכון דווקא במקרה של ביטוח סיכונים וכדו'⁴⁷, שבו המבוטח מוציא מתחת ידו את מושא הביטוח. באופן זה ניתן לומר שהמבטח מקבל על עצמו מעכשיו להחזיר את הסחורה והרי זו התחייבות עכשווית. לעומת זאת במקרה של ביטוח רכוש, כאשר הרכוש המבוטח אינו יוצא מתחת ידו של המבוטח ההתחייבות היא עתידית במובהק וכיוון שהיא התחייבות על תנאי היא מוגדרת אסמכתא לדעת הרמב"ם.

החילוק השני שחילק הבית אפרים ולפיו בביטוח סיכונים העסקה נעשית כתיקון חכמי ספרד, תקף לכל סוגי האסמכתא וממילא ניתן להחילו על כל סוגי הביטוח. דא עקא שבפועל אין חוזי ביטוח נחתמים כתיקון חכמי ספרד, אלא החברה המבטחת מפרטת בפוליסת הביטוח באילו תנאים היא מחויבת לשלם למבוטח.

לכאורה ניתן אם כן לומר שלדעת הרמב"ם חוזה ביטוח, שלא נעשה על דרך חכמי ספרד, וכמו כן חברת הביטוח לא קיבלה על עצמה את האחריות של השבת מושא הביטוח (סחורה, רכוש וכדו') למבוטח, הריהו אסמכתא גמורה ואף כאשר יעשו קניין כדי לתת לו תוקף לא יועיל הדבר.

כך כותב הרב הרצוג בתשובה⁴⁸ ששטר המכיל התחייבות עתידית על תנאי הריהו אסמכתא גמורה, ואינו דומה להתחייבות עכשווית על תנאי שכתב הש"ך⁴⁹ שקניין או אפילו שטר יועיל לתת לה תוקף משפטי. בהמשך הפרק נדון בדרכים לסילוק האסמכתא לדעת הרמב"ם.

3. דרכי סילוק האסמכתא לשיטת הרמב"ם

כללי

ניתן לכאורה להעלות ארבעה כיוונים אפשריים לסילוק האסמכתא בחוזה ביטוח, ובהם נדון להלן:

47. ואף בזו דבריו צריכים תלמוד. עיין קצות החושן סימן שמ ס"ק ד.

48. חח"מ סימן כז.

49. מ ס"ק ד.

- א. מדינת דמלכותא.
- ב. מדין סטומתא.
- ג. צרוף של סטומתא ודינא דמלכותא.
- ד. אם נניח שפרמיית הביטוח יוצרת הסכם ממון רגיל ולא מדובר כאן בהתחייבות חד-צדדית של חברת הביטוח.

דינא דמלכותא כמוציא מדי אסמכתא

הראשונים נחלקו באשר להקף הכלל דינא דמלכותא דינא. המחלוקת העיקרית היא בשאלה האם דינא דמלכותא דינא אף בדברים שבין אדם לחברו⁵⁰.

הרמב"ם⁵¹ פסק:

"אבל מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שלישי או רביע או דבר קצוב והעמיד מוכס...אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא".

כך גם בכל ההלכות שבאותו פרק הדנות בדינא דמלכותא, כתב הרמב"ם שמדובר במלך שעשאן. וכתב המגיד משנה⁵² שהרמב"ם ורוב הגאונים פסקו כלשנא בתרא דגיטין⁵³ ששטר מתנה העולה בערכאות של גויים פסול מפני שלא אמרו דינא דמלכותא דינא בדברים שבין אדם לחברו אלא רק בדברים שהם לתועלת המלך.

אמנם הרמב"ם⁵⁴, הרשב"א והר"ן⁵⁵ פסקו כלשון ראשון, ששטר מתנה העולה בערכאות של גויים כשר מטעם דינא דמלכותא דינא, שאף בדברים שבין אדם לחברו נאמר כלל זה. לדעתם לא אמרו בלשון השני שהשטר פסול אלא כאשר לא היה חוק מלך ששטר כזה יועיל.

50. מחלוקות נוספות ישנן:

- א. האם הכלל דינא דמלכותא דינא נובע מהסכמת בני המדינה או מכך שכל הארץ של המלך היא והוא רשאי לעשות בארצו כרצונו.
 - ב. האם דינא דמלכותא דינא דווקא בחוקים קדמונים או גם בחוקים חדשים.
 - ג. האם דינא דמלכותא דינא דווקא בענייני קרקעות או לאו דווקא.
 - ד. האם דינא דמלכותא דינא מועיל אף להקנות בלי מעשה קניין או רק להפקיר ולהפקיע.
 - ה. האם גם בארץ ישראל דינא דמלכותא דינא.
- ברם אין אנו נדרשים להן לאור המשך הדיון.
51. גזילה ה, יא.
 52. מלווה ולווה כז, א.
 53. י, א.
 54. ב"ב נה, א.
 55. גיטין י, א.

המחבר⁵⁶ העתיק את לשון הרמב"ם, אך הרמ"א⁵⁷ כתב: "ובכל מקום שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות - כל השטרות העשויין לפניהם כשרים אפילו שטרי מתנות מכוח דינא דמלכותא (רוצה לומר לא רק שטרי ראייה כי אם גם שטרי קניין) וכל שכן במקום שכבר נהגו להכשירם כשרים"⁵⁸.

הרי שפסק כרמב"ן וסיעתו, הסוברים שדינא דמלכותא דינא אף בדברים שבין אדם לחברו.

וכתב הש"ך⁵⁹, שאף לשיטה זו הסבורה שנאמר דינא דמלכותא דינא בדינים שבין אדם לחברו זהו דווקא כאשר אין הדבר מפורש בדיני ישראל שלא כדינא דמלכותא. אך בדין המפורש בדיני ישראל אין הולכים אחר מנהג הגויים הסותר את דיני ישראל, שלא כמשמעות הרמ"א⁶⁰ והסמ"ע⁶¹ הסוברים שהולכים בסתם אחר מנהג גויים בדיני הלוואות ומשכונות.

דינא דמלכותא הוזכר במפורש בהקשר לאסמכתא בדברי הרמ"א⁶²:

"ויש אומרים⁶³ דאם השלישו משכונות זה כנגד זה במשפטי גויים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא משום דינא דמלכותא דינא".

מקור הדברים ברשב"א. לשיטתו שאומרים דינא דמלכותא דינא אף בדינים שבין אדם לחברו⁶⁴, אכן יועיל דינא דמלכותא לסלק אסמכתא. ברם, לדעת הרמב"ם והגאונים לא יסלק דינא דמלכותא את בעיית האסמכתא.

כך כותב בפירוש החזון איש⁶⁵ לגבי סעיף קנסות בחוזים: "נראה דהנהוג לכתוב חוזה לגמר המיקח וכותבין שאם הלוקח חוזר הכסף שנתן מחול, ואם המוכר יחזור יכפול, אין בתנאי זה ממש

56. סח, א.

57. שם.

58. ריב"ש סימן תצג וסימן תעח.

59. עג ס"ק לט.

60. עג, יד.

61. שם ס"ק לט.

62. רז, טו.

63. רשב"א בתשובה. הובאה בב"י רז מחודש מו.

64. ביאור הגר"א שם ס"ק נב.

65. חלק חו"מ סימן טז אות יא.

כדאיתא בשולחן ערוך⁶⁶ ואף על גב דמהני מדינא דמלכותא, מכל מקום כיוון שהוא דין בין ישראל לחברו אין כאן דינא דמלכותא".

כלומר, לשיטת הרמב"ם אין דינא דמלכותא, לגבי דינים שבין ישראל לחברו, דינא, ואינו מסלק את גורם האסמכתא⁶⁷.

סטומתא כמוציא מידי אסמכתא

סטומתא

במסכת בבא מציעא⁶⁸ מובאת מימרא :

"אמר רב פפי משמיה דרבא האי סטומתא קניא למאי הלכתא רב חביבא אמר למקניא ממש. רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהיגי למקני ממש קני".

ופירש רש"י: ובאתרא דנהיגי למקני - שרגילין לרשום על-מנת שבדבר זה תהא קנויה לו - כאילו משך קני.

ומכאן פסקו הרמב"ם⁶⁹ והשולחן ערוך⁷⁰ :

"ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קניין גמור נקנה המיקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו וחייב זה ליתן הדמים. והוא שרשם בפני המוכר או שאמר לו המוכר רשום מקחך".

הרא"ש⁷¹ כתב :

"ורבנו חננאל פירש (סטומתא הוא) כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המיקח תוקע כפו לכף חברו ובזה נגמר המיקח. וכל כיוצא בזה דאיזה דבר שנהגו הסוחרים בגמר המיקח, כגון מקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המיקח".

66. רז, יא.

67. יש להעיר שכמה דינים שנאמרו בהלכות חמץ בקשר להשפעת דיני המדינה על מכירת החמץ (עי' בס"י תמח במ"א ס"ק ד, וכן בס"י תמא ובמ"א שם ס"ק ב ובשאר האחרונים שם וכן בשדה חמד כרך ח עמוד 413). אלא שאין ללמוד ממכירת חמץ להסכמים אחרים היות שבמכירת חמץ די בכך שע"י דיני המדינה החמץ מופקע מיד הישראל בכדי לפטור את הישראל מבל יראה ובל ימצא. אך בהסכמים אחרים דרוש קניין ולא די בהפקעת בעלות ובזה נראה שדינא דמלכותא לבדו לא יועיל.

68. עד, א.

69. מכירה ז, ו.

70. רא, א.

71. ב"מ פ"ה סימן עב.

סטומתא דאורייתא או דרבנן

האחרונים נחלקו האם קניין סטומתא קונה מן התורה או מדרבנן. דעת נתיבות המשפט⁷², שסטומתא קונה מדרבנן בלבד.

"דהא קניין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפילו הכי לא חשבינן אותו רק לקניין דרבנן לעניין קדושין".

החתם סופר⁷³ כתב:

"וביארתי במקום אחר⁷⁴ שלפי עניות דעתי הוא דאורייתא ממש ועדיף מקניינים שתקנו רבנן שלא ברצון הסוחרים ורק מטעם הפקר בית דין הפקר נגעו ביה שיש פוסקים סבירא להו דהמקדש אישה בקניין כזה אינו אלא קידושין דרבנן⁷⁵ אבל סטומתא ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם הוא קניין דאורייתא לפי עניות דעתי...ועיין בתשובה מיוחסת לרמב"ן⁷⁶ כתב להדיא דקניין ממנהג שהנהיגו בני העיר כך הוא דאורייתא ממש ויכולים להסיע על קיצתן העובר עליו".

גם בתשובה אחרת⁷⁷ כתב כך והוסיף שראה את דברי בעל נתיבות המשפט הסובר שסטומתא הוא קניין דרבנן דלא עדיף משאר קנייני דרבנן והוא כותב עליו "וכבר כתבתי דלא דמי להדדי". ועוד כתב שם שקניין הקונה לא רק ממנהג אלא אף בדינא דמלכותא אף לדברי בעל נתיבות המשפט יהיה קניין מדאורייתא שבאותם עניינים שנאמר בהם דינא דמלכותא דינא ודאי הוא מדאורייתא.

סטומתא בדברים שאין מועיל בהם קניין

מחלוקת נוספת ישנה בין האחרונים, האם סטומתא קונה בדבר שקניין רגיל אינו קונה בו. בספר קצות החושן⁷⁸ כתב:

"כתב במרדכי שבת פרק הבונה⁷⁹ ז"ל לרבי יחיאל הא דסטומתא קניא דווקא בדבר הבא לעולם ומועיל בו הקניין הלכך מועיל המנהג

72. רא, ס"ק א.

73. חח"מ סימן יב.

74. חלק יורה דעה סימן שיד.

75. ב"ש סימן כח ס"ק לה.

76. סימן רכה.

77. יו"ד סימן שיד.

78. סימן רא.

79. אצלינו הובא ר' יחיאל בהגמ"ר דשבת סימן תעג.

להחשיבו כקניין גמור אבל דבר שלא יועיל בו קניין כגון בדבר שלא בא לעולם לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקניין גמור".

אמנם רבי עקיבא איגר בחידושי⁸⁰, אחר שהביא את דברי המהרש"ל בספרו "ים של שלמה"⁸¹ הסובר כדעת המרדכי, כתב שלדעת הרא"ש בתשובה⁸² קונה סטומתא אף בדבר שלא בא לעולם.

בעל נתיבות המשפט מנגד, אחר שהסכים לדברי קצות החושן הנ"ל, שסטומתא אינה קונה בדבר שלא בא לעולם הביא את דברי מהרש"ל בתשובה⁸³ שכתב שבאורנדי (חכירות) מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם ודמי לסטומתא. וכתב עליו שאפשר ששם מועיל השטר היות שהוא גם כן מדינא דמלכותא.

החתם סופר הוא האחרון המרחיק לכת ביותר באשר לכוח שלדעתו יש לסטומתא. לדעתו סטומתא קונה אף בדבר שאין קניין רגיל מועיל בו כגון דבר שלא בא לעולם ואסמכתא, וכתב שאף המרדכי הנ"ל דעתו כך ומה שכתב לגבי מי שנדר למוהל שימול את בנו קודם שנולד הילד שלא קנה המוהל טעמו הוא שאין המנהג לנדור למוהל קודם שנולד התינוק ועל כן אין זה סטומתא.

נראה כי מחלוקת אחרונים זו תלויה בשאלה האם סטומתא היא תחליף למעשה הקניין ואם כן אין היא מועילה במקום ששאר הקניינים אינם מועילים, או שסטומתא קונה בלא מעשה קניין כדברים הנקנים באמירה מאחר שיש כאן גמירות דעת מוחלטת ואם כן אף בדבר שלא בא לעולם, או באסמכתא סטומתא קונה.

סטומתא בהתחייבות

בשאלה האם סטומתא מועילה בהתחייבות או רק בקניין דן רבי ברוך פרנקל בספרו "אמרי ברוך"⁸⁴, והראה מקום לדברי הרמ"א⁸⁵, הסמ"ע⁸⁶ והש"ך⁸⁷. מדברי כולם עולה שסטומתא קונה הן בקניין והן בהתחייבות. מובן שמדובר דווקא כאשר מנהג המתחייבים להתחייב באופן כזה שאם לא כן אין זו סטומתא.

80. על השו"ע רא, ב.

81. ב"ק פ"ח דין א.

82. כלל יב סימן ב.

83. סימן לד.

84. סימן רא.

85. קכט, ו.

86. שם ס"ק טו.

87. שם ס"ק יג.

בפרק הקודם העלנו כי לחוזה הנכרת בין שני אנשים בכלל ולחוזה ביטוח בפרט יש דין סטומתא שכן זוהי הדרך הרווחת ביותר לסגירת עסקאות מכירה, שכירות, התחייבות וכדו'. רוב האנשים רואים את העסקה כסגורה לאחר כריתת החוזה והרי זה כמקום שנהגו שרושם קונה קניין גמור. ברור אם כן שלדעת החתם סופר, הסבור שסטומתא מועילה אף במקום שקניין רגיל אינו מועיל, ואף כאשר מדובר באסמכתא גמורה⁸⁸, יש לחוזה ביטוח תוקף מלא בדיני ישראל. כך העלו גם בפסקי דין רבניים⁸⁹. אולם לשיטת נתיבות המשפט אין בסטומתא בכדי לסלק אסמכתא ואם כן אף שחוזה ביטוח הוא סטומתא אין דבר זה נותן לו תוקף בדיני ישראל. אמנם אפשר שאף לדעתו יועיל צירוף של סטומתא עם דינא דמלכותא - כדלהלן.

צירוף דינא דמלכותא עם סטומתא

כזכור פסק נתיבות המשפט⁹⁰ שדינא דמלכותא בצירוף לסטומתא יועיל כדי לקנות דבר שלא בא לעולם. היות שהוא מסתמך בדבריו על תשובת מהרש"ל⁹¹, נביא כאן את דברי המהרש"ל כלשונם:

"והרמב"ם הוסיף בביאור⁹² וזה לשונו: 'במה דברים אמורים... אבל אם יש משפט ודין של אותו מלך שלא יזכה אדם בקרקע אלא מי שכותב בשטר או נותן דמים וכיוצא בדברים אלו עושים כפי משפטי המלך שכל דיני המלך בממון על פיהם דנים עד כאן. קל וחומר הכא מה שרגיל אדם לקנות מן שלטוני העיר שאזלין בתרייהו בדינא דמלכותא. וידוע הוא בכל המלכות שקונים מכסים או דוגמתו... כל הקניין על ידי שטר ארנדא ועל זה הן דנין... ובזה השוו כל הגאונים ומה שאינו מיקח ממש אמרו גם כן חכמים שהוא קניין גמור בסוף פרק הריבית⁹³ גבי סטומתא. וכן כתב האשר"י⁹⁴ וזה לשונו: 'כי הקניין לפי המנהג כדאמר לקמן גבי סטומתא', ומזה הביאו ראיה המחברים שעיקר קניינים בין בסחורה הכל לפי המנהג. קל וחומר מנהג ודת

88. החת"ס חח"מ סי' א כתב "אבל הרא"ש בתשובה מיירי שנהגו לחכור דשל"ל מש"ה מהני (סטומתא)... וה"ה וכל שכן דמועיל באסמכתא דהא טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה ומכיוון שנהגו שפיר סמכא דעתיה".

89. חלק ה עמ' 265 (רנ"ח בפרוייקט השו"ת).

90. סימן רא.

91. סימן לו.

92. זכיה ומתנה א, טו.

93. ב"מ עד, א.

94. ב"מ פ"א סימן לח.

המלך... ולכן נראה בעיני מי שקונה מכס או כהאי גוונא מן המלך אפילו קודם זמנו הוא קניין גמור והנוטלה ממנו הוא גזל גמור ויוצאת בדיינים".

אין מדובר אם כן בצירוף סטומתא לדינא דמלכותא, אלא שלדעתו כל קניין תלוי במנהג, וכשם שיש ביד המנהג להפקיע קניינים כך יש ביד המנהג להחיל קניינים. מסתבר כי דעת מהרש"ל כדעת החתם סופר, שסטומתא מועילה מדין גמירות דעת ולא כמעשה קניין, וכשם שחז"ל הפקיעו קניינים במקום שאין גמירות דעת כגון בקונה שדה בכסף גרידא, כך אמרו על מה שאינו מיקח שהוא מיקח גמור מאחר שיש שם גמירות דעת ולכן במקום שמנהג המלך שדבר זה יקנה הרי זו כאותה שאמרו חכמים שמנהג הסוחרים מועיל ובשניהם הטעם הוא שישנה גמירות דעת מלאה.

שיטת נתיבות המשפט - ישנה משמעות לצירוף שני הדינים

עדיין נותר לנו להבין את דעת בעל נתיבות המשפט. מחד הוא סובר שסטומתא מועילה בתורת מעשה קניין. מאידך לדעתו מועיל הצירוף של סטומתא ודינא דמלכותא לקנות דבר שלא בא לעולם.

בפסקי דין רבניים⁹⁵ הנ"ל התייחס לדעת נתיבות המשפט הגאון ר"ב ז'ולטי זצ"ל וזה לשונו:

"והנה לכאורה יש להוסיף על זה הא דמבואר בנתיבות⁹⁶ דאף דסטומתא אינה קונה בדבר שלא בא לעולם, אבל משום דינא דמלכותא קונה גם בדבר שלא בא לעולם ואם כן הוא הדין באסמכתא קונה משום דינא דמלכותא. אולם בחידושי הרשב"א⁹⁷ כתב: 'ורבנו הרב נ"ר פירשה... דהכי קאמר תני חוץ מכגיטי נשים ולא משנינא ליה משום דינא דמלכותא דינא, לפי שאין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חברו, אלא כל זמן שהוא בא לדון בערכאות שלהם, הלכך אף על פי שעשה ישראל שטר לחברו בערכאות שלהם לא הופקעה השדה מן המוכר על אותו שטר כל זמן שלא באו בערכאות שלהם, והא דקאמר שמואל טעמא משום דדינא דמלכותא (דינא) חידושו שאין המוכר יכול לחזור בו עוד, שכבר הופקעה ממנו השדה בדינא דמלכותא

95. חלק ה עמוד 265.

96. רא, ס"ק א.

97. גיטין י, ב ד"ה ואי, המסביר מדוע ללשנא בתרא שם לא די בדינא דמלכותא לתת תוקף משפטי לשטר מתנה העולה בערכאות של גויים.

וכשמחזיק בה הלה יזכה, ולא בשטר עצמו זוכה בה וכמו שאתה אומר בשטרי מכר דבזוזי קני. אי נמי אפשר (שיזכה בה בשטר זה) וכדאמרינן התם האי סטומתא קניא באתרא דנהיגי למיקנא. ודינא דמלכותא נמי כמנהגא הוי.

הרי כתב דדינא דמלכותא דמהני הוא בשני אופנים, חדא כשבאים לדון בערכאות שלהם, ועוד דדינא דמלכותא מהני משום דהוי כסטומתא דקניא באתרא דנהיגי למקנא, ודינא דמלכותא נמי מנהגא הוי.

מעתה לשיטת הפוסקים דסטומתא לא מהני למיקני באסמכתא כנ"ל, הוא הדין דינא דמלכותא לא מהני באסמכתא שהרי כל דין דינא דמלכותא הוא מדין קניין סטומתא.

יש להעיר שכמסקנתו, שאין בשטרות משום דינא דמלכותא עד שיובאו בפועל בפני ערכאות ואלו יכפו לכבדם, כך גם מסקנת החזון איש⁹⁸ לגבי תקפם של סעיפי קנסות בחוזים:

"ואף על גב דמהני מדינא דמלכותא מכל מקום כיוון שהוא דין בין ישראל לחברו אין כאן דינא דמלכותא. ואין לומר כיוון דמהני מדינא דמלכותא (רוצה לומר על פי המשפט האזרחי, אף על פי שאין משפט זה מוגדר דינא דמלכותא לשיטת הרמב"ם כנ"ל) אין דעתו לאסמכתא אלא לקניין גמור, דלא שמענו דמשום דמצי למזכי בדינא דמלכותא תיבטל אסמכתא, ואין סברה בזה כיוון שאינו רשאי לדון בערכאות. ואם אתה אומר כן בטלה אסמכתא דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא".

אמנם בשו"ת אחיעזר⁹⁹ חולק על עיקרון זה והראה מקום לנתיבות המשפט הנ"ל ואחר כך כתב:

"ולפי זה גם בקאנטראקט בערכאות דמצד דינא דמלכותא מהני גם קודם הגיע זמן השכירות ואינו יכול לחזור ומהני מצד סטומתא ודינא דמלכותא דסמכא דעתו בכך וקנה מעכשיו, וממילא דאף אי מת הנותן לא נתבטל הקניין כיוון שחל מעכשיו. ובפשיטות נראה דכמו דמהני זמנו של שטר להוכיח שכוונתו להקנות מעכשיו, מכל שכן היכי שעושה שטר בערכאות ויודע שעל פי נימוסיהם כבר מסור הוא ליד

98. בליקוטיו לחלק חו"מ סימן טז סעיף יא.

99. חו"מ סימן עט, אות ו.

השוכר ואין בכוחו לחזור ודמי כפריש מעכשיו כיוון דמעשה הערכאות מעכשיו הוא ומה שעושה בערכאות מוכיח שגמר בדעתו להקנות מעכשיו".

לדבריו דינא דמלכותא מונע מהמקנה או המתחייב לחזור בו מן הקניין או מהתחייבותו. אולם בכך עדיין אין בכדי להקנות לשכנגדו. משום כך אנו נזקקים לקניין סטומתא כדי לגמור את הקניין. אין הקונה צריך לתבוע את המקנה בפועל בערכאות אלא כאשר הוא רוצה שהקניין יחול מדינא דמלכותא. אך כדי להוכיח גמירות דעת גרידא, די בכך שניתן לתבוע את המקנה ומאחר שהמקנה יודע שהוא מסור בידו הרי גמר והקנה מעכשיו.

דברי הרשב"א הנ"ל¹⁰⁰ הם כדברי האחיעזר, שהרי כתב שחידושו של שמואל הוא שמאחר ששטר מתנה העולה בערכאות מועיל מדינא דמלכותא, שוב אין המוכר יכול לחזור בו אף על פי שלא תבעו בפועל בערכאות. אלא שאינו קונה את השדה עד שיעשה קניין, או מטעם סטומתא. ולשנא בתרא שם אינה חולקת על כך אלא אומרת שאם רוצה לקנות קניין גמור על ידי שטר העולה בערכאות אין דינא דמלכותא מסייעו עד שיתבענו בפועל בערכאות. והרי זה כדברי האחיעזר.

כדברי האחיעזר יש להסביר את דעת נתיבות המשפט. היות שמדינא דמלכותא שוב אין המקנה דבר שלא בא לעולם יכול חזור בו, אחר שיש שם גם סטומתא נגמר הקניין.

באשר לשאלתנו - האם הצרוף של דינא דמלכותא וסטומתא מועיל לסלק אסמכתא - המסקנה העולה מדברי נתיבות המשפט והאחיעזר היא שהסכס אשר הוגדר אסמכתא עקב היותו הסכס עתידי, העובדה שניתן לכפות את קיום ההסכס בדינא דמלכותא מסלקת את חוסר גמירות הדעת והרי זה כאומר מעכשיו שאין שם אסמכתא כמבואר ברמב"ם¹⁰¹, ובשולחן ערוך¹⁰². וכיוון שיש שם גם סטומתא הרי שבכך נגמר הקניין והחווזה תקף.

אמנם אין מסקנה זו נכונה באשר לסעיפי קנסות בחוזים. כאן אין האסמכתא נובעת מכך שההסכס הוא עתידי אלא מתוכן ההסכס, וכבר פסק הרמ"א¹⁰³ ונתיבות

100. גיטין י, ב.

101. מכירה יא, ז.

102. רז, יד.

103. שם יד.

המשפט¹⁰⁴ שבהסכמים מסוג זה לא תועיל החלת ההסכם "מעכשיו" כדי לסלק את גורם האסמכתא ואם כן לא יועיל לכך גם דינא דמלכותא.

לפיכך יפה כתב לדינא החזון איש שאין סעיפי קנסות בחוזים תקפים בדיני ישראל אף שהם תקפים מדינא דמלכותא "שאם אתה אומר כן בטלה אסמכתא דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא".

בדרך שונה במקצת הולך הרב הרצוג בתשובותיו¹⁰⁵.

"חוץ מזה (משיטת הרשב"א הסובר שדינא דמלכותא לבדו מוציא מידי אסמכתא¹⁰⁶) הרי אין לך עסק שיש לו איזו חשיבות שהיא שאינו נעשה בחוזה ושאינו בו סעיף המחייב פיצויים, ובכגון זה דעתי נוטה דלית דינא דאסמכתא, שאם כן ביטלת את כל העסקים והקבלנויות וכאילו מפורש שלא כאסמכתא וכאילו מפורש שנעשה בבית דין חשוב¹⁰⁷ ועדיף מסטומתא".

רוצה לומר מאחר ובעסקאות בסדר גודל מסוים הדרך היחידה של הצדדים להבטיח את עצמם היא באמצעות חוזה הנשען על כוח הכפייה של המשפט האזרחי, אכן סהדי שהחוזה נעשה מתוך גמירות דעת וכאילו נכתב בו שנעשה בבית דין חשוב, היינו באופן המחייב את שני הצדדים.

סיכום

לאור הדיון הזה מסתבר כי למרות שאופי עסקת הביטוח מוגדר על-פי הרמב"ם¹⁰⁸ כאסמכתא, העובדה שכריתת חוזה נהוגה בכל הסכם ביטוח והחוזה תקף בדינא דמלכותא מוציאה אותו מידי אסמכתא. זאת משני טעמים אפשריים:

1. החוזה תקף כהתחייבות מדין סטומתא, והאסמכתא מסולקת מפני שאנו רואים את המבוטח כאומר מעכשיו, מאחר שמדינא דמלכותא שוב אין הוא יכול לחזור בו אחר חתימת החוזה, כהסבר האחיעזר.

2. היות שחוזה הוא הדרך היחידה לביצוע עסקאות בינוניות וגדולות אכן סהדי שהחברה המבטחת גומרת בדעתה להתחייב וכאילו נכתב בחוזה הביטוח שנעשה בבית דין חשוב, כהסבר הגריא"ה הרצוג¹⁰⁹.

104. שם ס"ק יז.

105. חח"מ סימן נט.

106. הובא ברמ"א רז, טו.

107. עיין שו"ע רז, טו.

108. מלווה ולווה כה, ד.

פרמיית הביטוח כמסלקת אסמכתא

עד עתה דנו בשיטת הרמב"ם לגבי אסמכתא בחוזה ביטוח מתוך השוואה לדין לוי שקיבל על עצמו אחריות מכר שמכר ראובן לשמעון¹¹⁰. אולם ישנו הבדל בין דינו זה של הרמב"ם למקרה של חוזה ביטוח. בעוד לוי קיבל על עצמו את אחריות המכר ללא תמורה ממשית, חברת הביטוח מקבלת תמורה להתחייבותה כלפי המבוטח בדמות פרמיית הביטוח. מבחינתה של חברת הביטוח מדובר בתמורה מלאה להתחייבות שהרי מדובר בחברה המעוניינת להרוויח מסך עסקאות הביטוח.

לכאורה, ניתן לדייק מדברי הרמב"ם, שהתולה קניין או התחייבות עתידית בתנאי הרי זו אסמכתא דווקא כאשר ההתחייבות היא ללא תמורה. כאשר ההתחייבות היא בתמורה, אף שהיא התחייבות עתידית, ואף שהיא תלויה בתנאי אין זו אסמכתא. כך כותב הרמב"ם¹¹¹:

"שכל התולה שעבוד שאינו חייב בו באם יהיה ואם לא יהיה לא גמר והקנה קניין שלם לפיכך לא נשתעבד".

הרי שדווקא שעבוד שאינו חייב בו התלוי בתנאי הוא אסמכתא. על-פי זה מתבארים דברי הרמב"ם בהלכות שכירות¹¹²:

"המקבל שדה מחברו ואחר שזכה בה הובירה שמין אותה כמה שהיא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו. שכך כותב לבעל הקרקע אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. והוא הדין אם הוביר מקצתה.

ומפני מה נתחייב לשלם? מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא אלא התנה שישלם במיטבא לפיכך גמר ושעבד עצמו. אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרים הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד".

שינה הרמב"ם מלשון הגמרא. הגמרא הגדירה אסמכתא כאשר אומר אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי ומפני הגוזמא שבדבר, אך הרמב"ם כתב שהקוצב על עצמו מאה דינרים הרי זו אסמכתא. לשיטתנו מתבארים דברי הרמב"ם בפשטות. כל האומר אשלם במיטבא הריהו מתחייב לשלם בתמורה לנזק שגרם ואין זו

109. זה בהתאם להנחה כי מסירת פוליסת הביטוח היא הסטומתא. ברם בפרק הקודם העדפנו להניח כי פרמיית הביטוח היא זו שמהווה סטומתא בהסכם ביטוח.

110. מלווה ולווה כה, ז.

111. שם, שם, ח.

112. ח, יג.

אסמכתא. אך המתחייב דבר קצוב אין זו תמורה לנזק שגרם ואם כן הרי זו התחייבות עתידית התלויה בתנאי שהיא אסמכתא.

דבר זה מתורתו של הרי"ף למדנו. כך כתב בתשובה¹¹³:

"ולעניין אסמכתא ששאלת על איזו דרך היא, כל שאומר אם יהיה כך וכך אתן לך כך וכך ואם לא יהיה לא אתן לך זו היא אסמכתא שאינה קיימת. וכה אמרו רבותינו ז"ל כל דאי לא קנה ואפילו אם נתקיים לא קנה. ויש מקומות שמתקיימת בהן אסמכתא כגון השכירות והדומה לו, שאדם נותן כלי לאומן ואומר לו אם תעשה זה הכלי בדמות כך וכך אתן לך כך וכך, נותן לו שכירותו. ודווקא שתהיה האומנות שעושה כמו הדמים שקוצץ עליה או דבר קרוב שלא יהא בו אונאה הרבה. וכן נמי מי שלקח שדה מחברו בתורת אריסות והתנה עליו שאם לא יעבוד אותה עבודה יפה שישלם לבעל הקרקע כפי שהפסיד לו בעבודה כמו שכתב אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ובזה וכיוצא בו קונה האסמכתא".

הרי"ף כותב במפורש שבכל מקום שהתחייבות באה בתמורה למשהו, אם כשכר פעולה או כפיצוי על הוברת שדה, אסמכתא קונה. ניתן אם כן להקיש מעיקרון זה לכל חוזה בתמורה, אף שאלמלא התמורה היה החוזה מוגדר אסמכתא, לאור קבלת התמורה על-ידי המתחייב אנו מניחים שההתחייבות ניתנה מתוך סמיכות דעת מלאה ולפיכך החוזה תקף. בכלל זה התחייבות חברת ביטוח הבאה בתמורה לפרמיית הביטוח.

אמנם הרשד"ם¹¹⁴, על-אף שהזכיר את תשובת הרי"ף הרי כאשר נשאל¹¹⁵ האם בהתחייבות לשלם ת"ר פרחים עבור שתדלנות אם זו תישא פרי, יש משום אסמכתא, השיב שאכן לדעת הרמב"ם המגדיר אסמכתא: תנאי על קניין עתידי, יש בכך משום אסמכתא אלא אם כן התחייב מעכשיו.

גם בהגהותיו של המחנה אפרים על הרמב"ם¹¹⁶, על-אף שהבין שהתנאי - אם תעשה לי כך וכך אתן או אמכור לך בית זה - המובא שם ברמב"ם משמעותו שיתן את הבית כשכר פעולה, בכל זאת כתב שם שהמתחייב פטור מקיום התנאי לדעת הרמב"ם היות שהתנה בלשון "דאי" שהוא אסמכתא.

113. סימן רעו.

114. סימן קכח.

115. סימן נח.

116. מכירה יא, ג.

וכבר תמה על הרשד"ם בעל הערך ש"י¹¹⁷ אלא שהוא חילק בדעת הרמב"ם בין קוצץ שכר מינימום, שאפילו התנה בלשון דאי חייב לקיים תנאו, לבין הקוצץ שכר מעבר לשכר מינימום, ובמקרה כזה כל שהתנה בלשון דאי הרי זו אסמכתא ולא קנה.

אמנם בספר פתחי חושן¹¹⁸ צידד כפשטות לשון הרי"ף, שכל שהתחייבות באה כשכר פעולה, אף שהתנה בלשון דאי הרי זו התחייבות תקפה, אלא אם כן יש בה משום גוזמה.

כך כתב המהרי"ט¹¹⁹ וזה לשונו :

"ומה שטענו עוד מדין אסמכתא... אין עניינו בזה כלום דלא נאמר זה אלא בבא להתחייב בדבר שאינו חייב. אבל מוכר שכותב לקונה לפרוע כל מה שיוציא בבתיים, שליחותיה קא עביד בכל מה שבונה וסותר, וסומך על אמונתו שמרשהו בכך. ואפילו במילתא דהוי פסידא לגמרי ומתחייב בכך לא הוי אסמכתא כגון היכא דקביל עליה כל אונסא דמתייליד דחייב דבהיא הנאה דנקיט זוזי גמר ומשעבד נפשיה".

הרי שאף מה שמעבר לאחריות המוכר כלפי הלוקח, כל התחייבות של המוכר שנתנה בתמורה למעות שקיבל המוכר עבור המכר אינה מוגדרת אסמכתא.

למסקנה דומה מגיע הגריא"ה הרצוג בתשובותיו¹²⁰. נושא השאלה היה אשה שהתחייבה לכשיתמלאו תנאים ידועים לוותר על חלקה ברכוש לטובת הילד. אחד הקשיים שבהתחייבות כזו כותב הגריא"ה הרצוג הוא "שיטת הרמב"ם¹²¹ שחיוב אין לו תוקף אלא אם כן נעשה באופן החלטי, לא על תנאי, והתחייבות זו הלא נעשתה על תנאי". והוא משיב :

"יש לנו לומר שכבר הכריעו האחרונים ז"ל שזהו רק כשאין המתחייב מקבל תמורה. והכא היא מקבלת תמורה ראשית בצורה של הגירושין, שהרי ברור לנו שהבעל לא היה ממשיך לחיות אתה והייתה עלולה להתעגן כל ימיה, וכשם שהוא רצה בגירושין כך היא רצתה בגירושין. שנית, שהרי הבעל קיבל עליו לסלק את כל החובות לחברה".

הרי שלדעתו התחייבות בתמורה אף שהיא על תנאי היא בת תוקף גם לשיטת הרמב"ם.

117. רז, יג.

118. פ"ח הערה ג.

119. ח"ב חח"מ סוף סימן קג.

120. חח"מ סימן כו.

121. מכירה יא, טו.

לכאורה דברים אלו עומדים בסתירה לדברי שו"ת בית אפרים שהובאו לעיל¹²². שם נידון מצב שבו מקבל האחריות עבור הסחורה נוטל בתמורה כך וכך למאה ואף על פי כן סבור הבית אפרים שמאחר שהרמב"ם כתב¹²³:
"ראובן שמכר לשמעון שדה ובא לוי וקיבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא".

אף במקרה שהמבטח נוטל תמורה כך וכך למאה לא יצא הדבר מגדר אסמכתא. ברם, נראה שישנו חילוק מהותי בין תמורה לתמורה. כאשר הגריא"ה הרצוג כותב שאין בהתחייבות על תנאי הניתנת בתמורה למשהו משום אסמכתא, כוונתו היא שהתמורה היא תמורה מלאה להתחייבות. התמורה שעליה דן הבית אפרים איננה תמורה מלאה להתחייבות שהרי אין מקבל האחריות נוטל אלא כך וכך למאה. פשוט הדבר שאילו היה מקבל האחריות יודע בוודאות שהספינה המובילה את הסחורה תטבע לא היה מקבל על עצמו אחריות תמורת כך וכך למאה. אם כן הרי זה סומך בדעתו שלא תטבע הספינה ולכן מסכים הוא להתחייב והרי זו אסמכתא גמורה.

עם זאת יש להבדיל בין הסכמי קבלת אחריות המובאים בפוסקים הקדמונים לבין הסכם הביטוח המודרני. בזה האחרון התמורה שמקבלת חברת הביטוח ניתן לראותה כתמורה מלאה להתחייבות החברה. זאת מאחר וחברת הביטוח עשתה חישוב כלכלי מה יהיה גובה פרמיית הביטוח שלפיו בהנחה שיהיו כך וכך מקרי ביטוח למאה החברה עדיין תרוויח. לאור זאת מובן מדוע הראשונים והאחרונים העוסקים בשאלת האסמכתא בעסקאות ביטוח לא הזכירו שהעובדה שהמבטח משלם עבור הביטוח מסלקת את האסמכתא שבחוזה הביטוח, מלבד המהרי"ט הנ"ל. כל עוד מדובר בעסקת ביטוח בודדת הדין עימם, שהרי לעולם לא יקבל המבטח תמורה מלאה עבור התחייבותו מאחר שכל מהות העסקה שתמורת סכום קטן יחסית יבטיח המבטח נכס בעל שווי רב. העניין של המבטח בהסכם כזה יכול להיות:

- א. הוא סבור שרוב הסיכויים שירוויח את דמי הביטוח מבלי שיצטרך לכסות הפסד כלשהו. והיה ויתברר שלא כך הדבר, יש ביכולתו לספוג הפסד כזה, יכולת שלמבטח אין.
- ב. ייתכן ומדובר היה בקבוצת סוחרים שמבטחת יחד ספינה של אחד מהם. ההסכם הוא בבחינת שמור לי היום ואשמור לך מחר, וכל סוחר מעוניין להשתתף בקבוצת ביטוח כזו בכדי שבעתיד יוכל גם הוא לבטח את ספינתו.

122. חלק חו"מ סימן לד.

123. מלווה ולווה כה, ז.

כאמור, כך הם פני הדברים כאשר מדובר בהקף קטן של עסקאות ביטוח. אולם כאשר מדובר בחברה המבטחת מספר גדול של אנשים, הופכת פרמיית הביטוח לתמורה מלאה לחברה עבור התחייבותה וממילא מסלקת הפרמיה את בעיית האסמכתא שבחוזה ביטוח.

טיכום

ניתן לסכם ולומר שאף לדעת הרמב"ם הסבור שראובן שמכר שדה לשמעון ובא לוי וקיבל אחריות עליה הרי זו אסמכתא גמורה, בכל זאת בחוזה ביטוח האסמכתא מסולקת משני טעמים אפשריים:

1.1. על-ידי צרוף של דינא דמלכותא וסטומתא. זאת על-פי שתי דרכים אפשריות:

א. היות שמדינא דמלכותא החוזה חל וחברת הביטוח שוב אינה יכולה לחזור בה הרי זה כאומר "מעכשיו", וכיוון שיש להסכם דין סטומתא נוצר שיעבוד, התקף בדיני ישראל¹²⁴.

ב. לחילופין אפשר לומר שהיות והדרך היחידה להסכמים בעסקאות בינוניות וגדולות הוא עריכת חוזה, אכן סהדי שהצדדים גמרו בדעתם להתחייב והרי זה כאילו נכתב בחוזה שקנו מידו בבית דין חשוב שכתב הרמ"א¹²⁵ שאין בכך משום אסמכתא¹²⁶.

2.1. היות שהמבוטח משלם תמורת ההתחייבות ומצד חברת הביטוח מדובר בתמורה מלאה להתחייבותה. זאת מאחר שגובה פרמיית הביטוח נקבע על-פי תחשיבי החברה לשם רווחיות כלכלית. לכן מדובר בהתחייבות בדבר שהמתחייב חייב בו ואין בהתחייבות כזו משום אסמכתא¹²⁷.

4. האם הסכם הביטוח על-פי תכנון לקוי באסמכתא

כללי

עד עתה דנו בבעיות אסמכתא הנובעות מכך שמבנה ההתחייבות בחוזה ביטוח הוא התחייבות על תנאי. אולם, ישנן שתי בעיות נוספות הנובעות מתוכן ההסכם וגורמות לו לכאורה להיות לקוי באסמכתא. ראשית, חוזה הביטוח ניתן להתפרש

124. אחיעזר.

125. רז, טו.

126. הגריא"ה הרצוג.

127. ע"פ המהרי"ט והגריא"ה הרצוג.

כחווה הימור שלפיו אם במשך זמן הביטוח לא יקרה מקרה ביטוח - זכתה חברת הביטוח בפרמיה, והיה ויקרה מקרה ביטוח יזכה המבוטח בתגמולי ביטוח. הסכם כזה דומה לכאורה למשחק בקוביה המוזכר בפוסקים בהקשר לאסמכתא. שנית, אם נראה את תגמולי הביטוח כמוגזמים ביחס לפרמיה, ביחס להסכם הביטוח, או ביחס לשניהם גם יחד יהיה בהסכם משום אסמכתא. להלן נדון בשני נושאים אילו לאור עקרונות בתורת הביטוח.

השוואת הסכם ביטוח למשחק בקוביה לאור עקרון זיקת הביטוח.

הקדמה - דין משחק בקוביה

האמוראים נחלקו בשאלה האם יש במשחק בקוביה משום אסמכתא. במסכת סנהדרין¹²⁸ מובאת מחלוקת זו:

"משחק בקוביה מאי קא עביד (שפסלו אותו חכמים לעדות)? אמר רמי בר חמא משום דהוה אסמכתא ואסמכתא לא קניא. רב ששת אמר כל כי האי גוונא לאו אסמכתא היא, אלא לפי שאין עסוקים ביישובו של עולם".

בהסבר דעת רב ששת, הסובר שמשחק בקוביה אין בו משום אסמכתא נחלקו הראשונים. רש"י כתב:

"כל כי האי גוונא לאו אסמכתא היא - והיכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד וכגון משליש את שטרו דסומך על לא דבר שסבור כל זה בידי לעשות. ומרישא כי מתני אדעתא דלא יהיב ליה, לאסמכתא קא מתני, דטועה וסבור שלא יבוא לידי כך. אבל הכא לא סמיך אמדי דהא לא ידע אי נצח אי לא נצח ואפילו הכי אתני שמע מינא דמספיקא גמר ואקני".

כלומר לא נוכל לומר שהמשחק בקוביה התנה בטעות מפני שסמך בדעתו שינצח במשחק, שהרי אין הדבר בידו. לפיכך אנו אומרים שגמר בדעתו והקנה בלב שלם על אף הספק.

תוספות בשם ר"י¹²⁹, והרא"ש¹³⁰ הסכימו לדעת רש"י, והוסיפו שאף על פי שלדעת רב ששת, שהלכה כמותו, יש כאן גמירות דעת, מכל מקום ההתחייבות עדיין

128. כד, ב.

129. שם ד"ה כל כי האי גוונא.

130. במסכת בבא מציעא פרק איזהו נשך סימן ע.

מחוסרת קניין. לא נוצר חוב שניתן להוציאו בדיינים, אלא אם כן הניחו כבר את המעות על הדף המונח על השולחן. במקרה כזה נעשה הדף חצירו של הזוכה או על כל פנים כבר יצאו המעות מתחת ידו של המתחייב¹³¹.

תוספות בסנהדרין¹³² הביאו גם את דעת רבנו תם וזה לשונם:
"אבל הכא לא הוי אסמכתא משום שכיוון ששניים הם, כל אחד ואחד מקני לחבריה מגו דאי מרווח בעי איהו למקני, בההיא הנאה גמר ומקני לחבריה".

מלשון התוספות נראה שלדעת רבנו תם משחק בקוביה, אפילו משחק באמנה כאשר לא הונחו המעות על הדף שעל השולחן, בכל זאת קנה קניין גמור בדומה לערב המתחייב בההיא הנאה. ברם הרמ"א¹³³ ונתיבות המשפט¹³⁴ כתבו שלדעת רבנו תם כאשר שניים משחקים בקוביה כדי לזכות בדבר שכבר בא לעולם, לא די בההיא הנאה והזוכה צריך לבצע קניין גמור. הבנה שונה בדעת רבנו תם הבין הש"ך¹³⁵ שכתב שלדעת רבנו תם אין צורך בקניין נוסף על ההנאה היוצרת גמירות דעת, שבההיא הנאה זכה מי שנתחייבו לו אף אם ההתחייבות הייתה בדבר שבא לעולם.

תוספות במסכת בבא מציעא¹³⁶ הקשו על פירושו זה של רבנו תם והעדיפו את פירושו האחר. וכך כתבו שם:

"ועוד פירש רבנו תם דווקא כי ההיא דאם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, וההיא דפירקין¹³⁷ דאם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלוש שנים, וההיא דמשליש את שטרו חשיב אסמכתא כיוון דגזים, שאין מתכוון אלא להסמיד חברו על דבריו שיאמינהו. אבל משחק בקוביא אדעתא דהכי קא עבדי שירוויחו זה או זה".

רוצה לומר דווקא במקום שהעסקה היא עסקה משנית ולפיה המתחייב יידרש לממש את התחייבותו במקרה שלא תתקיים העסקה העיקרית מסתבר לומר שסמך דעתו שבסופו של דבר תתקיים העסקה העיקרית והתחייבותו לא תבוא לכלל מימוש. אך במשחק בקוביה ההימור הוא העסקה העיקרית, לפיכך אין מקום לדבר

131. שתי האפשרויות מובאות בנתיבות בסימן רז, באורים, ס"ק יב.

132. שם.

133. רז, יג.

134. שם באורים ס"ק יד.

135. קעו ס"ק ו.

136. עד, א, ד"ה הכא.

137. איזהו נשך סה, ב.

על אסמכתא. ונראה כי גם לדעה זו כדי שההתחייבות תהיה בת תוקף דרוש קניין או שטר.

לסיעה זו של ראשונים - רש"י, רבנו תם, תוספות והרא"ש - נפסקה הלכה כרב ששת שהמשחק בקוביה אינו אסמכתא. לאור זאת, אפילו תמצא לומר שחוזה ביטוח הוא כחוזה הימור בכל זאת אם נעשה קניין כראוי החוזה יהיה תקף ולא יהיה לקוי באסמכתא.

מדברי הרמב"ם¹³⁸ נראה שמשחק בקוביה הוא אסמכתא גמורה. כך הוא כותב:

"דברים הרבה אסרו חכמים משום גזל והעובר עליהם הרי זה גזלן מדבריהם, כגון מפריחי יונים והמשחקין בקוביא".

המגיד משנה¹³⁹ תמה על דברי הרמב"ם שהרי הפוסקים פסקו כרב ששת שהמשחק בקוביה אינו אסמכתא ומדוע כתב הרמב"ם שהוא גזלן. אמנם הגר"א¹⁴⁰ כתב שהרמב"ם פסק כרמי בר חמא הסובר שמשחק בקוביה הוא אסמכתא גמורה. כך פסק גם בהגהות מרדכי בסנהדרין¹⁴¹ ודעה זו הובאה בהגהת הרמ"א¹⁴².

חוזה ביטוח לעומת חוזה הימור

לשיטה זו האחרונה יש מקום לשאלה: האם חוזה ביטוח הוא כמשחק בקוביה והריהו לקוי באסמכתא; האם אנו יכולים לראות את המבטח והמבוטח כמהמרים על כך שאם יקרה מקרה הביטוח ירוויח המבוטח ואם לאו ירוויח המבטח¹⁴³?

נראה כי ניתן לחלק בין עסקת ביטוח לעסקת הימור בהסתמך על עקרון הזיקה לביטוח. עיקרון זה נוצר כדי להבדיל בין חוזה ביטוח לחוזה הימור, מתוך ההנחה שאין למחוקק עניין וגם אין עניין ציבורי לאכוף את כיבודו של חוזה הימור. על פי עיקרון הזיקה לביטוח אסור לפצות אדם עבור נזק שנגרם לרכוש שאינו שלו.

138. גזילה ואבדה ו, ז.

139. שם הלכה י.

140. רג ס"ק מד.

141. שם סימן תשכב.

142. רז, יג.

143. עיין תחומין כרך ה עמוד 301 שהרב עובדיה יוסף השווה קניית כרטיס הגרלה של מפעל הפיס למשחק בקוביה והרב אברהם כהנא שפירא חולק על כך. ברם ניזוננו אינו דומה לקניית כרטיסי הגרלה. שם השאלה היא האם כל קוני הכרטיסים הם כמשחקים בקוביה זה עם זה כאשר הנחלת מפעל הפיס היא השולחן שעליו מונחים המעות. לעומת זאת אנו דנים בשאלה האם המבטח והמבוטח הם כמשחקים בקוביה זה עם זה.

כתוצאה מכך, כדי להיחשב כמפסיד הזקוק לשיפוי על המבוטח יהיה להוכיח שאמנם נגרם לו נזק של ממש.

אלמלא עיקרון הזיקה לביטוח ניתן היה להשתמש בחוזה ביטוח כהימור. למשל ראובן יבטיח לשמעון שאם ספינה פלונית לא תגיע לנמל הוא ישלם לו סכום מסוים. לעומת זאת אם הספינה כן תגיע לנמל שמעון ישלם לו את אותו הסכום. לא לראובן ולא לשמעון יש זיקה לספינה ולהפלגתה וכל ההסכם נערך לצורך ההימור שבדבר. בא עקרון הזיקה לביטוח ושולל הסכם כזה. יוצא אם כן שעל-פי החוק, וממילא הדבר מעוגן בהסכם, בכל הסכם ביטוח כאשר התחייבות חברת הביטוח מתממשת היא מהווה פיצוי לנזק שנגרם לאדם או לרכושו. לפיכך ברור הדבר שאין הסכם הביטוח עונה לקריטריון שמתווה הרמב"ם¹⁴⁴ למשחק בקוביה: "הואיל ולקח ממון חברו בחינם דרך שחוק והיתול הרי זה גזל".

עם זאת נראה כי אנו נזקקים כאן לעיקרון נוסף בדיני חוזה הביטוח והוא עיקרון התחלופה, ולפיו זכות התביעה למשפט נגד המזיק מועברת לידי חברת הביטוח אוטומטית לאחר תשלום השיפוי לידי הניזק. כתוצאה מעיקרון זה נסתמת פרצה שלפיה במצבים מסוימים היה המבוטח זוכה בשיפוי לא בתורת פיצוי אלא בתורת רווח צדדי מחוזה שנעשה עם חברת הביטוח¹⁴⁵.

מאחר ששני העקרונות מפורטים בסעיפי הפוליסה, ניתן לומר שהסכם ביטוח שונה מהותית מחוזה הימור, שכן לעולם יינתנו תגמולי הביטוח בתורת פיצוי ולא בתורת רווח חינם.

144. גולה ואבדה ו, י.

145. יש להעיר שעקרון התחלופה מופיע בתשובת מהרש"ם ח"ד סימן ז. ואע"פ שלדעתו אם יגזול הניזק את חברת הביטוח לא נפטר המזיק מלשלם, בכל זאת ברור מדבריו שם שמצד הדין אם הניזק נוטל את דמי היזקו מן המזיק הוא צריך להחזיר לחברת הביטוח את דמי השיפוי. הרי שעקרון זה תקף אף בדיני ישראל. כך היא גם מסקנת הקובץ שעורים ח"א כתובות סימן ריז-ריח שכתב: "ולעניין ריפוי כתב הרמב"ם דניתן לבעל דהוא חייב ברפואתה (כלומר החובל באשה ונתחייב כלפיה בדמי ריפוי יתנם לבעל), ומזה היה נראה לכאורה בשורף ביתו של חברו והבית היה בטוח באחריות באופן שההפסד מגיע למקבלי האחריות ולא לבעל הבית צריך המזיק לשלם לבעלי האחריות כמו הכא דהריפוי לבעלה...אלא דיש לומר להיפוך, כיוון שהנשרף מקבל דמי הבית מהמזיק אין בעלי האחריות צריכים לשלם לו, וכמו בגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דאין יכול (הנגזל) לתבוע משניהם אלא או מזה או מזה". רוצה לומר, גם אם חברת הביטוח לא תוכל לתבוע את המזיק ישירות, פשוט הדבר שהחברה תוכל לתבוע מהניזק להחזיר לה את תגמולי הביטוח.

תגמולי ביטוח גבוהים באופן מוגזם¹⁴⁶

שיעור הגוזמא לעניין הגדרת החוזה כאסמכתא

אם לגבי משחק בקוביה נחלקו הראשונים האם יש בו משום אסמכתא, הרי שלגבי התחייבות מוגזמת מוסכם על הכל שיש בה משום אסמכתא. המקור לכך¹⁴⁷ :
"ההוא גברא דקיבל ארעא מחבריה (באריסות). אמר אי מוברנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי. אוביר תילתא (שליש). אמרי נהרדעי דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא. ולרבא מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. התם לא קא גזים הכא כיוון דקאמר מלתא יתירתא גוזמא בעלמא הוא דקגזים".

ופירש רש"י:

"התם לא קא גזים - אינו מקבל עליו דבר גוזמא אלא כמשפט ולא אסמכתא היא דהכי אפסדיה".

כך פסקו הטור והמחבר¹⁴⁸ וגם הרמ"א הזכיר עיקרון זה¹⁴⁹. לאור זאת, כל הסכם, ובכלל זה הסכם ביטוח, הכולל התחייבות מוגזמת, הריהו לקוי באסמכתא. ניתן להעלות על הדעת שתי הגדרות להתחייבות מוגזמת של חברת הביטוח.
א. כאשר תגמולי הביטוח גבוהים ביחס למקרה הביטוח.

ב. כאשר תגמולי הביטוח גבוהים ביחס לפרמיית הביטוח. כאן אנו נידרש ליחס המקובל בדרך-כלל בהסכמי ביטוח, בכדי לקבוע שהתגמולים חורגים מן המקובל לגבי פרמיית ביטוח בגובה מסוים.

יתכן כמובן מצב שבו תגמולי הביטוח יהיו גבוהים הן ביחס למקרה הביטוח והן ביחס לגובה הפרמיה ששולמה על-ידי המבוטח. בעקבות כך עולות לדיון שתי שאלות. ראשית, יש לדון בשאלה, כיצד נקבע כי תגמולי הביטוח גבוהים באופן מוגזם, האם על-פי גובה הפרמיה או על-פי מקרה הביטוח, או שמא על-פי שניהם גם יחד. שנית, לאחר שקבענו שבמצב נתון תגמולי הביטוח מוגזמים, יש לברר האם ההסכם תקף או לקוי באסמכתא.

146. דיון זה עוסק במצב שבו ברור לפני הצדדים מה הוסכם ביניהם. דיון בנושא ביטוח חסר יובא להלן.

147. ב"מ קד, ב.

148. שכח, ב.

149. רז, יג.

נראה כי תשובות לשתי השאלות נוכל לקבל לאור הדיון המובא בפוסקים לגבי המנהג לקבוע קנסות עבור הפרת הסכם שידוכין. הראשונים נחלקו בשאלה האם יש בקנסות אילו משום אסמכתא. דעת הרמב"ם¹⁵⁰ היא שהסכם כזה לקוי באסמכתא ואינו תקף אלא אם כן נעשה על דרך חכמי ספרד. לתוספות דעה אחרת¹⁵¹:
"ומיהו קנס שעושין בשעת השידוכין מהני אפילו לא קנו מיניה בבית דין חשוב. ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיוון שמבייש את חברו".

כך כתב גם הרא"ש¹⁵²:

"וערבנות של שידוכין לקנוס החוזר בו אף על גב דגזים לא הוי אסמכתא, דלית כאן מלתא יתירתא כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו הקנס שהתנו ביניהם לדמי הבושת שבייש את חברו והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא".

להלכה פסק המחבר¹⁵³ כרמב"ם. הרמ"א¹⁵⁴ כתב:

"ויש אומרים דבכל קנסות שעושים בשידוכין אין בהם משום אסמכתא".

לשיטת תוספות והרא"ש נשאלת בהסכם שידוכין שאלה דומה לזו ששאלנו לגבי הסכם ביטוח: האם גם כאשר נקבע פיצוי מוגזם כקנס על הפרת הסכם השידוכין אין בו משום אסמכתא? האחרונים נחלקו בדבר. הסמ"ע¹⁵⁵ כתב בדעת הרא"ש:
"לא הוי אסמכתא - פירוש שגזם לקנות נפשו בסך חשוב, שהבושה הוא כל כך דבר גדול שכדאי היא להפסידו עבור זה כל כך ויותר מזה".

דייק בעל הישכיל עבדי¹⁵⁶ שמכך שהחליט הסמ"ע את המאמר בסתם, ולא באר מה השיעור שכל כך הוא דבר גדול, מבואר שאין שיעור לדבר, דבענין הקנסות כל מה שקוצבים על עצמם הוא דמי הבושת. ברם רוב האחרונים חולקים על כך ולדעתם כאשר הקנס מופלג על דרך גוזמא הרי ההסכם לקוי באסמכתא. שני מדדים נתנו

150. מכירה יא, יח.

151. ב"מ סו, א, ד"ה ומניומי אמר.

152. נדרים פ"ד סימן י.

153. אבן העזר נ, י.

154. שם.

155. רז, ס"ק מז.

156. בהגהותיו לספרו של אביו - ודבר שלום - סימן ב ס"ק ב.

האחרונים לשיעור סביר של קנס. האחד הוא דמי הבושת. כך כותב הבית מאיר¹⁵⁷ שעל-פי דברי הבית שמואל¹⁵⁸ דווקא כשמתחייב קצת יותר מדמי הבושת אז לא הוי אסמכתא, אבל אם התחייב סך רב יותר ודאי דהוי אסמכתא. דומה לכך כתב בתשובת מהר"ש¹⁵⁹:

”דהיות נכון אצלי...דכיוון דתלה הרא”ש הטעם דאין אסמכתא בקנס שידוכין, משום דלא הוי גוזמא, דדמי בשתו הוא. אם כן, אם יהיה דבר מופלג רחוק מן הדעת...משמע מהא דדבר שהוא רחוק חשיב גוזמא, ובאותו נידון של הרא”ש שהיה הקנס חמשת אלפים זהובים זה ודאי לא יעלה על הדעת שיהא דמי בשתו ולא קרוב אליו”¹⁶⁰.

אם נקיש מכאן להסכם ביטוח, ברור שאם נקבעו תגמולי ביטוח מוגזמים ביחס למקרה הביטוח הרי לרוב האחרונים יהיה ההסכם לקוי באסמכתא.

יש להעיר שגם על-פי הדין האזרחי ישנו ליקוי בחוזה ביטוח כזה. אחד העקרונות היסודיים בדיני הביטוח הוא עיקרון השיפוי. לפי עיקרון זה, מגמת התשלום הבא עקב אבדן או נזקים שנגרמו לרכוש המכוסה בחוזה הביטוח היא להחזיר מבחינה כספית את מצבו של הניזק למה שהיה בטרם אירע הנזק, או להתקרב מה שיותר למצב זה¹⁶¹. כתוצאה מכך חוזה שיקבע תגמולי ביטוח גבוהים משערך הנזק יהיה פגום מאחר שהוא סותר את עיקרון השיפוי.

כפי שנאמר לעיל ישנו מדד נוסף כדי לקבוע אם קנס השידוכין נקבע בשיעור מוגזם. בשו”ת בית דוד¹⁶² לגבי מקרה שבו התחייבו הצדדים קנס כשיעור הנדוניה, בעוד שדרך העולם היא לקבוע קנס בשיעור עשרה אחוזים מערך הנדוניה, כתב: ”דבנדון דידן נראה דאפילו הרא”ש ודעימיה (הסוברים שאין בקנסות שידוכין משום אסמכתא) יודו דהוי אסמכתא משום דהוא קנס מופלג”...

מדבריו עולה שקנס שנקבע בשיעור גבוה מהמקובל יש בו משום אסמכתא. גם בטיב קידושין¹⁶³ אחר שכתב בדעת הרא”ש שקנס מופלג יש בו משום אסמכתא סיים דלפי

157. אה”ע נ, ס”ק, הובא גם בפת”ש שם ס”ק ט.

158. שם ס”ק מ, ד”ה ועיין בב”י.

159. במשפט צדק ח”א סי’ ב דף ט טור ד.

160. כך כתבו גם בנתיבות המשפט על ר”י; מגן גבורים סימן עג; פני משה ח”ג סי’ ה; ואחרונים נוספים (הובאו באוצה”פ סימן נ סעיף ו).

161. סעיף 55-א, לחוק חוזה הביטוח.

162. חו”מ קיד.

163. סימן נ, ס”ק יז.

זה נראה בקנסות שלנו שכותבין קנס בשיעור חצי הנדן, שכן תקנו הקדמונים, אם נתחכם אחד לכתוב יותר העלה חרס בידו ובטל לגמרי מטעם אסמכתא.

מדבריהם לא ברור האם כאשר הקנס שנקבע גבוה מהנהוג ומאידך ניתן עדיין לראותו כפיצוי על הבושת ההסכם לקוי באסמכתא או לא. אולם בשו"ת עזרת כהן¹⁶⁴ כתב:

"יש לומר שעניין הבושת של ביטול שידוכין אינו שווה בכל המקומות כי עניין הבושת הוא בכלל המפורסמות שתלוי בהסכמת המנהג... ולפי זה יש לומר שחכמי ספרד ראו מנהג ארצם להתחייב בקנס הרבה יותר מעניין הבושת שהיו מעריכים לפי הסכמת מקומם, על כן חשבו הדבר לאסמכתא ולא דמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא".

שיעור הבושת אם כן אינו מוחלט אלא נקבע על-פי מנהג המקום. במקום שמקובל לקבוע ששיעור הקנס הוא אחוז מסוים מהנדוניה הרי שמי שהסכים על קנס גבוה יותר קבע קנס הגבוה משיעור הבושת ויש בכך משום אסמכתא.

לאור זאת נראה כי גם בחוזה ביטוח כאשר נקבעו משום מה תגמולי ביטוח הגבוהים ביחס לגודל הפרמיה החוזה לקוי באסמכתא. יש לציין שברוב ענפי הביטוח פרמיית הביטוח נקבעת על-פי שווי הנכס המבוטח, או לחילופין על-פי גבולות האחריות שבהן התחייבה חברת הביטוח. כאשר התחייבות החברה היא לשיפוי נזק יש לדון על הגזמה בתגמולי הביטוח הן ביחס לנזק והן ביחס לפרמיית הביטוח וכאמור יש להניח שפרמיית הביטוח נקבעה על-פי השיפוי המכסימלי. לעומת זאת, במקרים של ביטוח חיים והרבה פעמים גם בביטוח נזק אישי גובה תגמולי הביטוח נקבע על-פי גובה הפרמיה ובלי כל יחס לגובה הנזק. מובן שבמצב כזה כאשר נבדוק אם תגמולי הביטוח מוגזמים יהיה זה אך ורק ביחס לפרמיה.

דין חוזה הלקוי באסמכתא עקב קביעת תגמולי ביטוח מוגזמים

בעקבות הדיון שקדם בוקעת ועולה השאלה מה דין חוזה הלקוי באסמכתא עקב קביעת תגמולי ביטוח מוגזמים. האם ההסכם בטל כאילו לא נערך מעולם, או שהמבוטח זכאי בכל זאת לתגמולי הביטוח המקובלים? שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים בסוגיה הנזכרת לעיל¹⁶⁵ לגבי מי שהתחייב לשלם אלף זוז במקרה שיוביר את השדה.

164. סימן נ.

165. ב"מ קד, ב.

הרי"ף¹⁶⁶ כתב :

"ומסתברא לן דמחייב ליתן שיעור מאי דאוביר דלא קאמר רבא הויה אסמכתא ולא קני אלא בההוא שיעורא יתירא דהוה ליה גוזמא ולא קני... אבל שיעורא דראויה לעשות איתיה בכלל אלפא זוזי ושעבודי משתעבד בגוה ומחייב ביה"..."

רוצה לומר בכלל מאתים מנה, ולפיכך אנו רואים את המתחייב כאילו התחייב בשיעור הראוי ועוד התחייב אף מעבר לשיעור הראוי. בהתחייבותו מעבר לשיעור הראוי יש משום אסמכתא, אך התחייבותו בשיעור הראוי שרירה וקיימת. על-פי-זה הוא הדין והוא הטעם בהתחייבות מוגזמת של חברת הביטוח. זו כוללת בתוכה התחייבות בשיעור המקובל, לפיכך, לגבי תגמולי ביטוח בשיעור המקובל חוזה הביטוח תקף.

הרא"ש¹⁶⁷ כתב על דברי הרי"ף :

"ונראה לי כדבריו ולא מטעמיה אלא כדפרישית לעיל שכיוון שנהגו לכתוב בו (אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא) אף אם לא כתב מיחייב לשלם מאי דאפסיד. הלכך הכא נמי כשתסלק דבריו העמידו על דינו וישלם מאי דאפסיד".

לדעת הרא"ש דווקא בהתחייבות אריס לשלם אם יוביר את השדה אנו אומרים שאף שהתחייבותו לקויה באסמכתא הוא חייב לשלם כפי המקובל. טעמו של דבר הוא שזוהי התחייבות רווחת, שכל אריס מתחייב לבעל השדה ולפיכך דינה שאפילו לא נכתבה כאילו נכתבה. ממילא אף שהתחייבות שהתחייב האריס לשלם אלף זוז אם יוביר את השדה בטילה ומבוטלת מכל וכל, עדיין הוא חייב לשלם כדינו כאילו לא התחייב כלל. הדין כך דווקא בהתחייבות האריס, אך בהסכם אחר, שאלמלא נכתב לא היה קיים, אם הייתה גוזמה בהתחייבות בטל ההסכם מכל וכל.

לעיל¹⁶⁸ ציטטנו את בעל הטיב קידושין שכתב על הסכם שידוכין שבו שיעור הקנסות שנקבעו גבוה מהנהוג, שההסכם בטל לגמרי מטעם אסמכתא, כדעת הרא"ש. ברם

166. ב"מ קד, ב, סימן תקמז.

167. ב"מ פ"ט סימן ז.

168. סימן נ ס"ק יז.

עקרונות הלכתיים בהסכמי ביטוח

הגר"א¹⁶⁹ כתב שדברי הרי"ף וראיותיו ברורים ומשמע שהכריע כמותו ולא כדעת
הרא"ש. לכן ההסכם תקף עד לשיעור המקובל.

169. סימן שכח ס"ק ג.

עסקת הביטוח - עסקת מכר או שכירות

כללי

כפי שכבר כתבנו מבנה עסקת הביטוח מבוסס על עיקרון התמורה, כאשר החברה מתחייבת לשלם תגמולי ביטוח תמורת דמי הביטוח. במשפט העברי ניתן למנות שלושה סוגים של עסקאות המבוססות על עקרון התמורה:

1. עסקת המכר - "וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה לקים כל דבר שלף איש נעלו" וגו'.¹ קניין החליפין הוא תמציתה של עסקת התמורה,² אולם ברור שכל עסקת מכר מבוססת על מכירת מיטלטלין או קרקע תמורת דמי המכר.
2. עסקת השכירות לסוגיה - בעסקת שכירות אין המושכר יוצא מבעלותו של המשכיר, שלא כמו בעסקת מכר. מכל מקום השוכר מקבל שעבוד תשמישים במושכר ורשאי הוא להשתמש בו למטרה שלשמה שכרו, תמורת דמי השכירות.
3. עסקת הלוואה, שבה תמורת מעות הלוואה זוכה המלווה בשעבוד נכסי הלווה. במלווה על-פה משתעבדים נכסים בני חורין ובמלווה בשטר משתעבדים להלוואה אף נכסים משועבדים.

ישנם שני סוגי עסקאות אשר אינן מבוססות על עקרון התמורה:

1. המתנה - הקנת מיטלטלין או קרקע לאחר ללא תמורה.
2. ההתחייבות - יצירת שעבוד של המתחייב כלפי אותו שנתחייב לו, באופן חד-צדדי. אב טיפוס לעסקאות ההתחייבות הוא הערב. כך כותב הרמב"ם בהלכות מכירה³:

"המתחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה כמו מתנה הוא ואינו אסמכתא... אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו וגמר ושעבד עצמו⁴ כמו שישתעבד הערב".

1. רות ד, ז. ועיין גם רשב"א ב"מ צד, א, ד"ה אמר שמואל.

2. ראה רש"י שם.

3. מכירה יא, טו.

4. גרסת רמב"ם פרנקל.

"כמו שישתעבד הערב" רוצה לומר, אף על פי שאינו חייב יכול המתחייב לשעבד את עצמו כשם שהערב משעבד את עצמו אף על פי שאינו חייב⁵.

היות שעסקת הביטוח היא עסקה המבוססת על עקרון התמורה, עלינו לסווגה במסגרת עסקאות אלו. נראה כי ניתן בקלות לשלול את סיווג עסקת הביטוח במסגרת עסקאות ההלוואה. גודל השעבוד הנוצר בהלוואה הוא כגודל ההלוואה. כך הוא הדבר בכל חוב אחר, הן חוב מחמת הלוואה הן חוב מחמת מכר והן חוב מחמת תשלומי נזיקין. מובן מאליו שבהתאם לכך פרמיית הביטוח כשהיא לעצמה לא תיצור חוב הגדול מערכה. מאחר שכל מהותו של הסכם הביטוח הוא שתמורת פרמיה נמוכה, יקבל המבוטח תגמולי ביטוח גבוהים, על כרחנו שעבוד חברת הביטוח לאחריותה כלפי מבוטח נובעת מהתחייבות עצמית של חברת הביטוח. על-פי מה שהעלנו בפרק הקודם ניתן לקבל אחריות כזו בתמורה לתשלום הן במסגרת עסקאות מכר והן במסגרת עסקאות שכירות. כאשר המוכר מקבל על עצמו אחריות כל אונס שייוולד הריהו מוכר את התחייבותו זו ללוקח. לעומת זאת כאשר פועלים מקבלים על עצמם אחריות כל אונס שייוולד, או כאשר שומר שכר מתנה להיות כשואל נעשה הדבר במסגרת עסקת שכירות. מסתבר כי גם הסכם הביטוח המודרני ייתכן במסגרת עסקת מכירה, כאשר החברה מוכרת התחייבות לגביית תגמולי ביטוח ומאידך אפשר לערוך את ההסכם כהסכם שכירות שבו החברה מצידה מתחייבת לשפות את המבוטח אם וכאשר יקרה מקרה הביטוח, זאת בתמורה לדמי השכירות שתקבל מהמבוטח אשר ישכור מחברת הביטוח שרות זה. מובן שפרמיית הביטוח תתפרש בהתאם לפירוש העסקה, כדמי שכירות או כדמי מכר.

בפרק זה נדון בתפיסת הסכם הביטוח משתי נקודות מבט שונות. תחילה נסקור את התפיסות השונות הקיימות במשפט העברי אודות הסכם הביטוח, ואחר כך נדון בתפיסתו של חוק חוזה הביטוח את ההסכם.

1. תפיסת המשפט העברי את הסכם הביטוח

הסכמי ביטוח הדדי ואופיים

הסכמי ביטוח בין מבטח למבוטח בתור הסכמים עצמאיים לא הוזכרו בתלמוד. זאת למרות שנושא האחריות מופיע בתלמוד בהקשרים שונים כפי שכתבנו בפרק הראשון. אולם בגוון שונה הוזכרו אף הסכמי ביטוח כשלעצמם הלא הם הסכמי הביטוח ההדדי.

5. ש"ך מ, ס"ק ז.

במסכת בבא קמא⁶ מובאות שתי תוספתות בזו אחר זו: "תנו רבנן שיירא שהייתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס לטרפה מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות. ואם שכרו תייר ההולך לפניו מחשבין אף לפי נפשות (שטעות הדרך במדבר סכנת נפשות היא - רש"י). ולא ישנו ממנהג החמרין⁷."

רשאיין החמרין להתנות שכל מי שיאבד חמורו יעמיד לו חמור אחר. בכוסיא (בפשיעה) - אין מעמידין. שלא בכוסיא - מעמידין. ואם אמר תנו לי ואני אשמור⁸ אין שומעין לו" (שמא לא ייקח חמור והם לא התנו אלא כדי שיקח החמור ויהיה מוסר נפשו לשמור עימהן בלילות מן חיות ולסטים - רש"י)⁹.

הגמרא שואלת על התוספתא השניה "פשיטא" שאין שומעין לו. עונה הגמרא: "לא צריכא דאית ליה חמרא אחרינא. מהו דתימא הא קא מינטר ליה (את אותו חמור שכבר יש לו) קא משמע לן שאני נטירותא דחד מנטירותא דבי תרי".

התוספתא השניה עשויה להתפרש כתנאי החמרים להסכים ביניהם על ביטוח הדדי. אך מאחר שהגמרא מפרשת את התוספתא בזיקה לתוספתא הראשונה, מתפרשת אף התוספתא הזו בהקשר של שיירה ההולכת במדבר. על-פי הקשר זה פסקו הרמב"ם¹⁰ והשולחן ערוך¹¹:

"רשאיין החמרים להתנות ביניהן כל מי שתאבד ממנו חמור מבני השיירה מעמידין לו חמור אחרת. ואם פשע בה ואבדה אין חייבין להעמיד לו. אבדה חמורו ואמר תנו לי דמיה ואיני רוצה לקחת חמור והריני שומר עמכם אין שומעין לו אלא מעמידין לו חמור אחרת כדי שיזרז עצמו וישמור בהמתו, ואפילו הייתה לו בהמה בשיירה. אינו דומה שומר אחת לשומר שתיים".

אכן בגמרא שם מובאת תוספתא נוספת¹² וזו על כרחנו עוסקת בהסכם ביטוח הדדי בין הספנים:

6. קטז, ב.
7. תוספתא ב"מ פ"ז.
8. זוהי גרסת רש"י אך בתוספתא שלנו הגרסה "ואני לוקח" במקום "ואני אשמור".
9. תוספתא שם פ"א.
10. גזילה ואבידה יב, יב.
11. רעב, טז.
12. אף היא במסכת ב"מ פ"א.

"ורשאין הספנים להתנות שכל מי שאבדה לו ספינה יעמיד לו ספינה אחרת, אבדה לו בכוסיא, אין מעמידין לו. שלא בכוסיא מעמידין לו. ואי פירש למקום שאין הספינות הולכין אין מעמידין".

על המשפט האחרון שואלת הגמרא "פשיטא" הרי זו פשיעה גמורה? עונה הגמרא: "לא צריכא דבניסן מרחקי חד אשלא (מרחק מלוא חבל משפת הנהר) ובתשרי מרחקי תרי אשלי וקא אזיל ביומי ניסן למקום תשרי. מהו דתימא דושיה נקט ואזיל קמ"ל".

לשון הרמב"ם¹³ והשולחן ערוך¹⁴ קרוב ללשון התוספתא: "רשאין הספנים להתנות ביניהן כל מי שתאבד לו ספינה מעמידים לו ספינה אחרת. פשע בה ואבדה או שפירש למקום שאין הספינות הולכות בו באותו הזמן אין חייבין להעמיד לו".

ברם, למרות שנראה מפשט לשון התוספתא שתנאי החמרים והספנים הוא ביסודו ביטוח הדדי אין הדבר מוסכם על כל הפרשנים, כפי שיבואר בהמשך.

תנאי החמרים והספנים - ביטוח הדדי או תנאי בני העיר

בשאלה מניין נובע תוקפו של תנאי החמרים והספנים נחלקו הראשונים. במסכת בבא בתרא¹⁵ מובא:

"הנהו (תרי) טבחי דעבדי עניינא (תנאי - רש"י) בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה (עור בהמה ששחט). אזל חד מינייהו עבד ביומא דחבריה. קרעו למשכיה. אתו לקמיה דרבא חייבינהו רבא לשלומי. איתביה רב יימר בר שלמיא לרבא יולהסיע על קיצתן' לא אהדר ליה רבא. אמר רב פפא שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי. הני מילי היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמינייהו דמתנו".

כתב על כך הרשב"א שם:

"וכתב הרמב"ן ז"ל דטעמא דמילתא (שתנאם אינו מועיל שלא בפני פרנס הציבור) משום דאיכא פסידא ללקוחות דמיקרי תרעא (שמתייקר השער). עוד כתב...דהוי תנאיהו תנאה דווקא בדאתנו כל

13. שם הלכה טו.

14. שם יח.

15. ט, א.

טבחי מתא, אי נמי כל בני אותה אומנות שבעיר דהו להו באומנותו
כבני העיר לגרמייהו, הא תרי ותלת דמתנו במאי קנו".

כלומר, כוחם של בני אומנות לתקן תקנות ולהתנות תנאים שונים, ובכלל זה
הסכם ביטוח הדדי, נובע מכך שהם כבני עיר לעצמם וכשם שיש לבני העיר כוח
כזה כך ישנו לבני אותה אומנות. לגבי תוקף תנאים של בני העיר כותב הרשב"א
עצמו בתשובה¹⁶:

"דע שכל ציבור וציבור יש להם רשות על יחידיהם שכל ציבור רשאי
לגדור ולתקן בעירם כמו שבית דין הגדול יכולים לגדור ולתקן על כל
ישראל... וגרסינן פרק קמא דבבא בתרא¹⁷ רשאי בני העיר וכו'
ולהסיע על קיצתן".

כוח זה של הציבור להיות כבית דין הגדול בעירם יסודו בדין הפקר בית דין הפקר.
הרשב"א רומז לכך בתשובות אחרות שלו. כך הוא כותב¹⁸:

"כל מה שתקנו והסכימו והנהיגו בהנהגת כולם מה שעשו עשו ותקנו,
בין בדין בין שלא בדין רשאי הן והפקרן הפקר וכההיא דפרק
השותפין¹⁹ 'ורשאי בני העיר לעשות קופה תמחוי ולהסיע על קיצתן'".

בתשובה אחרת²⁰ כותב הרשב"א:

"לפי שכל מה שיגזור המלך עם סיעת ישראל עשוי ומקובל על הכול
וכתיב 'כל אשר לא יבוא לשלשת הימים יחרם כל רכושו'²¹...

לפי שכל ציבור וציבור היחידים כנתונים תחת יד הרבים, על פיהם הם
צריכים להתנהג בכל ענייניהם והם לאנשי עירם ככל ישראל לבית דין
הגדול או למלך"...

הפסוק שהביא כאן הרשב"א מתוך ספר עזרא הוא לדעת רבי יצחק המקור לדין
הפקר בית דין הפקר כמובא במסכת יבמות²²:

"דאמר רבי יצחק מניין שהפקר בית דין הפקר שנאמר 'כל אשר לא
יבוא לשלושת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא
יבדל מקהל הגולה'".

16. המיוחסות לרמב"ן סימן רפ.

17. ח, ב.

18. שם סימן נט.

19. ב"ב ח, ב.

20. ח"ג סימן תיא.

21. עזרא י, ח.

22. פט, ב.

מאחר ולדעת הרשב"א תנאי בני העיר ותנאי בני אומנות מבוסס על הכלל שהפקר בית דין הפקר, אין חשיבות לתוכן התנאי, וכל תנאי ממוני יחול ללא קניין. לפיכך מסכם הרשב"א²³:

"כל מה שהסכימו הציבור בענייני ממון רשאיין הם. והכי הוא מוסכם ומקובל כאילו הוא דין גמור, שהסכמתם בזה חזרה להיות דין, ובלבד שיעשה מרצון הציבור. ואם יש תלמיד חכם ממונה על הציבור שיהא הוא נסכם עמהם ועושים מדעתו ומרשותו כדאיתא בפרק השותפין²⁴ 'הנהו טבחי דאתנו אהדדי דכל דעביד ביומא דלאו דידיה'... ובתוספתא בבא מציעא²⁵ תניא 'רשאיין בני העיר לומר כל מי שירעה אצל פלוני יתן כך וכך וכל מי שירעה אצל המלכות יהא נותן כך וכך. ורשאיין לעשות קיצתן ורשאיין הצמרים והצבעים לומר כל מיקח שיבוא לעיר נהא כולנו שותפין בו. ורשאיין החמרים לומר כל מי שימות חמורו נעמיד לו חמור אחר, והספנין לומר כל מי שתאבד ספינתו נעמיד לו ספינה אחרת'. ומכן נלמוד שכל תנאי וכל קצבה שרוצים לעשות אפילו בעלי האומנות בממון רשאיין לקיים כל מה שהסכימו כל בעלי אומנות בעיר כטבחים וצבעים וחמרים וספנים וכל שכן בני העיר.

ועוד שהרי שנינו²⁶ נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך חכמים אומרים אינו יכול לחזור. ואביו נמי מן הדין כמי שאינו הוא. ואפילו הכי אינו יכול לחזור בו".

לדעת הרשב"א עיקרה של התוספתא בפרק יא במסכת בבא מציעא באה להשמיענו שאף בעלי אומנויות דינם כציבור ולפיכך הריהם כבני העיר ויש בידם לכפות את רצונם על היחידים שבתוכם. העובדה שהתוספתא עוסקת בהסכם ביטוח הדדי היא משנית. ניתן היה להעמיד את התוספתא בכל הסכם ממוני אחר בכדי להשמיע לנו שדין בעלי אומנויות כדין בני העיר.

המהרי"ק²⁷ מביא סיעה של ראשונים החולקים על הרשב"א בשתי נקודות:

א. לדעתם אין תנאי בני העיר מבוסס על הפקר בית דין, אלא על הסכמת השותפים להשתעבד זה לזה.

23. מיוחסות לרמב"ן סימן סה.

24. ב"ב ט, א.

25. פרק יא.

26. סנהדרין כד, א.

27. שורש קפא.

ב. אין מדובר בדין מיוחד לציבור. בכל שותפות הרשות ביד השותפים להתנות תנאי שיחייב אותם.

ראשון החולקים הוא המהר"ם מרוטנברג שהובא במרדכי²⁸ וזה לשונו: "רשאין החמרים להתנות כל מי שתאבד חמורו שיתנו לו חמור. פירש הר"מ (המהר"ם מרוטנברג) דבלא קניין איירי. וקא משמע לן דהתנאי קיים בדברים בעלמא. וכן הדין בכל מה שהשותפים מתנים כדאמרינן פרק בית כור בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרו ומקנו אהדדי. ולא כמו שפירש המיימוני בהלכות שלוחים גבי דין השותפים דצריך להביא הכיס לשום מעות השותפות בתוכו ויגביהו אותו שניהם".

המהר"ק²⁹ כותב שגם דעת רבנו תם בתשובה כדעת המהר"ם וגם המרדכי הסכים לדעה זו. כך היא גם דעת בעל העיטור והגהות מיימוני ואף המהר"ק עצמו הסכים לדעת המהר"ם. לדעה זו אין הסכמת בני אומנות חורגת ממושגי הקניין והשעבוד הכלליים. לפיכך אם התוספתא עוסקת בהסכם ביטוח הדדי נוכל ללמוד מכך על היחס בין המבטח למבוטח בכל הסכם ביטוח שהוא. את היחס בין המבטח והמבוטח בהסכם בעלי אומנות הגדיר בעל הגהות מיימוניות³⁰:

"נראה דשותפין שהתנו ביניהן שותפות בכל מה שירוויחו, אפילו ממציאאות, תנאן קיים, אף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כי כל אחד ואחד נעשה שכיר ופועל לחברו כדאמרינן פרק קמא דבבא מציעא³¹ כגון ששכרו ללקט מציאאות".

והראה בעל הגהות מיימוניות מקום למה שכתב במקום אחר³², שם הביא את דברי המהר"ם הנ"ל לגבי תנאי החמרים והספנים שאינו זקוק לקניין.

ביטוח הדדי - הסכם שכירות הדדי או התחייבות הדדית

בדומה לכך כתב המהר"ק³³:

"ונחזור לעיקר דברינו ונאמר דאנחנו למדין דרבנו תם ורבנו מאיר סבירא להו דתנאי השותפים מתקיים בלא שום קניין אפילו בדבר

28. ב"ק פ"י סימן קעו.

29. שם.

30. שלוחין ושותפין ד, אות א.

31. יב, ב.

32. גולה ואבדה יב, אות י.

33. שם.

שלא בא לעולם. וכן כתב בעל העיטור... וכתב הרב החסיד קרובינו ז"ל טעמא דכל אחד ואחד נעשה שכיר ופועל לחברו ודמי להא דאומר ששכרו ללקוט מציאות. ומסתברא טעמא דרבנו משולם בר' קלונימוס מלוקא שהשיב לבית דין שארלדי על שלושה אחים שהתנו זה לזה... בההיא הנאה דקא סמכי אהדדי גמרי ומקנו אהדדי כדאמרינן באחין שחלקו בגורל - בההיא הנאה דקא צייתי אהדדי גמרי ומקנו אהדדי. ובפסיקתא אמרינן בההיא הנאה דקא מיחתני אהדדי גמרי ומקנו אהדדי. ובערב נמי אמרינן בההיא הנאה דקא סמיך עלויה ומהימן גמר ומשעבד נפשיה. ותנן נמי: 'מתנה שומר חנם להיות כשואל'. ואמר עלה 'במאי בדברים אמר שמואל בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר אפילו תימא בדברים בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה'...

סברת "הרב החסיד" הריהי סברת בעל הגהות מיימוניות. אף לדעתו בהסכם ביטוח הדדי בין בעלי אומנות הם נעשים שכירים זה לזה. אולם המהרי"ק עצמו חולק על סברה זו ולדעתו מדובר בשעבוד הדדי שמשעבדים בעלי האומנות זה לזה, כאותה שאמרו³⁴:

"וכחש בעמיתו לכשיצא בדין. בשבועה פרט למכחיש באחד מן השותפים. אמר ר' יוסי הדא אמרה שנים שלוו מאחד אף על גב דלא כתבין ערבאין ואחראין זה לזה ערבאין ואחראין זה לזה".

וכך פסקו הרמב"ם³⁵ והמחבר³⁶:

"שניים שלוו כאחד... שניהם ערבים זה לזה אף על פי שלא פרשו".

לדעת המהרי"ק אם כך אין צורך בהסכם שכירות בכדי להבין כיצד מקבל את תקפו תנאי החמרים והספנים.

לסיכום חלק זה ניתן לומר שאכן יש מי שהבין את תנאי החמרים והספנים כהסכם שכירות³⁷ בין החמרים לבין עצמם. ברם הבנה זו אינה הכרחית ושתי הבנות אחרות ישנן:

א. הסכם בעלי אומנות מחייב כדין תנאי בני העיר³⁸.

34. ירושלמי שבועות פרק שבועת הפקדון.

35. הלכות מלווה ולווה כה, ט, והובא גם במהרי"ק עצמו שורש קפג.

36. עז, א.

37. הגמ"י הנ"ל שלוחין ושותפין ד אות א.

38. רשב"א במיוחסות לרמב"ן סימן סה.

ב. הסכם בעלי אומנות מחייב כדין שעבוד הדדי³⁹.

לפיכך נעבור להקשרים אחרים בהם מופיע במשפט העברי הסכם ביטוח או הסכמים דומים בכדי לבדוק כיצד מתייחס המשפט העברי להסכם כזה.

הבנת הראשונים את הסכם הביטוח

בראשונים ישנן שתי גישות באשר להבנת הסכם הביטוח. הריב"ש⁴⁰ נשאל באשר ליחס בין פרמיית הביטוח לבין תגמולי הביטוח. לכאורה אם נראה את הפרמיה כהלוואה ואת תגמולי הביטוח כפרעון יש בכך משום ריבית, שכן התגמולים גבוהים מן הפרמיה.

השיב על כך הריב"ש:

"ומה שנוהגים לתת עשרים ליטרין למי שיבטיח מאה ליטרין שיש לו בספינה, זו דרך אחרת היא. לפי שאין כאן הלוואה, אלא כעין מכר, שמקבל עליו אחריות מעות האחר בעד הסך ההוא שנותן לו זה... וכי תימא זה שלוקח עתה עשרים ליטרין, ולאחר זמן אם יארע הפסד בספינה יצטרך להשיב מאה ליטרין אחר זמן והרי זו ריבית, אין זה. שהדבר ידוע שאין נותן מאה ליטרין מפני הקדמת העשרים ליטרין שהוא נותן, אלא מפני ההפסד שהגיע בספינה שקיבל עליו אחריותו. והעשרים ליטרין הראשונים כבר קנאם המקבל מתחילה"⁴¹.

39. מהרי"ק.

40. סימן שח.

41. כך פסק גם השולחן ערוך יורה דעה סוף סימן קעג: "לתת עשרים ליטרין למי שיבטיח מאה שיש לו בספינה - מותר".

יש להעיר שהגר"א שם (ס"ק לו) מפרש את דברי השו"ע כך:

"דאינו עושה זה בשביל הקדמת המעות, דאפילו היה נותן לו (כ ליטרין) אחר ביאת הספינה היה עושה כן.

אלא משום דמאה ליטרין שיש לו בספינה הן קרוב להפסד מאוד ולכן מוכר לו בדבר מועט. ומותר אף בהקדמת מעות וכמו שכתוב בסימן קעג סעיף י' - 'אבל מותר לקנות עגל בזול ולהניחו ביד המוכר עד שיגדל, שאם ימות או יכחיש הוא ברשות הלוקח. והמיתה דבר המצוי תמיד'". בדרכי תשובה שם (ס"ק צז) מפרש את דברי הגר"א בזיקה למקור דברי השו"ע - ריב"ש. כך הוא כותב:

"בעל הסחורה שבספינה מוכר לזה (שמקבל עליו אחריות) את הסחורה שבספינה בשמונים ליטרין, ולא במאה כשוויים, היות והסחורה במצב סכנה וקרוב להפסד מאוד, וממילא הוא באחריותו. ואחר כך שבאה הסחורה בשלום הוא חוזר ומוכרה לבעל הספינה במאה ליטרין ונשאר לו עשרים, דמי רווח. ועל כן מותר דהא דמוכר לו עכשיו בפחות אינו משום הקדמת המעות, אלא לפי שהסחורה בסכנה ואין לה כל השווי".

נמצא שלדעת הריב"ש הסכם ביטוח הוא עסקת מכירה שבה מוכר המבטח שעבוד שנוצר על-ידי התחייבותו לקבל על עצמו אחריות אונסין. כשם שניתן למכור שעבוד שיש למלווה על הלווה על ידי מכירת שטר החוב בכתובה ומסירה⁴², כך יכול אדם למכור שעבוד על עצמו, שעבוד שנוצר על-ידי התחייבותו. על-כן כתב הריב"ש: "שאיין כאן הלוואה אלא כעין מכר".

בתשובת הרא"ש⁴³ אנו מוצאים מבנה דומה של עסקת גומלין - קבלת ערבות תמורת שכר - המוגדרת על-ידי הרא"ש כעסקת שכירות. הרא"ש דן במקרה שבו הסכים ראובן לערוב לשמעון על שטר חוב שנעשה תמורת חכירות שלקח שמעון מהקהל. בתמורה לנכונותו של ראובן להיכנס לעסקה כערב הוסכם ביניהם שראובן יקבל רבע מן הרווח שירוויחו שמעון ושותפיו בחכירות זו. מסקנת הרא"ש שם שהדין עם ראובן, ושמעון ושותפיו צריכים לפרוע את שכרו. בסוף דבריו כותב הרא"ש: "עוד צריך אני להודיעכם דבר, אף על פי שלא שאלתם עליו כדי שלא יצא מתחת ידי דבר שאינו מתוקן. כל מה שזיכיתי לראובן זהו אם היה שם קניין סודר שהקנה שמעון לראובן ליתן לו רביע בחכירות בשביל שיכנס ערב בשבילו".

אבל בלא קניין אינו חייב לו כלום כי ערבות אינו דבר שלוקחים עליו שכר שיקנה באמירה ולא עדיף האי מההיא דתנן בפרק הגוזל בתרא⁴⁴ שטף נהר חמורו וחמורו חברו, שלו יפה מנה ושל חברו יפה מאתים, הניח את שלו והציל את של חברו - אין לו אלא שכרו. ואם אמר אני מציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי - חייב ליתן לו ופריק עלה בגמרא ואמאי חייב ליתן לו דמי שלו נימא לו משטה הייתי בדך מי לא תנינא הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו ואמר טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו"...

דברי בעל הדרכי תשובה בפרוש דברי הגר"א קשים. שכן הגר"א כתב שהסחורה שבספינה קרובה להפסד מאוד ולכן הוא מוכר לו בדבר מועט. שמונים ביחס למאה אינם דבר מועט. ברור אם כן שהגר"א פרש כאן את דברי השולחן ערוך שלא בזיקה לדברי הריב"ש. לכן פרש את המלה "יבטוח" כהבטחה ולא כביטוח. לפרושו כוונת השולחן ערוך היא שמותר לשלם עשרים ליטרין כדי לקנות סחורה הנמצאת בלב ים מפני שזהו שוויה האמיתי בעת שקונה אותה, אף על פי שכאשר תגיע הסחורה בשלום יהיה שוויה מאה ליטרין.

42. עיין בב"י סימן סו סעיף כג שכתב שלדעת הרי"ף מכירת שטרות חלה מדרבנן בלבד ולדעת ר"ת היא חלה מדאורייתא. ועיין ש"ך שם ס"ק א שהכריע שמכירת שטרות דאורייתא אף לדעת הרי"ף.

43. כלל סד סימן ג.

44. ב"ק קטו, ב.

ברור מתשובת הרא"ש שהשכר המגיע לראובן הוא שכר פעולה, כמו בדין טול דינר והעבירני. תשובתו זו של הרא"ש הובאה בהגהת הרמ"א לשולחן ערוך⁴⁵:
"מי שנדר שכר לחברו שיערוב בעדו, אם קיבל קניין ליתן לו שכר חייב כפי מה שקצב. ואם לא קיבל קניין, אין צריך ליתן לו שכר באמירה בעלמא".

רבי עקיבא איגר⁴⁶ מעיר על-כך שבזמנינו דרך לקצוב שכר בעד ערבות ולפיכך מועיל הסכם תשלום שכר פעולה לערב אף בלי קניין. כך עולה גם מדברי התומים⁴⁷ ומדברי קצות החושן⁴⁸.

הרא"ש וסיעתו אם כן נוטים להבין את עסקת ההתחייבות תמורת שכר כעסקת שכירות⁴⁹. להלן יובאו דעות נוספות בראשונים המשוות הסכם ביטוח להסכם שכירות.

לסיכום פרק זה נאמר שישנם ראשונים שבמפורש הבינו את הסכם הביטוח כהסכם שכירות. יתר על כן, גם הראשונים שחולקים על הבנה זו - העיטור והמהרי"ק - אינם חולקים עקרונית על האפשרות להבין את הסכם הביטוח כהסכם שכירות, אלא שלדעתם במקרה של ביטוח הדדי אין צורך להגיע להסכם שכירות, היות שניתן להסביר את חלות השעבוד אף לגבי דבר שלא בא לעולם בצורה פשוטה יותר. מכל מקום ברור לסיעה זו של ראשונים שהסכם הביטוח אינו מתפרש כמכירת שטר התחייבות, שלא כהבנת הריב"ש.

2. תפיסת החוק את חוזה הביטוח

תפיסת החוק את חוזה הביטוח היא חד משמעית. בסעיף 7ב לחוק חוזה הביטוח, העוסק בתוצאות של אי גילוי⁵⁰, נאמר:

ביטל המבטח את החוזה מכוח סעיף זה (כתוצאה מאי גילוי) זכאי המבוטח להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר הביטול.

45. קכט, כב.

46. בגליונו שם.

47. שם ס"ק כ.

48. שם ס"ק ט.

49. אמנם יש לחלק בין התחייבות לערבות לבין התחייבות לקבלת אחריות כל אונס שיוולד. בערבות על פי מה שכתב רע"א השוכר את הערב הוא הלווה. לעומת זאת בהסכם ביטוח משלם הפרמיה הוא המבוטח, המקביל למלווה, שהרי הוא זה שבעת הצורך לממש את התחייבות יקבל את התשלום מן המתחייב. אפשר אם כך שבהסכם ביטוח יעדיף הרא"ש לפרש את העסקה כעסקת מכר וכפי שפירשה הריב"ש.

50. נושא זה ידון להלן בפרק: מצג שווא.

גם בסעיף 18-ב לחוק, העוסק בתוצאות של החמרת הסיכון, משתמש החוק בניסוח זהה. לכאורה אם נפרש את חוזה הביטוח כעסקת מכר, שבה מוכרת חברת הביטוח התחייבות לשפות את המבוטח לכשיקרה מקרה ביטוח, כל עוד לא קרה מקרה הביטוח לא קיבל המבוטח כל תמורה לכספו. מובן מאליו שבמצב כזה, אם המוכר ביטל את העסקה יוחזרו לקונה דמי הקניה במלואם, ולא רק יחסית לתקופה שנתרה למימוש ההתחייבות. כך עולה ממה שכתב הש"ך לגבי מוחל שטר חוב ללווה אחר שמכרו לאחר. לשם כך נקדים הקדמה קצרה.

הלכה פסוקה⁵¹ היא שהמוכר שטר חוב לחברו וחזר המוכר ומחלו לבעל חובו, המחילה תקפה. כך הוא לשון התלמוד⁵²: "המוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו - מחול". באשר לפיצוי שבו מחויב המוכר שמחל את השטר לפצות את הקונה אומרת הגמרא⁵³:

"אמר אמימר: מאן דדאין דינא דגרמי (המחייב את הגורם הפסד לחברו - רש"י) מגבי ביה דמי שטרא מעליא מאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי ניירא בעלמא".

מסקנת הגמרא היא שיש לדון כדעת מי שמחייב בדינא דגרמי. במשמעות מסקנה זו נחלקו הפוסקים. הרמב"ם⁵⁴ כותב:

"וכן ראובן שהיה נושה בשמעון ומכר השטר ללוי, וחזר אחר שמכרו ומחלו לשמעון, הרי נפטר שמעון כמו שיתבאר במקומו, ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמי ששרפו".

כך פוסק גם הרא"ש בתשובה⁵⁵ שמשלם את שווי השטר בשעת מחילתו. לעומת זאת הטור⁵⁶ פסק:

"ואינו משלם דמי כולו אלא הדמים שנתן בו, שכן כתב רב שרירא גאון... וכן מסתברא לאדוני אבי הרא"ש ז"ל".

לדעה זו אין המוחל משלם אלא את הסכום שתמורתו מכר את השטר. סכום זה קטן מן הסכום שהשטר שווה בשעת המחילה, שכן ככל שקרב מועד הגבייה או

51. רמב"ם מכירה ו, יא: שולחן ערוך סו, כג.

52. כתובות פה, ב; שם פו, א.

53. שם פו, א.

54. חובל ומזיק ז, י.

55. סט, א.

56. סו, א.

גדילה ודאות הגבייה עולה שווי השטר. הרא"ש⁵⁷ הוכיח דעה זו מן הגמרא. בברייתא המובאת בגמרא⁵⁸ נפסק: "מצא שובר (של כתובה) בזמן שהאישה מודה יחזיר לבעל".

כלומר למרות שייתכן שהאישה עושה קנוניה עם בעלה, כגון שמכרה את כתובתה בטובת הנאה (סכום נמוך מזה הכתוב בכתובה, שכן ספק גדול אם הכתובה תבוא אי פעם לידי גבייה), ואחר-כך כתבה שובר לבעלה שבו היא מאשרת שכתובתה נפרעה טרם המכר, ונמצא מיקח בטעות, אין אנו חוששים לכך. אומר על כך רבא בגמרא⁵⁹:

"שמע מינה איתא לדשמואל דאמר המוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו מחול".

פירוש, מכך שאין חוששים לקנוניה זו מוכח שיש ביד האישה למחול את הכתובה לבעלה גם לאחר שמכרה אותה, כדברי שמואל.

הרא"ש הקשה על דברי רבא, שכן אף לדברי שמואל ייתכן שאישה תעדיף לעשות קנוניה כדי שתידרש לשלם ללוקח רק את הסכום שקבלה ממנו - טובת הנאה - אחר שמדובר במיקח טעות. ואילו אם תמחל לבעלה כדברי שמואל תצטרך לשלם כשווי הכתובה אחר הגירושין, כלומר את מלוא הסכום הכתוב בה. על כרחנו, מסיק הרא"ש, גם מוכר שטר חוב וחזר ומחלו, אינו משיב לקונה אלא את כספו בלבד. כך כתבו גם תוספות⁶⁰ בשם ר"י. עד כאן עניין תשלומי הנזיקין, שאינו קשור לביטול חוזה הביטוח. הש"ך⁶¹ הכריע כדעת הרמב"ם וסיעתו והוכיח זאת:

"דאם כן למאן דלא דאין דינא דגרמי אין צריך להחזיר לו אפילו מעות שנטל וזה ודאי תימה... אלא ודאי אף למאן דלא דאין דינא דגרמי צריך להחזיר לו מעותיו שנטל, ואם כן, לדין דדיינינן דינא דגרמי בעל כורחך צריך לשלם לו כל מה שכתוב בשטר. וכן כתב ראב"ן..."

ברור מדברי הש"ך שהמוכר שביטל את העסקה משלם את הדמים שקיבל, ואינו מנכה את התקופה היחסית שבה טרם נמחל השטר ולקונה היה סיכוי לממשו. הסיבה לכך פשוטה, שהרי השטר לא בא לכלל גבייה וסוף סוף לא קיבל הקונה דבר.

57. ב"מ פ"א סימן מח.

58. ב"מ יט, ב.

59. שם כ, א.

60. כתובות פו, א, ד"ה תיזיל.

61. סו"ס ק קט.

כאמור, בחוזה ביטוח המצב שונה. חברת הביטוח מנכה את התקופה היחסית שבה היה החוזה בתוקף. בהכרח מדובר בהסכם שכירות, כאשר המבוטח שוכר את שירותי האחריות של חברת הביטוח. אפשר שהדבר דומה לשכירת שומר. בדיני השמירה מחויב שומר שכר לשלם כאשר החפץ נגנב או אבד. אף על פי כן אין מדובר בעסקת מכר שבה קונה המפקיד את התחייבות השומר לשלם במקרה גנבה, אלא בהסכם שכירות. לפיכך אם אירע מקרה אונסין, שבו שומר שכר פטור מאחריות, נחשב הדבר כאילו עמד השומר בתנאי ההסכם וממילא על המפקיד לעמוד אף הוא בתנאי ההסכם ולשלם את שכרו⁶².

ניתן לסכם ולומר שהסכם הביטוח המודרני אינו הסכם מכר אלא הסכם שכירות אשר בו שוכר המבוטח את שירותי האחריות של המבטח. לתפיסה זו השלכות הלכתיות שונות אשר ידונו בפרק הבא.

62. מ"מ שכירות ב, ב; ש"ך שג, ס"ק ה.

הסכם הביטוח כהסכם שכירות - השלכות הלכתיות

כללי

בפרק זה נעמוד על משמעות המסקנה אליה הגענו בפרק הקודם שהסכם הביטוח הנהוג כיום הוא הסכם שכירות. במסגרת זו נערוך השוואה כפולה: מחד נשווה את התוצאות של היות ההסכם שכירות לתוצאות האפשריות של ההסכם אילו היה הסכם מכר. מאידך נערוך השוואה להסכם שכירות הדומה במידה מסוימת להסכם הביטוח הלוא הוא הסכם השמירה.

1. עסקת שכירות לעומת עסקת מכר

על ההבדל בין עסקת מכר לעסקת שכירות, במקרים שבהם אין מדובר בהעברה מוחלטת של בעלות על רכוש, כותב הרמב"ם¹:

"ומה הפרש יש בין קונה שדה זו לפרותיה ובין השוכר שדה זו מחברו, שהקונה שדה לפרותיה יש לו לזרעה או לנטעה כל מין שירצה או להובירה והשוכר אינו כן כמו שיתבאר בעניין שכירות. ואין השוכר רשאי להשכיר. וכל הקונה מקנה לאחרים מה שקנה".

לקונה ישנן זכויות מלאות במה שקנה, כולל זכות העברת הבעלות על מה שקנה. אין הדבר כן בשוכר. זכויותיו של זה במה ששכר מוגבלות. אופן השימוש שלו במושכר צריך להיות בהתאם למטרת השכירות. זכות ההשכרה לאחר אינה ניתנת לו אלא באופן חלקי והוא אינו רשאי להשכיר בית ששכר למי שבני ביתו מרובים משלו². כמו כן כותב הרמב"ם³:

"אם אמר לו בעל הבית לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים, אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר".

לאור זאת, לכאורה, ההשלכה ההלכתית היסודית בדיון האם הסכם הביטוח יתפרש כעסקת מכר או כעסקת שכירות תהיה בשאלה האם המבוטח יכול למכור את התחייבות חברת הביטוח כלפיו. אם זוהי עסקת מכר יכול המבוטח למכרה לאחר. ברם אם מדובר בעסקת שכירות שבה שוכר המבוטח את שירותי הביטוח של

1. מכירה כג, ח.

2. רמב"ם שכירות ו, ה; ט"ז ריב, ו.

3. שכירות ה, ה.

החברה - אין השוכר רשאי להשכיר. להלן נבדוק אם אכן הדבר בא לידי ביטוי מעשי באופן שבו ניתן להעביר בעלות על פוליסת ביטוח.

העברת בעלות על פוליסת הביטוח

בהנחה שעסקת הביטוח היא עסקת מכר

בספר ערוך השולחן⁴ דן במכירת פוליסת ביטוח על ידי המבוטח לאדם אחר וכך הוא כותב:

"ושטרות של בטחונות מאש וממים וכתוב בו באם שתישרף הבית או תטבע הסחורה במים תשלם לו החבורה כך וכך, וכן שטרי זכיות (שטרי הגרלה) נראה לי שאינם בגדר מכירה כלל שהרי הוא דבר שלא בא לעולם וספק אם יבואו בעולם ולכן אינם נקנים בקניין חליפין. רק שטרי זכיות כשמוסר לו השטר הזה בתורת מכירה או מתנה קונה אותו הנייר ככל מיטלטלין וממילא כשיהיה איזה זכיה על המספר הזה יגבנו כיוון דהשטר בידו דכן הוא נימוס המדינה... אבל שטרות בעלי הביטחונות מאש וממים כיוון ששם הבעלים כתוב עליו אינו מועיל שום קניין.

אמנם אם מוכר ביתו וסחורתו לאחר עם השטר בטוחות שיש על הבית הזה או הסחורה הזאת נראה דקנה... הרי מכר ביתו וסחורתו עם השעבוד שיש עליהם. וממה שיתבאר להלן⁵ מוכח דיכול למכור את הבית עם השעבוד".

לא ניתן אם כן למכור את פוליסת הביטוח כדרך מכירת שטרות - בכתיבה ומסירה - אך ניתן למכור את הרכוש המבוטח יחד עם אחריותה של חברת הביטוח עליו כפי שמוכח מן הדברים שכותב הרמ"א⁶ לגבי דין מכירת בית עם השעבוד:

"הקונה קרקע מחברו באחריות ונתנה אחר כך לאחר וטרפיה מן מקבל המתנה אין הנותן צריך ליתן לו מה שטורף מן המוכר, אלא אם כן הקנה לו כל שעבודיו שיש לו על הקרקע".

הרי לנו שאף במקום שהשעבוד אינו מועבר לעצמו ניתן להעבירו יחד עם הקרקע שעליה חל השעבוד.

4. סו, ט.

5. רמא, יב.

6. שם.

ברם כאשר נעיין במקור דברי הרמ"א נראה שמשמעותם שונה מכפי שפירש בעל ערוך השולחן. המקור הוא בתשובת הרשב"א⁷, וזה לשונו: "ועל כן הנהגתי אני בכל מתנות **קרקע** ואפילו במוכרו, לכתוב בשטר המתנה והמכר 'ואגב קרקע זה אני נותן לפלוני' - ללוקח זה או למקבל מתנה זו - 'כל שטרי אונות שיש לי על קרקע זה ויזכה בהם ובכל שעבודם' כדי שיוכל לטרוף בו ממי שמכרו או נתנו לו".

אין מדובר כאן בבעיה טכנית - למכור שעבוד, והפתרון המוצע אינו למכור את הקרקע יחד עם השעבוד. הדיון הוא האם כאשר המוכר לא מכר את האחריות נחשב הדבר כאילו מכרה יחד עם השדה וממילא יהיה המוכר הראשון אחראי אוטומטית כלפי הלוקח השני. הרשב"א עונה על כך בשלילה. לפיכך יש למכור את האחריות בעסקה נפרדת, נוסף על מכירת השדה. לשיטת הרשב"א היות שניתן להקנות שטרות אגב קרקע⁸, המוכר קרקע לחברו יכול להקנות את שטר האחריות אגב הקרקע. אם נניח ששטר האחריות הוא התחייבות עצמאית בדומה לפוליסת ביטוח, ולא חלק מהסכם המכר⁹ נגיע למסקנה הפוכה מזו של בעל ערוך השולחן: ניתן למכור את שטר האחריות כדרך מכירת שטרות, אם אגב קרקע ואם בכתובה ומסירה וזאת על אף שהתחייבות היא על דבר שלא בא לעולם, שעדיין השדה לא נטרפה מן הלוקח, וספק אם תיטרף. עם זאת ברור שיש למכור תחילה את הקרקע כדי שיהיה לאחריות על מה לחול. כך הוא הדבר גם במכירת פוליסת ביטוח רכוש שהיא חסרת משמעות אם לא נמכר קודם הרכוש המבוטח.

גם מה שכתב בערוך השולחן שניתן למכור את הסחורה יחד עם האחריות תמוה שהרי הרשב"א כתב שהמוכר **קרקע** יכול להקנות את שטר האחריות **אגב הקרקע**. מובן שבמיטלטלין לא שייך קניין אגב. ללא קניין כלל פשוט בתשובת הרשב"א שלא ניתן להעביר את האחריות, למרות שהקרקע שעליה האחריות נמכרת.

אמנם בתשובה זו של הרשב"א המובאת ברמ"א מדובר בעסקת מכר ומאחר שהלוקח קנה את האחריות יחד עם השדה הוא יכול גם למכור אותה לאחר כפי שכתב הרמב"ם: "וכל הקונה מקנה לאחרים מה שקנה". לפיכך אם יתפרש הסכם הביטוח כעסקת מכר, כהבנת הריב"ש וכפי שמבין בעל ערוך השולחן, יוכל המבוטח קונה הפוליסה למכרה כדרך קניין שטרות¹⁰. לעומת זאת אם יתפרש הסכם הביטוח

7. בתשובות המיוחסות לרמב"ן סימן צו.

8. כך פסק המחבר בחושן משפט סימן סו סעיף י. הרמ"א שם הסכים לפסק המחבר אך השי"ך שם נחלק עליהם.

9. עיין שו"ת הגרי"א^ה הרצוג חלק חו"מ סי' קיב עמ' תכה, שכתב כך לגבי אחריות מתנה.

10. ובספר פתחי חושן דיני הלוואה פרק י הערה יז הביא את דברי ערוך השולחן הנ"ל ואחר כך כתב: "אלא שלכאורה הפוליסה אינה אלא לראיה" (כפי שהוכחנו גם אנו בפרק העוסק ביצירת

כעסקת שכירות לא יוכל המבוטח להעביר את זכויות הביטוח שלו לאחר ללא הסכמת חברת הביטוח.

כאן המקום לומר שזכותו של אדם להעביר את הבעלות על שעבוד שיש לו לאחר מבלי להתחשב בדעת המשועבד, תיתכן כאשר יש לו בעלות על הסיבה לשעבוד. בעסקת הלוואה נוצר שעבוד הלווה למלווה לא על ידי קניית השעבוד אלא על ידי החוב שחייב הלווה למלווה וכגודל החוב כך גודל השעבוד. אף על פי כן רשאי המלווה למכור את השטר וכל שעבודו לאחר. במצב כזה אין השעבוד נמכר לבדו, אלא "במסירת שטר חוב קנה בו שעבוד נכסים וגם החוב כתקנת חכמים, וכיוון שקנה החוב קונה גם כן שעבוד הנכסים הכתובים בשטר"¹¹.

היות שהחוב, שהוא סיבת השעבוד הוא בבעלות המלווה, רשאי המלווה למכור לאחר על אף התנגדות הלווה ועם מכירת סיבת השעבוד יכול המלווה למכור גם את השעבוד עצמו. כך גם באחריות מכר, כאשר הקרקע שעליה קיבל המוכר אחריות נמכרת על ידי הלוקח רשאי הלוקח למכור גם את האחריות על אף התנגדותו של המוכר. טעמו של דבר הוא שהקרקע שאת תמורתה שילם הלוקח, היא סיבת האחריות והיות שהיא בבעלות מוחלטת של הלוקח הוא רשאי למכרה ועמה גם את האחריות.

אפשר שמכאן למד בעל ערוך השולחן שניתן למכור את אחריות חברת הביטוח לרכוש יחד עם מכירת הרכוש המבוטח, כמו שהביא הוא עצמו ראיה מדברי הרשב"א שהובאו ברמ"א. אמנם אין הנידון דומה לראיה. בקרקע בעלות הלוקח על הקרקע, שנרכשה בדמים, היא הסיבה לכך שהמוכר מתחייב באחריות, שכן חזקה לא שדי איניש זוזי בכדי¹² - אין אדם משליך ממונו חנם, ללא תמורה נאותה. הלוקח רשאי להעביר את בעלותו לאחר, והיות שהבעלות על הקרקע היא סיבה לאחריות המוכר, רשאי הלוקח למכור גם את האחריות. ברם באחריות חברת הביטוח לא ניתן לומר שהרכוש המבוטח הוא סיבת האחריות. הרכוש המבוטח הוא רק מושא האחריות, אך הסיבה להתחייבות חברת הביטוח היא הסכמתה להתחייב תמורת דמי הביטוח. לכן גם כאשר ימכור המבוטח את הסחורה לא יועיל הדבר לכך שיוכל למכור גם את שעבוד חברת הביטוח כלפיו.

ההתחייבות) ולא ניתן לקנות על ידה את התחייבות החברה. עוד כתב: "ויש לעיין איך אפשר להקנות זכויות ביטוח שאינן אלא במקרה של הפסד ולא מצינו שיכול להעביר זכות כזאת. אמנם בשו"ת שו"מ מהדו"ב ח"ג סי' קכה משמע שאפשר להעביר כתב ביטוח ע"י מסירת הכתב עי"ש וצ"ע".

11. רא"ש ב"ב פ"י סוף סי' כג; טור סו, יד; ש"ך סו ס"ק מו בשמם.

12. רש"י ב"מ יד, א, ד"ה אחריות טעות סופר.

חוזה הביטוח - חוזה ייחודי שאינו ניתן להעברה

למרות כל הנאמר עד עתה, מסקנתנו כי אם יתפרש הסכם ביטוח כעסקת מכר יוכל המבוטח למכור את שעבודו כלפי חברת הביטוח אינה הכרחית.

המב"ט¹³ כותב:

"וכן אני אומר אם אמר לו בעל הבית לשוכר לא תטרח ותשכיר ביטי לאחרים, אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר¹⁴... נראה לי שמי שחייב לחברו מנה בשטר ומכר השטר בפחות לאחר שיכול הלווה לומר למלווה למה תטרח ותמכור חובי לאחרים. אני אתן לך כמו שנתן לך האחר, שיש לו דין ואין המלווה יכול לעכב... והרי הוא אומר שהוא יפרע לו מיד מה שפורע לו האחר והוא מוחזק בחוב, ועוד שיכול לומר אתה נוח לי מאחר".

לדברי המב"ט אף בהסכם ביטוח יכולה החברה לטעון כלפי המבוטח אחד משני טעונים:

- א. היא יכולה לטעון למה תטרח ותמכור את פוליסת הביטוח לאחר, החזר את הפוליסה לחברה והיא תחזיר לך את החלק היחסי מפרמיית הביטוח.
- ב. לחילופין יכולה החברה לטעון שדווקא את המבוטח הראשון היא מסכימה לבטח ולא את השני אשר משיקולים שונים פחות נוח לה לבטחו.

הש"ך¹⁵ כתב שהראיה שהביא המב"ט, כאשר מהדין שאין השוכר רשאי להשכיר רצה ללמוד למוכר שטר חוב שאינו רשאי למכרו שלא בהסכמת הלווה אינה ראייה. ושתי תשובות בדבר:

- א. דהתם בשוכר הבית הוא של המשכיר ואין השוכר רשאי להשכיר את ביתו של המשכיר ללא רשותו. לעומת זאת במוכר שטר חוב החוב הוא **בבעלות המלווה** ולכן הוא רשאי למכרו למרות התנגדותו של הלווה.
- ב. "גם יש לומר לזה השכירו ולא לאחר". רוצה לומר גם אם נניח שהשוכר בעלים על הבית לעניין השעבוד ששעבד לו המשכיר בבית, הרי לא שעבד לו המשכיר אלא שכירות עצמו אך שכירות של אחרים היא עסקה שונה לגמרי ולכך לא שעבד המשכיר את הבית. מה שאין כן בהלוואה שעבוד הנכסים

13. ח"א, שכה.

14. רמב"ם שכירות ה, ה; שו"ע שטז, א.

15. סו"ס"ק עג.

נקבע על פי גודל החוב ולא על פי אופיו של המלווה לפיכך שעבוד כזה ניתן למכור לאחר.

מן החילוק השני שמחלק הש"ך בין הסכם שכירות לבין מכירת שטרות ניתן ללמוד לעניין עסקת ביטוח. אחד המרכיבים בעסקת הביטוח הוא מרכיב הסיכון. כאן נלקח בחשבון אופיו של המבוטח, מקרי ביטוח קודמים שקרו לו וכדומה. ברור שהסכם ביטוח חיים הוא הסכם ייחודי שלא ניתן להעבירו מן הטעם הזה. אולם גם עסקת ביטוח רכב היא עסקה ייחודית שנוסף לאחריות על מכונית מסוימת לוקחת בחשבון גם מי הוא בעל המכונית.

מחמת היותה עסקה ייחודית אפשר שלא ניתן להעבירה מבעלות מבוטח א לבעלות מבוטח ב. אכן מסיבה זו אין הדבר מקובל להעביר הסכמי ביטוח רכוש בשעת העברת בעלות על הרכוש המבוטח. בדיעבד כאשר הדבר נעשה עולה מסעיף 19 לחוק חוזה הביטוח כי על חברת הביטוח מוטלת חובת ההוכחה שקונה הפוליסה שונה במידה כזו מן המוכר עד שהחברה לא הייתה מסכימה לבטח אותו באותם תנאים שבהם הסכימה לבטח את מבוטח א. קביעה זו מסתברת הן אם נפרש את הסכם הביטוח כעסקת מכירה ייחודית והם אם נפרש אותו כעסקת שכירות.

מעשה הקניין שבאמצעותו ניתן להקנות את פוליסת הביטוח

יש להעיר שמלבד הבעיה העקרונית של הרשאת חברת הביטוח להעביר את הבעלות על פוליסת הביטוח ממבוטח א למבוטח ב, קיימת בעיה טכנית של הקניית הפוליסה, כפי שהעיר בעל ערוך השולחן הנ"ל. לכאורה ניתן להעלות על הדעת שתי דרכים שבאמצעותן ניתן להקנות את התחייבות חברת הביטוח לשפות את המבוטח:

א. הקניית פוליסת הביטוח כדרך הקניית שטרות.

ב. הקניית התחייבותה של חברת הביטוח במעמד שלושתן.

האפשרות השנייה דורשת השתתפות מורשה מטעם חברת הביטוח במעמד שלושתן ואף בנוכחותו של זה אין הדבר ברור שהקניין אכן חל כפי שיבואר.

הקניית פוליסה כדרך הקניית שטרות

השולחן ערוך¹⁶ כותב:

16. סו, יד.

"אין שטר נקנה בכתובה ומסירה אלא שטר חוב או שטר של קנייה שכתב לו שדי מכורה לך, שהוא עיקר הקניין ובו קנה השדה... אבל אם קנה הקרקע בכסף או בחזקה או בקניין (סודר) וכתבו לו שטר לראיה, אם מסר לאחר וכתב לו קני לך איהו וכל שיעבודה לא קנה".

מקור הדברים בטור¹⁷, שכתב דברים אלו בשם אביו הרא"ש. הנימוק שנתן הטור לדין זה הוא שהרי גם הראשון לא קנה את השדה בשטר זה, והיאך יוכל להקנות אותה לאחר באמצעות השטר. הש"ך¹⁸ כותב שכפי שחלקו הטור והשולחן ערוך יש לחלק גם בשטר התחייבות. אם ההתחייבות היא באמצעות השטר ניתן להקנות אותה על ידי כתיבה ומסירה של השטר. ברם כאשר השטר הוא לראיה בעלמא אין אפשרות להקנות את ההתחייבות על ידו.

בסעיף 2 לחוק חוזה הביטוח נאמר:

א. נכרת חוזה ביטוח, על המבטח למסור למבוטח מסמך חתום בידי המבטח המפרט את זכויות הצדדים וחויביהם (להלן פוליסה) זולת אם נהוג באותו סוג ביטוח שלא להוציא פוליסה.

ב. כל עוד לא נמסרה הפוליסה לידי המבוטח יראו כמוסכמים בין הצדדים את התנאים הנהוגים באותו סוג ביטוח אצל אותו מבטח... זולת אם הוסכם בין הצדדים על סטייה מאותם תנאים.

מלשון החוק עולה שחוזה הביטוח תקף גם ללא הפוליסה, שכן ישנה אפשרות לברר מהם תנאי החוזה. נובע מכך שפוליסת הביטוח אינה יוצרת את התחייבות חברת הביטוח ואינה נמסרת אלא כשטר ראייה בלבד. ברור אם כך שלא ניתן להעביר את הבעלות על חוזה הביטוח באמצעות הקניית הפוליסה, כפי שפסקו הטור והשולחן ערוך.

הקניית פוליסת הביטוח במעמד שלושתן

צורת הקנאה נוספת שניתן להעלות על הדעת היא הקניית החוב של חברת הביטוח למבוטח במעמד שלושתן¹⁹. כך פסקו הרמב"ם²⁰ והמחבר²¹:
"ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון... ואמר לו במעמד שלושתן מנה שיש לי בידך תנהו ללוי... קנה".

17. שם.

18. שם ס"ק מו.

19. גיטין יג, ב.

20. מכירה ו, ז.

21. קכו, א.

ברם יש לברר בחוב מעין זה שגבייתו אינה ודאית ואף אם תמצא לומר שהתחייבות תגיע לכלל מימוש, זמן הפרעון עדיין לא הגיע, האם ניתן להקנות אותו במעמד שלושתן.

התחייבות הדומה מבחינות אלו לחוזה ביטוח היא כתובת אישה. לגבי כתובת אישה חולקים הראשונים בשאלה אם ניתן להקנותה במעמד שלושתן. תוספות²² כתבו:

"דלא תקנו מעמד שלושתן בכתובה דאפשר שלא תבוא לידי גבייה לעולם".

בלשון אחר כתבו תוספות בשם ר"י²³:

"דמעמד שלושתן אין מועיל בכתובה בעודה תחת בעלה כיוון שעדיין לא ניתנה לגבות".

משמע אפילו תהיה הגבייה ודאית כיוון שזמן הפרעון עדיין לא הגיע לא ניתן להקנותה במעמד שלושתן. ובמקום אחר²⁴ כתבו תוספות:

"דלא תקנו מעמד שלושתן אלא בדבר שראוי לגבות מיד אבל בכתובה, דאינו חייב עתה עד אחר גירושין, וגם שמא לא תתגרש, לא תקנו מעמד שלושתן".

רוצה לומר שני הטעמים כאחד נדרשים בכדי שלא יועיל קניין מעמד שלושתן. על כל פנים נמצאו למדים שאם מן הטעם שיש אפשרות שהתחייבות לתשלום הכתובה לא תגיע לכלל מימוש, ואם מן הטעם שלא ניתנה כתובה לגבות מיד, ואם משני הטעמים גם יחד, לא ניתן להקנות כתובה במעמד שלושתן לדעת תוספות.

הש"ך²⁵ מציין שכך היא דעת רוב הראשונים - הרמב"ן הרשב"א הרא"ש בעל התרומות ועוד. דעת יחיד היא דעת הר"ן²⁶ הסובר שאף כתובה ניתן להקנות במעמד שלושתן.

לאור זאת ברור שאף פוליסת ביטוח לא ניתן להקנות במעמד שלושתן מאותם טעמים עצמם. על פי מה שהסקנו שגם בכתובה ומסירה אין אפשרות להקנות את פוליסת הביטוח רשאים לנו לסכם ולומר שאין אפשרות מעשית להקנות חוזה ביטוח²⁷.

22. גיטין יג, ב, ד"ה תנהו.

23. ב"ק פט, א, ד"ה כל.

24. ב"מ כ, א, ד"ה שמע מינה.

25. קבו, ס"ק א.

26. גיטין שם.

27. למסקנה זו הגיע גם בספר פתחי חושן דיני הלואה פרק י הערה יז.

העברת הפוליסה בהנחה שמדובר בעסקת שכירות

כאמור, מחוק חוזה הביטוח עולה שחוזה הביטוח הנהוג כיום אינו חוזה מכר כי אם חוזה שכירות. לפיכך אין מקום לדבר על העברת הבעלות על הפוליסה. השאלה שנשאל היא האם כאשר בעל הנכס מכר את הנכס המבוטח מחויבת חברת הביטוח בהסכם המפורט בפוליסת הביטוח גם כלפי הקונה. בשאלה דומה דנו האחרונים לגבי הסכם שמירה²⁸. רבי אפרים נבון בספרו מחנה אפרים²⁹ כתב:

”ראובן שהיה לו פיקדון ביד שמעון והקנהו לו ללוי בקניין סודר, נראה לי שאין שמעון נעשה שומר של לוי עד שיקבל עליו לשומרו ללוי הקונה אותו”.

ניתן ללמוד מכאן לחוזה ביטוח שהמבטח אינו נעשה אחראי מאליו כלפי הקונה אלא אם כן קיבל זאת על עצמו במפורש.

לכאורה בדברי הרא”ש³⁰ משמע שלא כדברי בעל המחנה אפרים. הרא”ש עוסק במקרה שבו היה המפקיד גוי והקנה המפקיד את הפיקדון לישראל במעמד שלושתן, וזה לשונו:

”ואם פיקדון הוא ונכנס העובד כוכבים לבית הנפקד ונטלה בחזקה - אינו חייב לשלם לישראל, דאינו אלא שומר לשני כמו שהיה לראשון ופטור מן האונסין”.

הרי שלדעת הרא”ש נעשה מאליו שומר לשני, ואף בחוזה ביטוח יהיה הדין כך. ברם בעל קצות החושן³¹ אכן תמה על כך ומקשה כיצד נעשה המפקיד שומר של השני הרי חיובי השומרים אינם חיובים ודאיים ודינם לעניין מעמד שלושתן כדין כתובה שהבאנו לעיל³². ובספר דברי משפט³³ כתב שלדעת הרא”ש חלק מתקנת חז”ל בקניין מעמד שלושתן בפיקדון הוא שיהיה הנפקד שומר גם עבור הקונה. מכאן שאף הרא”ש מודה לדברי בעל המחנה אפרים שאין השומר מתחייב מאליו בחיובי השומרים כלפי הקונה כל עוד לא קיבל על עצמו חיובים אלו במפורש³⁴.

28. יש להעיר שבהסכם שמירה ישנו היבט נוסף והוא מעשה הקניין שעל השומר לעשות כדי לקבל על עצמו שמירה, לדעת חלק מן הראשונים. מן ההיבט הזה דנו בשאלה העונג יו”ט סימן קסה, נתיבות המשפט שמח ס”ק ז ואף קצות החושן שהבאנו בסמוך דן בשאלה גם מן ההיבט הזה.
29. שומרים סוף סימן כ.
30. גיטין פ”א סימן יז, הובא בטור קכו, ל ובשו”ע קכו, כב.
31. שם ס”ק יז.
32. ראה בש”ד קכו ס”ק א, שהובא לעיל.
33. סימן קנו.
34. עדיין נותרה לדיון השאלה האם מוכר הנכס רשאי לתבוע שיפוי עבור הקונה. שאלה זו היא חלק מדיון רחב יותר, באשר למעמד המוטב, דיון שאינו נכלל במסגרת מאמר זה.

סדרי התשלום לנושים במקרה של פשיטת רגל

אפשר שישנה השלכה נוספת לפרשנות הסכם ביטוח כהסכם מכר או כהסכם שכירות. הרב משה פיינשטיין בתשובותיו³⁵ דן באופיו של הסכם שכירות פועלים. מסקנתו היא שישנן בדבר שלוש שיטות:

1.1. תשובת מהר"ם שבמרדכי³⁶ ותשובות מיימוניות והראב"ד³⁷ סבורים שבעל הבית **קונה בגוף** הפועל כשם שהאדון קונה בגוף עבדו העברי. לכן, אף על פי שפועל חוזר בו אפילו בחצי היום מדין גירעון כסף זוהי גזירת הכתוב שהפועל רשאי לקנות את עצמו מיד האדון לכשירצה, אך בעל הבית אינו רשאי לחזור בו מהסכם השכירות ככל קונה חפץ בקניין גמור.

2.2. תוספות במסכת קידושין³⁸ והש"ך³⁹ סבורים שאין בעל הבית קונה בגוף הפועל, אלא **קונה את שעבוד** הפועל למלאכתו. לשיטה זו אפשר שהקניין הוא הדדי וגם הפועל קונה שעבוד בבעל הבית להעסיקו.

3.3. שיטת הירושלמי אליבא דרב, וכך היא מסקנת ספר נתיבות המשפט⁴⁰ **אין בעל הבית קונה את שעבוד הפועל**, אלא הפועל מתחייב מעצמו לעבוד אצל בעל הבית ובעל הבית מעצמו מתחייב להעסיק את הפועל.

מובן ששיטת המהר"ם וסיעתו היא ייחודית לדיני שכירות פועלים ולא ניתן להקיש ממנה להסכמים אחרים. אף לכשנשווה שכירות שירותי ביטוח לשכירות פועלים, עדיין אין מקום להשוואה לעבד עברי.

רבי משה פיינשטיין נשאל מה הדין כאשר בעל הבית שכר שני פועלים בזה אחר זה ואחר כך נתמעטה העבודה ואין בה אלא כדי פועל אחד. והוא משיב שדבר זה תלוי בהבנת אופיו של הסכם שכירות פועלים. אם נניח, כפי האפשרות שהעלנו בשיטה השנייה - שיטת תוספות והש"ך - שהפועל קונה את התחייבות בעל הבית להעסיקו אזי הפועל הראשון קנה בבעל הבית שעבוד עד כדי מלאכתו. הפועל השני קנה גם הוא שעבוד עד כדי מלאכתו, אולם ברור שאין קניין חל על קניין ואין באפשרותו לקנות מה שנקנה כבר על ידי הפועל הראשון. ברור אם כן שהעבודה שנתמעטה, נתמעטה מחלקו של הפועל השני. לעומת זאת על פי השיטה השלישית - שיטת בעל

35. אגרות משה חו"מ חלק א, סימן פא.

36. בי"מ פ"ו סימן שמו.

37. שלוחין ושותפין ד, ב.

38. יז, א, ד"ה חלה.

39. שלג, ס"ק כה.

40. שלג, ס"ק ו.

הנתיבות הנסמכת על דעת רב בירושלמי - שאין הפועל קונה שעבוד בבעל הבית להעסקתו אלא בעל הבית מתחייב בכך מעצמו יהיה הדין שונה.

הסמ"ע⁴¹ פסק שבעלי חוב רבים שבאו לגבות מיטלטלין כאחד אין בהם דין קדימה, ומשמע שגם הש"ך שם מסכים לכך וכך היא מסקנת בעל הנתיבות⁴². לפיכך, לשיטה זו, אם נניח שבעל הבית מעצמו מתחייב להעסיק את הפועלים הרי שני הפועלים הם כשני בעלי חוב שבאו לגבות מיטלטלין שאין בהם דין קדימה. ההפסד יחול אם כן על שניהם בשווה.

מתשובתו של הרב משה פיינשטיין בדיני שכירות פועלים ניתן ללמוד לענייננו. נראה כי לפירוש הסכם הביטוח כעסקת מכר או כעסקת שכירות תהייה השלכות על הסדרי התשלום למבוטחים במקרה של פשיטת רגל על ידי חברת הביטוח. אם הסכם הביטוח יתפרש כעסקת מכר כל הקודם לקנות פוליסת ביטוח יקדם גם בקבלת תגמולי הביטוח. אולם אם העסקה תתפרש כעסקת שכירות שבה חברת הביטוח מתחייבת מעצמה ומקבלת דמי שכירות עבור שירותי הביטוח אזי במקרה פשיטת רגל יהיה דין המבוטחים כדין בעלי חוב שבאו לחלוק במיטלטלין ולא יהיה כל יתרון לקדימת תאריך הסכם הביטוח.

2. השכירות בהסכם ביטוח לעומת הסכם השמירה

כללי

חוזה שמירה וחוזה ביטוח שונים במהותם. חוזה שמירה מהותו שמירת הפיקדון, וכאשר הפיקדון נגנב, הדבר נחשב כתקלה, שפעמים שהשומר יהא מחויב באחריותה ופעמים לא. לעומת זאת חוזה ביטוח מהותו שיפוי המבוטח עבור נזק שנגרם לו מחמת שהנכס המבוטח אבד או ניזק. הצד השווה שבהם הוא שבשניהם קיים בהתחייבות מרכיב האחריות, וכאשר מדובר בשומר שכר בשניהם ההסכם הוא הסכם שכירות. ההשוואה בין שני ההסכמים לגבי המחויבות באחריות נעשתה בפרק הראשון. כאן אנו מעוניינים לערוך השוואה בין התוצאות הנובעות ממרכיב השכירות בשני ההסכמים.

השפעת מימוש האחריות על תשלום דמי השכירות

כאמור, בהסכם שמירה השומר נשכר כדי לשמור על הפיקדון. לכאורה שומר שכר שלא שמר כראוי והחפץ נגנב, על אף שהוא מתחייב בתשלומים במקרה כזה, עליו

41. קד, ס"ק א.

42. חידושים ס"ק א.

להפסיד את שכרו ככל פועל שלא ביצע את המלאכה שלשמה נשכר. כך אכן כתב בשו"ת מהר"י אסאד⁴³ וכך כותב גם בעל קצות החושן⁴⁴:
"דכן הוא כל שומרי שכר, אם שמרו כראוי נוטל שכרו, ואם נגנב או נאבד ולא שמרו כראוי, משלמין דמי החפץ ומפסידין שכרן".

לעומת זאת בהסכם ביטוח אין המבטח מתחייב לשמור על הנכס המבוטח, אלא לשפות את המבוטח בקרות מקרה הביטוח. לפיכך כאשר אכן קרה מקרה הביטוח והמבטח שילם תגמולי ביטוח הושלמה העסקה. לא זו בלבד שהמבטח אינו מפסיד את דמי הביטוח, אלא שאם ירצה המבוטח להאריך את הסכם הביטוח ידרש לשלם תמורת ההסכם החדש.

אכן גם לגבי הסכם שמירה יש מי שסבור ששומר שכר המחויב באחריות גניבה ואבדה, מאחר שהוא משלם אין הוא מפסיד את שכרו. כך עולה לכאורה מלשון המאירי⁴⁵ שכתב:

"אם נתחייבו לשלם ושלמו מנכין שכרן מן התשלום".

וכך כתב גם בשו"ת מהרי"ל דיסקין⁴⁶. נראה כי לשיטה זו, מלכתחילה כולל הסכם השמירה שני הסכמי משנה. האחד שבו מתחייב השומר לשמור על הפיקדון. לחילופין מתחייב השומר באחריות הפיקדון. הסכם האחריות אם כן הוא הסכם ביטוח המוגבל למצבים מסוימים. אך לשיטת בעל קצות החושן וסיעתו מלכתחילה מתחייב השומר לשמור בלבד. כאשר הפיקדון נגנב או אבד מתחייב השומר כדין כל מזיק אחר בתשלומי נזיקין. בעקיפין נובעים תשלומי הנזיקין מהתחייבותו לשמור, שכן אלמלא התחייבותו לשמור לא היה מוגדר כמזיק במקרה פשיעה או גניבה ואבדה.

גם החזון איש⁴⁷ הסתפק בשאלה האם שומר שכר ששילם עבור החפץ שנגנב ממנו נוטל את שכרו מהבעלים. לדעתו אין ראייה מדברי המאירי שהוא נוטל את שכרו, שכן דבר פשוט הוא שכאשר השומר משלם הוא מנכה תחילה את שכרו מתשלומי הנזיקין. טעמו של דבר הוא שמלכתחילה לא היה לבעלים אלא את שווי הפיקדון בניכוי שכר השמירה שהתכוונו להוציא. ההכרעה בשאלה זו תבוא לידי ביטוי במקרה שהשומר מת בטרם שילם את דמי הפיקדון. אם לא הניח נכסים שניתן להיפרע מהם יהיו היורשים פטורים בכל מקרה. אולם אם נניח ששומר שפשע נוטל

43. ח"ג סימן ריא.

44. רכז, ס"ק יא.

45. ב"מ פג, א.

46. קו"א סימן רמט.

47. ב"ק סימן ז סעיף ח.

פרק חמישי: הסכם הביטוח כהסכם שכירות - השלכות הלכתיות

את שכרו יהיה על בעל הפיקדון לתת את שכר השמירה ליורשים. לעומת זאת אם שומר שפשע נחשב כמי שלא ביצע את עבודתו יהיה בעל הפיקדון פטור מלשלם ליורשים.

לדברינו ישנה השלכה הלכתית נוספת להבדל בין השיטות. מאחר שהסוברים ששומר שפשע נוטל שכרו, סבורים שמלכתחילה כולל ההסכם שתי אפשרויות מבחינת השומר - לשמור או לשלם - נמצא ששומר שלא שמר כלל ולא אירע דבר לפיקדון ייטול את שכרו, כשם שחברת הביטוח נוטלת את דמי הביטוח על אף שהמבוטח לא נזקק לשיפוי. לעומת זאת אם נניח שהשומר מתחייב דווקא לשמור, הרי כאן לא ביצע את עבודתו ואם כן למרות שהפיקדון חוזר בשלמותו למפקיד לא ייטול השומר את שכרו.

אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

הקדמה

בפרק הקודם הגדרנו את הסכם הביטוח כהסכם שכירות שכן החוק תופס את עצם היות חברת הביטוח אחראית כלפי המבוטח כשרות שמעניקה החברה. מאידך מדובר בשרות שאינו עבודה. מתעוררת אפוא השאלה מהו אופייה של שכירות זו. האם הסכם ביטוח הוא הסכם שכירות פועלים או שהוא מסווג כשכירות כללית? יכולות להיות לכך משמעויות הלכתיות:

א. אם מדובר בהסכם שכירות פועלים אזי אין צורך בקניין בכדי להעניק לו תוקף שכן הוא נקנה באמירה בעלמא, ולפיכך עם תחילת תקופת הביטוח מחויב המבוטח בדמי הביטוח מבחינה משפטית. לעומת זאת אם מדובר בהסכם שכירות כללית אין תוקף להתחייבות המבוטח לשלם את התעריף שדרשה החברה, ועל אף שהוא לא יוכל להתנער כליל מתשלום בכל זאת הוא יוכל לצאת ידי חובה על ידי תשלום תעריף מוזל¹.

ב. הסכם שכירות פועלים שונה מהסכם שכירות כללי באפשרות החזרה של אחד הצדדים מן ההסכם. בעוד שבהסכם רגיל אין אפשרות לחזרה הרי שבהסכם שכירות פועלים נפסקה ההלכה פועל חוזר בו אפילו בחצי היום². ניתן אם כן לחשוב על אפשרות שלפיה תוכל חברת הביטוח לבטל את ההסכם כדין פועל החוזר בו בחצי היום.

1. שכירות פועלים לשם דבר שאינו מוגדר מלאכה

בספר מחנה אפרים³ דן במקרה שבו ראובן אמר לשמעון "הכבד היום בביתך ואני אתן לך חלק ממה שארוויח בסרסרות", ועתה חזר בו ראובן. תחילה עלה בדעתו להשוות מקרה זה לדין טול דינר והעבירני⁴ שנפסק ברמב"ם⁵ ובשולחן ערוך⁶:

1. הגהת הרמ"א סימן שלג, ד בשם רי"ו.
2. ב"מ עז, א.
3. שכירות יח.
4. ב"ק קטז, א.
5. גו"א יב, ז.
6. רסד, ז.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

"מי שברח מבית האסורים והייתה מעבורת לפניו ואמר לו העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו - אין לו אלא שכרו הראוי לו. ואם היה צייד ואמר לו בטל מצודתך והעבירני - נותן לו כל מה שהתנה עמו".

אם נניח שגם במקרה זה הפסיד שמעון מחמת בטלתו, מוטל על ראובן לשלם לו כל מה שהתנה עמו, כדין האומר בטל מצודתך והעבירני. על כך כתב במחנה אפרים שישנו חילוק בין שני הדינים. בדין טול דינר והעבירני נשכר בעל המעבורת לפעולה ומשתעבד לשלם את שכרו באמירה בעלמא כדין שכירות פועלים. אך בנדון דידן אין מדובר כלל בשכירות פועלים, ובדיני נזיקין אינו מתחייב בשבת על גרמא בעלמא. ברור מדבריו שהסכם מסוג זה שבו ראובן שוכר את שמעון בכדי שישב בטל ולא יעשה פעולה מסוימת אינו מוגדר הסכם שכירות פועלים. בפירוש כתב זאת בשו"ת בית דוד⁷:

"בדין האפטרעט געלט הנהוג בין הסוחרים כשרואים שרבו האנשים העומדים על המיקח אשר בסיבת זה יוזל המיקח מאד אזי מי שרוצה ליקח מבטיח את האנשים הרוצים לעמוד על המיקח סכום כך וכך בכדי שימנעו את עצמם מזה ולא יוזל המיקח... דאם נעשית ההבטחה הזאת בלי קניין ובלי השלשת מעות, רק בדברים בעלמא אינו כלום. ואין לדמותו לשכירות פועלים דקיימא לן דלא בעי קניין... דשאני שכירות פועלים שהשכר הוא עבור עשיית פעולה או דיבור אבל בנדון דידן שקבל שכרו בעבור שמונע את עצמו מלעשות, אף שדרך ליתן שכר בעד זה מכל מקום לא דמי לשכירות פועלים ובעי קניין".

כך פסק גם בספר כסף הקדשים⁸. לעומת זאת בספר מנחת פיתים⁹ השווה שכירות לשם מניעת פעולה לשכירות לשם דיבור שהיא בכלל שכירות פועלים.

בספר פתחי חושן¹⁰ כתב על כך, שדווקא במקרה שנשכר אדם בכדי להימנע מלעשות פעולה מסוימת פסקו חלק מן הפוסקים שאין זה בכלל שכירות פועלים. אך כאשר נשכר אדם לשם פעולה שאינה מוגדרת מלאכה כגון לשבת במקום אחד ולהתבטל לדברי כולם שכירות כזו היא שכירות פועלים.

עיקרון זה עולה גם מדברי הראשונים בהתייחסותם לדין חליצה מוטעית. במסכת יבמות¹¹ מובא מעשה בבת חמיו של רב פפא שנפלה לפני יבם שאינו הגון לה ובא רב

7. חח"מ סימן ד. הובא בפת"ש קעו ס"ק ד.

8. קפה.

9. סימן קעו.

10. שכירות פ"ח הערה ד.

11. קו, א.

פפא לחלוץ לפני אביי. בסופו של דבר אמר רב פפא לאותו יבם "חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז". לאחר שחלץ אמר לה אביי שתתן את מאתים הזוזים שהתחייבה. השיב לו רב פפא שההבטחה לתת מאתים זוז תמורת החליצה ניתנה בתורת השטאה. כראיה לכך שניתן לטעון טענת השטאה במצב כזה הביא רב פפא את הברייתא:

"הרי שהיה בורח מבית האסורין והייתה מעבורת לפניו ואמר לו טול דינר והעבירני - אין לו אלא שכרו".

הקשו על כך הרמב"ן והרשב"א על אתר מדוע אלמלא טענת השטאה חייבת הייתה לשלם לחלוץ מאתים זוז, הרי נפסקה ההלכה¹² שאין תנאי בחליצה. ממילא החליצה תקפה והתנאי בטל. השיבו על כך, שאף על פי שאין החליצה בטילה כאשר אינה מקיימת את התנאי מכל מקום מחויבת היא לשלם לו דמי שכירות עבור החליצה כפי שהבטיחה. בפטות נראה היה שכוונתם לשכר פעולה אולם רבי משה פיינשטיין בספרו שו"ת אגרות משה¹³ כותב שלמרות שרש"י¹⁴ ושאר הראשונים¹⁵ כתבו שחייב התשלום הוא בתורת שכירות, אין הכוונה לשכירות פועל ממש שהרי אין מעשה החליצה מוגדר מלאכה. כוונת הראשונים היא שמן הדין הנאמר בהלכות שכירות פועלים¹⁶:

"השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש ואמר לו תן לי שכרי ואמר לו טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו".

ניתן ללמוד את העיקרון לפיו קבלת דבר כלשהו במסגרת חוזה תמורה מחייבת את המקבל בתשלום התמורה כתוצאה בלעדית של קבלת הדבר אף על פי שלא היה שם קניין. כך גם לגבי חליצה, מאחר שנתקבלה על ידי בת חמיו של רב פפא מחויבת היא לשלם את התמורה שהבטיחה. אמנם הסיבה שבגינה מתחייב המקבל לשלם את התמורה שונה בשני המקרים. בדין שכירות פועלים מחויב השוכר בתמורה למרות שלא נעשה קניין מפני ששכירות פועלים נקנית בתחילת מלאכה, והרי זה כאילו קנו מידו על כך. לעומת זאת בחליצה ניתן עקרונית לבטל את העסקה מאחר שלא היה שם קניין, אולם במקרה המסוים של חליצה מאחר שלא ניתן להשיבה מתחייבת היבמה לשלם את התמורה. כך הוא הדבר ברוב עסקאות השכירות כאשר מדובר בתקופת השכירות שכבר חלפה.

12. יבמות נג, א.

13. חח"מ, א, לו.

14. יבמות קו, א ד"ה הב ליה.

15. וכן כתבו הרמב"ן והרשב"א על אתר והרא"ש שם סימן טו.

16. משנה ב"מ קיח, א; רמב"ם שכירות ט, י; שו"ע שלו, ב.

לדבריו אכן במקום שהשרות שנעשה אינו מוגדר עבודה אין הוא בכלל שכירות פועלים. לכאורה דבריו מדוקדקים בלשון הראשוניים שכולם לא הזכירו בפירושם למסכת יבמות דין שכירות פועלים אלא השוו זאת לדין שכירות באופן כללי.

אכן נראה שנשמטו מבעל האגרות משה דברי הרמב"ן בספרו "תורת האדם"¹⁷ שכתב בפירוש הסוגיה במסכת יבמות שההוא אמינא של אביי לחיבה לשלם לחולץ הייתה מאחר שאין תנאי בחליצה הרי החולץ **כעושה מלאכה לבעל הבית** בעל מנת ושכירות בעלמא היא. מסקנת רב פפא היא שאילו היה מדובר ביבם ההגון לה היה הדבר דומה לדין הבורח מבית האסורים ואמר לבעל המעבורת טול דינר והעבירני והיה בעל המעבורת צייד השולה דגים מן הים, שדינר הוא שכרו הראוי לו¹⁸. אף כאן החולץ הפסיד בחליצתו אישה ונכסים, ולכן מאתים זוז הם שכרו הראוי לו. ברם מאחר שמדובר ביבם שאינו הגון לה וחז"ל ציוו על יבם כזה לחלוץ ולא לייבם¹⁹, הריהו כבעל מעבורת שאינו צייד, ומאחר שאין דרך ליטול שכר כלשהו עבור חליצה כשלעצמה שכרו הראוי הוא ולא כלום.

ברור מדברי הרמב"ן שהחולץ מוגדר כפועל למרות שהחליצה אינה עבודה. כך הבין בפירוש סוגיה זו הרב הרצוג בתשובה²⁰, וכתב שכך היא גם הבנתו של רבי אריה לייב הכהן בספריו קצות החושן²¹ ואבני מילואים²².

קרוב יותר לשכירות ביטוח הוא מה שכתב הרא"ש בתשובה²³ שמי שערב לחברו בשכר יכול הלה לומר לו משטה אני בך, כדין טול דינר והעבירני, שאין לו אלא שכרו הראוי לו ובמותר אומר לו משטה אני בך. הרי השווה דין ערב בשכר לדין טול דינר והעבירני ומשמע שאף בערב השכר הוא שכר פעולה, כמו בטול דינר והעבירני, למרות שערבות אינה מוגדרת מלאכה²⁴.

לאור זאת עולה המסקנה שאף בהסכם ביטוח נחשבים דמי הביטוח לשכר פעולה ולכן המבוטח מתחייב לשלם את התעריף שעליו סוכם באמירה בעלמא, ואין צורך להקנות להתחייבותו זו תוקף משפטי על ידי מעשה קניין.

ברם לכאורה מסקנה זו נסתרת מדברי הרא"ש הנ"ל שכתב:

17. מהדורת שעוועל עמ' מד.

18. ב"ק קטז, א.

19. יבמות קא, ב.

20. חח"מ סימן כח.

21. סימן רמ"א ס"ק ט.

22. סימן כט ס"ק יד.

23. סד, ג.

24. עיין תומים ס"ק כ וקצות החושן ס"ק ח, ט, שהדגישו השוואה זו.

"עוד צריך אני להודיעכם דבר, אף על פי שלא שאלתם עליו כדי שלא יצא מתחת ידי דבר שאינו מתוקן. כל מה שזיכיתי לראובן זהו אם היה שם קניין סודר שהקנה שמעון לראובן ליתן לו רביע בחכירות בשביל שיכנס ערב בשבילו. אבל בלא קניין אינו חייב לו כלום כי ערבות אינו דבר שלוקחים עליו שכר שיקנה באמירה ולא עדיף האי מההיא דתנן בפרק הגוזל בתרא²⁵ שטף נהר חמורו וחמור חברו שלו יפה מנה ושל חברו יפה מאתים הניח את שלו והציל את של חברו אין לו אלא שכרו. ואם אמר אני מציל את שלך ואתה נותן דמי שלי - חייב ליתן לו. ופריק עלה בגמרא ואמאי חייב ליתן לו דמי שלו נימא לו משטה הייתי בך מי לא תנינא הרי שהיה בורח מבית האסורין והייתה מעבורת לפניו ואמר טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו".

הרי שלדברי הרא"ש דרוש קניין סודר דווקא, כדי לקנות את שכר הערבות. אכן כבר העירו רבי עקיבא איגר²⁶ ואחרונים נוספים²⁷ שהסיבה לכך שהרא"ש הצריך קניין היא שערבות בזמן הרא"ש לא הייתה עסקה שדרך ליטול עליה שכר ולכן לא ניתן היה להתחייב בשכר ערבות כשכר פעולה באמירה בעלמא. ברם עתה שדרך לקצוב שכר בעד ערבות מועיל הסכם תשלום שכר פעולה לערב אף בלי קניין.

מסקנתנו אם כן במקומה עומדת שמבוטח המסכם עסקה עם חברת הביטוח מתחייב בתשלום דמי הביטוח על פי התעריף שנקבע באמירה גרידא.

2. הגדרת פעולה לעניין דין חזרת פועל בחצי היום

בסעיף 10 לחוק חוזה הביטוח נאמר:

ביטל אחד הצדדים את החוזה על פי תנאיו או על פי חוק זה, מתבטל החוזה כעבור 15 ימים מהיום שבו נמסרה הודעת הביטול לצד השני.

בהתאם לכך מקובל לנסח בפוליסת הביטוח תנאים שלפיהם יוכל כל צד לחזור בו מן ההסכם. הסעיף העוסק בביטול ההסכם מנוסח בפוליסה באופן הבא:

א. המבוטח רשאי לבטל את הפוליסה בכל עת שהיא לפני תום תקופת הביטוח לפי שיקול דעתו. ובלבד שהודעה על כך תישלח לחברה בדואר רשום 21 ימים לפחות לפני התאריך שבו תבטל הפוליסה, במקרה כזה תשאיר החברה לעצמה דמי ביטוח מחושבים לפי 10% מדמי הביטוח השנתיים בעד כל חודש או חלק ממנו שבו היה הביטוח בתוקף, ובנוסף לזה תוספת כוללת

25. קטו, ב.

26. גליון רע"א קכט, כב.

27. תומים שם ס"ק כ; קצות החושן שם ס"ק ט.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

של 10% מדמי הביטוח השנתיים, והיתרה תוחזר למבוטח. שולמו תגמולי ביטוח כלשהם בשל מקרי ביטוח המכוסים על פי פרק מפרקי פוליסה זו, לא יהיה המבוטח זכאי להחזר דמי ביטוח כלשהם בגין ביטול הפוליסה, או ביטול פרק כלשהו ממנה אלא אם הושב הקף הביטוח לקדמותו.

ב. מבלי לגרוע מזכויות החברה על פי דין או על פי הוראה אחרת כלשהי בפוליסה זו, רשאית החברה לבטל את הפוליסה בכל עת שהיא לפני תום תקופת הביטוח לפי שיקול דעתה, ובלבד שהודעה על כך תישלח למבוטח בדואר רשום 21 ימים לפחות לפני התאריך שבו תבטל הפוליסה, ובמקרה כזה המבוטח יהיה זכאי להחזר דמי הביטוח ששילם לחברה בעד התקופה שלאחר ביטול הפוליסה.

ג. החזר דמי הביטוח כאמור בסעיפים קטנים א ו-ב יעשה תוך 30 ימים מיום ביטול הפוליסה. סכום ההחזר יקבע לפי השינויים שחלו במדד ממדד המחירים לצרכן שפורסם סמוך לפני מועד תחילת הביטוח עד מדד המחירים לצרכן שפורסם סמוך לפני החזרת דמי הביטוח²⁸.

ד. אם החברה תבטל את הפוליסה לפני תום תקופת הביטוח המוסכמת, והעילה לביטול אינה שהמבוטח הפר את החוזה או ניסה להונות את החברה, תשלם החברה למבוטח במקום החזר כאמור בסעיף ב את הסכום שהייתה דורשת ממבוטח דומה לאותו סוג ביטוח ביום הביטול, יחסית לתקופה שנותרה עד תום תקופת הביטוח המוסכמת. התשלום יעשה תוך 30 ימים מיום ביטול הפוליסה.

על אף העולה מדברי הפוסקים שהסכם נתינת שרות שאינו עבודה כדוגמת הסכם ביטוח, הוא בכלל הסכם שכירות פועלים, דבריהם נאמרו בהקשר להלכה שמקבל השרות מחויב לשלם עבורה, למרות שההסכם נעשה ללא קבלת קניין. אולם אין הכרח שכתוצאה מהגדרה זו יוכל המבוטח לחזור בו מהסכם השכירות באמצע התקופה. אפשר שהגדרת ההסכם כהסכם שכירות פועלים היא חלקית בלבד. כך מצאנו בהלכה אחרת - אכילת פועל בשעת מלאכה. שם נפסקה ההלכה²⁹:

”במה דברים אמורים שאוכל, כשהוא עושה בגידולי קרקע במחובר בשעת גמר מלאכה, כגון בוצר ענבים ומוסק זיתים ואורה תאנים וגודר תמרים”.

28. במסגרת מאמר זה לא נעסוק בנושא בעיית הריבית הכרוכה בהצמדה למדד.

29. שו"ע שלו, ב.

אולם לגבי שומרי פרות נפסקה ההלכה כשמואל³⁰ שמשמר לאו כעושה מעשה דמי. לפיכך פסק השולחן ערוך³¹:
"השומר במחובר אפילו בשעת גמר מלאכה אינו אוכל".

כלומר, השומר פרות המחוברים לקרקע מוגדר פועל באופן חלקי בלבד. הוא רשאי לחזור בו בחצי היום כדין פועלים, אך אינו רשאי לאכול מן הפרות, שלא כדין פועלים.

דוגמא נוספת: הסמ"ע³² פסק ששותפים שהסכימו להשתתף באומנותם במשך זמן קצוב אין אחד מהם רשאי לחלוק את השותפות לפני תום התקופה, שלא מדעת חברו. הסברו לכך הוא שאף על פי שפועל רשאי לחזור בו בחצי היום זוהי גזירת הכתוב "כי עבדי הם" - עבדי הם ולא עבדים לעבדים³³, אך שותפים המשועבדים זה לזה אין מקום להגדיר כל אחד מהם עבד לחברו. לכן לא נתנה להם התורה את האפשרות לחזור מהסכם השותפות לפני תום הזמן הקצוב.

ניתן ללמוד את דין הגדרת המבטח כפועל לעניין חזרה באמצע תקופת ההסכם מדינו של שומר חנם לעניין זה. הנקודה הייחודית לשומר חנם היא העובדה שבפועל אין הוא מבצע מלאכת שמירה אלא מניח את החפץ בביתו ומשמעות הגדרתו כשומר היא לעניין אחריות בלבד.

הראשונים נחלקו מחלוקת רחבה יותר - האם דין השומרים כדין הפועלים לעניין חזרה בחצי היום. לדעת הרשב"א³⁴ השומרים כפועלים ורשאים הם לחזור בהם בחצי היום. מנגד דעת הראב"ד³⁵ היא ששומר אינו רשאי לחזור בו תוך זמנו. לדעה זו הסכימו הריטב"א³⁶ והמגיד משנה³⁷ וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך³⁸ ובש"ך³⁹. שני הסברים נתנו לשיטה זו:

בספר קצות החושן⁴⁰ כתב שבשומרים ישנם שני מרכיבים. האחד הוא מלאכת השמירה. השני הוא מחויבותו של השומר באחריות במקרה שאינו מחזיר את

30. ב"מ צג, א.

31. שלז, ו.

32. קעו ס"ק מד.

33. ב"מ י, א.

34. קידושין יג, א.

35. הובא ברשב"א קידושין יג, א ובבעל התרומות שער נח"א.

36. קידושין ח, ב; ב"מ פא, א.

37. שו"פ ז, יא.

38. רצג, א.

39. עד ס"ק טז.

40. עד ס"ק טז; רצג ס"ק ב.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

הפיקדון. על אף שממלאכת השמירה רשאי השומר לחזור בו כדין פועל, הדבר הוא חסר משמעות שכן עדיין אם ייגנב הפיקדון מיד הבעלים אחר שהוחזר להם יהיה השומר חייב לשלם, מאחר שמן המחויבות שלו באחריות אין באפשרותו לחזור. כך כתבו גם החתם סופר⁴¹, רבי אלחנן וסרמן בספרו קובץ שעורים⁴², ועוד.

באופן אחר מסביר את שיטת הראב"ד וסיעתו בעל ערוך השולחן⁴³ :
"ואינו דומה לפועל, שהשומר אינו עושה מעשה ואין על זה שם עבד, דמטעם זה יכול הפועל לחזור בו".

לדעת בעל ערוך השולחן בכל מקרה אין השומר רשאי לחזור בו משמירתו, מאחר שהגדרתו כפועל היא חלקית בלבד ולא נאמרה לעניין חזרה.

יש שחלקו בין שומר חנם לבין שומר שכר. ר' אפרים נבון בספרו מחנה אפרים⁴⁴ כותב :

"וטעמא דמלתא דשומר חנם דווקא הוא דאינו יכול לחזור בו, משום דלא דמי לעבד, שהרי השומר חנם כל שהניח החפץ במקום המשתמר תו לא רמי עליה מידי לטפל בפיקדון. אבל שומר שכר הצריך למיתב בהדה ולנטורי יממא ולילי כמו שכתב הטור⁴⁵ הרי זה דומה לפועל וגרע מיניה. וקיימא לן דפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום".

כך סבורים גם רבי יהונתן אייבשיץ⁴⁶ בספרו אורים ותומים ור' מאיר שמחה בספרו אור שמח⁴⁷. חלק עליהם בעל ערוך השולחן וכתב :

"ולא נראה כן, דאם כן נחלק גם כן בין שמירת מיטלטלין שסוגרם בביתו לשמירת בהמה בשדה, אלא ודאי דאין חילוק בזה..."

מסתבר כי לדעת אחרונים אלו החילוק הוא אכן בין שמירה שיש בה טורח לשמירה שאין בה טורח, ומה שחלקו בין שומר חנם לבין שומר שכר הוא לאור דברי הרמב"ן בפירושו לתורה⁴⁸ :

"כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור - פרשה זו נאמרה בשומר חנם ולפיכך פטר בו את הגניבה כפי קבלת רבותינו⁴⁹. ונזכר סתם

41. בחידושו על השו"ע סימן רצג.

42. קידושין אות צב.

43. רצא יט.

44. שומרים יח.

45. שג, ג.

46. תומים עד ס"ק ו.

47. שכירות י, א.

48. שמות כב, ו. כך כתב גם הטור סימן רצא, א והסמ"ע סימן רצא ס"ק ג.

בכתוב מפני שדרך שומרי כסף או כלים לשמורם בחינם. והפרשה השנייה⁵⁰ שבשומר שכר הזכירה חמור או שור או שה וכל בהמה, ודרך הבהמות לתתן ביד רועים לשמור וירעו אותם בשכר".

לסיכום: שתי שיטות ישנן באשר לטעם הדבר ששומר אינו רשאי לחזור בו באמצע תקופת השמירה. לדעת בעל קצות החושן הגדרת המבטח או השומר כפועל היא הגדרה מלאה. לפיכך אף לעניין חזרה בחצי היום יהיה השומר רשאי לחזור בו ולהפסיק לשמור. אולם מבחינה מעשית לא יועיל לו הדבר מאחר שבמקביל להסכם השמירה ישנו הסכם אחריות שבו מתחייב השומר לשלם לבעלים במקרה שהפיקדון לא יוחזר להם בשלמותו. לעומת זאת לדעת בעל ערוך השולחן וסיעתו הגדרת השומר כפועל היא חלקית בלבד ולא נאמרה לעניין חזרה בחצי היום.

אף בהסכם ביטוח שני הטעמים תקפים. לפיכך בהעדר תנאי מפורש המתיר לחברת הביטוח לחזור בה מן ההסכם היא אינה רשאית לעשות כן אם מפני שלעניין חזרה אין שרות ביטוח מוגדר כפעולה ואם מפני שבנוסף להסכם השכירות התחייבה החברה לשפות את המבוטח אם וכאשר יקרה מקרה הביטוח ומהתחייבות זו אין באפשרותה לחזור בה. לכן הסעיפים המתירים למבטח לחזור בו מן ההסכם הכרחיים מבחינת המשפט העברי.

ביטול חוזה הביטוח מבחינה מוסרית

כאמור, ישנו סעיף בחוזה הביטוח המתיר הן לחברת הביטוח והן למבוטח לחזור בהם מן ההסכם. סעיף זה מעניק לצדדים אפשרות משפטית לבטל את החוזה ביניהם. אולם יש לברר האם גם מבחינה מוסרית הדבר ראוי להיעשות או שלמרות הרשות המשפטית לבטל את החוזה הדבר יהיה פגום מבחינה מוסרית. כך מצאנו בדיני שכירות פועלים לגבי פועלים שחזרו בהם "אין להם זה על זה אלא תרעומת"⁵¹ רוצה לומר, למרות שמבחינה משפטית רשאי הפועל לחזור בו בחצי היום, רשאי בעל הבית להתרעם עליו בשל חזרתו. כך כותב הראי"ה קוק בתשובה⁵²:

"אפילו בפועל גופו, נהי דיכול לחזור בו אבל ודאי אין זה משנת חסידים... וכבר כתבו קמאי ז"ל דלא על חינם כתבו חז"ל אין להם

49. מכילתא שם; ב"מ צד, ב.

50. שמות כב, ט-יב.

51. משנה ב"מ עה, ב.

52. אורח משפט ח"מ סימן כא. בעיקר הדברים כבר קדמו החת"ס סימן קכב, שהובא בפת"ש שלג ס"ק ח.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

אלא תרעומות בכל מקום שכתבו, אלא להורות שאין זה בכלל שנאת חנם... ולעניות דעתי שמשום הכי האריך הרמב"ם בלשונו הזהב - 'אבל אם התחיל הפועל במלאכה וחזר בו אפילו בחצי היום חוזר' - דלפי דרכו ז"ל היה ראוי לכתוב חוזר אפילו בחצי היום... אלא שבא להורות שאין זה כי אם שאם חזר אין מוחין בידו אבל מכל מקום אין זה ראוי לכתחילה. ונראה שהיה פשוט לו זה מסברה דעל כל פנים ראוי שיהיה הן שלו צדק".

הן צדק ולאן צדק

בסוף דבריו רומז הראי"ה קוק לכך שהמושג תרעומת קשור לעובדה שהפועל החוזר בו אינו מוגדר מחוסר אמנה כתוצאה מחזרתו. כך אמרו במסכת בבא מציעא⁵³:
"מיתבי (קושיא היא על רב הסובר שהחוזר בו מהסכם דברים אינו מוגדר מחוסר אמנה) רבי יוסי ברבי יהודה אומר מה תלמוד לומר 'הין צדקי והלוא הין בכלל איפה היה, אלא לומר לך שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק. אמר אביי, ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב".

וכתב על כך המאירי⁵⁴:

"ומכל מקום אם בשעה שאומר ליתן לו יש בלבו שלא ליתן יש כאן זילותא ומידה מגונה. ואף התורה רמזה פחיתות מידה זו - 'הין צדקי' - שיהא הן שלך צדק, שלא תדבר אחת בפה ואחת בלב".

משמע אף למסקנת הגמרא, שנפסקה הלכה כרבי יוחנן שדברים יש בהם משום חסרון אמנה, מתפרשת ברייתא זו לא לעניין חסרון אמנה, אלא לעניין פגם מוסרי **נמוך יותר** - אחד בפה ואחד בלב.

חסרון אמנה

האחרונים מעלים כאפשרות שפועל החוזר בו בחצי היום נחשב למחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו⁵⁵. בקצות החושן⁵⁶ כתב שהפגם המוסרי של תרעומת זהה לפגם המוסרי של חסרון אמנה. כלומר בכל מקום שאחד הצדדים מפר הסכם דברים הריהו נעשה מחוסר אמנה וחברו רשאי להתרעם עליו.

53. מט, א.

54. בית הבחירה שם.

55. ב"מ מח, א; רמב"ם מכירה ז, ח; טוש"ע רד, ז.

56. רכא ס"ק א.

לעומת זאת הסמ"ע⁵⁷ סבור שאין זהות בין שני הפגמים. תרעומת יש לבעל הבית על הפועל מפני הטורח שעליו לטרוח עתה ולחפש פועל אחר. דיון נפרד הוא בשאלה האם הפועל נעשה מחוסר אמנה כתוצאה מחזרתו. לדעת הסמ"ע תלויה שאלה זו במחלוקת הראשונים בדין החוזר בו מהסכם דברים מחמת שינוי השער.

הרא"ש⁵⁸ כתב בשם בעל המאור שהחוזר בו מפני התועלת שבדבר, כגון שינוי שער הסחורה באופן המאפשר לו למכרה או לקנותה בעסקה משתלמת יותר, אין בכך משום חסרון אמנה. לדעה זו הסכים גם הרא"ש עצמו. לעומת זאת דעת הרמב"ם⁵⁹, הראב"ד והרשב"א⁶⁰ ורוב הראשונים היא שבכל מקרה של חזרה מהסכם דברים מוגדר החוזר בו מחוסר אמנה.

הרמ"א⁶¹ הביא את שתי הדעות ופסק שהעיקר כדעת הרמב"ם וסיעתו, שאף החוזר בו מפני התועלת שבדבר הריהו מחוסר אמנה. כך משמע גם מלשון המחבר⁶² שהעתיק את דברי הרמב"ם.

הש"ך⁶³ הראה מקום לדברי הב"ח על הטור⁶⁴, שהביא את דברי הירושלמי המורים כשיטת הרז"ה והרא"ש ולכן הניח דין זה בספק.

במחלוקת זו תלויה לדעת הסמ"ע השאלה האם פועל החוזר בו מוגדר מחוסר אמנה. לדעת הרז"ה והרא"ש מאחר שהפועל חוזר בו לתועלתו, מפני שמצא מי שיתן לו יותר וכדומה, וכן בעל הבית חוזר מפני שאינו צריך יותר את הפועלים, או מפני שמצא פועלים זולים יותר, אין בכך משום חסרון אמנה. לעומת זאת לדעת הרמב"ם וסיעתו אף באופן כזה מוגדר הפועל מחוסר אמנה⁶⁵.

ישנו הבדל באשר לסנקציות הננקטות נגד מי שלקוי באחד מן הפגמים המוסריים הללו. כאמור בתשובתו של הרא"ה קוק מי שאין הן שלו ולאן שלו צדק, רשאי שכנגדו לשנאתו ואין שנאה זו מוגדרת שנאת חנם. עדיין לא יצאה סנקציה זו מכלל דברים שבלב.

57. שלג ס"ק א.

58. ב"מ פ"ד סימן יד.

59. מכירה ז, ח.

60. הובאו במ"מ שם.

61. רד, יא בהגהה.

62. רד, ז.

63. שם ס"ק ה.

64. סוף סימן רד.

65. אמנם הסמ"ע עוסק בפועלים שחזרו בהם לפני שהתחילו במלאכה ולא היה ביניהם אלא הסכם דברים. אך עיין אחיעזר ח"ג סימן עג, וכן פד"ר ח"ו עמ' קנח, שהבינו שאין לדעת הסמ"ע חילוק לעניין חסרון אמנה בין פועל החוזר בו קודם תחילת המלאכה לבין פועל החוזר בו בחצי היום.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

אולם לגבי חסרון אמנה כותב רש"י⁶⁶ שאדם מישראל מן הסתם ימנע מלהיות מחוסר אמנה. סמך לדבר הפסוק⁶⁷ "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב". בהמשך לכך כותב מהר"ם מרוטנבורג⁶⁸ :

"פירש ריב"ם שאין בית דין יכולין לעכבו מלחזור אבל הוא עובר משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ומותר לקרותו רשע".

כלומר יש רשות לפרסם את החוזר בו מדבריו כרשע. יותר מכך כתב המהר"י מינץ⁶⁹, שבמקום שהוא עובר על שארית ישראל לא יעשו עולה "נקרא רשע והבית דין מחויבים להתרות בו ולהוכיחו ולביישו ברבים ומדינא מכין אותו עד שתצא נפשו אלא שבזמן הזה אין כוח בית דין יפה ועל כל פנים מה שבידינו חייבים אנו לעשות עד שיעשה תשובה וירצה את חברו".

לכאורה ניתן היה לומר שאף בחוזה ביטוח תהיה חזרת המבטח מלווה בפגם מוסרי של חסרון אמנה, שכן ברור שהמבטח מניח, או בלשון הגמרא - "סמכא דעתיה" - דעתו סמוכה ובטוחה - שחברת הביטוח לא תחזור בה מן ההסכם למרות הסעיף בפוליסה המתיר לה לעשות זאת.

ברם ישנו הבדל בין מצב שבו אחד הצדדים רשאי לחזור בו בהתאם לאופי ההסכם, כמו הסכם שכירות פועלים, לבין מצב שבו הצדדים רשאים לחזור בהם כתוצאה מתנאי שהתנו המתיר להם לחזור בהם. תנאי דומה נזכר בגמרא⁷⁰ :

"מכר לו בית מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור"⁷¹.

ולא נזכר בהקשר זה עניין חסרון אמנה כתוצאה מכך שחוזר בו מן המכירה. בפשטות הטעם הוא כפי דברינו שהרי במפורש התנה שיוכל לחזור בו. אמנם יש מי שפירש⁷² שתנאי זה אינו חזרה מהסכם המכר אלא ביטול המכר למפרע כתוצאה מגילוי דעת שלא על דעת שיהיו לו מעות מכר. ומכל מקום אף לדבריו בתנאי על מנת שכשארצה אחזור בי לא נזכר עניין חסרון אמנה. בדומה לכך כותב הנודע ביהודה בתשובה⁷³ :

66. ב"מ מט, א ד"ה משום הכי.

67. צפניה ג.

68. ח"ד ד"פ סימן תתקמט ד"ה תשובה, מעשה.

69. סימן קא.

70. ב"מ סה, ב; רמב"ם מלוה ו, ה; שו"ע חו"מ רז ו.

71. משום ריבית.

72. נתיבות רז ס"ק ו.

73. חו"מ כט.

"מי שרוצה ליתן מהיום ולאחר מיתה ורוצה שכל ימי חייו יוכל לחזור בו או להתפרנס מהם צריך שיכתוב כן בפירוש בשטר מתנה ויתנה כן בשעת הקניין סודר... ובוזה גם כן ... יכול לחזור בו וגם יכול למכור לצורך פרנסתו... ובוזה אם מכר סתם ממילא היא חזרה... ואפילו משום מחוסרי אמנה איננו **שהרי על מנת כן נתן**".

הרי לנו שמי שהתנה תנאי מפורש שיוכל לחזור בו מן ההסכם ובסופו של דבר אכן חזר בו אין בו משום מחוסר אמנה. כך עולה גם מתשובת חתם סופר⁷⁴ שנשאל לגבי מי שמוכר כלי כסף בכדי לקנות יורה לשם בישול יי"ש והדבר היה ידוע ומפורסם שלתכלית זו מכר את כליו. לאחר שכבר קיבל את דמי המכירה והלוקח עדיין לא עשה מעשה קניין לקנות את הכלים, מת אחיו של מוכר והוא ירש ממנו יורה כזו.

משיב על כך החתם סופר שלעניין קבלת מי שפרע או לעניין חסרון אמנה יש לומר שיכול המוכר לסמוך על דעת החולקים על הרמ"א⁷⁵ וסבורים שגילוי דעת מועיל לא רק בקרקע אלא גם במיטלטלין וממילא נחשב המוכר כאן כמי שהתנה תנאי גמור ואין בו משום מחוסר אמנה.

לפיכך אף בחוזה ביטוח מאחר שישנו סעיף מפורש המתיר לחברת הביטוח לחזור בה מן ההסכם הדבר פותר גם את בעיית הפגמים המוסריים העלולים להתעורר כתוצאה מביטול החוזה.

3. התוצאות של ביטול חוזה הביטוח

ביטול החוזה על ידי המבטח

בסעיף א בפוליסה שהובאה לעיל נקבע הפיצוי לחברת הביטוח עבור ביטול החוזה על ידי המבטח בסך 10% מדמי הביטוח השנתיים, ובנוסף לכך במשך התקופה שבה הייתה פוליסת הביטוח בתוקף יחושבו דמי הביטוח לפי 10% לחודש במקום 8.3% לערך. כמו כן חלק מחודש שבו הייתה הפוליסה בתוקף יחושב כאילו היה חודש שלם. לדוגמא אם פוליסת הביטוח אמורה להיות תקפה במשך שנה, והמבוטח החליט לבטלה כעבור חמישה עד שישה חודשים, לכאורה היה עליו לקבל חזרה בין 50% ל-58% מדמי הביטוח. אולם לאור האמור בפוליסה הוא יקבל חזרה 30% מדמי הביטוח בלבד, שכן כל חודש או מקצתו מחושב לפי 10% מדמי הביטוח, סך הכול 60% עבור חמישה עד שישה חודשים. בנוסף לכך ישלם המבוטח עוד 10%

74. חו"מ קב.

75. רז, ג.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

מדמי הביטוח השנתיים, כך שסך הכול ישלם 70% מדמי הביטוח עבור פחות ממחצית התקופה.

האם חברת הביטוח מעכבת סכום זה כפיצוי או שמא מדובר בקנס עבור ביטול חוזה, אשר לדעת הרבה אחרונים יש בו משום אסמכתא?⁷⁶

הבה נשווה זאת לתוצאות המשפטיות הנלוות לחזרה מהסכמי שכירות אחרים.

א. בדיני שכירות פועלים⁷⁷ נפסקה ההלכה :

"ואם הלכו (כלומר התחילו הפועלים במלאכתן ואז חזר בו בעל הבית) אף על פי שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש נותן להם שכרם כפועל בטל".

כך הדין גם במקרה שלא נגרם לפועל כל הפסד כתוצאה מחזרתו של בעל הבית. לדוגמא, פועל שלא מצא מי שישכרנו לעבודה מלבד בעל הבית ששכרו, וחזר בו בעל הבית לאחר שהפועל החל במלאכתו, מתחייב בעל הבית לשלם לו כפועל בטל. טעמו של דבר הוא שתחילת מלאכה היא קניין לעניין שכירות פועלים ואחר שהתחייב בעל הבית בקניין להעסיק את הפועל ולשלם לו שוב אינו יכול לחזור בו מכך. עם זאת מאחר שסוף סוף לא עבדו הפועלים אלא ישבו בטלים, משלם להם שכרם כפועל בטל בלבד.

ב. כלל זה נכון לא רק לגבי הסכם שכירות פועלים אלא גם לגבי הסכמי שכירות אחרים. לגבי שכירות בתים כתבו הרמב"ם⁷⁸ והמחבר⁷⁹ :

"כשם שהמשכיר חייב להודיעו כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלושים יום בעירות... ואם לא הודיעו אינו יכול לצאת אלא ייתן השכר".

אמנם בספר שער משפט⁸⁰ חלק על דברי השולחן ערוך, וכתב שהשוכר שיצא מן הבית לפני תום תקופת השכירות פטור מלשלם למשכיר שאין זה אלא גרמא בנזיקין. אך האחרונים⁸¹ דחו את דבריו, שכן אין השוכר משלם בתורת מזיק. הוא משלם כתוצאה מן השעבוד ששעבד את עצמו בהסכם השכירות.

76. חזון איש חו"מ טז, יא ועוד.

77. שו"ע שלג, ב.

78. שכירות ו, ח.

79. שיב, ז.

80. שיב ס"ק ב, והובא בפת"ש שם ס"ק ד.

81. נחלת צבי ופת"ש שם.

לאור זאת התשלום שגובה חברת הביטוח כאשר המבוטח מבטל את ההסכם עמה אינו קנס אלא פיצוי. יש אם כן מקום להשוות את הפיצוי הקבוע בפוליסה לפיצוי שנקבע על פי דין תורה.

כמות הפיצוי שמשלם המבוטח עבור הפרת החוזה

כאמור נפסקה ההלכה שכאשר התחילו הפועלים במלאכה ונאלצו להפסיק לעבוד באמצע על בעל הבית לשלם להם את שכרם עבור מלוא תקופת השכירות, כפועל בטל. כך הוא הדין כאשר "הלכו החמרים ולא מצאו תבואה, פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה". מדובר כאן במקרה שבו הפועלים נאלצים להפסיק לעבוד מחמת אונס - שלא מצאו תבואה או שהשדה לחה. אף על פי כן אין בעל הבית נפטר על ידי אונס זה אם מפני שפשע - לפי שבעל הבית מכיר את ארצו ויודע שכאשר יורד המטר אינה ראויה לעבדה והיה לו לומר לפועלים בבוקר שישכירו עצמן למקום אחר, והפועלים לא הכירו את ארצו ונמצא שבגרמתו הפסידו שכר פעולת יום⁸² - ואם מפני שהיה צריך להתנות שאינו שוכרם אלא על מנת שניתן יהיה לעבוד בשדה⁸³.

כך הדין גם לגבי שכירות בתים, אלא שבנקודה זו נחלקו האחרונים בשאלה האם שוכר בית שעזבו ריקן באמצע תקופת השכירות צריך לשלם כפועל בטל או שעליו לשלם כאילו הוא גר בבית ששכר. בספר קצות החושן⁸⁴ פסק שדווקא כאשר בעל הבית השוכר את הפועל נאלץ לבטל את ההסכם השכירות מתוך אונס, שהלכו פועלים ולא מצאו תבואה וכדומה, די בכך שיפצה בעל הבית את הפועל בשכר פועל בטל. אך אם השוכר מבטל את ההסכם שלא מתוך אילוף, אין הפועל או משכיר הבית מנכה לו מן השכר ולא כלום. בהתאם לכך אף בהסכם ביטוח היה על המבוטח לשלם לחברת הביטוח את מלוא דמי הביטוח, כאשר ביטל את ההסכם מרצונו. ברם בעל נתיבות המשפט⁸⁵ חולק וכתב בשם המרדכי שאף אם בעל הבית אינו מוצא שוכר אחר מנכה לו בעל הבית מדמי השכירות כפי שאדם מוכן לפחות משכרו כדי שישאר ביתו ריקן.

יש להעיר שבמקרה של חזרה משכירות בהסכם ביטוח שכר פועל בטל קרוב מאוד למלוא גובה הפוליסה. יתכן אם כך שהפיצוי אותו מקבלת חברת הביטוח צריך להיות גבוה יותר מזה הנקבע בפוליסה. כך כותב הרמ"א בתשובה⁸⁶:

82. רא"ש ב"מ פ"ו סימן ג.
83. מרדכי ב"מ סימן שמג.
84. שטז ס"ק א.
85. טו סוס"ק ב.
86. סימן נ.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

"אמנם בעניין הוראת איסור והיתר לא שייך למימור דאי לא עבדי חלשי, אך שאין חילוק רב גם כן בין אי עביד בין אי לא עביד ואינו מנכה לו הרבה אף אי לא עביד".

מובן שכך יהיה הדין בהעדר הסכם אחר. במקרה שבו התנו במפורש שהפיצוי יהיה נמוך יותר, כפי שנעשה הדבר בפוליסת הביטוח, התנאי חל, שהרי בדבר שבממון אדם מתנה על מה שכתוב בתורה⁸⁷. הדבר מקבל משנה תוקף לשיטת המרדכי שתלה את הדרישה מן המעסיק שישלם לפועל בכך שהוא זה שהיה צריך להתנות שלא יצטרך לשלם אם תופסק המלאכה באמצע תקופת השכירות.

יש להעיר שבנושא התנאים לביטול הפוליסה לא מתעוררת כלל הבעיה שדינא דמלכותא אינו כדין תורה, שכן את הנושא הזה מותיר החוק להתניה בין הצדדים.

נזק שנגרם כתוצאה מביטול הפוליסה על ידי המבטח

על פי התנאים המפורטים בפוליסת הביטוח רשאית החברה לבטל את התחייבותה כלפי המבוטח. יש לשאול מה יהיה הדין במקרה שבו כתוצאה מביטול חברת הביטוח את החוזה ניזק המבוטח. לדוגמא: אדם ביטח את ביתו בביטוח דירה. חברת הביטוח ביטלה את החוזה עמו ובטרם הספיק לבטח את ביתו שנית בחברה אחרת נשרף הבית. אם נניח שבסעיף המתיר לה לחזור בה מן ההסכם השוותה חברת הביטוח את דינה לדין פועלים במשפט העברי - פועל חוזר בו אפילו בחצי היום. ברם במשפט העברי ישנה הגבלה לחזרת הפועל⁸⁸:

"במה דברים אמורים (שהפועל רשאי לחזור בו) בדבר שאינו אבוד, אבל בדבר האבוד כגון פשתנו לעלות מן המשרה או ששכר חמור להביא חלילין למת או לכלה וכל כיוצא בהן, אחד פועל ואחד קבלן אינו יכול לחזור בו אלא אם כן נאנס".

למרות שכבר העלנו ששונה דינה של חברת הביטוח מדין פועלים לעניין חזרה לאור הסעיף המתיר לחברת הביטוח לבטל את החוזה באופן חד צדדי, ננסה לעמוד על התוצאות של ביטול החוזה לאור עקרונות המשפט העברי בדיני חזרת פועלים בדבר האבוד.

שני סוגי דבר האבוד ישנם⁸⁹:

87. כתובות נו, ב.
88. ב"מ עה, ב - עו, ב; רמב"ם שכירות ט, ד; שו"ע שלג, ה.
89. ריטב"א ב"מ עה, ב.

- א. דבר האבוד שאינו של ממון, אלא שלא נעשית כוונתו ורצונו כגון ששכרו להביא חלילין לשמח חתן וכלה או לקונן על המת וכיוצא בזה.
- ב. דבר האבוד שיש בו הפסד ממון, כגון ששכרו להעלות פשתנו מן המשרה, וכשלא יעשה זאת יתקלקל הפשתן.

אין חילוק בין שני הסוגים הללו לעניין הפעולות הראשוניות שרשאי בעל הבית לנקוט במקרה שהפועל בכל זאת חזר בו בדבר האבוד. כך מובא בברייתא בגמרא⁹⁰ :
"אבל בדבר האבוד שוכר עליהן או מטען. כיצד מטען, אומר להן סלע קצצתי לכם בואו וטלו שתיים. ועד כמה שוכר עליהם עד ארבעים וחמישים זוז. במה דברים אמורים בזמן שאין שם פועלים לשכור אבל יש שם פועלים לשכור ואמר (הפועל) צא ושכור מאלו אין לו עליהן אלא תרעומת".

פעולה ראשונה שרשאי בעל הבית לנקוט במקרה זה היא הטעיית הפועלים, על ידי כך שיציע להם שכר גבוה יותר ולבסוף ישלם כפי שסוכם ביניהם מלכתחילה.

פעולה שניה היא שכירת פועלים אחרים על חשבונם של אלה. בהקשר לכך פסקו הרמב"ם⁹¹ והמחבר⁹², לאור פרשנות הגמרא⁹³ את הברייתא הזו, שרשאי לשכור עליהם פועלים עד כדי שכון בלבד, ואם עשה כן על הפועלים לשלם. כך אם שכר את הראשונים בשני סלעים וחזרו בהם ועדיין לא נתן להם כלום, שוכר אחרים בארבעה סלעים ונוטל מהראשונים שני סלעים⁹⁴.

אמנם אם היה לבעל הבית ממון הפועלים תחת ידו, רשאי לשכור עליהם אפילו בארבעים וחמישים זוז, אף על פי ששכר את הפועל מתחילה בשלושה או בארבעה סלעים⁹⁵.

לא היו בנמצא אלא פועלים אלו

הרשב"א⁹⁶ כתב שפעולות אלו שרשאי בעל הבית לנקוט כנגד הפועל החוזר בו מוגבלות למצב שבו הייתה לבעל הבית אפשרות לשכור מתחילה פועלים אחרים :

90. ברייתא ב"מ עו, ב.
91. שכירות ט, ד.
92. שלג, ו.
93. ב"מ עח, א.
94. ש"ך שלג ס"ק לב.
95. רמב"ם ומחבר שם.
96. ב"מ עז, א.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

"ומסתברא לי דווקא בשהיה מוצא פועלים אחרים לשכור בשעה ששכר את אלו, שהרי הפסידוהו. אבל אם לא היה מוצא לשכור אחרים אין לו עליהן אלא תרעומת, דמאי הפסידוהו".

כך פסק גם המחבר⁹⁷. אולם הש"ך⁹⁸ הניח דין זה בצריך עיון מאחר שתלמידי הרשב"א כתבו בשם הרמב"ן⁹⁹, שאפילו לא מצא בעל הבית מתחילה פועלים אחרים, רשאי לנקוט כנגד הפועל החוזר בו את הפעולות האמורות. ההנחה היא שבעל הבית היה טורח ומוצא בסופו של דבר פועל אחר בשכר קצת יותר גבוה, שהרי אין אדם רואה ממונו אובד ושותק¹⁰⁰. ברם כפי שמשמע מדברי תלמידי הרשב"א אין אנו זקוקים לטעם זה אלא במקרה שחזר בו הפועל קודם תחילת העבודה. משהתחיל במלאכתו כבר מחויב הוא כשומר¹⁰¹ ולפיכך אם חזר בו בדבר האבוד שוכר עליו בעל הבית או מטעהו אף על פי שלא מצא פועלים אחרים כששכר את זה.

מדברי הש"ך שם משמע שלא התייחס לפועל שחזר בו קודם שהתחיל במלאכה, ובזה טעמם של תלמידי הרשב"א דחוי. אך במקרה שחזר בו הפועל תוך כדי המלאכה הביא הש"ך את דברי הגהת אשר"י¹⁰², שאף הוא סובר כתלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן.

נראה כי מחלוקת זו תלויה בהבנת החיוב המוטל על הפועל כאשר הוא חוזר בו במלאכת דבר האבוד. הרשב"א מבין שהפועל חייב מדינא דגרמי, כלומר כמזיק. אולם אם לא היה בעל הבית מוצא פועל אחר נמצא שלא גרם כל הזק ולפיכך אינו מחויב כלפי בעל הבית כלל.

לעומת זאת הבנת תלמידי הרשב"א, הרמב"ן והגהת אשר"י היא שמלבד החיוב מדינא דגרמי¹⁰³ קיים חיוב נוסף, כדין שומר¹⁰⁴ שקיבל עליו שמירה ופשע, אף על פי שהמפקיד לא היה מוצא שומר אחר בכל זאת מחויב השומר לשלם.

חיוב דומה אנו מוצאים בדין אומן שהתרשל במלאכתו :

"המוליד חיטים לטחון ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן, קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין, בהמה לטבח וניבלה - חייב, מפני שהוא נושא שכר"¹⁰⁵.

97. שלג, ה.

98. שם ס"ק כח.

99. ב"י בשמם בסימן שלג, ג.

100. שם. אולם הש"ך עצמו לא הביא טעם זה.

101. רמב"ן ב"מ עו, ב. הובא בב"י שם.

102. ב"מ פ"ו סימן ב.

103. הגהות אשר"י שם.

104. נראה שלכך רומז הגר"א בבאורו שם ס"ק לד.

לדעת הרשב"א האומן מתחייב כדין שומר דווקא כאשר עשה את המלאכה באופן מרושל. אולם השתמטות מן המלאכה אינה מוגדרת פשיעה בשמירה. לעומתו סבורים תלמידי הרשב"א והרמב"ן שהגדרת הפועל והאומן כשומרים נרחבת יותר וכוללת גם את מחויבותם לעסוק במלאכה שלשמה נשכרו.

תשלומי נזיקין במקרה חזרה בדבר האבוד

במקרה שלא שכר עליהם בעל הבית פועלים וגם לא הטעה אותם, ישנו הבדל בין שני סוגי דבר האבוד שנמנו לעיל. כך כותב הריטב"א¹⁰⁶:

א. "ומיהו כל שלא שכר עליהן ולא הטען, בסיפא דאיכא הפסד ממון משתלם מהן כדי שכרן או כדי החבילה שבאת לידו.

ב. אבל באידך דליכא אלא הפסד רצון אין לדבר תשלומין".

כלומר יש לחלק בין מקרה שבו יש לבעל הבית הפסד כספי, ולכן מתחייבים הפועלים לפצות אותו פיצוי ממוני, לבין מקרה שההפסד אינו כספי ולכן הפועלים פטורים מלפצותו.

לגבי כמות הפיצוי שעל הפועלים לשלם לבעל הבית, במקרה שלא שכר עליהם פועלים, סבור הריטב"א שהיא שווה לפיצוי שהיה בעל הבית מקבל אילו כן שכר עליהן פועלים אחרים, כלומר כדי שכרן. זאת בנוסף לשכר שהיה מגיע להם, שגם אותו לא יקבלו. אם יש להם ממון ביד בעל הבית יהיה הפיצוי לפי כמות הממון שלהם המוחזקת ביד בעל הבית.

אולם בהגהת אשר"י¹⁰⁷ פסק שבמקרה שהפועלים גרמו הפסד ממוני לבעל הבית חייבים הם לשלם לו כל מה שהפסידוהו, אפילו אם אין להם ממון ביד בעל הבית. כך פסק גם בתרומת הדשן¹⁰⁸. בעל נתיבות המשפט¹⁰⁹ מעיר שהגהת אשר"י אינו חולק על העיקרון שמביא הריטב"א, שכמות הפיצוי שמתחייבים הפועלים במקרה שנגרם נזק כתוצאה מחזרתם, כך גובה דמי השכירות שרשאי בעל הבית להוציא כדי לשכור עליהם פועלים אחרים. לכן לדעת הגהת אשר"י במקרה שנגרם נזק ממוני לבעל הבית כתוצאה מחזרתם הוא רשאי לשכור עליהם פועלים עד סך הנזק שהם עומדים לגרום לו, ואחר כך יוכל לתבעם בבית דין ולהוציא מידם סך זה.

105. ברייתא והגמרא עליה ב"ק צט, ב; רמב"ם שכירות י, ה.

106. ב"מ עה, ב.

107. ב"מ פ"ו סימן ב בשם מהרי"ח.

108. תשובות סימן שכט.

109. שלג ס"ק יד.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

הרמ"א בשולחן ערוך¹¹⁰ פסק כהגהת אשר"י :
"ודווקא בדבר האבוד שאינו של ממון (פטורים הפועלים מלשלם
לבעל הבית היזק) ... אבל בדבר האבוד של ממון צריך לשלם לו כל
היזקו".

הש"ך¹¹¹ כתב שהריטב"א¹¹² מסכים שבמקרה שהפועלים הם שגרמו להפסד עליהם
לפצות את בעל הבית במלוא ההיזק. אולם דבריו נאמרו במקרה שבו בעל הבית
הפסיד את עצמו מאחר שיכול היה לשכור פועלים אחרים ולא עשה כן.
יש להעיר שמדברי הריטב"א עצמו משמע שלא כש"ך. בסוף דבריו שם כתב בשם
הרא"ה :

"שאיך כל דיני משנתנו וגמרא דעלה אלא במי ששכר פועלים בלא
קניין. שאם נתחייבו פועלים בקניין הרי המלאכה מוטלת עליהן,
ואפילו אם נאנסו חייבים להשלימה על ידן או על ידי אחרים או לשלם
מה שהפסיד בעל הבית. והוא הדין כשקבלו כבר כל שכרן".

משמע שמדובר במקרה שהפועלים עצמם גרמו להפסדו של בעל הבית ואף על פי כן
אם לא נעשה קניין על הסכם השכירות אין הם מתחייבים לפצות את בעל הבית.
הריטב"א עצמו מסביר זאת :

"ואם תאמר למה אינו שוכר עליהם אלא כדי כפל שכרן בלבד או כדי
חבילה? יש לומר דמסתמא היינו דאסיקו אדעתיה (הו) זהו שהעלו על
דעתם) שאם לא יוכלו לעשות, שימצא לעולם פועלים בכפל שכרן, ועל
זה בלבד הבטיחוהו. אלא אם כן נתנו לו חבילה, דמסתמא הקנו לו
חבילה שלהן להתחייב לו עד כדי דמיה".

לדעת הריטב"א אין מקום כלל לחייב את הפועל החוזר בו בתשלומי נזיקין מדינא
דגרמי¹¹³. חיוביו של הפועל נובעים ממה שקיבל על עצמו, כדין שומר. כאשר עשה
קניין קיבל על עצמו לעשות את המלאכה באופן שלא יוכל לחזור בו. לכן אם חוזר
בו עליו לשלם. לעומת זאת כאשר לא עשה קניין השאיר לעצמו פתח לחזור בו ולא
קיבל על עצמו אלא להעמיד פועל במקומו.

110. שם סעיף ו.

111. שם ס"ק לט.

112. דברי הריטב"א הנ"ל הובאו בני"י עו, ב ד"ה עד ארבעים. האחרונים התייחסו לנ"י כמקור
הדברים.

113. כך כתב גם בנתיבות המשפט שלג ס"ק ג.

לסיכום: ישנם שני מחייבים אפשריים שבגינם יהיה על הפועלים לשלם פיצוי לבעל הבית עקב חזרתם במלאכת דבר האבוד:

א. תשלומי נזיקין מדינא דגרמי.

ב. פיצוי על כך שפשעו במלאכתו של בעל הבית אחר שקבלו אותה על עצמם, בדומה לחיובי השומרים.

נראה כי דיני השומרים אין להם מקום בעסקת ביטוח, שכן הסעיף המתיר לחברת הביטוח לבטל את החוזה מגביל בעצם את קבלת השמירה למקרה שחברת הביטוח לא תרצה לבטלו. ממילא כאשר החברה מבטלת את ההסכם שוב אין היא מוגדרת שומר של המבוטח וניתוק הזיקה הזה בין שני הצדדים אינו מוגדר פשיעה בשמירה. להלן נדון בחיוב תשלומי נזיקין מדינא דגרמי.

תנאי מפורש המתיר למבטח לחזור בדבר האבוד

לכאורה אף אם נגדיר את חזרת המבטח בדבר האבוד כנזק, מדינא דגרמי, רשאים הצדדים להתנות ביניהם שיזיקו זה את זה ויפטרו, כפי שהדבר נעשה בפוליסת הביטוח. ומשנה שלמה היא בפרק החובל¹¹⁴:

”קרע את כסותי שבר את כדי - חייב. על מנת לפטור - פטור”.

הגמרא¹¹⁵ מעמידה דין זה כאשר באה הכסות ליד הקורע בתורת פיקדון. אך בסתם, אפילו לא התנה שיהא הקורע פטור הריהו פטור. כך פסקו הטור והמחבר¹¹⁶:

”האומר לחברו קרע את כסותי שבר את כדי על מנת שאתה פטור -

הרי זה פטור. ואם לא אמר לו על מנת שאתה פטור - הרי זה חייב, אף

על פי שהרשהו להשחית. במה דברים אמורים כשבאו הכלים לידו

בתורת שמירה כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו. אבל אם לא

באו לידו בתורת שמירה, כיוון שאמר לו קח כלי זה ושברו, בגד זה

וקרעו, ועשה כן, הרי זה פטור”.

ברם, ישנו חילוק בין התניית קרע כסותי והיפטר להתניית חברת הביטוח לבטל את הפוליסה במקרה שביטול כזה יגרום נזק למבוטח. בעוד שבקרע כסותי ברור למוחל על איזה סכום הוא מוחל, בהתניה לביטול הסכם ביטוח אין המבוטח יודע מהי הכמות שעליה מחל. לגבי תנאי ”על מנת שאין לך עלי אונאה” כתב הרמב”ם¹¹⁷:

114. ב”ק צב, א.

115. שם צג, א.

116. שפ, א.

117. מכירה יג, ג. הובא בשו”ע רכז, כא.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

"האומר לחברו על מנת שאין לך עלי הונויה יש לו עליו הונויה. במה דברים אמורים בסתם שאינו יודע כמה הונויה יש בו כדי שימחול... אבל במפרש אין לו הונויה שכל תנאי שבממון קיים".

נראה שגם בהסכם ביטוח המאפשר את ביטול הפוליסה סומך המבוטח בדעתו שלא יבוא לידי כך. ואף אם יבוא לידי כך אינו יודע את שיעור המחילה וממילא אין סמיכות דעת למחול.

על פגם נוסף בהסכם המוחל תשלומי נזיקין עומד בשו"ת חוות יאיר¹¹⁸. הוא נשאל לגבי חבורת מוכרי כסות שהתרבה ביניהם השגת גבול במידה כזו שעלה על דעתם למחול כל הפסד שיגרם מכך באופן הדדי. הוא משיב כל כך :

"מכל מקום המעשה האחרון... להתירו על ידי מחילה קשה מן הראשון דבלי ספק על ידי שיעשה לכם היתר תגדל המהומה והמריבה".

והוא מוסיף על כך שלדעתו גם מצד הדין הדבר אסור :

"לכן אני אומר כי גם לעניין דין תורה אינו מספיק כלל ולא ינוקו בתיקון כזה אפילו בדיני אדם. וכן כל המוחלים זה לזה לעשות מעשה שאסרה התורה כגון גניבה ואונאה והשגת גבול, מלבד דלא ינקה מדין שמים כל עושה אלה מצד שהוא נגד ישוב העולם והנהגתו, וזה היה חטא דור המבול 'כי מלאה הארץ חמס...' הוי ליה כחמסן דיהיב דמי... וכן כל ההוא סוגיה דקרע כסות... לעניין חיוב ופטור דתשלומין מיירי, מכל מקום אסור הוא, ולא מהני בזה רשות חברו".

ולבסוף הוסיף שמאחר שאין המוחל יודע על מה מחל יש במחילה זו אסמכתא, ואפשר אף דבר שלא בא לעולם.

ניתן לסכם ולומר שבעל החוות יאיר מעלה מספר טעונים נגד תנאי מסוג זה :

א. באופן מעשי תנאי זה לא ירבה שלום אלא להפך.

ב. מצד האיסור שבדבר. ושני צדדים לאיסור זה. ראשית המתנה לעשות מעשה שאסרה תורה, אף שמדובר באיסור ממוני שלגביו מועיל התנאי, האיסור בעינו עומד. שנית, כשמדובר בהסכמים בהקף רחב, כגון חבורת מוכרי כסות או אגוד חברות הביטוח והמבוטחים מתקיים על ידי הסכמים מסוג זה "ומלאה הארץ חמס", שכן המוחל נאלץ למחול שלא בטובתו. ואם כן הרי זה כחמסן הגוזל ומשלם.

118. סימן קסג. הובא בפת"ש קנו ס"ק ז.

ג. הטעון האחרון הוא שתנאי מסוג זה היות שאין לו קצבה הוא אסמכתא גמורה. בחוות יאיר האריך בהוכחות שהתנאי אינו חל אף לשיטת הראשונים הסוברים שאדם מקנה דבר שאינו קצוב.

נזק הנגרם מביטול הפוליסה על ידי המבטח אינו מוגדר גרמי

למרות כל האמור, נראה שישנו שוני מהותי בין פועל החוזר בו מלהעלות פשתנו של בעל הבית מן המשרה לבין מבטח המבטל את הסכם הביטוח. פועל החוזר בו גורם בכך נזק ישיר וודאי לבעל הבית, במקרה שלא ימצא אחר כך פועל אחר. לעומת זאת חברת הביטוח שבטלה את הסכם הביטוח לא גרמה בכך כל נזק למבטוח. להפך, בינתיים נחסך ממנו תשלום דמי הביטוח. אמנם אם וכאשר יקרה מקרה הביטוח, יינזק המבטוח מאחר שהנזק אינו משופה, אולם קשה לראות בנזק זה תוצאה של ביטול ההסכם על ידי חברת הביטוח. כך עולה מתשובת הרשב"א¹¹⁹ הכותב: "שאלת מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר עד שיפרע השאר, והלך השליש והחזירו למלווה, וחזר וגבה בו כל החוב, והשליש מודה בכך, פטור מדיני אדם שאין זה אלא גרמא בנזקין".

אלמלא מסר השליש את השטר למלווה לא היה נגרם ללווה נזק. אף על פי כן אין זה מוגדר דינא דגרמי אלא גרמא בלבד, מאחר שיתכן שעל אף החזרת השטר לא היה נגרם ללווה נזק.

הרמ"א¹²⁰ פסק כרשב"א. הש"ך¹²¹ העיר בשם הבית יוסף והדרכי משה שדין דומה כתב הרשב"א¹²² לגבי פשרן שמסר שטר חוב למלווה עכו"ם. שם כתב באופן מפורש יותר:

"ועוד אני רואה לפטור את שמעון בדיני אדם אם עבר והחזיר את השטר לעכו"ם, לפי שאין כאן דינא דגרמי, שאין ראובן זה מתחייב מיד בהחזרת השטר לעכו"ם, וכל שאינו ניזוק מיד אין קרוי דינא דגרמי אלא גרמא בנזקין".

לפיכך אפילו אם נבוא לחייב את הפועל החוזר בו מדינא דגרמי, כשיטת הגהת אשר"י ובעל תרומת הדשן הנ"ל, נראה כי מבטח המבטל עסקת ביטוח יהיה פטור.

119. ח"א, אלף נב.

120. נה, א; שפו, ג.

121. שפו ס"ק כא.

122. ח"ג סימן עו.

כפי שכבר נכתב לעיל, במצב שבו אחד הצדדים פטור מבחינה משפטית מחמת העובדה שהתנה בצורה מפורשת להיפטר, אין במעשהו גם פגם מוסרי מאחר שעל דעת כן נכנס לעסקה זו. לכן אין כל פגם בסעיף המתיר לחברת הביטוח לחזור בה מן ההסכם למרות שהדבר נעשה בצורה גורפת ומתיר לחברה לבטל את החוזה גם כאשר מבחינת המבוטח פירוש הדבר שלא יוכל לבטח את עצמו אצל מבטח אחר.

4. נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי

סעיף 16 לחוק חוזה הביטוח עוסק במצב שבו נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי, לאחר מועד כריתת החוזה. במצב כזה מתבטל חוזה הביטוח והמבוטח זכאי להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שאחר הביטול.

לכאורה לשיטתנו שהמבוטח שוכר מן החברה שירותי ביטוח יהיה הדין שונה במשפט העברי. הרמ"א¹²³ פסק:

"מי ששכר בית לדור בו ומת תוך זמן השכירות אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו, דבעל הבית הוי כפועל והוי ליה להתנות¹²⁴. מיהו יש חולקין¹²⁵. לכן אם קיבל השכר כולו אין צריך להחזיר".

ופירושו: הרמ"א כולל כלל ביחסי בעל הבית והפועלים, לגבי מקרים שבהם מתוך אונס נעשתה מלאכת הפועלים שלשמה נשכרו בלתי אפשרית. במקרה ששני הצדדים יודעים שדרך אונס כזה לבוא לפרקים, או לחילופין במקרה ששני הצדדים אינם יודעים על כך מאומה, ההפסד כתוצאה מן האונס הוא על הפועל. זאת מאחר שהיה מוטל עליו להתנות שאף במקרה אונס ייטול שכרו. לעומת זאת במקרה שבעל הבית יודע שדרך האונס לבוא לפרקים והפועל אינו יודע, מפסיד בעל הבית ועליו לשלם לפועל שכר פועל בטל.

אם נשווה את משכיר הבית לפועל המשכיר את גופו הרי כאשר מת השוכר מוגדר המצב כאונס ששניהם אינם יודעים עליו לפיכך ההפסד על המשכיר. אך דעת הרשב"א היא ששכירות בתים שונה משכירות פועלים שכן שכירות בית מכירה לזמן היא, ומאחר שהשוכר קנה את הבית לזמן קצוב תמורת דמי השכירות, נעשה הבית שלו לתקופה זו, ואין זה עניינו של המשכיר אם מת השוכר בתוך הזמן.

להלכה פסק הרמ"א שמאחר שהדבר שנוי במחלוקת הפוסקים, אם כבר נתן השוכר את שכר הבית אין מוציאין מן המשכיר. הש"ך¹²⁶ תמה על הרמ"א מדוע פסק שאין

123. שלד, א.

124. מרדכי ב"מ סי' שמה בשם מהר"ם.

125. רשב"א בסימן אלף קח.

126. שם ס"ק ב.

מוציאין את השכר מן המשכיר מכוח המחלוקת, והרי המהר"ם עצמו שהוא הדעה הראשונה שהביא הרמ"א פסק כך. גם הש"ך הסכים עם זאת לפסק הרמ"א שאם קיבל המשכיר את השכר אין מוציאין מידו. והסיבה לכך היא: "דכיוון דנתן לו שכרו נתרצה לו שיהיה שלו אפילו יארע אונס וכמו שכתבו תוספות פרק האומנין"¹²⁷.

אמנם תוספות שם הרחיבו בלשונם יותר וכתבו:

"כיוון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר אף על גב דאינה (השכירות) משתלמת אלא לבסוף, לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר אם לא ישאר בו".

באור הדברים: כתוצאה מהתשלום מראש מחויב המשכיר להשכיר. אולם כשנאנס, אונס רחמנא פטריה ולכן נפטר מהתחייבותו.

כאשר נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי הדבר דומה לשוכר שמת. כיוון שעל פי סעיף 14 לחוק חוזה הביטוח דמי הביטוח אמורים להיות משולמים מראש, רשאית לכאורה חברת הביטוח להחזיק בכל דמי הביטוח.

אולם ניתן לחלוק על השוואה זו, הן על פי טעמו של הרשב"א והן על פי טעמו של הש"ך.

א. כאמור טעמו של הרשב"א לכך שהמשכיר מחזיק בשכר הוא ששכירות ממכר לזמן הוא. לפיכך הבית עדיין ברשות השוכר או יורשיו ועליהם לשלם תמורתו. ברם דבר זה ניתן להיאמר כאשר הנכס המושכר קיים. אך בהסכם ביטוח שבו החברה משכירה את שירותי האחזקה שלה על הנכס, אם הנכס כבר אינו קיים הרי לא נשאר ביד המבוטח דבר. דין זה דומה אם כך למשכיר בית ונפל¹²⁸, שבו על המשכיר להחזיר את השכר העודף. אכן בספר נתיבות המשפט¹²⁹ כתב לגבי ההבדל בין נפל הבית לבין מת השוכר:

"והא דפסק בסימן שיב בנפל הבית דאינו חייב לשלם, ואין אומרים שכירות ליומא ממכר הוא הטעם פשוט, דשם רעותא בבית והוי כמום במיקח ובדין חזרה קאי... מה שאין כן כאן שהרעותא הוא בשוכר הבית, מה לו לבעל הבית בכך".

לדעת הנתיבות השאלה היא מיהו הגורם לכך שהעסקה אבדה את משמעותה. אם השוכר הוא הגורם אומרים אנו שרשאי המשכיר להחזיק בשכר. לעומת זאת כאשר

127. עט, ב.

128. שו"ע שיב, יז.

129. שלד ס"ק ב.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

המשכיר הוא הגורם אינו רשאי להחזיק בשכר. לפיכך בחוזה ביטוח, שבו מקרה הביטוח נעשה בלתי אפשרי תהיה החברה רשאית להחזיק בכל השכר.

אמנם נראה שאף לדעת הנתבות תנאי הכרחי לכך שהמשכיר ימשיך להחזיק בשכר הוא שניתן עדיין לראות את הבית כמושכר. אולם פשוט הדבר שאם אין בית חדלה העסקה להתקיים. כך הוא הדין בשומר שכר הפטור מאונסין, שאף על פי שאינו מפסיד את שכרו¹³⁰ מכל מקום משעה שנאנס ואילך שוב אינו נוטל שכר מאחר שאינו שומר¹³¹. והרי החפץ נאנס לבעלים, שכן הוא זה המפסיד את החפץ, ואף על פי כן אין השומר יכול לומר לבעלים מה לי ולאונסך.

ב. טעמו של הש"ך הוא כנ"ל, מאחר שהשוכר הסכים לשלם מראש על אף העובדה שידע ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מסתבר שהסכים שהשכר יישאר ביד המשכיר למרות האונס. בחוזה ביטוח סברה זו מופרכת, שכן החוק קובע שהתשלום יהיה מראש. ההגיון בכך הוא שחברת הביטוח עושה שימוש בכספים אלו בתוך תקופת הביטוח לשם תשלום תגמולי ביטוח. על כל פנים מאחר שאין הברירה ביד המבוטח שלא לשלם מראש, אין לומר שהסכים לפטור את החברה במקרה אונס¹³².

ניתן אם כן לסכם ולומר שמצב שבו נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי דומה למצב שבו אירעו אונסין לשומר שכר ובעקבות כך הוא מפסיד את שכרו שלאחר מקרה האונסין, ולא לדין שוכר בית שמת.
החוק אם כן במקרה זה תואם את הדין במשפט העברי.

5. החמרת או הפחתת הסיכון בתוך תקופת הביטוח

המשך קיום החוזה למרות שינוי בעניין מהותי

הסעיף בפוליסה העוסק בעניין שינויים בדרגת הסיכון קובע:
"המבוטח יודיע לחברה במשך תקופת הביטוח על כל שינוי שחל בעניין מהותי מיד עם היוודע לו על כך. לא גילה המבוטח לחברה שינוי כזה תהיה החברה רשאית לבטל את הפוליסה או להקטין את הקף חבותה על פי הוראות החוק".

130. מ"מ שכירות ב, א; ש"ך שג, ס"ק ה.

131. נתיבות המשפט שג ס"ק ג.

132. עיין ערך ש"י שלד שכתב כן בשם ר"ח או"ז.

מעבר לעניין חובת הגילוי יש לדון בהשלכות הנובעות מן השינוי במצב המבוטח בתוך תקופת השכירות של חוזה הביטוח.

כתבו הטור והמחבר¹³³:

"השוכר את הפועל למלאכה ידועה ונשלמה בחצי היום, אם יש לו מלאכה כמותה או קלה ממנה - עושים. ואם אין לו נותן לו שכרו כפועל בטל".

ומקור הדברים הוא בפרק השוכר את האומנים¹³⁴. המרדכי¹³⁵ כתב על דין זה שהביאה הגמרא:

"וכתב רבנו מאיר... הני מילי (שאין יכול בעל הבית לתת לפועל מלאכה קשה) היכא שאינו רוצה להוסיף על שכרו. אבל אם רוצה להוסיף על שכרו לפי מה שמלאכתו השנייה כבדה מן הראשונה, הרשות ביד בעל הבית לחזור בו".

וכך פוסק הרמ"א¹³⁶. הסמ"ע¹³⁷, הראה מקום למה שכתב הרמ"א קודם לכן¹³⁸ שתלמידי הרשב"א חולקים על דין זה. אולם לדעת הש"ך¹³⁹ אין תלמידי הרשב"א חולקים, אלא עוסקים במצב שבו בעל הבית רוצה להעביר את הפועל למלאכה כבידה יותר ללא תוספת תשלום. על כך כתבו שאין הוא רשאי. אך גם לדעתם רשאי בעל הבית לשנות את הפועל למלאכה כבדה תוך תוספת שכר, במקרה שבו שוב אין באפשרותו להעסיקו במלאכה הראשונה.

לאור זאת ניתן להסיק שלוש מסקנות בנוגע לחוזה ביטוח:

א. כאשר רמת הסיכון של המבוטח עולה הדבר דומה למלאכה כבדה יותר וממילא מתחייבת מכך העלאת תעריפי הביטוח.

ב. מבוטח המודיע לחברת הביטוח שרמת הסיכון עלתה אינו נחשב למי שחזר בו באופן חד צדדי, על כל המשתמע מכך, שכן הרשות בידו לשנות את חוזה הביטוח לרמת סיכון גבוהה יותר, במקרה שאין באפשרותו להותיר את רמת הסיכון הקודמת בעינה. מובן שמסקנה זו כפופה לדיון שהובא לעיל באשר לתוצאות ביטול החוזה בכללן.

133. שלה, א.

134. ב"מ עז, א.

135. ב"מ סימן שמו.

136. שלה, א.

137. שלג ס"ק א.

138. שלג, ב.

139. שלג ס"ק יג.

ג. עם זאת החברה אינה מחויבת לקבל על עצמה את העסקה החדשה. היא רשאית לומר למבוטח שהיא מעוניינת לקבל את דמי הביטוח שעד עתה ולהחזיר למבוטח את שארית דמי הביטוח. כך כותב בעל ערוך השולחן¹⁴⁰ :

”מתוספתא¹⁴¹ מתבאר דאף על גב דיכול (בעל הבית) ליתן לו מלאכה של חברו, מכל מקום אינו יכול לכופ את הפועל לכך. דיכול הפועל לומר שלם לי עד כה ואיני רוצה לעשות של אחרים. דתניא שם : השוכר את הפועל וגמר חרישו בחצי היום והראה לו בשל חברו, יכול לומר לו או פרנס לי מלאכה מתוך שלך או תן לי מה שעשיתי”.

במצב כזה אפשר שעל פי המשפט העברי תהיה יד המבטח על העליונה ודי יהיה אם ישלם למבוטח את שארית דמי הביטוח ביחס לתקופת הביטוח שנותרה. ברם מלשון החוק נראה שאם סיבת ביטול הפוליסה אינה אי גילוי או מצב שבו מקרה הביטוח נעשה בלתי אפשרי יד החברה על התחנתונה ועליה לשלם למבוטח את הסכום שאותו הייתה דורשת ממבוטח דומה לתקופת ביטוח זהה.

ביטול חוזה הביטוח כתוצאה מהחמרה בסיכון

מניסוח הפוליסה עולה שהחמרה בסיכון כשלעצמה אינה עילה לביטול הפוליסה, אלא במקרה שמבטח סביר לא היה מסכים לבטח מבוטח כזה, או לחילופין כאשר מצטרף פגם של אי גילוי להחמרה בסיכון. שתי שאלות עולות לדיון בהקשר זה. א. האם במשפט העברי העובדה שרמת הסיכון החמירה עד כדי כך שמבטח סביר שוב לא היה מסכים לבטח את המבוטח הזה מהווה עילה לבטל את ההסכם?

ב. האפשרות של חברת הביטוח לחזור בה מן ההסכם במצב של החמרה בסיכון בין במצב שבו מבטח אחר היה מוכן לבטח סיכון כזה בסכום גבוה יותר ובין במצב שמבטח סביר שוב לא היה מוכן לבטח סיכון כזה, טעונה הסבר. ניקח כדוגמא מצב שבו מנהל חברת הביטוח רואה שודדים העומדים לבצע שוד של נכס המבוטח על ידי החברה ואין בידו למנוע את המקרה. האם עולה על הדעת שהוא יבטל את הפוליסה באופן חד צדדי? הדבר אינו מסתבר מן הסיבה הפשוטה שאחר שמקרה הביטוח כבר אירע אין ביד המבטח לבטל את הפוליסה. נראה כי מטעם זה מחויב הצד המבטל להתרות בצד שכנגדו על כך שהוא עומד לבטל את ההסכם ביניהם. לכאורה

140. שלה, ב.

141. ב"מ פ"ז.

גם מקרה של החמרה בסיכון ניתן לראות כתחילת התהוותו של מקרה הביטוח ואם כן לא יהיה ביד חברת הביטוח לבטל את הפוליסה בעיתוי כזה.

ניתן להשוות מצב של החמרה בסיכון בהסכם ביטוח למצב של החמרה בסיכון בהסכם ערבות. לגבי הסכם ערבות פוסק השולחן ערוך¹⁴²:

"ערב שבא אצל המלווה בזמנו והתרה בו שיתבע ממנו מהלווה, ואם לא, יפטר מהערבות, ולא רצה המלווה, והאריך זמן ללווה, יש מי שאומר¹⁴³ שאין הערב נפטר בכך, ואין צריך לומר קבלן... וצריך להתיישב בדין זה".

כתב על כך הרמ"א:

"כי יש חולקים¹⁴⁴ ... והערב יכול לכוף ללווה¹⁴⁵ לפטרו מן הערבות בזמנו כי יכול לומר לא נתרציתי להיות ערב אלא עד כאן".

הסמ"ע¹⁴⁶ שם כתב שלא ידע מי הם החולקים שבגללם כתב המחבר שיש להתיישב בדין זה. אולם הש"ך¹⁴⁷ ציין שלושה פוסקים החולקים על הרמב"ן הנ"ל:
א. הבית יוסף בבדק הבית¹⁴⁸ כתב שתשובה זו צריכה עיון ולא הרמב"ן חתים עלה.

ב. הרשד"ם¹⁴⁹ כתב בשם הרי"ף והרא"ש שהערב רשאי לומר הוציאני מהערבות.

ג. הטור¹⁵⁰ כתב: "ונראה שאם תובע את הלווה בזמנו שיוציאו מן הערבות הדין עמו כי יאמר לו לא נתרציתי להתערב בשבילך אלא עד זמן פלוני", והביאו הרמ"א הנ"ל. דעה זו חולקת על מה שכתב בעל התרומות¹⁵¹ בשם הרמב"ן שאין הערב רשאי לתבוע שיפטרוהו מן הערבות לא מן המלווה ולא מהלווה.

142. קלא, ד.

143. ר' ירוחם בשם הרמב"ן.

144. ב"י בבדק הבית.

145. טור שם.

146. ס"ק ז. יש להעיר שהסמ"ע לא ראה את ספר בדק הבית – הגהת ר' יוסף קארו לבית יוסף - ולכן גם לא התייחס אליו

147. קלא ס"ק ה, ו.

148. קלא, סעיף ד.

149. חח"מ סימן נז.

150. קלא, ד.

151. שער לה.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

אמנם אף החולקים שהביא הש"ך טעמים ונימוקים עימם, שכן התחייבותו של הערב חלה עד מועד הפרעון בלבד ובמועד זה פקעה ההתחייבות. אולם במשך התקופה שהתחייבות תקפה לא ניתן להפקיעה אלא במקרה יוצא מן הכלל אחד והוא :
"ערב או קבלן שרואים שהלווה מבזבז נכסיו יכולים לתבעו שיוציאם מהערבות אף על פי שהוא בתוך הזמן"¹⁵².

כיוצא בזה פסקו הטור¹⁵³ והמחבר¹⁵⁴ לגבי מלוה התובע את הלווה בתוך הזמן מאחר שזה האחרון מבזבז נכסיו. וכתב על כך הש"ך¹⁵⁵ :
"דווקא מבזבז אבל אם אינו מבזבז, אף על פי שמתמוטט מידי יום ולא יוכל לשלם לזמן אפילו במיטלטלין, לא יוכל המלווה לעכב תוך הזמן. כך כתב מהרש"ל"¹⁵⁶.

ומסתבר ששני הדינים קשורים זה בזה, כלומר הערב רשאי לבטל את הסכם הערבות בתוך הזמן מפני שלמלווה ישנו פתרון - לתבוע את חובו מן הלווה. אם המלווה אינו נוקט בפתרון המוצע הוא פשע בנכסי עצמו ומעתה אין מוטל על הערב לערוב לחוב זה. לכן העיר הרמ"א שם שכן כתב המחבר בדין המלווה עם הלווה בסימן עג. לעומת זאת במצב שבו נכסי הלווה מתמוטטים והולכים מידי יום ואין ברשות המלווה לתבוע את חובו לא יוכל גם הערב לפטור את עצמו משעבודו לחוב זה.

לכאורה יהיה הדין כך גם בהסכם ביטוח. החמרת הסיכון אינה אלא כמי שמתמוטט והולך מידי יום ואין זו עילה להפרת ההתחייבות. אמנם האחרונים מסייגים פסיקה זו. בהגהות אמרי ברוך¹⁵⁷ הראה מקום לדברי הרא"ש¹⁵⁸ אשר לדעתו אף באינו מבזבז נכסיו אם נראה למלווה שלא יבוא לידי גבייה רשאי לתפוס כשיעור חובו.

בערוך השולחן¹⁵⁹ כתב :

"מיהו המלווה עצמו (לא בית דין) כשרואה נכסי הלווה מתמוטטים יראה לי דיכול לתבעו גם קודם זמנו. דאינו בדין שימתין עד זמנו ויפסיד... וכן המנהג".

152. טור וש"י"ע קלא, גושלא כדברי הרמב"ן שהובא בטור שם.

153. עג, טז.

154. עג, י.

155. עג ס"ק לד.

156. ישי"ש ב"ק פרק א דין כ.

157. על הש"ך שם.

158. גיטין פ"א סימן מט.

159. עג, טו.

כך כתבו גם בספר שער משפט¹⁶⁰ ובשו"ת גור אריה יהודה¹⁶¹. בהתאם לכך אפשר שגם במצב שבו אין הלווה מבזבז נכסיו אלא נכסיו מתמוטטים והולכים כשם שיש ביד המלווה לתפוס את חובו מן הלווה כך יש ביד הערב לבטל את שעבודו. כך כתב בשו"ת קניין תורה¹⁶². מנגד יתכן שלא ניתן לתבוע מן המלווה לתפוס את חובו שלא בגיבוי בית דין.

מאחר שרשותו של הערב לבטל את הסכם הערבות מתבססת על רשותו של המלווה לעשות כן, נראה שלא תהיה רשות דומה לחברת הביטוח לבטל את הסכם הביטוח בשל החמרה בסיכוני המבוטח. כך אכן כתב בשו"ת בית אפרים¹⁶³ לגבי מי שקיבל על עצמו אחריות סחורה עד שתגיע למקום פלוני. לפני שנשלחה הסחורה שמע המבטח שנתרבתה הסכנה ורוצה לחזור בו מקבלת האחריות, ואמר לבעל הסחורה שילך להוציא את הסחורה מידו של השליח שהיה אמור להובילה. המבוטח השיב שהסחורה כבר נשלחה. לבסוף אכן אבדה הסחורה. המבטח טען שכאשר אמר למבוטח שהוא מעוניין לחזור בו מהסכם האחריות עדיין לא נשלחה הסחורה והיה על בעל הסחורה לעמוד בדין עם מוליד הסחורה שלא ישלח אותה. לעומתו טען בעל הסחורה שלא היה חייב לטרוח יותר.

משיב רבי אפרים זלמן מרגליות שהדין עם המבוטח, שמאחר שקיבל עליו המבטח אחריות לא היה על בעל הסחורה לטרוח יותר והטרח להציל את הסחורה מוטלת על המבטח.

לאור זאת ניתן להסיק שלא זו בלבד שאין בהחמרה בסיכון משום עילה לביטול ההסכם אלא שאנו רואים אותה כתחילת התהוותו של מקרה הביטוח ומעתה האחריות כבר מוטלת בפועל על המבטח ואין בידו לפטור את עצמו ממנה.

יוצא מן הכלל הוא המקרה שבו ההחמרה בסיכון היא תוצאה של פשיעת המבוטח. כאן יש ביד חברת הביטוח לתבוע את ביטול הפוליסה, כדין ערב או קבלן הרואים שהמלווה מבזבז נכסיו.

תנאי מפורש המבטל את הפוליסה עקב החמרת הסיכון

עד עתה נסב הדיון על מצב שבו אין תנאי מפורש בפוליסה המבטל אותה עקב החמרה ברמת הסיכון. בפועל בהתאם לחוק חוזה הביטוח תנאי כזה אכן קיים. בחוק חוזה הביטוח נאמר:

160. עג ס"ק יב.

161. חו"מ יג.

162. ח"ג סימן קי.

163. חו"מ סימן לה.

פרק שישי : אופי השכירות בהסכם ביטוח והשלכותיה לעניין ביטול החוזה

17. חובת הודעה על החמרת הסיכון

א. נודע למבוטח שחל שינוי מהותי, עליו להודיע על כך מיד למבטח בכתב.

ב. לעניין סימן זה "שינוי מהותי", כל אחד מאלה :

(1) שינוי בעניין מהותי, ששאלה עליו הוצגה למבוטח לפני כריתת החוזה ושחל אחרי שניתנה תשובה לאותה שאלה ;

(2) שינוי שחל אחרי מסירת הפוליסה למבוטח, בנושא שצוין בה במפורש כעניין מהותי ;

(3) דבר המגלה שתשובה לשאלה בעניין מהותי הייתה לא נכונה ויש בכך כדי להחמיר את סיכון המבטח החמרה של ממש.

18. תוצאות של החמרת הסיכון

א. תוך 30 ימים מהיום שנמסרה למבטח הודעה על שינוי מהותי או מהיום שנודע לו עליו בדרך אחרת, לפי המוקדם יותר, וכל עוד לא קרה מקרה הביטוח, רשאי המבטח לבטל את החוזה בהודעה בכתב למבוטח.

ב. ביטל המבטח את החוזה מכוח סעיף זה, זכאי המבוטח להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר הביטול, זולת אם פעל המבוטח בכוונת מרמה ; לא ביטל המבטח את החוזה, רואים אותו כמסכים להמשך קיומו על אף השינוי.

כאמור, בעניין זה הפוליסה מתבססת על הוראות החוק כך שניתן להתייחס להוראות החוק כאילו נכתבו בפוליסה עצמה. המבטח אם כך מתנה שבמקרה של החמרה בסיכון יהיה רשאי לבטל את הפוליסה. תנאי כזה יכול להתפרש בשתי צורות :

א. כקביעת מועד לסיום תקופת השכירות של שירותי הביטוח.

ב. כהגבלת האחריות לרמת סיכון נמוכה.

שני הפירושים אפשריים מבחינת המשפט העברי. כך ניתן ללמוד מהלכות שומרים. אם התנאי מתפרש כקביעת זמן לסיום הפוליסה אזי בין אם המניעה לביטול הפוליסה נובעת מן ההתחייבות הכלולה בה כדברי בעל קצות החושן¹⁶⁴ ובין אם היא נובעת מכך שלא נאמר דין חזרה בחצי היום בשכירות שאינה עבודה כדברי בעל ערוך השולחן¹⁶⁵ הרי ברגע שמועד תפוגת פוליסת הביטוח נקבע למועד שבו תעלה רמת הסיכון שוב אין מדובר בחזרה מהסכם אלא בסיום תקופת ההסכם.

164. רצג, ס"ק ב.

165. רצא, יט.

אם התנאי מתפרש כהגבלת האחריות לרמה נמוכה יותר אף זוהי הלכה פסוקה¹⁶⁶ :
"קיבל עליו שומר שכר להתחייב אף באונסים או שהתנה ליפטר
מגנבה ואבדה ומשבועה - הכל לפי תנאו".

ברור אם כן שאם הגביל מקבל האחריות את אחריותו רק לחלק ממקרי האחריות
הריהו פטור מאחריות באותם מקרים שלא קיבל על עצמו. אף בהסכם ביטוח
כאשר הגביל המבטח את עצמו לרמת סיכון מסוימת הריהו נפטר ממקרי ביטוח
שאירעו כתוצאה מרמת סיכון גבוהה יותר.

ישנה השלכה מעשית לפרשנויות השונות. אם נגדיר את התנאי כמגביל את
האחריות לרמת הסיכון שנקבעה בפוליסה אזי במקרה שרמת הסיכון תחזור
לקדמותה יישאר המבטח מחויב להסכם. לעומת זאת אם נגדיר את התנאי כקובע
את מועד סיום הפוליסה אזי אף אם תחזור רמת הסיכון לרמה הקודמת תוקף
הפוליסה כבר פג. משמעות סעיף 18 לחוק חוזה הביטוח היא שהתנאי אכן קובע את
מועד העלאת רמת הסיכון כמועד אלטרנטיבי לפקיעת תקפה של הפוליסה ולפיכך
אף אם תחזור רמת הסיכון לקדמותה לא יתחדש ההסכם כתוצאה מכך.

166. ב"מ צד, א; שו"ע שה, ד.

מצג שווא

1. חובת הגילוי על פי חוק חוזה הביטוח ותוצאותיה

בחוק חוזה הביטוח סעיף 6 נאמר :

א. היציג המבטח למבוטח לפני כריתת החוזה, אם בטופס של הצעת ביטוח ואם בדרך אחרת שבכתב שאלה בעניין שיש בו כדי להשפיע על נכונותו של מבטח סביר לכרות את החוזה בכלל, או לכרותו בתנאים שבו (להלן עניין מהותי), על המבוטח להשיב עליה בכתב תשובה מלאה וכנה.

ב. הסתרה בכוונת מרמה מצד המבוטח, של עניין שהוא ידע כי הוא עניין מהותי דינה כדין מתן תשובה שאינה מלאה וכנה.

לגבי התוצאות של אי גילוי נאמר בסעיף 7-ג :

קרה מקרה הביטוח לפני שנתבטל החוזה מכוח סעיף זה אין המבטח חייב אלא בתגמולי ביטוח מופחתים בשיעור יחסי, שהוא כיחס שבין דמי הביטוח שהיו משתלמים כמקובל אצלו לפי המצב לאמיתו לבין דמי הביטוח המוסכמים, והוא פטור כליל בכל אחת מאלה :

(1) התשובה נתנה בכוונת מרמה.

(2) מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אף בדמי ביטוח מרובים יותר אילו ידע את המצב לאמיתו. במקרה זה זכאי המבוטח להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר קרות מקרה הביטוח בניכוי הוצאות המבטח.

באשר לשלילת התרופות האמורות בסעיף 7 קובע סעיף 8 לחוק חוזה הביטוח :

המבטח אינו זכאי לתרופות האמורות בסעיף 7 בכל אחת מאלה, אלא אם התשובה שלא הייתה מלאה וכנה ניתנה בכוונת מרמה :

(1) הוא ידע או היה עליו לדעת את המצב לאמיתו בשעת כריתת החוזה או שהוא גרם לכך שהתשובה לא הייתה מלאה וכנה ;

(2) העובדה שעליה ניתנה תשובה שלא הייתה מלאה וכנה חדלה להתקיים לפני שקרה מקרה הביטוח או שלא השפיעה על מקרהו, על חבות המבטח או על הקפה.

ניתן לסכם ולומר שישנם ארבעה תנאים שעליהם להתקיים כדי שחוזה הביטוח יחשב למיקח טעות :

- 1) הסתרת מידע מפני המבטח, כאשר המידע מהותי לגבי נכונות החברה לבטח, או לגבי הערכת דמי הביטוח.
- 2) המבטח לא היה אמור לדעת את המצב לאמיתו, ולא גרם בעצמו להסתרת המידע מפניו.
- 3) למידע שהוסתר הייתה השפעה כלשהי על מקרה הביטוח, החבות או הקפה.
- 4) התשובה שנתנה למבטח הייתה בכוונת מרמה או לחילופין מבטח סביר לא היה מתקשר בחוזה ביטוח דומה אילו ידע את המצב לאמיתו.

הפרטים הנחשבים בעיני חברות הביטוח לפרטים מהותיים בהקשר לחובת הגילוי נחלקים לשתי קבוצות:

- א. פרטים הקשורים למהות הסיכון שעליו מקבלת חברת הביטוח אחריות.
- ב. פרטים הקשורים להקף החבות ונובעים מסוג הנכס המבוטח ושווי.

לדוגמא בפוליסת ביטוח רכב נמנים כעניינים מהותיים מחד תאור השימוש ברכב, זהות הבעלים ורמת הסיכון שהם מהווים, סיכונים שהפכו למציאות בשלוש השנים האחרונות ודרישות מיוחדות של מבטחים קודמים. מאידך נחשבים עניינים מהותיים גם סוג הרכב, שנת ייצורו, התוצר והדגם שלו, סוג תיבת ההילוכים ופטור ממיסים במידה וישנו לגבי רכב זה - פרטים שעיקר משמעותם היא לגבי הקף החבות אם וכאשר היא תיווצר.

חוק חוזה הביטוח אינו מבדיל בין שתי הקבוצות ובכל מקרה תהיינה תוצאות אי הגילוי כמובא בתחילת הפרק. הבה נשווה את החוק להלכה הנפסקת במשפט העברי.

2. מיקח טעות במשפט העברי

הגדרת החוזה כנובע מטעות או הטעייה בחוק חוזה הביטוח, נשענת בעיקרה על סעיפים 14, 15 לחוק החוזים תשל"ג¹. עקרונות המשפט העברי שונים מן העקרונות המופעלים בחוק החוזים ויש לבדוק האם יש להעדיף את השימוש במשפט התורה

1. בנושא זה דן באריכות דר' ש. ורהפטיג בספרו "דיני חוזים במשפט העברי" פרק ה, ולפיכך אין מקום לדיון מפורט וייחודי בנושא חוזה הביטוח. עם זאת לצורך רציפות הדיון נעמוד כאן על עיקרי הדברים.

בפוליסת הביטוח על אף שנפסקה ההלכה שבדיני ממונות אדם מתנה על מה שכתוב בתורה.²

במשפט העברי מוגדר המיקח כמיקח טעות באחד מן המקרים הבאים:

1. המוכר לחברו במידה במשקל ובמניין וטעה בכלשהו - חוזר לעולם.³
2. המוכר לחברו קרקע או עבד או בהמה או שאר מיטלטלין ונמצא במיקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים, שזה מיקח טעות הוא.⁴
3. המוכר לחברו מין ממיני פרות ונתן לו מין אחר אין כאן מכר.⁵
4. המוכר שור לחברו ונמצא נגחן וניתן להוכיח שקנאו לחרישה ואם כן אין הוא ראוי לשימוש לאותה תכלית שלשמה נקנה הרי זה מיקח טעות.⁶ בכלל זה טעות בטיב הסחורה כגון המוכר לחברו זרעוני גינה שאינם ראויים למאכל וזרען ולא צמחו חייב באחריות.⁷

בנוסף למצבים אלו ישנם שני מצבים שבהם הטעות אינה הופכת את המיקח לבטל, אלא מהווה עילה לצד הנפגע מן הטעות לדרוש את ביטול המיקח.

1. הייתה האונאה יתירה על שתות כגון שמכר שווה שישים בחמישים פחות פרוטה בטל המיקח, והמתאנה יכול להחזיר את החפץ ולא יקנה כלל אבל המאנה אינו יכול לחזור, אם רצה זה וקיבל.⁸ ברם דעת הרמ"א היא שדין מיקח טעות הנובע מאונאה היתירה על שתות כדין כל מיקח טעות והן המאנה והן המתאנה רשאים לבטל את המיקח.
2. מכר לו חיטים יפות ונמצאו רעות - לוקח יכול לחזור בו אפילו לא נתאנה בסכום והמוכר אינו יכול לחזור בו. ואם מכר לו רעות ונמצאו יפות, מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח.⁹

התוצאות הנובעות ממיקח טעות באופן ישיר יכולות להיות שתיים.

-
2. רמב"ם אישות ו, ט.
 3. רמב"ם מכירה טו, א; שו"ע חו"מ רלב, א.
 4. רמב"ם שם ג; שו"ע שם ג.
 5. רמב"ם מכירה יז, א; שו"ע רלג, א.
 6. שו"ע שם כג.
 7. רמב"ם שם טז, א; שו"ע רלב, כ. וראה גולאק חלק א פרק ד שמחלק בין זרעוני גינה שהטעות היא בטיב הסחורה לבין הקונה שור ונמצא נגחן, שכאן לדעתו המקח מוגדר מום. ברם במסכת בבא בתרא (צב, א) מוכח ששני המקרים שייכים לקטגוריה אחת.
 8. שו"ע רכו, ד וכדעת הר"י והרמב"ם.
 9. רמב"ם מכירה יז, א; שו"ע רלג, א.

1. ביטול המיקח.

2. תיקון הטעות על ידי השלמת החיסרון או לחילופין העברת המום.

אך אם הלוקח מעוניין בסחורה כפי שהיא על מומיה אלא שהוא דורש שהמוכר יוזיל את המחיר לאור המומים הללו רשאי המוכר לומר או קח כמות שהיא או קח מעותיך והחזר לי מקחי¹⁰.

ניתן לסכם ולומר שישנם שני הבדלים בדין טעות והטעיה בין המשפט האזרחי לבין המשפט העברי:

1. במשפט התורה אין משמעות לעובדה שהטעות נגרמה בשל הטעיה. הגדרת המיקח כטעות נובעת מאופי הטעות בלבד. עם זאת יש לציין שישנה משמעות עקיפה לכך שהטעות נעשתה מתוך הטעיה. במצב כזה יתחייב המטעה לפצות את המוטעה מדינא דגרמי¹¹.

2. במשפט העברי כאשר המיקח מוגדר טעות הוא בטל מעיקרו, ללא צורך בהודעה או התראה על רצון אחד הצדדים לבטלו. במשפט המדינה הטעיה או טעות מהווים עילה לביטול העסקה אולם כל עוד לא נעשתה פעולת הביטול העסקה שרירה וקיימת.

אמנם במצב של טעות חלקית כגון אונאה ביותר משתות לשיטת המחבר, או במוכר יפות ונמצאו רעות גם במשפט העברי הטעות מהווה רק עילה לביטול המיקח. אולם אף במקרה זה כאשר צד אחד מממש את זכותו לבטל את המיקח - המיקח בטל מעיקרו בעוד במשפט המדינה בכל מקרה אין הוא בטל אלא משעת ביטולו.

אלו העקרונות הכלליים בדיני טעות והטעיה ובעיקרם הם מתקשרים לעסקות מיקח וממכר. בבואנו לדון בנושא מצג שווא בחוזה ביטוח נשווה אותו לטעות בנושא הקרוב יותר לדיני הביטוח מאשר מיקח וממכר - דיני השומרים.

3. מצג שווא בדיני השומרים על פי המשפט העברי

כללי

במסכת בבא קמא¹² מובאת מימרא:

"אמר רבא הנותן דינר זהב לאישה ואמר לה היזהרי בו של כסף הוא, היזיקתו משלמת דינר זהב, משום דאמר לה מאי הוה ליך גביה

10. רמב"ם שם טו, ד; שו"ע רלב, ד.

11. טור רלב כתב כן בשם הרמ"ה. וכן פסק השו"ע שם סעיף כב. עיין גם גולאק שם.

12. סב, א.

דאזקתיה (איזו רשות הייתה לך להזיקו בידים). פשעה בו משלמת של כסף דאמרה ליה נטירותא דכספא קבילי עלי, נטירותא דדהבא לא קבילי עלי" (שמירת כסף קיבלתי עלי. שמירת זהב לא קיבלתי עלי).

לאור מימרא זו כתב הגהות מרדכי¹³ :

"מעשה ששאל ראובן משמעון סיף שהיה לו במשכון מעובד כוכבים, ואבדו, והיה שואל לו שמעון דבר גדול כמו ששאל ממנו העובד כוכבים. נראה לי דלא ישלם לו אלא שווי דסתם סיף בעלמא לפי דנטירותא (ששמירה) דסתם סיף קיבל עליה. אבל נטירותא של סיף יקר לא קיבל עליה. וראיה מפרק הכונס - הנותן דינר זהב לאישה ואמר לה היזהרי בו של כסף הוא והיזקתו שפשעה בו משלמת בשל כסף, דנטירותא דכספא קביל עליה ולא נטירותא דדהבא... וצריך עיון".

דין זה נפסק להלכה בשולחן ערוך¹⁴. אכן הסמ"ע שם¹⁵ הבין שמדובר בסיף רגיל והגוי בא על המפקיד בעלילה כאילו מדובר בסיף יקר ועל כן אין השומר מחויב לפטור את המפקיד מן העלילה אחר שלא הזיקו בכוונה.

גורם הגבלת האחריות: הטעות או ההטעיה

המהרש"ל בים של שלמה¹⁶ משיג על דברי הגהות מרדכי וכותב שיש חילוק בין המעשה שמביא הגהות מרדכי לבין המפקיד דינר זהב ואמר לה היזהרי של כסף הוא. זה האחרון הוא גופו פושע בכך שאמר לה של כסף הוא ובעצמו גרם לכך שתקבל על עצמה אחריות דינר כסף בלבד. מה שאין כן במפקיד סיף יש להניח שמאחר שהנפקד ראה את הפיקדון קיבל אחריות עליו בין רב בין מעט. הדבר דומה למפקיד דינר סתם ולא אמר כלום, שאין השומר רשאי לטעון הייתי סבור שדינר כסף הוא, דאם לא כן כל אדם שיפקידו בידו אבנים טובות השוות מנה יטען סבור הייתי שאין שוות אלא דינר ויפטר. הש"ך¹⁷ חולק על המהרש"ל וכותב :

13. ב"ק רז.

14. עב, ח.

15. ס"ק כ.

16. ב"ק פ"ו דין לד.

17. עב ס"ק מ.

"ולפי עניות דעתי דשפיר יש לדמותו להך דדינר זהב. דהתם מה שאמר המפקיד של כסף הוא לא הוי פשיעה, דעשה כן כדי שתקבל השמירה עליו ואם כן הווי לה לאסוקי אדעתא שהוא של זהב ושומר כן כדי שתקבל השמירה, ואפילו הכי פטרינן, מטעם דנטירותא דכספא קבלה עליה ולא נטירותא דדהבא".

רוצה לומר הצד השווה לכל המצבים שבהם השומר פטור מלשלם את השווי המלא של הפיקדון שאבד הוא שאחריותו מוגבלת. האחריות מוגבלת בשני מצבים:

א. אם בעת שהשומר קיבל על עצמו שמירה ברור שלא העלה על דעתו שהפיקדון שווה יותר סכום מסוים, כמעשה הסיף המובא בהגהות מרדכי.

ב. אף שהשומר העלה בדעתו או יכול היה להעלות בדעתו ששווי הפיקדון גבוה, אם אחריותו הוגבלה במפורש לסכום נמוך יותר, אם על ידי עצמו אם על ידי המפקיד, כדין המפקיד דינר זהב ואמר היזהרי של כסף הוא.

לכאורה נראה כי דעת הש"ך היא שהפטור מאחריות דינר זהב נובע מהעובדה שהשומר עצמו לא קיבל על עצמו אחריות דינר זהב, ואילו רש"ל תולה את הפטור בפשיעת המפקיד, בדומה לפטור מחמת כוונת מרמה בחוק החוזים. ברם עיון בדברי רש"ל יוכיח שאף לדעתו פשיעת המפקיד אינה הגורם הפוטר את השומר מאחריות אלא היא הסימוכין לטעותו של השומר בהערכתו את שווי הפיקדון. בסופו של דבר הפטור של השומר מאחריות דינר זהב נובע כך שעקב הטעות הזו לא קיבל על עצמו אחריות דינר זהב. לדעת רש"ל במקרה שהמפקיד לא פשע אנו מניחים שהשומר לא טעה וידע שקיבל על עצמו אחריות דינר זהב.

הבנה כזו בדברי רש"ל עולה גם בש"ך¹⁸, שבתמיהתו על דברי רש"ל כותב:

"דהתם מה שאמר המפקיד של כסף הוא לא הוי פשיעה דעשה כן כדי שתקבל השמירה עליו ואם כן הוי ליה לאסוקי אדעתא שהוא של זהב ושומר כן כדי שתקבל השמירה".

לכאורה הדברים תמוהים. וכי מפני שהמפקיד הטעה את הנפקד כדי שיקבל על עצמו שמירה יוצא הדבר מגדר הטעייה ופשיעה? בהכרח שכוונת הש"ך היא שאין בהטעיית המפקיד בכדי לגרום לנפקד לטעות ולחשוב שמדובר בדינר כסף. ברור אם כן שהגדרת השמירה כטעות נובעת אך ורק מטעותו של השומר עצמו בקבלת האחריות ולא מן הטעייה מצד המפקיד.

18. עב ס"ק מ.

גם מדברי ה"ז עולה הבנה דומה בדברי רש"ל. כתירוץ לקושיית רש"ל, מכך שכל שומר יפטור את עצמו מאחריות אבנים טובות בטענה שסבור היה ששוויין מועט, כותב ה"ז¹⁹ :

"ונראה לעניות דעתי ליישב קושיית רש"ל, דודאי אבן טובה וכיוצא בו שתלוי בדעת המבינים מסתמא מחייב הנפקד את עצמו בכל שוויו, שאפשר ששווה הרבה מאוד. מה שאין כן בעניין סוף וכיוצא בו שמסתמא ידוע לכל שוויו, ואין בנמצא סוף ששווה הרבה ממש. וכיוון דלא שכיח לא מסיק אדעתיה".

גם לדעת ה"ז אם כן הטעיית המפקיד אינה הנקודה המשמעותית לפטור השומר. כל סיבה סבירה שבגינה טעה השומר בשווי הפיקדון והעריך אותו בסכום נמוך תפטור אותו מאחריות.

למדנו אם כן שכוונת המרמה של המבוטח אינה פוטרת את חברת הביטוח משיפוי מלא כשלעצמה כשם שאינה פוטרת את המפקיד. הפטור נובע אך ורק מהגבלת האחריות מצד השומר או המבטח המתחייבים בה²⁰.

דיני השומרים לעומת חוזה הביטוח

מסקנה ראשונית העולה מן האמור למעלה וניתנת ליישום בהסכם ביטוח היא שבמשפט העברי כאשר חברת הביטוח הגבילה את אחריותה לסכום מסוים במפורש או במשתמע, הריהי פטורה משיפוי שמעבר לגבול האחריות הזו.

אולם אפשר שיש שוני בין דינו של רבא לבין מצג שווא בהסכם ביטוח. גבול האחריות הנרשם בפוליסת הביטוח הוא בדרך כלל כשווי הנכס כולו. לאור זאת כאשר ניזק חלק מן הנכס המבוטח יתכן שלמרות מצג השווא לא יגיע גם שיפוי מלא לסכום שהוא גבול האחריות. לעומת זאת בדין המפקיד דינר זהב ואמר של כסף

19. עב, ח.

20. עיין בספר שער משפט סימן קפה סעיף ח שכתב שבמקרה של שומר שכר יש משמעות לפשיעת המפקיד. שכן אם המפקיד לא פשע בכך שלא גילה לשומר את רמת השמירה הדרושה אזי מוטלת האחריות על השומר דאיבעי ליה לעיוני. מה שאין כן אם המפקיד פשע בכך שלא גילה לשומר פרט מסוים הנצרך לשומר לצורך השמירה יהיה השומר פטור מאחריות. הוא הוכיח סברה זו ממעשה דבקרא בפרק המפקיד (מב, ב) שהובא בשו"ע רלב, יח. שם משמע שאם ידע המפקיד שאין לשור שיניים ולא הודיע לרועה פטור הרועה אם מתה מחמת שלא אכלה, אף על פי שהוא שומר שכר. לעומת זאת אם המפקיד לא ידע זאת יהיה השומר חייב. אמנם חילוק זה אינו עניין להסכם ביטוח מאחר שסברת "איבעי ליה לעיוני" מקומה דווקא בדיני השומרים שהחפץ בידם וביכולתם לעיין, כפי שמשמע מפירוש רש"י שם (ד"ה איבעי ליה לעיוני) אך בדיני הביטוח לעולם המבטח פטור מעיון ולכן כל טעות בקבלת האחריות פוטרת את המבטח מאחריות.

הוא נפטר השומר בתשלום דינר כסף מאחר שזהו גבול האחריות העליון שקיבל על עצמו.

אכן נראה שרביא יאמר את דינו גם במקרה של שומר שקיבל מאה דינרים בתורת דינרי כסף ואחר שאבד אחד מהם יתברר לו שהיו דינרי זהב. גם במקרה כזה לא קיבל השומר על עצמו שמירת דינרי זהב, ולמרות שאם היה נגנב הפיקדון כולו היה עליו לשלם יותר משווי דינר זהב, עכשיו שעליו לשלם מאית משווי הפיקדון לא יתחייב ביותר מאשר דינר כסף. טעמו של דבר הוא שאנו רואים כל דינר כפיקדון בפני עצמו שחל עליו דינו של רביא. אף בהסכם ביטוח היות שמלבד גבול האחריות לגבי שווי תגמולי הביטוח נאמר בסעיף 56 (א) לחוק חוזה הביטוח:

חובת השיפוי של המבטח תהיה כשיעור הנזק שנגרם ובלבד שלא תעלה על הסכום שנתחייב בו בחוזה.

פירושו של סעיף זה הוא שהאחריות מוגבלת הן על ידי הסכום שהתחייב המבטח בפוליסת הביטוח והן על ידי שיעור הנזק שנגרם על פי תנאי הפוליסה. ברור אם כן שאם חברת הביטוח קבלה על עצמה אחריות בשווי תיקון נזק מסוים במכונית זולה, היא תהיה פטורה מן הסך שמעבר לכך אם לאמיתו של דבר מדובר במכונית יקרה.

טעות בהקף האחריות לעומת טעות ברמת הסיכון

דינו של רביא נפסק בשולחן ערוך²¹ בלשון זה:

"אפילו כשקיבל עליו (שמירה) אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקיבל עליו לשמור. שאם נתן לו לשמור דינר זהב ואמר לו הזהר בו של כסף הוא ופשע בו ונאבד אינו חייב **אלא בשל כסף**, שיאמר לו לא קיבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף וכן כל כיוצא בזה".

למרות שהמפקיד העלים את שווי הדינר בכוונה להטעות השומר ולמרות שאנו מניחים שהשומר אילו ידע לא היה מסכים לקבל על עצמו אחריות דינר זהב, חייב השומר באחריות דינר כסף. למרות הטעות לא נפטר השומר כליל והוא מחויב על כל פנים באחריות שקיבל על עצמו.

כך עולה גם מברייתא המובאת במסכת בבא קמא²²:

"שאלו בחזקת תם ונמצא מועד - בעלים משלמים חצי נזק ושואל משלם חצי נזק".

21. רצא, ד.

22. מ, א.

הגמרא מעמידה דין זה במקרה שהשואל הכיר בשור שהוא נגחן אך לא ידע שהוא מועד ויהיה עליו לשלם נזק שלם מן העלייה על נגחתו. במקרה שהשואל לא ידע כלל שהשור נגחן הריהו פטור מכל וכל שכן יוכל לטעון שור שאלתי ולא אריה. כך פוסק גם הרמב"ם²³ :

"שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, אם ידע השואל שהוא נגחן - הבעלים משלמים חצי נזק... והשואל משלם חצי נזק, שאפילו היה תם כשעלה בדעתו, חצי נזק היה משלם שהרי ידע שהוא נגחן. ואם לא ידע השואל שהוא נגחן, אין השואל חייב כלום והבעלים משלמים נזק שלם".

למדנו שדווקא כאשר המפקיד פשע והעלים מידע מהותי באשר לרמת השמירה שהשומר צריך לקבל על עצמו נפטר השומר לגמרי. אך כאשר המפקיד מעלים רק את הקף האחריות נשאר השומר מחויב בהקף האחריות שקיבל על עצמו.

המהרי"ק²⁴ סבור שההבדל בין העלמת מידע באשר לרמת השמירה לבין העלמת מידע באשר להקף האחריות הוא בכך שבהטעיה ברמת השמירה יכול השומר לטעון אילו הייתי יודע ששור זה נגחן לא הייתי מקבל על עצמי את השמירה עליו. ממילא קבלת השמירה כולה בטעות יסודה והשומר פטור כליל מדיני השומרים. לדעתו אפילו יאבד השור - נזק שבא שלא בהשפעת ההטעיה אין השומר מחויב באחריות אחר שההסכם יסודו בטעות. רק אם השומר מזיק לפיקדון בידים יתחייב בתשלומי נזיקין כדין אדם אחר שאינו שומר שיזיק לפיקדון.

אך במקרה שההטעיה הייתה רק בנוגע להקף האחריות הרי בגבולות האחריות קבלת השמירה היא כתקנה. ההסכם מוגדר כהסכם בטעות רק במה שחורג מגבולות האחריות שאותם קיבל השומר על עצמו. לפיכך במסגרת גבולות האחריות מחויב השומר בהתאם למה שקיבל על עצמו.

אפשר שבמקרה שבו הקף האחריות הוא מהותי לגבי עצם קבלת השמירה תוגדר השמירה כטעות גם כאן²⁵.

23. נזקי ממון ד, ח.

24. שורש קנה.

25. אמנם תוספות בפרק הכונס כתבו שאף על פי שאילו הייתה יודעת שמדובר בדינר זהב לא הייתה מסכימה לקבל על עצמה את שמירתו בכל זאת מחוייבת באחריות דינר כסף. אך יתכן שכוונתם לחוסר נכונות לקבלת שמירה הנובע מהקף האחריות, והם יסכימו שבמקרה של חוסר נכונות לקבלת שמירה הנובע מכך שסבירות הסיכון לגניבה למשל גבוהה יותר בדינר זהב מאשר בדינר כסף ייפטר השומר לחלוטין מאחר שקבלת השמירה כולה היא בטעות.

4. הגדרת קבלת השמירה כטעות לאור עקרונות מיקח טעות במשפט העברי

כאמור הגדרות עסקה כטעות במשפט העברי מובאות בעיקרן בדיני מיקח וממכר. לאור עקרונות אלו יש לומר שכאשר השואל התכוון לשאול שור תם ונמצא נגחן הריהו בכלל המוכר לחברו מין ממני פרות ונתן לו מין אחר שאין כאן מכר²⁶. נקודה זו מדגישה הגמרא בביטוי "תורא שאילי אריא לא שאילי". דברי המהרי"ק אם כן בנקודה זו מדוקדקים.

אף הגר"א בביאורו²⁷ עומד על ההשוואה בין מיקח טעות לבין טעות בקבלת השמירה וזה לשונו:

"ואפילו קניין בטעות חוזר כמו שכתוב סוף פרק קמא דגיטין²⁸ וכל שכן קבלת השמירה כאן ואינו שומר. וראיה בבבא קמא²² - 'ולימא ליה תורא שאילי אריא לא שאילי', ולא משני (כלומר אין הגמרא עונה בשלב זה) 'דאמר ליה סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא בעית שלומי השתא נמי זיל שלם פלגא' כמו שכתוב אחר כך שם".

אולם ההבדל בין מקרה זה לבין המפקיד דינר זהב בתורת דינר כסף טעון ברור. שכן פשוט הדבר שמי שירצה לקנות חפץ של זהב ולבסוף יתברר שמדובר בכסף יוגדר הדבר מיקח טעות. מדוע אם כן לא נקיש גם לעניין שמירה שבמצב כזה תוגדר קבלת השמירה כולה כשמירה בטעות ויפטר השומר מכל וכל?

כאן אנו נדרשים להבדל בין הסכם מכר להסכם התחייבות או הסכם שמירה. במרכזו של הסכם המכר עומד הדבר הנמכר אם קרקע ואם מיטלטלין. לעומת זאת במרכזו של הסכם התחייבות לא עומד אובייקט מסוים אלא שווה כסף בלבד, שבו מכוח ההסכם המתחייב משועבד בהתאם לגבול האחריות שקיבל עליו.

הגדרת עסקה כטעות נעוצה בפער בין מה שנחשב בעיני הצדדים כמטרת העסקה לבין מה שהושג בפועל כתוצאה מן העסקה. אם בדיעבד מתברר שאחד הצדדים השיג תוצאה שונה ממה שאמור היה לקבל - העסקה בטלה. בהתאם לכך כותב המהרי"ק²⁹:

"אשר שאל ידידי על אודות ראובן שנתחייב מעות לשמעון ונשבע לפרעם בעיר פלוני אשר דר שם שמעון... היתחייב ראובן להוליך מעותיו לשמעון במקום אשר הוא עומד עתה... לעניות דעתי נראה

26. רמב"ם מכירה יז; שו"ע רלג, א.

27. רצא ס"ק יב.

28. יד, א.

29. שורש קיב.

שאם אותה העיר אשר עתה עומד שמעון בה...אם קרובה היא ממקום עמידת ראובן בראשונה נראה לעניות דעתי דראובן חייב ללכת שם לפרוע לשמעון... כי גם מעיקר הדין נראה לעניות דעתי שבכל תנאי שאדם מתנה עם חברו אין לומר הלך אחר לשון התנאי דווקא... אלא יתחייב המתנה אפילו בדבר שאינו יוצא מתוך לשון התנאי כלל רק שלא יקשה עליו יותר ממה שהתנה עם חברו".

כראיה לעקרון זה מביא המהרי"ק הלכה מדיני פועלים³⁰.
"השוכר את הפועל לעשות מלאכה כל היום ושלמה המלאכה בחצי היום, אם יש לו מלאכה אחרת כמותה או קלה ממנה עושה שאר היום".

ואין הפועל רשאי לטעון לעדור נשתעבדתי ולא לנכש מאחר שאין קפידא בדבר. עיקרון זה הובא עוד קודם למהרי"ק על ידי הרשב"א במסכת קידושין³¹. הרשב"א שם מקשה מדוע אין הגמרא מדמה את תנאי הקידושין - "התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש, של דבש ונמצא של יין, התקדשי לי בדינר זה של כסף ונמצא של זהב, של זהב ונמצא של כסף" - לדין המוכר מין אחד ונמצא מין אחר ששניהם יכולים לחזור בהם כדין מיקח טעות³². תירוצו הוא:

"איכא למימר דלגבי קידושין שאינה מחזרת להתקדש במין ידוע אלא שהוא אומר לה התקדשי לי בכך, אין קפידתה אלא בתועלת הדבר והנאתו".

רוצה לומר הגדרת עסקה כעסקה בטעות נובעת מכך שאחד הצדדים טעה והתכוון לעסקה אחרת דווקא ועל כן הוא מקפיד על השינוי. אך אם למרות השינוי בעסקה העסקה עדיין עונה על כוונת הצדדים אין זו עסקה בטעות.

כדברי הרשב"א פסק הבית שמואל³³ והראה מקום³⁴ לדברי המגיד משנה³⁵ שגם הוא מודה לעיקרון זה, אם כי לדעתו אדם המתנה תנאי מפורש כגון על מנת שאני עשיר, אנו מניחים שיש קפידא בדבר.

אמנם הר"ן³⁶ ורבינו ירוחם³⁷ חולקים וסוברים שאף כאשר אין קפידא בקיום התנאי כצורתו כל שלא התקיים התנאי אינה מקודשת לדעת תנא קמא במשנה.

30. מימרא של רבא, ב"מ עז, א. הובאה ברמב"ם שכירות טז; בשו"ע שלה א.

31. מח, ב, ד"ה ולית.

32. ב"ב פג, ב.

33. אה"ע לח ס"ק מד.

34. במהדורא קמא שם.

35. אישות ז, ג.

מכל מקום גם לדבריהם אין הקידושין בטלים אלא במקום שישנו תנאי מפורש. אך האומר התקדשי לי בדינר ונמצאו שני דינרים, אף לשיטה זו הריהי מקודשת³⁸.

דין המפקיד דינר זהב ואמר של כסף הוא דומה מבחינה זו של הקפדה, לאומר התקדשי לי בדינר ונמצאו שני דינרים. לשומר לא יכולה להיות כל קפידא בדבר. אדרבה, הרווח כולו שלו, מאחר שאם יתחייב לשלם די יהיה בתשלום דינר כסף. לפיכך הסכם השמירה במקרה כזה אינו מוגדר הסכם בטעות³⁹. לעומת זאת כאשר מדובר בהטעיה ברמת השמירה הנדרשת או ברמת הסיכון שיוצרת קבלת השמירה ברור שישנה הקפדה על כך מצד השומר, ולכן יוגדר הסכם השמירה כהסכם בטעות.

5. הגורמים להגדרת הסכם ביטוח כהסכם בטעות

כללי

מסתבר כי החלוקה הקיימת בדיני השומרים, בין טעות בהקף האחריות לבין טעות ברמת השמירה הנדרשת תתקיים גם בהסכם ביטוח. לאור זאת נצטרך לחלק בין עניינים מהותיים הקשורים בהקף החבות ואינם מגדירים את ההסכם כהסכם בטעות לבין עניינים מהותיים הקשורים ברמת הסיכון והסבירות שיקרה מקרה הביטוח. טעות באלו האחרונים תגדיר את ההסכם כולו כהסכם בטעות.

אכן לכאורה קיים הבדל בין הסכם השמירה המוגדר כהסכם בטעות מתוך הטענה "שור שאלתי, אריה לא שאלתי", לבין הסכם ביטוח שנעשה על בסיס טעות ברמת הסיכון. שכן בהסכם השמירה אילו ידע השומר שמדובר בשור נגחן כלל לא היה מקבל עליו את שמירתו. לכן קבלת השמירה כולה בטעות יסודה. לעומת זאת אילו הייתה חברת הביטוח מודעת לרמת הסיכון שמהווה עבורה המבוטח, לא הייתה נסוגה כליל מן ההסכם, אלא הייתה מעלה את תעריף דמי הביטוח. לאור זאת יש לומר כי רק במקרה שבו חברת הביטוח תטען שבשום אופן לא הייתה מסכימה לבטח את המבוטח הנידון אילו הייתה מודעת למצב האמיתי, והטענה תהיה סבירה יוגדר ההסכם כהסכם בטעות. כך אכן קובע חוק חוזה הביטוח סעיף 7 (ג).

36. קידושין ס, ב, סוד"ה ע"מ שיש לי.

37. נכ"ב ח"ד בשם הרמ"ה.

38. ב"ש שם ס"ק מה.

39. אמנם, כאמור, קיימת אפשרות שכתוצאה מהגדלת הקף האחריות תיווצר הגדלה דומה ברמת הסיכון. לדוגמא נפקד שהיה סבור שהוא שומר על שק של חול ולבסוף התברר שבשק היו יהלומים כאשר עצם מציאות יהלומים בביתו יוצרת סיכון של גניבה או אפילו סיכון של נזק גופני לשומר.

אי גילוי מרכיבי סיכון שגרר תעריף ביטוח מוזל

בכדי לבדוק אם יש בחילוק זה ממש ננסה להשוות את המצב שבו כתוצאה מאי גילוי שילם המבוטח מחיר מוזל מהמחיר שאותו היה נדרש לשלם אילו ידעה החברה את המצב לאמיתו לדין המקביל במשפט העברי. במבט ראשוני נראה שזהו דין המשנה⁴⁰.

”מכר לו חיטין יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו”.

אף כאן המבוטח היציג את עצמו כמבוטח ”טוב” ונמצא מבוטח ”רע”, ולכן חברת הביטוח תוכל לחזור בה.

אך לא כך הם פני הדברים. שכן במוכר חיטים כוונת הלוקח הייתה לקנות דווקא חיטים יפות ומבחינתו חיטים רעות אינן מה שרצה. לעומת זאת בהסכם ביטוח מלכתחילה מוכנה חברת הביטוח לבטח גם לקוחות רעים אך היא מוכנה לעשות זאת על פי תעריף מתאים.

מסיבה זו עצמה לא ניתן לראות את הסיכונים שהוסתרו כמום המבטל את ההסכם, שכן מבחינת חברת הביטוח הללו אינם מוגדרים כלל מום המבטל את המיקח, אלא רק מרכיב הדורש תשלום נוסף. לכן מדובר כאן בטעות **בשווי** העסקה. האפשרויות להגדרתה יכולות להיות:

א. אונאה כשיעור החסר מן התשלום שהיה המבטח דורש אילו ידע את המצב לאמיתו.

ב. מיקח טעות כתוצאה מטעות בדבר שבמידה במשקל ובמניין, בהתאם להלכה האומרת⁴¹.

”המוכר לחברו במידה במשקל או במניין וטעה בכלשהו חוזר לעולם... כיצד, מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצא מאה ואחת או תשעים ותשע נקנה המיקח ומחזיר הטעות ואפילו לאחר כמה שנים. וכן אם נמצא המעות חסר או יתר מהמניין שפסקו חוזר”.

בפועל כל עניין הנחשב מהותי בעיני חברת הביטוח משוקלל על ידה ובהתאם לכך נקבע התעריף שאותו דורשת החברה כדמי הביטוח. כך עולה גם מסעיפים 17, 20 לחוק חוזה הביטוח. לכן רשאי המבטח לחזור לעולם. אולם על פי הלכה זו רשאי המוטעה לחזור דווקא כאשר לא השלים שכנגדו את החסר. במקרה וניתן להשלים את החסר הרי נפסקה ההלכה - ”נקנה המיקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר

40. ב”ב פג, ב; רמב”ם מכירה יז, א; שו”ע רלב, א.

41. רמב”ם מכירה טו, א-ב; שו”ע רלב, א.

כמה שנים". כך גם יהיה לכאורה בחוזה ביטוח. חברת הביטוח לא תוכל לבטל את ההסכם עם המבוטח במקרה שהמבוטח ירצה לשלם את יתרת דמי הביטוח.

למרות הנאמר עד עתה נראה כי חברת הביטוח תהיה רשאית לבטל את החוזה, אף אם ירצה המבוטח להשלים את דמי הביטוח, מטעם מיקח טעות. הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם⁴² כותב:

"פעמים שאין המיקח נקנה... כגון שהיה תופס לפניו שק של אגוזים ואמר לו הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזים בדינר ונטלו והלך לו ומדדו ולא מצא מידתו הרי זה חוזר, ואף על פי שרצה זה להשלים. אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו אלא שיעור מידה ואמר לו הנה לך סאה של אגוזים בדינר ונטל השק ומדד ולא מצא כמו מידתו הרי זה קנה וישלים שהרי זה מכיר שלא היה בו סאה ועל דעת השלמה נטל, ושורש דבר זה בקידושין".

מקור דברי הראב"ד כדבריו עצמו הוא במסכת קידושין⁴³, בדין המקדש אישה במנה זה ונמצא חסר דינר אינה מקודשת⁴⁴. לדעת המגיד משנה⁴² הרמב"ם אינו סובר כדברי הראב"ד מפני שלדעתו אין קידושין דומים למיקח וממכר, אם מאחר ובקידושין ישנה הקפדה יתירה מצד האישה אף על דברים שאינם מעכבים במיקח וממכר, ואם מאחר שלדעת הרמב"ם יש לחלק בין חסרון בתשלום לבין חסרון בכמות הסחורה.

רבי יוסף קארו בחיבוריו כסף משנה⁴² ובית יוסף⁴⁵ אינו מקבל את דעת המגיד משנה. לדעתו הראב"ד השמיע כאן דין חדש שיש להניח שגם הרמב"ם יקבל אותו. לדעתו הסכימו גם הדרכי משה והב"ח⁴⁵, וכך כתב גם הסמ"ע⁴⁶.

הראב"ד דורש שני תנאים כדי שהמיקח יהיה בטל מבלי שיוכל המוכר או הלוקח להשלים את חלקם בעסקה:

א. שהלוקח לא ידע מן החיסרון ולא קנה על דעת השלמה.

ב. שהמוכר מכר שק זה, כלומר השק נמכר בתור יחידה אחת ולא בתור מידה למרות שמי שירצה יוכל גם למדוד את תכולתו.

42. מכירה טו א-ב.

43. ח, א.

44. רמב"ם אישות ז, יז; שו"ע אה"ע כט, ז.

45. רלב, ג.

46. שם ס"ק ד.

כאשר מתקיימים שני התנאים סובר הראב"ד שכל טעות בדבר שבמידה ובמשקל ובמניין הופכת את הסחורה לדבר אחר והרי זה כמי שהתכוון לקנות חיטים ונמצאו שעורים. כך סובר גם הרמ"ה בספרו יד רמה⁴⁷. המאירי במסכת קידושין⁴⁸ אף הוא סבור כדעת הראב"ד. הוא הרחיב בהסבר שיטה זו וכך הוא כותב:

"בודאי אם מכר לו עשרה טלאים ומנה לו תשעה וטעה וקרא לתשיעי עשירי, או חמישים סאין ומדד לו ארבעים ותשע וסבור שחמישים מדד והרגיש במניינו ודאי ישרים... אבל זו שאנו אומרים שכל שבמידה שבמשקל ושבמניין אפילו בכלשהו חוזר פירוש שמכר לו שדה פלונית בחזקת שהוא בן מאה אמה ונמצא שאין בו אלא תשעים ותשע וודאי אין כאן תשלומין (דין השלמה) שלא לקחו אלא בחזקת כך. וכן מיטלטלין שמכר לו יריעה בחזקת שהיא בת חמש אמות. וכן במשקל שמכר לו סל מלא פרות בחזקת שיש בו אלף זוג וכן כל כיוצא בזה".

הדברים יהיו נכונים גם לגבי עסקת ביטוח, לשיטתם של ראשונים אלו, אם המבטח הנפיק פוליסה עבור מבוטח שהוא בחזקת מי שמהווה סיכון נמוך, ונמצא שאין הדבר נכון. לדוגמא: נהג הסתיר את העובדה שהוא מועד לתאונות ובממוצע אחת לשנתיים הוא יוצר נזק ברכב המבוטח. על פי הנתונים שמסר לחברת הביטוח בוטח רכבו בהתאם לגבול האחריות המקובל בחברה ולכן הוא בעצם מקבל מן החברה תמורה שהיא אמור לשלם עבורה דמי ביטוח גבוהים יותר המתאימים למי שמועד לתאונות. למרות שהמבטח מוכן היה לבצע גם עסקה אחרת עם מבוטח הנמצא בקבוצת סיכון גבוהה יותר, הרי עסקה זאת שנעשתה יסודה בטעות ולא התקיימה כוונת המבטח. לעומת זאת אם אותה טעות נעשתה מתוך שגיאה בחישוב הפרטים המהותיים המהווים גורמי סיכון, למשל אם החברה קבעה את התעריף כאילו ישנם חמישה גורמי סיכון כאשר על פי מה שהיה ידוע לה היו שבעה גורמי סיכון, זוהי טעות הניתנת להשלמה.

כאמור הבית יוסף וסיעתו סבורים שאף הרמב"ם יודה בדין זה לראב"ד וסיעתו. ברם המאירי עצמו כתב שגאוני ספרד חלוקים עליו בדין זה, וכפי שסובר גם המגיד משנה. מסתבר אפוא שכל עוד חברת הביטוח מוחזקת היא תהיה רשאית לטעון קים לי כשיטת הראב"ד וסיעתו ולבטל את החוזה מכל וכל.

47. ב"ב צ, א.

48. מב, ב ד"ה אף זה.

אי השפעה של העלמת פרט מהותי

בסעיף 8 לחוק חוזה הביטוח נאמר כי המבטח אינו זכאי לתרופות הנ"ל - ביטול מלא או חלקי של פוליסת הביטוח - במקרה שלהטעה לא הייתה השפעה על מקרה הביטוח, על חבות המבטח או על הקף החבות.

מטעם זה אין חוזה הביטוח מתבטל למפרע, אלא רק בשעת ביטולו על ידי המבטח, שכן עד אז יהיה המבטח זכאי לשיפוי בגין מקרי ביטוח שלא יהיו מושפעים מאי הגילוי.

אף במשפט התורה טעות שאינה משפיעה על תוצאות העסקה אינה מגדירה את העסקה כעסקה בטעות. דבר זה למדנו מתשובת הרא"ש⁴⁹ שנשאל על ראובן שמכר לשמעון התגר שמן בחזקת שהוא טוב ונמצא עכור⁵⁰ והשיב הרא"ש: "ואפילו אם שמעון יכול למכור בלא הפסד, זבון וזבין תגרא אקרי. אם היה טוב היה מרוויח בו. ועתה שאינו מרוויח בו זהו הפסד התגר. וגם למה יעכבנו לרמות בו העולם".

משמע אילו יכול היה הקונה להרוויח בשמן זה כמנהג התגרים לא היה המיקח נחשב למיקח טעות, למרות שהשמן עכור ופגום. כך כתב בשו"ת קול אליהו⁵¹ לגבי מי שקנה בד ונמצא בו שעטנז, שאין דינו כמוכר בהמה ונמצאת טרפה, שכתבו הרמב"ם⁵² והשולחן ערוך⁵³ שהוא מיקח טעות. שכן הדבר ידוע שניתן למכור שעטנז לגויים מבלי להזיל את מחיר הבד.

כך לכאורה אמור להיות הדין גם בהסכם שמירה או בהסכם ביטוח. טעות שאינה משפיעה על המחויבות באחריות לא תגדיר את העסקה כעסקה בטעות. ברם ישנו הבדל בעניין זה בין אי השפעת הטעות במקרה המופיע בתשובת הרא"ש לבין מצב של אי השפעה בעסקת שמירה או בעסקת ביטוח. הרא"ש עוסק במצב שבו לטעות לחלוטין אין השפעה על תוצאות העסקה. לעומת זאת בהסכם שמירה או הסכם מכר יתכן מצב שבו עקרונית תתכן השפעה של הטעות על תוצאות העסקה אולם בדיעבד אחר שהתברר מהו מקרה הביטוח או מהו מקרה הנזק בעסקת השמירה התברר שאכן לטעות לא הייתה השפעה על כך. האם גם מצב כזה מוגדר כאי השפעת הטעות על העסקה? מדברי הרא"ש והקול אליהו אין אנו מקבלים תשובה לדבר.

49. כלל קב, סימן ז.

50. תשובה זו הובאה בשו"ע רלב, יז, אך הציטוט שלפנינו אינו מובא שם.

51. חו"מ כא.

52. מכירה טו, ו.

53. רלב, יא.

בנושא זה נחלקו המהרי"ק ור' אפרים נבון - בעל המחנה אפרים. השאלה שנשאל המהרי"ק⁵⁴ הייתה בשמעון שקיבל ספרים מראובן בכדי למכרם, על סמך דבריו של ראובן שאין משלמים מכס עבור הספרים, אמירה שהתבררה בדיעבד כשגויה. השיב על כך המהרי"ק:

"ולא מבעיא שנפטר שמעון מכל ההוצאות והגלגולים שנתגלגלו
מחמת חיוב המכס בדיניהם, דודאי שמעון לא הכניס עצמו בחיוב
שמירה ואחריות גדולה כזו... אלא אפילו מהוצאות שנתגלגלו **שלא**
מחמת חיוב המכס נפטר שמעון כיוון שבטעות הייתה קבלת השמירה
על שמעון".

לדעת המהרי"ק ישנו הבדל בין מצב שבו אין לטעות כל השפעה על תוצאות העסקה ולכן אין סיבה להגדיר את העסקה כטעות, לבין מצב שבו יש לטעות השפעה חלקית על תוצאות העסקה. במצב כזה מוגדרת העסקה כולה כעסקה בטעות מחמת ההשפעה החלקית של הטעות. ממילא אנו רואים את העסקה כולה כבטלה ולכן בטלים גם צדדי העסקה שעליהם לא השפיעה הטעות. כך במשאל שור לחברו ונמצא נגחן. מאחר שחובת השמירה פקעה עקב העובדה שמעולם לא התכוון השואל לשמור שור נגחן שלא יזיק, ממילא גם לעניין גניבה ואבדה פטור השואל מדיני השמירה. כדעת המהרי"ק סבור גם הגר"א⁵⁵.

הנחת היסוד של המהרי"ק וסיעתו היא שיש לראות את הסכם קבלת השמירה כהסכם אחד ולכן אם מתברר שקבלת השמירה מבוססת על טעות מסיבה כלשהי, ההסכם כולו בטל כמקשה אחת. ברם ניתן לראות את ההסכם כשורה של תת הסכמים שיש להתייחס לכל אחד מהם כשהוא לעצמו. כך הבין בעל המחנה אפרים⁵⁶. לדעתו מה שאמרו⁵⁷: "ולימא ליה תורא שאילי אריא לא שאילי" הוא רק לעניין פטור השומר מלשמור על השור **שלא יזיק**. אך אין הדבר פוטר את השומר מקבלת השמירה בכללה. התחייבותו לשמור על השור **שלא יזיק** בעינה עומדת מאחר שבכך התחייב השומר לא מתוך טעות. כך סבור גם בעל שער משפט⁵⁸, שהביא ראיה לשיטה זו מדינו של רבא בפרק הכונס⁵⁹ וזה לשונו:

"ותדע דהא חזינן דבנותן לו דינר זהב ואמר לו של כסף משלם של
כסף ולא של זהב, משום דיכול לומר נטירותא דדהבא לא קבילת עלי.

54. שורש קנה, ופסקה הרמ"א סימן רצא סע' ד.

55. רצא ס"ק יב.

56. שומרים יג.

57. מ, א.

58. רצא ס"ק א.

59. ב"ק סב, א.

ואם כן נימא כיוון שקבלת השמירה הייתה בטעות, אף של כסף לא יתחייב...

אלא ודאי כל היכא שאין לתלות שההיזק בא מחמת טעות קבלת השמירה עליו חייב על כל פנים בשמירה שקיבל עליו, דהיינו של כסף. והכא נמי חייב על כל פנים במה שפשע בשמירת החפץ".

לשיטה זו אין הבדל בין טעות בהקף האחריות לבין טעות במרכיבי הסיכון או ברמת השמירה הדרושה. בכל מקרה הטעות תפטור את השומר אך ורק מן ההשלכות הישירות שיש לה. זאת מאחר שהסכם השמירה נתפס כשורה של הסכמים נפרדים בעלי השלכות שונות ולא כמקשה אחת.

על פי תפיסה זו ברור שגם בהסכם ביטוח כאשר לאי הגילוי לא הייתה השפעה כלשהי על מקרה הביטוח לא תיפטר חברת הביטוח מחבותה בטענה שההסכם נחתם בטעות.

6. מועד פקיעת החוזה

חוק חוזה הביטוח עוסק במועדים שונים של תחולת ביטול החוזה.

א. בסעיף 7-ב מדובר על כך שהמבטח מבטל את החוזה כתוצאה מאי גילוי ולפיכך זכאי המבוטח להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר הביטול.

ב. סעיף 7-ג עוסק במצב שבו קרה כבר מקרה הביטוח לפני שנתבטל החוזה. במצב כזה אם מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אף בדמי ביטוח מרובים יותר אילו ידע את המצב לאמיתו, מועד ביטול החוזה הוא זמן קצר ככל האפשר בטרם קרות מקרה הביטוח. לכן זכאי המבוטח להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר קרות מקרה הביטוח.

ג. בסעיף 10 נאמר: ביטל אחד הצדדים את החוזה על פי תנאיו או על פי חוק זה מתבטל החוזה כעבור חמישה עשר ימים מהיום שבו נמסרה הודעת הביטול לצד השני.

ד. סעיף 16 לחוק עוסק במצב שבו נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי אחר כריתת החוזה. במצב כזה קובע החוק מתבטל החוזה מאליו והמבוטח זכאי להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר הביטול.

ה. סעיף 18 בחוק עוסק במצב שבו הוחמר הסיכון של חברת הביטוח. מצב כזה שווה בעיני החוק למצב של אי גילוי סיכון שהיה קיים מתחילה כבסעיפים 7-ב - 7-ג.

בכל המקרים המובאים בחוק אין רואים את החוזה כבטל למפרע משעת כריתתו, אלא ממועד כלשהו בתוך תקופת הביטוח. כבר הזכרנו שבמשפט העברי כאשר העסקה מוגדרת עסקה בטלה למפרע משעת כריתתה. כפיפות ההסכם לחוק חוזה הביטוח בעניין זה טעונה התניה מפורשת ואף בזו הדבר צריך תלמוד.

הרמב"ם⁶⁰ והמחבר בשולחן ערוך⁶¹ פסקו :

"כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח או עד שיאמר לו כל מום שימצא במיקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו כמו המפרש האונאה".

כלומר כשם שאין אדם רשאי להתנות "על מנת שאין לך עלי אונאה"⁶² כך אינו רשאי להתנות "על מנת שאין לך עלי מיקח טעות". אף נושא עיתוי ביטול חוזה הוא מעין תנאי "על מנת שאין לך עלי מיקח טעות", לגבי התקופה שעד ביטול החוזה בפועל. מאחר שמלכתחילה לא ברור באיזה שלב במשך תקופת השכירות יתברר לחברת הביטוח שמדובר במצג שווא ובחווזה בטעות הרי שבהסכמתה לכך שהחוזה יבוטל רק משעה שנודע על מצג השווא היא מוחלת כאן על תגמולי הביטוח שתצטרך לשלם במקרה ביטוח שיקרה קודם לתקופת הביטוח, ואשר למצג השווא לא הייתה השפעה עליו⁶³. לכאורה לאור דברי הרמב"ם והמחבר מחילה זו אינה תקפה⁶⁴. אכן נראה שניתן לכלול הסכמה לעיתוי ביטול החוזה בכלל מה שכתבו הרמב"ם והמחבר - "עד שיאמר לו כל מום שימצא במיקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו". גם כאן חברת הביטוח מוחלת כל מצג שווא למשך התקופה שבה מצג השווא לא התגלה ובגובה גבול האחריות של הפוליסה.

60. מכירה טו, ו.

61. רלב, ז.

62. ב"מ נא, ב; רמב"ם מכירה יג, ד; שו"ע רכז, כא.

63. דיון זה הוא לשיטת המהרי"ק שטעות באחד ממרכיבי העסקה הופכת את העסקה כולה למקח טעות. לשיטת בעל המחנה אפרים כאשר אין לטעות השפעה על מקרה הביטוח ממילא אין התחייבותה של חברת הביטוח לשלם תגמולי ביטוח עבורו מוגדרת טעות, ואין צורך במחילה בכדי שהחברה תשאר מחוייבת לתשלום תגמולי הביטוח.

64. יש להעיר שהטור סימן רלב, ז כתב על דברי הרמב"ם הנ"ל שהוא הולך לשיטתו שאין אדם יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב, ואף כאן אינו יכול למחול על דבר שאינו קצוב. ברם הב"י בספרו בדק הבית והמגיד משנה על הרמב"ם פרשו את דברי הרמב"ם כמו שכתבנו למעלה. ועיין עוד בפתחי תשובה רלב ס"ק ד, אשר הביא את דיוני האחרונים במחלוקת הטור והרמב"ם בעניין זה.

הצד השווה למשפט העברי ולחוק החוזים

למרות השוני בהגדרת מיקח טעות בין המשפט העברי לחוק החוזים הרי שלגבי הנושא העיקרי שלעיתוי הביטול ישנה השפעה עליו - תשלום דמי הביטוח על ידי המבוטח עבור התקופה שעד ביטול החוזה בפועל - אפשר שהחוק מתיישב עם המשפט העברי. על פי החוק המבוטח משלם עבור התקופה שטרם הביטול מפני שהמבוטח נתפס בעיני החוק כמי שקיבל תמורה חלקית לדמי הביטוח ששילם. כך קובע סעיף 21 לחוק החוזים תשל"ג:

"משובטל החוזה חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויו של מה שקיבל".

אף בחוזה ביטוח, בתקופה שקודם ביטול החוזה התחייבות חברת הביטוח לשפות את המבוטח הייתה תקפה בכל המצבים שבהם לא הייתה לעילת הביטול השפעה על מקרה הביטוח.

במשפט העברי אנו מוצאים עקרונות דומים לגבי תוצאות ביטול חוזה לאחר שאחד הצדדים קיבל דבר מה כתוצאה מן החוזה⁶⁵. בגמרא⁶⁶ מובאת ברייתא:
"כל החוזר בו כיצד, הרי שמכר שדה לחברו באלף זוז ונתן לו מעות מהן מאתים זוז, בזמן שהמוכר חוזר בו יד לוקח על העליונה, רצה אומר לו תן לי מעותיי או תן לי קרקע כנגד מעותיי. מהיכן מגביהו - מן העידית. ובזמן שלוקח חוזר בו יד מוכר על העליונה, רצה אומר לו הילך מעותיך, רצה אומר לו הילך קרקע כנגד מעותיך. מהיכן מגביהו - מן הזיבורית".

ברייתא זו עם מה שמובא עליה בגמרא נפסקה להלכה ברמב"ם⁶⁷ ובשולחן ערוך⁶⁸. בנתיבות המשפט⁶⁹ מביא את דברי הרי"ף בתשובה⁷⁰:

"אמנם אם שום אחד מהם אינו רוצה לחזור בו והמוכר קיבל מקצת מעות והא דוחק לקבל השאר והקונה אומר אני רוצה שימתין לי בשאר המעות עד שיזדמן לי לא נגמר המיקח לקונה לא בכולה ולא במקצתה".

65. עיין ש. ורהפטיג, "דיני חוזים" פרק יז.

66. ב"מ עז, ב.

67. מכירה ח, א.

68. קצ, י.

69. שם ס"ק ז.

70. הובאה בשטמ"ק ב"מ עז, ב.

בעל נתיבות המשפט שם הסכים לכך והוסיף שבמצב כזה אנו רואים את ההסכם כמופר ואפילו אין המוכר מחזר אחר מעותיו בטל המיקח מכל וכל. הרי לנו שבכל הסכם שבוטל אין אומרים שיתקיים בחלקו, אלא צריך כל צד להשיב את מה שקיבל כתוצאה מן ההסכם לחברו.

אמנם, יש לדון מה קורה במצב שבו לא ניתן להשיב את מה שנתקבל כתוצאה מן החוזה. מצב כזה יכול להיווצר בהסכם שכירות שנקבע לזמן ארוך והופר באמצע. אף שמלכתחילה לא היה השוכר מעוניין לשכור לזמן קצר ומבחינתו מדובר במיקח טעות, מכל מקום נהנה השוכר מכך שהשתמש במושכר במשך זמן מסוים ואין באפשרותו להשיב למשכיר את הנאת השכירות. במקרה כזה פוסק הטור⁷¹ :

"נפל הבית לאחר שהשכירו, אם אמר לו בית זה אני משכיר לך, אינו חייב לבנות (שכן שעבד לו בית זה בלבד וכיוון שנפל פקע שעבודו)⁷², אלא מחשב עמו מה שנשתמש בו ומחזיר לו (המשכיר) המותר. וכן אם לא פרעו עדיין צריך ליתן לו כל מה שנשתמש בו".

מכאן ניתן ללמוד את העיקרון המופיע בחוק, שכאשר לא ניתן להשיב את מה שנתקבל כתוצאה מהחוזה, אף אם החוזה בוטל צריך המקבל לשלם את התמורה למה שקיבל⁷³.

71. חו"מ שיב, טז.

72. ב"מ קג, א.

73. הרשד"ם (חו"מ סימן קמז) מחיל עיקרון זה גם על הסכם מכר. כאשר מתברר שהמיקח היה בטעות אולם הקונה אינו מסוגל להחזיר את מה שקיבל מאחר שכבר נעשה בו שימוש, חייב הוא לשלם את תמורתו, גודל התמורה שתשולם במקרה כזה נקבע על פי ההנאה שהפיק ממנה הקונה. עיין בהרחבה בנושא זה : ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 376.

ביטוחי חבויות - אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי

הקדמה

להלן דוגמת ביטוח אחריות כלפי צד שלישי בשל נזקי רכוש¹ מתוך פוליסה לביטוח רכב:

1.1. מקרה הביטוח:

חבות המבטוח בשל נזק שייגרם לרכוש של צד שלישי כתוצאה משימוש ברכב המבטוח בתקופת הביטוח.

1.2. גבולות הפיצוי:

א. החברה תשלם בשם המבטוח את כל הסכומים שהמבטוח יהיה חייב לשלם בשל מקרה הביטוח עד לגבול האחריות הנקוב ברשימה לגבי נזקי רכוש של צד שלישי.

ב. החברה תישא גם בהוצאות משפט סבירות שעל המבטוח לשאת בשל מקרה הביטוח וזאת אף מעל לגבול האחריות.

ג. על אף הרשום לעיל, אם נגרם מקרה הביטוח בזדון פטורה החברה מחבותה.

1.3. טיפול בתביעות צד שלישי:

א. החברה רשאית ליטול על עצמה או לנהל בשם המבטוח את ההגנה או את היישוב של כל תביעה וגם להתפשר בשמו של המבטוח בכל תביעה. לחברה יהיה שיקול דעת מלא בניהול כל הליכים משפטיים או ביישוב כל תביעה. המבטוח יושיט לחברה, לפי בקשתה, עזרה הנחוצה לחברה לצורך זה.

ב. במקרה של תביעה או תביעות נגד המבטוח הנובעות ממקרה ביטוח אחד או מסדרת מקרים שאפשר ליחסם למקור אחד או לסיבה אחת והמכוסים לפי פסקה זו, תהא החברה רשאית לשלם למבטוח את מלוא גבול האחריות, **ולאחר תשלום כזה תהא החברה פטורה מניהול התביעה או התביעות האמורות ולא תחול על החברה שום אחריות נוספת בקשר לכך² חוץ מהוצאות משפט שקבע בית משפט או הוצאות סבירות שהוצאו בקשר לתביעות האמורות.**

1. לא הועתקו הסעיפים שאינם רלוונטיים.

2. ההדגשה במקור.

פוליסה זו לדעתנו היא במידה רבה דו-משמעית. מכותרתה משתמע שהחברה רואה את עצמה אחראית כלפי צד שלישי, רוצה לומר הניזק, ולא כלפי המבוטח. בהתאם לכך תהיה כוונת פסקה 2 סעיף א - "החברה תשלם בשם המבוטח" - למנוע תביעה כפולה על ידי הניזק - מן המבוטח ומן החברה כאחד. לעומת זאת מסעיף ב בפסקה מס' 3 עולה בבירור שכוונת החברה להיות אחראית כלפי המבוטח ולא כלפי הניזק, שהרי לאחר תשלום למבוטח עד גבולות האחריות תהיה החברה פטורה מאחריות נוספת.

לפיכך הדיון שיובא להלן יתייחס להסכם ביטוח חבויות על פי שני הפירושים - הן כהתחייבות כלפי המבוטח והן כהתחייבות כלפי הצד השלישי מתוך ההנחה ששני הפירושים ניתנים להיאמר בפירוש הנוסח הנ"ל. מובן שתהיינה השלכות הלכתיות לפרשנויות השונות ואלו ידונו להלן. נדון תחילה בתפיסת ההסכם כהתחייבות **כלפי הניזק**.

1. תפיסת הפוליסה כערבות לניזק

כללי

כותרת הפסקה הנ"ל היא: **ביטוח אחריות כלפי צד שלישי בשל נזקי רכוש**. לכאורה משמעותה היא שהחברה מתחייבת כלפי צד שלישי בשל נזק שיגרום לו המבוטח. במצב כזה מעמד החברה הוא מעמד של **ערב**. אף הערב מתחייב כלפי המלווה בלבד, "בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה"³. כלומר בתמורה להנאה שמקבל הערב בכך שעל סמך נאמנותו מסכים המלווה להוציא את כספו בהלוואה, משתעבד הערב. כך לכאורה מגדיר הנתבות את מעמד החברה כפי שיבואר.

הרא"ש בתשובה⁴ כותב:

"וששאלת ראובן ששכר נער משמעון ואמר לו שמעון לסמוך עליו שישלם לו כל מה שיפסיד הנער בביתו יען כי היה לו משל הנער תחת ידו ולא היה קניין בדבר אלא בדברים בעלמא האם יכול ראובן ליטול משמעון בהיתר גמור דמי הפסדו?

תשובה: שכירות הוא, וכל תנאי שכירות אין צריך קניין".

רוצה לומר כיוון ששכר את הנער משמעון, כל תנאי שעשה עם שמעון לגבי שכירות זו אינו צריך קניין⁵.

3. ב"ב קעג, ב.

4. כלל א סימן ה.

בשולחן ערוך⁶ השתבשה השאלה והנוסח הובא בצורה שונה:
"ראובן שכר נער לשמשו, ואמר לו שמעון לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו - אף על פי שלא היה קניין בדבר חיוב, כי כל תנאי שכירות אינו צריך קניין".

על פי לשון השולחן ערוך הנער נשכר בעצמו ולא משמעון. לכן הקשה בספר נתיבות המשפט⁷:

"לא ידענא מאי תנאי שכירות שייך גבי שמעון, דהוא אינו לא שוכר ולא משכיר. לכן נראה דהוא התחייב עצמו להיות ערב בעד הנער. על כן כל מה שהפסיד חייב מטעם דהוי כערב בשעת מתן מעות כיוון דנתערב בשעה ששכרו לשמשו, ותנאי שכירות (שעשה ראובן עם הנער) אין צריך קניין ונתחייב השכיר. וכיוון דאדעתא דהכי קיבלו והכניסו לביתו והוי כערב בשעת מתן מעות".

לכאורה נראה שמעמד חברת הביטוח בביטוח צד שלישי הוא כמעמד שמעון שקיבל על עצמו לשלם לראובן עבור נזקים שיזיק הנער ששכר⁸. ברם תפיסה כזו של מעמד החברה בביטוח צד שלישי בעייתית. שלא כמו בתשובת הרא"ש שבה ראובן ושמעון לפנינו כך שאין כל מניעה שראובן יתחייב כלפי שמעון, בביטוח צד שלישי הניזק עדיין אינו קיים. לכן החברה מתחייבת כלפי מי שלא בא עדיין לעולם. לדעת רוב האחרונים התחייבות כזו היא חסרת תוקף כפי שיבואר.

התחייבות כלפי מי שלא בא לעולם

במסכת בבא בתרא⁹ מובאת מחלוקת אמוראים לגבי המקנה למי שלא בא לעולם:
"דאמר רב נחמן המזכה לעובר לא קנה. לכשתלד - קנה. ורב הונא אמר אף לכשתלד לא קנה. ורב ששת אמר אחד זה ואחד זה קנה..."

ומסקנת הגמרא שם:

"והלכתא ככל הני לשני (שהובאו שם בגמרא) דאמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן המזכה לעובר לא

5. קצות החושן שטו ס"ק ב.

6. שטו, ד.

7. שם ס"ק ב.

8. העובדה שהמבוטח משלם לערב אינה משנה באשר לשאלה כלפי מי ההתחייבות כמבואר בתשובת הרא"ש כלל סד סימן ג וברמ"א סימן קכט, כב.

9. קמב, א.

פרק שמיני : ביטוחי חבויות - אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי

קנה. ואם תאמר משנתנו¹⁰ הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו¹¹. אמר ליה שמואל לרב חנא בגדתאה פוק אייתי לי בי עשרה ואימר לך באפייהו המזכה לעובר קנה. והלכתא המזכה לעובר לא קנה¹².

כך פסק הרמב"ם בהלכות מכירה¹² :
"כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אינו מקנה למי שלא בא לעולם..."

וכך פסק גם הרי"ף שם. אמנם הרא"ש¹³ פסק כדעת שמואל, שהמזכה לעובר לכשתלד קנה, כדעת רב נחמן, שהרי קיימא לך כרב נחמן בדיני. כך פסק גם הטור¹⁴. השולחן ערוך¹⁵ פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם :
"אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם. לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה. ואפילו אמר לכשיולד יזכה".

כך הסכים גם הרמ"א שם והוסיף :
"ודלא כיש חולקין וסבירא להו דאם לא מת או חזר המזכה עד שייוולד וקנאו במשיכה וישנו עדיין ברשות הזוכה כשייוולד אז זכה אם אמר כשייוולד"¹⁶.

הלכה פסוקה היא אם כן, שכשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אינו מקנה למי שלא בא לעולם. אכן לגבי **דבר** שלא בא לעולם ישנו הבדל בין קניין לשעבוד. נפסקה ההלכה¹⁷ :
"אף על גב דאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם מכל מקום יכול לשעבדו"¹⁸.

כך פסק גם המחבר¹⁹ על פי דברי בעל התרומות²⁰ :

-
10. דתנן (קמ, ב) "האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה, ילדה זכר יטול מנה".
 11. וגמר ומקנה בכל לבו אבל לעובר אחר לא קנה - רשב"ם.
 12. כב, י.
 13. ב"ב פ"ט סי' ה.
 14. רי, א.
 15. רי, א.
 16. טור שם בשם הרמ"ה והרא"ש.
 17. רמ"א רט, ד וש"ך שם ס"ק ח.
 18. תוספות.
 19. ס, ו.
 20. שער סד.

"המתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו חייב. אף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הני מילי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה... אבל בלשון חיוב כגון שאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך חייב".

ההבדל בין התחייבות לקניין הוא שבהתחייבות המתחייב משעבד את **גופו**, והוא עצמו קיים. מה שאין כן בקניין, שבו הדבר שאותו הוא רוצה להקנות עדיין אינו בעולם.²¹

האם החילוק בין התחייבות לקניין קיים גם במקנה **למי** שלא בא לעולם, כדוגמת הסכם הביטוח? בשאלה זו נחלקו האחרונים. בשו"ת גינת ורדים²² כתב:
"ולעניות דעתי דאף על גב דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, מכל מקום יכול הוא להתחייב למי שלא בא לעולם, דלשון חיוב מהני כיוון שהמתחייב מיהא בעולם".

לדעתנו כמו במתחייב דבר שלא בא לעולם כך גם המתחייב למי שלא בא לעולם מאחר שהמתחייב עצמו קיים ההתחייבות תקפה. כך כתב גם הרשד"ם²³. אולם ישנם אחרונים החולקים על הרשד"ם ובעל הגינת ורדים. המהרי"ט²⁴ כותב:
"אבל היכא דהקונה ליתיה מאי אהני החיוב במה שגוף המקנה איתיה בעולם"...

כלומר ישנו חילוק בין מקנה **דבר** שלא בא לעולם לבין מקנה **למי** שלא בא לעולם. **בדבר** שלא בא לעולם ניתן להתחייב, מאחר שהשעבוד חל על המתחייב וזה נמצא בעולם. אך המקנה **למי** שאינו בעולם לא קנה מפני שאין מי שיקנה מידו. בעיה זו אינה נפתרת על ידי התחייבות, שכן גם בהתחייבות עדיין מי שהתחייבו כלפיו אינו בעולם. כך סובר גם המהרי"י בן לב²⁵. לכאורה כך נראה גם מדברי החתם סופר²⁶ שדן במי שהתחייב לשלושה עניים שירצו הקהל ביום פלוני. כך הוא כותב:
"אך נראה לי מטעם אחר אין כאן חיוב כיוון שלא התחייב לאדם ידוע אלא לחלק ביום י"צ (יום השנה למותו) לאיזה שלושה עניים שירצו היורשים באותו הזמן. ודבר זה מבואר בתשובת מהרי"ט... ועד כאן לא מהני חיוב גופו ועצמו אלא להסיר פקפוק דבר שלא בא לעולם

21. סמ"ע שם ס"ק יח; ש"ך שם ס"ק כד.

22. חלק אה"ע כלל לד סימן ה.

23. חו"מ כ.

24. ח"ב חו"מ פא.

25. ח"ב סימן כד.

26. חח"מ סימן קכ.

פרק שמיני: ביטוחי חבויות - אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי

מהדבר הנקנה שלא יהיה כמתחייב מעות שאינם בעולם, אלא מחייב ומשעבד עצמו, שהרי הוא בעולם, אבל אינו מועיל להסיר פקפוק ברירה מהקונים או **מקנה למי שלא בא לעולם** כי מה יועיל לזה שעבוד גופו כי אין המקנה מתחייב אלא אם יש כאן קונה אבל אם אין כאן קונה פשיטא דלא מהני".

דין ברירה כפוגם בהתחייבות

אמנם ניתן להעלות על הדעת חילוק בין מקנה או מתחייב למי שלא בא לעולם לבין מקנה לאדם שעדיין אינו ידוע אך יהיה ידוע ביום מימוש ההתחייבות. במצב כזה ניתן לכאורה לומר שעכשיו הוברר שהתחייבות חברת הביטוח כלפי צד שלישי שיוזק הייתה כלפי פלוני זה. בדומה לכך מצינו בתשובת הרא"ש²⁷ אשר דן בתקפו של שטר חוב שלא נכתב בו שם המלווה, אלא ששעבד עצמו **לכל המוציא**. הרא"ש סבור שהלווה אכן משתעבד בשטר כזה וכראייה לדבריו כתב:

"וכן מצינו בשאול על מעשה דגלית הפלשתי ששעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתי ובא דוד והיכהו ונתחייב שאול לדוד באותו ממון, דבפרק ב דסנהדרין²⁸ קאמר שקידש דוד את בת שאול באותו ממון... הרי ראייה ברורה שאדם יכול לשעבד נכסיו אף למי שאינו מכיר וידוע בשעת השעבוד מי הוא"...

הרא"ש לא פסק כך דווקא לשיטתו שאדם מקנה למי שלא בא לעולם. ההוכחה לכך הם דברי השולחן ערוך²⁹ שפסק כתשובת הרא"ש:

"שטר שכתוב בו שיוכל כל המוציא לגבות בו בלא הרשאה... תנאו קיים וגובה בו בלא הרשאה... ודווקא שהמוציא היה יילוד בשעת הלוואה. אבל אם נולד לאחר מכאן לא, דלא היה יכול להשתעבד למי שלא בא לעולם".

הפסקה האחרונה אינה מדברי הרא"ש אלא תשובת הרשב"א³⁰ שהמחבר צרף לדברי הרא"ש. מצרופ זה אנו למדים שלדעת המחבר דברי הרא"ש הם גם לשיטת הסוברים שאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם כמו שפסק הוא עצמו³¹. על פי זה אפשר לומר גם בביטוח צד שלישי, כאשר חברת הביטוח מתחייבת לשלם לכל מי

27. כלל סח סימן ט.

28. יט, ב.

29. סא, ד.

30. ח"א סימן תתקכה.

31. סימן רי.

שיוזק על ידי בעל רכב זה את נזקו הרי זה דומה להתחייבותו של שאול: "והיה האיש אשר יכנו, יעשרנו המלך עושר גדול ואת בתו יתן לו ואת בית אביו יעשה חפשי בישראל"³². כאשר היכה דוד את גלית התברר שהוא זה שכלפיו מחויב שאול בכל הנאמר, וכך גם בהתחייבות חברת הביטוח כלפי מי שיוזק על ידי רכב מסוים.

ברם המהרי"ט, שאליו רמז החתם סופר בתשובתו, משיג על דברי הרא"ש. הוא דוחה את ראייתו מהתחייבותו של שאול, שכן לדעתו בפועל התחייב שאול לדוד כאשר נשלח דוד להלחם בגלית. אולם עיקר השגתו היא על תורף דברי הרא"ש, הסובר שניתן להתחייב לאדם שעדיין לא הוברר לנו מיהו. כזכור על עיקרון זה אנו רוצים לבנות את תקפה של התחייבות חברת הביטוח כלפי צד שלישי. לדעת המהרי"ט לצורך התחייבות כזו אנו נזקקים לדין ברירה וכבר נפסקה ההלכה שברובד הדאורייתא אין ברירה. כדי להבהיר את השגת המהרי"ט יש להקדים מבוא לבעייתיות הנוצרת כאשר נזקקים לדין ברירה.

דין ברירה

שני סוגי ברירה ישנם:

א. **שהאדם** תולה את הדבר בספק שיתברר לאחר זמן.

ב. **שהדבר מצד עצמו** עומד בספק, ולכשיתברר אנו רוצים שהעניין יחול למפרע.

ענייננו מתקשר לסוג הראשון של דין ברירה.

להלכה פסקו רוב הפוסקים שבין כאשר האדם תולה את הדבר בדעת עצמו, כלומר בהחלטתו בעתיד, ובין בתולה בדעת אחרים, כאשר מדובר בדין תורה אין ברירה. לעומת זאת בדינים שהם מדרבנן יש ברירה. כך פסק הרמב"ם³³, רבנו תם³⁴, הרא"ש³⁵ ועוד.

במסכת גיטין³⁶ מבררת הגמרא את המקור לתקנת חז"ל את קניין מעמד שלושתן: "אתמר נמי אמר שמואל משמיה דלוי מלוה לי בידך תנהו לו לפלוני במעמד שלושתן קנה. וטעמא מאי? אמר אמימר נעשה כאומר לו בשעת מתן מעות שעבדנא לך לדידך ולכל דאתו מחמתך. אמר ליה רב

32. שמואל א, יז כה.

33. לדוגמא תרומות א, כא; מעשר ז, א.

34. בתוספות בגיטין מה, א ד"ה אי לאו.

35. ב"ב פ"ז סימן ב.

36. יג, ב.

פרק שמיני: ביטוחי חבויות - אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי

אשי לאמימר, אלא מעתה הקנה לנולדים דלא הוּו בשעת מתן מעות³⁷
הכי נמי דלא קנו... אלא אמר מר זוטרא הני תלת מילי שוויהו רבנן
כהלכתא בלא טעמא. חדא הא³⁸...

הר"ן שם דן בשאלה האם ראובן שאמר לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי רשאי אחר
כך למחול לשמעון את חובו, כדרך שאמר שמואל³⁹ "המוכר שטר לחברו וחזר ומחלו
מחול". הוא כותב שישנן שתי דעות בדבר:

1.1. יש מי שאומר שאף על פי שהלכה כדברי שמואל שהמוכר שטר לחברו וחזר
ומחלו מחול, במעמד שלושתן אין ראובן יכול למחול משני טעמים אפשריים:
א. דינו של שמואל נכון דווקא במכירת שטר מאחר שהמכירה חלה מדרבנן
בלבד כמו שכתב הר"ן בכתובות שם.

ב. לפי סברת רבנו תם במכירת שטר לא מכר המלווה אלא את שעבוד הנכסים
שיש לו על הלווה שהוא מדין ערבות. אך שעבוד הגוף של הלווה עדיין הוא
כלפי המלווה. אבל במעמד שלושתן כיוון שאמר אמימר שנעשה כאומר
משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך, הן שעבוד הגוף והן שעבוד הנכסים של
הלווה הוא לאותו שהמחהו אצלו, כלומר ללוי, ושוב אין לראובן שייכות
לחוב זה. והוא מסכם:

"ונמצא עכשיו לפי דרך זו דבמעמד שלושתן אינו יכול למחול. וכן נמי
אי כתיב בשטרא משתעבדנא לך ולמאן דאתי מחמתך והקנהו מלווה,
שוב אינו יכול למחול".

1.2. דעת הרמב"ן שונה. לדעתו במעמד שלושתן וכן גם אם כתוב בשטר
משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך יכול מוכר החוב למוחלו. ואפשר
שטעמו של דבר, כותב הר"ן, משום שאפילו כתב לו כך אין הדבר מועיל
להשתעבד מן התורה שהרי אין ברירה. אמנם הר"ן עצמו סבור שאין קשר בין
דין זה למה שאמרו אין ברירה:

"דכי אמרינן אין ברירה הני מילי במלתא דאי דהאי לאו דהאי, אבל
הכא אפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה. הלכך לא שייכא
הכא ברירה".

לדברי הרמב"ן, בהתחייבותו של שאול אנו נזקקים לכאורה לדין ברירה. אף בדברי
הר"ן כתב המהרי"ט⁴⁰

37. ואינו יכול להשתעבד להם מטעמו של אמימר שאינו יכול לשעבד את עצמו למי שאינו בעולם.

38. מעמד שלושתן.

39. כתובות פו, א.

"ולפי הטעם שכתב הר"ן ז"ל בההיא דמשתעבדנא לך דלא אמרינן בהכי אין ברירה משום דמצוי להשתעבד לכל העולם בזה אחר זה. והיינו דווקא משום דכולהו מחמת קמא אתו. אבל כשבא להשתעבד **בתחילה** למי שאינו מבורר, דאי האי לאו האי, אין ברירה".

מסקנת המהרי"ט היא שהרא"ש בתשובתו אכן חולק על הר"ן והרמב"ן. בעוד הם פסקו כדעת הרמב"ם ורבנו תם שבדאורייתא הלכה היא שאין ברירה, פסק הרא"ש כדעת ר"י בתוספות⁴¹, שאף בדאורייתא יש ברירה. לכן ניתן לדעתו לומר הוברר הדבר למפרע שהתחייבות הייתה למחזיק השטר. אמנם בפסקיו חוזר בו הרא"ש כנזכר לעיל. על כל פנים על פי ההלכה הרווחת שאין ברירה בדאורייתא, התחייבות לאדם שבשעת ההתחייבות לא הוברר מי הוא אינה תקפה.

לאור זאת גם בהתחייבות חברת הביטוח לצד שלישי אם וכאשר ייזק, אנו נזקקים לדין ברירה, וכפי שנתבאר התחייבות זו אינה תקפה. כך עולה לכאורה גם בתשובת החתם סופר⁴² שכתב: "**אבל אינו מועיל (חיוב גופו) להסיר פקפוק ברירה** מהקונים, או מקנה למי שלא בא לעולם". והוא נסמך על דברי המהרי"ט⁴³ שכתב על דברי הרשד"ם:

"והנה החכם השלם המורה נר"ו רצה לחלק בזה חילוק נאה ומתקבל בעלמא דשאני שעבוד מהקנאה. דכי היכי דאמרינן בעלמא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הכי נמי יכול הוא על ידי שעבוד להשתעבד למי שאינו בעולם. ואם איתא היאך כתב הרמב"ן בההיא דמשתעבדנא לך דיכול למחול לפי שאין ברירה. אם אפילו לא היה בעולם כלל מועיל על ידי שעבוד, כשישנו בעולם אלא שאינו מבורר לא כל שכן... אלא לא דמי. דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שאי אפשר להקנותו בקניין יכול הוא להשתעבד עליו דלכשיבוא לעולם יתחייב לתנו לו ושעבודא חייל על גופו וגופו איתיה בעולם אבל כשהזוכה אינו בעולם דלזכי או דאיתיה ואינו מבורר דכמאן דליתיה דמי מאי מהניא ליה שגופו של מזכה איתיה בעולם".

40. ח"ב חו"מ כג.

41. נדרים מו, ב, ד"ה אמר רב הונא.

42. ראה הערה 26.

43. הנ"ל בהערה 40.

הסכם ביטוח חבויות אינו נסמך על דין ברירה

למרות כל הנאמר נראה כי דין ברירה אינו מהווה מכשול בהתחייבות חברת הביטוח לצד שלישי וזאת משני טעמים:

א. כבר הזכרנו לעיל שהשולחן ערוך⁴⁴ פסק כתשובת הרא"ש, שאדם יכול להתחייב אף לאדם שאינו מבורר. בעל הנתיות⁴⁵, אחר שהביא בקיצור את דברי המהרי"ט הנ"ל, כתב שבדין זה של הרא"ש אין אנו נזקקים לטעם ברירה:

"דלא שייך סברה דאין ברירה רק בדבר שבשעה שהוברר הדבר אי אפשר שיותפס בו הקניין ואנו צריכים לומר הוברר הדבר למפרע בשעת הקניין אז אמרינן דאין ברירה. כמו בעל מנת שירצה אבא וכן גבי מה היא באותם הימים (בשכיב מרע שנתן גט על תנאי - מהיום אם מתתי), **דהבירור לא הוי אלא אחר שימות דאז אינו בר גירושין ואנו צריכים לומר הוברר הדבר למפרע...** אבל אם בשעה שהוברר הדבר ראוי לחול הקניין, אפילו אם אומר מעכשיו מהני הקניין כיוון שיכול להקנות שיהיה הקניין חל לכשיבורר".

העיקרון שמתווה בעל נתיבות המשפט הוא שבמצב שבו חלות העניין אפשרית בשעת הבירור הריהי חלה למפרע קודם הבירור ללא שאנו נזקקים לדין ברירה. לאור זאת ניתן להתאים את דברי הרא"ש והרשד"ם לדברי החתם סופר. הרשד"ם⁴⁶ עוסק במקרה שבו התחייב אדם בשטר למי שיתן לפלוני סחורה עד סכום מאה אלף לבנים. במצב כזה לא הייתה מניעה שיתחייב גם ביום קבלת הסחורה על ידי פלוני, לפיכך חלה ההתחייבות למפרע גם ללא דין ברירה. כך גם בתשובת הרא"ש יכול היה שאול להתחייב לדוד עם הסכמתו של דוד להלחם בגלית. על כן חלה התחייבותו של שאול למפרע גם בטרם הוברר הדבר שדוד יהיה זה שכלפיו חלה ההתחייבות.

לעומת זאת החתם סופר בתשובתו עוסק בהתחייבות שכיב מרע בשטר הצוואה להפריש סכום שלוש מאות זהובים לקרן קיימת לצדקה, לתת מהפרות לעניים שייבחרו על ידי הקהל. התחייבות זו אינה יכולה להינתן בשעה שהקהל רוצים לתת את הצדקה לעניים שכן באותה שעה השכיב מרע כבר מת. כדי שהתחייבותו תחול למפרע קודם מותו אנו נזקקים לדין ברירה ומאחר שאין ברירה בדאורייתא כתב החתם סופר שם שההתחייבות אינה תקפה.

44. סא, ד.

45. שם ס"ק ג.

46. סימן כ.

לגבי העיקרון המובא בנתיבות המשפט כבר קדמו בכך הרשב"א⁴⁷. אף הוא כתב שהמוכר קרקע משדותיו אין צורך בדין ברירה כדי שהמכר יחול, שהרי די אם יחול בשעה שהוברר. לפיכך חל המכר מעיקרא ולא תשתעבד הקרקע שתבורר למלווה שיהיה אחר המכר.

ב. אמנם ישנם אחרונים המקבלים עיקרון זה למחצה בלבד. לדעתם בדבר שיכול לחול לכשיבורר אכן אין אנו נזקקים לדין ברירה, אלא שבמקרה כזה החלות נוצרת רק משעה שהוברר הדבר ואין היא חלה למפרע. כך כותב בעל השאגת אריה⁴⁸ לגבי מי שקידש על תנאי שירצה אבא. הרמב"ם⁴⁹ פסק בדין זה שאם רצה האב הריהי מקודשת. האחרונים הקשו על הרמב"ם הרי אין היא מקודשת אלא כאשר יתברר שרצה האב. אם אנו רוצים לומר שתתקדש למפרע אנו נזקקים לדין ברירה, כמובא בסוגיא במסכת גיטין⁵⁰. והרי נפסקה ההלכה שבדיני תורה אין אנו מסתמכים על דין ברירה.

בעל השאגת אריה מתרץ שיש לומר שהרמב"ם, ובעקבותיו השולחן ערוך⁵¹ עוסקים בקידושי כסף ושטר. באלו אין צורך שהדבר יחול למפרע והקידושין חלים משעה שרצה האב ללא דין ברירה. כך כתב גם הנודע ביהודה⁵² בקשר לשליח הגט. אף המהרי"ט עצמו⁵³ כתב:

"ומכל מקום באותו הנדון של הרב מהרשד"ם ז"ל נראה לי לקיים דינו ולא מטעמיה, אלא דכל האומר אני מתחייב לכל מי שיתן לאיש פלוני, **בההיא שעתא** מתחייב מדין ערב ובלא שום קניין משתעבד... ואין צריך שיהא מבורר בשעת כתיבת השטר, אלא בשעה שהוא מלווהו".

לעניין התחייבות חברת הביטוח כלפי צד שלישי לדעת הרשב"א ובעל נתיבות המשפט ההתחייבות חלה כבר משעת הוצאת הפוליסה מאחר שאין בעיה להחילה בזמן שיבורר הניזק. לכאורה אין צורך בכך ודי בעיקרון השני של השאגת אריה וסיעתו לפיו מאחר שהפוליסה שבה מתחייבת החברה כלפי צד שלישי קיימת ביד המבוטח נמצא שכאשר המבוטח מזיק לצד שלישי חלה ההתחייבות. באותה שעה כבר מבורר הניזק ולא מתעוררת כל בעיה. ברם על פי עיקרון זה תוכל חברת

47. ח"ב סימן פב.

48. סימן צב.

49. אישות ז, א.

50. כד, ב.

51. אבן העזר לח, ח.

52. מהדורה קמא אבן העזר סימן צא.

53. שם סימן כג.

הביטוח לחזור בה מהתחייבותה קודם שמתברר כלפי מי חלה ההתחייבות. המשמעות המעשית של אפשרות זו תתבטא בכך שבחזרה כזו לא יהיה על החברה לשלם למבוטח את כל התשלומים שהיא מחויבת לשלם לו במקרה של חזרה מהסכם ביטוח נכסים, מאחר שכאן התחייבותה עדיין לא נכנסה לתוקפה.

2. תפיסת ביטוח חבויות כהתחייבות לאחריות כלפי המבוטח

אף שעקרונית ניתן להבין ביטוח חבויות כערבות, כלומר כהתחייבות ישירה כלפי צד שלישי, מלשון הפוליסה נראה שלפחות בחלקה האחרון מדובר בהתחייבות כלפי המבוטח עצמו. בסעיף ב בפסקה 3 נאמר:

"במקרה של תביעה או תביעות נגד המבוטח... תהא החברה רשאית לשלם למבוטח את מלוא גבול האחריות ולאחר תשלום כזה תהא החברה פטורה מניהול התביעה או התביעות האמורות ולא תחול על החברה שום אחריות נוספת בקשר לכך".

מדובר אם כן בהתחייבות לאחריות, הכוללת בין השאר תשלומים שיתחייב המבוטח כלפי הניזק. המהרי"ט⁵⁴ נשאל לגבי מי שהתחייב שכל חוב או חובות שיתחייב אביו עבור קניית סחורות בהקפה יהיה הוא ערב כאשר גבול האחריות הוא שלושים אלף לבנים. כותב על כך המהרי"ט:

"נראה לי שזה החיוב שנתחייב הבן לא לאביו נתחייב אלא למי שילוהו. שאם החיוב היה לאביו לא היה כותב לשון ערבות אלא לשון חיוב שמתחייב להוציאו ולפטרו מיד בעלי חובותיו, ואז אם מחל לו אביו מחול, ולא היה בעל חוב יכול לגבות ממנו".

הפוליסה המובאת לעיל משתמשת במונח אחריות ואינה מזכירה כלל את המונח ערבות. ניתן להניח אם כך שכוונת החברה אינה להתחייבות כלפי הניזק אלא להתחייבות כלפי המבוטח. יחד עם זאת שומרת החברה לעצמה את הזכות לשלם בשמו של המבוטח לצד שלישי כדי לוודא שתגמולי הביטוח אכן יגיעו ליעדם וכן כדי למנוע תביעה כפולה מצד הניזק כנ"ל.

שני חילוקים עיקריים ישנם בין תפיסת ביטוח חבויות כהתחייבות הערב לבין תפיסתו כהתחייבות לאחריות כלפי הניזק:

א. אם הפוליסה נתפסת כערבות אין החברה יכולה לומר לניזק לאו בעל דברים דידי את (כאשר מתברר שאין הניזק יכול להוציא את כספו מן המזיק). לעומת זאת אם מדובר באחריות החברה כלפי המבוטח, יש באפשרות החברה לומר לניזק לאו בעל דברים דידי את.

54. ח"ב חח"מ סימן פא.

ב. אם נבין שההתחייבות היא כלפי המבוטח, יש באפשרותו למחול לחברת הביטוח את התחייבותה. במצב כזה תהיה החברה פטורה מלשלם תגמולי ביטוח לניזק. אולם אם החברה ערבה לחובו של המבוטח, המבוטח עצמו אינו צד בעניין.

הבנת ההתחייבות כהתחייבות לאחריות כלפי המבוטח עצמו פותרת את שתי הבעיות שהועלו לעיל:

א. אין אנו נזקקים כלל לדין ברירה, מאחר שמי שהחברה מתחייבת כלפיו הוא המבוטח עצמו והוא מבורר מתחילה ועד סוף.

ב. לא מתעוררת בעיה של התחייבות דבר שלא בא לעולם, שהרי כתב הרמ"א⁵⁵:

"אף על גב שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם".

מקור הדברים בטור⁵⁶. הגר"א⁵⁷ הביא לכך ראיות מן התלמוד. בתחילת פרק המפקיד⁵⁸ מסבירה הגמרא מדוע שומר ששילם ולא רצה להישבע זוכה בכפל, למרות שבשעת קבלת השמירה תשלומי הכפל עדיין לא באו לעולם. לפי שנעשה המפקיד כאומר לשומר לכשתיגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, והרי זה מתנה על דבר שלא בא לעולם - הגניבה והתשלומים. כך גם לגבי הנותן גט על תנאי - מהיום אם מתתי - בפרק מי שאחזו⁵⁹, הריהו מתנה על מיתתו שעדיין לא באה לעולם, ועוד.

סיכום

- א. ניתן לסכם ולומר שנוח יותר להסביר פוליסת ביטוח חבויות כהתחייבות למבוטח ולא כהתחייבות לניזק בתורת ערבות:
- מפני שלשון הפוליסה מוכיח שמדובר בהתחייבות לאחריות כלפי המבוטח.
- על פי הסבר זה פוליסת ביטוח חבויות אינה שונה מהותית מכל פוליסת ביטוח רכוש אחרת, כך שהמבוא הכללי לפוליסה, הדין באחריות החברה כלפי המבוטח, תקף גם לגבי חלק זה.

55. רט, ח.

56. שם יב.

57. שם ס"ק ל.

58. בי"מ לד, א.

59. גיטין עב, א.

פרק שמיני : ביטוחי חבויות - אופיה של חבות המבטח כלפי צד שלישי

4. ב. יש להדגיש שמבחינת תוקפה של הפוליסה לא נוצרת בעיה הן אם נבין את הפוליסה כערבות לניזק והן אם נבין אותה כאחריות כלפי המבוטח.
5. ג. בעיית האסמכתא המתעוררת בביטוח חבויות אינה שונה מהותית מביטוח רכוש.
6. ד. לשיטתנו, יש לשנות את נוסח הכותרת כך שיתאים לתפיסת הפוליסה כאחריות למבוטח. במקום "ביטוח אחריות כלפי צד שלישי" עדיף הנוסח:
ביטוח אחריות לחבות שחייב המבוטח לצד שלישי.

מעין סיכום

במאמר זה השתדלנו לעמוד על המרכיבים השונים בהסכם הביטוח. ניתן לחלקו לשלושה חלקים עיקריים:

- א. הפרק הראשון עסק במושג העומד בבסיס הסכם הביטוח – האחריות. פרק זה הוא כעין מבוא למאמר כולו. בפרק השני והשלישי בחננו את תכנון של ההסכם כשהוא לעצמו, מבלי להתחשב בצדדים המעורבים בו.
- ב. בפרק הרביעי הוספנו לדיון את מרכיב הצדדים להסכם, ומאחר שמדובר בהסכם תמורה דננו בשאלה איזה מהסכמי התמורה הוא הסכם הביטוח. הגענו למסקנה שמדובר בהסכם שכירות, ובפרק החמישי והשישי עברנו לדון בהשלכות ההלכתיות של מסקנה זו. לחלק זה ניתן לשייך גם את הפרק השביעי – מצג שווא – שאף הוא דן ביחס בין שני הצדדים להסכם.
- ג. החלק השלישי - הפרק האחרון במאמר - דן במצב שבו יש להסכם הביטוח יותר משני צדדים – ביטוח חבויות. דננו בשאלה האם אכן יש כאן יותר משני צדדים להסכם. נטייתנו היא לראות גם בהסכם זה הסכם בין שני צדדים – בין חברת הביטוח למבוטח. אף על פי כן ניתן ליצוק את הסכם הביטוח גם לתבנית שבה יש להסכם שלושה צדדים – הסכם הערבות.

אני תקווה שמאמר זה יהיה בבחינת מבוא למחקר מקיף יותר בהסכמי הביטוח על פי המשפט העברי.

מפתח נושאים

מעין אסמכתא, 271, 272, 273, 274,	1
276, 275	1, 232, 233
משחק בקובייה, 270	א
קנט, 247, 268, 269, 273, 300, 301,	אונט, 232, 233, 234, 235, 236, 237,
346, 302	240, 241, 242, 243, 244, 245, 271,
ב	278, 306, 314, 315, 318, 346, 355,
ביטוח, 229, 230, 231, 247, 249, 250,	357, 356
267, 264, 262, 260, 255, 254, 253,	אחריות, 229, 231, 232, 233, 234, 235,
277, 276, 275, 273, 272, 271, 270,	238, 237, 241, 244, 245, 247, 248,
293, 291, 290, 289, 285, 279, 278,	249, 272, 275, 277, 278, 290, 293,
301, 300, 299, 298, 297, 295, 294,	294, 296, 306, 313, 314, 315, 321, 322,
309, 308, 307, 306, 305, 303, 302,	338, 340, 362, 366, 369, 370, 372,
316, 315, 314, 313, 312, 311, 310,	386, 387, 397, 399
325, 324, 323, 322, 321, 320, 318,	אונטים, 232, 233, 234, 235, 236,
335, 332, 330, 329, 328, 327, 326,	237, 240, 241, 242, 243, 244, 245,
352, 346, 344, 343, 340, 337, 336,	אחריות אונטין, 232, 234, 241, 244,
359, 358, 357, 356, 355, 354, 353,	314
371, 368, 366, 365, 364, 361, 360,	אחריות דמחמתיה, 232
382, 380, 379, 378, 377, 376, 372,	אחריות דמעלמא, 232
398, 397, 395, 387, 386, 384, 383,	אחריות דנפשיה, 232
400, 399	אחריות מכר ומתנה, 231, 290
ביטוח הדדי, 306, 307, 308, 309,	אחריות מתנה, 321
315, 312, 311, 310	אחריות שומרים, 237, 238, 241, 242,
ביטוח סיכונים, 247, 278, 279,	327, 329, 339, 363, 381
293, 259, 258, 231	גבולות האחריות, 232, 302, 364,
דמי הביטוח, 315, 305, 322, 330, 331, 335,	373, 387
355, 354, 346, 344, 337, 336,	גזלן, 235, 236, 280, 297
376, 366, 365, 363, 359, 356,	טעות סופר, 231, 233, 322
384, 382, 378, 377	שומרים, 237, 238, 242
דמי הביטוח, 231	אסמכתא, 234, 267, 268, 269, 270,
דמי הביטוח, 258	271, 272, 273, 274, 275, 276, 277,
דמי הביטוח, 259	278, 279, 280, 281, 282, 285, 287,
זיקת הביטוח, 248, 273, 295,	288, 289, 290, 291, 292, 293, 294,
חזקה, 250, 253, 254, 255, 260, 262,	295, 296, 297, 299, 300, 301, 302,
267, 270, 271, 273, 275, 276,	303, 305, 345, 353, 354
329, 326, 325, 297, 290, 279, 277,	בית דין חשוב, 274
299, 297, 293, 231	גזומה, 267, 269, 299
מקרה הביטוח, 316, 306, 337, 340,	גמירות דעת, 263, 284, 286, 288,
356, 355, 357, 359, 360,	289, 295, 296

עקרונות הלכתיים בהסכמי ביטוח

על תנאי, 246, 253, 270, 274, 279,	362, 363, 365, 366, 376, 380,
294	382, 383, 384, 386
עורב, 230, 238, 250, 252, 253, 255,	פוליסת ביטוח, 230, 255, 256, 260,
270, 271, 273, 274, 275, 276,	261, 266, 290, 320, 321, 323,
277, 278, 314, 315, 336, 360,	324, 325, 326, 329, 344, 363,
361, 362, 387, 388, 396, 397,	380, 398
ח	פרמיה, 256, 260, 263, 266, 290,
חובת הגילוי, 358, 365	293, 294, 302, 306, 313
החמרת הסיכון, 316, 357, 361, 362,	צד שלישי, 365, 380, 386, 387, 388,
363	391, 392, 395, 396, 397, 398,
עניין מהותי, 365, 380	399, 400
חוזה, 229, 231, 250, 253, 254, 255,	שיפוי, 327, 329, 371
256, 264, 261, 260, 259, 258, 256,	תגמולי ביטוח, 231, 295, 298, 299,
267, 270, 271, 272, 273, 275, 276,	301, 302, 303, 305, 306, 313,
277, 279, 281, 289, 290, 291, 294,	329, 330, 337, 357, 372, 383, 398,
297, 298, 301, 302, 303, 306, 315,	תקופת הביטוח, 258, 263, 332, 336,
316, 317, 323, 324, 325, 326, 327,	337, 357, 383
329, 334, 336, 340, 344, 345, 355,	בני העיר, 266, 283, 308, 309, 310, 312,
356, 356, 358, 359, 362, 364, 365, 366,	בעלות, 236, 247, 282, 319, 320, 322,
371, 372, 376, 377, 380, 382, 383,	324
384	ברירה, 391, 392, 393, 394, 395, 396,
ביטוח, 250, 253, 254, 255, 260,	398
262, 267, 270, 271, 273, 275,	ד
276, 277, 279, 290, 297, 325,	דינא דגרמי, 316, 317, 354
326, 329	דינא דמלכותא, 280, 281, 282, 283,
ביטול, 332, 340, 344, 345, 347,	285, 286, 287, 288, 289, 294
358, 382, 383, 384	ה
הימור, 297	הפקד בית דין, 283, 309, 310
חוזה ייחודי, 323	התחייבות, 229, 234, 235, 239, 240,
חיוב השבה, 235	241, 245, 246, 247, 248, 250, 251,
חסרון אמנה, 341, 342, 343, 344	253, 254, 255, 256, 260, 263, 270,
ט	271, 272, 273, 274, 275, 276, 278,
טעות והטעיה, 368, 372, 376, 382	279, 285, 290, 291, 292, 294, 298,
י	299, 302, 303, 306, 311, 315, 316,
יחס הרשות, 241, 244, 245, 247, 248	318, 319, 321, 322, 324, 325, 326,
נ	328, 374, 384, 388, 390, 392, 394,
מורשה, 324	395, 396, 398
מיקח טעות, 229, 366, 367, 374, 375,	אתם עדי, 251, 252
377, 378, 380, 383, 384	בההיא הנאה, 239, 245, 246, 266,
ביטול המיקח, 367, 368	270, 275, 276, 296, 311, 312, 387,
דבר שבמידה ובמשקל ובמניין, 367	בקניין, 245, 312
האונאה יתירה על שישית, 367	דבר קצוב, 280, 290, 291
מום במיקח, 367, 377, 383	למי שלא בא לעולם, 388

מפתח נושאים

מנעשה קניין, 266, 262, 261, 236, 284, 344, 335, 286, 284	מנהג, 282, 281, 277, 266, 265, 260, 302, 285, 283
משיכה, 244, 241, 240, 238, 237, 257, 248	מצג שווא, 400, 383, 371, 368, 365, 362, 361
טודר, 314, 258, 256, 255, 248, 245, 344, 336, 327, 325	נ
סטומתא, 265, 264, 263, 261, 260, 285, 284, 283, 282, 280, 266, 294, 290, 289, 288, 287, 286	נרב, 255, 253, 252, 250, 238, 230, 270, 276, 275, 274, 273, 272, 271, 360, 336, 335, 315, 314, 278, 277, 397, 396, 393, 388, 387, 362, 361, 398
קנייני גזלה, 235	נרכאות, 287
שטר, 315, 260, 256, 255, 251	פ
תקיעת כף, 265, 264	פיצוי, 300, 298, 275, 235, 234, 233, 352, 350, 346
קניין גזלה, 236	פשיטת רגל, 329, 328
ר	ק
ריבית, 343, 313, 247	קים לי, 379, 271, 252
ש	קניין, 245, 243, 240, 239, 236, 235, 246, 253, 252, 251, 250, 248, 247, 246, 261, 260, 259, 258, 257, 256, 255, 273, 267, 266, 265, 264, 263, 262, 282, 281, 280, 279, 276, 275, 274, 290, 288, 287, 286, 285, 284, 283, 314, 311, 310, 305, 297, 296, 291, 334, 333, 328, 326, 321, 320, 315, 362, 351, 345, 344, 337, 336, 335, 396, 392, 389, 388, 387, 374, 342, 341, 264, 254, 319, 243, 240, 288, 286, 284, 263, 296, 295, 289
שומרים, 270, 245, 241, 240, 239, 237, 339, 338, 331, 330, 329, 327, 318, 372, 371, 370, 369, 357, 349, 340, 382, 381, 376, 374, 373	דבר שלא בא לעולם, 284, 265, 264, 320, 315, 311, 288, 286, 285, 398, 394, 390, 389, 353, 321
אחריות שומרים, 237	דעת אחרת מקנה, 262, 261
דיני השומרים, 308, 307, 245, 229	חליפין, 320, 305, 258
הסכם השמירה, 373, 371, 370, 368, 361, 352, 330, 329, 319, 243, 376	כסף, 262, 259, 258, 257, 256, 232, 339, 333, 328, 276, 264, 263, 372, 371, 370, 369, 368, 344, 381, 378, 376, 375, 374, 373, 396, 382
מתנה שומר חנם להיות כשוואל, 245, 312, 274, 271	למי שלא בא לעולם, 388
שוואל, 256, 246, 244, 242, 241, 239, 369, 278, 265	מעמד שלושתן, 392, 327, 326, 325, 393
שומר חנם, 246, 245, 243, 239, 238, 312, 274, 273, 271, 270, 256, 339, 338	
שומר שכר, 270, 256, 243, 241, 238, 371, 364, 339, 330, 329, 318, 306	
שמירה בבעלים, 242	
שטר, 253, 252, 251, 248, 233, 229, 263, 260, 259, 257, 256, 255, 254, 286, 285, 284, 279, 278, 277, 266, 317, 316, 315, 314, 297, 288, 287, 393, 391, 354, 325, 323, 322, 321	
התחייבות, 315, 260, 256, 255, 251	
חוב, 314, 278, 277, 259, 257, 229, 391, 354, 325, 323, 322, 317, 316	
ראיה, 266, 255, 254	

עקרונות הלכתיים בהסכמי ביטוח

,328 ,323 ,322 ,321 ,314 ,313 ,306	,249 ,246 ,242 ,239 ,237 ,229
394 ,393 ,391	,314 ,312 ,311 ,306 ,305 ,290 ,285
ת	,327 ,324 ,323 ,322 ,319 ,318 ,315
,257 ,256 ,250 ,239 ,234 ,231	,337 ,335 ,334 ,333 ,332 ,329 ,328
,292 ,291 ,290 ,276 ,266 ,263 ,258	,348 ,347 ,346 ,345 ,343 ,340 ,339
,322 ,316 ,315 ,314 ,305 ,294 ,293	,388 ,387 ,375 ,357 ,356 ,355 ,350
400 ,384 ,379 ,355 ,334 ,330	400
,254 ,253 ,250 ,248 ,246 ,245 ,245	בתים, 355
,273 ,270 ,269 ,268 ,267 ,256 ,255	פועלים, 333 ,332 ,329 ,328 ,239
,292 ,291 ,279 ,278 ,276 ,275 ,274	345 ,343 ,340 ,337 ,335 ,334
,311 ,310 ,309 ,308 ,305 ,294 ,293	שכירות פועלים
,340 ,336 ,335 ,334 ,325 ,324 ,312	דבר האבוד, 350 ,349 ,348 ,347
,363 ,362 ,357 ,353 ,352 ,344 ,343	352
,387 ,383 ,378 ,376 ,375 ,372 ,365	שנבוד, 257 ,256 ,252 ,248 ,247 ,243
398 396 ,395 ,388	,305 ,290 ,275 ,263 ,260 ,259 ,258